

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية



كلية الحقوق

الحياسة في العقار

رسالة مقدمة من

عبد الله محمد اسماعيل علام

للحصول على درجة الدكتوراه

لجنة الإشراف

د/ محمد سعد خليفة

أ.د/ محمد إبراهيم دسوقي

أستاذ القانون المدني المساعد

استاذ القانون المدني

كلية الحقوق جامعة أسيوط

وكيل كلية الحقوق (سابقاً) جامعة أسيوط

لجنة الحكم

رئيساً

الأستاذ الدكتور / عبد الناصر توفيق العطار

استاذ القانون المدني

عميد كلية الحقوق - جامعة أسيوط (سابقاً)

عضواً

الأستاذ الدكتور / أحمد شوقي عبد الرحمن

أستاذ القانون المدني

عميد كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مشرفاً وعضواً

الأستاذ الدكتور / محمد إبراهيم دسوقي

استاذ القانون المدني

وكيل كلية الحقوق (سابقاً) جامعة أسيوط

٢٠٠١ - ١٤٢٢

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية



مكتبة الكلية العربية

مكتبة الكلية العربية الجامعة

رقم التسجيل

رقم التصنيف

المستحقا رتبة الأستاذية

د. محمد علي

مادة الفلسفة

الجامعة السورية

رقم ١٠٠٠

المادة الفلسفة

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

رقم ١٠٠٠

المادة الفلسفة

الجامعة السورية

المادة الفلسفة

الجامعة السورية

الجامعة السورية

المادة الفلسفة

الجامعة السورية

الجامعة السورية

المادة الفلسفة

الجامعة السورية



تَبٰرَكَ الَّذِي رَزَقَنَا الْاَلْحَمْدَ وَجَعَلَنَا لِلدُّنْيَا وَالْآٰخِرَةِ
عِلْمًا وَرَزَقَنَا الْاَلْحَمْدَ وَاللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَاللَّيْلَ وَالنَّهَارَ
عِلْمًا وَرَزَقَنَا الْاَلْحَمْدَ وَاللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَاللَّيْلَ وَالنَّهَارَ



كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

فصل في بيان كيفية تسمية الأئمة
والعلماء في كتبهم
والأخبار في كتبهم
والأخبار في كتبهم
والأخبار في كتبهم

الاهداء

إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل المتواضع
جزاه الله عنا خير الجزاء

كلية الحقوق جامعة الفيوم - مراجع قانونية

مقدمة

الحيازة مظهر الحق وأهم شاهد على الملك ، فمن يجوز عيناً اعتبر هو المالك لها أو صاحب حق عليها، فالغالب الأعم أن من يجوز شيئاً هو صاحب حق عليه ، وإذا كان في بعض الأحيان أن من يجوز الشيء ليس صاحب حق ، افترض أنه صاحب حق ما لم يثبت العكس .

وإذا كانت الحيازة مظهر الحق ، فهي أيضاً ممارسة فعلية له ، وتعطى للحائز مكنة الحصول على جميع مزايا الحق ، فالحق ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة للحصول على مزايا الشيء الوارد عليه الحق ، ووسيلة صاحب الحق في الحصول على مزايا الحق هو الحيازة ، فلا معنى للحق دون حيازة الشيء محل الحق

كما أن الحيازة تعفى الحائز من عبء إثبات الحق ، فمن يجوز شيئاً افترض أنه صاحب حق عليه ، ويكفيه التحصن وراء الحيازة لكي يلقي عبء إثبات العكس على الخصم مدعى الحق ، وحسب الحائز إثبات أعمال السيطرة المادية على الشيء كى يفترض أن حيازته قانونية ، ومتى افترضت الحيازة القانونية قامت قرينة على الحق .

والحيازة تعتبر حماية للحق ذاته وهي مقدمة لحماية حق الملكية ، فمن خلالها نستطيع التعرف على الحق ونحميه ، فهي خط الدفاع الأول عن الحقوق ذاتها ، فقد يرى صاحب الحق التمسك بالحيازة للدفع عن حقه لسهولة الإثبات فيها ، وقد يقنع في النهاية بتلك الحماية إذا لم يحتج إلى وسائل أخرى للدفاع عن حقه ، وهي بذلك تعتبر حماية غير مباشرة للحق ذاته .

وإذا كانت الحيازة لا تستند إلى حق فإن القانون يحميها لذاها كواقعة مادية دون النظر إلى أصل الحق ، فمن يظهر في عالم الواقع على العين كصاحب حق يكون جديراً بحماية القانون استقراراً للأوضاع الاجتماعية المنتهكة في المحافظة على الأمن والسلام الاجتماعي وهي بذلك تؤدي إلى نشوء مركز قانوني يستحق الحماية بصرف النظر عن أصل الحق .

والحيازة باعتبارها ممارسة فعلية للحق ، لكون العين في حوزة أحد الأشخاص ، فهو بالحيازة يستغلها استغلالاً اقتصادياً يعود على المجتمع بالنفع العام ، فمن يجوز عيناً ويجعلها منتجة يساهم بدور فعال في خدمة الاقتصاد القومي بما يعود بالنفع على الكافة .

ووفقاً للاعتبارات السابقة يولى المشرع الحيازة عناية خاصة بتنظيم كيفية اكتسابها وآثارها القانونية ، كما يفرد لها حماية خاصة بما بغية درء الاعتداء الواقع عليها بصرف النظر عن أصل الحق ، فالقانون يحميها لذاها من منطلق المحافظة على السلام الاجتماعي ، وباعتبار أن من يظهر في عالم الواقع كحائز للشيء يستحق حماية القانون دون البحث عن أصل الحق ، إلى أن يثبت العكس .

ومن منطلق الاعتبارات السابقة كان الإختيار لموضوع الحيازة بصفة عامة وللحيازة في العقار بصفة خاصة ليكون عنوان الرسالة " الحيازة في العقار " لما للعقار من أهمية خاصة لدى الإنسان ولكثرة الأثرعة المتعلقة به أمام المحاكم ، إذ لا يخلو يوم من نزاع بين شخصين على حيازة عقار ، هذا يدافع عن حق له على العين ، وآخر يدعى حقاً له على ذات العين ، سواء كان المدعى محقاً أو غير محق في دعواه .
فبقدر مطمع الانسان في العقارات تكون مطامعه في حيازتها اذ يفرز الواقع العملي كل يوم وسائل تعدّ على حيازة الغير ، بحق وبدون حق ، أملاً في الفوز بأكبر قدر من حيازة العقارات ، ثماً يؤدي إلى كثرة أنزعة الحيازة أمام المحاكم .

وقد تفتشت في الآونة الأخيرة أنزعة الحيازة العقارية أمام المحاكم بظهور عصابات اغتصاب الأراضي ، وساعد على عمليات الاغتصاب أزمة الاسكان ، إذ تخصص بعض ضعاف النفوس في التحليل على أحكام القانون وخلق نزاع على عقار للغير ، ثم يلجئون إلى المحاكم للحصول على دليل يقوى موقفهم في الاستيلاء على عقارات الغير ، بتلفيق أدلة الإثبات التي تعينهم على تحقيق مراميهم الباطلة أملاً في الكسب غير المشروع على حساب الغير .

ورغم كثرة الدراسات التي تناولت الحيازة وحميتها بصفة عامة ، لم تكن حيازة العقار محلاً لدراسة متكاملة تجمع شتات بنياهما ، فعالية الدراسات التي تعالج موضوع الحيازة تجمع ما بين دراسة حيازة العقار وبين حيازة المنقول دون أفراد دراسة مستفيضة للأولى ، كما أن معالجة حماية الحيازة تقتصر من الناحية المدنية على دعاوى الحيازة ودور النيابة العامة ومن الناحية الجنائية تدور أغلب الدراسات حول حماية المنقول مع إشارات مقتضبة لحماية الحيازة في العقار ، رغم أهمية الدراسة المتكاملة لموضوع الحيازة في العقار .

وانطلاقاً من أهمية الحيازة العقارية ، تتناول هذا الموضوع آملين في الله أن نضيف شيئاً جديداً إلى المكتبة القانونية يعين كل باحث مشغول بالقانون .

وتناول الحيازة في العقار لا يقف عند حد تناول الآثار التقليدية للحيازة المتمثلة في كسب الحائز للحق العيني العقارى وكسب الثمار ، وإنما نحاول البحث عن آثار أخرى للحيازة من كونها تعفى الحائز من الإثبات ، وتنشئ مركزاً قانونياً جديراً بالحماية لذاته دون النظر إلى أصل الحق .

ويصدد دراسة حماية الحيازة لا نفق عند حد تناول حميتها التقليدية المتمثلة في دعاوى الحيازة وتجريم التعدي بالقوة على حيازة الغير الواردة في قانون العقوبات ، وإنما يشمل البحث عن وسائل حماية أخرى لها ولو كانت حماية غير مباشرة ، وهذا يقتضى بحث دور دعاوى الحق العيني ودعوى الاسترداد والتنفيذ العيني ودعوى ضمان التعرض في حماية الحيازة العقارية .

كما أن من ناحية الحماية الجنائية نحاول معرفة مدى جواز استخدام الحائز للقوة للدفاع عن

حيازته المعتدى عليها ، استناداً إلى حق الدفاع الشرعي المقرر في قانون العقوبات للدفاع عن النفس والمال ، والحماية الجنائية للحيازة العقارية توجب تأصيل مدى جواز انطباق عقوبة النصب على من يعتدى على حيازة الغير ، أملاً في تضييق الخناق على من يمتثلون لسلب حيازة الغير .

وبصدد تناول موضوع الحيازة العقارية لا تقتصر الدراسة على حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد ، وإنما سنعرض لمدى حماية المشرع لحيازة العقارات المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة ، سواء الحماية المدنية أو الجنائية ، بالإضافة إلى تناول مدى حماية حيازة تلك الأشخاص بالطريق الإداري .

وفي النهاية نتناول دور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية باعتبارها حماية سريعة ومؤقتة لحيازة العقارات ، ثم تقييم مدى فاعلية هذا الدور في ظل التنظيم الحالي لدور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية .

وتناول موضوع الحيازة العقارية لا يقتصر على تناول القانون المصري ، وإنما يتم التعرض لبعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون الألماني والسويسري وتشريعات بعض الدول الأخرى ، وبصدد المقارنة لا نتبع أسلوب دراسة النقطة في التشريع المصري ثم دراستها في التشريع الفرنسي ثم دراستها في التشريع الألماني أو السويسري ، وإنما تتم معالجة النقطة تحت عنوان واحد في كافة التشريعات التي سنعرض لها في البحث ، لكي تكون أقرب إلى الفهم ، ولا نتعرض لأسلوب دراسة الموضوع في كل تشريع على حدة إلا إذا اقتضى ذلك البحث في بعض المواضع ، إذا وجد تباين واضح بين موقف التشريع المصري وبين موقف التشريع المقارن .

خطة البحث :

وموضوع لرسالة سوف يقتصر على دراسة الحيازة في العقار دراسة مقارنة ، وقد سلكتنا في دراسة الموضوع خطة تعتمد على باب تمهيدى ، ثم تقسمه إلى قسمين وكل قسم يضم بعضاً من الأبواب على النحو الآتى :

باب تمهيدى

نطاق الحيازة العقارية من حيث الحقوق .

القسم الأول

مضمون الحيازة العقارية وآثارها

الباب الأول

مضمون الحيازة العقارية

الفصل الأول : ماهية الحيازة العقارية وأركانها :

المبحث الأول : تعريف الحيازة العقارية ومحملها .

المبحث الثاني : أركان الحيازة العقارية .

المبحث الثالث : الحيازة العرضية في العقار .

الفصل الثاني : شروط الحيازة العقارية :

المبحث الأول : الشروط المتعلقة بالركن المادى .

المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بالركن المعنوى .

الفصل الثالث : انتقال وزوال الحيازة العقارية :

المبحث الأول : انتقال الحيازة العقارية .

المبحث الثاني : زوال الحيازة العقارية .

الباب الثاني

آثار الحيازة العقارية

الفصل الأول : كسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم :

المبحث الأول : ماهية التقادم ونطاقه .

المبحث الثاني : أثر النوضع الشخصى للحائز على مدة التقادم .

المبحث الثالث : الأحكام العامة للتقادم المكتسب في العقار .

المبحث الرابع : أثر تعدد أنظمة الشهر على الحيازة المكتسبة للملكية العقارية .

الفصل الثاني : كسب للحائز للثمار .

الفصل الثالث : الإعفاء من الإثبات :

المبحث الأول : إعفاء الحائز من إثبات قانونية الحيازة

المبحث الثاني : إعفاء الحائز من إثبات الحق .

الفصل الرابع : نشوء مركز قانونى محمى لذاته بواسطة القانون .

المبحث الأول : نشوء مركز قانونى واقعى .

المبحث الثاني : حماية الحيازة العقارية لئلا تهاجم .

القسم الثاني

حماية الحيازة في العقار

الباب الأول

أسباب وتطور ونطاق حماية الحيازة في العقار

الفصل الأول : أسباب وتطور ونطاق حماية الحيازة في العقار :

المبحث الأول : أسباب حماية الحيازة العقارية :

أولاً : المصلحة الاجتماعية .

ثانياً : المصلحة الخاصة .

ثالثاً : المصلحة الاقتصادية .

المبحث الثاني : خصائص حماية الحيازة في العقار

المبحث الثالث : تطور حماية الحيازة العقارية :

أولاً : حماية الحيازة العقارية في التشريع الروماني .

ثانياً : حماية الحيازة العقارية في القانون الفرنسي .

ثالثاً : حماية الحيازة العقارية في القانون المصري .

المبحث الرابع : نطاق حماية الحيازة العقارية :

أولاً : نطاق الحماية من حيث طبيعة وصفة العقار .

ثانياً : نطاق الحماية من حيث الحقوق .

الفصل الثاني : مضمون الحيازة العقارية محل الحماية :

المبحث الأول : مضمون الحيازة محل الحماية المدنية .

المبحث الثاني : مضمون الحيازة محل الحماية الجنائية .

الباب الثاني

حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد

الفصل الأول : الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد :

المبحث الأول : دعاوى الحيازة .

المبحث الثاني : دعاوى الحق العيني .

المبحث الثالث : دعوى الاسترداد .

المبحث الرابع : دعوى ضمان التعرض .

المبحث الخامس : التنفيذ العيني .

الفصل الثاني : الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد :

المبحث الأول : تجريم التعدي على حيازة الغير .

المبحث الثاني : حماية الحيازة العقارية بالقوة .

المبحث الثالث : تجريم التعدي على الحيازة العقارية بالنصب .

الباب الثالث

حماية حيازة العقارات المملوكة للدولة

الفصل الأول : الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة :

المبحث الأول : قواعد الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة .

المبحث الثاني : وسائل الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة .

الفصل الثاني : الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للدولة :

المبحث الأول : مفهوم العقارات العامة في القانون الجنائي .

المبحث الثاني : تجريم التعدي على العقارات العامة بواسطة موظف عام .

المبحث الثالث : تجريم التعدي على العقارات العامة بواسطة فرد عادي .

الفصل الثالث : الحماية الإدارية لحيازة عقارات الدولة :

المبحث الأول : المقصود بالحماية الإدارية ومبرراتها .

المبحث الثاني : شروط الحماية الإدارية لحيازة العقارات العامة .

الباب الرابع

دور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية

الفصل الأول : تطور دور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية :

المبحث الأول : المرحلة السابقة على قاضي الحيازة .

المبحث الثاني : مرحلة قاضي الحيازة .

الفصل الثاني : التنظيم الحالي لدور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية

المبحث الأول : التنظيم الحالي لدور النيابة العامة .

المبحث الثاني : الرقابة على قرارات النيابة العامة الصادرة في الحيازة .

المبحث الثالث : تقييم الدور الحالي للنيابة العامة في حماية الحيازة العقارية .

باب تمهيدى

نطاق الحيابة العقارية من حيث الحقوق :

يقصد بنطاق الحيابة العقارية تحديد الحقوق التى ترد عليها الحيابة وبالتالى تكتسب بالتقادم . ونطاق الحيابة من حيث كونها مصدراً للحقوق العينية العقارية ، مر بتطورات ومراحل عديدة ، بدأ بالقانون الرومانى ، ثم القانون الفرنسى القديم ثم انتهاء بالتشريعات الحديثة . ومن ثم يكون استعراض نطاق الحيابة العقارية على النحو الآتى :

١ - فى القانون الرومانى :

كانت النظرة الرومانية إلى الحيابة نظرة مادية بحتة ، حيث كانوا يرون أن الحيابة لا ترد الا على الأشياء المادية ولم يفهموها الا فى نطاق الملكية التامة ، حيث كانت تتمثل لديهم فى السيطرة المادية على الشئ المادى بواسطة الحائز كما لو كان مالكا للشئ ، بحيث يستطيع الحائز أن يمارس على هذا الشئ جميع المكناات التى يخولها حق الملكية ، فله أن يستعمله أو يهلكه أو يتصرف فيه كما لك له . وكان المفهوم السائد لديهم أن حيابة الشئ المادى تعنى حيابة حق الملكية ذاته ، وكان هذا المفهوم نتيجة للخلط بين حق الملكية والشئ ذاته ، حيث كان يعتبرون حق الملكية مالا مادياً ، وهو الوحيد الذى يمكن أن ترد عليه الحيابة ، وهكذا كانت الحيابة لدى العهد الأول للقانون الرومانى ، لا ترد الا على شئ مادى ولم تكن تمتد لديهم لتشمل أى حقوق أخرى ، وسمى هذا النوع من الحيابة باسم *possessio rei , cororis possessio* ^(١)

ولكن القانون الرومانى لم يقف عند هذا المفهوم المادى للحيابة بل خضع لسنة التطور ، واعترف بأن الحيابة يمكن أن ترد على حقوق أخرى غير حق الملكية ، حيث أقروا حيابة حق الارتفاق والانتفاع ولكن نظرتهم المادية للحيابة أبت أن يطلقوا على هذا النوع الجديد اسم الحيابة الذى كان مقصوراً على الحيابة المادية بل ابتدعوا له اسماً آخر حيث نعتوه باسم شبه الحيابة أو شبهه

(1) Jean-Mare Trigeaud , la possessoin des biens immobiliers. , Nature et fondement , 1981, Paris ,N.231, P. 235 .

د . عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - الجزء التاسع - أسباب كسب الملكية طبعة ١٩٦٨ - الناشر دار النهضة العربية ٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة - بند ٢٥٢ ص ٧٨٦ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - الطبعة الثانية ١٩٦٤ - الناشر شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابلى الحلبي بند ٣٤٣ ص ٥٢٠ هـ (١) ، د محمد على عرفه - شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثانى - أسباب كسب الملكية - طبعة ١٩٥٥ - مطبعة جامعة القاهرة - بند ٧٣ ص ١١٩ .

وضع اليد *possessio Juris,quase Possessio* تمييزاً له عن الحيازة المادية ^(١) . وهكذا أقر القانون الروماني حيازة حقوق الارتفاق والانتفاع بجانب حق الملكية وهذا الإقرار يمثل خطوة على طريق تطور نطاق الحيازة عموماً .

وقد كان شبه الحيازة لدى الرومان يكتسب بالتقادم القائم على أساس الحيازة ، وشروط الحيازة بالنسبة لتلك الحقوق الأخرى هي نفس الشروط المطلوب توافرها لدى حيازة حق الملكية ، حيث كان يستلزم أن تستمر حيازة الارتفاق المدة المحددة بواسطة القانون وهي عشر سنوات أو عشرون سنة ، على حسب ما إذا كان المالك والحائز يقيمان في مكان واحد أو في مكانين مختلفين ، وكان اكتساب حق الارتفاق بالتقادم لا يستلزم حسن النية والسبب الصحيح ، بل كل ما كان يتطلبه القانون الروماني هو أن تكون الحيازة خالية من العيوب مثل الخفاء والإكراه والعرضية ، وكان يشترط أيضاً ألا تكون الحيازة قائمة على سبيل التسامح حيث كان العمل القائم على أساس التسامح لا يؤدي إلى اكتساب حق الارتفاق ^(٢) . ولم يترك الرومان شبه الحيازة مجرداً من كل حماية بل قرروا لها الحماية بواسطة الأوامر البريتورية ، وقد قامت هذه الحماية على ضرورات عملية كي لا يضطر المنتفع أو صاحب الارتفاق للجوء إلى المالك لدفع الاعتداء الواقع على حقه ، وزيادة على ذلك فقد منح البريتور صاحب حق الارتفاق العيني والزراعي أمراً يحمي حق المرور بصفة خاصة ومنحه أوامر وضع اليد الخاصة باستيلاء واسترداد الحيازة باعتبار أن صاحب حق الارتفاق واضع يد بالنسبة للارتفاق ^(٣) .

وهكذا أعلن الرومان منذ العصور القديمة أن حيازة الأشياء المعنوية موجودة بالتوازي مع حيازة الأشياء المادية حيث تمثل الحيازة المادية في حيازة حق الملكية ، أما شبه الحيازة أو حيازة الأشياء المعنوية تتمثل في حيازة أي حق عيني آخر غير حق الملكية مع قصد ممارسة هذا الحق ، وأن العنصر المادي المميز لشبه الحيازة يكون ممارسة حق عيني مستقل ومشتق من حق الملكية ، والعنصر المعنوي يتمثل في إرادة هذه الممارسة ^(٤) .

٢. - في القانون الفرنسي :

ومن القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم حيث جار فقهاء القانون الفرنسي القديم فقهاء

(١) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى ، - القانون الروماني - طبعة ١٩٥٠ م - دار النيل للطباعة -

بند ٣٥٠ ص ٢٦٧ ، د . محمد علي عرفه ج ٢ - بند ٧٣ ص ١١٩ .

(٢) د . عبد المنعم البدر اوى ، د . عبد المنعم بدر - القانون الروماني - بند ٥٢١ ص ٣٩٢ .

Trigeaud , la possession.,N.236,P.238 .

(٣) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى ، - القانون الروماني - بند ٥٢٩ ص ٣٩٥ - ٣٩٦ .

(4) Trigeaud , la possession.,N.236,P.238.

ون الروماني في التمييز بين الحيازة وشبه الحيازة ، حيث قرروا أن حيازة الأشياء المادية Possession تشير إلى حيازة حق الملكية والذي كان يختلط مع الشيء المادى موضوعه ، وأن شبه الحيازة Possessio juris, quasi Possesio تكون حيازة لأى حق عيني آخر مشتق من حق الملكية ، وأن أية حق عيني غير حق الملكية يكون بممارسة هذا الحق والانتفاع به فهم استخدموا لفظ Exarcices jouisa للإشارة إلى ممارسة حق مستقل عن حق الملكية ومباشراً إلى الأعمال المادية لركن المادى المكونة لحيازة الحق شبه الحيازة (١) .

أما في القانون المدنى الفرنسى الحالى فعند وضع المشروع التمهيدي له قلد ما جرى عليه فقهاء ون القديم في التمييز بين الحيازة وشبه الحيازة حيث قرر أن " الحيازة هى الإحراز لشيء أو لحق ه بسلطتنا " ، غير أنه تم حذف لفظ " Puissance " ووضع محله لفظ " jouissance " الذى مستخدماً بواسطة بواتيه ليحمل معنى لفظ ممارسة exercice (٢) . وهكذا ورد تعريف الحيازة في ٢٢٢٨ بقول لها أن " الحيازة هى الإحراز أو الانتفاع بشيء أو بحق تحوزه . بواسطة أنفسنا أو طة الغير الذى يحوزه أو يمارسه لحسابنا " .

ووفقاً للتعريف الوارد في المادة (٢٢٢٨) نجد أن المشرع الفرنسى ألقى التمييز بين الحيازة وشبه حيازة ولا توجد إلا حيازة موحدة ، حيث أن الحيازة المادية تعنى حيازة حق الملكية ، والحيازة المعنوية تعنى أية حق عيني آخر غير حق الملكية ، ومن ثم فلا تكون الحيازة سوى حيازة حق عيني ، والشروط ركان المستوجبة تكون بعينها العنصر المادى والعنصر المعنوى ، مع ملاحظة الاختلاف في نطاق كل على حدة ، فالحيازة إذن تؤدي إلى كسب حق الملكية وكذلك تكسب حق الارتفاق إذا كان ظاهرهما مرأ لأنه يمثل سلطة استعمال جزء من عقار الغير وتكسب أيضاً حق الانتفاع العقارى وحق تعامل وحق الحكر وحق السكنى (٣) .

٣- القانون المصرى :

القانون الفرنسى إلى القانون المصرى حيث تبدو الحيازة كسيطرة فعلية على شيء مادى

(1) Trigeaud , la possession.,N.246,P.246 .

(2) Trigeaud , la possession.,N.248,P.247.

(3) Larroumet Christion, droit civil, les biens et droit reals principaux , Tome II, éd. N.59,P.49. ; Trigeaud , la possession.,N.248,P.247,N , 250 .P. 248 . N. 252, P.250, N.255, P.252,N.269- 279,P.264,P.267.

معين، ومن ثم فهي لا ترد إلا على الأشياء المادية^(١)، ولا تقتصر الحيازة على حق الملكية فقط بل تشمل حق الارتفاق الظاهر، وحق الانتفاع وحق السكنى وحق الاستعمال .

وإذا كانت الحيازة العقارية تتحقق بالنسبة للحقوق العينية العقارية، فهل هي مقصورة على الحقوق العينية الأصلية أم تشمل الحقوق العينية التبعية؟ إن أول ما يجب ملاحظته بالنسبة للحقوق العينية التبعية أن حق الرهن الرسمي والاختصاص وحقوق الامتياز غير قابلة للحيازة لأن هذه الحقوق لا تتضمن انتقال حيازة العقار المقرر عليه أى من هذه الحقوق إلى حيازة صاحب الحق^(٢)، وبالتالي فهي تخرج من نطاق الحيازة وأن ما يتبقى منها هو حق الرهن الحيازي العقارى .

ذهب نفر من أهل الفقه إلى القول بأن الحيازة لا تتحقق إلا بالنسبة للحقوق العينية الأصلية فقط دون الحقوق العينية التبعية لأن الأخيرة لا توجد إلا كضمان لدين، ومن ثم لا ترد الحيازة على حق ره الحيازة العقارى، وأن بقاء العقار المرهون حيازياً تحت يد الدائن المرهّن لا يقصد منه سوى الاحتجاج به على الغير ولا تكون له الحيازة الحقيقية بل هو مجرد حائز عرضى للعقار المرهون . ويضيفون إلى ذلك حجة شكلية أخرى مفادها أن المشرع تكلم عن الحيازة في القسم المتعلق بالحقوق العينية الأصلية، ولم ثم يكون مجال الحيازة مقصوراً على الحقوق العينية الأصلية دون التبعية^(٣) .

غير أن رأى الراجح لدى عموم أهل الفقه، يرى أن الحيازة إذا كانت مصدراً للحقوق العينية العقارية فهي ليست مقصورة على الحقوق العينية الأصلية بل تمتد إلى الحقوق العينية التبعية، التي تستلزم أو تقتضى حيازة الدائن المرهّن للعقار المرهون كما في الرهن الحيازي^(٤) .

(١) د . محمد لبيب شنب - موجز الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٨٨ - الناشر دار النهضة العربية -

القاهرة بند ١٢٧ ص ١٣٠، د . عبد المنعم البدر اوى - شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية

- الطبعة الأولى - ١٩٥٤ مطابع دار الكتاب العربى بمصر - بند ٤٧٨ ص ٤٨٩، بند ٤٩١ ص ٥١١ .

(٢) د . السنهورى - ج ٩ - بند ٢٥٢ ص ٧٨٧ هـ (٢) .

(٣) د . محمد على عرفه - ج ٢ بند ٧٤ ص ١٢٥ .

in Chevallier et Louis Bach droit civil, introduction à l'étude du droit, les personnes physiques, la famille, les biens, les obligations, les sûretés, éd. 9, 1986, édition

sy, N. I, P. 327.

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٥٠٢، بند ٤٩٢ ص ٥١٠،

د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٣ ص ٥٢٣، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء

نية كسبب لكسب الملكية - دراسة فقهية قضائية مقارنة فى ضوء نظام السجل العينى المصرى - الطبعة الأولى

- ١٩٩٤ - الناشر دار النهضة العربية ص ٨٢، د . حسن كيرد - الموجز فى أحكام القانون المدنى -

الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - طبعة ١٩٧٥ - الناشر منشأة المعارف الاسكندرية - بند ١

ص ٤٣٦، د . محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - الحقوق العينية الأصلية الجزء الرابع -

أسباب كسب الملكية - الحيازة والتقدم طبعة ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة - بند ١٥ ص ١٥ .

igeaud, la possession, N. 273, P. 267, S; Iarroumet, II, N. 59, P. 49.; Alex Weill, droit

il, les biens, Tome, II, éd. 2, 1974, Dalloz, N. 365, P. 323.

فالرهن الحيازي يقتضى انتقال حيازة العقار المرهون من المدين الراهن إلى يد الدائن المرتهن ، فهو ك يجوز بقصد استعمال حق عيني على العقار ، ومن ثم إذا كان الرهن صادراً من غير مالك العقار طاع الدائن المرتهن اكتساب حق الرهن بالتقدم^(١) الطويل أو القصير ، أضف إلى ذلك أن المشرع عبر المادة (١/٩٦٨) بكلمة "حق" وهذه الكلمة تتسع لتشمل النوعين من الحقوق^(٢) الأصلية والتبعية ما ، منها يقتضى حيازة العقار المرهون .

ووفقاً لما تقدم نجد أن نطاق الحيازة العقارية في القانون المدنى الفرنسى ، والقانون المدنى المصرى سر على الحقوق العينية العقارية الأصلية بصفة عامة والتبعية ما كان يقبل الحيازة كرهن الحيازة ارى .

وإذا كانت الحيازة مسلماً بورودها على الحقوق العينية فهى لا ترد على الحقوق الشخصية ، ق الشخصى لا يقبل الحيازة ولو كان محله التزاماً بتسليم عقار إلى الدائن ، لأنه يقوم على مجرد علاقة ية بين المدين والدائن ، وهو لا يخول للدائن سوى مجرد السيطرة المادية على العقار^(٣) ، وتحدد قة بين الدائن والمدين بناء على العقد المبرم بينهما فالمستأجر والمزارع لا يعتبر أى منهما حائزاً قانونياً هو مجرد حائز عرضى .

وإذا كان القانون قد أعطى للحائز العرضى دعوى استرداد الحيازة فليس الهدف منها حماية ازة بل هى دعوى من دعاوى الأمن العام لحفظ السلام الاجتماعى ، وكذلك ما منحه للمستأجر من ، فى استخدام جميع دعاوى الحيازة فما ذلك الا لما للمستأجر من مركز خاص بين سائر الحائزين ضيين وهو استثناء من الأصل العام^(٤) ، لا يقاس عليه ولا يعنى منح الحائز العرضى دعوى استرداد

، (٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية- بند ٣٤٣ ص ٥٢٣ ، د . حسن كيره - الحقوق العينية بلية - بند ٢٥١ ص ٤٣٦ .
Trigeaud , la possessoin..N.276,P.26
د.جيد المنعم فرج الصده - حق الملكية- بند ٣٤٣ ص ٥٢١ : ٥٢٢ ، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية ٤٣٤ ٢٥١ . د. محمود جمال الدين ذكى - دروس فى الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٧٦ - الناشر دار نة العربية - القاهرة - بند ٢٨٣ ص ٥٠١ .

Aubry et Rau , Droit civil Francais , Saptième , Edition par Paul Esmein, II, 1961, N . 178 , P. 118 ; Mourlon(M.Frédéric) , Répétitions écrites sur code civil , Tome Troisième , 1883, Paris , N . 1760, P. 843 .

د . محمد على عرفه - ج ٢ بند ٤٧ ص ١٢٥ ، د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٢ .

ذا كان الرأى الراجح يذهب إلى القول بأن الحيازة لا ترد الا على الحقوق العينية الا أن هناك من يذهب إلى ، بجواز حيازة بعض الحقوق الشخصية ، فالمستأجر والمستعير والمزارع والمودع لديه لهم حيازة الشئ ، الا ان حيازتهم عارضة لا تكسبهم الملكية أو أى حق عيني على الشئ ما لم يتغير وضع يدهم . محمد لطيف - الحيازة وأثارها فى التقنين المدنى المصرى - طبعة ١٩٥١ - النشرة القانونية لمحكمة =

الحيازة والمستأجر جميع دعاوى الحيازة ، أن الحيازة العقارية ترد على الحق الشخصي ، بل هو مجرد واضح يد لا يجوز له اكتساب الحق بالتقادم .

وإذا كان تطور نظام الحيازة العقارية في القانون المصري والفرنسي يقف عند حد ورود الحيازة على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية ، فإن هذا النطاق يتسع ليبلغ أقصى مدى له في التشريعات الجرمانية ، فنجد أن التشريع المدني الألماني (م ٨٦٨) والقانون المدني السويسري (م ٩٢٠) تحت تأثير الفهم المادي للحيازة يوسع نطاقها ليشمل الحقوق الشخصية دون قصرها على الحقوق العينية ، فالمستأجر يعتبر حائزاً لحق شخصي على العين المؤجرة ، وقد رتب هذه التشريعات النتيجة المنطقية على هذا المفهوم الموسع للحيازة بحماية الحائز العرضي بجميع دعاوى الحيازة^(١) .

وخلاصة القول : أن نطاق الحيازة العقارية في القانون المدني المصري والفرنسي يشمل الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الارتفاق الظاهر وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وكذلك الحقوق العينية التبعية ما كان يقبل الحيازة كالرهن الحيازي . وهذا النطاق يبدو قاصراً عن شمول الحقوق الشخصية ، فالمستأجر لا يعتبر حائزاً قانونياً بل هو مجرد حائز عرضي .

أما مجال الحيازة العقارية فإنه يتسع لينفتح أمام الحقوق الشخصية في التشريعات الجرمانية والتي تأخذ بالنظرية المادية كالتشريع الألماني والسويسري ، حيث يعتبر المستأجر حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الاجار على العين المؤجرة .

= الاسكندرية الابتدائية - بند ٤ - ص ٤ ، التقادم المكسب والنسقط - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - الناشر مطابع دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - بند ٢٤٨ ص ١٩٩ ، وكحق الدائن في حجز ماله من ديون في ذمة الآخرين وهو يملك حيازته المتمثلة في الحجز د . حامد مصطفى - الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية - طبعة ٦٤ - معيد الدراسات العربية - بند ٣٢٩ ص ٣٠٨ .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٥٢ ص ٧٨٨ - ٧٨٩ ، بند ٢٦٧ ص ٨١٣ هـ (٢) ، د . محمد علي عرفه ج ٢ بند ٧٣ ص ١٢١ .
Alex Will, droit civil .II.N. 371 .P. 327-328 .

القسم الأول

مضمون الحيابة العقارية وأثارها

الباب الأول : مضمون الحيابة العقارية

الباب الثمانى : آثار الحيابة العقارية

الباب الأول

مضمون الحيابة العقارية

لتحديد مضمون الحيابة العقارية يجب تحديد ماهية الحيابة العقارية بتعريفها وتحديد أركانها ، واغل الذى ترد عليه ، والشروط الواجب توافرها لكى تنتج آثارها . كما يلزم التمييز بين الحيابة القانونية والحيابة العرضية والفارق بين النوعين من الحيابة ، لما يترتب على ذلك من آثار من ناحية ترتيب الحيابة لآثارها ، أو من ناحية الحماية المقررة لكل نوع منهما .

كما يجب استعراض انتقال الحيابة من حائز إلى آخر وكيفية الانتقال ثم الانتهاء باستعراض أسباب زوال الحيابة وأثره .

وبناء على ما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : ماهية الحيابة العقارية وأركانها .

الفصل الثانى : شروط الحيابة العقارية .

الفصل الثالث : انتقال وزوال الحيابة العقارية .

مادده ۱۰۱ قوانین و مقررات

این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد. این قانون از تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱
ماده ۱۰۱ - این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد. این قانون از تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱
ماده ۱۰۱ - این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد. این قانون از تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱

ماده ۱۰۱ - این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد. این قانون از تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱
ماده ۱۰۱ - این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد. این قانون از تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱

- ۱- این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد.
- ۲- این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد.
- ۳- این قانون در تاریخ ۱۳۸۸/۰۳/۰۱ تصویب شد.

الفصل الأول

ماهية الحيابة العقارية وأركانها

بيان ماهية الحيابة العقارية يقتضى تعريفها لتحديد مفهومها الصحيح الخاص بها ، وبيان محل هذا النوع من الحيابة ، ثم بيان أركان الحيابة العقارية ، الركن المادى . والركن المعنوى ، ثم تحديد مفهوم الحيابة العرضية فى العقار ، وتحديد مدى صلتها بالحيابة القانونية . ومن ثم يقسم هذا الفصل إلى :

- المبحث الأول : تعريف الحيابة العقارية ومحلها .
- المبحث الثانى : أركان الحيابة العقارية .
- المبحث الثالث : الحيابة العرضية فى العقار .

المبحث الأول

تعريف الحيابة العقارية ومحلها

تعريف الحيابة العقارية يقتضى استعراض التعريفات التى قبلت بصدد تعريف الحيابة بوجه عام ، ثم استخلاص تعريف خاص بالحيابة العقارية ثم العرض لتحديد محل الحيابة العقارية بتحديد العقارات التى يمكن أن ترد عليها هذه الحيابة ، بالنظر إلى أن الحيابة لا ترد على جميع العقارات وإنما ترد على البعض دون البعض الآخر .

ومن ثم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : تعريف الحيابة العقارية .

المطلب الثانى : محل الحيابة العقارية .

المطلب الأول

تعريف الحيابة العقارية

تعريف الحيابة بصفة عامة يتضمن ثلاثة أنواع من التعاريف ، الأول اللغوى ويعنى بيان أصل كلمة حيابة فى اللغة ، والثانى التعريف التشريعى باستعراض التعريفات التى وردت فى بعض القوانين المدنية بنصوص صريحة ، والثالث التعريف الفقهى وينطوى على بيان التعريفات التى أدلى بها الفقه بصدد تعريف الحيابة ، ثم الانتهاء باستخلاص تعريف خاص بالحيابة العقارية .

أولاً : التعريف اللغوى للحيابة العقارية :

كلمة " حيابة " مصدر الفعل " حاز " وهو يعنى الضم والملك ، فيقال حاز فلان لشيء واحتازه لنفسه ، أى ضمه وأملكه . وكلمة الحوز ، تعنى الملك ، والملك فى الأرضين ، ما يحتازه الإنسان لنفسه وبين حدوده ويقيم عليه الحواجز فلا يكون لأحد حق فيه . فالحيابة تعنى حيابة الرجل ما فى حوزته من مال أو عقار ، وحاز الزارع ما فى حوزته من أرض زراعية^(١) .

فالحيابة تعنى فى اللغة العربية ضم الشيء وامتلاكه ونسبه إلى حائز له يسيطر عليه ، وحيابة العقار تنصرف إلى ما يحوزه الإنسان لنفسه من عقارات وضمها إليه وامتلاكها .

وكلمة " حيابة " فى القانون الرومانى كانت تسمى Possessio وهذه الكلمة كانت تتكون من

(١) المعجم الوجيز - مجمع اللغة العربية - طبعة ١٤١٢ هجرية ، ١٩٩٢ ميلادية ص ١٧٧-١٧٨ .

مقطعين الأول Sedere وتعني الارتكاز ، والمقطع الثاني Pot وهذه مشتقة بدورها من كلمة Potestas وتعني السلطة أساس الملكية ^(١) . فالحيازة تعني في القانون الروماني السلطة التي يمارسها شخص على شيء كأساس لحق الملكية .

وفي العصور القديمة كانت الحيازة مختلطة بالملكية فكانت الحيازة تعني الملكية . وثبوت الملكية أو زوالها كان يتوقف على ثبوت أو زوال الحيازة ، فكان هناك تلازم حتمي بين الملكية والحيازة وما زال هذا الخلط سائداً في اللغة الدارجة بين عامة الناس ، فنجد بين عموم الناس القول بأن الحائز للعقار هو المالك له . وقد ساعد على الخلط بين الحيازة والملكية ، أن الحيازة تعطى الحائز سيطرة فعلية على الشيء تتشابه إلى حد بعيد مع ما تمنحه الملكية لصاحب الشيء ^(٢) ، ولكن بالرغم من تشابه سيطرة الحائز للشيء مع سيطرة المالك ، إلا أن الحيازة تختلف عن الملكية اختلافاً جوهرياً ، وقد نشأ هذا الاختلاف والتباين بين الحيازة والملكية منذ القانون الروماني ^(٣) ، وبذلك أصبح للحيازة نظرية مستقلة عن الملكية . وإذا كانت الحيازة في غالب الأحوال تتطابق مع الملكية ، إلا أن الأمر لا يسير على هذا المنوال في جميع الحالات ، فقد توجد الملكية لدى شخص ، ولكن الحيازة لنفس العقار تكون لشخص آخر يمارس عليه السيطرة الفعلية ، ومن ثم يكون هناك اختلاف بين المالك والحائز لعقار واحد .

والحيازة تختلف عن الملكية من عدة وجوه ، فالملكية تعني الحق ، وهي سلطة قانونية للشخص على الشيء ، وتقوم بمجرد النظر عن تكون له السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحيازة فهي واقعة مادية على الشيء ، وينظر إليها على هذا الأساس بصرف النظر عما إذا كان الحائز يستند إلى حق أم مجرد غاصب ، فبالرغم من أن الحيازة وسيلة استعمال الحق إلا أنها ليست دوماً متطابقة معه ^(٤) وتحقق الحيازة العقارية بمجرد وضع اليد على العقار مع قصد الحيازة ، وهذه الحيازة تعتبر مصدراً لكسب الحقوق العينية إذا استمرت المدة المحددة بواسطة القانون ^(٥) ، وتزول الحيازة بزوال أحد أركانها المادى أو المعنوى ، أو بزوال الركنين معاً ^(٦) ، أما الملكية فهي لا تزول عن المالك إلا

(١) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الروماني - بند ٣٤٧ ص ٢٦٤ .

(٢) د . عبد الفتاح عبد الباقي - دروس في الأموال - مطابع دار الكتاب العربي - بند ٢٨٦ ص ٣٩٦ - ٣٩٧ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١ .

(٣) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الروماني - بند ٣٤٧ ص ٢٦٥ .

(٤) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٣ ص ٥١٢ ، د . محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ٧٥ ص ١٢٥ .

Carbonnier (Jean), droit civil, III, les biens, N.41, P.138 ; Aubry et Rau, II, N.177, P.115.

(٥) المادة ٩٦٨ من القانون المدني المصري والمواد ٧١٢، ٢٢٦٢، ٢٢٦٥ من القانون المدني الفرنسي .

(٦) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٠ ص ٥١٩ .

بإرادته باستثناء حالة التقادم المكسب^(١) ، إذا ما حاز الغير العقار المدة القانونية اللازمة لكسب الحق .
وتختلف الحيازة عن الملكية من ناحية الحماية ، فقد هي المشرع الحيازة لذاها بصرف النظر عما
إذا كان الحائز يستند إلى حق أم مجرد غاصب حيث أجاز القانون للحائز ان يرفع دعاوى الحيازة الثلاث
استناداً إلى صفته كحائز للعقار^(٢) ، ولم يلق على كاهله عبء إثبات حقه في العقار الحاز ، أما الملكية فهي
محمية بدعاوى عينية يرفعها صاحب الحق مستنداً إلى حقه في الملكية وقد ألقى المشرع على كاهله عبء
إثبات ملكيته^(٣) ، إذا ما رفع احدى الدعوى العينية المقررة لحماية حق الملكية .

ثانياً : التعريف التشريعي للحيازة العقارية :

بصدد التعريف التشريعي للحيازة يوجد تباين في موقف التشريع المقارن ، فالبعض أورد تعريفاً
للحيازة بنص صريح ، والبعض الآخر آثر الصمت مكتفياً بإيراد آثارها تاركاً مهمة تعريفها للفقهاء ،
ونستعرض موقف بعض التشريعات التي عرّفت الحيازة بنصوص صريحة ، ومنها :

١ - القانون الفرنسى :

يعرف القانون الفرنسى الحيازة في المادة ٢٢٢٨ من القانون المدنى بقوله إن : " الحيازة وضع اليد أو
الانتفاع بشيء أو بحق تحرزه أو تمارسه بأنفسنا أو بواسطة الغير الذى يحرزه أو يمارسه باسمنا " . وقد تعرض
هذا التعريف لبعض الانتقادات من جانب بعض الفقهاء ، يقولهم أن هذا التعريف غير واضح وغير كاف
حيث اقتصر على القول : " بأن الحيازة هي وضع اليد أو الانتفاع بشيء ... " حيث أن كلمة وضع اليد
la détention لا تعنى الحيازة ، بل تشير إلى حاله مشابهة للحيازة ولكنها منفصلة ومتميزة عنها ، وهي
تسمى بالحيازة العرضية فعندما وصف الحيازة بالاحراز أو وضع اليد كان وصفاً غير منضبط ، حيث
خلط بين الحيازة والاحراز ، بالرغم من أن النوعين مختلفان في الفهم القانونى الفرنسى للحيازة ، فالحرز أو
واضع اليد لا يكون حائزاً بل هو مجرد حائز عرضى ولا يكتسب الحق الذى يمارسه بالتقادم والحيازة
بمفهومها الدقيق تكون أكثر من الانتفاع بشيء أو الحق^(٤) .

(١) د . مصطفى أحمد عبد الجواد- الحيازة بسوء نية ص ٢ .

(٢) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية بند ١٢٦ ص ١٢٨ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد -
الحيازة بسوء نية ص ٢ . Larroumet , droit civil , II , N . 57 , P. 48 .

(٣) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٧ ص ٢٦ ، بند ٢٩ ص ٢٨ ،
د . عبد المنعم النبراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٥ ص ٢٤٤ .

(4) Alain piédlièvre, droit de biens, Paris, 1977, N. 84, P. 97 . ; planiol, I, N. 2263, P. 699,
larroumet, droit civil, N. 78, P. 59 ; Planiol (Marcel) , Ripert (Georges) et picard
(Maurice) , Traité pratique de droit civil Français T.3, éd. 2, 1952, Paris, N.143 . P. 159 ; Colin
(Ambroise) et Captiant (Henri) , Cours élémentaire de droit civil Français , Tome Premier ,
dixième édition par Léon Julliot de la Morandière, 1942 Paris , N. 1082, P. 915 .

كما أن هذا التعريف لم يشر إلى عنصر جوهري من عناصر الحيازة وهو الركن المعنوي ، فهو إذاً تعريف غير كامل ، فقد أشار إلى الركن المادى بقوله : " الانتفاع بحق أو بشيء " ولم يقطع في مسألة الركن المعنوي بالرغم من أنه الركن الجوهري المميز للحيازة (١) .

وإذا كان تعريف المشرع الفرنسى للحيازة قد تعرّض للنقد إلا أن بعض أهل الفقه يدافع عن هذا التعريف بقولهم ، أن التعريف وإن لم يشر إلى الركن المعنوي للحيازة إلا أن هذا الركن مستلزم ضمناً بواسطة المادة (٢٢٢٨) ، وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع استوجب الركن المعنوي للحيازة في المادة (٢٢٢٩) حيث تطلب أن تكون الحيازة بصفة صاحب حق أو مالك ، ولم يجعل غياب القصد في الحيازة مجرد عيب بل عند غياب القصد تنفى كل فكرة للحيازة القانونية ، فالتفسير الصحيح لهذه المادة وبالرجوع إلى المواد الأخرى كالمواد (٢٢٣١) ، (٢٢٣٥) ، (٢٢٣٦) من القانون المدنى يفهم أن المادة لم تغفل هذا الركن الأساسى ولكن يفهم بطريقة التفسير (٢) .

٢ - القانون المدنى الألمانى والقانون المدنى السويسرى :

يعرف القانون المدنى الألمانى الحيازة في المادة ٨٥٤ بقوله " سلطة واقعية على شيء " . والقانون المدنى السويسرى في المادة ٩١٩ بقوله " سيطرة فعلية على الشيء " . والملاحظ على هذين التعريفين أنهما لم يشارا إلى الركن المعنوي للحيازة ، بل اقتصرنا على ذكر الركن المادى بقولهما إنه " سلطة واقعية " أو " سيطرة فعلية " ، ولم يكن إغفال الركن المعنوي في كلا التشريعين عن سهو ، ولكن هذه التعريفات تعكس سيطرة النظرية المادية للحيازة عليها ، حيث إن الحيازة في مفهوم هذين التشريعين تتجسد في العمل المادى المكون للركن المادى للحيازة ، وأن الركن المعنوي لا يتمثل في قصد ممارسة الحق بصفة صاحب حق ولكن يتمثل في إزادة الحيازة بصفة عامة سواء أكان الشخص يجوز لحساب نفسه أو لحساب الغير (٣) ، فكل حائز سواء بصفة صاحب حق ، أو لحساب الغير يتوافر لديه الركن المعنوي ، وبالتالي لم تر هذه التشريعات داعياً لذكر الركن المعنوي بصدد تعريف الحيازة .

٣ - القانون المدنى العراقى :

عرّف القانون المدنى العراقى الحيازة في المادة (١١٤٥) بقوله " الحيازة وضع مادى يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " .

(1) Troplong , Droit civil expliqué suivant de la prescription , Tome premier , Quatrième édition , 1857, Paris, N. 218, et S; Larroumet, droit civil, N. 78, P. 59 .

(2) Baudry et Tissier , Traité théorique et Pratique de droit civil , De la Prescription , éd.3 , 1905 , Paris , N, 197 - 199 , P.155 - 157 .

(3) Baudry et Tissier N. , 199 Quinquies, P. 161 .

وعيب على هذا التعريف أنه عرف الحيازة بقوله : " إنما وضع مادى " بالرغم من أن الحيازة لا تشير إلى الوضع المادى البحث بل الوضع المادى باستعمال الحقوق العينية ، أما الوضع المادى المجرد فلا يعنى الحيازة فلا يزيد عن كونه مجرد حبس للشيء^(١) ، لا ممارسة الحيازة عليه .
كما أن هذا التعريف وإن أبان الركن المادى إلا أنه أغفل الركن المعنوى ، فالحيازة لا يقتصر مفهومها على مجرد السيطرة على الشيء بواسطة الشخص نفسه أو بواسطة الغير ، بل لابد أن يكون الهدف من هذه السيطرة كسب حق عيني على العقار المحاز لا مجرد استعمال هذا الحق فقط .

٤ - القانون المدنى المصرى :

القانون المدنى المصرى من القوانين التى آثرت عدم ايراد تعريف للحيازة بنص صريح ، ملقياً هذه المهمة على عاتق الفقه ، فقد تكلم القانون المدنى السابق عن الحيازة فى المادة ٧٦ / ١٠٢ بقوله : " تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها ظاهراً بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح ، فإذا لم يوجد ذلك السبب لم تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشر سنة " ، فهو قد بدأ بإيراد آثار وضع اليد التى تتمثل فى كسب الملكية الحقوق العينية ثم أردف بعد ذلك صفات وضع اليد ، ولم يورد إشارة إلى ما هو المقصود بوضع اليد ، وبذلك خلا هذا التقنين من وضع تعريف للحيازة .

أما القانون المدنى المصرى الحالى فقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحمل رقم (١٣٩٨) يعرف الحيازة بقوله أن " الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " ، ثم عدت المذكرة الإيضاحية لهذا النص شروط الحيازة ذاكراً أن للحيازة بعد توافر شروطها عنصرين . عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق ، ثم أخذ هذا النص ينتقل من مرحلة إلى أخرى حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ وهنا نهاية المطاف ، حيث اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف بحجة أنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك ، وبعد مناقشات عديدة رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصيغة الفقهية^(٢) .

وهكذا نجد أن تعريف الحيازة الذى كان وارداً بالمشروع التمهيدى انتهى به المطاف إلى الحذف بمعرفة لجنة مجلس الشيوخ ، وبذلك يكون القانون المدنى المصرى خلا من تعريف للحيازة ، وحسناً فعل ،

(١) د . حامد مصطفى - الملكية العقارية فى العراق - مع مقارنة بالقانون المدنى العربى المصرى والسورى - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية ١٩٦٤ - معهد الدراسات العربية العالية - بند ٢٢٨ ص ٣٠٧ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٤٩ .

حيث إن التعريفات التشريعية تتسم بالثبات مما يجعلها عرضة للنقصد^(١) ، وإن مهمة المشرع ليست وضع التعريفات في نصوص صريحة بل هذه المهمة من صميم عمل الفقه وبذلك نأى عن انتقاد الفقه له ، لأن كل تعريف في القانون المدني " محفوف بالمخاطر " ^(٢) .

ثالثاً: التعريف الفقهي للحيازة العقارية :

سعى الفقه جاهداً لوضع تعريف للحيازة بإيضاح الأركان الأساسية ، وفي الفقه الفرنسي نجد بلانيول Planiol يقول بأن : " الحيازة حالة واقعية تكون بإحراز شيء بواسطة شخص بطريقة مانعة والقيام عليه بأعمال مادية من استعمال وانتفاع كما لو كان مالكة " ^(٣) ، ونجد بودرى وتسيه ينظران إليها من ناحية إحراز الشيء أو الانتفاع بحق ، ويعرفانها بقولهما : " إن الحيازة هي إحراز شيء أو الانتفاع بحق محرز أو غمارسه بأنفسنا أو بواسطة آخر محرز أو يمارسه باسمنا " ، فهي بالنسبة لهما تكون بإحراز الشيء أو الانتفاع بالحق بواسطة الحائز نفسه أو بواسطة الغير الذي يحرز الشيء أو يمارس الحق لحساب الحائز^(٤) ، ويقول لارومت Larroumet بأن " الحيازة وضع قانوني بموجبها يتصرف الشخص كمالك لحق عيني ويقصد أن يكون مالك هذا الحق وتنتج آثاراً قانونية هامة بشأن إثبات هذا الحق وبإمكانية اكتسابه بمرور الزمن^(٥) ، ويعرفها كاربونيه Carbonnier بأنها : " سلطة مادية أو سيطرة فعلية تمارس على شيء وهذه السلطة المادية قد تتطابق أو لا تتطابق مع الحق أو الملكية " ^(٦) .

وقد تصدى الفقه المصري بدوره لتعريف الحيازة ، حيث يعرفها د . عبد المنعم فرج الصده بقوله : " إن الحيازة سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية أو لحق عيني آخر " ^(٧) ، ود . عبد المنعم البدر اوى بقوله : " الحيازة هي سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء يستعمله بصفته مالكا له أو صاحب حق عليه ، سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند " ^(٨) ، ويعرفها د . محمد على عرفه بأنها : " سلطة فعلية

(١) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٤ .

(٢) د . عبد القادر مرزوق مجموعة المصطلحات القانونية " فرنسي - عربي " الناشر دار الفكر العربي

ص ٣٠٥ .

(٣) Planiol , I , N. 2263 ,P. 699 .

(٤) Baudry et Tissier , N. 194 - 195 , P. 153 - 1954 .

(٥) Larroumet , droit civil , N. 78 , P.60 .

(٦) Carbonnier ,III, N. 41 ,P. 139 .

(٧) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٠ ص ٥١٢ .

(٨) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٧٨ ص ٤٨٩ : حق الملكية - الملكية بوجه

عام وأسباب كسبها - طبعة ١٩٩٧ - مكتبة الجلاء بالمنصورة - بند ٣٢٣ ص ٤١٩ .

على شيء معين بنية الاستئثار به أو استعماله أو استغلاله لصالح الحائز " (١) .
وتجدد . السنهوري يقول بأن : " الحيازة وضع مادي ينتجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن " (٢) ، ويعرفها د . محمد لبيب بقوله :
" إن الحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص على شيء يجوز التعامل فيه سيطرة فعلية معتبراً نفسه صاحب الحق عليه " (٣) ويضيف د . حسن كيرة : " الحيازة سلطة فعلية لشخص من الأشخاص على شيء من الأشياء المادية بنية مباشرة أو اكتساب حق عيني عليه " (٤) ، ود . محمود جمال الدين ذكي يعرفها بأنها :
" السيطرة الفعلية على شيء يجوز التعامل فيه مع انصراف النية إلى استعمال حق عليه " (٥) .
وجميع التعريفات سواء الفرنسية أو العربية التي ذكرت يصدد تعريف الحيازة تبرز الركن المادي للحيازة والذي يتمثل في إحراز الشيء تحت سيطرة الحائز سواء بنفسه أو بواسطة الغير وهو يمثل سلطة أو سيطرة فعلية (٦) ، تتجسد في الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء الخاز ، وتتفق مع مضمون الحق المراد كسبه بالحيازة . كما توضح هذه التعريفات أن الحيازة ليست متلازمة مع الحق في جميع الأحوال ، فالحائز يمارس أعمال السيطرة الفعلية المكونة للركن المادي مستنداً إلى حق أو غير مستند إلى حق (٧) فهذه الأعمال ينظر إليها استقلالاً وبصرف النظر عن وجود أو عدم وجود حق للحائز .
ولكن يؤخذ على هذه التعريفات أن بعضها :

١ - لا يبرز الركن المعنوي للحيازة بالرغم من أنه ركن جوهري لقيام الحيازة القانونية ، إذ لا حيازة بدون عنصر القصد ، فهم يكتفون بقولهم : " إنها سلطة فعلية أو وضع اليد على الشيء مع الاستئثار به واستعماله واستغلاله " ، مع أن الاستئثار والتصرف والاستغلال والاستعمال للشيء لا يؤدي إلى قيام الركن المعنوي للحيازة ، إذ يجب أن يكون فحواه النية في اكتساب حق عيني على الشيء الخاز ، وبالرغم من أن منهم من يقول بأن الحيازة هي وضع اليد لشخص بصفته مالكاً أو صاحب حق عيني أو

(١) د . محمد على عرفه - ج ١ - بند ٧٥ ص ١٢٥ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٥١ ص ٧٨٤ .

(٣) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٧ ص ١٣٠ .

(٤) د . حسن كيرة - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٠ ص ٤٣٣ .

(٥) د . محمود جمال الدين ذكي - دروس في الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٧٦ - الناشر دار النهضة العربية - بند ٢٨٣ ص ٤٩٨ .

(٦) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٠ ص ٥١٢ ، د . محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٣ ص ٤٩٨ .

René Foignet, Manul élémentaire de droit civil, Tome premier, éd. 3, 1908 Paris, P. 407.

(٧) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٥١ ص ٧٨٤ ، د . عبد المنعم البدر أوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٧٨ ص ٤٨٩ .

معتبراً نفسه أو ظاهراً كصاحب حق ، فهذا الاعتبار من جانب الحائز لا يؤدي بدوره إلى قيام الركن المعنوي للحيازة ما لم يوجد قصد اكتساب حق عيني .

٢ - والبعض الآخر لا يعنى بيان نطاق الحيازة في حيث الحقوق ، حيث يستخدمون كلمة " حق " بدون وصف ، بقولهم " استنثار صاحب الحق " ، وهو " معتبراً نفسه صاحب حق " ، مع أن الحيازة ليست مصدرأ لكافة الحقوق بل يقتصر نطاقها على الحقوق العينية .

٣ - وبعض من هذه التعريفات لا يحدد بدقة محل الحيازة و يرون أنها ترد على شيء ، مع أن الحيازة لا ترد على كل الأشياء ، بل يجب أن يكون محلها شيئاً مادياً معيناً بالذات (١) ، ولا يكفي أن يكون محل الحيازة مادياً معيناً بالذات بل يجب أن يكون جائز التعامل فيه لأن الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل لا تصح أن تكون محلاً للحيازة (م ٢٠١/١ م مصرى) .

رابعاً : التعريف الخاص بالحيازة العقارية :

وضع تعريف لأى شيء لا بد أن يكون جامعاً لكل أفراد المعرف ، ومانعاً من دخول ما عداه في التعريف . وبصدد تعريف الحيازة يجب أن يؤدي التعريف إلى اظهار الركن المادى والمعنوى إذ لا حيازة بدون هذين الركتين ، كما يجب أن يحدد التعريف محل الحيازة ببيان الشيء الذى يقع تحت سيطرة الحائز ويمارس عليه أعمال السيطرة المادية الموافقة للحق ، وكذلك تحديد نطاق الحيازة من حيث الحقوق التى يمكن كسبها بالحيازة ، فمما يعنى عدم استخدام كلمة حق محررة من كل وصف ، كما يجب بيان الهدف من الحيازة والمتمثل في كسب الحق العيني .

وعلى هدى ما سلف نستطيع تعريف الحيازة بصفة عامة بالقول بأن " الحيازة هي سيطرة فعلية على شئ مادى معين بالذات يجوز التعامل فيه بنية اكتساب حق عيني " ، وهذا التعريف ينطبق على حيازة العقار وكذلك حيازة المنقول . وإذا قصر التعريف على الحيازة العقارية فيمكن تعريفها بالقول بأن " الحيازة العقارية هي سيطرة فعلية على عقار مادى معين بالذات يجوز التعامل فيه بنية اكتساب حق عيني عقارى " . وهذا التعريف بالنسبة للحيازة العقارية يبرز :

- ١ - الركن المادى المتمثل في السيطرة الفعلية على الشئ الحاز ، و قوامه أعمال مادية يباشرها الحائز سواء بنفسه أو بواسطة الغير ، حيث لا تكفى الأعمال القانونية بمفردها لقيام هذا الركن .
- ٢ - الركن المعنوى المتمثل في نية اكتساب حق عيني على العقار محل الحيازة .
- ٣ - محل الحيازة يكونه عقاراً مادياً لأن الحقوق وهى شئ معنوى لا تكون محلاً للحيازة ، والحق

(١) د . حسن كيره - الحقوق العينية الاصلية - بند ٢٥٢ ص ٤٣٧ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٣ ص ٥٢٤ .

العيني العقارى نفسه وهو شئ معنوى لا يكون محلاً للحيازة ، بل هو يكسب بما بممارسة الأعمال المادية الداخلة في مضمون هذا الحق على الشئ المادى محل الحيازة لا على الحق ذاته (١) ، وأن يكون العقار معين بالذات لأن الحيازة لا ترد على المجموع من المال ، سواء كان مجموعاً واقعياً كالمحل التجارى أو مجموعاً قانونياً كالتركات ، وأن يكون العقار جائز التعامل فيه ، لأن الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل لا تكون محلاً للحيازة (م ٢٠١/٨١) .

٤ - نطاق الحيازة العقارية ، حيث إن نطاق الحيازة العقارية قاصر على الحقوق العينية العقارية التى تخضع للحيازة ، وذكر الحق العيني العقارى بدون قصره على حق الملكية لأن نطاق الحيازة كما يشمل حق الملكية يشمل غيره فى الحقوق العينية العقارية ، كحق الارتفاق والانتفاع والسكنى والاستعمال والرهن الحيازى .

(١) د . جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول - حق الملكية - طبعة ١٩٧٣ - الناشر دار النهضة العربية القاهرة - بند ٨٩ ص ٢٨٢ ، د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٤ ص ١٢٤ .

المطلب الثاني

محل الحيابة العقارية

المقصود بمحل الحيابة العقارية هو تحديد العقارات التي يمكن أن تخضع للحيابة ، وتباشر عليها أعمال السيطرة المادية المكونة للحيابة ، ومحل الحيابة يمكن أن يكون عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص والعقار بطبيعته هو كل شئ مادي ثابت لا يمكن نقله بدون تلف ، وهو يشمل الأرض وما في باطنها وما فوقها . ويشمل كذلك المباني ، والمباني تشمل جميع الأعمال الفنية المقامة على سطح الأرض مادامت مندمجة بالأرض المقامة عليها والمباني التي تقام تحتها ، وبصفة عامة كل تجميع لمواد البناء عندما تشد إلى بعضها بصورة ثابتة سواء أقيمت فوق أو تحت الأرض مهما كان الغرض من اقامتها ، والعقار بطبيعته يشمل أيضاً الزروع والنباتات اذا كانت متصلة بالأرض اتصال قرار^(١) .

والعقار بالتخصيص هو منقول رصده مالكة لخدمة واستغلال عقاره ، مادام مرتبطاً بالعقار برابطة عينية ، بالتخصيص لمنفعة العقار لا لمنفعة مالك العقار ، فالمنقول يكتسب صفة العقار بالتخصيص من كونه مرصوداً لخدمة واستغلال العقار بطبيعته ، سواء كان مرصوداً للاستغلال الزراعي أو الصناعي أو التجاري أو المدني أو لخدمة العقار^(٢) .

ولا يكفي أن ترد الحيابة العقارية على العقار . بل لا بد أن يكون :

١ - **عقاراً مادياً** : وكون العقار مادياً لأن الحيابة كمصدر للحقوق العينية لا ترد الا على شئ مادي^(٣) ، وهي لا ترد على الأشياء المعنوية كالحقوق ، لأن الحقوق لا تدرك بالحواس ، ولا تدرك الا بالتصور العقلي^(٤) ، ومن ثم فلا يمكن أن يكون محل الحيابة العقارية إلا عقاراً مادياً ، فلا يصلح الحق العيني لان يكون محلاً للحيابة العقارية لأنه شئ معنوي ، بالرغم من أنه يكتسب بالحيابة ، والحيابة لا ترد على الحق ذاته بل ترد على العقار محل الحيابة ، بممارسة الأعمال المادية التي تدخل في مضمون الحق المراد كسبه بالحيابة^(٥) .

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني المصري - الجزء الثامن - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال - طبعة ١٩٦٧ - الناشر دار النهضة العربية - بند ٨ - ١١ ص ١٩ - ٢٩ ، د. محمد إبراهيم دسوقي - مبادئ القانون - طبعة ١٩٩٣ - دروس لطلبة كلية حقوق أسيوط - بند ٢٤٦ ص ٣٠٣ .

(٢) د. السنهوري - ج ٨ - بند ١٣-١٩ - ص ٣٢ - ٥٠ ، د. محمد إبراهيم دسوقي - مبادئ القانون - بند ٢٤٦ ص ٣٠٣ .

(٣) د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٣ ص ٥٠١ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٣ ص ٥٢٤ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٣ ص ٥٢٣ .

(٥) د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٨٩ ص ٢٨٢ ، د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٤ ص ١٢٤ .

٢ - **معينا بالذات** : ويقصد بذلك أن الحيابة العقارية لا ترد على المجموع من المال سواء كان المجموع قانونياً كالتركات أو كان واقعياً كاخل التجاري ، فالمجموع من المال لا يصلح لأن يكون محلاً للحيابة^(١) ، ولو كان يشتمل على عقار ، ولكن تجوز حيابة عقار بصفة مفرزة من هذا المجموع ، فلو حاز أحد الورثة أو أجنبي عقاراً مفرزاً من عقارات التركة كانت حيابة صحيحة وتؤدي إلى كسب ملكية العقار بالتقادم عند اكتمال المدة المحددة بواسطة القانون^(٢) .

٣ - **أن يكون قابلاً للتعامل** : لأن هناك بعض العقارات (أو بعض الأشياء عموماً) يخرجها المشرع من دائرة التعامل . فنجد أن العقارات المملوكة للدولة ملكية عامة لا تكون محلاً للحيابة (م ٨٧ / ٢) ، ولا يجوز اكتساب أى حق عيني عليها بالتقادم ، وكذلك العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة (م ٩٧٠ / مدني مصري) وكذلك العقارات الموقوفة لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم ولا تخضع بالتالي للحيابة . فبعد أن كانت العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والعقارات الموقوفة تقبل لأن ترد عليها الحيابة وتكسب بالتقادم ، تدخل المشرع بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧^(٣) ، والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩^(٤) ، ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠^(٥) ، ومنع تملك تلك العقارات بالتقادم واكتساب حق عيني عليها ، ومن ثم فلا تكون خاضعة للحيابة .

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار - شرح أحكام الملكية - طبعة ١٩٩٧ - دار الفضيلة للطباعة بند ١١٥

مكرر ص ٢٥٤ ، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٣٧ ص ٤٤٤ .

Alex Weill, droit civil, N. 366 P. 323 .

(٢) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٦١ ص ٤٩٣ .

(٣) النشرة التشريعية - العدد السابع يوليو - سنة ١٩٥٧ ص ١٣٤٨ .

(٤) النشرة التشريعية - العدد الثاني فبراير - سنة ١٩٥٩ ص ١٢٣ .

(٥) النشرة التشريعية - العدد الثامن اغسطس - سنة ١٩٧٠ ص ٣٣٦٦ .

المبحث الثاني أركان الحيابة العقارية

للحيابة ركنان أساسيان ، هما الركن المادى والركن المعنوى . ولا بد من اجتماع الركنين معاً للقول بوجود حيابة قانونية ، فلا حيابة بالركن المادى دون الركن المعنوى ، ولا بالركن المعنوى دون الركن المادى

والركن المادى قد يباشره الحائز بالأصالة عن نفسه وقد يكون بالوساطة ، وأحياناً بصفة منفردة وتارة يكون ممارساً على الشيوع ، وينبغى ألا يقوم على عمل من الأعمال المعتبرة كرخصة فى حدود القانون أو على عمل من قبيل التسامح .

والركن المعنوى للحيابة تتنازعه نظريتان شهيرتان - لفقهاء ألمانيين هما ، سافين واهرنج ، والأولى تسمى النظرية الشخصية بزعامة سافيني ، والثانية يطلق عليها اسم النظرية الموضوعية أو المادية بزعامة اهرنج ، ولذلك يختلف مفهوم الركن المعنوى حسب مفهوم كل نظرية .

وتتباين موقف التشريعات المقارنة فى الأخذ بأى منهما ، فالتشريعات اللاتينية تأخذ بالنظرية الشخصية والتشريعات الجرمانية تأخذ بالنظرية المادية ، كما يقتضى بحث موقف بعض هذه التشريعات ، وفى نهاية هذا المبحث نعرض لمدى النيابة فى حيابة غير المميز ومدى توافر الركن المعنوى فى الأعمال القائمة على التسامح .

ويقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : الركن المادى للحيابة العقارية .

المطلب الثانى : الركن المعنوى للحيابة العقارية .

المطلب الأول

الركن المادي للحيازة العقارية

المقصود بالركن المادي للحيازة العقارية :

الركن المادي للحيازة هو مجموعة الأعمال المادية التي يمارسها الحائز على العقار محل الحيازة ، والتي تعبر عن مدى سيطرة الحائز على العقار ، وتكون موافقة لمضمون الحق الذي يدعيه الحائز . وهذه الأعمال لا بد أن تكون واضحة الدلالة على أن للحائز السيطرة المادية على العقار ، كزراعة الأراضي بربها وحرثها وبذرها وسكنى الدار . ويجب أن تكون تلك الأعمال ظاهرة أمام الناس وتدل على أن الحائز صاحب حق عيني على العقار ليكون في مأمن من تعدى الغير ، وفي مركز يؤهله للدفاع عن حقه إذا ما اعتدى عليه الغير ^(١) .

ولا بد للحائز أن يباشر أعمال السيطرة المادية بصفة منتظمة على العقار محل الحيازة ، ولكن لا يلزم أن تكون تلك الأعمال مستمرة في جميع الأوقات ، إذ يختلف مضمون هذه الأعمال على حسب طبيعة العقار محل الحيازة ، فإذا كان العقار أرضاً زراعية يكون انتظام الأعمال المادية بأن يقوم الحائز بزراعتها في المواسم المختلفة للزراعة وإذا كان داراً بسكنها على وجه الدوام ، فإذا انقطع الحائز مؤقتاً عن مباشرة تلك الأعمال فإن ذلك لا ينفي انتظام واستمرار الركن المادي ، طالما كان هذا الانقطاع يتفق مع طبيعة العقار محل الحيازة ^(٢) .

وتختلف الأعمال المادية بحسب طبيعة الحق المدعى على العقار ، فإذا كان حق ملكية فلا بد أن يمارس الحائز الأعمال التي تتفق مع مضمون حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ، وإذا كان الحق ارتفاعاً بالمرور فإنه يتحقق بممارسه الأعمال التي تتفق مع مضمون الحق ، بالمرور في الأوقات العادية

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٥ ص ٥٢٦ ، د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٧ ص ١٣١ .

Mazeud (Henri et Léon) , Jean Mazeud et François Chabas, Lecons de droit civil, Tome II , biens , droit de propriété et ses démembrements, éd.8 , N .1419 .P. 194 ; Alex Weill, droit civil, II , N . 368 P . 324 .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٥ ص ٥٢٧ ، د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٤ ص ٤٩٥ .

Planiol , I, N. 2267 , P. 700 .

= وإذا كانت الأرض فضاء فلا يلزم تسويرها بل يكفي وضع حدود لها. نقض ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض الصادرة عن المكتب الفنى بمحكمة النقض - ج ١ - رقم ١ ص ٤٤٥ .

حسب احتياجات الحائز ، ولا عبرة إلا بالأعمال التي تتفق مع مضمون الحق^(١) .
ولا يلزم أن يكون الحائز واضعاً يده على العقار بإحراز مادياً ، إذ لا يلزم هذا الاحراز الكلى إلا إذا كان الحق العيني المدعى حيازته يحول الحائز الاستتار بجميع مزايا العقار ، كما في حق الملكية وحق الانتفاع ، أما إذا كان الحق لا يقتضى الاستتار بجميع منافع العقار كما في حق الارتفاق ، فيكفى أن يباشر الحائز أعمال السيطرة بما يتفق على حق الارتفاق ، بأن تكون هذه الأعمال تحمل معنى التعدي على ملك الغير^(٢) .

ويلزم أن تكون الأعمال المكونة للركن المادى للحيازة العقارية أعمالاً مادية فعلية ، فالعبرة بالحيازة الفعلية ولا تقوم على تصرفات قانونية قد تطابق أو لا تطابق الحقيقة ، فالتصرفات القانونية كالباع أو الإيجار لا تؤدي إلى قيام الركن المادى فمثل هذه التصرفات يمكن أن تصدر من شخص لا تكون له أية سيطرة مادية على العقار ، فالباع أو الإيجار لا ينهض دليلاً على وجود السيطرة المادية^(٣) . وإذا قام الركن المادى بالسيطرة الفعلية فهو يعتبر متوافقاً ولو أجرى الحائز تصرفات قانونية على العين ، كتأجيرها للغير إذ يعتبر حائزاً بواسطة المستأجر .

ويجب على الحائز أن يقوم فعلاً بممارسة أعمال السيطرة الفعلية ولا يكفي أن يكون الشخص في وضع يمكنه من مباشرة هذه الأعمال دون أن يباشرها بالفعل^(٤) ، إذ إن الحيازة واقعة مادية العبدة فيها بما يثبت قيامه فعلاً^(٥) ، وإذا قام الحائز بممارسة تلك الأعمال بصفة فعلية على العقار محل الحيازة فإن ذلك

(١) د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٨٤ ص ٥٠٢ ، د . حسن كيرة - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٤ ص ٤٣٩ .

Alex Weill, droit civil, II, N. 368 P. 324 ; Larroumet, droit civil, II, N. 81, P. 60- 61.

(٢) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٩ ص ١٣٢ ، د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٩٥ ص ٥٣١ ، ٥١٤ .

(٣) د . عبد الناصر توفيق العطار . اثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية (دراسة مقارنة) طبعة بدون ناشر - بند ٣٨ ص ١٩٢ ، بند ٣٨ مكرر ص ١٩٥ ، د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٤ ص ٥٠٣ .

Revue Trimestrielle de droit civil, N. 3, Juillet - Septembre 1992, 91^e Année, N. 10, P. 601-602 .

= نقض ٧٣/٢/٨ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم ٣٢ ص ١٧٥ ، ١٩٥٧/٣/١٤ ، مجموعة القواعد ج ٢ - رقم ٨٥ ص ٤٠٤ .

Cass. Civ., Sect., 11-1-1950, D. Rép. 1951, N. 18, P. 255 .

(٤) د . عبد الناصر توفيق العطار . اثبات الملكية - بند ٣٨ ص ١٩٢ .

Baudry et Tissier, N. 218, P. 179 .

(٥) نقض مصرى ١٠/٢٨/١٩٦٥ - مجموعة الأحكام سنة ١٦ رقم ١٤٧ ص ٩٢٩ .

يفترض ممارستها على توابعها ما لم يثبت العكس^(١)، فإذا كان العقار غير قابل للانقسام فإن ممارسة أعمال السيطرة على جزء منه تكون كما لو كانت ممارسة على كل العقار محل الحيازة .

ممارسة أعمال السيطرة المادية على الشيوع :

إذا كان الأصل أن يباشر الحائز الأعمال المكونة للركن المادى بمفرده فليس هناك ما يحول من مباشرة تلك الأعمال بصفة شائعة ، فكما تكون الملكية شائعة يمكن أن تكون الحيازة شائعة ، فالحائز يقوم بممارسة الأعمال المادية بصفة شائعة مع غيره من الشركاء لا بصفة خالصة له^(٢) . فإذا حاز شخصان عقاراً على الشيوع صحت حيازتهما ، وكل واحد منهما يمارس أعمال السيطرة بما لا يحول دون قيام شريكه الآخر بتلك الأعمال ، فإذا كان العقار أرضاً زراعية قاما بزراعتها معاً ، وإذا كان متراً يكون يسكنانه بصفة مشتركة ، وإن تعذر الانتفاع المشترك كان لهما قسمة العقار مهايأة زمانية أو مكانية فالحيازة الشائعة لا تختلف عن الحيازة الفردية إلا بكون الأخيرة تمارس فيها الأعمال المادية بصفة مطلقة ، أما الشائعة فإنها تكون مقيدة بما تفرضه حالة الشيوع^(٣) ، من عدم المساس بحق باقى الشركاء المشتاعين فى القيام بأعمال السيطرة المادى على العقار محل الحيازة .

والحائز على الشيوع لا يجوز إلا على أساس أنه يجوز بصفة مشتركة مع غيره ، وهذه الحيازة تنتج آثارها بما يتفق مع حالة الشيوع ، فهى تؤدي إلى كسب الحق العيني بصفة شائعة كما إنها تحمى بدعائهم الحيازة على أساس أنها شائعة^(٤) ، فقيام الحيازة القانونية لا يتأثر بالشيوع فى الحيازة ، و للشريك على الشيوع استخدام تلك الدعاوى للدفاع عن حيازته سواء فى مواجهة الغير أو فى مواجهة أحد الشركاء المشتاعين .

الوساطة فى الركن المادى :

إذا كان الأصل أن الحائز يمارس بنفسه الأعمال المادية للحيازة إلا أنه من الممكن أن تكون ممارسة تلك الأعمال بالوساطة عن طريق شخص آخر غير الحائز يمارسها لحساب الحائز

(١) د. كامل مرسى جـ ٤ بند ١٣ ص ١٣ .

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار . - حق الملكية - بند ١١٥ مكرر ص ٢٢٥ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٢٦٢ ص ٧٩٩ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٥٤ و نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ مجموعة القواعد - ج ١ رقم ٧ ص ٤٤٦

(٣) د. السنهورى ج ٩ بند ٢٦٢ ص ٧٩٩ . د. عبد الناصر توفيق العطار . - اثبات الملكية - بند ٣٩ ص ٢٠٢

(٤) د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٨ ص ١٦ ، د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٨٢ ص ١٤٣ نقض ١٩٤٦/١٠/١٠ مجموعة القواعد - ج ١ رقم ٧ ص ٤٤٦

الأصيل^(١) ، وهذا ما عنته المادة ١/٩٥١ من القانون المدني المصري بقولها " تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامر فيما يتعلق بالحيازة " .
وبمطالعة هذا النص نجد أنه يقصر أعمال الوساطة على الأشخاص الذين تربطهم بالحائز علاقة تبعية ، كالخدم وناظر الزراعة والعمال ، ولكن أعمال الوساطة لا تقتصر على التابع بل توجد في كل حالة تباشر فيها أعمال الحيازة بواسطة شخص ومصاحبة الحائز^(٢) ، وكان حرياً بالمشرع ألا يضمن المادة ١/٩٥١ عبارة " وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامره"^(٣) ، فإذا كان الحائز يمارس أعمال السيطرة المادية بواسطة شخص آخر فهي تمتد إلى المستأجر أو صاحب حق الانتفاع وإلى كل شخص يمارس أعمال الحيازة لمصلحة الحائز ولا يكون منه بمنزلة التابع ، فالمستأجر والمزارع وصاحب حق الانتفاع بالرغم من أنهم يدعون حقاً لهم على العقار إلا أنهم بالنسبة لحق الملكية حائزون عرضيون ، يمارس الحائز بواسطتهم أعمال الحيازة ، والوكيل عن الحائز يمارس الحيازة لحساب موكله ، فقد يوكل في شراء عقار أو أطيان زراعية أو منزل فهو يعمل لحساب الحائز ، وتنصرف الآثار إلى الحائز طالما أن الوكيل يعمل باسم الموكل ولم يدع الحيازة لنفسه ويدخل العقار في ذمة الموكل حتى قبل أن يعلم بواقعة الشراء^(٤) .

ويستطيع عدم الأهلية أو ناقصها أن يباشر أعمال السيطرة المادية بواسطة الولي أو الوصي أو القيم وتنصرف الآثار إلى عديم أو ناقص الأهلية (م ٩٥٠ مدني مصري)^(٥) .
والحيازة بالوساطة لا تقتصر على الأشخاص الطبيعيين ، بل تشمل الأشخاص المعنويين مثل الشركات ، فالشركة كشخص معنوي تباشر أعمال السيطرة المادية المكونة للركن المادي للحيازة بواسطة المدير أو المفوض القانوني ، فيعتبر الشخص المعنوي حائزاً بواسطة ممثله القانوني^(٦) .

(١) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٩٩ ص ٥١٨

Mazeaud et Chabas II, N.1421, P.195 .

= حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، نقض ١٩٤٣/٢/٢٥ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥ ص ٤٤٦ .
(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٦ ص ٥٢٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٦ ص ٤٥٥ .

(٣) د . عبد الناصر توفيق العطار - حق الملكية - بند ١٥٠ مكرر ص ٢٥٥ هـ (٦) .

(٤) د . عبد الناصر توفيق العطار - إثبات الملكية - بند ٤٠ ص ٢٠٥ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٦١ ص ٧٩٦ .

Mazeaud et Chabas, II, N.1421, P.195.

(٥) د . حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٤ ص ٤٤٠ ، د . عبد الناصر توفيق العطار - إثبات الملكية - بند ٤٠ ص ٢٠٦ .

(٦) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٦١ ص ٧٩٦ .

أعمال الرخص :

إذا كانت أعمال السيطرة المادية المكونة للحيازة لا بد أن تحمل معنى التعدي على ملك الغير فإن أعمال الرخص لا تؤسس حيازة تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم . وأعمال الرخص هي أعمال يقوم بها الشخص في حدود الحق الممنوح له قانوناً ، ولا تضر بالغير لكونها لا تحمل معنى التعدي على ملكه ، وهي أعمال يكون للشخص في حدود القانون القيام بها أو عدم القيام بها فإذا قام بها الحائز فإنها لا تكسبه حقاً وإن لم يقم بها فلا تكسب الغير ارتفاعاً سلبياً يمنع صاحبها من القيام بهذه الرخص^(١) .

وتنص المادة ٢/٩٤٩ من القانون المدني المصري على أنه " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ... " ، فإذا قام الحائز بفتح مطل في ملكه على أرض الغير مع مراعاة المسافة القانونية فلا يجوز له الادعاء بأنه كسب ارتفاعاً بالمطل على أرض الغير ، ويجوز للغير أن يبني على حدود ملكه ولو أدى ذلك إلى سد المطل ، لكون الحائز عندما فتح المطل استخدم حقه القانوني بما لا يحمل معنى التعدي على ملك الغير ، فجميع أعمال الرخص المباشرة في حدود القانون لا تؤسس حيازة ولا تقادماً يؤدي إلى كسب الحق .

وإثبات قيام أعمال السيطرة المادية المكونة للركن المادي للحيازة من مسائل الواقع يستعمل بتقديرها قاضي الموضوع فله السلطة التقديرية العليا بدون رقابة من محكمة النقض^(٢) ، ما دامت أسباب الحكم سليمة مؤدية إلى ما انتهى إليه من فحص وتقدير للوقائع المكونة للركن المادي^(٣) . والحيازة باعتبارها واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن^(٤) ، وعلى من يدعى الحيازة أن يثبت أعمال السيطرة الفعلية المؤدية إلى قيام الركن المادي للحيازة^(٥) .

(١) د. عبد السلام ذهني - الأموال طبعة ١٩٢٦ - بند ٣٥٣ ص ٥٠٨ . د. عبد المنعم البدر - الحقوق العينية الأصلية بند ٤٩٥ ص ٥١٤ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٦٨ ص ٨١٧

Baudry et Tissier, N.277 - 278, P.215 - 216 , Mazeaud et Chabas , II , N . 1441 . P . 208 .

(٢) نقض ١٩٦٥/١١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٢ ص ٤٨٩ ، نقض ١٩٦٠/٢/٢٥ مجموعة القواعد ج ٣

رقم ٣٥ ص ٢٥١ ، ١٩٦٢/١١/٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٣١ ص ٤٨٩ .

Cass., Civ ., 16-5- 1939 , Bull . Civ ., 1939, VI , N.126 , P. 228 .

(٣) نقض ١٩٥١/١٢/٦ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٤ ص ٤٥٧ .

(٤) نقض ١٩٥٩/١٠/٢٦ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٤ ص ٢٤٦ ، ١٩٥٣/٢/١٩ مجموعة القواعد

ج ١ رقم ٧٠ ص ٤٥٥ .

(٥) د. عبد الناصر توفيق العطار - اثبات الملكية - بند ٣٦ ص ١٨٩ ، هـ (١) .

المطلب الثاني

الركن المعنوي للحيازة العقارية

الركن المعنوي للحيازة عنصر جوهري ، إذ لا يمكن القول بوجود حيازة بمجرد قيام الركن المادي بل لا بد أن يقترن بالركن المعنوي ، والركن المعنوي هو الذى يمثل عنصر القصد أو النية لدى الحائز في ممارسة حق عيني على العقار محل الحيازة .

وإذا كان الركن المعنوي ضرورياً للحيازة ، إلا أن مفهوم هذا الركن لم يكن محل اتفاق حول تحديد ما هو مقصود بالعنصر القصدى ، فقد وجدت نظريتان شهيرتان تتنازعان تحديد هذا القصد ، إحداهما تسمى بالنظرية الشخصية بزعامة سافيني ، والأخرى النظرية المادية بزعامة اهرنج ، وكل من هاتين النظريتين تعطى مفهوماً مختلفاً للعنصر القصدى .

وإزاء تباين الفقه حول المقصود بالركن المعنوي ، تباين كذلك التشريعات في الأخذ بأى من هاتين النظريتين ، فالبعض يأخذ بالشخصية والبعض الآخر يعتق المادية ، وإزاء هذا الاختلاف نحدد حقيقة المقصود بالركن المعنوي ، هل هو قصد الحيازة العام أم كسب حق عيني؟

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المطلب إلى :

الفرع الأول : النظرية الشخصية للحيازة العقارية

الفرع الثانى : النظرية المادية للحيازة العقارية

الفرع الثالث : موقف التشريع المقارن

الفرع الرابع : الركن المعنوي في حيازة غير المميز وأعمال التسامح

الفروع الأولى

النظرية الشخصية للحيازة

جوهر النظرية الشخصية لدى سافيني يقوم على أساس إعطاء الركن المعنوي الدور الحاسم والقاطع في الحيازة وهو الذى يمثل فهم وإدراك السيطرة المادية على العقار المحاز ، فإحراز الشيء مادياً بدون وجود عنصر الإرادة لا يؤدي مطلقاً إلى قيام الحيازة الحقيقية ، وأن الإرادة المطلوبة هي قصد الحائز في أن يحوز الشيء كمالك له أو صاحب حق آخر غير الملكية ^(١).

فقد دعم سافيني فكرة نية التملك *animus domini* والتي تعنى قصد الحائز في أن يمتلك العقار المحاز ، بادعاء أنه يحوز العقار كمالكه ، وإذا كان الأمر يتعلق بحيازة حق آخر غير حق الملكية يكون بالادعاء بأنه صاحب هذا الحق باستعمال مضمون الحق لحساب نفسه وهو يعبر عنه بنية التصرف كصاحب حق *animus rem sibi habendi* ، ولذلك فهو يرى أن نية الإحراز *animus detinendi* لا تكفى للقول بوجود حيازة حقيقية ، فالحرز ما هو إلا شخص يحوز لحساب الحائز الحقيقي وليس لديه قصد الحيازة لحساب نفسه كمالك أو صاحب حق عيني ، لأنه يعترف بحق الغير على العقار المحاز ^(٢).

وإذا كان سافيني يتطلب نية التملك لكسب ملكية العقار ونية التصرف كصاحب حق بالنسبة لغير الملكية ، إلا أنه يرى من ناحية الهدف تطابق نية التملك مع نية التصرف كصاحب حق ويكونان مصطلحين متطابقين المراد بهما قصد الحائز في الحيازة لحساب نفسه لا لحساب الغير ^(٣) .
ويضيف سافيني إلى ذلك قوله بأن نية التملك لا تختلط دائماً مع اعتقاد الغير بأن الحائز هو المالك وهو ما يسمى بـ *l'apinio seu citatio domini* ، فهو يرى خطأ هذا القول ، وأن نية التملك لا تعنى أن الحائز دائماً هو المالك، بل هي تنصب على النية المطلوب توافرها لدى الحائز في أن يعمل لحساب نفسه ولا أهمية لاعتقاد الغير بملكية الحائز ^(٤) .
ويرى سافيني أن الحيازة كما كانت معروفة لدى الرومان تنقسم إلى حيازة طبيعية أو

(١) أنظر في عرض النظرية الشخصية لسافيني واشتراطه نية كسب الحق لدى:

Trigeaud, la possession .. N. 91 - 93 , P. 114 - 117 ; Mazeaud et Chabas , III, N. 1423 , P. 195 .

د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦٥ ص ٨٠٣ - ٨٠٥ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٦٨ - ١٧٢ .

(٢) Trigeaud, la possession., N.93, P.115 - 117 . (2 , 3 , 4)

د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٦٩ .

مادية *possessio naturalise ou corporalis* وحيازة محمية بالأوامر *possessio od* *interdicta* ، وحيازة مدنية أو حيازة التقادم *possessio od usuecaptionem* وأن الأولى لا تنتج أية آثار قانونية بل مجرد إحراز والثانية تحمي جميع الحائزين بالأوامر والثالثة هي الحيازة المدنية وهي الحيازة الحقيقية التي تؤدي إلى التقادم ^(١) .

ونظرية سافيني تبرز حماية واضح اليد بنية التملك أو كسب الحق سواء كان الحائز حسن النية أو سيئها ، ولكن لا تفسر حالات أقر فيها القانون الروماني بصفة الحائز لوضاع اليد ، بالرغم من أنه لا يوجد لديه نية التملك أو نية كسب الحق لنفسه ، وسبب حماية هذا النوع من واضعي اليد ، مثل الحارس القضائي والدائن المرهق رهن حيازة عقارياً أو المحتكر والمستأجر لآجال طويلة ، فهؤلاء ليس لديهم نية التملك ومع ذلك اعتبرهم القانون الروماني حائزين وأفرد حماية حيازية لهم ^(٢) .

لتبرير هذا الوضع يلجأ سافيني إلى نظرية وضع اليد المستعار أو ما يسميه بالحيازة المشتقة ، ويقول بأن حيازة الحارس القضائي والدائن المرهق والمحتكر والمستأجر لآجال طويلة ، بالرغم من أنهم لا يتوافر لديهم قصد التملك أو قصد كسب الحق فهم لديهم حيازة مشتقة من الحائز الأصلي أو المالك ، فالحيازة باعتبارها حقاً يمكن أن تكون قابلة للتصرف ، والحائز الحقيقي أو الأصلي يمكن له أن ينقل حقه في الحيازة إلى أي من هؤلاء بدون أن ينقل لهم الملكية ذاتها ، والحيازة المشتقة تكون حقاً لمن انتقلت إليه ، ويكون مضمونها كسب حق آخر وليس كسب الملكية ذاتها ، فالفارق بين الحيازة الحقيقية والحيازة المشتقة يتعلق بطرق اكتساب الحيازة ، ولا يعنى انتقال الحيازة المشتقة أنها تعنى الاستحلاف وتجزير لمن انتقلت إليه أن يضم مدة حيازة سلفه ولكن تعنى أنها حق مستقل لمن انتقلت إليه ^(٣) .

وإذا كان سافيني سلم بفكرة الحيازة المشتقة ، إلا أنه لا يطلق حرية الحائز في أن ينقل حقه في الحيازة إلى الغير والسماح له بإنشاء حالات أخرى للحيازة المشتقة ، فلا يسمح للحائز بنقل حيازته إلا وفقاً لما يقرره القانون بإنشاء هذا النوع من الحيازات المشتقة كما أقرها بالنسبة للحالات المذكورة ^(٤) .

Trigeaud, la possession...,N.94 ,P.118 .

(١) أنظر : في عرض ذلك لسافيني لدى :

(٢) ، (٣) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الروماني - بند ٣٥٤ ص ٢٧٠ ، د . محمود

سلام - القانون الروماني - ص ٣٥٠ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧٠

Trigeaud, la possession.,N.93 - 94 ,P.117 - 118 .

(٤) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧١ .

الفصل الثاني

النظرية المادية للحيازة

النظرية المادية للحيازة قامت بزعامه اهرنج Ihering وقد عرض اهرنج نظريته في مؤلفين له ، الأول بعنوان "أساس حماية الحيازة" *Du fondement de la Protection Possessoire* والثاني تحت عنوان " دور الإرادة في الحيازة " *Du Rôle de la volante dans la possession* . وكل مؤلف من هذين المؤلفين قسمه اهرنج إلى جزئين ، الأول يبدأ بتفنيد النظرية الشخصية ومهاجمتها ، والجزء الثاني يحتوى على عرض نظريته المادية للحيازة^(١) ، ويبدأ اهرنج بتفنيد النظرية الشخصية بقوله : إن النصوص الرومانية التي استشهد بها سافيني للقول بوجود أن يكون الحائز حائزاً لحساب نفسه ، هذه النصوص التي وردت عن الفقيه الروماني Paul تعكس رأى هذا الفقيه الشخصي ، ولا تعبر عن فكره عامة لدى فقهاء الرومان ، حيث إن هذه النصوص لا يمكن الاستناد إليها عند معاملة الحيازة والإحراز لأنها نصوص مكذبة وغير واضحة لتبرير هذا النظام ، ففي القانون الروماني أن أى شخص تكون لديه إرادة الحيازة للغير يمكن أن يعترف به كحائز كما في حالة الابن الذى يجوز مالا في غياب والده بدون أن يعرف وفاته ، فبالرغم من أنه يعلن الحيازة لحساب والده يعتبر حائزاً ، كما أقر بذلك أحد فقهاء الرومان وهو بابينين *Papinien* وكذلك حالة الشخص الذى يجهل المالك الحقيقي للأرض ويستأجرها ويزرعها ، فإن قصده يكون الحيازة لحساب المؤجر ، ورغم ذلك فإنه يعتبر حائزاً وفقاً للقانون الروماني ، والحيازة تتلائم مع إرادة الإحراز لحساب الغير ، ففي العصور الأولى للقانون الروماني كان الوكيل يعتبر حائزاً ، على الرغم من أن إرادته تنصرف إلى الحيازة لحساب الموكل حيث إن لديه إرادة الحيازة^(٢) .

كما أن نظرية الحيازة المشتقة كانت بمثابة عقبة في سبيل تعريف أصحاب النظرية الشخصية للركن المعنوي ، لأن هذا النوع من الحيازة لم يكن معروفاً لدى الرومان ، بل هو من اختلاق سافيني لتفسير بعض الحالات التي أقر بها القانون الروماني لوضع اليد بصفة الحائز ، رغم عدم وجود نية الحيازة لحساب

(١) أنظر في عرض النظرية المادية لاهرنج لدى : د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧٧ - ١٨٢ ، د. السنهوري - ج ٩ - بند ٢٦٦ ص ٨٠٥ - ٨٠٧ .
Trigaud, possession. , N . 101 , et s . , P. 125 et s ; Mazeaud et Chabas ,II,N. 1424 P.196 .

(2) Trigaud ,la possession N. 101, P. 125 , N . 103 ,P. 128 .

نفسه ، وبدلاً من أن يراجع سافيني تفسير كل حالة على حدة ويتنازل عن نظرية نيّة التملك فضل الاحتفاظ بها كمبدأ واستثنى نقل الحيازة فيما يتعلق بالحقوق - غير الملكية - للإبقاء على نظرية الحيازة المشتقة^(١).

وبعد أن انتهى اهرنج من تنفيذ النظرية الشخصية ، بدأ يعرض نظريته بقوله :
إن الركن المعنوي ضروري لقيام الحيازة ، وبدونه لا يمكن القول بوجود الحيازة ، بل مجرد رابطة جوار محلية ، ولكن هذا الركن لا يعنى نيّة التملك ، بل هو يشير إلى إدراك أو قصد الحيازة ، وهذا عنصر لا ينفك عن صلة الجوار المحلية لتصح الصلة حيازية لكونه عنصراً غائياً وإرادياً . ويضيف اهرنج إلى ذلك قوله : إذا أردنا أن نحلل عناصر الحيازة أو الرابطة الحيازية فهي تشتمل على الركنين المادى والمعنوى ، والركن المادى يعبر عن صلة جوار محلية ، تكون وجهاً لوجه على الشئ ، أما الركن المعنوى فهو قصد موجه نحو هذه الصلة ، فالركنان يوضعان على خط واحد كعنصرين متكاملين لا ينفصلان ، فمن الخطأ القول بأن الركن المادى يوجد بدون الركن المعنوى أو الركن المعنوى يوجد بدون الركن المادى^(٢) .
والركن المعنوى ليس إرادة التملك المنفصلة عن الركن المادى بل هو يندمج في الركن المادى ، كإرادة موجهة نحو الشئ فأحدهما بالنسبة للآخر ، كالعبرة والتفكير فهو عنصر موجه نحو الهدف الذى يريد الحصول عليه ، والهدف هنا هو الحيازة . فيكفى أن تكون أعمال الحائز إرادية قصدية .
ويضيف إلى ذلك قوله : إن التمييز بين الحيازة والإحراز ليس بالنظر إلى قصد الشخص في أن يحوز لنفسه أو يحوز لحساب الغير ، ففي كلتا الحالتين ، تكون لديه إرادة الحيازة ، ولكن التمييز يكون على أساس سبب هذه الإرادة أو سبب هذه الحيازة ، كالعقد الذى يربط بين المالك والمستأجر . فالتمييز لا يترك للإرادة الفردية بل يخضع لإرادة المشرع ، فقد يجمع المشرع بعض حالات الحيازة من ترتيب آثارها القانونية مدفوعاً في ذلك بحالات التطبيق العملى ، ومن ثم فإن الإحراز لا يكون سوى حيازة غير محمية بواسطة القانون ، فالحيازة تكون هي الأصل أو القاعدة أما الإحراز فهو الاستثناء المحكوم بواسطة القانون^(٣) .

تقدير النظريتين السابقتين :

تقوم كل نظرية من النظريتين السابقتين على فكرة محورية ترتكز عليها ، فالنظرية الشخصية تأخذ

(١) Trigeaud , la possession , N. 101, P. 125 , N . 103 , P. 128 .

(٢) انظر د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧٧ - ١٨٣ .

Trigeaud , la possession., N . 101, P. 125 , N . 110, P. 134 - 135 , N. 111, P. 136 .

(٣) انظر د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧٧ - ١٨٣ .

Trigeaud , la possession., N . 101, P. 125 , N . 110, P. 134 - 135 , N. 111, P. 136 .

من مبدأ نية التملك أو كسب الحق أساساً للقول بوجود الحيازة القانونية ، فلكي يعتبر الشخص حائزاً لا بد أن يكون لديه قصد الحيازة لحساب نفسه لا لحساب الغير ، ومن يجوز لحساب الغير يعتبر مجرد محرز للشئ لا حائزاً قانونياً . والنظرية المادية لا تقر نية التملك ، بل تقر أن كل واضع يد يعتبر حائزاً فالشخصية تجعل واضع اليد مجرد حائز عرضي إذ لم تكن لديه نية التملك ، والمادية تعتبر واضع اليد حائزاً طالما له سيطرة مادية على العقار . وأياً ما كانت الانتقادات التي وجهت إلى كل منهما^(١) ، فإن الخلاف حول تفسير المقصود بالركن المعنوي في كلتا النظريتين يقود إلى خلاف في مجال التطبيق العملي .

فمن الناحية العملية قد أقر الهرنج وسافيني بأنه لا يمكن منح كل مزايا الحيازة لو واضع اليد المجرد أو البسيط كالمستأجر فهو لا يكسب الملكية بالتقادم ولا يستفيد من قرينة الملكية المقررة للحائز لأن حيازته تقوم على سند يعترف فيه بملكية الغير ، وما يتبقى من خلاف بين النظريتين يتعلق بدعاوى الحيازة ، فالنظرية الشخصية لا تمد نطاق هذه الدعاوى إلى الحائز العرضي معتمدة على اسباب نظرية ، لعدم وجود نية التملك لديه أما النظرية المادية تمد نطاق هذه الدعاوى إلى كل واضع يد مؤسسة هذه الحماية على أسباب اجتماعية^(٢) .

(١) انظر في نقد النظرية الشخصية د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٧٢ وما بعدها .
= وفي نقد النظرية المادية : د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ١٨٣ وما بعدها .
(٢) Mazeaud et Chabas , II, N. 1425 ; P. 196 ; Larroumet , droit civil , II , N. 66 , P. 52 .
د . عبد الجواد أحمد مصطفى - الحيازة بسوء نية ص ١٨٢ .

الفروع الثالث

موقف التشريع المقارن من النظرية الشخصية والنظرية المادية للحيازة

لم يسر التشريع المقارن على نهج موحد في الأخذ بأحدى النظريتين دون الأخرى ، بل تتأرجح التشريعات ما بين أخذ بالنظرية الشخصية دون سواها ، وبين أخذ بالنظرية المادية تاركاً ما عداها . وللتعرف على موقف هذه التشريعات يقتضى الأمر التعرض لبحث موقف بعضها للتعرف على مدى تأثير كل تشريع بالنظرية التي اعتنقها والنتائج المترتبة على ذلك .

ونعرض لموقف بعض التشريعات ومنها :

أولاً: القانون المدنى الفرنسى

ثانياً : القانون المدنى الألماني

ثالثاً: القانون المدنى السويسرى

رابعاً: القانون المدنى المصرى

أولاً : موقف المشرع الفرنسى من النظرية المادية والنظرية الشخصية للحيازة :

التشريع المدنى الفرنسى هو عماد التشريعات اللاتينية وعنه استقت الكثير من التشريعات أحكامها، وقد تار خلاف فى الفقه الفرنسى حول حقيقة موقفه من النظريتين المادية والشخصية للحيازة لمعرفة أى من النظريتين لها الغلبة فى هذا التشريع . وانقسم الفقه إلى اتجاهين الأول يرى أن المشرع أخذ بالنظرية المادية ، والثانى يرى العكس أى أن المشرع أخذ بالنظرية الشخصية. وأساس منشأ الخلاف هو نص المادة ٢٢٢٨ والتي تعرف الحيازة بقولها ان : " الحيازة هى وضع اليد أو الانتفاع بشئ أو بحق محرزه أو ممارسه بأنفسنا أو بواسطة الغير الذى يحزره أو يمارسه لحسابنا " . ومما زاد من هذا الخلاف أن المشرع أجاز لكل واضع يد الحق فى أن يستعمل دعوى استرداد الحيازة فى حالة فقد الشئ بالقوة ، كما منح المشرع لكل حائز عرضى الحق فى استعمال جميع دعاوى الحيازة بالقانون ٥٩٦ الصادر فى ٥ يوليو ١٩٧٥ .

١ - الاتجاه المادى :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المشرع الفرنسى أخذ بالنظرية المادية للأسباب الآتية :

أ - ان المادة ٢٢٢٨ التي تعرف الحيازة لم ترد بها أية إشارة إلى ذكر الركن المعنوى للحيازة وهى لم تقطع بصفة نهائية فى مسألة العناصر المكونة للحيازة ، ومن ثم تكون المسألة محلاً للتفسير والمناقشة ونية التملك لا تكون من مكونات الحيازة ، وأن القانون عندما ذكرها فى المادة ٢٢٢٩ لم يذكرها إلا كصفة

في الحيازة فهي تكون أساساً لحسن النية بصرف النظر عن شكل الحيازة ، وبالتالي لا تكون إلا مجرد شرط خارجي عن مكونات الحيازة^(١) .

ب - ان القانون لم يحدد سوى الركن المادي للحيازة وهو أساس الحيازة وهو يمثل صلة فردية بين واضع اليد والشيء ، سواء كانت هذه الصلة بواسطة الشخص نفسه أو بواسطة الغير ، وهو يتطوى ضمناً على الركن المعنوي ، ولا أهمية بعد ذلك لطريقة الإحراز سواء كان واضع اليد يحوز بصفة أو بدون صفة مالك ومن ثم فلا تستلزم الحيازة نية التملك بل تكفي إرادة الحيازة ، بأن يظهر واضع اليد في عالم الواقع كما لو كان مالكا للشيء ، ويجب أن يكون مفهوم العلاقة بين الشيء و واضع اليد مفهوماً اقتصادياً ، بافتراض أن الحائز يريد الحصول على كل المميزات الاقتصادية للشيء المحاز^(٢) .

ج - ان المادة ٢٢٢٨ لم تميز المحرز أو الحائز العرضي من ناحية نيته في التملك ، حيث أنهما لم تعرف الحيازة بأنها انتفاع أو إحراز بواسطة النفس أو بنية التملك ، بل عرفتها بأنها إحراز وانتفاع بواسطة النفس أو بواسطة الغير ، والحائز العرضي كالمزارع مثلاً يمكن أن يحوز الشيء بواسطة نفسه أو بواسطة الغير عندما يكون الشيء المحاز مؤجراً إلى آخر ، فالإحراز يتكافأ إذن مع الحيازة ، وأن ما أشارت إليه المواد ٢٢٣٠ ، ٢٢٣١ ، ٢٢٣٦ من ذكر تعبير "يحوز لحساب الغير" إنما تشير إلى أن واضع اليد يعترف بحق الملكية للغير ومن ثم لا يكون حائزاً لحسابه الخاص والحيازة العرضية تمثل نوعاً من الحيازة يتمثل مع الحيازة بنية التملك ، والحيازة بحسن نية^(٣) .

د - ان المادة ٢٢٢٨ لا تقتصر على الحائز القانوني بل تشمل كل واضع يد لأنه يعتبر حائزاً من الناحية العامة للفظ ، وحيازتهم تنتج آثار الحق ، حيث يقبل منهم على سبيل المثال استخدام دعوى استرداد الحيازة عندما ينتزع الشيء من تحت أيديهم بالقوة^(٤) . وختلاصة القول في هذا الاتجاه أنه يرى أن المشرع الفرنسي يأخذ بالنظرية المادية للحيازة وفقاً للحجج التي أدلوا بها لتدعيم اتجاههم .

٢ - الاتجاه الشخصي :

يرى غالبية الفقه الفرنسي أن المشرع أخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ، حيث يستلزم ان تمارس الاعمال المكونة للركن المادي بنية اكتساب الملكية أو أي

(1 , 2) Troplong, la prescription ., N. 218 , P. 359 .

انظر : د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٢١٠ وما بعدها .

(3 , 4) Troplong, la prescription ., N. 218 , P. 359 .

انظر : د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٢١٠ وما بعدها .

حتى عيني آخر^(١) . ويدللون على ذلك بقولهم :

أ - إن استنتاج نية التملك التي سكتت عنها المادة (٢٢٢٨) يكون بالاستناد إلى المواد التالية لها خصوصاً المادة (٢٢٣٠) ، (٢٢٣٦) ، فنجد المادة (٢٢٣٠) توحى بأن التعبير يجوز لنفسه مترادف مع تعبير يجوز بصفة مالك ، فعندما نقابل بين هذه المواد نجد انه توجد حيازة لحساب النفس وبصفة مالك . ثم حيازة لحساب الغير والحيازة المعترف بها بواسطة القانون هي وضع اليد الممارس لنا أو لحسابنا وبصفة مالك ، سواء كانت الممارسة بواسطة أو بواسطة الغير^(٢) .

ب - بالرجوع إلى المواد (٢٢٣٠) ، (٢٢٣١) ، (٢٢٣٦) ، نجد أن المدة (٢٢٢٨) تتعلق بمن يجوزون لحساب أنفسهم فقط لأن تعبير يجوزون لحساب أنفسهم pour eux يدل على صفة المالك ، أما باقي المواد فتشير إلى الحائزين لحساب الغير وهم لا يعتبرون حائزين قانونيين . فالمادة (٢٢٢٨) عندما توضع في علاقة مع المادة (٢ / ٢٢٣٦) والمادة (٢٢٣٩) ، نجد أن الحريزين للشئ لا يكونون حائزين لأن النصوص تفترض أن الشخص يجوز الشئ لحساب الغير ويبقى الغير هو حائزاً ، وأن صيغة بصفة مالك الواردة في المادة (٢٢٢٩) تكون ركن مكون للحيازة لا صفة خارجية فيها ، وهي التي تؤدي إلى التقادم^(٣) .

ج - إن القانون ما هو إلا انعكاس للتطبيق العملي وهو لم يكن بحاجة شديدة إلى أن يشير إلى الركن المعنوي في المادة (٢٢٢٨) لأن نية التملك تكون مستفادة من افتراض الحق لدى الحائز ما لم يثبت العكس ، وإن سبب الإحراز هو الذي يجعل الحيازة ليست قانونية^(٤) .

د - إن ما منحه القانون لكل حائز عرضي من الحق في استخدام دعوى استرداد الحيازة لمسن انتزعت حيازته بالقوة قبل - سنة ١٩٧٥ - لا يدل على أن المشرع اتجه نحو النظرية المأداة ، لأن

(1) Aubry et Rau, II, N.177, P. 115, Planiol, I, N.2267, P.700-701, ; René Foignet, droit civil, I, P. 480 ; Mazeaud et Chabas, II, N. 1426, P. 197; Baudry et Tissier, N 197, P.155 ; Trigeaud, La possession . , N.153 , P.168 ; Alex Weill, droit civil, N.371, P.327, Larroumet, droit civil, II, N. 87, P. 93. Alain Piédelièvre , droit des biens, N. 87 , P.99 ; N.92 , P.103 ; Planiol , Ripert et picard , III , N. 146 , P. 161 - 162 ; corbonnier , III, N. 41 , P.140 .

(2),(3) Trigeaud , la possession, N.153, P.168; Mazeaud et Chabas, II, N.1426, P. 197 Baudry et Tissier N. 198, p .156.. Alex Weill, droit civil, II, N. 375, P. 332; Larroumet, droit civil, II, N. 87, P. 63, N. 92, P. 66; planiol, I, N. 2312, P. 714 .

(4) Trigeaud la possession..., N. 154 , P.170 Alain piédelièvre, droit des biens , N.87, p.99 .

تلك الدعوى تكون ضرورية لحفظ السلام الاجتماعي ضد استعمال العنف تطبيقاً لبدأ أنه لا يجوز لأحد أن يصنع العدالة لنفسه^(١).

هـ - أن المشرع عندما منح دعاوى الحيازة لكل حائز عرضي بالقانون ٧٥ - ٥٩٦ الصادر في ٩ يوليو ١٩٧٥ ، لا يدل على أن المشرع قد تحول إلى النظرية المادية ، بل هو ما زال يدور في فلك النظرية الشخصية ، لأن هذه الدعوى لم تقرر الا لحماية الحقوق العينية والاحراز العقارى ولا تمتد لحماية الحقوق الشخصية ، فالحقوق الشخصية لا تحمي بتلك الدعوى حتى بعد التشريع بالقانون الصادر ١٩٧٥^(٢).

كما أن تلك الدعوى لا يمكن قبول رفعها من الخرز ضد المالك أو ضد من تربطه بالخرز علاقة عقدية ، ومن ثم لو عطل المؤجر انتفاع المستأجر بالعين فلا يجوز للمستأجر رفع دعوى منع التعرض ضد المؤجر بل تكون له دعوى مستمدة من عقد الايجار^(٣) ، وأخيراً بالرغم من منح الحماية بالدعاوى لكل حائز عرضي إلا أنه لم يعترف ببقية آثار الحيازة للمحرز كافتراض الملكية أو كسبها بالتقادم^(٤).

ثانياً : القانون الألماني يأخذ بالنظرية المادية للحيازة :

القانون الألماني يأخذ المادية للحيازة . نأى جانباً عن النظرية الشخصية ، حيث تشعبت نصوصه بمضمون النظرية المادية كما نادى بها الهرنج ، والقانون الألماني يأخذ بنظرية الهرنج للأسباب الآتية :

١ - أن القانون الألماني يعرف الحيازة في المادة (٨٥٤) بقوله : " الحيازة سلطة واقعية على شيء " ، فهو بهذا التعريف لم يعنى الا بيان الركن المادى للحيازة متمثلاً في السيطرة الواقعية على الشيء محل الحيازة ، ولم يذكر في ثنايا تعريفه الركن المعنوى للحيازة ، وهو بذلك لم يبلغ الركن المعنوى كليةً بل اعتبره ممثلاً ضمناً في الركن المادى ، بحيث تكون أعمال الحيازة إرادية قصدية ، فقد حدد الركن المعنوى بنا لارادة ولكن لم يستلزم نية التملك أو كسب حق عيني آخر ، بل انه لا يعنى سوى قصد تحقيق الركن المادى الموجه نحو الأعمال المادية المعيرة عن القدرة على السيطرة على الشيء محل الحيازة^(٥).

فالركن المعنوى في القانون الألماني هو ركن غائى يتمثل في القدرة على ممارسة حق وغيابه ينطوى على انتفاء فكرة الحيازة ، ومن ثم فإن القاصر المحجور عليه من ممارسة حقوقه يجوز له اكتساب الحيازة عندما تكون أرادته موجهة نحو تحقيق السيطرة المادية ، بالرغم من أن التعبير عن إرادته العقدية يكون بواسطة الوكيل عنه^(٦) ، فالحيازة توجد بواسطة تجسيد الأعمال المادية وبصرف النظر عن كل اعتقاد في

(1) Mazeaud et Chabas, II, N.1426, P. 197.

(2,3) Larroumet, droit civil, II, N. 131, P. 85, N. 133, P. 87.

(4) Larroumet, droit civil, II, N. 86, P. 63.; Mazeaud et Chabas, II, N.1426, P. 198;

Trigeaud la possession., N. 166, P. 180.

(5,6) Trigeaud, la possession., N. 164, P. 178 .

الحيازة بنية التملك (١) ، ومن ثم لا يكون الركن المعنوي من مكونات الحيازة ، بل هو مجرد شرط يحدد نطاق نتائجها (٢) .

٢- أن القانون الألماني يمد نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية (٣) حيث نص في المادة (٨٦٨) على أنه : " إذا حاز شخص بصفته منتفعاً أو مرتقناً رهن حيازة أو مزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً لديه ، أو بناء على أي سند مشابه يخوله حقاً أو يفرض عليه التزاماً في مواجهة الغير ، بحيازة الشيء مؤقتاً كان هذا الأخير حائزاً " . فهذا النص يقرر أن الحائز لحق شخصي كالحائز لحق عيني وأن الحائز لحساب نفسه كالحائز لحساب غيره ، فالحيازة لحسابه النفس والحيازة لحساب الغير تحمى بدعاوى الحيازة ، ولكن الحائز لحساب الغير لا يمكنه أن يمتلك العقار بالتقادم (٤) . فوفقاً لذلك نجد أن الحائز لحق شخصي كالمستأجر أو المزارع يعتبر حائزاً ، وأن من يجوز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه ، حيث يكون لكل واضع يد حيازة بصرف النظر كما كان يجوز لنفسه أو للغير ، سواء كان حائزاً لحق شخصي أو لحق عيني .

٣- وإذا كان القانون الألماني قد اعتبر أن كل واضع يد بأية صفة كانت حائز وفقاً لمفهوم النظرية المادية ، فإنه قد رتب على ذلك النتائج المنطقية ، حيث منح دعاوى الحيازة للكافة وبدون قيود ، فيجوز للمستأجر والمزارع وغيره من يضع يده على العقار الحاز أن يرفع دعاوى الحيازة سواء في مواجهة الغير أو في مواجهة من التزم برد الشيء له ، ومن ثم يكون للمستأجر أن يرفع دعاوى الحيازة ضد الغير الذي يتعرض له ، وكذلك ضد المؤجر الذي يعطل انتفاعه بالعين (٥) .

وإذا كان القانون الألماني اعتبر كل واضع يد هو بمثابة حائز وجاه دعاوى الحيازة ، إلا أن هناك فريقاً من الأشخاص قدر أنه لا يوجد لديهم أي استقلال عن من يجوزون لحسابه وبالتالي لا يعتبرون حائزين في مفهوم هذا القانون ، حيث نص في المادة (٨٥٥) على أنه " إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء لحساب غيره بسبب الوظيفة التي يؤديها في منزل المخدم أو في صناعة المتبوع ، أو بسبب أي مركز آخر يلزمه أن ياتم بأوامر التي يتلقاها من المتبوع في شأن هذا الشيء ، فالمتبوع وحده هو السدي يعتبر حائزاً " . فهذا النص يشير إلى وضع اليد الحاصل من التابع أو الخادم ، فهؤلاء ومن على شاكلتهم لا تكون لهم حيازة حيث لا يكون لديهم أي استقلال عن المتبوع أو المخدم ، فهم يتصرفون وفقاً لإرادة

(1) Alex Weill, droit civil,II,N.371,P.327; Trigeaud, la possession, N.164,P.179.

(2) Trigeaud, la possession.,N.165,P.180 .

(3) Alex Weill, droit civil,II,N.371,P.327 .

د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٥٠١

(4) Trigeaud. la Possession,N.166,P.180 .

د . محمد على عرفه - ج ٢ بند ٧٣ ص ١٢١

(5) Trigeaud, Possession,N.166,P.180 .

المخدوم أو المتبوع فيما يتعلق بالعقارات الموضوعة تحت أيديهم ، ومن ثم فهم مجرد محرزون لا حائزون لأنهم ليسوا سوى مكلفين بالخدمة لصالح متبوعهم^(١) .

ومما سبق يتضح أن القانون الألماني يعتبر كل من يضع يده على شيء حائزاً سواء كان حائزاً لحق شخصي كالمستأجر أو حائزاً لحق عيني كالمتبوع أما من لا يكون له أى استقلال عن من تلقى منه الشيء كالمخدم والتابع لا يعتبر حائزاً بل هو مجرد واطع يد ليس له سوى مجرد السيطرة المادية على العقار لصالح المتبوع .

ثالثاً : القانون السويسرى يأخذ بالنظرية المادية للحيازة :

القانون السويسرى كالقانون الألماني يأخذ بالنظرية المادية للحيازة ، حيث يعرف الحيازة في المادة (٩١٩) بقوله : " سيطرة فعلية على الشيء " . فالحائز وفقاً لهذا التعريف هو من له السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيازة^(٢) ، حيث لم يبرز الركن المعنوي بقصد اكتساب حق عيني على العقار محل الحيازة ، بل إن الركن المعنوي منطوق داخل الركن المادى ، ويكون هذا الأخير عنصراً ارادياً ينصب على قصد السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيازة .

وإذا كان المفهوم من نص المادة ٨٦٨ ألماني ، أنه يمد نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية ، فإن القانون السويسرى يقرر صراحة جواز حيازة الحق الشخصى ، حيث يقول في المادة (٩٢٠) : إذا سلم الحائز الشيء إلى الغير ليؤليه عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يعتبر حائزاً للشيء " . فالحيازة كما ترد على الحقوق العينية ترد كذلك على الحقوق الشخصية فأعمال السيطرة المادية الخارجية تكفى لقيام الحيازة بصرف النظر عن كل قصد شخصى .

وهذا ما عتته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون السويسرى بقولها : " إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستند إلى الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة ، وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع فى شئ ، ونية الحيازة تخرج عن نطاق القانون^(٣) . ووفقاً لهذا المفهوم المادى للحيازة فى القانون السويسرى يمتد نطاق دعاوى الحيازة لتحمى كل من له السيطرة المادية على الشيء أمخاز وبدون أية قيود^(٤) ، فواضع اليد يمكن أن يرفع دعاوى الحيازة سواء فى مواجهة الغير أو فى مواجهة صاحب الشيء محل الحيازة .

وإذا كان القانون الألماني اعتبر أن هناك فئة من واضعى اليد لا يوجد لديهم أى استقلال فى وضع

(1) Alex Weill, droit civil, II, N. 371, P. 328 ; Trigeaud, la Possession, N. 167, P. 181.

د . السنيورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦١ ص ٧٩٧ هـ (١) ، بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ هـ (٢) .

(٢) د . عبد السلام ذهنى - الأموال - بند ٣٣٨ ص ٣٨٦ ، د . محمد طى عرفه - ج ٢ - بند ٧٣٣ ص ١٢١ .
Alex Weill, droit civil, II, N. 371, P. 328.

(٣) د . السنيورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ هـ (٢) .

Baudry et Tissier, N. 199 quinquies, p. 162 .

(4) - Mazeaud et Chabas, II, N. 1426, P. 197.

يدهم على الشيء كالاتباع ، ولذلك لم يطلق عليهم لفظ حائزين ، إلا أن القانون السويسرى صار أبعدهم مدى من القانون الألمانى فى هذا المجال ، حيث لم يرد به نص يستثنى حيازة الأتباع واعتبارهم مجرد محرزين للشيء ، فقد اعتبر حيازة الاتباع والخدم وغيرهم حيازة صحيحة ما دامت لهم السيطرة المادية على الشيء ، ولهم الحق فى استخدام دعوى الحيازة وفقد السيطرة المادية كقيل بحماية القانون (١) .

فالقانون السويسرى وإن كان يتشابه مع القانون الألمانى فى الأخذ بالنظرية المادية للحيازة إلا أنه يفترق عنه من ناحيتين :

الأولى : ان القانون السويسرى قرر صراحة جواز حيازة الحقوق الشخصية فى المادة ٩٢٠ بقوله: " إذا سلم الحائز الشيء للغير ليؤليه عليه حقاً شخصياً فكل من الاثنين يكون حائز للشيء " ، أما القانون الألمانى لم يكن صريحاً من ناحية هذه النقطة بل تفهم ضمناً من نص المادة ٨٦٨ .

الثانية : أن القانون السويسرى جعل حيازة الأتباع حيازة صحيحة ما دامت لهم السيطرة المادية على الشيء ، أما القانون الألمانى فقد اعتبرهم مجرد محرزين للشيء محل وضع اليد .

تقدير اتجاهات الفقه الفرنسى مقارنة بالقانون الألمانى والسويسرى :

الاتجاه المادى فى الفقه الفرنسى نجده فى سبيل التذليل على صحة اتجاهه يستند إلى نص المادة (٢٢٢٨) ، المعرفة للحيازة بقولهم : إنما لم تذكر نية التملك فى التعريف ومن ثم فهى تنطبق على كل من له السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة سواء كان حائزاً أو مجرد واضح يد .

أما الاتجاه الشخصى فىرى أنه لا يمكن الاعتماد على نص المادة ٢٢٢٨ مفرداً . ولا بد أن يوضع إلى جوار المواد التالية له وخصوصاً المواد ٢٢٢٩ ، ٢٢٣٦ ، ٢٢٣٩ . فمقارنة تلك المادة بالمواد الأخرى يتضح أن الركن المعنوى وهو المنصب على نية التملك مذكور فى المادة ٢٢٢٩ ، كما أن المواد ٢٢٣٦ ، ٢٢٣٩ ، تشير إلى الحائز لحساب الغير ، وهو من يعتبر مجرد محرز للشيء لا حائزاً قانونياً ، وبناء على هذا التعريف والاستنتاج يقطعون بأن القانون الفرنسى يأخذ بالنظرية الشخصية .

والحقيقة أن القانون الفرنسى يأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة استناداً إلى الآتى :

١ - ان القانون الفرنسى لم يقرر صراحة مد نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية كما فعل المشرع الألمانى (م ٨٦٨) والمشرع السويسرى (م ٩٢٠) ، بل مازال يقصر نطاقها على الحقوق العينية ، وشتان ما بين تشريع يقرر ضمناً كالألمانى وتشريع يقرر صراحة كالسويسرى جواز حيازة الحقوق الشخصية ، وبين تشريع لا يوجد به نص يحد نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية ، فما يدعوا إلى القول بأن المشرع الفرنسى يدور فى فلك النظرية الشخصية للحيازة .

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ هـ (٢)

٢ - ان القضاء الفرنسى عندما قبل دعوى استرداد الحيازة من كل واضع يد قبل سنة ١٩٧٥ ، لم يكن هذا تحولاً منه إلى النظرية المادية ، لأن تلك الدعوى هى دعوى لحفظ السلام العام وتطبيقاً لمبدأ أنه لا يجوز لأحد أن يصنع العدالة لنفسه ، وكانت ترفع بدون اشتراط مرور سنة على حيازة الحائز في حالة نزاع الحيازة بالقوة .

٣ - ان ما أعطاه المشرع الفرنسى لكل واضع يد وكل حائز من الخفى في رفع جميع دعاوى الحيازة بمقتضى الاصلاح التشريعى لسنة ١٩٧٥ ، لم يكن هذا تحولاً إلى النظرية المادية للحيازة ، حيث أن تلك الدعاوى المهدف منها رعاية الصالح العام والمحافظة على السلام الاجتماعى ، كما أن تلك الدعاوى سواء قبل أو بعد ١٩٧٥ لم تكن ممنوحة بدون قيود ، حيث لا يجوز رفعها من الشخص ضد من عهد اليه بماله لوضع اليد عليه ، ومن ثم كان ولا يزال لا يجوز للمستاجر مثلاً أن يرفع دعوى منع التعرض ضد المؤجر وإذا حدث ذلك التعرض كان له دعوى خاصة مستمدة من عقد الإيجار ^(١) ، كما أن تلك الدعاوى لا تحمى سوى الحيازة العقارية .

٤ - ووفقاً لما تقدم لا يجوز القول بأن القانون الفرنسى يتماثل مع القانون الألمانى والسويسرى ، بل يختلف عنهما اختلافاً جوهرياً من حيث عدم النص على حيازة الحقوق الشخصية ومن حيث رفع دعاوى الحيازة ، فلم يجعلها طليقة من كل قيد بل لا يجوز رفعها من واضع اليد ضد من تربطه به علاقة عقدية .

وخلاصة القول أن القانون الفرنسى مازال يدور في فلك النظرية الشخصية للحيازة أما القانون المدين الألمانى والسويسرى فأنهما يأخذان بالنظرية المادية لصراحة نصوصهما ووضوحها في التدليل على الاتجاه المادى للحيازة ^(٢) .

رابعاً : موقف القانون المدين المصرى :

تناول القانون المصرى القديم كسب الحقوق العينية بالتقادم في المواد ٧٦ - ٨٧ / ١٠٢ - ١١٦ ، وقد نص في المادة ١٠٢/٧٦ على أن "تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متوالية بصفة مالك" . ووفقاً للرأى الراجح في

(1) Trigeaud, la Possession, N.341, P.321; Larroumet, droit civil, II, N.133, P.86 ; Alex Weill, droit civil, II, N.413, P.357 ; Trib. civ. seine, 6-3-1954, D. Rép. 1957, N.73 , P. 14 ; Cass. Civ. 21-10-1929, Ga. pal. 1929, II. 785 .

(٢) ويأخذ القانون اللبناني بالنظرية الشخصية للحيازة ، وهو يحمى المزارع والمستاجر وصاحب حق الامتياز على ملك الدولة بدعوى استرداد الحيازة وذلك في المادة ٥٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم والمواد ٢٠ - ٢٧ من قانون المحاكمات الجديد ، د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - طبعة ١٩٩٣ ص ١٢٢ .

ظل هذا القانون ، أن المشرع المصرى أخذ بالنظرية الشخصية للحيازة^(١) ، حيث إن الأصل في وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا لمن كان يجوز المال لنفسه بنية تملكه^(٢) . فالقانون المدنى السابق قد اشترط في صدد التملك بالتقادم أن يكون واضع اليد يجوز بصفة مالك أو صاحب حق .

أما القانون المدنى الحالى فقد تناول الحيازة في الفصل الثانى من الباب الأول من الكتاب الثالث من القسم الثانى ، تحت عنوان أسباب كسب الملكية ، وقد اجتهد الفقه في تحديد اتجاه هذا التقنين من حيث الأخذ بأى من النظريتين ، وقد انقسمت الآراء إلى ثلاثة اتجاهات :

١ - الاتجاه المادى :

يرى أصحاب هذا رأى أن القانون المدنى الحالى أخذ بالنظرية المادية للحيازة^(٣) ،

للأسباب الآتية :

أ - ان المشروع التمهيدي للقانون كان يتضمن نصاً تحت رقم (١٣٩٨) يعرف الحيازة بقوله : " إن الحيازة وضع مادى يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل حقاً من الحقوق " فهذا النص ينطوى على صورتين للحيازة ، الأولى بقوله : " إن الحيازة وضع مادى يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شئ " ، وفي هذه الصورة اقتصر على ذكر الركن المادى دون اعتبار للركن المعنوى ، والصورة الثانية حيث يرى أن " الحيازة وضع مادى يستعمل به الشخص حقاً من الحقوق " ، ويتطلب لحماية هذه الصورة ضرورة توافر الركن المعنوى بجانب الركن المادى .

ففى الصورة الأولى اكتفى بالركن المادى لتقرير حماية الحيازة دون اعتبار لنية الحائز ، ووفقاً لذلك فإن المستأجر والمرقن للعقار رهناً حيازياً بما لهما من سيطرة فعلية على العقار مثل سيطرة المالك فهما حائزان جديران بالحماية القانونية .

ولا يرد على ذلك بأن هذا النص لم يكتب له الظهور فى النصوص النهائية ، حيث إن حذفه لا

(١) د محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية - الجزء الخامس - التقادم أو مضى المدة - طبعة ١٩٤٢ - مطبعة فتح الله الياس نورى وأولاده بمصر بند ١٠١ ص ١٠٣ . د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٤ ص ١٢٢ ، د . أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية التجارية - الطبعة الأولى ١٩٥٢ ، الناشر دار المعارف بمصر - بند ١١٤ ص ١٢٢ ، د . عبد المنعم البدر لاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٤٩٩

De Hults. Eléments d'un Répertoire Alphabétique de droit Egyptien - Juridiction mixte et Juridiction indigène, Tome ; III , 1911 , . N . 5 , P . 192

(٢) نقض ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١ ص ٤٤٥ ، استئناف مصر ١٩٣٠/٤/٣٠ ، ١٩٣١/٤/٢٠ مرجع القضاء لوضع الاستاذ / عبد العزيز ناصر رقم ٤٧٨٢ ص ١٢٥٣ ، استئناف طنطا ١٩٣٠/٦/٤ مرجع القضاء رقم ٤٨٢٨ ص ١٢٦٣ .

(٣) د . عبد المنعم الشرقاوى - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - قانون رقم ٧٧ / ١٩٤٩ - طبعة ١٩٥٠ - الناشر دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - بند ٤٦ ص ٦٧ - ٦٨ ، أشرف مهدي مصطفى - الحماية الوقتية للحيازة العرضية - دراسة مقارنة - المحاماة - السنة الرابعة والسبعون - عدد يناير - إبريل ١٩٩٥ - الجزء الأول - ص ٢٧٧ - ٢٨٠ .

يدل على اتجاه المشرع ، لأن ما قيل في سبب حذفه لكونه تعريفاً تغلب عليه الصفة الفقهية لا يتضمن دليلاً على عدول المشرع عن النظرية المادية ، لأن باقى النصوص المتعلقة بالحيازة والتي كانت واردة تحت هذا التعريف جاءت متشعبة بروح هذا التعريف .

ب - ان المشرع جعل السيطرة هو أساس الحيازة حيث جعل فقد الحيازة مترتباً على فقد السيطرة المادية على المال أو الحق موضوع الحيازة ، حيث نص في المادة (٩٥٦) على أن " تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة اخرى " ، وهذا النص يبرهن على ان المشرع أخذ بالنظرية المادية^(١)

ج - أن المشرع حمى حيازة المستأجر حيث أعطاه الحق في المادة ٥٧٣ في أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة ، ولا شك أن المستأجر لا توجد لديه نية التملك أو محاولة الظهور بمظهر المالك للعقار ، بل كل ماله هو سكنى المنزل أو زراعة الأرض فحيازته ما هي الا حيازة مادية بحته ، ولا يرد على ذلك بأن هذا النص خاص بالمستأجر دون غيره من الحائزين العرضيين ، لأن هذا النص يعد أحد تطبيقات النظرية المادية ويسرى على جميع الحائزين العرضيين كالحارس والدائن المرتمن حيازياً للعقار ، حيث يجوز لهؤلاء مباشرة جميع دعاوى الحيازة^(٢)

د - كما أن المشرع المصرى عبر صراحة عن اعتناقه للنظرية المادية بصدد حماية الحيازة عندما أصدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ، والذي أضاف المادة ٤٤ مكرر إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية حيث أعطى الحماية لكل واضع يد وياً كان نوع الاعتداء الواقع على الحيازة بطريق السلب أو التعرض ، كما أن الحماية الجنائية مقررة لكل حائز أياً كانت صفة حيازته ، قانونية أو عرضية ، بما يؤكد انحياز المشرع المصرى للنظرية المادية لتوسعيها في مجال حماية الحائز^(٣) .

٢ - الاتجاه المختلط :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون المدنى الحالى " اتخذ موقفاً وسطاً بين النظريتين^(٤) حيث جمع المشرع التمهيدى للقانون المدنى بين النظرية الشخصية باستبقاء العنصر القصدى بنية كسب الحق وبين النظرية المادية بمد نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية^(٥) ، فالقانون وإن أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية الا أنه لم يأخذ بما على إطلاقها^(٦) ، وتأثر بالترعة المادية

(١) د . عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات بند ٤٦ ص ٦٧ - ٦٨ .

(٢) اشرف ميسدى مصطفى . الحماية الوقتية للحيازة العرضية - المحاماة ص ٧٤ ج١ - ص ٢٨٠ ، ٢٧٧ .
(٣) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٢ ص ٥١٨ ، د . على أمير خالدة - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة فى ضوء المستجدات من أحكام محكمة النقض والنقض المصرى - الناشر دار الفكر الجامعى الاسكندرية ص ٨٩ ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٢٦٧ ص ٨٠٩ وما بعدها .

(٦) د . محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - طبعة ١٩٨٩ بند ٣٠ ص ٨٠ .

في بعض المواضع^(١) ، واقتبس من النظرية المادية أهم تطبيق من الناحية العملية ، حيث أجاز للمستأجر أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه^(٢) .

وللتدليل على صحة وجهة نظرهم يسوقون مجموعة من الحجج تتمثل في الآتي :

أ - ما ورد بالمشروع التمهيدي للقانون المدني حيث كان يتضمن نصاً تحت رقم (١٣٩٨) يعرف الحيازة بأنها : "وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالنعل حقاً من الحقوق" ، وقول المشرع : "أو يستعمل بالفعل حقاً ممن الحقوق" يوضح أن هذا المشروع لم يقصر الحيازة على نوع معين من الحقوق ، بل وسع نطاقها لتشمل الحقوق الشخصية مقتضياً في ذلك أثر المشرع السويسري في المادتين ٩١٩ ، ٩٢٠ مدني ويزوزون رأيهم بما أوردته المذكرة الايضاحية للمادة (١٣٩٨) بقولها: "الحيازة سلطة فعلية على شيء أو حق فيتجوز حيازة الحقوق العينية كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية" ، وبذلك يكون المشرع أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، غير أن المشرع لم يكن يريد أن يكون أسير شهوة التجديد ، ولذلك أورد في المذكرة الايضاحية قوله : "وللحيازة بعد توافر شروطها عنصران ، عنصر مادي هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوي هو نية استعمال حق من الحقوق" ولكن هذا النص لم يكتب له الظهور في النصوص النهائية للقانون وذلك بحجة أنه : "تعريف ناقص وينتقصه ركن التملك ، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك" ، وحذفه أنسب من الوجهة التشريعية لأنه يتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية ، وحذف هذا النص لا ينهض دليلاً على أن القانون أخذ بأي من النظريتين المادية أو الشخصية ، بل الأمر متروك لرأى الفقه^(٣) .

ب - أوردت المادة (١٤٠١) من المشروع التمهيدي قوله : "لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر و كان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذي ترد عليه الحيازة" ، وهذا النص جعل حيازة الخدم والاتباع مجرد احراز مادي واعتبر حيازة

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٨٧ - ص ٣٩٩ - د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني - الجزء الثاني - النقاضي أمام القضاء المدني - طبعة ١٩٨٩ - الناشر دار الفكر العربي - بند ٧٨ ص ٩١ ، د. محمد المنجي - الحيازة دراسة تأصيلية للحيازة من الناجيتين المدنية والجنائية - الطبعة الثانية - ١٩٨٥ - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ١١ ص ٣١ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ٩ - بند ٨٦٧ ص ٨١٤ - ٨١٥ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٧٨ ص ٣٩٩ ، د. محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء بند ٣٠ ص ٨٠ ، د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - بند ٧٨ ص ٩١ .

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ٩ - بند ٢٦٧ ص ٨١٣ ، وأشار إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ٦٦ ص ٤٤٨ - ٤٤٩ .

المستأجر حيازة صريحة وفقاً لمفهوم النظرية المادية ، حيث اجرت المذكرة الايضاحية مقابلة بين الخادم وبين المستأجر بقولها : " ويتبين من ذلك أن المستأجر يجوز لنفسه حقه كمستأجر ويجوز للمالك حق الملكية " ، فالمستأجر عكس الخادم يجوز حقاً شخصياً لحساب نفسه ^(١) . وبعد تعديلات ظنيفة في مراجعة هذا النص ظهر في النصوص النهائية تحت رقم (٩٥١) ، وبقاء هذا النص دليلاً على أن القانون يحمل آثار النظرية المادية حيث ميز بين الحيازة الصحيحة كحيازة المستأجر والنتفع وبين مجرد الاحراز المادى كحيازة الخدم والأتباع ^(٢) .

ج - أن المشرع عندما أباح للمستأجر أن يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة ، فقد وسع بذلك نطاق الحيازة إلى الحقوق الشخصية دون قصر نطاقها على الحقوق العينية ^(٣) ، وعندما منح كل حائز عرضي الحق في أن يرفع دعوى استرداد الحيازة لرد الاعتداء غير المشروع ، وأعطى للمستأجر الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه ، فهو بذلك اقتبس من النظرية المادية أهم تطبيق عملي ^(٤) ، وإن ما قضت به محكمة النقض بالنسبة لحماية المستأجر بقولها : " أما ما أباحه القانون المدنى الجديد في المادة ٥٧٥ للمستأجر من رفع دعاوى اليد جميعاً ضد غير المؤجر فإنه استثناء من القاعدة العامة لا تطبيقاً لمبدأ عام . وذلك ما للمستأجر من مركز خاص دون سائر الحائزين العرضيين " ، إن هذا القول محل نظر لأن دعاوى الحيازة لا تحمي المستأجر كمالك لأنه حائز عرضي وإنما تحميه كحائز أصيل بالنسبة لحقه في الإيجار ، ومن ثم فإن هذه الحماية تطبيق لمبدأ عام وليس استثناء منه ، لأن الأصل العام يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضي والمستأجر حائز أصيل بالنسبة لحقه في الإيجار ، وكان من الأوفق أن تمتد هذه الحماية كذلك إلى الدائن المرتمن رهن حيازة ، فهو وإن كان حائزاً عرضياً بالنسبة للملكية إلا أنه حائز أصيل بالنسبة لحق الرهن ^(٥) .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٢٦٧ ص ٨١١ ، وأشار إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج٦ ص ٤٥٥ ، د. عدلى أمير خالد - كسب الملكية العقارية بالحيازة ص ٨٨ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٢٦٧ ص ٨١٤ .

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٢٦٧ ص ٨١٥ ، د. عدلى أمير خالد - كسب الملكية العقارية بالحيازة ص ٨٨ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٢ ص ٥١٩ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٨٧ ص ٣٩٩ .

(٥) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٨٦٧ ص ٨١٥ هـ (٣) .

= ويستند د. السنهوري إلى حجة أخرى بقوله أن المشروع كان يتضمن نصاً تحت رقم ١٤١٥ بقوله : " ٢ - وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، ولكن لا يجوز أن يحتج بهذه القرينة على من تنقضى منه الحيازة " وحذفت تلك الفقرة " اكتفاء بالقواعد العامة " مجموعة الأعمال التحضيرية ج٦ ص ٤٨٣-٤٨٤ ؛ ولو ظلت هذه الفقرة فى النصوص النهائية لكان أوضح دليل على أن الحيازة تتناول الحقوق الشخصية بجانب العينية - الوسيط ج٩ بند ٢٦٧ ص ٨١٠ هـ (٢) .

و خلاصة قول أصحاب هذا الاتجاه أن المشرع لم ينجز لأى من النظريتين بل اتخذ موقفاً وسطاً، فنيو أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية وأخذ من النظرية المادية بعض جوانبها كحماية حيازة المستاجر

٣ - الاتجاه الشخصى :

يرى غالبية الفقه المصرى أن القانون المدنى الحالى أخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ، حيث يشترط فى الحيازة أن تكون بنية كسب حق عيى على الشئ محل الحيازة^(١) وللتدليل على صحة وجهة نظرهم يستندون إلى مجموعة من الحجج مضمونها كالاتى

أ - ان عدم ظهور نص المادة (١٣٩٨) من المشروع فى النصوص النهائية بحجة أنه : " تعريف فقهي وينقصه نية التملك إذ أنه تناول الحيازة المادية فقط تاركاً الحيازة بنية التملك " ، وما قررته المذكورة الايضاحية لهذا النص بقولها : " وللحيازة بعد توافر شروطها عنصران ، عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق " ، وما قيل سبباً لحذف النص بجانب ما أوردته المذكورة الايضاحية يوضح أن للحيازة ركن معنوى يقصد التملك لا بد من توافره ولو أراد المشرع اعتناق النظرية المادية لابقى على هذا النص فى النصوص النهائية للقانون^(٢) .

ب - ان ما أودده المشرع بنص المادة ٩٥٦ مدنى بقوله : " تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق وإذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى لا يصلح الاحتجاج به ، إذ هو يبين احدى طرق فقد الحيازة بزوال ركنها المادى ومن ثم لا تنهض دليلاً على أن المشرع جعل السيطرة المادية أساس الحيازة بل هو أحد أركانها^(٣) .

ج - أن القانون عندما استخدم لفظ الحيازة بصفة مطلقة بين ثنايا نصوصه لم يقصد من ذلك إلا الحيازة القانونية كما نص فى المادة (٩٦٣) ، حيث أجرى مقابلة بين الحيازة القانونية والحيازة المادية^(٤) .

(١) منيم على سبيل المثال : د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٤٩٩ ، حق الملكية بند ٣٣٢ ص ٤٣١ ، د . عبد الناصر العطار - اثبات الملكية - بند ٤٤ ص ٢١٥ هـ (٢) - أحمد ابو الوفا - المرافعات - بند ١١٤ ص ١٢٣ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٦١ ص ٢٠٩ ، د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٤ ص ١٢٥ ، د . محمد نبيب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٣٧ ص ١٣٧ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد الحيازة بسوء نية ص ١٩٨ ، ٢٠٢ ، الاستاذة/ محمد على راتب ، محمد نصر الدين ، محمد فاروق راتب ، قضاء الأمور المستعجلة . الطبعة الخامسة ١٩٦٨ - الناشر عالم الكتب شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة - بند ٣٠٤ ص ٨٧٤ هـ (١) ، د . أحمد مسلم - أصول المرافعات والتنظيم القضائى - طبعة ١٩٦٨ - الناشر دار الفكر العربى بالقاهرة - بند ٣١٦ ص ٣٥٥ ، د . وجدى راغب فيمى - مبادئ القضاء المدنى - الطبعة الأولى ١٩٨٦ - الناشر دار الفكر العربى ص ١٤٧ ، د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٥ ص ٥٠٧ .

(٢) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٣٢ ص ٤٣١ .

(٣) د . أحمد ابو الوفا - المرافعات التجارية بند ١١٤ ص ١٢٣ .

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٣٢ ص ٤٣٣ .

د - ان ما منحه المشرع للحائز بالنيابة عن غيره من الحق في استعمال دعوى استرداد الحيازة ، إنما هو على سبيل الاستثناء ، حيث لا يجوز له استعمال دعاوى الحيازة الأخرى ، ولو كان المشرع يقصد الاكتفاء بالحيازة المادية لاصح هذا النص لغواً^(١) .

د - أن ما أباحه المشرع للمستأجر بالمادة (٥٧٥) من الحق في أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه إنما هو على سبيل الاستثناء من أصل عام ، لما للمستأجر من مركز خاص بين سائر الحائزين العرضيين الذين لا تشملهم الحماية القانونية^(٢) ، ولو أراد المشرع التعميم والتحول نحو النظرية المادية ما ترك هذا الأمر لاجتهاد الفقه ، بل كان بوسع أن ينقل نص المادة (٨٦٨) من التقنين المدنى الألماني والمادة (٩٢٠) من التقنين المدنى السويسرى اللتان تقرران أن كل واضح يعتبر حائز سواء قصد حيازة حق عيني أو حق شخصي^(٣) .

و - ان المشرع لم يحرم الحيازة القانونية دون العرضية إلا باعتبارها قرينة على الملكية وتؤدي في ذات الوقت إلى كسب الحق بالتقادم^(٤) .

ن - وما يدل على ان المشرع اعتنق النظرية الشخصية ما أورده المذكرة الايضاحية صراحة باشتراط نية التملك في أكثر من موضع ، فقد ذكرت تعليقا على نص المادة (٩٤٩) بقولها : " للحيازة عنصران ، عنصر مادي وعنصر معنوي وهو نية استعمال حق من الحقوق " ، وتعليقا على المادة (٩٥١) بقولها : " قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز ، وقد يفترق العنصران فيكون العنصر المعنوى عند المخدوم " ، وما أورده بصدد المادة ٩٥٧ من أن الحائز يفقد الحيازة " إذا فقد عنصرهما المادى والمعنوى أو فقد أحد العنصرين " ، وما أضافته بخصوص المادة (٩٦٤) بأن " من أثبت أن عنده الحيازة المادية تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز وأن الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلاً أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوي"^(٥) .

و خلاصة القول في هذا الاتجاه أنه لا يمكن الاستناد إلى حماية المستأجر للقول بأن المشرع انحاز إلى النظرية المادية ، بل هو ما زال متمسكاً بالنظرية الشخصية التى تقتضى توافر نية التملك أو اكتساب حق على العين محل الحيازة .

تقدير الاتجاهات السابقة :

إن منشأ الخلاف بين الاتجاهات الثلاثة السابقة هو عدم ظهور نص المادة (١٣٩٨) في النصوص

(١) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٥٠٠ .

(٢) د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٥ ص ٥٠٧ .

(٣) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٤) محمد عبد اللطيف - التقادم بند ٢٦١ ص ٢٠٨ .

(٥) محمد على راتب وآخرين - بند ٣٠٤ ص ٨٧٤ هـ (١) واستندوا إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى المصرى ج ٦ ص ٥٤١ ، ٤٥٥ ، ٤٦٧ ، ٤٨٣ .

النهائية للقانون حيث كان يعرف الحيازة ، ومما زاد من هذا الجدل أن المذكرة الايضاحية ذكرت سببين للحذف أولهما بقولها أنه : " تعريف ناقص وينقصه نية التملك ، أى تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك " ، والسبب الثاني هو أنه يتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية .

وكل اتجاه يستند إلى سبب من أسباب الحذف لتأييد وجهة نظره ، فأنصار الاتجاه المادى يستندون إلى عبارة : " أنه يتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية " للقول بأن المشرع أخذ بالنظرية المادية ، حيث إن حذفه لهذا السبب لا يدل على اتجاه المشرع في البعد عن تلك النظرية ، والاتجاه المختلط يستند إلى سبب الحذف ويقولون : إن حذف النص لا يدل على اتجاه المشرع في الأخذ بأى من هاتين النظريتين بل هو ترك الأمر للفقه ، وأيضاً الاتجاه الشخصى يستند إلى عبارة " انه تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك " ، مما يدل على اتجاه المشرع للأخذ بالنظرية الشخصية .

فكل اتجاه يتخذ نفس الحجج التى استند اليها الرأى الآخر مع اختلاف التوجيه ، كل بما يخدمه في التليل على صحة رأيه ، ونفس الأمر فيما يتعلق بمنح الحائز العرضى دعوى استرداد الحيازة والمستأجر جميع دعاوى الحيازة ، فأصحاب الاتجاه المادى يرون أن منح هذه الحماية هو الأصل ، وأصحاب الاتجاه الشخصى يرون أن منح هذه الحماية إنما هو من قبيل الاستثناء الذى لا يقاس ، عليه واتجاه الوسط لا يرى في منح هذه الحيازة أصلاً أو استثناءً ، وإنما هو تأثر بالترعة المادية للحيازة وجمع بين النظريتين .

وعلى نفس المنوال يسير اختلاف التوجيه بالنسبة لنص المادة (٩٥٦) المتعلق بفقد الحيازة ، حيث يرى أنصار الاتجاه المادى أن المشرع جعل السيطرة المادية أساس الحيازة ، وأنصار الاتجاه الشخصى يرون أنه نص يقرر احدى طرق فقد الحيازة ، ولا ينهض دليلاً على اتجاه المشرع نحو النظرية المادية .

ومما أن الأمر يفرض المقارنة بين الاتجاهات السابقة ، فإننا ندعم الاتجاه الشخصى القائل بأن القانون المدنى المصرى الحالى يأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة مستندين إلى أسانيدهم التى أدلوا بها ، لاتفاقها مع موقف النصوص القانونية ، وبالإضافة إلى بعض الحجج التى تتمثل في الآتى :

١ - أنه لا يجب التعويل على ورد بالمشروع التمهيدي للقانون المدنى بما قرر في المادة (١٣٩٨) حيث انتهى الامر بحذف هذا النص ، ولم يقدر له الظهور في النصوص النهائية ، وأياً ما كانت الاسباب التى سبقت لتعليل حذفه فإن العبرة بما ورد في النصوص النهائية ، والأخيرة لم يظهر بها نص يعرف الحيازة بأنها مجرد سلطة أو سيطرة فعلية ، وجعل هذه السيطرة مناط الحيازة بدون أن يشترط نية التملك أو كسب حق عينى

٢ - ان الذى قرره المشرع بالنسبة للمستأجر بالمادة (٥٧٥) من الحق في أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه إنما هو تخصيص بحالة معينة وليس تعميماً لتقاعدة لأن الهدف من الإيجار هو الانتفاع بالعين

المؤجرة ، وقد يحدث اعتداء على العين المؤجرة مما يحول دون تحقيق مقصود المستأجر في الانتفاع بالعين ، وقد قدر المشرع إلا يترك المستأجر رهن ارادة المؤجر ، بل منحه الحق في رفع هذه الدعاوى تحقيقاً للانتفاع بالعين والتي تكفلها تلك الدعاوى، ثم أن المشرع لو أراد تعميم هذا الحكم على سائر الحائزين العرضيين ما أعتبه الوسيلة على أن تجود قريحته القانونية بنص يقرر تلك الحماية عامة لكل واضع يد وليس بقصرها على المستأجر فقط .

٣ - لا يجوز الاستناد إلى ما منحه المشرع للحائز العرضي في أن يرفع باسمه دعوى استرداد الحيازة ، لأنه لم يمنح للحائز العرضي سوى رفع هذه الدعوى دون دعاوى الحيازة الأخرى ، ومنح الحائز العرضي هذه الدعوى لا ينهض حجة قاطعة على أن المشرع أخذ بالنظرية المادية ، لأن المعروف لدى عموم الفقه والقضاء أن دعوى استرداد الحيازة من دعاوى الأمن العام التي تقوم على رد الاعتداء غير المشروع الواقع على الحيازة تحقيقاً للسلام الاجتماعي ، ويكفي أن يكون لرافعها حيازة مادية بدون اشتراطية كسب الحق^(١) .

كما أن هذه الدعوى تمنح للحائز بنية كسب حق عيني ، وكذلك لمن يضع يده على العين مجوداً من هذه النية ما دامت له سيطرة مادية على العقار محل الحيازة ، وتمنح تلك الدعوى لمن قامت حيازته على سبيل التسامح أو قامت على ترخيص من جهة الإدارة رغم أن حيازته لا تؤسس تقادماً ، إلا أنه يجوز أن يرفع تلك الدعوى على كل متنزح للحيازة سواء كان من الغير أو المالك المتسامح^(٢) .

٤ - لا يجوز الاستناد إلى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ الذي أضاف المادة ٤٤ مكرر لقانون المرافعات المدنية والتجارية للقول بأن القانون المصري يأخذ بالنظرية المادية للحيازة لأن ما قرره هذا القانون هو حماية وقتية للحيازة العرضية مراعاة للسلام الاجتماعي وهي حماية مؤقتة لوضع مادي لحين صدور حكم من القضاء .

٥ - كما لا يجوز الاستناد لحماية الحيازة العرضية جنائياً للقول بانحياز المشرع للنظرية المادية ، لأن الحماية الجنائية لا تحمي الحيازة القانونية وإنما تحمي وضع اليد الفعلي مراعاة للسلام الاجتماعي .

وإذا كان الاتجاه الراجح أن المشرع يأخذ بالنظرية الشخصية ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع المشرع من أن يقرر بنص صريح منح جميع دعاوى الحيازة لكل حائز عرضي ، لأن هذه الدعاوى في ظل الوضع الحالي لا تحمي إلا الحائز بنية اكتساب حق عيني على العقار ، مثل قصد الحائز كسب حق الملكية أو

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣١٩ ص ٩١٤ - ٩١٥ ، محمد علي راتب وأخريين - قضاء الأمور المستعجلة - بند ٣٠٤ ص ٩٠٨ - ٩٠٩ ، د. وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٦٤ .

Mazeud et Chabas, II, N. 1466, P. 226.

نقض ١٩٦٤/١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٨ ص ٤٩٢ ، ١٩٨٣/٤/١٩ - الموسوعة الشاملة ج ١٣ رقم ٧٢ ص ٣٢٢ ، ١٩٨٣/١١/٣٠ - الموسوعة الشاملة ج ١٤ رقم ١٦٩ ص ٨٤٧ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣١٩ ص ٩١٥

الانتفاع أو الارتفاق أو الاستعمال أو السكنى أو حق رهن الحيازة .
وتقرير المشرع منح كل حائز عرضى الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه يقوم على
الاعتبارات العملية هي عين تلك الاعتبارات التي حدثت بالمشرع إلى منح المستأجر الحق في أن
يرفع باسمه جميع دعاوى الحيازة ، فهذه الاعتبارات متوافرة لدى الوكيل والحارس لعقار
لتحقيق مقتضى الوكالة أو المحافظة على العقار عندما يحدث اعتداء على العقار الموجود تحت
سيطرتهم ، وإذا كانت الاعتبارات العملية متوافرة بالنسبة لكل حائز عرضى كما هي متوافرة
بالنسبة للمستأجر ، فلا يجوز قصر دعاوى الحيازة على المستأجر دون باقى الحائزين العرضيين ،
وأن تقرير منح دعاوى الحيازة لكل حائز عرضى لا يمثل إفراطاً من المشرع في حماية الحائز
العرضى على حساب الحائز القانونى أو صاحب الحق ، خصوصاً وأن الحائز العرضى لا يستفيد
من قرينة الملكية ولا يكسب الحق العنى بالتقادم لقيام وضع يده على سند ينظم وضع اليد، بل
كل ما يكون هو وسيلة للدفاع والمحافظة على العقار الموجود تحت سيطرته وهذا ما يدعو إلى
القول بالتخفيف من اشتراط نية كسب الحق في مجال حماية الحيازة (١) .

الفرع الرابع

الركن المعنوى فى حيازة شئير المميز وأعمال التسامح

أولاً : الركن المعنوى فى حيازة شئير المميز :

الأصل أن الركن المعنوى القائم على أساس نية التملك أو اكتساب حق عيني يقوم لدى الحائز شخصياً
حيث لا تجوز الوساطة فيه بخلاف الركن المادى ، والسبب أن الركن المعنوى أمر شخصى (٢) ، فمن غير
الجائز أن يقوم شخص بممارسة أعمال السيطرة المكونة للركن المادى للحيازة بينما العنصر المعنوى يوجد
لدى شخص آخر ، فإرادة الغير لا تكفى للقول بأن شخصاً ما حائز بدون توافر القصد لديه شخصياً ، فلو
أن تابعا قام بممارسة أعمال الحيازة على عقار للغير بدون علم متبوعه ، فإن الاخير لا يعتبر حائزاً لعدم
توافر العنصر القصدى لديه ، وبالرغم من قبول النيابة أو الوساطة فى الركن المادى الا أن الركن المعنوى
يجب أن يتوافر لدى الحائز شخصياً بالقيام بأعمال الحيازة لحساب نفسه .

(١) ويرى د. رمضان أبو السعود أن اختيار المشرع للنظرية المادية أو الشخصية كان فى مرحلة وضع التقنين
المدنى ، والميم هو الحلول العملية التى أتت ببا النصوص وهذا الخلاف ليس له أى صدق على - الوجيز فى
الحقوق العينية الأصلية - أحكام ومصائر الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٩٧ الناشر دار المطبوعات الجامعية
بالاسكندرية ص ٣٨١ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٩ ص ٥٣٣ ، د . عبد المنعم البندر أوى - الحقوق
العينية الأصلية - بند ٥٩٩ ص ٥١٨ .

وإذا كان الاصل أنه يجب توافر الركن المعنوي لدى الحائز شخصياً إلا أنه أجازت النيابة فيه استثناءً من الاصل العام^(١)، حيث نصت المادة ٩٥٠ في القانون المدنى المصرى على ذلك بقولها " يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية " ، فيجوز إذا للنائب أن ينوب عن غير المميز لكون هذا الاخير غير أهل لأن يتوافر لديه قصد الحيازة ، لأن الحيازة تفترض النية (٢) ، والنية تفترض الإرادة ولا إرادة لدى غير المميز ، ولا يحتج على ذلك بأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بمظهر المتفجع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية ، لأن ولى أمر القاصر هو الذى يباشر أعمال الحيازة نيابة عنه^(٣) .

والنيابة فى الركن المعنوى للحيازة قاصرة على حالة انعدام التمييز ، حيث يجوز للنائب عنه أن يقوم بممارسة الأعمال المادية للحيازة ، لا بقصد ممارستها لحساب نفسه بل لحساب عديم التمييز ، وذلك القصد يكفى لأن تنتج الحيازة آثارها لصالح الأخير ، أما إذا كان الشخص مميزاً وإن لم تتوافر له الأهلية القانونية كالصبي المميز ، يمكن أن يكسب الحيازة لوجود النية لديه حيث إن الحيازة واقعة مادية يكفى فيها التمييز ولا يشترط كمال الأهلية لإمكان كسبها^(٤) .

والنيابة فى الركن المعنوى ليست مقصورة على الاشخاص الطبيعيين ، ولكن تجوز أيضاً بالنسبة للشخص الاعتبارى كالشركات مثلاً ، إذ يجوز أن ينوب عنها ممثلها القانونى حيث تقاس حالة الشخص الاعتبارى على حالة الشخص الطبيعى غير المميز ، ومن ثم يجتمع الركن المادى والمعنوى لدى الممثل القانونى للشخص الاعتبارى^(٥) .

ثانياً : الركن المعنوى فى أعمال التسامح :

المقصود بأعمال التسامح هى أعمال مادية يمارسها شخص على ملك الغير ولا تحمل معنى الغصب والتعدى ، ويتحملها الجار مراعاة لحسن الجوار. فهذه الأعمال يقوم بها الشخص ولكن الغير يتحملها لأنها لا تؤدى إلى إنقاص منفعة ملكه ، وعندما يتحملها الغير لا يعد سكوته عليها قبول حق على ملكه ، ولكن تقوم فيها مظنة العفو والتسامح^(٦) ، كقيام شخص بالمرور فى أرض الغير بالرغم من عدم

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ ص ٢١٦ ، حق الملكية - بند ١١٥ مكرر ص ٢٥٦ ،

د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٣٩ ص ، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية -

Mazeud et Chabas, II, N. 1431, P. 200

بند ٣٤٩ ص ٥٣٣ .

(٢) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١١٥ مكرر ص ٢٥٦ ، إثبات الملكية - بند ١٤ ص ٢١٦ .

(٣) د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٨٠ ص ١٤٠ ، د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١١ ص ١٢ .

(٤) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ١١ ص ١١ ، د. العطار - إثبات الملكية - بند ٤٤ ص ٢١٦ .

(٥) د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٨٩ ص ٢٨٣ هـ (٢) ، د. عبد المنعم فرج الصده

حق الملكية - بند ٣٤٩ ص ٥٣٣ .

(٦) نقض ١٠ / ٣٠ / ١٩٥٢ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٣٥ ص ٤٥١ ، ١٩٤٥ / ١ / ١١ ، مجموعة القواعد

ج ١ رقم ٣٤ ص ٤٥١ .

انجاس أرضه عن الطريق العام وهذا الأعمال لا تؤدي إلى قيام الحيابة القانونية المؤدية إلى كسب الحق ، حيث " لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص ويتحمله الغير على سبيل التسامح " (م ٩٤٩ مدني مصري) ، فهذه الأعمال لا تؤسس حيازة أو تقادماً (م ٢٢٣٢ فرنسي) ، يؤدي إلى كسب الحق لأنها أعمال يتقصها الركن المعنوي اللازم لقيام الحيابة القانونية المكسبة للحق العيني .

وأعمال التسامح يمكن الاستدلال عليها على حسب العرف والعادات في العلاقة بين واضع اليد وصاحب الحق ، فلو كان الشخص جارا لصاحب الحق وقام بوضع بعض المتروكات في أرض جاره ، فوضع تلك الاشياء محمول على التسامح بين الجيران ، ومن ثم فلا يجوز لواضع اليد كسب حق عيني بالتقادم .

وأعمال التسامح تؤدي إلى القول بعدم قيام الحيابة القانونية لدى واضع اليد ، حيث أنه لا يجوز لنفسه بل لحساب الغير التسامح ، ومن ثم فلا يستطيع واضع اليد أن يحتج بحيابته في مواجهة المالك المتسامح^(١) ، أما بالنسبة للغير المتعرض لمن يمارس أعمال التسامح يجوز استخدام دعاوى الحيابة لمنع التعرض الصادر منه ، لأن من يمارس أعمال التسامح يعتبر حائزا من حيث الظاهر ما لم يثبت الغير أن الحيابة لم تكن سوى حيازة عرضية لاتدخل في نطاق الحماية القانونية^(٢) .

وتقدير ما إذا كان العمل الذي يمارسه الشخص على ملك الغير يعتبر من أعمال التسامح أو من أعمال التعدي المكونة للحيابة القانونية ، يرجع الفصل فيه لقاضي الموضوع فله السلطة التقديرية العليا ، دون رقابة من محكمة النقض مادام تقديره للأمر مستساغاً^(٣) .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج١ - بند ٢٩٨ ص ٨٢٠-٨٢١ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥١ ص ٢٣٥

(٢) د. محمد على عرفه - ج٢ بند ٧٩ ص ١٣٨

(٣) نقض مدني ١٩٣١/١٢/١٠ مجموعة القواعد ج١ رقم ٣ ص ٤٤٦ ، ١٩٤٥/١/١١ مجموعة القواعد ج١ رقم ٣٤ ص ٤٥٠

المبحث الثالث

الحيازة العرضية فى العقار

الحيازة القانونية هي التي يتوافر فيها الركنان الأساسيان المادى والمعنوى ، فالركن المادى يتمثل فى أعمال السيطرة المادية الممارسة على العقار محل الحيازة ، والركن المعنوى هو نية التملك أو كسب حق عيني على العقار محل الحيازة . وإذا فقدت الحيازة القانونية ركنها المعنوى وهو العنصر القصدى فيها فإنها لا تصحى حيازة قانونية وتصبح مجرد إحراز مادى للعقار ، يقوم على ممارسة أعمال الحيازة دون وجود نية اكتساب حق عيني . وهذا النوع من الإحراز جرى الفقه على تسميته بالحيازة العرضية مقابلة بينه وبين الحيازة القانونية ، والحيازة العرضية يطلق عليها اسم حيازة على سبيل المجاز والاستعارة^(١) لأنها ليست بحيازة حقيقية .

والحيازة العرضية لا تنتج آثار الحيازة القانونية فالحيازة العرضية لا تؤدي إلى اكتساب الحق لصالح واضع اليد لعدم وجود نية كسب الحق لديه ، وإذا كانت هي كذلك إلا أنه من الممكن ان تتحول إلى حيازة قانونية منتجة لجميع الآثار، فالقانون أجاز تغيير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية سواء بفعل الغير أو بفعل الحائز العرضى نفسه .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث الى مطلبين هما :

المطلب الاول : مفهوم الحيازة العرضية وطبيعتها .

المطلب الثانى : تغيير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية .

(١) د. محمد على عرفه ج ٢ بند ٨٨ ص ١٥٣ .

المطلب الأول

مفهوم الحيازة العرضية فى العقار وطبيعتها

الحيازة العرضية تمثل سيطرة فعلية يباشر واضع اليد بدون نية كسب الحق . فالحائز العرضى هو من يباشر سيطرة مادية وفعلية على العقار محل الحيازة بمقتضى سند قانونى يحوله وضع يده ، وقد يكون هذا السند عقداً يربط بين المالك والحائز العرضى كما فى حيازة الوكيل والمستأجر وصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق أو السكنى أو الرهن الحيازى ، وقد يكون السند هو حكم القضاء كما فى حيازة الوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، والقانون نفسه قد يكون سنداً يحكم الحيازة العرضية كما فى حيازة الحارس والسند يك ومضى التركة ومضى الشركة عند الحل فكل هؤلاء لا يمارسون الحيازة لأنفسهم بل لحساب الغير ، الذى يعتبر هو الحائز القانونى (١) .

فالحيازة العرضية إذن ، هى حيازة يقوم فيها واضع اليد بالانتفاع بالعقار الموجود تحت يده ، بدون أن يدعى الملكية لنفسه فلديه سلطة فعلية مجردة عن النية فى امتلاك العقار (٢) ، بخلاف الحائز القانونى الذى يمارس أعمال الحيازة بنية اكتساب ملكية العقار ، ومن ثم يلتزم الحائز العرضى برد العين إلى مالكيها عند انتهاء الأجل المحدد لأداء مهمته ، سواء كانت قانونية أو اتفاقية أو قضائية ، فأهم ما يميز الحيازة العرضية عن القانونية هو عدم وجود نية التملك فى الأولى بينما هذه النية هى جوهر الثانية .

والحيازة العرضية وهى تقوم على سند قانونى لا تعتبر متناقضة مع القانون ، إذ هى دائماً متلائمة معه ، أما الحيازة القانونية فأنما قد تتفق مع القانون عندما يكون المالك هو الحائز ، وقد تكون مخالفة للقانون كحيازة معتصب العقار (٣) ، فالحائز العرضى لا يجوز إلا بناء على سند قانونى سواء تعاقد أو حكم القانون أو حكم القضاء يحوله القيام أعمال السيطرة المادية على العقار ، وهذا السند هو ما جعل تلك الحيازة مشوبة بالعرضية لأنه يتضمن اعترافاً من واضع اليد بحق الملكية للغير ، ويلقى عليه التزاماً برد العين عند نهاية أجل المهمة المحددة لوضع يده .

(١) انظر بالنسبة لحيازة الوكيل وغيره ممن يجوزون لحساب الغير . نقض ١٩٥١/١١/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٦ ص ٢٤٩ ، ١٩٣٥/٢/٢٨ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١١ ص ٤٤٧ ، ١٩٤٢/٥/٢١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٢ ص ٤٤٧ ، ١٩٧٢/٣/٧ ، ١٩٣٥/١٠/٣١ ، ٣٠٥ ، رقم ٤٨ ص ٤٨ ، ١٩٣٥/١٠/٣١ ، ٣٠٥ ، رقم ١٣ ص ٤٤٧ ، ١٩٣١/١٢/٣١ ، ٤٤٧ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٤ ص ٤٤٧ ، ١٩٦٣/٣/٦ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٢ ص ٤٨٥ .

(٢) د . جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٠ ص ٢٨٥ ، د . محمد على عرفه ج ٢ بند ٨٨ ص ١٥٣

Baudry et Tissier., N. 209 , p. 264 ; Alex Weill, droit civil, II, N. 376, P. 333.

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٠ ص ٨٢٦ هـ (١) .

Mazeaud et Chabas, II, N. 1410, P. 189 .

وقائمة الخائزين العرضيين تشمل نوعين ، فمنهم من يضع يده على العقار بدون ادعاء أى حق عيني له ولو كان له مجرد حق شخصي ، كالمستأجر والوكيل والحارس والتابع وناظر الزراعة والمزارع والولي والوصي ومدير الشخص الاعتباري ، فسد هؤلاء لا يمنحهم أى حق عيني على العقار الموجود تحت أيديهم ، وتلك هي العرضية المطلقة^(١).

وهناك فريق لا يكون مجرد محرز للشيء ولكن يكون له حق عيني على العقار الموجود تحت يده ، بمقتضى السند القانوني الذي أصبح عليه صفة الخائز العرضي بالنسبة للملكية ، كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق ، أو السكنى أو الرهن الحيازي ، فصاحب الحق العيني يعتبر خائزاً عرضياً بالنسبة لحق الملكية ، حيث يجوز لحساب غيره ، وبالنسبة لحقه المخول له بمقتضى السند يكون خائز قانوني ، وتلك هي العرضية النسبية^(٢)، ففي هذه الحالة تجتمع الحيازة العرضية والحيازة القانونية على نفس العقار محل الحيازة^(٣).

طبيعة الحيازة العرضية :

العرضية لا تعتبر مجرد عيب في الحيازة ، بل هي صفة تؤدي إلى انتفاء فكرة الحيازة من أساسها^(٤) ، فهي مانعة لكل حيازة ، لتخلف أحد أركانها الجوهرية وهوانية التملك ولا تؤدي إلى اكتساب واضح اليد ملكية العقار محل وضع اليد ، إذ لا يجوز لأحد اكتساب حق على خلاف السند الذي يضع يده بمقتضاه (م ٩٧٢ / ١ مدني مصري) .

والعرضية صفة دائمة^(٥) ، تلازم الحيازة لا تفك عنها ، فتقوم طوال مدة وضع اليد على العقار محل الحيازة ، وتنتقل مع الحيازة إلى ورثة الخائز بعد وفاته ولا يجوز لهم التمسك بالتقادم مهما توالى تورثهم ، ولا عبارة بعلم أو عدم علم الورثة بصفة العرضية التي كانت ملازمة لحيازة مورثهم ، كما لا أهمية نية التملك لدى الورثة^(٦) ، ما دامت انتقلت إليهم الحيازة مشوبة بتلك الصفة .
والعرضية صفة مطلقة ، فلا يجوز للخائز أن يملك بالتقادم في مواجهة أى شخص^(٧) ، ويستفيد منها كل شخص يثبت أن واضع اليد غير خائز قانوني ، وبالتالي غير جدير بالحماية القانونية .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٠ ص ٨٢٦ ، د. حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٧ ص ٤٤٩ .
Larroumet, droit civil, II, N.96, P.68.

(٢) انظر المراجع والمواضع المشار إليها بياض (١) .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥١ ص ٥٣٦ .

(٤) د. محمد علي عرفه - ج ٢ بند ٨٨ ص ١٥٤ .

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥٥ ص ٥٤٢ .

Aubry et Rau, II, N. 180, P.133 .

(٦) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٥ مكرر ص ٢٤٢ - ٢٤٣ ، نقض ١٩٤٢/٥/٢١ مجموعة

القواعد ج ١ رقم ١٢ ص ٤٤٧ ، ١٩٧٢/١٢/٢١ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٨٧٧ ص ٤٩٠ .

= وإذا كانت صفة العرضية تلازم الحيازة عند انتقالها إلى الورثة ، إلا أن تلك القاعدة لا تنطبق على الخلف الخاص ، فهو يبدأ حيازة جديدة غير مشوبة بالعرضية .

(٧) د. كامل مرسي - ج ٤ - بند ١٤٠ ص ١٤٥ .

وصفة العرضية في الحيازة لا تفترض ، بل على من يدعى أن الحيازة عرضية أن يقيم الدليل على ذلك ، فالخائن لا يجبر عملياً أن يقيم الدليل على أن حيازته ليست عرضية^(١) ، فواضع اليد يفترض أنه يجوز لحساب نفسه ما لم يثبت العكس (م ٢/٩٥١ مدين مصري) ، ويقع على عاتق المنازع إثبات أن الحيازة عرضية لأن وضع اليد يفترض معه قيام الحيازة القانونية ما لم يثبت العكس .

والحيازة العرضية لا تؤدي إلى كسب الحق بالتقادم لعدم وجود الركن المعنوي لدى واضع اليد ، مهما طال وضع يده ، أو انتقلت حيازة العقار إلى ورثته^(٢) ، ولا يستحق الخائن العرضي الحماية القانونية ، فلا يجوز له استعمال دعاوى الحيازة للدفاع عن حيازته العرضية بل كل ماله هو استعمال دعوى استرداد الحيازة إذا انتزعت حيازته بالقوة ، وليس معنى السماح له باستخدام تلك الدعوى أن القانون يحمي حيازته ، بل أجزى له ذلك حفاظاً على الأمن الاجتماعي ، ولكن يجوز للمستأجر استثناء رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه (٥٧٥ مدين مصري) .

وإذا كان التمييز بين الحيازة القانونية وهي التي تتطلب إلى جانب الركن المادي ، نية اكتساب حق عيني على الشيء محل الحيازة ، وبين الحيازة العرضية التي تقوم على مجرد وضع اليد ، هو التمييز السائد في التشريعات اللاتينية التي سارت على نهج سافيني ونظريته الشخصية في الحيازة ، فإن التشريعات الجرمانية التي سارت على درب نظرية اهرنج لم تعرف مثل هذه التفرقة ، حيث أن القانون الألماني والسويسري يعرفان الحيازة بأنها " سلطة واقعية على الشيء " (م ٨٥٤ ألماني) ، أو أنها " سيطرة فعلية على شيء " (٩١٩ سويسري) ، فإنهما يكتفيان بالسيطرة المادية الفعلية الواقعية للقول بوجود الحيازة .

حيث نجد أن كلاً من القانون الألماني والسويسري يصبغ صفة الخائن على المنتفع والدائن المرتهن رهن حيازة وكذلك المزارع والمستأجر وعلى كل شخص يضع يده على الشيء بمقتضى سند يخوله حقاً عينياً أو شخصياً أو يفرض عليه التزاماً في مواجهة الغير

(١) د . السنيهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧١ ص ٨٣٣ د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٠ ص ٢٢٦ .

(٢) نقض ١٩٤٢/٥/٢١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٢ ص ٤٤٧ ، ١٩٧٢/٣/٧ مجموعة الأحكام ص ٢٣ رقم ٤٨ ص ٣٠٥ .

= وإذا ظل البائع واضعاً يده على العقار المبيع المدة القانونية للتقادم المكسب فإنه يكسب ملكيته إذا تضمن وضع يده نوعاً من الغصب لحساب نفسه ، د . توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - طبعة ١٩٧٠ المكتبة المصرية الحديث للطباعة والنشر بالاسكندرية - بند ١٧٠ ص ٢٨٦ ، د . السنيهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٧٠ ص ٨٢٧ د (١) .

= ونقض ١٩٦١/١٠/٢٦ مجموعة الأحكام ص ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ ، ١٩٦٦/١/١٣ مجموعة الأحكام ص ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

= ويعتبر خائراً عرضياً كل من استمر في وضع يده على العقار محل الحيازة بعد انتهاء الميعنة التي من أجلها كان يضع يده على العين ، د . كامل مرسى ج ٤ بند ١٤٠ ص ١٤٥ .

Aubry et Rau, II, N. 180, P. 131 - 132 .

مجازة الشيء بصفة مؤقتة (م ٨٦٨ ألماني) ، (٩٢٠ سويسري) ففي هذين التشريعين نجد أن كل واضح يد يعتبر حائزاً سواء كان يجوز لنفسه أو لحساب الغير أو سواء كان حائزاً لحق شخصي أو لحق عيني (١).

والقانون الألماني وفقاً لمنطق النظرية المادية لا يعرف التمييز بين الحيازة بنية التملك وبين الحيازة العرضية ، إلا أننا نجد يميز بين الحيازتين ولكن لا على أساس توافر أو عدم توافر نية كسب حق عيني ، بل على أساس تبعية واضح اليد للحائز ، حيث يكون التابع واضح اليد بمجرد أداة في يد الغير يلتزم بتنفيذ أوامره (٨٥٥ ألماني) ، فتكون صفة التبعية عاملاً سلبياً ينفي فكرة الحيازة للتابع واضح اليد (٢) ، ويكون مجرد محرز للشيء ، بمعنى أن حيازته تكون لصالح المتبوع .

وإذا كانت التفرقة السابقة بين الحيازة والاحراز القائمة على أساس علاقة التبعية موجودة في القانون الألماني ، إلا أننا لا نجد مثل تلك التفرقة في القانون السويسري ، بل أن كلاً من الحائز لحساب غيره أو لحساب نفسه أو من كان بمثالة التابع . تتوافر له الحيازة الصحيحة ، وتكون محمية بدعاوى الحيازة . فالقانون السويسري يذهب إلى مدى أكثر من القانون الألماني ، بالقول بعدم وجود حيازة قانونية وحيازة عرضية . بل كل من الحيازتين صحيحة ، ولا يعنى القول بعدم وجود التفرقة بين الحيازتين أنهما متساويتان من جميع الوجوه ، ولكن الحيازة القانونية هي التي تكسب الحق وتفترض الملكية دون الحيازة العرضية ، وإن كانت كلتا الحيازتين محمية بدعاوى الحيازة .

(١) أنظر ما سبق ذكره ص ٤٤ .

(٢) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٨٦ ص ٤٩٨ ، د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ هـ (٢) .

المطلب الثاني

تغيير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية

إذا كانت العرضية صفة دائمة في الحيازة ، تلازم الحيازة طوال مدة وضع يد الحائز العرضي على العقار محل الحيازة ، وهي لا تؤدي إلى كسب ملكية العقار مهما طال مدة وضع اليد إذ : " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده " (م ٩٧٢ / ١ مدني مصري) إلا أنه من الجائز أن تنقلب الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية تؤدي إلى كسب الملكية .

وإذا كان القانون أجاز تغيير الحيازة العرضية إلى قانونية (م ٢/٩٧٢) ، إلا أنه لم يترك هذا التغيير لإرادة واضع اليد بادعاء أنه غير نيته في الحيازة لحساب نفسه لتملك العقار محل وضع اليد " فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة " (م ١ / ٩٧٢ مصري)^(١) ، فمجرد تغيير النية لا يكفي لإجراء قلب الحيازة من عرضية إلى قانونية وإلا أدى ذلك إلى زوال كل الفوارق بين الحيازتين وأصبح من اليسر تغيير الحيازة من عرضية إلى قانونية^(٢) ، بمجرد ادعاء الحائز تغيير نيته .

وإذا كان المشرع أجاز للحائز العرضي أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إلا أنه ألزمه باتباع طرق محددة لإجراء هذا التغيير ، وهي إحدى وسيلتين :

الأولى : مجابهة المالك

الثانية : التصرف القانوني

أولاً : مجابهة المالك :

هي إهدار الحائز لسند حيازته^(٣) ، ومعارضة المالك معارضة ظاهرة وصریحة في أن الحائز يهدر حق المالك على العين والاستثار بما لنفسه دون سواه ، ففي هذه الحالة لا يحصل الحائز العرضي على سند جديد يعتمد عليه في حيازته ، ولكن يعتمد على أفعال صادرة منه تتعارض مع حق المالك على العين^(٤) .
والجائمة قد تكون قضائية ، تمثل في دعوى يرفعها الحائز العرضي على المالك يدعي فيها الملكية لنفسه دون المالك ، أو في صورة دفع يرد الحائز العرضي على دعوى المالك التي يرفعها لاسترداد ملكه ، وقد تكون الجائمة غير قضائية ، كإصدار رسمي أو كتاب

(١) تقابل المادة ٢٢٤٠ مدني فرنسي .

(٢) د . حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٨ - ص ٤٥١ ، د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٨ ص ٢٤٦ ، حق الملكية بند ١١٩ ص ٢٦١ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٨ ص ٢٤٩ د (٣) .

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٢ ص ٨٢٨ ، نقض ١٩٣٥/٢/٢٨ مجموعة الفواضد ج ١ رقم ٢٨ ص ٤٤٩ ، ١٩٦١/١٢/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢١ ص ٤٨٤ .

مسجل أو غير مسجل أو حتى اخطار شفوي يوجهه الحائز العرضي إلى المالك أو التقرير خلال تحقيق قضائي أو إداري ينكر فيه حق المالك ، وقد تكون المجاهمة فعلية ، بالامتناع عن رد العين عند مطالبة المالك بردها كما لو طالب المؤجر المستأجر برد العين فامتنع الأخير ، مدعياً أن تلك العين ملك لمورثه وأن المالك اغتصبها ، سواء أكان الحائز محققاً في ادعائه أو غير محق^(١) .

ففي المجاهمة يجب أن يكون النزاع مباشراً على الملكية بين الحائز العرضي والمالك ، فلا يكفي مجرد ادعاء الملكية ولو كان ذلك أمام الملاء ، ولا يكفي لتحقيق المجاهمة أن يقف الحائز العرضي موقفاً سلبياً كما لو امتنع المستأجر عن دفع الأجرة أو استمر في حيازة العين بعد انتهاء الأجل المحدد لردها لملكها لأن عدم الدفع أو البقاء في العين قد يكون لأسباب أخرى غير ادعاء الملكية^(٢) . فالامتناع عن دفع الأجرة لا يحقق معنى المجاهمة للمالك ولا بد أن يصاحبه إنذار يوجهه إلى المالك يبين سبب الامتناع بأن الحائز يدعي الملكية لنفسه لكي يحقق معنى المجاهمة المطلوبة .

ولا تكفي التصرفات المادية التي يباشرها الحائز العرضي على العين لتحقيق معنى المواجهمة ، كالتهدم أو البناء في العين^(٣) ، وكذلك التصرفات القانونية التي يرميها الحائز العرضي المتعلقة بالعين ، كرهن العقار أو ترتيب حق انتفاع أو ارتفاع أو إيجار ، لقصور تلك الأعمال عن تحقيق المجاهمة العينية للمالك^(٤) ، ولا يحقق معنى المجاهمة مجرد التعسف في الانتفاع بالعين^(٥) ، ما لم يتضمن إنكاراً لحق المالك . ولا يكفي أن يجابه الحائز العرضي المالك بإنكار حقه ، بل لا بد أن يتفق مسلكه مع ادعائه الملكية لنفسه فإذا ما استهر على نفس تصرفه السابق على أفعال المجاهمة عن ظهوره بمظهر الحائز العرضي ، كاستمراره في دفع الأجرة مثلاً ، فإنه يبقى على نفس وضعه السابق بمجرد حائز عرضي ، لدلالة مسلكه على أن يتصرف بحق المالك الأصلي^(٦) . فلا بد أن تقتزن أفعال المجاهمة بتغيير في سلوك الحائز بما يتفق مع

(١) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥٨ ص ٥٤٧ . د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٣ ص ١٤٣ .

Mazeaud et Chabas, II, N. 1430, P. 199 ; Alex Weill, droit civil, II, N. 384, P. 338 ;
Baudry et Tissier, N. 333 , p. 259 ; Enc. D. 1984, V, vo. possession , N. 83 , p. 7.

(٢) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٣ ص ١٤٣ .

Larroumet, droit civil, II, N. 13, P. 71

نقض ١٩٣٥/١٠/٣١ مجموعة القواعد ج١ رقم ٣٠ ص ٤٤٩ . ١٩٣٦/٤/٢٣ مجموعة القواعد ج١ رقم ٣١ ص ٤٥٠

(٣) نقض ١٩٥٥/٣/٣١ مجموعة القواعد ج١ رقم ٣٣ ص ٤٥٠ ، ١٩٦٤/٢/٢٠ ، مجموعة الأحكام ص ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ .

(٤) نقض ١٩٤٢/٥/١٤ مجموعة القواعد ج١ رقم ٢٩ ص ٤٤٩ ، ١٩٦١/١٢/٢٨ ، مجموعة المبادئ رقم ٨٢١ ص ٤٨٤ .

(٥) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣٤٠ ص ٢٦١ .

(٦) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٨ ص ٤٥٥ ، د. جميل الشراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٠ ص ٢٨٦ .

ادعائه الملكية لنفسه .

وعلى الحائز إثبات أفعال الجاهمة بكافة طرق الإثبات لأنها وقائع مادية ، وتقديرها إذا كانت أفعال الجاهمة كافية لقب الحيازة من عرضية إلى قانونية ، الفصل فيها لقاضي الموضوع بلا معقب من محكمة النقض ، ما دامت أسباب الحكم تؤدي إلى ما انتهى إليه من كفاية أو عدم كفاية تلك الأفعال (١) .

ثانياً : الحصول على تصرف قانوني :

في هذه الوسيلة يجب أن يحصل الحائز العرضي على تصرف قانوني يتعلق بالعين محل الحيازة صلاحد له من الغير والتصرف القانوني المعنى في هذا المجال هو كل عمل بعوض أو بدون عوض ناقل للملكية لمصلحة الحائز العرضي (٢) ، كسواء المستأجر للعين من غير المالك لها ، فيستند إلى عقد البيع الصادر له من الغير بعد أن كان يستند إلى عقد الإيجار . وما دام التصرف القانوني صادراً من الغير فلا عبرة بنوع السند سواء أكان بيعاً أو مقايضة أو هبة أو وصية ما دام ناقلاً للملكية ، أما إذا كان السند كاشفاً للملكية فلا يكفي لإجراء قلب للحيازة (٣) ، من عرضية إلى قانونية كعقد القسمة أو الصلح .

وبصدد التصرف الناقل للملكية الصادر لمصلحة الحائز العرضي من الغير يستوى أن يكون هذا الغير هو المالك الحقيقي للعين ، كما لو استأجر الحائز العرضي العين من شخص ادعى أنه مالكيها ثم يقوم بعد ذلك بشرائها من المالك الحقيقي فيصبح الحائز العرضي بذلك حائزاً قانونياً ، وقد يكون السند صادراً من شخص غير مالك للعين ، كما لو ادعى المؤجر ملكية العين المستأجرة وقام ببيعها للمستأجر فمثل هذا السند يجري تحويل الحيازة من عرضية إلى قانونية (٤) .

ولا يلزم إعلان هذا السند من الحائز العرضي إلى من تلقى الحيازة عنه ، لأن تغير الحيازة بهذه الوسيلة يتم بحصول الحائز العرضي على التصرف القانوني الناقل للملكية له دون حاجة إلى إعلانه ، ولكن يجب أن يتوافق سلوك الحائز مع مقتضى سنده الجديد ، كامتناع المستأجر عن دفع الأجرة ، وإلا فلا أثر للسند في تغيير صفة الحيازة ، لأن استمراره على نفس سلوكه السابق يجعل الحيازة خفية أو ملتبسة (٥) .

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٨ مكرر ص ٢٥٣ ، د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٤٧ ص ١٥٥
Enc.D. 1995, VII, vo. prescription, N. 88, P. 7

(٢) د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٧ ص ٥١٣ ، د. عبد الناصر العطار -
إثبات الملكية بند ٥٨ مكرر ص ٢٤٩ ، د. السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٢ ص ٨٣٨

(٣) د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٩٠ ص ٥٠٨ ، د. السنيوري - الوسيط - ج ٩
بند ٢٧٢ ص ٨٣٦ هـ (١) .
Enc.D. 1995, vo. possession, N. 79, P. 7.

(٤) د. السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٢ ص ٨٣٧ ، د. محمد ليبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية -
بند ١٤٤ ص ١٤٤

(٥) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٨ مكرر ص ٢٥٠ - ٢٥١ هـ (٢) ، د. عبد الفتاح عبد الياقى -
الأموال - بند ٢٩١ ص ٤٥٤
Enc.D. 1995, vo. possession, N. 81, P. 7.

ولا يكفي حصول الحائز العرضي على تصرف قانوني ناقل للملكية العين له وصادر من الغير ،
والتصرف على مقتضى ذلك السند ، ولكن يجب أن يكون الحائز حسن النية باعتقاده أن من صدر منه
التصرف مالك للعين محل التصرف ، لأنه لا يجوز لأحد أن يغير لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى
تقوم عليه الحيازة (م ١/٩٧٢) ، ولو أجز ذلك للحائز سبب النية لكان ذلك خرقاً لأحكام القانون بأن
يتفق الحائز العرضي مع شخص ما ويحصل منه على سند ناقل للملكية لصالحه ، فيكون ذلك بمثابة من يغير
بنفسه لنفسه سبب حيازته (١) . ومن المعروف أن الإرادة وحدها لا تكفى لإجراء تغيير للحيازة من قانونية
إلى عرضية ، لما حدده المشرع من وسائل لتغيير تلك الحيازة .

ويقع على الحائز العرضي إثبات تغيير حيازته بتلك الوسيلة وفقاً للقواعد العامة ، بالكتابة إذا
زادت قيمة العين على نصاب الإثبات بشهادة الشهود ، إلا في الحالات المستتة من الإثبات بالكتابة ،
ولمحكمة الموضوع السلطة العليا دون رقابة من محكمة النقض في تقدير المستندات التى يتمسك بها الحائز
العرضي للقول بتغيير الحيازة (٢) .

وإذا قام الحائز بتغيير حيازته من عرضية إلى قانونية بإحدى الوسليتين السابقتين فإن الحيازة
لا تصبح مفيدة لترتيب آثارها القانونية إلا من وقت حدوث هذا التغيير (م ٢/٩٧٢) (٣) ، إذ لا
يكون لهذا التغيير أثر رجعي يجعلها قانونية بل تصبح قانونية وجديرة بحماية القانون من وقت مجاهدة الحائز
العرضي للمالك أو حصوله على تصرف قانوني ناقل للملكية يتعلق بالعين محل الحيازة .

(١) . د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٧ ص ٥١٤ . د . عبد الناصر العطار -
إثبات الملكية بند ٥٨ مكرر ص ٢٥٠ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥٧ ص ٥٤٥ ،
د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٤ ص ١٤٥ .

Alex Weill, droit civil ,II,N383,P.337

نقض ١٩٣٦/٤/٢٣ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٨ ص ٤٤٩ ، ١٩٣٥/٢/٢٨ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٧
ص ٤٤٩ .

= ويكسب الحائز ملكية العين بالتقادم التصير لأن حسن النية مدغم بالسبب الصحيح الصادر له من الغير
د . محمد على عرفه ج ٢ بند ٨٩ ص ١٥٧ .

= وهناك من يرى عدم ضرورة اشتراط حسن النية لدى الحائز العرضي عند تغيير صفة حيازته د . السنهورى
- التوسط - ج ٩ بند ٢٧٢ ص ٨٣٦ .

= أما في حالة تغيير الحيازة بالوسيلة الأولى فلا يعتبر الحائز حسن النية لمعارضته حق المالك
(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥٨ ص ٥٤٧ ، بند ٣٥٩ ص ٥٤٩ .
د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٩١ ص ٥٠٩ .

(٣) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٥٦ ص ٥٤٤ ، د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية
الأصلية - بند ١٤٣ ص ١٤٤ .

الفصل الثانى

شروط الحيابة العقارية

للحيابة بعد توافر أركانها شروط معينة ينبغى توافرها لى تنتج آثارها القانونية فيما يتعلق بكسب الحق العيى بالتقادم ، وفيما يتعلق بالحماية القانونية . فبعد أن تقوم الحيابة بوجود ركنيها الاساسين ، المادى والمعنوى ، نص القانون على شروط أوجب توافرها لى تكون الحيابة مؤهلة لتكسب الحق وجديرة بالحماية .

وهذه الشروط نص عليها المشرع الفرنسى فى المادة ٢٢٢٩ بقوله : " لى نكسب بالتقادم يجب أن تكون الحيابة مستمرة .. وهادئة وعلنية وغير ملتبسة " ، والقانون المدين المصرى لم ينص على شروط الحيابة بصفة مباشرة بل نص على العيوب التى تلحق بالحيابة بقوله فى المادة ٩٤٩ / ٢ " وإذا اقترنت (المقصود الحيابة) بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها الا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب " ، كما يعنى بمفهوم المخالفة أن الشروط هى الهدوء والعلانية والوضوح أو عدم اللبس ، وهذا ما ذكرته المذكرة الايضاحية بالقرل : " ويجب أن تتوافر فى الحيابة شروط معينة، هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح فالحيابة المتقطعة والحيابة بإكراه والحيابة الخفية ، والحيابة الغامضة (كحيابة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيابة صحيحه " (١) .

وشروط الحيابة منها ما يتعلق بالركن المادى ، كشرط الاستمرار والهدوء والظهور ، ومنها ما يتعلق بالركن المعنوى وهو شرط الوضوح أو عدم اللبس . ووفقاً لما تقدم يتقسم هذا الفصل إلى :

- المبحث الأول : الشروط المتعلقة بالركن المادى للحيابة العقارية
- المبحث الثانى : الشروط المتعلقة بالركن المعنوى للحيابة العقارية

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالركن المادى للحيازة العقارية

يتكون الركن المادى فى الحيازة من مجموعة الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز وتمثل السيطرة الفعلية على العين محل الحيازة ، ولا يكفى قيام الحائز بتلك الأعمال المادية لكى تنتج الحيازة آثارها وتكون جديرة بحماية القانون ، بل يجب أن تكون تلك الأعمال ممارسة باستمرار و ظاهرة للعيان وهمدوء بدون إكراه ، ومن ثم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : شرط الاستمرار

المطلب الثانى : شرط الهدوء

المطلب الثالث : شرط العلانية .

المطلب الأول

شرط الاستمرار فى الحيازة العقارية

أولاً : المقصود بشرط الاستمرار وتفاصيله :

بصد شرط الاستمرار فى الحيازة ، ذهب رأى إلى القول بأن الاستمرار يتعلق بالركن المادى للحيازة وعدم استمرار الأعمال المكونة للركن المادى يحول دون قيام الحيازة أصلاً ، فإذا لم يقم الحائز بأعمال السيطرة المادية فى بداية الحيازة فلا محل للقول بوجودها لتخلف الركن المادى فيها ، وإذا قامت الحيازة بقيام الركن المادى بجانب الركن المعنوى فلا مجال بعد ذلك للبحث إلا فى مسألة فقد الحيازة لا تعيها ، فعدم استمرار الأعمال المادية يؤدى إلى عدم نشوء الحيازة من أساسها (١) .

ويضيفون إلى ذلك أن القائلين بعب عدم الاستمرار الناشئ عن تقطع أعمال الحيازة يدرجونه فى عداد العيوب المطلقة التى تجعل الحيازة غير منتجة لآثارها فى مواجهة الكافة بالرغم من أن باقى العيوب نسبة وأن ما يمس تكوين الحيازة هو المطلق ، أما مجرد العيب فهو شئ لا يحتج به إلا من قام العيب بالنسبة إليه (٢) .

فاستمرار الحيازة إذن وثيق الصلة بالركن المادى ، ولذلك فالقانون لم يشر إلى شرط استمرار

(١) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٥ ص ٥٣١ ، وحق الملكية - بند ٣٥٠ ص ٤٦٩ - ٤٧٠ . د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٥ ص ٥٥٧ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٠ ص ٢٧١ هـ (٥٤) ، إثبات الملكية - بند ٥٩ ص ٢٥٧ هـ (١) ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٦٤ ص ٢١٠ ، د . محمد نبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٩ ص ١٣٣ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٥ ص ٥٥٧ - ٥٥٨ ، د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٥ ص ٥٣١ .

الحيازة بل هو نص في المادة ١٣٩٩ / ٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (م ٢/٩٤٩) بقوله " وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة ، أما إذا اقرنت بإكراه أو حصلت تخفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو النبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " ، فالعبارة الأولى من هذه الفقرة " لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة " معطوفة على الفقرة الأولى من نفس المادة التي نصت على أنه " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح " ، أما باقي العيوب فقد جساء ذكرها استقلالاً في الحكم ، وقد حذفت عبارة (لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة) بواسطة لجنة المراجعة لكي يكون الحكم أوضح وأدق وجاء النص قاصر الذكر على العيوب الثلاثة الأخرى (١) والواقع أن الرأي السابق محل نظر ، لأنه يجعل شرط الاستمرار بمثابة ركن في الحيازة ، إذ يجب التفرقة بين الركن ، وهو ما يدخل في حقيقة الشيء ، ولا يقوم إلا به (٢) ، وبين الشرط وهو ما لا يدخل في حقيقة الشيء ولا يكون تاماً إلا به (٣) ، فالحيازة تقوم بوجود ركنها المادى والمعنوى ، ولكن يتقصها شرط الاستمرار لكي تنتج آثارها القانونية وتكون جديرة بحماية القانون .

حقاً لا يقوم الركن المادى للحيازة إذا لم يباشر الحائز أعمال السيطرة المادية ابتداءً ، ولكن في مجال شرط الاستمرار ينبغي التفرقة بين قيام الركن المادى ابتداءً بمباشرة أعمال السيطرة المادية المكونة له ، وهذه ليست بحاجة إلى الاستمرار بل يوجد الركن بمجرد قيام الحائز بالأعمال المكونة له ، وبين ممارسة تلك الأعمال بصفة مستمرة بعد قيامها ، فلكي تنتج الحيازة آثارها القانونية لا بد أن تمارس أعمال السيطرة المادية بصفة مستمرة مدة معينة من الزمن (٤) وشرط الاستمرار يظهر بوضوح في مجال حماية الحيازة ، فيجب أن تمارس أعمال السيطرة الفعلية المكونة للركن المادى مدة من الزمن ، وهى مدة السنة على الأقل لكي يستطيع الحائز رفع دعاوى الحيازة ، فإن لم تستمر مدة السنة فلا تكون مستحقة للحماية الحيازية ، وإذا قيل بأن دعوى استرداد الحيازة لا تستلزم استمرار الحيازة مدة سنة في حالة نزاع الحيازة بالقوة ، يجاب على ذلك بأن الدعوى في هذه الحالة تكون دعوى أمن عام بهدف حفظ السلام الاجتماعى فترفع ولو لم تدم الحيازة مدة سنة المقررة لباقي دعاوى الحيازة ، ثم إنه في حالة رفع دعوى استرداد الحيازة رغم عدم استمرار الحيازة مدة سنة كما في حالة نزاعها بالقوة ، لا يعنى ذلك أن تكون مقبولة حتى ولو كانت الحيازة لم تستمر بعضاً من الوقت ، لكن يبرهن على وجودها ، فالحقيقة في هذه الحالة يلزم أن

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٥ ص ٥٥٧ - ٥٥٨ ، د . عبد المنعم البندراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٥ ص ٥٣١ .
(٢) المعجم الوجيز - ص ٢٧٦ .
(٣) المعجم الوجيز - ص ٣٤٠ .

تستمر الحيازة بعضاً من الوقت لكي يمكن القول بأنها كانت موجودة ونزعت بالقوة .
وفي مجال كسب الحق العيني فهي لا تكسب الملكية بمجرد نشوءها إلا في مجال المنقول متى كان
الحائز حسن النية (١/٩٧٦ م مصري) ، أما في مجال العقارات فالحيازة لا تكسب الحق العيني العقارى
إلا إذا استمرت المدة المحددة بواسطة القانون ، وكذلك في مجال المنقول إذا كان الحائز سعي النية (٩٦٨)
كما أن المشروع التيهدي للقانون المدني كان ينص على هذا الشرط بالمادة ٢/١٣٩٩ بقوله :
" وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال منقطعة " (١) ، وإذا كانت تلك العبارة لم تظهر في النص النهائي إلا
أن واضع النص لم يذكرها سبب الحذف ، والمذكورة الايضاحية تنص على هذا الشرط ، بقولها " ويجب
أن تتوافر في الحيازة شروط معينة هي الاستمرار ... فالحيازة المنقطعة ... لا تعتبر حيازة " (٢) ، وربما
يكون سبب حذف العبارة الواردة بالمادة ٢/١٣٩٩ من المشروع هو أن المشرع أثر عدم ايرادها ضمن
النظرية العامة للحيازة حيث يكون الاستمرار غير مطلوب في حيازة المنقول متى كان الحائز حسن النية (٣).
وبناء على ما تقدم يتضح أن الاستمرار شرط في الركن المادى وليس الركن بعينه ، وهو يعبر عن
ممارسة الحائز لأعمال السيطرة الفعلية على العقار محل الحيازة بصفة متكررة بما يتفق مع طبيعة الحق
العيني الذى يدعيه على العين محل الحيازة (٤) ، ويجب أن تكون تلك الأعمال ممارسة بصفة منتظمة ومتابعة
بحيث لا تدع مجالاً للشك في أن الحائز صاحب حق ، وأن يقوم الحائز بهذه الأعمال وفقاً لما يفعله الرجل
المعتاد (٥) في الانتفاع بماله متى كان ذلك ممكناً .

وإذا كان الاستمرار شرطاً في الحيازة فلا يعنى ذلك أن يكون الحائز على اتصال دائم بالعقار ،
لأن ذلك مستحيل عملياً والقول به يؤدي إلى عدم وجود التقادم إنما هو ينتج من ممارسة أعمال الحيازة
بصفة دائمة بما يتفق مع طبيعة الحق العيني المدعى على العين محل الحيازة ، فإذا كان الحق ملكية فيجب أن
تمارس تلك الأعمال كما لو كان الحائز هو المالك ، وإذا كان ارتفاعاً بالمرور فيجب أن يعمر الحائز في
الأوقات العادية للمرور . ويجب أن يكون الاستمرار بما يتفق مع طبيعة العين محل الحيازة ، فإذا كانت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ، ص ٤٤٩ .

(٢) ويرى د. محمد على عرفه أن عبارة " وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال منقطعة " المحذوفة كان يجب
ابقائها - ج ٢ بند ٧٨ ص ١٣٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ، ص ٤٥١ .

(٤) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٣٦٤ .

(٥) د. عبد السلام ذهني - الأموال - بند ٣٤٤ ص ٤٩٤ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٧٤ ص
٨٤٢ ، د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ٧٨ ص ١٣٤ ، د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية -
بند ٢٨١ ص ٥١٨ .

أرضاً زراعية يكون الاستمرار بزراعتها في المواسم المختلفة للزراعة ، وإذا كانت منزلاً تكون بالسكنى الدائمة .

وتكون الحيازة مستمرة ولو كف الحائز عن مباشرتها فترة من الزمن بسبب القوة القاهرة كحدوث فيضان أو احتلال أو طغيان الماء على الأرض أو لحدوث وباء اقتضى الابتعاد مَرَقْتاً عن العين ، فيكفي أن تكون تلك الأعمال قد بدأت ولم تفقد بالترك الاختياري أو بواسطة وضع اليد من الغير ^(١) ، فالنقطع العادى الذى يتفق مع طبيعة الحق والعين لا يؤدي إلى تقطع الحيازة ، ولكن النقطع غير العادى والذى لا يتفق مع طبيعة الحق والعين هو الذى يعيب الحيازة ^(٢) .

ثانياً : عيب عدم الاستمرار وطبيعته :

وإذا لم تكن أعمال الحيازة مستمرة بصفة منتظمة ، فإن الحيازة تكون معيبة بعيب عدم الاستمرار أو النقطع ، وهذا العيب يجعل الحيازة غير منتجة لآثارها القانونية وغير جديرة بالحماية ، رغم أنها موجودة أصلاً . فالاستمرار ضرورى للحيازة لأنها أساس التقادم ، والتقادم يحول الوضع إلى حق ^(٣) ، والحيازة المعيبة بعدم الاستمرار لا تصلح أساساً للتقادم .

وعيب عدم استمرار الحيازة الناشئ عن تقطع أعمال الحيازة هو عيب مطلق لا يقتصر أثره على من يحتج عليه بالحيازة ولكن يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا العيب ، لأنها تكون غير مستمرة للكافة ولا تنتج آثارها القانونية ، كما أنه عيب مؤقت يزول إذا قام الحائز بممارسة أعمال الحيازة بصفة مستمرة ^(٤) ، فمن وقت زواله تصبح الحيازة صحيحة منتجة لآثارها وتستحق الحماية الحيازية .

إثبات الاستمرار :

يقع على الحائز عبء استمرار الحيازة ^(٥) . ولما كان من الصعوبة على الحائز أن يثبت استمرار

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٣٨ ص ١٩٣ ، د. كامل مرسى ج ٤ بند ١١٦ ص ١١٩ ، نقض ١٩٧٣/٢/٨ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم ٣٢ ص ١٧٥ .

(٢) د. محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨١ ص ٥١٩ .
= فالكف عن ممارسة أعمال الحيازة مدة طويلة يعييبها بعدم الاستمرار .

Cass . Civ ., Sect ., 11-1-1950 , D.Rép.1951 , N. 18 , P. 225 .

(٣) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١١٦ ص ١١٨ ، خليل عفت ثابت - التقادم علماً وعملاً - مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر بند ١٣٠ مكرر ص ٨٠ .

(٤) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١١٦ ص ١١٩ ، د. محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية والأصلية - بند ٢٨٣ ص ٥١٩ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٢٨١ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٧٧ ص ٨٤٥ - ٨٤٦ .

Trigeaud, la possession ., 186, P. 194, Alex Weill , droit civil, II, N. 387, P. 339 ; Mazeaud et Chabas, II, N. 1443 , P. 209-210

(٥) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٨ ص ٨٤٨ ، د. كامل مرسى ج ٤ - بند ١١٦ ص ١١٩ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٩٤ ص ١٢٢ .

حيازته فإن القانون تدخل لصالحه ، وقرر له قرينة الحيازة الوسطى ، بمعنى أنه إذا أثبت الحائز أن حيازته كانت قائمة في وقت سابق ، وكانت تلك الحيازة قائمة حالاً فإن ذلك دليل على استمرارها المدة المتوسطة بين الزمنين ، ما لم يثبت العكس (م ٩٧١ م مصري) ، وما على الحائز إلا أن يقيم الدليل على أنه كان حائزاً في وقت سابق معين ، وأنه حائز في الوقت الحالي لكي يستفيد من افتراض قيام الحيازة طوال المدة بين الزمنين ما لم يثبت أن الحيازة كانت متقطعة ، كما لو كانت ممارستها على فترات بعيدة ، أو انقطعت بواسطة التخلي الارادي .

واستمرار أو عدم استمرار الحيازة جائز إثباته بكافة طرق الإثبات لأنه واقعة مادية^(١) ، وتقدير ما إذا كانت الحيازة مستمرة أو غير مستمرة من اختصاص قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض^(٢) .

(١) نقض ١٩٥٣/٢/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧٠ ص ٤٥٥ ، ١٩٥٩/١١/٢٦ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٤ ص ٢٤٦ ، ١٩٥١/٣/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٣ ص ٤٥٧ .

(٢) "تحصيل الواقعة التي يبدأ بها التقادم هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سابقاً ، نقض ١٩٣٣/٢/٢ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٥ ص ٢٥٧ ، ١٩٦٥/١١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٢ ص ٤٨٩ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤ ص ٤٥٧ ، ١٩٥٣/١٠/٣١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٦ ص ٤٥٧ .

المطلب الثاني

شرط الهدوء في الحيابة العقارية

المقصود بهدوء الحيابة :

الهدوء هو قيام الحائز بأعمال السيطرة المادية المكونة للحيابة بدون إكراه ، وأن يتمكن الحائز من الاستيلاء على العقار محل الحيابة بدون غضب^(١) ، فهو يتحقق بأن يضع الحائز يده على العقار بصفة سلمية دون أن يصاحب وضع اليد أعمال عنف . فالحيابة المكتسبة بواسطة الإكراه لا تكون جديرة بحماية القانون ، ولا تنتج آثارها القانونية ، واشتراط هدوء الحيابة يفسر على أساس آثار وحماية الحيابة ، فالحائز غالباً ما يكون صاحب حق ، وصاحب الحق لا يلجأ إلى الإكراه في سبيل الحصول على حقه ، لعدم تناسب الإكراه مع كون الحائز صاحب حق^(٢) .

والقانون لم يحدد مضمون الإكراه المعتد به للقول بعدم هدوء الحيابة ، ولكن يمكن القول إنه ينطوي على وسائل عنف أو تهديد من شأنها إحداث ضرر أو أذى بدون حق بحائز سابق ، ومن شأنه أن يؤدي إلى انتزاع الحيابة منه أو إجباره على التخلي عنها^(٣) . فوسائل الإكراه قد تكون مادية كالقوة والعنف ، ولا يشترط في هذه الحالة أن تحدث جروح بالحائز السابق ، ولكن بذاتها تكفي للقول بتوافر الإكراه المعيب للحيابة ، وقد تكون وسائله معنوية كالتهديد أو سوء استعمال السلطة^(٤) ، متى كان لها أثر في نفس الحائز السابق المعتدى على حيابته .

وإذا استخدمت وسائل الإكراه للاستيلاء على الحيابة ، فيستوى أن تكون ممارسة ضد صاحب الحق الأصلي أو ضد حائز سابق يجوز لحساب صاحب الحق أو ضد حائز سابق يجوز بدون حق ، ويستوى أن تكون تلك الوسائل ممارسة بواسطة الشخص منتزع الحيابة أو بواسطة أحد تابعيه^(٥) كالحادم أو ناظر الزراعة أو أى شخص يأتمر بأوامر منتزع الحيابة .

(١) د. محمد على عرفه ج٢ - بند ٧٨ ص ١٣٢ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية ص ٣٨٢ ، نقض مدني ١٩٦٥/٦/١٧ مجموعة المبادئ رقم ٨١٦ ص ٤٨٢ ، ١٩٨٩/١/١١ - المحاماة ص ٧٠ رقم ٦ ص ٨ ، ١٩٥٩/٦/٢٥ ، مجموعة القواعد ج٣ رقم ٤ ص ٣٦٨ .
(٢) د. عبد السلام زهني - الأموال - بند ٣٤٥ ص ٣٩٤ ، د. جميل الشرقاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩١ ص ٢٨٨ .

Mourlon, III, 1818, P. 872 ; Baudry et Tissier, N. 251 , p. 199 .

(٣) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦٠ ص ٢٥٨ .

(٤) د. كامل مرسى - ج٤ - بند ١٤٠ ص ١١٣ ، د. خليل عفت - التقادم - بند ١٢٧ ص ٧٨ .

De Hults, III, N. 21, P. 196 ; Aubry et Rau, II, N. 180, P. 133. Enc. D. 1995, VII, vo Possession, N 51, P. 15

(٥) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦٠ ص ٢٥٩ ، د. عفت ثابت - التقادم - بند ١٢٧ ص ٧٨ .

Baudry et tissier, N. 251, P. 199

وإذا كان الإكراه المعنوي ينفي صفة الهدوء عن الحيازة ، فلا بد أن يكون واقعاً على الحائز السابق بقصد سلب حيازته ، فلو كان الغرض من الإكراه في هذه الحالة هو الحصول على سند ناقل للملكية العين محل الحيازة ، فلا يعد إكراهاً يعيب الحيازة^(١) ، وإن كان السند قابلاً للإبطال لمصلحة من وقع عليه الإكراه في حيازة في هذه الحالة لا صلة لها بالسند ، إذا تنازل الحائز عن الحيازة بدون إكراه فلا مجال للقول بتعيب الحيازة ، وإن كان له طلب إبطال العقد الصادر منه بالإكراه .

وإن كان الإكراه بوسائله المادية أو المعنوية يعيب الحيازة ، إلا أن أعمال الإكراه البسيط لا يترتب عليها نفي صفة الهدوء عن الحيازة ، إذ لو عد الإكراه البسيط عيباً فلا يكون هناك مجال لكسب الملكية بالتقادم . والتعرض القانوني غير ناف لصفة الهدوء عن الحيازة ، كتوجيه إنذار إلى الحائز ، أو رفع دعوى أو الحصول منه على تصرف قانوني يتعلق بالعين^(٢) ، أو إجراء أى تصرف قانوني عليها لصالح الغير كبيعها أو تأجيرها أو رهنها للغير .

والإكراه الذى ينفي صفة الهدوء عن الحيازة هو الإكراه المعاصر لكسب الحيازة ، بأن يستخدم الحائز هذه الوسائل في بداية الدخول للحيازة ، ومتى اكتسبت بهدوء يتحقق الشرط ولو استخدم الحائز القوة للاحتفاظ بها بعد ذلك ، إذا حدث له تعرض فيها ، لأن استخدام القوة لرد الاعتداء يعتبر استخداماً لحق الدفاع الشرعى الممنوح لكل شخص يتمتع بمركز واقعى^(٣) .

ثانياً : طبيعة عيب الإكراه :

كانت النظرة السائدة لدى الرومان أن الحيازة إذا بدأت بالإكراه فإنها تظل ملوثة بهذا العيب طوال مدتها ولا تؤدي إلى ترتيب آثارها القانونية ، إذ كان يجب على الحائز أن يرد الحيازة إلى الحائز السابق لكي تتخلص حيازته من عيب الإكراه^(٤) ، وهناك في الفقه الحديث من شايح نظرية الرومان

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٣٨٦ .

(٢) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٦٥ ص ٢١٢ ، الحيازة - بند ٢٧ ص ١٨ ، د. عبد الناصر العطار -

إثبات الملكية - بند ٦٠ ص ٢٥٩

Baudry et Tissier, N. 251, P.200.

نقض ١٩٦٥/٦/١٧ مجموعة المبادئ رقم ٨١٦ ص ٤٨٢

= وقضى : " بأن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي صفة الهدوء عن الحيازة و إن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى قضائه على أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت بمجرد أن المطعون عليه الأول استصدر حكماً ضد المطعون عليه الثانى بصحة ونفاذ عند البيع الصادر منه ورتب على ذلك انقطاع مدة التقادم السارى لصالح الطاعنة فإنه يكون قد خالف القانون " ١٩٨٩/١/١١ - المحاماة - س ٧٠ رقم ٦ ص ٨ ، ١٩٤٩/٥/١٢ - مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤ ص ٤٤٦ .

(٣) د. محمد على عرفه ج ٢ - بند ٧٨ ص ١٢٢ - ١٢٣ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦٠ ص ٢٦٠ - ٢٦٠ .

Mazeaud et Chabas, II, N. 1435, P.206 ; Alex Weill , droit civil, II, N.388, P.340

ونقض ١٩٦٥/٦/١٧ مجموعة المبادئ رقم ٨١٦ ص ٤٨٢ ، ١٩٨٩/١/١١ - المحاماة س ٧٠ رقم ٦ ص ٨ ،

١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ١ ص ٢٤٥ .

Baudry et Tissier, N. 252, P.200

(٤) خليل عفت ثابت - التقادم - بند ١٢٨

بقوله : إن الحيازة المكتسبة بالإكراه تكون مشوبة بهذا العيب طيلة مدتها ما لم تعد إلى الحائز السابق ، وإن القول بزوال عيب الإكراه إذا توقفت أعمال الإكراه وأصبحت الحيازة هادئة لدى الحائز الحالي يعنى أننا أجبنا استخدام وسائل القوة كوسيلة لكسب الحيازة ، وأصبحت القوة مشروعة في مجال كسب الحيازة^(١) .

ولكن الرأى الراجح يرى أن عيب الإكراه مؤقت يزول متى انقطعت أعمال الإكراه التي مارسها الحائز لانزعاج الحيازة (٢/٩٤٩) ، فمضى استقرت الحيازة لدى منتزعاها أصبحت هادئة منتجة لآثارها وجدوية بالحماية ، والرأى السابق وإن كان يقوم على اعتبارات أخلاقية ، إلا أن الاعتبارات العملية والتمثلة في استقرار الأوضاع أولى من مالك أو حائز لا يطالب باسترداد حيازته عند انقطاع أعمال الإكراه المستخدمة في نزع الحيازة منه . كما أن عدم اعتداد المشرع بمدّة الحيازة المعبية بالإكراه في حساب مدة كسب الحق بالتقادم ضمانة أكيدة لحماية المالك^(٢) ، فإذا أثبت الحائز منتزع الحيازة أن حيازته أصبحت هادئة منذ وقت معين حتى تضحى صحيحة منتجة لآثارها القانونية .

ولا يعنى الاعتداد بالحيازة بعد انقطاع أعمال الإكراه وصورورها هادئة تشجيعاً للغصب كوسيلة لكسب الحيازة ، وإنما هو الرغبة في استقرار الأوضاع الاجتماعية وتلك أولى بالرعاية من حائز مهمل لا يبادر إلى استرداد حيازته في خلال سنة من انتزاعها منه ، فإن هو قصر فلا يلومن الا نفسه ، إذ كان بوسعه إما أن يرفع دعوى استرداد الحيازة أمام القضاء^(٣) ، وإما اللجوء إلى النيابة العامة وفقاً للمادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢^(٤) ، حيث إنها قادرة على حماية الحيازة لصاحبها إذا كانت حيازته أولى من حيازة منتزعاها .

فإذا لم يستخدم الحائز الذى انتزعت حيازته حقه القانوني باللجوء إلى إحدى الوسائل التي أباحها له القانون لاسترداد حيازته وأهمها واستقرت الحيازة لدى منتزعاها ، فإن الحيازة تصبح هادئة ومنتجة لآثارها القانونية وتحمي بالحماية الحيازية ولو ضد الحائز السابق وإذا لم نعترف بالحيازة لدى الحائز الجديد

(1) Laurent , XXXII, N.284, P.295.

(٢) منهم على سبيل المثال : محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٦٦ ص ٢١٤ ، د. عبد المنعم البدر أوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٦ ص ٥٣٢ - ٥٣٣ ، د. حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٦٠ ص ٢٥٨ ، د. محمد نبيب شنب . الحقوق العينية الأصلية بند ١٣٣ ص ١٣٥ ، د. محمود جمال الدين - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٩١ ص ٥٢٢ ، د. حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٤٠ ص ٣١٨ ، د. كامل مرسى جء بند ١١٤ ص ١١٣ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٢٠ مكرر ص ٢٧٥

Mazeaud et Chabas, II, N.1438, P.207 ; Trigeaud , La possession, N.196, P.203 ; Alex Wiell, droit civil, II, N.338, P.340

(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٠ مكرر ص ٢٧٥ .

(٤) انظر بصدد دور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية ص ٤٨٤ .

بعد صيرورتها هادئة و في نفس الوقت لم يطالب الحائز السابق باستردادها فلمن تكون الحيازة القانونية ؟ إن منطلق الأمور والاعتبارات العملية يحتم الاعتراف بما بعد هدونها للحائز الجديد ، وما على الحائز السابق إلا أن يلجأ إلى الدعوى العينية لاسترداد ملكه ، فيما لو كان المالك للعين التي انتزعت حيازتها .

كما أن عيب الإكراه عيب نسبي ، فلا يجوز أن يحتج به غير الشخص الذي وقع عليه الإكراه ، فهذا الأخير تكون الحيازة معيبة بالإكراه بالنسبة له بينما تكون حيازة صحيحة منتجة لآثارها القانونية وتستحق الحماية في مواجهة من لم يقع عليه الإكراه^(١) حيث نصت المادة ٢/٩٤٩ على أن " إذا اقترنت الحيازة بإكراه فلا يكون لها أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه .. " ، فإذا اغتصبت الحيازة بالإكراه من المالك الحائز كان له التمسك بعيب الإكراه ، وإذا ما اغتصبت من الحائز غير المالك ، فليس لغير الحائز الاحتجاج بهذا العيب ، وتكون صحيحة في مواجهة المالك الحقيقي ، لأن الحيازة تكون بالنسبة له هادئة . (٢/٩٤٩ مصرى) .

إثبات عيب الإكراه :

الأصل أن الحيازة هادئة ، وعلى من يدعى أنها مشوبة بالإكراه إثبات ذلك^(٢) إذ لا يكلف الحائز بإثبات أن حيازته هادئة . والإكراه عمل مادي يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات^(٣) ، وتقدير ما إذا كانت الحيازة هادئة أو غير هادئة من اختصاص محكمة الموضوع ، ما دام استغلالها سائغاً فيما وصلت إليه ، دون رقابة من محكمة النقض^(٤) .

(١) د. السنهوري - الوسيط ج٩ - بند ٢٨٣ ص ٨٥٤ ، د ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٠ ص ٢٧٢

Baudry et Tissier, N. 255 , p. 203 ; Trigeaud, la possession ,N.196,P.204 .

= عكس ذلك د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٤٠٦ - ٤٠٩ .

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٥٩ ص ٢٥٧ ، نقض ١٧/١٧/١٩٩٣ عدد أبريل رقم ٢٣ ص ١١٧ .

(٣) نقض ٢٦/١١/١٩٥٩ مجموعة القواعد ج رقم ٤١ ص ٢٤٦ ، ١٧/٦/١٩٩٣ ، المحاماة ١٩٩٤ عدد أبريل رقم ٢٣ ص ١١٧ .

(٤) نقض ٨/٢/١٩٧٣ مجموعة الأحكام ص ٢٤ رقم ٣٢ ص ١٧٥ ، ١٤/١/١٩٦٩ مجموعة الأحكام ص ٢٠ رقم ١٥ ص ٨٧ ، ٩/١١/١٩٦٥ مجموعة الأحكام ص ١٦ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١ ، ٢٥/٢/١٩٦٠ مجموعة القواعد ج رقم ٣٥ ص ٢٥١ ، ١٧/٦/١٩٩٣ ، المحاماة ١٩٩٤ عدد أبريل رقم ٢٣ ص ١١٧ .

المطلب الثالث

شرط العلانية فى الحيازة العقارية

المقصود بشرط العلانية :

شرط العلانية هو ظهور أعمال الحيازة ، ويتحقق بقيام الحائز بأعمال السيطرة الفعلية المكونة للحيازة على مرأى من الكافة ، وبصورة تمكن الناس والمالك من العلم بها^(١) ، ويجب أن تتفق العلانية فى مظهرها مع الحق الذى يدعيه الحائز على العين ، فإذا كان الحائز يدعى أنه مالك أو صاحب حق ارتفاق بالمرور ، فيجب عليه أن تكون الأعمال التى تدخل فى مضمون حق الملكية أو الارتفاق ظاهرة للناس وللمالك .

واشترط كون الحيازة ظاهرة يؤسس على أن الحائز الذى يدعى حقاً على العين لا بد أن يتخذ مسلكاً يتفق مع كونه صاحب حق ، وصاحب الحق لا يكون بحاجة لأن يخفى حيازته ويجب أن يباشرها فى علانية من الكافة^(٢) . وعلانية الحيازة تعطى المالك فرصة للدفاع عن حقه إذا تعدى عليه الغير لكون المالك صاحب مصلحة فى العلم بها^(٣) ، ولا يتيسر له الدفاع عن حقه فيما لو كانت أعمال الحيازة خفية عليه .

وتكفى مباشرة الحيازة بصورة علنية ولو لم يعلم بها المالك اذا لا يشترط العلم اليقيني بالنسبة للمالك بل تكفى إمكانية علمه ، وهى حجة عليه ما دامت ظاهرة وإن لم تصل إلى علمه ، ما دام كان يستطيع العلم بها ، فقد يكون سبب علم المالك راجعاً إليه ، كغيبته أو عدم فطنته لحقه وعدم الدفاع عنه^(٤) . وإذا لم تكن الحيازة ظاهرة فإنها تكون مشوبة بغيب الخفاء ، ويقصد بهذا الغيب هو عدم قيام الحائز بأعمال السيطرة المادية المكونة للحيازة بصورة علنية وظاهرة للكافة ولمن يحتج عليه بالحيازة ، كمرور الحائز فى أرض جاره ليلاً ، والحيازة المشوبة بغيب الخفاء لا تنتج آثارها

(١) د. عبد السلام ذهنى - الأموال - بند ٣٤٦ ص ٤٩٦ ، د. محمود لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية بند ١٣٤ - ص ١٣٥ .

Mazeud et Chabas, II, N.143, P. 206; Baudry et Tissier, N.257, P.204.

استئناف مصر ١٩٣٠/٤/٣٠ مرجع القضاء رقم ٤٧٨٢ ص ١٢٥٣ ، ١٩٣١/٤/٢٠ ، مرجع القضاء رقم ٤٧٨٣ ص ١٢٥٣ .

Cass.Civ., 9-2-1955.D.Rép. 1957,N.25, P.214

(٢) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٦١ - ص ٤٦٨ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٩ ص ٨٤٨ .

(٣) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤١٢ ، د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢١

planioi, N.2281, P 705

(٤) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٦١ - ص ٤٥٩ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦١ ص ٢٦٣ ، نقض ١٩٧٣/٢/٨ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم ٣٢ ص ١٧٥ .

القانونية ولا تكون جديرة بحماية القانون .

وإذا كانت أعمال الحيازة لم تمارس بصورة علنية فإنها تكون مشوبة بالخفاء ، سواء تعمد الحائز إخفاء حيازته أم لم يعتمد إخفاءها ، فهي خفية مهما كان قصد الحائز ، والخفاء عيب يلحق الحيازة ذاتها ، فلو كان هناك حائز لحساب الغير يجوز حيازة ظاهرة فلا عبرة بخفاء الحائز الأصلي ^(١) ، إذ تعتبر الحيازة في مثل هذه الحالة ظاهرة بواسطة الحائز الوسيط .

وإذا كان الخفاء صعباً بالنسبة للعقار ، إلا أنه متصور ويضرب الفقه مثلاً لذلك ، كحفر الجار سرداباً أو نفقاً تحت أرض الجار بدون أن تكون هناك علامات ظاهرة دالة عليه ، فالحيازة في هذه الحالة تعتبر معيبة لا تنتج آثارها القانونية في كسب الملكية .

أما في حالة تعدى الجار على جزء صغير من أرض جاره ، وإدخاله في أرضه وقيامه بزراعته أو بالبناء عليه ، فقد ذهب البعض إلى القول بأن الحيازة تكون خفية لا تكسب الجار المتعدى ملكية هذا الجزء ، لعدم وجود أمارات ظاهرة تدل على هذا التعدى ^(٢) .

غير أن هذا الرأي محل نظر ، فعندما يتعدى الجار على جزء من أرض جاره بصورة تدريجية ويقوم بزراعة أو بناء هذا الجزء ، فإن أعمال الحيازة تكون ظاهرة صالحة لأن تكسب الجار ملكية هذا الجزء بالتقادم ^(٣) فأعمال الزراعة أو البناء تكون دائماً بصورة علنية وظاهرة لصاحب الجزء المستولى عليه وبقليل من الفطنة يستطيع معرفة مدى تعدى جاره عليه ويستطيع الدفاع عن ملكه ، كما أن مسألة الحدود الفاصلة بين أراضي الجيران الزراعية غالباً ما تكون لها علامات ظاهرة وتكون محللاً للمراجعة والبحث من آن إلى آخر بما يعنى أنه في مقدور المالك أن يعرف ما وقع على ملكه من تعد ، أما في حالة البناء فلا يترك الجار ليقوم بالبناء هكذا اعتباطاً ، بدون أن تكون هناك منازعة في تعيين حدود كل مالك ، فمما يسهل على الجار المتعدى عليه أن يعرف ما إذا كان الجار قد تعدى عليه أم لم يتعد .

طبيعة عيب الخفاء :

عيب الخفاء مؤقت (٢/٩٤٩ مصرى) ، فإذا بدأت الحيازة خفية ثم أصبحت علنية فإنها تنتج

(١) د . عبد المنعم الصده - حق الملكية - بند ٣٦٢ ص ٥٥٣ ، د . محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٠ ص ٥٢٠ ، د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٦١ ص ٢٦٢ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٩ ص ٨٥٠ .
(٢) منهم على سبيل المثال : د . محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٠ ص ٥٢٠ .
د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٧٩ ص ٨٤٩ ، د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٦١ ص ٥٦٣ .
Planiol, Ripert et Picard, III, N. 156, P. 173, Note (3) . ; Larroumet, droit civil, II, N. 111, P. 74
(٣) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٤١٤ ، د . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٧٥ ص ٢١٨
Laurent, XXXII, N. 288, P. 299 ; Baudry et Tossier, N. 261, P. 206

آثارها القانونية من وقت إعلانها ، وإذا بدأت ظاهرة ثم أخفيت فلا يعتد بما فترة خفياتها^(١) ، فإذا مسا عادت إلى العلانية مرة أخرى فإنما تكون غير مشوبة بالخفاء . كما أن عيب الخفاء عيب نسبي (٢/٩٤٩ مصرى) ، لا يحتج به إلا من كانت الحيابة خافية بالنسبة له دون سواه من كانت الحيابة بالنسبة له علانية ، ولا يشترط أن تكون الحيابة خفية على الكافة حتى يمكن القول بأنها معيبة ، بل يكفي أن تكون خافية على من يحتج بها ، ولو كانت ظاهرة بالنسبة لغيره^(٢) ، بمعنى أنه لا يجوز أن يتمسك بهذا العيب إلا ممن أخفيت عنه ولو كانت ظاهرة بالنسبة لغيره .

إثبات عيب الخفاء

والأصل أن أعمال الحيابة ظاهرة وعلى من يدعى خفاءها أن يقيم الدليل على ذلك ، ولكن من يحتج بهذا العيب لا يكون إلا لمن قام بالنسبة له ، والخفاء واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وتقديرها إذا كانت الحيابة علنية أو خفية من اختصاص قاضى الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض .

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٢٨١ ص ٨٥١ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية - ص ٤٢٢ ، د . محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٦٩ ، محمد على عرفه ج ٢ بند ٧٥ ص ١٣٤ ، د . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٧٤ ص ٢١٨ ، الحيابة - بند ٣٦ ج ٢٤ ، د . جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٩١ ص ٢٩ .

Mazeud et Chabas, II, N1438, P.207 ; Trigeaud, la possession, N.202, P208

(٢) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ١٦٤ ص ٥٥٦ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٢٠ ص ٢٧٢ .

Trigeaud , la possession, N.202, P207 .

المبحث الثاني

الشروط المتعلقة بالركن المعنوي للحيازة العقارية

لا يكفي أن يقوم الحائز بأعمال السيطرة المادية المكونة للحيازة بصفة مستمرة ومهدوء وعلنية ، بل يلزم أن تكون نية الحائز واضحة لا لبس فيها أو غموض ، معبرة عن أن الحائز يحوز بقصد اكتساب حق عيني على العين. فالمقصود من شرط الوضوح هو أن يقوم الحائز بأعمال السيطرة الفعلية على العين بطريقة كافية للكشف عن نيته في أن يحوز لنفسه حقاً عينياً على العين^(١) ، فعند قيام الحائز بالأعمال المادية التي تدخل في مضمون الحق الذي يدعيه عليه أن يبرهن أنه يريد كسب هذا الحق .

فلا يكفي الحائز أن يكون لديه نية التصرف كصاحب حق ولكن يجب أن تكون هذه النية دالة بطريقة واضحة على أنه يحوز لحساب نفسه^(٢) ، فإذا كانت تلك الأعمال غير واضحة فتكون الحيازة ملتبسة ، ولا تكشف بوضوح عن نية الحائز فيما إذا كان يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره فهي قابلة للتأويل^(٣) ، فقد يحتمل أن الحائز يحوز لنفسه أو لحساب الغير وهذا يعبر عنه بعبء الغموض أو اللبس . وقد ذهب رأى في الفقه إلى القول بأن عبء الغموض أو اللبس لا يعد عيباً مستقلاً يلحق بالحيازة بل هو ينصب على الأعمال المكونة للركن المادي للحيازة ، فهو يتمثل في الشك الذي يشوب وضع اليد ، فهو يوجد عندما يحوم الشك حول توافر أو عدم توافر إحدى شروط الركن المادي ، كشرط الاستمرار أو الهدوء أو العلانية وهو يحتلط بتلك العيوب ولا يعد عيباً مستقلاً^(٤) بل هناك من ذهب إلى أبعد من ذلك بقوله بأنه لا يعد عيباً في الحيازة بل هو ينصب على الركن المعنوي ، وهي نية الحائز في الاستمساك بالحق المدعى حيازته أو يهدم هذا الركن^(٥) .

أما الرأي الراجح في الفقه يرى أن عبء الغموض عيب مستقل عن سائر العيوب الأخرى ، لأن الرأي الذي يرى أن الغموض يهدم الركن المعنوي للحيازة لا يفرق بين وجود الركن المعنوي وبين تعيب هذا الركن ، فالركن المعنوي عندما يكون مشوباً بالغموض موجوداً ولكن نية الحائز محل شك ، إذ تحتمل التأويل بأن الحائز يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب الغير ، والقول بأن الغموض يهدم الركن المعنوي

(١) د. محمد علي عمران - الحقوق العينية الأصلية - ص ١٧٣ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٢٧ .

(٢) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٠ ص ١٣٩ .

(٣) د. جميل الشرفاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩١ ص ٢٩٠ ، محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٢ ص ٥٢٣ .

Mazeaud et Chabas, II, N1440, P.207 ; Larroumet, droit civil, II, N. 112, P.74 .

(4) - René Foignet, droit civil, I, P410, Note (1) ; Baudry et Tossier, N. 287 , p. 223 .

(٥) د. محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ٧٦ ص ١٢٩ ، د. حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٤٢ ص ٢٢٠ .

يتعارض مع افتراض الركن المعنوي (م ٢٣/٩٦٥ مصري) ولا يكون الحائز بحاجة إلى إثباته^(١)، فهو إذن عيب مستقل يتعلق بالركن المعنوي للحيازة، وهو الشك الذي يحوم حول نية الحائز فيما إذا كان يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب الغير.

وعندما يتور البحث عن الغموض أو اللبس تكون العبارة بشك الغير في نية الحائز، فلا يكون البحث عنه في الحائز وإنما في ذهن الغير بما قام لديه من لبس حول قصد الحائز، ويستدل على الغموض من الأعمال المكونة للركن المادى للحيازة، فعندما تكون مضطربة وغير دالة بوضوح على قصد الحائز فإنما تبعث الشك لدى الغير^(٢)، ولا يمكن القول بأن الحيازة مشوبة باللبس إلا عندما تكون ظروف الحال تؤدي إلى إيقاع من يحتج عليه بالحيازة في هذا الشك، فإذا لم تكن تلك الظروف قائمة ووقع الغموض في اللبس من تلقاء نفسه فلا يجوز له الاحتجاج بعيب الغموض^(٣).

وكثيراً ما يقوم اللبس في حيازة العقار عندما توجد عين يحوزها شركاء على الشيوع، فالشريك على الشيوع تحالط يده يد غيره من الشركاء ويباشرو أعمال السيطرة المادية المقررة له بما يتفق مع ما هو مقرر لباقي الشركاء المشاعين، فإذا انفرد أحدهم بإدارة العقار الشائع فإن حيازته تكون مشوبة بالغموض، ولا يعرف ما إذا كان يحوز لحساب نفسه أم لحساب باقي الشركاء مع نفسه، فاجتماع يد الشريك المشاع، مع غيره من الشركاء يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل حيازة أحد الشركاء بصفة منفردة مشوبة باللبس أو الغموض.

كما قد يشوب الحيازة عيب اللبس أو الغموض بمناسبة حيازة أموال التركة، فقد يقوم أحد الورثة بوضع يده على عقارات التركة، ففي هذه الحالة لا يكون قصد الحائز واضحاً فيمما إذا كان يحوز لحساب نفسه أو يحوز بالنيابة عن باقي الورثة وبالأصالة عن نفسه، ففي مثل تلك الحالات لا تكون نية الحائز واضحة بصفة كافية بل يكتنفها اللبس^(٤).

(١) منهم على سبيل المثال: د. عبد المنعم البدر أوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٨ ص ٥٣٧، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٢٩، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٦٢ ص ٢٦٤ - ٢٦٥ هـ (٢)، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٣ ص ٥٥٥، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٨٥ ص ٨٥٨.

Alex Weill, droit civil, II, N. 390, P. 340 ; Laurent, XXXII, N. 293, P. 306 ; Alain Piédelièvre, droit des biens, N. 90, P. 100, Planiol, Ripert et Picard, III, N. 157, P. 173

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦٢ ص ٢٦٥.
(٣) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٢ ص ٢٦٦.
(٤) انظر أمثلة للحيازة الغامضة لدى د. جميل الشرفاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩١ ص ٢٩٠. د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٣ ص ٥٥٤، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٣١ - ٤٤٤، انظر بصدد غموض حيازة الورثة والشركاء على الشيوع - استئناف مصر ١٩٢٥/١٠/٢٦، ١٩٢٥/١٠/٢٦، مرجع القضاء أرقام ٤٨٦٧، ٤٨٦٩ ص ١٢٧١ =

وعيب الغموض عيب يجعل الحيازة غير صحيحة ولا تنتج آثارها القانونية، ولكنه عيب مؤقت يزول متى وضحت نية الحائز في أنه يحوز لحساب نفسه، فإذا بدأت الحيازة غامضة ثم وضح قصد الحائز في أنه يحوز لحساب نفسه أصبحت حيازته صحيحة خالية من الغموض (٢/٩٤٩)، فعندما يعمد الحائز إلى ممارسة أعمال السيطرة المادية بصورة لا تدع مجالاً للشك في أنه يحوز لحساب نفسه، تتطهر الحيازة من ذلك العيب وتصبح حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية بالحماية الحيازية من وقت زوال هذا العيب^(١).

وعندما يبرهن الحائز على نيته في أنه يحوز لحساب نفسه، لا يشترط أن يقوم الحائز بتغيير صفة حيازته بفعل الغير أو بمجاهمة المالك لأن هاتين الطريقتين متعلقتين بالحيازة العرضية، والحيازة العرضية غير الحيازة الملتبسة، ولكن يكفي أن يقوم الحائز بالأعمال المادية الواقعة على العقار محل الحيازة بما يكشف عن أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره^(٢)، كما لو قام الشريك على الشيوع بحيازة العين الشائعة بطريقة تعارض مع حيازة باقي الشركاء، فهو يكون بذلك أظهر نيته أنه يحوز لحساب نفسه.

والغموض عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل من كانت الحيازة ملتبسة بالنسبة له أما من كانت الحيازة بالنسبة له واضحة فلا يجوز له الاحتجاج بهذا العيب، ففي حالة الحيازة المشتركة لعين فإنها لا تكون ملتبسة إلا بين الشركاء أما بالنسبة للغير فإنها تعتبر حيازة صحيحة تكسب الملكية فيما لو كان الشركاء غير مالكين لها في الأصل^(٣).

والغموض لا يفترض فإذا ادعى خصم الحائز أن الحيازة غامضة فعليه إثبات غموضها^(٤)،

= Cass.Civ., Alibi, 16-12/1953, D.Rép., 1957, N. 22, P.214 ; Cass .Civ., 1, 22-2-1956 . D.Rép. N. 45, P. 214 .

= أما إذا انفرد أحد الشركاء بحيازة العين ووضحت نيته في أنه يحوز لحساب نفسه بقصد امتلاكها فإن حيازته تكون صحيحة تنتفي عنها مظنة العفو والتسامح وتكسبه ملكية العين الشائعة ١٩٤٦/١٠/١٠ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧ ص ٤٤٦ استئناف مصر ١٩٢٩/٤/٢٣، مرجع القضاء رقم ٤٨٧٠ ص ١٢٧١، ١٩٧٠/٥/١٩ مجموعة الأحكام س ٢١ رقم ١٣٨ ص ٨٦٢.

= ويصدق وضع أحد الورثة يده على أحد عقارات التركة، نقض ١٩٤٠/١٠/٢٤ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٣٦ ص ٤٥٠.

(١) د. السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٨٧ ص ٨٦٠.
(٢) د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٣ ص ٥٢٤، د. مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٤٥.
(٣) د. مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية ٤٤٧-٤٤٨، د. عبد الناصر العطار - اثبات الملكية - بند ٥٩ ص ٢٥٧،

= وهناك من يرى أن الغموض عيب مطلق يقوم في مواجهة الكافة ويشير الشك حول وجود الركن المعنوي، د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٩٢ ص ٥٢٤.
(٤) د. مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٤٨،

ويستدل على الغموض من أعمال الركن المادى عندما تكون مضطربة وتبعث الشك في نفس الغير ، ومن الظروف التي تحيط بالحيازة والصلة التي ترتبط بين الحائز وصاحب العين محل الحيازة (١) ، وتقدير ما إذا كانت الحيازة واضحة أو ملتبسة تخضع لتقدير قاضى الموضوع (٢) ، فإذا ما ثبت له أن الحيازة غامضة فلا تعتبر الحيازة صحيحة ولا تنتج آثارها القانونية .

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٦٢ ص ٢٦٥ .

(٢) إذ " لمحكمة الموضوع السيادة الكاملة في التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى وقضاؤها في ذلك لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض ما دامت هذه العناصر مدونة في حكمها وتفيد عقلا تلك النتيجة إلى استفادتها " . نقض ١٩٣٥/١٢/٥ - مجموعة القواعد ج ١ رقم ٩ ص ٤٤٦ .

Cass.Civ..16-5-1939 .. Bull . Civ .. II, N. 126 ,P. 228 .

الفصل الثالث

انتقال وزوال الحيازة العقارية

لما كان يشترط الاستمرار في الحيازة لكي تنتج آثارها القانونية فقليلاً تستمر لدى حائز بعينه ، ولكن غالباً ما تنتقل من حائز إلى آخر إذ لا يشترط أن تستمر الحيازة لدى شخص بعينه دون انتقالها لآخر . وانتقال الحيازة يكون من شخص يسمى بالسلف إلى شخص آخر يسمى بالخلف سواء كان هذا الأخير عاماً أو خاصاً .

كما أنه قد يعرض للحيازة من الأسباب ما يؤدي إلى زوالها وتصبح عديمة الجدوى لا تنتج آثارها القانونية فالتشريعات تقرر من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى زوال الحيازة بحيث لا تصلح لأن تكون أساس التقادم .

وبناء على ما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : انتقال الحيازة العقارية

المبحث الثاني : زوال الحيازة العقارية

المبحث الأول

انتقال الحيازة العقارية

المقصود بانتقال الحيازة هو اتصال الحيازة اللاحقة بالسابقة ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة بلا انقطاع ، بما ينتج عنه جواز ضم الحيازتين لكسب الحق بالتقادم ، فيصدد انتقال الحيازة فإن الحيازة اللاحقة تكون استمراراً للحيازة السابقة ، بحيث يمكن القول بأن الحيازتين متصلتان بدون انقطاع ، ويكون من شأن هذا الاتصال أنه يجوز لصاحب الحيازة اللاحقة أن يضم إلى حيازته مدة الحيازة السابقة ، بما يترتب على ذلك من آثار فلا يشترط اكتمال مدة التقادم لدى حائز بعينه والا ندر التقادم .

والحائز السابق الذي انتقلت منه الحيازة إلى الحائز اللاحق يسمى " بالسلف " والسلف في مجال انتقال الحيازة هو كل شخص انتقلت منه الحيازة إلى حائز آخر بالميراث أو بالاتفاق أو بأى سبب آخر ، فالمورث يعتبر سلفاً للوارث وللموصى له بحصة في التركة والبائع يعتبر سلفاً للمشتري ، وكل من كانت حيازته مرتبطة بحيازة خلفه برابطة قانونية^(١) .

وإذا كان الحائز السابق يسمى " السلف " فيوجد بالمقابل له شخص وهو متلقي الحيازة ، ويسمى " الخلف " ، والخلف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً ، فالحيازة تنتقل مثل انتقال الحقوق بسبب عام أو بسبب خاص ، بمعنى أنها تنتقل إلى خلف عام أو خلف خاص .

وبناء على ما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : - انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف العام .

المطلب الثاني : - انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف الخاص .

(١) د. محمود جمال الدين - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٤ ص ٥٢٩ ، د. السنهوري ج ٩ بند ٢٩٨ ص ٨٧٦ ، د. محمد المنجي - الحيازة ١٩٨٥ - بند ١٧ ص ٦٥ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٦٢٩ .

المطلب الأول

انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف العام

أولاً : المقصود بالخلف العام :

الخلف العام هو من يخلف السلف في كامل ذمته أو في جزء منها ، وهو يشمل الوارث كخلف عام للمورث ، والموصى له بكسر حسابي من التركة ، كالثلث والرابع . وتنص التشريعات على انتقال الحيازة من الخلف العام ، بدون بيان طريقة الانتقال ، ولكن من المقرر أن انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف العام مقرر بقوة القانون ، فعند وفاة السلف تنتقل التركة إلى الخلف العام سواء كان وارثاً أو موصى له بحصة منها بدون توقف على تسلم الخلف للتركة تسليماً فعلياً^(١) .

فحيازة أموال التركة تنتقل إلى الخلف العام ، تبعاً لانتقال الملكية إليه ، وتعتبر التركة منقولة إلى الخلف العام حتى في الفترة ما بين وفاة السلف وبين استلام الخلف لها ، إذ لا بد أن يكون للتركة من صاحب ، وإلا كان المال سائبة لا مالك له^(٢) .

ثانياً : صفة الحيازة عند انتقالها إلى الخلف العام :

القاعدة العامة : تنص المادة (٩٥٥) مدين مصري على أن " تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها " فتنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفتها وغيوبها ، فإذا كانت حيازة المورث مقترنة بحسن النية تستمر بهذه الصفة لدى الخلف العام ، وإن كان المورث سيئ النية فنفس الأمر بالنسبة لخلفه العام ، وإذا كانت مقترنة بالسبب الصحيح أو غير مقترنة به ، فإنها تنتقل إلى خلفه العام على حسب ما إذا كانت مقترنة بسبب صحيح أو لم تكن مقترنة به^(٣) .

وكذلك إذا كانت حيازة المورث عرضية يجوز لحساب الغير ، تستمر لدى الخلف العام مشوبة بالعرضية ، ولا يستطيع الوارث أن يكسب الحق استناداً إلى تلك الحيازة . إذ عليه كمورثه التزام برد الشيء إلى مالكه ، ونفس الأمر إذا كانت مقترنة بأى من عيوب الحيازة ، كالأكراه أو الخفاء أو اللبس أو النقص ، فتظل تلك العيوب ملاصقة لها لدى الخلف العام .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٩ ص ٨٧٧ د . محسن عبد الحميد إبراهيم - في مشكلات ضم الحيازة - طبقاً للقوانين المصري والفرنسي - طبعة ١٩٩٣ - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة - بند ٢٤ ص ٢٦ ، د . محمد علي عرفه - ج ٢ بند ٨٤ ص ١٤٦ .

(٢) د . محسن عبد الحميد - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٤ ص ٢٧ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٩٩ ص ٨٧٧ .

(٣) د . محسن عبد الحميد - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٤ ص ٢٦ ، د . عبد الناصر العطار - اثبات الملكية - بند ٥٥ ص ٢٤٢ - ٢٤٣ .

وتنتقل الحيازة بنفس العيوب التي كانت ملاصقة لها لدى السلف ولو كان الخلف العام يجهل تلك العيوب (١) ، إذ إن تلك العيوب تلازم الحيازة دون نظر إلى علم أو عدم علم الخلف العام ، فإذا تحققت العرضية في الحيازة فلا يجوز للخلف الاستناد إليها لا يمكن كسب الحق العيني بالتقادم ، ما لم تتغير صفة الحيازة بفعل الحائز أو بفعل الغير (٩٧٢ / ٢) ، إذ لا يعتبر الميراث سبباً لتغيير صفة الحيازة من عرضية إلى قانونية (٢) .

وانتقال الحيازة من السلف بصفاتها إلى الخلف العام يفسر على أساس أنه لا يجوز أن يكون للخلف العام أكثر مما كان لسلفه ، فالسلف لا ينقل إلى خلفه إلا الحقوق التي كان يمتلكها ، ومما كان يملكه يمكن أن ينقله بكامله إلى خلفه العام (٣) . والحيازة عندما تنتقل إلى الخلف لا تنتقل بذاتها لأنها ليست بحق ، بل هي واقعة مادية ولكن ما ينتقل إلى الخلف هو المزايا المرتبطة بتلك الحيازة ، ومنها الاستفادة من دعاوى الحيازة وكسب الحق بالتقادم (٤) .

الاستثناء :

إن القاعدة العامة هي - كما ذكر سلفاً - أن حيازة السلف تنتقل إلى الخلف العام بجميع صفاتها وعيوبها وسواء كانت حيازة قانونية أو عرضية أو بسوء نية ولو كان الخلف العام حسن النية ، إذ إن تلك الحيازة لها نفس صفات السلف إيجاباً أو سلباً (٥) .

فالمبدأ العام هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها ، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء سواء في مصر أو في فرنسا (٦) ، إلا أن القانون المصري بالمادة (٩٥٥ / ١) والقانون الكويتي (٩١٧) قررا استثناء

(١) د. محمد علي عرفه ج٢ - بند ٨٤ ص ١٤٦ ، د. كامل مرسى ج٤ - بند ١٤٠ ص ١٤٦ .

(٢) نقض مدني ١٩٧٢/١٢/٢١ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢٦٦ ص ١٤٥٠ .

(٣) د. كامل مرسى - ج٤ - بند ١٤٨ ص ١٥٦ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢٩٩ ص ٢٣٤ .

Boudry et Tissier, N. 342, P. 266

(4) Aubry et Rau, II, N. 181, 140, note (2) ; Baudry et Tissier, N. 343, P. 266-267

(٥) د. محسن عبد الحميد - مشكلات ضم الحيازة بند ٣٢ ص ٣٤ .

(٦) منهم على سبيل المثال د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٣٠٠ ص ٨٧٨ . د. عبد المنعم فرج الصده - بند ٣٩١ ص ٩٢ ، د. محمد علي عرفه - ج٢ بند ٨٤ ص ١٤٦ .

Mazeaud et Chabas, II, N1489, P.244 ; Alain Piedelivre, droit des biens, N.98 .P. 109 .

نقض ١٩٧٢/١٢/٢١ مجموعة الأحكام س ٢٣ ص ١٤٥٠ ، ١٩٦١/١٢/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢١ ص ٤٨٤ .

من هذا المبدأ العام بالنص على أن " إذا كان السلف سبى النية واثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له التمسك بحسن نيته" . فالخلف العام يعتبر سبى النية كما كان سلفه ، ويستمر بتلك الصفة إلى أن يثبت حسن النية على خلاف سلفه، وإذا ما أثبت حسن نيته فإنه يبقى حسن النية ولا يزول لديه حسن النية إلا إذا اثبت صاحب الحق أنه الخلف العام كان يعلم بأن مورثه غير محق في حيازته.

فحسب النية أو سوءها لدى الوارث يرتبط بإثبات أنه كان يعلم أو لا يعلم بأن مورثه لم يعتد على حق الغير ، فإذا كانت حيازة المورث تمثل اعتداء فيفترض أن الوارث يعلم ذلك ويكون سبى النية ، ما لم يثبت أنه لم يكن يعلم بهذا الاعتداء ، فإذا أثبت حسن نيته يبقى بتلك الصفة ، وحسب صاحب الحق أو المدعى أن يثبت سوء نية المورث لكي يلقي على الوارث عبء إثبات انه حسن النية . وللمدعى في سبيل إثبات سوء نية المورث أو الوارث اللجوء إلى كافة طرق الإثبات ، لأن الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية^(١) . وإذا أثبت المدعى سوء نية المورث أو الوارث ، فللوارث إثبات حسن نيته إذا أراد التمسك بذلك ، ولا يفترض حسن النية لديه ما دام مورثه سبى النية ، وله في سبيل إثبات حسن نيته اللجوء إلى كافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن لأن الأمر يتعلق بإثبات وقائع مادية^(٢) .

وهناك من ذهب إلى القول بأن ما قرره المشرع المصري من جواز إثبات الخلف العام لحسن نيته والاحتجاج بذلك إنما يمثل نوعاً من استقلال حيازة الخلف العام عن السلف ، إذ أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بجميع صفاتها وعيوبها فإذا كان الوضع كذلك فلا يمكن أن تتغير صفة الحيازة لدى الخلف العام وهي بذاتها حيازة المورث ، فإذا أثبت الوارث حسن النية فإنه يتمسك بحيازة خاصة به ، ولا يكون هنا مجال للقول بضم مدة حيازة السلف لعدم وجود صلة بين الحيازتين^(٣) .

والواقع أن انتقال الحيازة بصفاتها إلى الخلف العام ، بافتراض أن الخلف العام استمرار للسلف ، يترتب على ذلك أن حيازته استمرار لحيازة سلفه. فلو كان السلف سبى النية لا بد أن يكون الخلف سبى النية مثله ، ولكن ليس هناك مانع أن يثبت الخلف العام حسن نيته بعكس سلفه (١/٩٥٥) ، وإذا أمكن العلم بذلك أصبح في قوة الحقيقة ، ولا يجب أن يتعارض الافتراض مع الحقيقة الثابتة وهي حسن النية لدى الخلف العام ، إذ إن ما يجب التعويل عليه هو الحقيقة الثابتة لا مجرد الافتراض^(٤) .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٠٠ ص ٨٧٩ . د. محسن عبد الحميد مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٢ ص ٣٦ - ٣٧ .

= ويعتبر الحائز دائماً سبى النية عندما يعلن بعيوب حيازته بصحيفة دعوى - نقض مدني ١٩٦٤/٢/٦ . مجموعة المبادئ رقم ٧٢٩ ص ٤٤٨ .

(٢) د. محسن عبد الحميد مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٢ ص ٣٨ .

(٣) محمد علي عرفه ج ٢ - بند ٨٤ ص ١٤٧ .

= ويقول سيادته أن المادة ٩٥٥ مصرى مقتبسة من المادة ٣٢٢ من المشروع الإيطالي . ولكن واضعي النقتين المصري لم يستوعبوا مفهوم النص . ص ١٤٧ .

(٤) د. محسن عبد الحميد مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٢ ص ٣٧ .

ويبنى على ما تقدم إذا ما أثبت الخلف العام حسن نيته وأمكن العلم بما تعتبر في قوة الحقيقة ، ولا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار ولا ينبغي إهمالها ، وفي مثل هذا الفرض يمكن للخلف العام أن يستند إلى الحيلة الخاصة به ، ولكن لا يكون هناك مجال للقول بأن الخلف العام يستطيع أن يستند إلى السبب الصحيح الموجود لدى سلفه وحسن النية المتوافر لديه لكسب الحق العيني بالتقادم القصير^(١) ، فإذا أراد التمسك بالتقادم القصير لا بد أن يثبت وجود السبب لديه بجانب حسن نيته لكي يمكن التمسك بهذا النوع من التقادم .

المطلب الثاني

انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف الخاص

في مجال انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف الخاص يقتضى الأمر تحديد من هو الخلف الخاص وكيفية انتقال الحيازة إليه ، ثم تحديد صفة الحيازة لديه :

أولاً : المقصود بالخلف الخاص :

الخلف الخاص بصفة عامة ، هو كل شخص تلقى عن سلفه ملكية عين محددة أو حقاً عينياً عليها فالمشترى خلف خاص للبايع والموصى له بعين خلف خاص للموصى وكذلك الموهوب له^(٢) ، ولكن مفهوم الخلف الخاص في صدد انتقال الحيازة يتجاوز هذا المفهوم الضيق ليأخذ مفهوماً أوسع ، لأن الحيازة ليست بحق ولكن هي واقعة مادية ولا تنتقل بذاتها فكل ما ينتقل إلى الخلف هو المزايا المرتبطة بها^(٣) .

فالخلف الخاص بصدد انتقال الحيازة هو كل من انتقلت إليه حيازة العين بناء على التزام بالتسليم في ذمة الخائن السابق و كل من ردت إليه حيازتها على أثر فسخ السند أو بطلانه أو إبطاله أو انحلاله أو زواله لأي سبب من أسباب الفسخ أو البطلان أو الزوال أو الانحلال ، وكل من قامت بيته وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحيازة إليه ، بحيث يمكن القول بأن الحيازة اللاحقة

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٠١ ص ٨٨٢ د. محسن عبد الحميد - مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٤ ص ٤٠ .

= وهناك من يذهب إلى عكس ذلك بالقول بأن المورث إذا كان سيئ النية ولديه سبب صحيح وانتقلت الحيازة إلى خلف عام واثبت الأخير حسن نيته جاز له التمسك بالسبب الصحيح الموجود لدى سلفه وحسن النية المتوافر لديه لكسب الحق بالتقادم القصير ، ولكن لا بد أن تستمر حيازة الخلف الخمس سنوات المطلوبة للتقادم ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩١ ص ٥٩٤ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٢١ .

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي - موسوعة القانون المدني - نظرية العقد والارادة المنفردة - دراسة معقمة ومقارنة بالفقه الاسلامي - طبعة ١٩٨٤ ، بند ٢٨٥ ص ٥٧٢ ، د. عبد المنعم الصده - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٨٤ - بند ٣٢٨ ص ٣٦٧ .

نتيجة للحيازة السابقة^(١).

ويجوز للخلف الخاص ومن في حكمه أن يضم إلى حيازته الخاصة حيازة سلفه لإكمال مدة التقادم فيجوز الضم للرأسي عليه المزداد والشريك المتقاسم والموصى له وصاحب حق الانتفاع ، ومن استرد الحيازة بموجب حكم قضائي صادر في دعوى استرداد الحيازة^(٢) .
وحيازة الخلف الخاص لا تعتبر استمراراً لحيازة سلفه ، ولكن حيازته تغيّر حيازة السلف فهو يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن الحيازة السابقة فقد يكون السلف حائزاً عرضياً أما الخلف الخاص فهو حائز قانوني ، وقد يكون السلف سيئ النية والخلف حسن النية ، وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب التقطع أو الإكراه أو اللبس ولكن حيازة الخلف الخاص بريئة من العيوب^(٣) . ويجمل القول أن حيازة الخلف الخاص لها صفاتها الخاصة بها ومستقلة عن حيازة السلف .

ثانياً : كيفية انتقال الحيازة العقارية إلى الخلف الخاص :

لم يعرض القانون الفرنسي لمسألة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص عند معالجته للتقادم ولكنه عرض لتلك المسألة عند الكلام عن انتقال حيازة المبيع إلى المشتري ، ولكن المشرع المصري أورد القواعد العامة في صدد انتقال الحيازة عموماً ببيان كيفية انتقالها إلى الخلف الخاص فقد نصت المادة ٩٥٢ مدين مصري على أنه: " تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكانت في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسلّم مادي للشئ موضوع الحق " . والمادة ٩٥٣ بقولها : " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسلّم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه " .
والمادة ٩٥٤ نصت على أن : " ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها ٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه السندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة " وعندما عرض مشروع تلك المادة على لجنة مجلس الشيوخ لقيت اعتراضاً لكونها " لم تورد الا حالتين من حالات التسليم وهي تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٠٢ ص ٨٨٢ ، د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٥٧ ص ١٦٠ ، دمضطفي احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٣٠ .

Aubry et Rau, II, N, 181, P. 140, 141 ; Baudry et Tissier, N, 356, P. 275.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٥ .

Enc.D., 1995, VII, vo. prescription, N. 172, et S.. P. 13 et S.

(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١١٨ ص ٢٦٠ ، د. محمد على عرفه ج ٢ بند ٨٥ ص ١٤٨ ،

د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٥٦ ص ١٥٨ .

René Foignet , droit civil, I, P. 451 ; Enc.D., 1995, VII, vo. prescription , N. 166, P. 13 .

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثالان الغالبان في العمل" (١) ..

ومن مجمل تلك النصوص يتضح أن هناك ثلاثة طرق لانتقال الحيازة العقارية إلى الخلف الخاص ،

وهي :

١- الانتقال المادي للحيازة العقارية :

الانتقال المادي يعني التسليم الفعلي وهو الطريق المألوف لانتقال الحيازة، ويكون بنقل عنصرها

المادي والمعنوي للخلف الخاص ، بتسلم الأخير العين محل الحيازة ليمارس عليها أعمال السيطرة المادية التي كانت مقررة للحائز السابق (٢) ، فيتفق الخلف الخاص مع السلف على نقل الحيازة ثم يعقب ذلك تسليم فعلي بنقل عنصرها إلى الخلف الخاص ويكفي التسليم ولو لم يكن هناك تسليم فعلي من قبل الخلف الخاص (٣) ، ما دام في مقدوره أن يباشر أعمال السيطرة المادية على العين .

ويكون الانتقال الفعلي أو المادي للحيازة بما يتفق مع العين محل الحيازة (٤) ، فإذا كانت أرضاً زراعية أو داراً للسكنى وبيعت لآخر فإن الحيازة تنتقل إلى المشتري تبعاً لانتقال الملكية وتكون بتخلية وترك الأرض الزراعية ينتفع بها الخلف الخاص دون عائق مادي ، وإذا كان انتقال الحيازة يتعلق بحق ارتفاق بالمرور أو الشرب فيكون نقل حيازته للخلف بتمكينه من استعمال الحق (٥) ، مع ملاحظة أن تسليم العين يستلزم تسليم توابعها (٦) .

وقد طبق المشرع المصري الانتقال المادي بصدد انتقال حيازة المبيع إلى المشتري حيث نص في المادة (٤٣٥) على أن : " يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع أعلمه بذلك ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع " .

بعد اتفاق البائع والمشتري على البيع يقوم البائع بنقل الملكية وتبعاً لها الحيازة ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري لكي ينتفع به دون عائق ما دام في مقدور المشتري أن يباشر السيطرة الفعلية على العين

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ص ٤٦١ .

(٢) د . محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ٨٣ ص ١٤٤

(٣) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٠ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٠٢ ص ٨٨٣

(٤) د . محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٤ ص ٥٣١ ، د . محمد المنجي - الحيازة ١٩٨٥ - بند ١٩ ص ٧٢ .

(٥) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٠٣ ص ٨٨٢ .

(٦) د . كامل مرسي ج ٤ بند ١٣ ص ١٣

ولو لم يباشرها بالفعل ، فتكفي امكانية القدرة على السيطرة وليس السيطرة ذاتها ^(١) ، لتحقيق المعنى المقصود من انتقال الحيازة ، إذ أن : "الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً فإن الحيازة فيها ووضع اليد يثبتان لتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي عليها والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكن الانتفاع بما بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل" ^(٢) .

٢ - الانتقال المعنوي للحيازة العقارية :

وهو الانتقال الحكمي ولا يكون فيه تسلّم مادي للعين محل الحيازة إذ يتم بمجرد تغيير النية يوافقه تغيير السند المحدد لصفة الحيازة ^(٣) ، ويتم بدون وجود علامات خارجية دالة على انتقال الحيازة للخلف الخاص ^(٤) ، لأنه انتقال صوري غير ظاهر ، ينتج من الاتفاق على نقل الحيازة دون اقترانه بعمل مادي ^(٥) ، ويسمى بالانتقال الفرضي ^(٦) .

وقد نصت المادة (٩٥٣) من القانون المدني المصري على ذلك بقولها : " يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسلّم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه "

فالتسليم المعنوي يتضمن صورتين :

الأولى : أن تكون العين موجودة تحت سيطرة الخلف كما لو كان الخلف مستأجراً أو صاحب حق رهن حيازة ثم يقوم بشراء العين من مالكها ، فبدلاً من إرجاع العين إلى المالك ثم استردادها مرة أخرى يظل المشتري حائزاً ولكن بصفته مالِكاً لها لا بصفته مستأجراً أو صاحب رهن حيازي ^(٧) .

الثانية : وهي حالة استبقاء العين ، وفي هذه الحالة يقوم المالك ببيع العين المملوكة له والموجودة في حيازته ، وبدلاً من أن يقوم بنقل حيازتها إلى المشتري يستبقها تحت سيطرته ، ولكن ليس بصفته مالِكاً بل بصفته مستأجراً لها أو مرقناً أو بأية صفة أخرى ، ووفقاً للحق الذي يقرر صفته في الحيازة ^(٨) . فالانتقال

-
- (١) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٥ ص ١٤٥ ، د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢٠٨ .
(٢) نقض ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١ ص ٤٤٥ .
(٣) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٦ ص ١٤٦ ، د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢٠٩ .
(٤) د . محمد علي عرفه ج ٢ بند ٨٣ ص ١٤٥ .
(٥) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٠٤ ص ٨٨٦ .
(٦) د . كامل مرسى ج ٥ بند ٨٨ ص ٨٣ .
(٧) د . جميل الشرقاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٢ ص ٢٩٢ ، د . عبد المنعم الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٠ .
(٨) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٠ ، د . جميل الشرقاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٢ ص ٢٩٢ .

المعنى لا يقتضى الانتقال المادى للحيازة ، فهو يتم بمجرد تغيير النية إذا استمر السلف حائزاً ولكن حساب الخلف كحالة البائع المستأجر للمبيع ، أو إذا استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه كحالة المستأجر مشتري العين فهذه الحالات لا يصاحب انتقال الحيازة أية مظاهر خارجية دالة على انتقال الحيازة^(١) .

٣- الانتقال الرمزي للحيازة العقارية :

الانتقال الرمزي للحيازة يكون باستلام الخلف الخاص ما يرمز إلى العين المنقولة حيازتها كتسليم مفتاح الدار^(٢) ، وقد نصت المادة (٩٥٤) من القانون المدنى المصرى على حالة الانتقال الرمزي بقوله :
١- تسليم السندات المعطاة على البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم العين ذاتها " وإذا كان ما نصت عليه المادة سالفة الذكر يتحقق بصورة واضحة بصدد انتقال حيازة المنقول ، ولكن يمكن الأخذ بها في مجال انتقال حيازة العقار لكون ما أوردته لم يرد على سبيل الحصر وإنما هو على سبيل المثال^(٣) .

قد طبق القانون الفرنسى الانتقال الرمزي للحيازة العقارية بصورة واضحة بصدد انتقال حيازة المبيع ، حيث نصت المادة (١٦٠٥) على أن " الالتزام بتسليم العقار يتم بواسطة البائع عندما يقوم بتسليم المفاتيح عندما يكون مبنى أو بتسليم سندات الملكية " .

فالانتقال الرمزي للحيازة العقارية يكون باستلام الخلف الخاص لمفتاح المنزل أو سندات الملكية ، لكن استلامه للمفتاح أو السندات لا يعتبر دليلاً ثابتاً على انتقال الحيازة إليه^(٤) ، ولكن يجب أن يكون في مقدوره مباشرة أعمال السيطرة المادية التي تدخل في مضمون الحق الوارد على العين^(٥) .

وإذا ما حدث تعارض بأن تسلم شخص مفتاح المنزل ولكن حازه آخر بطريقة فعلية فإن التسليم الفعلى هو الأولى بالترتيب لأنه أكثر واقعية من التسليم الرمزي^(٦) ، ولكن ينبغي ملاحظة أن التسليم الفعلى للعقار وإن كان يضع الحائز في مركز أفضل بالنسبة لدعاوى الحيازة حيث يكفي التمسك بحيازته

(١) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٩ ص ٥٠٧ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٦٣ .

(٢) د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٢ ص ٢٩٢ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦١ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢٠٩ .

Baudry et Tissier, N. 220, P. 176 .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٦٠ .

(٤) د. كامل مرسى ج ٥ بند ٨٣ ص ٩٧ .

(٥) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢١٠ ، د. عبد المنعم البدر اوى الحقوق العينية - بند ٥٠٢ ص ٥٢٤ .

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٦٣ .

الفعلية ، إلا أن ذلك لا يكون دليلاً قاطعاً على الملكية فقد لا يفوز في دعوى الملكية ، بحيث تتسوارى الحيازة الفعلية أمام أسقية التسجيل^(١) ، فإذا ما بيع منزل لشخصين تسلم أحدهما مفتاحه و الآخر دخله وسكن فيه فالساكن وهو مسيطر مادياً على المنزل تكون كفته هي الأرجح بالنسبة للدعوى الحيازة ولكن قد لا يفوز في دعوى الملكية إذا سبقه مستلم المفتاح إلى تسجيل عقد شراء المنزل .

فالانتقال الرمزي للحيازة العقارية يكون بصفة عامة باستلام الخلف الخاص لمفتاح المنزل أو سندات الملكية أو الحق العيني ، مع قدرة الخلف على السيطرة على العين محل الحيازة لممارسة الأعمال المادية التي تدخل في مضمون الحق ، وتقدير ما إذا كان التسليم الرمزي كافياً لنقل الحيازة إلى الخلف الخاص يخضع لتقدير قاضي الموضوع بدون رقابة عليه من محكمة النقض .

(١) د. محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ٨٢ ص ١٤٥ .

المبحث الثاني

زوال الحيـازة العقارية

تقوم الحيـازة العقارية على ركنين جوهريين هما الركن المادى والركن المعنوى ، ولكى تكون مؤهلة لترتيب آثارها القانونية يلزم توافر شروطها من استمرار وعلانية وهدوء ووضوح ، فإذا ما توافرت الأركان والشروط أصبحت حيـازة قانونية وصحيحة تكسب الحق بالتقادم وجديرة بحماية القانون . وبعد قيام الحيـازة بركنيها وتوافر شروطها قد يطرأ عليها من الأسباب ما يجعلها كأن لم تكن وهو ما يطلق عليه " زوال أو فقد الحيـازة العقارية " ، فالحيـازة كما تقوم باجتماع ركنيها تنزول بفقدهما ، والزوال بخلاف تغييب الحيـازة بعبب التقطع أو الإكراه أو الخفاء أو اللبس ، فالعيب يجعلها عديمة الفائدة ، أما الزوال فيجعلها غير موجودة لزوال أحد أركانها الجوهرية المادى أو المعنوى .

وأسباب الزوال نص عليها المشرع المصرى فى المادة ٩٥٦ من القانون المدنى بقولـه : " تنزول الحيـازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة كانت " ، والمادة ٩٥٧ بقولها : " ١ - لا تنقضى الحيـازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقضى ٢ - ولكن الحيـازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئاً عن حيـازة جديدة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه ، وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيـازة الجديدة إذا بدأت علناً أو من وقت علم الحائز الأول بما إذا بدأت خفية "

ووفقاً لما نص عليه القانون المدنى المصرى نجد أن الحيـازة العقارية تنزل بسـزوال ركنيها المادى والمعنوى معاً فى آن واحد أو زوال أحدهما ، وهذا الزوال إما أن يكون اختيارياً بالارادة المنفردة أو بالاتفاق وإما يكون جبراً ورغماً عن إرادة الحائز .

أولاً - الزوال الاختيارى للحيـازة العقارية بالإرادة المنفردة :

الزوال الاختيارى يسمى بالتخلى^(١) ، وتنزل الحيـازة فى هذه الحالة عندما يترك الحائز العين ، حيث يتخلى عن أعمال السيطرة المادية على العين محل الحيـازة وكذلك نية الحيـازة لحساب نفسه ، والتخلى وإن كان يزيل الحيـازة بركنيها إلا أنه لا يزيل الملكية عن صاحبها^(٢) ، فأثر الإرادة المنفردة فى زوال الحيـازة يكمن فى التخلى عن الحيـازة دون الملكية .

والتخلى عن الحيـازة العقارية المؤدى إلى زوالها يستفاد من الأعمال المادية التى يقوم بها المتخلى عن

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٢ ص ٢٣٧ ، د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٠ ص ٥١٩ .

Mazeaud et Chabas, II, N. 1470, P.230; Planiol, I, N.2207, P.702.

(٢) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٠٩ ص ٨٩٩ .

الحيازة وهذه الأعمال يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات^(١)، ولا يشترط في التخلي أن تنتقل الحيازة لآخر، فهو ينتج أثره بمجرد حدوثه ولو لم تنتقل الحيازة إلى حائز آخر.

ثانياً - الزوال الاختياري للحيازة العقارية بالاتفاق :

وفي هذه الحالة يوجد اتفاق بين الحائز والغير على نقل الحيازة إلى الأخير، حيث يسلم الحائز العين إلى الغير بناء على عقد ناقل كالبيع أو الهبة^(٢)، وأن نقل الحيازة إلى الغير فهو بالنسبة له اكتساب وبالنسبة للحائز السابق زوال كما في حالة البائع عندما يسلم العين المبيعة للمشتري.

وإذا فقدت الحيازة بالاتفاق فلا عبرة بطريقة انتقالها إلى الغير سواء كان الانتقال فعلياً أو حكماً، فالحائز يفقد حيازته عندما يقوم بتسليم العين المبيعة إلى المشتري، ويفقدها كذلك ولو استبقى المبيع تحت سيطرته بصفة إيجار أو مزارعة أو بناء على رهن حيازة، وهو في هذه الحالة يفقد الركن المادي والمعنوي للحيازة، لأن وجود العقار تحت سيطرته ليس بقصد الحيازة لحساب نفسه ولكن لحساب من انتقلت إليه ومن ثم يعتبر حائزاً عرضياً يجوز لحساب من انتقلت إليه الحيازة^(٣).

وعند زوال الحيازة العقارية اختياراً بالاتفاق، كتسليم العين المبيعة إلى المشتري، فلا تشترط أهلية التصرف ولكن تكفي الأهلية اللازمة لكسب الحيازة لأن صحة التصرف شيء مختلف عن مسألة زوال الحيازة^(٤).

وإذا كف الحائز عن مباشرة السيطرة المادية باختياره فترة من الوقت فإن ذلك لا يؤدي حتماً إلى زوال الحيازة العقارية، إذ يظل الحائز محتفظاً بحيازته عن طريق العنصر القصدى، ولكن يشترط أن يكون الحائز اكتسب في الأصل الركن المادي والركن المعنوي للحيازة، بممارسة أعمال السيطرة المادية على العين محل الحيازة لحساب نفسه، وألا يكون هناك شخص غيره حاز العين مدة سنة إذ لو حازها الغير مدة سنة فإن الحائز السابق يفقد صفته في استردادها بواسطة دعوى الحيازة وتكون حيازة الغير التي استمرت سنة جديدة بالحماية.

وأن يكون في مقدور الحائز الذي توقف عن ممارسة أعمال الركن المادي، أن يعود إلى ممارسة تلك الأعمال مرة أخرى، بمعنى أن يكون في وسع الحائز أن يباشر عليه أعمال الحيازة في أي وقت^(٥).

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٢ ص ٢٣٧، هـ (2).

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٢، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٢ ص ٢٣٨.

(٣) د. كامل مرسى ج ٤ بند ٣٠ ص ٢٩، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٩ ص ١٤٨ هـ (٣٢).

(٤) د. كامل مرسى ج ٤ بند ٣٠ ص ٢٩.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٥، د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٠٠ ص ٥٢١، د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٣ ص ٢٩٤.

ثانياً : الزوال الجبري للحيازة العقارية :

تزول الحيازة العقارية جبراً عن الحائز في حالة نزاعها بالقوة ، فالزوال الجبري للحيازة يقابله حيازة من ناحية المعتصب معارضة للحيازة الأولى ولكن الحيازة العقارية لا تعتبر مفقودة بمجرد انتزاعها من الحائز ، إذ له مدة سنة يقوم خلالها برفع دعوى استرداد الحيازة بحيث إذا استردها خلال السنة أو على الأقل رفع الدعوى في خلال تلك المهلة فإن الحيازة تعتبر كأن لم تنزل عن الحائز السابق أما إذا انقضت مدة السنة ولم يبادر الحائز إلى رفع دعوى استرداد الحيازة فإن الحيازة تزول ثنائياً حتى ولو ظهر بمظهر المالك ، بدفع الضرائب المقررة على العين^(١). ففي حالة : " انتقال العنصر المادى لشخص آخر ولكن انتقاله كان خلسة أو الإكراه فإن الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مرت سنة كاملة من الوقت الذى علم فيه بانتقال العنصر المادى^(٢) ، فمهلة السنة تحتسب من وقوع أعمال الغصب العينية أو من وقت علم الحائز إذا كانت الحيازة انتزعت خلسة (م ٩٥٧ م مصرى) .

ـ أثر المانع الوقتى على زوال الحيازة العقارية :

المانع الوقتى هو حائل بين الحائز وبين مباشرته لأعمال السيطرة المادية على العين محل الحيازة ، وقد نصت المادة ٩٥٧ من القانون المدنى المصرى على أنه : " ١ - لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى " . ويفترض فى المانع الوقتى أن يكون مانعاً طبيعياً أو قوة قاهرة و أن يكون مانعاً مؤقتاً يزول بعد فترة من الزمن ، كالفيضان أو الزلزال أو حالة حرب ، فإذا كف الحائز فى مثل هذه الحالات عن مباشرة أعمال الحيازة فإنها لا تعتبر مفقودة لأنه لم يكف برادته ولكن نتيجة المانع الوقتى^(٣) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٦٨ ، د . جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٣ ص ٢٩٥ ، د . السنيورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٠ ص ٩٠٢ - بند ٩٣ ص ٢٩٥
Baudry et Tissier, N,233,P.188 ; Mourlon,III,N.1812,P.870 .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٦٧ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٢ ص ٢٣٩ ، د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٤٩ ص ١٤٨ .

Alex Weill, droit civil,II,N,374,P.331,Note (2) .

الباب الثاني

آثار الحيازة في العقار

إذا استمرت الحيازة المدة المحددة بواسطة القانون فإنها تكسب الحائز الحق العيني سواء كان حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه ، كحق الارتفاق والانتفاع والاستعمال والسكنى والرهن الحيازي ، وهو ما يعرف بالتقادم المكسب .

كما أنه قد تتوافر أركان الحيازة العقارية وشروطها لدى الحائز ، ولكن المالك قد يبادر إلى رفع دعوى الاستحقاق قبل اكتمال مدة التقادم لصالح الحائز ويتوصل بها إلى استرداد العين من تحت يد الحائز ، ويكون هذا الأخير حسن النية ، لكونه يجهل أنه يعتدى على حق الغير ولذلك جعل القانون حيازته أثراً هاماً ألا وهو كسبه لثمار العين كأثر من آثار حيازته .

كما أن للحيازة العقارية أثراً لا يقل أهمية عن الأثرين سالفى الذكر ، وهي أنها تضع الحائز في مركز المدعى عليه وبذلك تكفيه مشقة الإثبات ، إذ تعفيه من إثبات أنه صاحب حق وتلقى على عاتق المدعى عبء إثبات انه المالك الحقيقي للعين محل الحيازة .

ورغم أن الحيازة ليست بحق ، وفي بعض الأحيان لا تكون متطابقة دوماً مع الحق إلا أنها تنشئ مركزاً قانونياً أخذه المشرع بعين الاعتبار وأفرده له حماية تتميز بخصوصية معينة مراعاة للصالح العام .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : كسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم .

الفصل الثاني : كسب الحائز حـسـن النية للثمار .

الفصل الثالث : إعفاء الحائز من الإثبات .

الفصل الرابع : نشوء مركز قانوني .

الفصل الأول

كسب الحقوق الصينية العقارية بالتقادم

عندما تقوم الحيازة العقارية وتتوافر أركانها وشروطها فإنها تكسب الحائز الحق العيني العقارى عندما يمارس الأعمال المادية التى تتفق مع مضمون الحق العيني الذى يدعيه ، ويعتبر التقادم المكسب من أهم آثار الحيازة العقارية .

والتقادم المكسب نظام موغل فى القدم ، و يقوم على مجموعة من المبررات ، وله كثير من التعريفات وقد تباينت الآراء الفقهية فى تحديد طبيعته القانونية .

والتقادم المكسب وإن كان اليوم يعتبر من ألزم النظم القانونية إلا أنه لم يكن طليقاً من كل القيود بحيث يشمل جميع الحقوق والأموال ، لكن له نطاق من حيث الأموال التى يمكن أن تكون محلاً للحيازة المؤسسة له ، ومن حيث الحقوق التى يمكن أن تكتسب به ، ومن حيث الاشخاص الذين يمكنهم الاستناد إليه .

كما أن التقادم المكسب ليس نوعاً مفرداً له مدة وحدة ، بل هو يتأثر بحسب الوضع الشخصى للحائز ، ومن ثم فهو ينقسم إلى نوعين ، التقادم المكسب القصير والتقادم المكسب الطويل ، كما أن للنوعين بعض الأحكام المشتركة .

وبالرغم من أن التقادم المكسب فى جميع النظم القانونية إلا أنه يتأثر بنظام الشهر المتبع فى الدولة بحسب ما إذا كان شخصياً أو عينياً .

وبناء على ما تقدم يتقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : - ماهية التقادم ونطاقه .

المبحث الثانى : - أثر الوضع الشخصى للحائز على مدة التقادم .

المبحث الثالث : - الأحكام العامة للتقادم .

المبحث الرابع : - أثر تعدد أنظمة الشهر على التقادم المكسب .

المبحث الأول

ماهية التقادم المكسب ونطاقه

نتناول في هذا المبحث تعريف التقادم المكسب ومبرراته وطبيعته القانونية ونطاقه من حيث الأموال التي يمكن أن تكون محلاً للحيازة المؤسمة له ، ومن حيث الحقوق التي يمكن أن تكسب به ، ومن ناحية الأشخاص الذين يكون بمقدورهم الاستناد إليه .
ومن ثم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : ماهية التقادم المكسب

المطلب الثاني : نطاق التقادم المكسب

المطلب الأول

ماهية التقادم

أولاً : تعريف التقادم المكسب

تكلم القانون المدني المصري السابق عن التقادم المكسب في المواد ٧٦ - ٧٨ / ١٢ - ١١٦ ، وبين آثاره وتناوله القانون المدني المصري الحالي في المواد ٩٦٨ - ٩٧٥ كأثر من آثار الحيازة ، وكل من القانون السابق والحالي اكتفى بذلك ولم يورد تعريفاً للتقادم مفضلاً ألا يقحم نفسه في التعريف تاركاً المهمة للفقهاء .

أما القانون المدني الفرنسي فهو يعالج التقادم المكسب والمسقط في باب واحد ، ولذلك عرف التقادم بصفة عامة سواء كان مكسباً أو مسقطاً ، وذلك في المادة (٢٢١٩) بقوله " التقادم وسيلة للكسب أو الإبراء (التخلص) بمرور مدة معينة وبالشروط التي يحددها القانون " ، والقانون الكندي يعرف التقادم في المادة ٢١١٩ بقوله : " إن التقادم المكسب واقعة تفترض أو تؤكد وتنقل الملكية إلى الحائز باستمرار حيازته " .

وعرف بودرى وتيسيه التقادم المكسب بقولهما : " التقادم المكسب طريقة لكسب الملكية نتيجة للحيازة الممتدة الفترة التي يحددها القانون ^(١) . ويعرفه ألكس ويل Alex Weill بأنه : " وسيلة لكسب الحقوق العينية الأصلية بمرور المدة المحددة " ^(٢) .

ويعرفه مورلون Mourlon بقوله : " التقادم المكسب قرينة قانونية على وجود سبب

(1) Baudry et Tissier, N. 25, P.18.

(2) Alex Weill, droit civil, II, N.4388, P.379 .

شرعى للكسب" (١). وأبرى ورو يعرفانه بقولهما أنه: "وسيلة تدعيم عن طريق الحيازة المستمرة المسددة المحددة بواسطة القانون والمتصفة ببعض الصفات المعينة" (٢).

ويعرفه د. عبد المنعم البدرأوى فيقول: "التقادم المكسب هو سبب من أسباب كسب الملكية قائم على حيازة ممتدة فترة من الزمان يحددها القانون" (٣)، ويعرفه د. عبد المنعم الصده: "التقادم المكسب وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقاً عينياً آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينة" (٤) وتعرفه محكمة النقض المصرية بقولها: إن: "التقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد" (٥)، وبأن "التملك بوضع اليد سبباً لكسب الملكية" (٦) وأياً ما كان من أمر تلك التعريفات وما بها من تباين، فإن التقادم يقوم على ركنين أساسيين هما الحيازة والزمن، ولا يقوم التقادم الا باجماعهما معا:

١ - الحيازة: هي أساس التقادم، وبدونها لا يمكن القول بأن هناك تقادماً جارياً، وإذا كان الزمن عنصراً أساسياً في التقادم إلا أنه بمفرده لا يؤدي إلى قيام التقادم (٧)، ولا بد أن تسانده الحيازة القانونية ويشترط في الحيازة أن تكون مستجعة لركنيها المادى والمعنوى، مستوفية كافة الشروط اللازمة لكي تنتج آثارها القانونية من كونها مستمرة وهادئة وعلنية وواضحة غير ماتبسة، فإذا لم تكن الحيازة ممارسة بنية التملك أو كانت مشوبة بأي من عيوبها كالإكراه أو التقطع أو الخفاء أو اللبس فإنها لا تصلح لأن تكون أساس التقادم.

٢ - الزمن: هو الركن الثانى الأساسى للتقادم، فلا يكفى أن تقوم الحيازة العقارية فقط بل يجب أن تستمر المدة التى يحددها القانون، وتختلف المدة القانونية بحسب ما إذا كان التقادم المكسب طويلاً أو قصيراً، تبعاً لاختلاف الوضع الشخصى للحائز.

(1) Mourlon, III, N. 1754, P. 839.

(2) Aubry et Rau, II, N. 210, P. 439.

(3) د. عبد المنعم البدرأوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥١٠ ص ٥٤٠، حق الملكية - بند ٣٥٥ ص ٤٨٠.

(4) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٤ ص ٥٧١.

(5) نقض ١٩٤٩/١٢/٨ مجموعة القواعد ج١ رقم ٦٧ ص ٤٥٥، ١٩٥٢/١/١٠ مجموعة القواعد ج١ رقم ٦٨ ص ٤٥٥، ١٩٦١/١/٢٦ مجموعة المبادئ رقم ٨١٨ ص ٤٨٣.

(6) نقض ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة المبادئ رقم ٨١٧ ص ٤٨٣، محكمة شبين الكوم الأهلية ١٩٣١/٣/١٠، مرجع القضاء رقم ٤٧٧ ص ١٢٥٢.

(7) د. محمد نبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٨١ ص ١٧٩.

ثانياً : أساس التقادم المكسب :

قد توحى النظرية الأولية إلى التقادم المكسب بأنه نظام منافع للعدالة والأخلاق لأن من شأنه تأييد الغصب إذ هو يسمح بتجريد المالك من حقه الشرعى بتغليب الغير على هذا المالك بما ينطوى على هضم حق هذا الأخير ، لكن التشريعات المدنية تقر هذا النظام كما حدا بالفقه إلى وعصفه بأنه منظم أو مدبر أو سيد الجنس البشرى *Patronne du gere humain* (١) .

وقد قيلت مجموعة من المبررات التى تقوم على أسس فردية مفادها أن المالك الذى يترك ماله فى يد الغير ينتفع به مدة طويلة بدون أن يهب إلى استرداده من يد الحائز ، يعتبر مالكاً مهملاً ومن ثم يتحمل جزاء إهماله ، والذى يكمن فى كسب الحائز لهذا المال ، فالتقادم المكسب يمثل عقوبة يوقعها القانون على المالك المهمل (٢) .

ولكن قيام التقادم على فكرة العقوبة بالنسبة للمالك المهمل حجة غير مقبولة ، فالتقادم إذا كان يستفيد منه الحائز حسن النية فكذلك سيستفيد منه الحائز سئى النية ، وسوء النية يعتبر أشد من خطأ المالك المهمل ، والعدالة والمنطق يقضيان بعدم استعادة الحائز سئى النية من التقادم (٣) .

وقيل أيضاً بأن التقادم المكسب يقوم على افتراض أن المالك الحقيقى قد تنازل عن ملكه بسبب التصرف فيه بنفسه أو من قبل أسلافه ، وهو بذلك يعد بمثابة قرينة على وجود سند قانونى سابق لندى الحائز على ملكيته للمال (٤) .

ولكن يرد على تلك الحجة بأن تنازل المالك لا يفترض ولا بد من إثباته ، بصدوره من المتنازل صراحة أو ضمناً ، ولو افترض التنازل من جانب المالك لكان الأمر يقتضى السماح للمالك بنفسه هذا التنازل وهو ما لا يجوز فى مجال التقادم المكسب (٥) ، كما أن الاستناد إلى فكرة التنازل من جانب المالك يؤدى إلى القول بأن حق الملكية يزول بعدم الاستعمال إذا أهمله صاحبه المدة المحددة بواسطة القانون ، ولو لم تكن هناك حيازة من جانب شخص آخر أثناء تلك المدة بالرغم من أن حق الملكية لا يسقط بعدم

(١) د. عبد السلام ذهنى - الأموال - بند ٣٤٩ ص ٥٠٠ ، الالتزامات بند ٤٨٩ ص ٤٨٢ ، خليل عفت - التقادم بند ٤ ص ٣ .

Colin et Capitant ,N. 1097 ,P. 925 .

(٢) د. عبد السلام ذهنى - الأموال - بند ٣٤٩ ص ٥٠٠ .

(٣) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٢١ ، د. عبد الفتاح - الأموال - بند ٣٠٥ ص ٤٢٦ .

(٤) د. عبد السلام ذهنى - الأموال - بند ٣٤٩ ص ٥٠٠ ، د. عفت ثابت - التقادم - بند ٢ ص ٢ .

De Hults, III, N. 2, bis, P. 30.

(٥) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٥ ص ٥٧٣ ، د. عدلى أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ص ٣٩ .

الاستعمال مهما طال مدة عدم انتفاع مالكه به ، وإنما تكسب بجزارة لصالح الخائن^(١) .
والواقع أن المبررات التي تستند إلى اعتبارات فردية لا تسعف في تبرير وجود نظام التقادم
المكسب ، لأنه في الحقيقة يقوم على اعتبارات المصلحة العامة للمجتمع وعلى اعتبارات عملية :

١ - الاعتبار الإجتماعى أو المصلحة العامة :

إن المصلحة الاجتماعية تقتضى استقرار أوضاع الملكية بحيث يصبح الوضع الفعلى متطابقاً مع
الوضع القانونى وذلك يقتضى التسليم بالحق لمن حازه المدة القانونية بصفة هادئة ومستمرة وواضحة لا
ليس فيها ، وتعامل الناس معه على أنه المالك الحقيقى لهذا المال أو الحق . والتقادم المكسب من شأنه أن
يؤدى إلى استقرار الأوضاع ويضع حداً للمنازعات ، ولو قسام هذا الوضع على مجرد الغصب ، فإذا
لم يتقرر هذا النظام استمر النزاع إلى ما لا نهاية^(٢) ، وفى ذلك يجمل لوران صفة القول بأنه : " لو سمحت
القوانين فى بلد ما للأفراد بالمطالبة بحقوقهم بالرغم من مضى آلاف السنين عليها لعمت الفوضى
واضطرب حبل النظام وتزعزعت المراكز القانونية الأمر الذى يجب أن تتزه عنه المجتمعات"^(٣) .

٢ - الاعتبار العملى :

التقادم المكسب يقوم على اعتبار عملى بجانب الاعتبار الاجتماعى إذ هو يؤدى إلى سهولة إثبات
الحقوق العينية ، ومن ثم تحمى تلك الحقوق ، ويتضح ذلك جلياً فى مجال إثبات الملكية العقارية بصفة
خاصة حيث إن إثباتها من الأمور الشاقة ، فعلى من يتمسك بالملكية إثبات أنه تلقى الشئ من سلف مالك
وإن سلفه قد تلقى الحق من سلف مالك أيضاً وهكذا حتى نصل إلى ما يسمى بملكية الشئ ابتداء ، بحيث
لو ظهر أن أحد هؤلاء الأسلاف لم يكن مالكاً ، فلا ينتقل الحق إلى من يتمسك بالملكية ، وهكذا يبدو
إثبات الملكية العقارية من المستحيل أو هو إثبات شيطان ، ومن أجل تلك الصعوبات اعتمد نظام التقادم
المكسب وفى ظل وجوده يكفى من يطالب بإثبات ملكيته العقارية أن يثبت حيازته للعين سواء بنفسه أو
بواسطة أسلافه المدة القانونية فيقر له بحق الملكية دونما حاجة إلى الدخول فى مشقة إثبات المصدر الأول
للملكية^(٤) .

وهكذا يبدو التقادم نظاماً أساسياً للمجتمعات ، وإن كان فى بعض الحالات النادرة يؤدى إلى

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٠٥ ص ٤٢٦ .
(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٥ ص ٥٧٣ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند
٣٠٥ ص ٤٢٧ ، د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥١١ ص ٥٤٣ ، د. السنهوري -
الوسيط - ج ٩ بند ٣٦٧ ص ٩٨٩ .

Baudry et Tissier, N. 28-29 , P.22-25 , Planiol, I, N.2645, P.829; Alex Weill, droit civil
II, N.441, P.380.

(3) Laurent, ,XXXII, N.6, P.15.

(٤) د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤٢٣ .

تثبيت الملكية لصالح المغتصب وتجريد المالك من حقه ، وتلك الحالات القليلة التي يبدو فيها منافياً للعدالة إلا أن مزاياه تغلب على تلك المساوى . فالتقادم كسائر النظم القانونية له جانب ضعيف حيث يؤدي إلى تفضيل مصلحة الغاصب على مصلحة المالك الحقيقي لكنه نظام لا غنى عنه للاعتبارات الاجتماعية والعملية .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للتقادم المكتسب :

إن أول ما يتبادر إلى الذهن في مجال بحث الطبيعة القانونية للتقادم المكتسب هو ذلك التساؤل الذي يبدأ بسهل التقادم المكتسب قرينة قانونية لصالح الحائز أم مجرد وسيلة دفاع أم هو سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ؟ .

إن الإجابة على مثل ذلك التساؤل ، تبدو في بعض الأحيان على طرفي نقيض لتباين الآراء حول الطبيعة القانونية للتقادم ، فما يقتضى الأمر أن نتعرض لتلك الآراء :

ذهب رأى إلى القول بأن التقادم المكتسب يمثل لدى الحائز وسيلة دفاع ضد مطالبة متأخرة من ناحية المالك ، فهو يتمثل في دفع يرد به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك^(١) ، ولكن يرد على هذا الرأى بأن التقادم لا يعطى الحائز مجرد دفع يرد به دعوى المالك ولكن يمنحه فوق ذلك مكنة الدعوى والتي تمكنه من حماية الحق الذي اكتسبه بالتقادم^(٢) ، فهو بذلك لا يقتصر على مجرد إعطاء دفع للحائز بل يمنحه الدعوى .

ويقول اوبرى ورو Aubry et Rau إن التقادم المكتسب يمثل تأييد ملكية مفترضة أو مهددة بالانتزاع من الحائز ، وذلك بواسطة الحيازة التي توافرت لها الصفات والمدة المحدودة بواسطة القانون ، وهو بذلك لا يمثل طريقاً من طرق كسب الملكية^(٣) . ولكن أخذ على هذا الرأى أنه لا يفصل بين مبررات التقادم وطبيعته القانونية إذ إن تأييد الملكية المفترضة أو المهددة تمثل أحد البواعث أو المبررات التي أدت إلى إقرار نظام التقادم المكتسب^(٤) .

وذهب بعض من الفقه إلى القول بأن التقادم يمثل وسيلة إثبات الملكية أكثر من طريق لكسب الملكية ، ووسيلة الإثبات تلك تتمثل في قيام قرينة قانونية قاطعة لصالح حائز على وجود سند شرعى سابق

(١) هذا الرأى لدى باج و د كرز ج٧ بند ١٢٤٥ مشار إليه لدى د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥٧٥ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥٧٥ ، د . محمد على الأمين - التقادم المكتسب للملكية ص ٦٣٧ .

(٣) Aubry et Rau, II, N210, P.439 .

(٤) د . كامل مرسى - ج٤ - بند ٥٢ ص ٥٣ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥٧٥ .

Baudry et Tossier, N. 26, p. 19-20 .

على اكتسابه الحق^(١) ، وان الحيازة إذا توافرت شروطها واستمرت المدة المحددة بواسطة القانون فإنها تقيم قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملكية لدى الحائز ومن ثم ينبغي إضافة التقادم المكتسب إلى باب الإثبات ضمن القرائن القانونية القاطعة^(٢).

وإلى جانب الاتجاهات السابقة يوجد اتجاه آخر يرى أن التقادم المكتسب ذو طبيعة مزدوجة فهو إن كان وسيلة أو طريقة لاكتساب الملكية فهو قبل ذلك وسيلة إثبات لها، فكما أن التقادم يكسب الحقوق العينية فهو يبرز كذلك كوسيلة إثبات لتلك الحقوق ، فهو يعتبر سبباً للكسب وفقاً لما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة ٧١٢ بقوله : " الملكية ... تكتسب بالتقادم" ، وهو يعتبر كذلك طريقة لإثبات الملكية العقارية في القانون الفرنسي الذي لا يوجد فيه نظام السجل العيني كالقانون الألماني أو القانون الأسترالي . وكونه وسيلة إثبات لأنه يفترض الملكية ومما نصت عليه المادة ١٣٥٠ حيث مثلت للقرائن بقولها : "والحالات التي أعلن فيها أن الملكية تنتج من وقائع محددة" وفي ذلك القول إشارة إلى التقادم المكتسب^(٣).

أما جمهور الفقهاء في فرنسا ومصر يذهب إلى أن التقادم المكتسب سبب من أسباب كسب الحقوق العينية^(٤) ، وهو إن كان يلعب دوراً هاماً في مجال إثبات الحقوق العينية العقارية إلا أن دوره الجوهرى يتمثل في كسب تلك الحقوق وفي الحالات القليلة جداً قد يكون التقادم المكتسب وسيلة إثبات للملكية إذ في الغالب الأعم يكون لدى المالك مستنداته الشرعية التي تمكن من إثبات ملكيته ، ومن خطأ القول أن ننظر إلى الوضع النادر للتقادم كوسيلة إثبات ونحمل دوره الغالب كسب لكسب الملكية بل إن الأخذ بالغالب من الأحوال إلزام وواجب من وجهة النظر الفقهية الصحيحة^(٥) .

وإن ما يقول به بعض الفقه من أن التقادم المكتسب يمثل قرينة قانونية قاطعة لصالح

(1) Mourlon, III, N. 1754, P. 839 ; Alain Piédelièvre, droit des biens , N, 97, P. 108

نقض ١٩٤٩/٤/٨ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٦٧ ص ٤٥٥ ، ١٩٦١/١٠/٢٦ ، ١٩٦١/١٢/٢٨ مجموعة المبادئ أرقام ٨١٨ ، ٨١٩ ص ٤٨٣ ، ١٩٥٢/١/١٠ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٦٨ ص ٤٥٥ .
(٢) هذه الحجة لبعض مستشاري محكمة النقض المصرية ولكن لم يؤخذ بهذا الاقتراح مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٩٢ - ٤٩٤

(3) Alex Weill, droit civil , II, N. 441 - 443 , P. 380 - 383 Larroumet, droit civil, II, N. 407 - 408, P. 244-245, N. 628, P. 365. N. 632, P. 367; Baudry et Tissier, N. 24 , s. p. 17, s ; Mazeaud et Chabas, II, N. 507 , P. 259 ; Planiol , I , N. 2644 , P. 828

(٤) منهم على سبيل المثال د . عبد المنعم فرج الصدد - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥٧٧ ، د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٨١ ص ١٧٩ ، د . جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٦ ص ٢٩٩ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٢٥ ص ٢٩٥ ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ١٤ ص ١٠٧٠

(٥) د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٢٧ ص ٢٣٢ - ٢٣٣

الحائز هو قول غير صحيح لأن القرينة القانونية القاطعة تمثل قاعدة للإثبات ولذلك فهي تعتبر دليلاً من الأدلة والدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس فإذا امتنع إثبات العكس أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية وفي تلك الحالة لا تعتبر القرينة سوى العلة التي دفعت المشرع إلى تقرير تلك القاعدة الموضوعية والتي يقف دورها عند حد كونها دافعاً للقاعدة الموضوعية، وإذا كان المشرع قد اهتدى بالقرينة القانونية لتقرير القاعدة الموضوعية للتقادم المكسب إلا أنه لم تكن الدافع الوحيد لتقريره ولكن توجد إلى جوارها مجموعة من الاعتبارات الاجتماعية والتي تبرر نظام التقادم المكسب^(١).

فالتقادم المكسب يؤدي إلى تأصيل المراكز الواقعية يجعلها مراكز قانونية حيث يجعل المعتصب صاحب حق فلا يكون سند المعتصب سوى التقادم المكسب^(٢)، فالحائز عندما يستند إلى التقادم لا يستند إلى قاعدة إثبات ترفع عن كاهله العبء بل هو يستفيد من قاعدة موضوعية مكسبة للحق، ووفقاً لذلك يكون التقادم سبباً لكسب الحق العيني العقارى لأن المشرع أدرجه ضمن الأسباب المكسبة للملكية^(٣). ويضيف بودرى تيسيه Baudry et Tissier إلى ذلك قوهم بأن المشرع الفرنسي اعتبر التقادم المكسب طريقاً لكسب الملكية وفقاً لما نص عليه في المادة ٧١٢ والمادة ٢٢١٩ ولا يكون هناك محل للشك في اعتبار التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الملكية^(٤).

تقدير الاتجاهات السابقة :

إن ما قال به البعض من أن التقادم يمثل تدعيماً للملكية مفترضة أو مهددة بالانتزاع، و يعطى الحائز مكنة دفاع ضد احتجاجات مضي عليها الزمن، فهذا القول لا يفصل بين مبررات التقادم وطبيعته القانونية حيث إن تدعيم الملكية يعتبر أحد الأسس التي أدت إلى إقرار نظام التقادم المكسب، ولا يمكن الاعتماد على المبررات للقطع بطبيعة التقادم، وإذا كان التقادم المكسب يمنح الحائز وسيلة دفاع يرد بها دعوى الاسترداد المرفوعة من المالك الحقيقي للعقار، إلا أنه يعطيه مكنة الدعوى للدفاع عن حقه المكتسب، فهو يعطى الحائز دافعاً و دعوى في آن واحد سواء لرد دعوى الاسترداد أو لحماية الحق ضد الغير .

وما قال به البعض من أن التقادم ذو طبيعة مزدوجة من كونه وسيلة كسب ووسيلة إثبات فمن ناحية كونه وسيلة إثبات فهذا وضعه النادر، وكونه سبباً للكسب فهذا وضعه الغالب الاعم، وممن ثم يجب الاعتماد على الوضع الأكثر شيوعاً لتقرير طبيعة التقادم من كونه سبباً لكسب الحق العيني ولا يمكن

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥٧٧ .

Baudry et Tissier, N. 26 , p. 20 .

(٢) د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٢٧ ص ٢٣٢ .

(٣) د . السنيوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤١٤ ص ١٠٧٠ .

(٤) Baudry et Tissier, N. 26 , p. 18 .

القول بازدواجية طبيعته إذ لا توجد له سوى طبيعة واحدة .

وان ما قاله البعض الاخر من أن التقادم يمثل قرينة قانونية لصالح الخائن يرد عليه بسان القرينة القانونية القاطعة وسيلة إثبات ، وبالرغم من انها قاطعة إلا انه يجوز دحضها بواسطة الإقرار أو اليمين ، اما التقادم فهو يمثل قاعدة موضوعية قررها المشرع على ضوء الغالب من أحوال الناس والقاعدة الموضوعية لا يجوز دحضها بالإقرار أو اليمين ، والتقادم لا يجوز دحضه فيعتبر قاعدة موضوعية لا بمجرد قرينة قانونية (١) .

وإذا تمسك الخائن بالتقادم يستفيد من قاعدة موضوعية مقررة لصالحه ، ومن ثم فهو يمثل سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية ، وإضافة إلى ذلك أن المشرع المصرى ادرجه ضمن الأسباب المكتسبة للملكية و الحقوق العينية سواء كان طويلاً (م ٩٨٦) أو قصيراً (١/٩٦٩) ، كما أن المشرع الفرنسى أشار إليه كسب من أسباب الملكية فى المادة ٧١٢ حيث قال " الملكية تكتسب بالتقادم " وكذلك عندما عرفه بالمادة (٢٢١٩) بكونه سبباً لكسب الملكية بالشروط التى حددها القانون . وهو يتساوى مع غيره من أسباب الكسب الأخرى كالعقد والشفعة وغيرهما من الأسباب ، فوضع اليد لمسدة طويلة إذا توافرت فيها الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها (٢) .

وبعد أن تم عرض بعض التعريفات التى قبلت بصدد التقادم المكسب للملكية ، وعرض المبررات التى حدثت بالمشرعين إلى إقرار هذا النظام ، وبيان اختلاف الآراء حول تكييف طبيعة التقادم المكسب ، واستقر لنا أن التقادم المكسب يعد سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية فلا بد فى النهاية من إعطاء تعريف خاص بالتقادم المكسب فى العقار .

ويمكن تعريف التقادم المكسب بصفة عامة بالقول بأن : التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، بحيازة قانونية ، مستوفية لكافة شروطها ، ومستمرة المدة المحددة بواسطة القانون ، وإذا قصر التعريف على التقادم المكسب العقارى يمكن القول بأن : التقادم المكسب العقارى هو سبب من

(١) أنظر فى تعريف القرينة القانونية والفرق بينها وبين القاعدة الموضوعية : د. حيد الرزاق السنيورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثانى - نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات آثار الالتزام - طبيعة ١٩٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة - بند ٣٢١ - ٣٣٦ ص ٥٩٧ - ٦٢١ د. سليمان مرقس - أصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية - الطبعة الثانية ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بمصر - بند ١٥٩ - ١٦٤ ص ٢٥٨ - ٢٧٦

(٢) قضى بأن التملك يوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فانها تكفى بذاتها سبباً لكسب الملكية " نقض ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة المبادئ رقم ٨١٧ ص ٤٨٣ ، ١٩٦٣/١/١٧ مجموعة الأحكام ص ١٤ رقم ١٢ ص ١١١

أسباب كسب الحقوق العينية العقارية ، بحيازة قانونية ، مستوفية لكافة شروطها ومستمرة المدة المحددة بواسطة القانون .

رابعاً : نشأة وتطور التقادم المكسب :

نظام التقادم المكسب لم يكن من ابتكار التشريعات الحديثة بل هو نظام مرغسل في القدم وتمتد جذوره إلى القانون الروماني، وقد عرف القانون الروماني ثلاثة أنواع للتقادم ، فظهر :

أولاً : التقادم القصير : وهذا النوع يعرف بتقادم القانون المدني وبداية ظهوره مع صدور قانون الألواح الاثني عشر في العصر القديم ومدته سنتان ، وكان يشترط فيه أن يكون الحائز من أهالي مدينة روما لأنه نظام مقصور على هؤلاء لا يستفيد منه غير الرومان ، ويشترط أن يكون العقار رومانياً حيث لا ينطبق إلا على الأرض الرومانية وأن يكون ثماً يجوز تملكه بالتقادم ، من كونه غير خارج عن دائرة التعامل ، فالأشياء الخارجة عن دائرة التعامل كالعقارات الدينية أو العامة لم تكن محلاً للتقادم^(١)

ويشترط أن يكون واضح اليد حسن النية bona fids باعتقاده خطأ أنه اكتسب الملكية لوجود سبب مشروع لديه ، ولم يكن التقادم المدني ينقطع إلا انقطاعاً طبعياً لفقد الحيازة دون الانقطاع المدني ، ولم يعرف هذا النوع من التقادم نظام الوقف . ولم يسلم الرومان بضم مدة الحيازة إلا في العصر العلمي حيث اجيز ذلك للوارث ، أما الخلف الخاص فلم يسلموا له بذلك إلا إذا كان حسن النية. وقد لعب التقادم القصير دوراً كبيراً في القانون الروماني حيث كان يؤدي إلى تحويل الواقع أو الوضع الفعلي إلى ملكية رومانية صحيحة وتامة^(٢) .

ثم ظهر بعد ذلك التقادم طويل المدة^(٣) : فإزاء قصور نظام التقادم القصير أضطر الرومان إلى إيجاد نوع جديد من التقادم ، ليمتد نطاقه إلى جميع الأراضي الإقليمية ولصالح الأجانب ولذلك أوجدوا ما يسمى بالتقادم طويل المدة . وقد ظهر هذا النوع قبل نهاية القرن الثاني الميلادي بواسطة دساتير إمبراطورية صادرة عن الإمبراطورين سيفر . وكراكلا عام ١٩٩ ميلادي . وقد أطبلت مدة وضع اليد في هذا النوع من التقادم حيث جعلت عشر سنين إذا كان المالك والحائز يقيمان في مكان واحد ، وعشرين إذا تغير محل إقامة المالك والحائز .

(١) د . محمود سلام زنتي - القانون الروماني ص ٣٨٥ - ٣٨٦ د عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى القانون الروماني - بند ٤٤٦ - ٤٤٩ ص ٣٣٩ - ٣٤١
(٢) د . محمود سلام زنتي - القانون الروماني ص ٣٨٤ ، ٣٨٩ ، د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الروماني - بند ٤٥٠ - ٤٥٥ ص ٣٤١ - ٣٤٦
(٣) د . محمود سلام زنتي - القانون الروماني ص ٣٩٠ ، ٣٩٣ ، د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الروماني - بند ٤٥٦ - ٤٦٠ ص ٣٤٧ - ٣٤٩

وكان التقادم الطويل في بدايته يمثل وسيلة دفاع لصالح الحائز ، بمقتضاه يمكن للحائز أن يدفع دعوى الاسترداد المرفوعة عليه من المالك الحقيقي للعقار ، ولكن مع تطور الزمن أصبح طريقاً للكسب وإزاء اعتبار التقادم الطويل سبباً لكسب الملكية أصبح يؤدي نفس الدور الذي يؤديه التقادم المدني القصير ، وخضع لنفس شروطه باسئراط الحيازة القانونية والسبب الصحيح حسن النية .

والتقادم الطويل كان ينقطع طبيعياً بفقد الحيازة ومدنياً برفع دعوى الاسترداد من المالك على الحائز وكان يقف لصالح العاجزين عن قطع مدته تطبيقاً لقاعدة أن التقادم لا يسرى ضد من لا يستطيع المطالبة بحقه ، وقد أجزى لكل من الخلف العام والخلف الخاص أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه .

ثم تلا ذلك ظهور تقادم المدة الطويلة جداً^(١) : فقد رأى أباطرة الرومان أن واضع اليد لا يستطيع كسب ملكية العقار بالتقادم القصير أو بالتقادم الطويل لعدم توافر حسن النية أو السبب الصحيح ، فليس من العدالة أن يترك الحائز مهتداً بدعوى الاسترداد التي ترفع عليه من المالك إلى أجل غير مسمى ولذلك اضطر الرومان إلى إيجاد نوع ثالث من التقادم وهو ما يسمى بتقادم المدة الطويلة جداً .

وقد ظهر تقادم المدة الطويلة جداً في عهد الامبراطورية السفلى في عهد الامبراطور قسطنطين وكانت مدته أربعين سنة ثم انقصت إلى ثلاثين ، ولا يشترط في هذا النوع سوى وضع اليد المدة القانونية دونما حاجة إلى توافر حسن النية أو السبب الصحيح .

ثم جاء جوستيان وأدخل بعض التعديلات^(٢) ، فقد أدمج جوستيان نظام التقادم القصير والتقادم الطويل في نوع واحد واستلزم له شرطين حسن النية والسبب الصحيح ، وكانت مدته تتراوح ما بين عشر وعشرين حسب إقامة المالك والحائز. وكان نظام الدمج هذا أمراً ضرورياً لزوال علقته التي اقتضته ، فقد زالت التفرقة ما بين المواطنين والأجانب و ما بين الأرض الرومانية والإقليمية ، مما نتج عن ذلك من توحيد المراكز القانونية للأراضي والاشخاص .

وقد أقر جوستيان نظام تقادم المدة الطويلة ، بدون اشتراط حسن النية والسبب الصحيح ومدته ثلاثون سنة ، كما أوجد نوعاً جديداً يسمى بتقادم المدة الطويلة جداً ، وكان يشترط فيه حسن النية دون السبب الصحيح . أما بالنسبة لوقف انقطاع التقادم وضم مدة الحيازة فلم يجر عليه أى تعديل تبعاً لما كان مقرراً من قبل بشأن نظام التقادم الطويل .

(١) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بند ٤٦١ ص ٣٥٠ .
(٢) د . عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بند ٤٦٢ ص ٣٥٠-٣٥١ ، د . محمود سلام زنتى - القانون الرومانى ص ٣٩٤ - ٣٩٥ .

ثم انتقل التقادم المكسب من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم حيث انتقل إلى الجنوب الفرنسي وهو بلاد القانون المكتوب . ولكن التقادم خضع لتأثير العادات الرومانية والأوامر الملكية والقانون الكنسي فقد نظر القانون الكنسي إلى التقادم المكسب بنظرة مريبة باعتبار أنه كان وسيلة للغصب ، ومن ثم اعتبر دليلاً على الحق عند غياب الدليل .

ولم يقف تأثير القانون الكنسي عند هذا الحد ، ولكنه استمر في ممارسته لتهديب التقادم بالتوسع في أسباب الوقف واشتراط حسن النية طوال مدة التقادم واعتبار بعض الأموال غير قابلة له أو إطالة مدتها كأموال الكنيسة وأموال التاج وأموال بعض الطوائف المهنية^(١). ومن القانون الفرنسي القديم انتقل إلى القانون الفرنسي الحالي حيث أورد المشرع الفرنسي التقادم المكسب والمسقط تحت عنوان واحد في المواد ٢٢١٩ - ٢٢٨٣ ، نقلاً عن فقهاءهم القدامى والقانون الروماني^(٢).

وقد تكلم المشرع المصري في القانون المدني القديم عن التقادم المكسب في الباب المخصص لاكتساب الحقوق العينية بالمواد ٧٦ - ٨٧ / ١٠٢ - ١١٦ . وكذلك في القانون المدني الحالي ، حيث أورده ضمن أسباب كسب الحقوق العينية كأثر من آثار الحيازة في المواد ٩٦٨ - ٩٧٥ ، وأقر قانون العقود والموجبات اللبانية نظام التقادم المكسب في الفصل الثالث من الباب الثالث ، وفي قانون الملكية العقارية في المادة ٢٥٧ ، وكذلك في القانون السوري حيث عالج في المادة ٩١٧ وما بعدها الحيازة والتقادم المكسب كأثر من آثارها في القسم السادس الخاص بأسباب كسب الملكية .

المطلب الثاني

نطاق التقادم المكسب في العقار

نطاق التقادم المكسب محدود ، فمن حيث الأموال يسرى على بعض الأموال دون الأخرى ، ومن حيث الحقوق يكسب بعض الحقوق دون الأخرى ، ومن حيث الأشخاص يستفيد منه البعض دون الآخر

أولاً : نطاق التقادم المكسب في العقار من حيث الأموال :

وفقاً لاعتبارات معينة جعل المشرع بعض الأموال - ومنها العقارات - غير قابلة للتقادم كما في الأموال العامة وأموال الدولة الخاصة وأموال الأوقاف ، كما أطال مدة تقادم البعض كما في أموال الشركات .

١ - الأموال العامة :

ويقال لها " الدومين العام " وقد عرف المشرع المصري تلك الأموال في المادة (٨٧) بقوله : " تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجر عليها أو تملكها بالتقادم" ، كما جعل المشرع المصري إضفاء صفة المال العام على الشيء مرتبطة بالتخصيص للمنفعة العامة ، بحيث يلزم للقول بأن المال عام أن يكون مخصصاً للمنفعة العامة ، وقد ارتبطت فكرة العمومية مع التخصيص للمنفعة العامة وجوداً وعمداً^(١) ، ويتضح ذلك مما ورد بالمادة (٨٨) بقوله : " تفقد الأموال العامة صفتها العامة بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ... " .

والمعيار الراجح للقول بإضفاء صفة المال العام على الشيء هو معيار التخصيص للمنفعة العامة^(٢) والتخصيص للمنفعة العامة يكون بقانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص (١/٨٧ مصرية) وتفقد الأموال العامة صفتها العمومية بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، ويكون انتهاء التخصيص كذلك بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م ٨٨ مدني مصرية) .

ونظراً لأهمية تلك الأموال للدولة أفرد المشرع لها حماية خاصة بما وأهم مظهر لتلك

(١) د. محمد علي عرفه ج١ - بند ١٠٨ ص ١٣٧ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٤٦ ص ٩٧ . د. محمد علي عرفه - ج ١ - بند ١١٢ ص ١٤٣ ، د. سليمان محمد الطماوي - مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الثالث - أموال الإدارة وامتيازاتها - دار الفكر العربي - الطبعة العاشرة ١٩٧٩ ص ١١٩ .

الحماية هو عدم جواز تملكها بالتقادم (٢/٨٧٢)^(١) ، فقد قرر المشرع أن الدولة في حاجة إلى عون يساعدها على رد الاعتداء الواقع على أموالها ، ليتسنى لها دفع أية محاولة من جانب الأفراد لكسب حقوق على المال العام تعارض مع تخصيصه للمنفعة العامة ، ومن شأن تقرير مبدأ عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم أنه لا يجوز لأحد من الأفراد ان يتمسك بجيازته لتلك الأموال في مواجهة الدولة مهما طالت مدة وضع يده عليها ، فالأموال العامة ليست محلاً لحيازة تؤدي إلى التقادم لصالح الأفراد^(٢) .

ثانياً : أموال الدولة الخاصة :

ويقال لها " الدومين الخاص " وهي تشمل جميع الأموال المملوكة للدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة وغير محصص للمنفعة العامة ويكون تصرفها فيه كتصرف الأفراد في ملكيتهم الخاصة ويشتمل إلى جانب ذلك جميع الأموال العامة التي انتهى تخصيصها للمنفعة العامة ، بما اقتضى زوان صفة المال العام عنها وأصبحت أموالاً خاصة للدولة .

ولم يرد في القانون المدني المصري السابق نص يحظر اكتساب ملكية الأموال الخاصة للدولة بالتقادم ، ومن ثم كان يجوز لوضاع اليد على عقار من عقارات الدولة الخاصة أن يكسب ملكيته أو يكسب عليه حقاً عينياً آخر واستمر الأمر على ذلك المتوال بعد صدور القانون المدني الحالي ، حيث خلا من نص يحظر اكتساب أموال الدومين الخاص بالتقادم .

ولكن هذا الأمر لم يدم طويلاً بعد صدور القانون المدني الحالي ، فقد رأى المشرع أن أملاك الدولة كثيرة و متفرقة في جميع الأنحاء وليس من شأنها أحكام الرقابة عليها والدفاع عنها في مواجهة اعتداءات الأفراد لكسب ملكيتها بالتقادم ، ولذلك تدخل المشرع بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧^(٣) ، بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدني مضيفاً إليها فقرة ثانية ، تنص على أنه : " لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم " .

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للقانون ١٤٧ سنة ١٩٥٧ غلة هذا الحكم بقولها : " تنص المادة ٨٧ من القانون المدني على أن الأموال العامة المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة لا يجوز تملكها بالتقادم بينما بقيت الأموال الخاصة المملوكة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة خاضعة لقواعد التقادم

(١) م ٢٢٢٦ م فرنسي تنص على عدم اكتساب ملكية الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل - ومنها الأموال العامة

(٢) د. محمد على عرفه ج١ - بند ١١٧ ص ١٥١ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٧٦ ص ١٥٢ = بشأن عدم امتلاك أموال الدولة بالتقادم - نقض ١٩٧٠/٣/١٩ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٨٧٨ ص ٤٩٠

(٣) النشرة التشريعية عدد يوليو ١٩٥٧ ص ١٣٤٨ .

المكسب شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد . ولما كانت هذه الأموال الخاصة جديرة بالحماية حتى تصبح في مأمن من تملكها بالتقادم عن طريق وضع اليد عليها خاصة وأن الحكومة والهيئات الاعتبارية مهما أحكمت الرقابة والإشراف على هذه الأموال فإن ذلك لا يمنع الغير من تملكها عن طريق وضع اليد عليها " (١) .

ثم تلا ذلك صدور القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وأجرى تعديلاً آخر على المادة ٩٧٠ مضيفاً إليها فقرة ثالثة بقوله : " لا يجوز التعدي عليها وفي حالة حصول التعدي ، يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة " (٢) وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ هذا التعديل بقولها : "إن التعديل ، بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يمنع من التعدي على أراضي الحكومة والادعاء على ملكيتها عن طريق وضع اليد .. وأن النيابة العامة كثيراً ما كانت تصدر قرارات بمنع التعرض لوأصفي اليد وتدخل الحكومة نتيجة لذلك في دعاوى وإشكالات لا حل لها ، فقد رأت الحكومة أن يجري تعديل جديد في نص المادة ٩٠٧ يقتضى حظر التعدي على أراضي الحكومة وتحويل الجهات الحكومية المختصة حق إزالة التعديت بالطرق الإدارية "

ولم ينته المطاف عند هذا الحد بل تدخل المشرع مرة ثالثة بالقانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ عدل به الفقرة الثانية والثالثة حيث جرى نصها على الوجه الآتي : " ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما أو كسب حق عيني على هذه الأموال بالتقادم ولا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً " (٣) . وبهذا التعديل مد القانون الحماية المقررة للأموال الخاصة بالدولة إلى أموال الوحدات والهيئات المشار إليها بالفقرة كما جعل حق إزالة التعدي بالطرق الإداري للوزير المختص .

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ : " إن القانون يهدف إلى حماية أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة والهيئات العامة عن طريق حظر تملكها أو كسب حق عيني عليها بالتقادم ، وحظر التعدي عليها مع منح الوزير المختص الحق في إزالة التعدي إدارياً " (٤) .

وهكذا انتهى المشرع إلى حظر تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم وخول الوزير المختص سلطة كاملة في إزالة ذلك التعدي بالطريق الإداري دون اللجوء إلى القضاء وهذا التعديل يسرى بأثر فوري على الحالات المستقبلية ولا يكون له أثر رجعي ، بمعنى أن

(١) النشرة التشريعية عدد يوليو ١٩٥٧ ص ١٣٤٨ .

(٢) النشرة التشريعية عدد فبراير ١٩٥٢ ص ١٩٥٩ .

(٣) (٤٠٣) النشرة التشريعية العدد الثامن شهر أغسطس ١٩٧٠ ص ٣٣٦٦ .

الأموال التي اكتسبت بالتقادم قبل ذلك التعديل تستقر ملكيتها لدى حائزها^(١)، أما إذا لم تكتمل مدة التقادم فإن هذا التعديل يسرى عليها ومن ثم لا يكون هناك محل لتملكها بالتقادم . أما القانون الفرنسي على العكس من القانون المصري لم يرد فيه نص يقرر حظر تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم ، حيث نص في المادة (٢٢٢٧) على أن " الأموال الخاصة بالدولة والمنشآت العامة والأقاليم تكون خاضعة لنفس التقادم الخاضع له الأفراد، وتواجه (تعارض) به " ولذلك تكون أملاك الدولة الخاصة في القانون الفرنسي خاضعة للتقادم المكسب ، حيث يجوز لكل واضع يد عليها اكتساب ملكيتها بالتقادم وقد بررت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفرنسي قابلية الأموال الخاصة للدولة لإمكان كسبها بالتقادم بكونها قابلة للتصرف .

ووفقاً لذلك يجوز تملك ملحقات الطريق الداخلة في الدومين الخاص بالتقادم الثلاثيني وتملك أموال الهيئات العامة وتملك الجزء من الأراضي التي لا يكون جزء من الدومين العام وتملك الأموال العامة التي انتهى تخصيصها للمنفعة العامة ودخلت في الدومين الخاص باعتبارها أصبحت قابلة للتصرف ، وتملك الغابات التابعة للدومين الخاص^(٢) .

ثالثاً : العقارات الموقوفة :

كان اكتساب العقارات الموقوفة بالتقادم محل خلاف في ظل القانون المدني السابق ، فقد ذهب البعض إلى عدم جواز سريان قواعد التقادم على العقارات الموقوفة ، ورأى البعض الآخر جواز اكتسابها وفقاً لأحكام المادة (٨٦) من القانون المدني بخمسة عشرة سنة ، والأخير يرى أن أموال الوقف لا تتقادم الا بثلاثة وثلاثين سنة ، وعندما عرض الامر بعد ذلك على محكمة النقض قررت : " أن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها لجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة ، بل تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع اليد ٣٣ سنة مستوفياً جميع الشروط المقررة قانوناً لاكتساب ملكية العقار بوضع اليد " ^(٣) وبذلك أستقر قضاء محكمة النقض قبل صدور القانون المدني الحالي على ان أعيان الوقف لا تكتسب ملكيتها بالتقادم الا بوضع اليد ثلاثة و ثلاثين سنة .

وقد صدر القانون المدني الحالي مقتناً ما جرى عليه قضاء محكمة النقض ، حيث نص في المادة (٩٧٠) على أنه : " في جميع الأحوال لا تكتسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٩٥٧/١٤٧ ، ١٩٥٩/٣٩ ، نقض مدني ١٩٦٢/١١/٨ ، مجموعة المبادئ رقم ٣٨٦ ص ٢١٨ .

(2) Cass. Civ. 27-3-1984, Bull. Civ. , III, N.81, P.63.
مشار إليه لدى د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٠٥ - ٨٠٧ .
(٣) نقض ١٩٣٥ / ١٠ / ٣١ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ ، نقض ١٩٣٦ / ٤ / ٢٣ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٣٥١ ص ١٠٩٧ ، ١٩٣٦ / ٤ / ٢٣ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٨ .

الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة" . وطبقت مدة التقادم بثلاث وثلاثين سنة على أموال الوقف سواء كان أهلياً أو خيرياً ثم ألغى الوقف الأهلي بالقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، وبذلك أصبح تطبيق المادة ٩٧٠ قاصراً على الوقف الخيري^(١) ، بحيث كان يجوز تملك أعيانه بتقادم مكسب مدته ثلاث وثلاثون سنة ولكن المشرع تدخل بعد ذلك بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ثم القانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وأخيراً القانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠^(٢) ، بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ، حيث قرر أنه " لا يجوز تملك أموال .. الأوقاف الخيرية أو كسب حق عيني على هذه الأموال بالتقادم ٣- ولا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها في الفقرة السابقة ، وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق إزالته إدارياً " . ووفقاً لهذا التعديل لا يجوز كسب ملكية الأعيان الموقوفة بالتقادم أو كسب حق عيني عليها ، وفي حالة حدوث اعتداء على تلك الأموال يكون للوزير المختص (وزير الأوقاف) حق إزالة هذا التعدي بالطريق الإدارى بدون اللجوء إلى القضاء^(٣) ، وبذلك حظر المشرع المصرى تملك أعيان الوقف بالتقادم كما فعل من قبل بالنسبة لأموال الدولة الخاصة .

٤ - حقوق الإرث والتقادم

نصت المادة (٩٧٠) من القانون المدنى الحالى ، على أنه " فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة " ، والواقع أن ما ذكره المشرع فى المادة (٩٧٠) محل نظر ، إذ قرر ان حقوق الإرث تكتسب بحيازة مدتها ثلاث وثلاثين سنة و ذلك القول يخالف المبادئ القانونية المتعلقة بالحيازة ، إذ إن الحيازة لا ترد الا على شئ مادى معين والتركة مجموع قانونى من المال غير القابل للحيازة ، والرأى الفقهى استقر على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة (٩٧٠) هو تقادم مسقط لا مكسب^(٤) . ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمادة (٩٧٠) بقولها " أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة ، والتقادم هنا مسقط لا مكسب لذلك وجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (٩٧٠) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط"^(٥) ، ولكن النص مر بجميع المراحل التشريعية دون تعديل لما ألححت إليه المذكرة الإيضاحية .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج١ - بند ٣٧٦ ص ١٠٠٤ .

(٢) سبقت الإشارة إلى هذه القوانين ومذكراتها الإيضاحية بصدد حظر تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم راجع ص ٢٦

(٣) يذهب الدكتور السنهوري الى عكس ذلك حيث يقول ان الحماية المتمثلة فى الإزالة بالطريق الإدارى لا تمتد الى أعيان الوقف باعتبار ان ذلك حق استثنائى للإدارة لا يجوز التوسع فيه لغموض النص - الوسيط - ج١ - بند ٣٧٦ ص ١٠٠٥

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج١ - بند ٣٧٧ ص ١٠٠٩ ، د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٦١ ص ٤٩٣ ، د . محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣٠١ ص ٥٤٤ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٥ ص ٢٩٥ (١٨) ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٠ ص ٥٨٠ .

(٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ج١ ص ٤٨٩ .

= وهناك من يقول بأنه تقادم مكسب - محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٤٤٨ ص ٣٢٧ .

والرأى الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى التفرقة بين دعوى الإرث وتسقط بثلاث وثلاثين سنة وبين دعوى الملكية الآيلة عن طريق الإرث ، فيكسب الوارث الحائز ملكية العين بخمس عشرة سنة استناداً إلى أن مدة الثلاث والثلاثين سنة المقررة لعدم سماع الدعوى في مواد الإرث لا تنطبق إلا على دعوى الإرث نفسها أما حق الملكية الآيل بطريق الميراث فهو يتقدم بخمس عشرة سنة وفقاً لتقواعد القانون المدني^(١) .

ثانياً : نطاق التقدام المكسب في العقار من حيث الحقوق :

التقدم المكسب في العقار يكسب الحقوق العينية العقارية الآتية :

١- **حق الملكية** : كسب حق الملكية بالتقدم مقرر بالمادة (٩٦٨) والمادة (٩٦٩) من القانون المدني المصري ، ونص المشرع الفرنسي على كسب حق الملكية بالتقدم في المادة (٧١٢) ، والقانون المدني اللبناني في المادتين (٩٧٢ ، ٩٧٣) ، ويكسب بالتقدم سواء كان الطويل أو القصير ، تبعاً لها إذا كان الحائز سني النية أو كان حسن النية ولديه سبب صحيح .

٢- **حق الانتفاع** : وقد نص المشرع المصري على كسب حق الانتفاع بالتقدم في المدة (٩٨٥) بقوله " حق الانتفاع يكسب بالتقدم " والقانون المدني اللبناني في المادة (٩٨٩) والمادة (٢٥٠) مدني عراقي والقانون الفرنسي وإن لم ينص صراحة على كسب حق الانتفاع بالتقدم ، إلا أن الرأي مجمع على إمكان كسبه بالتقدم الطويل أو القصير كحق الملكية .

٣- **حق الاستعمال وحق السكنى** : وهذان الحقان باعتبارهما نوعين من حق الانتفاع العام ، يمكن كسبهما بالتقدم وفقاً لنص المادة (٩٩٨) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : " فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين " ، ومن ثم يمكن كسبهما بالتقدم الطويل أو القصير ، لأهما قابلان لأن ترد عليهما الحياة .

٤- **حقوق الارتفاق** : تكسب حقوق الارتفاق بالتقدم مباشرة أعمال السيطرة المادية التي تدخل في مضمون الحق ، ونص المشرع المصري على كسب حقوق الانتفاع بالتقدم في (١٠١٦) بقوله : " ٢ - ولا يكسب بالتقدم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور " ، وقد تناول المشرع الفرنسي كسب حقوق الارتفاق بالتقدم في المادة (٦٩٠) بقوله " الارتفاقات الظاهرة والمستمرة تكسب

(١) د . عبد المنعم فرج الصدد - حق الملكية - بند ٣٨٠ ص ٥٨٠ ، د . عبد النعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٦١ ص ٤٩٣ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٧٧ ص ١٠٠٩ ، د . محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ١٤٧ ص ٢٧٠ ، د . محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣٠١ ص ٥٤٥ ، د . رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤٢٨ ، استئناف مصر الأهلية ١٩٢٦/٦/٢٨ مرجع القضاء رقم ٨٠٣ ص ١٢٥٧

بالحيازة مدة ثلاثة وثلاثين سنة .

و القانون المصرى يشترط فى حق الارتفاق الذى يمكن كسبه بالتقادم أن يكون ظاهراً بما له من معنى خاص فى حق الارتفاق ، بحيث لم يكتف بالشرط العام بالنسبة لظهور الحيازة ، ولكن استوجب الظهور بما له من خصوصية بصدده حتى الارتفاق بمعنى أن تكون له علامات مادية ظاهرة (١) ، وما دام حق الارتفاق ظاهراً بمعناه الخاص يمكن كسبه بالتقادم ولو كان غير مستمر ، فكل حق ارتفاق له علامات مادية خارجية تعطيه معنى الظهور الخاص به يمكن كسبه بالتقادم ، ويمكن كذلك كسب حق المرور بالتقادم وفقاً لنص المادة ١٠١٦ / ٢ . أما القانون الفرنسى فلم يكتف بشرط الظهور فى حق الارتفاق ، بل اشترط إلى جانبه أن يكون مستمراً (٦٩٠ مدنى فرنسى) ، ومن ثم فإن الارتفاق إذا كان ظاهراً ولكنه غير مستمر فلا يمكن كسبه بالتقادم لعدم تحقق شرط الاستمرار بجوار شرط الظهور (٢) .

وإذا كان يجوز كسب حق الارتفاق ببدءه بالتقادم فإنه يجوز أيضاً كسب طريقة استعمال الارتفاق ، بمعنى أنه يجوز للمكتسب لحق الارتفاق أن يكسب أيضاً طريقة استعمال حق الارتفاق . فلو أن شخصاً اكتسب حق المرور ماشياً ، ولكن بعد ذلك استخدمه فى مرور بعض المركبات واستمر على تلك الحالة المدة القانونية فإنه يكسب بالتقادم ما أوجده من تعديل على حق المرور (٣) .

٥ - الرهن الحيازى العقارى :

لا يقتصر التقادم على كسب الحقوق العينية الأصلية ، بل يمتد نطاقه ليشمل الحقوق العينية التبعية التى تفتقر حيازة صاحب الحق لشيء معين كما فى الرهن الحيازى ، فلو صدر الرهن الحيازى من غير مالك للعقار المرهون فإن الدائن المرتهن يكسب حق الرهن على العين إذا استمر حائزاً لها المسدة المحددة بواسطة القانون (٤) .

ثالثاً : نطاق التقادم المكسب فى العقار من حيث الأشخاص :

يسرى التقادم المكسب العقارى لصالح وضد أى شخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً (٥)

(١) وهناك من ينتقد موقف المشرع من اشتراط خصوصية معينة للظهور فى حقوق الارتفاق ، وكانت يكفى معناه فى الحيازة . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٥٩٥ ص ١٣٥٣ ، د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٩٧ ص ٣٣٥

فصدد كسب حق الارتفاق بالتقادم - انظر : نقض ١٩٨٢/٦/٩ الموسوعة الشاملة ج ١١ رقم ٩٦ ص ٤٣٢ .

(2) Planiol ,I, N. 2945 ,P. 925 .

(٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٥٩٤ ص ١٣٥٢

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٧ ص ٤٤٣

= أما حق الحكر لم يعد من الحائز كسبه بالتقادم لأنه لا يرد الا على أرض موقوفة . وقد حظر المشرع كسب أى حق عيني بالتقادم على الأعيان الموقوفة . انظر ما سبق ص ١١٤

(٥) د . رمضان ابو السعود - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٢٩ . د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٣ ص ٤٣٢ ،

ما دامت لديه القدرة على حيازة الشيء محل الحيازة المؤدية للتقادم المكسب .

ويسرى التقادم ضد الشخص الطبيعي سواء كان حاضراً أو غائباً ، وسواء كان يعلم بالحيازة الواقعة على عقاره أم يجهل تلك الحيازة ما دامت ظاهرة^(١) . فالتقادم المكسب العقارى يسرى لصالح :

١ - **الشخص الطبيعي** : سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها ، حيث إن الأهلية ليست شرطاً لمباشرة الحيازة ، لأن الحيازة ليست تصرفاً قانونياً ، والأهلية شرط لمباشرة التصرفات القانونية ، فإذا كان الشخص الطبيعي كامل الأهلية فإنه يمارس الحيازة بنفسه أما إذا كان غير مميز فمباشرة الحيازة تكون بواسطة ممثله (م ٩٥٠ مدق مصرى) .

٢ - **الشخص الاعتبارى** : يسرى التقادم المكسب لصالح الشخص الاعتبارى ويمكنه الاستفادة من آثاره ، والشخص الاعتبارى يجوز عن طريق ممثله القانونى لأن الممثل القانونى هو الذى يعبر عن إرادة الشخص الاعتبارى ، فالدولة والمحافظات والمقاطعات والبلدان تستطيع كسب الحق العيني على العقار محل الحيازة إذا استوفت الحيازة الأركان الشروط المستوجبة بواسطة القانون^(٢) .

فالشخص الاعتبارى أياً كانت تسميته يستطيع الاستناد إلى التقادم المكسب ليكسب ملكية العين محل الحيازة شأنه فى ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين .

كما يجوز للوقف أن يكسب عيناً بالتقادم المكسب شأنه فى شأن الأفراد الطبيعيين بحكم كونه شخصاً معنوياً يستفيد من أحكام القانون ولا يوجد نص قانونى يمنع جهة الوقف من التملك بالتقادم^(٣) ، وإذا تمسكت جهة الوقف بالتقادم فإنها تتمسك بالتقادم العادى ومدته خمس أو خمس عشرة سنة حسب الأحوال وإذا كان التقادم المكسب العقارى يسرى لصالح جميع الأشخاص فهو أيضاً يسرى ضد كل الأشخاص ، فهو يسرى ضد :

١ - **الشخص الطبيعي** سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها وسواء كان حاضراً أو غائباً ، مع مراعاة القواعد التى تتعلق بوقف التقادم لصالح بعض الأشخاص ، حيث يوقف سريان التقادم فى بعض الحالات مراعاة لمصلحة من يسرى التقادم ضده .

٢ - **ويسرى التقادم المكسب فى فرنسا ضد جميع الأشخاص الاعتباريين** سواء مقاطعات أو محافظات أو مجالس بلدية وكذلك ضد الدولة فيما يتعلق بالأموال الخاصة فقط ، وسريان التقادم ضد جميع الأشخاص الاعتباريين كان الغرض منه الحد من الامتيازات التى تتمتع بها تلك الجهات ، حيث كان كثير

(1) Laurent, XXXII, N.25-26, Aubry et Rau, II, N.211, P.441-442 .

(٢) د. عبد المنعم الجدر اوى - حق الملكية - بند ٣٦٢ ص ٩٥ .

Enc.D.. 1984, V, vo. prescription, N.244, P.19

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ٩٦ - بند ٣٧٦ ص ١٠٠٦ ، د. محمد على عرفه - ج٢ - بند ١٤٠ ص ٢٥٣ ،

د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٦٢ ص ٩٦ .

من أموال تلك الجهات لا تخضع للتقادم^(١)

٣ - أما في مصر فإن التقادم لا يسرى ضد الدولة لصالح أحد الأشخاص ولو كان المال ضمن الدومين الخاص ، ولا يسرى التقادم ضد جهة الوقف أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، حيث حظر القانون اكتساب حق عيني بالتقادم على أموال تلك الجهات مع إعطاء الوزير المختص سلطة إزالة التعدي إدارياً في حالة وقوع المخالفة .

• مدى سريان التقادم المكسب لصالح الأجنبي :

التقادم يسرى لصالح جميع المواطنين في الدولة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ، فهل يسرى لصالح غير الوطني ؟ بمعنى هل يسرى التقادم لصالح شخص أجنبي وضع يده على مال في مصر واكتملت له مدة التقادم المكسب ؟

ذهب بعض الشراح في فرنسا إلى القول بأن الشخص الأجنبي الموجود على الإقليم الفرنسي لا يستفيد من التقادم ، باعتبار أن التقادم حق مدني لا يمنح لكل الأفراد فهو مقصور على الوطنيين دون الأجانب^(٢) ، إلا أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى القول بأن الشخص الأجنبي المقيم على الإقليم الفرنسي يستفيد من التقادم مثل غيره من المواطنين باعتبار ان التقادم مقرر في كل التشريعات وبطريقة عامة يهدف استقرار الأوضاع الاجتماعية ، ومن منطلق هذا الهدف يقبل من الأجنبي أن يستند إلى التقادم كالوطني إذ لم يعد التقادم حقاً مدنياً بل هو حق طبيعي مقرر لصالح الأشخاص وليس قصراً على المواطنين الفرنسيين دون الأجانب^(٣) .

• الوضع في مصر :

عندما رأى المشرع المصري تزايد النفوذ الأجنبي في مجال تملك العقار ، رأى ان يجد من هذا النفوذ بمنع الأجانب من اكتساب العقارات في مصر ، وقد سلك المشرع في سبيل هدفه مسلكاً متدرجاً ، حيث بدأ بالأمر العسكري رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠^(٤) ، حيث منع تملك الأجانب للأراضي الصحراوية أو كسب حق عيني عليها (المادة ١ القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠) .

ثم تلا ذلك إصدار القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ وتنص مادته الأولى على أن "يحظر على غير

(١) Baudry et Tissier, N. 175, p. 144 .

(٢) انظر في عرض هذا الرأي :

Baudry et Tissier, N. 33, p. 29

(٣) من انصار هذا الرأي :

Baudry et Tissier, N. 33, p. 29, N. 175, P. 143 .

Rép. Gén. Alph. droit civil, 1903, XXXI, N. 40P. 216

(٤) انظر في عرض التطور في مصر د. السنهوري الوسيط ج ٨ بند ٤١٥ ص ٦٧٥ ، د. سمير عبد السيد - القانون الزراعي - طبعة ١٩٧٠ - الناشر منشأة المعارف الاسكندرية - بند ١٥٥ ص ٣٧١ .

الوطنين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين اكتساب ملكية الأراضي الزراعية والأراضي القابلة للزراعة والأراضي الصحراوية بالمملكة المصرية". وبذلك منع القانون المصري تملك الأجانب للأراضي سواء كانت زراعية أو قابلة للزراعة أو بوراً أو صحراوية سواء الملكية التامة أو الرقبة أو حق الانتفاع ، ومنع جميع أسباب كسب الحق -عدا الميراث بما فيها التقادم^(١) فالتقادم المكسب لا يسرى لصالح الأجنبي في مصر .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣^(٢)، وتنص مادته الأولى على أنه " يحظر على الأجنبي سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة"، ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل الرقبة أو حق الانتفاع .

وقد منع هذا القانون كل أجنبي لا يحمل جنسية جمهورية مصر العربية سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ، من تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها والأراضي الصحراوية ، وحدد الحقوق التي يشملها الحظر بإلغاء الملكية التامة وملكبة الرقبة وحق الانتفاع^(٣)، وهو يشمل كذلك حق الارتفاق إذا قرر على عقار يخضع للحظر الوارد بالقانون .

وقد حظر هذا القانون من اكتساب الأجنبي للعقارات المشار إليها أيضاً كان سبب كسب الحق (عدا الميراث) بما فيها التقادم. فلو أن الأجنبي وضع يده المدة المكسبة للحق فلا يجوز في نهاية تمام المدة الاستناد إلى التقادم المكسب لأن التقادم قوامه الحيازة ، والحيازة لأجنبي ليس لها أثر لصالح الأجنبي^(٤) .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ ليسد النقص الذي كان موجوداً بالقانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ الذي كان مقصوراً على الأراضي الزراعية وما في حكمها والأراضي الصحراوية، وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦^(٥) ، على أنه : " يحظر على غير المصريين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية أو الأراضي الفضاء في جمهورية مصر العربية"، وفي هذا القانون يشمل الحظر كل من لا يحمل الجنسية المصرية سواء كان أجنبياً أو عربياً وكل شخص اعتباري كشركة يملك فيها غير المصريين أكثر من ثلث مالها ، والحظر يشمل العقارات المبنية

(١) د. سمير عبد السيد - القانون الزراعي - بند ١٥٥ - ص ٣٧٢ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٣ ص ٤٣٢ .

(٢) النشرة التشريعية العدد الأول يناير ١٩٦٣ ص ٦٠ .

(٣) (٤) د. نعمان محمد خليل جمعة - الحقوق العينية - ص ٣١٤ ، ٣١٨ ، د. أحمد سلامة - القانون الزراعي - الطبعة الأولى ١٩٧٠ - الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٨ ص ٢٢ ، بند ٩ ص ٢٣ .

د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٤١٧ ص ٦٨٠ .

(٥) النشرة التشريعية - العدد الثامن أغسطس ١٩٧٦ ص ٣٣٤ .

أو المعدة للبناء و كل الأراضى الداخلة فى كردون المدينة^(١) .
وقد حظر القانون على الأجنبى اكتساب ملكية العقارات المشار إليها بالقانون ٨١ لسنة ١٩٧٦
بأى سبب - عدا الميراث - من أسباب كسب الملكية بما فيها التقدام بالتقادم أصبح محظوراً على غير
المصريين والجزء هنا هو عدم الاعتداد بالتقادم المكسب ويقتى العقار على ملك مالكة الأصلى ، ولا يجوز
لأجنبى بعد اكتمال مدة التقدام أن يرفع دعوى ثبوت ملكية العين محل التقدام ، ولا يجوز له رفع دعوى
الاستحقاق لاسترداد العين إذا اغتصبت العين من تحت يده^(٢) ، لأن دعوى الاستحقاق ترفع بناء على
حق الملكية والأجنبى غير مالك .

(١) د. نعمان محمد خليل جمعه - الحقوق العينية - ص ٣٢١ - ٣٢٢ ، عباس عبد الحليم - التصرفات العقارية
لغير المصريين واجراءات شهرها - طبعة ١٩٩٥ - دار محمود للنشر والتوزيع ص ٩ .

(٢) د. نعمان محمد خليل جمعه - الحقوق العينية - ص ٣٢٨ .
= وقضى بأنه : " حظرت المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ تملك غير المصريين للعقارات المبنية
والأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث " نقض مننى
١٩/٥/١٩٨١ مجموعة الأحكام س ٣٢ رقم ٢٧٧ ص ١٥٣٤ .

= وقضى بأنه : " مفاد نص الفقرة الأولى من المادة الأولى ، والفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ١٥
لسنة ١٩٦٣ بشأن حظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها ان يحظر على الأجانب ان
يتملكوا بناء سبب من أسباب كسب الملكية " نقض ١٩٨٣/٣/١ مجموعة الأحكام س ٣٤ رقم ١٢٩
ص ٦٠٨ .

المبحث الثاني

أثر الوضع الشخصي للحائز

على مدة التقادم المكسب في العقار

رغم أن النية أمر داخلي إلا أن المشرع يأخذها بعين الاعتبار عندما توجد أمارات خارجية تدل عليها ، وقد طبق المشرع ذلك في مجال التقادم المكسب في العقار حيث لم يسو بين الحائز حسن النية وبين الحائز سيئ النية من ناحية المدة ، إذ قرر للحائز حسن النية ميزة مقتضاها كسب الحق العيني بالتقادم القصير إذا توفّر له السبب الصحيح بجانب حسن نيته ، في حين أنه لم يمنح الحائز سيئ النية هذه الميزة وألزمه بكسب الحق بالتقادم الطويل

ورفقاً لما تقدم يقسم هذا البحث إلى :

- المطلب الأول : التقادم المكسب القصير
- المطلب الثاني : التقادم المكسب الطويل

المطلب الأول

التقادم المكسب القصير

يعرض هذا المطلب في فرعين ، الأول حكمة التقادم القصير ، و الثاني شروط التقادم القصير

الفرع الأول

حكمة التقادم المكسب القصير

جرت التشريعات على اختلاف نزعاتها ، وفي جميع مراحل تطورها على رعاية حسن النية بصفة عامة ، وقد تمثلت تلك الحماية في العديد من المواضيع في مجال القوانين المدنية ، فيجد أن القانون المصري ينص في مجال العقود على مبدأ عام يتعلق بتنفيذ العقود بما يتواءم مع حسن النية بقوله في المادة ١/١٤٨ : " ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة يتفق مع ما يوجه حسن النية " ففي مجال تنفيذ العقود يجب أن يكون حسن النية ونزاهة وشرف التعامل أساس هذا التنفيذ ، بما يعني أن تنفيذ العقد على خلاف ذلك يستوجب المسؤولية .

كما تتجلى حماية حسن النية فيما يتعلق ببطالان العقد ، فقد كان مقتضى بطلان العقد إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد ، ويسعد المتصرف الشيء المتصرف فيه خالياً من جميع الحقوق المترتبة عليه ، ولكن المشرع قدر أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه يتناقض مع العدالة والصالح العام ، ولأجل ذلك تعدد القوانين المدنية إلى حماية من تخدع في مظهر العقد بدون خطأ منه ، حيث تقرر التشريعات حماية

الدائنين والخلف الخاص من آثار البطلان .

وتظهر تلك الحماية في مجال الحيازة فيما يتعلق بجائزة المنقول ، وكسب الثمار^(١) ، ومدى المسؤولية عن الهلاك أو التلف بالنسبة للعين^(٢) ، ومدى حق الحائز في استرداد المصروفات^(٣) ، وفي مجال الالتصاق ، ومدى تأثير حسن النية أو سوء نية الباني في أرض الغير في تقرير مصير المنقولات التي استخدمها في البناء^(٤) .

ولكن حماية حسن النية تبدو في صورة جلية في مجال التقادم المكسب العقاري، حيث تتمكن التشريعات الحائز الذي تعامل مع شخص أحاط نفسه بمالة توهم أنه صاحب الحق، دون أن يكون كذلك وأدى ذلك إلى خداع الحائز، واعتقد أن المتصرف صاحب الحق، فإن التصرف الصادر من المتصرف يؤدي إلى نقل الحق العيني العقاري المراد كسبه بالتقادم

فمن مقتضى كون المتصرف ليس صاحب حق ، أن العقد الصادر منه إلى المتصرف إليه لا يؤدي إلى نقل الحق العيني ، ولكن التشريعات تأخذ ذلك الحائز بعين الاعتبار والرأفة ، إذ تقرر أن من تعامل مع غير مالك ، يكفي أن يستمر في الحيازة مدة أقصر من مدة التقادم العام ، باعتباره مخدوعاً في مظهر المتصرف ، والذي ساهم معه المالك الحقيقي بتقاعسه عن المطالبة بملكه^(٥) .

فالمشروع يكافئ الحائز الذي سعى إلى كسب الحق بالقيام بجميع الإجراءات واستيفاء كافة الشروط التي تؤدي إلى نقل الحق ، فيما لو كان قد تعامل مع صاحب الحق ، ولكن ظهر أن من تعامل معه ليس له . أى حق على العين أو كان له حق وزال عنه أياً كان سبب الزوال . فقدور المشروع أن الحائز في هذه الحالة يعتبر معذوراً وبعد حسن النية ، ويكفيه أن يجوز العين مدة أقصر من التقادم العادم ، لكى يمكنه كسب الحق الذي يدعيه^(٦) .

ومن ثم شرع التقادم القصير لتلافي عيب وحيد وهو كون المتصرف غير مالك^(٧)، فكل ما يهدف إليه التقادم القصير هو معالجة الحالة التي لا يكون فيها المتصرف صاحب حق ، في مواجهة المالك الحقيقي ،

(١) تنص المادة ٩٧٨ مدنى مصرى على ان " يكسب الحائز ما يقبض من ثمار ما دام حسن النية " م ١/٩٨٢ لبيى ، م ٩٢٩ سورى ، م ١١٦٥ عراقى ، ٥٤٩ فرنسى .

(٢) ، (٣) المواد ٩٨٣ - ٩٨٤ بالنسبة لرعاية حسن النية فى مجال المسؤولية عن الهلاك ، م ٩٨٠ - ٩٨٢ بالنسبة لاسترداد المصروفات .

(٤) انظر أحكام الالتصاق المواد ٦١٨ - ٩٣١ من القانون المدنى المصرى .

(٥) د. محمد على عرفه ج - بند ١٣٠ ص ٢٣٥ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٥ ص ٦٢٥

(٦) د. السنهورى - الوسيط - ج١ - بند ٢٩٠ ص ٨٦٥ ، د. محمد على عرفه - ج٢ - بند ١٣٠ ص ٢٣٥ ، planiol, Ripert et picard, III, N.700, P.709-710 .

(٧) د. عبد السلام ذهني - الأموال - بند ٣٩٥ ص ٥٦٦ .

(٧) ملطبا الاستئنافية الأهلية ١٩٣/٦/٤ مرجع للقضاء رقم ٤٨٠٥ ص ١٢٥٨ والمنشوية الجزئية الأهلية ١٩٣٢/١٢/١٢ مرجع للقضاء رقم ٤٨٠٦ ص ١٢٥٨ ، نقض مدنى ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة المبادئ رقم ٢٥ ص ٤٨٦ .

فكل ماله من أثر أنه يظهر العقد مما يشوبه من الشوائب التي تعطل ترتيب آثاره القانونية ، ويصبح أداة سليمة لنقل الملك ^(١) ، وما عدا ذلك من العيوب فلا يمكن تلافيها بواسطة التقادم القصير .

فهذا النوع من التقادم يمثل ميزة أو استثناء لصالح الحائز الذي يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، بالتعامل مع غير صاحب الحق ، والذي أحاط نفسه بمظاهر خداعة ، سهلت الخداع الحائز في هذا المظهر الكاذب ، مما جعل المشرع على رعاية هذا الحائز بتقصير مدة التقادم لصالحه . والمشرع في التقادم القصير أراد أن يوفق بين اعتبارين ، أو لهما حسن النية المتوافر لدى الحائز بتقصير مدة التقادم لصالحه والناسي منح الوقت الكافي لصاحب الحق لكي يتمكن من العلم بالاعتداء الواقع على حقه ليهب للدفاع عنه في مواجهة الحائز ^(٢)

[Faint bleed-through text from the reverse side of the page, mostly illegible.]

(١) غنطلا الاستثنائية الأهلية ١٩٣٠/٦/٤ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٥ ص ١٢٥٨
(٢) د. محمد علي عرفه ج٢ - بند ١٣٠ ص ٢٣٥ د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٥ ص ٦٢٩ د. عبد السلام ذهني - الأموال - بند ٣٩٥ ص ٥٦٥

(١) غنطلا الاستثنائية الأهلية ١٩٣٠/٦/٤ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٥ ص ١٢٥٨
(٢) د. محمد علي عرفه ج٢ - بند ١٣٠ ص ٢٣٥ د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٥ ص ٦٢٩ د. عبد السلام ذهني - الأموال - بند ٣٩٥ ص ٥٦٥

الفرع الثاني شروط التقادم المكسب القصير

يجب أن يتوافر حسن النية في مجال الحيازة العقارية ، ليكسب الحائز الحق العيني العقارى بالتقادم القصير ، كما يقتضى تحديد المقصود بحسن النية ومعياره وإثباته ووقت توافره ، كما يلزم أن يتوافر بجانب حسن النية السبب الصحيح بما يقتضى تعريفه وتوضيح شروطه .

أولاً : حسن النية :

١ - تعريف حسن النية ومعياره :

لم ينص القانون المدنى المصرى السابق في المادة (٧٦ / ١٠٢) على حسن النية وإنما نص على السبب الصحيح ، ولكن الرأى كان مستقر لدى الفقه والقضاء على ضرورة توافر حسن النية في التقادم القصير اتباعاً لمسلك المشرع الفرنسى^(١) . أما القانون المدنى الحالى فقد نص على حسن النية وعرفه بالمادة ٩٦٥ بقوله : " ١ - يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير إلا إذا كلك هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم " .

أما القانون الفرنسى فقد اشترط حسن النية في المادة (٢٢٦٥) ولكن لم يورد تعريفاً له في مجال التقادم القصير . ولكن عرفه في المادة (٥٥٠) بخصوص كسب الحائز حسن النية للثمار ، بقوله : " الحائز يكون حسن النية عندما يجوز بصفته مالكاً وبحسب سند ناقل للملكية ويجهل عيوب ذلك السند " - ٢ - ويزول حسن النية عندما يعلم الحائز بعيوب سنده " . وإذا كان المشرع الفرنسى لم يعرف حسن النية في مجال التقادم القصير إلا أن الفقه والقضاء يستلهم روح التعريف الوارد بالمادة (٥٥٠) وتطبيقه في مجال التقادم القصير^(٢) .

فموقف التشريعات المدنية إذا متفاوت إزاء شرط حسن النية ما بين مشروط ومعرفة له^(٣) وبين مشروط له دون تعريف^(٤) .

وقد تصدى الفقه لتعريف حسن النية في مجال التقادم القصير ، فقد عرفه د. السنهورى بقوله أن حسن النية هو : " أن يكون الحائز قد اعتقد وقت تلقيه الملكية أو الحق أنه تلقى الملكية

(١) د. كامل مرسى - ج ٥ - بند ١٧٩ ص ١٨١ .

De Hults , III, N. 132-133, P.357-358 .

(2) Mourlon, III, N. 1934 . P.933

(٣ ، ٤) من القوانين ما اشترطته وعرفته كالقانون المدنى المصرى (م ١/٩٦٥) ، (م ١/١١٤٨) مدنى عراقى) ، (م ١/٩٦٩ لىبى) ، ومن النى اشترطته دون تعريفه كالقانون المدنى السورى . أما قانون الملكية العقارية اللبنانى لم ينص على اشتراط حسن النية إلا أن الرأى استقر على الأخذ به وفقاً للقواعد العامة وروح القانون ، د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية ص ٥٥٨

من المالك أو صاحب الحق فيه " (١) و يعرفه د . عبد الفتاح عبد الباقي بأنه : " هو حالة نفسية تقوم في ذهن الحائز وتتضمن اعتقاده بأنه تلقى الحق الذى يجوز من صاحبه بمقتضى سبب قانونى يخول له إياه ، بشرط ألا يكون هذا الاعتقاد مبنياً على خطأ جسيم ، والا يكون الحائز قد سبق اعلانه يعيوب حيازته في صحيفة دعوى ، وألا يكون قد اغتصب الحائز الحيازة ياكراه من غيره " (٢) .

وفي الفقه الفرنسى يعرفه Alex Weill بقوله إن : "حسن النية المشار إليه في المادة ٢٢٦٥ يقوم على اعتقاد لدى الحائز بأن سنده يكسبه الحق العيني موضع ذلك السند" (٣) ، أما Aubry et Rau فيقولان بأن حسن النية : " هو اعتقاد موجود لدى الحائز لحظة اكتسابه ، أن سلفه له سند غير مطعون عليه وأنه مالك للعقار أو المنقول الذى تصرف فيه إلى الحائز " (٤) .

فحسن النية وفقاً لتلك التعريفات يقوم على أساس وجود غلط أو خطأ لدى الحائز ، بأن من تلقى منه ملكية العقار هو صاحب الحق العيني المراد كسبه على هذا العقار . فهو يعنى حالة نفسية توجد لدى الحائز تحمله على الاعتقاد بأن سلفه صاحب حق ، وأنه يجهل ما للغير من حقوق على ذلك العقار المراد كسبه ملكيته أو كسب حق عيني عليه (٥) .

فالمشروع فيما يتعلق بحسن النية أخذ بمعيار ذاتى حيث ينظر الى ما يقوم لدى الحائز شخصياً من اعتقاد بأن سلفه صاحب حق ، ولم ينظر إلى ما يمكن أن يعتقد الشخص العادى إذا وجد في نفس ظروف الحائز ، وما دام المشروع قد عول على حالة الحائز النفسية إلا أنه تطلب أن يكون هذا الاعتقاد تاماً كاملاً لا يشوبه أدنى شك في ملكية السلف ، بحيث إذا ما ساور الحائز شك حول حقيقة ملكية أو أحقية سلفه كان ذلك كافياً لنفى حسن النية عنه (٦) ، ومن ثم يعد سئى النية لا يمكنه التمسك بحسن نيته لكسب الحق بالتقادم القصير .

فحسن النية يقوم في مجال التقادم القصير على الاعتقاد اليقيني أن المتصرف مالك أو صاحب حق ، بحيث لا يساور الحائز شك في مدى أحقية المتصرف فيما تصرف فيه ، بحيث لو علم الحائز أن ملكية المتصرف محل نزاع أمام القضاء فهو يعتبر سئى النية لأن العلم بوجود النزاع أمام القضاء يتناقض مع

(١) السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٣٠ ص ١١٠٥ .

(٢) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٢٨ ص ٤٥٧ .

(3) Alex Weill, droit civil ,N.464,P.403.

(4) Aubry et Rau, II, N .218,P.418.

(٥) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٢٨ ص ٤٥٧ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ ص ٦٣٠ .

(٦) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ ص ٦٣٠ .

الاعتقاد الراسخ في أحقية المتصرف^(١)، وينتفى حسن النية لدى الخائز إذا كان يعلم أن سند المتصرف مشوب بعيب يمكن أن يؤدي إلى زواله، فإذا كان الخائز يعلم أن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو الفسخ أو الرجوع ينتفى حسن النية المطلوب توافره في التقادم القصير^(٢)

و كذلك لو كان سند المتصرف عقد هبة باطله شكلاً، أو أن المتصرف يتعامل مع قاصر يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر، فإذا ما استعمل حقه في الإبطال زالت ملكيته، فلو علم بذلك الخائز لانتهى حسن النية، وينتفى حسن النية إذا كان الخائز يعلم أن المتصرف لم يوف الثمن إلى سلفه، لاحتمال فسخ العقد وزوال ملكية المتصرف، وكذلك إذا علم أن ملكية المتصرف مقترنة بشرط فاسخ أو واقف، لاحتمال زوال ملكية المتصرف إذا ما تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف لأنه يتعامل مع شخص يحتمل زوال ملكيته^(٣)، ومن ثم لا يكون حسن النية لوجود شك لديه في مدى أحقية المتصرف.

وإذا كان المشرع أخذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي من حيث المبدأ إلا أنه قسرن ذلك بمعيار موضوعي، قوامه اعتبار الخائز سيئ النية إذا كان هذا الاعتقاد مبنياً على خطأ جسيم صادر منه (١/٩٦٥ مصرية). والخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي لا يقترفه أقل الناس عنايته وحرصاً^(٤)، فإذا أقدم الشخص على شراء عقار بدون أن يطالب البائع بتقديم المستندات الدالة على ملكيته، فيعتبر في تلك الحالة قد ارتكب خطأ جسيم ينفي حسن نيته، بالرغم من اعتقاده أنه يتعامل مع المالك أو صاحب الحق، إذ إن من أوجب الواجبات التي تقع على عاتق مشتري العقار التحري عن ملكية البائع، كى لا يدعى الجهل . بأمر قد يكون من مصلحته العلم به^(٥).

فالتقادم القصير إنما شرع لحماية الخائز اليقظ الذي يتحرى حقيقة ملكية المتصرف ورغم ذلك خدع في مظهر تلك الملكية^(٦)، ولكن لم ينسب إليه إهمال جسيم ينفي حسن نيته . أما إذا أهمل الخائز

(١) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١٩٩ ص ٢٠١ . د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٣ .

(٢) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٣١ ص ١١٠٧ . د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٣ .

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٣١ ص ١١٠٧ ، د. كامل مرسى ج ٤ - بند ٢٠٤ ص ٢٠٦ ، د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٣ .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٦ ص ٥١٥ .

(٥) نقض ١٩٤٨/١/٢٩ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٦٢ ص ٤٥٤ ، ١٩٥٦/٥/٣١ ، مجموعة القواعد ج ٢ رقم ١١ ص ٢٤٧ .

(٦) د. كامل مرسى ج ٤ - بند ٢٠٢ ص ٢٠٣ .

في التحرى عن أمور تسترعى الانتباه في حقيقة ملكية المتصرف ولا تؤدي إلى خداعه فإنه يعد مرتكب خطأ جسيم ينفي عنه حسن النية .

والأخذ بالمعيار الموضوعى بجانب المعيار الشخصى يؤدي إلى تلافى المساوى التى قد تنجم عن تطبيق الأخير بصفة مطلقة ، إذ لو اكتفينا بالمعيار الذاتى فى كل حالة ، لأدى ذلك إلى محاباة وترجيح مصلحة الحائز شديد الإهمال على مصلحة المالك أو صاحب الحق، وذلك يتنافى مع حكمة التقادم القصير (١) .

الغلط فى الواقع والغلط فى القانون (٢) :

وحسن النية يقوم على غلط يقع فيه الحائز فيما يتعلق بحقيقة ملكية المتصرف ، وهذا الغلط قد يكون غلط فى الواقع أو غلط فى القانون ، فهل كل غلط فى الواقع أو فى القانون يؤدي إلى القبول بأن الحائز حسن النية أم أن الأمر يقتصر على الغلط فى الواقع فقط ؟ .

ذهب رأى إلى القول بأنه لا يجوز لواضع اليد أن يحتج بغطله فى القانون لتأييد حسن النية لديه ، فإذا كان الغلط فى القانون من الجسامة بحيث يمكن للرجل العادى إدراكه فلا يجوز التمسك به للقبول بحسن النية ، كما لو اشترى شخص عقاراً من وصى القاصر دون الحصول على إذن المحكمة ، لأن وصى القاصر لا يجوز له التصرف فى عقارات القاصر بدون إذن المحكمة المختصة ، وتلك من المسائل البديهية التى لا يشفع فيها حسن النية لدى الحائز (٣) .

لكن غالبية الفقه - الرأى الراجح - يرى أنه يجوز للحائز أن يحتج بالغلط فى القانون كالغلط فى الواقع للقول بقيام حسن النية لديه ، فكلا النوعين من الغلط يؤدي إلى القول بتوافر حسن النية ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ، فإذا تعامل الحائز مع مالك زالت ملكيته للفسخ أو البطلان وكان الحائز يجهل ذلك فهذا الغلط فى الواقع يؤدي إلى القول بتوافر حسن النية ، وهو يتساوى مع حالة الغلط فى القانون ، كما لو كان سند المتصرف باطل واعتقد الحائز أن هذا السند ينقل الملكية للمتصرف بهذه الحالة

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ من ٦٣٣ .

= ويرى د . محمود جمال الدين ذكى - أن حسن النية لا يحتوى إلا على عنصر موضوعى يتمثل فى انتفاء الغلط

Mahmoud Gamal Eddine Zaki, la bonne foi dans L'acquisition des droits, N.40, et S., P.17, et S.

(٢) الغلط فى الواقع أو فى الوقائع هو غلط يقع فيه أحد المتعاقدين وينصب على أمر من أمور التعاقد ، كالغلط فى شخصية أحد المتعاقدين بالنسبة للأخر ، أو فى محل العقد كالغلط فى مادة الشئ أو صفاتها . أم الغلط فى القانون فهو الذى ينصب على حكم القانون بالنسبة لأمر من أمور التعاقد ، كما لو اعتقد أحد المتعاقدين أو كلاهما أن القانون يقضى فى مسألة معينة بحكم معين ولكن حكم القانون يقضى على خلاف ما اعتقد أحدهما أو كلاهما .

د . عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد - بند ١٥٢ ص ٣١٧ .

(٣) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٤٩٨ من ٣٧١ .

فالغلط في تقدير القيمة القانونية لسند المتصرف لا ينفي حسن النية لدى الحائز (١)

مدى تأثير علم الحائز بعيوب السبب على حسن النية :

إذا كان حسن النية يقوم على اعتقاد الحائز بأنه تعامل مع مالك أو صاحب حق ، وهذا الاعتقاد يقوم على غلط يستوى أن يكون في الواقع أو في القانون ، وأن علمه بأى من العيوب التي تشوب سند المتصرف يجعله سئ النية ، فما مدى تأثير علم الحائز بعيوب سند اكتسابه أو ما يسمى بالسبب الصحيح ، أو بمعنى آخر هل علم الحائز بعيوب السبب الصحيح يجعله سئ النية ؟

نود أن ننوه قبل الإجابة على هذا التساؤل أن هناك عياً يلحق دوماً بالسبب الصحيح وهو كونه صادراً من غير مالك أو صاحب حق ، وهذا العيب هو ما يغطيه التقادم القصير ، وهناك عيوب تلحق بالسبب الصحيح وتجعله غير صالح أساساً لقيامه بحيث لا يعد سبباً صحيحاً ، وفي تلك الحالة لا محل للبحث في مسألة التقادم القصير لعدم وجود السبب ومن ثم لا مجال للحديث عن حسن أو سوء نية الحائز ، ومن أمثلتها كون التصرف باطلاً أو صورياً أو ظنياً .

وإنما يدور البحث في معرض الإجابة على ذلك التساؤل في العيوب التي تشوب السبب الصحيح ولا تعدمه ، ولكن تجعله باطلاً نسبياً ، كوجود عيب في إرادة المتصرف أو كونه معلقاً على شرط فاسخ أو واقف ، فهل علم الحائز بتلك العيوب يجعله سئ النية أم لا ؟

ذهب بعض من الشراح إلى القول بأن علم الحائز بالعيوب التي تشوب سنده (السبب الصحيح) يجعله سئ النية لأن حسن النية يتطلب شرطين ، أن يكون الحائز معتقداً أنه تلقى الحق من المالك أو صاحب الحق ، وأن يكون سند اكتسابه لا يلحق به عيب يطلنه ، فإذا لم يتحقق ذلك فلا مجال لتمسك الحائز بالتقادم القصير ، لأن هذا النوع من التقادم إنما تقرر لحماية الحائز الذي اعتقد اعتقاداً جازماً أن سنده في وضع اليد تتوافر فيه جميع الشروط القانونية التي تؤدي إلى نقل الملكية (٢) .

ولا يقال بأن العقد الباطل نسبياً يصح أن يكون سبباً صحيحاً ، لأن السبب الصحيح مستقل عن حسن النية ، ولا يعتبر مجرد وجود السبب الصحيح قرينة على توافر حسن النية لدى الحائز فلا بد من توافر الشرطين معاً ، ولا يمكن أن يقال إن البطلان النسبي إنما شرع لمصلحة أحد طرفي التعاقد ، ومن ثم

(١) منهم على سبيل المثال د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٤٣٠ ص ١١٠٦ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ ص ٦٣١ ، د . كامل مرسى ج٤ بند ٢٠٣ ص ٢٠٥ ، د . حامد مصطفى - الملكية العقارية بند ٣٤٦ - ص ٣٢٤ ، د . محمد علي الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٥٩٢ .

Larroumet, droit civil, II, N. 651, P. 383; Alex Weill, II, N. 464, P. 403 .

(٢) محمد عبد النظيف - التقادم - بند ٤٩٩ ص ٢٧٢ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٨٣ .

تصححه إجازة هذا الأخير ، لأن العقد المهدد بالبطان يولد الشك لذى الحائز ما دامت دعوى البطان لم تسقط بالتقادم الخاص بها ، وهذا الشك يكفي لنفى حسن النية عن الحائز ، ولا فرق بين العيوب النسبية والعيوب المطلقة ، فعلم الحائز بأى منها يجعله سى النية^(١) .

إلا أن الرأى الراجح يذهب إلى عكس ذلك ، بالقول أن علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفي حسن النية عنه فحسن النية في مجال التقادم القصير لا يقوم على جهل الحائز بجميع العيوب التى تشوب سنده ، ولكن يقوم على جهل عيب وحيد وهو كون السند صادراً من غير مالك ، فإذا ما جهل هذا الأخير فإنه يكون حسن النية ، ومن ثم إذا تعامل الحائز مع بائع قاصر أو شاب العقد غلط أو تدليس أو اكراه فإن السبب يكون قابلاً للإبطال ، وعلم الحائز بذلك لا ينفي حسن النية ، ويجوز له التمسك بالتقادم القصير ضد المالك الحقيقي ، فدعاوى الإبطال أو الفسخ أو الرجوع الناشئة عن السبب الصحيح وتكون للمتصرف تجاه الحائز ليستمما يغطيها التقادم القصير ، ومن ثم فلا تأثير لعلم الحائز بها على حسن نيته^(٢) .

٢ - الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية :

حدد المشرع الفرنسى وقت توافر حسن النية في المادة ٢٢٦٩ بقوله : " يكفي وجود حسن النية لحظة الاكتساب " . أما القانون المدنى المصرى القديم لم ينص على وقت توافر حسن النية ، ولكن الرأى استقر على اتباع القاعدة التى نص عليها المشرع الفرنسى لعدم وجود نص على خلاف تلك القاعدة^(٣) . أما القانون المدنى المصرى الحالى فقد أتى بنص حاسم حيث نص في المادة ٣/٩٦٩ بقولته : " لا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق " ومن ثم نجد أن القانون الفرنسى والمصرى استلهما القاعدة الرومانية التى تقضى بأن سوء النية الطارئ لا يمنع التقادم^(٤) ، فقد اكتفيا بتوافر حسن النية لحظة اكتساب الحق بحيث لو علم الحائز فيما بعد أنه تعامل مع غير صاحب الحق فإن ذلك لا يؤثر على حسن نيته ، ومن ثم يجوز له التمسك بالتقادم القصير رغم طروء سوء النية لديه^(٥) .

(١) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٤٩٩ ص ٣٧٣ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٨٣ .
René Foingt, droit civil, II, P.450 , Laurent, XXXII, N.412, p.438

(٢) منيم على سنبل المثال د. كامل مرسى جء بند ٢٠٥ ص ٢٠٧ ، د. د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ ص ٦٣١ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٤٣٢ ص ١١٠٨ - ١١٠٩ .

Mazeud et Chabas, II, N.1498, P.252, Note(2) ; Planiol, Ripert et Picard, III, N.711, P.717.
(٣) د. كامل مرسى جء بند ٢١١ ص ٢١١ .

(٤) Mala fides superveniens non impedit usucaptionem = La mauvaise Foi Survenant n'empêche Pas La Prscription "

(٥) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٤٣٣ ص ١١١١ ، د. كامل مرسى جء بند ٢١١ ص ٢١٢ ، نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ مجموعة الأحكام س ١٥ رقم ٩٦ ص ٦١٤ =

ولكن ما هو المقصود بوقت اكتساب أو تلقي الحق؟ ذهب غالبية الشراح إلى القول بأن حسن النية يجب أن يتوافر وقت تسجيل السبب الصحيح، ولما أن الملكية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل إلا بالتسجيل، فمن ثم يكون وقت اكتساب الحق هو وقت تسجيل السبب الصحيح. إلا إذا تعلق الأمر برهن حيازي فإن العبرة بوقت العقد (انعقاد السبب الصحيح) لأن الرهن الحيازي يتعقد فيما بين المتعاقدين بمجرد التعاقد والقيود ليس شرطاً إلا للاحتجاج به في مواجهة الغير^(١).

إلا أن بعض الشراح يرى أن المقصود بوقت تلقي الحق هو وقت التعاقد أي وقت صدور السبب الصحيح، لأن التصرف قبل التسجيل يميز للمتصرف إليه طلب تسليم العين وحيازتها فإذا كان الأمر يتعلق ببيع فتكون العبرة بوقت صدور عقد البيع، وإن كان العقد مقايضة أو هبة فالعبرة بوقت الاتفاق^(٢).

ولا يصح الاستناد إلى وقت التسجيل للاعتداد به لتوافر حسن النية، لأن اشتراط التسجيل لا معنى له، لأن التصرف القانوني (السبب الصحيح) المفروض أنه صدر من غير مالك، ومن ثم فلا يؤدي إلى نقل الملكية حتى ولو سجل، فلا داعي لاشتراط التسجيل، وأن المشرع المصري لم يخالفه التوفيق عندما اشترط توافر حسن النية وقت تلقي الحق لأن الحائز لا يتلقى الحق إلا بعد تمام مدة التقادم لأنه يتعامل مع غير مالك، ومن ثم يكون الوقت الذي قصده المشرع بعبارة "وقت تلقي الحق" هو وقت وجود السبب الصحيح وليس وقت تسجيله^(٣).

أما الرأي الثالث فيذهب إلى القول بأن المقصود بوقت تلقي الحق هو لحظة الاستيلاء على الحيازة لأن مدة التقادم لا تبدأ في السريان إلا من تلك اللحظة ولا يمكن تحديده بوقت تسجيل السبب الصحيح، لأن التسجيل ليس ركناً من أركان التصرف، ولكن هو مجرد شرط للاحتجاج بالتصرف تجاه الغير، ومسألة السبب الصحيح وإن كانت لازمة للتمسك بالتقادم القصير إلا أنه بعد تمام مدة التقادم فإن الحائز يستند إلى وضع يده القانوني، ومن ثم فإن الاستناد إلى وقت تسجيل السبب الصحيح لا يجدي

= وكان أولى بالمشرع المصري اشتراط أن يكون الحائز حسن النية طوال مدة التقادم القصير خصوصاً وأن تلك المدة تعتبر قصيرة لو قورنت بالمدة التي نص عليها المشرع الفرنسي وذلك كنوع من التهنيب الأخلاقي والديني للتقادم.

(١) د. محمد علي عرفه ج ٢ - بند ١٣٩ ص ٢٥٠. د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٢٣ ص ١١١٠ وبخصوص الرهن ١١١١ هـ - (١) د. عبد المنعم البدر أوى - حيق الملكية - بند ٣٧٨ ص ٥١٩، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٩ ص ٦٣٤. د. حسن كيرد - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٤ ص ٥٠٠. د. محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٥٠٤ ص ٣٧٦.

(٢) د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأمشية - بند ٩٨ ص ٣١٤. د. كامل مرسى ج ٤ بند ٢١١ ص ٢١١، د. عبد الفتاح عبد الباقي الأموال بند ٢٣٠ ص ٤٦٣، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ج ٦ ص ٤٩٨.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي الأموال بند ٢٣٠ ص ٤٦٣.

نفعاً في مجال التقادم القصير، خصوصاً وأن وضع اليد الفعلي لا يتلازم أو يتزامن حتماً مع التسجيل إذ قد يبدأ وضع اليد قبل أو بعد التسجيل ومن ثم تكون العبرة بوضع اليد الفعلي (١).

والواقع أن ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول أولى بالاتباع لأن العبرة بتوافر حسن النية بوقت تسجيل السبب الصحيح، فإذا كان التصرف بيعاً أو مقايضة أو هبة فوقت تسجيل أى من تلك العقود هو الوقت المعول عليه في تقدير توافر أو عدم توافر حسن النية، وليست العبرة بوقت التعاقد (صدور السبب) أو بوقت الدخول في الحيابة، فلو بدأت الحيابة قبل تسجيل السبب الصحيح فلا نعول على حسن النية إلا وقت التسجيل، لأنه هو الوقت الذي يحتمل فيه أن يكشف الحائز من واقع دفتر التسجيل أنه تعامل مع غير صاحب الحق، فإذا وجد في الأوراق ما يمكنه من معرفه أنه تعامل مع غير صاحب الحق فيزول عنه حسن النية منذ ذلك الوقت، أما إذا لم يجد فلا عبرة بسوء النية الطارئ.

أما إذا كان السبب الصحيح وصية فإن الوقت المعول عليه لتحديد حسن أو نية الحائز هو وفساة الموصى إذا كانت الوصية سجلت قبل الوفاة، أما إذا لم تسجل إلا بعد وفاة الموصى فالعبرة بوقت التسجيل وذلك في الأحوال التي يكون فيها الموصى له عالم بالوصية أما إذا لم يكن عالم بما فوقت علمه هو المعتد به لاشتراط حسن النية (٢).

أما في القانون الفرنسي فإن المشرع لم يشترط الشهر لانتقال الحق العيني العقارى فيما بين المتعاقدين وإنما اشترطه لكي يكون التصرف حجة على الغير، ومن ثم فإن المقصود بوقت اكتساب الحق المذكور في المادة (٢٢٦٩) هو وقت التعاقد منذ اللحظة التي يصدر فيها السبب الصحيح (٣).

أما في القانون اللبناني فإن فكرة السبب الصحيح أوسع نطاقاً من القانون المصري، ولا يسرى التقادم إلا على العقارات الغير مسجلة في السجل العقارى، ومن ثم فإن وقت تلقي الحق يختلف باختلاف نوع السبب الذي ينتقل به، فإذا كان السبب الصحيح بيعاً أو هبة أو أى تصرف آخر بين الأحياء فإن العبرة بتحديد حسن النية هو وقت صدور التصرف.

أما إذا كان السبب الصحيح إرثاً، فإن وقت وفاة المورث يعتبر وقت تلقي الحق، لأن السوارث يكسب الملكية عند وفاة المورث ولا يلزم التسجيل (م ٢٠٤ - ٢٢٩ ملكية عقارية لبنان)، أما إذا كان

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية - ص ٤٩٤-٤٩٥.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٩ ص ٦٣٥، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٨ ص ٥١٩، د. محمد على عرفه ج ٢ بند ١٣٩ ص ٢٥٠، د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٥٦٩.

= أما إذا كان السبب الصحيح معلق على شرط واقف فتسجيل السبب هو وقت توافر حسن النية وليس وقت تحقق الشرط، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٣٣ ص ١١١١، وهناك من يقول بوقت بدء الحيابة، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية ص ٤٩٧.

السبب الصحيح حكماً فوقت صدور الحكم هو المعول عليه في تحديد حسن نية الحائز ، لأن الحائز لا يكسب الملكية إلا وقت صدور الحكم ولا عبرة بالتسجيل^(١)

٣ - إثبات حسن النية :

تنص المادة (٣/٩٦٥) من القانون المدنى المصرى على أن : " حسن النية يفترض دائماً ما لم يتم الدليل على العكس " فالقاعدة العامة أن حسن النية مفترض وذلك يتفق مع الطبيعة الإنسانية ، فلا يطلب من الحائز أن يقيم الدليل على أنه حسن النية ، ولكن يفترض دائماً أنه حسن النية ، يستوى أن يكون حسن النية قائماً على خطأ في الواقع أو في القانون^(٢) .

وما دام حسن النية مفترضاً فلا يكلف الحائز بأن يقيم الدليل على ذلك ولكن على من يدعى أن الحائز سئى النية أن يقيم الدليل على ادعائه ، فإذا ما ادعى المالك الحقيقى للعقار أو صاحب الحق أن الحائز سئى النية فعليه أن يقيم الدليل على أن الحائز سئى النية لكونه يعلم أنه تعامل مع غير مالك أو صاحب الحق ، وله في سبيل إثبات سوء نية الحائز أن يلج جميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، لأن إثبات سوء النية واقعة مادية الإثبات فيها جازز بجميع طرق الإثبات^(٣) .

ويستطيع المالك الحقيقى أن ينقض افتراض حسن النية لدى الحائز بإثبات أن الحائز كان يعلم أنه تعامل مع غير مالك ، أو أن عدم علم الحائز قام على خطأ جسيم ، أو أن الحائز اغتصب الحيازة بالاكراه^(٤) ، فإذا أفلح المالك في إثبات احدى تلك الحالات عد الحائز سئى النية ، لا يستفيد من افتراض حسن النية ومن ثم لا يتمسك بالتقادم القصير .

وحسن النية يقدر في شخص الحائز إذا كان شخصاً طبيعياً ، وإذا كان قاصر ففى شخص ممثله كما في حالة غير المميز ، لأن غير المميز يجوز بالنيابة عنه ممثله القانونى (م ٢/٩٦٥ م مصرى) ، أما إذا كان من يتمسك بالتقادم شخصاً معنوياً فإن العبارة بنية ممثله القانونى كالمدير أو رئيس مجلس الإدارة .

ولقاضى الموضوع السلطة العليا في تقدير ما إذا كان الحائز حسن أو سئى النية لأن ذلك من

(١) د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٥٦٩ - ٥٧٠ .

= حيث يعتبر القانون اللبنانى الارث والأحكام أسبابا صحيحة في التقادم القصير .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٠ ص ٦٣٦ ، د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٤٣٤ ص ١١١٣ .

Mazeaud et Chabas, II, N1499, P.522; Mahmoud Gamal Eddine Zaki, la bonne foi dans L'acquisition des droits, N14, P.34

نقض ١٩٦٤/٤/٣٠ ، مجموعة المبادئ رقم ٨٢٦ ص ٤٨٧

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٣٧ ص ٥١٧ ، د حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٤٦ ص ٣٢٥ .

مسائل الواقع ، ولا رقابة عليه من محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالسبب^(١).

الشرط الثاني : السبب الصحيح :

أولاً : تعريف السبب الصحيح :

اشترط القانون الفرنسي في المادة (٢٢٦٥) والقانون المدني المصري السابق (١٠٢/٧٦) السبب الصحيح في التقادم القصير ، ولكن لم يوردا تعريفاً لهذا الشرط . أما القانون المدني المصري الحالي فقد اشترطه في المادة (١/٩٦٩) وعرفه في الفقرة الثالثة من تلك المادة بقوله : " ٣ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون " وهذا التعريف معيب ، لأنه لم يعرف السبب الصحيح تعريفاً يبين ماهيته^(٢) ، إذ لم يتضمن خصائص هذا السند^(٣) ، وكان على المشرع بيان الخصائص المميزة له ، من كونه تصرف ناقلاً للملكية أو للحق فيما لو صدر من المالك أو صاحب الحق^(٤)

وقد عرف القانون المدني العراقي السبب الصحيح في المادة (١١٥٨) بقوله : " ٣ - والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار بإحدى الوسائل الآتية : أ - الاستيلاء على الأرض الموات ب - انتقال الملك بالإرث أو الوصية . ج - الهبة . د - البيع أو الفراغ " . وهو نفس التعريف الذي أورده القانون المدني السوري في المادة (٩١٨) بالفقرة الثالثة ، والقانون اللبناني تبني نفس التعريف في المادة ٣٧ من القرار رقم ١٨٦ الصادر في ١٥ مارس ١٩٢٦ .

والملاحظ على تعريفات السبب الصحيح الواردة في القانون العراقي والسوري واللبناني أنها اتجهت إلى تعريف السبب الصحيح بطريق الحصر في الإرث أو الوصية أو البيع أو الفراغ^(٥) ، أو الاستيلاء على الأرض التي لم يتم استغلالها . ولم يترك تحديد السبب الصحيح للضابط العام ، ومن ثم لا يعتبر غير ما ذكر في النص سبباً صحيحاً^(٦) . كما إن تلك التعريفات تذكر الميراث كسب صحيح وهو ليس كذلك لأنه واقعة مادية

(١) نقض ١٩٤٨/١/٢٩ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٦٢ ص ٤٥٤ ، ١٩٣٦/١١/١٥ ، مجموعة القواعد ج١

رقم ٦٥ ص ٤٥٤ ، ١٩٦٥/٥/٣١ ، مجموعة القواعد ج٢ رقم ١٢ ص ٢٤٧ .

(٢) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٥ ص ٤٥٠ .

(٣) د . جميل الشرفاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٥ .

(٤) د . السنيوري - الوسيط - ج١ - بند ٤٢٠ ص ١٠٨٨ هـ (١)

(٥) الفراغ هو نقل حق التصرف في الأراضي الأميرية إلى أصحاب الحق في انتقالها إليهم . د . حامد مصطفى

- الملكية العقارية - بند ١٩٢ ص ١٨٨ هـ (١)

(٦) د . حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٨٣ ص ٣٦٤ . د . محمد علي الأمين - التقادم المكتسب للملكية

- ص ٥٨٨ .

فلا يعتبر سباً صحيحاً^(١)، ورغم ذلك فإن تلك القوانين تأخذ بالوقائع المادية كأسباب صحيحة للتقادم القصير بجانب التصرفات القانونية^(٢). وما سبق يتضح أن فكرة السب الصحيح أوسع نطاقاً في تلك القوانين من القانون المصري والفرنسي.

وقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "السب الصحيح الذى يصلح سنداً للملك بالتقادم المكسب الخمسى (القصير) أن يكون تصرفاً قانونياً صادراً من شخص لا يملك الحق الذى يراد كسبه بالتقادم"^(٣)، وهو: "تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار ويجعل وضع يده عليه حلالاً من شبهة الغصب في نظره واعتقاده هو، والمراد بكون السب الصحيح في هذا الباب أن يكون بطبيعته ناقلاً للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف....."^(٤)، أو هو ذلك: "العمل القانونى الذى يكون قابلاً بطبيعته وشكله لأن ينقل الملكية بين طرفى التعاقد"^(٥) و "بصرف النظر عن حق الشخص الذى أجرى انتقال الملكية ومن غير مراعاة حالة هذا الشخص"^(٦).

وقد عرف الفقهاء السب الصحيح بأنه: "عمل قانونى صادر لصالح الحائز من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ويكون من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني لو كان صادراً من المالك أو صاحب الحق"^(٧)، أو هو: "تصرف قانونى من شأنه نقل الحق لو أنه صدر من صاحب هذا الحق إلى شخص يكون خلفاً خاصاً له في هذا الحق"^(٨)، أو أنه: "تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف لو أنه كان صادراً من المالك أو صاحب الحق"^(٩).

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٢٢ ص ١٠٩١، د. حامد مصطفى الملكية العقارية بند ٣٨٣ ص ٣٨٤، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٨٠ ص ٥٢١.

Planiol, Ripert et Picard, III, N. 702, P. 711

(٢) د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية ص ٥٩١.

= ويقول د. حامد مصطفى أن اللجنة التى وضعت القانون المدنى العراقى حرفت النص وكان عليها أن تبقى المشروع الذى كان يعرف السبب الصحيح بمعيار عام وبذلك ضيق القانون من نطاق السبب الصحيح - الملكية العقارية ص ٣٦٥.

(٣) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٤ ص ٤٨٦، ١٩٦٠/٥/١٢، مجموعة القواعد ج٣ رقم ١٠ ص ٢٤٧.

(٤) نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٩ ص ١٢٥٩، ١٩٥٢/٥/٢٩، مجموعة القواعد ج١ رقم ٥٣ ص ٤٥٣.

(٥) استئناف مصر المختلطة ١٩٢٣/٤/٢٦ جازيت ١٤ رقم ٤٦ ص ٢٩.

(٦) نقض ١٩٥٨/١٠/١٦ مجموعة القواعد ج٣ رقم ٧ ص ٢٤٦.

(٧) د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٣١ ص ٥٦٧.

(٨) د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٥.

(٩) د. عبد المنعم فرج السند - حق الملكية - بند ٤١١ ص ٦٣٨.

فالمقصود بالسبب الصحيح ليس الورقة المكتوبة التي تثبت التصرف القانوني الذي يجوز بمقتضاه الحائز ، ولكن يقصد به العمل أو التصرف القانوني والذي بمقتضاه يجوز الحائز العين محل الحيازة ، كعقد البيع أو المقايضة أو الهبة ، وكل التصرفات القانونية التي تؤدي إلى إنشاء الحقوق العينية ^(١) فعقد البيع كسب صحيح لا يقصد به الورقة المثبتة لعقد البيع وإنما السبب هو عقد البيع ذاته .

والسبب الصحيح له مجموعة من الخصائص الواجب توافرها فيه ومنها ، أن يكون تصرفاً قانونياً ، وأن يكون صادراً من غير مالك ، وأن يكون ناقلاً للملكية أو الحق العيني ، وأن يكون صادراً إلى حائز يعتبر خلفاً خاصاً للمتصرف ، كما يشترط أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون المصري باعتباره تصرفاً يرد على حق عيني عقارى .

ووفقاً لما سبق يعرف السبب الصحيح بأنه تصرف قانوني صادر من غير مالك أو صاحب حق إلى خلف خاص وله وجود قانوني وناقل للحق فيما لو صدر من صاحب الحق ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون .

ثانياً : شروط السبب الصحيح :

يشترط في السبب الصحيح أن يكون :

١ - تصرفاً قانونياً صادراً من غير مالك إلى خلف خاص :

يجب أن يكون أساس حيازة الحائز تصرفاً قانونياً أى عملاً إرادياً ، يستتري أن يكون هذا التصرف ناشئاً عن توافق ارادتين كما لو كان التصرف بهجماً ، أو ناشئاً عن إرادة مفردة كوصية ، يسعى أن يكون التصرف معاوضة كالبيع أو المقايضة ، أو أن يكون من التصرفات القانونية القائمة على البرع كالهبة ^(٢) . فالصرف القانوني الذي يصلح سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير هو الذي يجعل الحيازة حلالاً من شبهة الغصب في نظر الحائز واعتقاده ^(٣) .

ووفقاً لذلك لا تعتبر الوقائع القانونية أسباباً صحيحة كالمراث ، فالمراث يعتبر من أسباب الخلافة العامة ، وهو إن كان ينقل الملكية أو الحق العيني إلا أنه واقعة مادية وليس تصرفاً قانونياً ، ومن ثم

(١) د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٦٠ ص ١٦٢ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١١ ص ٦٣٧

Alex Weill, droit civil, II, N.463, P.400; Baudry et Tissier, N. 655, p. 502.

(٢) د. عبد المنعم البردواي - حق الملكية - بند ٣٨٠ ص ٥٢١ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي الأموال - بند ٣٢٦ ص ٤٥١

(٣) نقض ١٦/٦/١٩٣٢ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٩ ص ١٢٥٩ ، ١٩٥٢/٥/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٣ ص ٤٥٣

لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير^(١)، فلو أن الوارث حاز عقاراً أو حقاً عينياً غير مملوك لمورثه معتقداً أنه آل إليه ، فلا يجوز له الاستناد الى الميراث كسبب صحيح لاكتساب الحق بالتقادم القصير ، وإذا ما تمسك الخائر (الوارث) بالتقادم القصير لكسب الحق فيجب البحث عن السبب في حيازة مورثه ، لو أن مورثه كان يجوز بمقتضى عمل قانوني ناقل للحق العيني ، فللوارث أن يستند إلى هذا السبب الذي بمقتضاه حاز سلفه^(٢) ، استناداً إلى قواعد ضم مدد الحيازة في التقادم .

ويجب أن يكون التصرف القانوني صادراً من غير صاحب الحق ، فالتقادم القصير لم يشترع إلا لتفادي عيب وحيد وهو كون السند صادر من غير صاحب الحق^(٣) ، لأن التصرف القانوني الصادر من مالك لا يخلو الحال فيه من فرضين ، أحدهما إما أن يكون سليماً غير مشوب بالبطلان أو الفسخ وفي تلك الحالة ينقل الملكية ولا مجال لإعمال التقادم إطلاقاً ، وإما أن يكون معرضاً للبطلان أو الفسخ وفي تلك الحالة لا يستطيع الخائر التمسك بالتقادم القصير لتفادي أثر دعوى البطلان أو الفسخ والتي لا تسقط إلا بالتقادم الخاص بها^(٤) ، فالسند الصادر من صاحب الحق لا يصلح أصلاً سبباً صحيحاً^(٥) .

ويستوى في السبب الصحيح أن يكون الخائر قد تعامل مع غير مالك أصلاً ، أو كان له حق ولكن حقه زال بأثر رجعي^(٦) ، المهم أن يكون السبب صادراً من غير مالك وتعاقد المتصرف باسمه ، ولا عبرة بالعيوب الأخرى التي تلحق بالسند ما دام له وجود قانوني^(٧) .

(١) نقض ١٩٥٤/١٢/٢٦ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٩ ص ٤٥٤ .

(٢) د . محمد علي عرفه - ج ٢ بند ١٣٦ ص ٢٤٤ . د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٣ ص ٦٣٩ .

(٣) نقض ١٩٦٥/١٢/٢١ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٥ ص ٤٨٦ ، ١٩٦٣/٣/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٤ ص ٤٨٦ .

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٣٤ ص ٥٧٣ .

(٥) نقض ١٩٥٥/١/٢٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٥٢ ص ٤٥٣ ، طنطا الاستئنافية الأهلية ١٩٣٠/٦/٤ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٥ ص ١٢٥٨ ، للفشن الجزئية الأهلية ١٩٣٢/١٢/١٢ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٦ ص ١٢٥٨ .

(٦) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٣٤ ص ٥٧٢ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٢٠ ص ١٠٨٤ هـ (٢) .

(٧) فالتصرف الذي يبرمه الوكيل خارج حدود وكالته لا يعتبر سبباً صحيحاً لأنه لا يكون صادراً من غير مالك ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٢٠ ص ١٠٨٤ هـ (٢) . د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٠ ص ٦٤٨ هـ (٢) .

= وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " لما كان السبب الصحيح هو السند الذي يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم وكان الثابت في الوقائع أن عقد البيع الصادر للطاعنين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيحة ، فإنه لا يتأتى في هذا المقام الاستناد إلى وجود السبب الصحيح ، وإنما يتعين في هذا المجال إعمال ما تقتضى به الأحكام الخاصة بالنيابة في التعاقد ويأثر الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أنه على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة وأنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الاصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الاصيل إلا إذا أجاز التصرف ، وقد أجرى قضاء الحكم المطعون فيه وفق هذا النظر ومن ثم فإنه لا يكون مشروباً بالخطأ في تطبيق القانون " نقض ١٩٦٠/٥/١٢ مجموعة الأحكام س ١١ رقم ٦٠ ص ٣٩١ =

ويجب أن يصدر التصرف القانوني من غير مالك أو صاحب حق إلى حائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف ، كعقد البيع أو الهبة أو الوصية بمال معين من التركة ، ومن ثم فلا يعتبر الميراث أو الوصية بحصة في التركة كالثالث أو الربع مثلاً سبباً صحيحاً لأن الميراث والوصية بحصة تعتبر من أسباب الخلافة العامة^(١) . والخلف الخاص هنا يجب أن يفهم بأوسع معانيه حيث يتسع ليشمل كل حائز اتصلت حيازته برابطة قانونية بميزة سابقة وتجز له ضم مدة حيازة سلفه^(٢) .

٢ - أن يكون السبب الصحيح ناقلاً للحق العيني :

يجب أن يكون التصرف ناقلاً للحق العيني ، كإبيع أو المقايضة أو الهبة أو الوصية بعين معينة أو الوفاء بمقابل ، أو كان منشأً لحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن حيازي ولا يلزم أن يكون التصرف قد نقل الملكية أو أنشأ الحق العيني بالفعل وإلا ما كانت هناك حاجة لأعمال التقادم^(٣) ، وكل ما يشترط فيه أن يكون ناقلاً أو منشأً للحق العيني ، ولكن في الحقيقة لا ينتج أثره لكونه صادراً من غير صاحب الحق ، وإنما يأتي التقادم القصير ليعطي هذا العيب ويجعله صالحاً لأن يكون أساساً لكسب الحق العيني..

ومن أكثر التصرفات القانونية المعتمدة أسباباً صحيحة هو عقد البيع ، فلو صدر البيع من غير مالك أمكن الاستناد إليه . لكسب ملكية العين بالتقادم القصير لكونه عقداً ناقلاً للملكية^(٤) ، ويلحق بالبيع المقايضة فهي تصرف قانوني ناقل للحق وتصلح لأن تكون سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير ، فلو أن شخصين تقايضا على منزل بأرض زراعية مثلاً وكان أحد المتقاضين لا يملك المنزل ،

= ويجب أن يصدر التصرف إلى الحائز نفسه بقصد نقل الملك إليه ، أما إذا كان صادراً له بوصفه اسماً مستعاراً فلا يكون التصرف ناقلاً للملك إليه ، ومن ثم فلا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٢٧ ص ٣٠٠ هـ (٥)

(١) د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٥ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٢ ص ٦٣٩ - ٦٤٠

(٢) انظر تعريف الخلف الخاص في مجال الحيازة ص ٨٩

(٣) د. كامل مرسي - ج٥ - بند ١٤٢ ص ١٤٣ ، د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٢٠ ص ١٠٨٧

(٤) وقد استقر الرأي على أن بيع الشريك على الشيوع لجزء مفرز من العقارات الشائعة يعتبر سبباً صحيحاً ، د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٨ ص ٣١٧ هـ (٦) ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٧٢ ص ٣٠١

= وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " بيع الشريك على الشيوع جزءاً محدداً ينقل الملك بطبيعته وبذاته بصرف النظر عن كون البائع مالكاً للمبيع كله أو بعضه ، فيؤصلح إذن لأن يكون سبباً صحيحاً لتمليك المبيع بالتقادم ، متى توافر لدى المشتري شرط حسن النية " نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مرجع القضاء رقم ٤٨١١ ص ١٢٥٩ ، استئناف مصر الأهلية ١٩٣١/١٢/٣ مرجع القضاء رقم ٤٨١٠ ص ١٢٥٩ ، ٢٣ / ٤ / ١٩٤٢ مجموعة القواعد ج١ رقم ٥٦ ص ٤٥٣

= وهناك من يذهب عكس ذلك وينتقد قضاء محكمة النقض ويرى أن التصرف الصادر من الشريك على الشيوع لا يعتبر سبباً صحيحاً إلا بعد القسمة إذا ما وقع المبيع في نصيب أحد الشركاء الآخرين غير البائع ، ومن ثم فلا يعتبر سبباً صحيحاً إلا منذ تلك اللحظة . د. محمد علي عرفه - ج٢ بند ١٣٤ ص ٢٤٢

وكان المقايض الآخر حسن النية جاز له الاستناد الى المقايضة لكسب ملكية المنزل بالتقادم القصير^(١).
وتصلح الهبة لأن تكون سبباً صحيحاً ، لأنها تصرف قانوني ناقل للملكية ، فلو أن الواهب لا يملك العقار الموهوب وكان الموهوب له حسن النية يعتقد ملكية العين للواهب ، أمكنه الاستناد إلى الهبة لكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، والوصية بعقار معين بالذات تعتبر تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ، ولذلك يجوز الاستناد إليها كسب صحيح ، فلو أن الموصى لا يملك العقار الموصى به ، أمكن للموصى له أن يكسب ملكية العين بالتقادم القصير استناداً إلى الوصية لو كان الموصى له حسن النية^(٢) .
والوفاء بمقابل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لأنه تصرف ناقل للملكية كعقد البيع . فلو أن المدين لا يملك العقار الذي وفي به دينه وحاز دائته العقار كسب ملكيته بالتقادم القصير لاعتبار الوفاء بمقابل تصرف قانوني ناقل للملكية ، ويعتبر تقديم حصة في شركة سبباً صحيحاً لأنه تصرف قانوني ناقل للملكية^(٣)

ولا يقتصر الأمر على اعتبار التصرفات الناقلة للملكية أسباباً صحيحة ، بل تشمل كل تصرف قانوني ناقل أو منشئ لحق عيني آخر غير الملكية يمكن كسبه بالتقادم ، كالتصرفات الناقلة أو المنشئة لحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن حيازي ، فعتبر هذه التصرفات أسباباً صحيحة في مجال التقادم القصير ، ويستطيع الحائز كسب هذا الحق استناداً الى التصرف الناقل أو المنشئ لذلك الحق فيما لو صدر من غير صاحب الحق^(٤)

وإذا كان يشترط في التصرف القانوني المعتبر سبباً صحيحاً أن يكون ناقلاً للحق العيني ، فقد استتبع ذلك القول بأن التصرفات القانونية غير الناقلة للملكية أو الحق العيني لا تعتبر أسباباً صحيحة في مجال التقادم القصير ، ومن ثم فإن التصرفات أو العقود التي لا تنتقل سوى الحيازة المادية ولا ترتب الا التزامات شخصية لا يمكن الاستناد إليها كأسباب صحيحة ، كعقد الايجار أو العارية أو الحراسة أو الوكالة ، فهذه العقود رغم كونها تصرفات قانونية الا انها لا تنقل الحق بل كل مل لها من أثر هو نقل الحيازة المادية وترتيب التزامات شخصية^(٥) . فلو أن المستأجر أو الوكيل أو الحارس انتقلت إليه الحيازة المادية من غير مالك ، فلا يستطيع أي منهم اكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير ، لأن حيازتهم عرضية غير صالحة كأساس للتقادم .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٤٢١ ص ١٠٨٨ - ١٠٩٠ .

Enc.D., 1984, V, vo. prescription, N.67, P.7

(٤) د . كامل مرسى ج٤ - بند ١٦٠ ص ١٦٣ ، د . السنهوري - الوسيط ج٩ - بند ٤٢٠ ص ١٠٨٧ .

(٥) د . عبد المنعم البدر أوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٣٣ ص ٥٧٠ ، د . كامل مرسى - ج٤ بند ١٦٠

Baudry et Tissier. N.657,

كما أن هناك بعض التصرفات القانونية ، كل ما لها من أثر هو الكشف عن الحق وتعبرته لا انشاؤه أو نقله ، وتلك التصرفات لا تعتبر أسباباً صحيحة في مجال التقادم القصير . ومن ثم لا تعتبر القسمة سبباً صحيحاً ، فبالرغم من أنها تصرف قانوني إلا أنها ليست ناقلة للحق بل كل ما لها من أثر هو الكشف عن الحق^(١) فلو تقاسم شركاء وكان من بين الأعيان المقسومة عقاراً ليس ملكاً للمتقاسمين ووقع عند القسمة في نصيب أحدهم ، فلا يجوز لمن وقع هذا العقار في نصيبه أن يتمسك بالقسمة لكسب ملكيته بالتقادم القصير^(٢)

والصلح لا يعتبر سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير لأنه عقد كاشف وليس ناقلاً للملكية ، فلو أن هناك بعض العقارات متنازع عليها وزرعت صلحاً بين أطراف عقد الصلح ، وكان من بين العقارات ما هو مملوك لشخص آخر غير المتصلحين فإذا وقع ذلك العقار في نصيب أحد المتصلحين ، فلا يجوز له الاستناد إلى الصلح كسب صحيح يجوز له اكتساب ملكية ذلك العقارات بالتقادم القصير ، ولكن إذا قدم أحد المتصلحين عقاراً خاصاً به دون العقارات المتنازع عليها وكان لا يملكه ، فإن من وقع هذا العقار في نصيبه يستطيع الاستناد إلى الصلح كسب صحيح يجوز له كسب الملكية بالتقادم القصير^(٣) .

وكذلك الأحكام انقضائية تعتبر كاشفة عن الحق وليست ناقلة له ومن ثم لا تعتبر أسباباً صحيحة في مجال التقادم فلو أن عقاراً رفعت بشأنه دعوى الاستحقاق وصدر فيها حكم ثم ظهر فيما بعد أن العقار مملوك لشخص ثالث ، فإن من صدر الحكم لصالحه لا يستطيع الاستناد إليه لكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، لأن الحكم لم ينقل الحق بل هو كاشف له^(٤) . ولا يعتبر الحكم الصادر بالقسمة القضائية سبباً صحيحاً لأنه لا ينقل الحق بل هو

(١) د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٤١٥ ص ٦٤١ ، د عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٧ ص ٣٠١ .
Enc. D., 1984, VII, vo. Prescription, N, 73, P, 7 .

نقض مدني ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٥٨ ص ٤٥٤ .
(٢) أما إذا قدم أحد المتقاسمين عقار ليس مملوكاً له لتعديل القسمة فإن تقديمه لهذا العقار يعتبر سبباً صحيحاً لأنه يعتبر تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية .

= وإذا قام المورث بتوزيع أموال الشركة قبل وفاته ، فإن تلك القسمة تنقل أعياناً معينة لكل وارث وليس نصيباً شائعاً ، ومن ثم تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً لصالح الورثة ، فلو أن هناك عقار غير مملوك للمورث وأدخله في القسمة ووقع في نصيب أحد الورثة جاز للوارث الاستناد إلى تلك القسمة كسب صحيح لتمتلك العقار بالتقادم القصير ، د . السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٢٢ ص ١٠٩٢ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٥ ص ٦٤١ .

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٤٢٢ ص ١٠٩٣ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٢٧ ص ٣٠١ .

مقرر لنصيب كل شريك من الشركاء المتقاسمين . وكذلك الحكم الصادر في قسمة التصفية لعدم إمكان قسمة الأعيان إذا رسا المزاد على أحد المتقاسمين لا يعتبر ناقلاً للملكية بل هو كاشف لها ، ومن ثم لا يعتبر صحيحاً يميز للمتقاسم الراسي عليه المزاد كسب ملكية العقار بالتقادم القصير ^(١) .

وإذا كانت الأحكام بصفة عامة كاشفة وليست ناقلة ، إلا أنه استثناء من تلك القاعدة ، توجد بعض الأحكام التي تنقل الحق وتصلح سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير ، كما في حالة حكم رسو المزاد بعد اتخاذ إجراءات نزع ملكية المدين بناءً على طلب الدائنين فلو أن المدين كان لا يملك العقار المتزوع ملكيته فإن من رسا عليه المزاد يستطيع التمسك بحكم رسي المزاد لكسب ملكيته بالتقادم القصير . وكذلك حكم رسو المزاد في قسمة التصفية لعدم إمكان قسمة الأعيان إذا رسا المزاد على أجنبي غير الشركاء وكذلك الحكم الصادر بثبوت القسمة فهو يعتبر بمثابة بيع ، ومن ثم يصلح سبباً صحيحاً لكسب العقار بالتقادم القصير ^(٢) .

ومقتضى اشتراط أن يكون السبب الصحيح ناقلاً للحق العيني يجب أن يكون له وجود قانوني ، فالسبب الصحيح هو عقد ناقل بذاته للحق العيني ولا يلحق به سوى عيب وحيد هو كونه صادراً من غير مالك ، ومن ثم يلزم ان يكون له وجود قانوني بأن يوجد في الواقع ، ولا يكفي الاعتقاد بوجوده بما يخالف الحقيقة ^(٣) .

فالتصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً ليس لها وجود قانوني فلا تكون صالحة لنقل الحق العيني ، ومن ثم لا تصلح أسباباً صحيحة في مجال التقادم القصير ، يستوى أن يكون البطلان المطلق لعب في الشكل أو الموضوع ^(٤) ، فلو أن واحياً وهب عقاراً لآخر بدون إثبات الهبة في ورقة رسمية فإن تلك الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تصلح سبباً صحيحاً ، ولكن إذا نفذت الهبة الباطلة تنفيذاً اختيارياً من جانب الواهب أو ورثته فإن ذلك التنفيذ إجازة لها بطريقة خاصة (٨٩٩ مصرية) ، ومن ثم تصلح لأن تكون سبباً صحيحاً ^(٥) .

والتصرف الباطل من حيث الموضوع ليس له وجود قانوني ولا يصلح سبباً صحيحاً ، لأنه لا ينقل الملكية فيما لو صدر من المالك ، فيعتبر التصرف باطلاً إذا كان سببه غير مشروع ومخالفاً للنظام العام

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٢٢ ص ١٠٩٤ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٢١ ص ١٠٨٩ - بند ٤٢٢ ص ١٠٩٤ .

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٦ ص ٤٥١ .

(٤) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١٦٤ - ١٦٥ ص ١٦٦ . د. محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ١٣٦ ص ٢٤٥ . د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٢٤ ص ١٠٩٥ - ١٠٩٦ . نقض مدني ١٩٦٢/١٢/١٣ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٧٧ ص ١١٢٤ .

(٥) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ١٦٤ - ١٦٥ ص ١٦٦ . د. محمد علي عرفه - ج ٢ - بند ١٣٦ ص ٢٤٥ . د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٢٤ ص ١٠٩٥ . نقض مدني ١٩٦٢/١٢/١٣ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٧٧ ص ١١٢٤ .

والآداب أو كان محلها لا يجوز التعامل فيه كبيع عقار من عقارات الدولة العامة أو الخاصة أو أموال الأوقاف^(١)، فالتصرفات التي يكون محلها مما لا يجوز التعامل فيه أو سببه غير مشروع تعتبر تصرفات باطلة ليس لها وجود قانوني ولا يكون سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير .

أما التصرف القانوني الباطل بطلاناً نسبياً له وجود قانوني ، لكونه ينقل الملكية أو الحق فيما لسو صدر من صاحب الحق ، ومن ثم يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً فلو أن قاصداً باع عقاراً غير مملوك له فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، ويجوز اعتبار عقد البيع سبباً صحيحاً ، يميز للحائز الاستناد إليه لكسب ملكية العقار بالتقادم القصير ، وكذلك لو أن شخصاً تصرف في عقار غير مملوك له وكانت إرادته معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحته ، ولكن لا يمنع ذلك من اعتبار العقد سبباً صحيحاً^(٢) يستند إليه في مجال التقادم القصير حتى ولو علم الحائز أن العقد قابل للإبطال فإن ذلك لا يؤثر على حسن نيته في كسب الملكية بالتقادم القصير .

ويعتبر التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ سبباً صحيحاً لأنه لسه وجود قانوني مدة قيام الشرط وكان ينقل الحق فيما لو صدر من مالك ، فإذا تخلف الشرط اعتبر التصرف سبباً صحيحاً بصفة نهائية ، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإن التصرف يفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وتضحى الحيازة بدون سند ولا يجوز للحائز التمسك بالتقادم القصير ، ولو كان تحقق الشرط بعد مضي مدة التقادم القصير^(٣) .

أما إذا كان التصرف القانوني معلقاً على شرط واقف ، فليس له وجود قانوني لأنه لم يكن لينقل الحق فيما لو صدر من المالك أو صاحب الحق ، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً إلا منذ تحقق الشرط ، فإذا تحقق الشرط اعتبر التصرف سبباً صحيحاً منذ تحققه ، وتحتسب مدة التقادم من تلك اللحظة ، ولا يجوز الاستناد إلى فكرة الأثر الرجعي للشرط ، لاحتساب مدة التقادم من يوم صدور التصرف ، لأن الحيازة قبل تحقق الشرط تعتبر كأن لم تكن تستند إلى سبب صحيح ، فتعتبر حيازة عرضية ، لا تضم إلى مدة التقادم ، لأنها كانت مقترنة بالتزام بالرد في حالة عدم تحقق الشرط^(٤) .

ولا يعتبر التصرف الصوري صورية مطلقة سبباً صحيحاً ، لأنه ليس له وجود قانوني ، ولا يصلح لنقل ملكية العين فيما لو صدر من المالك ، وللمالك التمسك بتلك التصورية في مواجهة الحائز ولله في

(١) د. كامل مرسي - ج٤ - بند ١٦٤ - ١٦٥ ص ١٦٦ . د. محمد علي عرفه - ج٢ - بند ١٣٦ ص ٢٤٥ ، د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٢٤ ص ١٠٩٥ ، نقض مدني ١٣/١٢/١٩٦٢ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ٧٧ ص ١١٢٤ .

(٢) ١٩١٤/٦/٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص ٢٠٥ نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مرجع القضاء رقم ٤٨٠٩ ص ١٢٥٩ (٤،٣) محمد عبد اللطيف - بند ٤٦٨ ص ٣٥٢ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٩ ص ٦٤٦ ، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٠ ص ٤٩٥ .

سبيل إثبات الصورية المطلقة اللجوء إلى كافة طرق الإثبات^(١). فلو أن شخصاً باع عقاراً غير مملوك له
آخر بعقد صوري فلا يوجد تصرف ناقل للملكية ولا يجوز للمشتري الصوري الاستناد إلى ذلك
التصرف لكسب الملكية أو الحق بالتقادم القصير .

أما التصرف الصوري صورية نسبية يصلح لأن يكون سبباً لأن للعقد أو التصرف وجود قانوني،
فلو أن شخصاً وهب آخر عقاراً ولكنه حرر التصرف في صورة عقد بيع ، فهذا العقد يصلح سبباً
صحيحاً متى استوفى جميع شروطه وأركانها ، حين يبدو لمن يطلع عليه كما لو كان عقداً حقيقياً^(٢) .
كما أن التصرف الظني وهو التصرف الذي ليس له وجود إلا في مخيلة الحائز ، ليس له وجود
قانوني في الحقيقة ، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً . فلو اعتقد الحائز أن الملكية انتقلت إليه بمقتضى عقد ،
ولكن هذا الظن ليس له ما يؤيده في الحقيقة لعدم وجود عقد أصلاً فإن ذلك لا يجديه نفعاً في نيلك العين
بالتقادم القصير^(٣) ، فهو كالتصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني ويلحق بالتصرف الباطل
مطلقاً والظني التصرف المزور إذ ليس له وجود قانوني ولا ينقل الحق فيما لو صدر من صاحب الحق ،
ومن ثم لا يصلح أساساً للتقادم القصير^(٤) .

٣ - أن يكون السبب الصحيح مسجلاً :

كانت مسألة اشتراط تسجيل السبب الصحيح محل خلاف في ظل القانون المدني السابق وكذلك
بعد صدور قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقاري رقم ١١٤
لسنة ١٩٤٦ ، فنذهب البعض إلى وجوب التسجيل وذهب الآخرون إلى عدم وجوب التسجيل^(٥) .
ولكن عند صدور القانون المدني الجديد أخذ في اعتباره الخلاف الذي كان قائماً بشأن تسجيل
السبب الصحيح فنص في المادة ٩٦٩ / ٣ على أن "السبب الصحيح يجب أن يكون مسجلاً طبقاً
للقانون" . وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قولها : " ويجب في السبب الصحيح أن
يكون مسجلاً خلافاً لما جرى عليه القضاء في مصر وآثر المشروع هذا الحل حيث يمكن للتسجيل تمهيداً

(١) د . عبد المنعم فرج الضنده - حق الملكية - بند ٢١٨ ص ٦٤٥ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال -
بند ٣٢٦ ص ٤٥١

(٢) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٤٨٨ ص ٣٦٣

(٣) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٦ ص ٤٥١ ، د . عبد السلام ذهني - الأموال - بند ٤٠٠
ص ٥٧٦

Alex Weill, droit civil, II, N.463, P.401 .

= فالنصرف العيني كما لو اشترى شخص قطعة أرض ولكن وضع يده على مساحة أكبر مما هو منكور بالعقد
معتقداً أن العقد يشملها فلا يجوز الاستناد إلى العقد كسبب صحيح لكسب ملكيته بالتقادم القصير

(٤) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٦٢ ص ٤٥٢

(٥) انظر في عرض هذه الآراء : د . كامل مرسى - ج ٥ - بند ١٢٣ - ١٦٨ ص ١٥٩ - ١٧٠ ج ٤ -
بند ١٨٦ ص ١٨٨

لإدخال السجل العقاري^(١).

ومما سبق يتضح أن مسألة تسجيل السبب الصحيح في مجال التقادم القصير لم تعد اليوم مسألة خلافية إزاء صراحة النص في اشتراط التسجيل ، واشتراط تسجيل السبب الصحيح يتمشى مع ما نص عليه المشرع المصري بأن الحقوق العينية الأصلية لا تنتقل فيما بين المعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل ، فالعقد الغير مسجل لا ينقل الملكية ، ولو صدر من صاحب الحق ، ومن ثم لا يصدق عليه وصف السبب الصحيح في مجال التقادم القصير إذ مقتضى السبب الصحيح أن يكون مستوفياً لجميع أركانه وشروطه التي تجعله صالحاً لترتيب آثاره القانونية ، والعقد الغير مسجل لا يترتب عليه آثاره القانونية من نقل الملكية ، وليس له من ترتيب الآثار سوى الالتزامات الشخصية على عاتق ناقل الملكية ومن ثم يجب أن يكون السبب الصحيح مسجلاً .

أما القانون الفرنسي لم يشترط التسجيل لكي تنتقل الملكية فيما بين المعاقدين ، بل اشترط التسجيل للاحتجاج على الغير بالتصرف ، ولذلك فالرأى المستقر في القانون الفرنسي أنه لا يشترط تسجيل التصرف القانوني الصادر من غير مالك لكي يمكن الاستناد إليه كسبب صحيح في مجال التقادم القصير وإن كان يشترط ثبوت التاريخ^(٢) . وعلى نوح القانون الفرنسي يسير القانون العراقي حيث لا يشترط تسجيل السبب الصحيح^(٣) ، وكذلك القانون اللبناني لم يرد به نص يوجب اشتراط تسجيل السبب الصحيح أو أن يكون له تاريخ ثابت^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - ج ٦ ص ٤٩٨ = أما الرهن الحيازي فلا يشترط فيه القيد الا ليكون حجة على الغير ومن ثم لا يشترط فيه القيد ليكون سبباً صحيحاً ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٦ ص ٦٤٣ ، د . حسن كيزة - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٠ ص ٤٩٤ هـ (٣) .
واشترط تسجيل السبب الصحيح يضيّق من مجال التقادم القصير لمورر التسجيل باجراءات كثيرة تنتهي بالتثبت من حق طالب الشهر ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٦ هـ ٦٤٤ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٦ ص ٤٥٥
ولذلك رجحنا القول بوجود توافق حسن النية عند التسجيل وليس عند التعاقد لأنه عندما يقوم الحائز بتسجيل سندده قد يجد من المحررات ما يناقض المحرر الذي يريد شهره لتعارضه مع حق الغير بما يجعله سيئ النية لا يكسب الحق بالتقادم القصير .

(2) Alex Weill, droit civil, II, N.463, P.402 ; Larroumet, droit civil, II, N.649, P.382.

= وقضى بأن السند غير ثابت التاريخ لا يعتبر سبباً صحيحاً .
Cass ., Civ , 25-2-1954 , D. Rép 1957, N. 87, P.214 .

(٣) د . حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٨٢ ص ٣٦٣

(٤) د . محمد علي الأمين - التقادم المكتسب للملكية - ص ٦١٠ - ٦١١ ، يشير سيادته إلى أن بعض المحاكم الجزئية اعتبرت العقد غير ثابت التاريخ سنداً صحيحاً وينتقد هذا الاتجاه ص ٦١٢ .
= وينتقد د . حامد مصطفى عدم اشتراط تسجيل السبب الصحيح بالقول أن : السبب الصحيح هو تصرف قانوني لا يكون له أثر الا بتسجيله فكيف يجوز القانون تصحيح مثل تلك التصرفات غير المسجلة ، د . حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٨٢ ص ٣٦٢

ثالثاً : إثبات السبب الصحيح :

السبب الصحيح شرط مستقل في التقادم القصير وليس عنصراً من عناصر حسن النية، وإذا كان حسن النية مفترضاً دائماً ما لم يثبت العكس ، فإنه يجب على الحائز إثبات السبب الصحيح فقرينة حسن النية لا تعفيه من إثبات السبب الصحيح ، فلا يغني إثبات حسن النية عن إثبات السبب الصحيح ، فإذا اثبتت محكمة الموضوع حسن النية لدى الحائز ، فلا يكفي ذلك بل عليها أن تبين طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانوني ناقل للملكية ومستوف لجميع أركانه وشروطه التي يتطلبها القانون ، لكسب تسنى لحكمة النقص أن تبسط رقابته في تلك المسائل القانونية (١) .

ويخضع إثبات السبب الصحيح للقواعد العامة في الإثبات (٢) ، ولكن لما كان يشترط في التصرف القانوني أن يكون مسجلاً لا اعتبره سبباً صحيحاً ، فلا بد أن يكون ثابتاً بالكتابة .

(١) د . المنيزوري - البسيط - ج ٩ بند ٤٢٩ ص ١١٠٥ .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٢ ص ٦٥٠ .

المطلب الثاني

الحائز سبى النية يكسب الحق بالتقادم الطويل

إذا كان الحائز حسن النية يكسب الحق العيني بالتقادم القصير ، فإن كان سبى النية فليس أمامه سوى التمسك بالتقادم الطويل ، وتحديد مفهوم سوء نية لدى الحائز أمر بالغ الصعوبة لأنه أمر يتعلق بالتوايا الخفية ، فرغم تداول تعبير سوء النية في كثير من المجالات والمعاملات ، إلا إن تحديد مفهوم هذا التعبير ، يمثل صعوبة لكل من يتصدى لتحديد مفهومه ، وإذا كان القانون حل تلك الصعوبة في مجال حسن النية بتعريفه وافترضه ، إلا أنه ترك سوء النية بدون تحديد عدا الحالات التي ذكرت بالنصوص ، ونظراً لارتباط سوء النية بحسن النية ، بمعنى غياب أى منهما يعنى وجود الآخر ، فيكون تحديد سوء النية في الحالات التي لا يتوافر فيها حسن النية لدى الحائز .

وقد عرف القانون المدني المصري حسن النية في المادة (١/٩٦٥) بقوله : " وبعد حسن النية من يجوز الحق وهو مجهل أن يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم " (١) ثم قرر بالمادة (٩٦٦) أنه : " لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير . ٢ - ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، وبعد سبى النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره " .

أما القانون الألماني فقد نص على الحالات التي يكون فيها الحائز سبى النية بقوله في المادة (٩٣٢) : " لا يكون الحائز حسن النية عندما يعلم أو يجمل بسبب إهمال منه أن الشيء غير مملوك للمتصرف " ، أما قانون الالتزامات المغربي فينص في المادة (٤٥٦) على أنه : " لا يكون حسن النية من كان عالماً أو كان يجب عليه أن يعلم في اللحظة التي تسلم فيها الشيء أن من نقل إليه الشيء لم يكن لديه حق التصرف فيه " .

وبعد استقراء النصوص السابقة يتضح أن الحائز يكون سبى النية في الحالات التالية :

١ - إذا كان يعلم أن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير .

٢ - إذا ارتكب خطأ جسيماً .

٣ - إذا أعلن بعيوب سند حيازته بصحيفة دعوى .

٤ - إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه .

(١) تشايل السادسة ٩٧١ ، ١/٩٦٦ م ليبي ، م ٩٧٤ التزامات سويسري ، م ١١٤٨ م عراقى ، إلا ان القانون العراقي لم ينكر الخطأ الجسيم وحالة اعلان الحائز بعيوب حيازته بصحيفة دعوى

أولاً: « علم الحائز بأنه ليس صاحب حق »:

إذا كان الحائز يعلم أنه ليس صاحب حق على العين محل الحيازة فإنه يكون سعي النية ، ويكون الحائز ليس صاحب حق إذا كان يعلم ان حيازته تشكل اعتداء على حقت الغير (م ٩٦٥ / ١ مدني مصري) ، يستوى أن يكون العلم هذا براءة كما لو استولى على الحيازة غصباً ، أو أن يكون علم بعدم أحقيته في الحيازة فيما بعد ، كما لو أعلن بعيوب سند حيازته في صحيفة دعوى مرفوعة عليه ، فمن وقت إعلانه برفع الدعوى يضحى سعي النية (١/٩٦٦ مدني مصري) ، ويعتبر سعي النية كذلك لو كان بإمكانه أن يعلم بأن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، كمن يحوز قطعة أرض جاره المجاورة له ، فلو قام بأدنى مجهود لفحص حدود ملكه لكان بإمكانه أن يعلم أنه يعتدى على حق الغير .

ويعتبر الحائز سعي النية ، إذا كان يعلم أنه يحوز بناء على سند ناقل للملكية أو الحق العيني وصادر له من غير مالك لأن حسن النية يقوم على وجود الاعتقاد اليقيني التام أن المتصرف صاحب حق بالنسبة للحق الذي قام بالتصرف فيه إلى الحائز ، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية لسدى الحائز ^(١) ، ولا يجوز له الاستناد إلى التقادم التصير لكسب الحق ، وليس أمامه إلا ولوج سبيل التقادم الطويل ، وإذا علم الحائز أن المتصرف ليس صاحب حق ، فقد علم أن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، إذ يجب أن يكون الحائز غير عالم العيوب التي تشوب سند المتصرف ، فلو علم أن سند المتصرف باطلاً أو قابل للإبطال أو الفسخ لأي سبب من الأسباب كان ذلك كافياً لتبديد حسن النية ، فلو علم المشتري أن سلفه لم يدفع ثمن العقار المبيع إلى بائعه الأول كان سعي النية لأنه يعلم أن حق المتصرف مهدد بالزوال في حالة فسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن المتبقى .

فإذا اشترى شخص نصف عقار شائع ، وقد أعلن البائع حين العقد ان النصف الثاني ملك لأولاده فلا يعد الحائز حسن النية بالنسبة لهذا النصف الأخير ، فيما لو اكتسبه من البائع بموجب العقد ^(٢) .

فلكى يعد الحائز حسن النية لا بد أن يكون جاهلاً أنه يتعامل مع غير مالك وجاهلاً جميع العيوب التي تشوب سند سلفه ، فإذا علم بذلك فإنه يكون سعي النية وأن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يضحى غير صاحب حق على العين محل الحيازة .

(١) نقض مدني ١٩٧٦/١/٢٣ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٣٠٢ ص ١٦٢٧ ، ١٩٨٤/١/٢٤ مجموعة

الأحكام س ٣٥ رقم ٥٧ ص ٢٨٠

(٢) د . كامل مرسى - جء بند ٢٠١ من ٢٠٢ د (٣) .

ثانياً : الخطأ الجسيم :

إذا اترف الحائز خطأ جسيماً فإنه يعتبر سعي النية ولو كان لا يعلم أن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، فالخطأ الجسيم قرين سوء النية ، والخطأ الجسيم هو ذلك الخطأ الذي لا يرتكبه اشد الناس إهمالاً في العناية بأموره ، فإذا كان الحائز غير عالم بأن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، ولكن الواجب يحتم عليه أن يقوم بالتحري عن الحقيقة فإن أهمل فقد ارتكب خطأ جسيماً يجعله سعي النية^(١) . فلو أن شخصاً جار على شريط من أرض جاره وكان يظن أن حيازته لذلك الجزء لا تشكل اعتداء على حق ، فإنه مع ذلك يعد سعي النية إذا كان بإمكانه الاطلاع على حدود ملكه لكي يثبت مما إذا كان يعتدى على حق الغير أم لا ، فإن أهمل فقد أخطأ خطأ جسيماً يجعله سعي النية .

ويعد الحائز سعي النية لو أقدم على شراء عقار دون أن يقوم بالتحري على حقيقة ملكية البائع ، حيث إن حسن النية لا يقوم على جهل الإنسان بأمور قد تكون له مصلحة في العلم بها ، فالتقادم القصير لم يشرع إلا لحماية الحائزين اليقطين والذين يقومون بما عليهم من واجب التحري عن حقيقة ملكية أسلافهم ومع ذلك خدعوا في حقيقة تلك الملكية ، أما إذا كانت ظروف الحال تسترعي الانتباه وتلفت النظر إلى حقيقة ملكية المتصرف فعدم علم الحائز بما يجعله في مصاف الحائز سعي النية لا ارتكابه خطأ جسيماً^(٢) .

وتطبيقاً لذلك قضى بأنه : " إذا كان نفى الحكم حسن النية عن المشتري قد اتخذ من إهماله تحريه ملكية بانه قرينة أضافها للقرائن الأخرى التي أوردها ، واستخلص من مجموعها أنه لم يكن حسن النية فلا سبيل عليه لحكمة النقص " ^(٣) وبأنه " لكي يستطيع المشتري أن يتمسك بحسن النية يجب النظر إليه باعتباراه قد فحص ملكية البائع له وقدرها تقديراً كافياً ثم أقدم على إتمام عقد شرائه وهو واثق بهذا المظهر الخداع ولكنه مظهر مبرر " ^(٤) ، وأن " من اشترى عقاراً من بائع لم يؤيد ملكيته يرتكب إهمالاً جسيماً بحيث يمكن تشبيهه بسوء النية " ^(٥) ويجب على مشتري العقار " فحص سندات ملكية البائع له وهذا الفحص يجب أن يكون جدياً ويقضى على المشتري بعمل تحريات واقعية حتى لا يجهل ما يكون من مصلحته واجبه العلم به " ^(٦) .

(١) د. كامل مرسى - ج ٥ بند ٢٠٢ ص ٢٠٢ .

(٢) استئناف مصر المختلطة ١٩٢٠/٣/١٦ جازيت ص ١٠ رقم ١٨٨ ص ١٤١ .

(٣) نقض منى ١٩٤٨/١/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٦٢ ص ٤٥٤ ، ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ١١ ص ٢٤٧ .

(٤) استئناف مصر المختلطة ١٩٢٠/٣/١٦ جازيت ص ١٠ رقم ١٨٨ ص ١٤١ .

(٥) استئناف مصر المختلطة ١٩٢٧/١/٤ جازيت ص ١٨ رقم ١٤٠ ص ١٢٧ .

(٦) ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ١١ ص ٢٤٧ .

ثالثاً : - اعلان الحائز بعيوب سند حيازته :

ويعتبر الحائز سئى النية إذا أعلن بالعيوب التى تشوب سند حيازته فى صحيفة دعوى مرفوعة عليه من المالك ، ولا يكسب الحق العيى العقارى إلا بالتقادم الطويل . وتنص المادة (٩٦٦) من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الثانية على أنه : " و يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى " ويقصد بتلك العبارة العيوب التى تشوب سند الحائز فى حيازته للعين محل الحق العيى ، ولا يقصد بها عيوب الحيازة من تقطع أو إكراه أو خفاء أو لبس ، إذ لو كان يقصد تلك العيوب الأخيرة لنصب المدعى نفسه محل قاضى الموضوع (١) .

فإذا أعلن الحائز فى صحيفة دعوى مرفوعة عليه من المدعى ، بالعيوب التى تشوب سند اكتسبه فإنه يعد سئى النية من وقت هذا الاعلان ، ويقتصر أثر الاعلان على العيوب التى تشوب سنده وتجعله باطلاً بطلائناً مطلقاً كما لو أعلن الحائز أنه تعامل مع غير مميز ، أما إعلان الحائز بالعيوب النسيبة التى تشوب سند حيازته لا ينفى عنه حسن النية (٢) .

ويجب أن يكون إعلان الحائز بعيوب سند حيازته بصحيفة الدعوى ، فلا يكفى الإعلان بحطاب أو بياندار رسمى على يد محضر (٣) ، ولا تعتبر الدعوى ذات أثر فى نفي حسن نية الحائز إلا من وقت إعلانها للحائز (٢/٩٦٦ مدين مصرى) ، فعندما يعلن الحائز بصحيفة الدعوى أنه ليس صاحب حق وأنه يعتدى على حق الغير ، فيعتبر الحائز سئى النية منذ ذلك الوقت ولو كان معتقداً أنه صاحب حق .

رابعاً : اشتصاب الحيازة بالإكراه :

إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه فإنه يعتبر حائزاً سئى النية ولو كان معتقداً أن ما اغتصبه حق له ، إذ لا يجوز لأحد أن يقتضى لنفسه بنفسه ولكن عليه اللجوء إلى القضاء لاسترداد حقه ، واغتصاب الحيازة بالإكراه هو نفس الإكراه المكون لأحد عيوب الحيازة ، فإذا قام الحائز باغتصاب الحيازة واستمرت أعمال الإكراه فإن الحيازة لا تكون صالحة كأساس للتقادم الا من اليوم الذى يزول فيه الإكراه فإذا توقفت أعمال الإكراه الصادرة من الحائز تضحى الحيازة قانونية ومؤهلة للتقادم ، ولكن الحائز يكون سئى النية لا يكسب الحق العيى إلا بالتقادم الطويل .

فالإكراه ينفى حسن النية المفترض لدى الحائز وتجربى عليه أحكام الحائز بسوء النية ولو كان يقوم

(١) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٤٨

(٢) انظر ما سبق بشأن تحديد حسن النية - ص ١٢٥ وما بعدها

(٣) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الاموال - بند ٣٢٨ ص ٤٥٩

= ووقت اعلان الصحيفة هو الممتد به للقول بسوء نية الحائز ، فرغم أن الدعوى تعتبر مرفوعة بايداع صحيفةها قلم الكتاب (م ٦٢ مرفعات) الا أن اثرها فى نفي حسن النية يتأخر إلى حين الاعلان .

لديه اعتقاد بأنه صاحب حق ، إذ لا يشفع له هذا الاعتقاد في ظل الإكراه لتبرير حسن نيته (١) . أما إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وظهر أنه صاحب حق ، فلا محل للبحث في حسن أو سوء نية الحائز لأن ما أغتصبه حق له ، ولكن ذلك لا يمنع من وقوع عليه الإكراه من رفع الدعوى واسترداد الحيازة إذا توافرت شروطها ، وكذلك الحق في طلب التعويض طبقاً للمسئولية التقصيرية ، إذا أصابه ضرر من أعمال الإكراه التي مارسها عليه المعتصب (٢) .

وقت الاعتماد بسوء نية الحائز :

إذا كان الحائز يعلم أو بإمكانه العلم أنه ليس صاحب حق على العين محل الحيازة منذ البداية فإنه يكون سبب النية منذ الاستيلاء على الحيازة ، كما لو كان قد اغتصب الحيازة بالإكراه أو كان يعتقد أنه تعامل مع المالك ، ولكنه ارتكب خطأ جسيماً . كما لو أهمل مشتري العقار في تحرى حقيقة ملكية البائع له ، ففي مثل هذه الحالات يعتبر الحائز سبب النية منذ البداية ، ولا يجوز له التمسك بالتقادم القصير ولو سجل السبب الصحيح .

ولكن الحائز إذا كان لا يعلم أنه تعامل مع غير المالك ولم يرتكب خطأ جسيماً فإنه يعتبر حسن النية ، ولكن لا يبدأ سريان التقادم القصير لمصلحته إلا من الوقت الذي يسجل فيه سببه الصحيح ، لأنه التصرف القانوني غير المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير ، فإذا سجل تصرفه القانوني وكان حسن النية ، فإن سوء النية الطارئ بعد ذلك لا يؤثر على حسن النية المتوافر لديه . ولكن قد يحدث أن الحائز يكون حسن النية وسجل سببه الصحيح ، وفي أثناء سريان مدة التقادم لصالحه ترفع عليه دعوى ويعلن في صحيفتها بالعيوب التي تشوب سند حيازته ، في هذه الحالة يعتبر الحائز سبب النية منذ الاعلان ، ولكن بشرط أن يقضى فيها لصالح المدعى بإمكان القول بأن الحائز سبب النية ، أما إذا لم يقض فيها لصالح المدعى فلا تأثير لتلك الدعوى على حسن نية الحائز (٣) .

أما في حالة الرهن الحيازي فإن القيد لا يشترط إلا للاحتجاج به في مواجهة الغير ، ومن ثم فإن الوقت المعول عليه بالنسبة لسوء نية الحائز هو وقت التعاقد . وبالنسبة للوصية فإن كانت قد سجلت قبل وفاة الموصي ، فإن الوقت المعتد به للقول بسوء نية الموهوب له هو وقت وفاة الموصي ، أما إذا لم تسجل إلا بعد وفاة الموصي ، فإن وقت تسجيل الوصية هو الوقت الذي يمكن القول فيه بأن

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٨ ص ٦٣٤ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٦ بند ٢٩٤ ص ٨٧٢ .

(٣) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الاموال - بند ٣٢٨ ص ٤٦٠ .

الموصى له حسن أو سيئ النية (١).

إثبات سوء النية :

سوء النية يقدر في شخص الحائز نفسه إذا كان شخصاً طبعياً ، أما في الحالات التي لا يعارض فيها الحائز الحيابة بنفسه كالقاصر ومن هم على شاكلته ، فإن تحديد سوء النية يتم بالنظر إلى ممثله القانوني كالتولي أو الوصي ، وإذا كان شخصاً اعتبارياً فينظر كذلك إلى نية ممثله القانوني ، فالشركة ينظر في حسن أو سوء نية ممثليها القانوني لأن الشخص المعنوي تكون العبرة بنية من يمثله (م ٢/٩٦٥ مدني مصري) .

أما مسألة إثبات سوء نية الحائز فهي ليست بالأمر الهين لتعلقها بالنوايا ، فإذا كان القانون حل صعوبة تلك المشكلة بالنسبة لحسن النية . حيث أفترض في الحائز أنه حسن النية (م ٣ / ٩٦٥ مدني مصري) فإنه لا يمكن افتراض أنه في جميع الحالات التي لا يكون فيها الحائز حسن النية يكون بالمقابل سيئ النية ، وإنما إذا أراد خصم الحائز أن يثبت سوء نية الحائز فعليه أن يثبت أن الحائز كان يعلم أو بإمكانه العلم أنه يعتدى على حقوق الغير ، مثل علم الحائز أنه تعامل مع غير المالك أو بعيوب سند التصرف أو إذا أثبت أن الحائز رغم عدم علمه أنه ارتكب خطأ جسيماً ، كما لو أهمل في التحري عن حقيقة ملكية سلفه (٢) .

وكذلك يستطيع خصم الحائز إثبات سوء النية لدى الحائز بإثبات أن الحائز قد أختصب الحيابة بالإكراه ، أو إثبات إعلان الحائز في صحيفة دعوى أن سند حيازته تشوبه عيوب تجعله غير صالح لنقل الحق العيني ، فإذا استطاع المدعي إثبات أي من الأمور سالفه الذكر انتفى حسن نية المفترض لدى الحائز وأصبح حائزاً سيئ النية .

وللمدعي في سبيل إثبات سوء النية اللجوء إلى كافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن حيث يصعب إثبات سوء النية بالكتابة (٣) ، ومن القرائن التي يستعين بها المدعي ، إثبات سوء نية مورث الحائز ليتمكن القول بأن الوارث سيئ النية ، لكونه خلفاً عاماً يستمر في حيازة مورثه بنفس صفاتها وعيوبها (م ١/٩٥٥ مدني مصري) .

وإثبات سوء أو حسن نية الحائز مسألة واقع لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في استنباطها من جميع الظروف والملاسات التي تحيط بالدعوى (٤) ولكن ينبغي أن يكون استخلاص قاضي الموضوع

(١) أنظر ما سبق ذكره بصدد تحديد وقت توافر حسن النية ص ١٣٠ وما بعدها .
(٢) د. عبد المنعم البدر أوى - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥١٧ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٣ ص ٨٦٩ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية - ص ٥١٧ .
(٣) د. عبد المنعم البدر أوى - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥١٧ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٣ ص ٨٦٩ ، د. حاتم مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٤٦ ص ٣٢٥ .
(٤) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة الأحكام ص ٧ رقم ٩٢ ص ٦٦١ ، ١٩٦٩/٢/٤ مجموعة الأحكام ص ٢٠ رقم ٢٧ ص ٢٣٦ .

سانعاً بحيث يجب عليه عدم اطراح التعريف القانوني لسوء النية^(١) ، وإلا كان حكمه مستوجباً للنقض ، كما أن محكمة النقض حق الرقابة على قاضي الموضوع من ناحية الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن أو سوء النية لدى الحائز^(٢) .

الحيازة الممتدة : كشرط وحيد في حالة سوء النية

لا يشترط بالنسبة للحائز سبب النية أن يتوافر لديه سبب صحيح . بل كل ما يشترط أن تكون له حيازة تستمر المدة المحددة بواسطة القانون . فلو كان الحائز سبب النية ولديه سبب صحيح فلا يجوز له الاستناد الا للتقادم الطويل . ويجب ان تكون الحيازة قانونية ، يتوافر ركنها المادى والمعنوى ففياب أى من الركنين لا يمكن معه القول أن هناك حيازة مؤهلة للتقادم و بالنسبة للركن المادى لا بد ان يمارس الحائز أعمال السيطرة المادية الداخلة في مضمون الحق المدعى اكتسابه بالتقادم على العين محل الحيازة . والركن المعنوى يقوم على قصد التملك أو كسب الحق موضوع الحيازة ، وأن تتوافر في الحيازة جميع صفاتها من استمرار وهدوء وعلانية ووضوح تنتج آثارها^(٣) .

والتقادم الطويل مكسب لجميع الحقوق العينية العقارية الاصلية كالملكية والانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق وكذلك التبعية ما كان منها يقبل الحيازة كالرهن الحيازى العقارى ولكن بالنسبة لحقوق الارتفاق يجب أن يكون الارتفاق ظاهراً ولو كان غير مستمر بالنسبة للقانون المصرى (م ١/١٠٦) وأن يكون ظاهراً ومستمراً بالنسبة للقانون الفرنسى (م ٦٩٠) حيث لا يجوز سوى كسب حق الارتفاق الظاهر والمستمر^(٤) .

أما مدة الحيازة فيجب أن تستمر المدة المحددة بواسطة القانون وهي خمس عشرة سنة في القانون المصرى (م ٩٦٨) والقانون السورى (م ٩١٧) والقانون الليبى (م ٩٧٢) والقانون العراقى (م ١/١١٥٨) وقانون الملكية العقارية اللبناى (م ٢٥٧) وفى القانون الفرنسى فإن المدة ثلاثون سنة طبقاً للمادة (٢٢٦٢) .

(١) نقض ١٩٣٦/١١/٥ مجموعة القواعد ج١ رقم ٦٥ ص ٤٥٤ ، ١٩٧٣/٣/١٥ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم

٧٧٠ ص ٤٣٠ ، ١٩٧٦/١١/٢٣ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٣٠٢ ص ١٦٢٧

(٢) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٢٧ .

(٣) أنظر ما سبق ذكره بصدد أركان من الحيازة وصفاتها ص ٢٨ وما بعدها ، ص ٦٧ وما بعدها

(٤) أنظر ما سبق ذكره بصدد نطاق الحيازة من حيث الحقوق ص ٧ وما بعدها

المبحث الثالث

الأحكام العامة للتقادم المكسب في العقار

إلى جانب الحيازة كشرط مشترك لنوعى التقادم المكسب ، هناك مجموعة من الأحكام أو القواعد العامة والمشاركة بين النوعين ، ويتمثل أحد هذه الأحكام في مضي المدة المحددة بواسطة القانون حيث يشترط القانون أن تبدأ الحيازة وتستمر مدة معينة يستطيع عند نهايتها الحائز أن يتمسك بالتقادم ، ومقتضى ذلك ينبغي التعرف على مقدار تلك المدة في كلا النوعين وما الحكمة من اشتراطها ومدى جواز الاتفاق على تعديلها .

وثاني تلك الأحكام العامة يتمثل في أعمال التقادم من ناحية كيفية التمسك أو الدفع به ومن يجوز لهم التمسك أو الدفع بالتقادم . ثم بيان مدى جواز التزول عن التقادم سواء كان هذا التزول مسبقاً أو بعد بدئه أو بعد تمامه ، ومدى حق بعض الأشخاص في الطعن على التزول الصادر من الحائز عن التقادم .

وأخيراً نتناول آثار التقادم المكسب كسب من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية ، وكذلك ينبغي التعرف على فكرة الأثر الرجعي للتقادم ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : مضي المدة في التقادم المكسب في العقار

المطلب الثاني : عوارض التقادم المكسب في العقار

المطلب الثالث : أعمال التقادم المكسب في العقار

المطلب الرابع : آثار التقادم المكسب في العقار

المطلب الأول

مضى المدة فى التقادم المكسب فى العقار

نتناول هذا المطلب فى فرعين :

الأول : مقدار المدة وسريانها وحسابها وتنازع القوانين بشأنها .

الثانى : تمام المدة ومدى جواز ضم الحيازات المتعاقبة .

الفرع الأول

مقدار المدة وبدء سريانها وكيفية حسابها وتنازع القوانين

أولاً : - مقدار المدة وبدء سريانها وحكمة اشتراطها وعدم جواز الاتفاق على تعديلها :

١ - مقدار المدة وحكمة اشتراطها :

تختلف مدة التقادم المكسب العقارى بحسب ما إذا كان التقادم طويلاً أو قصيراً فبالنسبة للتقادم الطويل هى ثلاثون سنة فى القانون الفرنسى (م ٢٢٦٢) والبولندى (م ٢٠٠) و الاسبانى (م ١٩٥٩) و البرتغالى (م ٥٢٩) و النمساوى (م ١٢٣) و الالمانى (٩٢٧ / ٩٠٠)^(١) ، وهى خمس عشرة سنة فى القانون المصرى (م ٩٦٨) والعراقى (١ / ١١٥٨) والسورى (م ٩١٧) والليبي (٩٧٢) وقلنزون الملكية العقارية اللبناى (م ٢٥٧) .

أما مدة التقادم القصير فى حالة توافر حسن النية والسبب الصحيح لدى الحائز فهى تتراوح ما بين عشر إلى عشرين سنة فى القانون الفرنسى (م ٢٢٦٥) بحسب ما إذا كان المالك يقيم داخل أو خارج دائرة محكمة الاستئناف التى بما العقار وهى خمس سنوات فى القانون المدين المصرى (م ٩٦٩) و الليبي (م ٩٧٣) و العراقى (م ٢ / ١١٥٨) و السورى (م ٩١٨) وقانون الملكية العقارية اللبناى (م ٢٥٧) . وقد ذهب بعض من الفقه الفرنسى إلى نقد المشرع الفرنسى من حيث إطالة مدة التقادم الطويل وجعلها ثلاثين سنة ، لأن وسائل المواصلات قد تقدمت بما يسهل على الحائز مراقبة ملكه فى أى مكان وإن طول المدة يحتمل أن تضع معه الأدلة أو موت الشهود بعد تلك الفترة الطويلة ، ويناشدون

(١) والمدة عشرون سنة فى القانون الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ بنص المادة ١١٥٨ / ١ بعد أن كانت ثلاثين من قبل ، وعشرون سنة فى القانون الانجليزى ، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٧٤ هـ (١) .

مشرعهم بالتدخل لتقصير مدة التقادم الطويل يجعلها عشر سنوات أو خمس عشر سنة، نظراً لما طرأ على المجتمع من تطور يحتم الأخذ بمدة أقصر من المحددة بالقانون (١).

كما أن في الفقه المصري من يدعو المشرع إلى تقصير مدة التقادم الطويل لجعلها عشر سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة ، لكي يحل المالك على العناية بماله واستغلاله بما يعود على المجتمع بالنفع الاقتصادي، وحتى لو كان الخائن سيئ النية في بعض الأحوال فليس هناك ما يدعوا إلى التشدد مع مثل ذلك الخائن ، خصوصاً وأن التقادم يهدف إلى استقرار الأوضاع وفي نفس الوقت معاقبة للمالك الذي لا يعنى بماله (٢).

وفي الواقع أن ما يدعو إليه الرأي السابق في الفقه المصري بتقصير مدة التقادم الطويل إلى عشر سنوات بدلاً من خمس عشر سنة ، أمر غير محمود ، لأنه التقادم وإن كان يبنى على أساس استقرار الأوضاع الاجتماعية ، فليس معنى ذلك محاباة الخائن الذي يكون في أحوال معينة مجرد غاصب وليس صاحب حق ومن ثم لا تقصر المدة لصالحه على حساب صاحب الحق وإذا كان الخائن صاحب حق - هو في الغالب - فهو يكون دائماً مستقر في حيازته ، إذ في غالب الأحوال تكون لديه من الأدلة والمستندات ما يؤيد به حيازته ومن ثم ملكيته ، فقد يكون وارثاً أو موصى له أو مشترياً ، وفي تلك الحالة تكون متوافرة لديه أدلة لا تعوزه دائماً إلى التقادم .

والمدة ضرورية في التقادم المكسب العقارى لأن التقادم قوامه عنصران هما : الحيازة والزمن ، فالحيازة لا تكفى بمفردها في مجال حيازة العقارات ، و يجب أن تستمر المدة القانونية لكي تنتج آثارها .
فالتقادم هو نتيجة تفاعل الحيازة مع الزمن .

وقد قصد المشرع من استمرار الحيازة مدة معينة اعطاء المالك الوقت الكافي للاعتراض على الاعتداء الواقع على ملكه واسترداد الحيازة الممارسة بواسطة الغير. فقد راعى المشرع بذلك مصلحة المالك بمنحه الفرصة الوقتية لكي يهب للدفاع عن أمواله والمعتالبة بها . فالمشرع عندما قرر استمرار الحيازة زمناً معيناً أراد بذلك عدم تشجيع الغصب ، والاطمئنان الى استقرار المراكز الواقعية مدة من الزمن لكي يتحول الواقع الى حق ، وبذلك يكون المشرع قد أتاح لصاحب الحق المدة الزمنية الكافية لكي يسعى

(١) Baudry et Tissier, N. 587 bis, p. 434 .

= وكان لتلك الانتقادات صدى حيث قدم اقتراح إلى البرلمان الفرنسي في ١٠ ديسمبر ١٩٠٤ لتخفيض مدة للتقادم ، وجعل حدها الأقصى عشرين سنة والتقصير عشر سنوات ولكن هذا الاقتراح لم يقر .

Baudry et Tissier, N. 587 bis, p. 435 Note (1) .

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٧٥ ، هـ (٤) .
= وتوجد مدة الست والثلاثين سنة في القانون العراقي وهي خاصة بكسب ملكية العقارات الخاصة للدولة (م ١٢١٩ مدني) وعشر سنوات بالنسبة لكسب حق الانتفاع على تلك الأراضي (م ١١٨٤) د. حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٨٥ ص ٣٦٦ .

إلى اقتضاء حقه وعدم كسبه بالتقادم من جانب الحائز فإذا أهمل صاحب الحق طوال تلك الفترة أصبح غير جدير بحماية القانون ، وأصبح الحائز أهلاً لتلك الرعاية (١).

٢ - عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب .

التقادم المكسب نظام فرضته الضرورة الاجتماعية والرغبة في استقرار تلك الأوضاع ، ومن هذا المنطلق أصبحت القواعد التي تتعلق بوجود التقادم ومدته تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فلا يجوز للأفراد الاتفاق على جعل أى حق بمنأى عن التقادم المكسب ولا يجوز الاتفاق مسبقاً على إطالة أو تقصير مدة التقادم أو الزول عنه (٢) .

وقد حظر القانون المدني المصرى الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب سواء بإطالتها أو تقصيرها ، حيث نص في المادة ٩٧٣ على أنه : " تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب ، فيما يتعلق ... بالاتفاق على تعديل المدة " ، وإذا رجعنا إلى المادة ١/٣٨٨ نجد أنها تنص على أنه " لا يجوز الزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون " ، وهذه المادة لا تعارض مع طبيعة التقادم المكسب فوجب تطبيقها عليه ، حيث لا يجوز الاتفاق بين المالك والحائز على أن حقاً ما غير قابل للتقادم أو تعديل مدة التقادم بالإطالة أو التقصير .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للمادة ١/ ٣٨٨ علة هذا الحكم بقولها : " فُحج القانون الجديد منتهج المشروع الفرنسى الايطالى فحظر كل تعديل اتفاقي لمدة التقادم المقررة في القانون وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى فيما بينهم على اقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة في القانون على المتعاقدين إطلاقاً لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ولا ينبغي أن يترك تطبيقه لمشيئة الأفراد ، فلا يجوز إذن تقصير مدة التقادم أو اطالتها والتنازل عن أى تقادم قبل ثبوت الحق فيه " (٣) .

فلا يجوز إذن للأفراد أن يتفقوا على استبعاد التقادم . كما لا يجوز لهم الاتفاق على مدة أطول للتقادم من المدة التي حددها القانون ، وعلة ذلك أن إطالة التقادم عن المدة المحددة في القانون ينطوى على معنى النزول عن التقادم المستقبل بطريقة غير مباشرة كما أن إطالتها أكثر من اللازم يعنى أن التقادم لا يتبع إطلاقاً ، والزول المستقبل عن التقادم لا يجوز كما أن استبعاده محظور بنص القانون (٤) .

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٧٠ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٥ ص ٥٨٥ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٦ ص ٥٧٤ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٠ ص ١٠١٣ ، نقض ١٩٧٠/٢/٣ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ٢٥٠٤ ص ٤٠٣ .

(٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى - ج ٦ ص ٤٠٥ - ٤٠٦ .

(٤) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٨٦ ص ١٨٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٠ ص ١٠١٣ - ١٠١٤ ، نقض مدنى ١٩٧٠/٢/٣ ، مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٥٠٤ ص ٤٠٣ =

ثانياً : - بدء سريان مدة التقادم المكسب :

بصدد بدء سريان مدة التقادم المكسب ينغى التفرقة بين الحقوق الحالة ، والحقوق الشرطية ،
والحقوق الأجلية ، والحقوق الاحتمالية :

أ - الحقوق الحالة :

الحقوق العينية الحالة هي تلك الحقوق التي ليست معلقة على شرط أو مضافة إلى أجل ، وفي هذا
النوع يبدأ التقادم في السريان من لحظة الدخول في الحيازة ، ففي اللحظة التي يستطيع فيها الحائز السيطرة
مادياً على العين يبدأ في السريان ، ومعنى أدق من اليوم التالي للدخول في الحيازة ^(١) ، لأن اليوم الذي
يضع فيه الحائز يده على العقار يوم ناقص لا يحسب ضمن مدة التقادم .

فإذا كانت الحيازة قانونية مستجمعة ركنها المادى والمعنوى ، يبدأ التقادم من اليوم التالي لوضع
اليده ، اما لو كانت حيازة عرضية ، فإن التقادم يبدأ من اليوم الذي تتحول فيه من عرضية إلى حيازة
قانونية ، اما بفعل الغير أو بفعل الحائز (م ٩٧٢ / ٢) ، وإذا كانت الحيازة مشوبة بأحد عيوبها فإنها لا
تضحى مفيدة إلا من اليوم التالي لخلوها من العيب الذي يلحقها ^(٢) .

أما إذا كان التقادم قصير وهو الذى يستلزم حسن النية والسبب الصحيح فإنه لا يبدأ في
السريان إلا من الوقت الذى يسجل فيه الحائز سببه الصحيح ، حتى ولو بدأت حيازته للعقار قبل ذلك ،
فالسند غير المسجل لا يصلح سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير ، فإذا ما سجل السبب فإن التقادم يبدأ
في السريان لصالح الحائز من لحظة تسجيل السبب الصحيح ^(٣) ، أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن التقادم
القصير يبدأ في السريان من لحظة صدور السبب الصحيح حيث لا يشترط تسجيل التصرف الا ليكسبون
حجة على الغير ^(٤) .

٢ - الحقوق الشرطية والحقوق الأجلية :

الشرط بصفة عامة هو أمر عارض ويلحق به نص صريح جوهري من عناصر الحق ، وهو
وصف يلحق الحق بعد تكوينه والشرط لا يكون داخلياً في تكوين الحق ذاته ، بل يضاف إليه
بعد ذلك ، ويمكن قيام الحق بدون الشرط . ومن ثم فإن الشرط قد يوجد أو لا يوجد ، فإن
وجد أصبح الحق موصوفاً بالشرط ، وان لم يوجد فإن الحق يقوم بالرغم من عدم وجود الشرط

= Baudry et Tissier, N. 62.

(١) محمد عبد اللطيف التقادم - بند ١٢٩ ص ١٠٥ ، د. محمد على عرفه - ج٢ - بند ١٤٨ ص ٢٧٢
Planiol, Ripert et Picard, III, N. 695, P. 703.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٦ ص ٣٢٦ .

(٣) د. عبد المنعم البدرأوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٣٣ ص ٥٧٠ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال -

بند ٣٢٦ ص ٤٥٥ .
(4) Mazeaud et Chabas, II, 1503, P. 256, N. 1504, B257.

لأنه ليس عنصراً جوهرياً من عناصر تكوين الحق . والشرط نوعان : فهو إما أن يكون شرطاً واقفاً إذا كان وجود الالتزام أو الحق مترتباً على هذا الشرط ، وإما أن يكون فاسخاً إذا كان زوال الالتزام أو الحق مترتباً على هذا الشرط (١) .

والأجل بصفة عامة هو كالشرط لا يمثل عنصراً جوهرياً للالتزام أو الحق بل هو عنصر عارض يلحق بالالتزام بعد تمامه وهو امر مستقبل . ولكنه يختلف عن الشرط في أن الأجل وإن كان امر عارضاً ومستقبلاً إلا أنه محقق الوقوع ، بخلاف الشرط فهو غير محقق الوقوع ، والأجل نوعان : فهو يكون أجلاً واقفاً إذا كان نفاذ الالتزام مترتباً على هذا الأجل ، ويكون فاسخاً إذا كان انقضاء الالتزام مترتباً على حلول ذلك الأجل (٢) .

وروفقاً لما تقدم ، متى يبدأ سريان تلك الحقوق ؟ هل من تاريخ تحقق الشرط أو حلول الأجل أم من تاريخ الدخول في الحياة ؟ الواقع أن بدء سريان التقادم بالنسبة للحقوق الشرطية والحقوق الأجلية محل تباين بين القانون المصرى وبين القانون الفرنسى .

ففى القانون الفرنسى نجد المادة (٢٢٥٧) تنص على أن " التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالدين المعلق على شرط إلا من وقت تحقق الشرط وفيما يتعلق بالدين المضاف إلى أجل إلا من وقت حلول الأجل " ، وقد وردت تلك المادة ضمن الأحكام العامة للتقادم . ومن ثم نشأ خلاف في القانون الفرنسى بين الفقه والقضاء حول مدى تطبيق أحكام تلك المادة على الحقوق العينية الشرطية والحقوق العينية الأجلية .

يرى بعض الفقه الفرنسى أن التقادم المكسب المعلق على شرط واقف أو أجل يبدأ في السريان لصالح الحائز من لحظة الدخول في الحياة المستوفية لأركانها وشروطها القانونية استناداً إلى أن حق المالك تحت شرط واقف حق موجود ولصاحبه القيام بأعمال الحفظ وفقاً للمادة (١١٨٠) من القانون المدنى ، ومنها قطع التقادم السارى ، كما أن التقادم المكسب أساسه الحياة ، والحياة توجد ولو كان العقار محملاً بحقوق شرطية ولذلك يبدأ مع الحياة ، ولا يوجد سبب للقول بأن التقادم لا يسرى إلا من وقت تحقق الشرط ، فالغير يجوز العقار ولو كان محملاً بحقوق شرطية أو أجلية ، كما أن كلمة دين Creance الواردة بالمادة (٢٢٥٧) لا تعنى معنى كلمة حق ، ولا تشير إلا إلى الحقوق

(٢٠١) انظر فى الأجل والشرط .. د . محمود جمال الدين ذكى - نظرية الالتزام فى القانون المدنى - الجزء الثانى فى أحكام الالتزام - طبعة ١٩٧٤ - مطبعة جامعة القاهرة - بندا ٨٨ - ١٠٧ ص ١١٥ - ١٣١ ، د . عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثالث - نظرية الالتزام بوجه عام - الأوصاف - الحوالة - الانقضاء - طبعة ١٩٥٨ - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - بندا ٤ - ٧٩ ص ٨ - ١٣١ .

الشخصية *droits Personnels* وهذا النص لا يجوز التوسع فيه لأنه نص استثنائي^(١) أما القضاء الفرنسي فقد كان له رأى مخالف للرأى السابق ، وشايعه في ذلك بعض الفقه الفرنسي^(٢) ، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التقادم المكسب لا يبدأ فى السريان إلا من وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل استناداً إلى أن القاعدة الواردة بالمادة ٢٢٥٧ وردت بين الأحكام العامة للتقادم ولذلك هى قابلة للتطبيق على الحقوق العينية الشرطية كما تطبق على حقوق الدائنية ، لأن كلمة *Creance* المذكورة فى تلك المادة لها معنى كلمة *droit* ومن ثم تطبق على الحقوق العينية. كما إن التقادم المكسب لا يؤسس فقط على الحيازة ، بل يلزم إلى جانب الحيازة إهمال من جانب الشخص الذى يسرى التقادم ضده ، وحق المالك على شرط واقف أو أجل لم يولد بعد ، وبالتالي فلا يمكن أن ينسب إليه الإهمال أو عدم المحافظة على حقه ، لأن حقه فى الدعوى لم يولد بعد فلا مجال للقبول بسريان التقادم قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل^(٣).

ولا مجال فى القانون المصرى للخلاف الذى نشأ فى القانون الفرنسى بسبب الخلط بين أحكام التقادم بنوعيه المكسب والمسقط . فالقانون المصرى كان صريحاً فى هذه النقطة حيث أحال إلى قواعد التقادم المسقط (م ٩٧٣) فيما يتعلق بحساب مدة التقادم ولا شك أن حساب المدة يدخل فيها تحديد بدء سريانها^(٤).

وإذا رجعنا إلى المادة (٣٨١) المتعلقة بالتقادم المسقط نجد أنها تقرر فى الفقرة الثانية أنه " لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى يتقضى فيه الأجل " . ووفقاً لذلك فإن التقادم المكسب لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط أو انقضاء الأجل ، فلو أوصى شخص لآخر بعقار تحت شرط واقف ثم قام أحد ورثة الموصى ببيع العقار الموهوب وسلم إلى المشتري وحازه الأخير ، فلا يبدأ السريان لمصلحة المشتري الحائز ضد الموصى له الا عند تحقق الشرط ، لأن حق الموصى له لا يصبح نافذاً إلا بتحقيق الشرط ، وقبل

(1) Baudry et Tissier, N 394,P.309,N.396,P.309-312, N. 397,P. 313 Aubry et Rau, II, N.213.

= وشايع هذا الرأى بعض أحكام المحاكم منها على سبيل المثال :

Toulaus, 13-3-1827 ; Pau 22-11-1856 , D.P.1857 ,2,61 ; Bordaux 16-6-1936 ,D.H. 1936,500,cité par Enc.D.1984,V,Prescription ,N.115,P;10 .

(2) Cass Civ.16-11-1857,D.P.1858,I,54 ; 28-1-1862 , D.P.1862,I,89 ; Ayen 21-7-1862. D.P.1862,II,122 ; Pau.26-6-1888,D.P.1889,II,1119, Cité Par, P.C.D.code civil ,1931,P.842 .

(3) Alex Weill, droit civil,II,N.456.P.393 ; Mazeaud et Chabas,II, N1494, P.246 ; Planiol,I,N.2654.

(٤) د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٤٨ ص ٢٧٥ .

تحقق الشرط لا يستطيع الموصى له رفع دعوى عينيه ضد الحائز ومن ثم لا يسرى التقادم ضده^(١) . ولا يمكن الاعتراض على ذلك بأن تحقق الشرط له أثر رجعي يرجع إلى وقت إبرام التصرف ، فيعتبر الحق موجوداً من ذلك الوقت ولذلك يسرى التقادم من وقت بدء الحيازة ، ذلك أن فكرة الأثر الرجعي للشرط من قبيل المجاز والحيلة يأخذ بها المشرع لتنظيم مضمير التصرفات التي تصدر من أحد المتعاقدين أثناء مدة التعليق ومن ثم فلا يكون للمجاز قوة الحقيقة ، ولذلك لا يبدأ التقادم في السريان إلا منذ تحقق الشرط أو انقضاء الأجل^(٢) . وإذا كان التصرف المعلق على شرط أو أجل واقف موجوداً أثناء فترة التعليق إلا أنه له وجود ناقص ولا يكتمل إلا إذا تحقق الشرط . ومن ثم فهو غير نافذ ، والعبوة بنفاذ الحق لا بوجوده ، ولذلك لا يبدأ سريان التقادم إلا بنفاذ الحق^(٣) .

٣ - الحق العيني الاحتمالي :

الوصف في الحق الاحتمالي أمر جوهري وهذا الوصف يمثل نقصاناً في عنصر من العناصر الجوهرية للحق ، فلو أوصى شخص لآخر بعقار فإن حق الموصى له ينقصه عنصر جوهري وهو موت الموصى ، فقبل موت الموصى ليس للموصى له إلا مجرد أمل لاحتمال رجوع الموصى عن وصيته ، ومن ثم يمكن تصور الحق بدون الشرط لأن الشرط أمر عارض ، أما الحق الاحتمالي ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية ولا يمكن قيام الحق كاملاً إلا بوجود ذلك العنصر^(٤) .

وإذا كان الحق العيني المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة له إلا منذ تحقق الشرط أو حلول الأجل ، فمن باب أولى لا يسرى التقادم المكسب في حالة الحق الاحتمالي الا

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٨ ص ٥٨٨ .

(٢) د . السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٣ ص ١٠١٧ ، هـ (١)

(٣) د . السنيوري - الوسيط - ج ٣ بند ٣١ ص ٤١-٤٢ ، د . محمود جمال الدين ذكي - أحكام الالتزام بند ٩٤ ص ١٢١ .

وقضى بأن : مدة سقوط الحقوق بعدم استعمالها لا يصح أن تبدأ الا من اليوم الذي يكون فيه استعمال الحق ممكناً " ١٩٤٥/٤/١١ مجموعة القواعد ج ١٥٣ ص ٢٨٣ .

= وأن مدة سقوط الحق في المطالبة بالدين تبدأ من تاريخ وجوب أدائه على المدين وإذا كان وجوده مؤجلاً أو مطلقاً على شرط فسقوطه بالتقادم تبدأ مدته عند حلول الأجل أو تحقق الشرط " ١٩٣٨/٢/٣ مجموعة القواعد رقم ١٥٤ ص ٢٨٣ .

= وقد أخذ القانون اللبناني بما ذهب إليه غالبية الفقه المصري وفقاً لنص المادة ٣٤٨ عقود وموجبات حيث تنص على أنه " لا يبدأ حكم مرور الزمن الا من يوم أن يصبح الدين مستحق الاداء... " ونفس الحكم في القانون المدني السوري ، د . محمد علي الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٣٣٥ - ٣٣٦ .

= وهناك في الفقه المصري من يقول بعكس ما قال به غالبية الفقه - أن التقادم المكسب يسرى في حالة الحق المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل من اليوم التالي للدخول في الحيازة استناداً إلى أن صاحب الحق يستطيع القيام بالإجراءات التحفظية لحفظ حقه ، وأن الحيازة وضع مادي مقتضاه السيطرة المادية الفعلية على العين محل الحيازة في مواجهة الكافة ، ومن ثم فهي تحدث أثارها من وقت تحققها لدى الحائز ، محمد عبد النظيف - التقادم - بند ١٣١ ، ص ١٠٨ د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٩٦ .

(٤) د . السنيوري - الوسيط - ج ٣ بند ١٦ ص ٢٤ - ٢٥ .

من وقت استكمال جميع عناصره الجوهرية بحيث يصبح موجوداً وناظراً . ففي حالة الوعد بالبيع لا يوجد حق الموعود له ولا يستكمل ذلك الحق عناصره الا بابداء الموعود له رغبته في الشراء ، ومن ثم لا يبدأ التقادم في السريان إلا من وقت ابداء الرغبة في الشراء لأن وقت ابداء الرغبة في الشراء هو ذلك الوقت الذي تكتمل فيه عناصر ذلك الحق^(١) .

فالخقوق الاحتمالية لا تكتسب بالتقادم لأنها لم توجد بعد وهي مجرد أمل وعدم جواز اكتسابها بالتقادم يرجع إلى أن الحق الاحتمالي لم يوجد في ذمة صاحبه ولا محل لمؤاخذته بسريان التقادم ضده بدون إهمال أو تقصير لأن صاحب الحق الاحتمالي لم يكن يستطيع قطع التقادم الساري ضده^(٢) .
ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية بشأن تحديد بدء سريان التقادم ، إذ إن "تحصيل الواقعة التي يبدأ بها التقادم هو ما تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائفاً"^(٣) .

ثالثاً : كيفية حساب مدة التقادم المكتسب :

بشأن كيفية حساب المدة نجد أن المادة ٩٧٣ من القانون المدني المصري أحالت إلى قواعد التقادم المسقط ، وإذا رجعنا إلى المادة ٣٨٠ الخاصة بالتقادم المسقط نجد أنها تنص على أن "تحتسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها." ، كما أن المادة (٢٢٦٠) من القانون المدني الفرنسي تنص على : "التقادم يحسب بالأيام لا بالساعات" . و المادة (٢٢٦١) بقولها إن : "التقادم يتم بانقضاء اليوم الأخير" ، كما أن المادة الثالثة من القانون المدني المصري تنص على أن "تحتسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك" .

ومن مجموع تلك النصوص يتضح أن مدة التقادم تحسب بالأيام لا بالساعات ، والسبب في ذلك أن حساب مدة التقادم بالساعات أمر معتذر إذ غالباً ما يكون إثبات الحيازة بشهادة الشهود ومن العسير على الشاهد أن يتذكر ساعة بدء الحيازة ، ولكن من السهل عليه تذكر اليوم الذي بدأت فيه وإذا وجد

(١) د . السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٤ ص ١٠٢ .

(٢) د . كامل مرسى ج ٤ - بند ١١٢ - ص ١١٠ ، د (٢) ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٨ ص ٥٨٩ .

Mazeaud et Chabas, II, N 1494, P. 296; Enc. D., 1984, vo. Prescription, N. 120, P. 11.

= ومما هو جدير بالذكر أن التقادم في حالة الحق العيني المعلق على شرط فاسخ ، يبدأ سريانه من بدء الحيازة لأنه حق نافذ . ولا محل للانتظار لمعرفة مال الشرط الفاسخ والحق موجود وتم ولصاحبه أن يباشر دعاوى الحيازة والملكية ، بالرغم من كونه حق معلق على خطر الزوال فيما لو تحقق الشرط فبالرغم من خطر الزوال فإن التقادم يبدأ مع الحيازة دون انتظار مال للشرط الفاسخ . د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٨ ص ٥٨٩ . ، محنت على الأمين - التقادم المكتسب للملكية ص ٣٤٠ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣٣٠ ص ١٠٩ . د . السنيوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٣ ص ١٠١٧ د (٤) .

(٣) نقض ١٩٦٠/٢/٢٥ مجموعة الأحكام ص ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ .

سند يبين بدء الحيازة فدايماً يذكر فيه يوم التعاقد ، ونادراً ما يتضمن ذكر الساعة التي وجد فيها السند فكان من الأفضل الاعتماد على الأيام في حساب مدة التقادم بدلاً من الساعات^(١)

ومقتضى احتساب التقادم بالأيام أن مدة التقادم تبدأ من اليوم التالي لوضع اليد ، بما يعنى عدم احتساب اليوم الأول للحيازة وهو يوم وضع اليد ، لأنه يوم ناقص ، فلو أضيف ضمن المدة لأدى ذلك إلى مخالفة المبدأ القاضى بأن المدة تحسب بالأيام لا بالساعات ، أما اليوم التالى فهو يوم كامل بما يقتضى بدء حساب المدة منه^(٢) ، وتحسب ضمن المدة أيام العطلات والأعياد .

وبشأن حقوق الارتفاق فإن حساب مدة التقادم بالنسبة لتلك الحقوق يبدأ من اليوم التالى لقيام الخائن بأعمال مادية ظاهرة دالة على حق الارتفاق الذى يريد الخائن كسبه بالتقادم ، لأن حقوق الارتفاق ينبغى أن تكون لها علامات مادية خارجية دالة عليها^(٣) .

وتحسب مدة الشهور والسنوات بصفة كمية بدون النظر إلى عدد أيام الشهر وما إذا كانت السنة كيسية^(٤) ، أو بسيطة ، ومن ثم إذا كان اليوم الذى بدأت فيه المدة ليس له مقابل فى الشهر الذى ينتهى فيه التقادم كيوم الحادى والثلاثين من بعض الشهور فإن التقادم ينتهى بانتهاء اليوم الأخير من الشهر^(٥) ولا ينظر إلى عدد أيام الشهر فيما إذا كانت ثلاثين أو واحد وثلاثين يوماً .

وتقتضى المدة بانقضاء آخر يوم منها فإذا ما قام المالك باتخاذ إجراء يودى إلى قطع التقادم السارى ضده فى آخر يوم فإن القطع يصح^(٦) ، لأن اليوم الأخير يحسب بكامله ضمن مدة التقادم .

وإذا صادف آخر أيام التقادم عيد أو عطلة رسمية ، ذهب بعض من الفقه المصرى والفرنسى إلى أن مدة التقادم تنتهى بانتهاء اليوم الأخير ، ولو صادف ذلك عطلة أو عيد ، ولا محل للقياس على مواعيد المرافعات لأن مواعيد التقادم من السعة والطول بحيث يتمكن صاحب الحق من اتخاذ إجراءات قطع التقادم فى خلال تلك المدة الطويلة ، كما أنه يجوز لصاحب الحق أن يقوم باتخاذ إجراءات قطع التقادم ولو صادف اليوم الأخير عطلة أو عيداً وذلك بالحصول على إذن من القاضى المختص ، ومن ثم فلا ينبغى إعطاء صاحب الحق الذى أهمل طوال تلك المدة الطويلة ميزة الامتداد لأن التقادم يقوم أساساً على

(١) د. كامل مرسى ج٤ - بند ٦٦ ص ٦٨ ، د. محمد على عرفه - ج٢ - بند ١٤٨ ص ٨٧٣ .

Planiol , I, N. 2656 , P. 832.

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٨٣ .

Planiol , I, N. 2656 , P. 832 , Enc .D., 1995, VII, vo . Prescription, N. 145, P. 12

(٣) د. محمد على عرفه ج٤ - بند ١٤٨ ص ٢٧٣ .

(4) Alex Weill, droit civil, N. 449, P. 388, Mazeaud et Chabas, II, N. 1488, P. 244.

(٥) د. كامل مرسى - ج٤ - بند ٦٦ ص ٦٩ .

(٦) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٦ ص ٢٩٧ ، د. عبد المنعم شرح الصده - حق الملكية -

بند ٣٨٦ ص ٥٨٦ .

استقرار الأوضاع الاجتماعية^(١)

والواقع أن الرأي الأوفق هو القائل بامتداد ميعاد التقادم إذ صادف آخر يوم عطلة رسمية أو عيداً بحيث يمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة أو العيد لاعتبار ذلك من قبيل القوة القاهرة يتعذر معسها اتخاذ اجراء لقطع التقادم^(٢) ، كما أن تقرير امتداد الميعاد إلى ما بعد العطلة أو العيد فيه مراعاة لجانب المالك كى لا يضيع حقه بكسبه بواسطة الحائز وعدم تشجيع الغصب فيما لو كان الحائز غاصب أو سعى النية ، فقد لا تتوافر لصاحب الحق وسائل المطالبة بحقه الا في الأيام الأخيرة للمدة ولا يتيسر له المطالبة الا في اليوم الأخير منها ، فإذا صادف ذلك اليوم عطلة أو عيداً فإن من العدالة امتداد الميعاد الى أول يوم عمل ليقوم باتخاذ إجراءات قاطعة للتقادم السارى ضده .

وتحسب المدة بالتقويم الميلادى وفقاً لما نصت عليه المادة الثالثة من القانون المدنى بقولها : "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى ما لم ينص القانون على غير ذلك".

رابعاً : التقادم المكسب فى العقار وتنازع القوانين

القانون ليس هدفاً فى ذاته ولكن هو وسيلة لحل مشاكل المجتمع ، ومن ثم فإن القانون يجب أن يوضع موضع التطبيق على الوقائع لمعرفة مدى مناسبة أحكامه ووضع القانون موضع التطبيق يأخذ نطاقين أحدهما زمانى ، والآخر مكانى . ويقصد بالنطاق الزمانى تحديد الفترة الزمنية التى يطبق خلالها القانون . ويقصد بالنطاق المكانى الحيز الإقليمى الذى يطبق داخله القانون .

وعند تطبيق القانون زمنياً يحدث الا يستمر فى التطبيق مدى الحياة فبعد فترة من تطور أوضاع المجتمع يحدث عدم تلاؤم بين القانون المطبق وبين الروابط الاجتماعية ، فيبادر المشرع إلى إصدار قانون جديد يتلائم مع التطورات الجديدة ، و من ثم يحدث التنازع بين القانون القديم وبين القانون الجديد فيما يتعلق بزمان تطبيق كل من القانونين ، وذلك ما يسمى بتنازع القوانين من حيث الزمان .

كما أن تطبيق القانون على حيز إقليمى معين لا يؤدي إلى مشاكل فيما لو كانت كل دولة تعيش بمعزل عن بقية الدول ولكن تشابك المصالح يؤدي إلى وجود أشخاص على إقليم دولة من رعايا الأخرى

(١) منهم على سبيل المثال : د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٢١ ص ٥٥٢ .
د . محمد على عرفه ج ٢ بند ١١٤٨ ص ٢٧٦ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٨٦ .
Plan I.N. 2657 , P. 832 : Alex Will, droit civil, N.449, P. 388 .
= وقد شايحت بعض أحكام النقض الفرنسى هذا الرأي مشار إليها لدى مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٨٦ .
وبعض الأحكام مشار إليها فى :

Enc.D., 1995, VII, vo . Prescription, N.147, P. 12

(٢) منهم على سبيل المثال : د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨١ ص ١٠١٥ ، د . عبد المنعم فرج الصدد - حق الملكية - بند ٣٨٧ ص ٥٨٦ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٦ ص ٢٩٧ ، والمذكورة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ج ٣ ص ٣٢٥ .

سواء كانوا يعيرون بصفة مؤقتة أو بصفة دائمة، ووفقاً لهذا التشابك تنور مسألة ما يسمى بتنازع القوانين من حيث المكان .

والتقادم باعتباره مسألة قانونية يعرض لمسألة تنازع القوانين سواء من حيث الزمان أو حيث المكان، ومن ثم يقتضى الأمر التعرف على مدى تأثير تنازع القوانين من الناحية الزمانية أو المكانية على أحكام التقادم المكسب العقارى .

١ - التقادم المكسب فى العقار وتنازع القوانين من حيث الزمان :

بصد تنازع القوانين من حيث الزمان المكان نص المشرع المصرى فى المادة السابعة من القانون المدنى على أن : "١- تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كسل تقادم لم يكتمل ٢- على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة "

وقد نصت المادة الثامنة على أنه : " ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرر النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢- أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى " ، كما أن المادة ١٨٧ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ تنص على أن : " لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، وعلى ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " .

وبجانب النصوص المصرية نجد أن المشرع الفرنسى نص فى المادة الثانية من القانون المدنى على : "أن القانون لا يطبق الا بالنسبة للمستقبل ولا يكون له أثر رجعى " ، كما نجد المادة ٢٢٨١ تقرر أن : " ١ - التقادم الذى بدأ لحظة نشر القانون يظل خاضعاً لأحكام القوانين القديمة " .

ومما سبق ذكره نجد أن مسألة مدى تأثير تنازع القوانين على التقادم من حيث الزمان تقوم على مبدئين أحدهما: عدم رجعية قوانين التقادم أو ثانيهما : الأثر المباشر لقوانين التقادم .

١ - عدم رجعية قوانين التقادم :

إذا صدر قانون جديد يعدل فى شروط التقادم أو مدته فإن ذلك القانون لا يكون له أثر رجعى على التقادم المكسب الذى اكتملت مدته فى ظل القانون القديم ، لأن الحق الذى اكتملت مدة تقادمه فى ظل القانون القديم أصبح حقاً مكتسباً بدخوله فى ذمة الشخص ويكفل له القانون حماية تجبر الغير على

احترامه وعدم المساس به^(١) .
بمعنى أن القانون الجديد لا يجوز له المساس بالمراكز القانونية وعناصر تكوينها وآثارها طالما أنها تحققت في ظل القانون القديم^(٢) ، فلو صدر قانون جديد يغير في شروط التقادم أو بدئه أو وقته أو انقطاعه ، فإن ذلك التغيير لا يسرى بأثر رجعى على ما تم من ذلك في ظل القانون القديم . لأن القانون الجديد لا يترتب عليه احياء حق سقط طبقاً للقانون القديم . وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " القاعدة بحسب مفهوم المادة ٧ من القانون المدنى أن النصوص المتعلقة بالتقادم لا تسرى على ما اكتمل من التقادم وفقاً للنصوص القديمة قبل العمل بالنصوص الجديدة " ^(٣) ، ولا يمكن أن ينتج القانون أثراً إلا بالنسبة للمستقبل وينتج عن هذا المبدأ أنه عندما يعدل المشرع في مدة التقادم فإن هذا القانون لا يسرى على التقادم الذى اكتملت مدته ، فإذا " ما صدر قانون يقضى بعدم تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد لا يسرى على ما تم كسب ملكيته بالتقادم قبل العمل بالقانون الجديد " ^(٤) .

ب - سريان القانون الجديد بالنسبة للمستقبل :

إذا صدر قانون جديد يتعلق بالتقادم المكسب فإنه يسرى بالنسبة للمستقبل من وقت العمل به على كل تقادم لم يكتمل بعد^(٥) .
ففيما يتعلق بشروط التقادم يسرى القانون الجديد من وقت العمل به على كل عناصر التقادم التى تتحقق في ظلّه سواء من حيث قابلية أو عدم قابلية الحق للتقادم المكسب ، أو من حيث وقته أو انقطاعه ، فإذا قضى القانون الجديد بأن بعض الحقوق لا تكتسب بالتقادم فإنها تخرج من نطاق التقادم المكسب ولو كانت في ظل القانون القديم خاضعة له^(٦) ، طالما أن مدتها لم تتم في ظل القانون القديم .
ومثال ذلك ما نص عليه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بشأن عدم جواز كسب ملكية أموال

-
- (١) انظر في عرض فكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل وفقاً للنظرية التقليدية . د. محمد ابراهيم دسوقي - تنازع القوانين من حيث الزمان - طبعة ١٩٨٥ - الناشر دار ايهاب للنشر والتوزيع بأسبوط - بند ٢ وما بعده ص ١٠ وما بعدها . د. حسام الدين الأهوانى ، د. حمدى عبد الرحمن - مبادئ القانون - بند ٣٦٨ ص ٣٢١ وما بعدهما ، د. عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - بند ٢٨٥ وما بعده ص ٢٤٤ وما بعدها .
(٢) انظر : فى فكرة المراكز القانونية وفقاً للنظرية الحديثة - د. محمد ابراهيم دسوقي - تنازع القوانين من حيث المكان والزمان - بند ٦ ص ٢٤ وما بعدها .
(٣) نقض ١٩٦٦/٢/٢٤ مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٥٩ ص ٤٢٥ .
(٤) نقض ١٩٦٢/١١/٨ مجموعة الأحكام س ١٣ رقم ١٥٠ ص ٩٨١ ، ١٩٦٨/٣/٧ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٨١ ص ٥٣٨ .
(٥) عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - بند ٣٠٤ ص ٢٥٨ ، د. محمد ابراهيم دسوقي - مبادئ القانون - بند ١٢٨ ص ١٦٩ .
(٦) د. كامل مرسى ج٤ - بند ٩٦ - ص ٧٣ .

الدولة الخاصة بالتقادم^(١)، فإن هذا القانون يطبق بأثر مباشر ويؤدى إلى انقضاء مدة التقادم السابقة طالما أنها لم تتم قبل صدوره . فطالما أن مدة التقادم لم تتم فلا يكون للحائز سوى مجرد أمل وليس حقاً مكتسباً ، وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " مضى المدة المكتسبة للملكية أو المكتسبة للحق إذا ابتدأت تحت سلطان قديم ولم تتم وجاء قانون جديد فعدل من شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذى يسرى وتدخل المدة التى انقضت تحت سلطان القانون القديم فى حساب المدة التى قررها القانون الجديد" (٢) .

وإذا كان القانون القديم يقرر انقطاع التقادم المكتسب بالإقرار ثم جاء القانون الجديد وقسّر أن انقطاع التقادم لا يكون إلا برفع دعوى فالاجراء الأخير هو المعتد به لقطع التقادم ، وإذا كان القانون القديم لم يقض بوقف التقادم للمانع الأدبي كالزواج ثم جاء القانون الجديد وقرر أن التقادم يوقف للمانع الأدبي فإن الحكم الأخير هو الذى يسرى على التقادم ، ومن ذلك ما كان ينص عليه القانون المدنى السابق من وقف التقادم لصالح القاصر فى جميع الأحوال سواء كان له ممثل قانونى او لم يكن له ، ثم أتى القانون الحالى بحكم مفاده أن التقادم لا يقف لصالح القاصر طالما له ممثل قانونى والحكم الأخير هو واجب التطبيق على التقادم الذى لم يكتمل بعد (٣) .

أما فيما يتعلق بتعديل مدة التقادم فيما أن يكون التعديل بإطالة المسدة أو بتقصيرها وفى كلا الفرضين يسرى القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل بعد فلو أن القانون الجديد أطال مدة التقادم فبأن تلك المدة الجديدة واجبة التطبيق على التقادم الذى لم يكتمل ، مع حساب المدة السابقة ضمن مدة التقادم^(٤) . فلو فرضنا أن القانون القديم كان يقرر أن مدة التقادم المكتسب خمس عشرة سنة واستمر الحائز واضعاً يده عشر سنوات ، ثم أتى قانون جديد وأطال مدة التقادم بجعلها عشرين سنة فإن واضح اليد لا يكتسب الحق إلا بعد مضى عشر سنوات أخرى تضاف إلى المدة السابقة لتكتملة العشرين سنة التى أتى بها القانون الجديد .

فالمدة فى مثل هذا الفرض تحسب من يوم بدئها فى ظل القانون القديم لتكتملة المدة الأطول التى نص عليها القانون الجديد ، مع ملاحظة أن القانون القديم يحكم المدة التى سرت فى ظله من ناحية بدئها ووقفها وانقطاعها ، أما القانون الجديد فيحكم المدة التى تسرى تحت سلطانه من ناحية الوقف والانقطاع^(٥) .

(١) انظر : المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٧٥ مشار إليها فى ص ٢٦ ، ص ١١٢ وما بعدها .
(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٢٣ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٨٠ ص ٥٠٧ ، ١٩٣١/١١/١٦ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨ ص ١٦ ، ١٩٨٢/٣/١٦ مجموعة الأحكام س ٣٤ رقم ١٤٥ ص ٦٩٠ .
(٣) د محمد على عرفه ج ٢ بند ١٦١ ص ٣٠٥ .
(٤) د عبد الرزود يحيى - مبادئ القانون - ص ١٦٠ ، د محمد ابراهيم نسوقى - مبادئ القانون - بند ١٢٨ ص ١٦٩ ، نقض ١٩٨٣/٣/١٦ مجموعة الأحكام س ٣٤ رقم ١٤٥ ص ٦٩٠ .
(٥) د مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٠٥ .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن " وإن نصت المادة ٣٨٢ / ٢ من القانون المدنى الجديد على أن التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات لا يسرى فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يخله قانوناً ، إلا أن المادة ٨٤ من القانون المدنى القديم كانت تقضى بأن التقادم لا يسرى فى حق عديم الأهلية على وجه الإطلاق ولو كان له نائب يمثله قانوناً ، ومن ثم فإن كانت مدة وضع اليد متداخلة بين ولاية القانون القديم والقانون الحالى فإنه يجب وفقاً للمادة ٢/٧ من القانون الحالى إعمال حكم المادة ٨٤ من القانون المدنى السابق بشأن وقف المدة على المدة السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى الحالى (١) .

أما إذا قرر القانون الجديد تقصير مدة التقادم فإن الأمر لا يخلو من أحد فرضين :

الفرض الأول : أن تكون مدة التقادم التى قررها القانون الجديد أقصر من المدة الباقية المقررة بواسطة القانون القديم ، وفى تلك الحالة يطبق القانون الجديد بأثر مباشر دون نظر إلى مدة وضع اليد التى تمت فى ظل القانون القديم (٢) . فلو أن مدة التقادم التى كانت مقررة وفقاً للقانون القديم عشرين سنة تم وضع اليد لمدة ست سنوات ، ثم أنقص القانون الجديد المدة إلى عشر سنوات ، فإن المدة الجديدة تكون أقصر من المدة القديمة ومن ثم تسرى المدة الجديدة وهى العشر سنوات من تاريخ العمل بالقانون الجديد (م ١/٨ م مصرى) .

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية تعليقاً على ذلك الحكم بقولها : " وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١٢ (م ٨ فى القانون) على الحالة التى يكون فيها الباقى من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأثرها ، ولعل هذا يواجه بصورة ظاهرة صرف النظر عن الزمن الذى مر من قبل ، وافتتاح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ويعتمد عليها المتعاملون دون أن يكون هناك محل للمفاجأة " (٣) .

ولا يستطيع الحائز أن يتضرر من ذلك الوضع لأن مدة التقادم من الناحية العملية تتم بعد انقضاء ستة عشر سنة بدلاً من عشرين سنة فى ظل القانون القديم ، وبذلك يكون استفاد من صدور القانون الجديد (٤) . وهذا ما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء الفرنسى رغم عدم وجود نص مقابل للمادة ١/٨ من القانون المصرى حيث أجمع الرأى على أنه إذا قصر القانون الجديد فى مدة التقادم فإن التقادم الذى انقضى مدته يسرى من وقت نفاذ القانون الجديد شريطة ألا تتجاوز مدته المدة التى كانت مقررة

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٢٣ مجموعة الأحكام من ٣٦ رقم ٢٨ ص ٨١٩ .

(٢) د. عبد الحى حجازى المنخل لدراسة العلوم القانونية - بند ٣٠٥ ص ٢٥٩ ، د. كامل مرسى ج٤ بند ٢٥ ص ٧٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج١ ص ٢٢١ - ٢٢٣ .

(٤) د. حسام الدين الأهواى ، د. حميدى عبد الرحمن - أصول القانون - بند ٤٤٥ ص ٢٩٥ .

للقانون القديم^(١)

أما الفرض الثاني : بصدد تقصير مدة التقادم يظهر في الحالة التي تكون فيها المدة الباقية من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد ففي هذا الفرض يقرر القانون استثناء يجوز امتداد ولاية القانون القديم حيث تتم مدة التقادم بانقضاء ما تبقى من المدة التي قررها القانون القديم^(٢) ، وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية علة هذا الاستثناء بقولها " أن نطاق إعمال هذا الاستثناء يتحقق كلما كانت البقية الباقية القديمة أقصر من المدة التي تقرر في التشريع الجديد كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ولم يبق لاكتمالها سوى سنتين ثم جعل التشريع الجديد مدة التقادم خمس سنوات ففي هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملاً بانقضاء هاتين السنتين وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله إمعاناً في تحقيق العدالة فالقانون الجديد قد صدر لتقصير مدة التقادم ولو صرف النظر عن المدة القديمة وبدأنا مدة جديدة من تاريخ العمل بالقانون الجديد لكان معنى ذلك أن التقادم لم يكتمل الا بعد مضي ثلاث عشرة سنة في ظل القانون القديم مضافاً إليها خمس سنوات مدة التقادم الجديد أي يكون المجموع ثمانية عشرة سنة في حين أن القانون الجديد قد صدر لتقصير المدة وبذلك يكون الشخص قد أضر فعلاً من قانون جديد صدر لتقصير مدة التقادم"^(٣)

فبالنسبة لتقصير المدة ينظر عند صدور القانون الجديد إلى الباقي من المدة ، فإذا كانت أقصر من مدة التقادم الجديد فإن التقادم ينقضي بانقضاء الباقي منها ، وفي ذلك تكون ولاية التشريع القديم قد امتدت لتحكم الباقي من المدة ، أما إذا كانت البقية الباقية من المدة أطول من المدة التي قررها القانون الجديد فإن القانون الجديد يسرى على ذلك الباقي بأثر مباشر وبصرف النظر عن ما مضى من مدة في ظل القانون القديم .

وأن ما قرره المشرع بشأن تنازع القوانين بالنسبة للتقادم حاول بنص المادة السابعة والثامنة التوفيق بين مصلحة الحائز ومصلحة صاحب الحق ، حيث منح لكل منهما قسطاً متساوياً من الحماية القانونية وبذلك يستطيع الحائز الاستفادة من أحكام القانون الجديد شريطة ألا يترتب على ذلك مفاجأة صاحب الحق بصياغ حقه وفقاً للقانون الجديد^(٤) .

٢ - التقادم المكسب وتنازع القوانين من حيث المكان :

عرفنا أن تنازع القوانين من حيث الزمان يفترض صدور قانون جديد أثناء سريان القانون القديم

(1) Cass.Ci.v. 13-11-1963, Bull.Civ., II.N.724, P.539.

(٢) عبد الحى حجازى المدخل لدراسة العلوم القانونية - بند ٣٠٦ ص ٢٦٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج١ ص ٢٢٣ .

(٤) د. محمد على عرفه - ج٢ بند ١٦١ ص ٣٠٦ ، د. عبد النودود يحيى - مبادئ القانون - ص ١٦٢ ،

د. كامل مرسى ج٤ بند ٧٠ ص ٧٨ .

أما التنازع المكاني للقوانين فلا يفترض تعاقب القوانين ولكن يتمثل في صورة تعاصر القوانين بمعنى أن الدولة تنظم التقادم بقوانين تطبق داخل حيز إقليمها الأراضى وفي نفس الوقت تنظم الدول الأخرى بقوانين تطبق داخل حيزها الإقليمي .

وليس من المقبول أن تصدر دولة قانوناً ويطبق على إقليم دولة أخرى ولكن ما يحدث في مثل تلك الأحوال أن يكون الشخص حاملاً جنسية دولة ويقوم في دولة أخرى ويحوز أحد العقارات فيها . فلو فرضنا أن شخصاً يحمل الجنسية الفرنسية ويقوم داخل الإقليم المصرى وحاز أحد العقارات الموجودة في مصر ، فهنا يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق أ هو القانون المصرى أم القانون الفرنسى ؟ .

من المعروف أن النظم القانونية منها النظام العيني، ويتمثل في مجموعة القوانين التى تنظم الأموال ولا تهتم بالأشخاص إلا بصفة عارضة ، ومنها النظام الشخصى ويتمثل في مجموعة القوانين التى تهتم بتنظيم أحوال وأهلية الأشخاص ولا يطرق إلى الأموال الا بصفة عرضية (١) ، ومن ثم يثور تساؤل هل التقادم نظام عيني أم نظام شخصى ؟ .

ووفقاً لجوهر التقادم يعتبر التقادم نظاماً عينياً لأنه يتعلق بالأموال من حيث طرق الأكتساب (٢) ،

ومن ثم فإن قانون موقع العقار هو الذى يطبق في مواد الحيازة والحقوق العينية العقارية وهو الذى يحدد طرق كسب الحيازة والحقوق العينية وفقدتها (م ١٨ م مصرى) (٣) .

فالتقادم يكون خاضعاً لقانون الدولة التى يوجد بها العقار محل الحيازة ، فهو الذى يحدد الأموال والحقوق القابلة وغير القابلة للتقادم وشروط التقادم وبيدائه ووقفه وانقطاعه بدون النظر إلى القانون الشخصى للحائز .

وتطبيق موقع العقار على التقادم يرجع إلى أن تنظيم الملكية العقارية في كل دولة مرتبط بالمصلحة العامة المتمثلة في السيادة الإقليمية للدولة ، كما أن التقادم له صلة بالناحية الاقتصادية وتنظمه كل دولة حسب ظروفها الاقتصادية، وتنظيم المصلحة الاقتصادية داخل الدولة مرتبط بالمصلحة الاجتماعية العامة (٤) .

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٠٨ .

Aubry et Rau, éd .5, 1897, Tome, I, N.31P.133, P.135 .

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٠٩ . Aubry et Rau, I, N.31, P.135 .

(٣) د. عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - بند ٣١٧ ص ٢٧٠ .
= م ٣ م مصرى تقابل م ٣ م فرنسى التى تنص على أن : " ٢ - العقارات المحازة بواسطة الأجانب تخضع للقانون الفرنسى " .

(4) Baudry et Tissier, N.967, P.775 .

= وقد طبق القضاء الفرنسى قانون موقع العقار حيث قضى بأن " التقادم يكون محكوم بقانون موقع المال لا على حسب محل إقامة أحد الأطراف " وقضى بأن " القانون الفرنسى يضيق على العقار الموجود بفرنسا .

Douai, 11-12-1894; Liège, 1-7-1818, Citée par, P. Coll. D. Code Civil, 1931, P.4 .

فاستقرار الملكية ضرورة اجتماعية والدولة التي يوجد بها العقار لها مصلحة في وضع نهاية للشك وعدم استقرار الملكية ، ومن ثم فإن القانون الإقليمي هو الذي يجب أن يحكم التقدّم . ووفقاً لذلك فإن القانون الواجب تطبيقه على المثال المذكور سلفاً هو القانون المصري إذ هو الذي يجب أن يحكم كل قواعد التقدّم من حيث الأموال والحقوق القابلة وغير القابلة للتقدّم وشروط الحيازة ومدتها وكيفية إعماله والتمسك به .

ولكن في النهاية لا بد من الإشارة إلى أن تطبيق قانون موقع العقار على التقدّم المكسب مرتبط ارتباطاً وثيقاً بسياسة الدولة تجاه الأجانب بمعنى أن ذلك يرتبط بمدى سماح الدولة للأجنبي بتملك أو عدم تملك العقارات داخل إقليمها، فإذا كانت الدولة لا تجيز للأجنبي تملك العقار فإن الحيازة المؤسسة للتقدّم لا تكون جائزة طالما الملكية محظورة على الأجنبي .

ومن المعروف أن الأجنبي لا يجوز له كسب ملكية العقارات داخل الإقليم المصري أيضاً كان نوعها صحراوية أو زراعية أو مبانٍ بالتقدّم ، حيث حظر المشرع المصري على الأجنبي تملك الأراضي داخل الإقليم المصري بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ ثم بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ثم أخيراً بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦^(١) .

أما الرأي المستقر لدى الفقه والقضاء الفرنسي هو جواز استفادة الأجنبي المقيم على الإقليم الفرنسي من التقدّم الساري لصالحه ، استناداً إلى تطبيق قانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي^(٢) .

(١) (٢) انظر : ما سبق ذكره بسبب نطاق التقدّم المكسب من حيث الأشخاص ص ١١٧

الفصل الثاني

اكتمال مدة التقادم المكسب في العقار

يتناول هذا الفرع اكتمال مدة التقادم المكسب ، ومدى جواز ضم مدد الحيازات المتعاقبة

أولاً : اكتمال مدة التقادم بقرينة الحيازة الوسطى :

لكي يمكن القول بأن مدة التقادم العقارى قد اكتملت يجب أن تستمر طوال المدة التي حددها القانون ، ويقع على الحائز عبء إثبات حيازته ، وأما كانت مستمرة بممارسة الأعمال المادية على العين محل الحيازة بصفة منتظمة وفي فترات متقاربة وفقاً لما يباشره صاحب الحق وبحسب طبيعة العين^(١) . فيقع على عاتق الحائز عبء إثبات أنه كان حائزاً طوال المدة المطلوبة بواسطة القانون ، ولا يكفيه إثبات أنه حائز في الوقت الحالي ، فالحيازة الحالية لا تفترض وجود الحيازة السابقة ، ولكن يجب أن يثبت أنه كان حائزاً في وقت سابق^(٢) ، لكي يمكن القول بأن الحيازة مستمرة طوال تلك الفترة وللحائز في سبيل إثبات حيازته واستمرارها اللجوء إلى كافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن باعتبار أن الحيازة واقعة مادية^(٣)

ولما كان إثبات استمرار الحيازة طوال المدة القانونية أمراً شاقاً على الحائز ، فقد قرر له القانون مدد يسبى بقرينة الحيازة الوسطى فقد نصت المادة (٩٧١) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمتين ما لم يقم الدليل على العكس " .

فوفقاً لذلك النص يكفي الحائز إثبات أنه كان حائزاً في وقت سابق في تاريخ معين وإثبات أنه حائزاً حالاً لكي يستفيد مما قرره النص لصالحه بافتراض ان الحيازة مستمرة في الزمن المتوسط ، فهذا الاستمرار يكون مفترضاً ما لم يقم الدليل على العكس . فلو ادعى خصم الحائز أن الحيازة لم تكن مستمرة في تلك المدة فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه كان يثبت أن الحيازة انترعت من الحائز أو تخلت عنها أو انقطعت أو توقفت عنها بعض الوقت^(٤)

ثانياً : ضم مدد الحيازات المتعاقبة :

لا يشترط أن يكون الحائز حائزاً بنفسه طوال المدة المحددة بواسطة القانون وإنما يجوز له أن يضم

(١) انظر : ما سبق ذكره بصدد شرط الاستمرار في الحيازة من ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) د . كامل مرسي ج٤ بند ١١٧ ص ١٢٠ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٩ ص ٥٩٠

Baudry et Tossier, N. 248; Enc., D., 1984 V, vo. Prescription, N. 138, P. 12

(٣) ١٩٥٣/٥/٢٩ مجموعة القواعد جا رقم ٧٠ ص ٤٥٥ .

(٤) د . كامل مرسي ج٤ بند ١١٧ ص ١٢٠ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٩ ص ٥٩٧ ،

د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٦٧ ص ٥٠٠ .

إلى حيازته مدة حيازة سلفه مع ما يرتبه القانون على ذلك من آثار ، فكل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر عاماً يستوى أن تكون كلها في يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما^(١) .

فيجوز إذن للحائز أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه لاكمال مدة التقادم ، والضم جائز سواء كان الحائز خلفاً عاماً كالوارث أو الموصى له بحصة في الشركة ، أو كان خلفاً خاصاً كالمشترى أو الموصى له بعين معينة .

١ - ضم مدد الحيازات في حالة الخلف العام :

حيازة الخلف العام ما هي إلا استمرار حيازة سلفه إذ هو يرث عن سلفه كل ما له من حقوق وما عليه من التزامات ، ومن ثم فإن الحيازة تنتقل من السلف العام بجميع صفاتها وعيوبها ويستمر الخلف العام في تلك الحيازة بما فيها من صفات وعيوب ، فلو كانت حيازة الوارث عرضية انتقلت بعرضيتها إلى الوارث ولا تجديه نفعاً كأساس للتقادم ، وإذا كانت حيازة السلف بسوء نية انتقلت بنفس الصفة إلى الوارث ولا يجوز له اكتساب الحق إلا بالتقادم الطويل ، وإذا كانت حيازة المورث مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح بحيث كان المورث يستطيع كسب الحق بالتقادم القصير انتقلت بنفس الصفات إلى الوارث ويجوز له اكتساب الحق العيني بالتقادم القصير كما كان ذلك لمورثه ولو كان الوارث نفسه سيئ النية ، حيث أن حسن النية توافر وقت تسجيل السبب الصحيح لدى المورث ، ومن ثم فلا عبية بسوء النية الطارئ لدى الوارث^(٢) .

وبما أن حيازة الخلف العام ما هي إلا استمرار حيازة السلف فلا يكون هناك مجال لضم حقيقي لمدد الحيازات ولكن هي حيازة واحدة بدأت بواسطة السلف وتستمّر بواسطة الخلف العام ، حيث إن الوارث والمورث يكونان شخصية قانونية واحدة بالنسبة لوضع اليد^(٣) .

ورغم أن حيازة الخلف العام استمراراً لحيازة سلفه فقد أجاز القانون للخلف العام أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه ولا يقتصر الضم على مدة حيازة السلف المباشر ولكن يجوز له ضم جميع حيازات من سبقوه شريطة أن لا تكون إحدى الحيازات قد تخللها سبب من أسباب الانقطاع وإلا اقتصر الضم على

(١) نقض ١٩٥٥/١١/١٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٩٥ ص ٤٥٨

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد المقصود بالخلف العام وكيفية انتقال الحيازة إليه وصفاتها ص ٨٦ وما بعدها

(٣) استئناف مصر ١٩٥٩/١١/٢٨ المحاماة س ٣١ رقم ٤٨٨ ص ١٥٤٤ . مشار إليه لدى د. عبد الناصر

القطار - اثبات الملكية - بند ٥٥ ص ٢٤٢ هـ (٣) .

آخر مدة حيازة بعد حصول الانقطاع^(١)

و القانون المدني المصري الحالي بعد أن نص على القاعدة العامة بالمادة (٩٥٥) بقوله " ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها " أردف بنفس الفقرة القول " على انه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته " . وإزاء هذا النص انقسم الفقه إلى رأيين :

فقد ذهب رأى إلى القول بأن ما قرره المشرع بالنسبة لإثبات الخلف لحسن نيته يمثل استثناء من القاعدة العامة التي تقتضى بانتقال الحيازة إلى السلف العام بصفاتها ، فالمشرع قد خرج عن القاعدة العامة بإجازته للوارث بأن يتمسك بحسن نيته بالرغم من أن سلفه كان سيئ النية^(٢) . وأن هذا الاستثناء يتمثل في الحالة التي يكون فيها لدى السلف العام سبب صحيح ولكنه سيئ النية فقد أجاز القانون للوارث أن يتمسك بحسن نيته وبالسبب الصحيح المتوافر لدى مورثه ليكسب الحق العيني بالتقادم القصير ، ولكن مدة التقادم لا تحسب إلا من يوم حيازة الوارث نفسه ، بحيث لا يجوز له ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته الخاصة ، لأن حيازة السلف في تلك الحالة تكون مستقلة عن حيازة الخلف ، وإثبات حسن النية لدى الخلف العام يقتصر على الاستفادة من السبب الصحيح الموجود لدى سلفه^(٣) .

ولكن ما قرره المشرع بشأن إثبات حسن نية الخلف العام يؤخذ بحذر ، ويجب على الخلف العام إثبات حسن النية خلافاً لما هو مقرر قانوناً بأن حسن النية مفترض وأن هذا الاستثناء ما هو إلا تطبيق للقاعدة التي تنص عليها المادة (٩٦٧) بأن الحيازة تبقى بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يثبت العكس ، فيكفي المدعى إثبات سوء نية السلف لكي يلقي على الخلف العام عبء إثبات حسن نيته بالإضافة إلى إثبات السبب الصحيح لدى سلفه^(٤) .

وهناك رأى يذهب إلى انتقاد موقف المشرع المصري ، ويرى أن ما قرره المشرع في هذا الصدد يعد مخالفة لما استقر عليه الرأى الفقهي والقضائي سواء في مصر أو فرنسا من أن حيازة الوارث أو الخلف العام ما هي الا استمرار حيازة السلف ومن ثم يكون هناك تعارض بين قول المشرع في المادة (٩٥٥) أن الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الخلف العام ، وبين قوله بإجازة الخلف العام بأن يتمسك بحسن نيته إذ لا يمكن تصور تغير صفة الحيازة وهي بعينها التي تنتقل إلى الخلف العام^(٥) .

(١) د. كامل مرسى ج٤ بند ١٥٢ ص ١٥٧ .
(٢) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٤٨ ص ٤٦٥ - ٤٦٦ ، د. عبد المنعم فرج الصمد - حق الملكية - بند ٣٩١ ص ٥٩٣ - ٥٩٤ ، د. حسن كبير - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٨ ص ٥٠٦ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٢٦٩ ص ٤١٩ ، د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٧ ص ٣١١ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٦٢١ .
(٥) د. محمد على عرفه - ج٢ بند ٨٤ ص ١٤٧ ، د. محسن البية - إشكالات ضم الحيازة - بند ٣٤ ص ٤٠ .

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن الحكم مقتبس من المادة (٥٣٢) من المشروع الإيطالي ، غير أن واضعي القانون المدني شوهوا الحكم عند اقتباسه ، كما لم يفهموه جيداً ، فالنص الإيطالي يقرر قاعدة عامة مفادها أن حيازة الخلف العام استمرار حيازة السلف ولم يقل بأن الحيازة تنتقل كما ذكر القانون المصري بل قال أنها تستمر وهو التعبير القانوني السليم ، ثم تكلم النص عن حق الخلف الخاص في أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، ثم عرض لفرض خاص يبدأ فيه الوارث حيازة خاصة به لا صلة لها بحيازة السلف مقررراً جواز تمسك الوارث بحسن نيته وهذا الوضع يمثل حيازة خاصة للوارث ، ولا يكون هناك مجال لضم مدة الحيازة لعدم وجود صلة بينهما^(١) .

فإذا كان المورث سعى النية فإن وارثه يعتبر كذلك سعى النية إلى أن يثبت حسن نيته ، وإذا أثبت حسن نيته فإن حيازته تعتبر بحسن نية منذ انتقالها إليه ويبقى حسن النية بكل ما يرتبه من آثار ، ويقتصر هذا الأثر على اكتساب الحائز للثمن بالقبض ولا يؤدي إلى تقصير مدة التقادم المكسب^(٢) .

والواقع أن الرأي الثاني أولى بالاتباع إذ لا يجوز للخلف العام الاستناد إلى السبب الصحيح المتوافر لدى سلفه ، لأن ما قرره أصحاب الاتجاه الأول يتعارض مع قاعدة أساسية مفادها وجوب توافر حسن نية الحائز وقت تسجيل السبب الصحيح إذ يجب تعاصر حسن النية مع تسجيل السبب الصحيح ، أما حسن النية الطارئ فإنه لا يؤدي إلى تقصير مدة التقادم ، وفي مثل هذا الفرض إذا أراد الحائز (الوارث) الاستفادة من التقادم القصير فعليه إثبات وجود السبب الصحيح لديه بجانب حسن نيته ، وإذا أثبت ذلك فهذا يمثل فرضاً لا صلة له بحيازة سلفه ، لأنه - في هذه الحالة - يستند إلى حيازته الخاصة بدون ضم حيازة سلفه لعدم وجود صلة بينهما تجيز له الضم .

ولكن لما كان انتقال حيازة السلف إلى الخلف العام بصفتها ما هو الا نوع من الافتراض ، ومن ثم إذا ما أثبت الخلف العام حسن نيته كان ذلك بمثابة الحقيقة التي يجب الاعتراض بالافتراض ويجب أن تؤخذ تلك الحقيقة بعين الاعتبار ، ولكن يقتصر أثرها على اكتساب الحائز للثمن المقبوضة بدون أي تأثير على مدة التقادم المكسب .

٢ - ضم مدة الحيازات في حالة الخلف الخاص :

تعتبر حيازة الخلف الخاص حيازة مستقلة عن حيازة السلف ، إذ توجد حيازتان مستقلتان ، حيازة الخلف وحيازة السلف ، ووفقاً لذلك فإن هذا هو المجال الطبيعي للقول بضم مدد الحيازات المتعاقبة . ورغم أن حيازة الخلف الخاص لها صفاتها الخاصة بما كحيازة مستقلة وجديدة ، إلا أنها متصلة

(١) د. محمد علي عرفه ج ٢ بند ٨٤ ص ١٤٧ ، د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٤ ص ٤١ .
(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٠٠ ص ٨٨٠ ، د. (٢) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٤ ص ٤٢ .

بجائزة السلف ومكملة لها وليست حيازة مبتدئة^(١)، ومن أجل ذلك قرر المشرع للخلف الخاص جواز ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته إذا اقتضت مصلحته ذلك الضم .

ولامكان الخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه يجب أن تتوافر شروط معينة تتمثل في الآتي :

- أ - وجود رابطة قانونية بين الحيازتين .
- ب - اتحاد الحيازتين في الطبيعة القانونية .
- ج - عدم ملكية السلف للحق محل الحيازة .
- د - تمسك الخلف الخاص بضم حيازة سلفه .

أ - وجود رابطة قانونية بين الحيازتين :

لكي يستطيع الخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته يجب توافر رابطة قانونية بين الحيازتين^(٢)، أو ما تسمى بقيام علاقة استخلاف خاصة بين الحيازتين ، بحيث إذا لم توجد تلك الرابطة فلا محل للقول بضم الحيازات ، فإذا اتضح أن شخصية السلف وهمية لا وجود لها في الواقع فلا توجد رابطة قانونية بين حيازة السلف وبين حيازة الخلف تميز ضم مدد الحيازات^(٣) فإذا كان السلف شخصية خيالية فلا يمكن اسناد أية حيازة إليه^(٤)، يستتبع القول بجواز ضمها إلى مدة حيازة الخلف الخاص . ويقع على الخلف الخاص عبء إثبات علاقة الاستخلاف الخاصة بينه وبين سلفه ويقتضى ذلك إثبات السند السلي المنقول بمقتضاه الحيازة إليه ، كإثبات عقد الشراء بالنسبة للمشتري وإثبات الوضعية بالنسبة للموصى له بعين معينة^(٥) .
وبالنسبة لسألة وجود الرابطة القانونية تفور مسألة ضم مدد الحيازات في حالة الغصب ، فلو أن

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٢٩٨ ص ٨٧٧ هـ (١) ، د . محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٨ ص ٤٥ .

(٢) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٤١ ص ٢٠٦ . د . محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٣٨ ص ٤٧ .

= وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف شرطه قيام رابطة بين الحيازتين وأن عدم بيان الحكم لهذه الرابطة قصور يستوجب نقض الحكم " نقض ١٩٧١/١٢/٢٣ مجموعة الأحكام س ٢٢ رقم ١٨٧ ص ١١٠٧ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٤١ ص ٢٠٦ .

(٤) نقض ١٩٦٠/١/١٤ مجموعة الأحكام س ١١ ص ٥٨ .

(٥) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢٠٨ .

= " وأن القانون لا يمنع المشتري من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال الحيازة إليه وأن تكون حيازته امتداد لحيازة سلفه بالبيع وبالتالي يحق له أن يضم مدة وضع يد سلفه إلى مدة وضع يده لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة فنقض ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة المبادئ رقم ٨١٧ ص ٤٨٣ .

الحائز حاز العين مدة معينة من الزمن ثم قام شخص باغتصابها منه ^(١) ، فهنا يثور التساؤل عن مدى حق الخلف الحائز في الضم ؟ في مثل هذا الفرض ينبغي التفرقة بين حالتين :

الأولى: عندما يبادر الحائز إلى رفع دعوى استرداد الحيازة خلال المدة المحددة لها قانوناً، فيجوز له ضم مدة حيازة سلفه ومدة حيازة المعتصب ولو لم يسترد الحيازة إلا بعد فوات الميعاد المحدد طالما أن الدعوى رفعت خلال ميعادها القانوني ، والقول بجواز الضم استناداً إلى أن الاغتصاب يعتبر من قبيل المانع الوقتي الذي لا يؤدي إلى زوال الحيازة ومن ثم يسترد الحائز الحيازة بأثر رجعي ^(٢) .

الثانية: إذا لم يبادر الحائز إلى رفع دعوى استرداد الحيازة خلال ميعادها القانوني ، فالحائز في هذه الحالة لم يرفع دعوى استرداد الحيازة إلا بعد فوات الميعاد ، ثم يسترد الحيازة من المعتصب اما جبراً بواسطة حكم القضاء وإما اختياراً باتفاق بينه وبين المعتصب . ففي هذه الحالة لا يجوز للحائز ضم مدة الحيازة التي كانت لسلفه قبل الاغتصاب لأن الحيازة قد انقطعت باغتصابها مدة دامت أكثر من سنة ^(٣) ، ومن شروط الضم الا تكون هناك حيازة فصلت حيازة الخلف عن حيازة السلف بجانب وجود علاقة الاستخلاف .

أما بشأن ضم حصة حيازة المعتصب أثناء وجود فترة الاغتصاب إلى حيازة الخلف الخاص فقد ثار بشأنها خلاف فقهي . فقد ذهب رأى إلى القول بجواز ضم مدة حيازة المعتصب أثناء مدة الاغتصاب إلى مدة الحيازة باعتبار أن الحائز يعتبر خلفاً للمعتصب ، كما أن الحكم الصادر لصالح الحائز أوجد رابطة قانونية بين المعتصب والحائز ، كما أن النصوص القانونية جاءت عامة بالنسبة لمسألة الضم ولم تفرق بين الخلف العام او الخاص أياً كان سبب الانتقال ، وإذا لم يكن الحائز خلفاً للمعتصب فيان الحكم الصادر برد الحيازة ينسحب أثره إلى الماضي بانكار حيازة الغاصب ، ومن ثم يجب الاستفادة بتلك المدة بضمها الى حيازة الحائز ، خاصة وأن الفقه والقضاء قد توسعا في مفهوم الخلف الخاص ولم يقصروا على معناه الدقيق ^(٤) .

ويذهب رأى آخر إلى القول ، بأن الحائز الذي لم يبادر إلى رفع دعوى استرداد الحيازة خلال

(١) والغاصب نفسه لا يجوز له ضم مدة حيازة الحائز السابقة لأنه لا يعتبر خلفاً خاصاً للحائز . د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٨ ص ٨٧٦ . د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٥ .

Planiol, I, N. 2678, P. 838 ; Enc. D., 1984, vo. Prescription, N. 134, P. 11.

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٥١ ، د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٦ ص ٢٩ .

(٣) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٨ ص ٣١ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٨ ص ٨٧٦ هـ (١) .

(٤) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٢٩٨ ص ٨٧٦ هـ (١) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٩ ص ٣٤ ، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٣٣ ، د. محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣١١ ص ٢٤١ .

ميعاها القانون ، ثم تمكن من استرداد الحيازة قضاء أو اختياراً لا يجوز له ضم مدة حيازة المعتصب إلى مدة حيازته الخاصة ، لأن من شروط ضم مدد الحيازات أن يكون الحائز خلفاً للسلف والحائز هنا لا يعتبر خلفاً للمعتصب لانقطاع الحيازة بدوام الغصب أكثر من سنة (١)

كما أن الحكم الصادر برد الحيازة ذو أثر نسبي يقتصر على من صدر ضده ولا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ، ووفقاً لذلك لا يجوز لمن أهمل في رفع دعوى استرداد الحيازة بعد الميعاد القانوني أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المعتصب لأن الحائز لا يعتبر خلفاً للمعتصب طالما استمرت مدة الاغتصاب أكثر من سنة (٢) .

والواقع أن الرأي الثاني القائل بعدم جواز ضم حيازة المعتصب إلى مدة حيازة الحائز هو الأولي بالأتياع ، استناداً إلى ما ذكره من حجج ، إضافة إلى القول بأن المشرع قرر للحائز وسيلة قانونية بميعاد محدد لاسترداد حيازته وهي دعوى الاسترداد ، فإذا بادر إلى رفعها خلال المدة المحددة قانوناً ولو لم يسترد الحيازة بالفعل إلا بعد السنة ، فإن الحيازة تعتبر كأن لم تنزل وبالتالي يجوز له ضم المدة التي قبل وأثناء الاغتصاب لأن ذلك يعتبر من قبيل المانع الوقفي الذي لا يؤدي إلى زوال الحيازة (١/٩٥٧) .

وما دمتنا قد سلمنا بذلك رعاية للحائز النشط فيجب أن نسلم بالناحية العكسية وهي تقاعس الحائز عن رفع دعوى استرداد الحيازة في خلال ميعاها القانوني ، فإذا أهمل الحائز في رفع الدعوى وفوت على نفسه الميعاد فلا يجوز أن نقرر له ضم مدة الحيازة أثناء فترة الغصب لأنه أهمل فلا يلومن إلا نفسه ، فإذا استرد الحيازة بعد ذلك قضاء أو اختياراً بدأ بتقادم جديد ولا يجوز له ضم مدة الحيازة أثناء فترة الاغتصاب ، كما أن الحكم الصادر برد الحيازة لم يوجد رابطة قانونية بين حيازة المعتصب والمسترد وبالتالي لا يجوز للمسترد ضم مدة الحيازة أثناء فترة الغصب .

ب - اتحاد الحيازتين في الطبيعة القانونية :

يقصد باتحاد الحيازتين في الطبيعة القانونية هو أن تكون الحيازتان متمثلتين من ناحية الشروط والصفات القانونية ومن ناحية الحق العيني المدعى اكتسابه بالتقادم (٣) ، فالضم لا يكون إلا بالنسبة للأشياء المتمثلة (٤) ، بحيث إذا كانت الحيازتان متساويتين فلا مجال للقبول بضم مدد الحيازات المتعاقبة .

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢١١ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٥

(٢) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٣٨ ، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٤٧ ص ٤٦٢

(٣) د. محمد على عرفه ج ٢ بند ٨٥ ص ١٤٨ ، د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٤٤ ص ٥٤

فمن ناحية الشروط والصفات إذا كانت حيازة السلف عرضية وانتقلت إلى الخلف الخاص فإنه يبدأ حيازة قانونية خاصة به ، ويستحيل ضم حيازة السلف^(١) ، فإذا أراد الحائز كسب الحق وجب عليه إكمال الحيازة الخاصة به ، وإذا كانت حيازة السلف مقترنة بحسن النية وتوافرها السبب الصحيح ، وكانت حيازة الخلف الخاص كذلك جاز للخلف ضم مدة حيازة سلغته لكسب الحق بالتقادم القصير ، وإذا لم يتوافر شرط حسن النية والسبب الصحيح في كل من الحيازتين جاز للخلف الضم لكسب الحق بالتقادم الطويل^(٢) .

أما إذا كانت الحيازتان متغايرتين بأن كانت حيازة السلف مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح ولم تكن حيازة الخلف الخاص كذلك جاز للخلف الضم لكسب الحق بالتقادم الطويل ، لكون حيازة السلف صالحة للتقادم القصير فمن باب أولى تكون صالحة للتقادم الطويل^(٣) . فلو أن السلف حاز العقار مدة ثلاث سنوات وكان الخلف سيئ النية ، فعلى الأخير إكمال مدة الحيازة اثني عشرة سنة أخرى لكسب الحق بالتقادم الطويل .

وإذا كان السلف سيئ النية وكان الخلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، فلا يجوز للخلف ضم مدة حيازة سلغته لكسب الحق بالتقادم القصير ، ولكن يجب استمرار حيازته الخاصة المدة القانونية لكسب الحق بالتقادم القصير ، ولكن في مثل هذا الفرض قد يرى الحائز أن من مصلحته ضم مدة حيازة سلغته سيئ النية وأطراح حيازته الخاصة المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح والتمسك بالتقادم الطويل إذا كان الباقي من مدة التقادم الطويل أقصر من مدة التقادم القصير^(٤) ، ويتحقق ذلك في حالة ما إذا حاز السلف العين مدة ثلاث عشر سنة فإن الباقي من مدة التقادم الطويل وهو سنتان أقل من مدة التقادم القصير ، فيرى الحائز أن من مصلحته النزول عن التقادم القصير والاستناد إلى التقادم الطويل بإكمال مدة الحيازة سنتين أخريين بدلاً من خمس سنوات .

أما من ناحية اتحاد الحيازتين في الطبيعة القانونية من حيث الحق العيني ، فيجب أن تكون كل من الحيازتين منصبة على نفس الحق المنصبة عليه الأخرى ، فإذا كنا بصدد حق الملكية فيجب أن تكون حيازة السلف منصبة على حق الملكية ، وكذلك حيازة الخلف للقول بإمكان ضم حيازة السلف^(٥) ، ومن ثم

(١) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٤٧ ص ٤٦٢ ، د . كامل مرسي - ج ٤ بند ١٥٤ ص ١٥٨ .
(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٦ ، د . كامل مرسي - ج ٤ بند ١٥٤ ص ١٥٩ .
د . حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٩ ص ٥٠٦ .
(٣) د . حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٩ ص ٥٠٨ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٧ .
(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٠٧ ص ٨٩٤ .
(٥) د . محسن نبيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٤٦ ص ٥٨ . د . مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٢٩ .

لا يجوز للخلف الخاص تملك العقار بضم مدة حيازة سلفه إذا كان السلف يقصد اكتساب أى حق عيني آخر غير الملكية (١).

وروفقاً لذلك المفهوم إذا كانت حيازة السلف منصبة على حق الانتفاع وكان الخلف يجوز كمالك فلا يجوز للخلف ضم مدة حيازة السلف (٢)، استناداً إلى أن ليس للسلف أن ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له (٣)، فالسلف كان حائزاً بصفته منتفعاً فلا يجوز له نقل الحيازة إلى الخلف الخاص كمالك، كما أن عدم جواز الضم يرجع إلى اختلاف القصد بين السلف والخلف، فالأول يجوز بصفة منتفع فهو حائز عرضي بالنسبة لحق الملكية، والآخر يجوز بصفة مالك بحيازته القانونية، ولا يسوغ ضم الحيازة العرضية إلى القانونية (٤).

أما إذا كان السلف يجوز بصفة مالك والخلف يجوز بصفة منتفع جاز ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف، استناداً إلى أن طالما كانت حيازة السلف مؤهله لكسب حق الملكية فمن باب أولى تؤهل لكسب حق الانتفاع (٥)، كما أن حق الانتفاع حق عيني تابع لحق الملكية والحائز بصفته منتفعاً يجوز له ضم مدة حيازة السلف الذى كان يجوز بصفة مالك (٦).

ج - عدم ملكية السلف للعين محل الحيازة :

يشترط لضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص ألا يكون السلف مالكا للعقار محل الحيازة وقت انتقال الحيازة للخلف الخاص (٧)، فلا مجال لضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف إلا إذا كان السلف غير مالك للعقار بأن حازه مدة غير كافية لكسب ملكيته للتقادم، ثم تنتقل الحيازة إلى الخلف ليكمل بقية المدة بجانب تمسكه بحيازة السلف (٨).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه

(١) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ١٥٣ ص ١٥٧.

(٢) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٤٧ ص ٥٨، د. حسن كيرد - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٩ ص ٥٠٨، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٢ ص ٥٩٥ هـ (٢).

(٣) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ١٤٨ ص ١٥٦.

(٤) د. حسن كيرد - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٩ ص ٥٠٩، د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٤٧ ص ٥٩.

(٥) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٤٧ ص ٤٦٢، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٣٩.

(6) Mazeaud et Chabas, II, N. 1489, P. 244, Note, (I); Cass. Civ., 13-2-1963, Bull. Civ.,

I, N103

= ومالك اثرية يعتبر حائز بواسطة صاحب حق الانتفاع ويجوز له التمسك بحيازة المنتفع باعتبار أنه يجوز لحساب مالك الرقبة.

(٧) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١١٨ ص ٢٦٠، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٤٣.

(٨) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٥٤ ص ٦٨.

إلى حيازته ليكسب ملكية العقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني ، ألا يكون السلف مالكاً للعقار وقت تصرفه فيه إلى خلفه ، أما إذا كان السلف مالكاً فعلاً بأى طريق ممن طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذى لا يملكه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها " (١) .

فوفقاً لما قرره محكمة النقض إذا كان السلف مالكاً للعقار فلا يجوز للخلف الخاص ضم مدة الحيازة لكسب الملكية بالتقادم بل يبقى السلف هو المالك ولا يكسب الخلف الملكية إلا إذا سجل عقده ، لأن ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو للغير إلا بالتسجيل إذا كان السلف مالكاً ، ولكن يجوز للخلف كسب الملكية بالتقادم إذا استمرت حيازته الخاصة المدة القانونية بالتقادم .

ومبأى عدم ملكية السلف للعين يقوم على أساس أن الهدف من الضم استكمال الخلف الخاص لمدة الحيازة اللازمة لكسب الملكية ، فلو أن حيازة السلف كانت كافية لكسب الملكية فإنها تكون قد حققت مقصودها ، ولأن الضم يفترض أن حيازة السلف لم تؤد إلى اكتمال مدة التقادم ولذلك تظهر حاجة الخلف الخاص لضم مدة حيازة السلف لكسب الملكية (٢) ، والقول بغير ذلك يؤدي إلى نتيجة مفادها أن حيازة السلف تكسب الملكية لذات العقار مرتين ولشخصين أحدهما للسلف والثانية للخلف الخاص ، وهذا الوضع يتناقض مع الغرض الرئيسى من فكرة ضم مدد الحيازات (٣) .

كما أنه من المقرر أن الملكية العقارية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بتسجيل العقد الساقط للملكية في حالة صدوره من مالك ولو أجزى للخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه المالك للاحتجاج بالتقادم لأدى ذلك إلى إهدار دور العقد كسب الملكية وكذلك إهدار قواعد التسجيل العقارى (٤) .

فمتى كان السلف مالكاً للعقار فإنه ينقل الملكية إلى خلفه الخاص عن طريق العقد ، والعقد بدوره لا ينقل الملكية إلا بالتسجيل ، فإذا أجزى للخلف ضم مدة حيازة سلفه المالك فإن المشتري ينجأ إلى التمسك بالتقادم دون العقد بالرغم من أن العقد هو الذى ينظم العلاقة بين الطرفين ، واللجوء إلى التقادم ينطوى على إهدار للعقد والتحايل على أحكام التسجيل ، وهذا ما أرادت محكمة النقض تفاديده بقولها إن الملكية تظل للسلف ولا تنتقل إلى الخلف إلا بتسجيل سنده ، مستهدفة بذلك عدم تغليب سبب من أسباب كسب الملكية على الآخر وانزال التقادم حدوده المعقولة وفقاً للهدف الذى قرر من أجله .

(١) نقض ١٩٨٩/٤/٥ طعن رقم ٦٣٦ س ٥٦ ق ، ١٩٩٤/٦/٢٢ طعن رقم ٢٢٢٢ س ٥٩ ق - قضاء النقض

لاحد شعبته - رقم ١١ ص ٩١ ، ١٦ ص ٩٢ على التوالى .

(٢) د. محسن النيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٥٥ ص ٧٠ .

(٤) د. محسن النيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٥٥ ص ٧١ .

د - عدم جواز التمسك بالضم تجاه السلف أو تجاه خلف خاص آخر :

بصدد هذا الشرط استقر قضاء النقض المصري على أن " قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، لا تسرى إلا إذا أراد التمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك قبل من تلقى حقه عن هذا السلف " (١).

و هذا الحكم يحتوي على قاعدتين أساسيتين أولهما أنه لا يجوز للخلف الخاص التمسك بالضم تجاه سلفه ، والثانية أنه لا يجوز التمسك بالضم تجاه خلف خاص آخر لنفس السلف ، أو ما يسمى بمبدأ حظر الضم في حالة السلف المشترك .

فوفقاً للقاعدة الأولى فإن حيازة السلف الغرض منها الاحتجاج بها تجاه الغير وعندما تنتقل إلى الخلف الخاص تنتقل إليه بنفس الغرض وهو الاحتجاج بها تجاه غير السلف ، فلا يجب أن يضار الحائز من حيازته إذ هي مفيدة له ولخلفه الخاص للتمسك بها في مواجهة الغير (٢) ، فلو أن السلف حاز العين لمدة ثماني سنوات ثم انتقلت الحيازة لخلف خاص حاز سبع سنوات أخرى فلا يجوز لهذا الخلف ضم مدة حيازة سلفه الثماني سنوات إلى حيازته الخاصة السبع سنوات للاحتجاج بها تجاه السلف وإتمام مدة التقادم ، فللدفع بالتقادم ضد السلف لا يجوز أن يستفيد الخلف من حيازة هذا السلف ، ولكن له الاحتجاج بحيازته هو بأن يكمل مدة التقادم التي يستطيع بها كسب الملكية (٣).

أما وفقاً للقاعدة الثانية فإنه لا يجوز للخلف الخاص أن يضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته متى كان يريد الاحتجاج بها تجاه خلف خاص لنفس السلف (٤) ، وهو ما يسمى بالسلف المشترك ، ذلك " أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد التمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له " (٥).

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ مجموعة الأحكام من ٢٩ رقم ١٢٠ ص ٦١٥ ، ١٩٧٢/٣/٢٣ مجموعة الأحكام من ٢٣ رقم ٧٦ ص ٤٨١ ، ١٩٨٢/٢/٢٨ الموسوعة الشاملة ج ١٢ رقم ٩١ ص ١٠١٩ ، ١٩٨٣/١٢/١١ الموسوعة الشاملة ج ٤ رقم ١٤ ص ١٨٥ ص ٩١٩ ، ٧٢/٣/٢٣ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٥١٢ ص ٤٠٥ .

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٤٢ ، د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٦٣ ص ٧٩ ، بند ٤٦ ص ٥٧ ، د. كامل مرسي - ج ٤ بند ١٥٩ ص ١٦٢ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١١٨ ص ٢٦١ ، إثبات الملكية - بند ٤١ ص ٢١١ .

(٣) نقض ١٩٨٢/٢/٢٨ الموسوعة الشاملة ج ١٢ رقم ٩١ ص ١٠١٩ ، ١٩٨٣/١٢/١١ الموسوعة الشاملة ج ٤ رقم ١٤ ص ١٨٥ ص ٩١٩ ، ١٩٧٣/٣/٢٣ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٥١٢ ص ٤٠٥ .

(٤) د. كامل مرسي - ج ٤ بند ١٥٩ ص ١٦٢ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١١٨ ص ٢٦١ .

(٥) انظر أحكام النقض المشار إليها بيامش (٣).

فمضى كان السلف مشتركا لكل من الخلفين الخاصين فلا يجوز لأحدهما ضم مدة حيازة السلف المشترك للاحتجاج بالتقادم تجاه الآخر ، كما لو قام الحائز ببيع العقار إلى مشتر أول وبعد ذلك باعته إلى مشتر ثان ، فلا يجوز لأى من المشترين التمسك بحيازة البائع للاحتجاج بالتقادم تجاه واحد منهم بواسطة الآخر (١) ، ويرجع ذلك إلى أن كل من الخلفين له نفس الميزة تجاه الآخر في التمسك بحيازة السلف المشترك ، ومن ثم لا يجوز التمسك بما بواسطة أحدهما تجاه الآخر ، ولا يجب أن تؤخذ هذه المدة بعين الاعتبار ويكون المعول عليه في هذا الصدد إما حيازة الخلف الخاصة به (٢) ، أو بالاستناد إلى قواعد التسجيل حيث يفضل الخلف الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل الخلف الآخر لسنده .

هـ : تمسك الخلف الخاص بالضم أمام محكمة الموضوع :

إن الهدف من ضم مدة حيازة السلف هو التمسك بتلك الحيازة تجاه الغير كأساس للتقادم المكسب ، ولما كان التقادم لا يجوز أن تشهده المحكمة من تلقاء نفسها وعلى مدعيه التمسك به ، فكذلك التمسك بضم مدة حيازة السلف لا يكون من النظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ويجب التمسك به أمامها من قبل الحائز الذى يريد الضم (٣) وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " إذا كان من المقرر أنه يجوز للمشتري باعتباره خلفاً للبائع أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه في كل ما يريته القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب ، فإنه من المقرر كذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدهو " (٤) .

ولا يجوز إبداء طلب الضم لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه من الدفوع التى يختلط فيها القانون بالواقع . وتطبيقاً لذلك قضى بأن " ضم الحيازة بالرغم من تعلقه بسبب قانونى يستند إلى المادتين (٩٥٥) ، (٩٦٨) من القانون المدنى إلا أن تحقيقه يقوم على اعتبارات يختلط فيها الواقع بالقانون ، إذ يستلزم تحقيق شروط هذه الحيازة وهو ما لا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض (٥) ، وإذا كان لمحكمة الموضوع

(١) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٦٣ ص ٧٩ .

(٢) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٤٢ .

= وإذا كان لا يجوز ضم حيازة السلف المشترك بواسطة خلف خاص لاحتجابه بها على خلف خاص آخر لنفس السلف إلا أنه إذا كان عقد أحد الخلفين سورياً مطلقاً فيعتبر لا وجود له ولا ينقل له حق من سلفه ولذلك لا يوجد ما يحول دون ضم مدة حيازة السلف للاحتجاج بها على الخلف الخاص صاحب العقد السوري .
د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٨٨ ص ٢٦١ (٢ هـ) .

(٣) د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٤٨ ص ١٥٦ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤١ ص ٢١١ .

(٤) نقض ١٩٧٦/٦/٣٠ مجموعة الأحكام ص ٢٧ رقم ٢٧٧ ، ١٤٦٢ ، ١٩٤٥/١/١١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٨ ص ٤٥٧ .

(٥) نظير الأحكام المشار إليها بهامش (٤) .

السلطة العليا في تقدير توافر شروط الحيازة^(١)، إلا أن تقرير توافر شروط الضم يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة النقض^(٢).

بمضي المدة هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى قام تقديره لها على أسباب معقولة. - نقض ١٩٦٩/١/١٤ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ١٥ ص ٨٧ ، ١٩٦٥/١١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٢ ص ٤٨٩

(١) وقضى بأن " من المقرر في قضاء محكمة النقض ان استظهار أركان وضع اليد المؤدى إلى كسب الملكية بمضى المدة هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى قام تقديره لها على أسباب معقولة. - نقض ١٩٦٩/١/١٤ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ١٥ ص ٨٧ ، ١٩٦٥/١١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٢ ص ٤٨٩

(٢) د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٥٧ ص ٧٤ ، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٤٤

المطلب الثاني

عوارض التقادم المكسب في العقار

قد يحدث الا تستمر مدة التقادم حتى اكتمالها بدون أن يعترها عارض من العوارض التي تؤثر فيها وتجعلها غير مفيدة أو تؤدي إلى إطالة أمد المدة .

فقد تبدأ المدة في السريان فترة من الزمن ويصحبها عارض يؤدي إلى عدم احتساب مدة قيام العارض ضمن مدة التقادم ، مع حساب المدة السابقة واللاحقة لذلك العارض ، وهذا ما يسمى بنظام وقف التقادم .

ولكن هناك عارض لا يقتصر أثره على إسقاط مدته من حساب التقادم ولكن يؤدي إلى تدمير المدة السابقة عليه مع جواز بدء سريان تقادم جديد لا تحسب ضمنه المدة السابقة عليه ، وهذا ما يسمى بنظام انقطاع التقادم المكسب .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المطلب إلى :

- الفرع الأول : وقف التقادم المكسب في العقار .
- الفرع الثاني : انقطاع التقادم المكسب في العقار .

الفرع الأول

وقف التقادم المكسب في العقار

أولاً : تعريف الوقف وحكمته :

وقف التقادم المكسب هو عدم سريان مدة التقادم فترة من الزمن لسبب قام بشخص المالك الحقيقي أو صاحب الحق ، خارج عن إرادته يجعله في موقف لا يستطيع المطالبة بحقه ثم سريان المدة مرة أخرى بعد زوال سببه مع اضافة المدة السابقة للمدة اللاحقة . فالوقف عارض مؤقت ينتهي بزوال سببه وتستأنف المدة سرياناً مع إضافة المدة السابقة للوقف إلى المدة اللاحقة لاكمال مدة التقادم ، فأثره يقتصر على إسقاط فترة الوقف من حساب مدة التقادم دون تدمير المدة السابقة على الوقف ^(١) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٣ ص ٥٩٨ . د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٢٧ ص ٥٦٠ .

والوقف يفترض أن هناك تقادماً بدأ في السريان ثم وقف بعد فترة ، فهو لا يعترض مدة التقادم إلا بعد سريانها ، ولكن قد يحدث أن يقف التقادم ابتداءً ولا تسرى أية مدة ، ففي تلك الحالة لا توجد مدة سابقة على الوقف يمكن أن تضاف إلى المدة اللاحقة لزوال سبب الوقف لأن التقادم وقف منذ البداية^(١) . فلو افترض أن شخصاً حاز عقاراً لقاصر وتوافرت جميع شروط وصفات الحيازة القانونية فإن التقادم يبدأ لمصلحة الحائز ، ولكن يقف حالاً لمصلحة القاصر حتى بلوغه سن الرشد أو تعيين ممثل له .

وقد يبدو للوهلة الأولى ما يدعو إلى القول بأن التقادم لا يسرى إلا من وقت بلوغ القاصر ، ولكن هذا القول غير صحيح إذ تبدو الحاجة هامة لمعرفة ما إذا كان التقادم بدأ ثم وقف حالاً. فعندما نسلم بأن التقادم المكسب يبدأ بعد توافر أركان وشروط الحيازة القانونية ثم وقف فلا يكون هناك محل لتجديد الفعل المكون لوضع اليد بواسطة الحائز ، ولا يشترط تجديد ذلك الفعل مرة أخرى عندما يعود التقادم إلى السريان بعد زوال العارض^(٢) .

ونظام وقف التقادم ميزة قررها المشرع لصالح بعض الأشخاص الذين يوجدون في ظروف لا تمكنهم من اتخاذ الإجراءات اللازمة لقطع التقادم السارى ضدهم ، ولحماية أموالهم من وضع اليد بواسطة الغير . فهو يمثل منحة قررها القانون وتقتضيها العدالة بحماية من تلحق به ظروف شخصية أو يوجد في ظروف معنوية أو مادية تجعله عاجزاً عن المطالبة بحقه وقطع التقادم^(٣) ، بأن أطال لهم مدة التقادم فترة تعادل الفترة التي وجد فيها هذا العائق ، بحيث إذا زال السبب عاود التقادم سريانه لصالح واضع اليد ضد صاحب الحق .

فالوقف نظام يكفل لصاحب الحق فرصة الاستفادة بكامل مدة التقادم لكي يستطيع المطالبة بحقه في أى وقت يشاء من تحت يد الحائز^(٤) ، فالعدالة تقتضى حماية صاحب الحق إذا وجد في ظروف تجعله غير قادر على المطالبة بحقه واسترداده من تحت يد الغير .

ثانياً : الفارق بين وقف التقادم وتأخير سريانه وانقطاعه :

وقف التقادم يفترض أن التقادم بدأ في السريان ثم وقف ويمكن أن يحدث بعد سريان التقادم أو يحدث منذ البداية، أما تأخير السريان لا يقع إلا منذ بداية التقادم ولا يعترض المدة أثناء سريانها ، فهو يفترض أن التقادم لم يبدأ بعد في السريان ، ومن أمثلة تأخير سريان التقادم حالة الحق المعلق على

(١) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ٣٠٩ - ٣١٠ ص ٣١٤ . د. محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٥٠ ص ٢٧٨ هـ .
(٢) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ٣١٠ ص ٣١٤ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٧٥١ .
(٣) د. كامل مرسى ج ٤ - بند ٣٠٨ ص ٣١٣ ، د. محمد على عرفه ج ٢ - بند ١٥٠ ص ٢٧٨ .
(٤) خليل عفت ثابت - التقادم - بند ٢١٦ ص ١٣٥ ، Planiol, Ripert et picard, III, N. 736, Baudry et Tissier, N. 416, P. 326 .

شرط واقف أو المضاف إلى أجل واقف ، ففي تلك الحالات لا يبدأ التقادم في السريان ويؤخر إلى أن يتحقق الشرط الواقف أو يحل الأجل الواقف ^(١) .
وإذا كان الوقف يتشابه مع الانقطاع في أن كل منهما لا يعترض مدة التقادم إلا بعد سريانها فترة من الزمن ، إلا أنهما يختلفان من ناحية أن الوقف يقتصر أثره على اسقاط فترة الوقف من حساب مدة التقادم بحيث إذا زال سبب الوقف عاودت المسددة سريانها من جديد مع جواز إضافة المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة عليه في حساب مدة التقادم . أما الانقطاع فهو لا يقتصر على تدمير المدة التي قام خلالها سبب الوقف بل يؤدي كذلك إلى إبادة المدة السابقة عليه ، بحيث إذا بدأ التقادم في السريان بعد الانقطاع فلا يجوز إضافة المدة السابقة عليه إلى مدة التقادم التي تبدأ بعد الانقطاع ، بحيث إذا أراد الحائز كسب الحق وجب استمرار حيازته المدة القانونية محسوبة من يوم زوال الانقطاع .

ثالثاً : أسباب وقف التقادم المكسب :

أسباب وقف التقادم ترد إلى القاعدة التقليدية التي تقضي بأن التقادم يقف لصالح من لا يستطيع المطالبة بحقه ^(٢) . ولأسباب وقف التقادم تقسيمات عديدة منها على سبيل المثال تقسيمها إلى أسباب عامة وأسباب خاصة ، وإلى أسباب تتعلق بشخص صاحب الحق أو بعلاقته بالحائز وأسباب وقف ناشئة عن موانع اضطرارية ، وإلى أسباب ترجع إلى ظروف خارجية سواء كانت مستقلة عن الشخص أو متصلة به وأسباب ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع قانونية ، وإلى أسباب مادية وأسباب أدبية وإلى أسباب منشأة بواسطة القانون وأسباب مقبولة بواسطة القضاء .

ومن جماع ما تقدم يمكن تقسيم أسباب وقف التقادم ، إلى أسباب تتعلق بأهلية صاحب الحق ، وإلى أسباب مادية وأسباب أدبية ، وإلى أسباب اتفاقية . ونستعرض تلك الأسباب تباعاً :

١ - أسباب الوقف التي ترجع إلى أهلية صاحب الحق :

أ - القاصر : يقف التقادم لصالح القاصر طوال مدة قصره ، ولا يبدأ سريانه في حقه إلا ببلوغه سن الرشد أو تعيين ممثل له فإذا عين للقاصر ممثل قانوني فإن التقادم يسرى ضده ، لأن النائب يحمل محل القاصر ويتولى عنه إدارة أمواله ومنها قطع التقادم والا كان

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٨٧ ص ١٠٢٨ هـ (١) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٣٧ ص ١١٣ ، انظر ما سبق ذكره بصدده سريان التقادم بالنسبة للحقوق الشرطية والأهلية ص ١٥٧ وما بعدها .
(٢) انظر في عرض هذه القاعدة د . السنهوري - الوسيط ج ٩ بند ٣٨٨ ص ١٠٢٨

مستولاً في مواجهة القاصر^(١).

ب - المحجور عليه : يقف التقادم بالنسبة للمحجور عليه إذا حجر عليه لقيام أحد عوارض الأهلية لديه ، ويقف التقادم السارى ضد المحجور عليه إذا لم يكن له ممثل قانوني فإذا عين له ممثل عاود التقدم سريانه مرة أخرى ضده ويقع على عاتق الممثل عبء قطع التقادم السارى ضد المحجور عليه^(٢).

ج - المحكوم عليه بعقوبة جنائية : لم يقصر القانون ميزة وقف التقادم على القاصر والمحجور عليه ولكن مدّها إلى من هو في حكم مفقودى الأهلية ومنهم المحكوم عليه بعقوبة جنائية لأن مركزه أشبه بمركز المحجور عليه لكونه في حالة استحالة تمتعه من مباشرة حقوقه ، فإذا عين مديراً لأمواله عاود التقادم سريانه مرة أخرى وعلى مثله قطع التقادم السارى^(٣).

د - الغائب : يعتبر غياب صاحب الحق من الأسباب الموقفة للتقادم السارى ضده إذا لم يكن له ممثل قانوني لأن اموال الغائب تعامل معاملة أموال القاصر ، وتنتهى الغيبة بزوال علتها أو موته أو الحكم من جهة الأحوال الشخصية باعتباره ميتاً وعندئذ يعاود التقادم سريانه مرة أخرى ، وقد ساوى القانون المصرى الحالى بين الغائب وبين من لا تتوافر فيه الأهلية لوجود نفس العلة لدى الغائب ، لكونه في حالة يعذر معها قطع التقادم السارى ضده^(٤).

ووقف التقادم لأسباب ترجع إلى أهلية صاحب الحق مشروط بعدم وجود ممثل قانوني له فإذا وجد الممثل فإن التقادم لا يقف وإذا كان واقفاً عاود السريان مرة أخرى وهذا ما أتى به القانون الجديد ضيق

(١) د. جميل الشراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٧ ص ٣٠٥ ، د. السنهورى - الوسيط ج٩ بند ٣٩١ ص ١٠٣٥

= وقد كان القانون المدنى السابق يوقف التقادم لصالح القاصر والمحجور عليه مطلقاً سواء كان له أو لم يكن له ممثل ، انظر : د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٧ ص ٤٣٨
= ونفس الأمر كان فى القانون الفرنسى قبل تعديل المادة ٢٢٥٢ بالقانون رقم ٦٤ - ١٢٣٠ الصادر فى ١٩٦٤/١٢/١٤ أما بعد هذا التعديل لا يقف التقادم بالنسبة للقاصر والمحجور عليه إلا إذا لم يكن لهم ممثل قانوني د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - بند ٧٦١ هـ (٣).

(٢) د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٣٩١ ص ١٠٣٥ د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٥ ص ٦٠٥

= ويقف التقادم بالنسبة لمن أصابه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعمه ولو لم يصدر قرار بالحجر عليه أى بمجرد أن يصيبه العارض ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٧ ص ٤٣٨ ، د. كامل مرسى ج٤ بند ٣٢٠ ص ٣٢٦ ، عكس ذلك فى القانون الفرنسى انظر د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٥١٦.

Planiol, Ripert et Picard, III, N, 738, P. 737

(٣) محمد على عرفه ج٢ - بند ١٥٢ ص ٢٨٣ د. عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٧ ص ٤٣٨
= اما القانون الفرنسى لا يعتبر الحجر لعقوبة جنائية سبباً من أسباب وقف التقادم

Aubry et Rau, II, N, 214, P. 452 Note, (3)

(٤) محمد على عرفه ج٢ - بند ١٥٢ ص ٢٨٣

به من نطاق وقف التقادم بالنسبة للأسباب التي ترجع إلى أهلية صاحب الحق .

٢ - أسباب الوقف التي ترجع إلى أسباب أدبية :

يعتبر المانع الأدبي من أسباب وقف التقادم إذا وجدت بين صاحب الحق وبين الحائز صلة تبعث على الاحترام أو الثقة أو الرهبة ، فيقف التقادم بين :

أ - الزوجين : تعتبر علاقة الزوجية سبباً من أسباب وقف التقادم السارى بين الزوجين ووقف التقادم بين الزوجين قائم على اعتبارات أخلاقية واجتماعية تتمثل في ضرورة المحافظة على السلام الأسرى و الرغبة في دوام ترابط الأسرة بعدم مقاضاة أحد الزوجين للآخر لما يترتب على تلك المقاضاة من أضرار أدبية تحول دون استمرار المعاشرة الزوجية ^(١) .

ولما كانت علاقة الزوجية سبباً من أسباب وقف التقادم لتوافر الاعتبار الأدبي ، فيجب أن يؤخذ في الاعتبار أن علاقة الزوجية التي توقف التقادم هي المعاشرة الزوجية بحيث إذا لم تتوافر المعاشرة الزوجية بأن نشب نزاع بين الزوجين و انفصلا معيشة رغم قيام الرابطة فلا محل للقول بتوافر المانع الأدبي الذى يوقف التقادم ^(٢) ، بحيث لو قاضى كل واحد منهم الآخر فإن أواصر المودة تكون قد قطعت ولا محل لحشية أحدهما من الآخر وبالتالي لا يوقف التقادم .

ب - بين الأصل والنائب : جعل القانون المدنى المصرى العلاقة بين الأصل والنائب من أسباب وقف التقادم فيما يتعلق بمحدود النيابة مادامت النيابة قائمة (١/٣٨٢) ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكالة أو قانونية كالعلاقة بين الولى أو الوصى أو القيم وبين الصغير أو المحجور عليه ^(٣) .

والواقع أن العلاقة التي تقوم بين النائب والأصل ينظمها السند الذى أنشئت بمقتضاه هذه النيابة ، سواء كان هذا السند اتفاقياً كما في الوكالة أو بمقتضى القانون كما في حالة النيابة القانونية وفي كل الحالات نجد أن النائب يحوز العقار بناء على سند يلزمه بإدارة العقار و المحافظة عليه ورده في نهاية مهمته ، ومن ثم تكون الحيازة في مثل تلك الحالات عرضية لا تصلح كأساس للتقادم المكسب ، وهذا القول يسرى أيضاً على علاقة المتبوع بتابعه كما في حالة السيد والخدام

(١) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩١ ص ١٠٣٦ د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٠٢ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٣٢٩

Alex Weill, droit civil, II, N.455, P.393 ;

= ويقف التقادم بين الزوجين فى القانون الفرنسى ولو كانا فى حالة انفصال جسائى

Enc.D.1995, VII, vo.prescription, N. 291 P.20

(٢) د. محمد على عرفه ج ٢ بند ١٥١ ص ٢٨١ هـ (٢)

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى - الأموال - بند ٣١٧ ص ٤٣٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٣ ص ٣٢٩ .

والخادم طوال مدة التعاقد ما دامت علاقة التبعية قائمة^(١)

أما علاقة القربي بين صاحب الحق والحائز لا ترقى إلى مرتبة المانع الأدبي الموقوف للتقادم ، لأن الحيازة في هذه الحالة إما أن تكون مشوبة باللبس كوضع الأخ الأكبر يده على أعيان الشركة فلا يعرف ما إذا كان يجوز لنفسه أو يجوز لحساب نفسه وغيره من الورثة والحيازة في مثل تلك الحالة لا تنتج آثارها في كسب الحق ، وإما أن تكون قائمة على سبيل التسامح من صاحب الحق كوضع الأب يده على مملوك لابنه وحيازة التسامح لا تصلح أساساً للتقادم المكسب^(٢)

٣ - أسباب الووقف التي ترجع إلي مانع اتفاقى :

قد يكون سبب الووقف اتفاقياً ، كما لو أتفق المالك والحائز على التحكيم بشأن النزاع القائم بينهم ففى مثل هذه الحالة يقف التقادم خلال الفترة التى أتفق فيها على التحكيم وهذا الاتفاق لا يخالف النظام العام لعدم مساسه بأساس التقادم ولا يعتبر تعديلاً لمدة التقادم ولا يزول عنه قبل ثبوت الحق فيه^(٣).

٤ - أسباب الووقف التي ترجع إلي موانع مادية :

قد يرجع سبب الووقف إلى مانع مادي مرجعه ظروف مادية اضطرارية لها صلة بشخص صاحب الحق ، وهذا المانع يجعل صاحب الحق في حالة استحالة تمتعه من المطالبة بحقه فيقف سريان التقادم الجارى في حقه ، فهذا المانع أقرب ما يكون إلى القوة القاهرة ، ولكن لا يشترط فيه ما يشترط في القوة القاهرة^(٤) . والمانع المادى قد يكون الحرب^(٥) ، أو نشوء فتنة أو إعلان حالة الطوارئ^(٦) أو انقطاع المواصلات أو حدوث فيضان أو وجود وباء ، فإذا تسببت تلك الموانع في جعل صاحب الحق في حالة يستحيل عليه معها المطالبة بحقه فإن التقادم يقف .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٠٣ ، د جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية بند ٩٧ ص ٣٠٥ هـ (١) .

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٠٣ .

(٣) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٥ ص ٥١٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٠٤ .

(٤) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٠١ .

Alex Weill, droit civil, II, N.456, P.394; Larroumet, droit civil, II, N.426, P.255

(٥) ولكن المشرع غالباً ما يحتاط لذلك أثناء الحرب فيصدر قوانين تقضى بوقف التقادم أثناء فترة الحرب كما فعل المشرع الفرنسى أثناء الفترة من ١٩٣٩ - ١٩٤٠ ، بالقانون الصادر فى ١٩٣٩/١١/٢ بمناسبة الحرب العالمية الأولى والثانية .

Enc.D. 1995, VII, vo.prescription, N. 302 P.21

(٦) وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية الفترة السابقة على ثورة التصحيح مانع مادي ١٩٨١/١١/١٩ الموسوعة الشاملة ج ١٠ - بند ١٤٨ ص ٧٩٣

= واتحاد الذمة لا يعتبر سبباً موقفاً للتقادم لأن شراء الحائز من المالك ينطوى على إقرار بحق المالك بما يصلح =

رابعاً : أثر وقف التقادم المكسب فى العقار :

إذا وقف التقادم فإن أثر الوقف يتمثل فى إسقاط الفترة التى وقفت خلالها من حساب مدة التقادم بحيث إذا زالت علة الوقف عاود التقادم سريانه من جديد مع إضافة المدة السابقة على الوقف إلى المدة اللاحقة عند زوال السبب^(١)، فلو أن شخصاً حاز عقاراً لآخر بنية تملكه لمدة عشر سنوات ثم توفى المالك وخلفه فيه قاصر ولم يعين له ممثل قانونى إلا بعد أربع سنوات فإن التقادم يقف لمصلحة القاصر طوال المدة التى لم يعين فيها الممثل القانونى ، ويبدأ التقادم كرهه الأولى بالسريان بمجرد تعيين الممثل للقاصر ولكن على الحائز إذا أراد كسب ملكية العقار يجب الاستمرار فى الحيازة بإكمال المدة مضافاً إليها المدة السابقة على الوقف دون المدة التى وقف خلالها التقادم إذا إن تلك الأخيرة تسقط من حساب مدة التقادم ولما كان ممنوعاً على القاضى القضاء بالتقادم من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به صاحب الحق ، فكذلك لا يجوز له القضاء بالوقف إذا لم يتمسك به من تقرر لمصلحته ، ومن ثم يجب على من تقرر الوقف لمصلحته التمسك به أمام محكمة الموضوع ، ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالواقع^(٢) ، ولا يحكم بالوقف إلا إذا ثبت من تقرر لمصلحته أنه صاحب حق على العين محل النزاع كأن يثبت القاصر أن العين كانت مملوكة لسلفه ، فإذا لم يثبت القاصر أن سلفه كان مالكا للعين وأن الحائز أثناء قصره استولى على العين فإن دفعه المستمد من وقف التقادم يكون غير مقبول^(٣) .

= سبباً لانقطاع التقادم لا سبباً لوقفه ، د . جميل الشراوى _ الحقوق العينية الاصلية - بند ٩٧ ص ٣٠٥ هـ (٢) .

(١) د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٩ ص ٣٠٥ . د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٣ ص ١٠٣٨ .

= وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم الا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم ، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى اللاحقة " نقض مدنى ١٩٦٤/١١/١٩ مجموعة المبادئ رقم ٦٦٣ ص ٣٦١ .

(٢) وقد قضى بعدم قبول الدفع المستمد من وقف التقادم الذى تتمسك به الام لصالح ولديها القاصرين من تاريخ الوفاة حتى تعيينها وصية وذلك لأنها لم تتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع وبالتالي فلا محل للتمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض . نقض مدنى ١٩٧٥/١١/٢٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٢٧٨ ص ١٤٧٧ ، ١٩٧٧/٦/٧ مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ٢٣٩ ص ١٣٧٨ ، ١٩٨٢/١١/٢١ ، الموسوعة الشاملة ج ١٢ رقم ١٨ ص ٦٣٧ .

(3) Enc . 1995, VII, vo. prescription, N. 280 P.20 .

= ومما هو جدير بالذكر ان افلاس صاحب الحق لا يعتبر سبباً لوقف التقادم إذا يجب على السنديك قطعه ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩١ ص ١٠٣٦ هـ (٢)

= ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانع أبى يوقف التقادم لان الموظف ليس فى حالة خضوع تامة للحكومة تبعت الرهبة أو الاستحياء كما أن للموظف الحق فى مقاضاة الحكومة ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩١ ص ١٠٣٧ هـ (٢) د . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٥٠ ص ٢٤ ولكن التقادم يقف فيما بين الشخص المعنوى ومديره طوال مدة التمثيل القانونية . د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩١ ص ١٠٣٧ =

وإذا زال سبب الوقف فإن التقادم يبدأ من السريان مرة أخرى ، ولا يؤدي الوقف إلى نشوء تقادم جديد بمعنى أن الحائز يستمر في وضع اليد بنفس الشروط وصفات الحياة التي كانت قبل الوقف لتكملة المدة التي كان يتطلبها القانون قبل قيام سبب الوقف .

ووقف التقادم ذو أثر نسبي لا يستفيد منه إلا من تقرر لمصلحته ، فلو أن هناك عقاراً مملوكاً على الشيوع وكان بين الشركاء قاصر ، فإن وضع اليد بواسطة الحائز لا يقف إلا لمصلحة هذا القاصر دون بقية الشركاء البالغين ولا يجوز لبقية الشركاء التمسك بالوقف المقرر لصالح القاصر^(١) ، ولكن إذا كان الحق المراد كسبه بالتقادم غير قابل للانقسام كحق الارتفاق فإن وقف التقادم المقرر لصالح أحد

= وقد ثار خلاف حول مدى اعتبار جهل المالك بحقه كسب من أسباب وقف التقادم ذهب رأى إلى القول بأن الجهل بالحق لا يعتبر سبباً من أسباب وقف التقادم السارى ضده لأن ذلك يتفق مع أساس التقادم كوسيلة لاستقرار الأوضاع الاجتماعية وأن التقادم لا يسرى إلا ضد من جهل اغتصاب حقه والمالك الخريص لا يسكت طوال مدة التقادم عن المطالبة بحقه والتقادم كوسيلة لاستقرار الأوضاع ينتج أثره في مواجهة المالك دون نظر إلى علمه أو عدم علمه بالاعتداء الواقع على حقه ، د. محمد على عرفه ج ٢ بند ١٥١ ص ٢٨٢ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٤ ص ٦٢٠ .

(41) Planiol, Ripert et Picard, III, N, 743 P. 741 ; Aubry et Rau, II, N, 214, P. 460 , note
Baudry et Tissier, N.371, Mourlon, III, N. 1892, P. 911.

= ولكن هناك رأى آخر يذهب إلى العكس بالقول أن جهل المالك بحقه سبباً لوقف التقادم السارى ضده ما لم يكن هذا الجهل ناشئاً عن اهمال أو تقصير من صاحب الحق ، د. كامل مرسى ج ٤ بند ٣٣٨ ص ٣٤٤ ، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٩١ ص ١٩٠ . د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٩ ص ٣٠٥ ، د. محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٥١ ص ١٢٤ . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٢ ص ١٠٣٨ .

Larroumet, droit civil , II, N. 426, P. 255 .

نقض ١٩٤٨/٤/٢٢ مجموعة القواعد ج ١ بند ٤٨ ص ٤٥٢ .
= وعلى هذا الاتجاه تسير غالبية الأحكام الفرنسية باعتبار أن جهل المالك بحقه يضعه في حالة استنحالة تمنعه من المطالبة بشرط ألا يكون خطأ غير مغتفر . انظر : الأحكام العديدة المشار لها في :

Enc. D. 1995, VII, vo. prescription, N. 304 P. 21 .

= و الرأى الثانى القائل بوقف التقادم فى حالة الجهل بوجود الحق هو الأولى بالاتباع لأنه عندما يكون المالك جاهلاً بحقه يجب أن يوقف التقادم السارى ضده ، إذا ليس من المعقول أن لا تقرر وقف التقادم فى حين أن المالك لا يعلم بأن له حق على العين محل الحياة ، فإذا علم بعد فوات المدة القانونية يجد أن حقه قد اكتسب بواسطة الغير فالعدالة تقضى أن نوقف التقادم فى حالة جهل المالك بحقه ولا ندع الرغبة فى استقرار الحالات الواقعية تقودنا إلى الجور على ملكية الغير وسلب حقه فى حين أنه غير عالم به ، ففى الواقع العملى قد يكون المالك جاهلاً فعلاً بحقه دون تقصير منه فيجب وقف التقادم السارى ضده حتى لا يضيع عليه حقه دون أدنى تقصير منه ولذلك اعتبرت محكمة النقض المصرية الجهل بالحق دون تقصير موقفاً للتقادم ١٩٧٢/١/١٩٠ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٥٤٠ ص ٤١٠ ، ١٩٤٨/٤/٢٢ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤٨ ص ٤٥٢ .

(١) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٢٩ ص ٣٠٦ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣١٧ ص ٤٣٩ ، نقض ١٩٦٩/٤/٤ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٣٧ ص ٢٣٦ ، ١٩٧٥/١١/٢٥ مجموعة الأحكام س ٢٦ رقم ٢٧٨ ص ١٤٧٧ .

Enc. D. 1995, VII, vo prescrption , N, 308, P. 21 .

الشركاء يستفيد منه الباقي فلو كان العقار المحمل بالارتفاق مملوكاً لعدة شركاء على الشيوع بينهم قاصر ليس له ممثل قانوني كان الوقف لصالح الأخير يستفيد منه بقية الشركاء لعدم قابلية الحق للانقسام (م ١٠٢٧ / ٢ مدني مصري) (١).

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية عند الحكم بالوقف فهو مستقل بتقديره ما إذا كان المانع يؤدي أو لا يؤدي إلى وقف التقادم دون رقابة من محكمة النقض (٢) إلا إذا أورد أسباباً للحكم بالوقف أو رفضه فإنما تكون خاضعة لرقابة محكمة النقض (٣).

(١) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٦ ص ٦٠٧ ، د. جميل الشراوى الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٧ ص ٣٠٦.

Enc.D.1995, VII, vo prescripion, N,309, P.21 .

= فإذا تقرر الوقف لصالح صاحب حق الانتفاع لا يكون لمالك الرقبة الاستفادة من ذلك الوقف والعكس صحيح

Enc.D.1995, VII, vo prescripion, III, N,308, P.21.

(٢) نقض ١٩٧٤/١١/٥ مجموعة الأحكام س ٢٥ رقم ١٩٩ ص ١١٨٥ ، ١٩٧٩/٢/١٥ المجموعة الشاملة جـ ٥ رقم ٦٨ ص ٣٥١ ، ١٩٧٩/٣/١٦ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٥٣٩ ص ٤١٠ .

= وبالنسبة للمانع الأدبي نقض مدني ١٩٧٩/٣/٢٢ الموسوعة الشاملة جـ ٥ رقم ١٣٠ ص ٥٣٥ .

(٣) نقض ١٩٧٩/٢/١٥ الموسوعة الشاملة جـ ٥ رقم ٦٨ ص ٣٥١ وقد جاء فيه "أن قيام المانع الأدبي من المطالبة بالحق والذي يعتبر سبباً لوقف التقادم طبقاً للفقرة الأولى للمادة ٢٨٢ من القانون المدني وإن كان من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع إلا أنه إذا أورد القاضي أسباباً لقيام هذا المانع أو نفيه فإن هذه الأسباب تمتد إليها رقابة محكمة النقض".

الفرع الثاني

انقطاع التقادم المكسب في العقار

أولاً : تعريف الانقطاع وحكمته :

انقطاع التقادم هو قيام عقبة تؤدي إلى عدم احتساب المدة السابقة على سبب الانقطاع ضمن مدة التقادم. فهو يؤدي إلى إبداء المدة السابقة على قيام سبب الانقطاع يجعلها عديمة الفائدة ، وبالتالي لا تحسب ضمن مدة التقادم التي تبدأ بعد زوال الانقطاع ، فإذا جاز الحائز العقار ثانية فعليه أن يبدأ من درجة . الصفر^(١) ، بدون التدرع بضم المدة السابقة على قيام سبب الانقطاع .

فالتقادم المكسب يقوم أساساً على عنصرين ، الحياة والزمن ، بمعنى ضرورة توافر الأركان والشروط القانونية للحياة لكي تصلح أساساً للتقادم المكسب ، ويجب أن تستمر المدة القانونية بدون أن يعترضها سبب من أسباب الانقطاع . فعوارض التقادم تتدرج بحيث لو اقتصر تأثير العارض على عدم احتساب المدة التي قام خلالها ، كان ذلك هو الوقف ، أما إذا ارتفع تأثير العارض إلى درجة إبداء المدة السابقة عليه كان ذلك هو الانقطاع .

والحكمة في تقرير انقطاع التقادم ترجع إلى رعاية الحقوق ، بعدم انتزاعها من أصحابها لصالح الغير إلا إذا توافرت جميع الشروط القانونية ، فإذا كان التقادم يقوم على اعتبارات اجتماعية أساسها الرغبة في استقرار الحالات الواقعية وتحويلها إلى حقوق ، فإن تلك الرغبة لا يجوز أن تصل بالتقادم يجعله وسيلة لسلب حقوق الغير ويجب الإفتراد الحقوق الخاصة في سبيل المصلحة العامة إلا إذا وجدت الاعتبارات الداعية إلى ذلك ، فإذا وجد سبب الانقطاع انقطع التقادم لصالح صاحب الحق . كما أن التقادم لا يقوم إلا في مواجهة صاحب مهمل ولصالح حائز نشط حريص فإذا استيقظ صاحب الحق ورفع دعوى المطالبة بالحق ، أو تقاعس الحائز وترك الحياة يارادته أو انتزعت منه عنوة وسكت طوال المدة القانونية المقررة لاسترداد حيازته ، أو اعترف بحق صاحب الحق ، فتلك أسباب لا بد أن تقطع التقادم لصالح صاحب الحق رعاية لحقه ، كلما وجد سبب من هذه الأسباب .

ثانياً : أنواع الانقطاع وأسبابه :

انقطاع التقادم قد يكون طبعياً كما في التخلي عن الحياة أو نزاعها بالقوة ، وقد يكون مدنياً بأعمال قانونية قد تصدر من صاحب الحق أو من الحائز نفسه :

(1) Alain Piédèlivre, droit des biens, N.99, P.110.

١ - الانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب العقارى :

ينتج الانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب عن واقعة مادية^(١)، بتخلى الحائز ارادياً عن الحيازة أو نزعها قهراً عنه بواسطة الغير :

أ - تخلى الحائز ارادياً عن الحيازة :

يؤدى التخلي الإرادى من جانب الحائز عن الحيازة إلى انقطاع التقادم المكسب لانتهاء العنصر القصدى فى الحيازة ، سواء ترك الحائز الحيازة لصاحب العين ، أو تركها دون تسليمها لشخص آخر . وينتج التخلي الارادى أثره فى انقطاع التقادم ولو لم يكن هناك اعتداء من جانب الغير على الحيازة ، لأن الحيازة تفترض القصد ، ولا يوجد ذلك القصد ما دام الحائز تخلى بإرادته عن الحيازة^(٢) .

وتخلى الحائز ارادياً عن الحيازة يؤدى إلى انقطاع التقادم ولو تخلى عنها لفترة قصيرة ، فلا يلزم أن يستمر هذا التخلي زمناً معيناً^(٣) ، فبمجرد التخلي ينقطع التقادم بحيث إذا عاود الحائز الحيازة مرة أخرى كان عليه البدء فى حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة الأولى .

وإذا كان التخلي الإرادى عن الحيازة يؤدى إلى انقطاع التقادم ، فان مجرد نقل السيطرة المادية إلى الغير لا يؤدى إلى الانقطاع ، فلو أن الحائز أجر العين أو قرر للغير حق انتفاع ، فإن الحائز لا يفقد الحيازة ، لأنه يجوز فى مثل هذه الحالات بواسطة المستأجر أو المنتفع وما الأخير إلا مجرد حائز عرضى لحساب الحائز الأصلي^(٤) .

وكذلك إذا كف الحائز عن مباشرة الأعمال المادية على العين فإنه لا يؤدى إلى انقطاع التقادم طالما لم يقصد التخلي عن نية الحيازة^(٥) ، إذا إن ممارسة الأعمال المادية لا تكون فى كل لحظة على العين بل تكون على حسب طبيعة العين محل الحيازة والحق المدعى حيازته .

كما يجب أن تؤخذ فى الاعتبار أن الحيازة لا تزول ، وبالتالي لا ينقطع التقادم إذا حال دون مباشرتها مانع وقتى كالقوة القاهرة أو الفيضان ، فالحدث الطبيعى لا يؤدى إلى انقطاع التقادم (مدنى مصرى) طالما لم يكن للحائز دخل فيه ، وتطبيقاً لذلك قضى بأن : "الفيضان السنوى

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٤٩ .

(٢) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢٢٣ - ص ٢٢١ ، محمد عبد الطيف - التقادم - بند ١٦٠ ص ١٣١ ، الحيازة بند ٣٣٤ ص ٢٥٧ .

Plonil, Ripert et Picard, III, N. 722- 723 , P. 725 - 726 ; Baudry et Tissier, N. 471 , P. 356 .

(٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٠٤ ص ١٠٥٧ .

Ploniol, I, N. 2681, P. 839 .

(٤) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢٢٣ ص ٢٢١ . د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٠٣ ص ١٠٥٦ .

هـ (٤) .

(٥) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢٢٣ ص ٢٢٢ .

الذى يصيب الأراضي الواقعة في جزيرة في النهر لا يعتبر انقطاعاً لوضع اليد القانوني ولا يزيل عن الحائز نية الحيازة " (١).

(ب) نزع الحيازة :

ينقطع التقادم المكسب طبيعياً إذا نزع العين محل الحيازة من تحت الحائز بواسطة الغير أو بواسطة المالك الحقيقي ، وسواء كان الاستيلاء على العين يعلم الحائز أو بدون علمه ، ولا يكفي مجرد الاعتداء البسيط الواقع على العين للقول بانقطاع التقادم ، ولكن يجب أن يؤدي هذا الترع إلى حرمان الحائز من الانتفاع كلية بالعين (٢).

ولكى يؤدي نزع الحيازة إلى انقطاع التقادم ، يجب أن يكون منتزع الحيازة - سواء المالك أو الغير - قاصداً الحيازة لحساب نفسه بالحيازة بصفة مالك أو صاحب حق، بحيث لو كان منتزع الحيازة بقصد العمل لحساب من انتزعت منه الحيازة فإن ذلك لا يؤدي إلى انقطاع التقادم ، لأن منتزع الحيازة مجرد حائز عرضي يجوز لحساب الحائز الأصلي . وقد أقرت ذلك محكمة النقض المصرية بقولها : " يجب أن يكون واضح اليد الجديد منتفعاً بالعين لغير حساب الحائز أو بعبارة أخرى يجب أن يكون من شأن رفع يده الحائز حرمانه من ثمرات العين التي كان يجوزها ومن منافعتها فإذا ما عين البنك العقاري حارساً على أرض متنازع عليها للمحافظة على حقوق الدائنين وتسلم هذه الأرض ، وارتفعت يده المالك عنها ، فإن رفع يده هذا لا يصح اعتباره قاطعاً للتقادم لأن البنك لم يضع يده على الأرض لينتفع بها لنفسه بل ليحصل غلتها يستوفي منها دينه ويعود ما بقي منها لصاحب الحق فيه وهو المالك " (٣). وإذا كان نزع الحيازة يؤدي إلى انقطاع التقادم المكسب العقاري ، إلا أنه يجب التمييز بين أمرين :

الأول : إذا نزع الحيازة وبادر الحائز إلى استردادها بواسطة دعوى الحيازة أو على الأقل رفع تلك الدعوى في خلال سنة ، فإذا عادت الحيازة إلى الحائز بناء على تلك الدعوى فإن التقادم لا ينقطع (٤).

(١) أنظر د. السنهوري - الوسيط ج ٩ - بند ٤٠٣ ص ١٠٥٦ هـ (٣) .

(٢) د. كامل مرسي - ج ٤ - بند ٢٢٤ ص ٢٢٣ هـ (١) ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٥٧ .

= وقضى بأن : " محضر التمكين من الحيازة الذي لا يمس الحائز لا يقطع التقادم اليساري لمصلحته - استئناف مختلط ١٩٣٠/٣/٢ مجلة التشريع والقضاء س ٣٢ ص ١٦٥ ، وخصوصاً إذا ثبت أن التمكين من الحيازة لم يكن إلا نظرياً " استئناف مختلط ١٩٣٠/١/٢١ مجلة التشريع والقضاء س ٤٢ ص ٢٠٤ مشار إليها لدى د. كامل مرسي - ج ٤ - بند ٢٢٤ ص ٢٢٣ هـ (٢) .

(٣) نقض مدني ١٩٤٠/٢/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤٣ ، ص ٤٥١ ، ١٩٣٦/١٢/٣ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤٢ ص ٤٥١ .

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي الأموال - بند ٣١٩ ص ٤٤١ ، د. عبد المنعم الصده - حق الملكية - بند ٣٩٨ ص ٦١٠ .

الثانى : إذا نزع الحيازة ولم يبادر الحائز إلى استردادها بواسطة دعوى استرداد الحيازة ، فإن التقادم ينقطع ، فإذا رفعت يد الحائز للعين مدة سنة ولم يرفع الحائز الدعوى فإن التقادم يعتبر منقطعاً . ويجب أن يستمر نزع اليد سنة كاملة من تاريخ نزع الحيازة^(١) . وتكمن العلة في اشتراط مدة السنة حيث أن الانتزاع إذا لم يدم سنة يفترض أنه كان مجرد حيازة مؤقتة من جانب منتزع الحيازة ، كما أن السنة كافية لأن تجمع فيها ثمرات العين وتنبئ عن وجود حيازة من جانب الغير ، ولو اعتبرنا أن الحيازة المؤقتة كافية لقطع التقادم لأدى ذلك إلى القول بوجود أن يرفع الحائز دعوى الملكية لإثبات حقه ، فمدة السنة القصد منها المحافظة على النظام العام^(٢) .

ففي حالة انتزاع الحيازة يفرق بين ما إذا ما استرد الحائز الحيازة خلال سنة أو لم يستردها ، ففي الأولى لا ينقطع التقادم ، أما في الثانية فإن التقادم ينقطع بحيث إذا عاود الحائز الحيازة بناء على الحكم الصادر له في دعوى الملكية فإن عليه بدء حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة .

وبالنسبة لانقطاع التقادم طبيعياً ، يكون على من يدعى حدوثه إثبات ما يدعيه فلا يلزم الحائز بإثبات أن حيازته لم تنقطع ويكون عبء ذلك على خصمه^(٣) ، إذ إن القانون وقف بجانب الحائز وقرر له قرينة الحيازة الوسطى بحيث إذا أثبت الحائز أنه كان حائزاً في وقت سابق معين وكان حائزاً حالاً فإن ذلك يفترض قيام الحيازة في المدة ما بين الزميين ما لم يثبت خصمه انقطاع الحيازة (م ٩٧١ مصرى) .

٢ - الانقطاع المدني للتقادم المكتسب :

الانقطاع المدني هو الانقطاع الناتج عن أعمال قانونية تصدر من صاحب الحق أو الحائز. فالأعمال القانونية التي يكون من شأنها قطع التقادم قد تصدر من صاحب الحق كالمطالبة القضائية والتبنيء، أو تصدر من الحائز كإقراره بحق المالك الحقيقي .

أ - المطالبة القضائية :

يقصد بالمطالبة القضائية هو ذلك العمل الإجرائي الموجه بواسطة المدعى إلى المحكمة مقررأ فيه وجود حق له أو مركز قانوني معتدى عليه ويرغب في الحصول على الحماية القضائية في مواجهة المعتدى^(٤) . فالمطالبة القضائية هي وسيلة صاحب الحق في حماية حقه لقطع التقادم السارى ضده ، وأهم تلك

(١) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧١ ص ٥٠٤ ، د. محمد على عرفه - ج ٢ ص ٢٨٥ .
Mazeud et Chabas, II, N, 1493, P. 245 ; Planiol, I, N. 2681, P. 839.

(٢) د. كامل مرسى - ج ٤ بند ٢٢٤ ص ٢٢٥ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٨ ص ٦١٠ .
= و حساب مدة السنة يبدأ من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة علنية بواسطة الغاصب. م ٩٥٧ / ٢ م مصرى .

(٣) د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢٣٠ ص ٢٢٩ .

(٤) د. فتحى إلى - الوسيط فى قانون القضاء المدني - طبعة ١٩٨٦ - الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٦٢ ص ٤٣٢ ، د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - التنظيم القضائى - طبعة ١٩٦٨ - الناشر دار الفكر العربى

الوسائل هي دعوى الاستحقاق التي يرفعها المدعى لاسترداد ملكه من تحت يد المعتدى .
ولا يقتصر معنى المطالبة القضائية القاطعة للتقادم على الدعوى الأصلية ، بل تشمل " أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى " (م ٣٨٣ م مصرى) فتمتد المطالبة - إلى جانب الدعوى - إلى الدفع والطالبات العارضة ودعاوى المدعى عليه والتدخل في الخصومة^(١) ، فكل من تلك الأمور يحبل معنى المطالبة القضائية القاطعة للتقادم .

ولكى تعتبر المطالبة قاطعة للتقادم لا بد أن تصل إلى حد المطالبة بالحق ، ومن ثم لا تكفى المطالبات الودية لقطع التقادم ولو كان ذلك في كتاب مسجل أو إنذار رسمى على يد محضر^(٢) ، لعدم دلالة تلك الأعمال على نية المالك في اقتضاء حقه ، كما أن الإجراءات التحفظية لا تقطع التقادم كالمطلب الذى يطلب فيه صاحب الحق وضع العين تحت الحراسة^(٣) ، ولا يعتبر الطلب الذى يتقدم به صاحب الحق لإعفائه من الرسوم القضائية قاطعا للتقادم ولو قبل ، لأن مثل تلك الطلبات لا تحمل معنى المطالبة القضائية التى ترقى إلى المطالبة بالحق ذاته^(٤) .

وترفع المطالبة القضائية من صاحب الحق أو نائبه كالوكيل أو الوصى أو القيم ، وتجاوز أيضا من دائن المالك لما له من حق في استعمال حقوق مدنيه عن طريق الدعوى المباشرة ، وتجاوز أيضا من الخلف العام متى كان لهؤلاء مصلحة في قطع التقادم السارى ضد عين تدخل في مضمون التركة^(٥) ، كما ترفع المطالبة القضائية على الحائز للعين محل المطالبة أو من ينوب عنه قانونا ، فإذا وجهت المطالبة إلى من ليس له صفة في تمثيل الحائز فلا يكون لها أثر بشأن قطع التقادم ، فلو أن المطالبة وجهت إلى المستاجر فإنها لا تقطع التقادم ضد الحائز الحقيقي^(٦) .

(١) وتطبيقا لذلك قضى بأن المشرع لم يستحدث بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنى حكما جديدا وإنما قن ما استقر عليه القضاء في شأن الأعمال القاطعة للتقادم ، وغايته من قوله أن أى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى يعتبر قاطعا للتقادم أن تشمل الأعمال القاطعة للتقادم الطلبات العارضة المقدمة من الدائن إذا كان مدعى عليه وذلك بالتطبيق للمادة ١٥٢ مرافعات ، وتدخله في دعوى سبق رفعها بالتطبيق للمادة ١٥٣ مرافعات نقض ١٩٦٤/١١/١٩ مجموعة المبادئ رقم ٥٩٨ ص ٣٥٦ ، ١٩٥٨/٣/١٣ ، مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٣٣ ص ٢٥١ .

(٢) إذا يشترط في الورقة القاطعة للتقادم أن تحمل معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة الجازم بالحق الذى يراد استرداده في التقادم المملك . نقض ١٩٣١/١٢/٢٤ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤١ ص ٤٥١ ، ١٩٥٩/٦/٢٥ ، مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٢٥ ص ٢٤٩ .

(٣) د . كامل مرسى ج ٤ بند ٢٥٥ ص ٢٦٠ ، بند ٣٣٦ ص ٢٣٥ .

(٤) نقض مدنى ١٩٤٢/١١/٢٦ . مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤٠ ص ٤٥١ ، ١٩٧٦/٦/١٢ ، مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢٥٤ ص ١٣٣٩ .

(٥) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٥ ص ١٠٤٣ ، د . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٦٩ ص ١٣٧ .

(٦) وبذلك المعنى قضى بأن : " المطالبة للقضائية بالحق لا تقطع التقادم إلا أن تكون قد وجهت إلى المدين أو من يمثله " نقض مدنى ١٩٦٧/٤/١٩ مجموعة الأحكام س ١٨ رقم ١٢٩ ص ٨٤٤ ، ١٩٨١/١٢/٢١ ، مجموعة الأحكام س ٤٣٢ ص ٢٣٧٤ .

ولقيام المطالبة القضائية تكفي أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية عند بدء المطالبة ولا تشترط أهلية التقاضى ، ولذلك يجوز لمن كان قاصرا أو توافرت عنده أهلية الإدارة أن يرفع المطالبة القضائية بهدف قطع التقادم السارى ضده ، ولكن يشترط للاستمرار فى المطالبة ان تتوافر أهلية التقاضى ، ولذلك يجب على الولي أو الوصى أو القيم التدخل فى الدعوى لتصحيح إجراءاتها والاستمرار فيها (١) .

وترفع الدعوى وفقا لقانون المرافعات الحالى بصحيفة توضع بقلم كتاب المحكمة (م ٦٣ مرافعات) وبمجرد إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب تعتبر الدعوى مرفوعة ، ومنذ ذلك الإيداع ترتب الدعوى آثارها فى قطع التقادم ولم لم تعلن إلى المدعى عليه (٢) وتعتبر المطالبة القضائية قاطعة للتقادم ولو رفعت إلى محكمة غير مختصة سواء كان عدم الاختصاص محليا أو نوعيا ، استنادا إلى أن قواعد الاختصاص تكون فى غالب الأحوال معقدة ومتشابكة وتؤدي إلى الالتباس لدى صاحب الحق فيقوم برفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة فيفترض أن المالك لم يرفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة قصدا بل عن خطأ وقع فيه ، إذ ليس من مصلحة إطالة الإجراءات ليضيع حقه ، كما أن المالك عندما رفع الدعوى إلى المحكمة غير المختصة محليا أو نوعيا قد أظهر نيته فى اقتضاء حقه وتلك النية تكفى لقطع التقادم سواء رفعت الدعوى إلى محكمة مختصة أو غير مختصة ، لأن العزم من جهة المالك هو أساس قطع التقادم بالمطالبة القضائية (٣) .

كما أن رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ولانها كرفع دعوى أمام القضاء الإدارى وهى من اختصاص القضاء العادى تقطع التقادم ، لنفس العلة التى من أجلها ينقطع التقادم لو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة نوعيا أو محليا ، لأن مسائل الولاية قد تكون أكثر تعقيدا وتشابكا من مسائل الاختصاص النوعى أو المحلى كما أن رفع الدعوى يبنى عن قصد المالك فى اقتضاء حقه بمطالبة قضائية (٤) .

- (١) د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٥ ص ١٠٤٣ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٧١ ص ١٣٩ Aubry et Rau, II, N. 215; Baudry et Tissier, N. 484, p.363 = ويحوز لمدير الشخص الاعتبارى رفع الدعوى قبل الحصول على الترخيص من مجلس الإدارة لقطع التقادم ، وبعد ذلك يحصل على الترخيص ، د. كامل مرسى - ج٤ بند ٢٣٥ ص ٢٣١ . د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٥ ص ١٠٤٣ هـ (١)
- (٢) د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٢ ص ٥٠٦ د . أحمد ابو الوفا - التعليق على نصوص قانون المرافعات طبعة ١٩٧٥ الجزء الأول - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - انظر : التعليق على المادة ٦٣ ص ٢٩٢ . نقض ١٩٧٠/١٢/١٠ ، ١٩٧٠/١٢/١٠ ، ١٩٧٤/٤/٢٥ ، مجموعة القواعد للسيد خلف ، أرقام - ١٥٣٣ ، ١٥٣٤ ، ١٥٣٧ على التوالى ص ٤٠٩ .
- (٣) د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٦ ص ١٠٤٥ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٧٤ ص ١٤٠ Enc.D. 1995, VII, vo.prescription, N. 228 P.16 . نقض ١٩٤٥/١٢/١٣ مجموعة القواعد ج١ رقم ٤٧ ص ٤٥٢ .
- (٤) إلى ذلك يذهب غالبية الفقه ، منهم على سبيل المثال : محمد عبد اللطيف ، التقادم - بند ١٧٤ ص ١٤١ - والحيازة - بند ٣٥١ ص ٢٦٤ ، د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٦ ص ١٠٤٥ . د . كامل مرسى - ج٤ - بند ٢٤٩ ص ٢٥٦ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٧٠٠ . د . محمد المنجى - الحيازة ١٩٨٥ - بند ٣٧ ص ١٨٧ =

ورفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة ينتج أثره في انقطاع التقادم طوال مدة رفع الدعوى. نكس إذا صدر حكم نهائي بعدم الاختصاص فإن أثر الانقطاع المترتب على رفع الدعوى إلى المحكمة غير المختصة يعتبر كأن لم يكن ، ويستمر التقادم في السريان مرة أخرى من تاريخ صدور الحكم بعدم الاختصاص ، وليس فقط من يوم إعلان الحكم الصادر بعدم الاختصاص^(١).

وإذا كان رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع التقادم ، فهل رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل يقطع التقادم باعتبار أن الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة ؟ بداية يمكن القول بأن رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل لطلب اتخاذ إجراء تحفظي لا يقطع التقادم ، لأن قرار القضاء المستعجل لا صلة له بأصل الحق وما يتبع منه إلا اتخاذ إجراءات تحفظية لا تحوز الحجية أمام محكمة الموضوع ، لأهلاً تهدف إلى استرداد العين محل المطالبة كدعوى إثبات الحالة أو دعوى الحراسة^(٢) ، فالهدف من تلك الدعويين اتخاذ إجراءات لا تقس أصل الحق .

وإذا كان رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل بهدف اتخاذ إجراءات وقية لا يقطع التقادم ، إلا أنه إذا رفعت الدعوى إلى القضاء المستعجل وطلب فيها عن طريق الخطأ طلباً موضوعياً فإنها تعتبر قاطعة للتقادم لتعلق الدعوى بأصل الحق ، ومن ثم يعتبر الطلب الموضوعي أمام القضاء المستعجل قاطعاً للتقادم باعتبار أن الدعوى رفعت إلى محكمة غير مختصة نوعياً^(٣) ، ويجب على المشرع أن يقرر ذلك صراحة وقد تدخل المشرع الفرنسي وعدل المادة (٢٢٤٤) من القانون المدني ، حيث قرر انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل^(٤) . فالتعديل الذي أجراه المشرع الفرنسي على (٢٢٤٤) من القانون المدني أعطى الدعوى المرفوعة أمام القضاء المستعجل نفس أثر الدعوى المرفوعة أمام القضاء غير المختص إذا تضمنت الدعوى أمام القضاء المستعجل طلباً موضوعياً بالحق .

= Aubry et Rau, II, N. 215, P. 466 ; Baudry et Tissier, N. 497, P. 394 ; Mourlon, III, N. 1867, P. 898.

= عكس ذلك د. محمد على عرفه ج ٢ بند ١٥٥ ص ٢٨٨ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٩ ص ٦١٤ .

De Hults, III, N. 99P. 345

(١) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٩ ص ٦١٤ ، د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٢٤٩ ص ٢٥٧ ، نقض مدني ١٣/١٢/١٩٤٥ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٤٧ ص ٤٥٢ .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٥ ص ١٠٤٢ .

Alex Weill, droit civil, II, N. 453, P. 391 ; Baudry et Tissier, N. 494, P. 371

نقض ١٩٤٠/٢/٢٩ مجموعة القواعد رقم ٤٣ ص ٤٥١ .

(٣) د. محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٣٥١ ص ٢٦٤ ، د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٧٠٤ .

(٤) انظر في ذلك

Enc. D. 1995, VII, vo. prescription, N. 211 P. 15

وانظر د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٧٠٤ هـ (٢) حيث أشار إلى بعض أحكام القضاء المدني الفرنسي ويستحسن سيادته موقف المشرع الفرنسي بصدد تعديل المادة ٢٢٤٤ انظر ص ٧٠٥ .

وتقدير ما إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام القضاء المستعجل تتضمن طلبا موضوعيا ومن ثم تقطع التقادم ، يدخل في السلطة التقديرية للمحكمة ولا عبء بالتكليف الذي يصبغه الخصوم على الدعوى ، بل العبء بحقيقة المطلوب فيها دون النظر إلى العبارات التي صيغت بها الدعوى^(١) .

ولما كانت المطالبة القضائية تقطع التقادم إلا أنه يجب أن يكون موضوعها منصبا على حق الملكية ذاته المهدد بالتقادم عن طريق دعوى الاستحقاق للمطالبة بملكية العين ذاتها^(٢) ، إذ يشترط في المطالبة القضائية التي تقطع التقادم المكسب أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق المراد اقتضاؤه^(٣) ، ومن ثم فإن الدعوى التي لا تحمل معنى الطلب الجازم بالحق لا تؤدي إلى قطع التقادم، ولذلك فإن دعوى تعيين الحدود لا تقطع مدة التقادم لأنها لا تهدف إلى المطالبة القضائية وإنما إلى تحديد الحد الفاصل بين ملكين متجاورين بطريقة مؤكدة ولا يوجد فيها نزاع بشأن الملكية ، ولو أثبت الخبير أن هناك نقصا في مساحة الأرض^(٤) .

وإذا كانت المطالبة القضائية تقطع التقادم فهل يكون لها نفس الأثر إذا شابها عيب يجعلها باطلة من حيث الشكل؟. ذهب بعض من الفقه إلى القول بأنه من الأفضل أن يعامل الإعلان الباطل شكلا معاملة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة ليكون من شأنه قطع التقادم ، إذ يجب على المشرع التسوية بين الإعلان الباطل شكلا وبين الإعلان المرفوع أمام قاض غير مختص ، فالقانون في حالة رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة لم يحمل رافع الدعوى نتائج الخطأ الناتج عنه والمتعلق بعدم الاختصاص ، وفي ذات الوقت حملته نتيجة الخطأ الناتج من عمل المحضر ، وإذا كان المحضر مسئولاً مدنيا عن البطلان النسبوس إليه فإن تلك المسئولية تكون نوعا من الوهم لاسيما إذا كان المحضر معسرا ، ومن الأفضل التسوية بين الإعلان الباطل من حيث الشكل وبين الإعلان المرفوع إلى المحكمة غير المختصة بجعله قاطعا للتقادم ولو حكم بالبطلان ، شريطة أن يقوم المدعى بتقديم صحيفة الدعوى بإجراءات صحيحة خلال مدة يحددها القانون من تاريخ الحكم بالبطلان ، لأن الصحيفة المعيبة شكلا تنم عن نية صاحب الحق في استرداد حقه واشتراط الإعادة للإعلان خلال فترة محددة يؤكد نية صاحب الحق إذا بادر إلى إعادة الإعلان في المسدة التي يحددها القانون^(٥) .

(١) نقض ٢٢ / ٦ / ١٩٧٧ مجموعة الأحكام س ٢٨ رقم ٢٥٢ ص ١٤٧٠ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٥ ص ١٠٤٣ ، هـ (٢) .

(٣) نقض مدني ١٩٦٢/٤/٢٦ مجموعة المبادئ رقم ٥٩٣ ص ٣٥٤ ، ١٩٣١/١٢/٢٤ مجموعة القواعد ج١ رقم ٤١ ص ٤٥١ ، ١٩٥٩/٦/٢٥ مجموعة الأحكام س ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ ، ١٩٧٦/٥/٢٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢٢٦ ص ١١٨٨ ، ١٩٧٨/٢/٢٠ مجموعة الأحكام س ٢٩ رقم ٧٧ ص ٣٨٦ .

(٤) د . كامل مرسى ج ٤ بند ٢٢٦ ص ٢٣٥ ، هـ (٤) .

(٥) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٩٦ ، د . كامل مرسى ج ٤ بند ٢٣٧ ص ٢٣٨ .

هـ (٤) .

ولكن الرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى يرى أن المطالبة القضائية الباطلة ليعيب فى الشكل تعتبر كأن لم تكن ، وتزول جميع آثارها ومنها قطع التقادم شريطة صدور حكم البطلان (١) . وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقاً للبادة ٣٨٣ من القانون المدنى إلا إذا تمت بإجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة ليعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم " (٢) .

وفى الواقع أنه يجب التسوية بين الإعلان الباطل ليعيب فى الشكل وبين الدعوى المرفوعة إلى محكمة غير مختصة مما يجعل المطالبة القضائية قاطعة للتقادم مع تحديد معياد معين يطلب فيه من المدعى إعادة الإعلان بإجراءات صحيحة بحيث إذا ما بادر إلى إعادة الإعلان اعتبر الأثر القاطع للتقادم موجوداً من لحظة الإعلان الأول الذى قضى بطلانه ، أما إذا أهمل ولم يبادر إلى إعادة الإعلان فى المدة التى يحددها القانون أصبح أثر البطلان نهائياً ولا يكون لدعواه أى أثر من ناحية قطع التقادم .

وإذا كان للمطالبة القضائية أثرها فى قطع التقادم إلا أن هذا الأثر يزول إذا رفعت الدعوى بإيداع صحيفة قلم الكتاب بأداء الرسم كاملاً ولكن لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب حيث تعتبر الدعوى كأن لم تكن (م ٧٠ مرافعات مصرى) ، ولا يكون لها أثر فى قطع التقادم .

وإذا شطب الدعوى لعدم حضور المدعى أو المدعى عليه فإنها تظل منتجة لآثارها القانونية فى قطع التقادم أما إذا ظل الشطب ستين يوماً ولم يطلب المالك السير فى الدعوى اعتبرت كأن لم تكن ويزول أثرها فى قطع التقادم ، وكذلك ترك المدعى دعواه يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة (م ١٤٣ م مصرى) وزوال جميع الآثار القانونية ومنها قطع التقادم السارى لمصلحته حيث يعتبر كأن لم ينقطع ، والحكم بسقوط الخصومة فى حالة عدم السير فيها بفعل المدعى أو امتناعه (م ١٣٤ مرافعات مصرى) ، يؤدى إلى زوالها واعتبارها كأن لم تكن وتزول كافة الآثار المترتبة عليها ومنها قطع التقادم السارى لمصلحة المدعى عليه وانقضاء الخصومة بمضى ثلاث سنوات من آخر إجراء صحيح فيها (م ١٤٠ مرافعات مصرى) فإنها

(١) منهم : د. السنيورى - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٧ ص ١٠٤٦ ، د. عبد المنعم البندراوى - حق الملكية - بند ٣٧٢ ص ٥٠٦ ، د. محمد طلى عرفه - ج ٢ بند ١٥٥ ص ٢٨٩ ، د. محمد المنجى - الخيابة ١٩٨٥ - بند ٣٧ ص ١٨٥ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٧٦ ص ١٤٣ .

Baudry et Tissier, N. 498, P. 376.

(٢) نقض ١٩٦٢/٦/٧ مجموعة الأحكام من ١٣ رقم ١١٦ ص ٧٧٤ ، ١٩٧٥/٥/٢٠ مجموعة الأحكام من ٢٦ رقم ١٩٤ ص ١٠١٧ .

= ويرى د. عبد المنعم الصدة أن الصحيفة إذا كان صحيحة ولكن الإعلان باطل فإن التقادم ينقطع شريطة إعادة الإعلان - حق الملكية - بند ٣٩٩ - ص ٦١٥ .

تعتبر كأن لم تكن ولا تعتبر قاطعة للتقادم^(١)

ويشترط أخيراً ألا ترفض المطالبة القضائية وتستمر إلى أن يصدر حكم فيها لصالح المالك ، فإذا رفضت الدعوى زال أثرها بالنسبة لقطع التقادم^(٢) . وتعتبر الدعوى المرفوضة غير ذات أثر بالنسبة لقطع التقادم أياً كان سبب الرفض و تكون نتيجته محو أثرها بالنسبة لانقطاع التقادم^(٣) ، دوغماً تفرقة بين سبب وآخر للرفض ، وإذا كان رفض الدعوى يؤدي إلى زوال أثرها فيما يتعلق بانقطاع التقادم إلا أنه يشترط أن يكون الحكم الصادر بالرفض نهائياً ، ومن ثم إذا رفضت الدعوى أمام محكمة أول درجة ورفع عن هذا الحكم استئنافاً فإن التقادم يعتبر منقطع نتيجة للاستئناف طوال المدة التي يستغرقها الاستئناف ، سواء كان هذا الاستئناف أصلياً أو فرعياً^(٤) ، استناداً إلى ما تقضى به المادة (٣٨٣) من القانون المدني المصري التي تقرر أن التقادم " ينقطع بأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى "

ب - التنبيه :

التنبيه هو تكليف للمدين بالوفاء قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبرى ، ويعتبر التنبيه من مشتملات إعلان السند التنفيذى (م ٢٨١ مرافعات مصرية) وهو عمل غير قضائى يتم إعلانه بواسطة المحضر ، ويجب أن يشتمل على جميع البيانات المطلوب توافرها في أوراق المحضرين . وقد ورد النص على التنبيه كسبب لقطع التقادم في المادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري ، ومن المتفق عليه أن التنبيه يقطع التقادم المسقط ، ولكن بصدد قطع التقادم المكسب ، أيؤدي التنبيه ال قطع التقادم المكسب أم لا ؟ ذهب رأى إلى القول بأن التنبيه لا يؤدي إلى قطع التقادم المكسب ، ولا ينطبق إلا على التقادم المسقط لأنه يفترض وجود دائن يقوم بالتنبيه على المدين بالوفاء^(٥) .

(١) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٣ ص ٥٠٨ ، د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٣٩٧ ص ١٠٤٦ - ١٠٤٧ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " الحكم برفض الدعوى يؤدي إلى الغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من الآثار ومنها قطع التقادم " نقض مدنى ٢٦ / ٤ / ١٩٩٦٤ مجموعة المبادئ رقم ٥٩٥ ص ٣٥٥ وقضى بأن : " القضاء فى الدعوى الاصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان للدعوى من آثار فى قطع التقادم ، واعتبار انقطاع التقادم المبني عليها كان لم يكن " نقض ٢٣ / ٥ / ١٩٦٣ مجموعة المبادئ رقم ٥٩٦ ص ٣٥٥ .

(٣) د. كامل مرسى - ج٤ - بند ٢٣٩ ص ٢٤١ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٩٩ ص ٦١٦ Baudry et Tissier, N. 505, P. 381; Aubry et Rau, II, N. 215, P. 466-468 .

(٤) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٧١٨ .
(٥) على سبيل المثال د. محمد على عرفه - ج٤ - بند ١٥٥ ص ٢٨٧ ، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٢ ص ٥٠٥ ، د. محمد على عمران - الحقوق العينية الاصلية ص ٢٤٤ ، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٨٥ بند ٣٧ ص ١٨٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٣٩٥ ص ١٠٤١ .

Larroumet, droit civil, II, N. 424, P. 253 ; Alex Weill, droit civil, II, N. 453 ; Planiol, I, N. 2685, P. 840 .

بينما يذهب رأى آخر إلى أن التنيه يقطع التقادم المكسب ، فلو كان بيد المالك ورقة رسمية تعطيه الحق في تسلم العقار من تحت بيد الخائز فإذا نبه على الخائز بموجب هذا السند فإن هذا التنيه يقطع التقادم ، وكذلك لو رفع المالك دعوى الاستحقاق على الخائز وحصل على حكم بتسليم العقار ، وظل الخائز واضعاً يده على العين فإذا نبه على الخائز تنيهاً رسمياً بإخلاء العقار قبل التنفيذ الجبرى فإن هذا التنيه يحدث أثره في قطع التقادم السارى لمصلحة الخائز ويزول كل أثر لوضع اليد بواسطة الخائز^(١) وفي الواقع أن التنيه باعتباره يتضمن تكليفاً بإخلاء العين ، فهو لا يعارض مع طبيعة التقادم المكسب ومن ثم يكون له أثر في قطعه . وتضح الصورة العملية في الحالة التي يرفع فيها المالك دعوى الاستحقاق على الخائز ويصدر فيها حكم لصالحه باسترداد العقار ، ولكن الخائز يستمر في وضع يده فيبدأ تقادم جديد لصالح الخائز ، فما هي الوسيلة العملية لدى المالك لقطع هذا التقادم هل يلزم بأن يرفع دعوى الاستحقاق مرة أخرى على الخائز أم نجعل للتنيه أثراً في قطع التقادم ؟ لا يجب أن يلزم الخائز برفع الدعوى مرة أخرى ويجب أن نقرر لمن حصل على حكم في دعوى الاستحقاق لصالحه ، ونبه على الخائز قبل الشروع في التنفيذ أن يكون لهذا التنيه أثره في قطع التقادم ، بالرغم من أن التنيه قد لا يتعه حجز ، فالتنيه في مثل هذا الفرض يمثل الوسيلة العملية لدى المالك لقطع التقادم ، ولا يعارض ذلك مع طبيعة التقادم المكسب .

ولا يشترط أن يعقب التنيه التنفيذ بطريق الحجز ، ويظل للتنيه أثره في قطع التقادم من تاريخ إخلاء الخائز ، ولكن يشترط أن يكون التنيه صحيحاً من حيث الشكل بحيث لو اعتراه عيب جوهري يطله لا يكون له أثر في قطع التقادم لكونه إجراء باطلاً^(٢) .

ج - الإقرار :

الإقرار هو اعتراف الخائز بحق الملكية على العين محل الحيازة للغير ويتضمن تنازلاً منه عن مدة التقادم السابقة . فالإقرار يتلوى على اعتراف الخائز بحق الغير على العقار الموجود تحت يده وهو لا يعدو

(١) منهم على سبيل المثال : د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٠ ص ٦١٦ ، د . كامل مرسى - ج٤ - بند ٢٦٣ ص ٢٦٤ . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٩٨ ص ١٥٦ - الحيازة - بند ٣٧٠ ص ٢٧٨ . د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٧٢٥ .

Baudry et Tissier, N.512,P.385 ; Laurent,XXXII,N.113, P.124 ; Aubry et Rau, II, N. 215, P.469-470.

(٢) د . محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ١٩٨ ص ١٥٥ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٠ ص ٦١٧ ، د . كامل مرسى ج٤ - بند ٢٦٣ ص ٢٦٥ - ٢٦٦ .

= وتنيه نزاع الملكية لا يعتبر قابلاً للتقادم المكسب . لأنه لا يتضمن إجراءات موجهة من الدائن إلى المدين وأثره الوحيد قطع التقادم المسقط بالنسبة للمدين ولا يكون لها أثر قبل من كان واضعاً يده على العقار لأن التقادم المكسب لا ينقطع إلا برفع دعوى الملكية على الخائز . د . كامل مرسى - ج٤ - بند ٢٦٥ ص ٢٦٨ .
= ولا يترتب على الحجز قطع التقادم المكسب ، د . السنهوري - الوسيط - ج٤ - بند ٣٩٥ ص ١٠٤١ هـ (١) .

كونه تقريرا للواقع ولا يزيد عن كونه واقعة مادية ليست كافية لقطع التقادم ، إذ يجب أن ينطوى على تنازل الحائز عن مدة التقادم الماضية ولا يقتصر على كونه تقريرا بحق المالك^(١) .
والإقرار يعتبر عملا قانونيا صادرا من جانب واحد وهو الحائز ، ولا يشترط لتمامه قبول المالك ، وإذا صدر من المقر أصبح نهائيا لا يجوز الرجوع فيه ، ولا يلزم أن يكون من صدر لصالحه حاضرا صدور الإقرار ، وأحيانا يكون باتفاق يتم بين المالك والحائز ، ويسمى الانقطاع في هذه الحالة بالانقطاع الاتفاقي . ولا يشترط تطابق إرادة الحائز والمالك في مثل هذا الإقرار بل تكفي إرادة المقر وحده لإحداث أثره في قطع التقادم^(٢) .

والإقرار القاطع للتقادم قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، ويكون الإقرار صريحا إذا اعترف الحائز صراحة بحق الملكية للغير على العين محل الحيازة ، ولا يشترط القانون في الإقرار الصريح أى شكل خاص يصدر فيه ، إذ يجوز أن يكون في أى مظهر صريح يدل دلالة قاطعة على معنى التزول عن مدة التقادم التي سرت قبله^(٣) .

و الإقرار الصريح قد يكون ثابتا في محضر رسمي أو عرفي ، أو في صورة رسالة موقعة من الحائز إلى المالك طالما كانت عبارتها صريحة الدلالة على معنى الاعتراف بحق المالك وقد يكون في صورة عقد يبرم بين الحائز والغير ، كما لو باع الحائز العين واعترف في عقد البيع بأن الأرض محل البيع محملة بحق حكر لصالح جهة وقف^(٤) .

وقد يكون الإقرار ضمن عقد باطل طالما أن البطلان لا يشوب الإقرار ذاته ولا يشترط أن يكون الإقرار مكتوبا فقد يكون شفويا سواء كان في مجلس القضاء أو خارج مجلس القضاء^(٥) . وإذا صدر الإقرار شفويا في مجلس القضاء فلا يشترط أن يكون أثناء نظر دعوى ، فهو يقطع التقادم ولو كان أثناء طلب اتخاذ إجراءات تحفظية أمام القضاء المستعجل^(٦) .

أما الإقرار الضمني فيستفاد من كل فعل أو عمل ينطوى على معنى الاعتراف بحق المالك ، وقد

-
- (١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠١ ص ٦١٧ ، السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٣٩٩ ص ١٠٥١ .
Planiol, Ripert et Picard, III, N.733, P. 732 .
(٢) د . كامل مرسي ج٤ بند ٢٧٧ ص ٢٧٨ ، د . عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٧٤ ص ٥٠٩ .
د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٧١ .
Aubry et Rau, II, N.215, P.472 ; Baudry et Tissier, N.528, P. 391
(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٤٠٠ ص ١٠٥٢ .
Aubry et Rau, II, N.215, P.472; Planiol, Ripert et Picard, III, N.733, P.732 .
(٤) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠١ ص ٦١٩ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٢١١ ص ١٦٠ - الحيازة بند ٢٦٧ ص ٢٧٥ .
(٥) د . محمد على عرفه ج٢ بند ١٥٧ ص ٢٩٢ . محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٣٦٧ ص ٢٧٦ .
د . عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٧٤ ص ٥٠٩ .
(٦) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٧٥ .

ينتج الإقرار الضمني من دفع الحائز لأجرة العقار أو طلب الشريك على الشيوع القسمة لإنطواء طلب القسمة اعتراف منه بحق باقي الشركاء ، و يعتبر إقراراً ضمناً مفاوضات الصلح بين الحائز والمالك لدفع تعويض للمالك عن مدة الحيازة أو تسليم ثمار العين للمالكها أو عرض الحائز على المالك شراء العين أو دفع الضرائب العقارية على العين لصالح المالك^(١) .

فالإقرار الضمني يستفاد من أى عمل يقوم به الحائز يتم عن معنى اعترافه بحق المالك على العين محل الحيازة واستنتاج الإقرار الضمني القاطع للتقادم من الأمور الموضوعية المتعلقة بظروف الدعوى ووقائعها ، والسلطة التقديرية العليا فيها لمحكمة الموضوع بدون رقابة من محكمة النقض^(٢) .

والإقرار الصادر من الحائز بحق المالك لا يشترط شهره ، غير أن المشرع الفرنسي أوجب بالمادة ٢/٢٨ من المرسوم الصادر في ١٩٥٥/١٢/٤ تسجيل الإقرار لكي يكون حجة على الغير، ولكن عدم التسجيل لا يمنع المالك من الإحتجاج به في مواجهة الحائز^(٣) .

و يجب أن تتوافر أهلية التصرف لدى من يصدر منه الإقرار بحجة أن الإقرار وإن كان لا يعبر عن معنى النزول عن حق ، إلا أنه يترتب عليه تنازل الحائز عن كافة الآثار التي تترتب على الحيازة ، وهو يشبه التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه وينطوي على نوع من أنواع التصرف ، ووفقاً لذلك لا يجوز للوصى أو القيم أن يقر بحق المالك على العين محل الحيازة إلا بعد استئذان المحكمة الحسبية^(٤) .

(١) محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٢٦٨ ص ٢٧٦ . د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٠٠ ص ١٠٥٢

Enc .D . 1995 , VII , vo. Prescription ,N. 259 ,P.18 .

(٢) وقد قضى بأن : " المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة المحكمة هو التفرقة بين ما إذا كان قطع التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد اعترافاً يجب الرجوع في استنفادته إلى فعل مادي مختلف على دلالاته أو إلى ورقة مقدمة في الدعوى مختلف على دلالاتها الصريحة أو الضمنية كذلك ، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدمة للمحكمة بالحق المطلوب باسترداد ففي الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالاتها الفعلية . أما في الحالة الثانية فيكون قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم . وعلى من تكون الورقة قاطعة وفيما تكون أى على ما اشترط القانون فى ورقة الطلب من الشرائط القانونية فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلاً فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض . نقض مدنى ١٩٣١/١٢/٢٤ ، مجموعة القواعد ج١ رقم ٩٦ ص ٤٥٩ ، ١٩٥٥/١٢/٨ مجموعة الأحكام س٦ رقم ٢١٥ ص ١٥٦٧ .

(٣) انظر د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٧٧ .

(٤) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بند ٣٩٩ ص ١٠٥١ ، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٩٠ ص ١٨٩ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - ص ٣٠٥ .

Alex Weill, droit civil, II, N 453, P.393 ; Planiol, I, N.2694, P.843, .

= هناك من يكتفى [أهلية الإدارة د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠١ ص ٦١٨
عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٤ ص ٥١٠ .

Baudry et Tissier, N ,535,P.400.

ويقع عبء إثبات الإقرار الصادر من الحائز على عاتق من يسرى التقادم ضده وهو المالك ويحضع في إثباته للقواعد العامة للإثبات ، فثبت بالكتابة إذا زادت قيمة العين محل الحيازة على نصاب الإثبات بغير الكتابة ، وبكافة طرق الإثبات إذا لم تزد قيمة العين على نصاب الإثبات بشهادة الشهود، وإذا كانت الورقة التي تنطوي على الإقرار عرفية يجب أن يكون لها تاريخ ثابت ليحتج بها على الغير ، كما يجوز إثبات الإقرار بسند مؤيد وهو السند الذي يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في تحرر آخر يسمى بالسند الأصلي ، كما يجوز توجيه اليمين الحاسمة للحائز عن الوقائع القاطعة للتقادم^(١).

ثالثاً: آثار انقطاع التقادم المكسب :

نتناول آثار الانقطاع على المدة السابقة لسبب الانقطاع من حيث الاطلاق أو النسبية ومن حيث مدى جواز بدء تقادم جديد بعد الانقطاع :

١ - أثر الانقطاع بالنسبة للمدة السابقة :

إذا تحقق سبب من أسباب الانقطاع ترتب على ذلك تدمير أثر المدة السابقة على قيام سببه ، سواء كان الانقطاع طبيعياً أو مدنياً . فأثر الانقطاع يكمن في انهاء كل مفعول للمدة السابقة بحيث تصبح عديمة الفائدة ولا يجوز حسابها ضمن مدة التقادم الجديد وإذا أراد الحائز كسب الملكية فعليه البدء من درجة الصفر^(٢)، وإتمام مدة الحيازة الخاصة به .

٢ - أثر الانقطاع من حيث الإطلاق أو النسبية :

قد يكون أثر الانقطاع مطلقاً يجوز للكافة الاحتجاج به ويقع بالنسبة لجميع الحقوق ، وقد يكون نسبياً لا يجاوز من قام به ومن وجهه إليه ويصدد من انقطع من حقوق، وليبيان ذلك ينبغي التفرقة بين الانقطاع الطبيعي والمدني .

أ - إذا انقطع التقادم طبيعياً سواء بالتخلي عن الحيازة أو بفقدانها بفعل الغير ولم يرفع الحائز دعوى استرداد، فإن لهذا الانقطاع أثراً مطلقاً ، سواء من حيث الحقوق أو الأشخاص . فالانقطاع الطبيعي له أثر مطلق لكونه ناتجاً عن واقعة مادية تتمثل في زوال الحيازة ، ومن ثم يتجاوز أثره شخص المالك ويستفيد منه الكافة أصحاب المصلحة^(٣) . فيستفيد منه كل من ترتب له حق عيني على العقار كأصحاب حق

(١) د . عبد المنعم فرج الصنده - حق الملكية - بند ٤٠١ ص ٦٢٠ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٦٨١ .

= إذا كان السلف قد اعترف بحق الغير على العين ، فإن خلفه الحائز لا يجوز له ضم مدة حيازة هذا السلف ، ولا يكون أمامه سوى الاستناد إلى الحيازة الخاصة به . د . كامل مرسي ج ٤ بند ٢٨٥ ص ٢٨٧ .

(2) Alain piédelièvre, droit depiens ,N,99,P.110 .

(3) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٣ ص ١٠٥٧ ، د . عبد المنعم النبرلوي - حق الملكية - بند ٣٧١ - ص ٥٠٥ .

PlanioI, I, N.2682, P.839 ; Alex Weill, droit civil, II, N 452, P.390

الانتفاع و الارتفاق^(١) ، فعندما يقوم الانتفاع بالنسبة لحق الملكية فهو يشمل جميع الحقوق العينية الأخرى المترتبة عليه^(٢) ووفقا لذلك إذا قام أحد الشركاء على الشيوع بقطع التقادم عن طريق نزع الحيازة جاز لباقي الشركاء التمسك بهذا الانتفاع الصادر من أحدهم ، و إذا نزع أحد الورثة الحيازة من الحائز جاز لقبية الورثة الاستناد إلى الانتفاع الصادر من أحدهم^(٣) ، كما يجوز لدائن المالك وخلفه الخاص أو العام التمسك بالانتفاع الطبيعي الذي كان لصالح مدينتهم أو مورثهم .

ب - أما إذا كان انقطاع التقادم مدنيا فيكون له أثر نسبي سواء من حيث الحقوق أو الأشخاص لأنه ينشأ عن إجراء قانوني ، وهذا العمل نسبي الأثر لا يجاوز من صدر منه ومن وجه إليه ولا يمتد من حق إلى آخر ولا يتجاوز دعوى إلى أخرى .

فبالنسبة للحقوق فهو لا يتعدى الحق الذي كان محلا للعمل القاطع للتقادم وتوابعه ولا يتجاوز ه إلى غيره من الحقوق^(٤) . " فلا تعتبر صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة له إلا في خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه ، فإذا تغير الحقان . أو تغير مصدرهم فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة لحق الآخر^(٥) .

وإذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز مطالبا بالعين ، وكان يوجد شخص آخر يجوز بصفته صاحب حق ارتفاق على نفس العين فإن رفع الدعوى لا يقطع التقادم إلا بالنسبة لحق الملكية ولا يتعداه إلى حق الارتفاق الواقع على ذلك العقار من حائز آخر وإذا كانت المطالبة خاصة بحق الارتفاق فلا تتعداه إلى حق الملكية^(٦) .

فالانتفاع المدني لا يمتد من دعوى إلى أخرى ، ولو كان هناك تقارب أو تماثل بين الدعويين^(٧) ، فدعوى تعيين الحدود ودعوى مراعاة المسافة القانونية بالنسبة للأشجار ، لا يترتب على رفع أي منهما انقطاع التقادم الساري لمصلحة الحائز^(٨) .

(١) د . كامل مرسي . ج ٤ . بند ٢٩٩ ص . ٢٩٧ .

(٢) د . مصطفى أحمد عبد الجواد . الحيازة بسوء نية ص ٧٢٩ .

(٣) د . محمد علي عرفه ج ٢ بند ١٥٤ ص ٢٨٧ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N, 724, P. 726 .

(٤) نقض ٢٦ / ٤ / ١٩٦٢ مجموعة المبادئ رقم ٥٩٣ ص ٣٥٤ .

(٥) نقض ٢٦ / ٥ / ١٩٧٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢٢٦ ص ١١٨٨ ، ٢٢ / ٥ / ١٩٨٠ مجموعة الأحكام س ٣١ رقم ٢٧٩ ص ١٤٧٦ ، ١٨ / ١٢ / ١٩٨٠ مجموعة الأحكام س ٣١ رقم ٣٨١ ص ٢٠٥٣ ، ٨ / ١١ / ١٩٨١ مجموعة الأحكام س ٣٢ رقم ٣٦٣ ص ٢٠٠٢ .

= فقاعدة الأثر النسبي لانقطاع التقادم مدنيا تطبق دون مراعاة لوجود اشتراك في المصلحة التي قد توجد بين الشركاء في الملك أو الحيازة . د . كامل مرسي - ج ٤ - بند ٢٩٩ ص ٣٠٠ .

(٦) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٨ ص ١٠٥٠ .

(٧) د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٧٣٦ .

(8) Enc.D. 1995, VII, vo. prescription, N.269, P. 19 .

لاختلاف الرابطة القانونية بين تلك الدعويين وبين دعوى الاستحقاق^(١)، فإذا نتج عن العلاقة القانونية الواحدة دعوتان، إحداهما شخصية والأخرى عينية، ورفعت كلاهما ضد شخصين مختلفين فإن انقطاع تقادم الدعوى الشخصية لا يكون له تأثير على تقادم الدعوى العينية ضد الحائز الذي يستمر في السريان فعندما يطالب المدين الراهن بقيمة الدين المضمون بالرهن لا يترتب عليه قطع التقادم السارى لمصلحة الحائز، كما أن انقطاع تقادم الدعوى العينية ضد الحائز لا يترتب عليه قطع التقادم للدعوى الشخصية.

كما أن رفع دعوى البطلان أو دعوى النسخ على المشتري لا تأثير لها في قطع التقادم السارى لمصلحة الحائز، كما أن رفع الدعوى على الحائز لا يقطع تقادم دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالثمن، كما أن رفع دعوى الملكية التي يرفعها مشتري العقار على المعرض له لا تقطع دعوى الضمان التي للمشتري تجاه البائع^(٢)، كما أن المطالبة بجزء من العقار لا يترتب عليها قطع التقادم بالنسبة لباقي العين ما لم تدل المطالبة على أن المطالبة بجزء من العين ينطوي على التمسك بالكل^(٣).

كما أن لانقطاع التقادم مدنياً أثراً نسبياً بالنسبة للأشخاص، فلا يستفيد منه سوى من قام بالإجراء، ولا يحتاج به إلا في مواجهة من وجه إليه، ولا يتعدى غيرهم إلى من كان بعيداً عن العمل القانوني القاطع للتقادم، " فالأصل في الآثار التي تترتب قانوناً على إجراءات التقادم أنها نسبية بين طرفي الدعوى بصفاتهم التي اتخذوها، فالأثر المترتب على رفع الدعوى من حيث قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه"^(٤)، فإذا قام أحد الشركاء على الشيوع بقطع التقادم فلا يستفيد منه باقي الشركاء، كما أن العمل القاطع للتقادم الموجه إلى أحد الشركاء لا يكون له أثر إلا قبل من وجه إليه دون باقي الشركاء الآخرين^(٥)، فإذا قام المالك برفع دعوى الاستحقاق على شخص اشترى العقار من المعتصب فلا يكون للدعوى أثر بصدده قطع التقادم السارى لمصلحة المعتصب^(٦).

وإذا كان للانقطاع المدنى أثر نسبي بالنسبة للأشخاص بحيث لا يجاوز من قام بالإجراءات أو مسن اتخذ في مواجهته إلا أن أثر الانقطاع المدنى يمتد ليشمل خلف من قام بالعمل القانوني القاطع للتقادم، ويحتاج به في مواجهة خلف من وجه إليه ذلك الإجراء^(٧).

(١) (٢) كامل مرسى - ج٤ - بند ٣٠٥ ص ٣٠٩ - ٣١٠، محمد عبد اللطيف التقادم بند ٢٣٧ ص ١٨٣ د، مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية ص ٧٣٧.
(٣) نقض ١٨ / ٢ / ١٩٧٨ مجموعة الأحكام ص ٢٩ رقم ١٠١ ص ٥١٥.

(٤) (٤) ١٩٨٣/١٢/٢٢ مجموعة الأحكام ص ٣٤ رقم ٣٦٩ ص ١٨٨.

(٥) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ بن ٣٦٨ ص ١٠٥٠، د. محمد أمين شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٩٠ ص ١٨٩.

(٦) د. كامل مرسى - ج٤ - بند ٢٩٩ ص ٢٩٩.

(٧) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية ص ٧٣١.

وإذا كان للانقطاع المدين أثر نسبي بالنسبة للأشخاص ، إلا أن هناك استثناءات تتمثل في ثلاث :
الاستثناء الأول : حالة عدم القابلية للانقسام : فإذا كان الحق المراد كسبه غير قابل للانقسام بطبيعته ، فإن انقطاع التقادم الذي يتم بواسطة أحد الشركاء يستفيد منه باقي الشركاء وإذا وجه إلى أحد الشركاء يسرى في مواجهة باقي الشركاء ، لأن طبيعته تأتي الانقسام فيما أن يكسب كله أو لا يكسب ، كما في حق الارتفاق، فإذا كان العقار المحمل بحق الارتفاق مملوكاً لعدة شركاء على الشيوع . فإذا قام أحد الشركاء بقطع التقادم استفاد منه بقية الشركاء ، وإذا كان العقار المرتفق مملوكاً لعدة شركاء فإن الإجراء القاطع للتقادم والموجه إلى أحدهم يسرى في مواجهة بقية الشركاء^(١).

الاستثناء الثاني : يتعلق هذا الاستثناء بالحالة التي يكون فيها الحق المراد قطع تقادمه ينطوي على حق آخر أو ينطويه هو حق آخر ، فإذا قام مالك الرقبة بقطع التقادم الساري لمصلحة الخائن فيستفيد من ذلك صاحب حق الانتفاع ، كما أن العمل القاطع الموجه بواسطة صاحب حق الانتفاع يستفيد منه مالك الرقبة ، كما أن الانقطاع الذي يقوم به الدائن المرهن رهن حيازة عقارياً ، يستفيد منه مالك العقار الموهون إذا كان الغرض هو حفظ حق المالك ، فالدائن المرهن لم يتم بقطع التقادم إلا محافظة على حق المالك^(٢).

الاستثناء الثالث : يتعلق بحالة الوارث الظاهر : نظرية الأوضاع الظاهرة تقوم على أساس أن الغلط الشائع يولد الحق ، وتهدف هذه النظرية إلى حماية من يتعامل بحسن نية مع من يظهر بمظهر صاحب الحق ، وتكون تصرفات هذا الشخص نافذة في حق المالك الحقيقي. وعلى أساس تلك النظرية تكون تصرفات الوارث الظاهر نافذة في حق الوارث الحقيقي ، فإذا قام بأى إجراء قاطع للتقادم سواء وجه من الوارث الظاهر أو ضده فإن أثر هذا الانقطاع يسرى لصالح أو ضد الوارث الحقيقي^(٣).

٣ - **بدء سريان تقادم جديد ومدته** : إذا تحقق سبب من أسباب الانقطاع سواء كان طبيعياً أو مدنياً فإن أثره يقتصر على إبادة كل أثر للمدة السابقة ، ولكن ذلك لا يحول دون بدء تقادم جديد لصالح الخائن. فإذا انقطع طبيعياً سرى تقادم جديد من وقت زوال الانقطاع ، وإذا انقطع مدنياً بدأ من وقت صدور حكم في الدعوى أو من وقت حصول التيبه أو الاعتراف .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٢ ص ٦٢٥ ، د. كامل مرسى ج ٤ بند ٣٠٢ ص ٣٠٤

Enc. D.1995. VII, vo.prescription, N.268, P.19

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٢ ص ٦٢٥ ، د. كامل مرسى - ج ٤ - بند ٣٠٤ ص ٣٠٧

Enc. D.1995. VII, vo.prescription, N.268, P.19

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٢ ص ٦٢٥ ، د. كامل مرسى ج ٤ - بند ٣٠٤ ص ٣٠٨

وبالنسبة للاعتراف الصادر من الحائز ذهب البعض إلى القول، بأنه إذا أقر الحائز بحق الغير فإن ذلك يهدم الركن المعنوي لدى الحائز ويجعل يده عارضة ، لا يجوز له التمسك بالتقادم بعد ذلك ما لم يغير صفة حيازته إما بالتجاهة أو فعل الغير^(١) .

ولكن في مجال الاعتراف ينبغي التفرقة بين ما إذا كان إقرار الحائز لم يقتصر على مجرد النزول عن المدة السابقة والإقرار بحق الغير ولكن يجاوز ذلك إلى الاعتراف بأنه يجوز بناء على سبب معلوم غير أسباب التمليك و حساب الغير، ففي هذا الفرض تصح الحيازة عرضية ، ولا يكون هناك مجال لبدء تقادم جديد لصالح الحائز لكون يده أصبحت عرضية، أما إذا اقتصر الإقرار على مجرد الاعتراف بحق الغير فلا يجوز ذلك دون بدء سريان تقادم جديد ، لأن الاعتراف بالغصب لا يحول دون بدء حيازة مقيدة لكسب الحق بالتقادم الطويل^(٢) .

وإذا كان الإجماع منعقداً على جواز بدء سريان تقادم جديد بعد الانقطاع فمتى يبدأ السريان الجديد؟ وما هي صفاته ومدته؟

أ - **بداية سريان التقادم الجديد** : يبدأ سريان التقادم الجديد في حالة الانقطاع الطبيعي سواء كان بالتخلي أو الغصب ، منذ اللحظة التي يتمكن فيها الحائز من الاستحواذ الفعلي على العين محل الحيازة^(٣)، وفي حالة الانقطاع المدني يبدأ سريان التقادم من لحظة صدور حكم في الدعوى أو صدور حكم بعدم الاختصاص أو من لحظة التنبيه أو صدور الاعتراف^(٤) .

ب - صفات التقادم الجديد ومدته :

أما من ناحية مدة التقادم الجديد وصفاته فتحدد وفقاً لسبب الانقطاع . ووفقاً لذلك تحدد مدة وصفة التقادم الجديد بصفات وضع اليد عند بدء التقادم بعد زوال الانقطاع . فإذا كان الانقطاع طبيعياً وعاود الحائز الحيازة ، فإن الحيازة الجديدة تحدد على أساس وضع يده الجديد ، فإذا كانت بحسن نية وسبب صحيح كان التقادم قصيراً ، أما إذا لم يتوافر ذلك كان التقادم طويلاً ولو كان قبل الانقطاع يجوز له التمسك بالتقادم القصير إذا لا صلة بين الحيازة الحالية والحيازة السابقة .

(١) د . عبد المنعم البدر اوى حق الملكية - بند ٣٧٤ - ص ٥١٠ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٢ ص ١٠٥٤ هـ (٣) ، محمد عبد اللطيف التقادم - بند ٢٢٦ - ص ١٧٤ ، مصطفى أحمد عبد الجواد الحيازة بسوء نية ص ٧٤٠ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي الاموال بند ٣١٩ - ص ٤٤٣ هـ (١) .

Planiol, Ripert et Picard, III, N, 734, 733 ; Aubry et Rau, II, N, 215, 484 .

(٣) محمد عبد اللطيف التقادم - بند ٢٢٢ - ص ١٧٠ .

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٨ ص ١٠٤٨ ، بند ٤٠٢ ص ١٠٥٣ د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٢ ص ٦٢٣ ، محمد عبد اللطيف التقادم - بند ٢٢٢ - ص ١٧٣ ، بند ٢٢٣ ص ١٧٣ ، بند ٢٢٦ ص ١٧٤ .

أما في حالة الانقطاع المدين ففى جميع الأحوال لا يجوز للحائز الاستناد إلا إلى التقادم الطويل لكونه أصبح سعى النية ، سواء لعلمه بعيوب سند حيازته في صحيفة دعوى ، أو كان قد أقر بحق الغير ، ففى جميع تلك الحالات يعلم أنه ليس له حق على العين محل الحيازة فإذا كان يجوز له قبل الانقطاع التمسك بالتقادم القصير فلا يجوز له بعد الانقطاع إلا بالتمسك بالتقادم الطويل ، لانقضاء حسن النية لديه . ولا يجوز الاحتجاج في هذا المقام بالقاعدة التى تقضى بأن سوء النية الطارىء لا يحول دون التقادم القصير ، بمعنى يشترط فقط توافر حسن النية وقت تسجيل السبب الصحيح ، فهذه القاعدة تتعلق بتقادم توافر فيه السبب الصحيح وحسن النية ولم ينقطع ، أما بعد الانقطاع فنحن بصدد تقادم جديد لا صلة له بمدة التقادم الموجود قبل قيام الانقطاع ، إذا لو كان له صلة بمدة التقادم السابق لجاز ضم المدة ، ولكن لا يجوز ذلك ، فالتقادم الجديد في حالة الانقطاع يكون طويلاً . وبعبارة أعم إن التقادم السارى بعد الانقطاع تحدد مدته وفقاً لظروف وضع اليد في حالة الانقطاع الطبيعى ، أما إذا كان الانقطاع مدياً فبالإجمال أمام الحائز سوى الاستناد إلى التقادم الطويل (١) .

(١) أنظر فى عرض صفات ومدة التقادم الجديد : د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٣٩٨ ص ١٠٤٩ ، بند ٤٠٢ ص ١٠٥٤ ، محمد عبد اللطيف التقادم - بند ٢٢٧ - ص ١٧٦ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٠٢ ص ٦٢٣ - ٦٢٤ ، د. كامل مرسي ج ٤ بند ٧٦ ص ٢٩٥ .

المطلب الثالث

أعمال التقادم المكسب فى العقار

نتناول هذا المطلب فى فرعين ، الأول التمسك بالتقادم المكسب من حيث كيفية التمسك به وميعاده وآثاره وذوو المصلحة فى التمسك به ، والثانى يتناول مدى جواز التنازل عن التقادم المكسب

الفرع الأول

التمسك بالتقادم المكسب فى العقار

عندما تتم مدة التقادم المكسب العقارى تنشئ للحائز رخصة أو مكنة قانونية تجيز له كسب الحق العيني المدعى على العين محل الحيازة ، ولذلك وجب على الحائز التمسك به لكى ينتج أثره فى كسب الحق العيني ، لأن التقادم لا ينتج أثره بقوة القانون^(١) .

وبصدد التمسك بالتقادم تنص المادة ٣٨٧ على أنه : " ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين ، ٢ - ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية " .. ومن ثم يتحدد نطاق هذا الفرع فى ضرورة التمسك بالتقادم وكيفيته ووقته وأصحاب المصلحة فى التمسك به :

أولاً : ضرورة التمسك بالتقادم :

يجب التمسك بالتقادم من جانب ذوى المصلحة ، لأن القواعد التى تعود إلى الاستفادة من التقادم لا تتعلق بالنظام العام ، إذا هى تتعلق بمصلحة خاصة ومن ثم وجب ترك الاستفادة بما لصاحب المصلحة ، فهو الذى يقرر ما إذا كانت مصلحته فى التمسك أو عدم التمسك بالتقادم ، كما أن ذلك ينطوى على إعطاء فرصة لصاحب المصلحة بالاحتكام إلى وازعه الدينى وضميره ، إذا رأى أن التقادم يقوم على نوع من الغصب ، فإن قبل تمسك بالتقادم وإن أبى رفض استخدام المكنة التى حولها له التقادم .

(١) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٣٠ ص ٣٠٦ هـ (٥٦) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٥ ص ٢٠٠ .

ويترب على ذلك منع القضاة من أن يثيروا التقادم من تلقاء أنفسهم إذا لم يدفع به صاحب المصلحة فالذي يريد الاستفادة من التقادم عليه التمسك به أمام المحكمة ، حيث منع القانون القاضى من أن يثير التقادم من تلقاء نفسه ولو توافرت شروطه^(١) ، ولا يجوز له أن يقترح على الحائز التمسك به فإذا لم يتم التمسك به فلا ينتج أثره .

ووفقا لما تقدم إذا تمسك صاحب المصلحة بنوع معين من التقادم لا يعنيه عن التمسك بالنوع الآخر ، فلو أن الحائز تمسك بالتقادم الطويل ورفضته المحكمة فلا يجوز لها التطرق إلى بحث مدى توافر شروط التقادم القصير ما دام الحائز لم يتمسك به ، لأن لكل من نوعى التقادم شروطه وأحكامه الخاصة به ، ولاختلاف الشروط ينتفى معه القول بأن التمسك بأى من النوعين ينطوى على التمسك بالنوع الآخر ، ولذلك وجب أن يرد فى طلب التمسك بالتقادم نوع التقادم الذى يريد صاحب المصلحة التمسك به لكي يتسنى للمحكمة بحث مدى توافر شروطه^(٢) .

ثانيا : كيفية التمسك بالتقادم المكسب :

يستطيع صاحب المصلحة التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى بطلب تثبيت ملكيته للعين محل الحيازة او عن طريق الدفع لرد دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك لاسترداد العين محل الحيازة^(٣) فإذا اكتملت مدة التقادم جاز للحائز التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى الأصلية التى يطلب فيها تثبيت ملكيته للعين ، وإذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق كان له أن يتمسك بالتقادم عن طريق الدفع لرد الدعوى ، فالتمسك لا يقتصر على كونه دفعا فى مواجهة دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك بل يشمل الدعوى الأصلية بطلب تثبيت الملكية ، وللحائز حرية المفاضلة بين أى من الطريقتين .

وإذا تم التمسك بالتقادم فلا بد أن يكون أمام القضاء ، سواء كان فى صورة دعوى أو دفع ، فلا يكفى التمسك به أثناء مفاوضات الصلح أو فى محاضر أعمال خبير^(٤) لعدم صلاحية التمسك فى تلك الحالات لترتيب أثره .

(١) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٣٥ ، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٥ ص ٢٠١ . نقض ١٩٤٥/١/١١ مجموعة القواعد ج١ رقم ٨٨ ص ٤٥٧ .
(٢) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٥ ص ٢٠١ . د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٣٠ ص ٣٠٦ ، د. السنهورى - الوسيط - ج١ بند ٤٠٧ ص ١٠٦١ .
(٣) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٥ ص ٢٠٠ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٣٠ ص ٣٠٦ .
(٤) د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٩ ص ٣١٩ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٥٢ ص ٦٥٣ .
= وهناك من يرى جواز التمسك بالتقادم سواء بصفة قضائية أو غير قضائية - د. عبد الفتاح عبدالباقي - الأموال - بند ٣٢١ ص ٤٤٥ .
= ويجوز التسليم من جانب المالك للحائز لكسب الملكية بالتقادم تجنباً للمنازعات القضائية ، د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٩ ص ٣١٩ هـ(٢) .

وإذا تم التمسك به أمام القضاء فيجوز أن يكون صراحة أو ضمناً ، وفي حالة التمسك الصريح لا يشترط فيه شكل معين أو أن يصاغ في عبارات محددة إذ يقع بكل عبارة تدل صراحة على تمسك ذي المصلحة بالتقادم إذ لم يكتفها لبس أو غموض ، ويمكن أن يستتج التمسك ضمناً من مجموع الدفوع والطلبات التي يديها التمسك به^(١).

وإذا تم التمسك شفاهة بالتقادم أمام القضاء ، فلا يعني ذلك الحائز من أن يضمن مذكرته الختامية هذا الطلب ، كما لا يصح أن يندرج طلب التمسك بالتقادم في عموم الطلب الخاص برفض الدعوى ، ولا يدل على التمسك بالتقادم ما يديه التمسك من طلبات عامة ، كما لو طلب من المحكمة أن تأخذ بما تراه في الدعوى أو مع حفظ حقه في التمسك بكافة الحقوق والدفوع الأخرى فلا بد أن يكون التمسك بطلب محدد وواضح المعالم^(٢).

رابعاً : وقت التمسك بالتقادم :

يتم التمسك بالتقادم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية ، لأن الدفع بالتقادم دفع موضوعي يجوز إبداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى ما لم يصدر حكم نهائي في الدعوى^(٣)، فلا يعتبر من الدفوع الشكلية التي يجب الدفع بما قبل التحدث في الموضوع^(٤) فقد تكون لدى صاحب المصلحة التمسك بالتقادم من الدفوع الأخرى التي تمكنه من تحقيق ما يصبو إليه دون اللجوء إلى التقادم ، فإذا لم تفلح تلك الدفوع كان له اللجوء إلى الدفع بالتقادم ومن ثم يجوز للحائز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، في بداية الدعوى أو بعد التحدث في موضوعها ، أو بعد إحالة الدعوى للتحقيق^(٥).

ويجوز لدى المصلحة أن يتمسك بالتقادم ولأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، إذا لم يكن قد تمسك به أمام محكمة أول درجة ، فلا يعد ذلك طلباً جديداً لما لا يجوز إبداءه لأول مرة أمام تلك المحكمة ، بل هو دفع جديد لما يجوز إبداءه ، إذ يجوز مع بقاء الطلب الأصلي على حاله تغيير سببه أو الإضافة إليه. وإذا

(١) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٥ ص ٦٥٣ ، د. مصطفى احمد عبدالجواد - الحيابة بسوء نية - ص ٨٤٤ ، ونقض ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة المبادئ رقم ٥٨٧ ص ٣٥٢.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٧ ص ١٠٦٠ ، د. محمد علي عرفه - ج ٢ بند ١٥٨ ص ٢٩٦ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣٥ - ٣٦ ص ٣٩ - ٤٠ ، نقض ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة المبادئ رقم ٥٨٧ ص ٣٥٢.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٨٨ ص ٥٤٠ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٩ ص ١٠٦٣.

(٤) انظر في التفرقة بين الدفوع الشكلية والموضوعية - د. أحمد ابو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة الخامسة ١٩٧٧ الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ٢-٣ ص ١٦-١٢.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٦ ص ٦٥٦ .

ما تم التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ، وحصل استئناف عن الحكم ، فلا بد أن يعاود التمسك بالتقادم ذلك الطلب أمام المحكمة الاستئنافية مرة أخرى (١) .

ويظل للمتمسك بالتقادم الحق في ذلك إلى قفل باب المرافعة (٢) ، أما إذا حجزت القضية للحكم مع التصريح للخصوم بتقديم مذكرات خلال أجل معين ، فلا يعتبر باب المرافعة موقفاً إلا إذا انتهى هذا الميعاد (٣) ومن ثم يجوز التمسك بالتقادم خلال هذا الميعاد بمذكرة شريطة إطلاع الخصم الآخر عليها والا كان ذلك باطلاً (٤)

وتأخير التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة إلى ما بعد التكلم في الموضوع أو إبداءه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، مشروط بالألا يكون هذا التأخير متطوياً على معنى التزل على التقادم (٥) فإذا ثبت للمحكمة معنى التزل بطريقة واضحة فلا يجوز التمسك بالتقادم بعد النزول .

ولكن لا يجوز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض إذا هو دفع يتعلق بالواقع لا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض (٦) بل يتعين طرحه أمام محكمة الموضوع لتدلى برأيها فيه ولكن إذا نقض الحكم وأحيلت القضية إلى محكمة أخرى للنظر فيها جاز التمسك بالتقادم أمام تلك المحكمة ولاول مرة (٧)

خامساً: ذؤو المصلحة في التمسك بالتقادم :

لكل ذى مصلحة الحق في التمسك بالتقادم (١/٣٨٧ /مدن مصرى) وعبارة أصحاب المصلحة تشمل الحائز وداننيه ، وكل شخص آجر له مصلحة في التمسك به .

١- الحائز : يعتبر الحائز أول شخص له مصلحة في التمسك بالتقادم المكسب للحق العيني ، فله إن شاء التمسك به وإن شاء أبى حسبما يتراءى له ، ويجب أن تتوافر في الحائز أهلية التقاضى إذا أراد التمسك بالتقادم ، وان لم يكن فيجب أن يكون له ممثل قانونى ، فإن لم يكن له ممثل قانونى فلا يجوز للتقاضى إثارة

(١) د . عبد المنعم البدر اوى - مضى المدة - بند ٨١ ص ٩٦ ، د . كامل مرسى ج ٤ بند ٥٧ ص ٥٩ ، بند ٥٩

ص ٦٢ ، د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٥٨ ص ٣٩٧

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٠٩ ص ١٠٦٣ .

(٣) د . أحمد ابو الوفا - التعليق - المادة ١٦٦ ص ٥٤٠ .

(٤) د . مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٥٩ .

(٥) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٩ ص ١٠٦٤ . د . كامل مرسى ج ٤ بند ٥٩ ص ٦٣ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N, 749, P. 746 ; , Baudry et Tissier, N, 52, P. 50 .

(٦) نقض ١٩٤٥/١١/١١ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٨ ص ٤٥٧ . نقض ١٩٦١/٢/٢٤ مجموعة المبادئ رقم

٥٨٦ ص ٣٥١ ، ١٩٦٢/١١/٢٩ مجموعة المبادئ رقم ٥٧٦ ص ٣٤٥ ، ١٩٤٥/١١/١١ مجموعة القواعد ج ١

رقم ٨٨ ص ٤٥٧ ، ١٩٧٦/١١/١٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ رقم ٢٩٦ ص ١٥٨٣ ، ١٩٨٢/٦/٣ مجموعة

الإحكام س ٣٣ رقم ١١٧ ص ٦٦٢ .

(٧) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٩ ص ١٠٦٤ ، د . محمد على عرفه - ج ٢ بند ١٥٨ ص ٢٩٨ .

التقادم من تلقاء نفسه لصالح القاصر ، فقاعدة منع القاضى عامة لا تحمل أى استثناء يتعلق بالقاصر^(١) . كما لا يجوز للنيابة العامة فى حالة تدخلها أن تمسك بالتقادم لصالح ناقضى الأهلية ، استناداً إلى أن النيابة العامة تتدخل لتحقيق موجبات القانون وليست منضمة إلى أحد الأطراف ، كما ان التمسك بالتقادم ليس من النظام العام ، بل يتعلق بمصلحة خاصة ، فإذا أهمل ممثلهم القانونى فى التمسك بالتقادم كان لهم تقديم التماس لإعادة النظر فى الحكم الصادر^(٢) .

ولا يقتصر التمسك بالتقادم على الحائز فقط ، ولكن يجوز ذلك لخلفه العام أو الخاص فيجوز للوارث أو الموصى له بحصة فى التركة التمسك بالتقادم المكسب إذا لم يكن مورثه تمسك به ، إذ يعتبر الوارث صاحب مصلحة بضم مدة وضع يده سلفه إلى مدة وضع يده لكسب الحق بالتقادم . كما يجوز للخلف الخاص كالمشترى أو الموصى له بعين معينة أن يتمسك بالتقادم لضم مدة الحيازة لكسب الحق العينى التقادم^(٣) .

٢ - **دائىو الحائز** : التمسك بالتقادم مجرد رخصة أو مكنة لا ترقى إلى مرتبة الحق ، وهى مرتبطة بشخص الحائز فلا يجوز لغيره التمسك بها ، ولكن المشرع قدر أن التمسك بالتقادم وإن كان لا يرقى إلى مرتبة الحق وهو رخصة مرتبطة بشخص الحائز ، إلا أنه وضع فى الاعتبار مصلحة الدائنين ورأى أنها جديرة بالرعاية ، إذ للدائنين مصلحة فى التمسك بالتقادم الذى تم لصالح مدينهم الحائز ، إذا يعنى التمسك به دخول هذا المال ضمن الضمان العام للحائز وبالتالي يستطيعون التنفيذ عليه استيفاء لديونهم^(٤) . ووفقاً لتلك الاعتبارات قرر المشرع (م ١/٣٨٧ م) صراحة إعطاء دائى الحائز رخصة التمسك بالتقادم المكمل لصالح الحائز عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وبذلك قطع المشرع أى شك حول مدى جواز استعمال الدائنين لرخصة التمسك بالتقادم ، ووفقاً لذلك يجوز لدائى الحائز أن يرفع باسم مدينه دعوى الاستحقاق ضد الغير الذى ينازع الحائز فى ملكية العين محل الحيازة كما له أن يتدخل فى دعوى الاستحقاق المرفوعة على الحائز من الغير ، إذا أهمل الحائز فى التمسك بالتقادم^(٥) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٦ ص ٦٥٥ ، د . مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٤٦-٨٤٧ .

(٢) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٥٨ ص ٥٧ ، د . مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٤٩ .

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج١ بند ٤٠٨ ص ١٠٦٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٦ ص ٦٥٥ .

(٤) د . عبد المنعم البدر اوى - مضى المدة - بند ٩٥ ص ١٠٦ ، حق الملكية - بند ٣٨٨ ص ٥٤٠ ، د . السنهوري - الوسيط - ج١ بند ٤٠٨ ص ١٠٦٢ ، د . مصطفى أحمد عبدالجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٥١ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٦ ص ٦٥٥ .

Enc. D., Larroumet, droit civil, II, N. 430, P. 256, Alex Weill, droit civil, II, N. 460, P. 390 .
1995, VII, vo. prescription, N. 322, P. 22 .

نقض ١٩٦٤/١٢/٣١ مجموعة المبادئ رقم ٥٩١ ص ٣٥٣ .

٣ - **ذوو المصلحة الآخرون** : يجوز لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم إذا أهمل الحائز في ذلك ، فيجوز للبائع أن يتدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير على المشتري ليمسك بالتقادم السارى لصالح المشتري ليتفادى رجوع المشتري عليه بدعوى الضمان ، ويجوز للبائع إذا لم يستوف ثمن العين من المشتري ، وكذلك الحال عليه بالشيء من البائع أن يتمسك بالتقادم المكتمل لصالح المشتري لكي يستطيع استيفاء الثمن بعد التنفيذ على العين ، ويجوز لمن كان له على العين حق ارتفاق على عقار أن يتمسك بالتقادم الذي تم لصالح حائز العقار محل الارتفاق ، ويشترط في جميع الأحوال أن يكون حنق صاحب المصلحة ثابتاً وقت الدفع بالتقادم^(١) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٦ ص ٦٥٥ . د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤٠٨ ص ١٠٦٢ ، د . مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ٨٥٤ - ٨٥٥ .
= وينقد د . عبد الناصر العطار المشرع في توسيع دائرة أصحاب المصلحة الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم لأن ذلك يمثل حماية للمغتصب ، رغم أن التمسك بالتقادم يرجع إلى ضمير الحائز . د . عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٣٠ ص ٣٠٦ .

الفرع الثاني

التنازل عن التقادم المكسب فى العقار

مدى جواز التنازل عن التقادم قرره المادة (٣٨٨) مدنى مصرى بقولها " ١ - لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . ٢ - وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن يتزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إصرارا بهم " ، وهذه المادة تطبق على التقادم المكسب بمقتضى الاحالة الواردة بالمادة (٩٧٣) .

ومن ثم فإن قواعد التنازل عن التقادم المكسب تتجدد فى عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، طبيعة التنازل عن التقادم المكسب ، حق دائنى الحائز فى الطعن على التنازل .

أولاً : لا يجوز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه :

لأن نظام التقادم مقرر فى التشريعات لغاية اجتماعية ، إذ يعد وسيلة لاستقرار المعاملات ووضع نهاية للمطالبات التى مضى عليها زمن بعيد دون أن يهب أصحابها للمطالبة بها ، فلو أجاز المشرع النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه لأدى ذلك إلى انهيار نظام التقادم ، إذ يعتمد الأطراف إلى الاتفاق على اعتبار حق ما غير قابل للتقادم مما يؤدي إلى إطالة أمر تزعزع المراكز القانونية ^(١) ، وإذا حدث تعهد من الحائز يقضى بعدم التمسك بالتقادم ، فإنه يكون باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ولكل ذى مصلحة التمسك بذلك البطلان ، ويقضى به القاضى من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم لمساس ذلك بأساس التقادم ^(٢) .

وقد يحدث أن يبدأ التقادم فى السريان وقبل انتهاء مدته بقر الحائز بحق المالك ، فيعتبر هذا الإقرار قاطعاً لمدة التقادم وذلك جائز إذ يتضمن التنازل عما مضى من المدة بحيث تصبح عديمة الجدوى ، ولكن ذلك الاعتراف القاطع لا يحول دون بدء سريان تقادم جديد لصالح الحائز ، ما لم ينطو هذا الاعتراف على إقرار بأنه يجوز بناء على سند يلزمه برد العين للمالك فتصبح بذلك يده عارضة تحول دون بدء سريان تقادم جديد لصالحه ^(٣) .

ثانياً : جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه :

إذا تمت مدة التقادم المكسب تنشئ للحائز رخصة التمسك به ، إن شاء الحائز تمسك به وإن

(١ ، ٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٥٩ . د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ بند ٤١١ ص ١٠٦٥ - ١٠٦٦ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N, 751, P. 748.

(٣) انظر ما سبق ذكره بصدد انقطاع التقادم بالإقرار - ص ٢٠٣ وما بعدها .

أبي تنازل عنه ، فالتنازل عنه التقادم بعد ثبوت الحق فيه جائز لأن القواعد التي تعود إلى الاستفادة من التقادم تقوم على الصالح الخاص ولا تتعلق بالصالح العام المتمثل في وجود التقادم ، ولذلك أباح المشرع للحائز النزول عن التقادم بعد تمامه إذا ساوره شك في مدى أحقيته بالعين محل الحيازة^(١) .

والنزول عن التقادم المكسب قد يكون صراحة أو ضمنا ، وإذا تم التنازل صراحة فلا يشترط فيه شكل خاص فقد يكون شفاهة أو كتابة ، وقد يكون منجزا أو معلقا على شرط ، كقيام المالك بأداء عمل معين لصالح الحائز لكي يتم التنازل من جانب الحائز ، ويخضع إثبات النزول الصريح للقواعد العامة^(٢) . ويكون التنازل ضمنيا باستفادته من أى عمل من جانب الحائز يدل على ترك الحق المكتسب ، وكاشف عن نية الحائز بطريقة لا تحمل معنى اللبس أو الغموض ، فيعتبر تنازلا ضمنيا الوعد الصادر من الحائز للمالك بتقديم حساب عن الأموال المغتصبة أو الاتفاق على تسوية النزاع المتعلق بالعين وديا ، أو استئجار العين من مالكيها أو التخلي عنها للمالك و السماح له باسترداد حيازتها^(٣) .

ويجب أن يكون الحائز عالما بثبوت حقه في التمسك بالتقادم ، فلو كان جاهلا لذلك لا يعتد بذلك التنازل ، فلو أن الوارث قام برد أحد العقارات الموجودة بالتركة إلى الغير بعد أن أوهمه هذا الأخير أن المورث كان يضع يده على العين على سبيل الرهن ، بالرغم من أن المورث كان يجوز بصفته مالك فلا يعتد بهذا التنازل^(٤) .

وتقدير ما إذا كانت الأعمال الصادرة من الحائز دالة على النزول الضمني من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ما دام استخلاصه سائغا دون معقب من محكمة النقض ، إلا أن لمحكمة النقض سلطة المراقبة من حيث كفاية الوقائع التي استند إليها قاضي الموضوع في استنتاج النزول الضمني ومدى صحة تلك الأسباب^(٥) .

ثالثا : طبيعة النزول عن التقادم المكسب :

النزول عن التقادم المكسب لا يعتبر تصرفا قانونيا ، بل هو عمل قانوني صادر من جانب واحد ينطوي على ترك الحق في التمسك بالتقادم ، ومن ثم إذا صدر من جانب الحائز فلا يلزم قبوله من جانب

- (١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٥٩ .
(٢) د . عبد المنعم البدرأوى - مضى المدة - بند ١٣١ - ١٣٦ ص ١٣٦ - ١٣٧ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٨٧٢ .
(٣) د . كامل مرسى - ج ٤ بند ٩٢ ص ٩٤ ، محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٣٨٢ ص ٢٨٦ .
د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٦٠ .
Enc.D. 1995, VII, vo.prescription, N.367-370, P.25 .
(٤) . كامل مرسى - ج ٤ بند ٩٣ ص ٩٥ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٧٥ ص ٦٨ . د . عبد المنعم البدرأوى - مضى المدة - بند ١٤٩ ص ١٤٤ .
(٥) نقض ١٩٧٢/٣/٣٠ مجموعة الأحكام ٢٣ رقم ٨٩ ص ٥٧٧ ، ١٩٧٥/٢/١٨ مجموعة الأحكام ص ٢٦ رقم ٨٨ ص ٤٢٩ ، ١٩٦٢/١٢/١٣ مجموعة المبادئ رقم ٥٨٩ ص ٣٥٢ .

من صدر لصالحه ، وبعد صدوره لا يجوز الرجوع فيه من جانب الحائز ، ويصح أن يقع لصالح عديم الأهلية أو ناقصها ، لأنه لا يستلزم القبول من ناحية من صدر لصالحه ^(١) .
والنزول يعتبر تركاً لمنفعة إيجابية ، تتمثل في نزول الحائز عن التمسك بالتقادم المكتمل لصالحه ، فلا يترتب عليه نقل ملكية العين محل الحيازة من ذمة الحائز إلى المالك الأصلي ، ويترتب على ذلك أن رسوم التسجيل المقررة للتصرفات العقارية لا تسرى عليه ، وهو لا يعتبر تبرعاً ولذلك لا تسرى عليه الشروط الشكلية المتعلقة بالتبرعات ^(٢) .

كما لم يوجب القانون تسجيل النزول عن التقادم المكسب الوارد على عقار ^(٣) ، أما المشرع الفرنسي فقد أوجب تسجيل النزول عن التقادم المكسب العقارى ، بالمرسوم الصادر في يناير ١٩٥٥ ، وضرورة إعلانه بالسجلات العقارية المعدة لذلك ، ولكن لم يربط جزاءً على عدم شهرها سوى ما قرر بالمادة ١/٣٠ من ذلك المرسوم بشأن عدم سريان النزول غير المشهر في مواجهة الغير ، ولكن يبقى له أثر بين الحائز والمالك ولو لم يشهر ^(٤) .

وإذا كان النزول عن التقادم المكسب العقارى لا يعتبر عملاً من أعمال التصرف ، إلا أنه يؤدي إلى حرمان الحائز من كسب الحق العيني ، فهو بذلك يشبه أعمال التصرف من حيث النتيجة ، ولذلك استوجب المشرع توافر أهلية التصرف فيمن يتنازل عن التقادم ، وينبئ على ذلك أنه لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه النزول عن التمسك بالتقادم ، كما لا يجوز للوصى أو القيم النزول عن التمسك بالتقادم التام لمصلحة ناقص الأهلية إلا بإذن المحكمة ، كما لا يجوز للوكيل العام إلا بموجب توكيل خاص بالتنازل ^(٥) . وإذا تم التنازل من جانب الحائز يكون له أثر نسبي ضد من صدر منه ولصالح من صدر له ، ما لم تكن العين محل الحيازة غير قابلة للتجزئة ، فيسرى ضد ولصالح جميع الحائزين ، ورغم أثره النسبي إلا أنه يسرى على الخلف العام للمتنازل فلا يستطيع ورثته التمسك بالتقادم ، إذا صدر تنازل من مورثهم قبل وفاته ^(٦) .

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج٩ بند ٤١٢ ص ١٠٦٨ ، د . كامل مرسى ج٤ بند ٩٨ ص ٩٦ ، د . محمد على عرفه ج٢ بند ١٦٠ ص ٣٠١ ، د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٦ ص ٢٠٣ ، د . عبد المنعم البدر اوى - مضى المدة - بند ١٥٤ وما بعده ص ١٤٨ وما بعدها ، حق الملكية - بند ٣٨٩ ص ٥٤٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٥٩ .
(٢) أنظر المراجع والمواضع المشار إليها بهامش (١) .
(٣) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٦١ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ٣٢٢ ص ٣٠٨ .

(4) Enc. D. 1995, VII, vo. prescription, N. 328, P. 23 .

(٥) د . السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٤١٢ ص ١٠٦٨ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٦١ ، د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٨٩ ص ٥٤٣ .
(٦) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٢٨ ص ٦٦٢ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٨٧ .

رابعاً : حق هائنسى الحائز فى الطعن على التنازل :

كان مقتضى القواعد العامة للدعوى البوليصية لا يجوز للدائنين الطعن على تنازل الحائز عن التقادم لأن هذا التنازل لا ينطوى على إنقاص لحقوق الحائز أو على زيادة فى التزاماته (١) ، ولكن نصس المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدنى المصرى أجاز صراحة لدائنى الحائز فى الطعن على تنازله بطريق الدعوى البوليصية ، ولكن يشترط لجواز الطعن بالدعوى البوليصية من جانب الدائنين أن يكون التزول سبباً فى اعسار الحائز أو زيادة هذا الاعسار (م ٢٣٧ م مصرى) ، بحيث لو بقى الحائز بعد التزول موسراً فلا يجوز لدائنيه الطعن على نزوله

ويجب أن يكون هذا التزول منطوياً على غش من جانب الحائز ، ترتب عليه ضرر بالدائنين ، وأن يكون المالك الذى صدر لصالحه التزول على علم بقيام الغش أثناء التزول عن التقادم (٢) .

وإذا كان الرأى مستقراً فى الفقه والقضاء المصرى على ضرورة توافر الغش لجواز الطعن بالدعوى البوليصية ، إلا أن تلك المسألة على خلاف فى الفقه والقضاء الفرنسى، حيث يذهب رأى إلى عدم اشتراط قيام الغش فى جانب الحائز استناداً إلى أن المادة ٢٢٢٥ لم تنص على هذا الشرط ، ويكفى أن يثبت الدائنون أن التنازل ينتج عنه ضرر لحق بهم ، ولكن الرأى الراجح يذهب إلى ضرورة توافر الغش بحيث يجب أن يثبت الدائنون قيام الغش فى جانب الحائز ، وهذا الشرط وإن لم يظهر من المادة ٢٢٢٥ ، إلا أنه مستفاد من القواعد العامة للدعوى البوليصية (٣) .

وإذا نجح الدائنون فى إثبات الغش وإبطال التنازل الصادر من الحائز ، كان لهم التمسك بالتقادم باستعمال الدعوى المباشرة تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ من القانون المدنى المصرى (٤) .

(١) انظر فى شروط الدعوى البوليصية ، د . عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى - الجزء الثانى - نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الالتزام - طبعة ١٩٥٦ دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة - بند ٥٦٩ - ٥٩٤ ص ١٠٠٠ - ١٠٤٦ .
(٢) د . محمد على عرفه - ج ٢ - بند ١٦٠ ص ٣٠٢ .
(٣) أنظر د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيابة بسوء نية ص ٨٩١ .

Enc.D., 1995, VII, vo.prescription, N.324-326; P.22-23 .

(٤) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤١٢ ص ١٠٦٩ (٤) ، د . مصطفى أحمد عبد الموجود - الحيابة بسوء نية ص ٨٩٣ .

المطلب الثالث

آثار التقادم المكسب فى العقار

إذا اكتملت مدة التقادم المكسب فإنه ينتج أثره القانونى المتمثل فى كسب الحق العيى، والحائز لا يعتبر مالكاً أو مكتسباً للحق عند تمام المدة بل هو يعتبر مالكاً للعين أو صاحباً للحق منذ لحظة دخوله فى الحياة ، وفقاً لقاعدة الأثر الرجعى للتقادم .

أولاً : كسب الحق العيى العقارى :

يعتبر التقادم المكسب العقارى سبباً من أسباب كسب الملكية أو الحق العيى ، فهو لا يقتصر على كونه وسيلة لتأييد الملكية المفترضة أو المهدة بالانتزاع أو مجرد وسيلة دفاع ضد المطالبات التى مضى عليها وقت من الزمن لأنه لا يعطى الحائز مجرد دفع ضد دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك ، ولكن بمنحه الدعوى لحماية الحق ضد الغير . كما لا يعتبر مجرد قرينة قانونية قاطعة دالة على ملكية الحائز بل هو سبب من أسباب كسب الحق العيى، إذا ما تمسك به الحائز استفاد من قاعدة موضوعية تكسبه الحق وليس مجرد قاعدة تعفى من الإثبات^(١) .

ويعتبر التقادم سبباً من أسباب كسب الحق العيى بالرغم من وجوب التمسك به ، لأن اشتراط التمسك بالتقادم لا يؤثر على طبيعته من كونه سبباً للكسب ، وأن اشتراط التمسك لا يعتبر سوى شرط لتقرير حكم التقادم ، وفقاً لاعتبارات ترجع إلى ضمير الحائز ووجدانه ، ومن ثم يعتبر الحائز نفسه صاحب حق عند اكتمال مدة التقادم ولو لم يتمسك به قبل ذلك أمام القضاء ، فإذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق أمكنه دفعها بالتقادم ، وإذا اغتصبها الغير رفع عليه دعوى الاستحقاق وفى كلتا الحالتين يعتبر الحائز متمسكاً بالتقادم إما بطريق الدفع أو بطريق الدعوى .

فالتقادم المكسب يعتبر إذن سبباً مباشراً لكسب الحق العيى ، وفقاً لما تنص عليه المادتان ٩٦٧ ، ٩٦٩ من القانون المدنى المصرى ولذلك نظمه المشرع ضمن أسباب كسب الملكية. وإذا كان المشرع أورد التقادم ضمن أسباب كسب الملكية ، فذلك لأن حق الملكية أهم الحقوق العينية ، ولا يعنى ذلك قصره على حق الملكية بل يعتبر سبباً مكسباً لكافة الحقوق العينية الأخرى القابلة للحياة .

ويتحدد نطاق التقادم بمدى الأعمال المادية التى يمارسها الحائز على العين محل الحياة ودلالة مضمونها على نوع الحق العيى الذى يريد كسبه بالتقادم ، وفقاً للقاعدة التى تقضى بأنه : " على حسب

(١) انظر ما سبق ذكره بصدد الطبيعة القانونية للتقادم ص ١٠٤ .

= وقضى بأن : " التملك بوضع اليد واقعة مادية متى استوفت شرائطها القانونية فإنها تكفى بذاتها سبباً لكسب الملكية . " نقض ١٩٦٤/٦/٢٥ مجموعة المبادئ رقم ٨١٧ ص ٤٨٣ ، ١٩٦٣/١/١٧ مجموعة الأحكام س ١٤ رقم ١٢ ص ١١١ ، ١٩٥٠/١٢/٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٩٠ ص ٤٥٧ .

الحيازة يكون التقادم " (١) ، فإذا كان الحائز يمارس الأعمال المادية للحيازة بقصد كسب الملكية ، يمكنه كسب حق الملكية . بالنسبة للعين محل الحيازة وما يعتبر من توابعها كالأشجار (٢) .
وإذا كان الحائز يحوز باعتباره صاحب حق انتفاع أو استعمال فلا يكسب سوى حق الانتفاع أو الاستعمال على العين محل الحيازة دون ملكيتها .

وإذا كان يحوز باعتباره صاحب حق ارتفاق فلا يكسب سوى حق الارتفاق وهذا الحق تحدده الحيازة التي استمرت طوال المدة القانونية ، فمن يفتح ارتفاعاً بالمطل على ملك جاره على أقل من المسافة القانونية ، كسب حق المطل باستثناء تلك النوافذ دون أن يكون له الحق في فتح نوافذ جديدة أو زيادة في اتساع النوافذ الموجودة ، ومن يكسب حق الارتفاق بالتقادم لا يقتصر على ممارسة الأعمال الداخلة في مضمون حق الارتفاق المكتسب ، بل يحق له القيام بسائر الأعمال التي تؤدي إلى استعمال ذلك الحق ، فعندما يكسب الحائز ارتفاعاً بالمطل ، يكون له الحق في منع الجار من البناء على أقل من المسافة القانونية على طول البناء الذي فتح فيه المطل (٣) .

وإذا كان الحق العيني العقارى المراد كسبه بالتقادم يتحدد وفقاً للأعمال المادية التي يمارسها الحائز وتفق مع مضمون الحق ، فإن محل الحيازة يتحدد بالجزء من العين التي تمارس عليها تلك الأعمال المادية ، فمن حاز جزء من عقار فلا يكسب سوى ملكية الجزء محل الحيازة دون غيره من الأجزاء الأخرى ، وفي التقادم القصير القائم على أساس السبب الصحيح ينحصر محل الحيازة فيما حدد في السند الصادر من غير مالك ، فلو ظن الحائز أن جزء آخر ضمن السند فلا يكسب ملكية ذلك الجزء إلا بالتقادم الطويل (٤) ، فلا يعتبر السند الظني سبباً صحيحاً في مجال التقادم القصير .

ثانياً : الأثر الرجعي للتقادم المكسب العقارى

إذا اكتملت مدة التقادم المكسب العقارى فإن الحائز لا يعتبر مالكا للعين أو الحق العيني من يوم تمام التقادم ، بل يعتبر مالكا من يوم الدخول في الحيازة وفقاً لقاعدة الأثر الرجعي للتقادم ، فيعتبر الحائز مالكا أو صاحباً للحق العيني طوال مدة التقادم . وقاعدة الأثر الرجعي للتقادم تقوم على أساس الاعتبارات التي يقوم عليها نظام التقادم نفسه (٥) . فالهدف من تقرير نظام التقادم هو تدعيم المراكز

(١) د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٨٦ ص ٥٣٤ ، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٩٤ .

Baudry et Tissier, N,298,P.233-234.

(٢) ويجوز كسب الأشجار مستقلة عن الأرض ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣١ ، ص ٦٦٥ د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٣ ص ١٣

(٣) د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٨٦ ص ٥٣٥

(٤) د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٣ ص ١٣ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣١ ص ٦٦٥

(٥) انظر ما سبق ذكره بصدد مبررات التقادم ص ١٣ .

الواقعية وتحولها إلى حقوق ، وكفالة الاحترام لتلك الأوضاع ، فالخائز كان يظهر على العين بمظهر المالك وتعامل معه الغير على أساس هذا الوضع الظاهر ، فإذا اكتملت مدة التقادم فلا يجوز المجادلة في تلك الأوضاع المستقرة ، ولا يتأتى ذلك إلا بتقرير الأثر الرجعي للتقادم ، بتحديد الآثار التي تنتج عن التقادم بيوم بدء الحيازة وليس باليوم الذي يكتمل فيه التقادم^(١) .

ففي حالة التقادم القصير يؤدي الأثر الرجعي للتقادم إلى تدعيم سند الخائز ، ويظهره من العيب الذي يشوبه بكونه صادراً من غير مالك ، ويعتبر الخائز مالكا للعين بصفة نهائية سواء كان مشترياً أو موهوباً له ، كما لو كان الحق العيني نقل للخائز منذ انعقاد هذا السند ، ويتحمل الخائز كافة النتائج القانونية المترتبة على هذا السند ، فإذا كان السند عقداً هبة التزم الموهوب له بكافة الالتزامات التي تترتب على هذا العقد ، وفي التقادم الطويل يكسب الخائز الحق العيني بأثر رجعي حيث يقوم التقادم الطويل مقام السند^(٢) . كما أن قاعدة الأثر الرجعي للتقادم تترتب عليها بعض النتائج والتي تتعلق بما يأتي :

١ - ثمار العين محل الحيازة :

وهذه الثمار يكسبها الخائز سواء كان حسن أو سيئ النية ، قبضها أو لم يقبضها بعد ، باعتبار أنه مالكا للعين من بداية سريان التقادم ، ولولا قاعدة الأثر الرجعي للتقادم لما كسب الخائز إلا ما قبضه منها وكان وقت القبض حسن النية^(٣) .

٢ - الحقوق العينية التي رتبها الخائز أثناء سريان التقادم :

إذا رتب الخائز أثناء سريان التقادم حقوقاً عينية على العين محل الحيازة ، كالرهن أو الارتفاق ، فإن تلك الحقوق تستقر وتصبح نافذة في حق الخائز ، ولولا الأثر الرجعي لما نفذت في حق الخائز فهذه الحقوق تستقر ولا يعقل أن تكون الحقوق التي رتبها الخائز أثناء التقادم غير معترف بها عندما يصبح مالكا للعين^(٤) ، فالأثر الرجعي يثبت تلك الحقوق بصفة نهائية .

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤١٥ ص ١٠٧٣ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٢ ص ٦٦٦ .

Larroumet, droit civil, II, N.432, P.257; Alex Weill, droit civil, II, N.459, P.397 .

(٢) محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٥١٠ ص ٣٧٩ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٢ ص ٦٦٦ .

= ويستطيع الخائز أن يطلب الشفعة استناداً إلى ملكيته للعين منذ بدء الحيازة . د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٢ ص ٤٤٧ .

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤١٥ ص ١٠٧٣ ، د. جميل الشرقاوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٩ ص ٣٢٣ .

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٢ ص ٨٦٧ ، د. عبد المنعم البدر لوى - حق الملكية - بند ٣٨٧ ص ٥٣٨ ، د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤١٥ ص ١٠٧٥ .

Mazeaud et Chabas, II, N.1509, P.260 ; Alex Weill, droit civil, II, N.459, P.397 .

٣ - الحقوق التي رتبها المالك على العين محل الحيازة :

قد يكون المالك الأصلي للعين محل الحيازة قد رتب عليها حقوقاً عينية ، أصلية ، كالانتفاع أو الارتفاق ، أو تبعية كالرهن أو الامتياز أو الاختصاص ، وقد يكون رتب تلك الحقوق قبل بدء سريان التقادم أو أثناء سريانه ، وتلك الحقوق من حيث نفاذها أو عدم نفاذها في حق الحائز ، لكون على النحو التالي :

أ - بالنسبة للحقوق العينية التي رتبها المالك على العين قبل بدء سريان التقادم ، فإن تلك الحقوق تبقى قائمة بعد تمام التقادم لأن التقادم المكسب لا يؤدي إلى زوال تلك الحقوق ، حيث يكسب الحائز ملكية العين محملة بتلك الحقوق ^(١) . فلو أن مالك العين قبل بدء سريان التقادم كان قد رتب عليها حق انتفاع أو حق ارتفاق ، يكسب الحائز الملكية محملة بتلك الحقوق .

ولكن قد يحدث في هذه الحالة أن يكتسب الحائز ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق في حالة كسب العين بالتقادم الطويل وعدم قيام صاحب الحق باستعماله طوال تلك الفترة . فالحائز يكسب العين غير محملة بتلك الحقوق لكونه كسب الملكية بالتقادم الطويل وسقوط حق الانتفاع أو الارتفاق بالتقادم المسقط وفي مثل هذه الحالة يكون التقادم المكسب بالنسبة للعين ، مستقلاً عن التقادم المسقط بالنسبة لحق الانتفاع أو الارتفاق ^(٢) .

وفي حالة أخرى قد يضع الحائز يده على العين معتقداً أنها خالية من حق الانتفاع ويمارس الأعمال المادية التي تدخل في مضمون حق الانتفاع وفي مضمون حق الملكية على العين ، فيستطيع أن يكسب الحقين بالتقادم المكسب الطويل وأحياناً يكسب ملكية العين وحق الانتفاع بالتقادم المكسب القصير إذا حاز بناء على السبب الصحيح وحسن النية وعلى أساس أنها خالية من حق الانتفاع ، وفي هذه الحالة يكسب الحائز ملكية الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع رغم أن مدتها واحدة ، فالأول يسرى ضد المالك أما الثاني فيسرى ضد صاحب حق الانتفاع ، ولذلك لا يمكن أن يقوم سبب اللوقف الانتقاع بالنسبة للملكية ولا يقوم بالنسبة لحق الانتفاع ، والعكس جائز ، أما بالنسبة لحق الارتفاق فلا يزول إلا بالتقادم المسقط بالمدة الطويلة ، فإن لم يسقط بالتقادم الطويل ظل باقياً على العين التي كسبها الحائز بالتقادم القصير ^(٣) .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤٥١ ص ١٠٧٤

Alex Weill, droit civil, II, N. 459, 397

(٢) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٥ ص ٦٦٩ - ٦٧٠ ، د . عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٨٦ ص ٥٣٥ - ٥٣٦ ، د . السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٤١٥ ص ١٠٧٤ هـ (٢) = ورغم أنهما يتمان في مدة واحدة فقد يقوم سبب اللوقف أو للانتقاع بالنسبة لأحدهما دون الآخر .

(٣) انظر د . عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٣٨٦ ص ٥٣٥ - ٥٣٧

وقد يرتب المالك حقوقاً عينية تبعية على العين قبل بدء سريان التقادم لصالح الغير ، كالرهن أو الاختصاص أو الامتياز ، فإن تلك الحقوق تبقى ثابتة ونافذة في حق الحائز ، ولا تسقط استقلالاً عن الدين المضمون ، فلا تزول إلا بزوال الدين . ومن ثم لا يجوز لمن كسب ملكية العين بالتقادم المكسب أن يتحلل من حق الدائن المرهن في تبع العين بين يديه لاستيفاء دينه المضمون بالعين ^(١) .

ب - الحقوق العينية التي يرتبها المالك على العين أثناء سريان التقادم :

فهذه الحقوق لا تنفذ في مواجهة الحائز ، لأن الحائز يعتبر مالكا للعين منذ البداية وفقاً لقاعدة الأثر الرجعي للتقادم المكسب ، فالحقوق التي ترتبت أثناء سريان التقادم معرفة المالك تعتبر صادرة من غير مالك ولا تسرى في حق الحائز ، فلو قرر المالك للغير حق انتفاع أو ارتفاق أثناء سريان التقادم فلا تكون نافذة في حق الحائز ^(٢) .

وكذلك لو أن المالك باع العين ولكن الحائز ظل حائزاً لها ولم ينقطع التقادم ووقت مدته فإن الحائز يعتبر مالكا لها منذ بدء الحيازة ولا يكون البيع سارياً في مواجهته ، إذ يعتبر صادراً من غير مالك وتتسج الحيازة أثرها في حق المالك والمشتري ، دون مطالبة الحائز ببدء حيازة جديدة في مواجهة المشتري ، لأن الحيازة القديمة تكفي لكسب ملكية العين في مواجهة المالك والمشتري ^(٣) .

٤ - فيما يتعلق بالدعوى التي ترفع على الحائز :

الدعوى التي ترفع على الحائز قد تكون عينية كدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك على الحائز ، وقد تكون دعاوى شخصية ترفع على الحائز بمعرفة المتصرف إليه ومضير تلك الدعاوى يتحدد على النحو التالي :

أ - بالنسبة للدعاوى العينية : إذا اكتملت مدة التقادم لصالح الحائز أصبح في مأمن من دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه بواسطة المالك ، حيث يحول التقادم دون تلك الدعوى ، سواء كان التقادم طويلاً أو قصيراً . ففي حالة التقادم القصير إذا كان المالك قد باع العين لمشتري بعقد قابل للإبطال أو الفسخ ثم قام هذا المشتري ببيع العين مرة ثانية لمشتري آخر حسن النية ، فإذا تمسك المالك بطلان

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٥ ص ٦٧١ . د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤١٥ ص ١٠٧٤ هـ (٢) .

Mazeaud et Chabas. II,N.1510,P.261

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤١٥ ص ١٠٧٤ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٢ ص ٦٦٧ . عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٣١ ص ٣٠٧ .

Alex Weill,droit civil,II,N.459,P.397.

= ويرى د . محمد علي عرفه إلى أن من تلقى الحق من المالك الأصلي يجوز له أن يحتج بحقه في مواجهة الحائز (المالك الجديد) ويكسب الحق بالتقادم القصير باعتبار أن سنده صادر من غير مالك ولديه حسن النية وإذا عارض الحائز بحيازته . ج ٢ بند ١٥٩ ص ٣٠٠ .

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ بند ٤١٥ ص ١٠٧٤ هـ (١) .

أو فسخ البيع الصادر منه للمشتري الأول فإن ذلك المشتري يعتبر كأن لم يكن مالكا للعين أصلاً ، ولكن المشتري الثاني يملك العين بالتقادم القصير إذا استمر حائزاً لها المدة القانونية ، لكونه حسن النية وتعامل مع غير المالك وهو المشتري الأول ، وبذلك يصبح في مأمن من دعوى الاستحقاق التي يرفعها مالك العين عليه ، لأن التقادم القصير يحول دون فاعلية دعوى الاستحقاق في مواجهة الحائز الذي اكتسب ملكية العين بالتقادم القصير^(١)

ب - بالنسبة للدعاوى الشخصية : وهي الدعاوى التي تكون للمتصرف ضد الحائز على أساس سند الحائز . والتقادم لا يحول دون بقاء الدعاوى الشخصية التي تكون للمتصرف ضد الحائز رغم أنه أصبح مالكا للعين بالتقادم وبناء على ذلك إذا كان السند الذي تلقى به الحائز حيازة العين قابلاً للفسخ أو الإبطال لعدم دفع الثمن أو كونه صادراً من قاصر ، فإن التقادم لا يقف حائلاً في مواجهة تلك الدعاوى الشخصية التي ترفع من المتصرف على الحائز ، إذ يظل له الحق في رفعها ما دامت لم تسقط بالتقادم الخاص بها ، وفي هذه الحالة يجوز للمالك الحقيقي بصفته دائناً للمتصرف أن يستعمل حقوق هذا المدين بطلب بطلان البيع الصادر إلى الحائز فإذا نجح في ذلك توصل إلى فسخ أو إبطال البيع الصادر منه إلى المتصرف وليستطيع بذلك أن يسترد العين محل الحيازة رغم تملك الحائز لها بالتقادم القصير^(٢) .

(١) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٣ ص ٦٦٧ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٥١٣ ص ٣٨١

= ولكن ذلك لا يحول دون مطالبة المالك للمشتري الأول بالتعويض إذا تملك المشتري الثاني العين بالتقادم . د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤١٨ ص ١٠٨٢ هـ (٢) ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٣٣ ص ٦٦٧ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤١٤ ص ١٠٧١ هـ (١) ، د . عبد المنعم الصده - حق الملكية - بند ٤٣٤ ص ٦٦٨ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٥١٣ ص ٣٨٢ .

Aubry et Rau. II. N.218, P.503-504

= ومن الجدير بالذكر أنه يتخلف التزام طبيعي عن التقادم المكسب ، ومن ثم يجوز للحائز أن يرد العين بعد تملكها بالتقادم وإذا ردها فلا يجوز له استردادها من المالك ، والالتزام الطبيعي لا ينشأ إلا إذا كان الحائز غير مالك أصلاً للعين ، أما إذا كان مالكا في الأصل فلا يتخلف هذا الالتزام لأنه لجأ للتقادم تسهيلاً للثبات . انظر : د . السنهوري ج ٩ - بند ٤١٦ ص ١٠٧٦ ، د . مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٩٠٧ .

المبحث الثاني

أثر تعدد أنظمة الشهر على الحيابة المكتسبة للملكية العقارية

لشهر نظامين أحدهما يسمى نظام الشهر الشخصي ، والآخر يسمى بنظام السجل العيني ، والمهدف الذى يتغى من وراء إقرار نظام الشهر سواء كان شخصياً أو عينياً هو كفالة علانية الحقوق والتصرفات العقارية وصولاً إلى استقرار أوضاع الملكية وبالتالي استقرار الأوضاع الاجتماعية ، كما جعل التشريعات المختلفة تقرره كنظام أساسى ضمن أنظمتها القانونية .

وإذا كان كل من نظام الشهر و التقادم يهدف إلى نفس الغرض المتمثل فى استقرار أوضاع الملكية وبالتالي استقرار الأوضاع الاجتماعية ، فينبغى معرفة الدور الذى يقوم التقادم المكسب للملكية العقارية فى كل نظام من أنظمة الشهر .

ورفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : المقصود بالشهر وأنظمته

المطلب الثانى نطاق التقادم المكسب فى العقار فى ظل تعدد أنظمة الشهر

المطلب الأول

المقصود بالشهر وأنظمته

نتاول فى هذا المطلب المقصود بنظام الشهر وحكمته ، ثم بيان نظاميه الشخصى والعينى .

أولاً : المقصود بنظام الشهر وحكمته :

يقصد بالشهر إعلام الغير بما يرد على العقار من حقوق وتصرفات ، فهو يمثل

وسيلة تتيح للغير العلم بالتصرفات التى ترد على العقار لمن له مصلحة فى العلم بها (١)

وشهر الحقوق العينية العقارية يتم إثبات التصرفات القانونية التى تعتبر مصدر للحقوق فى

(١) د. سليمان مرقس - شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثالث - المجلد الأول - عقد البيع - طبعة ١٩٦٨ بند ١٥٨ ص ٢٨٤ ، عيد المنعم البدر اوى - عقد البيع فى القانون المدنى - الطبعة الثانية ١٩٥٨ - الناشر مطابع دار الكتاب العربى بمصر - بند ١٨٤ ص ٢٧١ ، د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والإيجار - الطبعة الثانية ١٩٨٤ الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - بند ٧٨ ص ١٢٢ .

Alex weill, droit civil, les suretés, la publicité foncière, 1979, Dalloz, paris, N.640. P.545 ; Henri et leon Mazeaud, Jean Mazeaud et francois Chabas, leçons de droit civil, Tome III, premier volume, suretés et publicité foncière sixieme édition par Véronique Ranouil et francais Chabas, paris, N.642, P.565 .

سجلات معدة لذلك بحيث يتمكن الكافة من الاطلاع على ما بها من بيانات . وإثبات التصرفات في الشهر الشخصى يتخذ احدى وسيلتين إما القيد وإما بالتسجيل ، والتسجيل يكون بإثبات جميع محسوى المحرر المشتمل على التصرف بطريقة حرفية ، وتستخدم تلك الطريقة في شهر الحقوق العينية العقارية الأصلية ، أما القيد فيكون بإثبات البيانات الجوهرية للمحرر المشتمل على التصرف وتستخدم تلك الطريقة في شهر الحقوق العينية العقارية التبعية (١) ، أما في نظام السجل العيني يكون شهر التصرفات العقارية بطريق القيد فقط .

وأول ما يهدف إليه نظام الشهر هو إعلام الغير بما يرد على العين من تصرفات أو حقوق فمن يريد التعامل على العقار تكون له مصلحة في العلم بما يرد عليه من حقوق أو تصرفات ، إذ يهيمه معرفه ما إذا كان المتصرف ما زال مالكا للعين أم أن ملكيته انتقلت إلى الغير فقد يحدث أن يقوم الشخص بالتصرف في العقار إلى شخص ما ثم يتصرف فيه مرة ثانية إلى شخص آخر فلو لم تكن هناك وسيلة تعلم الغير بأن المالك قد سبق له التصرف في العين - وبذلك أصبح غير مالك - لأقدم المتعامل على الشراء من المتصرف في حين أنه أصبح غير مالك ، وبذلك يجتج عليه بالبيع الصادر للمشتري الأول ووفقاً لتلك الاعتبارات أوجب المشرع شهر التصرفات العقارية لكي يعلم من يريد التعامل على العين بأن من تصرف له مالك أو غير مالك (٢) .

كما أن الملكية العقارية تعتبر أهم أسس الائتمان في الحياة الاقتصادية ، والائتمان العقارى يمثل عنصراً هاماً من عنصر الاقتصاد القومى ، وقد أصبح الشهر العقارى دعامة أساسية يقوم عليها الائتمان العقارى في كل بلد ، لأن استقرار الملكية يساعد على منح مالكي العقارات قروضاً من قبل أصحاب رؤوس الأموال والبنوك ، إذ لا يمنح المقرض القرض إلا إذا كانت لديه وسيلة تمكنه من العلم بكافة التصرفات والحقوق والتكاليف الواردة على العقار ، بحيث يتاح أمامه أساس واضح يقدر على ضوئه ما يقدمه لطالب القرض وهو مطمئن إلى أن المقرض هو مالك العين الضامنة للقرض (٣) .

(١) د. كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - شهر التصرفات العقارية - العقد كسبب لكسب الملكية - طبعة ١٩٤٩ المطبعة العالمية القاهرة - بند ٧ ص ١٢ ، بند ١٥ - ١٦ ص ٢٢ ، بند ٢٦ ص ٣٠ . د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - بند ٧٨ ص ١٢٢ .
= وتوجد طريقة أخرى تسمى بالتأشير الهامش وتقتضى وجود تسجيل أو قيد سابق ويطلب اجراء تغيير أو تصحيح أو تكملة فيها بناء على حكم . د. سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٦٢ ص ٢٩٢ .
(٢) د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ١٨٤ ص ٢٧١ ، د. قائد سعيد محمد - انتقال الملكية فى بيع العقار - فى القانون البمنى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - القاهرة - ص ٢٨ .

Alex weill.droit civil,la publicité foncière N.640.P.545 : Mazeaud. et Chabas. III.
N.642.P.565

(٣) د. السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الرابع - العقود التى تقع على الملكية - المجلد الاول - البيع والمقايضة - طبعة ١٩٦٠ - الناشر مكتبة القاهرة الحديثة - بند ٢٥٠ ص ٤٣٥ . د. سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٥٨ ص ٢٨٥ ، د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ١٨٤ ص ٢٧١ .

فلم يعد نظام الشهر مقصوراً على مجرد توفير الثقة بين المتعاقدين وضمنان سلامة التصرفات العقارية ولكن أصبح أهم الأسس التي يقوم عليها الائتمان العقارى فى جميع الدول مما يساعد على تشييط سوق المال بما يعود على الدول واقتصادها الوطنى بعظيم الفائدة^(١).

ثانياً : نظام الشهر الشخصى

١- أسس نظام الشهر الشخصى وعيوبه : يقوم نظام الشهر الشخصى كما يبدو من تسميته على اتخاذ أسماء أشخاص التصرف أساساً لشهر التصرفات والحقوق العقارية ومن ثم فهو يتميز بمخاستين أساسيتين :

الخاصية الأولى : اتخاذ اسم المتصرف أساساً لشهر الحق :

يقوم هذا النظام على خاصية اتخاذ اسم المالك أو صاحب الحق العيى العقارى أساساً لشهر الحق ، حيث تخصص صحيفة لكل صاحب حق عيى عقارى ترصد باسمه بمناسبة اكتسابه الحق أياً كان سبب اكتسابه ، ويقتضى هذا النظام إنشاء سجلات فى جميع الوحدات الإدارية مرتبة ترتيباً هجائياً بأسماء المتصرفين ، وإذا اراد صاحب المصلحة معرفه ما إذا كان المالك تصرف فى العقار المملوك له أو قرر عليه حق عيى . كان باستطاعته أن يتقدم إلى أمين السجل فى الجهة التى يقع بدائرها العقار بطلب شهادة ميبناً بما كافة التصرفات التى تكون قد صدرت عن المالك خلال فترة زمنية معينة^(٢).

الخاصية الثانية : الشهر الشخصى مجرد وسيلة للعلائية :

نظام الشهر الشخصى مجرد وسيلة لعلائية التصرفات الواردة على العقار ، فليست له أية قوة ثبوتية ، ولا يكون له أثر على التصرف المشهر ، ولا يحول بين لطعن بالفسخ أو البطلان فى الحق المنتقل من السلف إلى الخلف فهو مجرد إعلام للغير بوجود الحقوق الواردة على العقار دون أن يكون له تأثير عليها ، كما أنه لا يطهر العقار من التكاليف المتقل بما استناداً إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقاً أكثر مما كان له^(٣).

= Mazeaud. et Chabas, III, N. 642, P. 565

(١) د. سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٥٨ ص ٢٨٥ ، د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ١٨٤ ص ٢٧١

(٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيى فى التشريع المصرى - طبعة ١٩٧٨ - بند ١٠ ص ٢٧ .

د. مصطفى عبد السيد الجارحى - أحكام الظاهر فى السجل العيى - دراسة مقارنة فى القانون المصرى -

الطبعة الثانية ١٩٨٨ الناشر دار النهضة العربية ص ١٦ ، د. محمد لبيب شنب - دراسات فى قانون السجل

العيى المصرى - طبعة ١٩٧٤ ص ٤ ، محمد عبد العزيز يوسف ، وكمال محمد المرصى - بحث فى

تشريعات البلاد العربية التى تتبع نظام الشهر الشخصى - منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين

الشهر العقارى فى البلاد العربية والذى عقد فى الفترة من ١٢ إلى ٢٦ مارس ١٩٧٢ بمعهد البحوث والدراسات

العربية - طبعة ١٩٧٣ ص ٥٨ .

(٣) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيى - بند ١٠ ص ٢٩ . د. محمد لبيب شنب - دراسات فى قانون

السجل العيى المصرى - ص ٦ نقض ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة المبادئ رقم ٤٨٠ ص ٢٨٦ .

٢- عيوب نظام الشهر الشخصي :

ومن منطلق الخصائص السابقة تبدو مساوى هذا النظام ، والتي تتمثل في الآتى :

أ - نظام الشهر الشخصي معيب من ناحية الترتيب : فهو معيب من ناحية الترتيب لأنه لا يسر لدوى الشأن وسيلة سهلة لمعرفة التصرفات الواردة على العقار ، لأن الشهر يقوم وفقاً لأسماء المتصرفين لا حسب العقارات ، ولذلك توجد صعوبة لمعرفة تسلسل الملاك المتعاقبين لكون ذلك يقتضى معرفة اسم المالك والملاك السابقين له ، مما ينتج عنه أخطاء عديدة بسبب تشابه الأسماء وخاصة في الدول التى لا تأخذ بالأسم العائلى ، كما في التشريع المصرى . وإذا لم يكن صاحب المصلحة - من يريد التعرف على حقيقة العقار - عالماً باسم المالك أو صاحب الحق العيني فلا توجد وسيلة أخرى تتيح له معرفة المركز القانونى للعقار (١) .

ب - نظام الشهر الشخصي معيب من حيث الحجية : نظام الشهر الشخصي لا يجعل للشهر حجية مطلقة لأن الشهر يتم دون التحرى عن مدة صحة العقود المراد إشهارها ، فالحجر يشهر على علاقة ومن ثم فإن هذا النظام لا يصح عقداً باطلاً ، وبذلك لا يوفر ضماناً للغير لاحتمال أن يكون التصرف صادراً من غير مالك رغم شهره . فهو لا يؤدي إلى تحقيق الثقة في التصرفات المشهورة ، لأنه يقوم على أساس افتراض صحة الحجر المشهر وصلاحيته لنقل الحق العيني ، وإذا كان مشوباً بعيب فإن ذلك العيب يظل عالقاً بالتصرف ولو شهر ومتى قضى بطلان التصرف أو بفسخه زال أثر الشهر (٢) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " التسجيل نظام شخصى يجرى وفق الأسماء لا بحسب العقارات وليست به حجية كاملة في ذاته ، فإذا قامت مصلحة الشهر العقارى يبحث أصل الملكية أو الحق العيني في حدود البيانات والأوراق المؤيدة لها ، وانتهت بعد التحقيق من صحتها إلى إجراء شهر محرر فإنها تكون أدت واجبها طبقاً للقانون ولو لم يترتب على هذا التسجيل انتقال الحق إلى طالب الشهر لعب في سند ملكيته أو لكون المتصرف غير مالك للمتصرف فيه طالما أن الأوراق والسندات المقدمة لا تنبئ عن العيب اللاحق بسند التمليك " (٣) .

ج - نظام الشهر الشخصي يؤدي إلى تعارض سندات الملكية : يؤدي نظام الشهر الشخصي إلى وجود عدة سندات للملكية متناقضة عن ذات العقار ، لأن المالك الذى سبق أن شهر تصرفه

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ - بند ٢٥٠ ص ٤٣٦ . د . سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٥٩ ص ٢٨٧ ، د . ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١١ ص ٢٢ .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ - بند ٢٥٠ ص ٤٣٦ ، د . ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١١ ص ٣١ ، محمد عبد العزيز يوسف وكمال محمد المرصفى - نظام الشهر الشخصي - ص ٥٩ ، د . سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٥٩ ص ٢٨٧ .

(٣) نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٤٤٢ - ص ٣٨٧ .

قد يتصرف في العقار إلى آخر ويسجل باسم المتصرف إليه ، وفي ذات الوقت قد يوجد شخص آخر اكتسب ملكية العقار بالتقادم ، ففي مثل هذه الحالات تكون ملكية العقار مسجلة لأكثر من شخص ، فهي مسجلة باسم المتصرف إليه من المالك ، وفي ذات الوقت مسجلة باسم الذي اكتسب العقار بالتقادم^(١) .

د - نظام الشهر الشخصي لا يمنع التقادم : كسب الملكية بالتقادم ليس محظوراً في نظام الشهر الشخصي ، وبذلك يعرض المالك لخطر ضياع ملكيته بالتقادم بالرغم من شهرها ، فنظام الشهر الشخصي لا يؤمن المالك ضد ادعاء الغير اكتساب الملكية بالتقادم ، لأن الشهر الشخصي ليس له قوة ثبوت مطلقة للحق المشهر بما يؤدي إلى انعدام فائدة الملكية المشهورة حيث يجوز لآخر اكتساب ملكية العقار المشهر بالتقادم^(٢) .

ثالثاً : نظام الشهر العيني :

١ - المقصود بالشهر العيني : النظام الثاني من أنظمة الشهر هو نظام الشهر العيني أو ما يسمى بنظام السجل العيني . والسجل العيني كما عرفته المادة الأولى من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤^(٣) - الخاص بإنشاء نظام السجل العيني المصري - بقولها : " السجل العيني هو مجموعة من الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتنص على الحقوق المترتبة له وعليه ، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به " .

فالسجل العيني هو مجموعة من المجلدات تتكون من صفحات مرتبة ترتيباً رقمياً ، ويخصص لكل قسم مساحي مجموعة من تلك المجلدات تفي بغرض التسجيل لكافة الوحدات العقارية التي تقع في دائرة القسم المساحي . وهذه السجلات منها ما هو مخصص لقيد الأقطان الزراعية ، والبعض الآخر العقارات الحينية والبعض الآخر لقيد الأراضي الفضاء^(٤) .

ونظام السجل العيني كما يظهر من تسميته يقوم على أساس عيني باتخاذ العقار ذاته أساساً للشهر ، حيث تخصص صحيفة لكل عقار تشمل على جميع البيانات والتصرفات التي تتعلق به لكي تعطى وصفاً

(١) - ممدوح الدر كشتلي - أحكام الشهر العقاري في القانون السوري - بحث منشور ضمن أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية في الفترة من ٢١ إلى ٢٦ مارس بمعهد البحوث والدراسات العربية - ص ١٥٣ ، محاضرات في النواحي الفنية في تطبيق قانون السجل العيني السوري - طبعة ١٩٧٤ ص ١٠٦-١٠٧ ، د . ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١١ ص ٣٤ - ٣٥ .

(٢) - د . قائد سعيد - انتقال الملكية في بيع العقار - ص ٤٢ ، د . ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١١ ص ٣٣ .

(٣) - الجريدة الرسمية ٢٤ مارس ١٩٦٤ العدد ٦٩ ص ٧٨١ .

(٤) - مأمون كامل - الوجيز في السجل العيني - مشكلات عملية في نقل الملكية على ضوء أحكام النقص - طبعة ١٩٨٩ - بند ٢٩ ص ٢٥ .

دقيقاً له بتعيين حدوده ومعامله ، استناداً إلى الخرائط المساحية التي تعد بمناسبة القيد الأول ، وتعتبر تلك الصحيفة بمثابة الحالة المدنية للعقار لاجتوائها على كافة البيانات المتعلقة به سواء من الناحية القانونية كالنصرقات ، أو من الناحية الواقعية كبيان معالته ، وتقيد بتلك الصحيفة جميع التغيرات التي تحدث على العقار ، سواء كانت تغيرات قانونية أو مادية ، لكي تكون الصحيفة صورة صادقة ودقيقة ومتطابقة مع حالة العقار الواقعية ، بما يتيح للغير معرفة تامة بكل ما للعقار وما عليه من تعاملات قبل الإقدام على التعامل بشأنه^(١) .

فالعقار أو ما يقال له الوحدة العقارية هو أساس القيد في السجل العيني لا اسم المتصرف ، والوحدة العقارية عرفتها المادة الثامنة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بقولها : " تعتبر وحدة عقارية في تطبيق أحكام هذا القانون : أولاً : كل قطعة من أرض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع دون أن يفصل جزء منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص أو دون أن تكون جزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى . ثانياً : المناجم . ثالثاً : المحاجر " .

ويظهر من هذا النص أن المشرع اتخذ من الوحدة المادية والوحدة القانونية أساساً لتحديد معنى الوحدة العقارية المطلوب قيدها في السجل العيني ، ويقصد بالوحدة القانونية أن تكون مملوكة لمالك واحد أو لعدة ملاك على الشيوع ، شريطة ألا يكون جزء من الوحدة أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها^(٢) . بمعنى أن العقار الذي يقع في نطاق قسمين مساحيين لا يعتبر وحدة عقارية ، ولكن يعتبر وحدتين عقاريتين ، وكذلك لو أن العقار يجري بوسطه طريق عام أو ترعة عمومية أو مصرف عام لا يعتبر وحدة عقارية ولكن يعتبر كل جزء منه وحدة عقارية مستقلة ، وإذا كان جزء من العقار محملاً بحق ارتفاق أو انتفاع دون الجزء الآخر منه فلا يعتبر وحدة عقارية واحدة ولكن يعتبر كل جزء بما له وما عليه وحدة عقارية مستقلة بذاتها^(٣) .

ثانياً : الأسس التي يقوم عليها نظام السجل العيني :

يقوم نظام السجل العيني على مجموعة من الأسس تعتبر خصائص مميزة له ، وهذه الأسس هي :

١ - **القيد المطلق** : القيد في السجل العيني مطلق ، بمعنى أنه شامل لكل النصرفات والاتفاقات والوقائع التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل أو زوال أى من تلك الحقوق ، أو تغيير أو تعديل

(١) مأمون كامل - الوجيز في السجل العيني - بند ٢٧ ص ٢٣ . د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٦٠ ص ٤١ . د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٩٢٦ .

(٢) مأمون كامل - الوجيز في السجل العيني - بند ٢٦ ص ٣٨ ، د. مصطفى عبد السيد الجارحي - أحكام الظاهر في السجل العيني ص ٢٢ .

(٣) د. محمد لبيب شنب - دراسات في قانون السجل العيني المصري - ص ٢٠ - ٢١ .

أى شرط من شروط قيده سواء كانت تصرفات بمعاوضة أو بدون معاوضة وأياً كانت الحقوق التي ترد على العقار ، لأن التصرف لا يوجد بالنسبة للمتعاقدين و الغير إلا إذا قيد في السجل العيني ^(١) .
والقيد المطلق لكافة التصرفات التي ترد على العقار في السجل العيني ، يجعل صحيفة الوحدة العقارية كاملة ومطابقة للحالة المادية والقانونية للوحدة العقارية ، بما يجعل السجل العيني صورة حقيقية لحالة الملكية العقارية ^(٢) .

كما أن نظام الشهر إجباري ، يوجب على الكافة قيد الحقوق والتصرفات العقارية الخاصة بهم والواردة على الوحدة في القسم المساحي الذي يتقرر فيه تطبيق نظام السجل العيني ، كما أنه نظام شامل لجميع الملكيات الخاصة والعامة ، وكذلك الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة والعقارات المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة فجميع الملكيات لا بد من قيدها في السجل العيني ^(٣) .

٢ - القيد يمثل المشروعية : القيد في السجل العيني يعتبر ممثلاً لمشروعية الحق المقيد فيه ، إذ يعتبر كل صاحب حق قيد باسمه هو صاحب الحق الشرعي ، وتقدير مبدأ المشروعية ناتج من أن إجراءات القيد في السجل لا تكون إلا بعد المراجعة والفحص الدقيق لكافة المستندات التي يجري على أساسها القيد ، بحيث لا تقيد الا الحقوق المشروعة ، ووفقاً لهذا المبدأ لا تقيد الحقوق في السجل العيني إلا إذا نشأت أو تقررت بسبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، وإن كان السبب تصرفاً وجب أن يكون قد سبق شهره ، ولا يجوز إجراء تغيير أو تبديل في بيانات السجل الخاصة بوحدة عقارية معينة إلا بمقتضى محررات موثقة صادرة من يملك التصرف في الحق المقيد بالسجل (م ٣٩) ^(٤) .

فلنكي يعتبر القيد ممثلاً للمشروعية توجد إجراءات تهدف إلى شرعية الحق المراد قيده ، والتأكد من أحقية صاحب الحق واسمه وأهليته ، وما إذا كان التصرف صحيحاً يمكن قيده أو معيماً يتعين رفضه ، ويقع على عاتق الموثق التأكد من مدى شرعية تلك المحررات ومتى تم القيد فلا يقبل في إثبات الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية ، فهي الدليل على مشروعية الحق المقيد في السجل ^(٥) .

(١) د. محمد لبيب شنب - دراسات في قانون السجل العيني المصري - ص ١٥ .

(٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٩ ص ٤٩ .

(٣) معوض عبد التواب - السجل العيني علماً وعملاً - طبعة ١٩٨٩ - توزيع دار الفكر العربي بالقاهرة ص ٣٨ ، مأمون كامل السجل العيني - بند ١٨ ص ١٨ .

(٤) د. محمد لبيب شنب - دراسات في قانون السجل العيني المصري - ص ٩ ، محمد حلمي خليفة - حجية القيد في السجل العيني بحث مقدم لأعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر في البلاد العربية في ٢١ إلى ٢٦ مارس - سنة ١٩٧٢ ص ٦٥٢ - ٦٢٦ .

(٥) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٨ ص ٤٤ - ٤٦ . د. قائد سعيد انتقال الملكية في بيع العقار ص ٦٢٥ - ٦٨ .

٣ - **للقيد قوة مطلقة** : القوة المطلقة للقيد تعنى أن البيانات الخاصة بالحق والمثبتة في صحيفة الوحدة العقارية تعتبر عنوان الحقيقة وتمثل قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس^(١) ، بهدف إسباغ الثقة في بيانات السجل العيني ، فكل ما هو مقيد في السجل يعتبر ممثلاً للحقيقة ولا مطعن عليه سواء كانت البيانات متعلقة بالحقوق الواردة على الوحدة العقارية أو متعلقة بأصحاب هذه الحقوق ، وتنقل الملكية والحقوق العينية بمجرد القيد ولو علقت بها شائبة ، فمن قيد بصفته مالكاً أو صاحب حق على الوحدة العقارية كان له ذلك ، ولو استند القيد إلى تصرف باطل أو معيب^(٢) ، وفي سبيل ذلك تنص المادة ٣٧ من قانون السجل العيني المصرى على أن : " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ... " ^(٣)

وتقرير القوة المطلقة للقيد يوفر الثقة في بيانات السجل العيني وهو من السمات المميزة لهذا النظام وحجر الزاوية فيه وأى استثناء يرد على ذلك يضعف الثقة الواجب توافرها في بيانات السجل العيني^(٤) .

٤ - **القيد يمنع سريان التقادم** : يرتبط مبدأ القوة المطلقة للقيد مبدأ آخر وهو أن القيد يمنع سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة في السجل العيني ، حيث لا يعتبر التقادم وسيلة من وسائل كسب الحق العيني العقارى ، بحيث يصح من قيد الحق باسمه في مأمّن تام من ادعاءات الغير باكتساب الملكية أو الحق بوضع اليد ، فإذا تم القيد لا يجوز الاستناد إلى التقادم لكسب الحقوق العينية العقارية المقيدة في السجل ، لأن القول بتقرير التقادم ضد الحقوق المقيدة أمر يتنافى مع تقرير القوة المطلقة في السجل العيني^(٥) .
فلو أجزى التقادم ضد الحقوق المقيدة لأدى ذلك إلى إضعاف الثقة في بيانات السجل العيني ، حيث يكون الحق مقيد باسم شخص سواء كان مالكاً أو صاحب حق عيني آخر ، بينما تكون الملكية أو الحق العيني مكتسباً بالتقادم بواسطة شخص آخر ، ومن ثم فإن تقرير التقادم يتعارض مع نظام السجل العيني^(٦) .

ثالثاً : المزايا التي يحققها نظام السجل العيني :

انطلاقاً من المبادئ التي يقوم عليها السجل العيني توجد مجموعة من المزايا تجعله يتلافى العيوب التي

-
- (١) د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٧ ص ٤٢ ، د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية طبعة ١٩٨٢ - الناشر دار النهضة العربية - بند ١٩ ص ٥٠ .
(٢) محمود شوقي - الشهر العقارى علماً وعملاً - طبعة ١٩٥١ القاهرة ص ٤٣ . د. مصطفى عبد السيد الجارحى - أحكام الظاهر في السجل العيني ص ٣٣ .
(٣) تقابل المادة ٧٢ من قانون السجل العينى اللبنانى الصادر سنة ١٩٦٥ .
(٤) د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ١٩ ص ٥٠ ، د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٧ ص ٤٣ .
(٥) محمد حلمى خليفة - حجية القيد فى السجل العينى ص ٦٢٧ - ٦٢٨ ، د. إبراهيم أبو النجا - السجل العينى - بند ٢٠ ص ٤٨ . د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العينى - بند ٢٢ ص ٥٢ - ٥٣ .

تشوب نظام الشهر الشخصي ، وهذه المزايا هي :

١ - **حماية المتعاملين على العقار** : بما أن القيد هو عنوان الحقيقة ، وأن من قيد كصاحب حق عيني على الوحدة العقارية هو صاحب الحق ولو كان القيد قد استند إلى تصرف معيب ، فإن ذلك يوفر حماية للمتعاملين على العقار ، لأن من يرد التعامل على عقار مقيد في السجل العيني يعتبر هذه البيانات صورة صادقة للعقار ، وانطلاقاً من مبدأ المشروعية لا يكون ملزماً بالبحث والتحرى عن صحة التصرف أو السند الذي اتخذ أساساً للقيد ، إذ يكفي الاطلاع على صحيفة الوحدة العقارية ليتبين ما لها وما عليها من حقوق ، وبذلك يكون من يتعامل على العقار في مأمّن تام من ادعاءات الغير بحقوق لم تكن مقيدة بصحيفة الوحدة العقارية .

٢ - **توفير وسيلة سهلة لمعرفة المركز القانوني للعقار** : فإذا أراد صاحب المصلحة التعامل على العقار لا يستغرق وقتاً طويلاً وجهداً في التعرف على حالة العقار ، إذ يكفي إلقاء نظرة على صحيفة الوحدة العقارية ليعرف جميع التصرفات الواردة عليها بدون إصراف في الجهد والوقت .

٣ - **استحالة تعارض سندات الملكية** : إن سندات الملكية التي تعطى لصاحب الشأن هي صورة صحيحة للوحدة العقارية ، فهذه السندات مأخوذة من الصحيفة ومتطابقة معها ويكون من السهل دائماً الرجوع إلى صحيفة الوحدة العقارية لعمل مطابقة بين سند الملكية وبين صحيفة الوحدة، ولذلك يكون من المستحيل وجود تعارض بين سندات الملكية الخاصة بوحدة عقارية معينة .

فعدم تعارض سندات الملكية عن ذات الوحدة في نظام السجل العيني لقيام الشهر على أساس الوحدة العقارية لا على أساس أسماء الأشخاص، بما يتلافى تشابه الأسماء وما يحدث فيها من خلط بما يؤدي إلى صدور سندات ملكية متعارضة كما في نظام الشهر الشخصي ، لأن لكل عقار حدوده ومعاله المميزة له بما ينتج عنه استحالة تعارض سندات ملكية العقار .

٤ - **تأمين أصحاب الحقوق العينية ضد التقادم** :

لا يأخذ السجل العيني بالتقادم كوسيلة لكسب الحقوق العينية العقارية المقيدة بما يوفر حماية لأصحاب الملكية أو الحقوق العينية ضد ادعاءات الغير بكسب الحق بالتقادم (١) .

(١) انظر في مزايا السجل العيني والتي تعتبر قضاء على مساوئ نظام الشهر الشخصي ، د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ٢١ - ٢٦ ص ٥٠ - ٥٤ ، د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ٢٤ - ٣٠ ص ٥٤ - ٨٥ ، د. قائد سعيد انتقال الملكية العقارية في بيع العقار - ص ٧٢ - ٧٦ .
= هناك من ينتقد نظام السجل العيني بحجة أنه يضحى بمصلحة المالك لصالح من قيد العقار باسمه تبعاً لمبدأ القوة المطلقة للسجل العيني ممّا يتعارض مع مبادئ العدالة ، كما أنه نظام باهظ التكاليف ولا يمكن تطبيقه الا في البلاد الحديث . انظر في هذه الانتقادات والرد عليها : د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ٢٧ ص ٥٤ - ٦١ .

المطلب الثاني

دور الحيابة فى كسب الملكية فى ظل تعدد أنظمة الشهر

سبق القول أن أنظمة الشهر منها ما هو شخصى قائم على أساس اتخاذ اسم صاحب الحق محورا لشهر الحق العينى العقارى ، وليست له قوة مطلقة من ناحية الحجية ، أما الثانى فهو نظام الشهر العينى القائم على أساس اتخاذ الوحدة العقارية محورا لشهر الحق العينى العقارى وله حجية مطلقة من ناحية البيانات الواردة فى صحيفة الوحدة العقارية ، فما هو مثبت بما يعتبر موجودا وما هو غير مثبت يعتبر غير موجود . وللتناقض الواضح بين نظامى الشهر من ناحية الحجية ينبغى معرفه دور التقادم كسب ملكية الملكية فى ظل كلا من النظامين .

ومن ثم يقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول : دور التقادم المكسب فى ظل نظام الشهر الشخصى .

الفرع الثانى : دور التقادم المكسب فى ظل نظام الشهر العينى

الفرع الأول

دور التقادم المكسب فى ظل نظام الشهر الشخصى

أولاً : مدى التقادم المكسب :

فى التشريعات التى تأخذ بنظام الشهر الشخصى يقوم التقادم المكسب بدور هام فى كسب الملكية والحقوق العينية العقارية بالحيابة المستمرة المدة التى يحددها القانون ، باعتباره سببا من أسباب كسب الحقوق العينية ، ففى ظل هذا النظام لا تكون للتصرفات المسجلة قوة مطلقة من ناحية الحجية لأن التصرفات تشهر كما هى على علاقتها دون التجزى عن مدى صحتها ، فإن كانت صحيحة ظلت صحيحة وإن كانت باطلة أيا كان سبب البطلان أو كانت مزورة بقيت على تلك الحالة معيبة أو مزورة ، لأن هذا النظام لا يصح عقدا باطلا إذ هو مجرد طريق للعلاية .

ففى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١٤٦ لسنة ١٩٤٦ لا يكون للمحركات المشهورة قوة ثبوت مطلقة ومن الجائز اكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم ، بالرغم من ثبوتها فى محركات مشهورة وفقا لهذا النظام . فنظام الشهر الشخصى لا يوفر للمالك وسيلة حماية فعالة ضد خطر ضياع ملكيته أو حقه بالتقادم ، بالرغم من أن المالك أو صاحب الحق العينى لديه محركات ملكية مشهورة^(١) .

كما أن مواد القانون المدنى المنظمة لكسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم فى ظل قانون تنظيم

(٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العينى - بند ١٥٢ ص ٤٥٦ - ٤٥٧ ، د. عدلى أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيابة - ص ٣٣٩

الشهر العقارى^(١) ، لا يوجد بها شرط يشترط عدم تعارض الحيازة مع المحررات المشهورة وفقاً لهذا النظام^(٢) ، إذ هي تنظم شروط الحيازة التي تؤدي إلى التقادم دون أية إشارة إلى اشتراط كون الحيلزة لا تعارض مع محررات مشهورة سلفاً والتي تكون لدى المالك أو صاحب الحق ، ومن ثم يعتبر التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية .

وإذا كان التقادم يعتبر سبباً من أسباب الحقوق العينية العقارية في ظل نظام الشهر الشخصى ، فيجب أن تقوم الحيازة بركبتها المادى والمعنوى وأن تتوافر فيها جميع الشروط التي تؤدي إلى ترتيب آثارها من كونها حيازة وهادئة وعلنية وواضحة ، و أن تستمر المدة التي حددها القانون سواء كان التقادم طويلاً أو قصير ، كما يجب عند انتهاء المدة أن يتمسك الحائز به سواء كان ذلك عن طريق الدعوى أو الدفع ، حيث أن انتهاء المدة لا يكسب الحق ما لم يتم التمسك به من قبل صاحب المصلحة^(٣) ، ومن ثم إذا توافرت جميع الشروط أدى التقادم دوره بصورة كاملة في كسب الحق العيني العقارى .

ثانياً : كيفية شهر الملكية المكتسبة بالتقادم :

عرفنا أن التقادم المكسب يعتبر سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية في ظل نظام الشهر الشخصى إذا توافرت شروطه دون اشتراط شهر الحق المكتسب بالتقادم^(٤) ، فالتقادم ليس تصرفاً قانونياً مثبتاً في محرر لأنه يقوم على الحيازة ، والحيازة واقعة مادية لا تثبت في محررات يمكن شهرها ، ونظام الشهر يتطلب تصرفاً قانونياً مثبتاً في محرر لكي يمكن شهره طبقاً للمادة ٢٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى المصرى .

فأحكام القانون المدنى لم تحظر كسب الحقوق العينية بالتقادم ، وكذلك قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وفي ظل هذا الوضع يبقى الحق العيني أو ملكية العقار مسجلاً باسم شخص المالك أو صاحب الحق في السجل ، ولكن ملكيته اكتسبت بواسطة شخص آخر ، استناداً إلى التقادم المكسب . وازاء هذا الوضع ألا توجد وسيلة لشهر الملكية او الحق العيني المكتسب بالتقادم ؟ وهل يعدم الحائز وسيلة تمكنه من شهر حقه المكتسب بالتقادم لاعلان الغير بأنه أصبح المالك او صاحب الحق ؟ في الواقع توجد أمام الحائز وسيلتان ليتمكن من شهر الملكية التي اكتسبها بالتقادم :

١ - طريق دعوى ثبوت الملكية :

إذا اكتسب الحائز ملكية العين بالتقادم عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يثبت ملكيته

(١) المادة ٩٦٨ وما بعدها .

(٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٢ ص ٤٥٧ .

(٣) انظر ما سبق ذكره بصدد التمسك بالتقادم - ص ٢١٣ .

(٤) د. على أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة - ص ٣٤٠ .

للعقار ، ثم بعد ذلك يمكن شهر الحكم الصادر له بثبوت الملكية باعتباره من الأحكام المقررة لحق عيني عقارى أصلي^(١) ؛ طبقاً لما تتطلبه المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى^(٢) ، ويكون الحكم المشهر سنداً للملكية الحائز بالنسبة للعقار المكتسب بالتقادم .

والحكم الصادر بثبوت الملكية للحائز يعتبر حكماً نهائياً مثبتاً لحق الملكية ، ومن ثم يجوز لمن حصل عليه مع آخرين أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به ، أو على العقار المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة ، فالمرجع لم يلزم الحائز عندما يحصل على حكم بثبوت الملكية بالتقادم باشتراك مع حائزين آخرين لنفس العين ، بأن يشهر العين الصادر بها الحكم بأكملها ، ولكن أجاز له أن يطلب قصر التسجيل على ما يعادل نصيبه فى العين المقضى بملكيتها لهم جميعاً ، وإذا كانت الحيازة شاملة لعدة عقارات كان له أن يطلب قصر التسجيل على ما قضى له به فى قسم أو ناحية معينة ، دون إلزامه بتسجيل الحكم الصادر بجميع العقارات المقضى بها له ولشركائه معاً^(٣) .

٢ - طريق تحقيق وضع اليد على الطبيعة^(٤) :

أصدر المشرع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ حيث أجاز شهر الملكية استناداً إلى التقادم، حيث أضاف إلى هذا القانون المادة (٢٣) مكرر التى نصت على الآتى : " إذا كان أصل الملكية أو الحق العيني محل طلب الشهر لا يستند إلى أحد المحررات المنصوص عليها فى المادة السابقة (٢٣م) وطلب صاحب الشأن إساده إلى وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فعلى المأمورية تحقيق وضع اليد للتثبت من مدى توافر شروطه وفقاً لأحكام القانون المدنى ثم تحيل الطلب الى مكتب الشهر العقارى مشفوعاً برأيها .

وتتولى لجنة تشكل بمكتب الشهر العقارى برئاسة أمين المكتب وعضوية أقدم اثنين من الأمناء المساعدين والأعضاء الفنيين للنظر فى الطلب والاعتراضات المقدمة بشأنه وتصدر قرارها مسيئاً بقبول الطلب أو رفضه . وتبين اللائحة التنفيذية الاجراءات التى تتبع فى تحقيق وضع اليد والمستندات الواجب

(١) د. كامل مرسى - شهر التصرفات العقارية - بند ٧٧ ص ١٣٥ ، د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٥ ص ٤٧٢

(٢) تنص المادة (١٠) على أن : " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير " .

(٣) المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦

(٤) وفى عام ١٩٦٩ صدرت تعليمات مصلحة الشهر العقارى بتنظيم الملكية المكتسبة بالتقادم ، ولكن تلك التعليمات متعارضة مع أحكام القانون المدنى من حيث جواز التملك بالتقادم ، حيث لا تجيز اسناد ملكية الاراضى الفضاء المعدة للبناء إلى التقادم فقد قصرت ذلك على الأراضى الزراعية والعقارات المبنية بالرغم من أن أحكام القانون المدنى لا تحتوى على مثل هذه التفرقة انظر : مادة ٩٦٨ وما بعدها

= كما أنها خالفت القانون المدنى من حيث مدة التقادم حيث حددت المادة ١٤٣ من التعليمات مدد تختلف تبعاً لنوع العقار وما إذا كان أرض زراعية أو مبانى ، بالرغم من أن مدة التقادم واحدة فى القانون المدنى .

د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٨ ص ٤٧٩ - ٤٨٥

تقديمها وطرق الشهر والإعلان وكيفية الاعتراض أمام اللجنة .

ولا تسرى أحكام الفقرات السابقة على العقارات المنصوص عليها في المادة ٩٧٠ من القانون المدني والأراضي القضاء . كما لا تخل أحكام هذه المادة بحق ذوى الشأن في الالتجاء إلى القضاء العادي للمنازعة في موضوع الطلب^(١) .

ووفقاً لهذا النص أصبح من الجائز شهر الملكية المكتسبة بواسطة التقادم ، ولكن هذا التعديل لم يمتد نطاقه ليشمل كافة العقارات ولكن اقتصر على الأراضي الزراعية والعقارات المبنية دون الأراضي القضاء^(٢) . وقد أحالت المادة ٢٣ مكرر إلى اللائحة التنفيذية لبيان الاجراءات التي تتبع في تحقيق وضع اليد ، ونظراً لخلو اللائحة من نصوص في هذا الشأن فقد صدر قرار من وزير العدل رقم ٩٤٨ لسنة ١٩٧٥ بإضافة المادة ١٤ مكرر إلى اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقاري لتبين كيفية عمل لجنة تحقيق وضع اليد^(٣) .

ووفقاً لما ورد باللائحة التنفيذية إذا كان أصل الملكية أو الحق العيني يستند إلى وضع اليد يجب على المأمورية أن تنشر إعلاناً في إحدى الصحف اليومية على نفقة طالب الشهر. وهذا الطلب يتضمن موضوع طلب الشهر وتحديد العقار واسم المتصرف وسلفه وتحديد موعد للتحقيق يكون بعد الإعلان بمدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً، ويرفق بالأوراق نسخة من الصحيفة التي تم فيها نشر الاعلان عن موعد تحقيق وفي خلال الخمسة عشر يوماً التالية لتاريخ النشر حتى موعد التحقيق ، يجوز لكل ذى مصلحة حق الاعتراض على إسناد الملكية بطريقة وضع اليد ، على أن يكون هذا الاعتراض مشفوعاً بالمستندات المؤيدة له .

ثم بعد ذلك يقوم رئيس المأمورية أو من ينوبه من الأعضاء الفنيين بعمل محضر على الطبيعة للتأكد من وضع اليد ومدته وسببه ومدى استكمالها للشروط التي حددها القانون المدني ، ويجب أن يحتوي محضر تحقيق وضع اليد على بيان مفصل عن العقار محل طلب الشهر وأوصافه ومشمولاته وفقاً لحالته في الطبيعة، وما أدرج بسجلات المساحة المعمول بها كقربنه بخصوص الملكية ووضع اليد والتكليف . ويجب أن يشتمل على أقوال المتعاقدين وأصحاب التكليف أو ورثتهم والجيران للعقار والحائزين له والمعارض وبصفة عامة كل من يستلزم التحقيق سماع أقوالهم ، ويقوم بالتوقيع على المحضر من الحاضرين فإذا امتنع أحدهم عن التوقيع أثبت ذلك مع بيان سبب الامتناع . وبعد عمل المحضر تبدي مأمورية الشهر العقاري رأيها في الطلب ثم تقوم بإحالته إلى مكتب الشهر المختص مرفقاً به جميع الأوراق

(١) مضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ - الجريدة الرسمية العدد ١٤ في ١٩٧٦/٤/١ ص ٢٣٥ .

(٢) د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٥٩ ص ٤٨٥ .

(٣) النشرة التشريعية - العدد السابع ١٩٧٦ ص ٣٠٦١ .

والمستندات الخاصة به وعلى مكتب الشهر العقارى المختص عرض الطلب ومرفقاته على اللجنة المنصوص عليها في المادة ٢٣ مكرر من قانون تنظيم الشهر العقارى، وهى اللجنة المكونة برياسة أمين المكتب وعضوية أقدم اثنين من الأمناء المساعدين والأعضاء الفنيين، لتولى النظر فى الطلب والاعتراضات المقدمة بشأنه لتصدر تلك اللجنة قراراً مسيئاً سواء بقبول الطلب أو رفضه (١)

ووفقاً لما اشارت إليه المادة ٢٣ مكرر من قانون تنظيم الشهر العقارى والمادة ١٤ مكرر المضافة إلى اللائحة التنفيذية، نجد أن القانون أجاز اسناد الملكية إلى التقادم، حيث أجاز شهر الملكية المكتسبة بالتقادم بعد القيام بإجراءات تحقيق وضع اليد على الطبيعة فإذا صدر قرار اللجنة المشار إليها بالمادة ٢٣ مكرر من قانون تنظيم الشهر العقارى بقبول الطلب، فهذا القرار يمكن شهره ليكون سند لإثبات ملكية الحائز والاحتجاج بحق الملكية تجاه الغير.

(١) أنظر إجراءات تحقيق وضع اليد الفقرات (٣)، (٤)، (٥)، (٦)، (٧) من المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى

الفرع الثانى دور التقادم المكسب فى ظل نظام السجل العينى

التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية فى ظل نظام الشهر الشخصى ، ومن ثم يثور تساؤل عن دور التقادم المكسب فى نظام الشهر العينى . وإذا أعتبر سبباً من أسباب كسب الحق العينى فى ظل نظام الشهر العينى فيجب معرفة نطاقه . ومن ثم ينبغى معرفة كيفية إجراء القيد فى السجل العينى وهو ما يعرف بالقيد الأول وإجراءاته ، والضمانات التى حرص المشرع على إحاطة القيد بها لئلا يكون له قوة إثبات مطلقة ، ثم نتناول أهمية القيد الأول وأخيراً نطاق التقادم .

أولاً : تعريف القيد الأول :

يعرف القيد الأول بأنه إثبات جميع البيانات الخاصة بالوحدة العقارية فى صحيفة خاصة من صحائف السجل العينى . فالقيد فى الصحيفة يعتبر بمثابة شهادة ميلاد بالنسبة للوحدة العقارية ، تفصل بين المدة السابقة على القيد و بين المدة اللاحقة عليه ، حيث لا يقبل فى الإثبات سوى صحيفة الوحدة العقارية ^(١) والقيد الأول قد يكون اجبارياً مفروضاً من قبل الدولة على الوحدات العقارية التى سيتم تطبيق نظام السجل العينى عليها ، ولا يكون أمام الأفراد سوى قيد تصرفاتهم وحقوقهم العقارية ^(٢) ، وقد يكون القيد اختيارياً يترك لمشيئة الأفراد دون إجبار من الدولة ، فإذا أراد الأفراد قيد عقاراتهم فعليهم التقدم بطلب إلى الجهة القائمة على السجل لإفراد صحائف عينيه تقيد بها العقارات الخاصة بهم ويتحمل الأفراد نفقات ذلك القيد ^(٣) .

كما أن القيد الأول يتم على أساس إقليمى و بصفة متدرجة فى الأماكن التى تحددها فى قرار وزير

(١) معوض عبد التواب - السجل العينى علماً وعملاً ص ٨٩ ، د. محمد لبيب شنب - دراسات فى قانونى السجل العينى - ص ٢٠ .

(٢) اجبارى فى القانون العراقى مادة (٢٦) من قانون التسجيل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، والتونسى مادة (١) من المرسوم ٣ لسنة ١٩٦٤ ، والسودانى مادة (٤) من قانون تسوية الأراضى وتسجيلها رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٥ . وفى الجزائر المادة (١) من القانون رقم ٥٩ - ٤١ لسنة ١٩٥٩ ، وفى الأردن مادة (٣) من قانون تسوية الأراضى والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ ، انظر فى ذلك د. عبد المجيد الحكيم - دراسة فى قانون التسجيل العقارى العراقى مع المقارنة بقوانين البلاد التى تتبع نظام السجل العقارى - الجزء الأول - معهد البحوث والدراسات العربية - ص ٨٦ ، ١٣٥ ، ١٥٨ ، ١٦٣ ، ١٧١ على التوالى .

(٣) اختيارى فى المغرب وفقاً للمادة (٦) من ظهير ٩ رمضان ١٣٣١ هـ (١٩١٣) ويسمى بالتحفيظ ، واختيارى فى ليبيا وفقاً للمادة (١٢) من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٦٥ ويسمى بتحقيق الملكية . = ولذلك توجد ازدواجية فى نظام التسجيل بالنسبة للدول التى تجعلها اختيارياً حيث ما زال يسرى نظام الشهر الشخصى على العقارات التى لم يبادر أصحابها إلى قيدها وبطبق السجل العينى على العقارات التى يطلب أصحابها قيدها بالسجل ومن أمثلة ذلك المغرب وليبيا .

العدل للعمل بها بنظام السجل العيني منطقه تلو الأخرى، وقد أخذ المشرع المصرى بنظام القيد الإيجارى بالنسبة للعقارات التى يطبق عليها نظام السجل العيني، حيث نجد أن المادة (١٠) من قانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ تنص على أن "تحتصر جميع الوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحى وتفرد لكل منها صحيفة وتثبت بها الحقوق".

ثانياً: إجراءات القيد الأول :

تبدأ الإجراءات السابقة على القيد الأول بصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى سيجرى عليها السجل العيني، ويحدد هذا القرار تاريخ بدء سريان السجل بفترة لا تقل عن ستة أشهر لاحقة لصدر قرار وزير العدل (م ٢م من قانون الإصدار) وقرار وزير العدل يسمى "بقرار الافتتاح" (١). وبعد صدور قرار الوزير ينشر فى الجريدة الرسمية وفقاً للأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية (م ٢٠م قانون السجل العيني المصرى). وقد بينت المادة (١١) من اللائحة التنفيذية لقانون السجل العيني كيفية النشر (٢)، بالقول بأن القرار ينشر فى الجريدة الرسمية وفى صحيفة أو أكثر من الصحف اليومية الواسعة الانتشار مرة كل أسبوعين ولمدة شهر. إعلان يتضمن تاريخ صدور قرار وزير العدل ورقمه وتاريخ وعدد الجريدة الرسمية التى تم فيها النشر، والأقسام المساحية التى حددها قرار الوزير بسريان نظام السجل العيني وتاريخ بدء السريان، وبيان بما ورد فى المادة (١٨) من القانون الخاص بالمحركات التى تناول نقل حق عيني أو إنشاء أو زواله والثابتة التاريخ قبل ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤، والرخص التى منحها القانون لأصحاب الشأن المشار إليهم فى تلك المادة، كما يرسل هذا الإعلان إلى الوزارات والمصالح والهيئات والمؤسسات ويلصق على أبواب مقار الجمعيات الزراعية والأقسام والمراكز لمدة شهرين (٣)، كما يجب أن يتضمن الإعلان بياناً بما ورد بالمادة (١٦) من القانون الخاص بأحوال التبادل على عقارات لم تشهر وأحوال وضع اليد على عقارات مفرزة يعقود قسمة لم تشهر، وجميع أحوال وضع اليد غير الثابتة فى محررات مشهورة، وحق ذوى الشأن فى إثبات اتفاقهم فى استمارات تسوية (٤).

كما تنص المادة (١٢) من اللائحة على أنه قبل البدء فى الأعمال المساحية بمدة شهر على الأقل يتم النشر عن الأقسام المساحية التى حددت ليسرى عليها نظام السجل العيني، والتنبيه على ذوى الشأن بميعاد سريان القانون ووضع الترتيب الزمنى للعمل فى المناطق ودعوة ذوى الشأن إلى الحضور فى المواعيد والأماكن المحددة للإرشاد عن أملاكهم وتقديم المستندات، والتنبيه على حقهم فى الاعتراض على النتيجة عن طريق شكوى تقدم إلى اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٦٤) من اللائحة (٥).

(١) مأمون كامل - الوجيز فى السجل العيني - بند ٢٨ ص ٢٤.

(٢) النشرة التشريعية العدد الثامن أغسطس ١٩٧٥ ص ٥٩٣١.

(٣) (٥،٤،٣) انظر فى هذه الاجراءات نصوص اللائحة التنفيذية المواد ١١، ١٢ مذكورة لدى مأمون كامل -

الوجيز فى السجل العيني - ص ٢٠٩ - ٢١١، معوض عبد التواب - السجل العيني علماً وعملاً ص ٩١ - ٩٣.

كما تنص المادة (١٤) من اللائحة عند حلول ميعاد سريان القانون ينشر عن البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع ذوى الشأن، وتعد لهذا الغرض خرائط تفصيلية وكشوف من صحائف السجل توضح البيانات الموضحة بالوحدة العقارية، وتودع الكشوف والخرائط مكاتب ومأموريات السجل العيني الواقع في دائرتها القسم المساحي، كما ينبغي تنبيه ذوى الشأن إلى حقهم في الاعتراض على الإجراءات التي اتخذت أمام اللجنة القضائية المنصوص عليها في المادة (٢١) من القانون^(١).

كما ينبغي تنبيه أصحاب الشأن إلى قوة الإثبات المطلقة للسجل العيني وعدم جواز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت به، وعدم قبول أى مستند للإثبات سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل. كما تنص المادة (١٥) من اللائحة على أنه عند حلول الأجل المحدد لسريان القانون يرسل إخطار لذوى الشأن بكتاب مسجل يعلم وصول بما تم من إثبات بيانات وحقوق وتكاليف بالنسبة للوحدة، مع التنبيه عليهم بحقهم في الطعن على هذه البيانات أمام اللجنة المنصوص عليها بالمادة (٢١) من القانون^(٢).

ثالثاً: الضمانات التى تسبق قيد الأول :

بعد انتهاء الأعمال التحضيرية للقيد الأول - السابق الإشارة إليها - يجرى محضر تثبت فيه جميع الأعمال التى تمت وأسماء الملاك، والملاك المجاورين ورجال السلطة العامة الذين حضروا عملية التحديد مع التوقيع على المحضر، بحيث يمتدحى جميع الأعمال ويتم قيد العقار، فى دفتر يسمى "دفتر الملكية". ولضمان صحة تلك البيانات أجاز المشرع لذوى الشأن الاعتراض على نتيجة التسوية الواردة بدفتر الملكية أمام لجنة تسمى "لجنة فحص الاعتراضات على تسوية دفتر مساحة الملكية"^(٣)، وطبقاً للمادة (٦٣) من اللائحة التنفيذية تقوم الهيئة العامة للمساحة بإخطار ذوى الشأن من الملاك وأصحاب الحقوق على نموذج خاص ببيان ما قيد بأسمائهم بدفتر مساحة الملكية مع التنبيه إلى حقهم فى الاعتراض على ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإخطار أو تسلمه، ويكون الاعتراض بشكوى تقدم إلى مكتب الشهر العقارى. وبعد تقديم الشكوى إلى مكتب الشهر يقوم المكتب بإحالتها إلى اللجنة التى نصت عليها المادة (٦٤) من اللائحة التى تسمى "لجنة فحص الاعتراضات على تسوية دفتر مساحة الملكية"^(٤)، وهذه اللجنة تحقق الشكاوى وتجرى المعاينة ويجرى محضر بنتيجة التحقيق ثم تصدر قرارها، إما بإبقاء الوضع كما هو عليه وإما بالتصحيح، على أن تنتهى اللجنة من عملها قبل الميعاد المحدد لبداية سريان السجل العيني فى

(١) انظر ما سبق ذكره بصدده اختصاصات تلك اللجنة ص ٢٤٥.

(٢) انظر نصوص اللائحة لدى معوض عيد التواب - السجل العيني علماً وعملاً ص ٢١٢.

(٣، ٤) المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لقانون السجل العيني المصرى.

القسم المساحى بوقت كاف (٣/٦٤ لائحة تنفيذية)، بمعنى أن جميع الإجراءات التى تنتهى بالقيود فى دفتر مساحة الملكية والاعتراض عليه والفصل فيه يجب أن يتم قبل حلول الميعاد المحدد لسريان السجل العيني^(١).

رابعاً: تمام القيد الأول والاعتراض عليه :

بعد قيد العقارات فى دفتر مساحة الملكية، وبعد فوات ميعاد الاعتراض على القيد بدفتر مساحة الملكية، تقوم مصلحة الشهر العقارى بالقيود فى السجل العيني، وهو ما يسمى بالقيود الأول، والقيود الأول هو القيد الذى تستند إليه جميع القيود التالية للحقوق العينية فى السجل العيني^(٢).

وإمعاناً من المشرع فى تأكيد المشروعية والحجية المطلقة للسجل العيني لم يكتف بالاعتراض على دفتر مساحة الملكية الذى يسبق القيد الأول وما سبقه من إجراءات طويلة، ولكن أجاز لأصحاب الشأن الاعتراض على القيد الأول ذاته بالاعتراض على البيانات التى أثبتت فى الصحيفة الخاصة بالوحدة العقارية. فقد نصت المادة ٢١ من القانون على أن: "تشكل فى كل قسم مساحى لجنة قضائية برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفى المصلحة، احدهما قانونى والثانى هندسى، وتختص هذه اللجنة دون غيرها بالنظر فى جميع الدعاوى والطلبات التى ترفع خلال السنة الأولى بعد العمل بهذا القانون لإجراء تغيير فى بيانات السجل العيني، ويصدر بتعيين أعضائها ولائحة إجراءاتها قرار من وزير العدل".

وقد صدر قرار وزير العدل رقم ٥٥٣ لسنة ١٩٧٦^(٣)، يوضح الإجراءات التى تتبع أمام تلك اللجنة واختصاصها، حيث يبين القرار أن الدعوى ترفع أمام اللجنة بعريضة أمام رئيس اللجنة القضائية المختصة تشتمل على اسم المدعى والمدعى عليه ولقب كل منهما ومهنته ووظيفته وموطنه، واسم ممثله إن وجد، وموضوع الدعوى وأسانيده والطلبات فيها. وتوقيع المدعى أو من يمثله. ويقدم المدعى صوراً من العريضة بقدر عدد الخصوم، و صورة إضافية ترفق وحافطة مستندات، وتقييد العريضة وقت تقديمها برقم متتابع فى سجل قيد الدعاوى، ثم تقوم اللجنة بإخطار الخصوم بصوره من العريضة بكتاب موصى عليه يعلم الوصول (٢، ٣، ٤، ٥، ٢٣) من قرار وزير العدل رقم ٥٥٣ لسنة ١٩٧٦).

وتختص اللجنة القضائية بنظر دعاوى طلبات تغيير بيانات القيد الأول فى السجل العيني^(٤)، التى

(١) المادة (٦٤) من اللائحة التنفيذية لقانون السجل العيني المصرى.

(٢) معوض عبد التواب - السجل العيني علماً وعملاً ص ١٠٠.

(٣) النشرة التشريعية - العدد السابع - يوليو ١٩٧٦ ص ٣٠٥٠.

(٤) مادة ٢١ من قانون السجل العيني المصرى.

= وقد أشارت المادة (٥٢) من القانون إلى اختصاص آخر للجنة يتعلق بمن أشر على طلبه لاستيفاء بيان لا يرى وجهاً له، ومن تقرر سقوط أسبقية طلبه، أن يطلب إلى أمين السجل خلال عشرة أيام من وقت اعلانه بالقرار يقيد المحرر فى دفتر العرائض وعلى أمين السجل بعد ذلك إحالة الطلب إلى اللجنة المذكورة بالمادة (٢١).

ترفع خلال السنة الأولى بعد العمل بقانون السجل (رقم ٢١ من القانون) وقد أجازت المادة ٢٢ من القانون لوزير العدل أن يجدد مدة السنة التي يجوز خلالها رفع الدعوى ، والطلبات والتي تتعلق بتغيير بيان السجل العيني ، وقد أجازت المادة (٢٤) من القانون استئناف الأحكام الصادرة من اللجنة أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ^(١) .

خامساً : أهمية القيد الأول

يعتبر القيد الأول مرحلة فاصلة بالنسبة للعقار لأنه يفصل الوضع القانوني والمادى قبل القيد عن الوضع القانوني والمادى بعد القيد ، فهو يعتبر بمثابة شهادة ميلاد للعين ، بحيث لا تثبت الملكية أو الحق العيني في السجل إلا بإبراز صحيفة الوحدة العقارية أو المستخرج الرسمي منها .

بعد اتخاذ الإجراءات والضمانات بشأن القيد الأول ، والتي تتمثل في النشر والطنن ، كان لزاماً على المشرع أن يسوغ على هذا القيد القوة المطلقة ليكون بمنأى عن أى طعن . ولو تم هذا القيد بخلاف الحقيقة ، فالإجراءات الطويلة التي تسبق القيد يفترض أنه لم يقيد في السجل العيني إلا الحقوق المشروعة . ويترتب على ذلك أن مجرد إثبات الوحدة العقارية باسم شخص معين يصبح هذا الشخص هو المالك الوحيد أو صاحب الحق عليها ، ويتطهر العقار من كل حق غير مقيد ولو كان موجود في الحقيقة ، فلا اثر لحق غير مقيد بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ، فقوة الثبوت المطلقة تعتبر من أهم مزايا التسجيل العيني ^(٢) . فالغرض من الإجراءات والضمانات التي تسبق القيد الأول هو إضفاء صفة المشروعية على الحقوق المقيدة ، والغرض من القيد الأول تخليص الحقوق من أسباب الانتزاع الخفية يجعل التصرفات المقيدة بعيدة عن الطعن ^(٣) ، وقد اجملت ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني المصري بقولها :
" إن السجل العيني :

١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل إذ بمجرد إثبات البيان في السجل يصبح هذا البيان ممثلاً للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع (القانون) أو الفصل فيما يرفع من طعون ، وذلك أن المشرع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني ، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ، ومعناه أن كل ما

(١) وقد أشارت المادة (٢٣) إلى حالات يكون فيها حكم اللجنة نهائياً ، وهي إذا كان التغيير لا يمس بحق شخص الغير ، أو إذا كان التغيير محل اتفاق ، أو إذا كان الحق المتنازع عليه لا يجاوز النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية ، أما ما عدا ذلك فيجوز استئنافه أمام محكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها القسم المساحي (م ٢٤ من القانون) .

(٢) مأمون كامل - الوجيز في السجل العيني - بند ٦٣-٦٤ ص ٧٤ - ٧٥ ، معوض عبد التواب - السجل العيني علماً وعملاً ص ٩٠ .

(٣) مأمون كامل - الوجيز في السجل العيني - بند ٦٣ ص ٧٤ ، معوض عبد التواب - السجل العيني علماً وعملاً ص ٩٠ .

هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للعقار في حماية من كل دعوى غير ظاهرة بالسجل ، مما يقتضى أن يؤشر بالدعوى التي ترفع عن البيانات المدرجة في السجل لحماية زافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه .

٣- تطبيق مبدأ المشروعية في السجل العيني : ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السندات التي يجرى القيد بمقتضاها حتى لا تقيد في السجل إلا الحقوق المشروعة فعلاً ، وحتى لا تستفيد من الشهر الادعاءات المشكوك فيها .

سادساً : نطاق دور التقادم في ظل السجل العيني :

يصدد دور التقادم في ظل نظام السجل العيني ينبغي التفرقة بين حالتين ، الأولى : الحقوق غير المقيدة في السجل العيني ، والثانية : الحقوق المقيدة في السجل العيني .

الحالة الأولى : الحقوق غير المقيدة في السجل العيني :

بالنسبة للحقوق غير المقيدة في السجل نصت المادة (٢٥٧) من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن : "يكسب حق القيد في السجل العقارى فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المسجلة في السجل العقارى بوضع اليد بصورة علنية هادئة مستمرة مدة خمس سنوات بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محق ، وإذا لم يكن لديه سبب محق فالمدة هي خمس عشر سنة " ، وقد نص قانون التسجيل العراقي في المادة (٤٤) بقوله : "يشترط في طالب التسجيل أن يكون حائزاً له بحسن نية وبصفة المالك لمدة لا تقل عن خمسة عشر سنة بدون انقطاع " .

ووفقاً لذلك فقد أجاز القانون العراقي واللبناني الاستناد إلى التقادم لكسب الملكية أو الحق العيني بالنسبة للحقوق غير المقيدة في السجل العقارى ، ولكن الحائز لا يكسب الحق بمجرد تمام مدة التقادم بل لا بد من قيد الحق في السجل العقارى لكي يغدو الحائز مالكاً أو صاحباً للحق ، فتلك القوانين قد أجازت الاستناد إلى التقادم لقيد العقار أو الحق باسم الحائز لأول مرة في السجل العقارى^(١)

والمشرع المصرى أجاز بدوره الاستناد إلى التقادم لقيد الحقوق لأول مرة في السجل العيني ، بالنسبة للحقوق غير المقيدة من قبل ، فقد نصت المادة (١٣) من قانون السجل العيني المصرى على أنه "لا تثبت الحقوق على أساس وضع اليد إلا إذا لم يكن في الخمرات المشهورة ما يناقضها " . فلكى يمكن الاستناد إلى التقادم لقيد العقار لأول مرة في السجل العيني اشترطت المادة (١٣) شرطين :

١- توافر شروط التقادم المنصوص عليها في القانون المدنى ومدته وقت إجراء القيد الأول ، وقد

(١) د. حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ١٩٦ ص ١٩٩ ، بند ٣٧٠ ص ٣٤٧ ، بند ٣٧١ ص ٣٤٨ ، بند ٣٧٢ ص ٣٤٩ ، د. عبد المجيد الحكيم - دراسة فى قانون التسجيل العقارى العراقى ص ١٩٢ - ١٩٤ ، د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية - ص ٢٨٤ ، ٣١٦ ، ٦٤٢ .

أوردت المذكورة الإيضاحية تعليقا على ذلك بقولها: " ومن المفهوم أنه يجب على أمانة السجل التثبت في هذه الحالة من توافر شروط اكتساب الملكية/ بالتقادم "

٢- عدم تعارض التقادم مع ما هو مثبت في محررات مشهورة وفقاً لأحكام قانون تنظيم الشهر العقارى ومن ثم لا يجوز الاستناد إلى التقادم لقيد الملكية أو الحقوق العينية الأخرى لأول مرة في السجل، إذا وجدت محررات مشهورة بتلك الحقوق لصالح شخص غير واجتبع اليد وفقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى ولو اكتملت مدة التقادم. وتوافرت جميع الشروط المكسبة للملكية، أمنا إذا توافرت تلك الشروط جاز الاستناد إلى التقادم لقيد الحق العيني لأول مرة في السجل العيني فالحقوق الغير مقيدة يجوز كسبها بالتقادم في السجل العيني لأول مرة ولا يعتبر ذلك خرقاً لمبدأ حظر التقادم^(١) ولكن يعاب على المشرع فى هذا الصدد أنه:

١- جعل مهمة التحقق من توافر شروط اكتساب الملكية ملقاة على عاتق أمانة السجل العيني، وهذه ليست بالأمر الهين اليسير، لأنها تتطلب خبرة فنية فيمن يقوم بها قد لا تتوافر لدى موظف السجل العيني مما دعا المحاكم إلى إحالة دعوى ثبوت الملكية إلى الخبراء للتحقق من توافر أو عدم توافر شروط كسب الحق بالتقادم^(٢).

فالتحقق من توافر أو عدم توافر شروط اكتساب الحق العيني بالتقادم مسألة لا يستطيع موظف السجل أن يبحثها على نحو يوفى بالهدف فقد تعرض للتقادم بعض أسباب الوقف أو لانتقطاع لا يتنبه إليها موظف السجل العيني، كما قد يكون التقادم موقوفاً سريانه عند بدئه، كما لو كان يسرى ضد ناقص الأهلية وليس له ممثل قانونى، أو كان صاحب الحق يملكه على شرط واقف لم يتحقق إلا بعد فسترة من الزمن، وقد لا يدرك موظف السجل هذه الأمور الدقيقة أو يحسب مدة التقادم دون نظر إلى ما إذا كان التقادم بدأ على حق حال أو مؤجل أو موقوف وما إذا كان وردت عليه أسباب انقطاع أو وقف وقد لا يأخذ فى اعتباره مسألة مدى جواز أو عدم جواز ضم مدة الحيازات المتعاقبة، لكل ذلك يجب أن تعهد مهمة التحقق من شروط التقادم فى هذه الحالة إلى لجنة قضائية، أو على الأولى يرأسها عضو قضائى بجانب الأعضاء الإداريين والفنيين من موظفى السجل العيني أو تكون اللجنة مشكله على غرار اللجنة المشار إليها بالمادة (٢١) من قانون السجل العيني.

٢- منح المشرع المحررات المشهورة طبقاً لقانون الشهر العقارى قوة ثبوت مطلقه لم تكن لها من قبل، حيث منع الاعتداد بالتقادم إذا تعارض وضع اليد على محررات مشهورة باسم شخص آخر غير واضح،

(١) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٣ ص ٤٥٤ - ٤٥٥

(٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٣ ص ٤٥٦، د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ١٠١ ص ١٧٢.

اليد، بحيث إذا كان وضع اليد يتناقض مع تلك المحررات المشهورة من قبل لا يجوز الاستناد إلى التقادم لقيد العقار لأول مرة بالسجل العيني^(١).

فالملاحظ على المشرع في هذه النقطة أنه أعطى المحررات المشهورة طبقاً لقانون الشهر العقارى حجية مطلقة لم تكن لها في ظل النظام الذى شهرت فيه، وبذلك يتمتع تسجيل العقار لأول مرة بالسجل العيني إذا وجد هذا التناقض، مع أن المعروف سلفاً أن التقادم سبب لكسب الملكية قائم بذاته متى اكتملت مدته، ولم يشترط القانون لاكتساب الحق به إلا يكون الحق المكتسب بالتقادم مشهوراً من قبل، إذ يمكن كسب الحق العيني ولو كان مشهوراً من قبل.

ولذلك فالمشرع المصرى لم يكن موفقاً في اشتراط عدم وجود تناقض بين وضع اليد والمحررات المشهورة من قبل، وكان حرياً به الاكتفاء بتوافر شروط التقادم من حيازة ومدة، دون اشتراط ألا يكون وضع اليد متناقضاً مع محررات مشهورة، ولذلك ينبغي تعديل تلك المادة (مادة ١٣) لتكون في حل من هذا الشرط.

الحالة الثانية: الحقوق المقيدة فى السجل العينى :

أخذت التشريعات التى أقرت السجل العيني بمبدأ حظر التقادم المكسب ضد الحقوق المقيدة فى السجل العيني، لأن من شأن الاعتداد بالتقادم فى مواجهة الحقوق المقيدة يؤدى إلى إهدار القوة الثبوتية المطلقة للبيانات الواردة فى السجل.

وقد نصت غالبية التشريعات التى تأخذ بنظام السجل العيني على مبدأ حظر التقادم ضد الحقوق المقيدة فيه. فالقانون المدنى السورى ينص فى المادة (٩٢٥) على أنه "لا يسرى التقادم على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى"، كما نص فى المادة (١٩) من القرار رقم ١٨٨ على أن "مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة فى السجل العقارى"^(٢)، وفى لبنان تنص المادة ٢٥٠ من قانون الملكية العقارية الصادر سنة ١٩٣٠ على أنه "لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى...". كما تنص المادة (١٩) من القرار ١٨٨ على أنه "لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى".

وفى المغرب ينص الفصل ٦٣ من ظهير ٩ رمضان ١٣٣٤ هجرية على أن "التقادم لا يكسب أى حق عيني على العقار المحفظ فى مواجهة المسجل اسمه ولا يزيل أى حق من الحقوق العينية المسجلة برسم المالك"^(٣).

(١) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٣ ص ٤٥٦، د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ١٠٢ ص ١٧٣.

(٢) مرور الزمن يعنى التقادم.

(٣) الفصل تعنى المادة، العقار المحفظ تعنى العقار المقيد، برسم المالك تعنى سند الملكية.

وفي تونس تنص الفقرة الأخيرة من الفصل (٣٠٥) من مجلة الحقوق العينية على أنه "لا يسرى مرور الزمن على الحق المرسم"^(١)، وفي ليبيا تنص المادة (٧٣) من قانون التسجيل العقاري الصادر سنة ١٩٦٥ على أنه: "لا يجوز الاستناد إلى الحيازة ووضع اليد في الادعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات تحقيق الملكية وصدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية".

وفي الأردن تنص المادة ٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٥٨ على أنه: "لا تسرى مدة مرور الزمن أو التقادم على أموال غير منقولة تمت التسوية فيها"، وفي ألمانيا تنص المادة (٦) من القانون الصادر ١٨٧٢ على أنه "لا يسرى التقادم في مواجهة المالك المقيد"^(٢).

وقد تناول قانون السجل العيني المصري مبدأ خطر التقادم ضد الحقوق المقيدة فيه في المادة (٣٧) بقوله: "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل". ومن هذا النص يتضح أن قانون السجل العيني المصري أخذ بمبدأ حظر التقادم ضد الحقوق المقيدة فيه، حيث قضى بعدم جواز تملكها بالتقادم المكسب. وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني هذا المبدأ بقولها: "حظر التملك بالتقادم كقاعدة عامة في مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل فمن أثبت اسمه في السجل كمالك العقار يصبح في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد في السجل". كما أن المذكرة الإيضاحية للمادة (٣٧) أوضحت ذلك بقولها "وجدير بالذكر في هذا المقام أن التقادم لا يسرى كقاعدة عامة في مواجهة الحقوق المقيدة في السجل بمعنى أنه يعد صيرورة القيد نهائياً لا يجوز للغير اكتساب أي حق عيني مقيدة في السجل بالتقادم".

وإذا كان المشرع المصري قد نص في المادة (٣٧) على مبدأ حظر التقادم ضد الحقوق المقيدة، إلا أنه نص في المادة ٣٨ بقوله: "١- استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق استناداً إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ٢- ولا تكون تلك الحقوق حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة ٣٢ من هذا القانون".

وبهذا الاستثناء يجيز المشرع المصري اكتساب الحقوق العينية المقيدة بالتقادم وإعادة قيدها لصالح الحائز، ولكن لتتمام هذا الاستثناء يشترط:

(١) الحق المرسم تعني الحق المقيد.

(٢) انظر في عرض تلك النصوص: د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٥٢ ص ٤٥٣ - ٤٥٤، د. محمد لبيب شنب - دراسات في قانون السجل العيني المصري - ص ٤٥-٤٧.

١- وجود حكم بثبوت الملكية يحصل عليه الحائز من المحكمة المختصة (١) :
بمعنى أنه يجب على الحائز رفع دعوى ثبوت الملكية بعد تمام مدة التقادم ، فإذا حصل على حكم لصالحه ، جاز له الاستناد إلى هذا الحكم لقيده للحق لصالحه ولو كان مقيدا من قبل في السجل العيني .
٢- رفع دعوى ثبوت الملكية وصدور الحكم فيها خلال فترة معينة (٢) : وهذه الفترة مدتها خمس سنوات ابتداء من تاريخ سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي الذي يقع بدائرتة العقار موضوع دعوى ثبوت الملكية (٣)

٣ - التأشير بمضمون دعوى ثبوت الملكية في السجل العيني : إذ يجب على رافع دعوى ثبوت الملكية بالتقادم أن يؤشر بمضمونها في السجل العيني ، لكي يستطيع أن يحتج بالحكم الصادر لصالحه على من تلقى حقوقا عينية على العقار محل الدعوى من المالك المقيّد العقار باسمه في السجل العيني (٤)

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون السجل تبريرا لهذا الاستثناء بقولها " ورعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم (قانون الشهر العقارى) نص المشروع على طريقة القيد لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار. فعلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقالية يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم " (٥)

فهذا الاستثناء بررته المذكرة الإيضاحية على أساس أن ، واضع اليد الذى لم تكتمل مدته قبل بداية سريان السجل العيني . لا يستطيع الاستناد إلى وضع يده ، ورعاية لهذا الحائز حدد له المشرع فترة انتقالية مدتها خمس سنوات ليرفع الدعوى أو يصدر الحكم فيها .
وهناك من يؤيد موقف المشرع المصرى في هذا الاستثناء ، بقوله : أن هذا الاستثناء له ما يبرره لأنه يفيد في الحالات التي يجوز فيها الشخص عقارا بناء على سند مشروع ولكن هذا السند لا يصلح لقيد الحق وفقا لقانون السجل العيني كأن يكون لدى الحائز سند بحقه غير مسجل ، ففي مثل هذه الحالات يمكن لو اضع اليد أن يحصل على حكم من المحكمة بثبوت حقه استنادا إلى وضع اليد ، ثم يقوم بقيد حقه في

(١ ، ٢) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٣ ص ٤٥٨ .

(٣ ، ٤) د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ١٠٥ ص ١٧٨ .

= ويعيب البعض على المشرع نصه على صدور الحكم خلال خمس سنوات ، إذ كان يكفيه النص على رفع الدعوى خلال الخمس سنوات المشار إليها دون اشتراط صدور الحكم خلالها ، إذ يكفي الحائز رفع الدعوى خلال تلك المدة ، لأن صدور الحكم مرجعه للقضاء وليس للخصوم ، د. مصطفى عبد السيد الجارحى - أحكام الظاهر في السجل العيني ، ص ١٠٦ .

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني المصرى بند ٢ .

السجل العيني وذلك عندما لا تسعفه الشروط والإجراءات التي نص عليها قانون السجل العيني لقيد الحق^(١)

وهناك من ينتقد موقف المشرع المصري في هذا الاستثناء بقوله ، أن المشرع لم يكن موفقاً في الاستثناء الوارد بالمادة (٣٨) لأن ذلك يتعارض مع القوة المطلقة للسجل العيني التي يأخذ بها في المادة (٣٧) فهذا الاستثناء جعل حق المالك المقيداً لا يتحصن إلا بعد مرور خمس سنوات من تاريخ القيد بالسجل العيني ، يظل خلالها صاحب الحق مهدداً برفع دعوى ثبوت ملكيه من قبل الحائز بما يتعارض مع اعتبار الحقوق المقيدة في السجل العيني عنوان الحقيقة لا ينبغي المساس بها^(٢) ويضيف أنه بعد الإجراءات التحضيرية للقيد الأول ، واكتمال إجراءات النشر والإعلان والطعن أمام اللجنة المنصوص عليها في المادتين (٢١ ، ٢٢) من ذات القانون لا يجوز بقاء الحق العيني مهدداً بالزوال لمدة خمس سنوات ، فهذه الإجراءات كفيلة بإزالة كل عيب عالق بالحق المقيد وينبغي حمايته وإلا فقد قانون السجل العيني فاعليته^(٣)

وإذا كان الاجماع الفقهي^(٤) ، يكاد يعتقد على أن التقادم ليس سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية في ظل نظام الشهر العيني ، إلا أن هناك رأياً يدعو إلى الأخذ بالتقادم كسب لكسب الحقوق العينية المقيدة في السجل العيني ، بحجة أن الأخذ بالتقادم وإن كان يضعف القوة المطلقة للسجل العيني إلا أن الخشية من أضعاف تلك الحجية لا يكون لها أساس إذا قبلنا قيد الحقوق المكتسبة بالتقادم في السجل العيني شرط

(١) د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العيني - بند ١٠٥ ص ١٧٩ .

(٢،٣) د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ١٥٣ ص ٤٥٩ - ٤٦٠ ، ويرى د. أبو النجا تعديل المادة ١٣ بحيث يجوز الاستناد إلى وضع اليد بالنسبة لقيد الأول سواء اكتملت مدة التقادم أو لم تكتمل طالما لم يعترض أحد على القيد الأول ، انظر ص ٤٦٠ ، ولكن ما ذهب إليه من الاستناد للتقادم عند القيد الأول سواء اكتملت أو لم تكتمل منته محل نظر ، إذ يجب أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل بدء سريان نظام السجل العيني على القسم المساحي الذي يقع في دائرته العقار أما قبل تمام المدة فلا يكون للحائز سوى مجرد أمل في كسب الحق ، وبالتالي لا يجوز القيد في السجل العيني ما لم تكتمل مدة التقادم حين القيد .

(٤) على سبيل المثال د. ابراهيم ابو النجا - السجل العيني - بند ٢٠ ص ٤٨ ، بند ١٥٣ ص ٤٦٠ ، محمد حلمي خليفة - حجية القيد في السجل العيني - ص ٦٢٧ - ٦٢٨ ، محمد عامر على محجوب - تنفيذ نظام السجل العيني في مصر ص ٤٦٥ ، د. عبد المجيد الحكيم - شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي ص ٣٩٠ ، د. حسن حبيب حوا - نظم الشهر العقارى في الأردن - ص ٣٥٢ - ٣٥٣ .

الحفاظة على حقوق الغير حتى تاريخ قيد الحق المكتسب وليس في ذلك أى إخلال بالثقة الواجب توافرها في السجل العيني (١).

كما أن في الفقه المصرى من يرى (٢)، أنه ليس في طبيعة السجل العيني ما يوجب حظر التقادم المكتسب واستعباده كسب لاكتساب ملكية العقارات، استناداً إلى أنه لا يجوز التسليم بالتقادم بمجرد وضع اليد المدة القانونية لأن من شأن ذلك إهدار القوة المطلقة للقيد، ولكن يجب قيد الحقوق الناشئة عن التقادم، بمعنى أن الحيازة لا تؤدي إلى اكتساب صاحبها ملكية العقار بمجرد انتهاء المدة المحددة بواسطة القانون ولكن يجب على الحائز أن يطلب من إدارة السجل العيني قيد حقه في السجل استناداً إلى حيازته، فتقوم إدارة السجل العيني بالتحقق من شروط التقادم وتصدر قراراً بقيد الحق على الحائز في السجل العيني، وإذا ما قيد الحق في السجل العيني على اسم الحائز فإنه من تاريخ هذا القيد يكتسب الحائز ملكية العقار.

كما يمكن أن يعهد إلى لجنة قضائية مهمة التحقق من توافر شروط الحيازة وتصدر حكماً يقيد في السجل العيني وبموجبه يكتسب الحائز الملكية، وإذا لم يتم قيد القرار أو الحكم المثبت لتوافر الحيازة، فلا يكتسب الحائز الملكية وأن توافرت شروط الحيازة بصفة فعلية، ومن ثم لا يستطيع الحائز أن يحتج بحقه على من تلقى من المالك المقيّد حقاً قبل قيد القرار المثبت للحيازة.

كما أن قانون السجل العيني المصرى يبيّن في المادة (٣٨) استثناء قيد الحقوق استناداً إلى التقادم خلال فترة انتقالية مدتها خمس سنوات، كما أن القانون الألمان ينص على حكم دائم في المادة (٩٧٢) بقرار سقوط حق المالك عن طريق رفع دعوى عليه من قبل الحائز للعقار مدة ثلاثين سنة، ويقيد الحائز الحكم الصادر في الدعوى لصالحه، وبالقيد يصبح الحائز مالِكاً للحق المكتسب بسقوطه، والقانون السويسرى يأخذ حكماً مماثلاً للقانون الألمان بالمادة ٢٢٢/٣، من القانون المدني السويسرى .

كما أن الفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون السجل العيني المصرى لا تكفى لحظر التقادم، فهذه الفقرة تضىف القوة المطلقة على بيانات السجل العيني، بحيث لا يعارض الحق الناشئ عن التقادم مع الحق المقيّد في السجل، ولذلك لا يجوز التسليم باكتساب الحق بالتقادم بمجرد تمامه، ولكن يجب قيد الحق فعلاً في السجل ومن وقت هذا القيد يكتسب الحائز الملكية، ومن ثم لا يكون الاعتراف بالتقادم إهداراً للقوة المطلقة لبيانات السجل العيني .

مشار إليه لدى د. إبراهيم أبو النجا - السجل العيني - بند ١٥٤، ص ٤٦٢ (١) Victor Gasse, les régimes fonciers Africains et Malageche 1971, P.213 et s.

(٢) د. محمد لبيب شنب - دراسات في قانون السجل العيني المصرى - ص ٤٧-٥٠. د. محمد لبيب شنب - اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصى و نظام الشهر العيني - بحث مقدم إلى مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العربية المنعقد في ٢١ - ٢٣ مارس ١٩٧٢ بمعهد البحوث والدراسات العربية ص ٦١٢ - ٦١٣

• ملاحظات بصدد دور التقادم فى ظل السجل العينى المصرى :

١- إن المشرع المصرى أخذ بمبدأ القوة المطلقة لبيانات السجل العينى ، حيث نص فى المدة (٣٧) على أن " يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه " ، فما أثبت فى السجل من بيانات يعتبر مطابقاً للحقيقة ، سواء كانت البيانات المتعلقة بالوحدة العقارية بيانات قانونية مثل بيان الحقوق والتصرفات الواردة على الوحدة وأصحاب هذه الحقوق ، أو كان البيان متعلقاً بالحالة المادية للوحدة ، كبيان ما إذا كانت بناء أو فضاء .

ووفقاً لهذا المبدأ أن كل البيانات الواردة فى صحيفة الوحدة العقارية تعتبر عنوان الحقيقة ولا يجوز تغييرها إلا بالطرق التى حددها القانون ، كما لا يجوز إثبات عكس ما ورد بالصحيفة بأى طريق من طرق الإثبات ولا يقبل بصدد إثبات الحق المقيد سوى صحيفة الوحدة العقارية .

٢- إن إجازة المشرع قيد الحق فى السجل العينى لأول مرة استناداً إلى التقادم المكسب لا يتعارض مع مبدأ القوة المطلقة للسجل العينى، شريطة تمام مده التقادم قبل بدء سريان السجل العينى فى المنطقة التى يقع فى دائرتها العقار ، فقيد العقار الأول مرة فى السجل العينى استناداً إلى التقادم جازئ لاستقرار الأوضاع العقارية لكى لا يظل عقاراً بدون قيد عند بدء تطبيق قانون السجل العينى فى المنطقة التى طبق فيها .

٣ - أما ما اشترطته المادة ١٣ من قانون السجل العينى ألا يكون وضع اليد متناقضاً مع محررات مشهرة بالنسبة لقيد الحق استناداً إلى التقادم لأول مرة ، فهذا اشتراط لا ميرر له ، إذ أعطى المحررات المشهرة طبقاً لقانون الشهر العقارى ، قوة لم تكن ثابتة لها فى ظل النظام الذى شهرت فيه ، إذ من المعروف أن نظام الشهر الشخصى لا يحول دون كسب الحق المشهري بالتقادم ، وكان حرياً بالمشرع ألا يشترط عدم تناقض وضع اليد مع المحررات المشهرة ، لأنه غالباً ما يكون وضع اليد متناقضاً مع محررات مشهرة طبقاً لقانون الشهر العقارى ، والشهر الشخصى لا يحول دون تقادم الحق المشهري .

فالتقادم سبب من أسباب كسب الملكية مستقل بذاته ، متى توافرت شروطه ، واكتملت مدته أتت نتائجه فى كسب الحق العينى دون اشتراط عدم تعارضه مع محررات مشهرة من قبل حيث نص القانون على شروطه وأثره ولم يورد أية إشارة إلى اشتراط عدم تناقض وضع اليد مع محررات مشهرة سلفاً ، ولذلك يجب تعديل المادة (١٣) من قانون السجل العينى ليكون قيد الحق لأول مرة فى السجل العينى استناداً إلى التقادم إذا توافرت شروطه القانونية بدون اشتراط ألا يكون وضع اليد متناقضاً مع محررات مشهرة .

• نظام السجل العينى المصرى فى ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا :

بعد استعراض دور التقادم فى كسب الملكية فى ظل نظام الشهر العينى ، فقد بدا أن من أهم مميزات نظام الشهر العينى اضافة الحجية المطلقة لبياناته بما يحول دون سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة به .

واستعرضنا للخلاف بين الرأى الذى لا يرى تعارضاً بين التقادم وبين نظام السجل العيى ، وللرأى الذى يرى أن التقادم يتعارض مع نظام السجل العيى .

واستعرضنا الخلاف حول موقف السجل العيى المصرى وأن هناك من يرى أن السجل العيى المصرى يأخذ مبدأ عدم سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة فى السجل ، وضرورة الغاء الاستثناء الوارد بالمادة (٣٨) الذى يضع فترة انتقالية مدتها خمس سنوات يعاد فيها قيد الحق لصالح الحائز ، وأن هناك من يؤيد موقف المشرع المصرى فى هذا الاستثناء ، بحجة أنه يمثل رعاية لوضع اليد المستقر وأنه يفيد الشخص الذى يجوز بناء على سند غير مشهر .

وإذا كان نص المادة (٣٧) من قانون السجل العيى المصرى صريح الدلالة فى حظر سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة ، بما يمنح القوة المطلقة لبيانات السجل ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية نص المادة (٣٧) فيما تناوله من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، وبذلك قضت على كل خلاف حول إجازة أو عدم إجازة التقادم ضد الحقوق المقيدة بالسجل ، وبالتالي يجب أن تتمشى أحكام السجل العيى المصرى وفقاً لما قضت به المحكمة الدستورية العليا .

وقضت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الصدد بقولها " وحيث إن مؤدى النص المطعون فيه (م ٣٧) حظر تملك الحقوق العينية الأصلية من خلال قيدها بالسجل العيى إذا كان التقادم سبب كسبها ، وكانت دستورية النصوص القانونية تفترض ارتباطها عقلاً بأهدافها بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغايتها ، وكانت المذكرة الإيضاحية لهذا النص (المذكرة الإيضاحية لنص المادة ٣٧ سجل عيى مصرى) تراه دارتاً خطرين : أولهما ألا يفاجئ من يملكون الحقوق العينية الأصلية المقيدة فى السجل ، بأخرين ينازعوهم فيها من خلال اغتصابها عن طريق الحيابة ، ثانيهما أن من يطلبون حقوقاً عينية أصلية يدعون تملكها بالحيابة ، يطرحون موقفاً يناهض القوة المطلقة التى أثبتتها السجل فلا يجوز قيدها وكان هذان الخطران متوهمين ، ذلك أن الحيابة لا تتمخص غصباً فى كل صورها وأحوالها ، وحتى فإن كانت كذلك فإن الأوضاع العملية التى تستمد منها هى التى قلبها المشرع إلى حقائق قانونية يتم التعامل على أساسها فلا تكون أوضاعها الظاهرة إلا قرين مشروعته . كذلك فإن التأشير الهامشى يرد عن الحيابة المخاطر التى يدعى اتصالها بما ، وبمقتضاه لا تقيد الحقوق العينية الأصلية التى تنقلها الحيابة فى السجل العيى ، إلا بعد التأشير بدعواها على هامش صحيفة السجل للوحدة العقارية المتعلقة بما ، وصدور حكم نهائى بصحتها يرتد أثره إلى تاريخ هذا التأشير فلا

يكون هذا التغيير في السجل بناءً على التملك بالتقادم إلا في الحدود التي يقوم فيها الدليل عليه نقياً كاملاً
وحيث إنه متى كان ما تقدم ، وكان النص المطعون فيه قد أخل بالحماية التي كفلها الدستور لحق
الملكية ، ويقم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزاً من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية
تقتضيها طبيعة القيد في السجل العيني ، فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية ما نصت عليه
المادة ٣٧ من قانون السجل العيني . الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني من
حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل ، وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون " (١) .
ومن المعروف أن الحكم بعدم دستورية نص أو لائحة يترتب عليه إلغاء قوة نفاذ النص المقضى
بعدم دستوريته ويصح معدوماً من الناحية القانونية (٢) ، " و يترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز
تطبيق النص من اليوم التالي لنشر الحكم " (م ٤٩ ق دستورية) . كما أن للحكم الصادر بعدم الدستورية
حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى محل الطعن بعدم الدستورية ، وإنما يتجاوز ذلك
وينصرف أثره إلى الكافة ويكون ملزم لجميع سلطات الدولة (٣) ، ومن ثم فإن الحكم بعدم الدستورية
يقتضى عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشره .

وإذا كان يبدو من نص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية أن عدم جواز التطبيق يكون
بالنسبة للمستقبل فقط إلا أن المستقر لدى الفقه والقضاء أن عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم
دستوريته لا يقتصر على المستقبل فقط وإنما ينسحب بأثر رجعي بالنظر إلى أن الحكم بعدم الدستورية
يكشف حالة البطلان التي أصابت التشريع المقضى بعدم دستوريته منذ صدوره ، مما يفقد مقوماته
كتشريع وإهدار ما رتبته من آثار (٤) .

وتقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ليس مطلقاً في جميع الحالات وإنما مشروط بعدم
المساس بالحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدور الحكم بعدم الدستورية ، إذ تقول المحكمة
الإيضاحية لنص المادة (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا : " واستقر الفقه والقضاء على أن تطبيق
النص ليس في المستقبل فحسب وإنما بالنسبة إلى الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية "دستورية" - جلسة ٢٨ يونيه ١٩٩٨ -
الجريدة الرسمية - السنة الحادية والأربعون - العدد ٢٥ (تابع)
(٢) د. إبراهيم محمد حسنين - الرقابة على دستورية القوانين في مصر وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وأثر
الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا - طبعة ١٩٩٦ - ص ٢١٤ وما بعدها ، د. عادل عمر شريف -
قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر - طبعة ١٩٨٨ ص ٤٦٩ ، د. صلاح الدين فوزي - الدعوى
الدستورية - طبعة ١٩٩٣ - الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٣٠٠ .
(٣) د. عادل عمر شريف - قضاء الدستورية - ص ٤٦٤ ، د. إبراهيم محمد حسنين - الرقابة على دستورية
القوانين - ص ٢٣١ .
(٤) د. عادل عمر شريف - قضاء الدستورية - ص ٤٧٢ - ٤٧٣ ، د. صلاح الدين فوزي - الدعوى
الدستورية - ص ٣٠١ .

دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز التى تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم (١).

وبانزال أثر الحكم بأثر الدستورية على نص المادة (٣٧) من قانون السجل العيى المصرى والمقضى بعدم دستوريته ، يتضح أن النص المذكور ألفت قوة نفاذه وأصبح معدوم من الناحية القانونية بعدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لتاريخ نشره بالجريدة الرسمية

وبناء على ذلك يجوز كسب الحقوق العينية بالتقادم خلافاً لما هو مقيد بالسجل العيى ويضحى التقادم غير محظور استبعاداً للحكم بعدم دستورية المادة (٣٧) ، ومن ثم يجوز لمن حائز عقاراً مقيداً بالسجل باسم شخص ما المدة اللازمة للتقادم المكسب الطويل ، أن يكسب ملكية هذا العقار ويعاد قيده مرة أخرى لصالح الحائز .

كما أن الحكم بعدم دستورية المادة (٣٧) استلزم سقوط الاستثناء الوارد بالمادة (٣٨) الذى يحدد فترة انتقالية مدتها خمس سنوات تبدأ من تاريخ سريان السجل العيى ، لرفع الدعوى أو صدور حكم خلالها ، تقديراً بأن الاستثناء من قاعدة يفترض بقاءها ،

فإذا أبطلت المحكمة القاعدة لمخالفتها للدستور سقط الاستثناء معها ، ومن ثم يجوز الاستناد إلى التقادم لكسب الحق العيى إذا كان الحائز واضعاً يده قبل بدء سريان السجل العيى على المنطقة التى يقع فيها العقار محل الحياة ، ولكن مدة التقادم لم تكتمل عند بدء تطبيق السجل ، واستمر الحائز واضعاً يده بعد تطبيق السجل العيى ولا يشترط أن يرفع الحائز الدعوى أو يصدر حكم فيها خلال خمس سنوات من تاريخ سريان السجل العيى .

وبالحكم بعدم دستورية المادة (٣٧) وسقوط الاستثناء الوارد بالمادة (٣٨) فإن النتيجة المترتبة على ذلك هى سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة فى السجل وإعادة قيدها مرة أخرى لصالح واضع اليد ، فلم يعد التقادم محظوراً فى ظل نظام السجل العيى المصرى ويعتبر سبباً من أسباب كسب الحقوق العينية كما فى نظام الشهر المشخصى .

وبناء على ما تقدم ورغم تطبيق نظام السجل العيى فى بعض الأماكن من الإقليم المصرى ، فهو يأخذ بالتقادم كسب لكسب الحقوق العينية وقيدها لأول مرة فى السجل العيى إذا اكتملت مدة التقادم قبل العمل بالسجل فى قسم مساحى معين ، وفى هذا الحالة - كما ذكر سلفاً - لا يوجد تعارض بين القوة المطلقة لبيانات السجل وبين الاعتراف بالتقادم كسب لكسب الحق العيى العقارى ، لأنه يتمم

(١) أما الأحكام الجنائية فتعتبر كأن لم تكن ولو كانت أحكام باتية . مادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ومذكرتها الإيضاحية .

التقادم يعتبر الحائز مالك أو صاحب حق يجوز قيده لصالحه لأول مرة في السجل العيني .

ويقيد الحق المكتسب بالتقادم لأول مرة بالسجل العيني ولو كانت هناك محررات مشهرة تتعارض مع وضع اليد ، لأن التقادم نظمه القانون المدنى كسبب للكسب متى توافرت شروطه أتت نتائجها دون اشتراط تناقضه مع محررات مشهرة سلفاً وهذا ما يقتضى تعديل المادة (١٣) .

كما أن التقادم أصبح غير محظور ضد الحقوق المقيدة في السجل - نتيجة للحكم بعدم دستورية المادة (٣٧) - حيث يجوز لمن وضع يده على عقار مقيّد باسم شخص أن يكتسب ملكية العقار أو الحق ويعاد قيد الحق في السجل العيني لصالح الحائز ، ولا يشترط أن يرفع الحائز الدعوى أو يصدر حكماً فيها خلال خمس سنوات ، وإنما يجوز للحائز اكتساب الحق في أى وقت اكتملت له مدة التقادم ، لأن المادة (٣٨) التى كانت تحدد فترة انتقالية مدتها خمس سنوات ترفع فيها الدعوى أو يصدر فيها الحكم ، أصبحت غير نافذة لسقوطها كنتيجة للحكم بعد دستورية المادة (٣٧) .

ولكى تنفادى التعارض بين القوة المطلقة لبيانات السجل وبين التقادم ، لا يجب التسليم بإمكان كسب الحائز للحق بمجرد تمام مدة التقادم ، ولكن يجب على الحائز أن يرفع دعوى ثبوت الملكية أمام المحكمة المختصة ، فإذا ثبتت المحكمة من شروط التقادم من حيازة ومدة ، أصدرت حكماً بقيد الحق لصالح الحائز استناداً إلى التقادم ، ويقدم الحائز إلى إدارة السجل العيني طلباً لقيد الحق لصالحه استناداً إلى الحكم ، ومن تاريخ هذا القيد يكتسب الحائز الحق ، وإذا لم يتم قيد الحكم الميث للتقادم فإن الحائز لا يكتسب الحق ولو توافرت شروط اكتسابه ، ولا يستطيع الحائز الاحتجاج بحقه على الغير الذى تلقى حقاً عينياً من المالك المقيّد العقار باسمه ، وبذلك تظل للقيد الوارد بالسجل القوة المطلقة إلى حيث إجراء القيد الجديد .

وإذا قام الحائز برفع دعوى ثبوت الملكية استناداً إلى وضع اليد ، يجب عليه التأشير بالدعوى على هامش صحيفة الوحدة العقارية ، ولا يجوز الاحتجاج بالحكم الصادر فى دعوى ثبوت الملكية على الغير الذى تلقى حقاً عينياً من مالك العقار قبل حصول التأشير ، وإذا أشر الحائز بالدعوى على هامش الصحيفة وصدر الحكم لصالحه بقيد الحق المكتسب بالتقادم ، فإن أثر الحكم يرتد إلى وقت حصول التأشير بالدعوى .

فما دام التقادم لم يعد محظوراً طبقاً لحكم المحكمة الدستورية العليا يجب على المشرع أن ينص على وجوب رفع دعوى ثبوت الملكية استناداً إلى التقادم واشترط التأشير بصحيفتها على هامش صحيفة الوحدة العقارية ، بحيث لا تقبل الدعوى ما لم يؤشّر بها على هامش صحيفة

الوحدة ، ومن ثم لا يجوز الاكتفاء بتقديم طلب إلى إدارة السجل العيني لقيّد الحق المكتسب بالتقادم لصالح الحائز لكون إدارة السجل العيني هيئة إدارية وليست هيئة قضائية .
ونشير في النهاية إلى أنه لا يجوز للحائز إلا الاستناد إلى التقادم طويل المدة لكونه سعى النية لعلمه أن الحق مقيد باسم آخر ، ومن ثم فلا مجال لإعمال التقادم القصير في هذه الحالة .
وخلاصة القول أن التقادم لم يعد محظوراً بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا ومن ثم يعتبر سبب من أسباب كسب الحقوق العينية في ظل نظام السجل العيني المصري ، ففي أي وقت اكتملت مدة التقادم يجوز للحائز رفع دعوى لإعادة قيد الحق لصالحه ، ولكن يجب على المشرع أن ينص على وجوب رفع دعوى بثبوت الحق استناداً إلى التقادم مع النص على شهر صحيفة الدعوى ، بحيث إذا أعيد قيد الحق لصالح الحائز ارتد أثر قيد الحكم إلى تاريخ التأشير بالصحيفة على هامش صحيفة الوحدة العقارية .

الفصل الثاني

كسب الحائز للثمار

إذا كان أهم أثر للحيازة هو كسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم سواء كان التقادم طويل إذا كان الحائز سئ النية أو قصير عندما يكون الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح ، إلا أنه يوجد أثر آخر للحيازة العقارية ألا وهو كسب الحائز للثمار .

والفرض في هذه الحالة أن الحائز لم يكسب ملكية العين محل الحيازة بالتقادم ، ولا بأى سبب من أسباب كسب الملكية الأخرى ثم يسترد منه المالك العين التي يجوزها ففي حالة رجوع العين إلى حيازة المالك تنور مسألة كسب الحائز للثمار .

فقد يجوز الحائز عينا بنية تملكها ولكن قبل اكتمال مدة التقادم يبادر المالك إلى رفع دعوى الاسترداد على الحائز ويتوصل بها إلى استرداد العين من تحت يد الحائز .

وقد يحدث أن يتلقى الحائز ملكية العين من المالك ، ولكن العقد يكون باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض للغبن أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط فاسخ ، فإذا ما بطل العقد أو نقض للغبن أو فسخ أو تحقق الشرط الفاسخ فإن المالك يسترد العين من تحت يد الحائز .

وقد يسترد المالك العين بدعوى شخصية كما في حالة استرداد ما دفع بغير حق ، ففي كل هذه الحالات تنور مسألة تملك الحائز للثمار وأساس ذلك وشروطه التي ينبغي توافرها للقول بكسب الحائز للثمار .

ووفقا لما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : المقصود بالثمار وأساس كسبها بواسطة الحائز

المبحث الثاني : شروط كسب الحائز للثمار

المبحث الأول

المقصود بالثمار وأساس كسبها بواسطة الحائز

نتناول في هذا المبحث المقصود بالثمار وأنواعها، ثم بيان أساس تلك القاعدة، بإيضاح الدوافع أو المبررات التي حثت بالمشرع إلى تقيدها رغم عدم كسب الحائز ملكية العين بأى سبب من أسباب كسب الملكية، وذلك على النحو التالي :

أولاً : المقصود بالثمار وأنواعها :

الثمار هي ما ينتجه الشيء بشكل دوري متجدد دون أن ينقص من أصله عند فصلها عن الشيء، وتتميز الثمار بأنها دورية بمعنى أن لها مواعيد ثابتة تنتج فيها، كما أنها لا تؤثر على أصل الشيء بالنقص في حالة فصلها عنه، كالأعشاب الطبيعية ونتاج المواشى والحاصلات الزراعية. وأجوة الأراضي والمنازل. والثمار تختلف عن المنتجات أو ما تسمى بالحاصلات وهي التي تنتج من الشيء بشكل غير دوري و تؤدي إلى نقصان الأصل عند فصلها عنه، مثل الأحجار المقتلعة من المحاجر والمعادن المستخرجة. والتميز بين الثمرات والمنتجات تبدو أهميته في تملك الحائز للثمار دون المنتجات^(١).

وللثمار أنواع ثلاثة :

- ١ - الثمار الطبيعية وهي التي تنتج من العين بفعل الطبيعة ولا تدخل لإرادة الإنسان فيها كالكلأ والاعشاب التي تنبت في الأرض دون أى عمل من جانب الإنسان .
- ٢ - الثمار الصناعية التي تنتج عن الشيء بواسطة عمل الإنسان كالزروع والحدائق وغيرها .
- ٣ - الثمار المدنية وهي التي تنتج عن العين في صورة ريع دوري متجدد يقبضه المالك نتيجة استثماره للشيء بفعل منحه العين للغير، كأجرة المساكن والأراضي الزراعية وفوائد رؤوس الأموال^(٢) . والأصل أن مالك العين يمتلك كل ما ينتج منها سواء كان ثماراً أو منتجات، ومن ثم فهذه التفرقة ليست لها أهمية عندما يكون المالك للعين هو الحائز، ولكن تظهر أهمية تلك التفرقة فيما يتعلق بوجود حق انتفاع للغير على العين، و تملك حائز العين للثمار دون المنتجات عند استرداد المالك للعين محل الحيازة، ففي حالة الحيازة يمتلك الحائز ثمار العين رغمًا عن إرادة المالك متى كان الحائز حسن النية^(٣).

(١) (٢) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣٠ ص ٧٦ - ٧٧ ،
د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٢١ ص ٣٣ - ٣٤ ، د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ١١ ص ٣٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٣ - ٣٦٤ ص ٥٨٨ - ٥٨٩ . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - ج ٦ ص ٢١

Aubry et Rau, II, N, 192, P. 254-256 ; Planiol, Ripert et Picard, III, N. 255, P. 255
(٣) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣٠ ص ٧٦ - ٧٧ ، د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٢١ ص ٣٣ - ٣٤ ، د. جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ١١ ص ٣٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٣ - ٣٦٤ ص ٥٨٨ - ٥٨٩ . مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - ج ٦ ص ٢١ .

ثانيا : أسباب كسب الحائز للثمار ومبرراتها

ترجع قاعدة تملك الحائز حسن النية للثمار إلى القانون الروماني، ففي خلال العصر العلمي أجاز فقهاء الرومان للحائز حسن النية تملك الثمار التي تنتج عن الشيء، ثم بعد ذلك جاء قانون جوستيان فأعطى للحائز الحق في تملك الثمار التي استهلكها وألزمه برد الثمار الباقية في يده بدون استهلاك، ولكن القانون الفرنسي وكذلك المصري لم يات بهذه التفرقة وأقر للحائز بالحق في تملك الثمار التي قبضها جميعها ما استهلكه منها وما لم يستهلكه كما كان الأمر في العصر العملي^(١).

والأصل أن للحائز ثمار الشيء (م ٨٠٤ مدين) فإذا استرد المالك العين ألزم الحائز برد جميع الثمار التي غلتها العين طوال مدة الحيابة، ولكن القانون خرج عن تلك القاعدة العامة في حالة الحائز حسن النية إذ جعل له الحق في تملك ثمار العين رغم التزامه برد العين إلى مالكيها.

وقد قيل في تبرير تملك الحائز حسن النية للثمار، مرد ذلك إلى قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز، ولكن هذا التبرير خاطئ لأن تملك الحائز للثمار لا يعد تطبيقا لقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز لاختلاف الاعتبارات التي تقوم كل من القاعدتين واختلاف نطاق وشروط تطبيق كل منهما. فمن ناحية اختلاف الاعتبارات فإن قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز تقوم على أساس استقرار وسرعة التعامل في المنقولات، وبدون تلك القاعدة يصبح التعامل في المنقول محفوف بالمخاطر، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فإنها تقوم على اعتبارات العدالة مادام الحائز وقع في غلط مغتفر^(٢).

كما أن نطاق كل من القاعدتين يختلف عن الأخرى، فقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز ترد على المنقول كشيء أصلي يتملكه الحائز باعتباره الأصل، أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار فتقتصر على تملك الثمار باعتبارها شيئا تابعا، فالحائز يتملك الثمار فقط لا الشيء المنقول الأصلي، وهو يتملك الثمار دون المنتجات^(٣).

كما أن نطاق قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز يتناول منقولا ماديا معينا بالذات أو حقا عينيا على المنقول ولا يرد على مجموع من المال، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فإنها ترد على ثمار الشيء سواء كان شيئا معينا بالذات أو مجموعا من المال^(٤).

كما أن شروط تطبيق كل من القاعدتين يختلف، فقاعدة الحيابة في المنقول تشترط وجود سبب

(١) د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٢٤ ص ٣٦ .

(٢) (٤، ٣، ٢) انظر في عرض تملك الحائز للثمار استنادا إلى قاعدة الحيابة في المنقول والرد على ذلك لدى:

د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٢٥ ص ٣٦ - ٣٧، د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٦٧ ص ١١٨٦ - ١١٨٧، د. حسن كير - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٦ ص ٤٧١، ٤٧٢ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N., 172, P. 184 .

صحيح يستند إليه الحائز مستقلا عن حسن النية ، أما قاعدة تملك الحائز الثمار فلا يشترط فيها السبب الصحيح كعنصر مستقل ولكن باعتباره عنصر داخلا في حسن النية ، كما أن حسن النية في قاعدة الحيازة في المنقول سند الحاز يستلزم توافره عند بدء الحيازة أما في تملك الحائز للثمار فيستلزم توافره عند القبض ، بحيث إذا أصبح الحائز سئ النية وقت القبض فلا يكون له حق تملك الثمار التي قبضها وهو سئ النية ^(١).

ومن ثم لا يمكن اعتبار قاعدة تملك الحائز حسن النية للثمار مجرد تطبيق لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لذلك يجب تلمس اعتبارات تلك القاعدة في فكرة حسن النية لدى الحائز ، فالعدالة تقتضي عمل موازنة وترجيح بين مصلحة المالك الذي استرد ملكه ويطالب باسترداد ثماره بالتبعية لاسترداد العين ، وبين مصلحة الحائز حسن النية الذي كان يعتقد بأحقية في قبض تلك الثمار ، وهو قد بذل جهدا في إنتاج تلك الثمار ووفق معيشته تبعها ، فإذا ألزم بردها لعاد عليه ذلك بالوهاب رغم اعتقاده الجازم بأحقية في تملك الثمار ^(٢).

كما أن المالك غير معذور لإهماله بل هو يلام على التقصير من جانبه ، فالحائز لم يرتكب خطأ جسيما وكان يعتقد بأحقية في الثمار ، ولذلك بذل جهدا في إنتاجها ، ولا يضر المالك ما حصله الحائز من الثمار وهو حسن النية ، ووفقا لتلك الاعتبارات رجح القانون مصلحة الحائز حسن النية على مصلحة المالك المسترد للملكة وقرر للحائز حسن النية الحق في تملك الثمار ^(٣).

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٦٧ ص ١١٨٨ ، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٦ ص ٤٧١ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N., 172, P. 184 .

(٢ ، ٣) د. عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - بند ٢٥ ص ٣٧ ، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٧٧ ص ١٧٥ .

Chevallier et louis Bach , Droit civil , N.5 , P.306 .

المبحث الثاني

شروط كسب الحائز للثمار

لقاعدة تملك الحائز للثمار مجموعة من الشروط يجب توافرها للقول بأحقية الحائز في كسب الثمار بالحيازة ، وتلك الشروط هي :

أولا الحيازة : يجب أن تتوافر للحائز للحيازة القانونية على العين محل الحيازة والتي استردها المالك ، بمعنى أن يضع الحائز يده على العقار سواء كان أرضا زراعية أو مبانى ، ويظهر عليها بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني الذى يخول له كسب ثمار تلك العين كحق الانتفاع ، فيجب أن تقوم الحيازة بركنيتها المادى والمعنوى ، كما ينبغى توافر جميع الشروط اللازمة لإنتاج الحيازة آثارها القانونية إذ يشترط فى الحيازة الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح . كما ينبغى الا تقوم حيازة العين على سبيل التسامح لأن الحيازة القانونية للعين التى أنتجت الثمار هى التى تبرر إعطاء الحق للحائز فى تملك الثمار التى غلتها العين إذا استردها مالكةا^(١) .

ثانيا : حسن النية لدى الحائز :

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن حسن النية فى قاعدة تملك الحائز للثمار كما هو حسن النية فى التقادم القصير ، إلا وهو عدم علم الحائز بأنه تعامل مع غير المالك ، وإذا علم بالعيوب التى تشوب سنده فلا يؤثر ذلك على حسن نيته ، ومن ثم فحسن النية لديهم يكمن فى جهل الحائز بأنه يتعامل مع غير المالك حتى ولو علم بالعيوب التى تشوب سند ملكيته^(٢) .

لكن حسن النية فى تملك الحائز للثمار يختلف عن حسن النية فى التقادم القصير ، ولذلك يجب أن يكون الحائز معتقدا أنه تلقى الحق من مالك وغير عالم بجميع العيوب التى تشوب سنده ، فلو أن الحائز تعامل مع غير المالك ، أو كان السند الذى تلقى بمقتضاه العين محل الحيازة مشوبا بعيب كالبطلان أو الإبطال أو النقص لأى سبب ، فيجب أن يكون جاهلا لجميع تلك العيوب فهنا ينبغى القول بتوافر حسن النية لديه . فحسن النية معناه فى قاعدة تملك الثمار أن الحائز يعتقد اعتقادا حازما بأن العين التى أنتجت الثمار مملوكة له ملكية تامة لا تشوبها شائبة، وانتقلت إليه ملكيتها انتقالا صحيحا وأصبح هو المالك لها وحق له تبعا لذلك تملك الثمار^(٣) .

(١) انظر بما سبق ذكره بصد ماهية الحيازة القانونية ص ٢٧ وما بعدها ص ٦٧ وما بعدها

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٤١ ص ٤٨١ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٦٩ ص ٧٠٣ .

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٦٤ ص ١١٧٨ ، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٢٦ ص ٣٨ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٦٢٤ ص ٤٥٥ ، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية -

بند ١٧٨ ص ١٧٨ ، Aubry et Rau, II, N,206,P.417 et s.

ولكن يجب ألا يكون الحائز قد وقع في غلط غير مغتفر فإذا أخطأ الحائز خطأ جسيماً فلا يعتبر حسن النية ، لأن الخطأ غير المغتفر والجسيم ينفي حسن النية وإذا كان خطأ الحائز مغتفراً يستوى أن يكون خطأ في الواقع أو في القانون ما لم يتعلق الخطأ في القانون بمسألة تتعلق بالنظام العام (١) .
وحسن النية لدى الحائز مفترض ما لم يثبت المالك سوء نية الحائز ، فلو أن سند الحائز يشوبه أحد العيوب فلا يكلف الحائز إثبات إن كان حسن النية بجهله هذه العيوب وقت قبض الثمن ولكن يقع على عاتق المالك المسترد إثبات أن الحائز كان سعي النية وله في سبيل إثبات ذلك اللجوء إلى كافة طرق الإثبات باعتبار أن سوء النية واقعة مادية (٢) .

ولم يشترط القانون المصري توافر السبب الصحيح لدى الحائز حسن النية كشرط مستقل وأن حسن النية وحده كاف لتملك الحائز الثمار ، فالسبب الصحيح ليس شرطاً مستقلاً بل هو مبرر لحسن نية الحائز ، ولذلك يكسب الحائز الثمار ولو كانت حيازته تستند إلى سند باطل أو قابل للإبطال مادام الحائز جاهلاً لتلك العيوب ، كما أن السند الظني الذي لا يوجد إلا في محيلة الحائز يكفي لتملك الحائز للثمار ، كما لو اعتقد شخص أنه وارث رغم عدم وراثته ، أو حاز العين بناء على وصيته وظهر أن الموصى رجع فيها (٣) .

أما القانون الفرنسي فيشترط في المادة ٥٥٠ مدني توافر السبب الصحيح لكي يتملك الحائز الثمار ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية ، ولكن هذا الشرط صار مندجماً في شرط حسن النية ، وعنصره جوهرياً من عناصره وهو المبرر الأساسي لحسن النية لدى الحائز ، ولذلك يمكن أن يكون التصرف القانوني (السبب الصحيح) باطلاً أو ظنياً ، ولكن لا يفترض وجوده ، بل يقع على الحائز عبء إثبات وجود المبررات القوية الداعية لاعتقاده بوجود هذا التصرف فلا يفترض حسن النية في مثل هذه الحالات (٤) .

ويجب أن يتوافر حسن النية وقت قبض الثمار في كل مرة يتم فيها قبض الثمار فلا يكفي أن يكون الحائز حسن النية وقت الدخول في حيازة العين المنتجة للثمار ولكن يجب أن يكون حسن النية وقت قبض الثمار نفسها ، فلو قبض بعض الثمار وهو حسن النية ، وقبض

(٢١) د. السنهوري الوسيط ج٩ - بند ٤٦٤ ص ١١٧٩ ، ١١٨٠ ، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤٩٧ .

(٣) د. السنهوري الوسيط ج٩ - بند ٤٦٥ ص ١١٨٢ ، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٦ ص ٤٧١ .

(4) Planiol, Ripert et Picard, III, N, 173, P. 185 ; Chevallier et Louis Bach , droit civil, N.5, P.306 note (17) .

البعض الآخر وهو سبى النية فهو يملك الأول دون الثاني (١).

ثالثاً : قبض الثمار :

لكي يملك الحائز حسن النية الثمار يجب أن يكون قبضها قبضاً فعلياً، بواسطة أو أحد اتباعه بالفعل، فالثمار الطبيعية يكسب الحائز ملكيتها بفصلها عن العين وحيازتها، ولا يشترط أن يقوم الحائز باستهلاكها أو نقلها من مكانها مادام حسن النية وقت القبض، والثمار الصناعية أو المستحدثة تأخذ حكم الثمار الطبيعية، أما الثمار المدنية فيتملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم يقبضها مادام حسن النية، فلو ساءت نيته لا يملك إلا ما استحق منها إلى يوم زوال حسن النية وإذا كان قد عجل له منها رد ما كان وقت استحقاقه سبى النية^(٢).

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٦٤ ص ١١٧٩، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤٦٩ ص ٧٠٣، بند ٤٧٣ ص ٧٠٧، د. عبد المنعم البدر - حق الملكية - بند ٢٦ ص ٣٩، د. عبدالفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٤١ ص ٤٨١

Aubry et Rau, II, N,206,P.373 et s

((٢)) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٦٦ ص ١١٨٥، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - بند ١٣٤ ص ٣١٠

= وإذا كان الحائز سبى النية لا يجوز له تملك الثمار ويردها إلى مالك العين، ولكن يجوز له استرداد المصروفات التي أنفقها في إنتاج تلك الثمار (م ٩٧٩ م مصري).

الفصل الثالث

الإعفاء من الإثبات

للحيازة أثر آخر يتمثل في إعفاء الحائز من الإثبات. ومقتضى هذا الأثر يكون الحائز دائماً في مركز المدعى عليه بالنسبة للدعوى التي ترفع عليه من المالك كدعوى الاستحقاق أو ترفع من حائز آخر يدعى أنه أحق بالحيازة من الحائز الحالي. فعندما يتحصن الحائز وراء الحيازة يكون في مركز أفضل من مدعى ملكية أو حيازة العين، إذ يكفي أن يتمسك بالحيازة كي يلقي بعبء الإثبات على عاتق المدعى. والقانون حابي الحائز. ووقف بجانبه واعفاه من إثبات أنه يحوز حيازة قانونية، حيث أفترض أنه يحوز نية كسب حق عيني، كما يعفى من إثبات شروط صحة الحيازة، لأن الأصل خلو الحيازة من العيوب بافتراض أنها مستمرة وهادئة وظاهرة وواضحة وعلى من يدعى العكس إثبات ادعاؤه. كما أن الحيازة تعفى الحائز من إثبات الملكية إذ حسب الحائز التحصن وراء حيازته. فيفترض أنه يحوز بصفة ملك، إذا قرر القانون لصالحه قرينتين متواليتين مفادهما أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وإذا ثبتت الحيازة القانونية قامت قرينة على أن الحائز مالك. وبناء على ما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول: إعفاء الحائز من إثبات قانونية الحيازة.

المبحث الثاني: إعفاء الحائز من إثبات الملكية.

المبحث الأول

إعفاء الحائز من إثبات قانونية الحيازة

يتحدد نطاق هذا المبحث في إعفاء الحائز من إثبات الركن المعنوي لديه ، وإعفائه من إثبات عدم عرضية الحيازة ، وإعفائه من إثبات خلو الحيازة من العيوب .

أولا : إعفاء الحائز من إثبات العنصر القصدى :

للحيازة ركنان أساسيان لا تقوم إلا باجتماعهما معا ، الركن المادى والركن المعنوى ، فقيام أحد الركنين لا يعنى عن وجود الآخر ، إذ يجب أن يجتمعا معا في وقت واحد . وإذا كان يجب على من يتمسك بالحيازة أن يقوم بإثبات الركن المادى والركن المعنوى لديه ، وأن إثبات الركن المادى للحيازة سهلا مسورا لكونه يتعلق بأمور مادية يسهل إقامة الدليل عليها ، إلا أن إثبات الركن المعنوى أمر شاق وعسير باعتباره قصدا كامنا في نفس الشخص ، فمن الصعب إقامة الدليل على وجوده .

وإزاء صعوبة إثبات الركن المعنوى وقف القانون بجانب الحائز وأعفاه مشقة إثباته ، حيث نصت المادة (٢/٩٥١) من القانون المدنى المصرى على أنه " عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لحساب نفسه " (١) ثم أردفت المادة (٩٦٣) بقولها : " إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة " .

ويتضح من هذه النصوص إعفاء القانون للحائز من إثبات العنصر القصدى لديه ، وذلك بافتراض ذلك العنصر أو ما يسمى بافتراض الركن المعنوى لدى الحائز (٢) ، ومن منطلق ذلك لا يكلف الحائز إلا بإثبات الركن المادى للحيازة كى يفترض العنصر المعنوى لديه (٣) ، بأنه يحوز بقصد كسب حق عيني على العين محل الحيازة .

فالحائز لا يكلف إلا بإثبات الركن المادى للحيازة فإذا أثبت قيام الركن المادى بإثبات أنه يمارس

(١) تقابل (م ٢٢٣٠ م فرنسى) التى تنص بأنه : " ودائما يفترض أن الشخص يحوز لحساب نفسه وبصفة مالك ما لم يثبت أنه يحوز لحساب الغير " ونصها كالاتى :

Art.2230: " On est toujours présumé posséder pour soi,et à titre de propriétaire,s'il n'est prouvé qu'on à commencé à posséder pour un autre " .

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ ص ٢١٥ ، د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٨ ص ٥٣٢

Larroumet, droit civil,II,N.88,P.63.

(٣) د. عبد الناصر العطار - الثبات الملكية بند ٤٤ مكرر - ص ٢١٨ ، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٦

Larroumet , droit civil,II,N.88,P.64

أعمال السيطرة المادية التي تتناسب مع طبيعة العين والحق الذي يدعيه، سواء كان يمارس هذه الأعمال بنفسه أو بالوساطة، فلا يحمل بإثبات توافر الركن المعنوي لديه^(١)، حيث افترض القانون أن الحائز يجوز حساب نفسه وبالتالي يتوافر لديه الركن المعنوي بمجرد إثبات الركن المادي إذ إن القانون أعفاه من ذلك العبء عند توافر الركن المادي^(٢).

وإذا كان المشرع أعفى الحائز من إثبات الركن المعنوي إلا أن قرينة افتراض الركن المعنوي لدى الحائز قرينة غير قاطعة يجوز فيها بالدليل العكسي، فإذا ادعى خصم الحائز تخلف الركن المعنوي فعليه إثبات ذلك الادعاء، كأن يثبت أن الحائز حيازته عرضية يجوز فيها لحساب غيره لا لحساب نفسه^(٣).

ولما كان إثبات تخلف الركن المعنوي أمرا غاية المشقة لأنه أمر باطنى لتعلقه بنية الحائز، فقد سهل القانون مهمة إثبات تخلف الركن المعنوي لدى الحائز^(٤) فبعد أن أعفى المشرع الحائز من إثبات الركن المعنوي بافتراضه في جانبه بقوله في المادة (٢ / ٩٥١) إنه: "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يجوز لنفسه" قرر في ذات المادة بقوله "فإن كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادى بها" فافتراض الركن المعنوي لدى الحائز لا يكون إلا إذا كانت الحيازة على العين مبتدئة استقلالا وليست استمرارا لحيازة سابقة^(٥)، فإذا كانت الحيازة متلقاة من حائز سابق واستمر فيها الحائز افترض أنه يجوز لحساب الحائز السابق البادى بالحيازة ما لم يثبت الحائز أنه يجوز لحساب نفسه^(٦).

فإذا أراد خصم الحائز هدم الركن المعنوي لدى الحائز فعليه إثبات أنه هو الحائز السابق، وأن حيازة الحائز الخالى ما هي الا استمرار حيازته، فإذا نجح في إثبات ادعائه افترض أن حيازة الحائز الخالى استمرار حيازة الحائز السابق ويتخلف الركن المعنوي لدى الحائز ويعتبر مجرد حائز عرضي لا يستفيد من حيازته التي لا تمثل إلا وضعاً مادياً مجرداً من العنصر المعنوي.

ويستطيع خصم الحائز نفى الركن المعنوي لدى الحائز إذا أثبت علاقة الوساطة، بإثبات أن الحائز

(١) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٤٨ - ٥٤٩، د. كامل مرسى ج ٤ بند ٧ ص ١٠، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤ ص ٤٣٦.

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ ص ٢١٦، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦١ ص ٧٩٧، Alex Weill, droit civil, II, N, 380, P. 335.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤ ص ٤٣٧، د. حسن كبيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٦، د. كامل مرسى ج ٤ بند ٧ ص ١٠.

(٤) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٨ ص ٢٢١، Planiol, Ripert et Picard, III, N., 146, P. 163 ; Mazeaud et Chabas, II, N, 1427, P. 198.

(٥) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ ص ٢١٦، بند ٣٩ ص ٢٢٢.

(٦) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٨٣، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٧٠ ص ٩٥٥، د. حسن كبيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٦، Colin et Capitant, N. 1085, P. 918.

مجرد وسيط يقوم بأعمال السيطرة المادية لحساب الحائز الأصلي، وإثبات العلاقة التي أدت إلى قيام تلك الوساطة كالكوالة أو الأيثار فمضى ثبتت علاقة الوساطة افترض أن من يضع يده على العين يقوم بأعمال السيطرة المادية لحساب غيره وليس لحساب نفسه، وبالتالي ينتفى الركن المعنوي لديه^(١).

كما ينتفى الركن المعنوي لدى الحائز، إذا ثبت أن الأعمال المادية التي يباشرها الحائز لم يقم بها إلا على سبيل التسامح، والتسامح لا تقوم به حيازة قانونية، لأن من يقوم بتلك الأعمال لا يجوز بقصد كسب حق عيني، وينتفى لديه الركن المعنوي^(٢)، إذ تنص المادة (١/٩٤٩) من القانون المدني المصري على أنه "..... لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص (و)..... يتحمله الغير على سبيل التسامح". وخلاصة القول أنه متى ثبتت أعمال الركن المادي للحائز على العين محل الحيازة، فلا يكلف الحائز بأكثر من ذلك، إذ يفترض توافر الركن المعنوي لديه وأنه يجوز لحساب نفسه بقصد كسب حق عيني وعلى من ينازعه في توافر هذا القصد إثبات ما يدعيه.

ثانيا : إعفاء الحائز من إثبات عدم عرضية الحيازة :

الحيازة العرضية ليست إلا مجرد وضع مادي ينتج عن وجود العين تحت يد شخص ويباشر عليها أعمال السيطرة المادية دون أن يتوافر لديه العنصر القصدى، فالحائز العرضي إنما يمارس أعمالا مادية دون أن تتوافر لديه نية الحيازة لحساب نفسه ولكن يجوز لحساب الغير، والحائز العرضي إما أن يكون تابعا للحائز الحقيقي كالحادم وناظر الزراعة وغيرهم أو نائبا عنه كالكوكل ومدير الشركة، وقد لا يكون تابعا أو نائبا عن الحائز الحقيقي كالمستأجر والمزارع ومن هم على شاكلتهم، وسواء كان واضع اليد تابعا أو نائبا أو له حق على العين دون حق الملكية، فهو يعتبر حائزا عرضيا يجوز حق الملكية لحساب المالك الحقيقي الذي تتوافر لديه نية التملك ويباشر الركن المادي بواسطة الحائز العرضي^(٣).

والأصل أن الحيازة حقيقية أى قانونية^(٤)، يتوافر لدى الحائز ركنها المادي والمعنوي، فحسب الحائز إثبات ممارسة الركن المادي ولو بواسطة الغير لكي يفترض توافر الركن المعنوي لديه فعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يجوز لحساب نفسه (م ٢/٩٥١)، فمن له السيطرة المادية اعتبر حائزا لحساب نفسه ومادام حائزا لحساب نفسه فإن حيازته تكون قانونية ويتوافر لها الركن المعنوي بجانب

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٩ ص ٢٢٢، بند ٥٠ ص ٢٢٥.

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد أعمال التسامح ص ٥٥ وما بعدها.

(٣) انظر ما سبق ذكره بصدد الحيازة العرضية ص ٥٩ وما بعدها.

(٤) د. شفيق شحاته - شرح القانون المدني الجديد في الأموال - القسم الأول - النظرية العامة للحق العيني -

المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٥١ - بند ١٢٩ ص ١٤٧.

الركن المادى . فالعرضية فى الحيازة لا تفترض (١) ، فلا يكلف الحائز بإثبات أن حيازته حقيقية وليست بعرضية ، فالحائز يفترض دائما أن حيازته قانونية وموجب هذا الافتراض يعفى من إثبات عدم العرضية فى الحيازة .

وإذا كانت العرضية لا تفترض فإن على من يدعيها إثباتها ، فإذا نازع الغير الحائز فى مدى قانونية الحيازة فعليه إثبات انتفاء الركن المعنوى لدى الحائز ، ولخصم الحائز فى سبيل ذلك الطعن على قانونية الحيازة إثبات علاقة الوساطة بأن يثبت أن الحائز يجوز لحساب من ينيبه أو يثبت أن الحائز مجرد مستأجر للعين (٢) ، وإذا ثبتت العرضية فى الحيازة تبقى بتلك الصفة ما لم تتغير بفعل الحائز كما لو جابه المالك أو تتغير بفعل صادر من الغير .

فإذا فشل خصم الحائز فى إثبات العرضية فى الحيازة فلا يكلف الحائز بإثبات أن حيازته قانونية ، إذ دائما يفترض أن الحائز يجوز لحساب نفسه وبالتالي حيازته قانونية وليست عرضية ومستوفية لركنيتها المادى والمعنوى .

ثالثا : إعفاء الحائز من إثبات توافر شروط الحيازة :

لكى تقوم الحيازة القانونية يجب توافر ركنها المادى والمعنوى ، ولكن لا يكفى قيام هذين الركنين فلكى تنتج الحيازة آثارها القانونية فى كسب الحق العيى أو كسب الثمار أو الإعفاء من الإثبات ، لا بد من توافر الشروط اللازمة لصحتها ، وهذه الشروط هى الاستمرار والهدوء والعلانية والوضوح ، فإذا لم يتوافر أى من هذه الشروط فإن الحيازة تعتبر معيبة بالتقطع أو الإكراه أو الخفاء أو اللبس ، وبالتالي لا تنتج آثارها القانونية رغم قيامها بتوافر ركنها المادى والمعنوى .

والأصل أن الحيازة خالية من العيوب (٣) ، وعلى من يدعى تعييبها إثبات العيب الذى يدعيه ، إذ يفترض دائما أن الحيازة برينة من العيوب ، ولا يكلف الحائز بإثبات أن حيازته تتوافر فيها الشروط اللازمة لصحتها ، وذلك على النحو التالى :

١ - بالنسبة للاستمرار :

لما كان الحائز يتمسك بالحيازة فوجب عليه إثبات أن حيازته مستمرة طوال المدة اللازمة لنظام التقادم المكسب ، ولما كان إثبات استمرار الحيازة أمرا شاقا وعسيرا إذ لا يستطيع الحائز إثبات أن حيازته كانت مستمرة طوال مدة التقادم وفى كل وقت ، ومن منطلق ذلك وقف القانون بجانب الحائز ويسر له

(١) د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٢٧١ ص ٨٣٣ .

(٢) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٦ ، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٠ ص ٢٢٦ .

Alex Weill, droit civil, II, N, 381, P. 336 ; Baudry et Tissier, N, 250, P. 199.

(٣) د. شفيق شحاته الأموال - بند ١٢٣ ص ١٤٤ .

مهمة اثبات استمرار الركن المادى ، فنص فى المادة (٩٧١) من القانون المدنى المصرى على انه "إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق وكانت قائمة حالاً فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ما لم يقم الدليل على العكس" (١) . وهو نفس الحكم الذى نص عليه المشرع الفرنسى فى المادة (٢٢٢٤) من القانون المدنى .

ومن هذا يتضح أن المشرع أقام لصالح الحائز ما يسمى بقرينة الحيازة الوسطى ، ومفادها أن الحائز يعفى من إثبات استمرار حيازته طوال المدة اللازمة للتقادم ، وما عليه إلا إثبات أنه حائز فى الوقت الحالى حيازة قانونية ، وأنه كان حائزها من قبل ، كى يفترض أن حيازته مستمرة فى المدة التى تقع بين الزمنين (٢) .
فقرينة الحيازة الوسطى تلعب دورها لصالح الحائز وتعفيه من مشقة إثبات استمرار حيازته طوال المدة اللازمة للتقادم ، وكل ما يكلف به إثبات الحيازة الحالية والحيازة السابقة كى يفترض استمرار الحيازة طوال المدة التى تتوسط الحيازتين .

ولكن تلك القرينة بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسى ، إذ يجوز لخصم الحائز إثبات أن حيازة الحائز لم تكن مستمرة طوال الفترة التى تتوسط الحيازتين ، وأنها فقدت وترتب على فقدانها انقطاع التقادم ومن ثم تعتبر غير مستمرة مما يمثل طعناً فى استمرار الحيازة ويؤدى إلى تعييبها (٣) ، وإذ لم يفلح خصم الحائز فى إثبات عدم استمرار الحيازة أعفى الحائز من إثبات استمرار حيازته ، استناداً إلى قرينة الحيازة الوسطى . والى تبررها قاعدة الاستصحاب التى تقضى بأن ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه ، فتظل الحيازة لها صفة الاستمرار .

٢- بالنسبة للهدوء :

إذا شاب الحيازة عند الدخول فيها غضب فإنها تكون معيبة بعيب الإكراه ولا تنتج آثارها القانونية رغم قيام ركنيها المادى والمعنوى ، والأصل أن الحيازة خالية من العيوب (٤) ، ومن ثم يفترض أنها مبرأة من عيب الإكراه (٥) ، فطالما أن الحيازة اكتسبت بصفة هادئة فإن شرط الهدوء يلازمها ولا يعييبها الإكراه الطارئ الصادر من الحائز لصد الاعتداء الواقع على حيازته .

فإذا اكتسبت الحيازة بهدوء يفترض أنها هادئة ويعفى الحائز من إثبات أن حيازته توافر لها شرط

(١) انظر ما سبق ذكره بصدد شرط الاستمرار ص ٦٨ وما بعدها .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٨٥ ص ١٠٢٠ ، د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٨٦ ص ١٨٤ ، د . حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٥ ص ٥٠٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٨٩ ص ٥٩٠ .

Aubry et Rau, II, N,217,P.491 ; Baudry et Tissier, N,245,bis.

(٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٨٥ ص ١٠٢١ .

(٤) د . شفيق شحاتة - الأمراء - بند ١٢٣ ص ١٤٤ .

(٥) د . مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٠٩ .

الهدوء، وعلى من يدعى العكس إثبات ادعائه^(١)، فإذا أراد خصم الحائز الطعن في هدوء الحيازة فهو المكلف بإثبات ما يدعيه، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى جميع طرق الإثبات، كأن يثبت وسائل العنف التي استخدمها الحائز للاستيلاء على الحيازة، ولكن يلزم إثبات أن الحائز استخدم هذه الوسائل في بداية الدخول في الحيازة وأنها لم تنقطع^(٢)، لأن الإكراه الطارئ لا يعيب الحيازة، فإذا لم يستطع خصم الحائز إثبات الإكراه افترض أنها هادئة وتنتج آثارها القانونية^(٣).

٣- بالنسبة للظهور :

لكي تنتج الحيازة آثارها القانونية يجب أن تكون ظاهرة في مواجهة من يحتج عليه بها، فإذا كانت خفية فإنها تكون مشوبة بعيب الخفاء لا تنتج آثارها القانونية^(٤). وقد سبق القول بأن الأصل خلو الحيازة من العيوب، وبالتالي يفترض أن الحيازة ظاهرة، وعلى من ينازع في صفة الظهور إثبات ما يدعيه، فلا يكلف الحائز بإثبات شرط الظهور في حيازته. وإنما يقع على عاتق خصمه، فإذا أراد الخصم إثبات خفاء الحيازة فعليه إثبات أن الاعمال المادية للحيازة لم تكن معلومة لديه، أو لم يكن لديه إمكانية العلم بها وله في سبيل ذلك اللجوء إلى جميع طرق الإثبات باعتبار أن الأمر يتعلق بإثبات واقعة مادية^(٥).

٤- بالنسبة لشرط البوضوح :

يشترط في الحيازة أن تكون واضحة لا يعتريها لبس أو غموض لكي تنتج آثارها القانونية فإذا ما كانت ملتبسة فقد شابها عيب الغموض ولا تؤدي إلى ترتيب آثارها القانونية، وغيب الغموض أو اللبس لا يفترض في الحيازة ولكن يجب إثباته^(٦)، لأن الأصل في الحيازة خلوها من العيوب، ومن ثم يفترض أن الحيازة خالية من عيب الغموض بكونها واضحة تؤدي إلى ترتيب آثارها القانونية. وطالما أن عيب الغموض لا يفترض، فإن الحائز يعفى من إثبات أن حيازته واضحة لا لبس فيها أو غموض، ولكن على من يدعى العكس إثبات ادعائه. فإذا ادعى خصم الحائز أن الحيازة ملتبسة غامضة فعليه إثبات ذلك، ما لم يكن الحائز في وضع ينم عن غموض الحيازة، كما في حالة الورقة وحيازة الشركاء والحيازة على الشيوع

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٥٩ ص ٢٥٧. د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٠٩.

(٢) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٦٠ ص ٢٥٩.

(٣) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٠٩.

(٤) انظر ما سبق ذكره بصدد شرط ظهور الحيازة. ص

(٥) شفيق شحاته - الأموال - بند ١٢٣ ص ١٤٤، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٢٥.

Mazeud et Chabas, II, N, 1445, P. 210.

(٦) د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٤٤٨،

Mazeud et Chabas, II, N, 1445, P. 210.

وفي حالة المساكنة ، إذ يفترض في تلك الحالات أن الحيازة غامضة إلى أن يثبت الحائز العكس^(١) .
فإذ لم تكن الحيازة في ظروف تتم عن الغموض يفترض أنها واضحة لا غموض ولا يكلف الحائز
بإثبات أن حيازته واضحة بل يقع ذلك على الخصم مدعى العيب لإثبات ما يدعيه ، وله في سبيل ذلك
اللجوء إلى كافة طرق الإثبات وحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير ما إذا كانت الحيازة واضحة أو
غامضة^(٢) .

وخلاصة القول في هذا المبحث أن الحائز يعفى من إثبات توافر الركن المعنوي لديه إذ إنه يفترض
بمجرد قيام الركن المادي للحيازة . كما أن الحائز يعفى من إثبات أن حيازته غير مشوبة بالعرضية ، إذ
يفترض دائما أن الحيازة قانونية ما لم يثبت العكس ، فالعرضية لا تفترض وعلى من يدعيها إثباتها ، كما أن
الحيازة في الأصل خالية من العيوب بافتراض أنها مستمرة وهادئة وظاهرة وواضحة ، فيعفى الحائز من
إثبات تلك الشروط ، وعلى من يدعي تعيب الحيازة بالتقطع أو الإكراه أو الخفاء أو اللبس إثبات ما
يدعيه وله في سبيل ذلك اللجوء إلى كافة طرق الإثبات .

(١ ، ٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٤٤٨ .

المبحث الثاني

إعفاء الحائز من إثبات الملكية

الحيازة واقعة مادية تنتج من قيام الحائز بأعمال السيطرة المادية على العين محل الحيازة بما يتفق مع مضمون الحق المدعى اكتسابه بالتقادم. وتنتج الحيازة آثارها القانونية سواء كانت مستندة إلى حق أو لم تكن كذلك. والحيازة باعتبارها واقعة مادية قد تكون مستندة إلى حق كحق الملكية. وهذا هو الوضع الغالب عملاً، إذ في غالب الأحوال يكون الحائز للعين هو المالك الحقيقي لها. ولكن في بعض الأحوال لا تكون مستندة إلى حق وتمثل اغتصاباً لحق الغير، وأياً ما كان الوضع الشرعي للحيازة فإنها ترتب آثارها القانونية.

والحائز إذا كان مالئاً وأعوذه الدليل إلى إثبات ملكيته أو كان غير مالك في الأصل واستند إلى الحيازة فإنها تعفيه من إثبات الملكية، إذ إن الأصل أن الحائز يجوز لحساب نفسه، فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، والحيازة القانونية قرينة على الملكية. والتقادم القصير يفترض أن الحائز حسن النية. ووفقاً لما تقدم يتحدد نطاق هذا المبحث في إعفاء الحائز من إثبات الحيازة لنفسه وحسن النية، كما أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية.

أولاً: إعفاء الحائز من إثبات الحيازة لنفسه:

إذا تمسك الحائز بحيازته فلا يكلف إلا إثبات أعمال السيطرة المادية التي تتفق مع طبيعة العين ومضمون الحق الذي يدعيه، فإذا أثبت الركن المادي افتراض قيام الركن المعنوي لديه بأنه يجوز لحساب نفسه، وعلى ذلك تنص المادة (٢/٩٥١) من القانون المدق المصري بقولها: "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة يجوز لنفسه.....". فالركن المعنوي مفترض، وهذا الافتراض يرجع إلى الأصل^(١)، فالوضع الأعم أن الحائز لا يجوز لحساب الغير، بل هو دائماً يجوز لحساب نفسه، ومادام يجوز لحساب نفسه تكون حيازته قانونية فالحيازة العرضية التي تكون لحساب الغير لا تفترض، وعلى من يدعيها إثباتاً.

فالأصل أن الحيازة القانونية لا حيازة عرضية^(٢)، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه^(٣)، كأن يثبت أن الحائز يجوز لحساب الغير، ومن ثم يكون حائزاً عرضياً، فإذا ثبتت العرضية فإن الحائز يجوز لحساب غيره ويكون حائزاً عرضياً لا يستفيد من آثار الحيازة ما لم

(١) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٥٠ ص ١٤٩.

Alex Weill, droit civil, II, N, 380, P. 335 ; Mazeaud et Chabas, II, N, 1427, P. 198.

(٢) د. شفيق شحاته - الأموال - بند ١٢٩ ص ١٤٧.

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٧١ ص ٨٣٣.

Larroumet, droit civil, II, N. 88, 98, P. 64.

تتغير صفة الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية، بفعل الحائز العرضي نفسه كما لو جابه المالك أو بفعل الغير .

فالحائز لا يكلف بإثبات أنه يجوز لحساب نفسه ، و حسبه فقط إثبات حيازته المادية كي يفترض أنه يجوز لحساب نفسه وأن حيازته قانونية، فافتراض الركن المعنوي يكون لصالح من ثبت له الحيازة المادية ، باعتبار أن الأصل في الحائز لا يجوز لحساب الغير وإنما يجوز دائماً لحساب نفسه (١) .

ثانياً : إعفاء الحائز من إثبات حسن النية :

حسن النية في الحيازة هو جهل الحائز أن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير ما لم يكن هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم (٢) . وطالما أن الركن المعنوي مفترض لدى الحائز عند ثبوت الحيازة المادية فكان مقتضى ذلك تكليف الحائز بإثبات أنه يجوز بحسن نية ، إذا أراد كسب الحق العيني بالتقادم القصير أو أراد كسب الثمار في حالة استرداد العين بواسطة المالك الحقيقي ، ولكن المشرع المصري نص في المادة (٩٦٥) من القانون المدني على أن " حسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس " . وهذا ما قرره المشرع الفرنسي في المادة (٢٢٦٨) من القانون المدني

فالمشرع لم يلق على عاتق الحائز عبء إثبات أنه حسن النية ، إذ أعفاه من ذلك وافتراض أنه دائماً حسن النية ، وعلى من يدعى العكس إثبات سوء نية الحائز ، فقريئة حسن النية قريئة بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسي من جانب خصم الحائز (٣) .

وحسن النية باعتباره غلطاً يقع فيه الحائز يستوى أن يكون الغلط في الواقع أو في القانون (٤) ، وافتراض حسن النية يقوم على أساس أن في غالب الأحوال يكون الحائز حسن النية ، أما سوء النية فهو القليل ومن ثم وجب افتراض حسن النية لدى الحائز لاتفاقه مع الغالب الأعم من الحالات ، كما أن افتراضه يتفق مع الأصول العامة للإثبات التي تقضي بأن البينة على المدعى ومن ثم لا يكلف الحائز بإثبات أنه حسن النية ويقع إثبات ذلك على عاتق خصم الحائز الذي يدعى سوء النية (٥) .

فالمشرع بعد أن افترض الركن المعنوي لدى من ثبت له الحيازة المادية ، أعفى الحائز من إثبات أنه يجوز بحسن نية إذ افترض أن الحائز دائماً حسن النية ما لم يقيم الدليل على العكس . فإذا ادعى الخصم سوء

(١) انظر ما سبق ذكره بصدد افتراض الركن المعنوي للحيازة ص

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد تعريف حسن النية في التقادم القصير وفي تملك الحائز للثمار ص

(٣) د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٤١٠ ص ٦٣٦ ، د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٧٧ ص ٥١٧ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٢٩ ص ٤٦١ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ١ - بند ٤٣٤ ص ١١١٣ .

(٤) انظر ما سبق ذكره سلفاً ص

(٥) د . مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥١٢ ، د . عبد المنعم الصده - حق الملكية - بند ٤١٠ ص ٦٣٦ .

نية الحائز فعليه إثبات ذلك ولا يكلف الحائز بإثبات حسن النية إذ هو يستند إلى الأصل الذى قرره
المشرع لصالحه .

ويستطيع خصم الحائز إثبات سوء نية الحائز بإثبات أن الحائز كان يعلم أو بإمكانه العلم بأن
حيازته تخلف اعتداء على حق الغير أو أن جهل الحائز قائم على خطأ جسيم ، أو أن الحائز اغتصب الحيازة
بالإكراه ، أو أنه أعلن بعيوب سند حيازته في صحيفة دعوى مرفوعة عليه إذا يزول حسن النية من وقت
إعلانه بصحيفة الدعوى .

ثالثاً : الحيازة قرينة على الملكية :

إذ تمسك الحائز بالحيازة فإنها تعفيه من إثبات أنه المالك ، ويقع إثبات الملكية على عاتق خصمه وفي
سبيل إعفاء الحائز من إثبات الملكية ، قرر المشرع قرينتين متالتين ، الأولى أن الحيازة المادية قرينة على
الحيازة القانونية ، والثانية أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية .

١ - الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية :

نص المشرع المصرى فى المادة (٢/٩٥١) على أن : "٢- عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة
يحوز لحساب نفسه ...". ثم نص فى المادة (٩٦٣) على أنه : "إذا تنازع اشخاص متعددون على
حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه
الحيازة بطريقة معينة " ، وقد نص المشرع الفرنسى فى المادة (٢٢٣٠) على أنه : "يفترض دائماً أن
الشخص يحوز لحساب نفسه وبصفته مالكاً ما لم يثبت أنه يحوز لحساب الغير"

وإزاء تلك النصوص ذهب رأى فى الفقه إلى القول بأن المشرع جعل من مجرد الحيازة
المادية قرينة على الحيازة القانونية ، فمضى أثبت الشخص . وضع يده المادى على العين محل
الحيازة لا يلزم بإقامة الدليل على أن حيازته قانونية ، لأن المشرع اعتبر قيام الحيازة المادية قرينة
على الحيازة القانونية لدى الحائز^(١) فالغالب أن من يحوز عيناً إنما يحوز دائماً لحساب
نفسه ويظهر بمظهر المالك للعين ، وطبقاً لتلك القرينة تكون الحيازة قانونية لاجتماع ركنيها

(١) منهم على سبيل المثال : د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٤٧ ص ٩٥٥ ، ج ٨ بند ٣٧٤ ،
ص ٦٠٤ ، د . كامل مرسى ج ٤ بند ٧ ص ١٠ ، د . محمد على عرفه ج ٢ بند ٧٦ ص ١٢٩ ، د . عبد الفتاح
عبدالباقى - الأموال - بند ٣٠٢ ص ٤٢٣ ، د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤ ص ٤٣٦ ،
د . حسن كبره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٥ ، د . حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٤٣
ص ٣٢٠

لدى الخائن ولا يكلف الخائن بإثبات أن حيازته قانونية^(١).

وإذا كان المشرع اعتبر قيام الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية إلا أن تلك القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي، فإذا نازع الغير الخائن في مدى قانونية الحيازة فعليه إثبات ادعائه، كأن يثبت أن الخائن يحوز لحساب الغير وليس لديه نية التملك فإن أفلح في ذلك أهمل الركن المعنوي للحيازة وأصبحت حيازة غير قانونية ولمن ينازع في ملكية الحيازة إثبات ذلك بكل طرق الإثبات^(٢).

وقد ذهب رأى آخر إلى القول بأن تلك النصوص لم تجعل الحيازة المادية قرينة عن الحيازة القانونية، ولكن يفترض أن الخائن يحوز لحساب نفسه فلا تؤخذ قرينة، ولكن يوجد افتراض يتحدد في ضوءه عبء الإثبات، فالوضع الغالب أن من يباشر الحيازة المادية للشيء يحوز دائماً لحساب نفسه، ومن تثبت لديه الحيازة المادية لا يكلف بإثبات توافر العنصر المعنوي لديه وإنما يكون على من يدعى عدم توافر تلك النية إثبات ما يدعيه، كإثبات أن الحيازة عرضية^(٣).

فالحيازة المادية ليست قرينة على الحيازة القانونية لأنها ليست إلا عنصراً في الحيازة القانونية ولا تنهض دليلاً عليها، وأن ثبوت الحيازة المادية مع افتراض العنصر المعنوي هو ما تثبت به الحيازة القانونية، فالحيازة المادية لا تكون كافية لثبوت الحيازة القانونية إلا لافتراض العنصر المعنوي للحيازة، ولا تقوم نتيجة لافتراض أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية^(٤).

والواقع أن تطبيق القواعد العامة يقتضى تكليف الخائن بإثبات قيام الحيازة القانونية لديه، ولكن القانون أعفاه من عبء إثبات قانونية حيازة، إذ قرر أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية فلا يلزم الخائن إلا بإثبات حيازته المادية على العين كي يفترض أنه حائز لحساب نفسه، وبذلك تتوافر له الحيازة القانونية بركنيتها المادى والمعنوي.

فالقانون نص على أن "عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه" (٢/٩٥١٢ مدني مصري)، "إذا ما تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية..." (٩٦٣ مصري). فإذا ثبتت الحيازة المادية لدى شخص اعتبرت قرينة على الحيازة القانونية. وإذا كانت الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، فلا بد أن تستوفي كافة الشروط القانونية

(١) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤ - ٤٣٦-٤٣٧، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٥، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤١٦.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٣٤٧ ص ٩٥٥، د. حسن كيره - الحقوق العينية - بند ٢٥٥ ص ٤٤٦.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٨ ص ٥٣٢، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ مكرر ص ٢١٨، د. محمود جمال الدين ذكي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٨٤ ص ٥٠٤، هـ (٢٠).

(٤) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٤٤ مكرر ص ٢١٨.

من استمرار وهدوء وظهور ووضوح، ولكن تلك القرينة يجوز إثبات عكسها من جانب خصم الحائز، بإثبات أن الحائز مجرد حائز عرضي لا توجد لديه نية التملك، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى كافة طرق الإثبات، فإن فشل في ذلك اعتبرت الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية.

٢ - الحيازة القانونية قرينة على الملكية:

نص المشرع المصري في المادة (٩٦٤) من القانون المدني على أن: " من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس". والمشرع العراقي في المادة (١١٥٧) على أن "من حاز شيئاً اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس". والمشرع الفرنسي في المادة (٢٢٣) نص على أنه "يفترض دائماً أن الشخص يجوز لحساب نفسه وبصفته مالكا ما لم يثبت أنه يجوز لحساب الغير".

وقد ذهب رأى في الفقه إلى القول بأن المشرع جعل الحيازة القانونية قرينة عن الملكية، إذ يفترض أن الحائز مالكا أو صاحب حق عيني يمارسه على العين، ولما كان مقتضى القواعد العامة يجب على الحائز إثبات ملكيته، إلا أن القانون قد خرج على هذا الأصل العام وقرر استثناء لصالح الحائز مفاده أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية^(١)، وتقريب المشرع الملكية استناداً إلى الحيازة القانونية له أهميته من الناحية العملية، إذ يكفي الحائز لإقامة الدليل على حقه أن يقيم الدليل على حيازته المادية لكي تقوم لصالحه قرينة على الحيازة القانونية، والحيازة القانونية فيه تعتبر قرينة على أنه مالك أو صاحب حق^(٢)، وبواسطة تلك القرينة يكون الحائز في مركز ممتاز في النزاع على الملكية^(٣).

ولكن تلك القرينة بسيطة يجوز نقضها بالدليل العكسي، فإذا استطاع خصم الحائز إقامة الدليل على أنه كان يملك العين في وقت معين أمارت تلك القرينة، فإن فشل في إثبات عكس القرينة بقيت كما هي قرينة على الملكية، وعلى من ينازع إثبات ما يدعيه^(٤).

ويذهب رأى آخر إلى القول بأن الحيازة ليست قرينة على الملكية بل الأصل أن الحائز صاحب حق، فالحائز عندما يتمسك بالحيازة فهو يتمسك بالأصل وعلى من يدعى خلاف هذا

(١) منهم على سبيل: د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٤٧ ص ٩٥٥، د. كامل مرسي ج ٤ بند ٧ ص ١٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي - الأموال - بند ٣٧٢ ص ٤٢٢ - ٤٢٣، د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٣ ص ٤٦٥، د. محمد نبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٤ ص ١٢٦، د. جميل الشراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٤ ص ١٩٧، د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤، ص ٤٣٦ - ٤٣٧، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤١٨، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٦ ص ٤٤٧.

Mazeud et Chabas, II, N, 1468, P. 228; Planiol, Ripert et Picard, III, N, 169, P. 182.

(٢) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٦٣ ص ٤٦٥.
(٣) د. جميل الشراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٩٤ ص ٢٩٧، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٦٨.

(٤) د. حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية بند ٢٦٣ ص ٤٦٥.

الأصل إثبات ما يدعيه، فإذا عجز عن إثبات ادعائه فلا يعنى ذلك أن الحق قد ثبت للحائز، فإذا لم تطالب الحائز بإثبات حقه فليس ذلك إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة في الإثبات، والتي تقضى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى خلاف الأصل. ونص المادة (٩٦٤) لا يقيم استثناء دائماً، ولكن قرر أصل عام يتحدد في ضوءه عبء الإثبات^(١).

فلو كانت الحيازة قرينة على الملكية لأصبح الحكم الصادر فيها حجة بالملكية لصالح الحائز، فإذا تغير الوضع وأصبح خصم الحائز هو الحائز للشيء فيما بعد ورفع عليه الحائز السابق دعوى الاستحقاق فلا يجوز له الاستناد إلى الحكم السابق لمتخاذه دليلاً على ملكيته، ولذلك لا يمكن القول بأن الحيازة قرينة على الملكية. فالقرينة ليست إلا دليلاً من الأدلة والحكم الذى يصدر بناء على دليل يكون حجة بالحق الذى يثبت بموجبه هذا الدليل فلو كان الحكم قد صدر بناء على تلك القرينة لكانت له حجية فيما تدل عليه هذه القرينة وهو الملكية^(٢).

فلو أن المشرع لم يورد نص المادة (٩٦٤) مدق ما تغير في الأمر شيء، وافترض أن الحائز صاحب حق تطبيقاً للقواعد العامة التي تحدد عبء الإثبات، فالوضع الظاهر أن الحائز يكون مالكاً وعلى من يدعى خلاف الظاهر إثبات ادعائه^(٣).

والمواقع أن الحيازة القانونية قرينه على الملكية، ذلك أن المشرع اعتبر الحائز مالكاً، فبعد أن افترض لديه الركن المعنوي واعتبر بناء على ذلك أن حيازته قانونية، افترض أن الحيازة القانونية دليل على الملكية، ولكن قرينة الحيازة القانونية دليل الملكية قرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي، فإذا استطاع خصم الحائز إثبات عدم قانونية الحيازة انهارت قرينة الملكية، وإن عجز عن الإثبات بقيت الحيازة القانونية قرينة للملكية^(٤).

فمن الناحية العملية يتمسك الحائز بقرينتين متواليتين أولاهما أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، والثانية أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية ما لم يثبت العكس.

(١) منهم على سبيل المثال: د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٠ ص ٥٥٦٨، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٢٩ ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٧٠ ص ٥٦٨، د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٢٩، ٢٩ مكرر ص ١٤٤.

(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ٢٩ ص ١٤٤، قارن ما يقوله سيادته بند ٢٩ مكرر ص ١٤٤. إذ يقول أن المادة ٩٦٤ جعلت الحيازة القانونية قرينة على الملكية رغم أننا نميل إلى القول بأن الحائز صاحب حق ونفس القول ص ٢، ١٨، ٢١ نفس المرجع.

(٤) وقضى بأن " الحيازة مجرد قرينة على الملك يجوز نفيها". نقض ١٩٥٦/٢/٢ مجموعة القواعد جـ ٣ رقم ٢ ص ٣٦٨.

الفصل الرابع

نشوء مركز قانوني

عرفنا أن الحيابة تنتج آثاراً عديدة ، منها كسب الخائر للحق العيني بالتقادم وكسب الثمار، كما أنها تعفى الخائر من عبء الإثبات . وبالنظر إلى تلك الآثار شار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للحيابة ، بهدف معرفة ما إذا كانت الحيابة حق أم واقعة مادية أم ذات طبيعة مختلطة تجمع بين الحق والواقعة المادية .

وبحث الطبيعة القانونية للحيابة ليس من قبيل الجدل النظري ، ولكن تكيفها ما إذا كانت حق أم واقعة مادية يترتب عليها نتائج قانونية هامة ، إذ لو كيفت على أنها حق لخصعت لقواعد الحقوق من حيث شأنها وانقضاءها وإثباتها ، ولو كيفت على أنها واقعة مادية خضعت لحكم الوقائع المادية من حيث نشأتها وانقضاءها وإثباتها . وأياً ما كان الخلاف حول الطبيعة القانونية للحيابة فإنها تؤدي إلى نشوء مركز قانوني واقعي محي لذاته بواسطة القانون ، بصرف النظر عن الآثار الأخرى التي تترتب على الحيابة . ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : نشوء مركز قانوني .

المبحث الثاني : حماية الحيابة لذاتها .

المبحث الأول

نشوء مركز قانوني

بالنظر إلى الآثار العديدة التي تنتجها الحيازة، ثار الخلاف حول طبيعتها القانونية، وهل هي حق أم واقعة مادية أم ذات طبيعة مختلطة؟ وإذا كانت حقا هل هي حق عيني أم حق شخصي أم حق من نوع خاص؟ وإذا كانت واقعة مادية فما هو الأثر الذي تنتجته دون نظر إلى الآثار الأخرى لها؟ وإذا كانت ذات طبيعة مختلطة تتراوح بين الحق والواقعة المادية فمتى تكون حقا ومتى تكون واقعة مادية؟ والخلاف حول الطبيعة القانونية للحيازة لم يكن وليد اليوم ولكن يمتد إلى القانون الروماني وسبب الخلاف حول طبيعة الحيازة في القانون الروماني، أن الحيازة في القانون الروماني بعد أن كانت واقعة مادية أصبحت حقا في قانون جوستينيان، ومن ثم فقد خضعت لشروط لم تكن خاضعة لها من قبل^(١) ولذلك توجد بعض النصوص الرومانية التي تصف الحيازة بأنها حق والنصوص الأخرى تصفها بأنها واقعة مادية^(٢).

ويأخذ الخلاف بين الفقه حول الطبيعة القانونية للحيازة اتجاهات ثلاثا، أحدها يرى أن الحيازة حق، وثانيها يرى أن الحيازة واقعة مادية، وثالثها يرى أن الحيازة ذات طبيعة مختلطة، وكل اتجاه يدعم وجهة نظره بمجموعه من الحجج.

الاتجاه الأول: الحيازة حق

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحيازة حق، فيوجد ما يسمى بحق الحيازة كما يوجد حق الانتفاع أو حق الارتفاق، وقد تزعم هذا الاتجاه اهرنج Ihering وللتدليل عن أن الحيازة حق يتخذ اهرنج من الملكية سبيلا للقول بان الحيازة حق فهو يرى أن الحيازة تتطابق مع الملكية^(٣) فالعنصر المادى المكون للحيازة يكون حالة واقعية للملكية. فهي تعبر عن الملكية لكونها تتطابق مع محتواه وتمثل رؤية لهذا الحق، ومادامت الحيازة تتطابق مع الملكية، فيجب أن تبني على نفس البناء القانوني للملكية

(١) د. محمود سلام زنتي - نظم القانون الروماني - ص ٣٥٣،

(2) Baudry et Tissier, N,203,P.165

مشار إليه لدى: د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥١٣ وما بعدها
(3) Ihering, Théorie simplifiée et mise à la portée de tout le monde, Traduction Meulenaere, Tome II, Paris, 1890, P.238., Du rôle de la volonté dans la possession, Critique de la méthode juridique et régnante, 1891, P.274., Cité par Trigeaud, la possession, N. 362 - 373, P. 343-353; Marcadé, Explication du code Napoleon, Tome, 12, éd. 6.1867, N.109, P.85; Molitor, la possession, la revendication, la publicienne et les servitude, 1868, Paris, N.9, P.21

مشار إليه لدى: د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية ص ٥٢٣ وما بعدها

وبالتالى فإن الملكية تؤثر على طبيعة الحيازة (١)

فالحيازة حق شريطة الاستخدام الاقتصادى للشيء ، لأن الحق ما هو إلا عبارة عن مصلحة معترف بها من المشرع وتستلزم حمايته ، فالحيازة متلازمة مع الملكية وهى التى تعطى حق الملكية مضمونه وملكية بدون حيازة لا قيمة لها بذاتها ، فهى التى تعطى حق الملكية استعمال الشيء من الناحية الاقتصادية وهى الشرط الواقعى لاستعمال واستغلال حق الملكية ، والحيازة وإن لم تكن حقاً إلا أنها ستصبح حقاً وتنتج الآثار القانونية المترتبة على الحق (٢).

ويضيفون إلى ذلك حجة أخرى مفادها ، أن الحيازة محمية بواسطة القانون ، فقد نظم لها المشرع دعاوى خاصة بها تتمثل فى دعاوى الحيازة لرد الاعتداء الواقع عليها ، وبالتالي فهى حق ، ولو لم تكن حقاً لما أفردت لها القوانين حماية خاصة بها ، فالحيازة التى تدوم مدة سنة تتحول إلى حق ، وتكون جديرة بالحماية القانونية لافتراض أنها تعبر عن حق ، وبالتالي يوجد ما يسمى بحق الحيازة ، وهو المعبر عن مصلحة يحميها القانون (٣).

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه يرون أن الحيازة حق يمثل السلطة الممارسة على العين وحق ينطوى على جميع العناصر الأساسية للحق ، إلا أنهم اختلفوا فى نوع هذا الحق ، فمنهم من يقول بأن حق الحيازة يتطابق مع الملكية ، ومن ثم فهو يتأثر بالملكية دائماً ، فهو آذن حق عينى ، ومنهم من يرى أنها ليست بحق عينى أو حق شخصى ، فهى ليست بحق عينى لأنها لا تمنح الحائز مكنة تتبع حيازة الشيء إلا ضد من اغتصب الحيازة ، كما أنها ليست بحق شخصى لأنها لا تمثل علاقة دائنية بين شخصين ، وإنما هى حق له صفته الخاصة ، وطاقته التى تكمن فى الدعوى التى تحميها (٤) . فأصحاب هذا الاتجاه يرون أن الحيازة حق ولكنهم يختلفون فى تحديد طبيعة هذا الحق فمنهم من يقول بأنه حق عينى يوضع بجوار حق الملكية ، ومنهم من يقول بأنه حق من نوع خاص .

(1) Ihering, Texte le code civil Allemand , 1889, P.144, Du fondement de la protection possessorie. 1875, P.132, Cité par Trigeaud, la possession, N.262, P.343-344 .

(2) Ihering, Théorie simplifiée....N.6, P.234 , Du role de la volonté...., P.274 , cité par Trigeaud, la possession, N.368, P.347, N.371-372 , P. 352 .

(3) Marcadé, Exepliation du code Napoleon , P.95.

مشار إليه لدى : د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٢٤

(4) Molitor, la possession., N. 11, P.29 cité par Trigeaud, la possession., N.360, P.341 - 342 .

مشار إليه ايضا لدى د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٢٩

الاتجاه الثاني: الحيازة ذات طبيعة مختلطة :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحيازة ذات طبيعة مزدوجة، فهي تتناوب ما بين الواقعة المادية والحق على حسب الزاوية التي ينظر منها إلى الحيازة سواء من ناحية الركن المادى أو من ناحية الركن المعنوى. فمن ناحية الركن المادى للحيازة، فهو يمثل السيطرة المادية على الشئ ويمنع الغير من التصرف فيه عندما يحوز الشئ بصفته مالكاً له، ومن هذه الزاوية تعتبر الحيازة واقعة مادية، وهو ما أطلق عليه سافيني لفظ *Etat* دلالة على الواقعة المادية.

أما من ناحية الركن المعنوى فهو يمثل الإرادة لدى الحائز بقصد ممارسة حق، وهذا القصد الذى يخلق حق يتمثل فى الانتفاع بحق الملكية، فالحيازة الحقيقية تكون مرتبطة بحق يعطيه القانون لمن يحوز الشئ بصفة مالك، فمركز الحائز يكون متشابهاً مع مركز صاحب حق الملكية^(١).

والحيازة حق - كما حدده سافيني - مستقل بذاته ولا يخضع لكل قواعد القوانين المدنية الموضوعة لاكتساب وفقد الحقوق، وهو حق لا ينتقل إلى الخلف، فهي حق جديد لدى كل شخص، ولا يقوم دائماً على أعمال مشروعة، فالحيازة ليست واقعة مادية بحيث تؤدي إلى اكتساب الحق، بل تتراوح ما بين الواقعة المادية والواقعة القانونية، ومن هنا تكون واقعة مادية منظور إليها فى ذاتها، وهي حق منظور إليها من ناحية النتائج التى سترتب عليها^(٢).

الاتجاه الثالث : الحيازة واقعة مادية :

يرى أنصار هذا الاتجاه - وهو الغالب فى الفقه - أن الحيازة واقعة مادية وليست حقاً^(٣)، فهي واقعة مادية قوامها أعمال السيطرة المادية التى يباشرها الحائز على الشئ محل الحيازة، فهي وإن كانت فى غالب الأحوال متطابقة مع الملكية إلا أن ذلك لا يصدق فى جميع الأحوال، إذ قد توجد الحيازة بدون الحق،

(1) Savigny, Traité de la possession en droit Romain, traduction par staedtler, éd 7, 1870, Paris, N.4, P., 20, N.5, P.20-27, N.9, P.91 29 cité par Trigeaud, la possession., N.345 - 358, P. 337 - 340.

(2) Savigny, Traité de la possession, N.5, P.20-27 cité par Trigeaud, la possession., N.357, P.340,

ومشار إليه أيضاً لدى د. محسن البيه - مشكلات ضم الحيازة - بند ٢٢ ص ٢٢، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٣٠ وما بعدها.

(٣) منهم على سبيل المثال :

د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٠ ص ٥١٢ - ٥١٣، د. عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٧٨ ص ٤٨٩، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥١ ص ٧٨٥، د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٧ ص ١٣٠، د. كامل مرسى ج ٤ بند ١٤ ص ١٤، محمد عبداللطيف - الحيازة - بند ٣ ص ٢، د. مصطفى احمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٣٨، د. رمضان ابو السعود الحقوق العينية الأصلية ص ٣٧٠.

Baudry et Tissier, N,203, P.166 ; Aubry et Rau, II, N,177,P:116 ; Mazeaud et Chabas, II,N,1409,P.188; Larroumet, droit civil,II,N.65,P.47.

وبالتالى فهي ليست متلازمة دوماً مع الحق، إذ من الممكن أن يضع الحائز يده على الشئ بدون أن يكون صاحب حق، أما الملكية فدايماً تعبر عن حق^(١).

فالحيازة ليست بحق عيني لأنها لا تعنى الملكية، كما أنها ليست حقاً عينياً مشتقاً من حق الملكية، فالحقوق العينية محددة على سبيل الحصر، والحيازة ليست احد هذه الحقوق، كما أنها لا تحول الحائز سلطة تتبع الشئ تحت يد الغير، إذ لو كانت حقاً عينياً لأعطت الحائز مكنة تتبع العين تحت يد الغير، كما لا يمكن القول بأنها حق شخصي، فالحق الشخصي يقوم على علاقة دائنية بين دائن ومدين والحيازة لا تقوم على هذه الفكرة، ولا يمكن القول بأنها حق من نوع خاص، لأنها ليست حقاً قائماً بذاته كما في الحقوق العينية كالملكية أو غيرها من الحقوق العينية الأخرى^(٢).

فالحيازة وإن كانت سبباً لكسب الحق، إلا أنها ليست بحق أصلاً، فطبقاً لمفهوم النظرية الشخصية للحيازة والتي تستلزم عنصر القصد في التصرف في الشئ كصاحب حق، فإن القصد يعنى أن تكون أعمال السيطرة التي يقوم بها الحائز مقترنة بنية استعمال الحق وهذا القصد لا يخرج الحيازة عن كونها واقعة مادية^(٣).

وطبقاً للنظرية المادية للحيازة، فإن الركن المعنوي يتمثل في أن تكون أعمال السيطرة المادية تنصب على الحيازة المادية، وهذا يكون أفصح دلالة على أن الحيازة واقعة مادية، ومن ثم تكون الحيازة في كلتا النظريتين واقعة مادية^(٤). فالقول بأن الحيازة حق ينطوى على شئ من التناقض، لأن هذا القول يتضمن عدم الاعتراف بالصفة المادية الملازمة للركن المادى للحيازة^(٥)؛ ويضيفون إلى ما سبق قولهم، وبالرغم من أن الحيازة واقعة مادية إلا أنها تنطوى على سيطرة على الشئ محل الحيازة، كما لو كان الحائز صاحب حق^(٦)، وهى تؤدي إلى نتائج قانونية هامة، فقد اعتبرها المشرع قرينة على الحق كما أنها مصدر لكسب الحقوق العينية وقد خصها المشرع بحماية مستقلة عن حماية الحق نفسه فالحائز متى استوفت حيازته الشروط القانونية له اللجوء إلى استعمال دعاوى الحيازة بصرف النظر عن كونه صاحب حق أو لا يستند إلى حق^(٧).

(١) د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٧ ص ١٣٠.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥١ ص ٧٨٥، محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٣ ص ٢-٣.

Baudry et Tissier, N. 203, P. 166

(٣) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥١ ص ٧٨٥ - ٧٨٦

(٤) Trigeaud, la possession, N. 361, P. 343.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٠ ص ٥١٣،

(٦) د. عبد المنعم البدراوي - الحقوق العينية الأصلية - بند ٤٧٨ ص ٤٨٩ - ٤٩٠.

د. محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ١٢٥ - ١٢٧ ص ١٢٧ - ١٣٠.

Mazeud et Chabas, II, N. 1416, P. 192.

وخلاصة القول في هذا الاتجاه أن الحيازة واقعة مادية تنتج آثارا قانونية، وتبتعد عن فكرة الحقوق العينية أو الشخصية، ولا يمكن القول بأنها حق، بل هناك بعض الحقوق الممنوحة للحائز والمرتبة على الحيازة^(١).

تقدير الاتجاهات السابقة

إن الاتجاه الأول القائل بأن الحيازة حق، قول لا يمكن التسليم به، لأن الحيازة وإن كانت مظهرا لحق وتمثل ممارسة فعلية له إلا أنه لا يمكن القول بأنها حق، فلو أجرينا على الحيازة تقسيم الحقوق إلى عينية وشخصية، نجد أنها ليست بحق عيني، لأن الحقوق العينية محددة بواسطة القانون، ولا مجال لإرادة الأفراد في إنشاء حقوق عينية سواها، كما أنها ليست بحق شخصي، فالحق الشخصي يقوم على علاقة دائنية تربط بين شخص دائن بالالتزام، وبين شخص آخر مدين بالالتزام. والحيازة ليست قائمة على علاقة دائنية بين شخصين أحدهما يسمى الدائن بالالتزام في مواجهة شخص آخر مدين بالالتزام. كما لا يصح الاستناد إلى الحماية المقررة للحيازة للقول بأنها حق، انطلاقا من مبدأ أنه لا دعوى بدون حق، لأن الحماية المقررة للحيازة، تأتي بمناسبة الحيازة للدفاع عن السلام الاجتماعي والأمن العام. وليس جوهرها حماية حق، كما لا يمكن القول بأنها حق باعتبار أنها ستكسب حق، لأن تكييف الحيازة لا بد أن يعتمد على حالتها الذاتية الراهنة، وليس بالاعتماد على نتائجها التي ستترتب عليها، فهي إذن ليست بحق عيني أو حق شخصي ولا تسعف نتائجها للقول بأنها حق.

أما الاتجاه القائل بأن الحيازة واقعة مختلطة تتعاقب بين الواقعة المادية والحق، فهي من ناحية الركن المادي تعتبر واقعة مادية ومن ناحية الركن المعنوي تعتبر حقا وإذا كانت الملاحظة الأولى صادقة بمعنى أن الركن المادي يقوم على أعمال سيطرة مادية، إلا أن تكييفها على أساس أنها حق استنادا إلى العنصر القصدى لا ينهض حجة على القول بأنها حق، فلا يجوز الارتكان إلى أحد أركانها لتحديد طبيعتها القانونية بل لا بد أن تكييف كواقعة متكاملة بجميع أركانها ووفق حالتها الراهنة لا باعتبار نتائجها، ولا يمكن أن تتراوح طبيعة الحيازة بين الواقعة المادية وبين الحق، بل دائما تكون لها طبيعة قانونية واحدة.

أما الاتجاه الثالث القائل بأن الحيازة واقعة مادية هو التكييف الصحيح للحيازة، لأن الحيازة دائما واقعة مادية رغم وجوب توافر العنصر القصدى لها، ولو نظر إليها من ناحية من يقول أنها واقعة قانونية^(٢) فهذا لا يغير من طبيعتها المادية في شيء، لأن المقصود بالواقعة القانونية هي كل واقعة أو حدث.

(١) Baudry et Tissier, N,203 ,P.167.

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٥٤٠، وهناك من يقول أن الحيازة واقعة مادية وواقعة قانونية لأنها محمية بواسطة القانون.

يرتب عليها القانون أثراً معيناً، والواقعة القانونية تنقسم بدورها إلى وقائع قانونية طبيعية تحدث بفعل الطبيعة ومستقلة عن نشاط العنصر البشري، وإلى وقائع قانونية تتصل بفعل الإنسان سواء حدثت عن إرادة منه أو بدون إرادته، والأخيرة بدورها تنقسم إلى مادية وإلى تصرفات قانونية^(١)، ووفقاً لذلك فإنها تندرج في عداد الوقائع المادية التي للإنسان دخل فيها، وفي النهاية نجد أن الحيازة واقعة مادية.

فالحيازة على هذا النحو واقعة مادية إرادية، تلعب فيها إرادة الإنسان دوراً يأخذه القانون بعين الاعتبار، فالشخص يمارس أعمال السيطرة المادية وفي ذات الوقت يريد النتائج التي يرتها القانون على هذا العمل المادي، ووفقاً لما تقدم يمكن الجزم بأن الحيازة ليست حقاً بل تكيف على أساس أنها واقعة مادية إرادية.

وبرغم أن الحيازة واقعة مادية^(٢)، إلا أنها تعتبر سبباً لكسب الحق، كما أنها تؤدي إلى إنشاء مركز قانوني واقعي للحائز، والمركز القانوني هو كل امر واقع يمثل مصلحة لدى شخص ما يعترف به القانون ويحميه^(٣). فالحيازة هي أمر واقع يتمثل في أعمال السيطرة المادية التي يقوم بها الحائز على العين محل الحيازة، وهذا المركز يمثل مصلحة لدى الحائز تكمن في كسب الحق العيني المدعى ممارسته على العين أو كسب الثمار أو إعفاؤه من الإثبات، وهذا المركز ينشأ في كنف القانون إذا توافرت أركانه وشروطه، ويقرر القانون حماية ذاتية له بصرف النظر عن الآثار الأخرى التي تترتب عليه.

فالحيازة باعتبارها واقعة مادية تؤدي إلى إنشاء مركز قانوني واقعي للحائز^(٤)، وهذا المركز يستقر له بحكم القانون^(٥)، ويفرض على الغير احترام هذا المركز، وبذلك يحمي القانون هذا المركز الواقعي منظوراً إليه في ذاته. دون النظر إلى الآثار الأخرى التي تترتب عليه.

(١) انظر في تعريف الواقعة وأقسامها . د. عبد المنعم البدر اوى - المدخل إلى القانون الخاص - بند ١٩٦ ص ٢٨٧ - ٢٨٨

(٢) " التملك بوضع اليد واقعة مادية نقض ١٩ / ٢ / ١٩٥٣ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧٠ ص ٤٥٥ ، ١٩٥٢/٥/٢٩ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٧١ ص ٤٥٥

(٣) د. محمد ابراهيم دسوقي - التعاقد اخلاصاً بحقوق الغير - طبعة ١٩٨٥ - دار إيهاب للنشر والتوزيع بسيوط - بند ٦١ ص ١٤٥

(٤) نقض ١٩٤٣/٥/٢٤ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٨٢ ص ٤٥٧

(٥) د. محمد ابراهيم دسوقي - التعاقد اخلاصاً بحقوق الغير - بند ٦٢ ص ١٤٧

المبحث الثاني

حماية الحيابة العقارية لذاتها

رغم أن الحيابة واقعة مادية قد تستند أو لا تستند إلى حق، إلا أن القانون يوليها عناية خاصة بحمايتها كمرکز واقعي، فالحيابة محمية لذاتها وبذاتها^(١)، إذ يجوز لكل من توافرت لديه الحيابة أن يدافع عنها كمرکز واقعي استقر له بحكم القانون^(٢)، ضد أي اعتداء يقع عليها دون النظر إلى مدى شرعية الحيابة أو النظر إلى آثارها الأخرى.

ولا غرابة في حماية الحيابة كمرکز واقعي لكونها تحمي لاعتبارات تتعلق بالمصلحة الاجتماعية متمثلة في حفظ السلام الاجتماعي، وللمصلحة الخاصة للحائز نفسه إذ توفر له ممارسته فعلية للحق ووسيلة إثبات له في ذات الوقت، وبذلك تحمي الحق نفسه، كما أنها إذا دعت بالزمن اعتبرت سببا من الأسباب المكتسبة للحقوق العينية.

ومقتضى حماية الحيابة لذاتها، أن من يجوز عينا ويدعى عليها حقا يكون اهلا لحماية القطنون، ولا يطلب منه إثبات أنه صاحب حق، فما على الحائز سوى إثبات حيازته للعين مع توافر شروطها من استمرار وهدهد وعلانية ووضوح، لكي تكون جديرة بحماية القانون، فإذا انتزعت منه كان له طلب استردادها، وإذا حدث تعرض له فيها كان له طلب منع التعرض الذي يحول بينه وبين ممارسة الحق الذي يدعيه على العين محل الحيابة.

ومن أجل حماية الحيابة لذاتها لم يجعل المشرع من النزاع على الحيابة مجرد مسألة فرعية منبثقة عن النزاع المتعلق بأصل الحق، أو يجعل منها مجرد مسألة أولية يفصل فيها قبل الفصل في النزاع المتصل بأصل الحق، وإنما أفرد لها حماية خاصة بها، وجعل النزاع بشأنها مسألة مستقلة يجب الفصل فيها بذاتها ولذاتها قبل الخوض في النزاع على أصل الحق^(٣).

ومن أجل تأكيد الحماية الذاتية للحيابة تقرر التشريعات قاعدة مفادها عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيابة وبين دعاوى الحق^(٤)، وهذه القاعدة تبرهن على رغبة المشرع في حماية الحيابة باعتبارها مركزا قانونيا دون النظر إلى الحق الموضوعي، فوجود حماية للحق لا يجب أن تؤدي إلى عدم الاستفادة من

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥٥ ص ٧٩٠، د. عبد المنعم البدر اوي - حق الملكية - بند ٣٢٤ ص ٤٢٠.

(٢) د. محمد ابراهيم دسوقي - التعاقد اخلايا بحقوق الغير - بند ٦١ ص ١٤٥.

(٣) د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٥ ص ٣٣٩.

(٤) مادة (٤٤) مرافعات مصري.

الحماية المقررة للحيازة (١)

ونتيجة للقاعدة السابقة يصدد حماية الحيازة لذاتها حظر المشرع على المدعى في دعوى الحيازة أن يطلب حماية حيازته استناداً إلى كونه صاحب حق ، لأن حماية الحقوق يكون بدعاوى خاصة تسمى بدعاوى الحق ، وإذا أراد المدعى في الحيازة حسم النزاع على أصل الحق - بعد رفعه لدعوى الحيازة - فقد قرر المشرع اسقاط دعواه بالحيازة (٢).

كما لا يجوز للمدعى عليه في دعاوى الحيازة أن يدفع هذه الدعوى بحجة أنه صاحب حق ، ولو كان صاحب حق فعلاً فإن ذلك لا يبرر له الاعتداء على الحيازة وعليه ولوج الطرق القانونية لاقتضاء حقه ، كما لا يجوز له أن يرفع دعوى الحق ما دام مدعياً عليه في دعوى حيازة ، ولا سبيل أمامه سوى الانتظار لحين صدور حكم في الحيازة وتنفيذ هذا الحكم ، وإذا استعجل رفع دعوى الحق قبل الحكم في دعوى الحيازة فعليه التسليم بالحيازة بالكف عن التعدي أو التخلي عنها لخصمه (٣).

ولضمان حماية الحيازة لذاتها حظر المشرع على محكمة الحيازة النظر في أصل الحق ، وإنما يجب أن تقتصر على نظر الحيازة لكون الحق مسألة تخرج عن نطاق الحيازة ، ومن ثم يجب أن يكون الإثبات قاصراً على واقعة الحيازة ولا تبحث في المستندات التي يراد بها إثبات الحق ، وإن كان يجوز لها النظر في أدلة الملكية لتقدير مدى توافر أو عدم توافر الحيازة للمدعى على سبيل الاستثناس ، كما لا يجوز لمحكمة الحيازة أن تبني حكمها على أسباب تتعلق بثبوت الحق أو نفيه ، ويجب أن تقيم حكمها على أسباب تتعلق بمدى توافر الحيازة وأركانها وشروطها القانونية ومدى توافر شروط دعوى الحيازة ، ويعتبر حكم الحيازة معيماً إذا استند إلى أسباب تتعلق بثبوت الحق رغبة من المشرع في حماية الحيازة لذاتها (٤).

وتأكيداً لذاتية حماية الحيازة ، لا يجوز لقاضي الحيازة في دعوى منع التعرض أن يعلق ازالة الاعتداء الواقع على الحيازة على شرط رفع دعوى الحق من جانب المدعى عليه خلال أجل معين ، لأن الحكم بالإزالة من مستلزمات منع التعرض وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعرض (٥).

(١) د. فتحي والى - الوسيط في قانون القضاء المدني - قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون (١٣) لسنة ١٩٩٢ ، بند ٦٠ ص ٦٨ .

(٢) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات - الطبعة الأولى ١٩٨٦ - الناشر دار الفكر العربي ص ١٧٠ - ١٧١ ، د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٠ - ٦٣ ص ٩٨ - ١٠٦ .
(٥) عكس ذلك : د. السنهوري - الوسيط - ٩ - بند ٣٣٨ ص ٩٤١ ، نقض ١٩٥٨/٢/١٣ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ١٧ ص ١٤٩ حيث قضى فيه بأنه " وإن كانت ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض تنتسج لازالة الأعمال المادية التي يجريها المدعى عليه هو من قبيل اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض إلا أن له في هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة ، فيقضى بها أو يقدر قضاءه في خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع في خلاله الدعوى بالحق " وهذا الحكم محل نظر لاقحامه دعوى الحيازة مع دعوى الحق ويؤدى إلى انتهاك قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق ، كما يؤدى إلى الوقوع في مأزق لأن دعوى الحق من جانب المدعى عليه تكون غير مقبولة بنص القانون قبل تنفيذ حكم الحيازة ، وفي نفس الوقت يكون تمام التنفيذ معلق بنص الحكم على رفع تلك الدعوى ، ومن ثم فهو يؤدى إلى استحالة تنفيذ حكم الإزالة =

ورغم تأكيد المشرع على حماية الحيازة لذاها ، ورغم الضمانات التي قررها لاستقلال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق إلا أنه تأثر بالصلة الوطيدة بين الحق والحيازة وظهر ذلك بصدد دعوى وقف الأعمال الجديدة ، حيث نص في المادة (١/٩٦٢) من القانون المدني المصري على أن :

" ٢ - وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا الوقف ، متى تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته "

وقد انتقد البعض هذا النص بحجة أنه يتجاهل الطبيعة الموضوعية لدعوى وقف الأعمال الجديدة ، من كونها دعوى تهدف إلى توفير حماية نهائية للحيازة كمرکز قانونى يختلف عن الحق ، ولا يستقيم هذا النص إلا مع اعتبار دعوى وقف الأعمال الجديدة دعوى وقتية الهدف منها مساعدة دعوى الحق ، وهذا القول لم يأخذ به المشرع المصرى لأنه اعتبر هذه الدعوى دعوى حيازة تحمى الحيازة كمرکز قانونى مستقل ، وأن الفصل فيها يكون على أساس ثبوت الحيازة القانونية وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها (١) كما أن هذا النص يهدر مبدأ استقلال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق ، لأنه يفرض على من حكم لصالحه أن يرفع دعوى الحق لاحقة لدعوى وقف الأعمال الجديدة لاسترداد الكفالة التى أودعها المحكم والمشرع بذلك يفرض على المحكوم له اثبات حقه فى دعوى الحق بعد أن اعترف له بحقه فى دعوى الحيازة ، وهو بهذا القول يفترض أن دعوى وقف الأعمال الجديدة مرحلة أولية قبل الفصل فى دعوى الحق بما يتنافى مع اعتبارها دعوى موضوعية تحمى الحيازة لذاها ، وهذا يتعارض مع الغرض الأساسى من حماية الحيازة لذاها بدعاوى الحيازة ، وإعفاء الحائز من رفع دعوى موضوعية لمشقة الإثبات فيها اكتفاء بدعاوى الحيازة (٢) .

وإذا كان نص المادة (٢/ ٩٦٢) من القانون المدني المصرى يوحى بالخلط بين حماية الحيازة لذاها وبين حماية الحق ، على أساس أن المشرع يقصد بعبارة " حكم نهائي " أنه الحكم النهائى الصادر فى دعوى

= واستحالة رفع دعوى الحق ، وإزاء هذا الوضع لا يجوز لقاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض تعليق الإزالة على شرط رفع دعوى الحق من قبل المدعى عليه خلال أجل معين . أنظر د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٥ ص ٣٣٩ .

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٣ ص ١٠٥ ، هـ (٢٤١) .
(٢) د. محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى والتجارى - طبعة ١٩٨٩ ص ١٠٦ .

الحق - كما ذهب البعض^(١) - إلا أنه يمكن أن تفهم هذه العبارة على أساس أن المشرع يقصد الحكم النهائي الصادر في دعوى وقف الأعمال الجديدة لا دعوى الحق . ويعزز هذا التفسير أن ألفاظ النص لا تقطع بأن المقصود بالحكم النهائي هو الحكم الصادر في موضوع دعوى الحق ، كما هي لا تحول دون الفهم على أنه الحكم النهائي الصادر في دعوى الحيابة ، لأن عبارات النص تتكلم عن تعويض الخائر إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته^(٢) ، وبهذا التفسير يستقيم تقرير المشرع لنظام الكفالة في دعوى الحيابة مع حماية الحيابة لذاهما دون النظر إلى أصل الحق .

وخلاصة القول أن المشرع يحمى الحيابة لذاهما كمركز قانوني مستقل عن الحق الموضوعي ، ولا يجوز الخلط بين الحماية المقررة للحيابة والحماية المقررة للحق ، وأن وجود الحماية المقررة للحق لا يحول دون الاستفادة من الحماية المقررة للحيابة .

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٣ ص ١٠٤ ، د. عبد المنعم الشرفاوى - شرح المرافعات المدنية والتجارية - قانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ - طبعة ١٩٥٠ - دار النشر للجامعات المصرية - بند ٥٨ ص ٩٦ .
(٢) د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٣٤ ص ٣٧٣ ، هـ (١) .

... the ... of ...
 ... the ... of ...
 ... the ... of ...
 ... the ... of ...
 ... the ... of ...

... the ... of ...
 ... the ... of ...
 ... the ... of ...

[Footnote text, partially illegible]

القسم الثانى حماية الحيازة فى العقار

- الباب الأول : أسباب وتطور ونطاق حماية الحيازة العقارية
الباب الثانى : حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد
الباب الثالث : حماية حيازة العقارات المملوكة للدولة
الباب الرابع : دور النيابة العامة فى حماية الحيازة العقارية

الباب الأول

أسباب وتطور ونطاق حماية الحيابة العقارية

الحيابة واقعة مادية تستند أو لا تستند إلى حق ومن ثم يكون الحائز أحد شخصين ، إما صاحب حق أو ليس صاحب حق، ورغم أن الحيابة واقعة مادية إلا أن القانون أولاها عناية فائقة ، لا تقتصر على تنظيم أركانها وشروطها وبيان آثارها ولكن أفرد لها حماية خاصة بها بصرف النظر عن أساس الحق .

وإذا كان الحائز صاحب حق فيثور تساؤل عما إذا كانت الحماية المقررة للحق تغني عن الحماية المقررة للحيابة ، وإذا لم يكن الحائز صاحب حق فيثور التساؤل عن الأسباب التي حدثت بالمشرع إلى حماية الحيابة لذاتها أو بمعنى آخر ما هي الأسباب التي حملت المشرع على حماية الحيابة لذاتها دون النظر إلى أصل الحق ؟. كما ينبغي التعرف على الخصائص التي تتميز بها حماية الحيابة عن حماية الحق .

وحماية الحيابة العقارية ليست وليدة التشريعات الحديثة بل هي موعلة في القدم بدء من القانون الروماني ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي وجميع التشريعات الحديث ومنها القانون المصري .

ودراسة حماية الحيابة العقارية يقتضى التعرض لأسباب الحماية ثم تطورها ثم بيان نطاقها من حيث العقارات ومن حيث الحقوق ، كما ينبغي التعرف على مضمون الحيابة العقارية محل الحماية سواء من ناحية الحماية المدنية أو من ناحية الحماية الجنائية .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : أسباب وخصائص وتطور ونطاق حماية الحيابة العقارية .

الفصل الثانى : مضمون الحيابة محل الحماية .

بایگ سلسله

تاریخچه و اهمیت اسناد و مدارک دولتی

اسناد و مدارک دولتی یکی از مهم‌ترین منابع اطلاعاتی برای دولت و شهروندان است. این اسناد شامل اسناد دولتی، اسناد خصوصی و اسناد عمومی می‌باشد. اسناد دولتی شامل اسنادی است که توسط دولت صادر می‌شود و اسناد خصوصی شامل اسنادی است که توسط افراد صادر می‌شود. اسناد عمومی شامل اسنادی است که توسط سازمان‌های دولتی صادر می‌شود. اسناد و مدارک دولتی دارای اهمیت بسیار است زیرا می‌تواند به شهروندان کمک کند تا حقوق خود را بشناسند و به دولت کمک کند تا خدمات بهتری ارائه دهد. اسناد و مدارک دولتی همچنین می‌تواند به محققان و مورخان کمک کند تا به درک بهتر تاریخ و فرهنگ یک کشور دست یابند.

اسناد و مدارک دولتی در طول تاریخ به روش‌های مختلفی نگهداری شده است. در گذشته، اسناد معمولاً به صورت دست‌نویس و در کتابخانه‌های دولتی نگهداری می‌شدند. با پیشرفت تکنولوژی، اسناد به صورت دیجیتال و در پایگاه‌های داده‌ای نگهداری می‌شوند. این روش‌ها باعث شده است تا اسناد و مدارک دولتی به راحتی قابل دسترس باشند و به شهروندان کمک کند تا به اسناد خود دسترسی پیدا کنند.

اسناد و مدارک دولتی همچنین می‌تواند به دولت کمک کند تا به تصمیم‌گیری‌های بهتری دست یابد. اسناد و مدارک دولتی می‌تواند به دولت کمک کند تا به شناسایی مشکلات و نیازهای شهروندان دست یابد و به ارائه خدمات بهتری به شهروندان کمک کند. اسناد و مدارک دولتی همچنین می‌تواند به دولت کمک کند تا به شناسایی فرصت‌های جدید و به توسعه کشور کمک کند.

در ادامه به بررسی اسناد و مدارک دولتی خواهیم پرداخت.

اسناد و مدارک دولتی شامل اسنادی است که توسط دولت صادر می‌شود.

اسناد و مدارک دولتی همچنین می‌تواند به دولت کمک کند تا به تصمیم‌گیری‌های بهتری دست یابد.

الفصل الأول

أسباب وخصائص وتطور ونطاق حماية الحيازة العقارية

حمى المشرع الحيازة لأسباب عديدة ، فقد تكون أسباب الحماية اجتماعية تتمثل في المحافظة على السلام الاجتماعي ، كما قد تكون أسباباً خاصة تتمثل في حماية مصلحة للحائز ، كما قد تكون أسباباً اقتصادية انطلاقاً من الرغبة في استغلال العقار وتوفير حماية لمن يحوزه ويستغله اقتصادياً . كما أن للحماية المقررة للحيازة خصائص تميزها عن الحماية المقررة للحق لكون الحيازة تحمي دون النظر إلى أصل الحق .

وحماية الحيازة ليست وليدة التشريعات الراهنة ولكن تمتد بجذورها إلى القانون الروماني ثم القانون الفرنسي القديم والحديث ثم انتقلت إلى غالبية التشريعات المعاصرة . كما أن حماية الحيازة نطاقاً معيناً من حيث طبيعة وصفة العقارات المحمية حيازتها وكذلك من حيث الحقوق .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

- المبحث الأول : أسباب حماية الحيازة العقارية .
- المبحث الثاني : خصائص حماية الحيازة العقارية .
- المبحث الثالث : تطور حماية الحيازة العقارية .
- المبحث الرابع : نطاق حماية الحيازة العقارية .

المبحث الأول

أسباب حماية الحيازة العقارية

الأسباب التي حدت بالمشرع إلى حماية الحيازة العقارية متعددة ، فالمصلحة الاجتماعية لها اعتبار أساسي في حماية الحيازة ، كما أن المصلحة الخاصة للحائز تمثل أحد أسباب حماية الحيازة ، وأخيراً المصلحة الاقتصادية تؤخذ بعين الاعتبار كأحد أسباب الحماية للحيازة .

أولاً : المصلحة الاجتماعية في حماية الحيازة العقارية :

المصلحة الاجتماعية هي الإطار العام الذي يحيط بالمشرع عند سنه للقوانين ، إذ يجب أن يتغنى القانون بتحقيق المصلحة العليا للمجتمع ، ومن منطلق مفهوم المصلحة الاجتماعية يحمي المشرع الحيازة لذاتها سواء آكانت تستند أو لا تستند إلى حق ، إذ إن الصالح العام المتمثل في ضرورة المحافظة على السلام والأمن العام يقتضى حماية الحيازة لذاتها .

فالمصلحة الاجتماعية تقتضى حماية الحيازة باعتبارها تمثل الأمر أو الوضع الواقع والظاهر لما في حمايته محافظة على الأمن والنظام العام للمجتمع ، فالشخص الذى يظهر في عالم الواقع بمظهر صاحب حق على العين محل الحيازة يستحق حماية حيازته إلى أن يثبت أنه ليس صاحب حق ، فإذا كان صاحب الحق يزعم أن الحائز ليس صاحب حق ، أو أن حيازة الحائز تمثل اعتداء على حقه ، و أن الحائز لا سند له في حيازة العين فلا يجوز له اقتضاء حقه بنفسه ^(١) .

فمن المقرر أنه لا يجوز لأحد أن يصنع العدالة لنفسه باقتضاء حقه بنفسه ، فإذا ادعى شخص أن الحائز ليس صاحب حق فما عليه إلا اللجوء إلى السبل القانونية لاقتضاء حقه ، يثبت أنه صاحب الحق وأن الحائز متعدي على حقه ، فلو أجاز لكل واحد أن يقتضى حقه بنفسه لعدنا إلى شريعة الغاب حيث تسود القوة والغلبة محل سيادة القانون ، ويفتح باب الصراع بين أفراد المجتمع باستخدام وسائل العنف مما يهدد السلام الاجتماعى والأمن العام ^(٢) .

(١) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٤٠ ، د. أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية بند ١١٥ ص ١٢٥ ، د. محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٢٩ ص ٧٧ ، د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر - مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر - مصر - طبعة ١٩٢١ بند ٤٥١ ص ٣٤٧ ، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٤١٥ .

(٢) د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - بند ٧٢ ص ٨٦ .
Mazeud et Chabas, II.N.1414, P.191 ; Alex Weill, droit civil, II.N. 360, P.319;
Enc.D., 1995, I.vo. Action Possessoire, N.23-P.4.

فاحترام الحيابة وحماتها كمركز واقعي وعدم التعرض لها إلا بالوسائل القانونية أمر تقتضيه المصلحة الاجتماعية العامة ، ولو كان الحائز مجرد مغتصب مادامت حيازته استقرت هادئة وظاهرة ، فتكون جديرة بحماية القانون ، إلى أن يبادر صاحب الحق لاقتضاء حقه باللجوء إلى السبل القانونية ، فليس من المقبول ترك صاحب الحق يقتضيه بنفسه ويعتدى على حيازة الحائز ولو كان الحائز مغتصباً بحجة الدفاع عن حقه ، وإلا عدنا إلى نظام القضاء الخاص حيث الغلبة للقوة ، ويعد السماح بذلك تهديداً للمصلحة الاجتماعية العامة المتمثلة في المحافظة على السلام الاجتماعي والأمن العام^(١) .

فمع تطور العصور اختفى نظام العدالة الخاصة التي كانت سائدة في العصور القديمة ، حيث كان يسود مبدأ اقتضاء الفرد حقه بيده ويصنع العدالة بنفسه ، ثم ظهر مبدأ العدالة الاجتماعية وبعقباتها لا تجيز الدولة للفرد أن يقتضى حقه بنفسه بواسطة القوة ، وإنما تفرض على من يدعى حقاً له قبل آخر اللجوء إلى الدولة متمثلة في السلطة القضائية ، طالباً تمكينه من حقه وحمائه بالوسائل القانونية^(٢) .

فلو أتيح لكل مدع حق الاعتداء على حيازة الحائز بدعوى أن الأخير ليس صاحب حقيق على العين محل الحيازة ، لأدى ذلك إلى إهدار المصلحة الاجتماعية العامة ، فذلك المصلحة تفرض على من يدعى أنه صاحب حق وأن الحائز ليس صاحب حق على العين محل الحيازة أن يلجأ إلى القضاء ليبرهن على حقه ويثبت تعدى الحائز عليه ، فإذا أثبت ذلك أمام القضاء وحكم بأحقية المدعى به استطاع أن يجبر الحائز على احترام حقه بالسبل التي حددها القانون وأمام الجهة المختصة والمتمثلة في السلطة العامة^(٣) .

فالمصلحة الاجتماعية لها دور هام في ضرورة حماية الحيازة لذاها كوضع واقعي ظاهر دون النظر إلى ما إذا كان الحائز يستند أو لا يستند إلى حق ، لأنه من غير الجائز التعرض للحيازة باستعمال العنف ضد الحائز لخطر ذلك على النظام العام في المجتمع .

ومن منطلق المصلحة الاجتماعية في حماية الحيازة العقارية تعدد ضروب الحماية ، منها المدنية المتمثلة بصفة أساسية في دعاوى خاصة بما تسمى دعاوى الحيازة ، كما أن الحيازة تضع الحائز في مركز ممتاز يعطائه مركز المدعى عليه ضد من ينازعه حيازته ، وتعفيه من إثبات أنه يحوز حيازة قانونية أو أنه صاحب حق (م ٩٦٣ م مصري) وجعلت الحيازة قرينة على الحق (م ٩٦٤ م مصري)^(٤) ، وذلك باعفاء الحائز من

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥٥ ص ٧٩٠ .

Alex Weill. droit civil, II, N. 360, P. 319 ; Mazeaud et Chabas, II, N. 1414, P. 191.

(٢) د . أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠ ص ٣٣ ، د . عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٥ ص ٢٩ .

(٣) د . فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٢ - طبعة ١٩٩٣ - بند ٤٩ ص ٨٢ ، د . عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - بند ٣٤٢ ص ٥١٣ ، د . جميل الشراوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٨٧ ص ٢٧٨ .

(٤) انظر ما سبق ذكره بصدد إثبات الحيازة ودورها في إثبات الملكية واعفاء الحائز من الإثبات ص ٢٦٨ وما بعدها .

مطالبته بالتدليل على أنه صاحب حق ولا يخفى ما في ذلك الوضع من توفير حماية فعالة للحيازة . ولم تقف دروب الحماية عند حد الحماية المدنية للحيازة ، ولكن تتجلى في القانون الجنائي ، حيث يعاقب المشرع على الدخول في حيازة آخر بغرض الاعتداء على حيازة الحائز بالقوة (م ٣٦٩ - ٣٧٣ عقوبات مصرى) ، ومنعه أو محاولة منعه من الانتفاع بالعين محل الحيازة ، والحماية الجنائية لا تقف عند مجرد تجريم الاعتداء على الحيازة ولكن تذهب إلى إباحة استعمال العنف والقوة بواسطة الحائز لرد الاعتداء الواقع على حيازته استنادا إلى حق الدفاع الشرعى (م ٢٤٦ ع مصرى) ، وهذا الحق مقرر لكل من كانت له حيازة عقارية ولو كانت عرضيه إذ لا يشترط أن تكون الحيازة مستجمعة لاركانها القانونية^(١) .

كما أن المشرع اوجد تنظيمًا تشريعيًا جديدًا لحماية الحيازة العقارية ، حيث أضاف إلى قانون المرافعات مادة تحت رقم ٤٤ مكرر بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ لتنظيم دور النيابة العامة في حماية الحيازة حيث إذا قام نزاع على الحيازة سواء أكان مدنيا أو جنائيا وعرض على النيابة فيجب عليها أن تصدر قرارا وقتيا واجب التنفيذ فورا تحقيقا لحماية فعالة و سريعة للحيازة العقارية^(٢) .

ثانيا : المصلحة الخاصة للحائز في حماية الحيازة العقارية

للحائز مصلحة خاصة في حماية حيازته العقارية لما تخوله له من مزايا عديدة ، والتي تتمثل في الآتي :

١ - الحيازة العقارية ممارسة فعلية للحق :

يعرف الحق بصفة عامة بأنه استئثار شخص بشيء أو بقيمة معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة جديرة بالحماية . فجوهر الحق هو استئثار شخص بقيمه أو شئ بمقتضى القانون ، والأشياء والقيم التي تكون محلا لاستئثار شخص منها المادية كالعقارات ، وعلاقة الشخص بالشئ أو القيمة هي علاقة تسلط وتعنى المقدرة على التصرف بحرية تامة في الشئ موضوع الحق ويكون له من السلطات ما يمكنه من الحصول على جميع مزايا الشئ ، كما أنها علاقة اقتضاء مضمونها أن صاحب الحق يستطيع إجبار الغير على احترام حقه والامتناع عن كل ما من شأنه المساس بهذا الحق وفقا للحماية التي يقرها القانون لهذا الحق ، باعتبار أن الحق يهدف إلى مصلحة مشروعة تستأهل حماية القانون^(٣) .

فالحق يهدف إلى تحقيق مصلحة جديرة بالحماية القانونية ، لأن الحق شئ معنوى لا يقصد

(١) د. محمد على عرفه - ج ٢ بند ٩١ ص ١٦١ ، د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٥٣ ص ٣٤٨ .

(٢) انظر التنظيم التشريعى الجديد لدور النيابة العامة بضد حماية الحيازة ص ٤٨٤ وما بعدها

(٣) د. محمد ابراهيم نسوقى - مبادئ القانون - بند ١٦٧ ص ٢٠٩ ، د. حسام الدين الأهوانى ، د. حمدى عبدالرحمن - اصول القانون - بند ٦٥٣ ص ٥٦٧ .

لذاته وإنما تستهدف من ورائه مصلحة يحميها القانون، فهو ليس غاية ولكن وسيلة لتحقيق غاية مضمونها المصلحة التي تعود على صاحب الحق، وتحقيق تلك الغاية لا يكون إلا بمباشرة واستعمال الحق للحصول على جميع المزايا التي تكمن فيه. فوجود الحق يمر بمرحلتين، مرحلة وجوده أو نشوئه أيا كان مصدر نشأته، ثم مرحلة استعمال الحق ومباشرة^(١)، وهو لا يكون كاملا إلا بمباشرة من قبل صاحبه.

وفي مجال الحقوق العينية نجد أن الحق العيني هو عبارة عن سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص على شئ مادي معين بالذات تحوله الاستنثار بمنافع الشئ تحت حماية القانون فالحق العيني كجميع الحقوق ليس هدفا في ذاته ولكنه وسيلة لتحقيق غاية تتمثل في المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق، والتي تكمن في الحصول على كل منافع ومزايا الحق. ولكي يتمكن صاحب الحق العيني من الحصول على مزايا حقه، يجب أن تكون له جميع المكنت التي تؤهله لتحقيق غايته كسلطة استعمال واستغلال الشئ محل الحق، ولكي يمارس صاحب الحق تلك السلطات يجب أن يكون الشئ في حيازته سواء بنفسه أو بواسطة غيره الذي يجوز لحسابه فإن لم يكن الشئ في حوزة الحائز ما استطاع ممارسة سلطات حقه عليه.

والحيازة العقارية بوصفها سيطرة فعلية على العين محل الحيازة تعطى الحائز وسيلة للممارسة الفعلية للحق العيني العقارى، فمصلحة الحائز الخاصة في حماية الحيازة العقارية تتجلى في كونها ممارسة فعلية للحق ونزع الحيازة من الحائز يعنى حرمان الحائز من الحصول على مزايا حقه^(٢)، فإذا كان الحق العيني العقارى هو حق الملكية فإن وسيلة صاحب الحق في مباشرة حقه والانتفاع به هي حيازة العين محل الحق، ويظل صاحب الحق حريصا على استمرار حيازته للعين لكي يتمكن من الاستمرار في مباشرة حقه.

وعندما يثور نزاع حول مدى أحقية الحائز في الحيازة، فإن الحائز يقف موقف المدعى عليه ولا يطلب منه إثبات حقه في الحيازة لكونه يمارس مزايا الحق، وإنما يلقي العبء على عاتق خصمه المحروم من مزايا الحق ولا يمارس على العين حيازة فعلية^(٣)، فالقانون إذن يحمي الحيازة للمصلحة الخاصة بالحائز لكونها تمثل بالنسبة له الممارسة الفعلية للحق.

٢ - حماية الحيازة حماية للحق ذاته :

الحيازة سلطة أو سيطرة فعلية وواقعية على الشئ محل الحيازة، وهي بهذا المفهوم تختلف اختلافا جوهريا عن الحق الذي يعتبر سلطة قانونية، فالقانون هو الذي يقرر الحق ويحميه، أما الحيازة فهي مجرد

(١) سليمان تادروس برسوم - إجراءات الإثبات فى قانون المرافعات - طبعة ١٩٥٣ - الناشر الدار المصرية للطباعة والنشر - الإسكندرية - ص ٧.

(٢) د. وجدى راغب - مبادئ القاء المدنى - ص ١٤٣، د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - بند ٧٢ ص ٨٦.

(٣) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٤٣.

أمر واقع تنتج آثارها بصرف النظر عن كونها تستند أو لا تستند إلى حق .

ورغم الاختلاف الجوهرى بين الحيازة وبين الحق إلا أنها ليست بمنأى عنه ، إذ تعتبر في غالب الأحوال أنها مستندة إلى حق ، فالوضع الغالب أن الحائز يجوز بناء على حق ، ففى واقع الحياة العملية نجد أن من يجوز العين هو غالباً مالكيها، ومن هذا المنطلق يحمى المشرع الحيازة لذاً باعتبار أن من يجوز هسو مالك الشئ أو صاحب حق ، فحماية الحيازة تعتبر حماية للمالك نفسه و حماية للملكية ذاتها^(١) .

ووسائل الحماية المقررة للحيازة تَهدف إلى حماية الحق ، فمن خلال الحيازة كواقع نستطيع أن نتعرف على الحق ونحميه ، فهى مقدمة لحماية الملكية^(٢)، فالهدف من حماية الحيازة هو حماية الحق من الاعتداء ، بوسيلة ميسرة وأسرع من الحماية المقررة - أساساً - للحق ، من خلال القرينة التى تقضى بأن الحيازة القانونية قرينة على الملكية أو على الحق (م ٩٦٤ م مصرى) .

فتعتبر الحيازة هى خط الدفاع الأول عن الحقوق ذاتها، لأن صاحب الحق قد يرى أن من مصلحته التمسك بالحيازة لكونها أسهل إثباتاً من الحق وقد يقنع فى نهاية الأمر بذلك إذا لم يحتج إلى وسائل أخرى للدفاع عن حقه^(٣)، فالمشرع عندما قرر حماية الحيازة هدف من وراء ذلك حماية الملكية بطريق غير مباشر^(٤)، أو بعبارة أشمل يمكن القول أن المشرع يهدف بطريق غير مباشر إلى حماية الحق ذاته باعتبار أن الحيازة قرينة على الحق ، فطالما لم يثبت أن الحائز ليس صاحب حق كانت له الحيازة إذ يكفيه التمسك بالحيازة ليفترض أنه صاحب حق .

فحماية الحيازة توفر حماية سريعة وفعالة للحق لوقوف الحائز فى مركز المدعى عليه وهذا المركز يوفر له ميزة فى مواجهة صاحب الحق لأن صاحب الحق يوضع فى مركز المدعى فى دعوى الحق وهذا الوضع يجعله فى موقف حرج ودقيق ، إذ قد لا تتوافر لديه الأدلة الكافية لإثبات حقه ، ولأجل تلك الاعتبارات رسم القانون لصاحب الحق طريقاً أسرع وأيسر يتمثل فى التمسك بحماية الحيازة

(١) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٤٣ ، د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٤ ص ٣٣٨ ، د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٥١ ص ٣٤٧ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥٥ ص ٧٩١ .

Mazeaud et Chabas, II, N.1413, P.190 ; Chevallier et Louis Bach droit civil , P.302 .
(٢) د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٤ ص ٣٣٩ .

Gérard Cornu , droit civil , introduction . les personnes . les biens . septième édition . N.1155 , P.388-389 .

(٣) د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٤ ص ٣٣٩ .
(٤) محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى التشريع المصرى المقارن - الناشر : مكتبة ومطبعة بالجماميز - بند ٤٨٣ ص ٦١٣ ، د. رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية - ص ٣٦٩ .
Pierre Voirint , Manuel droit civil , Tome I . éd 24 , 1993 , par Gilles Goubiaux . Paris , N.543 .

وما على الحائز صاحب الحق سوى إثبات الركن المادى لحيازته بجميع طرق الإثبات لكونه واقعة مادية ، وإذا أثبت قيام الركن المادى افترض لديه الركن المعنوى ومن ثم تكون حيازته قانونية جديرة بالحماية ، وهو بهذا الوضع لم يعد بحاجة إلى دعوى الحق لصعوبة الإثبات فيها ، فإذا لم تسعفه الحماية المقررة للحيازة كان له اللجوء إلى دعوى الحق للمطالبة بحقه ^(١) ، فأهمية حماية الحيازة لذاهما نتجت عنها أهمية أخرى تتمثل في أن حماية الحيازة حماية للحائز صاحب الحق وحماية للحق ذاته .

٣ - الحيازة وسيلة لإثبات الحق :

تقوم الحيازة بدور هام في مجال إثبات الحق ، فمن المعروف أن القواعد العامة تقضى بوقوع عبء إثبات الحق على المدعى ، والمدعى هو الشخص الذى يدعى أمراً على خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً ^(٢) ، وقد يكون هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه على حسب الاحوال .

وفي مجال دعاوى الحق العينية يكلف المدعى بإثبات حقه سواء أكان حق ملكية أو حقاً عينياً آخر ، والإثبات بصدد دعاوى الحقوق العينية كدعوى الاستحقاق أو دعوى تقرير أو نفى الحقوق ، لا ينصب على إثبات الحق ذاته ، ولكن ينصب على السبب المكسب للحق ^(٣) ، فلو أن الأمر تعلق بإثبات حق الملكية فمحل الإثبات لا يكون إثبات حق الملكية نفسه ولكن إثبات السبب الذى أدى إلى كسب حق الملكية أياً كان سبب كسبه ، عقداً أو وصيةً أو تقادماً أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية .

وإثبات الحق أمر شاق فقد لا تسعف صاحب الحق مستنداته في سبيل إثبات حقه مما يجعله في موقف يتنوء به كاهله في بعض الأحيان ، ونظراً لتلك الصعوبة - في بعض الفروض - يساند المشرع صاحب الحق ويسر له سبل إثباته ، بتقرير مجموعه من القرائن تعينه على النهوض بعبء إثبات الحق ، فالمشرع عندما يقرر القرائن في مجال إثبات الملكية أو الحقوق يسر على صاحب الحق في الإثبات ، إذ إن "القرينة القانونية تغنى من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك" (م ٩٩ إثبات مصرى) . فمن تقرر لمصلحته القرينة على أنه مالك أو صاحب حق لم يعوزه الدليل إلى إثبات هذا الحق ، وحسبه التمسك بتلك القرينة ، ويقع على عاتق خصمه إثبات العكس .

ومن القرائن المقررة لإثبات الحق قرينة الحيازة ، إذ اعتبر المشرع أن الحيازة القانونية قرينة على

الحق (م ٩٦٤ م مصرى) ، ولكن من يتمسك بالقرينة القانونية عليه إثبات الواقعة التى تتضمنها ، فإن

(١) د . عبد المنعم الشراوى - شرح المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٧ ص ٦٨ ، د . محمد نور شحاته - مبادئ القضاء المدنى والتجارى - بند ٢٩ ص ٧٧ ، د . فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٤٩ ص ٨٢ .

(٢) د . أحمد نشأت - رسالة الإثبات - الجزء الأول - مطبعة الاعتماد بمصر - بند ٣٦ - ٤٠ ص ٣٢ - ٣٥ ، د . سلمان مرقس - اصول الإثبات - بند ٢١-٢٣ ص ٢٠-٢٦ .

(٣) د . عبد الناصر العطار - إثبات الملكية - بند ٢ ص ١٤ ، حق الملكية بند ١٦-١٧ ص ٤١-٤٢ .

نجح في إثباتها انتقل عبء الإثبات على عاتق الخصم المنازع لإثبات ما يناقض تلك القرينة^(١) ، وفي مجال قرينة الحيازة كوسيلة لإثبات الحق يقع على عاتق الحائز إثبات الواقعة التي تضمنتها ، بإثبات أعمال السيطرة المادية على العين محل الحيازة .

وفي مجال إثبات الحيازة لم يطلب المشرع من الحائز سوى إثبات أعمال السيطرة المادية على العين محل الحيازة ، والتي تتفق مع مضمون الحق الذي يدعيه ، فإن أفلح في إثبات الركن المادى افترض لديه الركن المعنوى بأنه يجوز لحساب نفسه وبنية اكتساب حق ، إذ جعل المشرع الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية وإذا ثبتت الحيازة القانونية قامت بدورها قرينة على الملكية أو الحق ما لم يثبت العكس . فالمشرع أعفى الحائز من إثبات قانونية حيازته بافتراض الركن المعنوى لديه وأعفاه من إثبات الحق طالما أن حيازته قانونية^(٢) .

فبسبب الحيازة يكون الحائز في مركز المدعى عليه ومن ثم ينقل عبء الإثبات إلى عاتق المدعى ليثبت أن الحائز ليس صاحب حق وأنه هو صاحب الحق^(٣) ، وبذلك الوضع تبدو أهمية حماية الحيازة لذاتها باعتبارها وسيلة ميسرة لإثبات الحق، خصوصا وأن إثبات الحيازة يكون إثباتاً لواقعة مادية جائزة للإثبات بكافة الطرق .

كما يظهر الدور الهام للحيازة في مجال إثبات الحق وخاصة حق الملكية لما ينطوى عليه إثبات الملكية من صعوبات جمة إلا أن التقادم المكسب القائم على الحيازة المدعمة بمرور الزمن يوجد حلاً لصعوبة إثباتها، ولولا التقادم لتعذر على صاحب الحق أو المالك أن يقيم الدليل على حقه أو ملكيته ، فلو أراد المالك إثبات حقه لوجب عليه تقديم دليل على أن سنده القانوني قد آل إليه من مالك وأن من تصرف إليه في الحق قد تلقاه بدوره من مالك ، وهكذا يصدق القول على جميع الحائزين السابقين للعين ، فلو ثبت أن أحد سلسلة الملاك المتعاقبين غير مالك تعذر انتقال الحق إلى الحائز الأخير^(٤) .

فتسبب أصول الملكية إلى ما لانهاية أمر في غاية المشقة ، وإلقاء مثل هذا العبء على المالك هو مطالبة بشيء مستحيل ، أو ما يسمى في هذا المجال بالدليل الشيطاني ، وحلا لتلك الصعوبة أوجد نظام التقادم وإذا لجأ الحائز إلى التقادم فما عليه سوى إثبات أنه حائز للعين طوال المدة التي حددها القانون لكسب الحق سواء كان حائزا بنفسه أو بضم مدة حيازة أسلافه فيقوم التقادم وسيلة لإثبات الحق^(٥) . فالتقادم ييسر إثبات الحقوق العينية وخاصة الملكية ، كما أنه يحمي الحق نفسه وبذلك يظهر دور الحيازة في مجال حماية الحقوق وفي مجال إثباتها .

(١) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية بند ١٨ ص ٤٢ .

(٢،٣) راجع ما سبق ذكره بصدد دور الحيازة في الاعفاء من الإثبات ص ٦٦٨ .

(٤،٥) راجع ما سبق ذكره بصدد تيرير نظام التقادم - الاعتبار العملى - ص ١٠٣ .

٤ - الحيابة سبب لكسب الحق :

تحمي الحيابة أيضاً لكونها سبباً لكسب الحق ، فرغم أن الحيابة واقعة مادية قد تستند أو لا تستند إلى حق إلا أنها بعد مرور مدة معينة تكسب الحق ، فالحيابة لها أهمية بالنسبة للحائز الذي لا يستند في حيازته إلى حق فهي توفر له سبباً من أسباب كسب الحق ، وهذا السبب هو ما يسمى بنظام التقادم المكسب .

فقد نصت المادة (٩٦٨) من القانون المدني المصري على أن " من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو صاحب حق عيني على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " ، كما أن المادة (٩٦٩) تنص على أنه " إذا وقعت الحيابة على عقار أو حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن نية ومستدة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " .

ومن تلك النصوص يظهر أن الحيابة تكسب الحائز الملكية أو الحق العيني العقارى إذا استمرت المدة القانونية ، فإذا كان الحائز سئى النية يجب أن تستمر حيازته خمس عشر سنة وهو ما يسمى بالتقادم الطويل (٩٦٨ م مصرى) ، أما إذا كان الحائز حسن النية ولديه سبب صحيح فإنه يكسب الحق بمضى خمس سنوات ، وهو ما يسمى بنظام التقادم المكسب القصير (٦٦٩ م مصرى) ، ووفقاً لهذا الاعتبار تبدو أهمية حماية الحيابة لذاتها لكونها تمثل سبباً لاكتساب الحق إذا دعمت بمرور المدة التي حددها القانون .

ثالثاً : المصلحة الاقتصادية فى حماية الحيابة العقارية

تقوم المصلحة بدور فى حماية الحيابة ، فبالنظر إلى أن الحق ليس غاية فى ذاته وإنما هو وسيلة لتحقيق مصلحة مشروعة وقد تكون تلك المصلحة اقتصادية . فالغرض من الحق العيني هو الحصول على جميع المزايا والمنافع التي تكمن فى مضمون الحق ، وذلك باستعماله واستغلاله بما يعود على الحائز للعين بالمصلحة الاقتصادية ، المتمثلة فى الحصول على مزايا الحق اقتصادياً .

والحيابة باعتبارها هى الممارسة الفعلية للحق ، تقتضى أن تكون العين فى حوزة الحائز يستعملها ويستغلها بالحصول على منافع الحق الذى يدعيه على العين ، فلو كان يحوز عقاراً زراعياً وادعى الحائز أنه يحوزه بصفة مالك يجب أن يباشر عليه سلطات المالك بالتصرف أو الاستغلال أو الاستعمال بقصد تحقيق مصلحة تتمثل فى الحصول على منافع العين الاقتصادية بزراعتها أو إيجارها للغير ، وسواء قام باستغلاله بنفسه أو بواسطة الغير فإنه يحصل على جميع مزايا الحق الاقتصادية .

واستعمال واستغلال مزايا الحق الاقتصادية يعود على الجميع بمنفعة ، لأن استعمال العين واستغلالها يجعلها منتجة بما يعود بمنفعة على الاقتصاد القومى ، فالمالك أو صاحب الحق الذى لا يحوز العين سواء بنفسه أو بواسطة آخر يحوز لحسابه ويترك حيازة العين فى يد الغير يعتبر مسيئاً للمصلحة

الاقتصادية العامة ، أما الحائز النشط الذى يعمد إلى حيازة العين واستغلالها اقتصادياً يستحق حماية القانون ، لأن توفير الحماية للحائز النشط يؤدي في النهاية إلى استغلال الموارد العقارية بما يعود بمنافع على الاقتصاد القومى وتعتبر المصلحة الاقتصادية في القانون الألماني أحد الدوافع التى تستدعى حماية الحيازة^(١) .
ومن منطلق المصلحة الاقتصادية حمى المشرع الحيازة ، بالنظر إلى أن صاحب الحق أو المالك المهمل الذى يترك ماله بدون استغلال اقتصادى لا يستحق حماية القانون ، أما الحائز الذى يستعمل الشئ ويستغله يستحق حماية سريعة وفعالة تتمثل في حماية حيازته ، لأنها تعود بمنفعة على الاقتصاد القومى^(٢) .
والحائز النشط يستحق حماية القانون ولو كان مجرد مغتصب ، إذ تقوم الحيازة قرينة على الحق ما لم يثبت العكس ، والحائز الذى يستغل الشئ اقتصادياً يستحق حماية القانون أيا كان وضعه بالنسبة للحق ، سواء أكان صاحب حق أو لم يكن صاحب حق في الحيازة .

(٢٠١) د . عبد المنعم فرج الصدم - حق الملكية - بند ٣٤٠ ص ٥١٤ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣ ص ٦ ، د . رمضان أبو السعود - الحقوق العينية الأصلية ص ٣٦٩ .
Alex Weill . droit civil , II , N.360, P. 320 ; Mazeud et Chabas , II , N.1414 .P.191.

المبحث الثاني

خصائص حماية الحيابة العقارية

بالنظر إلى الأسباب التي حملت المشرع على حماية الحيابة ، فإن حماية الحيابة العقارية مجموعة من الخصائص التي تميزها عن الحماية المقررة للحق و هذه الخصائص هي :

أولاً : حماية الحيابة العقارية لذاتها

رغم أن الحيابة واقعة مادية قد تستند أو لا تستند إلى حق ، إلا أن القانون يوليها عناية خاصة بحمايتها كمركز واقعي ، فالحيابة محمية لذاتها وبذاتها^(١) ، إذ يجوز لكل من توافرت لديه الحيابة أن يدافع عنها كمركز واقعي استقر له بحكم القانون^(٢) ضد أى اعتداء يقع عليها دون النظر إلى مدى أصل الحق أو النظر إلى آثارها الأخرى .

ولا غرابة في حماية الحيابة كمركز واقعي لكونها تحمي لاعتبارات تتعلق بالمصلحة الاجتماعية متمثلة في حفظ السلام الاجتماعي ، وللمصلحة الخاصة للحائز نفسه إذا توفر له ممارسه فعليته للحق . ووسيلة إثبات له في ذات الوقت وبذلك تحمي الحق نفسه ، كما أنها إذا دعت بالزمن يعتبر سببا من أسباب كسب الحقوق العينية

ومقتضى حماية الحيابة لذاتها ، أن من يجوز عينا ويدعى عليها حقا يكون اهلا لحماية القانون ، ولا يطلب منه إثبات أنه صاحب حق ، فما على الحائز سوى إثبات حيازته للعين مع توافر شروطها من استمرار وهدوء وعلاية ووضوح لكي تكون جديرة بحماية القانون ، فإذا انتزعت منه كان له طلب استردادها ، وإذا حدث تعرض له فيها كان له طلب منع التعرض الذي يحول بينه وبين ممارسة الحق الذي يدعيه على العين محل الحيابة .

ومن أجل حماية الحيابة لذاتها لم يجعل المشرع من التراع على الحيابة مجرد مسألة فرعية منبثقة عن التراع المتعلق بأصل الحق ، أو يجعل منها مجرد مسألة اوليه يفصل فيها قبل الفصل في التراع المتصل بأصل الحق ، وإنما أفرد لها حماية خاصة بما وجعل التراع بشأنها مسألة مستقلة ، يجب الفصل فيها بذاتها ولذاتها قبل الخوض في التراع على أصل الحق^(٣) .

ثانياً : حماية الحيابة العقارية لا يقصد منها إثبات الحق :

تحمي الحيابة لذاتها وبصرف النظر عن أصل الحق ، ومن هذا المنطلق فإن حماية الحيابة لا

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٥٥ ص ٧٩٠ ، د . عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٣٢٤ ص ٤٢٠ .

(٢) د . محمد ابراهيم دسوقي - التعاقد اخلايا بحقوق الغير - بند ٦١ ص ١٤٥ .

(٣) د . أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٥ ص ٣٣٩ .

تهدف إلى إثبات الحق بإثبات سبب نشأته ، وإنما لمن يدعى الحيازة أن يستند إلى واقعة مادية يستطيع إثباتها بكافة طرق الإثبات ، سواء كان صاحب حق أو لم يكن . فالحائز عندما يتمسك بالحيازة فهو يثبت واقعة مادية ، وفي هذا الصدد ما عليه إلا إثبات الأعمال المادية للحيازة كي يفترض لديه العنصر القصدى ، ومن افترض لديه العنصر القصدى افترض أن حيازته قانونيه ، ومادامت الحيازة قانونيه فإنها تقوم قرينة على الملكية ، ومن ثم لا يطلب من الحائز إثبات أنه صاحب حق (١) .

وحرصاً من المشرع على بلوغ الهدف بحماية الحيازة ذاتها ، قرر عدم جواز خلط مسألة الحيازة بأصل الحق وذلك بمناسبة دعاوى الحيازة ، ومن ثم فإن الحيازة توفر للحائز مكنه الدفاع عن حيازته ولو مؤقتاً ضد من ينكر الحيازة الواقعية ، ولو كان النكر في الأصل صاحب حق ما لم يثبت الخصم أنه صاحب حق في الحيازة (٢) كأن يثبت أنه المالك الحقيقي أو أن حيازة الحائز قائمة على الغصب .

فحماية الحيازة لذاتها لا تهدف إلى إثبات الحق ، لأن إثبات الحق ليس موضوع تلك الحماية فمجال إثبات الحقوق هو دعاوى الحق ، كدعوى الاستحقاق بالنسبة للملكية أو دعوى الإقرار أو الإنكار بالنسبة للحقوق العينية الأخرى ، ووفقاً لذلك لا يلقي على عاتق الحائز إثبات منشأ حقه بإبراز المستندات الدالة عليه ، فكل ما يطلب منه إثبات حيازته للعين توصلها إلى حمايتها لذاتها بصرف النظر عن أصل الحق .

وبصدد دعاوى الحيازة لا يجوز الجمع بين دعاوى الحيازة وبين دعاوى الحقوق ، وهذا الحظر يفرض التزاماً على المدعى مفاده أنه لا يجوز له أن يطلب حماية حيازته استناداً إلى أنه صاحب حق ، كما لا يجوز للمدعى عليه أن يدفع دعوى الحيازة بحجة أنه صاحب حق ، كما لا يجوز لحكمة الحيازة أن تبني حكمها في الحيازة على أساس أسباب تتعلق بأصل الحق (٣) .

ثالثاً : حماية الحائز العقارية لا يقصد منها التعويض :

حماية الحائز لذاتها الهدف منها رد الاعتداء الواقع على حيازة الحائز ، ويتخذ الجزاء فيها صورة الجزاء العيني الذي يتمثل في رد الاعتداء ، ومن ثم فهي حماية لا يقصد منها التعويض عن ضرر وقع على الحائز ، وتبعاً لذلك لا يشترط أن يكون هناك ضرر وقع على الحائز ، إذ إن توفر الضرر ليس شرطاً لازماً لطلب حماية الحيازة ، فكل ما يشترط هو وجود ادعاء من المعتدى يعارض مع حق الحائز للعين بما يعرقل عليه الانتفاع بالعين حسب مضمون الحق الذي يدعيه .

فدعاوى الحيازة الثلاث لا يكون الهدف منها التعويض عن فعل ضار أحدثه المعترض أو المعتصب بالحائز ، لأن أساس تلك الدعاوى ليس هو الفعل الخطأ (٤) ، فتلك الدعاوى ليست دعاوى مسئولية ،

(١) انظر ما سبق ذكره بصدد اعفاء الحائز من إثبات الملكية ص ٢٧٥ وما بعدها

(٢) د . أحمد مسلم - أصول المرافعات - بند ٣٠٨ ص ٣٤١ ، د . محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - بند ٩٣ ص ١٠٦ .

(٣) انظر ما سياتي ذكره بصدد الفصل بين دعاوى الحيازة ودعاوى الحق ص ٢٥١ .

(٤) د . عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات - بند ٤٩ ص ٧١ .

وإنما تهدف إلى حماية الحيازة فقط، والضرر ليس شرطا لازما، بمعنى أن التعرض وغصب الحيازة يفتح المجال لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى استرداد الحيازة، ولو لم يكن هناك ضرر وقع على الحائز، كما أنه ليس شرطا كافيا، بمعنى أنه لو تحقق الضرر لا يمكن الاستناد إليه بمفرده لرفع دعوى الحيازة، ما لم يوجد فععل ينطوي على تعرض للحائز في الحيازة أو غصب لها من تحت يد الحائز^(١).

فالتعرض الموجب لرفع دعوى منع التعرض، هو كل عمل مادي أو قانوني يتعارض مع انتفاع الحائز بالعين محل الحيازة، أو يتضمن إنكارا لحيازته، فمادام التعرض ينطوي على إنكار لحيازة الحائز يجوز طلب منع التعرض ولو لم يكن هناك ضرر وقع عليه، بل إن الفعل النافع قد يعتبر ضررا مادام يعتبر إنكارا لحيازة الحائز، كقيام المتعرض باستصلاح العين أو زراعتها، كما أن العمل قد يكون ضارا بالحائز، ومع ذلك لا يكون تعرضا، إذا كان لا ينطوي على إنكارا لحيازة الحائز، كما لو قام شخص بدخول العين محل الحيازة وجنى منها بعض الثمار على سبيل السرقة^(٢).

فحماية الحيازة لا يكون المقصود منها التعويض عن ضرر لحق بالحائز ولا يشترط الضرر لطلب تلك الحماية، لأن الجزء المطلوب فيها هو جزاء عيني - كما في دعوى منع التعرض أو دعوى استرداد الحيازة^(٣) - يتمثل في إعادة العين إلى حائزها أو وقف التعرض الواقع عليها، ومن ثم فإن شرط حماية الحيازة هو وجود عمل من جانب الغير ينطوي على إنكار لحيازة الحائز دون النظر إلى تحقق أو عدم تحقق الضرر للحائز.

رابعا : حماية الحيازة العقارية لا يقصد منها تنفيذ التزام عقدي :

حماية الحيازة لا تستمد وجودها من عقد ولكن مصدرها القانون يحميها لذا، ومن ثم لا يكون الهدف من حماية الحيازة تنفيذ التزام عقدي يربط بين الحائز والمعتدى على الحيازة، لأن الحيازة واقعة مادية لا تمت بصله للعقود وحميتها هي حماية وضع مادي.

ومن ثم لا يجوز للحائز اللجوء إلى دعاوى الحيازة إذا كان انتزاعها أو التعرض لها ناتجا عن عدم تنفيذ التزام عقدي يربط بين الحائز وبين المتعرض أو غاصب الحيازة، ولا يجوز للحائز الذي سلبت حيازته أن يدفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان سلب الحيازة يدخل في نطاق عقدي يربط بين الحائز وبين المعتصب للحيازة، وما على الحائز في هذه الحالة إلا اللجوء إلى دعوى العقد، ليس بهدف استرداد

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٥ ص ٩٢، د. عبد المنعم الشراوى - شرح المرافعات - بند ٤٩ ص ٧١، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٣١ ص ٩٣٣.

(٢) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - ص ١٧٠-١٧١، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٥ ص ٩٢، د. محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٣٨ ص ٨٩ - ٩٠.

(٣) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى - ص ١٦٣، ١٦٩.

الحيازة، وإنما بهدف إجبار المعتصب على تنفيذ التزاماته العقيدية^(١)، ومنها التخلي عن حيازة العين .
كما لا يجوز للحائز رفع دعوى منع التعرض لوقف التعرض الصادر من آخر إذا كان يربط بينه وبين المتعرض عقد، فإذا كان التعرض ناتجا عن عدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد كان على الحائز اللجوء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى منع التعرض. ففي الرهن الحيازي إذا قام الراهن بعمل من شأنه أن يكون تعرضا للمرتن في حيازته في سبيل الانتفاع بالعين المرهونة، فلا سبيل أمامه سوى اللجوء إلى دعوى عقد الرهن لإجبار الراهن على تنفيذ التزامه العقدي المتولد عن عقد الرهن بتسلمه العين، ولا يجوز له اللجوء إلى دعوى منع التعرض^(٢)

ورغم ما للمستأجر - استثناء - أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه (م ٥٧٥ مدين مصري)، إلا أنه إذا حدث تعرض له في حيازته من قبل المؤجر حال بينه وبين انتفاعه بالعين محل الإجارة كان له اللجوء إلى الدعوى الشخصية الناتجة عن عقد الإيجار، لإجبار المؤجر على تنفيذ التزامه المتولد عن عقد الإيجار، ولا يجوز له رفع دعاوى الحيازة في مثل هذه الحالة^(٣)

وتكمن العلة في عدم جواز اللجوء إلى الحماية الحيازية لتنفيذ العقد لأن ذلك يؤدي إلى التطرف لبحث أصل الحق الناتج عن العقد، ومن شأن التعرض لأصل الحق ينطوي على الجمع بين الحماية المقررة للحيازة وبين الحماية المقررة للحق، وهذا غير جائز، لأن الحيازة محمية لذاتها استقلالاً عن أصل الحق ولا تهدف إلى تنفيذ التزام عقدي

خامسا : حماية الحيازة العقارية حماية عينية :

حماية الحيازة تعتبر حماية عينية، فبالرغم من أن رافع دعوى الحيازة قد لا يكون صاحب حق، فإن دعاوى الحيازة تعتبر دعاوى عينية^(٤)، لأن رافعها يستند إلى حق عيني يدعي كسبه على العقار محل الحيازة، ويهدف من وراء تلك الدعاوى حماية الحق الذي يدعيه بدفع التعرض الواقع عليه، دون النظر إلى شرعية ادعائه فتعتبر حماية الحيازة العقارية حماية عينية، لأنها تهدف إلى حماية حق عيني، كما

(١) عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثامنة ١٩٩٤ - ص ٢٨٨ ،

د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٧ .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٣٥ ص ٩٣٧ ، عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق - ص ٣١٠ .

(٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٣٥ ص ٩٣٨ ، عز الدين الدناصورى، حامد عكاظ - التعليق - ص ٣١٠ .

(٤) انظر في تقسيم الدعاوى إلى عينية وشخصية، د . عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٣٧

ص ٥٣، د . عبد الحميد ابو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٣٠ وما بعده ص ٣٣٦ وما بعدها ،

د . أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - بند ١٠٥ ص ١١٥ ، د . فتحى والى - ١٩٨٦ - بند ٤٤

ص ٧٧ .

أما ترفع على من يدعى وجود حق له على العين أو من توجد العين في حيازته^(١)، بمعنى أن تلك الدعاوى العينية تتيح لرافعها تتبع العين في أي يد كانت، سواء كان مغتصب الحيازة نفسه أو من انتقلت إليه حيازة العين من المغتصب^(٢).

كما أن إطلاق صفة العينية على حماية الحيازة العقارية لا ينبع فقط من كونها تهدف إلى حماية حق عيني، ولكن الجزء في تلك الحماية يكون عينيا، ففي دعاوى الحيازة يتمثل الجزء العيني في إعادة الشيء إلى أصله^(٣) فإذا كانت دعوى الحيازة هي دعوى الاسترداد يكون الجزء العيني فيها إعادة تسليم العين إلى الحائز الذي اغتصب منه، وإذا كانت دعوى منع التعرض يكون الجزء العيني منع التعرض عن الحائز وإذا كانت الدعوى وقف الأعمال الجديدة كان الجزء العيني وقف البناء الذي سيمثل تهديدا مستقبليا لحيازة الحائز^(٤).

فحماية الحيازة العقارية تعتبر حماية عينية لكونها تهدف إلى حماية حق عيني، وأن الجزء فيها يكون عينيا إما باسترداد الحيازة في حالة سلبها أو وقف التعرض في حالة التعدي أو وقف الأعمال الجديدة التي ستمثل مستقبلا تهديدا لحماية الحائز.

سادسا: حماية الحيازة العقارية لا ترتبط بحسن أو سوء نية الحائز:

فد يتفاوت الوضع الشخصي للحائز بين كونه حسن أو سيئ النية، ويصدد لجوء الحائز إلى حماية حيازته بدعاوى الحيازة، لا تكون هناك أهمية للتمييز بين حسن أو سوء نية الحائز للدفاع عن حيازته، فيجوز للحائز اللجوء إلى دعاوى الحيازة للدفاع عن حيازته سواء كان حسن أو سوء النية^(٥). فلا يشترط لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية إذ له الحق في رفعها لاسترداد حيازته ولو كان سيئ النية^(٦)، ولا يشترط حسن نية الحائز لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى

(٢٠١) د. عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات - بند ٣٧ ص ٥٤، بند ٤٧ ص ٦٨ د. عبد الحميد ابوهيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٣١ ص ٣٣٦، د. أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - بند ١٠٥ ص ١١٦، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٤٨ ص ٨١، د. السنهورى ج ٩ - بند ٣٢١ ص ٩١٨.

(٤٣) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني - ص ١٦٣، ١٦٩.

= كما أن دعاوى الحق العينية كدعوى الاستحقاق بالنسبة للملكية أو دعوى الإقرار أو الإنكار بالنسبة لبقية الحقوق العينية تمثل حماية غير مباشرة للحيازة لأنها تنطوي على استرداد لحيازة العين أو الاعتراف بالحق العيني أو إنكار حق عيني على العين محل الحيازة - انظر ما سيأتى ذكره بصدد دور دعاوى الحق في حماية الحيازة العقارية ص ٣٥٤ وما بعدها.

(٥) محمد العشماوى، عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات - بند ٥٠٥ ص ٦٣١، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٨٩ ص ٨٦٣.

Gérard Cornu, drit civil, N. 1160, 1162, P. 390 - 391.

(٦) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٩ ص ٩١٥، بند ٣٢٩ ص ٩٢٩.

وقف الأعمال الجديدة ^(١) ، فيجوز للحائز رفع دعاوى الحيازة ولو كان سعى النية يعلم أنه يعتدى على حق الغير ، فكل ما يشترطه القانون توافر الحيازة وقت وقوع أعمال الغصب أو التعرض أو إقامة المنشآت الجديدة وتوافر الشروط القانونية من استمرار وهدوء وعلاوية ووضوح ، دون النظر إلى حسن أو سوء نية الحائز .

كما أن دعاوى الحيازة ترفع على المدعى ولو كان حسن النية فلا يشترط أن يكون المدعى سعى النية ، لكي ترفع عليه دعوى استرداد الحيازة ، فقد يكون حسن النية ، يعتقد أن له الحق في العقار الذي انتزع حيازته من الحائز ، ومع ذلك يعتبر عمله عملا عدوانيا و يجب اللجوء إلى الوسائل القانونية لاقتضاء حقه ^(٢) .

كما لا يشترط لرفع دعوى منع التعرض أن يكون المتعرض سعى النية ، بل ترفع عليه الدعوى ولو كان حسن النية في تعرضه ويقضى عليه بمنع التعرض ، لأن الحيازة تحمي لذاها بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سعى أو حسن النية ^(٣) ، كما لا يشترط سوء النية في من ترفع عليه دعوى وقف الأعمال الجديدة .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٧ .
(٢) ، (٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٧ ، بند ٣٣١ ص ٩٣٣ .

المبحث الثالث

تطور حماية الحيابة العقارية

لم تكن حماية الحيابة العقارية وليدة التشريعات الحديثة ، فهي تضرب بجذورها الأولى في القانون الرومانى ، حيث كان للمشرع الرومانى قصب السبق فى حماية الحيابة العقارية ، ومن القانون الرومانى انتقلت الحماية إلى القانون الفرنسى القديم والحديث ومن الأخير استمدت كثير من التشريعات حماية الحيابة العقارية ، ومنها القانون المصرى .

وعرض تطور حماية الحيابة العقارية يكون على النحو التالى :

أولاً : حماية الحيابة العقارية فى القانون الرومانى :

حمى القانون الرومانى الحيابة سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية ، فمن الناحية المدنية قرر المشرع الرومانى حماية الحيابة العقارية عن طريق أو أمر وضع اليد ، وهذه الأوامر كان يصدرها الـبريتور بماله من سلطة إدارية فى حالة النزاع على عين والأوامر كانت تنقسم إلى :

١ - أمر استبقاء الحيابة العقارية : وكان هذا الأمر يصدر إلى كل من طرفى النزاع على حيابة عين ، ويقصد منه استبقاء الحيابة لواقع اليد ونهى خصمه عن التعرض له إلى أن يثبت أن الحائز ليس صاحب حق ، فقد كان هذا الأمر صيغة ثنائية ، حيث كان الـبريتور يوجهه إلى كل من طرفى النزاع وليس لواحد منهما فقط ، ويحرم عليهما استعمال القوة لتغيير وضع حيابة العين الراهنة حال صدوره ، ثم اشترط لصدور هذا الأمر أن تكون الحيابة خالية من العيوب كالقوة أو الخفاء أو العرضية ، بحيث اصبح من كانت حيازته معيبة بتلك العيوب لا يستطيع حمايتها بهذا الأمر ^(١) .

٢ - أمر استرداد الحيابة المعتصبة بالقوة : وكان أمر الاسترداد يتنوع حسب القوة المستخدمة فى سلب الحيابة سواء أكانت بسيطة أو مسلحة ، وفى حالة القوة البسيطة حيث يكون نزاع الحيابة العقارية من واقع اليد بدون سلاح ، يصدر الـبريتور أمراً بسيطاً موجهاً إلى المعتدى متضمناً إلزامه بـرد العين إلى حائزها ، ويشترط لصدور هذا الأمر أن يطلب الحائز ذلك من خلال السنة التالية للغصب بالقوة البسيطة ، وأن يكون وضع اليد خالياً من العيوب ، أما أمر القوة المسلحة فكان الهدف منه استرداد حيابة العقار التى سلبت باستخدام السلاح ، وكان أمر القوة المسلحة يعتبر كحماية للأمن العام ، ولذلك كان

(١) د. عبد المنعم بدر ، د . عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بندا ٣٦٧ - ٣٦٨ ص ٢٧٩ - ٢٨٠ ،
د. محمود سلام زى - القانون الرومانى - ص ٣٥٥ .

يصدر بدون اشتراط طلبه خلال سنة من وقوع الغصب بالقوة ، ولا يشترط خلو الحيازة من العيوب (١) وفي قانون جوستينيان ألغيت الأوامر الحيازية واستعيض عنها بدعاوى خاصة ، حيث استعيض عن أوامر استيفاء الحيازة بدعوى يكون الحكم فيها ذاتما لصالح واضع اليد على العقار ، بهدف منع التعرض عن واضع اليد على العين ، كما استعيض عن أمر استرداد الحيازة المعتصبة بالقوة سواء كانت بسيطة أو مسلحة ، بدعوى واحدة ، بحيث ترفع خلال سنة من وقوع الغصب دون ما نظر إلى درجة القوة التي استخدمت في نزع الحيازة (٢) .

ومنذ بداية العصر العلمي أصبح الحائز يتمتع بمركز ممتاز فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ، وهى الدعوى المقررة لحماية حق الملكية ، حيث كان واضع اليد على العين يقف موقف المدعى عليه ، وبهذا الوضع كان يتمتع بميزة كبيرة إذ كان يقف موقفا سلبيا ويلقى على عاتق خصمه المسترد عبء الإثبات ، وفي كثير من الأحيان قد يعجز المسترد عن إثبات حقه وبذلك تظل الحيازة لدى واضع اليد ، إلى أن يثبت أنه غير مالك ، كما أن دعوى الاسترداد لو رفعت ونجح المسترد في إثبات حقه كمالك كان يترتب عليها رد حيازة العين إلى مالكها (٣) .

كما أن حماية القانون الرومان لم تكن مقصورة على حماية الحيازة العقارية للأفراد ، ولكن امتدت إلى حماية حيازة الأموال العامة بالنسبة للإمبراطورية الرومانية ، فحظر على الأفراد تملكها بالتقادم لأنها مخصصة للمنافع العامة ، وبذلك هى حيازة الدولة لتلك الأموال ، كما هى العقارات المملوكة للجماعات والأشخاص المعنوية كعقارات المدن، وحق حيازتها بعدم إجازة الاستئثار بحيازتها بصفة فردية (٤) . ومن الناحية الجنائية نجد أن القانون الرومان جرم الاعتداء على حيازة العقار الموجود تحت يد الحائز ، ففي أواخر عصر الجمهورية كانت جريمة السرقة يمكن أن تتعلق بعقار في حيازة آخر ، فالزراع الذى يبيع حقلا يكون قد استأجره من مالكة يعتبر سارقا ، وتوقع عليه العقوبة المقررة للسرقة ، وقد تصل العقوبة إلى حد تقرير حق للمجنى عليه في قتل الجاني في حاله التلبس إذا وقعت السرقة ليلا أو كانت هارا باستعمال القوة المسلحة (٥) .

(١) د. عبد المنعم بدر ، د. عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بند ٣٧٠ - ٣٧١ ص ٢٨٢-٢٨٣ ، د. محمود سلام زنتى - القانون الرومانى - ص ٣٥٦ - ٣٥٧ .

Trigeaud , la possession , N , 334, P. 311.

(٢) د. عبد المنعم بدر ، د. عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بند ٣٤٨ ص ٢٦٦ ، بند ٤٧٨ ص ٤٦١ ، د. محمود سلام زنتى - القانون الرومانى - ص ٣٤٦ ، ٤٠١ .

(٤) د. عبد المنعم بدر ، د. عبد المنعم البدر اوى - القانون الرومانى - بند ٣٣٧ ص ٢٥٤ .

(٥) د. محمود سلام زنتى - القانون الرومانى - ص ٢٨٧ ، ٢٩١ .

ثم تدخل البريتور لتجريم بعض الأفعال التي تعتبر غير مشروعة بتقرير جزاءات جنائية لمرتكبها ومنها غصب أموال الغير، حيث أوجد البريتور في منشوره دعوى في مواجهة من يفتصب أموال الغير وكانت تلك الجريمة تعرف بالغصب وكان موضوعها اغتصاب عقارات الغير بالقوة، لأن حماية العقارات أصبحت ماسة لحفظ السلام الاجتماعي في المجتمع الروماني.

ثانياً : حماية الحيازة العقارية في القانون الفرنسي :

انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم فكرة حماية الحيازة من القانون الروماني، ولكن الأوامر الحيازية اختفت لتحل محلها دعاوى عرفت باسم دعاوى الحيازة، وأقدم تلك الدعاوى ظهوراً هي دعوى استرداد الحيازة، حيث لعب القانون الكنسي دوراً مؤثراً في نشأة وبلورة شروط تلك الدعوى، وكانت تعطى لكل حائز نزعته منه الحيازة بالإكراه، وكانت تحمل صفة الجزاء على الغصب، وكان لا يشترط لرفعها بواسطة الحائز مرور سنة على حيازته، لكونها دعوى تهدف إلى حماية الأمن العام ضد انتزاع الحيازة^(١).

ثم تلا تلك الدعوى ظهور دعوى حيازة أخرى عرفت باسم دعوى منع التعرض، وكانت معطاة للحائز الذي يتعرض له في حيازته شرط مرور سنة على الحيازة، ثم ظهرت بعد ذلك دعوى حيازة أخرى عرفت باسم دعوى وقف الأعمال الجديدة، وكانت تحمي الحيازة ضد التعرض المستقبلي وهي الأعمال التي ستنشأ على أرض الجار وتمثل تهديداً لحيازة الحائز، وكانت تلك الدعوى ترفع ولو تمت الأعمال التي تمثل تهديداً للحيازة ما لم تضي سنة على وقوع ذلك التعرض الناتج عن إجراء هذا العمل^(٢).

ولكن تلك الدعاوى الثلاثة قد اندمجت في صورة دعوى واحدة في القرن الرابع عشر وعرفت باسم *compliante en cacde saisine etde nouvellete* وكانت تعطى للحائز عندما يقع تعرض له في حيازته أو غصب للحيازة بالقوة وكذلك في حالة فقدانها، وكان يشترط لرفع تلك الدعوى مرور مدة سنة على حيازة الحائز لكي تكون جديدة بالحماية، ولكن مع نهاية القانون القديم كان هناك ميل إلى اعتبار دعوى استرداد الحيازة دعوى مستقلة وليست نوعاً من دعوى منع التعرض باعتبار أن لها صفة خاصة بعدم اشتراط مرور سنة على الحيازة لرفعها بواسطة الحائز^(٣).

أما قانون المرافعات الحديث فقد أهي اندماج تلك الدعاوى عندما ذكر في المادة السادسة عبارة "دعاوى الحيازة" بصفة مطلقة حينما تكلم عن اختصاص قاضي الصلح، كما أشار المشرع في المادة (٢٣)

(1,2,3) Mazeaud et Chabas,II,N, 1457 P. 218,219 ; Planiol .I, N.2305 – 2306 .P.712 ;
Trigeaud la possession , N. 335 ,P. 312 ;

آل العسماوي - قواعد المرافعات - بند ٤٤٨ ص ٦١٧، د. السنهوري - الوسيط - ج٩ - بند ٣١٦
ص ٩٠٨ - ٩٠٩ .

إلى دعاوى الحيازة باشرط أن تكون الحيازة هادئة وغير عرضية ولكن دون تفصيل آخر^(١).
ولكن القضاء الفرنسي لم يتردد في التمييز بين دعاوى الحيازة الثلاث ، استنادا إلى أن المادة
(٢٠٦٠) من القانون المدني أشارت إلى دعوى استرداد الحيازة ، كما أن محكمة النقض الفرنسية أكدت
استقلال دعوى استرداد الحيازة بصفتها دعوى الحائز ضد الاعتصاب المادي للحيازة ، وتمنح مجرد الحائز
العرضي كما تمنح للحائز بنية التملك^(٢) ، كما أن القانون الصادر في ١٥ مايو سنة ١٨٣٨ والقانون
الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٠٥ حددا اختصاص قاضي الصلح واستوحيا ما استقر عليه القضاء
الفرنسي في تعداد دعاوى الحيازة ، ولكن بدون تحديد لخصائص تلك الدعاوى^(٣).

ثم صدر القانون رقم ٥٩٦ في ٩ يوليو سنة ١٩٧٥ وأتى ببعض الإصلاحات والتعديلات ومنها
تعديل المادة (٢٢٨٢) من القانون المدني ، والتي قررت منح دعاوى الحيازة للمحرزين كالحائزين القانونيين
سواء ، وبدون النظر إلى اصل الحق ضد كل تعرض أو تهديد للحيازة ، كما قررت ذلك المادة (٢٢٨٣)
من القانون المدني ، كما أن المادة (١٢٦٨) من قانون المرافعات الجديد قررت أن دعاوى الحيازة تمنح
للمحرزين والحائزين بمعنى أنها تعطى لكل من يجوز أو يحجز بصفة هادئة مدة لا تقل عن سنة ، كما أن
دعوى الاسترداد تمنح لهم إذا نزع الحيازة يكرهه مادي ولو لم تستمر الحيازة مدة سنة^(٤).

ثالثا : حماية الحيازة العقارية في القانون المصري :

رغم أهمية الحيازة إلا أن القانون المدني المصري السابق لم يتعرض للحيازة كنظرية مستقلة لذاها ،
وإنما تكلم عنها بمناسبة بيان بعض آثارها في المواد (٧٦-٧٨ / ١٠٣-١١٦) تحت عنوان "أسباب كسب
الملكية واخقوق العينية" ، كما لم يذكر حماية الحيازة عن طريق دعاوى الحيازة . وإذا كان هذا هو الحال
في القانون المدني ، فإن الحال شبيهه في قانون المرافعات القديم حيث لم يرد به سوى إشارات مقتضبة ،
حينما نص في المادة (٣/٢٦) من قانون المرافعات الاهلي والمادة (٤/ ٢٩) من قانون المرافعات
المختلط على اختصاص القاضي الجزئي بالمنازعات المتعلقة بوضع اليد ، وفي المادة (٤/٢٩) مختلط
عندما اشترط مرور سنة على الحيازة لجواز رفع دعاوى الحيازة ، وأخيرا في المادة ٢٩ / ٣٠-٣١ حينما
تكلم عن عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الحق .

أما القانون المدني الحالي فقد أخذ في اعتباره أهمية الحيازة و تكلم عنها كنظرية مستقلة
لذاها ، ببيان شروطها وآثارها وحمايتها بدعاوى خاصة بها ، وذلك في المواد (٩٤٩-٩٨٤) ،

(١) (٣٠٢٠١) آل العشماوي - قواعد المرافعات - بند ٤٨٩ ص ٦١٨ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ -

بند ٣١٦ ص ٩٠٩ .

(٤) Mazeud et Chabas, II, N, 1457, P. 219 : Enc . D., 1995 , I, Action possessoire,
N, 13 - 14 . P3 .

مخصصاً المواد (٩٥٨ - ٩٦٢) لحماية الحيازة بدعوى ثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، كما أن قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ عقد الاختصاص بنظر دعوى الحيازة للقاضي الجزئى (مادة ٤٧ / ١ ، ٢) ، والمادة (٤٨) نصت على عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق .
أما في قانون المرافعات الحالى الصادر سنة ١٩٦٨ ذكر حماية الحيازة استقلالاً بصرف النظر عن أصل الحق حينما نص على عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق (مادة ٤٤ مرافعات) ، وأخيراً انتهى تطور حماية الحيازة من الناحية المدنية بتدخل المشرع بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ بإضافة المادة ٤٤ مكرراً إلى قانون المرافعات والتي تنظم دور النيابة في منازعات الحيازة سواء من الناحية المدنية أو الجنائية (١) .

كما أن المشرع يمنح الحائز مركزاً ممتازاً في مواجهة من ينازعه الحيازة ، حيث يقف الحائز موقف المدعى عليه بصدد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من شخص يدعى ملكية العين ، فقد قررت المادة (٩٦٤) من القانون المدنى أن من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل العكسى ، كما أن المادة (٩٦٣) تقرر أنه إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ما لم يثبت أن الحائز استولى على الحيازة بطريقة معينة " (٢) .

أما من ناحية حماية الحيازة جنائياً فلم يكن الاعتداء على الحيازة معاقباً عليه جنائياً إلى أن تدخل المشرع وأصدر مرسوماً في ٢٠ مارس سنة ١٨٩٢ أضاف به إلى قانون العقوبات القديم نصاً يعاقب كل من حال بين الحائز وبين انتفاعه بعقار في حيازته ولو كان ذلك في مرحلة الشروع إذا استخدمت القوة في أعمال الاعتداء (٣) ، وفي قانون العقوبات الاهلى والمختلط خصص الباب الرابع للعقاب على انتهاك حرمة ملك الغير وقرر العقاب على انتهاك وضع اليد وذلك في المواد ٣٢٣ إلى ٣٢٧ ، كما أنه أباح استعمال الحائز لحق الدفاع الشرعى باستخدام القوة لدرء كل فعل ينطوى على جريمة من الجرائم المنصوص عليها في باب انتهاك حرمة ملك الغير والجرائم المنصوص عليها في المواد (١ / ٣٤٠) ، المتعلقه بدخول عقار في حيازة آخر من قبل الغير بماشيته للرعى (٤) (٣ / ٣٤٢) .

كما أن قانون العقوبات الحالى يعاقب على دخول عقار في حيازة شخص آخر إذا كان الفرض من الدخول منع حيازة الحائز بالقوة دون النظر إلى مدى شرعية الحيازة لسدى الحائز وذلك في

(١) انظر نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات ودور النيابة العامة في ظل تلك المادة ص ٤٨٤ .

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد دور الحيازة في اعفاء الحائز من الإثبات ص ٤٦٨ .

(٣) د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٩٢ ص ٣٧١ .

(٤) د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٩٤ ص ٣٧٢ .

المواد (٣٦٩ ، ٣٧٣) ، كما أباح للحائز استعمال القوة والعنف لرد أي اعتداء يقع على حيازته ولو كان حائزاً عرضياً ، ما دام استخدام القوة يتناسب مع الاعتداء الواقع على الحيازة (م ٢٤٦ عقوبات)^(١) .
 ويصدد حماية الأموال العامة نجد أن المشرع المصري حمى حيازة الدولة لأموالها العامة وذلك بعدم إجازة تملكها أو اكتساب حق عيني عليها بالتقادم أو التصرف فيها أو الحجز عليها ، وأعطى للجهة الإدارية سلطة إزالة التعدي على تلك الأموال بالطريق الإداري أو ما يسمى بالتنفيذ المباشر ، كما حمى حيازة الدولة لأموالها الخاصة وأملاك الأشخاص الاعتبارية العامة والأوقاف الخيرية وأموال المؤسسات العامة وأموال الهيئات العامة حيث منع اكتساب أي حق عيني عليها بالتقادم مع تحويل الوزير المختص إزالة التعدي بالطريق الإداري .

(١) انظر ما سيأتى ذكره بصدد دور الدفاع الشرعي في حماية الحيازة ص ٤٤٠ .

المبحث الرابع

نطاق حماية الحيازة العقارية

يقصد بنطاق حماية الحيازة العقارية تحديد طبيعة وصفة العقار محل الحماية ، وبيان الحقوق العينية العقارية المقصودة بالحماية .

أولاً : طبيعة وصفة العقار محل الحماية :

يشمل نطاق حماية الحيازة من حيث طبيعة وصفة العقار الأتى :

١ - حماية حيازة العقار : حماية الحيازة العقارية لا ترد إلا على عقار ولا تحمي حيازة المنقول لكون العقار مستقراً ثابتاً ومن اليسير فصل ملكيته عن حيازته ، أما المنقول فإن يد الحائز تخالط ملكيته بمعنى أن دعوى الملكية تحمي حيازة المنقول وملكيته في آن واحد ، استناداً إلى أن الحيازة في المنقول بحسن نية سند الحائز (مادة ٩٧٦ م مصرى ، م ٢٢٧٩ م فرنسى) .

ويجب أن يكون العقار معينا بالذات ، لأن الحيازة لا ترد إلا على عقار معين بالذات ، ومن ثم إن المجموع من المال كالتركة واغل التجاري لا يكون محلاً للحيازة ولو كان من بينه عقارات ، ولذلك لا كون حيازته محل حماية حيازية عقارية ، فإذا أراد وارث حماية حيازته لعقارات التركة كمجموع من المال لا يقبل منه سوى حماية حيازته لعقار معين بالذات من التركة وليس التركة برمتها .

ومادام العقار معينا بالذات يستوى أن يكون عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص أو عقاراً يعتبر نقولاً بحسب المال^(١) ، إذ الحماية الحيازية العقارية ترد على أى نوع من العقارات ، كما أنها تحمي حيازة عقار سواء كانت الحيازة بصفة منفردة أو على الشيوع فلا يوجد في القانون ما يشير إلى التفرقة بصدد ناية الحيازة العقارية بين الحيازة على الشيوع وبين الحيازة بصفة منفردة ، ويستوى أن يكون الحائز حائزاً نفسه أو بواسطة الغير . وبصدد دعاوى الحيازة فإن الاشتراك في الحيازة لا يحول دون إمكان رفع دعوى منع عرض من أحد الشركاء على المتعرض سواء كان من الغير أو من أحد الشركاء المشتاعين^(٢) .

٢ - حماية الحيازة العقارية تحمي حيازة عقارات الدولة العامة : همى المشرع حيازة الدولة مقارات العامة بتقرير عدم جواز تملكها أو اكتساب حق عيني عليها بالتقادم ، ويعتبر هذا المظهر أهم حانة لحماية حيازة الدولة للعقارات العامة ، وفي سبيل تحقيقى هذا الحظر

(١) ، د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٣ ص ٨٩ .

(٢) د. كامل مرسى ج ٤ بند ٣٨ ص ٣٩ ، نقض ١٩٧٤/١٢/٣ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ٨٦٤ ، ٤٨٧ .

يجوز للدولة أن تستخدم وسائل القانون العام لحماية ملكيتها وحيازتها لتلك العقارات ، باستخدام الطريق الإدارى لإزالة الاعتداء وكذلك رفع الدعوى الجنائية على المعتدى ^(١) .

وإلى جانب وسائل القانون العام يجوز للدولة استخدام وسائل القانون الخاص لحماية ملكية وحيازة العقارات العامة ، ومن ثم يجوز لها رفع دعوى الاستحقاق على المعتصب للعقار العام توصلًا لاسترداد حيازته ، وترفع دعوى الاستحقاق على المعتصب الحائز ولو تمت لديه مدة التقادم المكسب على العقار العام ^(٢) ، إذ أن الأموال العامة لا يجوز تملكها بالتقادم (م ٨٧ م مصرى) .

ويجوز كذلك للدولة رفع دعاوى الحيازة لاسترداد الحيازة أو لرد الاعتداء الواقع من الأفراد على حيازتها للعقار العام ، لأن الملكية الإدارية الثابتة للدولة على العقارات العامة كالملكية الخاصة تحمى بدعاوى الحيازة ودعوى الاستحقاق ^(٣) .

٣ - حماية حيازية عقارات الدولة الخاصة والأشخاص الاعتبارية الأخرى : كانت العقارات الخاصة للدولة وعقارات الأشخاص الاعتبارية العامة وعقارات المؤسسات والهيئات العامة والوحدات الاقتصادية وعقارات الأوقاف تكسب ملكيتها بالتقادم ، إلا أن المشرع لدواعى الاعتبار العملية عدل المادة (٩٧٠) من القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ثم بالقانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ مقررًا عدم جواز كسب ملكية هذه العقارات أو كسب حق عيني عليها ، ومنح الجهة الإدارية ذات الاختصاص الحق في إزالة التعدى بالطريق الإدارى .

وفقا لذلك التعديل حمى المشرع حيازة العقارات الخاصة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة والمؤسسات والهيئات العامة والوحدات الاقتصادية والأوقاف بمنع اكتساب ملكيتها أو اكتساب حق عيني عليها بالتقادم وخول تلك الأشخاص حق إزالة التعدى بالطريق الإدارى ، ولكن بجانب تلك الحماية يجوز للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة والهيئات العامة والوحدات الاقتصادية رفع دعوى الاستحقاق أو دعاوى الحيازة لرد الاعتداء الواقع على تلك العقارات .

٤ - حماية حيازة العقارات الخاصة بالأفراد : يحمى المشرع حيازة العقارات المملوك ملكية خاصة لأحد الناس ، وفي سبيل توفير تلك الحماية يجوز للمالك رفع دعوى الاستحقاق على معتصب العين توصلًا إلى استرداد ملكيتها وبالتالي حيازتها من تحت يد المعتصب ، لأن دعوى الاستحقاق تعتبر أقوى

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٧٦ ص ١٥٢ ، بند ٦٨ ص ١٤٤ ، د . محمد على عرفه - ج ١ بند ١٢٦ ص ١٦٥ .

(٢ ، ٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٦٨ ص ١٤٣ - ١٤٤ بند ٧٦ ص ١٥٢ ، هـ (٣) على التوالى ، د . محمد على عرفه ج ١ - بند ١٢٦ ص ١٦٥ .

وسيلة في يد المالك لحماية ملكه باسترداده من المعتصب^(١) وبجانب دعوى الاستحقاق وفر القانون للمالك الحائز وسيلة سريعة لحماية حيازته بأن قرر له دعاوى الحيازة يلجأ إليها كخط دفاع أول عن الملكية ، فإذا حدث له تعد على العين بأن اغتصب منه أو حدث له تعرض في حيازتها كان له اللجوء إلى دعاوى الحيازة والتي تكفيه مشقة الإثبات في دعوى الاستحقاق .

ثانياً : نطاق حماية الحيازة العقارية من حيث الحقوق :

حماية الحيازة العقارية تقتصر على حماية الحقوق العينية ، ومنها :

١- حق الملكية : يعتبر حق الملكية العقارية أهم الحقوق العينية التي ترد على العقار ، ويحمى العقار الموجود تحت يد الحائز إذا ادعى أنه مالك للعين ، وممارسة الأعمال المادية التي يقوم بها المالك عادة ، وتحمى حيازته بدعاوى الحيازة بصرف النظر عن أصل الحق .

٢ - حقوق الارتفاق : تحمي تلك الحق بدعاوى الحيازة إذا كانت تحمل معنى التعدي على ملك

الغير ، بما ينشأ بأنها لا تقوم على عمل من أعمال التسامح ، سواء اكتسبت بالتقادم أو بعقد أو وصية .

٣ - حق الانتفاع وحق السكنى وحق الاستعمال : تحمي بدعاوى الحيازة لأن حائز العين وإن

كان حائزاً عرضياً بالنسبة للملكية إلا أنه حائز قانوني بالنسبة لتلك الحقوق .

٤ - حق رهن الحيازة العقارى : يحمى حق رهن الحيازة العقارى بدعاوى الحيازة لأن الدائن

المرهن حيازياً حائزاً قانوني بالنسبة لحق الرهن .

٥ - حق المستأجر : يحمى بالرغم من أن حق المستأجر حق شخصي وكونه حائزاً عرضياً ، إلا أن

القانون أجاز له استثناءً في المادة (٥٧٥) من القانون المدنى استخدام جميع دعاوى الحيازة ضد كل من يتعرض له في سبيل الانتفاع بالعين المؤجرة .

(١) انظر ما سياتى ذكره بصدد دور دعوى الاستحقاق فى حماية الحيازة العقارية - ص ٣٥٦ .

الفصل الثاني

مضمون الحيابة العقارية محل الحماية

إذا كان المشرع يحمى الحيابة لذاتها ، إلا أن مضمون الحيابة محل الحماية يختلف تبعاً لنوع الحماية ، بمعنى أن الحيابة العقارية التي يحميها القانون المدني تختلف عن الحيابة التي يحميها القانون الجنائي . واختلاف مضمون الحيابة محل الحماية في القانون المدني عنه في القانون الجنائي يرجع إلى اختلاف الدور الذي يؤديه القانون الجنائي عن دور القانون المدني ، مما نتج عنه اختلاف مدلول الحيابة محل الحماية في كل من القانونين . ومن ثم يكون لمصطلح الحيابة في القانون الجنائي مفهوم مستقل في مواجهة القانون المدني ، بما يستتبع أن يلجأ القاضى الجنائى إلى غاية القانون الجنائى وأهدافه لتحديد مضمون الحيابة محل الحماية . ووفقاً لما تقدم يجب تحديد مضمون الحيابة محل الحماية المدنية ومضمون الحيابة محل الحماية الجنائية ، ولذلك يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : مضمون الحيابة العقارية محل الحماية المدنية

المبحث الثانى : مضمون الحيابة العقارية محل الحماية الجنائية

المبحث الأول

مضمون الحيابة العقارية محل الحماية المدنية

تقرر الحماية المدنية بصفة أساسية للحيابة القانونية دون النظر إلى أصل الحق ، ولكن لبعض الاعترابات الاجتماعية يحمى المشرع الحيابة العرضية ، ولكن حماية الحيابة العرضية تضيق وتتسع حسب موقف التشريع المقارن من النظرية الشخصية أو النظرية المادية للحيابة .
والقانون يحمى الحيابة إذا توافر لها ركناها المادى والمعنوى مع اختلاف نظيرة التشريعات إلى الركن المعنوى بصدد الحماية ، وما إذا كان المشرع يتطلب الحيابة بنية كسب حق أو يحمى الحائز لجرد أنه واضح يد على العين ، ولذلك سنعرض لأركان الحيابة محل الحماية المدنية وشروطها .

أولاً: الركن المادى :

يجب أن يتوافر للحيابة المحمية الركن المادى وهو قيام الحائز بأعمال السيطرة المادية على العين محل الحيابة بما يتفق مع مضمون الحق الذى يدعيه على العين ، سواء أكان حق ملكية أو ارتفاق أو انتفاع أو سكنى أو استعمال أو رهناً حيازياً ، ويجب أن يقوم الحائز بممارسة الأعمال المادية التى يقوم بها صاحب الحق سواء كان يقوم بتلك الأعمال بنفسه أو بواسطة غيره ممن يعملون لحسابه (١) .
ويجب أن يكون الحائز حائزاً للعين وقت حصول التعدى على العين ، بأن تكون حيازته مادية متمثلة فى اتصال يده بالعين بصفة فعلية وتحت تصرفه المباشر، ويجب أن تكون حيابة حالية قائمة وقت وقوع أعمال التعدى (٢) ، لأن العبرة بالحيابة الفعلية وليس الاستناد إلى تصرف قانونى يطابق أو لا يطابق الواقع ، فوضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بما يثبت فعلاً ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق فيجب الأخذ بهذا الواقع واطراح ما هو غير حاصل (٣) ، وتقدير أعمال السيطرة المادية من قبيل السلطة التقديرية لقاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

ثانياً: الركن المعنوى :

الركن المعنوى هو العنصر القصدى لدى الحائز وتتنازع هذا الركن نظريتان ، شخصية ومادية ، فى حين تتطلب الأولى أن يكون واضح اليد حائزاً بنية التملك أو كسب حق عينى على العين لكى يكون جديراً بالحماية ، إلا أن الثانية تمد نطاق الحماية إلى كل من يضع يده على العين سواء كان يجوز بنية

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥١ ص ٨٣ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٤٦ .
(٢) بشأن دعوى استرداد الحيابة واشترط توافر الاتصال الفعلى بالعقار نقض ١٩٣٦/١٧ المحاماة - عدد ابريل ١٩٩٤ - الجزء الأول رقم ٢٣ ص ١١٧ .
(٣) نقض ١٩٥٠/٦/١٥ مجموعة الأحكام س ١ رقم ١٥٢ ص ٦١١ .

التملك أو كسب حق عيني أو كان يجوز لحساب الغير^(١)، طالما كانت له السيطرة المادية على العين .
ففي القانون الألماني والسويسري تسود النظرية المادية في كل من التشريعين ، فالقانون الألماني يعرف الحيازة بأنها سيطرة فعلية على الشيء (م ٨٣٤) ، ففي مفهوم هذا القانون يعتبر حائزاً من يضع يده على العين ولو كان حائزاً لحساب غيره ، كصاحب حق الانتفاع أو الدائن المرهّن رهن حيازة أو المستأجر (م ٨٦٨) ، ومن ثم يمكنه رفع دعوى الحيازة لحماية حيازته ، ولا يستثنى من تلك الحماية سوى من يجوز لحساب الغير بسبب الوظيفة كالمخدوم أو التابع ، أو من يجوز بسبب يلزمه أن يأتمر بأوامر المتبوع ، حيث المتبوع هو الذي يعتبر حائزاً ، اما ماعدا ذلك فيكون حائزاً يجوز له رفع دعوى الحيازة لحماية حيازته^(٢) .
أما القانون السويسري فعرف الحيازة بقوله إن " من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته (م ٩١٩) وإنه " إذا سلم الحائز الشيء للغير ليؤليه عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق شخصياً فكل من الاثنين يكون حائز للشيء " (م ٩٢٠) ، فكل من له السيطرة على العين يكون حائزاً ولو كان حقه شخصياً ، ويجوز له رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فالقانون السويسري وسع نطاق الحيازة المحمية بالدعاوى ، حيث اعتبر حيازة التابع حيازة صحيحة تجيز رفع دعاوى الحيازة حمايتها^(٣) .

والقانون الفرنسي يأخذ بصفة عامة بالنظرية الشخصية للحيازة ، حيث يتطلب الركن المعنوي للحيازة المتمثل في ضرورة أن يجوز الحائز بنية التملك أو كسب حق عيني على العين محل الحيازة ، وكان يشترط توافر الركن المعنوي بهذا المفهوم لكي يستطيع الحائز رفع دعاوى الحيازة^(٤) ، ولكن المشرع الفرنسي تدخل بالقانون رقم ٧٥ - ٥٩٦ الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٧٥ ، حيث أضاف المادتين ٢٢٨٢ ، ٢٢٨٣ إلى القانون المدني و تنص المادة (٢٢٨٢) على أن " الحيازة تكون محمية دون نظر إلى أصل الحق ، ضد التعرض الذي يقع عليها أو يهددها ، والحماية الحيازية تكون ممنوحة لكل واضع يبدعدا من يستمد حقوقه منه " ، كما تنص المادة (٢٢٨٣) على أن " دعاوى الحيازة تكون ممارسة بالشروط الواردة بقانون المرافعات المدنية لمن يجوز أو يجوز بصفة هادئة " ، كما أن المادة (١٢٦٤) من قانون المرافعات تقران دعاوى الحيازة يجوز رفعها بواسطة من يجوز لمدة سنة سواء أكان حائزاً أو واضع يد ، كما أن دعوى استرداد الحيازة يجوز رفعها ولو لم تتم الحيازة مدة سنة إذا نزع الحيازة بالقوة سواء أكان

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٥٢ ص ٧٨٨ ، بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ ، د . وجدي راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٤٧ ، د محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدني - بند ٣٠ ص

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد موقف القانون الألماني من النظرية الشخصية والمادية للحيازة ص ٤٧ .

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ - (٢) .

(٤) انظر ما سبق ذكره بصدد موقف المشرع الفرنسي من النظرية المادية والشخصية للحيازة ص ٣٩ .

المعتدى عليه حائزاً أو مجرد واضع يد .
وبموجب هذا التعديل نجد أن القانون الفرنسى مد نطاق دعاوى الحيازة ، ولم يعد يقصرها على من يجوز بصفة مالك فقط ولكن يجوز لكل من يضع يده على العين أن يرفع دعاوى الحيازة للدفاع عن حيازته ، مادامت حيازته مستوفية لشروطها القانونية (١) .

و القانون المصرى يأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ولكى تحمى بدعاوى الحيازة يجب أن يكون الحائز واضعاً يده بنية التملك أو كسب حق عيني على العقار ، فالحائز لكى يستفيد من دعاوى الحيازة لابد أن تكون حيازته قانونية بعنصرها المادى والمعنوى ، الا أن المشرع المصرى بصدد وجوب توافر نية التملك أو كسب حق عيني أورد استثناءين :

الأول : يتعلق بدعوى استرداد الحيازة : حيث يجوز رفع تلك الدعوى بواسطة من يجوز بالنيابة عن غيره ، فلا يشترط أن يكون الحائز حائزاً لحساب نفسه ، إذ يجوز لكل حائز عرضى رفع تلك الدعوى ولو كان صاحب حق انتفاع أو مرهناً حيازياً أو مستأجراً أو حارساً (٢) ، باعتبار أن تلك الدعوى تهدف إلى حماية الأمن العام .

الثانى : يتعلق بالمستأجر : حيث أجاز له القانون استثناء رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه رغم كونه حائزاً عرضياً بالنسبة للملكية وليس له سوى حق شخصى ، لما له من وضع خاص بين سائر الحائزين العرضيين .

ثالثاً : شروط الحيازة الحمية :

لكى تكون الحيازة جديرة بالحماية بدعاوى الحيازة يجب أن تتوافر لها شروطها القانونية الآتية :
١- يجب أن تكون مستمرة : فيجب أن تكون الحيازة مستمرة وفقاً لطبيعة العين محل الحيازة والحق الذى يدعيه الحائز ، فلا يشترط أن تكون الأعمال المادية مستمرة دون انقطاع ، بل يكفى أن تكون فى فترات منتظمة كما يسمح بقيام الاستمرار (٣) ، وإذا لم تكن الحيازة مستمرة فلا تكون جديرة بالحماية ولا يجوز رفع دعاوى الحيازة لحمايتها .

ويجب أن تستمر الحيازة مدة سنة لكى يمكن رفع دعوى الحيازة (٩٥٩ ، ٩٦١ ، ٩٦٢ مدنى مصرى) ، وحكمة اشتراط مدة السنة أن تكون الحيازة استقرت لدى الحائز فترة كافية للقول بحمايتها ، وتحسب مدة السنة من وقت بدء الأعمال المادية المكونة للحيازة ، ومن وقت تغيير صفة الحيازة إذا كانت

(١) Mazeaud et Chabas,II, N.1426,P.197-198, N.1457,P.219; Larroumet,droit civil,II,N.70,P.55,N.86,P.63.

(٢) نقض ١ / ٦ / ١٩٦٤ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٨ ص ٤٩٢ .

(٣) انظر ما سبق ذكره بصدد استمرار الحيازة ص ٦٨ .

عرضية وغير الحائز صفة حيازية ، ويستطيع الحائز لإكمال مدة السنة أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه أو مدة من كان يجوز لحسابه كالمستأجر ، ومدة السنة مدة تقادم ومن ثم فهي تقبل الانقطاع ^(١) ، والوقف ، ويقع على الحائز عبء إثبات حيازته ويستفيد من قرينه الحيازة الوسطى .

وشرط استمرار الحيازة سنة مشروط بالنسبة لجميع دعاوى الحيازة سواء كانت دعوى استرداد حيازة أو ومنع التعرض أو وقف أعمال جديدة ، ولا يستثنى القانون سوى دعوى استرداد الحيازة من استمرارها مدة السنة في حالتين : حالة نزع الحيازة بالقوة ، سواء أكانت قوة فعلية أو تهديدا باستعمالها ، حيث أجاز المشرع رفع تلك الدعوى ولو لم تستمر حيازة الحائز مدة السنة (م ٩٥٩) باعتبار أن الدعوى في تلك الحالة تهدف إلى الحفاظ على الأمن العام ، وإن القوة ليست سبيلا لاقتضاء الحقوق ^(٢) ، والحالة الأخرى إذا كانت حيازة المدعى أفضل من حيازة المدعى عليه ، حيث راعى المشرع في حالة سلب الحيازة بالقوة أن تكون إزاء حيازتين ، إحداهما للمدعى طالب الاسترداد ، والثانية للمدعى عليه منتزع الحيازة ، والقول برفض دعوى استرداد الحيازة لعدم حيازة المدعى مدة السنة عندما تكون حيازة المدعى أفضل من حيازة المدعى عليه فيه تفضيل لحيازة المدعى عليه القائمة على الغصب ^(٣) .

٢ - يجب أن تكون هادئة وظاهرة وواضحة : وهذه الشروط حال تخلفها تكون الحيازة معيبة ، ولا تحمي بدعاوى الحيازة ولكن هذه العيوب نسبية لا يجوز التمسك بها إلا لمن كانت الحيازة معيبة بالنسبة له ، كما أنها مؤقتة بحيث إذا زال العيب واستمرت الحيازة مدة السنة ، تكون جديرة بالحماية بواسطة دعاوى الحيازة .

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٢ ص ٨٥ .

= هناك من يقول بأنها مدة سقوط ومن ثم لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع ، د. محمد على عرفه - ج٢ - بند ٩٥ ص ١٧١ ، د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٣٢١ ص ٩١٩ .

(٢) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٦٤ - ١٦٥ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٢ ص ٨٦ . نقض ١٩٦٤/١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٨ ص ٤٩٢ .

(٣) ولرفع دعوى استرداد للحيازة يجب أن يكون هناك سلب لحيازة مادية وتطبيقا لذلك قضى بأن "دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية وتكون قد سلبت حيازة مادية أيضا وهي بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمها المدعى عليه ، ويدعى المدعى أن له حق ارتفاق عليها إذا كان هذا المسقى أو المصرف اللذان هما محل حق الارتفاق مقطوعا بأنهما في يد المدعى عليه ، نقض ١٩٣٦/١٠/٢٢ - المحامسة س ١٧ رقم ١٩٤ ص ٤٠٣ . وإنما يجوز فى هذه الحالة رفع دعوى منع التعرض .

المبحث الثاني

مضمون الحيابة محل الحماية الجنائية

يحمى المشرع الجنائي الحيابة الفعلية ، دون النظر إلى أصل الحق أو مدى شرعية الحيابة أو قانونية الحيابة ، والحكمة ترجع في ذلك إلى رغبة المشرع الجنائي في منع الإخلال بالنظام العام من قبل أشخاص يدعون حقوقاً لهم قبل الغير ويحاولون أن يقتصوها بأنفسهم^(١) .
فالحيابة محل الحماية الجنائية ليست هي المنصوص عليها في القانون المدني ، كسبب من أسباب كسب الحقوق العينية ومحلا للحماية بدعاوى الحيابة ، وإنما هي الحيابة الفعلية^(٢) ، ولا عبرة بأصل الحق أو شرعية أو قانونية الحيابة .

وإذا كان القانون الجنائي يحمى الحيابة الفعلية ، إلا أنه يشترط أن تتوفر فيها شروط صحتها بمعنى أن تكون مستمرة وظاهرة وواضحة وهادئة وغير ملتبسة ، لكي يعتد بها القانون الجنائي وييسر عليها حمايته لدفع الاعتداء الواقع عليها . فيجب أن تكون الحيابة مستمرة ، ولكن لا يشترط في الاستمرار أن يكون الحائز على اتصال دائم بالعين ، ولكن على حسب طبيعة العين محل الحيابة ، فإذا كانت طبيعة العين أو الظروف المحيطة بطريقة استغلالها لا تسمح بأكثر من وضع يد متقطع ، فإن اقتران وضع اليد على هذه الصورة بنية الحيابة على سبيل الاستمرار كلما هيأت أسباباً يكفى لتوافر الحيابة بركبتها المادى والادبى " (٣) .

فمادامت الحيابة مستمرة لا يشترط أن تكون استمرت مدة معينة من الزمن ، فأية مدة طالت أو قصرت بحيث يمكن معها القول بأن الحائز له حيابة فعلية على العين ، تكون محلاً لحماية القانون الجنائي ، وقد قضى بأن " تسبع المادة ٣٩٦ من قانون العقوبات في فقرتها الأولى الحماية على حائز العقار الفعلى من اعتداء الغير على تلك الحيابة طال مدتها أو قصرت " (٤) ، "وبحسب يعد في القانون حائزاً للعقار فإن حيازته تكون واجباً احترامها ولا سبيل إلى رفع يده بغير حكم قضائى " (٥) .

(١) د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم خاص - الطبعة الثامنة سنة ١٩٨٤ - بند ٦٠٧ ص ٧٠٢ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - الحيابة المدنية وحمايتها الجنائية فى ضوء الفقه والقضاء - متضمنة تعديلات القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ ص ٤٩٨ ، د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص - ١٩٧٥ - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٦٢٢ ، مجدى هرجه - الجديد فى الحيابة - وفقاً لأحدث التعديلات - الطبعة العاشرة ١٩٩٨ - دار محمود للنشر والتوزيع ص ٦٨ .

(٢) مجدى هرجه - الجديد فى الحيابة - ص ٦٨ .

(٣) نقض جنائى ١٩٣٥/١٠/٢٨ مجموعة عمر ج ٣ رقم ٣٩٤ ص ٤٩٦ .

(٤) ١٩٨٢/٥/٤ مجموعة الأحكام س ٣٣ رقم ١١١ ص ٥٤٣ .

(٥) نقض جنائى ١٩٤٤/١٢/٢٥ مجموعة عمر ج ٦ رقم ٤٣٣ ص ٥٦٧ .

ويجب أن تكون الحيازة هادئة غير قائمة على الإكراه ، فالإكراه يعيب الحيازة ولا يؤدي إلى قيام حيازة جديدة بحماية القانون الجنائي ، إذ " لا محل لحماية الحيازة الفعلية إذا كانت قائمة على الغصب أو القوة " (١) ، " وإن لفظ الحيازة الوارد بالمادة ٣٢٣ عقوبات (٣٩٦ حالي) إذا كان يدل على وجوب كون وضع اليد فعلياً فإن من يتسلم عقاراً على يد محضر تنفيذاً لحكم قضائي فقد حصلت له بمجرد هذا التسليم حيازة فعلية واجبة الاحترام قانوناً في حق خصمه المحكوم عليه ، ومعارضة هذا المحكوم عليه بعد فترة الاستلام وعدم تمكين المحكوم له من الاستمرار في الحيازة ليس إلا ضرباً من المشاغبة والاغتصاب الذي لا يثبت له حيازة محترمة " (٢) ، ولكن " الحيازة الفعلية الجديرة بالحماية لا تنفي إذا تحققت للحائز مجرد المنازعة بشأهما أمام القضاء " (٣) .

بمعنى أن المنازعة القضائية في الحيازة لا تنفي عنها صفة الهدوء ، لأن المنازعة القضائية قد يكون الغرض منها النزاع على أصل الحق بما لا يتعارض مع حيازة الحائز .

ولكن لا يشترط أن تكون الحيازة قانونية ، بمعنى لا يشترط أن يكون الحائز حائزاً بنية التملك أو قصد اكتساب حق عيني آخر ، فالقانون الجنائي كما يحمي الحيازة القانونية إذا توافر ركنها المادي والمعنوي فإنه يحمي الحيازة الفعلية بغض النظر الملكية أو الحيازة الشرعية ، أو الأحتية في وضع اليد (٤) ، أو وضع اليد القانوني (٥) ، إذ " يكفي لتكوين جريمة انتهاك حرمة ملك الغير المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ عقوبات (٣٧٠) أن يكون المجني عليه حائزاً للعقار حيازة فعلية بصرف النظر عن حق الملكية أو وضع اليد القانوني " (٦) .

ولا يشترط أن تكون الحيازة أصلية ، بمعنى لا يشترط أن يكون الحائز حائزاً لحساب نفسه ، ولكن تحمي الحيازة ولو كانت عرضية يجوز فيها الحائز لحساب الغير ، إذ أن القانون الجنائي يعاقب على التعدي على مجرد الحيازة الفعلية بقطع النظر عما إذا كان سببها الملكية أو كان سببها أمراً آخر غير الملكية (٧) ، فأياً كان سبب وضع اليد على العين تكون محلاً للحماية الجنائية ، مادام وضع اليد مكوناً

(١) نقض جنائي ١٩٤٤/٣/٢٠ مجموعة عمر ج ٦ رقم ٣١٩ ص ٤٣١ .

(٢) نقض جنائي ١٩٣١/٥/٢٨ مجموعة عمر ج ٢ رقم ٢٦٨ ص ٣٣٢ .

(٣) نقض جنائي ١٩٨٢/٥/٤ مجموعة الأحكام س ٣٣ رقم ١١١ ص ٥٤٣ .

(٤) جنبايات قنا ١٩٨٤/٤/١٩٠ مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ٩٨ ص ٤٤١ ، ١٩٤٥/٢/٢٦ .

(٥) جنبايات قنا ١٩١٢/٢/١٥ المجموعة الرسمية س ١٤ رقم ١٢٢ ص ٢٤١ ، استئناف مصر ١٩٢١/٤/٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٢ رقم ٢ ص ٢ ، مشار إليه لدى د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى في قانون العقوبات تشريعاً وقضائياً في مائة عام - الطبعة الثانية ١٩٩٤ - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - رقم ٥٢٠٥ ، ٥٢٠٨ ص ١٦٩٧ - ١٦٩٨ .

(٦) استئناف مصر ١٩٢١/٤/٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٢ رقم ٢ ص ٢ مشار إليه لدى د. المرصفاوى في مائة عام رقم ٥٢٠٨ ص ١٦٩٨ .

(٧) نقض جنائي ١٩٢٩/١٢/٥ مجموعة عمر رقم ٣٤٩ ص ٣٩٤ .

لحيازة فعلية ، إذ يستوى أن يكون واضح اليد مالكا أو صاحب حق أو مستأجرا . "لأن المادة ٣٢٣ عقوبات ، (٣٩٦ عقوبات حالي) لا تشترط التعرض للمالك بل يكفي لأن يكون المنع من الحيازة بالقسوة معاقبا عليه ، أن يكون العقار تحت حيازة المجنى عليه لسبب من الأسباب ، والايحارة من ضمن الأسباب التي تخول للمستأجر حيازة العقار والانتفاع به " (١) .

ويحمي القانون الجنائي الحيازة الفعلية أيا كان شكل وضع اليد على العين ، إذ يستوى أن يكون الحائز يحوز حصة مفرزة أو يحوز بصفة شائعة ، كما لو كان هناك عدة أشخاص يحوزون عقارا على الشيوع ، نحيازهم جميعا أو حيازة أي منهم تكون جديرة بحماية القانون الجنائي ، لأن القانون يعاقب على التعدى على مجرد الحيازة الفعلية بقطع النظر عما إذا كان سببها الملكية - مفرزة أو شائعة - أو كان سببها أمرا آخر غير الملكية (٢) .

فالقانون الجنائي يحمي الحيازة الفعلية أيا كان سبب وضع اليد وأيا كانت مشروعيتها ، إذا استمر فترة من الزمن تكفي لإسباغ الحماية الجنائية ، ومن ثم تقوم الحيازة الفعلية أيا ما كانت المطاعن الموجهة إلى السند الذي اتخذ أساسا لوضع اليد ، كما لو كان السند باطلا أو مطعوننا عليه بالتزوير أو بتطبيق غير صحيح لسند الحيازة ، كما لو حاز الحائز عينا غير العين المحددة بالسند أو انتهاء عقد الإيجار أو المزارعة ، أو اجتياز الحدود الفاصلة بين العقارات (٣) ، فما يهم المشرع الجنائي هو الحيازة الفعلية أيا كان مصدرها أو سندها ولو كان السند محل طعن من قبل الغير ، والسبب في ذلك أن من يدعى حقا عليه اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حقه ، إذ لا يجوز له الانتصاف لنفسه ، محافظة على السلام الاجتماعي .

وإذا كان القانون الجنائي يحمي الحيازة الفعلية مادامت هادئة ومستمرة وظاهرة وواضحة ، الا انه لا يحمي الحيازة القائمة على الغش ، فاختلاس الحيازة لا يؤدي إلى قيام حيازة فعلية جديرة بالحماية لدى مكتسبها ، "و إذا كان المستأجر قد هيا الأرض للزراعة فانتهز شخص فرصة غيابه وأقبل نحو الأرض وألقى بها بذورا فإن هذا العمل المختلس لا يحول الحيازة لذلك الشخص ، إذ لا يقبل أن مجرد إلقاء بذور مخالسة من شخص بعد أن هيا المستأجر - وهو الحائز الفعلي - الأرض للزرع لا يعتبر حيازة وإنما مجرد غش والقانون لا يحمي الغش " (٤) .

(١) نقض جنائي ٤/٨ ١٩٧٩ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٩٥ ص ٤٥٠ ، ١٧/٥/١٩٦٠ مجموعة الأحكام س ١١ رقم ٩٧ ص ٤٧٧ .

(٢) نقض جنائي ١٩٢٩/١٢/٥ مجموعة عمر ج ١ رقم ٤٩ ص ٣٩٤ .

(٣) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ص ٦٢٣ ، د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٧ ص ٧٠٢ ، مجدى هرجيه - الجديد فى الحيازة ١٩٩٨ ص ٦٩ .

(٤) نقض جنائي ١٩٢٩/١/٢٤ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٣٢ ص ١٥٠ .

وباعتبار أن الحيابة الفعلية هي أساس الحماية الجنائية ، فيعين على المحكمة إذا قضت بإدانة المعتدى أن تورده في حكم الإدانة ما ينبت عن أن الخائر كان يجوز بصفة فعلية للعقار وقت ارتكاب الصدى على الحيابة ، فان لم تبين الحيابة الفعلية للخائر فإن حكمها يكون قاصراً يستوجب النقص (١) ، ولكن استخلاص قيام أو عدم قيام الحيابة الفعلية لدى الخائر من مطلق تقدير محكمة الموضوع لا ترتيب عليها من محكمة النقص باعتباره واقعاً ، مادام استخلاصها سائفاً مع ما أورده من وقائع (٢).

(١) محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٧ ص ٧٠٥

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ص ٦٢٣

الباب الثاني حماية الحيازة العقارية للأفراد

تمهيد وتقسيم :

قرر المشرع حماية الحيازة ووفقاً لا اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة والخاصة والاقتصادية ، وحماية العقارات المملوكة للأفراد لا تقتصر على الحماية المدنية ، ولكن المشرع الجنائي أولاهما عناية وأفرد لها حماية في قانون العقوبات .

فإذا كان القانون المدني يحمي الحيازة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية ، فإن القانون الجنائي يحميها من منطلق المحافظة على الأمن العام أيا كانت صفة وضع اليد .
ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد .

الفصل الثاني : الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

بالحمد لله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

الفصل الأول

الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد

إذا كانت حماية الحيازة العقارية من الناحية المدنية تكمن بصفة أساسية في دعاوى الحيازة ، باعتبارها الحماية المثلى للحيازة لكونها توفر حماية مباشرة للحيازة العقارية ، فإن ذلك يؤدي إلى تساؤل مفاده ، هل توجد حماية مدنية أخرى غير دعاوى الحيازة تحمي الحيازة ولو بصفة غير مباشرة ؟

والإجابة على هذا التساؤل ، يقتضى القول بأن الحيازة إذا كانت تحمي لذاتها دون النظر إلى أصل الحق ، إلا أن دعاوى الحق العيني يمكن أن تقوم بدور غير مباشر في حماية الحيازة ، باعتبار أن دعاوى الحق وخاصة دعوى الاستحقاق تهدف إلى الحصول على ملكية العين وحيازتها بواسطة المالك .

كما أن دعوى الاسترداد التي ترفع لاسترداد العين من وأضع اليد لانتهااء الأجل المحدد بالسند لوضع اليد ، تقوم بدور هام باعتبارها تهدف إلى عودة العين إلى حيازة من له الحق في استردادها .

كما أن دعوى ضمان التعرض باعتبارها تهدف إلى منع التعرض الصادر من أحد المتعاقدين أو الغير في مواجهة المتعاقد الأخر ، تهدف إلى تمكين الأخير من حيازة العين لممارسة الحق الذي انتقل إليه بموجب سند التعاقد .

ويمكن أن يكون للتنفيذ العيني دور في حماية الحيازة بالنظر إلى أن الهدف من التنفيذ العيني للالتزام هو الحصول على العين محل الالتزام ، ففي العقار يكون التنفيذ العيني للعقد بالحصول على ذات العين محل التعاقد لحيازتها بواسطة من له الحق في الحيازة .

فبجانب دعاوى الحيازة التي تمثل حماية مباشرة للحيازة يجب البحث عن وسائل أخرى لحماية الحيازة ولو بطريقة غير مباشرة .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المبحث الأول : دعاوى الحيازة

المبحث الثاني : دعاوى الحق العيني

المبحث الثالث : دعوى الاسترداد

المبحث الرابع : دعوى ضمان التعرض

المبحث الخامس : التنفيذ العيني

المبحث الأول

دعاوى الحيازة

دعاوى الحيازة هي الحماية المثلى للحيازة العقارية ، فهي تنصب على حماية الحيازة العقارية بطريق مباشر ، وتنص التشريعات على تلك الدعاوى ، إما في القانون المدني كالتشريع المصري ، وإما في قانون المرافعات كالتشريع السوري .

وهذا المطلب يشتمل على تحديد ماهية دعاوى الحيازة بتعريفها بصفة عامة وبيان أنواعها وفائدتها ، ثم بيان نطاقها من حيث العقارات التي تكون حيازتها محلاً للحماية بهذه الدعاوى ، ومن حيث الحقوق ، ومن حيث الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى هذه الحماية ، ومن حيث الحيازة محل الحماية . كما أن لدعاوى الحيازة أحكاماً تتعلق بسبب رفع هذه الدعاوى ، وميعاد رفعها ، وبيان الاختصاص النوعي والمحلي والحكم فيها ، ثم تنتهي باستعراض الضمانات المقررة لاستقلال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : ماهية ونطاق دعاوى الحيازة .

المطلب الثاني : أحكام دعاوى الحيازة .

المطلب الأول

ماهية ونطاق دعاوى الحيازة

ماهية دعاوى الحيازة يشمل تعريفها وانواعها وبيان جدواها ، أما نطاق دعاوى الحيازة يشمل تحديد العقارات محل الحماية والحقوق المستهدفة بالحماية ومن يجوز له رفعها ، وأخيراً الحيازة محل الحماية .

أولاً : ماهية دعاوى الحيازة وجدواها :

١ - تعريف دعاوى الحيازة وأنواعها :

دعاوى الحيازة هي الدعاوى التي تحمي حيازة عين معينة بالذات تحسب يد حائز ، يدعى أنه صاحب حق عيني على العين^(١) . فهي دعاوى تحمي حيازة العين التي توجد تحت سيطرة الحائز ، الذي يدعى بأنه المالك للعين أو صاحب حق عيني آخر عليها ، سواء كان هذا الادعاء له صفة شرعية أو دون ذلك ، فهي تحمي الحيازة لذاك دون نظر إلى أصل الحق لكونها تحمي الوضع المادى المتمثل في الحيازة .

ودعاوى الحيازة ثلاث ، دعوى استرداد الحيازة ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة . ودعوى استرداد الحيازة ورد ذكرها في المواد (٩٥٨ - ٩٦٠) من القانون المدنى المصرى ، حيث نصت المادة (٩٥٨) على أن : "١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه ، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك : ٢- ويجوز أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره "

أما المادة (٩٥٩) تنص على أنه : " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها فلا يجوز أن يسترد الحيازة الا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفصيل . والحيازة الأحق بالتفصيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سندا تم كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ . ٢- اما إذا كان فقد الحيازة بالقوة فللحائز في جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى " . المادة ٩٦٠ تقرر أن : " للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت اليه حيازة الشيء المقتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية "

أما دعوى منع التعرض فقد جاء ذكرها بالمادة (٩٦١) حيث تنص على أن : " من حاز عقارا

(١) انظر في تعريف دعاوى الحيازة ، د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٤٩ ص ٣٤٥ ، د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٤١ ص ٦١ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٨٦ بند ٤٨ ص ٨٣ .

واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى منع هذا التعرض " ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ورد ذكرها بالمادة (٩٦٢) بقولها أن : " أن من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وحشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تمدد حيازته ، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالباً وقف هذه الأعمال ، بشرط الا تكون تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر .

٢- وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكمهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها اصلاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكمهائى في مصلحته . ومن مجموع تلك النصوص يمكن تعريف كل دعوى على حدة .
فدعوى استرداد الحيازة هى الدعوى التى يكون الهدف منها رد الحيازة لمن سلبت منه بالعصب والقوة أو بدون ذلك ، ودعوى منع التعرض هى الدعوى التى يكون الهدف منها رد الاعتداء الواقع على حيازة الحائز سواء كان الاعتداء مادياً أو قانونياً ، أما دعوى وقف الأعمال الجديدة هى الدعوى التى يكون الهدف منها إيقاف أعمال بدأت ولو تمت لكونت اعتداء على حيازة الحائز (١) .
فدعاوى الحيازة الثلاث لا تحمى سوى الحيازة من الاعتداء الواقع عليها سواء تمثل هذا الاعتداء في صورة نزع الحيازة بالقوة أو بغير القوة ، أو كان هذا الاعتداء يتمثل في صورة تعرض للحائز في حيازته سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً ، وأخيراً قد يأخذ الاعتداء على الحيازة صورة أعمال بدء في تنفيذها ولو تمت لكونت تمديداً لحيازة الحائز .

٢ - جدوى دعاوى الحيازة :

قد يرى البعض الاستغناء عن دعاوى الحيازة والاكتفاء بدعاوى الحق ، كما أن التعويض المبدى عن الاعتداء الواقع على الحيازة والحماية الجنائية عند التعرض يغنيان عن دعاوى الحيازة . كما أن دعاوى الحيازة ينجم عنها التأخير في فض المنازعات وينتج عنها إطالة أمد الإجراءات القضائية ، وتضاعف المصاريف باعتبار أن دعوى الحيازة لا بد أن تأتى وراءها دعوى الحق ، ومن ثم فهى لم تضع حداً للتداعى ولم تغن عن دعوى الحق التى ترفع بعد ذلك ، وينتج عن كل ذلك إطالة وتعقيد الإجراءات (٢) .

(١) انظر في تعريف تلك الدعاوى د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المبدى ص ١٦٣ ، ١٦٩ ، ١٧٤ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثامنة ١٩٩٤ - ص ٢٨٦ ، ٣٠٦ ، ٣٣٤ على التوالى .
(٢) انظر في افتراض هذا الرأى والرد عليه آل العشماوى - قواعد المرافعات - بند ٤٨٦ ص ٦١٦ هـ (١) .

والواقع أن دعاوى الحيازة لا يمكن الاستغناء عنها اكتفاء بدعاوى الحق ، لفائدتها في الحياة العملية إذ هي توفر حماية سريعة للحيازة كما تعتبر خط الدفاع الأول عن الحق ، وتوفر للحائز المسالك وسيلة سهلة وميسرة للدفاع عن ملكيته ، وقد تغنيه عن اللجوء إلى دعاوى الحق ، كما أنها لا تلقي على عاتق صاحب الحق إثبات حقه إذ يكفي في تلك الدعاوى الاستناد إلى حيازته ، كما أن تلك الدعاوى تهدف إلى حماية السلام الاجتماعي ، وتكفل للحائز الانتفاع بالعين محل الحيازة (١) .

- جدوى دعاوى الحيازة في ظل نظام السجل العيني :

وبالنسبة لنظام السجل العيني فإنه يقوم على ركيزة أساسية تتمثل في حظر كسب الحقوق المقيدة في السجل بالتقادم ، وإزاء هذا الوضع قد يرى البعض أن دعاوى الحيازة أصبحت غير ذات جدوى في ظل نظام السجل العيني ، لأن الحيازة تحمي بتلك الدعاوى باعتبارها قرينة على الحق ولا محل لتلك القرينة في ظل السجل العيني ، لأن تلك الحقوق مقيدة في السجل ولا يعتبر صاحب حق سوى من قيد الحق باسمه (٢) .

الواقع أن لدعاوى الحيازة فائدتها في ظل نظام السجل العيني ، بالنظر إلى أن الهدف منها هو حماية الأمن الاجتماعي ، وبمناسبة الحيازة نكون أمام واقع فعلي ظاهر ولا يمكن الجزم بان المتعرض صاحب حق أو ليس صاحب حق ، ومن ثم فإن حماية الحيازة بتلك الدعاوى لا يتعارض مع نظام السجل العيني ، وتكون الحيازة هي مظهر القيد وأن القيد هو مظهر الحق (٣) .

ثانيا : نطاق دعاوى الحيازة

١ - نطاق دعاوى الحيازة من حيث العقارات :

الحيازة العقارية لا ترد إلا على عقار مادي معين بالذات ، ومن ثم فإن دعاوى الحيازة لا يكون محلها الا عقارا ماديا معينا بالذات ، كقطعه ارض سواء كانت زراعية أو مبانى أو فضاء ، فلا يصلح المجموع من المال لأن يكون محلا لدعاوى الحيازة كالتركة أو المحل التجارى ، لأن المجموع من المال لا يقبل الحيازة ، وإن كان يجوز رفع دعاوى الحيازة لحماية عين معينة بالذات من أعيان المجموع من المال (٤) .

(١) آل العثماوى - قواعد المرافعات - بند ٤٨٦ ص ٦١٦ هـ (١) .

(٢،٣) انظر فى افتراض هذا الرأى والررد عليه : د. مصطفى عبد السيد الجارحى - أحكام الظاهر فى السجل العينى ص ١٠٨ .

= وهناك من يرى أن دعوى منع التعرض أصبحت غير ذات جدوى فى ظل حظر التقادم فى نظام السجل العينى . مامون كامل - التوجيه فى السجل العينى ص ١٠٨ او يرد عليه بما ورد فى المتن .

(٤) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٤ ص ٩٠٥ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٢٨٥ .

ويجب أن يكون العقار مما يمكن حيازته ولو منع القانون تملكه بالتقادم^(١) ، كالعقارات العامة أو المملوكة للدولة ملكية خاصة أو مملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة أو الأوقاف حيث يجوز لتلك الأشخاص حماية حيازتها للعقار بدعاوى الحيازة في مواجهة من يعتدى عليها ، كما يجوز لمن منح امتياز لاستغلال عقار للدولة أن يرفع دعاوى الحيازة^(٢) .

وإذا كان العقار معينا بالذات ، يستوى أن يكون عقاراً بطبيعته أو عقاراً بالتخصيص ، مادام الأخير مرصوداً بمعرفة المالك لخدمة عقاره ، أو أن يكون عقاراً بحسب المال^(٣) ، فالزروع تكون محلاً لدعاوى الحيازة ولو أن مصيرها القطع بعد فترة قصيرة لتصبح منقولاً ، فمادامت مندججة بالأرض لم تفصل بعد يجوز حمايتها بدعاوى الحيازة

٢ - نطاق دعاوى الحيازة من حيث الحقوق :

لا تحمي دعاوى الحيازة سوى الحقوق العينية التي ترد على العقار ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الرهن الحيازي^(٤) ، فجميع تلك الحقوق ترد على عقار معين بالذات وتكون محمية بدعاوى الحيازة ولا تقتصر الحماية على حق الملكية فقط .

كما أن حقوق الارتفاق التي تكتسب بالتقادم ، وهي حقوق الارتفاق الظاهرة وفقاً للقانون المصري (م/١٠١٦/٢) ، وحقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة وفقاً للقانون الفرنسي ، يمكن أن ترفع دعاوى الحيازة لحمايتها . أما حقوق الارتفاق غير الظاهرة وغير المستمرة فأما لا تكتسب بالتقادم بحسب الأصل في القانون ولا ترفع دعاوى الحيازة لحمايتها ، ولكن يمكن حمايتها بدعاوى الحيازة ، إذا كانت مكتسبة بسند عقداً أو وصية أو كانت مقررة بنص القانون ، ففي الحالات تنتفي عنها مظنة العفو أو التسامح من جانب مالك العقار المقرر عليه الارتفاق ، ومن ثم فإن جميع الحقوق التي تكتسب بالتقادم أو بسند أو

(١) ولا يشترط أن يكون العقار ممّا يمكن تملكه بالتقادم كما رأى البعض د . رمزي سيف - المرافعات المدنية والتجارية بند ٣١٦ ص ٣٥٥ هـ (٣) . مشار إليه لدى : د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٣ ص ٨٩ هـ (٣) ، نقض مدنى ١٩٧٧/١١/٩ مجموعة الأحكام ٢٨ رقم ٢٨٢ ص ١٦٣٩ .

(٢) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٣ ص ٩٠ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٤ ص ٩٠٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٢٨٦ .

(٣) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٣ ص ٨٩ ، محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٣١ ص ٨١ .

= ولا تحمي دعاوى الحيازة المنقول لأن حيازة المنقول مختلطة بملكته إذا استندت إلى حسن النية والسبب الصحيح، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٢٨٥ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥١ ص ٨٩ .

Enc.D., 1995, I, Action. possessoire, N, 25, P. 4.

(٤) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٣ ص ٨٩ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٤ ص ٩٠٥ - ٩٠٦ ، د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥١ ص ٨٢ .

بنص القانون ، تجوز حمايتها بدعوى الحيازة إذا حدث تعرض لصاحب الحق^(١) .

٣ - نطاق دعوى الحيازة من حيث الأشخاص ؛

يتحدد نطاق دعوى الحيازة من حيث الأشخاص بمن يجوز له رفع تلك الدعاوى ومن ترفع عليه ، بمعنى من له الصفة وصاحب المصلحة في رفعها وهو الحائز طالب الحماية ، ومن ترفع في مواجهته وهو المعتدى على الحيازة ، ومن ثم فإن أشخاص دعوى الحيازة هم :

أ - المدعى : المدعى في دعوى الحيازة هو الحائز الذي سلبت حيازته أو حدث له تعرض فيها أو حدث ما يعتبر تهديدا لها في المستقبل ، وللحائز رفع دعوى الحيازة سواء كان شخصا طبيعيا كالأفراد ، أو شخصا معنويا كالدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام . فلكل شخص طبيعي إذا حدث تهديد أو نزع لحيازته أن يرفع دعوى الحيازة سواء كان حائز بنفسه أو بواسطة غيره ، أيا كانت صورة الاعتداء الواقع على الحيازة .

ولكن يجب أن تتوافر صفة الحائز وقت حدوث الاعتداء ، وتتقل الدعوى إلى خلف الحائز سواء كان الخلف عاما كالوارث أو خاصا كالمشتري^(٢) ، ولا يشترط في من يرفع دعوى الحيازة أن يكون حسن النية ، فلا يوجد ما يمنع الحائز سئ النية من رفع دعوى الحيازة لحماية حيازته المعتدى عليها^(٣) . ويجوز للحائز رفع دعوى الحيازة سواء كان يجوز منفردا أو على الشيوع ، فلحائز الحصة الشائعة اللجوء لدعوى الحيازة سواء كان ذلك في مواجهة باقى الشركاء المشاعين أو في مواجهة الغير^(٤) ، ولسولم

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٦٠٨ ص ١٣٧٨ .

= وبالنسبة للارتفاق النسبي كالارتفاق بعدم البناء قضى بأن الفقهاء لم يتفقوا على جواز رفع دعوى وضع اليد لحمايته ومن أجاز ذلك منهم أوجب أن يكون الحق مشيرا إلى عقد صادر من مالك العقار المرتفق به ، وأن يكون مقتضى هذا العقد قد نفذ منذ سنة على الأقل بامتناعه عن كل عمل يخالف هذا الارتفاق ، نقض ١٩٣٨/٢/٣ مجموعة عمر ج ١ رقم ٨٨ ص ٢٤٦ .

(٢) د . وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٥٥ ، د . فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٨ ص ٩٤ .

(٣) آل العثمانى - قواعد المرافعات - بند ٥٠٥ ص ٦٣١

(٤) د . عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٢ ص ٨٣ ، د . محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدني - بند ٣٧ ص ٨٨ .

Alex Weill, droit civil ,II,N. 407,P.348 ,note (3) ; Enc.D.,1995,I,vo. Action possessorioire,N . 83 ,P. 7.

= وقد قضى بأن "وضع اليد بمعناه القانونى يقع على حصة شائعة كما يقع على النصيب المفروز فلا يؤثر فى قيامه وجود العين فى حيازة واحدة فقط من الشركاء أو فى يد ممثل واحد لهم جميعا كوكيل أو مستأجر ولكل ذى يد على حق عيني فى العقار سواء أكان مقررا أم شائعا أن يحصى وضع اليد في هذه الدعاوى يجوز أن رفعها من الشريك فى الملك لدفع تعرض شركائه له كما يجوز رفعها لدفع تعرض الغير دون أن يتوقف ذلك على تسليم خصمه له بالشركة" نقض ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٢٢٤ ص ٢٨١ ، ١٩٤٤/٥/٤ مجموعة عمر ج ٤ رقم ١٢٢ ، ص ٣٦١ ، ١٩٤٣/٢/٢٥ مجموعة عمر ج ٤ رقم ٣١ ص ٦٠ ، ٦١ .

يشترك معه باقي الشركاء في رفع الدعوى^(١)

ولا يقتصر رفع دعاوى الحيازة على الحائز وخلفه العام أو الخاص ، ولكن يجوز للدائنين بصفتهم أصحاب مصلحة أن يرفعوا دعاوى الحيازة بالنيابة عن مدينهم استعمالا للدعوى غير المباشرة ، باعتبار أن العين تدخل في الضمان العام المقرر لهم على أموال مدينهم ، كما يجوز للمدين نفسه المحجوز عليه رفع دعوى الحيازة باعتباره حائزا إلى أن يتم البيع بوسو حكم مرسى المزاد على المشتري^(٢)

كما أن لكل شخص اعتباري اللجوء لدعاوى الحيازة لحماية الحق العيني الذي يدعيه على العين محل الحيازة ، فيجوز للدولة رفع دعوى الحيازة لحماية العقارات التي تدخل في الدومين العام أو الخاص للدولة ، كما يجوز للأشخاص الاعتبارية الأخرى كالمؤسسات أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام والأوقاف رفع دعاوى الحيازة لحماية العقارات التي يحوزونها^(٣) ، فيجوز للدولة وجميع الأشخاص الاعتبارية الأخرى رفع دعاوى الحيازة رغم أن القانون منحههم إزالة التعدي الواقع على عقاراتهم بالطرق الإداري (م ١/ ٩٧٠ مدني مصري) .

ب - المدعى عليه : المدعى عليه في دعاوى الحيازة هو من قام بغصب الحيازة أو قام بأعمال تمثل تعرضا لها حالا أو مستقبلا ، وترفع تلك الدعاوى على المدعى وعلى من يخلفه في الحيازة سواء كان خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا انتقلت إليه الحيازة بسند ، وإذا كان المدعى عليه يعمل لحساب الغير أو يأتمر بأوامره جاز رفع الدعوى على الاثنين معا ، الأول لكونه معتديا والثاني باعتبار أن التعدي حدث لحسابه^(٤)

وترفع دعاوى الحيازة على المعتدي ولو كان حسن النية ، فلا يشترط أن يكون المعتدي سني النية فقد يعتقد خطأ أنه صاحب حق عيني على العين أو كان صاحب حق بالفعل ، فلا يجوز له أن يقتضى حقه بنفسه ، وحسن النية لا يشفع له بأن يقتضى حقه بنفسه^(٥)

(١) د: عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات - بند ٥٢ ص ٨٣ هـ (٢)

= كما يجوز رفع دعوى الحيازة من الشريك على الشيوغ ضد من نقل الحيازة إليه وقد قضى بأن : "للحائز على الشيوغ أن يجمي حيازته بدعاوى الحيازة ضد المتعرض له فيها سواء كان هذا المتعرض شريكا معه أو تلقى الحيازة عن هذا الشريك " نفذ ١٠/١/١٩٧٨ مجموعة الأحكام س ٢٩ رقم ٣٢ ص ١٣٤

(2) Enc.D., 1995, I. vo. Action possessoire, N 95, P. 8 .

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٤ ص ٩٠٥ ، د. أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية بند ١٢١ ص ١٣٠ ، د. فتحي والي - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٣ ص ٩٠ .

Waline(Marcel) , Traité élémentaire de droit adminstratif, éd : 6 , Paris, P.510. Alex Weill, droit civil, II, N ,407, P.350

(٤) د. عبد المنعم الشرقاوي - شرح المرافعات - بند ٥٦ ص ٨٧ .

(٥) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٧ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق -

وبصدد دعوى استرداد الحيازة فإنها ترفع على من اغتصب الحيازة وعلى من انتقلت اليه ولو كان الغير الذى انتقلت إليه الحيازة حسن النية لا يعلم بواقعة الغصب (م ٩٦٠ مدنى مصرى) ، ومن ثم يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة على المقتصب وعلى من انتقلت إليه الحيازة ، سواء كان هذا الغير خلفا عاما أو خاصا خشية عدم قدرة المدعى على إثبات انتقال حيازة العين من المقتصب إلى الغير^(١) .

- عدم جواز رفع دعاوى الحيازة على الدولة أو إحدى هيئاتها :

لا يجوز أن تكون الدولة مدعى عليها في دعاوى الحيازة من قبل الأفراد ، سواء كان المال عامنا أو مملوكا لها ملكية خاصة ، إذ أن عقارات الدولة بتويعها لا يجوز تملكها بالتقادم ، ولا يجوز رفع دعاوى الحيازة بشأنها من قبل الأفراد ، كما لا يجوز رفع دعاوى الحيازة على الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى أو على الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الأوقاف الخيرية ، لأن أموال تلك الوحدات لا يجوز تملكها بالتقادم ، ومن ثم لا يجوز أن تكون تلك الهيئات مدعى عليها في دعاوى الحيازة .

فإذا كان أحد الأفراد يجوز أحد عقارات الدولة بموجب ترخيص من الجهة الإدارية المختصة ، فإن حيازته تكون عرضية بالنسبة للجهة المانحة للترخيص ، إذ يجوز لها الرجوع عن الترخيص في أى وقت ولا يكون للمدعى أن يتذرع بحيازته لرفع دعوى استرداد الحيازة على جهة الإدارة^(٢) .

وأحيانا تقوم الإدارة ببعض الأشغال العامة والمستندة إلى قرار إدارى يتعلق بالمنفعة العامة وتمثل تلك الأعمال تعرضا لحيازة الأفراد ، فلا يجوز لمن أصابه تعرض في حيازته من جراء الأشغال العامة أن يرفع دعوى منع التعرض مادامت تلك الأعمال تتعلق بالمصلحة العامة ، إذ أن دعوى منع التعرض تنطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء العادى بالفصل فيه ، ولا سبيل لمن أصابه تعرض في

(١) د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٦ ص ٨٧ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٨ ، عز الدين عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٢٨٨ - ٢٨٩ .
(٢) د. دفتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٤ ص ٩٠ ، آل العشماوى - قواعد المرافعات - بند ٤٩٥ ص ٦٢١ ، محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣٧٠ ص ٢٨٠ .

= ولا يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة على الجهة الإدارية إذا نزع الحيازة للمصلحة العامة وقد قضى بأن " إذا كان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليه بوصفه مديرا للجمعية الزراعية بمدينة مطروح شغل مكانا مملوكا للحكومة ، خصصته جهة الادارة لسكن الموظفين والعمال الذين يعملون بالمدينة ثم أصدر رئيس مجلس المدينة قرارا إداريا بإنهاء هذا الترخيص وإخلاء المسكن وأقام المطعون عليه بعد باخراجه من المسكن الدعوى يطلب تمكينه منه ورد حيازته اليه ، وكان التصرف المستند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع وقف تنفيذه ، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء لوقف تنفيذ الأمر أو الغائه " نقض مدنى ١٥/٣/١٩٧٣ مجموعة الأحكام س ٢٤ رقم ٧٨ ص ٤٣٥ .

= ومن المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وجوب توافر نية للملك لدى الحائز الذى يلجأ إلى دعوى منع التعرض فى حماية لحيازته ، ولازم أن يكون العقار موضوع الحيازة مما يجوز تملكه بالتقادم ولا يكون من =

حيازته سوى اللجوء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه^(١).

أما التعرض الناتج عن أشغال خاصة رخصت بها الإدارة لأحد الأشخاص على أحد عقاراتهما وتمثل تعرضاً لحيازة بعض الأفراد ، فيجوز رفع دعاوى الحيازة أمام القضاء العادي لإزالة أعمال التعرض ولا يجوز دون ذلك صدور ترخيص من جهة الإدارة ، إذ إن الترخيص لا يعنى سوى أن الأعمال المرخص بها لا تتعارض مع المصلحة العامة بما يحفظ حقوق الأفراد^(٢).

= الأموال الخاصة بالدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة التي منع الشارع تملكها بالتقادم أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم. وقد نصت المادة ٩٧٠ من القانون المدني بعد تعديلها بالقانون ١٤٧ سنة ١٩٥٧ على عدم جواز تملك أموال الأوقاف أو كسب حق عيني عليها بالتقادم^(٣) نقض ١٩٨٤/٣/٢٧ مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ١٥٩ ص ٨٤٦.

(١) وقضى بأن : " التعرض المستند إلى قرار اداري اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى منع هذا التعرض وذلك لما يترتب عليه حتماً الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يتمتع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية ، ولا يكون للحائز في هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر الإداري أو إلغائه " نقض ١٢/١ ١٩٦٦/ مجموعة الأحكام س ١٧ رقم ٣٥٤ ص ١٧٦٣.

= ومن الجدير بالذكر إذا كانت صفة المال العام تمنع اكتساب أى حق عيني عليه ولا يجوز رفع دعوى الحيازة بشأنه من قبل الأفراد ولا ولاية للقاضي العادي بالفصل في المنازعات التي تثور بشأنه ، الا أنه إذا كانت صفة العقار محل نزاع جدى ، حول ما إذا كان مملوكاً للدولة ام غير مملوكة لها جاز رفع دعوى الحيازة إلى أن تفصل المحكمة في مدى جدية النزاع ، فإذا ما تبين لها أن العين من اعيان الدولة أو أن النزاع غير جدى تعين رفض الدعوى. محمد عبد اللطيف - التقادم - بند ٣٦٨ ص ٢٧٩ .

= وقد قضى بأنه : " من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يتعين توافر نية التملك لمن يدعى حماية حيازته بدعوى منع التعرض ، ولازم ذلك أن يكون العقار من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الاوقاف الخيرية التي منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم ممّا نص عليه في المادة ٩٧٠ من القانون المدني المعدل بالقانونين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لسنة ١٩٥٧ ، ومن ثم يتعين على المحكمة في دعوى منع التعرض أن تحسم النزاع المثار حول ما إذا كان العقار ممّا يجوز كسب ملكيته بالتقادم أم لا ، وصولاً إلى ما إذا كانت حيازته جديرة بالحماية القانونية لمنع التعرض لها أم لا ، دون أن يعتبر ذلك تعرضاً لأصل الحق . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون عليه قد استخلص من تقرير الخبير المودع أمام محكمة الاستئناف أن المساحة تدخل ضمن وقف فلان وفلان ورتب على ذلك عدم قبول دعوى الطاعنين بالنسبة لهذه المساحة لعدم جواز اكتساب أى حق عيني عليها بالتقادم فإنه لا يكون قد خالف القانون " ٣٠ / ١ / ١٩٩١ مجموعة الأحكام طعنان رقم ٦٢٤ ، ٥١٨ س ٥٥ ق ، ١٨ / ٣ / ١٩٩٢ مجموعة الأحكام طعن رقم ٦١٨ س ٥٧ ق مشار إليه لدى مجدى هرجه - الجديد في الحيازة - بند ٥٥ ، ٥٦ ص ٢٧٥ - ٢٧٦ .

= ولكن إذا كان القرار الإداري يلحق به غير عيب عدم المشروعية فإنه يكون معدوماً ومن ثم يظل الاختصاص للقضاء العادي للنظر في أمر الحيازة ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٦٧ ، نقض ٣ / ٢٢ / ١٩٧٣/ مجموعة الأحكام س ٢٤ ص ٤٧٠ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٣٤ ص ٩٣٧ ، عز الدين الناصوري وحامد عكاكز - التعليق - ص ٣١٠ .

- مدى جواز رفع دعوى الحيازة تنفيذاً لالتزام عقدي :

ذهب بعض من الفقه إلى القول بجواز رفع دعاوى الحيازة من الحائز المباشر على الحائز الغير مباشر، حيث يجوز للدائن المرهن رفع دعوى منع التعرض على المدين الراهن (المالك) ومن المستأجر على المؤجر، فهؤلاء رغم عرضية حيازتهم يجوز لهم رفع دعاوى الحيازة ضد الحائز القانوني. استناداً إلى أن الحائز في مثل هذه الحالات يجوز بصفة مستقلة وحيازته قانونية لحسابه وليست لحساب المالك الحقيقي بالنسبة للمحق الذي يرفع دعوى الحيازة بشأنه.

كما أن مهمة قاضي الحيازة مقصورة على التحقق من ما إذا كان الحائز يضع أو لا يضع يده على العين وقت رفع الدعوى، وما إذا كانت الدعوى رفعت أو لم ترفع خلال المدة المقررة لرفعها، دون أن يتطرق إلى فحص طبيعة العلاقة التي تربط بين رافع الدعوى ومن رفعت عليه. كما أن هذه الدعاوى لا يهدف من ورائها سوى المحافظة على الأمن والسلام الاجتماعي، بالنظر إلى أن من يعتدي على حيازة الغير لا بد أن يرد الحيازة أو يمتنع عن كل ما يمثل تهديداً لها، وإن تلك الدعاوى تحمي الحيازة أياً كانت صفة الحيازة^(١).

إلا أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء، يذهب إلى القول بأنه لا يجوز للحائز المادى رفع دعوى الحيازة على الحائز القانوني، طالما أن هناك عقداً يربط بين المدعى والمدعى عليه، لأن حماية الحيازة لا يهدف من وراءها تنفيذ التزام عقدي^(٢).

كما أن الدعوى التي يرفعها المستأجر أو الدائن المرهن على المؤجر أو المالك تستند إلى حقوق رافع الدعوى الشخصية قبل المالك ومصدرها العقد المبرم وهو الذي يحكم النزاع بين الطرفين، فلا

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٨ ص ٩٥، وأحمد مسلم - اصول المرافعات - بند ٣١٦ ص ٣٥٥ هـ (٣) د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - ج ٢ بند ٩٠ ص ١٠٤.

(٢) منهم على سبيل المثال د. السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣١٩ ص ٩١٧، بند ٣٣٥ ص ٦٣٧، د. أحمد ابو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية بند ١٢٧ ص ١٣٥، د. حامد مصطفى - الملكية العقارية - بند ٣٦٦ ص ٣٤٣، د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٦ ص ٨٧-٨٨.

Planiol, Ripert et Picard, III, N. 209, P. 219; Enc. D., 1994, I, vo. Action possessoire, N. 28, P. 4.

= وقضى بأن: " لا يملك المستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض ضد المؤجر لأن حيازته للعقار للمؤجر غير مقترنة بنية التملك وعلاقته بالمؤجر إنما تقوم على عقد الإيجار لا على الحيازة التي تتيح لصاحبها رفع دعوى منع التعرض وهي ليس مجرد التسلط المادى على العقار بل يجب أن تكون مقترنة بنية التملك ولم يخالف القانون المدني الجديد المدني القديم في هذا الخصوص أما ما أباحه القانون الجديد فى المادة ٥٧٥ للمستأجر من رفع دعاوى جميعها ضد غير المؤجر فإنه استثناء من القاعدة العامة " نقض مدنى مصرى ٢٣ / ١ / ١٩٥٨ مجموعة الأحكام س ٩ ص ١٠٦.

Cass.civ., 21-3-1956 .D.Rep 1957 ,N. 164 ,P. 15 . ; Trib .civ ., Seine , 6-3-1954 , D. Rép 1957 ,N.732 ,P. 14.

تعتبر الدعوى التي ترفع بناء عليه دعوى حيازة لكونها لا تستند إلى واقعة الحيازة^(١).
كما أن إجازة رفع دعاوى الحيازة من الحائز المادى على الحائز القانونى - أى تنفيذاً لعقد - فإن
قاضى الحيازة سيكون مضطراً إلى بحث العلاقة التي تربط بين المدعى والمدعى عليه المتمثلة في العقد الذى
يحدد حقوق والتزامات الأطراف ، وهو في سبيل فحص العلاقة العقدية يكون قد تعرض لأصل الحق وهو
ما يحظر على قاضى الحيازة المساس به^(٢).

كما أن جميع التشريعات التي اجازت لكل حائز قانونى أو عرضى رفع دعوى الحيازة ، جعلت له
ذلك الحق تجاه الغير وليس ضد من تلقى عنه الحق ، لان تلك العلاقة يحكمها السند المبرم بين الحائز المادى
والحائز القانونى ، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى الحيازة من المستأجر أو الدائن المرهق على المؤجر أو المدين
الراهن ، ولا سبيل أمامه سوى اللجوء إلى دعوى الضمان الناشئة عن الإيجار أو الرهن .

٤ - الحيازة محل الحماية بدعاوى الحيازة :

يختلف مضمون الحيازة المحمية بتلك الدعاوى وفقاً لموقف التشريعات من حيث أخذها بالنظرية
الشخصية أو النظرية المادية للحيازة ، وإن كان الركن المادى هو القاسم المشترك في كل من النظريتين ،
ويجب أن تتوافر للحيازة شروطها القانونية .

أ - الركن المادى : يجب أن يتوافر في الحيازة الركن المادى وهو قيام الحائز بأعمال السيطرة
المادية على العين محل الحيازة بما يتفق مع مضمون الحق الذى يدعيه على العين ، سواء كان حق ملكية أو
ارتفاق أو سكنى أو انتفاع . ويقوم الحائز بممارسة تلك الأعمال التي يقوم بها صاحب الحق في العادة
بنفسه أو بواسطة غيره^(٣).

ويجب أن يكون الحائز حائزاً للعين وقت حصول التعدى على العين ، بأن تكون حيازته مادية
وحالية قائمة باتصال يده بالعين بصفة فعلية وتكون تحت تصرفه المباشر وقت وقوع أعمال التعدى^(٤).
إذ العبرة بالحيازة الفعلية وليس بالاستناد إلى تصرف قانونى قد يطابق أولاً يطابق الواقع ، فوضع اليد واقعة
مادية العبرة فيها بما يشبه فعلاً ، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق يجب الأخذ بهذا الواقع
واطراح ما هو غير حاصل ، وتقدير توفر أعمال السيطرة المادية هو من قبيل السلطة التقديرية لقاضى
الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

(٢٠١) د. السنهورى - الوسيط - ج٩ - بند ٣١٩ ص ٩١٧ ، بند ٣٣٥ ص ٦٣٧ ، د. عبد المنعم الشرقاوى -
المرفعات - بند ٥٦ ص ٨٧-٨٨ .

(٣) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥١ ص ٨٣ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٤٦ .
(٤) Cass.Civ ., 21-1-1955 , D. Rép ,N.11,P.14 ; Trib . paix la charite - sur - laire , 11-
12-1954 , D. Rep 1957 ,N. 135 ,P.14 .

ب - الركن المعنوي : الركن المعنوي هو العنصر القصدى للحيازة ، وتتنازع هذا الركن نظريتان ، وبصدد حماية الحيازة يختلف مفهومه حسب موقف التشريع من النظرية الشخصية أو المادية للحيازة ، ففي حين تتطلب الأولى أن يكون الحائز حائزاً بنية كسب حق عيني على العين لكي تكون جذيرة بالحماية ، إلا أن الثانية تمد نطاق الحماية إلى كل من يضع يده على العين سواء كان يجوز بنية كسب حق عيني أو شخصي أو كان يجوز لحساب الغير .

ففي القانون الالماني حيث تسود النظرية المادية تعرف الحيازة بأنها سيطرة فعلية على الشيء (م ٨٣٤) . ومن ثم يعتبر حائزاً كل من يضع يده على العين ولو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والدائن المرهن رهن حيازة أو له حق شخصي كالمستأجر (م ٨٦٨) وبالتالي يجوز له رفع دعاوى الحيازة، ولا يستثنى من الحماية بالدعاوى سوى من يجوز لحساب الغير بسبب يلزمه أن يأتمر بأوامر المتبوع ، حيث المتبوع هو الذى يعتبر حائز ، أما ماعدا ذلك فيكون حائز يجوز له رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته (١) .

كما أن القانون السويسرى يعرف الحيازة بقوله ، أن من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته (م ٩١٩) ، وانه " إذا سلم الحائز الشيء للغير ليؤليه عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حقاً شخصياً فكل من الاثنين يكون حائز للشيء " (م ٩٢٠) فكل من له السيطرة المادية على العين يكون حائزاً ولو كان حقه شخصياً ، يجوز له رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، ولكن القانون السويسرى توسع أكثر من القانون الالماني حيث اعتبر حيازة التابع حيازة صحيحة يجوز له رفع دعاوى الحيازة بشأنها لحمايتها (٢) .

أما القانون الفرنسى وهو يأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ، حيث يتطلب أن يجوز الحائز بنية كسب حق عيني على العين محل الحيازة ، وكان يشترط توافر الركن المعنوي بهذا المفهوم لكي يستطيع الحائز رفع دعاوى الحيازة ، ولكن المشرع الفرنسى تدخل بالقانون رقم ٧٥ - ٥٩٦ الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٧٥ حيث قرر بالمواد من (٥ - ١١) إضافة المادتين ٢٢٨٢ ، ٢٢٨٣ للقانون المدنى .

وموجب هذا التعديل وسع القانون الفرنسى نطاق دعاوى الحيازة ، ولم يعد يقصرها على من يجوز بصفة مالك أو صاحب حق ولكن لكل من يضع يده على العين أن يرفع دعاوى الحيازة للدفاع عن

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٥٢ ص ٧٨٨ ، بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ ، د . وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٤٧ .

Mazeud et Chabas, II, N 1426, P. 197 - 198 Planiol, Ripert et Picard, III, N. 147, 163-164.

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٢٦٦ ص ٨٠٧ هـ (2) .

PlanioI, Ripert et Picard, III, N. 147, P. 164-165.

حيازته ، مادامت حيازته هادئة مستوفية لشروطها القانونية^(١) .

أما القانون المصري فيأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ، ولكي تحمي الحيازة بدعاوى الحيازة يجب أن يكون الحائز واضعا يده بنية كسب حق عيني على العقار ، إلا أن المشرع المصري بصدد توافر نية كسب الحق أورد استثناءين :

أحدهما يتعلق بدعوى استرداد الحيازة ، حيث يجوز رفع دعوى الاسترداد لمن كان حائزا بالنيابة عن غيره ، ، فلا يشترط أن يكون الحائز حائزا لحساب نفسه ، إذ يجوز لكل حائز عرضي رفع تلك الدعوى ولو كان صاحب حق انتفاع أو مرهنا حيازيا أو مستأجرا أو حارسا ، باعتبار أن تلك الدعوى تهدف إلى حماية الأمن العام ، وثانيهما : يتعلق بالمستأجر ، حيث أجاز له القانون استثناء رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه رغم كونه حائزا عرضيا بالنسبة للملكية لما له من وضع خاص بين سائر الحائزين العرضيين (م ٥٧٥ م مصري)^(٢) .

٣ - شروط الحيازة المحمية : لكي تحمي الحيازة العقارية بواسطة دعاوى الحيازة يجب أن تتوافر شروطها القانونية ، فيجب أن تكون مستمرة وفقا لطبيعة العين محل الحيازة والحق الذي يدعيه الحائز ، فلا يشترط أن تكون الأعمال المادية مستمرة دون انقطاع ، بل يكفي أن تكون على فترات منتظمة بما يسمح بقيام الاستمرار .

ويجب أن تستمر الحيازة مدة سنة لكي يمكن رفع دعاوى الحيازة لحمايتها (٩٥٩ ، ٩٦١ ، ٩٦٢ مدي مصري) ، وحكمة اشتراط مدة السنة أن تكون الحيازة استقرت لدى الحائز فترة كافية للقول بحمايتها ، وتحسب مدة السنة من وقت بدء الأعمال المادية المكونة للحيازة ، ومن وقت تغيير صفة الحيازة إذا كانت عرضية ، ويستطيع الحائز لإكمال مدة السنة أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه أو مدة من كان يجوز لحسابه كالمستأجر^(٣) .

(1) Mazeaud et Chabas, II, N1426, P.197-198, N.1457, P.219 ; Larraumet, droit civil, II, N.70, P.55, N86, P.63 .

ويقول بعض الفقه الفرنسي أن المشرع بهذا التعديل أحدث نوعا من التقريب بين حق المستأجر والحقوق العينية على ذات الشيء .

Capitant (Henri) , Alex Weill et francois Terre , les grands arrêts de la jurisprudence civil , ed . 7,1975, Dallaz, Observations de cass . civ.,22-1-1818 , P.308 et s .

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد الحيازة محل الحماية المدنية ص ٣٧٠ .

= ويجوز رفعها ممن كانت حيازته على سبيل التسامح أو بناء على ترخيص إداري عدا المالك المتسامح أو جهة الإدارة ، د. السنهوري - الوسيط ج٩ - بند ٣١٩ ص ٩١٤-٩١٥ .

(٣) . د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٢ ص ٨٥ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٤٨ .

Enc .D, 1995 ,I, vo. Action possessoire, N 55.P.6 .

وشرط استمرار الحيازة مدة السنة مشروط بالنسبة لجميع دعاوى الحيازة ، سواء كانت دعوى استرداداً ومنع تعرض أو وقف أعمال جديدة ، ولا يستثنى القانون سوى دعوى استرداد الحيازة من استمرار الحيازة مدة السنة في حالتين الأولى حالة نزع الحيازة بالقوة سواء كانت قوة فعلية أو تهديد باستعمالها ، حيث أجاز المشرع رفع هذه الدعوى ولو لم تستمر حيازة الحائز مدة السنة (م ٩٥٩) ، باعتبار أن الدعوى في تلك الحالة تهدف إلى المحافظة على الأمن العام وتهدف إلى دفع العدوان ، إذ إن القوة ليست سبيلاً لاقتضاء الحقوق (١) .

الثانية حالة ما إذا كانت حيازة المدعى أفضل من حيازة المدعى عليه ، حيث راعى المشرع في هذه الحالة تكون إزاء حيازتين ، حيازة المدعى طالب الاسترداد ، وحيازة المدعى عليه منتزع الحيازة ، والقول برفض دعوى استرداد الحيازة لعدم حيازة المدعى مدة السنة يؤدي إلى تفضيل حيازة المدعى عليه رغم أن الأخير لم يحز بدور سنة ، ومن هذا المنطلق لم يشترط المشرع استمرار الحيازة مدة السنة عندما تكون حيازة المدعى أفضل من حيازة المدعى عليه .

وبجانب الاستمرار يجب أن تكون هادئة وظاهرة وواضحة ، بمعنى ألا تكون قائمة على الغصب أو حصلت خفية عن من له الحق في العلم بها ، وأن تكون واضحة الدلالة على أن الحائز يحوز لحساب نفسه ، وغياب هذه الشروط تمثل عيوباً في الحيازة وتكون غير جديرة بحمايتها بدعاوى الحيازة .

(١) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٦٤ - ١٦٥ ، د. فتحي والي - الوسيط ١٩٩٣ ، ص ٥٧ ، ص ٨٦ .

المطلب الثاني

أحكام دعاوى الحيازة

يشمل هذا المطلب دراسة الاعتداء الموجب لرفع دعاوى الحيازة وميعاد رفعها ، والاختصاص بنظرها والحكم فيها ، و ضمانات استقلالها عن دعاوى الحق .

أولاً : الاعتداء الموجب لرفع دعاوى الحيازة :

الاعتداء الواقع على الحيازة هو سبب رفع هذه الدعاوى . ، والاعتداء قد يكون بسلب الحيازة أو بتهديدها ، والتهديد قد يكون حالاً وقد يكون مستقبلياً ، ومن ثم فإن كل دعوى ترفع لرد نوع معين من الاعتداء :

١ - الاعتداء الموجب لرفع دعوى استرداد الحيازة : دعوى استرداد الحيازة هي الدعوى التي يرفعها الحائز لاسترداد حيازته التي سلبت منه بالقوة وبالغصب . فالاعتداء الموجب لرفع دعوى الاسترداد يجب أن يبلغ درجة تؤدي إلى نزع العين من تحت يد الحائز ، بحيث إذا لم يكن هناك سلب للعين فلا محل لرفع دعوى استرداد الحيازة^(١) .

وترفع دعوى الاسترداد سواء كان سلب الحيازة بالقوة عن طريق الاغتصاب أو الإكراه وهو ما يسمى بالقوة المادية ، وسواء صاحب هذا الغصب اعتداء على شخص الحائز أو على أحد اتباعه ، أو غير مصحوب باعتداء ، لأن الغصب يتوافر عند عدم قدرة الحائز على رد التعدي الواقع على حيازته^(٢) . وقد تكون القوى معنوية باستعمال طرق الغش والتدليس والخداع وغير ذلك من المؤثرات المعنوية التي تؤدي إلى إرهاب الحائز ونزع حيازته^(٣) .

وقد يكون سلب الحيازة غير مشروع عن طريق الغصب ، وقد يكون مشروعاً عن طريق إجراءات التنفيذ القضائي ، كما لو كان نزع الحيازة تنفيذاً لقرار صادر من قاضي الحيازة لم يكن الحائز طرفاً فيه ، أو بناء على حكم قضائي لم يكن صادراً ضد الحائز أو صدر في غيبته ،

(١) نقض ١٩٤٨/١/١٠ طعن رقم ١٤٣ س١٦ق ، ١٩٨٣/١٩٤ طعن رقم ١٧٤٧ س٤٩ ، مشار إليهما لدى الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق رقم ٦ ص٢٥٦ ، رقم ٢٨ ص٣٠١ على التوالي .

Trib Paix la charite - Sure - loire , 11-12-1945 . D.Rep., 136,139,P.14 ; Cass . Civ ., 4-1-1961 , Bull .Civ ., 1961 , I,N.1,P.1 .

(٢) وقد قضى بأنه " لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوباً باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيرهه ، بل يكفي أن تكون سلبت قهراً نقض ١٩٦٤/١/٩ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٩ ص٤٩٢

(٣) وقضى بأن : " المراد بالقوة المستعملة لسلب الحيازة كل فعل يؤدي إلى منع الحيازة الواقعية لا فرق في ذلك بين القوى المادية والمعنوية ، ويجوز أن يبنى الاغتصاب على اساليب الغش والخداع وغيرها من المؤثرات المعنوية " نقض مدى مصري ١٩٧٦/٥/٥ مجموعة الأحكام س٢٧ رقم ٢٠٤ ص١٠٦٣ .

خداعا من المعتدى^(١)، فانتزاع الحيازة بموجب حكم يرير رفع دعوى استرداد الحيازة ولو نفذ دون مقاومة من الحائز، بالنظر إلى قابلية الحكم للتنفيذ الجبري مقدما على إرادة الحائز ولا يعنى ذلك تسليما بحيازة المحكوم له^(٢).

ومن ثم فإن أية وسيلة تنتزع بها الحيازة تبرر رفع دعوى استرداد الحيازة، مادام العمل عدوانيا وغير مشروع من الناحية المدنية، وان يكون وقع في عقار المدعى الموجود في حيازته، وينتهي إلى انتزاع الحيازة، بحيث لا يكون في مقدرة الحائز استعادة حيازته دون أن يحول هذا العمل دون استردادها، ويستوى أن يكون نزاع الحيازة كليا واقعا على العين بكاملها أو على جزء منها^(٣).

٢ - الاعتداء الموجب لرفع دعوى منع التعرض: دعوى منع التعرض هي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد الغير بطلب منع التعرض له في حيازته، والتعرض الذي يوجب رفع هذه الدعوى، هو الإجراء المادى أو القانونى الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حيازته^(٤)، فهو كل عمل مادى أو قانونى من شأنه أن يتعارض مع حق الحائز، ويعوق انتفاعه بالعين محل الحيازة.

والتعرض قد يكون ماديا وهو فعل مباشر أو غير مباشر يتعارض مع حق الحائز كزراعة العين أو البناء فيها أو المرور في الأرض محل الحيازة أو تسويرها، ولو تمت أعمال التعرض في غير عقار الحائز كما لو كان للحائز حق ارتفاق على عقار وقام صاحب العقار المقرر عليه الارتفاق بأعمال من شأنها أن تحول بين الحائز وبين الانتفاع بحق الارتفاق^(٥).

وقد يكون التعرض قانونيا، وهو كل إجراء قضائى أو غير قضائى يوجه إلى حائز العين ويتضمن ادعاء يتعارض مع حقه على العين محل الحيازة، فقد يكون التعرض غير قضائى كما لو أنذر المدعى مستأجر العين بدفع الأجرة له بدلا من المؤجر، فيعتبر التعرض موجها ضد المؤجر، أو تحرير محضر إدارى

(١) إذ " أن القانون يحمى وضع اليد من كل تعرض ولو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصما فيه إذا الأحكام لا حجية لها على غير الخصوم ولا يضار بها من لم يكن طرفا فيها لا فرق في هذا بين حكم مرسى المزداد وغيره من الأحكام " نقض ١٧ / ١ / ١٩٤٦ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١١٦ ص ٦٤١ .
(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٥ ص ٩٣ ، ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٨٥ ص ٩٤ .

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٠ ص ٩١٧ ، د. محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤٦ ص ٩٨ .

(٤) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٣١ ص ٩٣١ .

(٥) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٥ ص ٩٠ .

= وقضى بأن " فعل التعرض الذى يصلح أساسا لرفع دعوى منع التعرض يتحقق بمجرد تعكير الحيازة والمنازعة فيها، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد في أسبابه عن فعل التعرض أن المستأنف عليه الضامن قد أقام السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممر فانه بذلك يعتبر تعرضا للمستأنف المطعون عليه فهذا حسبنا لبيان لمنع التعرض " نقض ٢٨ / ١١ / ١٩٦٣ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٧ ص ٤٩١ .

للحائز يتعلق بأعمال الحيازة على العقار، وقد يكون التعرض قضائياً يتخذ صورة دعوى ترفع على الحائز أو التدخل في دعوى مرفوعة بادعاء خرق على العين محل النزاع، أو صدور حكم لم يكن الحائز طرفاً فيه^(١)، أما رفع دعوى الملكية لا يعتبر تعرضاً للحيازة، لكونها تنطوي على التسليم بمحيازة الحائز. والواقعة سواء كانت مادية أو قانونية لا ترقى إلى مرتبة التعرض ما لم تنطو على ادعاء حق يتعارض مع حق الحائز^(٢).

وتقدير ما إذا كانت الأعمال الواقعة على الحيازة تمثل أو لا تمثل تعديماً عليها، يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض^(٣)، وتكيف الدعوى بأنها دعوى منع تعرض أو دعوى استرداد حيازة من اختصاص قاضي الموضوع^(٤).

٣- الاعتداء الموجب لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة: دعوى وقف الأعمال الجديدة هي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد المعتدى الذي شرع في أعمال لو اكتملت لكونت تعرضاً للحيازة، طالباً منعه من إتمام تلك الأعمال، ومن ثم فهي تهدف إلى منع الاعتداء على الحيازة قبل وقوعه، ومثلها البدء في بناء لو اكتمل لسد مطلقاً للجار، فيبادر الحائز إلى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة طالباً وقف ذلك البناء، فهو يهدف إلى منع تعرض محتمل لم يقع بعد، فهي لا تحمي سلب الحيازة أو الاعتداء الحالي الواقع عليها^(٥).

(١)، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٩١، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٧٢ .
د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٥ ص ٩١ .

Alex weill , droit civil,II,N.410 ,P.353; Enc .D ., 1995 ,I, vo.Action possessorioir, N.273 - 278 ,P. 20 .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٥ ص ٩١ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٥ ص ٩١ .

= ويعتبر تعرضاً للتأشير على هامش عقد فى الشهر العقارى بحق للمدعى يتعارض مع حق الحائز . نقض ١٩٧٩/٤/١٦ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٢٠٩ ص ١٣١ .

(٣) نقض ١٩٨٢/١١/٢٨ مجموعة الأحكام س ٣٣ رقم ١٩٨ ص ١٠٥١ .

(٤) نقض ١٩٥٤/١٢/١٦ مجموعة الأحكام س ٦ رقم ٣٦ ص ٢٨١ .

(٥) محمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٤٠ ص ٩٢ - ٩٣ ، المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى ج ٦ ص ٤٧٩ .

وطبقاً لنص المادة (٩٦٢) من القانون المدني المصري يشترط لرفع هذه الدعوى أن تكون هناك أعمال جديدة يستوى أن يكون مشروعاً فيها فعلاً أو تكون وشيكة البداية، وتعتبر الأعمال جديدة طالما لم ينقض عام على البدء فيها وهو ميعاد رفع الدعوى، وإلا تكون تلك الأعمال قد تمت، فإذا تمت يكون التعرض حالاً يبرر رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة، كما يشترط أن تكون الأعمال الجديدة بدأت في عقار آخر لا في عقار المدعى، لأن الأعمال لو بدأت في عقار الحائز لكان التعرض حالاً يبرر رفع دعوى منع التعرض^(١).

وإثبات بدء العمل الندي يمثل اعتداء محتملاً على الحيازة يقع على عاتق المدعى، ولا يكفي إثبات بدء تلك الأعمال، وإنما يجب أن يثبت أنه عند تمام هذه الأعمال ستمثل تعرضاً لحيازته في المستقبل^(٢)، وتقدير ما إذا كانت الأعمال الجديدة تمثل تعرضاً أو لا تمثل ذلك، يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض عليها^(٣).

ثانياً: ميعاد رفع دعوى الحيازة:

يجب أن ترفع دعوى الحيازة إما كان نوعها خلال سنة من تاريخ حصول الاعتداء الواقع على الحيازة، فإذا لم ترفع خلال سنة انقضت الدعوى بالتقادم، ولا يكون أمام الحائز سوى الركون إلى دعوى الحق، وتكمن العلة في اشتراط مدة السنة لرفع دعوى الحيازة، أن الحائز إذا لم يبادر إلى رفعها في خلال سنة يفترض أنه لا توجد أية خطورة تهدد الحيازة، كما أن إهمال الحائز مدة السنة يجعل الحيازة تستقر لدى المعتصب لمدة سنة مما يجعل حيازته جديدة بالحماية^(٤).

وتحسب مدة السنة التي ترفع دعوى الحيازة خلالها - في دعوى استرداد الحيازة - من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان انتزاع الحيازة علانية، لأن الحائز يكون على علم بوقت النزاع على

(١) ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٦ ص ٩٣ ، د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٥ ص ٩١.

Larroumet, droit civil, II, N. 150, P. 95 ; Mazeaud et Chabas, II, N. 1464, P. 225.

(٢) ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٦ ص ٩٣.

(٣) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٧٥ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٥ ص ٩١.

(٤) ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٩ ص ٩٦ ، د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ج ٢ بند ٩٢ ص ١٠٥.

الحيازة ، وإذا كان انتزع الحيازة خفية تحسب مدة السنة من الوقت الذى يتكشف فيه للجانز الأعمال التى تمثل انتزاعاً للحيازة ، ، فوقت العلم هو المعتد به لبدء سريان السنة (١) .
أما فى دعوى منع التعرض ، يبدأ حساب مدة السنة من وقوع الفعل الذى يعتبر تعرضاً للجانز ، وإذا كانت الأعمال متتابعة متعاقبة تسرى منذ وقوع أول عمل يدل بوضوح على المناهضة للحيازة ، وإذا كانت أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة عن بعضها بحيث يكون كل عمل بذاته تعرضاً للحيازة ، فكل عمل بمفرده يعتبراً تعرضاً قائماً بذاته وتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد الأعمال ، ومدة السنة تبدأ بالنسبة لكل تعرض منذ وقوعه ، وتحسب مدة السنة بالنسبة لآخر دعوى منذ وقوع آخر عمل يعتبر تعرضاً للحيازة (٢) .

أما فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فيبدأ سريان مدة السنة منذ بدء الأعمال الجديدة ، وإذا كانت الأعمال متعاقبة تسرى المدة من وقت البدء فى أول عمل منها ، فإن مضت مدة السنة لا تقبل الدعوى ولو كانت الأعمال لم تتم بعد ، وما على الجانز فى هذه الحالة الا الانتظار حتى تتم تلك الأعمال فيبادر إلى رفع دعوى منع التعرض (٣) .

وميعاد السنة التى ترفع خلاله دعوى الحيازة هو ميعاد تقادم (٤) ، ويترتب على القول بأنه ميعاد

(١،٢،٣) د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - بند ٥٥ ص ٨٥ ، د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٥٩ ص ٩٦ - ٩٧ .

= وبشان دعوى الحيازة الثلاث أنظر :

Alex Weill, droit civil, II, N, 414, P. 359, note(2) ; Mazeaud et Chabas, II, N, 1461, Pl. 223.
= وقضى بأن : " أوجب المشرع فى المدة ٩٦١ من القانون المدنى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ حصول التعرض ، فإذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وصدرت من شخص واحد تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحيازة ، أما إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت من أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضاً قائماً بذاته وتتعدد دعوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم وتحسب مدة السنة لكل دعوة من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى " .
نقض ١٩٧٩/٤/١٦ مجموعة الأحكام س ٣٠ رقم ٢٠٩ ص ١٣١ ، ١٩٨٢/١١/٢٨ مجموعة الأحكام س ٣٣ رقم ١٩١ ص ١٠٥٩ .

= ويقع على المدعى عبء إثبات أن الدعوى رفعت خلال سنة د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢١ ص ٩١٩ هـ (١) .

= وفى حالة التعرض القانونى تحسب مدة السنة من يوم تمام العمل القانونى الذى يعتبر تعرضاً للجانز فإذا كان شكوى إدارية تبدأ من يوم تقديمها إلى الجهة الإدارية المختصة ، وإذا كانت دعوى من يوم ايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة ، وفى حالة التدخل من يوم ايداع صحيفة التدخل أو ايداعه شفويًا بالجلسة ، وفى حالة التأشير على هامش عقد فى الشهر العقارى تبدأ من يوم اجراء التأشير . د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٨٥ بند ٤٨ ص ٢٣١ (٤) د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٥٩ ص ٩٨ .

Larroumet, droit civil, II, N, 134, P. 88, note(27) .

= هناك من قال بأنه ميعاد سقوط لا تسرى علمه قواعد الوقف والانقطاع منهم على سبيل المثال : د . السنهورى - الوسيط ج ٩ - بند ٣٢١ ص ٩١٩ ، ومحمد نور شحاته - مبادئ قانون القضاء المدنى - بند ٣٩ ص ٩٢ .

تقدم أن تسرى عليه قواعد التقادم و أحكامه ومن ثم يسرى في حقه جميع الأشخاص (٣/٣٨٢ مدني مصري) ، ويخضع لأسباب الوقف والانقطاع التي يقررها القانون ، ولا يجوز للقاضي أن يشره من تلقاء نفسه ولكن على صاحب المصلحة (المدعي عليه) التمسك به .

ثالثاً : الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة :

الاختصاص المحلي بنظر دعاوى الحيازة للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دائرة محاكم متعددة صغر أو كبر هذا الجزء وفقاً للمادة ١/٥٠ من قانون المرافعات، وبذلك استثنى المشرع دعاوى الحيازة من القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٤٩ مرافعات ، والتي تعقد الاختصاص بحكمة موطن المدعي عليه أو موطن أحدهما إذا تعددا .

أما الاختصاص النوعي يكون للمحكمة الجزئية إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز عشرة آلاف جنيه ، ويكون حكمها نهائياً إذا كانت قيمته الدعوى لا تتجاوز ألفي جنيه ، وأما أن ترفع أمام المحكمة الابتدائية إذا كانت قيمتها تزيد على عشرة آلاف جنيه ، وذلك عملاً بالمادتين ١/٤٢ ، ١/٤٧ من قانون المرافعات المعدلتين بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩^(١) .

ودعاوى الحيازة يجوز رفعها بصفة موضوعية أو بصفة مستعجلة ، وإذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل يشترط توافر ركن الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، وفي هذه الحالة يختص بها القضاء المستعجل مهما بلغت قيمتها (م ٤٥ مرافعات) .

وإذا كان هناك من يدعي أن القضاء المستعجل لا يختص إلا بنظر دعوى الاسترداد ووقف الأعمال الجديدة دون دعوى منع التعرض^(٢) ، فلا يوجد مانع من اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى منع التعرض إذا توافر لها وجه الاستعجال وان يكون المطلوب فيها أجراً وقتياً بعدم المساس بأصل الحق ، إذ لا يوجد سند من القانون بالترقية بين دعوى استرداد الحيازة ووقف الأعمال الجديدة ، وبين دعوى منع التعرض ، ولا يجوز إنشاء تفرقة لم يقرها المشرع بوضع قاعدة عامة تقضي بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى منع التعرض^(٣) .

رابعاً : مضمون الحكم في دعاوى الحيازة :

يختلف مضمون الحكم الصادر في دعاوى الحيازة حسب نوع كل دعوى :

١ - في دعوى استرداد الحيازة ، إذا توافرت شروط قبول الدعوى وأثبت المدعي حيازته المادية للعين ، يصدر القاضي حكماً يمثل جزاء عينياً مضمونه إعادة الشيء إلى أصله بالزام المعتدى برد حيازة

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٧ مايو ١٩٩٩ .

(٢) عز الدين الدناصوري و حامد عكاز - التعليق - ص ٢٩٣ ، ٣١٢ ، ٣٧٧ .

(٣) مجدي هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - ص ٢٥٦ - ٢٥٨ .

العين إلى المدعى ، وإذا كان المدعى عليه أقام بناءً في العين جاز للمدعى طلب رد حيازة العين بالحالة التي كانت عليها وقت الغصب ، وفي هذه الحالة يحكم القاضي بهدم البناء ، فقضاء المحكمة بزاد حيازة العين للمدعى بمآلتها التي كانت عليها قبل سلبها فإن حكمها يكون ضحيحاً ، لأن إزالة ما أقيم من ميان على العين هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ولازم لرد الحيازة ، ومقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه يتضمن إزالة الأعمال التي يثبت من الحكم أنها أنشئت على العين موضوع الحيازة وهذا الحكم يصلح سنداً لهدم المباني^(١).

٢ - أما في دعوى منع التعرض ، فإن الحكم في الدعوى يختلف مضمونه حسب نوع التعرض الواقع على الحيازة ، فإذا كان التعرض قانونياً فيكفي مجرد صدور الحكم بمنع أعمال التعرض ، وهو حكم مقرر يؤكد الحيازة لدى الحائز ، أما إذا كان التعرض مادياً فيكون الحكم بإزالة الأعمال التي تمثل تعرضاً للحيازة ، والإزالة تعتبر من قبيل إعادة الحال لما كانت عليه قبل حدوث التعرض^(٢) ، مثل نقل الأشياء التي يعتبر وجودها في العين تعرضاً للحيازة فهو حكم إلزام للمدعى عليه .

٣ - أما في دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فإن مضمون الحكم يكون بوقف الأعمال التي بدأ المدعى عليه في أقامتها ، دون أن تتسع ولاية القاضي إلى الأمر بهدم هذه الأعمال ، لأن ما تم من الأعمال لا يعتبر تعرضاً للحيازة إذ هو لا يزيد عن كونه تعرضاً محتملاً ، ووقف هذه الأعمال كاف لحماية الحيازة^(٣) .
ووفقاً لنص المادة (٢/٩٦٢ مدني مصري) يجوز للقاضي أن يأمر المحكوم له سواء كان المدعى أو المدعى عليه بتقديم كفالة يقدرها القاضي ، تكون في حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناتج عن الوقف ، إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض لم يقيم على أساس ، وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال إذا حصل الحائز على حكم نهائي لصالحه^(٤) ، والحكم بالكفالة جوازي للمحكمة .

(١) عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٢٩٠ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٢٣ ص ٩٢٠ .

(٢) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٣ ص ١٠٦ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٧٣ .
= وقضى بأنه : " ولاية قاضي الحيازة في دعوى منع التعرض ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض تتسع لازالة الأفعال المادية التي يجربها المدعى عليه ، باعتبار أن القضاء فيها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض " نقض ١٩٥٨/٢/١٣ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٨٨ ص ٤٠٤ .

(٣) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٣ ص ١٠٤ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٧٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٣٦ .

(٤) والمقصود به الحكم النهائي الصادر في دعوى وقف الأعمال الجديدة وليس في دعوى الحق لكى ينسجم الأمر مع ضمانات استقلال حماية الحيازة عن حماية الحق . أنظر ما سبق ذكره بصدد حماية الحيازة لذاتها ص ٢٨٨ وما بعدها .

خامساً : ضمانات استقلال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق :

حرص المشرع على حماية الحيازة لذاً بما بصرف النظر عن اصل الحق ، ولذلك أورد لها من الضمانات ما يوفر لها الاستقلال ، ويصدد دعاوى الحق قرر قاعدة مفادها ، عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة وبين دعاوى الحق . وفي سبيل ذلك نصت المادة (٤٤) من قانون المرافعات المصرى على أنه " لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ٢- ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها الا إذا تحلى بالفعل عن الحيازة لخصمه ٣- وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه. واستقلال دعاوى الحيازة عن دعاوى الحق ملزم للمدعى وللمدعى عليه وللقاضى .

١ - بالنسبة للمدعى فى دعاوى الحيازة :

لا يجوز للمدعى فى دعاوى الحيازة أن يطلب الحكم له بحق على العين ، لأن المشرع أراد الا يقحم دعوى الحق فى دعوى الحيازة ، فلو رفع الخائر دعوى الملكية أثناء نظر دعوى الحيازة ، ترتب على ذلك زوال دعوى الحيازة ، لانه برفع دعوى الحق يعتبر متنازلاً عن دعوى الحيازة (١) . ولا يجوز للمدعى أن يطالب بالحيازة لكونه صاحب حق ، بل كل ماله هو الاستناد إلى حيازته للعقار ، وعليه إثبات الحيازة بكافة وسائل الإثبات ، عدا إثبات كونه صاحب حق ، فإذا طلب المدعى فى دعوى الحيازة الحكم بمنع المدعى عليه من التعرض ، فلا يجوز له أن يدعى انه مالك للأرض محل النزاع ، لأن ذلك لا يجوز إثارته فى دعوى الحيازة ، كما أن الاستناد إلى أدلة الملكية غير حائز لكونه ينطوى على جمع بين دعوى الحق وبين دعوى الحيازة (٢) .

ولكن إذا رفع المدعى دعوى الحق ، ثم حدث تعد على حيازته جاز له رفع دعوى الحيازة لرد هذا الاعتداء ، لعدم وجود ما يدل على أنه تنازل عن دعوى الحيازة عندما رفع دعوى الملكية ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى حرمان المدعى من حماية حيازته وتأكيد للغصب (٣) .

٢ - بالنسبة للمدعى عليه فى دعاوى الحيازة :

لا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفع تلك الدعوى بالاستناد إلى انه مالك أو صاحب

(١) د. أحمد مسلم - اصول المرافعات - بند ٣٠٩ ص ٣٤٢ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٣ ص ١٠١ .
Larroumet, droit civil, II, N. 139, P.90 ; Mazeaud et Chabas, II, N. 1460, P.223 ; Trib. civ. clermant ferrand , 15-3-1951 , D. Rep 1951 , N. 27 , P.14 .

(٢) د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٥٧ . د. فتحى والى - الوسيط - بند ٦٣ ص ١٠١ .

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٤٩ ص ٩٦٠ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدنى ص ١٥٧ .

حق ، لان ملكية الشخص للعين لا تبرر الاعتداء على الحيابة ، ومن الواجب عليه أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حقه ولا يجوز له اقتضاؤه بنفسه ، ومن ثم فإن دفع دعوى الحيابة بالاستناد إلى الحق يعتبر دفعاً غير مجد في دعوى الحيابة (١) .

كما لا يجوز للمدعى عليه أن يرفع دعوى المطالبة بالحق مادامت دعوى الحيابة قائمة ، فدعوى الحق تعتبر غير مقبولة طوال نظر دعوى الحيابة ، ولا بد له من الانتظار حتى صدر حكم في دعوى الحيابة ويبادر إلى تنفيذ هذا الحكم ، وان كان لا يريد الانتظار حتى الفصل في دعوى الحيابة ورفع دعوى الحق ، كان عليه التخلي عن الحيابة لخصمه وبذلك تنقضي دعوى الحيابة (٢) .

ولكن إذا كان مدعى عليه في دعوى الحق فله رفع دعوى الحيابة ، سواء كان سبب دعوى الحيابة سابقاً لاحقاً على رفع دعوى الملكية ، فلا يجوز للمدعى برفعه دعوى الملكية أن يحرم المدعى عليه من حقه في رفع دعوى الحيابة (٣) .

٣ - بالنسبة للقاضي :

لا يجوز لقاضي الحيابة أن يحكم فيها على أساس ثبوت الحق أو نفيه ، بمعنى لا يجوز له الحكم للمدعى على أساس أنه صاحب حق ، أو رفض دعواه على أساس انه ليس صاحب حق ، لأن الحيابة محمية لذاها ولو كانت ضد صاحب الحق ، فالنظر في أساس الحق عند الحكم في دعوى الحيابة من شأنه أن يضلل المحكمة ، ومن ثم يجب على المحكمة أن تحصر أسباب حكمها في مدى توافر الحيابة بعنصرها وشروطها القانونية (٤) . وتطبيقاً لذلك قضى بأن " إذ كان الحكم الصادر في دعوى وضع اليد قد أقحم

(١) د. أحمد مسلم - اصول المرافعات - بند ٣٠٩ ص ٣٤٣ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٦٠ .

نقض ١٩٦٣/١١/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٦ ص ٤٩٠ .

(٢) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٢ ص ١٠٢ ، د. وجدى راغب - مبادئ القضاء المدني ص ١٦١ ،

نقض ١٩٧١/٤/٢٢ مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ١٨٦٠ ص ٤٨٦ .

= ويستطيع المدعى عليه رفع دعوى الحق إذا انقضت دعوى الحيابة قبل الفصل في موضوعها . د. فتحى والى

- الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٢ ص ١٠٢ هـ (٣) .

(٣) د. عبد المنعم الشرفاوى - شرح المرافعات - بند ٦٠ ص ١٠١ .

(٤) " لا يجوز الحكم في دعوى الحيابة على أساس ثبوت الحق أو نفيه فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع

التعرض للطاعن في المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التي تحمى يده

على ارتفائه بالمرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق في المرور وتملكه له ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى

برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذي يخوله القانون لمن كانت له أرض محبوسة عن

الطريق العام طبقاً للمادة ٨١٢ من القانون المدني ، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " نقض

١٩٦٢/٤/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٢٣ ص ٤٩٠ ، ١٩٦٣/١١/٢٨ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٤ ص ٤٩٠ ،

١٩٨٣/٤/١٩ الموسوعة الشاملة ج ١٣ رقم ٧٢ ص ٣٢١ .

دليل الملك فحكم فيها على أساس ذلك الدليل فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون^(١) .
وإذا كان قاضي الحيازة ممنوعاً من بناء حكمه في الحيازة بالنظر إلى أصل الحق ، إلا أنه يجوز له الإطلاع على المستندات لكي يستخلص منها ما يتعلق بالحيازة فقط ، من حيث عناصرها وشروطها ، كالإطلاع على عقد البيع الذي يقدمه الحائز لاستخلاص وضع اليد وتاريخه بما يفيد في تحديد بدء الحيازة ، فلا حرج على القاضي في دعوى الحيازة أن يستخلص من مستندات الخصوم ، ولو كانت خاصة بالملك ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها^(٢) .

(١) نقض ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٨٩ ص ٤٠٤ .
Trib. Civ. Vervins , 24-3-1955 , D.Rép. , 1957 , N. 50 , P.14 .
(٢) ١٩٦٢/١٢/٢٧ مجموعة المبادئ رقم ٨٣٥ ص ٤٩١ ، ١٩٥٦/٤/١٢ مجموعة الأحكام س ٧ رقم ٧٠ ، ١٩٨٣/٤/١٩ الموسوعة الشاملة ج ١٣ رقم ٧٢ ص ٣٢١ .
= والمقصود بدعوى أصل الحق التي نص عليها في المادة ٤٨ من قانون المرافعات (مادة ٤٤ حالي) على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة هي دعوى الملكية أو أي حق آخر منفرع منها " .
نقض ١٩٥٦/٤/١٢ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٦ ص ٣٦٨ .

المبحث الثاني

دعاوى الحق العيني

تنقسم الدعاوى إلى دعاوى عينية وهي التي يستند رافعها إلى حق عيني و إلى دعاوى حيازة والتي يستند رافعها إلى الحيازة ، و إلى دعاوى شخصية وهي التي يستند رافعها إلى حق شخصي يقضى حمل المدين على الاعتراف به أو التزامه بالوفاء به كدعوى تنفيذ العقد أو تسليم المبيع^(١) . وإذا كانت دعاوى الحيازة تعتبر الحماية المثلى للحيازة لأنها تحمي الحيازة دون النظر إلى أصل الحق ، إلا أن دعاوى المطالبة بالحق العيني يمكن أن تقوم بدور هام في حماية الحيازة العقارية رغم أنها تهدف أساساً إلى حماية الحق نفسه .

ولمعرفة الدور الذي يمكن أن تقوم به دعاوى الحق العيني في حماية الحيازة ، ينبغي تعريف دعاوى الحق العيني أو ما تسمى بدعاوى المطالبة بالحق العيني ، ثم بيان أنواعها وأخيراً بيان دورها في حماية الحيازة بجانب حمايتها للحق ذاته .

أولاً : تعريف وأنواع دعاوى الحق العيني :

دعاوى الحق العيني هي الدعاوى التي يستند فيها رافعها إلى حق عيني سواء بثبوت ملكيته أو تقرير وجود الحق وحمايته في مواجهة من ينازع فيه أو يجهل وجوده^(٢) . فهذه الدعاوى تهدف إلى المطالبة بحق عيني ، وموضوعها تثبيت ملكية المدعى إذا كان الحق المطالب به هو حق الملكية أو تقرير وجود هذا الحق إذا كان موضوعها المطالبة بحق انتفاع أو ارتفاق . كما أن موضوع الدعوى العينية لا يكون دائماً المطالبة بحق الملكية أو تقرير حق انتفاع أو ارتفاق ، فقد يكون موضوعها نفى وجود حق انتفاع أو ارتفاق على العين تجاه من يدعى أن له على العين أحد هذه الحقوق ، فدعوى الإنكار أو نفى حق الارتفاق أو الانتفاع يتمسك رافعها بأن ملكيته محررة من أية حقوق .

ومن ثم فإن دعوى الحق العيني العقارى منها ما يتعلق بالملكية ومنها ما يتعلق بالحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية :

١ - الدعاوى المتعلقة بحق الملكية العقارى :

توجد دعاوى ثلاث لحماية حق الملكية تنوع حسب الاعتداء الواقع عليها، فمنها :

(٢،١) انظر في تقسيم الدعاوى إلى عينية وإلى شخصية ، وتقسيم العينية إلى دعاوى حق ودعاوى حيازة ، وتعريف كل نوع :

د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٣٤٠ - ٤٩٩ ص ٣٣٦ - ٣٤٥ ، د. عبد المنعم الشرفاوى - شرح المرافعات - بند ٣٧ ص ٥٣ ، بند ٤١ ص ٦٠ ، د. فتحى والى - الوسيط ١٩٨٦ - بند ٤٤ ص ٧٧ ، بند ٤٨ ص ٨٣ .

أ : دعوى الاستحقاق العقارية : وهي التي يطالب رافعها باسترداد العين من تحت يد حائزها مستنداً إلى كونه مالكا للعين^(١) ، ويرفع مدعى الملكية دعوى الاستحقاق في الحالة التي يتخذ فيها التعدي على الملكية صورة نزع حيازة العين من تحت يده ، فهي دعوى عينية أساسها حق الملكية . ودعوى الاستحقاق بهذا المضمون تختلف عن دعوى الاسترداد الشخصية والتي يستند رافعها إلى ماله من حق شخصي قبل الغير كدعوى المؤجر تجاه المستأجر ودعوى المشتري بعقد غير مسجل تجاه البائع لمطالبته بتسليم العقار محل البيع^(٢) ، فهي دعوى لا تطلق إلا على الدعوى التي يكون الهدف من رفعها المطالبة بحق الملكية .

ب - دعوى منع التعرض في الحق العيني العقاري : وهي الدعوى التي يكون الهدف منها منع التعرض الذي يحول بين مالك العين ، وبين الاستفادة من السلطات التي يخولها له القانون على ملكه ، فهذه الدعوى ترفع لدفع اعتداء لا يصل إلى حد نزع الحيازة من يد المالك ، وفي نفس الوقت يمثل تعرضاً يعوق المالك من الانتفاع بملكه ، ومنها دعوى منع التعرض التي يرفعها مالك العقار على من يتعرض له في الانتفاع بالعين المملوكة له^(٣) .

ج - دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحق العيني العقاري : وهي الدعوى التي يرفعها المالك بقصد منع الغير من إقامة منشآت لو تمت حالت بين المالك وبين الانتفاع بملكه ، فهي دعوى ترفع من المالك عندما يكون الاعتداء متخذاً صورة أعمال جديدة تؤدي عند تمامها إلى حرمان المالك من الانتفاع بملكه^(٤) .

٢ - الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية الأخرى :

إذا كانت الدعوى تهدف إلى المطالبة بحق الملكية واسترداد العين من يد الحائز فهي دعوى استحقاق ، أما إذا كانت تتعلق بحقوق أخرى غير حق الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق ، فإن هذه الدعوى تكون :

(١) د . محمد علي عرفه - ج١ - بند ١٧٦ ص ٢٤٠ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٧ ص ٥٩١ ، د . عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٣٨ ص ٣٣٨ .

Baudry et Chauveau, N.232P.177; Alex Weill, droit civil, II, N.524, P.453;

Planiol, I, N.2445, P.758, ; Enc.D, 1984, VII, vo . Action .Revendication, N.1-3 , P. I .

(٢) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الاصلية - بند ٢٧ ص ٢٦ .

(٣) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الاصلية - بند ٢٧ ص ٢٧ ، د . محمد علي عرفه - ج ١ - بند ١٨٦ ص ٢٤١ .

(٤) د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الاصلية - بند ٢٧ ص ٢٧ .

أ - **دعوى الإقرار** : وهي الدعوى التي يرفعها صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق مطالباً مالك العقار المقرر عليه الحق بأن يقر بحق الانتفاع أو حق الارتفاق. فدعوى الإقرار بحق الارتفاق أو الانتفاع لا يستند رافعها إلى حق الملكية ولكن يستند إلى أن له على العقار حق انتفاع أو ارتفاق أو أى حق عيني آخر ، ويطالب مالك العين بالإقرار بحق رافع الدعوى ، وهي تقابل دعوى الاستحقاق^(١) .

ب - **دعوى الإنكار** : وهي الدعوى التي يرفعها مالك العقار على من يدعى أن له حقاً عينياً غير الملكية على العين ، كادعاء الغير بأن له حق انتفاع أو ارتفاق أو سكنى ، ويطلب المالك في هذه الدعوى الحكم له بأن العقار المملوك له محرراً من أى تكليف^(٢) . فهذه الدعوى رغم رفعها من مالك العين لا تسمى دعوى استحقاق لأن المالك لا يرفعها مستنداً إلى حق الملكية ومطالباً باسترداد العين ، وإنما ينكر فيها وجود حق انتفاع أو حق ارتفاق على العين تجاه من يدعى وجود هذه الحقوق^(٣) .

ثانياً : دور دعاوى الحق العيني العقارى فى حماية الحيابة :

إذا كانت دعاوى الحيابة تعتبر حماية مباشرة للحيابة العقارية لأنها تحمى دون النظر إلى أصل الحق ، إلا أن دعاوى الحق العيني العقارى تقوم بدور هام فى حماية الحيابة ، بالرغم من أنها تنصب على الحق دون الحيابة .

١ - دور دعوى الاستحقاق فى حماية الحيابة العقارية :

حق الملكية هو الذى يعطى " المالك الشيء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " (م ٨٠٢ مدنى مصرى) ، وهو يعتبر النموذج الكامل للحقوق العينية ، وهو مقصور على صاحبه لا يزاوجه فيه أحد ويمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافة ، ودائماً لا يسقط بعدم الاستعمال ويعطى لصاحبه مكنة استعمال العين واستغلالها والتصرف فيها^(٤) ، حسبما يترادى له ويتفق مع مصلحته . وإذا كانت الغاية الجوهرية من الملكية هى الانتفاع بالعين عن طريق استعمالها أو استغلالها أو التصرف فيها ، فلا بد أن يكون المالك حائزاً للعين كى يتسنى له تحقيق الانتفاع الأمثل بالعين . وفى سبيل

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٨٨ ص ١٢٢١ ، بند ٥٠٩ ص ١٢٤٣ ، بند ٦٠٧ ص ١٣٧٧ ،
عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٣٨ ص ٣٣٨ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N. 772, P. 767; Baudry et Chauveau, N. 545, P. 357, N. 1146, p. 879.

(٢) د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣١٥ ص ٣٥٤ هـ (١) ، بند ١١٩ ص ٣٦١ ،
د . السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٤٨٨ ص ١٢٢١ هـ (١) .

Planiol, Ripert et Picard, III, N. 772, P. 767 ; Baudry et Chauveau, N. 265, P. 194,
N. 1146, p. 879.

(٣) د . السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٧ ص ٥٩٢ .

(٤) انظر د . محمد علي عرفه ج ١ بند ٩ ص ١٨ ، بند ١٥٩ - ١٦٢ ص ٢١٢ - ٢١٨ .

Aubry et Rau, II, N. 192, P. 246-357 ; Baudry et Chauveau, N. 201 - 203, P. 153 - 154 .

استقرار الحيازة لدى المالك قرر المشرع لكل حائز سواء كان مالكا أو غير مالك دعاوى الحيازة الثلاث، فيستطيع المالك رفع دعوى استرداد الحيازة إذا انتزعت منه الحيازة لاستردادها، أو رفع دعوى منع التعرض إذا حدث تعرض له فيها، أو رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا حدثت أعمال لو تمت لثلثت تعرضاً لحيازته، والمالك غالباً ما يلجأ إلى استعمال دعاوى الحيازة أولاً لتسهيل الإثبات فإن نجح فيها كفته وإن فشل لجأ إلى دعوى الحق بعد ذلك.

إلا أن المالك قد لا يلجأ بسبيل دعاوى الحيازة ويلجأ إلى دعوى الاستحقاق مباشرة، لأسباب قد يكون منها فوات المدة المقررة لرفع دعاوى الحيازة، أو لأنه يرغب استعجال حسم النزاع، على أصل الحق أو لأن مستندات الملكية متوافرة بين يديه.

وإذا لجأ المالك إلى دعوى الاستحقاق فإنه يكون المدعى فيها ومستديراً إلى حق ملكيته ومكلفاً بعبء إثبات ملكيته للعقار، فالمدعى هو المكلف بالإثبات، ولا يكلف المدعى عليه إثبات ملكيته قبل ثبوتها للمدعى، وإذا عجز المدعى عليه عن إثبات الدفع بعدم ملكية المدعى فلا يترتب على ذلك إغفاء المدعى من إثبات ادعائه، لأن الإثبات يقدم على النفي^(١)، وإذا عجز المدعى عن إثبات ملكيته فلا يقتضى ذلك ثبوتها للمدعى عليه فعلى الأخير إثبات ملكيته ومن ثم إذا عجز المدعى عن إثبات ملكيته رفضت دعوى الاستحقاق بصرف النظر عن ثبوت الملكية للمدعى عليه^(٢).

وباعتبار أن دعوى الاستحقاق تهدف إلى استرداد المالك حيازة العين فإنها ترفع على الحائز للعين لأنه هو المدعى عليه في تلك الدعوى، فدعوى الاستحقاق ترفع على الحائز بنية التملك أو على مجرد حائز عرضي يجوز لحساب الغير، فإذا كان من يجوز العين يجوز لحساب الغير كالمستأجر أو المرتهن رهين حيازة جاز للمدعى عليه أن يدخل الحائز الذى يجوز لحسابه كالمؤجر أو الراهن رهن حيازة في الدعوى، ويجوز له طلب إخراجه من دعوى الاستحقاق^(٣).

ولا يشترط أن يكون الحائز المدعى عليه حسن النية، بل ترفع عليه ولو كان سيئ النية، كما لو تخلى عن حيازة العين قبل أو بعد إعلانه بالدعوى بغرض إرباك المدعى، والدفع بانعدام صفته كمدعى عليه أو بأنه لا يجوز العين المدعى بملكيتها واستردادها منه، فإذا ثبت أن المدعى عليه كان يجوز العين وتخلى عنها بسوء نية حكم القاضي عليه بالزامه باستعادة العين على نفقته وردها إلى المدعى، كما يجوز

(١) د. عبد الناصر العطار - إثبات الملكية بند ٢ ص ١٤، ١٥ - د. محمود جمال الدين ذكى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٥٦، ص ١٠٣. نقض ١٩٤٧/٤/١٧ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٤ ص ٢٧.

(٢) نقض ١٩٤٥/٦/١٤ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٦ ص ٢٧، ١٩٣٩/١/١٥ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢١ ص ٩٩٣.

(٣) د. عبد المنعم البدر - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٨ ص ٢٤٧، د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٨ ص ٥٩٣، هـ (١)، د. محمد على عرفه بند ١٧٦ ص ٢٤١.

للمالك المدعى إذا اكتشف الحائز الجديد للعين أن يرفع الدعوى على هذا الأخير ، وإذا أفلح في إثبات ملكيته تجاه الحائز الجديد استرد منه العين ^(١) .
وإذا أفلح المدعى في دعوى الاستحقاق في إثبات ملكيته للعين ، قضى له بالملكية وثبت له الحق في استرداد العين وتوابعها وملحقاتها الموجودة تحت يد الحائز منذ وقت رفع الدعوى فأهم ما يحكم به في دعوى الاستحقاق هو ثبوت الملكية ، وثبوت الملكية يقتضى في ذات الوقت إلزام المدعى عليه برد حيازة العين وتسليمها للمالك المدعى ^(٢) ، وباعتبار أن الحكم يرد حيازة العين إلى المدعى من مقتضيات ثبوت الملكية ، فيكون المالك توصل إلى حماية حيازته العقارية عن طريق دعوى الاستحقاق .

٢ - دور دعوى الإنكار في عملية الحيازة العقارية :

يعتبر حق الملكية هو جوهر الحقوق العينية ويعطى المالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في الشيء محل الحق ، وهو حق مقصور على صاحبه يستغله أو يستعمله أو يتصرف فيه دون أن يزاوجه فيه أحد ، فإذا كان حق الملكية واردا على عقار فللمالك ممارسة جميع السلطات على العين ، وفي سبيل تحقيق الانتفاع الأمثل بالعين قرر له المشرع دعوى الاستحقاق إذا انتزعت حيازة العين من تحت يده بواسطة الغير .

إلا أن الاعتداء على العين التي يملكها الشخص قد لا يصل إلى نزع حيازتها من تحت يده وادعاء الغير ملكية العين دون المالك وإنما قد يقتصر الاعتداء من جانب الغير على ادعاء حق له لو ثبت لأدى إلى تجرئة حق الملكية أو تقييده ، كادعاء الغير لحق انتفاع أو ارتفاق على العين ^(٣) ، مما يحول بين المالك وبين تحقيق الانتفاع الأمثل بالعين التي يملكها ويجوزها ، وفي سبيل دفع ذلك الاعتداء الواقع على الملكية والحيازة يجوز للمالك رفع دعوى تسمى " دعوى الإنكار " وموضوعها نفى وجود حق الارتفاق أو الانتفاع الذي يدعيه الغير على العين المملوكة له

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٦٨ ص ٥٩٣ ، ص ٥٩٥ .

Planiol, Ripert et Picard, III, N. 355, P. 351 ; Baudry et Chauveau, N. 233, P. 177.

(٢) د . محمد على عرفه ج ١ - بند ١٨٥ ص ٢٥٤ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٨ - بند ٣٧٢ ص ٦٠٠ ،

د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٠٩ ص ٢٤٨ .

Pierre Voirint et Gilles Goubeaux , Manuel droit civil , N. 610 - 611 , P. 287-288.

Enc. D , 1984, VII, Revendication, N , 83, P. 7 . Alex Weill, droit civil, II, N. 528 . P. 456 .

(٣) د . محمد على عرفه ج ١ - بند ١٨٧ ص ٢٥٢ ، د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية -

بند ٣١٩ ص ٣٦١ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٦٢٥ ص ١٣٨٧ .

ويمثل تعرضا له في حيازته ومنعه من استعمال ذلك الحق مستقبلا^(١) فهذه الدعوى يرفعها المالك لينكر الحق المدعى به وليحكم لصالحه بأن عقاره خال من كل حق ارتفاق أو انتفاع يدعيه الغير على العين التي يملكها^(٢) ، يمكن أن يتعارض مع حيازته للعقار .

وإذا كان عبء الإثبات في دعوى الاستحقاق يقع على عاتق المدعى (المالك) وفقا للقواعد العامة التي تقضى أن عبء الإثبات على المدعى ، إلا أن مسألة الإثبات في دعوى الإنكار كانت محل خلاف حيث ذهب رأى إلى القول بأن المالك المدعى في دعوى الإنكار لا يطالب بإثبات عدم وجود حق الانتفاع أو الارتفاق على ملكه ، ولكن يقع عبء إثبات وجود ذلك الحق على عاتق مدعيه استنادا إلى أن الأصل براءة الملكية من كل قيود ، وهي جامعة مانعة ، وما دعوى الإنكار إلا وسيلة لإقرار حق المالك في منع الغير من الاستفادة بملكية الشيء ، وإذا أثبت المدعى ملكيته افتراض أنها خالية من كل قيد وعلى الغير إثبات ما يدعيه من حقوق^(٣) .

ولكننا بصدد دعوى الإنكار يجب - كما يذهب البعض - التفرقة بين حالتين :

الأولى : إذا كان المدعى عليه يجوز العين محل الحق ويستعمل حقه استعمالا فعليا ، فإن الظاهر يؤيد المدعى عليه ، ومن ادعى خلاف الظاهر إثبات ذلك ، ومن ثم يقع على المالك عبء نفي وجود حق الانتفاع أو الارتفاق الذي يمارسه المدعى عليه على العين فمن كان حائزا للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس (م ٩٦٤ مدين مصرى) ، وفي سبيل دفع المالك للحق الذى يدعيه الغير عليه إثبات أن المدعى عليه يجوز تسامحا ، والتسامح لا يؤسس حيازة تؤدى إلى كسب حق ، أو إثبات أن ليس لدى المدعى عليه سنداً يثبت حقا له على العين .

أما الحالة الثانية : وهي إذا كان المدعى عليه لا يمارس الحق بالفعل ، فإن الظاهر لا يقف بجانبه ويجوز للمالك الاستناد إلى قرينة براءة الملكية من كل قيد أو تكليف ، ويقع على المدعى عليه عبء إثبات أن له حق ارتفاق أو انتفاع على العين المملوكة للمدعى^(٤) .

وإذا حكم لصالح المالك المدعى في دعوى الإنكار ثبت أن العقار خال من كل حق يدعيه الغير

(١) د. محمد على عرفه ج ١ - بند ١٨٧ ص ٢٥٢ ، د. عبد المنعم البدرأوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣١٩ ص ٣٦١ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٦١٥ ص ١٣٨٧ .

(٢) د. محمد على عرفه ج ١ - بند ١٨٧ ص ٢٥٢ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٦١٥ ص ١٣٨٧ .
Aubry et Rau, II, N, 219, P. 519 ; Planiol, Ripert et Picard, III, N. 990, P. 973 .
Baudry et Chauveau, N. 1146 - 1147, P. 879 - 882 .

(٤) د. عبد المنعم البدرأوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣١٩ ص ٣٦٢ .
= ويجوز رفع دعوى الإنكار لا لإنكار الحق كلية ولكن بانتقاص الحق بارجاعه لحدوده الأصلية ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٩ - بند ٦١٦ ص ١٣٨٨ ، د. عبد المنعم البدرأوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٣١٤ ص ٣٥٤ هـ (١) .

عليه ، والزام الغير بالكف عن استعمال العقار بما كان يدعيه عليه من حقوق تتعارض مع حيازة المالك ، ومن ثم تقوم دعوى الإنكار دورها في حماية الحيازة العقارية بطريق غير مباشر بثبوت أن العقار المملوك للحائز مراً من كل قيد يحول بين المالك وبين حيازته للعين في سبيل الانتفاع بها ، فهذه الدعوى تنفي كل حق يمثل تعرضاً لحيازة المالك .

٣ - دور دعوى الإقرار في حماية الحيازة العقارية :

غاية الحق الانتفاع به ومقتضى الانتفاع بالحق منع كل اعتداء يحول بين صاحب الحق وبين الانتفاع بحقه فإذا كان لشخص حق انتفاع أو سكنى أو رهن حيازة ، وحدث جحوداً أو إنكاراً لهذا الحق ، سواء من مالك العين المقرر عليها الحق أو من قبل الغير جاز لصاحب الحق رفع دعوى تسمى " دعوى الإقرار " ، وترفع من المدعى صاحب حق الانتفاع أو الارتفاق على من ينكر عليه حقه للاعتراف به وحمائته ، وهي تقابل دعوى الاستحقاق بالنسبة للملكية .

فالمدعى لحق انتفاع أو ارتفاق على عقار مملوك للغير له رفع دعوى الإقرار بهذا الحق يطلب فيها من مالك العقار المقرر عليه حق الانتفاع أو الارتفاق أو من أى حائز لهذا العقار الإقرار له بهذا الحق^(١) ، والكف عن كل عمل يمثل تعدياً على هذا الحق ، وإذا أفلح المدعى في إثبات حقه بالوسائل القانونية حكم له بالحق ويمنع كل ما يحول بينه وبين حيازة هذا الحق للانتفاع به .

ففي حق الارتفاق يطلب المدعى تمكينه من استعمال حق الارتفاق ، بممارسة أعمال الحيازة التي تدخل في مضمون الحق وله أن يطلب هدم المنشآت التي أقيمت مخالفة للحق ، وفي حق الانتفاع يطلب تسليم العين المقرر عليها حق الانتفاع لممارسة أعمال الحيازة التي تدخل في مضمون حق الانتفاع ، وبذلك يتوصل صاحب حق الانتفاع أو الارتفاق إلى حماية حيازته وممارسة حق الانتفاع أو الارتفاق العقارى ، ومن ثم يظهر دور دعوى الإقرار في حماية حيازة الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية بطريق غير مباشر .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٨٨ ص ١٢٢١ ، بند ٦٠٧ ص ١٣٧٧ د . عبد المنعم البدر اوى - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٣٣ ص ٢٧٠ بند ٣١٤ ص ٣٥٤ .
= ويمكن رفع دعوى منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة بالنسبة للحق العيني ، إذا اتخذ التعدي صورة التعرض أو إقامة أعمال جديدة لو تمت لمثلت تعرضاً للحق . في هذا المعنى د . د . محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية - بند ٢٧ ص ٢٧ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٩ - بند ٣٧٠ ص ٥٩٨

المبحث الثالث

حماية الحيابة العقارية عن طريق دعوى ضمان التعرض

من المعلوم أن عقود المعاوضة هي العقود التي يأخذ فيها المتعاقد مقابلًا لما يعطى ، ومن ثم فهي عقود ملزمة للجانبين تنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقدين ^(١) . فالبيع مثلاً تتقابل فيه الالتزامات حيث يقع على عاتق البائع التزام بنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري ، وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع ، وكذلك الإيجار يلتزم فيه المؤجر بتسليم العين محل الإيجار إلى المستأجر للانتفاع بها طوال مدة الإيجار في مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة والحفاظة على العين وزدها عند نهاية مدة الإيجار .

وإذا كان العقد الملزم للجانبين وارداً على عقار كالباع الوارد على عقار أو الإيجار أو المقايضة ، فإن المتعاقد البائع أو المؤجر أو المقايض يقع على عاتقه تسليم العقار ونقل ملكيته إلى المشتري أو المقايض الآخر أو تسليم العين للمستأجر للانتفاع بالعين محل التعاقد ، وإذا قام البائع أو المقايض بتسليم العين ونقل ملكيتها إلى المشتري أو المقايض الآخر وسلم العين إلى المستأجر للانتفاع بها مدة الإيجار فإن ذلك لا يكفي، ولكن يقع على عاتق البائع أو المقايض أو المؤجر التزام بضمان حيابة هادئة للمشتري أو المقايض أو المستأجر لكي يتمكن من الانتفاع بالعين بممارسة السلطات التي يخولها له حقه ، وهذا الالتزام يسمى بالتزام ضمان التعرض .

فإذا كان محل العقد عقاراً التزم من يقع عليه الالتزام بالتسليم بأن يضمن للمتعاقد الآخر حيابة هادئة ممكنة من الانتفاع الكامل بالعين، ومن ثم فإن ضمان التعرض يقوم بدور في حماية الحيابة العقارية . ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : ماهية ضمان التعرض .

المطلب الثاني : التعرض الموجب للضمان .

المطلب الثالث : دور ضمان التعرض في حماية الحيابة العقارية .

(١) انظر في تقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين ولجانب واحد ، وإلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - العقد - العمل غير المشروع - الأثر بلا سبب - القانون - الجزء الأول طبعة ١٩٥٢ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة - بند ٥٤ - ٥٥ ص ١٥٨ ، بند ٥٨ ص ١٦٢ .
= واقتصرنا على ضمان التعرض كوسيلة لحماية الحيابة لكونه يؤدي إلى دفع كل ما من شأنه أن يمثل تعرضاً للحيابة بجعلها غير مستقرة وغير هادئة لدى الحائز ولم نتعرض للضمان الاستحقاق لكونه ينتهي بنزع ملكية العين من تحت يد الحائز لمصلحة مكتسبها ويقتصر حق الحائز على المطالبة بالتعويض لا استرداد حيابة العين .

المطلب الأول

ماهية ضمان التعرض

يتناول هذا المطلب تحديد ماهية الالتزام بضمان التعرض ، بتعريفه وبيان أساسه ثم نطاقه

أولاً : تعريف ضمان التعرض :

ضمان التعرض هو التزام يقع على عاتق من التزم بتسليم عين إلى آخر ليمارس عليها حقه ، بئذ يمتنع عن كل فعل صدر منه أو من غيره يكون من شأنه حرمان المستلم من حيازة العين حيازة هادئة للانتفاع بها وممارسة السلطات التي يحول له حقه . فإذا كان العقد وارداً على عقار كالبيع أو المقايضة أو الإيجار التزم البائع أو المقيض أو المؤجر بأن يضمن للمشتري أو المقيض الآخر أو المستأجر حيازة هادئة تمكنه من الانتفاع بالعين ليمارس عليها حقه ^(١) ، فكل من يقع عليه التزام بالضمان عليه الامتناع عن كل عمل يصدر منه يكون من شأنه أن يسبب تعرضاً لمن تكون العين في حيازته ، ولو كان التعرض صادراً من الغير ما دام سببه معزواً إلى من التزم بالضمان .

فإذا صدرت أعمال من الملتزم بضمان التعرض أو من الغير وسببها يرجع إلى الملتزم ، بما يجعل الحيازة غير هادئة أو غير مستقرة لدى المتعاقد الآخر قام في حقه واجب الضمان وجاز للمتعاقد الآخر المطالبة بالضمان لمنع الأعمال الصادرة من الملتزم ودفع الأعمال الصادرة من الغير المنسوبة إليه ^(٢) . ودعوى ضمان التعرض متميزة ومستقلة عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ^(٣) ، كالاتي :

١ - دعوى الضمان لا تقوم إلا إذا حدث تعرض فعلي لمن بيده حيازة العين ، أما في دعوى الإبطال يجوز لمن تقررت لمصلحته أن يرفعها ولو لم يقع له تعرض فعلي في حيازة العين . كما في حالة بيع ملك الغير ، حيث يجوز لمن اشترى من غير مالك أن يرفع دعوى الإبطال ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي للعين ، أما دعوى الضمان لا يجوز رفعها إلا إذا تعرض المالك الحقيقي للمشتري .

٢ - كما أن دعوى الضمان تتميز عن دعوى الفسخ ، فدعوى الفسخ تقوم في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه فيجوز للدائن بعد انذار المدين أن يطلب فسخ العقد ، أما دعوى الضمان فتقوم في حالة صدور التعرض .

(١ ، ٢) د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٨٣ ص ٤٣٥ ، د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦١ ص ٢٧١ ، د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء السادس - العقود الواردة على الانتفاع بالشيء - الإيجار والعارية - المجلد الأول - طبعة ١٩٦٣ - الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٢٣٩ ص ٢٩٧ .

picard (jean) , Technique de la vente d'immeuble . Avant - contract , L'acte de vente , 1984 , Paris , N.732 , P.423 .

(٣) د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - بند ١١٥ ، د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ - بند ٣٢٥ ص ٦١٩ .

ثانياً : أساس الالتزام بضمان التعرض :

من الثابت أن عقود المعاوضة تنشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقدين ، حيث يلتزم كل واحد منهما بالتزام مقابل وفاء الآخر بالالتزام الواقع على عاتقه ، فإذا كان العقد بيعاً أو مقايضة أو إيجاراً التزم البائع أو المقيض أو المؤجر بأن ينقل إلى المشتري أو المقيض الآخر أو المستأجر ملكية وحيازة العين أو الحيازة فقط كما في حالة الإيجار ، وفي مقابل ذلك يحصل البائع على الثمن و المقيض على العين المقايض بها و يحصل المؤجر على الأجرة مقابل انتفاع المستأجر بالعين .

ومن ثم فإن الالتزام بالضمان يقوم على فكرة المقابلة في الالتزامات ، فالملتزم يلتزم لأنه تلقى أو سيتلقى مقابلاً لأدائه الالتزام الواقع على عاتقه ، فيجب على المتعاقد الآخر أن يضمن له مقابل هذا الأداء ، فالمشتري يدفع الثمن لأنه سيصبح مالكاً ويحوز العين حيازة هادئة والمستأجر يدفع الأجرة مقابل تسليم العين للانتفاع بها بصفة هادئة ، فإذا حدث تعرض يجعل الحيازة غير هادئة وغير ممكن الانتفاع بها ، كان على البائع أو المؤجر ضمان التعرض الواقع على العين ، وعن طريق ضمان التعرض يتوصل المشتري أو المستأجر إلى غايته من التعاقد المتمثلة في حيازة العين حيازة هادئة ليمارس عليها السلطات التي يحولها له الحق^(١) .

ثالثاً : نطاق الالتزام بضمان التعرض :

لم ينظم المشرع قواعد أحكام الضمان في القواعد العامة للعقود ، ولكن نظمها بصدد عقد البيع باعتباره العقد الذى يغلب فيه استعمال الضمان ، وقد اعتبرت قواعد الضمان الواردة بصدد البيع هى القواعد العامة للضمان ، مع الإشارة في العقود الأخرى إلى ما تتميز به تلك العقود من خصوصية تخالف القواعد العامة الواردة في عقد البيع^(٢) .

والالتزام بالضمان ليس قاصراً على عقد البيع ، ولكن نطاقه يتجاوز البيع إلى غيره من العقود ، فهو يمتد إلى كل عقد ناقل للملكية ، بمعنى أنه يقع على عاتق كل من التزم بنقل حق كما في عقد المقايضة ، وهو موجود في كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، وكذلك في العقود الكاشفة ، ومن ثم فإن ضمان التعرض يوجد في المقايضة (م ٤٨٥) ، والشركة (١/٥١١) ، والقسمة (م ٨٤٤) ، والإيجار (٥٧١) ، والرهن الحيازى (م ١١٠٧) ، كما يوجد على نطاق ضيق في الهبة (م ٤٩٤)^(٣) .

(١) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٥٧ ص ٢٦٦ - ٢٦٨ .
(٢) د. جميل الشرقاوى - شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة طبعة ١٩٧٥ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة - بند ٦٥ ص ٢٢٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣٢٦ ص ٦٢٣ .
(٣) ويظهر ضمان التعرض إذا كانت الهبة بعوض ، فإن ضمان الواهب يقوم فى حدود قيمة العوض . د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٥٨ ص ٢٦٩ .

المطلب الثاني

التعرض الموجب للضمان

الالتزام بالضمان التزام مزدوج أحدهما سلبى يتمثل فى امتناع الملتزم عن القيام بأعمال تعتبر تعرضاً للمتعاقدين الآخر سواء بالنسبة للملكية أو الحيازة حسب نوع العقد ، وهو ما يسمى بضمان التعرض الشخصى ، أما ثانيهما فهو التزام ايجابى يتمثل فى بضمان التعرض القانونى الصادر من الغير الذى له حق على العين محل الحيازة^(١) ، وكل عقد معاوضة ينشئ على عاتق الملتزم بالضمان نفس الالتزامين ، السلبى والايجابى ، ومن ثم فإن ضمان التعرض ينقسم إلى :

أولاً : ضمان التعرض الشخصى :

ضمان التعرض الشخصى ، نص عليه المشرع المصرى بمناسبة عقد البيع فى المادة (٤٣٩) بقوله : " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو" كما نص فى المادة (٤٤٦) على أن : " ١ - إذا اتفق على عدم الضمان يبقى البائع مع ذلك مسؤولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك " ^(٢) .

وبمناسبة عقد الإيجار فرضت المادة (٥٧١) من القانون المدنى : " على المؤجر أن يتمتع عن كل عمل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من اتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر " .

والتعرض الشخصى هو ما يصدر من الملتزم بالضمان نفسه ، كأن يصدر من البائع أو المؤجر أو المقايض أو غيرهم ممن يلتزم بضمان التعرض ، والملتزم بالضمان يجب عليه الامتناع عن كل تعرض صادر عنه ، سواء كان مادياً أو قانونياً ، لأن ضمان التعرض الشخصى يشمل كل ما يخل بانتفاع العين سواء كان التعرض يقوم على سبب قانونى ، أو سبب مادى .

١ - التعرض المادى :

وهو التعرض الصادر من الملتزم بالضمان ولا يستند فيه إلى حق ، ويكون من شأنه أن يخل بحيازة العين ، ففى عقد البيع يعتبر تعرضاً مادياً اغتصاب البائع حيازة العين من المشتري أو جوره على جزء

(١) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦١ ص ٢٧٢ .
picard , la vente d'immeuble, N. 732, P. 423 .

(٢) نص المشرع الفرنسى بصدد البيع على ضمان التعرض الشخصى فى المادة ١٦٢٥ .
= وتتص المادة ١٦٢٨ على ضمان البائع لتعرضه ولو اشترط عدم الضمان .

منها وفي الإيجار فإن قيام المؤجر باحداث تغييرات في العين المؤجرة أو ترك ماشيته ترعى في العين فإن ذلك يمثل تعرضاً للمستأجر في سبيل استيفاء منفعة العين (١).

ويعتبر كذلك تعرضاً مادياً ولو كان التعرض يقوم على تصرف قانونى صادر من الملتزم بالضمان كقيام البائع بالتصرف في العين المبيعة إلى الغير للبيع إلى مشتر ثان يسجل عقده قبل المشتري الأول ، فهذا يعتبر عملاً مادياً بالنسبة للمشتري الأول لأنه لم يكن طرفاً فيه ، وأن المشتري الثانى استمد حقه من المباشرة (٢) ، وفي مثل هذا التعرض يكون للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني عن طريق دعوى الضمان ، لإزالة الأعمال المادية الصادرة من البائع وتعد تعرضاً لحيازته (٣)

٢ - التعرض القانونى :

وهو التعرض الذى يستند فيه الملتزم بالضمان إلى حق ، سواء كان سبب التعرض سابقاً أو لاحقاً على العقد . فالملتزم بالضمان إذا كان صاحب حق لا يستفيد منه ما لم يكن قد احتفظ به وقت التعاقد ، ومثال التعرض القانونى ادعاء البائع أنه صاحب حق عيني ، كاستفاد أو ارتفاع على العين أو ادعاء حق شخصى كالإيجار (٤).

فيعتبر تعرضاً شخصياً من الملتزم بالضمان ولو كان مستنداً إلى حق سابق على التعاقد ، ففي عقد البيع قد يبيع البائع العقار ويقوم بتسليمه إلى المشتري قبل تسجيل عقد البيع ، ثم يقوم البائع برفع دعوى استرداد البيع وتثبت ملكيته عليه قبل المشتري ، ففي هذه الحالة لا يجوز ذلك للبائع رغم أن الملكية لا

(١) انظر فى ضمان التعرض الشخصى القائم على سبب مادى فيما يتعلق بعقد البيع ، توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦٦ ص ٢٧٧ ، د. سليمان مرقس ، د. محمد على امام - عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد طبعة ١٩٥٥ مطبعة نهضة مصر بالفجالة - بند ٢٠٠ ص ٣٤٢ ، د. عبد الفتاح عبد الباقي - محاضرات فى العقود الجزء الثانى - عقد البيع - الناشر دار الفكر العربى - ص ٢١٠ .

Baudry , Lacantinerie et Loa Saignt, Traité theorique et pratique de droit civil, De la vente et de l'échange Tome XIX , éd. 3 , 1908 , Paris , N. 349, P.345 ets ; Enc.D ., civil, Tome IX, éd. 2 , 1995 , vo. vente, N. 1241 - 1244 P.96 - 97

= وبصدد عقد الإيجار انظر : د . السنهورى - الوسيط - ج ٦ بند ٢٤٢ ص ٣٠٠ ، عبد الفتاح عبد الباقي - محاضرات فى العقود الجزء الأول - عقد الإيجار - طبعة ١٩٥١ مطابع دار الكتاب العربى بالقاهرة - بند ١١٦ ص ١٣٦ .

(٢) د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ - بند ٣٣٠ ص ٦٢٧ - ٦٢٨ ، د. توفيق حسن فرج - عقد البيع المقايضة - بند ١٦٦ ص ٢٧٨ .

(٣) ويضمن المؤجر التعرض الصادر منه شخصياً أو من أحد اتباعه كالخادم وناظر الزراعة وغيرهم ممن يعملون فى خدمته . د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - بند ١٢٤ ص ١٥٢ .

(٤) بصدد عقد البيع انظر : د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣٣٠ ص ٦٢٨ - ٦٢٩ ، د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٩٠ ص ٤٤١ .

تزال باسمه قبل التسجيل لأنه ملزم بالضمان قبل المشتري ، وقد يكون السبب الذي يستند إليه الملتزم بالضمان لاحقاً على التعاقد ، كما لو باع شخص ما لا يملك ثم تملك المبيع بأى سبب من أسباب كسب الملكية من ميراث أو تقادم أو غيرهما من الأسباب ، فلا يجوز للبايع في مثل تلك الحالات أن يدعى ملكية العين في مواجهة المشتري وإلا اعتبر عمله هذا تعرضاً مستنداً إلى سبب قانوني يدخل ضمن التزام البايع بضمان تعرضه الشخصي ويجوز للمشتري دفعه عن طريق الدفع بالضمان (١).

وبالنسبة للإيجار إذا أجر شخص عيناً لآخر عليها حق ارتفاق لأرض مجاورة ثم مات صاحب العين المقرر لها حق الارتفاق وورثه المؤجر ، فلا يجوز للأخير أن يتمسك بحق الارتفاق الثابت للعين الموروثة على العين التي أجزها رغم أنه استمد الحق من مورثه لأنه ضامن لأفعاله الشخصية التي تتنافى مع انتفاع المستأجر بالعين ، لأن التمسك بحق الارتفاق يعتبر تعرضاً للمستأجر (٢).

٣ - شروط ضمان التعرض الشخصي :

يضمن الملتزم بالضمان تعرضه الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً سابقاً أو لاحقاً على التعاقد بشروط :

أ - أن يكون التعرض الشخصي قد وقع بصورة فعلية ، أما مجرد الاحتمال أو الخشية من وقوع التعرض غير كاف لقيام الضمان ، فلو أن الملتزم بالضمان هدد بالتعرض فلا يكفي ذلك لقيام الضمان في جانبه إذ لم ينفذ تهديده فلو هدد البايع المشتري بالتعرض له في حياته . لا يقوم الالتزام بالضمان ما لم ينفذ تهديده بالتعرض بصورة فعلية ، وإذا باع العين مرة ثانية إلى مشتري بادر بتسجيل عقده قبل قيام المشتري الأول بالتسجيل و انتقلت الملكية إلى المشتري الثاني فلا يقوم الضمان ما دام المشتري الثاني لم يبدأ في اجراءات نزع المبيع من تحت يد المشتري الأول (٣).

وإذا هدد المؤجر المستأجر بأعمال مادية تحول بين المستأجر وبين الانتفاع بالعين فلا يقوم ضمان التعرض ما دام المؤجر لم يبدأ فعلاً في تنفيذ تعرضه ، فإذا باع المؤجر العين المؤجرة لآخر وكان الإيجار لا يسرى في حق مشتري العين ، فلا يقوم الضمان ما دام المشتري لم يطالب بإخلاء العين ونزعها من تحت يد المستأجر (٤).

(١) بصدد عقد البيع انظر : د. السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٣٠ ص ٦٢٨ - ٦٢٩ ، د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٩٠ ص ٤٤١ .

Enc.D., 1995, IX, vo. Vente, N.1245 - 1249, P. 97, Baudry et Saignat, XIX,

N.351, P.349.

(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٦ بند ٣٤٣ ص ٣٠٣ ، د. خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - بند ٥٨٧ ص ٧٧٤ .

(٣) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦٤ ص ٢٧٥ .

(٤) د. السنهوري - الوسيط - ج ٦ بند ٢٤٥ ص ٣٠٤ .

فالتعرض لا بد أن يكون حالاً ، أما خشية التعرض فلا تقيم الضمان ، لأن الحق لا يكون موجوداً إلا منذ الوقت الذي يجوز المطالبة به قانوناً ، والضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعه الدائن بالالتزام (المشترى في البيع والمستأجر في الإيجار) ^(١) ، ومن ثم فإن مدة تقادم دعوى الضمان لا تبدأ في السريان إلا من وقت التعرض الفعلي ^(٢) .

ب - أن يكون التعرض الفعلي محلاً بجائزة العين ، ومن شأنه أن يحول بين الحائز وبين الانتفاع بها ويتعارض مع التزام الضامن ، ففي البيع يعتبر التعرض محلاً بجائزة العين إذا أتى البائع أعمال تجعل الجائزة غير هادئة وغير مستقرة لدى المشتري ، أو تحول بين الأخير وبين ممارسة سلطات حق الملكية على العين التي اشتراها ، وفي الإيجار تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة ^(٣) .

وفي الإيجار يشترط أن يقع التعرض الفعلي أثناء مدة الإيجار ، بمعنى أن يكون في الوقت الذي يكون فيه حق المستأجر قائماً على العين المستأجرة ، ولا يستند المؤجر إلى حق ثابت له على العين المؤجرة ، فلو كان المؤجر صاحب حق في التعرض انتفى الضمان ، كما لو عين المؤجر حارساً على العين بموجب حكم قضائي يصدد نزاع قائم بينه وبين المستأجر ، أو كان يستمد حقه من القانون ، كدخول العين لإثبات قيام المستأجر بالتزامه في استعمال العين المؤجرة فيما أعدت له أو تكون العين في حاجة إلى إجراء ترميم ^(٤) .

ثانياً : ضمان التعرض الصار من الغير :

بعد أن قررت المادة (٤٣٩) من القانون المدني المصري ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع أوردت قولها : " أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع ويحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه " .

وبصدد عقد الإيجار نصت المادة (٥٧١) على أن : " لا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من اتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانوني يصدر من

(١) د . توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦٤ ص ٢٧٦ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٣٠ ص ٦٢٦ .

= وبصدد الضمان في العقار يكتفي القانون الألماني باحتمال وقوع التعرض ولا يشترط أن يكون فعلياً م ٤٣٤ ، ٤٤٠ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٢٥ ص ٦٢٢ .

(٣) عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - بند ١٣٧ ص ٣١١ .

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج ٦ بند ٢٤٦ - ٢٤٨ ص ٣٠٥ - ٣٠٨ ، عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - بند ١٧ ص ١٣٩ ، نقض ١٩٤٥/٤/١٢ مجموعة القواعد ج ٤ رقم ٢٣٥ ص ٦١٧ ، ١٩٤٤/٣/٢٣ ، مجموعة القواعد ج ٤ رقم ١١٣ ص ٣٠٢ .

أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر " ، وتنص المادة (٥٧٥) "على أن " ١ - لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى ما دام التعرض لا يدعى حقاً^(١) ومن مفهوم هذه النصوص يتضح . أن ضمان التعرض يشمل التعرض الصادر من الغير ، إذا كان يشكل اعتداء على ملكية أو حيازة الدائن بالضمآن ، ولكن لقيام ضمان التعرض الصادر من الغير بشرط :

١ - أن يكون تعرض الغير قانونياً :

ضمان التعرض الصادر من الغير لا يقوم الا إذا كان تعرضاً قانونياً ، بحيث إذا كان تعرضاً قائماً على أعمال مادية لا تدخل فى نطاق ضمان التعرض ، ففي مجال عقد البيع إذا كان الغير الذى يتعرض للمشتري لا يدعى حقاً على العين المبيعة فى تعرضه ، فإن البائع لا يكون ضامناً لهذا التعرض ، فلو أن الغير اغتصب العين من تحت يد المشتري كان هذا عملاً مادياً لا يستند فيه المتعرض إلى حق ، وليس للمشتري من سبيل سوى اللجوء إلى الوسائل القانونية ، كأن يرفع دعوى منع التعرض أو استرداد الحيازة أو اللجوء إلى جهة الإدارة لحمايته من التعرض الصادر من الغير^(٢) ، ونفس الأمر بالنسبة للتعرض المادى الصادر من الغير تجاه المستأجر^(٣)

فالالتزام بضمان التعرض لا يشمل التعرض المادى الصادر من الغير ، طالما أن التعرض قد حدث بعد تسليم العين للحاتز سواء كان مشترياً أو مستأجراً ، أما إذا تم التعرض قبل التسليم وجب على البائع أو المؤجر دفع هذا التعرض لأنه ملزم بتسليم العين وإن لم يقيم بدفع هذا التعرض يعتبر غير موفٍ بالتزامه بالتسليم ، لأنه لم يمكن المشتري أو المستأجر من وضع العين المبيعة أو المستأجرة تحت يده ، ولكن لا يجوز للمشتري أو المستأجر رفع دعوى ضمان ولكن يرفع دعواه مستنداً إلى الالتزام بالتسليم عن طريق التنفيذ العيني^(٤) .

(١) لم يعرض المشرع المصرى للفرقة بين التعرض المادى والتعرض القانونى الصادر من الغير بصدد عقد البيع ولكن أوردته بصدد عقد الإيجار فى المادة ٥٧٥ ولا يوجد ما يمنع من تطبيقها على عقد البيع باعتبار أن الضمان يقوم فى جميع عقود المعارضة ، د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٧٣ ص ٢٩٢ هـ - (٢) .
(٢) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٧٣ ص ٢٩٢ ، د. السنهورى - الوسيط - ج٤ - بند ٣٤١ ص ٦٤٥

Baudry et Saigant, XIX, N.351, P.349; Enc. D., 1995, IX, vo. vente, N.1262-1263, P.98.

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٦ - بند ٢٧٨ ص ٣٦٧ - ٣٦٩ ، عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - بند ١٣٦ - ١٣٧ ص ١٦٥ - ١٦٧

Baudry et Wahl, XX, N.520, P.292.

(٤) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٧٣ ص ٢٩٣ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٦ - بند ٢٨٠ ص ٣٦٩

أما تعرض الغير الذي يشمل الضمان هو التعرض القانوني ، ما دام المتعرض يستند إلى حق ولو لم يكن الادعاء ثابتاً ، سواء كان التعرض القانوني في صورة دعوى يرفعها على من بيده حيازة العين ، أو ترفع عليه بواسطة من بيده حيازة العين ، كالدعوى التي يرفعها الغير على المشتري أو يرفعها المشتري على الغير ، لكون الغير يدعى حقاً على العين^(١).

والتعرض القانوني الصادر من الغير ومستند فيه إلى حق ، يستوى فيه أن يكون الحق عينياً كادعاء ملكية العين كلها أو جزء منها ولو كان شائعاً ، أو ادعاء رهن حيازي أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو كان حقاً شخصياً كادعاء إيجار على العين بتاريخ ثابت يحتاج به على المشتري أو المستأجر الأول^(٢)، ويجب أن يكون الحق الذي يستند إليه الغير وارداً على ذات العين المبيعة^(٣) أو المؤجرة .

٢ - أن يكون التعرض الصادر من الغير فعلياً :

يجب أن يكون هذا التعرض الصادر من الغير فعلياً ، بأن يباشر المتعرض الحق الذي يدعيه بصورة فعلية ، لكي يمثل اعتداء على حيازة الحائز لأن مجرد الخشية لا يكفي لقيام الضمان ، وما دام التعرض فعلياً يستوى أن يكون في أية صورة اتخذها دعوى أو دفع^(٤) .

فقد يكون التعرض في صورة دعوى استحقاق يرفعها الغير على الحائز يدعي ملكيته للمبيع كله أو جزء منه ، أو دعوى ارتفاق على العين ، أو دعوى إيجار يتمسك فيها بعقد إيجار صدر له كمستأجر للعين ، وقد لا يكون الغير مدعياً فقد يكون مدعى عليه في دعوى يرفعها عليه الدائن بالضمان ، (المشتري أو المستأجر) لوجود العين في حيازته ، فيتمسك بالحق الذي يدعيه على العين المبيعة أو المستأجرة عن طريق دفع يرد الدعوى المرفوعة عليه^(٥)، فجميع صور التعرض القانوني تدخل في نطاق ضمان تعرض الغير .

و إذا كان التعرض الفعلي شرطاً لقيام الضمان ، فإن مجرد الخشية من وقوع التعرض أو احتمال وقوعه لا يكفي لقيام ضمان التعرض ، فلو علم المشتري أن للغير حقاً على المبيع دون أن يتعرض له المالك

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بيب ٣٤١ ص ٦٤٦ - ٦٤٧ .

(٢) د . عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - بند ٣٩٧ ص ٤٥٣ ، د . سليمان مرقس ، د . محمد على أمام - عقد البيع ٢٠٩ ص ٣٤٥ .

= وقد كان التقنين المدني السابق يشترط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير عينياً ، محمد حلمي عيسى - شرح البيع في القوانين المصرية والفرنسية وفي الشريعة الإسلامية - طبعة ١٩١٦ - مطبعة المعارف بشارع الفجالة - مصر - بند ١٣٩٧ ص ٤٦٩ .

(٣) د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤٢ ص ٦٤٨ هـ (٢) .

(٤) د . عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - بند ٢٩٩ ص ٥٦٤ .

Baudry et Saigant, XIX, N.351. P.349; Enc.D., 1995, IX, vo. vente, N.1272, 1279, P.99;

(٥) د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤١ ص ٦٤٦ .

الحقيقي فإن ذلك العلم لا يكفي لقيام الضمان طالما أن الغير لم يتعرض للمشتري في حياته الهادئة وبالنسبة للإيجار - يزداد على ما سبق - يشترط أن يكون التعرض الصادر من الغير واقعاً على العين أثناء سريان مدة الإيجار^(١) بمعنى أن يقع التعرض في الوقت الذي يكون حق المستأجر قائماً على العين ، وما دام حق المستأجر قائماً يقوم ضمان التعرض أياً كانت الصورة التي يتخذها تعرض الغير .

٣ - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على العقد أو لاحقاً عليه بفعل الضامن :

لقيام ضمان تعرض الغير يستوى أن يكون الحق الذي يستند إليه الغير في تعرضه سابقاً على التعاقد ، أو لاحقاً ولكن آل إليه بفعل معزوم إلى الضامن ، ومن ثم فلا يقوم ضمان البائع إذا كان الحق الذي يستند إليه المتعرض سابقاً على عقد البيع ، كما لو كان الغير اكتسب ملكية العين أو حق ارتفاق عليه بالتقادم أو أى سبب آخر^(٢) ، وبإدراك الغير إلى استرداد ملكيته أو رفع دعوى بحق الارتفاق الذي اكتسبه ، والفرض الغالب أن حق الغير ثابت قبل البيع لأن البائع بعد البيع أصبح غير مالك ومن ثم لا يستطيع أن يقرر حقاً على المبيع للغير .

وإذا كان ضمان تعرض الغير لا ينشأ إلا إذا كان الحق سابقاً على التعاقد ، بحيث إذا كان لاحقاً لا يدخل في نطاق الضمان ، إلا أنه قد يكون سبب التعرض لاحقاً على التعاقد ولكنه راجع إلى فعل الضامن ، وفي هذه الحالة يقوم الضمان ، فإذا كان سبب تعرض الغير أنه تلقى حقاً على المبيع من البائع بعد إبرام عقد البيع فإن البائع يكون مسئولاً عن هذا التعرض لأن سبب التعرض راجع إليه ، فلو أن بطن العقار باعه إلى مشتر ثان بادر إلى تسجيل عقد شرائه قبل قيام المشتري الأول بالتسجيل أو قرر حق ارتفاق للغير قبل تسجيل عقد الشراء ، فيفضل المشتري الثاني في حالة البيع ، ويسرى حق الارتفاق المسجل تجاه المشتري الأول الذي لم يسجل ، فيقوم ضمان البائع رغم صدور الحق بعد عقد البيع ، لأن سبب التعرض منسوب إلى البائع^(٣) .

ومن ثم يضمن البائع كل تعرض منسوب إليه ولو كان بعد البيع ، ما لم يكن التعرض بفعل الدائن بالضمان ، فلو أن عيناً مملوكة لشخص وموجودة في حياة آخر لمدة عشر سنوات ثم قام ببيعها وظلت في يد الخائن الخمس سنوات الباقية من مدة التقادم ، ولم يبادر المشتري إلى قطع التقادم فلا يسأل البائع بالضمان ، لأن حق الغير لم يثبت إلا بعد البيع ، أما لو كانت مدة التقادم اكتملت قبل البيع أو كانت

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٦ بند ٢٨٠ ص ٣٧٠ . Baudry et Wahl, XX, N.531, P.299 .

(٢) د . سليمان مرقس ، د . محمد على امام - عقد البيع - بند ٢٠١ ص ٣٤٧ .

(٣) د . عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٣٩٨ ص ٤٥٤ ، د . توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة -

بند ١٧٤ ص ٢٩٤ - ٢٩٥ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤٢ ص ٦٤٩ - ٦٥٠ .

Baudry et Saigant, XIX, N.352 bis, P.351-352, N.354, P.354.

المدة الباقية بعد البيع لا تسعف لقطع التقادم وجب الضمان على البائع ، لأن الحق الذى يتمسك به الغير فى هذه الحالة فى حكم الثابت قبل البيع^(١) ولا يشترط لقيام ضمان البائع لعرض الغير أن يكون المشتري غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير وقت البيع ، أو أن البائع لا يعلم بحق الغير ، فيقوم الضمان ولو كان المشتري عالما بحق الغير أو كان البائع جاهلا لهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم مسئوليته باتفاق خاص (م ٤٤٥ / ١ مدين مصرى) . ولكن بالنسبة لحق الارتفاق يكفى أن يكون ظاهرا أو أعلم به البائع المشتري لكى يتنفي ضمان البائع . أما فى القانون الفرنسى فيشترط أن يكون المشتري غير عالم أو أن الارتفاق غير ظاهر لكى يتحقق ضمان البائع^(٢)

المطلب الثالث

دور الالتزام بضمان التعرض فى حماية الحيابة العقارية

لمعرفة الدور الذى يؤديه ضمان التعرض فى حماية الحيابة العقارية ، يقتضى معرفة مدى الارتباط بين الهدف من التعاقد وبين الهدف من الالتزام بضمان التعرض ، بالنظر إلى أن ضمان التعرض يهدف إلى ضمان الحيابة الهادئة ، مما يستتبع القول بأن الالتزام بضمان التعرض لابد أن ينفذ تنفيذا عينيا^(٣) ، على النحو الآتى :

أولا : الارتباط بين الهدف من التعاقد وبين الالتزام بضمان التعرض :

من المعروف أن عقود المعاوضات تنشئ التزامات متبادلة بين المتعاقدين ، و كل متعاقد يحصل على مقابل لما يعطى . ففى عقد البيع أو الإيجار أو المقايضة مثلا ، يقع التزام على عاتق المشتري أو المستأجر أو المقايض ، بدفع ثمن المبيع أو الاجرة أو تسليم العين المقايض عليها ، وفى سبيل ذلك لا بد أن يحصل أى منهم على المقابل الممثل فى نقل ملكية العين وحيازتها كما فى البيع والمقايضة أو حيازة العين دون الملكية كما فى الإيجار ، لكى يمارس كل واحد منهم السلطات القانونية التى تنفق مع مضمون الحق الذى اكتسبه على العين محل التعاقد .^(٤)

(١) د. عبد المتعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٣٩٨ ص ٤٥٤ ، د. توفيق حسن قرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٧٤ ص ٢٩٤ - ٢٩٥ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤٢ ص ٦٤٩ - ٦٥٠

Baudry et Saigant, XIX, N.352 bis, P.351-352, N.354, P.354.

(٢) د. السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤٢ ص ٦٥٢

(٣) والالتزام بضمان التعرض الشخصى أو تعرض للغير القانونى التزام غير قليل للانقسام ، فعند وقوع التعرض يجب أن ينفذ الالتزام بأكمله ، فإذا تعدد البائعون يجوز رفع الدعوى على أى منهم ولا يجوز لأحدهم الدفع بالتجزئة . د. توفيق حسن قرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦٩ ص ٢٨٢ ، بند ١٨٨ ، ٣٢٩

(٤) ويسرى ضمان التعرض على الرهن الحيازى بموجب المادة (١٠٤٧) من القانون المئتى المصرى والثنى تعرض لضمان الرهن لسلامة الرهن

وفي عقود المعاوضة العقارية يهدف الدائن بالتسليم إلى الحصول على حيازة العين محل التعاقد ، ومن ثم يقع على عاتق الملتزم بالتسليم التزام بتسليم العين إلى المتعاقد الآخر . ولكن الوفاء بالتزام التسليم يوضع العين تحت تصرف المستلم لا يكفي ، ولكن يقوم التزام آخر على عاتق الملتزم بالتسليم يتمثل في ضمان الحيازة الهادئة وبدون معارضة للمستلم .

فلو كان العقد بيعاً أو إيجاراً أو مقايضة أو قسمة ، يقوم على عاتق البائع أو المؤجر أو المقايض أو المتقاسم ، التزام بتسليم العين محل التعاقد أو محل القسمة إلى المشتري أو المستأجر أو المقايض أو المتقاسم الآخر ، لكي يتمكن من حيازتها والانتفاع بها . بما يتفق مع مضمون الحق ، ولكن لا يكفي أن يفسى أى منهم بالالتزام بالتسليم ، بل يقع على عاتقهم التزام آخر يتمثل في ضمان الحيازة الهادئة بلا معارضة للمستلم ، وهو ما يسمى بالالتزام بضمان التعرض ، بحيث إذا لم تكن الحيازة هادئة قام الالتزام بالضمان في جانب الملتزم .

فالالتزام بضمان التعرض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالهدف من التعاقد ، فلا يكفي نقل ملكية أو تسليم العين للمستلم ولكن يجب أن تستقر الحيازة هادئة لدى المستلم لكي يتمكن من الانتفاع بها بما يتفق مع مضمون الحق الذي اكتسبه على العين ، سواء كان حق ملكية أو حق إيجار ومن ثم يقوم للمستلم التزام بضمان التعرض في الحيازة على عاتق الملتزم بالتسليم ، وهو ما يسمى بضمان الحيازة الهادئة .

ثانياً : التنفيذ العيني للالتزام بضمان التعاقد :

لكي يؤدي الالتزام بضمان التعرض الهدف من تفريره في عقود المعاوضة لا بد أن ينفذ تنفيذاً عينياً ، لأن التنفيذ العيني هو الأصل وتنفيذ الالتزام بضمان التعرض يلقي على عاتق الملتزم التزاماً مزدوجاً ، أحدهما سلبى ويتمثل في الامتناع عن تعرضه الشخصى وآخر إيجابى يتمثل في رد ادعاء الغير ^(١) .

١ - التنفيذ العيني للالتزام بضمان التعرض الشخصى :

يقوم ضمان التعرض في عقود المعاوضة على أساس التقابل بين الالتزامات ، فكل مدين يأخذ أو يجب أن يأخذ مقابلاً لادائه ويجب على المتعاقد الآخر أن يضمن له ما يعادل هذا الأداء ، بحيث لو حدث تعرض لحيازة المستلم قام الالتزام بضمان التعرض على عاتق الجانب الآخر ^(٢) .

ففى عقد البيع أو الإيجار أو المقايضة يقوم على عاتق البائع أو المؤجر أو المقايض التزام بضمان التعرض لحيازة المشتري أو المستأجر أو المقايض الآخر، وهذا التزاماً سلبياً يتمثل في الالتزام بعدم التعرض

(١) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٦١ ص ٢٧٢

(٢) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - بند ١٥٧ ص ٢٦٧

سواء للملكية أو الحيازة . فالعرض الشخصي التزام بامتناع عن عمل مضمونه الكف عن كل ما يمثل اعتداء على حيازة الدائن بالتزام الضمان^(١)، سواء كان مشترياً أو مستأجراً أو متقايضاً . فالالتزام بالضمان من طبيعة عقود المعاوضة ، يتولد عنه التزام بضمان التعرض الشخصي ، باتخاذ الضامن كل ما يلزم لضمان وضع يد الدائن على العين والانتفاع بما يجازها حيازة هادئة ، وينفذ هذا الالتزام بما يتفق مع حسن النية كى يتاح للدائن بالالتزام الحصول على مزايا العين حسب طبيعتها وقت التعاقد ، ~~و~~ ثم يقع على الضامن التزام بالامتناع عن التعرض أياً كان في الملكية أو الحيازة ، سواء كان تعرضاً جزئياً أم كلياً للعين .

والملتزم بالضمان ملزم بضمان التعرض الشخصي قانونياً أو مادياً ، وللدائن أن يطالب الضامن بتنفيذ التزامه عينياً . فلو أخذ التعرض الشخصي الصورة المادية بأن اغتصب البائع العين من المشتري أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع بالعين . أو قام أى منهم بالبناء في العين ، فللمشتري أو المستأجر رفع دعوى على البائع أو المؤجر يطالبه بتنفيذ التزامه عينياً بأن يكف عن القيام بالأعمال التى تمثل تهديداً لحيازته أو منعه في الاستمرار في أعمال التعرض أو ازالة ما تم منها ، أو التزامه باقامة البناء الذى تم هدمه بواسطة البائع أو المؤجر، وله في سبيل ذلك رفع دعوى ضمان التعرض الشخصي على البائع أو المؤجر^(٢) .

اما إذا كان التعرض الشخصي قانونياً كأن يرفع البائع دعوى استحقاق على المشتري يطالب فيها بثبوت ملكيته للعين المبيعة ، فللمشتري أن يدفع دعوى البائع بالضمان استناداً إلى من وجب عليه الضمان أمتنع عليه التعرض ، وبموجب هذا الدفع يتوصل المشتري إلى الحكم برد دعوى البائع ، وبذلك يكون الالتزام بضمان التعرض الشخصي قد نفذ تنفيذاً عينياً وتستقر حيازة العين لدى المشتري ، كما أن التنفيذ العيني للالتزام بضمان التعرض قد يكون في صورة الحكم بعدم سريان تصرفات الضامن التى باشرها على العين في مواجهة الدائن بالضمان - مشترياً أو مستأجراً - ويكون هذا الحكم كافياً لإزالة التعرض الشخصي الصادر من الضامن^(٣)، وتستقر الحياة لدى الدائن بالضمان .

(١) د. سليمان مرقس ، د . محمد على امام - عقد البيع - بند ٢٠٠ ص ٣٤٠ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - بند ١٣٦ ص ٢١٠ .

(٢) د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - ١٣٨ ص ٢١٣ ، عقد الإيجار - بند ١٢٥ ص ١٥٤ ، د . عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - بند ٢٩٢ ص ٤٤٥ .

(٣) د. سليمان مرقس ، د . محمد على امام - عقد البيع - بند ٢٠٠ ص ٣٤١ ، د . كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - العقود المسماة الجزء السادس - عقد البيع والمقايضة - طبعة ١٩٥٣ - المطبعة العالمية - بند ١٦٤ ص ٢٨٦ .

٢ - التنفيذ العيني للالتزام بضمان تعرض الغير :

ضمان تعرض الغير لا يشمل إلا التعرض القانوني ، بحيث إذا كان التعرض مادياً لا يقوم ضمان التعرض، فإذا ما تعرض الغير تعرضاً قانونياً وجب على الضامن تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، وفي سبيل ذلك نصت المادة (٤٤٠) بشأن البيع على أن : " إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع وأخطر بها البائع كان على البائع بحسب الأحوال وفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله " .

وبصدد عقد الإيجار نصت المادة (٥٧٢) من القانون المدني المصري على أن : " إذا ادعى أجنبي حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر بإخطار المؤجر بذلك وكان له أن يخرج من الدعوى ، وفي هذه الحالة لا توجه الإجراءات إلا إلى المؤجر " .

وتعرض الغير القانوني الفعلي قد يكون في صورة دعوى يرفعها الغير ، كدعوى استحقاق يدعى فيها ملكيته للعين أو جزء منها ، أو دعوى يدعى فيها حق غير الملكية كما لو ادعى أن له على العين حق ارتفاق أو انتفاع أو رهن أو إيجار ، أو دعوى ينكر فيها أن للمشتري أو المستأجر حقاً على العين ^(١) . وإذا وقع التعرض الفعلي من جانب الغير بدعوى ، وجب على المشتري أو المستأجر بحسب الأحوال بأن يحظر الضامن بالدعوى المرفوعة عليه في الوقت الملائم ، ولا يوجد شكل معين للاخطار ، ولكن يجب على الدائن بالالتزام إثبات قيامه بإخطار الضامن بالدعوى المرفوعة عليه ، وإذا تم الإخطار في الوقت الملائم التزم الضامن بالتدخل في الدعوى إلى جانب الدائن أو أن يحل محله على حسب الأحوال (م ٤٤٠ / ١) ، والتدخل يكون بالأوضاع المقررة في قانون المرافعات ^(٢) .

وإذا تدخل الضامن في الدعوى المرفوعة من الغير تولى الدفاع فيها ، لكي يتوصل إلى تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً يرد تعرض الغير ، لأن الالتزام بضمان تعرض الغير التزام إيجابي يتمثل في رد تعرض الغير وفي نفس الوقت التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية ، فلا يعفى الضامن من الضمان مجرد أنه بذل العناية اللازمة ، ولكن يجب أن يحقق الغاية المرجوة من الضمان والمتمثلة في رد تعرض الغير ، فإذا نجح في رد تعرض الغير يكون قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً ^(٣) ، واستقرت الحيازة لدى الدائن بالالتزام .

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٤ بند ٣٤٧ ص ٦٦٣ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد البيع - بند ١٤٤ ص ٢٢٢ .

(٢) د . عبد المنعم البدر - عقد البيع - بند ٢٠٩ ص ٤٧٤ ، د . عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار - بند ١٣٠ - ص ١٥٨ .

(٣) د . عبد المنعم البدر - عقد البيع - بند ٣٠٨ ص ٤٧٢ ، د . جميل الشرقاوي - عقد البيع والمقايضة - بند ٦٨ ص ٢٤١ - ٢٤٢ .

وخلاصة القول : أن ضمان التعرض في عقود المعاوضة التي يكون محلها عقار يقوم بدور في حماية الحيابة العقارية ، لأن مضمون هذا الالتزام هو ضمان الحيابة الهادئة للدائن بالالتزام ، والأصل أن ينفذ تنفيذاً عينياً ، ولا يثار إلى غيره إلا إذا استحال التنفيذ العيني .

فالتنفيذ العيني في ضمان التعرض الشخصي المادى يكون بمطالبة الضامن بالامتناع عن الأعمال التي أتاها وتمثل تعرضاً للحيابة ، وفي حالة التعرض القانونى يكون عن طريق الدفع بالضمان تطبيقاً لمبدأ أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، فإذا ما نُفذ ضمان التعرض الشخصى تنفيذاً عينياً بوقف أعمال التعدى أو رد الدعوى ، استقرت حيابة العين هادئة لدى حائزها ، وبذلك يظهر دور ضمان التعرض الشخصى في حماية الحيابة العارية .

وبصدد ضمان التعرض الصادر من الغير يجب أن ينفذ الضامن التزامه عينياً حيث هو الأصل ، ويكون برد ادعاءات المتعرض ، وهذا الالتزام التزام بتحقيق غاية ، تتمثل في رد التعرض القانونى الصادر من الغير ، فإذا ما توصل الضامن إلى رد ادعاءات الغير المتعرض يكون قد وفى بالالتزام عينياً ، وبذلك تستقر الحيابة لدى الحائز ، ويبدو الدور الذى يقوم به ضمان التعرض في حماية الحيابة العقارية .

المبحث الرابع

حماية الحيابة العقارية من طريق التنفيذ العيني

تمهيد وتقسيم :

يعرف الالتزام بأنه وضع قانوني يوجب على شخص أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل معين ، فالالتزام أو ما يسمى بعلاقة الدائنية يقوم بين طرفين أحدهما يسمى المدين وهو الذى يقع عليه عبء تنفيذ محل الالتزام والآخر يسمى الدائن وهو من ينفذ الالتزام لصالحه^(١). وإذا كان للالتزام طرفان ، فلا بد أن يكون له محل يلتزم به المدين ، سواء كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، ومحل الالتزام يجب أن تتوافر فيه شروط معينة .

وللالتزام مصادر متعددة تتمثل فى العقد والعمل غير المشروع (المسئولية التقصيرية) والإنشاء بلا سبب (العمل النافع) ، والإرادة المنفردة (الوعد بجائزة) ، وأخيراً القانون ، ومصادر الالتزام يقتصر أثرها على إنشاء الالتزام ، أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه من جانب الملتزم^(٢) .

والتنفيذ للالتزام قد يكون عينياً أو بمقابل وهو ما يسمى بطريق التعويض . والتنفيذ سواء كان عينياً أو بمقابل يمكن أن يكون اختيارياً وهو ما يسمى بالوفاء وقد يكون جبرياً وهو ما يسمى بالتنفيذ القهرى ، ولامكانية التنفيذ العيني الاختيارى أو الجبرى يجب أن تتوافر شروط معينة .

وبصدد موضوع البحث سوف نتناول التنفيذ العيني سواء كان اختيارياً أو إجبارياً لبيان الدور الذى يقوم به فى حماية الحيابة العقارية ، ووفقاً لما تقدم يقسم هذا البحث إلى :

المطلب الأول : ماهية التنفيذ العيني وشروطه .

المطلب الثانى : دور التنفيذ العيني فى حماية الحيابة العقارية .

(١ ، ٢) انظر فى تعريف الالتزام ومحلّه : د. سليمان مرقس - نظرية العقد - طبعة ١٩٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية - مصادر الالتزام - بند ١٩ - ٢٨ ص ٢٧ - ٤١ ، ومحل الالتزام - بند ١٣٢ - ١٥٦ ص ١١٧ - ١٩٧ ، د . السنهورى - الوسيط - ج ١ مصادر الالتزام - بند ٢١ - ٣٤ ص ١١٩ - ١٣٤

Baudry, Lacantinerie et Leon Bard, Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations, volume XII, Tome I, éd. 3, 1906, Paris, N. I-6, P. 1-4, P. 328-330, P. 380-381.

المطلب الأول ماهية التنفيذ العيني وشروطه

يتحدد نطاق هذا المطلب في تعريف التنفيذ العيني وبيان محله ، ثم نتقل بعد ذلك إلى بيان شروطه

أولاً : تعريف التنفيذ العيني :

يعرف التنفيذ العيني بأنه التزام المدين بأداء عين ما التزم به^(١) . فلو أن موضوع الالتزام تسليم قطعة أرض فعلى المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عيناً بتسليم قطعة الأرض محل الالتزام . والأصل أن التنفيذ يكون عينياً ولو ياكراه المدين عليه ما دام ممكناً ولا يثار إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني^(٢) .

والتنفيذ العيني يختلف عن التنفيذ بطريق الحجز ، فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلًا تحول الالتزام إلى تنفيذ بطريق التعويض ، وهو عبارة عن مبلغ من النقود مقابل استحالة التنفيذ العيني ، وفي هذه الحالة يلجأ الدائن إلى الحجز على أموال المدين لاستيفاء مبلغ التعويض بعد ، بيع الأموال المحجوز عليها^(٣) .
والتنفيذ العيني قد يكون اختيارياً وهو الأصل ، حيث يقوم المدين بأداء عين ما التزم به استجابة لعنصر المديونية في الالتزام وهو الواجب القانوني الذي يقع على عاتق المدين بأداء عين ما التزم به ، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عيناً طواعية وكان ذلك ممكناً ، يجوز للدائن اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري بقهر المدين على تنفيذ التزامه عيناً ، استناداً إلى عنصر المسؤولية في الالتزام^(٤) ، ففي عقد بيع عقار يلتزم البائع بتسليم العين طواعية إلى المشتري ، أما إذا امتنع البائع أو تراخى عن تسليم العين جاز للدائن اللجوء للسلطة العامة لتمكينه من استلام العين محل التعاقد جبراً عن البائع .
ففي مجال العقود التي يلتزم فيها المدين بعمل كعقد البيع أو الإيجار أو المقايضة ، يجب على المدين

(١) د . السنهوري - الوسيط - ج ٢ بند ٣٨١ ص ٧١٨

Baudry et Bard ,XII,N.330P.381

(٢) د . محمود جمال الدين ذكي - نظرية الالتزام - بند ٣ ص ٥

Baudry et Bard ,XII,N.330P.381

(٣) د . أحمد ابو الوفا - اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الثانية ١٩٥٨ - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ٨ ص ١٠ ، بند ٩ ص ١١ ، د. رمزي سيف - قواعد تنفيذ الأحكام والمحرمات الموثقة في قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ - الطبعة الثانية ١٩٦٨ - الناشر دار النهضة العربية - القاهرة - بند ٥ ص ٩ - ١٠ .

(٤) د . السنهوري - الوسيط - ج ٢ بند ٣٨٢ ص ٧١٩ ، عبد المنعم حسني - منازعات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية وفقاً لقانون المرافعات - طبعة ١٩٦٩ - توزيع المكتبة القانونية بالقاهرة - بند ١ ص ٩ .

تنفيذ تلك العقود بتسليم العين محل التعاقد اختياراً ، لكي يحقق الغاية التي قصدها المتعاقد الآخر وهى الانتفاع بالعين .

والتنفيذ الاختيارى نظمه القانون المدني المصرى فى المواد ٣٢٣ - ٣٤٩ ببيان طرق ومحلها أما التنفيذ العينى الجبرى فهو يستلزم تدخل السلطات العامة لحمل المدين على تنفيذ التزامه ويقوم به ممثل السلطة العامة وهو اخضر تحت إشراف القضاء وقد نظم إجراءاته قانون المرافعات .

ثانياً : محل التنفيذ العينى :

محل التنفيذ العينى هو محل الالتزام ، ويقصد به العمل الذى يجب أن يقوم به المدين أو الامتناع عن القيام به كتسليم عين مبيعة أو كامتناع البائع عن التعرض للمشتري فى سبيل الانتفاع بالعين المبيعة فمحل الالتزام وهو ما يتم تنفيذه عيناً ينحصر فى صورتى العمل أو الامتناع عن العمل . ويشترط فيه :

١ - أن يكون ممكناً وموجوداً : يجب أن يكون محل الالتزام الذى سينفذ عيناً ممكناً القيام به من جانب المدين ، فإذا لم يكن ممكناً كان مستحيلاً ولا إلزام بمستحيل ومن ثم يقع العقد باطلاً^(١) . ففى الالتزام بعمل كتسليم عين أو ضمان تعرض الغير يجب أن تكون العين محل التسليم ممكناً تسليمها بمعرفة المدين ، وأن يكون فى استطاعة البائع دفع تعرض الغير الواقع على المشتري أو المستأجر .

كما يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً ، فإذا لم يكن موجوداً انتفى الامكان وأصبح الالتزام مستحيلاً . ففى المثال السابق إذا لم تكن العين المبيعة موجودة وقت التعاقد بأن هلكت قبل التعاقد كان العقد باطلاً لهلاك محله^(٢) مما يؤدى إلى عدم إمكانية تنفيذ الالتزام بعمل وهو تسليم العين المبيعة .

٢ - أن يكون محل الالتزام معيناً : يجب أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً ذاتياً بحيث لا يقوم غيره مقامه عند الوفاء به^(٣) كذكر مساحة قطعة الأرض محل عقد البيع أو الإيجار أو بيان مساحتها ، لكونها هى ذات العين التى ستقبل حيازتها إلى المشتري أو المستأجر بالتسليم وهو الالتزام بعمل ، أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل كالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري فإن محل العقد يكون معيناً طبقاً لعقد البيع ، لأن الالتزام بضمان التعرض الشخصى أو تعرض الغير ناشئ عن عقد البيع ذاته فهو دائماً معين طبقاً للعقد الذى هو مصدر الالتزام .

٣ - أن يكون محل الالتزام مشروعاً : يجب أن يكون الالتزام بعمل أو الامتناع عن العمل مشروعاً

(١) د. سليمان مرقس - نظرية العقد - بند ١٣٥ ص ١٧٥

Aubry et Rau. caurs. droit civil francais. Tome. IV. ed. 5. 1902, paris. N. 306. P. 146. ets .

(٢) د. سليمان مرقس - نظرية العقد - بند ١٣٨ ص ١٧٨ ، د. السنهورى - الوسيط - ج ١ بند ٣١٥ ص ٣٧٦

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ١ بند ٢٢٢ - ٢٢٣ ص ٣٨٧ - ٣٨٩ ، سليمان مرقس - نظرية العقد - بند ١٤٢ - ١٤٤ ص ١٨٥ - ١٨٧

وجائزاً التعامل فيه وإلا كان الالتزام باطلاً ، والقاعدة العامة مشروعية كل عمل أو امتناع عنه ما لم يكن مخالفاً لنص قانوني أو للنظام العام أو الآداب^(١) .

وتطبيق ذلك الشرط على العقار باعتباره محل لالتزام بنقل ملكيته وحيازته، نجد أن هناك من العقارات ما هو خارج عن دائرة التعامل بحكم القانون كالعقارات العامة والخاصة للدولة وعقارات الأوقاف والجمعيات والمؤسسات العامة ، ومن ثم لا يجوز التعامل فيها ولا يمكن نقل ملكيتها وحيازتها لأحد ، ولذلك فلا تصلح لأن تكون محلاً لالتزام بنقل حق عيني عليها سواء كان ملكية أو غيرها من الحقوق العينية .

ثالثاً : شروط التنفيذ العيني :

لإمكان إجراء التنفيذ العيني يجب أن تتوافر بعض الشروط وهي :

١ - إمكانية التنفيذ العيني : يجب أن يكون التنفيذ العيني ممكناً سواء كان اختيارياً أو جبرياً ، بحيث إذا لم يكن ممكناً وأصبح مستحيلاً لم يعد هناك بد من اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض)^(٢) . ففي الالتزام بعمل المعلق بنقل حق عيني كالملكية على العين المشتراة يصبح تنفيذ الالتزام العيني مستحيلاً إذا باع البائع العين إلى مشتر آخر سبق إلى تسجيل عقده ، وإذا كان العمل هو تسليم العين فهلكت أصبح التسليم العيني كذلك مستحيلاً ، ومن ثم إذا كان التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن تعين على المدين القيام به اختيارياً وإلا أجبر عليه .

ولكن توجد بعض الالتزامات تقتضى تدخل المدين و يكون التنفيذ العيني غير ممكن بدون تدخله ، ولكن طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني ، ومثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري ، فإذا قام البائع بالتصديق على البيع وفي التزامه عينياً واختيارياً ، فإن لم يفعل ذلك لجأ المشتري إلى القضاء طالباً الحكم له بصحة ونفاذ عقد البيع ثم تسجيل الحكم ونقل الملكية إلى المشتري بنسبته على تسجيله لهذا الحكم^(٣) ، وإذا لم يكن قد استلم العين رفع بعد ذلك على البائع دعوى ثبوت الملكية لكونه أصبح مالكاً للعين بمجرد تسجيل الحكم .

٢ - أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي في حالة التنفيذ الجبري : إذا امتنع المدين عن التنفيذ العيني الاختياري لجأ الدائن إلى التنفيذ العيني الجبري ، ولكن في هذه الحالة يجب أن يحصل الدائن على سند واجب النفاذ لكي يتمكن من اتمام التنفيذ العيني الجبري^(٤) ، حيث تنص المادة (٢٨٠) من قانون

(١) د . سليمان مرقس - نظرية العقد - بند ١٤٧ ص ١٩٧ .

(٢) د . محمود جمال الدين ذكي - نظرية الالتزام - ج٢ - بند ١٣ ص ١٥ .

(٣) د . محمود جمال الدين ذكي - نظرية الالتزام - ج٢ - بند ١٦ ص ٢١ .

(٤) د . محمود جمال الدين ذكي - نظرية الالتزام - ج٢ - بند ١٠ ص ١٤ .

المرافعات المصرى على أن : " لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذى " ، والسندات التنفيذية أوردتها الفقرة الثانية من تلك المادة بقولها : " السندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والمخرجات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة " .

فإذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبرى يجب أن يحصل على حكم واجب النفاذ مذيّل بالصيغة التنفيذية (م ٢٨٠ مرافعات مصرى) ، والصيغة التنفيذية هى أمر موجه من الرئيس الأعلى للدولة إلى الجهة المنوط بها التنفيذ لإتمامه بالقوة وإلى السلطات المختصة بالمعاونة فى إتمام التنفيذ . والصيغة التنفيذية تعطى حامل السند حق مطالبة السلطة العامة باتخاذ الوسائل المناسبة لحمل المدين على وفاء التزامه عينا (١) .

٣ - الإعذار فى حالة التنفيذ العيني الجبرى : إذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبرى وجب عليه قبل أن يباشر إجراءات التنفيذ أن يمهّد إلى ذلك بأن يقوم بإعذار المدين . والإعذار هو وضع المدين فى حالة تثبت امتناعه أو تأخره عن الوفاء بالتزامه ، بما يترتب على ذلك مسؤوليته عن الأضرار التى تصيب الدائن (٢) . والإعذار يكون بانذار المدين أو ما يقوم مقامه ، والإنذار هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين تعلن إلى المدين يطالبه فيها بتنفيذ التزامه ، ويجب أن يكون الإعلان على يد محضر وفقاً للقواعد المبينة فى قسانون المرافعات ، وقد يكون الإعذار بأية ورقة رسمية تقوم مقام الإعذار تبدو فيها نية الدائن فى اقتضاء التزامه عينا ، كصحيفة الدعوى أو التنبيه الرسمى الذى يسبق التنفيذ (٣) .

(١) د. أحمد ابو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند ١٥ ص ٢٠ - ٢١ ، د رمزى سيف - قواعد تنفيذ الأحكام - بند ٩ ص ١٦-١٥ .

(٢ ، ٣) انظر فى تعريف الإعذار وكيفية وفانته ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٢ - بند ٤١١ ص ٧٦٦ ، د . سليمان مرقس - أحكام الالتزام - بند ٤٠ - ٥٦ ص ٦٠ - ٧٩ ، د . محمود جمال الدين ذكى - نظرية الالتزام - ج ٢ بند ٤ - ٩ ص ١٣-٦ .

المطلب الثاني

دور التنفيذ العيني في حماية الحيابة العقارية

إذا كان التعاقد معاوضة كالبيع أو الإيجار أو المقايضة وكان محله يتعلق بعقار ، فإن أياً من تلك العقود ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقدين ، منها ما يقع على عاتق البائع أو المؤجر أو المقيض ، ومنها ما يقع على عاتق المشتري أو المستأجر أو المقيض الآخر .

ومحل الالتزام الذى يقع على عاتق البائع أو المؤجر أو المقيض ، قد يكون التزاماً بعمل أو الامتناع عن عمل ، والالتزام بعمل قد يكون التزاماً بنقل ملكية العين أو أى حق عيني آخر على العين إلى المتعاقد الآخر كما فى البيع والمقايضة ، وقد يكون التزاماً بتسليم العين إلى المتعاقد الآخر لحيابتها ، وقد يكون التزاماً بمنع تعرض الغير للمشتري أو المستأجر أو المقيض الآخر ، أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل فهو التزام سلبي ، كالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعرقل انتقال الحق أو حيازة العين إلى المتعاقد الآخر ، كالامتناع عن التعرض الشخصى .

والتنفيذ العيني للالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل يقوم بدور فى حماية الحيازة العقارية ، على النحو التالى :

أولاً : التنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني على العين :

إذا كان العقد بيعاً أو مقايضة فإن أول ما يهدف إليه المشتري أو المقيض الآخر هو انتقال الملكية إليه ، ولكن انتقال الملكية من البائع إلى المشتري لا تنتقل بمجرد إبرام عقد البيع عندما يكون محله عقاراً إذ يجب مراعاة القواعد المتعلقة بالتسجيل^(١) .

ومن الالتزامات التى تنشئ عن عقد البيع غير المسجل التزام البائع بنقل ملكية العين إلى المشتري ، حسبما تنص المادة (٤٢٨) من القانون المدنى المصرى على أن : "يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً" .

والمادة (٤٢٨) تلقى على عاتق البائع التزامين ، أحدهما إيجابى بمقتضاه يلتزم البائع بأن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لنقل ملكية الحق المبيع ، والآخر سلبى يتضمن امتناع البائع عن كل عمل من شأنه ان يحول دون انتقال الحق المبيع إلى المشتري^(٢) .

(١) م ٩٣٤ مدنى مصرى ، م ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .
(٢) د . سالم حماد النحدوح - الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه فى البيع العقارى - دراسة لأحكام القانون الفرنسى والمصرى والعراقى والأردنى والفلسطينى - مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية - رسالة دكتوراه - جامعة الإسكندرية - الطبعة الأولى ١٩٩٧ ص ٢١٠ - ٢١١ ، هـ (٤٥) .

والتنفيذ العيني لالتزام البائع بنقل الملكية أو الحق العيني للمشتري ، قد يكون اختيارياً بأن يقوم البائع مختاراً بتنفيذ الأعمال اللازمة للتسجيل كتسليم المستندات والأوراق اللازمة للتسجيل ، كعقد شرائه وكشف رسمي عن الضريبة العقارية أو الاعلان الشرعي للوراثة إذا كان العقار مملوكاً لعدة ورثة وكذلك شهادة الإرث ، ثم يقوم المشتري باجراءات التسجيل بأن يجهز العقد للتسجيل بتقديم طلب إلى مكتب الشهر العقارى ثم يدعو البائع للتوقيع على المحرر المثلث للعقد النهائي والتصديق على التوقيعات المثبتة بالعقد ، ثم يقوم موظف الشهر العقارى باتمام اجراءات التسجيل بإثبات محتويات عقد البيع في دفاتر الشهر العقارى ويسلم صورة للمشتري من العقد المسجل^(١) .

وجميع الاجراءات السابقة سألقة الذكر إذا قام بها البائع مختاراً فقد نفذ التزامه وبرئت ذمته من الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري ، وأصبح المشتري مالكاً للعين المبيعة بمجرد اتمام التسجيل وأصبح البائع غير مالك^(٢)، وهذا هو التنفيذ العيني الاختيارى للالتزام بنقل حق عيني .

أما التنفيذ العيني الجبرى للالتزام بنقل الملكية فيكون عن طريق دعوى صحة التعاقد^(٣) ، في حالة إخلال البائع بالتراخي عن نقل الملكية أو جعله نقل هذا الحق عسيراً ، فإذا لم يقم البائع بالوفاء بهذا الالتزام مختاراً أُجبر على التنفيذ عن طريق دعوى صحة التعاقد .

وللمشتري رفع دعوى صحة التعاقد استناداً إلى القواعد العامة الواردة بصدد التنفيذ العيني للالتزام ، إذ تنص المادة (٢١٠) من القانون المدنى المصرى على أن : " في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى

(١) د . عبد الناصر توفيق العطار - البداية فى شرح احكام البيع - بدون ناشر وسنة طبع - بند ٦٧ ص ١٤٢ - ١٠٣

(٢) د . سالم حماد الدحدوح - الطبيعة القانونية للتسجيل ص ٢١١ .
(٣) وتسمى أيضاً بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع أو بدعوى إثبات التعاقد أو بدعوى ثبوت البيع - وقد ابتكرت هذه الدعوى فى مصر بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ازاء امتناع بعض البائعين عن الحضور امام موثق الشهر العقارى للتوقيع على البيع تمهيداً لتسجيله ، فرفع بعض المشترين دعاوى امام المحاكم طالبين الحكم لهم بإثبات صحة البيع ونفاذه ، املاً فى ان يغنى الحكم عن توقيع البائع أمام موظف الشهر العقارى إذ ان الحكمه من تصديق البائع التحقق من ابرام البيع صحيحاً وهو نفس ما يطلب من القاضى فى دعوى صحة التعاقد ، د . عبد الناصر العطار - البداية فى عقد البيع - بند ٦٨ ص ١٤٦ هـ (٣١) .

= وفى بداية الامر ثار خلاف فى القضاء حول اساس الحكم فى دعوى صحة التعاقد ، فبعض الاحكام اسست حكمها على اساس انه نوع من التعويض العينى واحياناً اخرى على اساس ما ذكر بالمذكرة التفسيرية لقانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣ والتي قررت ان عقد البيع غير المسجل عبارة عن تعهد من البائع يلزمه بالقيام بما اشترطه ذلك القانون من اجراءات التسجيل تمهيداً للحصول على تنفيذ التعهدات الشخصية التى التزم بها البائع ، فإذا امتنع جاز للمشتري اللجوء إلى المحكمة طالبا الحكم بصحة البيع ، واحياناً تقضى تاسيساً على ما جاء بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ / ١٧٣ من القانون المدنى القديم التى تبيح للدائن أن يطلب من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين ، واحياناً تؤسس قضائياً على اساس المادة ٢٥١ / ٢٥٠ من قانون المرافعات القديم المتعلقة بدعوى تحقيق الخطوط عند الإنكار - انظر فى عرض احكام المحاكم فى هذا الصدد ، د . سالم حماد الدحدوح - الطبيعة القانونية للتسجيل ص ٣١٤ - ٣١٥

مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك، وهذه الدعوى تعتبر تنفيذاً لعمل لا يمس شخص الدائن ويقوم حكم القاضى فيها مقام تنفيذه^(١).

وترفع دعوى صحة التعاقد على البائع أو ورثته، ويرفعها المشتري استناداً إلى ما له من حق شخصى ناتج عن عقد البيع غير المسجل بهدف الحصول على ملكية العقار، ولذلك توصف بأنها دعوى شخصية عقارية^(٢).

ودعوى صحة التعاقد باعتبارها دعوى موضوعية، فإن نطاقها يتسع لبحث كل ما يشار بشأن وجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه وكذلك صورته (٣)، فيجب أن يتحقق القاضى من توافير أركان عقد البيع من رضا ومحل وسبب، وبحث ما يكون للبائع من حق طلب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ، فللبائع أو ورثته دفع تلك الدعوى بكافة الدفوع التى تنال من انعقاد البيع أو صحته أو نفاذه كالدفع بصورته أو البطلان أو الابطال أو الدفع بعدم التنفيذ، وكذلك للمالك الحقيقى أن يتدخل فى الدعوى طالباً رفضها^(٤)، لأن التنفيذ العيني للالتزام ينقل الملكية لا يكون ممكناً إلا إذا كان البائع مالكاً. وإذا تحققت الحكمة من أن البيع صدر صحيحاً و نافذاً قضت بصحة البيع، وكان حكمها مقررأ لكافة ما انعقد عليه تراضى الطرفين، وهذا الحكم يقوم مقام توقيع البائع على عقد البيع أمام موظف الشهر العقارى، وعلى المشتري القيام بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى دون احرر المثبت لعقد البيع ما لم يكن الحكم قد أشار إليه فعندئذ يسجل احرر مع الحكم باعتباره مكملأ له^(٥)، وتسجيل

- (١) د. جميل الشرقاوى - عقد البيع والمقايضة - بند ٥٣ - ص ١٥٧.
- = ولم يأخذ القضاء السورى بدعوى صحة التعاقد الا بعد صدور حكم محكمة النفى السورية فى الطعن رقم ٦٥٧ الصادر فى ٤ / ١٠ لسنة ١٩٦٠ حيث قضى بأن " عقد البيع العادى المنظم خارج امانة السجل العقارى إذا كان مستوفياً لأركان انعقاده فإنه يعد عقداً صحيحاً يصلح اساساً لأقامة الدعوى والمطالبة بانفاذ ما ورد فيه من التزامات بالتسجيل بحكم قضائى" مجلة المحاميين بدمشق ١٩٦٠ ص ١٣٦ مشار إليه لدى د. سالم حماد الدحدوح - الطبيعة القانونية للتسجيل ص ٢١٢ هـ (٤٧).
- (٢) د. عبد الناصر توفيق العطار - البداية فى عقد البيع - بند ٦٨ ص ١٤٨ - ١٥٠، د. جميل الشرقاوى - عقد البيع والمقايضة - بند ٥٣، ص ١٥٩.
- (٣) وقضى بان: " دعوى صحة التعاقد قد تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه ومنها انه سورى صورية مطلقة إذ شأن هذه الصورية لو صحت يعتبر العقد لا وجود له قانوناً فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه " نفى ١٩٦٦/ ٣/ ١ مجموعة الاحكام س ١٧ رقم ٦٧ ص ٤٨٦، ١٩٨٠/ ٤/ ٢٤، مجموعة الاحكام س ٣١ رقم ٢٣٠ ص ١١٩٣،
- (٤) د. عبد الناصر توفيق العطار - البداية فى عقد البيع - بند ٦٨ ص ١٥٢ - ١٥٨.
- (٥) د. عبد الناصر توفيق العطار - البداية فى عقد البيع - بند ٦٨ ص ١٦١، د. جميل الشرقاوى - عقد البيع والمقايضة - بند ٥٣ ص ١٦١.

= وقضى بان: " لما كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ العقد هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين =

الحكم يصبح المشتري مالكا والبائع غير مالك. فالنقل والبيع معا معاينة
ومما سبق يتضح أن التنفيذ العيني للالتزام ينقل الملكية ، إما أن يكون اختيارياً من قبل البائع أو ورثته أو جبرياً عن طريق دعوى صحة التعاقد ، وإذا تم تنفيذ الالتزام أصبح المشتري مالكا للعين ويستطيع بناء على ملكيته أن يطالب البائع بتسليم العين إذا لم يكن قد استلمها منه أو يطالب الغير بها إذا كانت تحت يده ، و له في سبيل ذلك رفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا ، وإذا قضى له في دعوى الاستحقاق بالملكية في مواجهة البائع أو الحائز للعين ، فإن ذلك يستتبع استلام العين جبراً من حائزها عن طريق التنفيذ العيني للالتزام ، ويستطيع المشتري التوصل إلى حيازة العين ، ومن ثم يقوم التنفيذ العيني للالتزام بنقل الملكية بدوره في حماية الحيازة العقارية .

ثانياً : التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم :

يقصد بالتسليم ذلك الإجراء المقصود منه تمكين أحد المتعاقدين من الحصول على العين لكى يمارس عليها سلطاته الناتجة عن العقد والالتزام بالتسليم لا يقتصر على عقد البيع ولكن ينشأ في جميع العقود التى من شأنها نقل حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى كما في المقايضة والهبة وتقديم حصة في شركة ، كما ينشأ في بعض العقود التى لا تنشئ سوى حق شخصى على العين كالإيجار^(١) .
وتبدو أهمية التسليم في العقود التى يكون محلها عقاراً في كونه وسيلة للدائن بالتسليم لممارسة سلطاته على العين ، سواء كان مشترياً أو مستأجراً أو مقايضاً وممارسة تلك الحقوق لا يكون إلا بحيازة العين محل التعاقد ، والحيازة لا تكون ممكنة إلا بالتسليم ، فالتسليم مضمونه الحصول على حيازة العين^(٢) .
والتسليم قد يكون فعلياً بوضع العين المبيعة أو المؤجرة أو المقايض عليها تحت تصرف المشتري أو المستأجر أو المقايض الآخر ، بحيث يتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق ولو لم يستول عليها المتعاقد الآخر استيلاء مادياً ما دام أعلم بذلك من قبل البائع أو المؤجر أو المقايض (٤٣٥ مدني مصري بشأن البيع) .

والتسليم الفعلى ينطوى على أمرين أولهما وضع العين تحت تصرف المستلم بحيث يتمكن من حيازتها بدون معارضة ولو لم يقيم بالاستيلاء المادى من جانبه ، وثانيهما ان يقوم المسلم بإعلان المستلم بأنه

= وعدم اختصام المشتري في دعواه البائع للبائع له ليطالب الحكم بصحة العقد الصادر منه إلى البائع مع عدم تسجيل البائع للمشتري عقد شرائه تكون معه دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقده غير مقبولة " نقض مصرى ١٩٩٦/٤ مجموعة الاحكام س ٢٠ رقم ٩٢ ص ٥٧١ .

(١) د . جميل الشرفاوى - عقد البيع والمقايضة - بند ٥٩ ص ١٩١ ، د . عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٤٨ ص ٣٨٦ - ٣٨٧ .

(2) picard, la vente d'immeuble ,N.670 ,P. 390 .

وضع العين تحت تصرفه ، لكي يتمكن من تسلمها بالفعل متعاً لكل شك في حقيقة وضع العين تحت تصرف المستلم^(١) .

وقد يكون التسليم حكماً يتم بمجرد تراضى المتعاقدين (م ٤٣٥ مدين مصرى)، كأن تكون العين تحت يد المستلم كما لو كان المشتري حائزاً للعين بصفته مرتهناً حيازياً أو مستأجراً قبل البيع ، فأصبح يجوز بصفته مالكاً بعد البيع ، أو بقاء العين تحت يد المدين بالتسليم بصفة أخرى ، كما لو بقيت العين تحت يد البائع بصفته مستأجراً أو مرتهناً حيازياً ، وقد يكون التسليم رمزياً باستلام الدائن بالتسليم لما يرمز إلى انتقال الحيازة إليه ، كاستلام مفتاح المنزل^(٢) .

والتنفيذ العيني للالتزام بالتسليم بالنسبة للعقار يكون بتسليم العين محل التعاقد بالتخلي عن حيازتها والكف عن كل عمل من شأنه أن يحول بين المستلم وبين استعماله والانتفاع بالعين ، والتنفيذ العيني للالتزام بالتسليم يكون فعلياً أو رمزياً أو حكماً على حسب طبيعة العين محل التعاقد فإذا كانت العين أرضاً زراعية كف المدين بالتسليم عن زراعتها وإذا كانت مبانى وجب إخلاؤها ، وإذا كانت متراً يكون بتخليتها وتسليم مفاتيحها أو سنداتها إلى المستلم^(٣) ، وأياً كانت صورة التسليم فإنه ينتهى إلى انتقال الحيازة إلى المدين بالتسليم .

والالتزام بالتسليم هو التزام بعمل ، وهو في نفس الوقت التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية^(٤) ، فلا يعتبر المدين موفياً بالتزامه ما لم يقيم بتسليم العين ، وتنفيذ هذا الالتزام قد يكون اختيارياً بأن يقوم المدين بوضع العين تحت تصرف المستلم ويُعلمه بذلك وإذا قام بهذين الأمرين فإنه يكون قد وفى بالتزامه اختيارياً ، ولو لم يقابل ذلك استلام فعلي من جانب المستلم .

أما إذا امتنع المدين بالتسليم عن تنفيذ التزامه بالتسليم كان للدائن بالالتزام أن يستعمل ضده الجزاءات القانونية المقررة في حالة الاخلال بالالتزام بصفة عامة ، ومنها طلب التنفيذ العيني الجبرى ، وإذا لجأ الدائن بالالتزام بالتسليم إلى طلب التنفيذ العيني الجبرى ، كان له اللجوء إلى القضاء طالباً تمكينه من

(١) د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣٠٦ ص ٥٨٩ ، د . عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٦٤ ص ٤٠٧ ، د . احمد نجيب الهاللى - شرح القانون المدنى فى العقود - الجزء الاول - فى البيع والحوالة والمقايضة - طبعة ١٩٢٥ مطبعة الاعتماد بشارع حسن الاكبر بمصر بند ٤٩٥ - ٥٠٧ ص ٣١٤ - ٣٢٣

Baudry et Bard, XX, N.363-364 , P. 410 ; Baudry et Saigent, XIX, N.286-292, P.287-294 .

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد انتقال الحيازة ص . ٩ .

(٣) د . عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٦٦ ص ٤٠٨ .

picard , la vente d'immeuble , N.670 , P. 390 .

(٤) د . سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٨٢ - ص ٣٠٦ ، د . السنهورى - الوسيط - ج ٤ بند ٣١٤ ص ٦٠٦ .

حيازة العين رغماً عن ازادة المدين بالتسليم، والقضاء يأذن له في ذلك بمساعدة السلطة العامة في استتلا العين ما دام التنفيذ العيني ممكناً^(١).

وإذا تم التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم اختياراً أو جبراً تمكن الدائن بالالتزام من حيازة العين لياشر عليها سلطات حقه سواء كانت سلطات الملكية أو سلطات الايجار أو غير ذلك ، لأن التسليم هـ الوسيلة للدخول في الحيازة والحيازة لا تكون ممكنة إلا بالتسليم .

ومما سبق يتضح الدور الذى يقوم به التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم ، سواء كان اختيارياً أم جبرياً في حماية الحيازة العقارية إذ بواسطته يستطيع المستلم حيازة العين لممارسة سلطاته عليها والدفاع عنها بكاف الوسائل القانونية ، بدعوى الاستحقاق أو دعاوى الحيازة .

(١) د . سليمان مرقس - عقد البيع - بند ١٩٧ - ص ٣٣٦ ، د . جميل الشرفاوى - عقد البيع والمقايضة - بند ٦٢ ص ٢١٣ ، د . حلمى عيسى - شرح البيع - بند ١٤٢٩ ص ٤١٣ .

Baudry et Saigent, XIX, N.308, P.309; René Foignet, droit civil, II, P.439-440 .

المبحث الخامس

حماية الحيابة العقارية بدعوى الاسترداد

لا تقتصر ضروب حماية الحيابة العقارية على دعاوى الحيابة ودعاوى الحق العيني ودعوى ضمان العرض والتنفيذ العيني ، ولكن تقوم دعوى الاسترداد بدور في حماية الحيابة بالنظر إلى أن الغرض منها رد حيابة الشيء إلى حائزه القانوني .

ودعوى الاسترداد إذا كانت تهدف إلى رد حيابة العين إلى الحائز، وبذلك تتطابق مع دعوى الاستحقاق في حماية الحيابة إلا أنها تختلف عنها من حيث الأساس الذي ترفع بناء عليه ، وكذلك من حيث مفهوم المدعي والمدعى عليه .

ونظراً لهذا الاختلاف ينبغي تحديد المقصود بدعوى الاسترداد وتمييزها عن دعوى الاستحقاق ثم بيان الدور الذي يمكن أن تقوم به في حماية الحيابة العقارية. ومن ثم يقسم هذا المطلب إلى :

المطلب الأول : المقصود بدعوى الاسترداد .

المطلب الثاني : دور دعوى الاسترداد في حماية الحيابة العقارية

المطلب الأول

ماهية دعوى الاسترداد

أولاً : تعريف دعوى الاسترداد وتمييزها :

دعوى الاسترداد هي الدعوى التي ترفع على حائز الشيء بناء على التزامه برد الشيء إلى حائزه بحلول أجل معين . فهذه الدعوى شخصية تقوم على التزام في ذمة الحائز بأن يرد العين إلى حائزها القانوني بانقضاء أجل معين ناشئ عن عقد يقضى بالرد^(١) ، وهي بذلك ليست دعوى عينية ، لأنها لا ترفع استناداً إلى حق عيني كحق الملكية أو غيره من الحقوق العينية .

ودعوى الاسترداد مثل دعوى المؤجر أو الراهن حيازياً ، و ترفع على المستأجر أو الدائن المرهق حيازياً برد الشيء تنفيذاً للالتزام بالرد المتولد عن العقد ، ورغم أنها دعوى شخصية إلا أن الهدف منها يكون رد حيابة العين إلى الحائز السابق .

ودعوى الاسترداد بصفتها هذه لا ترفع مستندة إلى حق الملكية ، ولا تطلق دعوى الاسترداد على

(١) د . محمد على عرفه ج ١ - بند ١٧٦ ص ٢٤١ ، د . السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٣٦٧ ص ٥٩٢ ، Baudry et Chauveau, VI, N.232, P.177; Aubry et Rau, II, N. 219, P. 505 .

الدعوى العينية والتي يكون الهدف منها رد الحيازة ، كدعوى الحيازة الثلاث ، ولا على الدعوى السنية يكون الهدف منها المطالبة بحق عيني آخر غير الملكية ، كدعوى الإقرار بحق عيني أو إنكاره^(١) .

وتختلف دعوى الاسترداد عن دعوى الاستحقاق في أن الأولى ترفع بناء على التزام شخصي في ذمة الحائز برد العين إلى حائزها السابق سواء كان رافع الدعوى مالكا أو غير مالك ، أما الثانية فإنها ترفع مستندة إلى حق الملكية ويهدف المالك من رفعها إلى مطالبة الغير برد ملكيتها وحيازة الشيء ، وهذه الدعوى تعتبر المظهر الرئيسي وسمة أساسية لحق الملكية من كونه حقا جامعاً مانعاً ، ويتوصل بها المالك إلى منع الغير من الاعتداء على ملكيته وحيازته^(٢) .

كما أن دعوى الاستحقاق ترفع من المالك تجاه كل حائز للعين سواء بنية التملك أو لمجرد حيازة عرضية ، أما دعوى الاسترداد فلا يمكن رفعها إلا تجاه مدين شخصياً ، وفي دعوى الاستحقاق يطالب رافع الدعوى بإثبات ملكيته للعين لكي يقضى لصالحه ، أما في دعوى الاسترداد فلا يحمل رافع الدعوى إلا بعبء إثبات الرابطة التي نشأ عنها التزام الحائز برد العين أى إثبات وجود السند المنشئ للالتزام بالرد^(٣) .

كما أن دعوى الاسترداد تختلف عن دعوى البطلان أو الفسخ ولو طلب رافع الدعوى الاضحية استرداد حيازة العين كنتيجة للقضاء بالبطلان أو الفسخ ، إذ إن لكل من دعوى الاسترداد ودعوى البطلان طبيعة خاصة . فلو أن هناك بيعاً رفعت دعوى ببطلانه وأثبت المدعى سبب البطلان وقضى به ، فمن نتيجة القضاء بالبطلان إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومنها رد العين إلى البائع ، وحسب المدعى فقط إثبات بطلان السند ولا يلتزم بإثبات ملكيته ، وعند القضاء بالبطلان يضحى المدعى عليه حائزاً بدون سند قانوني ويلتزم برد العين إلى المدعى^(٤) ، أما دعوى الاسترداد فلا تعني ببطلان السند ولكن بإثبات السند المنشئ للالتزام بالرد .

ثانياً : الخصوم في دعوى الاسترداد :

١ - المدعى :

المدعى في دعوى الاسترداد هو رافع الدعوى ، وقد يكون رافع دعوى الاسترداد مالكا^(٥) ،

(١) د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٣٦٧ ص ٥٩٢ .

(٢) انظر ما سبق ذكره بصدد دعوى الاستحقاق ص

(٣) د عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية ٢٠٥ ص ٢٩٥ .

Enc.D., 1984, VII, vo. Revendication, N. 3, P.1 .

(٤) د. عبد المنعم البدر اوى - حق الملكية - بند ٢٠٣ ص ٢٩٣ د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٣٦٧

ص ٥٩٢ هن(١)

(٥) د. محمد على عرفه ج ١ - بند ١٧٦ ص ٢٤١

أو غير مالك^(١) ، فعندما يكون رافع الدعوى مالكا فقد لا يسلك سيل دعوى الاستحقاق في سيل استرداد ملكية وحيازة العين لصعوبة إثبات الملكية أو لعدم توافر أدلة قاطعة بالملكية لديه أو مفضلاً إرجاء دعوى الملك إلى نهاية المطاف ، ولذلك قد يسلك سيل دعوى الاسترداد لسهولة إثبات السند المنشئ للالتزام بالرد.

فروض اليد كالمستأجر أو الدائن المرهق رهن حيازة يصير حتماً عرضياً بالنسبة للملكية وعليه التزام برد العين عند حلول أجل الرد بموجب السند الذي حوله وضع يده ، وقد يجد المالك في دعوى الاسترداد وسيلة سهلة لاسترداد حيازة العين إذا أُلحح في إثبات السبب المنشئ للرد على عائق الحيازات ، وبذلك يحصل إلى تحقيق هدفه باسترداد حيازة العين .

وأحياناً يكون المدعي غير مالك ، ويمكن تصور رفع دعوى الاسترداد من غير مالك يستأنظر إلى محل الإثبات في تلك الدعوى ، في دعوى الاسترداد لا يطلب من رافعها إثبات ملكيته للعين ومن ثم قد ترفع من حيازته ملك الغير ، فلو أن شخصاً جاز ملك الغير بنية التملك وقم بإيجار العين أو رهنها وانتهت المدة المحددة للإيجار أو الإعارة أو الرهن ، فيكون بمكته رفع دعوى الاسترداد بإثبات السند المنشئ للرد ، ووفقاً لذلك يمكن تصور رفع دعوى الاسترداد، ولو لم يكن رافعها مالكا للعين التي يطالب باستردادها^(٢).

٢ - المدعي عليه :

دعوى الاسترداد باعتبارها دعوى شخصية لا ترفع إلا على ملين يالذات ، أي على المدين شخصياً بالالتزام بالرد . فإذا كانت دعوى الاسترداد مرفوعة من المؤجر أو للمدين الراهن فإنها ترفع على المستأجر أو الدائن المرهق ، لأن كلاً من المستأجر أو الدائن المرهق هو المدين بالرد بعد انتهاء حق كل منهما في الاحتفاظ بالعين تنفيذاً للعقد الذي أزمه بالرد عند حلول الأجل المحدد للاحتفاظ بالعين^(٣).

ثالثاً : الإثبات في دعوى الاسترداد :

في دعوى الاسترداد لا يطلب من رافع الدعوى إثبات الملكية للعين لأنها ليست دعوى استحقاق ، وكل ما على المسترد هو إثبات رابطة الالتزام الناشئة للالتزام بالرد ، وحسب إثبات السند الذي بمقتضاه كان الحيازات يجوز العين لأجل معين ، وانتهاء الأجل لكي يقتضي لصالحه بالرد^(٤) ، ومن ثم فإن إثبات السند المنشئ للرد أيسر من إثبات الملكية ، وعبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وفقاً للقواعد العامة ، التي تقتضي بأن على المدعي إثبات دعواه ، سواء كان المدعي مالك أو غير مالك .

(١) ٢ ، ١) د . عبد الفتاح عبد الباقي - الاموال - بند ٦٣ ص ٨٩ .

(٢) د . السنهوري - الوسيط - ج ٨ بند ٣٦٧ ص ٥٩٢ هـ (١) . د . عبد المنعم البدر - حق الملكية - بند ٢٠٣ ص ٢٩٢ د . محمد علي عرقه ج ١ - بند ١٧٦ ص ٢٤١ .

(٤) د . عبد المنعم البدر - حق الملكية - بند ٢٠٣ ص ٢٩٢ د . محمد علي عرقه ج ١ - بند ١٧٦ ص ٢٤١ .

المطلب الثاني

دور دعوى الاسترداد في حماية الحيازة

المهدف من الحيازة هو الانتفاع بالعين محل الحيازة. ولا يتحقق الانتفاع الكامل بالعين إلا بحماية الحيازة لدى الحائز، ومن وسائل الحماية دعوى الاسترداد، إذ بمقتضى تلك الدعوى يستطيع المسترد استرجاع الحيازة ممن يحوز العين إذا ثبت السند المنشئ للالتزام بالرد، والرد يعنى وضع العين تحت تصرف المسترد ليتمكن من حيازتها والانتفاع بها دون عائق. والالتزام بالرد ينشأ عند انتهاء الأجل المحدد بالعقد الذى بمقتضاه يحوز المدعى عليه العين، ففى عقد الإيجار ينشئ الالتزام بالرد بانتهاء مدة عقد الإيجار (م ٥٩٠ مدين مصرى)، وفى الرهن الحيازى عند انتهاء عقد الرهن (م ١١٠٧ مدين مصرى).

وليان دور دعوى الاسترداد فى حماية الحيازة، ينبغى النظر إلى مضمون الرد وهو يسهدف إلى وضع العين تحت تصرف المسترد، بحيث يتمكن من السيطرة عليها بحيازتها دون مانع لكى يتمكن من مباشرة سلطاته عليها، واسترداد العين ووضعها تحت تصرف المسترد هو الوسيلة لحيازتها والانتفاع بها، والالتزام بالرد هو التزام بتحقيق نتيجة^(١)، وإذا رفعت دعوى الاسترداد وحكم لصالح المدعى كان له اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبرى لاستلام العين بمساعدة السلطة العامة^(٢)، ما دام التنفيذ العيني ممكناً.

(١) د. سليمان مرقس - شرح القانون المدنى الجديد الجزء الثالث - عقد الإيجار - طبعة ١٩٦٨ - مطبعة النهضة الجديدة بالقاهرة بند ٢٢٧ ص ٥٠٧.

= والالتزام بالرد بالنسبة للإيجار غير قابل للانقسام كالتزام المورج بالتسليم - د. السنهورى - الوسيط - ج ٦ بند ٤٢٧ ص ٦١٤.

(٢) ويجوز للمورج اللجوء إلى القاضى المستعجل فى سبيل طرد المستأجر الذى انتهت مدة إيجارته كما يجوز للمدين الراهن لطرده الدائن المرتب حيازتها الذى يبقى فى العين بعد الوفاء بالدين أو تشتطب الرهن لأن كل منهم يصبح واضع يد دون سند قانونى وذلك إذا توفر شروط اختصاص القضاء المستعجل والمتمثلة فى توافر شرط الاستعجال وقيام الدليل الجدى على أن المدعى عليه يحوز بدون سند وان الحكم لا يمس أصل الحق، انظر فى تفصيل اختصاص القضاء المستعجل بنظر وضع اليد بدون سند قانونى - محمد على راتب وآخرين - قضاء الامور المستعجلة - بند ٣٠١ ص ٨٥٥ - ٨٦٦.

الفصل الثاني

الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد

لا تقتصر حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد على الحماية المدنية، ولكن توجد لها حماية جنائية حيث جرم قانون العقوبات الاعتراف على حيازة العقارات المملوكة للأفراد والتي تتمثل في النص على "انتهاك حرمة ملك الغير" كما في القانون المصري، أو ما تسمى "بجريمة التعدي الجنائي" كما في القانون السوداني، حيث ينص المشرع الجنائي على الأماكن المقصودة حيازتها بالحماية، وصور الاعتراف عليها وتقرير عقوبات لكل نوع من أنواع التعدي على حسب توافر أو عدم توافر ظروف مشددة للعقاب. كما نجد التشريعات الجنائية تميز للمعتدي على حيازته استعمال القوة لرد العدوان الواقع عليها استنادا إلى حق الدفاع الشرعي، كما أن قوانين العقوبات تتضمن نصوصا تنظم نموذجاً تجريمياً لعقاب من يستولى على ملك الغير بطريق التصرف في مال ليس ملكاً له وليس له حق التصرف فيه، وهو ما يعرف بالنصب.

وبصدد الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد نتناول جريمة التعدي على حيازة الغير، وبعد ذلك نقف على مدى استعمال القوة لدفع العدوان الواقع على الحيازة استنادا إلى حق الدفاع الشرعي، ثم ننتهي إلى بيان مدى انطباق عقوبة النصب في حالة التصرف في عقار، تحت عنوان النصب بطريق التصرف في عقار.

ونتناول هذا الفصل وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث الأول: تجريم التعدي على حيازة الغير.

المبحث الثاني: حماية الحيازة بالقوة.

المبحث الثالث: النصب بطريق التصرف في عقار.

المبحث الأول

تجريم التعدي على حيازة الغير

يقصد بانتهاك حرمة ملك الغير أو التعدي الجنائي، أفراد المشرع الجنائي حماية خاصة لحيازة العقارات والتي لا تندرج تحت الحماية المقررة في النماذج التجريبية التقليدية كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة وغيرها من النماذج التجريبية المختلفة، بمعنى أن هناك نصوصاً تجرم أنواعاً معينة من السلوك كما في جريمة السرقة والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف وغيرهم، ولكن لا تشمل حماية حيازة العقارات فبادر المشرع إلى إفادها بتصوص خاصة تجرم الاعتداء الواقع عليها.

ونتناول جريمة التعدي على حيازة الغير في مطلبين:

المطلب الأول: موقف التشريع المقارن من تجريم التعدي على حيازة الغير.

المطلب الثاني: أركان جريمة التعدي على حيازة الغير.

المطلب الأول

موقف التشريع المقارن من تجريم التعدي على حيازة الغير.

تباين التشريعات الجنائية المقارنة تجاه جريمة انتهاك حيازة الغير، فبعض التشريعات الجنائية لا تورد حماية جنائية للعقارات اكتفاء بالحماية الواردة بالقانون المدني ومنها المشرع الجنائي الألماني^(١)، ومن التشريعات الجنائية من اهتم بحماية حيازة العقارات وأورد نصوصاً جنائية تجرم أفعال التعدي على حيازتها.

وقد تناول قانون العقوبات المصري الحالي في الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث عشر حماية الحيازة العقارية مفرداً لها المواد (٣٦٩ - ٣٧٣) تحت عنوان انتهاك حرمة ملك الغير، حيث يجرم دخول عقار بقصد منع الحيازة بالقوة في المادة ٣٦٩ بقوله: " ١ - كل من دخل عقاراً في حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أو يقصد ارتكاب جريمة فيه، أو كان قد دخله بوجه قانوني وبقي فيه بقصد ارتكاب شيء مما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه ٢ - وإذا وقعت الجريمة من شخصين أو أكثر وكان أحدهما على الأقل حاملاً سلاحاً أو من عشرة أشخاص على الأقل ولم يكن معهم سلاح تكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو غرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه".

(١) د. محمد إبراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص - دراسة تحليلية مقارنة للنظم اللاتينية والانجلوسكسونية والعربية - طبعة ١٩٧٤ - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ٢٩١ ص ٤٨٠.

ويجزم أيضاً دخول بيت مسكون يقصد منع الحيازة بالقوة في المادة ٣٧٠ بقوله: " كل من دخل بيتاً مسكوناً أو معداً للسكنى أو في إحدى ملحقاته أو في سفينة مسكونة أو في محل معد لحفظ المال ، وكانت هذه الأشياء في حيازة آخر قاصداً من ذلك منع الحيازة بالقوة أو ارتكاب جريمة بها أو كان قد دخلها بوجه قانوني وبقي فيها يقصد ارتكاب شيء مما ذكر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه مصرى ."

كما جرم المشرع الجنائي السوداني الاعتداء على حيازة العقارات المملوكة للأفراد في قانون العقوبات تحت عنوان (في التعدي الجنائي) مفرداً المواد ٣٨٠ - ٤٠٣ من الباب الثالث والعشرين لبيان الجرائم التي تقع على المال^(١) ، حيث يتناول الجرائم التي تقع على العقارات في المواد ٣٨٠ إلى ٣٩٩ وبيان العقوبات التي تقع على الجنائي حين ارتكاب أي من تلك الجرائم^(٢).

فهو يجرم التعدي على العقار بصفة عامة في المادة ٣٨٠ بقوله " كل من يدخل مالا^(٣) ، (عقاراً غالباً)^(٤) في حيازة شخص آخر قاصداً بذلك ارتكاب جريمة أو إرهاب أي شخص يضع يده على هذا العقار أو اهانتة أو مضايقته أو كل من دخل ذلك المال (العقار) بطريقة مشروعة أو بقي فيه على وجه غير مشروع قاصداً بذلك إرهاب ذلك الشخص أو اهانتة أو مضايقته ويقصد ارتكاب جريمة ، يقال إنه ارتكب جريمة التعدي الجنائي ."

كما يجرم التعدي على المسكن في المادة (٣٨١) بقوله " كل من يرتكب تعدياً جنائياً بالدخول أو البقاء في أي بناء أو خيمة أو سفينة تستعمل كسكن للإنسان أو في أي بناء يستعمل كمحل للعبادة أو لحفظ الأموال أو في عربة للسكك الحديدية تستعمل لنقل الأشخاص أو البضائع ، يقال إنه ارتكب جريمة التعدي على الأمكنة ."

والقانون السوداني يتناول جريمة التعدي الجنائي على أساس أنها جريمة تشكل تعرضاً وتهديداً لحيازة العقارات لا باعتبارها اعتداءً على الحرية الفردية ، فالمشرع السوداني يحمي الحيازة بغض النظر عن

(١) د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الثامنة ١٩٨٤ - مطبعة جامعة القاهرة - بند ٦٠٢ ص ٦٩٩ ، هـ (١) ، ومحمد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه طبعة ١٩٧٠ - المطبعة العلمية - ص ٥٨٥ وما بعدها ، د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص - بند ٣٠٦ ص ٥٠٧ - ٥٠٨ .

(٢) يتناول في المواد ٤٠٠ - ٤٠٣ للتعدي على انواع معينة من المنقولات التي يمكن الدخول اليها أو البقاء فيها كالسيارة .

(٣) " كلمة مال " الواردة بنص المادة ٣٨٠ ع سوداني تقابل في النص الإنجليزي كلمة Property وهي تشمل العقار والمنقول .

(٤) رغم ان كلمة مال تشمل العقار والمنقول الا ان القانون السوداني لا يعالج التعدي الا على بعض المنقولات المعينة كالسفن والطائرة وهي التي يمكن الدخول أو البقاء فيها . ومحمد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني - ص ٥٨٦ هـ (٣) ، د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٣٠٨ ص ٥١٠ .

شرعية الحيازة^(١) ، والتعرض الجنائي يتكون من الدخول إلى أحد العقارات بقصد ارتكاب جريمة أخرى أو من أجل مضايقة وإرهاب حائز العقار (٣٨٠ ع) .
كما يجرم المشرع الإيطالي الاعتداء الواقع على حيازة العقارات المملوكة للغير ، بإيراد ست مواد تبدأ من المادة ٦٣١ إلى المادة ٦٣٦ من قانون العقوبات لكفالة حماية الحيازة من التعدي الواقع عليها ، وخاصة لغزو الأراضي والمبانى والتعرض للحيازة والتعدي على الأراضي^(٢) كما ينص في المادة ٦٢٣ على أن : " كل من اقتحم بصورة تحكيمية مبانٍ أو أراضٍ للغير سواء كانت عامة أو خاصة بهدف احتلالها أو تحقيق ربح من ذلك يعاقب بالسجن مدة أقصاها سنتان وبغرامة لا تقل عن ٤٠ ألف ليرة ولا تزيد عن ٤٠٠ ألف ليرة ، وتكون معاقبة الجاني بناء على شكوى المضرور " .

ولم يقتصر المشرع الإيطالي على حماية حيازة العقار بصفة عامة ، ولكن يقرر حماية خاصة لحيازة المسكن والمكان الخاص ، فتجد أن المادة (٦١٤) عقوبات تنص على " أن كل من يدخل مسكن الغير أو أى مكان أو ملحقاته بدون الرضاء الصريح أو الضمنى لمن له حق منع هذا الدخول ، أو كل من يدخل سرا أو بطريقة الخيلة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات . ٢ - ويعاقب بنفس العقوبة كسبل من بقى في هذه الأماكن بدون الرضاء الصريح أو الضمنى لمن له حق منع ذلك وكل من يقضى بصورة سرية فيه أو بطريقة الخيلة ، ويعاقب على الجريمة بناء على شكوى من المتضرر ٣- وتكون العقوبة السجن من سنة إلى خمس سنوات إذا كان الفعل قد ارتكب بواسطة العنف على الأشياء أو الأشخاص أو كان الجاني مسلحاً بصورة ظاهرة ويحرك القاضى الدعوى من تلقاء نفسه " .

والمادة (٦١٤) عقوبات إيطالي تعاقب جنائياً الفرد العادى الذى يعتدى على حرمة المساكن ، أما إذا كان المعتدى موظفاً عاماً فهو يخضع للمادة (٦١٥) التى تعاقب جنائياً دخول الموظف العام بدون رضاء من له الحق في حيازة المسكن مع تشديد العقوبة^(٣) .

أما القانون الإنجليزي فلا يورد نصوصاً عامة تجرم كل اعتداء على حيازة العقار ، وأن من اعتدى على حيازة الغير لا يسأل جنائياً ولكن يسأل مدنياً (٤) ، ورغم أن القانون الإنجليزي لا يعاقب على التعدي الجنائي إلا أنه يعاقب جنائياً على بعض الأفعال التى تشكل اعتداء على حرمة وحيازة المسكن ،

(١) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص - بند ٣٠٦ ص ٥٠٧ .
(٢) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٩١ ص ٤٨٠ ، وإشار إلى احد فقهاء القانون الإيطالي . Antolisei, F., Manuale di diritto penale, parte speciale, vol. I, 1957, P. 302 .
(٣) انظر فى حماية المسكن فى القانون الإيطالي - د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٨٧ ص ٤٩١ وما بعدها ، وإشار إلى بعض شراح القانون الإيطالي مثل :
Cavallo, La violazione di domicilio, Napoli, 1933, P. 244-245, 252; Siniscalco, violazione di domicilio. Encicn de diritto, vol., XIII, P. 871 .
(٤) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٣٠٣ ص ٥٠٠ .
د . محمد محى الدين عوض - قانون العقوبات السودانى - ص ٥٨٥ هـ (٣)

ومظاهر تلك الحماية وردت في قانون السرقة الإنجليزي الصادر عام ١٩١٦ وفي قانون العدالة الجنائية الصادر عام ١٩٤٨ . وبالنسبة لحماية المسكن في قانون السرقة الإنجليزي تنص المادة ٢٦ من القانون الصادر سنة ١٩١٦ على أن : " كل من يقتحم ويدخل بناء أو ملحقاته ويحتلها يكون مذنباً بارتكابه جناية ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن ١٤ سنة " ، وهذه المادة تعاقب على التعدي الجنائي كجريمة مستقلة .

أما في قانون العقوبات الفرنسي لا توجد نصوص عامة تجرم الاعتداء على حيازة العقار ، كما هو موجود في قانون العقوبات المصري ، إلا أنه توجد حماية من الاعتداء على حرمة المسكن ، فهو يحمي حيازة المسكن ولكن بصورة غير كافية لعدم توافر الجزاء الفعال للاعتداء على المساكن (١) .

وبصدد حماية المسكن نجد نص المادة (١٨٤) التي أدخلت إلى قانون العقوبات بالقانون رقم ٧٠ -

٤٨٠ الصادر في ٨ يونيو ١٩٧٠^(٢) ، والتي تنص على أن : " يعاقب كل موظف إداري أو قضائي وكل رجل شرطة أو ضابط أو رجل الأمن العام الذي يعمل بصفته هذه ، ويدخل مسكن مواطن ضد رغبته وذلك في الحالات التي ينص عليها القانون وبالشكل والشروط المقررة ، بالسجن مدة لا تقل عن ستة أيام ولا تزيد عن سنة أو بالغرامة ٢٠٠ - وكل من يدخل مسكن مواطن عن طريق التهديد أو العنف يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أيام ولا تزيد عن ثلاثة أشهر " .

ورغم وجود نص المادة (١٨٤) عقوبات إلا أن الفقه الفرنسي يعيب على مشرعهم أنه لم يعالج الاعتداء على المسكن بصورة مرضية لعدم توافر الجزاء الفعال لهذه الجريمة ، وأن جريمة انتهاك حرمة وحيازة المسكن لم تظهر كجريمة خاصة بل ظلت لزمن طويل على شكل اعتداء أو استخدام لعنف أو لقوة من جانب الأفراد ، كما أن القانون الفرنسي في مجال تجريم الاعتداء على حيازة المسكن يعيبه وينقصه تحديد الجوانب الأساسية لجريمة الاعتداء على حيازة وحرمة المسكن بالرغم من الثورة الفرنسية وإعلان حقوق الإنسان (٣) .

(١) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٣٠٥ ص ٥٠٤ .
(٢) د . رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - الطبعة الأولى ١٩٩٩ - الناشر - منشأة المعارف بالاسكندرية - بند ١١٦٣ ص ١٤١٢ - د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٢ ص ٦٩٩ هـ (١) .

(٣) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٤٩٢ ص ٤٨٥ بند ٣٠٥ ص ٥٠٤ وأشار إلى رأى بعض الفقه الفرنسي .
Garçon, Code penale annote, I, P723-725; Garraud, IV, P.415
= ومن التشريعات التي تجرم دخول العقار بصفة عامة والمسكن بصفة خاصة ، قانون الجزاء الكويتي ، حيث تنص المادة ١/٢٥٤ على أن : " كل من دخل أو يدخل أو يستقر بمحل معد للسكنى وذلك بالرغم عن صاحبه يعاقب بالسجن مدة ثلاثة شهور والمحاولة موجبة للعقاب " وتنص المادة ٢/٢٥٤ على أن : " كل من دخل عقارا في حيازة آخر قاصدا منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة فيه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة روبية أو بأحدى هاتين العقوبتين " .

= والقانون الألماني ينص على تجريم الاعتداء على المسكن من قبل موظف رسمي في المادة ٣٤٢ عقوبات بقوله " يعاقب الموظف الذي يعتدي على حرمة السكن خلال أو بسبب ممارسته لأعباء وظيفته بعقوبة الحبس والغرامة " وهذه المادة تنص على اعتداء الموظف العام، أما الاعتداء الواقع على السكن من قبل فرد عادي لا يكون جريمة في قانون العقوبات الألماني ، د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٩٣ ص ٤٨٤ = ويعاقب القانون الهندي على التعدي على العقارات بالمواد ٤٤١ - ٤٦٠ عقوبات هندي .

المطلب الثاني

محل وأركان جريمة التعدي على حيازة الغير

النصوص التي تجرم التعدي على حيازة الغير تتحدث جميعها عن محل مادي هو العقار أيضاً كان شكله ، كما أنها تجرم سلوكاً مادياً موحداً يتمثل في الدخول أو البقاء ، أو الدخول مقترناً برفض الخروج ، كما أنها تتحدث عن قصد موحد يتمثل في منع الحيازة بالقوة ، أو رفض الخروج^(١) ، وبناء على ما تقدم نتناول محل جريمة التعدي على حيازة الغير ، ثم استعراض الركن المادي والركن المعنوي ، وأخيراً بيان العقوبة .

أولاً : محل جريمة التعدي على حيازة الغير :

المحل المادي لجريمة التعدي هو عقار موجود في حيازة الغير :

١ - عقار : المحل المادي لجريمة التعدي على حيازة الغير يتكون من عقار ، والعقار كما عرفه القانون المدين المصري في المادة (٨٢) هو : " ١ - كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول " ٢ - ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله " .

والقانون الجنائي المصري يقصر جريمة انتهاك حيازة الغير على العقار بطبيعته حيث يمكن الدخول أو البقاء فيه ، أما العقار بالتخصيص ولو كان يمكن الدخول أو البقاء فيه لا يكون محلاً لتلك الجريمة ، فلو أن هناك سيارة مخصصة لخدمة عقار فإن التعدي عليها يكون جريمة سرقة وليس جريمة انتهاك حيازة ملك الغير^(٢) ، لأنها ليست عقاراً بطبيعتها .

وإذا كان بعض الفقه يذهب إلى القول بأن المنقولات التي يمكن الدخول إليها أو البقاء فيها كالسيارة أو السفينة أو الطائرة - كما ذكرت بعض النصوص - يمكن أن تكون محلاً لجريمة انتهاك حرمة ملك الغير^(٣) ، نجد أن المشرع لم يجعل تلك المنقولات محلاً لتلك الجريمة إلا لكونها مسكونة أو معدة للسكنى ، حيث ذكر المشرع المصري عبارة : " السفينة المسكونة " (٣٧٠ عقوبات مصري) ، بما يفهم من تلك العبارة أن المنقولات التي يمكن الدخول إليها أو البقاء فيها لا تكون محلاً لجريمة انتهاك حرمة حيازة وملك الغير إلا إذا كانت مسكونة أو معدة للسكنى ، أما إذا لم تكن كذلك فإنها تكون محلاً

(١) م ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧١ ، ٣٧٣ ، ع مصري ، م ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ع سوداني ، وان كانت المادة ٣٨٠ ذكرت كلمة " مال " مطلقه .

(٢) د . زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي - رسالة دكتوراه - جامعة الاسكندرية - طبعة ١٩٩٥ - ص ١١٦ .

(٣) د محمد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني - ص ٥٨٦ هـ (٣) .

الجريمة السرقة (١)

فالعقار في مفهوم جريمة التعدي لا يشمل إلا الشيء المستقر الثابت والذي لا يمكن نقله دون تلف أو حدوث خلل فيه ، وهو بذلك يشمل الأراضي القضاء والزراعية والمبينة مسكونة أو غير مسكونة وملحقاتها والأراضي المعدة للبناء والأماكن المعدة لحفظ المال (٢) ، أما المنقولات يمكن أن تكون محلاً لتلك الجريمة استثناء بسكانها أو تخصيصها للسكنى .

وتجريم التعدي على حيازة الغير يشمل حماية حيازة المسكن وهو المكان المخصص للإقامة فيه بصفة دائمة سواء كان مسكوناً بالفعل أو مخصصاً بطبيعته للسكنى ، فهو يشمل المساكن المعدة للسكنى أو المسكونة والتي يقيم فيها الناس عادة حتى ولو لم يوجد الحائز بها وقت وقوع الجريمة ، فهو يشمل المنازل كالشقق والفيلات والأكشاك ، ولو كانت معدة للإقامة فيها بصفة مؤقتة كشقق المصايف (٣) ، أما الأماكن المعدة للسكن مستقبلًا ولم يجزها سكانها بالإقامة فيها فإنها لا تعد مكاناً للسكنى لانتهاء حيازة أصحابها عنها ، فالمتزل المبني حديثاً ولم يشغله صاحبه بعد لا يعتبر مسكناً تشمل الحماية الجنائية المقررة لحماية حيازة الغير ، وكذلك الأمكنة المعدة للإيجار لا تعتبر مسكناً لأنها لم تسكن بعد (٤) ، ومن ثم فلا توجد حيازة يمكن الاعتداء عليها ، كما تشمل الحماية ملحقات المسكن وهي الجزء المكمل له بحيث يمكن القول بأنها والمتزل في حيز واحد كأسطح المتزل والحديقة والجراج ، كما أن فناء المتزل ودرجه من ملحقاته المتصل بالبيت اتصالاً مباشراً والمخصصة لمنافعها ، والدخول إليها بقصد منع حيازتها بالقوة أو ارتكاب جريمة يكون جريمة التعدي على ملك الغير (٥) .

كما يحمي القانون الجنائي حيازة المحل الخاص ، وهو المكان أو المساحة المعزولة عن العالم المحيط

(١) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى في قانون العقوبات الخاص - ص ٦٢٢ .

(٢) د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي - ص ١١٧ .

(٣) د. محمد إبراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٣٠٠ ص ٤٩٦ - ٤٩٧ ، بند ٣٠٥ ص ٥٠٥ . د. محمد محي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني - ص ٥٠٨٦ . د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي ص ١١٧ - ١٢٢ .

(٤) د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي ص ١١٩ .

= وقضى في فرنسا تطبيقاً للمادة ١٨٤ عقوبات ان كلمة المسكن لا تنصرف فقط إلى المكان الذى جعله الشخص مقراً رئيسياً له وإنما تشمل كذلك المكان الذى يحق للشخص ان يعتبره مسكناً له سواء اكان يقيم فيه أو لا يقيم وايا كان وقت شغله لهذا المكان وايا كان تخصيصه لمحتوياته ، نقض جنائى فرنسى ١٩٧٧/١/٤ . بلتان رقم ١٧ ص ١٧ وتعتبر سكاى الغرفة المؤجرة فى فندق نقض جنائى فرنسى ١٩٥٥/١١/٣ - دالوز ١٩٥٦ ص ٢٦ والغرفة المفروشة لدى احد الافراد نقض جنائى فرنسى ١٩٦٣/٢/٢٦ - دالوز ١٩٦٣ ص ٦٨ والشقة الخاصة بالوزير فى اسكان الوزارة نقض جنائى فرنسى ١٩٧٤/٦/٤ - دالوز ١٩٧١ - ١٥٦ مشار الى هذه الاحكام لدى د. رمسيس بهنام - قانون العقوبات الخاص - بند ١١٦٣ ص ١٤١٢ هـ (٤) ، د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٧٠٩ هـ (١) .

(٥) د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي ص ١٢٧ ، نقض جنائى مصرى ١٩٦٠/٢٤/١٠ مجموعة الاحكام س ١١ رقم ١٣٧ ص ٧٢٥

التي يمارس فيها صاحب الحق بعض الأنشطة المرتبطة بحياته الخاصة بصفة مؤقتة ، وينطبق على مكاتب المهنة أو المكاتب التجارية خارج نطاق السكن والورش^(١) ، والفارق بين المسكن والمحل الخاص هو الزمن من ناحية الاستمرار أو التاقية^(٢) ، فالمسكن يمارس فيه الشخص أنشطته الحياتية بصورة دائمة ومستمرة وفي جميع الأوقات ، أما المحل الخاص فلا يمارس فيه سوى بعض الأنشطة لفترة محددة أو على فترات متقطعة متناوبة .

كما أن المحل المعد لحفظ المال محمية حيازته ، سواء كان مخصصاً بطبيعته للحفاظ أو اتخذته المسالك محلاً لحفظ المال ، كالمخازن التجارية والمخازن والشون المعدة لحفظ المحصولات الزراعية ، والمحل المعد لحفظ المال لا ينطبق عليه وصف البيت المسكون أو المعد للسكنى^(٣) ، والنص على المحل المعد لحفظ المال تبدو أهميته إذا كان المحل غير مسكون أو لم يكن ملحاً بمكان مسكون^(٤) .

٢- وجود العقار في حيازة شخص آخر :

الحيازة التي يحميها القانون الجنائي هي الحيازة الفعلية ، واشتراط أن يكون العقار في حيازة الغير لا يقصد بهذا الشرط أن يكون العقار مملوكاً للغير أو حائزاً له حيازة قانونية ، ولكن تعتبر الحيازة محمية جنائياً في كل حالة تكون فيها للحائز صلة بالعقار تمكنه من حفظ كيانه والتصرف فيه^(٥) ، فالحيازة من وجهة نظر القانون الجنائي هي الحيازة الفعلية دون البحث عن الملكية أو الشرعية في وضع اليد^(٦) .

والقانون الجنائي يحمي الحيازة الفعلية بصرف النظر عن شرعيتها تقديراً من الشارع أن التعرض للمادى إذا وقع لحائز العقار دون الالتجاء إلى الجهة القضائية المختصة ولو استناداً إلى حق مقرر يعتبر من الجانب إقامة العدل بنفسه مما يؤدي للإخلال بالنظام العام ، والمشرع يرغب في منع الإخلال بالنظام العام الصادر من أشخاص يدعون حقوقاً لهم ويحاولون الحصول عليها بأنفسهم^(٧) .

فلا يشترط القانون الجنائي لحماية الحيازة إلا أن يتوافر لها الركن المادى المتمثل في وضع اليد الفعلي دون الركن المعنوي ، فيستوى أن يكون الحائز مالكاً أو غير مالك ، واضعاً يده بصفة شرعية أو بدون وجه شرعي ، إذ يكفي في جريمة التعرض للغير في حيازته للعقار أن تكون حيازته لهذا العقار فعلية ، فلا يشترط أن تكون شرعية مستندة إلى سبب صحيح ولا يهم أن يكون الحائز مالكاً أو

(١) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص - بند ٣٠٠ ص ٤٩٧ .

(٢) د . زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي - ص ١٢٣ .

(٣) د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٩ ص ٧٠٩ .

(٤) د . زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي ص ١٢٢ .

(٥) د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٩٦ ص ٤٨٩ .

(٦) نقض جنائي ١٩٩٤/٤/١٩ ، مجموعة الأحكام ص ٣٥ رقم ٩٨ ص ٤٤١ .

(٧) نقض جنائي ١٩٨٦/٥/٢٩ مجموعة الأحكام ص ٣٧ رقم ١١٧ ص ٥٩٢ ، ١٩٦٩/٢/١٠ مجموعة الأحكام ص ٢٠ رقم ٤٨ ص ٢٢٧ .

غير مالك" (١).

ويشترط أن تكون الحيازة مستمرة ، لبعض الوقت لكي يمكن القول بأنها فعلية فلا يشترط فيها أن يكون الاستمرار لمدة معينة ، بل تكفي أية مدة من الزمن طال أم قصرت بحيث يصح اعتبار المجنى عليه حائزاً للعقار وتكون حيازته جديرة بالاحترام ، ولا سبيل إلى رفع يده عنها بغير حكم قضائي (٢) ، ولا يشترط أن تكون مستمرة في جميع الأوقات بدون انقطاع بل قد ينقطع عنها الحائز فترة من الزمن ولا ينتفى عنها شرط الاستمرار إذا كانت طبيعة العين تسمح بذلك ، وقد قضى بأن : " إذا كانت طبيعة العين أو الظروف المحيطة بطريقة استغلالها لا تسمح بأكثر من وضع يد متقطع ، فإن اقتتان وضع اليد على هذه الصورة بنية الحيازة على سبيل الاستقرار كلما هيأت أسبابها يكفي لتوافر الحيازة بروكبتها المادى والأدبى ، فإذا كانت محكمة الموضوع بعد استعراضها وقائع الدعوى من الجانبين قد قررت - تطبيقاً لهذه القاعدة - أن المتهم بدخوله العقار على الصورة التي دخله بها يعتبر معتدياً على حيازة المجنى عليه وقاصداً منع حيازته بالقوة فليس تحكمة النقض أن تتعرض لحكمها بحال" (٣).

ولا يشترط أن تكون الحيازة أصيلة بمعنى لا يشترط أن يكون الحائز حائزاً لحساب نفسه ، ولكن تحمى الحيازة ولو كانت عرضية ، كحيازة واضع اليد لحساب غيره كالمستأجر (٤) ، إذ إن المادة ٣٢٣ عقوبات مصرى (٣٦٩ عقوبات مصرى حالى) لا تشترط العرض للمالك بل يكفي لأن يكون المنع من الحيازة بالقوة معاقباً عليه أن يكون العقار تحت حيازة المجنى عليه لسبب من الأسباب والإيجارة من ضمن الأسباب التي تحول للمستأجر حيازة العقار للانتفاع به (٥).

ويشترط في الحيازة الحماية جنائياً أن تكون هادئة ، بمعنى ألا يكون الحائز قد اكتسبها بالقوة (٦) ، فالقانون الجنائى لا يحمى مغتصب العقار ضد من له الحق قانوناً في حيازته ، ولا يجوز للمغتصب أن يرفع دعوى انتهاك حرمة ملك الغير للدفاع عن حيازته التي اكتسبها بالغبص إذ لا حيازة له (٧) ، معتبرة قانوناً لكي يطالب بحمايتها ، فلا محل لحماية الحيازة الفعلية إذا كانت قائمة على الغصب والقوة (٨).

(١) نقض جنائى ١٩٨٤/٤/١٩ مجموعة الاحكام س ٣٥ مجموعة الاحكام س ٣٥ رقم ٩٨ ص ٤٤١ ، ١٩٨٦/١١/٤ ، ١٩٤٤/٣/٢٠ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٠ ص ٢٩٦ ، ١٩٤٥/٢/٢٦ ، مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٧ ص ٢٩٧ .

(٢) نقض جنائى ١٩٨٢/٥/٤ مجموعة الاحكام س ٣٣ رقم ١١١ ص ٥٤٣ .

(٣) نقض جنائى ١٩٣٥/١٠/٢٨ مجموعة عمر ج ٣ رقم ٣٩٤ ص ٤٩٦ .

(٤) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بند ٥٨ ص ٢٥٩ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية فى ضوء الفقه والقضاء متضمنة تعديلات القانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - ص ٤٩٨ .

(٥) نقض جنائى ١٩٤٣/١/٢٥ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٨ ص ٢٩٥ .

(٦) د. محمد المنجى - الحيازة - ١٩٨٥ - بند ٥٨ ص ٢٥٨ .

(٧) محمد محى الدين عوض - قانون العقوبات السودانى - ص ٥٨٧ .

(٨) نقض جنائى ١٩٤٤/٣/٢٠ مجموعة عمر ج ٦ رقم ٣١٩ ص ٠٤٣١ . ومجرد المنازعة القضائية لا ينفى =

وإذا كان القانون الجنائي يحمي الحيازة الفعلية دون النظر الى شرعيتها وسواء كان الحائز مالكاً أو غير مالك ، فإنه يحميها أيضاً بصرف النظر عن سببها أياً كان الملكية أم أمراً آخر غير الملكية^(١) ، فهو يحميها في كل حالة يوجد فيها عقار تحت سيطرة شخص بصورة فعلية ، وقد قضى بأن " الإيجارة هي من ضمن الأسباب التي تخول للمستأجر حيازة العقار للانتفاع به " ^(٢) ، كما أن صاحب حق الانتفاع والاستعمال والسكنى يعتبر كل منهم حائزاً فعلياً للعين ليمارس عليها حقه ، ويكون لأى منهم رفع دعوى انتهاك حرمة ملك الغير إذا حدث له تعرض في حيازته^(٣) ، ويجوز للوارث والموصى له أن يكون مجنياً عليه في جريمة انتهاك حرمة ملك الغير ، إذا حصل تعدى على حيازته للعين المورثة أو الموصى بها .

كما يحمي القانون الجنائي الحيازة الفعلية سواء كانت مفرزة أو شائعة ، فالحائز لجزء مفرز يعتبر حائزاً فعلياً ، كما أن الحائز الفعلي على الشيوع يجوز له رفع دعوى انتهاك حرمة ملك الغير إذا حدث تعرض له في الحيازة الفعلية ، ويرفع الدعوى بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن باقي الشركاء .

والحيازة الفعلية تثبت للحائز بالسيطرة على العين سواء كان وضع اليد شرعياً أو غير شرعياً ، وإذا كان وضع اليد شرعياً أى يستند إلى حق ، فقد يكون بناء على عقد من العقود التي تحول للحائز وضع اليد أو بناء على أحكام قضائية ، وغالباً ما يكون وضع اليد بناء على حكم متبوع بمحضر تسليم رسمي تنفيذاً للحكم .

ومحضر التسليم يتوافر به الحيازة الفعلية للحائز ، إذ إن مضمونه ينطوي على معنى التسليم من جانب شخص والاستلام من جانب الحائز ، والحيازة التي تقوم بناء عليه تعتبر حيازة فعلية جديرة بحماية القانون ، " فمن يتسلم عقاراً على يد محضر تنفيذاً لحكم قضائي تكون له حيازة فعلية واجبة الاحترام في حق خصمه المحكوم عليه " ^(٤) ، لأن محضر التسليم واجب احترامه بوصفه عملاً رسمياً خاصاً بتنفيذ الأحكام ، والتسليم الذي يحصل بمقتضاه لا يصح وصفه بأنه لم ينقل الحيازة بالفعل ، إذ القول بغير ذلك يتعارض مع مقتضى التسليم وما دل عليه معنى التسليم من نقل الحيازة في الحال للذى حصل تسلمه تسليماً فعلياً^(٥) .

= صفة الهدوء على الحيازة وقد قضى بأن : " الحيازة الفعلية الجديرة بالحماية لا تنتفى إذا تحققت للحائز لمجرد المنازعة بشأنها أمام القضاء ، نقض جنائي ١٩٨٢/٥/٤ مجموعة الاحكام س ٣٣ رقم ١١١ ص ٥٤٣ .

(١) نقض جنائي ١٩٢٩/١٢/٥ مجموعة عمر ج ١ رقم ٣٤٩ ص ٣٩٤ .

(٢) نقض جنائي ١٩٤٣/١/٢٥ مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٨ ص ٢٩٥ .

(٣) ولا يكون لصاحب حق الارتفاق أن يرفع دعوى التعدى الجنائي على من يتعرض له في حقه لأن صاحب حق الارتفاق لا يجوز العقار الخادم .

(٤) ١٩٦٨/١١/٤ مجموعة الاحكام س ١٩ رقم ١٨٠ ص ٩٠٨ ، ١٩٧٢/١١/١٩ مجموعة الاحكام س ٢٣ رقم ٢٧٨ ص ١٢٤٥ .

(٥) ١٩٦٨/١١/٤ مجموعة الاحكام س ٩ رقم ١٨٠ ص ٩٠٨ .

كما قضى بأن: "محضر التسليم واجب احترامه بوصفه عملاً رسمياً خاصاً بتنفيذ الأحكام، والتسليم الحاصل بمقتضاه ينقل الحيازة نقلاً فعلياً، وتعرض الطاعن في أرض سلمت للمجنى عليه بمحضر تسليم رسمي واستيلائه على الزرعة القائمة على الأرض التي كانت في حيازة المجنى عليه الفعلية يوفر جريمة دخول أرض بقصد منع حيازة المجنى عليه بالقوة" (١).

والرأى المستقر في الفقه والقضاء يذهب إلى القول بأن محضر التسليم ينقل الحيازة الفعلية، ولا يصح وصفه بأنه لم ينقل الحيازة ولو كان محضر التسليم تم اجرائه بناء على حكم صدر في غير مواجهة المتهم (٢)، وأن القانون يحمي هذه الحيازة من كل اعتداء يرمى إلى رفعها ولو كان أساسها محضر تسليم مشوباً بما يبطله (٣).

وهذا الرأي لا يمكن التسليم به على إطلاقه، لأنه لا يكون صحيحاً في بعض الحالات، لأن الواقع العملي أثبت أن كثيراً من الخصوم الذين يريدون الحصول على الحيازة وانتزاعها من تحت يد الحائز يلجأون إلى التواطؤ مع غيرهم للحصول على حكم يثبت أحقيتهم في الحيازة ويقوى موقفهم في الحصول عليها، وغالباً ما ينفذ الحكم تنفيذاً صورياً بأن يتم في مكتب المحضر أو الخصم دون الانتقال الفعلي إلى العين خوفاً من اعتراض المنفذ ضده، ثم يدعى الحيازة في مواجهة الحائز الفعلي للعين مستنداً إلى محضر التسليم الذي تم عمله بطريقة صورية، وغالباً ما تكون محاضر التسليم صورية رغم صحة الحكم الذي حرر محضر التسليم بناء عليه، وتلك المحاضر الصورية إذا قدمت أمام النيابة العامة فإنها تتخذها دليلاً على حيازة المشكو الفعلية، ولا تهم بما يدفع به الحائز الفعلي من أن المحضر صوري رغم ما يقدمه من أدلة تقوض قوة محضر التسليم.

ولذلك ينبغي عندما يعرض نزاع الحيازة أمام المحاكم أو النيابة العامة ويؤيد رافع الدعوى أو الشاكي موقفه بمحضر تسليم، ثم يدفع خصمه بصورية المحضر فيجب على النيابة العامة أن تحقق هذا

(١) نقض جنائي ١٩٧٢/١١/١٩ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ٢٧٨ ص ١٢٤٥ = وإذا كان لمحضر التسليم قوته في نقل الحيازة الفعلية إلا أن ذلك مشروط بالا يكون مستلم العقار بناء على محضر التسليم قد تخلص عنه مرة أخرى لخصمه، وقد قضى بأن: "وإن كان صحيحاً أنه لا محل لحماية الحيازة الفعلية إذا كانت قائمة على الغضب، وأن من يتسلم عقاراً على يد محضر تنفيذاً لحكم قضائي تكون له حيازة فعلية واجبة الاحترام في حق خصمه المحكوم عليه، إلا أن هذا محله إلا يكون مستلم العقار قد تخلص عن حيازته وتركها لخصمه، أما إذا كان الثابت أن المدعية بالحقوق المدنية بعد أن قضى على المتهمين بالعقوبة من أجل واقعة التعرض لها في المنزل الذي كان في يدها، قد تركتهما مقيمين به فظلاً سنتين يشغلانه إلى أن ذهب من استأجره منها للسكنى فيه فمنعاه، فلا يصح معاقبتهما على أساس أنهما دخلا منزلاً في حيازتها لأن سكوتها على ذلك أكثر من ثلاثة سنين يعتبر تخلياً عن الحيازة التي حصلت لها عند تنفيذ حكم الإخلاء" نقض جنائي ١٩٤٤/٣/٢٠ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٣٢١ ص ٤٩٦.

(٢) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٧ ص ٧٠٥ هـ (١).

(٣) نقض جنائي ١٩٣٩/٢/١٣ مجموعة عمر ج ٤ رقم ٣٤٩ ص ٤٦٤.

الدفع سواء بنفسها أو بواسطة رجال الشرطة ، وأن تصدر قرارها من واقع تحقيقاتها وفقاً للحيازة الفعلية وما يتبين لها من صورية أو صحة محضر التسليم .

فإذا لم تلتفت النيابة العامة إلى الدفع بصورية المحضر أو لم يدفع أمامها بتلك الصورية ، وأبدي هذا الدفع أمام القاضي المستعجل الذي ينظر التظلم من قرار النيابة العامة أو أمام القاضي الجنائي الذي ينظر جريمة التعدي ، يجب عليه بدوره أن يمحض الأمر من واقع الأوراق المقدمة إليه ، كما لو وجد فيها محضر تحقيق إداري شهد فيه رجال الحفظ الذين استوقعهما المحضر على محضر التسليم ، فقد يتكشف للقاضي أن المحضر لم يجر في مكان التنفيذ ، وأن المحضر لم ينتقل إلى العين محل النزاع بما يجعل المحضر صورياً لا ينتقل الحيازة الفعلية واجبة الحماية .

ونفس الأمر ينطبق على التسليم الذي تجر به الشرطة إذا لم يكن الحائز (المنفذ ضده) طرفاً في النزاع الذي صدر فيه قرار النيابة العامة ، فعالباً ما يتم إجراؤه في المركز أو القسم أو النقطة دون الانتقال إلى العين محل التنفيذ، ومن ثم يسرى على هذا التسليم ما يسرى على محضر التسليم بناء على حكم بـأن يحقق إذا طعن عليه بالصورية حتى لا يكون دليلاً مسلماً به رغم ما يشوبه من بطلان .

كما أن الحائز الفعلي قد لا يطعن بالصورية في محضر التسليم الذي أجراه المحضر أو رجل الشرطة ، فقد يسلك وسيلة الهجوم على المحر بالطعن عليه بالتزوير ، وفي هذه الحالة يجب أن يحقق هذا الدفع بواسطة النيابة العامة أو القضاء ، إذا طعن أمام أي منهما بتزوير محضر التسليم^(١) .

ثانياً : الركن المادى لجريمة انتهاك حيازة الغير :

الركن المادى لجريمة انتهاك حيازة الغير هو ذلك السلوك الإجرامى الذى يقوم به الجاني ويعاقب عليه وفقاً للقانون . فالسلوك الإجرامى لجريمة انتهاك حيازة الغير قد يكون فعلاً إيجابياً يتمثل في الدخول أو فعلاً سلبياً يتمثل في البقاء أو رفض الخروج :

١ - الدخول : يقصد بالدخول في مجال جريمة انتهاك حيازة الغير ، الولوج إلى العقار بأية طريقة كانت^(٢) ، أو هو " الانتقال الفعلي من خارج العقار إلى داخله باجتياز الحدود الفاصلة بين هاتين النقطتين " ^(٣) ، فهو يمثل سلوكاً إيجابياً يقوم به الجاني للدخول إلى عقار فضاء أو زراعى أو بيت مسكون

(١) انظر في هذا الراى :

مجدى هرجه - الجديد فى الحيازة ١٩٩٨ - ص ٧١-٧٣ ، والحلول العملية فى مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية فى المادة ٤٤٤ مكرر من قانون المرافعات - طبعة ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية - ص ٥٧ ، الدناصورى وحامد عكاز - الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية - ص ٤٩٨ .

(٢) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٦٢٠ .

(٣) د. محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٨٧ ص ٤٩٢ .

= وفى نى بان " الركن المادى لهذه الجريمة (جريمة انتهاك حيازة ملك الغير) هو الدخول ، ويتم بكل فعل يعتبر تعرضاً مادياً للغير فى حيازته للعقار حيازة فعلية بنية الافتيات عليها بالقوة " نقض جنائى ١٩٨٤/٤/١٩ مجموعة الأحكام س ٣٥ رقم ٩٨ ص ٤٤١ .

أو معد للسكنى أو إلى ملحقاته ، ويستوى أن يكون الدخول بصورة طبيعية كالدخول من الأبواب ، أو بصورة غير طبيعية بكسر أو تسلق^(١) .

والمراد بالدخول - هنا - هو الدخول غير المشروع بأن يكون الجاني قد دخل بغير إرادة الحائز أو بوجه قانوني والبقاء في العقار ، وإن المشرع لم ينص على الدخول صراحة ، لأن ذلك مستفاد من المقابلة بين الصورة الأولى في المادة ٣٩٦ عقوبات مصرى ، وبين الصورة الثانية الواردة بتلك المادة من قولها " أو كان دخله بوجه قانوني وبقي فيه " ^(٢) .

والدخول غير المشروع يكون ضد رغبة الحائز الصريحة أو الضمنية وبدون سند للدخول ، إذ أن تخلف إرادة الدخول من قبل الحائز هو مناط التائيم في تلك الجريمة ، وقد يكون الدخول بطريق الخدعة والغش ، بإيقاع الحائز في موقف زائف للحصول على رضائه بالدخول ، باستخدام طرق احتيالية كاسم أو صفة زائفة ، وتقع الجريمة في تلك الحالة لأن هذا الرضا غير معتد به إذ لولا تلك الأساليب لما سمح الحائز بالدخول ، ولو كان الحائز يدرى بالقصد من الدخول في أول الأمر لما سمح بالدخول ، كما أن الدخول خفية يكفي لقيام الجريمة لاعتباره دخولا غير مشروع وذلك في الحالة التي يدخل فيها الجاني بطريقة تجببه رقابة وإشراف الحائز^(٣) .

أما إذا كان الدخول في العقار برضاء الحائز فلا تقوم جريمة انتهاك حيازة الغير ، فإذا اتفق المالك مع مستأجر المنزل على أن يبني فوق المنزل المستأجر دوراً ثانياً فإن دخول المقاول المتعاقد مع المالك لإقامة البناء بناء على ذلك الاتفاق لا يعد من قبيل التعدي على الأمكنة ، كما أنه ليس للمستأجر أن يتضرر أو يشكو من الإزعاج أو المضايقة الناجمين عن اتفائه مع المالك على أن يبني دوراً ثانياً لأن دخول المالك أو المقاول كان نتيجة لهذا الاتفاق^(٤) .

ويجب أن يكون الدخول إلى العقار تاماً ، فإذا كان كل ما قام به المتهم هو كسر السور المحيط بالعقار فلا يكون سلوكه هذا تعدياً على حيازة الغير ولو اقترن بالقوة^(٥) ، إذا لم يمكنه الحائز أو غيره من الدخول ، وإن عد هذا الفعل شروعاً إلا أنه لا عقاب عليه لعدم النص^(٦) ، أما نص المادة ٣٨١ من قانون العقوبات السوداني يتسع للمعاقبة على إدخال أى جزء من الإنسان إلى العقار إذ " إن إدخال أى جزء يعتبر دخولاً كافياً لتكوين جريمة التعدي على الأمكنة " ^(٧) ، كما أن قانون الجزاء الكويتي يعاقب

(١) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٦٢٠
(٢) نقض جنائى ١٩٨٦/٥/٢٩ مجموعة الاحكام س ٣٧ رقم ١٩٧ ص ٥٩٢
(٣) د. محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص بند ٢٩٨ ص ٤٩٣-٤٩٤
(٤) د. محمد محى الدين عوض - قانون العقوبات السودانى - ص ٥٩٠ هـ (٣)
(٥) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٤ ص ٧٠١
(٦) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى فى قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٦٢١
(٧) د. محمد محى الدين عوض - قانون العقوبات السودانى - ص ٥٨٩

على الشروع في تلك الجريمة بقوله: " والمحاولة موجبة للعقاب " (م ١/٢٥٤) .

٢ - البقاء : البقاء هو صورة من السلوك الإجرامي لجريمة انتهاك حيازة الغير ، والقانون يسوى بين حالة الدخول غير المشروع وبين حالة الدخول المشروع ثم البقاء فيه رغماً عن إرادة الحائز ، إذ لو كان الحائز يعلم سلفاً قصد الجاني ما سمح له بالدخول ^(١) .

والبقاء ضد رغبة الحائز يجب أن يسبقه دخول مشروع للعقار فإذا دخل المصدي وقضى فيه عوة باعتناحه عن مفادرة المكان بناء على طلب الحائز لأن ذلك يشكل اعتداء على حيازة الجاني عليه ، وفي هذه الحالة لا يشترط أن يكون الجاني متخفياً هيبساً عن أعين الحائز أو دخل بقصد ارتكاب جريمة ، ولا عبوة بطريقة الدخول إنما العقاب يسنى على أسس ما للحائز من الحق في إخراج من لا يرغب في بقاءه بالمكان ^(٢) .

والأمر بالخروج يجب أن يصدر من الحائز ، وصدوره من غير الحائز لا يكون جريمة البقاء ضد إرادة الحائز ، وصاحب الأمر في تكليف الجاني بالخروج هو رب المنزل ، فعبارة من ثم الحق في إخراجها الواردة بالمادة ٢٧١ عقوبات مصرى حالى هو رب الدار القى له دون غيره أن يأذن بدخول وبقاء من يريد ، ويأمر بإخراج من لا يرغب في بقاءه بالمنزل ^(٣) .

ثانياً : الركن المعنوي لجريمة انتهاك حيازة الغير :

يقصد بالركن المعنوي بصفة عامة اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بتعاقبها القانونية . فالركن المعنوي أو ما يسمى بالقصد الجنائي يتكون من عنصرين ، العلم بأن القاتون يعاقب على الفعل وإرادة إحداث النتيجة ، وفي جريمة انتهاك حيازة الغير يكون القصد اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع العلم بأن العقار في حيازة آخر وإرادة منع الحيازة بالقوة .

وقصد منع الحيازة بالقوة يعنى حرمان الحائز من حيازته للعين بأية وسيلة كانت ، وتتوافر هذه الصورة متى دخل الجاني العقار ومنع الحائز القعلي من الدخول إليه ^(٤) ، ولا يصح الجاني مرتكباً للجريمة ما لم يقصد منع حيازة الغير الفعلية بالقوة ^(٥) ، ولكن لا يشترط أن تكون القوة قد استعملت بالفعل في

(١) د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي ص ١٣٦ وما بعدها .
= وقضى بأن : " للمادة ٢٧٠ من قانون العقوبات لا تشترط أن تكون القوة قد استعملت بالفعل في منح الحيازة بل يكفي أن المتهم قد دخل المسكن وبقي فيه بقصد منع حيازته بالقوة " نقض جنائي ١٩٦٥/٢/٧ مجموعة الأحكام س ٧ رقم ٥٠ ص ١٥٤ .

(٢) د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦١٣ ص ٧١٣ .
(٣) د. حسن صادق المرصفاوى - المرصفاوى في القانون الخاص - ٦٢٥ .
(٤) كما لو اشترى شخص عقاراً بعقد عرفى فاصدق أنه أصبح مالكاً . نقض جنائي ١٩٧٩/٤/٨ مجموعة الأحكام س ٢٠ رقم ٩٥ ص ٤٥٠ .

منع الحيازة ، بل يكفي أن يكون المتهم قد قصد المنع بالقوة ^(١) ، فإذا لم يثبت أن استعمال القوة كان ملحوظاً في منع الحيازة فلا تقوم الجريمة لدى المتهم وتعدو الواقعة مجرد تعرض مدني ^(٢) ، ويكفي أن يكون الجاني قد بدا منه ما يفيد أن في نيته استعمال القوة ولو لم يستعملها بالفعل ^(٣) .

وإذا استعملت القوة بالفعل أو كان في نية المتهم استعمالها ، فيستوى أن تكون مادية أو معنوية ^(٤) والقوة المادية تتمثل في كل فعل مادي يكون السلوك الإجرامي لجريمة انتهاك حيازة الغير، ومنها الاعتداء بالضرب ^(٥) ، أو القاء مواد البناء خارج الأرض بقصد منع المجني عليه من البناء بعد حصوله على ترخيص بالبناء ^(٦) . أما القوة المعنوية فتعني قهر إرادة الحائر بإخضاعها لتوعد مصاحب لجاهرات عدائية ^(٧) ، وقد قضى بأن : " إذا دخل المتهمون الحقل فزرعه الأول والثاني وشد الثالث أزرهما في ذلك ، وأقم قصدوا بهذا منع حيازة المجني عليه ، وتآلبوا عليه لدرجة يخشى منها الاصطدام فهذا يكفي لقيام الجريمة " ^(٨) .

والقوة المستخدمة في منع الحيازة هي ما يقع على الأشخاص لا الأشياء ، وقضى بأن : " المفهوم أن القوة في جريمة المادتين ٣٦٩ ، ٣٧٠ هي ما يقع على الأشخاص لا الأشياء وبناء عليه فمجرد إتلاف السور الذي يحيط بالعقار لا يكون شرط القوة " ^(٩) ، كما أنها لا تتوافر لدى خادم في فندق فتح غرفة أحد التزلاء بالفتح المعد لذلك وجمع بغير ترتيب الأشياء الخاصة به ووضعها في مدخل الفندق ^(١٠) .

ولكن إذا كان قضاء النقص المصري قد استقر على أن القوة المستعملة هي التي تقع على الأشخاص لا الأشياء إلا أن حكمة التشريع في العقاب على انتهاك حيازة الغير ، تقتضي التسوية بين استعمال القوة في حالة وقوعها على الأفراد وبين حالة وقوعها على الأشياء ، لأن الغرض من العقاب هو

-
- (١) ١٩٥٠/١٢/٥ مجموعة الأحكام س ٢ رقم ١٢١ ص ٣٣١ .
 - (٢) د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٨ ص ٧٠٧ ، د . رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - بند ١١٥٩ ص ١٤٠٨ .
 - (٣) ١٩٥٢/٣/٣ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٩ ص ٢٩٧ .
 - (٤) د . رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - بند ١١٥٩ ص ١٤٠٨ ، د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٨ ص ٧٠٦ .
 - (٥) نقض جنائي ١٩٤٣/١/٢٥ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٣١ ص ٢٩٧ .
 - (٦) نقض جنائي ١٩٥٢/٣/٣ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٩ ص ٢٩٧ .
 - (٧) د . رمسيس بهنام - قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ١١٥٩ ص ١٤٠٨ ، د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٨ ص ٧٠٦ .
 - (٨) نقض جنائي ١٩٥٠/١١/٢٨ مجموعة القواعد ج ١ رقم ٢٨ ص ٢٩٧ .
 - (٩) ١٩٨٥/١/٢٧ مجموعة الأحكام س ٣٦ رقم ٢٠ ص ١٥٤ ، نقض جنائي ١٩٢٩/٥/٢ مجموعة عمر ج ١ رقم ٢٤٦ ص ٢٩١ .
 - (١٠) نقض جنائي فرنسي ١٩٥٦/١/١٩ - دالوز ١٩٥٦ ص ١٩٤ مشار إليه لدى ، د . محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بند ٦٠٨ ص ٧٠٦ هـ (٦) .

صيانة الحيازة من التعدي أياً كان محله ، فمن يهدم سوراً مقاماً حول العقار ، فإنه يرتكب جريمة انتهاك حيازة الغير ما دام يقصد بالهدم الوصول إلى منع الحيازة ، ويضاف إلى ذلك أن لفظ القوة ورد مطلقاً في النص دون تخصيص بالأشخاص ، ومن ثم ينبغي التسوية بين وقوعها على الأشخاص وعلى الأشياء^(١) .
وإذا استعملت القوة في منع الحيازة فيستوى أن تكون موجهة إلى حائز العقار أو إلى شخص غيره كان يحول بين المتهم ودخوله العين شخص لا علاقة له بالعين أو بالحائز إذ يكفي في إثبات ركن القوة في جريمة دخول عقار في حيازة آخر بقصد منع حيازته بالقوة أن يذكر الحكم أن المتهم وقت دخوله العقار قد اعتدى بالضرب على من كان يحول بينه وبين الدخول ، ولو لم يكن لهذا الذي حال علاقة بالحيازة وبالحائز^(٢) .

ثالثاً : عقوبة جريمة انتهاك حيازة الغير :

يعاقب من يعتدى على حيازة الغير بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه ، وتشدد العقوبة بحيث يكون الحبس مدة لا تتجاوز ستان والغرامة التي لا تتجاوز خمسمائة جنيه إذا تعدد المعتدين أو كان أحدهم حاملاً لسلاح (م ٣٦٩) . كما أن دخول بيتاً مسكوناً أو معد للسكنى أو في إحدى ملحقاته أو محلاً معد لحفظ المال ، يعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بالغرامة التي لا تزيد على ثلاثمائة جنيه (م ٣٧٠) ، كما يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه كل من يوجد مختبئاً في إحدى الأماكن المذكورة بعيداً عن أعين الحائز (م ٣٧١) .
كما أن المادة ٣٧٢ تشدد العقاب في حالة التعدي على الحيازة بالقوة إذا ارتكبت الجريمة ليلاً بواسطة الكسر أو التسلق أو كانت بحمل سلاح ، إذا كان هناك منع لحيازة مسكن أو أحد ملحقاته أو الاختباء فيه بعيداً عن أعين الحائز وتكون العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز سنتين .
والخلاصة أن القانون الجنائي يحمي الحيازة العقارية بتجريم كل فعل يمثل تعدياً عليها من قبل الغير ولا عبرة إلا بالحيازة الفعلية دون النظر إلى أصل الحق أو قانونية الحيازة فهو يحمي الحيازة المادية ، قانونية أو عرضية .

(١) د. رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - بند ١١٥٩ ص ١٤٠٨ هـ (٢) .

(٢) نقض جنائي ١٩٤٣/٢٥ مجموعة عمر ج ٦ رقم ٨٣ ص ١١٧ .

المبحث الثاني حماية الحيازة العقارية بالقوة

لا تقتصر حماية القانون الجنائي على تجريم انتهاك حيازة الغير ويطلب من الحائز الفعلي أن يكتفى بتحريك الدعوى الجنائية ضد المعتدى لينال جزاءه من قبل القضاء ، بل أجاز له أن يهب مدافعاً عن حيازته بنفسه ولو باستخدام القوة ، بما يتناسب مع الاعتداء الواقع على حيازته^(١).

وفي سبيل استعراض حماية الحيازة العقارية بالقوة ، ينبغي بيان المقصود بتلك الوسيلة وموقف التشريع والفقهاء المقارن منها ، ثم استعراض شروط الاعتداء الواقع على الحيازة وشروط القوة المستخدمة في الدفاع عن الحيازة ، ثم الانتهاء ببيان أثر استعمال القوة المستخدمة لحماية الحيازة العقارية . وبناءً على ما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : مضمون ومبررات استخدام القوة لحماية الحيازة وموقف التشريع والفقهاء المقارن
المطلب الثاني : شروط استخدام القوة لحماية الحيازة العقارية .

المطلب الأول

مضمون ومبررات استخدام القوة لحماية الحيازة وموقف التشريع والفقهاء المقارن

أولاً : مضمون ومبررات استخدام القوة لحماية الحيازة العقارية :

يقصد باستخدام القوة لحماية الحيازة العقارية استخدام القوة اللازمة لمنع الاعتداء الواقع على حيازة يحميها القانون عند تعذر اللجوء إلى السلطات العامة للحصول على حمايتها . ففي هذه الحالة لا يسكت الحائز عن الاعتداء الواقع على حيازته ويكتفى باللجوء إلى السلطات العامة ، بل يهب للدفاع عن حيازته بنفسه و بما أوتي من وسائل القوة والعنف ، حينما يتعذر عليه الحصول على الحماية بواسطة السلطات العامة .

واستخدام القوة لحماية الحيازة يستند إلى ما هو مقرر في التشريعات من إجازة استعمال القوة للدفاع عن المال وهو ما يسمى (بالدفاع الشرعي) . والدفاع الشرعي يعرف بأنه حماية عن طريق استخدام القوة لمصلحة يحميها القانون عند عدم امكانية اللجوء إلى السلطات العامة ، أو بتعبير مختصر هو " دفع القوة بقوة " ، واستخدام القوة للدفاع عن الحيازة ليس رجوعاً إلى زمن القضاء الخاص الذي كان

(١) د. محمد علي عرفه جـ ٢ بند ٧٨ ص ١٣٣ ، بند ٩١ ص ١٦١ ، د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية - بند ٤٩٦ ص ٣٧٢ ، محمد عبد اللطيف - الحيازة - بند ٣٠ ص ٢١ .

ساندا في الأزمان الغابرة ، بل استخدامها يستند إلى حق مقرر ومشروع وفقا لقواعد قانونية محددة. فجوهر فكرة الدفاع هو رد فعل من شخص المعتدى عليه ضد فعل يجرمه القانون^(١).

وتبرير الدفاع الشرعي يقوم على أساس فكرة رجحان المصلحة ، ففي حالة الدفاع الشرعي يوجد تصارع بين مصلحتين ولا بد من تغليب إحداها على الأخرى ، الأولى مصلحة المعتدى والثانية مصلحة المعتدى عليه ، فأيهما أولى بالتغليب ؟ لا شك أن قواعد العدالة تقضى بأن المصلحة الأقل أهمية هي التي يجب التضحية بها في سبيل تغليب المصلحة الأكثر أهمية ، وعند إجراء المقارنة نجد أن مصلحة المعتدى عليه هي الأولى بالرعاية والتفصيل لأن مصلحة المعتدى قد انحدرت قيمتها الاجتماعية وتكاد تكون معدومة نتيجة للاعتداء فوجب التضحية بما بعدم عقاب المعتدى عليه^(٢).

كما أن سبب الاباحة يستند في الأصل إلى أن السلطة العامة هي التي تتولى درء الاعتداء الواقع على المصلحة الاجتماعية دون الأفراد ، تطبيقا لمبدأ عام مفاده أن الإنسان لا يجوز له أن يقتضى لنفسه ، ولكن حين يتعدى على السلطة رد الاعتداء فإنها تجيز رد الاعتداء بواسطة الأفراد كاستثناء من الأصل العام^(٣) ، ومن هذا المنطلق فإن الدفاع الشرعي واجب اجتماعي مفروض على كل فرد لصيانة الحقوق الاجتماعية^(٤).

ومن منطلق المصلحة العامة فإن استخدام القوة للدفاع عن الحياة متى اكتسبت بدون إكراه وأصبحت فعلية ، جاز للحائز الدفاع عنها بالقوة لرد الاعتداء الواقع عليها ، لأن مصلحة الحائز أصبحت هي المصلحة الأولى بالحماية فأصبح فعل القوة الذي يأتيه الحائز مباحا في سبيل صد العدوان الواقع على حياته ، كما أن الحائز يدافع عن مركز واقعي استقر له بحكم القانون وأن القوة التي تستخدم لحماية هذا المركز تصبح بدورها مشروعة .

(١) انظر تعريف الدفاع الشرعي : د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة - النظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي - الطبعة الرابعة ١٩٧٧ الناشر دار النهضة العربية بند ١٨٨ ص ١٩١ ، د. فوزية عبدالستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي - بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية - السنة الثانية والأربعون - العددان الثالث والرابع - سبتمبر ، ديسمبر ١٩٧٢ ص ١٦١ هـ (١) .

(٢) د. مأمون محمد سلامه - قانون العقوبات - القسم العام الطبعة الثالثة - الناشر دار الفكر العربي - ص ٢٢٠ - ٢٢١ ، د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ١٨٩ ص ١٩٣ هـ (١) ، د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي - ص ١٦٤ .

(٣) د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي ص ١٦٤ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ١٨٨ ص ١٩٢ .

ثانياً : موقف التشريع المقارن من استخدام القوة لحماية الحيازة العقارية (١) :

يتبين موقف التشريع المقارن من تقرير استعمال القوة للدفاع عن الحيازة:

١ - بعض التشريعات تنص على جرائم الأموال مطلقة : بمعنى أن كل الجرائم التي تقع على الأموال تبيح استعمال القوة للدفاع عن حيازة المال المعتدى عليه أياً كان نوع الاعتداء ، فمن التشريعات الأجنبية نجد أن قانون العقوبات الإيطالي ينص في المادة (٥٢) على حماية الحقوق الخاصة بقوله : " لا يعاقب من أرغم على ارتكاب فعل للدفاع عن أحد حقوقه الخاصة به أو بغيره " ، فتعبر الحقوق الخاصة يشمل الحقوق اللصيقة بالشخصية كالحق في الحياة وغيره ، ويشمل الحقوق المالية ومنها حيازة الأموال ، فالقانون الإيطالي تعنيه حماية الحقوق الخاصة بشخصية أو مالية .

أما قانون العقوبات السوفيتي ينص في المادة (١٣) على شمول الأموال بتعبيره " حقوق المدافع " ، وكذلك قانون العقوبات الدنماركي في المادة ١/١٣ ، والسويدي في الفصل رقم (٢٤) من قانون العقوبات ، والمادة ٦ من قانون العقوبات الفنلندي ، كما أن المواد ١٠٢-١٠٥ من قانون العقوبات الهندي تنص على جرائم الأموال بصفة عامة كمصالح ينشأ عن تهديدها خطر حال يبيح استخدام القوة لحمايتها .

وقانون العقوبات التشيكوسلوفاكي ينص في المادة (١/١٣) على أن : " لا جريمة إذا دفع الشخص بفعله اعتداء وشيكاً أو متحققاً ضد مصلحة يحميها القانون " ، فهو يحمي المال باعتباره مصلحة قانونية جديرة بالحماية ، وقانون العقوبات النمساوي يقرر في المادة الثانية أن الدفاع الشرعي يكون : " لمقاومة الاعتداء غير الشرعي على الأموال المملوكة له أو لغيره " ، فالاعتداء كما يكون موجهاً لحق الإنسان في نفسه قد يكون موجهاً إلى ماله أو مال غيره ، كما أن قانون العقوبات الجري في المادة (١/١٥) يميز الدفاع ضد الاعتداء الواقع على الأموال الخاصة حيث يقول " أن الدفاع يجوز ضد الاعتداء الجائر أو التهديد باعتداء جائر حال على الاموال الخاصة " .

أما قانون العقوبات البولوني ينص في المادة (١/٢١) على أن : " لا يرتكب جريمة من يتصرف في حالة دفاع شرعي لدفع اعتداء حال غير مشروع على مال مملوك له أو لغيره " ، فهو ينص على جرائم الأموال بصفة مطلقة ، وبالمثل قانون العقوبات النيوزلندي ينص في المادة (٤١١) على أن : " لا يعاقب من أحدث فعلاً للدفاع الضروري عن الأموال المملوكة له أو لغيره " .

(١) انظر في عرض موقف التشريع المقارن : د. سامي السيد العواني - شروط استعمال حق الدفاع الشرعي في القانون المصري والمقارن - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس ١٩٩٣ - ص ٢٣٣ وما بعدها ، د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي ص ٢٠٧ وما بعدها ، د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢١٨ وما بعدها .

كما نجد أن القانون الأسباني يقرر في المادة (٤/٨) الدفاع الشرعي ضد كل اعتداء غير مشروع يقع على المال ، وأن كل اعتداء غير مشروع هو هجوم على المال . كما أن قانون الجزاء الكويتي يعتبر الفعل خطيراً إذا كان موجهاً ضد مال المعتدى عليه أو ضد مال الغير ، كما أن كلاً من قانون العقوبات الأردني في المادة (٣٤٨) ، (٣٤٢) ، وقانون العقوبات السوري في المادة (٥٤٩) ، (١٨٣) وقانون العقوبات اللبناني المادة ١٨٣ ، ٥٤٩ ، وقانون العقوبات السوداني يقرر الدفاع ضد جرائم الأموال .

٢ - أما البعض الآخر من التشريعات فقد تنص على جرائم الأموال حصراً : بمعنى أنها تحدد جرائم الأموال التي تبيح استخدام القوة للدفاع عنها وعماد هذه التشريعات هو التشريع المصري ، حيث نص في المادة (٢/٢٤٦) على أن : " حق الدفاع الشرعي عن المال يبيح استعمال القوة اللازمة لرد كل فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الأبواب الثاني والثامن والثالث عشر والرابع عشر من هذا الكتاب وفي الفقرة ٤ من المادة (٢٧٩) " .

٣ - أما البعض الآخر من التشريعات تنص على الدفاع بصفة مطلقة : بمعنى أن هذه التشريعات تنص على جواز استخدام الدفاع الشرعي دون تحديد لنوع الجرائم أي دون تحديد موضع الاعتداء ، ووفقاً لمنطق هذه التشريعات جواز استخدام الدفاع الشرعي للدفاع عن المال ضد أي اعتداء ، ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الألماني ٢/٥٣ واليوغسلافي ٢-١/١١ ، والسويسري (م ١/٣٧) واليوناني (١/٢٢ - ٢) ^(١) .

ولا جدال أن التشريعات التي تنص على إباحة الدفاع أو استعمال القوة لصد الاعتداء الواقع على الأموال لا يثور فيها خلاف حول مدى جواز الدفاع الشرعي عن حيازة الأموال ، لأن ذلك مقرر بنصوص صريحة لا مجال لاختلاف الرأي فيها ، سواء نصت عليها بصفة مطلقة أو حصرية أو تلك التي أطلقت موضوع الاعتداء ، أما الخلاف فقد نشأ في التشريعات التي لا تنص بطريقة صريحة على جواز الدفاع الشرعي ضد جرائم الأموال .

فقد ثار في القانون الفرنسي خلاف حول تحديد الاعتداء الذي يبيح الدفاع الشرعي ، وما إذا كان يقتصر على جرائم النفس أم يشمل جرائم المال ، ونشأ هذا الخلاف لاقتران النصوص على ذكر جرائم النفس فقط، ومنها المادة (٣٢٨) عقوبات والتي تقرر أنه لا عقوبة على من قتل أو جرح أو أصاب غيره إذا كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو نفس الغير .

وإزاء ذلك ذهب رأى في الفقه الفرنسي إلى القول : بأن نطاق المادة (٣٢٨) عقوبات لا يشمل

(١) انظر د. سامي السيد العواني - شروط استعمال حق الدفاع الشرعي ص ٢٣٣ وما بعدها ، د. فوزية عبدالستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

حالة استخدام القوة للدفاع عن الملكية ، بل هي مقصورة على حالة الدفاع عن النفس ، مدعين رأبهم بأن الضرر الناتج من الاعتداء على الملكية ليس خطيراً لدرجة أن يبيح قتل المعتدى ، وأن الاعتداء الواقع على الملكية يمكن إصلاحه باللجوء إلى القضاء ، وانطلاقاً من مبدأ المساواة بين الحقوق المتصارعة لا يجوز إقرار القتل للمعتدى على المال ، لأن غريزة البقاء أقوى من غريزة التملك (١) .

كما أن المالك باستطاعته حماية ملكيته عن طريق وسائل متعددة ليس من بينها القتل ، كوضع إنذار لتنبه المالك إلى خطر الاعتداء على أملاكه ، أو وضع أسلاك أو زجاج لمنع تعدى الغير على ملكيته ، وللمالك في سبيل حماية ملكيته من الاعتداء الواقع عليها أن يقبض على المعتدى وفقاً للمادة (١٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية في حالة التلبس بالجريمة (٢) .

أما غالبية الفقه الفرنسي فيذهب إلى رفض الرأي السابق ، ويقرر حق المالك في استخدام القوة للدفاع عن ملكه ، استناداً إلى أن نص المادة (٣٢٨) عقوبات لا يفهم منه أن المشرع قصد استبعاد استخدام القوة للدفاع عن المال وقصرها على حالة الدفاع عن النفس ، وإنما قصد المشرع هو وضع مبدأ إقرار الدفاع الشرعي دون تحديد لنوع المصلحة المعتدى عليها انطلاقاً من مبدأ أن جميع المصالح المشروعة يحميها القانون ، ومن ثم يجب قبول القول بأن الدفاع يجوز لرد الاعتداء الواقع على الأموال التي يحميها القانون ، لأن نطاق الدفاع الشرعي يتعدى نطاق الألفاظ الواردة في المادة (٣٢٨) من قانون العقوبات (٣) .

كما أن القول بأن ضرر الاعتداء الواقع على المال يمكن تعويضه عن طريق اللجوء إلى القضاء ، قول لا يمكن التسليم به ، لأن الفاعل قد يظل مجهولاً أو يكون معسراً بما لا يمكن معه تعويض الخسائر المالية ، ومن ثم فلا بد أن يقبل الدفاع الشرعي عن المال في حدود معينة ، كما أن الاستناد إلى نص المادة (١٠٦) من قانون الإجراءات لا يكفي لتبرير استبعاد جرائم الأموال من نطاق الدفاع الشرعي اعتماداً على أن تلك المادة تبيح القبض على المعتدى ، لأن القبض لا يكون جائزاً إلا في حالة التلبس فهي لا تغني عن الدفاع (٤) .

(١ ، ٢) انظر في عرض هذا الرأي لـ :

Georges Vidal et Goseph Magnol, Cours de droit criminel et de science Penitenciaire, éd. 9, Paris, N. 202, P. 361-362, Note(3).

مشار إليه لدى : د. سامي السيد العواني - شروط استعمال حق الدفاع الشرعي ص ٢٥٢ ، د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي ص ٢٠٨ - ٢٠٩ (٣ ، ٤) منهم على سبيل المثال :

Garraud, Traité théorique et pratique de droit Pinale., II, N. 445, p. 22-24

انظر في عرض هذا الرأي : د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي ص ٢٠٩ - ٢١٠ .

ويمكن القول كذلك بأن القانون الفرنسي يميز الدفاع الشرعى لصدد الاعتداء الواقع على المال استناداً إلى نص المادة (٣٢٩) عقوبات التى تنص على أن : " تدخل فى حالة الضرورة الحالية للدفاع الشرعى الحالتين الآتيتين : ١ - إذا كان فعل القتل أو الجرح أو الضرب قد حدث ليلاً دفعاً لاعتداء فى صورة تسور أو كسر حائط أو مدخل منزل أو شقة أو ملحقاتها " ، فهذه المادة تسورد ضمن حالات الضرورة التى تميز الدفاع الشرعى بالقتل أو الجرح أو الضرب لدفع اعتداء نتيجة التسور أو الكسر لحائط أو مدخل شقة أو منزل أو إحدى ملحقات المنزل أو الشقة ، بما يعنى إجازة استخدام القوة للدفاع عن حيازة هذه الأماكن

أما عن موقف القضاء الفرنسى ، فإزاء خلو نص المادة (٣٢٨) عقوبات فرنسى من النص على المال ، وكذلك اختلاف الفقه بشأن تفسير تلك المادة ، فقد ذهب المحاكم فى بداية العهد إلى القضاء ببراءة المعتدى عليه استناداً إلى تخلف القصد الجنائى لديه ، ولكن عيب على هذا القضاء أن الفعل الذى ارتكبه المعتدى عليه فعل إرادى إذ كانت له حرية الاختيار^(١) .

وبعد ذلك اضطر القضاء الفرنسى إلى مد نطاق الدفاع الشرعى إلى حالة الاعتداء على المال ، بدافع من أن ادخال جرائم الأموال فى نطاق الدفاع الشرعى لا يخطر منه على السلام الاجتماعى طالما يمارس فى حدود متناسبة^(٢) ، وهكذا استقر الرأى لدى الفقه والقضاء الفرنسى على إباحة استخدام القوة للدفاع عن حيازة المال .

وباستعراض موقف التشريع والفقه والقضاء المقارن يتضح أن كافة التشريعات تبيح استخدام القوة للدفاع عن حيازة المال ، فمن اعتدى على ماله لا يجبر على الارتكان إلى السلطات العامة إذا لم يكن تدخلها مجدياً ، ولكن يجوز له استخدام القوة للدفاع عن حيازة ماله .

(٢٠١) انظر فى عرض موقف القضاء الفرنسى ، د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - ص ٢١١ ، وأشارت إلى حكم محكمة النقض الفرنسىة يؤيد جواز الدفاع الشرعى عن المال
Crim., 4-8-1944, Rev. S. Crim., 1950, P. 47.

المطلب الثاني

شروط وأثر استعمال القوة لحماية الحيابة العقارية

أباح المشرع استعمال القوة للدفاع عن حيابة العقار ولكن وضع لها شروط يجب توافرها ، في الاعتداء و في القوة اللازمة لرد الاعتداء، ثم بين أثر توافر حالة الدفاع الشرعى .

أولاً : شروط الاعتداء الذى يبيح استعمال القوة :

يشترط في فعل الاعتداء الذى ينشئ حالة الدفاع الشرعى أن يكون خطراً غير مشروع وحال :

١ - أن يكون الخطر غير مشروع :

الخطر هو اعتداء محتمل و سيتحقق وفقاً للمسلك العادى للأمر ، فهو ينطوى على احتمال تحقق الضرر ، ويكفى أن يكون هناك فعل صادر من المعتدى يهدد بوقوع جريمة ، ولو لم يكن هناك ضرر فعلى للمعتدى عليه ، فإذا لم يتحقق الخطر فلا يجوز استعمال القوة للدفاع عن الحيابة (١) .

والخطر في جرائم الاعتداء على الحيابة لا بد أن يكون ناشئاً عن فعل إيجابى مثل أن يهجم شخص بدخول منزل الغير أو أرضه الزراعية ، ومن ثم لا يجوز استعمال القوة لرد فعل سلبى صادر من الغير ، لأنه لا يكون اعتداء على الحيابة .

ويجب أن يكون الخطر غير مشروع ، ويعتبر الخطر غير مشروع إذا كان يهدد بالاعتداء على حق يحميه القانون ، ولا يكون لدى المعتدى سبب مشروع لارتكاب فعل الاعتداء ، ولكى يوصف الخطر بأنه غير مشروع لا يشترط أن يندرج تحت نموذج تجريمى ، فقد يكون الخطر ناشئاً عن عمل تحضيرى ولا عقاب عليه ومع ذلك يوفر حالة الدفاع الشرعى (٢) .

واشترط كون الخطر غير مشروع تتطلبه كافة التشريعات ، وأن اختلفت الألفاظ في التعبير عن عدم المشروعية ، فبعض التشريعات تستعمل لفظ الاعتداء 'attaque' أو اعتداء غير مشروع ومنها ما يستخدم لفظ هجوم 'agression' ، ومنها ما يستعمل لفظ التعرض ، ومنها ما يستعمل لفظ جريمة (٣) ، وأياً ما كان اختلاف الألفاظ فإنها لها دلالة واحدة هي كون الخطر غير مشروع .

واشترط كون الخطر غير مشروع ، يقضى الى القول بأن استعمال القوة غير جائز لرد الخطر إذا

(١) د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى - ص ١٢٩ . د. محمود يحيى حسن - شرح قانون العقوبات - القسم العام - بند ١٩٣ ص ١٩٤ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ١٩٥ ص ١٩٦ - ١٩٧ ، د. مأمون محمد سلامه - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٢٤ - ٢٢٥ .

(٣) م ٥/٥٣ ع المانى ، م ٥ ع بلغارى ، م ٢٢ ع يونانى ، م ٢٤٦ ع مصرى ، م ٧٠ ع لیبى .

كان مشروعاً ، كدخول مأمور الضبط القضائي لتفتيش منزل بإذن تفتيش صحيح ، أو دخول أحد الأفراد للقبض على شخص متلبس بجريمة لتسليمه الى أحد مأموري الضبط القضائي^(١) . ويجوز استعمال القوة لصد الخطر غير المشروع ولو كان صادراً من شخص غير مسئول جنائياً كالصغير أو المجنون ، فسلوك أى منهم يحقق الخطر غير المشروع الذى يميز الدفاع الشرعى ، رغم أن مرتكبه غير مسئول جنائياً ، كما يجوز استخدام القوة لرد الخطر غير المشروع ولو كان مرتكب الفعل الذى نشأ عنه الخطر يستفيد من عذر قانوني^(٢) .

ولا يشترط فى الخطر أن يكون حقيقياً بل يجوز الدفاع عن حيازة العقار ولو كان الخطر وهمياً ، مادام المدافع قد توهم وجود خطر حقيقى يمدق به ، وكان اعتقاده قائماً على أسباب سائغة بالنظر إلى موقف الرجل المعتاد الذى يوجد فى مثل ظروف المدافع^(٣) ، فلو أن شخصاً رأى آخر ليلاً خارج مسكنه وكان هذا الشخص بالصادفة ينظر إلى أعلى ، فظن صاحب المسكن أنه يريد أن يتسلق جدار المنزل ، فذلك يبيح استعمال القوة للدفاع عن المسكن ولو ثبت فيما بعد أن هذا الرجل لا يريد التسلق قط . وقد تواترت أحكام القضاء المصرى على اعتناق كفاية الخطر الوهمى لقيام حالة الدفاع الشرعى ، لأن القانون لا يوجب بصفة مطلقة لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء حقيقياً ، بل يصح القول بقيام هذه الحالة ولو كان الاعتداء وهمياً لا أصل له فى الواقع وحقيقة الأمر ، متى كانت الظروف والملايسات تلقى فى روع المدافع أن هناك اعتداء جدياً وحقيقياً موجهاً إليه ما دام هذا الاعتقاد أو التصور قائماً على أسباب معقولة^(٤) .

٢ - أن يكون الخطر حالاً :

لا يكفي أن يكون الخطر غير مشروع ، ولكن يشترط أيضاً أن يكون حالاً ، وتنص التشريعات على هذا الشرط بتعبيرات مختلفة ، وإن اتحدت فى الدلالة على حلول الخطر ، فبعضها بقوله : " خطر حال " أو " اعتداء بدأ أو على وشك الوقوع " ، وبعض التشريعات باستخدام عبارة " ضرورة حالية"^(٥) ،

(١) د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٢٦ ، نقض جنائى ١٩٦١/٤/٢٤ مجموعة الاحكام س ١٢ رقم ٩٢ ص ٥٠٠ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ١٩٨ ص ٢٠٠ .

(٣) د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء فى الدفاع الشرعى ص ١٧٧ - ١٧٨ ، عكس ذلك ، د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٢٦ ، د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٠١ ص ٢٠٣ .

(٤) نقض جنائى ١٩٤٤/١٢/٢٥ مجموعة عمر ج ٦ رقم ٤٣٧ ص ٥٧٢ ، نقض جنائى ١٩٦٥/٥/١٧ مجموعة الاحكام س ١٦ رقم ٩٣ ص ٤٦٣ ، ١٩٦٩/٦/٢٣ مجموعة الاحكام س ٢٠ رقم ١٩٠ ص ٩٦٠ ، ١٩٧٦/١٠/٤ مجموعة الاحكام س ٢٧ رقم ١٥٧ ص ٦٩٨ .

(٥) م ٢١ ع بولونى ، ٥٢ ع ليطالى ، م ١٣ ع دنماركى ، م ١٣ ع ايسلندى ، م ٣٢٨ ع فرنسى ، م ٤١٦ ع بلجيكى .

للتعبير عن حلول الخطر . واشتراط كون الخطر حالاً مرتبط بعلة إباحة فعل الدفاع ، لأن أفعال الدفاع تهدف إلى دفع خطر سيلحق بحق معين ولا مجال أمام السلطات العامة لدفعه ، والوقاية تفترض أن الخطر لم يتحقق بعد فإذا تحقق الخطر فلا محل للدفاع (١) .

والخطر يكون حالاً إذا كان وشيك الوقوع ، إذا يفترض أن الاعتداء لم يبدأ بعد ، ولكن الجاني اتخذ أفعالاً لا تترك مجالاً للشك في أن الخطر سيتحقق وفقاً للمجرى العادي للأمر ، ومن ثم فلا إلزام على المدافع أن ينتظر حتى يبدأ الاعتداء عليه ، بل يجوز له الدفاع بمجرد أن يتهدده الخطر الوشيك ، ولتحديد ما إذا كان الخطر وشيكاً أو غير وشيك يتعين النظر إلى رجل معتاد في نفس ظروف المدافع ، فمعيار تحديد كون الخطر وشيكاً أو غير وشيك معيار موضوعي حيث يتجنب التقدير المنحرف للمدافع ، كما لا يغفل الظروف التي أحاطت بالمدافع (٢) .

وإذا كان يشترط في الخطر أن يكون وشيكاً ، فيجب أن يكون الاعتداء لم يقع بعد ، فإذا كان الاعتداء وقع فعلاً فقد تحقق الخطر ولا محل للدفاع ضد خطر تحقق ، وكل ما يصدر عن الجاني عليه بعد تحقق الخطر هو من قبيل الانتقام أو الثأر ، إذ يُشترط قانوناً لتبرير الدفاع الشرعي أن يكون الاعتداء حالاً أو على وشك الحصول فلا دفاع بعد زوال الاعتداء (٣) .

وإذا كان يشترط في الخطر أن يكون حالاً بحيث لو تحقق فلا مجال للدفاع ، إلا أن الدفاع جائز لمنع استمرار الاعتداء (٤) ، متى كان يهدد بوقوع جريمة أو ما زال الاعتداء موجوداً ، فلو أن شخصاً دخل منزلاً لآخر فقد تحقق الخطر ، ولكن يجوز الدفاع لمنع استمرار العدوان بعد الدخول إلى المنزل .

ثانياً : شروط القوة اللازمة لرد الاعتداء :

يشترط في القوة اللازمة لرد الاعتداء الواقع على حيازة العقار :

١ - أن تكون القوة ضرورية : وهذا الشرط يعبر عنه بلزوم الدفاع (٥) ، وهذا شرط منطقي بحيث إذا لم تكن القوة لازمة لرد الاعتداء ، ومن الممكن تجنبه دون استخدام القوة فلا يتوافر حق الدفاع ، ومن ثم يجب أن يثبت أن المدافع لم يمكنه التخلص من الخطر إلا إذا استخدم

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٠٥ ص ٢٠٧ ، د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء ص ٢٠٣ .

(٢) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٠٧ ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٣) نقض جنائي ١٩٧٢/٣/٢٦ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ١٠٤ ص ٤٦٩ ، ١٩٦٨/٣/٢٥ مجموعة الأحكام س ١٩ رقم ٦٦ ص ٣٥٠ ، ١١/١٣ / ١٩٦١ مجموعة الأحكام س ١٢ رقم ١٨٢ ص ٩٠٥ .

(٤) نقض جنائي ١٩٨٥/٢/١٣ مجموعة الأحكام س ٣٦ رقم ٤٠ ص ٢٤٥ ، ١٩٧٢/٣/٢٦ مجموعة الأحكام س ٢٣ رقم ١٠٤ ص ٤٦٩ .

(٥) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢١٥ ص ٢١٤ .

القوة لرد الاعتداء الواقع عليه ، بحيث إذا كان في وسعه اللجوء إلى السلطات العامة لدفع الاعتداء فلا محل لاستخدام القوة^(١) .

والركون إلى السلطة العامة لدفع الاعتداء لا ينفي عن الفعل صفة الدفاع ، إذا لم يكن من الممكن الرجوع إليها في الوقت المناسب ، بمعنى وجود متسع من الوقت يسمح بالرجوع إليها ، أما إذا لم يوجد متسع من الوقت فإن حق الدفاع بالقوة يظل موجودا ولو لجأ المدافع إلى السلطة العامة قبل بدء العدوان ، ولكن تدخلها لم يكن في الوقت المناسب ولم يحل دون وقوع الخطر^(٢) .

فلو أن شخصا علم بأن آخر ينوى دخول عقاره لمنع حيازته بالقوة وأخبر السلطات العامة بذلك ، ولكن اعتداء المعتدى حدث قبل تواجد السلطة العامة ، ففي هذه الحالة يتوافر الدفاع الشرعي لأن تدخل السلطة لم يكن في الوقت المناسب ولم يكن ليحول دون وقوعه .

وإذا كانت القوة لازمه لرد الاعتداء ، فلا بد أن تكون موجهة إلى مصدر الخطر ، لأن توجيهه القوة إلى غير مصدر الخطر ينفي صفة اللزوم ويتبع ذلك نفي قيام حالة الدفاع الشرعي بالقوة ، لأن الدفاع لم يباح إلا لمنع الخطر الواقع على الحيازة^(٣) . فمن اعتدى على حيازته بواسطة شخص ما لا يجوز له أن يوجه أفعال الدفاع إلى غيره ، لأن فعله لا يجدي في دفع الخطر بما ينفي حالة الدفاع .

٢ - أن تكون القوة متناسبة مع الاعتداء : يجب أن يكون هناك نوع من التناسب بين القوة المستخدمة للدفاع وبين فعل الاعتداء ، وعلّة ذلك أن الدفاع يبيح الفعل اللازم لرد الخطر فيجب أن يكون متناسبا معه لكي لا يتحول فعل الدفاع إلى انتقام ، فإذا كان لدى المدافع مكتة تدرأ فعل الاعتداء بفعل معين فلا يلجأ إلى فعل أكثر جسامة^(٤) ، وتقرير التناسب لا يكون بالنظر إلى الوسيلة في الاعتداء ولا في الدفاع ، ولكن يؤسس التناسب على درجة الخطر ، فلا يشترط أن يستعمل المدافع أداة مماثلة لأداة المعتدى فقد لا تكون في متناول يده ، كما أن التفاوت في القوة البدنية قد يجعل المدافع محتاجا لوسيلة أشد من وسيلة المعتدى ، ومن ثم يجب مراعاة الظروف التي أحاطت بالمدافع حين تعرضه للخطر ولا يجوز محاسبته على مقتضى الفكر الهادئ المطمئن^(٥) .

(١) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢١٧ ص ٢١٥ ، د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٣٤ ، نقض جنائي ١٩٥٩/١/٢٦ مجموعة الاحكام س ١٠ رقم ٢١ ص ٨٣ .

(٢) نقض جنائي ١٩٦٣/٤/٩ مجموعة الاحكام س ١٤ رقم ٦٥ ص ٣٢٢ ، ١٩٦٨/٦/٢٤ مجموعة الاحكام س ١٩ رقم ١٣٥ ص ٧٦٥ .

(٣) ١٩٥٨/١٢/١٦ مجموعة الاحكام س ٩ رقم ٢٦٥ ص ١٠٩٥ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٢٠ ص ٢١٦ ، د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٣٦ .

(٥) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٢٢ ص ٢١٦ - ٢١٧ .

ويكون هناك تناسب بين فعل المدافع وبين فعل المعتدى ، إذا كان فعل المدافع ينطوى على قدر من العنف لا يجاوز القدر الذى كان سيستخدمه شخص معتاد موجود فى نفس ظروف المدافع ، والقاضى فى تقدير التناسب يضع نفسه مكان المدافع ، وينظر ماذا كان يفعل لو وجد مكان المدافع ، وما إذا كان سيلجأ إلى نفس أفعال المدافع أم يلجأ إلى أفعال أقل جسامة ولكن بدون إغفال ظروف المدافع ، والتناسب لا يعنى التطابق التام بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع فذلك مستحيل ، إذ يكفى ألا يكون هناك عدم تناسب ظاهر لأن المساواة الكاملة غير مطلوبة بل يوجد اختلاف تفرضه الظروف ولا بد من التسامح فيه ^(١)

ثالثاً : أثر استخدام القوة للدفاع عن الحياة :

استخدام القوة للدفاع عن الحياة هو استناد إلى حق الدفاع الشرعى المقرر بمقتضى القسانون ، وأثر توافر حق الدفاع الشرع بشروطه يجعل فعل الدفاع مباحاً ومشروعاً ، بمعنى إذا استخدم المدافع القوة بالشروط سابقة الذكر ، فإنها تصبح مباحة ومشروعة ولا يسأل المدافع جنائياً وبالتالي لا توقع عليه عقوبة ولا تقتصر الاباحة على المدافع وحده ولكن يستفيد منها كل من ساهم فى فعل الدفاع سواء كانت المساهمة أصلية أو تبعية ^(٢) .

فلو أن الاعتداء وقع على مترل شخص لم يكن موجوداً أثناء الاعتداء ، وقام شخص من الجيران بدفع هذا الاعتداء بالقوة فهو يستفيد من اباحة القانون لفعل الدفاع ، لأن الدفاع الشرعى يجوز للدفاع عن نفس ومال الشخص أو نفس ومال الغير (م ٢٤٥ عقوبات مصرى) ، وفعل الدفاع تتفى عنه صفة عدم المشروعية ويصبح مباحاً و لو أصاب حقاً للغير دون عمد ، طالما بذل العناية والحيطه لإصابة المعتدى وحده لكن إصابة الغير حدثت لاسباب لا دخل لإرادته فيها ^(٣)

وقد تتوافر شروط الدفاع ولكن يحدث تجاوز من المدافع بمعنى انتفاء التناسب بين الخطر وفعل الدفاع

(١) نقض جنائى ١٩٥٦/١٠/١ مجموعة الأحكام س٧ رقم ٤٦١ ص ٩٥٦ .
= وقضى بأن : " التماثل فى الاعتداء ليس شرطاً من شروط الدفاع الشرعى ، بل أن للمدافع أن يدافع عن نفسه بالوسيلة التى يراها لازمة لرد الاعتداء والتى تختلف باختلاف الظروف " نقض جنائى ١٩٥١/٣/٦ مجموعة الاحكام س ٢ رقم ٢٧٤ ص ٧٢٤ .
(٢) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٣٨ ص ٢٢٨ ، د. مأمون محمد سلامه - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٤٦ .
(٣) انظر بالتفصيل لدى : د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٣٩ - ٢٤٠ ص ٢٢٨ - ٢٢٩ .

= أما إذا أصاب المدافع حقاً للغير عن عمد فإن فعله غير مباح لأن أفعال الدفاع لم توجه إلى مصدر الخطر ولكن يجوز له الاحتجاج بحالة الضرورة ، إذا أصاب حقاً للغير تحت ضغط الضرورة وفى هذه الحالة يشترط أن يكون الخطر على النفس و أن يكون جسماً فى ذات الوقت .

والتجاوز قد يكون بنية سليمة وقد لا يكون بنية سليمة^(١) ، وإذا كان التجاوز بنية غير سليمة فهو جريمة عمدية ويوقع العقاب المقرر لها على المدافع ، أما إذا كان التجاوز بنية سليمة فالقانون يخفف العقوبة ، إذ يجوز للقاضي أن يحكم بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في القانون ، والتخفيف هنا جوازى للقاضي إذا رأى أن المدافع جدير بالتخفيف وله أن يطبق المادة (١٧) من قانون العقوبات الخاصة بالظروف المخففة^(٢) وإذا رأى أن المدافع جدير بقدر من التخفيف لا تسمح به المادة (١٧) فله أن يطبق المادة (٢٥١) عقوبات الخاصة بالتجاوز بنية سليمة ، وهي تقرر الحبس الذى يمكن أن يصل إلى الحد الأدنى وهو أربع وعشرون ساعة^(٣) .

والخلاصة أن القانون الجنائى يبيح استخدام القوة للدفاع عن الحياة العقارية ، فمن وقع عليه اعتداء في حيازته للعقار لا يطلب منه تحمل الخطر والارتكان إلى السلطة العامة ، ولكن له الدفاع عنها بواسطة القوة طالما لم يكن لديه متسع من الوقت للجوء إلى السلطة العامة أو لجأ إليها ولكن تدخلها لم يكن في الوقت المناسب وكل ذلك بمراعاة الشروط السابق ذكرها ، وخاصة فيما يتعلق بالفعل وشروط الخطر وشروط القوة المستخدمة في الدفاع .

(١) د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٤٨ - ٢٤٩ ، د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٤٥ وما بعده ص ٢٣٤ وما بعدها .

(٢) تنص المادة (١٧) ع مصرى على أنه : " يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رافة القضاء ، تبدل العقوبة على الوجه الآتى : - عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . ٢ - الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن . ٣ - عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذى لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور . ٤ - عقوبة السجن بعقوبة لحبس الذى لا يجوز أن ينقص عن ثلاثة شهور " .

(٣) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم العام بند ٢٤٥ - ٢٥١ ص ٢٣٤ - ٢٣٩ .

د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات - القسم العام ص ٢٢٨ - ٢٥١ .

المبحث الثالث

تجريم الاعتداء على الحيازة العقارية بالنصب

نص المشرع الجنائي المصرى فى المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات على جريمة النصب ، وجريمة النصب تقوم على ركنين أساسيين أحدهما الركن المادى وثانيهما الركن المعنوى ، وقد حدد المشرع عناصر الركن المادى ، إما بالطرق الاحتمالية لإيهام الغير ، وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً للمتهم ولا له حق التصرف فيه ، وإما باتخاذ الجاني اسماً كاذباً أو صفة غير صحيحة .
ووسيلة التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً للمتهم ولا له حق التصرف فيه أضيفت إلى قانون العقوبات عند تعديله سنة ١٩٠٤ بناء على طلب مجلس شورى القوانين ^(١) .

وقد جاء فى محضر مجلس شورى القوانين أن : " زيد فى المادة شىء كان لا بد من زيادته وهو عبارة " وإما بالتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه " حتى يدخل فى العقوبة اولئك المحتالون الذين يبيعون إلى شخص ثم قبل أن يسجل العقد أو بعده يبيعون أو يرهنون إلى شخص آخر ويأكلون بذلك ما يأخذون ثمناً أو ديناً ، فإذا أراد أحد المتعاقدين معهم أن يرجع عليهم بما دفع لا يجد فى أيديهم شيئاً ويضيق عليه ما دفع ، فهؤلاء أشد النصابين نصباً الذين تجب عقوبتهم " ^(٢) .

فإضافة هذه الوسيلة كان يهدف عقاب من يتصرف فى عقاره ثم يتصرف فيه مرة أخرى بالبيع أو الرهن ، وكانت الملكية العقارية آنذاك تنتقل بمجرد العقد دون اشتراط التسجيل فكان من يبيع عقاره انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد التعاقد دون اشتراط التسجيل ومن ثم يعتبر البيع الثانى بيعاً لعقار ليس له ملكيته ولا له حق التصرف فيه ، ويقع البائع تحت نص النصب ويعاقب بعقوبته ^(٣) .

وبعد ذلك صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى فأوجبا تسجيل التصرفات العقارية المنشئة لخلق عيني عقارى أصلى ، ورتبا على عدم تسجيل الحقوق العينية العقارية الأصلية أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تتغير ولا تنتقل ولا تزول بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون

(١) ليس لهذه الوسيلة مقابل فى المادة (٤٠٥) ع فرنسى ، د. عبد العظيم وزير - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأموال طبعة ١٩٩٦ - ١٩٩٧ - الناشر دار النهضة العربية - بند ١٦٩ ص ٣٨٧ هـ (١٠٥) .

(٢) انظر لمحاضر جلسات مجلس شورى القوانين جلسة ١٩٠٣/١١/١٧ ملحق الوقائع المصرية رقم ١٤٥ الصادرة فى ١٩٠٣/١٢/١٦ مشار إليه لدى د. محمد مصطفى القللى - النصب بطريق التصرف فى عقار أو منقول - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثامنة - العدد الأول ١٩٣٨ ص ٨٢٥ هـ (٢) ، د. كامل مرسى - شهر التصرفات العقارية - بند ٢٠٨ ص ٣١٢ - ٣١٣ .

(٣) د. كامل مرسى - شهر التصرفات العقارية - بند ٢١٠ ص ٣١٦ ، د. عبد المنعم البدر اوى - عقد البيع - بند ٢٤٤ ص ٣٨٠ .

للتصرفات غير المسجلة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن .
وهذا الوضع يثير التساؤل عن مدى انطباق نص النصب على البائع الذى يتصرف فى عقار له مرة ثانية بعد أن سبق تصرفه فيه ، تعددت الآراء تجاه هذا الموضوع ما بين قائل بالعقاب وما بين رافض ، وكل مدعم رأيه بحجج مستنداً إلى نصوص قانون الشهر العقارى أو نص المادة ٣٣٦ عقوبات ، ومن ثم يجب استعراض موقف الفقه ثم موقف القضاء ثم الانتهاء بتأصيل عقاب الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب .

وبناء على ما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

- المطلب الأول : موقف الفقه من تجريم الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب .
- المطلب الثانى : موقف القضاء من تجريم الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب .
- المطلب الثالث : تأصيل عقاب الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب .

المطلب الأول

موقف الفقه من تجريم الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب

انقسم الفقه إلى اتجاهين بصدد مدى معاقبة البائع بالنصب الذى يتصرف فى عقار له مرتين ، مرة إلى مشتر أول لم يسجل ، ومرة إلى مشتر آخر يبادر إلى تسجيل عقده وتنتقل إليه الملكية والحيابة .

الاتجاه الأول : اعتبار البيع الثانى نصباً :

يتزعم هذا الاتجاه الدكتور عبد السلام ذهنى و الدكتور محمد مصطفى القللى^(١)، ويقولان بأنه إذا تصرف البائع بالبيع فى عقار له إلى مشتر أول لم يسجل ، ثم تصرف فيه بالبيع إلى مشتر آخر سجل عقد ، يعتبر البيع الثانى نصباً معاقباً عليه بعقوبة النصب ، ويدعم الدكتور ذهنى رأيه بالآتى :

١ - ان المشترى الأول بعقد لم يسجل له حقاً قبل البائع ينصب على العقار محل البيع سواء كان حقاً عينياً عقارياً أو حقاً من نوع خاص ، وأن البيع الثانى قائم على تواطئ تدلىسى بين البائع والمشترى الثانى إضراراً بالمشترى الأول الذى لم يسجل عقده ، بما يتيح للمشترى الأول طلب إبطال عقد المشترى

(١) د. عبد السلام ذهنى - قانون التسجيل الجديد - الصادر فى ٢٦ يونية ١٩٢٣ - مجلة المحاماة - السنة السادسة - العدد السابع - ص ٦٢٦ - ٦٢٨ ، د. محمد مصطفى القللى النصب بطريق التصرف فى عقار أو منقول ص ٨٢٥ وما بعدها ، د. محمد نصر الدين منصور - الحماية القانونية للعقود الابتدائية فى البيوع العقارية - الناشر دار النهضة العربية ص ١٠٧ ، د. محمد المنجى - جرائم الاسكان - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - بند ٦ ص ٢٦ .

الثاني المسجل لما يمثله هذا العقد من اقيات على حق مقرر له ، وما دام العقد باطلاً مدنياً لكونه مشوباً بالتدليس فلا بد أن يكون معاقباً عليه جنائياً لصدوره إضراراً بالمشتري الأول .

٢ - ان المشتري الأول لم يصبح أجنبياً عن العقار ليس له حق عليه بل له حق مطالبة البائع بتسليم العقار وحق رفع دعوى صحة التعاقد للحصول على حكم وتسجيله ، حيث تصرح المذكرة الإيضاحية بأنه يجب على البائع أن يمكن المشتري من التسجيل ، وانطلاقاً من الحقوق المتبادلة بين البائع والمشتري الأول يمكن القول ، بأنه ليس للبائع حق التواطؤ مع المشتري الثاني تواطؤاً تدليسياً إضراراً بالمشتري الأول الذي لم يسجل عقده .

٣ - ان حكمة التشريع تقتضى معاقبة من يتصرف في ملك غيره بالبيع أو الرهن أو غير ذلك ، كما يظهر ذلك من محضر جلسة مجلس شورى القوانين بقولهم : ان الغرض هو معاقبة من يحتال ببيع عقاره إلى شخص ما ثم قبل أن يسجل العقد أو بعده يبيع أو يرهنه إلى آخر ويأكل بذلك ما يأخذه من ثمن (١) .

أما الدكتور محمد مصطفى القللى فيدعم رأيه بالقول :

١ - ان تفسير عبارة " ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه " يقصد به معاقبة المالك الذي ليس

له حق التصرف في ماله ، ويحتال بواسطة الايهام باستعمال ذلك الحق الذي سبق أن تصرف فيه .

٢ - ان " الواو " التي وردت في عبارة : " ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه " كما تفهمهم

على أن تستعمل غالباً للعطف ، تفهم كذلك على أنها للتنوع لا العطف ، بمعنى أنها وردت في العبارة بمعنى

" أو " وهذا جائز من الناحية اللغوية والنحوية ، فلا يجب قصرها على العطف ويجب فهمها على أساس

أنها للتنوع (٢)

٣ - بمطالعة تعليقات الحقانية التي جاء فيها " وقد يجوز أن العين لم تكن قط ملكاً للمتهم ولا يجوز

له أن يتصرف فيها التصرف الذي يريد اجراءه لسبق تصرفه فيها " ، نجد أنها تذكر للعقاب حالتين ،

حدهما حالة الشخص الذي لم يكن أبداً مالكاً ، وثانيتهما حالة الشخص الذي كان مالكاً للعين ثم

تصرف فيها ، والحالة الأخيرة منطوية على صورتين الاولى حالة التصرف الذي تزول به الملكية ، والثانية

حالة التصرف الذي لم ينقل الملكية بعد ، ولكن لا يجوز للمتصرف قانوناً أن يتصرف مرة ثانية بعد

لتصرف الأول .

٤ - ان المتصرف بتصرفه الأول لم يكن له قانوناً أن يتصرف فيه مرة أخرى لانقضاء حقه في

لتصرف بمقتضى البيع الأول ولتعلق حق الغير به .

(١) د. عبد السلام ذهني - قانون التسجيل الجديد - المحاماة - س ٦ عدد ٧ ص ٦٢٦ - ٦٢٨

(٢) د. محمد مصطفى القللى - النصب بطريق التصرف في عقار أو منقول - ص ٨٢٧ ، د. محمد المنجي -

برامج الاسكان - بند ٦ ص ٢٦ .

أما ما يرتبه القانون على التصرف الثاني بنقل الملكية للمشتري الثاني ، ما هو إلا حكم أريد به حث المشتري الأول على التسجيل .

٥ - ان القانون الجنائي لا يبنى أحكامه إلا على الواقع وإذا عدنا إلى البيع والتسجيل نجد أن المالك إذا باع مرة ثانية فإن تصرفه يكون غير جائز وغير قانوني لمخالفته للالتزامات الناشئة عن عقد البيع الأول ، ولو كان له حق التصرف لما استطاع المشتري الأول أن يطالبه بالتعويض ، إذ لا مسئولية على استعمال شخص لحق ، ومن ثم يعاقب البائع الذي يتصرفاً في العين تصرفاً ثانياً لأنه مالك ليس له حق التصرف في العين بعد أن صدر منه التصرف الأول (١) .

الاتجاه الثاني : عدم اعتبار التصرف الثاني نصباً :

يرى غالبية الفقهاء أن التصرف الثاني لا يعتبر نصباً (٢) ، مدعمين رأيهم بالحجج الآتية :

١ - إنه في ظل قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل ، ومن ثم إذا تصرف شخص في عقار سبق له التصرف فيه إلى مشتري أول ينظر إلى ما إذا كان حق الملكية السابق التصرف فيه قد انتقل قانوناً إلى المتصرف إليه أول منتقل ، فإذا كان قد انتقل بالتسجيل إلى المتصرف إليه الأول وقع التصرف الثاني تحت طائلة النصب ، أما إذا لم يكن قد انتقل إلى المتصرف إليه الأول فهو بمنأى عن النصب (٣) .

٢ - إن نص المادة ٣٣٦ عقوبات يوجب اجتماع شرطين انعدام الملكية وانعدام حق التصرف ، ولا يمكن الاكتفاء بأحدهما دون الآخر ، والنص الصريح يجب إعماله ولو كان متناقضاً مع الأعمال التحضيرية (٤) ، كما أن المتصرف ما زال مالِكاً ما دام التصرف الأول لم يسجل وإن قيد حقه في التصرف ، ومن ثم لا تقوم جريمة النصب لأنه صادر من مالك ويستوى أن يكون المتصرف إليه الثاني حسن

(١) د. محمد مصطفى القلبي النصب بطريق التصرف في عقار ص ٨٣١ ، ٨٣٧ ، ٨٣٧ ، ٨٤٠ .

(٢) منهم على سبيل المثال ، د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص طبعة ١٩٨٨ الناشر دار النهضة العربية - بند ١٤٠٧ ص ١٠٢٢ ، د. رعوف عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال الطبعة السادسة ١٩٧٤ - الناشر دار الفكر العربي - ص ٤٧٠ ، د. عبد العظيم وزير - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص بند ١٧٦ ص ٣٦٩ ، د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص طبعة ١٩٨٦ الناشر دار النهضة العربية بند ٥٤٦ ص ٥٧٩ ، د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ١٩٩٠ الناشر دار النهضة العربية - بند ٩٤٨ - ٩٤٩ ص ٨٥٣ - ٨٥٤ ، د. كامل مرسي - شهر التصرفات العقارية - بند ٣٠٩ ص ٣١٥ ، د. عبد المنعم البدر أوى - عقد البيع - بند ٢٤٤ ص ٣٨٠ ، صليب سامي - التسجيل والشهارة التصرفات العقارية - مجلة المحاماة - السنة الثامنة - العددان السادس والسابع - مارس وأبريل ١٩٢٨ - ص ٦٦٩ - ٦٧١ ، د. رمسيس بهنام - قانون العقوبات - جرائم القسم الخاص - بند ١٠١٨ ص ١٢٤٨ .

(٣) د. كامل مرسي - شهر التصرفات العقارية - بند ٣٩ ص ٣١٥ .

(٤) د. عبد العظيم وزير - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص بند ١٧٦ ص ٣٩٦ .

النية لا يعلم بالتصرف الأول ، أو أن يكون سبب النية متواطئاً مع البائع لتجريد المشتري الأول من حقه^(١) .

٣- ان التصرف الثاني للبائع تصرف صادر من مالك لأن المالك لا يتجرد من ملكيته إلا إذا سجل التصرف الأول ، وما دام التصرف الأول لم يسجل فليس له من أثر سوى الالتزامات الشخصية في مواجهة البائع دون المساس بملكته ، وإذا كان للمشتري الأول حق شخصي ينصب على العقار إلا أن هذه العلاقة تنقطع بمجرد تعلق حق الغير بهذا العقار بالتسجيل ، كما أن قانون التسجيل لم يعد فيه مجال للبحث عن سوء وحسن النية إذ هو قضى على نظرية سوء وحسن النية فيما يتعلق بالعقود والأحكام المنشأة للحقوق العينية العقارية ، وإذا كان الركن الأساسي في جريمة بيع ملك الغير لم يتوافر فلا يكون هناك مجال للبحث عن علة التشريع^(٢) .

المطلب الثاني

موقف القضاء من تجريم الاعتداء على الحيازة العقارية بالنصب

استقر قضاء النقض المدني على أن الملكية وسائر الحقوق العينية العقارية لا تنتقل الا بالتسجيل ، وقبل التسجيل لا يكون للمشتري الذي لم يسجل سوى مجرد أمل في الملكية ، حيث تقول في أحد أحكامها :

" إن المادة الأولى من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تنص على أن جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله يجب تسجيلها ، وأن عدم تسجيلها يترتب عليه أن هذه الحقوق لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين أنفسهم ولا بالنسبة للغير ولا يكون للعقود غير المسجلة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ، وأن هذه الأحكام تعتبر مقيدة للنصوص الحالية الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين ، فإذا لم يحصل التسجيل فإن الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف إليه ، ولا يكون المتصرف إليه في الفترة التي تمضى من تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أى حق آخر .

وفي تلك الفترة إذا تصرف متصرف لشخص آخر فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً ، فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول فقد خلصت له بمجرد تسجيله

(١) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص بن ١٤٠٧ ص ١٠٢٣

(٢) صليب سامى - التسجيل والشمار التصرفات العقارية ص ٦٧١

تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق الأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سعي النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه من الصفقة ، وإذا لا يقبل من أى إنسان إذا لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً للملك إليه فعلاً أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقاً عينياً على العقار يحتاج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا لسوء نية المتصرف ولا للتواطؤ " (١) ، كما أن مناط المفاضلة عند تراحم المشترين بشأن عقار واحد تكون على أساس الأسبقية في الشهر" (٢) .

وقد سلك قضاء النقض الجنائي مسلك قضاء التقض المدني حيث قضى بأن الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل وأن المفاضلة بين المتراحمين تكون على أساس الأسبقية في التسجيل دون نظر إلى حسن أو سوء النية ، حيث تقول في أحد أحكامها :

" إنه بعد صدور القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الخاص بالتسجيل أصبح عقد البيع لا ينقل ملك المبيع إلى المشتري الا بالتسجيل ، فإذا كان المشتري الأول لم يسجل عقده وبيع العقار مرة أخرى إلى شخص آخر وسجل هذا الشخص عقده فإن الملكية تنتقل إليه هو بالتسجيل ولا عقاب على البائع في هذه الحالة ، ولا دخل لحسن النية أو سوءها فيما يتعلق بعلاقة البائع بالمشتريين الأول والثاني ، كما لا دخل لحسن نية المشتري الثاني ولا لسوئها وقت شرائه ، لأن انتقال الملكية أصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطاً بالتسجيل وحده ولأن الأسبقية بين المتراحمين أصبحت لمن انتقلت له الملكية فعلاً بالتسجيل" (٣) .

فإذا تصرف البائع في عقاره مرتين بعقود عرفية لا يقع تحت طائلة العقاب ، لأن عقود البيع الابتدائية الصادرة للمجنى عليهم السابقين لا تعتبر مشروعات كاذبة بالنسبة للآخرين ، لأن المتهم (المتصرف) كان يمتلك وقت كل عقد منها حق التصرف بسبب عدم انتقال الملكية إلى أحد المشتريين لعدم تسجيل العقود (٤)

وقد اشترطت محكمة النقض للعقاب اجتماع شرطى انعدام الملكية وانعدام حق التصرف ، بحيث إذا تخلف أحدهما فلا محل للعقاب ، وفي صدد ذلك تقول : " إن الشارع إذ جعل تصرف المتصرف في ملكه نوعاً من الاحتيال قائماً بذاته ومستقلاً عما يقع بالطرق الاحتمالية الأخرى الميئة بالمادة ٢٩٣

(١) نقض ١٩٣٥/١٢/١٣ مجموعة عمر ج ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ ، ١٩٦١/١/٢٩ مجموعة الأحكام س ١٦ رقم ١٢ ص ٧٣ .

(٢) ١٩٥٨/٤/٣ مجموعة الأحكام س ٩ رقم ٣٦ ص ٣٣٠ ، ١٩٦٥/١/٢١ مجموعة المبادئ رقم ٤٨٠ ص ٢٨٦ ، ١٩٦٣/٣/١٤ مجموعة المبادئ رقم ٤٨١ ص ٢٨٧ .

(٣) نقض ١٩٨٢/١/٢٧ الموسوعة الشاملة ج ١ رقم ١٨ ص ٨٨ ، ١٩٦٥/٥/٢٧ مجموعة المبادئ رقم ٥٣٠ ص ٣١٨ .

(٤) ١٩٣٣/١١/٢٠ مجموعة القواعد ج ٢ رقم ٤٢ ص ١٠٧ .

(٥) نقض جنائي ١٩٤١/٥/٢٦ مجموعة عمر ج ٥ رقم ٢٦٨ ص ٥٢٥ .

عقوبات (م ٣٣٦ ع حالى) قد اشترطت لاعتبار هذا التصرف نصاً معاقباً عليه هذه المادة أن يكون المال الذى حصل للمتصرف فيه ليس مملوكاً للمتصرف ولا له حق التصرف فيه ، فإذا تصرف شخص في عقار كان مملوكاً له وسبق له التصرف فيه لشخص آخر فيختلف الحكم بحيث إذا كان حق الملكية السابق التصرف فيه قد انتقل قانوناً إلى المتصرف له أو لم ينتقل إليه ، فإذا كان قد انتقل بالتصرف الأول وقع التصرف الثانى في غير ملكه ووجب عقابه بعقوبة النصب^(١) .

وفى سبيل تأكيد اجتماع شرطى انعدام الملكية وانعدام حق التصرف ، تلتزم محكمة الموضوع إذا قضت بالادانة أن تعنى ببيان عدم ملكية المتهم وما إذا كان له حق التصرف فى العين ، حيث قضت بأنه: "لا تتحقق جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً للمتصرف ولا له حق التصرف فيه الا باجتماع شرطين: الأول أن يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف ، والثانى ألا يكون للمتصرف حق التصرف فى ذلك العقار ، ومن ثم فإنه يجب أن يعنى حكم البراءة فى هذه الحالة ببيان ملكية المتهم للعقار الذى تصرف وما إذا كان له حق فى هذا التصرف من عدمه ، فإذا هو اقتصر فى هذا البيان كان ذلك تفويتاً لحق محكمة النقض فى مراقبة تطبيق القانون على الواقعة الثابتة بالحكم الأمر الذى يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه"^(٢) .

ومادام التصرف الأول لم يسجل فإن الملكية لا تزول عن البائع ، فإذا تصرف فيه مرة أخرى لا يقع تحت طائلة النصب لانتهاء أحد الشرطين من كونه غير مالك ، وليس له حق التصرف فيه ، ومن ثم فلا عقاب على من كان مالكاً وله حق التصرف، أو من كان مالكاً وليس له حق التصرف، أو كان غير مالك وله حق التصرف، فلا عقاب الا على من كان غير مالك وليس له حق التصرف .

ومن جماع ما تقدم يتضح أن قضاء النقض المدنى استقر على أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل وأن أساس المفاضلة بين يبعين لعقار واحد هو التسجيل ولا عبرة بسبق التصرف ، ومن ثم يجوز للبائع أن يبيع عقاراً لم يشره سجل فيفوز بالملكية ، وقد سار قضاء النقض الجنائى على هذا المنوال باعتبار أن التسجيل هو مناط زوال الملكية عن البائع فإذا تصرف فى عقاره مرة أخرى قبل تسجيل التصرف الأول فلا يكون مرتكباً لجريمة نصب لأنه ما زال مالكاً للعقار وله حق التصرف فيه ، وأن التأيم يكون باجتماع الشرطين معاً ، عدم ملكية الجاني وانعدام حقه فى التصرف فإذا تخلف أحد الشرطين فلا محل للعقاب .

(١) نقض جنائى ١٩٤٩/١٢/١٩ مجموعة الاحكام س ١ رقم ٥٦ ص ١٧٠ ، ١٩٧٩/٣/٨ مجموعة الاحكام س ٣٠ رقم ١٦٩ ص ٧٩٦ .

(٢) نقض جنائى ١٩٧٩/٦/٨ مجموعة الاحكام س ٣٠ رقم ١٦٩ ص ٧٩٦ .

المطلب الثالث

تأصيل تجريم الاعتداء على الحياة العقارية بالنصب

إن قانون الشهر العقارى عندما علق انتقال الملكية العقارية إلى المشتري على التسجيل أراد أن يؤمن انتقال الملكية للمشتري لكي يستطيع الاحتجاج بما لو كان ذوى الأطماع الجشعة يحتالون على هذه القواعد لسلب ثروات الغير إذ يبعون عقاراتهم إلى مشتر أول ثم تسول لهم أنفسهم طمعا في المزيد من المال يبيع نفس العقار إلى مشتر ثانى قبل أن يسجل المشتري الأول تصرفه فيبادر المشتري الثانى بالتواطؤ أو بدون التواطؤ مع البائع إلى تسجيل عقده ويفوز دون الأول بالملكية وبفعلة المتصرف هذه يعتدى على ملكية وحياة المشتري الأول للعقار .

صحيح أنه لا عقوبة على البائع بالبيع الثانى لأنه تصرف فيما يملك وفقا لقانون الشهر العقارى وفاز المشتري الثانى بالملكية عندما سجل عقده ، ولكن هذا التصرف يمثل اعتداء على حق المشتري الأول الذى قد يكون تكبد الكثير في سبيل تعاقدته مع البائع على شراء العين ، فكان لا بد من إيجاد محاولة أو وسيلة لتجريم البيع الثانى .

ففى غالب الأحيان لا تكون الجزاءات المدنية رادعة بالقدر الكافى لكبح جماح الطامعين ، ولا تمثل حماية فعالة للمتصرف إليه الأول ، فكان لا بد من تقرير جزاء جنائى بجانب الجزاء المدنى يقضى بمعاقبة كل من تسول له نفسه بالتصرف فى العين مرتين متواتين مع المشتري الثانى وافتياتا على حق المشتري الأول فالجزاء الجنائى ذو فاعلية أكبر من الجزاء المدنى ويحقق الثقة والاطمئنان فى مجال المعاملات العقارية بما يساعد على سرعة المعاملات ، وهو بذلك يحافظ على السلام والأمن الاجتماعى وازاء ذلك يجب معاقبة المالك الذى يتصرف فى عقار يملكه مرتين بما يمثله ذلك من اعتداء على المصالح الفردية .

وفى مجال البحث عن تقرير العقاب تبدو المحاولة إلى إيجاد نص عام يقرر عقاب من يتصرف فى ملكه ببيع أول ثم ببيع ثانى . ولما كانت المادة (٣٣٦) عقوبات مصرى تنص على أن "يعاقب بالحبس كل من تصرف فى مال ثابت ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه " . فإن البحث يدور حول مدى امكانية تطبيق هذا النص على مثل تلك الحالات .

فالبايع الذى يبيع عقاره إلى مشتري أول لم يسجل عقده ، ثم يقوم ببيعه مرة ثانية إلى مشتري آخر يبادر إلى تسجيل عقده ، يعتبر مرتكبا لجريمة النصب المنصوص عليها فى المادة (٣٣٦) عقوبات مصرى ، واذا كانت هذه المادة تعاقب المتهم على التصرف الثانى باعتباره وسيلة للاستيلاء على نقود الغير الا أنها بجانب ذلك تقرر العقاب على التصرف ذاته ، باعتباره يمثل اعتداء على حق المتصرف إليه الأول ، لأن

هذا التصرف ينطوي حتماً على معنى اضاءة العين من حيازة المتصرف اليه الأول بما يمثل اعتياداً على حيازته .

ويمكن عقاب المالك بعقوبة النصب وفقاً للمادة (٣٣٦) عقوبات إذا تصرف مرة ثانية في العين ولم يسجل التصرف الأول للأسباب الآتية :

١ - بالرجوع إلى تعليقات وزارة الحفانية عند وضع النص نجدها تقرر : " وقد يجوز أن العين لم تكن قط ملكاً للمتهم أو لا يجوز له أن يتصرف فيها التصرف الذي يريده لسبق تصرفه فيها " فهذه التعليقات تبين أن العقاب يكون في حالتين : الحالة الأولى التي لم يكن فيها التهم مالكاً أبداً للعين وهذه مسلم بها ، لأن من تصرف في عقار لم تكن له ملكيته في يوم ما فهو مرتكب لجرمة النصب ، أما الحالة الثانية وهي حالة الشخص الذي كان مالكاً للعين ثم تصرف فيها ، والتعليقات هنا لم تقرن التصرف بالتسجيل ، بل ذكرت كلمة التصرف بدون اقترانها بالتسجيل بقوها " لسبق تصرفه فيها " مما يعنى أن تصرف البائع في هذه الحالة يترع حق المالك في التصرف في العين مرة ثانية ولو لم يسجل البيع الأول .

٢ - وبالرجوع مرة أخرى إلى تعليقات الحفانية ، نجدها تقرر أن هذه العبارة زبدت : " حتى يدخل في العقوبة أولئك المحتالون الذين يبيعون عقارهم إلى شخص ثم قبل أن يسجل العقد أو بعده يبيعون أو يرهنون إلى شخص آخر " ، ويتضح من هذه التعليقات أن الهدف من وضع هذه العبارة معاقبة كل من يتصرف في العقار إلى متصرف إليه لم يسجل عقده ثم يبعه إلى مشتري ثان ، ويتضح ذلك من القول " قبل أن يسجل " ، فالعقاب مقرر حتى ولو لم يسجل المتصرف إليه الأول عقده بالمقارنة بالحالة الثانية التي تعاقب فيها على تصرف المالك بعد تسجيله التصرف الأول ، فحكمة العقاب متوافرة في الحالتين حالة ما إذا سجل التصرف الأول وحالة ما إذا لم يسجل ، لكون الاعتداء واقعاً على حق المتصرف اليه الأول رغم وقوعه على المتصرف الثاني إذا سجل التصرف الأول .

٣ - بالرجوع إلى نص المادة (٣٣٦) عقوبات مصرى نجدها تشترط للعقاب في هذه الحالة أن " يتصرف (المتهم) في مال ثابت ليس لمملوكاً له ولا له حق التصرف فيه " ، وغالبية الفقهاء يذهبون إلى القول بأن المادة (٣٣٦) عقوبات مصرى تتطلب اجتماع شرطى انعدام الملكية وحق التصرف للمتهم للقول بالعقاب ، مستدين إلى أن " الواو " التي وردت في العبارة استعملت للعطف ، فكان لا بد من اجتماع الشرطين معاً ، فإذا تخلف أحدهما امتنع العقاب ، ولكن من الناحية اللغوية والنحوية أن حصر " الواو " كما يستخدم للعطف في المادة فإنه يستخدم أحياناً للتنويع ، ومن ثم فلا يجب قصر تفسير " الواو " في هذه الحالة على أنها للعطف دون التنويع ، بمعنى أن المتصرف يستحق العقاب إذا لم يكن مالكاً أو لم يكن له حق التصرف .

ومن منطلق هذا التفسير اللغوي والنحوي للواو بكونها وردت في العبارة للتبويب لا للعطف يكفي للعقاب أن يتوافر أحد الشرطين ، إما أن يكون المتصرف غير مالك لأن ملكيته انتقلت إلى آخر بالتسجيل ، وإما كونه مالكا وليس له حق التصرف لأن تصرفه في العين يعقد غير مسجل تعلق به حق المتصرف إليه الأول .

و إذا اكتفينا بشرط عدم الأحقية في التصرف ، فهل صحيح أن المتصرف رغم أنه مالك ، أصبح لا يجوز له قانوناً التصرف مرة أخرى في العين لسبق تصرفه فيها يعقد غير مسجل أو بمعنى آخر إذا تصرف شخص في عقار له إلى مشتر أول لم يسجل عقده ، فهل يمكن القول بأن المالك بتصرفه هذا لا يجوز له التصرف في العين ببيع ثان إلى مشتر آخر ؟

والحقيقة أن المتصرف بتصرفه الأول الذي لم يسجل رغم أنه طبقاً لقانون التسجيل ما زال مالكا إلا أنه أصبح لا يجوز له التصرف مرة ثانية بما يوقعه تحت طائلة العقاب .

وتقييد حق المتصرف في التصرف مرة ثانية في هذه الحالة يرجع إلى أن المتصرف إليه الأول قد انصب حقه على العين محل التصرف ، وفي سبيل اقتضاء حقه ليفوز بالملكية والحيازة يقدر له القانون ضمانات تعينه على ذلك ، وفي نفس الوقت تحول بين المتصرف وبين التصرف مرة أخرى في العين .

فالباع غير المسجل ينشئ على عاتق البائع جميع الالتزامات المتولدة عنه ، فهو ينشئ التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية ، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد ، فعليه تقديم مستندات الملكية للمشتري والحضور أمام موظف الشهر العقارى للتصديق على توقيعه ، كما ينشئ العقد الابتدائي على عاتق البائع التزاماً بالتسليم لكي يمكن المشتري من حيازة العين وإذا سلمه العين لا يستطيع أن يرفع دعوى ثبوت الملكية على المشتري بحجة أنه ما زال مالكا لعدم تسجيل المشتري عقده .

كما ينشأ على عاتق البائع - أيضاً - التزام بضمان التعرض للمشتري ومنها التعرض القائم على سبب قانوني ، كما لو بيع العقار مرة ثانية قبل تسجيل العقد الأول ، كما يضمن البائع تعرض الغير المبني على سبب قانوني كما لو بيع العقار مرة أخرى لمشتري ثان سجل العقد .

ومن منطلق هذه الالتزامات التي يولدها العقد الغير مسجل ويمكن القول بأن المتصرف رغم كونه ما زال مالكا للعين لعدم تسجيل التصرف الأول إلا أنه أصبح لا يجوز له التصرف في العين مرة أخرى لتعلق حق المتصرف إليه الأول بها .

وبناء على ما تقدم إذا تصرف البائع في العقار يعقد لم يسجل فقد تقييد حقه في التصرف مرة ثانية في ذات العين رغم كونه ما زال مالكا طبقاً لقانون التسجيل العقارى ، ومن ثم فهو يقع تحت طائلة العقاب إذا تصرف مرة ثانية لذات العين ، انطلاقاً من الاكتفاء بأحد الشرطين وهو عدم أحقية البائع في التصرف دون تطلب اجتماع شرط انعدام الملكية .

وإذا كان يجب معاقبة البائع بعقوبة النصب طبقاً للمادة (٣٣٦) عقوبات في وضعها الحالي ، إلا أنه يجب على المشرع التدخل لتعديل المادة (٣٣٦) عقوبات و لا يقتصر على حذف حرف "الوار" وإحلال أو محله (١) ، ولكن يجب أن يكون التعديل على نحو يجعل النص يشمل عقاب كل من تصرف في عقار لا يكون له حق التصرف فيه سواء كان غير مالك أصلاً أو كان مالكا ولكن لا يجوز له التصرف فيه لسبق التصرف فيه بعقد لم يسجل .

(١) انظر في تعديل النص د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - بند ٩٤٩٩ ص ٨٥٥ ، وفي مناداة المشرع بالتدخل لتعديل المادة (٣٦٦) ع مصرى لتشمل جميع أنواع التصرفات العقارية ، الدناصورى وحامد عكاز - الحيابة المدنية وحمانيها الجنائية ص ٥٥٣ .

الباب الثالث

حماية حيازة العقارات المملوكة للدولة

تمهيد وتقسيم

يوجد في حيازة الدولة نوعان من الأموال ، أحدهما يسمى بالأموال العامة ، وهى العقارات والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة ، سواء كان التخصيص لاستعمال الجمهور مباشرة أو عن طريق مرفق عام ، وهذه الأموال تسمى بالدومين العام ، أما ثانيهما فيسمى بالأموال الخاصة وهى مملوكة للدولة وليست مخصصة للمنفعة العامة وتسمى بالدومين الخاص^(١) ، وأموال الدولة سواء العامة أو الخاصة هى وسيلة الدولة فى أداء مهامها ، ولذلك وفر لها المشرع حماية حفاظاً على ملكية وحيازة الدولة لهذه الأموال ومن المعروف ان العقارات العامة تخضع لنظام قانونى مختلف عن المقرر للعقارات الخاصة من حيث الحماية ، ورغم اختلاف النظام القانونى لكلا النوعين إلا أن المشرع يرى لاعتبارات معينة ، أن يمد نطاق الحماية المقررة للعقارات العامة لتشمل عقارات الدولة الخاصة والهيئات والمؤسسات العامة مراعاة منه للمصالح العام ، ولذلك نتناول أنواع الحماية ومدى انطباقها على العقارات العامة دون الخاصة ، أو انطباقها على العقارات العامة والخاصة على حد سواء .

وضروب الحماية التى يسبغها المشرع لحماية حيازة عقارات الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، منها ما هو وارد فى القانون المدنى فتسمى بالحماية المدنية ، ومنها ما هو مقرر بالقانون الإدارى فتسمى بالحماية الإدارية ، ومنها ما يشتمل على عقوبة جنائية ، فتسمى بالحماية الجنائية .
ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الأول : الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

الفصل الثانى : الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

الفصل الثالث : الحماية الإدارية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

(١) انظر فى تقسيم أموال الدولة إلى أموال عامة، وألى أموال خاصة ، والمعايير التى قبلت بصدد التمييز بين النوعين : د. سليمان محمد الطماوى - الوجيز فى القانون الإدارى - دراسة مقارنة - طبعة ١٩٧٩ - الناشر دار الفكر العربى - ص ٥٤٣-٥٥٠ ، د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإدارى فى ظل الاتجاهات الحديثة - دراسة مقارنة - طبعة ١٩٧٨ - الناشر دار المعارف - ص ٤٠١ - ٤١٢ ، د. محمد انس قاسم جعفر - الوسيط فى الوسيط فى القانون العام - أسس أصول القانون الإدارى - ص ٤٢٩ - ٤٣٧ .

الفصل الأول

الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

يقصد بالحماية المدنية عدم خضوع عقارات الدولة للنظام القانوني المقرر للملكية الفردية ، ومن ثم فلا تسرى قواعد القانون المدنى بشأن القابلية للتصرف أو الحجر أو التملك بالتقادم على الأموال المملوكة للدولة . وتحصر التشريعات على أفراد أموال الدولة بحماية مدنية من شأنها حماية حيازة الدولة لتلك العقارات ^(١)

والحماية المدنية لعقارات الدولة تنظمها ثلاثة قواعد أو مبادئ أساسية هي :

مبدأ عدم جواز التصرف في عقارات الدولة ، ومبدأ عدم جواز الحجر على عقارات الدولة ، ومبدأ عدم جواز تملك عقارات الدولة بالتقادم .

وبجانب تلك القواعد يوجد ما يسمى بوسائل حماية الدولة لعقاراتها وهذه الوسائل تتمثل في دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة .

ومن ثم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : قواعد الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة .

المبحث الثاني : وسائل حماية حيازة العقارات المملوكة للدولة .

(١) وبجانب الحماية الجنائية والإدارية والمدنية للأموال العامة توجد حماية دستورية تشير إلى حماية الأموال العامة ، وقد نصت المادة ٢٦ من الدستور المصرى الصادر فى ٢٣ يونيو ١٩٥٦ على ان " للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن " ثم جاءت نفس الحماية فى المادة ١٥ من الدستور الصادر فى ٢٦ مارس ١٩٦٤ ، واخيرا نصت المادة ٣٣ من الدستور الحالى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على ان " للملكية العامة حرمة وحمايتها و دعمها واجب على كل مواطن وفقا للقانون "

المبحث الأول

قواعد الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

القواعد المقررة لحماية حيازة العقارات المملوكة للدولة ثلاث قواعد ، أولاها : قاعدة عدم جواز التصرف في العقارات العامة ، وثانيتهما : قاعدة عدم جواز الحجر على العقارات العامة ، وثالثتهما : قاعدة عدم جواز تملك عقارات الدولة بالتقادم .

المطلب الأول

عدم جواز التصرف في العقارات العامة

نص القانون المدنى المصرى القديم (م ٩٠ مدنى أهلى) على هذا المبدأ بقوله : " الأملاك الأميرية المخصصة للمنافع لا يجوز بيعها " ، أما القانون المدنى الحالى فقرره فى المادة ٨٧ بقولها : " وهذه الأموال (الأموال العامة) لا يجوز التصرف فيها " ، كما أن التشريع الروسى قرر ذات المبدأ فى الملتين ٢١ ، ٢٢ من قانون المبادئ الأساسية للقانون المدنى السوفييتى والمادة (١٧) من التقنين المدنى الروسى ^(١) . أما القانون الفرنسى لم يكن يوجد به نص يقرر مبدأ عدم جواز التصرف فى الأموال العامة وإنما كانت المادة (٥٣٨) والى تنص على أن " الأموال العامة غير قابلة للتملك الخاص " ، وظل هذا المبدأ مبدأ فقهيًا ، إلى أن صدر قانون حماية الأموال سنة ١٩٥٧ والذى نص فى المادة (٨١) على أن الأموال العامة غير قابلة للتصرف ^(٢) ، ومن ثم تقرر مبدأ عدم جواز التصرف فى العقارات العامة بسند تشريعى لحماية حيازة العقارات العامة .

ويعتبر مبدأ عدم جواز التصرف فى العقارات العامة من أهم قواعد الحماية المدنية المقررة لحماية حيازة الدولة للعقارات العامة . ومضمون هذا المبدأ أنه يحظر على الدولة التصرف فى العقارات العامة بنقل ملكيتها للأفراد ، ومن ثم فلا يجوز التصرف فى العقارات العامة للأفراد بنقل ملكيتها إليهم ، سواء كان هذا التصرف معاوضة كالبيع أو الماىضة أو بدون مقابل كالهبة ، أو إجراء أى تصرف آخر من شأن نقل ملكية العقار العام للأفراد ^(٣) .

(١) أما القانون الانجليزى فيجيز التصرف فى الأموال العامة للأفراد ، بشرط أن يحترم تخصيصها للمنفعة العامة من جانب من انتقل إليه المال ، ونفس الأمر ينطبق فى التشريع اليوغسلافى بالنسبة لمنظمات العمل والمنظمات السياسية . دريفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - ١٩٩٤ - دار الناشر النهضة العربية - ص ٨٠ ، ٨٢ ، ٨٤ .

(٢) دريفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - ص ٧٩ .

(٣) در محمد انس قاسم - الوسيط فى القانون العام - ص ٤٦٨ ، د محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ص ٢٦١ .

وتكمن العلة في تقرير هذا المبدأ ، أن التصرف في العقارات إلى الأفراد يؤدي إلى زوال ملكية الدولة للعقار المتصرف فيه بما يؤدي إلى زوال حيازتها ، فإذا تصرفت الدولة في عقار عام إلى آحاد الناس فإن ملكية وحيازة العقار تنتقل إلى المتصرف إليه ، بما يخلق نوعاً من التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتصرف إليه ، ومن ثم تضحى قواعد القانون المدني عقبة تحول دون تحقيق الغرض الذي خصص له المال العام^(١) .

ويعتبر مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة ، قيماً أراد به الشارع أن يحد من سلطة الدولة في التصرف في عقاراتها العامة ، لكي يكفل الانتفاع العام بالأموال العامة ، ومن ثم فلا يجوز للحكومة أن تعطى الملاك المتاحين للنهر أراضي باعتبارها من طمي النهر متى كانت تلك الأراضي بموقعها ومستواها تعتبر جزءاً من الأملاك العامة ، ويعتبر هذا التصرف باطلاً^(٢) .

وتقرير مبدأ عدم جواز التصرف في العقارات العامة ، لم يقرر لكون طبيعة تلك العقارات تستعصي على التصرف ، ولكن تقرر هذا المبدأ لكي يتلاءم مع تخصيص تلك الأموال للمنفعة العامة فمبدأ الحظر يدور وجوداً وعدمياً مع التخصيص للمنفعة العامة ، ويترتب على ذلك أن الدولة إذا أرادت أن تتصرف في أحد تلك العقارات لا بد أن تنزع عنها الصفة العامة بتحويلها إلى الأملاك الخاصة وبعد ذلك تتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات^(٣) .

ومبدأ الحظر يقتصر على التصرفات التي تتم في نطاق القانون المدني ، أما التصرفات التي تتم بين الأشخاص الإدارية بنقل عقار من ولاية الدولة إلى ولاية شخص إداري آخر كالمحافظة أو المدينة أو القرية أو بالعكس فإنها تصرفات جائزة ، لكون تلك التصرفات لا تتعارض مع تخصيص تلك العقارات العامة^(٤) ، وتكون حيازتها محمية ومستقرة لدى الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة .

كما أن هناك بعض التصرفات التي يمكن أن يترتب عليها نقل حيازة العقار إلى شخص ما ، ولكنها لا تتعارض مع طبيعة العقار العام وكونه مخصصاً للمنفعة العامة ، ولا يمثل هذا التصرف زوالاً لحيازة الدولة ، ومن ذلك أن تمنح الإدارة لبعض الأفراد تراخيص باستغلال عقار لمدة محدودة ، وكذلك عقود الالتزام بمرفق عام ، لأن مثل تلك العقود تطبق عليها قواعد القانون العام التي تعطى الإدارة الحرية

(١) د سليمان الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ص ٥٥١ ، د رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - ص ٨٠ .

Waline, droit administratif, P.520 et s ; Berthélemy , Traité élémentaire de droit administratif . Sepième édition , 1913, Paris , P. 414 - 418 .

(٢) محمد كامل مرسى - الجزء الأول - حق الملكية - بند ١٦٢ ص ٢٠٣ .

(٣) د. محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سيز المرافق العامة ص ٢٦٢ - ٢٦٣ .

(٤) د. طعيمة الجرف - القانون الإداري - ط ١٩٧٨ - دار النهضة العربية - ص ٧٠٩ ، د سليمان الطماوي - الوجيز في القانون الإداري - ص ٥٥١ .

في إنهاء العقود أو تعديلها لدواعي النفعة العامة ، وتستطيع أن تسترد حيازتها في أى وقت شاءت^(١) .
والتصرف الذى تجريه الإدارة بشأن نقل ملكية عقار معين إلى أحد الأفراد يكون باطلاً بطلاناً
مطلقاً ، ومتعلقاً بالنظام العام ويجوز لكل ذى مصلحة التمسك بهذا البطلان ، فيجوز لجهة الإدارة التى
صدر منها التصرف ان تتمسك بالبطلان بطريق الدعوى أو الدفع ، فإذا باعت الإدارة أحد عقاراتها العامة
فيجوز لها رفع دعوى البطلان إذا كانت قد سلمت العقار إلى المشتري ، أو تدفع بالبطلان إذا لم يكن
العقار قد سلم إلى المشتري وطالبها بالتسليم ، ولها كذلك رفع دعوى الاستحقاق لاسترداد ملكية وحيازة
العقار المتصرف فيه ، كما يجوز للمتصرف إليه أن يتمسك ببطلان هذا التصرف استناداً إلى مبدأ عدم
جواز التصرف في العقار العام لكى يتحلل من التزاماته واسترداد الثمن ، فالتصرفات من هذا القبيل
باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تصححها الإجازة اللاحقة من جهة الإدارة^(٢) .

ومبدأ عدم جواز التصرف في العقارات العامة ، لا يسرى إلا على ذلك النوع من العقار
المخصص للمنفعة العامة ، بمعنى أن العقارات الخاصة للدولة لا يسرى عليها هذا المبدأ وتضحى قابلة
للتصرف بجميع أنواع التصرفات كالبيع أو الإيجار ، ، وفقاً للأحكام التى ينص عليها القانون .
ووفقاً لما تقدم تبدو أهمية مبدأ عدم جواز التصرف في العقارات العامة في حماية حيازة الدولة
لعقاراتها العامة ، لانه يمثل قيداً على حرية الإدارة في نقل ملكية وحيازة تلك العقارات للأفراد ، واستناداً
إلى هذا المبدأ تستطيع الإدارة استرداد حيازتها للعقار في أى وقت شاءت باعتبار أن العقار مخصص للمنفعة
العامة ، ونص القانون الذى يقضى بعدم جواز تملك الغير للأموال العامة يعتبر سنداً رسمياً للحكومة يميز
لها استرداد وحماية حيازتها لتلك العقارات^(٣) .

(١) د محمد على عرفه - ج١ بند ١١٦ ص ١٥٠ د السنهورى - الوسيط - ج٨ ، بند ٧٤ ص ١٥٠ ، د محمد
عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة ص ٢٦٢ .

(٢) د السنهورى - الوسيط - ج٨ ، بند ٧٤ ص ١٥٠ ، د محمد على عرفه - ج١ - بند ١١٦ ص ١٤٩
= وهناك رأى يذهب إلى القول بأن البطلان نسبي مقرر لمصلحة الإدارة فقط ولا يجوز للمتصرف إليه التمسك
به ، وهذا البطلان تصححه الإجازة اللاحقة الصادرة من الإدارة د. محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق
العامة - ص ٢٦٢ ، د سليمان الطماوى - الوجيز فى القانون الإدارى - ص ٥٥٢ ، د عبد المجيد عبد الحفيظ
مبادئ القانون فى الوظيفة العامة - الأموال العامة - امتيازات الإدارة - طبعة ١٩٩٢ - الناشر دار النهضة
العربية - ص ١٣٠ .

(٣) د كامل مرسى - الجزء الأول - حق الملكية - بند ١٦٥ ص ٢٠٦ .

المطلب الثاني

عدم جواز الحجز على العقارات العامة

ورد هذا المبدأ في المادة التاسعة من القانون المدنى المصرى القديم (الأهلى) بقولها: "الأموال الأميرية المخصصة للمنافع العامة لا يجوز حجزها" كما ورد ذات المبدأ بالمادة (٨٧) من القانون المدنى الحالى بقولها: "وهذه الأموال العامة لا يجوز الحجز عليها"، كما أن المواد ٩٨، ١٠١، ١٠٤ من القانون المدنى الروسى تنص على مبدأ عدم جواز الحجز على الأموال الاشتراكية المملوكة للدولة أو للتعاونيات الزراعية أو للمنظمات الاجتماعية، ويشمل الأموال التى تعتبر من رأس المال الثابت للدولة أو للتنظيمات التابعة لها^(١).

ومبدأ عدم جواز الحجز على الأموال العامة نتيجة لمبدأ عدم جواز التصرف فى الأموال العامة، فطالما ان العقارات العامة لا يجوز التصرف فيها فإنه بالتالى لا يجوز الحجز عليها، وأهمية ذلك ان الحجز يؤدى إلى بيع العقار جبراً وفاء للدين، وبالتالى يؤدى إلى إخراج العقار من ملكية وحيازة الدولة، فكما ان التصرف الاختيارى محظور، فإن التصرف الجبرى محظور أيضاً، ولذلك لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى ضد العقارات العامة^(٢).

وعلة تقرير هذا المبدأ - كما سبق القول - أن التصرف الاختيارى يؤدى إلى زوال ملكية وحيازة الدولة للعقار العام مما يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة، فمن باب أولى يجب القول أن الحجز غير جائز على تلك الأموال لأنه سيؤدى مآلاً إلى بيع العين بيعاً إجبارياً مما يتعارض مع تخصيصها للمنفعة العامة^(٣).

وإذا كان الحجز على العقارات العامة غير جائز فإن كل ما يؤدى إلى تقرير الحجز يكون غير جائز ومن ثم فلا يجوز لجهة الإدارة أن تقرر حقوقاً عينية تبعية كتقرير رهن رسمى أو حيازى أو حق اختصاص أو امتياز على العقارات العامة، لأن تقرير مثل تلك الحقوق يؤدى فى النهاية إلى الحجز وبيع العقار بيعاً جبرياً بما يخرج من حيازة الدولة، ولذلك يكون تقرير مثل تلك الحقوق غير جائز^(٤)، لتعارض ذلك مع تخصيص تلك العقارات للمنفعة العامة.

ومبدأ عدم جواز الحجز يسرى فى فرنسا على العقارات العامة وعلى العقارات الخاصة المملوكة للدولة استناداً إلى بعض النصوص استناداً إلى بعض النصوص، واستناداً إلى مبدأ عدم جواز تعطيل سير

(١) د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٧٦ - ٧٧.

(٢) د. محمد انس قاسم - الوسيط فى القانون العام - ص ٤٧٢، د. بكر القبيانى - القانون الإدارى - ص ٤٢٢،

(٣) د. السنهورى - الوسيط - ج ٨، بند ٧٥ ص ١٥١، د. سليمان الطماوى - الوجيز فى القانون الإدارى -

ص ٥٥٣.

Berthélemy, dorit administratif, P.219, 220.

المرافق العامة ، ولذلك يري الفقه الفرنسي أن عدم جواز الحجز على العقارات الخاصة للدولة ينطوي على ميزه عالية للدولة لا ترتبط باعتبارات الأموال العامة ، وبذلك أصبح مبدأ عدم جواز الحجز يسري في فرنسا على العقارات العامة والخاصة للدولة ما لم يوجد استثناء يميز الحجز على العقارات الخاصة (١) .

أما في مصر فلا يوجد نص يقرر جواز أو عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة ، ولذلك ذهب رأى في الفقه إلى القول بأن أموال الدولة الخاصة غير قابلة للحجز ، استناداً إلى أن العرف جرى على عدم جواز الحجز على العقارات الخاصة ثقة في يسار الدولة ، ومنعاً للإخلال بسير المرافق العامة ، والذي يحدث عملاً أن قلم المحضرين يمتنع عن إجراء مثل تلك الحجوز ، بالرغم من الأصل جواز الحجز على العقارات الخاصة (٢) ، ولكن ذهب رأى آخر إلى القول بأن أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد الحجز والتنفيذ الجبري كالأفراد العاديين، حيث أن القاعدة العامة هي أن جميع أموال المدين ضامنة لديونه ، وأن سبب الحجز يرجع إلى تقاعس الدولة عن سداد ديونها ، وهذا السبب لا صلة له بمسألة يسار أو عدم يسار الدولة ، كما أن مفهوم المخالفة للمادة (٨٧) من القانون المدني المصري يؤدي إلى القول بأن الأموال الخاصة للدولة يجوز الحجز عليها (٣) .

وإذا كان التشريع المصري خالياً من النص على جواز أو عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة ، نجد أنه ينص في المادة (٤٧) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه " لا يجوز لأى شخص طبيعي أو معنوي أن يحجز أو يضع يده بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون إلا وفقاً لهذه الأحكام ٢- ومع مراعاة ما تنص به المادة ٩٧٠ من القانون المدني يقع باطلاً كل تصرف أو تقرير لأى حق عيني أو تأجير بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ، ويجوز لكل ذى شأن طلب الحكم بهذا البطلان ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها" (٤) .

وإزاء القيود التي قررها المشرع للتصرف في العقارات الخاصة بعدم جواز التصرف الا وفقاً لأحكام هذا القانون ، وإزاء الحماية التي يسبغها على تلك الأموال من تحريم تملكها بالتقادم وحيازتها بأية صفة كانت ، يمكن القول بوجود تطبيق مبدأ عدم جواز الحجز على العقارات الخاصة للدولة ، كنتيجة

(١) د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٧٦، د. محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة - ص ٢٧٤

(٢) من هذا الرأى : د السنهورى - الوسيط - ج ٨ - بند ٨٧ ص ١٦٧، د. احمد ابو الوفا - إجراءات التنفيذ - بند ١١١ ص ٢٣٧، د. رمزي سيف - قواعد تنفيذ الأحكام - بند ١٤٣ ص ١٣٥

(٣) د. محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة ص ٢٧٤، ٢٧٦، عبد المنعم حسنى - منازعات التنفيذ - بند ٥٢ ص ٩٣ .

(٤) انظر د. فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإدارى ص ٤٣٧ .

للقيدود التي وردت بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، يمنع الحجز من جانب الأفراد على عقارات الدولة الخاصة استيفاء لديونهم ، وإن كان من المستحسن تدخل المشرع التدخل لتقرير جواز أو عدم جواز الحجز على الأموال الخاصة للدولة .

وبناءً على مبدأ عدم جواز الحجز على عقارات الدولة إذا اتخذت أية إجراءات تتعلق بالتنفيذ فإنها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا ترد عليه إجازة لاحقة ، ولكل ذي مصلحة التمسك به وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها^(١)

وهكذا نجد أن مبدأ عدم جواز التصرف في العقارات العامة أو الخاصة ينطوي على حماية الحيازة العقارية للدولة حيث يترتب عليه منع خروج العقار من حيازة الدولة كي لا يعرقل تخصيصه للمنفعة العامة ولضمان اضطراد سير المرافق العامة .

المطلب الثالث

عدم جواز اكتساب حق عيني على عقارات الدولة بالتقادم

ورد هذا المبدأ بالمادة التاسعة من القانون المدنى المصرى الأهلى ، بقولها : " الأملك الأميرية المخصصة للمنافع العمومية لا يجوز تملكها بوضع اليد المدة المستطيلة " ، كما ورد فى المادة (٨٧) من القانون المدنى الحالى بقولها : " وهذه الأموال (العامة) لا يجوز تملكها بالتقادم " أما فى فرنسا فلم يكن لتلك القاعدة أساس تشريعى ، وإنما نشأت وفقاً للاجتهادات الفقهية استناداً إلى نص المادة (٢٢٢٦) الذى يقضى بأنه : " لا يمكن كسب الأشياء التى لا تكون داخلية فى دائرة التعامل " ، باعتبار أن الأشياء التى لا تدخل فى دائرة التعامل هى الأموال العامة ، ولكن أيد هذا المبدأ القانون الصادر سنة ١٩٧٥ حيث قرر عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم^(٢) .

ومضمون هذا المبدأ أنه لا يجوز للأفراد التعدى بوضع أيديهم على عقار من العقارات العامة لكسب ملكيتها أو حق عيني عليها بالتقادم ، ويعتبر هذا المبدأ أهم القواعد التى تشكل الحماية المدنية لحيازة عقارات الدولة ، إذ قلما تتصرف الدولة فى أحد عقاراتها العامة أو يقوم أحد الأفراد بالحجز على أموالها ، ولكن الذى يحدث أن أحد الأفراد يضع يده على عقار مملوك للدولة أملاً فى كسب ملكيته أو كسب حق عيني عليه بالتقادم^(٣) ، ولذلك قرر هذا المبدأ .

(١) د محمد على عرفه - جا بند ١١٨ ص ١٥٢ .

(٢) د. زفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٧٣ .

(٣) د. محمد أنس قاسم - الوسيط فى القانون العام - ص ٤٧١ ، ذ سليمان محمد الطماوى - الوجيز فى

فوفقاً لهذا المبدأ يكون الاستناد إلى وضع اليد على العقارات العامة مهما طال أمده غير مؤد إلى كسب واطع اليد للملكية العقار ، لأن التقادم يفترض حيازة قانونية بنية التملك وأن حيازة المال العام لا تصلح أساساً للتقادم ، لكونها حيازة عرضية لا تتوافر فيها نية التملك .

ومبدأ عدم جواز كسب حق عيني على أموال الدولة بالتقادم يسرى على الأموال العامة والأموال الخاصة للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة وشركات القطاع العام و الأوقاف، فقد كانت أموال الدولة الخاصة قابلة لأن تكتسب ملكيتها أو حق عيني عليها بالتقادم ، إلا أن المشرع تدخل بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٥٧ ومنع كسب ملكية الأموال الخاصة أو كسب حق عيني عليها من قبل الأفراد .

ولمزيد من المنع تدخل بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ثم بالقانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ حيث مد نطاق المنع إلى أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام .

ووفقاً لتلك التعديلات أصبحت أموال الدولة الخاصة وغيرها من الأشخاص الإدارية تتمتع بذات الحماية المقررة للأموال العامة ، من حيث عدم جواز كسب ملكيتها بالتقادم^(١) ، فلا يجوز لأحد الادعاء بوضع يده على عقار خاص للدولة لتملكه التقادم .

أما القانون الفرنسي فإنه لا يقرر نفس الحماية للأموال الخاصة للدولة من حيث عدم جواز تملكها بالتقادم ، فهو على العكس من التشريع المصري ، يقضى بخضوع أموال الدولة الخاصة وأموال المؤسسات العامة والأقاليم لنفس قواعد التقادم المقررة في القانون المدني ، من حيث جواز اكتساب الأفراد لملكيتها بالتقادم^(٢) ، ولذلك يجوز للفرد اكتساب ملكية عقار خاص للدولة بالتقادم .

ويعتبر مبدأ عدم جواز كسب ملكية العقارات العامة في مصر وفرنسا ، مرتبطاً بتخصيص تلك الأموال للمنفعة العامة ، كي لا يؤدي كسب ملكيتها من قبل الأفراد إلى تعطيل الانتفاع العام وتعطيل سير المرافق العامة ، أما عدم جواز كسب ملكية العقارات الخاصة يرجع إلى رغبة المشرع في حماية هذه الأموال لكونها تمثل حصيلة الدولة من الموارد المالية .

كما لا يجوز - استناداً إلى هذا المبدأ - كسب حقوق إرتفاق على تلك الأموال بالتقادم ، كما لا تسرى عليها قواعد الالتصاق ، إذ لا يجوز للفرد الادعاء باكتساب ملكية العقار العام بالالتصاق لأن

(١) انظر عدم جواز كسب العقارات الخاصة للدولة بالتقادم ص ١١٢ .

(٢) د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية - ص ٨٠٦ .

المال الخاص يتبع المال العام^(١) ولقد تم التمسك بهذه القاعدة في بعض النواحي
والخلاصة يمكن القول : إن المبادئ الثلاثة سالفة الذكر تكون ما يعرف بالحماية المدنية خيـاـزة
الدولة لعقاراتها إذ يترتب على تقريرهم أنه لا يجوز للدولة أن تتصرف في أي من عقاراتها العامة ، كى لا
يؤدى ذلك التصرف إلى إخراج العين من حيازتها إلى حيازة الأفراد ، كما لا يجوز للأفراد الحجز على
أموال الدولة العامة لمنافاة ذلك للتخصيص العام ، كما لا يجوز كسب ملكية أى عقار من عقارات الدولة
سواء العامة أو الخاصة بالتقادم إذ لو أجز ذلك لأدى إلى دخول العقار حيازة الأفراد بما يترتب عليه
زوال حيازة الدولة عن تلك العقارات .

(١) د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال - ص ٧٥ ، د. محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة - ص ٢٦٧

المبحث الثاني وسائل الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

إذا كانت قواعد الحماية المدنية تتمثل في مبدأ عدم جواز التصرف في الأموال العامة ، ومبدأ عدم جواز الخبز عليها ، ومبدأ عدم جواز كسب ملكيتها أو حق عيني عليها بالتقادم ، إلا أنه تواجد وسائل أو مكنات قانونية تمكن الدولة من وضع تلك المبادئ موضع التطبيق العملي ، بمعنى أنه يتوافر للدولة من وسائل القانون الخاص ما يكفل لها دفع الاعتداء الواقع على حيازتها ، وأهم هذه الوسائل دعوى الاستحقاق ودعاوى الحيازة .

أولاً : دعوى الاستحقاق :

دعوى الاستحقاق بصفة عامة هي الدعوى التي يرفعها المالك لاسترداد شيء يدعي ملكيته من تحت يد الغير بحوزه بدون وجه حق . وتعتبر دعوى الاستحقاق أهم الدعاوى المخصصة لحماية حق الملكية ويرفعها المدعي بصفته مالكا للعين ، ولذلك يطلب من رافعها إثبات أنه المالك للعين ، وهي تهدف في النهاية إلى استرداد حيازة العين المدعى ملكيتها^(١)

وللدولة وبقية الأشخاص الإدارية العامة بما لها من حق ملكية على أموالها العامة أو الخاصة ، يجوز له رفع دعوى الاستحقاق على مغتصب تلك الأموال لاستردادها . فقد جرى الفقه والقضاء في فرنسا ومصر ، على القول بأن للشخص الإداري الحق في حماية أملاكه عن طريق دعوى الاستحقاق مثله في ذلك مثل الأفراد العاديين إزاء حماية أملاكهم^(٢)

ووفقاً لذلك قضى بأن " يجوز لمصلحة السكك الحديدية استناداً إلى عدم جواز التصرف في عقار تخصيصه لمنفعة عامة أن ترفع دعوى استحقاق هذا العقار ، دون حاجة إلى التمسك بالتقادم وإثباته"^(٣) ، كما قضى بأن " إذا كان العقار مما لا يجوز التصرف فيه لتخصيصه للمنفعة العامة ، فلإدارة أن ترفع دعوى بتثبيت الملكية دون حاجة إلى التمسك بامتلاكه بالتقادم"^(٤)

كما أن محكمة النقض الفرنسية تميز للشخص الإداري رفع دعوى الاستحقاق على من يفتصب المال العام ليسترد بها حيازة الشيء المقتصب^(٥) ، فللإدارة إذن الحق في رفع دعوى الاستحقاق على مغتصب عقاراتها للوصول إلى استرداد حيازة العقار كنتيجة للحكم باسترداد الملكية .

(١) انظر ما ذكر بصدد دعوى الاستحقاق ودورها في حماية حيازة عقارات الأفراد ص ٣٥٤ وما بعدها .

(٢) د السنهوري - الوسيط - ج ٨ ، بند ٦٨ ص ١٤٣ ، د. كامل مرسى - ج ١ بند ١١٤ ص ١٣٣ .

(٣) (٤٠٣) استئناف مختلط ١٩٢٤/١٢/٣٠ ، ١٩١٨/٢/٢٧ مشار إليهما لدى د. كامل مرسى - ج ١ بند ١٢٧ هـ ١٥٥

هـ (٢) بند ١١٤ ص ١٣٣ هـ (١) على التوالي

(٥) د السنهوري - الوسيط - ج ٨ ، بند ٦٨ ص ١٤٣

وفي القانون الروسي لما كان المقرر أن الأموال الاشتراكية غير قابلة للتملك بالتقادم ، فإن يجوز استرداد تلك الأموال في أى وقت طبقاً لما هو مقرر في المادة (٥١) من القانون المدنى لجمهورية روسيا ، إذ يجوز للشخص الإدارى رفع دعوى الاستحقاق مهما طال مدة وضع يد الغير على الأموال الاشتراكية ، لأن الحيازة من جانب الغير تعتبر غير مشروعة ، ومتى صدر الحكم لصالح الشخص الإدارى كان له مطالبة الحائز بالتخلي عن حيازة العين مع تحميله بكافة النفقات (١) .

وإذا كان يجوز للشخص الإدارى رفع دعوى الاستحقاق لاسترداد العقار المعتصب ، فإن له أن يرفع دعوى منع التعرض في الملكية شأنه ف ذلك شأن الأفراد العاديين لمنع وإزالة التعرض الواقع على ملكيته ، وقد أقر ذلك التشريع السوفيتى في المادة (١٥٧) بالنص على جواز رفع الشخص الإدارى لدعوى وقف الاعتداء الواقع على الأموال الاشتراكية ، كما لو شغل آحاد الناس عقاراً بدون وجه حق مع إلزامه بالمصاريف اللازمة لإزالة الاعتداء (٢) .

فلا جدال إذن في ان للدولة رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها وحيازتها لأموالها ، وقد ردد القضاء الإدارى ذلك بقوله "إن حق الشخص الإدارى في المال العام وإن كان حق ملكية إلا أنه حق قد يخص الشيء للمنفعة العامة ولذلك سمي بحق ملكية إدارية ، وحق الملكية الإدارية هذا هو الذى يقضى أن يخضع المال العام لأحكام معينة ، ومن حيث إنه إلى جانب الأملاك العامة للدولة توجد الأملاك الخاصة ، والأملاك الخاصة هى الأشياء المملوكة ملكية خاصة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة الأخرى ، ومن حيث إن حق الدولة في الأملاك الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة ف شأن الدولة في تملك الأشياء الخاصة شأن الأفراد في تملك المال الخاص وهى تملك هذه الأشياء الخاصة ، وينبى على ذلك أن يكون للدولة الحق في رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها وفي رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها إن شاءت " (٣) .

ثانياً : دعاوى الحيازة :

دعاوى الحيازة هى خط الدفاع الأول عن الملكية والحماية المثلى للحيازة . ومن المسلم به في الفقه والقضاء أنه للدولة الحق في رفع دعاوى الحيازة شأنها شأن الأفراد العاديين ، باعتبار أن حيازتها العقارية ثابتة لها ، فيجوز إذن للإدارة بماها من ولاية الإشراف على أموالها العامة ، أن تقيم دعاوى الحيازة على الأفراد الذين يعتدون بالغصب على الأموال المخصصة للمنافع العامة ، وأن تطلب رد الأعيان

(١) د. رفيع محمد سلّام - الحماية الجنائية للمال العام ص ٩٥ .

(٣) محكمة القضاء الإدارى ١٩٧٠/١/١١ مشار إليه لدى د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإدارى - الطبعة الثانية ١٩٨٤ - الناشر مكتبة الجلاء بالمنصورة ص ٧٤١ .

المغتصبة إلى حيازتها^(١).

وقد سلم الفقه والقضاء الفرنسي بحق الإدارة في رفع دعاوى الحيازة شأنها في ذلك شأن الأفراد باعتبار أن الملكية ثابتة لها على أموالها العامة تحميها دعوى الاستحقاق ، وتحمي حيازتها دعاوى الحيازة^(٢) ، وقد أقر القضاء الإداري المصري حق الدولة في رفع دعاوى الحيازة بقوله : " يكون للدولة الحق في رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها وفي رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها إن شاءت " ^(٣).

ولا يقتصر حق رفع دعاوى الحيازة لحماية المال العام على جهة الإدارة فقط ، بل يجوز للمرخص له بالانتفاع بالمال العام اللجوء إلى دعاوى الحيازة لإزالة كل اعتداء يعوق الانتفاع بالعين المرخص له في الانتفاع بها .

وخلاصة القول : إن الحماية المدنية لحيازة الدولة لعقاراتها تكمن في مبدأ عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز ، وعدم جواز تملكها بالتقادم مع اختلاف مدى انطباق كل مبدأ على العقارات العامة فقط أو على العقارات العامة والخاصة وتقرير تلك المبادئ يتمشى مع تخصيص تلك الأموال للمنفعة العامة ولتسيير المرافق العامة ، إذ إن إباحة التصرف أو الحجز أو التملك بالتقادم يؤدي إلى زوال الحيازة عن الدولة .

كما أن القانون هياً للإدارة وسائل حماية تمكنها من تحقيق المبادئ سالفه الذكر ، حيث يجوز للإدارة اللجوء إلى دعوى الاستحقاق أو إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازتها لتلك العقارات ، باعتبار أن حيازتها ثابتة لهذه العقارات .

(١) د. كامل مرسى - ج ١ - بند ١١٤ ص ١٢٣ د. سليمان محمد الطماوى - الوجيز في القانون الإداري - ص ٥٥٩ ، د. محمد على عرفه ج ١ - بند ١٢٦ ص ١٦٦ ، د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٩٥ .
(٢) د. السنهوري - الوسيط - ج ٨ ، بند ٦٨ ص ١٤٣ .
(٣) محكمة القضاء الإداري ١٩٧٠/١/١١ مشار إليه لدى د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإداري - ص ٧٤١ .

الفصل الثاني

الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للدولة

تمهيد وتقسيم

حمي المشرع الحيازة العقارية للدولة في القانون المدنى وتمثلت تلك الحماية في مبادئ ثلاثة هى :
عدم قابلية المال العام للتصرف ، وعدم جواز الحجز عليه ، وعدم جواز كسب حق عينى عليه بالتقادم .
ولكن الحماية لحيازة الدولة لا تقتصر على الحماية المدنية ، ولكن المشرع الجنائى وفقا لاعتبارات
المصلحة العامة يجرم الاعتداء الواقع على عقارات الدولة ، سواء الاعتداء الواقع عليها من قبل موظف
عام أو من قبل فرد من آحاد الناس ، وهذه الحماية تسمى بتجريم التعدى على عقارات الدولة .
ودراسة الحماية الجنائية لحيازة عقارات الدولة ، يقتضى بيان مفهوم العقارات المملوكة للدولة
والحمية حيازتها جنائياً ، كما ينبغى معرفة ما إذا كانت الحماية الجنائية لحيازة عقارات الدولة تقتصر على
حماية حيازة العقارات العامة فقط أم تمت لتشمل العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ، كما ينبغى
التعرف على المعيار الذى يتخذه القانون الجنائى للقول بعمومية المال .
كما أن دراسة التعدى الواقع من موظف عام يقتضى بحث ما إذا كان القانون الجنائى في مجال
حماية حيازة عقارات الدولة ، يأخذ بمدلول الموظف العام الوارد في القانون الإدارى ، أم أنه يتوسع في
مدلول الموظف العام ليشمل أشخاصاً ليسوا موظفين عموميين ، ولكن يدرجهم حكماً في عداد الموظفين
العموميين بصدد تجريم التعدى على عقارات الدولة بواسطة موظف عام .
ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : مفهوم العقارات العامة في القانون الجنائى .

المبحث الثانى : التعدى على عقارات الدولة بواسطة موظف عام .

المبحث الثالث : التعدى على عقارات الدولة بواسطة فرد عادى .

المبحث الأول

مفهوم العقارات العامة فى مجال التجريم

لكى يعتبر المال عاماً يجب أن يكون مخصصاً للمنفعة العامة ، وقد تبنت هذا المعيار المسادة (٨٧) من القانون المدنى المصرى بقولها : " تعتبر أموالاً عامة العقارات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، التى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص " (١) .
وقد استقر الرأى الفقهى على اعتبار المال عاماً ، إذا توافر فيه شرطان :

الأول : أن يكون المال خاصاً بالدولة أو لأحد أشخاص القانون العام ، سواء كان الشخص القانونى محافظة أو مدينة أو قرية أو مؤسسة أو هيئة عامة . أما إذا لم يكن مملوكاً لإحدى تلك الجهات فإنه لا يعتبر مالاً عاماً . كالمال المملوك للأفراد ، ما لم ينتقل المال المملوك للأفراد إلى شخص من أشخاص القانون العام أو الدولة بإحدى طرق انتقال الملكية .

الثانى : أن يكون المال مخصصاً للمنفعة العامة سواء كان لخدمة الجمهور مباشرة كالطرق العامة وما شابهها ، أو كانت تلك الأموال معدة لخدمة المرافق العامة ويستفيد منها الجمهور بصفة غير مباشرة كالمستشفيات العامة والسكك الحديدية ، يستوى أن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام يديرها بنفسه أو بواسطة فرد أو شركة عن طريق الالتزام أو الامتياز (٢) .

والتخصيص للمنفعة العامة قد يكون بمقتضى نص القانون أو قرار إدارى ، وقد يكون بالفعل دون نص تشريعى أو قرار إدارى ، كأن تقتطع الدولة جزء من أملاكها وتخصصه للمنفعة العامة بطريقة فعلية ، أو أن تكون تلك الأموال مخصصة بحكم طبيعتها للمنفعة العامة كالطرق والترع ، والتخصيص الفعلى واقعة مادية جائزة الإثبات بكافة الطرق .

و من ثم لكى يعتبر العقار عاماً يجب أن يكون خاصاً بالدولة أو أحد أشخاص القانون العام ، وأن يكون مخصصاً للمنفعة العامة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، ويستوى أن يكون تخصيص العقار بصفة فعلية كالجسور والترع والطرق والأسواق العامة ، أو أن يكون مخصصاً للمنفعة العامة بمقتضى نص تشريعى أو قرار إدارى .

(١) تقابل المادة ٢٣ من القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ .

(٢) د سليمان محمد الطماوى - الوجيز فى القانون الإدارى - ص ٥٤٦ وما بعدها ، د. محمد فؤاد منها - مبادئ وأحكام القانون الإدارى - ص ٤٠١ وما بعدها ، د. كامل مرسى - ج ١ بند ١٥٦ ص ١٨٥ وما بعدها ، د. السنهوى - الوسيط ج ٨ - بند ٤٦ ص ٩٧ وما بعدها .

= ومعيار التخصيص للمنفعة العامة هو السائد فى القانون الفرنسى - انظر فى عرض آراء الفقه الفرنسى والرأى الراجح ، لدى د. حمد زيدان نايف محمد العنزى - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٥ ص ٤٦ وما بعدها .

وما سبق ذكره هو مفهوم المال العام (العقار) من وجهة نظر القانون المدنى والقانون الإدارى، فهل يكفى هذا المفهوم فى مجال القانون الجنائى أم يمتد إلى عقارات أخرى ولا تعتبر عقارات عامة ولكن لاعتبارات المصلحة العامة وعلّة التحريم تشملها الحماية الجنائية؟

بداية يتبلور القول بأن دور قانون العقوبات لا يقتصر على مجرد توقيع الجزاء على من يخالف قواعد مقررة فى القوانين الأخرى، لأن تلك القوانين تتضمن جزاء لمخالفة نصوصها، كالإعلان والتعويض فى القانون المدنى، والجزاءات التأديبية فى القانون الإدارى، ولكن القانون الجنائى يوفّر الحماية للحقوق التى تقرها تلك القوانين الأخرى، وليس فى ذلك مجال للقول بتبعية القانون الجنائى لتلك القوانين ووصف دوره هنا بأنه دور ثانوى، فهو لا يتدخل إلا لحماية الأهداف المشتركة للجماعة، ويتدخل للكشف عن قصور الجزاءات التى تقرها تلك القوانين الأخرى، بحيث تصبح هناك ضرورة ملحة إلى تدعيمها بتدخل القانون الجنائى.

ولذلك فللقانون العقوبات ذاتية خاصة به حيث يحتوى على مفاهيم وإجراءات خاصة عن تلك الواردة فى القوانين الأخرى، وأن ما يستخدمه المشرع الجنائى من عبارات أو مصطلحات لا بد أن يتلاءم مع وظيفة ذلك القانون وعلى هدى من المصالح التى يتدخل لحمايتها.

ومن ثم فإن المشرع الجنائى لا يلتزم بمفهوم المصطلحات الواردة فى القوانين الأخرى، بل يعطيها مفهوماً يتلاءم مع وظيفته، والتعبير الذى يرد فى أحد فروع القانون إذ لم يكن كافياً لضمان الحماية اللازمة لذلك التعبير أو المصطلح، فالقانون الجنائى يعطيه مفهوماً موسعاً يتناسب مع الغاية التى ابتغاهها المشرع الجنائى، ومن ثم يجب على القاضى الجنائى ان يتقيد بذاتية قانون العقوبات وأن يعطى للمصطلحات والتعابير مدلولاً يتفق والغاية من العقاب استناداً إلى أن قانون العقوبات عندما يحدد شروط وأركان الجريمة لا يعتمد على الأحكام الموضوعية الواردة فى القوانين الأخرى، بل تظهر ذاتيته فى تفسير تلك المصطلحات^(١).

وعلى هدى ما سلف يمكن القول بأن المشرع الجنائى فى سبيل حماية خيابة العقارات العامة لا يكون ملزماً باعتماد نفس المعيار المقول به فى القانون الإدارى أو فى القانون المدنى لتحديد مفهوم المال العام، بل عليه أن يعطيه مدلولاً يتفق مع العلة من تجريم الاعتداء على العقارات العامة.

ومطالعة نصوص قانون العقوبات المصرى فى سبيل تحديد العقارات العامة نجد أنه أعرض صفحاً عن المدلول الإدارى أو المدنى فى تحديد مفهوم العقارات العامة، حيث تبى نص مفهوماً مغايراً تماماً لما استقر عليه الفقه الإدارى والمدنى، فقد نص فى المادة (١١٩) على أنه: " يقصد بالأموال العامة فى

(١) د. حمد زيدان نايف محمد العنترى - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة - ص ١٧١.

تطبيق أحكام هذا الباب^(١)، ما يكون كله أو بعضه مملوكاً لإحدى الجهات الآتية أو خاضعاً لإشرافها أو لإدارتها :

- (أ) الدولة ووحدات الحكم المحلي .
- (ب) الهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام .
- (ج) الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له^(٢) .
- (د) النقابات والاتحادات .
- (هـ) المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام .
- (و) الجمعيات التعاونية .
- (ز) الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تساهم فيها إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرات السابقة .

(ح) أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة^(٣) .
كما أن المشرع الكويتي سار على نفس المنوال في تحديد الأموال العامة بشأن حمايتها جنائياً ، حيث تنص المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣ بشأن حماية الأموال العامة ، على أنه : " يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا القانون ما يكون مملوكاً أو خاضعاً بقانون لإدارة إحدى الجهات الآتية أيا كان موقع تلك الأموال في داخل البلاد أو خارجها :

- (أ) الدولة .
- (ب) المنشآت العامة أو المؤسسات العامة .
- (جـ) الشركات والمنشآت التي تساهم فيها الجهات الميينة بالبندين السابقين بنسبة لا تقل عن ٢٥٪ من رأسمالها بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق شركات أو منشآت تساهم الدولة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة في رأس مالها بنصيب ما ، ويعتد في تحديد نسبة رأس المال المشار إليها بمجموع الحصص التي للدولة أو غيرها من كافة الهيئات ذات الشخصية المعنوية العامة أو الشركات المشار إليها " .

ومطالعة النصين سالفى الذكر نجد أن المشرع المصرى والكويتى اعتدا بالمفهوم الواسع للمال العام، بصدد الجرائم التي تمثل اعتداء على الأموال العامة دون أن يضعوا في اعتبارهما المفهوم الوارد بالقانون الإدارى أو المدنى لمفهوم المال العام^(٣) .

(١) المقصود به الباب الرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات المصرى والذي يحمل عنوان " اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر "

(٢) ألغى نظام الاتحاد الاشتراكي من القانون المصرى

(٣) انظر د . حمد زيدان نايف محمد العنزى - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة - ص ٢٤٩ ، ٢٥٣

حيث اعتبر المشرع المصرى أن المال عام عندما يكون كله أو بعضه مملوكاً أو خاضعاً لإشراف أو لإدارة الدولة ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام والوحدات الاقتصادية والجمعيات التعاونية والشركات والجمعيات والوحدات التي تساهم فيها إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرات (أ)، (ب)، (ج)، (د)، (هـ)، (و) ، ثم أردف ذلك بقوله بأية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها عامة^(١).

وبهذا النص ساوى المشرع المصرى بين أموال الدولة والأشخاص المعنوية العامة وبين أموال الأشخاص المعنوية الخاصة ، حيث اعتبر أموال النقابات والاتحادات المشار إليها في الفقرة (د) والشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية المشار إليها في الفقرة (هـ) أموالاً عامة ، بصرف النظر عن كونها لأشخاص معنوية عامة أو خاصة ، فهي أموال عامة بصرف النظر عن طبيعتها .

ولم يقف توسع المشرع المصرى عند هذا الحد بل نص في الفقرة (ح) على أن أية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة تدخل تحت هذا المفهوم ، وبذلك جعل الباب مفتوحاً مستقبلاً بحيث لو رأى المشرع بأن هناك جهة تساهم في تحقيق المصالح العامة فلا يكون هناك قيد على اعتبار أموالها أموالاً عامة ، ومن ثم يكون التعداد الوارد بالمادة (١١٩) على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر ..

كما نجد أن المشرع الكويتى اتخذ مدلولاً واسعاً بشأن تحديد الأموال العامة في مجال الحماية الجنائية حيث اعتبر أموال الشركات والمنشآت أموالاً عامة ، إذا كانت تلك الشركات أو المنشآت تساهم فيها الدولة أو المؤسسات العامة بنسبة لا تقل عن ٢٥ ٪ من رأسمالها .

ومما سبق يظهر أن المشرع المصرى والكويتى فى سبيل تقرير الحماية الجنائية للأموال العامة اتخذنا معياراً يتكون من :

١ - الملكية: فلكنى يعتبر المال عاماً ويتمتع بالحماية الجنائية المقررة للمال العام ، لا بد أن يكون مملوكاً للدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات أو الجمعيات العامة أو الوحدات الاقتصادية (م ١١٩ ع مصرى) ، أو أن يكون مملوكاً لإحدى هذه الهيئات وتساهم الدولة بنسبة ٢٥ ٪ (م ٢ ق ١ / ١٩٩١ كويتى)

٢ - الإدارة : ويقصد بالإدارة فى هذا المجال جميع الأعمال اللازمة لتنظيم استعمال تلك الأموال . فيعتبر المال عاماً إذا كان خاضعاً لإشراف إحدى الجهات المنصوص عليها فى (١١٩) عقوبات مصرى ،

(١) درفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - ص ١٦٧ - ٢٠٩ ، د. حمد زيدان نايف محمد العنزى - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة - ص ٢٤٨ - ٢٤٩ .

أو لإحدى المؤسسات المشار إليها بالمادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣ كويتي ، وتساهم الدولة بنسبة ٢٥ ٪ في أموال هذه الوحدات والمؤسسات

٣ - الإشراف : ويقصد به الرقابة المالية و الإدارية على توجيه تلك الأموال لأغراضها القومية . ويعتبر المال عاماً إذا كان خاضعاً لإشراف الجهات المنصوص عليها في المادة (١١٩) عقوبات مصرى ، القانون الكويتي فلم ينص على الإشراف لاعتبار المال عاماً ، وكان من الواجب على المشرع الكويتي أن النص على أن خضوع الأموال لإشراف الجهات المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣ يجعلها أموالاً عامة^(١)

وبذلك يكون المشرع المصري قد ساوى بين الملكية وبين الإدارة وبين الإشراف لإحدى الجهات المنصوص عليها في المادة (١١٩) عقوبات مصرى للقول بأنها أموالاً عامة، وإن كان المشرع الكويتي لم يسوِّ إلا بين الملكية والإدارة دون الإشراف ، حيث لم ينص بالمادة الثانية من القانون رقم (١) لعام ١٩٩٣ على الإشراف لاعتبار المال من الأموال العامة .

ووفقاً لما تقدم لكي يعتبر العقار عاماً و يتمتع بالحماية الجنائية المقررة للأموال العامة من الاعتداءات الواقعة عليه ، يجب أن يكون مملوكاً كله أو بعضه لإحدى الجهات المنصوص عليها في المادة (١١٩) عقوبات مصرى أو خاضعاً لإدارتها أو إشرافها ، دون النظر إلى مدلول العقار العام في القانون الإداري أو المدني .

أما بشأن عقارات الأفراد والتي تكون تحت حيازة الدولة يجب أن تشملها الحماية الجنائية المقررة لحماية العقارات المملوكة للدولة ، سواء كان للدولة عليها حق عيني أو حق شخصي (٢) ، فعندما يقع اعتداء على تلك العقارات فإن المبنى عليه هو الدولة أو الشخص المعنوي الحائز لهذا المال ، والقول باستبعاد أملاك الأفراد التي في حيازة الدولة من نطاق الحماية الجنائية يعرقل حيازة الدولة لتلك العقارات في سبيل الانتفاع بها بغية تحقيق المصلحة العامة .

فحكمة التشريع المتمثلة في حماية أموال الدولة من التعدي بغية تحقيق المصالح العامة، تقتضي حماية عقارات الأفراد الموجودة في حيازة الدولة أو أحد أشخاص القانون العام سواء كان للدولة عليها حق عيني كحق الانتفاع أو الاستغلال ، أو حق شخصي كالإيجار . فلو أن الدولة لها حق انتفاع أو مستأجرة لعين من أحد الأفراد، يجب أن تتمتع تلك العين بذات الحماية المقررة للعقارات التي تكون مملوكة لها أو لأحد الأشخاص المنصوص عليها في المادة (١١٩) عقوبات مصرى أو خاضعة لإدارتها أو إشرافها ، باعتبار أن

(١) د. محمد زيدان نايف محمد العنزي - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة - ص ٢٥٣ - ٢٥٥

(٢) عكس ذلك الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ١٩٩٤ - ص ٢٧١ ، حيث يرى ضرورة أن يكون المال مملوكاً للجهة الإدارية

العقار المملوك لآحاد الناس ومقرر عليه حق انتفاع أو مستأجر بواسطة الدولة ، يكون خاضعا لإدارتها وإشرافها حيث إنها تقوم بتنظيم كافة الأعمال اللازمة لاستعمال واستغلال هذا العقار .

وعلى هدى ما سلف يمكن تعريف العقارات العامة من وجهة نظر القانون الجنائي بالقول بأنها ، العقارات التي تكون مملوكة كليا أو جزئيا للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، أو تكون في حيازة إحدى هذه الجهات أو خاضعة لإدارتها أو إشرافها .

وهذا التعريف للعقارات العامة ، يشمل العقارات المملوكة للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، سواء كانت الملكية كلية أو جزئية ، إمعانا في رد الاعتداء الذي يقع على من تلك العقارات . كما يشمل الأموال التي لا تكون مملوكة للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ولكن خاضعة لإدارتها أو إشرافها ، لأن الدولة أو الأشخاص المعنوية تقوم بجميع الأعمال اللازمة لتنظيم استعمال هذا العقار ، كما تقوم بالرقابة المالية والإدارية على استغلال هذا العقار ، وبذلك تمتد الحماية الجنائية لتشمل العقارات المملوكة للأفراد التي تكون في حيازة الدولة سواء كان لها عليها حق عيني أو حق شخصي .

المبحث الثانى

تجريم التعدى على حيازة العقارات العامة بواسطة موظف عام

بصدد تجريم التعدى على حيازة العقارات العامة بواسطة موظف عام قرر المشرع عقاب كل موظف عام يتعدى على حيازة الدولة لعقاراتها دون وجه قانونى، حيث نص فى المادة (١١٥ مكرر) على أن :

١- كل موظف عام تعدى على أرض زراعية أو أراضى فضاء أو مبان مملوكة لوقف خيرى أو لإحدى الجهات المنصوص عليها فى المادة (١١٩)، وذلك بزراعتها أو غرسها أو إقامة إنشاءات بها أو شغلها أو انتفع بها بأية صورة أو سهل ذلك لغيره بأية طريقة، يعاقب بالسجن متى كان ذلك العقار يتبع الجهة التى يعمل بها أو جهة يتصل بها بحكم عمله، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطا لا يقبل التجزئة .

٢ - ويحكم على الجاني فى جميع الأحوال بالعزل من وظيفته أو زوال صفته، ويرد العقار المعتصب بما يكون عليه من مبان أو غراس أو يرده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء على نفقته وبغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من منفعة على ألا تقل عن خمسمائة جنيه^(١).

وبهذا النص جرم المشرع الجنائى المصرى كل اعتداء يقع على عقارات مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو لوقف خيرى أو لإحدى شركات القطاع العام أو لأية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها أموالا عامة (مادة ١١٩) أيا كانت صورة التعدى، ويستوى أن يكون تعدى الموظف بنفسه أو سهل للغير التعدى عليها .

ولقيام تلك الجريمة يجب أن يكون الفاعل (المعتدى) موظفا عاما، وسوف نعرض لصفة الموظف العام لتحديد مدلوها فى قانون العقوبات، ثم بيان الركن المادى والمعنوي، واهيراً نتناول عقوبة تلك الجريمة.

أولاً: مدلول الموظف العام فى جريمة التعدى على العقارات العامة :

استقر الرأى لدى التشريع والفقهاء والقضاء الإدارى على تعريف الموظف العام بأنه، كل من يعهد إليه بعمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى^(٢)، فلكى

(١) لا توجد لتلك الجريمة مقابل فى التشريع المقارن د. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ٤٩٣

(٢) انظر د. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ١٣٤ - ١٥٨، د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - ص ٢١١ - ٢١٣، ص ٢١٦ - ٢١٨ .

يعتبر الشخص موظفا عاما من وجهة التشريع والقضاء والفقهاء الإداري ، يجب ان تتوافر فيه الشروط الآتية :

١ - أن يكون تعيين الشخص في وظيفة دائمة : يجب أن يكون تعيين الشخص في وظيفة دائمة وبصفة دائمة ، بأن يقوم بالعمل على وجه مستقر ومضطرد ، و المشرع المصرى قد أسغ صفة الموظف العام على من يعين في وظيفة مؤقتة وإن لم يذكر ذلك صراحة في القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ إلا أن الأمر مسلم به ، حيث نص في المادة الأولى من القانون سالف الذكر على ان " يعتبر عاملاً في تطبيق أحكام هذا القانون كل من يعين في إحدى الوظائف المبينة بموازنة كل وحدة " ، والوظائف التى نص عليها بموازنة كل وحدة قد تكون مؤقتة أو دائمة بحسب وصفها المذكور في الميزانية ^(١) .

٢ - أن يكون التعيين بواسطة السلطة المختصة : يجب أن يكون الشخص قد عين تعييناً صحيحاً وبالأداة التى ينص عليها القانون سواء أكانت الأداة قراراً جمهورياً أو مرسوماً أو قراراً وزارياً ، ومن ثم فإن استلام العمل أو تقاضى مرتب لا يسغ على الشخص صفة الموظف العام طالما لم يصدر قرار أو مرسوم بتعيينه ، لأن المركز القانونى للموظف لا ينشأ إلا بعد تعيينه بالأداة القانونية الصحيحة ومن ثم فمن يباشر مكئات الوظيفة العامة في ظروف استثنائية (الموظف الفعلى) دون أن يعين تعييناً صحيحاً لا يعتبر موظفاً عاما على الرغم من صحة الأعمال التى يقوم بها ، لأن صحة أعماله تقوم على أساس حماية الغير حسن النية ^(٢) .

٣ - أن يعمل الشخص في خدمة مرفق عام : لكي يعتبر الشخص موظفا عاما من وجهة القانون الإدارى يجب ان يكون عمله في خدمة مرفق عام، لأن المرفق العام يعتبر من الأركان الجوهرية في تحديد مدلول الموظف العام ، ومادام الموظف يعمل في خدمة مرفق عام يستوى ان يكون المرفق إداريا أو اقتصادياً أو ان تديره الدولة أوأحد أشخاص القانون العام الأخرى ، ولم يفرق القضاء المصرى والكويى بين المرافق العامة الإدارية وبين المرافق العامة الاقتصادية من حيث إسباغ صفة الموظف العام على العاملين فيها ^(٣) ، بينما يقصر المشرع الفرنسى صفة الموظف العام على من يعمل في خدمة مرفق عام إدارى فلا يعتبر عمال المرافق الصناعية والتجارية موظفين عموميين ^(٤) .

إذا كان ما سبق ذكره هو مدلول الموظف العام في القانون الإدارى، فإنه ينبغي التساؤل عما إذا

كان المشرع الجنائى وهو بصدد تجريم التعدى على عقارات الدولة قد أخذ بهذا المفهوم ، أم انه اتخذ

(١) د.محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص-١٤٩ ، د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - ص ٢١٧ .

(٢) د.محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص-١٤٤ .

(٣) د.محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص-١٥٠ ، والمراجع المشار إليها بهامش نفس الصفحة ، د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص-٢١٧ - ٢١٨ .

مدلولاً يغير المدلول الإدارى للموظف العام ؟

لاشك أن المشرع الجنائى اعرض عن مدلول القانون الإدارى للموظف العام و أعطاه مدلولاً واسعاً يساير العلة من تجريم التعدى على عقارات الدولة ، فبصد جرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر ينص فى المادة (١١٩) مكرر من قانون العقوبات المصرى ، على المقصود بالموظف العام بصد تلك الجرائم ، حيث ينص على ان ، " يقصد بالموظف العام فى حكم هذا الباب (١) :

(أ) القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون فى الدولة ووحدات الإدارة المحلية .

(ب) رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرها ممن لهم صفة نيابية عامة

سواء كانوا منتخبين أو معينين .

(ج) أفراد القوات المسلحة .

(د) كل من فوضته إحدى السلطات العامة فى القيام بعمل معين ، وذلك فى حدود العمل

المفوض فيه .

(هـ) رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرين وسائر العاملين فى الجهات التى اعتبرت أموالها

أموالاً عامة طبقاً للمادة السابقة (٢) .

(و) كل من يقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه بمقتضى القوانين

أو من موظف عام فى حكم الفقرات السابقة ، متى كان يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة للعمل الذى يتم التكليف به .

ويستوى ان تكون الوظيفة أو الخدمة دائمة أو مؤقتة ، باجر أو بغير اجر ، طواعية أو جبراً ، ولا

يحول انتهاء الخدمة أو زوال الصفة دون تطبيق أحكام هذا الباب متى وقع العمل أثناء الخدمة أو توافر

الصفة " ، فالموظف بصد جريمة التعدى على عقارات الدولة ، قد يكون موظفاً عاماً بحسب المفهوم الإدارى أو تكون له تلك الصفة حكماً ، (٣) بمعنى انه لا يكون موظفاً عاماً بحسب المفهوم الإدارى ولكن

المشرع الجنائى اعتبره موظفاً عاماً بصد تجريم التعدى على عقارات الدولة

والموظفون العامون بحسب الأصل هم جميع العاملين فى وزارات الحكومة ومصالحها ووحدات

الإدارة المحلية والإقليمية والمحافظات والقرى والمؤسسات العامة والهيئات العامة والوزراء والمحافظون

ورؤساء المدن والأحياء والمراكز والعمد ومشايخ البلاد .

(١) يقصد به الباب الرابع من الكتاب الثانى من قانون العقوبات المصرى الذى يحمل عنوان اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر " .

(٢) المادة ١١٩ تبين الجهات التى تعتبر أموالها عامة بصد حمايتها جنائياً .

(٣) د . رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال صد : ٢٢٤ - ٢٢٥ .

أما الموظفون العامون حكماً فهم رؤساء وأعضاء المجالس والوحدات والتنظيمات الشعبية وغيرهم ممن لهم الصفة النيابية ، سواء كانوا معينين أو منتخبين ، وهم أعضاء مجلس الشعب والشورى والأحزاب السياسية أو أعضاء مجالس المحافظات ، ويشمل كذلك جميع أفراد القوات المسلحة إيا كانت رتبهم أو درجاتهم مدنية أو عسكرية ، ويشمل كذلك كل مفوض من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية للقيام بعمل في حدود التفويض . كما يشمل أيضاً الأفراد الذين يعملون في جهات اعتبرها المشرع أموالها أموالاً عامة ، كشركات القطاع العام ، وكذلك أية جهة إدارية يعهد إليها بأموال الأفراد ، ويشمل أيضاً العاملون في التعاونيات الاستهلاكية أو الإنتاجية أو الزراعية أو الإسكان وتعاونيات الثروة المائية أو الاتحاد العام للتعاونيات ، ويشمل رجال الأحزاب السياسية وأعضاء شركة الاستثمار للمال العربي والأجنبي ، وشركات توظيف الأموال ، وشركات قطاع الأعمال العام والشركات التابعة لها . كما يشمل كل مكلف بخدمة لحساب الدولة بتكليف صادر إليه سواء كان التكليف بقانون أو بقرار من موظف يملك ذلك ويستوى أن يكون التكليف دائماً أو مؤقتاً بأجر أو بدون أجر^(١) كما يعتبر في حكم الموظف العام بصدور جريمة التعدي على عقارات الدولة ، الشخص الذى يمارس السلطة في ظروف استثنائية وهو ما يطلق عليه الموظف الفعلي طبقاً للقانون الإداري^(٢) .

ويجب لقيام تلك الجريمة أن تتوافر في الجاني صفة الموظف العام حقيقة أو حكماً وقت ارتكابه أعمال التعدي على عقارات الدولة ، بحيث إذ لم تتوافر تلك الصفة فلا تقوم الجريمة المنصوص عليها في المادة (١١٥) مكرر عقوبات مصرى ويعتبر فرداً عادياً يخضع لأحكام المادة (٣٧٢) مكرر عقوبات مصرى والتي تعتبر فعل التعدي جنحة إذا وقع من آحاد الناس .

وإذا ما توافرت للجاني صفة الموظف العام حقيقة أو حكماً ، فإن زوال الصفة عن الجاني أو انتهاء خدمته لا تقف حائلاً دون تطبيق أحكام تلك الجريمة ، متى وقعت الجريمة أثناء الخدمة أو أثناء توافر الصفة^(٣) .

وقد استوجب المشرع قيام صلة بين وظيفة الجاني والعقار الذى يتعدى عليه ، بحيث يمكن القول ان الجريمة لا تقع ما لم يكن العقار يتبع الجهة التى يعمل بها أو يتبع جهة أخرى يتصل بها الموظف بحكم عمله

(١) د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٢٢٤ - ٢٣١ .

نقض جنائى ١٩٩٥/١٢/٢٦ المجلة القانونية الجنائية - العدد الرابع - أكتوبر سنة ١٩٩٦ ص ١٦٩ .

(٢) د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال ص ٢٣٢ .

(٣) د فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٦٩ .

بمعنى أن الصفة الوظيفية قد سهلت للموظف التعدي على العقار ، بحيث إذ لم تكن هناك صلة بين وظيفة الشخص وبين العقار الذى تعدى عليه فلا يعد مرتكب تلك الجريمة وإنما يخضع للعقاب بواسطة المادة ٣٧٢ مقرر عقوبات مصرى^(١) .

وإذا توافرت صفة الموظف العام في المعتدى وقامت علاقة التبعية فلا يشترط ان يكون العقار مملوكاً للجهة التى يعمل بها الموظف أو للجهة التى يتصل بها بحكم عمله ، ومن ثم تقوم الجريمة سواء كان العقار مملوكاً أو خاصاً لإشراف تلك الجهة أو لإدارتها^(٢) .
فالجريمة تقوم إذا كان المعتدى موظفاً في الجهة مالكة العقار أو في جهة يخضع العقار لإدارتها أو لإشرافها ، أو في جهة تقتضى طبيعة عمله ان يتصل بهذه الجهة ايا كان وجه الاتصال^(٣) .
فلو ان هناك ناظراً للوقف يديره يرتكب تلك الجريمة إذا تعدى على العقار ، ويرتكب نفس الجريمة في حالة التعدي الموظف بوزارة الأوقاف ، باعتبار ان الوزارة تشرف على الوقف وان العقار يتبع الجهة التى يعمل بها الموظف^(٤) .

ثانياً : الركن المادى لجريمة التعدي على العقارات العامة بواسطة موظف عام :

يتخذ الركن المادى لجريمة التعدي على العقارات العامة بواسطة موظف عام اما صورة تعدي الموظف على العقار أو صورة تسهيل التعدي للغير .

١ - التعدي على العقار بواسطة الموظف العام : قد يكون تعدي الموظف على ارض زراعية بزراعتها أو على ارض قضاء بالبناء فيها أو على ارض مبان بسكنائها ، وفي جميع صور التعدي يكون الاستيلاء على العقار دون ان يكون مصحوباً بنية التملك ، بمعنى ان الموظف يقصد الانتفاع بعقار مع الاعتراف بملكته للجهة المالكة أصلاً فالمشرع هنا يجرم مجرد الاعتداء الذى يقتصر على الانتفاع دون ان تتوافر لدى المعتدى نية التملك^(٥) .

وإذا كان النص ذكر التعدي بأنه يكون بزراعة الأرض أو البناء في الأرض القضاء أو بسكنى المبنى ، الا ان ذلك التعداد لم يكن على سبيل الحصر وإنما جاء على سبيل التمثيل ، ولذلك أورد بعد تعداد تلك الصور من التعدي عبارة " أو انتفع بها بأي صورة " بما يدل على ان الانتفاع قد يتخذ صوراً أخرى غير المذكورة في النص .

(١) (٤،٣،٢،١) د فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٦٩ - ٢٧٠ ود. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ٤٩٥ .
(٥) د فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٧٢ ، د. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ٤٩٦ .

وللقول بتوافر التعدى يجب أن تكون الأفعال التي أتاها المعتدى لا تستند إلى حق ، فالانتفاع بالأرض الزراعية أو الفضاء أو المبانى إذا كان له سند قانونى فى الانتفاع بالعقار فإن ما يأتیه الموظف لا ينطبق عليه وصف التعدى المجرم ، كما لو كانت الأرض الزراعية مؤجرة من الجهة المالكة إلى الموظف أو كان المبنى مخصصا لسكانه بمعرفة الجهة التى يعمل بها (١).

ويتحقق التعدى فى حالة انتفاع الموظف بالعقار خلافا لما تقتضى به القوانين واللوائح المنظمة للعقار محل التعدى ، ومن ثم يمكن القول بأن هناك تعدى بواسطة الموظف ، إذا كان له حق انتفاع على العقار أو المبنى على وجه مشروع ، كاستئجاره للأرض الزراعية أو سكنه للمبنى ولكنه امتنع عن إخلاء العقار بعد انتهاء حق الانتفاع المقرر له على العقار (٢) ، بمعنى ان التعدى يتحقق فى حالة زوال السند القانونى لانتفاع الموظف بالعقار كانهاء مدة عقد الإيجار أو زوال صفته الوظيفية ، فبزوال حقه فى حيازة المبنى الذى كان يسكنه بمقتضى عمله فى الجهة التى يتبع لها العقار يعتبر غاصب .

٢ - تسهيل الموظف للتعدى للغير : وفى هذه الصورة لا يتعدى الموظف العام بنفسه على العقار المملوك لوقف خيرى أو لإحدى الجهات المنصوص عليها فى المادة ١١٩ عقوبات مصرى ، وإنما دوره يكمن فى تسهيل التعدى للغير بأن يستعمل وظيفته لتمكين الغير من التعدى على العقار العام وحيازته بأية طريق كانت ، حيث لم يحدد المشرع الصور التى يتخذها سلوك الموظف فى سبيل تسهيل تعدى الغير على العقارات العامة .

وللتسهيل صور عديدة ، ولكن غالبا يقع تسهيل التعدى على العقار بسلوك سلبى من جانب الموظف بأن يتغافل عمدا عن مظاهر التعدى التى يقوم بها الغير على الأرض أو المبنى ، ولا يبادر إلى اتخاذ الإجراءات القانونية أو الإدارية اللازمة لمنع وإزالة الأعمال الواقعة من الغير ، وبذلك سوى المشرع بين تعدى الموظف بنفسه أو بتسهيل تعدى الغير على العقار العام ، سواء كان الغير موظفا عاما أو من آحاد الناس .

وقد جرم المشرع تعدى الموظف بنفسه أو بتسهيل التعدى للغير على اعتبار إنها تشكل حيازة غير مشروعة للمعتدى ايا كان موظفا أو فرد عادى ، وتحقيق منفعة غير مشروعة للمعتدى من استغلاله للعقار العام بدون وجه حق (٣) .

(٢٠١) د فتوح عبد الله الشاذلى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٧٢ ، هـ (١) بنفس الصفحة .
(٣) د فتوح عبد الله الشاذلى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٧٣ .

ثالثاً : الركن المعنوي لجريمة تعدى الموظف العام على عقارات الدولة :

الركن المعنوي : هو العنصر القصدى في هذه الجريمة. وباعتبار ان جريمة تعدى الموظف العام جريمة عمدية فإنه يكفي توافر القصد الجنائي العام المتمثل في علم المعتدى بصفته كموظف عام ، وعلمه بأن العقار الذى يعتدى عليه أو يسهل للغير الاعتداء عليه يتبع الجهة التى يعمل بها أو جهة يتصل بها بحكم عمله ، بحيث لو كان المعتدى جاهلاً لصفته كموظف عام أو جاهلاً لحقيقة العقار محل التعدى باعتقاده انه مملوكاً لآحاد الناس ولا يتبع الجهة التى يعمل بها أو جهة يتصل بها بحكم عمله وانما يتبع جهة لا صلة له بها فهنا لا تقع تلك الجريمة ولا يمكن عقابه على جريمة تعدى على عقارات عامة ، ولا محل للمسألة إذا كان الموظف يعتقد ان له حقاً في شغل العقار الذى تعدى عليه ، كما لو اعتقد الموظف ان وظيفته تحول له شغل مسكن من المساكن التى تتبع الجهة التى يعمل بها جهلاً منه بالقواعد التى تحكم توزيع تلك المساكن (١).

رابعاً : عقوبة جريمة تعدى الموظف العام على عقارات الدولة :

جريمة تعدى الموظف العام على العقارات العامة جنائية عقوبتها السجن ، الا ان المشرع جعل لها طرفاً مشدداً بحيث تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتبطت جريمة التعدى بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطاً لا يقبل التجزئة ، باعتبار ان الجنائي في هذه الحالة يرتكب جريمتين ، جريمة التعدى وجريمة التزوير أو استعمال محرر مزور .

وفي جميع الأحوال سواء إذا كانت العقوبة السجن أو الأشغال الشاقة يحكم على الموظف بالعقوبات التكميلية المتمثلة في العزل أو زوال الصفة ، كما يحكم عليه برد العقار المغتصب بما يكون عليه من غراس أو مبان أو برده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء على نفقته ، ويحكم عليه بغرامة مساوية لقيمة ما عاد عليه من منفعة بحيث لا تقل عن خمسمائة جنيه .

(١) د. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ٤٩٦ ،

د. فتوح عبد الله الشاذلي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٢٧٥ .

المبحث الثاني

التعدي على هيازة العقارات العامة بواسطة فرد عادي

هذه الجريمة تعالج التعدي الذي يقع على عقارات الدولة بواسطة فرد عادي لا يتصف بصفة الموظف العام ، وهي تعالج ذات الجريمة المنصوص عليها في المادة ١١٥ مكرر عقوبات ، ولا تفترق عن تلك الجريمة الا في الصفة الخاصة في الجاني حيث تتطلب المادة ١١٥ مكرر ان يكون الجاني موظفا عاما وفقا للمدلول الجنائي له ، اما المادة ٣٧٢ مكرر عقوبات لا تشترط صفة الموظف العام وانما تنطبق إذا ما وقع التعدي على العقار بواسطة أي فرد لا يحمل صفة الموظف العام .

وجريمة التعدي على عقارات الدولة بواسطة فرد عادي وردت بالمادة ٣٧٢ مكررا عقوبات مصري والتي تنص على أن :

١ - كل من تعدي على ارض زراعية أو ارض فضاء أو مبان مملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو لوقف خيري أو لإحدى شركات القطاع العام أو لأية جهة أخرى ينص القانون على اعتبار أموالها من الأموال العامة وذلك بزراعتها ، أو غرسها ، أو إقامة منشآت عليها أو شغلها أو الانتفاع بها بأية صورة ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألفين من الجنيهات أو بإحدى هاتين العقوبتين ويحكم على الجاني برد العقار المقتصب ، بما يكون عليه من مبان أو غراس أو برده مع إزالة ما عليه من تلك الأشياء على نفقته فضلاً عن دفع قيمة ما عاد عليه من منفعة . ٢ - فإذا وقعت الجريمة بالتحايل أو نتيجة تقديم إقرارات أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة مع العلم بذلك تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنين وغرامة لا تقل عن الف جنيه ولا تزيد عن خمسة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . ٣ - وتضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين في حالة العود^(١) ولا تشترط تلك الجريمة صفة خاصة في الجاني حيث يكفي وقوعها من آحاد الناس ولكن يلزم ان يقوم ركنها المادي والمعنوي للقول بعقاب المعتدي :

أولاً: الركن المادي لجريمة التعدي على الهيازة بواسطة فرد عادي :

الركن المادي لهذه الجريمة قد يكون بزراعة الأرض الزراعية أو البناء في الاراضي الفضاء أو السكنى في الأرض المبنية ، ولا يشترط ان يكون التعدي مصحوبا بنية التملك ، إذ يكفي الانتفاع الجرد الغير مستند إلى سند قانوني في الانتفاع بالعقار العام . ولا تقتصر صور التعدي على ما سبق ذكره بل

(١) ليس لها مقابل في التشريع المقارن ، د. محمد زيدان نايف - الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ص ٥٨٣ .

يتحقق التعدي في الانتفاع بال عقار ايا ما كانت صورة الانتفاع ويستفاد ذلك من عبارة " أو الانتفاع بها بأية صورة " ومن ثم يكون التعدي إذا انتفع بها المعتدى في صورة شغلها بأية أشياء خاصة به .

والتعدي يفترض أن المعتدى ليس له حق أو ليس لديه سند قانوني في الانتفاع بالعقار محل التعدي ، سواء كان زراعي أو فضاء أو مبان ، ومن ثم لا يقوم الركن المادي وتنفي الجريمة إذا كان انتفاع الشخص يقوم على سند يخوله حقاً في الانتفاع بالعين ، كما لو كان مستأجراً للعين لزراعتها أو السكنى فيها .

ويتحقق التعدي كذلك في كل حالة يكون فيها الانتفاع مخالفاً للقوانين التي تحكم العقارات العامة كما لو كان للشخص حق الانتفاع بالعقار ولكن زال هذا السند كما لو كان مستأجراً وانتهى الإيجار ورفض إخلاء العقار ، فيعتبر متعدياً على العقار بمجرد انتهاء الإيجار ورفض الإخلاء

ثانياً: الركن المعنوي لجريمة التعدي على حيازة العقارات العامة بواسطة فرد عادي

جريمة التعدي على عقار عام بواسطة شخص من آحاد الناس جريمة عمدية ، ويكفي فيها القصد العام القائم على أساس علم الشخص بأنه يعتدى على عقار عام لاحق له عليه ، فإذا جهل الشخص بأن العقار ليس له حق عليه فلا تقوم جريمة ، كما لو اعتقد الشخص ان له حقاً يخول الانتفاع بالعقار العام

ثالثاً: عقوبة جريمة التعدي على العقار العام بواسطة فرد عادي :

جريمة تعدي فرد عادي على عقار عام جنحة عقوبتها الحبس أو الغرامة التي لا تزيد على ألفي جنيه ، وقد جعل لها المشرع ظرفاً مشدداً حيث جعل عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات إذا كان وقوع الجريمة نتيجة تحايل أو تقديم إقرارات أو بيانات غير صحيحة مع علم الجاني بان تلك البيانات والإقرارات غير صحيحة ، وكذلك الغرامة التي لا تزيد عن خمسة آلاف جنيه .

ويحكم على الجاني برد العقار في جميع الأحوال بما عليه من مبان أو غراس ، أو يحكم عليه بالرد مع إزالة ما عليه من أشياء على نفقة المعتدى ، والزامه بتعويض يعادل قيمة ما عاد عليه من منفعة أثناء تعديه على العقار . وتضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى والفقرة الثانية في حالة عود الجاني إلى ارتكاب تلك الجريمة .

الفصل الثالث

الحماية الإدارية لحماية حيازة عقارات الدولة

لا تقتصر حماية حيازة الدولة لعقاراتها على الحماية المدنية والجنائية ولكن لها بجانب ذلك وسيلة أخرى تتمثل في ما يسمى بالحماية الإدارية ، والتي تتمثل في إزالة التعديات التي تقع على حيازة عقاراتها بالطريق الإداري .

والحماية الإدارية لحيازة عقارات الدولة تقوم على مجموعة من المبررات تجعل من تلك الحماية وسيلة لازمة وضرورية لحماية الدولة لحيازتها العقارية ، بالنظر إلى ان عقارات الدولة مشتتة لا يجمعها مكان واحد ، وهي تشمل جميع أنحاء الدولة سواء كانت تلك العقارات عامة أو خاصة .
و دراسة الحماية الإدارية لحيازة عقارات الدولة يقتضى بيان المقصود بتلك الحماية ومبرراتها ، ثم تحديد شروطها .

وبناء على ما سبق يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الاول : المقصود بالحماية الإدارية ومبرراتها .

المبحث الثانى : شروط الحماية الإدارية لحيازة الدولة .

المبحث الأول

المقصود بالحماية الإدارية لحيازة الدولة العقارية

يقصد بالحماية الإدارية لحيازة الدولة ، بأنها حق الدولة في إزالة التعدي الواقع على عقاراتها بالطريق الإداري و دون اللجوء إلى القضاء. فإذا كان يجب على الفرد في سبيل الحصول على الحماية لحيازته العقارية اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم ، بمقتضاه يستطيع الفرد رد الاعتداء الواقع على حيازته ، إلا ان الإدارة في سبيل حماية حيازتها العقارية لا يجب عليها اللجوء إلى القضاء ، ولكن تستطيع حماية حيازتها بنفسها عن طريق إزالة التعدي بالطريق الإداري .

وإزالة التعدي بالطريق الإداري هو ما يسمى بالتنفيذ المباشر ، ومضمونه أن الدولة تستطيع إصدار قرارات إدارية وتنفيذها على الأفراد دون اللجوء إلى القضاء ، ويعتبر التنفيذ المباشر انجح الامتيازات الممنوحة للإدارة ، اذ بمقتضاه تستطيع الإدارة التصرف بحرية تامة في سبيل حماية حيازتها العقارية . فللإدارة إصدار قرارات إدارية لحماية حيازتها العقارية ولا تكون لتلك القرارات فاعلية ما لم توضع موضع التنفيذ ، والتنفيذ لا تكون له فاعلية ما لم تقم الدولة بتنفيذ قراراتها مباشرة بواسطة عاملها المكلفين بالتنفيذ دون تدخل سابق من القضاء وتنفذ الإدارة قراراتها مباشرة ولو كانت هناك معارضة من الأفراد أو كانت هناك دعوى مرفوعة امام القضاء ضد القرار الإداري إذ ان الدعاوى القضائية لا توقف القرار الإداري الا استثناء وليس كقاعدة عامة^(١)

فالإدارة لا تتساوى مع الأفراد بضرورة اللجوء إلى القضاء في سبيل حماية الحيازة العقارية ، اذ هي لها امتيازات تستطيع بواسطتها تنفيذ قراراتها رغما عن الأفراد ، وتنفذ تنفيذاً مباشراً بالقوة المادية ، وهي بذلك تستطيع اقتضاء حقها بسهولة بنفسها ، ولا تنقيد مبدأ أن الفرد لا يستطيع ان يقتضى لنفسه بنفسه إذ هي محررة من هذا المبدأ ، لكون تدخلها يقوم على اعتبارات المصلحة العامة .

فالتنفيذ المباشر هو حق الإدارة في تنفيذ قراراتها بالقوة دون اللجوء مسبقاً إلى القضاء للتنفيذ، أو هو حق الإدارة في ان تنفذ أمرها على الأفراد بالقسوة الجبرية اذ رفضوا تنفيذها اختياراً دون الحاجة إلى اذن سابق من القضاء^(٢) ، أو هو " حق يحول للإدارة تنفيذ أوامرها على

(١) انظر في التنفيذ المباشر : دمصطفى كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري - دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء - الناشر دار الفكر العربي - ص ٥٦ - ٦٥ ، د. سليمان محمد الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة - الطبعة السادسة ١٩٩١ - مطبعة جامعة عين شمس ص ٦١٣ - ٦١٤ ، د. مصطفى كيرد - نظرية الاعتداء المادى فى القانون الإداري - الناشر دار النهضة العربى ص ١٨٧ - ١٨٩ .

(٢) د. سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية ص ٦٣١ .
Waline .Droit administratif .p.424 et s.

الأفراد قسراً عنهم دون حاجة إلى استئذان القضاء في التنفيذ" (١)، بما يعنى أن "الإدارة تمتلك تقريرس حقوقها قبل الأفراد بمقتضى قرارات إدارية تصدرها وتنفذها بارادتها وحدها دون حاجة لتدخل القضاء" (٢) فللإدارة في سبيل حماية حيازتها العقارية أن تصدر قرارات إدارية وتنفذها تنفيذاً مباشراً، ومن ذلك قيامها بإصدار قرار إداري بتحديد العقارات العامة، وهذه القرارات تنفذ فور صدورها ويصبح كل عقار بمقتضاه ضمن العقارات العامة، وكل اعتداء عليه يعتبر من قبل الاعتداء على حيازة عقار للدولة يزال ادارياً دون حاجة للحصول على حكم من القضاء (٣).

كما تستطيع الإدارة في حالة وقوع التعدي على حيازتها أن تصدر قراراً بإزالة التعديات، وتنفيذه بواسطة عمالها دون حاجة للجوء للقضاء لئلاذ لها بإزالة تلك التعديات، اذ هي تملك القوة المادية والامتيازات لتنفيذ قراراتها قسراً على الأفراد.

وإزالة التعدي بالطريق الإداري، وهو ما يسمى بالتنفيذ المباشر يعتبر من النجاح وسائل حماية الإدارة لحيازتها العقارية، اذ ان الدولة بما لها من مركز قانوني معين تمتلك القوة المادية لتحقيق هذا المركز مباشرة بالقوة رغم معارضة الأفراد، وهي بذلك تقتضى حقها بنفسها.

وينتج عن هذه الوسيلة أن الإدارة في سبيل حماية حيازتها عندما تدعى مركزاً قانونياً لصالحها تكون دائماً في مركز المدعى عليه، وتفرض على الفرد مركز المدعى (٤)، فالإدارة في منازعتها في سبيل حماية حيازتها العقارية يكون لها مركز ممتاز هو مركز المدعى عليه، ويتحمل الأفراد بعبء رفع الدعاوى للمطالبة بحقوقهم تجاهها.

ومما سبق نستخلص ان الحماية الإدارية لحيازة الدولة لعقاراتها تتمثل في حق الدولة في إزالة التعدي بالتنفيذ الجبري المباشر دون اللجوء إلى القضاء.

وإذا كانت الدولة تستطيع حماية حيازتها العقارية إدارياً عن طريق إصدار قرارات إدارية بإزالة المخالفة وتنفيذ تلك القرارات تنفيذاً مباشراً بما يمثل اعتداء على حرية الأفراد، فيجب ان تتساءل عن

(١) د. مصطفى كيره - نظرية الاعتداء المادى - ص ١٨٩.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - ص ٢٥٩.

= مزيد من تعريف التنفيذ المباشر انظر :- د. محمد شريف اسماعيل عبد المجيد - سلطة الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٧٩ - ص ٩٣، د. محمد احمد فتح الباب السيد - سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٩٣ - ص ٥٦.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - ص ٢٥٩.

(٤) د. كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر - ص ٦٤-٦٥، د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - ص ٢٥٩.

المبررات التي حدت بالمشرع إلى تقرير هذا الامتياز للإدارة ، بمعنى آخر ما هي مبررات الحماية الإدارية لحيازة الدولة العقارية ؟

تقوم جميع الامتيازات الممنوحة للإدارة ، واهمها التنفيذ المباشر على اساس أن الإدارة هي الراعية للمصلحة العامة ، وهي التي تقوم على إدارة المرافق العامة والعمل على حسن سيرها ، وفي سبيل تحقيق ذلك اعطاها المشرع تلك الامتيازات بمقتضاها تستطيع أن تصدر قرارات وتنفذها جبراً على الأفراد لتحقيق المصلحة العامة التي ترعاها ، ومن تلك الامتيازات إزالة التعدي بالطريق الإداري .

فمن منطلق المصلحة العليا التي يجب حمايتها تصدر الادارة قرارات وتنفذها مباشرة لتحقيق المصلحة الجماعية ، فبدون هذه الامتيازات لا تستطيع الإدارة أن تؤدي وظيفتها على الوجه الاكمل ، لان اللجوء إلى القضاء مسبقاً لا يسعفها في تحقيق غايتها الاجتماعية ، اذ تتسم تصرفات الإدارة بالسرعة دون تأخير كي لا يضر الصالح العام^(١) .

وتقرير امتياز التنفيذ المباشر للإدارة يقوم على علة ترجيح إحدى مصلحتين : المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للفرد ، ولاشك أن المصلحة العامة اولى بالرعاية من المصلحة الفردية ، ولا سبيل لحماية المصلحة العامة الا إذا تقررت للإدارة امتيازات لحمايتها وتمثل ذلك في التنفيذ الجبري بالطريق الإداري .

فعندما تصدر الادارة قرارا بإزالة التعدي الواقع على أملاكها تدرس ما إذا كان الصالح العام يقتضى أو لا يقتضى ذلك ، فهي لا تفعل ذلك عبثاً لتزوات خاصة ، وانما غايتها المصلحة العليا للجماعة فاذا رأت ان الصالح العام يقتضى اللجوء إلى التنفيذ المباشر لجأت إليه ولو كان فيه اهدار لمصلحة بعض الأشخاص ، إذ لا يقصد بالتنفيذ المباشر خرق للقانون يتمثل في عدم اللجوء إلى القضاء ، وانما قصد به تحقيق المصلحة العليا للمجتمع^(٢) ، اذ يفترض مشروعية القرار الإداري انطلاقاً من ان الإدارة تبغى المصلحة العامة في كل تصرفاتها .

كما يفترض دائماً ان القرار الإداري سليم يستلزم خضوع الأفراد له وينفذ عليهم ولو بالطريق الجبري ، ومن اراد التخلص من التزاماته أن يلج سبيل التقاضي وبذلك تكون الإدارة دائماً في مركز المدعى عليها والفرد في مركز المدعى مما يسهل على الإدارة مهمتها ، فالإدارة تصدر وتنفذ مباشرة وعلى الفرد التداعي أمام القضاء .

(١) د. كامل ليله - نظر لتنفيذ المباشر - ص ٥٧ وما بعدها ، ص ٦٨ وما بعدها ، د. مصطفى كيره - نظرية الاعتداء المادي - ص ١٨٨ ، د. محمد شريف اسماعيل - سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية - ص ٩٣ .

(٢) د. محمد كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر - ص ٢٠١ .

فإذا رأت الإدارة ان هناك تعدياً على حيازتها العقارية تصدر قراراً إدارياً بإزالة التعدي الواقع على عقاراتها العامة دون اللجوء إلى القضاء ولو ترتب على ذلك مناس بمصلحة الفرد المعتدى ، ويقوم حق الامتياز للإدارة على اساس فكرة حماية المصلحة العامة للجماعة .

ولأجل تلك الاعتبارات يعطى المشرع للإدارة امتياز إزالة التعديت التي تقع على حيازتها العقارية بالطريق الإداري دون اللجوء إلى القضاء ، ومن ذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة (٢٦) من قانون الحكم المحلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ على انه : " للمحافظ المختص أن يتخذ جميع الاجراءات الكفيلة بحماية أملاك الدولة العامة والخاصة وإزالة ما يقع عليها من تعديت بالطريق الإداري " .

كما نص في المادة (٩٧٠) من القانون المدني على انه : " ٢- لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة ليهما والأوقاف الخيرية أو كسب اى حق عيني على هذه الأموال بالتقادم، ولا يجوز التعدي على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفي حالة حصول التعدي يكون للوزير المختص حق ازالته إدارياً " (١) .

(١) وقد نصت المادة ٤٧ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على انه : " أن لا يجوز لاي شخص طبيعي أو معنوي ان يحوز أو يضع يده بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسرى عليها أحكام هذا القانون الا وفقاً لهذه الأحكام ٢- ومع مراعاة ما تقضى به المادة ٩٧٠ من القانون المدني يقع باطلا كل تصرف أو تقرير لاي حق عيني أو تأجير بالمخالفة لاجاكم هذا القانون " .

المبحث الثانى

شروط الحماية الإدارية لحيازة الدولة العقارية

السلطة الاستثنائية المخولة للإدارة بإزالة التعدى بالطريق الإدارى منوطه بتوافر شروط معينة لما تمثله من اعتداء خطير فى بعض الحالات على حقوق الأفراد ، إذ هى تقوم بإزالة التعدى دون اللجوء مسبقاً إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ لإزالة التعدى ، ولذلك يشترط ان تكون ملكية الدولة للعقار قائمة على سند جدى ، وان يكون هناك اعتداء على تلك العقارات .

أولاً : قيام ملكية الدولة على سند جدى :

لكى تقوم الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة بإزالة التعدى الواقع على أموالها بالطريق الإدارى ، يجب أن تكون ملكية هذه الأشخاص قائمة على سند جدى له ما يؤيده من الأوراق . بحيث إذا لم تكن ملكية المال ثابتة للدولة فلا يجوز لها سلوك الطريق الاستثنائى ، وسند الدولة فى ثبوت الملكية لها هو نص القانون ، حيث تقضى المادة (٨٧) من القانون المدنى المصرى على أن : " ١ - تعتبر أموالاً عامة العقارات التى تكون للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهورى) أو قرار من الوزير المختص ."

فمناطق عمومية المال هو تخصيصه للمنفعة العامة سواء كان التخصيص بطريقة فعلية أو قانونية . والتخصيص الفعلى يقوم على اعتماد الدولة أو إحدى الجهات الإدارية على الناحية الواقعية للمال ، كأن تهبى الدولة بعضاً من أراضيها لاستطراف العامة والانتفاع بها ، وذلك فى الحالات التى يكون فيها العقار مهياً بطبيعته للمنفعة العامة ، وبموجب التخصيص الفعلى يعتبر المال داخلياً فى أملاك الدولة العامة^(١)، ويعتبر كل تعد عليه تعدياً على حيازة الدولة مما يجيز إزالة التعدى بالطريق الإدارى .

كما قد يكون التخصيص قانونياً كأن تصدر الدولة أو إحدى الجهات الإدارية قانوناً أو قراراً جمهورياً أو قراراً من الوزير المختص باعتبار عقار ما ضمن أملاك الدولة العامة ، وبموجب ذلك يعتبر العقار داخلياً فى الدومين العام للدولة^(٢) ، ويزال كل تعد على حيازته بالطريق الإدارى .

كما أن أموال الدولة تشمل الأموال التى ليست أموالاً عامة وفى نفس الوقت ليست مملوكة للأفراد ، وتصدر الإدارة قراراتها بتحديد أملاكها الخاصة ، ويعتبر هذا القرار نافذاً فور صدوره دون حاجة إلى استخدام القوة المادية لتنفيذه ، ويعتبر كل تعد عليه تعدياً على أملاك الدولة الخاصة ويزال

(١)، (٢) د. محمد انس جعفر قاسم - الوسيط فى القانون العام ص ٤٣٦ ، د. سليمان الطماوى - الوجيز فى القانون الإدارى - ص ٥٤٦ - ٥٤٩ .

إدارياً وفقاً للمادة (٩٧٠) من القانون المدنى المصرى .
ومما سبق يتضح أن سند ملكية الدولة للعقار هو التخصيص الفعلى أو القانونى ، فكل عقار يندرج تحت إحدى طرق التخصيص يعتبر مملوكاً للدولة ملكية عامة ، كما أن القرار أو القانون الصادر بتحديد ملكية الدولة الخاصة يعتبر سنداً فى حيازة تلك العقارات ، ويجوز لها إزالة التعدى الواقع على تلك الحيازة بالطريق الإدارى ، إذ يكفى للقول بملكية الدولة وحيازتها للعقار ان يكون مخصصاً للمنفعة العامة سواء كان التخصيص فعلياً أو قانونياً ، ويكفى ان يكون العقار الخاص ضمن القانون أو القرار الصادر بتحديد ملكية الدولة الخاصة .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن : " القرار الصادر بإزالة التعدى إدارياً يجب أن يكون قائماً على سبب يبرره ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان سنداً للجهة الإدارية فى الادعاء بملكيتها للمال الذى تدخل بإزالة التعدى الواقع عليه إدارياً سنداً جديداً له أصل ثابت فى الأوراق ^(١) ، وأن " نص القانون بعدم جواز امتلاك الغير للأموال المخصصة للمنافع العامة مثل الشوارع والميادين ، يعتبر سنداً رسمياً للحكومة ويجوز الحكم بمقتضاه بعدم تخصيصه مقامه بدون رخصة على الشارع العام ^(٢) .

كما أن للدولة فى سبيل التذليل على ملكيتها اللجوء إلى كافة الطرق والوسائل القانونية ^(٣) ، إذ يعتبر المال من الأملاك العامة - بصرف النظر عن أى قرار إدارى - بمجرد تخصيصه العام ، وهذا التخصيص والصفة العامة التى تترتب عليه يمكن إثباتها بكافة الطرق القانونية ، وكون المال مستعملاً فى منفعة عامة قرينة على أنه من الأملاك العامة ^(٤) ، إذ توجد دائماً قرينة لمصلحة الإدارة بأن كل عقار مستخدم بواسطة الكافة هو من قبيل العقارات العامة ، وإزالة التعدى إدارياً يكفى أن تثبت الدولة ملكيتها للعقار العام ^(٥) .

ومن ثم إذا كانت ملكية العقار غير ثابتة للدولة لكونها غير قائمة على سند من القانون ، فلا يجوز اللجوء إلى الطريق الإدارى لإزالة التعدى الواقع على الحيازة ، وإنما يجب عليها اللجوء إلى القضاء المدنى المختص .

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٧٧/٢/٢٠ ، ١٩٨٠/٦/٢١ مشار إلى الحكامين لدى د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإدارى ص ٧٥٢ .

(٢) د. كامل مرسى ج١ بند ١٦٥ ص ٢٠٦ .

(٣) د. كامل مرسى ج١ بند ١٦٠ ص ٢٠١ .

(٤) استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٩١٠ (٢٢ ص ٢١٢) مشار إليه لدى د. كامل مرسى ج١ بند ١٦٠ .

ص ٢٠١ هـ ٢ .

(٥) د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الإدارى ص ٧٥٠ .

ثانياً : ان يكون هناك تعدد على حيازة الدولة :

لكي تستخدم الإدارة سلطتها الاستثنائية لحماية حيازتها بالطريق الإداري ، يجب أن يكون التعدي الواقع على الحيازة لأملاك الدولة لا يستند فيه الحائز المعتدى إلى أية رابطة شرعية ، بمعنى أن الحائز يحوز عقار الدولة دون أن تكون له أية صفة في الحيازة .

فإذا كانت حيازة الغير لعقارات الدولة تمثل اعتداء على تلك الحيازة أو غضب لها أصبح من حق الجهة الإدارية إزالة هذا التعدي بالطريق الإداري ، طالما توجد لدى الدولة أدلة جادة تبيح عن ثبوت ملكيتها للعقار ، كالتخصيص للمنفعة العامة أو القرار بالنسبة لأملاك الدولة الخاصة ، أما إذا كان الحائز لعقارات الدولة يدعى حقاً عليها فلا يجوز للإدارة سلوك الطريق الاستثنائي ، وإنما يجب عليها سلوك سبيل التقاضي لحسم النزاع القائم بين الإدارة والغير حول وجود حق للغير أو نفيه (١) .

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن : " ومن حيث أن البادئ من ذلك أن أعمال جهة الإدارة لسلطتها في إزالة التعدي على أملاكها بالطريق الإداري والمحول لها بمقتضى المادة ٩٧٠ من القانون المدني منوطة بتوافر أسبابها وتحقيق دواعي استعمالها من نحو وجود اعتداء ظاهر على ملك الدولة أو غيرها من الأشخاص المحددة في النص أو محاولة غضبه بحيث إذا لم يتوافر أو يتحقق شيء من ذلك فإن مناسبة استعمال هذه السلطة وسبب الالتجاء إليها يكون متخلفاً .

فإذا كان واضح اليد على أحد العقارات يستند في وضع يده إلى ادعاء بحق على العقار له ما يبرره من مستندات تؤيد في ظاهرها ما يدعيه من حق ، أو كانت الحالة ظاهرة تدل على جدية ما ينسبه لنفسه من مركز قانوني بالنسبة إلى العقار انتفى القول بقيام الغصب أو الاعتداء ، وعندئذ لا يسوغ للدولة في مثل هذا الوضع أن تتدخل بسلطتها العامة لإزالة وضع اليد ، لأنها لا تكون إذ ذاك في مناسبة دفع اعتداء أو إزالة غضب وإنما تكون في معرض انتزاع ما تدعيه هي من حقوق ، وهذا أمر غير جائز كذلك في ضوء الهدف الذي شرع من أجله حق السلطة العامة في إزالة التعدي على أملاك الدولة وبعض الأشخاص الإدارية إدارياً ، إذ إن مرد هذا الحق - الذي ورد على خلاف الاصل العام - وجود عدوان ظاهر على تلك الأموال أو غضب لها ، بمعنى أنه كلما كان وضع اليد غير مقترن بسند جاد يبرره فإن ذلك يعد عدواناً وغضباً بحق التصدي له بسلطة الإدارة ، أما إذا كان ذلك مشفوعاً بسند من ذلك القبيل ومقروناً بدليل يظهر ان لوضع اليد اصلاً يبرره فإن ذلك لا يعد غضباً ولا عدواناً يبرر الإزالة بالطريق الإداري المباشر، ولكن يعتبر - إذا كان للإدارة حق تدعيه على العقار - نزاعاً بين الاطراف المستمسكة

(١) مستشار/ليبب حليم كيف نحمل أموال الدولة ؟ مقال منشور بجريدة الاهرام العدد ٤٠٣٨٧ سنة ١٩٦١ - الطبعة الأولى الجمعة ٤ يوليو ١٩٩٧ ص ٢٩ .

بحقوقها يجب على من يرغب في فضه أن يلجأ بشأنه إلى القضاء المختص للفصل فيه دون أن يقتضى أحد الاطراف حقه بنفسه .

ومن حيث إنه بانزال ما تقدم ، فان قيام الجهة الإدارية بتسليم العقار بمحضر رسمي بعد رسو المزاود ينفى شبهة الغصب أو التعدي إذ لا يستقيم القول في تلك الظروف والملابسات بقيام التعدي مع تسليم العقار بمعرفة ذات الجهة التي تدعى غصبه ^(١) .

كما قضت محكمة القضاء الإدارى " أن الارض موضوع النزاع هي من أملاك الدولة الخاصة فلا يجوز والحالة هذه الاعتداء عليها بجيازتها غصباً كما لا يجوز تملكها لا بالاستيلاء ولا بالتقادم ، إذ إن المدعين لم يثبت أنهم تملكوها يوماً ما لا يعقود ولا بجيزة سابقة على ١٣ يوليو سنة ١٩٥٧ تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل للمادة ٩٧٠ من القانون المدين المصرى ، كما لم يثبت انه تقرر التصرف فيها بالبيع لهم أو بتأجيرها لهم وفقاً لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ولا يجدى المدعين في شأن ادعائهم حقاً عليها قيام مصلحة الأموال المقررة بربط الأراضي المنغصبة بالإيجار واقتضائه كمقابل لانفعائهم بها ، ذلك أن القصد من هذا الاجراء لدى الجهة الإدارية التي قامت به هو حصر الاعتداء والمحافظة على مصلحة مالية للدولة بعيداً عن فكرة ابرام عقد إيجار ، إذ إن مثل هذا العقد لا يقوم إلا بتراض و اتفاق صريحين وعلى مقتضى الأحكام المقررة قانوناً وأى تأجير على خلاف ذلك فقد قررت بطلانه المادة ٤٧ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، ومتى كان ذلك فإن وضع يد المدعين يكون متطوياً على تعد على ملك من أملاك الدولة الخاصة ويكون مستوجب الإزالة إدارياً وفق لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدين ^(٢) .

ومما سبق يتضح أنه يشترط أن يكون العقار مملوكاً للدولة ملكية عامة أو خاصة ، ويكفى لإثبات الملكية العامة واقعة التخصيص الفعلي ، ومن ناحية وجود التعدي يكفي ثبوت الملكية العامة للعقار للقول بإزالته إدارياً ولو ادعى الغير وجود حق له إذ إن الأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها أو حيازتها أو الحجز عليها ، فيكفى ثبوت صفة العقار العام لاستخدام الإدارة للطريق الاستثنائي لحماية حيازتها .

أما بالنسبة للأملاك الخاصة فبجانب ثبوت الملكية الخاصة للدولة أو للأشخاص العامة ، يشترط أن لا يكون هناك ادعاء جدى لحق عليها من قبل الأفراد باعتبار أن الأملاك الخاصة قابلة للتصرف وفق أحكام القانون ، فإذا ادعى الغير وجود حق له وكان لهذا الادعاء ما يبرره فلا يجوز للإدارة

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٥/٣/٢ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا - السنة الثلاثون - العدد الثانى - رقم ١٠٢ ص ٦٢٩ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى ١٩٧٦/٤/١٧ فى الدعوى رقم ٥١٤ لسنة ٢٨ قضائية مشار إليه لدى مجموعة المبادئ الإدارية السنة السابعة والعشرون ص ٨٢ .

اللجوء إلى الطريق الاستثنائي وعليها سلوك سبيل التقاضى .

وإذا ثبت التعدى على حيازة العقار العام ولجأت الإدارة إلى التنفيذ الإدارى للإزالة، يستوى أن يكون القرار صادرا من الوزير أو ممن يفوضه في ذلك، فإذا كانت المادة (٩٧٠) من القانون المدنى عقدت الاختصاص بإصدار القرار للوزير المختص إلا أن ذلك لا يحول دون ان يفوض غيره - كالمحافظ - في إصدار قرار إزالة التعدى .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها " ومن حيث ما ينهه الطاعن على القرار من صدوره من غير مختص بمقولة ، إن المادة ٩٧٠ خولت الوزير - دون غيره - سلطة إصدار القرار بإزالة التعدى ، مردود بأن القرار المطعون فيه كلما أشار صراحة في ديباجته إلى صدور القرار بناء على تفويض من وزير الأوقاف وكانت المادة الثالثة من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ بشأن التفويض في الاختصاصات تميز للوزير أن يعهد ببعض الاختصاصات المخولة له بموجب التشريعات إلى رؤساء الهيئات العامة التابعة له ، فمن ثم يكون القرار المطعون فيه صادرا من مختص دون أن يحاج في هذا الصدد بأن المادة ٩٧٠ مدنى لم تتضمن عبارة " أو من يفوضه " ذلك ان عدم ايراد مثل هذه العبارة لا تعنى حظر التفويض وإنما يظل الأمر في هذا الشأن خاضعا للأحكام العامة المقررة في القانون المذكور^(١) .

كما أن المادة (٢٦) من قانون الحكم اخلى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ تنص على أن " للمحافظ ان يتخذ جميع الاجراءات الكفيلة بحماية أموال الدولة العامة والخاصة وإزالة ما يقع عليها من تعديات بالطريق الإدارى " ، وبذلك عقد الاختصاص للمحافظ بإصدار قرار إزالة التعدى الواقع على العقارات العامة أو الخاصة للدولة .

كما يجوز لرئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية إصدار قرارات بإزالة التعدى الواقع على عقارات الأوقاف الخيرية باعتباره مفوضا من وزير الأوقاف، كما يجوز لرئيس إدارة بنك ناصر الاجتماعى إصدار قرار بإزالة التعدى الواقع على عقار مملوك للهيئة العامة للبنك باعتباره مفوضا من وزير التأمينات الاجتماعية في إصدار قرارات إزالة التعدى لحماية الحيازة العقارية للبنك .

وإمعانا من المشرع في حماية الحيازة العقارية للدولة سواء أموالها العامة أو الخاصة ، وكذلك أموال الأشخاص الاعتبارية العامة والوحدات الاقتصادية التابعة لها والمؤسسات العامة والهيئات العامة ، حظر على النية العامة التصدى للقرارات الصادرة من الوزير أو المحافظ أو رئيس إحدى الهيئات العامة بإزالة التعدى ، اذ لا يجوز لها تأويل أو تفسير تلك القرارات أو إصدار أوامر من شأنها تعوق تنفيذها .

(١) المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٥/٣/٢ - مجموعة المبادئ الإدارية - السنة الثلاثون - العدد الثانى - رقم ١٠٢

وقد جاءت تعليمات النيابة العامة مؤكدة ذلك، حيث نصت المادة (٨٣٥) من تلك التعليمات على أن " إذا تعلقت منازعات الحيازة بالأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة ، كما يجب مراعاة ما نصت عليه المادة ٢٦ من قانون الحكم الخلى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٩ من أنه للمحافظ ان يتخذ جميع الاجراءات الكفيلة بحماية أملاك الدولة العامة والخاصة وإزالة ما يقع عليها من تعديات بالطريق الإدارى " .

كما تنص المادة (٨٣٦) من تعليمات النيابة العامة على أنه " إذا صدرت للنازعة المنصوص عليها في المادة السابقة (م ٨٣٥) قرارات من الجهة صاحبة الشأن أو من المحافظ فإنه لا يجوز للنيابة العامة التصدى لهذه القرارات بالتأويل أو التفسير أو بإصدار أية أوامر من شأنها عرقلة تنفيذها ، وترسل الأوراق للنيابة الكلية باقتراح تنفيذ هذه القرارات الإدارية في حدود القانون وتفهم المتضرر منها أن يلجأ إلى القضاء الإدارى إذا شاء " .

وتنص المادة (٨٣٩) من ذات التعليمات على أن "القرارات التى يصدرها المحافظون في خصوص إخلاء المساكن المملوكة للمجالس المحلية التى سبق تخصيصها للمهجرين من محافظات القناة لا يجوز لاعضاء النيابة العامة التصدى لها أو إصدار قرارات بوقفها " .

كما أكدت تلك التعليمات على حماية القرارات الصادرة من رؤساء الهيئات بإزالة التعدى على أموال الهيئة باعتبار رئيس الهيئة مفوضا من قبل الوزير في الاختصاصات المنصوص عليها في المادة (٩٧٠) من القانون المدنى ، وتمثل تلك الحماية في عدم التصدى للقرارات الصادرة من أى منهم ، وفي ذلك تنص المادة (٨٣٧) على انه " يجب على اعضاء النيابة العامة حماية قرارات الطرد الإدارى الصادرة من رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية في شأن إزالة التعدى على أعيان الأوقاف الخيرية وذلك باعتباره مفوضا من وزير الأوقاف في الاختصاص المنصوص عليه في المادة (٩٧٠) من القانون المدنى مع تفهم المتظلمين من هذه القرارات أن يتخذ حياها الإجراءات القضائية المناسبة " .

كما تنص المادة (٨٣٨) من ذات التعليمات على حماية النيابة العامة للقرارات الصادرة من رئيس مجلس إدارة بنك ناصر الاجتماعى بقولها : " يجب على أعضاء النيابة العامة حماية القرارات الإدارية التى يصدرها رئيس مجلس إدارة بنك ناصر الاجتماعى في شأن إزالة التعديات التى تقع على الأموال الخاصة المملوكة للهيئة العامة للبنك المذكور ، وذلك باعتباره مفوضا من وزير التأمينات في إصدار تلك القرارات وفقا لنص المادة (٩٧٠) من القانون المدنى " .

كما تنص المادة (٨٤٠) على عدم تصدى النيابة العامة للقرارات الصادرة من اللجنة العليا للإصلاح الزراعى بما يعوق تنفيذ تلك القرارات ، بقولها " لا يجوز لاعضاء النيابة العامة التصدى بالتأويل

أو بالتفسير للقرارات التي تصدرها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي أو إصداره أية أوامر من شأنها عرقلة تنفيذها^(١).

والخلاصة أن المشرع قرر بجانب الحماية المدنية والجنائية لحيازة العقارات العامة حماية إدارية تتيح للإدارة إزالة التعديت الواقعة على حيازتها لعقاراتها ، وهذه الحماية لا تقتصر على حماية عقارات الدولة العامة ولكن تمتد لتشمل عقارات الدولة الخاصة ، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للهيئات العامة والأوقاف الخيرية والأشخاص الاعتبارية العامة . وتأكيداً لتلك الحماية وحرصاً على كفالة فاعليتها حظر المشرع على أعضاء النيابة العامة التصدي بالتفسير أو التأويل أو إصدار أوامر تعرقل تنفيذ القرارات الصادرة لحماية الحيازة العقارية لتلك الأشخاص

(١) أنظر نصوص تعليمات النيابة العامة المواد ١٣٥ - ١٤٠ .

الباب الرابع

دور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية

لم تقتصر حماية المشرع بصدد حماية الحيابة العقارية على إيراد حماية مدنية وجنائية وإدارية لها ، وإنما أناط بالنيابة العامة دوراً كبيراً لحمايتها بهدف توفير حماية سريعة وفعالة .

ودور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية مر بمراحل عديدة ، كل مرحلة يتسع أو يضيق دورها حسب ما يمنحه المشرع للنيابة من سلطات بصدد حماية الحيابة العقارية .

وعرض دور النيابة العامة يقتضى التعرض لثلاثة مداخل ، المرحلة الأولى وهى التى تسبق العمل بنظام قاضى الحيابة ، والمرحلة الثانية وهى مرحلة قاضى الحيابة ، والمرحلة الثالثة وهى التنظيم الحالى لدور النيابة العامة

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الباب إلى :

الفصل الاول : تطور دور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية

الفصل الثانى : التنظيم الحالى لدور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية

الفصل الأول

تطور دور النيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

لبيان تطور دور النيابة العامة في مجال حماية الحيابة العقارية نعرض لمرحلتين الأولى وهي السابقة على إنشاء قاضى الحيابة ، وهي المرحلة التي تمثل عدم وجود سند تشريعى لتدخل النيابة العامة في منازعات الحيابة . والثانية هي مرحلة قاضى الحيابة الذى أنشأ بنص المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات والتي أعطت للنيابة العامة سندا تشريعياً لتدخلها في منازعات الحيابة الجنائية دون المدنية . وقاضى الحيابة هو القاضى الجزئى الذى كان يعرض عليه أمر النيابة العامة وفقاً للمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات والذي اعطاه المشرع سلطة تعديل أو إلغاء أو تأييد قرار النيابة العامة ، وتبدأ هذه المرحلة بصدر القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والذي بدأ العمل به من يوم ٢٣ ابريل سنة ١٩٨٢ إلى أن ألغى بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

وبناء على ما سبق يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : المرحلة السابقة على قاضى الحيابة

المبحث الثانى : مرحلة قاضى الحيابة

المبحث الأول

المرحلة السابقة على قاضى الحيازة

وهذه المرحلة تمثل الفترة السابقة على ٢٢ أبريل سنة ١٩٨٢ وهو تاريخ العمل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ ، وتميز تلك الفترة بعدم وجود نص تشريعى ينظم دور النيابة العامة فى حماية الحيازة . وبالنسبة لمنازعات الحيازة الجنائية ، وهى التى تنطوى على جريمة تمثل انتهاكاً للملك الغير - انتهاك حيازة الغير - المنصوص بها فى المواد ٣٦٩ - ٣٧٣ عقوبات^(١) ، كان دور النيابة العامة فى حماية الحيازة فى هذه الحالة لا يثير أية صعوبة ، إذ استندت النيابة فى تدخلها إلى جوهر اختصاصها الجنائى .

وقد لعت تعليمات النيابة العامة دوراً رئيسياً بصددها الحماية الجنائية فى هذه المرحلة ، حيث أصدر النائب العام تعليماته إلى أعضاء النيابة مبيناً لهم الدور الذى يقومون به وكيفية التصرف فى حالة المنازعة الحيازية التى تنطوى على جريمة .

وأما إذا كانت المنازعة الحيازية لا تنطوى على جريمة ، فقد جرت العادة على أن يقوم البوليس بعرض محضر التراع على الحيازة على النيابة العامة والتى كانت تصدر قرارات سريعة لمجرد حماية الحيازة الفعلية ، وهذا التدخل فى منازعات الحيازة المدنية أدى إلى خلاف فقهى حول الأساس القانونى لتدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية باعتبار أن القضاء المدنى صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات الحيازة المدنية واقتصر دور النيابة العامة على تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية .

وإزاء هذا الوضع ذهب رأى إلى القول^(٢) ، بأن النيابة العامة لا يجوز لها التدخل فى منازعات الحيازة المدنية لانعدام الأساس القانونى لقيامها بهذا الدور؛ إذ لا يوجد سند تشريعى يجوز لها التدخل فى منازعات الحيازة المدنية وأن القضاء المدنى هو صاحب الاختصاص الأصيل بمنازعات الحيازة ، ولكل من طرفى التراع اللجوء إليه ليعرف أيهما أولى بالحماية ، وإذا كانت النيابة العامة تتدخل فى هذه الحالة لوجود تعرض ، وتصدر قراراً يتعلق بحماية الحيازة إلا أن نصوص القانون لا تعطى لها هذا الاختصاص لأن وظيفتها الأصلية هى تحريك ومباشرة الدعوى ولا يتعدى دورها ذلك إلى التدخل فى منازعات الأفراد التى لا تنطوى على جريمة لتفصل فيه لأنها ليست جهة قضاء مدنى مختص بالفصل فى منازعات الحيازة .

أما رأى الثانى فقد ذهب إلى القول بأن تدخل النيابة فى منازعات الحيازة المدنية يمثل معاوننة لرجال الضبطية الإدارية فى أداء مهامهم ، إذ أن العرف جرى على أن النيابة العامة تصدر قرارات

(١) بصدده تلك الجرائم انظر ما سبق ذكره ص ٣٩٢ .

(٢) أحمد رفعت خفاجى - مدى اختصاص النيابة العامة بالفصل فى مواد الحيازة . مجلة المحاماة - السنة الثمانية والثلاثون - العدد الرابع - ص ٦٢٢ وما بعدها .

خارج اختصاصها القضائي من قبيل مساعدة البوليس الإدارى فى سبيل أداء مهمته، كالتقرارات التى تصدرها النيابة العامة بمنع بعض الأشخاص من السفر فى حالات خاصة، أو أخذ تعهد على شخص ما بأداء عمل أو الامتناع عن عمل بعدم التعرض لشخص آخر^(١).

أما رأى الأخير يذهب إلى القول، بأنه إذا كان الاختصاص الأصيل للنيابة العامة هو تحريك ومباشرة الدعوى الجنائية إلا أن العرف جرى فى منازعات الحيابة بأن يقوم البوليس بعرض محاضر الحيابة على النيابة العامة على أساس وجود شبهة الجريمة، فإذا ما ثبت للنيابة العامة أن هناك جريمة قيدت الأوراق جنحة، وإذا لم تثبت شبهة الجريمة أصدرت قراراً مؤقتاً ضد المعتدى على الحيابة يهدف إلى حماية الحيابة الفعلية ومحافظة على الأمن والسلام الاجتماعى مع ترك طرفى النزاع للمناضلة على أصل الحق أمام المحكمة المختصة^(٢).

وبناء على ما سبق يتضح فى هذه المرحلة رغم عدم وجود سند تشريعى لتدخل النيابة العامة فى منازعات الحيابة فإن النيابة استندت إلى اختصاصها الأصيل بتحريك الدعوى الجنائية على المعتدى، ومن ثم كانت تصدر قراراً يهدف حماية الحيابة وحفظ الأمن والاستقرار الاجتماعى، أما بالنسبة لمنازعات الحيابة التى لا تكون جريمة فقد جرت عادة البوليس على عرض الأوراق على النيابة العامة، وكانت تصدر قرارها فى هذه الحالة استناداً إلى وجود شبهة الجريمة، وكانت تصدر قرارها بتمكين الحائز الفعلى. وفى هذه المرحلة ثار الخلاف أيضاً حول طبيعة القرارات التى تصدرها النيابة العامة فى منازعات الحيابة المدنية، وقد أخذ الخلاف عدة اتجاهات :

الاتجاه الأول : يرى أن قرار النيابة العامة فى منازعات الحيابة المدنية ما هو إلا عقبة مادية، استناداً إلى انعدام الأساس القانونى لتدخل النيابة فى تلك المنازعات لانطواء ذلك على اغتصاب لولاية القضاء المدنى المختص إذ هو أحق بمنازعات الحيابة المدنية، ومن ثم يضحى قرار النيابة فى هذه الحالة مشوباً بعيب عدم الاختصاص الجسيم الذى ينحدر به إلى درجة العدم^(٣).

الاتجاه الثانى : يرى أن قرار النيابة العامة فى منازعات الحيابة المدنية هو قرار إدارى، ومن ثم يتمتع على جهة القضاء المدنى وقف تنفيذه، لأن الاختصاص به يكون منعقداً لمحكمة القضاء الإدارى، فقرار

(١) محمد على راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الجزء الأول - بند ١٦٧ ص ٢٩٥، محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - ص ٣١، شريف كامل - مشاكل الحيابة أمام النيابة العامة - الطبعة الأولى ١٩٨١ ص ١٢٨، مشار إلى هذا رأى لدى د. محمد المنجى - الحيابة - ١٩٨٣ - بند ٧١ ص ٣٢٦.

(٢) د. محمد المنجى - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٧١ ص ٣٢٦ - ٣٢٧، د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض طبعة ١٩٩٢ - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية - ص ١٦١ - ١٦٢.

(٣) أحمد رفعت خفاجى - مدى اختصاص النيابة العامة فى منازعات الحيابة - ص ٦٢٢ وما بعدها.

النيابة العامة في هذه الحالة صدر منها بصفة أمّا هيئة إدارية و صدر في غير وظيفتها القضائية (١).

الاتجاه الثالث : يرى أن قرار النيابة العامة في منازعات الحيابة المدنية هو قرار قضائي باعتباره قراراً صادراً من النيابة العامة في حدود الاختصاص الموضح لها بمقتضى قانون الإجراءات الجنائية، وأن النيابة العامة عندما تصدر قراراً بتمكين الخائز فإن هذا القرار يكون صادراً منها بصفتها هيئة قضائية ، ويكون القرار في هذه الحالة قراراً قضائياً وليس قراراً إدارياً (٢).

أما الاتجاه الرابع : يرى أن قرار النيابة العامة في منازعات الحيابة المدنية لا يعتبر قراراً قضائياً لكونه لا يحسم خصومة بين طرفين ، ولا يعتبر قراراً إدارياً لكونه لا يؤدي إلى إحداث أثر قانوني وهو جوهر القرار الإداري وإنما يقصد به مجرد حماية المراكز الفعلية التي لا تنشئ حقوقاً لأحد طرفي النزاع ، كما أنه لا يعتبر عقبة مادية لوجود الأساس القانوني لتدخل النيابة في مثل هذه المنازعات ، وهذا الأسس يتمثل في جريان العرف على قيام البوليس بعرض محاضر الحيابة على النيابة العامة بصفة استثنائية على أساس وجود شبهة الجريمة ولا يسوغ القول إلا باعتباره إجراء أمن وقائياً مؤقتاً . لا يقصد به جسم خصومة النزاع على الحيابة ويقتصر على حماية الحيابة الظاهرة دون المساس بأصل الحق وهو يحول دون وصول النزاع إلى حد الدخول إلى مرحلة الجريمة (٣).

وأياً ما كان الخلاف حول أساس تدخل النيابة العامة وطبيعة قراراتها ، فإنها كانت تصدر قرارات تتعلق بحماية الحيابة العقارية رغم عدم وجود نص تشريعي يعطيها حق التدخل .

(١) محكمة دمنهور الابتدائية - بهيئة استئنافية ١٩٥٦/١/١٨ الدعوى رقم ١٩٥٦/١١٩ ، المحكمة الإدارية العليا ١٩٨١/١٢/١٩ الطعن رقم ٢٥/١٣٤١ قضائية مشار إلى هذا الرأي والأحكام لدى د. محمد المنجي - الحيابة - بند ٧٩ ص ٣٦٧ - ٣٧٥ .

(٢) د. زكريا أحمد جاد - وضع الحيابة من القانون الجنائي ص ٣٢١ .

(٣) د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ بند ٨١ ص ٣٨١ وما بعدها .

المبحث الثاني

مرحلة قاضي الحيابة

مرحلة قاضي الحيابة هي المرحلة التي تبدأ بسريان القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الذي بدأ العمل به من يوم ٢٣ ابريل ١٩٨٢^(١)، وأضاف هذا القانون المادة ٣٧٣ مكرر إلى الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وهو الخاص بجرائم التعدي على ملك الغير ، وقد كان نص المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات يجرى على النحو الآتي :

١ - يجوز للنياية العامة متى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام في الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة في هذا الباب ، أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظي لحماية الحيابة على أن يعرض هذا الأمر على القاضي الجزئي المختص لإصدار قرار مسبب خلال ثلاثة أيام على الأكثر بتأييده أو بتعديله أو بإلغائه ٢ - ويجب رفع الدعوى الجنائية خلال ستين يوماً من صدور هذا القرار وعلى المحكمة عند نظر الدعوى الجنائية أن تفصل في النزاع بناء على طلب النياية العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال وبعد سماع أقوال ذوى الشأن بتأييد القرار أو بإلغائه وذلك كله دون مساس بأصل الحق . ٣ - ويعتبر الأمر أو القرار الصادر كأن لم يكن عند مخالفة المواعيد المشار إليها وكذلك إذا صدر أمر بالحفظ أو بالالا وجه لإقامة دعوى ."

وبصدور نص المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات غلت يد النياية العامة عن التدخل في منازعات الحيابة المدنية ، فإذا عرض محضر الحيابة على النياية العامة ورأت أن الأوراق لا تنبئ عن وجود جريمة فإنما تكف عن إصدار قرار لحماية الحيابة إذ لا مجال لتدخل النياية العامة بحماية الحيابة في حالة النزاع المدني . وقد أكدت تعليمات النياية العامة ذلك بالقول ، بأنه إذا كانت منازعة الحيابة لا تشكل جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير تأمر النياية العامة بقيد الأوراق بدفتر الشكوى الإدارية وتحفظ إدارياً دون إصدار أى قرار بشأن الحيابة ، وعملاً بالمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات وتعليمات النياية العامة إذا لم يثبت أمام النياية في محاضر الحيابة شبهة الجريمة فتحفظ الأوراق إدارياً ويترك النزاع للقضاء المدني المختص^(٢) . وإذا كان دور النياية العامة في منازعات الحيابة المدنية قد انعدم بصدور المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات ، فإنه بالمقابل قد عظم دورها في منازعات الحيابة الجنائية ، فإذا انطوى النزاع على جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير أو جرائم الحيابة بغير القوة الواردة بقانون الإسكان جاز للنياية العامة إصدار أمر لحماية الحيابة الفعلية .

(١) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ٢٢/٤/١٩٨٢ بالعدد ١٦ ص ١٠٢٤ .

(٢) الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ بتاريخ ٢٨/٤/١٩٨٢ الصادر عن مكتب النائب العام .

ولبيان دور النيابة العامة في هذه المرحلة يقتضى إيضاح شروط تدخلها ومضمون قرارها والرقابة على هذا القرار .

أولاً : شروط تدخل النيابة العامة :

كان يشترط لتدخل النيابة العامة لحماية الحيابة العقارية وفقاً للمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات توافر شرطين :

١ - وقوع جريمة من جرائم الاعتداء على الحيابة العقارية، والتي نص عليها قانون العقوبات المصرى فى المواد ٣٦٩ - ٣٧٣ مكرر عقوبات، والتي تنطوى على دخول عقار فى حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة أو ارتكاب جريمة أو التخفى أو رفض الخروج بعد تكليفه بالخروج ممن له حيازته ، أو وقوع جريمة من جرائم منع الحيابة بغير القوة المنصوص عليها فى قانون الإسكان رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمعدل بالقانون ١٦٣ لسنة ١٩٨١ والتي تمثل الحيلولة دون الحصول على الحيابة^(١) .
واشترط وقوع جريمة من جرائم الإسكان وإن لم تنص عليها المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات إلا أنه أشير إليها فى الكتاب الدورى رقم ٨ سنة ١٩٨٢ الصادر من المكتب الفنى للنائب العام بالبند الثانى من عدم اشتراط توافر ركن القوة فى منازعات الحيابة^(٢) .

٢ - وجود دلائل كافية على جدية الاتهام : فمتى قامت دلائل كافية على جدية الاتهام يجوز النيابة العامة أن تتدخل لإصدار أمر بحماية الحيابة العقارية ، وتقدير مدى كفاية الدلائل يخضع لتقدير النيابة العامة بصدد إصدار أو عدم إصدار قرارها لحماية الحيابة العقارية^(٣) .

ثانياً : مضمون وتكليف قرار النيابة العامة :

كان تدخل النيابة العامة أمراً جوازياً متروكاً لتقديرها ، فإذا رأت ضرورة للتدخل أصدرت قراراً وإن لم تر ضرورة امتنعت عن التدخل ، إذ لا إلزام عليها بالتدخل (م ٣٧٣ مكرر ع) .

ومضمون القرار الذى يصدر من النيابة العامة هو إجراء تحفظى ذو طبيعة وقتية يهدف إلى حماية الحيابة المادية الظاهرة (م ٣٧٣ مكرر ع) بمعنى أنه يهدف إلى حماية الحيابة الفعلية دون النظر إلى مدى شرعية أو قانونية الحيابة ، فإذا توافرت شروط تدخل النيابة العامة فإنها تأمر باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيابة العقارية الفعلية ما دامت مستمرة وظاهرة و هادئة وواضحة ولو كانت عرضية؛ إذ لا يشترط توافر الحيابة بنية كسب حق لإصدار قرار النيابة العامة ، وإجراء النيابة العامة الصادر لحماية الحيابة العقارية

(١ ، ٢) د. محمد المنجى - الحيابة - ١٩٨٥ - بند ٧٤ ص ٣٣٧ .

(٣) د. محمد المنجى - الحيابة - ١٩٨٥ - بند ٧٤ ص ٣٣٨ ، د. على أمير خالد - الحماية المدنية والجناية

لواضع اليد على العقار ص ١٦٧ .

الفعلية قد يكون برد الحيازة إلى الحائز الفعلي إذا كانت قد اغتصبت منه بواسطة المعتدى، أو الأمر بمنع التعرض أو التصدى للحيازة إذا صدر تعرض أو تهديد من المعتدى دون أن يصل إلى حد سلب الحيازة من المجنى عليه .

وطبيعة القرار الصادر من النيابة العامة هو إجراء تحفظي أو تدبير مؤتمت لحماية الحيازة فهو لا يتعرض لأصل الحق ولا ينشئ مركزاً قانونياً جديداً لأطراف النزاع^(١) ، ويجب عرضه على القاضى الجزئى خلال ثلاثة أيام للنظر فيه إما بالتأييد أو الإلغاء أو التعديل، ومن ثم يكون قرار النيابة العامة قراراً قضائياً بمنأى عن رقابة القضاء الإدارى^(٢) ، لصدوره وفقاً لاختصاصها العادى فى المنازعات الجنائية .

ثالثاً : النيابة المختصة بإصدار قرار الحيازة

لم تحدد المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات النيابة المختصة محلياً ونوعياً بإصدار قرار الحيازة ، أما الكتاب الدورى رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ فقد نص على الاختصاص النوعى دون الملقى بقوله : " يصدر رئيس النيابة الجزئية أو مديرها على حسب الأحوال أمراً مؤقتاً باتخاذ إجراء تحفظى لحماية الحيازة " .

ولتحديد الاختصاص الملقى للنيابة المختصة بإصدار قرار الحيازة كان ينبغى الرجوع إلى القواعد العامة فى قانون الإجراءات الجنائية، التى تحدد الاختصاص الملقى للمحاكم الجنائية بالمكان الذى وقعت فيه الجريمة أو بمكان إقامة المتهم أو بالمكان الذى يتم فيه القبض على المتهم ، وجميع هذه الأماكن سواء لا تفاضل بينها ، ويتعقد الاختصاص للنيابة العامة التى تقع فى أى مكان منها ما لم يوجد نص يجعل الاختصاص لنيابة معينة بالذات ، وما كان يحدث عملاً هو الاعتداد بمكان وقوع جريمة التعدى على الحيازة العقارية^(٣) .

أما بالنسبة للاختصاص النوعى للنيابة التى تصدر الأمر باتخاذ الإجراء التحفظى لحماية الحيازة العقارية ، فكانت النيابة الجزئية سواء كان رئيس النيابة الجزئية أو مديرها على حسب الأحوال مع وجوب استطلاع رأى النيابة الكلية فى قضايا الحيازة الهامة^(٤) .

رابعاً : الرقابة على قرار النيابة العامة :

نصت المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على عرض أمر النيابة العامة على القاضى الجزئى، وتتناول

الرقابة على قرار النيابة العامة على النحو التالى :

- (١) المذكرة الايضاحية للمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات .
- (٢) د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار ص ١٧٢ .
- (٣) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٨٥ - بند ٧٤ ص ٣٤٣ ، د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار ص ١٦٨ .
- (٤) د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار ص ١٦٩ .

١ - وجوب وميعاد عرض أمر النيابة العامة على قاضي الحيابة :

أوجبت المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على النيابة العامة أن تعرض أمرها الصادر بشأن الحيابة على القاضي الجزئي خلال أمد حددته بثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، ونص الكتاب الدوري رقم ٨ لسنة ١٩٨٢ الصادر عن المكتب الفني للنائب العام على أن : " تعرض الأوراق بالأمر الصادر من النيابة العامة خلال ثلاثة أيام من صدوره على القاضي الجزئي المختص " .

والقاضي الجزئي المشار إليه بتلك المادة اصطلح على تسميته بقاضي الحيابة، ويحدد اختصاصه المحلي والنوعي بالحكمة الجزئية التي تقع في دائرتها النيابة مصدرة القرار المعروف عليه ^(١)، ويعرض الأمر على القاضي الجزئي خلال ثلاثة أيام من تاريخ إصداره بواسطة النيابة العامة وتحسب الثلاثة أيام وفقاً للقواعد العامة ، وإذا لم يعرض قرار النيابة العامة على القاضي الجزئي خلال ثلاثة أيام يعتبر كأن لم يكن ، لأن الميعاد ميعاد إلزام وليس من قبيل المواعيد التنظيمية .

لكن إذا تراخت النيابة العامة عن عرض قرارها على القاضي الجزئي بعد الثلاثة أيام المشار إليها بالفعل فهل يجوز للحائز أن يتقدم مباشرة لقاضي الحيابة ؟ لم تنص المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على عدم جواز ذلك ، ومن ثم فقد انقسم الفقه بشأن ذلك :

فقد ذهب البعض إلى القول بأنه إذا تراخت النيابة العامة في عرض قرارها على القاضي المختص خلال الثلاثة أيام المشار إليها بالمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات أو خشي من صدر لصالحه الأمر فوات مدة الثلاثة أيام دون عرض جاز له التقدم مباشرة لقاضي الحيابة المختص ، ولقاضي الحيابة في هذه الحالة إلزام النيابة العامة بعرض الأوراق والأمر الصادر منها عليه في الحال ^(٢).

ولكن البعض الآخر ذهب إلى القول بأنه لا يجوز لمن صدر لصالحه الأمر أن يلجأ مباشرة إلى القاضي الجزئي فلا يلتزم الحائز إلا بإبلاغ النيابة العامة وحسب ، كما أن نص المادة (م ٣٧٣ مكرر ع) لا ينص على جواز لجوء الحائز مباشرة إلى قاضي الحيابة لأنه يتضمن خطاباً موجهاً إلى النيابة العامة ، كما أن تفويت النيابة العامة لمدة الثلاثة أيام الواجب عرض الأمر فيها على القاضي الجزئي ينم عن عدول النيابة العامة عن قرارها السابق إصداره بصورة ضمنية رغبة في تدارك خطأ ربما تكون وقعت فيه ^(٣).

٢ - سلطة قاضي الحيابة وميعاد إصدار قراره :

يفتح قاضي الحيابة قرار النيابة العامة المعروض عليه ليتبين مدى توافر شروط تدخل النيابة

(١) د. عدلي أمير خالد - الحماية المدنية والجنايئة لوضع اليد على العقار ص ١٧٨ ، د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٨٦ ص ٣٩٤ ، وهو القاضي المدني وليس القاضي الجنائي د. عدلي أمير خالد ص ١٧٨ .

(٢) د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٨٧ ص ٣٩٦ .

(٣) د. عدلي أمير خالد - الحماية المدنية والجنايئة لوضع اليد على العقار ص ١٨٥ ، د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - ج ٢ - بند ١٠٥ ص ١٢٣ .

العامة لإصدار القرار لكونه صادراً في منازعة تنطوي على جريمة ، فإذا لم تتوافر تلك الشروط تعين على قاضي الحيابة إلغاء الأمر الصادر من النيابة العامة ، أما إذا توافرت شروط تدخل النيابة العامة فإن سلطته تكمن بعد ذلك في تعديل الأمر وهو لا يصل إلى إلغاءه كلية ، بل تأييد بعض أجزائه وإلغاء البعض الآخر وإن لم ير تعديل أو إلغاء الأمر فعليه تأييد الأمر الصادر من النيابة العامة .

ويجب أن يصدر القاضي الجزئي قراره خلال ثلاثة أيام من تاريخ عرض الأمر عليه بواسطة النيابة العامة ، فإذا صدر بعد الثلاثة أيام المشار إليها بالمادة (٣٧٣ مكرر ع) يعتبر كأن لم يكن لأن الميعاد حتمي وليس من قبيل المواعيد التنظيمية^(١) . ويجب أن يكون القرار الصادر من القاضي الجزئي (قاضي الحيابة) مسبباً يعنى ببيان الأسانيد والحجج القائم عليها والنتيجة التي انتهى إليها من حيث الواقع والقانون ، بأن يبين شروط تدخل النيابة في النزاع ويقدر ملاءمة قرار النيابة العامة ، ويجب أن يكون التسيب على نحو واضح لكي يكشف عن مضمون القرار الصادر عن قاضي الحيابة ويعتبر التسيب من أهم الضمانات المفروضة على القضاة^(٢) .

٣ - طبيعة و حجية قرار قاضي الحيابة :

وصفت المادة (٣٧٣ مكرر عقوبات) تصرف قاضي الحيابة بأنه قرار مسبب ، والمذكورة الإيضاحية وصفته بأنه قرار غير قابل للطعن ، وهذه الأوصاف فتحت مجالاً للاجتهاد الفقهي حول طبيعة هذا القرار .

ذهب رأى إلى القول بأن قرار قاضي الحيابة يعتبر حكماً مستعجلاً شأنه شأن الأحكام المستعجلة الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة ، لتوافر مقومات الحكم المستعجل فيه لكونه صادراً من قاضٍ مدني وهو القاضي المختص بالحكمة الجزئية ، كما أنه صادر في مسألة مدنية بمقتضى الوظيفة القضائية للقاضي الجزئي ويحسم النزاع بصفة مؤقتة بين طرفي النزاع ، كما أنه ينشئ مركزاً جديداً ويهدف إلى حماية الحيابة الفعلية^(٣) .

وقد ذهب رأى آخر إلى القول بأن قرار قاضي الحيابة هو قرار ذو طبيعة قضائية رقابية وهو يعتبر قرار عرض وليس قرار دعوى ، فهو قرار مسبب مقصور لذاته فهو ينشئ مركزاً قانونياً مؤقتاً واجب الاحترام وإن كان مهدداً بالزوال ، وهذا القرار يهدف إلى مراقبة مدى ملائمة الإجراء الذي اتخذته النيابة

(١) بصدد سلطة قاضي الحيابة بتعديل أو إلغاء أو تأييد قرار النيابة وميعاد صدور قراره ، أنظر : د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٩٠ ص ٣٩٩ - ٤٠١ ، د. عدلي أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواقع اليد على العقار ص ١٧٨ - ١٧٩ .

(٢) د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٩٢ ص ٤٠٢ .

(٣) من هذا الرأى د. محمد المنجي - الحيابة ١٩٨٥ - بند ٩٣ ص ٤٠٣ - ٤٠٦ .

العامه وهو يعتبر قرار عرض وليس قرار حكم ، لأنه لا يمثل ظاهرة اجرائية تخضع لقانون المرافعات المدنية أو لقانون الإجراءات الجنائية لأن ما يخضع لقانون الإجراءات الجنائية أو المرافعات المدنية هو الحكم الصادر في دعوى عن محكمة مشكلة تشكياً قانونياً وليس الأمر كذلك في قرار قاضي الحيازة ، وقرار قاضي الحيازة تكون له حجة مؤقته تفيد الطرفين ما لم تتغير أو تعدل الوقائع المادية الصادر على أثرها القرار (١).

والرأى الأخير يذهب إلى القول بأن قرار قاضي الحيازة هو قرار ولائى يصدر من القاضى الجزئى بوصفه قاضياً للأمر الوقتية شأنه فى ذلك شأن الأوامر على العرائض ، ومن ثم يصدر فى غيبة الخصوم ولا يجب إعلانه وعلى ذوى الشأن تتبع صدوره ، ولا يغير من الطبيعة الولاية وجوب تسيبه لأن التسبب لا يترع عنه الصفة الولاية ، لأن القانون نص على ضرورة تسيب الأوامر على العرائض إذا كانت ضلدره على خلاف أمر سابق و تسيب الأمر على عريضة لم يخرج عن كونه عملاً ولائياً ، فهو يخضع للنظام القانونى للأوامر على العرائض من حيث قابليته للتظلم منه إلى القاضى الأمر أو إلى المحكمة المختصة التابع لها القاضى مصدر القرار فضلاً عن كونه نافذاً ومعجلاً بقوة القانون (٢).

خامساً : دور القاضى الجنائى فى حماية الحيازة العقارية :

أوجبت المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات على النياية العامة رفع دعوى خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار المتعلق بالحيازة، وأوجبت على القاضى الجنائى المرفوعة أمامه الدعوى الجنائية الفصل فى النزاع على الحيازة وفقاً للشروط الآتية :

١ - استمرار النزاع على الحيازة : لكي تختص المحكمة الجنائية بالفصل فى النزاع على الحيازة يجب أن يستمر النزاع على الحيازة قائماً إلى حين الفصل فى الدعوى الجنائية ، إلا اذا كانت الأوضاع قد استقرت بشأن الحيازة وقت الفصل فى الدعوى الجنائية ، فلا يجوز للمحكمة أن تفصل فى هذا النزاع .

٢ - أن يكون الفصل بناء على طلب : لا تقضى المحكمة الجنائية فى النزاع على الحيازة ولو استمر إلى حين الفصل فى الدعوى الجنائية ما لم يطلب منها ، بواسطة النياية العامة أو المدعى بالحقوق المدنية أو المتهم بحسب الأحوال لاحتمال استقرار الأوضاع النزاع على الحيازة .

(١) من هذا الرأى : د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لوأضع اليد على العقار ص ١٨٣ - ١٨٤ .
(٢) د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ج ٢ - بند ١٠٥ ص ١٢٣ ، بند ١٠٩ ص ١٢٩ - ١٣٠ = والخلاف حول طبيعة قرار قاضى الحيازة انعكس على مدى جواز الاشكال فيه .
فيرى البعض جواز الاشكال باعتباره حكم مستعجل . د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٨٣ - بند ٩٥ ص ٤٠٦ .
والبعض الآخر يرى لا يعتبر حكم مستعجل ولا يجوز الاشكال فيه باعتباره قرار عرضى وليس قرار حكم .
د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لوأضع اليد على العقار ص ٢٠٥ .
ويرى آخر أن قرار قاضى الحيازة قرار ولائى يخضع لنظام الأوامر على العرائض ، د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - ج ٢ - بند ١٠٩ ص ١٣٠ .

٣ - الفصل بعد سماع أقوال ذوى الشأن : لا تفصل المحكمة الجنائية في النزاع على الحيازة إذا طلب منها إلا بعد سماع أقوال أطراف الخصومة إذا حضروا وأبذوا دفاعهم أمام قاضى الحيازة ، لأن حق الدفاع مكفول في جميع مراحل الدعوى الجنائية .

٤ - أن يكون الفصل بالتأييد أو بالإلغاء : تفصل المحكمة الجنائية في النزاع على الحيازة إذا طلب منها، بتأييد قرار الحيازة أو بإلغائه ، فلا يجوز للمحكمة الجنائية تعديل قرار قاضى الحيازة (المادة ٣٧٢ مكرر عقوبات) .

٥ - أن يكون الفصل دون المساس بأصل الحق : أن المحكمة المرفوعة إليها الدعوى محكمة جنائية وليست محكمة مدنية فهي مقتصرة على حماية الحيازة الفعلية دون المساس بأصل الحق ، ومن ثم يجب عليها ألا تعرض لبحث أصل الحق ولا تنظر أوراق الحق إلا على سبيل الاستثناء لإثبات واقعة الحيازة الفعلية^(١) .

سادساً : تقييم مرحلة قاضى الحيازة :

الهدف من تقييم مرحلة قاضى الحيازة رغم الغائها بيان العيوب التى شابته وأدت إلى إلغائها ، وما إذا كان المشرع فى التنظيم الحالى قد تلافى تلك العيوب أم بقى نقص ، والملاحظ على هذه المرحلة والمادة ٣٧٣ مكرر عقوبات أنها :

١ - غلت يد النيابة العامة عن التدخل فى منازعات الحيازة المدنية ، بعد أن كانت تتدخل فى تلك المنازعات قبل صدور المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات بناء على وجود شبهة جريمة ، مع أن منازعات الحيازة التى لا تنطوى على جريمة إذا تركت بدون معالجة ستفضى إلى نزاع جنائى على الحيازة ، وكان من الأفضل تقرير تدخل النيابة فى هذه المنازعات كى لا يتطور الأمر إلى الجريمة .

٢ - أن المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات جعلت تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة الجنائية أمراً جوازياً يخضع لحسن تقديرها ، وكان يجب تقرير وجوب تدخل النيابة العامة فى منازعات الحيازة التى تنطوى على جريمة ولا يجعل تدخلاً جوازياً ، لوجود جريمة وهى مبرر تدخلها .

٣ - لم تحدد ميعاد لإصدار قرار النيابة العامة ، ثم فتح مجالاً للخصوم فى الماطلة أمام النيابة العامة بغية تأخير صدور قرار بصدد الحيازة ، وفتحت مجالاً لتقاعس بعض أعضاء النيابة نتيجته مما ينتج عنه تأخير صدور القرار ، لعدم وجود ميعاد حتمى يجب أن يصدر خلاله القرار ولذلك قد يطول أمد صدور القرار

(١) د. محمد المنجى - الحيازة - ١٩٨٥ بند ٩٦ ص ٤٠٨ - ٤١٠ ، د. عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار ص ١٨٨ - ١٨٩ . و المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات كانت تقرر جزاء يكمن فى أنه إذا أقيمت الدعوى الجنائية بعد الستين يوماً ، فيجب على المحكمة الجنائية الا تتصدى لقرار الحيازة لاعتباره كأن لم يكن لعدم إقامة الدعوى الجنائية فى الميعاد ، مع عدم الإخلال بحق النيابة فى رفع الدعوى الجنائية طبقاً للقواعد العامة ما لم تنقضى المواعيد المنصوص عليها بالمادة ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى .

مع أن الأمر انطوى على جريمة لا يحتمل التأخير .

٤ - ان ما نصت عليه المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات ينطوى على إطالة أمد النزاع على الحيازة ، بدأ من عدم تحديد مدة لكى يصدر خلالها القرار بما قد تطول مدة صدوره بعض الوقت ، ثم بعد صدور القرار لا بد أن يعرض على القاضى الجزئى الذى له سلطة تأييد أو تعديل أو إلغاء قرار النيابة العامة ثم يعرض النزاع بعد ذلك على المحكمة الجنائية باعتبار أنه ينطوى على جريمة وتفصل المحكمة الجنائية فى النزاع المتعلق بالحيازة بتأييد أو إلغاء قرار القاضى الجزئى ، إذا استمر النزاع على الحيازة إلى وقت الفصل فى الدعوى الجنائية .

٥ - اعتبرت المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات قرار النيابة العامة كأن لم يكن إذا لم يعرض على القاضى الجزئى خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ، ولا شك أن اعتبار القرار كأن لم يكن فى هذه الحالة يضر بالمجنى عليه الصادر لصالحه ، فمما ينتج زيادة النزاع على الحيازة وليس حسمه ، وكان ينبغي تقرير فوات مدة الثلاثة أيام دون عرض الأمر على القاضى الجزئى بواسطة النيابة العامة فتح الطريق امام المتضرر للطعن على هذا القرار أمام القاضى الجزئى خلال فترة محددة .

٦ - لم تقرر هذه المادة قرار النيابة العامة بالتنفيذ الوجوبى ، كما أنها لم تبين سلطة الطعن على قرار قاضى الحيازة ومدى جواز الاستشكال فيه فمما فتح الخلاف فى رأى من حيث وسيلة الطعن على قرار قاضى الحيازة ومدى جواز الاستشكال فيه .

وإزاء قصور المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات عن توفير حماية سريعة وفعالة للحيازة فقد تدخل المشرع بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٣ بإيراد تنظيم قانونى جديد يحل محلها أملاً فى تحقيق حماية سريعة للحيازة .

الفصل الثانى

التنظيم الحالى لدور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية

إزاء قصور المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات عن توفير حماية سريعة وفعالة للحيابة ، وتبعاً لما أفرزه التطبيق العملى لهذه المادة من مساوئ ، تدخل المشرع المصرى بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢^(١) ، بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ونص هذا القانون فى المادة الرابعة على إضافة المادة ٤٤ مكرراً إلى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول المعنون " بالتداعى أمام المحاكم " ، وقد أضيفت إلى الفصل الخاص بالاختصاص النوعى للمحاكم .

وتنص المادة ٤٤ مكرراً مرافعات على أن : " ١ - يجب على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيابة مدنية كانت أو جنائية ، أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً بعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة ، ويصدر القرار المشار إليه من عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل ٢ - وعلى النيابة العامة إعلان هذا القرار لذوى الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ٣ - وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار ويحكم القاضى فى التظلم بحكم وقتى بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه ، وله بناء على طلب المتظلم أن يوقف تنفيذ القرار المتظلم منه إلى أن يفصل فى التظلم " .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية الهدف من تلك المادة ودور النيابة العامة والتظلم من قرارها بقولها : " يشهد الواقع العملى تزايداً متتابعاً فى منازعات الحيابة سواء تلك التى تتعلق بأراضٍ زراعية أو مبانٍ . وضاعف من أهميتها حدة أزمة الإسكان ، وتبلغ المنازعة درجة الجريمة الجنائية فى بعض الأحيان ، وتتوقف عند حدود النزاع المدنى فقط فى أحيان أخرى .

وكانت هذه المنازعات وتلك تعرض على النيابة ، وتصدر فيها قرارات وقتية لمنح الحيابة لأحد المتنازعين أو ترك الأمر على ما هو عليه ، وعلى الطرف المتضرر من قرارها أن يلج سبيل التقاضى أمام المحاكم للتظلم منه .

وقد ثار الخلاف فى شأن تحديد المحكمة المختصة بنظر التظلم من قرار النيابة فى هذا الشأن استيعاباً للجدل حول تحديد ما هية هذا القرار ، وهل هو قرار إدارى فتختص بنظر التظلم منه جهة القضاء الإدارى أم هو قرار قضائى يندرج تحت ولاية جهة القضاء العادى .

(١) صدر هذا القانون فى أول يونية ١٩٩٢ ونشر فى يوم صدوره بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ٢٢ مكرر ص ١٨ وعمل به من أول أكتوبر ١٩٩٢ .

وقد أخذت بعض المحاكم بالرأى الأول وأخذ البعض الآخر بالرأى الثانى ، واتجه رأى ثالث اعتنقه تيار فى الفقه إلى أن قرار النيابة العامة الوقتى المتعلق بالحيازة إذا كان صادراً فى شأن منازعة تشكل جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير فهو قرار قضائى لا تختص به جهة القضاء الإدارى بنظر التظلم المرفوع عنه باعتبار أن القرارات التى تصدرها النيابة العامة بوصفها ضبئية قضائية أو أمينة على الدعوى العمومية هى قرارات قضائية تخرج عن اختصاص مجلس الدولة . أما إذا كان قرار النيابة العامة سالف الذكر صادراً فى شأن منازعة لا تشكل جريمة فإنه يعتبر من قبيل القرارات الإدارية مما يختص معه مجلس الدولة دون القضاء العادى بنظر التظلم منه .

وإزاء هذه الآراء المتعددة فى شأن تحديد الجهة المختصة بنظر التظلم من قرار النيابة العامة فى شأن الحيازة ، فقد أضحى الناس فى حيرة من أمرهم عندما يرغبون فى رفع تظلماتهم من تلك القرارات وعندما استشعر المشرع خطر ما آل إليه الواقع أصدر القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الذى استحدث به المادة ٣٧٣ مكرراً من قانون العقوبات ، ولكنه لم يتناول بالعلاج إلا جانباً جزئياً يتعلق بحالة جدية الاقحام بجريمة . وقد كشف التطبيق العملى لهذه المادة منذ صدورهما عن صعوبات كثيرة ، جعلت مسألة التظلم من قرارات النيابة أكثر عسراً مما كانت عليه قبل صدورهما فأصبح من المتعين على النيابة أن تحجب نفسها عن إصدار قرارات وقتية فى شأن الحيازة المدنية البحتة التى لا تثير شبهة جريمة من جرائم انتهاك حرمة ملك الغير ، مع أن هذه المنازعات فى كثير من الأحيان مشتعلة بين أطرافها إلى حد يوشك أن ينتقل بها إلى نطاق الجريمة إذا تركت دون حل وقتى عاجل ، كما أن المشرع لم يحسم الخلاف الذى دار بين جهتى القضاء الإدارى والقضاء العادى ، حول تحديد الجهة المختصة منهما بنظر التظلم من قرار النيابة الوقتى حول الحيازة إذا صدر فى منازعة مدنية بحتة ليست فيها شبهة اقحام جنائى .

لهذه الاعتبارات مجتمعة ، فقد عاجل المشرع الأمر على وجه يحسم الخلاف فى شأن هذه المسائل ، ويسهل الأمر على القضاء والمتنازعين فى جلاء ووضوح ، فوضع تنظيمياً جديداً لمنازعات الحيازة يكون مجاله قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ففضى فى المادة الرابعة منه بإضافة مادة جديدة إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية برقم ٤٤ مكرراً أوجب فيها على النيابة العامة متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة ، أن تصدر فيها قراراً وقتياً واجب التنفيذ فوراً سواء أكانت المنازعة مدنية بحتة أو جنائية ، فشمّل ذلك كافة منازعات الحيازة المدنية والجنائية ، وأوكل إصدار هذا القرار إلى عضو من أعضاء النيابة العامة بدرجة وكيل نيابة من الفئة الممتازة على الأقل ، وذلك حتى يكون لمصدر القرار الخبرة والدراية اللازمة لما تتسم به هذه المنازعات من أهمية خاصة (عدل مصدر القرار فى القانون إلى رئيس نيابة) .

ولا يمنع صدور هذا القرار المؤقت من النيابة العامة من المبادرة إلى رفع الدعوة الجنائية ، إذا شكلت هذه المنازعة جريمة من الجرائم ، وأوجب إعلان هذا القرار خلال ثلاثة أيام من تساريخ صدوره

لدوى الشأن الذين يكون لهم التظلم منه أمام القاضى المختص بالأمر المستعجل بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى فى ميعاد لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه به بحسبان أن القرار صدر من النيابة العامة فى شأن منازعة جنائية فهو يتصل بجريمة من الجرائم التى تدخل فى اختصاص جهة القضاء العادى .

كما أن القرار إذا صدر من النيابة العامة فى شأن منازعة غير جنائية فإن جهة القضاء العادى هى الأحق بنظر التظلم منه ، على اعتبار أن الحيابة متفرعة عن الملكية التى هى رأس المنازعات المدنية ، وتصدر فيها المحكمة حكماً وقتياً إما بتأييد القرار أو بتعديله أو بإلغائه . وبديهي أن صدور الحكم فى التظلم لا يمنع من رفع أية دعوى ، سواء كانت مدنية أو جنائية متعلقة بالحيابة أو أصل الحق .

وهكذا حسم المشرع النقاش الذى دار بين جهتى القضاء العادى والإدارى ، وجعله من اختصاص الجهة الأولى سواء كان قرار الحيابة الصادر من النيابة العامة مدنياً أو جنائياً ، كما أجازت هذه المادة للقاضى أن يوقف تنفيذ قرار النيابة حين الفصل فى التظلم وقد اقتضى التعديل السالف إلغاء المادة ٣٧٣ مكرر من قانون العقوبات " .

ويتضح من المادة ٤٤ مكرراً عقوبات ومذكرتها الإيضاحية أن المشرع أراد علاج المساوى التى نتجت عن تطبيق المادة ٣٧٣ مكرراً عقوبات وتوفير حماية سريعة للحيابة العقارية .

وسوف نتناول دور النيابة العامة الحالى فى منازعات الحيابة العقارية ثم الرقابة على قرار النيابة العامة فى هذه المرحلة ثم ننتهى إلى تقييم الدور الحالى للنيابة العامة فى مجال حماية الحيابة العقارية . ووفقاً لما تقدم يقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : التنظيم الإجرائى الحالى للنيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية .

المبحث الثانى : الرقابة على تصرفات النيابة العامة فى مجال الحيابة .

المبحث الثالث : تقييم دور النيابة العامة فى حماية الحيابة العقارية .

المبحث الأول

التنظيم الإجرائي الحالي للنيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

نتناول في هذا المبحث نطاق اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيابة العقارية وإجراءات صدور القرار ومضمونه وحجيته وإعلانه وتنفيذه ، ومن ثم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : نطاق اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيابة .

المطلب الثاني : إجراءات صدور قرار النيابة العامة ومضمونه وحجيته .

المطلب الثالث : إعلان وتنفيذ قرار النيابة العامة .

المطلب الأول

نطاق اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيابة العقارية

يحتوى هذا المطلب على بيان اختصاص النيابة العامة من حيث الوجوب أو الجواز ، ثم بيان الاختصاص المحلي والنوعى للنيابة العامة مصدرة القرار .

أولاً : اختصاص النيابة العامة وجوبى فى منازعات الحيابة :

أصبح اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيابة العقارية وجوبياً وفقاً للفقرة الأولى من الملة ٤٤ مكرر مرافعات ، حيث استهلقت عبارتها بكلمة " يجب " ^(١) ، ومن ثم أصبح لا مجال لإعمال النيابة العامة لسلطتها التقديرية فى التدخل أو عدم التدخل ، كما كان الأمر فى ظل المادة ٣٧٣ مكرر عقوبات . وتبعاً لذلك إذا عرضت عليها منازعة تتعلق بالحيابة ، وجب عليها إصدار قرار فيها سواء كانت المنازعة مدنية أو جنائية ، وليس لها كف يدها استناداً إلى أن المنازعة مدنية .

فقد أصبح إصدار قرار فى الحيابة أمراً إلزامياً على النيابة العامة ولا يجوز لها أن تكتفى بحفظ الشكوى ادارياً رغم وجود منازعة على الحيابة ، وفى حالة امتناع النيابة العامة عن إصدار قرار فى الحيابة واكتفت بحفظ الاوراق ادارياً يجوز لذوى الشأن التظلم من قرار النيابة بالتحفظ إلى الجهات الرئاسية الأعلى ، لكون إصدار القرار وجوبياً على النيابة العامة ^(٢) .

(١) البند الأول من الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ : " تصدر النيابة العامة قراراً " .

(٢) مصطفى مجدى هرجه - الحلول العملية فى مشاكل الحيابة ومسكن الزوجية فى ضوء المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات - طبعة ١٩٩٦ - دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية - ص ١٧ ، الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيابة أمام القضاء المستعجل - طبعة ١٩٩٧ م - دار سيناء للطباعة والنشر ص ٩٢ ، سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيابة - طبعة ١٩٩٥ - دار محمود للنشر والتوزيع ص ١٧ .

فإذا كان قرار الحفظ صادراً من رئيس النيابة الجزئية يكون التظلم إلى الدرجة الأعلى وهو المحامي العام بالنيابة الكلية ثم إلى المحامي العام الأول لنيابة الاستئناف ، أما إذا كان قرار الحفظ صادراً من النيابة الكلية فيكون التظلم منه إلى نيابة الاستئناف .

وإذا أمرت النيابة العامة بحفظ الأوراق إدارياً دون إصدار قرار في الحيازة وتظلم ذوى الشأن من قرار الحفظ إلى الجهة الأعلى ، وصدر أثناء التظلم قرار من التظلم إليه كالمحامي العام أو المحامي العام الأول ، يكون التظلم من هذا القرار أمام القاضى المستعجل إعمالاً للمادة ٤٤ مكرر مرافعات ، لأن التظلم في هذه الحالة يكون من القرار الصادر بشأن الحيازة ، وليس التظلم من قرار الحفظ^(١) .

أما من حيث المنازعات الحيازية التي يجب أن تصدر فيها قراراً ، فقد شمل المنازعات الجنائية والمنازعات المدنية ، ولم يعد اختصاصها قاصراً على الجنائية دون المدنية ، وتبعاً لذلك لا يجوز للنيابة العامة كف يدها عن إصدار قرار في منازعة الحيازة المدنية ، كما كان الأمر في ظل المادة ٣٧٣ مكرر عقوبت ، لأن المادة ٤٤ مكرر مرافعات اوجبت التدخل في المنازعة الجنائية والمدنية على التواء .

ويجب أن يكون الأمر المعروض على النيابة العامة من قبيل المنازعة الجنائية أو المدنية ، بمعنى وجود نزاع بين طرفين أو أكثر على حيازة عينية ، وتبعاً لذلك يخرج عن اختصاص النيابة العامة النزاع القائم حول إثبات حالة العقار التي يتقدم بها أحد الأفراد لكونها لا تنطوى على منازعة تتعلق بالحيازة ، ويخرج عن اختصاص النيابة العامة المنازعات التي تنور بين الأفراد حول تفسير العقود والمستندات أو أعمال الشروط الجزائية التي تتضمنها تلك العقود أو المستندات ، لدخول ذلك في اختصاص القضاء دون النيابة العامة^(٢) . ويخرج كذلك عن اختصاص النيابة العامة المنازعة المدنية المتعلقة بتنفيذ عقد ، لأن النزاع لا يتعلق بحيازة فعلية تدخل في اختصاص النيابة العامة لأن مجال ذلك أمام القضاء .

وإذا كانت النيابة العامة تصدر قراراً في النزاع حول الحيازة ، فيستوى أن يكون النزاع على الحيازة يتعلق بالملكية أو بحق انتفاع أو ارتفاق أو سكنى ، فالنيابة العامة تحمي الحيازة العقارية أياً كان الحق المدعى ممارسته على العين محل الحيازة ، ما دام الحائز يجوز حيازة مادية فعلية وقت حدوث النزاع على الحيازة ، سواء ادعى أنه يجوز بصفته مالكاً أو له عليها حق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو ارتفاق .

والاختصاص الوجوبى للنيابة العامة بمنازعات الحيازة لا يقصد منه حماية حق ولكن يقصد منه حماية

(١) مصطفى مجدى هرجه - الحلول العملية في مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية - ص ١٧ ، الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة أمام القضاء المستعجل ص ٩٢ ، سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة - ص ١٧ .

(٢) مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٢ ص ١٧ ، بند ٢٥ ص ٥٢ .
= ولا تختص النيابة العامة بالنظر فى ملكية أو رهن ارض ، د . العطار - حق الملكية ص ٣٢٦ .

الحيازة الفعلية دون النظر إلى أصل الحق أو شرعية أو قانونية الحيازة^(١)، إذ يستوى أن يكون الحائز صاحب حق أو ليس صاحب حق، سواء كان يحوز حيازة قانونية أو حيازة عرضية، المهم هو الحيازة المادية الفعلية الحالية أثناء قيام النزاع.

فلا يشترط في الحيازة المحمية بقرار النيابة العامة أن تكون قانونية باجتماع عنصرين المادى والمعنوى لدى الحائز، إذ تكفى اعمال السيطرة المادية سواء كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب الغير، فالحيازة العرضية كحيازة المستأجر تحمى كالحيازة القانونية^(٢)، إذ العبرة بالحيازة الفعلية للحائز. ولكن يشترط أن تتوافر في الحيازة الفعلية شروطها القانونية، بمعنى أن تكون مستمرة لفترة من الوقت تكفى للقول بأن واضع اليد يحوز حيازة فعلية، والاستمرار يكون على حسب طبيعة العين والحق المدعى على العين محل الحيازة، كما يجب أن تكون هادئة غير مكتسبة بالاكراه لأن الاكراه لا يؤدي إلى قيام حيازة فعلية جديرة بصدور قرار النيابة العامة لحمايتها، ويجب أن تكون الحيازة ظاهرة بصورة علنية كافية لظهور واضع اليد بمظهر الحائز الفعلى، ويجب كذلك أن تكون واضحة بدون أن يعترضها لیس^(٣). والمقصود بالوضوح هناك ليس ظهور نية الشخص أنه يحوز لحساب نفسه، ولكن يقصد به في مجال قرار النيابة العامة أن تكون أعمال السيطرة المادية دالة وقت حدوث النزاع على أن طالب الحماية واضع اليد دون غيره.

ثانياً: النيابة العامة المختصة بإصدار قرار الحيازة:

حددت الفقرة الأولى من المادة ٤٤ مكرراً مرافعات درجة مصر القرار "بدرجة رئيس نيابة على الأقل"، باعتبار أن تلك الدرجة تمثل ضماناً للخصوم بما يتوافر لرئيس النيابة من

(١) د. محمد المنجى - الحيازة - ١٩٩٣ - بند ٨٨ ص ٣٣٨، ٣٣٩، عز الدين الدناصورى، وحامد عكاز - التعليق - ٣٤٢، مجدى هرجه - الحيازة ص ٢٧ - ٢٩.

= وللنيابة العامة أن تصدر قرار الحماية الوارث الحائز على الشيوخ الذى يضع يده على جزء مفرز رغم أن العقار ما زال شائعاً. مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ١٠ ص ٦١، وتحمى يده فى هذه الحالة على ألا يتعارض ذلك مع حيازة باقى الشركاء المشتاعين.

= ولا يجوز للنيابة العامة إصدار قرار بتمكين أحد الأشخاص من حيازة عقار من عقارات الدولة العامة أو الخاصة.

= ولا يجوز لها إصدار قرار فى منازعات الرى والصرف لأنها من اختصاص مفتشى الرى ومدير عام الرى ولجان إدارية تشكل للفصل فى تلك المنازعات المادة ٢١، ٩٨ من القانون رقم ١٣٤/١٩٨١ بشأن الرى والصرف انظر: مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٩ ص ٦٠.

= ولا يجوز لها إصدار قرار يتعارض مع حكم قضائى.

(٢) د. محمد المنجى - الحيازة - ١٩٩٣ - بند ٨٨ ص ٣٣٨، مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٨ - ص ٢٩، عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٢.

(٣) مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٨ ص ٢٩.

الخبرة والدراية تؤهله لإصدار قرار صائب في الحيابة، أما الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ الصادر عن النائب العام فقد نص في البند الأول على أن: " أولاً: تصدر النيابة المختصة قراراً على أن يكون القرار من المحامى العام المختص وعلى المحامى العام المختص استطلاع رأى المحامى العام الأول في الهام من تلك المسائل " .

ومما سبق يتضح أن المادة ٤٤ مكرراً مرافعات حددت درجة مصدر القرار بدرجة رئيس نيابة على الأقل ولكن ذلك لا يجوز دون صدور القرار من المحامى العام أو المحامى الأول حسب نص الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ .

فيجب أن يصدر القرار من رئيس النيابة أو ما يعلوه في السلم الرئاسى كالمحامى العام أو المحامى العام الأول أو من النائب العام نفسه ، أما إذا صدر القرار من عضو نيابة أقل من درجة رئيس نيابة فإن القرار يكون باطلاً^(١) ، بالنظر إلى أن درجة رئيس نيابة تمثل ضماناً قانونية للخصوم .

وبطلان قرار الحيابة الصادر من درجة أقل من درجة رئيس نيابة هو بطلان متعلق بالنظام العام ، لكونه يشبه البطلان المترتب على مخالفة الاختصاص النوعى للمحاكم ، ولا يرد على ذلك بان بطلان قرار الحيابة هو بطلان نسبي ، بحجة اختلاف القواعد التى تنظم اختصاص المحاكم عن القواعد التى تنظم اختصاص النيابة العامة ، لأن نص المادة ٤٤ مكرراً مرافعات قاطع في اشتراط صدور القرار من رئيس نيابة على الأقل^(٢) .

أما من حيث الاختصاص المكاني ، فإن المادة ٤٤ مكرراً مرافعات لم تحدد الاختصاص المكاني للنيابة ، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات إذا كانت المنازعة مدنية ، حيث نجد المادة ٥٠ / ١ مرافعات تنص على أنه: " في الدعاوى العينية العقارية ودعاوى الحيابة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة " . ومن ثم يتعدد الاختصاص المكاني للنيابة التى يقع في دائرتها العقار

(١) عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٤ ، د. محمد المنجى - الحيابة - ١٩٩٣ بند ٨٥ ص ٣٣٤ .

= ويرى د. العطار أن القرار الصادر من درجة أقل من رئيس نيابة لا يجب تنفيذه ما لم يعتمده رئيس النيابة أو الدرجة الأعلى - حق الملكية - ص ٣٢٨ .

(٢) عز الدين الدناصورى ، وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٤ ، د. محمد المنجى - الحيابة - ١٩٩٣ بند ٨٥ ص ٣٣٤ .

محل النزاع أو أحد أجزائه إذا كان العقار واقعاً في دوائر نيابات متعددة^(١) .
أما إذا كان النزاع يحمل شبهة الجريمة فيجب الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات
الجنائية ، حيث نجد المادة ٢١٧ تنص على أن : " يتعين الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أو
الذي يقيم فيه المتهم أو الذي يقبض عليه فيه " ، وهذه المادة تحدد الاختصاص المكاني بثلاثة أماكن ،
فيكون الاختصاص منعقداً للنيابة التي يقع في دائرتها العقار أو النيابة التي يقيم في دائرتها المتهم أو النيابة
التي قبض في دائرتها على المتهم^(٢) ، والأوفق من الناحية العملية انعقاد الاختصاص للنيابة التي يقع في
دائرتها العقار تسهيلاً لتحقيق النزاع على الحيازة سواء كانت المنازعة جنائية أو مدنية .

(١) د. محمد المنجي ١٩٩٣ - بند ٨٦ ص ٣٣٥ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات
الحيازة - ٩٨ - ٩٠ ، د. عدلي أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة - ص ٤٣١ .

المطلب الثاني

إجراءات صدور قرار النيابة العامة ومضمونه وحجته

يتحدد نطاق هذا المطلب بالإجراءات التي يجب على النيابة العامة اتباعها لإصدار قرار في الحيازة، ومضمون هذا القرار وتسيبه وحجته .

أولاً : إجراءات صدور قرار النيابة العامة :

يجب على النيابة العامة قبل إصدار قرار في الحيازة أن تقوم بسماع أقوال أطراف النزاع على الحيازة وإجراء التحقيقات اللازمة بشأنها وإجراء المعاينة ، ولا يشترط أن تجرى النيابة العامة التحقيق بنفسها ، إذ يجوز لها أن تنتدب احد رجال الشرطة لإجرائه أو لاستيفاء بعض المعلومات الخاصة بالنزاع^(١) . ولا يجوز للنيابة العامة الاكتفاء بمحضر جمع الاستدلالات بمعرفة الشرطة لاتخاذها أساساً لإصدار قرار في الحيازة^(٢) ، بل يجب عليها إجراء التحقيق سواء بنفسها أو بواسطة من تنتدبه لذلك، لأن محاضر جمع الاستدلالات تشوبها السرعة والرعونة ولا تكون بنظرة فاحصة تساعد النيابة على إصدار قرار صائب في الحيازة ، كما يشوبها أحياناً كثير من العسف والبطش بالمتنازعين على الحيازة بما يجعلها غير معبرة عن الواقع الفعلي للحيازة ، كما أن التحقيق بمعرفة النيابة العامة يمثل اهم ضمانة للمتنازعين .

وإذا قامت النيابة العامة بإجراءات التحقيقات ، فيكفي أن تتمكن النيابة العامة أطراف النزاع للإدلاء بأقوالهم ولا يشترط أن يدلى بما فعلاً ما دامت النيابة قد أتاحت لهم الفرصة لإبداء أقوالهم ، ومن ثم لا يعيب قرار النيابة عدم ابداء أى من المتنازعين بأقواله ما دام قد مكن من ذلك ولم يدل بها^(٣) ، وعند قيام النيابة العامة بإجراء التحقيق أو المعاينة لا تنقيد بإجراءات الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات ، وإنما لها أن تحقق النزاع بما يكفل لها معرفة حقيقة النزاع والحائز الفعلي للعين .

والتحقيق الواجب على النيابة العامة يجب أن يشمل :

١ - سماع أقوال أطراف النزاع والاطلاع على مستدأقهم : يجب على النيابة العامة سماع أقوال أطراف النزاع أو على الأقل تمكينهم من ذلك ، سواء المتعرض أو المتعرض ضده - المعتدى أو المعتدى عليه- بأن يقوم كل واحد منهم بالإدلاء بما لديه من أقوال ومعلومات عن الحيازة الفعلية ، ومدى توافر شروطها لأحدهم وبدايتها ومدة حيازته الفعلية للعين .

(١) د. العطار - حق الملكية - ٣٢٨ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٤ ، مجدى

هرجه - الحلول العملية في مشاكل الحيازة بند ٧ ص ١٩ .

(٢) د. محمد المنجى - الحيازة - ١٩٩٣ بند ٨٩ ص ٣٤١ .

(٣) د. فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - بند ٦٤ مكرر ص ١٠٩ .

كما يجب على النيابة العامة الاطلاع على مستندات أطراف النزاع لاستخلاص مدى توافر الحيابة الفعلية لأحدهم سواء كانت تلك المستندات عرفية أو رسمية لأن الاطلاع على مستندات الطرفين يعين على معرفة بدء الحيابة الفعلية ومدتها ومنه هو الحائز الفعلى، والنيابة عند اطلاعها على مستندات الخصوم لا تتعرض لأصل الحق ولكن تنظر في تلك المستندات لتعيينها على تحديد من الحائز الفعلى للعين وقت النزاع دون التعمق في تحقيق أصل الحق^(١).

٢ - سماع أقوال الشهود ورجال الإدارة والجيران : يجب على النيابة العامة سماع أقوال الشهود الذين سيستعين بهم كل من أطراف النزاع للتدليل على مدى توافر الحيابة الفعلية له ، فأقوال الشهود تعين بدرجة كبيرة على معرفة من يكون الحائز الفعلى للعين قبل النزاع على الحيابة ومظاهر تلك الحيابة لدى الحائز ومدتها وبدايتها .

ويجب على النيابة العامة سماع أقوال رجال الإدارة وتحرياتهم عن النزاع ، وتعتبر تحريات وأقوال رجال الإدارة وسيلة تعين النيابة العامة على تحقيق النزاع بصورة واقعية بحكم معايشة رجال الإدارة لأطراف النزاع وقربهم من العين المتنازع على حيازتها .

كما يجب على النيابة العامة سماع أقوال جيران العين محل النزاع ، لأن جيران النزاع هم أقدر الناس على تبصير النيابة العامة بمن هو الحائز الفعلى للعين بحكم معايشتهم اليومية لمن يحوز العين فعلاً^(٢) ، وتعتبر أقوال جيران العين أهم معين للنيابة العامة لإصدار قرار صائب في الحيابة كى لا يأتى الخصوم بأناس على أفهم جيران للعين في حين أنهم ليسوا مجاورين للعين أصلاً، أو ليسوا أحد الجيران الملاصقين .

٣ - معاينة العين محل النزاع : المعاينة هى انتقال عضو النيابة العامة الذى يتولى التحقيق إلى مكان النزاع للوقوف على مدى التعرض أو التعدى الواقع على العين ، وتكون بالنقاط صورة جغرافية للواقع المادى المحسوس والوضع القائم للعين . لأن اطلاع من يباشر التحقيق على الواقع المادى للعين محل النزاع يكشف له عن حقائق تساعده على إصدار قرار سليم في الحيابة^(٣) .

فانتقال المحقق إلى أرض النزاع يساعده على سماع أقوال الجيران وطلب ايضاحات منهم عن العين على الطبيعة ، كما يمكن له أن يناقشهم في أقوالهم ليأخذ ببعضها ويرد البعض الآخر ، كما أن المعاينة تساعد المحقق على مناقشة رجال الإدارة في مدى معرفتهم للحائز الفعلى للعين ، إذ كثيراً ما يحدث في الواقع العملى ان رجل الإدارة يدلى بأقوال في نزاع على الحيابة لصالح

(١ ، ٢ ، ٣) انظر د. محمد المنجى - الحيابة ١٩٩٣ - بند ٩٨ ص ٣٤٢ ، د. عدلى أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيابة - ص ٤٣٠ .

أحد المتنازعين في حين أنه لا يعرف أين توجد العين محل النزاع ، ومن هنا تبدو فائدة المعاينة التي تجرى بواسطة النيابة العامة .

ثانياً : مضمون وحجية قرار النيابة العامة :

يقصد بمضمون قرار النيابة في الحيازة ، هو القول الفصل الصادر في القرار بتمكين الحائز الفعلي من حيازة العين ومنع التعرض له فيها أو ردها إليه إذا كانت قد انتزعت منه . فالقرار الصادر من النيابة العامة بشأن الحيازة يجب أن يتطوى على مضمون يكشف عن من له الحيازة الفعلية للعين محل النزاع . فمضى تبين مصدر القرار أن أحد المتنازعين هو الحائز الفعلي وجدير بحمايتها ، فإن قراره يكون :

١ - إذا كان النزاع على الحيازة مدنياً لا يتطوى على جريمة ، يصدر القرار بحماية الحائز الفعلي والذي يكون مضمونه منع التعرض الواقع على حيازته بواسطة المتعرض إذا كانت العين ما زالت في حيازته ، ويرد الحيازة إليه إذا كانت قد انتزعت منه بواسطة المعتدى^(١) .

٢ - أما إذا كانت المنازعة تتطوى على جريمة ، فيكون مضمون قرار النيابة العامة بمنع تعرض الجاني للمجنى عليه في الحيازة إذا كانت الحيازة ما زالت في يد المجنى عليه ، ويردها إذا كانت قد انتزعت منه بواسطة الجاني ، وفي حالة المنازعة الجنائية يتعين على النيابة العامة رفع الدعوى الجنائية على الجاني المتعرض عملاً باختصاصها المقرر بالمادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية^(٢) .

٣ - أما في حالة النزاع الصوري إنطوى على جريمة أو لم ينطو ، إذا تبين أمام النيابة العامة أن النزاع على الحيازة بين الطرفين نزاع صوري ، بأن كان اختلافاً بينهما دون أن تكون الحيازة لواحد منهم وإنما هي لشخص آخر لم يكن طرفاً في النزاع ، تعين على النيابة العامة إصدار قرار بتسليم العين إلى شخص ثالث يحوزها لحساب الحائز الفعلي^(٣) ، أو تصدر قرارها لصالح الحائز الفعلي الغير موجود اثناء النزاع مع إعلانه بذلك القرار لكسب يتبسه إلى ما يحق به من تلاعب على حيازته ولتمكينه من الدفاع عنها .

وقرار النيابة العامة بشأن الحيازة هو قرار وقفي (م ٤٤ مكرر مزافات) ، سواء أكان صادراً في منازعة مدنية أو جنائية ، حيث لا يقصد منه حسم النزاع على أصل الحق ، وكل ما يهدف إليه حسم النزاع مؤقتاً بين المتنازعين ولحماية الحيازة الفعلية ، ومن ثم فإن حجيته تكون موقوتة بصدر حكم يحسم النزاع على أصل الحق .

(١ ، ٢) مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٤ ص ٢٢ ، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ٨٨ ص ٣٣٧ ، ٣٤١

(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - ص ٣٣٨ ، سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمنقضى فى الحيازة ص ٢١ .

ثالثاً : تسبب قرار النيابة العامة :

أوجبت المادة ٤٤ مكرر. مرافعات تسبب القرار الصادر من النيابة العامة بشأن الحيابة لما يمثلها ذلك من ضمانه للخصوم ، إذ إن التسبب يولد الثقة في قرار النيابة العامة لكونه دليلاً على قيام عضو النيابة العامة بجميع واجباته المفروضة عليه بواسطة نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات ، كما أن التسبب يجعل قرار النيابة العامة بعيداً عن مظنة التحكم والاستبداد ، بالنظر إلى أن القرار سيتظلم منه أمام القاضى المستعجل ، والتسبب يمكن للقاضى المستعجل من موافقة سلامة قرار النيابة العامة^(١) .

والتسبب المقصود في قرار النيابة العامة هو اشتغال القرار على الاسانيد والحجج التي بنى عليها والتي تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون^(٢) . ويكفي أن يشمل القرار على عرض وجيز لوقائع النزاع ومضمون دفاع الطرفين وأسانيد القرار ، وينبغي أن يكون التسبب واضحاً جلية لا لبس فيه أو غموض^(٣) بما يصعب معه مراقبة سلامة قرار النيابة العامة أو التعرف على مضمون القرار .

وتسبب قرار النيابة العامة سواء كانت المنازعة مدنية أو جنائية يشمل بيان الوقائع والأسانيد التي بنى عليها القرار ومنطوق - مضمون - القرار :

١ - يجب أن يشمل تسبب القرار على الوقائع التي اتخذت أساساً لإصداره ، فهو يشمل :

- أ - تحديد موضوع النزاع ، بمعنى تحديد ما إذا كان النزاع على الحيابة مدنياً أو جنائياً .
- ب - بيان بأقوال أطراف النزاع ، ومضمون مستنداتهم ومدى دلالاتها على توافر الحيابة الفعلية لأحدهم ومبرراتها ومدتها .
- ج - بيان بأقوال شهود الأطراف المتنازعة وأقوال جيران العين محل النزاع وخاصة الجيران الملاصقين للعين .
- د - بيان بأقوال وتحريات رجال الإدارة ومدى وقوفهم على حقيقة الحيابة والنزاع .
- هـ - بيان بالمعينة التي أجزها النيابة العامة .

(١) يوسف أحمد نصار الحماية المدنية لمنازعات الحيابة ص ٩٩ ، سيف النصر سليمان مرجع القاضى والمتقاضى في الحيابة ص ٢٢ .

(٢) د. محمد المنجى - الحيابة بند ٩١ ص ٣٤٤ ، يوسف أحمد نصار الحماية المدنية لمنازعات الحيابة ص ٩٣ .

(٣) ، سيف النصر سليمان مرجع القاضى والمتقاضى في الحيابة ص ٢٢ . اشرف مهدى مصطفى - الحماية الوقتية للحيابة العرضية ص ٢٨٩ .

- ٢- ويجب أن يشتمل قرار النيابة العامة على الاسباب التي بنى عليها ، والتي تؤدى من حيث الواقع ومن حيث القانون إلى القرار الصادر في الحيازة ، وهى
- ١- بيان حقيقة الواقعة محل النزاع على ضوء كافة الوقائع والأقوال والتحريرات والمعينة
- ب- إظهار الحائز الفعلى للعين قبل النزاع على الحيازة .
- ج- إيضاح الحجج المستمدة من الواقع الذى يساند القرار الصادر في الحيازة .
- د- إيضاح الحجج القانونية التي تساند إصدار القرار من الناحية القانونية .
- ٣- ويجب أن يشتمل القرار على منطوق ، بمعنى أن يكون القرار مشتملاً على مضمون ما انتهى إليه مصدر القرار مستنداً إلى الوقائع المادية والأسانيد القانونية التي تؤازره والمنطوق يكون :

١- في الحيازة المدنية : يصدر القرار بحماية الحائز الفعلى إذا كانت العين ما زالت في حيازته يمنع تعرض الطرف الآخر له في حيازته ، أو برد حيازة العين له إذا كانت قد انتزعت منه بدون تعد .

ب- في الحيازة الجنائية : يصدر القرار بحماية المنجى عليه الحائز الفعلى الظاهر للعين ، يمنع تعرض الجاني له في حيازته إذا كانت العين ما زالت في حيازته ، أو بتكينه من استرداد حيازته إذا كانت انتزعت منه ومنع الجاني من التعرض له .

وفي منازعة الحيازة الجنائية يعين رفع الدعوى الجنائية على المتهم - المعتدى على الحيازة - عملاً بالاختصاص العام للنيابة العامة المقرر بالمادة الاولى من قانون الإجراءات الجنائية ، وقيد الاوراق جنحة اعتداء على حيازة الغير بقصد منع حيازته بالقوة ، وفقاً للمواد ٣٦٩ - ٣٧٣ عقوبات أو قيد الاوراق جنحة طبقاً للمادة ١/٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، والمادة ١/٢٣ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ طبقاً لقانون الإسكان (١) .

ج- في النزاع الصورى على الحيازة : أما إذا كان النزاع على الحيازة صورياً ، لكونه مختلفاً بواسطة المتنازعين في حين أن الحيازة الفعلية لآخر لم يكن طرفاً في النزاع يكون قرار النيابة العامة بعدم تمكين أحد المتنازعين من حيازة العين وتسليمها إلى ثالث يقوم بتسليمها إلى الحائز الفعلى حين حضوره (٢) ، أو إصدار القرار بتكين الحائز الفعلى مع إعلانه بقرار النيابة الصادر لصالحه ، لكي يتنبه إلى ما يدور حوله من تلاعب حول حيازته بقصد سلبها منه ليواصل الدفاع عنها في مواجهة المتنازعين إذا تظلما من القرار للقاضي المستعجل .

(١) انظر فى التسببب : د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بند ٩١ ص ٣٤٤ - ٣٤٥ ، سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمتقاضى ص ٢٢ - ٢٤

(٢) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٢٨

ويجب أن يشتمل قرار النيابة العامة - بالإضافة إلى ما سبق ذكره - اسم ودرجة مصدر القرار من كونه رئيس نيابة أو ما يعلوه في السلم الرئاسي، كما يجب أن يشتمل على بيان تاريخ إصدار القرار^(١).
والجزء على عدم التسيب أو التسيب القاصر أو المجهم وعدم ذكر اسم مصدر القرار ودرجته وتاريخ صدوره هو البطالان^(٢)، باعتبار أن التسيب يتيح للقاضي المستعجل مراقبة مدى سلامة قرار النيابة العامة عند التظلم منيه بواسطة ذوى الشأن، فالتسيب يعتبر من أوجب الواجبات التي تقع على عاتق مصدر القرار باعتباره ضماناً لحسن سير العدالة، والبطالان هناك بطلان متعلق بالنظام العام فلا يشترط أن يتمسك به الخصوم، ويقضى به القاضي المستعجل من تلقاء نفسه عند التظلم من القرار أمامه بواسطة ذوى الشأن^(٣).

النيابة العامة
تتمتع بسلطة النيابة العامة في جميع أنحاء الجمهورية
وتتولى إدارة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى النيابة العامة في كل دائرة قضائية
النيابة العامة هي سلطة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى إدارة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى النيابة العامة في كل دائرة قضائية
النيابة العامة هي سلطة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى إدارة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى النيابة العامة في كل دائرة قضائية
النيابة العامة هي سلطة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى إدارة النيابة العامة في كل دائرة قضائية
وتتولى النيابة العامة في كل دائرة قضائية

(١) سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة ص ٢٥
(٢) د. محمد المنجى - الحيازة ٩٩٣، ليند ٦١ ص ٣٤٦، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٢٩، سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة ص ٢٥
(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية - ص ٣٢٩، ٣٣١.

المطلب الثالث

إعلان وتنفيذ قرار النيابة العامة

يتحدد نطاق هذا المطلب ببيان كيفية إعلان قرار النيابة العامة وكيفية تنفيذه ومدى جواز الاستشكال فيه .

أولاً : إعلان قرار النيابة العامة :

أوجبت المادة ٤٤ مكرر مرافعات على النيابة العامة إعلان قرارها الصادر بشأن الحياة أياً كان مضمونه إلى ذوى الشأن ، ولا يجوز الاكتفاء بتوقيع ذوى الشأن أو بعضهم بالعلم بالقرار وتاريخ صدوره ، فالعلم بالقرار لا يعنى عن الإعلان ولا يكفي لبدء سريان ميعاد التظلم من القرار ، وذلك عملاً بالقواعد العامة في قانون المرافعات التي تقرر بأن العلم بالحكم لا يعنى عن إعلانه وأن ميعاد الطعن في حالة وجوب الإعلان لا يبدأ إلا من تاريخ الإعلان^(١)

وإذا كان بدء سريان ميعاد التظلم من قرار النيابة العامة مرتبطاً بالإعلان إلا أنه لا يوجد ما يمنع من صدر القرار لصالحه أن يقوم بإعلان القرار إلى خصمه ليبدأ سريان ميعاد الطعن في القرار وذلك إذا أراد سرعة حسم النزاع^(٢) . وليس هناك ما يحول بين الصادر ضده القرار من التظلم منه أمام القاضى المستعجل فور صدوره أو بمجرد العلم بالقرار بأية طريقة كانت ولو لم يعلن به إذا تراخت النيابة العامة في إعلان القرار ، إذا كان يخشى حدوث ضرر يلحقه من تراخي الإعلان بواسطة النيابة العامة ، ولا يجوز لخصمه أن يدفع بعدم قبول التظلم لرفعه قبل الميعاد^(٣) ، فالتظلم من القرار قبل إعلانه مقبول شكلاً .

وميعاد إعلان قرار النيابة العامة هو ثلاثة أيام من تاريخ صدوره ولا يعترب على تجاوز هذا الميعاد بطلان القرار ، لأن ميعاد الثلاثة أيام هو ميعاد تنظيمي قصد به حث النيابة العامة على سرعة إعلان قرارها^(٤) .

وإذا كانت المادة ٤٤ مكرراً مرافعات لم تبين طريقة إعلان قرار النيابة العامة ، فليس معنى ذلك أن يكون الإعلان بواسطة رجال الإدارة ، ولكن يفسر هذا السكوت على أساس الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات ، لما للإعلان على يد رجال الإدارة من

(١) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٢٩ ، عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ .

(٢) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ .

(٣) د. محمد المنجى - الحياة ١٩٩٣ بندا ٩٤ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ ، د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣ بندا ٦٤

مكرر ص ١١١ .

(٤) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ .

مساوي نتيجة للتلاعب الذي يحدث بواسطتهم مما يترتب عليه ضياع حقوق الخصوم^(١) ، إذ قد يتراخى رجال الإدارة عن تبليغ ذوى الشأن بقرار النيابة العامة ، بما يفوت على الصادر ضده القرار ميعاد التظلم منه أمام القاضى المستعجل .

وقد بين الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ فى البند الثانى طريقة الاعلاف بقولسه : " يتم إعلان القرار وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية " ، وقد أكد ذلك الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ " محضرين " إذ نص فى البند الأول على أنه : " أولاً : يقوم المحضرون بإعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية والجنائية إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لأحكام قانون المرافعات " ، كما أن المادة السادسة من قانون المرافعات تنص على أن " كل إعلان يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصوم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة ولا يرد على ذلك بأن الإعلان بواسطة المحضرين يكون بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة وأن النيابة العامة ليست ممن ذكر النص ، لأنه يمكن القول بأن المادة ٤٤ مكرراً مرافعات أعطت النيابة العامة هذه السلطة بالإضافة إلى من ورد ذكرهم بالمادة السادسة مرافعات^(٢) ، وهذا ما أكدته الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين .

ويعلن قرار النيابة العامة إلى ذوى الشأن (مادة ٤٤ مكررة مرافعات) ، وذوى الشأن هم الأشخاص المطلوب إعلانهم بقرار النيابة العامة^(٣) ، وقد بين الكتاب الدورى رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٢ ذوى الشأن بقوله فى البند الأول : " بعد صدور قرار النيابة فى النزاع توصل صورة رسمية من منطوق القرار وأسبابه إلى قلم المحضرين ويراعى أن يتضمن المنطوق اسم الصادر لصالحه القرار وخصمه كاملاً وبيانات وافية عن العين الصادر قرار النيابة العامة بشأنها بما يكفى لتحديدتها " ، كما أورد فى البند الثانى من ذات الكتاب قوله : " يتضمن الخطاب الموجه إلى قلم المحضرين - المرفق به الصورة الرسمية لقرار النيابة وأسبابه - أسماء الخصوم ومحل إقامتهم تفصيلاً حتى يمكن لقلم المحضرين إتمام الإعلان " .

فوفقاً لما تقدم يجب أن يعلن قرار النيابة العامة إلى أطراف النزاع المعتدى والمعتدى عليه وإلى كل من يعتبر قرار النيابة العامة صادراً ضده وكل من أضر من القرار^(٤) ، وبصفة عامة

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٥ .

(٢) د. فتحى الوالى - الوسيط ١٩٩٣ ، بند ٦٤ مكرر ص ١١٠ .

(٣) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ٩٤ ص ٣٤٨ ، سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة ص ٢٥ .

(٤) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ٩٤ ص ٣٤٨ .

كل من يتأثر مركزه الواقعي الناشئ عن الحيازة بقرار النيابة العامة ولو لم يكن ممثلاً في النزاع القائم على الحيازة (١).

ثانياً : تنفيذ قرار النيابة العامة

أوجبت المادة ٤٤ مكرراً من قانون المرافعات تنفيذ قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيازة فوراً، حيث نصت على أن : " يجب على النيابة العامة - متى عرضت عليها منازعة من منازعات الحيازة مدنية كانت أو جنائية - أن تصدر فيها قراراً واجب التنفيذ فوراً ... " (٢) فقرار النيابة العامة يكون له منذ صدوره قوة تنفيذية (٣) ، لكي يحقق حماية سريعة للحيازة المتنازع عليها بين الأطراف . وإزاء النص على التنفيذ الفوري لقرار النيابة العامة ، يشور تساؤل عما إذا كان يجب إعلان قرار النيابة العامة قبل البدء في التنفيذ أو لا يجب إعلانه ، وقد أنقسم الرأي إلى اتجاهين : الاتجاه الأول : يذهب إلى القول بأن قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيازة واجب التنفيذ فوراً وبمجرد صدوره ولا يلزم إعلانه إلى ذوي الشأن قبل البدء في تنفيذه ، لأن الأمر لا يتعلق بسند تنفيذي بالمعنى المقصود في قانون المرافعات ، ومن ثم فلا يلزم إعلانه وتكليف المنفذ ضده بالوفاء قبل البدء في إجراءات التنفيذ (٤) .

الاتجاه الثاني : يذهب إلى القول بأن قرار النيابة العامة الصادر في منازعات الحيازة هو قرار قضائي ، يفصل في خصومة ينظمها قانون المرافعات بموجب نص جعل من هذا القرار سنداً تنفيذياً ، دون أن يقرن ذلك بحكم خاص ينظم أوضاع تنفيذه ، ووفقاً لذلك يجب إعلان قرار النيابة العامة قبل البدء في تنفيذه عملاً بأحكام المادة (٢٨١) من قانون المرافعات ، وأن النص على كون القرار واجب التنفيذ فوراً لا يقصد منه سوى أن يكون القرار مشمولاً بالنفذ المعجل .. ويدلل أصحاب هذا الرأي على وجهة نظرهم بالاتي :

١ - أن المادة (٢٨١) مرافعات تضع قاعدة عامة مفادها وجوب إعلان السند التنفيذي قبل البدء في التنفيذ ولم يخرج المشرع عن هذه القاعدة الا استثناء كما في المادة ٢٨٦ مرافعات ، وأن المادة ٤٤ مكرر مرافعات لم تنص على عدم إعلان قرار النيابة العامة قبل التنفيذ .

(١) كالغير الذي لم يكن طرفاً في النزاع على الحيازة كما في حالة النزاع الصوري على الحيازة بين متنازعين اختلقا النزاع بسلب حيازة الغير .

(٢) انظر المذكور الإيضاحية المذكورة ص ٤٨٤ .

(٣) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٤ مكرر ص ١٠٩ .

(٤) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٤ مكرر ص ١١٠ ، أشرف مهدي مصطفى - الحماية الوقتية للحيازة العرضية - ص ٢٨٩ ، ويعود سيادته بعد ذلك إلى القول بوجوب إعلان السند التنفيذي وتكليف المنفذ ضده بالوفاء قبل إجراء التنفيذ .

٢ - أن تنفيذ قرار النيابة العامة بدون إعلان يؤدي إلى القول بأن تنفيذ القرار يمكن أن يتم في يوم صدوره ، وفي هذه الحالة لا يستطيع من يريد التظلم من القرار أن يرفع تظلمه ويطلب وقف تنفيذه من القاضى المستعجل ، إذ أن رفع التظلم في حالة التنفيذ بدون إعلان سيكون متعديراً عملاً .

٣ - كما أن نص المادة ٤٤ مكرر مرافعات وإن أوجب تنفيذ قرار النيابة العامة فوراً ، إلا أنه لم يحظر الإعلان قبل التنفيذ ولو اراد المشرع التنفيذ بدون إعلان لنص على ذلك ، وإزاء ذلك يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المرافعات التي توجب إعلان السند التنفيذى قبل البدء في التنفيذ ، وإلا كان التنفيذ باطلاً ، وقرار النيابة العامة يعتبر من قبيل السندات التنفيذية لكونه ينفذ عن طريق المحضرين بعد تذييله بالصيغة التنفيذية .^(١)

والواقع أن الرأى الثانى القائل بوجوب إعلان قرار النيابة العامة قبل تنفيذه هو الأولى بالاتباع ، والقول بوجوب الإعلان قبل التنفيذ استناداً إلى القواعد العامة في قانون المرافعات التي توجب إعلان السند التنفيذى قبل البدء في التنفيذ (م ٢٨١ مرافعات) لأن قرار النيابة العامة يعتبر سناً تنفيذياً ، ولذلك يجب اعلانه قبل البدء في التنفيذ .

فإذا كان النص يهدف إلى توفير حماية سريعة للحيازة مراعاة لمصلحة الصادر لصالحه القنوار ، إلا أن ذلك لا يكون على حساب مصلحة الصادر ضده القرار ، فإذا كانت العدالة تقتضى حماية الحيازة بسرعة فإن العدالة تقتضى أيضاً ألا نضحى بمصلحة الصادر ضده القرار ، إذ يجب إقامة نوع من التوازن بين مصلحة الصادر لصالحه القرار وبين مصلحة الصادر ضده لما يتيح إعلان القرار للصادر ضده من أن يتظلم منه إلى القاضى المستعجل ويطلب وقف تنفيذه ، وقد يجاب إلى طلبه ، لاسيما إذا كان القرار باطلاً لعدم صدوره من رئيس نيابة أو كان غير مسبب أو قاصر السبب .

ويجب أن نأخذ في الاعتبار مصلحة الغير - غير المتنازعين - وهو كل من يتأثر مركزه الواقعى الناشئ عن الحيازة بقرار النيابة العامة وليس طرفاً في النزاع ، فقد يكون الغير هو الحائز الفعلى الظاهر ، وأن النزاع بشأن الحيازة بين المتنازعين ما هو الا نزاع صورى اختلقاه افتعالاً بغية غضب الحيازة لأحدهما ولا سبيل أمام الغير للدفاع عن حيازته إلا إذا أعلن بالقرار الصادر بشأن الحيازة ، فيبادر إلى التظلم من القرار ويطلب وقف تنفيذه بواسطة القاضى المستعجل ، ولا يتاح له ذلك الا إذا أعلن بالقرار قبل البدء

(١) من هذا الرأى : يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٠٢ - ١٠٤ ، سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمنقضى في الحيازة ص ٢٦-٢٩ .

في التنفيذ ، بإعلان قرار النيابة العامة قبل البدء في التنفيذ واجب مراعاة لمصلحة الصادر ضده القرار ولمصلحة الغير ، لكي تتاح لكل منهم فرصة التظلم من القرار أمام القاضي المستعجل وطلب وقف التنفيذ . كما أن المادة ٤٤ مكرراً مرافعات وإن نصت على التنفيذ الفوري لقرار النيابة العامة إلا أنها لم تحظر الاعلان قبل التنفيذ ، كما أن الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ نص في البند الثاني على أن : " يتم اعلان القرار وتنفيذه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية " والكتاب الدوري رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين في البند الأول على أن " يقوم المحضرون باعلان القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة في منازعات الحيازة المدنية والجنائية إلى ذوى الشأن خلال المواعيد المحددة وفقاً لإحكام قانون المرافعات "

ومما سبق يتضح أن اعلان قرار النيابة العامة بشأن الحيازة يعلن وينفذ طبقاً لأحكام قانون المرافعات ، و قانون المرافعات يوجب إعلان السند قبل البدء في التنفيذ (م ٢٨١ مرافعات) ، وباعتبار أن قرار النيابة العامة سناً تنفيذياً يجب إعلانه قبل البدء في التنفيذ لأن المادة (٤٤) مكرراً لم تحظر الإعلان قبل التنفيذ كما أن الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ البند الثاني ، والكتاب الدوري رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ محضرين " البند أولاً وثانياً ، أوجبا الاعلان والتنفيذ طبقاً لقانون المرافعات "

ثالثاً : مدى جواز الإشكال في قرار النيابة العامة :

إذا كان هناك خلاف حول وجوب أو عدم وجوب إعلان قرار النيابة العامة قبل البدء في تنفيذه فإن خلافاً آخر مرتبطاً به يتمثل في مدى جواز الإشكال في تنفيذ قرار النيابة العامة ، فالتساؤل هنا يسدور حول مدى جواز أو عدم جواز الإشكال في تنفيذ قرار النيابة العامة وإزاء هذه النقطة انقسم الفقه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى القول بأن قرار النيابة العامة في منازعات الحيازة ينفذ وفقاً لإجراءات تنفيذ قرار النيابة العامة، وليس وفقاً لإجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها في قانون المرافعات ولو كان القرار صادراً في منازعة مدنية، لأن الأمر لا يتعلق بسند تنفيذي بالمعنى المقصود في قانون المرافعات، ومن ثم فلا يجوز الإشكال في قرار النيابة العامة أمام قاضي التنفيذ أو أمام السلطة العامة عند قيامها بتنفيذ القرار^(١) .

فقرار النيابة العامة واجب التنفيذ بقوة القانون ، لأن الطريق الوحيد لوقف تنفيذ هذا القرار هو التظلم منه أمام القاضي المستعجل وطلب وقف تنفيذه إلى حين الفصل في التظلم ، وطلب وقف التنفيذ أثناء التظلم يعني عن الاستشكال^(٢) .

(٢٠١) منهم من د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٤ مكرر ص ١١٠ ، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بند ١٠٥ ص ٣٦٨ ، د . عدلى أمير خالد - الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار ص ٢٢٢ ، زكريا أحمد جاد - وضع الحيازة من القانون الجنائي - ص ٣٤٣ ، مجدى هرجة - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٢١ ص ٤٨ - ٤٩ ، اشرف مهدى مصطفى - الحماية الوقتية للحيازة العرضية - المحاماة ص ٧٤ ص ٢٨٩ .

وقد عزز هذا الرأي الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ فى البند الثالث ، والكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ " محضرين " فى البند الثالث ، حيث نصا بصيغة واحدة على أنه " ثالثاً : لا يجوز فى أى حال من الأحوال وقف تنفيذ القرار إلا بأمر من قاضى الأمور المستعجلة المختص بنظر التظلم "

الاتجاه الثانى : يذهب أصحاب هذا الاتجاه ، إلى القول بجواز الإشكال فى قرار النيابة العامة

الصادر بصدد الحيابة استناداً إلى :

١ - أن المادة (٤٤) مكرراً مرافعات وان نصت على وجوب التنفيذ الفورى لقرار النيابة العامة إلا أنها لم تحظر الإشكال فى تنفيذ القرار ، كما أن الإشكال فى التنفيذ يختلف اختلافاً جوهرياً عن وقف التنفيذ من محكمة التظلم ، الذى نصت عليه تلك المادة .

٢ - لم تتضمن المادة (٤٤) مكرراً مرافعات تنظيمياً للإشكال من قرار النيابة العامة بشأن الحيابة فهى لم تجز ولم تمنع الإشكال ، وهذا السكوت لا يدل على أن المشرع قصد حرمان من يتعرض للغش أو للخطأ فى تنفيذ قرار النيابة العامة الصادر ضده من حق التظلم من التنفيذ الخاطى لأن الحرمان من حق طبيعى لا يكون الا بناء على نص قانونى صريح ولو اراد المشرع حظر الإشكال فى قرار النيابة العامة لنص على ذلك صراحة .

٣ - أن عدم تنظيم المادة (٤٤) مكرراً مرافعات للإشكال فى قرار النيابة العامة سواء بال منع أو الجواز يعنى الرجوع إلى القواعد العامة فى قانون المرافعات الواردة بالمادة ٣١٢ ، وهذه المادة تجيز رفع الإشكال أمام قاضى التنفيذ بالطريق العادى لرفع سائر المنازعات أو بإبدائه أمام المحضر عند التنفيذ .

٤ - كما أن المادة (٣١٢) مرافعات لم تقصر الإشكال على تنفيذ الأحكام أو ما يعتبر من قبيلها وإنما عممت الإشكال على جميع السندات التنفيذية التى ورد ذكرها بالمادة (٢٨٠) مرافعات، وقرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيابة ، يعتبر سنداً تنفيذياً طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات .

٥ - إذا كانت المادة (٤٤) مكرراً مرافعات أجازت طلب وقف التنفيذ أثناء التظلم من القرار أمام القاضى المستعجل ، إلا أن ذلك مشروط بالا يكون التنفيذ قد تم ، ومن الناحية العملية يكون ممن المتعذر عملاً رفع التظلم وتقديم طلب وقف التنفيذ قبل تمامه فقد يكون التنفيذ قد تم وانتهى ، كما أنه ليس للطلب أثر موقف للتظلم ، ومن ثم يبقى الإشكال هو الطريق القانونى الوحيد لمن يتعرض لخطأ أو غش فى تنفيذ قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيابة .

٦ - ويتساءل أخيراً - صاحب هذا الرأي - عن مدى حق الغير الذى لم يكن طرفاً في منازعة الحيازة والذى سيضار من تنفيذ القرار ، في أن يستشكل في تنفيذ هذا القرار وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات بجانب التظلم وطلب وقف التنفيذ أمام القاضى المستعجل^(١) . والواقع أن العدالة تقتضى إجازة الإشكال في تنفيذ قرار النيابة العامة ، فإذا كان وقف التنفيذ غير جائز إلا بأمر القاضى المستعجل مراعاة لمصلحة الصادر لصالحه القرار بغية توفير حماية سريعة وفعالة للحيازة إلا أن الرغبة في ذلك لا ينبغى أن تدفعنا إلى إهدار مصلحة من صدر ضده القرار أو مصلحة الغير . فمن مصلحة الصادر ضده القرار إجازة الإشكال له وخاصة في حالات القرارات النيابة الحيازية الباطلة لصدورها من غير رئيس نيابة أو لأنها غير مسببة أو لأن تسيبها قاصر مبتسر ، ففى مثل هذه الحالات - على الأقل - يجب إجازة الإشكال لمصلحة الصادر ضده القرار ، لكي يتفادى تنفيذها ، ولا يرد على ذلك بأن المشرع اجاز التظلم من القرار وطلب الوقف أمام القاضى المستعجل ، لأن القرار الباطل ينبغى ألا تكون له قوة تنفيذية تعصمه من الإشكال ، خصوصاً وأن القاضى المستعجل سيقضى حتماً بالبطلان ويعود الأمر مرة أخرى للنيابة العامة ، وربما يصدر القرار لصالح الصادر ضده في المرة الأولى باعتباره الحائز الفعلى .

كما أن مصلحة الغير تقتضى إجازة الإشكال في القرار ، فهذا الغير لم يكن ممثلاً في النزاع على الحيازة ، وأعلن بالقرار ، فوسيلته القانونية لتفادى ذلك التنفيذ هو الإشكال لكي يتمكن من حماية حيازته التى يراد سلبها بواسطة المتنازعين صورياً على الحيازة^(٢) .

وإذا كان هذا الرأي يعوزه السند القانونى ، فيجب تعديل المادة ٤٤ مكرراً مرافعات ، بما يجعلها تميز الإشكال في قرار النيابة العامة .

(١) منهم : سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة ص ٣٠ - ٣٢ .

(٢) أنظر فيما بعد ص ٥٢٧ .

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على قرار النيابة العامة الصادر فى الحيابة

أضضع المشرع قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيابة للرقابة القضائية ، كى يقطع على النيابة العامة سبيل الهوى والميل بصدد إصدار القرار ، بحيث يأتى قرارها متفقاً مع الواقع الفعلى الظاهر للحيلة وسوف نعرض لتلك الرقابة ببيان الجهة المختصة بالرقابة وهو القاضى المستعجل ، وسلطة الجهة الرقابية عند اعمائها على القرار ، ومدى جواز الطعن فى القرار الصادر من الجهة الرقابية ثم تناول مشكلة تعارض الأحكام كما فى حالة صدور أحكام موضوعية تعارض مع حكم القاضى المستعجل ، ومدى تأثير الدعوى الجنائية على القاضى المستعجل .

ووفقاً لما تقدم يقسم هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : التظلم من قرار النيابة العامة وأطراف التظلم

المطلب الثانى : كيفية وميعاد التظلم من قرار النيابة العامة .

المطلب الثالث : سلطة القاضى المستعجل عند نظر التظلم .

المطلب الرابع : مدى جواز الطعن والاستشكال فى الحكم الصادر فى التظلم .

المطلب الخامس : مشكلة تعارض الأحكام .

المطلب الأول

التظلم من قرار النيابة العامة وأطراف التظلم

أولاً : التظلم أمام قاضى الأمور المستعجلة :

حسم المشرع الجدل الذى كان قائماً بين جهتى القضاء الإدارى والمدنى حول تحديد الجهة المختصة بنظر التظلم من قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيابة ، حيث عقد الاختصاص بنظر التظلم لقاضى الأمور المستعجلة سواء كانت المنازعة مدنية أو جنائية ، فقد نصت المادة (٤٤) مكرراً مرافعات على ذلك بقولها : " وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة "

ومن ثم يكون قاضى الأمور المستعجلة هو الجهة الرقابية الوحيدة على قرار النيابة العامة الصادر بشأن الحيابة إذ إن التظلم أمام القاضى المستعجل هو الطريق القانونى الوحيد الذى خطه المشرع للتظلم من قرار النيابة العامة^(١) ، ولا يجوز لذوى الشأن ولوج سبيل غيره بصدد التظلم من قرار النيابة العامة .

(١) د. فتحي ولى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٤ مكرر ص ١١٢ .

وبناء على ما تقدم لا يجوز التظلم من قرار النيابة العامة أمام محكمة الموضوع، بإبداء التظلم كطلب تبعى للطلب الموضوعى المطروح عليها بشأن الحيازة، كما لا يجوز التظلم من قرار النيابة العامة بطريق اللجوء إلى رئيس مصدر القرار كما لو كان القرار صادراً من رئيس نيابة فيظلم ذوو الشأن من القرار إلى المحامى العام أو إلى المحامى العام الأول^(١).

أما إذا لجأ ذوو الشأن إلى رئيس مصدر القرار دون القاضى المستعجل، فقد ذهب رأى إلى القول بأن التصرف في هذه الحالة من جانب من رفع إليه التظلم يكون، إما بإحالة التظلم إلى قاضى الأمور المستعجلة باعتباره جهة الاختصاص القانونية، وإما بحفظ التظلم مع تفهيم المتظلم بالالتجاء إلى جهة القضاء المختصة قانوناً، أما إذا فات على المتظلم إليه إحالة التظلم إلى القاضى المستعجل أو حفظ الشكوى مع تفهيم المتظلم باللجوء إلى الجهة المختصة، وأصدر قراراً جديداً في الحيازة مؤيداً للقرار الأول، فصدور هذا القرار لا يكون له أثر على ميعاد التظلم منه أمام القاضى المستعجل الذى يبدأ سريانه من تاريخ إعلان القرار الأول، أما إذا كان القرار مخالفاً للقرار الأول المتظلم منه فيجوز للصادر ضده التظلم من هذا القرار أمام القاضى المستعجل ويبدأ ميعاد التظلم من القرار الجديد من تاريخ إعلانه للمتظلم^(٢).

أما الرأى الثانى فيذهب إلى القول بأن في حالة رفع التظلم من قرار النيابة العامة إلى رئيس مصدر القرار فلا يجوز له إحالة التظلم إلى قاضى الأمور المستعجلة لما يحيط ذلك من صعوبات عملية، لأن التظلم من القرار أمام القضاء المستعجل يلزم مباشرته بواسطة المتظلم صاحب الصفة في التظلم من حيث إعلان الخصوم وتقديم المستندات وإبداء الدفوع والدفاع، وذلك لا يتحقق عندما مجال التظلم بمعرفة رئيس مصدر القرار إلى القاضى المستعجل، كما أن النيابة العامة ليست خصماً حقيقياً في التظلم وليست لها صفة فيه ويكون التظلم المحال منها غير مقبول أمام القاضى المستعجل^(٣).

والواقع أن ما ذهب إليه الرأى الثانى هو الأولى بالاتباع، فإذا تظلم ذوو الشأن من قرار النيابة العامة إلى رئيس مصدر القرار فلا يجوز للأخير إحالة التظلم إلى القاضى المستعجل ولا إصدار قرار فيه، ولكن عليه حفظ التظلم مع تبييه ذوى الشأن (المتظلم) إلى أن الطريق الوحيد للتظلم هو أمام القاضى المستعجل، وعلى المتظلم أن يرفع تظلمه إلى القاضى المستعجل لما يوفره ذلك من ضمانة للخصوم الآخرين من حيث إعلانهم بالتظلم

(١) عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٦، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ٩٧ ص ٣٥٧.

(٢) عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٦، مجدى هرجه - الحيازة - بند ٣ ص ٢٠-٢١، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ٩٧ ص ٢٥٦.

(٣) يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١١١.

ليتمكنوا من متابعة التظلم وتقديم مستنداقتهم وإبداء دفاعهم .

فوفقاً للمادة ٤٤ مكرراً مرافعات يكون التظلم من قرار النيابة العامة أمام القاضى المستعجل هو الطريق الوحيد للطعن على هذا القرار بغية تأييده أو تعديله أو إلغائه ، ولا يجوز التظلم إلى رئيس مصدر القرار أو إلى محكمة الموضوع بإبدائه كطلب تبعى للطلب الموضوعى .

ثانياً : أطراف التظلم :

عبرت المادة ٤٤ مكرراً مرافعات عن أطراف التظلم بقولها : " يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن " (١) ، وعبارة " ذى الشأن " تتسع لتشمل كل من له مصلحة فى التظلم ، وكل من أضر من القرار الصادر من النيابة (٢) ، ومن ثم فهى تشمل :

١ - أطراف النزاع الذى نشب على الحيازة : وهم المشكو والمشكو ضده الصادر لصالحه والصادر ضده القرار - فهؤلاء هم أول أطراف التظلم كل منهم يدافع عن مصلحة طالباً التأييد من جانب من صدر لصالحه أو طالباً الإلغاء أو التعديل من جانب من صدر ضده القرار .

وجوز للخصم الذى لم يعلن بقرار النيابة العامة أن يتظلم من هذا القرار أمام القاضى المستعجل ولو بعد فترات ميعاد الخمسة عشر يوماً المحددة للتظلم ما دام لم يعلن بالقرار ، إذ يظل الميعاد مفتوحاً بالنسبة له عملاً بالمادة ٢١٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية (٣) .

٢ - من كان يصح اختصاصه ومن يرى القاضى المستعجل إدخاله : يجوز لكل من أطراف النزاع عند التظلم من قرار النيابة العامة أمام القاضى المستعجل أن يدخل من كان يصح اختصاصه عند رفع التظلم ويكون الاختصاص بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة ، مع مراعاة ميعاد الحضور فى الدعاوى المستعجلة وفقاً للمواد ٦٦ ، ١١٧ من قانون المرافعات (٤) .

كذلك يجوز للقاضى المستعجل ادخال من يرى ادخاله لمصلحة العدالة ولاظهار الحقيقة ممن ورد اسمهم فى التحقيقات ولو لم يعلن بقرار النيابة العامة ، ويجوز للقاضى تكليف الخصوم بادخال آخرين وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى (م ١١٨ مرافعات) (٥) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية مشار إليها ص ٤٨٤ .

(٢) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٤ مكرر ص ١١٠ .

(٣) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٢ ، د. محمد المنجى الحيازة ١٩٩٣ بند ٩٨ ص ٣٥٨ .

(٤) م ١١٧ مرافعات : " للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة مع مراعاة حكم المادة ٦٦ " . والمادة ٦٦ تنظم مواعيد الحضور .

(٥) م ١/١١٨ مرافعات : " ١ - للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة . ٢ - وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بادخاله ومن يقوم من الخصوم بادخاله ، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى " .

٣ - الغير : المقصود بالغير - هنا - هو كل من يتأثر مركزه الواقعي الناشئ عن الحيازة بقرار النيابة العامة ، فإذا كان الغير هو الحائز الفعلي دون الشاكي أو المشكو ضده فعليه أن يتظلم من القرار لحماية حيازته الفعلية ، ولا شك أن اعطاء الغير حق التظلم يوفر له حماية سريعة لحيازته ، إذا كانت محلاً لمؤامرة لسلبها عن طريق نزاع صوري بين المتنازعين^(١).

(١) د. محمد المنجي - الحيازة ١٩٩٣، بند ٩٨ ص ٣٥٨-٣٥٩ ، سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضي والمناقض في الحيازة - بند ١٦ ص ٣٥ .

المطلب الثاني

كيفية وميعاد التظلم من قرار النيابة العامة

يشمل هذا المطلب بيان إجراءات رفع التظلم من قرار النيابة العامة أمام قاضي الأمور المستعجلة، وميعاد التظلم وكيفية حسابه وما يترتب على مجاوزة هذا الميعاد، كما يشمل شروط وقف تنفيذ قرار النيابة العامة بواسطة القاضي المستعجل :

أولاً : كيفية التظلم من قرار النيابة العامة :

يكون التظلم من قرار النيابة العامة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بايذاء صحيفة التظلم قلم كاتب محكمة الأمور المستعجلة ، مشتملة على البيانات الآتية :

١ - اسم المتظلم ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه أو اسم من يمثله ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه

٢ - اسم المتظلم ضده ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه فاذا لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن كان له .

٣ - تاريخ تقديم التظلم مقروناً بتاريخ إعلانه بالقرار الصادر من النيابة العامة ، لكي يتسنى للقاضي المستعجل التحقق من مدى قبول التظلم شكلاً بكونه رفع بعد أو خلال الميعاد المحدد للتظلم

٤ - المحكمة المرفوع امامها التظلم ، وهي القضاى المستعجل .

٥ - بيان موطن مختار للمتظلم في البلدة التي بها مقر المحكمة ، إن لم يكن له موطن فيها

٦ - وقائع التظلم وطلبات المتظلم واسانيدها .

وطبقاً للمادة ٦٥ مرافعات يقيد قلم كتاب المحكمة صحيفة التظلم إذا كان مصحوباً بما يلي :

١ - ما يدل على سداد الرسوم القانونية أو إعفاء المتظلم منها .

٢ - صور من الصحيفة بقدر عدد المتظلم ضدهم فضلاً عن صورتين لقلم الكتاب

٣ - أصول المستندات المؤيدة للتظلم أو صور منها تحت مسؤولية المتظلم وما يركن إليه من أدلة لإثبات تظلمه .

٤ - مذكرة شارحة للتظلم أو إقرار باشمال صحيفة التظلم على شرح كامل لها و صورة من

المذكرة أو الإقرار بقدر عدد المتظلم ضدهم . وعلى قلم الكتاب إثبات تاريخ القيد في جميع الأحوال وإذا

رأى قلم الكتاب عدم قيد صحيفة التظلم - لعدم استيفاء المستندات والاوراق المبينة بالفقرة الاولى - قام

بعرض الأمر على قاضي الأمور الوقتية ليفصل فيها فوراً ، إما بتكليف قلم الكتاب بقيد التظلم أو بتكليف

طالب القيد باستيفاء ما نقص وذلك بعد سماع أقواله ورأى قلم الكتاب ، فإذا قيدت صحيفة

التظلم تنفيذاً لأمر القاضى اعتبرت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد . ويرسل قلم الكتاب إلى المتظلم ضده خلال ثلاثة أيام كتاباً موصى عليه يعلم الوصول مرفقاً به صورة من صحيفة التظلم ومن المذكورة الشارحة أو الإقرار بخطره فيه بقيد التظلم واسم المتظلم وطلباته. والجلسة المحددة لنظره ويدعوه للاطلاع على ملف التظلم وتقديم مستنداته ومذكرة بدفاعه .

وميعاد التكليف بالحضور في الدعوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة مضافاً إليها ميعاد المسافة إذا توافرت شروطه ، ويجوز إنقاص الميعاد بمجمعه من ساعة إلى ساعة شريطة أن يكون الإعلان بالتظلم إلى المتظلم ضده نفسه و ياذن من قاضى الأمور الوقتية مع إعلان صورة الإذن مع صحيفة التظلم (م ٦٦٠ مرافعات) ، ولا يشترط إعادة الإعلان في التظلم إذ لم تعلن صحيفة التظلم إلى شخص المتظلم ضده باعتبار أن التظلم من الدعوى المستعجلة المشار إليها في المادة ١/٨٤ مرافعات (١) .

ثانياً : ميعاد التظلم من قرار النيابة العامة :

ميعاد التظلم من قرار النيابة العامة أمام القاضى المستعجل هو خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان القرار إلى ذوى الشأن ، فلا يجوز أن يتجاوز التظلم هذا الميعاد ، وبحسب ميعاد الخمسة عشر يوماً المقررة للتظلم وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات ، ومن ثم فلا يحسب اليوم الذى أعلن فيه القرار باعتباره يوماً ناقصاً ويبدأ سريان الميعاد من اليوم التالى للإعلان ، ويدخل في حسابه اليوم الأخير، فإذا كان اليوم الأخير عطلة رسمية أمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة (المادة ١٥ ، ١٨ من قانون المرافعات) (٢) .

(١) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣. بند ٩٩ ص ٣٦٠ .

(٢) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٢ ، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣. بند ١٠٠ ص ٣٦١ .
= عكس ذلك يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة ص ١١٧ . حيث يرى أن حساب ميعاد التظلم يبدأ من اليوم الذى أعلن فيه القرار وليس من اليوم التالى لإعلانه ، ولم يرد بالنص ما يدل على أن الميعاد يبدأ من مرافعات بقولها في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم إعلانه بالقرار، ولم يرد بالنص ما يدل على أن الميعاد يبدأ من اليوم التالى لإعلان القرار. وأخذت بهذا الرأي محكمة الاسكندرية للأمور المستعجلة بقولها " بأنه لما كان المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٤ مكرر مرافعات على أنه وفى جميع الأحوال يكون التظلم من هذا القرار لكل ذى شأن أمام القاضى المختص بالأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من اعلانه بالقرار، وكان البادئ من مطالعة الأوراق أن المتظلم قد أعلن بالقرار المتظلم فيه لشخصه بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢٦ وأقام تظلمه المائل بإيداع الصحيفة قلم الكتاب بتاريخ ١٩٩٦/١/١٠ ومن ثم يكون قد انقضى خمسة عشر يوماً من تاريخه إعلان بالقرار بحسبان أن ميعاد التظلم يبدأ من يوم إعلان المتظلم بالقرار وليس من اليوم التالى له ولما كانت تلك المواقيت من النظام العام لتعلقها بإجراءات التقاضى ويجب على المحكمة التصدى لها من تلقاء نفسها دون تمسك الخصوم ويجوز الدفع بها فى أية حالة كانت عليها الدعوى الأمر الذى تقضى معه المحكمة بعدم قبول التظلم شكلاً لرفعه بعد الميعاد الذى حدده القانون " . مستعجل الاسكندرية ١٩٩٧/٥/١٥ فى الدعوى رقم ٨٤ لسنة ١٩٩٦ ، جلسة ١٩٩٧/٢/٦ الدعوى رقم ٢٧١٤ لسنة ١٩٩٦ مشار إليه لدى يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١١٨ - ١٧٩ .

ويجب على المتظلم أن يبادر إلى رفع التظلم خلال الخمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه بالقرار وإلا سقط حقه في التظلم^(١)، بمعنى أن تجاوز ميعاد الخمسة عشر يوماً يترتب عليه الحكم بعدم قبول التظلم لرفعه بعد الميعاد^(٢)، ويصبح قرار النيابة العامة نهائياً^(٣)، لأن ميعاد التظلم يتعلق بإجراءات التقاضي، ولا يلزم أن يتمسك به الخصوم ويقضى القاضي المستعجل من تلقاء نفسه بعدم قبول التظلم لرفعه بعد الميعاد القانوني^(٤).

فإذا انقضى الميعاد المحدد للتظلم تحصن قرار النيابة العامة وأصبح نهائياً ولا يجوز المساس به بواسطة القاضي المستعجل، ولا سبيل أمام من فاته التظلم سوى اللجوء إلى قاضي الموضوع.

ثالثاً : وقف تنفيذ قرار النيابة العامة بواسطة القاضي المستعجل :

أجازت المادة ٤٤ مكرر مرافعات لقاضي الأمور المستعجلة وقف تنفيذ القرار الصادر من النيابة العامة بشأن الحيازة إلى حين الفصل في موضوع التظلم، وذلك بالشروط الآتية :

١ - أن يطلب المتظلم وقف التنفيذ : لكي يقضى قاضي الأمور المستعجلة بوقف تنفيذ قرار النيابة العامة يجب أن يطلب ذلك المتظلم سواء قدم المتظلم طلب الوقف في صحيفة الدعوى أو أبداه كطلب اضافي، ومن ثم لا يجوز للقاضي المستعجل أن يوقف التنفيذ من تلقاء نفسه باعتبار أن ذلك من قبيل القضاء بما لم يطلبه الخصوم .

٢ - عدم تمام التنفيذ : يشترط لوقف تنفيذ قرار النيابة العامة ألا يكون القرار قد نفذ فإذا كان التنفيذ قد تم وقت تقديم طلب الوقف فلا يجوز وقفه، أما إذا قدم طلب الوقف قبل التنفيذ وتم التنفيذ بعد تقديم طلب الوقف وقبل الفصل فيه، فإن تمام التنفيذ لا يحول دون القاضي المستعجل واستعماله رخصة وقف التنفيذ، فإذا امر بالوقف كان ذلك سبباً تنفيذياً بإلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ طبقاً للمادة ٢٥١ مرافعات التي تقر أن قرار وقف التنفيذ الصادر من محكمة النقض ينسحب على إجراءات التنفيذ التي قام بها المحكوم له بناء على الحكم المطعون فيه من تاريخ تقديم طلب وقف التنفيذ .

كما أن المعول عليه لقبول طلب التنفيذ هو وقت تقديمه بالنظر إلى أن التنفيذ لم يتم، ولا يغير من ذلك اسراع الصادر لصالحه القرار بتنفيذه بعد تقديم طلب الوقف ليشل سلطة القاضي في الأمر بالوقف

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بند ٦٤ مكرر ص ١١١ .

(٢) د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٢ - عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق ص ٣٤٦ .

(٣) سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة بند ١٨ ص ٣٧ .

(٤) عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٦ .

وحتى لا يكون ذلك عقاباً للمتظلم مقدم طلب الوقف^(١).

٣ - ألا يكون التظلم مهيناً للفصل في موضوعه: بحيث إذا كان موضوع التظلم جاهزاً للفصل فيه انتفت الحكمة من وقف التنفيذ ويعنى عن ذلك صدور حكم في موضوع التظلم^(٢)، ويكون تنفيذ قرار النيابة العامة على حسب ما حكم به القاضى المستعجل سواء بالتأييد أو الإنهاء أو التعديل.

٤ - أن يرجع إلغاء قرار النيابة العامة: فإذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة ما ينبي عن رجحان إلغاء القرار فعليه الأمر بوقف تنفيذه، ولا يشترط للأمر بالوقف أن يكون هناك ضرر جسيم سيلحق بالتظلم للأمر بوقف تنفيذ القرار^(٣). فإذا كان القرار باطلاً لصدوره من عضو نيابة أقل من درجة رئيس نيابة أو أن القرار غير مسبب أو قاصر السبب فعليه الأمر بوقف التنفيذ.

وتقديم طلب وقف تنفيذ قرار النيابة العامة إلى القاضى المستعجل لا يعتبر اشكالاً في التنفيذ، ومن ثم فلا يترتب على مجرد ابدائه وقف التنفيذ^(٤)، إذ يجب تحديد جلسة لنظره ويصدر القرار من القاضى المستعجل بالوقف أو رفض طلب وقف التنفيذ، وإذا أصدر القاضى المستعجل قراراً بوقف تنفيذ قرار النيابة العامة أو رفض طلب وقفه، فإن هذا الحكم يعتبر صادراً في طلب وقته ويجوز استئنافه فوراً دون انتظار صدور حكم في التظلم^(٥).

وجواز استئناف الحكم الصادر بالوقف أو برفضه يؤسس على القواعد العامة في قانون المرافعات والتي تقضى بعدم جواز الطعن في الاحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم النهى للخصومة، ما عدا الاحكام الوقتية المستعجلة (م ٢١٢ مرافعات)، فحكم القاضى المستعجل الصادر بالوقف أو برفض طلب الوقف باعتباره حكماً وقتياً يجوز الطعن فيه دون انتظار صدور حكم في التظلم، لأنه أفى الراع المتعلق بمسألة التنفيذ الفورى لقرار النيابة واصبح له كيان مستقل^(٦).

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٦ - ٣٤٧، مجدى هرجه - الحيازة - بند ١٨ ص ٤٢ - ٤٣.

= وهناك من يرى أن تقديم الطلب قبل تمام التنفيذ، ثم نقذ القرار قبل الفصل فيه يتعين على القاضى عدم قبول طلب وقف التنفيذ، سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة بند ٢٢ ص ٤٤، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٢٠.

(٢) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ١٠١ ص ٣٦٣.

(٣) سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة بند ٢٢ ص ٤٤، مجدى هرجه - الحيازة - بند ١٨ ص ٤٣.

= هناك من يشترط للوقف أن يكون من شأنه التنفيذ الحاق ضرر جسيم بالتظلم فإذا لم يكن هناك ضرر فلا يوقف التنفيذ، عز الدين الدناصورى، وحامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٦.

(٤) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ بنيد ٦٤ مكرر ص ١١١، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ١٠٦ ص ٣٦٩.

المطلب الثالث

سلطة قاضي الأمور المستعجلة عند نظر التظلم

حددت المادة ٤٤ مكرراً مرافعات سلطة القاضي المستعجل عند الحكم في التظلم من قرار النيابة العامة بالتأييد أو التعديل أو الإلغاء .

١ - التأييد : وفي هذه الحالة يرفض القاضي المستعجل التظلم من حيث الموضوع ويؤيد قرار النيابة العامة إذا رأى أن القرار صحيح متفق مع الواقع والقانون ، وإذا أيد القاضي المستعجل قرار النيابة العامة يجب أن ينشئ له اسباباً جديدة ولا يجوز له أن يؤسس حكمه بالتأييد على أساس أن قرار النيابة العامة في محله ويؤيده للأسباب التي أوردتها ، لأن النيابة العامة ليست درجة من درجات القاضي فلا بد أن تكون له أسباب تدعم قضاءه . وإلا كان مشوباً بالقصور في التسبيب ^(١) .

والحكم في التظلم بتأييد قرار النيابة العامة لا يثير مشاكل عملية ويعمل على تدعيم مركز الخصم الصادر لصالحه القرار وخاصة إذا كان القرار قد تم تنفيذه ^(٢) ، وليس أمام الصادر ضده القرار سوى استئناف حكم القاضي المستعجل أو اللجوء إلى محكمة الموضوع .

(١) عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٧ - ٣٤٨ ، مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بنده ١٦ ص ٤٠ .

(٢) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بنده ١٠٣ ص ٣٦٤ .
= وبصدد تأييد قرار النيابة العامة قضت محكمة الاسكندرية للأمر المستعجلة بقولها : " ١ - حيث أنه عن موضوع التظلم من المقرر أن المشرع نص في المادة ٤٤ مكرر مرافعات المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن يكون للتظلم من قرارات النيابة العامة الصادرة في منازعات الحيازة الى قاضي الأمور المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد خمسة عشر يوماً من يوم الإعلان بالقرار ... ومفاد ذلك أن المشرع جعل اختصاص القضاء المستعجل بنظر تظلمات الحيازة اختصاصاً نوعياً له وأعطى المشرع القاضي المستعجل من بحث شروط الاستعجال ، ثم أوجب عليه الحكم في الدعوى أما بتأييد القرار أو تعديله أو الغاؤه ، وله أن يتحقق من كل ما تثيره الأوراق دون المساس بأصل الحق لينتهي من نظر الدعوى بحكم وقتي في منازعة الحيازة ، ويأخذ هذا الحكم صورة من ثلاث صور حددها النص وهي التأييد أو التعديل أو الإلغاء لقرار النيابة العامة ، مع ملاحظة أن هذا الحكم يتناول فقط بيان الحائز الفعلي للعقار محل النزاع وسنده ومظاهر حيازته وتحديد الحائز على هذا النحو لها اطمأنت إليه المحكمة تتضح صلة هذا الحكم بقرار النيابة العامة ، فإن اتفق قرار النيابة العامة مع ما انتهت إليه قضت المحكمة بتأييد قرار النيابة العامة وإن اختلف قرار النيابة في شق منه سواء من حيث الأطراف أو الموضوع أو السبب قضت المحكمة بتعديل قرار النيابة بجعله كما انتهت إليه هي ، أما إذا كان الاختلاف بينهما كلياً قضت المحكمة بإلغاء قرار النيابة وبتمكين من انتهت الي كونه الحائز الفعلي للعقار محل النزاع وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان البادي من مطالعة أوراق الدعوى وظاهر مستنداتها أن المتظلم ضده الأول هو الحائز للعين محل النزاع بصفة هادئة ومستقرة ومنظمة وآية ذلك ما ورد بالمستندات ومن أقوال جيران العين محل النزاع والتي وردت في مجملها أن المتظلم ضده الأول هو الحائز لعين النزاع منذ أكثر من سبع سنوات ومعه زوجته وان نجلته مولودة بها وقد تأيدت تلك الأقوال بالمستندات وهي ايضالات الكهرباء والبطاقة العائلية ومن ثم يكون المتظلم ضده الأول هو الحائز لعين النزاع على سند صحيح من القانون جديراً بالحماية الوقتية وإذا ما التزم القرار المتظلم فيه هذا النظر فإنه يكون قائم على سند صحيح حرى بالتأييد ويكون التظلم في موضوعه قائم على غير ذى سند خليف بالرفض وهو ما تقضى به المحكمة " . مستعجل الاسكندرية جلسة ١٩٩٥/١١/١٥ الدعوى رقم ١٩١٩ لسنة ١٩٩٥ ، جلسة ١٩٩٧/٤/٩ الدعوى رقم ١٩٩٩ لسنة ١٩٩٦ مشار إليهما لدى : يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٢٢ - ١٣٥ .

٢ - التعديل : للقاضي المستعجل سلطة تعديل قرار النيابة العامة فإذا رأى أن قرار النيابة العامة يتفق مع ما انتهى إليه في شق وخالفه في الشق الآخر اصدر حكمه في التظلم وفقاً لما انتهى إليه بتعديل قرار النيابة العامة وفقاً لما انتهى إليه . ففي هذه الحالة لا يكون قرار النيابة العامة متفقاً كلية مع ما انتهى إليه القاضي المستعجل ولا يكون مختلفاً كلية يستوجب الإلغاء ، وإنما يوافق ما انتهى إليه القاضي المستعجل في شق ويخالفه في شق آخر بما يقتضى تعديله وفقاً لما انتهى إليه القاضي المستعجل. ومثال ذلك أن يصدر قرار النيابة العامة بتمكين أحد المتنازعين من عين النزاع ثم يرى القاضي المستعجل أن تمكين أحدهما فيه إهدار لمصلحة الآخر رغم عدم وضوح الحق جلياً في جانب أى منهما، فيقضى القاضي المستعجل بتعديل قرار النيابة العامة بتمكين الاثنى من حيازة العين محل النزاع^(١) ، أو أن يعهد لشخص ثالث يعينه في الحكم إذ رأى أن النزاع صوري وأن الحيازة الفعلية لآخر لم يكن ممثلاً في النزاع الصادر بشأنه قرار النيابة العامة منعاً لتجدد النزاع على الحيازة مرة أخرى .

(١) عز الدين الدناصوري ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٨ مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٦٤ ص ٤١ = ومن الأحكام الصادرة بالتعديل قضت محكمة الاسكندرية للأمر المستعجلة بقولها : " وحيث انه عن موضوع التظلم فمن المقرر بنص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات والمضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن يكون التظلم من قرارات النيابة العامة الصادرة في منازعات الحيازة إلى القاضي المختص بالأمر المستعجلة بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة في ميعاد ١٥ يوم من يوم الإعلان بالقرار ومفاد ذلك أن الشارح جعل اختصاص القاضي المستعجل بنظر تظلمات الحيازة اختصاصاً نوعياً له وأعفى المشرع القاضي المستعجل من بحث شروط الاستعجال ثم أوجب الحكم في الدعوى اما بتأييد القرار أو تعديله أو الغاؤه وله أن يتحقق من كل ما تثيره الأوراق دون المساس بأصل الحق لينتهي من نظر الدعوى بحكم وقته في منازعة الحيازة ، وبأخذ هذا الحكم صورة من ثلاث صور حددها النص وهي التأييد أو التعديل أو الإلغاء لقرار النيابة العامة مع ملاحظة أن هذا الحكم يتناول فقط بيان الحائز الفعلي للمادى للعقار محل النزاع وسنده ومظاهر حيازته بصرف النظر عن الحق أو ملكية العقار ومتى ترجح لدى المحكمة أن أحد المتنازعين هو الأجور بالحماية قضى له باستمرار حيازته أن كانت يده ما زالت قائمة على العين محل النزاع أو بتمكينه من الحيازة أن كانت قد انتزعت منه أو لم تكن سلمت لأحد المتنازعين أما إذا لم تظهر أفضلية أى منهم كأنوا متساويين فى الأسانيد أو كان نزاعهم صورياً بأن كان كل منهم ليس له سند وإن الحق فى الحيازة لشخص آخر، فحينئذ ترفض المحكمة تمكين أى من المتنازعين من الحيازة ولا بأس من أن تعهد إلى من تراه أميناً بالتحفظ على العين محل النزاع لتسليمها فيما بعد إلى من له الحق فيها وذلك منعاً من تجدد نزاع الادعاء على حيازة العين ، وحيث أنه لما كان البادى من مطالعة أوراق المحضر أن العين محل النزاع يقطنها المتظلم الأول مع أسرته ومنهم المتظلمة الثالثة وأنه تزوج فيها بالمتظلم ضدها الأول وأقام معها فيها وهي مسكن الزوجية بالاشتراك مع باقى أسرة المتظلم الأول ، وقد جاء ذلك على لسان جيران العين لدى سؤالهم فى المحضر الإدارى ..

والتي جاءت أقوالهم متواترة على أن المتظلم الاول تزوج بالمتظلم ضدها الأولى ودخل بها وأقام معها فى مسكن الأسرة وهي الشقة محل النزاع وقد استمرت الإقامة طوال فترة الزوجية وهي حوالى خمسة سنوات ثم حدث الطلاق بينهم عقب ذلك وجاءت أيضاً معارضة الشرطة للعين محل النزاع تفيد أنها مسكن مشترك لأسرة المتظلم الأول ولم تنف المتظلم ضدها الأولى إقامة المتظلمة الثالثة معها فى العين محل النزاع أثناء استمرار الزوجية ومن ثم تكون حيازة المتظلمة الثالثة للعين المذكورة حيازة واضحة وهادئة ومستقرة وجديرة باضفاء الحماية القانونية عليها وذلك بالاشتراك مع حيازة المتظلمة ضدها الأولى بوصفها حاضنة لابنها الصغير من مطلقها المتظلم الأول التي تستند حيازتها للمسكن من حكم المادة ١٨ مكرر ثالثاً فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وهو ما استندت إليه النيابة العامة فى إصدارها القرار المتظلم فيه بالإضافة إلى نص المادة ٤٤ مكرر من قانون المرافعات باعتبار أن المتظلم إليها الأولى كانت تستقل بغرفة من مسكن الزوجية المتنازع عليه قبل وقوع الطلاق بالإضافة إلى استعمالها المرافق المشتركة للشقة مع باقى الحائزين الأمر الذى تقضى معه المحكمة =

والتعديل قد يكون في حالة الحيازة على الشيوع كما لو كان هناك عقار يحوزه مجموعة من الأشخاص يسكنونه أو يزرعونه معاً وشب بينهم نزاع على الحيازة ، و تصدر النيابة العامة قراراً بتمكين بعضهم من الحيازة دون البعض الآخر، ثم يتظلم من لم يمكن من الحيازة (الصادر ضده القرار) إلى القاضى المستعجل فإذا رأى القاضى المستعجل أن الصادر ضده القرار حائز فعلى كبقية الحائزين فله أن يعدل قرار النيابة العامة بتمكينه من الحيازة مع بقية الشركاء الصادر لصالحهم قرار النيابة العامة بالتمكين .

٣ - الإلغاء : للقاضى المستعجل سلطة إلغاء قرار النيابة العامة كلية إذا رآه يتعارض مع ما استقر لديه خلال بحث النزاع . فالقرار الملغى لا هو جدير بالتأييد أو بالتعديل لكونه يخالف كلية ما استقر لدى عقيدة القاضى المستعجل .

فإذا أصدرت النيابة العامة قراراً بترع العين من تحت يد الحائز وتمكين الخصم منها ورأى القاضى عدم صواب هذا القرار من خلال بحثه للنزاع ، يقوم بإلغاء قرار النيابة العامة وبذلك تعود الحيازة إلى الحائز قبل صدور قرار النيابة العامة^(١) ، لاعتبار القرار كأن لم يكن بعد الغائه .

= بتعديل القرار محل التظلم وذلك بتمكين المتظلمة الأولى من أحد حجرات الشقة محل النزاع وهى الحجره الثالثة الواردة بمعاينة الشرطة فى المحضر الإدارى مع تمكين المتظلمة الثالثة بالحجرتين الاخرتين محل النزاع وذلك بالاشتراك مع المتظلم ضدها الأول " حكم مستعجل جزئى الاسكندرية جلسة ١٩٩٦/٨/٢٨ الدعوى رقم ١٢٦٩ لسنة ١٩٩٦ مشار إليه لدى : يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٣٥ - ١٣٧ .

(١) مجدى هرجه - الحيازة - بند ١٦ ص ٤١ ، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٣ .

= وبالنسبة للإلغاء قضى بأن " وحيث أنه عن موضوع التظلم فمن المقرر أن المشرع نص فى المادة ٤٤ مكرراً من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن يكون التظلم من قرارات النيابة العامة فى منازعات الحيازة إلى القاضى المختص بالأمر المستعجل بدعوى بالإجراءات المعتادة فى ميعاد خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان بالقرار ، وفما ذلك أن الشارع جعل اختصاص القاضى المستعجل بنظر تظلمات الحيازة اختصاصاً نوعياً له واعفى المشرع القاضى المستعجل من بحث شروط الاستعجال ، ثم أوجب عليه الحكم فى الدعوى اما بتأييد القرار أو تعديله أو إلغائه ، وله أن يتحقق من كل ما تثيره الأوراق دون المساس بأصل الحق لينتهى من نظر الدعوى بحكم وقتى فى منازعة الحيازة وهذا الحكم يتناول فقط بيان الحائز الفعلى للعقار محل النزاع وسنده ومظاهر حيازته .

وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان البادى من مطالعة أوراق الدعوى وظاهر مستنداتنا أن المحل موضوع النزاع وموجرا من قبل مالكة لكل من الأشقاء الثلاثة وان الاول وهو المتظلم هو الحائز الفعلى لعين النزاع الذى يقوم بإدارته بصفة هادئة ومستقرة ومنتظمة وان ذلك ما ورد بأقوال جيران العين محل النزاع والتي وردت فى مجملها بان المتظلم هو الحائز الفعلى لعين النزاع والذى يقوم بإدارتها ومن ثم لا يكون للمتظلم ضدهم ثمة حيازة عليها إذ أن مورثهم وان كان له الحق فى العين الا انه لم يكن حائزاً لها وقد تأيد ذلك بتحريرات المباحث من انها لم تتوصل إلى استيلاء المتظلم على البضائع المبلغ عنها وان عين النزاع موجرة إلى كل من ومن ثم يكون للمتظلم حيازة كاملة بمفرده على محل النزاع جديرة بإضفاء حماية وقتية عليها وإذا ما خالف القرار المتظلم فيه هذا النظر فإنه يكون قائم على غير سند خليق بالإلغاء وهو ما نقضى به المحكمة ولا يقدر فى هذا ما ورد بالأوراق من أن المتظلم ضدهم لهم حق فى محل النزاع فمجال ذلك يكون بالمطالبة القضائية أمام محكمة الموضوع والمحكمة تقضى بإلغاء القرار المتظلم فيه وتقف بقضائهما عند هذا الحد " مستعجل الاسكندرية جلسة ١٩٩٦ / ١ / ٢٤

الدعوى رقم ٢٣٥٩ لسنة ١٩٩٥ اجلسه ١٩٩٧ / ٣ / ٢٦ ١٩٩٧ الدعوى رقم ٨٠٠ لسنة ١٩٩٦ اجلسه ١٩٩٧ / ٩

الدعوى رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٩٧ ، جلسه ١٩٩٦ / ٣ / ١٣ ١٩٩٦ الدعوى رقم ٢٠٠٩ لسنة ١٩٩٥ ، جلسه ١٩٩٧ / ٣ / ١٩

١٩٩٧ الدعوى رقم ١٧٩٩ لسنة ١٩٩٦ . مشار إليه لدى يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة

وإذا أُلغى القاضى المستعجل قرار النيابة العامة فلا يجوز له اتخاذ قرار جديد ، ويعود النزاع إلى النيابة العامة مرة أخرى لتتخذ فيه قراراً جديداً لحماية الحيابة لأن صدور قرار فى الحيابة من اختصاص النيابة العامة .

ويجب على القاضى المستعجل عند استعمال سلطاته فى الحكم بالتأيد أو التعديل أو الإلغاء ، أن يكون حكمه مسبباً مشتملاً على عرض لوقائع النزاع وبيان اسانيدته التى قام عليها والا كان عرياً عن التسبب واصبح باطلاً^(١) .

والحكم الصادر من القاضى المستعجل فى موضوع التظلم هو حكم وقتى الهدف منه توفير حماية وقتية للحيابة الفعلية الظاهرة ويصدر الحكم بعد فحص ظاهر للاوراق بما لا يتعرض معه لاصل الحق ، فحكم القاضى المستعجل ذو حجية موقوتة يقيد أطراف النزاع على الحيابة ما لم يحدث تغيير أو تعديل فى الوقائع المادية أو المراكز القانونية للمتنازعين^(٢) .

وحكم القاضى المستعجل فى التظلم المرفوع عن قرار النيابة العامة سواء بالتأيد أو الإلغاء أو التعديل باعتباره حكماً وقتياً لا حجية له بالنسبة لدعاوى الحيابة أو لدعاوى أصل الحق^(٣) ، فلا يحول بين الخصوم وبين اللجوء إلى القضاء الموضوعى لرفع دعوى بأصل الحق أو إلى القاضى المستعجل لحماية الحيابة بإحدى دعاوى الحيابة إذا توافرت شروط الاستعجال اللازمة لاختصاص القاضى المستعجل .

(١) عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٧ .

(٢) د. محمد المنجى - الحيابة ١٩٩٣. بند ١٠٣ ص ٣٦٦ .

(٣) د. فتحي والى - الوسيط ١٩٩٣. بند ٦٤ مكرر ص ١١٢ .

= وقضى بأن "القرارات التى تصدرها النيابة العامة فى منازعات الحيابة هى بطبيعتها قرارات وقتية لا تؤثر فى أصل الحق وتزول بالفصل فى موضوعه " نقض طعن رقم ١٠٠١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ مشار إليه لدى : مجدى هرجه - الحيابة ١٩٩٨ رقم ٣٢ ص ٢٤٧ .

المطلب الرابع

مدى جواز الطعن والإشكال فى الحكم الصادر فى التظلم

يتحدد نطاق هذا المطلب ببيان مدى جواز الطعن فى حكم القاضى المستعجل الصادر فى التظلم وبيان مدى جواز الاشكال فيه .

أولاً : الطعن فى الحكم الصادر فى التظلم :

بالرجوع إلى نص المادة ٤٤ مكرراً مرافعات نجد أن المشرع لم يجعل حكم القاضى المستعجل نهائياً بما يعنى أنه اخضعه للقواعد العامة فى قانون المرافعات ، ومن ثم فإن حكم القاضى المستعجل يجوز استئنافاً^(١) ، باعتباره صادراً فى مادة مستعجلة طبقاً للمادة ٢٢٠ مرافعات التى تنص على أنه : " يجوز استئناف الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة أياً كانت المحكمة التى أصدرتها " . ويختص بنظر الاستئناف المحكمة الابتدائية هيئة استئنافية .

ويبدأ ميعاد استئناف الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ويبدأ من تاريخ إعلانه إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون الخصم قد تخلف فيها عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى (م ٢١٣ مرافعات) ، والاستئناف ينقل الدعوى بحالتها إلى المحكمة الاستئنافية بالحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط (م ٢٣٢ مرافعات)

وبالنسبة للطعن بالنقض لا يجوز الطعن بالنقض فى حكم القاضى المستعجل الاستئنافى الصادر فى التظلم الا وفقاً لما تقرره المادة ٢٤٩ مرافعات التى تنص على أن " للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض فى أى حكم انتهائى - أياً كانت المحكمة التى اصدرته - فصل فى النزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى " .

فالحكم الاستئنافى الصادر فى التظلم لا يجوز الطعن فيه بالنقض لكونه غير صادر من محكمة الاستئناف وإنما هو صادر من إحدى الدوائر هيئة استئنافية ، ولا يقبل الطعن بالنقض إلا فى الحالة التى يكون فيها الحكم الاستئنافى الصادر فى التظلم انتهائياً وليس حكماً تمهيدياً أو فرعياً صادراً قبل الفصل فى موضوع التظلم وأن يكون الحكم الاستئنافى صدر خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر من الخصوم أنفسهم ، وحاز قوة الأمر المقضى^(٢) .

(١) د. فتحى والى - الوسيط ١٩٩٣ - بند ٦٤ مكرر ص ١١١، د. عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٤
(٢) د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بند ١٠٩ ص ٣٧٢ - ٣٧٣ ، سيف النصر سليمان محمد - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة بند ٢٨ ص ٥٠

ثانياً : الإشكال فى تنفيذ الحكم الصادر من القاضى المستعجل :

الحكم الصادر من القاضى المستعجل فى موضوع التظلم من قرار النيابة العامة تسرى عليه القواعد العامة فى قانون المرافعات ولذلك يجوز الإشكال فيه ، ويجب أن يرفع الإشكال قبل التنفيذ باعتبار أن الإشكال فى معناه الاصطلاحى يتطلب رفع المنازعة قبل تمام التنفيذ ، فإذا رفع بعد تمام التنفيذ انعدمت المصلحة فى الإشكال ويضحى الإشكال غير ذى موضوع ويتعين الحكم بعدم قبوله لاستحالة تنفيذ الحكم الصادر بوقف التنفيذ^(١) .

كما يشترط فى الإشكال أن يكون سببه لاحقاً على صدور الحكم المستشكل فيه ، متى كان مرفوعاً من الصادر لصالحه أو الصادر ضده الحكم المستشكل فيه ، فيجب أن يؤسس الإشكال على سبب لا يمس حجية الحكم المستشكل فى تنفيذه ، باعتبار أن الإشكال ليس طريقاً من طرق الطعن على الحكم وأى اعتراض يكون سببه سابقاً على صدور الحكم يفترض أن المحكمة قد فصلت فيه نهائياً^(٢) .

أما إذا كان الإشكال مرفوعاً من الغير - غير الخصوم - يجوز أن يؤسس الإشكال على سبب سابق على صدور الحكم المستشكل فيه ؛ لأنه لم يكن ممثلاً فى الخصومة ولم تكن لديه وسيلة لابتداء دفاعه ، فيجوز إذن للغير أن يؤسس إشكاله على سبب سابق أو لاحق لصدور الحكم المستشكل فيه ، وإجازة ذلك للغير دون الخصوم ليس فيه مساس بحجية الحكم بالنظر إلى أن الأحكام ليست لها حجية على من لم يكن ممثلاً فى الخصومة (م ١٠٦ اثبات) .

والحكم الصادر فى الإشكال عن الحكم الاستئنافى الصادر فى موضوع التظلم من قرار النيابة العامة يجوز استئنافه بالنظر إلى كونه صادراً فى مادة مستعجلة طبقاً للمادة ٢٢٠ مرافعات .

(٢٠١) د . محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ بند ١٠٧ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، د . عبد الناصر العطار - حق الملكية ص ٣٣٤ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٥٦ - ١٥٧ .

المطلب الخامس

مشكلة تعارض الاحكام

بصدد التنظيم الحالى لدور النيابة العامة تنور بعض المشكلات العملية ، والتي تتمثل في صدور حكم من محكمة الموضوع في النزاع على الحيابة قبل الحكم في التظلم المرفوع من قرار النيابة العامة ، وقد تاخذ المشكلة مجالاً آخر في حالة اقامة الدعوى الجنائية على أحد الخصوم وفي نفس الوقت يتظلم الخصم من قرار النيابة العامة، فيتعين البحث عن مدى سريان قاعدة أن الدعوى الجنائية توقف الدعوى المدنية وأحياناً أخرى تصدر أحكام من القضاء الجنائي في حالة رفع الدعوى الجنائية على المعتدى (المتهم) تتعارض مع الحكم الصادر من القاضى المستعجل ، فيجب البحث عن مدى تقييد القاضى المستعجل بالحكم الجنائي .

أولاً : صدور حكم من محكمة الموضوع فى النزاع على الحيابة :

فى هذه الحالة يحدث أن تصدر النيابة العامة قراراً بشأن الحيابة فيتظلم الصادر ضده القرار إلى القاضى المستعجل ، وفى نفس الوقت يقيم دعوى حيازة موضوعية أمام المحكمة المدنية المختصة ، وتصدر محكمة الموضوع حكماً بحسم النزاع على الحيابة قبل صدور الحكم فى التظلم المرفوع أمام القاضى المستعجل المختص بالرقابة على تصرفات النيابة العامة بشأن الحيابة وقد استقر الرأى فى هذه الحالة على أنه ، إذا صدر حكم نهائي من محكمة الموضوع المدنية حسم النزاع على الحيابة قبل صدور حكم فى التظلم المرفوع أمام القاضى المستعجل ، يتعين على القاضى المستعجل أن يحكم بانتهاء الدعوى أمامه لصدور حكم موضوعى بحسم النزاع على الحيابة ، فالحكم النهائي الصادر من محكمة الموضوع حسماً للنزاع على الحيابة يقيّد القاضى المستعجل عند نظر التظلم وعليه أن يقضى بانتهاء الدعوى (١) .

فلا يجوز فى هذه الحالة أن يحكم القاضى المستعجل بعدم الاختصاص لكونه مختصاً نوعياً فى جميع الأحوال بالفصل فى التظلم المرفوع إليه عن قرار النيابة العامة ، وإنما عليه أن يحكم بانتهاء الدعوى لحسمها بحكم موضوعى صادر من المحكمة المدنية المختصة .

(١) عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٩ ، يوسف أحمد نصار - الحمايب المدنية لنزاعات الحيابة - ص ١٦١ ، سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيازة - بند ٢٠ ص ٥٢ ، د. محمد المنجى - الحيازة ١٩٩٣ - بند ١١٤ ص ٣٨٠ .

ثانياً : عدم انطباق قاعدة أن الجنائي يوقف المدني :

تنص المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه : " إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها" .
فهذه المادة تقرر قاعدة أن الجنائي يوقف المدنى ، والتي مفادها وقف الفصل في الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحاكم المدنية إذا كانت هناك دعوى جنائية مرفوعة عن ذات الفعل إلى أن يقضى في الدعوى الجنائية بحكم نهائي، لأن الدعوى الجنائية تكون الأساس المشترك بين الدعويين، وقاعدة أن الجنائي يوقف المدنى لا تطبق على القضاء المستعجل فإذا كان النزاع على الحيازة مكوناً لجريمة التعدي على حيازة الغير وأقيمت الدعوى الجنائية على المتهم وتظلم من قرار النيابة الصادر ضده إلى القاضي المستعجل ، فإن القاضي المستعجل لا يوقف الحكم في التظلم حين الفصل نهائياً في الدعوى الجنائية لتنافر ذلك مع طبيعة عمل القاضي المستعجل الذي يتسم بالسرعة ونظر المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت ^(١) .
كما أن وقف الفصل في التظلم أمام القاضي المستعجل المرفوع عن قرار النيابة العامة يمثل تعطيل للرقابة القضائية على قرار النيابة العامة في الوقت الذي يظل فيه هذا القرار نافذاً إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية، وهذا التعطيل لم يردده المشرع ^(٢) .

ثالثاً : صدور حكم جنائي نهائي بإدانة المتهم في تهمة التعدي على الحيازة :

قد تصدر النيابة العامة قرار في الحيازة وترى في ذات الوقت احالة المعتدى إلى محكمة الجناح بتهمة التعدي على حيازة الغير، وتصدر المحكمة حكماً نهائياً بإدانة المتهم في الوقت الذي يكون المتهم قد تظلم من قرار النيابة العامة إلى القاضي المستعجل، في هذه الحالة يكون الحكم الجنائي النهائي البات الصادر من محكمة الجناح مقيداً للقاضي المستعجل عند نظر التظلم المرفوع عن قرار النيابة العامة بشأن الحيازة لأن الحكم الجنائي حجة على الكافة بما فيها القاضي المستعجل ، وأن ما أثبتته الحكم الجنائي من أن الحيازة الفعلية قد سلبها المعتدى بالقوة أو بدا منه ما يدل على استعمالها ضد المجنى عليه لا يجوز أن يكون محل مناقشة من القاضي المستعجل ^(٣) .

أما إذا كانت التهمة التي أدين عنها المتهم غير التعدي على حيازة الغير كما لو كانت سرقة ، فإن الحكم الصادر بإدانة المتهم من محكمة الجناح لا يقيد القاضي المستعجل عند نظر التظلم من قرار النيابة العامة لاختلاف الأساس القانوني المشترك بين السرقة وبين الحيازة ^(٤) ، وأن الحكم الجنائي لم يتعرض

(١ ، ٢) ، د. محمد المنجي - الحيازة ١٩٩٣ - بند ص ١٢٦ ، ٣٨٢ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٥٩ .
(٣ ، ٤) عز الدين الناصوري وحلمد عكل - التعليق - ص ٣٤٩ ، يوسف أحمد نصل - الحماية المدنية لمنزل عت الحيازة - ص ١٦٠ ، سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضي والمقاضي في الحيازة ص ٥٢ ، ٥٣ ، د. محمد المنجي - الحيازة ١٩٩٣ بند ١١٥ ص ٣٨١ .

لمسألة الحيـازة الفعلية .

رابعاً : صدور حكم جنائى نهائى ببراءة المتهم من تهمة التعدى على الحيـازة :

قد تصدر النيابة العامة قراراً فى الحيـازة وفى ذات الوقت تحيل المتهم إلى محكمة الجنح بتهمة التعدى على حيـازة الغير ، و فى ذات الوقت يكون المتهم قد تظلم من قرار النيابة العامة أمام القاضى المستعجل ، وتصدر محكمة الجنح حكماً نهائياً باتاً ببراءة المتهم من تهمة التعدى على الحيـازة، فى هذه الحالة يتعين النظر إلى سبب براءة المتهم لتقرير مدى التزام القاضى المستعجل بحكم البراءة الصادر من محكمة الجنح .

١ - فإذا كان حكم البراءة مؤسساً على انتفاء التعدى على الحيـازة باعتبار أن الحيـازة الفعلية الظاهرة والجديرة بالحماية الجنائية كانت للمتهم ولم ينتزعاها بالقوة ، فإن هذا الحكم يقيد القاضى المستعجل عند نظر التظلم المرفوع إليه عن قرار النيابة العامة ، لأن الحكم الجنائى يكون قد فصل فى الوقائع بأن الحيـازة الفعلية كانت له أصلاً^(١) ، وأن ما صدر منه كان للدفاع عنها ضد من يحاول انتزاعها ولا يجوز للقاضى المستعجل التعرض مرة أخرى لمسألة الحيـازة الفعلية ما دام فصل فيها بحكم جنائى نهائى .

وإذا كان الحكم الجنائى بالبراءة مؤسساً على عدم كفاية الأدلة فى تهمة التعدى على الحيـازة فإن حكم البراءة المؤسس على ذلك يقيد القاضى المستعجل لأن الحكم الجنائى أثبت قطعياً بصفة قطعية عدم ارتكاب التعدى، كما أن البراءة المؤسسة على انتفاء التعدى تتساوى مع البراءة على عدم كفاية الادلة^(٢) . أما إذا كان حكم البراءة مؤسساً على انقضاء الدعوى الجنائية لموت المتهم أو بالتقادم ، يعتبر الحكم الجنائى قد فصل فى الواقعة الجنائية فى ذاتها دون النظر لمسألة الحيـازة ومن ثم لا يجوز حكم البراءة فى هذه الحالة حجية تقيد القاضى المستعجل عند نظر التظلم^(٣) .

و إذا قدم المتهم إلى محكمة الجنح بتهمة التعدى على الحيـازة وتهمة أخرى فى ذات الوقت كالسرقة، فإن ما يقيد القاضى المستعجل الحكم الصادر فى تهمة التعدى سواء كان صادراً بالإدانة أو البراءة أما ما عدا ذلك من أحكام لا تقيد القاضى المستعجل عند نظر التظلم سواء كان الحكم بالإدانة أو البراءة^(٤) .

(١) تنص المادة ٤٥٦ إجراءات جنائية على أن : " يكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الادانة قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى لم يكن قد فصل فيها نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانون ونسبتها إلى فاعلها ، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الادلة و لا تكون له هذه القوة إذا كان مبنيًا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون " .

(٢ ، ٣ ، ٤) د. محمد المنجى - الحيـازة ١٩٩٣ بـند ١١٧ ص ٣٨٢ - ٣٨٣ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيـازة - ص ١٦٠ ، ١٦١ ، سيف النصر سليمان - مرجع القاضى والمتقاضى فى الحيـازة بند ٢٠ ص ٥٣ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز - التعليق - ص ٣٤٩ .

خامساً : إقامة الدعوى الجنائية على المتهم ورفع المتهم دعوى حيازة موضوعية :

تصدر النيابة العامة قرارها في الحيازة وترى إقامة الدعوى الجنائية على المتهم بتهمة التعدي على حيازة الغير ، ويبادر المتهم في ذات الوقت إلى رفع دعوى موضوعية أمام المحكمة المدنية بأحقيته في الحيازة . في هذه الحالة إذا صدر حكم جنائي نهائي بات بإدانة المتهم في جريمة التعدي على الحيازة فإن قاضي الموضوع يتقيد بالحكم الجنائي الصادر بإدانة المتهم لأن موضوع الحيازة يكون الأساس المشترك بين الدعوتين الجنائية والمدنية (١) .

أما إذا صدر حكم نهائي بات ببراءة المتهم ، فتطبق القواعد المشار إليها سلفاً من حيث كون حكم البراءة مؤسساً على انتفاء التعدي أو عدم كفاية الأدلة أو على انقضاء الدعوى بموت المتهم أو بالتقادم (٢) .

سادساً : صدور حكم نهائي في التظلم ثم صدور حكم جنائي مناقض له :

قد يصدر القاضي المستعجل حكماً نهائياً في التظلم المرفوع أمامه عن قرار النيابة العامة الصادر في الحيازة ، ثم يصدر حكم نهائي من محكمة الجناح يقضي بعكس ما قضى به القاضي المستعجل . وفي هذه الفرض يتعين التمييز بين حالتين :

الأولى : إذا كان الحكم المستعجل قد نفذ فعلاً : يجوز لمن صدر ضده الحكم المستعجل أن يقيم أمام قاضي التنفيذ دعوى عدم الاعتداد بما تم تنفيذه تأسيساً على أمرٍ طرأ بعد تنفيذ الحكم المستعجل لم يكن مطروحاً على القاضي المستعجل ، وهذا الأمر الطارئ هو الحكم الجنائي ويجب على قاضي التنفيذ إجابة المدعى إلى طلبه بعدم الاعتداد بما تم تنفيذه ، كما يجوز لمن صدر ضده الحكم المستعجل أن يقيم دعوى موضوعية يطالب بأحقيته في الحيازة ويعين على قاضي الموضوع التقيد بالحكم الجنائي إذا توافرت الشروط القانونية للقول بحجية الحكم الجنائي أمام القاضي المدني (٣) .

الثانية : إذا كان الحكم المستعجل لم ينفذ يجوز لمن صدر ضده الحكم المستعجل أن يستشكل في تنفيذ الحكم مؤسساً إشكاله مع سبب لاحق على صدور الحكم المستشكل فيه لم يكن محل بحث أمام القاضي المستعجل ، ويجب على قاضي التنفيذ وقف تنفيذ الحكم المستعجل (٤) .

(٢،١) د. محمد المنجي - الحيازة ١٩٩٣. بند ١١٩ ص ٣٨٤ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، عز الدين الدناصوري ، حامد عكار - التعليق - ص ٣٥١ .
(٤،٣) عز الدين الدناصوري وحامد عكار - التعليق - ص ٣٥١ ، يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة - ص ١٦٢ ، د. محمد المنجي الحيازة ١٩٩٣ - بند ١٢٠ ص ٣٨٥ .

المبحث الثالث

تقسيم الدور الحالي للنيابة العامة في حماية الحيابة

قصد المشرع من إضافة المادة ٤٤ مكرراً إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية توفير حماية سريعة للحيابة أيا كان نوع المنازعة جنائية أو مدنية. وقد تحققت بعض هذه الحماية إذ أوجب على النيابة العامة إصدار قرار في الحيابة ولم يعد الأمر متروكاً لحسن تقديرها ، فلا بد أن تصدر قرار في الحيابة ولا تكفى بحفظ الشكوى إدارياً والا جاز التظلم من أمر الحفظ لرئيس مصدر القرار ، كما أنه لم يعد اختصاص النيابة العامة قاصراً على إصدار قرار في المنازعات الجنائية دون المدنية، حيث أوجب عليها إصدار قرار أيا كانت المنازعة سواء كانت منازعة مدنية بحته لم تثبت فيها شبهة الجريمة أو كانت منازعة جنائية تنطوى على انتهاك لحيابة الغير بالقوة أو التهديد باستعمال القوة . وقد فعل المشرع حسناً عندما ألزم النيابة العامة بإصدار قرار في منازعة الحيابة المدنية لتهدئة النزاع على الحيابة بحسبه مؤقتاً كي لا تتطور المنازعة المدنية إلى منازعة جنائية، لأن المنازعة المدنية إذا تركت بدون معالجة سريعة ستفضى حتماً إلى منازعة جنائية . كما أن إناطة إصدار القرار إلى عضو نيابة بدرجة رئيس نيابة ينطوى على قدر من الضمانة للخصوم ، يوفر الثقة في قرار النيابة العامة لما لرئيس النيابة من خبرة عملية تفوق من هم أدنى منه في السلم النيابي . كما أن المشرع أوجب على عضو النيابة مصدر القرار تسيب قراره، وفائدة التسيب تتم على أن مصدر القرار حقق وفحص النزاع ، وأصدر قراره وهو على يقين من اتفاقه مع الواقع الفعلي للحيابة الظاهرة ، كما أن التسيب يسهل الرقابة بواسطة القاضى لتقدير مدى سلامة قرار النيابة العامة . ولضمان صدور قرار النيابة العامة متفقاً مع الواقع الفعلي للحيابة لم يجعله بمنأى عن الرقابة ولكن أخضعه للرقابة القضائية ، حيث أجاز لذوى الشأن التظلم من القرار إلى قاضى الأمور المستعجلة لكى يتولى الحكم على مدى سلامة قرار النيابة العامة، وأعطى القاضى المستعجل سلطة تأييد أو إلغاء أو تعديل القرار بما يتلاءم على ما استقر لدى عقيدته عند عرض النزاع عليه بواسطة ذوى الشأن عن طريق التظلم . ولضمان وسرعة حماية الحيابة أعطى المشرع قرار النيابة العامة قوة تنفيذية فورية حيث لم يجز الاستشكال فيه ، لكونه لا يعتبر من قبيل السندات التنفيذية الواردة بقانون المرافعات وهذا التنفيذ الفورى يقوى سلطة النيابة العامة في مجال حماية الحيابة العقارية .

ولكى يأتى قرار النيابة العامة معبراً عن الواقع الفعلي للحيابة أوجب المشرع على النيابة العامة سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيق حول النزاع على الحيابة وذلك يمثل ضماناً للخصوم ويعطيهم الثقة في قرار النيابة العامة .

ورغم هذه المميزات التي استحدثت لتقوية دور النيابة العامة في منازعة الحيازة، إلا أن هناك بعض الملاحظات يمكن ابدؤها بهدف تقصير زمن النزاع على الحيازة وبهدف تحقيق العدالة ومراعاة لمصلحة الصادر ضده قرار النيابة العامة ومراعاة لمصلحة الغير .

وهذه الملاحظات تتمثل في الآتي :

١ - تحديد ميعاد لإصدار قرار النيابة :

أناط المشرع إصدار قرار في الحيازة لعضو نيابة بدرجة رئيس نيابة أو ما يعلوه من سلم النيابة ولكن اطلق القيد الزمى بمعنى أنه لم يحدد ميعادا حتماً يتعين على عضو النيابة المختص إصدار القرار خلاله وهنا يكمن طول أمد النزاع على الحيازة فلا بد من تحديد قيد زمنى لصدور القرار لكي تتحقق الحماية السريعة للحيازة وحسم النزاع عليها مؤقتاً .

فيجب تحديد ميعاد لا يجاوز الخمسة عشر يوماً لإصدار القرار بواسطة المختص باعتبار أن النزاع على الحيازة من المسائل التي يجب معالجتها بسرعة ، ولا تحتل التأخير كى لا تقضى إلى توسيع دائرة النزاع كما لو كان مدنياً فيدخل في نطاق التعدي الجنائي .

ولا يرد على ذلك بأن تحديد ميعاد بخمسة عشر يوماً قد لا يكفي لتحقيق النزاع بواسطة النيابة العامة لما يتقل كاهلها من الأعباء لكثرة الأترة المعروضة عليها منها ما يتعلق بالحيازة وغير الحيازة ورغم كثرة اعباء النيابة العامة إلا أن النزاع على الحيازة يجب أن يعالج بأقصى سرعة ممكنة حتى لا يسودى إلى منازعات لا يحدد عقباها ولمواجهة الحالات التي قد يترأخى فيها مصدر القرار عن عمد لهوى في نفسه إذ تظل اوراق النزاع حبيسة الأدراج رغم أن تحقيق النزاع قد لا يستغرق يومين أو أسبوعاً على الأكثر فايصل ما كانت اعباء النيابة العامة فإن نزاع الحيازة يجب أن يكون له الاولوية من ناحية التحقيق وإصدار قرار بشأنه كى تستقر الأمور مؤقتاً .

فتحديد ميعاد لإصدار القرار يؤدي إلى عدم تراخى النيابة العامة في معالجة نزاع الحيازة بسرعة بما يحقق لقرارها الفاعلية المرجوة بواسطة المشرع .

٢ - بالنسبة للتحقيق :

يرى بعض الفقه أنه يجوز للنيابة العامة بصدد إصدار قرار في الحيازة الإكتفاء بمحاضر جمع الاستدلالات بواسطة الشرطة إذا رأت أن هذه المحاضر تكفى لإصدار القرار^(١) ، وإزاء هذه النقطة فقد جعل المشرع التحقيق وجوبياً بواسطة النيابة العامة ، ومن ثم لا يجوز الاكتفاء بمحاضر جمع الاستدلالات

(١) عز الدين الدناصورى وحامد عكار - التعليق - ص ٣٤٤، مجدى هرجه - الحيازة ١٩٩٨ - بند ٦ ص ٢٣ .

بواسطة الشرطة لاصدار قرار في الحيابة ، فعالياً ما تشوب الرعونة وعدم الدقة هذه المحاضر ولا تأتي معبرة عن الواقع الفعلي للحيابة إذ كثير من محاضر جمع الاستدلالات تقوم على القهر والقوة بواسطة جامعيتها ولا يمكن ذور الشأن من الادلاء بأقوالهم بحرية كافية لوقوعهم في غالب الأحوال تحت تأثير الرهبة والخوف من يقوم بتحرير هذه المحاضر، وكثيراً ما تشوبها الصورية إذ قد تحرر دون الانتقال الفعلي إلى العين محل النزاع إما عن إهمال أو هوى في حسم الأمر لصالح شخص معين .

ولذلك لا يكفي بمحاضر جمع الاستدلالات لوجود فارق بين محاضر جمع الاستدلالات بمعرفة الشرطة وبين التحقيق بواسطة النيابة العامة ، لما في الأخيرة من ضمانات تعين على الوصول إلى حقيقة النزاع ومن هو الحائز الفعلي للعين ويجوز لها أن تنتدب أيأ من اعضائها للتحقيق أما إذا انتدبت أحد رجال الشرطة للتحقيق فيجب عليها احكام الرقابة عليه لكي لا يستغل سلطته لصالح أحد الأطراف دون الآخر بما يعود بالوبال على الحيابة بدلاً من حمايتها .

وإذا كان يجوز للنيابة العامة انتداب أحد أفراد الشرطة لاجراء التحقيق فيجب أن تنتدب أحد الضباط لكون الضباط أقدر على القيام بمهمة التحقيق عن من هم أدنى منه ، ويجب على النيابة العامة إحكام الرقابة على من تنتدبه من ضباط الشرطة لاجراء التحقيق .

كما أنه إذا ورد أثناء التحقيق اسم شخص آخر - باعتباره الحائز الفعلي - غير المتنازعين يجب على المحقق استدعاء هذا الشخص ومناقشته في الحيابة ، فإن طالب بالحيابة لنفسه يجب تكليفه بإثبات أنه الحائز الفعلي ، سواء بالسندات أو بالشهود ، ولا يكفي بما أقر به المتنازعين وذلك خوفاً من صوربة النزاع بين شخصين لحساب آخر بهدف تمكينه من الحيابة في مواجهة الحائز الفعلي لصالحهم جميعاً ، وفي هذا القرض تبدو أهمية المعاينة على الطبيعة لسؤال أكبر عدد من شهود العيان والجيران ومناقشتهم في أقوالهم بشأن الحائز الفعلي .

٣ - وهوب الإعلان قبل التنفيذ :

نص المشرع على أن قرار النيابة العامة واجب التنفيذ فوراً، وإزاء ذلك ذهب البعض إلى القول أن القرار ينفذ ولو لم يعلن إلى ذوى الشأن خلال الثلاثة أيام المحددة بالمادة ٤٤ مكرراً مرافعات^(١) ، ونرى أن قرار النيابة العامة يجب إعلانه قبل البدء في التنفيذ لأن قرار النيابة العامة يعتبر سنداً تنفيذياً طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٨٠) مرافعات ، فهذه المادة بعد أن عدت السندات التنفيذية بالفقرة الثالثة أوردت في نهايتها عبارة " والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة " .

وعبارة " والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة " تشمل كل ما يعطيه القانون وصف

(١) انظر ما سبق نكره ص ٥٠٠ .

السند التنفيذي ، سواء وصف المشرع الورقة بأنها سنداً تنفيذياً بطريقة صريحة ، أو أوجب تنفيذها فوراً . فالوصف في الحالتين أعطى الورقة المنفذ بها صفة السند التنفيذي ومن ثم فإن قرار النيابة العامة يعتبر سنداً تنفيذياً لأن المشرع جعله واجب التنفيذ فوراً ، ولدخوله تحت عموم عبارة " والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة " ، فوصف المشرع لقرار النيابة بأنه " واجب التنفيذ فوراً " أضفى عليه صفة السند التنفيذي ، وبناء على ما تقدم يجب اعلان القرار قبل البدء في التنفيذ عملاً بالقواعد العامة في قانون المرافعات وإلا كان التنفيذ باطلاً " م ٢٨١ .

كما أن المادة (٤٤) مكرر مرافعات وإن أوجبت التنفيذ الفوري لقرار النيابة ، إلا أنها لم تحظر الإعلان قبل التنفيذ ، كما أن الكتاب الدوري رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ نص في البند الثاني على أن " يتم إعلان القرار ... وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية " - وهذا ما أكدته الكتاب الدوري رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ " محضرين " في البند ثانياً - وأحكام قانون المرافعات توجب إعلان السند التنفيذي وتكليف المنفذ ضده بالوفاء قبل البدء في التنفيذ وإلا كان التنفيذ باطلاً .

كما أن القول بوجود التنفيذ ولو لم يعلن القرار قبل التنفيذ فيه إهدار للفائدة المرجوة من طلب الوقف الذي سيرفع للقاضي المستعجل ، فالقرار يمكن أن ينفذ يوم صدوره وفي هذه الحالة لا يستطيع المتظلم رفع التظلم وطلب وقف تنفيذ القرار قبل تمام التنفيذ لأن ذلك سيكون مستحيل عملاً ، ومن ثم إذا رفع طلب الوقف بعد التنفيذ يعتبر غير مقبول ومن ثم لا تتحقق الفائدة المرجوة منه كوسيلة لإيقاف التنفيذ ، فالإعلان قبل التنفيذ سيساعد المتظلم على تقديم طلب الوقف قبل تمام التنفيذ .

وبناء على ما تقدم يجب إعلان قرار النيابة العامة إلى المنفذ ضده قبل البدء في التنفيذ باعتباره من قبيل السندات التنفيذية .

كما أن العدالة تقتضي الإعلان فإذا كان عدم التنفيذ قبل الإعلان فيه مراعاة لمصلحة من صدر لصالحه القرار فهناك على النقيض منها مصلحة الصادر ضده القرار ويجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ولا قدر كلية إذ قد يكون هو الحائز الفعلي وصدر القرار مناقضاً للواقع الفعلي للحيازة ولذلك ينبغي إعلانته لاعطائه فرصة التظلم وطلب وقف تنفيذ القرار وربما يجاب إلى طلبه بواسطة القاضي المستعجل .

ففي حالة القرارات الباطلة لصدرها من عضو نيابة أقل من رئيس نيابة أو القرواات الغير مسببة أو قاصرة التسيب فحتماً يقضى القاضي المستعجل بطلانها ويعود النزاع إلى حوزة النيابة العامة مرة أخرى وربما ينقلب الوضع ويصدر القرار لصالح من كان صادراً ضده في المرة الأولى فمن المستحسن إعلانه قبل التنفيذ لكي يتظلم الصادر ضده القرار ويطلب وقف تنفيذه ، ولكي تنفادى ترزوع المراكز القانونية .

وبالنسبة للغير الذي لم يكن طرفاً في النزاع فإن العدالة تقتضي إعلانه قبل التنفيذ لكي تتاح له فرصة التظلم وطلب وقف تنفيذ القرار من القاضي المستعجل ، ففي حالة النزاع الصوري على الحيازة قد

يورد أثناء التحقيق وخاصة عند سماع الشهود ذكر اسم الغير الحائز الفعلي للعين ، ويرى مصدر القرار ضرورة إعلانه لكي يتنبه إلى ما يحق بمجازته من مؤامرة ليدافع عنها ، فما له من وسيلة للدفاع عن حيازته سوى التظلم وطلب وقف تنفيذ القرار بواسطة القاضى المستعجل ووسيلته لذلك هو الإعلان قبل التنفيذ لكي يتسنى له ذلك .

٤ - بالنسبة للإشكال فى التنفيذ :

مدى جواز الاشكال فى تنفيذ قرار النيابة العامة يتوقف على الفصل فيما إذا كان قرار النيابة العامة سنداً تنفيذياً أو ليس كذلك ، وقد أوضحنا أن قرار النيابة العامة سند تنفيذى لدخوله تحت عموم عبارة " والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة " ، لأن القانون أعطاه وصف النفاذ الفورى ومن ثم يجوز الاستشكال فيه .

وإذا كانت المادة (٤٤) مكرر مرافعات لم تجز الاشكال فى قرار النيابة العامة إلا أنها لم تحظره ، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة - كما رجعنا بصدد الاعلان - فى التنفيذ ، والقواعد العامة تجيز الاشكال فى السندات التنفيذية وبناءً على ما تقدم يجوز الاشكال فى قرار النيابة العامة .

كما أن الكتاب الدورى رقم ١٥ لسنة ١٩٩٢ ينص فى البند الثانى على أن " يتم اعلان القرار وتنفيذه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية " ، كما أن الكتاب الدورى رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ ينص فى البند الثانى على أن " تنفيذ القرارات الوقتية الصادرة من النيابة العامة فى منازعات الحيازة المدنية أو الجنائية يقوم به المحضرون تطبيقاً للمادة (٤٤) مكرراً من قانون المرافعات المضافة بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ على أن تزيل هذه القرارات بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها فى المادة ٣/٢٨٠ مرافعات " .

وبناءً على ما نص عليه الكتابين الدوريين يجب الرجوع إلى أحكام قانون المرافعات بصدد تنفيذ قرار النيابة العامة ، والقواعد العامة فى قانون المرافعات تجيز الاشكال فى السند التنفيذى .

وإذا كانت المادة (٤٤) مكرر مرافعات أجازت طلب وقف القرار بواسطة القاضى المستعجل عند التظلم ، إلا أن الاشكال يختلف اختلافاً جوهرياً عن طلب الوقف ، لأن طلب الوقف يشترط لقبوله ألا يكون التنفيذ قد تم ، ومن الناحية العملية لا يستطيع المتظلم تقديم طلب الوقف قبل تمام التنفيذ لأن الصادر لصالحه القرار سيسارع إلى تنفيذه ويضحى طلب الوقف غير ذى موضوع .

ولو افترضنا أن المتظلم قدم طلب الوقف قبل تمام التنفيذ فليس للطلب أثر موقوف إذ لا بد أن تحدد جلسة نظره ، وفى هذه المدة سينفذ القرار بواسطة الصادر لصالحه ويضحى طلب الوقف غير مقبول لتمام التنفيذ ولذلك يبقى الاشكال هو الطريق لتفادى تنفيذ قرار النيابة الباطل لصدوره من عضو أقل من

درجة رئيس نيابة أو كان غير مسبب أو قاصر التسبب ، وكذلك تفادى تنفيذ القرار الذى يجانبه الصواب لكونه صدر لغير مصلحة الحائز الفعلى للعين محل النزاع .

وإن كان من الأوفق النص على أن قرار النيابة العامة يكون واجب التنفيذ فوراً بعد نظر القاضى المستعجل لطلب الوقف ، بمعنى أن ينص المشرع على إيقاف تنفيذ القرار إلى ما بعد نظر القاضى المستعجل لطلب الوقف فإذا رفض طلب الوقف بدأ التنفيذ الفورى للقرار واستمر القاضى فى نظر التظلم ، أما إذا أمر بوقف التنفيذ لقرار النيابة العامة فيجب الا ينفذ القرار ويتوقف الأمر على نتيجة الحكم فى موضوع التظلم .

وسواء نص المشرع على جواز الاشكال أو على وقف التنفيذ حين نظر طلب الوقف ، فإننا فى هذه الحالة نوفق بين مصلحتين ، مصلحة الصادر لصالحه القرار ومصلحة الصادر ضده القرار ، خاصة إذا فرضنا بعض الضوابط بالنسبة لطلب الوقف والحكم فيه - كما سترى بعد قليل - لكى لا نحاي الصادر لصالحه القرار وفى نفس الوقت لا نحجف بمصلحة الصادر ضده .

٥ - بالنسبة لطلب وقف تنفيذ قرار النيابة العامة :

لسرعة حسم النزاع بالنسبة لتنفيذ قرار النيابة العامة يجب أن يقدم طلب الوقف بنفس عريضة التظلم وإلا كان غير مقبول حتى لا يتأخر المتظلم فى إبدائه ، ويجب أن يفصل القاضى المستعجل فى طلب الوقف فى ميعاد لا يجاوز سبعة أيام تبدأ من اليوم التالى لتقديم التظلم متضمناً طلب الوقف فإذا رفض القاضى المستعجل طلب الوقف بدأ التنفيذ لقرار النيابة العامة ، وإذا أمر بالوقف يقف تنفيذ القرار حين صدور الحكم فى موضوع التظلم .

وبذلك نكون قد وفرنا حماية سريعة للحيازة - خاصة إذا حددنا ميعاداً لصدور قرار النيابة العامة وميعاداً للقاضى المستعجل لنظر طلب الوقف والحكم فى التظلم - وباعتبارات عادلة ، بدلاً من التنفيذ الفورى للقرار ثم يأمر القاضى المستعجل بوقف تنفيذ القرار بناء على طلب المتظلم - لرجحان إلغاء قرار النيابة العامة - ويكون للأمر بالوقف قوة تنفيذية بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ .

كما يجب أن يكون حكم القاضى المستعجل برفض طلب الوقف أو الأمر بالوقف حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف ويظل قائماً حين صدور حكم فى موضوع التظلم ، وليس لمن لم يرض الحكم بالوقف أو برفض الوقف سوى اللجوء إلى الدعاوى الموضوعية ، سواء كانت دعاوى حيازة أو دعاوى الحق ، وبذلك نسد الباب أمام تشعب النزاع حول إجراءات وقتية تزول بصدور حكم موضوعى من المحكمة المدنية إذا رفعت إليها دعوى بأصل الحق .

٦ - تحديد ميعاد لصدور الحكم من القاضى المستعجل :

كما ينبغي تحديد قيد زمنى للقاضى المستعجل يجب الا يتجاوزه لإصدار حكم فى التظلم ، لأن الإجراءات قد تطول أمامه وهو ما يحدث عملاً بسبب مراوغة الخصوم ، بحجة تقديم المستندات أو المذكرات أو لكون الدعوى متداولة أثناء إجازة القاضى المستعجل الأصيل ، فالدعوى أمام القاضى المستعجل قد تظل فترة طويلة كما لو كانت مرفوعة أمام محكمة الموضوع بما يفقدها صفة الاستعجال ، ولذلك يجب تحديد ميعاد معين يجب على القاضى المستعجل أن يفصل فى التظلم خلاله وليكن هذا الميعاد ثلاثون يوماً على الأكثر .

ولا شك أن التعديل الذى أدخل على المادة ٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بشأن قيد الدعوى ، سيساعد القاضى المستعجل على انجاز الحكم خلال ميعاد الثلاثين يوماً حيث اشترطت تسلك المادة لقيد الدعوى ايداع المدعى (المتظلم) أصول المستندات وما يركن إليه من ادلة ، ومذكرة شارحة للدعوى ، وإذا قيدت الدعوى بناء على أمر قاضى الأمور الوقفية لكونها غير متضمنة لما ذكر فى المادة ٦٥ مرافعات فإنها أوجبت على المدعى (المتظلم) تقديم المستندات فى أول جلسة لنظر التظلم .

ولا يرد على تحديد الميعاد بالنسبة للقاضى المستعجل بصعوبة إصدار الحكم فى خلال ثلاثين يوماً لكثرة القضايا أمامه ، لأن نزاع الحيازة يجب أن يكون له الأولوية ، بل هو أهم شىء فما هى الحماية السريعة والفعالة والعادلة للحيازة عندما ينفذ قرار النيابة العامة فوراً مع ما يكون شابه من بطالان ، ولا نستحث القاضى المستعجل على سرعة إصدار الحكم فى التظلم بأسرع وقت ممكن ، فيجب أن تسير الأمور بوتيرة واحدة سريعة بدء من سرعة إصدار قرار النيابة العامة وسرعة تنفيذه وسرعة صدور حكم فى التظلم من القاضى المستعجل .

ويجب أن يكون حكم القاضى المستعجل الصادر فى التظلم نهائياً ، والقول بنهائية حكم القاضى المستعجل حث الخصوم على سلوك سبيل الدعاوى الموضوعية سواء كانت دعاوى حيازة أو دعاوى الحق ، لكى لا تنقل كاهل القضاء بعدة قضايا مرفوعة عن ذات العين والتزاع ، منها ما هو أمام القاضى المستعجل لينظر التظلم المرفوع من قرار النيابة العامة ، ومنها ما هو أمام القاضى المستعجل بصفة دعوى حيازة مرفوعة بصفة مستعجلة بإجراءات مبتدأة أمامه ، ومنها ما هو أمام القضاء الموضوعى كدعوى الحيازة الموضوعية ، ومنها ما هو استئناف حكم القاضى المستعجل الصادر فى التظلم .

فعندما نجعل حكم القاضى المستعجل الصادر فى التظلم نهائياً سندفع الخصوم إلى سلوك طريق الدعاوى الموضوعية للحصول على حكم موضوعى فى الحيازة أو الحق ، خاصة إذا نظرنا إلى أن الإجراءات أمام النيابة العامة و القاضى المستعجل حين نظر التظلم واستئناف حكمه ، كلها إجراءات

وقية تزول بصدر حكم بشأن الحيازة أو الحق من الحكمة الموضوعية ، ولا يخفى ما في ذلك من الحسم بصورة نهائية لانزعة الحيازة وتخفيف العبء عن كامل القضاء .

ولا يرد على القول بنهائية حكم القاضى المستعجل ، بأن من صدر ضده حكم القاضى المستعجل في التظلم ربما يلغى في الاستئناف ويصدر الحكم الاستئنافى لصالحه فهذا أمر وارد ، ولكن قد يصدر حكم الاستئناف بعد طول إجراءات مؤيدة لحكم القاضى المستعجل وما على من صدر ضده الا اللجوء إلى القضاء الموضوعى ، فالمستحسن دفع الخصوم في أقرب فرصة إلى القضاء الموضوعى يجعل حكم القاضى المستعجل في التظلم من قرار النية العامة نهائياً .

٧ - سرعة ارسال ملف الحيازة للقاضى المستعجل :

في حالة تظلم ذوى الشأن من القرار الصادر من النية العامة ، يجب على النية العامة سرعة ارسال الملف إلى القاضى المستعجل ، حتى لا يكون البطء في إرساله سبباً في تأجيل نظر التظلم ، ويجب أن يرسل إلى القاضى المستعجل بمجرد رفع التظلم ، ليتمكن القاضى المستعجل من نظر طلب الوقف إذا أبداه المتظلم في عريضة التظلم ، ويجب تقرير جزاءات على قلم كتاب المحكمة الذى يتسبب في تأخير ارسال ملف الحيازة إلى القاضى المستعجل .

وإذا رأت النية العامة تقديم المعتدى لحكمة الجرح ، فيجب عليها أن تعد صورة رسمية من ملف الحيازة ليرسل إلى القاضى المستعجل في حالة التظلم من قرارها لكي يستطيع الفصل في طلب الوقف والتظلم من القرار .

٨ - الرقابة على أعمال المحضرين :

يجب أن تكون هناك رقابة صارمة على سلامة الإعلانات بواسطة المحضرين لقرار النية العامة ، كي لا يتلاعب المحضر بالإعلان ، خاصة وأن التظلم ميعاده خمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان لذوى الشأن ، ويجب تقرير جزاءات رادعة لضمان حسن سير عملهم بصدد القيام بالإعلان .

وبناء على ما تقدم يجب تعديل نص المادة ٤٤ مكرراً مراتب لتتطوى على تحديد قيد زمنى لصدور قرار النية العامة ، وعلى وجوب إعلان القرار قبل التنفيذ وجواز الاشكال في تنفيذه ، أو النص على وقف تنفيذ قرار النية العامة - مؤقتاً - حين نظر طلب الوقف ، والنص على إدراج طلب الوقف ضمن عريضة التظلم ، كما يجب أن تشمل على تحديد قيد زمنى لصدور حكم القاضى المستعجل في التظلم وجعل حكمه نهائياً ، بالنسبة لنظر طلب الوقف وبالنسبة للحكم الصادر في موضوع التظلم ، وذلك دفعا للخصوم لسلك سبيل القضاء الموضوعى .

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

بسیار زیاد است که در این کتاب به تفصیل در مورد آن ذکر شده است و در این کتاب
در مورد آن به تفصیل در مورد آن ذکر شده است.

الختاتمة

بعد ان انتهينا من موضوع البحث يجب توضيح النتائج التي استخلصت منه ، وذلك باستعراض جزئياته عرضاً سريعاً موجزاً ، ثم الانتهاء بأهم المقترحات ، وذلك على النحو الآتي :

١ - ان نطاق الحيازة في القانون الروماني كان مقصوراً على حق الملكية ثم اتسع نطاقها وأقر الرومان بإمكان ورود الحيازة على الحقوق الأخرى كالانتفاع والارتفاق ، وأسموه بشبه الحيازة .

وانتقل التمييز بين الحيازة وشبه الحيازة من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم حيث تكلم فقهاء القانون الفرنسي القديم عن الحيازة وهي مقصورة على حق الملكية ، وعن شبه الحيازة وكانت تشير إلى حق الانتفاع والارتفاق والسكنى .

وانتهى تطور نطاق الحيازة في التشريعات الحديثة إلى أنها مصدر لجميع الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ما كان يقبل الحيازة كالرهن الحيازي ، وذلك في التشريعات التي تأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة كالقانون المصري والفرنسي ، ومن ثم لا ترد الحيازة في هذه التشريعات على الحقوق الشخصية أو ما تسمى بحقوق الدائنية .

أما في التشريعات التي تأخذ بالنظرية المادية كالقانون المدني والألماني والسويسي فإن الحيازة ترد على الحقوق العينية والشخصية على السواء ، فكل من يضع يده على شيء يعتبر حائزاً سواء كان له حق عيني أو حق شخصي .

٢ - لم يورد القانون المصري تعريفاً للحيازة وحسناً فعل ، لأن مهمة المشرع ليست وضع تعريفات جامدة تكون عرضة للنقد من جانب الفقه ، وبذلك نأى عن النقد الذي وجه للمشرع الفرنسي بصدده تعريفه للحيازة ، وبذلك ألقى المشرع المصري على عاتق الفقه مهمة تعريف الحيازة .

٣ - ان تعريف الحيازة بصفة عامة يتضمن تعريفها من الناحية اللغوية والتشريعية والفقهية ، ثم الانتهاء بوضع تعريف خاص للحيازة العقارية ، بأنها سيطرة فعلية على عقار مادي معين بالذات يجوز التعامل فيه بقصد كسب حق عيني. وهذا التعريف يبين ركنيها المادي والمعنوي ويان محلها من كونه عقلاً مادياً معيناً بالذات وجائز التعامل فيه .

٤ - ان الركن المادي للحيازة هو مجموعة من الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز على العين محل الحيازة والتي تتفق مع مضمون الحق المدعى اكتسابه على العين . ويجب أن تكون أعمال الركن المادي للحيازة أعمالاً مادية تتم عن أن الحائز صاحب حق على العين ، أما الأعمال القانونية فإنها قاصرة عن تكوين الركن المادي وإن كان يجوز الاعتداد بما بعد قيام الركن المادي ، حيث يجوز للحائز أن يمارس أعمال الركن المادي بواسطة غيره كما لو أجر الحائز العين .

كما أن الركن المادى يمكن أن يمارسه الحائز منفرداً أو على الشيوع أما بنفسه و إما بواسطة غيره كتابع يجوز لحسابه ، وأن ما ورد بالمادة ٩٥١ من القانون المدنى المصرى ورد على سبيل المثال ، ومن ثم تتوافر الوساطة فى الحيازة سواء كان الوسيط مجرد تابع للحائز أو يتمتع بقدر من الاستقلال كسالمستفيع أو المستأجر أو صاحب حق الارتفاق .

٥ - ان الركن المعنوى تتنازعه النظرية الشخصية والمادية للحيازة ، والأولى قوامها النية فى كسب حق أما الثانية فلا تعنى بنية الكسب وكل من يضع يده على شىء يعتبر حائزاً ولو كان له حقه شخصى ، وأن النظرية الشخصية لا تحمى الا الحائزين بنية كسب حق ، أما النظرية المادية فهى تحمى كل واضع يد باعتباره حائزاً فى مفهومها ، ولكن كلتا النظريتين لم يسلمتا بإمكان كسب الحائز العرضى للحق بالتقادم .

٦ - ان موقف التشريع المقارن من الأخذ بالنظرية المادية والشخصية للحيازة متباين، و عرفنا أن المشرع الفرنسى يأخذ بالنظرية الشخصية للحيازة ، ومع ذلك تدخل بالقانون الصادر سنة ١٩٧٥ واجاز لكل واضع يد قانونى أو عرضى أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه عدا من تلقى الحق عنه ، ولكن لا يمد نطاق دعاوى الحيازة إلى حماية الحقوق الشخصية .

أما القانون الألمانى والسويسرى فهما يأخذان بالنظرية المادية ومن ثم لا يقصران نطاق دعاوى الحيازة على حماية الحائز القانونى وإنما يمكن أن ترفع بواسطة الحائز العرضى ، بل إن القانون السويسرى مد تلك الدعاوى لمن له حق شخصى على العين .

أما المشرع المصرى فيأخذ بالنظرية الشخصية حيث يتطلب أن تكون الحيازة بنية كسب حق عيني لكي تنتج آثارها وتكون جديرة بالحماية بدعاوى الحيازة، وما أباحه القانون للحائز العرضى أن يرفع دعوى استرداد الحيازة اذا نزعته الحيازة منه بالقوة ولو لم تدم حيازته مدة سنة فما ذلك إلا لأن تلك الدعوى تهدف إلى المحافظة على السلام الاجتماعى ، وما أباحه للمستأجر من رفع جميع دعاوى الحيازة فلم يكن ذلك إلا استثناء من الأصل العام لما للمستأجر من مركز خاص بين سائر الحائزين العرضيين .

ورغم أن المشرع المصرى يأخذ بالنظرية الشخصية إلا أنه يجب أن يتدخل ليقصر إجازة رفع دعاوى الحيازة لكل حائز سواء كان يجوز بنية التملك أو مجرد حائز عرضى ، وذلك لنفس الاعتبارات العملية التى جعلته يقرر تلك الدعاوى للمستأجر .

٧ - ان محل الحيازة العقارية لا يكون إلا عقاراً مادياً معيناً بالذات وأن المجموعات القانونية كالتركات أو المحل التجارى لا تكون محلاً للحيازة ولو كان بينها عقارات ، ولكن يمكن أن ترد الحيازة على عقار معين من أموال التركة إذا حيز بصفة منفردة .

كما أن الحيابة لا ترد على الحقوق ، لأن الحقوق شيء معنوى ، فهى غير قابلة للحيابة وإنما تكتسب بما بممارسة الأعمال المادية التى تدخل فى مضمون الحق على العين محل الحيابة . كما يشترط أن يكون العقار فما يجوز حيابته حيث حظر القانون حيابة بعض العقارات كالعقارات العامة للدولة وعقاراتها الخاصة وعقارات الأشخاص الاعتبارية العامة والهيئات والمؤسسات العامة والأوقاف ، فهذه العقارات لا تكون محلاً لحيابة مفيدة كأساس لكسب الحق بالتقادم .

٨ - ان مفهوم الحيابة العرضية ليست بحيابة قانونية لعدم توافر نية كسب الحق لدى واضع اليد ، إلا أن القانون أجاز تغييرها إلى حيابة قانونية اما بمجاهة الحائز للمالك أو بمصوله على تصرف قانونى صادر من الغير ، ولا تعتبر الحيابة قانونية الا من لحظة تغييرها بإحدى الواسيلتين . أما القوانين التى تأخذ بالنظرية المادية فإنها تعتبر كل من يضع يده على العين حائزاً و لا يستثنى القانون الألمان سوى الاتباع .

٩ - ان الحيابة العقارية يلزم لها توافر مجموعة من الشروط لكي تنتج آثارها ، فيجب أن تكون مستمرة وهادئة وعلنية وواضحة . وأن الاستمرار ليس ركناً فى الحيابة كما قال البعض ، ولكن هو أحد الصفات التى يجب توافرها فى الركن المادى ، ويجب أن يمارس بما يتفق مع الحق الذى يدعيه الحائز ووفقاً لطبيعة العين محل الحيابة ، كما يشترط فى الحيابة أن تكون هادئة بمعنى ألا تكون قائمة على الإكراه ، والاكراه الذى يعيب الحيابة هو الذى يصدر من الحائز عند الدخول فى الحيابة ، بحيث لو استخدم الحائز القوة للدفاع عن الحيابة فإنه يدافع عن مركز واقعى استقر له بحكم القانون .

كما يشترط أن تكون الحيابة علنية بأن يمارسها الحائز أمام الكافة وتكفى لعلم الحائز ، ولا يشترط أن يعلم الحائز بما فعلاً ما دامت ظاهرة أمام الناس ، بل يكفى إمكانية علمه بالحيابة الواقعة من قبل الغير ، كما يشترط أن تكون الحيابة واضحة دالة على أن الحائز يجوز لحساب نفسه وليس لحساب الغير . وغياب أى من هذه الشروط يمثل عيباً فى الحيابة يؤدى إلى عدم ترتيبها لآثارها القانونية ، وعيب عدم الاستمرار مطلق يجوز للكافة الاحتجاج به ، أما باقى العيوب فهى نسبية لا يحتج بالعيب الا من قام فى مواجهته .

١٠ - ان انتقال الحيابة العقارية يكون إلى الخلف العام والخاص ، وأن حيابة الخلف العام ما هى الا استمرار حيابة سلفه كما هى بصفتها وعبوبها ، أما حيابة الخلف الخاص فهى حيابة مبتدأة مستقلة عن حيابة سلفه لها صفاتها الخاصة بها . وانتقال الحيابة للخلف العام يكون باستمرار حيابة الخلف العام لحيابة سلفه أما انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص فقد يكون فعلياً أو حكماً أو رمزياً .

١١ - ان زوال الحيابة العقارية يكون بزوال ركنها المادى والمعنوى معاً أو بفقد أحدهما ، وأن زوال الحيابة قد يكون اختيارياً بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق كما فى حالة البيع ، كما أن الحيابة تزول جبراً عن الحائز فى حالة اغتصابها بواسطة الغير إذا لم يبادر الحائز إلى استردادها فى الميعاد القانونى ، إلا أن المانع

الوقتي كالحرب أو الفيضان لا يحول دون زوال الحيازة طالما كان في مقدور الحائز العودة إليها بعد زوال المانع .

١٢ - ان آثار الحيازة العقارية تتمثل في كسب الحق العيني بالتقادم الطويل أو القصير، وللتقادم مجموعة من المبررات العملية والاجتماعية من كونه يؤدي إلى استقرار أوضاع الملكية في المجتمع كما أنه وسيلة مسيرة لإثبات الملكية . ونطاق التقادم لا يشمل عقارات الدولة العامة والخاصة أو بصفة عامة العقارات التي حظر القانون اكتساب حق عيني بالتقادم من جانب الأفراد . كما أنها تؤدي إلى كسب الحائز الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه كحق الانتفاع والسكنى والاستعمال والاستغلال والاتفاق ، كما تكسب الحق العيني التبعي القابل لأن ترد عليه الحيازة كحق رهن الحيازة .

كما أن الوضع الشخصي للحائز يؤثر على مدة التقادم فالحائز حسن النية يكسب الحق بالتقادم القصير اذا دعم بالسبب الصحيح . والسبب الصحيح هو كل سند صادر من غير صاحب حق ونساق للحق فيما لو صدر من صاحب الحق ، ويجب أن يصدر السند إلى حائز باعتباره خلفاً خاصاً . أما الحائز سيء النية فإنه يكسب الحق بالتقادم الطويل .

١٣ - ان الأحكام العامة تتمثل في المدة ومقدارها وحكمة اشتراطها وكيفية حسابها ، و أن القانون يحظر الاتفاق على مدة غير التي عينها سواء بالإطالة أو التقصير لتعلق ذلك بالنظام العام وأن تلك المدة تحسب بالأيام لا بالساعات ، وتحسب الشهور والسنوات بصفة كمية دون النظر إلى عدد أيام الشهر أو السنة ، واذا صادف آخر يوم عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعد العطلة .

ولتمام مدة التقادم يجوز للحائز أن يضم مدة حيازة سلفه سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً . ولإمكان الخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه يشترط أن تكون هناك رابطة قانونية بين الحيازتين، وأن تتحد الحيازتان في الطبيعة القانونية ، وألا يكون السلف مالكاً أو صاحب حق ، وألا يكون الضم للاحتجاج به في مواجهة السلف أو تجاه خلف خاص آخر لنفس السلف ، كما يجب أن يتمسك الخلف الخاص بالضم أمام محكمة الموضوع .

١٤ - ان عوارض التقادم تتمثل في الوقف والانقطاع . و الوقف يقتصر أثره على عدم احتساب المدة التي قام خلالها سبب الوقف بحيث تضم المدة السابقة إلى المدة اللاحقة عليه، وأسبابه إما شخصية ترجع إلى أهلية صاحب الحق كالتقصير أو الحجر أو الغيبة أو الحكم بعقوبة جنائية ، وإما أسباب أديية كالعلاقة بين الزوجين والأصل والثائب وإما أسباب مادية كالكوارث أو الحوادث، أو أسباب اتفاقية كاتفاق المالك والحائز على التحكيم .

أما الانقطاع فإنه يؤدي إلى إبادة كل أثر للمدة السابقة عليه مع جواز بدء سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع ، وتتحدد مدة وشروط التقادم الجديد بعد الانقطاع على حسب شروط الحيازة المتوافرة عند سريانها بعد زوال سبب الانقطاع ، فالمدة تتحدد على ضوء الحيازة الجديدة .

وينقطع التقادم طبيعياً بالتخلي عن الحيازة أو بواسطة نزعها من قبيل الغير ، وانتزاع الحيازة لا ينتج أثره إلا إذا دام مدة سنة ، أما إذا بادر الحائز إلى رفع دعوى استرداد الحيازة واسترد على أثرها الحيازة فلا يكون هناك انقطاع .

وقد يكون الانقطاع مدنياً بالمطالبة القضائية كدعوى ترفع على الحائز ، وقد ينقطع بالاقرار الصادر من الحائز أو التنيه ، ويجب تدخل المشرع لتقرير انقطاع التقادم بالدعوى المرفوعة أمام القضاء المستعجل إذا تضمنت الدعوى طلباً موضوعياً مع تحديد ميعاد لصاحب الحق لرفع دعواه أمام محكمة الموضوع ، ويظل للدعوى أمام القضاء المستعجل أثرها في قطع التقادم إذا قام صاحب الحق برفع الدعوى أمام محكمة الموضوع في الأجل المضروب له من قبل المشرع .

١٥ - ان كسب الحائز للحق العيني العقارى بالتقادم يتأثر بتعدد أنظمة الشهر ، وتم استعراض نظم الشهر الشخصي والعيني ، وأن نظام الشهر العيني أو ما يقال له السجل العيني يفوق نظام الشهر الشخصي لأنه يقوم على مبدأ القوة المطلقة لبيانات السجل ، كما أنه إجبارى مفروض على جميع الملكيات والحقوق ، وهو يمثل المشروعية بمعنى أن ما قيد به هو الحق المشروع ولا صاحب حق إلا من قيد الحق باسمه في السجل ، ومن ثم فهو يمنع سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة به ونظام التقادم يؤدي دوره بصورة كاملة في ظل نظام الشهر الشخصي كسب لكسب الحق العيني ، أما في نظام السجل العيني فلا يكون له نفس الدور حيث يضيق دور التقادم لسبب لكسب الحق .

وتم استعراض موقف المشرع المصرى من إجازة قيد الحق لأول مرة بالسجل استناداً إلى التقادم إذا اكتملت مدة التقادم عند تطبيق السجل العيني ، وقد جعل المشرع فترة انتقالية مدتها خمس سنوات من تاريخ سريان السجل على المنطقة يجوز فيها للحائز إعادة قيد الحق لصالحه استناداً للتقادم بشرط رفع الدعوى أو صدور حكم خلال الخمس سنوات المشار إليها وألا يتعارض وضع اليد مع محررات مشهرة طبقاً لقانون الشهر العقارى .

كما لم يكن المشرع المصرى موفقاً بصدده اشتراط عدم تناقض وضع اليد مع المحررات المشهرة سلفاً ، لأنه أعطى لتلك المحررات المشهورة في ظل قانون الشهر العقارى قوة لم تكن ثابتة له في ظل النظام التى شهرت فيه ، وكان يجب على المشرع تقرير قيد الحق لأول مرة في السجل العيني بدون اشتراط ذلك طالما أن مدة التقادم قد اكتملت حين العمل بقانون السجل العيني في قسم مساحى معين .

وتم عرض الرأى الذى يرى أن نظام السجل العينى لا يتعارض مع التقادم المكتسب ، وعرضنا الرأى الذى يرى أن قانون السجل العينى المصرى لا يحظر التقادم بالمادة (٣٧) ولكن يعدل من شروطه بحيث لا يحتج بالحق المكتسب بالتقادم إلا بعد قيده فى السجل ، فإذا قيد القرار أو الحكم يكون حجة على من تلقى حقاً عينياً من المالك المقيّد العقار باسمه .

ورغم أن نظام السجل العينى المصرى نص فى المادة (٣٧) على حظر التقادم ضد الحقوق المقيّدة بالسجل ، إلا أن المحكمة الدستورية العليا أصدرت حكماً بإلغاء المادة (٣٧) فيما يتعلق بحظر التقادم ضد الحقوق المقيّدة بالسجل ، ومن ثم أصبح للتقادم دور يماثل دوره فى نظام الشهر الشخصى ، إذ يجوز الاستناد إلى التقادم كسبب لكسب الحقوق العينية المقيّدة وإعادة قيدها لصالح الحائز استبعاداً للحكم بعدم دستورية المادة (٣٧) من قانون السجل العينى المصرى .

ولما كان يجوز كسب الحقوق المقيّدة بالتقادم فقد رأينا ضرورة رفع دعوى ثبوت الملكية أمام المحكمة المختصة والتأشير على هامش صحيفة الوحدة العقارية بالدعوى المرفوعة من الحائز ، فإذا صدر الحكم لصالح الحائز وأعيد قيد الحق فى السجل لصالحه كان له أثراً رجعياً يرتد إلى تاريخ التأشير بالدعوى . ويجب على المشرع أن ينص على شهر صحيفة دعوى ثبوت الملكية بصحيفة الوحدة العقارية ، للمحافظة على حق الغير الذى اكتسب حقاً عينياً من المالك المقيّد باسمه العقار قبل حصول التأشير . كما يجب على المشرع أن ينص على رفع دعوى بثبوت الملكية ولا يكتفى بتقديم طلب لإدارة السجل العينى للاعتداد بالتقادم لقيد الحق لصالح الحائز ، لأن إدارة السجل ليست لجنة قضائية وإنما هى لجنة إدارية .

١٦ - ان من آثار الحياة كسب الحائز للشار عندما يسترد المالك العين من تحت يد الحائز شريطة ان يكون الحائز حائزاً قانونية ، ويشترط ان يكون حسن النية عند قبض الشار ، ويتملك الحائز حسن النية الشار التى تم قبضها دون التى لم يقبضها .

١٧ - كما أن الحياة تعفى الحائز من الإثبات لأن القانون افترض الحق بجانبه ، فالحائز لا يطلب منه اثبات قصد الحياة لحساب نفسه ولكن يكفيه إثبات أعمال السيطرة المكونة للركن المادى للحياة كى يفترض انه حائز قانونى لأن الأصل فى الحياة أنها قانونية ، ولا يطلب من الحائز اثبات أن حيازته خالية من العيوب إذ أن الأصل فى الحياة أنها صحيحة متوافرها كافة الشروط من استمرار وهدهوء وعلاية ووضوح وعلى من يدعى تعيينها إثبات ذلك .

وبصدد إعفاء الحائز من إثبات الحق قرر له المشرع قرينتين متواليتين أولاهما أن الحياة المادية قريبة على الحياة القانونية و ثانيتهما أن الحياة القانونية قريبة على الملكية ، وبواسطة القرينتين يعفى من إثبات الحياة القانونية والملكية .

١٨ - ان للحيازة أثر هام يتمثل في نشوء مركز قانوني وهذا المركز الواقعي يحمي بصرف النظر عن قانونية الحيازة وبصرف النظر عن آثارها الأخرى ، وتميز حماية الحيازة بأنها تحمي الحيازة لذاتها دون النظر إلى آثارها الأخرى .

١٩ - وان المشرع يحمي الحيازة لذاتها محافظة على الأمن الاجتماعي بهدف احترام الحالات الواقعية وانطلاقاً من مبدأ عدم جواز اقتضاء الفرد لنفسه ، كما أن الحيازة تحمي لكونها تمثل مصلحة خاصة للحائز لكونها وسيلة فعلية لممارسة الحق ووسيلة لاثباته وحمايته وأما سبب لكسب الحق ، وأن حماية الحيازة حماية عينية لكونها تحمي حقاً عينياً وكون الجزء فيها عينياً يتمثل في إعادة الحال إلى ما هو عليه ، كرد الحيازة أو منع التعرض أو وقف الأعمال الجديدة ، كما أن حماية الحيازة لا يقصد منها التعويض عن ضرر أصاب الحائز أو تنفيذ التزام عقدي .

٢٠ - ان حماية حيازة العقارات الخاصة بالأفراد تتمثل في الحماية المدنية ، والتي تكمن في دعاوى الحيازة التي تحمي الحيازة استقلالاً عن الحق ، بمعنى لا يجوز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه ، وأن المشرع لم يجعل النزاع على الحيازة مجرد مسألة أولية متعلقة بأصل الحق وإنما تحمي الحيازة لذاتها دون نظر إلى أصل الحق .

كما أن حماية الحيازة لا تقتصر على دعاوى الحيازة الخاصة بها كحماية مباشرة لها ، ولكن هناك وسائل حماية مدنية غير مباشرة للحيازة تتمثل في دعاوى الحق العيني ، كدعوى الاستحقاق بالنسبة للملكية أو الاقرار أو الإنكار بالنسبة للحقوق العينية الأخرى باعتبار أن الهدف من تلك الدعاوى الحصول على ملكية وحيازة العين بالنسبة للملكية ، كما أن دعوى الاعتراف بالحق العيني - عدا الملكية - تمثل حماية للحيازة كوسيلة لاجبار الغير على احترام الحق الذي يدعيه الحائز على العين ، كما أن دعوى الإنكار للحق العيني تمثل حماية للحيازة كوسيلة لاجبار الغير على عدم التعرض لحيازة الحائز في الملكية باعتبار أن أي حق عيني مدعى من قبل الغير على ملكية الحائز يمثل انتقاصاً وتعرضاً لحيازة المالك في حيازته .

كما أن دعوى الاسترداد الشخصية تمثل حماية غير مباشرة للحيازة ، بالنظر إلى كونها تهدف إلى استرداد حيازة العين من تحت يد الحائز العرضي عند انتهاء مدة وضع يده على العين وعودة الحيازة إلى الحائز القانوني وأن هذه الدعوى لا يطلب من رافعها إثبات ملكيته وإنما يطالب باثبات السبب المنشئ للرد من تحت من يضع يده عليها .

كما أن دعوى ضمان التعرض الناشئة عن عقود المعاوضات تقوم بدور غير مباشر في حماية الحيازة العقارية ، بالنظر إلى الارتباط بين الهدف من التعاقد وبين الهدف من الضمان ، فلا يكفي أن يقوم المدين بالتسليم بتسليم العين ولكن عليه التزام بضمان الحيازة الهادئة لمكتسب الحق .

٢١ - ان حماية الحيابة العقارية من الناحية الجنائية تتمثل في تجريم التعدى على حيازة الغير الواردة في قانون العقوبات وقانون العقوبات لا يقتصر على مجرد تجريم التعدى على حيازة الغير ، وإنما أباح استخدام القوة للدفاع عن الحيابة ضد التعرض للحائز استناداً إلى حق الدفاع الشرعى وبتصد مدى انطباق عقوبة النصب على من يبيع العقار أكثر من مرة فالألتجاه الفقهى والقضائى يذهب للقول بأن البائع لا يعتبر مرتكباً لجريمة النصب إذا باع العقار مرة أخرى بعد سبق بيعه بعقد غير مسجل لأن العقار بالبائع الأول غير المسجل لم يخرج عن ملكه استناداً إلى قانون الشهر العقارى .
إلا أنه قام التجاه فقهى ينادى بتجريم توالى البيع فى العقار استناداً إلى التفسير اللغوى للنص استناداً إلى تقييد حق المتصرف بالتصرف الأول ، وأيدنا ذلك الألتجاه وبضرورة العقاب على التصرف الثانى ولو لم يسجل التصرف الأول استناداً إلى . عدم اجتماع شرطى عدم الملكية وعدم أحقية التصرف ، و يجب الاكتفاء بشرط عدم أحقية المتصرف فى التصرف ، فالمالك يعاقب بالنصب اذا بادر إلى بيع العقار مرة ثانية باعتباره اعتداء على حيازة المشتري الأول لمنع كل ما يحول بين المشتري وبين الحيابة ، إلا أنه يجب تدخل المشرع لتعديل المادة ٣٣٦ عقوبات لتطبق على التصرف الثانى للعقار ولو لم يشهر التصرف الأول وليكون العقاب بالنصب لكل من تصرف فى عقار ليس له حق التصرف فيه .

٢٢ - ان الحماية لا تقتصر على حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد وإنما تشمل حماية حيازة العقارات المملوكة للدولة ملكية عامة أو خاصة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة .
و لحماية حيازة العقارات العامة للدولة توجد حماية مدنية متمثلة فى ثلاثة مبادئ الأول عدم جواز تملكها بالتقادم أو كسب حق عيى عليها ، والثانى عدم جواز التصرف فيها ، والثالث عدم جواز الحجز عليها ، كما أن هذه المبادئ تساندها وسائل للحماية تتمثل فى دعاوى الحيابة و دعوى الاستحقاق .

٢٣ - ولا تقتصر الحماية لحيازة عقارات الدولة على وسائل القانون الخاص وإنما اعطاه المشرع وسائل القانون العام وهى ما تسمى بالحماية الإدارية حيث أجاز لها ازالة التعدى الواقع على حيازتها بالطريق الإدارى ، بمعنى انه يجوز للدولة ان تلجأ للتففيذ المباشر بعدم اللجوء إلى القضاء لإزالة التعدى الواقع على حيازتها .

كما حظر المشرع اكتساب أى حق عيى على عقارات الدولة الخاصة والأشخاص الاعتبارية العامة والهيئات والمؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية والأوقاف الخيرية وأعطاهما الحق فى ازالة التعدى الواقع على حيازتها بالطريق الإدارى من قبل الوزير المختص كما حظر على النيابة العامة التصدى بالتفسير أو التأويل لقرارات الإزالة الصادرة من الجهات المشار إليها .

٢٤ - كما أن القانون الجنائي يحمي حيازة عقارات الدولة من التعدي الواقع عليها وهو لا يأخذ بمدلول العقار العام الوارد في القانون الإداري أو المدني بصدد تقرير الحماية الجنائية ولكن يأخذ بمفهوم موسع ولا يقصر الحماية الجنائية على العقارات المملوكة للدولة وإنما يحمي كل عقار تحت حيازة الدولة ولو كان مملوكاً لأحد الأفراد باعتبار أن المعتدى عليه هو حيازة الدولة لا حيازة الفرد صاحب العقار .

٢٥ - ان دور النيابة العامة في حماية الحيازة العقارية مر تطوره بثلاث مراحل : الاولى تشمل مرحلة ما قبل قاضي الحيازة وكانت النيابة تحمي الحيازة الجنائية وكذلك المدنية وكانت تحمى الحيازة المدنية لما جرى عليه العرف من عرض محاضر الحيازة على النيابة العامة بواسطة البوليس ، الثانية وهى مرحلة قاضي الحيازة ، وفي هذه المرحلة غلت يد النيابة العامة عن التدخل في منازعات الحيازة المدنية بحيث اقتصر تدخلها على المنازعات الجنائية ، وقد اثارت هذه الفترة كثيراً من المشاكل في محيط العمل مما حدا بالمشرع إلى إيراد تنظيم جديد لدور النيابة العامة .

أما المرحلة الثالثة وهى التنظيم الحالى فقد اضاف المشرع إلى قانون المرافعات المادة ٤٤ مكرراً وأوجب على النيابة العامة اصدار قرار في منازعة الحيازة سواء كانت مدنية أو جنائية ، وهذا القرار ينفذ فوراً لتحقيق حماية سريعة للحيازة وأجاز التظلم منه للقاضى المستعجل ، وللقاضى المستعجل تسأيد أو تعديل أو الغاء قرار النيابة العامة .

ولكن يعاب على هذه المادة أنها لم تحدد معاد لصدور القرار من النيابة العامة مما يكون مدعاة لتأخير صدور القرار بما لا يوفر الحماية السريعة التى أرادها المشرع ، كما لم يحدد مدة معينة للفصل فى التظلم من قرار النيابة العامة بما يجعل التظلم يطول لأمد غير قصير .

كما أن المشرع نص على تنفيذ القرار فوراً بدون إجازة الإشكال فيه مما قد يعرض مصلحة الصادر ضده أو الغير للضياع ، ولذلك يجب اجازة الاستشكال لقرار النيابة العامة لفترة محددة تنتهى بانتهاق القاضى المستعجل من نظر طلب الوقف المدرج فى التظلم . كما يجب ان يكون طلب الوقف مدرجاً بنفس صحيفة التظلم ويقضى فيه القاضى المستعجل خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه إليه . كما يجب أن يكون حكمه نهائياً فى طلب الوقف ونهائياً فى التظلم لندفع الخصوم فى أقرب فرصة إلى القضاء الموضوعى .

المقترحات :

١ - تعديل الفقرة الأولى من المادة ٩٥١ مدني بالنظر إلى أن الوساطة لا تقتصر على التابع وقد تكون بواسطة كل من يتمتع بقدر من الاستقلال عن الحائز وهي بذلك تشمل كل من له حق على العين كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق أو الاستعمال أو السكنى ، فهؤلاء حائزون عوضيون بالنسبة للملكية يجوز بواسطتهم الحائز القانوني بالنسبة للملكية

٢ - تقرير حماية كل واضح يد بجميع دعاوى الحيازة باعتبار ان الهدف من تلك الدعاوى المحافظة على السلام الاجتماعي ولتوافر الاعتبارات العملية التي حثت بالمشرع إلى منح المستأجر حق رفع جميع دعاوى الحيازة باسمه فهذه الاعتبارات هي نفس الاعتبارات العملية المتوافرة لدى سائر الحائزين العرضيين لحماية العقار الموجود تحت ايديهم كالحارس أو الوكيل وغيرهم .

٣ - وجوب اشتراط استمرار حسن النية في التقادم القصير طوال مدة التقادم بالنظر إلى أن المشرع أخذ في اعتباره حسن النية بتقصير مدة التقادم ولذلك يجب استمراره إلى نهاية مدة التقادم القصير

٤ - يجب على المشرع تقرير انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ولو كانت الصحيفة باطلة شكلاً مساواة بينها وبين رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، فرغم أن البطلان لعب شكلي فلا يوجد تقصير من جانب المدعى ، مع اعطائه مهلة ليصحح فيها شكل الدعوى ، بحيث اذا قام بتصحيح شكل الدعوى في الأجل المضروب له يعتبر التقادم منقطعاً من تاريخ تقديم الصحيفة الباطلة شكلاً .

٥ - كما يجب على المشرع تقرير انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل إذا تضمنت طلباً موضوعياً باعتبار أن المدعى أفصح عن نيته في اقتضاء حقه والدفاع عنه مع اعطاء المدعى مهلة لرفع الدعوى أمام القضاء الموضوعي بحيث إذا رفع دعواه في خلال الأجل المحدد له اعتبر التقادم منقطعاً من تاريخ رفع الدعوى إلى القاضي المستعجل .

٦ - يجب تعديل المادة (١٣) من قانون السجل العيني المصري ليكون الاستناد للتقادم لقيد الحق لأول مرة اذا اكتملت مدته وقت تطبيق السجل على قسم مساحي معين ، دون اشتراط عدم تناقض وضع اليد مع محررات مشهورة من قبل ، وذلك بالنظر إلى ان التقادم سبب لكسب الحق إذا توافرت شروطه ومدته دون اشتراط عدم وجود محررات مشهورة مناقضة له مع ضرورة إسناد مهمة التحقق من وضع اليد لقيد الحق في السجل العيني إلى قاض ولا يكفي باسناد تلك المهمة إلى موظف اداري لكون التحقق من شروط التقادم يستوجب دواية فنية لا تتوفر لدى الموظف العادي .

٧ - كما يجب على المشرع أن ينص على رفع دعوى امام القضاء بواسطة الحائز إذا ادعى اكتساب حق مقيد بالسجل ولا يسلم باكتساب الحق بمجرد تمام المدة ولكن بعد قيد الحكم الصادر

لصالحه ، مع النص على ضرورة التأشير بصحيفة دعوى ثبوت الملكية أو الحق على هامش صحيفة الوحدة العقارية حماية للغير الذي تلقى حقاً عينياً من المالك المقيّد العقار باسمه قبل حصول التأشير .

٨ - ضرورة تعديل نص المادة ٤٤٤ مكرر من قانون المرافعات لتحقيق سرعة اصدار القرار وإتاحة النزاع مؤقتاً على الحيّزة ، إذ يجب تحديد فترة زمنية يصدر خلالها القرار من العضو المختص ، وللتوفيق بين مصلحة الصادر لصالحه والصادر ضده القرار يجب النص على الاعلان قبل التنفيذ ، كما يجب إجازة الاستشكال في التنفيذ . ومن الأوفق النص على إيقاف تنفيذ القرار لحين انتهاء القاضى المستعجل من نظر طلب الوقف .

كما يجب تحديد فترة زمنية يفصل فيها القاضى المستعجل في طلب الوقف وفترة زمنية للحكم في التظلم ، على ان يكون حكم القاضى المستعجل نهائياً في طلب الوقف وفي التظلم ، لكي لا يتشعب النزاع ويطول أمده وكلها اجراءات وقتية تزول بصدور حكم من القاضى الموضوعى .

(تمت بحمد الله وتوفيقه)

Handwritten text at the top of the page, possibly a title or header.

Handwritten text in the upper middle section of the page.

Handwritten text in the lower middle section of the page.

Handwritten text at the bottom of the page, possibly a signature or footer.

المراجع العربية

أولاً المراجع العامة :

- ١ - د. ابراهيم ابر النجا - السجل العيني في التشريع المصرى ١٩٧٨
- ٢ - د. أحمد ابر الوفا - التعليق على قانون المرافعات - الجزء الأول الطبعة الثانية ١٩٧٥ - منشأة المعارف بالاسكندرية
 - المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الأولى ١٩٥٢ الناشر دار المعارف بمصر
 - نظرية الدفع في قانون المرافعات - الطبعة الخامسة ١٩٧٧ منشأة المعارف الاسكندرية
 - اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - الطبعة الثانية ١٩٥٨ - منشأة المعارف
- ٣ - ابراهيم حسنين - الرقابة على دستورية القوانين في جمهورية مصر العربية وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وأثر الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا - طبعة ١٩٩٦ .
- ٤ - د. أحمد سلامه - القانون الزراعى ١٩٧٠ دار النهضة العربية بالقاهرة
- ٥ - د. أحمد مسلم - اصول المرافعات - التنظيم القضائى والاجراءات والاحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية ١٩٦٨ دار الفكر العربى بالقاهرة
- ٦ - د. أحمد نجيب الهلالى - شرح القانون المدنى فى العقود - الجزء الأول - البيع والمقايضة - طبعة ١٩٢٥ مطبعة الاعتماد شارع حسن الأكبر بمصر
- ٧ - د. أحمد نشأت - رسالة الاثبات - الطبعة الخامسة ١٩٥٠ مطبعة الاعتماد
- ٨ - د. بكر القباني - القانون الادارى - قانون الادارة العامة وتنظيمها المركزى واللامركزى ونشاطها المرفقى والضبطى وعقودها وأموالها وقراراتها والعاملون بها - الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ٩ - د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - ١٩٧٠ - المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر الاسكندرية
- ١٠ - د. جميل الشرفاوى - الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول - حق الملكية - ١٩٧٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة
 - شرح العقود المدنية - البيع والمقايضة - ١٩٧٥ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ١١ - د. حامد مصطفى - الملكية العقارية فى العراق - مع مقارنة بالقانون المدنى العربى المصرى والسورى - الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية ١٩٦٤ - معهد الدراسات العربية العالية .
- ١٢ - د. حمد زيدان نايف محمد العترى - الحماية الجنائية لمرافق والأموال العامة - دراسة مقارنة - رسالة القاهرة ١٩٩٥

- ١٣ - د. حسام الدين كامل الأهواي ، د. حمدي عبد الرحمن - أصول القانون - المدخل للقانون - نظرية الالتزام ١٩٩٦ - دار ابو نجد للطباعة
- ١٤ - د. حسن كيره - الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها ١٩٧٥ منشأة المعارف بالاسكندرية
- ١٥ - د. حسن صادق المرصقاوي - المرصقاوي في قانون العقوبات - تشريعاً وقضاء في مائة عام - الطبعة الثانية - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ١٦ - خليل عفت ثابت - التقادم في المواد المدنية والتجارية علماً وعملاً - مطبعة الاعتماد بمصر
- ١٧ - د. حميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - البيع والتأمين والايجار - الطبعة الثانية - ١٩٨٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ١٨ - د. ردوف عبيد- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - الطبعة السادسة ١٩٧٤ - دار الفكر لعربي - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - الطبعة الثامنة - ١٩٨٥ - دار الفكر العربي .
- ١٩ - د. رفيق محمد سلام - الحماية الجنائية للمال العام - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ٢٠ - د. رمسيس بجمام - قانون العقوبات جرائم القسم الخاص - الطبعة الأولى ١٩٩٩ منشأة المعارف
- ٢١ - رمزي سيف - قواعد تنفيذ الأحكام والخبرات الموثقة في قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ / ١٩٦٨ - الطبعة الناهة ١٩٦٩ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ٢٢ - د. زكريا أحمد جلال - وضع الحيازة من القانون الجنائي ١٩٩٥ - رسالة الاسكندرية .
- ٢٣ - د. سالم حماد الدحدوح - الطبعة القانون لتسجيل - أو تخلفه في البيع العقارى - رسالة دكتوراه الاسكندرية - الطبعة الأولى - ١٩٩٧ - رسالة الاسكندرية
- ٢٤ - د. سامي السيد العرواني - شروط استعمال حق الدفاع الشرعي في القانون المصري والمقارن دراسة تأصيلية تحليلية - ١٩٩٣ - رسالة عين شمس
- ٢٥ - د. سليمان محمد الظماوي - الموجز في القانون الاداري - دراسة مقارنة ١٩٧٩ - دار الفكر العربي - النظرية العامة للقراوات الادارية - دراسة مقارنة ١٩٩١ - مطبعة جامعة عين شمس
- ٢٦ - د. سليمان مرقس - شرح القانون المدني العقود المسماة - المجلد الأول - عقد البيع - الجزء الثالث الطبعة الأولى - ١٩٦٨ - مطبعة النهضة الجديدة بمصر
- شرح القانون المدني - الجزء الثالث - المجلد الثاني - عقد الايجار الطبعة الأولى - ١٩٦٨ - مطبعة النهضة الجديدة بمصر

- عقد البيع في التقنين المدني الجديد بالاشتراك مع الدكتور محمد علي امام - الطبعة الاولى
- ١٩٥٥ - مطبعة تفضة مصر بالفجالة
- أحكام الالتزام ويشمل آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضائه - الطبعة الاولى ١٩٥٧
مطابع دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة
- اصول الاثبات في المواد المدنية - الطبعة الثانية ١٩٥٢ - المطبعة العالمية بالقاهرة
- نظرية العقد - الطبعة الأولى - ١٩٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة
- مصادر الالتزام ١٩٦١ دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .
- ٢٧ - سليمان تاضروس برسوم - اجراءات الاثبات في قانون المرافعات - ١٩٥٣ - الدار المصرية للطباعة
والنشر بالاسكندرية .
- ٢٨ - د. سمير تناغو - القانون الزراعي - شرح قانون الاصلاح الزراعي والقوانين المعدلة له والقوانين المتعلقة به
١٩٧٠ توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ٢٩ - سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضى والمتقاضى في الحياة - ١٩٩٥ - دار محمود للنشر والتوزيع
القاهرة .
- ٣٠ - د. شفيق شحاته - شرح القانون المدني الجديد في الأموال - القسم الأول - النظرية العامة للحق
العيني ١٩٥١ - المطبعة العالمية بالقاهرة .
- ٣١ - د. صلاح الدين فوزى - الدعوى الدستورية - طبعة ١٩٩٣ - الناشر دار النهضة العربية .
- ٣٢ - د. طعيمة الجرف - القانون الادارى المبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطة الادارية - دراسة مقارنة ١٩٧٨
- ٣٣ - د. عادل عمر شريف - قضاء الدستورية في القضاء الدستورى في مصر . طبعة ١٩٨٨
- ٣٤ - د. عبد الحميد أبو هيف - المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى في مصر - الجزء الأول الطبعة
الثانية - ١٩٢١ - مطبعة الاعتماد بمصر .
- ٣٥ - د. عبد الحى حجازى - محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية - الكتاب الأول - القانون -
الكتاب الثانى - الحق - مكتبة عبد الله وهبة بمصر
- نظرية الحق - الطبعة الثانية - ١٩٥٢ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر
- ٣٦ - د. عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - الالتزام بوجه عام -
مصادر الالتزام - ١٩٥٢ - دار النشر للجامعات المصرية
- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثانى - نظرية الالتزام بوجه عام - آثار الالتزام
١٩٥٦ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة
- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الثالث - نظرية الالتزام بوجه عام - الأوصاف -
الحوالة - الانقضاء ١٩٥٨ - مكتبة النهضة الحديثة بالقاهرة .

- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء الرابع - المجلد الأول - البيع والمقايضة - ١٩٦٠ -
دار النهضة العربية
- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء السادس - المجلد الأول والثانى - الايجار والعارية -
١٩٦٣ - دار النهضة العربية
- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء الثامن - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء
والأموال ١٩٦٧ - دار النهضة العربية
- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء التاسع - أسباب كسب الملكية ١٩٦٨ - دار
النهضة العربية .
- الوسيط في شرح القانون المدنى - الجزء العاشر - فى التأمينات الشخصية والعينية -
١٩٧٠ دار النهضة العربية
- ٣٧- د. عبد السلام ذهنى - الأموال - ١٩٢٦ - مطبعة مصر
- ٣٨- د. عبد الفتاح عبد الباقي - دروس فى الأموال - مطابع دار الكتاب العربى
- موسوعة القانون المدنى المصرى - نظرية العقد والارادة المنفردة - دراسة معمقة ومقارنة
بالفقه الاسلامى - ١٩٨٤ - مطابع دار الكتاب العربى
- محاضرات فى العقود - الجزء الثانى - عقد البيع - الناشر دار الفكر العربى
- محاضرات فى العقود - الجزء الأول - عقد الايجار - ١٩٥١ - دار الكتاب العربى
بالقاهرة
- ٣٩- د. عبد المجيد الحكيم - دراسة فى قانون التسجيل العراقى مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التى تتبع نظام
السجل العقارى - الجزء الأول - ١٩٧٣ - معهد البحوث والدراسات العربية
- ٤٠- د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان - مبادئ القانون الادارى المصرى فى الوظيفة العامة - الأموال العامة
امتيازات الادارة - ١٩٩٣ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ٤١- د. عبد المنعم البدر اوى - شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الأصلية - الطبعة الأولى - ١٩٥٤ -
مطابع دار الكتاب العربى بمصر
- حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها - ١٩٩٧ - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة
- عقد البيع فى القانون المدنى - الطبعة الثانية - ١٩٥٨ - مطابع دار الكتاب العربى بمصر
- أثر مضى المدة فى الالتزام - ١٩٥٠ - مطبعة جامعة فزاد الأول .
- المدخل للقانون الخاص - الطبعة الأولى - ١٩٥٧ - دار الكتاب العربى بمصر
- ٤٢- د. عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات المدنية والتجارية - قانون ١٩٤٩/٧٧ - طبعة ١٩٥٠ -
دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة .

- ٤٣ - عبد المتعم حسنى - منازعات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - ١٩٦٩ - المكتبة القانونية بالقاهرة
- ٤٤ - د. عبد المتعم فرج الصده - حق الملكية - الطبعة الثانية - ١٩٦٤ - شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر
- ٤٥ - د. عبد الناصر توفيق العطار - شرح أحكام حق الملكية - ١٩٩٧ - دار الفضيلة للطباعة - اثبات الملكية بالحيازة والوصية في ضوء محكمة النقض المصرية دراسة مقارنة - شرح أحكام البيع - ١٩٨٤ - مطبعة عابدين
- ٤٦ - د. عدلى أمير خالد - اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في ضوء المستحدث من محكمة النقض الناشر دار الفكر الجامعى بالاسكندرية .
- الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد على العقار على ضوء أحكام محكمة النقض ١٩٩٢ - منشأة المعارف بالاسكندرية
- ٤٧ - عز الدين الدناصورى، حامد عكاز - التعليق على قانون المرافعات - الطبعة الثامنة ١٩٩٤ - الحيازة المدنية وحماتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء متضمنة تعديلات القانون ١٩٩٢/٢٣
- ٤٨ - عمر أبو شادى - شهر الحقوق العقارية - الطبعة الأولى - ١٩٤٧ - شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر .
- ٤٩ - د. عبد العظيم مرسى وزير - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأموال - ١٩٩٧ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- ٥٠ - د. عبد الفتاح حسن - مبادئ القانون الادارى - الطبعة الثانية - ١٩٨٤ - مكتبة الجلاء بالمنصورة
- ٥١ - د. عمر السعيد رمضان - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ٥٢ - د. فتحى والى - الوسيط في قانون القضاء المدنى - ١٩٨٦ - دار النهضة العربية - الوسيط في قانون القضاء المدنى - قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - طبعة ١٩٩٣ - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى
- ٥٣ - د. فتوح عبد الله الشاذلى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - ١٩٩٤
- ٥٤ - د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - الطبعة الثالثة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية
- ٥٥ - د. قائد سعيد - انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمنى - دراسة مقارنة - رسالة جامعة القاهرة
- ٥٦ - مأمون كامل - الوجيز في السجل العينى - مشكلات عملية في نقل الملكية على ضوء احكام محكمة النقض الطبعة الأولى - ١٩٨٩ .
- ٥٧ - د. مأمون محمد سلامة - قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الثالثة ١٩٩٠ - دار الفكر العربى
- ٥٨ - د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه - في مشكلات ضم الحيازة طبقاً للقانونين المصرى والفرنسى ١٩٩٣ - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة

- ٥٩ - د. محمد ابراهيم دسوقي - التعاقد اخلالاً بحق الغير - ١٩٨٥ - دار ايهاب للنشر والتوزيع بأسبوط
- تنازع القوانين من حيث الزمان - ١٩٨٥ دار ايهاب للنشر والتوزيع بأسبوط
- مبادئ القانون - ١٩٩٣ - دروس لطلبة كلية الحقوق بأسبوط
- ٦٠ - محمد العشماوى ، د. عبد الوهاب العشماوى - قواعد المرافعات فى القانون المصرى المقارن -
الجزء الأول - ١٩٥٧ - مكتبة الآداب ومطبعها بالجماميز
- ٦١ - د. محمد النجى - الحيازة - دراسة تأصيلية للحيازة من الناحيتين المدنية الجنائية - الطبعة الثانية -
١٩٨٥ - منشأة المعارف بالاسكندرية
- الحيازة - منازعات الحيازة طبقاً للقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الطبعة الثالثة - ١٩٩٣ -
منشأة المعارف بالاسكندرية
- ٦٢ - د. محمد أنس قاسم جعفر - الوسيط فى القانون العام
- ٦٣ - محمد حلمى عيسى - شرح البيع فى القوانين المصرية والفرنسية وفى الشريعة الاسلامية - ١٩١٩ -
مطبعة المعارف بشارع الفجالة بمصر
- ٦٤ - محمد عبد اللطيف - الحيازة وآثارها فى التقنين المدنى المصرى - ١٩٥١ - النشرة القانونية لحكمة
الاسكندرية الابتدائية
- التقادم المكسب والمسقط - الطبعة الأولى ١٩٥٨ - دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة
- ٦٥ - د. محمد عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر - القانون الرومانى - الجزء الأول ١٩٥٠ -
دار النيل للطباعة
- ٦٦ - محمد على راتب، نصر الدين كامل - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة الخامسة ١٩٦٨ - عالم
الكتب بالقاهرة
- ٦٧ - د. محمد على الأمين - التقادم المكسب للملكية فى القانون اللبنانى - دراسة مقارنة ١٩٩٣
منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت .
- ٦٨ - د. محمد على عرفه - شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية - الجزء الأول - ١٩٥٢
- شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثانى - أسباب كسب الملكية ١٩٥٥ .
- ٦٩ - د. محمد كامل مرسى - الملكية والحقوق العينية الأصلية - الطبعة الثانية ١٩٢٨ - المطبعة الرحمانية بمصر
- شرح القانون المدنى الجديد - الحقوق العينية الأصلية - الجزء الرابع - أسباب كسب
الملكية - الحيازة والتقادم ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .
- شرح القانون المدنى - الملكية والحقوق العينية الأصلية - الجزء الخامس - التقادم
أو مضى المدة ١٩٤٢ - مطبعة فتح الله الياس بمصر
- العقود المدنية الصغيرة - الطبعة الثانية - ١٩٣٨ - مطبعة فتح الله الياس بمصر

- التأمينات الشخصية والعينية - الطبعة الثانية - ١٩٣٠ - مطبعة الرغائب
- العقود المسماة - الجزء السادس - عقد البيع والمقايضة ١٩٥٣ - المطبعة العالمية بمصر
- شرح القانون المدنى الجديد - حق الملكية - جزء اول - الأموال - الحقوق - حق الملكية بوجه عام ١٩٤٩
- شرح القانون المدنى الجديد - شهر التصرفات العقارية - العقد كسب لكسب الملكية ١٩٤٩ - المطبعة العالمية بالقاهرة .
- ٧٠ - محمد كمال عبد العزيز - التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء - ١٩٦٣ - مكتبة القاهرة الحديثة
- ٧١ - د . محمد لبيب شب - موجز فى الحقوق العينية الأصلية - ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- دراسات فى قانون السجل العيى المصرى - ١٩٧٤ - معهد البحوث والدراسات العربية
- ٧٢ - د . محمد كامل ليله - نظرية التنفيذ المباشر فى القانون الادارى المصرى - دراسة مقارنة للتشريع والفقه والقضاء - دار الفكر العربى
- ٧٣ - د . محمد حسين منصور - تراجم المشترين أو المستأجرين لنفس المكان - دار الجامعات الجديدة للنشر
- ٧٤ - د . محمد نصر الدين منصور - الحماية القانونية للعقود الابتدائية فى البيع العقارية - دار النهضة العربية
- ٧٥ - د . محمد ابراهيم زيد - قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص - دراسة تحليلية مقارنة لتنظيم اللاتينية والأنجلوسكسونية والتشريعات العربية ومشروعات القوانين العربية الجديدة - منشأة المعارف بالاسكندرية .
- ٧٦ - د . محمد نور شحاته - قانون القضاء المدنى والتجارى - طبعة ١٩٨٩ .
- ٧٧ - د . محمد عبد الحميد أبو زيد - دوام سير المرافق العامة - رسالة جامعة القاهرة .
- ٧٨ - محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الادارى فى ظل الاتجاهات الحديثة - دراسة مقارنة - ١٩٧٨ - دار المعارف .
- ٧٩ - د . محمد محى الدين عوض - قانون العقوبات السودانى - معلقاً عليه - ١٩٧٠ - المطبعة العالمية بالقاهرة
- ٨٠ - د . محمد شريف اسماعيل عبد الحميد - سلطة الضبط الادارى فى الظروف الاستثنائية - ١٩٧٩ رسالة عين شمس
- ٨١ - د . محمد أحمد فتح الباب السيد - سلطة الضبط الادارى فى مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة - ١٩٩٣ رسالة عين شمس
- ٨٢ - د . محمود جمال الدين ذكى - دروس فى الحقوق العينية الأصلية - ١٩٧٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة
- نظرية الالتزام فى القانون المصرى - أحكام الالتزام - ١٩٧٤ - دار النهضة العربية
- دروس فى المبادئ العامة - ١٩٦٠ - مطبعة ومكتبة الاتحاد بالترزاقى

- المبادئ العامة للقانون - الجزء الثاني في نظرية الحق - ١٩٦١ - مطبعة ومكتبة الاتحاد

بالترايق

٨٣ - د. محمود سلام زنتي - القانون الروماني - ١٩٦٦ - دار النهضة العربية بالقاهرة .

٨٤ - محمود شوقي - الشهر العقارى علماً وعملاً - مطبعة لبيب فكرى بمصر .

٨٥ - د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدنى - الجزء الثانى - التقاضى أمام القضاء المدنى - ١٩٨٩

٨٦ - د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - الطبعة الثامنة ١٩٨٤

مطبعة جامعة القاهرة

٨٧ - د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - النظرية العامة للجريمة - والنظرية

العامة للعقوبة والتدبير الاحترازى - الطبعة الرابعة - ١٩٧٧ - دار النهضة العربية

- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ١٩٧٨ - دار النهضة العربية

٨٨ - د. مصطفى أحمد عبد الجواد - الحيازة بسوء نية كسب لكسب الملكية - دراسة فقهية قضائية مقارنة في

ضوء نظام السجل العينى - الطبعة الأولى - ١٩٩٤ - دار النهضة العربية بالقاهرة

٨٩ - د. مصطفى عبد السيد الجارحى - أحكام الظاهر فى السجل العينى - دراسة فى القانون المصرى - الطبعة

الثانية ١٩٨٨ - دار النهضة العربية بالقاهرة

٩٠ - د. مصطفى كير - نظرية الاعتداء المادى فى القانون الادارى - ١٩٦٤ - طار النهضة العربية .

٩١ - مصطفى مجدى هرجه - الجديد فى الحيازة وفقاً لأحدث التعديلات - الطبعة العاشرة - ١٩٩٨ - دار

محمود للنشر والتوزيع ٩ شارع سامى البارودى بباب الخلق

- الحلول العملية فى مشاكل الحيازة ومسكن الزوجية ١٩٩٦ - دار المطبوعات

الجماعية بالاسكندرية

٩٢ - ممدوح الدر كشملى - محاضرات فى النواحي الفنية فى تطبيق قانون السجل العينى السورى - ١٩٧٤

٩٣ - د. نعمان محمد خليل جمعه - الحقوق العينية الاصلية - ١٩٩٢ - مطبعة جامعة القاهرة للكتاب الجامعى

٩٤ - د. وجدى راغب - مبادئ القضاة المدنى - قانون المرافعات - الطبعة الأولى - ١٩٨٦ - دار الفكر العربى

٩٥ - د. ياسين محمد يحيى - نظام السجل العينى وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية - ١٩٨٢ - دار

النهضة العربية

٩٦ - يوسف أحمد نصار - الحماية المدنية لمنازعات الحيازة أمام القضاء المستعجل فى ضوء أحكام القضاء

وآراء النقض ١٩٩٧ - دار سيناء للطباعة والنشر .

ثانياً: الأبحاث والمقالات

- ١ - صليب سامي - قانون التسجيل والسبب الصحيح - اخمادة السنة الثامنة - العددان السادس والسابع مارس وأبريل ١٩٢٨
- ٢ - د. عبد السلام ذهني - قانون التسجيل الجديد الصادر في ٢٦ يونيو ١٩٢٣ - مجلة اخمادة السنة السادسة - العدد السابع أبريل ١٩٢٦
- ٣ - د. فوزية عبد الستار - خطر الاعتداء في الدفاع الشرعي - دراسة مقارنة - مجلة القانون والاقتصاد - السنة الثانية والأربعون العددان الثالث والرابع - سبتمبر وديسمبر ١٩٧٢
- ٤ - د. محمد مصطفى القللي - النصب بطريق التصرف في عقار أو منقول - مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة - يناير ١٩٣٨
- ٦ - أ / لبيب حلیم - كيف تحمي أملاك الدولة ، مقالة بجريدة الأهرام العدد ٤٠٣٨٧ ٤٠ السنة ١٢١ الجمعة ٤ يوليو ١٩٩٧ - الطبعة الأولى - ص ٢٩ .
- ٥ - وثائق ونصوص مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية المتعددة في الفترة من ٢١ - ٢٦ مارس ١٩٧٢ بمعهد البحوث والدراسات العربية .
 - حسن حبيب حوا - نظم الشهر العقاري في الأردن ص ٣٢٥ - ٣٥٣ .
 - عبد المجيد الحكيم - شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي ص ٣٧٣ - ٣٩٣ .
 - محمد عبد العزيز يوسف ، كمال محمد المرصفي - بحث في تشريعات البلاد العربية التي تتبع نظام الشهر الشخصي ص ٥٧ - ٩٥ .
 - ممدوح الدرکشلي - أحكام الشهر العقاري في القانون السوري - ص ١٤٥ - ١٦٠ .
 - محمد حلمي خليفة - حجة القيد في السجل العيني ص ٦١٥ - ٦٤٣ .
 - محمد عامر علي محجوب - تنفيذ نظام السجل العيني في مصر ص ٤٥١ - ٤٧٩ .
 - د. محمد لبيب شنب - اكتساب الملكية العقارية في ظل كل من نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني ص ٦٠٥ - ٦١٣ .

ثالثاً : مجموعات الأحكام والدوريات والمجلات :

- ١ - مرجع القضاء - ملحق الجزئين الأول والثاني لوضعه الأستاذ/ عبد العزيز ناصر
- ٢ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض
- ٣ - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ أول انشائها والصادرة عن المكتب الفنى
- ٤ - الموسوعة الشاملة لأحكام محكمة النقض - الدوائر المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية والإيجارات للأستاذ / عبد المنعم الشربيني
- ٥ - مجموعة القواعد لمحكمة النقض لوضعها محمود عمر
- ٦ - مجموعة المبادئ القانونية المدنية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات يناير ١٩٦١ - يناير ١٩٦٦ لوضعها الأستاذ /أحمد سمير أبو شادى
- ٧ - مجموعة المبادئ القانونية المدنية التى قررتها محكمة النقض للأستاذ / السيد خلف .
- ٨ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا
- ٩ - مجلة المحاماة - مجلة فصلية تصدر عن نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية
- ١٠ - المجلة القانونية الجنائية تصدر عن مركز الأبحاث والدراسات القانونية بالقاهرة
- ١١ - المجلة القانونية المدنية تصدر عن مركز الأبحاث والدراسات القانونية بالقاهرة
- ١٢ - مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بالقاهرة
- ١٣ - جازيت - جريدة المحاكم المصرية المختلطة - مجلة قضائية شهرية .
- ١٤ - قضاء النقض - قضاء النقض المدنى والجنائى فى التقادم - مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ٦٥ عاماً - ١٩٣١ - ١٩٩٥ للأستاذ / سعيد أحمد شعلة .
- ١٥ - الجريدة الرسمية .
- ١٦ - جريدة الأهرام .

المراجع بالفرنسية

A - Ouvrages Generaux :

- المراجع العامة

- 1 - Alain piédelièvre, droit des biens , les biens ,la publicité foncière, les sûretés réelles, 1977 paris
- 2 - Alex Weill, Droit civil, les biens, Tome II, premier volume, éd.2, 1974 , Dalloz.
- 3 - Aubry et Rau, de droit Civil français , Tome,II, Septième édition, 1961 Par Paul Esmein, Paris .
- 4 - Baudry, Lacantinerie, et Chauveau, Traité théorique et pratique de droit civil , Des biens , VI, éd .3 , 1905, Paris
 - Barde, ,Des obligations, Tome premier , Volume XII, éd.3, 1906
 - Albert Wahl, Du contrat de louage, Tome premier, Volume XX, éd. 3, 1907, Paris
 - Léa Saignat, De la vente et de l'échange, Volume XIX, éd .3, 1908 .
 - Albert Tissier, De la prescription, Volume XXVIII, éd.3, 1906, Paris.
- 5 - Berthélemy (H) Traité élémentaire droit administratif . éd .7, 1913 Paris .
- 6 - Capitant (Henri), Alex Weill et François Terré , Les grands Arrêts la Jurisprudence civile , édition 7, 1976, Dalloz .
- 7 - Chevallier (Jean) et Lois Bach droit civil , introduction à l'étude du droit les personnes physiques, la famille , les biens , les obligations , les sûretés édition 9 , 1987 , édition Sirey .
- 8 - Carbonnier (Jean) , droit civil , Tome III, les biens , éd .7, 1973
- 9 - Colin, (Ambrois) et Capitant (Henri) course elementaire droit civil français Tome premier, Dixième édition par Léon Julliat de La Morandiere , paris .
- 10 - De Hults, éléments d'un Répertoire Alphabétique de droit civil Egyptien, Juridiction mixte et Juridiction indigène, Tome, III, 1911.
- 11 - Demante et E. colmet de Santerre, Cours analytique de code civil , éd .2, Tome deuxième, 1881, Paris .
- 12 - Gérard Cornu , droit civil , introductin, Les personnes, les biens , Septième édition .
- 13 - Larroumet (Chrisian), droit civil, les biens, droit réels principaux, Tome II, éd 2.
- 14 - Laurent , principes droit civil Français , éd .2 , 1878 , Paris .
- 15 - Mahmoud Gamal EDDine Zaki, La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé, Etude comparée, 1952.
- 16 - Mazeaud (Henri et Léon), Mazeaud (jean) et Chabas (François), Lecons de droit civil , Tome II, deuxième volume, Biens, droit de propriété et ses démembrements , éd .8, par François Chabas , Paris .

- Tome III, Premier volume, sûretés- publicité foncière ,éd .3,4, par Michel Jublart.
- 17 - Murlon(Frédéric) Répétitions écrites sur le code civil ,Tome ,III, éd. 11, 1883, Paris .
- 18- Planiol (Marcel) ,Ripert (Georges) et Picard (Maurice) , Traité pratique de droit civil Français , Tome 3 , éd . 2 , 1952 Paris .
- 19 - Planiol (Marcel) , Traité élémentaire de droit civil, Tome premier, éd.6, 1911, Paris .
- 20 - Pierre Voirint , Manuel droit civil , Tome 1 , édition 24 , 1993 par Gilles Goubeaux , Paris .
- 21 - Picard (Jean) , Technique de la vente d'immeuble , Avant-contrat—L'acte de vente 1984 , Paris .
- 22 -René Foignet ,Manuel, élémentaire de droit civil, Tome premier, éd.3, 1908 Paris .
- 23 – Trigeaud (Jean Marc) , la possession des biens immobiliers,nature et fondement, 1981, Paris .
- 24 - Troplong , droit civil expliqué de la prescription ,Tome premier , Quatrième édition , 1857 , Paris .
- 25 - Waline (Marcel) , Traité élémentaire droit administratif .éd 6,paris .

B- périodiques et Revues :

– الدوريات والمجلات:

- 1 - Bulltten des arrêts de la cour de cassation
- 2 - Code civil ,1997-1998,édition a été réalisée par André Lucas,
- 3 - Code de procédure civil;1997-1998
- 4 - Code civil, 1931,petite collection Dalloz,,éd.31, 1931
- 5 - Dalloz Répertoire de droit civil.
- 6 - Encyclopedie Dalloz droit civil .
- 7 -Gazette de tribunaux mixtes d'Egypte,Revue judiciaire Mansuelle,Année.I-X
- 8 - La Gazette de Pallais .
- 9 - Répertoire General Alphanétique de droit Francais,XXXI,1903 ,Paris.
- 10 - Revue Trimestrielle de droit civil .

الاختصارات

- ١ - مجموعة الأحكام س ١٠ رقم ٥ ص ٤٠ : مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى لحكمة النقض السنة العاشرة الحكم رقم ٥ الصفحة ٤٠ .
- ٢ - مجموعة القواعد ج ١ رقم ١٠ ص ٦٠ : مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض والصادرة عن المكتب الفنى الجزء الأول القاعدة رقم ١٠ الصفحة ٦٠ .
- ٣ - مجموعة المبادئ الادارية س ٣٠ رقم ١٠٢ ص ٦٦٩ : مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا السنة الثلاثون المبدأ رقم ١٠٢ الصفحة ٦٦٩ .
- ٤ - مجموعة المبادئ رقم ٨٢٠ ص ٤٦٢ : مجموعة المبادئ القانونية المدنية التى قررتها محكمة النقض فى خمس سنوات يناير ١٩٦١ - يناير ١٩٦٦ لواعها الاستاذ أحمد سمير أبو شادى المبدأ رقم ٨٢٠ الصفحة ٤٦٢
- ٥ - مجموعة عمر ج ١ رقم ١٣ ص ٧٠ : مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض لواعها الأستاذ / محمود عمر الجزء الأول القاعدة رقم ١٣ الصفحة ٧٠ .
- ٦ - قضاء النقض رقم ١١ ص ٩١ : قضاء النقض المدنى والجنائى للأستاذ / سعيد أحمد شعله القاعدة رقم ١١ الصفحة ٩١ .
- ٧ - اخاماة س ١٠ رقم ١٢ ص ١٠٠ : مجلة اخاماة المصرية السنة العاشرة الحكم رقم ١٢ الصفحة ١٠٠ .
- ٨ - الموسوعة الشاملة ج ١٢ رقم ٥٠ ص ١٨١ : الموسوعة الشاملة لأحكام النقض المدنية لواعها الأستاذ / عبد النعم الشربى الجزء الثانى عشر الحكم رقم ٥٠ الصفحة ١٨١ .
- ٩ - مجموعة المبادئ للسيد خلف رقم ٧٠ ص ٤٠٠ : مجموعة المبادئ القانونية المدنية التى قررتها محكمة النقض للاستاذ / السيد خلف المبدأ رقم ٧٠ الصفحة ٤٠٠ .
- ١٠ - مرجع القضاء رقم ١٤٧٥ ص ١٢٧٥ : مرجع القضاء للأستاذ / عبد العزيز ناصر الحكم رقم ١٤٧٥ الصفحة رقم ١٢٧٥ .
- ١١ - جازيت س ٢ رقم ٣٠ ص ٥٠ : جازيت المحاكم المختلطة السنة الثانية القاعدة رقم ٣٠ الصفحة ٥٠ .
- ١٢ - مجلة القانون والاقتصاد س ٨ ص ٨٢٥ : مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الثامنة الصفحة ٨٢٥ .
- ١٣ - المجلة القانونية الجنائية : المجلة القانونية الجنائية تصدر عن مركز الأبحاث والدراسات القانونية بالقاهرة
- ١٤ - المجلة القانونية المدنية : المجلة القانونية المدنية تصدر عن مركز الأبحاث والدراسات القانونية بالقاهرة
- ١٥ - م ٩٧٨ م مصرى : المادة ٩٧٨ من القانون المدنى المصرى
- ١٦ - م ٣٣٦ ع مصرى : المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصرى .
- ١٧ - نقض : تشير إلى أحكام النقض المدنية .
- ١٨ - نقض جنائى : تشير إلى أحكام النقض الجنائية .

اختصارات فرنسية

- Tableau de principales abreviation :

- Art : article
- Bull .Civ : Bullatin des arrêts de la coure de cassation
- Cass. Civ : Arret de la chambre civile de la cour de Cassation
- D.Rep 1957 , N. 11 ,P. 14 : Dalloz Répertoire de droit civil mise à jour 1957 , numéro 11,page 14 .
- Enc . D 1995 ,I, vo. Possession ,N. 9 ,P. 3 : Encyclopedie Dalloz - Répertoire de droit civil mise à jour 1995 ,Tome deuxième, voir possession numéro 9,page 3 .
- éd : édition
- et s:et suivants.
- Gaz.Pal:la Gazette de palais .
- N : numéro .
- P : page
- Rép.Gen.Alph,XXXI: Répertoire General Alphabétique de droit Francais,XXXI.
- Rev. Tri. : Revue trimestrielle de droit civil .
- T : Tome
- Trib . Civ : Tribunal civil .
- vo : voir.

فهرس الموضوعات

- ١ مقدمة
٣ خطة البحث
٧ باب تمهيدى : نطاق الحيازة العقارية من حيث الحقوق

القسم الأول

مضمون الحيازة العقارية وأثارها

الباب الأول

مضمون الحيازة العقارية

- ١٥ الفصل الأول : ماهية الحيازة العقارية وأركانها
١٦ المبحث الأول : تعريف الحيازة العقارية ومحلها
المطلب الأول : تعريف الحيازة العقارية
أولاً : التعريف اللغوى للحيازة العقارية
١٦ ثانياً : التعريف التشريعى للحيازة العقارية .
١٨ ثالثاً : التعريف الفقهى للحيازة العقارية .
٢١ رابعاً : التعريف الخاص بالحيازة العقارية
٢٣ المطلب الثانى : محل الحيازة العقارية
٢٥ المبحث الثانى : أركان الحيازة العقارية
٢٧ المطلب الأول : الركن المادى للحيازة العقارية .
٢٨ المطلب الثانى : الركن المعنوى لحيازة العقارية .
٣٣ الفرع الأول : النظرية الشخصية للحيازة العقارية
٣٤ الفرع الثانى : النظرية المادية لحيازة العقارية
٣٦ تقدير النظرية الشخصية والمادية للحيازة
٣٧ الفرع الثالث : موقف التشريع المقارن من النظرية الشخصية والمادية للحيازة
٣٩ أولاً : موقف القانون الفرنسى
٣٩ ثانياً : القانون الالمانى يأخذ بالنظرية المادية
٤٢ ثالثاً : القانون السويسرى يأخذ بالنظرية المادية
٤٤ تقدير اتجاهات الفقه الفرنسى مقارنة بالألمان والسويسرى
٤٥ رابعاً : موقف القانون المصرى
٤٦ تقدير اتجاهات الفقه المصرى
٥٢

الفرع الرابع : الركن المعنوى فى حيازة غير المميز وأعمال التسامح

٥٥

٥٨

المبحث الثالث : الحيازة العرضية فى العقار

٥٩

المطلب الأول : مفهوم الحيازة العرضية فى العقار

٦٣

المطلب الثانى : تغيير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية

٧٦

الفصل الثانى : شروط الحيازة العقارية

٨٦

المبحث الأول : الشروط المتعلقة بالركن المادى

٨٦

المطلب الأول : شرط الاستمرار فى الحيازة العقارية

٧٣

المطلب الثانى : شرط الهدوء فى الحيازة العقارية

٧٧

المطلب الثالث : شرط العلانية فى الحيازة العقارية

٨٠

المبحث الثانى : الشروط المتعلقة بالركن المعنوى للحيازة العقارية

٨٤

الفصل الثالث : انتقال وزوال الحيازة العقارية

٨٥

المبحث الأول انتقال الحيازة العقارية

٨٦

المطلب الأول : انتقال الحيازة إلى الخلف العام

٨٩

المطلب الثانى : انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص

٩٥

المبحث الثانى : زوال الحيازة العقارية

الباب الثانى

أثار الحيازة العقارية

٩٩

الفصل الأول : كسب الحقوق العينية العقارية بالتقادم

١٠٠

المبحث الأول : ماهية التقادم المكسب ونطاقه

١٠٠

المطلب الأول : ماهية التقادم المكسب

١٠٠

أولاً : تعريف التقادم المكسب .

١٠٢

ثانياً : أساس التقادم المكسب

١٠٤

ثالثاً : الطبيعة القانونية للتقادم المكسب .

١٠٨

رابعاً : نشأة وتطور التقادم المكسب

١١١

المطلب الثانى : نطاق التقادم المكسب فى العقار

١١١

أولاً : نطاق التقادم المكسب فى العقار من حيث الأموال

١١٦

ثانياً : نطاق التقادم المكسب فى العقار من حيث الحقوق

١١٧

ثالثاً : نطاق التقادم المكسب فى العقار من حيث الأشخاص

١٢٢

المبحث الثانى : اثر الوضع الشخصى للحائز على مدة التقادم المكسب فى العقار

١٢٢

المطلب الأول : التقادم المكسب القصير

- ٢٢ الفرع الأول : حكمة التقادم المكسب القصير
- ٢٥ الفرع الثاني : شروط التقادم المكسب القصير
- ٢٥ أولاً : حسن النية
- ٢٤ ثانياً : السبب الصحيح
- ٤٦ المطلب الثاني : الحائز سعى النية يكسب الحق بالتقادم الطويل
- ٤٦ - حالات سوء النية
- ٥٢ - الحيازة شرط وحيد للتقادم المكسب الطويل
- ٥٣ المبحث الثالث : الأحكام العامة للتقادم المكسب في العقار
- ٥٤ المطلب الأول : مضي المدة في التقادم المكسب في العقار
- ٥٤ الفرع الأول : مقدار المدة وبدء سريانها وكيفية حسابها وتنازع القوانين
- ٥٤ أولاً : مقدار المدة وحكمة اشتراطها وعدم جواز الاتفاق على تعديلها
- ٥٤ ١ - مقدار المدة وحكمة اشتراطها
- ٥٦ ٢ - عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب
- ٥٧ ثانياً : بدء ثريان المدة :
- ٥٧ ١ - الحقوق الحالية
- ٥٧ ٢ - الحقوق الشرطية والأجلية
- ١٠ ٣ - الحقوق الاحتمالية
- ١١ ثالثاً : كيفية حساب مدة التقادم المكسب
- ١٣ رابعاً : التقادم المكسب في العقار وتنازع القوانين
- ١١ الفرع الثاني : اكتمال مدة التقادم المكسب في العقار
- ١١ أولاً : اكتمال مدة التقادم وقرينة الحيازة الوسطى
- ١١ ثانياً : ضم مدد الحيازات المتعاقبة
- ١٢ ١ - في حالة الخلف العام .
- ١٤ ٢ - في حالة الخلف الخاص .
- ١٤ المطلب الثاني : عوارض التقادم المكسب في العقار
- ١٤ الفرع الأول : وقف التقادم المكسب في العقار
- ١٤ أولاً : تعريف الوقف وحكمته .
- ١٥ ثانياً : الفارق بين وقف التقادم وانقطاعه وتأخير السريان
- ١٦ ثالثاً : أسباب وقف التقادم المكسب

- ١٨٦ ١ - أسباب ترجع إلى أهلية صاحب الحق
- ١٨٨ ٢ - أسباب الوقف التي ترجع إلى أسباب أدبية
- ١٨٩ ٣ - أسباب الوقف التي ترجع إلى مانع اتفاقي
- ١٨٩ ٤ - أسباب الوقف التي ترجع إلى موانع مادية
- ١٩٠ رابعاً: أثر وقف التقادم المكسب في العقار
- ١٩٣ الفرع الثاني: انقطاع التقادم المكسب في العقار
- ١٩٣ أولاً: تعريف الانقطاع و حكمته
- ١٩٣ ثانياً: أنواع الانقطاع وأسبابه:
- ١٩٤ ١ - الانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب في العقار .
- ١٩٤ أ - تخلى الحائز ارادياً عن الحيازة
- ١٩٥ ب - نزع الحيازة .
- ١٩٦ ٢ - الانقطاع المدني للتقادم المكسب
- ١٩٦ أ - المطالبة القضائية
- ٢٠٢ ب - التنبيه .
- ٢٠٣ ج - الاقرار .
- ٢٠٦ ثالثاً: آثار انقطاع التقادم المكسب
- ٢١٢ المطلب الثالث: إعمال التقادم المكسب في العقار
- ٢١٢ الفرع الأول: التمسك بالتقادم المكسب
- ٢١٨ الفرع الثاني: التنازل عن التقادم المكسب
- ٢٢٢ المطلب الرابع: آثار التقادم المكسب في العقار
- ٢٢٢ الفرع الأول: كسب الحق العيني العقارى
- ٢٢٣ الفرع الثاني: الأثر الرجعي للتقادم المكسب
- ٢٢٨ المبحث الرابع: أثر تعدد أنظمة الشهر على الحيازة المكسبة للملكية العقارية
- ٢٢٨ المطلب الأول: المقصود بالشهر وأنظمته
- ٢٢٨ أولاً: المقصود بنظام الشهر و حكمته .
- ٢٣٠ ثانياً: نظام الشهر الشخصي
- ٢٣٢ ثالثاً: نظام الشهر العيني
- ٢٣٧ المطلب الثاني: دور الحيازة في كسب الملكية في ظل تعدد أنظمة الشهر
- ٢٣٧ الفرع الأول: دور التقادم المكسب في ظل نظام الشهر الشخصي

- ٣٧ أولاً : مدى التقادم المكسب في ظل نظام الشهر الشخصي
- ٣٨ ثانياً : كيفية شهر الملكية المكتسبة بالتقادم
- ٤٢ الفرع الثاني : دور التقادم المكسب في ظل نظام السجل العيني
- ٤٢ أولاً : تعريف القيد الأول
- ٤٣ ثانياً : اجراءات القيد الأول
- ٤٤ ثالثاً : الضمانات التي تسبق القيد الأول
- ٤٥ رابعاً : تمام القيد الأول والاعتراض عليه
- ٤٦ خامساً : أهمية القيد الأول
- ٤٧ سادساً : نطاق التقادم المكسب في ظل نظام السجل العيني
- ٤٧ الحالة الأولى : الحقوق غير المقيدة في السجل العيني
- ٤٩ الحالة الثانية : الحقوق المقيدة في السجل العيني
- ٥٤ - ملاحظات بصدد دور التقادم المكسب في ظل السجل العيني المصري .
- ٥٧ - نظام السجل العيني المصري في ضوء حكم المحكمة الدستورية العليا .
- ٦٠ **الفصل الثاني : كسب الحائز للثمن**
- ٦١ المبحث الأول : المقصود بالثمن وأساس كسبها بواسطة الحائز .
- ٦٤ المبحث الثاني : شروط كسب الحائز للثمن
- ٦٧ **الفصل الثالث : الاعفاء من الإثبات**
- ٦٨ المبحث الأول : اعفاء الحائز من اثبات قانونية الحيابة
- ٦٨ أولاً : اعفاء الحائز من اثبات العنصر القصدى
- ٧٠ ثانياً : اعفاء الحائز من اثبات عدم عرضية الحيابة
- ٨١ ثالثاً : اعفاء الحائز من اثبات شروط الحيابة .
- ٧٥ المبحث الثاني : اعفاء الحائز من اثبات الملكية
- ٧٥ أولاً : اعفاء الحائز من اثبات الحيابة لنفسه
- ٧٦ ثانياً : اعفاء الحائز من اثبات حسن النية
- ٧٧ ثالثاً : الحيابة قرينة على الملكية .
- ٨١ **الفصل الرابع : نشوء مركز قانونى يحمى لذاته**
- ٨٢ المبحث الأول : نشوء مركز قانونى
- ٨٢ الاتجاه الأول : الحيابة حق
- ٨٤ الاتجاه الثاني : الحيابة ذات طبيعة مختلطة

الاتجاه الثالث : الحيابة واقعة مادية

- تقدير الاتجاهات السابقة

المبحث الثاني : حماية الحيابة العقارية لذاتها

القسم الثاني

حماية الحيابة فى العقار

الباب الأول

اسباب وتطور ونطاق حماية الحيابة العقارية

الفصل الأول : اسباب وخصائص تطور ونطاق حماية الحيابة العقارية

المبحث الأول : اسباب حماية الحيابة العقارية

أولاً : المصلحة الاجتماعية

ثانياً : المصلحة الخاصة

ثالثاً : المصلحة الاقتصادية

المبحث الثاني : خصائص حماية الحيابة فى العقار .

أولاً : حماية الحيابة العقارية لذاتها .

ثانياً : حماية الحيابة العقارية لا يقصد منها اثبات الحق

ثالثاً : حماية الحابة العقارية لا يقصد منها التعويض

رابعاً : حماية الحابة العقارية لا يقصد منها تنفيذ التزام عقدى

خامساً : حماية الحابة العقارية حماية عينية .

سادساً : حماية الحابة العقارية لا ترتبط بحسن أو سوء نية الحائز

المبحث الثالث : تطور حماية الحيابة العقارية

أولاً : فى القانون الرومانى

ثانياً : فى القانون الفرنسى

ثالثاً : فى القانون المصرى

المبحث الرابع : نطاق حماية الحيابة العقارية

أولاً : نطاق الحماية من حيث طبيعة وصفة العقار

ثانياً : نطاق الحماية من حيث الحقوق

الفصل الثانى : مضمون الحيابة العقارية محل الحماية

المبحث الأول : مضمون الحيابة محل الحماية المدنية

المبحث الثانى : مضمون الحيابة محل الحماية الجنائية

الكتاب الثاني

حماية حيازة العقارات المملوكة للأفراد

- ٢٩ الفصل الأول : الحماية المدنية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد
- ٣٠ المبحث الأول : دعاوى الحيازة
- ٣١ المطلب الأول : ماهية ونطاق دعاوى الحيازة
- ٤٤ المطلب الثاني : أحكام دعاوى الحيازة
- ٥٤ المبحث الثاني : دعاوى الحق العيني
- ٥٤ أولاً : تعريف وأنواع دعاوى الحق العيني
- ٥٦ ثانياً : دور دعاوى الحق العيني في حماية الحيازة العقارية
- ٦١ المبحث الثالث : حماية الحيازة العقارية عن طريق دعوى ضمان التعرض
- ٦٢ المطلب الأول : ماهية ضمان التعرض
- ٦٣ المطلب الثاني : التعرض الموجب للضمان .
- ٧١ المطلب الثالث : دور الالتزام بضمان التعرض في حماية الحيازة العقارية .
- ٧٦ المبحث الرابع : حماية الحيازة العقارية عن طريق التنفيذ العيني
- ٧٧ المطلب الأول : ماهية التنفيذ العيني وشروطه
- ٨١ المطلب الثاني : دور التنفيذ العيني في حماية الحيازة العقارية
- ٨٧ المبحث الخامس : حماية الحيازة العقارية بدعوى الاسترداد
- ٨٧ المطلب الأول : المقصود بدعوى الاسترداد
- ٩٠ المطلب الثاني : دور دعوى الاسترداد في حماية الحيازة العقارية
- ٩١ الفصل الثاني : الحماية الجنائية لحيازة العقارات المملوكة للأفراد .
- ٩٢ المبحث الأول : تجريم التعدي على حيازة الغير
- ٩٢ المطلب الأول : موقف التشريع المقارن من تجريم التعدي على حيازة الغير
- ٩٦ المطلب الثاني : محل وأركان جريمة التعدي على حيازة الغير
- ١٠٧ المبحث الثاني : حماية الحيازة العقارية بالقوة
- ١٠٧ المطلب الأول : مضمون ومبررات استخدام القوة لحماية الحيازة وموقف التشريع والفقهاء المقارن
- ١٣ المطلب الثاني : شروط وأثر استخدام القوة لحماية الحيازة العقارية
- ١٩ المبحث الثالث : تجريم الاعتداء على الحيازة العقارية بالنصب
- ٢٠ المطلب الأول : موقف الفقهاء من تجريم الاعتداء على الحيازة العقارية بالنصب
- ٢٣ المطلب الثاني : موقف القضاء من تجريم الاعتداء على الحيازة العقارية بالنصب

المطلب الثالث : تأصيل تجريم الاعتداء على الحيابة العقارية بالنصب

الباب الثالث

حماية حيابة العقارات المملوكة للدولة

الفصل الأول : الحماية المدنية لحيابة العقارات المملوكة للدولة

المبحث الأول : قواعد الحماية المدنية للعقارات المملوكة للدولة

الفرع الأول : عدم جواز التصرف في العقارات العامة

الفرع الثاني : عدم جواز الحجز على العقارات العامة

الفرع الثالث : عدم جواز اكتساب حق عيني على عقارات الدولة بالتقادم

المبحث الثاني : وسائل الحماية المدنية لحيابة العقارات المملوكة للدولة

أولاً : دعوى الاستحقاق

ثانياً : دعوى الحيابة

الفصل الثاني : الحماية الجنائية لحيابة العقارات المملوكة للدولة

المبحث الأول : مفهوم العقارات العامة في القانون الجنائي

المبحث الثاني : تجريم التعدي على حيابة العقارات العامة بواسطة موظف عام

المبحث الثالث : التعدي على حيابة العقارات العامة بواسطة فرد عادي

الفصل الثالث : الحماية الادارية لحيابة عقارات الدولة

المبحث الأول : المقصود بالحماية الادارية لحيابة عقارات الدولة

المبحث الثاني : شروط الحماية الادارية لحيابة الدولة العقارية .

الباب الرابع

دور النيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

الفصل الأول : تطور دور النيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

المبحث الأول : المرحلة السابقة على قاضي الحيابة

المبحث الثاني : مرحلة قاضي الحياة

الفصل الثاني : التنظيم الحالي لدور النيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

المبحث الأول : التنظيم الإجرائي للنيابة العامة في حماية الحيابة العقارية

المطلب الأول : نطاق اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيابة العقارية

المطلب الثاني : اجراءات صدور قرار النيابة العامة ومضمونه وحججه

المطلب الثالث : اعلان وتنفيذ قرار النيابة العامة

المبحث الثاني : الرقابة على قرار النيابة العامة الصادر في الحيابة

المطلب الأول : التظلم من قرار النيابة العامة وأطراف التظلم

- المطلب الثاني : كيفية وميعاد التظلم من قرار النيابة العامة ٥٠٩
- المطلب الثالث : سلطة قاضى الأمور المستعجلة عند نظر التظلم . ٥١٣
- المطلب الرابع : مدى جواز الطعن والاشكال فى الحكم الصادر فى التظلم . ٥١٧
- المطلب الخامس : مشكلة تعارض الأحكام . ٥١٩
- المبحث الثالث : تقييم الدور الحالى للنيابة فى حماية الحيازة العقارية ٥٢٣
- الخاتمة ٥٣١
- المراجع ٥٤٢
- فهرس الموضوعات ٥٥٦

