



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

الحياسة العرضية للعقار

((دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي))

رسالة تقدم بها الطالب

أمير فالح واجد علي

إلى مجلس كلية القانون _ جامعة كربلاء كجزء من متطلبات

نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الدكتور

((عبد الله عبد الأمير طه العماري))

أستاذ القانون المدني المساعد

م / ٢٠١٩

هـ / ١٤٤٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَقَدْ مَكَّنَّاكُمْ فِي الْأَرْضِ وَجَعَلْنَا لَكُمْ فِيهَا مَعَايِشَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ﴾

صدق الله العظيم

سورة الأعراف: الآية (١٠)



الإهداء

إلى من أناروا الدنيا بتورهم ساداتي فاطمة وأبيها وبعلمها وبنيتها (عليهم السلام) .

إلى رمز العمل ورمز الصبر معلمي الأول في الحياة .

إلى الذي علمني أن الإنسان يكبر بالحب وبالعلم، وأن الإرادة تقهر الصعاب.

والدي العزيز

إلى من تعجز الكلمات أن توفيهما حقها وأجل السطور تسجد أمام عظمتهم تضحيتها

إلى الحروف المقدسة التي تشع حبا وعطفاً

إلى ينبوع الحنان ومن لا توفيه صفات الكلام ...

والدتي العزيزة

إلى الشموع التي أضأت لي طريق العلم... أساتذتي الأفاضل

إعترافاً بفضلهم جميعاً

الباحث

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بحمده وشكره تزداد النعم وبذكره تطمئن القلوب ، والصلاة والسلام على سيد الكائنات وخير العالمين أبي القاسم محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين .

بعد إتمام كتابة هذه الرسالة يسعدني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور(عبد الله عبد الأمير طه العماري)؛ الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة على الرغم من مشاغله الكثيرة، ولما تحلى به من روح علمية طيبة، وما قدمه من ملاحظات وتوجيهات كان لها الأثر العظيم في صيرورة رسالتي بشكلها النهائي، وأتني أطيب الثناء على ما أفادني به من توجيهات صائبة وآراء سديدة داعياً له بدوام الصحة والتوفيق سائلاً المولى القدير العزيز أن يحفظه بعينه التي لا تنام.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى عمادة كلية القانون وفرع القانون الخاص؛ على ما أبدوه من مساعدة طيلة مدة الدراسة، ولا يفوتني في هذا المجال أن اتقدم بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الافاضل، رئيس لجنة المناقشة واعضائها لتحملهم عناء السفر وما سيقدمونه من ملاحظات وحسن توجيه وإرشاد.

كذلك ولكي لا أكون منكراً للجميل فإنني أتقدم بالشكر الجزيل وكل الامتنان والتقدير إلى أساتذتي (الدكتور حيدر حسين الشمري – الدكتور عادل شمران الشمري – الدكتور عقيل مجيد السعدي)، وجميع أساتذتي في كافة المراحل الدراسية، لما قدموه من معروف لي طيلة مدة الدراسة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أصدقائي في السنة التحضيرية في الماجستير، ولا أنسى من كانوا الأقمار التي أنارت طريقي أصدقائي (أثير ناظم حسين – علي أحمد جاسم – ميثم عباس محمد – وليد طارق فيصل).

كذلك لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والتقدير إلى جميع موظفي مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء، وموظفي مكتبات العتبات المقدسة العباسية والحسينية والعلوية، والمكتبة المركزية في كربلاء، ومن فاتني ذكرهم فجزاهم الله جميعاً خير الجزاء.

الباحث

المحتويات

المحتويات

الصفحة		الموضوع
من	إلى	
٣	١	المقدمة
٦٩	٤	الفصل الأول مفهوم الحيازة العرضية للعقار
٣٨	٤	المبحث الأول : ماهية الحيازة العرضية للعقار
٢٢	٤	المطلب الأول : التعريف بالحيازة العرضية للعقار
١٢	٥	الفرع الأول : تعريف الحيازة العرضية للعقار
٢٢	١٣	الفرع الثاني : سمات الحيازة العرضية للعقار
٣٨	٢٣	المطلب الثاني : نطاق الحيازة العرضية للعقار
٢٩	٢٣	الفرع الأول: نطاق الحيازة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي
٣٨	٣٠	الفرع الثاني : نطاق الحيازة العرضية للعقار في القانون الوضعي
٦٩	٣٩	المبحث الثاني : تكييف الحيازة العرضية وتميزها عما يشتهر بها من أوضاع
٥٠	٣٩	المطلب الأول : تكييف الحيازة العرضية للعقار
٤٣	٣٩	الفرع الأول : التكييف الشرعي للحيازة العرضية للعقار
٥٠	٤٤	الفرع الثاني : التكييف القانوني للحيازة العرضية للعقار
٦٩	٥١	المطلب الثاني : تمييز الحيازة العرضية للعقار عما يشتهر بها من أوضاع
٥٩	٥١	الفرع الأول : تمييز الحيازة العرضية للعقار عن الحيازة الحقيقية
٦٩	٥٩	الفرع الثاني : تمييز الحيازة العرضية للعقار عن أعمال التسامح

الصفحة		الموضوع
من	إلى	
٧٠	١٤٩	الفصل الثاني أحكام الحيابة العرضية للعقار
٧٠	١٠٧	المبحث الأول : الأحوال الطارئة على الحيابة العرضية للعقار
٧٠	٨٨	المطلب الأول : تغيير صفة الحيابة العرضية للعقار وإثباته
٧٠	٨٠	الفرع الأول : تغيير صفة الحيابة العرضية للعقار
٨٠	٨٨	الفرع الثاني : إثبات تغيير صفة الحيابة العرضية للعقار
٨٨	١٠٧	المطلب الثاني : انتقال الحيابة العرضية للعقار وزوالها
٨٨	١٠٠	الفرع الأول : انتقال الحيابة العرضية للعقار
١٠١	١٠٧	الفرع الثاني : زوال الحيابة العرضية للعقار
١٠٨	١٤٩	المبحث الثاني : حماية الحيابة العرضية للعقار
١٠٨	١٣٣	المطلب الأول : الحماية الموضوعية للحيابة العرضية للعقار (دعاوى الحيابة)
١٠٨	١١٦	الفرع الأول : التعريف بدعاوى الحيابة
١١٧	١٣٣	الفرع الثاني : أنواع دعاوى الحيابة
١٣٣	١٤٩	المطلب الثاني: الحماية المؤقتة للحيابة العرضية للعقار (القضاء المستعجل)
١٣٤	١٣٨	الفرع الأول: التعريف بالقضاء المستعجل
١٣٨	١٤٩	الفرع الثاني : مجال اختصاص القضاء المستعجل في حماية الحيابة العرضية للعقار
١٥٠	١٥٤	الخاتمة
١٥٠	١٥٢	النتائج
١٥٣	١٥٤	التوصيات
١٥٥	١٧٧	قائمة المصادر

المحتويات

الصفحة		الموضوع
إلى	من	
B	A	المستخلص باللغة الأنكليزية

بعد دراستنا لموضوع الحيازة العرضية للعقار تبين لنا أن هذا النوع من الحيازة يتمتع بمكانة خاصة في النظام القانوني؛ فهذه الحيازة تعد الأداة الفاعلة للانتفاع بالمال واستغلاله لدرجة أنها قد تتفوق على الملكية في الحياة العملية، ولعل الحيازة من أبرز مصادر الحقوق التي نظمها سائر البلدان في قوانينها، فالحيازة العرضية كواقعة مادية بموجبها يتمتع الحائز بمركز واقعي يحميه القانون لذاته، ويرتب عليها آثار قانونية هامة تتلخص في أن الحيازة العرضية إذا اكتملت بتوافر العنصر المعنوي لها والمتمثل بنية تملك العقار ففي هذه الحالة من الممكن أن تؤدي الحيازة العرضية إلى كسب ملكية هذا العقار، وهذا الأمر دفع القوانين الوضعية أن تولي للحيازة بشكل عام والعرضية منها بشكل خاص أهمية خاصة لعاملين أساسيين :

العامل الأول : يتمثل في أن الحائز العرضي هو الذي يزاول السيطرة الفعلية على العقار الذي يحوزه، وبالتالي ولا بدّ ولا اعتبارات تتصل بالنظام العام واستقرار الأوضاع أن تبقى له هذه السيطرة، وهذا يوجب عدم الاعتداء على هذه الحيازة، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية.

العامل الثاني : يتلخص في أن حائز العقار في أغلب الأحوال يكون المالك؛ فمن مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه؛ ولذلك فالقانون يفترض بصورة مبدئية أن الحائز هو المالك، فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة؛ لذا تعد حماية الحيازة حماية غير مباشرة للحق ذاته.

كما أن القوانين الوضعية قد اعتدت بالحيازة في ذاتها إذا توافرت لها الشروط التي تطلبها القانون، وأوجب حمايتها ولو ادعى الغير بملكيتها للعين محل الحيازة، فالحيازة وأن عدت قرينة بسيطة على الملك، فهي تفيد الحائز فلا يتحمل عبء أثبات ملكه الذي تشهد القرينة به، وإنما يتحمل عبء الأثبات خصم الحائز، كما لا يخفى علينا أن توفير الحماية القانونية للحيازة بنوعها الحقيقية منها والعرضية يشكل عاملاً هاماً في الحد من الاعتداءات عليها في سبيل استقرار المعاملات في المجتمع.

كذلك من المشاكل التي تعترى موضوع البحث عدم معالجة المشرع المدني العراقي لبعض المسائل الهامة ذات الصلة بالحيازة العرضية للعقار بنصوص قانونية صريحة، وهذا الأمر قد يثير الجدل والخلاف الفقهي من جانب وتباين في قرارات القضاء حول هذه المسائل من جانب آخر، فلم يتضمن القانون المدني العراقي بين دفتيه نص صريح يوجب حسن نية الحائز العرضي عند تغيير صفة حيازته إلى حيازة حقيقية، وكان من الأفضل لو أوجب ذلك؛ تجنباً للتحايل على القانون، كما أنه لم يشتمل على نصوص خاصة بالتسليم الحكمي والتسليم الرمزي للحيازة في حالة انتقالها من يدٍ إلى أخرى، وكذلك في حالة تعرض المستأجر بوصفه حائزاً عرضياً إلى غصب العقار الذي يحوزه، منحه المشرع خيار المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص الأجرة، فهنا عالج حالة واحدة من حالات الاعتداء على الحيازة وهي الغصب، فماذا عن الحالات الأخرى غير الغصب التي قد يتعرض لها المستأجر ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه بأذن الله تعالى ضمن منهجية الدراسة القانونية المقارنة بالفقه الإسلامي وضمن خطة بحث مكونة من فصلين.

المقدمة

المقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، والحمد لله الذي هدانا لولواه لما كنا لنهتدي، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا محمد (صل الله عليه وآله وسلم) خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين وصحبه الغر الميامين.

أما بعد... فإنّ موضوع الحيازة العرضية للعقار يتطلب منا في البدء الوقوف عند موضوع البحث وتحديد أهميته وبيان مشاكله فضلاً عن توضيح منهج البحث ونطاقه والتطرق أخيراً إلى خطة البحث وهذا ما سنتضمنه مقدمة الدراسة.

أولاً: موضوع البحث

إن الحيازة ظاهرة قديمة يقدم البشرية، وفي بدايتها كانت سلطة مادية محضة لا تنطبق إلا على الأشياء المادية، وبعد ذلك تطور الأمر فقد أصبحت الحيازة في المجتمعات القديمة الأداة الرئيسية التي تكتسب الملكية بها ابتداءً في الأحوال التي لم يملكها أحد من قبل، وبها نشأت الملكية ابتداءً سواء أكان ذلك في المنقول أم في العقار مهما كانت صورة هذا العقار من البساطة والبدائية كالكهف الذي يحوزه الإنسان ويأوي إليه كسكن في بداية حياته، أم أرض فضاء تستخدم كمرعى أم غيره.

بعد ذلك تعرضت القوانين الوضعية لتنظيم فكرة الحيازة، ونجد أن الحيازة العرضية بشكل خاص في طبيعتها سلطة واقعية يزاولها الحائز على شيء معين، وهذه السلطة أما أن تكون مستندة إلى إذن من المالك أو صاحب الحق العيني، وأما بناءً على رخصة من القانون أو القضاء، ويزاول الحائز العرضي هذه السلطة لصالح الحائز الحقيقي.

للحيازة في القانون نوعان أولهما الحيازة القانونية تلك الحيازة التي يتوافر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي والتي تؤدي إلى كسب ملكية الشيء أو الحق العيني، وثانيهما الحيازة العرضية، وهذا النوع حيازة مادية محضة للعقار فالأصل لا تتوافر لدى الحائز العرضي نية التملك إلا إذا تغيرت صفة حيازته، فالحائز هنا يحوز العقار لحساب غيره كالمستأجر والمستعير فهما ينتفعان بالعقار أو يحافظون عليه أو يتولون إدارته لحساب غيرهم ومن ثم تنتفي لديهم نية الظهور بمظهر المالك، وهذا النية تتوافر لدى من يعمل هؤلاء لحسابه كالمؤجر والمعير.

ثانياً: أهمية البحث

إنّ موضوع (الحيازة العرضية للعقار) يحظى ببعض الأهمية، ويتجلى ذلك في أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة (القانون المدني الفرنسي والمصري) قد عالجت الحيازة بشكل عام والعرضية منها بشكل خاص على نحو يدل على مدى أهميتها، فهذه القوانين قد أعدت بالحيازة في حد ذاتها متى توافرت لها الشروط التي تطلبها القانون وأوجب حمايتها ولو ادعى الغير بملكية العين محل الحيازة.

فالقوانين المتقدمة جعلت من الحيازة قرينة على ملكية الحائز للعين التي في حيازته، فالحيازة وإن كانت قرينة بسيطة إلا أن الحائز يستفيد منها إذا لا يتحمل عبء ملكيته التي تشهد

القرينة بها، وإنما يلقي بعبء الإثبات على خصم الحائز، والحيازة العرضية وإن كانت لا تكسب الملكية؛ لعدم توافر نية التملك فيها، فهذه الأمر ليس مطلقاً فمن الممكن أن تؤدي الحيازة العرضية إلى كسب ملكية العقار إذا توافر العنصر المعنوي فيها لتصبح بذلك حيازة حقيقية.

كما تبرز أهمية موضوع البحث في بيان آلية حماية الحيازة العرضية إذا وردت على عقار في إطار الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فحماية الحيازة عمومًا والعرضية خصوصًا يعد أمرًا ضروريًا في الحياة العملية؛ إذ يساهم ذلك في الحد من الاعتداءات عليها وبالتالي استقرار الأوضاع، ولذلك فإن الهدف من حماية الحيازة العرضية يكمن في تفادي إقامة الحائز للعدل بنفسه مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام والأوضاع القانونية في المجتمع.

ثالثًا: مشكلة البحث

إنّ موضوع الحيازة العرضية للعقار يثير بعض المشكلات والصعوبات، فعلى صعيد الفقه الإسلامي يلاحظ أن هذا الموضوع يحتاج إلى بذل الجهد الكثير في البحث في مراجع الفقه الإسلامي؛ إذا إنّ البعض من الفقهاء يرى أن الفقه الإسلامي لا يعترف بالحيازة بالوضع الذي تعرفه القوانين الوضعية سواء أكان ذلك كسند لملكية العقار أم كمجرد حيازة مادية، ولكن سنرى من خلال هذه الدراسة أن هذا القول لم يحالفه الصواب؛ ذلك أن المذاهب الفقهية قد تعرضت لدراسة هذا الموضوع وإن اختلفت هذه المذاهب من حيث التسميات للحيازة، ففقهاء المذهب المالكي ومن تبعهم من فقهاء الإباضية قد تكلموا بصراحة عن موضوع الحيازة، وأن الفقه الحنبلي يتقارب معهما في بعض أمور الدراسة، وتكلم فقهاء المذهب الأمامي والحنفي والشافعي عن وضع اليد وهو يتقارب في المضمون مع مفهوم الحيازة.

في نطاق القانون الوضعي هناك بعض المشكلات التي يثيرها موضوع البحث، فمن جانب نجد أن القانون المدني العراقي لم يتضمن بين ثناياه نصّ صريح حول اشتراط حسن نية الحائز العرضي عند تغير صفة الحيازة العرضية إلى حيازة حقيقية، وحبذا لو اشترط ذلك؛ حتى لا يكون هناك تحايل على القانون، كما لو تعاقد الحائز العرضي مع شخص يعلم بأنه غير مالك، ففي هذه الحالة ينشئ لنفسه سبباً يغير به صفة حيازته وهذا ما لا يجيزه القانون.

كما إنّ القانون المدني العراقي لم يشتمل على نصوص خاصة بالتسليم الحكمي أو التسليم الرمزي للحيازة في حالة انتقالها من يدٍ إلى أخرى، ومن الأفضل معالجة هذا الموضوع بنصوص صريحة تجنباً لاجتهاد الفقه والقضاء الأمر الذي قد يؤدي إلى تباين أحكامه في هذا الصدد خاصة عند غياب النص القانوني الخاص بالموضوع.

من جانب آخر وفي حالة تعرض المستأجر كحائزاً عرضياً إلى غضب العقار الذي يحوزه ولم يتمكن من دفع الغضب فقد منحه المشرع المدني العراقي الحق في طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ونجد أن الاقتصار على مصطلح الغضب لا يكفي لحماية المستأجر؛ لأن يتمحور حول حالة واحدة وهي غضب العقار، فماذا عن الحالات التي يتعرض فيها المستأجر إلى فعل آخر غير الغضب لا يستند فيه المتعرض إلى حق على العقار، كذلك فإن المشرع العراقي لم يبين الحكم في حالة تعدد الأعمال المكونة للتعرض، وكيف يتم حساب المدة اللازمة لرفع دعوى منع التعرض.

كما أن الحائز العرضي لا يستطيع أن يحتمي إلا بدعوى واحدة من دعاوى الحيازة الثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة، أما عن دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة فهي مقررة في الأصل لحماية الحائز القانوني، وقد أورد المشرع على هذه الأصل استثناء خاص بالمؤجر فقد أعطاه الحق في اللجوء الى هذه الدعاوى لحماية حيازته العرضية.

رابعاً: منهج البحث ونطاقه

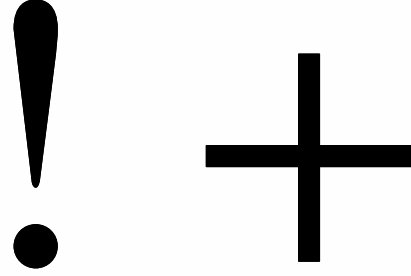
سوف نعتمد في بحثنا لموضوع (الحيازة العرضية للعقار) على المنهج العلمي التحليلي في دراسة قواعد موضوع البحث وفرضياته، فلم نكتفِ بعرض آراء الفقهاء والنصوص القانونية وأحكام القضاء بل تحليلها وبيان فحواها، مع الاستعانة بالمنهج المقارن بين القانون المدني العراقي والفقهاء الإسلامي؛ لأن الأحكام التي جاء بها الفقه الإسلامي الطريق الأمثل في تحقيق العدل وما فيه الخير للناس، فدين الإسلام هو دين السلام والرحمة، كما أجرينا المقارنة مع بعض القوانين الوضعية الأخرى كالقانون المدني الفرنسي والمصري، مع الاستئناس بموقف القانون المدني الأردني والقانون المدني الكويتي.

أما بالنسبة لنطاق بحث الحيازة العرضية للعقار فسيكون ممتدًا لدراسة القانون المدني الفرنسي والمصري والعراقي مع المقارنة بالفقهاء الإسلامي وسنعمد في دراسة هذا الفقه على المذاهب المشهورة وهي الفقه الأمامي والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، ولأن الإحاطة بجميع مؤلفات هذه المذاهب أمر متعذر، لذلك سنختار عينة من أشهر مؤلفات كل مذهب مع التوسع في مصادر الفقه الأمامي؛ وذلك لقلّة الدراسات القانونية عنه حيث تناولت في أغلب الأحيان المذاهب الأربعة.

خامساً : خطة البحث

تقتضي دراسة الحيازة العرضية للعقار تقسيم هذه الرسالة على فصلين مسبوقه بمقدمة عن موضوع البحث، ومن ثم نخصص الفصل الأول لبيان مفهوم الحيازة العرضية للعقار، وسنقسم هذا الفصل على مبحثين سنيين في المبحث الأول ماهية الحيازة العرضية للعقار وذلك في مطلبين سنتناول في المطلب الأول التعريف بالحيازة العرضية للعقار و سنبحث في المطلب الثاني نطاق الحيازة العرضية للعقار، وسنتناول في المبحث الثاني تكييف الحيازة العرضية للعقار وتمييزها عما يشتهر بها وذلك في مطلبين سنبحث في المطلب الأول تكييف الحيازة العرضية ونعالج في المطلب الثاني تمييز الحيازة العرضية عما يشتهر بها من أوضاع.

أما الفصل الثاني فنخصصه لأحكام الحيازة العرضية للعقار، وسنقسم هذا الفصل على مبحثين، سنتناول في المبحث الأول الأحوال الطارئة على الحيازة العرضية للعقار وذلك في مطلبين، سنوضح في المطلب الأول تغير صفة الحيازة العرضية للعقار وأثبتته وسنعالج في المطلب الثاني انتقال الحيازة العرضية للعقار وزوالها، وسنيين في المبحث الثاني حماية الحيازة العرضية للعقار وذلك في مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى الحماية الموضوعية للحيازة العرضية للعقار ونعرج في المطلب الثاني إلى الحماية المؤقتة للحيازة العرضية للعقار، منتهين من بحث موضوع الحيازة العرضية للعقار بوضع خاتمة نبين فيها أبرز ما استنتجناه من بحثنا في هذا الموضوع ومما نقدمه من توصيات بشأنه.



التعريف باختصاص الادعاء العام بالتحقيق

في جرائم الفساد

الفصل الأول

مفهوم الحيازة العرضية للعقار

تمهيد وتقسيم:

الحيازة قد تكون حيازة قانونية يتوافر فيها العنصر المادي أي ممارسة الأعمال الفعلية على العقار والعنصر المعنوي أي تتوافر لدى الحائز نية التملك، وهذه الحيازة تؤدي إلى كسب ملكية العقار، وقد تكون الحيازة عرضية، فهذه الحيازة يتوافر فيها العنصر المادي دون العنصر المعنوي؛ لذلك فإن هذه الحيازة في الاصل لا تؤدي الى كسب ملكية العقار مهما طالمت مدة حيازته إلا إذا تغيرت صفة هذه الحيازة العرضية الى حيازة قانونية، وذلك بأحد طريقتين أما يتم ذلك بفعل الغير أو بفعل الحائز نفسه، وهذه الحيازة لها خصائص تتميز بها عن الحيازة الحقيقية، كما أن هذه الحيازة قد تلتبس بأوضاع قانونية اخرى كالحيازة الحقيقية والاعمال المبنية على التسامح؛ ولذلك يكون من الضروري التمييز بينها، ولكي تتضح معالم الحيازة العرضية بشكل أكبر لابد من بيان تعريفها وخصائصها من جانب، وتوضيح تكييفها، وتمييزها عما قد تشتهب بها من أوضاع قانونية من جانب آخر، وللإحاطة بالمفردات المذكورة اعلاه قسمنا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول ماهية الحيازة العرضية للعقار ونتطرق في المبحث الثاني لتكييف هذه الحيازة وتمييزها عما يشتهب بها من أوضاع.

المبحث الأول

ماهية الحيازة العرضية للعقار

إنّ أي موضوع يوضع على طاولة البحث إنما يتطلب بيان تعريفه لغةً واصطلاحاً وخصائصه، وتوضيح نطاقه، كبداية للخوض في اعماقه ومعرفة أسرارهِ لئلا تختلط المفاهيم ببعضها، فالحيازة العرضية للعقار في حقيقتها سيطرة فعلية على العقار في سبيل استعماله فاستعمال الدار بسكنها واستعمال الأرض بزراعتها من دون أن تكون لدى الحائز نية التملك، وتفصيلاً لذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول التعريف بالحيازة العرضية للعقار ونعالج في المطلب الثاني نطاق الحيازة العرضية للعقار، في إطار الفقه الإسلامي وكذلك في إطار القانون الوضعي وسوف نبين ذلك كما يأتي :

المطلب الأول

التعريف بالحيازة العرضية للعقار

إنّ التعريف بالحيازة العرضية للعقار يقتضي منا من جانب أن نبين معنى الحيازة العرضية للعقار، ومن جانب آخر توضيح سماتها، فمن الضروري القاء الضوء على تعريف الحيازة العرضية التي ترد على عقار، وكذلك التطرق إلى السمات التي تتسم بها هذه الحيازة للوصول إلى حقيقتها، من وجهة نظر الفقه الإسلامي وكذلك القانون الوضعي، واستناداً لما تقدم

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف الحيازة العرضية للعقار ونبين في الفرع الثاني خصائص الحيازة العرضية للعقار، وسنوضح ذلك تباعاً :

الفرع الأول

تعريف الحيازة العرضية للعقار

تعريف الحيازة العرضية للعقار يقتضي منا التطرق إلى المعنى اللغوي وكذلك للمعنى الاصطلاحي ومن وجهة نظر الفقه الإسلامي في البدء ومن ثم القانون الوضعي؛ وذلك لغرض الإحاطة بموضوع البحث، وسنوضح ذلك في فقرتين؛ وكما يأتي :

أولاً: التعريف اللغوي:

إنّ مصطلح الحيازة العرضية للعقار يتكون من ثلاثة ألفاظ هي الحيازة والعرضية والعقار ولذلك سوف نبين معنى كل منهما من الناحية اللغوية وكما يأتي:

الحيازة لغةً:

الحيازة في اللغة الجمع وضم الشيء ^(١) وكل من ضم شيء إلى نفسه من مال أو غيره فقد حازه حوزاً، كالحيازة ^(٢) وحزت الشيء احوزه حوزاً وحيازة ضممته وجمعته، وكل من ضم الى نفسه شيئاً فقد حازه، وحازه اليه، واحتازة اليه ^(٣) وانحاز اليهم وتحيز انضم قال تعالى: "أو متحيزاً الى فئة" ^(٤)

العرضية لغةً:

العرضي صفة مشتقة من حادث، طارئ، ظرفي، فيقال حيازة عرضية أي ظرفية ووقتيّة؛ لأن الحائز يجبر على ردّ الشيء إلى مالكه ويمنعه من اكتسابه بالتقادم ^(٥)

ويقال إنّ العارضة الشاه أو البعير الذي يصيبه الداء أو السبع أو الكسر فيقال بنوا فلان لا يأكلون إلا العوارض أي لا ينحرون الأبل الا من داء يصيبها، والعرضي ما يعرض في سيره؛ لأنه لم تتم رياضته بعد، ويقال ناقة عرضية أي فيها صعوبة ^(٦)

(١) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، ط ٦ ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص ٥٠٩ .

(٢) الزبيدي، محي الدين أبو الفيض محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر، بيروت، بلا سنة نشر، ص ٣٤١ .

(٣) الفيومي، أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج ١ ، دار القلم، بيروت، ١٩٥٩ ، ص ١٦٢ .

(٤) سورة الانفال، الآية ١٦ .

(٥) د. جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩ ، ص ١٠٨٩ .

(٦) أبين منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج ٤ ، ط ٣ ، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٩٩٩ ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .

وقد وردت كلمة عرضة في القرآن الكريم إذ جاء في قوله تعالى: "ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم ..."^(١) فالآية الكريمة تحذر من القسم بالله ألا في كباثر الأمور، وأن القسم لا ينبغي أن يكون مانعاً من أعمال الخير^(٢)

العقار لغةً:

العقار مثل سلام بالفتح مخففاً كل ملك ثابت أصل كالدَّار والنخل قال بعضهم وربما أطلقت على المتاع^(٣) والعقار بالفتح مخففاً الأرض والضياع والنخل يقال في البيت عقار حسن أي متاع وأداة وجمعه عقارات والعقار بالفتح الثقيل الدواء وجمعه عقاير^(٤) والعقار ماله أصل وقرار مثل الأرض والدار^(٥)

يتضح مما تقدم إنَّ الحيابة في اللغة بمعنى الجمع والضم للشيء أو المال، وبالنسبة للعرضية فهي بمعنى الشيء الطارئ أو الظرفي أو الوقتي، أما عن العقار فهو كل ملك يتميز بالثبات والاستقرار كالدَّار والنخل.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

١- تعريف الحيابة العرضية للعقار في الاصطلاح الشرعي:

شاع خطأ ان الفقه الاسلامي لم يعرف الحيابة، ففي بلاد المغرب العربي حيث يسود المذهب المالكي كان قد وضع فقهاء الأوائل نظرية الحيابة، إذ إن فقهاء هذا المذهب درسوا الحيابة دراسة موسعة، جعلت منها نظرية متكاملة بلغتنا المعاصرة، أما المذاهب الاسلامية الاخرى فقد درست وضع اليد^(٦) في مواضع متفرقة ولغرض القاء الضوء على هذا الموضوع سوف نبين آراء فقهاء المذاهب الاسلامية وكما يأتي :

فبالنسبة لموقف الفقه الإمامي نجد أن فقهاء المذهب الإمامي لم يعرفوا الحيابة بهذه التسمية وإنما عرفوها بتسمية اخرى وهي (اليد) وعدت الحيابة من إطلاقات اليد كما أن فقهاء الأمامية يتعرضون عادة إلى اليد عند بحثهم في موضوعات الدعوى والشهادة والبيينة، ولم يضعوا تعريفاً صريحاً لليد ولكن ومن خلال اقوال فقهاء هذا المذهب نستطيع أن نستنتج تعريف الحيابة العرضية.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٤.

(٢) الشيرازي، ناصر مكارم، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٢، ط ١، دار الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٧.

(٣) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح ، ج ١، طبعة جديدة، مكتبة لبنان ، بيروت، ١٩٥٩، ص ١٦٢، مادة عقير.

(٤) أبين منصور ، لسان العرب ، المصدر نفسه، ص ٣٨٠.

(٥) د. جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، ط ١، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٩٦، ص ٢٤٠.

(٦) يذهب رأي في الفقه الحديث الى ان الحيابة ووضع اليد بمعنى واحد وهو وضع يد الحائز على الشيء المحاز والتصرف فيه تصرف المالك بلا منازع . للمزيد راجع د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩، ص ٣٠.

فيذهب رأي الي : "إنّ المال إذا كان في يدهما معاً فمقتضى اليد أنه لهما بالاشتراك، ومعنى ذلك أن لكل منهما نصف المال، ولازم هذا أن كل منهما مدعٍ من جهة ومنكر من جهة اخرى" (١) ومن الجدير بالذكر أن فقهاء الإمامية تعرضوا لحالة الدائن المرتهن باعتباره يضع يده على المال بصورة عرضية (٢) وثمة رأي في الفقه الإمامي يشير ضمناً إلى وضع اليد على العقار فيقول أن معنى وضع اليد على الشيء أن يستطيع صاحبها التصرف فيه تصرف المالك في ملكه بلا معارض كالزرع والغرس في الأرض والبناء والسكن والهدم في الدار، وباختصار ليس للفقهاء اصطلاح خاص بوضع اليد وإنما العبرة عندهم في الصدق العرفي، وإذا اختلفوا بينهم في مورد أنه من وضع يده أو غيره تحاكموا إلى العرف (٣)

استناداً لما تقدم فالفقه الإمامي يأخذ بتسمية المدعي الخارج والمدعى عليه ذي اليد الداخل ، كما إذا كان المال في أكثر من يد فاليد لهما بالسواء دون نظر لقدّر ما في يد كل منها، ويمكننا أن نعرف اليد وفقاً لهذا المذهب بانها "وضع اليد على الشيء موضوع الحيابة وادعاء ملكيته، فهذا التعريف يبرز الركن المادي للحيابة المتمثل بوضع اليد والركن المعنوي الذي يعبر عنه في هذا المذهب بادعاء ملكية الشيء" .

أما عن توجه الفقه الحنفي فلم يستخدم فقهاء المذهب الحنفي اصطلاح الحيابة وإنما استعملوا كلمة اليد وأن كان البعض منهم قد استعمل كلمة الحوز أو الحيابة بالنسبة للمال الذي لا مالك له وهو ما يعرف بالاستيلاء في القانون المدني، ويجعلون من الحيابة او اليد معياراً لتحديد المدعي والمدعى عليه ويطلقون على المدعي الخارج اي ليس من بيده المال وعلى المدعى عليه الداخل أي هو الذي يضع يده على الشيء محل الحيابة، ويتكلمون عن وضع اليد في كتاب الدعوى وفي كتاب الشهادة ، فيقول البعض "أن سبب الملك هو اليد وهو ما يعاينه كل احد" (٤) ويذهب البعض الآخر إلى "المدعى عليه واضع اليد هو من يخبر عما في يد نفسه لنفسه" (٥) وعليه فالحيابة العرضية وفقاً لهذا المذهب فهي تكون كذلك إذ لم يدعي واضع اليد ملكيته للشيء الذي يضع يده عليه كيد المستأجر ويد الغاصب، فهذه الحيابة عندهم لا تكسب ملكية الشيء أو الحق العيني لأنها حيابة غير مستوفية للشروط الشرعية ومنها توافر عنصر الحيابة المعنوي.

أما عن الفقه المالكي فقد عرف فقهاء هذا المذهب الحيابة وقد استعملوا مصطلح الحيابة في التعريف، بل نجد أن فقهاء هذا المذهب جعلوا من الحيابة نظرية متكاملة (٦) فمن المعروف إنّ الغالبية العظمى من كتب الفقه الإسلامي تقوم على اساس الشرح على المتون وفي فقه المذهب

(١) الخوني، ابو القاسم الموسوي، مباني تكملة المنهاج ، ج ١ ، ط ٢ ، المطبعة العلمية ، قم المقدسة ، إيران ، ١٣٩٦ ، ص ٥٣ .

(٢) إذ يرى البعض منهم ان الرهن قد يكون بمعنى العقد الذي يجعل العين رهناً او وثيقة، والراهن هو المدين وهو المالك للعين المرهونة، والمرتهن هو الدائن الذي له حق الارتهان في العين المرهونة، وقد يكون بمعنى الوثيقة المدفوعة لكفالة الدين . للمزيد راجع السيد محمد صادق الصدر ، ما وراء الفقه ، ج ٤ ، ط ١ ، مطبعة القضاء ، النجف ، ١٩٩٥ ، ص ٢٦٤ .

(٣) محمد جواد مغنية، أصول الأثبات في الفقه الجعفري، ط ١ ، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤ ، ص ١١٨ .

(٤) السرخسي، محمد بن احمد بن ابي سهل ، المبسوط، ج ١٧١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٢٨ .

(٥) الكاساني، علاء الدين ابي بكر، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ط ١ ، مطبعة الجمالية ، مصر ، ١٩١٠ ، ص ٢٢٤ .

(٦) د. عبد اللطيف بن عبد العزيز آل الشيخ، الحيابة والتقادم في الفقه الاسلامي، ط ١ ، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ٢٠١١ ، ص ١٩٧ .

المالكي تعتبر المدونة الكبرى للإمام مالك الأساس لمعظم الشروح التي ألفها فقهاء الشريعة الإسلامية حول موضوع الحيازة، إذ تمتاز هذه المدونة بفهرستها التفصيلي، ووضع عنوان لكل مسألة تعالجها وهذا ما ينقص بعض كتب الفقه الإسلامي، إذ عرف بعض فقهاء المالكية الحيازة بأنها "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحد من الأمور التالية : السكنى، أو الزرع، أو البيع، أو الهدم، أو بناء، أو ربط رقيق" (١)

ويقول البعض الآخر "الحيازة هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحاز كتصرف الملاك في املاكهم كان يسكنه أو يزرعه" (٢)

كما إن فقهاء المالكية لم يقفوا عند هذا الحد (وضع اليد على العقار) إذ اشترطوا في الحيازة الصحيحة أن يدعي الحائز ملكية الشيء المحرز وفي هذا الصدد يذهب رأي في هذا المذهب إلى أنه "من شروط الحيازة أن يدعي الحائز وقت المنازعة، ملك الشيء المحاز، وأما إذا لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه" (٣)

والجدير بالذكر أن ادعاء ملكية العقار محل الحيازة هو ما يعبر عنه فقهاء القانون بنية التملك وهو الركن المعنوي للحيازة، وعليه إذا تخلف الركن المعنوي لدى الحائز يكون حائزاً عرضياً لا توجد لديه نية لتملك الشيء الذي يحوزه، وبناءً على ما تقدم يمكن أن نقول الحيازة وفقاً لهذا المذهب تعني وضع اليد على العقار المحوز والاستيلاء عليه والتصرف فيه بسائر التصرفات الجائزة كالبيع والهدم والزرع وغيرها.

فيما يتعلق بالفقه الشافعي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب لم يستعملوا مصطلح الحيازة وإنما استخدموا كلمة اليد، كما أن فقهاء الشافعية لا يخصصون لليد حيزاً مستقلاً وإنما يتعرضون لها عند حديثهم عن الدعاوى والبيئات، كذلك فهم لم يوردوا تعريفاً صريحاً لليد بشكل عام واليد العارضة بشكل خاص، ولكن يمكننا أن نستشف ذلك من آراءهم بهذا الصدد.

فيذهب بعض فقهاء الشافعية إلى تسمية صاحب اليد الداخل وهو من يوافق قوله الظاهر (٤) ويذهب رأي آخر في الفقه الشافعي إلى القول "وحوزاً مطولاً" (٥) وثمة من يرى بأن "اليد دليل الملك وسبب الملك هو اليد وهو ما يشاهده كل احد" (٦)

(١) الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي، ج ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٣٧٢ هـ، ص ١٩٦.

(٢) علي العدوي الصعيدي، حاشية الصعيدي على رسالة أبي زيد القيرواني، ج ٢، دار صادر، بيروت، بلا سنة طبع.

(٣) الدسوقي، محمد أبين أحمد بن عرفة، حاشيته على الشرح الكبير، ج ٤، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٣١٩ هجرية، ص ٢٣٥.

(٤) إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح بن القاسم الغزي، ج ٢، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٤، ص ٥٣٨.

(٥) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٥٤١.

(٦) الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣، ص ٣٦٢.

ففقهاء الشافعية يجعلون من اليد معياراً لتحديد المدعي والمدعى عليه ، وإنّ الأصل لديهم هو القضاء بالظاهر، وهو الذي لا يحل حرماً ولا يحرم حلالاً، ووفقاً لهذا المذهب أنّ صاحب اليد هو دائماً المدعى عليه لأنه يتمسك بالظاهر، واما منازعه فهو المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر.

بخصوص توجه الفقه الحنبلي فقد عرف فقهاء هذا المذهب الحيازة واستخدموا مصطلح الحيازة في تعريفاتهم كالمذهب المالكي ، وقد استعمل اصطلاح الحيازة في كتبهم وقد أشار البعض منهم إلى الحيازة في مؤلفاته حيث يقول "إنّ يكون رجل حائز لدار متصرفاً فيها السنين العديدة الطويلة وينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه" (١)

بناءً على ما تقدم تكون حيازة العقار في الفقه الحنبلي تعني وضع اليد على العقار والتصرف فيه تصرف الملك في ملكه مدة طويلة ليس له فيه منازع كما هو الحال في الفقه المالكي، ومن المفهوم المخالف لما تقدم أن الحائز الذي لا توجد لديه نية في التملك يكون حائزاً عرضياً تقتصر حيازته على السيطرة المادية للعقار ومن تطبيقات الحيازة العرضية في هذا المذهب المستعير في عقد الإعارة والوكيل في عقد الوكالة إلى آخره، وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المذهب الحنبلي يطلقون على الحائز المدعى عليه (الداخل) وعلى المدعي الخارج وهذا الموقف يماثل اتجاه الفقه الحنفي والشافعي (٢)

أما بالنسبة لموقف للفقهاء المحدثين من هذا الموضوع فثمة رأي يذهب إلى القول أن الحيازة بصورة عامة تعني وضع اليد على شيء بقصد تملكه أي حيازة مكسبة للملكية بتوافر عنصرها المادي والمعنوي (٣)

يذهب رأي آخر بصدد تعريف الحيازة إلى أنه الحيازة في الفقه الإسلامي هي وضع اليد على الشيء موضوع الحيازة وادعاء ملكيته، والتصرف فيه كتصرف المالك في ملكه، مما يعني أن الحائز إذا اكتفى بحيازة العقار ولم توجد لديه نية التملك يكون حائزاً عرضياً، فتقتصر حيازته على مجرد السيطرة المادية على العقار (٤)

نستنتج من كل ما تقدم وبعد بيان تعريف الحيازة في الفقه الإسلامي وبمقارنة المذاهب الفقهية إنّ فقهاء المذهب الإمامي والحنفي والشافعي لم يستعملوا كلمة الحيازة وإنما استعملوا كلمة اليد، واطلقوا على واضع اليد على المال موضوع الدعوى المدعى عليه (الداخل) وعلى المدعي (الخارج) أي الذي ليس المال بيده، ويتضح من اقوالهم أن اليد تعني الحيازة، وأن الحائز هو واضع اليد على الشيء موضوع الحيازة مدعياً ملكيته، أما فقهاء المذهب المالكي والحنبلي فقد عرفوا الحيازة واستعملوا وكلمة اليد في بعض الأحيان، وحيازة الشيء تعني وضع اليد عليه والاستيلاء عليه، والتصرف فيه كتصرف المالك في ملكه، وهذا يتفق مع الفقه القانوني في

(١) ابن القيم الجوزية، شمس الدين محمد أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٨٨.

(٢) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ١٩.

(٣) د. محمد سلام مذكور، المدخل الفقهي الإسلامي تاريخه - مصادره - نظرياته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٤٨٩.

(٤) د. عبد الحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام، ابها، السعودية، ١٩٨٤، ص ٨٨، ٨٩.

تعريفه للحيازة، كما نجد أن فقهاء المذهب المالكي و الحنبلي قد اطلقوا على الحائز المدعى عليه وهو الداخل أما المدعي فهو الخارج وهذا الاتجاه يتشابهه اتجاه الفقه الإمامي والحنفي والشافعي هذا بالنسبة للحيازة بشكل عام، أما عن الحيازة العرضية فيمكننا أن نستخلص تعريفاً لها من خلال آراء فقهاء المذاهب الإسلامية فاليد او الحيازة عرضية هي الحيازة التي لا يدعي فيها الحائز ملكية العقار الذي يحوزه فتقتصر حيازته على مجرد السيطرة المادية على العقار، كما هو الحال بالنسبة للمستأجر في عقد الإيجار والمستعير في عقد الإعارة.

٢- تعريف الحيازة العرضية للعقار في الاصطلاح القانوني:

فيما يتعلق بتوجه القوانين محل المقارنة من هذا الموضوع يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل لم يورد تعريفاً صريحاً للحيازة العرضية للعقار ولكنه قد تطرق إليها في تعريفه للحيازة في المادة (٢٢٢٨) إذ أشار إلى أنه "الحيازة هي أحرار شيء أو استعمال حق يمكن أن يحزره أو يستعمله شخص بنفسه أو بواسطة شخص آخر يمكن ان يحزره أو يستعمله بالنيابة عنه أو باسمه".

والجدير بالذكر إن هذا التعريف قد تعرض لبعض النقد^(١) فيذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى أن هذا التعريف غير كافي؛ لأنه أهمل أن يذكر أنه يجب لوجود الحيازة ان يمسك الحائز الشيء امساکاً تاماً مقصوراً عليه، أو أن يكون متسلطاً عليه، فلا يكفي أن يستخدمه، فالملاح يحوز المركب ولكنه لا يحوز الماء الذي يحملها، ومع ذلك فإنه يستخدم المركب كلما يستخدم الماء، كما أن هذا التعريف لم يبين بشكل دقيق ان الحيازة حالة واقعية تقوم على سيطرة الحائز على شيء مادي يجوز التعامل فيه وليست وضعاً قانونياً.

أما عن موقف المشرع المصري فيلاحظ أنه لم يضع تعريفاً صريحاً للحيازة في القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، ولكنه نصّ في المادة (٣٩٨) من المشروع التمهيدي للقانون المدني على أن "الحيازة وضع مادي، به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، او يستعمل بالفعل حق من الحقوق"^(٢)

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد أشار في المادة (١/٩٥١) إلى الحيازة بالوساطة في موضع آخر من هذا القانون ومن المعلوم ان الحيازة بالوساطة من صور الحيازة العرضية؛ لأن في هذه الحيازة ينوب عن الحائز شخص آخر في استعمال العين والانتفاع بها إذ أشار إلى أنه "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة"

أما عن موقف القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، فقد ذكر الحيازة العرضية في تعريفه للحيازة إذ نصّت المادة (١/١١٤٥) "الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو

1- Laurent, Prinsiple de droit civil, Bruxelles , 1889, 33 vol , P264.

^(٢) وقد أعترض على هذا التعريف بأنه ناقص وينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك، ثم ارتأت اللجنة حذف النص؛ لأن ذلك انسب من الوجهة التشريعية، ولأن هذه المادة تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، الحقوق العينية الأصلية، ص ٤٥٠.

بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حق من الحقوق" وقد أوردت بعض القوانين العربية الأخرى تعريفاً صريحاً للحيازة بصورة عامة^(١)

يتبين لنا من التعريف أعلاه إنّ المشرع العراقي قد بين في هذا التعريف على إنّ الحيازة واقعة مادية، كما أشار إلى الحيازة بالواسطة هي تلك الحيازة التي ينوب فيها شخص آخر عن الحائز كحيازة المستأجر لحساب المؤجر وحيازة المستعير لحساب المعير، كما يتضح من هذا التعريف إنّ قوام الحيازة هو السيطرة على شيء مادي يجوز التعامل به قانوناً، أو إنّ الحائز يستعمل حق من الحقوق استعمالاً واقعياً.

بخصوص موقف الفقه القانوني من تعريف الحيازة العرضية، فيلاحظ أن فقهاء القانون قد أوردوا عدة تعريفات لهذا النوع من الحيازة ومنها هي "حيازة غير المالك سواء كانت بحق أم بغيره، فإن الشيء قد يكون في يد غير المالك بدون حق كحيازة الغاصب وقد يكون بحق كحيازة المستأجر"^(٢) وهذا التعريف يوضح أن الحيازة سلطة مادية بيد الحائز سواء كانت حيازته مستندة إلى حق أو لا تستند إلى حق كحيازة الغاصب.

كما تعرف أيضاً بأنها "حيازة لحساب الغير فلا تكون حيازة حقيقية بل يقال انها حيازة عرضية فالحائز العرضي وأن له مصلحة في حيازة العقار إلا أنه لا ينوي الظهور بمظهر المالك"^(٣) وهذا التعريف يؤكد أن الحيازة العرضية تقتصر على السلطة الفعلية من دون أن تتوافر لدى الحائز العرضي نية الظهور بمظهر المالك.

كذلك تعرف بأنها "الحيازة التي تقوم على الركن المادي دون الركن المعنوي ويستند الحائز العرضي في حيازته إلى سند قانوني يخوله مباشرة بعض أعمال الحفظ والحراسة أو الاستعمال أو الاستغلال ويتقرر هذا السند بالاتفاق كعقد الإيجار وعقد الوكالة، أو بنص قانون كالولاية والوصاية، أو عن طريق حكم القضاء كالحراسة القضائية ومصفي الشركة"^(٤) ويلاحظ أن التعريف المتقدم يبرز خاصية هامة من خصائص الحيازة العرضية والمتمثلة في استناد الحائز العرضي في حيازته إلى سند قانوني قد يتنوع مصدره فقد يكون القانون أو العقد أو حكم من القضاء، لذا فنحن نرجح هذا التعريف.

(١) عرف القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ الحيازة في المادة (١/١١٧١) بأنها "سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه" ويعيب هذا التعريف انه لم يتناول الركن المعنوي، وهو ما يعبر عنه عادة بظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، كما ان هذا التعريف لم يبين ان قوام الحيازة السيطرة المادية على الشيء، والسبب في ذلك ان الحيازة لا ترد على الاشياء غير المادية كالمصنفات الفنية والديون. وعرف القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ الحيازة في المادة (٩٠٥) بأنها "سيطرة الشخص بنفسه أو بواسطة غيره، على شيء مادي ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق" يلاحظ ان هذا التعريف قد أبرز العنصر المادي للحيازة المتمثل بالسيطرة المادية وكذلك العنصر المعنوي المتمثل بنية التملك، كما وضح أن الحيازة ترد على شيء مادي.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، (أسباب كسب الملكية)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٤٤٨.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٥٢.

(٤) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٠٦.

وعرفت أيضاً بأنها "وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق فإن كان الشيء داراً يسكنه أو يؤجره وإن كان أرضاً زراعية يزرعها بنفسه أو يعطيها لمن يزرعها بالإيجار أو المزارعة" (١) ومن جانب آخر عرف بعض شراح القانون الروماني الحيازة "بأنها سلطة فعلية على شيء مادي يمارسها شخص قد يكون مالكاً لهذا الشيء أو غير مالك" (٢)

بخصوص موقف القضاء من تعريف الحيازة العرضية للعقار نجد أنه لم يضع تعريفاً صريحاً لها، ولكنه أشار إلى بعض تطبيقات الحيازة العرضية، فنجد أن القضاء الفرنسي أشار إلى أنه "الدائن المرتهن هو الحائز الذي يحوز المال المرهون الذي يكون تحت يده بنيه استثماره أما إذا كان تحت يد نائبه فهو الذي يستثمر المال ويخصم منه المصروفات التي صرفها" (٣)

ذهبت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد "حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل، فله أن يستند إليها عند الحاجة، فمتى ثبت وضع اليد الفعلي للمستأجر فإن المؤجر يعتبر مستمراً في وضع يده بالحيازة التي لمستأجره، ويتم التقادم لمصلحته، إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إليه" (٤)

كما قضت محكمة التمييز في العراق "أن يد الوكيل التجاري أو الوكيل بالبيع يد أمانة وتكون البضاعة المستقبلية عنده قبل وبعد اعتزال الوكالة أمانة لديه عائدة للموكل" (٥)

وذهبت محكمة استئناف البصرة إلى أنه "شرط ملكية الراهن للمال المرهون ضروري لكي يتم الرهن، ويثبت حق الحبس للدائن المرتهن بمواجهة المدين الراهن، وتطبيقاً لذلك فقد منعت أن يثبت الرهن في مواجهة الراهن إن كان ذلك الراهن مستأجراً للعقار الذي أقدم على رهنه" (٦)

نستخلص مما تقدم أن القضاء يذهب إلى اعتبار الحيازة العرضية حيازة لحساب الأصيل وحده، ويحق له أن يسترد هذه الحيازة إذا سلبت منه حتى لو كان الذي سلبها منه هو الحائز العرضي، كما يؤكد القضاء على أن يد الحائز العرضي كالمستأجر والوكيل يد أمانة لأنه لا يحوز الشيء بنية تملكه، أو بنية استعمال الشيء واستثماره، وبالتالي يكون الحائز العرضي ملزماً برد المال إلى الحائز الأصلي عند انتهاء المدة المحددة في سند حيازته.

بناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف الحيازة العرضية بأنها سيطرة فعلية من جانب الحائز على عقار يجوز التعامل فيه، وتترجم السيطرة الفعلية على العقار باستعماله عن طريق القيام بالأعمال المادية التي يتطلبها مضمونه، دون أن تكون لدى الحائز نية التملك.

(١) د. عبد الله بشرى، الوجيز في الحيازة، ط٢، دار العماد، مصر، ٢٠٠٩، ص ٦.

2-R. monier, elementaire de droit romain, T 1, paris ,1974, P228

3- Case, 22, janeve,1991,dalloz,1991, N4, P 31.

(٤) الطعن رقم ٦٤٨ في جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤، مجموعة المكتب الفني تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، سنة ٤٩ قضائية، ج ١، ص ١٢٠١.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق، رقم ١٣/ هيئة عامة ثانية، في ١٩٧٤/٦/٢٩، القاضي أبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني)، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٧٤١.

(٦) قرار رقم ٧٤ ب ت / ١٩٩٥. منشور في مجلة الحقيقة القانونية، تطبع في مطبعة البصرة التحسينية، العراق، العدد السادس والثلاثين، السنة الثالثة، حزيران ٢٠١١، ص ٨٥.

الفرع الثاني

سمات الحيابة العرضية للعقار

هناك عدة خصائص تمتاز بها الحيابة العرضية والتي تحدد ملامح هذا النوع من الحيابة، لذلك من الضروري توضيحها وبيان موقف الفقه الاسلامي وموقف الفقه القانوني والقضاء منها :

أولاً: سمات الحيابة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي:

بخصوص موقف الفقه الإسلامي من خصائص الحيابة العرضية للعقار، فيلاحظ أن المذاهب الإسلامية المختلفة قد عرفت الحيابة أو اليد، ولذلك يمكننا أن نبين خصائص الحيابة العرضية من خلال الاطلاع على آراء فقهاء هذه المذاهب الإسلامية بهذا الصدد، وسوف نبين هذه الخصائص بحسب كل مذهب:

فبالنسبة لموقف الفقه الإمامي نجد أن فقهاء هذا المذهب قد عرفوا مصطلح اليد وهو شبيه بمصطلح الحيابة الذي تأخذ به بعض المذاهب منها المذهب المالكي والمذهب الحنبلي، حيث إن فقهاء الإمامية يتطرقون إلى اليد (الحيابة) عند بحثهم في كتاب الدعوى^(١) أو القضاء^(٢) إذ يرون في هذه الكتب هناك علاقة بين اليد والدعوى ولذلك يسمون المدعي بالخارج والمدعى عليه ذي اليد بالداخل، وكذلك الحال فيما يختص باليد كبينة والمفاضلة بينها وبين بيينة المدعي.

يذهب رأي آخر الى القول أن المدعي لغةً : كل من ادعى لنفسه شيئاً سواء كانت في يده او لا، وسواء وافقت دعواه الظاهر أم خالفت، وهو من يخالف قوله الظاهر ولهذا قبلت بيينة ذي اليد لأنه يضيف ملك الدار التي عنده الى نفسه كما يضيف الخارج^(٣)

استناداً لما تقدم يكون لليد وفقاً لهذا المذهب دوراً في مسار الدعوى وفي حماية حقوق الحائز للعين ، أما عن اليد العارضة فقد تطرق فقهاء الإمامية الى بعض صورها^(٤) وهذه اليد لا ينوي فيها صاحبها كسب ملكية العين ، لذا لا يعتد بها في كسب الملكية فظلاً عن اقتصار حيازته على مجرد استعمال الشيء والسيطرة المادية كما هو الحال بالنسبة للمستأجر والوكيل.

(١) ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار ، مؤسسة الرسالة بيروت، ١٩٧٥، ص ٣٨٠. يلاحظ اننا قد اعتبرنا فقه الشيعة بفرعيه الجعفري والزيدي مذهباً واحداً ، لأننا نعتبر الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه المختلفة ، نظاماً قانونياً اسلامياً واحداً ، في مواجهة النظم القانونية العالمية المختلفة ، فمن باب اولى ان نعتبر فرعي المذهب الشيعي مذهباً واحداً.

(٢) المحقق الحلبي، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري ، دار الحياة ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٦٠.

(٣) السباعي، شرف الدين الحسين بن احمد، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، ج ٤ ، مكتبة المؤيد ، الطائف ، السعودية ، بلا سنة طبع، ص ٨٣.

(٤) من الجدير بالذكر ان فقهاء الامامية قد تطرقوا الى بعض صور الحيابة العرضية ومنها الوكيل في عقد الوكالة، اذ يعرفها البعض منهم بأنها (عقد يستتبع به الانسان غيره عن نفسه، في مملوك له في حياته، ويسمى المستتبع موكلاً والمستتاب وكلياً ومحل الوكالة موكلاً به) للمزيد راجع محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ، ج ٣ ، ط ٥ ، دار العلم للملايين ، بيروت، ١٩٦٥ ، ص ٢٤١.

أما عن توجه الفقه الحنفي نجد فقهاء هذا المذهب لم يتعرضوا لدراسة الحيازة بشكل مستقل، كما أنهم لم يستخدموا هذا الاصطلاح كما فعل فقهاء المذهب المالكي والحنبلي، ولكنه عرض الحيازة بمعناها الذي نعرفه في صدد دراسة الدعوى والشهادات، ومن خلال عرض بعض آراء فقهاء هذا المذهب نستطيع ان نستشف خصائص الحيازة بصورة عامة والعرضية منها بصورة خاصة ، فثمة رأي يذهب الى القول : "إنَّ رجلاً تنازعا في دار كل واحد منها يدعي أنها في يده، وعلى كل واحد منها البينة لأن دعوى اليد مقصورة ودعوى الملك مقصورة فباليد يتوصل إلى الانتفاع بالملك والتصرف فيه" (١)

كما يلاحظ أن الفقه الحنفي يوفر الحماية الكافية للحائز العرضي بنفس الحماية التي يقرها لصاحب كل حق (٢) ويذهب رأي آخر الى القول: "لأن اليد على العقار لا تثبت بالسكون فيه وإنما تثبت بالتصرف فيه" (٣)

يتضح مما تقدم أن الحيازة لا تأخذ نصيبها من الدراسة عند الأحناف إلا بقدر ما يلزم للتعرض للدعوى والشهادة واليمين، كما أن الحيازة عندهم تأتي بمعنى وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه، كما تعتبر اليد إمارة على الملكية بعبارة اخرى قرينة على الملكية وعليه فلا تعتبر اليد بذاتها سبباً للاستحقاق أو سبباً للملكية.

بخصوص توجه الفقه المالكي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب قد عرفوا الحازة العرضية والحائز العرضي تقتصر حيازته على السيطرة المادية على الشيء المحوز دون ادعاء ملكيته، وهم يعتبرون الحوز أعم من الملك لأنه يشمله وغيره، وفي ذلك يذهب رأي الى القول : "لأن الحوز قد يكون عن الملك وغيره فهو أعم من الملك والأعم لا يستلزم الأخص" (٤)

فكما يمكن أن يكون الحائز مالكاً وهذا هو الظاهر يمكن أن يكون أيضاً مجرد حائز عرضي لا يوجد لديه الركن المعنوي المتمثل بادعاء ملكية الشيء، كما أن الحيازة العرضية لا أثر لها بالنسبة لمن يدعي ملكية العين المحوزة ولا تجعل للحائز العرضي أي علاقة بملكية هذه العين وهذا هو نفس الوضع في القانون (٥) ويذهب البعض إلى القول: "الحيازة وضع اليد على الشيء، ويقول معنى حاز وضع يده عليها وجرى التصرف فيها" (٦) كما تعرض فقهاء المالكية الى حالة الوكيل باعتباره احد الحائزين العرضيين (٧)

فالفقه المالكي يعتبر الحوز أعم من الملك، والسبب عندهم أن الحوز يمكن أن يشمل الملك ويشمل غيره، والحائز العرضي عندهم من لا يتوافر لديه العنصر النفسي أي نية تملك الشيء أو الحق العيني.

(١) السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، ج١٧، ص٣٣.
(٢) وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل عند بحثنا في موضوع حماية الحيازة العرضية في الفقه الاسلامي.
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج٦، ص٢٥٦.
(٤) الدردير، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ص٢٢١.
(٥) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيازة والتقدم في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص٧٣.
(٦) الاصبحي، مالك ابن انس بن عامر أبو عبد الله، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج١٤، ص٩٧.
(٧) يعرف بعض فقهاء المالكية الوكالة بأنها (نيابة ذي حق غير ذي امرة ولا عباده لغيره فيه) للمزيد راجع ابن عليش، محمد بن احمد، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج٣، دار صادر، بيروت، بلا سنة طبع، ص٣٥١.

فيما يتعلق بتوجه الفقه الشافعي فسبق وأن بينا في تعريف الحيازة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية أن فقهاء المذهب الشافعي قد استخدموا مصطلح اليد بدلا من مصطلح الحيازة ، وقد عرفت بانها وضع اليد على العين موضع الحيازة وادعاء ملكيتها، ولذلك فإن اليد العارضة تكون عندما لا توجد لدى واضع اليد نية التملك فهذه الحيازة هي حيازة ناقصة تفتقد إلى أحد ركنيها وهو الركن المعنوي وقوامه نية التملك ولا تؤدي إلى كسب ملكية الشيء أو الحق العيني.

فقهاء هذا المذهب يطلقون على المدعي الخارج وعلى المدعى عليه الداخل ويجعلون من اليد ضابط لتحديد المدعي والمدعى عليه، فثمة رأي يقول: "... رجحت بينه صاحب اليد ويسمى الداخل على بينه الآخر ويسمى الخارج " (١)

يرى أيضًا أن " المراد بالمدعي هو من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر " (٢)

كما إن بعض فقهاء الشافعية يرون بأن الحيازة وضع اليد على العين وادعاء ملكيتها، كما أن اليد عندهم إمارة على الملكية بدليل أنه وفقاً لهذا المذهب تسمع بينة الداخل بعد بينة الخارج وترجح لوجود البينة المقترنة باليد.

أما عن الفقه الحنبلي نجد أن فقهاء المذهب الحنبلي قد عرفوا الحيازة واستعملوا هذا المصطلح في تعريفاتهم كالمذهب المالكي، واستعمل مصطلح الحيازة في كتبهم، كما أن فقهاء هذا المذهب قد تطرقوا إلى الحيازة بصورة عامة وتعرضوا إلى بعض تطبيقاتها كالوكالة (٣)

فيذهب البعض من فقهاء هذا المذهب إلى القول: "لأن اليد قد تكون عن غصب وتوكيل وإجارة فلم تختص بالملك" (٤)

يرى البعض الآخر: "أن اليد ليست منحصرة في الملك فإنه قد يكون بإجارة أو إجارة وغصب أو وكالة" (٥)

فقهاء هذا المذهب يرون بأن اليد قد لا تقتصر على اليد المالكة، فقد تكون يد عارضة، ويتضح ذلك من إبرازهم لبعض صور اليد العارضة، كما هو الحال بالنسبة للغاصب في الغصب والمستأجر في عقد الإجارة والوكيل في عقد الوكالة.

وخلاصة القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا بصورة صريحة لخصائص الحيازة العرضية، ولكن يمكننا أن نستخلص بعض خصائص هذه الحيازة من خلال الاطلاع على آراء فقهاء المذاهب الإسلامية حول بحثهم لليد أو الحيازة عند بعض المذاهب، فبالنسبة لفقه

(١) إبراهيم الباجوري ، حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٥٨٣ .

(٢) الباجوري ، المصدر نفسه ، ص ٥٨١ .

(٣) لقد عرف فقهاء الحنابلة الوكالة بأنها (استئابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة) للمزيد راجع البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع شرح زاد المستنقع ، دار الغد الجديد ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٢٩٩ .

(٤) د. عدلي امير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٥) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن احمد، المقنع ، ج ٣ ، المطبعة السلفية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٦٧٩ ، ٦٨٠ .

الامامي فهم عرفوا اليد وهو مصطلح مشابه لمصطلح الحيازة عند بعض المذاهب، ويولون اليد اهتماماً بالغاً في تحديد مسار الدعوى وبالتالي ضمان حقوق واضع اليد على العين، كما تعرض فقهاء هذا المذهب الى بعض صور اليد العارضة كما هو الحال بالنسبة للوكيل في عقد الوكالة والدائن المرتهن في عقد الرهن، فواضع اليد في هذه الحالة لا ينوي كسب ملكية العين التي يحوزها، وإنما يبغي استعمالها مثلاً للسكن او للزرع، أما عن المذهب الحنفي والشافعي فيلاحظ أن فقهاء هذا المذهب لا يتناولون الحيازة بشكل مستقل وإنما يتعرضون لها عند بحثهم في دعاوى والبيانات، كما أن الحيازة عندهم تتمثل بوضع اليد على المال والاستيلاء عليه، كما تجدر الإشارة إلى أن بعض فقهاء الحنفية يعتبرون اليد امانة على الملكية لإثبات حق واضع اليد، أما بخصوص توجه الفقه المالكي والحنبلي فهم تعرضوا للحيازة واستعملوا هذا المصطلح في تعريفاتهم، فنجد الحيازة عندهم تعني وضع اليد على المال والتصرف فيه، كما تطرق فقهاء المالكية إلى بعض تطبيقات الحيازة العرضية كما في حالة الوكيل في عقد الوكالة ويضعون تعريفاً صريحاً للوكالة بأنه نيابة ذي حق ينوب عن غيره في القيام بتصرف معين.

ثانياً: سمات الحيازة العرضية للعقار في القانون:

بالنسبة لموقف الفقه القانوني من خصائص الحيازة العرضية للعقار، فيلاحظ أن فقهاء القانون قد وضعوا عدة خصائص تمتاز بها الحيازة العرضية للعقار سنوضحها تباعاً:

١- عدم افتراض الحيازة العرضية للعقار:

بهذا الخصوص أشار القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٣٠) إلى أنه "يفترض دائماً أن الحائز لنفسه وبصفته مالك إلا إذا ثبت انه بدأ بالحيازة بالنيابة عن غيره" بناءً على مما تقدم يلاحظ أن القانون المدني الفرنسي قد أوجد لمصلحة الحائز قرينة بمقتضاها يفترض أن حيازته ليست عرضية، وأعفاه بذلك من كل إثبات، إلا أن هذه القرينة تسقط إذا تمكن الخصم ان يثبت العكس أي أن يثبت أن الحيازة عرضية، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية لمعرفة ما إذا كانت الحيازة عرضية أم غير عرضية^(١)

بنفس الاتجاه أخذ القانون المدني المصري إذ نص في المادة (٢/٩٥١) على الآتي: "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإذا كانت استمراراً لحيازة سابقة افتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها".

بذات الاتجاه سار المشرع المدني العراقي إذ جاء في المادة (١/١١٥٧) أنه "من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له، حتى يقوم الدليل على العكس"^(٢)

بناءً على ما تقدم فإن الحيازة العرضية لا تفترض، بل يفترض في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة اصلية لا حيازة عرضية، وعلى من يدعي العكس ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزاً عرضياً يحوز لحساب غيره ولا يستطيع أن يتمسك بالتقادم أن يثبت ذلك فهو الذي يقع عليه عبء الإثبات، فإذا ثبت أن الحيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره فإنه

(١) سفانة سمير حميد، التقادم المكسب للملكية العقارية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٦، ص ٥٨٦.

(٢) توافقت المادة (١١٨) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٢٣) من القانون المدني الكويتي.

يفترض أنه بقي حائزاً عرضياً دون أن تتغير صفته عليه هو أن يثبت أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصلية وذلك بأحد طريقتين أما بفعل الغير أو بفعل الحائز.

٢- تنوع السند القانوني في الحيازة العرضية للعقار :

إنّ تنوع السند القانوني للحيازة العرضية يعد من السمات البارزة لهذا النوع من الحيازة، فقد يكون السند القانوني للحيازة العرضية هو العقد كما هو الحال في حيازة الوكيل والمستأجر، وقد يكون السند القانوني للحيازة العرضية هو حكم القانون كما هو الحال في حيازة الوصي والقيم ، وكذلك يمكن أن يكون السند القانوني لهذه الحيازة هو حكم القضاء كما هو الحال في حيازة مصفي التركة والحارس القضائي ومصفي الشركة عند حلها، فكل واحد من هؤلاء يستند في حيازته الى حكم قضائي، وقد لا يستند الحائز إلى سند قانوني كحالة الغاصب للعقار^(١)

تجدر الإشارة إلى أن التنوع في السند القانوني للحيازة العرضية من أهم السمات التي تمتاز بها هذه الحيازة العرضية للعقار؛ ولعل السبب في ذلك هو كثرة تطبيقات هذا النوع من الحيازة في الواقع العملي كعقود الإجارة والإعارة والوكالة وغيرها^(٢)

يتبين مما تقدم أن السند القانوني للحيازة العرضية للعقار يختلف باختلاف مصدر هذه الحيازة فمن جانب قد يكون مصدر هذه الحيازة قانوني كعقد من العقود المسماة التي نظمتها القوانين المدنية وقد يكون مصدر هذه الحيازة حكم صادر من القضاء يفرض به هذه الحيازة أو قد يكون مصدر هذه الحيازة نص قانوني، ومن جانب آخر قد يكون مصدرها غير قانوني كالغصب .

٣- وقتية الحيازة العرضية للعقار :

الحيازة العرضية تتسم بالوقتية، وخير دليل على ذلك هو التزام الحائز العرضي برد العقار إلى مالكة، وثمة رأي في الفقه القانوني يذهب إلى القول أن التزام الحائز العرضي برد العقار إلى مالكة هو الذي يحدد المركز القانوني للحائز العرضي، وبالتالي يجعل من حيازته حيازة مادية محضة أي حيازة ناقصة توافر لها العنصر المادي ولم يتوافر لها العنصر المعنوي أي نية تملك العقار الذي يحوزه، وينشأ الالتزام بالرد من المصدر القانوني السابق أي من العقد أو حكم القضاء أو نصّ القانون وبحسب الأحوال؛ ويعود السبب في ذلك أن الحائز إنما يحوز العقار حيازة مادية بناءً على سند قانوني صحيح وهذا السند القانوني الصحيح هو الذي يجعل الحيازة حيازة عرضية؛ لأنه يتضمن اعتراف من الحائز العرضي بأنه يحوز العين لحساب غيره وأنه ملتزم برد عين إلى المالك^(٣)

كما هو الحال بالنسبة للمستأجر في عقد الإيجار، فمن المعلوم أن هذا العقد من العقود الملزمة لجانبين، فكما يفرض التزامات على المؤجر منها تسليم المأجور وتمكين المستأجر من الانتفاع به

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٨٠٦.
(٢) أحمد شهاب أحمد المفرجي، مخالفة المستأجر للالتزامات في عقد الإيجار، بحث مقدم الى المعهد القضائي العراقي، ١٩٩٦، ص ٥٢
(٣) د. محمد طه البشير د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، طبعة جديدة ، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٠٧.

وبالمقابل يرتب التزامات أخرى في ذمة المستأجر من أهمها التزامه برد العقار إلى المالك وعلى الحالة التي كان عليها وقت العقد، ويكون الرد بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الايجار^(١)

أما بخصوص موقف القضاء من التزام الحائز العرضي برد المال الذي بحوزته، فيلاحظ ان القضاء الفرنسي قد ذكر في قرار له "إنّ المرتهن باعتباره حائزاً عرضياً ملزم برد المرهون إلى مالكة الراهن عند تحقق كامل الوفاء للدين الذي كان الحبس قد قام لضمانه، ولا يرجع على الراهن بالمصروفات التي صرفها لتنفيذ التزامه بالرد"^(٢)

وبذات الاتجاه سار القضاء المصري والذي أشار إلى أنه "وضع يد المورث على العقار بسبب معلوم غير أسباب التمليك، فإن ورثته من بعده لا يكسبون ملكية العقار بالتقدم، حتى لو كانوا يجهلون حقيقة وضع اليد، فإن صفة وضع يد المورث تلازم العقار عند انتقال اليد إلى الوارث، فيخلف مورثه بالتزامه برد العقار بعد انتهاء السبب الوقتي الذي وضع اليد بموجبه ولو كان هو يجهله"^(٣)

وبالنسبة لموقف القضاء العراقي بهذا الشأن فإنه لم ينص صراحة على الزام الحائز العرضي برد العقار إلى المالك، لكنه أشار ضمناً إلى ألام المرتهن بوصف حائزاً عرضياً برد المرهون إلى الراهن، فقد قضت محكمة التمييز "أن المرتهن يستبقي حيازة المرهون تحت يده، حتى انقضاء الرهن"^(٤) مما يعني أنه يلزم الدائن المرتهن بالرد عند انقضاء الرهن.

٤- الحائز العرضي يستطيع حبس العقار:

حبس العقار يعد من أبرز سمات الحيازة العرضية، فالحائز العرضي يستطيع حبس العقار^(٥) إلى أن يستوفي ماله من حقوق بسبب الحيازة العرضية، فيستطيع أن يستبقي حيازة العقار إلى أن يحصل على حقوقه من الغير^(٦)

(١) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والايجار)، ج١، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص ٢٨٢. وينظر كذلك د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص ٣٩٦. د. كمال قاسم ثروت الوندائي، شرح احكام عقد الايجار، ط١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧٤، ص ٢١٥. د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الايجار، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٣، ص ١٠٧. د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة (عقد الايجار)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٣٩.

2-Case EDH, 6 octoper, 2005, arrest Mourice, by Dalloz, civ, oct 2005, N 3, p 625.

(٣) الطعن رقم ٣٨٤، في جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١، مشا إليه في مجموعة القواعد القانونية، قررتها محكمة النقض المصري، سنة ٣٧ قضائية، ج ١، ص ١٤٥٠.

(٤) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٤٤/م، ٣٠/٣٠/٩٧١، جلسة ١٩٧١/١٠/٤، النشرة القضائية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص ٦٣.

(٥) من الجدير بالذكر أن نشأة الحق في الحبس ترجع الى عهد القانون الروماني، فقد كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد انها ملكه، اذا انفق مالا في حفظها او في تحسينها، وأراد المالك ان يسترد العين، اعطى البريتور الروماني للحائز دفعا بالغش، يدفع به دعوى الاسترداد حتى يسترد ما صرفه في حفظ العين وفي تحسينها. للمزيد راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات - آثار الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٢٥.

(٦) د. محمد المنجي، الحيازة، ط ٤، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٠.

لكن يشترط بعض الفقه القانوني حتى يثبت حق حبس العقار للحائز العرضي أن لا تكون حيازته مجرد حفظ الشيء بمقتضى وظيفته، ففي هذه الحالة لا يستطيع الحائز العرضي حبس الشيء الذي بحوزته حتى يستوفي أجره^(١)

كما أنه من الجدير بالذكر أن أساس الحبس في هذه الحالة يكمن في نصوص قانونية صريحة في القانون، فبخصوص موقف القانون المدني الفرنسي يلاحظ انه لم يضع نظرية عامة لا للحق في الحبس ولا للدفع بعدم تنفيذ العقد، واقتصر متأثراً بالحالة التي كان عليها القانون الفرنسي القديم على إيراد تطبيقات معينة في نصوص متناثرة، وبهذا الصدد نصت المادة (١٦١٤) من القانون المدني الفرنسي على أنه "أن للبايع حق حبس المبيع، والمشتري حق حبس الثمن حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه" وكذلك اشارت المادة (٢٢٨٥) من القانون ذاته على أن "حق المرتهن بحبس المرهون يسري في مواجهة الدائنين العاديين".

أما عن موقف المشرع المصري فقد أورد قاعدة عامة بشأن الحق في الحبس إذ نصت المادة (٢٤٦) على أنه "١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به، أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا، ٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع"

بذات الاتجاه سار المشرع المدني العراقي إذ نصت المادة (٢٨٢) من القانون المدني على الآتي "١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به ، ٢- فإذا قدم الدائن تأميناً للوفاء بالتزامه سقط حق المدين في الامتناع عن أداء ما التزم به"^(٢)

كما تطرق المشرع المدني العراقي إلى حيازة المرتهن كحائز عرضي ومنحه حق الحبس وبهذا السياق نصت المادة (١٣٤٢) على أنه "للمرتهن حبس المرهون دون إخلال بما للغير من حقوق تم كسبها وفقاً للقانون، وإذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه، كان له استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة".

نستنتج مما تقدم أن المشرع المدني العراقي قد أعطى الدائن المرتهن في عقد الرهن حق حبس المرهون من أجل استيفاء دينه، وبدون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير، كما أنه إذا خرج المرهون من يده دون إرادته أو دون علمه له أن يسترد حيازته، وهذا اتجاه حسن ولكن يؤخذ على المشرع المدني العراقي أنه قد جعل حق المرتهن بالحبس يسقط لانقضاء الرهن الحيازي، إذ ما بيع ذلك المرهون بناءً على طلب دائن آخر، حسب ما نصت عليه المادة (١/١٣٤٩).

ثمة من يرى أن الحق في الحبس بشكل عام يقوم على اعتبارات العدالة وحسن النية والمنطق القانوني، فليس من العدل أن يلزم شخص بالوفاء بدين ترتب في ذمته، دون أن يلزم من يطالبه

(١) د. محمد كمال عبد العزيز، التعليق على التقنين المدني، ط٣، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٩١١.
(٢) توافقت المادة (٣٨٧) من القانون المدني الأردني والمادة (٣١٨) من القانون المدني الكويتي.

بالتنفيذ بالوفاء بما عليه من دين له، وليس من حسن النية أن يمتنع شخص عن تنفيذ التزامه ويطالب دائنة بما ترتب في ذمته من التزام نحوه، وليس من المنطق القانوني أن يجبر شخص على الوفاء بالتزامه ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ارتبط بالتزام المدين ونشأ بمناسبة^(١)

بخصوص موقف القضاء بهذا الشأن فبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد ذكرت المحاكم الفرنسية حق الدائن في حبس المال الى ان يستوفي حقه، ويستنتج من أحد قراراتها أنها عرفت الحبس على أنه "حق للمرتهن يتمسك به قبل مدينه بأن يمتنع عن تسليم ما بحوزته من مرهون حتى يستوفي دينه الذي بذمته"^(٢) وفي السياق ذاته قضت محكمة النقض المصرية "للمودع عنده ان يحبس الآلة المسلمة إليه حتى يستوفي اجره"^(٣)

أما عن موقف القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز "أن حق الحبس ثابت للدائن حتى يستوفي الدين وليس للراهن طلب استرداده"^(٤) وتجدر الإشارة إلى أن الحبس في هذه الحالة قد قام بالدرجة الأساس لضمان حق الدائن المرتهن باستيفاء دينه، على النحو الذي يجيز له استبقاء المرهون في حيازته إلى حين الاستيفاء الكامل الدين الذي يكون في ذمة المدين الراهن^(٥)

يتضح مما تقدم أنه هنالك توافق بين اتجاه التشريعات الوضعية وكذلك الفقه القانوني والقضاء في أحكامه الخاصة بهذا الموضوع فالقضاء يؤكد على حق الحائز العرضي كالدائن المرتهن أو المودع عنده بحبس المرهون أو الآلة المسلمة إليه إلى أن يستوفي ماله من حقوق في ذمة الغير، وهذا يمثل ضمان هام لحق المرتهن والمودع عنده وغيرهم من الحائزون العرضيون للحصول على حقوقهم التي قد تترتب على الغير.

٥- الحائز العرضي لا يستطيع حماية حيازته بدعوى الحيابة:

كذلك من سمات الحيابة العرضية للعقار أن الحائز العرضي لا يستطيع حماية العين اتي يحوزها بدعوى الحيابة^(٦) إذ إن هذه الدعوى مكرسة كقاعدة عامة لحماية الحيابة القانونية دون الحيابة العرضية ولعل السبب في ذلك ان نية التملك لا توجد لدى الحائز العرضي كالمستأجر والمستعير بل توجد لدى الحائز القانوني كالمؤجر والمعير^(٧)

(١) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، أد. مجد طه البشير، القانون المدني واحكام الالتزام، ج ٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٣٨.

2- Case,Com,Juin,1964.

(٣) نقض مدني رقم ١٢٨٧، في تاريخ ١٢/١٢/١٩٧٣، مشار إليه في مجموعة محكمة النقض (الدائرة المدنية) تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، سنة ١٨ قضائية، ج ٣، ص ٢٢٣.
(٤) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم ١٨٠/م. ع. ٩٧١/٣٠٠، في جلسة ١٥/١١/١٩٧١، منشور في النشرة القضائية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الرابع السنة الثانية، بغداد، ١٩٧٣، ص ٦٣.
(٥) ملاك عبد الطيف عبد الحسين، حق المرتهن بحبس المرهون، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٣، ص ١٤٣.

(٦) تجدر الإشارة الى أن دعوى الحيابة التي نظمها القانون المدني وقانون المرافعات المدنية العراقي، ثلاث دعوى وهي دعوى استرداد الحيابة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل عند بحثنا لموضع حماية الحيابة العرضية في القانون.
(٧) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٣١.

كما أن الدعوى الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي رفعها باسمه هي دعوى استرداد الحيازة ففي حالة غصب العين منه بالقوة فإنه يملك الحق في رفع دعوى استرداد الحيازة لدفع الاعتداء عن نفسه وحمايته حيازته، لكن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة استثناءً بالنسبة للمستأجر وهو حائز عرضي، حيث خوله اللجوء الى هذه الدعاوى لحماية حيازته العرضية^(١) وهذا ما اكدته المادة (١/٥٧٥) من القانون المدني المصري إذ جاء فيها "لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من اجنبي مادام المتعرض لا يدعي حقاً ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطالبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد"

أما بخصوص توجه القانون المدني العراقي فلا يوجد نص مماثل لنص القانون المدني المصري مما يعني أن الحيازة العرضية للعقار تنتج أثراً يجوز حمايته بدعاوى الحيازة.

فيما يتعلق بتوجه القضاء بهذا الشأن فقد تعرض إلى عدم إمكانية الحائز العرضي حماية حق الملكية بدعاوى الحيازة التي يقرها القانون ولو كان ذلك بشكل غير مباشر، بهذا السياق فقد ذهب القضاء الفرنسي الى "أن جوهر الرهن هو نزع الحيازة من الراهن، لذلك كان للمرتهن باعتباره حائزاً عرضياً اذا نقلت حيازة المرهون الى الراهن ان يستردها وفقاً لأحكام الحيازة"^(٢)

قضت محكمة النقض المصرية "الحيازة العرضية تكون لحساب الاصيل، وله عند فقدها أن يستردها، ولو كان من سلبها منه هو الحائز العرضي، ولئن كان لهذا الأخير على ما جرى به نص المادة (٢/٩٨٥) من القانون المدني المصري أن يحمي حيازته العرضية باستردادها من الغير الا انه ليس له أن يلجأ إلى هذه الدعاوى ضد الاصيل الذي يحوز لحسابه"^(٣)

وبذات الاتجاه سار القضاء العراقي إذا أشار إلى أنه "للمرتهن حيازياً أن يقيم دعوى استرداد الحيازة على من انتزع منه حيازة المرهون لأي سبب كان وله ان يستبقه عنده حتى انقضاء الرهن عملاً بنص المادة (١/١٣٣٧) من القانون المدني"^(٤)

يتضح مما تقدم أن دعاوى الحيازة مقررة كقاعدة عامة لحماية الحيازة القانونية دون الحيازة العرضية، ولكن مع ذلك يستطيع الحائز العرضي أن يرفع باسمه دعوى استرداد الحيازة فقط إذا انتزعت منه حيازته، باستثناء المستأجر بإمكانه أن يرفع جميع دعاوى الحيازة باسمه لا باسم المؤجر؛ ونحن نرى أن السبب في منح المشرع هذا الحق للمستأجر لما لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه، ومن هذه الاعتبارات كثرة عقود الايجار التي تبرم في الحياة العملية وأهميتها في التخفيف من حدة ازمة السكن، ورغبة من المشرع في توفير الحماية الكافية للمستأجر خاصة إذا علمنا أن المستأجر عادة ما يكون الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وبالمقابل نجد الطرف الآخر (المؤجر) عادة ما يكون في مركز قانوني واقتصادي جيد.

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها- مصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٤٧٣.

2- Case Cassio Civil, 18-5-1998, Dalloz, 1988, Nol, P 482.

(٣) الطعن رقم ٤٩٨، في تاريخ ١١/٢٩/١٩٨٤، مشار إليه في مجموعة محكمة النقض (الدائرة المدنية) تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، سنة ٥٠ قضائية، ج ١، ص ٤٣٠.

(٤) قرار رقم ١٤٤/١ مدنية ثالثة عقار/٩٧١، جلسة ١٠/٤/١٩٧١، منشور في النشرة القضائية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الرابع، السنة الثانية، ص ٦٣.

٦- الحيازة العرضية لا تكسب الحائز العرضي حق على العقار بالتقادم:

لعل من أبرز الخصائص التي تمتاز بها الحيازة العرضية التي ترد على عقار أنها قاعدة عامة لا تكسب الحائز العرضي ملكية العقار الذي يحوزه بالتقادم^(١) ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة فالمستأجر مثلا يستطيع ان يكسب ملكية العقار المؤجر بالتقادم وذلك عند تغيير صفة حيازته العرضية إلى حيازة حقيقية، ويستطيع المؤجر أيضاً أن يتمسك بذلك كان يكون المؤجر غير مالك العين، ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتي عشرة سنة ثم اجرها، وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى، فهنا يستطيع المؤجر ان يتمسك بحيازة المستأجر للعقار في المدة الأخيرة وبالتالي يكسب ملكية العقار بالتقادم الطويل المكسب للملكية^(٢)

بخصوص موقف القضاء بهذا الصدد فقد تعرض إلى بعض تطبيقات الحيازة العرضية فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن "الحائز العرضي لا يحوز الشيء بنية تملكه أو اكتساب حق عيني اصلي عليه، وإنما يحوز الشيء لحساب غيره كالمستأجر والمستعير"^(٣)

قضت محكمة النقض المصرية "عقد الحكر مقتضاه بقاء حيازة المحتكر للأرض المحتكرة وقتية لا تكسب الملك بالتقادم، ولا يجوز أن يتمسك بصدد تغيير صفة وضع يده بانتهاء عقد الحكر مهما طال انتفاعه بالعين المحتكرة، وإنما يلزم لتغيير الحيازة أن يجابه مالك العين مجابهة صريحة بصفة فعلية تدل على أنه مزع انكار الملكية على المالك والاستئثار بها بدونه"^(٤)

وقضت محكمة التمييز في العراق بأنه "تصرف الحائز في العقار الذي يحوزه مدة مرور الزمان، إذ لم يكن مطلقاً لا يكسب الملكية، فهذا التصرف حجة واقعة لا مكسبة"^(٥)

يتبين لنا مما تقدم أن الحيازة العرضية للعين لا تكسب الحائز حقاً بالتقادم مهما طال مدة حيازته؛ ولعل السبب في ذلك ان الحيازة العرضية حيازة مادية محضة للشيء، كما لا يستطيع الحائز التصرف بالعقار الذي يحوزه بكافة التصرفات القانونية كالبيع والهبة؛ لأن سلطاته يحددها السند الذي تقوم عليه حيازته، كما لا يتوافر فيه حيازته العنصر المعنوي وهو العنصر الثاني في الحيازة إلا إذا تحولت صفة الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية.

(١) يعرف التقادم بأنه "دفع موضوعي يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف، ولذلك فإنه لا يخضع لقواعد الدفوع الشكلية، ويرد على جميع الحقوق فيؤدي الى سقوطها او اكتسابها، متى توافرت الشروط التي ترتب هذا الأثر". للمزيد من التفصيل راجع المستشار أنور طلبه، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣.

(٢) د. بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة، بحث منشور في مجلة الرافدين تصدر عن كلية جامعة الموصل كلية الحقوق، العدد الخمسين، السنة السادسة عشر، ٢٠١٠، ص ٢٧.

(٣) نقض فرنسي، ٢٦ يناير، سنة ١٩٧٠، اشار اليه عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٧٨٨.

(٤) الطعن رقم ٧٧٧ في تاريخ ١٩٨٩/٥/٢٨، أشار إليه د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها- مصادرها، المصدر السابق، ص ٤٧٤.

(٥) قرار محكمة التمييز ٦٥/١٦٢١ في ١٩٧٦/١٢/٢١، اشار اليه مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٣٧٩.

المطلب الثاني

نطاق الحيازة العرضية للعقار

نجد أن من الضروري التطرق إلى موضوع نطاق الحيازة العرضية للعقار؛ وذلك من أجل معرفة العقارات التي من الممكن أن تكون محلاً لهذه الحيازة، والعقارات التي لا يجوز أن تكون محلاً لها، في سبيل تحديد نطاقها، وتفصيلاً لما تقدم سوف نتناول في هذه المطلب موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من نطاق الحيازة العرضية للعقار ونبين أيضاً موقف فقهاء القانون من نطاق هذه الحيازة وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وكما يأتي :

الفرع الأول

نطاق الحيازة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي

سوف نوضح في هذا الفرع العقارات التي ترد عليها الحيازة العرضية عند الفقهاء المسلمين والعقارات التي لا تخضع لهذه الحيازة وسوف نبين ذلك في فقرتين وكما يلي:

أولاً: العقارات التي ترد عليها الحيازة العرضية:

إنّ الفقهاء المسلمين أوردوا عدة تعاريف للعقار، فيرى بعض فقهاء الإمامية أن العقار هو ما له استقرار وثبات كالأرض وملحقاتها كالمباني والأشجار^(١) وفي الفقه الحنفي ثمة من يرى أن العقار ماله أصل ثابت وقرار لا يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر^(٢) والعقار بهذا المعنى لا يتأثر في غير الأرض سواء كانت هذه الأرض للزراعة أو للبناء أو كانت أرض فضاء^(٣) وبذات الاتجاه سار المشرع في مجلة الأحكام العدلية^(٤) في بيان مجال العقار إذ أشار في المادة (١٢٩) إلى أنه "العقار يشمل الأرض سواء كانت مخصصة للزراعة أم للبناء"^(٥) كما أن المشرع في مدونة مرشد الحيران قد سلك نفس الاتجاه الذي سلكته مجلة الأحكام العدلية إذ أشار في المادة الثانية إلى أنه "العقار يتكون من الأرض التي يخصصها أصحابها للزرع أو البناء"^(٦)

ويذهب رأي في الفقه المالكي إلى أن العقار يشمل الأرض والبناء والغرس وكل ما وضع في الأرض على سبيل الاستقرار، وهذا القول المتقدم أقرب ما يكون إلى موقف القوانين المدنية بصد بيانها لمعنى العقار ونطاقه، إذ عدّ هذا القول البناء والغراس عقاراً^(٧) والحيازة ترد

(١) المحقق الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الأمامية، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، ١٣٨٦ هـ، ص ٢٥٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج ٥، ص ٦٤.

(٣) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج ٢، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٣١٥ هـ، ص ٢١٥.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحكام العدلية قد صدرت في عام ١٨٧٦ م وتعد هذه المجلة القانون المدني العثماني وقد استمدت أحكامها من فقه المذهب الحنفي، وتضمنت باب بشأن مرور الزمان في المواد (١٦٦٠ - ١٦٧٥)

(٥) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار النهضة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٦٧.

(٦) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران في معرفة احوال الانسان، ط ٢، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٩٠٩، ص ٢٨.

(٧) الخرشي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، ص ٣٨٠.

على العقار بجميع أنواعه من دور وعروض وكل ما يمكن حيازته شرعاً^(١) وثمة رأي في الفقه المالكي يقول "ومن حاز داراً مثلاً أو عقاراً"^(٢)

يتضح مما تقدم أن العقار وفقاً للمذهب المالكي أعم مما رأيناه عند فقهاء المذهب الحنفي، إذ أن العقار وفقاً للمذهب المالكي يشمل الأرض والبناء والغرس، وكل ما وضع في الأرض من أجل الاستقرار، بينما في المذهب الحنفي نجد أن العقار عندهم لا يتأتى في غير الأرض سواء كانت للزراعة أم للبناء أم كانت أرض فضاء.

فيما يتعلق بموقف الفقه الشافعي يلاحظ أن فهاء هذا المذهب قد أوردوا تعريفاً للعقار يتمثل في أن العقار كل مال يتميز بالثبات والاستقرار لا يمكن نقله أو تحويله دون ضرر^(٣)

ويذهب رأي في الفقه الحنبلي إلى أنه "أن يكون رجل حائز لدار متصرفاً فيها"^(٤) الأمر الذي يدل على اقرار الفقه الحنبلي لحيازة الأرض وكذلك التصرف فيها بسائر التصرفات المشروعة كالبيع والاجارة وغيرها.

خلاصة ما تقدم هناك اتجاهان في تحديد مجال العقار، الاتجاه الأول مضيق ويرى بأن العقار هو الأرض ويمكن اعتبارها العقار بطبيعته، وأما ما يتصل بها من بناء أو شجر فهو عقار بالتبعية، فالعقار إذن هو كل مال يتميز بالثبات والاستقرار بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف أو ضرر مثل الأرض والبناء، وهذا هو رأي فقهاء الجمهور من الامامية والحنفية والشافعية والحنابلة كما رأيناه سابقاً، والاتجاه الثاني موسع أخذ به فقهاء المالكية، إذ يرى أن الحيازة بشكل عام والحيازة العرضية بشكل خاص لا تقتصر على الأرض، بل تشمل العروض والدور وكل ما يمكن حيازته شرعاً أي ان حيازة هذا الشيء لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

ثانياً: العقارات التي لا تخضع للحيازة العرضية:

لقد أجمع الفقهاء في المذاهب الإسلامية على عدم جواز حيازة أو وضع اليد على بعض العقارات التي تتعلق بها حقوق الله تعالى، وذلك كالمساجد والطرق والوقف، وهذا ما يشبه الأموال العامة في القانون المدني، وهذه القاعدة متفق عليها في القانون الروماني والقوانين الحديثة والفقه الإسلامي^(٥) كما أن حق الله تعالى هو ما تعلق به النفع العام للعباد من غير اختصاص بأحد وفيه مصلحة عامة للمجتمع ، وأيضاً مصلحة خاصة للعبد وينسب إلى الله لعظم خطره وكذلك لشمول نفعه^(٦) وسوف نتعرض لبحث العقارات التي لا ترد عليها الحيازة عموماً والعرضية خصوصاً وهذه العقارات هي الأرض الوقف والمساجد والعقارات المخصصة للمنفعة العامة وسوف نوضحها كما يلي :

(١) الأمام مالك، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ص ١٩٢ .
(٢) علي الصعدي العدوي، حاشية علي الصعدي، المصدر السابق، ص ٣٠٥ .
(٣) المطيعي، محمد بن نجيب، تكملة المجموع على المهذب، ج ١، مطبعة الامام، مصر، بلا سنة طبع، ص ٣٦٤ .
(٤) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ٨٨ .
(٥) يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢٦٦- ٢٧٣ .
(٦) د.علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ط ١، معهد البحوث والدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٥٣ .

١- الأرض الوقف :

قبل البدء بتعريف الأرض الوقف ^(١) لا بد أولاً أن نوضح معنى الوقف عند الفقهاء المسلمين، ففي المذهب الإمامي نلاحظ أن فقهاء هذا المذهب قد أوردوا تعريف للوقف إذ عرف بأنه "تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة" ^(٢) فالوقف وفقاً لهذا التعريف يمنع التصرفات الناقلة للعين الموقوفة ولا تؤجر ولا تورث، ومنفعة الأرض تكون من نصيب الموقوف عليه .

أما بالنسبة للمذهب الحنفي فيوجد تعريفان للوقف، التعريف الأول منسوب لأبي حنيفة ويرى بأنه "حبس العين على ملك الواقف والتصرف بالمنفعة" ^(٣) والتعريف الثاني منسوب لصاحبين ابو يوسف ومحمد ويرى بأنه "حبس العين على حكم الله تعالى" ^(٤)

أما عن المذهب المالكي فقد عرف الوقف بأنه "أعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بفاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً" ^(٥)

بالنسبة للمذهب الشافعي فقد عرف على أنه "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، يقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح موجود" فالوقف يمنع التصرف في العين الموقوفة فلا تباع ولا تورث، أما المنفعة فتصرف الى الموقوف عليه الموجود ^(٦)

بخصوص توجه المذهب الحنبلي فقد عرف فقهاء هذا المذهب الوقف تعريفات عدة منها الوقف هو "تحبيس ملك مطلق التصرف بماله المنتفع به مع بقاء عينه، يقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته ويصرف ريعه إلى جهة بر تقرباً إلى الله سبحانه وتعالى" ^(٧)

عرف أيضاً بأنه "تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة" ^(٨) والتعريف الثاني يتحد مع التعريف الأول في المضمون وأن كان بالألفاظ مختلفة، وهو أن الوقف يمنع من التصرف في رقبه العين الموقوفة وبقاء المنفعة في خدمة جهات البر والاحسان من الفقراء والمساكين التي تكون بحاجة إلى الخدمات والمنافع التي يقدمها الوقف، وكل ذلك في سبيل تحقيق مبدأ هام في الشريعة الإسلامية وهو تكافؤ الفرص، وهذا الأمر يدل على أهمية الدور الذي يؤديه الوقف في تحقيق التكافل الاقتصادي والاجتماعي بين المسلمين، وهذا من أهم أسباب إقرار الشريعة الإسلامية

(١) يوجد نوع خاص من الأموال التي تعرفها الشريعة الإسلامية دون غيرها من الشرائع وهي الأشياء الموقوفة، فهذه الأشياء لا يملكها احداً من الأشخاص الطبيعيين، بل تظل محبوسة حسب تصور الفقه الإسلامي على حكم ملك الله تعالى، أما منفعتها فتؤول الى المستحق، بحسب المنصوص عليه في ورقة انشاء الوقف، وهذه الاشياء يرصدها مالها الى جهة بر لا تنقطع ولو في المال، للمزيد من التفصيل راجع د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الاصلية، ط١، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٣، ص٥٠ وما بعدها.

(٢) محمد بن ادريس الحلي، السرائر (الموسوعات الفقهية الوقوف والوصايا)، ج١، دار التراث، بيروت، بلا سنة طبع، ص٥١٨.

(٣) المرغيناني، علي بن أبي بكر الفرغاني، الهداية (الموسوعات الفقهية الوقوف والوصايا)، ج٥، دار التراث، بيروت، ٢٠٠٢، ص١٩.

(٤) المرغيناني، المصدر نفسه، ص١٩،

(٥) الخرشي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، ص٧٨.

(٦) الشربيني، شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨، ص٣٧٦.

(٧) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الارادات، عالم الكتب، بيروت، بلا سنة طبع، ص٤٨٩.

(٨) المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم، العدة شرح العمدة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٢٦١.

لنظام الوقف، وتكون الأرض وقفاً في حالة اخراج الشخص العين من ملكه إلى حكم ملك الله تعالى والتصدق بريعها^(١) وفي هذه الحالة تكون العين غير مملوكة لأحد من العباد وتبقى المنفعة للمستحقين سواء في الوقف الأصلي أم الخيري^(٢) وبناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف الوقف بأنه "عبارة عن تصرف قانوني يصدر من طرف واحد وهو الواقف، وهذا التصرف يؤدي الى تغيير ملكية العقار الموقوف، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من الاشخاص، ويولد حقوقاً عينية فيه للمستحقين".

كما أن النبي (صل الله عليه وآله وسلم) وقف بعض الأراضي التي غنمها المسلمون بتوجيه غلتها إلى سبيل الخير أي إلى عامة المسلمين، كما حمى بعض الأراضي وخصصها لرعي خيول المسلمين وهو إقرار للملكية الجماعية والمنفعة العامة^(٣) كما سمح الرسول (ص) لعمر بن الخطاب بوقف أرض له أصابها بخبير^(٤) ومن ثم فالوقف مقرر من لدن رسول الله (ص) واستمر في عهد الخلفاء الراشدين من بعده وهكذا ، يتضح مما تقدم أن الحيابة لا ترد على الأرض الموقوفة لأن هذه الأرض لا يملكها الحائز مهما طاللت المدة لأنها من حقوق الله تعالى والجدير بالذكر أن الأراضي التي فتحها المسلمون بعد عهد الرسول (ص) قد أصبحت فينا للمسلمين ومن ثم تكون هذه الأراضي وقتئذ موقوفة على مصالح المسلمين وناظرها هو السلطان فلا ملك فيها لأحد^(٥)

٢- المساجد :

تعرف المساجد بأنها "الأماكن المخصصة لجماعة المسلمين يؤدون فيها عباداتهم وشعائرتهم الدينية، وهذه الأرض لم تعد مملوكة لأحد من الناس"^(١) لقوله تعالى : "وأن المساجد لله"^(٢) وقيل أريد بالمساجد الأرض كلها؛ لأنها جعلت للنبي (ص الله عليه وآله وسلم) مسجداً^(٣) فبمجرد بناء المسجد تخرج ملكية الأرض والمباني من ذمة المالك ولا تعود إليه ولا لورثته بحال من الأحوال، حتى لو تخرب المسجد أو تهدم وأصبح أرض فضاء فأعاده بناءه تقع على بيت المال ، كما أن الانتفاع بالمسجد قاصراً على المسلمين وحدهم^(٤)

ويذهب رأي في الفقه المالكي بعد أن تكلم عن الحيابة وشروطها إلى "أن المحاز عليه لا تسمع بينته، لأن العرف يكذبه، إذ لو كانت الدار له لما سكت عن الدعوى بها في هذه المدة، ثم يقول بعد ذلك هذا كله في غير حق الله، وأما حق الله فلا يفوت بالحيابة، ولو طاللت المدة كحيابة

(١) د. يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٦٧.

(٢) د. عبد الزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٢٢.

(٣) د. خليل إبراهيم الخالد و د. مهدي محمد الأزري، تاريخ أحكام الأراضي في العراق، دار الحرية، بغداد، ١٩٨٠، ص ١٥٣. وينظر كذلك يحيى بن آدم القرشي، كتاب الخراج، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٤٧ هـ، ص ١٨.

(٤) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٥) ابن عيش، محمد بن احمد، فتح العلى القدير، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ١٣٢٠ هجرية، ص ٣١٦.

(٦) د. عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق ، ص ٢٦.

(٧) سورة الجن، الآية ١٨.

(٨) السيد عبد الله شبر، تفسير شبر المعطر بولاية علي بن أبي طالب (عليه السلام)، دار الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١، ص ٥٧٣.

(٩) د. محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٩٥.

طريق المسلمين أو قطعة منها فلا يملكها ولو طال الزمان وتقبل الشهادة فيها بأنها طريق ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً على غيره فلا يملكه الحائز ولو طال الزمان، لأن الحيازة لا تنفع في الأوقاف، كما لا تنفع في وثائق الحقوق فللمستحق ما فيها للقيام به ولو طال الزمان" (١) وثمة رأي آخر في هذا المذهب يقول "كما لو شهدت البيعة على الحائز عشرة أعوام بعارية، أو إعمار أو بأن هذا المحوز حبس أو طريق، أو مسجد، فالحيازة عشرة أعوام لا تنفع مع وجود البيعة الشاهدة بذلك" (٢)

فالمساجد إذن تدخل في حق الله تعالى ومن ثم فلا ترد عليها الحيازة، ولا يجوز تملكها بوضع اليد مهما طال عليها الزمن، حتى أن الوصية إذا كانت لجهة من جهات البر كالمساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها من المؤسسات ذات النفع العام، فإن الوصية (٣) في هذه الحالة تأخذ حكم الوقف الخيري أيضاً، الأمر الذي يدل على أهمية المساجد كبيوت الله وحرمتها في الاسلام (٤)

وبصدد تحديد مالك العين الموقوفة (المسجد) فنلاحظ أنه في الفقه الإمامي يوجد ثلاثة أقوال، الأول أن المالك هو الموقوف عليه (٥) وهو المشهور (١) وقد ذهب إليه أيضاً بعض فقهاء الإمامية المعاصرون (٧) والثاني إن كان الوقف على معين فالمالك هو الموقوف عليه، وإن كان على جهة عامة فالمالك هو الله سبحانه وتعالى (٨) والثالث البقاء على ملك الواقف.

بالنسبة لتوجه الفقه الحنفي فيوجد قولان الأول أن العين الموقوفة تبقى في ملك الواقف وله أن يتصرف فيها كما يشاء من بيع أو هبة حيث يكون تصرفه هذا رجوع مشروع عن وقفه، وإذا مات أصبحت العين الموقوفة ميراثاً لورثته، والقول الثاني يرى بأن العين الموقوفة تخرج

(١) النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ط ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٣٧٤ هـ، ص ٣٣١. وينظر كذلك علي العدوي الصعيدي، حاشية علي الصعيدي، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

(٢) الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٣) الوصية في حقيقتها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً أم منفعة، إذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع، والقياس يأبى جواز الوصية، والاستحسان يجوزها لأنها تملك مضاف حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة، مع أن الشخص لو اضاف التمليك إلى حال قيام الملك بأن قال لغيره ملكتك هذا الشيء غداً كان باطلاً عند الفقهاء، فتكون الوصية أولى بهذا الحكم، ولكن الشارع اجازها لحاجة الناس إليها إذ إن الإنسان مغرور بأصله مقصر في عمله فإذا عرض له عارض وكان الهلاك يحتاج إلى تدارك ما فاتته في حياته. للمزيد راجع محمد زيد الأبياني، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، ج ٢، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٧٤٤.

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية، ط ١٠، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٧٢.

(٥) الطوسي، محمد بن الحسن بن علي، المبسوط في فقه الامامية، ج ٣، المكتبة المرتضوية، طهران، بلا سنة طبع، ص ٢٨٧.

(٦) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج ١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٢، ص ٨٨.

(٧) الخوئي، ابو القاسم الموسوي، منهاج الصالحين، ج ١، دار الزهراء بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٤٠. محمد باقر الصدر، منهاج الصالحين، ج ٢، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٩٨٠، ص ٢٣٧، علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠١، ص ٣٨٨.

(٨) العلامة الحلبي، الحسن بن سديد الدين، قواعد الاحكام (الموسوعات الفقهية الوقوف والوصايا)، ج ١، دار التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٥١.

من مللك الواقف إلى حكم ملك الله تعالى أي لا تدخل في ملك أحد من الناس ويمنع من التصرف فيها فلا تباع ولا تورث وتجعل منفعتها صدقة لازمة للموقوف عليه (١)

بالنسبة للفقهاء المالكي فنجد أن الوقف لازم ببقاء العين على ملك الواقف فلا تخرج العين الموقوفة عن ملك الواقف فلا يقطع الوقف حق الملكية في العين الموقوفة وانما يقطع حق التصرف فيها فلا يستطيع بيعها أو هبتها (٢)

فيما يتعلق بالفقه الشافعي وعن ملكية العين الموقوفة ففيه قولان الأول وهو الظاهر أن الملك ينتقل إلى الله تعالى أي ينفك عن اختصاص الادمي فلا يكون للواقف أو الموقوف عليه (٣) والقول الثاني ينتقل إلى الموقوف عليه (٤)

أما بخصوص توجه المذهب الحنبلي ويصدد تحديد مالك العين الموقوفة توجد ثلاثة أقوال الأول أن ملك العين الموقوفة ينتقل إلى الموقوف عليه وهو ظاهر المذهب، والثاني أنها لا تملك (٥) أي تبقى الملكية للواقف، والقول الثالث أن ملك العين الموقوفة ينتقل إلى الله تعالى أن كان الوقف على مسجد ونحوه ، وإلى الموقوف عليه أن كان ادميًا معينًا أو جمعًا محصورًا (٦)

٣- العقارات المخصصة لمنفعة العباد :

وهذه العقارات لا تكون مملوكة لأحد من الناس، بل هي مرفق من مرافق الدولة العامة ومنها المدارس والمستشفيات والطرق والجسور والترع والعقارات المعدة لحفظ البلاد كالقلاع والحصون، وكذلك الطرق العامة فالمرور فيها للناس جميعا، ولكل صاحب عقار يقع على أحد جانبي الطريق الحق في فتح الابواب والمنافذ ما دامت مطلة على الطريق، بشرط ألا يشغل حيزًا من الطريق ، وألا يضر بالمصلحة العامة أو يعرقل من سير الناس (٧) وهذه العقارات لا تقبل التملك بالحيازة مهما طال زمن وضع الذي عليها (٨)

تجدد الإشارة إلى أن قانون الأراضي العثماني قد سار بهذا الاتجاه إذ نصّ في المادة (١٠٢) على الآتي: "لا اعتبار لمرور الزمان في الأموال العامة" (٩)

(١) د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، ط٢، دار التأليف، مصر، ١٩٦٣، ص٧.

(٢) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٨، الطبعة الثامنة، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٥، ص ١٥٦.

(٣) شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨، ص٣٣.

(٤) الشيرازي، ابراهيم بن محمد، المهذب، الموسوعات الفقهية (الوقف والوصايا)، ج٥، دار التراث، بيروت، ٢٠٠١، ص١١٥.

(٥) ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، ج٥، مطبعة الامام، مصر، بلا سنة طبع، ٤٩٢.

(٦) المقدسي، عبد الرحمن بن ابراهيم، الاقناع لطالب الانتفاع، ج٣، ط٣، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣ هـ، ص٧٠.

(٧) د. محمد مصطفى شلبي، نظرية المدخل في الشريعة الإسلامية، ط٢، دار التأليف، مصر، ١٩٦٠، ص٢٦٧.

(٨) الخرشي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، ص٢٨٥.

(٩) من الجدير بالذكر أن قانون الأراضي العثماني صدر في سنة ١٢٧٤ هـ (١٨٥٨م) وقد نص هذا القانون في بعض مواده على عدم سماع الدعوى المتعلقة بالأراضي الاميرية في بعض الحالات وذلك في (م ٢٠ و ٧٨ مثلاً) للمزيد من التفصيل راجع د. محمد عبد الجواد محمد، الحيازة والتقديم في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص١٢.

وقد أشارت الى ذلك ايضاً مجلة الاحكام العدلية إذ جاء فيها (لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر ...) (١)

تجدر الإشارة إلى أن الأراضي المحمية في الإسلام هي من العقارات المخصصة للمنفعة العامة حيث جاء الإسلام وكان العرب يحمون بعضاً من أراضي المراعي، وكان هذا الحمى يقوم على أساس الغلبة والقوة، وعندما جاء الإسلام أبطل حمى الجاهلية، وبين أنه لا حمى إلا لله تعالى ولرسوله (ص) وقد حمى الرسول (ص) أرضاً بالبيع بالقرب من المدينة ترعى فيه خيول المسلمين، وهذا يعني أن الحمى يجب ان يقوم على الملكية الجماعية للناس جميعاً (٢)

كما أن هذه العقارات تعتبر من حقوق الله تعالى ويتعلق بها النفع العام للعباد، فتكون هذه العقارات محبوسة على حكم ملك الله تعالى (٣) وعليه فلا يستطيع أحدًا من الناس أن يملكها بالتقادم (٤)؛ لأن هذه العقارات تعتبر من حقوق الله تعالى ولا تقبل الحيابة، وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعداد للعقارات التي لا ترد عليها الحيابة إنما هو على سبيل المثال لا الحصر؛ لأنه كل ما يشترك مع هذه الأموال في الغرض الذي اعد له يأخذ حكمها، كالمدراس والمستشفيات والملاجئ والحدايق العامة تأخذ حكمها، وهذا ما تشير اليه المادة (١٢٧٥) من مجله الأحكام العدلية، فهذه العقارات تؤدي وظيفة اجتماعية هامة في العديد من المجتمعات، كما أنها تتمتع بحرمة وخصوصية؛ وذلك لأرتباطها بممارسة العبادات والشعائر الدينية وحسب ظروف كل مجتمع (٥)

نستخلص مما تقدم أن هناك أجماع من قبل فقهاء المذاهب الإسلامية على أن بعض العقارات لا ترد عليها الحيابة المكسبة للملكية وبالتالي لا ترد عليها ايضاً الحيابة العرضية؛ ولعل السبب في ذلك أن هذه العقارات تتعلق بها حقوق الله تعالى، كما أن هذه العقارات يشترك النوع الإنساني في الانتفاع بها انتفاعاً مطلقاً، ولا يختص فرداً معيناً بالانتفاع بها، فالعقارات المخصصة لمنفعة العباد غير قابلة في الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذي

(١) المادة (١٢٧٥) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) الماوردي، أبو الحسن بن علي بن محمد الاحكام السلطانية والولايات الدينية، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٦٠، ص ١٨٥.

(٣) د. مصطفى الزرقا، أحكام الاوقاف، ج ١، ط ٢، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٤٧، ص ٢٥. وكذلك يرى أن عبارة على حكم ملك الله تعالى تعني تملك الجهة الموقوف عليها اي جهة البر الدائمة كالمسجد او المدرسة، بعد انقراض الموقوف عليه المؤقت من الاشخاص الطبيعيين، كذرية الواقف او اعقابه، ولكن هذا القول يخالف ظاهر العبارة المذكورة، حيث ان الملكية بموجبها تثبت لله تعالى وليس الى الجهة الموقوف عليها لذا لا يمكن الأخذ بهذا الرأي.

(٤) من الجدير بالذكر ان بعض من فقهاء الحنفية المتأخرين قد أخذوا بمبدأ مرور الزمان، لا كمكسب للحق او كمسقط له بل كمانع من سماع الدعوى يستفيد منه واضع الذي والمدين، واما الحق فباق على حاله، فما يسقط اذن هو الدعوى وليس الحق نفسه، فو رد القاضي دعوى الدائن مثلاً بسبب مرور الزمان فإن المدعى عليه يبقى مديناً للمدعي ويكون قد هضم حقه، وقد بني هؤلاء الفقهاء عدم سماع الدعوى لمرور الزمان على الاستحسان والضرورات العملية ضماناً لاستقرار المعاملات، ومنعاً لاحتيايل والتزوير والدعاوى الباطلة، وعللوا ذلك بقرينة الوفاء المستنتجة من السكوت، وبعدم الحق ظاهراً بعد مرور الزمان وبنسيان الشهود او موتهم او غيابهم وما الى ذلك. للمزيد راجع د. محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٢٢٠، ٢٢١.

(٥) د. منذر حسين الفضل، الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الاول السنة السادسة، ص ٣٤.

خصت له، لذلك لا يجوز تملكها بوضع اليد وهذا يماثل موقف القانون بخصوص عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم، ومن هذه العقارات أيضاً المساجد والأرض الوقف، فلا يجوز وضع اليد عليها أو تملكها؛ نظراً لما تتمتع به من خصوصية وحرمة في الشريعة الإسلامية فالمساجد هي بيوت الله والتي تخصص للممارسة طقوس وتعاليم الدين الإسلامي الحنيف، والأرض الوقف تكون مكرسة لمنفعة جهات البر والإحسان والفقراء والمساكين.

الفرع الثاني

نطاق الحيازة العرضية للعقار في القانون الوضعي

للحيازة العرضية نطاق تدور حوله في القانون الوضعي، وسوف نوضح في هذا الفرع نطاق الحيازة العرضية للعقار من حيث الأشياء، ونطاق هذه الحيازة من حيث الحقوق حتى نتعرف على نطاق الحيازة العرضية للعقار بصورة أكثر وضوحاً ونتطرق أيضاً إلى موقف القوانين محل المقارنة وموقف الفقه القانوني والقضاء وذلك في فقرتين وكما يلي :

أولاً - نطاق الحيازة العرضية من حيث الأشياء:

تبين وجود فكرة شائعة وموداها الخلط بين الأشياء والأموال، وتسمية الأشياء بالأموال، مع أن لكل من المصطلحين مدلولاً خاصاً به، فالمقصود بالمال كما عرفته المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي "هو كل حق له قيمة مادية"^(١) أما الشيء فيراد به الدلالة على محل ذلك الحق، سواء كان هذا الشيء مادياً أم غير مادياً، فالقانون لا يهتم بالأشياء إلا باعتبارها محلاً للحقوق^(٢)

من جانب آخر نجد أن الحيازة تتمثل في مباشرة الحائز لسلطته على الشيء، قصد الظهور عليه بمظهر المالك أم لم يقصد ذلك، ولذلك فإن الحيازة بشكل عام والعرضية بشكل خاص، ترد على شيء مادي، وهذا الشيء محل الحيازة يجب ان يكون مما يجوز التعامل فيه، وقابلاً بأن ترد عليه ملكية خاصة، وأن يكون مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم وسنين هذه الشروط تبعاً:

١- أن يكون الشيء محل الحيازة العرضية مما يجوز التعامل فيه :

الشيء محل الحيازة بشكل عام والعرضية بشكل خاص يجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وعليه فالأشياء التي لا يجوز التعامل فيها لا تصح حيازتها، وبخصوص موقف التشريعات

(١) تقابلها المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني، بينما نصت المادة (٢٢) من القانون المدني الكويتي على أنه "الأشياء المتقومة تصح محلاً للحقوق المالية"

(٢) لقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية وبخلاف القانون الوضعي بين الشيء والمال والملك، فالشيء أعم من الملك فهو يشمل ما هو ملك كالسيارة والدار وما هو ليس بملك كالأشياء المباحة من هواء في الفضاء وسمك في الماء، والملك أعم من المال فهو يشمل ما هو مال وما هو ليس بمال، فالمنافع على سبيل المثال تعد ملكاً رغم أنها ليس مال، والشيء في الشريعة الإسلامية أعم من المال فكل مال هو شيء ولكن ليس كل شيء بمال. للمزيد من التفصيل راجع د. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٣٩، ص ٥٠، ٤٨.

محل المقارنة فقد اشارت المادة (٢٢٢٦) من القانون المدني الفرنسي على انه "الأعيان والأشياء الخارجة عن دائرة التعامل أي التي لا يمكن التصرف فيها لا تكسب بالتقادم".

كما نصت المادة (٨١) من القانون المدني المصري على الآتي : "١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢- إنّ الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

بنفس الاتجاه أخذ القانون المدني العراقي في المادة (٦١) إذ نصت على أنه " - كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد ان يستأثر بحيازته، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية" (١)

فالموجودات لكي تعد اشياء بالمعنى القانوني، ينبغي أن لا تكون خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون، فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كالهواء في الجو واشعة الشمس ومياه البحر، ولكن هذه الأشياء أن أمكن حيازة أجزاء منها فأنها تكون محلاً صالحاً للحقوق، ككمية من مياه البحر توضع في اناء ، أو اشعة الشمس إذا اخزنت كمصدر للطاقة، وقد لا تحول طبيعة بعض الأشياء دون حيازتها، ولكن القانون هو الذي ينصّ على عدم جواز التعامل فيها ، كالأموال العامة ولعل السبب في عدم جواز التعامل بالأموال العامة؛ لأنها مخصصة للنفع العام ينتفع بها الناس كافة ولا تقتصر المنفعة على شخص معين بالذات، وكذلك حرم القانون التعامل بالسموم والمخدرات، حفاظاً على النظام العام والآداب في المجتمع (٢)

أما عن موقف القضاء بخصوص وضع اليد على الأموال العامة، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "لا يجوز الحجز على الشيء العام، وإذا اتخذت اجراءات لنزع ملكية الشيء العام، كانت هذه الإجراءات باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تصححها الإجازة" (٣)

نستنتج مما تقدم أن محكمة النقض الفرنسية لم تجز الحجز على الأشياء العامة المخصصة للنفع العام وإذا حصل ذلك يكون هذا الاجراء باطلاً لا يترتب عليه أي آثار قانونية، فمن باب أولى لا يجوز التصرف بالأشياء العامة أو كسب ملكيتها بالتقادم.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يجوز التعامل فيه، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق

(١) توافقت المادة (٥٥) من القانون المدني الأردني والمادة (٢٣) من القانون المدني الكويتي.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٩٩. وينظر كذلك د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص ١٠٨.

(٣) نقض فرنسي ١١ فبراير لسنة ١٩٧٨ و سيري ٧٩-١-١٩٦٦، أشار اليه عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) ج ٨، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٥٠.

على هذا الشيء، وكانت الأموال العامة لا يصح أن تكون مخرلاً لحق خاص ومن ثم لا تخضع للحيازة، ولا تقبل الدعوى باسترداد حيازتها لورودها على هذا الحق" (١)

يتضح مما تقدم أن وضع اليد على الأملاك العامة مهما طال مدته، فهو لا يكسب واضع اليد الملكية، إلا إذا حصل بعد انتهاء تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، ومن هذا التاريخ تدخل هذه الأموال ضمن طائفة الأموال الخاصة، وبالتالي يمكن وضع اليد عليها وكسب ملكيتها وفقاً للشروط التي حددها القانون.

وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية "من المقرر قانوناً وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، أن الأموال تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة، وهي الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، عملاً بالمادة (٨٧) من القانون المدني، أما الأموال المملوكة لأفراد فلا تكسب صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة، بل ينبغي أن تنتقل إلى ملكية الدولة، بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها في القانون، ثم تخصص بعد ذلك للمنفعة عامة" (٢)

واستناداً لما تقدم فالأموال تصبح من أموال الدولة (٣) بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة فتكون مملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وبالتالي لا يجوز التصرف بهذه الأموال حماية للمنفعة العامة المخصصة لها، أما الأموال الخاصة فهي لا تأخذ صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها لمنفعة عامة، بل يجب أن تنتقل ملكيتها للدولة بإحدى طرق كسب الملكية التي حددها القانون ثم تخصصها الدولة بعد ذلك للنفع العام (٤)

أما بخصوص موقف القضاء العراقي فقد قضت محكمة التمييز "يشترط في حيازة العقار أن يكون الحائز ممن لهم حق التصرف في العقار الذي يطالب به، وأن تكون يده مشروعة، وليست غصباً أو تجاوزاً على المال الذي يحوزه" (٥)

يتضح لنا من المفهوم المخالف لما تقدم أن الحائز إذ لم يكن له حق التصرف في العقار الذي يطالب به كما لو كان من الأموال العامة، أو وضع يده عليه بطريقة غير مشروعة كالغصب (٦) أو بالتجاوز على المال العام، فهنا لا يكسب الحائز ملكية العقار الذي يحوزه.

(١) الطعن رقم ٢٧٧٣ في جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩، أشار إليه د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٠.

(٢) الطعن رقم ١٥١٧، س ١٥، جلسة ١٩٩٢/٤/١٢، أشار إليه محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٤٣٥.

(٣) تنص المادة (٢/١) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ على أنه (يشمل تعبير أموال الدولة أموال القطاع العام أينما وردت في هذا القانون).

(٤) رمضان محمد بطيخ، المال العام، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، السنة السادسة والأربعون، ٢٠٠٤، ص ٦١.

(٥) قرار محكمة التمييز رقم ٦٣٩ / صلحيه، في ١٩٧٦/٥/٢٥، في ١٩٧٦ / ٥/٢٥، أشار إليه مصطفى مجيد شرح قانون التسجيل العقاري، المصدر السابق، ص ٣٧٨.

(٦) يعرف الغصب بأنه "انعدام سند الحيازة وهو لا يعتبر كذلك إلا إذا تجرد وضع اليد من الاستناد إلى سند قانوني له، من شأنه تبرير يد الحائز على العقار المثار بشأنه النزاع" نقض مدني مصري، ١٩٩٧/٥/٢١، الطعن رقم ٦١٥٤، لسنة ٦٢ ق، مجلة القضاء الفعلية، السنة ٢٩، العدد الثاني، ق ٢، ص ٣٨٩.

٢- إن يكون الشيء محل الحيازة العرضية مما يجوز الانتفاع به أو تملكه بالتقادم:

فهناك أشياء تقبل التعامل فيها، ويمكن أن تكون محلاً لملكية خاصة، ولكن لا يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم، وبالتالي لا تصح حيازتها؛ ولعل السبب في ذلك أن الحيازة ترد على الشيء الذي يجوز الانتفاع به أو تملكه بالتقادم^(١)

لذلك فلا يصح وضع اليد^(٢) على الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للهيئات العامة وأموال الوقف، فكل هذه الأموال تصلح أن تكون محلاً لملكية خاصة، إلا أنه لا يجوز تملكها أو كسب حق عيني آخر عليها بالتقادم.

بخصوص موقف التشريعات محل المقارنة من عدم جواز تملك الاموال العامة^(٣) بالتقادم فقد اشار القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٦٢) إلى أنه "لا يسري مضي المدة المكسب إلا على الأشياء التي يجوز التعامل فيها، فلا يكون في الأموال المخصصة للمنفعة العامة"

وكذلك نص القانون المدني المصري في المادة (٨٧) على الآتي : "١- تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو بمرسوم من الوزير المختص ٢- وهذه الاموال لا يجوز التصرف بها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم"

كما تشير المادة (٩٧٠) من القانون نفسه إلى أنه "لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الاشخاص المعنوية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية وأموال الوقف و لا يجوز كسب حق عيني اخر عليها بالتقادم"

تجدر الإشارة إلى أن يجوز للحائز العرضي لهذه الأموال المبينة أعلاه أن يحمي حيازته بدعوى استرداد الحيازة، وإذا كان مستأجراً جاز له أن يحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة، وذلك ضد أي شخص ما عدا الجهة التي يرتبط معها الحائز العرضي بسند حيازته، ولكن ليس لهذه الجهة الإدارية التي تهيمن على هذه الأموال أن تلجأ إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازتها، بل يكون لها في حالة التعدي الحق في إزالته ادارياً^(٤)

بذات الاتجاه سار المشرع المدني العراقي في المادة (٧١) إذ نصّ على الآتي "١- تعتبر اموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة والتي تكون

(١) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٣٣٦.
(٢) من الجدير بالذكر ان القانون المدني المصري القديم، الذي طبق سنة (١٨٨٣-١٩٤٩) يسمي الحيازة "وضع اليد"

(٣) إن أموال الدولة تقسم الى قسمين أموال خاصة ويطلق عليها (الدومين الخاص) وأموال عامة ويطلق عليها(الدومين العام) وقد اختلف الفقه في كيفية التمييز بينهما، ويمكن القول أن المعيار الذي استقر أخيراً في الفقه، هو معيار تخصيص الشيء للمنفعة العامة، وهذا ما اخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٧١) إذ أشار الى "إن العقارات والمنقولات التي تكون مملوكة للدولة أو لأشخاص المعنوية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم". للمزيد راجع شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية) ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ٣١ و ٣٢.
وينظر كذلك د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٤) د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها - المصدر السابق، ص ٤٨٩.

مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون ٢- وهذه الاموال لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم^(١)

يلاحظ أن المشرع العراقي قد خلط بين الشيء والمال فقد اعتبر العقارات والمنقولات أموال بينما هي من تقسيمات الشيء، فالعقار شيء مادي أما المال أو الحق المالي شيء معنوي لا يتصور فيه أن يكون قابلاً للحركة، والمال غير المادي لا يدخل في عالم الحس فلا تحتويه اليد، ولا تتعلق به الحيازة ولا يدرك الا بالفكر المجرد، بينما الشيء المادي يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه^(٢)

بخصوص موقف القضاء من الأموال التي لا يجوز تملكها بالتقادم كأموال الوقف التي ذكرها القانون المدني المصري في المادة سالفه الذكر، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "وضع اليد على أرض الوقف بسبب التحكير مؤقت، لا يكسب الملكية بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل الغير أو بفعل المستحكر ويتضمن ذلك إنكاراً لحق المالك"^(٣)

يتبين مما تقدم أن وضع اليد على أرض الوقف بسبب التحكير سبب مؤقت، لا يؤدي الى كسب الملكية بالتقادم، إلا إذا تغيرت صفة حيازة المستحكر العرضية إلى حيازة أصلية، ويكون ذلك بأحد طريقتين أما بفعل الغير أو بفعل الحائز (المستحكر) عندما ينكر حق المالك.

بالنسبة لموقف القضاء العراقي فقد ذهب إلى أنه "ينعقد الوقف بصدور لفظ من ألفاظه الخاصة، الصادرة من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، ومستوفياً شرائط الصحة، وبمجرد انعقاد الوقف صحيحاً يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصير الوقف لا زمًا"^(٤)

كما نجد أن موقف القضاء العراقي يتجه إلى تمليك العين الموقوفة الى ديوان الوقف، ففي قرار حديث لمحكمة التمييز يقرر بأن المالك للعقار الموقوف هو ديوان الوقف الشيعي، حيث جاء فيه " ... لا خلاله بينود العقد لذا فأن عودة العقار موضوع عقد المساطحة إلى مالك الرقبة (الوقف الشيعي) لا يتعارض وقرار مجلس الحكم"^(٥)

نستنتج مما تقدم أن القضاء العراقي يؤكد على أن الوقف ينعقد كسائر العقود الأخرى وذلك بصدور لفظ من الألفاظ الدالة على معنى الوقف، على يكون صادراً من شخص متمتعاً بالأهلية الكاملة، ومحل مشروع قابل لحكمه، وإذا انعقد الوقف صحيحاً يصبح لازماً أي لا يجوز التصرف في العين الموقوفة بالبيع او الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، لزوال ملك الواقف عن العين الموقوفة، كما نلاحظ أن القضاء العراقي يتجه إلى تمليك العين الموقوفة للشخصية المعنوية للوقف، وهذا التوجه من شأنه أن يحقق قصد الواقف في الوقف، وينسجم مع

(١) توافقها المادة (٦٠) من القانون المدني الاردني والمادة (٢٣) من القانون المدني الكويتي .
(٢) د. علي شاكر البدري، الشيء والمال بين الفقه الاسلامي والقانون، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثالث، السنة ٢٠١٠، ص ٢٠٣.
(٣) الطعن رقم ٣٠٨، لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٣/٣/١٩٩٤، أشار اليه محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٣٦.
(٤) القرار المرقم ٥٨٨/مدنية، أولى ١٩٧٦، بتاريخ ١٢/٣٠/١٩٧٦، مجموعة الاحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق قسم الإعلام القانوني، العدد الرابع، السنة السابعة، ص ١٢٤.
(٥) قرار غير منشور لمحكمة تمييز العراق، العدد ٣٥/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٠٧، بتاريخ ١٣/٢/٢٠٠٧.

نظام الوقف في التأييد والاستمرار، حيث تستمر الملكية بتحقيق أهدافها في البر والإحسان ما دام الوقف موجوداً.

ثانياً: نطاق الحيازة العرضية من حيث الحقوق:

قبل أن نوضح نطاق الحيازة العرضية من حيث الحقوق لا بد في البدء أن نبين الحقوق التي تجوز أن تكون محلاً للحيازة العرضية والحقوق التي لا تجوز أن تكون محلاً لهذه للحيازة، الأمر الذي يتطلب منا أن نبين الحقوق في القانون المدني؛ وذلك لمعرفة أيها منها ترد عليه الحيازة فهذه الحقوق هي الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية وهذا ما سنوضحه تباعاً:

١- الحقوق العينية:

تعرف الحقوق العينية بأنها الحقوق التي تخول صاحبها سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي، فيستطيع بمقتضاها الاستئثار بقيمة مالية، من خلال القيام بأعمال مباشرة على هذا الشيء، دون تدخل من أحد، تحقيقاً لمصلحة معينة، فيستأثر صاحب الحق العيني بالقيمة الاقتصادية للشيء الذي يرد عليه دون حاجة إلى مطالبة شخص آخر بتمكينه من ذلك؛ لأن هذا الحق ينصب مباشرة على الشيء^(١)

وهذه الحقوق هي نوعان أصلية وتبعية، فالحق العيني الأصلي هو الذي يقوم مستقلاً بذاته دون أن يكون تابعاً لحق آخر، ويخول صاحب الحق استعمال شيء معين واستغلاله بطريقة كاملة أو ناقصة، ويعتبر حق الملكية أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقاً، ويتفرع عن هذا الحق عدة حقوق أخرى توفر لأصحابها بعض سلطات المالك وهي حق الانتفاع والاستعمال والسكنى وحق الارتفاق، والنوع الثاني من هذه الحقوق هي الحقوق العينية التبعية فهذا الحق يقرر على شيء معين لضمان الوفاء بحق شخصي، فهو لا يقوم مستقلاً بذاته بل بالتبعية لحق شخصي يضمن الوفاء به، ومن أنواعه الرهن التأميني^(٢) والرهن الحيازي^(٣) وحق الامتياز^(٤)

٢- الحقوق الشخصية:

هي عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين يستطيع أحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فبمقتضى هذه الحقوق يلزم شخص من قبل شخص آخر بالقيام بعمل كالالتزام الطبيب بإجراء عملية جراحية معينة أو الامتناع عن عمل كالالتزام بائع المحل التجاري تجاه شخص آخر بعدم منافسته عن طريق فتح محل مماثل في المنطقة نفسها، فالحق الشخصي ينطوي على عناصر ثلاثة طرف ايجابي وهو صاحب الحق،

(١) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٨.

(٢) تجدر الإشارة الى أنه يطلق على الرهن التأميني في القانون المدني المصري النافذ " الرهن الرسمي "

(٣) يعرف الرهن الحيازي بأنه "سلطة مباشرة للدائن على مال يجعله الرهن محبوساً في يده، أو في يد عدل بدين يمكن استيفاءه منه، متقدماً على الدائمين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، في أي يد يكون المال" للمزيد راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١٠، (التأمينات الشخصية والعينية)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢٤٥.

(٤) يعرف حق الامتياز بأنه "حق عيني يقرره القانون ضماناً للوفاء بدين معين مراعاة منه لسببه، وهذا الحق يمنح الدائن سلطة مباشرة على الشيء المحمل به تمكنه من استيفاء دينه بالأولوية" للمزيد من التفصيل راجع د. عبد المجيد الحكيم، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ٢، مكتبة وزارة العدل، بغداد، ١٩٧٣، ص ١٣٧.

وطرف سلبي وهو المدين بالالتزام ومحل وهو العمل أو الامتناع الذي يلتزم به المدين، وإذا نظرنا لهذه العلاقة من جانب الدائن كنا بصدد حق شخصي، وإذا نظرنا إليها من جانب المدين كنا بصدد دين أو التزام فالحق الشخصي والالتزام تعبيران عن علاقة واحدة^(١)

يتضح مما تقدم أن الحق الشخصي في جوهره أيضًا هو الاستثناء ولكن هذا الاستثناء لا يعطي لصاحبه اقتضاء أداء معين من شخص آخر، فصاحب هذا الحق لا يستطيع أن يصل إلى حقه إلا عن طريق شخص آخر، فهذا الحق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين، ومناطق التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي يكمن في أن الحق العيني يرد مباشرة على شيء معين، بينما الحق الشخصي فإنه يرد على عمل معين، وأيضًا تكمن التفرقة في عناصر كل من الحق العيني والحق الشخصي فالحق العيني يتكون من عنصرين هما صاحب الحق وموضوع الحق، بينما الحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر هي الدائن والمدين وموضوع الحق.

٣- الحقوق المعنوية:

هي طائفة من الحقوق ظهرت نتيجة التطور الصناعي والثقافي والاقتصادي، فهذه الحقوق لا تدرج تحت طائفة الحقوق العينية، لأنها ليست سلطة لشخص على شيء مادي، ولا تدرج كذلك تحت طائفة الحقوق الشخصية، وذلك لأنها لا تخول صاحبها مطالبة شخص آخر بأداء عمل أو الامتناع عن عنه، فهي سلطات يتمتع بها الإنسان في أعماله الفكرية والفنية والصناعية، كحق الاختراع والتأليف والابتكار، فلأصحاب هذه الحقوق، الاحتفاظ بنسبة نتاج أذهانهم، ولهم ثمره هذه النتاج واحتكاره^(٢) فمحل الحق هنا هو رابطة بين الشخص والأثر الفني أو الفكري، وهذه الرابطة هي رابطة خاصة ومزدوجة تنطوي على جانب معنوي وجانب مالي، وقد اكتفت معظم القوانين المدنية بتنظيم أحكام كل من الحق العيني والحق الشخصي، أما الحق المعنوي ترك أمر تنظيمه للقوانين الخاصة^(٣)

تجدر الإشارة إلى أن غالبية فقهاء القانون المدني يرون بأن الحيازة تقتصر على الحقوق العينية^(٤) فلا ترد الحيازة على الحقوق الشخصية لأن الحق الشخصي لا يكسب بالتقادم على خلاف الحق العيني، كذلك في حالة حدوث نزاع في مجال الحقوق الشخصية يتم الرجوع إلى العقد المبرم بين الطرفين لفض النزاع على أساسه، كما أن الحق الشخصي محله شيء غير مادي، وبالمقابل الحيازة سلطة واقعية أو فعلية ترد على شيء مادي بحيث تتفق في مظهرها الخارجي مع مزاوله حق الملكية^(٥)

(١) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المصدر السابق، ص ٣.

(٢) يوجد قانون خاص لحماية حق المؤلف في العراق، وهو قانون رقم ٣ لسنة ١٩٧١، ويتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو الصناعات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم وورثتهم أيًا كان نوع هذه المصنفات أو طرق التعبير عنها.

(٣) د. محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٩.

(٤) هذا ما يراه جمهور الفقهاء ولكن الدكتور السنهوري يرى بأن الحيازة كما ترد على الحق العيني ترد كذلك على الحق الشخصي، وذلك في حالة الدائن الظاهر فهذا الدائن لا يملك الدين حقيقة ولكن الدين في حيازته. للمزيد راجع د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ١٠٦.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المصدر السابق، ص ٥٣٣.

فعلى سبيل المثال أن المستأجر لا يعتبر حائز قانوني بل هو حائز عرضي خوله القانون دعاوى الحيازة على سبيل الاستثناء، ولا يجوز له اكتساب ملكية الشيء المؤجر أو أي حق عيني آخر عليه بالحيازة العرضية، وكذلك لا ترد الحيازة على الحقوق المعنوية؛ لأن هذه الحقوق عبارة عن ملكية معنوية، وكونها ترد على شيء غير مادي، وهو ثمرة الفكر أو النشاط أو الخيال كحق المؤلف في مؤلفاته والعالم في مخترعاته وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية وثقة العملاء^(١)

والجدير بالذكر أن الحيازة لا تقتصر على الحقوق العينية الأصلية، بل تشمل الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازة الدائن للشيء محل الحق كالرهن الحيازي، وعليه فإذا كان الشيء المرهون حيازياً عقاراً غير مملوك للمدين الراهن، استطاع الدائن المرتهن أن يكسب حق الرهن عليه بالتقادم الطويل أو القصير بحسب الأحوال^(٢)

فيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية التي لا تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق فلا تصح حيازتها كالرهن التأميني وحق الامتياز وحق الاختصاص^(٣) وقد أخذ بعض الفقه الفرنسي بالاتجاه الذي يذهب الى ان الحيازة بشكل عام والحيازة العرضية بشكل خاص لا ترد على الرهن الرسمي (التأميني) وحق الامتياز وحق الاختصاص؛ ولعل السبب في ذلك ان هذه الحقوق العينية التبعية لا تقتضي أن يقوم الدائن بحيازة الشيء المثقل بالحق، وبعكس الرهن الحيازي فهو من الحقوق العينية التي تتطلب حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، فالرهن الحيازي عقد لا يلزم ولا يتم إلا بالقبض، فالرهن الحيازي إذن عقد عيني؛ لأن القبض فيه ركن وليس مجرد التزام ينشأ عن العقد بعد تمامه^(٤)

كما أن الرهن الحيازي إذا وقع على عقار فيشترط لتمامه فوق قبض المرهون، أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، وبهذا الصدد نصّت المادة (١١٤) من القانون المدني المصري على أنه "يشترط لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بالرهن الرسمي"^(٥)

كذلك جاء في المادة (٩) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ على أنه "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية

(١) نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها - مصادرهما، المصدر السابق، ص ٤٨٠

(٢) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، ج ٢، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، ص ١٢.

(٣) حق الاختصاص هو حق عيني تبعي يمنحه القاضي للدائن الحاصل على حكم قضائي واجب التنفيذ، ويتقرر على عقار او اكثر من عقارات المدين، وبموجب هذا الحق يستطيع الدائن استيفاء دينه من ثمن العقارات في اي يد تكون، متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ومن ابرز مزايا هذا الحق انه يعد ضماناً لتنفيذ الاحكام القضائية، اما بالنسبة الى ابرز عيوبه فانه يؤدي الى تفضيل بعض الدائنين على بعض، على اساس سرعة الحصول على حكم قضائي واجب التنفيذ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الحق على عكس القانونين العراقي والاردني، اذ لم يأخذوا بهذا الحق. أشار اليه عادل شمران الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٥، ص ١٢.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، المصدر السابق، ص ٢٣٤.

(٥) توافقها المادة (١٤٠٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١٠٤٨) من القانون المدني الكويتي.

أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية"

لقد نصّت المادة (١٣٢٤) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط أيضاً لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لأوضاع المقررة قانوناً"

وكذلك جاء في المادة (٣٢٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ على الآتي : "١- يجري تسجيل الرهن الحيازي بالاستناد إلى إقرار المتعاقدين بالرهن وتسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو الى يد عدل بموافقة على أن يدرج اسمه الكامل في سجل خاص من سجل الرهن. ٢- ولا يتعد الرهن الحيازي الوارد على عقار إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري"

بناءً على ما تقدم فالرهن الحيازي لا ينعقد وكذلك لا ينفذ في حق الغير إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري؛ والسبب في ذلك يكن في رغبة المشرع في ضمان حقوق طرفي عقد الرهن وحقوق الغير، فالرسمية مقررة لمصلحة الراهن عن طريق اشعاره بخطورة التصرف الذي أقدم عليه، خاصة إذا ورد الرهن الحيازي على عقار، كما تحقق مصلحة المرتهن لأنه تزوده منذ أبرام العقد بسند تنفيذي يغنيه عن إجراءات التقاضي إذا امتنع المدين الراهن عن الوفاء بدينه عند حلول الأجل وهذه فائدة عملية لا سبيل لأنكارها، وأخيراً فإن توثيق عقد الرهن من قبل جهة رسمية مختصة ومزودة بكل الامكانيات والصلاحيات التي تمكنها من التأكد من سلامة الشروط الموضوعية والشكلية، أمر يؤمن دون شك سلامة عقود الرهن ذاتها من شبهة التزوير كما يحمل الناس على الثقة والاطمئنان اليها^(١)

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، المصدر السابق، ص ٧٠. وينظر كذلك د. احمد عبد التواب، دروس في الحقوق العينية التبعية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٧٦

المبحث الثاني

تكييف الحيابة العرضية للعقار وتمييزها عما يشتهبه بها

عند بحث موضوع الحيابة العرضية للعقار نجد أنه من المسائل الهامة التي لا بد من تسليط الضوء عليها مسألة تكييف الحيابة العرضية التي يكون محلها عقار، وكذلك تمييز الحيابة العرضية عما قد يشتهبه بها من أوضاع قانونية أخرى، في إطار الفقه الإسلامي وكذلك في إطار القانون الوضعي، ومن أجل إلقاء الضوء بشكل أكبر على هذا الموضوع سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نعالج في المطلب الأول تكييف الحيابة العرضية للعقار ونوضح في المطلب الثاني تمييز الحيابة العرضية للعقار عما قد يشتهبه بها من أوضاع قانونية، وسوف نبين ذلك كما يأتي:

المطلب الأول

تكييف الحيابة العرضية للعقار

إن مسألة تكييف الحيابة العرضية للعقار تتطلب منا في البدء معرفة موقف الفقهاء المسلمين منها ومن ثم التطرق إلى موقف القانون الوضعي وكلاً على حدة؛ من أجل الإحاطة بالموضوع من كافة جوانبه للوصول إلى التكييف الدقيق للحيابة العرضية عند ورودها على عقار، وتفصيلاً لما تقدم قسمنا هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول التكييف الشرعي للحيابة العرضية للعقار ونتطرق في الفرع الثاني إلى التكييف القانوني للحيابة العرضية للعقار :

الفرع الأول

التكييف الشرعي للحيابة العرضية للعقار

بالنسبة لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تكييف الحيابة العرضية للعقار يلاحظ أن فقهاء المذاهب الإسلامية لم يتعرضوا لتكييف الحيابة العرضية للعقار ولكنهم قد تصدوا لبيان تكييف الحيابة بشكل عام ومن خلال عرض بعض آراء فقهاء المذاهب الإسلامية بهذا الخصوص يمكننا أن نستنتج التكييف الشرعي للحيابة العرضية للعقار، فبالنسبة للفقه الإمامي فقد تعرض فقهاء الأمامية إلى اليد (الحيابة) في كتاباتهم وبهذا السياق يذهب رأي إلى القول "لو ادعى داراً في يد إنسان وأقام بينة أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر، قيل لا تسمع هذه البينة، وكذا لو شهدت له بالملك أمس لأن ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال ولعل الأقرب للقبول، أما لو شهدت بينة المدعي أن صاحب اليد غصبها أو استأجرها منه حكم بها لأنها شهدت بالملك وسبب اليد الثاني" (١)

وثمة رأي آخر يرى "...ولا تثبت بينة الحقوق باليد إذا أقر بالملك وأدعى فيه حقاً ومجرد المرور لا يدل على الاستحقاق كمن أقر بدار وأدعى إيجارها، بل يثبت باليد الملك، قلت وهو قوى لجري العادة بمنع غير المستحق من الاستمرار" (٢)

(١) المحقق الحلي، شرائع الإسلام في الفقه الجعفري، المصدر السابق، ص ٣٩٢.
(٢) ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، المصدر السابق، ص ٢٤٠.

كما جاء في شرح مجلة الاحكام العدلية وفقاً لهذا المذهب "إنّ اليد هي إمارة على الملكية شرعاً و عرفاً، فهي عبارة عن السلطنة والاستيلاء على العين الخارجية وتعرف هذه السلطنة والاستيلاء بآثارها وهي تختلف باختلاف الأعيان والأجناس والزمان والمكان والأوضاع فاليد على الدراهم اي السلطنة والاستيلاء عليها ويحصل بوضعها في جيبه أو محافظته أو ما شاكل واليد على الدابة بركوبه عليها أو بوجوده في اصطبله" (١)

ثمة من يرى أن وضع اليد لا يدل على الملك إلا بشرطين أساسيين الأول هو أن نجعل كيفية ابتداء وضع اليد على العين، بحيث لا نعلم ما إذا كان السبب لحدوثها، فهل هو البيع أو الهبة أو الإيجار أو الغصب مثلاً، والشرط الثاني يتتمثل في أن تكون العين التي تحت اليد قابلة بطبيعتها للنقل والانتقال والتمليك، أما إذا لم تكن العين قابلة لذلك كالوقف الذي لا يقبل الملك إلا في حالات خاصة فإن اليد تسقط عن الدلالة على الملك (٢)

يتضح مما تقدم أن فقهاء المذهب الإمامي يرون بأن اليد (الحيابة) دليل الملك، فقد جرت العادة على أن يستعمل المالك ملكه بصفة مستمرة ودائمة، وأن لا يترك غيره يستعمل ملكه إلا بسبب الإجارة ونحوها، كما إذا أقر ذو اليد بملكية المال الذي في يده لغيره، فإن أذاع حق آخر عليه كحق المرور أو أي حق آخر لا يدل على استحقاقه له، كما أن اليد تدل على الملكية الحاضرة للمال موضوع اليد، وبالتالي لا يجدي أثبات المدعي ملكيته لهذا المال في تاريخ سابق على وضع اليد إلا إذا أثبت أيضاً سبب ذي اليد كإجارة أو غصب.

بخصوص موقف فقهاء الحنفية من تكييف الحيابة العرضية للعقار فهناك عدة آراء تكاد تتفق في مضمونها، فيذهب رأي الى القول "....ثم تحمل الشهادة كما يحصل بمعاينة المشهود به بنفسه، يحصل بمعاينه دليله بأن يرى ثوباً أو دابة أو داراً في يد إنسان، يستعمله استعمال المالك من غير منازع حتى لو خاصمه غيره فيه يحل له ان يشهد بالملك لصاحب اليد؛ لأن اليد المتصرفه في المال من غير منازع دليل الملك فيه بل لا دليل يشاهد في الأموال اقوى منها" (٣)

ثمة رأي آخر يقول "من كان في يده شيء سوى العبد وآلامه وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد اقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفي بها" (٤) وبنفس السياق ثمة من يقول : "....وهذا لأن يد ذي اليد تدل على الملك" (٥)

يتبين لنا من هذه الأقوال وغيرها في فقه المذهب الحنفي تشير إلى أن اليد أو الحيابة تدل على ملك من في يده الدار أعمالاً للوضع الظاهر، ولا يكتفي فقهاء المذهب الحنفي بدلالة اليد الظاهرة، أي بمجرد وضع اليد الفعلي بل لا بد أن يكون الشاهد على ملك ذي اليد مقتنعاً فعلاً بأن الذي بيده الدار هو المالك.

(١) محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ٤، المطبعة الحيدرية، النجف الاشرف، ١٣٤٧هـ، ص ١.
(٢) محمد جواد مغنية، أصول الأثبات في الفقه الجعفري، المصدر السابق، ص ١٢١ و ١٢٢.
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج ٦، ص ٢٦٧.
(٤) المرغيناني، علي بن أبي بكر الفرغاني، الهداية، ج ٦، دار التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢١٣.
(٥) السرخسي، المبسوط، ج ١٧، المصدر السابق، ص ٤٤.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز لمن كان مقرراً بأن العقار الذي في يده عن طريق الاستئجار أن يملكه بمضي مدة خمس عشرة سنة على وضع اليد، ولكن إذا حصل نزاع بين واضع اليد على العقار وبين المالك كما لو أنكر واضع اليد الإجارة، ففي هذه الحالة تسمع دعواه إذا كان إيجاره متعارفاً عليه بين الناس الأمر الذي يدل على أن وضع اليد (الحيابة) تعتبر قرينة على ملكية واضع اليد على للعقار أو الحق العيني الذي يتولى وضع يده عليه وذلك بحسب الأحوال التي يضع فيها الحائز يده على عقار أو حق عيني فحسب^(١)

وفي الفقه المالكي هنالك عدة آراء حول هذا الموضوع، فيذهب رأي إلى القول " ... لأن ها هنا دوراً قد عرف لمن أولها قد بيعت وتداولتها المواريث وحيزت منذ زمن فلو سئل أهلها البينة على اصل الشراء لم يجدوا إلا السماع فإذا كان مثل ما وصفت لك في تطاول الزمان فأتي بالسماع مع الحيابة "^(٢)

وطبقاً لهذا الرأي فإن اليد أو الحيابة دليل الملكية بشرطين أولهما أن تكون الحيابة شرعية أي مستكملة لشروطها وثانيهما أن يقرر شهود السماع إدعاء الحائز ملكية المال المحاز.

ويذهب رأي بصدد تكييف الحيابة إلى القول "الحيابة حالة واقعية تتألف منها وضع اليد على الشيء وممارسة الاعمال المادية عليه استعمالاً وانتفاعاً كما لو كان ملكاً لواضع اليد"^(٣) وثمة رأي آخر يرى "اليد تدل على القرب والاتصال وأعظمها ثياب الإنسان التي هي عليه والبساط الذي هو تحته"^(٤)

بناءً على ما تقدم أن الحيابة واقعة مادية يقوم من خلالها الحائز بممارسة الأعمال الفعلية على المال المحوز من حيث استعماله والانتفاع به كزرعه للأرض أو سكنه للدار كما لو كان ملكاً له.

وفي الفقه الشافعي تطرق فقهاء هذا المذهب إلى القيمة الشرعية لوضع اليد على المال وبهذا الصدد يذهب رأي إلى أنه " عن ابن عباس أن رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) قال البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، قال وإذا ادعى الرجل الشيء في يدي الرجل فالظاهر أنه لمن هو في يديه مع يمينه؛ لأنه أقوى سبباً، فإذا استوى سببهما فهما فيه سواء، فإن أقام الذي ليس في يديه البينة، قيل لصاحب اليد البينة لا تجر إلى نفسها بشهادتها أقوى من كينونة الشيء الذي في يديك، وقد يكون في يديك ما لا تملكه، فهو له بفضل قوى سببه على سببك فإن أقام الآخر بينة قيل قد استويتما في الدعوى والبينة، والذي الشيء في يديه يكون أقوى سبباً فهو

(١) تنص المادة (١٦٧٣) من مجلة الاحكام العدلية على أنه "ليس لمن كان مقرراً بأن العقار في يده بوجه الاستئجار أن يملكه لمضي أكثر من خمسة عشرة سنة على يده، أما إذا كان منكرراً للإجارة والمالك يقول هذا ملكي وكنت أجرتك اياه منذ كذا وما زلت اقبض أجرتك، فتسمع دعواه أن كان ايجاره معروفاً بين الناس وإلا فلا" وكذلك نصت المادة (١٥٥) من مدونة مرشد الحيران على أنه "من كان واضعاً يده على العقار بطريق الإجارة أو الاعارة وهو مقر بالإجارة أو العارية، فليس له أن يتمسك بمرور خمس عشرة سنة على وضع يده في سماع دعوى المؤجر أو المعير عليه، فإن كان منكرراً للإجارة أو العارية جميع تلك المدد والمدعي حاضر وهو تارك المدد عليه مع التمكن منها ووجود المقتضى لها فلا تسمع دعواه بعد ذلك".

(٢) الامام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٣، المصدر السابق، ص ١٤٠.

(٣) علي العدوي الصعيدي، حاشيته على رسالة ابي زيد القيرواني، ج ٢، المصدر السابق، ص ٣٢٢.

(٤) القرافي، شهاب الدين أحمد القرافي، الفروق، ج ٤، دار أحياء الكتب العربية، بيروت، ١٣٤٦، ص ٨٧.

له بفضل قوة سببه، وهذا معتدل على أصل القياس والسنة، كما في رجلين تداعيا دابة وأقام كل واحد منهما البينة أنها دابته نتجها ففضى بها الرسول(ص) للذي هي في يديه"^(١)

ويذهب رأي آخر إلى القول "تسمع بيينة الداخل بعد بيينة الخارج وترجح؛ لأنه اليد من أمارات الملك وكأنه تمسك بحجتين وأستدل بأن البينتين تساقطتا، والحكم عليه ويلزمه تحليف الداخل وفي معناه من صدقه صاحب اليد على الاظهر وقيل تسمع قبلها لدفع اليمين ومن غير دعوى لغرض التسجيل"^(٢)

يتبين مما تقدم أن اليد من أمارات الملك ودلائله؛ لأنها أقوى سبباً إذا أضيف إليها بيمين المدعى عليه بملكته لما في يده، فلو اثبتت بيينة المدعي ملكيته للمال الذي في يد المدعى عليه فهو احق به؛ لأن بيئته أقوى من بيينة المدعى عليه ذو اليد، ولكن بيينة المدعى عليه هي اليد فقط شهادة لنفسه، ووفقاً للحديث النبوي البيينة على المدعي أولاً، ولا يطلب من المدعى عليه ذو اليد بيينة إلا إذا قدم المدعي بيينة تثبت ملكيته للمال محل النزاع والذي بيد المدعى عليه، ولكن مع ذلك إذا قام المدعى عليه بحلف اليمين ترجحت بيئته هذا مع انها شهادة لنفسه باليد وصار احق بالمال الذي في يده.

بالنسبة لموقف الفقه الحنبلي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب تصدوا إلى التكليف الشرعي للحيابة بشكل عام، يقول أحد فقهاء هذا المذهب في حديثه عن كون العين في يد أحد الخصمين "وأنها له مع يمينه ولكن لا يثبت له الملك بذلك كثبوته بالبيينة فلا شفعة له بمجرد اليد لأن الظاهر لا يثبت به الحقوق وانما ترجح به الدعوى"^(٣) كما يرى أيضاً أن الظاهر من اليد الملك^(٤)

وثمة رأي في هذا المذهب يرى "أن لا تكون بيد أحد ولا ثم ظاهر لأحدهما يعمل به... وأن وجد ظاهراً لأحدهما عمل به"^(٥)

هناك رأي آخر في الفقه الحنبلي يرى أن القرائن الظاهرة تعد دليلاً على الملك فقد نصب الله سبحانه وتعالى على الحق الموجود والمشروع علامات وإمارات تدل عليه وتبينه، والإمارة تفيد القطع وتسوغ الشهادة، ومن أهدر العلامات والإمارات في الشرع فقد عطل كثيراً من الأحكام وضيع كثيراً من الحقوق، ولذلك كانت اليد دليلاً على الملكية، وكانت القاعدة في الحكم باليد مع يمين صاحبها^(٦)

نستنتج مما تقدم أن ظاهر اليد (الحيابة) أن صاحبها يكون مالكاً لما في يده، كما أن ملكية العقار لا تثبت بمجرد الظاهر وبناءً على ذلك، فلا يعتبر واضع اليد على العقار مالكاً له ملكية مطلقة تخوله جميع حقوق المالك، ومنه الأخذ بالشفعة، ولكن من خلال الوضع الظاهر للناس يتبين أن واضع اليد على المال هو المالك إذ إن اليد بشكل عام إمارة على الملكية.

(١) أسماعيل المزني. مختصر المزني على هامش الام للشافعي، ج ٥، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٦. ص ٣٢٣.

(٢) البيضاوي، القاضي عبد الله بن عمر، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٠١٣.

(٣) ابن قدامة، المقنع، ج ٣، المصدر السابق، ص ٦٥٥.

(٤) بن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، الشرح الكبير، ج ١٢، مطبعة المنار، القاهرة، ١٣٤٧هـ، ص ١٦٣.

(٥) محمد تقي أحمد النجار، منتهى الارادات، القسم الثاني، دار الجيل، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٦٢٨.

(٦) ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ٩٥، ٩٦ وما بعدها.

في الفقه الحديث يذهب رأي إلى القول أن القاعدة العامة في الفقه الإسلامي بهذا الصدد أن اليد دليل الملك فهي بيينة للحائز على ملكيته للمال المحاز، ولكن هذه القاعدة قاصرة على غير الاصل أما الأصل^(١) فالحيابة فيه قرينة على الملكية فقط والحائز للعقار يتصل به بعكس غيره فالحيابة ترجح بينته، إلا أنه لا يتمتع بهذا المركز إلا إذا كانت مدة حيازته تمت، وقبل تمامها يمكن ان ينزع الأصل العقار من يده لمصلحة المدعي إلا إذا اثبتت بينته الملك له هذا من جانب، ومن جانب آخر يلاحظ أن القاعدة أعلاه تشبه القاعدة القانونية القائلة (الحيابة في المنقول سند الملكية) كما أن القاعدة الاخرى في حيابة الأصل تشبه القاعدة التي تنصّ على أن الحيابة قرينة على الملكية في العقارات^(٢)

كما تجدر الإشارة أن بعض الفقهاء المحدثين يشترطون أن لا يكون الحائز قد وضع يده على الشيء بسبب غير مشروع؛ لأن من اهم شروط الحيابة أن لا تكون مرتكزة على سبب غير شرعي كالغصب أو السرقة ولا يعني هذا أنه يجب ان يثبت أن الحائز قد توصل إلى ذلك الشيء بسبب مشروع من شراء أو تبرع أو غيره، وإنما يعني أنه يتعين أن لا يثبت أن الحائز قد وضع يده على ذلك الشيء بسبب لا يعطيه الحق في ملكيته، والواقع أن الفقهاء يقرون بأن الحائز إذا اثبت انه يضع يده على ذلك الشيء بالشروط المشار إليها فإن ذلك يعتبر قرينة على أنه حائز بسبب مشروع ومن يدعي خلاف ذلك يجب عليه أن يثبته^(٣)

هذا يعني أن الحائز لا يحتاج إلى التعرض إلى كيفية وصول ذلك الشيء إليه ولهذا يقولون أن الحيابة إنما تنفع مع جهل أصل المدخل؛ لأنه اذا عرف السبب الذي يرتكز عليه الحائز في حيازته فلا يخلو من أحد الخيارات التالية^(٤) :

أولاً- يكون ذلك السبب ناقلاً للملكية، كما لو تبين أن الشيء موضوع الحيابة انتقل إلى هذا الحائز عن طريق الشراء من مالكة أو عن طريق الشفعة أو غيرها من طرق كسب الملكية وحينئذ لا يحتاج الى الاستدلال بالحيابة نظراً لوجود ما هو اقوى منها.

ثانياً - وأما أن يكون ذلك السبب غير ناقلاً للملكية، كما لو تبين أن الشيء محل الحيابة انتقل الى هذا الحائز عن طريق الكراء من مدعي الملكية أو عن طريق الإسكان أو غيرها من طرق الانتفاع بالشيء والتي لا تنقل الملكية، فإن هذه الحيابة لا تنفع صاحبها.

ثالثاً- وإذا تبين أن الحيابة قد نشأت عن سبب غير مشروع كما لو ثبت أن الحائز قد اغتصب ذلك الشيء فإن هذه الحيابة لا تنفع صاحبها أيضاً.

بعد الانتهاء من بيان بعض آراء فقهاء المذاهب الإسلامية بهذا الخصوص، يتبين منها أن الشريعة الإسلامية تحترم اليد الحائزة سواء كانت يد مالكة أم يد عارضة كيد المستأجر ما دام ذو اليد لم يرتكب فعل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية كما في حالة المغتصب، وتجعل الشريعة اليد

(١) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتقادم في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص ٣٣٥.

(٢) يطلق بعض فقهاء المذهب المالكي ومن تبعهم من الاباضية على العقار تسمية (الاصل) وعلى المنقول (غير الاصل).

(٣) د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٨، ص ٣١٢.

(٤) د. محمد ابن معجوز، المصدر نفسه، ص ٣١٣.

(الحيازة) إمارة ظاهرة ودلالة راجحة على الملك، وهنا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي، إذ أن حائز العقار يعتبر مالكا له ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثبات ما يدعيه، ومما تقدم يمكننا أن نستنتج التكيف الشرعي للحيازة العرضية للعقار فهي قرينة مادية بسيطة تقبل اثبات العكس كما هو الحال بالنسبة للمستأجر الذي يشغل العقار، ولعل الغاية من اعتبار الحيازة بشكل عام والحيازة العرضية بشكل خاص قرينة على الملك هي ضمان استقرار المعاملات والمراكز القانونية في المجتمع كما أن الحائز في أغلب الأحيان يعتبر صاحب الحق .

الفرع الثاني

التكيف القانوني للحيازة العرضية للعقار

إنّ القوانين محل المقارنة قد أشارت إلى تكيف الحيازة بشكل عام، ومن خلال بيان موقفها بهذا الخصوص نستطيع أن نستشف التكيف القانوني للحيازة العرضية للعقار على اعتبار أن الحيازة العرضية ماهي إلا صورة من صور الحيازة وهذا ما تؤكدته القوانين الوضعية.

فقد أشار القانون المدني الفرنسي بصدد تكيف الحيازة في (المادة ٢٢٣٠) الى أنه "يفترض دائما أن الحائز للشيء هو المالك مالم يثبت شخص آخر من الغير أن المالك هو شخص آخر غير الحائز"

كما نصّت (المادة ٢/٩٥١) من القانون المدني المصري الى أنه "عند الشك يفترض ان مباشر الحيازة انما يحوز لنفسه" وكذلك نصّ القانون المدني العراقي في المادة (١/١١٥٧) "من حاز شيئا اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس" (١)

فالقوانين محل المقارنة تعد الحيازة عموماً قرينة على الملكية فالحائز للعقار يعتبر مالكا له ومن يدعي خلاف ذلك عليه أثبات ما يدعيه، وأن تحصيل وضع اليد على العقار وتقدير الوقائع التي تؤدي أو لا تؤدي إلى توافر قرينة على الملكية هو ما تستقل به محكمة الموضوع (٢)

فالحيازة العرضية وضع مادي يبتدئ إزاء سيطرة شخص سيطرة فعلية على حق، سواء كان هذا الشخص هو ذات صاحب الحق أو لم يكن، والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يتطلبها مضمون هذا الحق، فمن جانب نجد أن محل الحيازة إذا كان حقا عينيا تكون السيطرة عليه بالاستعمال فيسكن الدار أن كان معد للسكن ويزرع الشخص الأرض إذا كانت الأرض معدة للزراعة ويمر الشخص في أرض جاره أن كان له عليها حق ارتفاق وهكذا، وقد تكون السيطرة المادية على الشيء بالاستغلال فيؤجر الشخص الحائز المسكن للغير للسكن أو يؤجر الأرض الزراعية أو يشارك على زراعتها عن طريق إبرام عقد مزارعة مع الغير (٣)

(١) توافقت المادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وكذلك المادة (٩٢٣) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

(٢) د. طارق عبد الرؤوف صالح، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٩٧ و ٣٩٨.

(٣) د. عبد الله بشرى، الوجيز في الحيازة، المصدر السابق، ص ٨.

من جانب آخر تكون السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة بالتصرف فيبيع الشخص (الحائز) الحق العيني أو يرهنه أو يهب الشخص الأرض أو المسكن، وإذا كان محل الحيازة حقاً شخصياً كالسندات لحاملها وأيضاً يعد المستأجر حائزاً لحقه الشخصي تجاه المؤجر بالنسبة للعين المؤجرة فتكون السيطرة المادية على الشيء بمباشرة ذات التصرفات السابقة بحسب طبيعة الحق محل الحيازة، إذ إن الأمر لا يتعلق بحق الملكية بل يتعلق بحيازة مادية لهذا الحق أي يتعلق الأمر باستعمال هذا الحق استعمالاً فعلياً^(١)

كما أن الدائن المرتهن تنتقل إليه حيازة المال المرهون بسيطرته عليه سيطرة فعلية بقصد ممارسة حق الرهن على هذا المال، وعلى ذلك لا يكفي لاعتبار أن الحيازة قد انتقلت أن يقوم الراهن بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن وإعلامه بذلك؛ لأن ذلك وإن كفى لاعتبار الراهن موفياً بالتزامه بتسليم المال المرهون، إلا أنه نه لا يوفر للدائن المرتهن سيطرة فعلية على المال المرهون علماً أن السيطرة الفعلية لا تشترط أن يضع الدائن يده على المال المرهون مادياً، ويتحقق ذلك إذا كان المال المرهون سندات وتسلمها المرتهن^(٢)

كذلك نجد أن هذه السيطرة المادية باقية مادام الشيء محل الحيازة لم يخرج من حوزته، ومتى تحققت السيطرة المادية للشخص على الشيء عقاراً كان الشيء أم منقول، فأنها تبقى مادامت لم تنقطع فيستبقي الشخص السيطرة المادية على المنقول مادام في قبضة يده ولم يخرج من حوزته ويستبقيها على العقار ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوي أي عنصر القصد حتى لو انقطع عن استعمال العقار مدد معينة تطول أو تقصر، ويكفي استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة فما دام الشخص متمكناً من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية يستبقي العنصر المادي مادام محتفظاً بالعنصر المعنوي نية تملك العقار^(٣)

يترتب على ذلك أنه إذا كان الشيء داراً وانقطع الحائز عن سكناها أو أرضاً وانقطع عن زراعتها فإنه يبقى مع ذلك محتفظاً بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض ما دام يبقى متمكناً من العودة إلى سكن الدار أو زراعة الأرض ولا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكناً من ذلك، كما لو اغتصبت منه أو استولى شخصاً آخر على الدار أو الأرض ومضى على الشخص الأول لحيازته من سنة، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففي هذه الحالة يفقد عنصر القصد المعنوي فانقطاع الشخص عن سكن الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها، وانقطاعه عن زراعة الأرض مع تمكنه من زراعتها قد يشوب الحيازة بعبء التقطع فلا تنتج اثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة في ذاتها بل يبقى محتفظاً بعنصرها عنصر السيطرة المادية الذي استبقاه يتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة وعنصر القصد الذي لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يتجلى منها أن ذلك الشخص فقد عنصر القصد^(٤)

(١) د. محمد شريف عبد الرحمن، اسباب كسب الملكية (الحيازة)، المصدر السابق، ص ٧١.

(٢) عمار محسن كزار، القبض في عقد الرهن الحيازي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٦، ص ١٣.

(٣) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٠٩.

(٤) د. السنهوري، المصدر نفسه، ص ٨٠١. وينظر كذلك د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق، ص ١٠٨.

من خلال موقف القوانين محل المقارنة يمكن تكييف الحيابة العرضية بأنها حيابة مادية محضة للشيء تتضمن عنصرًا ماديًا أي السيطرة الفعلية على الحق ولا تتضمن عنصرًا معنويًا أي نية استعمال الشيء لحسابه الخاص أو نية تملكه كحيابة المستأجر للعين المؤجرة فهو حائزًا عرضيًا إذ يمارس الأعمال المادية على العين المؤجرة بسكنها وإصلاحها إذ تعرضت إلى خلل وغيرها من الاعمال المادية، ولكنه لا يملك نية تملك العين المؤجرة إذ إن سند حيازته يمثل إقرارًا ضمنيًا بأنه يحوز لحساب الغير(المؤجر).

كما أخذ القانون المدني الفرنسي بالنظرية الشخصية التي تشترط أن يتوافر في الحيابة العنصر المادي والعنصر المعنوي، وكذلك القوانين الأخرى التي تأثرت بالمدرسة اللاتينية^(١) ومن هذه القوانين القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي فقد ذهب مذهب القانون الفرنسي في تكييف الحيابة، فجعلها ذات صلة وثيقة بالملكية وتكون قرينة عليها مالم يقم الدليل على العكس.

لكن تجب الملاحظة أن مذهب القانون المصري والعراقي هذا ليس تبعية تقليدية للقانون الفرنسي، وإنما هو نابع من موقف ثابت في الشريعة الإسلامية في تقرير معنى الملكية وحمايتها من الاعتداء، فالشريعة الإسلامية تحترم اليد أو الحيابة بشكل عام سواء كان الحائز قانونيًا أم عرضيًا وتجعل ما سواها يقع عليه عبء الإثبات، بحيث أنها تنتهي بالملك المطلق الذي لا تسمع عليه الدعوى^(٢)

لقد جسدت محكمة التمييز هذا الموقف في قرارًا لها استنادًا إلى (المادة ١١٥٨/١) من القانون المدني العراقي إذ قضت بأنه "التقادم في الحيابة لا يصلح للحكم في الملكية وإنما يصلح دفعًا لدعوى التملك المقامة ضد الحائز"^(٣)

كذلك نجد موقف محكمة النقض المصرية مؤيدًا لرأي القائل بان الحيابة واقعة مادية تترتب عليها الآثار القانونية ، كما أن الحيابة في جوهرها واقعة مادية ومن المعلوم أن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات التي يحددها قانون الإثبات، إذ قضت هذه المحكمة بأنه "إن وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، تعتمد في ثبوت الحيابة بعنصرها على القرائن التي تستنبطها من وقائع الدعوى ما دام استخلاصها سائغًا"^(٤)

أما بالنسبة لموقف الفقه القانوني من تكييف الحيابة العرضية للعقار فيلاحظ أنه مرتبط بتكييف الحيابة بوجه عام، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل التالي: هل أن الحيابة العرضية هي حق من الحقوق أم أنها مجرد واقعة مادية تترتب عليها آثارًا قانونية ؟

1- MAZEAUD (HL) leçon de droit civil, Paris, édition montchrestien, 1975, P 165.

(١) د. حسن محمد كاظم، الحيابة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، تصدر عن جامعة الكوفة، العدد الثامن عشر، لسنة ٢٠١٠، ص ٤٥.

(٢) رقم القرار ٣٠١/مدنية ثالثة/عقار، ٧٤، في تاريخ ١٩١٥/٢/٤، منشور في مجلة الاحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق قسم الإعلام القانوني، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٤٢.

(٣) الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٥٦ ق، جلسة ١٩٩٢/٢/٢٠، أشار إليه د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٤٤.

للإجابة على هذا التساؤل نقول لقد اختلف فقهاء القانون حول هذا الموضوع، فمنهم من يرى أن الحيابة حق من الحقوق تخول صاحبها سلطة الاستيلاء على العقار ما دام لم يثبت أحد أنه مملوك له وثمة من يرى أن الحيابة حق قائم بذاته فلا هو حق عيني ولا هو حق شخصي^(١)

يذهب رأي أخرفي الفقه إلى القول أن الحيابة ابتداءً ليست حق عيني أو حق شخصي بل هي وفقاً لرأيهم ليست حقاً أصلاً وإنما هي سبب لكسب الحق فهي واقعة مادية بسيطة تحدث آثاراً قانونية، ويعللون رأيهم هذا بالقول اننا إن سايرنا المذهب الشخصي وقلنا أن هنالك عنصراً معنوياً للحيابة وهو القصد (أي قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيابة) فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيابة بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين أي أن تكون اعمال الحائز أعمالاً قصدية فهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثاراً قانونية، في حين إذا قلنا مع المذهب المادي ان القصد ينصب على الحيابة المادية في ذاتها، فإن هذا يكون أكثر دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالاً مادية ومن ثم تكون الحيابة في كلاً المذهبين واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثاراً قانونية^(٢)

لقد ذهب غالبية الفقه القانوني بصدده تعرضه لتكييف الحيابة يشكل عام والعرضية منها بشكل خاص إلى إن الحيابة تعد وضع مادي يرتب عليه القانون مجموعة من الآثار القانونية^(٣) ونحن نرجح هذا الرأي؛ وذلك لأن الحيابة العرضية في حقيقتها واقعة مادية ترد على العقار.

هناك من يرى أن الحيابة سلطة فعلية لشخص على العقار يستعمله بصفته مالكا أو صاحب حق عيني عليه سواء استندت هذه السلطة إلى حق أم لم تستند، فالحيابة مجرد مظهر من مظاهر التسلط الفعلي أو مظهر للحق وهذا المظهر هو الحقيقة في الغالب^(٤)

يرى جانب من الفقه أن يشترط في الحائز العرضي أن يكون حائزاً فعلاً للعقار وله السيطرة المادية عليه فعلى سبيل المثال لا يكفي صدور عقد إيجار للمستأجر لجعله حائزاً عرضياً إذا كان لم يستول على العين المؤجرة^(٥)

وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (تأجير ناظر للأطيان المملوكة للوقف هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكفي لتوافر الركن المادي لحيابة الجزء المتنازع عليه من هذه الاطيان، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلي على هذا الجزء)^(٦) أي أنه من الشروط الواجب توافرها في الحائز العرضي وهو الحارس في هذه الحالة أن يحوز العقار حيابة فعلية تتمثل بممارسة الأعمال المادية الظاهرة ولا تكفي الاعمال القانونية بهذا الصدد والاكتفاء بأبرام عقد الإيجار.

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص ١٥٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٧٨٥.

(٣) د. غني حسون طه، محمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٢٠٠.

(٤) أريج طعمة فاخر، الجرائم الماسة بالحيابة، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥، ص ٨.

(٥) د. محمد المنجي، الحيابة، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٦) نقض مدني ١٩٧٥/٣/١٤، مجموعة محكمة النقض (الدائرة المدنية)، تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، السنة ٢٤، ج ١، ص ٣٢٩.

ثمة رأي في الفقه يرى بأن ما يجعل الحيازة عرضية ومن ثم يحول دون كسب ملكية محلها بالحيازة أو التقادم هو وجود التزام من جانب الحائز العرضي برد الشيء الذي تحت حيازته إلى حائزه الحقيقي وذلك بموجب سند حيازته^(١)

فمضمون هذا الرأي تزول الصفة العرضية للحيازة وتصبح حيازة حقيقية إذا بطل الالتزام بالرد؛ ونحن نرى أن هذا الرأي غير دقيق؛ لأن بطلان الالتزام بالرد ليس من شأنه أن يستبعد دلالة السند رغم بطلانه على وجود اعتراف بحق الحائز الحقيقي من طرف الحائز العرضي.

والجدير بالذكر أن العرضية ذو طابع مطلق لا تنتج أثرًا في مواجهة جميع الأشخاص، وذلك لتخلف عنصر من عناصر الحيازة القانونية إلا وهو العنصر المعنوي وعليه لا يجوز للحائز العرضي أن يتمسك بالتقادم ضد أي شخص، فإذا استأجر شخص دارًا من غير مالكة وبقي حائزًا لها بهذه الصفة مدة خمس عشرة سنة ثم رفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ففي هذه الحالة ليس له أن يتمسك بالتقادم ضد المالك، ولكن هذا الطابع المطلق لا يصدق في جميع الأحوال إذ إن الحيازة العرضية المطلقة تثبت لمن يحوز الشيء حيازة مادية دون أن يتصور لديه في نية حيازة أي حق من الحقوق العينية، ويتحقق ذلك حين يكون السند المخول للحيازة المادية غير مخول للحائز أي حق عيني على الشيء، وهو ما يبدوا خاصة في شأن من يتغير في حيازته المادية إلى حق دائنيه يخول مثل هذه الحيازة المادية مع بقاء الحق العيني على الشيء لصاحبها الأصلي^(٢)

كمن يحوز لحساب الغير أي صاحب الحق العيني على العقار وليس لحساب نفسه ليقر ويعترف للغير بهذا الحق، فكل منهم مجرد حائز عرضي يفقد إلى عنصر القصد أو النية في الظهور بمظهر صاحب الحق العيني على الشيء، كما أنه لا يستطيع مهما طالّت مدة حيازته الادعاء باكتساب أي حق من الحقوق العينية على الشيء الذي يحوزه، حيث يستطيع الموكل دائمًا أن يسترد الشيء دون أن يستطيع والوكيل الامتناع عن رده والتمسك بتملك الشيء بالحيازة، أو بالتقادم؛ لأن يده وقتية وعارضة^(٣)

لكن قد تكون العرضية نسبية، وذلك حين يجمع الحائز العرضي بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية في آن واحد، وذلك بأن يخوله سند حيازته حقًا عينيًا على الشيء، فيحوز الشيء حيازة مادية يظهر فيها بمظهر صاحب الحق العيني مما تعتبر حيازته حيازة قانونية في صدد هذا الحق، ولكن تحدد النية لدى الحائز باكتساب هذا الحق بالذات على هذا النحو ينفي عنه نية اكتساب حق عيني آخر، مما يجعله مجرد حائز عرضي في شأن الحقوق العينية الأخرى غير الحق الذي يقوم عليه أصل حيازته، ولذلك تكون الصفة العرضية للحيازة نسبية تمنع من اكتساب بعض الحقوق العينية فقط، فمتى يتقرر له حق الانتفاع على الشيء يكون حائزًا قانونيًا بالنسبة لحق الانتفاع وحائزًا عرضيًا بالنسبة لحق الملكية^(٤)

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المصدر السابق، ص ٥٥٠.

(٢) د. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٣) د. سامي الدريعي، الوكالة غير القابلة للعزل، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، السنة، الخامسة والعشرون، ص ٣٤.

(٤) د. حسن كيرة، الحقوق العينية الاصلية أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥، ص ٤٥١.

كما يذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن المشرع المدني العراقي قد أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية، ولم يقتصر على الحقوق العينية حيث أخذ بأهم تطبيق عملي للنظرية فاستعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهي امتداد الحيابة إلى الحقوق المادية، فأقر حيابة الشخص لحساب غيره وجعلها حيابة بالمعنى الصحيح وحماها بجميع دعاوى الحيابة مثل حيابة المستأجر، ومن ثم ميز الحيابة بالمعنى الصحيح ومجرد الإحراز المادي مثل حيابة الخدم والأتباع لحساب مخدوميههم ومتبوعيههم وهو بذلك يكون قد تأثر بالنظرية المادية^(١)

ويذهب أحد الباحثين إلى أن القانون المدني المصري والعراقي قد سلكا مسلكاً وسطاً وجمعاً بين النظريتين المادية والشخصية، فمن حيث المبدأ أخذاً بالنظرية الشخصية فأوجبت هذه القوانين لقيام الحيابة توافر العنصر المادي والمعنوي، كما تأثرت بالنظرية المادية فمدت الحيابة أخذاً بهذه النظرية إلى الحقوق الشخصية ولا تقصرها على الحقوق العينية^(٢)

يستخلص من تكييف الحيابة العرضية أنها تتوافر لدى نوعين من الأشخاص النوع الأول الحائزين العرضيين التابعين للحائز الأصلي، فهؤلاء يحوزون لحساب الحائز الأصلي ويأتمرون بأوامره ويلتزمون بتعليماته وليست لهم إيه حرية في التصرف فيما يتعلق بحيابة العقارات التي يحوزونها لحسابه، وقد أشارت إلى ذلك (المادة ٢٢٣٦) من القانون المدني الفرنسي على أنه "الحائزون بالنيابة عن غيرهم لا يكسبون بالتقادم مطلقاً مهما طال زمن وضع يدهم فالمزارع والمودع عنده وصاحب حق الانتفاع وغيرهم ممن يحوزون الشيء حيابة عرضية بالنيابة عن المالك لا يمكنهم كسبه بالتقادم".

كما أشار القانون المدني المصري في (المادة ٩٥١ / ١) على أنه "تصح الحيابة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلأً به اتصالاً يلزمه الائتثار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة"، ولا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني العراقي.

نحن نرى أنه من الأفضل أن يضع المشرع العراقي نصاً صريح يعالج هذا الموضوع كما فعل المشرع الفرنسي والمصري؛ وذلك لبيان حكم الحيابة بالواسطة وكذلك مدى التزام الوسيط بالتزامات الحائز وأوامره.

إنّ مثال هذا النوع من الحائزين العرضيين الخدم والعمال والمستخدمين كالتطاهي والسائق وناظر الزراعة والوكيل ما دام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره، وصاحب حق الانتفاع فهؤلاء لا يتوافر لديهم العنصر المعنوي للحيابة^(٣)

أما النوع الثاني فهم الحائزين العرضيين غير التابعين للحائز الأصلي فهؤلاء وإن كانوا يحوزون لحساب الحائز الأصلي إلا أنهم لا ياتمرون بأوامر هؤلاء يلتزمون بتعليماته ولهم بعض الحرية في التصرف بحياباتهم، ومثال ذلك أصحاب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى والدائن المرتهن رهن حيازي والمستأجر والمستعير، فهؤلاء وإن كانوا يحوزون العقار

(١) د. منصور مصطفى منصور، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٣٧٧، ٣٧٩.

(٢) نبأ محمد عبد، غصب العقار، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، كيلة الحقوق، ٢٠٠٦، ص ٢٦.

(٣) د. طارق عبد الرؤوف صالح، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، المصدر السابق، ص ٣٩٧.

أو الحق الثابت لهم على العقار لحساب انفسهم، ولكنهم يحوزون فيما وراء هذا الحق لصالح المالك الأصلي وتكون حيازتهم فيما وراء حقوقهم حيازة عرضية^(١)

نجد أن الفارق بين النوعين يتلخص في أن النوع الأول من الحائزين العرضيين يتفق مع النوع الثاني في أنهم جميعاً حائزون عرضيون يحوزون لحساب الغير، ولكن يختلف عنه في أن النوع الثاني لا تقتصر حيازته على مجرد الحيازة المادية بل يجمع الى جانب تلك الحيازة المادية حيازة صحيحة، لحق عيني أو حق شخصي لحساب نفسه ويتوافر عنده بالنسبة لهذا الحق عنصرًا الحيازة أي السيطرة المادية ونية استعمال الحق لحسابه، فهو لا يعد حائزًا عرضيًا لهذا الحق بل هو حائز أصلي، ومثال ذلك اصحاب حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، فكل واحد من هؤلاء يعتبر حائزًا عرضيًا للشيء بالنسبة لحق الملكية الذي حوزة لحساب المالك ولا يباشر فيه الا السيطرة المادية نيابة عن المالك.

بهذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية "إذا كانت حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل وللأخير أن يتمسك بها عند الحاجة، فإن وضع اليد الفعلي للمستأجر يكون لصالح المؤجر الذي يعتبر مستمرًا في وضع يده بالحيازة التي لمستأجره ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إليه"^(٢)

نستنتج مما تقدم أن الحائز لحق الملكية لا يحوز الحق لحساب نفسه بل يحوزه لحساب غيره، فهذا الغير هو المالك وحده الذي يوجد عنده العنصر المعنوي ويباشر السيطرة المادية بواسطتهم، كما ان كل واحدًا من هؤلاء يعد حائزًا أصيلاً بالنسبة للحق العيني كحقوق الاستعمال والسكنى والانتفاع وكذلك بالنسبة للحق الشخصي كحق المزارعة وحق الإجارة ، الذي يحوزه لحساب نفسه لا لحساب المالك، ويجمع فيه عنصري الحيازة المادي والمعنوي، فيد حائزًا حيازة صحيحة لهذا الحق ويستطيع أن يلجأ في حمايته إلى جميع دعاوى الحيازة .

كذلك في القضاء العراقي تعد الحيازة عمومًا وسواء وردت على عقار أو منقول قرينة على الملكية، وبهذا السياق قضت محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية "أن الحائز للسيارة هو المدين وحيازته للسيارة قرينة على ملكيته لها الى أن يثبت العكس..."^(٣)

بذات السياق قضت محكمة التمييز الكويتية "الحيازة وأن كانت لا تعتبر بذاتها ومهما طال مداها سببًا لكسب الملك بالتقادم، فإنها مع ذلك إذا استمرت خمسة عشر سنة هادئة ظاهرة بنية التملك، فإنها تعتبر وفقًا لنظام عدم سماع الدعوى المعروف فيه قرينة شرعية وقانونية على أن الحائز هو المالك للعقار الذي يحوزه"^(٤) وخلاصة ما تقدم أن القانون الوضعي يتفق في توجهه مع الفقه الإسلامي من حيث كون الحيازة بشكل عام والعرضية منها بشكل خاصة تعد

(١) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٦٣.

(٢) الطعن رقم ١١١٥ س ٤٩ ق، جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨، أشار اليه د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٤٤.

(٣) رقم القرار ١٦ / ت / تنفيذ / ٢٠٠٨ في تاريخ ٢٠٠٨/٢/٤، أشار اليه القاضي لفته هامل العجيلي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٤٨.

(٤) طعن بالتمييز رقم ٨٤/١٧٣ تجاري - جلسة ١٩٨٥/٥/٨، أشار اليه د. طارق عبد الرؤوف صالح، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي (حق الملكية) المصدر السابق، ص ٣٩٨.

دلالة ظاهرة على الملك، من حيث نظر الناس إلى الحائز؛ كونه يحوز العقار متمتعاً بمعظم سلطات المالك من حيث سلطة الانتفاع بالدار كزراعتها أو سلطة الاستعمال كسكنها.

المطلب الثاني

تمييز الحيازة العرضية عما يشتهب بها من أوضاع

بعد أن وضحنا تكييف الحيازة العرضية للعقار يكون من الضروري تمييز الحيازة العرضية للعقار عن أوضاع قانونية أخرى قد تشتهب بها ومن هذه الأوضاع الحيازة الحقيقية وكذلك أعمال التسامح، ومن أجل تسليط الضوء على هذا الموضوع بشكل أكبر قسمنا هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول تمييز الحيازة العرضية للعقار عن الحيازة الحقيقية ونوضح في الفرع الثاني تمييز الحيازة العرضية للعقار عن أعمال التسامح وكما يأتي :

الفرع الأول

تمييز الحيازة العرضية للعقار عن الحيازة الحقيقية

سنوضح في هذا الفرع موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف فقهاء القانون الوضعي من تمييز الحيازة العرضية عن الحيازة الحقيقية، وبناءً على ذلك سنقسم هذا الفرع على فقرتين:

أولاً : تمييز الحيازة العرضية للعقار عن الحيازة الحقيقية في الفقه الإسلامي:

بالنسبة لموقف الفقه الإمامي من تمييز الحيازة العرضية للعقار عن الحيازة الحقيقية، فيلاحظ أن فقهاء الإمامية لم يتناولوا هذا الموضوع وهم لم يعرفوا مصطلح الحيازة ولكنهم عرفوا مصطلح اليد وبحثوها ضمن كتب الدعاوى والبيانات، ولكن يمكن أن نستخلص موقفهم بهذا الصدد من خلال عرض بعض أقوال فقهاء هذا المذهب بخصوص اليد بحسب كل مذهب.

ففي الفقه الإمامي ثمة من يرى (أن توارد الشهادة من الشاهدين على الشيء الواحد شرط في القبول كما ذكره غير واحد، بل في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال، لأنه بدون ذلك لا يكون شاهدان على شيء واحد، وكذا لا تكون أربعة شهود في الزنا، ولكن من الواضح أنه إذا احتج إلى شاهدين، وإلا كما في ربع الميراث والوصية لا يكون موضوع لهذا الكلام، ثم المهم في التوافق اتفاق الشاهدين معنى وأن اختلفاً لفظاً، فالعبرة بالمعنى فإذا قال أحدهما غصب وقال الآخر انتزع قهراً ظلماً، وقال في الجواهر وكذا لو شهد أحدهما انه غصبه من زيد أو أقر بغصبه منه، وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل الشهادة ولأعميه الغصب من كونه ملكاً له وكذا الكلام في البيع والصنع وغيرهما من الأفعال المختلفة) (١)

يذهب رأي آخر الى القول (وإذا تداعياً ثوباً في أيديهما فاليد لهما سواء ولو كان أكثره مع أحدهما كما لو أنفرد ممسك الأقل فاليد له) (٢)

(١) الشيرازي، محمد الحسيني، الفقه (كتاب الشهادات) ج ٨٦، ط ٢، دار العلوم، بيروت، ١٩٨٨، ص ٣٤١.
(٢) أبين المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، المصدر السابق، ص ٣٩٣.

يتضح مما تقدم أن فقهاء المذهب الإمامي يبحثون اليد أي الحيابة في كتب القضاء والدعاوى والشهادات من أجل اعتبارها معياراً لمعرفة المدعي والمدعى عليه ومن ثم تحديد من هو صاحب الحق في الدعوى أي المالك الذي يحوز المال حيابة حقيقية مستوفية للشروط الشرعية وتكسبه ملكية المال أو الحق العيني الوارد عليه وذلك بعكس الحيابة العرضية التي لا تكسب الحائز الملكية لعدم توافر العنصر المعنوي اللازم توافره في الحيابة حتى تكون منتجة لأثارها في كسب الملكية.

في الفقه الحنفي يفرق فهاء المذهب الحنفي بين الحيابة بنية التملك (الحيابة الحقيقية) وبين الحيابة بدون نية التملك (الحيابة العرضية) بلغة فقهاء القانون، فيذهب رأي الى القول "لأن اليد متنوعة إلى أنابة وملك فلا تفيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها" (١)

يقول رأي آخر (... لأن اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطللة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد امانة وكانت محتملة والمحتمل لا يصلح حجة بخلاف المعاينة وبخلاف الاقرار؛ لأنه حجة بنفسه والبيئة ليست حجة بنفسها بل بقضاء القاضي) (٢)

وثمة رأي أيضًا يرى "يد حفظ لا يد خصومة، ويد الحفظ تكون في أحوال كيد المستأجر ويد الوكيل ويد المستعير، أما يد الخصومة فهي يد واضع اليد الذي يدعي ملكية المال" (٣)

يتضح من هذه الأقوال أن فقهاء المذهب الحنفي يفرقون بين الحائز بنية اكتساب الحق أي الحائز الذي يحوز الشيء حيابة حقيقية ويدعي ملكيته للعقار الذي في يده وبين واضع اليد نيابة عن غيره أي الحائز الذي يحوز الشيء حيابة عرضية، فالحائز الحقيقي عند الحنفية هو الحائز الذي يمارس الأعمال المادية على العقار الذي يحوزه كما تتوافر لديه نية ادعاء ملكية العقار، بعكس الحائز العرضي فهو يحوز الشيء نيابة عن غيره ولا تتوافر لديه نية اكتساب الحق محل الحياة وقد أورد فقهاء الحنفية بعض تطبيقات الحيابة العرضية ومنها المستأجر في عقود الإجارة والمستعير في عقود الإعارة والوكيل في عقود الوكالة.

بالنسبة للمذهب المالكي يميز فقهاء هذا المذهب بين الحائز المالك ولو في الظاهر وبين الحائز العرضي فيذهب رأي الى أنه "إذا عرف أصل دخول الحائز في الملك مثل أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب أو أعمار، فهو محمول على ذلك ولا ينتفع بحيابته حتى يأتي بأمر محقق من شراء أو صدقة أو نحو ذلك" (٤) ويقول رأي آخر "...لأن الحوز أعم، قد يكون عن ملك وغيره، فهو أعم من الملك لأنه يشمل وغيره، فكما يمكن أن يكون الحائز مالكا وهذا هو الظاهر يمكن أن يكون الحائز أيضًا مجرد حائزًا عرضيًا" (٥)

(١) البابرتي، أكمل الدين بن محمد، شرح العناية على الهداية على هامش فتح القدير لأبن همام، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، المصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٣) السرخسي، المبسوط في الفقه، المصدر السابق، ص ١٠٣٧.

(٤) أبن فرحون، يرهان الدين محمد، تبصرة الاحكام في اصول الاقضية ومناهج الحكام، ج ٢، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ١٣٢٠هـ، ص ٩٤.

(٥) الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ٢٢١.

ثمة رأي في هذا المذهب يرى "أن الحائز لا ينتفع بحيابته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها بسبب من الأسباب كالعارية والكراء وتكون حيابة عرضية" (١)

يتبين مما تقدم أن فقهاء المذهب المالكي يرون بأن الحيابة العرضية لا أثر لها لمن يدعي ملكية العقار المحوز، كما أن هذه الحيابة لا تجعل للحائز العرضي أي علاقة بملكية العقار الذي يحوزه، إذ إن حيابته تقتصر على السيطرة المادية على العقار الذي يكون تحت حيابته.

بالنسبة لتوجه الفقه الشافعي نجد أن فقهاء الشافعية لا يخصصون للحيابة حيزاً مستقلاً وإنما يتعرضون لها عند حديثهم في الدعوى والبيانات، ويطلقون على الحائز (صاحب اليد) أو (الداخل) ويطلقون على من ينازعه (الخارج) ولذلك فإن فقهاء هذا المذهب لم يضعوا تمييزاً صريحاً للحيابة الحقيقية عن الحيابة العرضية أي الحيابة بدون أدعاء ملكية المال المحاز، ولكن يمكننا أن نستنتج التمييز بين الحيابة العرضية والحيابة الحقيقية ممن خلال بيان آراء فقهاء الشافعية، وفي هذا الشأن يذهب رأي إلى أنه "الأظهر أن المدعي هو من يخالف الظاهر والمدعي عليه من يوافقه" (٢)

ثمة رأي آخر يقول "أن اليد قد تكون باطلة كيد المغتصب" (٣) ويد محقة مشروعة كيد المستأجر كما أن اليد الصورية لا تعتبر بينة ولا دليلاً على الملك" (٤)

يتضح مما تقدم أن اليد عند فقهاء هذا المذهب تعني الحيابة، والحائز إذا وضع يده على الشيء محل الحيابة وأدعى ملكيته يكون حائزاً حقيقياً، مما يعني أن الحائز إذا لم يدع ملكية الشيء الذي يحوزه تكون حيابته عرضية ووقتيّة، كما أن فقهاء الشافعية كغيرهم من الفقهاء يميزون بين أنواع اليد المختلفة، فهناك يد مشروعة أي أن واضع اليد حصل على المال بطريق مشروع كيد الوكيل والمستأجر، وهناك يد أخرى باطلة وذلك عندما يحصل واضع اليد على المال بطريق غير مشروع كما لو غصبه أو سرقه.

فيما يتعلق بالمذهب الحنبلي يرى فقهاء هذا المذهب أن اليد العارضة تقتصر في حيابته على السيطرة المادية على العقار، فيذهب رأي إلى أنه "...ولأن اليد قد تكون عن غصب أو توكيل أو اجارة او عارية فلم تختص في الملك" (٥)

يقول رأي آخر "لأن اليد ليست منحصرة في الملك فإنه قد يكون بإجارة أو إعارة أو غصب أو وكالة" (٦)

ثمة رأي في هذا المذهب يرى "... فالأيدي ثلاثة : يد يعلم أنها مبطلّة ظالمة فلا يلتفت إليها، والثانية يد يعلم أنها محقة عادلة فلا تسمع الدعوى عليها كمن يشهد في يده داراً تصرف فيها

(١) الخطاب، أبو عبد الله محمد عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ١٦، دار الرضوان للنشر، نواكشوط، موريتانيا، ٢٠١٠، ص ٢٣٠.

(٢) النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار التراث، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٥٥.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨، المصدر السابق، ص ٣٦١.

(٤) قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة، ج ٤، مكتب علي محمد صبيح، مصر، بلا سنة طبع، ص ٣٤٥.

(٥) ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبل في شرح الدليل، ج ٢، ط ٢، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٨٩ هجرية، ص ٤٨٤.

(٦) ابن قدامة، المقنع، ج ٣، المصدر السابق، ص ٦٨٠، ٦٩٧.

بأنواع التصرف، والثالثة يد يحتمل أن تكون محقة وأن تكون مبطللة فهذه هي التي تسمع الدعوى عليها" (١)

يتضح من هذه النصوص أن هنالك تقسيمين لليد في الفقه الحنبلي أولهما يقوم على أساس نوع اليد من حيث سببها، والثاني يقوم على أساس نوع اليد من حيث حكمها الشرعي، فاليد من حيث سببها قد تكون يد ملك أو يد عارضة بلغة القانونيين كيد المستأجر والمودع لديه والوكيل، فالنقسي هنا يقوم على أساس سبب اليد، أي لماذا يضع صاحب اليد يده على المال؟

نجد أن والأسباب كثيرة كما ذكرناها سابقاً، وأما اليد من حيث حكمها الشرعي أما تكون باطللة ظالمة فلا تكون مشروعة، كما هو الحال بالنسبة ليد الغاصب والسارق مثلاً، أو أن تكون محقة عادلة فتكون مشروعة كما هو الحال بالنسبة ليد الملك ويد الحائز العرضي كيد الوكيل والمستأجر، ولما كان اليد من حيث سببها تقتصر على السيطرة الفعلية على العقار فهذه إذن يد عارضة كما في القانون المدني، وهذه اليد لا يترتب عليها كسب الملكية لانعدام نية اكتساب الملكية (٢)

وفي الفقه الحديث ثمة من يرى أن الحيابة لا تعتبر إلا إذا كانت مستوفية لشروطها المحددة، ويستوي من حيث أعمال الحيابة ان تكون الحيابة عارضة بلغة فقهاء القانون أو مغتصبة، ففي كلاً الحالتين لا يعتبر صاحب اليد على المال حائزاً بالمعنى الشرعي، ومن المعروف أن يد الأمين أو المستأجر وما شابه تختلف عن يد الغاصب ولكننا هنا ننظر إلى الحيابة التي هي دليل الملك بلغة القانونيين، لأن الشريعة الإسلامية لا تقر الغصب وتعتبر الغاصب معتدياً على أموال الناس، ولعل الغاية من ذلك هي الحفاظ على النفس والمال فهي من ضرورات الدين وقد أوصت الشريعة الإسلامية السماع بالحفاظ عليها (٣)

ويرى أحد الفقهاء المحدثين أن الفرق بين حوز الأصل وحوز غيره أي من يتولى وضع اليد على الشيء عوضاً عن مالكه، هو ان حيابة الأصل حيابة أصلية (دائمة) يملك صاحبها حق التوجيه والتصرف أو بعبارة اوضح يملك دعوى الملكية ودعوى الحيابة، بينما حيابة غيره حيابة عرضية (زائلة) لا يملك من يتولاها حق التوجيه والتصرف ولا يحق له رفع دعوى الملكية ومن توابع هذه التفرقة ونتائجها أن الحوز ينفع الحائز الأصلي دون الحائز العرضي كما أن تصرفات الوكيل تنسب الى الأصل لا الوكيل (٤)

بعد الانتهاء من بيان بعض آراء فقهاء المذاهب الإسلامية حول هذا الموضوع، نستنتج من اقوال الفقهاء سالفه الذكر أن الحائز العرضي قد يكون تابعاً للحائز الأصلي أو غير تابع له كما هو الحال في القانون المدني فالحائز التابع للحائز الأصلي يأتّمر بأوامر الحائز الأصلي في السيطرة المادية ويستفاد ذلك من قول في الفقه الحنفي حيث يرى يد الحفظ تكون في أحوال كيد الوكيل والمستأجر، ورأي آخر في هذا المذهب يقول لأن اليد متنوعة الى أنابه أو ملك، فيد الوكيل

(١) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ١١٤، ١١٥.

(٢) محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتفاد في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

(٣) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتفاد في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٣١٩.

(٤) محمد القدوري، حيابة العقار وحيابة المنافع في الفقه الإسلامي، ط١، دار الامان للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ٢٠٠٥، ص ٥٧.

هنا تابعة للمالك الاصيلي الذي ياتمر بأوامره، أما الحائز العرضي غير التابع للحائز الاصيلي فهو يجمع إلى جانب الحيابة المادية حيابة صحيحة لحق عيني او شخصي يحوزه لحساب نفسه، فو ليس حائزاً عرضياً بالنسبة لهذا الحق ولكنه حائز عرضي فيما يختص بالملكية، ومثال ذلك الدائن المرتهن والمستأجر، وقول في الفقه الحنبلي إذ يرى أن اليد قد تكون بإجارة أو وكالة أو بغيرها.

ومن الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي يسبغ على هذا الحائز العرضي الحماية التي يقرها بالنسبة لصاحب كل حق بالنسبة لحقه، وبأجراء مقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحائز الاصيلي أي الحائز بنية تملك الشيء هو من يدعي ملكية العقار الذي يحوزه، والحائز العرضي أي الحائز بدون نية التملك هو الذي تقتصر حيابته على مجرد السيطرة الفعلية على العقار المحوز دون ادعاء ملكيته، ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي حول هذا الموضوع.

ثانياً: تمييز الحيابة العرضية للعقار عن الحيابة الحقيقية في القانون الوضعي:

فيما يتعلق موقف القوانين محل المقارنة من تمييز الحيابة العرضية للعقار عن الحيابة الحقيقية فهي لم تورد تمييزاً صريحاً بين هذين المصطلحين، وأكتفت بتعريف الحيابة بوجه عام، إذ إن الأمر متروك لأجتهد الفقه والقضاء فوظيفة المشرع وضع القواعد العامة وترك التفاصيل للفقه والقضاء، وبخصوص موقف الفقه القانوني من هذا الموضوع فيلاحظ أنهم قد حاولوا ان يبرزوا التمييز بين الحيابة العرضية والحيابة الحقيقية خاصة على مستوى العقارات.

فيذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن الحيابة العرضية تقتصر على مجرد السيطرة المادية على العقار بحيث يكون الحائز حائزاً لحساب غيره لا لحساب نفسه فلا تكون لديه نية الظهور بمظهر المالك، فالحائز العرضي إذن هو كل من انتقلت إليه السيطرة المادية على العقار بياشرها باسم المالك ولحسابه، سواء كان ذلك بموجب عقد كالوكيل والمستأجر أو بموجب حكم قضائي كالحارس والسنديك أو بموجب نص قانوني ومثال ذلك الوصي والقيم، فمن جانب يقع على الحائز العرضي دائماً التزام برد العقار إلى مالكة كما في حالة المستأجر في عقد الإيجار إذ يفرض عليه القانون التزام يتمثل برد العقار إلى المستأجر بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الإيجار^(١)

من جانب آخر فالحائز العرضي الذي يكون العقار تحت حيابته تتحدد هذه الحيابة على العقار بمجرد السيطرة الواقعية، وبالتالي من غير المتصور أن توجد لديه نية تملك العقار محل الحيابة، إلا إذا تغيرت صفة حيابته للعقار وذلك بالطرق المقررة قانوناً^(٢)

وقد يجمع الحائز بين الحيابة المادية المحضة للعقار والحيابة الحقيقية، وذلك عندما يخوله سند حيابته حقاً عينياً على الشيء ففي هذه الحالة يحوز الحق العيني لحساب نفسه مثل صاحب حق الاستعمال والسكنى والمرتهن رهن حيازي وحق الانتفاع فكل من هؤلاء يحوز الحق الذي

(١) د. سعيد مبارك وطه الملا حويش، العقود المسماة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٣٠٦.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، مصدر سابق، ص ٤٧٢.

يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك ويحوز حق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك وهذا الأخير يعتبر حائزاً لحق الملكية وإن كان يباشر السيطرة المادية بواسطة الغير^(١)

تجدر الإشارة إلى أن حق الانتفاع بعقار يكسب كسائر الحقوق العينية العقارية بالحيابة مدة التقادم القصير أو الطويل بحسب الأحوال، وذلك في غير العقارات الخاضعة لنظام السجل العقاري، والأمر يتوقف في كل حالة على ثبوت النية القائمة لدى الحائز، وما إذا كانت هذه النية منصرفاً إلى كسب ملكية العقار أو كسب ملكية حق الانتفاع به فحسب فيتضح أن الحائز العرضي في حالة اقتران الحيابة العرضية بالحيابة القانونية يستطيع كسب هذا الحق وغيره من الحقوق العينية الأخرى^(٢)

يرى فقهاء آخرون وهم بصدد التفرقة بين الحيابة العرضية والحيابة الحقيقية الى انه في حيابة الملك يكون لدى الحائز كافة السلطات الفعلية على الشيء والظهور عليه بمظهر المالك، أي أنه يباشر سلطات المالك على الشيء لحساب نفسه وباسمه وتسمى هذه الحيابة (الحيابة القانونية) حيث يوجد فيها الركن المادي والركن المعنوي أي الحيابة الفعلية للشيء فضلاً عن نية الظهور بمظهر المالك في ممارسة هذه السلطات أي أنه يحوز باسمه ولحساب نفسه^(٣)

يذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الفارق الجوهرى بين الحيابة الحقيقية وبين الحيابة العرضية يكمن في أن الحيابة الحقيقية حيازة كاملة بعنصريها المادي والمعنوي ومكسبة لملكية العقار أو الحق العيني بالتقادم، أما الحيابة العرضية فهي حيازة ناقصة ينقصها العنصر النفسى فلا يكون لدى الحائز فكرة كسب ملكية العقار أو الحق العيني أو الظهور بمظهر المالك على العقار^(٤)

أما إذا فقدت الحيابة العنصر المعنوي تكون حيازة عرضية حيث يحوز الحائز الشيء حيازة مادية لحساب غيره وليس لديه قصد استعمال الحق لنفسه، فهو وأن كانت لديه السيطرة المادية على الشيء إلا أنه لا يظهر بمظهر الملك في مباشرة السلطات عليه، فسد حيازة الحائز العرضي يتضمن اعتراف الحائز بأنه يحوز لحساب غيره وأنه يلتزم برد الشيء إلى صاحبه ويعبر عن الحيابة العرضية أحياناً بأنها (حيازة انتفاع) أي لمجرد الانتفاع بالشيء طبقاً لما يقرره السبب الذي يعطيه حق الانتفاع عقداً كان أم وصية فيكون الشيء مملوكاً لشخص ويحوزه

(١) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٢) د. ادور عيد، الحقوق العينية العقارية الاصلية، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ١٩٨٢، ص ٢٥.

(٣) "الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له إلا بالنسبة لمن اراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه، والأصل في الحيابة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابلة لها، غير انه اذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشأ للملك ناقلاً له أما لكونه غير مملوك اصلاً لأحد او لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولي منتولياً التملك ما لم يكن قد اجرى فيه من الاعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية، فتسوير هذا النوع من المال او المرور بهل لا يكفي وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه، وأما الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكها بنسبة معينة قانوناً فإن الحيابة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها، والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها دون مانع، ولو لم يتسلمها بالفعل، ومتى اكتسبت الحيابة واليد على هذا الوجه فأنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين احكامهما، ما دام لم يعترض من يعكرها عليه، أو يزيلها عنه، ويسكت هو للمدة التي تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون". للمزيد من التفصيل راجع د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٢٩.

(٤) قاسم علي مطر، الحيابة احد اسباب كسب الملكية، بحث مقدم الى المعهد القضائي، بغداد، ١٩٩٩، ص ١٤.

شخص آخر للانتفاع به، ولما كان الانتفاع حق مؤقت يزول بزوال سببه فالحيازة مؤقتة أيضًا وذلك بخلاف الحيازة القانونية التي هي (حيازة ثبوت أو ملك) ^(١)

فيظهر الثابت على الشيء بمظهر المالك ويتصرف بالشيء بكافة أنواع التصرفات التي تكون للمالك على ما يملك وإن لم يبين سبب ملكيته للشيء الذي يثبت عليه تكون حيازته حيازة ملك فالقانون يحمي الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي بغض النظر عن السند القانوني لصاحبها وذلك انطلاقاً من قرينة قانونية مؤداها أن الحائز القانوني الأصل فيه أنه المالك لما يحوز إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ويتقدم كصاحب الحق في الشيء ويثبت أحقيته به ^(٢)

ثمة رأي في الفقه القانوني يرى أن الحيازة التامة أي القانونية قد تكون مستندة إلى حق وقد لا تكون كذلك، فالسارق يحوز الشيء حيازة تامة، أما الحيازة الناقصة أي العرضية فلا تكون مخالفة للقانون؛ ذلك لأن الحائز حيازة ناقصة يحوز الشيء بمقتضى سند أو ترخيص من القانون أو حكم من القضاء للقيام بمهمة معينة، ومن ثم يكون وجود الشيء في يد الحائز لتنفيذ ذلك، فهذا السند هو الذي يضيف على هذه الحيازة صفة المؤقتة لأنه يتضمن اعترافاً بحق الحائز الحقيقي ويقع على الحائز حيازة مؤقتة في هذه الحالة التزام برد الشيء في الأجل الذي يحدده العقد أو ينص عليه القانون ^(٣)

يذهب رأي آخر إلى القول أن الحائز الحقيقي للشيء قد يكون مالكا له وهذا هو الغالب، بينما لا يكون الحائز العرضي مالكا في أغلب الأحوال، فالملكية والحيازة الحقيقية يجتمعان غالباً بالنسبة إلى نفس الشخص، بينما لا تجتمع الملكية والحيازة العرضية بالنسبة إلى نفس الشخص؛ حيث لا يتصور مثلاً أن يكون المالك ملكية تامة مستأجرة لملكه، ومن ناحية أخرى فإن الحيازة الحقيقية تزول عن المالك إذا وقع الشيء في حيازة شخص آخر ظهر عليه بمظهر المالك، بينما لا تؤدي الحيازة العرضية للشيء إلى زوال حيازة المالك ففي هذه الحالة يكون المالك حائزاً بطريق الوساطة ^(٤)

فهناك درجات ثلاث لما يمكن أن يكون للشخص من سلطة على العقار، فقد يكون الشخص صاحب حق عيني على العقار، وقد يكون حائزاً حقيقياً للعقار بحيث يظهر عليه بمظهر صاحب الحق على خلاف الحقيقية، وقد يكون حائزاً عرضياً للعقار بمقتضى رخصة من قبل المالك أو من القانون أو بحكم من القضاء.

من خلال الجدل الواسع في الفقه القانوني حول تكييف الحيازة بوجه عام، والحيازة العرضية بوجه خاص يتضح أن التفرقة بين الحيازة العرضية والحيازة الحقيقية تنتم ببعض الصعوبة فالظاهر أن المستأجر أو المنتفع يتصرفان كما يتصرف المالك إذن كيف نميز بينهما؟

(١) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٣١.

(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية)، المصدر السابق، ص ١٩٦.

(٣) أريج طعمة فاخر، الجرائم الماسة بالحيازة، المصدر السابق، ص ١٧.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٥٤٢.

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أن التمييز بينهما يكمن في الأصل الذي تقوم عليه حيابة كل منهما، إذ إن الحيابة تستند غالباً إلى عقد وهذا الأساس الذي تستند إليه الحيابة هو الذي يحدد وصفها ففي عقد البيع يكون المشتري حائزاً بصفة مالك، بينما في عقد الإيجار يكون المستأجر حائزاً لحساب الغير، ولكن هذا القول يصح في حالة وجود العقد، ولكن ما هو الحل في حالة عدم وجوده؟

في الحقيقة أن القوانين محل المقارنة قد أمدتنا بالحل فقد أشار القانون المدني الفرنسي في (المادة ٢٢٣٠) إلى أنه "يفترض دائماً أن الحائز للشيء هو المالك مالم يثبت أن المالك هو شخص آخر غير الحائز".

وكذلك نصّ القانون المدني المصري في (المادة ٩٥١) على أنه "يفترض في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيابة أصلية لا حيابة عرضية ويجب على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت صحة ما يدعيه".

بنفس الاتجاه سار المشرع العراقي في القانون المدني إذ جاء في المادة (١/١١٥٧) على أنه "من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس" كذلك نصّت المادة (٢/١١٦٣) من القانون ذاته على أنه "والحيابة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، مالم يقيم الدليل على العكس".

الواقع أن ما أورده القوانين أعلاه بهذا الشأن من معايير فأنها تعد قرائن قانونية ترد بين الطرق العامة لإثبات، مما يترتب على ذلك أن من يدعي واقعة قانونية يكون من شأنها تغيير الحالة الواقعية للأمر عليه أن يقدم الدليل الذي يؤيد دعواه، أي أنه وفقاً لهذه المعايير يعد حائزاً لحساب نفسه وليس لحساب الغير^(١)

بذات السياق يترتب على التفرقة بين الحيابة العرضية والحيابة القانونية نتائج هامة منها أن دعاوى الحيابة مكرسة كقاعدة عامة لحماية الحيابة القانونية دون الحيابة العرضية، لكن المشرع خرج عن هذه القاعدة استثناءً بالنسبة للمستأجر فهو حائز عرضي حيث خوله اللجوء إلى هذه الدعاوى لحماية حيابته العرضية، كما أن الحيابة القانونية وحدها التي يترتب عليها كسب الحقوق العينية بالتقادم ولكن بالرغم من كل ما تقدم فإن الحيابة العرضية يمكن أن تتحول إلى حيابة قانونية وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يغير الحائز العرضي صفة حيابته وتحولها إلى حيابة قانونية بأحد طريقتين إما بفعل الغير وإما بفعل الحائز^(٢)

بالنسبة لموقف القضاء بهذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده، إلا إذا تغيرت صفة حيابته، أما بفعل الغير، وإما بفعل من الحائز نفسه، يعتبر معارضة ظاهرة منه لحق المالك في ملكه"^(٣)

(١) عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، المصدر السابق، ص ٥٥١.
(٢) نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، المصدر السابق، ص ٤٧٣.
(٣) الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١، أشار اليه محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٣٢.

بناءً على ما تقدم أن المشتري إذا وضع يده على المبيع بعد فسخ عقد البيع طبقاً لحقه في حبس المبيع لحين استرداد الثمن الذي دفعه للبائع، ففي هذا الفرض يكون المشتري في وضع يده على المبيع حائزاً عرضياً وبالتالي لا يكسب الملكية بالتقادم.

بخصوص توجه القضاء العراقي قضت محكمة التمييز "الحيابة المستندة إلى شراء العقار خارج دائرة الطابو لا تعد سبباً صحيحاً للحيابة القانونية"^(١)

هذا يعني أن حيابة العقار التي تقوم على شراؤه خارج دائرة الطابو ولم تستوفي الشكلية التي يتطلبها القانون لا تعد سبب صحيح للحيابة القانونية، تلك الحيابة المتضمنة لعنصريها المادي والمعنوي والمكسبة لملكية العقار.

كما قضت محكمة التمييز الكويتية بأنه "من المقرر أن استخلاص وضع اليد على العقار وتقدير الأدلة التي تؤدي إلى توافر الحيابة بعنصريها المادي والمعنوي أو انتفاءها هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب، متى اعتمدت على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها، ولها في سبيل تكوين عقيدتها في هذا الخصوص أن تأخذ بتقرير الخبير أن اطأنت إليه واقتنعت بالأسباب التي بني عليها، أو أن تذهب إلى غير النتيجة التي انتهى إليها الخبير في تقريره، إذ لا يعدو هذا التقرير أن يكون عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها"^(٢)

استناداً لما تقدم يكون تقدير الأدلة التي تؤيد توافر الحيابة بعنصريها المادي والمعنوي وبالتالي تكسب ملكية العقار أو الحق العيني عليه أو عدم توافرها، أمر خاضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، ولها في سبيل التوصل لحكمها أن تستعين بكافة أدلة الإثبات بما في ذلك تقرير الخبير.

خلاصة ما سبق وفي إطار القانون الوضعي أنه لا تترتب على الحيابة العرضية آثار الحيابة الحقيقية؛ لأن سند الحيابة العرضية يتضمن إقراراً ضمنياً من جانب الحائز العرضي بحق المالك على العقار، ومن شأن هذا الإقرار أن يستبعد لدى الحائز العرضي فكرة أو نية الظهور بمظهر المالك، وهذا يكون حائلاً دون أن تكون الحيابة العرضية مؤدية إلى كسب مثل هذا الحق، وبالتالي لا يستطيع الحائز العرضي أن ولا ملكية العقار بالتقادم إل إذا تغيرت صفة حيازته العرضية إلى حيابة حقيقية مكسبة لملكية العقار.

الفرع الثاني

تمييز الحيابة العرضية للعقار عن أعمال التسامح

سنبين في هذا الفرع الفرق بين الحيابة العرضية وبين الأعمال المبنية على التسامح من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وتفصيلاً لذلك قسمنا هذا الفرع على فقرتين:

(١) رقم القرار (٨٧ / حقوقية ثلاثة / ١٩٦٩) في تاريخ ١٩٦٩/٢/٣١، أشار إليه القاضي أبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المصدر السابق، ص ٦٧٢.
(٢) الطعن رقم ٩٣/٢٠ / مدني/ في جلسة ١٩٩٤/٢/٢١، أشار إليه د. طارق عبد الرؤوف صالح، الوسيط في شرح القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، المصدر السابق، ص ٢٩٩.

أولاً: تمييز الحيابة العرضية عن أعمال التسامح في الفقه الإسلامي:

بخصوص موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفرقة بين الحيابة العرضية للعقار وبين الأعمال المبنية على التسامح، فعلى قدر علمنا لم يتعرض الفقهاء المسلمون لأعمال الرخص المباحة في دراستهم للحيابة صراحة، وإن كان من السهل استنتاج القاعدة فيها من مجمل آرائهم واقوالهم، ولا شك أن الأعمال التي يأتيها شخص على أنها من الرخص المباحة لا يمكن أن تولد حقاً لمن يأتيها طبقاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي^(١)

أما بالنسبة لأعمال التي يأتيها الشخص على سبيل التسامح، فإن فقهاء المذاهب الإسلامية وأن لم يذكروا صراحة أعمال الرخص والتسامح، ولكن يمكن فهم ذلك من اقوالهم عند بحثهم للبيد أو الحيابة، وسوف نوضح آراء المذاهب الإسلامية المتعلقة بالحيابة حتى نستطيع أن نقف على القاعدة العامة بصدد الأعمال التي تستند إلى التسامح وسنبين ذلك حسب كل مذهب.

فبالنسبة لموقف فقهاء الإمامية من الأعمال المبنية على التسامح وتمييزها عن الحيابة بدون أدعاء ملكية المال المحوز، فيلاحظ أن فقهاء هذا المذهب لم يعالجوا الأعمال المبنية على التسامح وتمييزها عن الحيابة العرضية للعقار ولكن من الممكن أن نستشف القاعدة العامة بهذا الصدد من خلال توضيح آراء فقهاء الإمامية بخصوص البيد، إذ يذهب رأي إلى القول "أن بينة الحقوق لا تثبت بالبيد إذا أقر بالملك وأدعى فيه حقاً فمجرد المرور لا يدل على الاستحقاق"^(٢)

فوفقاً لهذا الرأي أنه إذا أقر ذو اليد بملكية المال الذي في يده لغيره فادعاء حق آخر عليه كحق المرور لا يدل على استحقاقه له لعدم توافر نية التملك وهو العنصر المعنوي للحيابة وهو عنصراً لازماً لكسب ملكية الحق، وثمة رأي آخر يرى "أن المدعي كل من ادعى لنفسه شيئاً سواء وافقت دعواه الوضع الظاهر أم خالفته"^(٣) وادعاء الشيء يقصد به العنصر المعنوي للبيد.

هذا هو الركن المعنوي للحيابة فإذا تخلف فلا يعتد بالحيابة أو وضع اليد مهما طال الزمن، ونخلص إلى أن الفقه الإمامي لا يعتد بالبيد (الحيابة) إذا قامت على أساس أنها رخصة من المباحات أو على أنها من قبيل المسامحة والمجاملة حفظاً لعلاقات حسن الجوار.

وبالنسبة للفقه الحنفي يمكن أن نستشف موقفه مما جاء بمجلة الأحكام العدلية في شأن أعمال الرخص والتسامح وخاصة (المادة ١٢٢٦) والتي نصّت على أنه "للمبيح حق الرجوع عن إباحته والضرر لا يلزم بالأذن والرضا، فإذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصه آخر ومر فيها بمجرد إذن صاحبها مدة، فلصاحبها بعد ذلك أن يمنعه من المرور إن شاء".

مثالاً لما تقدم لو وضع رجل جذوعه على حائط جاره بأذن جاره أو حفر سرداباً في دار جاره بأذن جاره، ثم باع الجار داره وطلب المشتري أن يرفع جذوره وسردابه كان للمشتري ذلك، إلا إذا كان البائع قد اشترط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون

(١) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٤٨ .

(٢) ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

(٣) السباعي، الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ٩٥٠.

للمشتري ان يطالبه برفع ذلك؛ لأنه لما اشترط ذلك لجاره كان شرط لنفسه والوارث في هذا بمنزلة المشتري إلا أن للوارث أن يأمره برفع الجذوع والسرداب على كل حال^(١)

كذلك جاء في (المادة ٥٠) من مدونة مرشد الحيران "للمبيح أن يرجع عن إباحته ولا يلزم بالإذن والرضا، فإذا لم يكن لأحد حق المرور في عرصة أخر ومر فيها مدة بإذن صاحبها فلا يترتب على مروره حق له بل لصاحب العرصة أن يمنعه من المرور متى شاء"^(٢)

يتضح مما تقدم أن هذا النص جاء مطابقاً لما ورد في مجلة الأحكام العدلية، فهو يؤكد على حق المبيح في الرجوع عن إباحته متى شاء ولا يكون ملزماً بالإذن والرضا، إذا كان قد سمح لجاره المرور في أرضه مثلاً، كما لا يترتب على مرور الجار في أرض غيره حق له؛ ولعل السبب في ذلك هو أن الأعمال المبنية على المسامحة والمجاملة تقتقد الى العنصر المعنوي أو أدعاء ملكية المال المحوز كما يعبر عنه الفقهاء المسلمون وهو عنصر لازم لكسب ملكية الشيء أو الحق العيني.

في المذهب المالكي فأن فقهاء هذا المذهب قد تحدثوا عن الأعمال التي يأتيها الحائز على سبيل التسامح بمناسبة حديثهم عن الحيابة بين الأقارب والتمييز بينهم وبين الأجانب أي غير الأقارب واحتمال ان تكون أعمال الحيابة بين الأقارب من قبيل التسامح، وفي ذلك يقول أحد فقهاء المالكية "أما الاعتمار بين القربات فهو على ثلاثة أقسام... والقسم الثالث ما حازه بالبيع والعق والكتابة والتدبير فلم يختلف في ذلك أنهم كالأجانبين، وقيل إنما يفرق بين القربات والاجنبي في البلاد التي يعرف من أهلها انهم يتوسعون بذلك لقرابتهم"^(٣)

انطلاقاً من هذا المعنى يقول رأي آخر "إن عشر سنين لا تقطع حق القرابة إلا أن يثبت بين القائم والمقوم عليه من عدم المسامحة والتشاح ما لا يترك الحق بعد هذه المدة"^(٤)

يفهم من هذه العبارة أنه إذا ثبت أن بين المدعي والمدعى عليه الحائز أي القريبين لا يوجد تسامح بل يوجد اختلاف ومنازعة مما لا يخلو معه بقاء المدعي ساكناً عن المطالبة بحقه المحوز، فإن مدة الحيابة في مثل هذه الحالة يجب أن تقصر، وذلك بعكس ما إذا ثبت أن بين هذين القريبين ود وتسامح وعدم منازعة مما يخلو معه ترك المدعي قريبه المدعى عليه الحائز يستعمل الحق المحوز دون اعتراض فأنه في هذه الحالة يجب أن تطول مدة الحيابة.

كما تجدر الإشارة إلى أن القريب إذا ترك قريبه أو غيره يستعمل حقه من باب التسامح والمجاملة، فإنه في هذا الفرض لا يمكن ان تكون أعمال التسامح أساساً للحيابة مهما طال زمن استعمالها.

عن موقف فقهاء الشافعية من معالجة الأعمال المبنية على التسامح، على قدر علمنا لم يتعرض فقهاء المذهب الشافعي لهذ الأعمال، ولكن يمكن ان نستنتج موقفهم بهذا الصدد من خلال

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٥٣١.

(٢) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران في معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية، ط ٢، المطبعة الاميرية، ١٩٠٩، ص ٤٢.

(٣) المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، التاج والاكليل لمختصر خليل، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٢٧ و ٢٢٨.

(٤) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص ٤٨.

عرض أقوال فقهاء هذا المذهب وفي بحوثهم لليد كما يطلقون عليها، فبهذا الشأن يذهب رأي إلى أنه "لو حضر رجلان وأدعى كل منهما دار، وأنها في يده لم تسمع الدعوى، فإن قال أحدهما هي في يدي وهذا يعترض علي فيها بغير حق أو يمنعني من سكنها سمعت" (١)

طبقاً لما تقدم أن إدعاء الرجلين لملكية الدار وأنها في يد كل منهما أن دعوى كل منهما تكذب الأخرى، إذ لا يمكن أن تكون الدار في يد كل منهما في نفس الوقت ولذلك لا تسمع الدعوى في هذه الحالة، ولكن إذا ادعى أحدهما أن الدار في يده وأن الآخر يتعرض له بغير حق ففي هذه الحالة تسمع الدعوى، وهذا يشبه دعوى منع التعرض في القانون، ففي الرواية أعلاه يشترط لكسب ملكية الشيء أو كسب الدعوى أدعاء ملكية المال المحوز وهذا هو العنصر المعنوي في الحيابة حتى يستطيع الحائز كسب ملكية المال، أما إذا لم توجد لدى الحائز نية التملك فلا يستطيع كسب الملكية مهما طال مدة وضع يده على المال وكذلك الخال بالنسبة لأعمال التسامح فهذه الأعمال قائمة على سماح الجار لجاره والمرور بأرضه كما أنه لجار أن يرجع عن إباحتها متى شاء (٢)

بالنسبة لموقف الفقه الحنبلي فيلاحظ أن فقهاء هذا المذهب أيضاً لم يتصدوا لبيان الأعمال القائمة على المسامحة، ولكن بالمقابل عرفوا الحيابة ووضعوا احكامها، ففي هذا السياق ثمة رأي يقول "إن الأصل فيما بيد المسلم أن يكون ملكاً له" (٣)

ويذهب رأي آخر إلى القول "أن يكون رجل حائز لدار يتصرف فيها لمدة طويلة بالبناء أو الإجارة أو غيرها ويضيفها إلى ملكه على اعتبارها ملكاً له" (٤)

يتبين مما تقدم أن المذهب الحنبلي يرى أن الأصل في وضع اليد على الشيء يكون واضح اليد مالاً له، إذا وضع يده على الشيء وادعى ملكية المال المحوز ومارس الأعمال الواقعية على الشيء، أما إذ لم تتوافر لدى واضح اليد نية التملك أو أن يكون جارة قد سمح له بالمرور في أرضه.

خلاصة ما سبق أن الاعمال القائمة على المسامحة والمجاملة لا تكسب ملكية العقار بعكس الحيابة الحقيقية التي تكسب الملكية، وهنا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي وأن لم يتناول الفقهاء المسلمين الأعمال المستندة على التسامح بصورة صريحة، فالأعمال التي تستند إلى التسامح تعبر عن موافقة صريحة أو ضمنية من قبل صاحب الحق للجار ولعل الهدف من ذلك هو إدامة العلاقات بين الجيران والتي أوصت بها الشريعة الإسلامية السمحاء، فالحائز يجب أن يدعي أنه المالك للعقار الذي يحوزه كما يمارس الأعمال المادية عليه حتى يستطيع كسب ملكية الشيء أو الحق العيني وعليه فإن الحيابة إذا بنيت على أنها من قبيل المسامحة والمجاملة فلا تصح أن تكون حيابة صحيحة مكسبة لملكية مهما طال الزمن عليها وذلك لعدم توافر العنصر المعنوي لدى الحائز وهو نية التملك.

(١) السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المصدر السابق، ص ٥٠٧.

(٢) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٣٩٩.

(٣) ابن تيمية، أبو البركات عبد السلام بن عبد الله، مجموعة فتاوى ابن تيمية، ج ٣٥، ط ١، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٣٨٣ هـ، ص ٢٢٣.

(٤) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ١٥٦.

ثانياً: تمييز الحيابة العرضية عن أعمال التسامح في القانون الوضعي:

بالنسبة لموقف القوانين محل المقارنة من الأعمال المبنية على التسامح فيلاحظ أنها قد عالجتها هذه الأعمال وبهذا الصدد أشار القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٣٢) على الآتي "الحيابة التي يباشرها شخص ما على سبيل الرخصة على الشيء وكذلك الحيابة التي تكون على سبيل التسامح لا يمكن الاستناد إليها لكسب ملكية الشيء أو الحق بالتقادم"

كما نصّ القانون المدني المصري في المادة (١/٩٤٩) على أنه "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح"

بذات الاتجاه سار القانون المدني العراقي نصّت المادة (٢/١١٤٥) على "ولا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص أنه مجرد إباحة أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه ..."^(١)

يتبين مما تقدم أن موقف القوانين المدنية المتقدمة متطابق حول عدم صلاحية أعمال الإباحة وأعمال التسامح لكي تكسب الشيء أو الحق العيني لأن هذه الاعمال تفتقد الى العنصر المعنوي في الحيابة أي نية التملك، كما أن هذه الأعمال لا تصيب المالك بضرر يعتد به، على الرغم من أنها تنطوي على التعدي على حقه، فالأعمال التي يأتيها الشخص على ملك جاره ويتحملها هذ الجار ليس على أنها حق مقرر على ملكيته بل على أنها نوع من المجاملة التي لا تخول من ينتفع بها حقاً.

أما بخصوص موقف الفقه القانوني فقد عرف فقهاء القانون الأعمال المبنية على التسامح بتعريفات عديدة تكاد تتحد من حيث المعنى، منها أعمال التسامح هي تلك الأعمال التي يتحملها الجار المعتدل حتى لو تسببت تلك الأعمال باعتداء على حق ملكيته، ، فإن هذه الاعمال تنصب بالمنفعة لمن يباشرها من دون أن يتسبب ضرر بذلك على الشخص الذي يتحملها، وقد اعتبر القانون تحمل مثل هذه الأعمال تسامحاً من المالك بصفة رخصة مؤقتة مع الاحتفاظ بحقه في منع هذه الاعمال متى أراد ذلك أي أن الأمر عائد إلى إرادة صاحب الحق^(٢)

والجدير بالذكر أن الأعمال القائمة على التسامح تحدث عادة بين الملاك المجاورين، ويتحملها الجار رغم أنها لا تستند الى مركز قانوني وذلك لاعتبارات عديدة من أبرزها الحفاظ على علاقات حسن الجوار وكذلك إدامة المودة والمجاملة بين الجيران^(٣)

تعرف أيضاً بأنها تلك الأعمال التي لا تستند إلى رخصة أو حق يقرره القانون، لكن الغير يتحملها رغم ما فيها من تعد على ملكه تسامحاً منه ما دامت لم تبلغ حدًا يجرمه من التمتع بملكه على الوجه المعتاد^(٤)

(١) توافقها المادة (٣/١١٧١) من القانون المدني الاردني وكذلك المادة (٩٠٧) من القانون المدني الكويتي.
(٢) د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ١٩٩.
(٣) ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، رسالة ماجستير، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٢٧.
(٤) د. محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٢٠٦.

ويذكر بعض الفقه أمثله شائعة لتلك الأعمال كمن يبيح لجاره المرور في أرضه، أو يغترف من بئر، أو أن يتدلى شجره على ملكه، فهذه الأعمال تقوم على أذن المالك الصريح أو الضمني ، ولذلك فإن هذه الأعمال لا تصلح أن تكون أساساً لحيابة مكسبة لحق، بل أن المالك يستطيع في أي وقت إذا ازدادت المضايقات أن يرجع في ترخيصه، فيمنع المرور في أرضه مثلاً، دون أن يستطيع الجار أن يدعي أنه كسب ارتفاعاً بالمرور ولو مرت على هذا الوضع مدة التقادم فهذه الأعمال لا تكون حيابة حقيقية لتخلف الركن المعنوي^(١)

يؤيد رأي في الفقه هذا الاتجاه إذ يرى أن الأعمال القائمة على التسامح لا تؤدي إلى اعتبار من يقوم بها حائزاً، ولا يمكنه الادعاء بأنه صاحب حق عيني على العقار فهو لا يعتبر حائزاً لانتهاء نية الظهور بمظهر الملك لديه وللغير أن يمنع مباشرتها^(٢)

بناءً على ما تقدم يمكننا أن نورد تعريفاً للأعمال المبنية على التسامح بأنها الأعمال التي تقوم على ترخيص صريح أو ضمني من قبل صاحب الحق لجاره للقيام بهذا العمل، ولا يترتب على مزاوله هذه الاعمال كسب ملكية العقار أو الحق العيني، كما لو سمح الجار لجاره بأن يستقي من مياهه.

ثمة رأي يرى أنه في أعمال التسامح ينتفي الركن المعنوي للحيابة كما هو الحال في الحيابة العرضية، بإثبات أن العمل الذي يأتيه الشخص لم يكن ليقوم به لولا تسامح صاحب الحق لأن هذا التسامح بمثابة موافقة له بمباشرة هذا العمل، ويستدل على التسامح بما يجري عليه العرف والعادات في علاقة واضع اليد بصاحب الحق، كما لو كان جاراً لصاحب الحق شغل جزء من أرضه بأدوات أو أشياء مملوكة له، فذلك أمر يحمل على التسامح المعروف بين الجيران^(٣)

كما يلاحظ أن هذه الأعمال لا تقوم عليها الحيابة القانونية بالمعنى الصحيح؛ ذلك لأن أعمال التسامح تتضمن احرازاً مادياً على ملك الغير ومن ثم اعتداء عليه، لكن هذا الأخير لا يتحمل هذه الحيابة على محمل الاعتداء، بل يتحملها على سبيل التسامح ما دام لم يصيبه من وراءها ضرراً جسيماً، كما أن القائم بهذا الإحراز المادي يتجرد من النية اللازمة لتوافر الحيابة، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص فيه صاحبه ولو ترخيصاً ضمنياً وتسامح فيه معه توفيراً لحسن الجوار^(٤)

الجدير بالذكر أن الجوار في ذاته يعد سبباً سائغاً لتسامح الجار مع جاره، ولو قيل بغير هذا لأتخذ كل جار مع جاره موقفاً متشدداً وحال بينه وبين اتيان أي عمل في ملكه، ولو كان لا ضرر منه على الاطلاق، ما دام أنه لا يستطيع ان يستغل هذا التسامح لكسب حق على ملك جاره، ومثال ذلك ان يقوم شخص بفتح مطل على أرض فضاء مملوكة لجاره دون ترك المسافة القانونية، فيغلب أن يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المطل على سبيل التسامح؛ لأن فتح المطل في هذه الحالة لا يضايقه؛ لأن أرضه فضاء فلا يضره أن يفتح جاره مطل عليها، ولذلك يكون الجار الذي فتح المطل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المطل إلا حيابة مادية محضة

(١) د. محمد حسن قاسم، الحقوق العينية الاصلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٣٢.

(٢) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٣٣٤.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٥٧.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٢٠.

مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل على جاره ولو بقي المطل مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر كما هو الحال في الحيابة العرضية (١)

كما أنه من المقرر أن قاضي الموضوع هو الذي يستقل بتقديره ما إذا كانت الأعمال التي أتاها الجار قد تحملها جاره على سبيل التسامح أم لا باعتبارها مسألة واقع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض بشرط أن تكون الاسباب التي استند إليها سائغة، وبهذا الشأن اتجهت محكمة النقض المصرية إلى أنه "في حالة استنتاج المحكمة من علاقة الأبن بأبيه أن انتفاع الأب بملك أبنه كان من قبل التسامح، فيده عارضة لا تكسبه الملكية بمضي المدة، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التي لا شأن لمحكمة النقض بها" (٢)

كذلك من المقرر طبقاً لرأي الراجح أن التسامح وأن كان لا يعتد به بالنسبة للشخص الذي صدر منه التسامح، إلا أنه قد يعتد به بالنسبة للغير إذا قام شخص بالمرور في أرض جاره عن طريق التسامح فإن حق الارتفاق وإن كان لا يتوافر في حق الجار إلا أنه ينفذ في حق الغير.

تجدر الإشارة إلى أنه يجوز أن تتغير الأعمال التي يستعمل بواسطتها رخصة مباحة أو حتى يتركه صاحب الحق يقوم بها على سبيل التسامح إلى أعمال حيابة حقيقية ويتوافر عنصر القصد لدى الحائز نفسه، وذلك بأن تصبح أعمالاً تتم بها الحيابة، كما هو الحال بالنسبة للحيابة العرضية، فلو قام الجار الذي يمر في أرض جاره بتسوية الطريق الذي يمر به، وتمهيده وأحاطته بسياج لينفرد به، الأمر الذي يكون قاطع الدلالة بأن قصده في الحيابة قد انقلب من عمل من أعمال لتسامح إلى عمل من أعمال الحيابة الصحيحة بعنصرها، فإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة دون معرضة صاحب الحق فإنه يكسب الحيابة بالتقادم، ومثال ذلك أن يعمد الجار الذي يمر على سبيل التسامح في أرض جاره إلى القيام بأعمال غير عادية كأن يعبد الممر أو يرصفه أو يبطله مما يقطع في أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيابة الصحيحة التي يتوافر فيها عنصرًا الحيابة المادي والمعنوي ففي هذه الحالة تنتج الحيابة آثارها القانونية ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور أو غيره (٣)

فالقاعدة يجب أن يتوافر عنصر القصد لدى الحائز الذي يمارس عمل التسامح وأن يكون متمتعاً بالأهلية، لتتغير صفة حيازته إلى حيابة حقيقية؛ لأنه لا تجوز النيابة في عنصر القصد، إلا إذا كان الحائز عديم التمييز، وبهذا الصدد نصت المادة (٩٥٠) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز لغير المميز ان يكسب الحيابة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية" (٤)

الجدير بالذكر لا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني العراقي، ونرى أنه من المستحسن أن يورد المشرع العراقي نص صريح يتيح للصبي غير المميز ان يكسب ملكية العقار أو الحق العيني عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية، بحيث يتوافر عنصر القصد لدى من

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ١٩٩، وينظر كذلك د. محمد المنجي، الحيابة، المصدر السابق، ص ٥٠.

(٢) د. رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، المصدر السابق، ص ٢٩٩.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن، اسباب كسب الملكية (الحيابة)، المصدر السابق، ص ٥٠. وينظر كذلك د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، المصدر السابق، ص ٦٠ و ٦١.

(٤) توافرها المادة (٢/١١٧١) من القانون المدني الأردني، وكذلك المادة (٩٠٩) من القانون المدني الكويتي.

ينوب عنه، وحتى لا يترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء الذي قد تتباين أحكامه بهذا الخصوص، وذلك عند عدم وجود النص القانوني الخاص بهذا الموضوع.

طبقاً لذلك تكون إرادة الصبي غير المميز^(١) تكون معدومة فيستحيل أن يتوافر عنده القصد؛ لأنه لم يبلغ سن الرشد بعد، حتى يسمح له بالتصرف، إذ إن هذا القصد موجود عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز من ولي أو وصي أو قيم، فيجوز عدم تمييز الحق وينوب عنه نائبه في كل من عنصري الحيابة المادي والمعنوي؛ وذلك لأن العنصر المادي لا يتحقق إلا عن طريق أعمال ارادية وعديم التمييز لا إرادة له فهو غير قادر على السيطرة المادية، كما لا يتوافر لديه عنصر القصد وهو العنصر المعنوي فينوب عنه نائبه في كل من العنصرين^(٢)

يترتب على ما تقدم أن الصبي غير المميز يستطيع أن يكسب ملكية العقار، ولكن يشترط لذلك أن ينوب عنه من يمثله قانوناً فيحوز الوصي لحساب القاصر ويحوز القيم لحساب المحجور عليه، كما أن بعض القضاء المصري يجيز للولي على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية، وأما تمسك الخصم بقول المادة (٧٦) من القانون المدني (قديم) بأن يكون بواضع اليد ظاهراً بنفسه، أو أن القاصر لا يمكن أن يظهر بالانتفاع بالاطيان (العقارات) لإدارة حركتها إنما هو نفسه محتاج للعناية؛ لأنه فاقد الأهلية التي تخوله معرفة الصالح لأمواله من الضار بها، فهو مردود بأن ولي أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذي يقوم بوضع اليد نيابة عنه، كما أن القاعدة بهذا الشأن أن من عنده الحيابة يفترض أنه حائزاً لنفسه إلى أن يقدم دليلاً على أنه حائزاً لحساب غيره كما في حالة الوكيل في عقد الوكالة^(٣)

تجدر الإشارة إلى أن الأعمال المبينة على التسامح تختلف عن العمل الذي يعد مجرد رخصة في أن أعمال التسامح تتضمن تعدياً على ملك الغير ويتحملة الغير رغم ما فيها من تعد على ملكه عفواً وتسامحاً منه، ومفاد هذا ان ذلك العمل يقوم على ترخيص صريح أو ضمني من جانب الغير، وأن هذا الترخيص بحكم كونه لم يصدر الا على سبيل التسامح لا يخول من يقوم بذلك العمل أي حق على ملك الغير، فمثل هذا العمل يتخلف فيه الركن المعنوي للحيابة^(٤)

ثمة من يرى أن عمل التسامح لا يصلح أن يكون أساساً لحيابة مؤدية إلى كسب حق؛ لأن إتيان الشخص لذلك العمل اعتماداً على التسامح من الغير يستبعد لديه قصد الظهور بمظهر

(١) الجدير بالذكر أن قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ ينص في المادة (٣) أنه "أولاً- يسري هذا القانون على: أ- الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشر من العمر..."

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٦، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٥٥.

(٣) د. عبد المنعم البدر اوي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٦، ص ٥٨١.

(٤) وبصدد العمل الذي يعتبر من أعمال التسامح ليس صحيحاً ما يراه البعض من أن المسألة تتعلق بمجرد تطبيق لعبع الغموض الذي يشوب الحيابة، ولا ما يراه البعض الاخر من أنها تتعلق بصفة من الصفات التي يجب توافرها في الحيابة بعد أن تكون قد استوفت ركنيها المادي والمعنوي، بل أن المسألة تتعلق بحالة يتخلف فيها الركن المعنوي للحيابة، فإذا كان العمل الذي يأتيه الشخص على ملك الغير ويتحملة هذا الغير على سبيل التسامح فأننا لا نكون بصدد حيابة معيبة بل لا تكون هنالك حيابة على الاطلاق. للمزيد من التفصيل راجع د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٥٢١.

صاحب الحق على العقار، فلا يكون له مهما مضى الزمن أن يدعي أي حق على ملك الغير، ويستطيع الغير في أي وقت أن يرجع في ترخيصه فيحول دون مباشرة ذلك العمل^(١)

يذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن عدم صلاحية الأعمال المتفضل بها (أعمال التسامح) لكي تعتبر عنصراً من عناصر الحيابة يرجع إلى أنها لا تصيب المالك بضرر يعتد به على الرغم من أنها تنطوي على التعدي على حقه^(٢)

نستخلص مما تقدم القاعدة أن الرخص المباحة لا تصلح أساساً لحيابة قانونية، فلا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة؛ وذلك لتخلف الركن المعنوي للحيابة، وكذلك لا تقوم الحيابة على عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح؛ وذلك لتخلف الركن المعنوي للحيابة ففي كل من الحالتين لا يتوافر الركن المعنوي للحيابة، وبالتالي لا تؤدي إلى كسب ملكية العقار بالتقادم، إلا إذا تغيرت نية القائم بهذه الأعمال وقام بأعمال تدل على تغير نيته في الحيابة كأن يعبد الممر الذي يمر فيه أو يبسطه، وبقي حائزاً مدة التقادم الطويل دون معارضة من المالك .

بصدد الحديث عن الأعمال القائمة على التسامح يلاحظ أن هذه الأعمال تتقارب بعض الشيء مع الغضب ويظهر ذلك في أن الحائز في كلاً الحالتين لا يستند في حيابته إلى سند قانوني يخوله القيام بالعمل الذي يقوم به كمرور الشخص في أرض جاره، وهنا يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده كيف يمكن للقاضي أن يميز بين وضع اليد الذي يقوم على التسامح وبين وضع اليد الذي يقوم على الغضب؟

ثمة رأي في الفقه القانوني يرى أن التفرقة بين وضع اليد الذي يقوم على التسامح وبين وضع اليد الذي يقوم على الغضب كتطبيق للحيابة العرضية للعقار من أدق المسائل الموضوعية، ولهذا على القاضي أن يستعين في معرض التفرقة بينهما بكافة الظروف والملايسات المحيطة بكل دعوى على حدة، وأن يبذل الجهد في استخلاص العلاقة التي تقوم بين الجيران، فهل يخالطها الود والصفاء الذي ينتفي معه معنى الغضب أو أن العلاقة بينهما يشوبها التوتر الذي ينتفي معه معنى التسامح والتفضل مما يستبعد معه السماح بمثل هذه الأعمال^(٣)

بخصوص موقف القضاء من الأعمال المبنية على التسامح فقد تعرضت المحاكم إلى موضوع الأعمال المبنية على أساس التسامح والمجااملة بين الناس بشكل صريح في قراراتها.

بهذا السياق قضت محكمة النقض المصرية "لا تقوم الحيابة على عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح، أي الذي يأتيه الشخص على ملك الغير، ويتحملة الغير رغم ما فيه من تعد عفواً وتسامحاً منه، ويستفاد هذا التسامح غالباً من وقائع تدل على علاقة خاصة بين الطرفين، أو على أن المالك لا يشعر بعبء يقع عليه من الأعمال التي تباشر على ملكه، كأن تكون بين

(١) د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، ج ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧، ص ٢١١

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الاردني (الحقوق العينية الاصلية)، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٣٤.

(٣) د. حسن علي دنون، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية)، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ١٩٢.

الطرفين علاقة قرابة وما إلى ذلك، وهذا الأمر يخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير يقوم على أسباب مسوغة" (١)

قضت في قرار آخر لها "يشترط في وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل أن يتوافر وضع اليد الفعلي المستوفي لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار، بحيث تنتفي عنه شبهة النزاع والغموض والإبهام أو مظنة التسامح، وأن تقتزن هذه الحيابة بنية التملك، وأن تستمر مدة خمس عشرة سنة" (٢)

فيما يتعلق بتوجه القضاء العراقي قضت محكمة التمييز "لا تقوم الحيابة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة او عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه، وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة..." (٣)

وقضت في قرار آخر لها "...حيث أقر المدعى عليه بأشغاله لجزء من دار المدعي والده على سبيل الإباحة، ولا يحق له الاستمرار في الأشغال، طالما أن المدعي قطع الإباحة وطلب منع المعارضة" (٤)

يتضح لنا أن موقف القضاء يتجه إلى عدم اعتبار الأعمال المبنية على التسامح، حيابة حقيقية من شأنها أن تكسب الشخص الذي يقوم بها ملكية العقار أو حق عيني على هذا العقار كحق المرور في أرض الجار؛ ولعل السبب في ذلك واضح فالأعمال المبنية على اساس المسامحة والمجاملة لا تصلح أن تكون أساساً لحيابة مكسبة لحق، فهذه الأعمال ينتفي فيها الركن المعنوي للحيابة والمتمثل في قصد تملك العقار أو كسب الحق العيني.

بعد الانتهاء من توضيح بعض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية وفقهاء القانون بهذا الخصوص، يتبين أن هنالك أوجه شبه وأوجه اختلاف بين الحيابة العرضية للعقار وبين الأعمال القائمة على التسامح تظهر لنا من خلال دراسة التمييز بينهما في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الوضعي.

فمن حيث أوجه الشبه يلاحظ أن كل من الحيابة العرضية وأعمال التسامح حيابة لا يتوافر فيها الركن المعنوي (نية التملك)، كما ان كل منهما في الأصل حيابة لا تؤدي الى كسب ملكية العقار أو الحق العيني بالتقادم مهما طال زمن وضع اليد على المال، وكذلك من الممكن أن تنقلب أعمال التسامح والحيابة العرضية إلى حيابة حقيقية إذا توافرت نية التملك لدى الحائز في كل منهما.

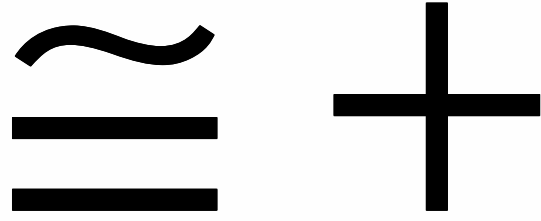
(١) الطعن رقم ١٧٧٤ في تاريخ ١٩٨٤/٣/٢٩، أشار إليه د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها- مصادرهما، المصدر السابق، ص ٤٧٨.

(٢) قرار رقم (٨٥) بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٨، لسنة ٥٧ ق، أشار اليه المحامي مهدي كامل الخطيب، الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء أحكام محكمة النقض، ط ٤، مطبعة دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المنيا، مصر، ١٩٩٩، ص ١١٠.

(٣) رقم القرار (١٥١/ م ٣ عقار/ ١٩٧٢) في تاريخ ١٩٧٢/٧/٦، المنشور في النشرة القضائية تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، العدد الثالث، السنة الثالثة، ١٩٧٣، ص ٤٢.

(٤) رقم القرار ٩٩١/ مدنية ثلاثة / ٩٨ في تاريخ ١٩٩٨/٥/٢٨، قرار غير منشور.

أما عن أوجه الاختلاف بينهما فنجد أن الحيابة العرضية هي تلك الحيابة التي يتوافر فيها العنصر المادي دون العنصر المعنوي، لأن الحائز العرضي لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره، بينما أعمال التسامح فهي تلك الاعمال التي تكون في ذاتها تجاوزاً على ملك الغير ومن حق هذا الغير ان يمنع مزاولتها، ولكنه يترك القائم بها تسامحاً منه وحفظاً لعلاقات حسن الجوار، كما أن الحيابة العرضية عادة ما ترد على عقار ونستدل على هذا الأمر من كثرة تطبيقات الحيابة العرضية التي ترد على العقارات كحيابة المستأجر والوكيل والمستعير، أما الأعمال المبنية على التسامح فهي عادة ما ترد على حق مرور نظراً لالتصاق أملاك الأفراد الأمر الذي يؤدي إلى كثرة مرور الجار في أرض جاره، ولعل الفارق الجوهرى بينهما يكمن في ان الحيابة العرضية تجدد أساسها في العقد كعقود الايجار والعارية والوكالة، أو في حكم قضائي كالحارس القضائي على المال ومصفي التركة، أو في نص قانوني كالولي والوصي، أما الأعمال المبنية على التسامح فتجد أساسها في علاقات حسن الجوار والمودة والمسامحة والمجاملة فالجار يسمح لجاره المرور في أرضه مادام ذلك لم يصل الى الحد الذي يحرمه من التمتع بمزايا ملكه.



نطاق اختصاص الادعاء العام بالتحقيق في
جرائم الفساد

الفصل الثاني

أحكام الحيازة العرضية للعقار

تمهيد وتقسيم:

القاعدة العامة تقضي بأن الحيازة العرضية تقتصر على سيطرة الحائز المادية على العقار، وتقتصر الى نية استعمال الحق لحساب الحائز، وهذه الحيازة لا تؤدي الى كسب الملكية بالتقادم، طالماً أن الحائز العرضي يحوز العقار بموجب سند قانوني، وهذا يعد إقراراً ضمنياً منه على أنه يحوز العقار لحساب الغير، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، وبناءً على ذلك إذا تغيرت صفة الحيازة العرضية الى حيازة حقيقية، ففي هذه الحالة يكون بإمكان الحائز أن يكسب ملكية العقار بالتقادم، وهذا التغيير يحتاج إلى إثبات، وبما أن الحيازة واقعة مادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً هذا من جانب، ومن جانب آخر أن الحيازة عموماً من الممكن أن تنتقل الى الخلف سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، وأخيراً فإن هذه الحيازة قد تزول إذا فقد ركن من أركانها التي تقوم عليها، ونتطرق أيضاً إلى حماية الحيازة العرضية وذلك من ناحية القضاء العادي ومن ناحية القضاء المستعجل لتوفير الحماية الكافية لهذا النوع من الحيازة، وتوصيلاً لما تقدم قسمنا هذا الفصل على مبحثين نوضح في المبحث الأول الأحوال التي الطارئة على الحيازة العرضية للعقار، ونبين في المبحث الثاني حماية الحيازة العرضية للعقار.

المبحث الأول

الأحوال الطارئة على الحيازة العرضية للعقار

هنالك عدة أحوال من الممكن أن تتعرض لها الحيازة العرضية للعقار ومن هذه الأحوال الهامة هي تغير صفة هذا النوع من الحيازة إلى حيازة أخرى حقيقية وذلك بطريقتين أما بفعل من الغير أو بفعل من الحائز نفسه، وكيفية إثبات هذا التغير، فإذا كانت الحيازة مستندة الى واقعة مادية فيجوز إثباتها بكافة الوسائل المقررة في قانون الإثبات، وكذلك انتقال هذه الحيازة العرضية فقد تنتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص، وزوالها عند فقد عنصر السيطرة المادية على العقار، وتأسيساً لما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول تغير صفة الحيازة العرضية وإثباته ونوضح في المطلب الثاني انتقال الحيازة العرضية وزوالها وكما يأتي:

المطلب الأول

تغير صفة الحيازة العرضية للعقار وأثباته

إنّ الحيازة العرضية للعقار من الممكن أن تتغير صفتها إلى حيازة حقيقية بطرق معينة أما بفعل من الغير أو بفعل من الحائز نفسه، كما أن هذا التغيير في صفة الحيازة يتطلب إثباته وفقاً للقواعد العامة في قانون الإثبات، ولتسليط الضوء على هذا الموضوع بشكل أكبر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قسمنا هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار، ونوضح في الفرع الثاني إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار :

الفرع الأول

تغير صفة الحيازة العرضية للعقار

سوف نوضح في هذا الفرع كيفية تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار، من وجه نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن وجهة نظر القانون الوضعي، وتفصيلاً لذلك قسمنا هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي، ونبين في الفقرة الثانية موقف القانون الوضعي من هذا الموضوع وكما يأتي :

أولاً: تغير صفة الحيازة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي:

فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي من التغيير الذي يحصل في صفة الحيازة العرضية، يلاحظ أن فقهاء الشريعة لم يتعرضوا لهذا الموضوع بشكل صريح ولكن من خلال التمعن بأرائهم بهذا الصدد يمكننا أن نستخلص موقف الفقه الإسلامي حول هذا الموضوع.

فبالنسبة لتوجه المذهب الإمامي نجد أن فقهاء هذا المذهب يدرسون اليد من حيث أثرها في البيئة والدعوى عند بحثهم في دعاوى والشهادات والقضاء، وفقهاء هذا المذهب يعدون اليد دلالة على الملك، وبهذا الشأن يذهب رأي إلى أنه " لو ادعى داراً في يد إنسان وأقام بينته أنها كانت في يده أمس أو منذ شهر قيل لا تسمع هذه البيئة، وكذا لو شهد له بالملك أمس؛ لأن ظاهر اليد الآن الملك، فلا يدفع بالمحتمل وفيه اشكال ولعل الأقرب القبول، أما لو شهدت بيينة المدعي أن صاحب اليد غضبها" (١) أو استأجرها منه حكم بها لأنها شتهت بالملك وسبب يد الثاني (٢) ويذهب رأي آخر إلى القول " فإذا ادعى رجل على رجل آخر عقاراً أو حيواناً أو غيره وأقام بذلك بيينة وأقام الذي بيده شاهدين فإن الحكم فيه ان يخرج الشيء من يد مالكة إلى المدعي؛ لأن البيينة عليه" (٣) كما يرى البعض أن بيينة الحقوق لا تثبت باليد إذا أقر بالملك (٤)

بناءً على ما تقدم أن فقهاء الإمامية من جانب يعتبرون اليد دليل الملك في أغلب الأحوال، كما أن اليد تدل على الملكية الحاضرة للمال موضوع اليد، ولا يجدي إثبات المدعي ملكية لهذا المال في تاريخ سابق على وضع اليد، إلا إذا أثبت سبب يد ذي اليد كإجارة أو غضب، ومن جانب آخر فهم يميزون بين اليد الأصلية يد المالك واليد العارضة، فاليد الأصلية تقوم على ملكية المال موضوع اليد أما اليد العارضة فهي تقوم على سبب عارض ووقتي، وكذلك لا تؤدي إلى كسب الملك إلا إذا تغيرت نية واضع اليد واصبح يضع يده على العقار بنية تملكه، ففي هذا الفرض تكون يده أصلية ومن الممكن أن تكسبه ملكية العقار الذي يضع يده عليه (٥)

(١) يعرف الغضب عند الامامية بأنه (الاستيلاء على مال الغير بغير حق) للمزيد من التفصيل راجع جمال الدين الحسن بن يوسف الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج ٣، المطبعة المرتضوية، طهران، إيران، بلا سنة طبع، ص ٣٧٢.

(٢) المحقق الحلبي، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

(٣) العلامة الشيخ جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الاسلامية الغراء، ج ٢، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، قم المقدسة، إيران، ١٤١٨ هـ، ص ٩٢.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، المصدر السابق، ص ٣٩٢، ٣٩٣.

(٥) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص ٤٠٧.

بالنسبة للمذهب الحنفي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب يتناولون اليد بالبحث والدراسة بوصفها دليل على الملكية، وفي هذا السياق يذهب رأي الى القول "أن اليد دليل الملك" (١) ويذهب رأي آخر الى القول "أن اليد دليل الملك مع التصرف" (٢)

يروى بعض الشراح عن أبي يوسف قوله "ولا يكتفي بدلالة اليد الظاهرة أو بمجرد الحيازة أو وضع اليد الفعلي بل زاد على ذلك أنه على ذي اليد أن يتصرف في المال تصرف المالك" (٣)

كما أن توافر نية التملك وحدها لا يكفي لتحويل اليد العارضة إلى يد مالكة؛ لأن وضع اليد على العقار يقتضي وجود مظاهر مادية يمارسها واضع اليد، كما لو قام بسكن الدار أو منع الغير من استعمال العقار الذي يحوزه أو قام بهدمها، وقد وردت أقوال لفقهاء المذهب الحنفي (٤) تفيد السيطرة المادية على العقار ويتمثل ذلك بقولهم "يزرع الأرض، ويحصد الزرع، ويقطع الشجر، ويبني الدار، ويسكنها، ويهدمها، ويبيع العين التي يحوزها أو يرهنها أو يهبها، ويمنع الآخر من التصرف فيها دون تعرض له من أحد، لأن اليد على العقار لا تثبت بالتصرف فيه وإنما بالسكون فيه" فتوافر عنصر السيطرة المادية المتمثل بالأعمال السابق ذكرها مقترن بنية التملك يدل دلالة قاطعة على أن الحائز يحوز العقار بقصد تملكه، فعندئذ تتغير صفة وضع اليد من يد عارضة إلى يد مالكة مكتسبة للملكية كما لو أشتري المستأجر العين المؤجرة من المالك، وعليه إذا تغيرت صفة وضع اليد من يد عارضة (٥) إلى يد مالكة.

ففي هذه الحالة فإن واضع اليد يضع يده على العقار كمالك وبالتالي يتمتع بسلطات المالك المتمثلة بالتصرف والاستعمال والاستغلال، التي يتمتع بها كل صاحب ملك (٦)

بخصوص موقف المذهب المالكي نجد أن فقهاء هذا المذهب يتطلبون في الحائز أن يدعي ملكيته للعقار الذي يحوزه؛ وذلك لأن الأصل عند معظم فقهاء هذا المذهب أن الحيازة دليل الملك، وأنها تجعل الحائز في مركز متميز من حيث عدم مطالبته بإثبات ملكيته الا اذا أثبت المدعي ملكية العقار الذي يحوزه الحائز (٧)

كما تعرض بعض فقهاء المالكية لشروط أدعاء الحائز لملكية العقار المحوز، فيذهب رأي إلى القول "وبقي من شروط الحيازة أن يدعي الحائز ملك الشيء المحاز ولو مرة" (٨) وثمة رأي آخر يرى بأن "هذا كله إذا ادعى الحائز أنه ملكه وإما أن لم يدعي أنه يحوزه فقط فلا أشكال أنه

(١) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، المصدر السابق، ص٢٣٧.
(٢) الزيلعي، فخر الدين بن عثمان، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٤، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٣١٥ هـ، ص٢١٦.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ج٥، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٣٢٣ هجرية، ص٤٧١.

(٤) ابن عابدين، المصدر نفسه، ص٥٧٨.

(٥) تعرض بعض الفقه الحنفي الى تطبيقات اليد العارضة كيد المرتهن في الرهن وقد عرف الرهن بأنه (حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاءه منه كالدين) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج١٥، المصدر السابق، ص١٣٦.

(٦) يعرف الملك بأنه (القدرة الشرعية على التصرف الا لمانع) للمزيد من التفصيل راجع الكمال بن الهمام، فتح القدير (كتاب البيع) المصدر نفسه، ص٥.

(٧) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص٣٩.

(٨) الزرقاني، محمد عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ مالك، ج٧، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ، ص٢٢٤.

لا ينفعه ذلك" (١) ولذلك فإن أحد عناصر الحيازة وفقاً لهذا المذهب هو إدعاء الحائز ملكية العقار الذي يحوزه، فالسيطرة الفعلية وحدها لا تكفي في اكتساب الملكية، ذلك أنه يتعين في الحيازة المكتسبة للملكية ان يدعي الحائز ملكيته للعقار محل الحيازة، كما يميز فقهاء المذهب المالكي بين الحائز المالك والحائز العرضي، وبهذا الشأن يذهب رأي إلى أنه "إذا عرف أصل دخول الحائز في الملك مثل أن يكون دخوله بكراء أو عارية أو غصب أو إعمار فهو محمول على ذلك ولا ينتفع بحيازته حتى يأتي بأمر محقق من شراء أو هبة أو صدقة أو نحو ذلك" (٢)

ويفهم من هذه الآراء أن الحيازة العرضية لا أثر لها لمن يدعي ملكية العقار المحوز، ولا تجعل لهذا الحائز أي صلة بملكية العقار، ومن تطبيقات هذه الحيازة في هذا المذهب المرتهن في عقد الرهن (٣) ؛ ولعل السبب في ذلك أن هذه الحيازة مقتصرة على السيطرة الفعلية على العقار، فلا تكسب الملك إلا إذا تغيرت نية الحائز العرضي بأن أصبح يحوز العقار بنية تملكه بدلاً من نية الانتفاع به أو استعماله فقط، كما لو حصل الحائز على سند يدل على شراء العقار أو هبته.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي لتغيير صفة الحيازة العرضية أن تكون لدى الحائز نية تملك العقار فحسب، فالحيازة تتطلب أيضاً أعمالاً مادية تدل عليها، كأن يستعمل الحائز العقار الذي يحوزه أو يزرع الأرض أو يقوم ببنائها، وكلمة (من حاز شيئاً) الواردة في الحديث النبوي الشريف (٤) تدل على هذه السيطرة المادية التي تمثل الركن المادي في الحيازة.

فضلاً عما تقدم ففي هذا المذهب وحول هذا الموضوع، ثمة رأي يشير إلى أنه "فالدار تسكن أو تتركى والأرض تزرع أو تعرس فيها الأشجار أو ترعى فيستعمل العقار ويتصرف فيه كمالكه" (٥) وقول آخر "أستعمل اصطلاح (بيد) (وحاز وتصرف)" (٦)

يذهب رأي آخر يقول "الحيازة تكون بثلاثة أشياء اضعفها السكنى والزرع والهدم والبناء والغرس والاستغلال، ويليهما التقويت بالبيع والهبة والصدقة وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله" (٧) كما أن الحيازة العرضية إذا تحولت إلى حيازة حقيقية متضمنة ممارسة الأعمال الفعلية المقترنة بنية التملك فإن الحائز في هذه الحالة يحوز العقار كمالك ويتمتع بمزايا الملك (٨)

(١) التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة ١٣٧٠ هـ، ص ٢٤٢.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام على هامش فتح العلى الملك، ج ٢، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٣) يعرف الرهن عند الملكية بأنه "بذل من له البيع ما يباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق" للمزيد من التفصيل راجع الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، المصدر السابق، ص ٢٣١.

(٤) قول الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم) : "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له" للمزيد من التفصيل راجع الامام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٣، المصدر السابق، ص ١٩٣، ١٩٢.

(٥) الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا والأندلس والمغرب، ج ٥، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٦٢ وما بعدها.

(٦) الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج ٧، المصدر السابق، ص ٢٦٣.

(٧) الحطاب، شرح مختصر خليل، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٨) يعرف بعض فقهاء الملكية الملك بأنه (حكم شرعي أو وصف شرعي مقدر في العين او في المنفعة يقتضي تمكين من يضاف اليه من الانتفاع بالملوك ومن المعاوضة عنه) للمزيد من التفصيل راجع القرافي، الفروق، ج ٣، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

فيما يتعلق بموقف الفقه الشافعي يلاحظ أن فقهاء الشافعية يتكلمون عن اليد في باب دعاوى والبيانات، كما أنهم قد أهتموا بدراسة تصرف واضع اليد على العقار وعن التمسك بظاهر اليد، فاليد عندهم تدل على ملك من في يده العقار أعمالاً للوضع الظاهر، وبهذا الصدد يذهب رأي إلى القول "لأن ظاهر اليد الملك" (١)

يشير رأي آخر إلى "أن كل مسألة تعارض فيها أصل وظاهر فيها قولان، أحدهما ما يرجح منه الظاهر جزءاً، وأيضاً يقول وليس لذي مال يباع بعلمه ويشهد قبضاً أن يبديلاً، كما نجد أن المحوز عليه الساكت عن المطالبة بحقه وهو حاضر مجلس البيع وتسليمه للمشتري لا يجوز له نقض البيع" (٢)

ثمة رأي يقول "إنما منعنا من سماع بيعة ذي اليد؛ لأنه مستغني عنها بتصديقه على الملك بيمينه" (٣) وفقهاء المذهب الشافعي في اعتقادهما بالظاهر واليد منه، إنما يأخذون بالاتجاه العام في الفقه الإسلامي، كما هو الحال في مذهب الإمامية والحنفية والمالكية، حيث يعدون اليد دليل الملك، فوفقاً لهذه المذهب فإن صاحب اليد العارضة لا تتوافر لديه نية التملك (٤)

لذلك فهو لا يستطيع كسب ملكية العقار أو حق عيني عليه، فيلتزم ذو اليد العارضة برد المال إلى مالكه عند انتهاء المدة المحددة في العقد الذي يضع اليد بموجبه، وهذا الالتزام هو الذي يحدد مركز ذو اليد ويجعل من يده عارضة كما هو الحال بالنسبة للغاصب، وبهذا السياق يذهب رأي إلى القول "...فإن قال أحدهما هي في يدي، وهذا يعترض علي فيها بغير حق أو يمنعني من سكنها سمعت الدعوى، فالعقار الذي تم الاستيلاء عليه بطريق غير مشروع كالغصب مثلاً، فإنه لا يكسب الغاصب الملك، ويجب عليه رده، ويمنع التعرض، فيد المغتصب باطلاً" (٥)

بالنسبة لتوجه الفقه الحنبلي من تغيير صفة اليد العارضة إلى يد مالكة، نجد أن فقهاء هذا المذهب يعتبرون اليد دليل الملك، وظاهر اليد أن صاحبها مالكاً لما في يده، وبهذا السياق ثمة رأي يقول "ولأن الظاهر من اليد الملك" (٦) ويذهب رأي آخر إلى أنه "إذا كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك من غير منازع يجوز ان يشهد له بملكيتها" (٧)

تجدر الإشارة إلى أن توافر نية التملك وحدها لدى واضع اليد لا يكفي لتغيير صفة وضع اليد، بل نجد أن وضع اليد يحتاج من واضع اليد ممارسة مجموعة من الأعمال المادية على العقار، بحيث تبعث على الاعتقاد أن من يضع يده على العقار هو مالك له أو صاحب حق عيني عليه، وهذه الأعمال تدل على ذلك دلالة جازمة وواضحة، وفي هذا الشأن يقول البعض "إذا

(١) الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، شرح زكريا الانصاري على متن البهجة، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧ هـ، ص ٢٣٩.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المصدر السابق، ص ٤٦، ٤٧.

(٣) العبادي، أحمد بن قاسم، حاشيته على هامش شرح زكريا الانصاري، ج٥، المطبعة الميمنية، مصر، ١٣١٥ هـ، ص ٢٣٩.

(٤) الجدير بالذكر أن من صور اليد العارضة في هذا المذهب يد المرتهن في على المال المرهون في الرهن ويعرف الرهن عندهم بأنه "جعل عين مال مخولة وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه" للمزيد من التفصيل راجع الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٤، المصدر السابق، ص ٢٢٩.

(٥) الرملي، المصدر نفسه، ج٨، ص ٣٦١.

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، المصدر السابق، ص ٥٢٠.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج١٠، المصدر السابق، ص ٢٣٠.

كان في يد رجل دارًا أو عقارًا تصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والبناء والهدم من غير منازع" (١) ويرى البعض الآخر "إن من رأى شيئًا بيد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة كتصرف الملاك من بناء وإجارة وإعارة وهدم، فله الشهادة بالملاك، لأن تصرفه فيها على هذا الوجه بلا منازع دليل صحة الملك" (٢)

كما يرى فقهاء هذا المذهب أن اليد العارضة قاصرة في حيازتها على السيطرة الفعلية على العين، وعليه يذهب رأي في هذا المذهب الى القول "أن اليد قد تكون عن غصب أو إجارة أو عارية فلا تنحصر بالملك" (٣) وهذه اليد لا تؤدي إلى كسب الملكية أو الحق وذلك لتخلف نية التملك لدى واضع اليد وهذا الأمر هو الذي يجعل من اليد عارضة وقتية (٤) وبالتالي لا تكسبه الملك، إلا إذا تغيرت صفة وضع يده إلى يد مالكة، وذلك إذا أثبت أنه يحوز الشيء بقصد تملكه، وعنصر القصد متوافر لديه، ففي هذا الفرض تصبح اليد العارضة يد مالكة ومن الممكن كسب ملكية العقار أو حق عيني عليه.

ثانيًا : تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار في القانون الوضعي:

بالنسبة لموقف القوانين المدنية من هذا الموضوع فكما هو معروف أن الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملكية بالتقادم وذلك لتخلف قصد التملك لديه وهذا ما أكدته القوانين محل المقارنة، فقد نصّت المادة (٢٢٣٦) من القانون المدني الفرنسي على أنه "الحائزون بالنيابة عن غيرهم لا يكسبون بالتقادم مطلقًا مهما طال زمن وضع يدهم، فالمزارع والمودع عنده وصاحب حق الانتفاع وغيرهم ممن يحوزون الشيء حيازة عرضية بالنيابة عن المالك لا يمكنهم كسبه بالتقادم" وأضافت المادة (٢٢٣٧) من القانون ذاته أنه "لا يجوز لورثة من يحوزون الشيء بصفة من الصفات المذكورة في المادة السابقة ان يكسبوا بالتقادم" (٥)

لكن يجب أن نلاحظ أن القاعدة أعلاه ليست قاعدة مطلقة، فهناك استثناء يرد عليها، إذ يستطيع الحائز العرضي كسب الملكية بالتقادم في حالة تغيير سند حيازته، بأن تصبح حيازة حقيقية بعد أن كانت حيازة عرضية، وبهذا السياق نصت المادة (٢٢٣٨) من القانون المدني الفرنسي على الآتي : "ومع ذلك يجوز لمن ذكروا بالمادتين (٢٢٣٦ و٢٢٣٧) أن يكسبوا بالتقادم إذا حصل تغيير في سند حيازتهم أما بسبب حاصل من الغير أو بمجابتهنم حق المالك"

كذلك نصّت المادة (٩٧٢) من القانون المدني المصري على أنه "١- ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة، ٢- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفته حيازته أما بفعل الغير أو بفعل منه

(١) ابن قدامة، المقنع، ج٣، المصدر السابق، ٦٧٩.

(٢) مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج٦، المكتب الاسلامي، دمشق، ١٩٦١، ص ٥٩٩.

(٣) ابن ضويان، منار السبل في شرح الدليل، ج٢، المصدر السابق، ص ٤٨٤.

(٤) والجدير بالذكر ان فقهاء الحنابلة قد عرفوا بعض صور اليد العارضة ومنها يد المرتهن وكذلك عرفوا الرهن بأنه (المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي منه ثمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه). للمزيد من التفصيل راجع ابن قدامة، المغني، ج ٤، المصدر السابق، ص ٣٢٦.

(٥) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٤٢.

يعتبر معارضة لحق المالك ، ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير".

بذات الاتجاه أخذ المشرع المدني العراقي فقد نصّت المادة (١١٦١) على أنه "١- ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة، ٢- لكن يستطيع أن يحتج بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته أما بفعل الغير أو بمعارضة منه هو لحق المالك، ولا يبدأ سريان التقادم في هذه الحالة إلا من تاريخ هذا التغيير" (١)

وفي نطاق الفقه القانوني يذهب بعض الفقهاء إلى أن الحائز العرضي يبقى حائزاً عرضياً، ولا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد تغيير نيته، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلاً أنه غير نيته في حيازة العين كمستأجر الى حيازتها كمالك ولو صاحب هذا الإعلان أن يمتنع عن دفع الاجرة للمؤجر، فإن إعلانه بتغيير نيته لا يغير صفة حيازته العرضية، وامتناعه عن دفع الأجرة يعد إخلالاً بالتزامه كمستأجر^(٢) وهذا وذاك لا يكفيان لتحويل حيازته العرضية الى حيازة أصلية، وعلى ذلك تبقى حيازته عرضية ولا يستطيع أن يكسب بالتقادم ومن جانب آخر نجد أن وارث الحائز العرضي يبقى حائزاً عرضياً مثل مورثه ولا يستطيع تحويل حيازته إلى حيازة أصلية بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز المال كمالك له على خلاف حيازة مورثه، وفي كلاً الحالتين لا بد أن تقترن النية بمجابهة فعلية لحق المالك وإنكار ملكه^(٣)

نستنتج من كل ذلك أنه ليس للحائز العرضي كالمستأجر مثلاً أن يغير حيازته القاصرة على حق المستأجر لحيازة حق الملكية بمجرد نيته في هذا التغيير، إلا أنه بالإمكان ان تتغير صفة الحيازة العرضية الى حيازة حقيقية يتوافر فيها العنصران المادي والمعنوي وبالتالي تكون مكسبة لملكية العقار او الحق العيني بحسب الاحوال ، ولكن من الممكن ان تتحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية، ويتم هذا التحول بطريقة من اثنتين^(٤) هما :

الطريقة الأولى: تغير صفة الحيازة العرضية للعقار بفعل الغير:

يحدث ذلك بأن يتلقى الحائز العرضي ملكية العين بمقتضى تصرف ناقل للملكية^(٥) من الغير معتقداً أن هذا الغير هو المالك لها والمستحق للتصرف فيها وفي الحقيقة هو ليس كذلك، فعندئذ تتغير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية، مثال ذلك أن المستأجر يعد حائزاً عرضياً وقد يعتقد أنه مستأجر من غير مالك، ثم يتقدم إلى شخص باعتباره مالكا للعقار

(١) توافقها المادة (١١٨٥) من القانون المدني الأردني والمادة (٩١٠) من القانون المدني الكويتي.

(٢) د. محمد فهمي شفقة، الوسيط في أحكام الايجارات، مؤسسة النوري، دمشق، ١٩٩٧، ص ١١١.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، المصدر السابق، ص ٨٣٥.

(٤) الجدير بالذكر أن المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تشير في هذا الصدد إلى أنه (إذا كان الحائز بيده سند ايجار مثلاً فهو حائز لحق المستأجر وليس له بمجرد تغيير نيته ان يحوز حق الملكية، إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير او من الحائز نفسه، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعي هذه الملكية، او يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر، ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة الا من وقت هذا العمل الظاهر) للمزيد من التفصيل راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٦، المصدر السابق، ص ٥٠٨.

(٥) إما التصرف الكاشف للملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصلية تختلف عن الحيازة السابقة.

(كوارث ظاهر له) يبيعه العين المؤجرة فيستبدل بسنده المؤقت سنداً ناقلاً للملكية بطبيعته، وبذلك يدعم تغيير نيته بعمل ظاهر وهو تغيير سنده، فينقلب حائزاً قانونياً يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره، فيستطيع ان يحمي حيازته بجميع دعاوى الحيازة، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم^(١)

وفي هذا السياق يظهر تساؤل مفاده هل يشترط لتغيير صفة الحيازة العرضية الى حيازة حقيقية أن يكون الحائز العرضي وقت تلقيه التصرف الناقل للملكية حسن النية ؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول القوانين محل المقارنة والقانون المدني العراقي لم تشترط حسن نية^(٢) الحائز العرضي لحصول مثل هذا التغيير في صفة الحيازة، ونرى أنه من الأفضل معالجته ذلك، وهذا الأمر أدى إلى انقسام الفقه القانوني إلى اتجاهين حول هذا الموضوع، الاتجاه الأول يرى أنه لا يشترط أن يكون الحائز العرضي حسن النية وقت تلقيه التصرف الناقل للملكية، ويستندون في رأيهم الى عدة حجج منها أن المشرع لم ينص على هذا الشرط ولو أراد اشتراط حسن نية الحائز العرضي لتغيير صفة حيازته لفعل ذلك، كما أن صفة الحيازة العرضية تتغير إلى حيازة حقيقية حتى لو كان الحائز العرضي سيء النية إي يعلم أنه يتعامل مع غير مالك، فان التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير من صفة حيازته فتتحول هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية، وتماتل هذه الحالة حالة تلقي الخلف الخاص حيازة الشيء من حائز عرضي حيث يستوي أن يكون الخلف الخاص حسن النية أم سيء النية^(٣)

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أنه يجب أن يكون الحائز العرضي حسن النية وقت تلقيه التصرف الناقل للملكية، وحجته في ذلك أن انقلاب الحيازة من عرضية إلى أصلية يقتضي أن يكون الحائز جاداً فيما اقدم عليه من تغيير، وذلك يستلزم بالضرورة أن يكون حسن النية، وعليه إذا كان الحائز سيئ النية أي يعرف أنه يتعامل مع غير مالك، فأن ما اقدم عليه يكون تحايلاً على القانون الذي يحضر على الحائز ان يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، ومن ثم فلا يكون لهذا التغيير أثراً في تغيير أصل هذه الحيازة^(٤)

يترتب على ما تقدم أن الحائز العرضي الذي يستند في تغيير أصل حيازته إلى عقد صادر من شخص يعتقد أنه المالك للعقار، هذا الحائز يكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسي دائماً، إذ تصبح حيازته مستندة إلى حسن النية والسبب الصحيح، وبالتالي فلا مجال أصلاً للتملك بالتقادم الطويل إذا تم التغيير بهذه الطريقة، إذا إن ذلك يقتضي أن يكون الحائز سيء النية، وسوء النية يفسد عمل الحائز على أصل حيازته، ومن ثم لا تصلح للتملك بالتقادم مهما طال الزمن^(٥)

(١) د. رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٠٣.

(٢) يعتبر الحائز العرضي حسن النية إذا كان يعتقد صحة ملكية من تلقى عنه السبب الجديد المؤدي الى تغير صفة الحيازة.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٣٧.

(٤) د. عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٢٦٠.

(٥) د. محمد على عرفة، اسباب كسب الملكية، ج ٢، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٥، ص ١٥٧.

فبموجب هذه الطريقة يصدر تصرف ناقل للملكية من الغير أي الشخص الذي يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك، وقد صدر هذا التصرف الى المستأجر وهو الحائز العرضي، فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له، ومن ثم تنقلب حيابته من حيابة عرضية إلى حيابة أصلية، فيستطيع أن يكسب ملكية العقار بالتقادم إذا اكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقي للعقار^(١)

الطريقة الثانية: تغير صفة الحيابة العرضية للعقار بفعل من الحائز نفسه:

كذلك تتغير صفة الحيابة العرضية بفعل الحائز، بأن يتعرض للمالك في ملكه، والمقصود بذلك الأعمال التي يأتيها الحائز العرضي والتي تدل دلالة قاطعة على أنه ينكر على المالك ملكيته ويريد الاستئثار بها لنفسه سواء كان حسن النية أم سيئها، كأن يمتنع عن دفع الاجرة أو عن رد المأجور، بادعاء ملكيته وإنكار حق المؤجر فيه، أما مجرد امتناع الحائز العرضي عن الوفاء بالالتزامات التي يلتزم بها بمقتضى سند حيابته العرضية، كامتناع المستأجر عن دفع الأجرة فأن هذا لا يكفي لتغيير صفة الحيابة، بل يلزم أن يقترن ذلك بمعارضة حق المالك على النحو المتقدم^(٢)

ففي هذا الفرض يصدر من الحائز العرضي فعل يعارض به حق المالك، ولا يكفي في ذلك مجرد أنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه لذلك على ملاء من الناس، بل لا يكفي تصرفه في العين تصرف المالك فيهدمها مثلاً أو يقيم عليها بناء أو يبيعهها فأن هذا يعد تعسفاً منه في استعمال حيابته العرضية وليس من شأن هذا التعسف ان يغير صفة هذه الحيابة ويحولها إلى حيابة أصلية، بل يجب أن يقوم الحائز العرضي بمعارضة حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين التي يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك^(٣)

وقد يكون هذا النزاع نزاعاً قضائياً فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضي برد العين اليه، والتي يدعي الحائز العرضي ملكيتها؛ لأنه التزم بذلك بموجب عقد الإيجار المبرم بينهما^(٤)

لكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائياً، فقد تكون المعارضة عن طريق إعلان يوجهه الحائز إلى المالك بادعاء ملكية العين بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو بإخطار شفوي على أن يكون عليه هو عبء إثبات هذا الإخطار، بل يصح أيضاً أن تتخذ المعارضة صورة المجابهة الفعلية كأن يشرع المؤجر في استرداد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار فيمنعه المستأجر من ذلك بالقوة مدعيًا أنه المالك ففي هذه الأحوال يكون الحائز قد عارض حق المالك وعلنه بهذه المعارضة وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز

(١) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ١٧٦.

(٢) د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، ج١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٧، ص ٢١٣.

(٣) د. محمد المنجي، الحيابة، المصدر السابق، ص ٦٣.

(٤) علي خليل محمد جواد، مخالفة المستأجر لعقد الإيجار كسبب من اسباب التخلية، بحث مقدم الى المعهد القضائي العراقي، ١٩٩٣، ص ٢٤.

عرضي^(١) وفي هذا الشأن يتبادر الى الذهن تساؤل هام مفاده ما هو الوقت الذي تنقلب فيه صفة الحيازة من العرضية الى حيازة اصلية ؟

يرى بعض الفقه القانوني أن الحيازة العرضية تتغير صفتها إلى حيازة أصلية من وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه، فمن هذا الوقت تنقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية، تجوز حمايتها بدعوى الحيازة، وتصلح أيضاً لكسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة^(٢) وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه في ملكية العين، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه مالكها، ففي هذه الحالة يكون قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة تتغير صف الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية^(٣)

تجدر الإشارة أن المشرع لم يبين الأعمال التي يحصل بها هذا التغيير فقد تكون أعمالاً مادية أو قانونية، وهذه مسألة موضوعية يترك تقديرها للقضاء، إلا أنه يشترط في هذه الأعمال أن تدل دلالة قاطعة على أن الحائز العرضي ينكر على المالك ملكيته ويريد الاحتفاظ بها لنفسه كأن يهدم المرتهن حيازياً العقار المرهون أو يعيد بناءه من جديد ويقف المالك من الفعل مكتوف اليدين^(٤) وحتى تكون المعارضة منتجة لأثرها في تغيير صفة الحيازة العرضية إلى الحيازة الاصلية لا بد أن تكون في مواجهة صاحب الحق الأصلي على العين، لأنه لا يكفي لتغيير صفة الحيازة العرضية أن يقوم مستأجر العين مثلاً ببيعها إلى الغير بوصفه مالكا لها؛ لأن أدهاء المستأجر هذا وهو مجرد حائز عرضي ملكية العين المؤجرة لم يكن في مواجهة المالك لكي يصلح أن يكون سنداً لتغيير نية المستأجر وبالتالي تغيير صفة حيازته العرضية إلى الأصلية^(٥)

لكن يجب أن نلاحظ أنه في كل الأحوال يجب أن تكون المعارضة صريحة وواضحة لا تحتمل الشك أو يكتنفها الغموض، أي انه يجب ان تكون قائمة على معنى نكران الحائز العرضي الحق العيني على صاحبه، وإدعائه لنفسه على نحو صريح وعليه لا يعتبر من قبيل ذلك مجرد أمتناع الحائز العرضي عن الوفاء بالتزاماته تجاه صاحب الحق أو إخلاله بهذه الالتزامات، كما لو أمتنع المنتفع عن رد الشيء المنتفع به عند نهاية مدة الانتفاع التي تنتهي حتماً بوفاء المنتفع وهذا التزام أساسي يفرضه حق المنفعة^(٦)

طالما أنه لا يجابه المالك أو يعارضه معارضة صريحة وواضحة في أن ينكر عليه حقه ويدعي الملكية لنفسه، وعليه إذا تم تغيير الحيازة العرضية الى حيازة قانونية عن طريق معارضة صاحب الحق العيني يتوجب على الحائز العرضي في نفس الوقت الظهور بمظهره الجديد الذي إدعاه، أي أنه لا يستمر بالظهور بمظهره القديم كقيامه بالوفاء بما كان يقع عليه من التزامات قبل صاحب الحق العيني، كما يجب ان تكون الحيازة الجديدة مطابقة للسبب الجديد بحيث يكون

(١) د. رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية أحكامها ومصادرها، المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(٢) د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق، ص ٦٤.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، ص ٨٣٩.

(٤) د. حسن علي دنون، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ١٩٤.

(٥) د. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، المصدر السابق، ص ٢٤.

(٦) د. جورج ن. شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦، ص ١٩٦.

سلوك الحائز متفقاً مع إدعائه فعلى سبيل المثال إذا ادعى المستأجر ملكية العين وجب عليه بعد ذلك أن يتمتع عن الوفاء بالتزامات المستأجر؛ لأن استمراره بالقيام بهذه ينطوي على إقرار بحق المالك فتظل حيازته عرضية كما كانت عليه^(١)

بالنسبة لموقف القضاء من تغيير صفة الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية فقد قضت محكمة النقض الفرنسية "المحكمة النقض أن تبحث فيما إذا كانت الأعمال التي يقوم بها الحائز على العقار تعتبر مجابهة كافية لحق المالك بحيث يترتب عليها تغيير سند الحيازة"^(٢)

في السياق ذاته ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده، إلا إذا تغيرت صفة حيازته أما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفي في تغيير الحائز لصفة وضع يده مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل ايجابي ظاهر يجابهه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على عن ذو اليد الوقتية مزعم انكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها بدونه"^(٣)

كذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأنه "البئر الأميرية الواقعة في أراضي أميرية صرفة تعتبر مرفق من المرافق العامة المتروكة للنفع العام، وعليه فأن مجرد فعل الحائز المتمثل بوضع اليد عليها والتجاوز عليها لا يعد سنداً قانونياً ولا يغير صفة حيازته..."^(٤)

نستخلص مما تقدم أن الحيازة العرضية للعقار من الممكن أن تتحول الى حيازة أصلية مكسبة للملكية، ويكون ذلك بأحد أمرين الأمر الأول يكون بفعل يصدر من الغير إذا ما نقل هذا الغير ملكية العين إلى الحائز بالبيع أو الهبة أو المقايضة، والأمر الثاني يكون بفعل صدر من الحائز يعارض به حق المالك وينكر عليه ملكيه ويريد الاستئثار به لنفسه، كما أن الطريقة الأولى التي تتغير بها صفة الحيازة العرضية تختلف عن الطريقة الثانية في الطريقة الأولى أي تغيير صفة الحيازة بفعل الغير نجد أن الحائز العرضي يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير، أما في الطريقة الثانية أي تغيير صفة الحيازة بفعل من الحائز نفسه حيث يهدر سند حيازته ويصبح حائزاً بدون سند.

الفرع الثاني

إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار

سنبين في هذا الفرع كيفية إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية، من حيث التطرق الى هذا الموضوع في إطار الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الوضعي وكما يأتي :

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص ٥٣٥.

(٢) نقض فرنسي، ٤ مارس ١٨٧٣، سيرري ١-٧٤-٨٣ دالوز ١-٧٣-٣٤٥، أشار اليه د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، المصدر السابق، ص ١٦٢.

(٣) الطعن رقم ١٧٤٢ في تاريخ ١٩٨٨/٥/٢٥، أشار إليه د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٥٩.

(٤) رقم القرار ٩٩/مدنية ثالثة عقار/ ١٩٧١، في تاريخ ١٩٧١/٨/١٢، منشور في النشرة القضائية، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص ٣٧.

أولاً: إثبات تغيير صفة الحيابة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي:

بخصوص موقف المذاهب الإسلامية من إثبات تغيير صفة الحيابة أو اليد العارضة، فيلاحظ أنهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع بشكل صريح، ولكن من خلال دراسة آراء فقهاء المذاهب الإسلامية بهذا الشأن نستطيع أن نستخلص موقفهم من هذا الموضوع وحسب كل مذهب، ففي إطار المذهب الإمامي ابتداءً من المستحسن أن نحدد معنى المدعي فهو الذي يكون قوله خلاف الظاهر ونسب هذا الى المشهور من العامة^(١) كما أن فقهاء هذا المذهب عرفوا اليد واعتبروها دليل على الملك، واقتربت دراسة اليد عندهم بدراسة الدعاوى والشهادات، وفي هذا الصدد يذهب رأي في هذا المذهب الى أنه "ترجح بينة المدعي (الخارج) اذا شرعت له لقول الرسول محمد (صل الله عليه وآله وسلم): "البينة على المدعي"^(٢) وهذا القول يقتضي ان لا يعتد ببينة المنكر لقول الامام علي ابن أبي طالب (عليه السلام): "من كان في يده الشيء فبينته لا تعمل له شيئاً والله أعلم" فاليد مقوية لبينة المدعي عليه (الداخل) فساوت بينة المدعي (الخارج) حيث شهدت بملك مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر، كالمصنوع الذي يتكرر سبب صفته حسب الحاجة، وكخز مما ينسج مرتين، أو كتان ينسج ثم ينسج، إن أضيف إلى سبب لا يتكرر، كنتاج وصوف، فبينة الداخل لقوتها باليد وضعف الخارجة قلنا لم يفصل الدليل"^(٣)

يتضح أن الرأي الغالب في هذا المذهب يرجح بينة المدعي، بحجة أن الحديث النبوي يجعل البينة له دون المدعي عليه، ووفقاً لهذا الرأي أن اليد مقوية لبينة الداخل (المدعي عليه) وتجعلها متساوية مع بينة الخارج (المدعي) فيقسم موضوع الدعوى بينهما، وهناك رأي آخر في هذا المذهب يرجح بينة ذي اليد على بينة المدعي حيث يقول "اختصم إلى الإمام علي (عليه السلام) رجلان في دابة، وهي في يد أحدهما، فأقام هذا بينة انها دابته، وأقام الآخر أيضاً بينة على أنها دابته، ففضى بها للذي هي في يده"^(٤) فالقواعد العامة في البينة هي التي تطبق من حيث الحلف والنكول وتهاتر البينتين عند تعادلها وتعارضهما، وعند تهاتر بينة كل من المدعي والمدعي عليه ذي اليد تسقطان معاً ويحكم بالمال لمن هو في يده. وفيما يتعلق بالشهادة^(٥) وعليه فالأصل أن تكون شهادة مباشرة، أي أن الشاهد ينقل ما وقع عليه بصره، أو ما سمعه وأن يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية وقد حصل على معرفته الشخصية للواقعة أما لأنه رآها بعينه كما إذا كان قد شهد حادث من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى، وإما لأنه سمعها كما أنه إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري أو أن مالك العين المؤجرة يبيعها إلى المستأجر فيأتي إلى مجلس القضاء ليشهد بما سمعه، وأغلب الشهادات

(١) كاظم الحسيني الحائري، القضاء في الفقه الإسلامي، ج ١٤، مجمع الفكر الإسلامي، قم، ١٤١٥ هـ، ص ٢٥٦.
(٢) الجدير بالذكر أن قاعدة البينة على المدعي ليست قاعدة بديهية مسلمة لا عقلاً ولا عقلاً، وقد كان الفضل في اكتشافها الى الشريعة الاسلامية؛ فالقانون الفرنسي لم يعمل بهذه القاعدة الا في القرون الوسطى، وان القاعدة السائدة قبل ذلك هي استقرار الأثبات بعهدة المنكر (المتهم) وقد ذهب فقهاء القانون الوضعي الذي يقوم على اساس الأحكام العقلية والعرفية الى أن منشأ هذه القاعدة هو أصل البراءة الجاري في جميع الدعاوى لصالح المتهم. للمزيد من التفصيل راجع السيد قاسم الابراهيمى، الأثبات القضائي - عبء الأثبات، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت (عليهم السلام) تصدر عن دار معارف فقه أهل البيت، قم المقدسة، ايران، العدد الثالث عشر، السنة الرابعة، ص ١٦١.

(٣) أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، المصدر السابق، ص ٣٩٩.

(٤) السباعي، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، المصدر السابق، ج ٤، ص ١٣٥.

(٥) تعرف الشهادة عند الامامية بأنها (أخبار جازم عن حق لازم للغير) للمزيد من التفصيل راجع المحقق الحلي، شرائع الاسلام في الفقه الجعفري، المصدر السابق، ص ٣٧٠.

في قضاء أمير المؤمنين (عليه السلام) من هذا النوع؛ لأنه المشهور الذي كان عليه القضاء آنذاك لأن الشهادة كانت مسؤولية وكان الافراد يتقيدون كثيراً في التأكد من الواقعة، فلا يكتفون بالسماع فقط بل بالمعاينة أيضاً^(١)

بالنسبة لتوجه المذهب الحنفي نجد أن فقهاء هذا المذهب يرون أن البينة تكون على المدعي استناداً لقول الرسول (ص) " لو يعطي الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي"^(٢) وعند تعادل البنتين ثمة من يرى بأن بينة المدعي ترجح على بينة الحائز، فثمة رأي يقول البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعى عليه^(٣) يتبين لنا أن هذا الرأي يجعل من حجة المدعي القائمة على اساس البينة أقوى من حجة المدعى عليه المتمسك بالظاهر وهو ظاهر يده على العقار موضوع الدعوى؛ وذلك لأن حجة المدعي تقوم على شهادة الشهود وهم لا يكونوا خصوصاً في الدعوى، ولكنهم شهود عدول أي يشهدون بما يعلمون دون اعتبار لمصلحة هذا الخصم أو ذلك، أما حجة المدعى عليه ذو اليد فهي تقوم على أساس اليمين وكلام الخصم لمصلحته الخاصة، وعليه فلا تصلح حجة مظهرة للحق.

لكن يجب أن نلاحظ أنه إذا انضمت اليد إلى هذه اليمين، فإن هذه البينة المزدوجة من اليد واليمين تتغلب على بينة المدعي القائمة على شهادة الشهود، كما يذهب نفس الرأي إلى أنه "أن النبي محمد (صل الله عليه وآله وسلم) ما جعل اليمين حجة الا في جانب المدعى عليه، وصاحب اليد ليس بمدع بل هو مدعى عليه، فلا تكون البينة له فالتحقت بينته بالعدم، وقد خلت بينة المدعي من العارض فيعمل بها"^(٤) وعلى الرغم من كل ذلك فقد تردد فقهاء الحنفية بخصوص ترجيح بينة ذي اليد أو بينة المدعي، فيذهب رأي إلى القول "ترجح بينة صاحب اليد فيقضي ببينته، وأن رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) قد قضى لصاحب اليد ببينته"^(٥) وثمة رأي آخر يرى بأن "ذو اليد له نوعان من الحجة والبينة وللخارج نوع واحد، وذو الحجتين يترجح على ذو الحجة الواحدة، وفي حديث الحضرمي والكندي لم يكن للمدعي بينة فقضى رسول الله (ص) للمدعى عليه بيمينه"^(٦) و فقهاء الحنفية يعدون بالشهادة^(٧) كدليل من أدلة إثبات اليد على العقار.

بالنسبة لموقف المذهب المالكي وبصدد إثبات تغير صفة الحيازة العرضية، يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب يعدون الحيازة كالشهادة على الملك، والرأي الغالب في هذا المذهب يقدم بينة

(١) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عند الامام علي (عليه السلام)، ط١، مؤسسة الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٠٢.

(٢) أخرجه الترمذي، عمر بن عيسى أبو عيسى، الجامع الصغير (سنن الترمذي)، ج ٣، ط ٢، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٦١٦.

(٣) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٢٥.

(٥) الكاساني، المصدر نفسه، ص ٢٣٤.

(٦) والحديث "إن رجلاً من حضرموت جاء الى رسول الله (ص) وآخر من كندة، وقال الحضرمي للرسول (ص) ان هذا (الكندي) قد غلبني على ارض كانت لي، فقال الكندي هي ارض في يدي ازرعها ليس له فيها حق، فقال الرسول (ص) للحضرمي ألك بينة؟ قال لا، قال فلك يمينه... وليس لك منه الا ذلك". أخرجه البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ج ١٠، مطبعة دائرة المعارف، حيدر آباد، الهند، ١٣٥٥ هـ، ص ٢٥٤، ٢٥٥.

(٧) تعرف الشهادة عن الحنفية بأنها "أخبار صدق لأبواب الحقيقة بلفظ أشهد في مجلس القضاء" للمزيد من التفصيل راجع الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢.

الحائز في جميع الأحوال، وفي هذا الصدد يذهب رأي إلى أنه "إذا أقام الذي في يديه الدار البينة أنه داره، وأقام الآخر البينة أنه له، فالذي في يديه الدار أولى بها" (١)

ثمة رأي آخر يرى أنه "إذا قام رجل في دار أو أملاك يدعيها لنفسه أو لمورثه، وأثبت الملك وكانت في يد معترض لها، فإن توافق الطالب والمطلوب على حدودها وجب الإغذار إلى المعترض في الشهود والقضاء عليه... وإن سأل الطالب من القاضي الانزال فيها أو وقع تحالفاً في بعض حدودها، حازها الشهود المقبولون، ولا يكلف القاضي شهود الحيابة ان يحوزوا ما شهدوا به من الرباع، ولكن يأمر المشهود له بالرغبة اليهما في ذلك، فإن توجه شهود الحيابة ليحوزوا الملك بعث القاضي معهم شاهدي عدل يحضران حيابة الشهود، واحتيج إلى موجهي القاضي للحضور في الحيابة، للخوف من ان يموت شهود الحق عرف شهاده أو يعزل القاضي أو يموت، فيشهد الموجهان على الحيابة، فيتم القول بهما، ولا تعمل الحيابة شيئاً حتى يقول الشاهدان بحضرة الحائزين هذا الذي شهدنا به عند القاضي" (٢)

بخصوص موقف المذهب الشافعي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب متفقين على ترجيح بيينة الحائز الذي يوجد العقار موضوع النزاع في يده على بيينة المدعي (الخارج) (٣) إلا في حالات قليلة وذلك عند ما تكون البيينة في جانب المدعي، وبهذا السياق ثمة رأي إلى أنه "ترجح بيينة اليد دون اعتبار لسبق ملكية المدعي ولا لسبب ملكية ذي اليد" (٤) ويوجد رأي آخر يشير إلى أنه "إذا ادعى الرجل الشيء في يد رجل اخر فالظاهر انه لمن هو في يده مع يمينه؛ لأنه اقوى سبباً، فإن أستوى سببهما فهما فيه سواء... فإن استوياً في الدعوى والبيينة والذي الشيء في يديه اقوى سبباً فهو له لفضل قوة سببه... وقد قضى رسول الله (ص) للذي في يديه الشيء" (٥) والجدير بالذكر ان فقهاء الشافعية يعتدون بشهادة السماع (٦) في الملك، فيذهب رأي إلى القول "وحاصلة الجزم بجواز ذكر التسامع وأما ما ذكره بعض الفقهاء من أنه لا يكفي في الشهادة قول الشاهد سمعت الناس يقولون... فمحمول على ما إذا ذكره على وجه الارتياح... " (٧) وعلى هذا فبعض فقهاء هذا المذهب يجيزون شهادة السماع في الملك فضلاً عن الشهادة المباشرة أي عندما يرى الشاهد الواقعة بعينه، والبعض الآخر يتطلب أن لا يقتصر الشاهد على السماع من الاخرين بل يشهد أيضاً بأن الملك ملك فلان.

بخصوص موقف المذهب الحنبلي فقد تعرض فقهاء الحنابلة إلى إثبات ملكية المال محل الحيابة، وبهذا الشأن يذهب رأي إلى القول "ومن ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره فلكل واحد منهما بيينة، فإذا تعارضت بيينة المدعي مع بيينة المدعي عليه (الحائز) فالمشهور تقديم بيينة المدعي... وروي أيضاً أن رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) قضى بالشيء للذي هو في يده،

(١) الامام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٣، المصدر السابق، ص ١٨،

(٢) ابن عثيم، فتح العلى الملك، ج ٢، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٤، المصدر السابق، ص ٤٨٢.

(٤) الشافعي، الام، ج ٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٣٩ هجرية، ص ٢٥٢.

(٥) المزني، مختصر المزني على هامش الام للشافعي، المصدر السابق، ص ١٦١.

(٦) تعرف الشهادة عن الشافعية بأنها (أخبار عن شيء بلفظ خاص) للمزيد من التفصيل راجع الرملي، نهاية

المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، ص ٣٧٧.

(٧) الهيتمي، شهاب الدين احمد بن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الامام الشافعي، ج ١٧، دار الكتب

العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١١٤.

وفي رواية أخرى ترى أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حالة) ويرى أيضاً "إذا تداعيا عيناً لم تخل من ثلاثة أقسام الأول أن تكون في يد أحدهما فهي له بيمينه، والثاني ان تكون العين في يديهما فيتخالفون فتقسم بينهما، والثالث إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما فإنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها" (١) وفيما يخص الشهادة (٢) كدليل لإثبات ملكية نو اليد فهذا الصدد ثمة رأي يشير إلى "لا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع... والسماع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الإقرار والعقود والطلاق وسماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه في الغالب إلا بذلك كالملك والنسب والموت" (٣)

يتضح لنا أن الرأي الراجح في الفقه الحنبلي هو تقديم بينة الخارج المدعي على بينة المدعي عليه ذو اليد، وان كانت هنالك روايات أخرى تفيد العكس وترجح أن صاحب اليد يستحق ما في يده بيمينه (٤) وبالنسبة للشهادة في إثبات نية التملك لدى الحائز، فنجد فقهاء هذا المذهب يجمعون على جواز شهادة السماع بالاستفاضة في الملك المطلق (٥) إلى جانب الشهادة المباشرة.

ثانياً : إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار في القانون الوضعي:

وبخصوص موقف القوانين محل المقارنة من إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية، نجد أن هذه التشريعات قد تعرضت صراحة لهذا الموضوع، فقد نصّت المادة (٢٢٣١) من القانون المدني الفرنسي على أنه "إذا كان أصل الحيازة بالنيابة عن الغير فإنه يفترض دائماً أن الحائز وضع يده بهذه الصفة إلا إذا قام الدليل العكسي"

بينما كان موقف القوانين المدنية العربية أكثر وضوحاً من هذا الموضوع، إذ نصّت المادة (٩٦٣) من القانون المدني المصري على أنه "إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد، أعتبر بصفة مؤقتة ان الحائز هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر أنه حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة"

بذات الاتجاه ذهب المشرع المدني العراقي إذ نصّت المادة (١١٤٧) منه على الآتي : "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزاً من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، ما لم يظهر أن من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة" كما نصّت المادة (٣/١١٤٨) من القانون ذاته "تبقى الحيازة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك" (٦)

ويخضع إثبات تغيير صف الحيازة العرضية الى القواعد العامة في الإثبات، فإذا استند الحائز إلى وقائع مادية يمكنه أن يثبت حيازته بكافة وسائل الإثبات وبرزها الشهادة والقرائن في

(١) أبين قدامة، المقنع، ج ٣، المصدر السابق، ص ٦٥٥.
(٢) تعرف الشهادة عند الحنابلة بأنها "الإخبار بما علمه الشاهد بلفظ خاص كشهدت أو أشهد" للمزيد من التفصيل راجع أبين قدامة، المغني، المصدر السابق، ص ١٤٥.
(٣) أبين قدامة، المقنع، ج ٣، المصدر السابق، ص ٦٧٦، ٦٧٧.
(٤) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٣، المصدر السابق، ص ٥٢٠..
(٥) المرادوي، علاء الدين أبي الحسن، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل، ج ١٢، ط ٢، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٣ هـ، ص ٩، ١١.
(٦) توافقها المادة (١١٥٧) من القانون المدني الأردني، والمدة (٩١٢) و(٩١٦) من القانون المدني الكويتي.

إثبات الحيازة، أما إذا استند إلى تصرف قانوني فإنه لا يستطيع إثباته إلا بالكتابة متى زادت قيمته عن نصاب الشهادة إلا من استثنى من ذلك^(١) وبهذا الشأن نصّت المادة (١٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي على أنه " - ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها الأحوال التي يوجد فيها مبدأ الثبوت بالكتابة. ٢- ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو شخص يمثله هذا الخصم ويكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال".

وكذلك نصّت المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك" ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة بل وردت عليها استثناءات قانونية فقد جاء في المادة (٦٢) أنه "يجوز الأثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب أثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة ... المادة (٦٣) من القانون ذاته بأنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب أثباته بدليل كتابي في حالتين الأولى إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، والثانية إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه".

بهذا الاتجاه أخذ قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، إذ نصّت المادة (٢/٧٧) من على أنه "إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن خمسة آلاف دينار أو غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون يقضي بغير ذلك" وهذه القاعدة أيضاً ترد عليها استثناءات في قانون الأثبات العراقي فقد نصّت المادة (٧٨) من القانون نفسه على أنه "يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ومبدأ ثبوت الكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال"^(٢)

كما يجوز أثبات الحيازة بالقرائن^(٣) وبهذا الصدد نصّت المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري على أنه "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الأثبات بشهادة الشهود" وكذلك جاء في المادة (١٠٢/١ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي "للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة"^(٤)

وفي إطار الفقه القانوني ثمة من يرى في الفقه العراقي أن المشرع العراقي اجاز الأثبات بالشهادة كدليل تكميلي في حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، حيث ان مبدأ الثبوت بالكتابة لا يدل

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٩، المصدر السابق، ص ٨٤٠.
(٢) تقابلها المادة (٣٠) من قانون البيئات الاردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ وقد نصت على أنه (يجوز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته عن مائة دينار ١- اذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة وهو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود المدعى به قريب الاحتمال) ونصت المادة (٤١) من قانون الاثبات الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ على انه (يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثبته بالكتابة في الاحوال الاتية ١- اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ويعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال)
(٣) د. نبيل أبراهيم سعد، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الاسكندري، ٢٠٠٠، ص ١٧٠.
(٤) بينما نصت المادة (٧٢) من القانون المدني الأردني على أنه "أدلة أثبات الحق هي الشهادة الكتابية القرائن.."
وتقابل النص العراقي المادة (٥٢) من قانون الاثبات الكويتي.

دلالة كاملة على وقوع التصرف المدعى به، وإنما يجعل منه أمر راجح الوقوع، وعليه فإن الشهادة تكمل ما بهذا الدليل من نقص لا يطمئن اليه القضاء، ويلاحظ أن المشرع العراقي بإجازته أثبات التصرف القانوني بالشهادة وان زادت قيمته عن خمسة آلاف دينار يكون قد وسع من نطاق الأثبات بالشهادة، على الرغم من نظرة الشك والريبة التي ينظرها الى شهادة الشهود، ولعل المبرر لهذا التوسع هو ما يقدمه مبدأ الثبوت بالكتابة من ضمان للحد من اخطار الأثبات بالشهادة^(١)

ويذهب بعض في الفقه القانوني إلى أن الآثار التي يرتبها القانون على الحيازة إنما تترتب على الحيازة الحقيقية، وأن الحيازة العرضية قاصرة بطبيعتها على أن تترتب مثل هذه الآثار نظراً لتخلف عنصر القصد في هذه الحيازة^(٢)

ولهذا السبب تكون معرفة ما إذا كان واضح اليد حائزاً قانونياً أم أنه مجرد حائزاً عرضياً أمراً في غاية الأهمية، وبالتالي فإن للأثبات أهمية بالغة في هذا السياق، وقد شكل ذلك دافعاً للمشرع على أن ينص على ثلاثة افتراضات يتحدد على أساسها عبء الإثبات، وقد نصت على هذه الافتراضات الثلاثة المادة (٩٥١) من القانون المدني المصري، فبعد أن بينت في فقرتها الأولى الحيازة بالوساطة، تطرقت في فقرتها الثانية الى ما يأتي "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإذا كانت حيازته استمراراً لحيازة سابقة، افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها" أي أن الأصل الشخص يباشر السيطرة المادية لحسابه لا لحساب غيره، ومن يتوافر لديه العنصر المادي يفترض توافر العنصر المعنوي لديه ايضاً، ومن يدعي خلاف ذلك عليه أثباته، أي أن من يدعي لديه العنصر المعنوي وأن السيطرة المادية إنما تباشر باسمه أن يثبت ذلك^(٣)

فمضمون الافتراض الأول من هذه المادة أن من يباشر الحيازة المادية يفترض أنه يفترض فيه انه حائز حقيقي، وهذا افتراض يكون لصالحه وفقاً للقواعد العامة في عبء الإثبات، فهو ليس قرينة قانونية كما يرى جمهور الفقهاء وإنما الأمر يتعلق بافتراض قانوني^(٤)

ومؤدى الافتراض الثاني أن من يمارس الحيازة المادية اذا كان قد تسلم الشيء من حائز سابق، فإنه يفترض بالنسبة اليه انه يحوز لحساب هذا الاخير، أي يفترض فيه انه حائز عرضي، فالحائز السابق الذي يعوزه الدليل على ان الحائز الحالي عرضي يكفي ان يثبت ان الشيء كان تحت يده ثم سلمه الى الحائز الحالي فإذا نجح في هذا الأثبات قام افتراض لصالحه اذ يفترض في

(١) فاتن حاتم محمد، الشهادة وإجراءاتها في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير، جامعة النهدين، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ٩٢. وينظر كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢١١.

(٢) د. حسن علي دنون، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ١٩٣

(٣) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٣٥.

(٤) لعل السبب في ذلك ان من تكون لديه الحيازة المادية لا يتوجب عليه ان يقيم الدليل على ان حيازته حقيقية وليست عرضية، وإنما يتوجب على من يدعي ان الحيازة عرضية ان يثبت ما يدعيه كأن يثبت ان واضح اليد مستأجراً او مستعيراً.

الحائز الحالي انعراضي، فإذا ادعى الحائز الحالي أنه يحوز لحساب نفسه وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء، كان يثبت مثلاً أنه اشترى الشيء من الحائز السابق^(١)

أما الافتراض الثالث فهو يتعلق بإثبات تغير صفة الحيازة، وقد نصت عليه المادة (٩٦٧) التي سبق ذكرها، والحكم الذي تضمنته هذه المادة يشمل تحول الحيازة في نوعيه أي تحول الحيازة الحقيقية إلى حيازة عرضية أو العكس، وفيما يتعلق بالحيازة العرضية يأتي نتيجة لما بيناه من دوام صفة هذه الحيازة، كما أن التحول في صورتيه هاتين يتفق مع الأسس العامة التي يتحدد وفقها عبء الإثبات، وذلك لأن الظاهر هو الواقع المادي الغالب الذي تمليه هذه الأسس، فالصفة التي بدأت بها الحيازة تظل قائمة حتى يقوم الدليل على أنه تغيرت، فليس للحائز العرضي أن يغير صفة حيازته بمجرد تغيير نيته؛ لأنه ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه الأساس الذي تقوم عليه حيازته، ونفس الحكم ينطبق على الدائن المرتهن رهن حيازة^(٢)

كما أن تقدير ما إذا كانت الأفعال الصادرة من الحائز تنطوي على معارضة حق المالك أم لا هي مسألة موضوعية تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، كما أن عبء إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية يقع على عاتق الحائز^(٣)

ثمة من يرى أن الحيازة واقعة مادية لذا يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك البيينة والقرائن فبالنسبة للبيينة يلاحظ أنه يجوز إثبات الحيازة بالبيينة سواء كان ذلك بواسطة الاحالة إلى التحقيق أم عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة، إذ يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى على التحقيق، وذلك من أجل اثبات الحيازة بشهادة الشهود^(٤) وللمحكمة أن تقرر إثبات الحيازة بالشهادة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من الخصوم، ولكن يجب أن نلاحظ أن هذا الطلب أي الإثبات بالشهادة ليس حقاً للخصوم بحيث يجب على المحكمة أن تستجيب له، بل هو رخصة تخول لمحكمة الموضوع وللحكمة أن لا تستجيب لهذا الطلب، كما أن تقدير قيمة الشهادة يعود للقاضي أيًا كان عدد الشهود وأيًا كانت صفاتهم، ولعل السبب في ذلك أن الشهادة حجة مقنعة وليست ملزمة، إذا رأت في مستندات وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها^(٥)

فالأصل أنه لمحكمة الموضوع أن تستخلص هذه القرائن من كل مصدر معقول يؤدي إلى النتيجة التي تنتهي إليها، سواء كان ذلك ملاسبات ووقائع الدعوى أم أوراق الدعوى أم مستندات التمليك أم عقود القسمة أم سندات الدين، وتقدير القرائن هو أمر يدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض، ما دام استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت في أوراق الدعوى، فالمحكمة الموضوع أن تأخذ بالقرائن في إثبات وضع اليد على العقار دون إجراء التحقيق أو يمكنها أن تأخذ بأقوال الشهود دون القرائن، ويكفي أن تؤدي القرائن في مجموعها إلى النتيجة التي توصلت إليها المحكمة^(٦)

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٥٣٧.

(٢) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٥٠.

(٣) د. سعيد مبارك، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الاصلية)، المصدر السابق، ص ١٩٨.

(٤) د. آدم وهيب الندوي، الموجز في قانون الأثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ١٤٣.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ١٧٠.

(٦) د. محمد شريف عبد الرحمن، اسباب كسب الملكية (الحيازة)، المصدر السابق، ص ١٠١.

فيما يتعلق بتوجه القضاء من إثبات تغيير صفة الحيازة بشكل عام والعرضية منها بشكل خاص، فقد تطرق في احكامه إلى هذا الموضوع، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "إن قاضي الموضوع ليس له أن يقتصر لاستبعاد الأعمال التي غيرت سند الحيازة، على القول بأن بالسندات المقدمة ليس كافية لإعدام قرينة الحيازة العرضية، فمثل هذا الحكم لا يكون له قيمة قانونية..."^(١)

في السياق ذاته ذهبت محكمة النقض المصرية إلى "أن وضع اليد واقعة مادية، وإثباته واستخلاص توافر شروطه القانونية من عدمها يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات من أي مصدر يستقي القاضي منه دليله"^(٢)

كذلك قضت محكمة التمييز في العراق إلى أنه "إذا أقر مستأجر الحادلة باستئجارها فإن وضع اليد ومدة الإيجار تعتبر واقعة مادية وبالتالي يجوز إثباتها بكافة طرق الأثبات"^(٣)

نستنتج مما تقدم أن عبء إثبات تغيير صفة الحيازة العرضية للعقار يتحمله الحائز العرضي الذي يحوز العقار، فهو من له المصلحة في إثبات تغيير حيازته العرضية إلى حيازة حقيقية، ولعل السبب في ذلك أن الحائز العرضي يضع يده على العقار بموجب سند قانوني أو صفة تلزمه برد الشيء، ويترتب على ذلك أنه يعترف بالملكية لشخص آخر هو المؤجر أو الموكل أو المستعير أو غير هؤلاء، وطالما أنه كذلك، فإن المشرع يفترض بقاء الوضع على ما هو عليه مالم يقدّم الدليل على خلاف ذلك، وهذا ما تضمنته المواد (٢٢٣١) من القانون المدني الفرنسي، و(٩٦٧) من القانون المدني المصري، و (٣/١١٤٨) من القانون المدني العراقي، والتي سبق وأشرنا إليها، وبما أن الحيازة واقعة مادية فمن الممكن إذن إثباتها بكافة الوسائل المحددة في قانون الإثبات.

المطلب الثاني

انتقال الحيازة العرضية للعقار وزوالها

إنّ الحيازة العرضية من الممكن أن تتعرض إلى حالات أخرى طارئة، فقد تنتقل هذه الحيازة من السلف إلى الخلف سواء كان خلفاً عاماً أو خاصاً، وقد تزول الحيازة العرضية للعقار بفقد العنصر المادي، وكذلك الحيازة الحقيقية يمكن أن تزول بعدة طرق، وتفصيلاً لما تقدم قسمنا هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول انتقال الحيازة العرضية للعقار، ونبين في الفرع الثاني زوال الحيازة العرضية من ناحية الفقه الإسلامي وكذلك من ناحية القانون الوضعي وسوف نوضح ذلك كما يأتي:

:

(١) نقض فرنسي ١٩ فبراير ١٨٨٩ سييري ٢٠٨-١، أشار إليه د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) المصر السابق، ص ١٦٢.

(٢) الطعن رقم ٦٨١ في تاريخ ٢٦ مارس / سنة ١٩٨٧، مشار إليه في مجموعة المكتب الفني تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، سنة ٥٤ قضائية، ج ٢، ص ٤٥٦.

(٣) رقم القرار ٣٨٢ / مدنية أولى / ٩٧٤، في ١٢/٢/١٩٧٥، مشار إليه في مجلة الاحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق قسم الإعلام القانوني، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٢٤.

الفرع الأول

انتقال الحيابة العرضية للعقار

انتقال الحيابة العرضية للعقار يقتضي منا أن نبحثه في إطار الفقه الاسلامي من جهة وفي إطار القانون الوضعي من جهة أخرى، لغرض الإحاطة بالموضوع وسنبين ذلك في فقرتين:

أولاً: انتقال الحيابة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي:

إنّ انتقال الحيابة أو الاستخلاف كما يطلق عليه الفقه الإسلامي، يقصد به انتقال وضع اليد على العقار من السلف الى الخلف، فالخلف هنا هو من يحل شرعاً محل السلف، وقد يكون الخلف عام كالوارث وقد يكون الخلف خاص كالمشتري، وسنبين ذلك تباعاً:

١- **الخلافة العامة في الحيابة:** سوف نوضح هنا انتقال التركة إلى الوارث على اعتباره أبرز تطبيق للخلف العام، ونوضح أيضاً ضم مدة الحيابة إلى الخلف العام وسنبين ذلك تباعاً:

أ - **انتقال التركة إلى الوارث :** الخلافة العامة في الفقه الإسلامي خلافة على المال فحسب، وليس خلافة على شخص للسلف، فالفصل بين شخصية الوارث وبين شخصية المورث أمر مسلم به في الفقه الإسلامي^(١) وكان للنظرية الشخصية^(٢) دورها عند الفقهاء المسلمون وقد ظهر هذا الافتراض بصورة واضحة عند مواجهة الفقه الإسلامي لمشكلة تحديد وقت انتقال التركة المدينة إلى الوارث وهنا قد يسأل سائل هل يتم هذا الانتقال فور الوفاة أم أنه يتراخي حتى سداد الديون؟

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا أولاً أن نبين آراء الفقهاء حول هذا الموضوع، ويمكننا أن نلخص ذلك في اتجاهين: الاتجاه الأول يرى أنه لا حق ولا ملك للورثة في التركة إلا بعد وفاء ما عليها من ديون، أي أن ملك المتوفي (المورث) باق ولا ينتقل إلى الورث إلا بعد وفاء ما عليها من ديون، سواء كانت التركة مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة^(٣) وقد سار بهذا الاتجاه الحنفية في القول الراجح وأحدى الروايتين عن الحنابلة وقول للشافعية^(٤)

(١) د. علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشر، العدد الثاني، ص ١٥٧.

(٢) لقد سادت النظرية الشخصية في القانون الروماني، حيث سلكوا طريق الافتراض، فاعتبروا أن الوارث استمراراً لشخصية سلفه، وأن الوارث يدخل في كل الروابط التي كان مورثه طرفاً فيها. للمزيد من التفصيل راجع د. عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص ٥٠١.

(٣) تجدر الإشارة الى ان التركة تكون مستغرقة إذا كانت كل عناصرها من أموال وحقوق مالية لا تكفي الالسداد الديون فقط او أقل من ذلك، اما التركة المدينة بدين غير مستغرق فهي التي تعلق بها دين الغير لا يستنفذ كل عناصرها بل لا يستنفذ الا مقداراً منها ويضل الباقي للورثة، للمزيد من التفصيل راجع د. أحمد ابراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن جامعة القاهرة، كلية الحقوق، العدد الثالث، السنة السابعة، ص ٣٧٠.

(٤) وسندهم في ذلك قوله تعالى "من بعد وصية يوصي بها أو دين" فقد جعل الله تعالى الميراث بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق إوانه، فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى، ثم ان الآية جاءت مطلقة ولم تقيد الدين بأنه مستغرق، وعلى هذا فإن الآية تنطبق على الدين مطلقاً مستغرماً كان أم غير مستغرق، وكذلك الوارث يخلف مورثه فيما يفضل من حاجته. للمزيد راجع د. حسن نعمة الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الاسلامي والقانون المقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٤، ص ٢١٥ وما بعدها.

أما الاتجاه الثاني يذهب الى أن الدين سواء كان مستغرقاً أم غير مستغرق فإنه لا يمنع انتقال التركة إلى الورثة في التركة المدينة، فتكون على ملكهم وتبقى الديون متعلقة بها، ويعد الورثة خلفاء للميت وتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة، حيث إن الامور لا تتراخى عن أسبابها إلا لمانع يمنع عمل الأسباب، والموت يعتبر سبباً للتوريث فتحقق الوراثة فوراً^(١) ولقد ذهب بهذا الاتجاه كل من الشافعية والحنابلة والإمامية في المشهور عنهم^(٢) ونحن نرجح الاتجاه الثاني للحجج التي ذكروها، ونضيف إليها سبب آخر وهو أن القول بعدم انتقال الملكية للورثة فوراً فيه اثبات لملكية الميت ولا يصح إثبات ملك لمن هو ليس أهلاً له.

أما إذا تضمنت التركة عين من الأعيان، فيلاحظ أن العين من الأموال، فهي ما كان قائماً في ملك الانسان من نقود وعروض وجاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف للعين بأنها "الشيء المعين المشخص كبيت وكرسي وصبرة ودراهم حاضرتين فكلها اعيان"^(٣) مما سبق نجد أن العين هي من الأموال وقد اتفق الفقهاء على انتقال ملكية العين إلى الورثة، لأنها أموال والأموال متفق على انتقالها إلى الورثة؛ لأن الإرث أصلاً هو انتقال للأموال، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء في عد الإرث من أسباب التملك^(٤) على ذلك ينتقل إلى الوارث ما كان يمتلكه مورثه من املاكه من سواء كانت نقوداً أو عروضاً، وسواء كانت عقارات أم منقولات، وما جاز انتقاله بالبيع جاز انتقاله بالإرث، وتنتقل ملكية العين إلى الورثة ولو كانت تلك العين في حيازة الغير، فأنها تكون أيضاً في ملكيته مثل العين المؤجرة والعين المعارة والعين المسروقة فأنها في كافة تلك الحالات تنتقل إلى الوارث ولو لم تكن في حيازة مورثه^(٥) وفي هذا الصدد يظهر تساؤل هام ما هو حكم العين التي تعلق بها حق الغير مثل العين المرهونة والعين التي اشتراها المورث في حياته ولم يدفع ثمنها؟

نقول في الحالة الأولى تعلق بالعين حق الدائن المرتهن، وفي الحالة الثانية تعلق بها حق البائع الذي لم يتسلم الثمن، فهنا أختلف الفقهاء في انتقال ملكية تلك العين إلى الورثة، فذهب جمهور الفقهاء إلى انتقال تلك العين إلى الورثة، إلا أنه يتعلق بها حق الغير، فيكون لصاحب الحق أولوية في استيفاء حقه منها، وذهب الحنفية إلى أن تلك العين لا تنتقل إلى الورثة، فهي لا تعد عندهم من عناصر التركة، حتى يتم إيفاء صاحب الحق الذي تعلق حقه بتلك العين^(٦)

(١) د. علي شاكرا البديري، التغيير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٣، ص ١١١.

(٢) ومن حجج أنصار هذا الرأي ان الورثة خلفاء للميت، وتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة الا لمانع يمنع من عمل الاسباب، والموت هو سبب التوريث. أشار اليه د. حسن نعمة الياصري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، المصدر السابق، ص ٢١٥.

(٣) المادة (١٥٦) من مجلة الاحكام العدلية.

(٤) من فقهاء الامامية الزيدي، محمد بن أحمد الناظري، جوهرة الفرائض شرح مفتاح الفائض، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، ١٩٨٤، ص ٤٢٧ ومن فقهاء الحنفية الكاساني، البدائع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٠، ومن فقهاء المالكية القرافي، الفروق، ج ٣، المصدر السابق، ص ٢٠٨، ومن فقهاء الشافعية السيوطي الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المصدر السابق، ص ٣١٧.

(٥) د. يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٦.

(٦) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، انتقال الحقوق إلى الورثة دراسة مقارنة، ط١، دار الكتب اليمنية، صنعاء، ٢٠١٠، ص ٨٨.

ب- ضم مدة الحيابة الى الخلف العام : لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لمسألة ضم المدد بين المورث والوارث بوصفه خلفاً عاماً، ففي الفقه الإمامي من الممكن القول أنه قد أشار إلى ذلك ضمناً إذ يرى البعض أنه إذا مات صاحب الحق في الخيار قبل تعيين ما يختار فإن وارثه يقيم مقامه ويخلفه في تعيين ما يختاره من محل الخيار^(١) بناءً على ذلك بما أن الخلف العام يحل محل مورثه فمن باب أولى يحق للمورث أن يضم الى وضع يده مدة وضع يد مورثه، وبالنسبة للفقه الحنفي نجد أن مجلة الأحكام العدلية تنصّ على أنه "إذا ترك المورث الدعوى مدة وتركها الوارث أيضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع دعواه"^(٢) كما تم الإشارة في مدونة مرشد الحيران بوضوح على ضم المدة بنفس الوضع في القانون المدني، حيث نصّ على أنه "لوضع اليد على العقار أن يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أم هبة أو وصية أم وارث أم غير ذلك، فإن جمعت المدتان وبلغت المدة المحددة للمنع من سماع الدعوى، فلل تسمع على واضع اليد دعوى الملك ولا دعوى الإرث ولا الوقف"^(٣)

كما أن فقهاء المذهب المالكي يذهبون أيضاً إلى الأخذ بضم مدد وضع اليد المتتالية وذلك بضم مدة وضع يد الوارث لمدة وضع يد مورثه، وبهذا الشأن يقول البعض "وتلفق مدة العشر من حيابة الوارث ومورثه مثل ان يكون المورث قد حازها عشر سنين والوارث كذلك"^(٤) ثمة رأي آخر يرى "أن مدة العشر سنين تلفق من حيابة الوارث ومورثه وكذا مورث مورثه"^(٥) يتضح من هذا الرأي أنه يجوز للخلف واضعاً اليد أن يضم إلى مدة وضع يده ليس فقط مدة سلفه المباشر، بل له أن يضم أيضاً مدة وضع يد من سبقوه، وعبر عن ذلك بعبارة وكذا مورث مورثه، وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يرى أن المدة يستوي فيها الوارث والمورث، لعموم قول الرسول (ص) : "من حاز شيئاً عشر سنين فهو له" وتضاف مدة حيابة الوارث إلى مدة حيابة المورث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام وكان مورثه قد حاز خمسة أعوام فيكون ذلك حيابة عن الحاضر^(٦) وفقهاء هذا المذهب اقتصرُوا على إضافة مدة وضع يد الوارث الى مدة وضع يد المورث لأعمال العشر سنين؛ لأن هذه المدة هي الواردة في حديث الحيابة سالف الذكر، وعند الشافعية^(٧) الحنابلة^(٨) فيذهب رأي في كل من المذهبيين الى القول بانتقال الحق من السلف الى الخلف وعليه يحق للوارث ان يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد مورثه.

٢- الخلفة الخاصة في الحيابة: سوف نبين هنا انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص، وكذلك إمكانية ضم مدة حيابة السلف إلى خلفه العام وسنوضح ذلك تباعاً:

(١) الخميني، السيد روح الله الموسوي، تحرير الوسيلة، ج٢، ط٢، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٢٩٠ هـ، ص ٣١٩.

(٢) المادة (١٦٧٠) من مجلة الاحكام العدلية.

(٣) المادة (١٥٣) من مرشد الحيران.

(٤) محمد بن أحمد عيش، فتح العلي الملك، ج٢، المصدر السابق، ص ٢٧٠.

(٥) الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٧، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام في مناهج الاقضية وأصول الأحكام، ج٢، المصدر السابق، ص ٨٩.

(٧) النووي، المجموع شرح المذهب، ج١٤، المصدر السابق، ص ٢٦٨.

(٨) ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج٦، ص ١٣.

أ-انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص : إنَّ الخلف الخاص لا ينتقل إليه إلا حق محدد، وعليه فمن كان مشترياً أصبح خلفاً خاصاً للبائع في ما له من صفة على المبيع، وعلى ما له من حق عليه، أما المبيع نفسه فينتقل بالتسليم وبحق تتبع وهذا استخلاف في صفة مركز السلف بالنسبة إلى الحق المستخلف فيه وانتقال الحق من السلف إلى الخلف الخاص، حيث يؤول إلى هذا الأخير ما كان للأول على الحق المستخلف فيه من حقوق^(١) وعليه فلما كان عقد البيع من العقود الملزمة من جانبين، ولما كان الخلف في العقد وهو من يتلقى عيناً من سلفه كالمشتري الذي يخلف البائع في ملك العين المبيعة، والبائع يخلف المشتري في ملك الثمن، وذلك لكون العقد قد أبرم بشأن الشيء المستخلف فيه وهو المبيع والثمن، ويترتب على ذلك أن ينشأ التزام في ذمة البائع والمشتري بتسليم الثمن والمثمن ليتحقق الاستخلاف لكل منهما^(٢)

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء^(٣) في أن يلزم كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذي يستحقه للآخر، لأن العقد أوجب الملك في البديلين، وذلك لأن الملك ما لا يثبت لعينه وإنما يثبت وسيلة للانتفاع بالمملوك، ولا يتهياً الانتفاع به إلا بالتسليم، فكان إيجاب الملك في البديلين شرعاً إيجاباً لتسليمها ضرورة؛ لأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض؛ لأنه عقد مبادلة وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب، وحقيقة المبادلة عند الفقهاء عدا الحنفية والشافعية أنها أخذ بدل وإعطاء بدل، أما عن الحنفية التسليم والقبض هو التخليية والتخلي أي أن يخلي البائع بين المبيع والمشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن معه المشتري من التصرف فيه، فذلك يجعل البائع مسلماً للمبيع والمشتري قابضاً له، وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع^(٤) وعند الشافعية أن حقيقة القبض ترجع إلى العادة، فإن كل مما لا ينقل كالأرض والدور فقبضه يكون بالتخليية بينه وبين المشتري وتمكينه من اليد والتصرف، وإن كان المبيع من المنقولات فلا يكفي فيه التخليية على المشهور بل بشرط النقل والتحريك^(٥)

ب- ضم مدة الحيابة إلى الخلف الخاص : الخلف الخاص هو الشخص الذي يضع يده على العقار على أساس علاقة قانونية بينه وبين السلف^(٦) وعن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من هذا الموضوع فقد تعرض بعض الفقه لهذا الموضوع، ففي الفقه الإمامي فهو وأن لم ينص صراحة على هذه الحالة لكنه في تطبيقاته للبيد العارضة يرى أنه إذا باع المؤجر العين المؤجرة للخلف فيصح البيع ولا تبطل الإجارة وينتقل ملك العين إلى الخلف ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه^(٧) فهذا الرأي يشير ضمناً إلى إمكان الخلف الاستفادة من المدة التي شغل بها المأجور.

(١) اكرم فاضل سعيد، الخلف في العقد، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥، ص ٣٦.
(٢) د. عزة اسماعيل عبد الغني الرفاعي، الاستخلاف في الحقوق وأثره على المنافع والاعيان في الفقه الاسلامي، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص ٦٠.
(٣) ينظر : من فقهاء الامامية محمد جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٣، مطبعة دار التفسير، قم، ١٣٨٢هـ، ص ٢٢٩، ومن فقهاء الحنفية الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، المصدر السابق، ٢٤٣، ومن فقهاء المالكية ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، ص ٢٤٠، ومن فقهاء الشافعية النووي، روضة الطالبين، ج ٣، المصدر السابق، ص ١١٣، ومن فهاء الحنابلة ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١١٣.
(٤) ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، ج ٤، ص ٥٦١.
(٥) النووي، منهاج الطالبين، ج ٣، المصدر السابق، ص ١٨١، ١٨٤.
(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج ٥، المصدر السابق، ص ٥٩.
(٧) الطوسي، الخلاف، ج ٣، المصدر السابق، ص ٤٩٩، ٥٠٠.

بالنسبة للفقهاء الحنفي يجيز ضم مدة التقادم بالنسبة للخلف الخاص ، وبهذا الصدد جاء في المادة (١٦٧١) من مجلة الأحكام العدلية "البائع والمشتري والموهوب له، كالمورث والوارث" وذلك بعد نصّ المادة (١٦٧٠) من المجلة الذي أجاز للوارث ضم المدة، ثم بعد ذلك استطرده نصّ المادة (١٦٧١) من المجلة قائلاً "مثلاً إذا كان أحد متصرفاً في عرصه متصلة بدار خمس عشرة سنة، وصاحب الدار ساكت، ثم بيعت هذه الدار فادعى مشتريها أن تلك العرصه طريق خاص للدار التي اشتراها فلا تسمع دعواه، كذلك لو سكت البائع مدة والمشتري مدة أخرى، وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع دعوى المشتري" (١) كما نصت المادة (١٥٣) من مدونة مرشد الحيران على أنه "لواضع اليد أن يضم الى مدة وضع يده مدة وضع يد من انتقل منه العقار إليه، سواء كان انتقاله بشراء أم هبه... أم غير ذلك، فإن بلغت مدة السلف مضاعفاً إليها مدة الخلف المدة المحددة لمنع سماع الدعوى فلا تسمع على واضع اليد دعوى الملك" (٢)

فيما يتعلق بالفقه المالكي فيقتصر ضم المدد بين المورث ووارثه، أما بالنسبة للخلف الخاص كالمشتري فهنا أنقسم الفقهاء إلى اتجاهين : الاتجاه الأول يرى ضم مدة السلف إلى الخلف الخاص والخلف العام على السواء، وحجتهم في ذلك أن وضع اليد أصلاً هو سبب لإسقاط الملكية عن المالك، وبالتالي يكسب واضع اليد ملكية العقار المحاز (٣) والاتجاه الثاني يذهب إلى عدم ضم مدة وضع يد السلف الى الخلف الخاص، ويسير على هذا النهج معظم فقهاء المالكية، فيقتصرون ضم مدد وضع اليد على الخلف العام، وحجتهم في ذلك أن وضع اليد لا يؤدي إلى إسقاط ملكية العقار موضوع الحيازة وبالتالي فإن واضع اليد لا يكسب الملكية في هذه الحالة (٤)

طبقاً لما تقدم الخلف الخاص لا يمكن أن يخلف سلفه في مركز وضع اليد، وعليه فأصحاب الاتجاه الثاني يقتصرون مدة وضع اليد المتتالية على المورث والوارث؛ لأن الوارث يخلف وارثه في ملكية العقار وحيازته، وفيما يتعلق بالفقه الشافعي والحنبلي يرون بأنه من أسباب ثبوت الحق على عقار من التصرف الشرعي الصادر عن الشخص بإرادته، واستخلافه للغير ليقوم مقامه، وهذا التصرف قد يكون لعقد من العقود فيتم بإرادتين كالاشتراط في عقود المعاوضة كالبيع أو إذا جرى العرف بذلك، وقد يتم التصرف بإرادة واحدة كما في الوصية والهبه (٥)

خلاصة ما سبق أن الفقه الإسلامي يجيز انتقال وضم المدد بالنسبة للخلف العام، إلا أن معظم فقهاء المالكية لا يجيزون ضم مدة الحيازة بالنسبة للخلف الخاص، وفي حالة الانتقال يتحقق الاستخلاف؛ لأن الأخير هو انتقال لذات الحق الخاص الذي كان ثابتاً في ذمة السلف كما أن النبي محمد (ص) قد أشار إلى تلك الحقوق بقوله : "من ترك مالا فلورثته" (٦) فهذا الحديث

(١) سليم رستم باز، شرح المجلة، المصدر السابق، ص ٩٩٣، ٩٩٤.

(٢) محمد قدرى باشا، مرشد الحيران، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٣) الامام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٣، المصدر السابق، ص ١٢٩ وما بعدها،

(٤) ينظر : أبين فرحون، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، ج ٢، المصدر السابق، ص ٨٩، الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٢٤، الخرشى، شرح الخرشى على مختصر خليل، ج ٧، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

(٥) في الفقه الشافعي الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٥، المصدر السابق، ص ٤٠٦، ٤١٠، وفي الفقه الحنبلي أبين تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٣٨٢ هجرية، ص ٢٠١، ٢٠٣.

(٦) أخرجه البخاري، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، ج ٨، ط ٣، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، ١٠٨٧، ص ٥.

النبوي الشريف يدل على إمكانية انتقال الحقوق من السلف إلى الخلف، ومشروعية هذا الانتقال في الشريعة الإسلامية السمحاء.

ثانياً : انتقال الحيازة العرضية للعقار في القانون الوضعي:

بالنسبة لموقف القوانين محل المقارنة من انتقال الحيازة العرضية نجد أن هذه القوانين قد تطرقت إلى هذا الموضوع ولكن بشكل متباين وبحسب رؤية المشرع في تنظيم هذا الموضوع، وعليه فقد نصّ القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٣٩) على أنه "يجوز للذين انتقل إليهم المال أو الحق من قبل المستأجرين والوديعين والمنتفعين وواضعي اليد بصورة عرضية، بموجب سند ناقل للملكية أن يملكوا هذا المال أو الحق بالتقادم".

كما نصّت المادة (٩٥٢) من القانون المدني المصري على الآتي : "تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقاً على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هنالك تسلم مادي للشيء موضوع الحيازة" (١)

كذلك جاء في المادة (١/١٤٩) من القانون المدني العراقي أنه "تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفتها، على أنه إذا اثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيء النية" فتكون التشريعات المتقدمة قد أجازت انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف.

فيما يتعلق بضم مدة حيازة السلف إلى الخلف، فقد أجازت القوانين محل المقارنة ذلك، وبهذا الصدد نصّت المادة (٢٢٣٥) من القانون المدني الفرنسي على أنه "من أجل إكمال مدة التقادم يجوز للحائز أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، سواء تلقى الحيازة منه بسبب عام أو خاص وسواء كان بعوض أو بغير عوض"

بالنسبة لموقف المشرع المصري من هذا الموضوع يلاحظ أنه المادة (٢/٩٥٥) من هذا القانون أجازت للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، أما عن توجه القانون المدني العراقي فقد جاء في المادة (٢/١٤٩) أنه "يجوز للخلف عامًا كان أم خاصًا أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر" (٢)

في إطار الفقه القانوني فقبل أن نوضح كيفية انتقال الحيازة العرضية، من المستحسن في البدء أن نحدد معنى انتقال الحيازة؟ وماهي اساليب انتقالها؟

يراد بذلك انتقال الحيازة من حائز إلى آخر وأن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة بمعنى أن لا تنقطع الحيازة اللاحقة عن الحيازة السابقة، ولا تعتبر الحيازة اللاحقة حيازة مبتدأ، وهذا الاتصال ما بين الحيازتين أي السابقة واللاحقة يكون من شأنه أن يجوز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة؛ ولعل السبب في ذلك أن هذا الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر إلى الحيازة اللاحقة فيكون هنالك استمرارًا للحيازة (٣) وعليه فإنه في حالة اغتصاب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالًا للحيازة، ولعل السبب

(١) تقابلها المادة (١١٧٩) من القانون المدني الأردني. والمادة (٩١٨) من القانون المدني الكويتي.
(٢) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وتقابلها المادة (٩٢١) من القانون المدني الكويتي.
(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٧٦.

في ذلك أن مغتصب الحيابة بالإكراه يبتدئ حيابة جديدة لا صلة لها بالحيابة القديمة ولا تعد استمراراً لها، وبالتالي لا يجوز أن تضم الى مدتها مدة الحيابة القديمة، وحيابة غير الوارث لعين من اعيان التركة سواء كان الحائز سيء النية او حسن النية تعد أيضاً حيابة مبتدئة لا تتصل بحيابة المورث ولا تعتبر استمراراً لها وبالتالي فلا تضم الى مدتها مدة حيابة المورث^(١)

وبناءً على ذلك فإن انتقال الحيابة من حائز الى آخر بالمعنى الذي بيناه يكون بأحد الأسلوبين : الاول بالميراث^(٢) ففي هذا الأسلوب تنتقل حيابة المورث الى الوارث ويطلق على هذا الأسلوب انتقال الحيابة الى الخلف العام، والأسلوب الثاني للانتقال يتم بالاتفاق فطبقة لهذا الاسلوب يتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيابة، كما لو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيابة هذه العين، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذي ينقل حيابته الى الحائز اللاحق أم أنه غير مالك، ويطلق على هذا الأسلوب انتقال الحيابة الى الخلف الخاص^(٣) وبناءً على ذلك تنتقل الحيابة من شخص إلى آخر بالاستخلاف^(٤) أي بانتقالها إلى الخلف العام أو الخلف الخاص وسوف نوضح كلاً الأسلوبين تباعاً :

الأسلوب الأول : انتقال الحيابة الى الخلف العام : قبل أن ندخل في صلب الموضوع، من المستحسن في البدء أن نبين المقصود بالخلف العام، فبخصوص موقف القوانين يلاحظ أنها لم تضع تعريفاً صريحاً للخلف العام أو الخاص^(٥)

وفي الفقه يقصد بالخلف العام هو من يخلف سلفه في مجموع أمواله، أو حصة شائعة منها باعتبارها مجموعة مالية، كالوارث وحيداً أو مع غيره وكالموصى له بجزء من التركة كالثالث أو الربع مثلاً^(٦) وفي الفقه الفرنسي تنتقل ملكية التركة إلى الورثة بقوة القانون وللورثة الحصول على منافعها منذ لحظة الوفاة^(٧) و يذهب رأي إلى القول أن الحيابة تنتقل من السلف إلى الخلف العام^(٨) بحكم القانون، وعليه فالميت في حال حياته هو الحائز، فإذا مات انتقلت حيابته إلى خلفه العام، دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف العقار تسليماً فعلياً، وهذا الحكم تفرضه طبيعة الأشياء في

(١) د. محمد المنجي، الحيابة، المصدر السابق، ص ٨٦.
(٢) الجدير بالذكر أن قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ قد أورد تعريفاً موجزاً للميراث في المادة (٣/٨٦) إذ نصت على أنه "ميراث هو مال المتوفي الذي يأخذه الوارث"
(٣) تجدر الإشارة إلى أنه في حالة انتقال الحيابة الى الخلف الخاص تكون هناك حيازتان مستقلتان حيابة السلف وتليها حيابة الخلف، أما في حالة انتقال الحيابة الى الخلف العام فلا توجد حيازتان منفصلتان، بل لا توجد الا حيابة واحدة بدأها السلف واستمر فيها الخلف فحازة الخلف العام امتداداً لحيابة السلف، للمزيد من التفصيل راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٧٧.
(٤) تجدر الإشارة إلى أن الاستخلاف بمعناه الفني يعني "حلول شخص محل آخر في علاقة قانونية تظل عناصرها الموضوعية على ما كانت عليه قبل الانتقال" أشار اليه د. عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٢١٦.
(٥) الجدير بالذكر أن مشروع القانون المدني العراقي الذي أعدته وزارة العدل عام ١٩٨٦ قد وضع تعريفاً موجزاً لكل من الخلف العام والخاص، وعليه فق نصت المادة (٣٨٣/ثانياً) من المشروع على أن الخلف العام (هو من يخلف شخصاً في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها) وقد نصت المادة (٣٨٤/ثالثاً) من المشروع على ان الخلف الخاص (هو من يتلقى من شخص آخر مالاً معيناً بالذات)
(٦) فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص، أطروحة دكتوراه، مقدمة الى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٨، ص ٢٠

7- Marty (G) Etraynaud (D) . T. 11. Ier. Obligation, Paris, 1962, P 216.

(٨) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٧٨.

المدة ما بين موت السلف وتسلم الخلف المال تسلمًا فعليًا، إذ لا بد أن يكون للمال حائز مادام مالا مملوكًا غير سائبًا، أو ما دامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف، إذ أن الحيازة تتبع الملكية في هذه الحالة وتنتقل هي أيضًا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف، ومن تطبيقات انتقال الحيازة العرضية إلى الخلف العام في حالة موت المستأجر عادةً ينتقل عقد الإيجار إلى وارثه ليحل محله في حيازته العرضية^(١)

يفترض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون، أن هذه الحيازة لم تنقطع، وعليه فإذا استولى الغير على العقار، ولكن الوارث استرده الحيازة خلال سنة من هذا الاستيلاء، ففي هذه الحالة يعد حائزًا بأثر رجعي من وقت موت السلف، ولا يعد بمدة الانقطاع التي لم تبلغ السنة، ولكن إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام، ففي هذه الحالة تبقى الحيازة عند الغير، ويحق له أن يلجأ في حمايتها لدعاوى الحيازة^(٢) وفي هذا السياق يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده بأي صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام؟

للإجابة نقول أن القاعدة العامة في هذا الصدد تقضي بانتقال الحيازة إلى الخلف العام بالصفات التي كانت عليها عن السلف، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية أو حيازة مشوبة بعيب أو غير مشوبة به وحيازة مقترنة بحسن نية أو سوء نية؛ وذلك لأن حيازة الخلف العام ليست إلا امتداداً لحيازة السلف فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام، وعليه إذا لم تتحقق في حيازة المورث الشروط التي تجعلها صالحة للتمسك بالتقادم، كما لو كانت عرضية أو معيبة، فلا يستطيع الوارث التمسك بالتقادم، ولكن حيازة نافعة لهذا الغرض يمكن أن تبدأ بتغيير صفة الحيازة أو بإصلاح العيب الذي يشوب الحيازة، أما إذا توافر لحيازة المورث عناصرها واستكملت شروطها القانونية افتراض أنها انتقلت إلى الوارث على هذه الصفة^(٣)

الجدير بالذكر أن الوارث سيء النية يستطيع التمسك بالتقادم الخمسي (القصير) لاكتساب ملكية العقار الذي انتقل إليه، إذا كان سلفه قد تلقى الملكية بمقتضى سند صحيح وبحسن نية، ولعل السبب في ذلك أن حسن النية لا يشترط توافره في التقادم الخمسي إلا وقت تلقي الحق وهذا ما تضمنته المادة (١/١٥٨) من القانون المدني العراقي سالفة الذكر، وإذا كانت القاعدة أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها، فقد أورد نص المادة (١/١٤٩) من القانون نفسه استثناء من ذلك، يتمثل في أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته، وبناءً على ذلك لو افترضنا أن المورث يستند في حيازته إلى سبب صحيح، وكان سيء النية، فإن الوارث حسن النية يجوز له أن يتمسك بحسن نيته، وله أيضًا أن يستند إلى السبب الصحيح للتمسك بالتقادم الخمسي على أن تحسب مدته اعتبارًا من حيازة الوارث نفسه^(٤)

(١) د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق، ص ٨٧.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٧٨.

(٣) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية الأصلية)، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ١٣٥٠.

(٤) وهذا هو التفسير الصحيح لنص المادة (١/١٤٩) من القانون المدني العراقي، خلافاً لما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري وأشار إلى أنه "أن كان الوارث حسن النية والمورث سيء النية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه" للمزيد من التفصيل راجع د. عبد المنعم البدرابي، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٥٢٨.

كما يجوز للخلف العام أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه، والسبب في ذلك أن حيازة الخلف العام تعد استمراراً لحيازة السلف، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث، ما دام للوارث فائدة في هذا الضم^(١)

بالنسبة للقوانين محل المقارنة فقد أجازت ضم مدة حيازة السلف إلى الخلف وكما بيناه في الموقف القانوني، فعلى سبيل المثال إذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة وانتقلت الحيازة إلى الوارث، فيكفي أن يستمر هذا الحائز لنصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينتفع بدعوى منع التعرض، وهذا الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائز للعقار قد استمر حائزاً مدة سنة كاملة، وبالتالي يستطيع الوارث أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكتمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون^(٢) وفي هذا السياق يظهر تساؤل مفاده أنه في حالة غصب وضع اليد من الحائز واستمرار الاغتصاب لأكثر من سنة، ثم يسترد الحائز وضع يده اختياراً أو بحكم قضائي، فهل يستطيع الحائز أن يضم مدة وضع يد المغتصب إلى مدة وضع يده؟

هنالك اتجاهين حول هذا التساؤل الاتجاه الأول يذهب إلى أن واضع اليد يعتبر خلفاً للغاصب في وضع يده فتضم مدة وضع يد المغتصب إلى مدة وضع يده، وحجته في ذلك أن هنالك رابطة قانونية بين وضع يد المغتصب ووضع اليد اللاحق إذ إن المغتصب نقل وضع يده إلى الحائز أما اختياراً أو اجباراً بحكم القانون، وبالتالي للمسترد أن يخلف الغاصب في وضع اليد عندما يقضي لصالحه في دعوى الملك، فهو وإن لم يكن خلفاً له في الملكية إلا أنه يخلفه في وضع اليد^(٣)

أما الاتجاه الثاني يرى عكس الاتجاه الأول أي أنه لا يعتبر واضع اليد خلفاً للمغتصب حتى تضم مدة وضع يد المغتصب إلى مدة وضع يده وأن واضع اليد الذي استرد وضع يده بعد أكثر من سنة ينقطع وضع يده؛ لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة فزالت كل آثار الحيازة القانونية، حتى ولو كان قد استردها بحكم قضائي في دعوى الملك، لأن قوة هذا الحكم نسبية، والاحتجاج به مقصور فقط على من صدر ضده الحكم وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به قبل الغير الذي لم يكن طرفاً في الحكم^(٤)

ونحن نرجح الرأي الأول في هذه المسألة؛ لأن ظاهر نصّ المادة (٢٢٣٥) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٢/٩٥٥) من القانون المدني المصري والمادة (٢/١١٤٩) من القانون المدني العراقي قد جاء مطلقاً فأجاز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، مهما كان سبب انتقال وضع اليد من السلف إلى الخلف.

الأسلوب الثاني : انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص : قبل أن نوضح انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص، يثار تساؤل هام في هذا الصدد مفاده ماذا يراد بالخلف الخاص؟ وما هي الطرق التي بموجبها تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص؟

(١) د. عبد الله بشرى، الوجيز في الحيازة، المصدر السابق، ص ٩٢.

(٢) د. شاكر ناصر حيد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الحقوق العينية الاصلية، ج ٢، المصدر السابق، ص ١٣٥٢.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٧٦.

(٤) 4- Aubry et Rau : Cours de droit Civil Francais , 5e ed Par Bartin, Paris, 1922, P 144.

يعرف الخلف الخاص بأنه هو كل من يتلقى شيئاً معيناً بالذات من سلفه، أو حقاً وارداً على شيء، سواء كان حقاً عينياً أم شخصياً أم معنوياً^(١) ففي هذه الحالة تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر، وهذا خلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام، فالذي ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع من المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء منها، لا عين معينة بالذات، ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناءً على التزام في ذمة الحائز بنقلها إليه^(٢) وكل شخص ردت إليه حيازة العين بسبب فسخ التصرف أو أبطاله أو بطلانه أو نقضه أو الغائه، وبصورة عامة كل شخص تربط حيازته اللاحقة بحيازته السابقة رابطة قانونية^(٣) وتنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص ومن في حكمه بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعينه التسليم.

وبهذا الشأن نصّت المادة (٩٥٢) من القانون المدني المصري على أنه "تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره إذا أتفقا على ذلك..." والجدير بالذكر أن التسليم قد يكون تسليمًا فعليًا ففي هذا التسليم يكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً، أو تسليمًا حكماً وفيه يكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً، أو تسليمًا عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة في هذه الحالة انتقالاً رمزياً^(٤) وسوف نوضح هذه الطرق تباعاً :

أ- **انتقال الحيازة بالتسليم الفعلي** : سبق وإن أشرنا إلى أن المادة (٩٥٢) من القانون المدني المصري تشير إلى أنه "تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره..." وخير مثال لهذا النص والذي يمكن أن يعد تطبيقاً للحيازة العرضية للعقار حالة قيام المنتفع بنقل حيازته العرضية لحق الانتفاع الوارد على عقار إلى شخص آخر سواء كان بطريق التبرع أو المعاوضة، ومثال آخر لانتقال الحيازة للخلف الخاص هو انتقال حيازة المبيع من البائع الى المشتري، فالمشتري يعتبر خلف خاص للبائع لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيازة، فالبائع ملزم بتسليم المبيع إلى المشتري أي بنقل حيازته إلى إليه^(٥)

تجدر الإشارة أنه لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً فما دام متمكناً من هذا التسليم فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، والعنصر الثاني يتمثل في أن يخطر البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه، ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار فقد يكون بإصدار رسمي أو قد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل وقد يكون بصورة شفوية وفي هذه الحالة يتحمل البائع عبء إثبات أنه قد أخطر المشتري فعلاً بوضع المبيع تحت تصرفه، فعلى سبيل المثال إذا كان المبيع داراً يسكنها البائع وجب عليه أن يخليها وتسليم مفاتيحها للمشتري، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فعلى البائع أن يتركها وتمكين المشتري من الاستيلاء عليها^(٦) فضلاً عن الاتفاق بين

(١) د. حسن علي ذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٥٦.
(٢) وتجدر الإشارة ان قانون ايجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ قد أشار الى بعض تطبيقات هذه الحالة فقد نص في المادة (١/١٤) على أنه "يحل المالك الجديد للعقار محل سلفه المؤجر في الحقوق والالتزامات المقررة بموجب هذا القانون".

(٣) د. عبد الله بشرى الوجيز في الحيازة، المصدر السابق، ص ٩٤.

(٤) د. حسن علي ذنون، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(٥) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، المصدر السابق، ص ١٧٢.

(٦) د. عبد الله بشرى، الوجيز في الحيازة، المصدر السابق، ص ٩٥.

السلف والخلف الخاص على نقل الحيازة، يجب أيضاً أن تتوافر لدى الخلف الخاص القدرة على أن يسيطر على الحق موضوع الحيازة.

ب- **انتقال الحيازة بالتسليم الحكمي و الرمزي** : تجب الملاحظة في هذا الصدد أن لا يشترط لوجود هذه القدرة (قدرة الخلف الخاص في السيطرة على الحق) أن يتم التسليم المادي للشيء على هذا الحق، وإنما يكفي أن يكون هذا التسليم تسليماً حكماً أو رمزياً، بمعنى أن انتقال الحيازة يمكن ان يتم من خلال التسليم الحكمي أو الرمزي^(١) والتسليم الحكمي يتم بتغيير النية دون نقل مادي للشيء من حيازة شخص إلى حيازة آخر، وهذا التسليم يتحقق أما باستمرار السلف واضعاً يده ولكن لحساب الخلف، كما لو استأجر البائع الشيء المبيع، وإما باستمرار الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه، كما لو استمر المستأجر بحيازته للعين بعد أن اشتراها^(٢) وقد نصت المادة (٩٥٣) من القانون المدني المصري على صورتها التسليم الحكمي "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسلم مادي، إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه"^(٣) ولا يوجد ما يقابل هذه المادة في القانون المدني العراقي.

إما التسليم الرمزي فهو يتم بتسليم ما يرمز إلى الشيء موضوع الحيازة، كما لو قام البائع بتسليم المشتري مفاتيح المنزل، أو سند الشحن^(٤) وهذا التسليم يكفي لتحقيق السيطرة الفعلية على الشيء وانتقال الحيازة، ما لم يكن قد تم التسليم المادي لشخص آخر، إذ لو تم هذا التسليم الأخير كان هو المعتبر، وفي هذا الفرض يكون الحائز هو من تسلم الشيء تسليماً مادياً، فعلى سبيل المثال لو أن شخصاً تسلم البضاعة وأخر تسلم سند الشحن فأن الحائز يكون من تسلم البضاعة، وفي هذا السياق نصت المادة (٩٥٤) من القانون المدني المصري على التسليم الرمزي إذ جاء فيها "١- تسلم السندات المعطاة في البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسلم البضائع ذاتها ٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فأن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة"^(٥) وتجدر الإشارة أنه لا مقابل لهذه النصوص بشأن التسليم الحكمي والرمزي للحيازة في القانون المدني العراقي ونرى أنه من الأفضل تنظيم ذلك، وعليه إذا انتقل الحق المستخلف فيه الى الخلف الخاص انتقلت تبعاً لذلك الحقوق الأخرى المتصلة بالتأمينات مثلاً متى توفرت شروطها^(٦)

(١) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٣٤٦.

(٢) د. جميل الشرفاوي، دروس في الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣٣٣.

(٣) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني ولكن من الممكن القول أنه أشار الى التسليم الحكمي ضمناً فقد جاء في المادة (١١٧٤) أنه "تنتقل الحيازة من الحائز الى غيره إذا اتفقاً على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت اليه الحيازة ان يسيطر على الشيء او الحق محل الحيازة ولو لم يتم تسليمه"، وتقابل النص المصري المادة (٩١٩) من القانون المدني الكويتي (موافق).

(٤) د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٧٣.

(٥) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني، وتقابل النص المصري المادة (٩٢٠) من القانون المدني الكويتي (موافق).

(٦) وهذه الشروط هي أ- ان تكون الحقوق والالتزامات متصلة بالشيء او الحق المستخلف فيه ب- ان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء ج- ان يكون من انتقلت اليه الملكية او اي حق آخر متفرع عنها يعلم بتلك الحقوق والالتزامات الشخصية المنتقلة اليه د- ان يكون تاريخ تصرف من انتقلت اليه الملكية او اي حق آخر متفرع عنها سابقاً على ميعاد اي تصرف يصدر من السلف مع الغير عن الخلف هذا. أشار اليه اكرم فاضل سعيد، الخلف في العقد، المصدر السابق، ص ٣٨.

وبعد أن تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص؟

للإجابة نقول أن الحيازة عندما تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، لها صفاتها الخاصة التي قد تتشابه أو قد تختلف عن الصفات التي كانت عليها عند السلف، ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة وليس مجرد استمراراً لحيازة السلف فتكون هناك حيازتان حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص، وقد تختلفان في الصفات، وقد تضم مدة أحدهما إلى الأخرى، وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص^(١)

كما يجوز للخلف الخاص كذلك أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه، فقد رأينا سابقاً أن القانون المدني المصري في المادة (٢/٩٥٥) قد أجاز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه، وبهذا المعنى نصت على ذلك المادة (٢/١١٤٩) من القانون المدني العراقي، وبناءً على ما تقدم يمكن للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه، على الرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة ومستقلة عن حيازة السلف وليست امتداداً لها، إلا أن الخلف لخاص مخير أما أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، أو يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك بإحدهما دون الأخرى بحسب مصلحته^(٢)

فيما يتعلق بموقف القضاء من هذا الموضوع فقد قضت محكمة النقض الفرنسية "ولا يعتبر انتقالاً للحيازة حيازة العقار عن طريق الاستيلاء عليه بالإكراه أو غصب الحيازة؛ لأن الحائز يبتدئ حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ولا تعتبر استمراراً لها"^(٣)

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيراً للسبب، لأن الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في التزامه بالرد، بعد انتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة"^(٤)

بهذا السياق أيضاً قضت محكمة التمييز بأنه "يعتبر وارث المستأجر في عقد الإيجار مستأجراً للعقار الذي كان يشغله مورثه"^(٥) وقضت محكمة استئناف بغداد بصفحتها التمييزية بأنه "إذا كان المأجور معملاً ونقل ملكيته إلى المشتري، فإن عقد الإيجار ينتقل إلى المشتري وفقاً لأحكام المادة (١٢) من قانون إيجار العقار"^(٦)

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني الحقوق العينية الاصلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣، ص ١٤٦.

(٢) د. رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٣١٨.

(٣) نقض فرنسي رقم ٤٥٦ في تاريخ ١٩٧٣/٧/٣، أشار إليه د. عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد، المصدر السابق، ص ٤٧٥.

(٤) الطعن رقم ٣٨٤، في جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١، أشار إليه د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الاصلية)، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٥) رقم القرار ١٨٣٦ / مدنية رابعة / ٧٤ / في تاريخ ١٩٧٥/٢/٢٠، مشار إليه في مجموعة الأحكام العدلية، تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق قسم الإعلام القانوني، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ٢٢.

(٦) قرار رقم ١٥٨٧ / حقوقية / بتاريخ ١٩٨٨/٨/٢٠، أشار إليه القاضي هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفحتها التمييزية (إيجار العقار)، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص ١٥٥ و ١٥٦.

خلاصة ما تقدم أنه يجوز أن تنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف العام أي من المورث إلى الوارث أو الخلف الخاص أي من البائع إلى المشتري، ومن الممكن أن يحصل ذلك بالتسليم الفعلي كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري، قد يحصل بالتسليم الحكمي كما لو قام البائع باستئجار العقار الذي باعه، وقد يتم بالتسليم الرمزي كما لو قام البائع بتسليم المشتري مفاتيح المنزل، وكذلك من الممكن أن تضم مدة حيازة السلف إلى الخلف العام أو الخلف الخاص وبحسب الأحوال وذلك بموجب نصوص قانونية صريحة أوردتها القوانين المدنية.

الفرع الثاني

زوال الحيازة العرضية للعقار

سوف نوضح في هذا الفرع الطرق التي من الممكن أن تزل بها الحيازة العرضية للعقار في إطار الفقه الإسلامي وكذلك في إطار القانون الوضعي وذلك في فقرتين وكما يأتي:

أولاً : زوال الحيازة العرضية للعقار في الفقه الإسلامي:

فيما يتعلق بموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من زوال الحيازة (اليد) العارضة للعقار، فيلاحظ أنهم لم يتعرضوا لهذا الموضوع بشكل صريح، ولكن من خلال دراسة آراءهم حول الحيازة (اليد) يمكننا أن نستخلص موقفهم بهذا الصدد، وسنوضح ذلك بحسب كل مذهب من المذاهب الإسلامية وسنوضح ذلك حسب كل مذهب، في إطار المذهب الإمامي نجد أن فقهاء الإمامية قد تناولوا اليد بالدراسة، وعدوا اليد إمارة على الملكية، ومن الممكن القول أنهم أشاروا بشكل ضمني إلى عنصر اليد أي العنصر المادي والعنصر المعنوي في آراءهم، فيذهب رأي إلى أنه "يقصد بقاعدة اليد أن من له استيلاء^(١) على شيء كان ذلك الشيء واقعاً في حوزته ويعد من توابعه، فذلك الاستيلاء يكون إمارة على الملكية، وعليه فمن كان له دار أو كتاب أو سيارة وتصرف فيها تصرف الملاك، فذلك بنفسه يعد إمارة على ملكيته لذلك الشيء، إلا أن تقدم بينة ونحوها على الخلاف ففي هذه الحالة تسقط إمارة اليد من الاعتبار"^(٢) وثمة رأي آخر يرى "أن المال إذا كان في يد رجلين يكون لكل منهما نصفاً من المال"^(٣)

أما فيما يتعلق بالعنصر المعنوي لليد فنجد أن فقهاء الإمامية قد عبروا عنه "بأدعاء الملك" وفي هذا الشأن يذهب رأي إلى أنه "لو ادعى داراً في يد زيد وادعى عمر نصفها، وأقاما البينة، ففي هذه الحالة يقضي لمدعي الكل بالنصف لعدم المزاحم، وتعارض البيئتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما، ويقضي بالدار لمن يخرج اسمه مع يمينه، ولو امتنعا عن اليمين، قضي بينهما بالسوية، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف الربع"^(٤) يتضح مما تقدم أن عبارات

(١) لعل المناسبة في الاستعانة باليد للتعبير عن الاستيلاء، لأن التصرف والاستيلاء يقع عادة باليد، بل إذا رجعنا إلى المنشأ الأول لملكية الإنسان لأشياء وجدنا أنه الحيازة، فحيازة الأشياء كانت بالاستيلاء عليها، وأما العقود وسائر أسباب كسب الملكية الأخرى فوجدت بعد ذلك بالتدرج، وحيث أن الحيازة تقع عادة باليد، لذا صح التعبير باليد كناية عن الاستيلاء. للمزيد من التفصيل راجع باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ١، ط ٤، دار الفقه للطباعة والنشر، قم المقدسة، إيران، ١٤٢٨ هـ، ص ١٨٨.

(٢) بقار الأيرواني، المصدر نفسه، ص ١٨٨.

(٣) الخوئي، مباني تكملة المنهاج، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٤) سيد علي الحسيني الميلاني، القضاء والشهادات، مكتبة شريعت قم، إيران، ١٤٢٦ هـ، ص ٧٤٥.

اليد الاستيلاء والتصرف كلها تدل على معنى العنصر المادي للحيازة، وعبرة ادعى تدل على نية تملك المال محل الحيازة.

بالنسبة لتوجه المذهب الحنفي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب قد تعرضوا لليد في دراساتهم للدعوى، وقد اعتبروا اليد دليل الملك، ولليد عندهم عنصران مادي ومعنوي، وقد عبر فقهاء الحنفية عن العنصر المادي بقولهم "أن ذي اليد يزرع الأرض ويحصد الزرع ويقطع الشجر ويبني الدار ويسكنها..."^(١) ويذهب رأي آخر إلى القول "أن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه وإنما بالتصرف فيه..."^(٢) وبهذا الشأن قد أشارت مجلة الأحكام العدلية إلى أن "نو اليد هو الذي وضع يده على العين بالفعل، أو الذي ثبت تصرفه فيها تصرف الملاك"^(٣) فكل هذه الأعمال تدل على وجوب توافر العنصر المادي في الحيازة أما عن العنصر المعنوي فثمة رأي يقول "أراد بالملك المطلق أن يدعي الملك، كما لو قال هذه الدار ملكي"^(٤)

يذهب رأي آخر إلى أنه "إذا كان الحائض بين دارين فادعاه صاحب كل من الدارين، فإذا كان لأحدهما عليه جنوع وليس لأخر عليه جنوع فهو عندنا لصاحب الجنوع..." فالرأي الأخير يجعل من استعمال الحائض بوضع الجنوع عليه دليلاً على ملكية صاحب الجنوع؛ وذلك لأن الاستعمال يدخل ضمن اليد (الحيازة)^(٥)

بالنسبة لموقف المذهب المالكي يلاحظ أن فقهاء المالكية يشترطون في الحيازة الشرعية أن يتوافر عنصرها المادي والمعنوي، ففيما يتعلق بالعنصر المادي حيث يقتصر حديث الحيازة على عبارة (من حاز...) ولكن بعض الفقه استخدم عبارات أوسع للدلالة على العنصر المادي للحيازة، مثل (الدار في يد رجل) ونضيف إليها أيضاً (يحوزها ويكرها ويهدم ويبني)^(٦) ويذهب رأي آخر إلى أن "الحيازة تعني وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه بالبناء أو الهدم أو السكن..."^(٧) فكل هذه العبارات تدل على الأعمال المكونة للعنصر المادي للحيازة، أما بالنسبة للعنصر المعنوي للحيازة فقد رأينا في تعريف الحيازة عند الفقه المالكي، أنه يقتصر على العنصر المادي في الحيازة وهو الاستيلاء الفعلي على الشيء المحوز.

لكن بتحليل آراء فقهاء المالكية سنجد أن بعض هذه الآراء تتطلب في الحائز نية التملك أو كما يعبر عنه "ادعاء الحائز ملكية المال المحوز" وفي هذا الشأن يذهب رأي إلى القول "وبقي من شروط الحيازة أن يدعي الحائز ملك الشيء المحاز ولو مرة، وأما أن لم يكن له حجة إلا مجرد الحوز فلا ينفعه ذلك"^(٨) وثمة رأي آخر يرى "أن شهود السماع في الحيازة لا يكتفي بشهادتهم أنه يحوز العين حتى يقولوا أنه يحوزها لحقه وأنها ملك له"^(٩)

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ج ٥، المصدر السابق، ص ٥٧٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٣) المادة (١٦٧٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٩٤.

(٥) السرخسي، المبسوط، ج ٧١، المصدر السابق، ص ٨٧ وما بعدها.

(٦) الإمام مالك، المدونة، ج ١٣، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٧) الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ٢٣٣.

(٨) الرزرقاني، محمد عبد الباقي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨، ص ٢٢٤.

(٩) ابن عليش، محمد بن أحمد عليش، فتح العلي الملك، ج ٤، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

في نطاق المذهب الشافعي يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب قد تطرقوا إلى العنصر المادي والعنصر المعنوي لليد، ويذهب رأي وهو بصدد الإشارة إلى العنصر المادي للحيابة بالقول "حوزاً مطولاً" ^(١) أي وضع اليد على الدار للمدة الطويلة، وثمة رأي آخر يقول "ولو كانت العين عند ذو اليد تصرفاً أو امسأكاً..." ^(٢)

أما عن العنصر المعنوي لليد فقد عبروا عنه "بإدعاء الملك" وفي هذا الشأن ثمة رأي يشير أنه "وأن كان في يد رجل داراً فادعاه رجل آخر، وأقام البيينة أنها له، أجرها ممن هي في يده، وأقام الذي الدار في يده البيينة انها له، قدمت بيينة الخارج الذي لا يد له؛ لأن الدار المستأجرة في ملك المؤجر وبيده، وليس للمستأجر إلا الانتفاع فتصير هي في يده، وأقام البيينة، فإنه يحكم بها للمغضوب منه" ^(٣)

فطبقاً للرأي الأخير تقدم بيينة المدعي الخارج على بيينة المدعى عليه ذو اليد، إذا ادعى المدعي أن المدعى عليه ذو اليد إنما وضع يده على العقار بسبب غير الملكية كاستئجاره أو اغتصابه منه، وهذا ما يعبر عنه عند فقهاء القانون الوضعي بالعنصر المعنوي للحيابة.

بخصوص موقف المذهب الحنبلي فنجد أن فقهاء الحنابلة قد بحثوا في الحيابة أو اليد كما يطلق عليها معظم فقهاء هذا المذهب، وعندهم أيضاً تتكون اليد من عنصرين عنصر مادي وآخر معنوي، وبهذا الصدد يذهب رأي إلى القول "أن يكون رجلاً حائزاً لدار يتصرف فيها لسنين عديدة بالبناء والهدم والعمارة والإجارة، وينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها، طوال هذه المدة، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا ينكر أن له فيها حقاً، ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان، أو ما أشبه الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة، ولا شركة في الميراث، أو ما أشبه ذلك مما يتسامح فيه القربات والصهر بينهم، بل كان عرياً عن جميع ذلك، ثم جاء بعد طوال هذه المدة يدعيها لنفسه، ويزعم أنها له، ويريد أن يقيم بينته فدعواه غير مسموعة أصلاً، فضلاً عن بينته، وتبقى الدار بيد حائزها؛ لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فهي مرفوضة غير مسموعة" ^(٤) لقوله تعالى: "وأمر بالعرف" ^(٥) أما عن العنصر المعنوي فثمة رأي يعبر عنه بالقول "الأصل فيما بيد المسلم ان يكون ملكاً له، أن ادعى ذلك" ^(٦)

خلاصة ما سبق أن فقهاء المذاهب الإسلامية قد تعرضوا للحيابة أو اليد، ومن خلال التعمق بدراسة آراء فقهاء هذه المذاهب، نجد أنهم يتطلبون بالحيابة أو اليد الشرعية عنصران عنصر مادي وهو الاستيلاء على المال وآخر معنوي وهو ادعاء ملكية المال المحوز، وعليه فمن المفهوم المخالف لهذه الآراء فأن الحيابة أو اليد تزول إذا فقد الحائز أو ذو اليد عنصري الحيابة المادي والمعنوي أو إذا فقد العنصر المادي للحيابة ولم يستردها خلال مدة معينة.

(١) السيوطي، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المصدر السابق، ص ٥٤١.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨، ص ٣٦١.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج ٢، المصدر السابق، ص ٣١٣.

(٤) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ٩٨.

(٥) القرآن الكريم، سورة الأعراف، الآية ١٩٩.

(٦) ابن تيمية، مجموعة فتاوى ابن تيمية، ج ٢٩، المصدر السابق، ص ٣٢٣.

ثانيًا : زوال الحيابة العرضية للعقار في القانون الوضعي:

بالنسبة لتوجه القوانين محل المقارنة من زوال الحيابة بشكل عام والحيابة العرضية بشكل خاص، يلاحظ أن هذه التشريعات قد تعرضت لهذا الموضوع، فنجد أن القانون المدني الفرنسي وكذلك القانون المدني العراقي لم يورداً نصوص قانونية صريحة وخاصة بهذا الموضوع فالأمر متروك للقواعد العامة، وعلى العكس مما تقدم فقد عالج القانون المدني المصري هذا الموضوع بنصوص قانونية خاصة، إذ نصّت المادة (٩٥٦) أنه "تزول الحيابة اذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة اخرى" (١)

ونصّت (٩٥٧) من القانون نفسه أنه "١- لا تنقضي الحيابة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي ٢- ولكن الحيابة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئة من حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه، وتحسب السنة ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه الحيابة الجديدة إذا بدأت علناً أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية" (٢)

فيما يتعلق بموقف الفقه القانوني يذهب رأي إلى أن الحيابة تزول بزوال عنصرها المادي أي السيطرة الفعلية على الحق الذي يستعمله الحائز، كما أن الحيابة تزول أيضاً بزوال عنصرها المعنوي وهو قصد التملك، فالحيابة متى فقدت أحد عنصرها المادي او المعنوي تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول، ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً (٣)

وهنا يثار تساؤل مضمونه ما هي الحالات التي تزول بها الحيابة بشكل عام والحيابة العرضية بشكل خاص ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول هنالك عدة حالات تزول بها الحيابة وسنوضحها تباعاً:

١-زوال الحيابة العرضية للعقار بفقد العنصر المادي: في هذه الحالة يفقد الحائز السيطرة المادية على العقار الذي يستعمله فيفقد حيازته، ولو استبقى النية في استعمال العقار بوصفه حائزاً عرضياً، فإن هذه النية لا تجديه شيئاً عند فقد الحائز العرضي السيطرة المادية على العقار، ومثال ذلك في حالة غصب الارض التي في حيازة الحائز العرضي من قبل الغير، فهنا يفقد هذا الحائز السيطرة المادية على العقار فتزول بذلك حيازته العرضية (٤)

وفي هذا السياق فقد نصّت المادة (٩٥٦) من القانون المدني المصري على أنه " تزول الحيابة إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية على الحق أو فقد هذه السيطرة بأي طريقة أخرى"

يتبين مما تقدم أن القاعدة العامة أنه إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضاً عن النية في استعمال العقار، وبالتالي تزول الحيابة العرضية بفقد عنصرها المادي أي السيطرة الفعلية على العقار وكذلك النية في استعمال العقار، ولكن في غير التخلي أي إذا فقد الحائز العرضي العنصر المادي وحده دون نية استعمال العقار كحائز عرضي، فهنا يفقد الحيابة

(١) توافقها المادة (١١٧٨) من القانون المدني الأردني والمادة (١/٩٢٢) من القانون المدني الكويتي.

(٢) توافقها المادة (١١٧٩) من القانون المدني الأردني والمادة (٢/٩٢٢) من القانون المدني الكويتي.

(٣) د. نيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية أحكامها ومصادرها، المصدر السابق، ص ٤٨٧..

(٤) د. محمد شريف عبد الرحمن، أسباب كسب الملكية (الحيابة)، المصدر السابق، ص ١٥٤.

العرضية بفقد العنصر المادي، ففي المثال المتقدم في حالة غصب الأرض يكون الحائز هو الغاصب ويبدأ حيازة جديدة لا علاقة لها بالحيازة القديمة (١)

تجدر الإشارة أن المادة (٩٧٥) من القانون المدني المصري قد أوردت استثناءً على القاعدة السالفة الذكر وهذه المادة تنص على أنه "لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي"

بناءً على ما تقدم يشترط في المانع الذي يحول دون مباشرة السيطرة الفعلية على العقار شرطان الأول يتمثل في أن يكون المانع طبيعياً أو قوة قاهرة مثل الفيضان أو الوباء أو الحرب أو السجن، والشرط الثاني يقتضي أن يكون المانع وقتياً متوقعا الزوال فعلى سبيل المثال إذا حدث فيضان غمر قطعة أرض يباشر عليها الحائز السيطرة الفعلية وذلك لمدة مؤقتة ومن المتوقع أن تتحسر عنها المياه وتعود قطعة الأرض إلى الحائز، ففي هذه الحالة لا تعبر الحيازة قد زالت بفقد السيطرة المادية بقوة قاهرة ولمدة مؤقتة، بل تعبر الحيازة قائماً حكماً طوال قيام المانع الوقتي، أما إذا غمر البحر أو النهر قطعة الأرض لمدة غير مؤقتة، فإن الحائز يكون قد فقد السيطرة المادية وتزول حيازته العرضية للأرض (٢) والجدير بالذكر أن هذا المانع الوقتي يعد من الوقائع المادية، وبالتالي يجوز إثباتها بكافة الوسائل المقررة في قانون الإثبات بما في ذلك وشهادة الشهود والقرائن (٣)

أما في حالة غصب العقار بعلم الحائز أو بدون علمه، فالقاعدة العامة كما وضحنا أن فقد الحائز العرضي السيطرة المادية على العقار يفقد حيازته، ولكن مع ذلك يستطيع أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقاً لقواعد هذه الدعوى (٤)

كما إن من هذه القواعد أن يرفع الحائز دعوى استرداد الحيازة خلال سنة من وقت غصب الحيازة إذا غصبت بصورة علنية، أو من وقت علم الحائز بالغصب إذا غصبت الحيازة بصورة خفية، وعليه إذا استرد الحائز حيازته بموجب هذه الدعوى اعتبر مستقبلياً للحيازة بأثر رجعي حتى أثناء المدة التي غصبت فيها الحيازة منه، أما إذا لم يستردها خلال السنة فإن الحيازة تزول من وقت غصبها؛ وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية على العقار، وبهذا الشأن تشير المادة (٢/٩٥٧) من القانون المدني المصري على أنه "ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئاً من حيازة وقعت رغم ارادة الحائز أو دون علمه، وتحسب المدة ابتداءً من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً أو من وقت علم الحائز الأول إذا بدأت خفية" (٥)

(١) د. شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١٣٥٤.

(٢) د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار، في إثبات الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٤٠.

(٤) سنتناول دعوى الحيازة بالتفصيل ومنها دعوى استرداد الحيازة في المبحث الثاني من هذا الفصل بعنوان حماية الحيازة العرضية للعقار.

(٥) تجدر الإشارة أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تشير إلى أنه "كذلك إذا انتقل العنصر المادي إلى شخص آخر، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه، فإن الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مضت سنة كاملة من الوقت الذي علم فيه بانتقال العنصر المادي" للمزيد من التفصيل راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٦، المصدر السابق، ص ٤٦٧.

٢- زوال الحيازة الحقيقية بفقد عنصرها المادي والمعنوي : هذه الحالة وكذلك الحالة التي تليها تنطبق على الحيازة الحقيقية ووجدنا ضرورة التطرق إليها وبشكل مختصر؛ وذلك للوقوف على جميع جوانب موضوع زوال الحيازة الحقيقية منها والعرضية، فالحيازة تزول أن فقد الحائز عنصري الحيازة المادي والمعنوي معاً، فيتحقق ذلك بإحدى حالتين:

الحالة الأولى: بالإرادة المتطابقة بين الحائز وخلفه الخاص: ففي هذه الحالة يكون زوال الحيازة بفقد عنصرها المادي والمعنوي بإرادة الحائز التي تكون متطابقة مع إرادة خلفه الخاص في الحيازة، فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذي يستعمله، وفي هذه الحالة تنقل الحيازة فعلاً الى الخلف الخاص بمقتضى هذا الاتفاق، فهنا يفقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر نية التملك، فيبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، فالحيازة السابقة زالت بفقد عنصرها المادي والمعنوي، وقد يتم ذلك بناءً على تصرف ناقل للملكية كعقد بيع أو عقد هبة^(١) ويثبت هذا التصرف طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، أما واقعة نقل الحيازة فهي واقعة مادية يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود^(٢)

الحالة الثانية: بالإرادة المنفردة للحائز: ففي هذه الحالة يتخلى الحائز عن حيازة الشيء، وهذا التخلي يكون من قبل الحائز عن كل من عنصر القصد وعنصر السيطرة الفعلية، وعليه إذا كان الشيء عقاراً زالت الحيازة دون أن تزول الملكية وإذا كان الشيء منقولاً زالت الحيازة والملكية، متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية، وفي هذا السياق جاء في المادة (١/٨٧١) من القانون المدني المصري أنه "يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته"^(٣) وعليه فإذا القى شخص في الطريق منقولاً لم يعد ذات نفع له أو طهر ترعة أو مصرفاً فألقى بالطين والأتربة التي تخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق فإن هذ المنقولات يطلق عليها "المنقولات المتروكة" أي تركها مالكةا وتصبح سائبة بعد ان تخلى المالك عن حيازتها بقصد النزول عن ملكيتها^(٤)

٣- زوال الحيازة الحقيقية بفقد عنصرها المعنوي وحده : وفي هذه الحالة تزول الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وحده، مع بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة الفعلية، ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه، فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة، مع استبقائه السيطرة المادية على الشيء فيستبقي العنصر المادي وأن كان يستبقيه نيابة عن منتقل اليه الشيء، وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئاً واتفق مع المشتري على أن يستبقيه عنده لحساب المشتري، ففي هذا المثال يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري وفقد العنصر المعنوي لأنه لم يعد يحوز الشيء لحساب نفسه وإنما لحساب المشتري، وعليه يفقد الحيازة الأصلية؛ لأنه فقد عنصرها المعنوي وتقلب حيازته الى حيازة عرضية^(٥)

(١) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون البيئات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٣٤.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٥٥٢.

(٤) د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٥) د. محمد المنجي، الحيازة، المصدر السابق، ص ١١١.

ويذهب بعض الفقهاء الذين يرون أن زوال الحيازة يكون بزوال ركنيها لمادي والمعنوي، وعليه فلا يزول الركن المادي وحده أو الركن المعنوي وحده، إلى القول بأن الحائز في المثال المتقدم يعتبر وسيطاً لا يكون له إلا وضع اليد فقط، أما الركن المادي للحيازة وهو السيطرة المادية مع الركن المعنوي قصد استعمال الحق فيتوافران لدى الحائز الأصلي الذي يحوز في هذه الحالة بالواسطة ولحساب نفسه فتكون له الحيازة القانونية بركنيها^(١)

فبالنسبة لموقف القضاء من هذا الموضوع فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "في المنقول تجري القواعد العامة ويفقد الحائز حيازته إذا فقد العنصر المادي وحده، أما في العقار فيجوز أن يستبقي الحائز الحيازة بمحض نيته، ولو فقد العنصر المادي، ويشترط لذلك إلا يكون شخص آخر قد استولى على العقار وحاه لمدة لا تقل عن سنة"^(٢)

بهذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية على أنه "واقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لقاضي الموضوع، متى كان استخلاصها سائغاً، وله سنده في الأوراق المتعلقة بالدعوى"^(٣)

بالنسبة للقضاء العراقي فأننا لم نجد حكم خاص بهذا الموضوع حسب تتبعنا ولكنه قد تطرق إلى بعض تطبيقات زوال حيازة الحائز العرضي إذا أخل بالتزامه، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز بأنه "أن المدعي أقر بأشغال العقار المستأجر لمدة اثنتي عشرة سنة، وأنه لم يسلم المأجور إلى مالكيه حتى بعد مغادرته الدار للفترة التي يدعيها مما يستوجب الحكم بتخلية المأجور"^(٤)

بناءً على ما تقدم فإن الحيازة عموماً تزول بفقد الركن المادي والمعنوي ويكون ذلك بأحد طريقتين الأولى بإرادة الحائز كما لو نقل ملكية العين للغير بموجب عقد بيع، والثاني يكون بالإرادة المنفردة للحائز عندما يريد التخلي عن حيازة الشيء، وكذلك تزول بفقد الركن المادي كما لو اغتصبت العين من الحائز ولم يستردها حيازته خلال سنة فيكون قد فقدها منذ اغتصابها، وهذه الحالة تنطبق على الحيازة العرضية، وأخيراً تزول الحيازة بفقد الركن المعنوي على سبيل المثال عند بيع الشخص الدار التي يملكها ويشترط على المشتري أن يؤجرها له مدة معينة، ففي هذه الحالة يفقد الشخص الركن المعنوي ويبقى واضعاً يده على الدار كحائز عرض كالمستأجر.

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، في أثبات الملكية، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

(٢) نقض فرنسي ١٣ ديسمبر، ١٩٤٨، أشار إليه د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٠١.

(٣) الطعن رقم ١٠٨، لسنة ٥٩ ق، جلسة ١٥/٢/١٩٩٠، أشار إليه د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الاصلية، المصدر السابق، ص ٤٦٦.

(٤) رقم القرار ٣٧٢/ م / ٢٠١٢، في تاريخ ١٥/٣/٢٠١٢، أشار إليه القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٢٨.

المبحث الثاني حماية الحيابة العرضية للعقار

كما هو معروف أن الحماية المدنية للحيابة العرضية للعقار هي الأسلوب الطبيعي الذي تتحقق من خلاله ضمانات تحقيق العدل، بل نجد أن هذه الحماية هي الأصل لتأكيد الاستقرار الكافي للمراكز القانونية سواء تم ذلك عن طريق القضاء الموضوعي عبر دعاوى الحيابة أو القضاء المستعجل عبر ما يوفره من حماية وقتية للحيابة عند توافر شروط اختصاصه، وتفصيلاً لما تقدم قسمنا هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول الحماية الموضوعية للحيابة العرضية للعقار والمتمثلة بدعاوى الحيابة ونبين في المطلب الثاني الحماية المؤقتة للحيابة العرضية للعقار وتتمثل هذه الحماية بالقضاء المستعجل وسنوضح ذلك كما يلي :

المطلب الأول

الحماية الموضوعية للحيابة العرضية للعقار

إنّ اهتمام المشرع بحماية الحيابة بنوعها الحقيقية منها والعرضية من الناحية الموضوعية يرجع إلى أن في ذلك حفظ للأمن والسكينة في المجتمع، ولذلك أجاز المشرع للحائز دفع الاعتداء على حيازته سواء في حيازة العقار أو في الحقوق التي تكون محلاً للحيابة، وذلك عن طريق دعاوى الحيابة، واستناداً لما تقدم قسمنا هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الأول التعريف بدعاوى الحيابة، ونتناول في الفرع الثاني أنواع دعاوى الحيابة وكما يلي :

الفرع الأول

التعريف بدعاوى الحيابة

نجد أنه من المستحسن في البدء أن نتعرض ولو بشكل موجز إلى التعريف بدعاوى الحيابة سواء من حيث تعريف هذه الدعاوى أو من حيث بيان الخصائص التي تنفرد بها دعاوى الحيابة عن غيرها من الدعاوى، وبناءً على ذلك سنوضح في هذا الفرع تعريف دعاوى الحيابة وكذلك الخصائص التي تمتاز بها وسنوضح ذلك تباعاً:

أولاً: تعريف دعاوى الحيابة:

١- في الفقه الإسلامي : بخصوص موقف الفقه الإسلامي من تعريف دعاوى الحيابة يلاحظ وبحسب تتبعنا بمراجع الفقه الإسلامي لم نجد تعريفاً صريحاً لدعاوى الحيابة، ولكن لا يخفى علينا أن الفقهاء المسلمين قد تعرضوا للدعوى بشكل عام، ووضعوا تعريفاً لها، ومن خلال بيان تعريف الدعوى يمكننا أن نستنتج تعريف دعاوى الحيابة في الفقه الإسلامي خاصة بعد أن وضحتنا تعريف الحيابة سابقاً، وبصدد تعريف الدعوى في الفقه الإسلامي قد وردت عدة تعاريف لها وبحسب كل مذهب، فبخصوص موقف الفقه الأمامي يذهب رأي الى القول أنه للدعوى تعريف قضائي هو "قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير" وتعريف شرعي هو "إضافة

الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره" (١) ولا نجد اختلافاً بين التعريفين، ففي كل منهما إشارة إلى مطالبة إنسان لإنسان آخر، وهذه المطالبة لا تصح إلا مع وجود الأدلة، وكذلك عرفت الدعوى أيضاً بأنها قول مقبول تشتمل على عدة عناصر المدعي وهو المطالب بالحق، والمدعى عليه وهو المطلوب منه ذلك، والمدعى وهو الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه (٢)

بالنسبة للمذهب الحنفي يذهب رأي إلى القول "أن الدعوى هي قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه" (٣) يلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع للدعوى التي ينشئها المدعي بغير القول كالكتابة والإشارة؛ وذلك لأن إنشاء الدعوى لا يقتصر على القول بل يشمل أيضاً الكتابة والإشارة إذا كان الشخص غير قادر على الكلام، وعرفت أيضاً بأنها "طلب أحد حقه من آخر قولاً أو كتابة في حضور القاضي، حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم، بإضافة الحق إلى نفسه أو إلى الشخص الذي ينوب عنه" (٤)

يتميز هذا التعريف المتقدم بأنه تعريفاً جامعاً؛ لأنه شمل الحق بالمعنى الواسع، إذ يشمل الحق والوجودي والحق العدمي، كما أشار أيضاً إلى أن الدعوى قد تتم بالقول أو الكتابة .

بخصوص توجه الفقه المالكي من تعريف الدعوى فقد أورد فقهاء المالكية عدة تعاريف للدعوى فثمة رأي يرى الدعوى "طلب معين، أو ما في ذمته، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً، لا تكذيبها العادة" (٥) ويذهب رأي آخر بصدد تعريف الدعوى إلى القول أن الدعوى الشرعية "دعوى معلومة يتعلق بها حكم أو غرض صحيح، وإذا أقر بها المدعى عليه لزمته، ولا تكذيبها العرف والعادة" (٦) ويتميز هذا التعريف بكونه يبرز بعض من شروط الدعوى الشرعية.

فيما يتعلق بالفقه الشافعي تعرف الدعوى بأنها "إخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم" (٧) وتعرف أيضاً بأنها "إخبار شخص عن حق له قبل غيره في مجلس القضاء" (٨) فالفقه الشافعي من جانب يعرف الدعوى بأنها إخبار عن حق أمام القاضي، ومن جانب آخر يلاحظ أن تعريف الدعوى بأنها إخبار تدخل في نطاقه الشهادة فهي أيضاً إخبار عن وجوب حق على غيره عند الحاكم، فهذا التعريف غير مانع، أي غير مقتصر على الدعوى بل من الممكن أن يتعداها إلى الشهادة التي تعد وسيلة من وسائل إثبات الحق أمام القضاء.

أما بخصوص توجه الفقه الحنبلي من تعريف الدعوى فقد عرفت بأنها "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره" (٩) وتعرف الدعوى أيضاً بأنها وسيلة بموجبها يضيف الشخص إلى

(١) المحقق الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، المصدر السابق، ص ٤٩٧.

(٢) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام) المصدر السابق، ص ١٧٤.

(٣) الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين، ج ٨، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٢٧.

(٤) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٧٣.

(٥) القرافي، الفروق، ج ٤، المصدر السابق، ص ٧٢.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج ١، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ٤، المصدر السابق، ص ٤٦١.

(٨) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٩، المصدر السابق، ص ٣٣٣.

(٩) البهوتي، كشف القناع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٣٨٤.

نفسه استحقاق في ذمة الغير" (١) يتبين مما تقدم أن تعريف الحنابلة للدعوى لم يذكر فيه أن الدعوى المقصودة هي الدعوى التي تقام عند الحاكم، كما أن دعوى النسب لا تدخل في التعريف المتقدم؛ والسبب في ذلك أنها لا تتضمن إضافة استحقاق شيء في يد غيره ولا في ذمته وعليه لا يكون تعريف الدعوى بهذه الصيغة جامع لكل جوانب الدعوى الشرعية.

بناءً على مما تقدم يمكننا أن نعرف دعاوى الحيابة في الفقه الإسلامي بأنها قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس الحكم، يقصد به ذو اليد (الحائز) طلب حق له أو لمن يمثله وصور هذا الحق تتمثل بالطلب من القاضي رد الحيابة ممن أعتصبها، أو دفع التعرض الذي يتعرض له، أو يطلب وقف الأعمال الجديدة التي من شأنها أن تهدد حيازته للعقار.

٢- في القانون الوضعي : بخصوص موقف القوانين محل المقارنة من تعريف دعاوى الحيابة، فهي لم تورد تعريفاً صريحاً لهذه الدعاوى، وأكتفت ببيان شروطها وأحكامها، لذا فالأمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء، وبالنسبة لتوجه الفقه من تعريف دعاوى الحيابة فقد وضع عدة تعاريف لهذه الدعاوى فهي وأن تعددت لكنها تكاد تدور حول معنى واحد، فعرفت بأنها دعاوى يقررها القانون لحماية الحيابة لذاتها، ويرتب عليها آثارها، بصرف النظر عما إذا كانت الحيابة تستند أو لا تستند إلى حق يعترف به القانون (٢) ويتميز هذا التعريف بأنه قد أبرز إحدى خصائص دعاوى الحيابة التي تتمثل في أن القانون يحمي الحيابة لذاتها سواء كانت مستندة إلى حق أو لا تستند إلى ذلك.

بالنسبة لموقف القضاء من تعريف دعاوى الحيابة فأنا وبحسب تتبعنا لم نجد تعريفاً صريحاً لهذه الدعاوى، ولكن من الممكن القول أن القضاء قد أشار إلى تعريف هذه الدعاوى بشكل ضمني، وبهذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية "أن المقصود بدعاوى الحيابة حماية وضع اليد ممن يعتدي عليه، بالغصب أو التعرض، بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته" (٣)

في القضاء العراقي قضت محكمة التمييز بأنه "لحائز العقار إذا انتزعت منه الحيابة أن يطلب من محكمة الصلح (البداءة حالياً) خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه، أما إذا كان انتزاع الحيابة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك" (٤)

استناداً لما تقدم يمكننا أن نورد تعريفاً لدعاوى الحيابة بأنها وسائل حددها القانون لحائز العقار، لحمايته حيازته من أي اعتداء يقع أو يمكن أن يقع عليها، بصورة مستعجلة إلى أن يتم الفصل بأصل الحق من قبل القضاء الموضوعي.

(١) ابن قدامة، المغني، ج ١٢، المصدر السابق، ص ١٦٢.
(٢) د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، المصدر السابق، ص ٢٢١. وينظر كذلك المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، ط ٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٩٩.
(٣) الطعن رقم ٣٤/٤٠٣ ق، في جلسة ١٩٦٨/٥/٩، أشار إليه المحامي السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع في الحيابة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٠٥.
(٤) القرار رقم ٢٣٥/م ٣ عقار/٧٣ في ١٩٧٣/٧/٤، مشار إليه في النشرة القضائية، تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق، العدد الثالث، السنة الرابعة، ١٩٧٥، ص ٧٩.

ثانياً : خصائص دعاوى الحيابة:

١- في الفقه الإسلامي: فبالنسبة لتوجه الفقه الإسلامي من خصائص دعاوى الحيابة فهو لم يذكر خصائص دعاوى الحيابة صراحة، ولكن من خلال تعريف الحيابة وتعريف الدعوى الذي سبق ووضحناه يمكننا أن نستنتج خصائص هذه الدعاوى في الفقه الإسلامي وسنبينها تباعاً:

أ - الدعوى قول أو كتابة مقبولة : بعد أن عرفنا الدعوى في الفقه الاسلامي تبين أنها تشتمل على عدة عناصر منها "المدعي وهو المطالب بالحق بالقول أو الكتابة أو بالإشارة..." (١) من جانب آخر نجد أن الدعوى في الأصل تصرف قلبي، فأساسها القول؛ فلذلك لو قدمت كتابة فلا بد من الادعاء بالقول مرة أخرى، وذلك بتلاوة وتكرار لائحة الدعوى بالجلسة الأولى للمحاكمة أمام القاضي، كما تجوز الإشارة بالدعوى ممن لا يقدر على اللفظ والكتابة بعذر (٢) وبهذا الشأن أشارت المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية أنه "يجب تلاوة لائحة الدعوى وتكرار مضمونها في المحضر في مجلس القاضي، وعليه إذا لم يتم ذلك تعد سائر الإجراءات التي تمت في الدعوى غير مأخوذ بها ويفسخ الحكم" (٣)

في الفقه ثمة من يرى أنه بما أن الدعوى قول أو كتابة فإن ذلك يقتضي أن يذكر المدعي أن المدعى به تحت يد (حيابة) المدعى عليه بغير حق (٤) وخاصة في دعوى العقار؛ والسبب في ذلك أن الدعوى لا بد أن تكون على خصم، والمدعى عليه في دعوى العقار، إنما يصير خصماً إذا كان المدعى به بيده، وعليه لا بد للمدعي من ذكر ذلك، وإثبات أن المدعى به في يد المدعى عليه يكون بالبينة أو بعلم القاضي، ونفيًا لتهمة المواضعة، لا يكفي بذكر المدعي وتصدي المدعى عليه في ذلك؛ فقد يتفق المدعي مع المدعى عليه على أن يذكر المدعي أن المدعى به في يد المدعى عليه ويصدق المدعى عليه على ذلك (٥)

لكن في الحقيقة يكون العقار في يد غيرهما ليحكم به القاضي للمدعي عند إقامة البينة من قبله، أو يحكم به للمدعى عليه عند العجز عن إقامة البينة من قبل المدعي، حتى يسوغ له حكم القاضي التصرف في العقار المدعى به وهو تصرف في مال غيره، وهذا الأمر يؤدي إلى نقض حكم القاضي عن ظهور الطرف الثالث المالك الأصلي للعقار محل النزاع (٦) وفي هذا السياق يثار تساؤل مفاده لماذا أخصت الدعوى المتعلقة بعقار بوجوب ذكر المدعي أن المدعى به في يد (حيابة) المدعى عليه دون غيرها من الدعاوى ؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول أن اليد (الحيابة) في دعوى المنقول مشاهدة، فالمدعى عليه يحضر المدعى به إلى مجلس القضاء حتى تتم معاينته من قبل القاضي والشهود، وهنا لا يحتاج إلى إثبات اليد؛ لأنها مشاهدة، وبالتالي تكون تهمة المواضعة منفية فيها، فلا لزوم عندها لذكر أن المدعى به في يد المدعى عليه، بعكس دعوى العقار فاليد فيها غير مشاهدة؛ ولذلك لا بد

(١) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام)، المصدر السابق، ص ١٧٥.
(٢) د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٢٥.
(٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٥٤.
(٤) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤، ص ٣١٥.
(٥) د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٦٠.
(٦) د. محمد أبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، المصدر السابق، ص ٨٠.

أن يذكر المدعي في دعواه أن العقار في يد المدعى عليه وإثبات ذلك^(١) لكي يصبح المدعى عليه خصماً في الدعوى، كما أنه بدون الخصومة تبطل الدعوى هذا من جانب، ومن جانب آخر منعاً لتهمة المواضعة، وذلك باستيلاء المدعي والمدعى عليه على أموال الغير دون وجه حق^(٢)

أما الشق الثاني من هذه الخصيصة يتمثل في أن الدعوى مقيدة بقول أو كتابة (مقبول) ولعل الغاية من هذا القيد هي استبعاد الدعاوى الباطلة، والتي لم تستكمل الشروط المطلوبة لصحتها، وكذلك لاستبعاد كل دعوى لا يحمل رافعها صفة تخوله رفع هذه الدعوى أمام القضاء، على سبيل المثال دعوى الفضولي، ولكن إذا كان لرافع الدعوى صفة تخوله إقامة هذه الدعوى أمام القاضي كالوكيل والولي والوصي ففي هذه الحالة تكون دعواه مقبولة في مجلس القضاء^(٣)

ب- الدعوى تتضمن طلب حق : إن الدعوى تتضمن عنصر المدعى وهذا العنصر يمثل الحق الذي يطلبه المدعي من المدعى عليه في الدعوى، ولذلك فطلب الحق عنصر هام في الدعوى كما لا بد من القول أن الطلب من الأمور الهامة في الدعوى؛ بحيث أن ذكره يخرج الدعوى عن مسألة الحكاية^(٤) ولو ذكر المدعي في لائحة دعواه موضوع الدعوى دون الطلب لكان ذلك كافياً؛ لأن موضوع الدعوى يبين المطلوب منها، فعلى سبيل المثال في دعوى نفقة الزوجة يكتب في موضوع الدعوى طلب نفقة زوجة فيكتفي به لقبول الدعوى، ولكن لا بد من توضيح الطلب في الجلسة الأولى للمحاكمة، عند تكرار لائحته أمام القاضي ليسأل المدعى عليه عنها، كما أن قيد الطلب في الدعوى يبعدها عن معناها اللغوي، فإن الدعوى حال المسالمة دعوى بالمعنى اللغوي؛ وذلك لأن الأخيرة إيجاب حق على غيره دون المطالبة بذلك الحق، ولذلك إذا قيدت الدعوى بالطلب حصرت الدعوى في حال المنازعة دون المسالمة^(٥)

يؤكد ذلك ما أشارت إليه المادة (١٦٢١) من المجلة أنه يجب ذكر عبارة (فأطلب أخذه منه) سواء كان المدعى به عقاراً أو منقولاً؛ لأن قول المدعي في حضور القاضي أن المدعى به ملكه، يحتمل أن يكون على سبيل الحكاية، لذلك يجب إزالة هذا الاحتمال في الطلب في الدعوى^(٦) بالنسبة لموقف الفقه الشافعي والحنبلي فله في اعتبار المطالبة قولان الأول يتمثل في أن الطلب معتبر في صحة الدعوى؛ لأن المقصود بالتحاكم المطالبة بالحق والا كانت الدعوى على سبيل الحكاية والخبر، والقول الثاني يتلخص في أن المطالبة غير مشترط ذكرها في الدعوى، ومن الممكن أن تفهم ضمناً، كما يدل عليها حضور المدعي الى مجلس القاضي، ورفع دعواه أمامه، والقول الأول أولى بالعمل؛ لاستبعاد أن يكون المدعى به مؤجلاً، بالإضافة لأزاله ما مر ذكره من احتمالات يمكن أن تترتب على عدم ذكر الطلب في الدعوى^(٧) والدعوى تشتمل أيضاً

(١) د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٥٩.
(٢) د. عبد الناصر موسى أبو البصل، شرح أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، المصدر السابق، ص ١٢٠.
(٣) السيد علي الحسيني الميلاني، القضاء والشهادات، المصدر السابق، ص ٦٠٧.
(٤) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٤١.
(٥) قاضي سماونة، محمود بن اسرائيل، جامع الفصوليين، ج ١، المطبعة الاميرية، القاهرة، ١٣٠٠ هـ، ص ٧٠.
(٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٤، المصدر السابق، ص وكذلك القرافي، الفروق، ج ٤، المصدر السابق، ص ٧٤.
(٧) من فقهاء الشافعية الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المصدر السابق، ص ٧٦. ومن فقهاء الحنابلة البهوتي، كشاف القناع، ج ٦، المصدر السابق، ص ٣٣٣.

على حق، وكلمة الحق تشمل جميع الحقوق، كدعوى الأعيان كقوله هذه العين ملكي والمدعى عليه واضح يده عليها بغير حق، فأطلب تسليمها إلي، أو دعوى دين في الذمة كقوله إن لي في ذمة فلان مائة ألف دينار من جهة القرض، فأطلب إعطائي أياها، وسواء كان الحق وجودياً كحق الملكية وغيره أو حق عدمياً كدعوى دفع التعرض التي تعد من دعاوى حماية حيابة العقار^(١)

ج- صيغة الدعوى تتميز بالجزم والتأكيد : ولذلك لا بد أن تكون بين المدعي والمدعى عليه خصومة حقيقية، فإذا لم تكن بينهما خصومة في الواقع، وإنما تظاهرا بها للوصول الى حكم يتخذانه وسيلة لتحقيق غرض خاص، فلا تسمع هذه الدعوى؛ لما فيها من قصد الاحتيال للوصول الى الحكم،^(٢) كما أن صيغة الدعوى تتميز بالجزم والتحقيق، إذ يكون قول المدعي بلفظ محقق غير متردد على سبيل المثال لي عليه دين من غصب أو قرض أو بيع وغير ذلك، وعليه لو قال أشك أو أظن أن لي عليه كذا فلا تصح الدعوى، وكذلك لو قال المدعى عليه في دعوى الدين أشك أو أظن أنني قضيت الدين فلا تسمع الدعوى على هذا النحو؛ لأن ذلك وهم سواء من المدعي أو المدعى عليه لعدم الجزم والتأكد مما يدعيه أحدهما على الآخر ولتعذر الحكم بالمجهول^(٣)

في الفقه المالكي يلاحظ أن فقهاء المالكية قد أنزلوا الظن الغالب منزلة المحقق، وعليه لو وجد الإنسان وثيقة في تركة مورثه بخطه أو بخط مورثه أو أخبره عدل بحق له فالمنقول عند المالكية جواز الدعوى بمثل ذلك وتحليف الخصم بناءً عليه، وما ورد من الأسباب في مثل هذه الدعوى لا تفيد إلا غلبة الظن دون التحقق قياساً على أن غالب الأحكام والشهادات في الدعاوى إنما تبنى على الظن، وتنزل منزلة المحقق^(٤)

كما ألحق المالكية بذلك أيضاً لو كان المدعى به مجهولاً كدعوى صاحب المال على آخر بمبلغ مجهل مقداره ويطلب المدعي المدعى عليه بالإجابة على دعواه بأن يقر بالمبلغ المطلوب أو ينكره كاملاً، فيلزم المدعى عليه الجواب، ومثل ذلك أيضاً دعوى الاتهام فإن هذه الدعوى تسمع مع الشك، وعدم الجزم؛ لأنها ترجع في أساسها الى الشك والظن وعدم التيقن؛ والسبب أن المدعي غير متيقن من ذلك، كأن يتهم إنساناً بسرقة شيء منه ويتم توجيه اليمين الى المدعى عليه بالرغم من أن المدعي غير متيقن تماماً من قيام المدعى عليه بالسرقة أو أنه قد أفرط في حفظ المال^(٥)

أما بالنسبة للفقه الشافعي نجد أن الشافعية قد أجازوا الدعوى مع التردد للحاجة، فمثلاً لو شك المدعي هل بقيت العين فيدعي بها أو تلفت فيدعي بالقيمة؟ ففي هذا الفرض يكون المدعي متردد بين العين والقيمة فهم أجازوا دعوته وقالوا تسمع للحاجة^(٦) وفي الفقه الحنبلي ثمة من يرى أن الدعوى لا تسمع على هذه الصورة؛ لوجود التردد، بل عليه أن يدعي بالعين أولاً،

(١) د. عبد الوهاب خيري علي العاني، نظام القضاء، المصدر السابق، ص ١٢٥.

(٢) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام)، المصدر السابق، ص ١٧٧.

(٣) ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، ط ٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣١٥ هجرية، ص ١١٠.

(٤) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج ١، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج ٨، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

(٦) الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ٨، المصدر السابق، ص ٢٧٨.

ويحلف المدعى عليه فإن حلف يدعي بعد ذلك بالقيمة إذا كانت العين متقومة وإلا يدعي بالمثل، حتى يتميز الحكم الصادر في الدعوى بعد ذلك بالإلزام^(١)

وبعد الانتهاء من بيان خصائص الدعوى بشكل عام في الفقه الإسلامي يمكننا أن نستنتج خصائص دعاوى الحيازة منها أنها قول مقبول أي مستوفية لشروطها الشرعية ويتم هذا القول في مجلس القضاء، وهذا القول يتضمن طلب حق لذي اليد يتمثل برد الحيازة إليه ممن سلبها، أو طلب دفع التعرض الذي يطاله من الغير، أو وقف أعمال قد تهدد حيازته للعقار دون وجه شرعي، ويجب أن يتميز هذا القول بالجزم والتأكيد للمطالبة بحقه أمام القضاء.

٢ - في القانون الوضعي : فبخصوص توجه القوانين محل المقارنة من هذا الموضوع فهي لم تحدد خصائص دعاوى الحيازة بشكل صريح؛ لأن مهمة المشرع وضع القواعد العامة لكل موضوع، وترك التفاصيل المتعلقة بالموضوع للفقه والقضاء، وبالنسبة لموقف الفقه القانوني من هذا الموضوع نجد أن فقهاء القانون قد وضعوا عدة خصائص تمتاز بها دعاوى الحيازة دون غيرها وسنوضح هذه الخصائص تباعاً :

أ- دعاوى الحيازة توفر الحماية للحيازة في ذاتها : فهذه الدعوى خصصت لحماية الحيازة في ذاتها، بغض النظر عما إذا كان الحائز يملك الحق الذي يحوزه أم لا يملكه^(٢) فمثلاً الحائز للأرض تحميه دعاوى الحيازة ولا يطلب منه في مباشرته لهذه الدعوى إلا أن يثبت حيازته للأرض وبالشروط التي يتطلبها القانون، فهو جعل أثبات هذه الدعوى بإثبات الحيازة والأخيرة واقعة مادية وبالتالي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات كالشهادة والقرائن، وعليه فلا يطلب من الحائز أن يثبت أنه مالك للأرض، بعكس دعوى الملكية التي لا تثبت إلا بسند رسمي؛ لأن التصرفات الواردة على عقار لا تتم الا بعقد شكلي وامام جهة رسمية^(٣)

لذلك إن الملكية هي التي تكون محلاً لدعوى الاستحقاق وهي دعوى ملكية لا دعوى حيازة، حيث تتميز دعوى الملكية بإجراءات طويلة ومعقدة وبوسائل إثبات تزيد كثيراً في الصعوبة على وسائل إثبات الحيازة، وسواء كان الحائز للأرض مالكا أم غير مالك، ففي دعاوى الحيازة متى أثبتت حيازته للأرض كان له أن يحمي حيازته هذه بدعاوى الحيازة، فيستطيع أن يسترد حيازته إذا كانت قد سلبت منه خلسة أو عنوة بدعوى استرداد الحيازة، وإذا لم تسلب منه الحيازة وإنما تعرضت للاعتداء أو التهديد فيحق له أن يدفع هذا الاعتداء بدعوى منع التعرض، وإذا لم تتعرض حيازته إلى اعتداء أو تهديد ولكنها على وشك أن تتعرض لذلك يستطيع الحائز أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة^(٤)

من ناحية الأثبات فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق سواء أن يثبت حيازته لهذا الحق وبالتالي تحمي حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق، وعليه يمكن لحائز العقار ان يسترد حيازته للعقار بدعوى استرداد الحيازة، وأن يرفع عنها التهديد والاعتداء بإقامة دعوى منع التعرض، وأن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة طالبا وقف هذه الأعمال التي

(١) أبين القيم الجزوية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ١، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣، ص ٣٦.

(٢) د. غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي، المصدر السابق، ص ٢٢١.

(٣) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى إقامة الدعوى المدنية، المصدر السابق، ص ٩٩.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٠٢.

على وشك أن تهدد حيازته أو تعكرها ^(١) وعليه إن أساس التمييز بين هذه الدعاوى هو جسامته الاعتداء الواقع على الحيازة، وعليه إذا كان الاعتداء قد وصل إلى حد نزع الحيازة فإن الدعوى التي تحمي الحيازة من هذا النوع من الاعتداء هي دعوى استرداد الحيازة، أما إذا كان مجرد تعرضاً للحيازة ولم يصل إلى مستوى نزع اليد فترفع دعوى منع التعرض، أما إذا كان الاعتداء يتمثل بأعمال جديدة من شأنها تهديد الحيازة فإن على الحائز في هذه الحالة رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ^(٢)

ب- دعاوى الحيازة دعاوى عينية عقارية : فدعاوى الحيازة من جانب تعد دعاوى عينية؛ لأن هذه الدعوى لها خصائص الدعوى العينية، فهي وأن كانت تستند إلى الحيازة، إلا أنها تحمي الحق العيني بشكل غير مباشر أو من حيث النتيجة، إذ إن الحيازة قرينة على الحق العيني، فحائز العقار يعد مالاً حتى يقوم الدليل على العكس ^(٣) ومن جانب آخر تعد دعاوى الحيازة دعاوى عقارية؛ ولعل السبب في ذلك أن هذه الدعاوى لا تحمي سوى حيازة العقارات، أما بالنسبة للمنقولات فإن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية تجعل دعاوى الحيازة عديمة الجدوى؛ إذ إن المنقولات عادة ما تكون قليلة الأهمية بالقياس إلى العقارات ^(٤)

هنالك سبباً آخر يتمثل في أن المنقول ليس له كالعقار مستقر وثابت حيث يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه؛ فيد الحائز للمنقول تختلط بيد المالك ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية، وبالتالي تحمي دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن نية هي نفسها سند الملكية ^(٥)

تجدر الإشارة إلى أن دعاوى الحيازة إنما تحمي حيازة العقار المعين بالذات، وكذلك حماية جميع الحقوق العينية التي ترد على العقار والتي تكون محلاً للحيازة، ولذلك تحمي هذه الدعاوى حيازة العقار أي حيازة حق الملكية على العقار إذا كان العقار قابلاً للحيازة، وعليه إذا كان العقار داخلاً ضمن الأموال العامة فإنه لا يكون قابلاً للحيازة ^(٦)

لذلك كان ينبغي إلا يكون هناك مجالاً في شأن حماية المال العام بدعاوى الحيازة، ولكن القضاء في فرنسا جرى على حماية الشخص العام في حيازته للعقار الداخل في الدومين العام ضد أعمال التعرض والاعتصاب الصادرة من الغير، بل أنه يحمي كل من حصل من الأفراد على ترخيص في الانتفاع بالعقار الذي يدخل في الدومين العام في حيازته لهذا العقار بجميع دعوى الحيازة ضد الغير فيما عدا الجهة الإدارية التي منحتة الترخيص ^(٧) أما حيازة العقار

^(١) القاضي لفظة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيازة، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢، ص ٨٣.

^(٢) القاضي لفظة هامل العجيلي، المصدر نفسه، ص ٨٤.

^(٣) الجدير بالذكر أن الدعاوى العينية تقسم من حيث موضوعها إلى دعاوى الملكية أو الحق العيني وهي دعاوى يقصد منها المطالبة بتقرير أو نفي حق عيني في مواجهة من ينازعه فيه، ومن هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق (تثبيت الملكية) ودعوى تقرير أو نفي حق الارتفاق أو حق الانتفاع، وإلى دعاوى الحيازة ويقصد منها المطالبة بحماية حيازة الحق العيني، للمزيد من التفصيل راجع د. شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص ١٣٨٥.

^(٤) د. محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٢١٥.

^(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٠٩.

^(٦) د. نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، المصدر السابق، ص ٤٧٩.

^(٧) د. محمد شريف عبد الرحمن، أسباب كسب الملكية (الحيازة)، المصدر السابق، ص ٢٨.

المملوك للشخص العام ملكية خاصة فمن البديهي أنها تحمى بجميع دعاوى الحيازة شأنها في ذلك شأن عقار مملوك للأفراد، وحيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار، وحيازة حقوق الارتفاق الظاهرة^(١) وحيازة حق الحكر، وحيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار^(٢) وهذا الأمر الذي يدل على أن دعاوى الحيازة دعاوى عينية مثل الحقوق التي توفر لها الحماية القانونية من المعتدي والمغتصب الذي يتعرض للحيازة.

ج - دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال : وتجدر الإشارة الى أن بعض الفقه قد جعل دعاوى الحيازة من الدعاوى المستعجلة لعدة اسباب منها أن تحقيق الحماية القضائية الاعتيادية لمن يطلبها من الخصوم قد يستغرق وقتاً يمكن أن يتعرض من خلاله الحق الموضوعي المطلوب حمايته لضرر لا يمكن تفاديه حتى لو صدر الحكم لصالح من طلب الحماية القضائية^(٣) وللتوفيق بين الأناة اللازمة للنظر في الدعوى وإصدار الحكم فيها هي من مستلزمات عدالة القاضي وبين ما قد يلحق الخصم من ضرر بسبب الزمن المستغرق لحسم الدعوى، ولطبيعة الحق محل الحماية نظم القانون نوعاً خاصاً وسريعاً من القضاء وهو القضاء المستعجل، فهذا النوع من القضاء هو قضاء مؤقت لا يبيت بأصل الحق وإنما يتدارك خطر محق بأحكام عاجلة تصدر بعد إجراءات مختصرة ومواعيد قصيرة^(٤)

قد يبدو غريباً لأول وهلة أن يحمي القانون الحيازة حتى لو تمت من قبل السارق أو الغاصب، ولكن الواقع خلاف ذلك؛ لأن الحيازة التي يحميها القانون هي فقط الحيازة المشروعة التي تستند إلى اعتبارات تتعلق بأمن المجتمع واستقرار التعامل وحماية الأوضاع الظاهرة، فلو أبيع لكل مدع بحق على شيء في حيازة غيره أن نزع هذا الشيء من تحت يده عنوة لأدى ذلك إلى الفوضى في التعامل وخاصة العمل التجاري وتبادل السلع والبضائع التجارية، ولهذا تقررت القاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ومن يدعي خلاف ذلك فليثبت العكس^(٥)

هناك اعتبار آخر يتمثل في أن حماية الحائز إنما هي حماية لصاحب الحق ذاته من خلال الواقع الظاهر، كما أن هذه الحماية الغير المباشرة للحق تعد وسيلة سهلة ومختصرة، إذ ما على الحائز (وهو غالباً صاحب الحق) إلا أن يقف موقفاً سلبياً وعلى من ينازعه في هذا الحق أن يلجأ الى القضاء وعليه أن يثبت أنه هو صاحب الحق وليس الحائز، في حين أن حماية حق الملكية ذاته عن طريق إثبات الملكية غالباً ما ينطوي على صعوبات كثيرة؛ فالقانون يفترض أن الحائز هو صاحب الحق وعليه فأن حماية الحائز هي حماية لصاحب الحق نفسه^(٦)

خلاصة ما سبق أن دعاوى الحيازة في القانون الوضعي تتميز بخصائص تنفرد بها عن الدعاوى الأخرى، ومن هذه الخصائص أن هذه الدعاوى تحمي الحيازة لذاتها سواء كانت مستندة

(١) ويلحق بحقوق الارتفاق الظاهرة فيحتمى أيضاً بدعوى الحيازة القيود الواردة على الملكية، كذلك المتعلقة بالري والصرف من شرب ومجرى ومسيل وحق المرور والمطلات. للمزيد من التفصيل راجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٠٦.

(٢) والجدير بالذكر أنه يجوز حماية المستأجر بدعاوى الحيازة وأن كان حقه شخصياً، بشرط أن يتعلق بعقار.

(٣) د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٣٢٥.

(٤) د. آدم وهيب الندوي، المصدر نفسه، ص ٣٢٦.

(٥) د. كاظم حسن الربيعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط ٢، مطبعة أساور، بغداد، ٢٠١٤، ص ٨٨.

(٦) د. عباس العبودي، شرح أحكام المرافعات المدنية، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤٨.

إلى حق يعترف به القانون أو غير مستندة إلى حق، كما أن هذه الدعاوى تحمي حيابة العقار دون المنقول؛ ولعل السبب في ذلك أن المنقول يخضع لقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية مما يجعل دعاوى الحيابة عديمة الجدوى، وكذلك فإن هذه الدعاوى تنصف بالطبيعة الاستعجالية؛ ذلك لتوافر ظروف تمثل خطر على حقوق الخصم أو ضرر يتعدى تداركه.

الفرع الثاني

أنواع دعاوى الحيابة

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى دعاوى الحيابة في الفقه الإسلامي، وكذلك أنواع هذه الدعاوى في القانون الوضعي لغرض الإحاطة بموقف كل منهما وذلك في فقرتين وكما يأتي :

أولاً: أنواع دعاوى الحيابة في الفقه الإسلامي:

إنّ الفقه الإسلامي يحمي حيابة العقار ليس بوصفها دليلاً على الملكية فقط، ولكنه يحمي الحيابة العرضية بنفس الحماية التي يقرها لصاحب كل حق؛ لأنه لا يحل لأحد أن يسلب حيابة عقار الغير بالغصب أو بطرق الاحتيال^(١) لقوله تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)^(٢) والباطل في هذه الآية يشمل ما لا تطيب به نفس مالكة، أو حرمة الشريعة كالقمار والسرقة ونحوهما^(٣) فيدخل فيه حيابة العقار سواء بالسلب أو بالغصب أو بالاحتيال، والفقه الإسلامي يوفر هذه الحماية لحيابة العقار ولكن بأوضاع مختلفة في بعض الصور عنها في القانون الوضعي وأن كان قريب الشبه منه، لذا سنتناول دعاوى الحيابة الثلاث في الفقه الإسلامي :

١- دعوى رد الحيابة : بخصوص موقف الفقه الإمامي يلاحظ أن طرق حماية اليد (الحيابة) والملكية إقرار الإمام علي (عليه السلام) لقاعدة اليد التي لها أثراً كبيرة في الفقه والقضاء الإسلامي، وذكر أن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال في رجل أبصر طائراً فتبعه حتى يسقط على شجرة، فجاء رجل فأخذه فقال "العين ما رأيت ولليد ما أخذت"^(٤) فضلاً عن مسؤولية الدولة فعلى الحائز والمالك حماية أمواله من السلب والاعتداء، لذا دعا أمير المؤمنين (عليه السلام) أصحاب الأموال أبداء ما يستطيعون من شجاعة عند تعرض أموالهم لانتهاك فيقول : "إن الله يمقت الرجل يدخل اللص بيته فلا يحارب"^(٥)

في الفقه الحنفي هناك عدة مواضع تظهر فيها حماية الحائز العرضي بموجب هذه الدعاوى فقد جاء في مجلة الأحكام العدلية "لو باع الأجر المأجور بدون إذن المستأجر، يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري، وأن لم يكن نافذاً في حق المستأجر، حتى أنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع عن الاثراء إلا أن يطلب المشتري تسليم من البائع قبل

(١) د. عدلي أمير خالد، الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣، ص ١٣١.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٨.

(٣) المقدسي، الإمام القاضي مجير الدين بن محمد العليمي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، ج ١، ط ٢، مؤسسة دار النوادر، سوريا، ٢٠١١، ص ١١٧.

(٤) التستيري، المحقق الشيخ محمد تقي، قضاء أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (عليه السلام)، دار التربية للطباعة والنشر، بغداد، بلا ستة طبع، ص ١١٦.

(٥) الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة في تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، مؤسسة أهل البيت (عليهم السلام) لأحياء التراث، قم المقدسة، إيران، ١٤١٦ هـ، باب ٤٧ جهاد العدو، حديث رقم ٢٢.

انقضاء مدة الاجارة، ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسلمه وأن أجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه مقدار ما لم يستوفيه من بدل الاجارة الذي كان قد أعطاه نقدًا، ولو سلم المستأجر المأجور سقط حق حبسه" (١) يتضح لنا أن حق المستأجر السابق على البيع مقدم على حق المشتري، ولذلك إذا قام المؤجر ببيع المأجور بدون إذن المستأجر، فإن العقد وأن نفذ بين البائع والمشتري فإنه لا ينفذ في حق المستأجر، وهذا لأمر يدل على مدى الحماية التي تقررها المجلة للمستأجر، كونه الطرف الضعيف في العقد.

فضلاً عن ذلك إذا كان نصّ المجلة قاصراً على حالة المستأجر، فإن مدونة مرشد الحيران السائدة في المذهب الحنفي أيضاً قد تطرقت الى حالة الدائن المرتهن في عقد الرهن باعتباره حائزاً عرضياً، إذ جاء فيها "بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوف على اجازة المرتهن والمستأجر، فإن أجاز المستأجر البيع أو مضت المدة أو انفسخت الاجارة نفذ البيع ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفي ما قدمه من الأجرة غير المستحقة، وكذلك الحكم لو أجاز المرتهن أو قضى الراهن دينه أو ابراه المرتهن منه يتم البيع، وليس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر والراهن وأما المشتري فله خيار الفسخ قبل الإجازة وإن كان يعلم بالاجارة والرهن" (٢) ولذلك ثمة رأي في الفقه الحديث يرى أن حماية الفقه الإسلامي للحيابة العرضية وخاصة المستأجر والمرتهن اقوى من حماية القانون لها (٣)

في الفقه المالكي نجد أنه يحمي الحيابة عمومًا والعرضية منها خصوصًا وذلك في حالتين هما : **الحالة الأولى : حماية المستأجر**، ففي هذا الصدد يذهب رأي الى القول "الرجل يكتري الأرض فيزرعها ثم يستحقها آخر، يكون له أن يقلع هذا الزرع" (٤) وفي رأي آخر له يرى "ليس له أن يقلع الزرع أو كان الذي إكراه الأرض لم يكن غصبها وكان المكتري لم يعلم بالغصب ، لأنه لم يكن متعدياً أو غاصباً، وإنما زرع على وجه الشبهة وهذا لا يقلع زرعه" (٥) بناءً على ذلك فإن حماية المستأجر في هنا تقتضي شرطين الأول إلا يكون المؤجر غاصباً والثاني إلا يكون المستأجر عالمًا بالغصب، أي حسن النية، وعن ذلك أنه إذا كان المؤجر غاصباً ولكن المستأجر حسن النية أي لا يعلم بأنه غاصب فوفقاً للرأي المتقدم يصف المستأجر بأنه (زرع على وجه شبهة) ولذلك لا يقلع زرعه، ويذهب رأي آخر الى أنه "لو شهد شاهد أن أحد الخصمين غلب الآخر على ما في يده، فإن يحكم على هذا الغالب بأن يردده الى المغلوب عليه" (٦) فطبقاً لهذا الرأي في حالة التعدي على حيابة العقار بسلبها من الحائز فإن القاضي يحكم برد حيابة العقار إلى الحائز العرضي، وهنا نجد أن القاضي كما في القانون لا يتعرض لموضوع ملكية العقار.

الحالة الثانية : حماية الدائن المرتهن، فيما يتعلق بحماية الدائن المرتهن ثمة رأي في الفقه المالكي يرى "إذا رهن الرجل رهناً، فباعه الراهن بغير إذن المرتهن، فلا يجوز بيعه، وإن أجاز المرتهن جاز البيع، وعجل للمرتهن حقه، ولم يكن للراهن أن يأبى ذلك إذا باع الراهن بغير إذن

(١) المادة (٥٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المادة (٣٩٣) من مدونة مرشد الحيران.

(٣) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتفادم في الفقه الاسلامي، المصدر السابق، ص ٧٧.

(٤) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٤، المصدر السابق، ص ٧٩.

(٥) الإمام مالك، المصدر نفسه، ص ٨٠.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج ١، المصدر السابق، ص ٣١١.

المرتهن فأجاز ذلك المرتهن، ويكون للمرتهن أن يجيز البيع أو يرد إذا باع الراهن المال المرهون بأقل من حقه المرتهن، فأما إذا باعه بمثل حق المرتهن أو أكثر فلا خيار له؛ لأن المرتهن أخذ حقه فلا حجة له...^(١)

بالنسبة لتوجه الفقه الشافعي من حماية الحيابة العرضية نجد أن فقهاء الشافعية قد تطرقوا إلى هذا الموضوع وعليه يذهب رأي إلى القول "وإذا كان العبد في يدي رجل فادعاه آخر وأقام البيينة أنه كان في يديه أمس فلا يقبل منه البيينة على هذا؛ لأنه قد يكون في يديه ما ليس له، ولو أقام البيينة أن هذا العبد أخذ منه، أو أنتزع منه العبد أو أعتصبه منه، أو غلبه على العبد وأخذه منه، أو أشهد أنه أرسله في حاجته فأعترضه هذا من الطريق فذهب به، أو أشهد أنه أبق بالعبد من هذا فأخذه، فإن هذه الشهادة جائزة ويقضي له بالعبد، فإن لم تكن له بيينة فعلى الذي في يديه العبد اليمين فإن حلف برئ وأن نكل عن اليمين ردت اليمين على المدعي، فإن حلف أخذ ما ادعى وإن نكل سقطت دعواه"^(٢) طبقاً لهذا الرأي فهو يحمي يد المدعى عليه على المال موضوع اليد ضد من يدعي أن هذا المال نفسه كان بيده في وقت سابق؛ لأنه من الممكن أن يكون هذا المال في يد المدعى بسبب ملكيته له كالوديعة أو الغصب، ولكن لو أثبت المدعي أن المال الذي كان في يد المدعى عليه قد استولى عليه هذا بطريق غير مشروع كالغصب مثلاً فهذا يجب رد هذا المال للمدعي المالك الحقيقي له وهذا الأمر يشبه دعوى استرداد الحيابة في القانون.

يذهب رأي آخر إلى القول وإذا كان المدعى عيناً ولا بيينة، فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه، وأن كان في أيديهما، أو لم يكن في يد أحدهما حلفاً ويجعل بينهما نصفين، وإن كان في يد ثالث رجح إليه فإن ادعاه لنفسه فالقول قوله مع يمينه^(٣) استناداً لما تقدم نجد حماية اليد في هذه الحالات وما أشبهها تتلخص في أن المال موضوع الحيابة لا ينزع من حيابة المدعى عليه إلا ببيينة من المدعي وفي الرأي الغالب في الفقه الشافعي إذا تعارضت أو تكافأت بيينة المدعي والمدعى عليه ترجح بيينة هذا الأخير؛ لأنه له بينتان اليد والبيينة العادية.

بخصوص موقف الفقه الحنبلي من حماية الحيابة نجد أن فقهاء هذا المذهب قد تعرضوا إلى حماية الحائز ولكن بصورة مختلفة عن القانون الوضعي، وبهذا الشأن يذهب رأي إلى القول "وإذا ادعى على رجل عيناً في يده أو ديناً في ذمته فأنكره ولا بيينة له فالقول قول المنكر مع يمينه... ولأن الأصل براءة ذمته من الدين والظاهر من اليد الملك"^(٤) وثمة رأي آخر يرى "أنه يحكم باليد مع يمين صاحبها، كما إذا ادعى عليه عيناً فأنكر فسأل أحلافه، فإنه يحلف وترك في يده لترجح أقوى المتداعين هذا إذا لم تكذب اليد القرائن الظاهرة، فإن كذبتها لم يلتفت إليها وعلم أنها يد مبطللة... فإذا قضينا باليد فإنما نقضي بها إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها"^(٥) ويذهب رأي بصدد حماية الحيابة أن حق واضع اليد على المال يثبت بسكوت المدعي ولم تجر العادة بسكوتهم للمدة الطويلة، ولو فتح هذا الباب لأنترع كثير من عقارات الناس بهذا الطريق^(٦) فطبقاً

(١) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٤، المصدر السابق، ص ٤ و ٥.

(٢) الإمام الشافعي، الأم، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٤١.

(٣) الشيرازي، أبراهيم الفيروز آبادي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٦١.

(٤) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج ٣، ط ٢، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٧٩، ص ٤٨٢.

(٥) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المصدر السابق، ص ١١٣ و ١١٤.

(٦) النجدي، عبد الرحمن بن قاسم القحطاني، الدرر السنينة في الاجوبة النجدية، ج ٦، دار الإفتاء، المملكة العربية السعودية، ١٩٦٥، ص ٥١٤.

للمذهب الحنبلي أن صاحب اليد يستحق ما في يده من مال بيمينه، إذا لم يكن للمدعي بينة تشهد بملكيته للمال موضوع اليد، أما إذا شهدت البينة للمدعي بملكيته للمال الذي بيد المدعى عليه فإنه يحكم له به ولا حاجة بع ذلك للبينة المدعي لمطالبة المدعى عليه بيمينه؛ والسبب في ذلك أنه طبقاً لهذا المذهب يعد واضع اليد مالاً بقوله ما لم تقم بينة عادلة بسبب وضع اليد على أنه مستعير أو مستأجر، وفي الفقه الحديث ثمة من يرى أن الحيابة الناشئة عن حق شرعي محمية بدعاوى هذا الحق، والاعتداء عليها اعتداء على الحق ذاته، والحيابة الناشئة عن فعل محرم لا حماية شرعية لها، وقد ذهب أغلب الفقهاء إلى جواز استردادها من غير حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، إلا أنه خيف فتنة من جراء ذلك، كما أن الحيابة التي يثور حولها نزاع بين شخصين أو أكثر من ذلك، ولا يقوم أي دليل على منشئها يحكم فيها لصاحب البينة أو للظاهر المستفاد منها في الواقع^(١)

٢- دعوى منع التعرض، بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من هذه الدعوى ودورها في حماية الحيابة، نجد أن الفقه الإسلامي في مجموعه يمنع التعرض لحائز العقار دون وجه شرعي، فبالنسبة للفقه الأممي يلاحظ أن الإمام علي (عليه السلام) قد واجه مظاهر الاعتداء والتسيب والعبث بأموال الناس، فقد قضى على صاحب البقرة التي شقت بطن الجمل بالضمان؛ لأنه ربطها في طريق الجمل^(٢) مستنداً في ذلك إلى حديث رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم) : "لا ضرر ولا ضرار" طبقاً لهذه القاعدة يمنع من باب أولى الاعتداء والتعرض لأموال الناس دون وجه حق؛ لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام^(٣)

في الفقه الحنفي يقرر أنه للحائز حسن النية طلب حماية حيازته أيًا كان سببها، وبهذا الصدد يذهب رأي إلى القول "...اليد مقصودة ودعوى الملك مقصودة؛ لأنه باليد يتوصل الانتفاع بالملك والتصرف فيه"^(٤) ويذهب رأي آخر إلى يرى أنه لو ادعى أحداً قائلاً : "أن فلاناً يتعرض لي في الشيء الفلاني بدون حق فأطلب دفع تعرضه تسمع منه هذه الدعوى، وإذا لم يثبت المتعرض أن تعرضه بحق، فالقاضي عندها يمنع المتعرض من التعرض بغير حق"^(٥) وثمة رأي في هذا المذهب يقول "أن الدعوى قول مقبول عند القاضي ومن في حكمه، يقصد به الشخص طلب حق معلوم قبل غيره أو دفع حق نفسه، فالدعوى إذن القول الذي يصدر من المدعي أن له حق قبل المدعى عليه ويطلب به"^(٦) والتعريف المتقدم يصدق على دعوى دفع التعرض، وصورتها أن يدعي رجل عند القاضي على آخر أنه يتعرض له بغير حق في إدارة الأرض التي يضع اليد عليها ويطلب من القاضي أن يأمره بمنع تعرضه له في الأرض^(٧)

(١) د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢، دار النفائس، عمان، الأردن، ٢٠٠٠، ص ٢٥١.

(٢) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام)، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٣) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١، ص ٨٥.

(٤) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٧٤،

(٥) سليم رستم باز، شرح المجلة، المصدر السابق، ص ٩٠٧. وتعد دعوى منع التعرض من مقتضيات القاعدة الشرعية التي وردت في المادة (١٠) من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت "أن ما يثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يقد الدليل على خلافه" فإذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله، وبعبارة أخرى أن هذه القاعدة من قبيل العمل بالاستصحاب، وتؤكد قاعدة شرعية أخرى هي "الأصل بقاء ما كان على ما كان"^(٦)

(٦) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين، ج ٨، المصدر السابق، ص ٢٢٧.

(٧) د. عبد الوهاب خير علي العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ١٢١.

بخصوص توجه الفقه المالكي يذهب رأي الى القول "لو شهد أحد الخصمين على الآخر على ما في يده، فإنه يحكم على هذا الغالب بأن يردده على المغلوب عليه، ويكون هذا المردود أليه صاحب يد" (١) أي أنه في حالة التعرض للحائز في حيازته يمنع التعرض وذلك عن طريق رد الحيابة للمتعرض له. وبصدد تكافؤ بيننا الحائز والمدعي في هذا المذهب ثمة رأي يقول "لو أن رجلاً أقام البينة على دور في يدي رجل آخر وأقام الأخير البينة أنها له فهنا تتكافئ البينتان والعدالة والذي في يديه المال أولى به" (٢) فوفقاً لهذا القول نجد بينة حائز الدار بملكيتها تتغلب على بينة المدعي بملكية هذه الدار، كما أنه إذا أثبت ملكيته للدار المحازة وعجز المدعي عليه الحائز عن إثبات ملكيته لها يقضي بها للمدعي، إلا إذا أثبت المدعي عليه الحائز أن حيازته شرعية أي مستوفية للشروط أي مستوفية لشروطها فإن هذه الحيابة تقطع حجة المدعي.

بالنسبة لموقف الفقه الشافعي من حماية الحيابة بواسطة دعوى منع التعرض، يلاحظ أن فقهاء هذا المذهب قد عرفوا ما يشبه دعوى منع التعرض بالقانون، وبهذا الشأن يذهب رأي إلى القول "لو حضر رجلان وادعى كل منهما داراً وأنها في يده لم تسمع الدعوى، فإن قال أحدهما هي في يدي وهذا يعترض علي فيها بغير حق أو يمنعي من سكنها سمعت" (٣) ويذهب رأي آخر الى القول "أنه إذا ادعى أنه يعارضه في ملكه لم تسمع الدعوى، إلا أن يقول أنه تضرر في ملكه بمنعه من التصرف فيه فتسمع دعواه في هذه الحالة، ويشترط بيان ما تضرر به من هذه الوجوه، وأنه يعارضه في ملكه بغير حق، فيوجه الى الحاكم بالمنع إليه" (٤) وكل ذلك يدل على مشروعية دعوى دفع التعرض في الفقه الإسلامي، وسواء كان محلها عقاراً أم منقولاً (٥)

فيما يتعلق بتوجه الفقه الحنبلي نجد أن معنى منع التعرض موجود في هذا المذهب، وفي هذا الصدد يذهب رأي الى القول "وأن ادعى عليه أن هذه الدار لي، وأنه يمنعي منها صحت الدعوى، وإن لم يقل أنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده" (٦) كما يشترط في هذه الدعوى وفقاً لهذا المذهب أن يكون المدعي به معلوماً، ويكون هذا بذكر المال المعتدى عليه، ونوع ذلك العدوان مع ذكر المدعي أن العين التي تعرضت للاعتداء هي ملكه، أو له عليه حق من الحقوق ويذكر أنه لا حق للمدعي عليه في معارضته (٧) وثمة رأي آخر في هذا المذهب يرى "إن القضاء الشرعي يرمي إلى وصول الحقوق إلى أصحابها، وقطع المخاصمة، وإزالة المفساد، وقطع الخصومة هو من باب رفع الظلم والضرر عن الناس" (٨)

٣- دعوى وقف الأعمال الجديدة : بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من هذه الدعوى فأنا لم نجد حسب تتبعنا في أمهات الكتب في الفقه الإسلامي تعريفاً خاصاً بهذه الدعوى، ولكن يمكن القول أن الفقه الإسلامي يعرف ما يشبهه دعوى وقف الأعمال الجديدة، ويمكن أن نلاحظ ذلك من خلال آراء فقهاء المذاهب الإسلامية، فبخصوص توجه الفقه الإمامي يلاحظ أن الإمام علي (عليه

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، المصدر السابق، ص ٣١١.

(٢) الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج ١٤، ص ٣٦ و٣٧.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، المصدر السابق، ص ٥٠٧.

(٤) السيوطي، المصدر نفسه، ص ٥٠٨.

(٥) د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، المصدر السابق، ص ٢٤٩.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٥.

(٧) ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٨) ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج ٣٥، المصدر السابق، ص ٥٦.

السلام) قد تعهد بحماية الحقوق الاقتصادية لرعايا الدولة الإسلامية، وضمن لهم ما يكفل العيش الكريم، فقد ورد عنه "يأيها الناس إن لي عليكم حقاً ولكم علي حق، فأما حقكم علي : فالنصيحة لكم وتوفير فينكم عليكم" (١) والفيء الذي يوفره الإمام لرعيته هو الخراج وما يجلب الي بيت المال، والظاهر أن توفير ذلك يكون بتهيئة جميع وسائل حماية الأموال والعمل وميادين الانتاج، وقد وضع الإمام علي (عليه السلام) قاعدة هامة يمكن الاستناد إليها في جميع الحقوق الاقتصادية للأمة وهي "الناس كلهم عيال على الخراج" (٢) فمن خلال هذه القاعدة رسم الإمام علي (عليه السلام) مسؤولية الدولة في حماية أموال كل رعايا الدولة الإسلامية من العبث والاعتداء والضرر الذي قد يسببه شخص لآخر، فالضرر في الاسلام ظلم والظلم قبيح عقلاً وغير جائز شرعاً وقانوناً وغير سليم منطقياً ومرفوض عرفاً (٣)

وعن توجه الفقه الحنفي فسبق القول في تكييف اليد (الحيازة) أن الفقه الحنفي يعد اليد دلالة على الملك، وفي هذا الصدد يذهب رأي الي القول "أن اليد مع التصرف دليل الملك، ولكن لا بد من بيينة تثبت أن ذي اليد إنما يضع يده فعلاً على المال المحاز، ويكون ذلك بأن يشهد الشهود على ذلك" (٤) وبناءً على ما تقدم أن حماية ذي اليد تتطلب أن يثبت أنه يحوز المال فعلاً، ويستطيع أن يثبت ذلك بكافة وسائل الأثبات ومنها الشهادة، ويذهب رأي آخر بصدد حماية ذي اليد وعدم الاعتداء على أموال الناس بقوله "أن المدعي لا يجبر على الخصومة؛ لأن الدعوى لحفظ حقه، وهو حر في حفظه، والمدعى عليه فقط يجبر على الخصومة؛ لأنه مأمور بعدم الاعتداء على حق غيره، وليس له اختيار في ذلك" (٥) كما يلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية قد تعرضت الي دفع الظلم والضرر عن العباد، فقد جاء فيها أنه "ليس للمظلوم أن يظلم غيره؛ لأنه ظلم، فمثلاً لو أتلف زيد مال عمر مقابلة؛ لأنه أتلف ماله، كان كلاهما ضامنين..." (٦)

بالنسبة لموقف الفقه المالكي نجد أن المالكية قد وفرو الحماية للحيازة بطرق قريبة من هذه الدعوى، وبهذا السياق يذهب رأي الي القول "قد اختصم في أرض حفرت فيها عين فادعى فيها رجل دعوى فاخصموا الي القاضي فأوقفهم... فقال مالك قد أحسن حين أوقفها وأراه قد أصاب... وقال وأرى أن توقف فإن أستحق حقه وإلا بنيت، وقال ولا توقف إلا أن يكون لدعوى هذا المدعي وجه" (٧) يلاحظ على القول المتقدم أن الفقه المالكي يمنع حائز الأرض من العمل فيها لصالح المدعي وهذا عكس ما تتضمنه دعوى وقف الأعمال الجديدة في القانون حيث أنه يجيز وقف الأعمال الجديدة التي يقوم بها شخص آخر غير الحائز، وفي الرأي المتقدم عندما رفعت الخصومة إلى القاضي فأمر بوقف أعمال الحفر التي يقوم بها حائز الأرض المدعى عليه، وقد أيد الإمام مالك ذلك، وأقر استمرار وقف العمل الي أن يفصل في الدعوى، فإذا ما ثبت عدم

(١) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عن الإمام علي (عليه السلام) المصدر السابق، ص ٢٤.
 (٢) الحر العاملي، وسائل الشيعة في تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، المصدر السابق، حديث رقم ٢٣.
 (٣) د. مصطفى أبراهيم الزلمي والأستاذ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٨٧.
 (٤) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٨، المصدر السابق، ص ٢١٦.
 (٥) عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٣٤٢.
 (٦) المادة (٩٢١) من مجلة الأحكام العدلية.
 (٧) الإمام مالك المدونة الكبرى، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٠٩.

استحقاق المدعي لملكية الأرض فللحائز المدعى عليه أن يتم عمله في أرضه ^(١) ووقف الأعمال الجديدة لا يتم بمجرد ادعاء ملكية الأرض، وإنما يكون ذلك استناداً لقوة بينته في ملكيته للأرض محل النزاع حيث يشير في الرأي الأول (ألا يكون لدعوى هذا المدعي وجه) وهذا يتطلب أن تكون بينة المدعي من القوة بحيث يكون من المحتمل الحكم له بملكية الأرض، ولكن يجب ألا يفهم أن بينة المدعي بالملكية بينة كاملة، فهنا نكون بصدد نزاع حول الملكية لا الحيابة ^(٢) وثمة رأي يقول جميع الضرر يجب قطعه ولا ضرر ولا ضرار ^(٣)

بالنسبة لتوجه الفقه الشافعي من حماية اليد العارضة بموجب هذه الدعوى، نجد فقهاء الشافعية تعرضوا لمنازعات اليد وطرق تسويتها، وبهذا الشأن ثمة رأي يقول "إذا كان الدار في يد اثنين فادعى كل واحد منهما كله فهو في الظاهر بينهما نصفان، ويكلف كل واحد منهما البينة على ما في يدي صاحبه، فإن لم يجد واحد منهما بينة حلفنا كل واحد منهما، فإيهما حلف برئ وإيهما نكل رددنا اليمين على المدعي، فإن حلف أخذه وإن نكل لم يأخذ شيئاً" ^(٤) استناداً لما تقدم الدار إذا كانت في يدي شخصين فحقهما عليه متساويان بقدر نصيب كل واحد منهما فيه، كما لو ادعى كل واحد منهما ملكية الدار كله فهو ذو يد بالنسبة لما في يده، أي مدعى عليه، وهو خارج أي مدعى بالنسبة لما في يد صاحبه، ويخضع كل واحد منهما لقواعد البينة في الإثبات واليمين والنكول عنها ^(٥) فالفقه الشافعي لم يعرف دعوى وقف الأعمال الجديدة بالمعنى المقرر لها في القوانين الوضعية، لكنه تعرض الى مواضيع هامة في حماية اليد (الحيابة) والتسوية بين صاحبي اليد على الشيء الواحد في منازعات اليد، في سبيل فض الخصومات بين الناس.

بخصوص موقف الفقه الحنبلي من حماية اليد بموجب دعوى وقف الأعمال الجديدة، نجد أن فقهاء هذا المذهب قد تطرقوا الى طرق تتقارب مع هذه الدعوى، فثمة رأي يذهب الى أنه ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره كأن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره؛ لأن هذا إضراراً بجيرانه منع منها ^(٦) ويرى أيضاً أنه إذا تنازع في عين في أيديهما، فادعى كل واحد منهما أنه ملكه ولم تكن لهما بينة، حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين، فلا نعلم في هذا خلاف؛ لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه، وأن نكلا حجبا عن اليمين في بينهما أيضاً؛ لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له؛ لأنه يستحق ما في يده بيمينه ^(٧)

خلاصة ما سبق أن الفقه الإسلامي يوفر الحماية لليد أو الحيابة بنوعها القانونية منها والعرضية بطرق تختلف بعض الشيء عما يقرره القانون من حماية للحيابة بنوعها ولكنها تكاد تتقارب معها من حيث الغاية في عدم جواز الاعتداء على أموال الناس؛ لأن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة قد حرمت الاعتداء على أموال الناس دون وجه حق وهذا التحريم يشمل الاعتداء على الأموال بجميع أشكاله ومنها حيابة العقار وغيره من الأموال.

(١) د. عدلي أمير خالد، الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد، المصدر السابق، ص ١٤٣.
(٢) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٧٣.
(٣) أبو القاسم محمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٢٥٢.
(٤) الإمام الشافعي، الأم، ج ٦، المصدر السابق، ص ٢٣٨.
(٥) د. محمد عبد الجواد محمد، الحيابة والتقديم في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٤٠١.
(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٨٥.
(٧) ابن قدامة، المصدر نفسه، ص ٢٨٠ و ٢٨١.

ثانياً : أنواع دعاوى الحيازة في القانون الوضعي:

١- دعوى استرداد الحيازة : بخصوص موقف القوانين محل المقارنة من دعوى استرداد الحيازة، فقد نصّت المادة (٢٢٨٣) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يحق للذين يملكون أو يضعون يدهم بشكل هادئ أن يقدموا دعاوى الحيازة وفقاً للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية" ويلاحظ أن المشرع المدني الفرنسي قد وضع نصاً عاماً ينطبق على جميع دعاوى الحيازة التي يرغب الحائز إقامتها عند تعرض حيازته للاعتداء أو التهديد.

كما نصّت المادة (٩٥٨) من القانون المدني المصري "١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك، ٢- ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره"

بذات الاتجاه سار المشرع المدني العراقي إذ جاء في المادة (١/١١٥٠) أنه "الحائز العقار إذا انتزعت منه الحيازة، أن يطلب من محكمة البداية خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه، فإذا كان انتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك، ويجوز أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره" (١)

كذلك تطرق المشرع المدني العراقي إلى حالة سلب المأجور من المستأجر كحائز عرضي، فقد جاء في المادة (١/٧٥٥) أنه "إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب، جاز له أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة" ويؤخذ على توجه المشرع العراقي هذا أنه قد قصر التعرض المادي على حالة الغصب فقط، وبصدد الحديث عن دعوى استرداد الحيازة سنبيين تعريف هذه الدعوى وشروطها في البدء ثم نتطرق إلى الحكم الصادر فيها وكما يأتي:

أ- تعريف دعوى استرداد الحيازة وشروطها : عرفت دعوى استرداد الحيازة بتعاريف عدة وإن اختلفت من حيث اللفظ لكنها تكاد تكون متحدة من حيث المعنى، نذكر منها هي الدعوى التي يرفعها الحائز الذي سلبت حيازته بالقوة على من اغتصب الحيازة أو على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب، طالباً رد الحيازة إليه (٢) من كل ما تقدم يمكننا أن نعرف دعوى استرداد الحيازة بأنها الدعوى التي يطالب فيها رافعها رد العقار المغصوب منه بالإكراه أو بالقوة من أجل استرداده ممن أنتزعه منه أمام القضاء. ويضع القانون عدة شروط لهذه الدعوى وكما يأتي :

الشرط الأول : أن يكون المدعي حائزاً للعقار المطلوب استرداد حيازته : فقد يكون المدعي حائزاً للعقار على انفراد أو حائزاً على الشيوع، كما لا يشترط في هذه الدعوى أن تكون حيازة المدعي حيازة قانونية أي يتوافر فيها العنصر المادي والمعنوي بل يكفي بالحيازة المادية التي تكون فيها يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً وقت حدوث الغصب دون أن يشترط توافر نية الظهور على العين بمظهر صاحب الحق؛ ولذلك يجوز للحائز العرضي أن يرفع هذه الدعوى إذا

(١) توافقها المادة (١١٨٠) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٢٤) من القانون المدني الكويتي.

(٢) القاضي عبد الرحم العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج ١، ط ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ١٨٥. ينظر كذلك د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٦٩. د. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٢٢٩.

تعرضت حيابته للاعتداء^(١) كما لا بد لحماية الحيابة بمثل هذه الدعوى أن تكون الحيابة هادئة وخالية من العيوب فالقانون لا يحمي الحيابة إذا اقترنت بالإكراه أو العنف؛ لأن هذه الدعوى شرعت لحماية الحائز من أعمال الغضب وليسترد حيابته ممن سلبها منه^(٢) كما يلاحظ أن دعوى استرداد الحيابة لا تقبل ممن كان مرتبطاً بعقد مع المعتدي عليها، إذ يجب عليه في هذه الحالة أن يحتكم الى العقد الذي ينظم العلاقة بين الطرفين^(٣) وفي هذا الصدد يثار تساؤل مفاده إذا لم يكن بإمكان المستأجر اللجوء الى دعوى استرداد الحيابة عندما يكون المعتدي هو المؤجر، فما الحل إذا كان المؤجر قد قام بتأجير العقار الى مستأجر آخر مع قيام العقد الأول فقام المستأجر الثاني بانتزاع الحيابة من المستأجر الأول؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إذا قام المؤجر بتأجير العقار الى مستأجر آخر مع قيام العقد الأول، وانتزع المستأجر الثاني العقار الذي بحيابة المستأجر الأول، ففي هذه الحالة يحق لهذا المستأجر رفع دعوى استرداد الحيابة على المستأجر الثاني باعتباره غاصباً، وهنا لا يجوز أدخلال المؤجر في الدعوى؛ لأن ما يربطه به هو العلاقة العقدية، أما إذا أراد اختصاص المؤجر فأن ذلك يجب أن يكون في دعوى مستقلة لتمكينه من العين المستأجرة، تنفيذاً لعقد الإيجار أو طلب التعويض عما أصابه من ضرر^(٤)

الشرط الثاني : أن تكون الحيابة قد استمرت سنة كاملة بدون انقطاع قبل سلبها : وبهذا الصدد نصّت المادة (١/٩٥٩) من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن من فقد الحيابة قد انقضت على حيابته سنة وقت فقدها فلا يجوز له أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالفضل، والحيابة الأحق بالفضل التي تقوم على سند قانوني، فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيابة الأحق بالفضل هي الأسبق في التاريخ" وكذلك نصّت المادة (٢/١١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه "وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيابة قد انقضت على حيابته سنة من وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند الى حيابة أفضل، والحيابة الفضلى هي الحيابة التي تقوم على سند قانوني، وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً فضل صاحب السند الأقدم تاريخاً..."^(٥)

بناءً على ما تقدم فالقاعدة العامة يشترط لرفع دعوى استرداد الحيابة أن تستمر الحيابة سنة كاملة، حتى تكون جديرة بالحماية بهذه الدعوى، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، فالمشرع أجاز رفع دعوى استرداد الحيابة حتى لو لم تستمر الحيابة مدة سنة سابقة وبدون انقطاع قبل سلبها وذلك في حالتين :

الحالة الأولى : عندما تكون حيابة المدعي أفضل من حيابة المعتدي : وتكون كذلك إذا كانت حيابة المدعي قائمة على سند قانوني أو أسبق في التاريخ، ولكن تجب الملاحظة أنه إذا قدم

(١) د. نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٧٤.

(٢) القاضي لفتة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩١٧.

(٤) المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١١، ص ٥٣٧.

(٥) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني وتقابلها المادة (٩٢٥) من القانون المدني الكويتي.

الخصمان سندات متعادلة، أو لم يكن لدى أي من الخصمين سنداً قانونياً لحيابته، فتكون الحيابة الأحق بالتفضيل هي الحيابة الأسبق في التاريخ، فإذا استويا في لك حكم لهما بالاشتراك في الحيابة^(١)

الحالة الثانية : إذا فقد الحائز حيابته بالقوة : في هذه الحالة يجوز للحائز أن يرفع دعوى استرداد الحيابة ولو كانت حيابته لمدة شهرين فعلاً، طالما أن الحيابة قد سلبت منه بالقوة، وهذا ما أكدته المادة (٢/٩٥٩) من القانون المدني المصري والمادة (٣/١١٥٠) من القانون المدني العراقي والمقصود بالقوة هو سلب الحيابة بالإكراه سواء كان الإكراه مادياً أو معنوياً، فالحيابة تعد مسلوقة بالقوة وأن لم تستخدم القوة المادية وإنما لجأ المعتدي الى الإرهاب والتخويف^(٢)

الشرط الثالث : أن يقع سلب للحيابة : فثمة من يرى أنه يجب أن تكون حيابة العقار قد سلبت بصفة كاملة، وذلك بإخراج الحائز من العقار والاستيلاء عليه، وبالتالي يحرم الحائز من الانتفاع بالحيابة، ولذلك فإن الاعتداء المنقطع على الحيابة، ولمدد مؤقتة فإنه يعد تعرضاً يبرر رفع دعوى منع تعرض لا دعوى استرداد حيابة^(٣) كما أن سلب الحيابة قد يتخذ طرق عدة، فقد يكون بطريقة ظاهرة بواسطة القوة أو بطريقة غير ظاهرة بطريق الخفاء، وقد يتخذ طريقة القوة المادية بالغضب سواء كان هذا الغضب مصحوباً باعتداء على شخص الحائز أو على أتباعه أو غير مصحوب بذلك، بل يتحقق أيضاً معنى الغضب عند عدم القدرة على رد المعتدي^(٤) وقد يتخذ طريق القوة المعنوية بوسائل الغش والخداع والاحتيال، كما لو هدم المعتدي مسقى في أرضه يروي منها الجار أرضه^(٥) وقد يتخذ طريقة غير مشروعة بواسطة الغضب، وقد يكون بطريقة مشروعة بواسطة التنفيذ القضائي وذلك عند تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى^(٦)

الشرط الرابع : أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ الاعتداء عليها : ويترتب على انقضاء مدة السنة دون رفع الدعوى الى الحكم بعدم قبولها وفي هذه الحالة بإمكان الحائز أن يقيم دعوى الملكية^(٧) وعلّة هذا الشرط أن سكوت الحائز مدة سنة على الاعتداء يفيد رضاه، ويزيل وصف الاعتداء عنه، كما أن الحيابة بحكم كونها مركز واقعي فأن استمرار الاعتداء عليها مدة سنة يخلف واقعاً جديداً، يمكن أن يكون جديراً بالحماية^(٨) وبهذا الخصوص نصّت المادة (٩٥٧) من القانون المدني المصري على أنه "إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع استمر لسنة كاملة، وكان ناشئاً عن حيابة جديدة، وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه في هذه الحالة

(١) د. محمد نور شحاتة، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص ٢٦٢. وينظر كذلك القاضي لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ٨٩.

(٢) د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٥٦.

(٣) د. أحمد هندي، أصول المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ١٨٥.

(٤) د. محمد المنجي، الحيابة، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٥) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى إقامة الدعاوى المدنية، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٦) وبهذا الصدد نص قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ في المادة (٢٢/أولاً) "ذا لم ينفذ المدين الحكم أو المحرر رضاً قامت مديرية التنفيذ بالتنفيذ الجبري وفقاً لأحكام هذا القانون" د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٦٥.

(٧) القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٨) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٨٩.

يكون للحائز الجديد التمسك بحيابته في مواجه المدعي" (١) ولا مقابل لهذا المادة في القانون المدني العراقي بالرغم من أهمية هذه الحالة في استقرار الأوضاع في المجتمع.

ثمة رأي في الفقه القانوني يرى أنه إذا مضت مدة السنة ولم ترفع دعوى استرداد الحيابة سقط الحق نهائياً في رفعها، بحيث إذا حاول الحائز رغم ذلك أن يرفعها أمكن للمدعي عليه أن يدفع بعدم قبولها؛ لأن مدة السنة هنا هي مدة سقوط لا مدة تقادم، ولكن هذا الشرط ليس من النظام العام وبالتالي لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه (٢) واستثناءً من القاعدة سالفة الذكر أجاز المشرع رفع دعوى استرداد الحيابة بعد مرور أكثر من سنة وذلك في حالة سلب الحيابة بصورة غير ظاهرة أي عن طريق الخفاء، ففي هذه الحالة يبدأ سريان مدة السنة التي يتعين فيها على الحائز رفع الدعوى، من الوقت الذي ينكشف فيه الخفاء الذي أحاط بسلب الحيابة (٣)

ب- الحكم في دعوى استرداد الحيابة : بهذا الصدد نصّت المادة (١١٥٦) من القانون المدني العراقي على أنه "لا يفيد الحكم برفع اليد ورد الحيابة أو الحكم بمنع التعرض أو الحكم بوقف الأعمال الجديدة، القضاء بملكية العقار لمن حكم له" (٤) وهذا النص واضح فالحكم بدعوى الحيابة لا يعني القضاء بملكية العقار للمحكوم له؛ والسبب في ذلك أن الحكم بهذه الدعوى لا يفصل بأصل الحق وإنما غرضه حماية حائز العقار من الاعتداء، وإذا توافرت شروط هذه الدعوى، لا بد أن يصدر القاضي الحكم، وهناك عدة فروض قد يصدر على أساسها الحكم :

الفرض الأول : إذا كان المدعي الذي انتزعت منه الحيابة قد دامت حيابته مدة لا تقل عن سنة: فهنا المدعي يستطيع رفع دعوى استرداد الحيابة؛ والسبب في ذلك أن الاعتداء على حيابته لم يقتصر على مجرد التعرض لها، بل أدى الى سلبها منه عنفاً أو غصباً، وعليه إذا قام المدعي بإقامة دعوى استرداد الحيابة وتوافرت شروطها حكم له برد حيابته إليه، وبإعادة العقار إلى أصله إن كان المدعي عليه قد أحدث فيه تغييراً فمثلاً إذا أقام بناء جديد قضي بهدمه (٥)

الفرض الثاني : إذا كان المدعي الذي انتزعت منه الحيابة لم تدم سنة كاملة ولكن الحيابة قد انتزعت منه بالقوة : ففي هذا الفرض تكون الحيابة قد انتزعت من المدعي بالقوة؛ ولذلك يحق له رفع دعوى استرداد الحيابة، بالرغم من أن حيابته لم تدم سنة كاملة، وفي هذا الفرض تكون دعوى استرداد الحيابة جزاءً على انتزاع الحيابة بالقوة أي تكون دعوى مسؤولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيابة، وهنا يحكم على للمدعي (الحائز) برد الحيابة وإعادة العقار إلى أصله (٦) والأثر المترتب على سلب الحيابة هو حرمان الحائز من الانتفاع الكامل بحيابته، الأمر الذي يتطلب رد الحيابة الى الحائز وتمكينه من الانتفاع منه (٧)

الفرض الثالث : عدم استناد المدعي عليه إلى حيابة أحق بالتفضيل : ففي هذا الفرض لم تستمر حيابة المدعي لمدة سنة، ولم تسلب منه بالقوة، حتى يجوز له إقامة دعوى استرداد الحيابة كما

(١) تقابلها المادة (١/١١٧٩) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٢٢) من القانون المدني الكويتي.

(٢) د. ضياء شيت خطاب، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣، ص ١١٤.

(٣) د. محمد شريف عبد الرحمن، أسباب كسب الملكية (الحيابة) المصدر السابق، ص ١٨١.

(٤) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الاردني وكذلك القانون المدني الكويتي.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٢١.

(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٢١.

(٧) القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ١٨٧.

في الفرضين السابقين، ولكن في هذه الفرض المشرع قد أعطاه الحق في رفع هذه الدعوى؛ والسبب في ذلك أن المدعى عليه الذي أنتزع منه الحيابة لا يستند الى حيابة فضلى، والحيابة الفضلى هي الحيابة القائمة على سند قانوني، وبالتالي يفضل المدعى (الحائز) عندما تكون حيابته مستندة إلى سند قانوني^(١) وإذا تعادلت السندات أو لم يكن لدى أي من الطرفين سند فضل من كان اسبق في الحيابة، وإن تساويا في ذلك حكم لهما بالاشتراك في الحيابة^(٢)

بالنسبة لموقف القضاء من الحكم بدعوى استرداد الحيابة، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "ولاية قاضي الحيابة تتسع لإزالة الأفعال المادية التي يجريها المدعى عليه في هذا النوع من القضايا، باعتبار أن القضاء فيها هو من قبيل إعادة الحال الى ما كانت عليه، ومن حق الحائز لمدة لا تقل عن سنة طلب إعادة العقار إلى أصله، بطلب إزالة ما يحدثه المتعرض من تغيير سواء بإزالة ما يقيمه من مبان أو بإعادة ما يهدمه منها"^(٣)

في القضاء العراقي ذهبت محكمة التمييز الى أنه "إذا كانت الحيابة مستندة الى سند قانوني كعقد الإيجار على الأرض المتعاقد عليها مع مديرية الإصلاح الزراعي فيكون وضع يد الحائز عليها واقعا بصورة مشروعة، ولا يلزم برفع يده عنها؛ لعدم توفر شروط دعوى الحيابة"^(٤)

٢- دعوى منع التعرض : بخصوص موقف القوانين محل المقارنة من دعوى منع التعرض، فقد نصت المادة (٢٢٨٢) من القانون المدني الفرنسي على أنه "تحمى الحيابة دون المساس بأساس الحق من التعرض الذي يطالها أو يهددها، وتؤمن حماية الحيابة أيضاً لوضع اليد على الشيء ضد أي شخص غير الذي تلقى منه حقوقه على هذا الشيء".

نصت المادة (٩٦١) من القانون المدني المصري "من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيابته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع التعرض".

بهذا الاتجاه سار المشرع المدني العراقي، إذ جاء في المادة (١١٥٤) "من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيابته، جاز له خلال سنة من وقوع التعرض أن يرفع الدعوى بمنع هذا التعرض أمام محكمة البداء"^(٥) وفي إطار الحديث عن دعوى منع التعرض سنوضح تعريف هذه الدعوى وشروطها ومن ثم ننتقل الى الحكم فيها وكما يلي:

أ- تعريف دعوى منع التعرض وشروطها : عرفت هذه الدعوى بعدة تعاريف تكاد تتشابه في مضمونها، منها أنها الدعوى التي يرفعها الحائز أمام القضاء بقصد منع تعرض وقع له في

(١) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ١٤٦١.

(٢) د. حسن علي ذنون، الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٣) الطعن رقم ٥١/١٥٣٢ ق، في جلسة ١١/٢٥/١٩٨٤، أشار إليه السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع في الحيابة المدنية وحمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١١٢.

(٤) القرار رقم ٣٢/ م ٣/ ١٩٧١، في تاريخ ١٩٧١/٦/٢٤، أشار إليه القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني)، المصدر السابق، ص ٣٥٥.

(٥) تقابها المادة (١١٨٠) من القانون المدني الاردني والمادة (٩٢٧) من القانون المدني الكويتي، والجدير بالذكر أن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ أشار في المادة (٢١) منه "تقبل دعوى الحيابة بنوعها دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيابة من الحائز العرضي كالوديع والمرتهن والمستأجر وصاحب الأمتياز في ملك الدولة العام، وذلك فيما عدأ الحالة التي تكون الدعوى فيها موجهة ضد من أستمد الحائز العرضي حقوقه منه" د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

حيازته^(١) وبالنسبة لشروط دعوى منع التعرض فقد وضع القانون عدة شروط لها منها ما يتشابه مع دعوى استرداد الحيابة من حيث أن يكون المدعي حائزاً للعقار وأن تستمر الحيابة لمدة سنة، فضلاً عن ذلك هناك شرطان فيهما خصوصية في هذه الدعوى سنبينهما تباعاً:

الشرط الأول : أن يقع التعرض للحيابة : وهناك نوعان للتعرض تعرض مادي وآخر قانوني، فبالنسبة للتعرض المادي هو كل عمل يقوم به الغير ويكون من شأنه أن يتضمن أنكاراً للحيابة، كأن يقوم هذا الغير بدون إذن الحائز بزراعة الأرض أو البناء عليها، ولا بد أن تكون هذه الأعمال مؤقتة ومنقطعة ولا تؤدي إلى سلب الحيابة تماماً، أو يكون التعرض قانوني فهو كل عمل قانوني من شأنه أن يعكر على الحائز حيازته ويجعلها محل نزاع، كأن ينذر الحائز من قبل المدعي عليه بواسطة كاتب العدل بأن لا يقوم بزراعة الأرض أو استغلالها بأي كيفية^(٢) وبهذا السياق يثار تساؤل مفاده هل يشترط في أعمال التعرض أن تكون قد اقترنت بالعنف أو الإكراه؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول ليس هنالك ضرورة في اقتران التعرض بالعنف فقد يحصل التعرض دون استخدام الإكراه والقوة ومع ذلك يعد تعرضاً للحيابة، كذلك لا يشترط في التعرض أن يكون قد ألحق ضرراً بالحائز؛ لأن الفعل الضار الذي لا يستند إلى حق أو منازعة في الحيابة، يبرر للمتضرر المطالبة بالتعويض طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية^(٣)

الشرط الثاني : أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ التعرض : فالقانون يشترط أن تقام دعوى منع التعرض خلال السنة التالية لوقوع التعرض وإلا سقط الحق فيها، ولا يبقى أمام الحائز إلا أن يرفع دعوى شخصية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء التعرض^(٤) وفي إطار حساب المدة يستوي أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً، فإذا كان التعرض مادي تحتسب المدة من تاريخ وقوع الاعتداء المادي على الحيابة، أما إذا كان التعرض قانوني فتحتسب مدة السنة من تاريخ اتخاذ الإجراء القانوني الذي يتعارض مع الحيابة^(٥) وفي هذا الصدد يظهر تساؤل مفاده كيف يتم حساب المدة في حالة تعدد أعمال التعرض للحيابة ؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول أن القوانين لم تورد نصوص صريحة حول هذا الموضوع بالرغم من أهميته في الحياة العملية، وفي الفقه القانوني فالأمر يقتضي التمييز بين حالتين : الحالة الأولى عندما تتطافر مجموعة أعمال لتكون بمجملها تعرضاً للحيابة : في هذه الحالة يبدأ حساب المدة من تاريخ آخر واقعة اكتمل بها التعرض، على سبيل المثال عندما ينشأ التعرض من بناء حائط في ملك المتعرض يؤدي إلى إغلاق مظل للحائز، فالسنة التي حددها القانون هنا تبدأ من تاريخ اكتمال هذا العمل الذي يعد تعرضاً للحيابة وبالتالي يؤدي إلى إغلاق المظل^(٦)

الحالة الثانية : وفيها تتعدد الأعمال التي يشكل كل منها بمفرده تعرضاً للحيابة : ففي هذه الحالة يجب التمييز بين فرضين : الفرض الأول إذا كانت هذه الوقائع المتكررة متشابهة غير مستقلة،

(١) د. إبراهيم أمين النفيلاوي، مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٥٨٨. وينظر كذلك المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، المصدر السابق، ص ١٠٥. و د. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٢٨.

(٢) السيد منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص ٤١.

(٣) القاضي لفتة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٤) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ١٤٢٩.

(٥) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٤٤٩.

(٦) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٠.

كأن يكون شخص دأب على المرور بمواشيه في أرض زراعية لجاره، فهنا السنة تبدأ من أول واقعة تشكل منها اعتداء على الحيابة؛ لأن هذا هو التاريخ الذي يمكن أن يبدأ منه افتراض تنازل الحائز عن دعواه، والفرص الثاني إذا كانت الأعمال مستقلة سواء من حيث الفاعل (المدعى عليه في دعوى منع التعرض) أو من حيث نوع التعرض، فدعوى الحيابة هنا ستعدد وتحسب مدة لكل دعوى على حدة^(١)

ب- الحكم في دعوى منع التعرض : إن الحكم الصادر في دعوى منع التعرض قد يكون حكم إلزام وقد يكون حكم تقرير، فعندما يكون التعرض مادياً يصدر حكم إلزام، وذلك بإزالة مظاهر التعرض، وإلزام المتعرض بعدم التعرض للحائز، وهذا من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع التعرض، أما إذا كان التعرض قانوني ففي هذه الحالة يكون الحكم الصادر في دعوى منع التعرض حكم تقرير يؤكد حيابة المدعى في مواجهة المتعرض، وينفي حق المتعرض في اتخاذ الإجراء الذي قام به^(٢)

كما أن المطلوب في دعوى منع التعرض في الحقيقة هو طلب موضوعي من ناحية وطلب وقتي من ناحية أخرى، فالطلب الموضوعي يتمثل في إزالة التعرض الحادث؛ لذلك يكون الحكم الصادر بشأنه حكم موضوعي قد يكون إلزامياً أو تقريرياً كما وضحنا، بينما يكون الطلب الوقتي متمثلاً في منع تكرار مثل هذا التعرض أي مواجه الخشية من أنكار الحيابة في المستقبل مما يعد تهديداً لمركز الحائز؛ لذلك يكون الحكم الصادر بشأنه وقتياً، وإذا توافرت شروط هذه الدعوى تقضي المحكمة بإزالة الأعمال التي تعكر الحيابة^(٣) وفي هذا الشأن قد يسأل سأل هل يجوز للمستأجر إقامة دعوى منع التعرض على المؤجر إذا ما حال دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ويحكم على المؤجر بمنع تعرضه؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول أن العلاقة التي تربط المستأجر بالمؤجر ينظمها العقد المبرم بينهما، والذي يفرض التزامات متقابلة في ذمة الطرفين، ولذلك إذا أخل المؤجر بالتزاماته ومن بينها عدم التعرض للمستأجر في استيفاء المنفعة، وهذا الالتزام قرره المادة (٧٣٥) من القانون المدني العراقي، فإنه من حق المستأجر رفع الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار؛ وذلك لإلزام المؤجر بتنفيذ ما ورد بالعقد، وليس إقامة دعوى منع التعرض، التي بإمكانه إقامته إذا تعرض له الغير في استيفاء هذه المنفعة^(٤)

بخصوص موقف القضاء من الحكم بدعوى منع التعرض قضت محكمة النقض المصرية بأنه "التعرض الذي يبيح لحائز العقار حيابة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو الإجراء المادي أو القانوني الموجه إلى واضع اليد على أساس حق يتعارض مع حق واضع اليد"^(٥)

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، (حق الملكية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٩٤٠.

(٢) د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ١٨٣.

(٣) د. سيد أحمد محمود، أصول النقااضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٧٩.

(٤) القاضي لفنة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٥) نقض مدني ١٦/٤/١٩٧٩، مجموعة محكمة النقض (الدائرة المدنية)، تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام في محكمة النقض المصرية، السنة ٣٠ قضائية - ج ٢ - ص ٢٠٩.

في القضاء العراقي قضت محكمة التمييز بأنه "حصول التعرض للحائز يستوجب دفعه وإن لم يبلغ حد نزع الحيابة" (١) وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية "إن المدعي وكما جاء بعريضة الدعوى أدعى أن المدعى عليهم تعرضوا لحيابته للعقار وطلب الحكم بمنع التعرض، وقد ثبت من إقرار وكيل المدعي أن موكله لم يكن حائزاً أو شاغلاً للعقار لذا تكون الدعوى خالية من السند القانوني ويقتضي ردها" (٢)

٣- دعوى وقف الاعمال الجديدة : بالنسبة لتوجه القوانين محل المقارنة من دعوى وقف الأعمال الجديدة، فقد نصّت المادة (٢٢٨٣) من القانون المدني الفرنسي على أنه "يحق للذين يملكون أو يضعون يدهم بشكل هادئ أن يقدموا دعاوى الحيابة وفقاً للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية" وقلنا أن هذا النصّ عام يشمل جميع دعاوى الحيابة ومنها دعوى وقف الأعمال الجديدة فيحق للحائز بشكل هادئ أن يرفع هذه الدعوى من أجل وقف الأعمال التي يكون من شأنها أن تهدد حيابته.

كما نصّت المادة (١/٩٦٢) من القانون المدني المصري أنه "من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة، وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيابته بشرط ألا تكون قد تمت، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولو لم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر"

بهذا الاتجاه أخذ المشرع المدني العراقي، إذ جاء في المادة (١/١١٥٥) أنه "من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيابته، كان له أن يدعي أمام محكمة البداء طالباً بوقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت وألا يكون قد أنقضى عام على البدء بها" (٣) فالقوانين محل المقارنة لم يكتفي بحماية الحيابة عند تعرضها للسلب أو حمايتها من التعرض، وإنما نظمت فضلاً عن ذلك وقايتها من التعرض قبل حصوله، ومتى تهيأت الأسباب لاحتمال وقوعه (٤) وبصدد الحديث عن دعوى وقف الأعمال الجديدة سنوضح تعريف وشروط هذه الدعوى وكيفية الحكم فيها تباعاً:

أ - تعريف دعوى وقف الأعمال الجديدة وشروطها : عرفت دعوى وقف الأعمال الجديدة بتعريف عدة نذكر منها أنها الدعوى التي يرفعها الحائز الذي يخشى التعرض له من أعمال جديدة تهدد حيابته، ويطلب فيها وقف هذه الأعمال، التي لو تمت لكان فيها تعرض للحيابة (٥) مما تقدم يمكننا تعريف دعوى وقف الأعمال الجديدة بأنها الدعوى التي يقيمها الحائز على الغير، الذي شرع في عمل لو تم لأصبح تعرضاً للحيابة، الأمر الذي يستوجب منع من إتمام هذا العمل.

(١) رقم القرار ١٧٦ / حقوقية ثالثة / ٩٧٠ في تاريخ ١٤ / ٢ / ١٩٧٠، أشار إليه القاضي أبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (قسم المرافعات المدنية)، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص ٢٨٤.

(٢) رقم القرار ١٤٠٦ / م / ٢٠٠٦، في ٢٩ / ٨ / ٢٠٠٦، أشار إليه القاضي موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٠، ص ١٣٧.

(٣) تقابلها المادة (١١٨٠) من القانون المدني الأردني والمادة (٩٢٨) من القانون المدني الكويتي.

(٤) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ٢٠٨.

(٥) د. كاظم حسن الربيعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، المصدر السابق، ص ٩٦. وينظر كذلك د. نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢١٤. ود. أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٢٨.

بالنسبة لشروط دعوى وقف الأعمال الجديدة نجد أنها تتشابه مع الدعويين السابقين في اشتراط أن يكون المدعي حائزاً للعقار، وأن تستمر الحيابة مدة سنة كاملة، وكذلك وجوب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ بدء الأعمال الجديدة، يضاف إلى هذه الشروط السابقة شرط آخر خاص بهذه الدعوى يتمثل في أن يشرع المدعي عليه بأعمال لو تمت لأصبحت تعرضاً للحيابة، ويشترط في الأعمال الجديدة التي يطلب وقفها أمران الأمر الأول : يجب أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم؛ لأن هذه الأعمال لو تمت لحصل التعرض فعلاً للحيابة، وهذا يبرر إقامة دعوى منع التعرض، ولا بد أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد أن هذه الأعمال لو تمت لنجم عنها تعرض فعلي للحيابة وهذه المسألة خاضعة لتقدير قاضي الموضوع^(١)

ثمة من يرى أنه إذا أقام المدعي (الحائز) الدعوى وتم العمل المطلوب إيقافه خلال إجراءات الدعوى، فإنه يتعين على القاضي نظر الدعوى باعتبارها دعوى منع التعرض ولو لم يطلب المدعي عليه ذلك، وهنا يتعين إزالة هذه الأعمال الجديدة لا وقفها^(٢) والأمر الثاني : هو أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعي عليه قد وقعت في عقاره هو لا في عقار المدعي ولا في عقار الغير، وهذا الشرط يستخلص من طبيعة الأشياء؛ لأن هذه الأعمال لو بدأت في عقار المدعي لكان التعرض حالاً لا مستقبلاً، كما أنها لو بدأت في عقار الغير لكان التعرض لحيابة هذا الغير هو أيضاً حالاً لا مستقبلاً، وفي الحالتين يجب إقامة دعوى منع تعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة^(٣) وبهذا السياق يثار تساؤل مفاده ما هو نوع الدعوى التي يقيمها المدعي إذا كانت الأعمال الجديدة قد حصلت من قبل المدعي عليه على أرض الغير تواطأ معه ؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول في هذه الحالة يجب إقامة دعوى وقف الأعمال الجديدة واعتبار الغير شريكاً معه عند إقامة الدعوى ولا يختلف الأمر في هذه الحالة عن القواعد المقررة لهذه الدعوى، أما إذا كانت الأعمال الجديدة قد حصلت في أرض الغير دون علمه ورضاه، فإنه على المدعي في هذه الحالة إقامة دعوى من التعرض^(٤)

ب- الحكم بدعوى وقف الأعمال الجديدة : إن القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة لا يحكم بإزالة الأعمال الجديدة كما كان يحكم بذلك لو كنا أمام دعوى منع تعرض بل في دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضي بوقف هذه الأعمال دون إزالتها^(٥) والحكم فيها لا يخلو من أحد فرضين: **الفرض الأول :** إذا كان المدعي على حق في دعواه، ويقرر أن هناك أسباباً معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلي للحيابة لو تمت هذه الأعمال الجديدة، فهنا يحكم القاضي بوقف هذه الأعمال، وعدم الاستمرار بها إلى أن تقام دعوى الملكية ويفصل فيها، وللقاضي أن يأمر المدعي عليه بتقديم كفالة مناسبة وذلك لضمان الضرر الذي قد يلحق بالمدعي من جراء الحكم^(٦) **والفرض الثاني :** إذا لم يكن المدعي على حق في دعواه، لعدم توافر شروط هذه الدعوى، يحكم برفض الدعوى، ويستمر المدعي عليه في الأعمال الجديدة التي بدأها إلى أن تقام دعوى الملكية

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٤٦.

(٢) القاضي لفظة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ١١٠.

(٣) القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ١٩٧.

(٤) القاضي لفظة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيابة، المصدر السابق، ص ١١١.

(٥) د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

(٦) د. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ١٤٤١.

ويفصل فيها، وللقاضي أيضاً أن يأمر المدعى عليه بتقديم كفالة مناسبة^(١) كما أن الحكم الصادر دعوى الحيابة يخضع للقواعد العامة التي تنظم العمل القضائي ولا بد أن يصدره القاضي مسبباً، وذلك بذكر الأسباب التي دعت القاضي إلى إصداره^(٢)

وبخصوص موقف القضاء من الحكم في دعوى وقف الأعمال الجديدة فقد قضت محكمة النقض المصرية إلى أنه "لا يعيب الحكم أن تكون المحكمة قد أعطت دعوى استرداد الحيابة وقد قضت في منطوقها بنهج التعرض وتسليم العين للمحكوم له، أن ما قضي به يتفق مع ما يصح أن يطلب ويقضي به في مثل هذه الدعوى ولا يتعرض مع اعتبارها دعوى استرداد حيابة"^(٣)

ذهب القضاء العراقي "ادعى المدعي لدى محكمة بداءة المدائن أن المدعى عليه حفر الأسس والبناء في الأرض الزراعية التي يملكها المدعي وحيث إن ذلك مخالف للقوانين الزراعية والقانون المدني، لذا طلب دعوته للمرافعة والحكم عليه بوقف الأعمال الجديدة، وذلك استناداً لأحكام المادة (٣/١١) من قانون المرافعات المدني وتحمله المصاريف وأتعاب المحاماة"^(٤)

خلاصة ما تقدم أن دعوى الحيابة دعوى موضوعية، هدفها حماية حيابة العقار قانونية كانت هذه الحيابة أم عرضية، وبحسب نوع التهديد الذي يتعرض له الحائز، فدعوى استرداد الحيابة يكون الغرض منها رد حيابة العقار لمن سلبت منه، ودعوى منع التعرض يكون غرضها دفع التعرض الذي قد يطال الحائز من الغير بدون وجه حق، أما عن دعوى وقف الأعمال الجديدة فغرضها هو وقف الأعمال التي من شأنها أن تهدد حيابة العقار، وكل ذلك في سبيل استقرار الأوضاع والمراكز القانونية في المجتمع.

المطلب الثاني

الحماية المؤقتة للحيابة العرضية للعقار

إنّ حائز العقار من الممكن أن يلجأ الى القضاء المستعجل لحماية حيازته، وذلك لما يوفره هذا القضاء من مزايا تتمثل بسرعة حسم الدعوى دون التعمق في أدلة الإثبات، بل يكون القضاء من ظاهر المستندات، فإذا ما اخفق الحائز في الحصول على حماية القضاء المستعجل لحمايته، جاز له اللجوء الى القضاء الموضوعي ويمكنه إثبات دعواه بطرق الإثبات المتاحة أمام هذا القضاء والتي تشمل كافة وسائل الإثبات، وتفصيلاً لما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول التعريف بالقضاء المستعجل ونعرض في الفرع الثاني الى مجال اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى الحيابة وكما يلي :

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٤٨.
(٢) د. حسن حنتوش رشيد وعلي شمران حميد، التسيب في الأعمال القضائية الماهية والوظائف، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد الثاني، السنة الخامسة، ٢٠١٣، ص ٢٤.
(٣) الطعن رقم ٢٢٤ في جلسة ١٦/١٢/١٩٥٤ أشار إليه المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، المصدر السابق ص ٥١٣.
(٤) قرار محكمة أستئناف بغداد بصفتها التمييزية بالعدد ٥٠٠/حقوقية/٩٢ في ١٢/٥/١٩٦٣. أشار إليه القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٢٤.

الفرع الأول

التعريف بالقضاء المستعجل

سوف نوضح في هذا الفرع تعريف القضاء المستعجل من ناحية وأركان هذا النوع من القضاء من ناحية أخرى وتفصيلاً لما تقدم سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى تعريف القضاء المستعجل ونبين في الفقرة الثانية أركان القضاء المستعجل وكما يلي :

أولاً : تعريف القضاء المستعجل:

١- في الفقه الإسلامي : بخصوص توجه الفقه الإسلامي من تعريف القضاء المستعجل، يلاحظ أن الفقه الإسلامي لم يعرف هذا النوع من القضاء وبهذه التسمية، فالقضاء في الفقه الإسلامي يتميز بطبيعته بالسرعة في الفصل في الخصومات؛ لأن القضاء في الإسلام ما جاء إلا لرعاية مصالح العباد وحمايتهم، ولا يخفى علينا أن الفقهاء المسلمين درسوا نظرية القضاء بشكل عام دراسة مستفيضة، فبينوا تعريفه وأركانه وسنوضح ذلك حسب كل مذهب، ففي الفقه الإمامي عرف القضاء بأنه "ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الإمام" (١) وعرف أيضاً بأنه "ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينة من البرية بإثبات الحقوق واستيفائها للمستحق" (٢)

في المذهب الحنفي عرف فقهاء الحنفية القضاء بتعاريف عدة منها أنه "فصل الخصومات وقطع المنازعات" (٣) وعرفته المالكية بأنه "الأخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام" (٤) وعرفته الشافعية بأنه "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى" (٥) وفي الفقه الحنبلي عرف بأنه "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات" (٦) وفي الفقه الحديث يعرف القضاء بأنه "هو الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصوصة" ويراد بالكيفية المخصوصة كيفية رفع الدعوى إلى القاضي والأساليب التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والترافع أمام القاضي (٧)

٢- في القانون الوضعي : بخصوص موقف القوانين المقارنة فإن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥، قد وضع تعريفاً للقضاء المستعجل وذلك في المادة (٤٨٤) إذا جاء فيها "الأمر الصادر في الأمور المستعجلة هو قرار مؤقت يتخذ بناء على طلب أحد الطرفين، في الحالات التي يخول فيها القانون القاضي سلطة إصدار الأمر مباشرة بالنسبة للإجراءات والتدابير الضرورية دون التطرق لأصل الحق" وعن توجه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فهو لم يضع تعريفاً صريحاً للقضاء المستعجل، وكذلك الحال بالنسبة لقانون المرافعات المدنية العراقي، ولكن لا بد من ملاحظة أن اللجنة التي أعدت مشروع الإجراءات

(١) العاملي، محمد جمال الدين مكي، الدروس الشرعية، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٧ هـ، ص ١٦٨.

(٢) العاملي، زين الدين بن علي، مسالك الأفهام، ج ٢، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٨ هجرية، ص ٣٨٨.

(٣) الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٨، المصدر السابق، ص ٢٥.

(٤) الحطاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ٦، المصدر السابق، ص ٨٦.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ٤، المصدر السابق، ص ٣٧٢.

(٦) ابن النجار، منتهى الأرادات، ج ٢، المصدر السابق، ص ٥٧١.

(٧) د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٩، ص ١٢.

المدنية قد وضعت تعريفاً صريحاً للقضاء المستعجل أنه "قرار وقتي تتخذه المحكمة المختصة، طبقاً للإجراءات التي يقرها القانون، للوقاية من خطر التأخير في حماية حق يرجح وجوده" (١)

في إطار الفقه القانوني وردت عدة تعاريف للقضاء المستعجل نذكر منها أنه قضاء مؤقت ينشئ بين الطرفين مركزاً معيناً مؤقتاً، يدعي إليه الاستعجال والضرورة، ويبقى حتى الفصل في النزاع من قاضي الموضوع (٢) وهذا التعريف قد تطرق إلى القضاء المستعجل في ذاته، كما أشارا إلى ركنيه، ولذلك نرجح هذا التعريف.

بناءً على ما تقدم يمكننا أن نعرف القضاء المستعجل بأنه نوع من القضاء يمكن للخصم الذهاب إليه عندما يتعرض مركزه القانوني أو حقه إلى خطر قد يتعذر تداركه وإصلاحه بإتباع إجراءات التقاضي العادية.

ثانياً : أركان القضاء المستعجل :

١- في الفقه الإسلامي : سبق وقلنا في تعريف القضاء في الفقه الإسلامي أنه لم يعرف القضاء المستعجل وبهذه التسمية، فإجراءات التقاضي في الإسلام تتميز بطبيعتها بالسرعة في سبيل الحفاظ على حقوق الناس ومصالحهم، ولكن لا بد القول أن الفقهاء المسلمين قد وضعوا عدة أركان يقوم عليها القضاء عموماً ومنها القاضي والمقضي فيه (الواقعة) والمقضي له (المحكوم له) والمقضي عليه (المحكوم عليه) وأخيراً المقضي به (المحكوم به) وهو حكم الشرع (٣)

٢- في القانون الوضعي : إن القضاء المستعجل في القانون الوضعي يقوم على ركنين أساسيين هما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق وسنبيتهما تبعاً:

أ - الاستعجال: يعد الخطر العاجل أو الاستعجال الركن الأول للقضاء المستعجل، وغياب هذا الركن يلزم قاضي الأمور المستعجلة رد الطلب من جهة الاختصاص (٤) وبهذا الصدد يثار تساؤل مفاده ما هو الاستعجال الذي يبرر وجود القضاء المستعجل ؟

إن القوانين محل المقارنة لم تضع تعريفاً صريحاً للاستعجال، فالأمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء، وفي الفقه القانوني عرف بأنه الخطر المحدق بالحق أو المصالح التي يراد الحفاظ عليها، ويتوافر هذا الخطر كلما وجدت حالة يترتب على فوات الوقت ضرر فيها يتعذر تداركه (٥) ومما تقدم يمكننا أن نعرف الاستعجال بأنه ركن من أركان القضاء المستعجل يتمثل بخطر محقق

(١) المادة (١٩٤) من مشروع قانون الإجراءات المدنية الذي أعد سنة ١٩٨٦ من قبل إحدى لجان إصلاح النظام القانوني في وزارة العدل.

(٢) القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥١، ص ٢٠٤، ود. أمين مصطفى النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٢١٣.

(٣) د. عبد الوهاب خيرى على العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٩. وينظر كذلك محمد الحبيب التيجاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣٦. ود، محمد إبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، المصدر السابق، ص ٣٦.

(٤) القاضي هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، ط ١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨، ص ١٩.

(٥) د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦، ص ١٣٥. وينظر كذلك د. مصطفى مجدي هرجة، أحكام وأراء في القضاء المستعجل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٩. والقاضي هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، المصدر السابق، ص ٢٠.

يحيط بالحق المطلوب حمايته، بواسطة إجراءات سريعة تحافظ عليه، والتساؤل السابق يقودنا إلى تساؤل جديد مفاده كيف يتم التوصل إلى توافر ركن الاستعجال من عدمه في الدعوى؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول هناك معيارين يمكن من خلالهما معرفة توافر ركن الاستعجال من عدمه، ومن ثم تقرير شمول القرار بالنفاد المعجل أو عدم تقرير ذلك وهما :

المعيار الأول : المعيار الموضوعي : يتمثل هذا المعيار في أن الاستعجال يمكن استخلاصه من طبيعة الحق المطلوب حمايته ومن الظروف المحيطة به، ويعتمد القاضي على هذا المعيار في بيان حالات النفاذ المعجل القضائي، والتي تستند إلى ركن الاستعجال، وتكون بحاجة إلى السرعة بالتنفيذ، حفاظاً على مصلحة المحكوم له ^(١) وتقدير توافر ركن الاستعجال من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة، ولا معقب عليه في اتخاذ قراره حول الاستعجال ^(٢)

المعيار الثاني : المعيار القانوني : مضمون هذا المعيار أن الاستعجال في حالات النفاذ المعجل بقوة القانون قد أفترض المشرع توافره، تقديرًا منه لأهمية الزمن في مثل هذه الحالات وحاجتها إلى السرعة في التنفيذ والافاتت الغاية المقصودة من اتخاذها، وبالتالي لا يتمكن القاضي فيها من الاعتماد على المعيار الموضوعي، لأنه لا يكون له أي دور في تقدير توافر ركن الاستعجال من عدمه، أي أن القاضي لا يكون بحاجة إلى البحث عن توافر ركن الاستعجال؛ لأن الاستعجال في هذه الحالة موجود تشريعياً ^(٣) ونحن نرى أن كلاً المعيارين يعتمدان في حقيقتهما على طبيعة الحق موضوع الحماية، والفرق بينهما يظهر في أن المشرع قد جعل نفاذ بعض الأحكام بقوة القانون طلب من المدعي أو تدخل من القاضي، تقديرًا منه لأهمية شمولها بالنفاذ المعجل، ويترك للقاضي في حالات أخرى سلطة تقديرية وبحسب الظروف المحيطة بالحق المراد حمايته.

بخصوص موقف القضاء من تعريف الاستعجال كركن للقضاء المستعجل، يلاحظ أن القضاء المصري والعراقي لم يوردًا تعريفًا صريحًا للاستعجال ولكن يمكن القول أنهما أشارا إليه ضمناً من خلال الإشارة إلى سرعة ووقتيّة القرار المستعجل، وبهذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية "قاضي المور المستعجلة يختص بالحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت..." ^(٤) وذهبت محكمة التمييز إلى أنه "إن بيان الاضرار التي لحقت بالمأجور وبيان شاغليه والتحقق من أحداث تغييرات جوهرية فيه هي ليست من المسائل المستعجلة ويمكن التصدي لها بدعوى موضوعية أمام القضاء العادي وليس المستعجل" ^(٥)

(١) د. رمزي سيف، تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية، ط ٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٢٣٨.

ينظر كذلك صفاء العارف، الإجراءات المستعجلة، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٥٧، ص ٦٣.

(٢) المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط ٥، مركز الدلتا،

مصر، ١٩٩٧، ص ١٤٥.

(٣) د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع،

ص ٣٧٩.

(٤) الطعن رقم ١٣٢٩ لسنة ٤٨ قضائية، في جلسة ١٩٨٢/٢/٢٨، أشار إليه المستشار فايز السيد للمساوي

والمستشار أشرف فايز للمساوي، الصيغ النموذجية في القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط ١، المركز القومي

للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٠.

(٥) رقم القرار ٢٠١٢/٣/١٦٥٣، في تاريخ ٢٠١٢/٢/١٦، أشار إليه القاضي لفترة هامل العجيلي، دراسات في

الجدير بالذكر أن محكمة التمييز الأردنية قد وضعت تعريفاً صريحاً للاستعجال وعرفته بأنه "الخطر المحدق بالطلب المطلوب حمايته بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية، ولا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاء الموضوع"^(١)

ب- **عدم المساس بأصل الحق** : بخصوص موقف القوانين محل المقارنة من عدم المساس بأصل الحق كركن للقضاء المستعجل، يلاحظ أن هذه القوانين قد تطرقت الى هذا الموضوع، فقد جاء في المادة (٤٨٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي "الأمر الصادر في الأمور المستعجلة قرار مؤقت يتخذ بناءً على طلب أحد الطرفين...دون أن يتطرق لأصل الحق".

كذلك نصّت المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري أنه "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها يحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت "وبهذا الاتجاه سار قانون المرافعات المدنية العراقي إذ جاء في المادة (١/١٤١) أنه "تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت، بشرط عدم المساس بأصل الحق"^(٢)

في إطار الفقه يراد بعدم المساس بأصل الحق أن قاضي المستعجلات يتمتع بأي حال من الأحوال أن يقضي في أصل الحقوق والالتزامات والاتفاقات بل يجب عليه تركها لقاضي الموضوع المختص وحده للحكم فيها^(٣) فالاستعجال يهدف للسرعة في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية الحق من الأخطار التي يتعرض لها في المدة ما بين رفع الدعوى وصدور الحكم وإلا يضيع الحق عند الانتظار، فهذا القضاء لا يمس موضوع الحق بل يقتصر على حمايته بصورة مؤقتة^(٤) ويذهب رأي إلى أن المقصود بعدم المساس بأصل الحق أن تبقى مراكز الخصوم على حالها وعلى قاضي الأمور المستعجلة أن يبتعد عن تلك المراكز؛ لأن تحريك تلك المراكز باتجاه موضوع الحق المتنازع عليه أو ادخالهم به يخرج القضاء المستعجل من اختصاصه النوعي ويلقي به في قضاء الموضوع سواء نشأ ذلك المركز عن عقد أم قرار حكم^(٥)

يضيف البعض أنه ليس المركز القانوني الذي يجب على قاضي المستعجل الابتعاد عنه فحسب بل يوجب عليه أيضاً الامتناع عن تناول السبب القانوني الذي بموجبه حددت حقوق والتزامات أطراف الدعوى^(٦) ومبتغى المشرع من هذا الشرط هو أن لا يتم حسم النزاع في أصل الحق بإجراءات مستعجلة، ويؤدي ذلك إلى التقريط بضمانات التقاضي، التي يوفرها القضاء العادي عند تعرضه لأصل الحق، وما يقتضي من تحقيق معمق وأدلة ترجح كفة أحد

(١) رقم القرار ١٩٩٩/٣٢٣٧، منشور في مجلة نقابة المحامين الاردنيين تصدر عن نقابة المحامين في الأردن، العدد الموحد السابع والثامن والتاسع، السنة التاسعة والاربعون، ص ١٥٣٠.

(٢) تقابلها المادة (٣٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والمادة (٣١) من قانون المرافعات الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.

(٣) د. إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، ج ١، ط ١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨٩، ص ٦٠٠.

(٤) زاوي عباس، الدعوى الاستعجالية في ظل القانون المتضمن الإجراءات المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، تصدر عن جامعة بسكرة، الجزائر، العدد الثلاثون والحادي والثلاثون، لسنة ٢٠١٣، ص ٢١٣.

(٥) المستشار محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٤١.

(٦) المستشار محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٥٢.

الخصوم، كما أن من شأن البت في أصل الحق بإجراءات يشوبها عنصر الاستعجال أن تتلم ميزة الحكم القضائي بكونه عنوان الحقيقة^(١) وفي هذا السياق يثار تساؤل مفاده هل أن التزام القاضي بعدم المساس بأصل الحق عند نظر الدعوى المستعجلة هو قاعدة مطلقة؟

ثمة رأي في الفقه يرى أن منع القاضي المستعجل من المساس بأصل الحق لا يعد قاعدة مطلقة بحيث يحرم من النظر في عناصر الحق الموضوعي وما ترتب عليه من أدلة^(٢) لأن القول بذلك يعد مانعاً من وصول القاضي المستعجل الى القرار الوتقي الضروري الواجب اتخاذه، لدفع خطر محقق يلحق بأحد الخصوم، بل ينظر الى ظاهر المستندات والأوراق المقدمة من قبل الطرفين لكي يتلمس أي منهما أولى بالحماية عن طريق الإجراء التحفظي، ويتم ذلك على أساس قراءة القاضي لاحتمال ثبوت الحق لهذا الطرف أو ذاك، وطبقاً لتلك القراءة يتخذ قراره الذي يؤمن الحماية المؤقتة لأحد الخصوم، مستشفاً مستوى الجد والحزم في النزاع المعروض عليه^(٣)

بخصوص توجه القضاء من عدم المساس بأصل الحق، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا جاز للقاضي المستعجل أن يبحث مستندات الخصوم بحثاً عرضياً يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب في الطلب المعروض عليه، فإنه يتمتع عليه تطبيق هذه المستندات على طبيعة الدعوى لمعرفة ما إذا كانت تنطبق على العين موضوع النزاع أو لا تنطبق؛ لمساس ذلك بأصل الحق، بل أن عليه في ذلك أن يرد لقاضي الموضوع"^(٤)

يذهب القضاء العراقي إلى "أن مهمة محكمة البداية في المسائل المستعجلة وفي موضوع القرار المنظور تنحصر بالانتقال والكشف وتثبيت الحالة دون المساس بأصل الحق"^(٥)

خلاصة ما سبق أن القضاء المستعجل في القانون يقوم على ركنين أساسيين هما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، والسبب في تقييد القضاء المستعجل بهذين الركنين حتى لا يتعرض القاضي لأصل الحق الذي أنشأ الواقعة المراد حمايتها، ويوفر الحماية بإجراءات سريعة وعاجلة للحق الذي يخشى عليه من فوات الوقت، والذي لا تسعفه إجراءات التقاضي العادية الطويلة.

الفرع الثاني

مجال اختصاص القضاء المستعجل في حماية الحيازة العرضية

سوف نتناول في هذا الفرع اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيازة المستعجلة وكذلك قاعدة عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية، في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وذلك في فقرتين:

(١) القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٤٦.
(٢) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢٩٤.
(٣) القاضي هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، المصدر السابق، ص ٢٩.
(٤) نقض مدني رقم ٢٥٦ في تاريخ ١/١/١٩٩٨، أشار إليه د. عيد محمد القصاص، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢٩٦.
(٥) قرار محكمة استئناف ميسان بصفتها التمييزية، بالعدد ٥٨/ت. ٢٠١٢/٧ في ٢٠١٢/٧/١٠، مشار إليه في مجلة التشريع والقضاء تصدر عن جمعية القانون المقارن، العراقية، العدد الأول، سنة ٢٠١٢، ص ٢١٨.

أولاً : اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيابة المستعجلة:

١- في الفقه الإسلامي: سنوضح آراء الفقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص والتي قد تتضمن بيان للاختصاص المحلي والنوعي والقيمي سواء كان ذلك بشكل صريح أو ضمنى:

أ-الاختصاص المكاني (المحلي) : ففي الفقه الإمامي نجد أن الإمام علي (عليه السلام) قد اهتم بالقضاء والاشتغال به، فقد كان يجلس بنفسه للحكم والقضاء بين الناس في الكوفة، كما كان يعهد به إلى الممتازين من ذوي الكفاءات، ومن مظاهر ذلك أنه قد كتب إلى شريح قاضيه : "ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا يطمع قريبك في حيفك ولا ييأس عدوك من عدلك" (١) وهذا القول يدل على أن القاضي لا بد أن تكون نظرتة مساوية بين الخصمين حتى لا يشعر أحدهما بتحيز القاضي إلى الطرف الآخر (٢) وثمة من يرى أن النبي (صل الله عليه وآله وسلم) وكذا أمير المؤمنين (عليه السلام) كان يتولى القضاء بنفسه كالمنازعات التي ترجع إليه في البلد الذي كان فيه، وربما كان ينصب غيره للقضاء كالقضاة الذين يبعثون إلى البلاد البعيدة لفصل الخصومة بينهم (٣)

وبالنسبة للفقه الحنفي يذهب رأي إلى القول "أن ولاية القاضي مستمدة من ولاية المحاكم" (٤) وفيما يتعلق بالنزاع على العقار كما في دعاوى الحيابة ودعوى ثبوت ملكية العقار، فإن المحكمة المختصة في هذه الحالة هي المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها؛ والسبب في ذلك أن الدعاوى المتعلقة بعقار كثيراً ما يحتاج القاضي إلى معاينتها، وإثبات الحدود فمن الأوفق والأيسر عقد الاختصاص للقاضي الذي يقع العقار في دائرته (٥)

في الفقه المالكي وفيما يتعلق بالاختصاص المكاني بالدعاوى العقارية فقد اختلفوا حول هذا الموضوع حيث يرى البعض منهم أن الاختصاص بنظر الدعوى المتعلقة بعقار إنما يكون للقاضي الذي يقع في دائرته، فيسمع هذا القاضي بينة المدعي ويضرب لصاحب الدار أجلاً حتى يأتي ويدفع عن نفسه أو يوكل عنه وكلياً يقوم عنه في الخصومة (٦) بينما يرى بعض المالكية إنما تكون الدعوى حيث المدعى عليه، ولا يلتفت لموضع المدعى فيه أي العقار (٧)

ذهب جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن القاضي المختص بنظر الدعوى هو قاضي المدعي؛ وحببتهم في ذلك أن المدعي هو المنشئ للخصومة، وهو صاحب الحق فيها، كما أنه مهضوم الحق، معتدى عليه، فمن العدل إلا يتحمل ظملاً آخر على الظلم الذي وقع عليه، فلا يكلف مشقة السفر والنفقات اللازمة لانتقاله إلى المحكمة (٨)

(١) الشيخ مرتضى الأنصاري، القضاء والشهادات، ط ١، مطبعة باقري، قم، ايران، ١٤١٥ هجرية، ص ١١٣.
(٢) د. محسن باقر الموسوي، القضاء والنظام القضائي عن الإمام علي (عليه السلام) المصدر السابق، ص ١٨٢.
(٣) آية الله علي الكريمي الجهرمي، محاضرات في القضاء دروس ومباحث، ط ١، مطبعة بوستان كتاب، طهران، ايران، ١٤٣٥، ص ٣٠.
(٤) سليم رستم باز، شرح المجلة، المصدر السابق، ص ١١٦٧. المادة (١٨٠٠)
(٥) الماوردي، أدب القاضي، ج ١، المصدر السابق، ص ١٥٥-١٥٧.
(٦) الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٦٤.
(٧) الدردير، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي، ج ٤، المصدر السابق، ص ١٣٦.
(٨) من فقهاء الشافعية الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٨، المصدر السابق، ص ٨٦. ومن فقهاء الحنابلة أبن النجار، منتهى الأرادات، ج ٢، المصدر السابق، ص ٥٧٥.

ب- الاختصاص النوعي : فبالنسبة للفقهاء الإمامي يراد بالاختصاص النوعي تخصيص القاضي في قضائه بنوع معين من القضاء كالمعاملات والوقف والوصايا (١) وهذا التخصيص جائز طبقاً لقاعدة تخصيص القضاء عند الفقهاء وقد ترك الإمام علي (عليه السلام) أمر اختيار القضاة للولاية أنفسهم الذين عينهم على الأمصار بعد خلافته، فقد عزل معظم القضاة الذين كانوا في عهد عثمان وغيرهم، وقد فصل أمير المؤمنين (عليه السلام) القضاء عن الولاية وأن فوض الولاية في تعيين القضاة واختيارهم من أفضل العناصر التي تصلح للقضاء دون أن يحكموا هم بأنفسهم لضمان العدالة في القضاء بين الناس (٢)

في الفقه الحنفي ثمة من يرى أن يخصص ولي الأمر القاضي عند تقيده أو بعد ذلك بنوع معين من القضايا، كان يجعل أحد القضاة يحكم في القضايا التي تتعلق بالأموال أو الجنايات الى غير ذلك، وعليه فلا يصح له أن ينظر في نوع آخر غيره لا في دائرة اختصاصه المكاني ولا في غيرها من باب أولى (٣) وهذا التخصيص جائز طبقاً لقاعدة تخصيص القضاء عند الفقهاء، وعليه فإذا وقعت التولية خاصة بنوع معين أو صنف معين، كانت ولاية القاضي قاصرة على هذا النوع أو الصنف ولا يجوز له أن يتعداه، فإذا فعل فقضائه باطل؛ لأن في غير محل ولايته، حكمه في ذلك حكم الرجل العادي الذي لا صلة له بالسلطة القضائية (٤)

بالنسبة للفقهاء المالكي يذهب رأي الى القول يجوز تعدد القضاة كأن يستقل كل قاضي بناحية يحكم فيها بجميع أحكام الفقه أو خاص بنوع منها كالبيوع (٥) وقد عهد الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) إلى عبيدة بن الجراح أن يحكم بين نصارى بني نجران في أموالهم وخلافاتهم، وبناءً على ذلك كان القاضي مقصوراً على أناس معينين فأن نظره لا يتعداهم الى غيرهم وتكون ولايته وقتئذ إلى أن يصدر حكمه، وفي هذا تقارب بين الفقه الاسلامي والقانون المدني في تخصيص القاضي بنظر نوع معين من القضايا (٦)

في الفقه الشافعي ثمة من يرى أنه يجب على الإمام أن ينصب في كل إقليم قاضيًا، بل ذهب بعضهم إلى أكثر من ذلك، فأوجب على الإمام أن يعين في كل بلدة أو ناحية خالية عن قاضي (٧) الناس قد يتعذر عليهم اللجوء الى الإمام من أطراف البلاد ليقضي بينهم؛ لما في ذلك من المشقة وكثرة النفقة، وعلى فرض وصوله فلا يستطيع الإمام القضاء بين الجميع بنفسه لكثرتهم، فضلاً عما في ذلك من ترك النظر في المصالح الأخرى فتضيع الحقوق وتكثر المنازعات ولا سبيل لدفع ذلك الضرر إلا بتولية القضاء في جميع أنحاء البلاد فتكون واجبة (٨)

فيما يتعلق بالفقه الحنبلي ثمة من يرى جواز تخصيص القاضي بنظر قضية معينة فلا ينظر سواها وأن يقتصر نظره على ما تخصص به، وعليه في هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن

(١) الحلبي، محمد بن ادريس، السرائر (الموسوعة الفقهية الوقوف والوصايا)، المصدر السابق، ص ٥١٧.
(٢) د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٦٥.

(٣) قاضي سماونة، جامع الفصوليين، ج ١، المصدر السابق، ص ١٤ وما بعدها.

(٤) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ص ٧٧.

(٥) الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ١١٩.

(٦) د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٧) النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج ١١، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٨) د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ٤٩.

ينظر في نوع آخر غير الذي تخصص به، وإلا يكون قد خالف ولي أمره الذي تولى تقيده مهمة القضاء بين الناس والالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية^(١)

ج- الاختصاص القيمي : فبخصوص لتوجه الفقه الإمامي من هذا الموضوع نجد أنه من مظاهر اهتمام الإمام علي (عليه السلام) بالقضاء، أنه أبقى شريحاً على قضاء الكوفة وجعل له خمسمائة درهم في كل شهر، كما أن هذا الاختصاص يدخل تحت الاختصاص النوعي وذلك عندما تقتصر ولاية القاضي على المنازعات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين من المال، وحينئذ تقتصر ولاية القاضي على هذا القدر لا يتعداه إلى أزيد منه وتكوت ولاية الفصل للأزيد لقاض آخر تحدده السلطة القضائية التي يتبعها هذا القاضي^(٢)

بالنسبة للفقه الحنفي ثمة من يرى أن الفقه الإسلامي يجوز جعل القضاة في النوع الواحد على درجات، فيخصص قاضي بنظر بعض القضايا التي تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغاً معيناً من المال، على أن تنظر الدعاوى التي تزيد قيمته عن ذلك القدر أمام قاض آخر^(٣)

في الفقه المالكي يذهب رأي إلى القول وإذا تنازع الخصمان فأراد أحدهما الدفع لقاض وأراد الخصم الآخر الدفع لقاض آخر، كان القول للطالب وهو صاحب الحق دون المطلوب، وفي الفقه الحديث ثمة من يرى أن الاختصاص القيمي يتمثل في قصر ولاية القاضي أو المحكمة على المنازعات التي لا تزيد قيمته على مبلغ معين من المال^(٤)

فيما يتعلق بالفقه الشافعي يذهب رأي بصدد الاختصاص القيمي إلى القول أن هذا الاختصاص جائز بناءً على قاعدة جواز تخصيص القضاء بالحادثة أو النوع، فالحادثة يتنوع، فيجوز تخصيص مقداره بقاضي وأزيد منه لآخر، ويذهب رأي آخر إلى القول أن الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) قال : "نما أنا بشر مثلكم وأنكم تختصمون إلي... آخر الحديث" وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة كلفوا القضاء على الظاهر^(٥)

في الفقه الحنبلي ثمة من يرى أنه يجوز للسلطان أن يوليه عموم النظر... أو يجعل إليه الحكم في قدر من المال لا يتجاوزه وتحديد الحكم في قدر من المال لا يتجاوزه يمثل الاختصاص القيمي الذي يقوم على أساس تقدير قيمة الدعوى، وبناءً على ذلك يمكن تحديد الاختصاص القيمي بدعاوى الحيابة بقيمة العقار محل النزاع، وتحديد قدر معين من المال تختص به كل محكمة يتقارب مع ما مقرر في القانون المدني^(٦)

خلاصة ما سبق أن الفقه الإسلامي عرف فكرة الاختصاص، وقد تعرض الفقهاء المسلمين إلى أنواعه بالدراسة، ومنها الاختصاص المكاني فقد عرفوا فكرة المحكمة منذ العصور الأولى،

(١) ابن قدامة، المقنع، ج ٣، المصدر السابق، ٦٠٧. وينظر كذلك البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، المصدر السابق، ص ٥١٧.

(٢) السباعي، الروض النظير، ج ٣، المصدر السابق، ص ٤٥٤. وينظر كذلك د. نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المصدر السابق، ص ١٦٧.

(٣) الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، المصدر السابق، ٧٧.

(٤) الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المصدر السابق، ص ١١٩.

(٥) النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، ج ١١، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٩، المصدر السابق، ص ١٠٥، وينظر كذلك د. عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص ٢٠٨.

وذلك بتخصيص مكان معين في البلد ليحضر إليه القاضي والمتقاضون، وتقام الدعوى أمامه، بحيث لا يتعداه، ولا عبرة بما يصدر من أحكام خارج هذا المكان، وكذلك تعرضوا للاختصاص النوعي وجعلوا كل قاضياً ينظر نوع معين من الدعاوى كدعاوى الأموال والجنایات وغيرها، وكذلك الحال بالنسبة للاختصاص القيمي فكل دعاوى كانت لها قيمة محددة وإذا زادت عن نصاب محدد ينظرها قاضي آخر.

٢- **في القانون الوضعي** : لم تورد القوانين محل المقارنة تعريفاً صريحاً للاختصاص^(١) لذا فالأمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء، وبخصوص موقف الفقه من تعريف الاختصاص فقد وردت عدة تعاريف نذكر منها أن الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في دعوى معينة، واختصاص محكمة ما يعني نصيبها من القضايا التي يجوز الفصل فيها^(٢) فالاختصاص أما أن يكون اختصاص مكاني (محلي) أو نوعي أو قيمي، وسنوضح ذلك تباعاً:

أ- **الاختصاص المكاني (المحلي)**: بهذا الشأن فقد نصّت المادة (١/٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه "في الدعاوى العينية ودعاوى الحيازة يكون الاختصاص للمحكمة التي تقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة"

كما جاء في المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي "تقام الدعوى في محكمة محل العقار إذا تعلقت بحق عيني وإذا تعددت العقارات جاز إقامتها في محل أحدها"^(٣) فالاختصاص المكاني في دعوى الحيازة يكون للمحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها المحلي، وإذا تعددت العقارات واتحد سبب الادعاء جاز إقامة الدعوى في محل إحداها، والسبب في إعطاء الاختصاص في هذه الدعوى لمحكمة موقع العقار؛ لكون قاضي هذه المحكمة قريب من العقار، ويسهل عليه الكشف عليه والاطلاع على الأمور محل النزاع بشأنه موقعياً، مما ييسر اتضاح الصورة أمامه بطريقة أفضل، ولا يهتم في هذه الحالة كون الحق العيني أصلياً أم تبعياً^(٤)

ب- **الاختصاص النوعي**: بهذا الصدد نصّت المادة (٤٥) من قانون المرافعات المدني والتجارية المصري على أنه "يندب في مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها، يحكم بصفة مؤقتة ومع عدم المساس بالحق، في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

جاء في المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية العراقي "تختص محكمة البداة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى الآتية: ٤- دعاوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض مليون دينار"^(٥) يؤخذ على المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية أنها أعطت محكمة البداة الاختصاص بدعاوى الحيازة وكذلك المادة (١٤١) من القانون ذاته سألقة الذكر، قد اعطت لهذه المحكمة الاختصاص في المسائل المستعجلة، ومن المعلوم أن محكمة البداة تعد من محاكم القضاء الموضوعي التي تتولى الفصل في النزاع.

(١) الجدير بالذكر أن قانون المرافعات المدنية العراقي الملغى رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ كان يعرف الاختصاص بأنه (أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون).

(٢) د. عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨، ص ٧٥.

(٣) تقابلها المادة (٣٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني ولا مقابل لها في قانون المرافعات الكويتي.

(٤) د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ١٠١.

(٥) تقابلها المادة (٣٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني والمادة (٢٢) من قانون المرافعات الكويتي.

وقلنا فيما سبق أنه من خصائص دعاوى الحيابة أنها تحمل طابع الاستعجال، ولذلك فإن الأصل فيها أن ينعقد الاختصاص النوعي بهذه الدعاوى للقضاء المستعجل، باعتبارها من المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، مع استثناء دعوى منع التعرض، ومقتضى هذا الاستثناء أن ينعقد الاختصاص النوعي بنظر دعوى منع التعرض للقضاء المستعجل؛ لأن الحكم في هذه الدعاوى يمس حتماً الحق موضوع النزاع^(١) وهذا الاختصاص من النظام العام من النظام العام فهو يقيد المحكمة وتضحي ملزمة باستقصائه من تلقاء ذاتها، كما تصح آثاره في أي مرحلة كانت عليها الدعاوى ولو أمام محكمة النقض^(٢)

كما تجدر الإشارة إلى أمر في غاية الأهمية والذي يتمثل في أن توافر حالة الاستعجال لا بد وأن تتحقق من وقت إقامة الدعوى حتى الحكم فيها، فإذا زالت في أي مرحلة من تلك المراحل يتعين القضاء بعدم الاختصاص النوعي بنظر الدعوى^(٣)

ج- الاختصاص القيمي: وبهذا السياق نصّت المادة (٣٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه "يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي: ٤- دعاوى الحيابة تقدر قيمتها بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيابة".

كذلك جاء في المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي "تختص محكمة البداية بنظر كافة الدعاوى التي تزيد قيمتها على مليون دينار عراقي"^(٤)

في إطار الفقه القانوني يراد بقواعد الاختصاص القيمي مجموعة القواعد القانونية التي تحدد قيمة الدعوى حتى يتم على أساسها تحديد اختصاص كل محكمة، كما تبرز أهمية قواعد الاختصاص القيمي في أنه بتحديد قيمة الدعوى تتحدد المحكمة المختصة بنظرها، كما يستعان بهذه القيمة لمعرفة مدة قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف من عدمه، كما يمكن أيضاً عن طريق هذه القيمة تقدير الرسوم القضائية المستحقة عن رفع الدعوى^(٥)

ثمة رأي آخر يرى أن دعوى العجلة ليس قيمية فالاختصاص القيمي تأخذ به المحاكم العادية ولا تملك تجاوزه وفقاً لتوزيع أعمالها، لكن هذا لا يحدد عمل قاضي العجلة ولا يأخذ به فهو ينظرها مهما بلغت قيمتها^(٦)

فيما يتعلق باختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيابة يذهب رأي إلى القول أن دعاوى الحيابة هي بطبيعتها دعاوى مستعجلة يختص بها القضاء المستعجل، وعليه فالقضاء المستعجل ينظر في منازعة معينة من منازعات الحيابة، إذا توافرت ظروف معينة تمثل بمقتضيات اختصاص القضاء المستعجل من الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، والمقصود

(١) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٤٦٤.

(٢) المحامي محمد دريد الرفاعي، وجيز قضاء المستعجلات، دار حطين، دمشق، ١٩٩٩، ص ١٢٩.

(٣) د. حازم بيومي المصري، الموسوعة التأصيلية في المرافعات المدنية، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٣١٥.

(٤) تقابلها المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة (٣٩) من قانون المرافعات الكويتي.

(٥) د. أسامة الروبي، مبادئ المرافعات والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢١٩.

(٦) المحامي محمد دريد الرفاعي، وجيز قضاء المستعجلات، المصدر السابق، ص ١٢٩.

بأصل الحق في الحيازة^(١) وحتى يسهل تصور وجود دعاوى مستعجلة لحماية الحيازة إلى جانب الدعاوى الثلاث كدعاوى موضوعية، فأنا لا بد أن نتصور جيداً أن الحيازة تحمي لذاتها حماية موضوعية تمثل بالنسبة للحائز أصل حقه، وبالتالي فإنه في الدعاوى الموضوعية يبحث القاضي الموضوعي عن أصل الحيازة وكافة أدلتها بحثاً موضوعياً نهائياً^(٢)

أما بالنسبة للدعاوى المستعجلة في حماية الحيازة فإن القاضي المستعجل لا يبحث إلا ظاهر أدلة الحيازة ليمنح بشأنها حماية وقتية، فهو في بحثه لا يعدوا أن يكون بحثاً عرضياً عاجلاً لمعرفة أي من الطرفين أحق بالحماية المؤقتة^(٣) وبالتالي تكون هناك إمكانية لنظر دعاوى الحيازة من قبل القضاء المستعجل، وذلك بتوافر شروط ثلاثة أولهما أن يتوافر ركن الاستعجال في الدعوى، وثانيهما أن لا يطلب من القاضي المستعجل إزالة ما تم فهلاً من أعمال في دعوى وقف الأعمال الجديدة، وثالثهما أن لا تكون الدعوى قد انقلبت الى دعوى منع تعرض فهي دعوى موضوعية لا تدخل في اختصاص القضاء المستعجل^(٤)

هناك من يرى أن المادة (١٤١) من قانون المرافعات المدنية سألقة الذكر حددت اختصاصات محكمة البداة بنظر المسائل المستعجلة بشرط توافر عنصر الاستعجال، وأن لا يمس ذلك بأصل الحق، ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة من المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت والحكم الذي يصدره القاضي المستعجل فيها لا يمس أصل الحق^(٥) ولما كان اختصاص القضاء المستعجل يشترط لانعقاده توافر شرط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق من قبيل الاختصاص النوعي، وهذا النوع من الاختصاص من النظام العام، فيكون للخصوم الدفع بعم اختصاص القضاء المستعجل في حالة انتفاء هذين الشرطين أو أحدهما في أية حالة كانت عليها الدعوى، ويحق للقاضي المستعجل أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه^(٦)

بالنسبة لموقف القضاء من اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيازة، فالقضاء المستعجل في مصر قد جرى على اختصاصه بالفصل في المنازعات المتعلقة بالحيازة التي تحتاج الى حماية وقتية وعاجلة، حتى يرد على الحيازة الظاهرة غير المتنازع عليها نزاعاً جدياً مما يقع عليه من عدوان ظاهر الى أن يفصل في موضوع الحيازة ذاتها من محكمة الموضوع، كرد الحيازة لمن سلبت منه بالقوة^(٧) ولكن بالمقابل نجد محكمة النقض تتجه إلى عدم اختصاص القضاء المستعجل بالفصل في دعوى منع التعرض، فقضت "إذا رفع الحائز دعوى منع التعرض أمام القضاء المستعجل فإنه يتعين على القاضي المستعجل أن يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، ولا يبقى منها ما يجوز أحالته لمحكمة الموضوع طبقاً للمادة (١١٠) من قانون

(١) د. أمينة مصطفى النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٧، ص ١٨٧.

(٢) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٤٦٣.

(٣) د. عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٩٧.

(٤) المستشار عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٦٠٣.

(٥) القاضي لفتة هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحيازة، المصدر السابق، ص ١١٢.

(٦) عطا عبد الحكيم أحمد، إشكالات القضاء المستعجل في قانون المرافعات المدنية العراقي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، تصدر عن جامعة السليمانية، العدد السادس، السنة الثالثة، ٢٠١٥، ص ٤٠٧.

(٧) محكمة مصر للأمر المستعجلة ١٢ اكتوبر ١٩٧٧، مشار إليه في مجلة المحاماة، تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية، السنة ٥٨ قضائية، العدد الأول والثاني، ص ٨٦.

المرافعات؛ لأن هذا القضاء يتضمن رفضاً للدعوى لعدم توافر أحد الشرطين الأساسيين لقبولها وهو عدم المساس بأصل الحق فالفصل في دعوى منع التعرض يمس بأصل الحق، والمدعي طلب في الدعوى الأمر باتخاذ إجراء وقتي وهذا الطلب لا تختص به المحكمة، ولا تملك تحويله من طلب وقتي الى طلب موضوعي؛ لأن المدعي هو الذي يحدد طلباته في الدعوى" (١)

قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية "النظر بالمسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت تختص بنظرها المحكمة المختصة نوعياً بدعوى أصل الحق سواء رفعت إليها بالتبعية أو بدعوى مستقلة عملاً بأحكام المادة (١٤١) من قانون المرافعات المدنية" (٢)

في حالة توافر شروط اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيازة، فالتساؤل القادم هو هل يحوز الحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية الأمر المقضي به؟ للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التمييز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إن الحكم الصادر في دعوى الحيازة يكون له حجية الأمر المقضي به بالنسبة لما فصل فيه، فمثلاً لو رفع شخص دعوى منع التعرض بالنسبة لتعرض معين وخسر الدعوى، فإنه لا يستطيع أن يعود فيرفع نفس الدعوى مرة أخرى عن ذات التعرض الذي فصل فيه (٣) فالقرار الصادر في القضاء المستعجل وفي دعاوى الحيازة على اعتبار أنها دعاوى تحمل طابع الاستعجال لا يكون إجراءً حاسماً تنتهي عنده خصومة الطرفين المتداعين وإنما هو إجراءً تحفظياً ووقتياً يتخذه القاضي بناءً على ما يستشفه من ظاهر المستندات، دون الخوض في أصل الحق، إلا أن هذا القرار يكتسب حجية مؤقتة فيما فصل فيه (٤)

الحالة الثانية: لا حجية للحكم الصادر في دعاوى الحيازة إلا فيما يتعلق إثبات الحيازة أو نفيها، فإذا حكم في الدعوى الأولى بتوافر الحيازة القانونية أو عدم توافرها فإن هذا التقرير يكون له حجية في الدعوى الثانية التي تستند الى حيازة مادية، لأنها يمكن أن تقبل رغم سبق الحكم بعدم توافر الحيازة القانونية (٥) كذلك إذا حكم برفض إحدى دعاوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تتوافر فيها الأوصاف التي يتطلبها القانون كأن تكون حيازة خفية أو غامضة، فإنه يكون لهذا الحكم حجية الأمر المقضي به، فلا يجوز رفع دعوى حيازة جديدة لحماية هذه الحيازة التي قضى الحكم الصادر بدعوى الحيازة السابقة بأنها حيازة معيبة وغير جديدة بحماية القانون، أما إذا حكم برفض دعوى استرداد الحيازة على أساس أن الحيازة لم تسلب فلا يحوز هذا الحكم الحجية إذا رفع الحائز دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة؛ لأن الأحكام الباتة فقط تحوز حجية الشيء المقضي به لأنها فصلت في الموضوع وأصبحت حجة بما فصلت فيه (٦)

(١) نقض مدني ١٩٧٧/٢/٢١، مجموعة محكمة النقض، السنة ٢٨ - ج ٢ - ص ٣١٥.
(٢) العدد ١١٥٥/م/٢٠١٣، في ٢٩/٨/٢٠١٣، أشار إليه القاضي لفئة هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٤٧.
(٣) د. فايز أحمد عبد الرحمن، الوسيط في شرح قانون المرافعات الليبي مقارناً بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣١٨.
(٤) القاضي لفئة هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، المصدر السابق، ص ٢٥٠.
(٥) د. فايز أحمد عبد الرحمن، الوسيط في شرح قانون المرافعات الليبي مقارناً بالقانون المصري، المصدر السابق، ص ٣١٧.
(٦) القاضي هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، المصدر السابق، ص ٤٣.

الحالة الثالثة : ليس للحكم الصادر في دعوى الحيابة أية حجية بالنسبة للحكم الصادر في دعوى الحق؛ لأن دعوى الحق تختلف في موضوعها عن دعوى الحيابة، لذلك فإنه يجوز للمحكمة أن تقضي بالحق لمن خسر دعوى الحيابة، كما لا يجوز للمحكمة وهي تنتظر دعوى الحق أن تستند إلى الأدلة التي أعتمد عليها قاضي الحيابة عند إثباته للحيابة^(١)

خلاصة ما تقدم أن اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى استرداد الحيابة ودعوى وقف الأعمال الجديدة من الممكن أن ينعقد، دون دعوى منع التعرض؛ لأن نظر هذه الدعوى لا بد فيه من الفصل بأصل الحق، كما أن الاختصاص بنظر دعوى استرداد الحيابة ودعوى وقف الأعمال الجديدة مرهون بعدة شروط منها توافر ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فضلاً عن وجوب توافر الشروط التي قررها القانون لكل من هذين الدعويين.

ثانياً: قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية:

١- **في الفقه الإسلامي :** بخصوص موقف الفقه الإسلامي من قاعدة عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيابة ودعاوى الملكية (الحق) فأنا لم نجد بحسب تتبعنا في أمهات الكتب في الفقه الإسلامي، قول يحظر الجمع بين دعاوى الحق ودعاوى الحيابة، وفي الفقه الحديث ثمة من يبرر ذلك فيقول أن الفقه الإسلامي لم يضع حدوداً فاصلة بين دعاوى الحق ودعاوى الحيابة؛ وذلك لأن الحيابة تعد مظهراً للملك وثمرته، ويؤكد ذلك بأن حماية الحيابة تمتزج إلى حد كبير مع حماية الحق الأصلي في الفقه الإسلامي بخلاف القانون الوضعي الذي يفصل بين الحق الأصلي والحيابة، والدعاوى التي تحمي كل منهما^(٢)

٢- **في القانون الوضعي:** إن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية يمتد مجالها ليشمل المدعي والمدعى عليه وكذلك القاضي وسنوضح ذلك كما يأتي :

أ مجال القاعدة بالنسبة للمدعي : فقد نصّ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة (١/٢٦٥) على أنه "حماية الحيابة وموضوع الحق لا يمكن أبداً أن يجتمعا" وكذلك نصّ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (١/٤٤) أنه "لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعائه بالحيابة"

جاء في المادة (١/١٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "لا يجوز للمدعي أن يجمع بين دعوى الحيابة وبين دعوى الملكية وإلا سقط ادعائه بالحيابة"^(٣) استناداً لما تقدم أن مدعي الحيابة إذا طالب بالحق سقط حقه في الادعاء بالحيابة، وأمتنع عليه أن يرفع بعد ذلك دعوى الحيابة، وأساس هذه القاعدة أن المطالبة من جانب مدعي الحيابة تتضمن نزولاً منه عن دعوى الحيابة؛ لأن هذا المدعي حينما حصل له التعرض في حيازته كان أمامه طريقان لدفع التعرض، طريق دعوى الحيابة طريق سهل، وطريق دعوى الحق وهو طريق صعب، فبأختياره الطريق الصعب يعد نزولاً منه عن الطريق السهل^(٤) وينبني على ما تقدم نتيجتان :

(١) د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، المصدر السابق، ص ١٧١.

(٢) د. عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٧٩.

(٣) لا مقابل لها في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وتقابها المادة (٣) من قانون المرافعات الكويتي.

(٤) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٤٥٩.

النتيجة الأولى : إذا قام المدعي برفع دعوى الحيابة فلا يسمع منه الادعاء بالملكية إلا إذا تنازل عن دعوى الحيابة كما لا يجوز له أن يؤيد دعواه بالحيابة على أساس أنه صاحب الحق وعليه ليس أمام المدعي في دعوى الحيابة إلا أن يؤيد دعواه على أساس توافر حيازته بالشروط المحددة قانوناً، وحسب دعوى الحيابة^(١) ولا يعد جمعاً بين دعوى الحيابة ودعوى الحق أن يرفع طالب الحيابة دعوى الشفعة أثناء نظر دعواه بالحيابة؛ لأن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك، لكن السند المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذي يصدر لصالح الشفيع الذي لا يمكن أن يكون مالاً وأن يدعي ثبوت الملك له قبل صدور الحكم بأحققته في تملك العقار المبيع^(٢) وثمة من يرى أن حظر الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية يعود إلى اختلاف الأساس الذي تستند إليه كل منهما وغرضها، فدعوى الحيابة تستند إلى وضع اليد، بينما دعوى الملكية تستند إلى عائدة العقار موضوعها للمدعي كما أن دعوى الحيابة يقصد منها حماية وضع اليد على العقار ومنع التعرض لحائزه بينما دعوى الملكية يقصد منها حماية عائدة العقار لمن يدعيه^(٣)

النتيجة الثانية : إذا رفع المدعي دعوى الحق فلا يجوز له أن يرفع دعوى الحيابة متى كان سبب دعوى الحيابة قائماً قبل رفع دعوى الحق؛ لأن رفع المدعي لدعوى الحق يعني تنازله عن حقه في رفع دعوى الحيابة^(٤) ودعوى الحيابة التي يسقط الحق في رفعها بقرينة النزول عنها الاستفادة من رفع دعوى الحق هي دعوى الحيابة التي يكون سببها قد نشأ قبل رفع دعوى الحق وعليه فدعوى الحيابة التي يكون سببها قد نشأ بعد رفع دعوى الحق يجوز رفعها و يسقط الحق فيها، فمثلاً لو أن حائزاً رفع دعوى الحق على من ينازعه في حقه موضوع الحيابة، ثم تعرض له خصمه في حيازته جاز للحائز في هذه الحالة رفع دعوى الحيابة لدفع هذا التعرض؛ لأن رفع دعوى الحق في هذه الحالة لا يفيد كما تقدم نزول رافعها عن التمسك بحيابته^(٥)

ب- مجال القاعدة بالنسبة للمدعي عليه : نصّ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (٢/٤٤) على أنه "لا يجوز من المدعي عليه في دعوى الحيابة أن يدفعها بالاستناد الى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيابة، وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيابة لخصمه" وكذلك نصّت المادة (٢/١٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه "لا يسمع من المدعي في دعوى الحيابة الادعاء بالملكية إلا إذا تنازل عن دعوى الحيابة"^(٦)

استناداً لما تقدم يتمتع على المدعي عليه في دعوى الحيابة أمران: الأمر الأول يتمتع على المدعي عليه في دعوى الحيابة دفعها بالاستناد إلى أنه صاحب حق يخوله الحيابة، وأن الحائز ليس صاحب حق وإنما هو غاصب فإذا رفعت دعوى استرداد الحيابة على من سلبها من حائزها فلا يقبل من المدعي عليه، أن يدفع هذه الدعوى بأنه هو الملك للعين^(٧) لأن القانون

(١) المحامي أبراهيم عبد الوهاب الشبلي، قانون المرافعات المدنية، مطبعة بغداد، العراق، ١٩٨١، ص ٤١ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٦٠ .

(٣) القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص ٣٤ .

(٤) د. عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٤٥٨ .

(٥) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ١٧٥ .

(٦) لا مقابل لها في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني وتقابها المادة (٣) من قانون المرافعات الكويتي.

(٧) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢٨٦ .

يحمي الحيابة متى توافرت شروطها لذاتها بصرف النظر عن كون الحائز صاحب حق أم لا، كما أن الحكم في دعوى الحيابة يجب أن ينبني على اعتبارات متعلق بالحيابة دون الحق^(١)

الأمر الثاني هو يمتنع على المدعى عليه في دعوى الحيابة أن يطالب بالحق، فيطلب الحكم له به، إلا بعد الفصل في دعوى الحيابة، وتنفيذ الحكم الصادر فيها، أو بعد التخلي فعلاً عن الحيابة لحائزها قبل الاعتداء عليها؛ لأن كون المتعرض للحيابة صاحب الحق موضوع الحيابة، لا يمنع من أن تعرضه لحائز اعتداء تجب أولاً إزالته بتسليم الحيابة لحائزها حتى يمكن النظر بدعوى الحق^(٢)

ج- مجال القاعدة بالنسبة للقاضي: نصّ قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (٤٤) على أنه "وكذلك لا يجوز الحكم في دعوى الحيابة على أساس ثبوت الحق أو نفيه"

كما جاء في المادة (٤/١٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي "لا يجوز الحكم في دعوى الحيابة على أساس ثبوت حق الملكية أو نفيه، وإنما يجب أن يستند الحكم فيها الى توافر شرائطها القانونية"^(٣) وفي إطار الفقه القانوني لا بد من التمييز بين حالتين وسنوضحهما تباعاً :

الحالة الأولى : إذا كانت الدعوى المعروضة على القاضي هي دعوى حيابة، فإنه يجب عليه أن يقصر بحثه وتحقيقه على مدى توافر الحيابة التي تستحق الحماية القانونية، ولا يجوز له أن يبني حكمه على أسباب ماسة بأصل الحق^(٤) وعليه لا يجوز للقاضي في دعوى الحيابة أن يبني حكمه على أساس ثبوت الملكية لأحد الخصوم أو عدم ثبوتها، ولكن تجب الملاحظة أن منع القاضي من الاعتماد على ثبوت الحق (الملكية) أو على أدلته لا يمنعه من الرجوع إلى مستندات الملكية إذا كان ذلك على سبب الاستثناس، وبقصد التحقق من صفة وشروط وضع اليد^(٥) ولكن إذا تجاوز القاضي هذا الحد بحيث استعرض مستندات ملكية المدعي لا للاستثناس بها في تبين وضع اليد وشرائطه بل للاستدلال منها على ملكية العقار المتنازع بشأنه، وحكم للمدعي في دعوى الحيابة بناءً على ثبوت حقه في الملك، أو حكم برفض دعواه، لانعدام حقه فيه، يكون حكمه قد خالف القانون^(٦)

الحالة الثانية : إذا كانت الدعوى المعروضة على القاضي دعوى الحق (الملكية) فإنه يبحث في الأدلة والمستندات المقدمة إليه من قبل الطرفين لأثبات أو نفي حق الملكية، مع ملاحظة أن القاضي في هذه الحالة يبحث في الحيابة إذا كانت الدعوى مبنية على اكتساب الملكية بمضي المدة، وحينما يبحث القاضي في الحيابة كسبب لكسب الملكية، فإنه لا يتقيد فيما سبق وأن قرره قاضي الحيابة بشأنها^(٧) وبطبيعة الحال لا يجوز للقاضي أن يكتفي بالقضاء ثبوت حيابة أحد

(١) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٢٢.
(٢) د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٢٨٩.
(٣) لا مقابل لها في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني وتقابلها المادة (٣) من قانون المرافعات الكويتي.
(٤) د. نبيل أسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٧٤.
(٥) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢٨٨.
(٦) د. عبيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٤٦٠.
(٧) د. عبيد محمد القصاص، المصدر نفسه، المصدر السابق، ص ٤٦٢.

الخصوم في حين يكون المطلوب منه هو القضاء في ثبوت الملكية^(١) كما لا يعد جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يفحص القاضي سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشدها في التعرف على صفة الحيازة ومداهها واستيفائها للشروط القانونية وتحري المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاملاً ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية؛ لأن المقصود أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد^(٢)

بخصوص موقف القضاء من قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية فقد قضت محكمة النقض الفرنسية "لا يجوز الخلط بين الحماية المقررة للحيازة والحماية المقررة للحق، ولا يجوز أن يؤدي وجود هذه الحماية الأخيرة الى عدم الانتفاع من حماية الحيازة"^(٣)

كما قضت محكمة النقض المصرية "لا يجوز للقاضي - في دعوى الحيازة - أن يقيم حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه إعمالاً لنص المادة (٤٤) من قانون المرافعات، إلا أنه يجوز له عند بحثه في توافر شروط هذه الدعوى أو عدم توافرها، أن يرجع الى مستندات الملكية ليستخلص منها ما يقتضيه البحث في دعوى اليد، وبالقدر الذي يستلزمه الفصل فيها دون التعرض لأمر الملكية بأي حال"^(٤)

أما عن موقف القضاء العراقي من هذا الموضوع، فقد قضت محكمة التمييز بأنه "إن دعوى الحيازة التي يرفعها حائز العقار تكون مستقلة عن دعوى الملكية..."^(٥)

خلاصة ما تقدم أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية يمتد نطاقها ليشمل المدعي والمدعى عليه فضلاً عن القاضي، والغاية من هذه القاعدة أنه لا يجوز قيام الدعويين في وقت واحد، وإنما يقتضي الترتيب الطبيعي للأمور ألا ترفع دعوى الملكية قبل أن يفصل في دعوى الحيازة؛ لأن تنظيم مواقع الخصوم في دعوى الملكية تحكمه الحيازة.

(١) والجدير بالذكر أنه لا يجوز تيرير ذلك على اساس من يملك الأكثر القضاء بالملكية يملك الأقل القضاء بالحيازة؛ لأن في ذلك خلط بين دعوى الحيازة ودعوى الحق (الملكية) للمزيد من التفصيل راجع د. عبد الباسط جمعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، المصدر السابق، ص ١٠٩.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، المصدر السابق، ص ٩٦٦.

(٣) نقض فرنسي رقم القرار ٤٣٨ بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٧٠، أشار إليه د. محمد نور شحاتة، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المصدر السابق، ص ٢٦٤.

(٤) الطعن رقم ١٧٧٤ بتاريخ ١٩/٤/١٩٨٣، أشار إليه المستشار عز الدين الدناصوري والأستاذ حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، المصدر السابق، ص ٥١٩.

(٥) رقم القرار ٥٥١ / ٣ / ٧٥، في تاريخ ١٠/٣/١٩٧٦، مشار إليه في مجموعة الأحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق، العدد الأول، السنة السابعة، ص ٣٢.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه المنتجبين.

بعد أن انتهينا بحمد الله وتوفيقه من إتمام هذه الرسالة، لا بدّ أن نبين أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، والتي يمكن أن نوجزها بما يأتي:

أولاً: النتائج

١- إنّ الفقه الإمامي والحنفي والشافعي لم يستعملوا مصطلح (الحيازة) وإنما استعملوا مصطلح (اليد) وهو شبيه بالحيازة، وذلك عند البحث في موضوعات القضاء والدعوى والبيئات؛ ونتيجة لذلك يطلقون على واضع اليد على المال موضوع الدعوى المدعى عليه (الداخل) وعلى المدعي (الخارج) أي الذي ليس بيده المال، أما فقهاء المذهب المالكي والحنبلي فقد عرفوا الحيازة بهذه التسمية كما استعملوا كلمة (اليد) في بعض الأحيان، وعن تعريف الحيازة (اليد) فيلاحظ أنّ أغلب الفقهاء المسلمين لم يُعرفوا الحيازة العرضية بشكل صريح لكنهم أشاروا إليها في أقوالهم ولو بشكل ضمني، وأنّ التعريف الأفضل الذي يمكن استخلاصه مما ذكره الفقهاء المسلمين يتمثل بتعريف هذه الحيازة على أنها "اليد أو الحيازة التي لا يدعي فيها الحائز ملكية العقار الذي يحوزه، فتقتصر حيازته بذلك على مجرد السيطرة المادية على العقار".

٢- إنّ المشرع المدني العراقي لم يورد تعريفاً صريحاً للحيازة العرضية، وكذلك للحيازة بالواسطة التي تعد من صور الحيازة العرضية، وإن أشار لها ضمناً في تعريفه للحيازة، وغالبية الفقه القانوني يعرف الحيازة العرضية بأنها "سيطرة فعلية من قبل الحائز على العقار وتحقق هذه السيطرة الفعلية على العقار باستعماله بواسطة الأعمال المادية التي يتطلبها العقار دون أن تكون لدى الحائز العرضي نية التملك".

٣- إنّ الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في عدم ذكر سمات اليد أو الحيازة العرضية صراحة، ولكن من خلال آراء الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون يمكننا أن نورد عدة سمات لهذا النوع من الحيازة منها أن واضع اليد في هذه الحالة لا ينوي كسب ملكية العين التي يحوزها، وعادةً يبغي استعمالها مثلاً للزرع أو للسكن، فضلاً عن ذلك في الفقه القانوني تتميز الحيازة العرضية بتنوع السند القانوني لها، فقد يكون مصدر هذه الحيازة العقد كما هو الحال بالنسبة للمستأجر في عقد الإيجار أو قد يكون مصدر هذه الحيازة حكم القضاء كالحارس القضائي أو قد يكون مصدرها القانون (كالولي والوصي)، كذلك فإنّ الدائن المرتهن بوصفه حائزاً عرضياً له أن يحبس المال المرهون الذي يكون تحت حيازته حتى يستوفي دينه، ولكن حق المرتهن بالحبس يسقط لانقضاء الرهن الحيازي في حالة بيع المرهون بناء على طلب دائن آخر.

٤- إنّ توجه الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في أن الحيازة بشكل عام والعرضية منها بشكل خاص لها نطاق معين تدور في فلكه، ويترتب على ذلك أن بعض العقارات لا ترد عليها الحيازة المكسبة للملكية وكذلك لا ترد عليها الحيازة العرضية؛ والسبب في ذلك أن هذه العقارات تتعلق بها حقوق الله تعالى، كما أن هذه العقارات يشترك النوع الإنساني في الانتفاع بها انتفاعاً مطلقاً،

ولا يختص فردًا معينًا بالانتفاع بها، فالعقارات المخصصة لمنفعة العباد غير قابلة في الأصل للتعامل فيها؛ وذلك بالنظر للغرض الذي خصصت له، وبالتالي لا يجوز وضع اليد عليها لينتفع فرد معين منها، ومن هذه العقارات المساجد والأرض الوقف، وهذا يماثل موقف القانون حول عدم جواز وضع اليد على الأموال العامة أو تملكها بالتقادم والتصرف فيها والحجز عليها.

٥- توصلنا في هذه الدراسة إنَّ الفقه الإسلامي يتفق مع القانون بخصوص تكييف الحيابة أو اليد العارضة، فالشريعة الإسلامية تحترم اليد الحائزة سواء أكانت يد مالكة أم يد عارضة كيد المستأجر، ما دام لم يرتكب فعل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية كما في حالة المغتصب، وتجعل الشريعة اليد (الحيابة) إمارة ظاهرة ودلالة راجحة على الملك، وهنا توجه الفقه الإسلامي يطابق توجه القانون، فالأخير يعد الحيابة عمومًا قرينة على الملك مالم يقدّم الدليل على خلاف ذلك؛ ولعل الغاية من اعتبار الحيابة عمومًا قرينة على الملك هو ضمان استقرار الأوضاع في المجتمع، فالحائز في أغلب الأحوال هو صاحب الحق في المال.

٦- تبيّن لنا من هذه الدراسة أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون حول التمييز بين الحيابة الحقيقية والحيابة العرضية، فعند إجراء مقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحائز الأصلي هو كل من يدعي ملكية العقار الذي يحوزه وهذا هو الركن المعنوي للحيابة فضلاً عن توافر الركن المادي الذي يتمثل بالأعمال المادية التي يزاولها الحائز على العقار، بينما نجد أن الحائز العرضي هو كل من تقتصر حيازته على مجرد السيطرة الفعلية على العقار الذي يحوزه دون أدعاء ملكيته وهذا الأمر يجعل من حيازته عرضية ومؤقتة بمدة معينة.

٧- إنَّ القوانين المقارنة قد نصّت على أعمال التسامح ويمكن القول أن هذه القوانين قد أكدت على أن الحيابة لا تقوم على هذا النوع من الأعمال؛ لتخلف عنصر القصد فيها، وقلنا أن هنالك أوجه شبه وأوجه اختلاف بين الحيابة العرضية وأعمال التسامح، فبالنسبة لأوجه الشبه نجد أن كل من أعمال التسامح والحيابة العرضية حيازة لا يتوافر فيها الركن المعنوي (نية التملك)، كما أن كل منهما في الأصل لا تؤدي إلى كسب ملكية العقار أو حق عيني عليه مهما طال زمن وضع اليد على المال، و الفارق الجوهرى بينهما يكمن في أن الحيابة العرضية تجد أساسها في سند قانونى صحيح، وهذا السند قد يكون على شكل عقد كعقد الإيجار أو الوكالة، أو على شكل حكم قضائى كالحارس القضائى، أو على شكل نص قانونى كما هو الحال بالنسبة للولي والوصي، بينما أعمال التسامح تجد أساسها في علاقات حسن الجوار والمسامحة والمجااملة.

٨- استنتجنا من هذه الدراسة أنه الممكن أن تتغير صفة الحيابة العرضية إلى حيابة حقيقية مكسبة للملكية ويكون ذلك بإحدى طريقتين الطريقة الأولى تكون بفعل يصدر من الغير إذا ما نقل هذا الغير ملكية العقار إلى الحائز بالبيع أو الهبة أو المقايضة ويشترط بعض الفقه حسن نية الحائز العرضي لكن القانون المدني العراقي لم يتطلب ذلك، والطريقة الثانية تكون بفعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك وينكر عليه ملكه ويريد الاستئثار به لنفسه، وفيما يتعلق بإثبات تغير صفة الحيابة العرضية يلاحظ أن الحيابة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن، وعبء إثبات تغير صفة الحيابة العرضية يقع على عاتق الحائز العرضي؛ والسبب في ذلك أن الحائز العرضي هو من له المصلحة في إثبات تغير صفة حيازته العرضية إلى حيابة حقيقية، فهذا الحائز يضع يده على العقار بموجب سند قانونى أو صفة تلزمه

برد العقار، ويترتب على ذلك أنه يعترف بالملكية لشخص آخر للمؤجر أو الموكل وغيره، وطالما أنه كذلك فالمشرع يفترض بقاء الوضع على ما هو عليه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

٩- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون حول أماكن انتقال الحيازة أو اليد من السلف إلى الخلف العام كما لو انتقلت من الوارث إلى المورث عن طريق الميراث، أو تنتقل من السلف إلى الخلف الخاص كما لو انتقلت حيازة حق الانتفاع من المنتفع بوصفه حائزاً عرضياً إلى الغير تبرعاً أو معاوضةً، فضلاً عن ذلك أن القانون وإن لم يتضمن نصّ صريح بهذا الصدد فالأمر متروك للقواعد العامة فمن الممكن أن يحصل انتقال الحيازة بالتسليم الفعلي كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري، وقد يحصل بالتسليم الحكمي كما لو قام البائع باستئجار العقار الذي باعه، وقد يتم انتقال الحيازة بالتسليم الرمزي كما لو قام البائع بتسليم المشتري مفاتيح المنزل، وكذلك من الممكن أن تضم مدة حيازة السلف إلى الخلف العام أو الخاص بحسب الأحوال، كما من الممكن أن تزول الحيازة العرضية عند فقد الركن المادي للحيازة ولم يسترده الحائز خلال مدة معينة.

١٠- إنّ الفقه الإسلامي يوفر الحماية لليد، أو للحيازة بنوعيتها القانونية منها والعرضية، بطرق تختلف عما يقرره القانون من حماية للحيازة بنوعيتها، ولكنها تكاد تتقارب معها من حيث الغاية في عدم جواز الاعتداء على أموال الناس؛ لأن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة قد حرمت الاعتداء على الأموال من دون وجه حق وهذا التحريم يشمل الاعتداء على الأموال بجميع أشكاله ومنها حيازة العقار، وهنا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون في حماية حيازة العقار ليس بوصفها دليلاً على الملكية فقط ولكنه يحمي الحيازة العرضية بنفس الحماية التي يقررها لصاحب كل حق، فلا يحل لأحد أن يسلب عقار الغير بالغصب أو بطرق الاحتيال ودعاوى الحيازة هي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة.

١١- إنّ المادة (١/٧٥٣) من القانون المدني العراقي قد أكدت أنه لا يجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفاء المنفعة طوال المدة المحددة في عقد الإيجار، لكن ويؤخذ على هذا النص أن لم يمنع المؤجر من نزع العين المؤجرة من المستأجر في حاله عدم رضاه، لاسيما إذا كان المستأجر موفياً بالتزاماته بموجب عقد الإيجار ومستمر بدفع الأجرة؛ حتى لا يكون المستأجر تحت رحمة المؤجر والأخير عادة ما يكون بمركز اقتصادي جيد.

١٢- فيما يتعلق بالتعرض الذي يطال الحائز العرضي وخاصة المستأجر في عقد الإيجار فقد تعرض له المشرع العراقي في المادة (١/٥٧٥) من القانون المدني، ويؤخذ على هذا النص أنه يقصر التعرض المادي على حالة واحدة وهي الغصب، كما أن المشرع المدني العراقي لم يبين الحكم في حالة تعدد الأعمال المكونة للتعرض في دعوى منع التعرض وكيف يتم حساب المدة اللازمة لرفع الدعوى في هذه الحالة على الرغم من أهمية ذلك في الواقع العملي.

١٣- إن اختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة من الممكن أن ينعقد ولكن بشروط منها توافر ركني القضاء المستعجل وهما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فضلاً عن وجوب توافر الشروط التي قررها القانون لكل من الدعيين، أما بالنسبة لدعوى منع التعرض فغالبية الفقه يرى أن القضاء المستعجل لا يختص بنظر دعوى منع التعرض؛ لأن نظر هذه الدعوى من قبله لا بد فيه من الفصل بأصل الحق.

ثانياً: التوصيات

١- لم يشتمل القانون المدني العراقي بين ثناياه على نصّ خاص حول الحيازة بالواسطة التي تعد من صور الحيازة العرضية، ولكنه أشار لها ضمناً في تعريفه للحيازة، ونحن نفضل وجود نص صريح حول هذا الموضوع يبين حكم هذه الحيازة وشروط صحتها، كما فعل المشرع المدني المصري في المادة (١/٩٥١) من القانون المدني والتي نصت على أنه " تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز، وكان متصلاً به أتصلاً يلزمه الأتمار بأوامره فينا يتعلق بهذه الحيازة ".

٢- لقد منح المشرع المدني العراقي الدائن المرتهن بوصفه حائزاً عرضياً للمال المرهون الذي يكون تحت حيازته حق حبس المال المرهون حتى يستوفي دينه، وذلك بموجب نص المادة (١٣٤٢) من قانوننا المدني، لكن يؤخذ على موقف المشرع المدني العراقي أنه جعل حق المرتهن بالحبس يسقط لانقضاء الرهن الحيازي في حالة بيع المرهون بناءً على طلب دائن آخر وهذا ما نصت عليه المادة (١١/١٣٤٩) من قانوننا المدني، وكان من المستحسن لو أعطى المرتهن أيضاً حق الحبس تجاه المشتري بمقتضى حقه بحبس المرهون في سبيل ضمان الحصول على دينه الموثق بالرهن، والقول بغير ذلك يقلل من القيمة التي يتمتع بها حق الحبس كضمان لاستيفاء دينه عند عدم الوفاء به من قبل المدين الراهن في الأجل المحدد.

٣- إنّ القانون المدني العراقي لم يتضمن نصاً صريحاً لا يجوز النيابة في عنصر القصد في الحيازة، مع وجود استثناء على الحكم المتقدم مقرر للحائز عديم التمييز، وحبذا لو سلك مسلك المشرع المدني المصري وذلك في المادة (٩٥٠) من القانون المدني المصري التي عالجت هذا الموضوع.

٤- إنّ المشرع المدني العراقي لم يجعل حسن النية شرطاً لتغيير صفة الحيازة العرضية إلى حيازة حقيقة، ونحن نقترح على المشرع العراقي أن يشترط ذلك؛ لأن روح النصّ يوحي بهذا الشرط فالحائز العرضي الذي يتعاقد مع شخص يعلم بأنه غير مالك، ينشئ لنفسه سبباً يغير به صفة حيازته، وهذا ما لا تجيزه المادة (١/١١٦٠) من القانون المدني العراقي.

٥- لم يتضمن القانون المدني العراقي بين ثناياه نصوص خاصة بالتسليم الحكمي والتسليم الرمزي للحيازة، لذا نقترح على المشرع العراقي أن ينظم هذا الموضوع، حتى لا يترك الأمر لاجتهادات الفقه والقضاء الأمر الذي قد يؤدي إلى تباين أحكامه في هذا الخصوص خاصة عند غياب النص القانوني الصريح، وكذلك بإمكان المشرع العراقي الاستفادة من القوانين التي عالجت هذا الموضوع ومنها القانون المدني المصري فقد نص على صورتي التسليم الحكمي في المادة (٩٥٣) من هذا القانون، وفيما يتعلق بالتسليم الرمزي للحيازة فقد أشار إليه المشرع المصري في المادة (٩٥٤) من القانون المدني، وكذلك لم يشتمل القانون المدني العراقي بين دفتيه على نصوص خاصة تتعلق بزوال الحيازة، لذا ندعو المشرع العراقي إلى أن يأخذ بالاتجاه الذي سلكه القانون المدني المصري الذي نظم هذا الموضوع، وذلك في المادة (٩٥٦) والمادة (٩٥٧) من القانون المدني.

٦- نقترح على المشرع المدني العراقي إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (٧٣٥) وتكون على الشكل الآتي : "٣- لا تنزع العين المؤجرة من المستأجر حسن النية إلا برضاه" ولعل الغرض من إضافة هذه الفقرة هو حماية المستأجر كونه الطرف الضعيف في عقد الإيجار، وحتى لا يكون تحت رحمة المؤجر عند انتهاء المدة المحددة في العقد، خاصة إذا كان المستأجر حسن النية وموفياً بالتزاماته بمقتضى عقد الإيجار ومستعد لتجديده.

٧- إنَّ المشرع المدني العراقي قد أعطى المستأجر بوصفه حائزاً عرضياً الخيار بفسخ العقد أو إنقاص الأجرة في حالة غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب عن العقار وذلك طبقاً للمادة (١/٧٥٥) من القانون المدني، وينتقد موقف المشرع العراقي؛ لأنه قصر التعرض المادي على حالة واحدة وهي الغصب، ومن هنا ندعو المشرع المدني العراقي إلى إعادة صياغة نص المادة المذكورة، وأن يسلك مسلك القانون المصري الذي تطرق إلى هذا الموضوع في المادة (٥٧٥) فقد استعمل المشرع المدني المصري مصطلح التعرض المادي وهو يستغرق حالة الغصب ويشمل كذلك كل فعل لا يستند فيه المتعرض إلى حق على العقار.

٨- لم يبين المشرع المدني العراقي الحكم عند تعدد الأعمال المكونة للتعرض وكيف يتم حساب المدة في هذه الحالة على الرغم من أهمية ذلك في الواقع العملي، وندعو المشرع العراقي إلى معالجة هذا الموضوع بنص قانوني صريح حتى لا يكون الأمر محل جدل فقهي أو تتباين فيه أحكام القضاء، وندعو أن يكون النص كالاتي : "١- إذا تضافرت مجموعة أعمال لتكون بمجملها تعرضاً للحيازة فهنا يبدأ حساب المدة من تاريخ آخر واقعة أكتمل بها التعرض، ٢- وعند تعدد الأعمال ويشكل كل منها تعرضاً للحيازة فهنا يجب التمييز بين فرضين: الفرض الأول إذا كانت هذه الوقائع متشابهة غير مستقلة فهنا السنة تبدأ من أول واقعة تشكل منها اعتداء على الحيازة، والفرض الثاني إذا كانت الأعمال المكونة للتعرض مستقلة سواء من حيث الفاعل أو من حيث نوع التعرض فعندها تتعدد دعاوى الحيازة وتحسب مدة لكل دعوى على حدة".

٩- ضرورة تفعيل العمل بدعاوى الحيازة بشكل أكثر وضوحاً، وذلك عن طريق عمل دورات للقضاة والمحامين من قبل الجامعات وبالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة؛ بالنظر للأهمية الخاصة التي تتمتع بها دعاوى الحيازة في الحياة العملية كونها ترد على عقارات، كما أن هذه الدعاوى تشكل حماية غير مباشرة للملكية كون الحائز للعقار في أغلب الأحوال هو صاحب الحق فيه.

١٠- ندعو إلى أن يكون قاضي المسائل المستعجلة في المحكمة الواحدة مثله مثل قضاة باقي الفروع بحيث يكون مختصاً فقط بالقضايا المستعجلة؛ حتى يتسنى له التفرغ لها بالدراسة والحلول في أقرب الآجال، فضلاً عن التكتيف الدائم لمعلوماته في هذا المجال من خلال الندوات ذات الصلة بمجال تخصصه.

المصادر

قائمة المصادر:

القرآن الكريم

أولاً: المعاجم

- ١- أبين منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ج ٤، ط ٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٩.
- ٢- جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهية والقانونية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، ١٩٩٦.
- ٣- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٤- الرازي، زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، ج ١، طبعة جديدة، مكتبة لبنان، ١٩٥٩.
- ٥- الزبيدي، محي الدين أبو الفيض محمد بن مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ٨، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٦- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط ٦، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٧.
- ٧- الفيومي، أحمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج ١، دار القلم، بيروت، لبنان، ١٩٥٩.

ثانياً: مراجع تفسير القرآن الكريم

- ١- الشيرازي، ناصر مكارم، الأمتل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٢، ط ١، دار الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٢- عبد الله شبر، تفسير شبر المعطر بولاية علي بن أبي طالب (عليه السلام)، ط ١، دار الأميرة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١١.
- ٣- المقدسي، مجير الدين بن محمد العلمي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، ج ١، ط ٢، مؤسسة دار النوادر، سوريا، ٢٠١١.

ثالثاً: مراجع الحديث الشريف

- ١- البخاري، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ج ٨، ط ٣، دار بن كثير، اليمامة، بيروت، لبنان، ١٠٨٧ هجرية.

٢-البهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، ج ١٠، مطبعة دار المعارف، حيدر آباد، الهند، ١٣٥٥.

٣-الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى، الجامع الصغير (سنن الترمذي)، ط ٢، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، ١٩٦٨.

رابعاً: مراجع الفقه الإسلامي

أ - مراجع الفقه الأمامي

١-أبن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٧٥ م.

٢- باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ١، ط ٤، دار الفقه للطباعة والنشر، قم المقدسة، إيران، ١٤٢٨ هـ.

٣- جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ٢، مؤسسة الإمام الصادق (عليه السلام)، قم المقدسة، ١٤١٨ هـ.

٤- الحر العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة في تحصيل مسائل الشريعة، ج ١٨، مؤسسة أهل البيت (عليهم السلام) لأحياء التراث، قم المقدسة، ١٤١٦ هـ.

٥- الحلبي، جمال الدين الحسن بن يوسف، تذكرة الفقهاء، ج ٣، مؤسسة أهل البيت (عليهم السلام)، قم المقدسة، ١٤٢٣ هـ.

٦- الخميني، سيد روح الله الموسوي، تحرير الوسيلة، ج ٢، ط ٢، مطبعة الآداب، النجف الأشرف، ١٢٩٠ هـ.

٧- الخوئي أبو القاسم الموسوي، منهاج الصالحين، ج ١، دار الزهراء، بيروت، بلا سنة طبع.

٨- الخوئي، أبو القاسم الموسوي، مباني تكملة المنهاج، ج ١، ط ٢، المطبعة العلمية، قم المقدسة، إيران، ١٣٩٦ هـ.

٩- الزيدي، محمد بن أحمد الناظري، جوهرة الفرائض شرح مفتاح الفائض، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، اليمن، ١٩٨٤ م.

١٠- السباعي، شرف الدين الحسين بن أحمد، الروض النظر شرح مجموع الفقه الكبير، مكتبة المؤيد، الطائف، المملكة العربية السعودية، بلا سنة طبع.

١١- الشهيد الأول، محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٣، ط ٤، مطبعة دار التفسير، قم المقدسة، إيران، ١٣٨٢ هـ.

١٢- الشهيد الأول، محمد جمال الدين مكي العاملي المعروف، الدروس الشرعية في فقه الأمامية، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤١٧ هـ.

- ١٣- الشهيد الثاني، زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٢، مؤسسة المعارف الإسلامية قم المقدسة، ١٤١٨ هـ.
- ١٤- الطوسي، محمد بن الحسن بن علي، المبسوط في فقه الأمامية، ج ٣، المكتبة المرتضوية، طهران، إيران، بلا سنة طبع.
- ١٥- الطوسي، محمد بن الحسن بن علي، كتاب الخلاف، ج ٣، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤٢٢ هـ.
- ١٦- العلامة الحلي، الحسن بن سديد الدين، قواعد الأحكام (الموسوعات الفقهية الوقوف والوصايا)، ج ١، دار التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٧- علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، دار المؤرخ العربي، بيروت، ٢٠٠١ م.
- ١٨- علي الحسيني الميلاني، القضاء والشهادات، ج ٢، ط ٣، مكتبة شريعت قم، إيران، ١٤٢٦ هـ.
- ١٩- الجهرمي، علي الكريمي، محاضرات في القضاء (دروس ومباحث)، ط ١، مطبعة بوستان كتاب، طهران، إيران، ١٤٣٥ هـ.
- ٢٠- الحائري، كاظم الحسيني، القضاء في الفقه الإسلامي، ج ١٤، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، ١٤١٥ هـ.
- ٢١- الموسوي، محسن باقر، القضاء والنظام القضائي عند الإمام علي (عليه السلام)، ط ١، مؤسسة الغدير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٩ م.
- ٢٢- المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، المختصر النافع في فقه الأمامية، المكتبة الأهلية، بغداد، ١٩٦٤ م.
- ٢٣- المحقق الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام في الفقه الجعفري، دار الحياة، بيروت، ٢٠٠٩ م.
- ٢٤- الشيرازي، محمد الحسيني، الفقه (كتاب الشهادات)، ج ٨٦، ط ٢، دار العلوم، بيروت، ١٩٨٨ م.
- ٢٥- الصدر، محمد باقر، منهاج الصالحين، ج ٢، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ١٩٨٠ م.
- ٢٦- الحلي، محمد بن إدريس، السرائر (الموسوعات الفقهية الوقوف والوصايا)، ج ١، دار التراث، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٢٧- التستيري، محمد تقي، قضاء أمير المؤمنين علي بن أبي طالب (عليه السلام)، دار التربية للطباعة والنشر، بغداد، بلا سنة طبع.

- ٢٨- محمد جواد مغنية، أصول الأثبات في الفقه الجعفري، ط ١، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤م.
- ٢٩- محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق (عليه السلام)، ج ٣، ط ٥، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٥م.
- ٣٠- النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، ج ١، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٩٩٢م.
- ٣١- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ٤، المطبعة الحيدرية، النجف الأشرف، ١٣٤٧هـ.
- ٣٢- الصدر، محمد محمد صادق، ما وراء الفقه، ج ٤، ط ١، مطبعة القضاء، النجف الأشرف، العراق، ١٩٩٥م.
- ٣٣- مرتضى الأنصاري، القضاء والشهادات، ط ١، مطبعة باقري، قم المقدسة، إيران، ١٤١٥هـ.

ب - مراجع الفقه الحنفي

- ١- أبين عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، حاشية أبين عابدين على الدر المختار، ج ٥، المطبعة الأميرية القاهرة، ١٣٢٣هـ.
- ٢- أبين نجيم، زين العابدين بن أبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، ط ٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣١٥هـ.
- ٣- البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود، شرح العناية على الهداية على هامش فتح القدير لأبن همام، ج ٦، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٤- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع حاشية أبين عابدين، ج ٨، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٢م.
- ٥- الزيلعي، أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٤، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١٥هـ.
- ٦- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج ١٧، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م.
- ٧- سليم رستم باز، شرح المجلة، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠م.
- ٨- السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء ج ٣، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ.

- ٩- شيخي زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨م.
- ١٠- علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار النهضة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١١- قاضي سماونة، محمد بن إسرائيل، جامع الفصوليين، ج ١، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣٠٠هـ.
- ١٢- القرشي، يحيى بن آدم، كتاب الخراج، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٤٧هـ.
- ١٣- الكاساني، علاء الدين أبي بكر محمد بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٦، ط ١، مطبعة الجمالية، مصر، ١٩١٠م.
- ١٤- الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج ٢، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر، ١٣١٥هـ.
- ١٥- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية، ط ٢، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٠٩م.
- ١٦- المرغيناني، علي بن أبي بكر الفرغاني، الهداية، ج ٦، دار التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م.

ج - مراجع الفقه المالكي

- ١- ابن عليش محمد بن أحمد، فتح العلى القدير، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ١٣٢٠هـ.
- ٢- ابن فرحون، برهان الدين محمد، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج ٢، مطبعة التقدم العلمية، مصر، ١٣٢٠هـ.
- ٣- الأصبحي، مالك بن أنس بن عامر أبو عبد الله، المدونة الكبرى، ج ١٤، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٢٣هـ.
- ٤- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، ج ٢، ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٥١م.
- ٥- الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج ١٦، دار الرضوان للنشر، نواكشوط، موريتانيا، ٢٠١٠م.
- ٦- الخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١هـ.
- ٧- الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد، الشرح الكبير على هامش حاشية الدسوقي، ج ٤، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، ١٣٧٢هـ.
- ٨- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٤، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣١٩هـ.

- ٩- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الأمام مالك، ج ٧، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١ هـ.
- ١٠- علي العدوي الصعيدي، حاشية الصعيدي على رسالة أبي زيد القيرواني، ج ٢، دار صادر، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- ١١- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق (أنوار البروق في أنواع الفروق)، ج ٤، دار أحياء الكتب العربية، بيروت، ١٣٤٦ هـ.
- ١٢- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، ط ٣، القاهرة، ١٩٦٠ م.
- ١٣- الكلبى، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٩ م.
- ١٤- المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج ٦، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٩٢ م.
- ١٥- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا، الفواكه الدواني، ج ٢، ط ٣، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٣٧٤ هـ.
- ١٦- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا والأندلس والمغرب، ج ٥، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٣ م.

د - مراجع الفقه الشافعي

- ١- إبراهيم الباجوري، حاشية الباجوري على شرح بن القاسم الغزي، ج ٢، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٩٧٤ م.
- ٢- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، شرح زكريا الأنصاري على متن البهجة، ج ٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧ هـ.
- ٣- البيضاوي، عبد الرحمن بن عمر، الغاية القصوى في دراية الفتوى، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٤- الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣ م.
- ٥- السيوطي، جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، مصر، ١٩٥٩ م.
- ٦- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج ٦، دار المعرفة، بيروت، ١٣٣٩ هـ.

- ٧- الشربيني، شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج، إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج ٢، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م.
- ٨- شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة، حاشية قليوبي وعميرة، مكتبة علي محمد صبيح، مصر، بلا سنة طبع.
- ٩- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣م.
- ١٠- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، المهذب الموسوعات الفقهية (الوقوف والوصايا)، ج ٥، دار التراث، بيروت، ٢٠٠١م.
- ١١- العبادي، أحمد بن قاسم، حاشية بن قاسم العبادي على همش شرح زكريا الأنصاري، ج ٥، المطبعة الميمنية، مصر، ١٣١٥هـ.
- ١٢- الماوردي، أبو الحسن بن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الأمام الشافعي، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
- ١٣- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٢هـ.
- ١٤- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ط ١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٦٠م.
- ١٥- المزني، أبو إبراهيم اسماعيل بن يحيى، مختصر المزني على هامش الأم للشافعي، ج ٥، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٦م.
- ١٦- المطيعي، محمد بن نجيب، تكملة المجموع على المهذب، ج ١، مطبعة الأمام، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٧- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، ج ١٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦م.
- ١٨- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار التراث، بيروت، ٢٠١٠م.
- ١٩- الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الأمام الشافعي، ج ١٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٥م.

هـ - مراجع الفقه الحنبلي

- ١- أبن القيم الجوزية شمس الدين محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٩٧٣م.

- ٢- ابن القيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ١٩٥٣م.
- ٣- ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد، منتهى الأرادات في جمع المقنع مع التنقيح والزيادات، دار الجيل، القاهرة، مصر، ١٩٦٢م.
- ٤- ابن تيمية، أبو البركات عبد السلام بن عبد الله، القواعد النورانية الفقهية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ١٣٨٢هـ.
- ٥- ابن تيمية، أبو البركات عبد السلام بن عبد الله، مجموعة فتاوى ابن تيمية، ج ٣٥، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ١٣٨٢هـ.
- ٦- ابن ضويان إبراهيم بن محمد، منار السبل في شرح الدليل، ج ٢، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٣٨٩هـ.
- ٧- ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد، المقنع، ج ٣، المطبعة السلفية القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٨- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، ج ١٢، مطبعة المنار، القاهرة، مصر، ١٣٤٧هـ.
- ٩- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الأمام أحمد بن حنبل، ج ٣، ط ٢، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٩٧٩م.
- ١٠- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، ج ٤، ج ١٠، مطبعة الأمام، مصر، بلا سنة طبع.
- ١١- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ٢٠١١م.
- ١٢- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع عن متن الأفتاع، ج ٦، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ.
- ١٣- الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج ٦، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، ١٩٦١م.
- ١٤- المرادوي، علاء الدين أبو الحسن، الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الأمام أحمد بن حنبل، ج ١٢، ط ٢، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ١٤٢٣هـ.
- ١٥- المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، الأفتاع لطالب الانتفاع، ج ٣، ط ٣، دار الملك عبد العزيز، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ.
- ١٦- المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥م.

١٧- النجدي، عبد الرحمن بن قاسم القحطاني، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، ج ٦، دار الإفتاء، المملكة العربية السعودية، ١٩٦٥م.

خامساً: مصادر الفقه الإسلامي الحديث

١- عبد الحميد محمود البعلي، الملكية وضوابطها في الإسلام، أبها، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٤.

٢- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١ و ج ٥، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٨٩.

٣- عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط ١، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١.

٤- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٩.

٥- عبد اللطيف بن عبد العزيز آل الشيخ، الحيابة والتقدم في الفقه الإسلامي، ط ١، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ٢٠١١.

٦- عبد الناصر موسى أبو البصل، شرح أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٥.

٧- عبد الوهاب خيرى علي العاني، نظام المرافعات دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤.

٨- عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩.

٩- عدلي أمير خالد، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ١٩٩٢.

١٠- عزة أسماعيل عبد الغني الرفاعي، الاستخلاف في الحقوق وأثره على المنافع والأعيان في الفقه الإسلامي، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣.

١١- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ط ١، معهد البحوث والدراسات الإسلامية، القاهرة، ١٩٦٧.

١٢- محمد أبراهيم البدارين، الدعوى بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٧.

١٣- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٣٩.

- ١٤- محمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والأثبات في الشريعة الإسلامية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١٥- محمد القدوري، حيازة العقار وحيازة المنافع في الفقه الإسلامي، ط ١، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، ٢٠٠٥.
- ١٦- محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٨.
- ١٧- محمد زيد الابياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ٢، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
- ١٨- محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة العاني بغداد، ١٩٨٩.
- ١٩- محمد سلام مذكور، المدخل الفقهي الإسلامي تاريخه- مصادره - نظرياته، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٢٠- محمد عبد الجواد محمد، الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي، مطبعة أطلس، القاهرة، ١٩٧٧.
- ٢١- محمد عبد الجواد محمد، ملكية الأراضي في الإسلام، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٧١.
- ٢٢- محمد عبد الملك محسن المحبشي، انتقال الحقوق إلى الورثة، ط ١، دار الكتب اليمنية، صنعاء، اليمن، ٢٠١٠.
- ٢٣- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، ط ٢، دار التأليف، مصر، ١٩٦٣.
- ٢٤- محمد مصطفى شلبي، نظرية المدخل في الشريعة الإسلامية، ط ٢، دار التأليف، مصر، ١٩٦٠.
- ٢٥- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٢، دار النفائس، عمان، الأردن، ٢٠٠٠.
- ٢٦- مصطفى أبراهيم الزلمي وعبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.
- ٢٧- مصطفى أبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط ١٠، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٢٨- مصطفى الزرقا، أحكام الأوقاف، ج ١، ط ٢، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ١٩٤٧.

- ٢٩- نصر فريد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٣٠- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٨، ط ٨، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٥.
- ٣١- يوسف قاسم الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.
- ٣٢- يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

سادساً: المصادر القانونية

- ١- إبراهيم أمين النفيراوي، مبادئ المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٢- إبراهيم عبد الوهاب الشبلي، قانون المرافعات المدنية، مطبعة بغداد، العراق، ١٩٨١.
- ٣- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٥- أحمد عبد التواب، دروس في الحقوق العينية التبعية، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٦- أحمد هندي أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.
- ٧- إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، ج ١، ط ١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨٩.
- ٨- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٩- آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الأثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١٠- ادور عيد، الحقوق العينية العقارية الأصلية، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، ١٩٨٢.
- ١١- أسامة الروبي، مبادئ المرافعات والتنظيم القضائي في سلطنة عمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٢- أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع.
- ١٣- أمينة مصطفى النمر، مناط الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٧.

- ١٤- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢.
- ١٥- أنور طلبية، التقادم، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ١٦- جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١٣.
- ١٧- جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، ط ٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.
- ١٨- جميل الشرفاوي، دروس في الحقوق العينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ١٩- جورج ن. شراوي، حق الملكية العقارية، ج ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦.
- ٢٠- حازم بيومي المصري، الموسوعة التأسيسية في المرافعات المدنية، ج ١، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ٢١- حسن علي ذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ٢٢- حسن علي ذنون، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
- ٢٣- حسن كبيرة، الحقوق العينية الأصلية أحكامها - مصادرهما، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٥.
- ٢٤- خليل إبراهيم الخالد ومهدي محمد الأزري، تاريخ أحكام الأراضي في العراق، دار الحرية، بغداد، ١٩٨٠.
- ٢٥- رمزي سيف، تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية، ط ٧، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٢٦- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
- ٢٧- رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية أحكامها - مصادرهما، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٢٨- سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (البيع والإيجار)، ج ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤.
- ٢٩- سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢.
- ٣٠- سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٣.

- ٣١- سعيد مبارك وطه الملا حويش، العقود المسماة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٣٢- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٣٣- السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع في الحيازة المدنية وحماتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٣٤- شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الحقوق العينية الأصلية)، ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
- ٣٥- شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (حق الملكية)، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
- ٣٦- صفاء العارف، الإجراءات المستعجلة، مطبعة سلمان الأعظمي، بغداد، ١٩٥٧.
- ٣٧- صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
- ٣٨- ضياء شيت خطاب، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣.
- ٣٩- طارق عبد الرؤوف صالح، شرح القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٤٠- عباس العبودي، شرح أحكام المرافعات المدنية، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
- ٤١- عباس العبودي، شرح أحكام قانون البيئات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ٤٢- عباس العبودي، شرح أحكام قانون التنفيذ، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.
- ٤٣- عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ٤٤- عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار، مطبعة الاهلي، بغداد، ١٩٥٦.
- ٤٥- عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٦.
- ٤٦- عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج ١، المطبعة العالمية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٤٧- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج ١، ط ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٤٨- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية)، ج ٩، دار النهضة العربية القاهرة، بلا سنة طبع.

- ٤٩- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٥٠- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج ٨، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٥١- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام الأثبات - آثار الالتزام)، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٥٢- عبد العزيز عامر، دروس في حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٥٣- عبد الله بشرى، الوجيز في الحيازة، دار العماد، مصر، ٢٠٠٩.
- ٥٤- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج ٢، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٥٥- عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٥٦- عبد المجيد الحكيم، شرح قانون التسجيل العقاري، ج ٢، مكتبة وزارة العدل، بغداد، ١٩٧٣.
- ٥٧- عبد المنعم البدرأوي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، دار الكتاب العربي، القاهرة، ١٩٥٦.
- ٥٨- عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥١.
- ٥٩- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢.
- ٦٠- عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٩٦٧.
- ٦١- عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٢.
- ٦٢- عبد الناصر توفيق العطار، في أثبات الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- ٦٣- عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
- ٦٤- عدلي أمير خالد، الحماية المدنية والجنائية لوضع اليد، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٣.

- ٦٥- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١١.
- ٦٦- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط ٥، مركز الدلتا، مصر، ١٩٩٧.
- ٦٧- عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الأثبات، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٦٨- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٣.
- ٦٩- عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨.
- ٧٠- عيد محمد القصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٧١- غني حسون طه، الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي (حق الملكية)، ج ١، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧.
- ٧٢- فايز أحمد عبد الرحمن، الوسيط في شرح قانون المرافعات الليبي مقارناً بالقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٧٣- فايز السيد اللساوي وأشرف فايز اللساوي، الصيغ النموذجية في القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٧٤- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ٧٥- كاظم حسن الربيعي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط ٢، مطبعة أساور، بغداد، ٢٠١٤.
- ٧٦- كمال قاسم ثروت الوندائي، شرح أحكام عقد الإيجار، ط ١، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٩٤.
- ٧٧- لفته هامل العجيلي، أحكام دعاوى حماية الحياة، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢.
- ٧٨- لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٧.
- ٧٩- محمد المنجي، الحياة، ط ٤، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥.
- ٨٠- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٨١- محمد دريد الرفاعي، وجيز قضاء المستعجلات، دار حطين، دمشق، ١٩٩٩.
- ٨٢- محمد شريف عبد الرحمن، أسباب كسب الملكية (الحياة)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

- ٨٣- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٨٤- محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج ١، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
- ٨٥- محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.
- ٨٦- محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط ٤، عالم الكتب، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٨٧- محمد علي عرفة، أسباب كسب الملكية، ج ٢، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٥.
- ٨٨- محمد فهمي شفقة، الوسيط في أحكام الإيجارات، مؤسسة النوري، دمشق، ١٩٩٧.
- ٨٩- محمد كامل مرسي، العقود المسماة (عقد الإيجار)، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٩٠- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٩١- محمد كمال عبد العزيز، التعليق على التقنين المدني، ج ١، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٩٢- محمد محمود أبراهيم، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٩٣- محمد نور شحاتة، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٩٤- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية الأصلية)، ج ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- ٩٥- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط ٢، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨.
- ٩٦- مصطفى مجدي هرجة، أحكام وأراء في القضاء المستعجل، منشأ المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩.
- ٩٧- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج ١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ٩٨- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، مشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٩٩- منصور مصطفى منصور، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٦.

- ١٠٠- منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧.
- ١٠١- مهدي كامل الخطيب، الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المنيا، مصر، ١٩٩٩.
- ١٠٢- نبيل أبراهيم سعد، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ١٠٣- نبيل أبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية أحكامها - مصادرهما، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
- ١٠٤- نبيل أسماعيل عمر وأحمد خليل وأحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.
- ١٠٥- نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ١٠٦- هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، ط ١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٠٨.
- ١٠٧- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط ١، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١١.

سابعًا: الرسائل والاطاريح الجامعية

- ١- أريج طعمة فاخر، الجرائم الماسة بالحيازة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥.
- ٢- أكرم فاضل سعيد، الخلف في العقد، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٥.
- ٣- حسن نعمة الياسري، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٤.
- ٤- سفانة سمير حميد، التقادم المكسب للملكية العقارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، ٢٠٠٦.
- ٥- عادل شمران الشمري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٥.
- ٦- علي شاکر البدری، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٣.

- ٧- عمار محسن كزار، القبض في عقد الرهن الحيازي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بابل، كلية القانون، ٢٠٠٦.
- ٨- فانت حاتم محمد، الشهادة وإجراءاتها في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهريين، كلية الحقوق، ٢٠١٥.
- ٩- فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٠.
- ١٠- ملاك عبد اللطيف عبد الحسين، حق المرتهن بحبس المرهون، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء، كلية القانون، ٢٠١٣.
- ١١- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ٢٠٠٦.
- ١٢- نبأ محمد عبد، غصب العقار، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة النهريين، كلية الحقوق، ٢٠٠٦.

ثامناً: البحوث

- ١- أحمد أبراهيم، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد الثالث، السنة السابعة.
- ٢- أحمد شهاب المبرجي، مخالفة المستأجر للالتزامات في عقد الإيجار، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، بغداد، ١٩٩٦.
- ٣- بسام مجيد سليمان، التنظيم القانوني للحيازة، بحث منشور في مجلة الرافدين، كلية الحقوق جامعة الموصل، العدد الخمسين، السنة السادسة عشر، ٢٠١٠.
- ٤- حسن حنتوش رشيد وعلي شمران حميد، التسبب في الأعمال القضائية الماهية والوظائف، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد الثاني، السنة الخامسة، ٢٠١٣.
- ٥- حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد الثامن عشر، لسنة ٢٠١٠.
- ٦- رمضان محمد بطيخ، المال العام، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، السنة السادسة والاربعين، ٢٠٠٤.
- ٧- زواوي عباس، الدعوى الاستعجالية في ظل القانون المتضمن الإجراءات المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية تصدر عن جامعة بسكرة، الجزائر، العدد الثلاثون والحادي والثلاثون، لسنة ٢٠١٣.

- ٨- سامي الدريعي، الوكالة غير القابلة للعزل، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الخامسة والعشرون.
- ٩- عطا عبد الحكيم أحمد، اشكالات القضاء المستعجل في قانون المرافعات المدنية العراقي، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، كلية الحقوق، جامعة السليمانية، العدد السادس، السنة الثالثة، ٢٠١٥.
- ١٠- علي الخفيف، مدى تعلق الحقوق بالتركة، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الثانية عشر، العدد الثاني.
- ١١- علي خليل محمد جواد، مخالفة المستأجر لعقد الإيجار كسبب من اسباب التخلية، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، بغداد، ١٩٩٣.
- ١٢- علي شاکر البدری، الشيء والمال بين الفقه الإسلامي والقانون، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء، العدد الثالث، السنة ٢٠١٠.
- ١٣- قاسم الإبراهيمي، الإثبات القضائي - عبء الإثبات، بحث منشور في مجلة فقه أهل البيت عليهم السلام، تصدر عن دار معارف فقه أهل البيت، قم المقدسة، إيران، العدد الثالث عشر، السنة الرابعة.
- ١٤- قاسم علي مطر، الحيازة أحد أسباب كسب الملكية، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، بغداد، ١٩٩٩.
- ١٥- منذر حسين الفضل، الملكية ووظيفتها الاجتماعية في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد الأول، السنة السادسة.

تاسعاً: مصادر القرارات القضائية

- ١- أبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم المدني)، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- أبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (قسم المرافعات المدنية)، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠.
- ٣- لفته هامل العجيلي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٠٩.
- ٤- لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢.
- ٥- موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٠.

- ٦- هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (إيجار العقار)، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.
- ٧-النشرة القضائية تصدر عن المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق:
أ-العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣.
ب-العدد الثالث، السنة الثالثة، ١٩٧٣.
ج-العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣.
- ٨- مجموعة الأحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق قسم الإعلام القانوني:
أ-العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥.
ب-العدد الأول، السنة السابعة، ١٩٧٥.
- ٩- مجلة التشريع والقضاء تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، بغداد، العدد الأول، السنة ٢٠١٢.
- ١٠- مجلة الحقيقة القانونية تطبع في مطبعة البصرة التحسينية، العراق، العدد السادس والثلاثين، السنة الثالثة، حزيران ٢٠١٠.
- ١١- مجلة نقابة المحامين، تصدر عن نقابة المحامين في المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الموحد السابع والثامن والتاسع، السنة التاسعة والاربعين، ٢٠٠١.
- ١٢- مجموعة المكتب الفني تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام بمحكمة النقض المصرية:
أ-السنة ٤٠ قضائية، ج ١، رقم ١٢٠١.
ب-السنة ٥٤ قضائية، ج ٢، رقم ٤٥٦.
- ١٣- مجموعة محكمة النقض (الدائرة المدنية) تصدر عن المكتب الفني لتبويب الأحكام بمحكمة النقض المصرية:
أ-السنة ٥٠ قضائية، ج ١، رقم ٤٣٠.
ب- السنة ٣٠ قضائية، ج ٢، رقم ٢٠٩.
ج- السنة ١٨، ج ٣، رقم ٢٢٣.
- ١٤- المحاماة، مجلة تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية مصر العربية، العدد الأول والثاني، السنة الثامنة والخمسون.
- ١٥- مجموعة القواعد القانونية، قررتها محكمة النقض المصرية، السنة ٣٧ قضائية، ج ١، رقم ١٤٥٠.

١٦- القضاء الفعلية، مجلة تصدر عن محكمة النقض المصرية، العدد الثاني، السنة التاسعة والعشرون.

١٧- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٩١ / مدنية ثانية/ في تاريخ ١٩٩٨/٥/٢٨ (قرار غير منشور)

١٨- قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ٣٥/ الهيئة الاستئنافية عقار/ في تاريخ ٢٠٠٧/٢/١٣ (قرار غير منشور)

عاشراً: القوانين

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

٢- قانون الأراضي العثماني لسنة ١٨٥٨.

٣- مجلة الأحكام العدلية لسنة ١٨٦٩.

٤- قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦.

٥- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٦- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.

٧- قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.

٨- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

٩- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٨) لسنة ١٩٦٨.

١٠- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

١١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

١٢- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

١٣- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥.

١٤- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

١٥- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.

١٥- قانون إيجار العقار العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٩.

١٧- قانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠.

١٨- قانون الإثبات الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠.

المصادر

- ١٩- قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل.
- ٢٠- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.
- ٢١- قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.
- ٢٢- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣.
- ٢٣- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٢.
- ٢٤- قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣.
- ٢٥- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٦، الحقوق العينية الأصلية.

أحد عشر: المراجع الأجنبية

أ-الكتب القانونية

- 1-Aubry et Rau : Cours de droit Civil Francais, 5e ed Par Martin, Paris, 1922.
- 2-Laurent, Principe de droit Civil, Bruxelles, 1889.
- 3- R . monier, elementaire de droit romain, T 1, Paris, 1974.
- 4-Mazeaud (HL) Le Con de droit Civil, Paris, edition, Montchrestien, 1975.
- 5-Marty (G) Etraynaud (D) . T . 11 . ler . Obligation, Paris, 1962.

ب- مصادر القرارات القضائية

1-Dalloz , Civt, 2005, N 3.

2-Dalloz, 1991, N 4.

3-Dalloz, 1988.

By Websit : WWW. http: // SuPreme Justa, Com /45/96/Cas / Html.

Abstract:

After this study, we find that this type of possession has a special status. This possession is the effective tool for the exploitation and exploitation of money so that it may outweigh the ownership in the working life. Possessing possession is one of the most important sources of rights organized by the other legislations in their laws. As a material event under which the holder has a realistic status protected by the law itself, and has important legal implications, namely that the accidental possession if completed by the availability of the moral component of the structure of the ownership of the property in this case can lead to accidental acquisition of ownership The real estate, and this prompted the laws of the situation to give the acquisition in general and the ground in particular in particular the importance of the two main factors:

The first factor is that it is the casual owner who exercises effective control over the property that he owns. Therefore, considerations of public order and stability must maintain this control. This should not be attacked. The law protects tenure and protects property.

The second factor is that in most cases the owner of the property is the owner; it is the king's advantage that the owner has the money that he owns. Therefore, the law presupposes that the holder is the owner, protecting the property by protecting possession, so protection of possession is an indirect protection of the same right .

In addition, the status laws have been adopted by the possession in itself if they meet the conditions required by the law, and it is obligatory to protect them, even if the third party claimed ownership of the eye in possession. The possession is a simple presumption to the king. The burden of proof is the deduction of the holder. It is also clear to us that the legal protection of possession, both real and temporary, is an important factor in reducing attacks on them in order to stabilize transactions in society.

One of the problems of the research is that the Iraqi civil law does not address some of the important issues related to the accidental possession of the property by explicit legal provisions. This may raise controversy and jurisprudential differences on the other. It was preferable to do so in order to avoid circumventing the law, nor did it include provisions for the extrajudicial delivery and symbolic delivery of possession in the case of its transfer from one

hand to another, as well as in the case of Tenant Po is exposed FH-holder to the accidental grabbing property which is held by, the legislator granted claim termination of the contract or decrease the fare option, here treated one case of abuse cases of possession and is unlawfully seized, what about other cases in which non-irregularity might be exposed to the tenant?

This is what we will try to answer by God's permission within the methodology of comparative legal study of Islamic jurisprudence and within a research plan consisting of two chapters.

**Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Karbala
College of Law**



Accidental Possession of Estate

((Comparative study With Islamic Jurisprudence))

Dissertation made by :-

Ameer Falih Wajid Ali

To the Council of College of Law / University of Karbala.
It is part of a master's degree in private law requirements.

Under the supervision of Dr. :

((Abd Allah Abd ALAmeer Tahii))

Assistant professor of civil law

2019 A.D

1440 A.H