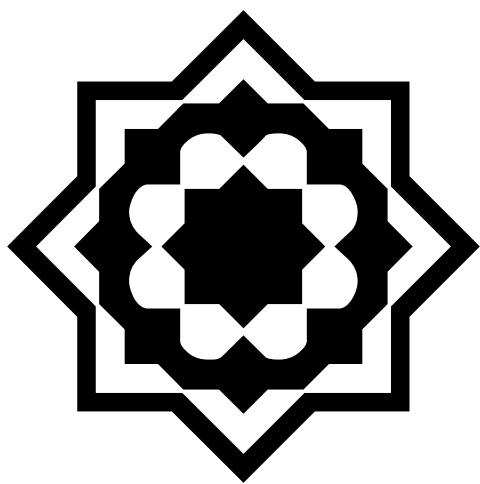


الحياسة في القانون المدني

م.م.حسن محمد كاظم

جامعة كربلاء / كلية القانون





الحيازة بصورة عامة من الموضوعات الهامة جداً وأنه مهما تم البحث فيها ستكون هذه البحوث او الكتابات قاصرة حتى في ظل تقييد القوانين لها وحصرها في حيز معين سواء أضاق نطاقه أم اتسع . ومن المنطقي إن الإنسان في بداية حياته لم يعرف وسيلة لكسب ملكية الأشياء سوى الحيازة لتناغمها مع تلقائية الإنسان البدائي فمتى ما حاز الشيء أصبح مالكا له ، وكان له أن يدافع عن هذه الملكية بشتى الوسائل والتي في مقدمتها استعمال العنف والقوة في ظل انعدام القوانين وما تؤدي به من تنظيم وسائل كسبها وشروط تحققها وكيفية حمايتها .

إذاً فالحيازة كانت في قديم الزمان هي الوسيلة المهمة بل والرئيسية التي تكتسب الملكية ابتداءً لها في الأحوال التي لم يملكها احد من قبل وبها نشأت الملكية ابتداءً سواء كان ذلك في المنقول أم في العقار مهما كانت صورة هذا العقار من البساطة والبدائية كالكهف الذي يحوزه الإنسان ويأوي إليه كمسكن في بداية حياته أم ارض فضاء تستخدم كمرعى أم غيره .

وبنشوء المجتمعات البشرية ومراحل تطورها وما سنته من قوانين لتنظيم حياتها في كافة المجالات ومنها حق الملكية وما ينشأ عنه وما يرتبط به من حقوق أخرى وكيفية كسبها وسبل حمايتها ، لذا فان هذا التطور شمل أيضا الحيازة فوضعت لها القواعد التي نظمتها وشروطها وما يجوز كسبه بالحيازة وما لا يجوز .

لذا أقدم بحثي المتواضع هذا الموسوم الحيازة في القانون المدني (دراسة مقارنة) راجياً من الله عز وجل من أن يلقي أبسط صور القبول .

وسوف نتناول دراسة هذا البحث في ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول ماهية الحيازة ، وفي المبحث الثاني نتناول الحيازة القانونية ، وفي المبحث الثالث نتناول حماية الحيازة .

المبحث الأول
ماهية الحيازة



يجب ابتداءً تحديد ماهية الحيازة وإعطاء نبذة أولية عنها من حيث تعريفها وتكييفها القانوني والاراء التي قيلت بشأن ذلك وهذا ما كان في المطلب الأول من هذا المبحث .

وفي المطلب الثاني منه سنتناول تحليل الحيازة وبيان العناصر او الأركان التي تقوم عليها .
أما المطلب الثالث والأخير من هذا الفصل سيتم التطرق فيه الى الحيازة العرضية بوصفها ليست المقصودة بالحيازة الحقيقية ((موضوع البحث)) ذات الأثر القانوني وكيفية تحولها الى حيازة منتجة للأثار التي رتبها القانون عليها أي حيازة حقيقية أصلية

المطلب الأول

تعريف الحيازة وتكييفها القانوني

يمكن تعريف الحيازة بأنها ((حالة واقعية تتألف من وضع اليد على الشيء وممارسة الأعمال المادية عليه استعمالاً وانتفاعاً كما لو كان ملكاً لو اضع اليد)) او ((واقعة تتألف من إيقاع مظاهر الحق على الشيء مباشرة او بواسطة شخص آخر سواء كان مالكاً لذلك الحق او غير مالك له))^(١) .

وذهب البعض الى تعريفها بأنها ((تصرف فعلي . بموجبه يستبد الشخص في تصرفه بالمال المنقول او غير المنقول خلال وجوده في يده ويظهر ذلك من الناحية المادية في استعماله والإفادة منه))^(٢) . في حين عرفها آخرون على إنها ((سلطة فعلية او واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي وفي قصد الحائز مزاولة للملكية او لحق عيني آخر))^(٣) .

وقد عرفها القانون المدني العراقي في المادة ((١٤٥)) منه التي نصت على ((الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)) . ويفهم من هذا التعريف إن الحيازة عبارة عن وضع مادي يسيطر به الشخص على شيء او حق قابل للتعامل فيه سيطرة فعلية سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق او الشيء او لم يكن ، وتحقق السيطرة الفعلية على الحق او الشيء عن طريق الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص ((الحائز)) والتي يقتضيها مضمون هذا الحق ، فان كان حق ملكية اختلط الحق بالشيء محل الحق حيث يقال حينئذ إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية وذلك عن طريق الأعمال المادية التي يمارسها المالك في ملكه ، فالشخص يكون حائزاً لحق الملكية او الشيء محل هذا الحق حينما يستعمل على هذا الشيء حقوق المالك ، فأن كان داراً قام بسكنها او تأجيرها للغير ، وان كانت أرضاً زراعية قام بزراعتها بنفسه او بواسطة غيره بالإيجار او المزارعة وغيرها ، أي انه يحوز الشيء وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعة هذا الشيء سواء كان هذا الشخص مالكاً للشيء محل الحيازة ام غير مالك لئلا ينصرف الى الذهن الى حق الملكية فنحن بصدد الحيازة لا الملكية .



وإذا كان محل الحيازة حق ارتفاق كأن يكون حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو المجرى فإن حيازة هذه الحقوق تكون باستعمالها بصورة فعلية حيث يقوم الحائز لحق المرور بالمرور في الأرض المجاورة لأرضه أو يقوم بري أرضه عن طريق اخذ الماء من مروي الجار ، أو عن طريق إجرائه في أرض الجار وصولاً إلى أرضه ، وهذا ينطبق أيضاً على حق الانتفاع .

ويستفاد من تعريف القانون المدني المتقدم ذكره إن الحيازة بالمعنى المتقدم لا ترد إلا على الأشياء القابلة للملكية الخاصة ، لهذا لا تكون عقارات الدولة ولا الأشياء المشتركة كمياه الأنهار قابلة لحيازة الأفراد ^(٤) . أما في فقه الشريعة الإسلامية فقد عرفها ((الدردير)) بأنها ((هي وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه ... وتصرف الحائز في الشيء المحوز يكون بواحد من أمور سكنى أو سكن ، أو زرع أو غرس ، أو بيع أو هدم أو بناء أو قطع شجر)) ^(٥) .

وقد اختلف الفقهاء في التكييف القانوني للحيازة ، فمنهم من يرى إن الحيازة ليست حق عيني أو حق شخصي بل هي وفقاً لرأيهم ليست حقاً أصلاً وإنما هي سبب لكسب الحق ، فهي واقعة مادية بسيطة تحدث أثراً قانونية ^(٦) . وهم يعللون رأيهم هذا بالقول : إننا إذا سائرنا المذهب الشخصي في الحيازة وقلنا إن هناك عنصراً معنوياً للحيازة هو القصد ((أي قصد التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيازة)) ، فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيازة ، بل المراد أن تكون الأعمال المادية والتي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين ، أي أن تكون أعمال الحائز أعمالاً قصدية ، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالاً مادية محضة وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية .

في حين إذا قلنا مع المذهب المادي إن القصد ينصب على الحيازة المادية في ذاتها فإن هذا يكون أكثر دلالة على إن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمال مادية محضة ومن ثم كون الحيازة في كل من المذهبين واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج أثراً قانونية ^٧

وقد وقف التشريعان الألماني والسويسري موقفاً قانونياً من الحيازة ، فالحيازة فيهما لها قيمة اقتصادية أصيلة جديرة بالحماية لذاتها فهي ليست واقعة أو حادثة وإنما هي حق أو مصدر لحقوق ولها من الاستقلال الحقيقي مثل الذي لحق الملكية نفسها^٨

في حين ذهب التشريع العراقي مذهب القانون الفرنسي في تكييف الحيازة فجعلها ذات صلة وثيقة بالملكية بحيث تكون لها تبعاً وتكون قرينة عليها ما لم يقر الدليل على العكس^٩ ، على إن مذهب القانون العراقي هذا ليس تبعية تقليدية للقانون الفرنسي ، وإنما هو نابع من موقف ثابت في الشريعة الإسلامية في تقرير معنى الملكية وحمايتها من الاعتداء ، فالشريعة تحترم يد الحائز وتجعل ما سواها خارجاً يقع



عليه عبء الإثبات بحيث إنها تنتهي بالملك المطلق الذي لا تسمع عليه الدعوى ، وقد جسدت محكمة التمييز هذا الموقف في قرار لها استناداً للمادة (١٥٨ / ١) من القانون المدني بالقول ((التقادم في الحيازة لا يصلح سبباً للحكم في الملكية وإنما يصلح دفعاً لدعوى التملك المقامة ضد الحائز))^٤

المطلب الثاني

عناصر الحيازة

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الحيازة او عناصرها وانقسموا الى فئتين فذهب فريق منهم الى الأخذ بالنظرية الشخصية التي تجعل الحيازة ركنين او عنصرين اثنين عنصر مادي وآخر معنوي . أما العنصر المادي فهو السيطرة المادية او الفعلية على الشيء ، وتتمثل هذه السيطرة في الأعمال التي تدخل في مفهوم الحق العيني الذي يظهر الحائز او يدعى الظهور بمظهر صاحبه . إذن فالعبرة أساساً بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق .

فلا تكفي التصرفات القانونية وحدها وان كانت داخلة في مضمون الحق دون أعمال مادية الى جانبها لتوافر الركن المادي في الحيازة ، وذلك لقصور هذه التصرفات في الدلالة على معنى السيطرة المادية او الفعلية (١٠).

وقد تتحقق هذه السيطرة ابتداءً وقد تتحقق انتقلاً من الغير ، وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل ، إلا انه قد يباشرها بواسطة الغير .

فالسيطرة المادية ابتداءً تتحقق فيما لو سيطر الشخص على الشيء سيطرة مادية او فعلية دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من الغير ، سواء كان هذا الشيء محل الحيازة مملوكاً للغير او غير مملوك لأحد ما ، وسواء كان هذا الشيء عقاراً او منقولاً .

وتتحقق هذه السيطرة بان يحرز الحائز الشيء في يده إحرازاً مادياً بحيث يباشر فيه الأعمال المادية التي يباشرها المالك في ملكه ، كزراعة الأرض وسكن الدار او إجارته واستغلال البستان الخ .

وقد يتوافر هذا العنصر المادي للحيازة بالسيطرة الرمزية مثال ذلك تسلم مفاتيح الدار التي تمكن من دخولها .

وإذا تعارضت الحيازة الحقيقية مع الحيازة الرمزية قدمت الحيازة الحقيقية فإذا باع شخص عقاره لمشتريين متعاقبين وتسلم الأول المفاتيح والثاني سكن العقار قدمت حيازة الأخير على حيازة الأول إذا توافرت شروطها ، ومما يلاحظ إن ذلك مبدأ أساسي اعتمد قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل إذ انه نص على السكنى أي الحيازة الحقيقية .



هذا إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية ، أما إذا كان يستعمل حقا آخر كحق ارتفاق او انتفاع فالسيطرة المادية تتحقق باستعمال الحائز لهذا الحق بالمرور او الشرب الخ .

في حين يذهب رأي الى القول بأنه لغرض تحقق السيطرة المادية لابد من عمل ايجابي يستحوذ به الحائز على الشيء فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ دون الاستحواذ فعلاً ، وقبل الاستحواذ الفعلي لا يمكن القول بأن العنصر المادي وهو السيطرة المادية قد تحقق (١١).

وقد تتحقق السيطرة المادية انتقلاً من الغير ، فالشخص في هذا الفرض لا يسيطر على الشيء ابتداءً كما هو الحال في الفرض السابق وإنما تنتقل إليه هذه السيطرة من الغير كأن يحوز شخص ما أرضاً او داراً غير مسجلة ثم يبيعها الى شخص آخر ، وان من المتفق عليه في هذا الفرض انه لا يشترط الاستحواذ الفعلي بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، فإذا كان المبيع داراً فانه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار الى المشتري أن يتسلم مفاتيحها . ومثالها أيضاً أن يرث الشخص هذا العقار غير المسجل عن سلفه الذي كان يحوزه حيازة قانونية صحيحة .

وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل كما أسلفنا إلا انه يباشرها بواسطة الغير فقد نصت المادة ((٩٥١)) من القانون المدني المصري على ((١. تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الانتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة . ٢. وعند الشك يفترض إن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه فان كانت استمرار سابقة افترض إن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها)) ولا مقابل لهذا النص في التشريع العراقي ولكن مع ذلك فقد أشارت المادة ((٢ / ١٤٥)) من القانون المدني العراقي الى هذا النوع من الحيازة بقولها ((إن الحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه او بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ...)) .

ومن أمثلة الحيازة بالوساطة أن يباشر الحائز السيطرة المادية على الشيء بواسطة اتباعه او عماله او خدمه او أن يباشر الولي او الوصي او القيم السيطرة المادية لحساب الصغير المميز او لحساب المحجور عليه . والحيازة بواسطة الغير لا تفترض إذ المفترض أن يباشر الإنسان الحيازة لنفسه لا لحساب غيره .

وطبقاً للقواعد العامة فان الملكية كما تكون شائعة فمن الممكن أن تكون الحيازة على الشيوع أيضاً ، فقد يحوز شخصان او أكثر على الشيوع أرضاً غير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري وفي هذه الحالة يجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بممارسة الأعمال المادية للحيازة على أن لا يحول ذلك دون قيام شركائه الآخرين بهذه الأعمال ، فالحائز على الشيوع يكون لديه عنصراً الحيازة المادي والمعنوي ، ولكنه بالنسبة الى العنصر المعنوي فان قصده يكون باستعمال الحق شائعاً مع بقية شركائه



لا خالصاً لنفسه ، وكذا الحال بالنسبة الى العنصر المادي حيث يباشر السلطة الفعلية او المادية شائعة مع غيره من الشركاء لا خالصة لنفسه ، كأن يحوز شخصان داراً معاً ، او احدهما بتخويل من الآخر .

والحيازة على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا بما يتفق مع هذا الشيوع فلا تحمي حيازة كل منهما بدعوى الحيازة إلا على أساس إنها حيازة على الشيوع ، فلا تحمي حيازة أي من الشريكين بصفة مستقلة عن الأخرى وكذا الحال لا يكسب احد المشتاعين ملكية الأرض او الدار بالتقادم إلا شائعاً فيملك ثلثه أو رבעه أو نصفه شائعاً متى توافرت شروط التقادم .

على إن الحيازة على وجه الشيوع ينطبق عليها ما ينطبق على ملكية الأشياء على وجه الشيوع من اعتبار كل شريك أجنبياً عن الآخر وبالتالي استبعاد كل منهما بحصته او حقه (١٢) . ولكن يجب القول إن الحيازة على هذا النحو قد يشوبها قدر من الغموض او الإبهام يتطلب جلأه عند الحاجة .

وان البحث عن توافر هذا العنصر او عدم توافره مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع .

ويمكن القول انه متى تحققت السيطرة المادية لشخص فأنها تبقى ما دامت لم تنقطع فيستبقي الشخص السيطرة المادية عليه ما دام في قبضة يده ولم يخرج من حوزته .

ويستبقونها على العقار ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوي أي بعنصر القصد حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة تطول او تقصر . ويكفي استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة ، فما دام الشخص متمكناً من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية فإنه يستبقي العنصر المادي ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوي أي بعنصر القصد ، فإذا كان داراً وانقطع الحائز عن سكناها او أرضاً وانقطع عن زراعتها فإنه يبقى مع ذلك محتفظاً بعنصر السيطرة المادية على الدار او الأرض ما دام متمكناً من العودة الى سكنى الدار او الى زراعة الأرض .

و لا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن استولى شخص آخر على الدار او الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة . او ترك الحائز الدار او الأرض فقد بذلك عنصر القصد ، فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة الى سكناها وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات وان تعددت مع تمكنه من العودة الى زراعتها قد يشوب الحيازة بعيب التقطع فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة في ذاتها بل يبقى محتفظاً بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذي استبقاه بتمكنه من العودة الى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذي لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك إن الشخص قد فقد هذا العنصر .



واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو أي الاحتفاظ بعنصر القصد ومجرد التمكن من العودة الى السيطرة المادية مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع .

وقد يتوقف العنصران نتيجة عارض او طارئ ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ومع ذلك تستمر الحيازة باقية لا تنقطع مادام النائب قانوناً عن الحائز من ولي او وصي او قيم ناب عنه خلال وقت معقول في استبقاء العنصرين فيستبقي من فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة (١٣).

أما الركن او العنصر المعنوي للحيازة فيراد به أن تكون لدى الحائز نية استعمال الشيء المحوز باعتباره صاحب الحق عليه كمالك او كصاحب حق من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية . ولعل السؤال الذي يثار في هذا المجال هو كيف يتحقق عنصر القصد او العنصر المعنوي للحيازة ؟

وللإجابة على هذا التساؤل هناك نظريتان هما النظرية التقليدية (النظرية الشخصية) والنظرية المادية .

فطبقاً للنظرية التقليدية او الشخصية إن للحيازة عنصران هما العنصر المادي والى جانبه عنصر القصد او العنصر المعنوي الذي مؤداه أن يكون الحائز قاصداً أن يستعمل الحق لحساب نفسه فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية اقتضى أن يتوافر لدى الحائز نية استعمال حق الملكية لحساب نفسه ، فيقوم بالتصرف بالشيء تصرف المالك فيستعمله ويستغله وفقاً لما تقتضيه طبيعة هذا الشيء وكذا الحال إذا كان الحق المحاز هو حق ارتفاق او انتفاع .

وهذا الركن هو الضابط الذي يميز بين الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية (١٤) . فالقصد إذن هو إن نية الحائز في أن يحوز الشيء لحسابه هو ، وبذلك تخرج حيازة المستأجر والمستعير والمرتهن من الحيازة التي نحن بصددھا لأنهم يحوزون الشيء لحساب المالك .

في حين تذهب النظرية المادية الى عدم استقلال العنصر المعنوي او عنصر القصد ، بل إن العنصر المادي يتضمن العنصر المعنوي بالضرورة ، فالسيطرة المادية وفقاً لهذه النظرية هي ذات الحيازة و إذا كانت هناك إرادة او نية فأنها لا تظهر إلا بالأعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتعزيز وتحقيق سيطرته ولذلك فان السجين لا يعتبر حائزاً للأغلال التي تقيد يديه ، فأصحاب هذه النظرية ينظرون الى إرادة الحائز على نحو آخر حيث تعتبر وفقاً لنظريتهم داخلة في نطاق السلطة الواقعية التي يباشرها الحائز على الشيء . ويلاحظ إن الخلاف بين هاتين النظريتين تقتصر أهميته على الحيازة القانونية ، فأصحاب النظرية الشخصية يقصرون هذه الحماية على الحيازة الحقيقية التي يحوز فيها الحائز لحساب نفسه ، بينما يرى أصحاب النظرية المادية إن هذه الحماية تشمل أيضاً الحيازة العرضية



التي يحوز فيها الحائز لحساب غيره . أما فيما يتعلق بالآثار التي تترتب على الحيازة سواء كان ذلك من حيث كسب الحق العيني أم من حيث تملك الثمار فلا خلاف في شأنها إذ إن هذه الآثار لا تترتب إلا على الحيازة الحقيقية دون الحيازة العرضية (١٥).

ومن الجدير بالذكر إن فقه الشريعة الإسلامية يذهب إلى إن للحيازة عنصرين ، عنصر مادي وآخر معنوي ، فبالنسبة للعنصر المادي يقتصر حديث الحيازة على عبارة ((من حاز ...)) ولكن مدونة الإمام مالك تستعمل عبارات أوسع مثل ((الدار في يد رجل)) أو تضيف إليها ((...يحوزها ويمنعها ويكرها ويهدم ويبني)) .

أما بالنسبة للعنصر المعنوي فإن الفقه الإسلامي في مجموعه إنما يعتبر الحيازة دليلاً على الملكية ويجعلها كالبينة للحائز في مواجهة المدعي على أساس انه المالك إلا في حالات نادرة . وعلى ذلك فالعنصر المعنوي وهو نية التملك في القانون يقابله في فقه الشريعة الإسلامية وجوب ادعاء الحائز انه مالك فعلاً للعين التي يحوزها وحين يحدد فقهاء المذهب المالكي شروط الحيازة يجعلون ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز احد هذه الشروط ، إذ إن هذه الحيازة إنما تقوم على أساس ملكية الحائز لما يحوزه وان مجرد الحيازة تصلح سبباً للملكية إلا في أحوال نادرة (١٦).

المطلب الثالث

الحيازة العرضية

أشار القانون العراقي في تعريفه للحيازة في المادة ((١٤٥)) بأن الحيازة قد تقع من الحائز نفسه او بواسطة شخص آخر ينوب عنه في إتيان الأعمال المادية للحيازة كمن يعهد إلى آخر بشيء ليحل محله في حيازته له فالأول حائزاً بالواسطة ((بواسطة الآخر)) ، وحيث إن الملكية تتألف من عنصر الحيازة المادي ومن حق المالك في إيقاع الحقوق كان لمالك الشيء أن ينقل أيّاً من هذين العنصرين إلى من يشاء ، وهذا الأخير لا يحوز لحساب نفسه بل يحوز لحساب غيره كالمستأجر والمستعير فلا تكون حيازته حيازة حقيقة بل يقال إنها حيازة عرضية ، فهذا الشخص ((الحائز العرضي)) ولو إن له مصلحة في حيازة الشيء إلا انه لا ينوي الظهور بمظهر المالك له او صاحب عيني آخر عليه (١٧).

أي إن عنصر القصد أي قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه غير موجود لدى الحائز العرضي ، بل إن هذا العنصر موجود لدى الغير أي لدى من يستعمل الحق باسمه ، فهذا الغير هو الحائز الحقيقي وهو الذي يباشر عنصر القصد أي الركن المعنوي أصيلاً عن نفسه ولكنه في ذات الوقت



يباشر العنصر المادي أي السيطرة المادية على الشيء بواسطة شخص آخر وهو الحائز العرضي ، أي انه نقل السيطرة المادية بإرادته ورغبته الى الغير ولكنه احتفظ بعنصر القصد لنفسه .

وان هذا الحائز العرضي قد يكون وكيلاً عنه او مستعيراً او مستأجراً او مرتهن رهن حيازة او صاحب حق انتفاع او مودع عنده .

ومن هنا يتجلى الفرق بين الحائز العرضي والحائز الحقيقي فالأول في حيازته لشيء هي حيازة مادية محضة فهو ملزم أولاً و أخيراً برد الشيء الذي تحت حيازته المادية الى الحائز الحقيقي ، وان مصدر حيازته المادية هذه وكذلك التزامه بالرد قد يكون مصدر العقد كما هي الحال مع التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع و المرتهن رهن حيازة ، او قد يكون مصدره القضاء او القانون كالحارس القضائي و السنديك ومصفي التركة ومصفي الشركة بعد حلها والوصي والقيم والوكيل الغائب^(١٨).

وعليه فإن التمييز بين الحيازة القانونية التامة والحيازة الناقصة أي الحيازة لحساب الغير)) الحيازة العرضية)) يتسم ببعض الصعوبة ، فالظاهر إن المستأجر او المنتفع يتصرفان كما يتصرف المالك ، فكيف نميز بينهما ؟ ولكن يمكن القول إن التمييز بينهما يكمن في الأصل الذي تقوم عليه حيازة كل منهما ، إذ إن الحيازة تستند غالباً الى عقد و سبب آخر كما سبق القول ، وهذا الأساس الذي تستند إليه الحيازة هو الذي يحدد وصفها ، ففي عقد البيع مثلاً يكون المشتري حائزاً بصفة مالك بينما في عقد الإيجار مثلاً يكون المستأجر حائزاً لحساب الغير .

ولكن هذا القول يصح في حالة وجود العقد او السبب ووضوحه ، فما هو الحل في حالة عدم وجوده او وضوحه ؟ والحقيقة فإن القانون المدني قد أمدنا بالحل في المادة ((١٤٨)) منه بنصها)) الحيازة تبقى محتقظة بالصفة التي بدأت وقت كسبها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك)) وكذلك المادة ((١٥٧)) منه التي نصت على ((من حاز شيئاً اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس)) وان)) الحيازة قرينة قانونية على وجود الحق الشخصي او الحق العيني الذي يستند إليها الحائز في حيازته حتى يقوم الدليل على العكس)) ، وكذلك ما نصت عليه المادة ((١٦٣)) من القانون المدني من إن)) الحيازة ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)) .

والواقع إن ما أورده القانون المدني العراقي في هذا الشأن من معايير فأنها تعد قرائن قانونية ترد بين الطرق العامة للإثبات ، مما يترتب على ذلك إن من يدعي واقعة قانونية يكون من شأنها تغيير الحالة الواقعية للأمور عليه أن يقدم الدليل الذي يؤيد دعواه ، أي انه وفقاً لهذه المعايير يعتبر حائزاً لحساب نفسه كأصيل وليس لحساب الغير^(١٩). وبالتالي فإنه لا تترتب على الحيازة العرضية آثار الحيازة القانونية لان سند الحيازة العرضية يتضمن اعترافاً من جانب الحائز العرضي بحق الحائز الحقيقي ومن



شأن هذا الاعتراف أن يستبعد لدى الحائز العرضي فكرة او نية الظهور بمظهر المالك و بالتالي فإن ذلك يكون حائلاً دون أن تكون الحيازة العرضية مؤدية الى كسب مثل هذا الحق ، فلا يستطيع الحائز العرضي أن يكسب ملكية المنقول بالحيازة ولا ملكية العقار او المنقول بالتقادم .

وقد ذهب رأي الى القول بان ما يجعل الحيازة ذات صفة عرضية ومن ثم يحول دون كسب ملكية محلها بالحيازة او التقادم هو وجود التزام من جانب الحائز العرضي برد الشيء الذي تحت حيازته الى حائزه الحقيقي وذلك بموجب سند الحيازة.^{٢٠} .

إلا إن هذا الاتجاه غير صحيح ، لان مؤداه أن تزول الصفة العرضية للحيازة وتصبح حيازة حقيقة إذا بطل الالتزام بالتقادم مع إن بطلان الالتزام بالرد ليس من شأنه أن يستبعد دلالة السند رغم بطلانه على وجود اعتراف بحق الحائز الحقيقي من جانب الحائز العرضي .

والعرضية طابع مطلق لا تنتج أثراً في مواجهة جميع الأشخاص وذلك لتخلف عنصر مهم من عناصر الحيازة القانونية ألا وهو العنصر المعنوي ، وعليه لا يجوز للحائز العرضي أن يتمسك بالتقادم ضد أي شخص ، فإذا استأجر شخص داراً من غير مالكة وبقي حائزاً لها بهذه الصفة مدة خمس عشرة سنة ثم رفع عليه المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق فليس 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 وجود نية لديه في حيازة أي حق من الحقوق العينية ، ويتحقق ذلك حين يكون السند المخول للحيازة المادية غير مخول للحائز أي حق عيني على الشيء وهو ما يبدو خاصة في شأن من يستند في حيازته المادية الى حق دائنيه يخول مثل هذه الحيازة المادية مع بقاء الحق العيني على الشيء لصاحبه الأصلي ، كمن يحوز لحساب الغير أي لحساب صاحب الحق العيني على الشيء وليس لحساب نفسه فهو يقر ويعترف للغير بهذا الحق .

فكل منهم مجرد حائز عرضي يفتقد عنصر القصد او النية في الظهور بمظهر صاحب حق عيني على الشيء ، ولذلك فإنه لا يستطيع مهما طالّت مدة حيازته في الادعاء باكتساب أي حق من الحقوق العينية على الشيء الذي يحوزه ، حيث يستطيع المؤجر او المعير او الموكل او المودع دائماً استرداد الشيء دون أن يستطيع المستأجر او المستعير او الوكيل او الوديع الامتناع عن رده والتمسك بتملك الشيء بالحيازة او التقادم لان يده وقتية وعارضة .

ولكن قد تكون العرضية نسبية ، وذلك حين يجمع الحائز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية في آن واحد وذلك بان يخوله سند حيازته حقاً عينياً على الشيء فيحوز الشيء حيازة مادية يظهر فيها بمظهر صاحب الحق العيني مما تعتبر معه حيازته حياة 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 لذي يقوم عليه اصل حيازته ولذلك تكون الصفة العرضية للحيازة نسبية تمنع من اكتساب بعض الحقوق العينية فقط ، فمن يتقرر له حق انتفاع على الشيء يكون حائزاً قانونياً بالنسبة لحق الانتفاع وحائزاً عرضياً بالنسبة لحق الملكية (٢١) .
والعرضية في ذات الوقت صفة دائمة للحيازة الناقصة ، فهذه الحيازة تبقى محتفظة بصفاتها العرضية مهما طال الوقت حتى بعد حلول الميعاد المعين لرد الشيء .

وهي تنتقل الى الخلف العام للحائز العرضي بهذه الصفة . ولكن هذا لا يعني إن الحيازة تبقى عرضية لا تتغير ، بل إنها يمكن أن تتغير وتتحول الى حيازة أصلية بأحد طريقتين ٢٢:

الطريقة الأولى : فعل يصدر من الغير ، بحيث إن هذا الفعل يكون عادة ناقل للملكية ، فمن وقت هذا التصرف او الفعل تتغير صفة الحيازة من العرضية الى القانونية . مثال ذلك أن يعتقد المستأجر للعين انه أستأجر من غير المالك ثم يقوم بشراء هذه العين من الشخص الذي يعتقد خطأ انه المالك ، فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية الى حقيقة او قانونية فيكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقي للعين ، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز سيء النية او حسنها .

ولكن يتوجب على الحائز في جميع الأحوال أن يتصرف بمقتضى سنده الجديد الناقل للملكية كأن يمتنع في المثال المتقدم عن دفع الأجرة للمؤجر .

وقد يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضي من نفس الشخص الذي يحوز الحائز العرضي العين لحسابه فتتحول حيازته الى حيازة أصلية .

ولكن يذهب بعض الفقهاء الى إن عدم اشتراط حسن نية الحائز العرضي يعد أمر غير مقبول لأنه لو كان سيء النية أي يعلم انه إنما يتلقى الحق من غير صاحبه فكأنه غير نيته وصفة حيازته وان أشرك غيره معه في ذلك متواطئاً كان هذا الغير او غير متواطئ ، ولا يملك الحائز العرضي أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته و لا الأصل الذي تقوم عليه إلا في حالة معارضته لصاحب الحق كما سبق .

هذا من جانب ومن جانب آخر إن الأخذ بهذا الرأي فيه إهدار لأهمية التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية إذ يصبح من اليسير على كل حائز عرضي تحويل حيازته الى قانونية بالتواطؤ مع أي شخص على أن يقوم بنقل الحق العيني إليه والذي يريد كسبه على الشيء تحت زعم انه صاحبه .

الطريقة الثانية : فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك .

سبق القول إن مجرد تغيير الحائز نيته تغييراً نفسياً داخلياً لا يفيد في تحويل الحيازة العرضية الى حيازة أصلية ، بل لابد أن يكون تغيير النية مصحوباً بعمل او فعل خارجي يكون قاطعاً في دلالاته على



معارضة الحائز العرضي لصاحب الحق العيني على الشيء ومنازعته فيه و إنكاره عليه وادعائه لنفسه

ولكي تنتج هذه المعارضة أثرها لا بد أن تكون في مواجهة صاحب الحق الأصلي على الشيء، ذلك لا يكفي لتغيير صفة الحيازة العرضية أن يقوم مستأجر العين مثلاً ببيعها الى الغير بوصفه مالكا لها ، لان ادعاء المستأجر هذا وهو مجرد حائز عرضي ملكية العين المؤجرة لم يكن في مواجهة المالك لكي يصلح سند لتغيير نية المستأجر وبالتالي تغيير صفة حيازته من العرضية الى الأصلية .

ولعل الفعل الذي يصدر من الحائز العرضي والذي يعارض به حق المالك قد يكون عن طريق نزاع أمام القضاء او أن يعلن الحائز العرضي المالك بأنه يحوز العين كمالك لا كحائز عرضي ويكون ذلك بإنذار رسمي او قد يكون شفويا ولكن يقع عليه إثباته عند الحاجة (٢٣).

لكن في كل الأحوال يجب أن تكون هذه المعارضة صريحة وواضحة لا تحتل الشك او يكتنفها الغموض ، أي إنها يجب أن تكون قائمة على معنى نكران الحائز العرضي الحق العيني على صاحبه وادعائه لنفسه على نحو صريح وعليه ولا يعتبر من قبيل ذلك مجرد امتناع الحائز العرضي عن الوفاء بالتزاماته تجاه صاحب الحق او إخلاله بهذه الالتزامات كامتناع المستأجر مثلاً عن دفع الأجرة او امتناعه عن رد العين بعد انتهاء مدة الإيجار او قيامه بإجراء تغييرات في المأجور يجيزها العقد طالما انه في كل ذلك لا يجابه المالك او يعارضه معارضة صريحة وواضحة في أن ينكر عليه حقه ويدعي الملكية لنفسه .

فإذا تم تغيير الحيازة العرضية الى حيازة قانونية أصلية عن طريق معارضة صاحب الحق العيني على الشيء و إنكار هذا الحق عليه يتوجب على الحائز العرضي في نفس الوقت الظهور بمظهره الجديد الذي ادعاه أي أن لا يستمر بالظهور بمظهره القديم كقيامه بالوفاء بما كان يقع عليه من التزامات قبل الحق العيني .

فإذا تم تغيير صفة الحيازة العرضية وتحويلها الى حيازة أصلية بأي من الطريقتين المتقدمتين فان هذا التغيير لا ينتج أثره إلا من تاريخ تحققه فلا يسري التقادم إلا من تاريخ التغيير للحيازة العرضية وصيرورتها حيازة أصلية .

و أخيراً يجب القول إن تغيير صفة الحيازة العرضية لا يفترض أيأ كانت طريقة التغيير بل يجب على من يدعي إقامة الدليل على ذلك (٢٤).

المبحث الثاني

الحيازة القانونية وسبل حمايتها



يتناول هذا المبحث في المطلب الأول ما قد يشوب الحيازة من العيوب التي يشترطها خلوها منه لكي تصبح أساساً صالحاً لترتيب الآثار التي بناها القانون عليها وبخلافه فإن الحيازة تبقى معيبة لا تنتج تلك الآثار إلا من الوقت الذي تزول فيه تلك العيوب . هذا من جهة ومن جهة أخرى إن الحيازة قد تتوافر فيها كافة هذه الشروط أي إنها خالية من عيوب الحيازة ولكنها لا تصلح أساساً لترتيب الآثار القانونية وذلك حينما تقوم على أعمال التسامح أو الإباحة أو غيرها من الأعمال التي ينتفي معها المعنى المقصود منها أي ما لا يعد من الحيازة حسب نص القانون المدني العراقي وذلك ما تم بحثه في المبحث الثاني .

وان الحيازة متى توافرت فيها الشروط القانونية التي تجعلها هي المقصودة بتنظيم القانون لها وما رتب عليها من آثار ، فإنها حينها تستحق الحماية التي قررها لها المشرع بما نص عليه من دعاوى وضعها في متناول كل حائر كانت حيازته قانونية منتجة لآثارها يتوسل بها عن طريق القضاء حصراً لرد أو دفع أي اعتداء أو تعرض قد يقع من الغير على حيازته وذلك هو موضوع المطلب الثالث والأخير من هذا المبحث.....

المطلب الأول

شروط الحيازة

نصت المادة ((١١٤٦)) من القانون المدني العراقي على انه ((إذا اقترنت الحيازة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها اثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)) .

ومن نص هذه المادة يتضح لنا إن الحيازة قد يشوبها بعض العيوب لذا فإنه يشترط في الحيازة لكي تكون حيازة قانونية منتجة لآثارها التي رتبها عليها القانون الشروط التالية :

أولاً : أن تكون هادئة

ومعنى ذلك أن لا تكون الحيازة قائمة على استعمال القوة أو العنف ، أي يكون اكتسابها بوسيلة صحيحة ، أما إذا تم اكتسابها عن طريق ارتكاب أعمال العنف والإكراه فأنها لا تشكل حيازة صحيحة يمكن أن تنتج الآثار التي رتبها القانون عليها ، أما إذا انتهت أعمال العنف والإكراه أخذت حيازة الشيء صفة الرضاء فأنها عند ذلك تكتسب الوصف القانوني وتحديث أثرها القانوني^(٢٥).

أما إذا بدأت الحيازة هادئة ولكن اضطر واضع اليد أو الحائز الى استعمال العنف ضد من يريد الاعتداء عليها أو انتزاعها فان هذا لا يغير من طبيعة الحيازة إذ تبقى حيازة هادئة .



ويلاحظ إن عيب الإكراه الذي قد يشوب الحيازة وينفي عنها شرط أو صفة الهدوء إنما هو عيب لا يحتج به إلا للشخص الذي يوجه إليه هذا الإكراه . ويذهب بعض الفقهاء الى إن الحيازة التي تقوم على الغصب والعدوان تنقلب الى حيازة صحيحة منتجة لأثارها إذا تمكن الغاصب من وضع يده وضعاً هادئاً لمدة سنة ، إلا إن المشرع العراقي قرر في المادة ((١٤٦)) من القانون المدني السالفة الذكر إن الحيازة التي يشوبها عيب الإكراه لا تنتج أثارها تجاه من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب^{٢٦}.

ولهذا العيب أهمية بالغة بالنسبة للأحوال التي يكون ترتب بعض آثار الحيازة منوطاً بحسن أو سوء نية الحائز ، ذلك إن الحائز يعد سيء النية ما دام قد اكتسب الحيازة بالإكراه .
ثانياً . أن تكون الحيازة ظاهرة

أي أن لا تكون الحيازة خفية ، وبمعنى آخر أن يمارس الحائز حقه على الشيء كما يمارسه مالك الشيء أو صاحب الحق لا يتخفى في مباشرته لحقه وإنما يباشره في ظهور وعلانية .
ومن المتفق عليه انه لا يشترط أن تكون الحيازة ظاهرة للناس كافة بل يكفي أن تكون معلومة وظاهرة لمن يراد الاحتجاج عليه بوضع اليد حتى ولو كان أمرها خافياً على بقية الناس .
ولكن يجب التمييز بين خفاء الحيازة وبين الجهل بها ، إذ ليس من الضروري أن يكون المالك الحقيقي عالماً بوضع يد الحائز بل يكفي أن يكون في استطاعته العلم به ، فإذا وضع الحائز علامات ظاهرة ليدلل بها على وضع يده على الشيء فإنه لا يجوز للمالك أن يحتج بجهله أو عدم علمه بذلك .
ويلاحظ انه يجب أن تظل الحيازة ظاهرة طوال مدة وضع اليد ، فإذا بدأت خفية ثم أصبحت ظاهرة فإنها لا تنتج أثارها القانونية إلا من وقت زوال هذا الخفاء .

إن عيب الخفاء غالباً ما يتحقق في حيازة المنقولات بسهولة إخفاؤها عن أنظار الناس . أما العقارات فمن النادر تصور الخفاء في حيازتها ومن أمثلتها النادرة مرور الجار في أرض جاره أثناء الليل خفية وخلصة عن هذا الجار مالك الأرض فان ذلك لا يؤدي الى اكتساب ارتفاق بالمرور مهما طالّت المدة ما دام هذا المرور كان يتم على هذا النحو من الخفاء .
ثالثاً : أن لا تكون غامضة

أي أن يكون فيها لبس على حد تعبير المشرع العراقي ، فقد يتوافر العنصر المادي للحيازة ولكن ظاهر الحال ينفي قرينة توافر الركن المعنوي لها ومن هنا لا تنتج هذه الحيازة الغامضة أثارها .
ومثل الحيازة الغامضة حيازة الشريك على الشيوع فهذه الحيازة غامضة إذ قد تصدر عنه نية تملك العين الشائعة كلها وقد تصدر عنه بناءً على حقه في هذه الملكية المشاعة ، ومن أمثلتها أيضاً المرور في أرض فضاء لا يكفي وحده لتملكها أو تملك حق المرور عليها مهما طال الزمن إذ قد يحمل



ذلك على محمل التسامح ، كما انه لا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة ، وكذلك حيازة رجال البادية للأراضي الفضاء تعتبر حيازة غامضة ذلك لأنهم قوم رحل لا يستقرون في مكان واحد ولهذا يغلب أن لا تقترن حيازتهم بنية التملك .

ويذهب بعض الشراح الى إن هذا الشرط ((عدم الغموض)) لا يعتبر شرطاً مستقلاً لأنه لا يعدو أن يكون شكاً في ثبوت احد شروط الحيازة (٢٧).

يجب التمييز بين عيبي الخفاء واللبس (الغموض) ذلك إن عيب الخفاء يعيب الركن المادي للحيازة بينما عيب الغموض يعيب الركن المعنوي لها . ولذلك يمكن أن تكون الحيازة ظاهرة لا تخفى أعمالها المادية على صاحب الحق في حين تكون غامضة من حيث نية الحائز وهل هو يحوز لحساب نفسه أم لحساب الغير وان كان من شأن وجود أي منهما أن يؤدي الى تعطيل إنتاج اثر الحيازة تجاه من أخفيت عنه او التبس عليه أمرها (٢٨).

ومما يلاحظ إن العيوب التي قد تشوب الحيازة والتي مر ذكرها أنفاً تشترك في صفتين أساسيتين هما :

الصفة الأولى : إنها عيوب نسبية ليست عيوباً مطلقة ، أي إن الحيازة المشوبة من هذه العيوب لا يكون لها اثر إلا في مواجهة من وقع عليه الإكراه او أخفيت عنه الحيازة او التبس عليه أمرها أما بقية الناس فلا يملكون الاحتجاج بها وبالتالي ترتب الحيازة أثرها في مواجهتهم .

الصفة الثانية : إنها عيوب تزول بزوال أسبابها بحيث تصبح الحيازة بزوالها حيازة قانونية صحيحة منتجة لآثارها تجاه من كانت معطلة عن ترتيبها في مواجهتهم نتيجة العيوب وذلك من وقت زوالها لأنه الوقت الذي أصبحت فيه الحيازة صحيحة بالنسبة إليهم .

وبناءً على هاتين الصفتين لعيوب الحيازة فإن هذه العيوب لا تهدم الحيازة او تزيلها من الوجود ، بل تبقى الحيازة مشوبة أي منها قائمة باعتبارها حيازة قانونية لها ركنها المادي والمعنوي ولكن لا يمكن الاحتجاج بهذه الحيازة تجاه من قامت هذه العيوب في مواجهته وبالتالي غير منتجة لآثارها قبله . ولكن الحيازة مع وجود هذه العيوب فأنها ترتب أثراً تجاه من لم تتعيب في مواجهتهم . فإذا زالت هذه العيوب أنتجت الملكية آثارها تجاه الجميع (٢٩) . ومن ثم تجوز حمايتها بدعوى الحيازة كما يبدأ سريان التقادم .

ومن الجدير بالذكر إن فقه الشريعة الإسلامية لا يغفل البحث في شروط الحيازة ، فمن خلال الجمع بين أقوال الفقهاء في شروط الحيازة وموانعها

يمكن استخلاص الشروط أدناه في الحيازة لتكون حيازة شرعية :



١. الحيازة بمعنى وضع يد الحائز على الشيء المحاز .
٢. تصرف الحائز في هذا الشيء بالمعنى الفقهي ، أي قيامه بالتصرفات او الأعمال المألوفة المناسبة للشيء المحاز .
٣. ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز .
٤. حضور المحاز عليه أي مدعي ملكية الشيء المحاز والمطالب به في البلد الذي يوجد فيه الشيء المحاز .
٥. علم المحاز عليه بأمرين أولهما بحيازة الشيء و ثانيهما بأن هذا الشيء المحاز مملوك له .
٦. سكوت المحاز عليه وعدم اعتراضه على الحائز وعدم مطالبته بحقه وان يكون هذا السكوت بلا مانع من إكراه او صغر او نحوهما .
٧. استمرار الحيازة بشروطها أعلاه المدة المحددة بالنسبة للمال المحاز وللصلة بين الحائز و المحوز عليه^(٣٠) .

المطلب الثاني

ما لا يعد من الحيازة

تنص المادة ((١١٤٥)) من القانون المدني على ((لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على انه مجرد إباحة او عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح وكذلك لا تقوم على أعمال متقطعة)) . و يتضح لنا من خلال هذه المادة إن المشرع العراقي أشار الى بعض الأعمال لم تعتبرها من الحيازة وهي :

أولاً: أعمال الإباحة

إن العمل الذي يعتبر مجرد رخصة من المباحات هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في القيام به او عدم القيام به ، فهو إذن عمل لا ينطوي على اعتداء على حق الغير ، مثال ذلك أن يقيم شخص حائطاً على حدود ملكه يفتح فيه ((منوراً)) مستوفياً لشروطه فهو في عمله هذا إنما يقوم برخصة من المباحات لم يقصد الاعتداء على حق الجار فلا تقوم له الحيازة ، وللجار إقامة حائط في حدود ملكه يسد به هذا المنور ، وليس لصاحب المنور التمسك بأنه كسب فتح المنور بالتقادم .

وبعبارة أخرى يمكن القول إن هذه الأعمال هي ما يباشره الإنسان استناداً الى إباحة الغير ورخصته ، فمن يملك منزلاً تفصل بينه وبين النهر قطعة من الأرض فإنه لا يستطيع منع صاحب هذه الأرض من بنائها منزلاً بحجة إن بناء هذا المنزل الجديد يحجب مطل منزله عن النهر وانه اكتسب حق المطل هذا بمرور المدة القانونية لاكتساب الحقوق ، إذ إن صاحب المنزل لم يصدر منه فعل مادي يكسبه حقاً او



يزاول به هذا الحق فهو لم يشيد أي بناء على أرض جاره ولم يحقق رغبة أو إرادة لها من المظهر المادي ما يدل عليها ، وعليه فليس هناك حيازة بالمعنى الحقيقي لها لانعدام عنصرها المادي والمعنوي . وكذلك من يستقبل في أرضه المياه الهابطة من أرض أعلى منها دون أن يقوم بالأعمال المادية التي تعزز أو تهئ لهذا الاستقبال وعليه فهو ينتفع من شيء مباح أو هو يستعمل رخصة مكنه منها القانون فهو لا يعتبر حائزاً بالمعنى القانوني للحيازة مما ينبني على ذلك إن الحيازة في هذه الحالة لا تؤدي إلى كسب الحق بمرور المدة وكذلك لا يمكن حمايتها بدعوى الحيازة .

كما إن هذا الانتفاع معرض للاقطاع بمجرد صدور أي عمل من جانب المالك من شأنه أن يؤدي إلى حرمانه من هذا الانتفاع^(٣١) ، وقد ذهبت محكمة التمييز إلى أن ((..... من حق المدعي قطع الإباحة وطلب منع المعارضة))^(٣٢) ، وكذلك قضت في قرار آخر لها ((..... حيث أقر المدعي عليه بإشغاله لجزء من دار المدعي والده على سبيل الإباحة ولا يحق له الاستمرار في الأشغال طالما إن المدعي قطع الإباحة وطلب منع المعارضة))^(٣٣) .

ثانياً : أعمال التسامح

يراد بالعمل الذي يعتبر من أعمال التسامح ، ذلك الذي يأتيه الشخص على ملك الغير ويتحمله الغير مما فيه من تعد عفواً وتسامحاً منه أو هو العمل الذي يسمح به الجار لجاره استجابة منه لحسن الجوار ، كمن منح لجاره أن يستسقي من مياهه أو أن يسقي حيواناته منها .

فهو يختلف عن العمل الذي يعتبر مجرد رخصة من المباحات في أنه يتضمن تعدياً على ملك الغير إلا إن هذا الأخير يتحمل التعدي على سبيل التسامح لعدم إصابته بضرر يعتد به من جرائه .

أو يمكن القول إن هذا العمل يستند إلى رخصة صريحة أو ضمنية من جانب الغير ، وبناءً على ذلك فإن هذا العمل الذي يستند إلى هذا الترخيص الصريح أو الضمني لا يترتب عليه أي حق على ملك الغير لتخلف الركن المعنوي للحيازة فيه وبالتالي لا يصلح أن يكون أساساً لحيازة قانونية تؤدي إلى كسب حق ما وقد قضت محكمة التمييز بأن ((... مجرد حصول موافقة على مد الماء والكهرباء لدار المدعي عليه لا يعني عدم تجاوز))^(٣٤) .

إذ إن قيام الشخص بهذا العمل اعتماداً على تسامح الغير يستبعد لديه الظهور بمظهر صاحب الحق فيه ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إن الغير يستطيع في أي وقت الرجوع عن ترخيصه مما يحول ذلك دون مباشرة ذلك العمل ، مثال ذلك أن يمر شخص في أرض جاره ، أو يقوم بإجراء الماء في أرض جاره وصولاً لأرضه على الرغم من أنه بإمكانه المرور أو إجراء الماء من مكان آخر . وقد ذهبت محكمة التمييز إلى القول ((..... إن محكمة البداية لم تلاحظ في تقرير الخبير ومرتسمه المرفقين بالدعوى إن هناك طريق تستخدمه المدعية من الشارع العام إلى دارها وبصورة مباشرة يقع في نفس



القطعة المشيدة فيها دار الطرفين مشاعة وهي ارض خالية وانه لا يوجد سبب مبرر لطلب المدعية المرور أمام دار المدعى عليه المجاورة لدارها ومن مكان آخر وما في ذلك من حد لملكية المدعى عليه (....) (٣٥). وعليه فإن الجار مثلاً يترك جاره يقوم بهذا العمل تسامحاً منه حيال هذا الأخير وحفاظاً على حسن الجوار ، فإذا مضى على ذلك الوضع خمس عشرة سنة فلا يجوز له الادعاء بكسب حق ما على ارض الجار المتسامح .

ويستفاد التسامح غالباً من جملة وقائع تدلل على العلاقة الخاصة بين الطرفين او على المالك لا يشعر بعبء يقع عليه او ضرر يناله نتيجة للأعمال التي تباشر على ملكه ، كأن يكون بينهما علاقة قرابة او صداقة حميمة او ما شابه من العلاقات .

ثالثاً : الأعمال المتقطعة

كذلك نفى المشرع العراقي الحيازة بمعناها القانوني عن الأعمال المتقطعة ، وإنما أوجب أن تصنف الحيازة بطابع الاستمرار ، و إلا أصبحت الحيازة مشوبة بعيب عدم الاستمرار او التقطع ومن ثم فإنها تنتج آثارها القانونية .

إذن يجب أن تستمر وتتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء المحاز في فترات متقارب ومنتظمة ، فيستعمل الحائز الشيء الذي تحت حيازته من وقت لآخر كما يفعل المالك في ملكه وكلما دعت الحاجة الى استعماله ، فإذا مضى بين استعمال و آخر فترة من الزمن طويلة قياساً الى استعمال المالك لملكه بحيث لا يدعها هذا المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعاً كاملاً خلال هذه الفترة الزمنية الطويلة ، فان الحيازة في هذه الحالة تكون شابهها عيب عدم الاستمرار او التقطع ، ومن ثم فإن المشرع لم يسبغ عليها صفة الحيازة ، ومن ثم لا تكون أساساً صالحاً لدعوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم .

وعليه فان عنصر الاستمرار في الحيازة يقوم على ممارسة الحقوق على الشيء على وجه الدوام دون فاصل غير طبيعي يحدث فراغاً في الحيازة ، ومقياس ذلك هو تصرف المالك نفسه ، مثال ذلك من يقطف ثمار البستان كلما تهيأ له منها ما يصلح للاقتطاف ، وكمن يسقي حرثه من الماء في الأوقات التي يحتاج فيها الى السقي العادي .

فإذا انقطع استعمال الحق انقطاعاً مخللاً لا يمكن أن ينسب الى مالكه كان ذلك عيباً في الحيازة (٣٦). إذ إن الحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف تصرف المالك مما يتوجب عليه ان يظهر بمظهر المالك في استعماله لهذا الشيء .

ولكن هذا لا يعني أن يستعمل الحائز الشيء الذي تحت حيازته في كل وقت بغير انقطاع توصلاً الى نفي هذا التقطع ، إذ إن ذلك يكون من الصعوبة بمكان بحيث يمكن القول باستحالته ومن جهة أخرى إن ذلك غير عملي ، وإنما يكفي أن يستعمل الحائز الحق في فترات متقاربة ومنتظمة .



وان هذا الانتظام في استعمال الشيء من قبل الحائز يتوقف على طبيعة هذا الشيء ، فمن الأشياء ما تقتضي طبيعتها أن يكون استعمالها على فترات متقاربة جداً ، ومنها ما تقتضي طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك .

فإذا حاز الشخص حق السكنى مثلاً فان حيازته لهذا الحق لكي يمكن وصفها بأنها حيازة حقيقة تفرض عليه سكنى المنزل بصورة مستمرة و إلا ينقطع عن سكناه إلا عند الحاجة ، وإذا حاز الشخص أرضاً زراعية تسقى اعتماداً على الأمطار ((ديمية)) كان عليه لتكون حيازته مستمرة أن يزرع الأرض أثناء موسم الأمطار وان انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت لا يعتبر إخلالاً منه باستمرار حيازته لهذه الأرض لان طبيعة سقيها تقتضي هذا الانقطاع ، وكذلك الحال فيما لو حاز شخص مرعى لرعي المواشي فان طبيعة انتفاعه بالأرض يقتضي استعماله لها في أوقات معينة هي الأوقات الصالحة للرعي .

ولكن لا تعتبر الحيازة متقطعة او غير مستمرة إذا حال بين الحائز وبين ممارسته للأعمال المادية للحائز حائل او قوة قاهرة كفيضان او احتلال جيش أجنبي ... الخ .
وتقدير فيما إذا كانت الحيازة متقطعة او مستمرة هي مسألة وقائع يترك تقديرها لقاضي الموضوع .

وان عيب عدم استمرار الحيازة او تقطعها هو عيب مطلق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به . وذلك لان الحيازة في ذاتها تكون غير مستمرة بالنسبة الى الناس كافة ، فكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها ، لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه وبالنسبة الى غيره أيضاً ، فلا يحتاج بها عليه ، في حين إن العيوب الأخرى هي عيوب نسبية (٣٧) .

المطلب الثالث

حماية الحيازة



لقد أسبغ القانون على الحيازة بحد ذاتها حماية خاصة ، سواء كان الحائز حسن النية أم سيئها ، فالحيازة هي سلطة فعلية يباشرها الحائز على شيء ما ، وهذه السلطة الفعلية قد تكون مستندة الى حق يعترف به القانون للحائز حين يكون الحائز مالكا للشيء او صاحب حق عيني آخر عليه .

وقد لا تكون هذه السلطة مستندة الى حق ، فالحيازة ليست مزاولة لحق ، لذا ليس هناك تلازم حتمي بين الحيازة او وجود حق للحائز ، فهي تكون مزاولة لحق فيما لو كان للحائز حقيقة حق على الشيء ، ولكنها مع ذلك يمكن أن توجد دون أن يكون للحائز أي حق ، ومن هنا كانت الحيازة مجرد وضع فعلي او واقعي ، فهي تنطوي على مباشرة سلطة على الشيء كما لو كان الحائز صاحب حق على هذا الشيء بالتالي فهي توجد وتنتج آثارها بغض النظر عما إذا كان للحائز في أن يباشر هذه السلطة على نحو ما فعل ، أم ليس له الحق في ذلك .

والحيازة من حيث الحماية المقررة لها والآثار التي تترتب عليها ، واقعة لها أثرها وخطرها الكبيرين ، فيه إن وردت على العقار أمكن حمايتها بدعاوى الحيازة .

وتنقسم الدعاوى العينية العقارية الى قسمين ، دعاوى الحق ودعاوى الحيازة . يقصد بدعاوى الحق هنا تلك الدعاوى التي تحمي حقاً عينياً أصلياً على عقار سواء كان حق ملكية او غيره كحق الانتفاع او الارتفاق .

أما دعاوى الحيازة فهي تلك الدعاوى التي تحمي حيازة تلك الحقوق ، فيه لا تحمي حقاً وإنما تحمي مركزاً قانونياً هو الحيازة او وضع اليد (٣٨).

هناك اعتبارات عديدة دعت المشرع الى حماية الحيازة ، ففي اغلب الحالات تكون الحيازة مستندة الى حق ، حيث يكون حائز الشيء مالكا له او صاحب حق عيني آخر عليه ، ومن ثم فان حماية ما للحيازة في ضوء هذا الاعتبار ، هي في الحقيقة حماية للحق من خلال حماية هذا الواقع الظاهر .

وكذلك فان الصالح العام يقتضي ألا يتعدى على الأوضاع الواقعية القائمة ، لو أتيح لكل من يدعي حقاً خلافاً لهذه الأوضاع أن ينتزع الحيازة بالقوة ، فان معنى ذلك أن يصبح كل حائز مهدداً على الدوام بان تغتصب الحيازة منه وان من شأن ذلك أن يؤدي الى الفوضى والاضطراب (٣٩) ، ومن ثم الإضرار بأمن المجتمع .

فعلى من يدعي مثل هذا الحق أن يلجأ الى طرق قانونية للوصول الى حقه . وبعبارة أخرى إن إزعاج الحائز يعتبر اعتداء على النظام العام وجريمة يجب على السلطة العامة أن تجازي عنها ، إذ ليس بإمكان احد أن يقضي لنفسه بنفسه حتى لو كان هو المالك (٤٠) . و إلا فان ذلك يعيدنا الى شريعة الغاب وبالتالي يؤدي الى ما لا تحمد عقباه .



وعليه فان الشرع قد منح حائز العقار عدداً من الدعاوى ترمي كلها الى دفع الاعتداء الذي يقع على حقه في الحيازة .

والدعاوى التي تحمي حيازة العقار ثلاث أشار إليها كل من القانون المدني في المواد ١١٥٠-١١٥٥ وقانون المرافعات المدنية في المادة (١١) منه وهي كما يلي :

أولاً : دعوى استرداد الحيازة

ترمي هذه الدعوى الى إعادة وضع يد الحائز الذي سلمت منه حيازته عنوة او اكرهاً ممن اغتصبها منه .

وينبغي رفع هذه الدعوى خلال سنة من تاريخ انتزاع الحيازة ، فإذا كان انتزاع الحيازة خفية بدأ سريان المدة من تاريخ العلم بذلك .

وتستند هذه الدعاوى الى القاعدة القانونية التي تقضي بأنه لا يجوز للإنسان أن ينصب من نفسه قاضياً ، فلا يجوز لمن انتزعت حيازته بالقوة او الغصب استردادها بعمل من أعمال الغصب او القوة . وشروط هذه الدعوى هي :-

١- أن يكون المدعي حائزاً وهذه الحيازة قد تكون مادية فعلية فقط كحيازة الوديع والحارس الذي أنيطت به حراسة العقار والمحافظة عليه أثناء غياب المالك .

وقد تكون حيازة حق كحيازة المستأجر والمرتهن الحائز . وقد تكون حيازة المالك ، فكل هؤلاء يتمتعون بحماية الدعوى على حد سواء لأنها واردة على الحيازة ذاتها بغض النظر عما إذا كانت بسيطة او مقترنة بحق عيني .

٢- أن يكون الشيء المحاز عقاراً ، أما إذا كان الشيء منقولاً فإن الحيازة فيه قرينة على الملكية ، لذا فلا تقبل ممن يعارض حائز المنقول دعوى استرداد الحيازة و إنما عليه أن يقيم دعوى الملكية مباشرة .

٣- أن تسلب الحيازة بوسائل الإكراه او التهديد ، أما إذا كانت حيازة المدعى عليه حيازة هادئة ولو لم تثبت إنها وقعت بإكراه فإن حيازة المدعى لا تكون محمية بهذه الدعوى و إنما بالدعوى العادية للاستحقاق .

٤- أن ترفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة من تاريخ انتزاع الحيازة علماً إن هذا التاريخ قابل للإثبات بالطرق العادية .

أما إذا مضت مدة السنة فلا يمكن للحائز المدعي أن يحتمي بهذه الدعوى ، إذ إن مضي هذه المدة دليل على هدوء الحيازة واستقرارها مما ينتفي عنها بواعث القلق والاضطراب الذي من اجله شرعت هذه الدعوى ومن ثم يكون للمدعي أن يلجأ الى الدعوى العادية لإثبات الملكية .



٥- أن لا يلجأ المدعي الى استرداد حيازته بالعنف ، أي يكون قابل للإكراه بالإكراه و إلا فإنه يخسر حماية القانون له من خلال إقامة هذه الدعوى ومن ثم كان لخصمه أن يطلب استرداد حيازته فأن طلبها أجيب الى طلبه أما لو كان هو الحائز الأول الذي سلبت حيازته. وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ الى الطرق القانونية لاسترداد

حيازته ^(٤١) . وإذا تسلسلت الحيازة بالإكراه بأن تكون ق اغتصبت من غاصبها كان لصاحب الحيازة الهادئة ، الرجوع على الحائز السابق له والذي انتقلت الحيازة منه الى صاحب الحيازة الهادئة.

ثانياً : دعوى منع التعرض

نصت المادة (١١٥٤) مدني بان ((من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له خلال سنة من وقع التعرض أن يرفع الدعوى بمنع هذا التعرض أمام محكمة البداية)).

و ابتداءً يجب القول إن دعوى منع التعرض تعتبر من أهم دعاوى الحيازة بل هي دعوى الحيازة الرئيسية ، فهي دعوى الحيازة العادية إذ هي تحمي الحيازة في ذاتها ، فهي ترمي الى حماية الحيازة من كل تعرض يعكر على الحائز حيازته ، فللحائز رفع هذه الدعوى سواء كان حسن النية او سيئها متى توافرت الشروط التالية :

١- أن يكون الحائز واضعاً يده على العقار وقت رفع الدعوى و خلو هذه الحيازة من العيوب بان تكون هادئة مستمرة وظاهرة .

٢- أن تستمر الحيازة مدة سنة بدون انقطاع ، وهي مدة تحكيمية رأى المشرع إنها مدة معقولة تكفي لاستقرار الحيازة وتجعلها جديرة بالاعتبار .

ويجب أن تكون مدة السنة التي يباشر خلالها الحائز السيطرة المادية التي تتفق وطبيعة العقار متصلة، فإذا انقطعت لطرده الحائز او عدم مباشرته للإعمال المادية التي تتفق وطبيعة العقار محل الحيازة رغم صلاحيته لذلك ترتب على ذلك انقضاء الحيازة وبالتالي عم قبول الدعوى ، أما إذا كان الانقطاع نتيجة مانع وقتي حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق فإنه لا يحول دون اعتبار الحيازة مستمرة بشرط أن يبادر الحائز بالانتفاع بالعين فور زوال المانع ويجوز للمدعي أن يضيف الى مدة حيازته حيازة سلفه لكي يكمل مدة السنة التي نص عليها القانون ^(٤٢).

٣- أن يقع تعرض للحائز في حيازته ، ومعنى التعرض هو الإجراء الموجه الى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حق واضع اليد وقد يكون مادياً وقد يكون قانونياً : أما التعرض المادي ، فهو كل عمل مادي من شأنه أن يعطل انتفاع الحائز بحيازته ، او هو اعتداء يعكر صفو حيازة المدعي ويتعارض مع حقه ، ولكنه لا يصل الى حد رفع يده عن العقار ، لأنه إذا



وصل الى هذا الحد كانت الدعوى ((دعوى استرداد الحيازة)) لا دعوى منع التعرض . مثال ذلك إقامة بناء او إحداث حفرة او بذر الأرض او حرثها او إقامة أسلاك الكهرباء على سطح البناء او هدم مسقى في ارض المتعرض يروي منها الجار زراعته لما في ذلك من اعتداء على حق ارتفاق الري وغير ذلك من الأعمال المادية التي تعطل انتفاع الحائز بحيازته وتنطوي على إنكار لها .

٤- أن يقع التعرض فعلاً ، أي أن يكون هناك عمل يعكر الحيازة فعلاً إذ لا تكفي خشية وقوع التعرض لرفع هذه الدعوى .

٥- أن ترد الحيازة على عقار او حق يجوز تملكه بمضي المدة فلا تقبل دعاوى الحيازة من الأفراد على الحكومة بشأن عقار من الأملاك العامة للدولة ، كما لا تقبل دعاوى الحيازة بالنسبة لما يعتبر في حكم ملك الله تعالى كالمساجد لان القانون كما سبق القول يحمي الحيازة كقريئة على الملكية ومن ثم فإنه يجب أن يكون محل الحيازة مما يجوز تملكه وهو ما لا يتوفر بالنسبة لهذه العقارات (٤٣).

٦- أن ترفع الدعوى خلال سنة من وقوع التعرض ، وهذا شرط عام في دعاوى الحيازة ، فإذا أهمل المدعي في رفع الدعوى خلال سنة من حدوث التعرض سقط حقه في الدعوى . وتحسب مدة السنة من وقوع التعرض ، فإذا تعددت الأفعال التي تعد تعرضاً فإن كل فعل يشكل في حد ذاته تعرضاً مستقلاً يعطي الحق للحائز في رفع الدعوى ، وعلى ذلك تحسب مدة السنة من آخر تعرض للحائز في حيازته ، في حين يذهب رأي آخر الى القول بأن مدة السنة في هكذا فرض تحسب من وقوع أقدم عمل ينشأ عنه التعرض (٤٤).

ثالثاً : دعوى وقف الأعمال الجديدة

وهي ما أشارت إليه المادة (١١٥٥) مدني عراقي ، ويشترط لإقامة هذه الدعاوى :

١. أن يكون المدعي حائزاً لعقار او لحق عيني عقاري وان تكون هذه الحيازة مشتملة على شروطها القانونية التي مر ذكرها .

٢. أن تكون حيازة المدعي قد دامت سنة كاملة على الأقل ، وله في حساب السنة أن يضم الى مدة حيازته مدة حيازة سلفه سواء كان المدعي خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً .

٣. شروع المدعي عليه في أعمال لم تصل بعد الى أن تكون تعرضاً وقع فعلاً على حيازة المدعي ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو الى الاعتقاد بان هذه الأعمال لو تمت



لكانت تعرضاً كاملاً لحيازة المدعي ، أي إن هذه الدعوى تحمي الحيازة من تعرض مستقبل على وشك الوقوع ^(٤٥). أي أن تكون هناك أسباب تدعو الى الخشية من أن تهدد هذه الأعمال الحائز .

٤. أن تكون الأعمال التي يراد وقفها قد بدأت ولكنها لم تتم ، إذ إنها لو تمت لوقع التعرض فعلاً ولكن من الأفضل بل من الواجب رفع دعوى منع التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة .

٥. أن تكون هذه الأعمال التي باشرها المدعي عليه قد وقعت في عقاره هو لا في عقار المدعي ((الحائز)) ولا في عقار الغير ، لأنها لو بدأت في عقار المدعي لكان تعرض حال لا مستقبل ، وكذا الحال لو بدأت في عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع أيضاً حالاً لا مستقبلاً مما يقتضي في الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة إلا أن يكون هذا الغير راضياً بها او متواطئاً مع المدعي عليه وفي هذه الحالة يكون هذا الغير شريكاً للمدعي عليه ، وعندئذ يستوي أن تبدأ هذه الأعمال في عقار المدعي عليه او في عقاره هو ^{٤٦} .

الخاتمة

من خلال البحث المتواضع هذا يتضح إن هناك اتجاهين (إن صح التعبير) فيما يتعلق بالحيازة كوسيلة او كسبب من أسباب كسب العقار .

الاتجاه الأول :- يذهب الى إن الحيازة متى وقعت على عقار فإنها تؤدي الى كسب ملكيته إذا استمرت لمدة خمس عشرة سنة وفقاً لما يسمى بالتقادم المكسب طويل الأمد وإنها تؤدي الى ذات النتيجة إذا استمرت لمدة خمس سنوات وفقاً لما يسمى بالتقادم قصير الأمد (الخمسي) وفقاً لشروط محددة لكل منهما ، وهذا الاتجاه يمثل القانون المدني المصري .

الاتجاه الثاني :- وهو اتجاه القانون المدني العراقي الذي يذهب الى إن الحيازة سواء اقترنت بالتقادم الطويل أم القصير فإنها لا تؤدي الى كسب ملكية العقار المحاز بل الى عدم سماع دعوى المالك



ضد الحائز ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإن القانون العراقي قصّر هذا الأثر بالنسبة لحيازة العقارات غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري أما إذا كانت مسجلة فإن سندات التسجيل العقاري تعتمد لإثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى . وكان الأجدد بالمشروع العراقي أن يأخذ بمذهب المشرع المصري مع التشذيب في المواقع التي يراها جديرة بذلك كأن يقصر اشتراط كون العقار غير مسجلاً على الحيازة بالتقادم القصير (الخمسي) .

الهوامش

- (١) حامد مصطفى - القانون المدني العراقي - ج ١ - الملكية و أسبابها - طبع شركة التجارة والطباعة المحدودة ١٩٥٣ ص ٣٣٨ .
- (٢) د.صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - ج ١ - حق الملكية في ذاته - بغداد ١٩٦١ - ص ٣١٥ .
- (٣) - د.عبد المنعم فرج الصدة / حق الملكية - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - ط ٣ - ١٩٦٧ ص ٥٢١ .
- (٤) حامد مصطفى - المصدر السابق - ص ٣٣٨ .
- (٥) د.محمد عبد الجواد - الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٧ - ص ٤٥٥ .



- (٦) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٩ - أسباب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٨ ص ٧٨٥.
- ٧ د. عبد الرزاق احمد السنهاوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج ٩ - أسباب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٦، ص ٧٨٥.
- (٢) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري - المرجع السابق، ص ٧٨٩.
- (٣) المرجع اعلاه، ص ٧٨٠.
- (٤) رقم القرار ٣٠١/مدنية ثالثة عقار/٧٤ في ١٩٧٥/٢/٤ - مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول - السنة السادسة ١٩٧٥، ص ٤٢.
- (١٠) د. حسن كيرة - الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٥ - ص ٤٣٩ .
- (١١) د. السنهاوري - المصدر السابق - ص ٧٩٣.
- (١٢) صلاح الدين ناهي - المصدر السابق - ص ٣٢٨ .
- (١٣) د. السنهاوري - المصدر السابق - ص ٨٠٣ .
- (١٤) مصطفى مجيد - شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ - مطبعة الإرشاد - بغداد ١٩٧٣ - ص ٣٥٢.
- (١٥) د. عبد المنعم فرج الصده - المصدر السابق - ص ٥٢٥.
- (١٦) د. محمد عبد الجواد محمد - المصدر السابق - ص ٧٠ .
- (١٧) د. عبد المنعم فرج الصده - المصدر السابق - ص ٥٢٣.
- (١٨) د. السنهاوري - المصدر السابق - ص ٨٢٧ .
- (١٩) د. عبد المنعم فرج الصده - المصدر السابق - ص ٥٥٠ .
- ٢٠ (٢) د. عبد المنعم فرج الصده: المصدر السابق؛ ص ٥٥١.
- (٢١) حسن كيرة - المصدر السابق - ص ٤٥٠ .
- ٢٢ (٢) المرجع اعلاه؛ ص ٤٥٠.
- (٢٣) د. السنهاوري - المصدر السابق - ص ٨٣٨.
- (٢٤) د. حسن كيرة - المصدر السابق - ص ٤٥٥.
- (٢٥) حامد مصطفى - المصدر السابق - ص ٣٤٧.
- ٢٦ (٢) المرجع اعلاه؛ ص ٣٤٨.
- (٢٧) د. صلاح الدين ناهي - المصدر السابق - ص ٣٢٦.
- ٢٨ (١) د. صلاح الدين ناهي: المصدر السابق، ص ٣٢٦.
- (٢٩) د. حسن كيرة - المصدر السابق - ص ٤٥٦ .
- (٣٠) د. محمد عبد الجواد محمد - المصدر السابق - ص ١١٢.
- (٣١) حامد مصطفى - المصدر السابق - ص ٣٤٤ .
- (٣٢) رقم القرار ١١١٨/مدنية ثانية / ٩٨ في ١٩٩٨/٦/٦ (غير منشور) .



- (٣٣) قرار ٩٩١/مدنية ثانية/٩٨ في ٢٨/٥/١٩٩٨ (غير منشور).
- (٣٤) رقم القرار ٩٣٣/مدنية ثانية/٩٨ في ٢٦/٥/١٩٩٨ (غير منشور).
- (٣٥) رقم القرار ٩٩٥/مدنية ثانية/٩٨ في ٢٨/٥/١٩٩٨ (غير منشور).
- (٣٦) حامد مصطفى - المصدر السابق - ص ٣٤٤.
- (٣٧) السنهوري - المصدر السابق - ص ٨٦٤.
- (٣٨) د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - مطبعة القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٨٠ - ص ١٠٠.
- (٣٩) د. عبد المنعم فرج الصدة - المصدر السابق - ص ٥٢٢.
- (٤٠) د. صلاح الدين الناهي - المصدر السابق - ص ٣١٦.
- (٤١) عبد الرحمن خضر - شرح القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية - الطبعة الأولى - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٣ - ص ٣٧.
- (٤٢) د. أحمد سيد صاوي - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - الجزء الأول - نظرية الدعوى - قواعد الاختصاص - ص ٨٢.
- (٤٣) د. أحمد سيد صاوي - المصدر السابق - ص ٨١.
- ٤٤ (٢) المرجع اعلاه: ص ٨١.
- (٤٥) مصطفى مجدي هرجة - الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم في ضوء القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ والصيغ القانونية - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - دار الثقافة للطباعة والنشر - القاهرة ١٩٨٦ - ص ١٩٢.
- ٤٦ (١) المرجع اعلاه: ص ١٩٢.
- قائمة المصادر
- أولاً : الكتب
- ١- حامد مصطفى - القانون المدني العراقي - ج ١ - الملكية وأسبابها - طبع شركة التجارة والطباعة المحدودة - ١٩٥٣.
- ٢- د. صلاح الدين ناهي - الوجيز في الحقوق العينية الأصلية - ج ١ - حق الملكية في ذاته - بغداد - ١٩٦١.
- ٣- د. عبد المنعم فرج الصدة / حق الملكية - ط ٣ - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - ١٩٦٧.
- ٤- د. محمد عبد الجواد - الحيازة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٧٧.



- ٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج٩- أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٨ .
- ٦- د.حسن كزبرة - الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٧٥ .
- ٧- مصطفى مجيد - شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ - مطبعة الإرشاد - بغداد - ١٩٧٣ .
- ٨- د.فتحي والي - الوسيط في القضاء المدني - مطبعة جامعة القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٨٠ .
- ٩- د.عبد الرحمن خضير - شرح القانون المدني - المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية - ط١- مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٣ .
- ١٠- احمد السيد صاوي - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - ج - نظرية الدعوى - قواعد الاختصاص .

ثانياً : القرارات

- قرار رقم ٣٠١ / مدنية ثالثة عقار / ٧٤ في ١٩٧٥/٢/٤ - مجموعة الأحكام العدلية - العدد الأول - السنة السادسة - ١٩٧٥ .

ثالثاً / القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٩ .



