

للحيازة ، ولكنه في العنصر المعنوي يقصد استعمال الحق شائعا مع غيره لا خالصا لنفسه ، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه . فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضا بها . مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً ، ويؤجرانها معاً ، وقد يقسمها فيها فيما بينهما قسمة مهاياة مكاتبه فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين ، أو قسمة مهاياة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع . فلا تحمي حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع ، فكما تحمي حيازة أحد الشريكين تحمي أيضا حيازة الآخر نلى اعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعا ، فيملك نصفه مثلا أو ثلثه شائعا إذا توافرت شروط التقادم (١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء في الشيوع واضعاً يده على جزء معين تسهلا لطريق الانتفاع ، فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ، ويكون انتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق أحد الشركاء أن يتزعم منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق في الأرض . بل كل ماله - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد الدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروط القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع ، فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشتري من أحد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض ، والمشتري وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدني ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص ٦٠) . وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز فيه ، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده برئية من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من الشائعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غنوص وإيهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعياً حصة غيره ، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يملكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية =

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشروع ، إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه . وعند ذلك تحمي حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة ، ويكسب الحق كله خالصا بالتقادم إذا توافرت شروطه (١) .

أوناب في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن المالك المقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبه ، أما إذا كان للمالك يد على المقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح . لكن هذا الفرض ينتج كما تنتج مظنة التسامح من جانب المالك ، إذا كان الغير الذي زعمه في ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة في عقاره استقرت على مناهضة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة النشوز أو مظنة التسامح ، وعندئذ تكون الحيازة سالحة لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص ٩٧) . وقضت أخيراً بأن الحيازة في عنصرها المادي تقتضي السيطرة الفعلية على الشيء الذي يحوز التماثل فيه ، وهي في عنصرها المعنوي تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشيء . ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة في أجزاء المال المشترك إذ أن تمييز بالفعل عند حصول التمسك ، فإن هذه الحصة يصح ، على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدني ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص ٢٠٦) .

وانظر أيضاً نقض مدني ١١ مارس سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص ١٠٦ - استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٢ ص ٣٤١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢٢٠ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس في القانون ما يحرم حل الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب من ورثته ، فهو في ذلك كأي شخص أجنبي عن الشركة يتملك من استوفى وضع يده الشروط الواردة في القانون ، وهي الظهور والهدوء والاستمرار ونية التملك . والبحث في تحقق هذه الشروط متروك لقاضي الدعوى لتعلقه بالموضوع ، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قد أتم قضاءه في ذلك على ما يكون لتبريره (نقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالِكاً مستقلاً ، فلذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل أمين باعتباره مالِكاً لها بمفرده ، كافتراؤه بالتصرف وجموده حق شريكه بأى عمل من شأنه أن يقطع بنيتي في التملك على صورة واضحة غير مبهمة *non equivoque* ، فإنه يتملك العين لا محالة لانقطاع كل شك في طبيعة وضع يده (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٥٢٤ ص ٩٨٨) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة

والحيازة فى الشبوع هى ، كما رأينا ، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر ، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه . ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشبوع ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشيء ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة . أما أن يحوز كل منهما الشيء كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز ، لأن حيازة أحدهما للشيء كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشيء على هذا النحو . فاذا اغتصب شخص من المالك أرضه ، أصبح هو الحائز وحده للأرض . أما المالك فقد تجرد من الحيازة ، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم (١) . ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة ، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز ، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م ٩٥٨ مدنى) . فى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشيء ، دون أن يكونا حائزين على الشبوع . أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة ، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدتها فى خلال السنة فاذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدتها أبدا (٢) .

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية : متى تحققت السيطرة المادية لشخص على شيء ، عقارا كان الشيء أو منقولا ، فإنها تبقى مادامت لم تنقطع . فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول ، مادام فى قبضة يده ولم يخرج من حوزته . ويستبقها على العقار مادام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد ، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة ، تطول أو تقصر ، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo retinetur poassio)

- المكتب الفنى لأحكام النقص فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٧ - استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٨٧ ص ٦٠٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٣٠٠ ص ٧٧٥ .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٠٦ ص ١٦٩ .

فما دام الشخص متمكناً من حيازة الشيء والسيطرة عليه سيطرة مادية ، فإنه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo) (١) . فإذا 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 ، مادام يبقى متمكناً من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض . ولا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك ، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة ، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد . فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طال مع تمكنه من العودة إلى سكناها ، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها ، قد يشوب الحيازة بعيب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجىء ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها ، بل يبقى محتفظاً بعنصرها ، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكّنه من العودة إلى هذه السيطرة ، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر (٢) . وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة ، فإنها تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز ، ما دام أجنبى لم يسعول على هذه السيطرة المادية (٣) .

وقد يتوقف العنصران لعارض طارئ ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً ، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية

(١) نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ دالوز ١٩٤٩ - ٧٢ - ١١ يناير سنة ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ - ١٢٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٣ - ١ - ٢٤٧ - ٩ يناير سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٤٩ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٢٨ - واستبقاء السيطرة المادية على هذا النحو ، أى بالاحتفاظ بعنصر القصد ومجرد التمكن من العودة إلى السيطرة المادية ، مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع (بودرى وتيسيه فقرة ٢٣١) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٠ .

لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز . من ولى أو وصى أو قيم ، ناب عنه في خلال وقت معقول في استبقاء العنصرين . في تبنى - فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة (١) .

ب - العنصر المعنوى - العنصر

٢٦٤ - كيف يتمفق عنصر العنصر المعنوى : يتحقق العنصر المعنوى . وهو عنصر القصد (animus) : في النظرية التقليدية وهي النظرية الشخصية . بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته . وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافيني ، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج . وقد وقف النين المدون المصرى الحديد موقفا معينا من هاتين النظريتين . ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منظوية على عنصر القصد . فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى . وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا ، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur précaire) وهو الحائز لحساب غيره ، مالم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه .

هذه هي المسائل التى نبحثها في خصوص العنصر المعنوى :

٢٦٥ - النظرية الشخصية في عنصر العنصر : هذه هي النظرية التقليدية في الحيازة ، وهي النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه . وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى ، وإلى أنه لا تكفى لتحقيق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهي العنصر المادى ، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus) . والمقصود بعنصر القصد ، في هذه النظرية الشخصية ، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه . فإذا كان الحق هو حق الملكية - وهو يختلط كما قدمنا بالشئ ذاته طبقا للتقاليد الرومانية

الموروثة - وجب أن يتوافر سند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (animus domini) ، فيتصرف في الشيء وتصرف الملاك ، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك . وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه . فالقصد إذن هو نية الحائز في أن يستعمل الحق لحساب نفسه (animus rem sibi habendi) ، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر . فالحائز لحساب غيره ، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده ، لا يتوافر عنده عنصر القصد ، إذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه ، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم ، بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة ، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر (١) .

أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة ، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة . بل إن أحدهم ، وهو Dunod ، استعمل التعبير الدال على ذلك ، فذكر عبارة animus domini وعبارة animus rem sibi habendi ، ولم يكن سافيني هو أول من استعمل هذه التعبيرات . وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له ، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره ، كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع ، فإنه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز ، أما الحائز فهو هذا العير الذي عنده قصد التصرف كما لك والذي يحرز الشيء بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع (٢) . وقال Pothier في هذا المعنى إنه لا يجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (proseion naturelle) وبين مجرد إحراز (détention) الشخص لشيء لحساب غيره وباسم هذا

(١) جيرار ص ٢٥٩ و ص ٢٦١ - كيك في المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي

والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص ٥ .

(٢) دوما في القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع .

الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير . فاحراز هؤلاء الأشخاص
لشيء المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار إليهم ليس إلا مجرد إحراز
(*mera custodia*) ، لأنهم لا يحرزون الشيء لحسابهم ، بل لحساب من
أجر الشيء أو أودعه أو أعاره . والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز ،
ويحرز الشيء عن طريقهم وبوساطتهم (١) .

وانتمل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسى القديم
إلى التقنين المدنى الفرنسى ، وبقي ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية
لهذا التقنين (٢) . وأصبح الآن مقرراً فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى ،
وهو عنصر القصد ، لا بد من توافره لقيام الحيازة (٣) . فلا بد أن يكون عند
الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه ، فإذا انكسرت هذه النية لم تقم الحيازة
ولما كانت النية تتعلق بالشخص ، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية .
ونادى بها سافيني حتى أنها عرفت باسمه ، فعنده أن عنصر القصد هذا هو
العنصر الجوهرى فى الحيازة ، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة
صحيحة تنتج آثارها . أما من يحرز الشيء لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر
قصد الحيازة لحساب نفسه (*animus domini*) ، وليس لديه إلا نية الإحراز
لحساب الغير (*animus detinendi*) (٤) .

٢٦٦ - النظرية المادية فى عنصر القصد : وقد عارض إهرنج ، بما
سماه النظرية المادية (*théorie objective*) فى القصد ، النظرية الشخصية
(*théorie subjective*) التى عرفت باسم سافيني فيما قدمناه . فعند

(١) بوتيه فى الحيازة .

(٢) أنظر Lorré ١٦ ص ٥٥٨ وص ٥٦١ .

(٣) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شيء بالذات ، بل يكفى
أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها . فيعتبر الشخص
حائزاً للمراسلات التى أودعت فى صندوق بريده ، حتى قبل أن يعلم أن هذه المراسلات قد
أودعت فى صندوق البريد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦٢ - بلانيول وريبير
وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص ٩١٤) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص ١٦١ - ص ١٦٢ .

إهرنج (١) ليس عنصر القصد عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل إن هذا العنصر الثاني يتضمن ضرورة العنصر الأول . فالسيطرة المادية هي الحيازة بذاتها ، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد في الحيازة ، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون أعمالاً إرادية قصدية . فالنائم لا يحوز ما يلقي في يده في أثناء نومه ، والسجين لا يحوز ما يقبده من الأغلال . وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حيازة شيء بنفسه لأنه لا إرادة له ، والأعمال المادية التي يقوم بها تكون أعمالاً غير إرادية . وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير ، فينوب عنه الولي أو الرضى أو القيم في الأعمال الإرادية التي تتحقق بها الحيازة . وكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائزاً له ، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير . فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزاً ، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به . ولا يمنع من أن يكون حائزاً أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير ، إذ أن إهرنج لا يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى المفهوم في النظرية الشخصية . وقد رأينا أن عنصر القصد في النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص حساب نفسه ، أما عنصر القصد في النظرية المادية فعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على الشيء أعمالاً إرادية قصدية ، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره (٢) ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم في القانون الروماني ، فلم يكن هذا القانون يشترط في الحيازة عنصر القصد بالمعنى الذي تقول به النظرية الشخصية ، وكان الحائز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه كل منهما يعتبر حائزاً . ولم يكن

(١) أنظر إهرنج في دور الإرادة في الحيازة (ترجمة Meulenaere) - وفي الحيازة نظرية مبسطة في متناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء ٢ ص ٢١٥ وما بعدها) - وانظر أيضاً Cornil في الحيازة ص ٣٠ وما بعدها و ص ٧٠ وما بعدها .
(٢) وقد يختار تشريع معين أن يحصى حيازة الشخص حساب نفسه دون أن يحصى حيازة الشخص حساب غيره ، ولكن ذلك لا يمنع في نظر إهرنج من أن الحيازة تتحقق في كل من الغرضين ، وتكون حيازة الشخص حساب غيره حيازة صحيحة ولكنها حيازة لا يحسبها القانون (بودرى وتبسيه فقرة ١٩٩ مكررة أولاً) .

القانون الروماني يميز بين السيطرة المادية (*détention*) والحيازة (*possession*) ، فالسيطرة المادية عنده هي الحيازة ويركز حساب الغير . وكان القانون الروماني يحمي الحيازة بهذا المعنى - حيث توافرت شروط حمايتها نافذة (١) ، فتارة يحمي الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع في حيازته بشيء من حرية التصرف ، وتارة لا يحميه إذا كان في حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأي متبوعه وطبقا للتعليمات التي يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول . ويذهب إهرنج ، تبعاً لذلك ، إلى أن الذي يميز الحيازة (*possession*) عن مجرد الإحراز (*détention*) ليس هو وجود قصد الحائز في أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فإن وجود هذا القصد ليس ضرورياً لقيام الحيازة ، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزاً بالمعنى الصحيح . ولكن قد يحوز الشخص شيئاً ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يحوز الشيء باسمه ولحسابه ، فيكون هذا العنصر عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة (*causa possessione*) فننتقل إلى مجرد إحراز (*causa détentionis*) . أما حيث لا يكشف القاضى عن هذا العامل السلبى الذى يستبعد الحيازة ، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجى محسوس من السيطرة المادية ، وتكون هذه السيطرة المادية هي الحيازة ذاتها . ومن ثم سمي إهرنج نظريته بالنظرية المادية .

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة ، حيث لا تحميه النظرية الشخصية . وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر ، إذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ، ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية ، أما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥ .

(٢) وقد تأثرت انتقليات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً ، بل هي قد أخذت بها في نصوص صريحة . ففى التقنين المدنى الألمانى تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية *Pouvoir de fait* على الشيء . (م ٨٣٤ مدنى ألمانى) ، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً ، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره ، كصاحب حق الانتفاع واندائن المرتهن من حيازة والمستأجر -

٢٦٧ - مرقف التقنين المرفى المهرى الجربى من النظرين التقنينة

والمادة : الآن وقد استعرضنا النظرين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى

= والمودع عنده . ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفتة صاحب حق انتفاع أودائناً مرتبها رهن حيازة أو مزارعاً أو مستأجراً أو مودعاً عنده ، أو حازه بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوزه حيازة موقفة ، فان هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً لشيء .» ويميز التقنين المدنى الألمانى ، كما تميز النظرية المادية ، الحيازة (possession) عن مجرد الإحراز (détention) . فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير ، فيكون ذلك عاملاً سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز . وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى ، كما رأينا (أنظر آتفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شيء . لحساب غيره ، بسبب الوظيفة التى يؤدبها فى منزل المخدوم أو صناعة المتبوع ، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن ياتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشيء . ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً .» وأخذ التقنين المدنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية . فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته» . ونص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز للشيء لغيره ، ليولى عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أوحقاً شخصياً ، فكل من الاثنين يكون حائزاً لشيء» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى : «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستند من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة . وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج من نطاق القانون» (Huber : التقنين المدنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ٦٩٤ وص ١٩٥) ويختلف التقنين المدنى السويسرى عن التقنين المدنى الألمانى فى أمرين هاميين : (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية ، فترد الحيازة على الحق الشخصى ورودها على الحق العيى . (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لا يفرق ، كما فرق التقنين الألمانى ، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعه كحيازة الخدم والتابع . ولا يمتبر ، كما اعتبر التقنين الألمانى ، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (possession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention) . بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة ، ومادامت هناك سيطرة مادية على الشيء . فهذه السيطرة تكون حيازة حديرة بأن تحمى دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٤ - ص ١٦٥) .

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة : بودرى وتيبى فقرة ١٩٩ مكررة سادساً - وانظر فى أن النظرية المادية ، وإن كانت تفضل فى مجموعها النظرية الشخصية ، تنفوى على كثير من السمويات فى التطبيق ، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تنسئ حماية الحائز لحساب غيره . بدعاوى الحيازة : بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ .

للحيازة وهو عنصر القصد ، نفق قليلا لتعرف ما هو موافق التقنين المدني المصري الجديد من هاتين النظريتين (١) .

لاشك في أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهي امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملي ، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى ، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة (٢) . وللتدليل على ما ذكرناه نقدم ما يأتى :

أولا - كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا ، هو المادة ١٣٩٨ منه ، يعرف الحيازة على الوجه الآتى : « الحيازة وضع يادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل به ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٣) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسرى ، وهما مادتان

(١) والذي يذهب إليه جمهور الفقهاء في مصر هو أن التقنين المدني الجديد قد أخذ ، كالتقنين المدني السابق ، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٩ - ص ٥٠٢ - إسماعيل غانم ص ١٠١ - ص ١٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩ - حسن كبيرة ص ٨٥ - رمزى سيف الوجيز في المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ و فقرة ١٥٦ - أحمد أبو الوفا في المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤ - أحمد مسلم في أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦ - فقرة ٣٠٧) . وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة ، فيحتسب الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتسب بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩) . وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدني الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين ، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٠) .

(٢) وقد كان توسع المشروع التمهيدى في الحيازة على هذا النحو ، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية ، هو القدر المقبول الذي يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية ، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح ، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - وأنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ في آخرها في ادهامس) .

(٣) أنظر مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة لإيضاحية الجزء الرابع ص ٢١٧ .

متأثرتان إلى حد بعيد جدا بالنظرية المادية^(١) . والعبارة الأخيرة الواردة في نص المشروع التمهيدى ، وهى « أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق » ، قصد بها استعمال أى حق ، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا ، جريا على نهج نصوص التتمين المدنى السويسرى سالفه الذكر . ويقطع فى ذلك ماورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها : « الحيازة هى سيطرة فعلية على شىء أو حق . فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية^(٢) » . فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية ، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التتمين المدنى السويسرى . ما فى ذلك من ريب^(٣) . ولكن يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية ، فان المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعلدت شروط الحيازة ، قالت ما يأتى : « وللحيازة ، بعد توافر شروطها ، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية ، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق^(٤) » . وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية : وتعريف

(١) أنظر آنفاً ص ٨٠٧ هامش ٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠ .

(٣) وما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى . « وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية ، شخصياً كان أو عينياً ، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق . ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة » . وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ « اكتفاء بالقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٣ - ٤٨٤) . ولاشك فى أن هذا النص ، لو استتب ، لكان يصبح دليلاً قاطعاً على أن الحيازة ، كما تتناول الحقوق العينية ، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية . وهو على كل حال لم يحدف إلا اكتفاء بالقواعد العامة ، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ماورد فيه من الأحكام .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١ .

لعنصر المعنوي للحيازة على النحو الذي ترد فيه هذه النظرية (١).

ثانياً - بقي المشروع التمهيدى متأثراً بالنظرية للمادية في الحيازة ، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية ، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية . ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخدميهم ومتبوعيهم ، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تنص به النظرية المادية في الحيازة كما رأينا (٢) . وقد نصت المادة ١٤٠١/١ من المشروع التمهيدى ، وهي مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدني ألماني المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتي : « لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر ، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمثل لأوامره فيما يتعلق بالشيء أو الحق الذي ترد عليه الحيازة » . وقد أشير في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر ، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصي لحساب نفسه ، وقد ورد في هذا الصدد : « ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمتأجر ، ويحوز للمالك حق الملكية » (٣) .

ثالثاً - وأبلغ أثر للنظرية المادية في المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على اعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) لا مجرد إحراز (détention) نتيجة المنطقية ، وهي حماية حيازة المستأجر لحقه

(١) ويقطع في استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد في الحيازة أن المشروع التمهيدى للمادة ٩٦٣ مدني جرى على الوجه الآتي : « إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شيء واحد ، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية ، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معينة » . وهذا النص يقرر في وضوح أن الحيازة المادية الهجدة من عنصر القصد ليست إلا تربة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد ، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين ، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد . وقد استثنى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال ، في التقنين المدني الجديد كما سنرى (أنظر مايل ص ٨١٥ هامش ٢) ، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية في هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أي الحيازة المقترنة بعنصر القصد .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٥ .

الشخصى بجميع دعاوى الحيازة . فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدي قد مدد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، أخذاً في ذلك بالنظرية المادية للحيازة . وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتي : « لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبي ، ما دام المتعرض لا يدعى حقاً ، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق في أن يقاضى باسمه المتعرض مطالباً بالتعويض ، وبما له من حق في أن يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد (١) » .

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدي قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة ، فاستنبى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق ، وأخذ من النظرية المادية التوسع في نطاق الحيازة ومدّها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية . فهل بقيت الحال على ما كانت عليه في المشروع التمهيدي عندما أصبح هذا المشروع تقنيناً مدنياً وتشريعاً معمولاً به ؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها في المشروع التمهيدي ، لئرى هل بقيت على حالها في التقنين المدنى الجديد ، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية :

١ - ففيما يتعلق بالنص الأول (م ١٣٩٨ من المشروع التمهيدي) ، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة ، سار النص في مراحلته التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ ، فلقى اعتراضاً « لأنه تعريف ناقص ، وينقصه ركن التملك إذ تناول الحيازة المادية فقط ، وترك الحيازة بنية التملك . وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة ، روئى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية » . وقررت اللجنة حذف النص « اكتفاءً بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه » ، وورد في تقريرها : « رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية » (٢) . ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك في التعريف ، إذ كأن التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩ في الماشـسـرافـتر أنفاً فقرة ٢٥١

المادى ، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية . ولما طالت المناقشة ، ولم يتغلب رأى على آخر ، لا الرأى المتشيع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا الرأى الذى يعيل إلى الأخذ بالنظرية المادية ، حذف النص وترك الأمر للفقهاء بقول رأيه فيه . وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة ، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية ، بل إن الأمر فى ذلك متروك للفقهاء .

٢ - وفيما يتعلق بنص المادة ١/١٤٠١ من المشروع التمهيدى ، وهو للنص الخاص بحيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميههم ومتبوعيههم وباعتبار هذه الحيازة مجرد إحراز مادى لا حيازة بالمعنى الصحيح ، اقتصر على تعديل النص تعديلا لفظيا فى لجنة المراجعة . وفى لجنة مجلس الشيوخ ناقش الأعضاء طويلا فى ورود الحيازة على الشئ دون الحق ، فقال بعض بأن الحيازة قد ترد على الشئ دون الحق ، وقال بعض آخر بأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق وبأن حيازة الشئ ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشئ . وقد لقي هذا الرأى الأخير موافقة أغلبية اللجنة ، فحذفت كلمة « الشئ » التى تصاحب كلمة « الحق » اكتفاء بالكلمة الأخيرة (١) . ويلاحظ أن هذه هى الخطوة التى اتبعت دائما حيث ذكرت كلمة « الشئ » سابقة على كلمة « الحق » ، فان كلمة « الشئ » تحذف لأن حيازة « الشئ » ليست إلا حيازة حق الملكية ، ولم يكن حذف كلمة « الشئ » سببه استبعاد النظرية المادية والأخذ بالنظرية الشخصية كما ذهب بعض الفقهاء (٢) ويستخلص من بقاء نص المشروع التمهيدى كما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٦ .

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ - ويبدو أنه يمتقد أن النظرية المادية لا تقروا

بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشئ ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية فهو يقرر ، لتدليل على صحة نظره من أن التقنين المدنى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جمع الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق ، ما يأتى : « وأبلغ من ذلك فى الدلائل على صحة نظرنا ، إذا احتاج النهار إلى دليل ، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز ، وهى ولو لم يكن هناك نسلم مادى . كما صرحت لجنة المشروع المدنى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشئ . أتى وردت فيه قبل كلمة الحق ، حرصاً منها على اتساق عطفها .

هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية - في التقنين المدني الجديد في المادة ٩٥١ منه ، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز في الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر ، وبين مجرد الإحراز المادي (détention) كحيازة الخدم والأتباع . ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد قد بقي يحمل آثار النظرية المادية في الأخذ ببعض مبادئها .

٣ - وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدي ، وهي الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمي بجميع دعاوى الحيازة ، استبقى النص كما هو - فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة - في التقنين المدني الجديد في المادة ١/٥٧٥ منه . ويستخلص من بقاء هذا النص في التقنين المدني الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملي للنظرية المادية ، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ، فد ذلك الحيازة إلى الحقوق

= السابقة التي تجعل الحيازة في كل صورها لا ترد لإلغى الحقوق » (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص ١٢٤) . والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ ، كما بينا في المتن ، اعتبرت أن حيازة الشيء ليست إلا حيازة حق الملكية في هذا الشيء ، فالحيازة إذن لا تقع على الشيء وإنما تقع على الحق . فحذفت كلمة الشيء مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب ، لا لأنها أرادت أن تتحاكى الأخذ بالنظرية المادية . ولا شك في أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، لافرق بينهما في ذلك . والتقنينان المديان الألماني والسويسري ، وهما التقنينان اللذان أخذتا بالنظرية المادية في نصوص صريحة ، كما يقولان بحيازة الشيء يقولان أيضاً بحيازة الحق . ففي التقنين المدني الألماني تجوز حيازة حق الارتفاق (م ١٠٢٩) ، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م ٨٦٨) . وفي التقنين المدني السويسري تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م ٩٢٠) . والذي يميز بين النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية . فتبرزه النظرية الأولى وتشرط أن تكون نية الحائز هي أن يجوز لحساب نفسه ، فالحائز لحسب غيره هو حائز عرضي ، ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هي مجرد إحراز مادي لاتعميه دعاوى الحيازة . أما النظرية المادية فتدمج عنصر النية في عنصر الحيازة المادية على الوجه الذي سبق بيانه ، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تميمها دعاوى الحيازة ، ما لم يكن الحائز خادماً أرتاباً فتجعل الحيازة الصحيحة في هذه الحالة عند المحكوم ألامتبع . وكذلك التقنين المدني الفرنسي ، وهو التقنين الذي أخذ بالنظرية الشخصية ، يقول بحيازة الشيء وبحيازة الحق ، وقد نص على ذلك صراحة في المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف .

الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية ، وقد تأثر في ذلك تأثراً ظاهراً
بالنظرية المادية (١) .

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدني الجديد ، ولو أنه أخذ من
حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي
وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق (٢) ، قد تأثر تأثراً كبيراً
بالنظرية المادية . فد الحيازة ، أخذاً بهذه النظرية : إلى الحقوق الشخصية ،
ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية . وأخذ بأهم
تطبيق عملي للنظرية المادية ، إذ حى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة
في المادة ١/٥٧٥ منه ، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها
حماية بالمعنى الصحيح (possession) تعنى بجميع دعاوى الحيازة . وميز في الوقت
ذاته ، في الحيازة لحساب الغير ، بين الحيازة بالمسئ الصحيح كحيازة المستأجر ،
ومجرد الإحراز المادي (détention) كما هو الأمر في حيازة الخدم والأتباع
لحساب مخدومهم ومتبوعهم ، وذلك في المادة ٩٥١ منه ، وقد أخذ
في ذلك بالنظرية المادية (٣) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٧١ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٦ وفقرة ٢٨٢ ص ٣٧٢ .
(٢) وبدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدني قابلت ما بين الحيازة المشتملة على عنصر نية
استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية ، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة
حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل
على هذه الحيازة بطريقة معينة » . انظر في هذا المعنى أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية
والتجارية ص ١٢٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٨٧ ص ٥٠١ .

(٣) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبنى حماية يده
بدعاوى الحيازة فلا تكون حيازة عرضية ، أما ما أباحه القانون المدني في المادة ٥٧٥ للمستأجر
وهو حائز عرضي من رفع دعاوى الحيازة فانما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ
عام ، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس
والمرتمن حيازياً والمودع لديه (نقض مدني ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم
٧٠ ص ٥١٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩
ص ١٠٦) ، فان حكمها هذا يستوقف النظر . ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة في
حق الملكية ، لأنه حائز عرضي بالنسبة إلى هذا الحق . وإنما تحميه هذه الدعاوى في حقه
كستأجر ، لأنه فيه حائز أصيل . فهو إذن لم يجر استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض ،
بم جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذي يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضي . وكذلك يجب =

٢٦٨ - انتفاء عنصر القصد في إتيان الرخصة من المباحات وفي أعمال

التسامح نحن قانوني : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي :
 « لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ،
 أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح » (١) .

وهذا النص يميز بين عمليين : (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة
 من المباحات . (٢) وعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح . ويشترك العملا
 في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة ، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية
 وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصرها
 معاً ، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف
 أحد عنصرها .

والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure
 faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في أن يأتيه أولاً

— أن يعامل المرتهن حيازة ، فهو حائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمي حيازته لهذا الحق
 وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحسب باعتباره حائزاً لهذا الحق .

ومهما يكن من أمر هذا الجدل ، فإن العبرة بالحلول العملية التي أوردتها المشرع ، فهي
 التي يجب الوقوف عندها ، دون إغراق في الاهتمام بالعبارات والتقسيمات (أنظر في هذا المعنى
 بودري وتبسيه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص ١٦٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١/١٣٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي : « ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة ، أو عمل يتحملة الشخص على
 سبيل التسامح » . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً جعله مطابقاً لما استقر عليه في التقنين
 المدني الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم
 ١٠٢١ - ١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ -
 ص ٤٥١) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ١/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ٢/١١٤٥ : « ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه

مجرد إباحة ، أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح منه . وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة .
 (موافق) .

قانون الملكية المقاربية البناني لا مقابل .

يأتيه ، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه . فهو إذن في إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد ، ولا يتحمل منه أحد من السبل على سبيل التسامح . بل إن العمل محض رخصة يأتيها ، فلا هو في إتيانها حاز حقاً لأحد ولو مجرد حيازة حادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد ، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصرها كما سبق القول . من ذلك أن يقيم شخص حائظاً على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح في هذا الحائط منوراً مستوفياً لشروطه ، فهو في فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلاً أي اعتداء على حق لأحد . فلا تقوم له حيازة في هذه الحالة ولا يكسب حقاً قبل الجار ، ويجوز للجار حتى لو بقي المنور مفتوحاً مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائظاً في حدود ملكه يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم (١) . ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقاً أن يفتح مطلاً مستوفياً لقيود المسافة ، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائظاً في حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية ، لأن صاحب المثل لم يكسب حقاً قبل جاره بفتح المثل إذ هو لم يأت في ذلك إلا برخصة من المباحات (٢) . ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح في الحائط الذي

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١ ص ٧٩٠ - وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص ١٢٧ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص ٣٢٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - نقض فرنسي ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه ١٩٣١ - ١ - ٦٥٩ - بودري وتبييه فقرة ٢٧٧ ص ٢١٥ - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص ٩٤٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المثل لا يعتبر ارتفاعاً للمقار المثل على المقار المثل عليه حتى كان مفتوحاً على المسافة القانونية ، أما فتح المثل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلاً من التصرفات التي يملكها كل مالك في ملكه ، له نفعه وعليه خطره . ولا بد ، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاع بالمثل يكسب بالتقادم ، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب المقار المجاور ، وانتفاء شبهة الاقتصار في الانتفاع بالمطر على القدر الذي تركه فاتحه من ملكه بينه وبين جاره . وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الكفين ، ومن شأنه لحد من مجال النظر من المثل . فإذا فتح المالك في ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع

أقامه في حدود ملكه مطلقاً لأنه لا يكون في حدود المسافة القانونية ، وعليه إذا أراد فتح مطل في هذا الحائط أن يتعد عن الخط الناصل بمقدار المسافة القانونية ، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط في حدود ملكه (١) .

ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحات أن الشخص يأتي رخصة ، أي يقوم بعمل إيجابي ، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقاً بالتقادم كما قدمنا . وهناك صورة عكس ذلك ، يمنع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحات ، أي يقوم بعمل سلبي . وفي هذه

وجود سور للجاريقابلها ، فانه ، مهما يكن في هذا السور من فجوات تسمح بعد النظر على مك الجار ، إنما يكون مخاطراً في فتحه هذه النوافذ ، من جهة قصور عنه هذا في الدلالة على معنى للتعدى (empiètement) الذي هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانوني على حق ارتفاع بالمطل يراد كسب بمعنى المدة على ملك الغير ، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على صم تهاون صاحبه في أن تظل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه في البناء على نهاية ملكه في كل وقت . ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور يتراخيه في ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه في هذا الترميم ، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من كسب حق عليه ، إذ حق المالك في ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال ، ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣٤) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص ١٣٧ - اسكندرية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص ٥٩٢ - طنطا الكلية ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩ - مصر الكلية ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٢٣ رقم ٣٢٧ ص ١٢٥٤ .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ص ٧٨٣ - وانظر نقض مدني ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص ١٣١ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٨٩ ص ٨٤١ - ولا يوجد في مصر حق سيل بالنسبة إلى المياه التي تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضي المرتفعة ، كياه الأمطار . فإذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة سيل هذه المياه على سيل التسامح ، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاع بالميل ولوبيقت المياه تسيل في الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا انتفع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التي تسيل في أرضه ، فإن هذا عمل يعد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً . فلو طبق ينتفع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر ، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع عنه هذه المياه ، بأن يقيم مثلاً سدّاً يحول دون سبلها في الأرض المنخفضة ، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتسكك بأنه كسب حق ارتفاع لأنه ظل ينتفع بالمياه خمس عشرة سنة ، فهو في انتفاع هذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودري وتيسيه فقرة ٢٧٧)

انحالة لا تكون بطلان لعدم كسب حق عن طريق التنازل . كسب . بل أكثر
بصدد عدم سقوط حق عن طريق التنازل . مثل ذلك أن يكون لمالك
الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بنائه كما يشاء في الحدود التي ترسمها اللوائح
والقوانين ، فهذه رخصة لمالك الأرض له ألا يأتها ، فإذا هو لم يقم على أرضه
بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، فإن رخصته في البناء لا تسقط
بالتنازل المسقط ، ويستطيع أن يقم بناء على أرضه في أي وقت شاء . ولا يستطيع
جاره أن يحتج بأنه بقي ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى
مدى واسع مدة خمس عشرة سنة ، وبأنه كسب حق ارتفاع على جاره بعدم
البناء (*servitude non aedificandi, non altius tollendi*) على هذا النحو .
ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما
المتلاصقة ، فهذه رخصة ، للجار ألا يأتها مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ،
ولا تسقط رخصته في طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة ، وتبقى دعوى
تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتنازل (١) . ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذي
لم يساهم في نفقات تلبية الحائط المشترك أن يصبح شريكا في الجزء المعلى (م ٨١٦
مدني) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتها ، فإذا هو لم يأتها وانقضت على
التلبية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، لا تسقط رخصته في أن يدلل الاشتراك
في الجزء المعلى ولو بعد انقضاء هذه المدة (٢) . ففي هذه الأمثلة وغيرها (٣) لنا
في صدد إتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقا بالتنازل
كما في الأمثلة المتقدمة ، بل نحن في صدد عدم إتيان رخصة من المباحات
والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتنازل (٤) .

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص ٧٤٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص ١٠٠١ .

(٣) وذلك كحق الشريك في طلب قسمة المال اشائع فهذه رخصة ، وحق الجار في
طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تنافر الشروط التي يتطلبها
تعاون فهذه كلها رخص لا يستعملها أو لا يستعملها . وهي لا تسقط بالتنازل
لم تستعمل .

(٤) بودرى وتيبه فقرة ١٦١ - فقرة ١٧٤ وفقرة ٢٧٩ - فقرة ٢٨١ .

وننتقل الآن إلى الأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح (actes de simple tolérance) . وهذه الأعمال ، بخلاف إثبات الرخص من المباحات ، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير ، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق . ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء ، بل يتحملها على سبيل التسامح . وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد ، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادي رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنا وتسامح معه فيه ، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار . فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد ، فقام العنصر المادي وتختلف العنصر المعنوي ، (١) فهي إذن لا تقوم (٢) . مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممراله ، لا في العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانوني بل في عقار آخر ، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر في أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر . فإذا بقي صاحب الأرض في هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة ، فإنه يكسب بالتقادم حق ارتفاع بالمرور في الأرض التي يمر فيها طول هذه المدة . وذلك مالم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاع بالمرور ، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب أي حق (٣) . ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا في الحائط المشترك ،

(١) إسماعيل غ ص ١٠٥ .

(٢) وقد قضت المحكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضي

المباي ، وكان مدعى وضع اليد عليه لم يتمتع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها ، ولا ارتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها ، إذ أنه من قبيل الأفعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الآخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص ٦٩) . وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٨٢ - بلانيول وديبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(٣) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكاتب النسي لأحكام النقض في ٢٥

عاماً جزء أول ص ١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص ٧٧١ - ص ٧٧٢ . وقد جاء في المذكورة

ويبين المثل أو المنبر مفتوحا المدة اللازمة للتناوب ، فإن الجار يكسب حق ارتفاع بالمطل أو بالمنور في الحائط المشترك . وذلك ما لم يكن جاره الشريك في الحائط قد تركه يفتح المطل أو المنور على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة المطل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب الجار أى حق (١) . ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهي أرض فضاء ، فيقلب أن يترك صاحب الأرض النضاء جاره يفتح المطل على سبيل التسامح ، لأن فتح المطل في هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضره أن يفتح جاره مطلا عليها . وعلى ذلك يكون الجار الذى فتح المطل وتسامح له جاره في ذلك لم يحز حق المطل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوي وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاع بالمطل على جاره ولو تقي المطل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر (٢) . ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره رعى في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاع ويجوز منعه في أى وقت من رعى مواشيه في أرض الجار (٣) ،

- الإيضاحية للمشروع التمهيدى : ويجب أن تكون الهيازة سيطرة متدية ، لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فن كان يمر بأرض جاره ، وقد رخص له الجار في ذلك لاطل أن له حق ارتفاع ، لا يعتبر حائزا لحق للور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) .

(١) انظر الوسيط فقرة ٦٠٢ ص ٩٩٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره ، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه مادامت أرضه فضاء ، لا يعتبر حائزا لحق المطل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك في كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها في طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاع المطل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا ، وكان هذا للدفاع من شأنه لو ثبت أن يتخير به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم خلرا من التحدث عنه ، فإنه يكون قد شابه تصور يبطله في هذا الخصوص (نقض ملف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاما جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٢٥) .

(٣) أر أن تقيم البلدية في أرضه ، عند حصد المحصول ، موقفا ، فلا تكسب البلدية حق انتفاع ، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم الحق على سبيل التسامح (نقض لرلى -

أو أن يترك الجار طريقاً خاصاً لا يستعمله يمر فيه جاره على صييل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاع بالتقادم ، أو أن يترك الجار لجاره مخزناً مهجوراً يضع فيه أمتعته على صييل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم . وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها منه جاره على صييل التسامح ، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاع (١) . وقد يدق الأمر ، فيتلمس القاضي أية علامة مادية تنم عن نية التسامح عند الجار ، كأن يحيط الطريق الذي يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته في الاحتفاظ بطريقه ، ولو فتح في هذا السياج باباً يمر منه جاره فيكون هذا المرور على صييل التسامح (٢) .

= ٤ يوليه سنة ١٨٩٥ دالوز ٩٦ - ١ - ٣١ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٢ ص ٢٢٠ - بلانيول وديبير وبيكار - ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤٠ .

(١) ولارقابة على محكمة الموضوع في تقريرها ، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائفة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب يملك ابنه كان من قبيل التسامح ، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمعنى المدة ، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض ، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التي لا شأن لمحكمة النقض بها مادامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٥٣١) . وقضت أيضاً بأنه إذا استتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضح اليد إنما كان مبناه التسامح الذي يحدث بين الجيران ، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها ، ولارقابة عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٣) . ويلاحظ أن الجوار في ذاته سبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولولم نقل بأن أعمال التسامح لا تجمل للجار حقاً ، لتشدد كل جار مع جاره ، ولتمنه من إتيان أعمال في ملكه لا ضرر عليه منها ، خشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١) .

والرأي الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذي صدر منه التسامح ، فإذا باشر شخص حق ارتفاع على أرض جاره عن طريق تسامح الجار ، فعقد الارتفاع لا ينفذ في حق هذا الجار ، ولكنه ينفذ في حق الغير (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣١ وهامش ١٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص ٩٤١ - نقض فرنسي ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥ - ١ - ٥٥٧ - ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠ - ١ - ٣٩٩ - وانظر عكس ذلك جوار فقرة ٤٩٢ - لوران ٣٢ فقرة ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٤) .

(٢) نقض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٢٩ - ١٨ مايو

سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٥ ص ٢٢١ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التي يستعمل الشخص بواصطها رخصة من المباحات ، أو التي يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصر الحيازة المادى والمعنوى . فتغير رخصة هذه الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها . ويتحقق ذلك بأن يأتي الجار الذي يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال للتسامح بعمل مادى يعتبر معارضة لحق المالك ، ويشعره بأنه إنما يجوز حقا وأنه بقصد استعماله ، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصر المادى والعنصر المعنوى ، وتنتج آثارها القانونية . فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة الذى يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويباشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير فى الأرض المرتفعة تنقل منها المياه إليه ، فيدل بذلك على نيته أنه لا يباشر رخصة وإنما يستعمل حقا ، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة ، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فإنه يكسب حق ارتفاع على الأرض المرتفعة . أو يسمد الجار الذى يمر فى أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذى يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبدا ، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع فى أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التى توافر فيها عنصرها المادى وعنصرها المعنوى ، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاع بالمرور فى الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال . ولهذا نظير فى الحيازة العرضية ، فسرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م ٩٧٢ / ٢ مدنى) (١) .

٢٦٩ - عنصر النقص يجب أنه يوجد عند الحائز شخصيا فهو تجوز

النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز - نص قانونى : تنص المادة ٩٥٠ مدنى على ما يأتى :

(١) انظر مايل فقرة ٢٧٢ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريبير

و يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية ، (١) .

وقد قدمنا (٢) أن العنصر المادى للحيازة ، أى السيطرة المادية ، تجوز مباشرتها بواسطة الغير ، كالحادم والتابع والحائز العرضى . أما العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد ، فهو بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته بالواسطة ، بل يجب أن يكون موجودا عند الحائز نفسه شخصيا . فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز ، ولا يصح أن يجوز شخص حقا ويكون قصد استعمال هذا الحق موجودا عند غيره ، لأن القصد أمر شخصى فلا بد أن يوجد عند شخص الحائز ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز (٣) ، كالصبي غير المميز والمجنون والمعته غير المميز ، فإن إرادته تكون معدومة ، فيستحيل أن يتوافر عنده

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديل لفظى ، تحت رقم ١٠٢٥ فى المشروع النهائى وأعادته مجلس النواب إلى ما كان عليه فى المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٢ - ص ٤٥٣) .

ولامقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

للتقنين المدنى السورى م ٩٠٨ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٤ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى لامقابل .

قانون الملكية المقاربية البنائى لامقابل .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) أما إذا كان الحائز مميزاً ، كالصبي المميز والمجنون عليه لفه ، فانه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد ، إذ لا يشترط فى توافر عنصر القصد كمال الأهلية ، بل يكتفى بالتمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص ٤٥٧) . لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ - محمد عى عرفة ٢ فقرة ٨٠ ص ١٤٠) . وعنصر القصد ، أى نية التملك ، من مسائل الواقع ، ولحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضح اليد من جميع عناصر الدعوى ، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض ، مادامت هذه العناصر مدونة فى سكرها وتنفيذ تلك النتيجة التى استفادتها (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب العنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٩) .

عنصر القصد ، إذ أن هذا العنصر يبرص وجود الإرادة . ومن ثم تقضى الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجودا عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز ، من ولى أو وصى أو قيم . فيحوز عديم التمييز الحق ، وينوب عنه نائبه في كل من عنصرى الحيازة ، العنصر المادى والعنصر المعنوى ، ذلك لأن العنصر المادى أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إرادية ، وعديم التمييز لا إرادة له ، فهو غير قادر على السيطرة المادية وهى العنصر المادى ، كما هو غير قادر على عنصر القصد وهو العنصر المعنوى ، فينوب عنه نائبه في كل من العنصرين (١) .

٢٧٠ - **الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير** : والحيازة العرضية (possession précaire) ليست حيازة صحيحة ، لأن من يحوز الحق حيازة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه ، بل يحوزه لحساب غيره . فعنصر القصد ، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه ، غير موجود عند الحائز العرضى ، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه . فهنا الغير هو الحائز ، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه ، ويباشر عنصر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضى . فالك الشئ مثلا يحوزه عادة ، أى يجمع بين عنصرى الحيازة ، فيسيطر على الشئ سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية فيه لحساب نفسه . وقد ينقل السيطرة المادية على الشئ الحائز عرضى ، كتابع أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو مستعير أو مودع عنه . ويبقى محتفظا بعنصر القصد ، أى قصد استعمال حق الملكية ، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى ، فيكون المالك حائزا للشئ بواسطة الحائز العرضى (corpore alieno) . والذى يميز الحائز العرضى أن حيازته للشئ حيازة مادية محضة ، وأنه يحوزه لحساب غيره ، وأنه يلتزم برده للمالك . وهذا الالتزام بالرد (obligation de restitution)

(١) انظر آنفاً ص ٨٠٦ - وانظر بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٤٩ - كولان وكايبان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٦٢ ص ٩٤٦ - مازو فقرة ١٤٣١ مارتى وريهو فقرة ١٨ ص ٢٦ - حى كبيرة ص ٩٤ .

هو الذي يحدد مركز الحائز العرضي ، وهو الذي يجعل حيازته حيازة مادية محضة (détention) أى حيازة عرضية . فالحائز العرضي (possesseur précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشيء يياشرها باسم الحائز ولحسابه ، وذلك بموجب عقد كما هي الحال في التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز ، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هي الحال في الحارس والسنديك ومصنئ التركة ومصنئ الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب . وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال (١) . والحائزون العرضيون فريقان :

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين ينزلون من الحائز الأصلي مترلة التابع من المتبوع ، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية في التصرف . وقد قدمنا (٢) أن المادة ٩٥١ مدني ، وتنص الفقرة الأولى منها على أن « تصح الحيازة بالوساطة ، متى كان الوسيط يياشرها باسم الحائز ، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » ، مقصورة على هؤلاء . ورأينا (٣) أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخدمين وسائر الأتباع كالطاهي والسائق وناظر الزراعة ، والوكيل مادام يعقل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشيء الذي اشتراه في حدود الوكالة (٤) ، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا ، والمديز أو المفوض من الشخص المعنوى في حيازة ماله ، وبوجه عام كل شخص يياشر

(١) فالحيازة العرضية إذن هي مركز يتفق مع القانون ، بخلاف الحيازة غير العرضية فانها مركز قد يتفق مع القانون كما في حيازة المالك لما يملكه ، وقد يخالفه كما في حيازة المص للشيء الذى يسرقه وحيازة المنتصب للشيء الذى ينتصبه . والحائز العرضي إنما يجوز للشيء حيازة مادية بناء على سند قانوني صحيح ، إما لأنه تعاقد مع الحائز ، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه . ولكن هذا السند القانوني الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية ، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضي بأنه يجوز الشيء لحساب غيره . وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٠) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) انظر نفس مدني ٦ برنيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص ٧٩٢ .

السيطرة المادية على الشيء لحساب غيره ويكون تابعا بأتم في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه .

(والفريق الثاني) الحائزون العرضيون الذين يجوزون لحساب غيرهم ، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلي بل يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم . ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع ، والمستعير ، والحارس والمودع عنده (١) . فهؤلاء يتفقون مع الفريق الأول في أنهم مثله يجوزون لحساب غيرهم ، فهم جميعا حائزون رهيبون (٢) . ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول في أنهم لا يقتصرون

(١) أما البائع الذي لم يلم المبيع إلى المشتري استبقاه في حيازته ، وعارض حق المشتري معارضة يتخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه ، فإنه لا يعتبر حائزاً عرفياً بل حائزاً أصيلاً ، ويجوز أن يملك المبيع بالتقادم الطويل . ولا يمنعه من ذلك ضمانه للمعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم . انظر في هذه المسألة التوسيط : فقرة ٣٣١ . وقد قضت محكمة النقض بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض للالتزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم يهجر ، فينتج على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض . وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته ، فينتج عليهم مثله منازعة المشتري فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع ، إلا إذا توافرت لديهم أولادى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ الحماية ٣٢ رقم ٢٨٥ ص ١١٢١ - ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص ٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٥٥ - ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص ٣٩٨ - استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ١٥ ص ١٧٢ - وانظر من هذا الرأي في الفقه : لوران ٣٢ فقرة ٣١٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٣ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٠٦ - محمد عل هرفة ٣ فقرة ١٤٣ - حسن كيرة ص ٩٥ - وانظر من الرأي المكسي : كولان وكابيتان ودي لامورانديبر ٢ فقرة ٥٦٧ - الهلالي وحامد زكي في البيع فقرة ٣٤١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ ص ٤٤٠ هامش ٣ .

(٢) ولكن يشترط أن يكون الحائز للمرضى حائزاً فعلاً لحق وله السيطرة المادية عليه ، فلا يكفي مثلاً صدور عقد إيجار لمستأجر بلعله حائزاً عرضياً إذا كان لم يستول فعلاً على العين المرئجة . وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف -

على حيازة الشيء مجرد حيازة مادية (*détention*) ، بل هم مجتمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (*possession*) لحق عيني أو حق شخصي محرزونه لحساب أنفسهم . ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصرا الحيازة ، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم ، فهم إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق ، بل هم حائزون أصليون . ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى ، وصاحب حق الحكر ، والدائن المرتهن رهن حيازة ، والمستأجر والمزارع . فكل من هؤلاء يعتبر حائزا عرضيا للشيء بالنسبة إلى حق الملكية فيه ، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه ، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك (١) . والحائز لحق الملكية هو المالك وحده ، فهو الذى يوجد عنده عنصر القصد ، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم (٢) . أما بالنسبة إلى الحق العيني من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازي ، أو بالنسبة إلى الحق الشخصى من حق المستأجر

= هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكتفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطنان ، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعل على هذا الجزء . فاذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطنان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه ، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا للمستأجر منه ، فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعل هو استدلال غير سائغ قانوناً ، إذ العبرة بوضع اليد الفعل لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أروايطابق الحقيقة (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٢٢٥) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة . وإذن ففى ثبتت الحيازة للمستأجر فى مواجهة المترضين له ، وردت إليه بحكم نهائى ، فإن المؤجر يعتبر مستمراً فى وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٥٨٧ رقم ١٠) .

(٢) والمالك وحده هو الذى تتحقق فى شخصه آثار حيازة حق الملكية ، فيستطيع أن يلجأ فى حماية هذه الحيازة إلى جميع دعوى الحيازة ، ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدى إلى التقادم (بلانيول ريبير ويكار ٣ قرة ١٦٢) .

أو حق المزارع ، فان كلا منهم يجوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه للحساب المالك ، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد ، فيعتبر حائزا حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق ، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة . بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة ، فيجوز لمن يجوز حقا عينيا منهم أن يملك هذا الحق بالتقادم ، كما يجوز أن يملك الحق العيني العقارى بالتقادم القصير إذا كان حسن النية ، وإذا كان الحق العيني منقولاً يملكه بالحيازة المقترنة بحسن النية (١) .

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية ، فتقتصر عليها لنبين أحكامها ، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما . وترك جانباً الحيازة الأصلية لصاحب حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العيني أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم ، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى (٢) .

٢٧١- أعظم الحيازة العرضية : والحائز العرضى ، أى الحائز

لحساب غيره أياً كان ، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم (٣) ، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة . وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل ، إذ أنه يجوز لحسابه . فالمستأجر مثلاً لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم ، مهما طالت مدة حيازته للعين . وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة ، كأن يكون (١) بودرى ونيسيه فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٤ مكررة - بلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦١ ص ١٧٧ هامش ٣ - كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٦٤ ص ٩٤٩ .

(٢) أنظر فى حيازة المستأجر لحد الشخصى كمتأجر حيازة أصلية وحماية هذه الحيازة بجميع دعاوى وضع اليد : الوسيط فى الإيجار ٦ فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٨٢ .

(٣) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم : نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ هاماً جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٠ - ونصر المادة ٢٥٨ / ٢ من قانون الملكية العقارية البنائى هل ما يأتى : ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للورديع ولا للستفيد ولا للورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن .

المؤجر غير مالك تعين ويكون قد وضع يده عليها مدة التي عشرة سنة مثلاً ، ثم آجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى ، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة ، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين . وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمي حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعوى الحيازة ، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهي لحساب المؤجر ، فإذا لجأ مثلاً إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصي كمستأجر ، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر ، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائزاً عرضياً بالنسبة إلى حق الملكية فإنه يعتبر حائزاً أصيلاً بالنسبة إلى حقه مستأجر .

وعلى ذلك لا يستطيع الحائز العرضي أن يحمي باسمه حيازته العرضية كما قدمنا . وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التي يخولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه . فيستطيع مثلاً إذا انتزع منه الشيء عنوة وجبراً أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة ، وهذه هي دعوى الحيازة الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي أن يرفعها باسمه ، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام . ويستطيع الحائز العرضي أن يستبق حيازة الشيء حتى يستوفى ماله من حقوق في ذمة الغير بسبب هذه الحيازة ، ولكن ذلك لا يرجع إلى أن القانون يحميه في حيازته العرضية ، بل يرجع إلى ماخوله إياه القانون من الحق في حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق (١) .

ولا يستطيع الحائز العرضي أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم . فالمرتهن زهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم ، مهما طال الزمن الذي تبقّى فيه العين في يده ولوزاد على خمس عشرة سنة (٢) . ويستوى في ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن ، أو كانت

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض

المحكرة مهما طال مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض ملق ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني أحكام النقض في ٢٥ جزءاً عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض ملق ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني أحكام النقض في ٢٥ جزءاً عن المطالبة بالمحكر السنوي (نقض ملق ٢ يونيو سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٧ رقم ٢٣-١٧ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ١٩ - أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢١) .

العين مملوكة لغيره . فاذا كان المالك هو المدين الراهن ، وبقيت العين في يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه ، فان الدائن لا يملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين ، وذلك طوال المدة التي تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفها فتحول إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر في القانون والذي سيأتي بيانه (١) . وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم ، حتى لو سقط التزامه برد الدين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين . فسقوط الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب ، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المستط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية ، فان ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية (٢) . وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن ، فان الدائن لا يستطيع أيضا بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكيها الحقيقي ، ويستطيع هذا الأخير أن يسرد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية ، لأنه يجوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل في حيازته إياه كما قدمنا . فاذا كان حسن النية وارتهن

(١) أنظر مايل فقرة ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يخفى رهنًا ، فإن بطلانه ، سواء باعتباره بيعاً أورهناً ، لا يغير من حقيقة الواقع في شأنه ، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع . ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التمك ، بل يعتبر عارضاً ، فلا يكسبه الملك مهما طال عليه الزمن (نقض مدني ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٤) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٨ رقم ٢٥ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص ٦٢٠ وانظر بودري وتيسيه فقرة ٣٢٥ .

العين من غير مالك ، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة في المنقول ، ونخمس سنوات وهي مدة التقادم القصير في العقار . أما إذا لم يكن حسن النية وارث العين من غير مالك ، فلا يملك حق الرهن ، سواء في العقار أو في المنقول ، إلا بالتقادم الطويل أى بخمس عشرة سنة .

وتبقى الحيازة العرضية على صفحتها هذه مهما طالت ، فلا تحمى بدعاوى الحيازة ولا تكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه . وتنتقل من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث ، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفحتها . فلو أن حائزاً عرضياً ، كمودع عنده أو حارس ، بقى واضعاً يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة ، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه ، وبقيت الورثة واضعن اليد على العين مدداً طويلة أخرى (١) ، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر ، فإن أحداً منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم ، لأن كلا منهم حيازته عرضية (٢) .

(١) وقد قضى بأنه إذا كان الطاعن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فرفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطاعن للمنزل هو ومورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائماً مرتباً) لانتقل بها الملكية مهما طال الزمن ، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه هو تقدير سليم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص ٣١٥) . وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١١ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص ٩١٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ - ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص ٦٢٠ - ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص ٨٤ - وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ ص ٢٥٣ - عبد المنعم فرج للصدفة فقرة ٣٥٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقررها المادة ٧٩ مدنى (قديم) صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد ، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن . وحكم المادة ٧٩ مدنى (قديم) يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده ، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم ، ولا يستطيع أيهم أن يملك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٦) . وانظر أيضاً : نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٧ رقم ١٢ - استئناف مصر ٢١ مايو سنة ١٩٣٨ الهامة ١٨ رقم ٤٥٧ ص ١٠٤٥ .

ويستوى في ذلك أن يكون الوارث حسن نية أو سيء نية ، كما يستوى إذا كان سيء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كمالك ، فمادامت حيازة مورثه حيازة عرضية ، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذي قرره القانون ، فإن حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم . أما إذا نقل الحائز العرضي ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية ، معاوضة أو تبرعا ، فإن الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية ، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم . ذلك لأن الخلف الخاص يبتدىء حيازة جديدة توافرت فيها عنصرا الحيازة من قصد وسيطرة مادية ، أما الخلف العام فتنقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه (١) . ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية ، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية ، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضي بل على أنه مالك (٢)

وقد قدمنا (٣) إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدني تنص على ما يأتي :

« وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها . ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تدلل كثيرا من الصعاب التي تحوط بالحيازة العرضية ، وكيف تثبت هذه الحيازة . وقد قررنا في هذا الصدد (٤) أن الحيازة العرضية لا تفترض ، بل يفترض في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية . وعلى من يدعى العكس ، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يملك بالتقادم ،

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣١٧ - فقرة ٣١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣١٩ - وانظر عكس ذلك نقض فرنسي

٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ دالوز ٨١ - ١ - ٢٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ ص ١٧٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ .

أن يثبت ذلك فهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) . فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره ، فإنه يفترض أنه قد بقى حائزاً عرضياً على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته ، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة (٢) . فننظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة ، فنتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة .

٢٧٢- بتغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة - نص قانونى :

تنص المادة ٩٧٢ مدنى على ما يأتى :

« ١ - ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة » .
 « ٢ - ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير » (٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٧٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٨ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدي على وجه

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً ككل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٢ - ص ٥٠٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م ١٠٦ / ٧٩ : لاثبتت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضحاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التمليك ، سواء كان السبب مبتداً منه أو سابقاً لمن آلت منه إليه . وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمتفع والمودع عنده والمستعير ، ولألورثتهم من بعدهم .

(والنص يتفق فى حكمه مع حكمه للتقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية للمرية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٧٦ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٦٠ (موافق) .

قانون الملكية العقارية البنائى م ٢٦١ : لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينياً ضد

سنده الشخصى أو ضد سند مورثيه .

(والنص موافق فى حكمه لحكم التقنين المصرى) .

ويخلص من هذا النص أن الحائر العرضي يبقى حائرا عرضيا كما قدمنا
 مهما طال الزمن على حيازته . فلا يستطيع أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد
 تغيير نيته ، كأن يعلن المستأجر المؤجر مثلا أنه غير نيته من حيازة العين كمستأجر
 إلى حيازتها كما لك ولو صاحب هذا الإعلان أن يمنع عن دفع الأجرة للمؤجر .
 فإن إعلانه تغيير نيته لا يغير من صفة حيازته العرضية ، وامتناعه عن دفع
 الأجرة لإخلال بالتزامه كمستأجر . وهذا وذاك لا يكفيان في تحويل حيازته
 العرضية إلى حيازة أصيلة . وعلى ذلك تبقى حيازته حيازة عرضية ، ولا يستطيع
 بموجبها أن يكسب ملكية العين الأجرة بالتقادم ، وهذا لأنه « ليس لأحد أن
 يكسب بالتقادم على خلاف سنده . فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه
 سبب حيازته » (١) . كذلك وارث الحائر العرضي يبقى حائرا عرضيا مثل
 مورثه كما سبق القول ، ولا يستطيع تحويل حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة
 بمجرد تغيير نيته وإعلانه أنه أصبح يحوز كما لك على خلاف حيازة مورثه .
 ومن ثم لا يستطيع كسب ملكية العين التي تلقاها من مورثه بالتقادم لمجرد أنه
 غير بنفسه لنفسه أصل حيازته وهي في أصلها حيازة عرضية ، وهذا لأنه
 « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أحد أن يغير
 بنفسه لنفسه . . . الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة » .

ولا يستطيع الحائر العرضي أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين ،
 إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى
 حيازة أصيلة . ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا التحول ،
 ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائر أن يحتج بدعاوى الحيازة (٢) .
 وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين (٣) :

(١) نفاذ ملى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النفاذ ١٢ رقم ١٤٢ من ٨٢٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فترة ١٦٥ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « إذا كان الحائر

بيده سند إيجار مثلا ، فهو حائر لحق المستأجر . وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية
 إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائر نفسه ، كأن يتعرض الغير للحائر
 فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائر حق المالك بعمل ظاهر . ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة الجديدة
 إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٠٨) . ويلاحظ أن =

(الأمر الأول) فعل يصدر من الغير : وهذا الفعل يكون عادة تصرفاً ناقلاً للملكية (١) ، يتلقاه الحائز العرضي من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة ، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه ، لا كحائز عرضي لحساب غيره . ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتج كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا ، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم . مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك ، فيتقدم إلى الشخص الذي يعتقد أنه هو المالك ويشتري منه العين . فهنا قد صدر تصرف ناقلاً للملكية من الغير وهو الشخص الذي يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك ، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضي . فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له ، ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقي للعين (٢) . ولا يشترط أن يكون الحائز العرضي ، وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية ، حسن النية أي يعتقد أنه تعامل مع المالك الحقيقي . فلو كان

=ما جاء بالملذكرة الإيضاحية، من أن صفة الحيازة تتغير بتعرض الغير للحائز فيدعى هذا المالك محل للنظر ، كما سيتبين عند الكلام في الفعل الذي يصدر عن الغير فيما يلي في نفس الفقرة . وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقفي معلوم غير أسباب التملك لا يعتبر صالحاً لتسلك به ، إلا إذا حصل تغيير في سببه يزيل عنه صفة الوقتية . وهذا التغيير لا يكون إلا بإحدى اثنتين : أن يتلقى ذواليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها ، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين بمجاهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ١ رقم ٣٥٢ ص ١٩٧ . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٢٨ - استئناف وطني ٣ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص ١٧٩ - وهذان السببان لتغيير صفة الحيازة لهذا الأثر لصالح أي حائز عرضي ، وضد أي شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذي تلقى الحائز العرضي منه الحيازة (بودري وتيبه فقرة ٣٢٧ ص ٢٥٦) .

(١) أما التصرف المكتشف عن الملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودري وتيبه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ هامش ٢) .

(٢) بودري وتيبه فقرة ٣٢٨ ص ٢٥٦ .

سمى النية ، أى يعرف أنه يتعامل مع غير المالك ، فإن التصرف الصادر إليه على هذا النحو يغير هر أيضا من صفة حيازته فتتطلب هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة (١) . وفى جميع الأحوال يجب أن يتصرف الحائز على مقتضى سنده الجديد الناقل للملكية ، فى المثل الذى قدمناه يجب أن يمتنع المستأجر بعد أن تلقى التصرف من دفع الأجرة للمؤجر . فيستطيع عندئذ أن يملك العين ، إما بالتقادم القصير إذا كان حسن النية إذ أن لديه السبب الصحيح ، أو بالتقادم الطويل إذا لم يكن حسن النية . وكذلك يستطيع فى الحالتين أن يحمى حيازته الجديدة بجميع دعاوى الحيازة ، ولو ضد المؤجر . أما إذا استمر بدفع الأجرة للمؤجر ، فإن حيازته تكون حيازة غامضة (équivoque) ، لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم ولا لأن تسمى بدعاوى الحيازة (٢) .

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه ، فتتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة . وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى ، فيشترى المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه . بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة ، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى ،

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٠ - ولكن كثيراً من الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يخالفون هذا الرأى ويذهبون إلى وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ وص ١٨٠ هامش ١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١٠ فقرة ٢٢٢٨ - بيدان ٤ فقرة ٦٦٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٩ - عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٩٠ - إسماعيل غانم ص ١٠٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٤) . ولكنهم لا يجدون فى رأيهن هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية . وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الشئ من حائز عرضى ، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١) .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

كما يستطيع أن يحتج بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقي. وضد المؤجر (١).

(والأمر الثاني) فعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك : ولا يكفي في ذلك مجرد إنكار الحائز العرضي لحق المالك وإعلانه ذلك على ملاء من الناس ، بل لا يكفي تصرفه في العين تتصرف الملاك فيهدمها مثلاً أو يقيم عليها بناء أو يبيعها ، فإن هذا يعد تعسفاً منه في استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة (٢) . بل يجب أن يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين ، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك (٣) .

وقد يكون هذا النزاع نزاعاً قضائياً ، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضي برد العين إليه ، ويدعي الحائز ملكيتها . ولكن ليس من الضروري أن يكون النزاع قضائياً ، فيكفي أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمي أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوي على أن يكون عليه عليه هو عبء إثبات الإخطار . ففي هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق

(١) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٢١ - نقض فرنسي ٢ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١ - ١ - ١٦١ .

(٢) وقد قضى بأن هدم المباني وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجاهاة للمالك بالسبب الجديد ، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص ٨٧١) . وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحق في الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقفي، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقتية ولو كان بنية التملك ، ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير صفة الحيازة ، إذ هو لا يتضمن مجاهاة حق جهة الوقف بعمل إيجابي ظاهر (نقض مدني ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص ٨٣٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب النسي لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٤٩ رقم ٣٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص ٤٤٤ .

(٣) بودري وتيسيه فقرة ٢٢٤ - بلانيول وريير ويكر ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ .

المالك وأعلنه بهذه المعارضة ، وذكر له أنه يضع يده على العين كذلك لا كحائز عرضي . فمن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه ، تنتسب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة ، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها ، وتصلح لكسب ملكية العين بالتنادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة . وقد لا يعلن الحائز العرضي المالك بمعارضته لحقه ، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعياً أنه هو الذي يملكها ، فيكون في هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة ، فتتقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم (١) . ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثاني التي تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر لأول . في أن الحائز العرضي في الأمر الثاني لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزاً دون سند ، أما في الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير (٢) .

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثاني ، فإن تقدير الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضي الموضوع (٣) ، ولكن تحت رقابة محكمة النقض ل ترى ما إذا كانت هناك أسباب سائفة دعت

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمي برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها ، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكيتها للعين المودعة لنفسه ، وغير بذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك حلاً بلاشائبة ، فلذلك يتملكها بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠) . وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذوايد الوتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة ، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة في أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونة (نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص ١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص ٦١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص ٢٤٤ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨٠ - مازو فقرة ١٤٣٠ - حسن كبيرة ص ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

(٣) نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص ٣٩ - بلانيول

ريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص ١٨١ .

محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين (١) وإثبات الوقائع والسندات التي تتغير بها صفة الحيازة تسرى فيه القواعد العامة، فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات، أما التصرفات القانونية فلا يجوز إثباتها بالبينة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على عشرة جنهات. ويجب أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بتغير صفة الحيازة من تلقاء نفسه (٢).

§ - ٢ عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣ - نص قانوني: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدني على ما يأتي

« وإذا اقترنت (الحيازة) باكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب » (٢).

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق، ولكن الحكم كان معمولاً به

دون نص.

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٢٧ ص ٢٦٢ - نقض فرنسي ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢

دالوز ٦٢ - ١ - ٢٤٤ - أنظر مع ذلك جوارا فقرة ٤٨٢ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٨ . هذا وقد كان ينبغي أن تتغير حيازة الوارث للحائز العرضي فتتقلب إلى حيازة أصيلة إذا اعتقد الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة، لنفس الاعتبار التي سيأتي ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه: أنظر في تفصيل ذلك مايلي فقرة ٢٨٤ .

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتي: « وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال منقطعة، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢/١٠٢٤ في المشروع النهائي بعد أن حذفت عبارة « وكذلك تقوم الحيازة على أعمال منقطعة » دون أن تذكر سبباً لهذا الحذف، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وواتر عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٨ - ص ٤٥١).

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ - وفي التقنين المدني انبي م ٢/٩٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ وم ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ - ١/٢٥٨ (١) .

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيابة على أعمال متقطعة ، وكان هذا العيب مذكوراً في المشروع التمهيدى للنص (٢) ، وحذف دون سبب ظاهر في لجنة المراجعة . والصحيح أن الحيابة يجب ، حتى تكون حيابة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيابة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم ، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة ، أى أن تكون خالية من عيوب الحيابة . فعيوب الحيابة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع) ، والحفاء (عدم العلانية) ، والإكراه (عدم الهدوء) ، والغموض (اللبس) (٣) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٢/٩٠٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٢/٩٥٣ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٦ (مطابق) .

م ٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة) : وكذلك لا تقوم (الحيابة) على أعمال متقطعة .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٥٧ : يكتب حق القيد في السجل العقارى ، فيما يتعلق بالمقارات والحقوق غير المقيدة في السجل العقارى ، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة ...

م ١/٢٥٨ : يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التى يظهر فيها باستعمال الحق الموجود فى اليد بصورة اعتيادية متظمة ، ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذى اتصل به المقار إليه . (والقانون البنائى يتفق مع التقنين المصرى ، إلا أن القانون الأول لا يصرح بميب الغموض ، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط فى الحيابة الاستمرار) .

(٢) انظر ص ٨٤٠ هامش ٢ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : ويجب أن تتوافر فى الحيابة شروط معينة ، هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح . فالحيابة المتقطعة ، والحيابة بإكراه ، والحيابة الخفية ، والحيابة النامضة (كحيابة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيابة صحيحة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥١) .

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة . فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عنصرها ، على الوجه الذي سبق بيانه تفصيلا . فإذا توافر عنصرها ووجدت ، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها ، وبخاصة حتى تحمي بدعاوى الحيازة وحتى تكون ميبا للملك (١) والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب بالنسبة إلى الإرادة . فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها ، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب . ولكن الحيازة ، بخلاف الإرادة ، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب . أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب ، فإنها تكون إرادة موجودة تنتج آثارا ، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا محدودة .

ونستعرض فيما يلي عيوب الحيازة وهى ، كما قدمنا ، علم الاستمرار أو التقطع (discontinuité) ، والخفاء أو عدم العلانية (clandestinité) والإكراه أو عدم الهدوء (violence) ، والغموض أو اللبس (équivoque)

العيب الأول - عدم الاستمرار أو التقطع :

٢٧٤ - معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها : إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية . وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء فى فترات متقاربة منتظمة . فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله ، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة . فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء ، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه ، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو

(١) بلانيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٢ .

متقطعة ، فلا تصالح أساساً لدعوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (١) . والواجب
 ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء إلا المدة التي ينشئ فيها المالك عادة عن استعمال
 ملكه ، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن
 يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء . أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق
 الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ،
 فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب هذا الحق .

وليس من الضروري ، بتبيعة الحال ، أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت
 بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة ، فإن هذا أمر غير عملي ويكاد يكون
 مستحيلاً ، بل يكفي كما قدمنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة
 منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه (٢) .

٢٧٥ - انتظام الاستعمال بخلاف منصرف طبيعة الشيء : والبت فيما

إذا كان استعمال الشيء منتظماً ، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة ، يتوقف على طبيعة
 الشيء . فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً ،
 وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل في وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون
 استعمال . فإذا حاز شخص حق السكنى مثلاً ، فحتى تكون الحيازة مستمرة
 يجب أن يسكن المنزل ، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض
 الوقت في مصيف أو مشى أو نحو ذلك . وإذا حاز شخص حق ارتفاق
 بالمرور ، وجب ، حتى تكون الحيازة مستمرة في القانون المصرى ، أن يمر من
 الطريق الذى يستعمل فيه هذا الحق في الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر
 الذى يقتضيه الانتفاع بالعمارة المرتفق . وإذا حاز شخص أرضاً زراعية من
 الأراضى التى تروى بالحياض ، كان عليه ، حتى تكون حيازته مستمرة ، أن

(١) ومن الفقهاء من يذهب إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادى ، وفنم
 قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادى للحيازة من شأنه
 ألا يكسبه الحيازة ، فلا تكون بصدده حيازة معينة فحسب ، بل لا تكون ثمة حيازة بالمره
 (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٥ ص ٥٣١) . وانظر أيضاً إنشاعيل غانم ص ١١٠ - عبد المنعم
 فرج الصدة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص ٣٩٥ هامش ١ .

(٢) بلا نيول وريبير ويكار ٣ فقرة ١٥٤ .

يزرع الأرض في أثناء الفيضان ، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها في غير هذا الوقت إخلالاً باستمرار حيازته ، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع . وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى ، فان انتفاعه بالأرض يكون مقصوراً على الرعى ، وهذا يقتضى أن يستعمل الأرض في أوقات معينة هي أوقات الرعى ، وأن ينقطع عن استعمالها في غير هذه الأوقات ، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالاً بالاستمرار في حيازته (١) .

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة ، كفيضان يغمر الأرض أو استيلاء موقت أو احتلال جيش أجنبي ، انقطاعاً يحل بالاستمرار في الحيازة (٢) .

٢٧٦ - عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل

الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض: وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة ، يترك لقاضي الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض . وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء في فرنسا ، فقاضي الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة (٣) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٣٩ - فقرة ٢٤٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة

١٥٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٧ - مارتى وريبنو فقرة ١٠٢٣ .

(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة ، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار في وضع اليد متى كان واضح اليد يقوم بزراعتها كلما سمعت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص ٦٣) . وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٠ ص ١٩٣ - بلانيول - وديبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ - وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ١٥٦ - ١٦ نوفمبر

سنة ١٨٨٧ دالوز ٨٩ - ١ - ٢٧٦ - ١٨ يونيه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ١٩٦ - لوران ٢٢ فقرة ٢٧٦ - فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٩٢ وفقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤ .

وبترتب على ذلك أن قاضي المِرْضوع ليس عليه أن يستفسر عيوب الحياة عينا عينا ليستبعد كل عيب منها ؛ ونحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحياة قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم (١) . على أنه إذا تمسك الخصم بأن الحياة يشوبها عيب معين ، كان على محكمة الموضوع إن ثبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبني قضاءها في ذلك على أسباب سائفة . ولحكمة النقض أن تنقض حكمها لتصور في التسبيب .

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحياة عيب مطلق - لكل ذي مصلحة

أهـ بتمسك به - زوال هذا العيب : وإذا تبين أن الحياة غير مستمرة، فإن هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول ، فلا تجوز خبايتها بدعاوى الحياة ولا تؤدي إلى التملك بالتقادم . وهذا العيب ، بخلاف عيوب الحياة الأخرى ، عيب مطلق (vice absolu) ، لكل ذي مصلحة أن يتمسك به . ذلك بأن الحياة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة ، فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير

فيث قاضي الموضوع فيما إذا كانت الحياة مستمرة (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ١ - ٣٠٣ - ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦ - ١ - ٤٦٨) ، وفيما إذا كانت هادئة (نقض فرنسي ٤ يولييه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦ - ٢ - ٦١) ، وفيما إذا كانت واضحة لاغموض فيها (نقض فرنسي ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٥٩ - ٧ يونيو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٧٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥٣٧) . (١) نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ - ١ - ٤٥٢ - ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت الوقائع التي استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا معقب عليها فيه تؤدي قانوناً إلى أن تكون الحياة قد توافرت فيها الشروط التي يتطلبها القانون ، وبأن البت فيما إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٢٩٧) . ولكن المحكمة سرعان ما رجعت عن هذا القضاء ، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحياة لشروطها القانونية هو من مسائل الواقع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسي ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٣ - ١ - ٤٠٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٨٣ - ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ١٩٦)

مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره ، فلا يحتاج بها عليه (١) . أما عيوب الحيازة الأخرى فهي عيوب نسبية (vices relatifs) وسرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده ، وأن الحيازة التي يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ، وأن الحيازة التي يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها (٢) . ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب ، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذي يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة .

٢٧٨- التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو انقطاعها وبين انقطاع التقادم :

والحيازة غير المستمرة هي الحيازة المتقطعة كما سبق القول ، وقد نشبه الحيازة المتقطعة (possession discontinue) بالتقادم المنقطع (prescription interrompue) . ففي كليهما تنقطع الحيازة ولا يصح ماسبق منها أساسا للتقادم ، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم مالم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع . وسرى فيما يلي أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا ، إذا تخلى الحائر عن الحيازة أو فقدتها ولو بفعل الغير . غير أن التقادم لا ينقطع بنقد الحيازة إذا استردها الحائر خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد ، (م ٩٧٥ مدني) . هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا إنقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وباقرار الحائر بحق صاحب الحق (م ٣٨٣ - ٣٨٤ مدني) .

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تقطع الحيازة . فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائر بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع ، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصلية إلى حيازة عرضية .

(١) كولان وكايتان ودى لامور اندير ١ فقرة ١١٧٠ .

(٢) أنظر المادة ٩٤٩ مدني آنفاً فقرة ٢٧٣ .

فاذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلي الحائز عن الحيازة أو بنقضاء إياها ولو بفعل الغير ، فهنا يشتبه انقطاع التقادم بتقطع الحيازة اشتباها كبيرا . ولكن حتى في هذا الفرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيازة . فانقطاع التقادم في هذا الفرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائز حيازته ولا يستردها الحائز في خلال سنة ، أما تقطع الحيازة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا في فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقه . وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائز للحيازة أو بتخليه عنها طوعا ، فان هذا الانقطاع يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذي سبق بيانه ، وعلى ذلك ينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة .

وينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة ، لا في الفرض المتقدم فحسب ، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق . ففي هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيازة التي سبقت هذا الانقطاع ، ولكن الحيازة تبقى مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وتبقى أيضا مستمرة غير منقطعة في حالة انقطاع التقادم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزا لحساب غيره .

وعلى العكس من ذلك قد تنقطع الحيازة دون أن ينقطع التقادم ، ويتحقق هذا الفرض إذا بقي التقادم مستمرا دون أن ينقطع بسبب من أسباب انقطاعه ، ولكن الحائز مع ذلك يستعمل الحق في فترات متباعدة غير منتظمة مما يجعل الحيازة منقطعة على النحو السالف ذكره . ويلاحظ في هذه الحالة أنه لا تكون هناك ثمة حاجة لقطع التقادم ، لأن الحيازة نفسها تكون منقطعة فلا تصلح أساسا للتقادم (١) .

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة من ناحية عبء الإثبات فبما يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع ، وعلى من

يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك ، فلا يقع عبء الإثبات على الحائز . أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة ، فإن عبء الإثبات يقع على الحائز ، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة (١) .

ثم إن عيب تقطع الحيازة عيب مطلق كما قدمنا (٢) ، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك به . أما في انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما في حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع التقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلي عن الحيازة أو فقدتها فيكون الانقطاع مطلقاً ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، أو وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق ، فتتقلب الحيازة كما قدمنا إلى حيازة عرضية ولكل ذى مصلحة أننا أيضاً أن يتمسك بعرضية الحيازة (٣) .

العيب التالي - الخفاء أو عدم الشهادة :

٢٧٩ - معنى الخفاء أو عدم الشهادة : قد تكون الحيازة مستمرة على

الوجه الذي أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية . فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية ، يباشرها الحائز على مشهد من الناس ، أو في القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز . فإذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق ، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه في حيازة غيره ، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمي بدعاوى الحيازة ولأن تؤدي إلى التملك بالتقادم . هذا إلى أن من يجوز حقاً يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق ، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علناً (٤) .

(١) أنظر في ذلك بودرى وتيسيه فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٧ .

(٣) أنظر في هذا المعنى كولييه دي سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٥) - بودرى وتيسيه

فقرة ٢٤٩ - ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يتصل بعيب الخفاء ، كما يتصل بأعمال التسامح - فالحيازة التي تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون في الوقت ذاته حيازة خفية ، وتكون كذلك عملاً من أعمال التسامح (بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٠) .

(٤) بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

وإخفاء حيازة المنقول سهل ميسور . وما على الخائز إلا أن يخفي المنقول في حوزة فيبعده عن أعين الناس . كما إذا أخفى الخائز الخمرهات التي يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المنقولات التي يمكن إخفاؤها . أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير ، إذ يصعب أن يخفي الخائز حيازته لمنزل وهو يسكنه (١) أو يوجره ، أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بانجارها (٢) . ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصاً يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يخفئه تحت أرض جاره ، دون أن يشعر الجار بذلك . ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تم عن السرداب الذي حفره تحت أرض الجار . ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية ، لا يحتاج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم (٣) . كذلك قد يعتبر ، في رأى ، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره هي حدود ملكه ، وإدخال هذا الشريط في أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه . دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تم عن مجاوزة الخائز لحدود ملكه ، حيازة خفية لا تصلح أساساً لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم (٤) . وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فإن إخفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن

(١) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً ، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض . وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طرئ إدخال انكهرباء والماء في المنزل محل الدعوى مصرحاً في كلا الطرفين بأن المالك هو شخص آخر غيره ، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إذ أن وقع هذين الطرفين إلانية مستترة ، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً ، فحكما بذلك لاسمقب عليه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المآتب الفنى لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ٢) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

(٣) أنظر في هذا الصدد بودرى وتيبه فقرة ٢٦٣ ص ٢٠٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولابونجيه أ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢ .

(٤) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص ١٧٣ هاش ٢ - محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ . Schr ١٨٢٥ . وانظر . عكس ذلك وأن الحيازة في هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية : ترولون فقرة ٣٥٢ - لوران فقرة ٢٨٨ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦١ - بودرى وتيبه فقرة ٢٦٣ .

نية الحائز أو سوء نيته ، فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يتجاوز حدود ملكه (١) . وليس من الضروري . حتى تكون الحيازة علنية غير خفية . أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين . بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها . فامكان العلم . وليس العلم ذاته . هو الذى يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء (٢) .

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلنية عيب نسبي لا يكون له أثر إيجابي

من أهميت عنه الحيازة : وعيب الخفاء أو عدم العلنية ، بخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي (vice relatif) . وفي هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ مدنى ، كما رأينا (٣) . إنه إذا حصلت الحيازة خفية « فلا يكون لها أثر قبل من . . . أخفيت عنه الحيازة » . فالذى نحتاج بخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه . فليس من الضروري إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء ، بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة . ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى بضح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق ، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفتها (٤) . وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق ، ولكنها خافية على سائر الناس ، لم يجز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو (٥) .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق ، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس . فاذا خفيت على بعض الناس دون

(١) جوار فقرة ٤٥٧ - بودرى وتيسيه فقرة ٢٦١ .

(٢) بودرى وتيسيه فقرة ٢٦٠ ص ٢٠٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٤) فلوأن مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية عن طريق فعل الغير ، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير ، ولكنه بق بدفع الأجرة للمؤجر ، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصلية تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر ، فلا يحتاج بها عليه (كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١١٧٢) .

(٥) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجي ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى وريينو فقرة ٢١ ص ٢٨ .

بعض ، كانت احيازة مشوبة بعيب الخفاء ، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه . فالحايز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه . وصاحب الحق يستعمل حقه علناً أمام جميع الناس . وإذا أمكن في دعوى احيازة التساهل في شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون احيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده . ففي التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون احيازة خافية على جميع الناس ، إذ أن من يريد أن يملك حقاً بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق (١) . ولكن هذا الرأي لم يسد . والذي ساد هو الرأي الأول (٢) . وقد أخذ التقنين المدني المصري صراحة بهذا الرأي الأول السائد كما سبق القول (٣) .

٢٨١ - زوال عيب الخفاء بظهور احيازة : وكما يزول عيب عدم

استمرار احيازة إذا هي تحولت إلى احيازة مستمرة ، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت احيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق . فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو ، أصبحت احيازة صالحة لأن تنتج آثارها ، وبخاصة أصبح من الجائز أن تسمى بدعوى احيازة وأن تؤدي إلى التملك بالتقادم ، ولكن من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء . وتنقضى المادة ٢/٩٤٩ مدني صراحة في هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت احيازة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه احيازة أو انبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب « (٤) » .

وعلى ذلك إذا بدأت احيازة خفية وبنيت كذلك مدة معينة . ثم ظهرت بعد ذلك . فلا يعتد بالمدة التي كانت خفية في أثنائها . ولا تكون احيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت . فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة . وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها (٥) .

- (١) أنظر من هذا الرأي نورا في فقرة ٢٨٩ - كونه دي - تفسير فقرة ٣٣٩ مكرية (٧) .
- (٢) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦٠ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبونجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتي وريبير فقرة ٢١ ص ٢٨ .
- (٣) أنظر م ٢/٩٤٩ مدني آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .
- (٥) بودري وتيسيه فقرة ٢٦٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ .

أما إذا بدأت الحيازة ظاهرة ثم خفيت بعد ذلك ، فلا يعتد بها إلا في الوقت الذي كانت فيه ظاهرة ، ومنذ الوقت الذي أصبحت فيه خفية لا تنتج آثارها . فإذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في نهاية الوقت الذي ظلت فيه الحيازة ظاهرة ، فإن خفاءها بعد ذلك يقطع التقادم إذ تصبح الحيازة معيبة ، وشرط التقادم ان تكتمل مدته والحيازة قائمة خالية من العيوب

العيب الثالث - الإكراه أو الهدوء

٢٨٢ - معنى الإكراه أو عزم الهدوء : قد تكون الحيازة مستمرة

وظاهرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيب عدم الاستمرار والخفاء ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد^(١) ، وبقي محتفظاً بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذي حصل عليها به . فإدام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه ، فإن حيازته تكون مشوبة بعيب الإكراه . مادامت القوة أو التهديد باقياً لم ينقطع^(٢) . ويستوى في ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقي لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته ، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوانه يعملون باسمه^(٣) . ويستوى أخيراً أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد ، أو أن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرهاً^(٤) .

ومخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على الحيازة^(٥) ، وأن يكون قد بقي مستعملاً لاستبقائها دون أن ينقطع . وقد

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٨-٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢٥-١٨ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٣ - وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائناً من التحقير ومن انتقلها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثاً، وأن وضع يده لم يكن هادئاً، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدني ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص ٣٥٠) .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ ص ١٩٩ .

(٤) بودرى وتيسيه فقرة ٢٥١ .

(٥) فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً . فالتمدى على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التمدى عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعل الحيازة مشوبة بالإكراه . وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فإن-

كان هذا هو حكم القانون الروماني ، وبه يقول فريق من رجال الفقه في فرنسا (١) . وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقى الحائز بعد انقطاعه مستمرا في حيازته ، فإن الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه ، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها ، حتى لو اضطرت الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة ، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينقطع بانتزاعها التقدام . وهذا هو الرأي الذي أخذت به ضمنا محكمة النقض في مصر ، عند ما قضت بأن التعدي الذي يقع في أثناء حيازة بدأت هادئة . ويمنع الحائز ، لا يشوب الحيازة التي تظل هادئة بالرغم من ذلك (٢) .

ولكن القضاء الفرنسي وفريقا آخر من رجال الفقه في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفي أن ينقطع الإكراه الذي حصل به الحائز على الحيازة ابتداء ، حتى تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه . بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التي تبقى فيها ، فإذا كانت مهددة يعكس صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا في أي وقت للدفاع عنها بالقوة ، فإنها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية . كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه ، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد ، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا في حيازته بحيث يعكس صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره في أي وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة (٣) .

التعدي الذي يقع في أثناء الحيازة ويمنع الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تمكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التمكير ، وهل كان مقارناً لبداية الحيازة أو تالياً لبدايتها ، وأثره في استمرار الحيازة ، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(١) أوبري وروو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٣ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص ٢٠١ - ص ٢٠٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧١ - ص ١٧٢ .
(٢) نقض مدني ٢٥ يونيو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص ٥٢٨ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه .

(٣) نقض فرنسي أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩ - ١ - ٤٤٩ - ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ دالروز ٦٥ - ١ - ٤١٢ - ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالروز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ترولون فقرة ٣٥٠ ص ٤١١ وص ٤١٨ - ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤ - لوران فقرة ٢٨٠ - بفتنوار ص ٢٠٨ - جيوار فقرة ٤٥٣

ولكن أصحاب هذا الرأي يقتربون كثيراً من الرأي الأول بادخال تحفظين على رأيهم : (١) فعندهم أنه لا يعكّر من صفو الحيازة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن ، في أثناء حيازته ، إلى الإكراه السلبي (violence passive) ، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحيازة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة . وحجتهم في ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملاً يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته ، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحيازة معيبة . (٢) وحتى لو اضطّر الحائز إلى الإكراه الإيجابي (violence active) ودفع عن حيازته القوة بالقوة ، فإن أعمال الإكراه الصادرة من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحيازة إذا كانت أعمالاً قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin) . فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحيازة بعد استقرارها ، سواء قومت مقاومة سلبية أو قومت مقاومة إيجابية ، لا يكون من شأنها أن تشوب الحيازة بعيب الإكراه ، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذي ارتكبه للحصول على الحيازة ابتداءً (١) .

٢٨٣ - عيب الإكراه أو عدم الرهد وعيب نسبي لا يكونه رَأْيُ الْقَبْلِ

من وقع عليه الإكراه : وعيب الإكراه أو عدم الهدوء ، كعيب الخفاء أو

عدم العلانية ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع ، عيب نسبي

(vice relatif) ، وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدني فيما

رأينا (٢) . فاذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازة

(١) بلانيول وزيبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبولانجي

١ فقرة ٢٧٧٨ - مارتق ورينو فقرة ٢٢ - ومهما يكن من أمر ، فإن مجرد المنازعة القضائية

لا ينفق قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة

الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز

رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها ، فإنه يكون قد أخطأ في

تطبيق القانون (نقض مدني ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥

عاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٤) . ومن باب أولى مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه

لا ينفق قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض

النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص ٧٧٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ : إذا اقترنت (الحيازة) بإكراه . . . فلا يكون لها أثر

قبل من وقع عليه الإكراه . . . (م ٢-٩٤٩ مدني) .

متزع الحيازة مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذي انتزعت منه الحيازة وحده . وبالنسبة إلى هذا الشخص الآخر وحده ، لا يستطيع متزع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقدم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه . وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك . وحتى لو انقطع الإكراه فإن من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها في خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقاً لقواعد دعوى استرداد الحيازة التي سيأتي بيانها .

فاذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك ، لم يجز للمالك أن يحتج على متزع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه ، وعيب الإكراه كما قدمنا عيب نسبي لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه . وعلى ذلك يجوز لمتزع الحيازة في هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه ، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يملك ضده بالتقدم (١) .

٢٨٤- زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه : وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، وبزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٤/٢ مدني ، إذ تقضى كما رأينا (٢) بأنه إذا اقترنت الحيازة باكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب . وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه .

(١) نقض فرنسي ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ١٥٩ - ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفنوار ص ٤٠٩ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ - ص ١٣٥ - بودري وتيسيه فقرة ٢٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢ - ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٧١ ص ٩٥٣ .

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الإكراه عيب مطلق يجوز لكل فدى مصلحة أن يحتج به ، ولا يقتصر جواز الاحتجاج به على من وقع عليه الإكراه وحده . والقاتلون بهذا الرأى (لوران فقرة ٢٨٥ - كوليو ديسانثير ٨ فقرة ٣٣٩ مكررة ٦) هم القائلون بأن عيب الخفاء عيب مطلق ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٢٨٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ - وانظر بودري وتيسيه فقرة ٢٥٢ .

فاذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه ، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين في حيازته بالإكراه . فاذا ما انقطع الإكراه ، واستقرت الحيازة لمتزعاها ، فان عيب الإكراه يزول . فيجوز لمتزاع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة وأن يملك بالتقدم ، بالنسبة إلى الشخص الذى انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقي للعين (١) .

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردها في خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة (٢) ، وفقا للقواعد المقررة في هذه الدعوى والتي سيأتى بيانها .

العيب الرابع - الغموض أو اللبس :

٢٨٥ - معنى الغموض أو اللبس : قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة

وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه ، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس . وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هي اشبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد ، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما . ويشته أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين ، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً .

(١) ولاتصير الحيازة معينة بعيب الإكراه بعد ذلك ، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ - بوردى وتيسيه فقرة ٢٥٣) - ولم يكن هذا هو الحكم في القانون الرومانى ، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص ١٧٢) .

(٢) فإذا لم يستردها في خلال السنة ، أنتجت الحيازة آثارها ونسبها جواز التمسك بالتقدم ، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء متزاع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص ١٣٤ وهامش ٢٦ - بوردى وتيسيه فقرة ٢٥٢ ص ٢٠٠) .

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التي يشوبها عيب الغموض أو اللبس (١):
 (المثل الأول) شخص يموت ويوجد في منزله أشياء - كجوهرات أو أثاث
 أو أوراق مالية أو منقولات أخرى - تكون في حيازة زوجته ، أو وارث
 يعيش معه ، أو رفيقة يعاشرها ، أو خادم ، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون
 معه . فالمعاشرة وحدها قد لا تكفي لتعيين الحيازة ، ولكنها قد تشوب الحيازة
 بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا
 يعيشون مع الميت تحتل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة
 لحساب الميت بحكم المعاشرة . فإذا احتج الحائز بهذه الحيازة ، أمكن القول
 إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس . ومن ثم لا تنتج آثارها . (المثل
 الثاني) أن تكون هناك عين شائعة ، فيحوزها أحد الشركاء في الشيوع
 وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة ، ولكز
 أعمال الحيازة المادية التي يأتيا في العين تكون من قبيل الأعمال التي يأتيا
 الشريك في الشيوع ، وأعمال الشريك في الشيوع هي نفس أعمال المالك ملكية
 مفرزة ، ولكن يأتيا الشريك بنيه أنه يوجد غيره معه يشاركه في الملك .
 فهنا يقدم اللبس في حيازة الشريك في الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه
 يحوز العين لحسابه خاصة ، إذ هي حيازة تحتل هذا المعنى كما تحتل معنى
 أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء في الشيوع (٢) .

(١) أنظر في أمثلة أخرى بودرى وتيبه فقره ٢٨٩ ص ٢٢٥ - مازو وفقره ١٤٤٠
 ص ١١٦٢ .

(٢) أنظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١
 م ٣ ص ٣٤١ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٦٠ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٢٠ -
 ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩٣ - ٢ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٤ - ١٦ أبريل
 سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٩ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣١ - ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦
 م ١٨ ص ٢٠٥ - أول أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٨٠ - ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م
 ٢٥ ص ٢٠٢ - ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢
 ص ٣٦٢ - أول أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٦ - ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣٢ -
 ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٦٢ - استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ٥ رقم
 ٢٨٨ ص ٣٢٤ - ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٤ ص ١٤٤ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦
 المحاماة ٧ رقم ٣٧٤ ص ٥٦٤ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير العوايد لا يبنى
 عليه جعل حيازة واضع اليد على أرض ماغاضفة ، ولا يمنع التقادم المكسب الحاصل لمصلحته ،
 إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان عائناً بذلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤) .

فتكون الحيازة في هذه الحالة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس ، ومن ثم لا تنتج آثارها (١) .

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد في الحيازة كما سبق القول ، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة . ولكن هناك رأياً يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل ، بل هو مختلط بالعيوب الأخرى . إذ هو في هذا الرأي يتناول ما تقدم ، ويشمل أيضاً أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى ، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه ، غير ثابت ثبوتاً تاماً ، بل إن فيه شيئاً من اللبس ، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض (٢) . ولكن بحسن الوقوف عند الرأي

(١) أنظر في غموض الحيازة في هذين المثليين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ ص ١٧٤ - بلانيول وريبير وبولانجييه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١١٧٣ - وانظر في غموض حيازة العين الشائعة بودري وتيسيه فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة في عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلاً لأن يجوز حائز على وجه التخصيص والانفراد . ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . والمخالطة ليست عيباً في ذاتها ، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام . فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته عند حصته مراعيًا حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وخازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة ، جاز أن يمتلكوه بالتقادم سواء اشتركوا في حيازته المادية أو نازب في هذه الحيازة بعضهم عن بعض . هذا إذا لم يكن للمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لخاصيه . أما إذا كان للمالك يد على العقار ، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدي إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة ، فضلاً عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح (نقض مدني ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ هاماً جزء أول ص ٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرشد العائلة على الأطيان العائلية بصفته مديراً لها لا يكسبه الملكية بمعنى المدة الطويلة (استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٢٨٠-٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٧٣ - ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص ٣٥ - ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٨٥ - ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٩٠) . وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك : استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ١٠٧ ص ٢٣٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٨٧ - ١٢ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٧ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بودري وتيسيه فقرة ٢٨٧ - فقرة ٢٨٨ .

الأول ، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل ، وبأنه يتصب على عنصر القصد وحده . ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيزاة . أما الرأي الآخر فيخلط بين خلو الحيزاة من العيوب وبين درجة إثبات خلوها منها . فإن كان هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً لم تكن الحيزاة مشوبة بعيب الغموض . أما إذا لم يكن ثابتاً ثبوتاً تاماً فإنها تكون مشوبة بهذا العيب . وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى ، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب في الحيزاة ، والاقتصار على القول بأن خلو الحيزاة من العيوب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً تاماً . ومثل هذا القول لا وزن له . إذ أنه من البديهي . إذا اشترط القانون خلو الحيزاة من العيوب . أن يكون هذا الخلو ثابتاً ثبوتاً تاماً . شأنه في ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته (١) .

٢٨٦ - عيب الغموض أو التبس عيب نسبي لا يكون له أثر إلا قبل

من التبس عليه الأمر : وعيب الغموض أو التبس . كعيب الخفاء وعيب الإكراه ، وبخلاف عيب عدم الاستمرار ، عيب نسبي (vice relatif) وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ فيما رأينا (٢) . فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر الحيزاة من حيث عنصر القصد .

ففي المثل الذي قدمناه عن الحيزاة الغامضة عند الزوجة والوارث والخدام والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت في مسكن واحد . لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيزاة الغامضة ، ولكن يحتاج بها على غير ورثة الميت . وفي المثل الآخر . وهو الحيزاة الغامضة عند الشريك في الشبوع ، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين في الشبوع ، فلا يحتاج عليهم بهذه الحيزاة الغامضة (٣) . ولكن

(١) لوران ٣٢ فقرة ٢٩٠ وما بعدها - بفنوار ص ٢٦٥ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ - مارتى وريينو فقرة ٢٤ - وانظر نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩٦٢ Bull. civ. فقرة ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) استئناف وطنى ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ المحرق ١١ ص ٣٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص ١٥٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٢ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٤٥ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٦٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص ٩٤ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ -

يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء (١) .

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس : وكما يزول عيب عدم

استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة ، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة ، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس ، ومن وقت هذا الانتفاء . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدني ، إذ تقضي كما رأينا (٢) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفي اللبس أو الغموض .

فإذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة ، أو كانت حيازة الشريك في الشروع حيازة غامضة ، ظلت الحيازة في كل من الحالتين على غموضها ، إلى أن ينتفي اللبس ، ويزول الغموض . وينتفي اللبس ويزول الغموض ، إذا عمد الحائز الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بجلاء وفي غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة ، وأنه أصبح واضحاً أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً .

ولا يشترط في ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك (٣) ، فان الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية ، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة

رقم ١٧٣ ص ١٥٥ - وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك ، وتصيح الحيازة غير غامضة إذ تتمحض لحساب هذا الشريك خاصة ، إذا هو قام بأعمال تنافي حقوق بقية الشركاء (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ - ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤) .

(١) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لانسي : مازو فقرة ١٤٤٣ - وانظر في أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفي عنصر القصد ، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة : بيدان فقرة ٦٧٩ - محمد عل عرفة ٢ فقرة ٢٦ ص ١٢٩ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

أصلية^(١) . لذلك يكفي في زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه في وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره . فيستأثر مثلا من كان يعيش مع الميت بما في حيازته من المنقولات ، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها ، أو أن يقرر في قائمة الجرد أن هذه المنقولات هي ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد . ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه في هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء ، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك . فهنا يظهر في غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ، وبزول بذلك عيب الغموض أو اللبس ، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها . ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة في أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ، وتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى ، يمكن أن تخالط حيازته^(٢) .

§ ٣ - الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

٢٨٨ - نصوصى قانونية : تنص المادة ٩٦٥ مدنى على ما يأتى :

١ - بعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم .

٢ - فإذا كان الحائز شخصا معنويا ، فالعبرة بنية من يمثله .

٣ - وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقم الدليل على العكس .

وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى :

١ - لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح

فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

٢ - وبزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في

صحيفة الدعوى ، ويعد سوء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره .

(١) بودرى وتيبه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

(٢) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص ٤٥ -

٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص ١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين

الحكمين) - نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ داللو ٥٦ - ١ - ٣٤٨ - لوران فقرة

٢٩٢ - بفتوار ص ٢٧٢ وص ٢٧٦ - بودرى وتيبه فقرة ٢٩٣ ص ٢٢٨ .

وتنص المادة ٩٦٧ مدني على ما يأتي :

« تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق . ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى (٢) : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٦٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير ، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية . ٢ - فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبارة بحسن أو سوء نية من يمثله . ٣ - وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقيم الدليل على العكس » . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ في المشروع النهائي ، بعد إدخال تعديل اذني « يجعل المعنى أوضح وأدق » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧ ، بعد استبدال عبارة « فالعبارة بنية من يمثله » بعبارة « فالعبارة بحسن نية من يمثله أو بسوءها » . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥ ، بعد استبدال كلمة « الحق » بكلمة « الشيء » وحذف عبارة « فيعتبر حائزاً بسوء نية » الواردة في الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٥ - ص ٤٨٦) .

م ٩٦٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ ، بعد إدخال بمض تعديل لفظية ، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٧ - ص ٤٨٨) .

م ٩٦٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٨ - ص ٤٩٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل .

التقنين المدني الليبي م ٩٦٩ - ٩٧١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٨ : ١ - يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على

حق الغير . وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . ٢ - ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير . ويعد كذلك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه ، ولو اعتقد أن له حقاً في الحيازة . ٣ - وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك . (والتقنين العراقي في مجموعه يتفق مع التقنين المصري . وهناك خلاف في بعض التفصيلات : لم يذكر التقنين العراقي ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية ، في الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه . ولم يذكر ، كما ذكر التقنين المصري ، أن الحائز يصبح سوء النية من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه بموجب الحيازة ، في الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

لا مقابل - وفي التقنين المادى النيابى م ٩٦٩ - ٩٧١ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٤٨ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا متعبل .
 ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية . ونبحث ، فى صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة . المسائل الآتية : (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة . (٢) متى يعتبر الحائز حسن النية . (٣) حسن نية يفترض دائماً . (٤) متى يعتبر الحائز سبب سوء النية . (٥) إثبات سوء النية فى الحيازة . (٦) متى يعتبر الحائز سبب سوء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً فى الحيازة . (٧) احتفاظ الحيازة بصفة سبب متى يتوهم الدليل على العكس . (٨) صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص .

٢٨٩- أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة : ليس للتمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة أهمية فى دعاوى الحيازة ، إذ يستوى فى "التجاء إليها أن يكون الحائز حسن النية أو سبب سوء النية . ولكن هذا التمييز له أهمية بالغة فى أحوال أخرى ، نذكر منها خاصة ما يأتى :

- (١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على العين ، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سبب سوء النية (م ٩٨٠ / ٢ مدنى) وسنرى تفصيلاً ذلك فيما سياتى (١) .
- (٢) فى مسئولية الحائز عن هلاك العين التى كانت فى حيازته ، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سبب سوء النية . فان حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م ٩٨٣ - ٩٨٤ مدنى) . وسنبين ذلك تفصيلاً فيما سياتى (٢) .
- (٣) فى اعتبار الحيازة سبباً للتملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية باختلافنا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية . ويظهر ذلك فيما يأتى :
- (أ) إذا كان الحائز سبب سوء النية . فانه لا يتملك بالتقادم ، كلا من العقار والمنقول ، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهذا هو التقادم الطويل (٣) .
- (ب) إذا كان الحائز حسن النية : فانه يتملك العقار بالتقادم القصير أى بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سياتى (٤) .
- (ج) وكذلك ، إذا كان حسن النية ، يتملك المنقول فى الحال بمجرد الحيازة ، إذا كان لديه سبب صحيح ، كما سياتى (٥) .

(١) أنظر مايل فقرة ٣٥٦ . (٢) أنظر مايل فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .
 (٣) أنظر مايل فقرة ٣٦٥ وما بعدها . (٤) أنظر مايل فقرة ٤١٧ وما بعدها .
 (٥) أنظر مايل فقرة ٤٣٥ وما بعدها .

(د) ويتملك أخيراً ، إذا كان حسن النية ، الثمار بمجرد قبضها ، وسيأتي بيان ذلك (١) .

٢٩٠ - منى يعتبر الحائز من النية : رأينا (٢) أن الفقرة الأولى عن

المادة ٩٦٥ مدني تنص على أنه « يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير ، إلا إذا كان الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم » . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق ، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق ، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوي على اعتداء على حق للغير . وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية في حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلاً أو لم يكن . وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية في حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن . فإذا اشترى شخص مثلاً عيناً من شخص آخر معتقداً أنه هو المالك ، وتسلم العين من البائع ، فانه يحوز حق الملكية ، ويكون في حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك ، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن . ويصح ، بدلا من أن يشتري العين ، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن تهب له أو أن يأخذها بالشفعة ، ففي جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزا لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصى أو الواهب أو البائع للمشتري الذي أخذ منه العين بالشفعة هو المالك ، سواء كان مالكا حقا أو غير مالك . وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص ، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة ، أو استأجر منه عيناً ، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر ، ويعتبر حائزا حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذي تعامل معه بملك نقل الحق إليه ، سواء كان هذا الشخص بملك فعلا نقل الحق إليه أو لا يملك .

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة « يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق

الغير » كما قدمنا ، فإدام الشخص الذي يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له ،

(١) أنظر مايل فقرة ٤٦٠ وما بعدها .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

فلا شك في أنه **يجهل** أنه يعتدى على حق الغير . ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التي قدمناها . فقد **يجهل** الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذي يحوزه ليس له . وأقرب مثال لذلك نجده في الاستيلاء ، فقد يعتقد شخص أن منقولاً معيناً غير مملوك لأحد . فيحوزه قاصداً أن يملكه بالاستيلاء . فإذا كان المنقول ليس مالا مباحاً بل هو مملوك لشخص آخر . فإن الحائز للمنقول يكون جاهلاً أنه في حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير . ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له . ففي هذه الحالة أيضاً يكون حائزاً للمنقول وهو حسن النية ، مادام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد . ومن هنا نرى أنه ليس من الضروري ، في جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير . أن يعتقد أن الحق الذي يحوزه هو حق مملوك له . والمهم ، في حسن نية الحائز . أنه **يجهل** أنه يعتدى على حق الغير ، وليس من الضروري أن يعتقد أن الحق مملوك له . ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ، فإنه يعتبر في الأصل حائزاً حسن النية . ومع ذلك قد يكون ، في جهله أنه يعتدى على حق الغير ، ارتكب خطأ جسيماً . فقد يكون ، في شرائه العين من غير مالك مثلاً ، في استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد في التحري عنه . ومع ذلك يقدم على الشراء في رعونة ودون مبالاة . فإذا حاز العين التي اشتراها من غير المالك ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ جسيماً في جهله أنه بخيازته هذه يعتدى على حق الغير . ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية ، فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لشرع التمهيد في هذا الصدد : « يفرض في الحائز أنه حسن النية . أي يعتقد أنه يملك الحق الذي يحوزه ويجهل أنه يعتدى بخيازته على حق الغير ، على ألا يكون خطأه في هذا الجهل جسيماً ، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية ، تسهلاً لإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .
ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن نية يجب توافر عنصرين ، أحدهما ذاتي والآخر موضوعي . والعنصر الذاتي هو أن يكون الحائز جاهلاً أنه يعتدى على حق الغير ، فأى شك يخلج في صدره أنه قد يكون معتدياً على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتي ، ويجهل الحائز سيء النية . والعنصر الموضوعي هو أن يكون الحائز ، في جهله أنه يعتدى بخيازته على حق

وإذا كان الحائز شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة ، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوي نية كالشخص الطبيعي ، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوي . من مدير أو مفوض أو غير ذلك . فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعي حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه ، كان الشخص المعنوي نفسه حسن النية ، وإلا فهو سيء النية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (١) ، في هذا الصدد على ما يأتي : « فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً ، فالعبرة بنية من يمثله » .

ويخلص من ذلك أن الحائز يكون حسن النية إذا لم يعلم ، وكان لا يستطيع أن يعلم ، أنه في حيازته هذه قد اعتدى على حق الغير .

٢٩١ - حسن النية يفترض دائماً : ولا يطلب من الحائز أن يثبت حسن

نيته ، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية ، إلى أن يثبت خصمه العكس . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدني ، كما رأينا (٢) ، على ما يأتي : « وحسن النية يفترض دائماً ، ما لم يقم الدليل على العكس » .

والسبب في افتراض حسن النية في الحائز أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يجوز شيئاً يكون هو المالك له ، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق . فافتراض القانون حسن النية في الحائز ، أخذاً بالغالب الراجح . وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائز سيء النية سوء نيته ، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء النية . مثل ذلك أن يرفع

= الغير لم يرتكب خطأ جسيماً ، إذ الخطأ الجسيم يقارن سوء النية ، فيجعل الحائز - وهو حسن النية ذاتياً - سيء النية موضوعياً . ومن هذا نرى أن أي شك يخالف الحائز يجعله سيء النية ، وحتى لو لم يخالفه أي شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدى على حق الغير بحيازته ، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية . أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التقنين الجديد (م/٩٦٥/١) : جبال الدين زكي في رسالته في حسن النية في كسب المحروق ص ٨٧ - ص ٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشمل إلا على عنصر موضوعي هو انتفاء الخطأ (absence de faute) فالحائز يكون حسن النية إذا كان في اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أي خطأ ولو كان خطأ يسيراً . أما إذا ارتكب خطأً ولو يسيراً فإنه ، يكون سيء النية حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدى على حق الغير : رسالته المتقدم ذكرها ص ٤٠ - ص ٥٣) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بإياه بررد العين وبإثبات التي قبضها . فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته . ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز بإثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا ، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترده منه الثمار . والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنه يعتدى على حق ملكيته ، على الوجه الذي سنبينه فيما يأتي (١) .

هذا وافتراض حسن النية في الحائز هو الأصل . على أنه يجوز أن ينص القانون في حالة معينة على عدم افتراض حسن النية في الحائز وتكليفه هو بإثبات حسن نيته . مثل ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدني من أن « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية . جاز له أن يتمسك بحسن نيته » . فالمفروض هنا أن حائزاً ثبت سوء نيته ، وانتقلت حيازته إلى وارثه فأصبح هذا هو الحائز . ففي هذه الحالة لا يفرض القانون في الوارث أنه حسن النية ، بل إن الحيازة تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند المورث . فيعتبر الوارث حائزاً سيء النية كما كان مورثه ، إلى أن يثبت هو حسن نيته . وستعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يأتي (٢) .

٢٩٢ - متى يعتبر الحائز سيء النية : يستخلص مما قدمناه أن الحائز

يعتبر سيء النية في حالتين :

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم ، وهو يحوز الحق الذي يستعمله ، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير . فالسارق يعتبر حائزاً سيء النية للشيء المسروق ، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك . والمغتصب لمال الغير . عقاراً كان هذا المال أو منقولاً . يعتبر حائزاً سيء النية ، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد ظلم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير . ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر

(١) انظر ما بل فقرة ٢٩٣ .

(٢) انظر ما بل فقرة ٣٠٠ .

حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالاً أن يكون له صاحب ، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا . ومن أخفى شيئاً مسروقاً وهو يعلم بسرقة يعتبر حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكة . ومن جاز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً سىء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له ، لأنه يكون بحيازته إياه عالماً بأنه يعتدى على حق الجار . ومن اشترى عيناً من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك : وتسلم العين ، يكون حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكة . ومن وجد في تركة مورثه عيناً يعلم أنها غير مملوكة للمورث . وأدخلها في التركة واستولى عليها . يكون حائزاً سىء النية ، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين . فإذا كان يعتمد أن العين مملوكة لمورثه ولكن ثبت أن المورث كان سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة له ، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية . ولكن حسن نيته في هذه الحالة لا يفتقر ويجب عليه هو أن يثبت ، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية (١) .

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز إذا وإن كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك . فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم . وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم . وأن الحائز في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، ومن ثم يكون حائزاً سىء النية (٢) . فمن تسلم شيئاً من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد ألبس السرقة وكان هذا الشيء ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص : فإنه يكون حائزاً سىء النية ، سواء اشترى الشيء أو ارتبته أو قبله وديعة عنده . ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشيء مسروق ، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد في التحري عن

(١) أنظر م ١/٩٥٥ مدني وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ في آخرها .

مصدر هذا الشيء . فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسم في جانبه . ومن جار على جزء من الأرض المخروقة لأرضه . وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد في التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له ، يكون حائزا سىء النية . لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسم في جانبه .

وإذا كان الحائز في البداية حسن النية ، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير . فانه يصبح سىء النية من وقت هذا العلم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى ، كما رأينا (١) . صراحة على ذلك إذ تقول : « لا تزول صفة حسن النية لى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير » (٢) .

٢٩٣ - إبتات سوء النية فى الحيازة : وقد قدمنا أنه يفترض فى الحائز

أنه حسن النية . وعلى صاحب الحق الذى يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سىء النية . فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم : أو كان ينبغى أن يعلم ، أن حيازته اعتداء على حقه . ولما كان علم الحائز بذلك . أو إمكان علمه به . واقعة مادية . فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإبتات . ويدخل فى ذلك التينة والقرائن .

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذى نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته . فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سىء النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه . ولكن هذه القرينة . القانونية قابلة لإثبات العكس : فيستطيع الوارث أن يتقضاها بأن يثبت أنه هو كان حسن النية خلافا لمورثه : وأنه كان يعتقد أن العين كانت مملوكة لمورثه (٣) . ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود ، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وإذا أريد إثبات أن الحائز سىء النية . فوجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه ، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعة الأتمثال التحضيرية : ص ٤٨٩) .

(٣) أنظر م ١/٤:٥٥ مدنى آنفاً فقرة ٢٩١ .

ومن القرائن القضائية على إمكان علم الحائز بأن الشيء مملوك لشخص آخر ما قدمناه من أن يشتري هذا الشيء من شخص معروف بسوء السيرة وقد ألفت السرقة ، وأن الشيء كبير القيمة بحيث يستبعد أن يكون مملوكاً لهذا الشخص .

٢٩٤ - متى يعتبر الحائز سىء النية ولو كان يعتقد أنه له حق في

الحيازة : رأينا (١) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدني تنص على ما يأتي : « ويؤول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى ، ويعد سىء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره » . ومخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائز سىء النية ولو كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة :

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائز في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه ، فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائز متضمنة هذا المعنى يصبح الحائز سىء النية ، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذي يحوزه هو له وأن المدعى مبطل في دعواه . فلو ظهر حقاً أن المدعى مبطل في دعواه وأن الحائز على حق في اعتقاده بأن الحق الذي يحوزه هو له ، فلا تثار في هذا الفرض مسألة سوء نية الحائز لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه ، فلا يسترد منه المدعى شيئاً . أما إذا ظهر أن المدعى على حق في دعواه وأن الحق الذي يستعمله الحائز ليس له ، فعندئذ يعامل الحائز كما لو كان سىء النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى ، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقاً في الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول . ويترتب على ذلك بوجه خاص أنه يطالب برد جميع ثمار العين التي قبضها والتي قصر في قبضها من وقت أن يصبح سىء النية ، أي من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذي قدمناه . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدني إذ تقول : « يكون الحائز سىء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سىء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته في إنتاج هذه الثمار » . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٢) أنظر فقرة ٤٧١ .

وبلاحظ أن الحائز لا يطالب برد الثمرات إلا من وقت إعلان صحيفة الدعوى إليه . ففي هذا الوقت فقط يمكن القول بأنه عمداً يوجه إلى حيازته من اعتراض ، بحيث لو كان هذا الاعتراض صحيحاً أمكن تبرير مطالبته برد الثمرات من وقت علمه بالاعتراض كما لو كان سيء النية . ولا يكفي في ذلك قيد الدعوى في قلم كتاب المحكمة وتقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً . فإن المادة ٧٥ من تقنين المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ إنما تعتبر « الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفة إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً ، أما باقي الآثار التي تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها » . ومن باقى الآثار التي تترتب على رفع الدعوى اعتبار الحائز سيء النية ، فلا يترتب هذا الأثر إلا من وقت إعلان الحائز فعلاً بصحيفة الدعوى (١) .

(١) وهناك مشروع لتفجج تقنين المرافعات . جاء في المادة ٦٢ منه أن «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناءً على طلب المدعى بصحيفة تودع في كتاب المحكمة ، ولم ينص القانون على غير ذلك» . وتنص المادة ٦٧ من المشروع على أن «يقدم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك ، بعد أن يثبت في حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها . وعليه في اليوم التالي على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، ورد الأصل إلى قلم الكتاب » . وتنص المادة ٦٨ من المشروع على أنه «على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع في أثناء هذا البناء ، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة . وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور . . . » - ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تترتب مرفوعة من وقت إيداع صحيفة بقلم كتاب المحكمة ، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين في اليوم التالي على الأكثر من تاريخ إيداعها ، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه . وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفة إلى المدعى عليه بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً ، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفة . ونرى أنه ، إذا أصبح هذا المشروع قانوناً ، لا بد أن يستثنى الحكم القاضي بجعل الحائز في حكم سيء النية من بين الآثار التي تترتب على رفع الدعوى ، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز . بصحيفة الدعوى . والقول بغير ذلك يجعل الحائز في حكم سيء النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى في قلم كتاب المحكمة ، أي قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلاً بالاعتراض الموجه إلى حيازته .

(الحالة الثانية) اذا إغتصب الحائز بالإكراه الحيازة من غيره . والذي يجعل الحائز سىء النية في هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه ، ولو كان يعتقد أن الحق الذي اغتصب حيازته هو حقه . وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه ، فما كان ينبغي أن يغتصب حيازته بالإكراه . بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده . أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه ، فانه يعتبر حائزاً سىء النية ، وتجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك ويوجب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشيء الذي اغتصب حيازته بالإكراه ليس له . ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشيء مملوك له ، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه (١) .

وبدیهى أنه إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشيء مملوك له ، ثم ظهر أن الشيء مملوك له فعلاً . فان المدعى لا يرجع عليه بشيء . ولا تثار مسألة سوء نية الحائز في هذه الحالة . وهذا لا يخل بما للحائز السابق الذى اغتصب منه الحيازة من حق في رفع دعوى استرداد الحيازة طبقاً لشروطها ، ولا يخل بحقه أيضاً في طلب تعويض عن الإكراه الذى وقع عليه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢٩٥ - امتفاظ الحيازة بصفتها متى يقوم الدليل على العكس :

رأينا (٢) أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها . ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك . فاذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية - وحسن النية مفترض كما قدمنا - فانه يبقى حائزاً حسن النية ، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (٣) . وإذا ثبت أن الحائز سىء النية ، فانه يبقى حائزاً سىء

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « عل أن حسن نيته

(نية الحائز) يزول حتماً من وقت إعلانه في عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذى يجوز له ، وبعد كذلك سىء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٨٩) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

النية ، وتنقل حيازته بصفقتها هذه إلى وارثه ، فيعتبر الوارث سيء النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م ١/٩٥٥ مدني) .

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه . فلا يشترط في تغير صفة الحيازة قيام أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتحويل إلى حيازة أصيلة ، وهما فعل يصدر من الغير ومعارضة الحائز لحق المالك . ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة . أما في تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية ، وفي زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض ، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين ، بل تكفي إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب .

٢٩٦ - صفة الحيازة بعد انتقالها إلى ذات عام أو إلى خلف خاص -

إمارة : وسرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام ، فإنها تنتقل إليه بالصفة التي كانت عليها عند السلف . أما إذا انتقلت إلى خلف خاص ، فإنه يتبدىء حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هي القاعدة العامة ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس .

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدني على هذه الأحكام ، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتي ، فنحيل هنا إلى ما سنقرره هناك ^(١)

المطلب الثاني

انتقال الحيازة وزوالها

§ ١ - انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ - **فصوص قانونية** : تنص المادة ٩٥٢ مدني على ما يأتي :

« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا انفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق » .

(١) أنظر مايل فقرة ٣٠٠ وقرة ٣٠٦ .

وتنص المادة ٩٥٣ مدني على ما يأتي :

« يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » .

وتنص المادة ٩٥٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها » .

« ٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة » .

وتنص المادة ٩٥٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتمسك بحسن نيته » .

« ٢ - ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل مايرتبه القانون على الحيازة من أثر » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٢ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء أو الحق الذي ترد عليه الحيازة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ في المشروع النهائي ، بعد أن استبدلت كلمة «الواردة» بعبارة «الذي ترد» وبعد أن أضافت عبارة «ولولم يكن هناك تسلّم مادي» في آخر النص «ليكون الحكم أوضح» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشيء» ، وأضيفت عبارة «الشيء موضوع هذا الحق» في آخر المادة ، وأصبح رقم النص ٩٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٧ - ص ٤٥٨) .

م ٩٥٣ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

م ٩٥٤ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ في المشروع -

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدني فيقابلها في التقنين المدني السابق المادة ١٠٣/٧٧ (١)

وتقابل النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ وفي التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ (٢) وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ، ويحسن أولاً تحديد معنى انتقال الحيازة في هذا الصدد .

= النباي. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد الإحالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات لعضة عن الصانع المهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثالان الغالبان في العمل . ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٠ - ص ٤٧١) . م ٩٥٥ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ في المشروع النباي . بعد تعديلات لفظية حملت النص مطابقتاً لكل المطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٢ - ص ٤٦٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ١٠٣/٧٧ : يجوز لواقع يده على المقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يده من انتقال ذلك منه إليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١١ - ٩١٤ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٥٦ - ٩٥٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٤٩ : ١ - تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها . على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية ، جاز له أن يتسك بذلك ولو كان سلفه سيئ النية . ٢ - ويجوز للخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون من أثر .

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١/٢٥٨ : . . . ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند

إلى يد الشخص الذي اتصل به المقار إليه . (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدني مصري) .

٢٩٨ - تجرير معنى انتقال الحيازة من هائر إلى هائر آخر : يراد

بانتقال الحيازة من حائر إلى حائر آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة ، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة ، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة . وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possessions) . لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession) . وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء ، إذا لم يكن للمنقول مالك ، ليس فيه انتقال للحيازة ، لأن المنقول لم يكن في حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه ، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى آخر . واغتصاب الحيازة من الحائر أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالاً للحيازة ، لأن المعتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدئ حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة ، ولا تعتبر استمراراً لها ، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة (١) . وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة ، سواء كان الحائر

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ -
نقض فرنسي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ٤٧ . ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائر ، وبقى الاغتصاب أكثر من سنة ، ثم استرد الحائر حيازته اختياراً أو بحكم قضائي ، فهل يستطيع هذا الحائر أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المعتصب ؟ هناك رأي يذهب إلى أن الحائر الذي استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة ، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمعتصب حتى تضم مدة حيازة المعتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥ - أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش ٨ - بفتوار ص ٢٨٦ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٤ - نقض فرنسي ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ دالوز ٣٢ - ١ - ٨٣) . وهناك رأي آخر يذهب ، على العكس من ذلك ، إلى أن الحائر يعتبر خلفاً للمعتصب في حيازته فتضم مدة حيازة المعتصب إلى مدة حيازته ، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المعتصب وحيازة الحائر اللاحقة ، إذ أن المعتصب نقل حيازته إلى الحائر إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم . فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات ، ثم اغتصبت منه الحيازة وبقى الاغتصاب مدة سنتين ، ثم استرد الحائر حيازته اختياراً أو قضاء وبقى حائزاً مدة خمس سنوات ، فإن مدة سنتي الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائر يعتبر خلفاً للمعتصب ، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحسب في مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذي دام أكثر من سنة . وهذا هو الرأي الذي نقضه ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠ - كورليدي سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة - ماركاديه على المادة ٢٢٣٥ وتم ٣ - حوار فقرة ١٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٦٣) .

سواء النية أو حسن النية ، تعتبر هي أيضا حيازة مبتدأة لا تتصل بحيازة المورث ، ولا تعتبر استمرارا لها ، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث .

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقتين :
 (أ) بالميراث ، فننتقل حيازة المورث إلى الوراث ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام . (ب) بالاتفاق . فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة ، كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة الشيء المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين ، ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك ، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص (١) .
 ونستعرض كلا من الطريقتين :

١ - انتقال الحيازة إلى خلف عام :

٢٩٩ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثالث أو الربع . وقد رأينا (١٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول : « تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . . . » . ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون ، فقد كان الميت هو الحائز فى حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسلما فعليا . وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء ، فى الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسلما فعليا ، لا بد أن يكون للمال حائز . ادا مال المالك غير سائبة . ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف . فالحيازة

(١) ويلاحظ أنه فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى ، حيازة السلف وتايها حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكتملة لها ، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف لئلا لا يضمها تبعا لمصلحته . أما فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى . بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف ، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨) .
 (٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

تتبع الملكية هنا ، وتنتقل هي أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون
وبمجرد موت السلف (١) .

والمفروض في انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة
لم تنقطع . فاذا استولى الغير على المال ، ولكن الوارث استرد الحيازة في خلال
سنة من هذا الاستيلاء ، فانه يعتبر حائزا بأثر رجعي من وقت موت السلف ،
ولا يعتد بفترة الانقطاع التي لم تبلغ السنة . أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون
أن يستردها الخلف العام ، فان الحيازة تبتى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ
في حمايتها إلى دعاوى الحيازة . وإذا لم يستول أحد على المال ، فان المال يعتبر
في حيازة الخلف العام على الوجه الذي قدمناه ، ولو لم يتسلمه الخلف العام
فعلا وبقي دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر ، ما دام المال لم يستول عليه أحد
غيره (٢) .

٣٠٠ - بآية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام : رأينا أن الحيازة

تنتقل إلى الخلف العام بصفاتهما . وأهم هذه الصفات هي أن تكون الحيازة حيازة
عرضية أو حيازة أصيلة ، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير
مشوبة ، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية .

وقد قدمنا (٣) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه
الصفة إلى الوارث ، فيبقى الوارث كما كان المورث حائزا عرضيا يحوز لحساب
غيره . ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفتها العرضية
بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر

(١) ويفسر أوبري ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن
الذي ينتقل ليست هي الحيازة في ذاتها ، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف
العام إلا إذا تسلّم المال فعلا . وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة ، وبخاصة
دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم ، باعتبار أن هذه المزايا هي من توابع الحق الذي انتقل
إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء (أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١
ص ١٣٥ وهامش ٢ - وانظر بودري ونيسيه فقرة ٣٤٣ ص ٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص ٢٦٨
وفقرة ٣٤٧ ص ٢٦٨ ص ٢٦٩) .

(٢) بودري ونيسيه فقرة ٣٤٧ ص ٢٧٠ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

من الغير ، أو فعل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك (١) .
وقد بسطنا تفصيلاً كلا من هذين الأمرين ، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قدمناه
هناك (٢) . وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل
إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك ، وبحوز الوارث ، كما كان يحوز المورث .
لحساب نفسه . ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرضية
إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره ، شأنه في ذلك شأن المورث .

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب ، كأن كانت حيازة
خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة ، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا
العيب . ولا بد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث ، أن يزول العيب الذي
هو مشوبة به ، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة المورث . فلا بد
من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث ، أو ينقطع
الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه ، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة (٣) .

وإذا كان المورث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات ،
فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية . ويعتبر الوارث ، كما كان
يعتبر المورث ، حسن النية في حيازته ، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي
قدمناه في إثبات سوء نية الحائز (٤) . وكذلك يعتبر الوارث سيء النية ،
ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقاً في الحيازة ، إذا أعلن الوارث في
صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه .
فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية . كما كان
مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذي أعلن في حياته بصحيفة الدعوى (٥) .

(١) ولا يستطيع الوارث أن يتك بالانقضاء ما بقيت حيازته عرضية ، فإذا انقلبت
إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يتك بالانقضاء (بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٩ -
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٢) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢ .

(٣) نقض مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٦ ص ٨٦ - ٢١ مايو سنة
١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٠٧ ص ١٩٢ - استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة
٣١ ص ١٥٢٥ - بودرى وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧١ وفقرة ٣٤٩ - بلانيول وريبير
بيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره ، فقد قدمنا (١) . أنه يعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه ، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث ، فيعتبر سىء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يفتصبه بالإكراه. أما إذا كان المورث سىء النية فى حيازته ، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية . ويبقى الوارث معتبراً كمورثه سىء النية ، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق فى حيازته . فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه ، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار (٢) إلى أن يزول حسن نيته ، وبزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق فى حيازته .

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالقبض (انظر مايل فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٠٤ ص ٥٢٨ - إسماعيل غانم ص ١٢٧ - ص ١٢٨ - حسن كيرة ص ١٣٢ - ص ١٣٣) . وانظر فى تملك الوارث حسن النية المقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه سىء النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ ، وانظر أيضاً فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص ٥٩٣ - ص ٥٩٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص ٤١٦ (ويفترض أن المورث كان يستند فى حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى المقار من غير مالك أى أنه كان سىء النية ، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته هو وإلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لئى يتسك بالتقادم الحسى . ولكن يبدو أن حسن نية الوارث فى الفرض السالف الذكر لا يجدى ، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سىء النية . ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه ، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية . فعندئذ يستطيع الوارث أن يتسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو وبحسن نيته لئى يملك المقار بنفس سنوات ، ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سىء النية . وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سىء النية ، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه » : مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٦٣ - فيه خطأ مطبعى ظاهر ، والصحيح كما يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه » . فلفظ «على» يشرع بعدم ضم مدة حيازة المورث ، ولو أريد ضم هذه المدة لقبول «وله أن يضم مدة حيازة مورثه» .

١٠٣ - ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام :
ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف ، فالأصل أن تضم
مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام ثوارث فائدة في هذا النظم .
فاذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا ، وانتقلت الحيازة إلى
الوارث ، فيكفي أن يستمر هذا حائرا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن
ينتفع بدعوى منع التعرض . وهذه الدعوى بشرط فيها أن يكون الحائز للعقار
قد استمر حائرا له سنة كاملة (م ٩٦١ مدني) ، فيضم الوارث مدة حيازة
مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التي يتطلبها القانون . وهذا هو
الحكم أيضا في استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه ،
إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م ٩٦٢ مدني) . وإذا كان
المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه ، وبقي حائرا بعد انقطاع
الإكراه مدة أقل من سنة ، فان هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى
يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمي حيازته بدعوى
الحيازة .

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ،
إذا أراد التملك بالتقادم المكسب . فاذا كان المورث سيء النية في حيازته ،
وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا ، فان الوارث يستطيع
أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة
حيازته . ونفرض في ذلك أن المورث بقي حائرا عشر سنوات ، ثم انتقلت
الحيازة إلى الوارث ، فيكفي أن يستمر الوارث حائرا خمس سنوات أخرى حتى
يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة ، فيتملك العين بالتقادم .
وإذا كان المورث قد حصل على سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله
عليه ، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح .
فاذا كان المورث قد بقي حائرا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا ، ثم انتقلت
الحيازة إلى الوارث ، فانه يكفي أن يستمر الوارث حائرا للعقار سنتين أخريين
حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهي خمس سنوات ، فيتملك العقار
(٥٦)

بالتقادم (١) وإذا كان المورث سيء النية وقت حصر له على السبب الصحيح ، فإن الحيابة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية . ولا يجدي الوارث بعد ذلك أن يثبت حسن نيته هو . فإن العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق ، أي بحسن نية المورث وقت حصوله على السبب الصحيح . وعلى ذلك لا يستطيع الوارث في هذا الفرض أن يملك العقار إلا بالتقادم الطويل ، وله أن يضم مدة حيابة مورثه إلى مدة حيابته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهي خمس عشرة سنة (٢) . أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح

وبقي حائزاً للعين مدة ثماني سنوات مثلاً ، ثم انتقلت الحيابة للوارث . فإنها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث . ولا يستطيع الوارث في هذا الفرض أن يملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح ، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل ، سواء بقي حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيابة إليه . وفي الحالتين يستطيع ضم مدة حيابة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيابته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية ، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقي حائزاً سبع سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيابة مورثه وهي ثماني سنوات .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥ / ١ مدني ، كما رأينا (٣) ، ما يأتي : « على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيابته حسن النية ، جاز له أن يتمتع بحسن نيته » . ويتحقق ذلك في كسب الثمار بالحيابة ، إذا اقترنت الحيابة بحسن النية . فإذا كان المورث سيء النية في حيابته ، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م ٩٧٩ مدني) . فإذا انتقلت الحيابة

(١) ولو انقلب المورث سيء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير ، أو ثبت أنها كانت سيء النية وقت انتقال الحيابة إليه ، فإنه مع ذلك يملك العقار بالتقادم القصير . ذلك بأن مورثه لو انقلب سيء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير ، مادام أنه كان حسن النية وقت تلقى الحق أي وقت صدور السبب الصحيح . وحيابة الوارث استمرار لحيابة المورث ، فيتملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يملك مورثه لو بقي حياً . أنظر في هذا بودري وتيسيه فقرة ٣٤٨ ص ٢٧٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ .

(٢) بودري وتيسيه فقرة ٣٤٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص ٧٢٣

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

إلى الوارث . وأثبت هذا حسن نيته ، جزئياً أن يملك بحسن نيته هذه ، فلا يرد الثمار التي قبضها إلى المالك مادام حسن النية (م ٩٧٨ مدني) .

ب - انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

٣٠٢ - كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص : والمقصود هنا أن

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز إلى شخص آخر . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام فالذي ينتقل إلى الخلف العام هو مجموع المال أو جزء من هذا المجموع كالتركة أو جزء من التركة ، لا عين معينة بالذات . ويلحق بالخلف الخاص كل شخص يجب أن تنتقل إليه حيازة العين من الحائز بناء على التزام في ذمة الحائز بنقلها إليه . وكل شخص ردت إليه حيازة العين على أثر فسخ التصرف أو إبطاله أو بطلانه أو نقضه أو إلغائه أو الرجوع فيه أو زواله بأي سبب آخر ، وبوجه عام كل شخص تربط حيازته اللاحقة بالحيازة السابقة رابطة قانونية (١) .

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن في حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقاً يعتمده التسليم . والتسليم قد يكون تسليماً فعلياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً مادياً . أو تسليماً حكيمياً فيكون انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً ، أو تسليماً عن طريق إتفاكين فيكون انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً (٢) . وحيازة الخلف الخاص ، بخلاف حيازة الخلف العام ،

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه كما سنرى (أنظر مايل فقرة ٣٠٧) ، كذلك يجوز لمن هم في حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة ، وعلى ذلك يكون للرأس عليه المزارع أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه . ولا يتقدم أن يضم إلى مدة حيازته عدالتقسمة مدة الحيازة المشتركة بينه وبين شركائه قبل القسمة . وللموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة في الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له ، ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع ، وللنابع أو الواهب أن يضم إلى مدة حيازته بمد فسخ البيع أو ائدة أو بعد زواله بأي سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشتري أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (أنظر في ذلك أوبري ورو ٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٥ - ص ١٣٦ - بودري ونيسيه فقرة ٣٥٦ - بلانيول وزبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص ٧٢٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين الخلف واحف . مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشيء . أو الحق في الخلف . وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي ، كما إذا أسلم الخلف حائزاً ولكن لحساب الخلف =

تستقل عن حيازة السلف في صفاتها. فلا تكون حيازة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيازة السلف. وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، وله ألا يضمها. تبعاً لمصلحته. فهذه جملة من المسائل نبهنا فيها على.

٣٠٣ - انتقال الحيازة إنتقال مادياً بالتسليم الفعلي : رأينا (١) أن المادة

٩٥٢ مدني تنص على أن « تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة. ولو لم يكن هناك تسليم مادي لشيء موضوع هذا الحق ». وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري، إذ أن المشتري يعتبر خالفاً خاصاً للبائع. لا في انتقال الملكية فحسب بل أيضاً في انتقال الحيازة، فالبايع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشتري أي بنقل حيازته إليه وقد نصت في هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدني على أن « يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه إستيلاء مادياً. مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ». ومذا هو التسليم الفعلي للمبيع. ويتطوى كما نرى على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري، ويشترط لذلك أن يكون المشتري متمكناً من حيازة المبيع حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ولكن لا يشترط أن يتسلم المشتري المبيع فعلاً، فما دام متمكناً من هذا التسليم، فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم (٢). أن يخطر البائع المشتري بوضع

(مثل ذلك البائع يستأجر الشيء المبيع). أو استمر تخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشترى العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المجهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقي مع التسليم الرمزي. كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلّم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة في هذا الفرض عند الأخير (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) وقد قست محكمة النقض بأن الأموال التي تنقل ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها لتطبيقاً بمجرد تسليمها بالحالة التي هي عليها. والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع. ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فانهما يفتيان عن اكتسبهما حافظين حصة كل منهما مفيدتين أحكامهما. ومادام لم يعترض من يعكزهما عليه أو يزيلهما عنه ويملك هو المدة التي تستوجب مرورها يد الفترض حماية القانون (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٤٥ رقم ١).

المبيع تحت تصرفه ، ولا يوجد شكل معين ذنبا لإخطار . فقد يكون بانذار رمسى ، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل . وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشتري فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه (١) . فإذا كان المبيع دارا يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخبرها وأن يسلم المشتري مفاتيحها فيمكنه من حيازتها . وإذا كان أرضا زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يمكن المشتري من الاستيلاء عليها . وإذا كان منقولاً ، فوضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمنأوله إياه بدا بيد . ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . وإذا كان محصولات لاتزال قائمة في الأرض أو ثمارا لاتزال فوق الأشجار ، فيخلى المانع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها . وتسليم الشيء المعين بنوعه فقط يكون بافرازه في حضور المشتري ودعوته لتسلمه . ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس . وإذا كان المبيع حق ارتفاق كحق المرور ، فانه يسلم للمشتري بالتأخير في استعمال هذا الحق . مع تمكنه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور . وقد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا ، كما في حوالة الحق . وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسلمه سند الحق تمكنه من استعماله في مواجهة المحال عليه . وفي الأسهم والكبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمداولة . وفي السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير . وفي السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة . ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف بحسب طبيعة المبيع (٢) .

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ - عل أنه يلاحظ في التسليم الفعول أنه كان ينبغي أن ينتقل الشيء انتقالا ماديا من البائع إلى الخلف الخاص ، فلا يكتفى بتسليم الخائن للشيء . بل يجب أيضا تسليم الخلف الخاص له . ولكن نص المادة ٩٥٢ مدني سالف الذكر صريح في أن انتقال الحيازة يتم «ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء» موضوع هذا الحق . وقد كان المشروع التمهيدى خاليا من هذه العبارة ، فأضافتها لجنة المراجعة ، وأكملتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش) . وكان الأولى : بدلا من إضافة هذه العبارة ، أن تضاف عبارة عكسية ، فيكون النص على الوجه الآتي : «تنتقل الحيازة من الخائن إلى غيره» فإذا انتقل إلى ذلك ، وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ، وسيطر عليها فعلا . فإن العبارة في التسليم الفعول للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا ماديا إلى الخلف

٣٠٤ - انتقال الحيازة انتقالاً معنوياً بالتسليم العكسي : رأينا (١)، أن

المادة ٩٥٣ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من خلفه في الحيازة . أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه » . وهنا أيضاً نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري تطبيقاً جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدني ، وتجري على الوجه الآتي : « ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع . أو كان البائع قد استبق المبيع في حيازته لسبب آخر غير الملكية » . وهذا هو التسليم الحكمي للمبيع . فنتقل حيازته بهذا التسليم الحكمي انتقالاً معنوياً من البائع إلى المشتري . ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضي المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكمي بذلك عن التسليم الفعلي بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادي . أما التسليم الفعلي فهو اتفاق مصحوب بعمل مادي .

وللتسليم الحكمي صورتان :

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، باجارة أو إعاره أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري

الخاص ، فلا يكتفى بمجرد التسليم بل يجب أن يقترن به التسليم . وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله حيازته ، فلو نقل الحيازة يجب أن يتولى الخلف الخاص عن الشيء استيلاء مادياً ولا يجب ذلك في تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع . وقد سبق أن قلنا في هذا الصدد : « يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متولياً للمبيع دون أن تكون له حيازته ، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يتولى عليه مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ انتقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يتولى بعد على المبيع . فإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة تحت المنقول مادام لم يتولى عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لذلك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أريزي ١٠٥٠ ، فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودري وسينا فقرة ٢٩٨ - بلايول وريبير ودامل ٩ ص ٥٥ ، هامش ٢) » (الموسيط : فقرة ٣٠٦ ص ٥٨٥ هامش ٣) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٩٧ .

حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع . ولا يحتاج إلى إسئلاء مادي جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة . وإنما يحتاج إلى تدقيق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته . ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتهن رهن حيازة . بل كما لك له عن طريق الشراء . فتتغير نية المشتري في حيازته للمبيع وتتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (*interversion du titre*) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت . ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (*traditio brevi manu*)

(الصورة الثابتة) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع . ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع . بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التي تتم بين المشتري والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يرسل البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ، ثم يعود إلى تسلمه من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبقى المبيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليمًا من البائع للمشتري ثم إعادة الحيازة من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع . ويسمى هذا الاتفاق (*costitutio rossessoire*) . وتتغير صفة حيازة البائع في هذه الصورة . إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة . فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه . ومن ثم يبقى الشيء في حيازة البائع كما لك له . ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (١) .

(١) أنظر في ذلك الوسيط ؛ فقرة ٢٠٨ ص ٥٩٢ - ص ٥٩٤ - وهناك صورة ثالثة للتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها في مصر دون نص ، لأنها تتفق مع القواعد العامة . وقد قررنا في هذا الخصوص : « وقد أورد الشنن المدق المراق صورة ثالثة لتسليم الحكيم يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فصحت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا القانون على ما يأتي : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وده أو تصرفه أى تصرف آخر يستلزم القيصر . وقصد العاقل . قام هذا القانون مقام نص المشتري » . وتعتبر هذه الصورة عن صورة التسليم الحكيم المتقدم بأن فيها انتقالاً مادياً لحيازة المبيع . كما نصير -

٣٠٥ - انتقال الحيازة إتماماً - رمزيًا عن طريق التمسك به : رأينا (١)

أن المادة ٩٥٤ مدني تنص على أن « ١ - تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . ٢ - على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها . وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة » . ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضاً في انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشتري .

فنفرض أن شخصاً اشترى من آخر بضائع ، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها في المخازن . ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع ، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التي أودعت بها البضائع ، ليسحب بموجبها بضائعه . ففي انتقال حيازة هذه البضائع انتقالاً مادياً من البائع إلى المشتري ، يجب أولاً أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلّمها ، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليمياً فعلياً إلى المشتري . أما في انتقال الحيازة انتقالاً رمزياً . وهو الفرض الذي نحن بصدد . فبدلاً من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشتري . يكفي بتسليم المشتري سندات البضائع ، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن . ولكن مجرد تسليم المشتري لسندات البضائع من البائع يعد انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، إذ أن هذه السندات متى صارت في يده أصبح صاحب الحق في سحب البضائع . ومن ثم يعتبر تسليم المشتري لسندات البضائع انتقالاً لحيازة البضائع إليه ، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه في يد أمين النقل أو في المخازن . وانتقال الحيازة هذا ليس انتقالاً فعلياً بل هو انتقال رمزي ، لأن المشتري لم يتسلم البضائع تسلماً فعلياً بمجرد

= عن التسليم الفعلي بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسليم المبيع ، هو شخص تعاقد مع المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً ، كتأجير من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له . فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري . وتقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني « (الوسيط : فقرة

٣٠٨ ص ٥٩٤ - ص ٥٩٥) .

(١) انظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

تسلمه للسندات ، بل تسلمها تسليماً رمزياً ، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسليماً فعلياً بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التي تسلمها .

والمثلان اللذان ذكرناهما - تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة في المخازن - لم يذكر في المادة ٩٥٤ مدني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ومن الأمثلة الأخرى . في نقل حيازة المنقول ، تسليم البائع للمشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول . وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ماله في الخزانة . وكون الشيء حاصلًا فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون (المدني السابق) قد نص في باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها . فإن هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاح الخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها . لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً . وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ، ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (٢) .

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادية مع انتقال الحيازة الرمزية ، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادية ، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزية ، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئناناً من لم يحصل

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدني أمام لجنة مجلس الشيوخ ، قام اعتراض على أن النص لم يورد لإحالتين من حالات التسليم ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر ، وإنما هما المثلان الغالبان في العمل (أنظر آنفاً ص ٨٧٤ هامش ١) .

(٢) نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص ٣٢٧ - وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص ٥٩١ - ص ٥٩٢ و ص ٥٩٢ هامش ١ .

إلا على حيازة رمزية . فاذا باع صاحب البضائع بضائعه . وهي في يد أمين النقل . لشخصين متعاقبين ، فإن ملكية البضائع تنتقل للمشتري الأول بموجب عقد البيع الصادر له . فاذا مات سلم هذا المشتري الأول البضائع تسليماً رمزياً بتسلمه سندات البضائع ، ولم يتسلم المشتري الثاني البضائع أصلاً ، بقيت ملكية البضائع عند المشتري الأول ، فهو صاحب البيع الأول وهو الذي تسلم البضائع . ولكن إذا تسلم المشتري الثاني البضائع ذاتها تسليماً فعلياً من أمين النقل . ولو بعد أن تسلم المشتري الأول سندات هذه البضائع . كان المشتري الثاني هو صاحب الحيازة المادية والمشتري الأول هو صاحب الحيازة الرمزية . وتعارضت الحيازتان . وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا . فيعتبر المشتري الثاني صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشتري الأول صاحب الحيازة الرمزية . ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين . وسلمها تسليماً فعلياً للمشتري الثاني دون المشتري الأول . فتنقل ملكية البضائع إلى المشتري الثاني . لا بموجب عقد البيع الثاني الصادر له فقد سبق هذا البيع الثاني بيع أول نقل الملكية إلى المشتري الأول ، بل بموجب الحيازة المادية التي انتقلت إلى المشتري الثاني كما قدمنا . فتنقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية ، طبقاً للقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدني ، كما رأينا (١) ، تأكيداً لذلك : « على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها ، وكان كلاهما حسن النية ، فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة » .

٣٠٦ - صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص : رأينا (٢) أن

الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التي كانت عليها عند السلف ، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصلية ، مشوبة بعيب أو غير مشوبة ، مقترنة بحسن النية أو بسوء النية . ذلك بأن الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمراراً لحيازة السلف ، فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف العام . أما الحيازة عند ما تنتقل إلى الخلف الخاص ، فإنها

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٠ .

تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، تتميز بصفات الخاصة التي قد تغاير الصفات التي كانت عليها عند السلف . ويرتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة ، وليست مجرد استمرار لحيازة السلف ، أن تكون هناك حيازتان ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص ، وقد تختلفان في الصفات ، وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص .

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف في صفاتها حيازة السلف . ذلك من وجوه عدة :

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة . مثل ذلك أن يكون السلف مستأجر العين أو مستعيرها أو مودعة عنده ، فتكون حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع . ثم يبيع العين ، وسواء كان المشتري حسن النية أو سيء النية فإنه كمشتري يحوز العين كمالك ، أي يحوزها لحساب نفسه . فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة ، في حين أن حيازة السلف حيازة عرضية (١) . وعلى العكس من ذلك قد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة ، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية . مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة ، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة ، بالنسبة إلى حق الملكية ، حيازة

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٧ - ولو أن السلف استبق الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، لوجب في هذا التحويل أن يصدر قبل من الغير أو يصدر منه هو فعل يعارض به حق المالك (interversion du titre) . أما هذا علنا في حاجة إلى ذلك ، لأننا نشأ في صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضي نفسه ، بل في صدد انتقال الحيازة من حائز عرضي إلى حائز أصيل ، فتغيرت صفة الحيازة لأعد الحائز العرضي ، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن الحائز العرضي كالدائن المرتهن ، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى في حق خلفه الخاص كالمشتري من الدائن المرتهن ، لأنه في هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التي كانت للبائع له (نقض مدني ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٨) .

عرضية لأنه يجوز لحساب المالك . أما حيازة المالك ، وهو السلف في الحيازة ، فحيازة أصيلة تغاير في هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة عرضية .

وقد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب ، كأن تكون خفية أو غامضة أو يشوبها الإكراه . فإذا إنتقلت إلى الخلف الخاص ، فليس من الضروري أن يشوبها عند انتقالها هذا العيب . فقد تكون حيازة الخلف الخاص عند انتقالها إليه ظاهرة بعد أن كانت خفية عند السلف ، أو واضحة لا لبس فيها بعد أن كانت غامضة ، أو هادئة بعد أن كان يشوبها الإكراه . وعلى العكس من ذلك . قد تكون حيازة السلف غير مشوبة بعيب ، ثم يشوب حيازة الخلف الخاص عيب الإكراه أو عيب الغموض أو عيب الخفاء أو عيب عدم الاستمرار .

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية : ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية في حيازته . وإذا إنتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص . فسواء كان السلف حسن النية أو سيء النية . فإنه يجب الرجوع إلى الأصل وافترض حسن النية في الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس . وقد قررنا غير ذلك في الخلف العام . وقلنا إنه إذا كان المورث سيء النية فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية ، ولا يفترض في الوارث أنه حسن النية إلى أن يثبت حسن نيته ، لأن حيازة الوارث ليست إلا إستمرارا لحيازة المورث (١) . وإذا افترض في الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول ، فإن هذا الافتراض يبقى (٢) إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص . وفي جميع الأحوال يعتبر الخلف الخاص سيء النية ، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه ، إذا أعلنه صاحب الحق الحقيقي في صحيفة الدعوى بأن الحق الذي يجوز له قد تلقاه من غير صاحبه . فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠ .

(٢) فإذا كان السند الذي تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية كالبيع والهبة فإذا كانت العين عقاراً أمكن أن يتملكها الحائز بانتقادم القصير إذ يفترض فيه حسن النية كما قدمنا ، وإذا كانت العين منقولاً تملكها في الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية .

يصبح هذا سىء النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم (١) . وإذا كان السلف قد اغتصب الحيازة بالإكراه فأصبح بذلك سىء النية . فان هذا لا يمنع من أن الحيازة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية ، لأن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما سبق القول . وقد يكون السلف حسن النية . وتنتقل الحيازة إلى خلف خاص ، يفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سىء النية . وليس ذلك راجعا إلى أن حيازة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص ، بل إن هذا يرجع إلى أن حسن النية يفترض فى الحائز ، ولما كان حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية . شأنها فى ذلك شأن أية حيازة أخرى .

٣٠٧ - ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص : وقد رأينا (٢)

أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى : « ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر » . فبالرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول ، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لما يرى له من المصلحة فى ذلك (٣) .

ف للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، للتمسك بالتقادم (٤) ، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ .

(٣) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٠ .

(٤) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته سلفه مدة حيازته فى حساب السنة التى يجب

أن تبقى فيها الحيازة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى ورو
٢ فقرة ١٨١ ص ١٣٦ هامش ٤ فقرة ١٨٧ ص ٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة
٢٠٢ ص ٢١٠) .

ومنها مزاياء حيازته السابقة من ناحية التقادم (causam usucapiendi) (١) فإذا كان السلف سيء النية وبقى حائزاً للعين مدة ثمانى سنوات مثلاً ، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضاً سيء النية ، فللخلف الخاص أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقى حائزاً للعين سبع سنوات أخرى (٢) . وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح ، وبقى حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات مثلاً ، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية ، فللخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقى حائزاً له مدة سنتين أخريين . ولكن يشترط فى ذلك أن تكون كل من الحيازتين ، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير ، فيجب أن تكون كل منهما مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح (٣) . وإذا كان السلف سيء النية . وبقى حائزاً للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلاً . ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية . فسرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته . وهى مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقادم القصير . إذا بقى حائزاً للعقار مدة خمس سنوات . ولكنه فى الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سيء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية . فيتملك بالتقادم الطويل بدلاً من التقادم القصير . ذلك أنه فى حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهى اثنتا عشرة سنة ، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى

(١) بودرى ونيسيه فقرة ٣٥٠ ص ٢٧٢ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائط مدة خمسة عشر عاماً ، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر فى مستندات ملكيتهن . ولا يهم لذلك أن تكون عقود الملكية مجلة أو غير مجلة ، رسمية أو غير رسمية ، كما لا يهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص ١٤٨٧) .

(٣) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١ - أوبرى درو ٢ فقرة ١٨١ هاش ١١ وفقرة ٢٤٨

هاش ٣٧ - بفتواز ص ٢٨٢ و ص ٣٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى ونيسيه فقرة

يستكمل بها مدة انتقادم الطويل . أما في حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفه سى' النية إلى مدة حيازته وهو حسن النية . فلا بد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفه والتعويل على حيازته وحدها ، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلاً من ثلاث سنوات ، للتملك بالتقادم القصير . وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح ، ولكنه لم يخز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط ، ثم نقل حيازته إلى خلف خاص سى' النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً لسلفه . فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يملك العقار بالتقادم القصير لأنه سى' النية . ولكنه يستطيع أن يملك العقار بالتقادم الطويل . فإذا هو حازه مدة اثني عشرة سنة . استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهي ثلاث سنوات . فيتمتلك بها مدة التقادم الطويل (١) .

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو ، ويتمسك باحدهما دون الأخرى ، وذلك تبعاً لمصلحته . فقد تكون له مصلحة في أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها ، ويسقط حيازته هو من الحساب . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح . وكان الخلف سى' النية . فإذا كانت مدة حيازة السلف المقرنة بحسن النية بلغت خمس سنوات ، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقرنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى ، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط حيازته هو . وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهي مقرنة بحسن النية والسبب الصحيح . وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير . فلا يكون الخلف الخاص في حاجة إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه ، فتخلص له ملكية العقار نقلاً عن سلفه كما خلصت له حيازته . أما إذا أراد أن يتمسك بمدة حيازته المقرنة بسوء النية . فهو لا يستطيع أن يتمسك إلا بالتقادم الطويل ، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهي خمس سنوات إلى مدة حيازته وهي خمس سنوات أخرى ، لتقصه خمس سنوات ثلاثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ألا يتمسك

بجيازته هو ، وأن يقتصر على التمسك بجائزة سلفه وحدها (١) ، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك في أن يتمسك بجيازته هو وحدها ، وأن يسقط جيازة سلفه . ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سى النية ، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات ، ثم نقل جيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقى حائزاً له مدة خمس سنوات . فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يملك العقار بالتقادم القصير ، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية . ولا يحتاج في ذلك إلا إلى التمسك بجيازته هو دون جيازة سلفه . أما إذا أراد ضم جيازة سلفه سى النية ، فلا يستطيع أن يملك إلا بالتقادم الطويل . ولما كانت مدة جيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة جيازته هو خمس سنوات ، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهي مدة التقادم الطويل . ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص في هذا المثل ، بخلاف المثل السابق ، هي في أن يتمسك بجيازته هو وحدها وأن يسقط جيازة سلفه . ولو أن السلف سى النية كانت مدة جيازته اثني عشرة سنة ، بدلا من ثلاث ، وكانت مدة جيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى ، بدلا من خمس ، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بجيازة السلف سى النية فيضمها إلى مدة جيازته ، ويستكمل بها خمس عشرة سنة ، ويتمسك بالتقادم الطويل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) .

(١) بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ .

(٢) أنظر آنفاً ص ٨٩٤-٨٩٥- وانظر بودرى وتيسيه فقرة ٣٥٣ ص ٢٧٤-وقد عرضت المذكورة الإيضاحية للمشروع النهيدي لما قدمناه ، وأوجزته في العبارات الآتية : «وقد يكون من تنتقل إليه الجيازة خلفاً خاصاً ، كشر من الحائز تنتقل إليه جيازة المبيع ، وللمشترى في هذه الحالة أن يضم إلى مدة جيازته مدة جيازة البائع . فإن كانا حسن النية معاً أوسيه النية معاً ، كان ضم المدد على أساس أن الجيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال . وإن كان البائع سى النية والمشترى حسن النية ، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أي على أساس سوء النية ، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثني عشرة سنة والمشترى مدة ثلاث سنوات . فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقادم القصير ، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات . ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل ، إذ يجوز له أن يعتبر جيازته كما لو كانت جيازة بسوء نية ، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٣) .

§ ٢ - زوال الحيازة

(Perte de la possession)

٣٠٨ - مهموصى قانونية : تنص المادة ٩٥٦ مدني على ما يأتي :

تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق ، أو فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى .

وتنص المادة ٩٥٧ مدني على ما يأتي :

١ - لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقفي .

٢ - ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً ، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية « (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٦٠ - ٩٦١ - وفي التقنين المدني الوافي لا مقابل - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٩٥٦ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى : « إذا فقد الحائز الشيء دون أن يحوزه شخص آخر ، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل في العثور على المفقود » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ في المشروع النهائى ، بعد حذف الفقرة الثانية « لأنها تطبق للقواعد العامة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨ ، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٤ - ص ٤٦٥) .

م ٩٥٧ : ورد هذا النص في المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا فروقاً لفظية . ووافقت لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ في المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه في تقنين المدني الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٦٦ - ص ٤٦٨) .

(٢) انتقينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩١٥ - ٩١٦ (مطابق) .

ويخلص من هذه النصوص أن الحيازة تزول بزوال عنصرها المادى ، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذى يستعمله الحائز . ثم إن الحيازة تزول أيضاً بزوال عنصرها المعنوى ، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، إذ أن الحيازة متى فقدت أحد عنصرىها ، المادى أو المعنوى ، تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول . ومن باب أولى تزول الحيازة إذا فقدت العنصرين معاً ، العنصر المادى والعنصر المعنوى (١) . ويلاحظ أن انتقال الحيازة إلى خلف خاص ينطوى على معنى زوال حيازة السلف ، فقد قدمنا أن الحيازة إذا انتقلت إلى خلف خاص تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، ومعنى ذلك أن حيازة السلف قد زالت وبدأت حيازة جديدة هي حيازة الخلف الخاص . وهذا بخلاف انتقال الحيازة إلى الخلف العام ، فإن حيازة الخلف العام ليست حيازة جديدة ، بل هي استمرار لحيازة السلف (٢) .

فنبحث إذن ، فى زوال الحيازة ، المسائل الآتية : (١) زوال الحيازة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى . (٢) زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده . (٣) زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده .

٣٠٩ - زوال الحيازة بفقد عنصرىها المادى والمعنوى : تزول الحيازة

بداهة إذا فقد الحائز عنصرىها المادى والمعنوى معاً ، ففقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه . ويتحقق ذلك فى أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيازة . فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذى يستعمله ، وتنتقل الحيازة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق . فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه ،

= التقنين المدنى الليبى م ٩٦٠ - ٩٦١ (مطابق) .
التقنين المدنى العراقى لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللباني لا مقابل .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « يفقد الحائز الحيازة إذا فقد عنصرىها المادى والمعنوى ، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٧) .

(٢) نشر آتناً ص ٨٩٠ .