القصد في الحيازة – دراسة مقارنة

عبد الأمير جفات كروان
جامعة بابل / كلية القانون
Chaffat5533@yahoo.com

الخلاصة

يمثل القصد العنصر المعنوي في الحيازة وبدونه لن تكون الحيازةُ حيازةً قانونية ترتب آثارها. ويتطلب تحقق هذا العنصر شروطاً قانونية محددة على وجودها يتوقف وجود هذا العنصر ويؤدي تخلفها أو تعيبها الى التأثير على مدى وجود القصد وبالتالي على نوع الحيازة وآثارها القانونية . وقد تنازعت الحيازة نظريتان ، هما النظرية الشخصية والنظرية المادية وقد تباينت مواقفهما حيال عنصر القصد في الحيازة ومدى تطلبه لتكون الحيازة قانونية أو عرضية . واختلفت التشريعات المدنية في مدى أخذها من هذه النظرية أو تلك في تحديد شروط القصد ومدى استلزامه في الحيازة القانونية ومنها القانونين المدني العراقي والمصري،وتبعا لذلك اختلف نطاق الحقوق التي يمكن حيازتها ومدى الحماية القانونية لها تبعا لهذا الاختلاف .

الكلمات المفتاحية:القصد ،الحيازة.

Abstract

Intention is one of the elements of legal possession, without which it cannot exist and achieve its effects. This element require certain conditions to exist and in the absence of which the intention will not exist, and consequently the legal possession itself will not exist. There are two theories concerning possession namely: the subjective and the objective theories, differ with regard to the intention element in possession and the extent it is required to have legal possession. Consequently the different civil codes differ as to the conditions of intention element and the extent it is required for legal possession. Among these are the Iraqi and the Egyptian civil codes. This has resulted in differences in the range of rights that can be possessed and the extent of their legal protection.

Key words: possession _intention.

المقدمة

تدور الفكرة الأساسية للبحث حول عنصر القصد في الحيازة وهو عنصرها المعنوي حيث تتنازع مفهوم هذا العنصر في الحيازة نظريتان هما : النظرية الشخصية والنظرية المادية في الحيازة . ويتفاوت نطاق الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية تبعا للأخذ بأحد النظريتين ويتفاوت مدى الحماية القانونية لتلك الحيازة . ويتناول البحث موقف كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري من النظريتين ومدى الأخذ من أي منهما في ضوء النصوص القانونية الواردة، ويتناول البحث الشروط الواجب توفرها لنكون أمام عنصر قصد صحيح والآثار المترتبة على اختلال أي من تلك الشروط.

ولهذا الموضوع أهمية واضحة من الناحيتين النظرية والعملية . فالتوصل الى مفهوم واضح لعنصر القصد وشروطه يعطي القضاء قدرة أكبر على تحديد نوع الحيازة وصفاتها والحماية القانونية التي تستحقها والآثار المترتبة عليها لأن هذا كله يعتمد على القول بتحقق عنصر القصد بشروطه القانونية من عدمه، لاسيّما وأن القوانين لم تأت على مذهب واحد في هذا المجال، فهناك تفاوت في نظرها الى عنصر القصد ودرجة استلزامه في أنواع الحيازة. هذا من الناحية الفقهية النظرية ، أما من الناحية العملية فأن أحكام القضاء تدل على مدى الخلاف والدقة التي يتطلبها تحديد تحقق عناصر الحيازة على وفق ما يستلزمه القانون. ولهذا

ولوجود بعض الاختلاف بين القانونين المدنيين العراقي والمصري في بعض النصوص ارتأينا تناول الموضوع.

وسيتم التناول بطريقة مقارنة بين القانونين المدنيين العراقي والمصري . فبعد أن نحدد مفهوم القصد في ظل النظرتين الشخصية والمادية نقارن بين موقف القانونين في ظل النظريتين المذكورتين وأيضاً نقارن بين موقفيهما بخصوص شروط تحقق عنصر القصد وأثر تخلفه.

ستكون خطة البحث مكونة من مبحثين يتناول الأول منهما ماهية القصد في الحيازة في أربعة مطالب ويناول المبحث الثاني شروط تحقق عنصر القصد والآثار المترتبة على تعيبه أو تخلفه وذلك في خمسة مطالب وذلك بعد أن سبقنا البحث بهذه المقدمة ونختمه بخاتمة نوجز فيها أهم النتائج التي نتوصل اليها.

القصد في الحيازة

تمهيد وتقسيم:للحيازة[١] عنصران ، عنصر مادي[٢] وعنصر معنوي ومحل الكلام في هذا البحث يقع ضمن العنصر المعنوي للحيازة ويتحقق هذا العنصر عندما يقصد الحائز استعمال الحق لحساب نفسه[٣]. والقصد يجب ان يتحقق عند الحائز شخصيا وتخلفه يجعل الحائز حائزا عرضيا فضلا عن شروط اخرى نتناولها فيما يلي ولذلك نقسم موضوع بحثنا على مبحثين نتناول في المبحث الاول ماهية القصد في الحيازة، وفي المبحث الثاني شروط القصد في الحيازة واثار تخلفه .

المبحث الاول /ماهية القصد في الحيازة .

يطلق على العنصر المعنوي في الحيازة ، القصد ، وبالفرنسية animus ، وذات الكلمة بالإنكليزية ويستعمل بعض الفقه كلمة النيّة بدل القصد رغم ان للكلمتين معنى مختلف او على الاقل لا يتطابق معناهما، وأيّا كانت الكلمة المستخدمة فان مدلولها يختلف في ظل النظرية المادية عنه في ظل النظرية الشخصية. وسنتناول عنصر القصد في اربعة مطالب ، نقف على معناه في ظل كل من النظريتين ثم نتناول موقف القانونين المدني العراقي والمدني المصري من النظرتين الشخصية والمادية في الحيازة وذلك في اربعة مطالب .

---

[١] والحيازة في اللغة من حاز الشيء حيازة : ضمه وملكه ، المعجم الوسيط ج١ ، اعداد مجمع اللغة العربية في القاهرة ، دار احياء التراث العربي بيروت – لبنان ص٢٠٥ . وحيازة الرجل : ما في حوزته من مال وعقار ، ابن منظور لسان العرب ج٣ دار احياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت- لبنان ص٣٨٨ . وتعرف الحيازة في المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي بانها " وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعليه على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق" ولذلك فان الحيازة وضع مادي او سلطة واقعية يباشرها الحائز . والاصل ان الحق في حيازة صاحبه ، د. عبد المنعم البدراوي شرح القانون المدني ، في الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ دار الكتاب العربي بمصر ص٤٨٩ . والقانون يحمي الحيازة لذاتها ويبرر ذلك بمبررات عدة منها ان الحيازة قرينة على الملكية ، فحائز الحق هو غالبا مالكه ، د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج١ شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦١ ص٣١٦ . ومن جهة اخرى فان اعتبارات الامن العام والاستقرار تقتضي منع الاعتداء على الاوضاع القائمة ولو من صاحب الحق نفسه ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٤ ، ص٧ . وليست الحيازة حقا شخصيا او عينيا بل هي ليست بحق اصلا ولكنها سبب لكسب الملكية أو بعض الحقوق الأخرى، فهي واقعة مادية بسيطة تقترن بعنصر معنوي هو القصد لدى الحائز فتحدث اثارا قانونية ، د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، ١٩٥٥ ص٢٩.

[٢] يعني العنصر المادي السيطرة المادية للحائز على الحق محل حيازته سيطرة فعلية ويباشر فيه من الاعمال المادية ما يباشره المالك عادة في ملكه او صاحب الحق في حقه ، د. محمد كامل مرسي شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، ط٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٥٢ ، ص٧ . انظر كذلك د. محمد عبد الجواد محمد ، الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٧ ص٦٣ .

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، دار احياء التراث العربي لبنان– بيروت ص٨٠٣ . د. حسن علي الذنون ، محاضرات في القانون المدني العراقي ، مصدر سابق ص٢٩ .

المطلب الاول/ عنصر القصد في ضوء النظرية الشخصية .

يطلق على هذه النظرية، النظرية التقليدية لأنها النظرية الاسبق وعلى وفقها فان للحيازة عنصرا معنويا الى جانب العنصر المادي، فلا تكفي السيطرة المادية بل لابد الى جانبها من عنصر معنوي هو عنصر القصد. والمقصود بالقصد في النظرية الشخصية ان يكون الحائز قاصدا ان يستعمل الحق لحساب نفسه[١] فيجب ان تتوافر لدى الحائز نية (قصد) استعمال الشيء الذي يحوز كمالك او كصاحب حق عيني عليه[٢] فاذا كان الحق حق الملكية فيجب ان يتوافر لدى الحائز قصد استعمال حق الملكية لحساب نفسه فيتصرف بالشيء تصرف الملاك ، فيستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل الملاك واذا كان الحق حق ارتفاق وجب ان يتصرف الحائز كما لو كان صاحب حق ارتفاق . فالقصد اذن هو نية الحائز في ان يستعمل الحق لحساب نفسه سواء أكان حق الملكية او حقا اخر . والحائز لحساب غيره كالمستأجر والمستعير والمودع عنده لا يتوافر عنده عنصر القصد اذ هو لا يستعمل الشيء لحساب نفسه بل لحساب المؤجر او المستعير او المودع[٣] .

والرأي الذي يذهب الى ان القصد هو ان يكون لدى حائز الحق نية استعماله لحساب نفسه وليس بنية كسب الحق الذي يحوزه هو الرأي الاصوب برأينا ، ذلك لان العبرة هي في ان يكون للحيازة المظهر المادي الدال على تصرف الحائز بالحق الذي يحوزه تصرف المالك او صاحب الحق اما اذا كان ينوي كسب هذا الحق من عدمه فلا اهمية له في هذه اللحظة ذلك ان المهم هو استمرار الحيازة بعنصريها وبشروطها الاخرى المدة التي يقررها القانون لكي ينتج عن ذلك كسب الحق محل الحيازة . ولذلك فان العنصر المعنوي ضروري لتحقيق الحيازة في اللحظة التي نحن فيها وتهم النية البعيدة للحائز وما اذا كان سيفلح في كسب الحق ام لا ولذلك فان تعريف بعض الفقه للعنصر المعنوي بانه " نية الحائز في ان يتملك الشيء الذي يحوزه او في ان يكسب عليه حقا عينيا اخر"[٤] لا يكون دقيقا في الدلالة على معنى القصد ويجعل من الحيازة اقرب الى التصرف القانوني منها الى الواقعة المادية .

ولم يكن القانون الروماني يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم بل كان يحمي الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة دون حاجة الى توافر هذا العنصر اما القانون الفرنسي القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة وقد اشار اليه فقهاء هذا القانون صراحة[٥] .

وانتقل وجوب توافر عنصر القصد في الحيازة من القانون الفرنسي القديم الى التقنين المدني الفرنسي واصبح الان مقررا في القانون المدني الفرنسي ان العنصر المعنوي وهو عنصر القصد لابد من توافره لقيام الحيازة ولا بد ان يقوم القصد عند الحائز نفسه ، واذا انعدم لم تقم الحيازة . ولما كانت النية تتعلق بالشخص

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٨٠٣ .د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص٣٦ . د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة مقارنة ، ج١ ، مطبوعات جامعة الكويت ، ص٢٠٤ .

[٢] محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ١٩٨٢ ، ص٢٠٥ . و المستشار انور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، ج٣ ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية ، ص٤٨٣ .

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص ٤٠٨ ، د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ص٣٦ . ومن التقاليد الموروثة عن القانون الروماني ، الخلط بين الشيء وحق الملكية عليه . لذلك تصور الحيازة عندما تتعلق بحق الملكية على انها سيطرة على الشيء للدلالة على السيطرة المادية على الحق . د. عبد الرزاق السنهوري المصدر السابق ص٧٨٦ .

[٤] د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ط٢ ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٦ ص٢٣٢ .

[٥] وذلك نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ، ص٨٠٤ .

فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية . وقد نادى سافيني بهذه النظرية وسميت باسمه . ويُعدُّ عنصر القصد هو العنصر الجوهري الذي يقلب مجرد السيطرة المادية الى حيازة صحيحة منتجة لآثارها[١].

ومن اهم النتائج التي ترتبها النظرية الشخصية هو عدم خضوع الحقوق الشخصية للحيازة اذ لا يخضع للحيازة الا الحقوق العينية . فالمستأجر والمستعير ليس لأي منهما سوى حق شخصي قِبَلَ المؤجر والمعير ولا يجوز ان يكون هذا الحق الشخصي محلا للحيازة . فالمستأجر حيازته مادية محضة والحائز الحقيقي هو المؤجر يباشر الحيازة نيابة عنه المستأجر ، وما يقال عن حيازة الحق الشخصي ليس سوى تعبير مجازي عن مركز (الدائن الظاهر) مالم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها وعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولا ماديا ويخضع للحيازة[٢] . وعلى توافر عنصر القصد في الحيازة من عدمه تقسم الحيازة الى حيازة حقيقية (قانونية او صحيحة) وحيازة عرضية (احراز) ولا تحمي دعاوى الحيازة في ظل هذه النظرية الا الحائز الحقيقي اما الحائز العرضي اي الحائز لحساب غيره كالمستأجر فلا يستطيع ان يرفع دعاوى الحيازة[٣] .

المطلب الثاني/ عنصر القصد في ضوء النظرية المادية .

تعارض هذه النظرية ما ذهبت اليه النظرية الشخصية ، فالقصد ليس " عنصرا مستقلا عن السيطرة المادية بل ان هذا العنصر الثاني يتضمن بالضرورة العنصر الاول . فالسيطرة المادية هي الحيازة بذاتها واذا كان هناك ارادة او نية او قصد في الحيازة فليست هذه الارادة او القصد الا في الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته اذ ان هذه الاعمال يجب ان تكون اعمالا ارادية قصدية . فالنائم لا يحوز ما يلقى في يده في اثناء نومه والسجين لا يحوز ما يقيده من الاغلال "[٤] واذا اردنا التمييز بين الحيازة الحقيقية والحيازة العرضية فيجب الرجوع الى سبب هذه الحيازة فقد يدل على نوع الحيازة . فاذا كان سبب الحيازة عقد ايجار او عقد اعارة فان صفة الحيازة الحقيقية تنتفي ونكون امام حيازة عرضية ومع ذلك فان هذا السبب لا يعد عنصرا اصيلا في الحيازة فاذا لم يسلم صاحب الشأن بان الحيازة عرضية وجب على القاضي ان يعدَّ الحيازة حقيقية على اساس الوضع الواقعي الظاهر الى ان يقوم الدليل على خلاف ذلك . ومن هذا جاءت تسمية هذه النظرية بالنظرية المادية[٥].

وطبقا لهذه النظرية فان المستأجر والمستعير يعدُّ حائزا لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به ولا يمنع من ذلك انه يحوز الشيء لحساب المؤجر او المعير . فالعبرة هنا ليس في ان يحوز لحساب نفسه او لحساب غيره بل العبرة في السيطرة المادية الفعلية على الشيء بأفعال ارادية قصدية[٦] .

ويذهب اهرنج – وهو ابرز رواد هذه النظرية – الى ان الذي يميز الحيازة عن مجرد الاحراز ليس هو وجود قصد الحائز في ان يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية ، فان وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعدُّ حائزا بالمعنى الصحيح . ولكن قد

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٠٥ . د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ص٣٦-٣٧ .

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٧٨٧ – ص٧٨٨ .

[٣] د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٢٥ .

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٠٦ .بنفس المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص٥٠١ . شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، مطبعة المعارف بغداد ، ١٩٥٩ ، ص١٣١١ .

[٥] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص٥٠١ .

[٦] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ص٣٧ .

يحرز الشخص شيئا ويكون اداة لحساب غيره فيكون هذا العنصر مجرد عامل سلبي يستبعد الحيازة الصحيحة فتنقلب الى مجرد احراز[١] .

ولعل اهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة حيث لا تحمي النظرية الشخصية واهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية حيازة المستأجر اذ المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر ومن ثم لا تحميه النظرية الشخصية اما النظرية المادية فتحميه بجميع دعاوى الحيازة[٢] . وقد اخذت التقنينات الجرمانية بالنظرية المادية بنصوص صريحة[٣] .

المطلب الثالث /موقف القانون المدني المصري من النظريتين الشخصية والمادية

يستشير بعض الفقه المصري الذي اطلعنا عليه[٤] ان جمهور فقهاء القانون المدني المصري يذهبون الى ان هذا القانون اخذ بالنظرية الشخصية . كما يذهب بعض الفقه الى ان القانون المدني المصري اخذ بالنظرية المادية وهناك رأي يقول انه اخذ موقفا وسطا بين النظريتين .

ونحن نؤيد ما ذهب اليه الدكتور عبد الرزاق السنهوري من حيث ان القانون المدني المصري اخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية ولكنه وسعها واستعار من النظرية المادية اهم نتائجها وهي شمول الحيازة للحقوق الشخصية والعينية وعدَّ المستأجر حائزا لحقه الشخصي وحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة[٥] . ويقترب من من هذا الموقف رأي الدكتور عبد المنعم فرج الصدة القائل بأن المشرع المصري اتخذ موقفا وسطا بين النظريتين[٦].

وقد سيقت للتدليل على هذا الرأي ادلة عدة نجملها فيما يلي :

١-كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن تعريفا للحيازة في المادة ١٣٩٨ منه على الوجه الاتي : "الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق"

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ، ص٨٠٧ .

[٢] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٠٢ .

وتجدر الاشارة الى ان دعاوى الحيازة لا تحمي سوى حيازة العقارات اما بالنسبة للمنقولات فان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية او سند الحائز تجعل من هذه الدعاوى عديمة الجدوى . محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ص٢١٥ . وبنفس المعنى د. عبد المنعم فرج الصده مصدر سابق ص٥٠٤ هامش رقم ٣ .

[٣] فقد نصت المادة ٨٦٨ من التقنين الالماني على انه " اذا حاز شخص شيئا بصفته صاحب حق انتفاع او دائنا مرتهنا رهن حيازة او مزارعا او مستأجرا او مودعا عنده او حازه بأية صفة مماثلة اخرى تجعل له الحق او تلزمه نحو الخير بان يجوزه حيازة مؤقته فان هذا الغير يعتبر هو ايضا حائزا للشيء" . واذا كان الحائز مجرد اداة بيد شخص اخر هو الحائز الحقيقي كما هو حال الخدم والاشخاص التابعين فان هؤلاء ليس لهم حيازة حقيقية بل مجرد احراز (حيازة عرضية) . والحيازة الحقيقية تكون للمخدوم او المتبوع . ونص القانون السويسري في المادة ٩١٩ منه على انه " من له السيطرة الفعلية على الشيء تكون له حيازته " وفي المادة ٩٢٠ منه على انه " اذا سلم الحائز الشيء للغير ليوليه عليه حق ارتفاق او حق رهن حازة او حقا شخصيا فكل من الاثنين يكون حائزا للشيء والقانون السويسري يعتبر حيازة التابع والخادم وصاحب الحق الشخصي حيازة حقيقية . ومادامت هناك سيطرة مادية على الشيء فهذه السيطرة تكون حيازة جديرة بان يحميها القانون بدعاوى الحيازة . انظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨٠٧ هامش رقم ٢ . وبنفس المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٠٣ .

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٨٠٩ ، هامش رقم ١ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص٥٠٢ هامش رقم ٢ . حيث يذكران التوزيع الاتي :القائلين بالاخذ بالنظرية الشخصية : محمد علي عرفه ، عبد المنعم البدراوي ، اسماعيل غانم ، منصور مصطفى منصور ، حسن كيره ، رمزي يوسف ، احمد ابو الوفا ، والقائلين بالأخذ بالنظرية المادية : عبد المنعم الشرقاوي ، والقائلين بالأخذ بالموقف الوسط : عبد المنعم فرج الصدة .

[٥] د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٨٠٩ . د. محمد عبد الجواد محمد ، مصدر سابق ص٦٤ . د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص٥٠٤ .

[٦] د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص٥٠٤ .

وتشير المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي الى ان هذا النص حقيقي من المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من التقنين المدني السويسري وهما متأثرتان الى حد بعيد بالنظرية المادية[١].

ومن الواضح ان النص المذكور يتفق مع النظرية المادية من حيث عدم اشتراطه وجود عنصر القصد بل ركز على العنصر المادي ومن ناحية اخرى فان حيازة الحق الشخصي ممكنه الى جانب حيازة الحق العيني ، وقد اكدت المذكرة التوضيحية للمشروع على ذلك فنصت ان "الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء او حق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية "[٢] وقد واجه نص المادة ١٣٩٨ من المشروع معارضة في لجنة مجلس الشيوخ التي اعترضت عليه لأنه تعريف ناقص وينقصه ركن نية التملك اذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك ، وبعد مناقشة طويلة ارتؤي حذف المادة اكتفاءً بالتعريف المقرر للحيازة في الفقه[٣] وهذا مؤشر على ان الحذف جاء اعتراضا على قرب التعريف من النظرية المادية وعدم ابرازه لعنصر القصد الذي تقول به النظرية الشخصية . غير ان الحذف لا يدل على تغليب النظرية الشخصية اذ ترك الامر للفقه ليقول رأيه[٤].

٢-ورغم حذف المادة ١٣٩٨ المشار اليها انفا فان المشرع بقي متأثرا بالنظرية المادية من حيث كون حيازة المستأجر حيازة صحيحة ولم يستثنِ من حكم الحيازة بالواسطة الا حيازة الخدم والتابعين الذين يأتمرون بأوامر متبوعهم فعدَّ حيازة هؤلاء مجرد احراز وهذا هو مذهب النظرية المادية في الحيازة كذلك[٥] . وقد اشارت المذكرة التوضيحية الى ذلك بقولها " ويتبين من ذلك ان المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر ويحوز للمالك حق الملكية "[٦]

٣-حماية حيازة المستأجر بكونها ابرز تطبيقات حيازة الحق الشخصي بدعاوى الحيازة كافة وهذا اهم تطبيق عملي للنظرية المادية[٧].وقد نصت المادة ٥٧٥ من القانون المدني المصري في فقرته الاولى على ذلك بقولها بقولها " لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي اذا صدر من اجنبي مادام المتعرض لا يدعي حقا ، وهذا دون اخلال بما للمستأجر من حق في ان يقاضي باسمه المتعرض مطالبا بالتعويض وبما له من حق في ان يرفع باسمه جميع دعاوى وضع اليد"[٨] . ولكن يظهر من القانون المدني المصري ان الحائز العرضي لا تحميه الا دعوى استرداد الحيازة وهي اهم دعاوى الحيازة[٩] . وقد نصت المادة ٢/٩٥٨ منه على انه " ويجوز ايضا ان يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره " . وهو حكم لم يتقرر في الدعويين الاخريين .

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨١٠ .

[٢] مجموعة الاعمال التحضيرية ج٦ مصدر سابق ص٤٥٠ .

[٣] مجموعة الاعمال التحضيرية ، المصدر السابق ص٤٤٩ .

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨١٢ – ص٨١٣ .

[٥] د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ص٨١١ . د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ص١١-ص١٢ . وتنص المادة ٩٥١ ف١ من القانون المدني المصري على انه "وتصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " .

[٦] مجموعة الاعمال التحضيرية مصدر سابق ص٤٥٥ .

[٧] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٠٥ .

[٨] وقد قضي بأن " القانون المدني اعتبر المستأجر حائزا تحميه جميع دعاوى الحيازة وطبقت المادة ١/٥٧٥ من القانون المدني هذا الحكم تطبيقا صحيحا بصدد التعرض المادي الصادر من الغير فأجاز للمستأجر ان يرفع باسمه على المتعرض جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له ماديا او تعرضا مبنيا على سبب قانوني " نقض مدني ١٩٨١/١/١ مجموعة احكام النقض س٣٢ ، قاعدة رقم ٢٠ ، ص٨٩ نقلا عن د. قدري عبد الفتاح الشهاوي مصدر سابق ، ص٤٠ هامش رقم ٣٦ .

[٩] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٠٥ .

٤-ومن ناحية اخرى حذفت الفقرة الثانية من مشروع المادة ٩٦٤ من القانون المدني المصري والتي تجري على الوجه الاتي "واذا ادعى الحائز ان حيازته تقوم على حق غير حق الملكية شخصيا كان او عينيا ، كانت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ولكن لا يجوز للحائز ان يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة " وهي من تأثيرات النظرية المادية في جواز حيازة الحق الشخصي كما الحق العيني وحذفها وان بُرِّرَ بالاكتفاء بالقواعد العامة فانه يعكس عدم الرغبة في ابراز جوانب النظرية المادية في الحيازة[١].

وهكذا يتضح ان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يغلب عليه الاخذ بالنظرية المادية في الحيازة وتجلى ذلك من خلال تعريف لها تعريفا لا يشير الى ركنها المعنوي الذي تبرزه النظرية الشخصية وشموله لحيازة الحق الشخصي الى جانب حيازة الحق العيني وهو مالم تأخذ به النظرية الشخصية وحماية الحائز العرضي بدعوى استرداد الحيازة والمستأجر بجميع دعاوى الحيازة الثلاث مع عدم اهماله للنظرية الشخصية في الحيازة من حيث اشتراط توافر العنصر المعنوي متمثلا بالقصد . غير ان هذا التعريف المذكور و حذف الفقرة الثانية من مشروع المادة ٩٦٤ التي تشير الى الحقوق الشخصية ، مع انه لم يضع بديلا عنها الا انه دل على عدم الاخذ بالنظرية المادية بشكل واضح والاخذ بالنظرية الشخصية من حيث المبدأ مع الابقاء على اهم تطبيقات النظرية المادية وهي حماية حيازة الحق الشخصي والحائز لحساب غيره[٢] .

المطلب الرابع/ موقف القانون المدني العراقي من النظريتين .

لقد تناولنا موقف القانون المدني المصري اولا ذلك لان نصوص القانون المدني العراقي في الحيازة غالبا ما تطابق نظيرتها المصرية او توافقها او ان القانون المدني العراقي اورد نصوصا كانت في مشروع القانون المدني المصري ولكنها حذفت . وحيث لا تتوافر لدينا وثائق تفصيلية عن الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ولا شروحا وافية بمستوى شروح القانون المدني المصري فان ما ذكرناه من ملاحظات حول دلالة النصوص المحذوفة او الباقية في القانون المدني المصري وموقف الفقه في مصر منها يسهل علينا استبيان موقف القانون المدني العراقي من النظريتين الشخصية والمادية في عنصر القصد .

يبدو لنا بعد ان عرضنا موقف القانون المدني المصري ان القانون المدني العراقي قد اخذ بنصوص صريحة مصدرها هو النظرية المادية في الحيازة وبالذات القانون المدني السويسري وعرف الحيازة تعريفا ذو صبغة مادية لم يشترط فيه العنصر المعنوي ونص بصراحة على شمول الحقوق الشخصية بالحيازة وتبنى نصوصا حذفها المشرع المصري من مشروع قانونه هي الاقرب للنظرية المادية وعلى النحو التالي :

١-عرفت المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي الحيازة بانها : " وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق " . وقد مرينا في المطلب السابق ان هذه المادة مأخوذة عن المادتين ٩١٩ و ٩٢٠ من القانون المدني السويسري وهي تعطي تعريفا للحيازة لم يذكر فيه ركنها المعنوي (عنصر القصد) ويجيز ان تكون الحيازة بالواسطة ويشمل بالحيازة الحقوق دون استثناء وقد لاحظنا ان المشروع المصري حذف نصا موافقا لهذا النص لافتقاده الى

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ، ص٨١٠ هامش رقم ٣ . ومجموعة الاعمال التحضيرية ، مصدر سابق ص٤٨٢ – ص٤٨٤ .

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص٨١٥ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٠٥ . د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ص٣٩- ص٤٠ .

الاشارة للركن المعنوي في الحيازة . ولذلك يمكن القول ان المشرع العراقي قد اخذ بالنظرية المادية في تعريفه للحيازة ولم يشر الى ركنها المعنوي على وجه الاستقلال[١].

٢-تنص الفقرة الثانية من المادة ١١٥٧ على ما يلي : "واذا ادعى الحائز ان حيازته منصبة على حق شخصي او على حق عيني غير الملكية كانت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق ، حتى يقوم الدليل على العكس ولكن لا يجوز للحائز ان يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة" وقد كان مشروع المادة ٩٦٤ من القانون المدني المصري يتضمن فقرة ثانية لها يوافق نصها نص الفقرة ٢ من المادة ١١٥٧ من القانون المدني العراقي ولكنها حذفت في أثناء مناقشات المشروع وهاتان الفقرتان تقضيان صراحة بشمول الحيازة للحقوق الشخصية والعينية وهو مذهب النظرية المادية في عنصر القصد .

٣-ان دعاوى الحيازة تحمي الحائز بموجب تعريف الحيازة في المادة ١١٤٥ اي انها تحمي الحائز العرضي والحائز الحقيقي[٢]. وخير مثال على ذلك حماية حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة[٣].

غير ان القانون المدني العراقي اذ يحدد للحيازة مفهوما تغلب عليه النظرية المادية في القصد، فانه لم يهجر بالنظرية الشخصية في القصد فقد اعتبر للحيازة المادية قرينة على الحيازة الحقيقية فقضت المادة ١١٤٧ بأنه : " اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزا من كانت له الحيازة المالية فقد حصل عليها من غيره بطريقة معينة ". فاذا ثبت ان هذه الحيازة حصلت بطريقة معينة او ان الحائز ليس الا حائزا عرضيا ، رُدت الحيازة الى الحائز الحقيقي.

ولكن القانون المدني العراقي لم يورد نصا يماثل نص المادة ٩٥٠ مدني مصري "يجوز لغير المميز ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية" وهي مادة متأثرة بالنظرية الشخصية في القصد .وفي الوقت نفسه فقد اعتدَّ المشرع العراقي بعنصر القصد مالم يعدُّ الحيازة قائمة على الرخصة والمسامحة لانتفاء الركن المعنوي المنطوي على معنى التعدي فيها .

---

[١] من التعريفات التي اشارت الى الركن المعنوي في الحيازة التعريف الذي اورده القانون المدني الكويتي في المادة ٩٠٥ منه حيث نصت على ان الحيازة "سيطرة شخص بنفسه او بواسطة غيره ، على شيء مادي ، ظاهرا عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر ، بان يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق ". وواضح من هذا التعريف نزعته الشخصية اذ هو ينص ان الحيازة تقع على شيء مادي مخرجا بذلك الحقوق الشخصية وينص بان الحائز يجب ان يظهر بمظهر المالك او صاحب الحق العيني . (التعريف نقلا عن د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٢٠ هامش رقم ١ .)

في مقابل ذلك لاحظ تعريف القانون المدني الاردني ذي النزعة المادية في المادة ١/١١٧١ على الوجه الاتي : "الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه او بواسطة غيره على شيء او حق يجوز التعامل فيه" . وينتقد د. محمد وحيد الدين سوار هذا التعريف بقوله " ويرد في هذا التعريف انه لم يتناول الركن المعنوي" . د. محمد وحيد الدين سوار . المصدر السابق ص٢٢٠ .

وقد اشارنا لهذا الاقتباس لتأكيد مذهب القانون المدني العراقي .

وخلاف رأينا هذا د. عبد المنعم فرج الصدة اذ يقول " اما القانونان العراقي واللبناني فيأخذان بالنظرية الشخصية فلا يمنحان الحائز العرضي الحماية القانونية بدعاوى الحيازة الا في حالات معينة على سبيل الاستثناء فالقانون العراقي يقتصر نصيبه من النظرية المادية على تخويل الحائز العرضي دعوى استرداد الحيازة بمقتضى المادة ١١٥٠ فقرة اولى مدني ".

وواضح ان هذا الرأي يتجاهل ما ذكرناه كما يتجاهل ان المشرع العراقي منح المستأجر الحماية بكافة دعاوى الحيازة وهو في ذلك يماثل الحماية التي يمنحها القانون المدني المصري للحائز العرضي والمستأجر ويزداد عليه ميلا للنظرية المادية بالتعريف الذي ساقه في المادة ١١٤٥ ونضمه على شمول الحقوق الشخصية بالحيازة في المادة ١١٥٧ ف٢ . ومع ان الدكتور الصدة يعتبر موقف القانون المدني المصري وسط بين النظرية المادية والشخصية ، وهو امر لا يستقيم برأينا المتواضع.

[٢] في المادة ١١٥٠ ف١ نص المشرع العراقي على حماية الحائز العرضي بدعوى استرداد ولكنه لم ينص على حمايته بوضوح في بقية دعاوى الحيازة .

[٣] " يستطيع المستأجر ان يحمي حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة فيرجع على المتعرض بدعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الاعمال الجديدة ، ولكن دفع التعرض عن حيازة المستأجر لا يعني ابدا رد ادعاء المتعرض من حيث موضوع الادعاء ، فاذا كان المتعرض يدعي ملكية المأجور واثبت ذلك في مواجهة المؤجر كان على المستأجر ان يسلم المأجور الى المالك" . د. جعفر العضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع والايجار والمقاولة ، طبع عمان ١٩٩٧ ، ص٢٤٥ .

من هذا نلخص الى ان القانون المدني العراقي اعتمد النظرية المادية في القصد في تعريف الحيازة وترتيب اثارها دون ان يهجر تماما النظرية الشخصية والتي ظل متمسكا بأحكام مهمة لها كما بينا في سياق البحث .

المبحث الثاني/ شروط القصد في الحيازة .

بعد ان تبينا معنى القصد في الحيازة في ضوء النظريتين الشخصية والمادية وموقف كل من القانونين المدني العراقي والمدني المصري من النظريتين ان ندرس الشروط الواجب توافرها لنكون امام قصد يكون الركن المعنوي في الحيازة ونتناول ذلك في ضوء احكام القانونين ايضا . وهذه الشروط هي :

١-تحقق عنصر القصد عند الحائز شخصيا .

٢-ان ينطوي القصد على معنى التعدي .

٣-انتفاء الاكراه او عدم الهدوء .

٤-عدم الغموض او اللبس .

وعدم تحقق هذه الشروط او بعضها يعدم عنصر القصد ومعه الحيازة او يجعله معيبا وبالتالي يعيب الحيازة . واستجلاء تحقق هذه الشروط يعدُّ من مسائل الواقع التي تختص بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها متى بنت استنتاجها على مبررات معقولة[١] . ونتناول كل من هذه الشروط في مطلب مستقل وسنتناول في مطلب خامس اثر تخلف عنصر القصد او تعيبه .

المطلب الأول/وجوب تحقق القصد عند الحائز شخصياً.

لاحظنا أن السيطرة المادية في الحيازة يمكن أن تتحقق من قبل الحائز نفسه ويمكن أن تتم من قبل شخص غير الحائز يقوم بهذه الأعمال المادية لحساب الحائز. لكن الأمر مختلف بالنسبة للعنصر المعنوي في الحيازة وهو عنصر القصد، فهذا الأخير يجب أن يكون موجوداً لدى الحائز شخصياً ولا يجوز أن يكون لدى شخص غيره لأن القصد أمر شخصي فلابد أن يكون موجوداً لدى الحائز شخصياً[٢].

ومع ذلك إذا كان الحائز غير مميز أمكن أن ينوب عنه نائبه القانوني، فالقصد يستلزم وجود إرادة، والنائب القانوني ينوب عن عديم التمييز في العنصر المعنوي والعنصر المادي في الحيازة.[٣]وقد نصت المادة٩٥٠ من القانون المدني المصري على ذلك بالقول: " يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية" ، ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي الذي لاحظنا أنه يميل الى الأخذ بالنظرية المادية فهو اكتفى بالإشارة في المادة ١١٤٥ عند تعريفه للحيازة الى أن الحائز يمكن أن يحوز بنفسه أو بالواسطة. وبرأينا المتواضع فإن الحيازة بالواسطة يمكن أن تتصرف الى الأعمال المادية المكونة للعنصر المادي وهو ما نصت عليه الفقرة ١ من المادة ٩٥١ من القانون المدني المصري بالقول" تصح

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٤٤.د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق ص٤٥، ص٤٩ ، ص٦٩ " وقضت محكمة النقض (في مصر) بان التحقق من استيفاء الحيازة شروطها القانونية من سلطة محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض متى اقام قضاءه على اسباب سائغة" .نقض ١٩٨٧/٤/٢ طعن ٤٤٣ س٥٣ ق . نقلا عن المستشار انور طلبة ، مصدر سابق ص٤٨٥

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨٢٤. محمد طه البشير مصدر سابق ص٢٠٣ و ص ٢٠٥.

[٣] د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ١٣. محمد طه البشير مصدر سابق ص٢٠٥. المستشار أنور طلبة مصدر سابق ص ٤٨٦.

الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة" والفقه في مصر يصرف معنى هذه المادة الى الركن المادي في الحيازة[١].

ولذلك فإن القول بحيازة غير المميز عن طريق الوصي أو الولي أو القيم في غياب النص المماثل للمادة ٩٥٠ من القانون المدني المصري الآنفة الذكر مي القانون المدني العراقي يكون محل نظر برأينا[٢]. وتخلف عنصر القصد عند من تكون له السيطرة المادية يجعل حيازته حيازة عرضية أو بتعبير آخر مجرد إحراز لا حيازة حقيقية. فقصد استعمال الحق لحساب الحائز نفسه غير متوافر عند الحائز العرضي. ولذلك فإن من له حق انتفاع أو رهناً حيازياً أو إجارة تنتقل اليه حيازة العين، فيحوز حقه فيها حيازة حقيقية لأن عنده السيطرة المادية والقصد بالنسبة لذلك الحق، ولكنه بالنسبة لحق الملكية يحقق السيطرة المادية بدلاً من المالك ويبقى العنصر المعنوي بالنسبة لحيازة حق الملكية عند مالك الرقبة. ولذلك فإن الحائز العرضي ملتزم دائما برد الحق أو الشيء الى صاحبه[٣]. فالحيازة العرضية هنا سلطة فعلية يباشرها الشخص على الشيء، أما بمقتضى إذن من المالك أو صاحب الحق العيني، وأما بناءً على ترخيص من القانون أو القضاء وذلك لحساب الحائز الحقيقي[٤] فالحيازة العرضية يعوزها القصد لتتحول الى حيازة حقيقية.

المطلب الثاني/ أن ينطوي القصد على معنى التعدي

يعني عنصر القصد في اللغتين الفرنسية والانكليزية (Animus) ويفد معناها بالعربية : المعارضة والتعدي والبغض والكراهية[٥]. وقد عبر القانون المدني العراقي والمدني المصري عن ذلك على النحو التالي، فقد نصت الفقرة ٢ من المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي : " ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه" ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ من القانون المدني المصري على أنه " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح" . وهنا لا يتحقق عنصر التعدي. ففي حال كون العمل مجرد إباحة يتخلف عنصرا الحيازة المادي والمعنوي، وفي حال كون العمل مما يتحمله الغير على سبيل التسامح يتخلف عنصر القصد وحده فلا تتحقق الحيازة الحقيقية[٦] .

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٧٩٤- ص٧٩٨. د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص ٥١٤. د. محمد كامل مرسي مصدر سابق ص١١ – ص١٢. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي مصدر سابق ص ٢٧ – ص ٣٠. وغيرهم.

[٢] ومع ذلك فإن النيابة في الحيازة قد لا تكون صحيحة، إذ أن النيابة تكون في التصرفات القانونية فيما الحيازة واقعة مادية، قد يكون فيها عنصر إرادي ولكن العنصر الأساسي السائد هو العنصر المادي كونها واقعة مادية على وفق التكييف الراجح كما بيّنا في البحث.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٢٥.

[٤] د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق ص ٥٢٣.

[٥] يستفاد هذا المعنى من المعاجم التالية: المغني – زائد. قاموس انكليزي عربي لحسن سعيد الكرمي. منشورات مكتبة لبنان، طبعة لبنان – بيروت ١٩٩٤ ص٢٦.

Oxford advanced learner's dictionary , sixth edition Iran, p41.

New , printed in the United States of America p36.

Webster's dictionary

قاموس الفرائد الدرية للطلاب ، انكليزي عربي ط٧ ، بيروت دار المشرق ص ٢٠. وجاء في لسان العرب لابن منظور: ج ١١ ص١٨١ ما يلي : قال ابن جنى اصل (ق ص د) وموقعها في كلام العرب الاعتزام والتوجه والنهود والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك او جور . هذا اصله في الحقيقة وان كان يُخَصُّ في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل . الا ترى انك تقصد الجور تارة كما تقصد العدل احرى فالاعتزام والتوجه شامل لهما جميعا . قَصَدَ : القصد استقامة الطريق . قَصَدَ يَقصِدُ قَصداً فهو قاصد .

[٦] عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨١٦. بنفس المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص ٥١٦. محمد طه البشير ، مصدر سابق ص ٢٠٣ – ص٢٠٤. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي مصدر سابق ص ٤١.

ففي الرخصة من المباحات يمكن للشخص ان يأتي العمل او ان لا يأتيه واذا اتاه فليس لاحد ان يمنعه "وهو اذن في اتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لاحد ولا يتحمل منه احد هذا العمل على سبيل التسامح بل ان العمل محظ رخصة يأتيها ، فلا هو في اتيانها حاز حقا لاحد ولو مجرد حيازة مادية ولا هو من باب اولى توافر عنده عنصر القصد لاستعمال حق لاحد ومن ثم لا تقوم الحيازة بإتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها كما سبق القول "[١] كذلك فان الاعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح وان كانت تتضمن عنصرا ماديا هو اتيان افعال مادية على حساب حق من حقوق الغير فان ذلك يتم بترخيص منه وتسامح مع جاره حفاظا على حسن العشرة والجوار فقام العنصر المادي وتخلف عنصر القصد[٢].

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري "يجب ان تكون الحيازة سيطرة متعدية لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح . فمن كان يمر بأرض جاره وقد رخص له الجار في ذلك لا على ان له حق ارتفاق لا يعدُّ حائزا لحق المرور ومن فتح مطلاً على ارض فضاء لجاره فترك الجار المطل على سبيل التسامح اذ هو لا يضايقه مادامت ارضه فضاءً لا يعدُّ حائزا لحق المطلّ"[٣] .

وقد اشار الفقه الى هذا الشرط في عنصر القصد بوضوح فالحيازة تستلزم "قيام الحائز بأعمال مادية تنطوي على اعتداء على ملك الغير"[٤] . " وان الاعمال التي يتكون منها الركن المادي يجب ان تنطوي على معنى التعدي"[٥] . وكذلك فانه لكي تتحول الحيازة الى حيازة حقيقية يجب "صدور اعمال ممن يدعي الحيازة تنطوي على معارضة صريحة لحق المالك ينتفي معها تحمل الاخير لتلك الاعمال على سبيل التسامح"[٦] وغير ذلك من الاشارات .

المطلب الثالث / انتفاء الاكراه او عدم الهدوء .

تكون الحيازة مشوبة بالإكراه او عدم الهدوء اذا حصل عليها صاحبها بالقوة او التهديد وبقي محتفظا بها دون ان تنقطع القوة او التهديد الذي حصل عليها به[٧]. والاكراه الذي يصيب الحيازة هو ذلك الذي يصدر من من الحائز عند بدء الحيازة اي ان الحائز يحصل على الحيازة بالإكراه اما اذا بدأت الحيازة هادئة ، فلا يعيبها

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨١٧ . وبنفس المعنى د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥١٦ و د. محمد عبد الجواد محمد ، مصدر سابق ص٧٧ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات مصدر سابق ص٢٥ . المستشار انور طلبة ، مصدر سابق ص٤٧٦ . ويعتبر بعض الفقه (د. الصدة مثلا) ان اعمال الاباحة والرخصة والتسامح يعوزها العنصر المادي في الحيازة والواقع ان هذه الاعمال تفتقر الى عنصر القصد لعدم انطوائها على معنى التعدي . فنفس هذه الاعمال (اي نفس العنصر المادي) لو قام به الحائز تعديا على ملك او حق غيره لكان ذلك كافيا لقيام الحيازة ومن ذلك نستنتج ان مثل هذه الاعمال لا تفتقر الى العنصر المادي بل العنصر المعنوي في الحيازة .

[٢] محمد طه البشير ، مصدر سابق ص٢٠٦ . د. صلاح الدين الناهي ، مصدر سابق ص٣٢٤ . د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، منشورات مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٥، ص٣٨٠ (وقضت محكمة استئناف مصر بأنه اذا كانت الارض موضوع النزاع من اراضي المباني وكان المدعي واضع اليد عليها لم ينتفع بها اكثر من انه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من ادوات ورشته الملاصقة لها فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها اذ انه من قبيل الافعال التي تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب احدهم حقا قبل الاخر مهما طال الزمن عليها) استئناف مصر ١٩٣١/٤/٢٠ نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨٢٠ .

[٣] مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج٦، مصدر سابق، ص٤٥٠ . بنفس المعنى د. حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، مصدر سابق ص١٩١ .

[٤] د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ، ص٢٣١ . نفس المعنى ، د.حسن علي الذنون ، المحاضرات ، مصدر سابق ص٣١ .

[٥] محمد طه البشير ، مصدر سابق ص٢٠٣ – ص٢٠٤ . نفس المعنى د. حسن علي الذنون ، المحاضرات ، مصدر سابق ص٣١ .

[٦] د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٣٥ .

[٧] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٥٢ .

بعد ذلك ان يضطر الحائز الى استعمال القوة للاحتفاظ بها ضد من يريد انتزاعها منه ، اذ ان هذا يكون من قبيل الدفاع الشرعي الذي يثبت لكل شخص بمركز واقعي[١] .

ويرى بعض الفقه[٢] ان عيب الاكراه يشوب العنصر المادي للحيازة غير اننا نرى ان هذا العيب يشوب العنصر المعنوي (عنصر القصد) بالدرجة الاساس لما يلي :

١- ان العنصر المادي في الحيازة يتمثل في الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز كما لو كان مالكا او صاحب الحق الذي يحوزه على النحو الذي بيناه في الكلام على العنصر المادي للحيازة وهذه الاعمال ليست موجهة ضد شخص معين بما في ذلك من انتزعت منه الحيازة فهي اعمال تتفق مع طبيعة الحق والشيء محل الحق . فاذا كانت حيازة حق انتفاع في ارض زراعية تمثلت هذه الاعمال بزراعة الارض واستعمالها واستغلالها في مجال الزراعة وبالصورة التي يقوم بها اي صاحب حق انتفاع فهذه الاعمال موجهة الى محل الحق . اما اعمال الاكراه سواء كان ماديا او معنويا فإنها اعمال موجهة لشل مقاومة ومعارضة من انتزعت منه الحيازة ابتداءً ثم الدفاع عن الحيازة بعد ان بدأت ولو بالإكراه ولذلك فان افعال الاكراه هي تعبير مغالٍ يصل الى حد الاعتداء (اي يفوق التعدي) عن قصد الحائز حماية سيطرته المادية والظهور بصورة لا لبس فيها بمظهر صاحب الحق والتصدي لمقاومة صاحب الحق الاصلي ومن هنا فإنها تتصل بقصد الحائز الظهور بمظهر المالك او صاحب الحق اكثر من اتصالها بالأعمال المادية المتمثلة باستعمال الحق باعتبار صاحبه . ومن هنا كانت اعمال الاكراه تعيب الحيازة ذلك لان القانون يحمي الحيازة حماية للأمن الاجتماعي من ناحية وكونها قرينة على الملكية او الحق المحوز كما رتب عليها اثارها اذا اهمل الحائز الحقيقي في المطالبة باستردادها للمدة المقررة في القانون فاذا كان من انتزعت منه الحيازة قد ابدى مقاومة الى درجة اضطر من انتزع الحيازة الى استخدام الاكراه لتحقيق مبتغاه كان هذا ينفي عنه قرينة الاهمال من جهة ويجعل المكره في موقف المعتدي على الامن الاجتماعي ولا يستحق الحماية لذلك ، بل ان الحماية مقررة ضد التصرفات المماثلة لتصرفاته . وفي هذا كله يدور الصراع على اثبات قصد الظهور بمظهر المالك اي يدور الصراع حول الركن المعنوي في الحيازة .

٢-بينّا في المطلب السابق ان الركن المعنوي ينطوي على معنى التعدي اي الظهور بمظهر صاحب الحق بمواجهة صاحب الحق الحقيقي الذي اصبح على بينة من ذلك ولكنه مع ذلك لم يتخذ الاجراءات التي كفلها له القانون لدفع هذا التعدي واسترداد الحيازة . وهنا مازال الامر في اطار التعدي ولكن دون الاعتداء والاكراه الذي يضطر صاحب الحق الى التنازل عن حيازته مكرها . ولذلك فان الاكراه هو المرحلة الاكثر غلوّاً في التعبير عن التعدي واذا كان التعدي يتعلق بالركن المعنوي فان الاكراه يتصل بهذا الركن كذلك اي بعنصر القصد في الحيازة.

وأيّا كان فقد نصت المادة ١١٤٦ من القانون المدني العراقي على ما يلي "اذا اقترنت الحيازة باكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس فلا يكون لها اثر تجاه من وقع عليه الاكراه او اخفيت عنه الحيازة او التبس

---

[١] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٠ . د. مروان كركي ود. سامي منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية ط٢، ١٩٩٢، ص١١٢. (وقضت محكمة النقض بأن المقصود بالهدوء الذي هو شرط للحيازة المكسبة للملكية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان لا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها . فاذا بدء الحائز وضع يده هادئا فان التعدي الذي يقع اثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك) نقلا عن المستشار انور طلبة ، مصدر سابق ص٤٨١ – ص٤٨٢ نقض ١٩٧٥/١/١٤ طعن ٥٥٧ س٣٩ .

[٢] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٠ . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢١٠ ، د. محمد وحيد الدين سوار مصدر سابق ص٢٥٠ .

عليه امرها ، الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب" . وهو يطابق الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ باستثناء استخدام المشرع المصري كلمة (قِبَلَ) بدلا من (تجاه) الواردة في النص العراقي والحكم واحد في القانونين .

واذا بدأت الحيازة هادئة فلا يعيبها الاكراه اذا اضطر الحائز الى دفع القوة بالقوة لاستبقاء حيازته[١] واذا انقطع الاكراه فان الحيازة تعود هادئة ولا يشوبها العيب وان اضطر الحائز للدفاع عنها بالقوة[٢] .

وعيب الاكراه عيب نسبي لا يحتج به الا من وقع عليه الاكراه فاذا انتزع الحائز حيازته بالإكراه من غير المالك فان المالك لا يستطيع ان يدعي ان الحيازة يعيبها الاكراه طالما ان الحائز لم يستعمل الاكراه في مواجهته[٣] .

واذا زال الاكراه عادت الحيازة غير معيبة وامكن للحائز حمايتها بدعاوى الحيازة كما يمكن لمن انتزعت منه استردادها في سنة من فقدانه لها[٤].

المطلب الرابع/ الوضوح او عدم اللبس والغموض .

لا خلاف في الفقه في ان الغموض او اللبس في الحيازة عيب معروف يعيب عنصر القصد فيها[٥] . والغموض في عنصر القصد يجعل هذا العنصر ذا معنيين معنى ان الحائز يحوز لحساب نفسه ومعنى انه يحوز لحساب غيره او لحساب نفسه ولحساب غيره معا. ومن الامثلة التي توضح معنى الغموض او اللبس في قصد الحائز : شخص يموت ويوجد في منزله اشياء كالمجوهرات والاوراق المالية والمنقولات تكون في حوزة من يعيشون معه كالزوجة او الخادم او احد ورثته او احد اتباعه الذين يعيشون معه . فقد يلتبس الامر بشأن حيازة احد هؤلاء الذين كانوا يعيشون مع المدين أكان يحوز تلك الاشياء لحساب نفسه ام يحوزها لحساب الميت بحكم المعاشرة ؟ فاذا احتج احد هؤلاء بالحيازة امكن القول بأن حيازته يعيبها الغموض ولذلك لا تنتج اثارها[٦] . ومن الامثلة الشائعة على عيب الغموض في عنصر القصد حالة الشركاء في الشيوع فهذه الحالة تجعل من الممكن ان يقوم احد الشركاء بالأعمال المادية المكونة للعنصر المادي للحيازة الخاصة به هو ولكنها يمكن ان تلتبس بحصة بقية الشركاء ولا يكون من السهل تمييزها اذا كانت حيازته خاصة بحصته هو ام بحصته وحصص بقية الشركاء وبالتالي يكون عنصر القصد هنا معيبا باللبس او الغموض[٧].

وعيب الغموض او اللبس كما بينا ينصب على عنصر القصد في الحيازة ولا يختلط بغيره من العيوب الاخرى لها . ولكن هناك رأياً اخر يذهب الى ان هذا العيب ليس بعيب مستقل بل هو يختلط بالعيوب الاخرى

---

[١] وقد قضت محكمة النقض في مصر بأن الحيازة تعتبر غير هادئة اذا بدأت بالإكراه . اما اذا بدأ الحائز وضع يده هادئا فان التعدي الذي يقع في اثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك . نقض مدني ١٩٥٩/٦/٢٥ نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٥٢ هامش رقم ٥ .

[٢] د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ص٣٩٧ .

[٣] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٦ . د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٥٠ . د. حسن علي الذنون ، المحاضرات ، مصدر سابق ص٣٠ . د. غني حسون طه ، مصدر سابق ص٢١٦ .

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٥٥ – ص٨٥٦ . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢١٢ .

[٥] انظر مثلا د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨٥٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٥ . د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٥٠ . د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مصدر سابق ص٧٩ . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢١٢.

[٦] د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ص٢٢ . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢١١ – ص٢١٢ (وقضت محكمة الاستئناف في مصر في ١٩٣٨/١/٦ انه " اذا كان المتبع في عهد وفاة مورث الطرفين قيام ارشد العائلة بإدارة شؤونها المختلفة فوضع يد ذلك الارشد على ممتلكات المورث مهما طال لا يكسبه الملكية ولو نقل التكليف لاسمه" نقلا عن د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص٥٤٣ .

[٧] د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ص٢١– ص٢٢ . د. حسن علي الذنون ، المحاضرات ، مصدر سابق ص٣٠ .

حيث ان عدم ثبات ووضوح هذه العيوب هو الذي يعيب الحيازة بعيب الغموض . والرأي الارجح هو القول بأن الغموض عيب مستقل وانه يصيب عنصر القصد وحده[١] .

وعيب الغموض وهو يصيب عنصر القصد في الحيازة ا يهدم هذا العنصر كليا فهو يثير الشك حول توفر هذا العنصر دون ان يدل على انتفاءه . ولذلك فان الحيازة يمكن ان تكون قائمة ولكنها معيبة وبفضل هذا العيب يستطيع القضاء ان يخفف من النتائج التي تترتب على افتراض العنصر المعنوي لدى الحائز فاذا كانت الحيازة تعدُّ قائمة ولو كان العنصر المعنوي مفترضا الا ان اللبس الذي يشوب هذا العنصر يجعل الحيازة غير منتجة لآثارها[٢]. وحكم القانونين المدني العراقي والمدني المصري واحد عند وجود عيب اللبس في الحيازة فقد مر بنا نص المادة ١١٤٦ من القانون المدني العراقي وحكمها نفس حكم المادة ٩٤٩ فقرة ٢ من القانون المدني المصري واللتان تقرران بانعدام اثر الحيازة تجاه من التبس عليه امرها الا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب وعليه فان عيب اللبس عيب نسبي يقتصر اثره على من التبس عليه امر الحيازة من حيث عنصر القصد[٣]. ففي الامثلة التي قدمناها تكون الحيازة الغامضة عند الزوجة والخادم والوارث عديمة الاثر بالنسبة لورثة الميت ولكنها مؤثرة بالنسبة لغيرهم . وفي مثل الحيازة الغامضة للشريك في الشيوع لا يكون لهذه الحيازة من أثر بالنسبة لبقية الشركاء ، اما بالنسبة للغير فإنها حيازة معتبرة[٤].

ويمكن ان يزول عيب الغموض بزوال اللبس او الغموض وعندئذ يسري اثر الحيازة قِبَلَ من كانت ملتبسة عليه من وقت زوال الغموض اي من الوقت الذي لا يعود هناك لبس بان الحائز يحوز لحسابه نفسه لا لحساب غيره[٥].

المطلب الخامس/ اثر تخلف عنصر القصد او تعيبه .

لاحظنا في معرض كلامنا عن شروط عنصر القصد في الحيازة ان القصد قد يكون معدوما اذا اختل قسم من هذه الشروط وقد يكون موجودا ولكنه معيب اذا اختل القسم الاخر . وقد اثرنا اجمال هذه الاثار في مكان واحد لتسهيل تكوين صورة موحدة شاملة عن هذا الموضوع بدلا من الكلام عن اثر اختلال كل شرط عند الكلام عن الشرط ذاته. ونتناول اثر اختلال هذه الشروط واحدا بعد الاخر .

١-اذا تخلف شرط انطواء القصد على معنى التعدي كما هو الحال عند اتيان الرخصة من المباحات وفي اعمال التسامح فان هذا يؤدي الى انعدام عنصر القصد لدى من يأتي مثل هذه الاعمال. وحيث انه لا يقوم بأعمال مادية نيابة عن غيره ولا اعمال مادية تنطوي على معنى التعدي فان الحيازة هنا لا تقوم[٦] . وهذا ما ما نصت عليه المادة ١١٤٥ فـ٢ مدني عراقي والمادة ٩٤٩ فـ١ مدني مصري بقولهما " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه .... " وسبق نص الفقرتين .

٢-اذا تخلف شرط وجود القصد عند الحائز شخصيا وهي حالة ما اذا كان الشخص يحوز حقا بواسطة غيره، وهذا الغير يقوم بكل اعمال السيطرة المادية التي تتفق مع طبيعة الحق محل الحيازة ولكن قصد الظهور

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٥٩ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٨ . د. محمد كامل مرسي مصدر سابق ص٢١ .

[٢] د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٤٥ .

[٣] د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ص٢٢ . د. غني حسون طه ، مصدر سابق ص٢١٦ .

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٥٩ . د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ص٢١٢ .

[٥] د. محمد وحيد الدين سوار ، مصدر سابق ص٢٤٩ . د. غني حسون طه ، مصدر سابق ص٢١٧.

[٦] د. عبد الرزاق السنهوري مصدر سابق ص٨١٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ص٥٢١ . د. قدري عبد الفتاح الشهاوي مصدر سابق ص٤٤ . . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢٠٤ ، ص٢٠٦ .

بمظهر صاحب الحق (على قول البعض) او قصد استعمال الحق لحساب نفسه ليس متحققا عند من يقوم بالركن المادي في الحيازة بل متحقق عند شخص اخر هو ذلك الذي يسيطر على محل الحيازة بواسطة غيره، فيكون العنصر المادي عند شخص والعنصر المعنوي عند شخص اخر . وهنا تقوم الحيازة ويطلق عليها الحيازة العرضية بالنسبة للحائز المادي وهي حيازة حقيقية بالنسبة لمن تحقق عنده القصد ولكن بواسطة غيره [١] وهكذا فان تخلف الشرط الثاني وهو محل البحث هنا لا يعدم الحيازة ولكن يجعلها حيازة عرضية (حيازة مادية او احراز) .

والحائز العرضي لا يمكن ان يكسب الحق بالتقادم ولا تحميه الا دعوى استرداد الحيازة مهما مر على حيازته من الزمن وتبقى حيازته بهذه الصفة اذ لا يستطيع ان يغير صفتها بنفسه (مادة ١١٦٠ مدني عراقي والمادة ٩٧٢ مدني مصري) ولكن يمكن ان تتغير صفة الحيازة بفعل الغير كما لو اشترى المستأجر العين المؤجرة ، فقد كانت حيازته عرضية لحق الملكية تحولت الى حيازة حقيقية بالبيع . ويمكن ان تتغير صفة الحيازة بفعل من الحائز يعدُّ معارضة لصاحب الحق . ولا يكفي مجرد انكار الحائز العرضي لحق المالك واعلانه ذلك على ملأ من الناس بل يجب ان يعارض الحائز العرضي حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك[٢].

٣-اذا تخلف شرط الهدوء او شرط الوضوح يترتب نفس الاثر اذا تخلف اي من هذين الشرطين وهو ان الحيازة الحقيقية تقوم لان عنصر القصد موجود ولو كان معيبا. فالحيازة المعيبة ليست حيازة عرضية بل هي حيازة حقيقية ولكن فيها عيب هو في الحالة الاولى عيب الاكراه وفي الحالة الثانية عيب الغموض او اللبس وكلاهما يعيب الركن المعنوي ، وتقدم القول ان هذا العيب نسبي من حيث الاثر فهو يعدم اثر الحيازة بمواجهة من حصل العيب قبله ، اي من حصل الاكراه عليه او من التبس امر الحيازة بالنسبة اليه . ومن ناحية ثانية فان هذين العيبين مؤقتان فاذا زالا اصبحت الحيازة سليمة من العيب تترتب اثارها من وقت ارتفاع العيب. وقد تقدم تفصيل ذلك.

الخاتمة

يمكننا اجمال أهم النتائج التي توصلنا اليها فيما يلي:

١. يختلف مفهوم القصد في الحيازة من حيث لزوم تحققه مستقلاً عن الحيازة المادية في ظل النظريتين المادية والشخصية ، ورغم أن الآثار التي يرتبها القانونان المدني العراقي والمدني المصري على الحيازة متشابهة، إلاّ أن موقف القانونين من تحديد مفهوم الحيازة متباين . فبينما لاحظنا أن المشرع المصري قد تجنب إيراد تعريف ذي طابع مادي للحيازة وحذفه من مشروعه لأنه لم ينص على لزوم تحقق قصد التملك عند الحائز ، دالاّ بذلك على أنه لم يشأ الأخذ بالمفهوم المادي للحيازة ، نجد أن المشرع العراقي قد فعل ذلك وأورد التعريف الذي حذفه المشرع المصري في صدر المواد الخاصة بالحيازة. وحذف المشرع المصري من مشروعه الفقرة التي تنص على شمول الحيازة للحقوق الشخصية ، مما دل على المزيد من البعد عن النظرية المادية بخلاف المشرع العراقي الذي نص على تلك الفقرة نفسها. ومن ناحية أخرى فإن المشرع المصري قد نص على إمكان تحقق قصد عديم التمييز عن طريق نائبه القانوني وهو ما تجنبه المشرع العراقي. وهذا كله

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ص٨٢٥ . د. محمد طه البشير مصدر سابق ص٢٠٦ . د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص٥٢٣ . د. محمد عبد الجواد محمد ، مصدر سابق ص٧١ .

[٢] د. عبد المنعم فرج الصدة مصدر سابق ص٥٣١ – ص٥٣٦ . د. عبد المنعم البدراوي مصدر سابق ، ص٥٠٦ . محمد طه البشير مصدر سابق ص٢٠٨ .

أظهر لنا أن المشرع العراقي ذو نزعة مادية في مفهومه للحيازة وأن المشرع المصري ذو نزعة شخصية . غير أن أياً من القانونين لم يأخذ من نظرية واحدة فقط وإنما أخذ من كليهما بقدر، سواء في مفهومه للحيازة وعنصر القصد فيها أم في الآثار المترتبة على الحيازة.

٢. إن الأخذ بأي من المفهومين الذين أشرنا اليهما لعنصر القصد في الحيازة تترتب عليه نتائج عملية، ذلك لأن النظرية الشخصية في القصد تضيق من نطاق الحماية للحيازة. فهي من ناحية تستبعد حيازة الحقوق الشخصية ومن ناحية أخرى لا تحمي الحائز العرضي إلاّ بدعوى استرداد الحيازة. أما النظرية المادية فإنها توسع من نطاق الحقوق التي تصلح محلاّ للحيازة كما تضيق من نطاق الحيازة العرضية لصالح الحيازة الحقيقية. ولذلك فإن القانون المدني العراقي بنزعته المادية المشار اليها سيحمي حيازات أوسع نطاقا مقارنة بنظيره المدني المصري.

٣. إن المشرع المصري ورغم أنه عندما حذف الفقرات التي أشرنا اليها لم يضع بديلاً عنها يختلف حكمه عن حكمها بل ترك الأمر للفقه ليقول كلمته، فإن الفقه لا يستطيع أن يتجاوز حقيقة أن المشرع لم يرد ما كان واردا في أصل مشروع القانون فحذفه. وقد أورد البحث الإشارات الى ما دار من نقاش في لجان دراسة وتنقيح مشروع القانون المدني المصري من خلال الأعمال التحضيرية له.

٤. رغم أن الراجح من الرأي في الفقه هو أن الحيازة واقعة مادية ترتب آثاراً قانونية، إلاّ أن الدراسة قد أوضحت أن للإرادة دوراً مهماً فيها. فالقصد ليس نوايا داخلية للحائز فقط بل هو أفعال مادية تدل دلالة واضحة على قصد الحائز التعدي والتمسك بحق ليس هو صاحبه بمواجهة الكافة. ولذلك فإن دور الإرادة في الحيازة يستلزم وقفة تأمل حول التصوير القانوني للحيازة وكيف تؤدي الى كسب الملكية أو الى عدم سماع الدعوى ، أهو بالواقع المادي الذي تخلقه أم بالفعل الإرادي لحائز؟ وهل إن ذلك بفعل الحائز وحده أم هو مع موقف من انتزعت منه الحيازة؟ وهذا الأمر يتطلب المزيد من الدراسة والتعمق.

٥. خالف البحث بعض ما ذهب اليه الفقه من أن عنصر القصد يعني أن تكون الحيازة مقترنة بنية التملك أو كسب الحق محل الحيازة وأيدنا الرأي الآخر الذي يذهب الى أن عنصر القصد يعني نية الحائز استخدام الحق لحساب نفسه وبينّا سبب ذلك.

٦. وخالفنا الرأي القائل بأن الأعمال القائمة على تسامح المالك يعوزها العصر المادي في الحيازة وقلنا أن العنصر المعنوي هو الذي يعوزها، فهي ينقصها معنى التعدي على حق للغير لا العنصر المادي الذي يتمثل بالأعمال المادية المتسامح فيها.

٧. وخالفنا الرأي القائل بأن الإكراه عيب يصيب الركن المادي في الحيازة – وهو الرأي السائد في الفقه – وبينّا بأن الإكراه هو الغلو في التعدي الذي ينطوي عليه العنصر المعنوي. فالأعمال المادية المكونة للعنصر المادي لا تقبل أن تنطوي على الإكراه في حد ذاتها ، فهي استعمال واستغلال للحق محل الحيازة كما يستعمله صاحبه، أما الإكراه فهو الأعمال المادية أو الدهنية التي يمارسها الحائز ضد صاحب الحق لينتزع الحق منه رغم إرادته والتي من شأنها أن تخلق في نفسه رهبةً تجبره على ذلك، ولذلك فإنها لصيقة بعنصر القصد ومعبرة عنه أكثر منها بالعنصر المادي للحيازة.

المصادر

أولاً : مصادر الفقه القانوني:

انور طلبة ، المستشار، الوسيط في القانون المدني ، ج٣ ، دار المطبوعات الجامعة ، الاسكندرية.

جعفر العضلي ، الوجيز في العقود المدنية – البيع والايجار والمقاولة ، طبع عمان ١٩٩٧.

حسن علي الذنون،محاضرات في القانون المدني العراقي،مقومات الملكية والحقوق العينية والائتمان العقاري ، مطبعة الرسالة ، القاهرة ، ١٩٥٥.

د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد ١٩٥٤.

شاكر ناصر حيدر ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، مطبعة المعارف بغداد ، ١٩٥٩.

د. صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، ج١ شركة الطيع والنشر الاهلية ، بغداد ١٩٦١.

د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، دار احياء التراث العربي لبنان– بيروت

د. عبد المنعم البدراوي شرح القانون المدني ، في الحقوق العينية الاصلية ، ط٢ دار الكتاب العربي بمصر.

د. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٦٤.

د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية ١٩٨٢.

د. غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، دراسة مقارنة ، ج١ ، مطبوعات جامعة الكويت

د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٣.

محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ١٩٨٢.

د. محمد عبد الجواد محمد ، الحيازة والتقادم في الفقه الاسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٧.

د. محمد كامل مرسي شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، ط٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ١٩٥٢.

د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الاردني ، الحقوق العينية الاصلية ، اسباب كسب الملكية ، ط٢ ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع عمان ١٩٩٦.

د. مروان كركبي ود. سامي منصور، الأموال والحقوق العينية العقارية الأصلية ط٢، ١٩٩٩.

معوض عبد التواب، المستشار، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني،ج٣ ط٣ منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٦.

د. منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري، منشورات مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٦٥.

ثانياً : القوانين والأعمال التحضيرية:

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٦، الحكومة المصرية وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة.

ثالثاً: المعاجم:

ابن منظور لسان العرب ج٣ دار احياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت– لبنان.

قاموس الفرائد الدرية للطلاب ، انكليزي عربي ط٧ ، بيروت دار المشرق.

المعجم الوسيط ج١ ، اعداد مجمع اللغة العربية في القاهرة ، دار احياء التراث العربي بيروت – لبنان.

المغني – زائد. قاموس انكليزي عربي لحسن سعيد الكرمي. منشورات مكتبة لبنان، طبعة لبنان – بيروت ١٩٩٤ ص٢٦.

Oxford advanced learner's dictionary , sixth edition Iran New Webster's dictionary , printed in the United States of America.