

الفصل الأول : مفهوم الحيازة

الواقع أن الحيازة وضع مادي يبدي إزاء سيطرة شخص سيطرة فعلية على حق، سواء كان هذا الشخص هو ذات صاحب الحق أو لم يكن .والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق.فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشيء محل الحق ، فيقال أن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية ، وتكون السيطرة الفعلية عنها عن طريق أعمال مادية هي ذات الأعمال التي يقوم بها المالك عادة في استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك ، فالشخص يكون حائزا لحق الملكية ، أو للشيء محل هذا الحق ، متى استعمل بالنسبة إليه أي حق من حقوق المالك.¹

والحيازة عبارة عن وضع اليد على شيء معين وضعا ماديا مقرونا بنية التملك، وهنا وضع اليد على العقار مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية يؤدي إلى امتلاك واضع اليد له، ووضع اليد هنا واقعة يرتب عليها القانون أثرا هو كسب الملكية العقارية طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري .

والحيازة في حد ذاتها تعني السيطرة الفعلية لشخص على شيء أو استعماله لحق عيني وللحيازة عنصران: مادي ومعنوي.

ولكي تنتج الحيازة أثرها يجب أن تكون خالية من العيوب المتمثلة في الإكراه والخفي واللبس وعدم الإستمرار أو التقطع ، إذن بمفهوم المخالفة يشترط في الحيازة الهدوء والوضوح بالإضافة للإستمرار وأن لا يشوبها إنقطاع و تكون غير مؤقتة .

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف للتوزيع،الاسكندرية ، دط 2003 ، ص 13.

وعليه سنوضح أكثر هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : تعريف الحيابة وعناصرها

المبحث الثاني : شروط صحة الحيابة وعيوبها .

المبحث الأول : تعريف الحيازة وعناصرها

جاء المشرع بأحكام تفيد بصورة عامة بأن الحيازة تتمثل في استعمال واستغلال عقار أيا كانت طبيعته. وهي وضع مؤقت يحميها القانون. وإذا طالت عملية وضع اليد عليه يترتب عليها تحويل الواقعة المادية المتمثلة في استعمال واستغلال العقار إلى حالة قانونية تؤدي إلى اكتساب العقار موضوع الحيازة عن طريق التقادم المكسب .

تقوم الحيازة على عنصرين أساسيين. ولا يمكن اعتبار أن الشخص المدعي بوضع يده على عقار بأنه حائز له فعلا بالمفهوم الذي قرره المشرع في أحكام القانون المدني إن لم يجتمع بيده هذان العنصران يمارسهما معا. ويتمثل العنصر الأول في العنصر المادي . والثاني في العنصر المعنوي . وقرر المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ثلاث صور من الدعاوى العقارية لحمايتها¹ .

وبناء عليه سنتناول توضيح هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تعريف الحيازة

المطلب الثاني : عناصر الحيازة .

¹ - مجيد خلفوني ، العقار في القانون الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، دط 2012 ، ص 336.

المطلب الأول: تعريف الحيازة

لم يعرف القانون المدني ولا التشريعات الحيازة ، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء لمحاولة ضبط مفهومها لكن قبل الخوض في الآراء الفقهية نتطرق أولاً الى تعريفها لغة: يقول أهل اللغة إن كل من ضمَّ إلى نفسه شيئاً فقد حازه حوزاً وحيازة . وبالنسبة للمعنى الشرعي اصطلاحاً: هي كل شيء ضمه الإنسان إلى نفسه محازه حوزاً وحيازاً وحيازة واحتازه أيضاً واحتاز كل شيء في حوزته ما تستعمل هذه الكلمة في مذهب المالكية ويكثر من استعمال لفظة (حوز) بدل (حيازة).

وقد عَرَّفها الدردير فقال: الحيازة: هي وضع اليد على الشيء والإستيلاء عليه ¹.

والحيازة بهذا التعريف بمعنى القبض .

وفي القوانين الفقهية: القبض هو الحوز .

عَرَّفها صاحب البهجة فقال: الحوز وضع اليد على الشيء المحوز .

ويمكن أن يقال إنهم يستعملونها في كتبهم بمعنيين أحدهما أعم من الآخر، أما بالمعنى

الأعم، فيريدون بالحيازة إثبات اليد على الشيء والتمكن منه ، وهو نفس معنى القبض عند

سائر الفقهاء، وأما بالمعنى الأخص: أي الحيازة التي هي سند الملكية للحائز الذي يدعيها فهي

وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغرس والهدم وغير

ذلك من وجوه التصرف ، فهي عبارة عن سلطة فعلية على شيء يمارسها شخص قد يكون

مالكاً لذلك الشيء أو غير مالك له ².

وبالنسبة للآراء الفقهية حول الحيازة يرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري " أنها واقعة

مادية بسيطة تحدث آثاراً قانونية " ³.

¹ - الدسوقي مع شرح الدردير : 233/4

² - ابن منظور: لسان العرب، مادة (حوز)، الكليات 187/2 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، الجزء التاسع ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 1998 ص 780.

ويرى جزء من الفقه الفرنسي " أنها واقعة قانونية لأنها تكسب حقوقاً".¹

وفريق آخر من الفقه الفرنسي عرفها بأنها " الاستئثار بشيء أو حق ، يمارسها شخص يظهر وكأنه المالك الفعلي وفي ذات السياق هناك من عرفها بأنها " سلطة فعلية يمارسها الشخص على الشيء تظهره بمظهر صاحب الحق ".²

وأورد نص المادة 1398 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تعريفاً للحيازة كان مفاده " الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق " ، كذلك ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الخصوص ما يأتي " الحيازة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق ، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الإنتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية " .

هذا وقد يسعفنا في ذلك ما ورد في نص المادة 01/1145 من التقنين المدني العراقي من أن " الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق " .

بينما قضت المادة 905 من التقنين المدني الكويتي بأن " الحيازة هي سيطرة شخص شخص بنفسه أو بواسطة غيره ، على شيء مادي ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق " .

كما قضت المادة 01/1171 من التقنين المدني الأردني بأن " الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه " .³

وبالنسبة لبعض آراء أساتذة ومستشارين جزائريين ممن تناولوا موضوع الحيازة وبحسب المستشار عبد الحفيظ بن عبيدة أنها " وضع اليد على حق عيني عقاري والسيطرة عليه فعليا وإستعماله حسب ما يتفق وطبيعته مع القصد إلى ذلك سواء كان هذا العقار مملوك للحائز أم لا .

¹ - ميسون زهوين : إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، (مذكرة ماجستير) ، قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري كلية الحقوق جامعة منتوري قسنطينة ، 2007 ، ص 09 .

² - حمدي باشا عمر : آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، دط 2013 ، ص 21

³ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 12 - 14 .

وسواء كان الحائز بنفسه أو بواسطة غيره فالعبرة بتوافر شروط وعناصر الحيازة
فالحيازة ليست حقا شخصيا ولكن واقعة مادية تحدث أثارا قانونية بتوافر شروط معينة وتصبح
سببا من أسباب كسب الحقوق العينية العقارية وطريق من طرق كسب الملكية بالتقادم¹ .
وبحسب الأستاذة ليلي طلبية أنها " واقعة مادية تتمثل في سيطرة الشخص سيطرة مادية
فعلية على حق عيني أو حق شخصي ، سواء كان الحائز هو صاحب هذا الحق أو لم يكن"².
وبحسب المستشار حمدي باشا عمر أنها " وضع اليد على عقار مع مرور مدة التقادم
المكسب للملكية فيؤدي إلى إمتلاك واضع اليد له ، ووضع اليد هنا واقعة يترتب عليها القانون
أثر وهو كسب الملكية العقارية"³ ، ويتفق معه الأستاذ جمال بوشناق⁴ في ذلك .
وبحسب الأستاذ مجيد خلفوني أنها " تتمثل في استعمال وإستغلال عقار أيا كانت
طبيعته ، وهي وضع مؤقت يحميها القانون ، وإذا طالت عملية وضع اليد عليه يترتب عليها
تحويل الواقعة المادية المتمثلة في إستعمال وإستغلال العقار إلى حالة قانونية تؤدي إلى
إكتساب العقار موضوع الحيازة عن طريق التقادم المكسب"⁵ .
وبحسب اجتهاد المحكمة العليا بالجزائر " فالحيازة هي وضع مادي وبه يسيطر الشخص
سيطرة فعلية على عقار ويستعمل بالفعل حقا من الحقوق"
والحيازة بهذا التعريف ليست بحق عيني أو بحق شخصي ، بل هي ليست حقا أصلا وإنما
واقعة مادية ومع هذا تحدث أثارا قانونية ، من جملتها تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية
العقارية.⁶

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة : إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ،
الطبعة الثامنة، 2013 ، ص 95.

² - ليلي طلبية : الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2011، ص
60.

³ - حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، دط 2013 ، ص
59

⁴ - جمال بوشناق : شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، دط 2006 ، ص 229.

⁵ - مجيد خلفوني : المرجع السابق ، ص 336

⁶ - إصدارات المحكمة العليا :الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، قسم الوثائق ،الجزء الثاني ، 2004 ، ص 130.

المطلب الثاني: عناصر الحيازة

إذا كانت الحيازة هي السيطرة الفعلية على حق واستعماله مع ما يتفق وطبيعته ، وحتى تؤتى آثارها القانونية فلا بد أن تتوافر فيها الشروط التي أوجبها القانون ، علاوة على عنصرها المادي (السيطرة) والمعنوي (القصد) ومتى توفر ذلك أمكن التملك بالتقادم المكسب¹ وهو ما جاءت به أحكام المادة 827 من القانون المدني² . وكذلك نجد المشرع المصري سار على درب المشرع الجزائري حيث أقر أن الحيازة تتضمن عنصرين: أحدهما مادي وهو "وضع اليد" والآخر معنوي متمثل في "نية الحائز" ، وكسب الحيازة يستلزم بالضرورة الجمع بينهما . ولكي تحقق الحيازة آثارها خاصة فيما يتعلق بأمر حمايتها بدعوى الحيازة وبالتالي تضحى سببا لكسب الملكية بنفسها أو عن طريق التقادم المكسب.³ أشار المرسوم 83-352 المؤرخ في 1983.05.21 المتضمن إعداد عقد الشهرة إلى ضرورة أن يراعي الحائز في حيازته للعقار المعني بإعداد هذا السند توافر الركن المادي والمعنوي في الحيازة.

لم يأتي القانون 07 - 02 بأي شيء جديد فيما يتعلق بمفهوم الحيازة والتقادم المكسب، حيث يظل القانون المدني هو المرجع القانوني في تحديد مفهوم الحيازة وشروطها وآثارها ، فقد جاء على نحو يجعلها تتم بصورة إدارية وفي حالة المنازعة ، تطرح مسألة الحيازة على القضاء⁴.

وعليه سنوضح عناصر الحيازة من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : العنصر المادي

الفرع الثاني : العنصر المعنوي

¹ - عبد المجيد بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 95.

² - القانون المدني الصادر بموجب قانون رقم : 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 الجريدة الرسمية عدد 31 سنة 2007.

³ - قذافي عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ص 23.

⁴ - حمدي باشا عمر : آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، ص 138.

الفرع الأول : العنصر المادي

ويقصد به السيطرة الفعلية على الحق محل الحيازة . وإذا كان هذا المحل هو حق ملكية عقارية ، فإن السيطرة الفعلية تكون بمباشرة أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق ، أو بمعنى آخر يقوم بجميع الأعمال التي يقوم بها مالك العقار ¹ .

كذلك يعرف العنصر المادي للحيازة بحسب القاضي عبد الحفيظ بن عبيدة بأنه: يتمثل في الحيازة الفعلية للعقار والسيطرة عليه حسب طبيعة العقار ، إذا كان أرضاً فلاحية تكون حيازتها بزراعتها وجني ثمارها ، وإذا كان العقار مبنياً بالحصول على مفاتيحه والسكن فيه أو ممارسة نشاط مهني أو حرفي فيه ... الخ ² .

وهو ما أخذ به المشرع المصري في أن العنصر المادي في الحيازة هو عبارة عن مجموعة الأعمال المادية ، التي يقوم بها الحائز وهي أعمال مادية تصدر عادة ممن يملك الشيء ، أو يستعمل عليه حقاً من الحقوق العينية ويطلق على هذا الركن "وضع اليد" ، ويقصد به السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة ، بمعنى أن تكون للحائز سلطة مباشرة الأعمال المادية التي يباشرها المالك عادة في ملكه ³ .

والحيازة قد تمارس من طرف الشخص نفسه وقد تكون بواسطة الغير ، شريطة أن يكون هذا الغير يمارس الحيازة لفائدة الحائز ، الذي تربطه به علاقة تبعية وصلة مباشرة كالوكيل والمستأجر وصاحب حق الانتفاع إلى غير ذلك من العقود التي تجعل الغير يمارس الحيازة لا لفائدته ولكن لفائدة الحائز القانوني ⁴ وهو ما نصت عليه المادة 810 من القانون المدني " تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " .

¹ - ليلي طلبية : المرجع السابق ، صفحة 60

² - عبد الحفيظ بن عبيدة : المرجع السابق ، صفحة 96.

³ - محمد أحمد محمود النمر: الحماية الوقتية للحيازة بين النظرية والتطبيق العملي ، دار الكتب القانونية ، مصر، دط 2004 ،

ص 19

⁴ - عبد الحفيظ بن عبيدة : المرجع السابق ، ص 98

أما إذا حال مانع مؤقت دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق فإن الحيازة لا تزول إلا إذا استمر هذا المانع سنة كاملة وكان ناشئا عن حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه .¹

وفيما يلي نتناول العنصر المادي بشيء من التفصيل على التوالي :

أولا : كيفية تحقق السيطرة المادية بداءة ، ثانيا : كيفية تحقق السيطرة المادية انتقالا من الغير
ثالثا : كيفية تحقق السيطرة المادية بواسطة الغير ، رابعا : الوسيط الذي يباشر الحيازة
خامسا: كيفية تحقق السيطرة المادية ازاء الشيء الشائع .

أولا: كيفية تحقق السيطرة المادية بداءة :

نعني بذلك أن الشخص إنما يسيطر سيطرة مادية على الشيء ابتداء، أي لم تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره . وبالطبع يستوي أن يكون الشيء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التي يقتضيها إستعماله .

هذا ووضع اليد المكسب للملكية واقعة مادية مما يجوز إثباتها بكافة الطرق . وللمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة بعنصرها وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها "يتعين على قضاة الموضوع التأكد عند الفصل في دعوى منع التعرض من توفر عناصر الحيازة طبقا للمادتين 808 و 817 من القانون المدني دون مناقشة مسألة الملكية"² .

ثانيا: كيفية تحقق السيطرة المادية إنتقالا من الغير:

في هذا الشأن فإن الفرد لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الحال في الفرض السابق بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه ،وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضي التي لم يسبق الملك فيها لأحد .

¹ - ليلي طلبية ، المرجع السابق ، ص 60

² - جمال سايس : الحيازة العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري ، منشورات كليك ، الطبعة الاولى ، 2014 ، ص 172

بل هي من الاراضي التي تلقت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام مع عدم المنازعة ، بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها . وإذن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر ، بل يشترط تسويرها على الأقل ، يكون حكما مخطئا في تكييف وضع اليد ويتعين نقضه " ¹.

ثالثا: كيفية تحقق السيطرة المادية بواسطة الغير

نصت المادة 810 من القانون المدني " تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الانتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " ، "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه فإن كانت الحيازة إستمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادىء بها " وهذا ما قضت به المادة 951 من القانون المدني المصري أيضا. ²

ومن خلال نص المادة 810 من القانون المدني الجزائري يتضح أن الأصل في الحائز هو أن يباشر السيطرة المادية بنفسه ، أي أنه يستعمل الشيء (العقار) بنفسه استعمالا فعليا سواء كان حق ملكية أو كان حقا آخر. ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة ، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع وقضى بأن " حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فلهذا يستند إليها عند الحاجة فمتى ثبت وضع اليد الفعلي للمستأجر وأن المؤجر يعتبر مستمرا في وضع يده بالحيازة التي لمستأجره . ويتم التقادم لمصلحته إذا كان من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إليه ، والحيازة على هذا النحو ظاهرة لا خفاء فيها ولا غموض " ³.

¹ - قديري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ص 26

أنظر قرار محكمة النقض المدني المصري بتاريخ : 1939/05/11 مج عمر 02 قاعدة رقم 182 ص 554.

² - أنظر نص المادة 951 من القانون المدني المصري .

³ - محكمة النقض المدني المصري : بتاريخ 1970/06/09 مج أحكام النقض س 21 ، قاعدة رقم 160 ، ص 998 .

رابعاً : الوسيط الذي يباشر الحيازة

تجدر الإشارة أن نص المادة 810 ق م مقصور على الوسيط الذي يباشر الحيازة بإسم الحائز ويكون متصلاً به إتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة . أما إذا كان الوسيط يتمتع بشيء من حرية التصرف ، كصاحب حق الإنتفاع أو المستأجر ، فإنه لا يعتبر وسيطاً بالمعنى الوارد في المادة 810 ق م ، بل هو حائز عرضي يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه ، فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر ، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العيني أو حق المستأجر الشخصي¹ . وهذا ما جاء في نص م 810 ق م فقرة 02 بقولها " وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها " .

خامساً : كيفية تحقق السيطرة المادية إزاء الشيء الشائع

من المتفق عليه أن الحائز على الشيوع يتحقق لديه العنصر المادي والمعنوي للحيازة ولكنه في العنصر المعنوي يكون بقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره لا خالصاً لنفسه ، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه فيقوم بالأعمال المادية للحيازة ، بشرط أن لا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضاً بها ، ومثال على ذلك: دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر ، فيسكنان الدار معاً أو يقتسمانها فيما بينهما قسمة مهيأة مكانية فيستقل كل منهما بسكنى وحدة إذا كانت الدار تشتمل على أكثر من وحدة ، أو قسمة مهيأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب .

والحيازة على الشيوع على هذا النحو لا تنتج من الآثار إلا ما عساه يتفق مع هذا الشيوع فلا تحمي حيازة كل شخص بدعاوى الحيازة إلا على أساس أنها حيازة على الشيوع .

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 28

فكما تحمي حيازة أحد الشريكين تحمي أيضا حيازة الآخر على إعتبار أن حيازة كل منهما شائعة . كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعا ، فيملك نصفه مثلا أو ثلثه شائعا إذا توافرت شروط التقادم .¹

وكما ذكرنا أوجه السيطرة المادية السابقة ، إستلزم المشرع وجوب توافر العنصر الثاني ألا وهو العنصر المعنوي والمتمثل في " القصد " أو نسميه كما إعتبره بعض الفقهاء ، " نية الحائز " والأجدر إقترانهما ببعض لتنتج الحيازة آثارها.

الفرع الثاني : العنصر المعنوي

وهو القصد، أي أن يكون في نية الحائز أنه يباشر الأعمال المادية بقصد إستعمال الحق الذي يريد حيازته . ويجب أن يوجد عنصر القصد لدى الحائز شخصيا إلا إذا كان عديم التمييز يمارس الحيازة عن طريق من ينوب عنه .²

ويرى المستشار عبد الحفيظ بن عبيدة : أنه يتمثل في حيازة العقار بقصد الإحتفاظ به وإستعماله حسب ما هو معد له بطبيعته ، وأن لا تكون هذه الحيازة لغرض مؤقت برخصة من المالك والحيازة لا تصبح مشروعة إلا إذا توافرت شروطها القانونية الواردة في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والادارية .³

وبحسب رأي حمدي باشاعمر فان العنصر المعنوي هو " حيازة الشيء بنية تملكه " .⁴

أما بالنسبة للمشرع المصري فسار على خطى المشرع الجزائري حيث عرفه " بأنه نية التملك والظهور بمظهر صاحب الحق على محل الحيازة " .⁵

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 31.

² - ليلى طلبية ، المرجع السابق ، ص 60.

³ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 96.

⁴ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، عقد الشهادة-شهادة الحيازة ، دار هومة ، الجزائر ، دط 2001، ص 32.

⁵ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 32.

وبالنسبة لهذا العنصر تتجاذبه نظريتان في الفقه وهما:

الأولى : النظرية الشخصية " يمثلها سافيني "

الثانية : النظرية المادية " يمثلها أهرنج "

وفيما يأتي نتناولهما بشيء من التفصيل ونبرز موقف المشرع الجزائري من هاتين النظريتين على التوالي .

أولاً : النظرية الشخصية والعنصر المعنوي "عنصر القصد " :

فتقوم على أن للحيابة عنصرين أولهما مادي والثاني معنوي وقد نادى بهذه النظرية العالم الألماني سافيني ، الذي يرى أن الحيابة الصحيحة التي تحدث آثارها القانونية وتعتبر سبباً لكسب الحق أو التملك بالتقادم ، يجب أن يتوافر فيها العنصرين معا (المادي و المعنوي) فلا يكفي توافر العنصر المادي وحده لتحقيق السيطرة المادية على الحق بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادي توافر العنصر المعنوي وهو نية التملك ، أي إضافة الشيء إلى ملكه الخاص باستعماله لحساب نفسه ولما كانت النية تتعلق بالشخص فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية¹ ، وأخذ بهذه النظرية التقنين المدني الفرنسي و التقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه ، وهذا وقد إنتقل وجوب توافر عنصر القصد في الحيابة من القانون المدني الفرنسي القديم إلى القانون المدني الفرنسي الحالي ، ويتبين ذلك عند الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين. وهكذا أصبح الآن مقررًا في القانون الفرنسي " أن العنصر المعنوي هو عنصر القصد لا بد من توافره لقيام الحيابة"²

ثانياً : النظرية المادية والعنصر المعنوي " عنصر القصد "

فهي تقوم على أساس أن عنصر القصد ليس عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية لأن هذا الأخير يتضمن ضرورة العنصر الأول إذ أن السيطرة المادية هي الحيابة بذاتها وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد في الحيابة فليست في الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون إرادية قصدية .

¹ - محمد أحمد محمود النمر، المرجع السابق ، ص 32

² - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 36

وقد نادى بهذه النظرية العالم الألماني أهرنج ، ويرى أن عنصر القصد ليس مستقلا عن السيطرة المادية بل أن هذا العنصر الثاني يتضمن ضرورة العنصر الأول ، فالسيطرة المادية هي الحيازة بذاتها ومعنى النية عنده تكون في السيطرة المادية على الشيء بأعمال إرادية قصدية فكل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية يكون حائزا له سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير .¹

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 أن المستأجر لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر وحينئذ تحميه- النظرية المادية بجميع دعاوى الحيازة بينما لا تحميه النظرية الشخصية .²

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية والنظرية المادية

سار المشرع الجزائري على درب المشرعين الفرنسي والمصري حيث أخذ بالنظرية الشخصية في الحيازة كقاعدة عامة ، وأخذ بالنظرية المادية إستثناءا عندما أقر حماية حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة في المادة 487 من القانون المدني،³ فحيازة المستأجر حيازة عرضية تحميها النظرية المادية إلا أن النظرية الشخصية لا تحميها ، وهو خروج عن القاعدة العامة ، فالمشرع عندما يريد الخروج عن القاعدة العامة يظطر إلى إيراد نص خاص .

كما أجاز المشرع للحائز العرضي أن يصبح حائزا أصيلا وبالتالي تصبح حيازته حيازة قانونية وبالتالي أمكن بموجبها أن تكون سببا لكسب الملكية العقارية .⁴

¹ - محمد أحمد محمود النمر، المرجع السابق ، ص 34

² - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص38

³ - أنظر نص المادة 487 من القانون المدني .

⁴ - ميسون زهوين ، المرجع السابق ، ص 24

المبحث الثاني : شروط صحة الحيازة وعيوبها

لكي تنتج الحيازة آثارها يجب أن تكون خالية من العيوب التي نصت عليها المادة 808 الفقرة 02 من القانون المدني بقولها " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التباس عليه أمره إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب ". إذن بمفهوم المخالفة يشترط في الحيازة الهدوء والوضوح والظهور بالإضافة إلى الاستمرار الذي لم يأتي النص عليه في المادة السابقة الذكر¹ والذي يكتشف من نص المادة 827 ق.م.²

وكذلك حق تصبح مستحقة للحماية القانونية ، ويعود السبب في اشتراط هذه الشروط إلى أن القانون إنما يحمي الحيازة ويرتب عليها آثارها لأنها توحى في الظاهر بأن الحائز صاحب حق وهي لا تكون كذلك إلا إذا خلت من العيوب السابقة الذكر.³

وهذا ويقابل نص المادة 02/808 من القانون المدني الجزائري ، نص المادة 02/949 من التقنين المدني المصري⁴. المطابق لها والملاحظ هو وجود اختلاف بسيط حول ذكر عنصر الاستمرارية وعدم التصريح بعيب الغموض .

وبناء عليه سنوضح هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: شروط صحة الحيازة

المطلب الثاني: عيوب الحيازة

¹ - بوساحة نجا ، محاضرات في طرق إكتساب الملكية العقارية ، جامعة الوادي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مطبوعة بدون نشر ، بدون صفحة.

² - أنظر المادة 827 من القانون المدني.

³ - إبراهيم سعد نبيل ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، دط، 2004، صفحة 408

⁴ - أنظر المادة 02/949 من التقنين المدني المصري .

المطلب الأول : شروط صحة الحيازة

تقوم الحيازة على ركنين لا يعتد بهما إلا إذا استوفيا شروط صحتها حتى تنتج آثارها القانونية ويمكن حمايتها بدعوى الحيازة ، وتكون كذلك سببا لكسب الملكية وهذا ما جاء في نص المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها ¹ " يجوز رفع دعوى الحيازة فيما عدا دعوى استرداد الحيازة ، ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري ، وكانت حيازته هادئة وعلنية و مستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة ، دون لبس واستمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل " من خلال هذه المادة يتضح أنه يجب توافر شروط لصحة ممارسة الحيازة ، ولتشملها الحماية القانونية ، وهذه الشروط ترد على الركنين المادي والمعنوي ، وشروط أخرى تخص العقار محل الحيازة ، وكذلك شروط تتعلق بالطبيعة القانونية للعقار . بالنسبة للعقار في حد ذاته "وضع اليد" ، والقصد وحسن وسوء نية الحائز ومظهره .

سنفصل هذه الشروط من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : شروط صحة الحيازة التي ترد على الركنين المادي و المعنوي.

الفرع الثاني : شروط صحة الحيازة المتعلقة بالعقار محل الحيازة و طبيعته القانونية.

¹ - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (ج.ر عدد 21 مؤرخة في 23-04-2008) .

الفرع الأول : شروط صحة ممارسة الحيازة التي ترد على الركنين المادي والمعنوي .

هذه الشروط أوردها المشرع الجزائري في أربعة عناصر في نص المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهم على التوالي :

- " شرط الهدوء "
- " شرط الوضوح "
- " شرط الاستمرارية "
- " شرط انتفاء اللبس "

وعليه فكل من شرط الهدوء والوضوح والاستمرارية يردوا على العنصر المادي للحيازة ، أما شرط انتفاء اللبس فيرد على العنصر المعنوي للحيازة .

وفيما يلي نتناول هذه العناصر على التوالي بشيء من التفصيل :

أولا : شرط الهدوء

الهدوء : والمقصود بالهدوء ، هو تمكن الحائز من استعمال الشيء والانتفاع به دون اللجوء إلى العنف والقوة ، حتى لا تتحول الحيازة إلى حيازة مغتصبة .¹

وهذا ماجاء به قرار المحكمة العليا " من المقرر قانونا أن التقادم المكسب هو مؤدى الحيازة الهادئة والمستمرة " ².

أي أن لا يكون العقار محل نزاع أو تم الاستيلاء عليه عن طريق الاعتداء أو الإكراه ماديا أو معنويا وأن لا تكون الحيازة قد تمت إثر إعتداء أو غش أو تحايل .

¹ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 33.

² - قرار رقم 32/677 مؤرخ في 09 جانفي 1985 ، مجلة قضائية 1989 ، عدد 04 ، ص 06.

فلا يعد حائزاً حيازة قانونية من استغل غياب صاحب العقار للاستيلاء عليه أو فتح باب السكن عن طريق الكسر والسكن فيه إلى غير ذلك من الحالات التي لا تحقق فيها الحيازة المشروعة ويبقى الفعل الذي قام به مدعي الحيازة يمثل اعتداءً وماسٍ بحق الملكية حتى ولو استمر لوقت طويل.¹

إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً ، فالتعدي على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التعدي عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعلاً الحيازة مشوبة بالإكراه.² وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية " الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه ، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً رغم ذلك . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلاً للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير ، وهل كان مقارناً لبدء الحيازة أو تالياً لبدئها ، وأثره في استمرار الحيازة، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه"³ . والمقصود بالهدوء - في قضاء محكمة النقض المصرية - الذي هو شرط للحيازة المكتسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - " ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها ، فان بدأ الحائز وضع يده هادئاً فان التعدي الذي يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة " ⁴.

ثانياً : شرط الوضوح

الوضوح أو ما يسمى بالعلنية يشترط في الحيازة أن تكون ظاهرة أمام الملاء ، أما من يعتمد إلى الانتفاع بالشيء المحوز سرا فلا يجوز له أن يتمسك بصحة حيازته ضد من كان يخفي عنهم هذا السر ، لأن الحيازة التي يكتنفها الكتمان تقوم على الشك ، ولا يجوز التمسك بها في مواجهة الغير.⁵

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 97

² - قنري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 77

³ - محكمة النقض المدني المصرية في 18/06/1965 مج أحكام النقض 16 قاعدة رقم 122 ص 773

⁴ - محكمة النقض المدني المصرية في 07/06/1981 مج أحكام النقض س 32 قاعدة رقم 314 ص 1754

⁵ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 33

وكذلك حتى تكون الحيابة علنية بمعنى أن الحائز للعقار مارس هذه الحيابة علنية بحيث يمكن أن يراه عامة الناس ولا سيما المجاورين للعقار وبشاهدون الحائز في استغلاله أو استعماله للعقار محل الحيابة فيما هو مخصص له ، ولا تعتبر حيابة قانونية إذا كان الحائز يحوز العقار خفية عن المالك وعن عامة الناس لأن الخفية تنفي الحيابة المشروعة وتعد حيابة عارضة.¹

وهذا ما نصت عليه المادة 525 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يجوز رفع دعوى استرداد الحيابة لعقار أو حق عيني عقاري ممن اغتصبت منه الحيابة بالتعدي أو الإكراه وكان له ، وقت حصول التعدي أو الإكراه ، الحيابة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني "

وكذلك ما نصت عليه المادة 816 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري بقولها " غير أن الحيابة تزول إذا استمر المانع سنة كاملة وكان ناشئا عن حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيابة الجديدة إذا بدأت علنا أو من يوم علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية "

هذا بالنسبة لمدى إلزامية المشرع لشرط الوضوح والعلنية لصحة ممارسة الحيابة وكذا حمايتها في مواجهة الغير .

كما أن المشرع المصري أقر بإلزام خضوع الحيابة للحماية القانونية أن تكون علنية يباشرها الحائز على مشهد ومرأى من الناس وعلى الأقل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يحوزه الحائز لأن من يحوز حقا يتعين عليه أن يستعمله كما لو كان صاحبه .

أما رأي الفقه فهو أن الجار الذي يغتصب جزء يسير من أرض جاره دون علم الجار المغتصب من ملكه فحيابته لهذا الجزء المغتصب تعتبر معيبة بعيب الخفاء الذي يلزمها إلى أن يزول هذا الخفاء .

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 96

ولا يشترط حتى تكون الحيازة علنية غير حقيقية أن يعلم بها المالك علم اليقين بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها وليس العلم ذاته هو الذي يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء¹.

ثالثا : شرط الاستمرارية

ويعني توالي أعمال السيطرة المادية من الحائز على العقار المحاز ، في فترات غير متقطعة ، فإذا لم يتحقق ذلك وحدث تفاوت أو انقطاع ، فإن الحيازة هنا تعد متقطعة غير مستمرة ، ولا تصلح أساسا لحماية الحائز ولا للتملك بالتقادم المكسب².

وكذلك لا يكون الحائز قد حاز العقار لمدة مؤقتة برخصة من المالك أو على سبيل التسامح ، مثل: المالك الذي يسمح لشخص بالرعي في أرضه أو غرس الخضر فيها في فصل معين أو المرور في أرضه في فصل معين من السنة ، ولا تعتبر حيازة تؤدي إلى التقادم المكسب إذا كان الحائز يحوز العقار بموجب عقد إيجار أو عقد عارية أو رهن حيازي... الخ من العقود وذلك عملا بالمادة 831 من القانون المدني التي تنص: "على أنه ليس لأحد أن يكتسب بالتقادم على خلاف سنده على أنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه بسبب حيازته". والأصل الذي تقوم عليه أن تكون الحيازة مستمرة وغير متقطعة بمعنى أن تستمر حيازة الحق العيني العقاري بدون انقطاع لأن الانقطاع يفقد الحائز حق الحيازة كما يشترط لحماية الحيازة أن تستمر سنة على الأقل فإذا اقتصرت مدة الحيازة على عدة أسابيع أو أشهر فلا يستطيع الحائز رفع دعوى الحيازة عملا بالمادة 525 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سائلة الذكر³.

¹ - محمد أحمد محمود النمر، المرجع السابق ، ص 50 - 52

² - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 33

³ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 96 - 97

لم يأتي النص على شرط الاستمرار في المادة 808 من القانون المدني فألحقه بنص المادة 827¹ وأشار إليه بعبارة "....إذا استمرت حيازته له...."².

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية " من المقرر قانونا أن من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع " .

ولما كان من الثابت - من قضية الحال - أن القطعة محل النزاع هي أرض عروشية تقع تحت حيازة الطاعن منذ عشرين سنة وباعتراف المطعون ضدها نفسها التي بررت ذلك بالإعارة ، فالطاعن هو أحق باكتساب هذه الحيازة دون غيره .

ومتى أيد القرار المطعون فيه الحكم القاضي على الطاعن برفع اليد عن القطعة الترابية المتنازع عليها ودفع التعويض ، فإنه جاء مخالفاً للقانون ويستوجب نقضه "³.

وجاء كذلك في قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية " لا تنحصر شروط التقادم المكسب للملكية على أساس الحيازة في التوثيق و الشهر وإنما في أعمال مقتضيات المادة 827 من القانون المدني "⁴.

وهناك رأي آخر في الفقه يرى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادي " بشرط قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادي للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة فلا نكون بصدد حيازة معيبة فحسب بل لا تكون ثمة حيازة بالمرة "

وهذا الرأي محل نظر لأنه يخلط بين عناصر الحيازة وعيوبها فالحيازة لا تقوم إلا إذا توافر عنصرها المادي والمعنوي فإذا وجدت فإنه يجب أن تكون صحيحة وخالية من العيوب حتى تكون محلاً للحماية القانونية الوقتية والموضوعية على السواء.⁵

¹ - أنظر المادتين 808 و 827 من القانون المدني الجزائري .

² - بوساحة نجاة ، المرجع السابق ، بدون صفحة.

³ - قرار رقم : 104967 بتاريخ 1993/11/10 المجلة لقضائية سنة 1994 ، عدد 01 ، ص 43

⁴ - قرار رقم : 508386 بتاريخ 2009/03/11 مجلة المحكمة العليا سنة 2009 ، عدد 01 ، ص 240

⁵ - محمد احمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 46 - 47

رابعاً : شرط انتفاء اللبس

يجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها أو غموض وإلا كانت معيبة . والملاحظ أن عيب اللبس إنما يصيب الركن المعنوي للحيازة ، فلا يعرف إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب غيره .¹

ومن الأمثلة التي أوردها الشراح في هذا الصدد حالة **الشريك المشاع** ، إذ كثيراً ما يقع الالتباس في حيازته ، فإذا حاز هذا الأخير عقاراً ، فيقع الشك حول ما إذا كان يحوزه لحسابه حيازة شخصية أو أنه يديره لحساب الشركاء جميعاً . فتكون بذلك حيازة الشريك على الشيوع حيازة غامضة .²

وسبب اشتراط المشرع أن تكون الحيازة بدون لبس أو غموض وهو بأن يمارس الحائز حيازته للعقار لفائدته وحده وكأنه مالكا له ولا يشاركه فيه أطراف آخرون ، إلا إذا كانت الحيازة لجماعة معينة ، فلا يكون العقار مشترك بين من يدعي الحيازة وأطرافها أو أشخاص متعددين لا صلة بينهم أو لا يعرف بالضبط من هو الحائز الحقيقي وأن تكون الحيازة منصبة على عقار معروف محدد المساحة والطبيعة والمكان .³

وهذا ما جاء في نص المادة 808 فقرة 02 من القانون المدني " ...أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثرأو التباس عليه أمره إلا من الوقت التي تزول فيه هذه العيوب " . وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية " المانع الأدبي (صلة القرابة بين الطرفين) يجعل الحيازة مشوبة بعيب اللبس " .⁴

¹ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 34.

² - رمضان ابو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ددن ، بيروت ، دط 1985 ، ص 562.

³ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 97 .

⁴ - جمال سايس ، المرجع السابق ، ص 117 .

أنظر قرار رقم : 197177 بتاريخ 2000/07/31 ، الاجتهاد القضائي سنة 2004 ، عدد خاص ج 02 ، ص 211.

وذهب رأي الفقه أن من شروط صحة ممارسة الحيازة وجوب انتفاء اللبس لأنه لا يستتبع ثمة أثر إلا قبل من التبس عليه الأمر، هذا ويزول الغموض بانتفاء اللبس ويتحقق هذا الزوال من وقت زوال اللبس أو الغموض¹.

وسنستعرض عنصر الغموض أو اللبس بشيء من التفصيل لاحقا في المطلب الثاني المعنون بعيوب الحيازة فنتعرض له كعنصر يجب انتفائه لصحة ممارسة الحيازة الواردة على العنصر المعنوي الذي أوجبه المشرع .

الفرع الثاني : شروط صحة الحيازة المتعلقة بالعقار محل الحيازة وطبيعته القانونية

لقد كان المرسوم السابق رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 سن وسيلة قانونية للاعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب تتمثل في " عقد الشهرة " الذي يتم إعداده بناءا على طلب الحائز من طرف الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا . كما كانت تنص عليه المادة الأولى منه : " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المذكور أعلاه ، عقارا من نوع الملك ، حيازة مستمرة ، غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية " .

ولكن هذا المرسوم تم الغاؤه بعد أن نظم المشرع طريقة جديدة بموجب القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعaine حق الملكية العقارية وتسليمه سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

والذي من خلاله أصبح سند الملكية يسلم بعد إجراء تحقيق عقاري لمعaine حق الملكية بوجه من طرف الحائز إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري المختص إقليميا².

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 80 .

² - ليلي طلبة ، المرجع السابق ، ص 62 .

لقد ألغي المرسوم السابق بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19/05/2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية (الجريدة الرسمية العدد 26 صفحة 05) وهي تنص على : " دون الاخلال باحكام المادة 19 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 09 صفر عام 1428 الموافق ل 27 فبراير سنة 2007 والمذكور أعلاه يلغي المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 08 شعبان عام 1403 الموافق ل. 21 مايو سنة 1983 والذي يسن إجراء لاثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية " .

01 - شروط صحة الحيابة المتعلقة بالعقار في ظل المرسوم 83-352

يشترط إجراء إعداد محرر الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية مجموعة شروط تخص الطبيعة القانونية للعقار المعني بهذا الإجراء ، والمنطقة أو البلدية الكائن بها.

أولاً- الطبيعة القانونية للعقار المعني بإجراء عقد الشهرة

لقد صنفّت المادة 23 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18.11.1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري "المعدل والمتمم" ، الأملاك العقارية إلى : أملاك عقارية وطنية ، أملاك عقارية خاصة أو أملاك تابعة للخواص ، أملاك عقارية وقفية ¹.

مدى جواز إعداد عقد الشهرة على العقارات التابعة للأملاك الوطنية

أقر دستور 23 فبراير 1989 مبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية ، وفي هذا الإطار صدر القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01.12.1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الذي فرق بين الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة ، واعتمدت التفرقة أساساً على المعيار المتخصص لاستغلال كل نوع ²، لي طرح الفقه مسألة قابلية الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة للتملك.

¹ - محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، منشورات البغدادي ، طبعة ثانية 2010 ، ص 167 .

² - زروقي ليلي وحلمي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، دا هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، 2006 ص 91 .

وكانت نتيجة ذلك أن طرحت مسألة قابلية هذه الأملاك للإكتساب بالتقادم المكسب أو إعداد عقد الشهرة.

استقر الفقه والقضاء على أن الأملاك العمومية بما فيها الأملاك العقارية تتمتع بحماية خاصة تتصل بعدم قابليتها للتصرف أو الحجز أو الإكتساب بالتقادم المكسب ، وعلى ذلك لا يجوز إعداد بشأنها عقد الشهرة طالما أنه يتبنى في مضمونه قواعد الحيازة والتقادم المكسب ¹.

-حظر إعداد عقد الشهرة على الأملاك العقارية الوقفية :

إستقر الفقه والقضاء على عدم قابلية الأملاك العقارية الوقفية للتملك بالتقادم المكسب مهما طالت مدة وضع اليد ، ولا يمكن بذلك إعداد محرر الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية عليها².

ثانيا- عقد الشهرة يعد في البلديات غير المسوحة

إن تفعيل عمليات تطهير الأملاك العقارية وتسليم السندات في أراضي البلديات التي لم تشملها عمليات المسح العام للأراضي بعد ، كان من المنطقي كنتيجة لذلك أن يتم الإستفادة من هذا الإجراء المتضمن إعداد عقد الشهرة في أراضي البلديات غير المسوحة ³، بحيث جاء في نص المادة الأولى فقرة أولى من هذا المرسوم 83-352 المؤرخ في 1983.05.21 أنه " تعد في البلديات كل شخص يحوز في تراب البلديات لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري....".

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 83-352 المؤرخ في 1983.05.21 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 04 . 05 . 1983 .

الإشارة إلى أن الاعتراف بالملكية يكون على أساس التقادم المكسب .

² - أنظر نص المادة 03 من القانون 91-10 المؤرخ في 1991.07.16 المتعلق بالأوقاف -المعدل والمتمم - .

³ - محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 172

ثالثا- عقد الشهرة يعد في أراضي الملكية الخاصة بدون سند

لم يشر المرسوم 83-352 المؤرخ في 21.05.1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، إلى شرط عدم حصول المستفيد من هذا الإجراء على سند ملكية سابق ، كما فعل في المرسوم 91-254 المؤرخ في 27.07.1991 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيابة وتسليمها، إلا أن المنشور الوزاري المشترك رقم 4513 المؤرخ في 09.06.1984 والذي جاء تطبيقا لهذا المرسوم ، أشار إلى أن سن هذا الإجراء يخص إقامة الحجة وإثبات الملكية العقارية بسند رسمي مشهر في مواجهة الكافة¹، مما يعني أن إجراءات هذا المرسوم تخص الأراضي التابعة للملكية الخاصة بدون السند كحالة حائزي العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01.01.1971 .

رابعا - مدة الحيابة اللازمة لإعداد عقد الشهرة

ينبغي عقد الشهرة أساسا على تصريح شرفي للحائز يدعي فيه أنه يمارس الحيابة الهادئة والعلنية والمستمرة على العقار المعني ، بناء على أحكام المادة 827 من القانون المدني التي تنص على أنه : " من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون إنقطاع " ، أي أن المشرع يشترط لإثبات الأثر العيني للحيابة الصحيحة مدة 15 سنة عن طريق تحرير محرر الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب دون اللجوء إلى إجراءات التقاضي للتمسك بالملكية².

إن القاعدة في إعداد عقد الشهرة تبعا لإجراءات المرسوم 83-352 تقتضي توافر مدة 15 سنة كاملة للحيابة تطبيقا لنص المادة 827 قانون مدني أعلاه ، ويراعى في ذلك تقصير المدة إلى 10 سنوات أثناء تطبيق المادة 828 من نفس القانون ، عندما تقترن الحيابة بحسن النية والسند الصحيح ، إلا أن أحكام القانون المدني الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26.09.1975 لا تسري بأثر رجعي تطبيقا لنص المادة الثانية منه .

¹ - محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 173.

² - المرجع نفسه ، ص 180 .

مما يثير حساب مدة التقادم المكسب للحائزين الذين بدأت حيازتهم قبل تاريخ 1975.09.26 أثناء تطبيق القانون المدني الفرنسي الذي يحدد مدة الحيازة بثلاثين سنة (30) سنة¹.

02 - شروط صحة الحيازة المتعلقة بالعقار في ظل المرسوم 02-07.

أولا : الشروط المتعلقة بالعقار المطبق عليه اجراء المعاينة.

أ. أن يكون هذا العقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليه في الأمر 74/75 ، وذلك مهما كانت طبيعته القانونية . حسب نص المادة الأولى وما يليها من القانون 02/07 المذكور أعلاه²، وبحسب المستشار عبد الحفيظ بن عبيدة " أن هذا الإجراء يشمل الأراضي الفلاحية والرعية بمختلف أنواعها ، والعقارات المبنية مهما كان نوعها ومكانها . "

ب. أن يكون من العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية ، أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 ، والتي لم تعكس الوضعية العقارية الحالية ، وذلك لأن الكثير من العقارات التي لها سندات ملكية قديمة تصرف فيها أصحابها بالبيع والشراء ، والهبه ، والوصية ، وغيرها من التصرفات بموجب عقود عرفية الأمر الذي يجعل العقار ينتقل إلى الغير والعقود أو السندات الرسمية بقيت على حالها دون تغيير ، مما سمح لمن بقيت العقود بإسمهم ، أو بإسم مورثهم ، الإحتجاج بها بدون وجه حق ، وطرحت بشأنها منازعات كثيرة أدت في بعضها إلى صدور أحكام لمن بيدهم هذه السندات ، رغم إنتقال ملكية العقار عرفيا إلى المالكين الحقيقيين³.

¹ - عمار رواينية ، التقادم المكسب ، مجلة الاجتهاد القضائي ، الغرفة العقارية ، عدد خاص ، ص 111 .

² ليلي طلبية ، المرجع السابق ، ص 63

³ عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 211

ثانيا : الشروط المتعلقة بالطبيعة القانونية للعقار

حسب نص المادة 03 الفقرة 02 من القانون رقم 07-02 المذكور أعلاه فالشروط هي :

أ. أن لا يكون مندرجا ضمن الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش لأنه لا يجوز لاكتسابها بالتقادم عن طريق الحيابة مهما طالّت مدة الحيابة .

ب. أن لا يكون من الاملاك العقارية الوقفية ، لأنه أيضا لا يجوز إكتسابها بالتقادم عن طريق الحيابة مهما طالّت مدة الحيابة .¹

¹ - ليلي طلبية ، المرجع السابق ، ص 63

المطلب الثاني : عيوب الحيابة

حتى تنتج الحيابة آثارها ، يجب أن تكون خالية من العيوب التي نص عليها المشرع في المادة 808 من القانون المدني ، وأشار إلى شرط الاستمرارية بالمادة 827 من نفس القانون هذا والملاحظ أن النص أغفل ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيابة على أعمال متقطعة . والصحيح أن الحيابة يجب ، حتى تكون حيابة صحيحة تنتج آثارها القانونية ، حيث أعاد المشرع ذكرها في نص المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ... مستمرة لا يشوبها إنقطاع وغير مؤقتة ، دون لبس واستمرت هذه الحيابة لمدة سنة على الأقل . " مفاده يجب أن تكون مستمرة واضحة هادئة ، أي أن تكون خالية من عيوب الحيابة .¹

ولذلك سنوضح عيوب الحيابة من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : عيب الإكراه .

الفرع الثاني : عيب الخفاء .

الفرع الثالث : عيب الغموض أو اللبس .

الفرع الرابع : عيب عدم الإستمرار .

¹ - حمدي باشا عمر : محركات شهر الحيابة ، ص 34

ملاحظة : بما أننا ذكرنا شروط صحة ممارسة الحيابة الواردة على الركن المادي والمعنوي وبمفهوم المخالفة فهي تعني نفس عيوب الحيابة ، لكن ورد ذكرها في المطلب السابق كصفات وجب أن تتحلى بها الحيابة ، ونذكرها هنا كعيوب صريحة وبأدق التفاصيل وهذا ليس على سبيل التكرار ، وإنما لمقتضيات الموضوع .

الفرع الأول : عيب الإكراه أو عدم الهدوء

يجب أن تكون الحيازة هادئة ، فإذا إقترنت بإكراه كانت حيازة معيبة ، وهي تكون كذلك إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد ، فالإكراه يعيب الحيازة ويستوي في ذلك أن يستعمل الحائز أعمال العنف ضد صاحب الحق أو ضد حائز سابق غير المالك لإنتزاع الحيازة منه، و إستلزم المشرع شرط الهدوء في الحيازة لكي تخضع للحماية القانونية.¹

ويرى التشريع المصري " بأن عيب الإكراه يجب أن يكون قد إستعمل إبتداءا للحصول على الحيازة وأن يكون قد بقى مستعملا لاستيفائها دون أن ينقطع ."

لذلك عرفت محكمة النقض المصرية عيب الإكراه بأنه " ألا تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها ، وكذلك لا تعتبر الحيازة هادئة إذا حصل الحائز عليها بالغش والتواطؤ عن طريق إستعمال طرق احتيالية "².

مميزات عيب الإكراه :

أ. عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبي :
بمعنى أنه لا أثر له إلا قبل من وقع عليه الإكراه ، وقد نصت على ذلك المادة 808 من القانون المدني في فقرتها الثانية " إذا إقترنت الحيازة بإكراه فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه....إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " .

ومعنى ذلك أنه إذا سلب شخص من آخر حيازة عين بالإكراه كانت حيازة منتزعا مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الذي سلبت منه الحيازة وحده ولا يحق لمنتزع الحيازة أن يتمسك بحيازته قبل من سلبت منه لا بدعاوى الحيازة ولا بكسب الملكية بالتقادم ، إلا من وقت إنقطاع الإكراه .

¹ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 34

² - أنظر محمد احمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 55

نقض مدني مصري 1975/01/14 مجموعة احكام النقض 62-01-153-38

وحتى لو إنقطع فإن من إنتزعت حيازته يمكنه أن يستردها خلال سنة من إنتزاعها بدعوى إسترداد الحيازة ، ولا تبدأ مدة السنة إلا من تاريخ زوال الإكراه إذا كان من شأنه أن يحول بين الحائز والمطالبة بحقه .¹

فإذا كان الشخص الذي سلبت منه الحيازة ليس هو المالك فلا يحق للمالك أن يحتج على منتزع الحيازة بعيب الإكراه ، لأن المالك ليس هو الذي وقع عليه الإكراه ما دام أن عيب الإكراه عيب نسبي فلا يجوز أن يتمسك به إلا من أصابه الإكراه ، وترتيباً على ذلك يجوز لمغتصب الحيازة في هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك فيحامي هذه الحيازة منه بدعوى الحيازة ، كما يستطيع أن يملك ضده بالتقادم .² باعتبار أن حيازته في مواجهة المالك خالية من عيب الإكراه ولكن لا يجوز له ذلك إذا كان الإكراه قد وقع على الحائز الأصلي الذي يحوز لحساب المالك لأن الذي وقع عليه الإكراه إنما يحوز لحساب المالك لا لحساب نفسه .

ب. زوال عيب الإكراه بانقطاعه:

عيب الإكراه يزول بانقطاع الإكراه ، فإذا اغتصب شخص حيازة عين بالإكراه ظلت حيازته معيبة طوال الفترة التي يستمر فيها الإكراه قائماً والتي يحتفظ فيها بالعين بالإكراه ، أما إذا إنقطع الإكراه إستقرت الحيازة هادئة لمغتصبها فقد زال عيب الإكراه وجاز لمغتصب هذه الحيازة أن يلجأ لدعوى الحيازة لحماية حيازته وأن يملك العين بالتقادم في مواجهة أي شخص ، حتى ولو كان المالك الحقيقي للعين ولا تتقلب الحيازة معيبة بالإكراه بعد ذلك حتى ولو سلك الحائز سبيل القوة في الدفاع عنها .³

وقد أكدت هذا المادة 02/808 قانون مدني بقولها: " وإذا اقترنت الحيازة بالإكراه فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " .

¹ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 58

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ص 754

³ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 59

الفرع الثاني : عيب الخفاء أو عدم العلانية

سبق وأن قلنا بأن الحائز يجب أن يظهر بمظهر صاحب الحق ، لذلك يجب أن تكون الحيازة ظاهرة أو علنية فإذا لم يتحقق لها ذلك كانت حيازة معيبة ، فيجب على الحائز أن يمارس أعمال السيطرة المادية على مرأى ومسمع الكافة أو على الأقل على مشاهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله¹ ، كما لو كان صاحبه أما إذا أخفي الحيازة على الحائز ولم يشعر بأن حقه يحوزه غيره كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية ، وذلك كمن يقوم بتقديم طلبين لإدخال الكهرباء والمياه في المنزل محل لحيازة مصرحا في كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غير².

وقد اختلف الفقه إلى رأيين في حالة الجار الذي يحوز شريطا صغيرا من أرض جاره على حدود ملكه ويدخله فيه بأن يزرعه إذا كان أرضا زراعية أو يبنى عليها إذا كان أرض فضاء دون أن يشعر صاحب الحق .

فذهب الرأي الأول : إلى أن هذه الحيازة خفية لا تصلح أساسا لدعوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم .

أما الرأي الثاني : فيرى أن هذه الحيازة هي حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية .

ويرى الدكتور السنهوري في الجزء التاسع من كتابه الوسيط أنه في حالة الأخذ بالرأي الأول فإن خفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن نيته فهي تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد حاز على هذا الشريط بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه³.

¹ - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 34.

² - نقض مدني مصري : بتاريخ 1947/01/16 مجموعة المكتب الفني لاحكام محكمة النقض في 25 عاما ، جزء أول ، ص 245.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 850.

وفي تقدير الفقيه محمد أحمد محمود النمر والذي أخذنا به أن هذا الرأي هو الصواب ذلك أن الجار الذي اغتصب جزء يسير من أرض جاره دون علم الجار المغتصب من ملكه، فحيابته لهذا الجزء المغتصب تعتبر معيبة بعيب الخفاء الذي يلزمها إلى أن يزول هذا الخفاء.¹

ليس من الضروري أن تكون الحيابة خافية على جميع الناس حتى يشوبها عيب الخفاء بل يكفي أن تكون خافية على صاحب الحق الذي يحوزه الحائز حتى يتمسك بأنها حيابة معيبة ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس.²

مميزات عيب الخفاء :

أ. عيب الخفاء عيب نسبي :

يذهب الرأي الغالب في الفقه - وبه أخذ المشرع الجزائري - إلى أن عيب الخفاء هو عيب نسبي ومعنى ذلك أن من يملك الاحتجاج بخفاء الحيابة هو ذلك الشخص الذي أخفيت عنه وحده دون غيره من الاشخاص الذين تكون الحيابة ظاهرة أمام أعينهم إذ أنه لا يشترط أن تكون حيابة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء بل يكفي أن تكون حيابة خافية على صاحب الحق الذي يحوزه الحائز.

حتى يستطيع أن يتمسك بأنها حيابة معيبة ، وهذا ما نصت عليه المادة 02/808 قانون مدني بقولها " إذا حصلت الحيابة خفية فلا يكون لها أثر تجاه من....أخفيت عنه الحيابة" ب. زوال عيب الخفاء بظهور الحيابة :

إذا كان في استطاعة صاحب الحق أن يعلم بها وبظهور الحيابة وزوال عيب الخفاء تصبح صالحة بأن ترتب آثارها القانونية ، فيستطيع الحائز أن يتمسك بحماية دعاوى الحيابة والتملك بالتقادم .

¹ - محمد أحمد محمود النمر، المرجع السابق ، ص 52

² - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 73

وهذا ما قضت به المادة 02/808 قانون مدني على أنه " إذا حصلت الحيازة خفية فلا يكون لها أثر تجاه من أخفيت عنه إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " .

وبناء على ما سبق فإنه إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة من الزمن ثم ظهرت بعد ذلك ، فلا يعتد بالمدة التي كانت فيها الحيازة خفية في أثنائها ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت إن ظهرت ، فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها .¹

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

الفرع الثالث : عيب الغموض أو اللبس

يجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها أو غموض وإلا كانت معيبة . والملاحظ أن عيب اللبس إنما يصيب الركن المعنوي للحيازة (على خلاف العيوب الأخرى التي تصيب الركن المادي) ، فلا يعرف إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب غيره .

ومن الأمثلة الواردة في هذا الصدد حالة الشريك المشاع ، إذ كثيرا ما يقع الالتباس في حيازته فإذا حاز هذا الأخير عقارا ، فيقع الشك حول ما إذا كان يحوزه لحسابه حيازة شخصية أو أنه يديره لحساب الشركاء جميعا . فتكون بذلك حيازة الشريك على الشيوع حيازة غامضة .²

وقد قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عن الغرفة العقارية " المانع أدبي (صلة القرابة بين الطرفين) يجعل الحيازة مشوبة بعيب اللبس." ³

¹ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 53

² - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 34

³ - أنظر جمال سايس ، المرجع السابق ، ص 117

- قرار رقم : 197177 بتاريخ 2000/07/31 ، الاجتهاد القضائي سنة 2004 ، عدد خاص ج 02 ، ص 211

إلا أنه إذا كانت الظروف قاطعة الدلالة على انصراف نية الحائز إلى الحيابة لحساب نفسه بأن يكون الشريك قد عارض حق شركائه وجابهم بنيتهم في الاستئثار وبتملك الشيء الشائع كله لنفسه ، فحينئذ تكون الحيابة صحيحة وصالحة للاحتجاج بها وتوليد آثارها القانونية باعتبار أنه ليس في القانون ما يحرم على الوارث أن يملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو في ذلك كأبي شخص أجنبي عن التركة يملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون¹.

مميزات عيب الغموض أو اللبس :

أ. عيب الغموض أو اللبس عيب نسبي :

الثابت قانونا وقضاء أن عيب الغموض أو اللبس الذي يلحق بالحيابة هو عيب نسبي بمعنى أنه لا أثر له إلا من قبل من التبس عليه حقيقة الحيابة من حيث عنصر القصد أو النية وهو يشابه في ذلك عيب الخفاء ، وعيب الإكراه ، ويختلف عن عيب عدم الاستمرار .

ومن الأمثلة على ذلك : في الحيابة الغامضة عن الشريك على الشيوع فلا يجوز أن يتمسك بالغموض إلا الشركاء الآخريين في الشيوع . وفي حالة الوارث الذي كان يسكن مع مورثه قبل وفاته لا يحق لغير الورثة دفع هذه الحيابة بعيب الغموض .

ب. زوال عيب الغموض :

نصت المادة 02/808 قانون مدني على أنه " أو كان فيها (الحيابة) التباس فلا يكون لها أثر تجاه من التبس عليه أمره إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " وعليه فإن عيب الغموض يزول بانتفاء اللبس ومن وقت هذا الانتفاء .

فإذا كانت حيابة الشريك في الشيوع حيابة غامضة ، أو كانت حيابة الوارث الذي كان يسكن مورثه حيابة غامضة ظلت الحيابة في كل الفرضين على غموضها إلى أن يزول اللبس الذي خالطها .

¹ - محمد احمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 62

وذلك بأن يعمد الحائز الذي يشوب حيازته الغموض إلى التصرف في العين تصرفاً يظهر بوضوح وجلاء أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه وأنه أصبح لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معاً.¹

الفرع الرابع : عيب عدم الاستمرار أو التقطع

مفاده استمرار الحيازة ، أن تتوالى أعمال السيطرة المادية من الحائز على الشيء ، في فترات متقاربة غير متقطعة ، فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة بحيث لا يتركها المالك الحريص على الانتفاع بملكه ، فنكون أمام حيازة مشوبة بعيب عدم الاستمرار²

هذا والحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك ، فيجب أن يظهر بمظهر 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 .

ويجوز القول أنه يكفي أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه ، فليس من الضروري أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير إنقطاع حتى تكون الحيازة مثمرة .

ومن ثمة وبصفة عامة فالحيازة التي تصلح أساساً لتملك المنقول أو العقار بالتقادم تقتضي من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته وبقدر الحاجة الى استعماله ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشيء في كل الأوقات دون انقطاع ، وإنما يكفي أن يستعمله المالك في العادة ، وعلى فترات متقاربة منتظمة .

¹ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 63

² - حمدي باشا عمر : محررات شهر الحيازة ، ص 34.

وذلك طبقا لطبيعة الشيء - على إعتبار أن ثمة أشياء تقضي طبيعتها الاستعمال في أوقات معينة حيث تترك عقب ذلك دون استعمال ، أو تقضي طبيعتها الاستعمال على فترات متقاربة إلى حد ما .¹

مميزات عيب عدم الاستمرار أو التقطع :

أ. عيب عدم الاستمرار أو التقطع عيب مطلق :

هذا العيب بخلاف سائر عيوب الحيابة الأخرى عيب مطلق لكل ذي مصلحة التمسك به ، ذلك بأن الحيابة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة فلكل ذي مصلحة أن يتمسك بعدم إستمرارها لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه كما هي غير مستمرة بالنسبة إلى غيره فلا يحتج بها عليه لأن هذا العيب يجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها القانونية ومن ثم فلا تخضع للحماية القانونية المقررة للحيابة ولا تصلح سببا للتملك بالتقادم، بينما سائر عيوب الحيابة الأخرى فهي عيوب نسبية.²

ب. عدم استمرار الحيابة أو تقطعها يختلف عن إنقطاع التقادم :

يرى العلامة الدكتور السنهوري أن الحيابة غير المستمرة هي الحيابة المتقطعة وقد تشبه الحيابة المتقطعة بالتقادم المتقطع ، ففي كليهما تتقطع الحيابة ولا يصلح ما سبق منها أساسا للتقادم حتى إذا عادت الحيابة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم ما لم ينقطع التقادم بسبب من أسباب الانقطاع .³

وترتبيا على ما سبق فإن أسباب انقطاع التقادم يختلف عن سبب تقطع الحيابة فالتقادم ينقطع انقطاعا حكما بالمطالبة القضائية وما في حكمها ، ومع ذلك تبقى الحيابة مستمرة غير متقطعة . أما إذا أقر الحائز بحق صاحب الحق فإن التقادم ينقطع وكذلك الحيابة تنقلب من حيابة أصلية إلى حيابة عرضية .⁴

¹ - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 67، 68 .

² - قدري عبد الفتاح الشهاوي ، المرجع السابق ، ص 70.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص 746.

⁴ - محمد أحمد محمود النمر ، المرجع السابق ، ص 50.