

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

Jurisprudential and practical problems in possession lawsuits - Comparative study -

♦
ويس فتحي

جامعة تيارت/ الجزائر

عضو مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

ouis.fethi@hotmail.com

تاريخ النشر: 2023/07/03

تاريخ القبول: 2023/06/06

تاريخ الإرسال: 2023/03/09

الملخص :

الحيازة وضع مادي يرتب عليه القانون آثارا هامة، أبرزها كسب الحقوق بالتقادم المكسب، والقانون يحمي الحيازة لذاتها لاعتبارات ومبررات عدة، أهمها حماية الأمن والسلم الاجتماعي، لكن التشريعات مختلفة ومتباينة في تنظيم أحكام حماية الحيازة لأسباب تاريخية وفلسفية، الأمر الذي انعكس على القضاء الذي يواجه إشكالات عملية أثناء الفصل في منازعات الحيازة. من أجل مجابهة وحل تلك الإشكالات استحدث الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة حلولاً مختلفة لتلك الصعوبات تتميز بتنوعها وتفاوتها من حيث فعاليتها.

الكلمات المفتاحية: الحيازة - الحائز العرضي - دعاوى الحيازة - قاعدة عدم الجمع - الحيازة الشائعة - الأملاك العامة

Abstract

In order to take into account of the apparent reality and to preserve the established order and social peace, the law protects the possession and transforms it from a simple materiel mastery into a legal situation endowed as such with a particular protection. However in addition to doctrinal controversies, this protection gives rise to many practical difficulties when exercising possessory actions before the various jurisdictions. To deal with it, many distinct solutions have been introduced both by jurisprudence and by contemporary legislations.

Keywords: Possession – Incidental Possessor – Possession Claims – Non-Plural Rule – Common Possession – Public Property

خطة البحث:

مقدمة

المبحث الأول : الإشكالات العامة في دعاوى الحيازة

المطلب الأول : نطاق حماية الحيازة

- الفرع الأول : دعاوى الحيازة تحمي العقارات دون المنقولات

- الفرع الثاني : الحقوق المحمية بدعاوى الحيازة

- الفرع الثالث : حيازة الأملاك العقارية العامة التابعة للدولة

المطلب الثاني : الأشخاص المستفيدون من حماية الحيازة

- الفرع الأول : التجاذبات الفقهية

أولا : رأي سافيني (Savigny)- النظرية الشخصية

ثانيا : نظرية إهرينغ (Jhering)- النظرية الموضوعية

- الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات من المسألة

المطلب الثالث : مدى اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى الحيازة

- الفرع الأول : طرح المسألة

- الفرع الثاني : موقف بعض التشريعات

المبحث الثاني : الإشكالات الخاصة بكل دعوى و تلك التي تثيرها قاعدة عدم الجمع

المطلب الأول : الصعوبات التي تثيرها كل دعوى

- الفرع الأول : إشكالات دعوى منع التعرض

- الفرع الثاني : الإشكالات العملية في دعوى وقف الأعمال الجديدة

- الفرع الثالث : الصعوبات العملية في دعوى الاسترداد

المطلب الثاني : الإشكالات التي تثيرها قاعدة عدم الجمع بين الحيازة و الحق

- الفرع الأول : المقصود بالجمع بين الدعويين

- الفرع الثاني : جزاء خرق قاعدة منع الجمع

خاتمة

حفاظا على الأمن والاستقرار الاجتماعي يحمي القانون بعض الأوضاع المادية التي قد تبدو في ظاهرها غير مشروعة، فيحوّلها إلى أوضاع قانونية معترف بها، ومن أمثلة تلك الأوضاع الحيازة، فهي من مجرد سيطرة مادية على الأشياء صارت سببا من أسباب كسب الملكية وباتت تحضاً بحماية قضائية عن طريق دعاوى تتميز بأحكام خاصة. قد تجتمع الحيازة والملكية في يد واحدة، فيكون الحائز هو المالك، وهذا أحد مبررات حماية الحيازة، لكن في حالات أخرى قد تفتقر الحيازة عن الملكية أو الحق، وهنا ثار التساؤل عن علّة حماية الحيازة في هذه الحالة.

لقد أثار موضوع حماية الحيازة جدلا كبيرا ارتبط بنظريات فلسفية مختلفة، و تحت تأثير تلك النظريات بنا الفقهاء رؤيتهم للحيازة التي اقتبست منها جلّ التشريعات أحكامها الحديثة، لكن إلى اليوم لم يتوصل الفقه والاجتهاد القضائي إلى منح تصوّر واحد للحيازة، ولم تستقر التشريعات بشأن الحيازة الجديدة بالحماية، حيث ثار الإشكال بشأن بعض الحالات الخاصة في الحيازة، مثل حيازة بعض الحقوق العينية والحيازة العرضية وحيازة الشريك في الملكية الشائعة، كما شكك البعض في إمكانية ممارسة دعاوى الحيازة بخصوص العقارات المملوكة للدولة.

إلى جانب هذا، تثير حماية الحيازة جملة من الصعوبات العملية الأخرى التي تباينت بشأنها الأنظمة القانونية، فتعُدّ دعاوى الحيازة في ذاته يعد مسألة مثيرة للجدل، إذ تسأل البعض عن جدوى ذلك التعدد، خاصة وأن كل واحدة من تلك الدعاوى تثير لوحدها العديد من الصعوبات العملية والمآخذ النظرية، كما تثير قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية هي الأخرى الكثير من اللبس بسبب غموض مفهومها ومدلولها، فضلا عن عدم تحديد جزاء خرقها في بعض القوانين.

بسبب تلك الصعوبات العملية وغيرها، سلكت الأنظمة القانونية توجهات مختلفة ومتباينة في سبيل تذليل العقبات التي تثيرها أحكام حماية الحيازة، إذ اتجه البعض إلى ابتكار الحلول من خلال المرح بين الآراء والنظريات المختلفة، في حين ذهب آخرون إلى وضع قواعد وأحكام جديدة لتذليل تلك الصعوبات، ليبقى الموقف الأكثر إثارة، موقف المشرّع الفرنسي- الذي استغنى كليا ونهائيا عن دعاوى الحيازة بإلغاء النصوص المتعلقة بها في كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية في مساهمته الذي ساهم عصرنة وتبسيط القانون والإجراءات.

من خلال هذا البحث أتعرض إلى أهم ما تثيره حماية الحيازة من مآخذ وصعوبات عملية، مما تشترك فيه كل الأنظمة القانونية وما ينفرد به الوضع في القانون الجزائري وسأعرض بالدراسة إلى بعض الحلول المستحدثة التي ابتكرتها التشريعات والفقه والاجتهاد القضائي في مختلف الأنظمة القانونية في سبيل تذليل تلك العقبات والإشكالات العملية.

ويس فتحي

على هذا فإن البحث يتضمن عرضا وصفيا و تحليليا لمختلف الصعوبات التي أثارها وتشيرها حماية الحياة وما استحدث لها من حلول وفق منهج تاريخي بالنسبة لأصول تلك الصعوبات ومنهج مقارن في ظل مختلف التشريعات والأنظمة القانونية والقضائية في البلاد اللاتينية والعربية والجرمانية والأنجلوساكسونية .

المبحث الأول: الإشكالات الفقهية العامة في حماية الحياة

تشارك جميع دعاوى الحياة في عدد من الصعوبات العملية التي تعود إلى القواعد العامة و المبادئ المشتركة التي تحكم فكرة حماية الحياة، منها ما يرجع إلى تحديد نطاق الحماية وحصر - الأشياء والأموال والأشخاص المستفيدون من حماية الحياة، ومنها ما يرجع إلى بعض التعقيدات التي تثيرها بعض الأملاك، كالأملاك العامة والأملاك الخاصة للدولة والأملاك الشائعة، في حين تتعلق بعض الصعوبات المشتركة بمسألة تحديد القضاء المختص بدعاوى الحياة ومدى اختصاص القضاء الاستعجالي بالفصل فيها.

المطلب الأول: نطاق حماية الحياة

يتحدد نطاق حماية الحياة في المقام الأول بالأشياء والأموال التي يمكن أن تكون محلا للحياة، فتستفيد من الحماية، وبالحقوق التي يمكن أن ترد عليها الحياة والأشخاص الذين يستفيدون من الحماية. إن ارتباط دعاوى الحياة في أغلب التشريعات والقوانين بالعقارات دون المنقولات، يفرض علينا في البداية البحث في الأساس القانوني لذلك الارتباط، لنتعرف بعد ذلك على الحقوق التي يمكن أن تنصب عليها الحياة مع إبراز إشكالية حياة الأملاك العامة والأملاك الشائعة تباعا. أما النطاق الشخصي - للحياة، فسيكون موضوع المطلب التالي الذي أخصه لإبراز حجم الخلاف والتباين الذي ميز آراء الفقهاء ومواقف التشريعات وأحكام القضاء في هذا الشأن.

الفرع الأول: اقتصار دعاوى الحياة على العقارات دون المنقولات

شرعت دعاوى الحياة لحماية حياة العقار والحق العيني العقاري دون المنقول بالرغم من أن حياة المنقول مثلها مثل حياة العقار تعتبر سببا لكسب الملكية¹، إذ لا وجود لدعاوى الحياة في المنقول²، فأغلب التشريعات متأثرة بالمسار التاريخي لحماية الحياة وبراءة أغلب الفقهاء تميل إلى الاقتصار على العقارات في دعاوى

¹ علام، محمد عبد الرزاق محمد، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحياة و دعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006، ص10.

² Patrice JOURDAIN, Les biens, éd, Dalloz Delta, 1995, p. 266.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

حيازة¹، إلا أن المبررات التي ساقها الفقهاء في ذلك ليست كلها مقنعة، الأمر الذي أدى إلى ظهور تيار ينادي بضرورة مد أحكام دعاوى الحيازة الثلاث لتشمل المنقولات أيضا بحجج تبدو مقبولة ومنطقية².

قيل في تبرير فكرة إقصاء المنقول من حماية الحيازة، أن تقسيم الدعاوى إلى دعاوى حيازة ودعاوى ملكية، ما هو إلا فرع من الدعاوى العقارية³، أما في مجال المنقولات فإن تقسيم الدعاوى إلى دعاوى حيازة ودعاوى ملكية، وإن كان مقبولا من الناحية النظرية، إلا أنه مستبعد عمليا بنصوص صريحة في بعض التشريعات، فيما استبعده الاجتهاد القضائي في الدول التي لا تتضمن قوانينها نصوصا صريحة في هذا الشأن⁴.

يصوغ الفقهاء في تبرير ذلك عدة مبررات، أهمها أن المنقول ليس له حيز ثابت وأن حيازته تختلط بملكته وأن مجرد حيازته بحسن نية تعني ملكيته وأن الحيازة في المنقول سند الملكية، فضلا عن المبرر التاريخي، ومفاده أن دعاوى الحيازة نشأت تاريخيا في القانون الفرنسي مرتبطة بالعقار دون المنقول الذي لم تكن له قيمة تستوجب حمايته بدعاوى الحيازة⁵. لكن يبدو أن كل هذه التبريرات لم تكن مقنعة، إذ تعالت في السنوات القليلة الماضية الدعوات نحو توسيع مجال حماية الحيازة ليمتد إلى المنقولات، ومن ذلك ما دعا إليه بعض الفقهاء في مقاطعة "كيبك" الكندية التي تخضع لقوانين لاتينية مستمدة من النموذج الفرنسي⁶، مستندين في ذلك إلى أن المادة 929 من القانون المدني لمقاطعة "كيبك" لا تشير بوضوح إلى أن دعاوى الحيازة تقتصر على العقارات فقط⁷، منادين

¹ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن، دون دار الطبع، دون سنة النشر، ص 124 ؛ قادري، نادية. (2009). "نطاق الحيازة في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير في القانون العقاري"، جامعة باتنة، الجزائر، 2009، ص 147.

² EMERICH, Yaell. (2013). « étude sur la protection possessoire ». Revue du notariat, 115(3), 483-514. <https://doi.org/10.7202/1044708ar>

³ Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^e éd., Dalloz, Paris, 1999, p. 129.

⁴ إن المادة 2279 من القانون المدني الفرنسي استبعدته، كما أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا التقسيم في مجال المنقولات معتبرة حماية الحيازة بدعاوى الحيازة لا تتعلق إلا بالعقارات وأن أحكامها لا سيما سقوط الدعوى بمضي سنة واحدة لا يجوز تطبيقها في الدعاوى المتعلقة بالمنقولات، راجع في تفصيل ذلك :

cassation civ I, 6 fev 1996, Bull.I ; n° 57 R.T.D civ. 1996. 943 ; obs zenati.

⁵ عبد الرحيم، بسمه. (2017). "حماية الحيازة في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير في القانون المدني، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 33 ؛ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع : أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص 904 و ما بعدها ؛ مُجْمَدِي، فريدة زواوي، الحيازة و التقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 133 و ما بعدها .

⁶ Y. EMERICH, préc., p. 508.

⁷ تنص المادة 929 من القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية على :

« le possesseur dont la possession a été continue pendant plus d'une année a, contre celui qui trouble sa possession ou qui l'a dépossédé, un droit d'action pour faire cesser le trouble ou être remis en possession ».

ويس فتحي

بضرورة التخلص نهائيا مما أسموه "أسطورة" تفوق العقارات على المنقولات من حيث القيمة المادية. غير أن القضاء هناك لا زال مصرّا على قصر دعاوى الحيازة على العقارات، متأثرا بالقانون الفرنسي¹.

أعاب الفقهاء المنادون بضرورة مد الحماية إلى المنقولات على الوضع الراهن، أن الاختصار على العقارات في دعاوى الحيازة مبني على مجرد تقليد قديم يفضل العقار على المنقول من جهة، ومن جهة أخرى مبني على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز التي يرى الفقه الفرنسي- بأنه لا حاجة لدعاوى الحيازة في المنقول في وجودها²، خاصة أنها قاعدة منصوص عنها صراحة في القانون المدني الفرنسي³.

ردّا على ذلك يسوق الفقهاء المؤيدون لفكرة مد الحماية إلى المنقولات مجموعة من المبررات، منها أن تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز يقتضي توفر شروط يصعب اجتماعها⁴، غير أن المعارضين لتلك الفكرة ردّوا عليهم بأنه لو تقبل بدعاوى الحيازة في المنقولات، فإن الحائز المدعي سيتمسك بملكه للمنفوق مستندا على الحيازة، وذلك يعد خرقا لقاعدة عدم جواز الجمع بين الحيازة والملكية⁵.

تجدر الإشارة في هذا المقام، أن القضاء في مقاطعة "كيك" الكندية صار يقبل دعاوى الحيازة في المنقول لعدة اعتبارات، أهمها أن القانون المدني لمقاطعة "كيك" لا يتضمن نصا مماثلا لنص المادة 2276 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الحائز⁶، فضلا عن تعاضل قيمة بعض المنقولات وظهور أنواع منها تفوق في قيمتها قيمة العقارات، لم تكن موجودة في المراحل التاريخية التي صيغت خلالها قواعد حماية الحيازة⁷.

¹ في الجزائر أيضا لا يوجد أي نص صريح يدل على أن دعاوى الحيازة لا تكون إلا في العقارات غير أن ورود أحكام دعاوى الحيازة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في المواد من 524 إلى 530 تحت الفصل المتعلق بالقسم العقاري للمحكمة يوحي بأن المشرع الجزائري أيضا لا يعترف بدعاوى الحيازة إلا في مجال العقارات .

² Y. EMERICH, préc., p. 508.

³ المادة 2279 من القانون المدني الفرنسي صارت هي المادة 2776 بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 561/2008 المؤرخ في 17 جوان 2008 و صارت تنص على أن الحيازة في المنقول سند الحائز « en fait de meuble la possession vaut titre » .

⁴ بخصوص شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز راجع : سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الاردني: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني: أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001، ص 318 ؛ محمد، فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 133 و ما بعدها ؛ أبو السعود، رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية : أحكامها و مصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر-و التوزيع، القاهرة، 2007، ص 379 و ما بعدها ؛ كيرة، حسن، الموجز في احكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية : أحكامها و مصادرها، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، القاهرة، 1998، ص 480 و ما بعدها.

⁵ Y. EMERICH, préc., p. 509.

⁶ في الجزائر يوجد نص مشابه لنص المادة 2276 من القانون المدني الفرنسي هو نص المادة 835 من القانون المدني الجزائري و لذلك لا حاجة لدعاوى الحيازة في المنقولات.

⁷ Y. EMERICH, préc., p. 510.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

الفرع الثاني: الحقوق المحمية بدعاوى الحيازة

لم يكن مجال الحيازة ونطاق الحماية أمراً مضبوطاً منذ البداية، إنما مرّ في تطوره بمراحل عديدة، غير أنه إلى اليوم لا توجد نظرة موحدة في تحديد الحقوق التي يمكن أن تكون محلاً للحيازة ومن ثم محلاً للحماية. لقد كانت الحيازة في القانون الروماني مرتبطة بحيازة الأشياء، أو بتعبير أدق بحيازة حق الملكية فقط (possessio rei)¹ قبل أن يقر القانون الروماني فكرة الحيازة في باقي الحقوق العينية (possessio juris)، ليتوسع بعد ذلك إلى قبول حيازة حقوق الارتفاق أيضاً (quasi possessio)².

أما من حيث أوصاف الحق الذي يمكن أن تخميه دعاوى الحيازة، فإن الفقه في فرنسا وسّع من نطاق الحماية بحيث صار من الممكن رفع دعاوى الحيازة بشأن العقارات المفروزة والمشاركة وحتى الحقوق المتفرعة عن الملكية مثل حق الانتفاع³. وفي مرحلة لاحقة صار القانون الوضعي يقبل بحيازة أنواع جديدة من الحقوق العينية في كل من العقار والمنقول كحق الأمفيتوز المعروف في القانون الفرنسي⁴. أما حقوق الارتفاق فقد ميّز الفقه بين حقوق الارتفاق الظاهرة والمستمرة من جهة، وحقوق الارتفاق غير الظاهرة والمتقطعة من جهة ثانية، إذ يمكن رفع دعاوى الحيازة بشأن النوع الأول من حقوق الارتفاق فقط⁵، أما النوع الثاني فغير ممكن لكونها لا تقبل التملك بالحيازة والتقادم المكسب بطبيعتها⁶.

أما بشأن الحقوق الشخصية فقد اختلف الفقهاء⁷، إذ لا يقبل أغلب الفقه بفكرة الحيازة إلا في نطاق الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية (حق الدائنية)، ما لم تكن تلك الحقوق متضمنة في سند يمكن حيازته ككل شيء مادي⁸، بينما يميل بعض الفقهاء إلى قبول حيازة الحقوق الشخصية، بل أكثر من ذلك هنالك من دافع عن فكرة حيازة الحقوق الأسرية، رغم أنها حقوقاً غير مالية أصلاً وتخرج بطبيعتها عن التعامل⁹. أخذ القانون الفرنسي برأي أولئك الفقهاء الذي يقبلون حيازة الحق الشخصي وحايته من خلال نص المادة 1240 من القانون المدني التي تقضي بأن "الدفع الذي يتم بحسن نية للشخص الذي يجوز حق الدائنية يقع صحيحاً....".

¹ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 4.

² Jean-louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, les biens*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 149 et s ; P. JOURDAIN, préc., p. 266.

الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 15.

³ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 129.

⁴ حق الإمفيتوز هو حق عيني أصلي ينتج عن إيجار العقارات لمدة طويلة تصل إلى 99 سنة يخول لصاحبه سلطات مباشرة على العقار لا يخولها عادة الإيجار العادي. راجع في تفصيل ذلك: الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، دون سنة النشر ص 342

⁵ P. JOURDAIN, préc., p. 266-267.

⁶ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 130.

⁷ كيرة، حسن، المرجع السابق، ص 434، 435؛ نادية، قادري، المرجع السابق، ص 5-6.

⁸ سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 226؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 16.

⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 144.

ويس فتحي

من أكثر المواضيع إثارة للجدل في مجال الحياة موضوع الحياة الشائعة، إذ برغم ارتباط الشيوع بحق الملكية خاصة¹ وبالحقوق العينية الأخرى في بعض التشريعات²، إلا أن الفقه والقضاء أراد أن يمنح هذا الوصف أيضا للحياة، فهناك من يرى أنه كما تكون الملكية شائعة، يمكن أن تكون الحياة شائعة أيضا، ويكون لكل شريك فيها الحق في حمايتها³، لكن في غياب أحكام تفصيلية تضبط الحياة الشائعة، فإن الفقه والقضاء حاولا حل الصعوبات التي تثيرها هذه الوضعية القانونية مستلهمين جل أحكامها من أحكام الملكية الشائعة.

من بين الأحكام التي وضعها الفقه في هذا الشأن، أن الحياة الشائعة لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع، فلا تحمي حياة كل شخص بدعاوى الحياة إلا على أساس أنها حياة شائعة، ولا يكسب أحد الشركاء الحق بالتقادم إلا شائعا، فيتملك نصفه أو ثلثه شائعا إذا توافرت شروط التقادم⁴. والحائز على الشيوع يجتمع لديه العنصران المادي والمعنوي، لكن في العنصر المعنوي يكون القصد متجها إلى استعمال الحق شائعا مع غيره لا خالصا له وحده. أما في العنصر المادي فيباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره، فيقوم بالأعمال المادية للحياة، بشرط ألا يحول قيامه بها دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضا بها⁵.

إن هذه القاعدة مجرد افتراض لا يستند على أي نص قانوني، فالقصد المفترض قد لا يكون هو القصد الحقيقي للحائز، ولا يجوز افتراض هذا القصد من طرف الغير أو من طرف القاضي. أما السيطرة المادية فهي وضع مادي لا يجوز تقييده بشروط مسبقة، فالمفروض أنه إذا سيطر الشخص على كل المال المشاع تكون له الحياة بمفرده وليست مشاعة مع غيره، ما لم تكن مشوبة بعيب، فلا يحتاج بها عندئذ تجاه الطرف المعني بالعيب. إن ما يؤيد هذا الرأي هو حذف النص المتعلق بالحياة الشائعة من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ما يفسر على أنه تراجع عن فكرة الحياة الشائعة⁶.

¹ سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 109.

² كالتقادم الكويتي حيث تنص المادة 818 من القانون المدني الكويتي على أنه "إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء غير مفرزة حصة كل منهم فهم شركاء على الشيوع".

³ أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 144؛ خالد، عدلي أمير، المراكز القانونية في منازعات الحياة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 27؛ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 26-27.

⁴ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 798؛ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 28.

⁵ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 798.

⁶ كانت المادة 1402 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تنص على أنه إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا أو حازوا جميعا حقا واحدا جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التي تترتب على حياة الشيء أو الحق، على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال". وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي "كما تكون الملكية شائعة تكون الحياة أيضا شائعة فقد يجوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع، ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحياة بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال". ولكن هذا النص حذف في لجنة المراجعة. مما يفتح الباب للتأويل فيما إذا كان حذفه هو إلغاء لفكرة الحياة الشائعة أم أن ذلك كان "تجنباً للتفصيلات" مع بقاء العمل بالحياة الشائعة وإخضاعها للقواعد العامة كما يقول الأستاذ السنهوري دون أن يبين ما الذي قصده بالقواعد العامة. راجع في تفصيل ذلك: أبو الوفا، أحمد، ص 144.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

فضلا عن غياب نصوص تنظم هذه الوضعية، فإن توزيع الحيازة توزيع ميراث لا يتلاءم مع طبيعة الحيازة، باعتبارها وضع اليد على ملك الشخص أو ملك الغير أو مال لا مالك له، فإذا فهمنا أن الشيوخ هو وصف للحيازة أو السيطرة المادية وليس وصفا للحق الوارد على الشيء محل الحيازة، فإنه يحق لنا أن نتساءل عندئذ عن مصدر الحيازة الشائعة.

إن الاحتمال الأقرب هو أن يرث أشخاص مالا مشاعا من مورث مشترك، لكن حتى هذا الفرض لا يعني الحيازة الشائعة، إنما يعني حيازة شيء أو حق مشاع. ومن جهة أخرى، فإن الشيوخ وصف في الحقوق وليس وصفا في الأفعال والنوايا، فالإرادة شخصية والسيطرة المادية أيضا شخصية، ما لم يثبت أن شخصين أو أكثر اتفقوا بإرادتهم على أن يمارسوا السيطرة المادية معا، بحيث إذا مارسها أحدهم فإنه إنما ينوب عن الآخر في حصته، وحتى إن تحقق هذا الفرض، فإن الحيازة هنا لا تعدو أن تكون حيازة جماعية ولا يمكن وصفها بأنها شائعة.

بسبب هذا الغموض في مفهوم الحيازة الشائعة، فإن الفقه والقضاء خاصة في مصر بدا عليهما التردد فيما ابتكراه من حلول للأوضاع التي تترتب عن تبني مثل هذه الفكرة القانونية المبتدعة، ومن أمثلة ما ابتكره الفقه في هذا الشأن أن حالة الشيوخ في الحيازة لا تمتع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشيوخ إذا كان هذا العمل يدل في وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه، عندئذ تحمي حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة، و يكسب بمفرده الحق كله بالتقادم إذا توافرت شروطه¹.

لا شك أن هذا الرأي يقوض فكرة الحيازة الشائعة من أساسها، ويقضي- على فكرة الشيوخ في الحيازة تماما، باستثناء تلك الحالة المشابهة للشيوخ التي تنتج عن فكرة تلوث حيازة الحائز الشريك بعيب الغموض واللبس وشبهة التسامح من باقي الشركاء، ما يجرد حيازته لحصة الآخر من الحجية بسبب العيب وليس بسبب حالة الشيوخ في حد ذاتها. في هذا المعنى أصدر القضاء في مصر عددا كبيرا من الأحكام على نحو يهدم تماما فكرة الحيازة الشائعة، في اتجاه الاعتراف لأحد الورثة بحقه في أن يمتلك بالتقادم نصيب باقي الورثة إذا توفرت شروط الحيازة التي تصلح لكسب الحق بالتقادم، شأنه شأن الأجنبي، وهذا أمر طبيعي إذ أن ما يجوز للأجنبي يجوز له هو ما لم تتعكر حيازته بشبهة التسامح أو عيب الغموض أو غيره من العيوب².

حاول الفقهاء تبرير فكرة الحيازة الشائعة بعدة مبررات وأنشئوا لها مكانة في القانون وابتكروا لها أحكاما صاغوها من خلال الصعوبات العملية التي تشور بشأنها، كما كان للقضاء دور بارز في تطوير فكرة الحيازة الشائعة، رغم أن الشيوخ في الحيازة وضع غير مألوف في القانون، أما التشريعات فقد جاء أغلبها خال من

¹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 799 و ما بعدها.

² من بين تلك الأحكام ما أورده الأستاذ السنهوري في الوسيط في هوامش الصفحة 799 و 800 و منها حكم النقض المدني في 24/ 10/ 1940 و حكم محكمة النقض في 11/ 05/ 1970 الذي أورد مضمونه: الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 18.

ويس فتحي

نصوص تتعلق بالحيازة الشائعة، وإذا سايرنا التوجه الذي يقبل بتلك الوضعية القانونية، فإن الغموض سيبتقى يلف بشكل واضح حالات التعدي التي تقع ضمن من أسأهم الفقهاء الحائزون على الشيوخ.

لقد اجتهد القضاء بخصوص توجيه دعوى الحيازة ضد الشريك في الحيازة الشائعة، إذ قضت محكمة النقض المصرية بجواز رفع الدعوى من الشريك على الشيوع ولو كان المتعرض شريكا له أو المشتري منه، لأنه ليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض المملوكة على الشيوع بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض، بل كل ما له - إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها - أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على الحائز بما يقابل الانتفاع¹.

وفيما يتعلق بمصدر الحيازة الشائعة فإن ما يثير التساؤل هو انتقال الحيازة بالميراث إلى الخلف العام، ففي شرحه للمادة 955 من القانون المدني المصري² يقول الأستاذ السنبوري "أن الحيازة هنا تنتقل بحكم القانون دون حاجة إلى تسلم الخلف للحيازة من سلفه فعليا"، بدعوى أن هذا ما تقتضيه طبيعة الأشياء لأنه - حسب رأيه - في الفترة بين موت السلف وتسلم الوارث لا بد للمال أن يكون له حائز مادام غير متروك، إذ الحيازة تنتقل بمجرد الموت مع الملكية³. لكن الفقه الفرنسي يعارض هذه الفكرة جزئيا، معتبرا أن ما ينتقل في هذه الحالة ليس الحيازة في ذاتها إنما مزاياها، ممثلة في الحماية أي دعاوى الحيازة وإمكانية كسب الحق بالتقادم المكسب، وهذه فكرة لا تقل غموضا وتعقيدا عن تلك التي ساقها الأستاذ السنبوري.

إن تصوير انتقال الحيازة إلى الخلف العام بهذه الصورة، كان وراء التفسير الذي صاغه بعض الفقهاء للنصوص المتعلقة بانتقال الحيازة الواردة في بعض التشريعات، بأن المقصود منها هو منع الوارث من أن يستأثر بحيازة غيره من الورثة، حتى ولو لم يمارسوا معه السيطرة المادية على الشيء. غير أن هذه القاعدة تتناقض مع المبرر الذي ساقه بعضهم لها، والمبني على وجود التزام قانوني يقع على الوارث يلتزم بموجبه بأن يحترم أنصبة باقي الورثة كونه يجوز لمصلحتهم، إذ لا يمكن الجمع بين القول أنه يجوز لمصلحتهم والقول بأن الحيازة تنتقل للوارث بقوة القانون، فضلا عن هذا فإن النصوص التي نتحدث عن انتقال الحيازة إلى الخلف العام لم تذكر أنها تنتقل انتقال ميراث إلى جميع الورثة، كما أنه لا يوجد في تلك النصوص ما يدل على انتقالها بقوة القانون دون حاجة إلى عنصر- السيطرة المادية، ومن جهة أخرى فإن فكرة وجوب أن يكون للمال حائز دائما ليست فكرة صحيحة.

إن الباحث في هذه الجزئية سيكتشف التخبط الواضح لدى الفقه والتشريعات بشأن الحيازة الشائعة، ما يفيد أن أحكامها مبنية على أفكار غامضة وخلاف فقهي كبير. من هنا فإن حالة الشيوع في الحيازة إن قبلنا وجودها، فلا بد ألا تفرض على الشخص بسبب أن هناك أشخاصا آخرين يجب أن يشاركوه في الحيازة فقط لكونها انتقلت إليه معهم بالميراث أو الاتفاق، فالعبرة في نشأة هذه الوضعية القانونية ليست بالانتقال ذاته، إنما

¹ حكم محكمة النقض المصرية - مدني في 1984/06/21 الطعن رقم 222 سنة 50 ق و أورده : أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 160.

² تقابل المادة 814 من القانون المدني الجزائري التي تتعلق بانتقال الحيازة إلى الخلف العام

³ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 877.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

بالسيطرة المادية الفعلية. فإذا كان انتقال الحقوق للملكية بالميراث يتم بقوة القانون ووفقاً لأحكامه، فإن انتقال الحيابة يتم بطريق مغاير، إذ لا بد أن تكون العبرة بوضع اليد في ذلك الانتقال وليس بجعل الحيابة تنتقل بقوة القانون كما لو كانت حقاً.

مع هذا فإنه لا إشكال في أن نبحث في شروط الحيابة لما تنتقل إلى الخلف، لا سيما خلوها من العيوب لتحديد مال حيابته وحمايتها بدعاوى الحيابة، لكن ذلك كله لا يسبب بحق الملكية أو الحق العيني الثابت للغير ممن هم شركاؤه في الحق وليس في الحيابة، إذ يجوز لهم طلب القسمة فقط، أما طلب عدم التعرض لهم في الحيابة فلا يكون مقبولاً ما لم يثبتوا أنهم حازوا المال مدة سنة على الأقل قبل أن يأخذها منهم الحائز المستحوز، على أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ التعدي. أما إذا لم يسبق للوارث أو الشريك أن وضع يده على المال المشاع كله أو بعضه، ولم يثبت أنه كان متسامحاً أو رخص للشريك المستحوز، فلا يمكنه استرداد الحيابة أو رفع أي دعوى من دعاوى الحيابة، فيما يبقى الحل الوحيد بيده هو طلب قسمة الملكية المشاعة لا طلب قسمة الحيابة الشائعة متى توفرت شروط القسمة.

في الأخير يمكن ملاحظة أن فكرة انتقال الحيابة بقوة القانون للورثة دون حاجة إلى وضع اليد، قد تكون حلاً لنوع من النزاع الذي يكثر وقوعه عندنا في الجزائر، خاصة في الحالات التي يكون فيها العقار المنتقل بدون سند ملكية معترف به قانوناً إلا أنه مشاع بحسب الظاهر، كالسكنات والأراضي التي تتركها الأسرة من مورث لم يكن لديه سند رسمي ويستأثر بها أحد الورثة أو بعضهم حارمين البقية من الانتفاع، إذ في مثل هذه الحالة لا يقبل القضاء في الجزائر دعوى القسمة لعدم ثبوت الملكية، وقد لا يقبل دعوى منع التعرض في الانتفاع بنصيب منها المرفوعة من أحد الورثة على الوارث الآخر بسبب عدم ثبوت الحيابة للمدعي طيلة سنة على الأقل أو عدم رفع الدعوى خلال مدة السنة أو غير ذلك من الأسباب. لذلك فلو نساير فكرة انتقال الحيابة إلى الخلف العام جميعهم بقوة القانون دون حاجة إلى وضع اليد يمكن أن تقبل دعوى الوارث ضد الوارث الآخر دون حاجة للتحقيق في توفر شرط الحيابة المادية سنة على الأقل قبل وقوع التعدي أو المنع، لأن الحيابة ستكون ثابتة بالافتراض القانوني وبقوة القانون للمدعي حتى ولو لم يسبق له أن وضع يده على العقار المنتقل من سلفه.

الفرع الثالث: حيابة الأملاك العامة التابعة للدولة

من الإشكالات الفقهية والتطبيقية التي برزت بشأن الحيابة وضعية العقارات المملوكة للدولة والهيئات الإدارية، إذ قال البعض أنه يشترط في العقار الذي يجوز رفع دعاوى الحيابة بشأنه أن يكون مما يصلح تملكه ملكية خاصة¹، الأمر الذي يخرج العقارات التابعة للأملاك العامة من نطاق حماية الحيابة². وقد تبنى المشرع

¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 132 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 144 ; P. JOURDAIN, préc., p. 271.

² خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 31 ؛ سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الأردني: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني: أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001، ص 227.

ويس فتحي

الفرنسي بشكل صريح هذا المبدأ من خلال المادة 1264 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغائها¹، وذلك من خلال الشرط الذي استهل به نص المادة الذي جاء على النحو التالي: « Sous réserve du respect des règles concernant le domaine public »

حسب فريق من الفقهاء فإن الحيابة التي يحكمها القانون هي فقط تلك الحيابة التي تصلح لكسب الحق بالتقادم (possession utile)²، ويترتب على هذا أن دعوى الحيابة المرفوعة على الدولة أو فروعها لا تقبل إذا كانت بشأن عقار من عقارات الملك العام، غير أنه ثار التساؤل حول الدعاوى التي ترفع ضد الغير بخصوص حيابة ملك عام كما هو الوضع الغالب في الجزائر، إذ أن أغلب حالات الحيابة تنصب على أملاك الدولة وأراضي العرش.

تباينت آراء الفقهاء³ في هذا الشأن، ولم يستقر القضاء على موقف موحد، إذ تصدر المحاكم الجزائرية أحيانا أحكاما برفض دعوى الحيابة بحجة أن النزاع يتعلق بعقار من الأملاك العامة، وذلك بالرغم من أن التشريع الجزائري يخلو من أي نص يفيد عدم جواز حيابة الملك العام. إذ كثيرا ما يقع الخلط بين فكرة عدم جواز حيابة الأملاك العامة و فكرة عدم جواز تملك الأملاك العامة بالحيابة والتقادم المكسب التي تمنعها نصوص صريحة، لذلك فإن المحكمة العليا في الجزائر أكدت في عدة قرارات لها على أنه لا يوجد أي مانع لحيابة الأملاك العامة، و من ثم لا مبرر لرفض دعوى الحيابة المنصبة على الملك العام، و هو موقف سليم طالما أنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري مماثل لنص المادة 1264 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- يمنع صراحة حيابة العقارات المملوكة للدولة والهيئات الإدارية العامة .

في قرار للغرفة العقارية بالمحكمة العليا صادر بتاريخ 1998/06/24 جاء أنه : "... و لما قرّر قضاة المجلس بأن الحيابة لا تجوز في الأملاك التابعة للدولة فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد أي نص قانوني يتحدث على منع الحيابة في الأملاك العقارية التابعة للدولة التي تمنح للأشخاص بموجب شهادة إدارية من أجل استغلالها والاستفاد بها مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴. مع أن هذا القرار ربط إمكانية حيابة أملاك الدولة بوجود رخصة إدارية، فهذا الربط والاشتراط ما هو إلا تزيّد أضافته المحكمة العليا في قرارها بخصوص القضية المعروضة عليها، فالواقع أن حيابة أملاك الدولة في الجزائر جائزة بشكل مطلق سواء برخصة أو بدونها وذلك لعدم وجود نص صريح يمنع تلك الحيابة.

¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 133 ; P. JOURDAIN, préc., p. 271.

² سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص ص 227 ، 264 ، 265 مع ملاحظة أن القانون الاردني يمنع حتى حيابة الاملاك الخاصة لما تكون مسجلة في السجل العيني أي مشهورة حسب المصطلح المعمول به في الجزائر ذلك ان القانون الاردني يأخذ بمبدأ القوة المطلقة و مبدأ الأثر المطهر للشهر بحيث من لحظة تسجيل العقار او قيد الحق العيني العقاري في السجل العيني فانه يصير محصنا من حيابة الغير له و احتمال كسبه بالتقادم فضلا عن تحصينه من أي دعوى تلغيه او تعديله و نفس الحكم تقريبا موجود في القانون المغربي الذي لا يعترف بالحيابة و لا يترتب عليها الأثر المكسب للحق إذا كانت منصبة على عقار مسجل أو محفوظ حسب المصطلح المغربي . أنظر في تفصيل ذلك: ويس، فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقررة، دار هومة، الجزائر، 2015، ص ص 581 و ما بعدها .

³ قادري، نادية ، المرجع السابق، ص ص 28، 29.

⁴ المجلة القضائية 1999 عدد 1 ص 72 - قرار رقم 181645.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

ذات المبدأ جسّدت المحكمة العليا في قرار آخر أصدرته الغرفة العقارية بتاريخ 2004/10/13 أكدت فيه على جواز حيابة أملاك الدولة وحماية تلك الحيابة مع عدم جواز تحول تلك الحيابة الى ملكية¹. وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة مؤرخ في 2001/10/24 "إن طبيعة الأرض العرشية لا تمنع من ممارسة حق الانتفاع وعندما يتعرض لهذا الحق يسمح للحائز باللجوء إلى استعمال دعوى الحيابة وأنه ما دام قضية الموضوع لم يبحثوا في مظاهر الحيابة والتحقيق في وجودها تطبيقا للمادة 818 من القانون المدني فإنهم يكونون قد خالفوا القانون"².

وجاء في قرار آخر للغرفة العقارية بالمحكمة العليا مؤرخ في 2006/04/12 "إن المبدأ أنه تجوز حاية الحيابة في أراضي العرش طبقا لقانوني الإجراءات المدنية وقانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل و المتمم"³. وفي قرار آخر لنفس المحكمة صادر في 2003/02/19 جاء : المبدأ أنه لا يحول إدراج أراضي العرش ضمن الاملاك الخاصة للدولة طبقا للمادة 13 من الأمر 26/95 المعدل والمتمم لقانون التوجيه العقاري 25/90 دون إقامة حائزها دعوى منع التعرض في مواجهة الغير⁴.

إن مثل هذا القضاء يماثل تماما تلك الفكرة المستحدثة التي وضعها بعض الفقهاء في فرنسا وفي كندا، والتي تقوم على ضرورة التخلص من النظرة الأحادية للحيابة والاتجاه نحو الفصل بين الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى والحيابة كوضع مادي يستوجب الحماية تحقيقا لغاية نفعية تتمثل على الخصوص في حفظ النظام العام والسلام الاجتماعي، بحيث يكون تبعا لذلك من الجائز حماية الحيابة حتى ولو لم تكن مؤدية إلى كسب الحق، مثل حيابة الأملاك العامة.

في نفس السياق ناد بعض الباحثين في كندا إلى ضرورة التخلص من النظرة التقليدية للحيابة التي تربطها دائما بالتقادم المكسب كموضوع من مواضيع القانون المدني، ومنهم من قال أنه كان على اللجنة التي صاغت النصوص المتعلقة بالأموال (le droit des biens) في القانون المدني لمقاطعة "كيك" الكندية أن تفرّق بين الحيابة كواقعة تدخل ضمنها الحيابة العرضية والحيابة القانونية المؤدية إلى كسب الحقوق⁵.

تجدر الملاحظة في الأخير أنه رغم عدم جواز تملكها بالحيابة والتقادم المكسب، فإن الأملاك العامة يمكن أن تترتب عليها حقوق ارتفاق، بشرط ألا تتعارض مع الاستعمال الذي خصصت له تلك الأملاك⁶، ولذلك يجوز للأشخاص حيابة تلك الحقوق وكسبها و يجوز لهم رفع دعاوى الحيابة لحمايتها⁷.

¹ مجلة المحكمة العليا، 2004، عدد 2، ص 299، قرار رقم 277874.

² المجلة القضائية، 2002، عدد2، ص 365، قرار رقم 218221.

³ مجلة المحكمة العليا، 2006، عدد2، ص 377، قرار رقم 339058.

⁴ مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد خاص، ج3، ص 97، قرار رقم 239797.

⁵ Y. EMERICH, préc., p. 495.

⁶ مرسى، محمد كامل، التقادم أو مضي المدة، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1926 ص 73؛ خالد، علي أمير، المرجع السابق، ص 31.

⁷ أبو الوفا، أحمد، ص 153 إذ يشير إلى المادة 1015 من القانون المدني المصري التي تقابل المادة 867 من القانون المدني الجزائري مع الانتباه إلى الحلل اللفظي الوارد في الصياغة باللغة العربية للنص الجزائري.

المطلب الثاني: الأشخاص المستفيدون من حماية الحياة

حسبما كان شائعا في القانون الفرنسي فإن كل من كان حائزا حياة هادئة وخالية من العيوب يمكنه الاستفادة من الحماية بدعاوى الحياة، غير أن الاجتهاد القضائي كان في وقت سابق يتساهل في دعوى الاسترداد وحدها دون باقي الدعاوى بسبب خطورتها المميزة، قبل فتح مجال رفع جميع دعاوى الحياة لكل من كانت حياته هادئة وخاصة بعد توسيع نطاق دعاوى الحياة ليشمل الحائز العرضي بصدور قانون 09 جويليا 1975 المعدل للقانون المدني الفرنسي الذي جعل جميع دعاوى الحياة متاحة ومقبولة من الحائز أو واضع اليد ضد كل معتد باستثناء من يتلقى منه الحق¹. غير أن الوصول إلى هذا الوضع لم يكن وليد عمل تشريعي بسيط، إنما مرّ ذلك بمراحل طويلة سادتها تجاذبات فقهية بين متشدد في منح الحماية بدعاوى الحياة وبين مناد إلى ضرورة توسيع مجال المستفيدين من الحماية، فكان النقاش متأثرا أساسا بذلك الجدل الفقهي والفلسفي بين الفقيين الألمانين سافيني وإهرنج.

الفرع الأول : التجاذبات الفقهية

أولا : رأي سافيني (Savigny)- النظرية الشخصية

انتقد "سافيني" التفسير التقليدي للنصوص المتعلقة بالحياة، ورأى أن العنصر- الأساسي الذي تتولد عنه الحياة هو عنصر السيطرة المادية (animus possidendi)²، وأن ما يميز فعل الحياة هو نية الحائز في أن يمارس الحق لنفسه³، فالعبرة في الحياة حسب هذه النظرية تكون بدور إرادة الحائز في الأفعال المادية التي يمارسها، لهذا يطلق على هذا الرأي النظرية الشخصية (théorie subjective)⁴.

وفقا لهذه النظرية فإن مبرر حماية الحياة هو ضرورة الحفاظ على الأمن الاجتماعي ضد أعمال العنف والتعدي، لهذا كان من الضروري حماية الحياة لذاتها⁵. ويستشهد أنصار هذا الاتجاه بالمقولة الشهيرة للفيلسوف "غوته" Goethe التي يقول فيها "إن اللاعدالة أفضل من الفوضى"، غير أنه حسب هذا التيار فإن حماية الحياة لا بد أن تخصص فقط لمصلحة الحائز الحقيقي دون الحائز العرضي الذي يجوز لغيره لا لنفسه⁶. من هذا المنطلق فإن الفقيه "سافيني" يستثني كلا من المستأجر والمودع لديه والحارس والوسيط ومن في حكمهم من حماية الحياة.

¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 428 ; P. JOURDAIN, préc., p. 269.

² سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 225.

³ Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t II, vol II, Biens; le droit de propriété et ses démembrements, Paris, Montchrestien, 1994, par. 1422 .

⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 137.

⁵ سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 223.

⁶ المنجي، محمد، الحياة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1993، ص 27.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

ثانيا : نظرية إهرنج (Jhering) - النظرية الموضوعية

إن العنصر الجوهرى في الحيازة بالنسبة للفقيه "إهرنج" ليس إرادة الحائز، إنما المظهر المادى لفعل الحائز لدى استعماله للحق، ولهذا يطلق على نظريته النظرية الموضوعية (*théorie objective*)، غير أن "إهرنج" لا يستبعد بشكل تام إرادة الحائز ونيتة في الظهور بمظهر صاحب الحق، لكنه يرى أن عنصر - القصد في الحيازة (*animus domini*) ينبج عن الأعمال المادية المتمثلة في السيطرة على الشيء وممارسة الحق¹. إن الحيازة حسب هذه النظرية تتمثل في سلطة فعلية ومادية محضة على الشيء، حتى ولو كان من يمارسها إنما يمارسها لحساب غيره²، ومن ثم لا حاجة للفرقة بين الحيازة للنفس (الحيازة القانونية) والحيازة للغير (الحيازة العرضية) إلا في حالة الحديث عن أثر الحيازة كسب مكسب للحق، بحيث يقتصر هذا الأثر على من يحوز لنفسه، أما الحماية فيتمتع بها الاثنان ولا يستثنى من تلك الحماية إلا الحائز التابع الذي يحوز بأمر من الحائز الحقيقى³.

بناء على هذا فإن التفرقة بين الحيازة الحقيقية (*possession*) و مجرد الإحراز أو الحيازة العرضية (*simple détention*) لا يرجع لعنصر القصد أو العنصر المعنوي في الحيازة (*animus*)، إنما ببساطة لأنه يمكن ممارسة نفس مظاهر السيطرة المادية على مال الغير مثل المستأجر والمودع لديه والحائز لمال الغير، لكن مادامت الحيازة العرضية غير مثبتة بالدليل فإنه يتعين افتراض أنها حيازة قانونية وأن الحائز يحوز لنفسه، ومن ثم وجبت حمايته⁴، لهذا فحتى الحائز العرضي يستفيد من حماية الحيازة، ذلك أن عرضية الحيازة لا أثر لها كعيب إلا جزئيا فيما يتعلق بكسب الحق، فحماية الحيازة إذن ليست دائما بغرض تمكين الحائز من كسب الحق في النهاية، إنما تبقى الحماية موجودة حتى ولو كان الهدف من الحيازة ليس كسب الحق مثل حيازة المستأجر والمودع لديه.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات من المسألة

اختلفت التشريعات وتباينت بشأن استفادة الحائز العرضي من الحماية عن طريق دعاوى الحيازة الثلاث، إذ تبنى القانون المدنى الفرنسى - قبل تعديله سنة 1975 النظرية الشخصية عموما⁵، حيث كانت المادة 2229 من القانون المدنى الفرنسى - المتعلقة بالتقادم المكسب تشترط أن تمارس الحيازة بمظهر صاحب الحق (*à titre de propriétaire*)⁶. وخلافا لذلك فإن القانون المدنى الألماني تأثر بأفكار "إهرنج" بشكل مباشر فتنبى المفهوم الموضوعي للحيازة، أما القانون المدنى السويسري فقد تنبى هو الآخر النظرية الموضوعية

¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 137.

² سوار، محمد وحيد الدين، نفس المرجع، ص 225 : قادري، نادية، المرجع السابق، ص 65.

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 138.

⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 139.

⁵ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 64.

⁶ وفي هذا يقول الفقيهان أوبري و رو

" ce que la loi protège ; c'est bien moins la possession elle-même que le droit probable de propriété ou de servitude dont elle fait supposer l'existence"

ويس فتحي

لكنه غالى فيها لما اعتبر حتى العاملين لدى الحائز حائزين هم أيضا، على الأقل في مواجهة الغير وفقا للمادة 919 من القانون المدني السويسري التي تنص على أن " من يسيطر فعليا على شيء يعتبر حائزا له"¹.

يبدو أن التصور الذي منحتة النظرية الموضوعية للحيازة كان يوفر حماية أكبر للحائز من النظرية الشخصية التي تبناها المشرع الفرنسي في البداية، الأمر الذي جعل بعض الفقهاء في فرنسا مثل "سالي" ينتقدون الموقف الفرنسي من المسألة مفضلين النظرة الألمانية لها²، لكن في دراسات فقهية حديثة خاصة بعد صدور القانون 596/75 المؤرخ في 9 جويلية 1975 المعدل للقانون المدني الفرنسي- فإن الفوارق بين النظريتين الفرنسية والألمانية بدأت تتلاشى وبدأت التشريعات تميل إلى المرح بين النظريتين متأثرة بالتوجهات الحديثة التي انتقدت النظرة الأحادية للحيازة.

لذلك فإن العديد من التشريعات صارت تمنح الحماية للحائز العرضي مثل القانون المدني الفرنسي- بعد تعديله بقانون 9 جويلية 1975 من خلال المادة 2278³ والقانون الإنجليزي (common law) حيث الحماية ممنوحة أيضا للحائز العرضي، إذ لا يشترط هذا القانون العنصر المعنوي في الحيازة، إنما يكفي باشتراط قصد السيطرة المادية (animus possidendi) لرفع دعاوى الحيازة، أي أنه يكفي أن يكون للحائز نية حيازة الشيء لا نية تملكه أو الظهور بمظهر المالك⁴.

تأثر القانون المصري أيضا بذلك النقاش الفقهي حول المفاهيم الغامضة لعناصر الحيازة، فنال حظه من التخطب بسبب ذلك، حتى أن الفقهاء المصريين اختلفوا في توصيف موقف القانون المصري من النظريتين⁵، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن التقنين المدني الجديد مثل التقنين المدني السابق أخذ بالنظرية الشخصية⁶، في حين هناك من قال عكس ذلك مستدلا بحماية القانون المصري للمستأجر⁷، فيما يرى فريق آخر أن التقنين المدني المصري لم يميل إلى أي من النظريتين، إنما اتخذ موقفا وسطا مزج فيه بينهما، إذ أخذ بالنظرية الشخصية حسب

¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 139.

² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 140.

³ Monique CULLIERON, « revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire », (1986) R.T.D. civ, p. 518.

⁴ Y. EMERICH, préc., p. 497.

⁵ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 809.

⁶ عرفة، محمد علي، شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية جزء 2 طبعة سنة 1955 دون دار النشر فقرة 74 ص 125 : البدراوي، عبد المنعم، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، القاهرة 1956 فقرة 487 ص 499 : غانم، إسمايل، مذكرات في الحقوق العينية الاصلية، جزء 2، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1958، ص 101 : منصور، مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1965 فقرة 162 ص 377 : كبرة، حسن، المرجع السابق، ص 438 : سيف، رمزي، الوجيز في قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1957، فقرة 139 ص 156 : مسلم، أحمد، أصول المرافعات، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1959 فقرة 306 ص 307.

⁷ الشرفاوي، عبد المنعم، شرح قانون المرافعات المدنية و التجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1956 فقرة 59.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

المبدأ العام، لكنه مدّ الحيابة لتشمل الحقوق الشخصية واعتبر الحيابة لحساب الغير حيابة صحيحة وحماها بدعاوى الحيابة مستثنيا الخدم والتابعين، مستلها ذلك من أفكار النظرية الموضوعية¹.

أما المشرع الأردني فلا يبدو أنه اتخذ موقفا من النظريتين، ذلك أن القانون المدني الأردني خلو من أي نص يتعلق بحماية الحيابة، إذ أغفل المشرع الأردني تنظيم دعاوى الحيابة الثلاث كليا، ومع ذلك فإن البعض أعطى قراءة غير دقيقة لنص المادة 3 من قانون أصول المحاكمات الأردني على أنها تدل على أن المشرع الأردني لم ينتصر لأي من النظريتين وإنما اتخذ موقفا وسطا بينهما²، في حين أن المادة المذكورة لا تحتل تلك القراءة ولا تنبئ بأي موقف للمشرع الأردني من المسألة، ذلك أنها تتعلق بالمصلحة المحتملة في رفع الدعوى بوجه عام وليس دعاوى الحيابة على وجه التخصيص.

أما المشرع الجزائري ففقد حذا حذو المشرع المصري، فهو لا يعتد بحسب المبدأ بالحيابة المادية أو العرضية، لا من حيث صلاحيتها لكسب الحق ولا من حيث حمايتها بدعاوى الحيابة، وهو ما يفهم من خلال القرينة القانونية المنصوص عنها بالمادة 810 من القانون المدني في فقرتها الثانية بقولها "وعند الشك يفترض أن مباشر الحيابة إنما يجوز لنفسه" وكذا من خلال المادة 822 منه التي تنص على أنه "إذا تنازع أشخاص متعددون في حيابة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من كانت له الحيابة المادية"، ففي ذلك دلالة على أن الحيابة في القانون الجزائري لا تقوم ولا تنتج آثارها إلا اذا كانت متكونة من العنصرين، غير أنه إذا تنازع اثنان أو أكثر حيابة حق واحد أو شيء واحد فإن العنصر المادي هو وسيلة الترجيح والمفاضلة بينهما، بحيث تكون الحيابة بحسب الاصل لمن يسيطر ماديا ولكن ذلك لا يكون ثابتا إلا بصفة مؤقتة إلى أن يثبت العكس.

كما يفهم هذا الموقف أيضا من خلال الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 817 من القانون المدني بنصها "و يجوز أيضا أن يسترد الحيابة من كان حائزا بالنيابة من غيره"، فسياق النص في بدايته وكذا باقي النصوص المتعلقة بدعاوى الحيابة لا سيما المادة 820 و 821 يدل على أنه لا يجوز رفع دعاوى الحيابة إلا ممن كانت حيابته حيابة قانونية متكونة من العنصرين، بينما جاءت الفقرة الثانية من المادة 817 في شكل خروج عن الأصل وذلك بأن خولت على سبيل الاستثناء للحائز العرضي رفع دعوى الاسترداد. والواقع أنه لو كان من الجائز أصلا لكل حائز عرضي أن يرفع دعاوى الحيابة لما احتاج المشرع إيراد الفقرة الثانية من المادة 817، إذ الأصل كان سيغني عن الاستثناء.

يتضح الموقف من المسألة أكثر من خلال المادة 524 والمادة 525 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تنص الأولى على أنه "يجوز رفع دعاوى الحيابة فيما عدا دعوى استرداد الحيابة ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره"، بينما تنص المادة 525 على أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيابة ممن اغتصبت منه الحيابة بالتعدي أو الإكراه و كان له وقت حصول التعدي أو الإكراه الحيابة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني"، حيث يفهم من

¹ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 38.

² سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 226.

ويس فتحي

النصين معا أن النص الأول تضمن القاعدة العامة بينما أورد المشرع في الثاني الاستثناء، فالقاعدة أنه لا يجوز ممارسة دعاوى الحيازة ككل إلا ممن كانت حيازته قانونية مكونة من عنصرها المادي والمعنوي، خالية من العيوب ومتوفرة على كافة الشروط، أما الاستثناء فهو ما يتعلق بدعوى الاسترداد فقط، حيث أجاز المشرع رفعها حتى لمن كان حائزا حيازة مادية فقط¹.

أخيرا فإن ما يدل على أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الشخصية هو ما أورده في المادة 487 من القانون المدني لما سمح للمستأجر بممارسة دعاوى الحيازة بنفسه وحسابه ضد كل من يتعرض له دون الرجوع الى المؤجر، إذ يفهم من هذا النص أن المشرع لما يميل إلى قبول رفع دعاوى الحيازة من الحائز العرضي فإنه يعبر عن ذلك بنص صريح يشكل استثناء من القاعدة، إذ لو كانت القاعدة في القانون الجزائري تقضي- بجواز رفع دعاوى الحيازة من الحائز العرضي مطلقا لما أورد المشرع في نص المادة 487 المذكور فقرة تتعلق بحماية المستأجر بدعاوى الحيازة وهو مجرد حائز عرضي .

المطلب الثالث : مدى اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى الحيازة

الفرع الأول: طرح المسألة

بالنظر إلى طبيعة الحكم الفاصل في دعاوى الحيازة فإن الكثير من الفقهاء أثاروا الشبه القائم بين دعاوى الحيازة والدعاوى الاستعجالية²، ذلك أن إجراءاتها لا تسمح بمناقشة موضوع الحق، الأمر الذي جعلها تشبه الدعوى الاستعجالية³. غير أن الفقهاء اختلفوا بشأن اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى الحيازة⁴ وتباينت التشريعات⁵ وتضاربت أحكام القضاء وتعددت الآراء بشكل مثير، إذ ثار التساؤل حول مدى اختصاص القاضي الاستعجالي بنظر دعاوى الحيازة الثلاث⁶، و هل تشتترط عندئذ نفس شروط دعاوى

¹ إن هذا الموقف متناغم مع الموقف المعبر عنه من خلال نصوص القانون المدني و الكل مستوحى من المبادئ العامة التي كانت تقوم عليها حماية الحيازة في القانون الفرنسي القديم و القانون المدني الفرنسي، حيث كانت دعوى الاسترداد دائما تحظى بأحكام خاصة تتميز بالتخفيف في شروطها كونها دعوى شرعت أساسا لحماية النظام العام أكثر من حماية الحائز المعتدى عليه. و لذلك جاءت مخففة في شروطها مقارنة بدعوى منع التعرض و دعوى وقف الأعمال الجديدة، إذ كان منذ البداية من الجائز رفعها من طرف الحائز العرضي لما كانت القوانين لا تقبل منه دعوى منع التعرض و دعوى وقف الأعمال الجديدة.

² علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 111 و ما بعدها ؛ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 155 ؛ سيف، رمزي، المرجع السابق، ص 195 ؛ عبد الرحيم، بسمة، المرجع السابق، ص 42 ؛ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 148 ؛ أبو السعد، محمد شنتا، منازعات الحيازة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1988، ص 125.

³ مليحي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص 685.

⁴ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 149.

⁵ إن المشرع الايطالي ينظم دعاوى الحيازة ضمن التدابير الوقائية خاصة دعوى وقف الاعمال الجديدة التي لا يعدها أصلا ضمن دعاوى الحيازة؛

راجع في هذا المعنى: علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 118.

⁶ P. JOURDAIN, préc., p. 267 .

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

الحيابة المعروضة على قاضي الموضوع، وهل يشترط أيضا توفر عنصر- الاستعجال المطلوب في الدعاوى الاستعجالية¹.

إن ما دعا إلى طرح مسألة اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى الحيابة هو أن طبيعة تلك الدعاوى تقتضي- تنظيما خاصا بأحكام تشبه أحكام القضاء الاستعجالي من حيث سرعة الفصل والطقن والتنفيذ²، ذلك أنه كثيرا ما تطول إجراءات دعاوى الحيابة أمام قاضي الموضوع إلى أن يزول أو يتغير سبب رفعها أثناء النزاع، ما يجعل الحكم الصادر فيها غير مجد أو غير ممكن تنفيذه، وهذا ما دعا في فرنسا إلى ضرورة منح القضاء الاستعجالي سلطة الفصل في دعاوى الحيابة.

هذا وتسأل الفقه في فرنسا عن القواعد التي ستحكم دعاوى الحيابة لما تعرض على القاضي الاستعجالي، فرأى البعض أنه من الفروض ألا تتطلب الدعوى الاستعجالية الحيابة نفس شروط الدعوى الموضوعية، لاسيما مدة الحيابة وآجال رفع الدعوى وشروط الحيابة، باستثناء شرط الحيابة الهادئة المنصوص عنه بالمادة 2283 من القانون المدني الفرنسي، إلا أنه يبقى على القضاء أن يجتهد لحل الإشكالات التي قد تنشور، لاسيما إشكال الجمع بين الدعويين الاستعجالية والموضوعية والخيار بينها وإشكال تكرار الدعاوى وحجية الأمر الاستعجالي وغيرها من الإشكالات³.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات

في غياب نص تشريعي صريح يجيز أو يمنع عرض دعاوى الحيابة على القضاء الاستعجالي في الجزائر فإن القضاء يميل إلى تقرير عدم اختصاص القاضي الاستعجالي بدعاوى الحيابة ما لم تتوفر شروط الدعوى الاستعجالية من عنصر الاستعجال وعدم المساس بالحق، فأغلب المحاكم في الجزائر تقتضي- بعدم اختصاصها بحجة أن الحكم في دعوى الحيابة يقتضي مناقشة شروط الحيابة وعيوبها وفي ذلك مساس بموضوع الحق⁴. لكن يلاحظ أن الممارسة القضائية في الجزائر مستقرة على منح القضاء الاستعجالي سلطة الأمر بعدم التعرض

¹ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 906.

² علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 131.

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 431.

⁴ قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية في 2002/09/25 رقم 236757 بمجلة الاجتهاد القضائي 2004 عدد خاص ج2 ص 287 وجاء فيه أن دعوى الحيابة تخضع لاختصاص قاضي الموضوع وليس لاختصاص القاضي الاستعجالي على اعتبار أن نزاع الحيابة يقتضي- التحقيق في صفة الحائز ومدى توفر شروط الحيابة وعناصر الحيابة ومدة الحيابة ومدى توفر صفة المتعرض وشروط التعرض وتلك مسائل تتعلق بالموضوع ولا يجوز عرضها على القاضي الاستعجالي. وجاء في قرار آخر للغرفة العقارية بالمحكمة العليا مؤرخ في 2000/01/26 رقم 226217 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي سنة 2004 عدد خاص ج2 ص 304 أن دعوى منع التعرض دعوى موضوعية لا تدخل بحكم طبيعتها في اختصاص قاضي الاستعجال. وفي قرار آخر للغرفة العقارية بالمحكمة العليا مؤرخ في 2005/10/12 رقم 376205 منشور بنشرة القضاة سنة 2011 عدد 66 ص 299 جاء أن المبدأ من المستقر عليه قضاء أن دعوى عدم التعرض تتطلب البحث في الحيابة التي هي دعوى موضوعية لا تدخل في اختصاص القضاء الاستعجالي.

ويس فتحي

في عملية الحرث وعدم التعرض في عملية الحصاد بالنسبة لحائز الأراضي الزراعية وذلك لتوفر عنصر- الاستعجال وعدم المساس بالحق.

أما في مصر فالقضاء الاستعجالي لا يقبل دعوى منع التعرض خاصة لأنها تتطلب مناقشة الموضوع، لكنه يقبل دعوى الاسترداد ودعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط توفر عنصر الاستعجال¹ وعدم مناقشة الموضوع¹، غير أنه تجدر الملاحظة إلى أن المشرع المصري أخضع المنازعات الوقفية في الحيازة لاختصاص النيابة العامة عندما يشكل التعدي على الحيازة جريمة وجعل التظلم من قرارات النيابة العامة في هذا الشأن من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة عملاً بالمادة 44 فقرة 3 مكرر من قانون المرافعات المستحدثة بالقانون رقم 1992/23 لسنة 1992 الذي ألغى العمل بنظام قاضي الحيازة الذي كان معمولاً به بموجب القانون 1982/29 لسنة 1982 الذي تعرض للنقد الشديد².

وفي موقف مشابه تقريباً فإن المشرع المغربي أيضاً يجعل دعاوى الحيازة من اختصاص قاضي الموضوع ما لم يتوفر عنصر الاستعجال في النزاع، وبشرط أن ألا يس الطلب بأصل الحق، إلا أنه منح للنيابة العامة سلطة التدخل في حال حدوث تعد على الحيازة بعد تنفيذ الحكم الفاصل فيها من خلال منحها سلطة الأمر الوقفي بإعادة المحكوم له إلى العقار، على أن يعرض أمر النيابة خلال أجل ثلاثة أيام على الجهات القضائية المختصة لمراقبته، والتي تتمثل إما في جهات الحكم التي فصلت في النزاع، أو جهة التحقيق طبقاً لنص المادة 40 والمادة 49 من المسطرة الجنائية المغربية³.

أما في فرنسا فقد تعالت في البداية مطالبات الفقه بمنح القضاء الاستعجالي سلطة الفصل في دعاوى الحيازة، إلا أن توزيع الاختصاص الذي كان يحكم دعاوى الحيازة في فرنسا حال دون ذلك فترة طويلة قبل أن تقرر الغرفة الأولى بمحكمة النقض قبول دعاوى الاستعجال في مجال الحيازة، لتليها الغرفة الثالثة التي قبلت صراحة الدعوى الاستعجالية المنصوص عنها بالمادة 809 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كبديل لدعاوى الحيازة⁴، لتقرر في الأخير الغرف مجتمعة جواز تطبيق المادة 809 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالدعوى الاستعجالية في منازعات الحيازة. بهذا صار بإمكان الحائز المعتدى عليه في القانون الفرنسي- أن يرفع دعوى استعجالية بناء على المادة 809 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- وبات بإمكانه أن يحصل على

¹ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص ص 125، 126.

² المنجي، محمد، المرجع السابق، ص ص 345، 355.

³ بادن، محمد. "مدى اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيازة على ضوء قانون المسطرة الجنائية"، مقال منشور بمجلة المناصرة، المغرب، العدد 9، جوان 2004، ص 96.

⁴ cassation civ I, 6 fev 1996, Bull.I ;n° 57 R.T.D civ. 1996. 943 ;obs zenati.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

تدبير استعجالي تحفظي أو على أمر بإعادة الوضع إلى ما كان عليه، وذلك إما لتوقي خطر محقق ووشيك وإما لوضع حد لتعرض غير شرعي بشكل واضح (manifestement illicite)¹.

بهذا يكون القضاء الفرنسي قد كرس اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال الحيازة بعدما كان ذلك قاصرا على الملكية والحقوق العينية فقط، فصار اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لا يتعارض مع اختصاص قاضي الموضوع وبات بإمكانه أن يوفر حلا عمليا أكثر سرعة وفعالية، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لا يتطلب نفس الشروط المطلوبة في قضاء الموضوع²، وأضاف بعض الفقهاء أنه لا حاجة إلى إثبات عنصر الاستعجال في دعاوى الحيازة المعروضة على القضاء الاستعجالي بسبب وجود نص قانوني يميز ذلك هو نص المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي³.

في الأخير يبدو أن القضاء والاجتهاد القضائي الفرنسي - أضخم يشترط شرطا واحدا في دعاوى الحيازة الاستعجالية هو شرط أن يكون التعدي غير شرعي بشكل فادح (manifestement illicite)، وهذا الشرط صار منصوصا عنه بالمادة 809 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي - التي سمح وجودها بالاستغناء نهائيا عن دعاوى الحيازة بإلغاء النص المتعلق بها من القانون المدني الفرنسي - أي المادة 2279 وذلك سنة 2015 بموجب المادة 9 من القانون رقم 177-2015 المؤرخ في 16 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة وتبسيط القانون والإجراءات في مجال القضاء والشؤون الداخلية⁴، لتليها خطوة أخرى هي إلغاء المواد 1264 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المتعلقة بدعاوى الحيازة بموجب المرسوم رقم 892-2017 المؤرخ في 06 ماي 2017⁵، لينتهي عهد القانون الفرنسي بدعاوى الحيازة نهائيا.

المبحث الثاني: الإشكالات العملية في دعاوى الحيازة وقاعدة عدم الجمع

لا شك أن للمراحل التي مرت بها دعاوى الحيازة والخلاف الفلسفي في تبرير حايبتها أثر بارز في الغموض واللبس الذي لا زال لحد اليوم يميز بعضا من أحكام تلك الدعاوى، الأمر الذي طبعها بطابع خاص يتميز بصعوبة فهم بعض القواعد التي تحكمها وصعوبة تبرير بعض أحكامها⁶، على أن تلك الدعاوى تختلف من

¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 431.

² cassation civ III, 24 fev 1999, revue de droit immobilier, 1999 ; obs., J.-L. BERGEL et M. BRUSCHI.

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 432.

⁴ بعد انحسار حالات الدعاوى الاستعجالية و قتلها إذ بلغت حوالي 250 قضية سنويا فقط و بناء على دعوة جمعية هنري كاييتون عن طريق الأستاذ هوغ بيريني ماري و بناء على تقارير محكمة النقض الفرنسية ابتداء من سنة 2008 تم إلغاء المواد المتعلقة بدعاوى الحيازة من القانون المدني الفرنسي و انتهى العمل بها و ذلك سنة 2015 بموجب القانون رقم 177-2015 المؤرخ في 16 فيفري 2015 المتعلق بتبسيط و عصرنة القانون و الإجراءات في مجال القضاء و في القضايا الداخلية المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 40 المؤرخة في 17 فيفري 2015.

⁵ المرسوم رقم 982-2017 المؤرخ في 06 ماي 2017 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 109 بتاريخ 10 ماي 2017 المتعلق بعصرنة و تبسيط الإجراءات المدنية.

⁶ راجع في شأن التطور التاريخي للحيازة: علام، محمد عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص 19 - 43.

ويس فتحي

حيث الإشكالات التي تثيرها، مما يقتضي تناول كل دعوى على حدة، ثم التفصيل في المآخذ العملية التي تميز قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق.

المطلب الأول: الإشكالات التي تثيرها دعاوى الحيازة الثلاث

دعاوى الحيازة في أغلب الأنظمة القانونية ثلاث، هي دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى الاسترداد، وتتميز هذه الأخيرة بأحكام خاصة تميزها عن الدعويين الآخرين مع وجود فروق أيضاً بين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ومن ثم تميزت كل دعوى بما تثيره من إشكالات خاصة.

الفرع الأول: الإشكالات الخاصة بدعوى منع التعرض

دعوى منع التعرض هي الدعوى التي يرفعها الحائز ضد كل من تعرض له في حيازته دون أن يسلبها منه¹، وهي الدعوى المرجعية بين دعاوى الحيازة الأخرى التي تستمد منها أحكامها المشتركة²، كما تعد أكثر دعاوى الحيازة شيوعاً، وتثير هذه الدعوى عدة إشكالات عملية في ساحات القضاء ما فتى الفقه يطرحها للنقاش لتذليلها.

أول صعوبة تثيرها هذه الدعوى هي المفهوم الغامض للتعرض الموجب للدعوى³، إذ قسّمه الفقهاء إلى تعرض مادي وآخر قانوني⁴، حيث يظهر التعرض المادي في صورة عمل مادي كالرعي والبناء والدخول في عقار الغير⁵، أما التعرض القانوني فيكون بكل تصرف قانوني يعرقل الحيازة وينم على نية معارضة الحائز في حيازته، كتوجيه إنذار بإخلاء العقار أو بوقف بناء أو إحضار محضر أو خبير لمعينة العقار أو رفع دعوى أو تنفيذ حكم صادر في غير مواجهة الحائز⁶.

أثار مفهوم التعرض وخاصة التعرض القانوني الكثير من الخلاف الفقهي، إذ لا توجد نظرة موحدة في تعريفه وتحديد صورته⁷، كما أن بعض أنواع التعرض المادي أثارت بطبيعتها صعوبة في التعامل القضائي معها⁸، مثل التعرض الناجم عن أعمال الإدارة والتعرض المنفذ بناء على ترخيص إداري⁹. هذا ويرى جانب من الفقهاء أن

¹ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 115؛ المنجي، محمد، المرجع السابق، ص 266.

² الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 146.

³ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

⁴ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 934؛ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 117؛ P. JOURDAIN, préc., p. 269.

⁵ طالبة، أنور، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 165 وما يليها.

⁶ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 117؛ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 935؛ شوقي، نجيب. "حماية الحيازة

العقارية على ضوء مقتضيات المواد (166-170) من المسطرة المدنية المغربية"، مجلة القصر، المغرب، العدد 1، ص 105.

⁷ P. JOURDAIN, préc., p. 270.

⁸ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 117، 118.

⁹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 935؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 150.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

للحائز أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القاضي المختص ليطالب بوقف هذا التعرض¹، لكن تحفظ بعض الفقهاء بشأن الحكم الفاصل في هذا النزاع، فرأى البعض أنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بمنع الإدارة من مواصلة الأشغال²، وأن كل ما يملكه هو مجتزء الحكم بالتعويض، الأمر الذي انتقده فريق من الفقهاء على أساس أن الحكم بالتعويض ليس هو الغاية الأصلية من دعوى منع التعرض³.

أما بخصوص التعرض الناتج عن أفعال مرخص بها من الإدارة مثل البناء برخصة وفتح محل مقلق للراحة برخصة، فقد ثار النقاش بشأن أثر الرخصة الإدارية على دعوى منع التعرض، بحيث أن البعض عارض فكرة رفع دعوى منع التعرض ضد حامل الرخصة، مخافة تعطيل عمل المرفق العام الذي أصدرها⁴، في حين يميل أغلب الفقه والقضاء إلى أنه يجوز مبدئياً رفع دعوى منع التعرض ضد من يقوم بالأشغال أمام القاضي العادي الذي يحقق في الحيازة والتعرض دون التقيّد بوجود الرخصة، لأن الرخصة وإن كانت تبرر الأشغال المرخص بها فإنها لا تبرر التعرض للغير، ذلك أن منح الرخصة يكون دائماً معلقاً على شرط احترام القوانين وحقوق الغير⁵.

يميل بعض الفقهاء إلى أنه في مثل هذه الحالات يجوز للمتضرر أن يلجأ إلى القضاء الإداري لإلغاء الرخصة مستنداً على الضرر، فيما يرى فريق آخر من الفقهاء أنه يجوز للمدعي رفع الدعوى معاً، أي دعوى منع التعرض أمام القاضي العادي ودعوى إلغاء الرخصة أمام القاضي الإداري⁶، دون أن يشكل ذلك خرقاً لقاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق⁷.

كما تثير دعوى منع التعرض صعوبة عملية أخرى كثيراً ما تطرح على القضاء، هي تلك التي تتعلق بحالة ادعاء الحيازة والتعرض من الطرفين المتخاصمين، حيث يحدث كثيراً أنه في خلال دعوى منع التعرض أن يدعي كل طرف أنه هو الحائز وأن خصمه هو المتعرض. إن القضاء الجزائري يميل في هذه الحالة إلى الحكم في طلبات المدعي فقط دون النظر إلى طلبات المدعى عليه حتى ولو ثبت من التحقيق أو من الخبرة أن المدعي هو المعتدي، مما يستوجب من المدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة، غير أنه قد يسقط حقه في رفعها بمرور المدة وذلك أثناء سير دعوى خصمه وهو يرجو وينتظر الحكم في طلباته المقابلة.

¹ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، نفس المرجع، ص 157.

² خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 118.

³ من النادر عرض دعاوى منع التعرض ضد الإدارة في الجزائر والتي تكون من اختصاص القاضي الإداري عملاً بالمعيار العضوي المعمول به في النظام القضائي الجزائري لكن في الحالات الكثيرة التي يحدث فيها التعرض من الإدارة فإن القضاء الإداري يحكم بالتعويض على أساس الضرر ولا يحكم بمنع التعرض غير أنه توجد حالات تم فيها التعويض من الإدارة مباشرة عن نزاع الحيازة قياساً على نزاع الملكية تحت عنوان نزاع الإنتفاع.

⁴ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، نفس المرجع ص 150.

⁵ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 937 : الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 157.

⁶ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 937.

⁷ يمكن حسب رأي آخر اعتبار الجهة المرخصة بالأشغال شريكة في التعرض خاصة في الفرض الذي تكون قد منحت فيه الرخصة بعد تحقيق مبدائي اكتشفت من خلاله أو قصرت في اكتشاف ما ستلحقه الأشغال المرخصة بالغير من ضرر.

ويس فتحي

إن هذا القضاء في اعتقادي يخالف المبادئ الأساسية في سير الخصومة والحكم فيها، ذلك أن المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحدد موضوع الخصومة بطلبات الطرفين معا، الأصلية والعارضة بما فيها الطلبات المقابلة، فضلا عن ذلك فإن المادة 528 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توجي بأنه من الممكن الفصل في طلبات الخصمين لما يدعي كل واحد منها الحيازة والتعدي عليه من الخصم، لكن القضاة غالبا ما يبررون قضاءهم هذا بكون طلب المدعى عليه بمنع التعرض له من المدعي غير مرتبط بالطلب الأصلي المقدم من المدعي، بدعوى أنه يتعلق بمركز مغاير وتعرض مغاير للتعرض الذي تنصب عليه الدعوى الأصلية .

أما في مصر فإنه إذا رفعت دعوى تعرض من كل طرف على الآخر أو إذا ادعى كل طرف في دعوى واحدة أنه هو الحائز وأن الخصم هو المعتدي، فإن القاضي إذا لم يكن في وسعه إبقاء كل طرف في حيازته، عليه أن يفاضل بين الحيازتين ويحكم للأحق بالتفصيل، فإن تعادلت الحيازتان ولم يمكن المفاضلة جاز الحكم ببقاء الطرفين شريكين في الحيازة، ويجوز للقاضي أن يعين حارسا من الطرفين أو من الغير ويأمر الطرفين برفع دعوى الملكية إذا لم يصل إلى نتيجة بخصوص الحيازة¹.

كما تثير دعاوى الحيازة كافة ودعوى منع التعرض بشكل خاص، صعوبة عملية أخرى تتعلق بطرق الإثبات، إذ غالبا ما يلجأ القاضي إلى التحقيق عملا بالمادة 526 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري و ذلك بسماع الطرفين وشهودهما، فيثور مشكل تعارض الشهادات وصعوبة الترجيح. هنا يحق لنا أن نتساءل عن مشروعية الإثبات بشهادة الشهود في دعاوى الحيازة من أساسه، إذ ثمة مفارقة قانونية، كون القانون الجزائري لا يقبل الإثبات بالشهادة في الديون المدنية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج بموجب المادة 333 من القانون المدني²، في حين يقبل الإثبات بشهادة الشهود في دعاوى الحيازة، رغم أن الحكم فيها قد يجلب من المنفعة أو يسبب من الخسارة ما يفوق مبلغ 100.000 دج بأضعاف. فضلا عن ذلك فإن النزاع في الحيازة غالبا ما يكون ذي طابع تقني يتعلق بتداخل الحدود وقياس المساحات وتحديد المواقع والمعالم، إذ لا يكون ملائما هنا ركون القاضي إلى شهود عادة غير مطلعين بدقة على تلك المسائل.

انتشر في السنوات الأخيرة في الجزائر نوع من الأحكام القضائية التي تفصل في دعوى منع التعرض بعد إعادة تكييفها إلى دعوى استرداد، فتقتضي إخلاء العقار أو الطرد بالرغم من أن المدعى عليه لم يصل بتعرضه إلى درجة غصب الحيازة، ويرر القضاء موقفه ذلك بكون الحكم بعدم التعرض حكم فضفاض، يحتمل عدة أوجه، فقد يفسر على أنه منع المحكوم عليه من القيام بكل عمل مستقبلا يعيق المدعي في حيازته وذلك يعتبر حكما تحكيميا قد يستعمله المحكوم له كما يريد، فيتجاوز بذلك موضوع النزاع المحكوم فيه، وقد يكون منطوق الحكم غامضا بحيث لا يمكن تنفيذه، إذ غالبا ما يعجز المحكوم له عن التنفيذ، خاصة وأن عبارة عدم التعرض غير

¹ الشهاوي، قدرتي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 166 و مثل هذا القضاء معمول به في لبنان و في فرنسا أيضا

² تنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

دقيقة ولا تتضمن إلزاماً صريحاً مما يجعل القائم بالتنفيذ يكتفي غالباً بتبليغ السند التنفيذي دون القيام بأي إجراء تنفيذي. فضلاً عن هذا فإن التنفيذ الإجباري للحكم بعدم التعرض غالباً ما يصطدم برفض النيابة تسخير القوة العمومية لكون الحكم لا يتضمن ما يستدعي تدخل تلك القوة لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ.

إن مثل هذا الموقف وإن كان بالفعل يقف على إشكال حقيقي تشيره دعوى منع التعرض، إلا أنه في رأي لا يقوم على أساس قانوني صلب، ذلك أن تحويل دعوى منع التعرض إلى دعوى استرداد والحكم فيها بالإخلاء هو إنكار لوجود دعوى منع التعرض وإنكار لواقعة التعرض التي لا ترقى إلى مستوى سلب الحيابة، كما أنه موقف غير منسجم مع الواقع، إذ لا يمكن إنكار وقوع التعرض وما أكثره كواقعة مادية مثل منع الحائر من الحرث أو منعه من الحصاد أو منع العمال من دخول الأرض وغير ذلك من صور التعرض بالتهديد أو بدونه، كما أن الحكم بالإخلاء في دعوى منع التعرض يعتبر حكماً غير مناسب للوقائع وأن تنفيذه سيكون مجرد تمثيل غير واقعي، وإن كان يوفر للحائر حماية أفضل من الناحية الواقعية.

الفرع الثاني: الإشكالات الخاصة بدعوى وقف الأعمال الجديدة

ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة على من شرع في عمل على عقاره بحيث لو تم لأصبح تعرضاً لحيابة الغير ولذلك يجوز منعه من إتمام هذه الأعمال¹، وتعتبر هذه الدعوى من التطبيقات النادرة للمصلحة المحتملة في القانون الجزائي وبعض القوانين الأخرى²، في حين يرى البعض أن المصلحة فيها قائمة وليست محتملة³.

من بين الصعوبات الكثيرة التي تثيرها هذه الدعوى تلك المتعلقة بمدة رفعها، إذ لا بد أن ترفع قبل انتهاء الأشغال أو خلال السنة التالية لبدئها إذا استمرت تلك الأشغال أكثر من سنة⁴، لكن ما يثير التساؤل هو أنه إذا كانت مدة السنة المشروطة في دعوى منع التعرض ودعوى الاسترداد مبررة بمخافة تحوّل حيابة المعتدي إلى حيابة جدية بالحماية بمرور سنة على بدئها في ذات العقار، فما هو مبرر مدة السنة في دعوى وقف الأعمال الجديدة، طالما أنه لا يوجد تنازع حول حيابة نفس العقار في هذه الدعوى.

إعمالاً لهذا الأجل غير المبرر فإنه لو تمر سنة على بدء الأشغال لا يمكن للحائر أن يرفع دعوى لوقفها وإنما يصبح في موقع المتفرج ويكون عليه أن ينتظر حتى يقع التعرض فعلاً بتمام تلك الأشغال ليرفع دعوى منع العرض⁵،

¹ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق ص 163؛ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 120؛ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 169؛ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 232.

² مثل القانون الأردني، بموجب المادة 3 من القانون رقم 34 لسنة 1988 التي تقبل رفع أي دعوى أو تقديم أي طلب مبني على مجرد المصلحة المحتملة مع ملاحظة أن القانون الأردني أغفل النص على دعاوى الحيابة الثلاث. راجع في هذا المعنى: سوار، محمد وحيد الدين، المرجع السابق، ص 222 هامش 1.

³ فهمي، محمد حامد، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة النصر، 1938، ص 424؛ عبد الرحيم، بسمة، المرجع السابق، ص 46.

⁴ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 947؛ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 170.

⁵ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 171؛ عبد الرحيم، بسمة، المرجع السابق، ص 49.

ويس فتحي

لذلك قيل في ظل القانون المدني المصري القديم أن هذه الدعوى ليس لها ميعاد معين ما دام العمل لم يصبح تعرضا فعليا¹.

تشير هذه الدعوى من جهة أخرى إشكالا آخر يتعلق بمفهوم وطبيعة دعوى الموضوع الموازية التي تنص عليها المواد المتعلقة بدعوى وقف الأعمال الجديدة، فاللافت في هذا الشأن اختلاف الفقهاء في تحديد موضوع تلك الدعوى وحجية الحكم الصادر فيها²، إذ يثور التساؤل حول طبيعة تلك الدعوى فيما هي دعوى لفحص مدى شرعية الأشغال أم لفحص مدى تهديدها للحياة فيما لو تمت بصرف النظر عن شرعيتها. لو سائرنا البعض واعتبرنا أن موضوع الدعوى ينصب على مدى شرعية الأشغال، فقد تكون الأشغال مشروعة ومع ذلك لو تمت ستشكل تعرضا للحياة كالبناء برخصة. كذلك لو اعتبرنا الدعوى الموازية دعوى ملكية وثبت أن المدعى عليه مالك ويباشر الأشغال في ملكه، فهذا لا يبرر له الأشغال التي تهدد حياة المدعي³.

يبدو مما سبق أن الدعوى التي ترفع بعد دعوى وقف الأعمال أو موازاة معها لا تتعلق بالملكية أو بالحق ولا بشرعية الأشغال أو عدم شرعيتها، إنما الموضوع الذي ينبغي أن تدور حوله هذه الدعوى هو هل من المفروض أن تستمر أم لا تستمر تلك الأشغال، لذلك فإنه لا يجوز ربط دعوى وقف الأعمال الجديدة بدعوى الحق أو الملكية، فذلك أمر غير منطقي بحيث قد يكون المدعى عليه يباشر الأشغال في ملكه وبطريقة شرعية مرخصة ومع ذلك يكون المدعي محقا في ادعائه وخشيته، إذ أن المدعي لا يضره أن يكون خصمه مالكا أم لا، إنما ما يدفعه لطلب وقف الأعمال هو الخشية من التعرض لو تمت تلك الأعمال. لذلك لا بد أن يفحص في دعوى الموضوع أساس تلك الخشية من الناحية الواقعية المادية لا القانونية، لأن دعوى وقف الأعمال الجديدة مثلها مثل باقي دعاوى الحياة تحمي الحياة في ذاتها بصرف النظر عن الحق.

كما تشير هذه الدعوى إشكالا آخر يتعلق بالكفالة التي يجوز للقاضي أن يأمر بها قبل الفصل في دعوى الموضوع، فتلك الكفالة جعلت البعض يضمن أن دعوى وقف الأعمال الجديدة دعوى استعجالية بطبيعتها⁴، خاصة أن الكفالة تصدر بأمر كما تنص عليه المادة 821 من القانون المدني الجزائري. فضلا عن ذلك فإن الغموض يبقى يلف الغاية من تلك الكفالة وكيفية تحصيلها وطبيعة الأمر الذي يصدر بشأنها⁵. في الأخير تجدر

¹ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق ص 164.

² علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 133؛ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق ص 165.

³ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري حديث مفصل حول هذه المسألة كما يلي: " فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها و رفعت في الميعاد، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين، فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر و في الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف. راجع في تفصيل ذلك: السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 949 هامش 2.

⁴ علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 143، 142؛ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 156.

⁵ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 246.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

الملاحظة أنه ثمة تشريعات تستغني عن هذه الدعوى باعتبار أن الشروع في العمل المؤدي إلى الاعتداء على الحيابة ما هو إلا صورة من صور التعرض الذي ترفع بشأنه دعوى منع التعرض كالتشريع البلجيكي.

الفرع الثالث: الإشكالات العملية في دعوى استرداد الحيابة

ترفع دعوى استرداد الحيابة من الحائز الذي فقد حيازته بالقوة من أجل استردادها وذلك خلال السنة التالية لفقدائها¹، وقد شرعت أساسا لحماية النظام العام أكثر من حماية الحائز المعتدى عليه²،

فجاءت مخففة في شروطها مقارنة بدعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، إذ كانت منذ البداية متاحة حتى للحائز العرضي لما كانت القوانين لا تقبل منه دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة³.

من الصعوبات العملية التي تثيرها هذه الدعوى ما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين يجوز لهم رفعها، إذ تميزت دعوى الاسترداد منذ ظهورها في القانون الفرنسي القديم من حيث الغاية التي شرعت من أجلها وهي حفظ النظام العام، لذلك كانت تقبل من الحائز مهما كان شكل حيازته، سواء أكانت حيازة أصلية أم حيازة تمثيلية، أي تلك الحيابة التي تمارس نيابة عن الغير⁴، كما قيل بأن الحائز المادي العرضي يجوز له رفعها. وأبعد من ذلك رأى البعض أنه يمكن حتى لحائز الأملاك العامة أن يرفعها ضد المعتدي⁵، فيما عارض جانب من الفقه تلك الفكرة بمبررات عدة⁶. وبسبب الأحكام الخاصة والشروط المخففة التي تتميز بها هذه الدعوى رأى البعض أنها دعوى استعجالية أساسا⁷، إذ على المدعى عليه أن يرد الحيابة قبل كل نقاش في الموضوع ولو كان هو الجدير بالحيابة وذلك تحقيقا للنظام العام ومنعا لاستعمال القوة⁸.

لزال هذه الدعوى إلى اليوم تثير إشكال مفهوم القوة والإكراه الذي يعتبر مناط الدعوى، ذلك أن أغلب الفقه والقضاء يعلق قبول هذه الدعوى على شرط أن يكون غصب الحيابة قد تم بالإكراه والقوة⁹، كما أن جل التشريعات تربط هذه الدعوى بضرورة استعمال القوة مثل المشرع المصري والمشرع المغربي، حيث تنص المادة 166 من المسطرة المدنية المغربية على هذا الشرط صراحة وتجعله من قيود رفع دعوى الاسترداد في

¹ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 111؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 132.

² J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 136 ; P. JOURDAIN, préc., p. 273.

³ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 166 : عرفة، محمد علي، المرجع السابق، رقم 94 ص 171 : خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 112 : الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 132.

⁴ P. JOURDAIN, préc., p. 271.

⁵ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 133، على أنه يعلق ذلك بضرورة الترخيص الإداري.

⁶ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 166. - سيف، رمزي، المرجع السابق، فقرة 151.

⁷ خالد، عدلي أمير، المرجع السابق، ص 124 : عبد الرحم، بسمة، المرجع السابق، ص 42.

⁸ P. JOURDAIN, préc., p. 272.

⁹ العطار، عبد الناصر توفيق، إثبات الملكية بالحيابة والوصية : دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص 130.

ويس فتحي

المغرب، الأمر الذي يثير التساؤل حول حالة فقد الحيازة دون استعمال الإكراه أو القوة، وحالة نقل الحيازة من المغتصب بالقوة الى متلق حسن النية.

أما عن شرط السنة فالبعض يعتقد أنه غير مطلوب مطلقا في دعوى الاسترداد¹، وما يدفع إلى هذا الاعتقاد أحيانا هو النصوص ذاتها، إذ أن أغلب التشريعات لما تنظم دعاوى الحيازة تستثني دعوى الاسترداد من الأحكام العامة المطبقة على سائر الدعاوى مثلما هو الحال في المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²، لكن في الواقع إن شرط السنة مطلوب في أغلب التشريعات العربية خلافا للمشرع الفرنسي- الذي لم يشترط ذلك، إذ لا يستفيد في أغلب القوانين العربية ومن بينها الجزائري والمصري الحائز الذي لم تدم حيازته سنة كاملة من الحماية مبدئيا، غاية ما في الأمر أنه في هذه الدعوى يوجد استثناء لهذه القاعدة³، وحسب بعض الفقهاء يوجد استثناءان اثنان⁴.

يتعلق الاستثناء الأول بحالة استرداد الحيازة من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل التي تشير إليها المادة 818 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد مضت على حيازته سنة على فقدها فلا يجوز له أن يسترد الحيازة الا من لا يستند الى حيازة أحق بالتفضيل"⁵، أما الاستثناء الثاني فيتمثل في الحالة التي يسترد فيها المدعي الحيازة من شخص كان قد أخذها منه بالقوة أو الإكراه، وهذه الحالة توجيهاً بها الفقرة الثانية من المادة 818 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " للحائز في جميع الاحوال اذا فقد حيازته بالقوة أن يستردها خلال السنة التالية لفقدها ". هذه الفقرة تقابل الفقرة الثانية من المادة 959 من القانون المدني المصري التي تجيز للحائز هنا رفع دعوى الاسترداد وذلك عقابا لمغتصب الحيازة وكأنها دعوى مسؤولية تقصيرية أكثر منها دعوى حيازة⁶.

¹ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 134، إذ ذكر أنه لا تشترط السنة في سياق يفهم منه أن ذلك بشكل مطلق.
² تنص المادة 524 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية على أنه " يجوز رفع دعاوى الحيازة فيما عدا دعوى استرداد الحيازة من كان حائزا بنفسه او بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري وكانت حيازته هادئة و علنية و مسقرة و لا يشوبها انقطاع و غير مؤقتة دون لبس و استمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل..."

³ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 920 : قادري، نادية، المرجع السابق، ص 201.

⁴ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 167.

⁵ إن نص المادة 818 من القانون المدني الجزائري جاء معيبا في بعض ألفاظه في الصياغة باللغة العربية، إذ أن العبارة " على فقدها " التي جاءت بعد عبارة " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد مضت على حيازته سنة " عبارة مبهمه و غير دالة على المعنى المراد بها إنما على العكس هي توجيهاً بأن السنة هذه مدة تالية للفق و ليست سابقة للفق و الصحيح أن السنة التي يتحدث عنها النص هي السنة السابقة للفق أي مدة استمرار الحيازة قبل الفق و لذلك وجب تصحيح الصياغة إما بحذف تلك العبارة كلها و إما بجعلها هكذا " وقت فقدها " بدلا من " على فقدها " ليصير النص متطابقا مع مدلوله و مع الصياغة باللغة الفرنسية التي جاءت سليمة علما أن النص المذكور مطابق تقريبا باستثناء فروق لفظية بسيطة مع نص المادة 1/959 من القانون المدني المصري التي جاءت هكذا " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل..."

⁶ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 921 : الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 141.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

هذا وقد أثار الاستثناء الأول نقاشا فقهيا حادا تباينت فيه الآراء بشكل واضح، ذلك أن مفهوم الحيازة الأحق بالترجيح يبقى غامضا خاصة في بعض الحالات التي تكون فيها الحيازات مستندة إلى سندات متماثلة أو متساوية في القيمة، بما يجعل مسألة المفاضلة والترجيح غير متاحة. فإذا كان من السهل مثلا تفضيل حيازة تستند على عقد بيع على حيازة تستند على عقد حراسة وتفضيل حيازة المستأجر على حيازة الحارس، فإنه تصعب المفاضلة بين حيازة تستند على عقد إيجار وأخرى تستند على حق السكن أو على عقد مزارعة.

إن النص القانوني الذي يقدم المفاضلة بين الحيازات كحل للنزاع بين المتخاصمين لا يقدم في الحقيقة إلا صورة بسيطة لتلك المفاضلة، في حين تبقى الحالات المعقدة تثير صعوبة عملية تثقل القضاء بعبء إضافي، لكن تجدر الإشارة إلى أن المفاضلة بين الحيازات قد تكون حلا مناسباً لمجابهة كل أنواع التعدي والاستيلاء، فهذا الحل لن نكون أبداً أمام حالة غضب للحيازة دون إمكانية رفع دعوى تنتهي بحكم لأحد الحائزين، إذ لو كان مثل هذا الاستثناء غير موجود فإن من يجوز عقارا ولا يكمل فيه مدة السنة ثم يغتصبه الغير منه لا يمكنه رفع دعوى، وإن رفعها لا يمكن للقاضي تفضيل أحد الحائزين، إنما يكفي برفض الدعوى لعدم توفر شرط السنة وذلك في النهاية مدعاة للفوضى وتأيد النزاعات.

يجدر التساؤل في هذا المقام حول غياب حكم مماثل في دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، إذ أن من يتعرض له الغير في حيازته التي لم تكمل السنة لا يجد أي وسيلة لرد تعرضه، وفي ذلك دعوة للفوضى وأخذ الحق بالقوة. كما أنه توجد حالات كثيرة الوقوع في الجائر تقتضي -إعمال المفاضلة دون الاعتداد بشرط مدة الحيازة مثل حالة التعرض لشخص في أرض بدأ استغلالها لتؤه أو لمدة لم تصل إلى السنة و لكن بموجب رخصة أو امتياز إداري، إذ في مثل هذه الحالات تكون الرخصة الإدارية بدون قيمة في حالة التعدي قبل مضي سنة من بدء الاستغلال .

أما الاستثناء الثاني المتعلق بفقد الحيازة بالقوة فإنه يثير إشكالا فقهيا نظريا، ذلك أن الكثير من الفقهاء يربط دعوى الاسترداد بضرورة ممارسة التعدي العنيف من المدعى عليه، الأمر الذي يوحي بأنه في حالة فقد الحيازة دون استعمال القوة لا يجوز رفع دعوى استرداد، وما دامت هذه الدعوى حسب تعريف هؤلاء الفقهاء لها تقتضي دائما أن يكون سلب الحيازة بالقوة، فلا تبقى أي حاجة عندئذ للنص على الاستثناء الثاني ولا حتى الاستثناء الأول لأن الاسترداد لا يكون عندئذ إلا من معتد بالقوة، وعلى هذا فإن ما ينبغي التسليم به هو أن دعوى الاسترداد ترفع في حالة سلب الحيازة، سواء أتم ذلك بالقوة أم بدونها، لكن إذا تم بالقوة فإن ذلك يعني المدعي من شرط استمرار الحيازة مدة سنة¹، كما يمكنه رفع دعواه أمام القضاء الاستعجالي بحسب القانون الفرنسي².

¹ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 921.

² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., p. 431.

ويس فتحي

هذا ويشير الحكم في دعوى الاسترداد خاصة في الجزائر إشكالا آخر تتعلق بالتعويض الذي يصدر مع حكم الطرد أو رد الحياة، إذ غالبا ما يحكم القضاة في الجزائر بتعويض يناسب ما قبضه المدعى عليه من ثمار طيلة سنوات التعدي وذلك بعد تكليف خبير بتقويمها نقدا¹، لكن مثل هذا الحكم قد يكون مخالفا للقانون من ناحية أن الثمار التي من المفروض أن يردها المعتدي هي فقط تلك التي قبضها وهو سيء النية وفق المادة 838 من القانون المدني، أما الثمار التي قبضها وهو حسن النية فلا يردها عملا بالمادة 837 من نفس القانون، مع ملاحظة أنه قد يكون الحكم بالتعويض من يوم التعدي سليما إذا ما اعتبرنا دعوى الاسترداد وسيلة لمجابهة التعدي الذي يتم بالإكراه والقوة حصرا، لأنه عندئذ سيكون المدعى عليه سيء النية بالضرورة عملا بالمادة 825 فقرة 2 التي تنص " ويعد سيء النية من اعتصب حياة الغير بالإكراه".

المطلب الثاني: الإشكالات التي تثيرها قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحياة ودعوى الحق

تعد هذه القاعدة من أهم قواعد حماية الحياة، حيث نصت عليها أغلب التشريعات² باعتبارها قاعدة تلزم أطراف الدعوى كما تلزم القاضي³، وعلة ذلك تكمن في استكمال حماية الحياة لذاتها ولو في مواجهة المالك أو صاحب الحق نفسه⁴.

إعمالا لهذه القاعدة يكون المدعي مخيرا بين رفع دعوى الحياة أو دعوى الملكية¹، فإذا حكم لمصلحته في دعوى الحياة بقي في حيازته وما على المدعى عليه عندئذ إلا أن يرفع دعوى الحق إذا توفرت شروطها بعد أن ينفذ

¹ في الجزائر كثيرا ما يحكم القضاء بتعويض يمثّل في الاستغلال غير المشروع أو الحرمان من الاستغلال بعد تعيين خبير لتحديد التعويض بحكم قبل الفصل في الموضوع و بناء على ذلك يشرع في حساب التعويض من خلال سنوات الاستغلال الفعلي مضروبة في مساحة الأرض مضروبة في مردود الهكتار الواحد فضلا عن مصاريف الخبرة والمصاريف القضائية، لكن المفارقة أن الخبير قد يقدر سنوات الاستغلال بعشر- سنوات أو ثمانية أو أكثر أو أقل بقليل و يقدر التعويض ومع ذلك يصادق على خبرته القضاء بالرغم من أن ذلك يعني أن الدعوى لم ترفع خلال السنة التالية لفتحها، والحجة التي يسوقها القضاء غالبا هي عدم علم المدعي بفقد الحياة مثلا بدعوى أنه لم يكتشف وثائق الأرض إلا مؤخرا، وهذا دليل آخر أنه لم يحز الأرض من قبل ما لم يستند على كونه خلفا عاما لحائز سابق وسأيرنا النظرية التي تقول بأن الحياة تنتقل للخلف العام بقوة القانون وليس بالسيطرة ووضع اليد .

² في القانون الجزائري ورد النص عليها بالمادة 529 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حين تضمنت المواد 527 و 530 تطبيقات تلك القاعدة وآثارها. أما في مصر فنصت عليها المادة 48 من قانون المرافعات المصري القديم التي صارت المادة 44 في تقنين المرافعات الساري وتنص على أنه " لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحياة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحياة . و لا يجوز من المدعي عليه في دعوى الحياة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق ، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحياة و تنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحياة لحصمه. وكذلك لا يجوز الحكم في دعاوى الحياة على أساس ثبوت الحق أو نفيه " وهذا المضمون هو تقريبا ما تتضمنه المواد 527 و 529 و 530 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية معا مجمعة . ونصت عليها المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- القديم و المادة 1266 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الحالي (قبل إلغائها سنة 2017) وفي المغرب ورد النص عليها بموجب الفصل (المادة) 169 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أنه "من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحياة إلا إذا وقع إخلال بحيازته بعد تقديم دعوى الملكية " .

³ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 956 ؛ سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 222 بند 94 و ما بعده ؛ هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995، ص 543 و ما بعدها ؛ الشهاوي، قديري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 210 ؛ الصاوي، أحمد سيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 211.

⁴ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 175 ؛ المنجي، محمد، المرجع السابق، ص 108.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

الحكم الصادر ضده في دعوى الحيازة. أما إذا قضي في غير صالحه فما على المدعي إلا اللجوء إلى دعوى الملكية أو دعوى الحق عموماً إذا ما توفرت شروطها.²

أما بالنسبة للمدعى عليه فالقاعدة تمنعه من أن يدفع في دعوى الحيازة بكونه مالكا أو صاحب حق³، إذ لا تقبل منه في دعوى الحيازة إلا الدفع المستمدة من الحيازة ذاتها⁴، كأن يطعن في حيازة خصمه أو أن يدعي الحيازة لنفسه أو يطعن في مدة رفع الدعوى، كما لا يمكنه رفع دعوى الملكية أو دعوى الحق قبل أن يفصل في دعوى الحيازة وينفذ الحكم الصادر فيها أو يتخلى طوعاً عن الحيازة للخصم⁵.

ومن جهة أخرى فالقاعدة تلزم القاضي، فلا يستطيع أن يبني حكمه في الحيازة قبولاً أو رفضاً على أسباب يستمدّها من موضوع الحق⁶ أو من موضوع الحق وحده كما يقول الاجتهاد القضائي في فرنسا و مصر⁷، إنما عليه أن يستمد حكمه من الحيازة ذاتها⁸، لكن إذا استند القاضي في حكمه على الحيازة وأضاف مع ذلك تزيداً أسباباً أخرى مستمدة من موضوع الحق واقتصر في منطوقه على الحيازة دون الموضوع لم يكن ذلك جمعا بين الدعويين⁹.

هذا عن مدلول القاعدة باختصار، أما عن الإشكالات العملية التي تثيرها فهي كثيرة ومتشعبة¹⁰، لكن يمكن جمعها منهجياً تحت عنوانين كبيرين، إذ يرجع جزء منها إلى صعوبة تحديد المقصود بالجمع بين الدعويين، في حين يرجع جانب آخر من الإشكالات إلى غموض الجزاء المترتب على خرق القاعدة.

الفرع الأول: المقصود بالجمع بين الدعويين

اختلفت آراء الفقهاء وتباينت أحكام القضاء حول مفهوم الجمع بين الدعويين والمقصود بدعوى الحق أو دعوى الملكية التي لا يجوز إثارتها في دعوى الحيازة¹¹، خلافاً لما يعتقده البعض، إن المقصود بدعوى الملكية

¹ المنجي، مُجَدِّد، المرجع السابق، ص 109. و أيضاً :

Christian Atlas, *Le droit civil*, 4^e éd, Presses universitaires, Paris, 1993, p. 91 et s.

² P. JOURDAIN, préc., p. 263.

³ علام، مُجَدِّد عبد الرزاق مُجَدِّد، المرجع السابق، ص 286.

⁴ سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974، ص 225 : سيف، رمزي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 190.

⁵ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 961.

⁶ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 963 : علام، مُجَدِّد عبد الرزاق مُجَدِّد، المرجع السابق، 296 : سيف، رمزي، المرجع السابق، ص 192.

⁷ P. JOURDAIN, préc., p. 264.

⁸ المنجي، مُجَدِّد، المرجع السابق، ص 113.

⁹ حكم محكمة النقض الفرنسية في 18 جوان 1900 .

¹⁰ علام، مُجَدِّد عبد الرزاق مُجَدِّد، المرجع السابق، ص 11. و أيضاً :

Elisabeth Michelet, *La règle du non cumul du possessoire et du pétitoire*, Thèse, Paris, 1970, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 244 ; P. JOURDAIN, préc., p. 262.

¹¹ علام، مُجَدِّد عبد الرزاق مُجَدِّد، المرجع السابق، ص 163 و ما بعدها : سعد، إبراهيم نجيب، المرجع السابق، ص 221 . و أيضاً :

ويس فتحي

ليس الدعوى المتعلقة بحق الملكية حصراً، إنما تنطبق القاعدة على كل دعوى تنصب على الحق سواء أكان حق الملكية أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو سائر الحقوق العينية المعروفة¹، لكن نظراً لكون حق الملكية هو أكبر تلك الحقوق وأوسعها نطاقاً فقد ارتبطت قاعدة عدم الجمع بحق الملكية أكثر من أي حق آخر. في هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن "المقصود بدعوى الحق أو دعوى الملكية هو دعوى الملكية أو أي حق آخر متفرع عنها"²، وقضت نفس المحكمة أنه "إذا كان المدعي يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعي عليه فلا يجوز أن يدعي أنه مالك للأرض محل النزاع، إذ أن هذا لا يجوز إقامته في دعوى وضع اليد³. وقضت أيضاً أنه "لا يقبل من المدعي عليه في دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفي الحق"⁴.

تكمن علة منع الجمع بين الدعويين حسب أغلب الفقهاء في تفسير الإرادة الضمنية للحائز بأنه بمجرد أن اختار دعوى الحق عُدَّ معترفاً بحيازة خصمه ومتنازلاً عن حقه في التمسك بالحيازة⁵، يضاف إلى هذا سبب آخر لعدم قبول الجمع في فرنسا خاصة وفي مصر في ضل قانون المرافعات القديم هو أن القاضي المختص بدعاوى الحيازة ليس هو نفس القاضي المختص بدعاوى الملكية⁶.

تطبيقاً لهذه القاعدة فإنه إذا رفع المدعي دعواه أمام المحكمة للنظر في نزاع حول الملكية أو حق الانتفاع أو الارتفاق، وأثناء سير الدعوى اكتشف أنه يمكنه رفع دعوى الحيازة، فإنه لا يجوز له أن يترك دعوى الحق ويرفع دعوى الحيازة، ومن باب أولى لا يجوز له بعد صدور الحكم فيها أن يرفع دعوى الحيازة. ينطبق نفس الحكم حتى لو رفعت دعوى الملكية أمام قاض غير مختص أو بإجراءات باطلة، على أن قاعدة عدم الجمع لا تنطبق إلا على دعوى الملكية أو دعوى الحق وحدها، أما غيرها من الدعاوى فلا يفسر بأنه نزول عن دعوى الحيازة⁷، كرفع دعوى الشفعة ضد من سلب منه الحيازة أو رفع دعوى مستعجلة لاتخاذ إجراء تحفظي ولو كانت الدعوى الاستعجالية مؤسسة على الملكية لأن الدعوى الاستعجالية لا تناقش موضوع الحق⁸.

تثيره هذه الجزئية من قاعدة عدم الجمع إشكالية أخرى تتمثل في غموض مفهوم الجمع بين الدعويين، إذ أنه من خلال التطور الذي عرفته هذه القاعدة صار لها مفهوم واسع لا يقتصر على مجرد منع رفع الدعويين معاً، إنما يفهم من القاعدة أيضاً أن المدعي في دعوى الحيازة لا يجوز له أن يستند على كونه صاحب حق. ويثور

E. Michelet, préc., p. 76.

P. JOURDAIN, préc., p. 262-263.

¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 133.

² حكم محكمة النقض المصرية مدني في 12 افريل 1956 (مجموعة أحكام النقض)، 7، ص، 517؛ والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1993، ص 98.

³ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 959.

⁴ حكم محكمة النقض المصرية في 28 نوفمبر 1968 (مجموعة أحكام النقض)، 14، رقم 158، ص 1112.

⁵ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 960 وما بعدها؛ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 212. وانظر أيضاً:

E. Michelet, préc., p. 158.

⁶ P. JOURDAIN, préc., p. 262.

⁷ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 212.

⁸ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 961.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

التساؤل هنا عما إذا كان المنع يقتصر على منع تقديم الطلبين معا أي الحيازة والملكية، أم أن المنع يشمل حتى مجرد الادعاء والحديث عن الملكية أو الحق ولو لم يقدم طلب بشأنها مع طلب الحيازة.

إن الغلو في تطبيق القاعدة يجعل من مجرد الحديث عن الملكية أو عن الحق في دعوى الحيازة خرقا للقاعدة حتى ولو اقتصر الطلبات على الحيازة وحدها، وهنا يثور تساؤل آخر عما إذا كان من الجائز لمن جمع بين الدعويين وتفتن لذلك قبل صدور الحكم أن يقدم عريضة أو مذكرة تصحيحية يعدل فيها طلبه أو سبب دعواه تجنباً للجمع.

واجه القضاء في فرنسا حرجاً أثناء تطبيق هذه القاعدة في حالات عرضت عليه كان فيها المدعي يرفع دعوى حيازة بعدما رفع دعوى الملكية من قبل، وسبب الحرج هو أن دعوى الحيازة كانت تستند على وقائع استجدت بعد الفصل في الملكية. وتصدى لهذه المسألة جاء في بعض الأحكام أنه إذا كان سبب رفع دعوى الحيازة جاء بعد رفع دعوى الملكية فلا يعد ذلك جمعا، فبديهي أن دعوى الملكية الأولى لا تتضمن نزولا عن سبب جدّ بعد رفعها¹. في نفس الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية أنه "إذا حصل التعرّض للحيازة بعد رفع دعوى الملك، فإن لمدعي الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها².

من الجهة المقابلة فإن قاعدة منع الجمع بين الدعويين لها مدلول آخر عند تطبيقها على المدعي عليه، إذ تلزمه حسب أغلب الفقهاء من ناحيتين اثنتين³، فمن ناحية أولى لا يمكنه أن يدافع في دعوى الحيازة إلا بالدفع المستمدة من الحيازة ذاتها، ومن ناحية ثانية لا يمكنه رفع دعوى الملكية قبل أن يفصل في دعوى الحيازة وينفذ الحكم الصادر فيها أو يتخلى طوعا عن الحيازة للخصم.

لقد كانت المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم تلزم المدعي عليه انتظار مآل دعوى الحيازة المرفوعة عليه، وإذا صدر الحكم ضده فليس له رفع دعوى الملكية إلا بعد تنفيذ الحكم الصادر في الحيازة، أما المادة 1267 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد فكانت قبل إلغائها سنة 2017 تنص على أنه "لا يجوز للمدعي عليه في دعوى الحيازة أن يرفع دعوى الملكية إلا بعد أن يضع حدا لتعرضه".

« Le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble. »

ثمّة إشكال آخر، إذا ما رفع الحائز دعوى الملكية، فهل ذلك يمنع المدعي عليه من رفع دعوى الحيازة أو أن يدفع بالحيازة في دعوى الملكية ذاتها؟. لا شك أن رفع المدعي لدعوى الملكية لا يعني تنازل خصمه عن حماية حيازته، إذ التنازل يفترض في من رفع الدعوى لا في من رفعت عليه، ومن جهة أخرى لا توجد أية علة تمنع المدعي عليه من الدفع بالحيازة في دعوى الملكية، فعكس قاعدة عدم الجمع غير صحيح، بمعنى أن المدعي عليه في

¹ Brigitte Hess-Fallon et Anne-marie Simon , *Droit civil*, 8° éd, Paris, Sirey, p. 155.

² حكم محكمة النقض المصرية في 9 ماي 1940 الذي أورده مرسي، محمد كامل، المرجع السابق، ص 44.

³ الشهاوي، قديري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 214؛ نبيل، إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 215.

ويس فتحي

دعوى الحق يجوز له أن يدفع بالحيازة أو يرفع موازاة معها أو بعدها دعوى حيازة، لأنه لم يصدر منه ما يفيد نزوله عن دعوى الحيازة¹، وإذا قيل بغير ذلك سيتمكن المعتدي في جميع الأحوال من منع الحائز من رفع دعوى الحيازة بمجرد رفعه دعوى الملكية ضد خصمه.

وبشكل متصل بالتساؤل السابق ثار خلاف بخصوص سلطة القاضي في هذه الحالة، إذ يرى البعض أنه لا يجوز له أن يركز على الحيازة، لأن الدعوى الأصلية هي دعوى ملكية، وأنه ينبغي عليه أن يقضي فيها بناء على سندات الملكية، إذ لو يفصل في الحيازة على أساس تمسك المدعى عليه بها، فذلك سيجرم المدعي من حماية ملكيته كلما ورد دفع بالحيازة في دعوى الملكية. بقي هذا الرأي دون سند تشريعي يدعمه، وعلى هذا فإنه لا بد من وجود نص يمنع المدعى عليه في دعوى الملكية من أن يدفع بالحيازة، لأن ذلك يحرم المالك من حماية ملكه في مواجهة الحائز، أو أن يوضع نص يلزم القاضي بالفصل في الملكية في هذه الحالة دون النظر إلى ادعاء الحيازة.

في غياب هذا النص يحق أن نتساءل عما لو نجح المدعي في دعوى الحق في الحصول على حكم بطرد الحائز من العقار، فهل يمكن للحائز أن يبقى في الأرض برفع دعوى حيازة يمنع بها تنفيذ حكم الطرد أو أن يعود إلى الأرض بعد تنفيذه من خلال دعوى حيازة يرفعها بعد ذلك كما لو كان تنفيذ حكم دعوى الحق تعرضا في الحيازة كما يعتبره البعض؟ لا شك أنه لو أجزنا ذلك وسائرنا الفقهاء الذين يعتبرون تنفيذ حكم ما تعرضا، سيكون المالك مضطرا من جديد لرفع دعوى حق جديدة بعد الفصل في دعوى الحيازة، وبهذا لن ينتهي النزاع أبدا وتلك بلا شك ليست هي غاية القانون من حماية الحيازة.

بناء على هذا يمكننا القول أن حماية الحيازة ما هي إلا حماية مؤقتة، لا بد أن تنتهي بمجرد صدور حكم فاصل في الحق بعد تنفيذ الحكم الفاصل في الحيازة²، إذ لو كان الأمر خلاف ذلك لما أجاز القانون للمالك أن يرفع دعوى الملكية بعد صدور حكم ضده في الحيازة وتنفيذه، فالغاية من تمكين المالك من رفع دعوى الحق بعد تنفيذ حكم الحيازة هي وضع حد نهائي للنزاع، وإلا فإن النزاع سيتأبد بحيث تتوالى دعاوى الحيازة والملكية بالتناوب دون توقف.

فضلا عن طرفي الدعوى فإن القاعدة تلزم القاضي أيضا، أي أن الجمع بين الحيازة والملكية ممنوع في الحكم أيضا كما هو ممنوع في الطلب والدفع³، فيمنع على القاضي في دعوى الحيازة أن يضمن منطوق حكمه الفصل في الملكية أو الحق⁴، ولا يجوز له وهو يفصل في الحيازة أن يبني حكمه على أسباب مأخوذة فقط من موضوع الحق⁵، فعلى القاضي في دعوى الحيازة ألا يتعامل مع أي من أطراف النزاع بأي صفة إلا بصفة الحائز والمعتدي

¹ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 216.

² علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 137.

³ الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 216.

⁴ P. JOURDAIN, préc., p. 262.

⁵ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 133.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

على الحيازة، وذلك في منطوق حكمه وفي تسببيه على حد سواء¹، وتطبيقا للقاعدة من حيث الحكم، فإن الحكم الصادر في الحيازة ليست له أي حجية على الحق².

إذا كان قاضي الحيازة يمنع عليه الفصل في الملكية، فإنه قد ثار خلاف فقهي³ و تباينت أحكام القضاء حول مدى جواز فحص قاضي الحيازة لسندات الحق⁴، إذ هنالك من منع ذلك مطلقا⁵، في حين أن فريقا آخر من الفقهاء وأغلب القضاء في فرنسا ومصر يميل إلى قبول ذلك بشروط⁶. جاء في حكم المحكمة النقض المصرية "إن الأساس الأصلي لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس، بشرط أن لا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحري الحق، وإذ فإنه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم في دعاوى الحيازة والبت في شأنها بالصحة أو بالتزوير لما في ذلك من المساس بالحق وجودا وعدما⁷.

قضت نفس المحكمة أنه لا يجوز لقاضي وضع اليد أن يجعل حكمه في دعوى وضع اليد مبنيا في جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه في هذه الدعوى منصبا على تبين ماهيتها والنظر في توفر شروطها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث الرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصودا لذاته، بل على سبيل الاستئناس وبالقدر الذي يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد⁸.

وعلى هذا فإن القاضي الفاصل في دعوى الحيازة لا يجوز له أن يبني حكمه على وثائق أو سندات أو ادعاءات تتعلق بالملكية أو الحق وحده، غير أنه إذا استند في حكمه إلى سندات وأدلة الحيازة وأضاف مع ذلك تزيدا أسبابا أخرى مستمدة من موضوع الحق واقتصر- في منطوقه على الحيازة دون الحق لم يكن ذلك جمعا بين الدعويين⁹. نتيجة لهذا وقياسا عليه فإن المدعي إذا أثبت حيازته من خلال مناقشة الحيازة وأضاف تزيدا أسبابا مأخوذة من سندات الحق لا يكون ذلك خرقا لقاعدة منع الجمع، ونفس الشيء بالنسبة للمدعى عليه.

¹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 134.

² Cassation civ III, 31 mars 1981, Gaz du palais, 1981, pan ; 289, obs. A. Piedelièvre ; Revue trimestrielle, 1982, 167 ; obs. Giverdon.

³ علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 313 وما بعدها.

⁴ يلاحظ أن بعض القضاة في الجزائر يحكون بعدم قبول دعوى الحيازة بحجة الجمع بمجرد تقديم المدعي وثائق تتعلق بالملكية أو بالحق، وأكثر من ذلك تصدر أحيانا أحكام ماثلة لمجرد تقديم المدعي وثائق رسمية أو وثائق مشهورة بدعوى أن تلك الوثائق دليل على الحق و من ثم يكون المدعي قد جمع بين الدعويين واستحق عدم قبول دعواه.

⁵ E. Michelet, préc., p. 76.

⁶ علام، محمد عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص 334؛ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 184.

⁷ حكم محكمة النقض المصرية، مدني في 16 جوان 1955 أورده: السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 968.

⁸ السنبوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 963.

⁹ حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية في 18 جوان 1900 أورده: أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 178.

ويس فتحي

تطبيقاً لهذا لا يعتبر جمعا بين الدعويين، أن يأمر قاضي دعوى الحيازة بمعاينة العقار أو أن يفحص سندات الأطراف بما فيها سندات الملكية ليسترشد بها في التعرف على طبيعة العقار وطبيعة الحيازة ومداهما¹، فلا مانع من فحص وثائق الملكية لإثبات الحيازة كونها واقعة مادية تثبت بكافة الطرق بما فيها الكتابة، إذ لا يجب أن نعتقد أن الطريق الوحيد للإثبات هو شهادة الشهود، لكن لا بد أن تنصب طريقة الإثبات هذه على الحيازة ولا توجه لإثبات الحق، وذلك تحت طائلة خرق قاعدة عدم الجمع²، وفي هذا المعنى بالذات جاء نص المادة 1265 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قبل إلغائها سنة 2017 صريحا واضحا³.

علاوة على هذا فإن فحص سندات الملكية لا يخلو من فائدة في تقصي موقع العقار ومساحته وطبيعته فيما إذا كان ملكا عاما أم خاصا، أو عند المفاضلة بين الحيازات لتحديد الحيازة الأحق بالترتيب، إذ لو منع المدعي في دعوى الحيازة من تقديم سندات مكتوبة، فكيف يمكن للقاضي أن يجري المفاضلة بين الحيازات في حالة دعوى الاسترداد، وكيف له أن يطبق نص المادة 818 من القانون المدني الجزائري⁴، إذ أن الترجيح بين الحيازات يكون غالبا بتحديد السند الذي يستند عليه الحائز في حيازته⁵، لكن لا يجوز للقاضي أن يجعل من سند الملكية دليلا وحده على الحيازة دون التأكد والتثبت من المظهر المادي لها أي السيطرة المادية أو وضع اليد.

الفرع الثاني: جزاء خرق قاعدة منع الجمع

إن تحديد جزاء خرق قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية لم يكن أمرا واضحا في كل التشريعات، كما أن الفقه منقسم بشأن ذلك، أما القضاء فلم يستقر في كل الأنظمة على جزاء واحد يترتب في حال خرق القاعدة، بل أكثر من ذلك فإن أحكام القضاء متباينة حتى في ظل نفس النظام القضائي⁶. لهذا يعتبر جزاء خرق القاعدة من بين الإشكالات الفقهية والعملية التي تثور في جل الأنظمة القانونية. يرجع ذلك

¹ تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية أنه يمنع على قاضي الحيازة أن يندب خبيرا لفحص مستندات الخصوم المتعلقة بالحق بقصد تحديد المالك الحقيقي، إنما يجوز له أن يندب الخبير لتحديد العقار موضوع الدعوى. (حكم محكمة النقض المصرية في 1952/1/10، مجلة المحاماة، 32، ص 1123)

² حكم محكمة النقض الفرنسية في 14 أكتوبر 1963 و تبعتها أحكام كثيرة في نفس المعنى أوردها : J. VINCENT et S. GUINCHARD, préc., p. 134.

³ كانت الفقرة الثانية من المادة 1265 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قبل إلغائها تنص :
« Le juge peut toutefois examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de l'action possessoire sont réunies »

وكانت الفقرة الثالثة من نفس المادة تنص :

« Les mesures d'instruction ne peuvent porter sur le fond du droit. ».

⁴ تنص المادة 818 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا لم يكن من فقد الحيازة قد مضت على حيازته سنة وقت فقدها - بدل على فقدها - فلا يجوز له أن يسترد الحيازة إلا من لا يستند إلى حيازة أحق بالترتيب و الحيازة الاحق بالترتيب هي الحيازة القائمة على سند قانوني"
⁵ أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص 179.

⁶ قادري، نادية، المرجع السابق، ص 180 ؛ علام، محمد عبد الرازق محمد، المرجع السابق، ص 206 و ما بعدها .

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيابة - دراسة مقارنة -

إلى الخلاف حول طبيعة الدفع المتعلق بخرق قاعدة عدم الجمع¹، وفيما إذا كانت القاعدة تتعلق بالنظام العام أم لا.

في خضم الخلاف الفقهي، هنالك من يرى بأن الحكم المناسب في حال خرق القاعدة هو عدم قبول الدعوى برمتها، فيكون المدعي بذلك مضطرا لإعادة رفع الدعوى من جديد على أن يتجنب المخالفة التي أدت إلى الحكم بعدم القبول². وفي رأي مخالف يرى آخرون أن الجزاء يمكن أن يكون عدم قبول دعوى الحيابة والحكم فيها على أنها دعوى ملكية، أو كما يعبر عنه البعض سقوط الادعاء بالحيابة³، أي أن الأمر يقتضي - تجزئة الدعوى إلى دعويين، بحيث يصرف القاضي النظر عن دعوى الحيابة ويتعامل مع دعوى الملكية، وفي كل الأحوال ومهما يكن الحكم فإنه لا يجوز للمدعي بعد ذلك رفع دعوى الحيابة عملا بقاعدة عدم جواز الجمع⁴.

في رأي آخر يرى البعض أن قاعدة عدم جواز الجمع تعتبر من الشروط الشكلية لرفع دعوى الحيابة، ومن ثم فإنه في حال خرقها فالحكم المناسب يكون عدم قبول الدعوى شكلا⁵، وفي هذه الحالة يجوز للمدعي إعادة رفع الدعوى من جديد بعد تصحيح الإجراء. صدرت العديد من الأحكام من المحاكم الجزائرية في مختلف درجات التقاضي في هذا الاتجاه، بسبب عدم وجود نص صريح يحدد جزاء خرق القاعدة وطبيعة الدفع المتعلق بها⁶.

حدد المشرع المصري جزاء الجمع بين الدعويين وجعله سقوط الادعاء بالحيابة، أي تحول الدعوى إلى دعوى ملكية والفصل فيها على هذا الأساس، وهو نفس موقف المشرع المغربي الذي رتب على خرق قاعدة عدم الجمع نفس الجزاء من خلال نص المواد 166 إلى 170 من القانون المدني المغربي⁷، بخلاف الوضع في القانون الجزائري الذي يخلو من نص واضح يحدد الجزاء⁸.

¹ علام، محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 207، 357 وما بعدها، 395).

² أبو الوفا، أحمد، "الدفع بعدم القبول" مقال منشور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العددان: الأول والثاني، جانفي - مارس، 1951 ص 189.

³ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 956، و تنص المادة 44 من قانون المرافعات على أنه " لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيابة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيابة".

⁴ السنهوري، أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 956.

⁵ غوتي، بن ملحة، قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الملكية بالنسبة لاستعمال الحق، مقال منشور، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الثاني، الجزائر، 2001، ص ص 59-63.

⁶ عبد الرحيم، بسمة، المرجع السابق، ص ص 58، 59 حيث أوردت بعض الأحكام القضائية المتباينة الصادرة عن جهات قضائية جزائرية.

⁷ شوقي، نجيب، المرجع السابق، ص 115 وما يليها.

⁸ لذلك بعض القضاة يحكمون بعدم قبول الدعوى شكلا بما يجيز إعادة رفع الدعوى من جديد بعد التصحيح وتجنب الجمع وبعضهم يحكم فيها على أساس أنها دعوى ملكية ويرفضها دون أن يبنه المدعي بأنه يتعامل معها على هذا الأساس حتى يستدرك ويصح طلبه أو يحضر - وثائق إثبات الملكية أو يتنازل عن الخصومة قبل الفصل فيها. راجع في تفصيل ذلك: زودة، عمر، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها؛ عبد الرحيم، بسمة، المرجع السابق، ص 58 وما بعدها.

ويس فتحي

أما في فرنسا فيرى بعض الفقهاء أن دعوى الحق إذا رفعت مع دعوى الحيازة فإنه يجب أن يوقف الفصل فيها إلى حين الفصل في دعوى الحيازة مستنديين إلى نص المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق¹، في حين انتقد فقهاء آخرون أحكاما صدرت عن محاكم فرنسية في القرن التاسع عشر- كانت تقضي- بعدم قبول الدعوى برمتها على أساس أن ذلك يعني الغلق النهائي لباب التقاضي سواء بالنسبة للحيازة أو لدعوى الملكية على حد سواء.

تصويبا لهذا القضاء المنتقد رأى فريق من الفقهاء الفرنسيين أن الأمر يتعلق بمجرد دفع لإرجاء الفصل (une exception dilatoire) مما يسمح للمدعى عليه في دعوى الحيازة برفع دعوى الملكية بمجرد تنفيذه حكم الحيازة². كما يجوز رفع دعوى الملكية بعد رفع دعوى الحيازة لما يكون المدعي في دعوى الملكية لم يكن هو المدعى عليه في دعوى الحيازة وقت رفع دعوى الملكية³، غير أنه بصدر قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- اتضحت الصورة نهائيا إذ صارت المادة 1266 منه تقرر عدم القبول كجزاء في حالة خرق قاعدة الجمع⁴.

في الأخير قد تكون الإشكالات الفقهية والعملية التي تثيرها قاعدة عدم الجمع وراء الموقف الأخير للمشرع في مقاطعة "كبيك" الكندية الذي ألغى المادة 772 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بقاعدة عدم الجمع⁵، الأمر الذي أدى بالفقه هنالك للتساؤل عن مصير تلك القاعدة بعد حذف النص المتعلق بها، إذ يرى أغليتهم أن قاعدة عدم الجمع لم يعد لها مجال للتطبيق بعد إلغاء المادة 772 من قانون الإجراءات المدنية، لكنهم يعيرون على ذلك أن من شأنه أن يقوض الحماية الممنوحة للحيازة في مواجهة الحق أو الملكية أثناء رفع دعوى الحيازة⁶. وأبعد من هذا الموقف ما اتخذه المشرع الفرنسي لما ألغى كليا دعاوى الحيازة من القانون المدني سنة 2015 ومن قانون الإجراءات المدنية سنة 2017 في إطار مسعى عصري وتبسيط القانون والإجراءات⁷.

خاتمة :

في ختام هذا البحث يجدر القول أن حماية الحيازة لم تكن وليدة قرار أو تشريع هنا أو هناك، إنما مرت بمراحل شتى في مختلف الأنظمة القانونية القديمة، كانت خلالها تأخذ صورا وأحكاما متباينة، تميل إلى التضييق والتعقيد أحيانا وتنحو نحو التوسيع والتسهيل أحيانا أخرى، كل ذلك تحت تأثير النظريات الفلسفية والآراء

¹ أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 176.

² العشراوي، محمد، قواعد المرافعات، الجزء الثاني، مطبعة الاعتماد، 1947، ص 38؛ النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف الإسكندرية، 1996، ص 120. و أنظر في نفس المعنى :

E. Michelet, préc., p. 239.

³ Cassation civ, 10 JUIN 1981 ; rev trim, 1982, 186., ob, Giverdon .

⁴ كانت المادة 1266 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- تنص: « Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possesseur »

⁵ Y. EMERICH, préc., p. 511-512.

⁶ Jean- Louis BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possesseur », Paris, Dalloz, 2009, p. 17 ; Y. EMERICH, préc., p. 513.

⁷ راجع ما سبق، عند الحديث عن إلغاء المواد المتعلقة بدعاوى الحيازة في فرنسا.

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

الفقهية السائدة آنذاك. لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، إنما امتدت التجاذبات والخلافات الفقهية إلى الأنظمة القانونية الحديثة والمعاصرة، إذ تباينت التشريعات واختلفت في تنظيم دعاوى الحيازة، ما أثر بشكل واضح على تطبيق أحكام الحماية الواردة في تلك التشريعات، بحيث واجه القضاء في مختلف الأنظمة القانونية صعوبات عملية لا حصر لها في تحقيق الحماية المنشودة للحيازة. وقد مست تلك الإشكالات تقريبا كل مفاصل وجزيئات أحكام دعاوى الحيازة، بل أكثر من ذلك فإن تلك الإشكالات لم تقتصر على المسائل العملية التطبيقية فحسب، إنما شملت حتى الأسس النظرية لفكرة حيازة الحيازة في حد ذاتها.

و لتذليل تلك الصعوبات و المآخذ النظرية و العملية اجتهد القضاء و حاول الفقه في مختلف الأنظمة القانونية إيجاد حلول مناسبة و فعالة فسلك في ذلك سبلا مختلفة، إذ اتجه البعض إلى التفكير في حلول لكل عقبة و كل مشكلة على حدى مسترشداً بالغاية المرجوة من حماية الحيازة لذاتها، في حين أن اتجاهها آخر بحث عن الحلول من خلال مزج النظريات المتضاربة و الآراء المتباينة كتلك الحلول التي استنبطها البعض من خلال مزج النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية المادية و التي نتج عنها توسيع نطاق حماية الحيازة إلى كل صور الحيازة و أنواع و أوصاف الحائزين . أما الموقف الأكثر إثارة هو ما اتجهه المشرع الفرنسي- مؤخرا ابتداء من سنة 2015 لما هجر دعاوى الحيازة كليا و ألغى النصوص المتعلقة بها مستعاضا عنها بدعوى استعجالية بسيطة في معنى سماه تبسيط القانون ، و ذلك تحت وقع النقد الشديد و المتصاعد لبعض الأحكام التفصيلية لدعاوى الحيازة التي باتت تشكل حسب البعض مصدر صعوبات و تعقيدات لا فائدة منها .

من بين الحلول العملية التي ابتكرت في هذا الشأن، تلك المتعلقة بتوسيع نطاق الحماية ليشمل حيازة المنقولات والحقوق الشخصية وأملاك الدولة ومد أحكام الحماية وتوسيعها أيضا لتشمل حتى الحيازة الميعية وبعض أنواع وأوصاف الحيازة، مثل الحيازة الشائعة والحيازة العرضية والحيازة المادية. ومن الحلول المستجدة أيضا فتح المجال لعرض دعاوى الحيازة على القاضي الاستعجالي بشروط مخففة والتخفيف من آثار تطبيق قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق في الاتجاه الذي يخدم الحيازة ويحميها، والسماح للحائز الفرد أن يرفع الدعوى دون إدخال الشركاء في الحيازة باعتبار دعوى الحيازة من الإجراءات التحفظية وليست من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة.

وعلى هذا يمكن القول أن كل تلك الحلول والتوجهات الحديثة التي جابه بها الفقه والقضاء والتشريعات المختلفة الإشكالات العملية التي تثيرها دعاوى الحيازة، يغلب عليها التوجه نحو التخفيف والتبسيط للاستفادة من الحماية، وذلك بناء على فكرة وجوب التفرقة بين الحيازة المحمية بقواعد إجرائية والحيازة المكسبة للحق، في اتجاه إنشاء نظامين مختلفين للحيازة، في معنى يستند على الأساس الذي تقوم عليه فكرة حماية الحيازة من حيث أنها وسيلة لحفظ الأمن والنظام العام، فضلا عن الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية لحماية الحيازة.

- 1- أبو السعد، محمد شتا، منازعات الحيازة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1988.
- 2- أبو السعود، رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة للنشر- والتوزيع، القاهرة، 2007.
- 3- أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 4- البدراوي، عبد المنعم، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، القاهرة 1956.
- 5- السنبوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع : أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968.
- 6- الشراوي، عبد المنعم، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1956 .
- 7- الشهاوي، قدرى عبد الفتاح، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، دون دار الطبع، دون سنة النشر.
- 8- الصاوي، أحمد سيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- 9- الصدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت، دون سنة النشر.
- 10- العشراوي، محمد، قواعد المرافعات، الجزء الثاني، مطبعة الاعتماد، 1947.
- 11- العطار، عبد الناصر توفيق، إثبات الملكية بالحيازة والوصية : دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.
- 12- المنجي، محمد، الحيازة، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، 1993.
- 13- النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 14- خالد، عدلي أمير، المراكز القانونية في منازعات الحيازة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- 15- سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974
- 16- سوار، محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني الاردني: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني: أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 2001.
- 17- سوار، محمد وحيد الدين، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 18- سيف، رمزي، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1957.
- 19- سيف، رمزي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 20- طلبة، أنور، الحيازة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004 .

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

- 21- عرفة، مُحمَّد علي، شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية جزء 2 طبعة سنة 1955 دون دار النشر.
- 22- علام، مُحمَّد عبد الرازق مُحمَّد، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006.
- 23- غانم، إسماعيل، مذكرات في الحقوق العينية الأصلية، جزء 2، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1958.
- 24- فهمي، مُحمَّد حامد، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة النصر، 1938.
- 25- كيرة، حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية: أحكامها ومصادرها، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، القاهرة، 1998.
- 26- مُحمَّدي، فريدة زواوي، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 27- مرسي، مُحمَّد كامل، التقدم أو مضي المدة، مطبعة الاعتدال، القاهرة، 1926.
- 28- مسلم، أحمد، أصول المرافعات، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1959.
- 29- مليحي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.
- 30- منصور، مصطفى منصور، حق الملكية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1965.
- 31- نبيل، إسماعيل عمر، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- 32- هندي، أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1995.
- 33- والي، فتحي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، 1993.
- 34- ويس، فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2015.

ب- الرسائل والمذكرات

- 1- عبد الرحيم، بسمه. "حماية الحيازة في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير في القانون المدني، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
- 2- قادري، نادية. "نطاق الحيازة في القانون الجزائري"، مذكرة ماجستير في القانون العقاري"، جامعة باتنة، الجزائر، 2009.

ج- المقالات والبحوث

- 1- أبو الوفا، أحمد. "الدفع بعدم القبول" مقال منشور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة، العددان: الأول والثاني، جانفي - مارس، 1951.
- 2- بادن، مُحمَّد. "مدى اختصاص النيابة العامة بمنازعات الحيازة على ضوء قانون المسطرة الجنائية"، مقال منشور بمجلة المناصرة، المغرب، العدد 9، جوان 2004.
- 3- شوقي، نجيب. "حماية الحيازة العقارية على ضوء مقتضيات المواد (166-170) من المسطرة المدنية المغربية"، مجلة القصر، المغرب، العدد 1.

ويس فتحي

4- غوقي، بن ملحة. "قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية بالنسبة لاستعمال الحق"، مقال منشور، المجلة القضائية، الجزائر، العدد الثاني، الجزائر، 2001.

د- المجلات القضائية

1- المجلة القضائية، 1999، الجزائر، عدد 1.

2- المجلة القضائية، 2002، الجزائر، عدد 2.

3- مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، الجزائر، عدد خاص، ج 2.

4- مجلة المحكمة العليا، 2004، الجزائر، عدد 2.

5- مجلة المحكمة العليا، 2006، الجزائر، عدد 2.

6- مجلة المحكمة العليا، 2010، الجزائر، عدد خاص، ج 3.

7- مجموعة أحكام النقض، 14، القاهرة، رقم 158.

8- مجلة المحاماة، 1952، 32.

9- نشرة القضاة، 2011، الجزائر، عدد 66.

ثانيا: باللغة الأجنبية

A- Ouvrages

1 - Brigitte Hess-Fallon et Anne-marie Simon, *Droit civil*, 8^o éd, Paris, Sirey.

2 - Christian Atlas, *Le droit civil*, 4^o éd, Presses universitaires, Paris, 1993.

3 - Elisabeth Michelet, *La règle du non cumul du possessoire et du pétitoire*, Thèse, Paris, 1970, Paris, L.G.D.J. , 1973.

4 - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^o éd., Dalloz , Paris, 1999.

5 - Jean-louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil, les biens*, Paris, L.G.D.J., 2000.

6 - Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t II, vol II, *Biens; le droit de propriété et ses démembrements*, Paris, Montchrestien, 1994.

7 - Patrice JOURDAIN, *Les biens*, éd, Dalloz Delta, 1995.

B- Articles

1- Jean-Louis BERGEL, « Réformer la distinction du pétitoire et du possessoire », Paris, Dalloz, 2009.

2- Monique, CUILIERON. « revendication des meubles perdus ou volés et protection possessoire », (1986) R.T.D. civ..

3- Yaell, EMERICH.. « Etude sur la protection possessoire ». *Revue du notariat*, 115(3), 2013 ; 483-514. <https://doi.org/10.7202/1044708ar>

الإشكالات الفقهية والعملية في دعاوى الحيازة - دراسة مقارنة -

C- Notes de jurisprudences

- 1- Cours de cassation française civ III, 31 mars 1981, Gaz du palais, 1981, pan ; 289, obs, A.Piedelièvre .
- 2- Cours de cassation française civ I, 10 juin 1981, rev trim, 1982, 186., ob, Giverdon .
- 3- Cours de cassation française civ III, 22 mars 1995, revue de droit immobilier, 1996 ; obs, J-L BERGEL.
- 4- Cours de cassation française civ I , 6 fev 1996 , Bull.I ;n° 57 R.T.D civ. 1996. 943 ;obs zenati.
- 5- Cours de cassation française civ III, 24 fev 1999, revue de droit immobilier, 1999 ; obs, J-L, BERGEL et M, BRUSCHI.