

الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية

تأليف

د / رضا عبد الحليم عبد المجيد
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة بنها

كلية

جامعة بنها
الحقوق
مركز التعليم المفتوح

الوجيز فى

الملكية والحقوق العينية التبعية

المستوى الرابع – الفصل الدراسى الأول
كود ٤١١

دكتور

مرضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارى

أستاذ القانون المدنى

وكيل كلية الحقوق

الكتاب الأول

الزوجير

فى

الحقوق العينية الأصلية
[الملكية]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُنْ تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ
عَلَيْكَ عَظِيمًا }



سورة النساء - آية رقم (١١٣)

* مقدمة :-

تنبوء الحقوق العينية مكانة هامة فى الدراسات القانونية , خاصة منها الحقوق العينية الأصلية , وهى التى تنشأ مستقلة بذاتها لتلبية رغبات مشروعة للأشخاص , فالنفس البشرية طواقة للتملك والإستئثار بالأشياء والتفرد بها عن الغير , وهى جبلت على حب الإكثار والزيادة فيها مهما تراكمت , وغالبا ما يكون السواد الأعظم من أفراد المجتمع مالكين لأشياء , قلت أم كثرت , عالية القيمة أم مجرد أساسيات الحياة .

لذا يبرز حق الملكية كأول وأهم هذه الحقوق لتنظيم تلك الرغبات , فيعرف الحق ويحدد خصائصه ويبسط نطاقه على الأشياء والأموال , ثم ينطلق لتنظيم حق التملك والقيود المقررة على حق الملكية , سواء أكانت قيودا عامة على كل الملكيات أم قيودا خاصة على بعضها , أو مقرررة مراعاة للمصلحة العامة أو مراعاة للمصالح الخاصة الجديرة بالرعاية , كما ينظم أنواع الملكيات من ملكية مفرزة أو ملكية شائعة أو ملكية للشقق والطبقات , وحالات الشيوخ الإجبارى وملكىة الأسرة .

وينطلق المشرع فى تنظيمه لهذا الحق لتحديد مصادر إكتسابه , من العقد والميراث والوصية والإلتصاق والشفعة والإستيلاء والحيازة , وهى الأسباب المتصور أن يملك الشخص بمقتضاها ملكية معترف بها قانونا .

فإن لم يحتاج الشخص لتملك الشئ كاملا بل مجرد الإنتفاع به فترة من الزمن , ثم يرده لصاحبه بعد فراغه منه , أو يحتاج للإستفادة من بعض منافع الشئ فقط دون تملكه , فيمكنه اللجوء لأحد الحقوق العينية الأصلية الأخرى , بحسب حاجته , فيوجد حق الإنتفاع , وحق الإستعمال , وحق السكنى , وحق الحكر , وحق الإرتفاق , فهى حقوق تلبى رغبات قانونية عديدة للشخص , دون أن يضطر لتملك الحق ذاته , لعدم حاجته لتملكه أو لعدم قدرته أصلا على ذلك .

وببذل كل مشرع جهدا كبيرا لتنظيم الحقوق العينية بصفة عامة (أصلية أو تبعية) لما لها من أهمية قصوى لإستقرار المعاملات , وضمان إنتقال وتداول الأموال بين أفراد المجتمع دون منازعات والوفاء بالحقوق , وقد ضمنها المشرع المصرى فى القسم الثانى من القانون المدنى المصرى الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨م , والمعمول به إبتداءً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩م , بعد زوال الإمتيازات الأجنبية وعودة السيادة القانونية والقضائية للمشرع الوطنى على كامل الإقليم .

وقد خصص المشرع القسم الأول منه للحقوق الشخصية (الإلتزامات) , أما القسم الثانى فخصصه للحقوق العينية (أصلية وتبعية) , وذلك إبتداءً من المادة ٨٠٢ حتى نهاية مواد القانون بالمادة ١١٤٩ مدنى , أما الحقوق العينية الأصلية فأوردتها فى الكتاب الثالث منه , فنظم حق الملكية فى الباب الأول فى المواد من ٨٠٢ حتى ٩٨٤ , والحقوق المتفرعة عن حق الملكية فى الباب الثانى منه فى المواد من (٩٨٥ حتى ١٠٢٩) .

ونتعرض فى هذ الدراسة للحقوق العينية الأصلية , مبتدئين بحق الملكية ومنتهيين بحق الإرتفاق , وذلك فى قسمين كبيرين , خصصنا الأول منه لحق الملكية والثانى للحقوق العينية الأصلية الأخرى , والدراسة هذه مزودة بالنظريات القانونية المطروحة فى المواضع المختلفه منها وكذلك أحدث أحكام محكمة النقض المصرية بشأنها , وهى وإن كانت هامة ومفيدة - بإذن الله تعالى - لدارسى القانون , إلا أن الكمال لله وحده .

وهوالموفق والهادى لسواء السبيل^(١)

د / رضا عبد الحليم .

الرياض فى ٤ شوال ١٤٣٠ - ٢٣

سبتمبر ٢٠٠٩ .

(١) - أهم المراجع التى إعتدنا عليه فى هذه الدراسة فهى :-

د / إسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية - الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٥٩ م

د / حسن كيره - الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية الجزء الأول - طبعة سنة ١٩٦٥ م

د / عبد الرازق السنهورى - الوسيط - حق الملكية - الجزء ٨ و٩ - طبعة ١٩٩٧ .

د / عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية (الملكية وأسباب كسبها) - طبعة سنة ١٩٦٨ .

د / غنى حسون - الحقوق العينية الأصلية - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٧ .

د / محمد على عمران - الحقوق العينية الأصلية - طبعة سنة ١٩٨٩ .

د / محمد لبيب شنب - الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسبها وصورها) الطبعة الثالثة .

- هذا بجانب المراجع الأخرى المشار إليها فى هوامش الدراسة .

- مبحث تمهيدى -

فى الحق العينى

تعريف الحق العينى - الحق العينى والحق الشخصى - أنواع الحقوق العينية -
تعداد الحقوق العينية على سبيل الحصر - الأشياء والأموال - نطاق دراسة الحق
العينى - أسباب إكتساب الحق العينى .
* أولاً : تعريف الحق العينى :-

يعرف الحق العينى بأنه " سلطة مباشرة لشخص على شئ معين تخوله
إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه تحت حماية القانون " .

فالحق العينى فيه خصائص الحق عامة , من الإستثنائى لشخص معين بالحق
إذا كان الحق مفرزاً أو لمجموعة من الأشخاص إذا كان شائعاً , والتسلط , حيث يمنح
الحق سلطات لصاحبه على محله , فتكون السلطات كاملة فى نطاق الملكية (إستعمال
وإستغلال وتصرف) وناقصة فى نطاق الحقوق العينية الأخرى , كما أن الأمر كله
يدور فى الإطار القانونى وتحت حمايته , فالقانون يقر للشخص بالحقوق والسلطات
الواردة على محل الحق , ويضع أمامه من الوسائل ما يكفل حماية الحق إن إعتدى
عليه .

ويمتاز الحق العينى بأنه يمنح سلطات مباشرة لصاحب الحق على محل الحق
, أى علاقة قانونية قائمة مباشرة بين الشخص ومحل الحق (الشئ) فلا حاجة
للشخص لإستئذان أحد أو لوساطة أحد لمباشرة سلطاته .

كما أن محل الحق من الأشياء دائماً , سواءً أكانت جمادات أو كائنات حية ,
عقارات أو منقولات , مثلية أو قيمية , قابلة للإستهلاك أو غير قابلة للإستهلاك ,
مادية أو معنوية , وإن كان الحق العينى دائماً ما يهتم بالأشياء التى لها قيمة مالية ,
أى يمكن ردها للناحية المالية فتساوى مبلغاً من المال , قل أم كثر , أما الأشياء التى
لا تساوى أى قيمة مالية فلا يتصور ورود الحق العينى عليها .

* ثانياً : الحق العينى والحق الشخصى :-

ذكرنا سلفاً ان الحق العينى هو سلطة مباشرة لشخص على شئ معين , أما
الحق الشخصى فهو رابطة مديونية بين الدائن والمدين , حيث للدائن حق فى ذمة
مدينه , يلتزم المدين بمقتضاه بأداء عمل أو الإمتناع عن عمل أو بتسليم وإعطاء شئ.

ويبدو واضحاً الفرق بين الحق العيني والشخصي من حيث محل الحق ووسيلة إقتضاء الحق ومباشرته , فالحق العيني يرد على شيء معين , ويمنح صاحبه سلطة مباشرة على محل الحق حيث يمكن ممارسة كل سلطاته على الشيء مباشرة , أما الحق الشخصي فمحلّه علاقة مديونية بين الدائن والمدين , أى أداء يلتزم المدين بإنجازه , ويكون إقتضاء الدائن الحق من خلال وبواسطة المدين , وهو لا يملك سلطة مباشرة على مدينه , حيث يحدد القانون كيفية الوفاء بالالتزام الشخصي هنا .

أيضاً فإن الحقوق العينية (الأصلية أو التبعية) - وكما سنرى - هي محددة على سبيل الحصر , وبنصوص قانونية , أما الحق الشخصي فينشأ باتفاق الدائن والمدين , وليست محددة على سبيل الحصر , بل يجوز للإفراد إنشاء ما يشاؤون من حقوق وإلتزامات شخصية بينهم , فيما لا يخالف النظام العام والآداب .

أيضاً فإن الحقوق العينية يمكن إكتسابها بالتقادم (التقادم المكسب) , أى مرور فترة زمنية معينة على وضع اليد على الشيء بنية إكتساب الحق العيني عليه أو بدون حاجة لفترة زمنية (كالإستيلاء) , أما الحقوق الشخصية فلا دور للحيازة أى التقادم فى إكتسابها .

وعلى العكس من ذلك فقد يكون للتقادم المسقط دور فى إنتهاء الحق الشخصي , أى تحوله من إلتزام مدنى إلى إلتزام طبيعى , لعدم المطالبة بالحق فترة من الزمن , أما الحق العيني - خاصة حق الملكية - لا يسقط أبداً بعدم الإستعمال , مالم يصاحبه إهمال وحيازة شخص آخر لذات الحق فترة من الزمن فيكتسب الحق ليس بعدم الإستعمال (موقف سلبى) بل بالحيازة (موقف إيجابى) .

كذلك فالحق العيني - خاصة حق الملكية - يمتاز بالديمومة , أى الأبدية , فلا تسقط ملكية شخص وتنتهى بعد فترة معينة (طالت أم قصرت) مالم يتصرف فى حقه أو يهمل فيه ويحوزه شخص آخر , أما الحق الشخصي فلا يتصور أن يظل الشخص مديناً للأبد , بل هو أمر مؤقت بطبيعته .

* ثالثاً : أنواع الحقوق العينية :-

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية , فالأولى تنشأ مقصورة فى ذاتها ولذاتها لما تحققه من الحصول على منافع الأشياء , وتنشأ ابتداءً وقائمة بذاتها وليس تبعاً لحق آخر , لأجل ذلك سُميت (أصلية) .

أما النوع الثانى فهى الحقوق العينية التبعية , فهى تتفق مع الأصلية فى أنها ترد على (عين) معينة , أى شئ محدد بذاته , وتمنح صاحبها سلطة مباشرة له على

الشيئ ، وتخوله حق التقدم (على غيره) وحق التتبع للمال فى أى يد كانت والإحتجاج بالحق على الكافة مادام مستوفيا للشروط .

ولكن الحقوق العينية التبعية لا تنشأ لذاتها بل تنشأ تبعاً لوجود حق آخر هو المديونية ، فهي تبعية وليست أصلية ، حيث تأتى لضمان الوفاء بهذا الحق وتتبعه وجوداً وعدمًا ، فهي ليست مقصودة لذاتها .

أما النوع الأول فقد نظمته المشرع فى ستة صور أو حقوق عينية أصلية (المواد من ٨٠٢ إلى ١٠٢٩) ، وهى **حق الملكية ، وحق الإنتفاع ، وحق الإستعمال ، وحق السكنى ، وحق الحكر ، وحق الإرتفاق** ، وتمنح كل من هذه الحقوق لصاحبها سلطات على الشيء ، ولكن حق الملكية هو الوحيد من بين تلك الحقوق الذى يمنح صاحبه كل السلطات على محله من الإستعمال والإستغلال والتصرف ، أما الحقوق الخمسة الأخرى فتمنح صاحبها واحد أو اثنين من السلطات الثلاث السابقة ، لذلك يعد حق الملكية هو الأكبر والأوسع سلطة ومجالاً ، والجامع المانع ، أما الحقوق الأخرى فأقل منه ومشتقة منه ، وتسمى إصطلاحاً " **الحقوق المتفرعة عن حق الملكية** " .

وبشأن النوع الثانى فقد نظم المشرع المصرى أربعة **حقوق عينية تبعية** ، هى **حق الرهن الرسمى ، وحق الرهن الحيازى ، وحق الإختصاص ، وحق الإمتياز** (المواد من ١٠٣٠ إلى ١١٤٩) وقرر أن حق الرهن الرسمى والحيازى ينشأ **بالإتفاق (عقد)** بين الدائن المرتهن والمدين الراهن ، وحق الإختصاص ينشأ **بحكم قضائى** ، أما حق الإمتياز فقد قرره المشرع بذاته فى نصوص قانونية أمرة فى القانون المدنى.

*** رابعاً : هل وردت الحقوق العينية على سبيل الحصر ؟!**

ذكرنا أن المشرع فى القانون المصرى نظم الحقوق العينية الأصلية ، والتبعية ، وأورد ستة حقوق عينية أصلية (حق الملكية وما يتفرع عنها) ، كما أورد أربعة حقوق عينية تبعية (الرهن الرسمى والحيازى والإختصاص والإمتياز) ، **فهل وردت هذه الحقوق على سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ؟**

هذه مسألة فقهية شغلت الفقه القانونى ، وما تزال ، ومنبع ذلك الخلاف هو التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى ، فالحقوق الشخصية – كما ذكرنا سلفاً – لا تخضع لحصر أو لعد ، فالإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من التزامات شخصية ، ولا يحد حريتها سوى النظام العام أو الآداب ، وليس ذلك هو شأن الحقوق العينية ،

ومرجع ذلك إلى أن الحقوق الشخصية أثرها نسبي ، أى لا يحتج بها إلا على أطرافها فقط فلا يمتد أثرها للكافة ، مما وسع من نطاق حرية الإرادة ، أما الحق العيني فآثره مطلق ، حيث يحتج به على الكافة ، بل ويمنح حق التقدم والتتبع لصاحبه فى مواجهة الجميع ، لذا بات من اللازم حصره فى حقوق محددة ، وهو ما قام به المشرع .

لذا فالرأى الراجح يميل على إعتبار الحقوق العينية وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز للإرادة إنشاء حقوق عينية أخرى حيث الأمر يتعلق بالنظام العام ، فلا حرية للإرادة هنا ، كما أن أى حقوق عينية جديدة ستتضمن تجزئة وتفتيت للسلطات على الشئى ، مما ينعكس سلباً على حسن الإنتفاع به من الناحية العملية .

ولكن هذا لم يمنع من وجود رأى آخر يسمح للإرادة بإنشاء حقوق عينية أخرى ، مادام لم تخالف النظام العام ، وذلك على أساس أن نصوص القانون المدنى لا تتعارض مع إمكان إنشاء حقوق عينية جديدة أو تغيير طابع الحقوق التى أوردها القانون عن طريق التعديل أو التجزئة لحق الملكية ، وقد أيدت بعض أحكام القضاء القديمة هذا الرأى ^(١) ، كما أعيد طرح الموضوع بشدة فى عهد قريب عندما سمح المشرع الفرنسى بالقانون الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٨٠ بالبيع بشرط الإحتفاظ بالملكية ، مما سمح بتجزئة الحق العينى ، أى للملكية ، وهو ما يقر بدور الإرادة فى إنشاء حقوق عينية جديدة كلياً أو جزئياً .

* خامساً : الأشياء والأموال :-

الشئى هو كل ماعدا الإنسان من حيوانات وجمادات وعقارات ومنقولات ، مهما اختلفت طبيعتها من مادية ومعنوية ، قابلة للإستهلاك أو غير قابلة للإستهلاك ، إلى غير ذلك من التقسيمات ، وهذه الأشياء جميعاً هى المجال الذى يرد عليه الحق عموماً .

أما الأموال فهى الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه أو محله ، فقد يكون حقاً شخصياً (مديونية) أو حقاً عينياً (أصلياً أو تبعياً) ، أو الجانب المالى فى الحق المعنوي (حق المؤلف - براءات الإختراع والعلامات التجارية) .

فإذا كان الحق ليس له قيمة مالية أو ورد على محل ليس له قيمة مالية فلن يكون من الأموال ، وذلك كملكية ورقة مالية إنتهى العمل بها ، مالم تكن لها قيمة تاريخية ، أو مجموعة أوراق لا قيمة لها ، فمن المسلم به أن القانون لا يهتم بالأشياء

(١) غرفة العرائض لحكمة النقض الفرنسية فى ١٣ فبراير سنة ١٨٣٤ ، راجع :-

- S - 1834 - 1 - 205 - D . P . 834 - 1 - 118 - et D.jur . gen - propriété n 68 - not I .

د/ نبيل إبراهيم سعد - الحقوق العينية الأصلية - أحكامها ومصادرها ، منشأة المعارف - ٢٠٠١ - ص ١٣ .

إلا باعتبارها محلاً لحق , وأن الحقوق التى يهتم بها القانون هى الحقوق ذات القيمة المالية , وهذه هى الأموال ^(١) .

وقد خصص المشرع المصرى فى القانون المدنى الفصل الثالث من الباب التمهيدي والخاص (بالأحكام العامة) لتقسيم الأشياء والأموال , فنص فى المادة (١/٨١) منه على أنه " كل شئ خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية " , كما نص فى المادة (١/٨٣) على أن :- " ١ - يعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى يقع على العقار , بما فى ذلك حق الملكية , وكل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار . ٢ - ويعتبر منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية " .

كما أن المادة (٨٧ , ٨٨) منه تتكلم عن (الأموال) العامة , وحمايتها وفقدانها لصفاتها العامة .

* سادساً : نطاق الحق العينى , الملكية الفردية :-

تقتصر دراستنا للحقوق العينية هنا على الحقوق العينية الأصلية , وهى التى تنشأ بذاتها ولذاتها , إعمالاً لما تمنحه لصاحبها من سلطات , وهى ستة حقوق على سبيل الحصر , أما الحقوق العينية التبعية والتى تنشأ تبعاً لوجود حق مالى (دين) وضماناً للوفاء به - وهى أربعة حقوق على سبيل الحصر أيضاً - فليس هنا مجال دراستها , بل تدرس ضمن التأمينات العينية والشخصية (الكفالة) .

ومن ضمن الحقوق العينية الأصلية فإن دراستنا تنصب حول الملكية الفردية , أى ملكية الأشخاص الخاصة (أفراد وأشخاص معنوية خاصة) , أياً كان نوع هذه الملكيات .

أما ملكية الدولة , العامة منها أو الخاصة فليس هنا مجال دراستها , إذ لها مواضع أخرى فى القانون خاصة فى القانون الإدارى , فى باب الأموال المملوكة للأشخاص المعنوية العامة (الأموال العامة) .

وقد ورد بعض التنظيم للأموال العامة فى المادتين (٨٧ , ٨٨) من القانون المدنى , خاصة من حظر تملكها بالنقادم أو الحجز عليها أو التصرف عليها (م ٢/٨٧) , فقد عرفت الفقرة الأولى من المادة (٨٧) الأموال العامة بأنها " تعتبر أموالاً عامة , العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة , والتى

(١) راجع د/ غنى حسون طه " الحقوق العينية فى القانون المدنى الكويتى " دراسة مقارنة - ج ١ - حق الملكية - ص ١٩ وما بعدها خاصة فى الأشياء والأموال فى الفقه الإسلامى .

تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص " .

وتفقد هذه الأموال صفتها العامة بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة , وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم من الوزير المختص أو بالفعل أو بإنهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م ٨٨) مدنى .

* سابعاً : أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية :-

عرف القانون المدنى سبعة مصادر لإكتساب الحق العينى الأصلى , منها ما يُكسب الحق ابتداءً وبواقعة مادية مقترنة بنية تملك منقول لا مالك له وهو الإستيلاء , ومنها ما يكسب الحق بسبب واقعة الوفاة وهو الميراث والوصية , ومنها ما يكسب الحق بالإتفاق أى بعمل الإرادة وهو العقد , ومنها واقعة مادية للإرادة فيها دور كالاتصاق والحيازة , أو وجود الشخص فى مركز قانونى يسمح له بالمطالبة بالأولوية والأفضلية وهى الشفعة .

وهذه هى أسباب إكتساب الحق فى القانون , والتى يقرها المشرع كمصادر لإكتساب الحق العينى الأصلى , ولا يوجد غيرها كسبب لدخول هذا الحق فى ذمة صاحبه قانونا , أما الشريعة الإسلامية فتقر بعض تلك الأسباب (كالعقد – والميراث – والوصية – وإحراز المباحات (الإستيلاء) – والشفعة) ولا تعرف البعض الآخر كالاتصاق , خاصة بمفهومه الحالى فى القانون المصرى , ولا تقر بعض تلك الأسباب كالحيازة , فالتقدم المكسب ليس له دور فى كسب الحق العينى عند فقهاء المسلمين , وإن كانوا (خاصة المتأخرين منهم) يأخذون بالتقدم كمانع عن سماع الدعوى التى تحمى الحق , وليس كمكسب للحق أو مسقط له , كما سنرى .

وبعد هذه المقدمة , ننتقل الآن لدراسة حق الملكية فى القسم الأول من هذه الدراسة , وذلك فى بابين , نعالج فى الأول القواعد العامة لحق الملكية , ونعالج فى الثانى أسباب إكتساب حق الملكية بصفة خاصة والحقوق العينية الأصلية بصفة عامة , أما القسم الثانى من الدراسة فنخصصه لدراسة الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية , وهى حق الإنتفاع والإستعمال والسكنى والحكر والإرتفاق.

- القسم الأول -

حق الملكية

- ندرس حق الملكية فى البابين التالين :-
- الباب الأول :- القواعد العامة لحق الملكية .
- الباب الثانى :- أسباب إكتساب حق الملكية .

- الباب الأول -

القواعد العامة لحق الملكية

- نقسم هذا الباب لثلاثة فصول كما يلى :-
- الفصل الأول : نخصصه لنطاق حق الملكية وخصائصه .
- الفصل الثانى : فنخصصه للقيود الواردة على حق الملكية .
- الفصل الثالث : نعالج فيه أنواع الملكية (الملكية الشائعة وملكية الطبقات) .

- تمهيد وتقسيم :-

يمنح حق الملكية لصاحبه سلطات متكاملة على محل الحق , عقاراً كان أو منقولاً , إذ يتمتع المالك بسلطة استعمال الشيء وإستغلاله والتصرف فيه , لذلك فهو حق جامع مانع , كما أنه حق مؤبد ودائم , فلا يسقط أبداً بمجرد عدم إستعمال الحق لفترة زمنية , طال أم قصرت , على خلاف الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه .

هذا من جانب , ومن جانب آخر فليس معنى شمولية هذا الحق وتأييده أنه حق مطلق , فالإطلاق لم يعد من سمات الحقوق والحريات بصفة عامة , بل إعتاد المشرعون , على إختلاف توجهاتهم وفلسفتهم , فى تقييد حق الملكية لصالح المجتمع , فالملكية حق إجتماعى قبل أن يكون حق فردى , هذه القيود تضيق وتتسع بحسب الفلسفة التى ينطلق منها المشرع , وبصفة عامة تتجه القواعد نحو توسيع نطاق الحرية الفردية , فى ظل الفلسفة الرأسمالية الطاغية على العالم حالياً .

وأخيراً فإن الملكية ليست نوعاً واحداً , فهناك الملكية الفردية وهو فرض بسيط تنتظم أحكامه بلا مشاكل عملية فى أغلب الحالات , ما ظل المالك فى الإطار القانونى المسموح به , ولكن توجد أيضاً الملكية الشائعة , وهذه تثير مشاكل عديدة فى الإنتفاع والإستغلال والتصرف فى الشيء الشائع , وكذلك حال قسمته رضاءً أو قضاءً , كما أن بعض الملكيات يكون الشيوع فيها إجبارياً حيث لا يجوز ولا يمكن قسمة الجزء الشائع , كالأجزاء الشائعة فى ملكية الشقق والطبقات وملكىة الأسرة , مما يستلزم التعرض لإدارة والتصرف فى هذه الملكيات .

إذا فإن دراستنا لهذا الباب يعتمد على تقسيمه للفصول الثلاثة الآتية:-

- الفصل الأول : حق الملكية , خصائصه ونطاقه .
- الفصل الثانى : القيود القانونية والإتفاقية على التملك , وعلى الملكية.
- الفصل الثالث : أنواع الملكية .

- الفصل الأول -

حق الملكية - الخصائص والنطاق

نتعرض في هذا الفصل لتعريف حق الملكية , والخصائص المميزة له , ثم لنطّاقه من ناحية السلطات التي يتمتع بها المالك , وحدود حقه على الشيء محل الحق ووسائل حمايته , وذلك في المبحثين القادمين .

- المبحث الأول -

- تعريف حق الملكية وخصائصه -

نظم المشرع المصري في القانون المدني الصادر سنة ١٩٤٨ حق الملكية في الباب الأول من الكتاب الثالث (المخصص للحقوق العينية الأصلية) من القسم الثاني منه (والمخصص للحقوق العينية عموماً) , وذلك ابتداءً من المواد (٨٠٢) وما بعدها .

وإنطلق مباشرة لتحديد نطاق حق الملكية ووسائل حمايته , حيث نصت المادة (٨٠٢) على أنه " لمالك الشيء وحده , وفي حدود القانون , حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه " .

- أولاً -

- تعريف حق الملكية وعناصره -

من خلال نص المادة (٨٠٢) السابق يمكن تعريف حق الملكية بأنه "الحق الذي يمنح صاحبه , وفي حدود القانون , سلطة إستعمال وإستغلال والتصرف في الشيء محل الحق " ^(١) , فحق الملكية المقصود هو الملكية الفردية , أي الممنوحة للأشخاص , مفردة أو على الشيوع , وليس الملكية الجماعية أو الملكية العامة .

(١) راجع المادة (١٢٥) من مجلة الأحكام العدلية , والمادة (١١) من مرشد الحيران , د/ غني حسون - ص ٥٠ , وكذلك المادة (٥٤٤) مدني فرنسي , والمادة (١٠٤٨) مدني عراقي .

ومجلة الأحكام العدلية هي تقنين للمذهب الحنفي أصدرته الدولة العثمانية آواخر القرن الثالث عشر الهجري (سنة ١٢٩٣هـ - ١٨٧٦م) لتطبق في جميع أركان الدولة العثمانية , وقد كفت عن التطبيق في أغلب البلاد العربية بإستثناء الأردن والكويت وفلسطين المحتلة , وحل محلها القوانين المدنية الحديثة في سوريا سنة ١٩٤٩ , وفي العراق سنة ١٩٥١ , وفي تركيا نفسها .

=

وبالتالى فهناك أربعة عناصر رئيسية فى التعريف , حيث يفترض وجود صاحب للحق (مالك) , والشئ محل الحق , والسلطات الممكن ممارستها على الشئ (سلطات المالك) , والحدود القانونية للملكية :-

١ - **فالمالك** : قد يكون شخص طبيعى (إنسان) وقد يكون شخص معنوى , حيث يحق لهما إكتساب الملكية , ابتداءً بالإستيلاء , أو إنتقالاً من الغير بالوصية والعقد والميراث والإلتصاق والشفعة والحيازة .

ويضع المشرع المصرى قيوداً على تملك الأجانب (غير المصريين) للعقارات فى مصر , طبيعيين أو معنويين , كما أن ملكية الأشخاص المصريين أيضاً منظمة بضوابط لمنع تكتل الملكيات فى يد أشخاص معدودين , كما كان من قبل الثورة سنة ١٩٥٢ على ما سنرى .

٢ - محل حق الملكية (الأشياء والأموال) :-

القاعدة أن كل الأشياء تصلح أن يرد عليها حق الملكية الفردية , عقارات كانت أو منقولات , بكافة تقسيماتها من مثالية وقيمة , قابلة للإستهلاك أو غير قابلة للإستهلاك , والأشياء محل التملك دائماً ما تكون لها قيمة , أى تقوم بالنقود , أما ما كانت معدومة القيمة فلا يقبل عليها أحد , فهى وإن كانت من الأشياء إلا أنها كأموال لا قيمة لها , ولا يشغل أحد باله لا بحيازتها ولا تملكها .

ولكن بعض الأشياء لا تجرى عليها أحكام حق الملكية , إما لأنها مباحة للكافة أو مشتركة بينهم كميأة الأنهار والمحيطات والهواء والشمس والطيور الساذجة والحيوانات البرية , وإما لأن القانون حظر على الأفراد جميعهم أو بعضهم حيازتها أو تملكها , كالمخدرات والأسلحة والذخائر , أو لأنها ملكية عامة للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام كالشوارع والطرق والميادين والحدائق والأنهار والسدود والخزانات والأشياء الأثرية والتكنات العسكرية والحصون وغيرها , أو مملوكة للدولة (أو لأحد الأشخاص العامة) ملكية خاصة , كالمناجم والمحاجر والثروات الطبيعية بباطن الأرض من بترول ومعادن وغيرها .

= وتشتمل المجلة على (١٨٥٤) مادة , خصصت المائة الأولى منها لبيان القواعد الفقهية العامة , ثم قسمت إلى ستة عشر كتاباً فى البيوع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن والأمانات والهبة والغصب والإتلاف والحجر والإكراه والشفعة والشركات والصلح والبيانات والتحليف وأخيراً كتاب القضاء .

٣ - سلطات المالك :-

يجمع المالك في يده كل السلطات القانونية المتصور ورودها على الأشياء في حق واحد , فالمالك له , وله وحده , سلطة استعمال الشيء في الغرض المخصص له , وسلطة إستغلاله والحصول على غلاته وثماره , وسلطة التصرف فيه , تصرف مادي أو تصرف قانوني , على تفصيل سيأتي في حينه ^(١) .

٤ - حدود حق الملكية : حق الملكية بين الإطلاق والتقييد :-

جبلت النفس البشرية على حب السيطرة والتملك وجمع الثروة , فنشبت المنازعات بين الأفراد بعضهم البعض , وبين الجماعات , على مناطق الثروة والنفوذ , حتى إستقرت الجماعات الإنسانية في مراحلها الأولى على فكرة الملكية الجماعية , أى أن كل ما في حمى القبيلة أو العشيرة يعد ملكاً للجميع ينتفع به الكل على حسب حاجته , من ماء ومرعى وقطعان , ويتصرف رئيس القبيلة أو العشيرة في ثرواتها ومناطق نفوذها للمصلحة العامة .

وسرعان ما تطورت الأفكار التقليدية نحو طغيان الملكية الفردية على حساب الملكية الجماعية , خاصة بعد الثورة الصناعية وإنتشار الآلات وزيادة الإنتاج , فأضحت الرأسمالية عنوان التقدم وقرين الحرية , وتوزعت الملكية بشكل عام بين عدد قليل من الناس يسمون بأصحاب الأعمال , فتضخمت ثرواتهم وإتسع نطاق نفوذهم وسطوتهم , أما الغالبية العظمى من الشعب وهم العمال فقد باتوا يلتهون وراء حد الحياة لا أكثر , وربما لا يجدون ما يحفظ حياتهم .

وجاء إعلان حقوق الإنسان الأول الصادر سنة ١٧٨٩ في أعقاب نجاح الثورة الفرنسية مؤكداً على أن (حق الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به) , وأسس بعض الفقه حق الملكية المطلق بأنه من القانون الطبيعي , فالملكية حق طبيعي ^(٢) .

وعلى إثر طغيان المذهب الرأسمالي إتحد العمال وأسسوا الفكر الاشتراكي تمهيداً للفكر الشيوعي , حيث باتت كل الملكيات من وسائل الإنتاج أو مواد خام أو أراضي أو عقارات ملك الدولة , والكل ينتفع بها بحسب حاجته وبحسب طاقته , وقضى على الملكية الفردية , إلا في نطاق ضيق جداً , وطغت مرة أخرى فكرة الملكية الجماعية , وتأثرت مصر بذلك , فجاءت ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ بقوانينها الاشتراكية وظهرت حركة التأميم .

(١) السنهوري - الوسيط - ج ٨ , دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٩٩٧ - ص ٤٩٦ وما بعدها .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٤٩ .

وقد أثرت الثورة العمالية على حركة التشريعات المنظمة للملكية بصفة عامة , حتى الدول التي ظلت على ولائها للمذهب الرأسمالي , فوضعت قيوداً على حق التملك وقيوداً أخرى على حق الملكية فيما أطلق عليه بالوظيفية الاجتماعية لحق الملكية , إذا لم تعد الملكية حقاً مطلقاً , بل حقاً مقيداً للصالح العام .

وبالرغم من إنهيار الثورة الشيوعية وإنحسار المد الإشتراكي عالمياً منذ نهاية الثمانينات من القرن الماضي , وطغيان الفكر الرأسمالي على الفلسفة الاقتصادية للدول عموماً , والذي يقف خلفه دول ومؤسسات مالية وشركات متعددة الجنسيات تتحكم في النظام العالمي , إلا أن المشرعين مازلوا على ولائهم لوجوب تقييد حق الملكية في الإطار الاجتماعي , فيحظر على الملاك بعض الأنشطة الزراعية , كزراعة المخدرات والدخان والتبناك وجميع النباتات المخدرة , ويحظر بعض الزراعات المستهلكة للمياة كالأرز , وتضع قيوداً على الأنشطة المضرة بالبيئة (صناعية وزراعية) وقيوداً أخرى على الملكيات عامة كعدم الإضرار بالجوار ضرر غير مألوف , وحق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام , وتجزير نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وضوابط مقننة .

وعلى الجملة , فقد بات حق الملكية مقيداً للصالح العام للمجتمع , وللبعض المصالح الخاصة الجديرة بالرعاية , فيما صار يطلق عليه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية .

- ثانياً -

- خصائص حق الملكية -

يمتاز حق الملكية - عن غيره من الحقوق العينية الأخرى - بمجموعة من الخصائص الهامة , وهي كونه حق جامع , مانع , مؤبد .

[١] حق الملكية حق جامع (سلطات المالك) :-

يجمع المالك في يده السلطات القانونية الثلاث المتصور ورودها على الأشياء , وهي الإستعمال , والإستغلال , والتصرف :-

{ أ } سلطة الإستعمال : L'usage :-

تمنح سلطة إستعمال الشيء لمالكة , وتكون بإستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته , فإستعمال الأرض يكون بزراعتها والمنزل بسكناه والسيارة بركوبها وهكذا . ويتمتع المالك نفسه بسلطة الإستعمال , فإن تنازل عنها لشخص آخر إنتقلنا إلى سلطة إستغلال الشيء , فقد لا يكون المالك بحاجة لمنزله فيفضل إستغلاله بدلاً من

تركه خالياً , فيؤجره ليحصل على ثماره المدنية , أو يرتب حق إستعمال للغير عليه , فنكون بصدد إستغلال للمال , ولكن ليس ذلك إلزامياً على المالك فله ألا يستعمل الشيء أى يتركه بدون إستعمال , ودون الترخيص للغير بإستعماله مع عدم التخلّى عنه^(١) . والأصل أن إستعمال الشيء المملوك لا يؤدي لزواله أو هلاكه مادياً أو التصرف فيه , فلا تختلط سلطة الإستعمال بالتصرف (مادی أو قانونی) .

إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعض الحالات للخلط بين الإستعمال والتصرف , فى عمل واحد , فإستعمال المأكولات بصفة عامة يؤدي لإهلاكها , كما أن إستعمال النقود يكون بالتصرف فيها أى بإنفاقها .

والملاحظ أن إستعمال الشخص بنفسه لممتلكاته قد يعطل مؤقتاً إستغلاله لها , فإستعمال الأرض سيكون بزراعتها من جانب المالك , ولن يستطيع أن يؤجرها للغير فى ذات الوقت , بل ستتعلل مؤقتاً سلطة الإستغلال لحين إستغناء الشخص عن حاجته لما يملك , فيفضل إيجارها للغير والإنتفاع بثمراتها .

ولكن ممارسة المالك لأى من سلطتى الإستعمال أو الإستغلال لا يعطل ممارسته كأصل عام لسلطة التصرف فى المملوك , بعوض كالبيع , أو بدون عوض كالهبة .

وسلطة الإستعمال ليست مطلقة للمالك , بل تخضع لضوابط قانونية , فقد يفرض عليه القانون عدم إستعمال الأرض الزراعية (مثلاً) فى بعض الأنشطة كالبناء عليها أو تجريفها أو تبويرها أو زراعتها بالنباتات المخدرة , أو يقيد بعض أنواع الزراعات كالأرز أو يتوسع فى الأخرى كالقطن والقمح مثلاً .

{ ب } سلطة الإستغلال : La jussance :-

إستغلال الشيء المملوك يكون بتمكين الغير من الإنتفاع به والحصول على ثماره منه , ويفرق الفقه فى هذا الصدد بين الثمار والمنتجات , فالثمار هى ما ينتج دورياً دون الإنتقاص من أصل الحق , وهى إما طبيعية أو مستحدثة أو مدنية , والعقد الذى يحصل به المالك على ثمار ممتلكاته غالباً ما يكون عقد الإيجار :-

- فالثمار الطبيعية : هى التى تنتج فى مواعيد دورية ثابتة دون تدخل من الإنسان , كالعشب أو الكأ فى المراعى والحشائش المختلفة فى الغابات الطبيعية , والجبال والأودية .

(١) السهوى - ص ٤٩٨ , مالم يفرض القانون عليه تأجيرها للغير إذا لم يستعملها .

- أما الثمار المستحدثة : فهي التى يتدخل الإنسان فى زراعتها وتعهدها بالرعاية حتى موسم الجنى والحصاد , كزراعة المحاصيل الموسمية المختلفة أو أشجار الفاكهة المتنوعة .

- والثمار المدنية : هى ما يغله الشئ من دخل ثابت نتيجة إستغلاله , كأجرة المنزل أو المحل أو الشقة أو الأرض من أجرة شهرية أو سنوية متفق عليها بين المالك المؤجر والمستأجر , وفوائد الأموال والودائع بالبنوك وأرباح الأسهم .
وأثر ذلك التقسيم ينحصر فى حق الحائز حسن النية فى قبض الثمار (م ٩٧٨) مدنى , حيث يمتلك الثمار المدنية أولاً بأول , أى يوماً بيوم , أما الثمار الطبيعية والمستحدثة فيتملكها من يوم فصلها وهو حسن النية ^(١) .

وعلى خلاف الثمار , فالمنتجات هى ما ينتج فى مواعيد غير دورية مع الإنتقاص من أصل الحق , كالمناجم والمحاجر وآبار النفط وأشجار الغابات المعدة للقطع .

ويغلب على العلاقة بين مالك المنتجات والطرف الثانى أحكام عقد البيع , حيث يقوم المشتري بالتعاقد على الكمية المطلوبة مقابل ثمن نقدى , أما الإيجار فلا يرد إلا على الأشياء غير القابلة للإستهلاك , فى حين أن المناجم والمحاجر وآبار النفط والغاز ليست متجددة , بل قابلة للإستهلاك .

والمالك له الحق فى الحصول على ثمار الشئ ومنتجاته , وذلك كقاعدة منصوصاً عليها فى المادة (٨٠٤) مدنى , أما غير المالك فيكون له الحصول على أيها بحسب سنده , فالمنتفع يحصل على ثمار الشئ فقط (م ٩٨٧) مدنى , أما المنتجات فمن حق المالك , والحائز حسن النية يمتلك الثمار , دون المنتجات (م ٩٧٨) مدنى ^(٢) .

والإستغلال يمتد لجميع ما يشمل حق الملكية من عناصره الجوهرية وملحقاته , بما فيها الثمار والمنتجات , كما يشمل العلو والعمق , فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت ثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية , والثمار المدنية هى التى يتمثل فيها الإستغلال , وللمالك أن يستغل العلو فيؤجره مثلاً لمن يبنى فيه (أو يضع محطة

(١) راجع لاحقاً - ص ٢٦٦ .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٣٠ .

محمول فوق منزله أو يافطة إعلان) ويتقاضى أجره عن ذلك , كما له أن يستغل العمق ^(١) .

ولكن قد توجد قيوداً قانونية على نوع الإستغلال أو مقابل الإستغلال , حيث قد يفرض القانون أجرة قانونية على إيجار الأماكن المعدة للسكنى أو لغير السكنى , أو يفرض القانون ضوابط على إستغلال المحال فى الأنشطة الخطرة والمقلقة للراحة والمضرة بالصحة .

{ ج } سلطة التصرف :-

السلطة الثالثة للمالك على ملكه هى إخراجها من ذمته نهائياً , فى مقابل عوض فيكون البيع أو المقايضة , أو بدون مقابل فتكون الوصية أو الهبة , فيحق إذا للمالك التصرف فيما يملك بأى من صور التصرف مادام كامل الأهلية غير محجور عليه لأى من موانع الأهلية , ولو حتى قبيل وفاته , وينفذ تصرفه بالبيع أو الهبة أو الوصية فى حق الجميع وأولهم الورثة , مالم تكن الوصية بأكثر من الثلث أو فى مرض الموت .

والتصرف فى الشيء يكون إما بتصرف قانونى فيه , وإما بتصرف مادى :-
- **فالتصرف القانونى :** يعنى إبرام أى من التصرفات القانونية التى تؤدى لخروج ملكية الشيء نهائياً من ذمة المتصرف , بعقد معاوضة كالبيع أو بتصرف بإرادة منفردة حال كالوعد بجائزة أو مضاف لما بعد الوفاة كالوصية , أو بعقد تبرع كالهبة المسجلة للعقار أو المصحوبة بالقبض فى المنقول , ويسرى على التصرف الناقل للملكية الأحكام القانونية المنظمة له , خاصة من ناحية الأركان وشروطها وشروط الصحة وخلو الإرادة من العيوب .

أما التصرفات المادية : فتتعلق بإهلاك الشيء بما يقتضيه طبيعة الشيء وحسن التصرف فيه , كطهى الأطعمة وتناول الفاكهة وذبح بعض الحيوانات كالأضاحى أو للتصدق بلحومها .

وقد يختلط التصرف القانونى بالمادى وبالإستعمال كما رأينا فى النقود , حيث يكون إنفاقها بمثابة التصرف فيها .

والأصل أن يتمتع المالك بكامل السلطات على ما يملك من الإستعمال والإستغلال والتصرف , ولكنه قد يلجأ لتجزئة السلطات على الشيء , فيتنازل عن سلطتى الإستعمال والإستغلال لشخص آخر , ويحتفظ هو بسلطة التصرف , ويسمى

(١) السهوى - ج ٨ - ص ٥٠٠ .

المالك حينئذ بمالك الرقبة , أما صاحب سلطتي الإستعمال والإستغلال فيسمى بصاحب حق الإنتفاع , أو يتنازل عن سلطة الإستعمال فقط لأحد الأشخاص , فيبرم عقد لحق الإستعمال , وكذلك حق السكنى بالنسبة لما يقبل الإقامة فيه , أو يقرر حق إرتفاق للغير على عقاره فيما يحد جزئياً من سلطات المالك على عقاره , كما قد يحرم المالك من حق التصرف في الشيء بمقتضى الإتفاق أو الوصية (الشرط المانع في التصرف " م ٨٢٣ مدنى) أو بنص القانون ^(١) .

أما الحقوق الأخرى المتفرعة عن حق الملكية , فدائماً ما يتمتع صاحبها ببعض سلطات المالك , وليس كلها , فلا تجتمع هذه السلطات جميعها في يد أحد سوى المالك , لهذا كان حق الملكية الوحيد الحق الجامع لكل السلطات .

[٢] حق الملكية حق مانع :-

ويعنى ذلك أن حق الملكية يخص المالك وحده , حيث يتمتع على غيره مشاركة المالك فى أى من السلطات الثلاث على الشيء , فتتص المادة (٨٠٢) مدنى أن " لمالك الشيء وحده " , وينعكس ذلك إيجابياً على حدود الملكية على عناصر الشيء الجوهرية وملحقاته وثماره , حيث الأصل أن كل ما على الأرض من مبانى أو غراس (نباتات) أو منشآت تعد ملكاً لصاحب الأرض , وكذلك ما تحتها من أنفاق أو انابيب أو بدروم وسرايب ومخابئ كلها ملك له أيضاً , مالم يثبت عكس ذلك .
ويترتب على ذلك أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين فى وقت واحد , ولكن لا يعنى ذلك بالضرورة أن تكون ملكية كل الأشياء مفرزة دائماً , أى ملك لفرد واحد , بل يمكن أن يتعدد ملاك الشيء الواحد فيما يعرف بالملكية الشائعة , سواء نشأت بتصرف قانونى كالعقد (شراء منزل مناصفة بين المشتريين) أو بواقعة مادية كالميراث , أو بالشيوع الإجبارى كالأجزاء المشتركة فى ملكية الشقق والطبقات , وملكية الأسرة , ولا يتعارض ذلك مع جوهر حق الملكية وإعتباره مانعاً , فيكون الملاك على الشيوع هنا هم المقتصر عليهم إستعمال الشيء وإستغلاله والتصرف فيه وليس غيرهم ^(٢) .

وإذا كان المالك يستأثر وحده بمنافع ومزايا ملكه , لا يشاركه فيه غيره , فعلى الجميع إلترام عام سلبى بإحترام حق المالك والإمتناع عن أى تعرض غير قانونى له , إلا أن ذلك لا يمنع من حق المالك فى إشراك الغير فى الإنتفاع ببعض مزايا ملكه

(١) السهنورى - ص ٥٠١ .

(٢) السهنورى - ج ٨ - ص ٥٣٢ .

وسلطاته , كتحويل الغير حق الإنتفاع على ملكه , أو حق إستعمال , أو حق سكنى , أو حق إرتفاق , أو حتى حق شحصى كحق الإيجار , فيدخل الغير مع المالك فى الإنتفاع ببعض أوجه المال المملوك , وذلك بالإتفاق , وفى حدود ما إتفق عليه . أما الحقوق العينية الأخرى , خاصة المتفرعة عنه , فدائماً ما يفترض تدخل شخص آخر غير صاحبها فى الإنتفاع بمزايا الشئ المملوك , فلا يستأثر أحد بكل مزايا الشئ المملوك .

[٣] الملكية حق مؤبد :-

يعنى تأبيد الملكية أنه الحق العينى الوحيد الذى لا يسقط أبداً بعدم الإستعمال , فكل الحقوق المتفرعة عنه تسقط بمجرد عدم إستعمالها فترة معينة عادة ما تكون خمسة عشر سنة , كالمادة (٩٩٥) مدنى التى تنص على أنه " ينتهى حق الإنتفاع بعدم الإستعمال مدة خمس عشرة سنة " ^(١) , والمادة (١٠١١) مدنى والخاصة بالحكر , وكذلك المادة (١٠٢٧) مدنى والخاصة بحق الإرتفاق .

فمجرد عدم إستعمال حق الملكية , أى كان سبب ذلك , لا يسقط حق المالك على ملكه , فيحق له , فى أى وقت يشاء , أن ينتفع بملكه مرة ثانية , أو يمكن الغير من إستعماله , فلو أن مالكاً غادر منزله وأغلقه وانتقل للعيش فى مكان آخر طلباً للرزق أو للعلم أو غيرهما , ثم أراد بعد فترة طويلة (أكثر من خمس عشرة سنة) أن يعود للإقامة فى منزله القديم فله كل الحق ولا يستأذن أحداً , فالملكية مؤبدة لا تسقط بعدم الإستعمال ^(٢) .

وهذا لا يمنع من إكتساب الملكية إنتقالاً من الغير بالحيازة أى بالتقادم الطويل المكسب للملكية , فلو فرض أن أهمل هذا المالك فى رعاية منزله القديم وتركه مهجوراً فوضع شخص آخر يده عليه بنية تملكه وإستمر وضع اليد مدة خمس عشرة سنة , فى هدوء وعلانية ووضوح , فيحق للحائز كسب الملكية بالتقادم المكسب . وليس هذا تعارضاً مع تأبيد حق الملكية , بل سبب لإنتقال الملكية من شخص لآخر بالتقادم المكسب , والذى أهمل المالك فى ملكه طوال هذه المدة الطويلة ,

(١) عبد الرازق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى , أسباب كسب الملكية - ج ٩ - دار إحياء التراث العربى - بيروت ١٩٩٧ - ص ١٢٦٩ .

(٢) وقد قضى بأن " حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الإستعمال مهما طال الزمن , ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لا يسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ " نقض مدنى فى ١٩٨٠/١/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - الطعن رقم ٩٤٤ س ٤٧ق - س ٣١ - ص ٣٦٠ .

فسكوته عن مطالبة الحائز ومقاضاته لرد ملكه له يفسر بأنه تصرف له فى المنزل , أو تنازل له عنه تنازلاً ضمناً , أو أنه مهمل ويستحق جزاء إهماله .

فإن ظل المالك على إتصال بملكه ولم يضع أحداً يده عليه , فمهمها طال الزمن للمالك الحق فى مباشرة كامل السلطات على ملكه , وكذلك دعوى الإستحقاق التى تحمى حق الملكية , لا تسقط هى الأخرى بعدم الإستعمال .

ومن نافلة القول التذكير هنا بإرتباط حق المالك ببقاء ودوام الشيء المملوك فهلاك الشيء يعنى إنتهاء حق الملكية , ويتصور ذلك سريعاً فى المنقولات حيث قد تتبدد وتهلك مادياً , أما العقارات , خاصة الأراضى , فلا يتصور هلاكها المادى , ولكن المبانى قد تهدم بسبب القوة القاهرة أو فعل الغير ويحق عندئذ لمالك الأرض إعادة بنائها .

أما **الهلاك القانونى** فيسرى على العقارات أو المنقولات (خاصة براءات الإختراع فى مجال الأدوية) حيث تنزع الملكية للمنفعة العامة , فتزول الملكية وتنتقل للدولة مقابل التعويضات المنصوص عليها .

كما أن التأييد للملكية لا يعنى بالضرورة تأييد وخلود المالك , بل إن الجميع على موعد مع الموت لا محالة , طالت أم قصرت الحياة , وهنا تنتقل الملكية للخلف العام , أو قد يضطر المالك للتصرف فى ملكه فينتقل للخلف الخاص , فالملكية تظل مجردة عن شخص المالك وتبقى قائمة برغم تغير أشخاص المالك , حيث يستمر حق الملكية دائماً ولا يتغير سوى الشخص , فالمالك يتوالى على ملكية الشيء , الواحد بعد الآخر , دون أن يتخلل هذا التوالى أى فترة يكون فيها الشيء بغير مالك ^(١) .

وقد قيل فى تبرير هذا الحكم أن الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية تقتطع من سلطات المالك , ولا يكون ذلك إلا لضرورة , ولذلك يجب أن تزول عن أصحابها بعدم الإستعمال أى بإنقضاء الضرورة , حتى تعود للمالك سلطاته كاملة على الشيء فلا تبقى هذه السلطات موزعة بين عدة أشخاص , أما بالنسبة لحق الملكية فلا مبرر لسقوطه بعدم الإستعمال , لأن أحداً لن يستفيد من هذا السقوط ^(٢) . وهناك ثلاثة نتائج لدوام حق الملكية , إثنان محل إتفاق , والثالثة مختلف عليها :-

(١) السهنورى - ج ٨ - ص ٥٣٤ , ود / نبيل سعد - ص ٢٤ , أما الحقوق الأخرى فتنتهى بعد مدة معينة

أو بمجرد عدم الإستعمال برغم بقاء الشيء محل الحق .

(٢) د / نبيل سعد - ص ٢٥ .

الأولى : هى أن الملكية بطبيعتها غير مؤقتة , **والثانية :** أن الملكية لا تزول بعدم الإستعمال , أما الثالثة محل الخلاف فتتعلق بمدى جواز أن تقترن الملكية بأجل فاسخ (الملكية المؤقتة) , فهذا المعنى ليس محل إتفاق بين الفقهاء لا فى مصر ولا فى فرنسا , بل هناك من يقول بجواز أن تقترن الملكية بأجل , فتكون ملكية مؤقتة ^(١) , وليس هو الرأى الراجح .

(١) السهنورى - ج ٨ - ص ٥٤٠ , أما الأجل الواقف فلا تكون الملكية مؤقتة فيه , بل الإلتزام بنقل الملكية هو المؤجل فقط , لا حق الملكية ذاته .

وفى هذا الخلاف بين الرايين - المرجع السابق - ص ٥٤١ وما بعدها .

- المبحث الثانى -

نطاق حق الملكية , وحمايته

يمتد نطاق حق الملكية إلى كل ما يعد من عناصر الشئى الجوهريّة , فإن كانت أرضاً أو مبانى فيشمل حق الملكية الفضاء الذى يعلو المكان والعمق اللازم للتمتع بمزايا الأرض أو المبنى , كما يمتد النطاق لثمار الشئى ومحلقاته وتوابعه . أما من ناحية حماية حق الملكية فقد ضمن القانون حق المالك فى رد أى إعتداء يقع عليه بآليات قانونية :-

- أولاً -

- عناصر الشئى الجوهريّة -

يدخل ضمن نطاق الشئى المملوك بالضرورة ما يعد من عناصره الجوهريّة , وقد عرفتھا المادة (٨٠٣ /) مدنى بأنها " ١ - مالك الشئى يملك كل ما يعد من عناصره الجوهريّة بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير .
٢ - وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها , علواً أو عمقاً .
٣ - ويجوز بمقتضى القانون أو الإ اتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها " (١) .

فالعناصر الشئى الجوهريّة هي التى تكون ماهيته ووجوده ولا يمكن الإستغناء عنها , وإلا فيفنى الشئى أو يتلف أو يتحول لشئى آخر , فأساس المنزل والأرض المقامة عليه والجدران والحوائط والأسقف وشبكة الكهرباء الداخلية والمياه والصرف والسلالم والمصعد فى المبانى المرتفعة كلها من عناصره الجوهريّة , أما المزرعة فيبعد من عناصرها الجوهريّة التى لا يمكن الإستغناء عنها مصادر الرى والمياه وآلات الرى وأشجار الزراعة وحظائر الماشية ومخازن السماد والحبوب وأدوات الزراعة المختلفة .

وبغير هذه العناصر تتحول المزرعة لأرض بوار لا خير فيها , ويمكن إعدادها للبناء إن جاز القانون ذلك , أو تركها على حالها حتى تعود لها الحياة.

(١) المقابل لها المادة (١٠٤٩) مدنى عراقى , والمادة (٧٦٨) مدنى سورى , م (٨١١) مدنى لى , و م (١١) قانون الملكية العقارية اللبناى .

ويعد من عناصر السيارة الجوهرية الموتور والشاسيه والهيكل والعجلات والكراسى ولوحة السيارة وأوراقها , وبغيرها لن يمكن تسييرها وتتحول لقطعة حديد.
فإن أمكن الإستغناء عن العنصر فى الشئ دون تلف أو هلاك أو تغير فلا يعد عنصر جوهرى , وإن كان يمكن أن يعد من التوابع .

فأثاث المنزل أو وسائل الراحة والترفيه (مكيفات - إضاءة مريحة - مناظر جمالية - تحف - نجف) وبالنسبة للمزرعة حيوانات المزرعة , ومكان إقامة صاحبها بها (كفيلا داخل المزرعة) وآلات حديثة متطورة للرى أو الزراعة أو التسميد , وأسوار للمزرعة , ونباتات زينة وورود نادرة , كلها تعد من الملحقات , حيث يمكن الإستعاضة عنها بعناصر أخرى أو الإستغناء عنها كلية دون هلاك أو تلف أو تغير .

- ثانياً -

- ملكية الأرض تشمل العلو والعمق -

إعتبر القانون أن الأرض هى الأساس لما يقام عليها أو تحتها , ومالك الأرض هو مالك ما فوقها وما تحتها , كأصل عام , إلى الحد اللازم للتمتع بملكه علواً وعمقاً (م ٢/٨٠٣)^(١) .

[١] ملكية العلو :-

تمتد ملكية العلو فى الأرض للطبقات الهوائية العليا , إلى الحد الذى يمكن أن يصل إليه الإنتفاع المرخص للأرض , فإذا صرح للمالك ببناء برج شاهق أو ناطحة سحاب على أرضه فله الحق فى الإرتفاع بمبناه إلى الحد المسموح به والعلو بما يساوى مساحة أرضه , وكذلك بالنسبة لأشجار المزرعة فتنمو وتعلو وتمتد لكل الفضاء الذى يعلو ويوازى المزرعة تماماً .

ويحد حق العلو قيدين , الأول خاص بعدم التعسف فى إستعمال الحق , والثانى خاص بالقوانين المنظمة لخطوط الهاتف والكهرباء والطيران , ومراعاة المسافات القانونية للزراعة أو البناء بين الجيران .

(١) ويقابلها المادة (٢/١٠٤٩) مدنى عراقى , والمادة (٧٦٩) سورى , والمادة (٨١٢) لىي , والمادة (١٣) من قانون الملكية العقارية اللبناى - السنهورى - ص ٥٦٩ .

- **فالقيد الخاص بعدم التعسف في استعمال الحق يقيد الجميع طبقاً للمادة الخامسة من القانون المدني ، فلا يجوز للمالك (مثلاً) الإرتفاع بسور حديقته بقصد الإضرار بالجار ومنع الهواء و الضوء عنه ، أو زرع أعمدة شاهقة الإرتفاع على الحد الفاصل بين ملكه والمطار المجاور لإعاقة حركة صعود وهبوط الطائرات وإجبار إدارة الطيران على شراء أرضه بالسعر الذى يحدده ، فنص المادة (٢/٨٠٣) مدنى يقيد حق العلو بالحد المفيد فى التمتع بملكية الأرض ، وليس أكثر ^(١) .**

ومن المشاكل التى بدأت تطفو على السطح فى الآونة الأخيرة ، إنشاء أبراج ومحطات تقوية التليفون المحمول فوق أسطح المنازل ، وعادة ما تدفع شركات المحمول مبالغ كبيرة لملاك المباني لوضع وتركيب المحطات ، ويعترض السكان فى المبنى (المؤجر أو متعدد الطوابق بنظام التملك) والجيران الملاصقين ، لما يثار من شكوك حول تسبب هذه المحطات فى أمراض سرطانية للأطفال والكبار والتسبب فى العقم .

ويحصل المالك على الترخيص بإقامة المحطة ، كما تقوم إدارة الشركة باحترام الشروط والتعليمات الصادرة من الجهات المسئولة بهذا الخصوص ، وذلك كله لا يقنع السكان ولا الجيران ، للشكوك المثارة حولها .

فهل يعد المالك متعسفاً فى استعماله لحقه فى هذه الحالة ؟

يصعب القول بإنطباق أحد معايير التعسف هنا ، حيث لا يوجد قصد الإضرار بالغير ، ولا تهاية المصلحة وجسامة الضرر ، حيث لم يثبت الضرر على وجه التأكيد ، ولا أن المصالح المبتغاه غير مشروعة .

علماً بأنه لم يثبت أى مخالفة قانونية لإشترطات السلامة والبيئة .

لكن تبقى مسئولية الجهات التى منحت التراخيص والشركات المعنية ، إن ثبت وجود الأضرار ، وغالباً لن يثبت ، فالإستثمارات بالمليارات والشركات عملاقة وكيانات إقتصادية ضخمة ، والكل مستفيد ، ثم إن المواطن لم يعد يستغنى عن الخدمة!؟

- **والقيد الثانى خاص باحترام القوانين المنظمة لإقامة أعمدة وأبراج وخطوط**

الكهرباء متنوعة القدرة، ومراعاة قواعد الزراعة والبناء بين الجيران:-

حيث أن حق المالك هنا ليس مطلقاً ، فالقانون رقم (٩٣ لسنة ١٩٣٩ وتعديلاته) يمنح وزارة الكهرباء والإدارة المحلية الحق فى إقامة أعمدة وأبراج

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٦/٥/١٥ ، فى الطعن رقم ٣٤٨٧ لسنة ٦٥ ق - د/ نبيل سعد - ص ٣٦ .

الكهرباء ومد الشبكات لتوصيل التيار الكهربائي لأى مكان , حتى ولو إمتد فى أرض أحد أو فوق الملك الخاص لأحد الأفراد , ولا يجوز له الإعتراض أو المنع , بل كل ما يحق له المطالبة بالتعويضات ^(١) .

أما خطوط الهاتف والتلغراف فلم تعد توجد تطبيقات عملية لها نتيجة للتقدم المذهل فى الإتصالات عن طريق الأقمار الصناعية والكابلات الأرضية , وزالت الأعمدة القديمة والخطوط السلكية .

وبخصوص الزراعة , فتنظم قوانين الزراعة واللوائح والتعليمات المسافات الواجب تركها لزراعة نباتات وأشجار بجانب مزرعة الجار حتى لا تمتد أغصان الأشجار فى المزارع المجاورة وتسبب تلف وبوار الزراعات الأخرى للملاك المجاورين , فتنشأ المنازعات وتتقافم , إذ يجب ترك مسافات مختلفة بحسب نوع الزراعة أو الأشجار المراد غرسها , لإختلاف إرتفاع ومحيط الشجرة من نوع لآخر ^(٢) .

كذلك فعند الإرتفاع بالبناء للحد المرخص به يجب ترك المسافات القانونية بجانب الجار لفتح مطلات (شبابيك - شرفات) أو للخروج ببروز فى المبنى , وهى لا تقل عن متر فى المطلات المواجهة , وعن خمسين سنتيمتر فى المطلات المنحرفة على ما سيلي , وهذا قيد قانونى عام على كل الملكيات .

[٢] ملكية العمق :-

تمتد ملكية الأرض للعمق اللازم للتمتع والإستفادة من الأرض بحسب الغرض المخصصة له , فالأرض الزراعية يمتد العمق فيها للحد اللازم لنمو النباتات والأشجار بل ويصل للأعماق اللازمة لإستخراج المياه الجوفية لغرض الزراعة أو الشرب أو للإستثمار (كمصنع لتعبئة المياه الطبيعية والمعدنية) , كما يمتد ليشمل أنابيب المياه المدفونة للرى أو للصرف الزراعى .

(١) راجع المادة الأولى والثانية من هذا القانون الذى يفرض إلتزامات عامة على جميع ملاك العقارات أو واضعى اليد عليه بأن يتحملوا مرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية (فوق العقار إذا كان مبنياً , أو فوقه وتحتة إذا كان أرضاً , وملزم الجميع بأن يقلل جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها , السنهورى - ص ٥٧٤ .

(٢) راجع المادة (١١٩٤ , ١١٩٥ , ١١٩٦) من المجلة , فإن إمتدت أغصان أشجار الجار إلى دار جاره فإنه يكلف بتفريغ فضاء الدار من الأغصان , د/ غنى حسون - ص ٦٢ .

وبالنسبة للأبراج الشاهقة فالعمق يمتد للطبقات التحتية من الأرض للحد اللازم لوضع الأساسات الحاملة للمبنى , أو لإقامة بدروم أو مخبئ أو خزان لمياه الشرب أو الصرف , ويحق لمالك الأرض أن يستخرج من أرضه الأتربة والرمال والأحجار وأن يحفر بها آبار ويمد أنابيب كما له أن يمنع الغير من مد أنابيب في أرضه للصرف أو للرى , دون أن يعد ذلك تعسفاً منه .

ويرد على حق العمق قيود قانونية خاصة بالمعادن والآثار والكنوز وأنابيب نقل الغاز الطبيعي والبتروول و الصرف الزراعى .

فالمعادن والآثار الكامنة فى باطن الأرض ليست ملكاً لصاحب الأرض , بل إن القانون رقم (٨٦ لسنة ١٩٥٦) والخاص بالمناجم والمحاجر , والقانون رقم (٧٣ لسنة ١٩٦٣) يخص بالملكية الدولة فقط , وهى ملكية خاصة فى المعادن , وعامة فى الآثار , ويحق للدولة نزع ملكية الأرض إن إكتشف فيها ثروات طبيعية أو آثار , مقابل تعويض لصاحب الأرض , إذ تعتبر المناجم والمحاجر من الثروات القومية الهامة ومصادر دخل سيادية للدولة , وتخرج عن نطاق الملكية الفردية ^(١) .

أما الكنز فله حكم خاص وارد فى المادة (٨٧٢) مدنى , وهو لمالكة الذى خبأه إن إستطاع الإثبات , وإلا فلصاحب الأرض التى وجد فيها الكنز , أو لمالك الرقبة إن توزعت الملكية بين مالك رقبة وصاحب منفعة , فإن كانت الأرض موقوفة فيكون الكنز ملكاً للواقف أو لورثته , وليس لجهة الوقف .

ويحق للجهات المختصة مد شبكات الصرف الزراعى وأنابيب نقل الغاز والبتروول فى أى منطقة , دون حق الاعتراض عليها من ملاك الأراضى , وينحصر حقهم فى طلب التعويضات إن ثبت وجود أضرار .

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص فى الفقرة الثانية من المادة (٨٠٣) على أنه (.....) بما مفادة أن ملكية الأرض وإن كانت تشمل الأرض علواً أو عمقاً إلا أنه يوجد حد لملكيتها فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من

(١) راجع أيضاً المادة (١٤) من النظام الأساسى للحكم فى المملكة العربية السعودية الصادر سنة ١٤١٢هـ , والمادة (٢١) من الدستور الكويتى , والقانون رقم (٦٦ لسنة ١٩٦٢) الخاص بالمعادن والمحاجر العراقى .
ويعمل الفقه المالكى رأيهم بأن المعادن ملكا للمسلمين عامة (أى الدولة) بأن الأرض عندما ملكت للمسلمين بعد الفتح الإسلامى إنما ملكت لهم للإنتفاع بها فى الزراعة أو فى البناء , أما ما فى هذه الأرض من معادن فلم يكن هو المقصود بهذا التملك , ولذا بقيت المعادن للمسلمين عامة , راجع د/ غنى حسون - ص ٥٩ .

العلو أو العمق بحيث لا تكون له مصلحة في منعه وإلا كان المنع تعسفاً في إستعمال حق الملكية^(١).

- ثالثاً -

جواز فصل ملكية الأرض عما فوقها أو تحتها

قلنا أن الأصل في القانون أن ملكية الأرض تشمل ملكية ما فوقها وما تحتها , في قرينة قانونية لصالح مالك الأرض , الذى لا يكلف بإثبات ملكيته للمنشآت والنباتات المقامة أو المغروسة فى ملكه , فالمادة (١/٩٢٢) مدنى نصت على أن " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له " .

ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة , حيث أجازت المادة (٣/٨٠٣) مدنى أن تنفصل ملكية الأرض عن ملكية العلو أو العمق , بمقتضى الاتفاق أو القانون , كما أن المادة (٢/٩٢٢) مدنى أيضاً أجازت إثبات أن مالك الأرض قد خول أجنياً ملكية منشآت قائمة , أو إقامة منشآت وتملكها .

فقد يتفق مالك الأرض مع الغير على منح هذا الأخير الحق فى إقامة مبانى على أرض الأول أو تحتها , على أن يملكها البانى , لفترة طالت أم قصرت , وينظم الاتفاق مصير هذه المنشآت النهائى بعد إنتهاء المدة المتفق عليها , وهل يملكها مالك الأرض أم لا , وبمقابل أو دون مقابل , أم يجب إزالتها , ونجد تطبيقاً لهذا فى المادة (٥٩٢) مدنى , التى تنظم مصير البناء أو الغراس أو التحسينات التى يقوم بها

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٦/٥/١٥ , طعن رقم ٣٤٨٧ س ٦٥ ق - ونقض فى ١٩٨٤/١٢/٢٧ , طعن رقم ٦٣٥ , ٦٤٠ س ٥٤ ق .

كما قضت بأن " مؤدى ما نصت عليه المادتان الثالثة والسادسة من القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٤ بشأن منشآت قطاع الكهرباء أنه بالنسبة للعقار الذى تمر فوقه أو بالقرب منه أسلاك الخطوط الكهربائية ذات الجهود الفائقة أو العالية أو المتوسطة يحظر على صاحبه - دون مراعاة المسافات المنصوص عليها فى المادة السادسة - أن يقيم مبان على الجانبين إذا كان العقار أرضاً فضاء أو ان يرتفع بالمبانى إذا كان العقار ميبناً , وفى حالة مخالفة هذا الحظر يتعين طبقاً للمادة النافذة أن يحكم على وجه الإستعجال بدم المبانى المخالفة وإزالتها على نفقة المخالف .

فإذا رأت منطقة أو مديرية الكهرباء المختصة أن المبانى أو العوائق القائمة تعرض منشآت قطاع الكهرباء للخطر أو ينشأ عن وجودها فى الحدود والمسافات المذكورة أو حركتها أو سقوطها أضرار بهذه المنشآت , فلها فى غير الحالات التى يخشى معها وقوع ضرر يتعذر تداركه أن تطلب من ملاك هذه المبانى أو العوائق أو اصحاب الحقوق عليها إزالتها على أن يعرض صاحب الشأن عما اصابه من ضرر دون حاجة إلى نزع ملكية الأرض التى تقوم عليها المبانى (نقض ١٩٨٥/٢/٢٧ طعن ٣٤ س ٥١ ق) - راجع : أنور طلبه - ص ٤٨٧ - ج ٥ .

المستأجر في العين المؤجرة في فترة الإيجار ، بعلم المؤجر ، أو دون علمه ورغم معارضته ^(١) .

كما أن القانون قد يرحص لبعض الأشخاص بالبناء أو الغراس على أرض الغير ، كما ينظم مصير وأيلولة هذه المنشآت ، ولكن ملكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح (الأرض) ، فمالك العلو أو العمق ، إذا ادعى ملكية السطح (الأرض) فعليه هو أن يثبت ذلك ^(٢) .

- رابعاً -

ملكية الشيء تشمل ملحقاته وثماره ومنتجاته

تشمل ملكية الشيء أيضاً ما يعد من ملحقاته وثماره ومنتجاته ، فهي حق للمالك وحده ، ويحدد الإتفاق أو العرف ما يعد من ملحقات الشيء ، حيث تختلف الأشياء في طبيعتها وتتعدد ملحقاتها ويصعب وجود قاعدة نظامية موحدة تسرى على الجميع .

وفى هذا تنص المادة (٤٣٢) مدنى على أن " يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال هذا الشيء ، وذلك تطبيقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " .

أما بشأن ثمار الشيء ومنتجاته فهي ملك لصاحبه ، مالم يوجد إتفاق أو نص قانون يخالف ذلك ، وفى هذا تنص المادة (٨٠٤) مدنى على أن :- " لمالك الشيء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، مالم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك " ^(٣) .

(١) راجع نقض مدنى فى ١٩٤/٥/٢٣ - ج ٢ - أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٩٩٠ ، ونقض فى ١٩٥٥/١١/٣ - راجع أنور طلبه ، الوسيط فى القانون المدنى ، المكتب الجامعى الحديث - ٢٠٠١ - ج ٥ - ص ٩ .

(٢) السنهورى - ص ٥٧١ .

(٣) راجع أيضاً - السنهورى - ص ٥٨٧ ، فى أمثله على الملحقات المختلفة للمبيع .

- خامساً -

حماية حق الملكية

نصت المادة (٨٠٥) مدنى على أنه " لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون , وبالطريقة التى يرسمها , ويكون ذلك مقابل تعويض عادل " .

وبأتى هذا النص تطبيقاً للمبادئ الدستورية المصدرة فى الدستور المصرى الدائم الصادر سنة ١٩٧١ (المعدل) الذى حمى الملكية الفردية وحفظها دون مساس , إلا فيما يرد به نص خاص , حيث جاء فى المادة (٣٤) من الدستور أن " الملكية الخاصة مصونة لا تنتزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون " .

فلا يجوز أن يحرم أحد من ملكه تعنتاً وتعسفاً من الأفراد أو الجهات التابعة للدولة أو الدولة ذاتها , وإن إستوجب الأمر ذلك فيكون لغرض المصلحة العامة الأولى بالرعاية , أو فى الأحوال التى يقررها القانون لمصلحة أعلى من مصلحة المالك , ويكون ذلك طبقاً للشروط القانونية ومقابل تعويض عادل , وهذا ما يكون فى حالات نزع الملكية للمنفعة العامة ^(١) .

كما نجد تطبيقاً آخر لذلك منصوصاً عليه فى المادة (٩٢٨) مدنى والخاص بالتجاوز , بحسن نية , على قدر ضئيل من ملك الجار , حيث جاء فيها أنه " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة , جاز للمحكمة إن رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء , وذلك فى نظير تعويض عادل " ^(٢) .

ويحمى حق الملكية دعوى الإستحقاق (أيا كان المحل المملوك , عقاراً كان أو منقولاً) وهى الدعوى التى يرفعها المالك للمطالبة بملكه ممن غصبه أو وضع يده عليه دون سند قانونى , وهى دعوى لا تسقط أبداً , لأنها تحمى حق مؤبد لا يسقط هو الآخر (مالم يملك الحائز الشئ المحوز بالتقادم الطويل المكسب فهنا لا تسقط الدعوى , بل تتعطل فاعليتها بفعل التقادم المكسب) ^(٣) .

(١) نقض فى ١٩٩٣/٧/٢٨ , فى الطعن رقم ٤٧٩٨ , ٤٨٥٠ , س ٦١ ق - خاص بالأراضى الواقعة على حرم الطرق العامة .

(٢) راجع نقض مدنى فى ١٩٨٧/٦/١٦ , الطعن رقم ١٣٧٤ س ١٤٠٧ - س ٥٣ ق .

(٣) السهنورى - ج ٨ - ص ٥٩٩ , ونقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/٢٨ س ٢٨ - ص ٨١٩ .

وتوجد دعويان أخريان من دعاوى الملكية هما دعوى منع التعرض فى الملكية , ودعوى وقف الأعمال الجديدة فى الملكية , فدعاوى الملكية الثلاث يقابلها دعاوى مماثلة يحمى بها الحائز حيازته , وهى دعاوى الحيازة (المواد من ٩٥٨ إلى ٩٦٧) .

ودعوى الإستحقاق هى دعوى إسترداد يرفعها المالك على الغير الذى وضع يده على عقاره , فإن لم يكن لديه سند ملكية فإنه يلجأ إلى دعوى إسترداد الحيازة متى توافرت شروطها , أما دعوى تثبيت الملكية فيلجأ إليها المالك للحصول على حكم يقرر له هذه الملكية فى مواجهة من يختصمه فى الدعوى , وقد يكتفى طالب الإستحقاق بحيازته للعقار كقرينة على ملكيته الخاصة , إذا كانت حيازته أحق بالتفضيل من حيازة خصمه , وفقاً لما تنص عليه المادة (٥٩٥) متى كان فاقداً للتصرف الذى يثبت ملكيته (١) .

(١) م/ أنور طلبه - الوسيط - ج ٥ - ص ١٤ , وراجع نقض مدنى فى ١٧٧/٣/٢٨ - س ٢٨ - ص ٨١٩ .

- الفصل الثانى -

- القيود القانونية والإتفاقية على حق الملكية -

لم يعد حق الملكية حقاً مطلقاً , أى يمنح سلطات غير محدودة للمالك على محل ملكيته , بل إعتاد المشرعون التدخل لتحقيق الوظيفة الإجتماعية للملكية ودون تفريغ حق الملكية من محتواه أو تعطيله عن أداء وظائفه , هذا التدخل التشريعى يسمى فى الفقه القانونى قيوداً قانونية , ويقابلها القيود الإتفاقية والتي يلزم المالك بها نفسه مختاراً فى مواجهة الغير , بعوض أو بدونه , وهى الإتفاقات .

وتتميز القيود القانونية عن الإتفاقات (القيود الإتفاقية) فى أن الأولى مصدرها النص القانونى , وهو عام التطبيق والنفاد , وبالتالي فيسرى على كل الملكيات أيا كانت ومهما تعدد أو تغير شخص المالك , فالعبرة بالملكية وليس بالمالك , ولا يضمن البائع للمشتري خلو المبيع من القيود القانونية , حيث هو الوضع العادى لكل الملكيات والمقرر بالنص , ويفترض علم الكافة بالقيود القانونية فلا يعذر أحد بجهله بالقانون .

وعلى العكس فالإرتفاقات مصدرها الإتفاق الخاص بين المالك وصاحب الحق , ولا يشمل كل الملكيات فى مصر بل العقار المقرر عليه حق الإرتفاق فقط , وبناءً عليه فيضمن البائع للمشتري خلو المبيع من الإرتفاقات إن إتفق على ذلك , وظهر فى الواقع غير ما إتفق عليه .

أيضاً فالقيود القانونية تعد خروجاً على الأصل العام فى أن المطلق يظل على إطلاقه حتى يرد ما يقيد , وهذا الإستثناء - وإن كان له ما يبرره - إلا أنه لا يجب التوسع فيه ولا القياس عليه , فالقيود القانونية إذن محصورة ومحددة على سبيل الحصر بالنص القانونى الوارد بشأنها .

أما الإرتفاقات فليست محددة على سبيل الحصر , بل يجوز للأفراد إنشاء ما يشاؤون من إرتفاقات على ملكياتهم تحد من سلطاتهم عليها , أيا كان نوع حق الإرتفاق , ولا يحد من حريتهم سوى القيد العام بعدم مخالفة النظام العام والآداب .

كذلك فالقيود القانونية لا يسرى بشأنها التقادم المسقط , حيث يستطيع المالك المطالبة بتطبيق القيد (كالمطلات مثلاً , أو وضع الحدود بين الأملاك أو حق المجرى و المسيل , أو حق المرور) فى أى وقت وإن مضى على تملكه العقار أكثر من خمس عشرة سنة , متى تحققت شروط المطالبة بالتطبيق , ولا يحتج عليه بالتقادم المسقط , ولا تخضع لقواعد الشهر العقارى حيث أنها منصوص عليها فى القوانين .

أما حقوق الإرتفاق فتسقط بعدم إستعمالها مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧)
مدنى , وتخضع لقواعد الشهر والعلانية عن طريق التسجيل أى القيد فى السجل
العقارى , لأنها تنشأ بإتفاقات خاصة .

ونقسم دراستنا لهذا الفصل للمبحثين الآتيين :-

- المبحث الأول : فى القيود القانونية على الملكية .
- المبحث الثانى : فى القيود الإتفاقية على الملكية (الشرط المانع من التصرف) .

- المبحث الأول -

القيود القانونية على الملكية

تنقسم القيود القانونية إلى قيود مقررّة للمصالح العام , وقيود أخرى مقيدة للمصالح الخاصة الجديرة بالإعتبار وهي دائماً ما تكون بين العقارات المتجاورة لتقليل أو منع الأضرار أو المضايقات التي قد تحدث بين الملاك بسبب الجوار , ومنها قيود المطلات والمناور وعدم الإضرار بالجار ضرر غير مألوف وحق المرور ووضع الحدود بين الأملاك والحائط المشترك والحائط الفاصل .

- المطلب الأول -

القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة

وهذه القيود قد تتقرر على مبدأ الحق في التملك ذاته , أي عدم جواز تملك العقار من حيث المبدأ , أو على وضع حد أقصى للملكية العقارية , سواء للأجانب أو الوطنيين , وقد تتقرر القيود على حق الملكية ذاته بعد توافره , كشأن نزع الملكية للمنفعة العامة والإستيلاء المؤقت .

- الفرع الأول -

القيود الواردة على حق التملك , والحد الأقصى للملكية

- أولاً : حظر تملك الأجانب للعقارات في مصر :-

تبنى المشرع المصري سياسة واضحة مع نجاح ثورة يوليو سنة ١٩٥٢ نحو منع تملك الأجانب للعقارات بصفة عامة والملكية الزراعية بصفة خاصة في مصر (حيث كانوا قبل الثورة يسيطرون على قطاعات كبيرة من الأراضي الزراعية) وذلك بمقتضى أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ووضع أحكام للتصرف في ملكياتهم القائمة وقت نفاذه .

وبالنسبة للعقارات المبنية جاء القانون رقم (٨١ لسنة ١٩٧٦) بحظر صريح في تملك الأجانب أيضاً لهذه العقارات المبنية والأراضي الفضاء , أياً كان سبب إكتساب الملكية - عدا الميراث - وإن إستثنى منها البعثات الدبلوماسية والقنصلية والفلسطينيون , كما جاء القانون رقم (٤٣ لسنة ١٩٧٤) بشأن إستثمار رأس المال

العربي والأجنبي - والمناطق الحرة - ببعض الإستثناءات في مجال المشروعات الاقتصادية وما يستلزمه من تملك بعض العقارات لتحقيق أغراضها .

- ثانياً : التوسع في الإستثناءات الخاصة بتملك الأجانب :-

بدأ المشرع يتوسع في الإستثناءات الخاصة بتملك العقارات في مصر تشجيعاً لجذب الإستثمارات العربية والأجنبية , حيث سمح القانون رقم (٥٥ لسنة ١٩٨٨) المعدل للقانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) وتعديلاته اللاحقة بالقانون رقم (٢٠٥ لسنة ١٩٩١) للعرب والأجانب بتملك الأراضى الصحراوية لإستصلاحها وإستزراعها ومشروعات تربية الأسماك , وذلك بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الوزراء , ومعاملة من يتمتع بجنسية إحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين فى القانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) .

كما سمح بتملك الأجانب لبعض الشركات والبنوك المباشرة فى إطار برنامج الخصخصة والمتخصصة فى صناعة الأسمت والأدوية وغيرها .

كما نظم القانون رقم (٥٦ لسنة ١٩٨٨) شروط وحدود تملك الأجانب للأراضى الفضاء , وتلى ذلك مجموعة أخرى من القوانين تسهل تملك الأجانب للعقارات عموماً فى مصر , ^(١) خاصة القانون رقم (٢٣٠ لسنة ١٩٩٦) بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء , ونص على أنه يجوز لغير المصرى - سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً - تملك العقارات , مبنية كانت أو أرض فضاء بالشروط الآتية :-

(١) أن يكون التملك لعقارين على الأكثر فى جميع أنحاء الجمهورية بقصد السكنى الخاصة له ولأسرته , وذلك دون إخلال بحق تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص المرخص به من السلطات المصرية المختصة , ويقصد بالأسرة الأزواج والأبناء القصر .

(٢) ألا تزيد مساحة كل عقار على أربعة آلاف متر مربع " وينصرف ذلك إلى كل من العقارين المخصصين للسكنى , أما العقارات اللازمة لمزاولة النشاط الخاص فلم يقيد به المشرع بحد أقصى , وبذلك يكون الأجنبي قد تساوى بالمصرى فى تملكه للعقارات اللازمة لمزاولة النشاط , وكان يجب أن يمتد القيد أيضاً إلى تلك العقارات بما يتناسب مع النشاط المرخص به " .

(٣) ألا يكون العقار من العقارات المعتبرة أثراً فى تطبيق أحكام قانون حماية الآثار .

(١) راجع د/ نبيل سعد - ص ٣٩٠ .

ولرئيس مجلس الوزراء الإستثناء من الشرطين الواردين بالبندين (١ , ٢)
ونصت المادة الثالثة على إستثناء البعثات الدبلوماسية من هذه الشروط .

-ثالثاً : الحد الأقصى لملكية الأراضى الزراعية والصحراوية فى مصر:-

أيضاً وضع القانون حدوداً قصوى على تملك المصريين للأراضى الزراعية والصحراوية لمنع تركزها فى يد بعض الأشخاص فقط , كما كان الحال عليه قبل الثورة , وبات الحد الأقصى لملكية الفرد فى الأراضى الزراعية هو خمسون فداناً للفرد ومائة فدان للأسرة , بمقتضى نص المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ .

أما بالنسبة للأراضى الصحراوية , فقد نظم القانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) فى شأن تملك الأراضى الصحراوية الحد الأقصى لملكية الفرد (بجانب الأرض الزراعية) هو ٢٠٠ فداناً للفرد وثلاثمائة فدان للأسرة .

فإذا كانت الأرض (المستصلحة) تروى بطريقة الرى السطحى فالحد الأقصى لملكية الفرد هى (١٠٠) فدان للفرد و (١٥٠) فدان للأسرة .

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فهناك حدوداً قصوى أخرى لملكياتهم منصوصا عليها فى هذا القانون .

- الفرع الثانى -

جواز نزع الملكية والإستيلاء المؤقت للمنفعة العامة

- أولاً : جواز نزع الملكية للمنفعة العامة :-

المبدأ المقرر دائماً أنه حين تعارض المصلحة العامة مع المصالح الخاصة تقدم المصلحة العامة دائماً , حيث الأمر يخص مصلحة المجتمع ككل مع العمل على عدم إهدار المصلحة الخاصة , وهذا هو الشأن فى نزع الملكية للمنفعة العامة , حيث أجاز القانون رقم (١٠ لسنة ١٩٩٠ - م٢) لرئيس الجمهورية إصدار قرار لنزع ملكية أى شخص للمنفعة العامة مقابل التعويضات المنصوص عليها فى المادة السادسة من القانون للمالك ولأصحاب الحقوق الأخرى , مع إتباع إجراءات النزع والتعويض^(١) .

ويعد من أعمال المنفعة العامة إنشاء الطرق والشوارع والميادين أو توسعتها أو تعديلها أو تمديدتها أو إنشاء أحياء جديدة , ومشروعات المياه والصرف الصحى والطاقة وإنشاء الكبارى والمزلقانات والممرات السفلية ومشروعات النقل والمواصلات و.... , ويجوز لمجلس الوزراء إضافة أعمال أخرى ذات نفع عام لتلك الأعمال المذكورة (م٢) , وينشر القرار المقرر للمنفعة العامة مع صورة من مذكرة بيان المشروع المطلوب تنفيذه فى الجريدة الرسمية , ويلصق فى المحل المعد للإعلانات بالمقار الرئيسية لوحدات الإدارة المحلية وفى مقر العمدة أو الشرطة وفى المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار (م٣) من القانون .

وهذا يتفق مع المادة (٨٠٥) مدنى فى نصها على أنه " لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون , وبالطريقة التى يرسمها , ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل " .

(١) والقانون المصرى رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ تم العمل به فى ١٩٩٠/٧/٣ , راجع الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ تابع فى ١٩٩٠/٥/٣١ , وراجع قرار وزير الأشغال العامة والموارد المائية رقم ٣١٩ لسنة ١٩٩٠ بشأن اللائحة التنفيذية للقانون بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٣١ - الوقائع المصرية - العدد ٤٩ فى ١٩٩١/٢/٢٦ , وينظم نزع الملكية للمنفعة العامة فى التشريع الكويتى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ , راجع د/ غنى حسون - ص ٧٠ .

ونزع الملكية للمنفعة العامة معروف فى الشريعة الإسلامية , فيجوز نزع ملكية عقار جبراً على صاحبه لتوسيع مسجداً أو لضمه إلى الطريق العام , وقد حدث مثل ذلك فى عهد الرسول (ص) وفى عهد عمر بن الخطاب , وقد ورد مبدأ النزاع للمنفعة العامة فى المادة (١٢١٦) فى مجلة الأحكام العدلية (لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة , بأمر السلطان , ويلحق بالطريق , ولكن لا يؤخذ من يده مالم يؤدى الثمن " - المرجع السابق - ص ٧١ .

ولا يسقط حق الأفراد فى التعويضات مقابل نزع ملكياتهم فى مواجهة الجهة طالبة النزع إلا بالتقادم الطويل (١٥ سنة) وتحسب هذه المدة من تاريخ الإستيلاء الفعلى على العقار (وليس مجرد التعبير عن الإرادة) بإعتباره الوقت الذى يقع فيه فعل الغصب ويتحقق فيه الضرر ولأن الإلتزم بذلك التعويض مصدره القانون فيتقادم بإنقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ الإستحقاق^(١) .

- ثانياً : الإستيلاء المؤقت :-

أجازت المادة (١٤ حتى ١٧) من القانون رقم (١٠ السنة ١٩٩٠) بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة للجهة طالبة نزع الملكية الإستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقارات التى تقرر لزومها للمنفعة العامة وذلك بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه ينشر فى الجريدة الرسمية , ويتم تقدير التعويض عن عدم الإنتفاع بمعرفة اللجنة المنصوص عليها فى المادة السادسة من هذا القانون خلال شهر من تاريخ الإستيلاء ,

كما أجازت المادة (١٥) منه للوزير المختص بناءً على طلب الجهة المختصة فى حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشى وباء وسائر الأحوال الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالإستيلاء مؤقتاً على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم أو الوقاية أو غيرها , وأوجبت المادة (١٦) على جهة الإدارة إعادة العقار فى نهاية مدة الإستيلاء (ثلاث سنوات أو إنتهاء الغرض أيهما أقرب) بالحالة التى كان عليها وقت الإستيلاء مع تعويض كل تلف أو نقص فى قيمته , فإذا دعت الضرورة مد المدة المذكورة وتعذر الإتفاق مع ذوى الشأن على ذلك فيجب على الجهة المختصة أن تتخذ قبل مضى المدة بوقت كاف إجراءات نزع الملكية .

وقد قضى بأنه " إذا كانت الوزارة الطاعنة قد إستولت على عقار المطعون ضده مؤقتاً بقصد أخذ الأتربة لمشروع ذى منفعة عامة , فإنها تكون ملزمة قانوناً بتعويض المطعون ضده عن قيمة الأتربة المستولى عليها من هذا العقار , وعن مقابل عدم الإنتفاع بالأرض , وعما نقص من خصوبتها بسبب نزع تلك الأتربة منها , إذ أن

(١) نقض مدنى فى الطعن رقم ٨٠٦٥ س٦٤ق - جلسة ٢٠٠٥/٤/١١ , وحكمها فى الطعن رقم ٨٦٣٢ س٦٤ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨ .

كما قضى بأن " إن حرمان المالك ومن فى حكمه فى الإستثمار بالإنتفاع بماله أو إستغلاله أو إستعماله ومباشرة سائر حقوقه عليه هو الضرر الموجب للتعويض عن الغصب وهذا الحرمان أما مجرد إعلان الرغبة فى الإستيلاء حتى ولو إعتبرت تعرضاً وفعلاً غير مشروع لا يعد غصباً " نقض فى الطعن رقم ٥٣٣٤ س٦٤ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤ .

هذا النقص يعتبر تلفاً أصاب العقار ونقصاً فى قيمته , ويقوم إلتزام الطاعنة بهذا التعويض سواء قامت بتنفيذ المشروع بنفسها بالطريق المباشر أو بواسطة مقاول عهدت إليه بالتنفيذ , وأياً كان مدى إشرافها على هذا المقاول " (١) .

وهذا ويلاحظ أن الإستيلاء يكون مؤقتاً , ولفترة محددة , لدواعى الضرورة التى لا تحتمل التأخير كالكوارث العامة من الزلازل والبراكين والسيول والفيضانات وتقضى الأوبئة وغيرها (٢) , تعود العقارات بعدها لأصحابها مع التعويضات , أو تتخذ الجهة المختصة إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة إذا تعذر الإلتفاق مع ذوى الشأن على إستمرار الإستيلاء أكثر من المدة المسموح بها قانوناً .

- ثالثاً : تعدد القيود الأخرى المقررة للمصلحة العامة :-

بجانب القيود السابقة , توجد قيود قانونية أخرى مقررة على الملكيات (العقارية) تحقيقاً للمنفعة والصالح العام , وهى قيود مبعثرة فى قوانين عديدة , و من الكثرة بحيث يصعب حصرها , ومنها القيود المتعلقة بخطط التنظيم والتخطيط العمرانى , والبناء والهدم , وإلزام طالبى البناء بتوفير أماكن لإيواء السيارات , والتى أعاد تنظيمها القانون رقم (١١٩ لسنة ٢٠٠٨) بشأن البناء (الموحد) (٣) , والقيود المتعلقة بفتح المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة العامة والخطرة .

وقد ألزمت المادة (٨٠٦) مدنى المالك بأن يراعى فى إستعمال حقه ما تقتضى به القوانين والمراسيم المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة , كما نصت المادة (٨٢٢) مدنى على أن " المصانع والآلات البخارية وجميع المحال المضرة بالجيران يجب أن تنشأ على المسافات المبينة فى اللوائح وبالشروط التى تفرضها " .

(١) نقض مدنى فى ١٨/٤/١٩٦٨ س ١٩ - ص ٧٨٨ , م/ أنور طلبه - ص ٢٤ , وفى ٢٦/١٢/١٩٩٤ , طعن

٩٦٦ س ٥٩ ق , ونقض فى ١٠/١/١٩٨٤ , طعن ٢٦٣ س ٥٠ ق - وفى ١٢/٤/١٩٨٤ طعن ١١٧٩ س ٥٣ ق -

حيث مصدر إلتزام الجهة نازعة الملكية بالتعويض هو القانون وليس العمل غير المشروع .

(٢) وقضى بأن " إستيلاء الحكومة على البرك والمستنقعات دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية أو عدم إتباع الإجراءات

المقررة بالقانون رقم ١٧٧ لسنة ١٩٦٠ إعتبره غصباً , فلا تنتقل ملكيتها للحكومة ويكون لأصحابها الإلتجاء إلى

المحاكم لإستردادها , نقض فى ٢٨/٥/١٩٩١ , طعن ٣٢٠ س ٥٤ ق .

(٣) الجريدة الرسمية - العدد (١٩) مكرر (أ) فى ١١ مايو سنة ٢٠٠٨ .

- المطلب الثانى -

القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة

{ التزامات الجوار }

حرص المشرع المدنى على العمل على إنهاء أو تقليل أسباب النزاع بين الحقوق المتجاورة , فنص على مجموعة من القيود القانونية المحمل بها حق الملكية لصالح الملكيات الأخرى المتجاورة , وذلك بشكل عام وعلى جميع الملكيات .

وبدأ ذلك بالنص فى المادة (٨٠٧) مدنى على قيد عدم الإضرار بالجار ضرر غير مألوف , ثم قيود الرى والصرف والمجرى (م ٨٠٨ وما بعدها) , وقيود حق المرور (م ٨١٢) , وحق وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة (م ٨١٣) , والحائط المشترك , والحائط الفاصل (م ٨١٤) وما بعدها , وقيود المطلات والمناور (م ٨١٩) .

وتتناول مؤلفات القانون الزراعى حق الرى والمجرى والمسيل , كما أن بعض القيود الأخرى لا تثار بشأنها مشاكل عملية كوضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة , حيث الغالبية العظمى من الأملاك العقارية توجد لها هذه الحدود والعلامات .

ونعالج فى السطور القادمة القيود الثلاثة الرئيسية هنا وهى عدم الإضرار بالجار ضرر غير مألوف , وحق المرور , وقيود المطلات والمناور .

- الفرع الأول -

- أضرار الجوار غير المألوفة -

جاء النص على عدم جواز الإضرار بالجار ضرر غير مألوف فى المادة (٨٠٧) مدنى , حيث جرت صياغتها كما يلى :-

(١) على المالك ألا يغلو فى إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار .

(٢) وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف , على أن يراعى فى ذلك العرف , وطبيعة العقارات , وموقع كل منها بالنسبة للآخر , والغرض الذى خصصت له , ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون إستعمال هذا الحق".

- الغصن الأول -

{ مفهوم الجوار فى نظرية أضرار الجوار غير المألوفة }

يتعدد مفهوم الجوار بتعدد حقول البحث فيه , فنجد له مفهوماً معيناً فى نطاق الشريعة الإسلامية , ومفهوماً آخراً فى القانون الوضعى , وحتى داخل هذا القانون يوجد له أكثر من مفهوم باختلاف فروع القانون , وفى نطاق القانون المدنى نجد أن المشرع قد عنى فى بعض الحالات بتحديد مفهوم الجوار ولم تثر صعوبات بشأنه لإنضباطه , وذلك كشفة الجوار المنصوص عليها فى المادة (٩٣٦هـ) مدنى .

وفى نطاق نظرية أضرار الجوار لم تضع المادة (٨٠٧) مدنى مفهوماً محدداً للجوار , وتركت الأمر لإجتهد الفقه والقضاء , الذى بدوره لم يتفق على رأى واحد , فالفقه يصبو إلى مد نطاق الحماية إلى كل ما يصيبه ضرر أو أذى متى كان يمكن أن نعتبره جاراً , والقضاء يحاول أن يضبط هذه الحالات لتحقيق الحماية الكاملة للمضروور مع مراعاة حتمية الجوار و حتمية المضايقات أيضاً.

ومن هنا يجب أن نحدد مفهوم الجوار من حيث الأشخاص , ومفهومه من حيث الأموال .

- أولاً -

- مفهوم الجوار من حيث الأشخاص -

يمكننا القول بأن صفة الجار هنا تتوافر فى كل من توافر له عنصر الإستقرار , بغض النظر عما إذا كان يستند فى ذلك إلى حق عيى أو حق شخصى (مستأجر مثلاً) أو حتى حائز عرضى^(١).

ويرى الفقه إمكانية رجوع الجار المضروور على المتسبب فى الأضرار والمضايقات مباشرة , بغض النظر عن كونه (أحدهما أو كلاهما) مالكاً أو مستأجراً .

(١) د/ فيصل زكى عبد الواحد - أضرار البيئة فى محيط الجوار - رسالة دكتوراه - عين شمس - سنة ١٩٨٨ , ص -

وقد قضى بمسئولية الحلواني والخباز والقصاب عن الأصوات الفجرية والشديدة والمستمرة الناجمة عن ممارسة المهنة نفسها والتي أدت إلى منع نيام الجيران ^(١) .

ولا يشترط تلاصق العقارات , أو بمعنى أدق تلاصق (الأشياء) , لمساءله الجار المتسبب في الضرر , بل يكفي أن يكون الجار متأزى من الضرر , وإن لم يوجد تلاصق للعقارات , فالدخان المتصاعد من مصنع قد يصيب حتى بأكمله بالأضرار, بخلاف الحال في ملكية الطبقات , فالحركة المحسوسة (كدبيب الأقدام) والضوضاء البسيطة يجب أن يتحملها الجيران الملاصقين , ولكن لا يجب ذلك على الجيران البعيدين إذا كان ينالهم ضرر ^(٢) . وفي نطاق المبنى الواحد قد يكون صاحب الدور الأرضي جارا بالنسبة لساكني الأدوار العليا , وقد لا يكون كذلك بحسب نوعية الضرر.

وفي هذا الصدد فضت محكمة النقض الفرنسية أن إضطرابات الجوار يمكن أن توجد في العمارة الواحدة بين سكانها , وقررت مسؤولية المستأجر تجاه جاره المستأجر الآخر بسبب الروائح الكريهة المنبعثة من نافذة المطبخ ^(٣) .

أيضاً فإن التجاور قد يمتد للدول ولو لم تتلاصق حدودياً وهذا ما حدث بالنسبة لإنفجار المفاعل النووى السوفيتى فى تشرنوبيل فى خريف سنة ١٩٨٦ , وليس بخاف ما سببه لأوروبا كلها تقريباً من كوارث , وأيضاً ظاهرة الأمطار الحمضية وتلويث مجارى الأنهار التى تخترق أكثر من دولة , وكل ذلك غالباً ما ينظم عن طريق معاهدات دولية ولا تترك للقوانين الداخلية , ولكن هذا لا ينفى ما نحن بصددده من توافر حالة التجاور , فهى كما تحدث على نطاق مدينة بأكملها أو حتى داخل المدينة فهى تحدث على نطاق أوسع وربما بصورة أوضح , بحسب مدى وطبيعة الأضرار .

(١) د/ فيصل زكى - الرسالة - ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) د/ محمد لبيب - المرجع السابق - ص ٢٣٨ .

(٣) د/ فيصل زكى - الرسالة - ص ٣٢ وما بعدها .

-ثانيا -

- مفهوم الجوار من حيث الأموال -

ظلت التشريعات المدنية لفترة ليست ببعيدة تنظر إلى العقارات على أنها رمز الثروة ومقياس الجاه والثراء وكانت تقدر حمايتها الكثير من أحكامها , هذا بخلاف الحال بالنسبة للمنقولات , وقد تأثر القانون المدنى المصرى - مثل نظيره الفرنسى- بشيئ من ذلك , لذا فعند تنظيمه لنظرية أضرار الجوار أخذت العقارات كل الإهتمام ولم يتكلم عن المنقولات , ربما تأثراً بهذه النظرية وربما لتغافله عن هذا .

وقد إنتقد أغلب الفقه - بحق - صياغة النص فى هذه الجزئية وفضل مد نطاق النظرية للعقارات والمنقولات وأورد مصطلح " الأشياء " بدلاً من العقارات , ولو أن ظاهر النص لا يسعفه , فالمنقولات تحدث أضراراً بنفس الدرجة إن لم تفقها بالنسبة للعقارات , أيضاً فإن هناك العقارات بالتخصيص وهى منقولات بأصل طبيعتها و ينتج عنها أضرار أيضاً كالأجهزة الكهربائية والآلات الميكانيكية ^(١) , كما أن توسيع مفهوم الجوار لإضفاء الحماية على المضرور أياً كان سبب الضرر يحقق الغرض من النص , وقد مد القضاء نطاق الحماية إلى المضرور الذى أصيب بأذى من جراء إستعمال آلات البناء الحديثة وهى منقولات ولا شك ^(٢) .

وقد ذهب رأياً آخر - متأثراً بعموم النص - إلى أن النظرية لا تشمل إلا العقارات فحسب أما المنقولات فلا يتسع النص لها , فالعقارات نظراً لثباتها هى وحدها التى تنشئ حالة من الجوار والتلاصق , ويقتضى ذلك وضع قيود على سلطات المالك المجاور لصالح ملاك العقارات المجاورة الأخرى . ويمتد حكم هذه النظرية للأموال العامة فى رأى أغلب الفقه والقضاء , وقد قضى بمسئولية الدولة عن الضجيج والصخب الذى يحدثه سير القطارات ,

(١) أ . د / محمد كامل مرسى - الحقوق العينية الأصلية - ج ١ - طبعة ١٩٥١ م , ص ٣٧٦ .

(٢) فى عرض هذه الآراء د/ فيصل زكى - الرسالة - ص ٢٦ وما بعدها .

وأيضاً حكم بالتعويض لمن يجاورون الطرق السريعة عن هذه الأضرار , كذلك المجاورين للميادين العامة والمطارات ^(١) .

كما حكم القضاء المصرى " بمسئولية الحكومة عن إقامتها محطة مجارى فى حى مخصص للسكنى حتى ولو لم تخالف القوانين واللوائح , لأنه بعد التقدم الحديث فى الآلات والمعدات فقد تضاعف الضجيج المنبعث منها على وجه غير الموقوف , وإتجه الرأى إلى أن الجار ملزم بتعويض جاره عما يصيبه من الضرر ولو لم يخالف فى عمله نص من نصوص القانون أو اللوائح , وذلك متى كان هذا الضرر فاحشاً متجاوزاً الحد المألوف بين الجيران ^(٢) .

أيضاً فإن علاقة الخطوط الجوية بالعقارات والمنقولات على السطح تعتبر علاقة تجاور , تمتد مع إمتداد خطوط هذه الملاحه بغض النظر عن طبيعة هذه العقارات وهل تشكل مناطق سكنية أم زراعية أم صناعية , وبغض النظر عن قربها أو بعدها عن المطارات مادامت تسبب لها أضراراً تتجاوز الأضرار العادية ^(٣) .

(١) فى هذا الخلاف , د/ فيصل زكى الرسالة - ص ٣٤ .

(٢) إستئناف مصر فى ١٧/١٠/١٩٤٠م - مشار إليه فى د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

(٣) وهذا ما تقرره التشريعات المقارنة والمعاهدات الدولية بشأن مسئولية الناقل عن الأضرار التى تحدث على السطح , وفى تفصيل ذلك د/ فيصل زكى - الرسالة - ص ٤٥ - كذلك المراجع المتخصصة فى القانون الجوى وهى كثيرة .

- الغصن الثانى -

- مضمون الإلتزام بعدم الإضرار بالجار -

يستخلص من نص المادة (٨٠٧) مدنى أن الجار لا يسئل عما يحدثه لجاره من أضرار إذا كانت فى النطاق المألوف والمعتاد الذى لا يمكن تجنبه , ولكن إذا زادت هذه المضايقات وخرجت عن النطاق المألوف فلا يلزم الجار بتحملها لأن للتسامح حداً يجب الوقوف عنده وتحديد ذلك متروك لقاضى الموضوع .

ونتعرض هنا لفكرة عدم عادية الضرر , ومعايير تقدير ذلك .

-أولا -

- تقدير فكرة عدم عادية الضرر -

أسلفنا القول أن الجيرة تحتم قدراً من المضايقات والضرر , وبالتالي فالتسامح فيها أمر مفترض , مالم يتجاوز ذلك الضرر النطاق العادى الذى ألفه الناس و إعتادوا أن يتحملوه , فالضرر غير العادى فى عرف الفقهاء هو ذلك الضرر الذى لم تجر العادة على تحمله دون شكوى ^(١), وهو يكون غير مألوف إذا كان يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية لملكه ^(٢) , والغالب أن يكون هذا الضرر فاحشاً .

ويذهب الاتجاه الغالب فى الفقه والقضاء إلى أن فكرة التسامح بين الجيران هى أساس عادية أو عدم عادية الضرر, فما جرت العادة والعرف بين الجيران على التسامح فيه فهو مألوف والعكس بالعكس , فالجيرة عادة تسبب مضايقات وأضرار لا يمكن تلافيها إلا بالتضييق على الناس فى إستعمال حقوقهم وحرياتهم مما يوقعهم فى الحرج ويشل أيديهم عن إستعمالها , لذلك جرى العرف بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات والأضرار بل والتسامح بشأنها بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة ولا مسئولية عنها .

(١) د / محمد عمران - الحقوق العينية الأصلية - طبعة ١٩٩٠ - ص ٢٧٣ .

(٢) د / عبد المنعم البدرأوى - حق الملكية - ١٩٦٨ ص ١٢٣ .

- ثانيا -

- وسائل تقدير عدم عادية الضرر -

جاء نص المادة (٨٠٧) مدنى متضمناً بعض وليس كل معايير تقدير عدم عادية الضرر، حيث ورد فيها أنه " يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وقربها والغرض الذى خصصت له العقارات " ، وهى كلها ظروف موضوعية بحتة على التفصيل الآتى:-

[١] العرف :-

وهو أول معيار يجب الإعتماد به لتقدير عادية السلوك أم العكس ، والعرف هنا بمعنى ما إعتاد الناس على تحمله دون الشكوى وتعارفوا على ذلك ، ويستمد ذلك من ظروف المكان التى تلعب دوراً كبيراً فى تحديد صفة الأضرار، فما يُعد مألوفاً فى منطقة ما قد لا يُعد مألوفاً فى أخرى ، فالضرر غير المألوف هو الذى لم تجر عادة الجيران بتحملة أو التسامح بشأنه والأمثلة هنا يخطئها الحصر .

فإقامة السراقات للغزاة وإستعمال الميكرفونات تشكل ضرراً مألوفاً ، لأن العادة جرت بين الجيران على التسامح بشأنها نظراً لظروف الوفاة^(١) . ولا نحتاج لإيضاح أن ظروف الريف تختلف عن ظروف المدينة ، فما يعتبر ضرراً مألوفاً فى الريف قد لا يعتبر كذلك فى المدن والعكس صحيح ، فأوراق الأشجار المتساقطة الجافة وظلها (مادامت مزروعة على المسافات القانونية) وأصوات الحشرات الحقلية وحيوانات وطيور المزرعة النافعة للريف والروائح المنبعثة من مرابطها ومزارع الدواجن كلها تشكل أضراراً مألوفة على نطاق الريف ، ولكن طبيعة وظروف المدينة تجعل كل ذلك ضرراً غير مألوف^(٢) .

ويتم تحديد طبيعة المكان - من كونه زراعياً أم صناعياً أم سكنياً أو غيره - طبقاً لقواعد التنظيم والتخطيط العمرانى المعتمدة وهى الفيصل فى هذا الشأن .

(١) د / لبيب شنب - المرجع السابق ص ٢٢٧ ، د / محمد عمران - المرجع السابق - ص ٢٧٣ .

(٢) أنظر فى هذه الأمثلة وغيرها - د/ فيصل ذكى - الرسالة - ص ١٨٤ وما بعدها .

[٢] طبيعة الأشياء :-

وقد أورد المشرع هذا المعيار تحت تسمية " العقارات " وليس الأشياء , وقد أسلفنا نقد الفقه لهذا التضييق التشريعي لهذه النظرية وقصرها على العقارات , ولما كنا قد آثرنا موقف الفقه فقد أوردنا المعيار بلفظ الفقه .

فإذا كان العقاراً محلاً عاماً أو فندقاً أو مقهاً أو حانوتاً للتجارة أو نحو ذلك من وجوه الإستغلال , تحمل من الجبلية والضوضاء ما لا يتحملة المكان الهادئ , أيضاً فإن ما يعتبر ضرراً مألوفاً بالنسبة لمصنع تدور فيه الآلات ويحتشد فيه العمال ويشتد الصخب , قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو مستشفى^(١) , كما أن طبيعة الأحياء من شعبية أم راقية أم متوسطة يؤثر في تقدير مألوفية أو عدم مألوفية الضرر^(٢) .

[٣] موقع العقار بالنسبة للآخر :-

ويقصد به مكان وجود عقار الجار المتضرر من عقار الجار مصدر الضرر غير العادي , فصاحب السفلى يجب - بطبيعة موقعه من العلو - أن يتحمل من العلو ما لا يتحملة العلو من السفلى , بهذا قضى موقع العلو من السفلى^(٣) .

والجار الملاصق يجب عليه تحمل قدرا من المضايقات لا ينبغي على الجار البعيد تحملها , كالضوضاء البسيطة أو دبيب الأقدام في العلو .

[٤] الغرض الذي خصص له العقار :-

وهو الغاية التي أعد العقار من أجلها , ولكن يثار هنا تساؤل , هل هذا الظرف يُعد معياراً شخصياً أو موضوعياً ؟ فالمستقر عليه أن كل الإعتبارات التي أوردتها النص هي موضوعية ؟!

ذهب بعض الفقه إلى أن الإعتداد بما خصص له العقار يعتبر ظرفاً موضوعياً لا شخصياً , فالعقار المخصص ليكون مصحة أو مستشفى أو مكاناً للإستشفاء أو مكتب وما شاكل وشابه ذلك قد يكون الضرر المألوف بالنسبة

(١) د / محمد ليب شنب - المرجع السابق - ص ٢٣٨ .

(٢) د / محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٧٣ .

(٣) السنهوري - الوسيط - ج ٨ ص ٦٩٩ .

لغيره ضرراً غير مألوفاً بالنسبة له , فإن كان منزلاً للسكنى فيعتبر ضرراً غير مألوف إقامة مصنع أو ورشة بجانبه وهكذا (١) .

ولكن هذا الاتجاه لم ينجو من النقد لأنه - و بحق - عودة بطريق غير مباشر إلى الإعتداد بالظروف الشخصية للمضرور , لأنه من السهل على الجار المضرور أن يستغل عقاره في غرض يعطل بها إستغلال جاره لعقاره , فهو قد علم مسبقاً بالغرض الذى سيخصص جاره ملكه له سواء للهدوء أو العكس , والجميع يستعمل حقه إستعمالاً مشروعاً ودون تعسف , أيضاً فإن المشرع عند حديثه عن ذلك أخذ لفظ " العقارات " أو صيغة الجمع , فهو قد إعتد بالطبيعة العامة للعقارات المجاورة وما إذا كانت مخصصة للتصنيع أم لغيره , كما يجب أن يكون الأساس فى التقدير أساساً موضوعياً إذ لا يجوز أن تتغير الحدود المقدرة لحق المالك وفقاً للظروف الشخصية لجار من الجيران , أو وفق الإعداد الخاص الذى أعد له العقار من ذلك الجار وحده , بل هو يشير إلى كافة العقارات المحيطة بعقار المالك الذى قرر مساءلته (٢) .

وهناك تساؤل آخر هو هل يجب الإعتداد بالظروف الشخصية للجار أم أن الظروف كلها موضوعية ؟

من الملاحظ أن الظروف الواردة فى عبارة النص ليست على سبيل الحصر , أما الإعتبارات الشخصية لشخص الجار فأغلب الفقه لا يحبذ هذه الفكرة , ويرى أن فى ذلك منافاة للعدالة , لأن الأمر سيختلف حسب ظروف كل جار وبالتالي فقد يُعد الضرر مألوفاً عند غالبية السكان ولا يُعد ذات الضرر

(١) راجع - د / محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٢٧٣ , د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٢٨ - السنهوى - الوسيط - ج ٨ ص ٦٩٩ , د / حسن كيرة - الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول ١٩٦٥ ص ١٢٧ هامش (٢) .

(٢) أ . د / إسماعيل غانم , الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - حق الملكية ١٩٥٩ - ص ١٠٧ , أيضاً د / فيصل ذكى - الرسالة - ص ١٦٦ , ١٧٩ , حيث يرى عدم التطرق إلى فكرة الإعداد الخاص لعقار الجار المتضرر .

مألوفاً عند أحدهم لظروفه الخاصة كمرضه أو حالته النفسية أو كونه منشغلاً بأعمال تقتضى الهدوء التام فينزعج لأية حركة ولو كانت مألوفة أو غير ذلك^(١).
ومعيار الضرر غير المألوف معيار مرن , وليس قاعدة جامدة " فيتكيف مع الظروف المختلفة ويواجه الحاجات المتغيرة , ويستجيب لمقتضيات كل منها , وهو معيار موضوعي لا ذاتي , والعبرة بحالة الشخص المعتاد , وهو شخص من أواسط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحملة فيما بين الجيران , فيقاس على هذا الشخص كل جار , فما يُعد ضرراً غير مألوف بالنسبة له هو الذى يعتبر حداً , أما هذا الجار فلو كان يتحمل أكثر مما يتحملة الشخص المعتاد فيكون له الغنم , أو كان يتحمل أقل مما يتحمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم"^(٢).
ولكن إذا قرر مبدأ المسؤولية على أساس الظروف الموضوعية , فإنه يتعين بعد ذلك أن تراعى الظروف الخاصة بكل مضرور , إستثنائية أم غيره , وذلك لتحديد التعويض المستحق^(٣).

- ثالثاً -

- خصائص الضرر غير العادى -

وهنا نجد أن كلاً من المشرع والقضاء لم يساءل الجار عن كل ضرر يصيب جاره بل قد إشتراط أن يكون الضرر على قدر معين من الجسامة , بحيث يخل بالتوازن بين الحقوق المتجاورة , فصراخ العدالة لا يكون مدوياً مسموعاً إلا فى الإخلال الهائل بالمصالح , ولذا فيشترط فى الضرر أن يكون جسيماً , وأن يقع على جار^(٤).

(١) راجع د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٣٨ , د / محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٢٧٤ , د / عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٢٥ , د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٠٧ , د / فيصل ذكى - الرسالة - ص ١٢٥ وما بعدها .
(٢) السنهورى - الوسيط ج ٨ - ص ٦٩٧ .
(٣) أ . د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٠٧ - هامش (١) .
(٤) فى تطور القضاء الفرنسى فى هذا الصدد - د / فيصل ذكى - الرسالة - ص ١٤٣ وما بعدها .

[١] جسامة الضرر :-

ذكرنا أن الجيرة تفرض بعض المضايقات التي لا مفر من التسامح بشأنها وإلا غلت أيدي الناس عن أموالهم مما يوقعهم في الحرج الشديد , أما إذا تعدى الأمر هذا القدر فإن القضاء قد عوض المضرور .

وفى هذا الصدد قضى " بأنه لا يحق للجار مطالبة جاره بالتعويض عما يلحق زراعته من ضرر بسبب ظل أشجاره إلا إذا أثبت أن صاحب الأشجار قد تعدد بغرسه الإضرار أو أهمل فى إتباع الأصول الزراعية , وفى غير هاتين الحالتين يعتبر ما يحدثه الظل من الأضرار العادية التي لا بديل للجيران من التسامح فيها ^(١) .

ونفس الحال كذلك فى تساقط أوراق الشجر فى البيئات الزراعية . وعلى العكس من ذلك فلا يلزم الجار بتحمل الأضرار إذا جاوزت الحد المألوف بين الجيران ولو إتخذت كل الإحتياطات لمنعها أو التقليل من أضرارها , فالروائح الكريهة والدخان الكثيف والأصوات المزعجة فى سكون الليل أو الأصوات المخترقة لحاجز الصوت من الطائرات أو غير ذلك من الأضرار التي لا يطبق آواسط الناس تحملها يجب منعها أو التعويض عنها . وجدير بالذكر أن شرط الخطورة أو الجسامة لا يتطلب فقط أمام القضاء العادى بل هو كذلك أيضاً أمام القضاء الإدارى فى حالات التعويض عن المضايقات التي تنتج عن سير بعض المرافق والمنشآت العامة . وتقدير مدى الخطورة والجسامة من مسائل الواقع التي يختص قاضى الموضوع بتقديرها ولا تراقبه محكمة النقض إلا فى حدود سلطتها فى مراقبة القاضى فى تقديره للوقائع .

[٢] أن يكون المضرور جاراً :-

أى أن ينطبق عليه وصف الجار , وكما نوهنا - غير ذى مرة - أنه لا يعتد بالظروف الشخصية فى قيام مبدأ المسؤولية ولا بظروف تخصيص العقار - حسب ما إنتهينا إليه - إلا فى إطار الحى جميعه , ولكن لا يشترط التلاصق , فالمفهوم القانونى لشخص الجار هنا لا يرتبط بالمكان بقدر إرتباطه بالأضرار ,

(١) محكمة الزقازيق الجزئية فى ١٩٣٣/١٠/٢٢ مشار إليه فى د/ إسماعيل غانم - ص ١٠٥ .

فما دام أن الضرر يصل إليه وتوافرت الشروط الأخرى فهو يُعد جازاً , ولقد تولى الفقه والقضاء عن المفهوم الضيق للجوار ولم يعد يشترط فكرة التلاصق , وتطبيقاً لذلك قضى بمسئولية صاحب مصنع للفحم الحجري والذي يرسل الغبار والدخنة السوداء على مدينة (كان) بفرنسا , وإعتبر جميع السكان جيرانا للمصنع .

- الغصن الثالث -

- نظرية سبق الوجود -

تنتقل هذه الفكرة من وجود نشاط قديم فى المكان , ويأتى شخص (أو أشخاص) جديد ويجاور صاحب النشاط , ثم يتضرر الجار الطارئ مدعيا عدم عادية الأضرار , ومطالباً بوقف النشاط أو التعويض , فهل هو محقق فى دعواه أم يجب إحترام الأوضاع الظاهرة المستقرة ؟

أولاً :- فكرة الوجود المسبق الفردى :-

تمثل فكرة إحترام الوضع الظاهر والقديم - وهى ليست خاصة بقانون معين ولا بفرع منه - أحد بنود دعامة إستقرار المعاملات , خاصة إذا كان هذا الوضع من شأنه - بطول الزمن - أن يخلق إعتقاد عام بإحترامه وبإلزاميته , فإذا إستقر الشخص فى مكان وجعله مسكناً يأوى إليه أو محلاً يكسب منه رزقه و معيشتة أو غير ذلك من الأغراض فإن العدل والمنطق يأبى حرمانه من حق التمتع العادى والهادئ لما بدأه من نشاط , داخل نطاق القانون , نصاً وروحاً .

ومن هذا المنطق رأى بعض الفقه الفرنسى الإحتماء خلف هذه الفكرة السليمة والبسيطة والمقبولة للقول بضرورة الإعتداد بفكرة الأسبقية الفردية أو سبق الوجود الفردى , وما يحتمه ذلك من الحماية القانونية .

ولم يقف الأمر على صعيد المبادئ النظرية , بل تعدى ذلك إلى التطبيق العملى , حيث قضى بأن " إذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان يتصاعد من مداخنها أو لقلق تحدثه آلاتها , لأنه جار طارئ عليها ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب , وعلى ذلك فلا يحق له طلب التعويض من أصحاب المعامل عن شئ من ذلك " ^(١) .

وفى الحقيقة , فإننا لا نستطيع أن نجرد هذا رأى من كل حجة منطقية , فهو لا يعدمها ولكن الإسترسال فى هذا الصدد يوقعنا فى الحرج , لأن ذلك يعطى الجار السابق حق فرض إرادته بدون أن يستطيع أحد أن يطالبه بشئ , وقد توجد فرصة إستثمار أكبر لهذه المنطقة , ولكن إرادة السابق تأبى السير إلا فيما بدأه هو .

(١) محكمة الإستئناف الأهلية فى ١٠/١٢/١٩٢٧ , مشار إليه فى د/ إسماعيل غانم - ص ١٠٨ .

- ثانياً :- فكرة سبق الوجود الجماعى :-

حاول الفقه الحديث صياغة هذه الفكرة صياغة جديدة , وقالوا أن الأسبقية التى يعتد بها هى الأسبقية الجماعية لا الفردية , فمادام الأمر قد إتخذ طابع الجماعية فإنه يجب الإعتداد به , وبناءً على ذلك إذا إتخذ الطابع العام لمنطقة ما صبغة معينة , سواءً أكانت صناعية أو تجارية أو سكنية فإن ما يستجد من جيران على هذا التجمع ويتضرر من ذلك , كبناء سكنى فى حى صناعى , فلا يحق له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر لأنه الطارئ عليهم . وهذه الفكرة بالصياغة الجديدة تنال تأييد أغلب الفقه والقضاء , والذى يقيم تفرقة بين الإستعمال الجماعى الذى يسبب ضرراً غير مألوف من جهة , وبين الإستعمال الفردى من جهة أخرى , فإذا أتى شخص وأقام منزلاً فى قطعة أرض صناعية أو تجارية - إستعمال جماعى - فليس له أن يتضرر مما قد يصيبه من ضرر " (١) .

وقد طبق القضاء الفرنسى هذه الفكرة وأيدت محكمة النقض حكم قاضى الموضوع فى رفض طلب التعويض عن الروائح المقززة المنبعثة من مزرعة خنازير مجاورة له , وذلك على أساس أن هذه المضايقات لا تتجاوز - وفقاً لطبيعة الحى وكونه حياً زراعياً - المألوف من قيام الملاك والحائزين للأراضى الزراعية بتربية الحيوانات التى قد تصدر منها روائح كريهة , وتعد من الأعباء الواجب تحملها " (٢) .

(١) من هذا الفقه , أ . د / محمد على عمران , المرجع السابق - ص ٢٧٥ , أ . د / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٤٠ , أ . د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٠٨ , وأيضاً إشارته إلى أن ذلك هو إتجاه المذكرة الإيضاحية , و السنهورى - الوسيط - ج ٨ - ص ٧٠٢ , أيضاً يرى أن المذكرة الإيضاحية تؤيد ذلك , كذلك فى الفقه الفرنسى المؤيد , أنظر د / فيصل ذكى - الرسالة - ص ٦٩١ .

(٢) فى عرض هذا القضاء د / فيصل ذكى - الرسالة - ص ٦٩٢ .

- الغصن الرابع -

- المسؤولية عن الأضرار غير المألوفة -

يرتب الجوار التزامات متبادلة على جميع الجيران بمقتضاه يتمتع كل جار عن الإضرار بجاره ضرراً غير عادياً ، وهذه الإلتزامات تقع على كاهل الجار أيا كانت صفته في شغل المكان سواء مالكاً أو مستأجراً أو منتفعا أو شاغل بسيط للعين مادام يتمتع بقدر من الإستقرار .

فما حدود هذه المسؤولية ، وهل يؤثر الترخيص الإداري بالنشاط على مبدأ المسؤولية أو في تحديد المحكمة المختصة ؟

* أولا :- نطاق المسؤولية :-

يذهب الرأي الغالب إلى أن القاضى من حقه إزالة مصدر الضرر أو الحكم بالتعويض النقدي ، فهو يقدر ذلك ويوازن بين المنافع والمضار ولا يختلف الأمر في شئ عن القواعد العامة ، فمسؤولية المالك تكون بإلزامه بتعويض ما أصاب الجار من الضرر ويجوز الحكم بإزالة الشئ الذى يخشى منه حصول ضرر في المستقبل عند الضرورة القصوى ، وبشرط أن يكون الضرر محققاً ولا يمكن منعه بغير هذه الوسيلة .

وقد قضى بأنه " ليس للمالك الذى فى ملكه نخيل للغير وحصل له ضرر من وجود هذا النخيل فى ملكه بسبب تردد صاحبه عليه ودخوله فى ملكه لتفقدته مرارا أن يمنعه مهما بلغ الضرر ، بل كل ما له فى مثل هذه الحالة أن يطلب تعويضاً إذا أساء مالك النخيل إستعمال حقه ، كما أنه ليس له أن يطلب إزالة بعض هذا النخيل لمجرد إحتمال سقوطه أو تمكن اللصوص بواسطته من الدخول لمنزله فإذا طلب ذلك ، كانت دعواه مرفوضة ^(١) .

والأمر لا يثير خلافاً إذا ما كان النشاط مخالفا للقانون بإزالة المخالفة واجب ، أما إن تم النشاط إتفاقا مع القوانين واللوائح ومارس الجار حقاً مشروعاً قرره له القانون فهل يجوز إزالة مصدر الضرر، يرى بعض الفقه عدم إمكان

(١) د / محمد على عمران - ص ٢٧٦ ، د / محمد لبيب شنب - ص ٢٤٠ ، د : حسن كيره - ص ٣٣٣ ، د / محمد عرفه - ص ٢٥١ ، ويرى جواز الحكم بتهديد على يسرى على المحكوم عليه في حالة إمتناعه أو تباطؤه في تنفيذها .

التنفيذ العيني مطلقاً لأن في ذلك حرمان للجار من حقه المشروع الذي أقره له القانون فكيف نقرر له الحق ثم نعود فنسلبه منه , بجانب ذلك , فإن على الجار أن يتحمل ما هو عادي من الضرر إما الإزالة أو التعويض فيكون على القدر غير المألوف فحسب , فإن حكم بالإزالة فمعنى ذلك هو إعطاء تعويض كامل عن الضرر , وهذا غير جائز لأننا نكون قد نقلنا الضرر غير المألوف برمته إلى الجار الآخر , وعلى ذلك , فيجب الإقتصار على التعويض العيني فقط وقد صدرت أحكام قضائية مؤيدة لهذا الرأي ^(١).

*** ثانياً :- ترخيص الإدارة بالنشاط وأثره في المسؤولية وفي تحديد المحكمة المختصة :-**

طبقاً لنص المادة (٨٠٧) مدني لا يحول ترخيص الإدارة بممارسة النشاط دون تقرير مسؤولية الجار المتسبب في الأضرار غير العادية عن تعويض هذه الأضرار , فالترخيص الإداري متطلب فقط لنفي المسؤولية الجنائية أما المدنية فلا نص على الإعفاء منها , ومما يشجع على هذا التفسير صراحة النص , فالترخيص إنما يمنح لطالبه بعد التحقق من توافر الإشتراطات التي ينص القانون عليها , ولا يمس حقوق الغير فالمالك يظل مسؤولاً عما ينتج عن الإستغلال من ضرر غير مألوف " ^(٢).

كما أن القوانين واللوائح تضع شروطاً لحماية الصالح العام فحسب , وعلى المالك وحده ومن تلقاء نفسه أن يراعى مصلحة الجيران " ^(٣).

وهذا ما إضطرد عليه القضاء , حيث قضى بمسؤولية شركة الطيران عن الأصوات والضجيج التي تحدثه آلاتها ومحركات طائراتها أثناء الهبوط والإقلاع , متى كانت تجاوز من حيث شدتها وإستمراريتها الأضرار العادية الواجب تحملها , حتى ولو راعت القوانين واللوائح المعمول بها , أيضاً قضى بمسؤولية

(١) د/ فيصل ذكي - كذلك عرض لهذه الأحكام في الرسالة - ص ٧٥٨ .

(٢) د / إسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ١٠٩ .

(٣) د / عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١١٦ , و د / محمد علي عرفه - شرح القانون المدني الجديد - حق الملكية - الجزء الأول ١٩٥٤ - ص ٢٥٢ - ود/ السنهوري - الوسيط - ص ٧٠٩ , ود/ محمد علي عمران - ص ٢٧٦ , ود / محمد لبيب شنب - ص ٢٤١ .

الحكومة عن الضجيج التي تحدثه محطة المجارى المنشأة فى حى سكنى هادئ حتى ولو لم تخالف القوانين واللوائح (١) .

وحول تحديد الجهة القضائية المختصة هنا بنظر الدعوى وهل هى جهة القضاء العادى أم القضاء الإدارى , فالرأى الراجح يرى عدم تأثير الترخيص الإدارى على إختصاص القضاء العادى بهذه المنازعات , وقد ساعدت صراحة النص على جذب المؤيدين لهذا الرأى , لأن موضوع الطعن ليس هو تجريح القرار الإدارى الصادر بالترخيص بل تقرير المسؤولية عن الإضطرابات غير العادية , فالجهات الإدارية تمنح الترخيص تحت مسؤولية صاحبه (٢) .

كما لا يؤثر هذا الترخيص الإدارى على سلطة المحكمة , فإذا ثبت أن الأضرار غير المألوفة ناتجة عن نشاط مصرح به من جانب الإدارة فيستطيع القاضى أن يأمر بوقف هذا النشاط إذا لم يجد وسيلة غير ذلك لمنع الضرر أو لتخفيفه أو يحكم بالتعويض النقدي , فله مطلق الحرية فى أن يأمر بالتنفيذ العيني أو بمقابل , وذلك حسب جسامه الأضرار التى يتحملها الدائن , حتى ولو كانت المنشأة تعمل بترخيص , فلا قيد عليه سوى القواعد العامة فى التنفيذ العيني الجبرى (م ٢/٢٠١) .

فالقانون نص صراحة على أن للجار أن يطلب إزالة المضار غير المألوفة , ولو كان الإستعمال الضار مرخصاً به من الجهات الإدارية , وهذا ما يجيز للقاضى أن يأمر بمنع الإستعمال الضار كلية , ولو كان مرخصاً به (٣) .

(١) فى عرض القضاء الفرنسى - د/ فيصل ذكى - الرسالة - ص ٦٦٥ - أيضاً حكم الإستئناف الأهلى فى ١٧/١٠/١٩٤٠ م , سابق الإشارة إليه .

(٢) راجع د / إسماعيل غانم - ص ١١٠ , د / عبد المنعم البدرأوى - ص ١٢٧ , د / محمد على عمران - ص ٢٧٦ , د السنهورى - الوسيط - ج ٨ ص ٧١٠ , د / ليلى شنب - ص ٢٤١ .

(٣) د / محمد ليلى شنب ص ٢٤١ , د / محمد عمران ص ٢٧٦ , د / إسماعيل غانم ص ١١٠ .

- الفرع الثانى -

- حق المرور القانونى -

نظمت المادة (٨١٢) مدنى أحكام حق المرور فنصت على أنه :- " ١ - مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام , أو التى لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة , له الحق فى المرور فى الأراضى المجاورة بالقدر اللازم لإستغلال أرضه وإستعمالها على الوجه المألوف , مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام , وذلك فى نظير تعويض عادل , ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك .

٢ - على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى , وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار , فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء " .

فحق المرور ينشأ عن وجود حالة الإنحباس عن الطريق العام , أى عدم وجود ممر يربط الأرض بأقرب طريق عام , هذا الإنفصال يجعل الأرض معزولة ويعطل إستغلالها فى أى غرض حيث لن يستطيع أحد الوصول إليها .

فإن توافرت شروط هذه الحال فينشأ لمالك الأرض (وليس لغيره)^(١) بقوة القانون الحق فى المطالبة بتوفير ممر كاف لإستغلال أرضه يصلها بأقرب طريق عام , وهو حق قانونى وليس إرتفاق بالمرور نشأ باتفاق بين ملاك الأرضين , أى بالتراضى بينهما وبالشروط التى توصلها إليها , أما حق المرور فيتولى القانون تحديد شروطه وأحكامه .

ونتناول الآن شروط قيام حق المرور ثم أحكامه القانونية , وكما هو واضح من النص القانونى فنحن نتكلم عن الأراضى (أيا كانت طبيعتها ولا الغرض المخصص له) , أما العقارات المبنية فلا يشملها النص , فلن يشرع مالك أى أرض فى البناء عليها إلا بعد توفير ممر كاف للوصول لمنزله دخولاً وخروجاً, فإن لم يستطع فيمكن التحدث عن أرض محبوسة , وليس بناء محبوس عن الطريق العام ,

(١) وإن كان الفقه يمد هذا الحق لأصحاب الحقوق العينية الأخرى على الأرض , كالمنتفع وصاحب حق الإستعمال والحكر , وصاحب حق السكنى , إذا تعلق الإنحباس (بعقار) معد للسكنى .

د/ نبيل سعد - ص ٧٣ .

أما إن غير مالك الأرض وجه إستغلالها وصار الممر الذى يربطها بالطريق العام غير كاف فيمكن حينئذ إثارة حكم حالة الإنحباس الجزئى كما سنرى , ثم إن الفقرة الثانية من المادة (٨١٢) تحدثت عن حالة الإنحباس الناشئة عن تجزئة (عقار) وليس (أرض) كالفقرة الأولى , مما يفسر بجواز إثارة حق المرور بالنسبة للمباني خاصة فى حالة الإنحباس الجزئى .

- أولاً -

- شروط قيام حق المرور (الإنحباس) -

قيام حق المرور رهن بوجود حالة إنحباس عن الطريق العام , ويعنى ذلك توافر إحدى الحالتين :- الإنحباس الكلى , أو الإنحباس الجزئى .

[١] الإنحباس الكلى :-

يعنى عدم وجود أى ممر إطلاقاً يربط الأرض بالطريق العام , فالأرض معزولة نهائياً , ومحاطة من الجوانب الأربعة بأراضى أخرى أو جبال أو موانع أيا كانت طبيعتها لا تسمح لأحد بالوصول إليها إلا بالمرور عبر أراضى الجيران . والطريق العام هنا هو الطريق المخصص للمنفعة العامة , والذى يحق لكل فرد أن يسلكه دون قيد , و يطالب المالك بإيجاد ممر يربط أرضه بهذا الطريق .

[٢] حالة الإنحباس الجزئى :-

وهنا يوجد ممر فعلاً يربط الأرض بالطريق العام , ولكن هذا الممر غير كاف , ويعد الممر غير كاف إذا كان لا يوفر للمالك الوصول للأرض بشكل ميسر , بل يكلفه نفقة باهظة أو مشقة كبيرة , كأن يكون بين منطقة جبلية وعرة مليئة بالحفر والمنخفضات والإنهيارات الصخرية , أو يستلزم الإلتفاف والسير مسافات طويلة على الأقدام , حيث الممر ضيق وطويل , وهو أمر يستقل قاضى الموضوع بتقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة ^(١) .

ولكن لا تتوافر حالة الإنحباس الجزئى إذا كان الممر غير ممهد أو ترابى أو غير مريح للمالك , إذا كان يكفى لإستغلال الأرض .

وقد يكون الممر كافٍ فى أحد أوجه الإستغلال , ثم يصبح غير كافٍ وتتوافر حالة الإنحباس الجزئى إذا تغير وجه إستغلال الأرض (بشكل مشروع) , فالممر

(١) نقض مدنى فى ١٢/٣١ - ١٩٧٤ - س ١٥ - ص ١٥٤٧ .

الضيق الذى لا يجاوز عرضه متر قد يشكل ممراً كافياً لمرور الإنسان بقدميه ودوابه لخدمة الأرض الزراعية , وهذا حال كثيراً من الأراضي الزراعية فى مصر , فإن تغير وجه إستغلال الأرض (حيث حصل المالك على ترخيص بمشروع زراعى صناعى , كمصنع لتعبئة الفاكهة والخضروات أو مزرعة دواجن للتسمين أو لإنتاج البيض أو مجزر آلى للدواجن أو ثلاجة خضر وفاكهة ولحوم , أو حتى أقام بناء عليها بشكل قانونى) , فهنا تظهر حالة الإنحباس الجزئى , بعد أن كانت غير متوافرة . والفصيل فى وجود حالة إنحباس جزئى من عدمه هو لمحكمة الموضوع , بناءً على ظروف وملابسات كل حالة على حدة , خاصة بحسب طبيعة الأرض ونوع إستغلالها .

فإن كان للأرض حق إرتفاق بالمرور على أرض أحد الجيران , سواء نشأ هذا الحق بالتقادم أو بالإتفاق مع الجار , فلا تتوافر حالة الإنحباس , مادام الممر كافياً لحسن إستغلال أرضه , ولكن هل يعود الإنحباس قائماً إذا ما أهمل المالك فى إستعمال حق إرتفاقه وتركه ليسقط بالتقادم , لكى يطالب بحق المرور القانونى ؟ يرى بعض الفقه عدم جواز مطالبة مالك هذه الأرض بحق المرور القانونى بعدما أهمل فى حق إرتفاقه بالمرور حتى سقط بالتقادم أو تنازل إختيارياً عنه (لمنع الجار من المطالبة بالشفعة تطبيقاً للمادة (٢/٩٣٦) مدنى مثلاً , حيث الإنحباس نشأ بعمل إرادى أو بإهمال , ويكون ذلك جزاءً له على ما بدر منه .

ولكن يرى جانب آخر من الفقه , ومعهم محكمة النقض الفرنسية , قيام حق المالك للأرض فى المطالبة بحق المرور القانونى نظراً لوجود حالة إنحباس , وهو الشرط القانونى لقيام الحق بصرف النظر عن مصدر وسبب الإنحباس , والقول بغير ذلك يؤدى لخروج الأرض من الإنتاج لتوقف إستغلالها وتعطيل بعض عناصر الإقتصاد , وهو أمر غير مطلوب ^(١) .

فإن كان مالك الأرض يمارس فعلاً نشاطه عليها ويقوم بإستغلالها , تسامحاً من الجيران , حيث يسمحون له ودياً بالمرور بأراضيهم للوصول لأرضه , فهل توجد حالة إنحباس تسمح له بالمطالبة بحق المرور القانونى أم لا ؟ المسألة خلافية فى الفقه , ولكن الرأى الراجح يميل لعدم الإعتداد بالتسامح , فقد يزول وينتهى فى أى لحظة , فهو عرضه للتقلبات بحسب قوة العلاقة بين الجيران

(١) راجع د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٧٥ , عكس ذلك د/ نبيل سعد - ص ٧٩ .

أو ضعفها أو صفائها , ويحق لمالك الأرض المطالبة بحق المرور القانوني لكي لا يتوقف إستغلاله لأرضه على محض مشيئة وتفضل الجار ^(١).

وبما أن شرط قيام حق المرور وجود حالة الإنحباس الكلى أو الجزئى عن الطريق العام , فهو يرتبط بها وجوداً وعدمًا , فإن زالت حالة الإنحباس بأى سبب زال الحق , فإن قررت الإدارة المختصة - مثلاً - شق طريق جديد ورصفه أو توسعة طريق قائم لخدمة حركة النقل والمواطنين فقد إنتهت حالة الإنحباس , فالطريق العام صار واصلًا للأرض .

وكذلك الشأن إن تغير وجه إستعمال الأرض , فأغلق النشاط الصناعى نهائياً أو صدر قرار بإزالة المبنى أو النشاط وعادت الأرض للإنتاج الزراعى , فيكون الممر السابق كافى لإستغلالها فتنتهى أيضاً حالة الإنحباس .

(١) د/ محمد لبيب - ص ٢٧٦ .

وقضى بأن " ترك الطريق لمروور الغير يحتمل أن يكون مبنياً على التسامح الذى لا يكسب حقاً ولا يجعل الطريق عاماً " نقض فى ١٩٥٥/١٢/٢٢ , قضاء النقض فى ٢٥ سنة - ج ١ - ص ١٦٧ , أنور طلبه - ص ٣٩ .
وراجع نقض مدنى فى ١٩٤٢/١/٢٩ - ج ١ - قضاء النقض فى ٢٥ سنة - ص ١٦٧ .

- ثانياً -

- أحكام حق المرور -

إذا قامت حالة الإنحباس الكلى أو الجزئى نشأ لمالك (العقار) بقوة القانون الحق فى المرور على الأرض أو الأراضى المجاورة والتي تفصل بين ملكه وبين الطريق العام , وذلك أياً كانت طبيعة هذه الأرض المحملة بحق المرور , زراعية أو فضاء أو معدة للبناء أو غيرها , وأياً كانت من الأملاك العامة أو من الأملاك الخاصة , بشرط ألا يتعارض حق المرور مع الغرض المخصص له المال العام , كما يجوز أن تكون الأرض موقوفة .

ولكن تظهر المشكلة هنا فى تعيين موضع المرور ومساحة الممر فى الأرض المقرر عليها حق المرور , والتعويض الواجب دفعه :-

[١] تعيين موضع المرور وعرض الممر :-

إذا تقرر حق المرور على ما رأينا , فلا يترك الأمر لمحض إرادة صاحب الأرض المحبوسة , الذى قد يغلو فى إستعمال حقه للإساءة للجيران بعد أن رفضوا مروره بأراضيهم من قبل , بل يخضع ذلك لتقدير وسلطة المحكمة المختصة , الذى تعين وحدها موضع المرور .

وقد وضع القانون قيداً عاماً على سلطة المحكمة حين تعيينها موضع الممر فى أى من العقارات المتجاورة , وفى مكانه الفعلى فى العقار المختار للمرور فيه , فنصت المادة (٨١٢) فى البند الأخير من الفقرة الأولى على أن " ولا يستعمل هذا الحق إلا فى العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضرراً وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك " .

فيجب إختيار العقار الذى يتحمل بأخف الأضرار , وهو عادة الأقرب للطريق العام , ولكن ليس ذلك بشرط , فقد يكون هذا العقار مبنياً ومن شأن تقرير حق المرور فيه إتلاف جزء كبير من المبنى , ولكن الآخر والأبعد قليلاً عن الطريق العام أرضاً زراعية والأضرار فيها أقل , فيقع الإختيار عليها , فإذا حدث ذلك وتم تعيين العقار المقرر المرور فيه فيجب إختيار موضع المرور الذى يحقق أخف الأضرار أيضاً فى هذا العقار , وليكن فى أحد الجانبين أو فى أى موضع آخر ^(١) .

(١) وقضى بأن " ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بإنشاء الممر فى أرض الطاعنة وفى المكان الذى حدده الخبير لأنه لا يترتب على ذلك إلا إزالة حجرتين منفصلتين عن باقى الحجرات وحوائطها مشيدة بطريقة إندثرت من عشرات السنين ولا تتبع حتى فى بناء العزب , وأن هذه هى أخف أضرار ممكنة تترتب على إنشاء الممر وهى تقديرات =

أما بالنسبة لعرض الممر فذلك تقدره المحكمة المختصة (متر أو أكثر) بحسب نوع الإستغلال المعد لها الأرض المحبوسة , المهم أن يكفى لإستغلالها وإستعمالها على الوجه المألوف , فعرض الممر يرتبط بكفايته للإستغلال من عدمه , ويمكن طلب توسعته فيما بعد إن تغير وجه الإستغلال فطرات حالة الإنحباس الجزئى , كتغيير إستغلال الأرض الزراعية إلى نشاط صناعى أو تجارى يستلزم دخول وخروج مركبات نقل كبيرة أو متوسطة , فيمكن التعديل فى عرض الممر ضيقاً وإتساعاً بحسب الغرض .

والأصل أن يكون الممر على سطح الأرض , ولكن لا يمنع هذا من إمكانية أن تقرر المحكمة إنشاء ممر أو نفق فى باطن الأرض إذا أمكن ذلك وتحقق الغرض , أو عمل كوبرى (جسر) فوق مجرى مائى خاص , أو مد أسلاك كهربائية فى الفضاء الذى يعلو الأرض لنقل التيار الكهربائى ^(١) .

- أثر التقادم فى تعيين موضع الممر :-

إذا إختار صاحب الأرض المحبوسة مكاناً أو موضعاً معيناً فى أرض الجار وبدأ يمارس حقه فى المرور من هذا الموضع , وتركه مالك الأرض المجاورة , بعد أن تقرر له مبدأ حق المرور , وظل على هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فيكتسب الحائز حق المرور فى هذا الموضع المحدد فى حيازته الطويلة , وبعد إكمال مدة التقادم لا يجوز للجار أن يعترض على مكان المرور , لأنه ليس الأخف ضرراً , إذ يسقط حقه فى الاعتراض بالتقادم المسقط ^(٢) .

- قيد خاص بتعيين موضع المرور فى حالة الإنحباس الناشئة عن تجزئة العقار :-

إذا كانت حالة الإنحباس ناشئة عن تجزئة وقسمة للعقار بناءً على تصرف قانونى بين الملاك المشتاعين (عقد قسمة وتخصيص) ونتج عن القسمة أن صارت بعض قطع العقار المقسوم فى حالة إنحباس كلى أو جزئى عن الطريق العام , فليس من العدل فى شئى أن يتحمل الجيران أخطاء أو تعنت الملاك المتقاسمين مع بعضهم

= موضوعية سائغة , وكانت المحكمة قد إقتضت بكفاية الأبحاث التى أجراها الخبير وسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه , فإن ما تثيره الطاعنة بشأن طريقة بناء الغرفتين المطلوب هدمهما يكون جدلاً موضوعياً فى كفاية الدليل الذى إقتضت به محكمة الموضوع مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض " نقض مدنى فى ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ - ص ١٥٤٧ , م/أنور طلبه - ص ٣٨ .

(١) د/ محمد لبيب - ص ٢٧٨ , ود/ نبيل سعد - ص ٧٦ .

(٢) د/ محمد لبيب - ص ٢٨١ - ود/ نبيل سعد - ص ٧٧ .

البعض , بل أوجب القانون إيجاد ممر كاف لإستغلال كل القطع المقسومة فى العقار المجزئ ذاته وليس العقار أو العقارات المجاورة .

حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٨١٣) على أنه " على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناءً على تصرف قانونى , وكان من المستطاع إيجاد ممر كافٍ من أجزاء هذا العقار , فلا يجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الأجزاء " .

- ويشترط لينطبق هذا القيد شرطين رئيسيين :-

- الأول : أن تقع تجزئة للعقار بناءً على تصرف قانونى , والتصرف القانونى قد يكون عقد قسمة بين ملاك على الشيوع أو عقد بيع لعقار مجزئاً على قطع متساوية أو مختلفة أو هبة أو وصية , فالتجزئة تمت بناءً على عمل إرادى .

أما إن كانت التجزئة بناءً على نزع ملكية بعض أجزاء العقار للمنفعة العامة (عمل غير إرادى) فلا يتحقق القيد , ويحق للمحكمة تعيين موضع المرور فى أياً من العقارات المتجاورة أو فى العقار المجزئ ذاته .

- والشرط الثانى : إنه يمكن إيجاد ممر كافٍ فى أجزاء هذا العقار :-

حيث يستطيع القاضى إيجاد ممر كافى فى أجزاء هذا العقار , فالأمر معلق على الإستطاعة والقدرة على إنفاذ هذا الممر , فإن تعذر أو إستحال ذلك إنتقل القاضى للعقار أو العقارات المتجاورة , وإن كان الضرر أكبر فى العقار المجزئ من الضرر الواقع على عقار الجار , فالعبرة بإمكانية إيجاد ممر كافى فى العقار المجزئ , وليس بحجم الأضرار ^(١) .

فإن تحقق الشرطان السابقان نشأ لمالك الجزء المحبوس من العقار المجزئ حق المطالبة بتعيين ممر كافى لملكه فى الأجزاء الأخرى من ذات العقار , وهو حق مرور قانونى لا يسقط بالتقادم مادامت حالة الإنحباس قائمة , ويزول بزوالها , ويتقرر مقابل تعويض وينتقل للخلف الخاص لمالك الجزء المحبوس , سواء علم به عند نشوء حقه أو لم يعلم به ^(٢) .

وإن كان بعض الفقه لا يرى فيه قيداً قانونياً على حق الملكية , بل حق إرتفاق مصدره التصرف الإرادى , وما يستتبعه ذلك من نتائج ^(٣) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٤/١٢/٣١ - س ٢٥ - ص ١٥٤٧ , م/ أنور طلبه - ص ٣٨ .

(٢) د/ محمد لبيب - ص ٢٨٠ .

(٣) د/ محمد لبيب - الموضع السابق , ود/ نبيل سعد - ص ٨٤ وما بعدها .

[٢] التعويض :-

لا يتقرر حق المرور - إن توافرت شروطه - لمالك الأرض المحبوسة على العقار أو العقارات المجاورة بدون مقابل , فالقيد القانوني خاص بمبدأ قيام الحق وليس بالمقابل , بل يجب تعويض مالك العقار المجاور عن الضرر أو الأضرار التي ستلحق بعقاره , وتقرر المحكمة المختصة والتي قضت بقيام حق المرور ومكانه وعرضه (مساحته) مقدار التعويض الواجب دفعه للآخرين .

أما عن مقدار هذا التعويض فقد وصفته المادة (٨١٢) بأنه (تعويض عادل) , ويراعى الأضرار الدائمة التي تلحق بالعقار المجاور من تقرير هذا الحق الدائم بالمرور , ولا يمنع ذلك الأطراف من الاتفاق ودياً على مقدار التعويض , وإلا فيحدده القاضي المختص .

كما يحدد القاضي طريقة دفع التعويض , وهل دفعة واحدة أم على أقساط , ومقدراها ومواعيدها , أو في شكل مبلغ سنوي (دورى) طالما ظل حق المرور قائماً , ويستطيع مالك العقار المحمل بحق المرور منع صاحب الحق من المرور إذا لم يف أولاً بالتعويض المقضى به , كما يجب المطالبة به خلال مدة التقادم الطويل (خمس عشرة سنة) من تاريخ بدء المرور , أو من تاريخ إستحقاقه (إن تقرر بناءً على حكم أو إتفاق) ^(١) , وإلا سقط الحق في المطالبة به .

- الفرع الثالث -

قيود المطلات

نظم المشرع في القانون المدنى أحكام المطلات والمناور لما تنثيره من مشاكل عديدة بين الجيران , حيث فرق في الحكم القانوني بين المطل وبين المنور , وكذلك بين حكم المطل المواجهة و المطل المنحرف .

- أولاً : تعريف المطل والمنور :-

لم يعرف المشرع المطل , وإن كان قد إهتم بتعريف المناور , مما يمكن إستخلاص تعريف المطل بمفهوم المخالفة , فقد عرفت المادة (٨٢١) مدنى المناور بأنها " هى التى تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة , ولا يقصد بها إلا نفاذ الهواء والنور , دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور " .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٨٠ .

فالمطل بمفهوم المخالفة " هو ما تكون قاعدته فى مستوى قامة الإنسان المعتادة , ويقصد بها نفاذ الهواء والنور والإطلال على العقار المجاور " , فالمطل تسمح قاعدته بالإطلال ورؤية ملك الجار أو الطريق المواجهة أو غيرها , إذ هو فى مستوى قامة الإنسان المعتادة , والتي حددتها محكمة النقض المصرية بأنها (١٧٥ سم) , فأى فتحة فى الجدار تكون قاعدتها على إرتفاع (١٧٥ سم) من أرضية المنزل الموجود به الفتحات , تسمى مطلاً وتخضع لحكم المطلات , فإن ثبت أنها تعلو هذه القامة فتعتبر منوراً .

ومن الجدير بالذكر أن معيار قامة الشخص المعتاد والذي أقرته محكمة النقض المصرية ليس معياراً منصوصاً عليه قانوناً , وقد يؤخذ به أو بغيره من معايير فى مستوى القامة طبقاً لما تراه محكمة الموضوع فى تكييفها للفتحة بأنها مطلاً أو منوراً^(١) .

ولكن يستوى فى نظر القانون أن يكون المطل المفتوح فى الحائط فى شكل مطل مفتوح دائماً (بلكونه) أو فى شكل شباك , كما يستوى أن يتسع عرض المطل ليشمل كل الحائط , أو يرتفع بالقرب من سطح الشقة أو الدور , أو يكون المطل واحداً فى الجدار كله أو يتعدد المطل فى ذات الجدار , كما يستوى أن يكون ملك الجار المفتوح عليه المطل عقاراً مبنياً أو أرض فضاء أو أرضاً زراعية أو مبنى مسكوناً أو غير مسكون .

- ثانياً : حكم المطلات :-

قسم المشرع المطلات لنوعين , الأول هو المطل المواجهة , والثانى هو المطل المنحرف :-

[١] المطل المواجهة :-

نصت المادة (٨١٩) مدنى على أنه " ١ - لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجهة على مسافة تقل عن متر , وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة .

٢ - وإذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر , فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها , وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل " .

(١) حيث قضت بعض المحاكم بأن القامة المعتادة هى ١٨٠سم , وأقرت محكمة النقض ما قرره محكمة الموضوع , راجع نقض مدنى فى ١٩٨١/٤/٢٣ - الطعن رقم ١٩٩٣ , ونقض فى ١٩٧٤/١/٣١ , س ٢٥ - ص ٢٧١ .

فالمطل المواجه هو الذى يسمح بالإطلال مباشرة على ملك الجار , دون التلفت يمينا أو يساراً , فمن ينظر منه يرى مباشرة ملك جاره وحرمة منزله وأهله أو أملاكه , وهو بذلك أكثر مضايقة للجار المواجه إذ هو جارح لملكه , فهو يسمح لمالك المطل برؤية ملك الجار تماماً .

لذلك رأى المشرع ضرورة ترك مسافة لا تقل عن متر (١٠٠سم) لى يسمح لأى جار بفتح أى مطل مواجه لجاره , مهما صغر حجمه , كأن يترك خمسون سنتيمتر مثلاً ويفتح مطل مواجهة بذات المساحة (مطل عرضه وإرتفاعه خمسون سنتيمتر مثلاً) كما يحدث فى حالات عديدة , فذلك أقرب للتراضى بين الجيران وليس للحق القانونى .

ويحق للجار طلب غلق المطل ولو لم يتوافر أى ضرر فى حقه (١) , ولا يحتاج لإقامة الدليل على الضرر لقبول دعواه بغلق المطل المخالف , فالمشرع قد افترض وقوع الضرر هنا بقريضة لا تقبل إثبات العكس .

ولكن ترك مسافة متر بين المالكين تسمح للجار المالك للبناء بأن يفتح المطل الذى يريده , بالمساحة (العرض والإرتفاع) الذى يرغب فيه , بل وأن يعدد المطل فى الجدار الواحد أو فى الغرفة الواحدة أو فى الطوابق المتكررة , فذلك حقه القانونى . كما يلاحظ أن الخارجات المفتوحة (البلكونات) تعتبر مطلات مواجهة للعقارات المواجهة المقابلة لها من أية ناحية من النواحي الثلاث (٢) .

و يرتفع قيد المسافة إذا كان المطل مواجهة لطريق أو ترعة عامة , فلا يكلف البانى بترك متر من ملكه لفتح مطل مواجه لطريق أو ترعة عامة , وإن كان يلزم بمراعاة قواعد البناء والتخطيط العمرانى للمدن أو القرى .

- التقادم المكسب للإرتفاق بالمطل :-

إن قام البانى بفتح مطل مواجه على ملك الجار دون ترك مسافة متر (١٠٠سم) , وتوافرت فى شأنه شروط الحيابة أو التقادم المكسب (وضع اليد بنية إكتساب حق إرتفاق بالمطل) وإستمر ذلك مدة خمس عشرة سنة , فيستطيع البانى أن يتمسك بإكتساب حق إرتفاق بالتقادم الطويل المكسب فى مواجهة جاره .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٦/٤/٦ - س٣٧ - ص ٤٠٠ , وأجازت محكمة النقض لمالك الأرض القضاء أن يطلب

سد المطلات غير القانونية التى فتحها على جاره , نقض فى ١٩٨١/١/١٥ , المجموعة ٣٢ - ع ٤٢ - ص ٢٠٧ .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٩٥ , ونقض مدنى فى ١٩٨٩/١٠/٢٥ - س٤٠ - ص ٨٤١ .

وإن أراد الجار البناء على ملكه , فعليه أن يحترم الحق المكتسب بالتقادم , ولا يسد مطل جاره , وأن يترك مسافة من ملكه هو لا تقل عن متر , وذلك على طول الجدار المفتوح فيه المطل , وليس في مواجهة المطل المفتوح فقط , م(٢/٨١٩) مدنى .

فإن أراد الجار فتح مطلات في حائطه فهل يجب عليه أن يرتد متراً آخر في ملكه - بجانب ما تركه سابقاً (متر أيضاً) مراعاة للإرتفاق المكتسب بالمطل , أم يكتفى بما تركه سابقاً , ويفتح هو الآخر فيه مطلات ؟

المسألة ليست محل إتفاق الفقه , فبينما يرى البعض ضرورة تركه متراً آخر , بالإضافة لما تركه , إمتثالاً للتقادم المكسب , لتكون المسافة الإجمالية المرتد بها داخل ملكه (مترين) وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي ^(١) .

يرى البعض الآخر - بحق - إمكانية فتحه مطلات هو الآخر في المتر المتروك , فهو ملكه لم ينزع منه , فالجار إكتسب حق إرتفاق بالمطل وليس ملكية هذه المساحة , فما تزال في ملك الباني , وفتح مطلات في ملكه لا يعطل حق الجار في الإرتفاق بالمطل ^(٢) .

ولكن يقتصر أثر التقادم المكسب على المطل المفتوح فقط , فإن كان المبنى المفتوح فيه مطل تطبيقاً لأحكام التقادم المكسب عبارة عن دور واحد فقط , وأراد الباني الإرتفاع بالمبنى عدة طوابق , فلا يحق له فتح مطلات مشابهة في الطوابق الجديدة بناءً على ما كسبه من حق إرتفاق بالمطل , فالحق لا يمتد لغير ما كسبه بالتقادم فعلاً , وإن كان يجوز له أن يكسب بالتقادم فتح مطلات أخرى إن إجتمع له ذات الشروط السابقة .

وإن إنهدم المبنى المفتوح فيه المطل فلا يسقط حق الإرتفاق بالمطل بمجرد الهدم أو الإنهدام , بل يحق لمالكه إعادة بناؤه وفتح ذات المطل المكتسب بالتقادم (لا

(١) د/ محمد ليب - ص ٢٨٨ , ود/ نبيل سعد - ص ٩٨ , ونقض في ١٩٨٠/١٢/٤ في الطعن رقم ٤٩٠

لسنة ٤٩ق - مجموعة النقض س ٣١ - ص ٢٠٠ , ونقض في ١٩٧٨/١١/٢١ - طعن ٥٢٤ - س ٤٦ق ..

(٢) السهوى - ص ٧٨٦ , رقم ٤٧٨ , و/ أنور طلبة - المرجع السابق - ص ٤٩ .

إذا قضت المحكمة باكتساب حق الإرتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين في حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوتها من وضع اليد ومظهره ومبدهه وإستمراره طوال المدة المكسبه له حتى يتسنى لحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون , نقض في ١٩٨١/١٢/٣١ - طعن ٣١٩ - س ٥١ق .

أكثر) مالم يستمر الإنهدام مدة خمس عشرة سنة , فيسقط حق الإرتفاق بعدم الإستعمال المدة الطويلة (التقادم المسقط) , م (١٠٢٧) مدنى .

[٢] المطل المنحرف :-

يكون المطل منحرفاً إذا كان صاحبه لا يستطيع الإطلال مباشرة على ملك الجار , بل يلزمه لرؤية ملك جاره أن يتلفت يميناً أو يساراً , وبذلك فالمطل المنحرف أقل مضايقة للجار , لذا رأى المشرع الإكتفاء بترك مسافة خمسين سنتيمتراً على الأقل لفتح هذا المطل , وتحسب بالطريقة ذاتها المنصوص عليها فى المادة (٨١٩) مدنى , وذلك أيّاً كان نوع المطل المنحرف (شباك - بلكونة - خارجه - مشربه) .

فإن كان المطل المنحرف يعد فى ذات الوقت مطل مواجهه لطريق عام , فيحق للبانى أن يفتحه دون ترك أى مسافة بجانب الجار , حيث جاء فى المادة (٨٢٠) مدنى أنه " لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل ولكن يرتفع هذا الحظر إذا كان المطل المنحرف على العقار المجاور هو فى الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام " (١) .

- ثالثاً : حكم المناور :-

قلنا أن المشرع عنى بتعريف المناور وأنه الفتحة فى الجدار التى تغلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة , ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور , دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور .

فالغرض من المنور فقط هو مرور الهواء ونفاذ النور وهما ملك الناس كافة على السواء , ولا يمثل الإنتفاع به أى تعد على ملك الجار , لذلك فإن فتح المنور لا يستلزم ترك أى مسافة بجوار ملك الجار , فلا مضايقة من مجرد إستنشاق الهواء ونفاذ الضوء , ففتح المنور رخصة قانونية منصوصا عليها .

فإن قام الجار البانى بفتح منور على ملك جاره دون ترك أى مسافة ملك له بجوار حائطه فقد إستعمل رخصه قانونية لا تعد فيها على ملك الجار ولا يتوافر بشأنه أحكام الحيازة , أى التقادم المكسب , وبالتالي يحق للجار الآخر أن يبنى على نهاية ملكه فى أى وقت , ويسد هذا المنور , دون حق إعتراض من صاحب المنور , فكلاهما يستعمل حق قانونى .

(١) نقض فى ١٩٨٨/١/١٣ - الطعن رقم ١٥٦٢ س ٥١ ق .

وحق المالك فى أن يفتح مناور دون التقيد بمسافة يفرض عليه ألا يستعمل هذه المناور فى غير ما أعدت له , فإن أساء إستعمالها , كان للجار أن يطلب سدها^(١).

- ضوابط البناء فى قانون البناء الموحد :-

أضاف قانون البناء الموحد الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ ضوابط أخرى للبناء والبروزات والخارج بالمبانى , وقد حل محل القانون رقم (١٠٦ لسنة ١٩٧٦) بشأن البناء والهدم , حيث تنقيد الخارج والبروز بالمبانى بعرض الشارع المطل عليه المبنى , فلا تتجاوز ١٠٪ من عرضه , وكذلك لا يتجاوز إرتفاع المبنى مرة ونصف عرض الشارع , ويجب ترك مسافة فى البلكونات أو الخارج لا تقل عن متر من ناحية مبنى الجار من كل النواحي دون بروز , وكذلك الجار الملاصق يلتزم بذلك لتكون المسافة بين حرم البلكونات والخارج لا تقل عن مترين .
وهذه الضوابط المنصوص عليها تعد قيوداً قانونية إضافية على كل المبانى المزمع إقامتها يجب الإلتزام بها^(٢) .

(١) نقض فى ١٩٨٨/١/٢٧ - الطعن رقم ١٦٩٣ س ٥٤ق - , كأن يحولها إلى مطل بأن يضع شيئاً عالياً أمامها يسمح بالإطلاع منها , أو يعمل (سنده) للغرفة أو الخل , أو يلقي منها قاذورات على الجار .
(٢) راجع القانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ بإصدار قانون البناء الموحد , الجريدة الرسمية - العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١١ مايو سنة ٢٠٠٨ , والذى ألغى القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٤ فى شأن المصاعد الكهربائية , والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن تنظيم وتوجيه أعمال البناء (فيما عدا المادة (١٣) مكرر فيه , وقانون التخطيط العمرانى رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ , والفصل الثانى من الباب الثانى , والفصل الثانى من الباب الرابع من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وتأجير وبيع الأماكن , والمادة (٩) من ق رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ , الخاص بذات الشأن , وكل حكم آخر يخالف أحكامه .

- المبحث الثانى -

القيود الإتفاقية على حق الملكية

{ الشرط المانع فى التصرف }

قد تظهر أمام الإرادة القانونية من المبررات الجديدة ما يدفعها لتقييد تصرفها فيما تملكه , فيتفق الأفراد ذوى الأهلية القانونية على نقل ملكية مال (عقاراً كان أو منقولاً) مضمنين عقد البيع شرطاً يقضى بعدم قدرة المشتري على التصرف فى المال الذى إشتراه , لفترة طالت أم قصرت , ويقبل المشتري بهذا الشرط الذى يغل يده عن التصرف فى ملكه للإعتبارات الجديدة المشروعة التى يهدف إليها المشتري .

ولكن تقييد سلطة الأفراد فى التصرف فى ملكياتهم يتعارض حتماً مع خصائص حق الملكية , وأنه حق جامع , حيث هو الحق الوحيد الذى يمنح صاحبه سلطات ثلاث من الإستعمال والإستغلال والتصرف , وتعطيل سلطة التصرف يعنى تفرغ الحق من محتواه , وتكون أقرب لحق الإنتفاع من حق الملكية , سواء أكان هذا التقييد والمنع مؤقتاً أو مؤبداً .

لذلك لم يكن الشرط المانع من التصرف محل ترحيب الفقه والقضاء فى بداية الأمر , وأبطله القضاء الفرنسى , مؤبداً كان المنع أو مؤقتاً , وأياً كانت بواعثه المشروعة , كما يظل الإتفاق الذى يحرم المالك من بعض سلطاته على ملكه , حرماناً تاماً و مؤبداً , يظل باطلاً مطلقاً بلا جدال .

ومع تطور الفكر القانونى , وزيادة الحاجة لهذه الإتفاقات أو الشروط لما تحققه من أغراض مشروعة بدأ القضاء يقر بصحتها ولكن فى حدود ضيقة وبشروط معينة , خاصة فى التأقيت وتحقيق المصالح المشروعة .

وقد جاء القانون المدنى المصرى مستجيباً لهذه البواعث المشروعة ومقرراً صحة الشرط المانع من التصرف فى المواد (٨٢٣) وما بعدها منه , وسنرى فى السطور القادمة شروط صحة هذا الشرط وآثاره وطبيعته القانونية.

وبصفة عامة فإن الإتفاقات التى تفرضها الإرادة على سلطة المالك تكون صحيحة , متى كانت مؤقتة ونسبية , فلا تتأبد , ولا تشمل كل سلطات المالك , بل بعضها فقط , وهذه الإتفاقات غير محصورة فى عدد محدد من القيود والإتفاقات , بل للإرادة إنشاء ما تشاء من إتفاقات بشرط خضوعها للقيود العام بعدم مخالفة النظام العام والآداب , وبشكل المساس بجوهر حق الملكية مخالفة للنظام العام فى كل الحالات , ويوقع الإتفاق فى حومة البطلان .

أما المشرع المدني فقد إهتم بتنظيم نوعين من الإتفاقات الإرادية المقيدة لسلطة المالك وهما , الشرط المانع من التصرف (م ٨٠٣) مدنى , وحقوق الإرتفاق (م ١٠١٥) مدنى .

- أولاً -

شروط صحة الشرط المانع من التصرف

جاءت المادة (٨٢٣) مدنى مقررة شروط صحة الشرط المانع من التصرف , حيث جاء فيها أنه " ١ - : إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال , فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع , ومقصوراً على مدة معقولة .

٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير .

٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير .

فالمادة (٨٢٣) قننت مجال الشرط , كما قيدته بضرورة إستيفاء شرطين أساسيين :-

[١] مجال الشرط المانع من التصرف :-

نصت المادة (١/٨٢٣) على أنه " إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال " , إذا فمجال الشرط مقيده بنوعين من التصرفات (العقد - والوصية) :-

فالعقد وهو تلاقى إرادتين على إحداث آثار قانونية , ولم يقيد القانون هنا بنوع معين من العقود , ناقل للملكية أو غير ناقل لها , عوضى أو تبرعى , ملزم للجانبين أم ملزم لجانب واحد , بل هو مطلق العقد , ولكن الواقع عملاً هو وجود الشرط المانع من التصرف فى العقود التبرعية كعقد الهبة مع إشتراط عدم تصرف الموهوب له فى محل الهبة , أو فى عقد البيع إذا كان الثمن مؤجلاً أو يدفع فى شكل مرتب دورى للبائع أو لشخص ثالث , أو فى عقد الرهن حيث يشترط الدائن المرتهن رهنأ رسمياً على المدين المرتهن عدم التصرف فى المرهون تجنباً لتتبع المال فى يد الحائز .

كما أجاز القانون أن يرد الشرط المانع في الوصية ، وهي تصرف بإرادة منفردة مضافاً لما بعد الوفاة ، وهي لا تنفذ في حق الموصى له إلا إذا قبلها بكل شروطها ، وهي - غالباً - تدخل مالا في ذمة الموصى له دون مقابل ، فلن يضار كثيراً إذا كانت مشروطة .

ولكن لا يصح أن يقيد المالك نفسه بإرادته المنفردة من التصرف في أمواله ، فذلك يؤدي حتماً للإضرار بالدائنين وإخراج أموال من الضمان العام بمحض إرادته وإختيار المدين ، فمن آثار وجود هذا الشرط - وكما سنرى - عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه ولا التنفيذ عليه ^(١) .

ودائماً ما يكون المال الممنوع من التصرف فيه عقاراً ، فهذا الشرط لن يحقق فائدة عملية إذا ورد على مال منقول ، حيث يحق لمن إنتقلت إليه ملكية المنقول ممنوع التصرف فيه أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح سند للحائز ، فيتعطل فاعلية هذا الحق ^(٢) .

[٢] الشرط الأول : الباعث مشروع :-

قلنا أن الذى دفع القضاء لتغيير موقفه من صحة الشرط المانع هو تلبية حاجات عملية مشروعة ، وتحقيقه لبواعث جدية وقانونية لا تتحقق إلا به ، لذا أقر القانون المدنى صحة هذا الشرط على أن يكون له باعثاً مشروعاً طبقاً للفقرة الأولى من المادة (٨٢٣ فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع) والفقرة الثانية من ذات المادة .

والباعث المشروع هو تحقيقه لمصالح معتد بها قانوناً ، وهذه المصالح قد تكون مصلحة للمشتري ، أو للمشتري عليه ، أو للغير م ٢/٨٢٣ .

فالباعث بشرط دفع الثمن فى شكل مرتب دورى ، أو على أقساط طويلة الأجل ، يحقق فيه الشرط المانع مصلحة للبائع المشتري حتى يضمن وفاء المشتري بما تعهد به و تأكيد لما له من حق الإمتياز وتجنباً لإجراءات التتبع فى مواجهة الغير ، وكذلك بالنسبة للدائن المرتهن رسمياً والذى إشتري على المدين الراهن عدم التصرف فى المرهون طوال بقاء الرهن حتى يتجنب مصاريف وإجراءات التتبع .

وقد يحقق الشرط مصلحة (مادية أو أدبية) للمشتري عليه ، كهبة المنزل أو شقة للزواج فيها ، على ألا يجوز لها التصرف فيها طوال حياتها ، خشية

(١) د/ محمد لبيب - ص ٢٩١ .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٤٢ .

والدها (الواهب) تعرضها للطلاق أو لمشاكل فى زواجها فيبقى لها منزل أو مكان تستتر به .

كما قد تكون المصلحة خاصة بالغير , كالبيع بشرط دفع الثمن (أو الهبة أو الوصية) فى شكل مرتب دورى لإبن أو حفيد البائع حتى ينهى تعليمه أو يلتحق بعمل , فالمستفيد من الشرط ليس هو البائع (المشترط) ولا المشتري (المشترط عليه) بل هو شخص ثالث ذو مصلحة مشروعة .

أما إن كان الباعث على الشرط غير مشروع فيبطل الشرط ولا يعتد به , ويظل العقد صحيحاً خالياً من المنع فى التصرف تطبيقاً لنظرية البطلان الجزئى , مالم يثبت أهمية ذلك للمشرط وعدم موافقته على العقد لو كان يعلم ببطلان شرطه , فيمكن حينئذ إبطال العقد إجمالاً (م ١٤٣) مدنى^(١) .

- الشرط الثانى : أن تكون مدة المنع من التصرف معقولة :-

وهذا هو الشرط الثانى الوارد فى المادة (١/٨٢٣) مدنى " ومقصوراً على مدة معقولة " , حيث أن المنع المؤبد للمالك من التصرف فى ملكه غير مقبول , فهو يفرغ حق الملكية من محتواه ويجعله أقرب لحق الإنتفاع.

ولكن متى تكون المدة معقولة , أو ما هو معيار معقولية المدة ؟

لم يضع المشرع معياراً محدداً لذلك , بل تركها لتقدير المحكمة المختصة فى كل حالة على حده بحسب المصلحة المبتغاة , وبوجه عام فقد تكون المدة عشر سنوات أو أكثر أو أقل , وفى عقد البيع مع دفع الثمن فى شكل مرتب دورى محدد حتى يتم السداد كاملاً , أو فى حالة الرهن , فتكون المدة معقولة إذا تطابقت مع عدد الأقساط والمبلغ الإجمالى , أو مادام الرهن قائماً (طوال مدة الرهن) .

وقد تستغرق المدة طوال حياة المشترط عليه وتكون معقولة , كما رأينا فى عقد هبة المنزل للبننت لزواجها فيه , بشرط عدم تصرفها فيه طوال حياتها , حتى تظل آمنة الجانب فى السكن , ولا تضطر لبيعه تحقيقاً لرغبة زوجها الملحة فى التمتع بثمنه , ثم تطليقها بعد ذلك , وقد حرص المشرع على النص على ذلك فى المادة (٣/٨٢٣) " والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " .

(١) د/ محمد لبيب - ص ٢٩٤ .

- ثانياً -

آثار الشرط المانع من التصرف

[١] بطلان التصرفات الممنوعة :-

إذا صح الشرط المانع من التصرف بأن إجتمعت له شروطه من الباعث المشروع والمدة المعقولة فيترتب على ذلك مجموعة هامة من الآثار القانونية لخصتها المادة (٨٢٤) مدني بقولها " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة , فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " .

إذن فأهم الآثار المترتبة على ذلك هو بطلان كل تصرف مخالف للشرط المانع من التصرف , وهذا يعنى بطلان التصرف (بعقد أو بالإرادة المنفردة) الممنوع الشخص من إتيانه , خاصة التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة والمقايضة والتقديم كحصة عينية في شركة , وهي ما تسمى بالتصرفات الكلية , والتي تؤدي لفوات المصلحة المشروعة المبتغاة , أو غير الناقلة للملكية كنتقرير حق إنتفاع , أو حق إرتفاق مفوت للمصلحة ^(١) .

ولا يقتصر البطلان على التصرفات المنصوص عليها أو التي تفوت المصلحة مباشرة , بل والتي تؤدي إلى ذلك بشكل غير مباشر , فإذا كان التصرف الممنوع فيه المشترط عليه هو البيع مثلاً , فيمتد أثر المنع للرهن الرسمي والحيازي للمال الممنوع فيه التصرف , فالسماح بالرهن يؤدي بالمشترط عليه للإلتفاف حول الشرط بالإقتراض بضمان المال , ثم الإمتناع عن السداد فيلجأ الدائن للتنفيذ العيني ببيع المرهون للحصول على حقه , وهو ما يؤدي في النهاية لعدم فاعلية الشرط المانع من التصرف .

[٢] طبيعة البطلان للتصرف الممنوع :-

إذا كان التصرف في المال على خلاف الشرط المانع من التصرف يوقع التصرف المبرم في منطقة البطلان , طبقاً لنص المادة (٨٢٤) مدني , كما رأينا , فإن التساؤل يثار حول طبيعة البطلان هذا , وهل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي ؟

أجابت المذكرة الإيضاحية على ذلك بأنه " إذا خولف الشرط المانع من التصرف كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف " .

(١) وذلك على الرأي الراجح فقهاً - د/ محمد ليب - ص ٢٩٧ .

ولكن تطبيق أحكام البطلان المطلق لا تتفق مع الأحكام المقررة على مخالفة الشرط المانع , فطلب البطلان يقتصر على من تقرر الشرط لمصلحته , ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها , فيحق له أن يتمسك بإبطال التصرف , كما يحق له إجازة التصرف لتعلق ذلك بمصالح خاصة بالمشتري هو الأقدر على تقديرها , ولا يتعلق الأمر بحماية النظام العام .

لذلك فالرأى الراجح فقهاً وقضاءً - بحق - يقوم على إعتبار البطلان المترتب على مخالفة الشرط المانع هو بطلان من نوع خاص , يتفق مع الغاية القانونية من تقرير هذا النظام , وهى حماية مصلحة خاصة جديرة بالرعاية , وقد قضى بأن " البطلان المقرر بالمادة (٨٢٤) من القانون المدنى لمخالفة شرط المنع من التصرف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ليس بطلاناً مطلقاً بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهى حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها "(١) .

[٣] عدم جواز الحجز على المال الممنوع فيه من التصرف :-

أيضاً لا يجوز الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه , فالحجز تمهيداً لتوقيع البيع الجبرى بالمزاد العلنى يفوت المصلحة أيضاً من وراء المنع.

[٤] الإحتجاج بالشرط المانع على الغير :-

يشترط للإحتجاج بالشرط المانع من التصرف على الغير , إذا كان الممنوع من التصرف فيه من العقارات , أن يسجل الشرط المانع طبقاً لإجراءات الشهر العقارى , وذلك فى السند الناقل للملكية للمشتري عليه , أو تسجيله فى سند مستقل لاحق , وحينئذ يحتج به على كل من كسب حقاً على العقار ينافى الشرط المانع إبتداءً من تاريخ تسجيله (م ٩) من ق الشهر العقارى (٢) .

(١) نقض فى ١٩٨٣/٣/٢٤ , طعن رقم ١١٨٠ س ٤٩ ق .

كما إتجهت محكمة النقض إلى إعتبار البطلان لمخالفة الشرط المانع هو بطلان نسبي , وليس مطلقاً , فى حكمها الصادر فى الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٤١ ق بتاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١ .

وراجع د/ محمد لبيب - ص ٣٠١ , ود/ نبيل سعد - ص ٤٩ , ود/ أنور طلبة - المرجع السابق - ص ٦٤ .

كما أن الإخلال بالشرط المانع يفتح للمتعاقد الآخر باب طلب الفسخ طبقاً للمادة (١٥٧) مدنى , نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ - س ١ - ص ١٢٢٤ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢٨ - طعن ٥١ س ٤١ .

أما بالنسبة للمنقولات فيفقد هذا الشرط فاعليته إذا إنتقلت حيازة المنقول للغير حسن النية , حيث يستطيع الغير التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز وتخلص له ملكية وحيازة المال خالياً من أثر الشرط المانع (م ٢/٩٧٦) مدنى .

كما يمتنع على المشتري عليه القيام بالأعمال المادية التى تعدم المال وتقوت المصلحة , كهدم المنزل تمهيداً لبيع الأرض المقام عليها , أما الأعمال المادية المحسنة للمال والمضييفة إليه فلا يمتد القيد إليها , وعلى ذلك فيجوز للمشتري عليه هدم المنزل القديم لإعادة بنائه كما كان أو بشكل أوسع وأكبر , كما يجوز له أن يغير من الغرض المخصص له , مالم يرد نص خاص باليمنع لهذه الأعمال .

ولكن يجوز للمشتري عليه إبرام التصرفات القانونية غير الناقلة للملكية ولا المفوتة للمصلحة المشروعة , كأعمال الإدارة (الإيجار) وكذلك التصرفات الكاشفة للحق كالقسمة والصلح , وأيضاً يجوز له القيام بالأعمال المادية التى تؤدى للحفاظ على المال وتتميته , كترميم المنزل وإصلاحه , بل والبناء فوقه إن كانت أساساته تسمح بذلك , وزراعة الأرض وتنميتها , كما تنتج الوقائع القانونية آثارها فى حق الجميع ولو خالفت الشرط , كالوفاة والتقدم .

ولكى هل يجوز للمشتري عليه إبرام التصرفات التى تحقق المصلحة بشكل أفضل , حتى ولو إضطر لمخالفة الشرط المانع , وذلك كبيع الشقة وشراء منزل أوسع وأكبر بثمانها مع التكملة , على أن ينتقل الشرط المانع للمال الجديد؟ فيما يسمى بالتصرف بشرط الإستبدال^(١) ؟

والرأى عندنا جواز ذلك , مادام الباعث مشروع والمصلحة مازالت محققة , بشرط أن يتم ذلك بعد موافقة القضاء , وإنتقال الشرط المانع للعقار الجديد .

(١) راجع د/ نبيل سعد - ص ٤٨ , ود/ محمد لبيب - ص ٢٩٨ .

- الفصل الثالث -

- الملكية الشائعة -

تُعد الملكية الشائعة من الموضوعات الهامة في دراسة نظام الملكية بوجه عام , إذ تكاد لا تخلو أغلب الملكيات من بعض صور الشيوع , فغالباً ما تشترك الملكيات الزراعية في قنوات الري والطرق والممرات الداخلية الموصلة للمزارع , وكذلك المنازل غالباً ما تشترك في الممرات والشوارع الموصلة إليها , وذلك بفرض أن لها شوارع وطرق خاصة وليست عامة , وحتى إن كانت عامة فمع إرتفاعات المباني وتعدد طوابقها نتيجة أزمة الإسكان في العاصمة والمدن , بل والقرى أحياناً لتقييد البناء على الأرض الزراعية والإرتفاع الفاحش في أسعار أراضي البناء , نرى ملاك الشقق والطبقات يشتركون في أجزاء عديدة من المبنى كمدخل العمارة والسلالم والمصاعد وشبكات المياه والصرف والكهرباء والغاز وغيرها على ما سنرى .

وحتى إن كان الشخص مالكاً منفرداً لمنزله أو مزرعته طوال حياته , فإن سنة الحياة ستقوده حتماً للوفاة , وحينئذ سيجد الورثة أنفسهم شركاء على الشيوع في أعيان التركة , وعليهم أن يديروا هذه الأعيان لفترة ما إلى أن تتم قسمتها ويحصل كل فرد على نصيبه .

فالملكية الشائعة " تعنى إشتراك أكثر من شخص في ملكية مال (عقار أو منقول) بنسبة أو حصة حسابية شائعة " ^(١) , فلا بد أن يمتلك المال أكثر من شخص (إثنان أو ثلاثة أو أكثر) ويكون لكل منهم - في كل المال - حصة حسابية غير مفرزة , كالربع أو الخمس أو غيرها .

والملكية الشائعة غير الملكية الجماعية وغير توزع سلطات المالك على أكثر من شخص , فالملكية الجماعية تعنى ملكية مجموعة من الأشخاص (في شكل قبيلة - عشيرة - أسرة) لمال ملكية جماعية لهم على السواء , على أن تسند الملكية للجماعة وليس لشخص معين فيها , أما رئيس الجماعة فله تنظيم الإنتفاع بالمال بإعتباره ممثلاً للجماعة , وكانت تلك الملكية أحد صور الإنتفاع

(١) وفي هذه تقول المادة (٨٢٥) مدني أنه " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع " ويقابلها المادة ١٠٦١ مدني عراقي , والمواد ١٠٦٣ , ١٠٦٤ من المجلة , والمادة ٧٨٠ مدني سوري , والمادة ٨٣٤ مدني ليبي .

بالأموال في المراحل الأولى للتطور الاجتماعي ، وما تزال صورها موجود في بعض القوانين الجرمانية والقانون السويسري ، خاصة فيما يخص منابع المياه ومصادرها .

أما توزيع سلطات الملكية بين أكثر من شخص ، كأن يحتفظ المالك بملكية الرقبة ويمنح شخص آخر سلطة الإستعمال والإستغلال (يسمى صاحب حق الإنتفاع أو المنتفع) فليس هذا بالشيوع المقصود هنا ، بل هو توزيع للسلطات القانونية على المال ، دون تعارض ، أما الشيوع فيكون كل شريك مالكا لكل السلطات على كل ذرة من أجزاء الشئ الشائع ، وذلك بقدر حصته في المال ، فله سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف في كل جزء من الأجزاء ، وللآخرين مثله تماماً في حدود حصصهم وأنصبتهم .

ولا يعنى ذلك بالضرورة أن يشمل الشيوع كل المال وكل السلطات على المال ، فقد يشترك أكثر من شخص في ملكية الرقبة فقط ، وذلك على الشيوع ، أو يشترك أكثر من شخص في حق الإنتفاع مشاعاً بينهم ، وهنا تتوفر حالة الشيوع في حدود ملكية الرقبة ، أو حق الإنتفاع فقط ^(١) .

وينشأ الشيوع بالإتفاق ، كأن يشترك أكثر من شخص في شراء عقار بنسب حسابية على الشيوع بينهم ، كما قد ينشأ عن واقعة الحياة (إذا كان واضع اليد أكثر من شخص مشاعاً بينهم) أو الإستيلاء أو الإلتصاق ، ولكن أغلب حالات الشيوع تنشأ من واقعة الوفاة ، حيث يعد كل الورثة (الخلف العام) شركاء على الشيوع في كل أعيان التركة ، إلى أن يتقرر القسمة ، كما قد ينشأ الشيوع بتصرف بإرادة واحدة (الوصية)^(٢) .

وحالة الشيوع لا تساعد على حسن إستغلال الأموال الشائعة ، حيث كثيراً ما تطرأ الخلافات بين الشركاء ، بل وقد تستحكم فيؤثر ذلك سلباً على إدارة المال والإنتفاع به ، لذا يرى المشرعون أن هذه الحالة دائماً مقلقة ويجب العمل على

(١) وقد إقتصر القانون المدني في مصر والعراق على تنظيم حالة الملكية الشائعة ، فذلك لأنها الصورة الغالبة في الشيوع ، أما الشيوع في الحقوق المتفرعة عن الملكية فتطبق عليها ذات الأحكام القانونية ، وإن كانت غير غالبة .

وقد نظم المشرع العراقي الملكية الشائعة في المواد من (١٠٦١ إلى ١٠٨١) مدني ، وورد تنظيمها في الكتاب العاشر الخاص بالشركات في مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٠٦٠) وما بعدها ، على إعتبار أن الملكية الشائعة هي من قبيل شركة الملك ، راجع د/ غني حسون - ص ٩٥ وما بعدها .

(٢) السنهاوري - ص ٨٠١ .

إنهاء حالة الشبوع بالقسمة , سواءً كانت قسمة عينية أو قسمة تصفية , ليحصل كل شريك على نصيبه مفرزاً ويخلص له فيقرر ما يشاء بشأن إدارته أو التصرف فيه .

ولكن إلى أن تتحقق القسمة - رضاءً أو قضاءً - لابد من إدارة المال الشائع والإنتفاع به أثناء الشبوع , حتى لا تخرج طاقات إقتصادية عن الإنتاج والإستغلال , فيؤثر ذلك سلباً بصفة عامة على المجتمع , كما أن الشريك على الشبوع قد يقرر التصرف في حصته أثناء الشبوع , فهل يحق له ذلك أم لا ؟ هذا من جانب , ومن جانب آخر , فإن بعض الملكيات الشائعة قد يصعب أو يستحيل فيها قسمة المال الشائع أو الأجزاء الشائعة في المال , فيجبر الشركاء على الشبوع دون قسمة , وعليهم أن يوفقوا أوضاعهم على الإستمرار في الشبوع مع حسن الإنتفاع بالمال , وهذا شأن ملكية الشقق والطبقات وما قرره المشرع بشأن إتحاد الشاغلين طبقاً لقانون البناء الموحد رقم (١١٩ لسنة ٢٠٠٨) , وكذلك ملكية الأسرة .

بناءً عليه , فإن دراستنا لنظام الملكية الشائعة سنقسمه لمبحثين , نعالج في الأول : الأحكام العامة للشبوع , ونعالج في الثاني : بعض صور الشبوع الإجباري .

- المبحث الأول -

- الأحكام العامة فى الشيوخ -

نتعرض فى هذا المبحث لثلاثة موضوعات رئيسية هى : إدارة المال الشائع والإنتفاع به , ثم التصرف فى المال الشائع , وأخيراً قسمة المال الشائع وآثارها , وهى الموضوعات المنظمة فى المواد (٨٢٥) وما بعدها من القانون المدنى المصرى .

- المطلب الأول -

- الإنتفاع بالمال الشائع -

يعنى إدارة المال الشائع هو مباشرة سلطتى الإستعمال والإستغلال على المال , أى إستعماله فيما أعد له أو إستغلاله بالحصول على ثماره وغلاته , هذا الإنتفاع قد لا يثير مشكلة إذا ما إتفق جميع الشركاء عليه , أو وكلوا أحدهم (صراحة أو ضمناً) لإدارته , أو عينوا مديراً على المال ليتولى هو هذا الشأن , بمقابل أو بدونه .

فإن لم يتفقوا على أى من هذه الحلول لم يبق إلا معرفة مدى سلطة الأغلبية فى مباشرة أعمال الإدارة العادية وغير العادية , وكذلك مدى حق الشريك منفرداً فى الإنتفاع بالمال , وكيف تقسم نفقات الإدارة والصيانة للمال على الشركاء .

- تساوى حصص الشركاء , مالم يقر دليل على غير ذلك :-

نصت المادة (٨٢٥) مدنى على أنه " إذا ملك إثنين أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه , فهم شركاء على الشيوخ , وتحسب الحصص متساوية , إذا لم يقر دليل على غير ذلك " .

فالشيوخ قائم بين الأفراد إذا ما تحققت شروطه , وهو تملك إثنين فيما فوق عقاراً أو منقولاً دون إفراز لحصة كل منهم فيه , أما عن حصة كل منهم فى المال الشائع وهل النصف أم الربع أم غير ذلك , فالمشرع قد أقام قرينة قانونية ضمنها نص المادة السابقة بأن الحصص تكون بالتساوى بين الشركاء .

فإذا إدعى أحدهم أن حصته تزيد عن حصة الآخرين فعليه إقامة الدليل على ما يدعيه , فإن نجح فى مسعاه تحسب الحصص طبقاً لما يثبت , وبناءً عليه

تقسم مصاريف الصيانة والحفظ والترميم , وتحسب نسب الأغلبية عند إتخاذ قرار بشأن أحد أوجه إدارة المال دون حدوث إجماع , فالأغلبية تحسب على أساس الحصص وليس على عدد الرؤوس , فقد يملك أحدهم أكثر من نصف المال , وحيث قد ينفرد بتقرير إدارة المال الشائع إدارة عادية , دون الآخرين , على ما سنرى .

*** أولاً : إدارة المال بالإجماع :-**

[١] الإنتفاع بالمال بإجماع الشركاء :-

إذا ما أجمع الشركاء على الإنتفاع بالمال , بأى من أوجه الإنتفاع , فقرارهم صحيح وسارى عليهم , فبالإجماع يستطيع الشركاء تقرير القيام بأعمال الإدارة العادية (كزراعة الأرض بإحدى المزروعات الموسمية , أو تأجيرها لأحدهم أو للغير فى مقابل متفق عليه) أو أعمال الإدارة غير العادية (كتبوير الأرض لتحويلها إلى أرض فضاء أو البناء عليها , أو هدم المنزل لإعادة بنائه من جديد بشكل أكبر وأعلى , أو بناء طابق أو أكثر على البناء القائم)^(١) .
كما أن لهم القيام برهن المال الشائع رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً , ويسرى الرهن فى حقهم جميعاً أياً كانت نتيجة القسمة , مادام قد إستوفى الشروط القانونية لذلك , وإذا كان من بين الشركاء قاصراً أو عديم الأهلية تولى النائب القانونى عنه (ولى أو وصى أو قيم) إدارة المال مع الشركاء الآخرين مراعاة لمصلحة من يمثله .

[٢] تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع :-

إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع , دون إعتراض من الشركاء الآخرين , فيُعد الشريك أصيلاً عن نفسه فى حدود حصته من المال , ووكيلاً عن الباقين فيما يخصهم من باقى المال (م ٣/٨٢٨) مدنى.
ويحدث هذا الفرض كثيراً , إذ غالباً ما يكون أحد الشركاء أقدر على إدارة المال , بحكم التخصص أو الإقامة فى موطن وجود المال أو توافر الوقت لديه دون غيره , كمزرعة ورثها أربعة أخوة أحدهم يقيم بالقرية ويمتهن الزراعة والآخرين ليسوا بذات الظروف فيتولى هذا الشريك إدارة المال دون إعتراض من الآخرين , فيُعد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عنهم .

(١) نقض مدنى فى ٣/٤/١٩٩٤ , طعن ٢٣٩١ س ٥٩ق - ونقض فى ٦/٢٥/١٩٨٩ , طعن ٦٢٩ س ٥٣ق .

ويكفى هنا عدم الإعتراض المبدى من الشركاء الآخرين ولا يشترط رضاءاً صريحاً ، فالأمر لا يتعلق بالوكالة الصريحة فحسب بل بالوكالة الضمنية أيضاً ، أما بشأن المقابل فلا نص صريح هنا ، ولكن يمكن أن يقرر للوكيل مقابل خاصة إذا ما تفرغ لإدارة المال وكلفه ذلك مالاً وجهداً ووقتاً ، وتحسب ضمن نفقات الإدارة وتوزع على الحصص ، وهذا هو الأقرب من الناحية العملية .

[٣] تعيين مدير للمال الشائع :-

يجوز للشركاء جميعاً أن يعينوا مديراً يتولى إدارة المال نائباً عنهم جميعاً ، سواء كان من بينهم أو من الغير ، وغالباً ما سيكون ذلك بمقابل يتفق عليه ، فإن تعذر الإتفاق أى (الإجماع) على تعيين مدير للمال ، فيمكن لأغلبية الشركاء (الأغلبية المطلقة ، أى النصف + واحد) أن تعين مديراً للمال ، وقرارها ملزم للأقلية فى هذا الشأن (م ٢/٨٢٨) .

بل ويمكن أن يعين المدير من قبل المحكمة المختصة ، وذلك إذا تعذر الإجماع أو الوصول للأغلبية وتضاربت آراء الشركاء ، فحرصاً على المال الشائع يجوز للمحكمة المختصة أن تعين مديراً للمال بناءً على طلب أحد الشركاء ، بل وأن تتخذ كل التدابير التى يقتضيها الحال .

- ثانياً : إدارة المال بالأغلبية :-

لم يكن المشرع ليقف عند الفرض الأول وهو الإجماع ، فهذا من شأنه أن يعطل ملكيات عديدة عن الإستغلال والإنتفاع بها ، إذ قلما يحدث إجماع للشركاء على رأى واحد، وهنا لابد من حل آخر ، وهو الإنتقال لرأى أغلبية الشركاء وما إنتهت إليه .

وقد فرق المشرع فى تعامله مع الأغلبية بحسب موضوع القرار ، وهل يتعلق بأعمال الإدارة العادية ، أم غير العادية ^(١) .

[١] أساس الأغلبية هو الأنصبة وليس الرؤوس :-

إعتمد القانون بالأغلبية المحسوبة على أساس قيمة الأنصبة وليس عدد الرؤوس ، فالعبرة ليست بعدد الشركاء بل بنصيب كل منهم فى المال الشائع ، و

(١) فى مجلة الأحكام العدلية ، وفى الفقه الإسلامى أيضاً ، يلزم موافقة جميع الشركاء على ما يجرى على الشئ الشائع من أعمال ، سواء أكانت أعمال إدارة أم أعمال تصرف ، لذا فليس للأغلبية سلطة فى الإدارة أو التصرف ، راجع د/ غنى حسون - ص ١٠٨ .

ما يحوزه , بل وقيمة النصيب الذي يحوزه , فإذا إشتراك خمسة أشخاص في مال شائع , وكان لأحدهم ثلثي المال , وللأربعة الآخرين الثلث , فالأول يملك الأغلبية ويستطيع إتخاذ (وحده) قرارات تخص المال الشائع (م ١/٨٢٨) مدنى .

[٢] سلطة الأغلبية المطلقة فى إدارة المال الشائع :-

الأغلبية المطلقة تعنى النصف + واحد , أى أكثر من النصف ولو بقليل , محسوبة على عدد الأنصبة كما رأينا , ولو كانت مملوكة لشخص واحد فقط ^(١) .
ولهذه الأغلبية أو من يحوزها أن يباشر أعمال الإدارة العادية للمال , كزراعته وإستعماله فى الغرض المخصص له أو تأجيريه (فى حدود مدة ثلاث سنوات) على ما يقتضيه ذلك من جنى الثمار وبيعها وحساب النفقات والضرائب وتقسيم الربح وهكذا , على أن تكون هذه القرارات ملزمة للجميع (أغلبية وأقلية).

وفى هذا نصت المادة (١/٨٢٨) مدنى على أنه " ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع " .
وللأغلبية أيضاً أن تعين مديراً للمال , يتولى هو بالنيابة عن الجميع إدارة المال , وأن تقرر له أجراً محدداً .

وفوق ذلك , من حق الأغلبية أن تضع نظاماً معيناً لإدارة المال والانتفاع به , ويسرى هذا النظام على الجميع , خاصة الأقلية , بل وعلى خلفاء الشركاء (خلف عام أو خلف خاص) جميعاً " وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً , كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً , سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً " (م ٢/٨٢٨) مدنى .

[٣] سلطة الإغلبية غير العادية (٣-) الحصص :-

إذا ما تعلق الأمر بقرارات أشد خطورة (من غير أعمال الإدارة العادية) تتعلق بالانتفاع بالمال الشائع , كما لو تعلق الأمر بهدم العقار القديم لإعادة بناؤه بشكل أوسع وأكبر , أو تحويل الأرض الفضاء لمبانى أو البناء عليها , أو تعليية

(١) فإدارة المال الشائع بالتأجير أو إنهاء الإجارة يثبت للشريك صاحب أغلبية الأنصبة ولو كان شخصاً واحداً , وينفذ تصرفه فى حق باقى الشركاء دون إعتراض منهم نزولاً على رأى الأغلبية طبقاً للمادة (١/٨٢٨) , نقض مدنى (إيجارات) فى ٢٤/٥/٢٠٠٤ , الطعن رقم ١٢٨٩ لسنة ٧٢ ق .

وجلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠ - المجموعة س ٤٣ . ع ٢٤ - ص ١٤٥٨ , وجلسة ١٩٩١/١١/٢٠ س ٤٢

ص ١٦٦٠ .

البناء وهكذا , فإن الأغلبية المطلوبة تتجاوز الأغلبية المطلقة , حيث الأمر يغير من شكل ومصير المال , لذا قررت المادة (٨٢٩) مدنى ضرورة توافر أغلبية من يحوزون ثلاثة أرباع الحصص فى المال الشائع لإتخاذ قرارات من هذا القبيل ^(١) .

على أنه لا يعنى إلغاء سلطة الأقلية فما يزال هناك ربع الحصص , لذا يجب إعلانهم أولاً بقرار الأغلبية , وللأقلية الحق فى الاعتراض على هذا القرار , ولها فى سبيل ذلك اللجوء للمحكمة المختصة خلال شهرين من وقت إعلانهم بقرار الأغلبية , فإن فاتت المدة صار قرار الأغلبية غير العادية نهائياً وملزم للجميع , وللمحكمة إن رأت - برغم اعتراض الأقلية - الموافقة على قرار الأغلبية فلها أن تقرر إتخاذ التدابير المناسبة للحفاظ على حقوق الأقلية , ومنها تقديم الأغلبية كفالة مالية تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات ^(٢) .

- ثالثاً : حق الشريك منفرداً فى الإنتفاع بالمال الشائع -

نصت المادة (٨٣٠) مدنى على أنه " لكل شريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ , ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء " , كما نصت المادة (١/٨٢٦) على أن " كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً , وله وأن يستولى على ثمارها , وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " .

فلكل شريك منفرداً حق الإنتفاع بالمال الشائع كله أو بعضه فيما لا يعطل حقوق الشركاء الباقين ودون حاجة لإذن سابق منهم , وذلك كأن يمر فى الشارع أو الممر المشترك للوصول لمنزله أو أرضه أو يأخذ من المسقى أو المروى

(١) فإدخال تغيرات أساسية أو تعديل الغرض الذى أعد له المال بما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة فإنه يحق لمن يملكون ثلاثة أرباع هذا المال إتخاذ القرار المناسب فى هذا الشأن , ويكون قرارهم نافذاً قبل الأغلبية , نقض فى ١٩٩٠/٥/٢٣ , طعن ٢٢٩٩ س ٥٤ , وراجع د/ محمد ليب - ص ٣١٥ .

(٢) نصت المادة (٨٢٩) على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الإنتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة , على أن يعلنوا قرارهم إلى باقى الشركاء , ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان , وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية , أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من تدابير , ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

وراجع نقض مدنى فى ١٩٩٠/١/٣١ , طعن ١٧٨٤ س ٥٤ , عن إلزام الشريك البانى فى جزء مفرز دون موافقة الأغلبية الموصوفة على إزالة هذا البناء , حيث أنه من أعمال الإدارة غير العادية .

المشترك ما يكفي لرى أرضه أو يستعمل المصعد أو السلالم للوصول لشقته وهكذا , إذا سمحت طبيعة المال بهذا الإستعمال دون تعطيل حقوق الآخرين .

كما يحق للشريك منفرداً أن يباشر الأعمال المادية اللازمة لحفظ المال الشائع وصيانته كترميم جدار آيل للسقوط , وصيانة ماكينة الرى وتطهير قنوات الرى وكذلك إصلاح المصعد أو بعض الدرج التالف فى السلالم , بشرط ألا يضر بالمال , فإن أوقع ضرر بالمال الشائع فعليه وحده نفقات الإصلاح^(١) .

أيضاً من حقه مباشرة الأعمال القانونية اللازمة للحفاظ على المال , كرفع دعوى على حائز المال دون سند قانونى لقطع التقادم قبل أن يكتمل فى حقهم جميعاً , ورفع دعاوى الحيازة ضد من إغتصب حيازة المال الشائع أو يقوم بأعمال تهدد أو تعوق حيازتهم الهادئة له أو يتعرض لهم فى الحيازة , فأعمال الحفظ طبقاً للمادة (٨٣٠) مدنى تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض^(٢) .

وللشريك القيام بهذه الأعمال المادية أو القانونية دون الحصول على موافقة بقية الشركاء , فهى أعمال تتعلق بالحفاظ على المال لمصلحتهم جميعاً وتصب فى المصلحة المشتركة لهم , ويتحمل الجميع النفقات كل بقدر حصته ويلزم بدفع نصيبه فيها , ولا يعفى منها إلا بتنازله عن نصيبه فى المال مالم يتفق على غير ذلك , وللشريك أن يحبس المال تحت يده حتى يحصل على ما عجله من نفقات على صيانة والحفاظ على المال المشترك .

وفى هذا نصت المادة (٩٣١) مدنى على أنه " نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع أو المقررة على المال , يتحملها جميع الشركاء , كل بقدر حصته , مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك " ^(٣) .

(١) نقض فى ١٩٨٨/١٢/١٥ , طعن ١١٠ سنة ٥٩ ق .

(٢) نقض فى ١٩٨٧/٦/١٦ , طعن ١٣٧٤ , ١٤٠٩ , س ٥٣ ق , كما تنصرف أعمال الحفظ للأعمال المادية والتصرفات القانونية وإتخاذ إجراءات ورفع دعاوى , نقض فى ١٩٨٩/١١/٢٩ , طعن ١٠٤٥ س ٥٢ ق .

(٣) أما أساس رجوعه بالنفقات على الشركاء الآخرين , وهل بدعوى الفضالة أم الوكالة أم الإثراء بلا سبب فراجع - السنهاورى - ص ٨٠٦ .

- المطلب الثانى -

- التصرف فى المال الشائع -

يأتى التصرف فى المال الشائع كأحد مظاهر ممارسة حق الملكية على المال , فالمالك له سلطة الإستعمال وسلطة الإستغلال وسلطة التصرف , وكون حالة الشيوع قائمة لا يعنى تعطيل سلطة التصرف حتى لا يتفرغ الحق من مضمونه " فكل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً , وله أن يتصرف فيها " (م ١/٨٢٦) .

ولكن وجود الشيوع يفرض شكلاً معيناً أو إطاراً محدداً يصح التصرف فى نطاقه , فالشريك يملك حصة غير مفرزة ويمكنه أن يتصرف فيها بهذا الشكل , فإن تصرف فيها لأحد الشركاء الآخرين فيها , وإن تصرف لأجنبى عنهم فقد تثار بعض المشكلات من دخول أجنبى فى ملكية المال الشائع , ويمكن إستدعاء أحكام الشفعة أو أحكام الإسترداد .

وعلى غرار ما رأينا فى الإنتفاع بالمال الشائع , فقد يصدر التصرف من جميع الشركاء , وقد يصدر من الأغلبية غير العادية , وقد يصدر من الشريك منفرداً .

أولاً - التصرف بالإجماع فى المال الشائع: -

إذا إنعقد إجماع الشركاء على أحد أوجه التصرف فى المال فيصح تصرفهم وينفذ فى حق الجميع أياً كانت نتيجة القسمة بينهم , وفى الحقيقة أنهم لا يحتاجون لقسمة المال الشائع إذا ما كان التصرف ناقلاً للملكية حيث تنتقل الملكية للطرف الآخر خالصة له , ولا يبق لهم إلا قسمة الثمن بحسب الحصص إذا كان التصرف بيعاً^(١) .

ونعنى بسلطة التصرف هنا التصرفات الناقلة للملكية أوغير الناقلة لها , كالمقررة لبعض الحقوق الأخرى دون نقل الملكية (الإيجار و الرهن يُعدان من قبيل الإنتفاع بالمال) فيدخل إذاً فى التصرف الهبة والمقايضة والتقدم بحصة

(١) قضت محكمة النقض بأن " تسجيل البيع الصادر من جميع الشركاء المشتاعين لجزء مفرز من العقار الشائع يترتب عليه نقل ملكية الجزء المبيع مفرزاً إلى المشتري ولا يتوقف على إبرام عقد آخر بقسمة العقار أو بإفراز القدر المبيع (نقض ١٩٨٧/٦/٣٠ طعن ٥١٢ , ٥٣١ , س٥٣) .

عينية فى شركة والصلح على التنازل عن المال , أو تقرير حق إنتفاع على المال أو حق إرتفاق ^(١) .

فإذا كان من بين الشركاء قاصر أو عديم الأهلية , فلا بد من إعمال قواعد الولاية على المال , حيث يحق للولى فقط التصرف فى هذا المال , أما الوصى أو القيم فالأصل أن لهم إدارة المال وليس التصرف فيه , فهو من سلطة المحكمة المختصة .

ثانياً - تصرف الأغلبية فى المال الشائع : -

تملك الأغلبية تقرير التصرف فى المال الشائع كله , أى جملة واحدة , ولكن بشرط أن تكون أغلبية من يحوزون ثلاثة أرباع المال الشائع , فهى أغلبية غير عادية , على غرار أعمال الإدارة غير العادية , وذلك مع حفظ حق الأقلية فى الاعتراض .

فقد نصت المادة (٨٣٢) مدنى على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع , أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا فى ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء , ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان , وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء , أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " .

فالقانون قيد حق الأغلبية فى التصرف فى المال الشائع إجمالاً بشرطين :-

- الأول : الإستناد لأسباب قوية :-

أى مبررات جدية وقوية تحتم إقدامهم على التصرف فى المال الشائع كله , وليس نصيبهم فحسب , كعدم قابلية المال للقسمة العينية (كحيوان أو شقة أو سيارة) أو قابليتها للقسمة ولكن بخسارة كبيرة على الجميع , كقطعة أرض بناء صغيرة المساحة و التصرف فيها مجزأة تضيع الفائدة منها .

وتقدر المحكمة المختصة مدى جدية المبررات , فإن رأت ذلك أقرت الأغلبية على قرارها , وإلا نقضته وتطرقت للقسمة العينية متى كانت غير ضارة ^(١) .

(١) السهنورى - ص ٨٣٧ , د/ محمد لبيب - ص ٣١٧ .

- الثانى : وهو شرط شكلى أن يعلنوا قرارهم للأقلية :-

حتى يسمحوا للأقلية بدراسة الأمر وتقليبه على كل الوجوه , فإن إقتنعوا بالقرار أقروه وحصلوا على نصيبهم المادى , وإلا فلهم الحق فى اللجوء للمحكمة للإعتراض على قرار الأغلبية بالتصرف , بشرط أن يتم الإعتراض فى خلال شهرين من وقت الإعلان , وحق الإعتراض مكفول للأقلية , أو لأحد أفرادها , وعند طرح الموضوع على المحكمة فلها أن تنظر فى القسمة أو فى إجازة تصرف الأغلبية أو نقضه (٢) .

ثالثاً - تصرف الأقلية أو الشريك منفرداً فى المال الشائع :-

يأتى تصرف الأقلية (أو الشريك منفرداً) فى المال الشائع على إحدى ثلاثة فروض , الأول : تصرف الشريك منفرداً فى المال الشائع كله , والثانى : تصرفه فى حصته الشائعة فى المال , والثالث : تصرفه فى حصته مفرزة من المال :-

[١] - تصرف الشريك منفرداً (أو الأقلية) فى المال الشائع كله أو فيما يجاوز حصصهم :-

قد يلجأ الشريك للتصرف فى المال الشائع كله دون تفويض مسبق من باقى الشركاء , فهو ليس وكيلاً عنهم , ويحدث ذلك إما تعنتاً منه تجاههم أو لرغبته فى الإنهاء المبكر الفردى للشيوخ أو لأنه وجد الصفقة رابحة لا ترد أو لغير ذلك .

وحكم هذا التصرف أنه يُعد تصرفاً فى ملك الغير , وبالتالي لا ينفذ فى حق الشركاء الآخرين إلا إذا أقروه , فهو باطل فى حقهم , ويحق لهم عدم الإعتداد بالتصرف وتعاملهم على المال على إعتبار أنهم شركاء ولهم حصص ثابتة فيه وإستبعاد أى طرف أجنبى حين النظر فى أى إستغلال أو قرار يتعلق بالإنتفاع بالمال أو التصرف فيه .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٥/١٢/٣١ طعن ١٥٣١ س ٥١ ق , وفى ١٩٨٥/٢/٢١ , طعن ٥١٧ س ٥١ ق , وينطبق ذلك على الورثة , نقض فى ١٩٨٢/١/١١ , طعن ٢٨٤ س ٤١ ق .

(٢) راجع السنهورى - ص ٨٤١ , عكس لك - د/ محمد ليب - ص ٣١٩ , حيث يرى سيادته - مع بعض الشراح - أن المحكمة تنظر فى قسمة المال أولاً , فإن رأت إمكانية ذلك دون ضرر , قضت بالقسمة , ويسقط قرار الأغلبية , وإن رأت وجود الضرر من القسمة إنتقلت لتقييم قرار الأغلبية .

أما بشأن مصير التصرف , ففي العلاقة بين الشريك والمتصرف إليه (المشتري مثلاً) فيظل الأمر متوقفاً على رأى الشركاء , فإن أقروه صار نافذاً في حق الجميع طبقاً لقواعد بيع ملك الغير (م ٤٦٦) مدنى , وإن رفضوه وتعذر على الشريك تنفيذ التزاماته فمن حق المشتري اللجوء للفسخ لإخلال البائع بالتزاماته , مالم يكن المشتري يجهل أن المبيع غير مملوك مفرزاً للبائع فيحق له طلب الإبطال للغلط فى صفة جوهرية فى المبيع والشخص المتعاقد معه .

[٢] - تصرف الشريك فى حدود حصته الشائعة :-

إذا أنصب تصرف الشريك على حدود حصته الشائعة (كلها أو بعضها) أو أنصب تصرف الأقلية على ذلك أيضاً , أى على الحصة مشاعاً وكما هى , فالتصرف صحيح بين الطرفين نافذاً فى حق الشركاء الآخرين , حيث الأمر مطابق لصريح نص المادة (١/٨٢٦) مدنى مصرى " كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها , وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

فالشريك على الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً , وله أن يتصرف فيها أو فى حدودها , دون حاجة لإستئذان أحد .

ولكن هل يشترط أن يتصرف الشريك فى حصته الشائعة لأحد الشركاء الآخرين فى ذات المال , أم يستطيع أن يتصرف لأجنبى عن الشركاء ؟ الحقيقة أنه لا قيد قانونى على حق الشريك فى التصرف لشريك لآخر أو لأجنبى عن الشركاء فهذا حقه وإختياره طبقاً لمصالحه , وفى أغلب الحالات يكون تصرفه لأحد الشركاء الذى يرتاح إليه منهم ويختاره .

أما تصرفه فى حصته لأجنبى , فهو وإن كان صحيحاً بين طرفيه نافذاً فى حق الجميع , إلا أنه يفتح للشركاء الآخرين فى المال مجتمعين أو منفردين , الحق فى الأخذ بالشفعة طبقاً للحالة الثانية فى المادة (٩٣٦/ب) مدنى والمتعلقة بحالات الشفعة , إذا كان المبيع عقاراً , أو يفتح لهم الحق فى الإسترداد إذا كان المبيع حصة شائعة فى منقول أو المجموع من المال^(١) .

(١) السهنورى - ص ٨٤٣ .

[٣] - تصرف الشريك منفرداً في جزء مفرز من المال الشائع :-

لا تتحقق قسمة وإفراز المال الشائع إلا بإجماع الشركاء (بالتراضي) أو بحكم قضائي (بالتقاضي) ، أما الإفراز والتقسيم بالإرادة المنفردة أو حتى بالأغلبية فلا ينتج عنها أى أثر قانوني وتظل حالة الشيوع قائمة قانوناً .
لذلك فإن إفراز الشريك حصته في المال الشائع (دون قسمة رضائية أو قضائية) لا أثر له ، وكذلك بيعه أو تصرفه عموماً في هذا الجزء المفرز ،
ويأخذ حكم بيع ملك الغير فلا ينفذ في حق بقية الشركاء إلا بإقرارهم له (م ٤٦٦ مدني ، حتى ولو كان في حدود حصته في المال أو أقل منها ، لأنه لم تحدث قسمة ، ويحق للشركاء عدم الاعتداد بالتصرف والتعامل على اعتبار استمرار حالة الشيوع وتجاهل الأجنبي (المتصرف إليه) الذي تعامل مع شريكهم في حصة مفرزة من المال الشائع ، ولا يحق لهذا المشتري أن يطلب تسليم المبيع مفرزاً إليه قبل القسمة ^(١) ولا طلب تثبيت ملكيته لهذا المبيع قبل إجراء القسمة ووقوع هذا الجزء في نصيب البائع له ^(٢) .

هذا في العلاقة بين الشريك وغيره من الشركاء ، ولكن هل يفتح هذا التصرف في جزء مفرز باب الأخذ بالشفعة للشركاء الآخرين إذا كان التصرف تم لأجنبي عنهم ، وذلك على غرار ما رأينا في التصرف في الحصة شائعة ؟
الحقيقة أن هذا الفرض مختلف ، لأن تصرف الشريك في حصته شائعة صحيح ونافذ في حق الجميع ، وفتح باب الشفعة هنا للشركاء الآخرين له ما يبرره حتى يتجنبوا وجود أجنبي عنهم في المال مع ما يحمله ذلك من مضايقات وربما منازعات .

أما التصرف في حصة مفرزة فهو غير نافذ في حق الشركاء الآخرين ،
ويكفيهم القانون عناء أى إجراء لأنه في حكم بيع ملك الغير ، ولهم تجاهل التصرف وتجاهل الأجنبي وممارسة حقوقهم على الجزء المفرز محل التصرف ،
وهذا حقهم ، فلا حاجة بهم للشفعة لتجنب دخول أجنبي في الشيوع ، لأنه لن يدخل إلا بموافقتهم .

(١) نقض في ١٩٨٣/٣/٢٧ ، طعن ٣٦٩ س ٥٢ق ، وفي ١٩٨٢/٣/١١ طعن ٢٩٠ س ٥٦ق ، وفي ١٩٨٤/٨/٢ ، طعن ١٠٨٧ س ٥٠ق .

(٢) وإن كان عقده (المشتري) مسجلاً ، نقض في ١٩٨٢/١١/٤ طعن ٢٣٨٢ س ٥١ق .

وهذا هو ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى أول الأمر ، وهو المتفق مع صحيح القانون .

ولكن محكمة النقض عدلت عن رأيها السابق وأقرت بحق بقية الشركاء فى رفع دعوى الشفعة إعتباراً بأنه يأخذ حكم تصرف الشريك فى حصته شائعة ، مع إستمرار العمل على تقليل عدد الشركاء فى الشيوع وإنهاؤه ^(١) .

أما من جانب حكم التصرف فى العلاقة بين الشريك والمتصرف إليه (المشتري إذا كان التصرف بيعاً) فقد نظمت المادة (٢/٨٢٦) مدنى حكم هذا التصرف بينهما فنصت على أنه " وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف ، إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة ، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف " .

فمصير التصرف يتوقف على الوضع النهائى للقسمة ، ومعرفة أو جهل المتصرف إليه بطبيعة الحال ، وأن المتصرف لا يملك المال محل التصرف ملكية مفرزة : -

(أ) - إذا كان المتصرف إليه يعلم بعدم ملكية المال ملكية مفرزة فليس أمامه إلا إنتظار نتيجة القسمة ، فإن وقع فى نصيب المتصرف الجزء المتصرف فيه صح التصرف ونفذ ، وإذا وقع فى نصيب المتصرف جزء آخر (من ذات الطبيعة للمال محل التصرف ، كما إذا تصرف فى قطعة أرض زراعية مفرزة ، ووقع فى نصيبه قطعة أرض زراعية أخرى) إنتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذى وقع فى نصيب المتصرف ، من ذات طبيعة الشئ ، تطبيقاً لفكرة الحلول

(١) حيث قضت بأنه " للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه مفرزاً ويقع البيع صحيحاً ، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبى وكان الإفراز الذى تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاءً أو رضاءً مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه يبنى على هذا أن يثبت لهم حق الشفعة فى ذلك البيع وفقاً لصريح نص المادة (٩٣٩/ب) مدنى ، نقض فى ١٩٨٦/١٢/٢٣ ، الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٥١ ق ، ونقض فى ١٩٩٢/١٢/٢٦ ، طعن ٩٨٥ س ٥٦ ق .

العيني التي أخذ بها المشرع في المادة (٢/٨٢٦) مدنى , وذلك بأثر رجعى ومن تاريخ التعاقد بينهما , وليس من تاريخ القسمة ^(١) .

أما إن وقع فى نصيبه مالاً نقدياً أو مالاً مختلفاً فى الطبيعة عن المال المتصرف إليه (كما لو كان تصرف فى قطعة أرض زراعية ووقع فى نصيبه سيارة أو شقة) فلا يبقى أمام المتصرف إليه إلا طلب الفسخ لإخلال المتعاقد معه بالتزامه .

وإن كان بعض الفقه يوسع فى فكرة الحلول العيني ويرى إمكانية إنتقال حق المتصرف إليه إلى الجزء الذى آل أخيراً للمتصرف , سواء أكان فى ذات طبيعة المال محل التصرف , أو من طبيعة مختلفة ^(٢) .

(ب) - فإن كان المتصرف إليه **يجهل** أن المال محل التصرف ليس مفزراً , فله الحق فى طلب إبطال العقد للغلط فى صفة جوهرية فى الشيء محل التعاقد وفى المتعاقد ذاته (م ٢/٨٢٦) مدنى .

(١) د/ محمد ليب - ص ٣٢٥ , ود/ نبيل سعد - ص ١٤٤ , فلا ينبغي التوسع فى فكرة الحلول العيني , وقد جاءت المادة (٢/١٠٣٩) تطبيقاً لفكرة الحلول العيني فيما يتعلق بالرهن الرسمى , فنصت على أنه " وقد نصت المادة (٢/١٠٣٩) مدنى مصرى على أنه , إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفزراً فى هذا العقار , ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها إنتقل الرهن بمرتبه إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل , ويعين هذا القدر بأمر على عريضة , ويقوم الدائن المرهن بإجراء قيد جديد يبين فى القدر الذى إنتقل إليه الرهن فى خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يحظره فيه أى من ذى الشأن بتسجيل القسمة , ولا يضر إنتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا يامتياز المتقاسمين " .

(٢) كان مقتضى تطبيق القواعد العامة أن المشتري , وقد ضاع عليه الجزء المفز الذى إشتراه بالذات , لا يجبر على قبول الجزء الآخر الذى وقع فى نصيب البائع , فمن حقه أيضاً أن يطلب فسخ البيع , أو إبطاله باعتباره صادراً من غير مالك , ولكن نص المادة (٢/٨٢٦) مدنى ألغت حق المشتري فى طلب فسخ العقد , ولا يبق له إلا الحصول على الجزء المفز الآخر الذى وقع فى نصيب البائع له , لأنه - أى المشتري - كان يعلم أن البائع لا يملك الجزء المفز الذى يبيعه , ويكون قد إرتأى مقدماً شراء ما ستركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

راجع السنهورى - ص ٨٧٦ .

- رابعاً -

- إسترداد الحصة الشائعة -

على غرار حق الشفعة بالنسبة لبيع العقار وضع المشرع نظاماً لإسترداد الحصة الشائعة فى المنقول أو فى المجموع من المال إذا ما بيعت الحصة لأجنبى عن الشركاء , تجنباً للمضايقات والمنازعات التى قد تثار بمناسبة دخول أجنبى عن الشركاء فى الإنتفاع والتصرف فى المال الشائع , وهذا الحق مصدره التاريخى هو القانون الفرنسى , وإن كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر التاريخى لحق الشفعة ^(١) .

وقد ورد تنظيم الحق فى الإسترداد فى المادة (٨٣٣) مدنى , حيث نصت على أنه " ١ - للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترده قبل قسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به , ويتم الإسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري , ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه وإلتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه .

٢ - وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته " .

[١] شروط الإسترداد :-

من خلال النص السابق يمكننا القول بضرورة توافر ثلاثة شروط لإعمال نظام الإسترداد وهى : ١ - أن يتعلق الأمر ببيع حصة شائعة فى منقول أو فى مجموع المال , ٢ - أن تباع الحصة لأجنبى عن الشركاء , ٣ - أن يتم البيع بطريق الممارسة :-

- الشرط الأول : أن يتم بيع حصة شائعة فى منقول أو فى المجموع من المال :-

فالأمر يخص تصرف واحد ناقل للملكية وهو البيع , أى نقل الملكية مقابل ثمن نقدى , فلا بد أن يستجمع التصرف أركان عقد البيع وشروطه , بأن يكون بيعاً صحيحاً غير قابلاً للإبطال مطلقاً ولا صورياً , أما البيع الباطل نسبياً فهو موجود ومنتج لآثاره إلى أن يتقرر بطلانه , ويتوقف مصير دعوى الإسترداد على

(١) السهوى - ج ٨ - ص ٨٥١ .

مصير البيع ذاته , فإن التصرف الناقل للملكية غير البيع كالهبة والمقايضة والصلح وغيرها فلا يفتح باب الإسترداد (١) .

كما يجب أن يرد البيع على الحصة شائعة , وليس مفرزة , وذلك يفترض قيام وإستمرارية حالة الشيوخ بين الشركاء , فإذا إنقضت حالة الشيوخ بالقسمة (رضاءً أو قضاءً) فلا مجال للإسترداد , حتى ولو لم تسجل القسمة الرضائية , حيث القسمة سارية في حق الشركاء , ولو لم تسجل , ولكن لا يحتج بها على الغير إلا من تاريخ تسجيلها .

وأخيراً , فالأمر يتعلق بالمنقولات أو بالمجموع من المال , وتستبعد العقارات من هذا النظام ويطبق بشأنها نظام الشفعة , أما المنقولات بطبيعتها والعقار بالتخصيص إذا ما فصل عن العقار الأصلي بإرادة مالكة وكذلك المجموع من المال والذي يضم عناصر مادية ومعنوية كالمحل التجارى والتركة وأموال الشركة بعد حلها , فهي المعنية بنظام الإسترداد حتى ولو إشتل هذا المجموع من المال على عقار , أما إذا كان المبيع حصة شائعة فى عقار معين فإنه لا يجوز الإسترداد , ولا سبيل فى هذه الحالة للحلول محل المشتري إلا عن طريق الشفعة.

ولكن لا يهم مصدر الشيوخ , فسيتوى أن يكون الشيوخ ناشئاً عن الإرث أو غير ذلك من الأسباب (٢) .

- الشرط الثانى : أن تباع الحصة الشائعة لأجنبى عن الشركاء :-

أى أن الشريك على الشيوخ فى المنقول أو المجموع من المال (المحل التجارى - التركة) قد باع حصته شائعة , وبالتالي فالتصرف صحيح بين طرفيه وناظذا فى حق الشركاء الآخرين , حيث يملك الشريك على الشيوخ حق التصرف فى حصته شائعة (قبل القسمة) م (١ / ٨٢٦) مدنى.

كما يشترط هنا أن يتم التصرف لأجنبى عن الشركاء , أى شخص ليس شريكاً فى المال محل الإسترداد , سواء لأنه لم يكن شريكاً من قبل , أو كان شريكاً وباع حصته من قبل فلم يعد شريكاً .

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣٢٨ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨٩/١/٣٠ س ٤٠ ص ٣٤٢ , الجمعة , ود/ نبيل سعد - ص ١٢٧ .

أما إن تعدد الشركاء وإختار الشريك البائع أحدهم وتصرف له بالبيع فى حصته مثلاً فلا يحق للآخرين اللجوء للإسترداد , ولو كانوا أقرب للبائع فى الدرجة (قرابة نسب أو مصاهرة) أو أكبر فى الحصص ^(١) .

- الشرط الثالث : أن يتم البيع بطريق الممارسة :-

ويعنى ذلك عدم اللجوء للمزاد العلنى , فإن تم البيع بالمزاد العلنى طبقاً للقانون فلا يفتح باب الإسترداد , حيث كان يحق للشريك المسترد دخول المزاد والتزايد على الحصة , أما وقد فوت فرصته فى ذلك فلا حق له فى الإسترداد^(٢) .
أما إن تم البيع بالممارسة , هى التفاوض المباشر مع البائع , فهو الذى يفتح باب الإسترداد .

[٢] إجراءات الإسترداد :-

إذا اجتمعت الشروط الثلاثة السابقة إنفتح أمام الشريك (أو الشركاء) باب الإسترداد , وثبت له هذا الحق لمدة ثلاثين يوماً يبدأ حسابها من تاريخ علمه اليقينى بالبيع لأجنبى أو من تاريخ إعلانه به (من المشتري أو البائع أو هما معاً)^(٣) , ويثبت هذا الحق لكل شريك , سواء أكان شريكاً أصلياً أم شريكاً طارئاً (مشتري لاحق أو وارث) .

(١) قضى بأن " النص فى المادة (٨٣٣) من القانون المدنى على أن (للشريك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى) إنما قصد به كف الأجانب عن إقتحام حرم الشركاء فى ملكيتهم للمنقول الشائع أو المجموع من المال وجعلهم فى مأمن من دخیل يطرأ فيفسد عليهم محيطهم , ولما كان ذلك وكان اخل التجارى وعلى ما يقضى به القانون رقم (١١ لسنة ١٩٤٠) يعتبر منقولاً معنوياً يشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية من إتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجارى وحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكونة لها , وإذا كان الثابت من الأوراق أن اخل التجارى مزار الزراع مملوك على الشيوع لورثة المرحوم , وليس من بينهم الطاعنين , فيكون بيع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا اخل هما هو بيع لأجنيين يجوز فيه لأى من الشركاء الآخرين حق إسترداد الحصة المبيعة عملاً بنص المادة المذكورة (نقض ١٩٨٩/١/٣٠ طعن ٩٧٦ س٥٣) .

(٢) نقض فى ١٩٥٢/١٠/٣٠ - المجموعة - س ٤ رقم ٩ ص ٤٥ , والسنهورى - ج ٨ - ص ٨٥٥ .

(٣) ولم يحدد المشرع موعداً للإعلان بالبيع , ولكن من مصلحة الطرفين (البائع والمشتري) التعجيل به , وهذا الإعلان يجب أن يتضمن شروط البيع , كالثمن والمبيع والملحقات مما يؤثر فى قرار الشريك .

راجع نقض مدنى فى ١٩٩٢/٢/١٠ س ٤٣ ص ٢٧٧ , فى الطعن رقم ١١٩١ س ٥٣ ق .

ويسقط حق المسترد فى طلب الإسترداد بمرور ثلاثين يوماً من تاريخ العلم اليقينى (الحقيقى) بشروط البيع , شاملة الثمن المدفوع , دون العلم الظنى , نقض ١٩٩٢/٢/١٠ , ذات الحكم .

فإن إستقر رأيه على الإسترداد فعليه أن يوجه إعلاناً بذلك للطرفين (البائع والمشتري) يوضح فيه جدياً إستقراره على أخذ الحصة الشائعة المبيعة بالإسترداد بالسعر المعلن به أو المباع به , ويتم الإسترداد بهذا الإعلان دون حاجة لدعوى أو حكماً قضائياً أو إيداع الثمن خزينة المحكمة فعلاً (إن تم الإسترداد رضاءً) , فإن لم يتم الإسترداد رضاءً فله أن يرفع دعوى الإسترداد فى أى وقت إلى أن تتم القسمة , ويختصم البائع والمشتري فى كل مراحل الدعوى (١) .

ولكن لا يتسلم الحصة المبيعة فعلاً إلا من تاريخ تعويضه المشتري عن كل ما أنفقته على الحصة المستردة , والتعويض لا يقتصر على الثمن المدفوع فحسب بل يشمل أيضاً النفقات التى أنفقها المشتري عليها حتى ما قبل الإعلان بالإسترداد , فإن عوض المشتري عن كل ذلك حل محله فى جميع حقوقه والتزاماته .

فإن تعدد طالبي إسترداد الحصة الشائعة وثبت الحق لكل منهم , تقسم الحصة بينهم بنسبة حصة كل منهم فى المنقول أو المجموع من المال . ولا يكون الإسترداد إلا فى كل الحصة الشائعة المبيعة حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري , ولن يتحقق الهدف من الإسترداد بتجنب شريك أجنبي إذا إسترد جزء من المبيع فحسب , فسيظل المشتري الأجنبي شريكاً للمسترد أيضاً .

(١) نقض فى ١١٩٨٩/١/٣٠ س ٤٠ ص ٣٤٢ .

- المطلب الثالث -

- قسمة المال الشائع -

يحتّم الواقع العملى إجراء قسمة للمال الشائع بين الشركاء إن آجلاً أو عاجلاً , فالشيوع حالة قلقة غير مستقرة لكثرة ما ينجم عنها من مشكلات ومنازعات تؤدى لسوء إستغلال الثروات والأموال , فالملكية المفترزة دائماً ما تكون أفضل فى إستغلالها من الملكية الشائعة .

وللقسمة أنواع عديدة منها القسمة الرضائية و القضائية , و قسمة المهاداة والقسمة النهائية , و قسمة التجميع و قسمة التفريق , و القسمة العينية و قسمة التصفية , كما أن لها آثاراً تترتب عليها إذا ما تمت , رضاءً كانت أو قضاءً , وقد أجاز القانون للشخص أن يوصى بقسمة أمواله بشكل معين بين ورثته بعد وفاته منعاً للمنازعات والشقاق بينهم .

- الفرع الأول -

{ القسمة الرضائية والقسمة القضائية }

أولاً - تعريف القسمة وأنواعها :-

[١] تعريف :-

القسمة هى " إفراز وتجنب نصيب كل شريك فى المال الشائع , يحصل عليه ويتنازل عن الأنصبة الأخرى للشركاء الآخرين " ^(١) .

فالقسمة تتعلق بالإفراز أى بتحديد وتخصيص نصيب كل شريك فى المال , فبعد أن كان يملك حصة أو نسبة حسابية مشاعة فى المال بات يملك جزء محدد ومفترز منه , وكذلك غيره من الشركاء , مما يؤدى لإنهاء حالة الشيوع .

[٢] أنواع القسمة :-

للقسمة أنواع عديدة منها ما يلى :-

(١) عرفت المجلة القسمة فى المادة (١١١٤) منها بأنها " هى تعيين الحصة الشائعة , يعنى إفراز الحصص بعضها عن بعض بمقياس ما كالزراع والوزن والكيل " وهى تعنى القسمة العينية , د/ غنى حسون - ص ١١٦ .

{ أ } قسمة التجميع و قسمة التفريق :-

فقسمة التجميع تعتمد على تجميع نصيب كل شريك فى مال محدد وعدم تفريقه بين أجزاء المال الشائع , وهذا يفترض تعدد الأموال الشائعة كالتركة التى تتكون من مزرعة ومصنع وفيلأ وأموال سائلة , فإذا كان الشركاء ثلاثة أخوة فيمكن أن يمنح أحدهم الفيلا , والآخر المزرعة , والثالث المصنع , وتقسم الأموال السائلة على الثلاثة , مع مراعاة وجود معادل للأنصبة إذا كانت قيمة أحدهم أكبر من الآخر فيدفع من أخذه فرق الأنصبة لشركائه , فالمصنع عادة ما يكون أكبر من قيمة المزرعة أو الفيلا فيدفع من أخذه فرق مالى لشركائه حتى تتعادل الأنصبة مالياً .

أما قسمة التفريق , فيعطى كل شريك ما يعادل حصته فى كل جزء من الأموال الشائعة , وفى المثال السابق يقسم المصنع على ثلاثة أنصبة , يعطى كل منهم نصيب , وكذلك الفيلا والمزرعة , وهذه القسمة لا يلجأ إليها إذا كانت تسبب خسارة للشركاء حيث بعض الأموال تقل قيمتها كثيراً بقسمتها عيناً , وبعض الأموال لا تقبل القسمة العينية أصلاً .

{ ب } القسمة العينية و قسمة التصفية :-

تعتمد القسمة العينية على حصول كل شريك على جزء عيني من المال الشائع متى أمكن ذلك , أما قسمة التصفية فتعتمد على بيع المال الشائع (بالمزاد أو بدونه) وإقتسام ثمن البيع على الشركاء بنسبة حصصهم .

{ جـ } قسمة المهايأة و القسمة النهائية :-

قسمة المهايأة هى طريقة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع مؤقتاً , ولا تستمر أكثر من خمس سنوات مالم تتجدد , وقد تكون مهايأة زمانية أو مكانية , ولا تنهى حالة الشيوخ , أما القسمة النهائية وأياً كان نوعها فهى تنهى حالة الشيوخ , ويحصل كل شريك على نصيبه محدداً ومفرزاً من المال .

{ د } القسمة الرضائية و القسمة القضائية :-

تتم القسمة الرضائية بالتراضى بين الشركاء , فيتفقون جميعاً عليها , لا يعارض منهم أحد , وغالباً ما لا تكون عادلة تماماً , حيث يراعى المتقاسمون أوضاع بعضهم البعض , والغبن فيها مقبول , مالم يجاوز الخمس .

أما القسمة القضائية فتتم بحكم قضائي ينهى حالة الشروع , ويحصل كل شريك على حقه تماماً لا أكثر , على ما سنرى .

ثانياً - حق طلب القسمة : -

الأصل أنه يحق لكل شريك فى الشروع طلب قسمة المال الشائع قسمة نهائية وتحديد وإفراز نصيبه وأنصبة غيره من الشركاء , وذلك فى أى وقت . وقد منح القانون هذا الحق لكل شريك منفرداً حتى ينهى على المنازعات مبكراً ويحسن إستغلال المال الشائع , ولم يشترط وجود أغلبية عادية أو غيرها للشروع فى القسمة النهائية .

وإستثناء من ذلك يمتنع على الشريك طلب القسمة إذا كان مجبراً على الشروع بنص قانونى أو بالإتفاق ^(١) .

فقد يجبر الأفراد على البقاء فى الشروع رغماً عنهم إذا ما قرر القانون وجود شيوخ إجبارى كما فى الأجزاء الشائعة فى ملكية الشقق والطبقات (السلام - المصاعد - الأسطح - مدخل العمارة) , وقد يتفق الشركاء على إستمرار الشيوخ بينهم مدة خمس سنوات أو مدة دورة معينة يحصل كل شريك خلالها على ريع المال الشائع كله ويتركه لفترة مماثلة لشريكه الآخر , وهكذا وهذه هى قسمة المهايأة , فإذا وجد الإتفاق تعين إحترامه من الجميع , ولا يجاب من طلب القسمة لطلبه إذا ما خالف ما إتفق عليه , سواء أكان هو الشريك ذاته أم خلفه العام أو الخاص .

وفى هذا نصت المادة (٨٣٤) مدنى على أنه " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع مالم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص أو إتفاق , ولا يجوز بمقتضى الإتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين , فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الإتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه " .

ثالثاً - القسمة الرضائية : -

القسمة الرضائية هى التى إنعقد عليها إجماع الشركاء , وهى إما قسمة مهايأة وإما قسمة نهائية :-

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣٣٦ .

[١] قسمة المنافع (قسمة المهايأة) :-

قلنا أن قسمة المهايأة لا تنتهى حالة الشيوخ بل هى طريقة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع " فهى قسمة منفعة وليس قسمة ملك " وتتم بالتراضى وبإجماع الشركاء عليها أيضاً , وهى إما قسمة مهايأة مكانية أو زمانية .
{ أ } المهايأة المكانية :-

وتتم بإتفاق الشركاء على أن يختص كل منهم بجزء مفرز من المال الشائع , يعادل نصيبه تقريباً , ينتفع به وحده طوال مدة الإتفاق متنازلاً فى الوقت ذاته عن الإنتفاع بالأجزاء الأخرى لصالح شركائه الآخرين , وقد نظم المشرع أحكامها فى المادة (٨٤٦) مدنى .

ويصح إتفاق الشركاء على هذه المهايأة بشرط ألا تتجاوز خمس سنوات , فإذا إنقضت فيمكن تجديدها لمدة أو لمدد مماثلة , وإن تجاوز الإتفاق مدة الخمس سنوات نقص إلى هذه المدة وصح الإتفاق , فإذا لم يتفق الشركاء على مدتها , أو إنتهت المدة الأولى (خمس سنوات) دون الإتفاق على المدة التالية تجدد المهايأة سنة واحدة , قابلة للتجديد , مالم يعلن أحدهم عن رغبته فى وقف العمل بها قبل إنتهاء السنة بثلاثة أشهر على الأقل (م ١/٨٤٦) مدنى .

- تحول المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية بقوة القانون :-

إن إستمر الوضع كذلك مدة خمسة عشرة سنة , إنقلبت قسمة المهايأة المكانية من قسمة مؤقتة إلى قسمة نهائية بقوة القانون (مالم يوجد إتفاق بين الشركاء على غير ذلك) فتلك خير قسمة توصل إليها الشركاء و إرتضوها بينهم ضمناً , وإستمرروا عليها تلك المدة الطويلة (م ٢/٨٤٦) مدنى وإطمأنوا إلى نتائجها^(١).

بل وقد أقام المشرع فى المادة (٢/٨٤٦) قرينة مقتضاها أنه إذا حاز الشريك على الشيوخ جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمسة عشرة سنة , إفتراض أن حيازته لهذا الجزء تستند لقسمة المهايأة المكانية بكل أحكامها السابقة , مادامت لا توجد قسمة نهائية , وتنتهى بها حالة الشيوخ إذا ما إستمرت خمس عشرة سنة كما رأينا .

(١) وتنتهى بها حالة الشيوخ , نقض فى ١٩٨٩/٣/٢٣ س ٤٠ ص ٨٢٣ , ونقض فى ١٩٨١/٣/١٨ س ٣٢ - ص ٨٧١ .

ويترتب على إعتبار هذه القسمة نهائية بقوة القانون وليست قسمة إتفاقية أنه لا يجوز نقضها للغبن , إذ أن المادة (٨٤٥) تقصر دعوى النقض بسبب الغبن على القسمة الحاصلة بالتراضي , وإذا كان بين الشركاء شخص لم تتوافر فيه الأهلية أو كان بينهم غائب فإن هذا لا يمنع تحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية , وإذا كان المنطق يقتضى القول بأنه لا حاجة لتسجيلها إذا كان الشئ عقاراً حيث أنها تتحقق بقوة القانون , إلا أن الإعتبارات العملية جعلت القضاء يتجه إلى ضرورة تسجيلها ليس بإعتبارها قسمة إتفاقية , وإنما إعمالاً للنص الصريح العام على " تسجيل القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً موروثة " م (١٠) من قانون الشهر العقارى ^(١) .

{ ب } المهايأة الزمانية :-

تكون المهايأة الزمانية بعمل دورة زمنية للمال بعدد الشركاء فيه , يحوز كل شريك المال كاملاً للإنتفاع به المدة الزمانية المتفق عليها (أسبوع - شهر - سنة) أو غيرها , ثم يسلمه لشريكه الآخر كاملاً لينتفع به مدة مماثلة , وهكذا حتى يستفيد كل الشركاء بمدد مماثلة من المال تتناسب مع حصصهم فيه , وبعد إنتهاء الدورة يمكن بدء دورة مهايأة جديدة أو الإنتقال لمرحلة القسمة النهائية ^(٢) .

وقد نصت المادة (٨٤٧) مدنى على أنه " تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك , كل منهم لمدة تتناسب مع حصته , وتخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وإلتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار , مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة (م ٨٤٨) .

كما يجوز للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراء القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية , فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة , جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣١٢ , د/ نبيل سعد - ص ١٥٨ , ونقض في ١٩٦٩/٦/٢٦ - المجموعة - ص ٢٠٠ رقم ١٦٧ - ص ٨٤ .

(٢) نظمت مجلة الأحكام العدلية المهايأة فى المواد من (١١٧٤ - ١١٩٤) وهى لا تجرى فى المثليات , لأن المثليات لا يمكن الإنتفاع بها مع بقاء أعيانها , بل تجرى فى القيميات .

د/ غنى حسون - ص ١٠٥ .

أحد الشركاء أن يأمر بها , بعد الإستعانة بخبير إذا إقتضى الأمر ذلك (م ٨٤٩) مدنى .

[٢] القسمة النهائية :-

جاء النص على القسمة النهائية الرضائية فى المادة (٨٣٥) من القانون المدنى , حيث قررت أنه " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها , فإذا كان من بينهم ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التى يفرضها القانون " .

فللشركاء على الشيوخ إذا ما انعقد إجماعهم على القسمة النهائية أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها مناسبة ومحقة لمصالحهم , قسمة تجميع أو قسمة تفريق , أو قسمة عينية أو تصفية , المهم هو إجماع الشركاء على ذلك .

وبالتالى فلا تصح القسمة الرضائية بالأغلبية , ولو كانت غير عادية ($\frac{3}{4}$) مثلاً , فلا يعتد بها قانوناً ولا تسرى فى حق الأقلية الذين يملكون طلب القسمة النهائية رضاءً أو قضاءً , ولكن يظل إتفاق الأغلبية (أو الأقلية إن كانوا هم المتفقون على القسمة) ملزم لهم فيما بينهم كأساس للقسمة , بشرط ألا يضر بحقوق الشركاء الآخرين , ويظل العقد قائماً بينهم وإن لم ينهى حالة الشيوخ كاملاً لأنه ليس باطلاً بل غير نافذ فى حق من لم يشترك فيه من الشركاء.... " .

ويكون للشركاء الآخرين أن يقرروا الإتفاق فينفذ فى حقهم متى شاؤوا , أو فى حق من أقره منهم , وتنتهى حالة الشيوخ إن أقره جميعاً^(١) , ولكن بشرط أن

(١) راجع نقض فى ١٩٩٢/٢/٢٠ , س ٤٣ ص ٣٥٧ , وفى ١٩٨٩/٥/٣١ س ٤٠ - ص ٥١٢ , ونقض فى ١٩٨٨/٤/٢١ , طعن رقم ٢٧٤ س ٥٣ , حيث قضت محكمة النقض بأن النص فى المادة (٨٣٥) مدنى على أنه " للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها " مؤداها أن القسمة التى لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوخ إلا أن عقد القسمة الذى يوقعه بعض الشركاء - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعتبر باطلاً لعدم توقيعه من جميع الشركاء , وهو وإن كان لا يصلح للاحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع ويظل العقد قائماً وللشريك الذى لم يوقعه الحق فى إقراره متى شاء فينصرف أثره إليه " .

فالأمر لا يتعلق بالنظام العام , ويكون التمسك بعدم نفاذ القسمة للشريك الذى لم يوقع عقد القسمة أو خلفه " نقض فى ١٩٨٧/٦/٢٥ طعن ٧٣١ س ٥٣ " .

يعينوا فى إتفاقهم هذا أنصبة الشركاء الآخرين , فإن لم يتم هذا التعيين (عمداً أو سهواً أو غلطاً) فإن القسمة هذه تقع باطلة بطلاناً مطلقاً ^(١) .

ولكن هل يشترط لتحقيق القسمة الرضائية الإتفاق الصريح الواضح لجميع الشركاء , أم يمكن أم يكون الإتفاق ضمناً ؟

أجازت المحاكم - خاصة محكمة النقض - الإتفاق الضمنى على القسمة الرضائية وأقرته وقضت بترتيب آثاره بين المتقاسمين , ومن ذلك أن يتصرف أحد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته , ثم يتبعه فى ذلك سائر الشركاء , فيتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل نصيبه , فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ^(٢) .

ولكن إذا إتفق بالإجماع على القسمة الرضائية فلا محل بعد ذلك للرجوع عنها أو نقضها من قبل أحد الشركاء , فقد وافق عليه سلفاً , حتى ولو لم يسجل إتفاقهم هذا فى الشهر العقارى , فالقسمة الرضائية يحتج بها بين الشركاء بمجرد الإتفاق عليها , ولكن لا يحتج بها على الغير إلا بتسجيلها , ولا يكون طلب نقض القسمة الرضائية مقبولاً إلا فى حالة الغبن الذى يجاوز الخمس على ما سنرى .

وتثبت القسمة الرضائية بكل طرق الإثبات , وغالباً ما يفرغ إتفاق الأطراف فى إطار مكتوب يوقع عليه الجميع , ولكن لا محل لإشتراط الكتابة كطريقة وحيدة لإثبات القسمة .

فإن كان من بين الشركاء ناقص الأهلية وخاضع لنظام الوصاية فيجب مراعاة حقوقه , فيجب على الوصى إستئذان المحكمة المختصة قبل القسمة لتعين للشركاء مقدار نصيب القاصر الذى يجب أن يحصل عليه من القسمة وأسس القسمة , كما يجب الرجوع إليها بعد إجراء القسمة للتصديق على الإتفاق فيما يخص القاصر , وبذلك يصير الإتفاق ملزماً له , حيث حصل على حقه تحت رقابة قضائية , فإن لم تراعى هذه الإجراءات فلا تكون القسمة سارية فى حق

(١) د/ نبيل سعد - ص ١٥٣ , رأى مشار إليه للدكتور / إسماعيل غانم - ص ٢١٠ فقرة ٨٩ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٤٤/١٢/٢١ - مجموعة عمر ج - ٤٠ رقم ١٧٧ ص ٥٠٣ , ونقض فى ١٩٧٥/٢/٢٥

المجموعة س ٢٦ ص ٤٧٨ رقم ١١ .

وراجع فى القسمة الفعلية - السنهورى - ج ٨ - ص ٨٩٤ , ود/ نبيل سعد - ص ١٥٦ .

القاصر فقط , وله الرجوع عنها خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد , وفي هذا نصت المادة (٤٠) من قانون الولاية على المال بأن " على الوصى أن يستئذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كان له مصلحة فى ذلك , فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الإلتباع , وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها , وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية " .

كما نصت المادة (٨٩) من ذات القانون على أن " يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى فى شأن قسمة مال القاصر من أحكام " .

هذا إذا كان القاصر خاضع لنظام الوصاية , فإن كان خاضعاً لنظام لولاية , فلا يحتاج الولى (الأب أو الجد الصحيح) لإستئذان المحكمة لإجراء القسمة الرضائية لأموال القاصر ^(١) .

[٣] نقض القسمة الرضائية للغيب :-

تُعد القسمة الرضائية عقداً بالمعنى القانونى يخضع للقواعد العامة فى العقود من ناحية الإنعقاد والآثار , خاصة من ضرورة توافر أركان العقد من الرضاء والمحل والسبب ومن شروط صحة العقد من الأهلية وخلو الإرادة من العيوب .

وإذا كان المشرع قد وضع ضوابط خاصة فيما يخص نقص الأهلية أو إنعدامها وكيفية إجراء قسمة الأموال التى يشتركون فيها بحصة معينة , إلا أن القواعد العامة فى عيوب الإرادة من الغلط والإكراه والتدليس تظل أيضاً سارية المفعول .

أما بخصوص الغيب , فلم يرد المشرع إخضاعه للقواعد العامة بخصوص الغيب الإستغلالى وضوابطه المنصوص عليها فى المادة (١٢٩) مدنى , بل وضع للغيب فى القسمة الرضائية حكماً خاصاً , مراعاة منه لما يكتنف القسمة هذه من موائمات وتراضى يتم بين الشركاء , كإيثار الشريك الأصغر سناً أو الأضييق رزقاً أو ذو المرض بنصيب أكبر من الآخرين , وهذه الموائمات مطلوبة ومرغوب فيها من الجميع , وهى صحيحة وقانونية إذا إرتضاها الشركاء , خاصة ذنوا النصيب الأقل .

(١) نقض مدنى فى ١١/١١/١٩٨٥ س ٣٦ - ٣٧٠ , فى الطعن رقم ٧٠٢ س ٥١ ق .

ولكن ذلك لا يجب أن يؤدي للإجحاف بحقوق أحد الشركاء المتقاسمين لينتقص نصيبه من المال محل القسمة بدرجة كبيرة حددها المشرع بالخمس , حيث نصت المادة (٨٤٥) مدنى على أنه " ١ - يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس , على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة , وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته"^(١) .

وبناءً عليه فيشترط لنقض القسمة الرضائية للغبن الفاحش شرطين رئيسيين , الأول موضوعى , والثانى شكلى :-

- الشرط الموضوعى : أن يزيد الغبن عن خمس نصيب المتقاسم :-

فنقص نصيب أحد المتقاسمين حتى الخمس مقبولاً فى النص القانونى , فكما قلنا أن المسألة رضائية تحكمها مواعيد وإعتبارات يصعب ضبطها , فإن كان نصيب كل متقاسم فى المال مبلغ مليون جنيه مثلاً وحصل أحدهم على نصيب (٨٠٠ ألف) وأحدهم على مليون و ٢٠٠ ألف , فهذا ما يزال مقبولاً قانوناً لأننا فى حدود الخمس لم نتجاوزه , والنص يشترط أن يزيد الغبن على الخمس , فإن كان نصيبه أقل من (٨٠٠ ألف) فقد تحقق الشرط الأول .

ويحسب الغبن على أساس قيمة المال المقسوم وقت إجراء القسمة , وليس بعدها , فالعبرة بالقيمة الحقيقية للمال فى تلك اللحظة , فإن زاد نصيب أحد المتقاسمين بعد القسمة ولو بيوم واحد على أثر زيادة الأسعار أوتتفيذ بعض أعمال المنفعة العامة كشق طريق أو إدخال المنطقة الواقعة بها نصيبه فى التخطيط العمرانى مما رفع قيمتها فكل ذلك لا أثر له من ناحية الغبن , وكذلك لو نقص نصيب الآخر بأحد العوامل الخارجية , فلا يؤخذ ذلك فى الإعتبار , بل يحسب الغبن على الأساس السابق وقت القسمة .

(١) نظمت المجلة نقص القسمة للغبن الفاحش فى المادة (١١٢٧) منها , بصرف النظر عما إذا كان صاحبه تغير (تدليس) أم لا , ذلك أن القسمة تقوم على أساس من العدالة والمساواة بين الشركاء , والغبن الفاحش يتحقق إذا وصل لنصف العشر فى العروض , والعشر فى الحيوانات والخمس فى العقار أو زيادة , وبصفة عامة فالغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين .

راجع د/ غنى حسون - ص ١٣١ .

- الشرط الشكلى : أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة :-

وهى مدة قصيرة وضعها المشرع لسرعة حسم المنازعات التى يمكن أن تثار بمناسبة الإتفاق على القسمة ولإستقرار الأوضاع بين المتقاسمين , فإن فاتت مدة السنة سقط الحق فى نقض القسمة .

وتحسب مدة السنة من تاريخ إجراء القسمة , وهذه مدة سقوط وليس تقادم , فلا يرد عليها لا الوقف ولا الإنقطاع .

وقد أجاز القانون للمتقاسم الآخر (أو المتقاسمين) أن يتوقى نقض القسمة إذا هو أكمل للمتقاسم المغبون - نقداً أو عيناً - مقدار ما نقص من حصته , فنقف الدعوى , والمقصود بالتكاملة هو إكمال ما نقص كاملاً من نصيبه لكى تتعادل وتتساوى الأنصبة , وليس الوصول لقدر الخمس المسموح فيه بالغبن , ليظل الغبن قائماً ولكن فى حدود الخمس , فلا يحصل المتعاقد إلا على ($\frac{4}{5}$) حقه , مثل بيع العقار المملوك لغير كامل الأهلية , بل يجب رفع الغبن نهائياً وتساوى الأنصبة ^(١) .

فإذا فاتت مدة السنة فُيُعد المتقاسم المغبون قد تنازل ضمناً عن حقه فى نقض القسمة للغبن الذى يجاوز الخمس , كما يملك أن يتنازل صراحة عن هذا الحق فيستقر الوضع النهائى للقسمة الرضائية , كما يمكن أن يستفاد التنازل من أى مسلك يستخلص منه إجازته للعقد أو تنازله عن نقض القسمة , كأن يتصرف فى نصيبه المسلم إليه بأى من التصرفات الناقلة للملكية .

ولكن إن تمسك بحقه وأجابته المحكمة لطلبه عادت حالة الشيوخ قائمة كما كانت ويعود له ولغيره الحق فى طلب القسمة القضائية , وتعود الأموال شائعة خالية من أى حقوق ترتبت للغير أثناء فترة القسمة , إلا ما يتعلق منها بأعمال الإدارة العادية .

(١) السهوى - ج ٨ - ص ٩٠٨ - رقم ٥٥١ , ود/ محمد ليب - ص ٣٤٢ .

- رابعاً -

- القسمة القضائية -

إذا اختلف الشركاء ولم يستطيعوا الوصول إلى قسمة رضائية بإجماعهم فننتقل للقسمة القضائية , كما يمكن طلب القسمة القضائية ابتداءً ودون محاولة إجراء قسمة رضائية , فليس شرطاً أولاً لطلب القسمة القضائية أن تسبقه محاولة القسمة الرضائية .

ويطلب القسمة القضائية أيّاً من الشركاء , وأياً كان نصيبه في المال , صغيراً أو كبيراً , وتختص بنظر دعوى قسمة المال الشائع المحكمة الجزئية الواقع في نطاق دائرتها المال أو الأموال المطلوب قسمتها , أو أكثرها قيمة , وأياً كانت قيمة هذه الأموال , كما تختص أيضاً بالفصل في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وكل المنازعات الأخرى المتعلقة بالقسمة والمال المقسوم والتي تدخل في اختصاصها , فإذا ثارت منازعات أخرى تخرج عن اختصاصها أحالتها للمحكمة المختصة (الابتدائية) وتوقف نظر دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في تلك الدعاوى (م ٨٣٨) مدنى ^(١) .

وبعد طلب الخصوم (الشركاء) أو أحدهما إجراء القسمة القضائية وتكليفه شركائه الآخرين بالحضور أمام المحكمة الجزئية المختصة تبدأ المحكمة بنظر الدعوى , وغالباً ما تنتدب أحد خبراءها لتعيين الوضع على الطبيعة وتقييم المال وإقتراح مشروعات القسمة , حيث يقترح مشروع أو أكثر لإجراء القسمة تعرضه المحكمة على الشركاء لإختيار أحدهما (قسمة تجميع أو قسمة تفريق) . وبعد إختيار مشروع القسمة (عينية أو تصفية) توزع الأنصبة على الشركاء , فإن تمسك أكثر من شريك بنصيب معين في المال الجارى قسمته يمكن للمحكمة أن تجرى القرعة عليه (وعلى كل الأنصبة الأخرى) أو يتزايد عليه الشركاء (م ٨٣٩) مدنى .

وإن تعذر قسمة المال قسمة عينية (أو كانت القسمة تسبب له خسارة كبيرة) فيمكن للمحكمة أن تقرر إجراء قسمة التصفية بالتزايد عليه , ويمكن أن يقتصر المزداد على الشركاء إذا ما طلبوا جميعاً ذلك وإلا فيباع بالمزاد العلنى

(١) نقض في ١٩٩٢/٤/١٢ - طعن ١٢٥١ س ١٢٥١ - س ٥٢ق - حيث قضى بإختصاص المحكمة الجزئية دون الابتدائية في دعوى القسمة , ويحق للمشتري حصة شائعة بعقد عرفى طلب إقسام العقار , نقض في ١٩٨٩/٥/٣١ - طعن ١٢٤٤ س ٥٥ق - , ونقض في ١٩٩٤/١٢/١٧ .

(م ٨٤١) مدنى ^(١) , وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بدستورية قسمة التصفية^(٢).

وتصدر المحكمة حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه مفرزاً فى المال (بطريق التجنيب) ويتم إنهاء الشروع بهذا الحكم .

وحكم القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما فصل فيه , فإن بات نهائياً فقد حاز حجية الأمر المقضى .

وقد فصت محكمة النقض بأنه " وفقاً للمادة (٨٤٣) من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشروع وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم " ^(٣) .

- حماية حقوق الدائنين :-

حرصاً من المشرع على حماية حقوق دائنى بعض الشركاء المتقاسمين أو كل الشركاء (إذا كان الدين إنعقد بإجماعهم) وحتى لا تحدث موائمات وإتفاقات سرية ضارة بمصالحهم فقد أجاز القانون لهم أن يعارضوا إجراء القسمة (عينية أو بالتصفية) دون تدخلهم , وتوجه المعارضة لكل الشركاء , وعليه فيجب إدخال كل من عارض منهم فى جميع الإجراءات وإلا فتكون القسمة غير نافذة فى حقه .

وفى جميع الأحوال يجب إدخال كل الدائنين المقيدة حقوقهم على المال قبل إجراء القسمة , عارضوا أم لم يعارضوا .

فإن تمت القسمة دون حدوث معارضة من أحد الدائنين أو كلهم فليس له أن يحتج بعدم نفاذ القسمة فى حقه إلا فى حالة واحدة هى الغش إن إستطاع إثباته ^(٤) , تطبيقاً للمادة (٨٤٢) مدنى التى جرت صياغتها كما يلى " ١ - لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ,

(١) نقض فى ١٩٩٦/٦/١١ , طعن ٢٣١ س ٦١ق , وفى ١٩٩٢/٤/١٢ فى الطعن رقم ١٢٥١ س ٥٢ق .

(٢) فى حكمها الصادر فى ٣ يناير سنة ١٩٩٨ .

(٣) نقض فى ١٩٨٣/٤/٢٦ - فى الطعن رقم ٣٧٦ س ٤٣ق - ونقض فى ١٩٨٧/١/١٤ , طعن رقم ٢١٣٥ س ٥١ق .

(٤) د/ محمد لبيب - ص ٣٤٤ .

وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء , ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات , وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

٢ - أما إذا تمت القسمة , فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الغش" .

- أحكام خاصة بتصفية الشركات وقسمتها :-

وضع المشرع المدني نصب عينيه الأحكام الخاصة بالميراث وتصفية الشركات فنص على قواعدها في المادة (٨٧٥) وما بعدها من القانون المدني , بدأها بتقرير حق الورثة ونصيب كل وارث طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في هذا الشأن .

أما بشأن تعيين مصف الشركة فقد نظمها القانون في المادة (٨٧٦) وما بعدها , وجرد الشركة في المادة (٨٨٣) وما بعدها , وتسوية ديون الشركة في المادة (م ٨٩١) وما بعدها , وأخيراً تسليم أموال الشركة وقسمة هذه الأموال (م ٨٩٩) وما بعدها .

وقد نصت المادة (٩٠٢) على حق كل وارث في أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفزراً , إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء في الشيوخ بناءً على إتفاق أو نص في القانون , وعلى المصفي أن يجرى قسمة ودية لأعيان الشركة , على ألا تصير نهائية إلا بإقرارها من الورثة بالإجماع , فإن تعذر ذلك فعلى المصفي أن يرفع دعوى قسمة (على نفقة الشركة) وفقاً للأحكام السابق التعرض لها , ويسرى على القسمة بعد إتمامها ذات قواعد القسمة التي سنراها لاحقاً .

فإذا كان من بين أعيان الشركة أوراق عائلية وأشياء تتصل بعاطفة الورثة نحو مورثهم , وتعذر إجماع الورثة على قسمتها فللمحكمة أن تأمر ببيعها أو بإعطائها لأحد الورثة مع إستنزال قيمتها من نصيبه أو دون إستنزال (م ٩٠٥) مدني .

وإذا إختص أحد الورثة عند القسمة بدين للشركة (دين لمورثه على الغير) فإن باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة , مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك .

- تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة فى حالة وجود شريك غير كامل الأهلية :-

أوجبت المادة (٨٤٠) مدنى الحصول على تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً إذا كان من بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية وكان ينوب عنه فى القسمة الوصى أو القيم , وذلك وفقاً للقانون .
فإن كان الولى هو من ينوب عنه فلا حاجة للتصديق ^(١) .

(١) السهنورى - ص ٩٢٩ , د/ محمد لبيب - ص ٣٤٧ .

- الفرع الثانى -

- آثار القسمة -

يتمخض عن القسمة بعد إجرائها مجموعة من الآثار القانونية الهامة, أهمها الإفراز المرتبط بالآثر الرجعى للقسمة , والثانى ضمان الإستحقاق .

- أولاً -

- الأثر الرجعى للقسمة (الإفراز) -

تعتمد فكرة الأثر الرجعى للقسمة على طبيعة القسمة ذاتها (رضائية كانت أو قضائية) وهل هى كاشفة عن الحق أو منشئة له ؟
فقد إعتنق الفكر القانونى فى بداية الأمر (الفقهاء الرومان) الطبيعة المنشئة للقسمة , فهى ناقلة للحق وليست كاشفة له , بإعتبارها تتضمن عملية مقايضة بين الشركاء حيث ينزل كل شريك عن ملكيته فى الأجزاء التى وقعت فى نصيبهم , مقابل نزولهم عن ملكيتهم فى كل ذرة من ذرات المال فى الجزء الواقع فى نصيبه .

ويترتب على ذلك بقاء التصرفات التى أبرمها كل شريك متقاسم على الجزء الذى كان يحوزه , أو على كل المال , بصرف النظر عن نتيجة القسمة حتى ولو وقع فى نصيبه بعد القسمة جزءاً آخر غير محل التصرف , ولا يستطيع المتقاسم أن يخلص نصيبه إلا إذا وفى بدين لم يقرره هو , بل قرره شريكه .

ولتلافى هذه النتائج الضارة بدأ الفكر القانونى يتجه صوب فكرة الأثر الرجعى للقسمة , بما تتضمنه من آثار كاشفة وليست منشئة للحق , وضمن القانون الفرنسى هذه الفكرة فى المادة (٨٨٣) مدنى , ثم القانون المدنى الأهلى المصرى الصادر سنة ١٨٨٣ فى المادة (٤٥٧) , ثم القانون الحالى فى المادة (٨٤٣) التى نصت على أنه " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع , وأنه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص " .

والحقيقة أن فكرة الأثر الرجعى للقسمة وأن الشريك يُعد مالكا لما آل إليه أخيراً منذ بدء الشيوع وأنه لم يكن يملك غيره هى فكرة خيالية من صنع المشرع , أراد بها تحقيق نتائج قانونية معينة وإن لم تتوافق مع الواقع الفعلى , والنص

محل إنتقاد الفقه لما يترتب من نتائج أخرى متناقضة , بل يطالب البعض بإلغائه أو تعديله ^(١) .

وبناءً عليه فالإفراز الذى تحقق نتيجة القسمة والتي تمت فى يناير سنة ٢٠١٠ مثلاً , يُعد بمقتضاه الشريك المتقاسم مالاً لهذا النصيب , منذ بدء الشيوع فى يناير سنة ٢٠٠٠ مثلاً , وأنه لم يملك غيره فى أى من أيام الشيوع . وينسحب على ذلك نتيجة منطقية وهى أن كل التصرفات التى أبرمها الشريك على أى من أجزاء المال الشائع , والتي لم تقع فى نصيبه , تُعد كأن لم تكن ولا تسرى فى حق الشريك الآخر الذى آل إليه هذا النصيب مؤخراً , بحيث يخلص له هذا النصيب طاهراً مطهراً من أى حقوق رتبها عليه الشريك الآخر , فلو رتب أحد الشركاء رهناً على المال الشائع كله أو بعضه قبل القسمة دون موافقة الشركاء , فهو غير نافذ فى حقهم فيما يجاوز حصته , ولا يحق للدائن المرتهن أن يحتج بالرهن الصادر قبل القسمة على الشركاء الآخرين , وإن وقع فى نصيب المدين الراهن مالاً آخر فينتقل الرهن بمرتبه لهذا المال , ولكن لا أثر للرهن هذا فى مواجهة باقى الشركاء , فيظل غير نافذ فى حقهم كما كان قبل القسمة .

وبما أن القسمة كاشفة فلا تصلح كسبب صحيح يستند إليه الحائز للتمسك بالتقادم الخمسى أو الحيازة فى المنقول بحسن نية وبسبب صحيح سند الحائز , فالسبب الصحيح يجب أن يكون تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية أو للحق العينى المراد كسبه بالحيازة , والقسمة ليست ناقلة للملكية بل كاشفة لها , فلو فرض أن أحد الأموال المقسومة لم تكن مملوكة للمورث , وطالب بها مالها بعد الوفاة (عارية إستعمال مثلاً) فلا يستطيع الشريك المتقاسم أن يستند لعقد القسمة كسبب صحيح لكسب الملكية بالتقادم الخمسى (فى العقارات) أو فوراً (بالحيازة فى المنقول) فالقسمة كاشفة وليست منشئة .

- تسجيل القسمة للإحتجاج بها على الغير :-

برغم أثرها الكاشف إلا أن المشرع نص على وجوب تسجيلها , وذلك للإحتجاج بها على الغير فحسب (م ٢/١٠) من قانون الشهر العقارى , حيث نص على " سريان هذا الحكم (الخاص بالتسجيل) على القسمة ولو كان محلها

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣٥٣ , ود/ نبيل سعد - ص ١٩٠ وما بعدها .

أموالاً موروثة " ، أما بالنسبة للشركاء المتقاسمين أنفسهم فإنه يحتج عليهم بالقسمة منذ تاريخ الإتفاق عليها ، ولو لم تسجل^(١).

والغير هنا هو من تلقى حقاً عينياً على العقار الشائع قام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة ، والتسجيل قصد به حماية الغير من التصرفات الضارة به على العقار ، مع الإدعاء بحدوث القسمة ، فمالم تسجل القسمة يعتبر العقار شائعاً بالنسبة للغير .

ومع ذلك يجوز للغير أن يتمسك بالقسمة ولو لم تسجل إذا تحققت مصالحه في ذلك ، فالأمر إختياري له ، ففي الشفعة يجوز للمشتري (من الغير) أن يحتج على الشفيع بوقوع القسمة مع شركائه ولو لم تسجل وخروجه من عداد الشفعاء إذا نتج عن القسمة ذلك ، فقد قضى بأن " عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع وإستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ، ولا ينفع على من لم يقم به " ^(٢).

- ثانياً -

- ضمان التعرض والإستحقاق -

نظمت المادة (٨٤٤) مدنى ضمان التعرض والإستحقاق بين المتقاسمين لسبب سابق على القسمة ، فنصت على أنه " ١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزم بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة ، فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين . ٢ - غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الإستحقاق راجع إلى خطأ المتقاسم نفسه " .

(١) د/ نبيل سعد - ص ١٨٦ ، ونقض فى ١٩٩١/١/١٦ ، طعن رقم ٢٥٠١ س ٥٢ ق - وفى ١٩٩٢/١/٥ - طعن ١٠٠٤ س ٤٦ ق .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر - ج ٣ - ص ٤٠٩ رقم ١٣٨ ، ونقض فى ١٩٥٥/٣/١٧ - مجموعة النقض - س ٦ - ص ٨٥١ - رقم ١١١ ، وراجع د/ محمد لبيب - ص ٣٥٦ ، و ص ٣٥٨ .

فليس معنى حدوث القسمة وإفراز نصيب كل متقاسم هو إنتهاء العلاقة نهائياً بين المتقاسمين بزوال الشيوع , فالقانون أقام علاقة بينهم لصالحهم جميعاً , حيث قد يقع تعرض (قانونى) لأحد المتقاسمين وينجح المتعرض فى دعواه ويأخذ النصيب من يد المتقاسم , فهنا يضمن المتقاسمون الآخرون تعويض ما إستحق من تحت يد أحد المتقاسمين لتتساوى الأنصبة النهائية , وكذلك لا يحق لأى متقاسم أن يتعرض للآخر فى نصيبه , سواء أكان تعرض ماذى أو قانونى^(١).

فإذا كانت إحدى الأعيان المقسومة ليست ملكاً (للمورث مثلاً) بل كانت يده عليها عارضه , كما فى عارية الإستعمال أو عقد الأمانة , وقام الورثة بإدخالها ضمن التركة وقسموها عن جهل منهم بعدم تملك مورثهم لها , ولما إدعى مالکها الحقيقى بها وحصل على حكم بإستردادها من تحت يد من وقعت فى نصيبه فقد بات المتقاسم هذا بلا نصيب , بغير خطأ منه , بل بسبب سابق على إجراء القسمة , وهنا وجب الضمان على بقية المتقاسمين , كل منهم يلزم بتعويض هذا المتقاسم بنسبة حصته .

ويقدر الشئ أو النصيب المستحق من تحت يد المتقاسم بقيمته وقت القسمة , وليست وقت الإستحقاق أو التعويض فالمساواة مطلوب تحقيقها فى ذلك الوقت , وإن ثبت إفسار أحد المتقاسمين الضامنين وزع نصيبه فى الضمان على الجميع , بما فيهم مستحق الضمان ذاته , كما يشمل التعويض عن الإستحقاق قيمة الثمار التى ألزم المتقاسم بردها للمستحق , والمصروفات التى أنفقها على الشئ إذا لم يكن المستحق ملزماً بها , ومصروفات دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق , قياساً على الضمان فى البيع (م ٤٤٣) مدنى , ويسقط حق المتقاسم فى ضمان الإستحقاق بالتقادم الطويل (١٥ عاماً) من وقت الإستحقاق^(٢) .

(١) وقد قضى بأن " دفع بعض المتقاسمين بسقوط عقد القسمة بالتقادم هو منهم تعرض للمتقاسمين معهم يتمتع قانوناً عليهم ويكون هذا الدفع غير مقبول " نقض فى ١٩٨٤/٣/٨ , طعن ١١٣٠ س ٥٠ ق .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ١٩٨ .

- غير أن ضمان التعرض والإستحقاق يرتفع فى حالتين :-

{ ١ } الأولى : إذا ما إتفق على ذلك , حيث الأمر يتعلق بمصالح خاصة ولا يمس النظام العام فى شئ , ويشترط فى الإتفاق المعفى من الضمان أن يكون صريحاً وليس ضمنياً , وأن يتعلق بالحالة التى إستحق النصيب بسببها , حيث قد يتوقع الشركاء أن يدعى شخصاً بعينه بحق على المال المقسوم , فيطلبه أحد المتقاسمين ويتفق مع الآخرين على عدم ضمانهم إذا نجح المدعى فيما يدعيه , وغالباً ما يكون هذا النصيب مرتفع القيمة أو مميز فيقبل المتقاسم أن يحصل عليه مع تحمل هذه المخاطر على أمل أن يجد مخرجاً لدحض الإدعاء المهدد له .

ولكن لا يشترط أن يكون هذا الإتفاق مكتوباً فقد يكون شفويًا , المهم أن يكون صريحاً ومتعلق بالحالة المستحق بشأنها المال , ويحتج به متى قام الدليل عليه , أما إن إستحق المال بسبب آخر غير المتفق على الإعفاء منه فيلزم الجميع الضمان .

{ ٢ } الثانية : إذا إستحق النصيب بخطأ المتقاسم نفسه :-

فإذا ثبت أن التعرض والإستحقاق , وإن كان بسبب سابق على القسمة إلا أنه كان بخطأ من المتقاسم نفسه فلا يلومن إلا نفسه ولا يحق له مطالبة الآخرين بضمان التعرض والإستحقاق , فلو كان المتقاسم قد باع هذا النصيب مفرزاً قبل القسمة وقبض الثمن وأنفقه , ووقع هذا الجزء المباع فى نصيبه بعد القسمة وطالب به المشتري وحصل عليه , فلا يحق للمتقاسم الرجوع على الآخرين بالضمان , وكذلك لو إدعى الغير بحق له على المال المقسوم فأقر له بالحق دون التثبت أو الرجوع للآخرين , أو أهمل فى دحض إدعاءات الغير ولم يبلغ الآخرين لكى يتدخلوا ويدحضوا هذه الإدعاءات بما فى أيديهم من أدلة حتى إستحق النصيب من تحت يده , فالخطأ راجع إليه , ولا ضمان له .

ويقتصر الأمر على ضمان التعرض والإستحقاق فقط , فلا ضمان للعيوب الخفية , وإن كان يمكن لمن وقع فى نصيبه مالاً به أحد العيوب الخفية أن يلجأ لنقض القسمة للغبن الذى يزيد على الخمس , كما رأينا فيما سبق بشأن القسمة الرضائية .

- ثالثاً -

- إمتياز المتقاسم -

نص المشرع على إمتياز لمقاسم المنقول أو العقار بما قد يستحق له من تعويضات نتيجة ضمان التعرض والإستحقاق , أو نتيجة فروق الأنصبة .
حيث نصت المادة (١١٤٦) مدنى على أنه " ١ - للشركاء الذين إقتسموا منقولاً , حق إمتياز عليه تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة , وفى إستيفاء ما تقرر فيها من معدل . ٢ - ويكون لإمتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لإمتياز البائع , فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق فى التاريخ " .
هذا بشأن إمتياز مقاسم المنقول , أما عن إمتياز مقاسم العقار فمنصوص عليه فى المادة (١١٤٩) مدنى " للشركاء الذين إقتسموا عقاراً , حق إمتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة فى حق رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة , ويجب أن يقيد هذا الإمتياز , وتكون مرتبته من وقت القيد " .

فلمقاسم المنقول أو العقار الأولوية فى الحصول على حقه من التعويضات المستحقة له فى ذمة المتقاسم معه , والذى وقع المنقول أو العقار فى نصيبه , ويشترط القانون أن يقيد هذا الحق إذا كان المال المقسوم عقاراً , وتكون مرتبته فى التقدم على غيره من الدائنين الممتازين من تاريخ هذا القيد , أما المنقول فلا يقيد الحق عليه ويأخذ ذات مرتبة حق البائع , وبذلك يخرج المتقاسم بما له من حقوق وتعويضات عن مزاحمة دائنى المتقاسم الآخر من دائنين ممتازين أو عاديين , فيضمن حصوله على مستحقاته من المال المقسوم ذاته , وتحقيق المساواة بين المتقاسمين .

- الفرع الثالث -

- الوصية بالقسمة -

يحدث كثيراً أن يرغب أحد الأشخاص في أن يوزع ما قد يتركه من أموال بعد وفاته بين وثته بطريقة تضمن تجنب الورثة المنازعات والشقاق التي تقطع صلة الرحم بينهم وربما تتفاقم لتغرس العداء بين الأخوة , وهو الأعم بحال أبنائه وطبائعهم وظروفهم , فيقوم بقسمة هذه الأموال بين ورثته المحتملين مضمناً ذلك في شكل وصية تتفد بعد وفاته , تكون ملزمة لهم جميعاً .

ومن هذه الزاوية قد يبدو الأمر محموداً , بل ومطلوباً , حيث يتلافى المورث بنفسه ما قد ينتج عن الشيوخ من مشكلات وما يتكبده الورثة في حصر التركة وجردها وقسمتها من وقت وجهد ونفقات , ولكن الخوف يأتي من خضوع المورث لبعض الضغوط من أحد الورثة , خاصة في هذه السن المتقدمة , فيؤثر البعض على الآخر , بل ويعمد أن يحرم البعض الآخر , فيقع المحذور ويخالف الشرع والدين .

لذلك كان لابد من وضع ضوابط للوصية بالقسمة , أقرها وأجازها قانون الوصية رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦) في المادة (١٣) منه , مستنداً في ذلك لمذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة , ثم جاء القانون المدني مفصلاً أكثر لها في المواد (٩٠٨) وما بعدها منه , حيث جمعت أحكامها بين الوصية والقسمة معاً , وتتناول أحكامها فيما يلي ^(١) :-

* أولاً : شروط الوصية بالقسمة :- يوجد شرطين أساسيين هنا , يتعلق الأول بأهلية الإيصاء , والثاني بإثبات الوصية بالقسمة .

- الأول : توافر أهلية الإيصاء لدى المورث :-

حيث يجب توافر هذه الأهلية للمورث لحظة الإيصاء , من الرشد وخلوه من عوارض الأهلية , أما الموصى لهم (الورثة) فلا يشترط فيهم الأهلية فهي تسرى في حق الراشد والقاصر وغيرهما , فالوصية تصرف بإرادة منفردة.

(١) أنور طلبه - الوسيط - ج ٥ - ص ٢٠٣ , ونقض في ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ - ص ١٥٣٨ .

- والثانى : إثبات الوصية بالقسمة :-

حيث يجب إثباتها إما بورقة رسمية أو ورقة عرفية مصدق على توقيع المورث فيها , أو ورقة مكتوبة جميعها بخط المورث وعليها إمضاءه (م ٢) من ق الوصية .

* ثانياً : نطاق الوصية بالقسمة :-

نصت المادة (٩٠٨) مدنى على أنه " تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه , فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على إستحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية " كما جاء فى المادة (٩٤٠) أنه " إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته فإن الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة على الورثة طبقاً لقواعد الميراث " .

- فمن ناحية الأموال :-

يجوز أن تشمل الوصية بالقسمة كل أموال المورث حتى وفاته , أو أن يقصرها على بعض تلك الأموال , وهنا ينحصر أثرها على ما ورد فيها من أموال , أما ما لم يرد به بيان فيخضع لقواعد الميراث والشيوخ التى تعرضنا لها سابقاً .

كما يصح أن تشمل الوصية بالقسمة ديون المورث , بحيث توزع على الورثة مع التركة , على أن ذلك لا يلزم الدائنين إلا بموافقتهم عليها (م ٩١٣) .

- ومن ناحية الأشخاص :-

يمكن أن تشمل الوصية بالقسمة كل الورثة , فتحدد لكل منهم نصيبه فيها وما يختص به من أعيان تقابلها , فإن مات أى من هؤلاء الورثة المحتملين ممن شملتهم الوصية بالقسمة ولم يتم تغيير الوصية , فإن الحصة المفزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث (م ٩١١) , مع مراعاة ما يقرره القانون بشأن الوصية الواجبة .

ويمكن أن تقتصر الوصية على بعض الورثة دون الآخر أو الآخرين , فتعين له حصته المفزة فيما قد يتركه مورثه , وتكون صحيحة أيضاً (م ٩٠٨ مدنى , م ١٣ من ق الوصية) .

فإن إقتصرت الوصية على تحديد لكل وارث نصيبه مفزراً فى التركة , دون مجاوزة لقواعد الميراث الشرعية , فيها , وإن ثبت مجاوزة النصيب عما

يستحقه الوارث شرعاً فإن الزيادة تُعد في حكم الوصية , وهي لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة فقط , فإن جاوزت الزيادة ثلث التركة فلا تنفذ (فيما يجاوز الثلث) في حق الورثة الآخرين إلا بموافقتهم عليها^(١).

ولو زاد الورثة عن هم في الوصية , فإن تحديد الورثة يكون بوقت وفاة المورث , فإن تحققت شروط الورثة فيه فله الحق في الميراث المحدد شرعاً , يأخذه شائعاً دون إفراز .

* ثالثاً : آثار الوصية بالقسمة :-

حددت المادة (٩٠٩ و ٩١٢) آثار الوصية بالقسمة , فنصت على أن " القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً , وتصبح لازمة بوفاة الموصى " وأنه " تسرى في القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن " .

فقبل وفاة المورث يجوز له الرجوع فيها متى شاء , كلياً أو جزئياً , أو يعدلها في ضوء الأحكام السابقة , وقد يستفاد الرجوع من تصرفه في ممتلكاته أثناء حياته كلها , فلم يبق للورثة شئ ليقسموه .

فإن مات المورث مصراً على وصيته , فقد باتت لازمة لجميع الورثة , لا يتعدونها في التقسيم , مالم يتجاوز حصص بعضهم في زيادتها ثلث التركة , ولا يحق لأحدهم المطالبة بالنصيب المفروض الموصى به لو ارث آخر , ولا ترتد هذه الوصية بردها من الورثة (الموصى لهم) مثل الوصية العادية , لأن التركة تنتقل بالميراث ولا رد في الميراث , ولا حاجة لقبوله أو رفضه , أما الوصية فهي لكيفية التقسيم فقط , وهي ملزمة في هذا الشأن .

وتطبق أحكام القسمة التي تعرضنا لها سلفاً من ناحية الأثر الرجعي والأثر الكاشف للقسمة , حيث تخلص الحصص المفروزة لكل وارث مطهرة من أى حقوق عينية قد رتبها عليها وارث آخر , ويُعد كل وارث مالكاً لحصته المفروزة

(١) فالوصية في حدود ثلث التركة تصح - طبقاً لقواعد قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - لو ارث ولغير الوارث , وتنفذ من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث عملاً بالمادة (٣٧) من هذا القانون , نقض في ١٩٩٥/٧/٦ , طعن ٦٣٤ , ٩٣٧ في ٦١ ق , ونقض في ١٩٩٤/١٢/٦ , طعن ٢٢٤٢ س ٦٠ ق .
ونص المادة (٩٠٨) مدني لا يخرج عن هذا الإطار , وتعد الزيادة وصية , نقض في ١٩٩٨٦/٢/٢٣ , طعن ١٧٥٦ س ٥٢ ق .

منذ تاريخ وفاة مورثه , ولم يملك على الشيوع أى من أجزاء التركة , وذلك إذا شملت الوصية كل التركة .

فإن شملت بعضها , فإن الجزء المتبقى منها يسرى عليه أحكام الشيوع والقسمة التى رأيناها , فيما لا يتعدى الأنصبة الشرعية .

كما تطبق أحكام ضمان التعرض والإستحقاق على الورثة أيضاً , إذا إستحق أياً من الأعيان المفروزة المسلمة لأحد الورثة بسبب قانونى سابق على وفاة مورثه , وبغير خطأ من الوارث (١) .

أما بشأن أحكام الغبن فى القسمة الرضائية والتى يجوز نقضها إذا جاوز الغبن حد الخمس , فلا يطبق بشأن الوصية بالقسمة , حيث المورث أدرى بحال وظروف وورثته المحتملين , وما حصل عليه منه أثناء حياته , وهو يحاول أن يعدل بينهم , فإن جاوز نصيب أحدهم الميراث الشرعى أخذ حكم الوصية , وينفذ فى حدود ثلث التركة , وإن كان يملك الوارث الزائد نصيبه أن يرده على التركة , لأنه يعد وصية عادية فى حدود القدر الزائد .

وبالتالى فلا معنى من تطبيق فكرة الغبن المجاوز للخمس هنا , وهو ما فعله المشرع (م ٩١٢) مدنى .

(١) راجع د/ نبيل سعد - ص ١٦١ وما بعدها .

- المبحث الثانى -

- صور خاصة للملكية الشائعة -

{ الشيوع الإجبارى - ملكية الأسرة - ملكية الطبقات }

- المطلب الأول -

- الشيوع الإجبارى -

ورد النص على هذه الصورة من الملكية الشائعة فى المادة (٥٨٠) من القانون المدنى , والتى جرت صياغتها على ما يلى " ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع " .

فالنص يتعرض لكل الحالات التى يتضح فيها أن الغرض الذى أنشئ من أجله هذا المال يجب أن يظل دائماً على الشيوع , حيث القسمة تفوت هذا الغرض , فإن إتضح ذلك فلا يحق لأى من هؤلاء الشركاء على الشيوع أن يطلب قسمة هذا المال , وإن طلب ذلك فلن يقبل طلبه لأن الشيوع هنا إجبارياً , لتعارض طلب القسمة مع الغرض من الشيوع (م ٨٥٠) مدنى.

ويحدث هذا كثيراً فى حالات الطرق والشوارع والمداخل والحارات الخاصة التى تخدم بعض المزارع أو المنازل والتى يضيع الغرض منها بقسمتها , وكذلك فى بعض المقابر المخصصة لدفن موتى عائلة أو أكثر و دور المناسبات (دوار أو ديوان) والخاصة بعائلة أو مشتركة بين أكثر من عائلة^(١) .

أما عن إدارة هذا المال وصيانتته ورعايته فيخضع للقواعد العامة فى الشيوع (م ٨٢٨) وما بعدها من القانون المدنى , حيث يلتزم كل الشركاء فيه بالمساهمة فى نفقات إدارة المال الشائع وحفظه وسائر الضرائب والرسوم المفروضة عليه , والقاعدة أن تحسب هذه النفقات على أساس الحصص , فإن لم

(١) قضى بأن " إذا كان الغائب من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض فى أرضه وأعدده لمنفعة المبانى التى تقام فيها على جانبه , فإن هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصاً لمنفعتها المشتركة , وبالتالي فإنه يكون مملوكاً لأصحابها على الشيوع الجبرى , أى معدلاً لبقاء مؤبداً ولا تجوز فيه القسمة , ومتى كان ذلك كذلك فإن المشترين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك فى الملك على الشيوع لا حق إرتفاق عليه , فلهم قانوناً الحق فى سد الفتحات التى يحدثها عليه ماعداهم من المالك الآخرين " نقض فى ١٩٤٢/١١/٢ - ج ١ - فى ٢٥ سنة - ص ٦٦٧ , م/ أنور طلبه - الوسيط فى القانون المدنى - ج ٥ - ٢٠٠١ - ص ١٣٤ , وراجع السنهورى - ج ٨ - ص ٩٨٧ .

يوجد ما يثبت حصة كل شريك فيفترض التساوى بين الجميع (مالم يقيم دليل على خلاف ذلك) .

وبالنسبة لسلطة التصرف , فليس للشريك هنا أن يتصرف في حصته قانوناً بشكل يتعارض مع الغرض المخصص له المال , فليس للشريك في مدافن وجبانات الأسرة مثلاً أن يتصرف في حصته لأجنبي عنهم , وليس لدائنية الحجز على هذه الحصة تمهيداً لبيعها بالمزاد العلني^(١).

- المطلب الثاني -

- ملكية الأسرة -

قد تتفق أيضاً أسرة واحدة فيما بينهم على جعل التركة والأموال الموروثة لهم , أو بعضها , ملكية شائعة بينهم لا يجوز قسمتها ولا التصرف فيها لأجنبي عنهم , أو يخصصوا مالا جمعه فيما بينهم وإتفقوا على عدم قسمته ولا التصرف فيه , حفظاً لما بينهم من رباط عائلي وصلة رحم ومصالح مشتركة وجمعاً لشمول الأسرة .

ورأى القانون أنه لا مانع من إقرار هذا الإتفاق , فهو يحقق مصالح جديرة بالحماية ولا يخالف النظام العام في شئ , فوضع ضوابط لملكية الأسرة في المادة (٨٥١) وما بعدها , سواء في شروط نشأتها أو في ضوابط إدارتها والتصرف فيها .

* أولاً : شروط نشأة ملكية الأسرة :-

ورد النص على هذه الشروط في المادة (٨٥١ , ٨٥٢) من القانون المدني , وقد جرت صياغتهما كما يلي :-

" لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة , أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة , وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها وإتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة , وإما من أى مال آخر مملوك لهم إتفقوا على إدخاله في هذه الملكية .

- لا يجوز الإتفاق على إنشاء ملكية الأسرة لمدة تزيد على خمس عشرة سنة , على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الإذن له في إخراج نصيبه من هذه الملكية قبل إنقضاء الأجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك .

(١) د/ السنهوري - ص ٩٨٩ , ود/ نبيل سعد - ص ٢٠٩ .

- وإذا لم يكن للملكية المذكورة أجل معين , كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن إلى الشركاء رغبته فى إخراج نصيبه .
فيستخلص مما سبق أنه يجب توافر ثلاثة شروط لوجود ملكية الأسرة وهى : أن يكون الأفراد أعضاء فى أسرة واحدة , وأن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية الأسرة , وأن لا يزيد مدة الإتفاق على خمس عشرة سنة :-

- الشرط الأول : أن يكون أعضاء الإتفاق من أسرة واحدة :-

ولم يضع النص معياراً لتحديد أفراد الأسرة , وهل يأخذ بالمعيار الضيق (الأبوين والأبناء والأحفاد وإن نزلوا) , أو بالمعيار الأوسع والذى يضم القرابة المباشرة وقرابة الحواشى , أو بالمعيار الثالث (الفضااض) ويضم للأسرة كل قرابة النسب وقرابة المصاهرة .

لذلك إختلف الفقه فى تحديد معنى الأسرة فى المادة (٨٥١) فمنهم من طالب بقصرها على قرابة النسب طبقاً (م ٣٤) مدنى , مع إستبعاد الزوج أو الزوجة , مالم يكن أقرباء نسباً , ومنهم من وسع المفهوم إعتباراً بالمعيار المحدد فى المادة وهو وحدة العمل أو وحدة المصلحة , وتجمع وحدة المصلحة بين الزوجين وقد تكون بين الأقارب مصاهرة , أو الأقارب نسباً ومصاهرة ^(١) .

- الشرط الثانى : إتفاق أعضاء الأسرة الواحدة كتابة :-

الشرط الثانى المستخلص من النص ضرورة إجماع أعضاء الأسرة الواحدة , ولكن ليس عدم موافقة أحدهم تؤدى لعدم قيام ملكية الأسرة , بل يمكن قيامها بين من وافق منهم عليها ويستبعد من رفض الإتفاق , ويحصل على نصيبه قبل إقرارها .

ولكن المهم هو الشرط الشكلى هو ضرورة كتابة الإتفاق , وهو شرط إنعقاد وليس شرط إثبات طبقاً للنص , فلن تقوم هذه الملكية مالم يوجد إتفاق كتابى عليها , وإن لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية , بل يكفى الكتابة العرفية ^(٢) .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٢٠١ , فالضابط هنا ليست هى القرابة , بل وحدة العمل والمصلحة , فتشمل الأسرة إذا جميع الورثة وبينهم الزوج والزوجة - أنور طلبه - الوسيط - ج ٥ - ص ١٣٥ .

(٢) د/ محمد لبيب - ص ٣٨٠ .

- الشرط الثالث : أن تكون مدة الإتفاق خمس عشرة سنة :-

فالإتفاق على تأبيد هذه الملكية أو تمديدتها لأكثر من خمس عشرة سنة غير جائز قانوناً , وإن حدث فيمكن اللجوء لنظرية إنقاص العقد , حيث تخفض المدة إلى (١٥ سنة) ويصح الإتفاق ولا يبطل مطلقاً .

فإذا إنقضت تلك المدة فيمكن الإتفاق (صراحة أو ضمناً) على التجديد مدة مماثلة أو أقل بحسب الرأى وقتها , فإن لم يتفقوا فلن تجدد المدة , ويرجع المال شائعاً شيوعاً عادياً , يدار ويقسم طبقاً للقواعد السابقة .

وإن لم يذكر مدة سريان الإتفاق (سهواً أو عمداً) فيعد الإتفاق صحيحاً أيضاً وسارياً , وإن كان يجوز لأى فرد فى الإتفاق أن يتخارج بنصيبه منها بعد ستة اشهر من إعلان إرادته لباقي الشركاء , دون حاجة به لإبداء أسباب مقنعة أو غير مقنعة , فالإتفاق لم يلزمه بمدة معينة , ولن يجبر على البقاء فى الشيوع لأبد الأبدى مادامت مصلحته تقتضى التخارج , وبذلك يكون الإتفاق عرضة للإنهيار فى أى لحظة , وهذا ما أراده المشرع , حتى يتلافى فكرة عدم تحديد مدة ملكية الأسرة , سهواً أو عمداً .

* ثانياً : أحكام ملكية الأسرة :-

إذا نشأت الملكية صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها , فقد قيدت سلطة الشركاء فى طلب قسمة المال محل التخصيص , وكذلك سلطته فى التصرف فيه لأجنبى عن الأسرة , وقد وضع المشرع طريقة لإدارته وصيانته وتنميته .

فلا يحق لأى من الشركاء طلب القسمة طوال مدة الإتفاق , وأى طلب للقسمة الرضائية أو القضائية لن يقبل , حيث يناقض صريح الإتفاق ويضيع الغرض من الفكرة , ويلزم هذا الإتفاق الفرد فى الأسرة وخلفه العام وإن توفى .

ويستثنى من ذلك الحالة الواردة فى المادة (١/٨٥٢) والتي أجازت فيها لأحد الشركاء أن يطلب من المحكمة , وقبل إنقضاء مدة الإتفاق , أن تأذن له فى إخراج نصيبه من ملكية الأسرة إذا ما طرأت مبررات قوية لذلك , كهجرته أو سفره للخارج مدة طويلة أو نقل نشاطه لمنطقة أخرى , وبذلك تختلف ملكية

الأسرة عن الشيوع العادى , حيث يحق لكل شريك أن يطلب القسمة دون حاجة إلى إثبات وجود مبرر قوى لهذا الطلب ^(١) .

أما بشأن التصرف , فيجوز للشريك فى ملكية الأسرة أن يتصرف فى حصته شائعة , بشرط أن يتصرف لأحد الشركاء فيها , وليس لأجنبى عن الأسرة والشركاء , مالم يوافقوا جميعاً على التصرف لأجنبى , فإن إعتراض أحدهم فلا يحق له إدخال أجنبى فى الأسرة , وعليه التصرف لأيهم أو البقاء فى الملكية معهم , ولكن هل المقصود بالتصرف بالتصرفات العوضية , أم العوضية والتبرعية ؟

لم يحدد النص ويظل المطلق على إطلاقه إلى أن يرد ما يقيد , وإن توفى أحدهم آلت حصته شائعة لخلفه العام و يلزم بذات القواعد.

أما إن تملك أجنبى حصة أحد الشركاء برضائه أو جبراً عنه (كأن تباع أمواله كمدى بالمزاد العلنى للوفاء بحقوق الدائنين أو يبيع حصته لأجنبى بموافقة باقى الشركاء) فلن يجبر على الدخول فى ملكية الأسرة إلا برغبته أولاً , وبموافقة أعضاء الأسرة الآخرين على ذلك , فيكون الأمر إتفاقاً بين الأجنبى وأعضاء الأسرة الآخرين وذلك تطبيقاً للمادة (٨٥٣) مدنى التى جاء فيها أنه :-

١ - ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة , ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعاً .
٢ - وإذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبراً عليه , فلا يكون هذا الأجنبى شريكاً فى ملكية الأسرة إلا برضائه ورضاء باقى الشركاء ."

وبشأن إدارة هذه الأموال وتحقيقاً للمصالح المشتركة بينهم لإستمرار الملكية والروابط العائلية , فقد أجازت المادة (٨٥٤) مدنى للشركاء الذين يملكون القدر الأكبر من قيمة الحصص (الأغلبية غير العادية) أن يعينوا من بينهم مدير للمال , أو أكثر , هذا مالم يتفقوا جميعاً على طريقة أخرى لإدارة المال , فيجب أن يكون المدير واحد من الشركاء , وليس أجنبياً عنهم (على خلاف الشيوع العادى) .

وللمدير أن يدخل من التغييرات ما يشاء مادام محققاً للمصالح المشتركة وحسن الإنتفاع بالمال , ويمكن عزل المدير بذات الطريقة المعين بها , كما يمكن

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣٨٢ .

للمحكمة أن تعزله بناءً على طلب أحد الشركاء إذا ما وجدت مبررات قوية لذلك ، فسلطات المدير هنا أوسع من سلطات المدير في الشيوخ العادى ، ولا يملك الشريك منفرداً عزله ، بل الأغلبية التى عينته أو المحكمة المختصة^(١) .
وقد نصت المادة (٨٥٥) على أنه فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة^(٢) .

- المطلب الثالث -

- ملكية الشقق والطبقات -

نظم القانون المدنى ملكية الشقق والطبقات فى المادة (٨٥٦) وما بعدها إستجابة للتطورات الاجتماعية والإقتصادية والقانونية ، فقد بات الإرتفاع بطوابق البناء أدوراً عديدة ضرورة ملحة فى المدن والقرى ، حيث الأحوزة العمرانية ضيقة لصغر المساحة المتمركز بها سكان مصر فى الوادى والدلتا ، والتى لا تتعدى مساحتها الإجمالية ٥٪ من مساحة البلاد ، ولمحاربة القانون لتبوير وتجريف والبناء على الأرض الزراعية ، مما رفع من أسعار أراضى البناء بشكل لا يطاق .

وأمام إنتشار العمائر ذات الأدوار الشاهقة فى المدن والقرى فقد عمل المشرع على وضع نظام لحماية الثروات العقارية من الإهمال والمحافظة على الأرواح والممتلكات متأثراً بالقانون الفرنسى الصادر فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨ ، كما وضع نظاماً لإدارة الأجزاء الشائعة فى البناء متعدد الشقق والطوابق ، فأنشأ نظام إتحاد الملاك ، الذى كان إختيارياً ، ثم صار إجبارياً فى ظل القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ثم عدله لنظام إتحاد الشاغلين بالقانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ بشأن البناء الموحد^(٣) .

وهذه ليست الصورة الوحيدة فى الملكيات الشائعة بل يوجد نظام ملكية العلو والسفل المنظم فى المواد (٨٥٩) وما بعدها من القانون المدنى ، والمشتقة أحكامه من الفقه الإسلامى ، وهو نظام يعتمد على تقسيم البناء إلى طبقات تكون

(١) د/ نبيل سعد - ص ٢٠٤ .

(٢) د/ محمد ليب - ص ٣٨٣ .

(٣) نظم القانون الكويتى ملكية الشقق والطوابق بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ ، كما نظمها المنظم السعودى فى نظام ملكية الوحدات العقارية وفرزها الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م / ٥) لسنة ١٤٢٣/٣/١١هـ .

كل طبقة منه مملوكة بأكملها ملكية مفرزة , حيث يكون كل من صاحب العلو وصاحب السفلى مالكا لطبقته ملكية خالصة , ولا أجزاء مشتركة بينهما , ولكن يوجد الارتباط العضوى بين الطوابق أو الطبقتين حيث تستقر الطبقة العلوية على السفلية فينشأ لصاحب العلو ما يسمى (بحق القرار) على السفلى .

كما نظم المشرع فى القانون المدنى الحائط المشترك بين بنائين , والمقام على أرضية مشتركة بين مالكى العقارين وبنفقة مشتركة بينهما , وذلك فى المادة (٨١٤) وما بعدها , كما نظم أحكام الحائط المملوك ملكية خالصة لصاحبه (أرضاً وبناءاً) والفاصل بين ملكيتين , والذى سمح صاحبه للجار أن يستتر بهذا الحائط (الحائط الفاصل) , فيبنى الجار ثلاثة أضلاع لبنائه ويستتر بالحائط الفاصل ليكون الضلع الرابع فى البناء , برضاء وموافقة مالكه (الصريحة والضمنية) , فألزم المشرع مالك الحائط الفاصل بعدم هدمه إلا لعذر قوى (م ٨١٧ مدنى , وذلك كقيد قانونى على حق الملكية .

- الفرع الأول -

- ملكية وإدارة الأجزاء المشتركة فى ملكية الشقق والطبقات -

قسم المشرع نظام ملكية الشقق والطبقات إلى ثلاثة أنواع , ملكية مفرزة , وملكية مشتركة , وملكية شائعة شيوعاً إجبارياً .

[١] الملكية المفرزة فى الشقق والطبقات :-

وتتمثل هذه الملكيات فى كل شقة أو كل طابق من طوابق المبنى , حيث يملك كل شخص شقته ملكية مفرزة وخالصة بما تحويها من حوائط داخلية وتشطيبات ومنقولات (عقار بالتخصيص) ونوافذ وبلكونات وشبكات داخلية للمياه والغاز والكهرباء والصرف والتكييف , والحمامات , وغيرها

وهى ملكية مفرزة يحق للمالك أن يتصرف فيها كيفما يشاء ودون إذن أحد , مادام لا يعرض سلامة المبنى ولا السكان للخطر , ولا يخالف القوانين الخاصة بالتخطيط العمرانى وغيرها من القوانين , فيستطيع أن يغير شبكة المياه أو الكهرباء أو المياه الداخلية أو الحمام أو المكيفات أو لون الحوائط أو الديكورات بالشقة أو الطابق أو يزيل حائط أو يغلق شباك وهكذا (مالم يخل بالشكل الجمالى للبناء ويخالف القانون) , كما يلزم بالقيام بالإصلاحات الداخلية لشقته إذا ترتب

عليها أضراراً للمبنى أو لجارهِ , كتغيير شبكة السباكة والصرف في الحمام إذا تسربت المياه منها للجار الجانبي أو السفلى .

هذا عن الأعمال المادية , أما الأعمال القانونية فيستطيع إبرام ما يشاء من تصرفات قانونية على شقته أو طابقه , فيؤجره للغير (عادي أو مفروش) أو يرهنه أو يبيعه أو يهبه , أو يقايض به (مالم يوجد إتفاق على خلاف ذلك) , وإن كان البيع لأجنبي يفتح باب الأخذ بالشفعة للجيران الملاصقين لشقته من كل النواحي طبقاً لقانون .

[٢] الملكية المشتركة بين مالكي شقتين أو طابقين :-

وهي الأجزاء المشتركة بين الوحدتين المتلاصقتين , في الجوانب أو الإرتفاعات الرأسية أو الأجزاء السفلية , كالحائط الفاصل بين شقتين , والسقف الفاصل بين طابقين فيعد أرضية للطابق العلوى و سقف للطابق السفلى , وهكذا . وقد نصت المادة (٣/٨٥٦) مدنى على أنه " والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين " .

فهذه الأجزاء مشتركة تكون مملوكة لأصحاب هاتين الشقتين أو الطابقين فقط , وليس كل الشق أو الطوابق فى المبنى , وتخضع إدارتها والإنتفاع بها لقواعد الشيوخ العادى , فيحق لكل مالك أن ينتفع بها من ناحيته كما يشاء دون إذن شريكه بشرط الا يضر بالحائط أو السقف أو يعطل شريكه عن إستعماله والإنتفاع بها مثله , وتكون صيانتها مشتركة بينهما , مالم يثبت حدوث الأضرار بخطأ أحدهما فيتحمل وحده تكاليف الإصلاح .

ويكون التصرف فيها تابعاً للتصرف فى المكان ذاته , فلا يحق رهنها أو بيعها إستقلالاً عن الشقة أو الطابق التابع لها .

[٣] الأجزاء الشائعة إجبارياً فى ملكية الشقق والطبقات :-

نصت المادة (٨٥٦) مدنى على أنه :-

١ - إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة , فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع , وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والداليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة , كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه .

٢ - وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة , ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار , وليس للمالك أن يتصرف فى نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذى يملكه " .
{ أ } تحديد الأجزاء الشائعة :-

عددت المادة (١/٨٥٦) الأجزاء الشائعة فى ملكية الشقق والطبقات , فذكرت أنها تشمل إجمالاً (ملكية الأرض و ملكية أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك بين الجميع) , أما على سبيل التفصيل فقد ذكرت منها :- (الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب المشتركة) .
وهذا التعداد ليس حصراً , بل يمكن أن تصاف غرف المكيفات أو غسيل الملابس أو غرفة الحارس وخزانات المياه وبيارات الصرف الصحى ومواقف السيارات الملحقة بالعمارة أو الجراجات التحتية بها والحديقة الملحقة بها والأسوار والبوابات " .

فهذه الأجزاء كلها , وغيرها إن وجدت , تعد من الأجزاء المشتركة والشائعة شيوعاً إجبارياً بين ملاك المبنى , وذلك مالم يوجد إتفاق (فى مستندات الملكية) يخالف ذلك , كأن يملك الطابق الأخير السطح كاملاً , أو يملك الدور الأرضى الحديقة الأمامية , أو لا تشمل الملكية للشقق أى جزء فى الأرض المقام عليها المبنى , فلا يكون لها أى حق فى أرض المبنى إن إنهدم لأى سبب , و يلتزم من يدعى بذلك بعبء الإثبات .

{ ب } عدم قابلية الأجزاء الشائعة إجبارياً للقسمة :-

لا يجوز قسمة أى من هذه الأجزاء , ولا يقبل طلب قسمتها رضائياً أو قضائياً , فهى شائعة شيوعاً إجبارياً .

وإن لم يمنع هذا من حق كل مالك فى المبنى من إستعمال هذه الأجزاء , دون موافقة شركائه بشرط ألا يعطل إستعمالهم العادى لها , ولكن لا يجوز له إحداث أى تعديلات فى هذه الأجزاء - بغير موافقة الملاك الآخرين - ولو كان ذلك بمناسبة تجديد المبنى .

وإستثناءاً من ذلك , يحق لأى مالك منفرداً أن يجرى التعديلات فى الأجزاء المشتركة من المبنى إذا توافرت شروط أربعة فى حقه وهى :- أن يكون ذلك على نفقته الخاصة , وأن يكون من شأنها أن تسهل إستعمال الأجزاء

المشتركة للجميع , وألا يغير من تخصيصها , وألا يلحق الضرر بالمالك الآخرين , م (٨٥٧) مدنى.

{ ج - } عدم جواز التصرف فيها مستقلة :-

حظرت المادة (٢/٨٥٦) على كل الملاك التصرف فى الأجزاء المشتركة الشائعة إجبارياً مستقلة عن الشقة أو الطابق الذى تتبعه , فلا يجوز مثلاً للمالك أن يبيع ما يعادل حقه فى الأسطح أو الأرض المقام عليها المبنى أو المصعد أو غيره , بل يلزم أن يكون ذلك مع التصرف فى الأصل ذاته , فالفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه ^(١) .

أيضاً لا يجوز إبرام التصرفات الأخرى التى تخرج هذه الأجزاء عن طبيعتها إتقافاً حول الحظر السابق , كأن يرهنها مستقلة أو يقايز عليها , أو.... كما لا يجوز للدائنين الحجز عليها مستقلة عن الشقة أو الطابق الذى تتبعه , أما إن وقعوا حجزاً على الأصل (الطابق أو الشقة) فيعد الحجز موقعاً على توابعه من الأجزاء المشتركة , ويبيع معه بالمزاد العلنى .

{ د - } نفقات صيانة الأجزاء المشتركة :-

نظمت المادة (٨٥٨) مدنى توزيع تكاليف حفظ وصيانة وإدارة الأجزاء المشتركة , على أساس تحمل كل مالك عبء فى هذه النفقات , يعادل نصيبه فى المبنى (قيمة الجزء الذى يملكه فى المبنى) إلا إذا إتفق على غير ذلك , ولا يحق لأى مالك أن يتخلى عن نصيبه فى هذه النفقات تحت أى عذر , مالم يتخلى عن ملكيته الأصلية ذاتها .

{ هـ - } إدارة الأجزاء المشتركة (إتحاد الشاغلين) :-

رأى القانون أن حتمية إستمرار بقاء الشيوخ الإجبارى للأجزاء المشتركة فى المباني والعمارات الموزعة ملكية طوابقها وشققها بين أكثر من مالك تحتم وجود نظام دائم لإدارة والحفاظ على وصيانة هذه الأجزاء , فأنشأ بين ملاكها هيئة قانونية سماها " إتحاد ملاك الطبقات أو شقق البناء الموحد " واضعاً لها نظاماً قانونياً فى المادة (٨٦٢) وما بعدها من القانون المدنى .

وظل قيام هذا الإتحاد جوازى فى القانون المدنى , حتى جاء القانون رقم (٤٩ لسنة ١٩٧٧) والخاص بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وتأجير وبيع

(١) د/ محمد لبيب - ص ٣٧٢ .

العقارات المبنية فجعله وجوبياً إذا جاوز عدد الطوابق والشقق فى المبنى خمسة (م ٧٣) منه , فلم يعد الأمر إختيارياً , بل إلزامياً , ويتكون الإتحاد من جميع ملاك المبنى , على أن يكون الغرض منه إدارة الأجزاء المشتركة وحسن الإنتفاع بها ويمكن أن يمتد نشاط الإتحاد لبناء العقارات أو شرائها وتوزيعها على أعضائه.

ويتمتع الإتحاد بالشخصية الاعتبارية بالرغم من عدم النص على ذلك , حيث أن القانون قرر له ذمة مالية مستقلة , ويجوز له التقاضى بإسمه عن طريق من يمثله , وتثبت الشخصية المعنوية للإتحاد بالقدر اللازم لتحقيق الغرض منه وهو القيام بأعمال الإدارة للأجزاء المشتركة فى البناء .

- سلطة إتحاد الملاك :-

نصت المادة (٨٦٣) مدنى على حق الإتحاد فى أن يضع , بموافقة جميع الأعضاء , نظاماً لضمان حسن الإنتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته , كأن يضع لائحة تنظيمية يتبعها لضمان حسن إنتفاع الأعضاء بالأجزاء المشتركة وحسن إدارته لهذه الأجزاء , ويجب أن يكون وضع اللائحة بموافقة جميع الأعضاء , ومن ثم لا يجوز تعديلها إلا بموافقة هؤلاء جميعاً , ويرجع ذلك إلى أن هذه اللائحة تتناول الإدارة المعتادة وغير المعتادة .

- مأمور الإتحاد :-

يكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته , ويعين هذا المأمور بقرار يصدر من الإتحاد بأغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء , فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية , عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار بناءً على طلب أحد الشركاء بعد إعلان الملاك الآخرين لسماع أقوالهم .

أما عن سلطاته فنظمته المادة (٨٦٦) مدنى , ولا يقتصر عمل المأمور على تنفيذ قرارات الإتحاد بل عليه إذا إقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها , وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات , وهذا كله مالم يوجد نص فى نظام الإتحاد يخالفه .

ويمثل المأمور الإتحاد أمام القضاء , حتى فى مخاصمة الملاك إذا إقتضى الأمر , وله أجره يتحدد بالقرار الصادر من الإتحاد بتعيينه , أو بأمر القاضى الصادر بهذا التعيين مدنى , ويجوز عزل المأمور بقرار من الإتحاد تتوافر فيه

الأغلبية المذكورة أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل (م ٢٠١/٨٦٧ مدنى) .
فإن هلك البناء بحريق أو بسبب آخر , فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده بما يقرره الإتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة (٨٦٤) مالم يوجد إتفاق يخالف ذلك , فإن قرر الإتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد , دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة (م ٨٦٨) .

ويمكن منح أحد الأعضاء قرصاً من الإتحاد لتمكينه من القيام بالتزاماته , ويكون القرص مضموناً بإمتياز على الجزء المفروز الذى يملكه وعلى حصته الشائعة فى الأجزاء المشتركة , وتحسب مرتبة هذا الإمتياز من يوم قيده .

- تعديل إتحاد الملاك إلى إتحاد الشاغلين :-

صدر القانون رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ بشأن البناء الموحد ونشر بالجريدة الرسمية فى ١١ مايو سنة ٢٠٠٨ ^(١) , وعمل به إعتباراً من اليوم الثانى لتاريخ نشره طبقاً للمادة السادسة من قانون الإصدار , وبدخوله حيز النفاذ تم إلغاء العمل بعدد من القوانين الهامة منها قانون التخطيط العمرانى (رقم ٣ لسنة ١٩٨٢) والقانون رقم (١٠٦ لسنة ١٩٧٦) بشأن توجيه وتنظيم أعمال البناء , وبعض مواد القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ , والقانون رقم (١٣٦ لسنة ١٩٨١) , وكل حكم آخر يخالف أحكامه ^(٢).

وخصص المشرع الباب الرابع من هذا القانون للحفاظ على الثروة العقارية , ونظم إتحاد الشاغلين (الفصل الأول منه) فى المواد (٦٩) وما بعدها , حيث ألزمت المادة (٧٢) إقامة إتحاد للشاغلين للعقارات المبنية والتي لا يقل عدد وحداتها عن خمس وحدات أو المجمعات المبنية (سكنية أو غير سكنية)

(١) العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١١ مايو سنة ٢٠٠٨ .

(٢) نصت المادة الثانية منه على أنه " يلغى القانون رقم (٧٨ لسنة ١٩٧٤) فى شأن المصاعد الكهربائية , والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ فى شأن توجيه وتنظيم اعمال البناء , فيما عدا المادة ١٣ مكرر منه , وقانون التخطيط العمرانى الصادر بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ , والفصل الثانى من الباب الثانى من الباب الرابع = من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر , والمادة ٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر , كما يلغى كل حكم فى أى قانون آخر يخالف أحكام القانون المرافق .

مملوكة أو بحق إنتفاع أو مؤجرة لأشخاص طبيعية أو إعتبارية وذلك أياً كان تاريخ إنشائها أو شغلها , كما يجوز إنشاء إتحاد يضم أكثر من عقار , ويجوز تكوين إتحاد يضم مجموعة عقارات متجاورة , وفى حالة التجمعات السكنية المتكاملة من مجاورة أو أكثر يلتزم الشاغلون وملاك هذا التجمع بإنشاء شركة أو أكثر للإدارة والصيانة , لها الإختصاصات المقررة لإتحاد الشاغلين , وذلك كله طبقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون من إجراءات فى هذا الشأن.

وعلى الوحدات المحلية وغيرها من الجهات المختصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ صدور اللائحة التنفيذية لهذا القانون ونظام إتحاد الشاغلين , إخطار شاغلى العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا الباب والتى لم يتم إنشاء الإتحاد بها للقيام بإنشاء إتحادات الشاغلين , أو توفيق أوضاع إتحادات الملاك القائمة , ومتابعة القيام بإنشاء الإتحادات أو توفيق الأوضاع وذلك وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

ولا يسرى هذا النظام على العقارات المبنية المحددة فى المادة (٦٩) ومنها العقارات الخاضعة بكامل وحداتها للقانون رقم (٤ لسنة ١٩٩٦) .

والجدير هنا أن القانون أدخل شاغلى العقار المبنى , بأية صفه (حق إنتفاع - ملك - إيجار خاضع للقوانين الإستثنائية والسابق على القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦) كأعضاء فى الإتحاد , وألزم الجميع بقرارات الإتحاد ورتبت المادة (٨٧) على عدم الوفاء بكل أو بعض الإشتراكات أو النفقات ذات الجراء المترتب على عدم سداد الأجرة (١) .

ويختص إتحاد الشاغلين بالحفاظ على سلامة العقار وأجزائه المشتركة , وملحقاته وضماني صيانتته وترميمه وتدعيمه والحفاظ على طابعه المعماري وتوفير الخدمات المطلوبة للعقار (م ٧٥) .

(١) نصت المادة (٧٧) منه على أنه " يعد عضواً بإتحاد الشاغلين كل من يشغل وحدة فى العقار سواء كان مالكاً أو صاحب حق إنتفاع أو مشترياً بعقد غير مسجل أو مستأجراً لها أو يجوزها بموجب سند قانونى سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً , كما يعتبر عضو بإتحاد الشاغلين مالك العقار كله أو بعضه ولو لم يكن من الشاغلين , فإذا تعدد ملاك العقار غير الشاغلين ناب عنهم من يختارونه فى عضوية الإتحاد , وإذا تعدد الشاغلون للوحدة مثلهم من يختارونه فى العضوية .

وفى العقارات التى تخضع بعض وحداتها للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ يكون مالك الوحدة هو عضو الإتحاد ويلتزم بأداء إشتراك إتحاد الشاغلين وكافة الإلتزامات الأخرى المقررة وفقاً لهذا القانون " .

ويكون مالك وحدات العقار رئيساً للإتحاد , فإن تعدد الملاك يختار بينهم (م ٧٩) , فإذا رفض المالك أو الملاك رئاسة الإتحاد كتابة تنتخب الجمعية العمومية رئيساً للإتحاد , ويشترط فيمن يرشح نفسه رئيساً للإتحاد وفي أعضاء مجلس إدارة الإتحاد أن يكون عضواً بالجمعية العمومية للإتحاد , وأن يكون كامل الأهلية بالنسبة للشخص الطبيعي , وألا يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية أو في جنحة مخلة بالشرف والأمانة , مالم يكن قد رد إليه اعتباره^(١) .

(١) راجع المادة (١٦٢) من اللائحة التنفيذية للقانون الصادرة بقرار وزير الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٩ - الوقائع المصرية - العدد ٨٢ تابع (أ) في ٨ أبريل سنة ٢٠٠٩ .
وفي شأن الإلتزام الشاغل للوحدة بصيانة وحدته وسائر الأجزاء المفروزة التي يملكها أو يجوزها , راجع المادة (١٦٩) من اللائحة .

- الفرع الثانى -

- ملكية العلو والسفل -

هذه الملكية تفترض أن لكل مالك منهما ملكية مفرزة تشمل طبقتة والأجزاء الملحقة بها , ولكل واحد منهما وحده دون غيره سقف طبقتة والجدران المحيطة به , ويكون للعلو على السفل حق القرار , وهذه الصورة أخذت تتضاءل أهميتها فى الوقت الحاضر مع إنتشار البنايات الكبيرة متعددة الطوابق وفقاً للطرق الحديثة فى البناء , فى الوقت الذى ساد فيه نظام الملكيات المفرزة والشيوع الإجبارى لملاءمته أكثر فى الوقت الحاضر.

وحق القرار على السفل يعتبر حقاً عينياً , حيث أنه يرد مباشرة على الشئ ويخول لصاحبه سلطة مباشرة على هذا الشئ , ولكن هذا الحق يتميز عن غيره من الحقوق العينية بأنه يتضمن بذاته فرض التزامات إيجابية على عاتق صاحب السفل , كما أن هذا الحق له حدود يجب الإلتزام بها ^(١).

فقد ألزمت المادة (٨٥٩) من القانون المدنى صاحب السفل أن يقوم بأعمال الترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو , فإذا إمتنع عن القيام بهذه الترميمات , جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل , ويجوز فى كل حال لقاضى الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة .

فإذا إنهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله , فإذا إمتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل , ما لم يطلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه , وهنا يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته , ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه بنفسه إستيفاءً لحقه (م ٨٦٠) مدنى .

وحظرت المادة (٨٦١) مدنى على صاحب العلو أن يزيد فى إرتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٢١٦ .

- الباب الثانى -
أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية
(حق الملكية)

- تمهيد وتقسيم :-

تتعدد أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية على الأموال , فمنها ما يرجع إلى الوفاة كالميراث والوصية , ومنها ما يرجع إلى الإرادة كالعقد , ومنها إلى وقائع مادية يرتب عليها القانون أثراً وتتدخل الإرادة في وجودها كالإستيلاء والحيازة والإلتصاق والشفعة .

ويحاول الفقه تأصيل هذه الأسباب وردّها لأصول وقواعد عامة تسرى على بعضها أو على مجموعة منها , فيقسمونها لأسباب تكسب الحق العيني ابتداءً , أى يكون صاحب الحق هو أول شخص يعترف له القانون بحق على محل حقه , إذ لم يسبقه أحد من قبل , وهذا هو الإستيلاء , ومن الأسباب ما يؤدي لإكتساب الحق إنتقالاً من شخص لآخر , وهذا حال بقية الأسباب السابقة , وتقسم الأسباب الأخيرة والتي تنتقل الحق من شخص سابق (مالك) إلى أسباب تكسب الحق فيما بين الأحياء , وهى العقد والشفعة والحيازة , وأسباب تكسب الحق بسبب الوفاة وهى الميراث والوصية .

وقد نظم المشرع المصرى أسباب كسب الملكية فى الفصل الثانى من الباب الأول (والخاص بحق الملكية) من الكتاب الثالث (والخاص بالحقوق العينية الأصلية) من القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨ , فى المواد من (٨٧٠ إلى ٩٨٤) , وحصر هذه الأسباب فى سبعة أسباب , بدأها بالإستيلاء ثم الميراث وتصفية التركة (المواد من ٨٧٥ إلى ٩١٤) , ثم الوصية (المواد من ٩١٥ إلى ٩١٧) , ثم الإلتصاق (المواد من ٩١٨ إلى ٩٣١) , ثم العقد (المواد من ٩٣٢ إلى ٩٣٤) , ثم الشفعة (المواد من ٩٣٥ إلى ٩٤٨) , وأخيراً الحيازة (المواد من ٩٤٩ إلى ٩٨٤) . والمعروف أن من بين السبعة أسباب السابقة يوجد العقد والميراث والوصية , وهذه الأسباب تدخل ضمن موضوعات ومقررات أخرى تفصل دراستها , حيث يدرس العقد ضمن نظرية الإلتزامات , والميراث والوصية ضمن مقرراتها الشرعية , وسنتعرض لها بالقدر الذى خصه المشرع المدنى لها من أحكام تكسب الحق العيني . ويبقى لنا تفصيل دراسة الأربعة أسباب الأخرى وهى على الترتيب الإستيلاء والإلتصاق والشفعة والحيازة , وبما أنه توجد أحكام مشتركة بين الإستيلاء والحيازة فسيجمع دراستهما فى فصل واحد بعد دراسة أحكام الإلتصاق والشفعة .

- وبناءً عليه فإنه يمكن لنا إتباع الخطة الآتية للدراسة :-
- الفصل الأول : فى العقد والوصية والميراث .
 - الفصل الثانى : فى الإلتصاق والشفعة .
 - الفصل الثالث : فى الإستيلاء والحيازة .

- الفصل الأول -

العقد والوصية والميراث

- المبحث الأول -

- العقد -

يعد العقد من أهم أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية بصفة عامة , وحق الملكية بصفة خاصة , والعقد هو " إتفاق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين , متى كان ممكن وجائز , وكان الباعث عليه مصلحة مشروعة " , والأصل أن له أركان ثلاثة هى الرضاء والمحل والسبب , يضاف إليهم ركن الشكلية أو العينية فى بعض العقود وعلى سبيل الإستثناء .

وقد نوهنا سلفاً إلى أن تفصيل دراسة العقد تكون فى موضعها الطبيعى ضمن مصادر الإلتزام , فنحيل إليها منعاً للتكرار ^(١) .

ويرد العقد كسبب لإكتساب حق الملكية على كل الأموال من العقار والمنقول وأياً كان تقسيماتها الأخرى , ولكن المشرع المدنى حرص على النص على كيفية إنتقال الملكية فى العقار والمنقول , حيث خصص ثلاثة مواد - ضمن الأسباب العامة لإكتساب الملكية - لأحكام العقد .

فقرر أن الملكية فى المنقول المعين بنوعه فقط تنتقل للمشتري (أو للمتصرف إليه) بعد التعاقد - متى كان المحل المتصرف فيه مملوكاً للمتصرف (البائع) - من وقت إفرازه ولو تأخر التسليم , طبقاً للمادة (٢٠٥) ق مدنى , فإن كان المنقول معيناً بذاته , ويملكه البائع , فإن ملكيته تنتقل بمجرد التعاقد , وذلك كشأن التعاقد على شراء سيارة معينة أو منقول آخر معين بذاته , طبقاً للمادة (٢٠٤) ق - مدنى ^(٢) .

فإن تعلق الأمر بعقار فلا تنتقل الملكية (ولا الحقوق العينية الأخرى) إلا بالتسجيل , سواءً بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير , حيث جاء فى المادة (٩٣٤) مدنى أنه :-

(١) راجع مؤلفنا فى مصادر الإلتزام - الكتاب الأول - العقد والإرادة المنفردة - دار النهضة العربية - ٢٠١١ .
(٢) حيث جرت صياغة المادة (٩٣٢ , ٩٣٣) على أنه " تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية فى المنقول والعقار بالعقد , متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة (٢٠٤) وذلك مع مراعاة النصوص الآتية".
- م ٩٣٣ " المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ " .

- ١ - فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير , إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى ^(١) .
- ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها , سواء أكانت ناقله للملكية , أم غير ناقله , ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر " .
- ومن الجدير بالذكر هنا أنه ليس كل عقد يكسب الملكية , بل إن بعضها يكشف عن كسبها , والعقود المسماة المكسبة للملكية هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض , وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع , والعقود المسماة التى تكشف عن كسب الملكية هى الصلح والقسمة ^(٢) .

(١) ويقصد به القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى (نظام الشهر الشخصى) والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن السجل العيني , والذى بدأ العمل فعلاً به , وإن لم تنتهى الإدارات المساحية من تطبيقه على كافة العقارات فى مصر .

(٢) السنهورى - ج٩ - ص ٣٣٢ .

- المبحث الثانى -

- الوصية -

- testament -

الوصية هى " تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الوفاة " , فهى تصرف بإرادة منفرد , حيث لا يلزم لإنعقادها توافر إرادتين بل يكفى إرادة الموصى فقط لإنشائها , وإن تطلب الأمر موافقة الموصى له لتنفيذها بعد وفاة الموصى , فإن رفض الموصى له تنفيذها فتد على ورثة الموصى ^(١) , وتعتبر الوصية من الإستثناءات الواردة على قاعدة بطلان التعامل فى التركات المستقبلية (م ١٣١) مدنى.

والوصية قد تكون بملكية عين معينة أو بتقرير حق إنتفاع عليها لمصلحة الموصى له أو بغيرها , وفى جميع الأحوال لا تجوز الوصية إلا فى حدود ثلث التركة , بعد إسقاط الديون , فإذا زادت عن الثلث فلا تنفذ فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة ^(٢) , ويجوز الوصية لوارث أو لغير وارث فى القانون المصرى .

وينظم أحكام الوصية القانون رقم (٧١ لسنة ١٩٤٦) بالنسبة للمصريين كافة (مسلمين أو غير مسلمين) وهو مأخوذ من الشريعة الإسلامية , وهى الشريعة العامة للمصريين , وقد أقرت ذلك محكمة النقض المصرية حتى قبل صدور قانون الوصية سنة ١٩٤٦ ^(٣).

وأقر المشرع فيه الوصية الواجبة فى المواد من (٧٦ إلى ٧٩) وذلك إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكماً , بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته , حيث أوجب للفرع فى

(١) فإذا كانت الوصية لجهات أو مؤسسات أو منشآت فيكون القبول ممن يمثلها قانوناً , فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول .

(٢) وتكون إجازة الورثة فى الزيادة عن الثلث بعد وفاة المورث الموصى , ويشترط أن يكونوا من أهل التبرع , عالين بما يجيزونه , راجع السنهورى - الوسيط - ج ٩ - ص ٢١٣ .

وتصح وصية من لا دين عليه , ولا وارث له , بكل ماله أو بعضه , من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها تعتبر وارثاً .

(٣) نقض مدنى فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ - مجموعة عمر - رقم ٢٠٠ - ص ٤٥٤ - وحكمها فى ١٩٤٣/٤/١ - مجموعة عمر - قم ٣٧ - ص ٧٤ , فقضت بأن " المواريث عموماً , ومنها الوصية , هى وحدة واحدة , وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين , مسلمين كانوا أو غير مسلمين , وفق قواعد الشريعة الإسلامية , باعتبارها الشريعة القائمة " .

التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث وبشرط أن يكون غير وارث , وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له .
وقد نصت المادة (٩١٥) مدنى على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها .

أما المادة (٩١٦ , ٩١٧) فتناولت أحكام الوصايا المستترة سواءً في مرض الموت أو في حالة إحتفاظ المتصرف بحق الإنتفاع للعين طوال حياته , وحماية الورثة من هذه التصرفات على ما يلى :-

- حماية الورثة من الوصايا المستترة وتصرفات مورثهم :-

أجاز القانون للشخص أن يتصرف في تركته المستقبلية , إستثناءً من قاعدة عدم جواز ذلك , بتصرفات أقرها لهم ومنها الوصية والوقف , أما في غير ذلك فلا يجوز التصرف في تلك التركات المستقبلية على إعتبار أن الشرع الحنيف قد تولى بنفسه , وبقواعد أمره , تعيين حصة كل وارث في التركة لا يتعداه , سوى بموافقة مورثه , أو بدون هذه الموافقة .

وقد واجه المشرع حالات التحايل على قواعد الميراث في شكل تصرفات صورية , بعوض أو بدون عوض , في مرض الموت أو في غيره , لوارث أو لغير وراث , مما إعتبره تصرفاً يحوى وصية مستترة في شكل تصرف آخر , وأجرى عليها أحكام الوصية , خاصة في عدم نفاذها في حق الورثة إلا في حدود الثلث .
وقد قرر في هاتين المادتين حكم حالتين أراد فيهما حماية الورثة :-

- الحالة الأولى : تصرف المورث في مرض الموت :-

تناولت المادة (٩١٦) مدنى حكم تصرف المورث في مرض الموت في فقراتها الثلاثة , حيث قضت بأنه " ١ - كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع , يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت , وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت , ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق , ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن التاريخ ثابتاً .

٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت إعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك , كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

[١] شروط تصرف المورث في مرض الموت :-

يستخلص من نص المادة السابقة ضرورة توافر شرطين الأول خاص بأن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت ، والثاني خاص بكونه تصرفاً تبرعياً :-

- الشرط الأول : التصرف صادر في مرض الموت :-

حيث يكون الإنسان في أضعف حالاته النفسية والبدنية ، خاضعاً لتأثير الآخرين فيه والذين يؤثرون على إرادته ، وقد يخيّلون له مالميل حقيقة .

والتصرف الصادر من المورث ليس محدداً في المادة ، فهو مطلق التصرف أيّاً كانت التسمية التي أعطيت له بيعاً أو هبة أو إقراراً أو إبراءً أو غير ذلك ، فإذا وهب المورث عيناً أو أقر بدين أو أبرأ مديناً له سرت الأحكام التشريعية الواردة في نص المادة (٩١٦) .

والشق الآخر في هذا الشرط أن يصدر التصرف في مرض الموت ، وهو المرض الشديد التي تعقبه الوفاة حتماً ، والذي لا تمر مدة سنة على الشخص بين الإصابة به والوفاة ^(١) .

وعبء إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت على الورثة ، ولهم إثبات ذلك بكل طرق الإثبات ، بما في ذلك البيّنة والقرائن حيث الأمر يتعلق بواقعة مادية ، كما يستطيعون إثبات مرض الموت بشهادة الأطباء وتقاريرهم وبشهادة الشهود وبالقرائن .

وغالباً ما سيكون التصرف المطعون عليه مفرغ في محرر ، فإن كان هذا المحرر عرفياً فلا يحتج على الورثة بتاريخ المحرر ، حيث أنه عرفي ودائماً ما يتحوط المتصرف إليه من ذلك فيرجع تاريخ التصرف لتاريخ سابق على مرض الموت ليخفي الحقيقة ، إلا إذا كان المحرر ثابت التاريخ طبقاً لقواعد إثبات التاريخ في قانون الإثبات (م ١٥) منه ، أو كان المحرر رسمياً ، فحينئذ لا حاجة بالمتصرف إليه لذلك حيث هو محرر رسمي ثابت التاريخ ، وهذا ما سجلته الفقرة الثانية من المادة

(١) قضت محكمة النقض بأن " من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته ، فإذا إستطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض وإحتمال عدم براء صاحبه منه ، وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ، ولا تعد حالة من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها وإشتداد وطأها ، إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة ، وقيام المرض أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع " نقض مدني في ١٩٨٤/٢/٨ - طعن رقم ١٠٠٢ س٩٤ق - ونقض في ١٩٦٩/٤/١ س٢٠ - ص ٥٦١ .

(٩١٦) - البند الأخير , فى قولها " ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " (١) .

- الشرط الثانى : أن يكون التصرف تبرعاً :-

وهذا هو الشرط الثانى المستخلص من الفقرة الأولى من المادة (٩١٦) , حيث قصد المورث التبرع بالمحل المتصرف فيه للمتصرف , وقلمما يكون تصرف المريض فى مرض بعوض , حيث لا حاجة به للنقود .

والمقصود هنا ليس التصرفات التبرعية بطبيعتها فحسب , فهذا أمر مفروغ منه , بل والتصرفات العوضية التى يكون جوهرها تبرعياً , وهى الغالب فى الأمور والحوادث هذه , كعقد بيع مع تسجيل ثمن بخس أو إبراء المشتري من الثمن بالتبرع به له , حيث الثمن محاباة , فإن ثبت أن الثمن تبرعى هكذا , خاصة فى البيع , سرت أحكام الوصية لا البيع فى حق المتصرف إليه (المشتري) , مالم يكن الثمن حقيقياً والبيع حقيقى وأثبت ذلك المشتري , وهذا حقه , ومع مراعاة الأحكام الأخرى , خاصة ما ورد فى المادة (٤٧٧) بشأن البيع فى مرض الموت , حيث جاء فيها أنه :-

" ١ - إذا باع المريض فى مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع فإن البيع يسرى فى حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة , فإن البيع فيما يتجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقى بتكملة الثلثين " (٢) .

فإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت إعتبر القانون التصرف تبرعاً , وسرت عليه أحكام الوصية , خاصة عدم نفاذها فى حق الورثة إلا فى حدود ثلث التركة .

ولا يمنع ذلك أو يحجب حق المتصرف إليه فى إثبات جدية التصرف وأنه ليس تبرعياً بل عوضياً , وأنه دفع فعلاً مقابل ما أخذ , فالقرينة القانونية السابقة ليست قاطعة , بل يجوز إثبات عكسها دائماً بكل طرق الإثبات .

(١) ويظل هذا التاريخ حجة عليهم إلى أن يثبتوا عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدره كان فى مرض الموت , فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم بإعتبارهم حلفاً لمورثهم , نقض مدنى فى ١١/٥/١٩٦٧ س ١٨ - ٩٧٥ , ونقض مدنى فى ٦/١٢/١٩٧٧ س ٢٨ - ١٧٤٢ .

(٢) وقد قضى بأنه " لئن كان حق الورثة يتعلق فى مرض الموت بمال (المورث) إلا أن هذا الحق لا يتعلق إلا بالثلثين , أما الثلث الباقي فقد جعله الشارع حقاً للمريض ينفقه فيما يرى بواسطة التبرع المنجز حال المرض أو بواسطة الوصية " نقض مدنى فى ١١/٥/١٩٦٧ س ١٨ , ٩٧٥ , وراجع نقض مدنى فى ١٦/٤/١٩٨٤ - طعن رقم ٧٦٨ س ٤٩ ق - ونقض مدنى فى ٢٧/١٢/١٩٨٣ - طعن رقم ١٠١١ س ٤٧ ق - م/ أنور طلبه - ج ٥ - ص ٢٣٠ .

- الحالة الثانية : تصرف الشخص لأحد ورثته وإحتفاظه بحيازة العين , وبحقه فى الإنتفاع بها مدى حياته :-

وهذه الحالة الثانية الواردة فى المادة (٩١٧) مدنى والتي جاء فيها أنه " إذا تصرف شخص لأحد ورثته وإحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها , وبحقه فى الإنتفاع بها مدى حياته , إعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية , مالم يقيم دليل يخالف ذلك " .

وهنا أيضاً لابد من توافر شرطين لإنتفاق حكم المادة :-

- الشرط الأول : أن يصدر التصرف لأحد ورثته :-

يجب أن يكون المتصرف إليه أحد الورثة للمتصرف , حيث تظهر هنا نية التحايل على قواعد وأحكام الميراث الشرعية بغية زيادة حق المتصرف إليه فى التركة , أو حرمان الآخرين من حقهم نهائياً , وغالباً ما تكون ذلك عندما يكون الورثة إنثاءً فقط , ويهدف المورث لمنع الأشخاص الآخرين - الذكور بصفة خاصة - من مشاركتهم فى التركة , خاصة أعمام البنت أو البنات .

فإذا لم يكن المتصرف إليه أحد الورثة فلا ينطبق نص المادة (٩١٧) , ونبحث فى مدى توافر شروط تطبيق المادة (٩١٦) أو المادة (٤٧٧) مدنى , وإن لم يمنع هذا بعض الفقه من إعتبار أن التصرف وإن تم لأجنبى فى التركة ولكن المتصرف إحتفظ لنفسه بسند قانونى بحيازة العين وحقه فى الإنتفاع فيها طوال حياته , من شأن ذلك أن يقيم قرينة قضائية (وليست قانونية) على أن التصرف وصية مستترة , وإن خبأت فى شكل عقد بيع أو هبة (صورى)^(١) .

- الشرط الثانى : أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين , وبحقه فى الإنتفاع بها طيلة حياته :-

حيث واقع الحال ينطق بعكس المسجل أو التصرف المتفق عليه والمدعى به , حيث إحتاط المتصرف لنفسه , فخشى من غدر المتصرف إليه به , فدون فى التصرف حقه فى الإحتفاظ والإنتفاع بالعين المتصرف فيها طوال حياته , أو ورد ذلك فى إتفاق لاحق .

(١) السهنورى - الوسيط - ج ٩ - ص ٢٢٩ , والأمر يقبل إثبات العكس دائماً " فإذا كان المورث مازال على قيد الحياة , فإن (الوارث مستقبلاً) لا يفيد من القرينة التى أقرتها المادة (٩١٧) مدنى " , نقض مدنى فى ١٩٧٩/٤/٥ , طعن رقم ١١٣ - س ٤٦ ق - , ونقض مدنى فى ١٩٦٨/١١/١٤ , الطعن رقم ٤٨٧ س ٣٤ ق - م / أنور طلبه - ص ٢٣٨ .

وعضد ذلك بشئ آخر ، حيث ظل حائراً للعين المتصرف فيها - ولم يتخلى عنها للمتصرف إليه - بأية طريقة كانت ، وقد يكون ذلك بحكم الضرورة حيث لا محل آخر يملكه المتصرف للإقامة فيه أو لممارسة عمله أو مهنته (كمحل للتجارة أو أرض زراعية) ، أو تحوط من غدر الزمن به ، خاصة إنقلاب المتصرف إليه وتغير معاملته له .

وبالتالى فالمتصرف يحتفظ فعلاً بشيئين على العين ، **حيازتها الفعلية ، وحقه فى الإنتفاع بها طوال حياته** بأية طريقة كانت ، والطرق هنا عديدة ومختلفة كأن يوجد بند فى عقد بيع العين يسمح للبائع بالإقامة فى العين وبالإنتفاع بها وحده طوال حياته ، مع منع المشتري من التصرف فى الرقبة^(١) ،

وذلك أياً كان شكل التصرف المبرم بين الطرفين ، بيعاً أو هبة أو غيرهما ، بشرط أن يكون إستبقاء الحيازة والإنتفاع فى يد المتصرف بناءً على سند قانونى ملزم للمتصرف إليه ، كعقد إيجار أو بيع ، أما الإنتفاع الفعلى دون سند فلا يكفى لقيام القرينة القانونية ، حيث الأمر موكل لمحض مشيئة وإرادة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينهى الأمر متى أراد^(٢) .

فإن توافر الشرطين السابقين إعتبر التصرف - بقرينة قانونية - أنه تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وسرت فى شأنه أحكام الوصية ، حيث لا ينفذ فى حق الورثة الآخرين إلا فى حدود الثلث لما تركه المورث ، ويقسم الباقي بينهم طبقاً لقواعد الميراث^(٣) ، مالم يستطع الوارث أن يثبت عكس ذلك ، ويقوم الدليل بدحض القرينة السابقة ، وبكل طرق الإثبات ، بأن التصرف حقيقى وأن حيازة العين أو الإقامة فيها والإنتفاع بها لم يكن إلا تبرعاً من المتصرف إليه للمورث ، ولكنه دفع له عوض المحل كاملاً ، فالتصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته صحيحة وجائزة شرعاً ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه^(٤) .

(١) أو يلجأ لطرق أخرى كإيجار العين من المتصرف إليه ، مدة حياته ، بأجرة يحصل على مخالصة بها ، دون أن يكون قد دفع شيئاً .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٦٣/٤/٢٥ ، المجموعة س ١٤ - رقم ٨٤ - ص ٥٧٩ ، ونقض مدنى فى ١٩٦٥/٦/١٤ - س ١٦ - رقم ١٢٨ - ص ٨٠٨ ، ونقض فى ١٩٧٢/٣/٧ - طعن رقم ٨٩ س ٣٧ ق .

(٣) " لقاضى الموضوع سلطة التحقق من هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به ، مادام قد برر قوله فى هذا الخصوص بما يؤدى إليه " نقض مدنى فى ١٩٧٠/٦/١٦ - طعن ١٨١ س ٣٦ ق - ونقض مدنى فى ١٩٦٨/٤/١٨ طعن رقم ٢٩٤ ، س ٢٤ ق - ونقض مدنى فى ١٩٦٧/١٩١٢ - طعن رقم ١٦٤ - س ٣٢ ق - م/ أنور طلبه - ص ٢٤٣ .

(٤) نقض مدنى فى ١٩٧٠/٤/٣٠ - طعن رقم ٣٩٤ س ٣٥ - ، وجلسة ١٩٨٤/٢/١٤ ، طعن ١٧٤٥ س ٤٩ .

- المبحث الثالث -

- الميراث -

Succession

يدخل الميراث (قواعده , وأنصبتة والورثة وحالات الحجب والحرمان , ألخ) ضمن مادة المواريث والوصية والوقف وليس هنا موضع مناسب لدراسة كافة أحكامها تفصيلاً , ولكن المشرع المدني آثر أن يورد بعض الأحكام الخاصة بالميراث كأحد أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية في المادة (٨٧٥ وما بعدها) .

وقد صُدر القانون أحكامه بالنص في المادة (١/٨٧٥) مدني على أنه " تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها " .

والمقصود بالقوانين الصادرة بشأنها القانون رقم (٧٧ لسنة ١٩٤٣) بشأن المواريث , كما يوجد القانون رقم (٤٨ لسنة ١٩٤٦) بشأن أحكام الوقف , وتطبق قواعد المواريث الواردة في هذا القانون وفي قواعد الشريعة الإسلامية على جميع المصريين على السواء , مسلمين أو غير مسلمين ^(١) .

وعلى ذلك فقد ورد في القانون المدني المصري أربعون مادة متعلقة بالميراث وتصفية التركات (المواد من ٨٧٥ حتى المادة ٩١٤) منه , حيث نظم تعيين مصف التركة (المادة ٨٧٦ وما بعدها) , ثم قواعد جرد التركة (م ٨٨٣ وما بعدها) , ثم قواعد تسوية ديون التركة (م ٨٩١ وما بعدها) , ثم تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال (م ٨٩٧ وما بعدها) وأخيراً أحكام التركات التي لم تصف (م ٩١٤) مدني .

- وجوب شهر حق الإرث لنقل الملكية للمورث :-

نصت المادة (١٣) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على ضرورة شهر واقعة الإرث (كواقعة مادية تنقل الملكية) لما لها من أهمية بالغة , إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية , وذلك بشرط أن تكون هذه الحقوق نشأت عن الميراث بعد العمل بهذا القانون , أي منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ , أما ما قبل ذلك فتنتقل الحقوق للورثة دون حاجة لشهر حق الإرث ويستطيعون التصرف فيما ورثوه وتشهر تصرفاتهم دون حاجة لشهر حق الإرث .

(١) نقض مدني في ١٩٦٤/٤/١ - المجموعة س ١٥ رقم ٧٨ - ص ٤٨٦ , ونقض مدني في ١٩٤٣/٤/١ -

مجموعة عمر ٤ - رقم ٣٧ - ص ٧٤ .

ولكن ليس معنى هذا أن ملكية أعيان التركة لا تنتقل للورثة إلا بشهر حق الإرث , بل هي تنتقل إليهم بمجرد واقعة الوفاة للمورث ولكن الوارث إذا تصرف في عقارات التركة قبل شهر حق الإرث فلا يجوز شهر تصرفه هذا .

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن (وارث أو غير وارث).
ومن الجدير بذكره هنا أيضاً أن المادة (٣٠) من القانون رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ (بشأن السجل العيني) قد أوجبت أيضاً شهر حق الإرث أيضاً إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية , فإن لم يتم هذا القيد فلا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق , أى أن الملكية تنتقل إليه بمجرد وفاة مورثه , ولكن لا يجوز له التصرف في حق من هذه الحقوق , على عكس القانون رقم (١١٤) لسنة ١٩٤٦ (الذى منع شهر التصرف فقط , وليس منع التصرف فى ذاته , وهو جزاء أشد فى قانون السجل العيني ^(١)) .

(١) راجع السهوى - ج ٩ - ص ٢٠٢ .

- الفصل الثانى -
الإلتصاق والشفعة
- المبحث الأول -
الإلتصاق

- أولاً : تعريف وشروط :-

يعرف الإلتصاق بأنه "إندماج شيئين متميزين عن بعضهما , مملوكين لشخصين مختلفين ودون إتفاق بينهما , بطريقة لا يمكن فصلهما إلا بتلف " .

فالإلتصاق واقعة مادية تؤدى لإكتساب الملكية , إذ أن الإندماج بين الشيئين أفرز شيئاً جديداً لا بد من إسناد ملكيته لأحد مالكي الشيئين , مقابل تعويض الآخر , دون قيام الشيوع بينهما , حيث الشيوع حل غير مناسب إقتصادياً فى أكثر الأحوال , حيث لا إتفاق بين المالكين ولا تعارف ولا رغبة فى الشيوع .

ولكى يتحقق الإلتصاق يجب توافر مجموعة من الشروط هى :-

[١] وجود شيئين متميزين :-

إذا يفترض الإلتصاق وجود شيئين متميزين عن بعضهما البعض قبل الإلتصاق , لكل منهم وجوده وخصائصه , فإن كان أحد الشيئين تابعا للأصل أو غير متميز عنه فلن يستدعى أحكام الإلتصاق , وعلى ذلك فالتحسينات والترميمات التى يجريها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر متميزة عن الأصل , وهنا نطبق الأحكام المنصوص عليها فى المادة (٩٨٠) مدنى بشأن المصروفات ^(١) , أما الثمار التى تتولد عن الشئ فى مواعيد دورية (طبيعية أو مدنية) فهى متولدة عن الأصل وتابعة له , وتسرى عليها أحكام الثمار الواردة بالمواد (٩٧٨ , ٩٧٩) مدنى , وكذلك تعد المنتجات جزءاً من الشئ ذاته وليست شيئاً مستقلاً عنه , فهذه الملكية ليست جديدة بل تابعة للأصل ومتفرعة عنه , أما الملكية بناءً على أحكام الإلتصاق فهى جديدة مستقلة عن ملكية الشئ الأصيل ^(٢) .

(١) حيث تفرق المادة فى حق إسترداد الحائز لهذه المصروفات بين المصروفات الضرورية , والنافعة والكمالية , راجع المادة (٩٨٠) مدنى .

(٢) هذه الملكية الجديدة كسبت بسبب مستقل قائم بذاته وهو الإلتصاق , فهو سبب جديد للملكية جديدة , أما مالك الثمار فلم يملكها بسبب جديد , بل ملكها بموجب ملكيته للأصل , هذه الملكية الأصلية هى التى جعلته مالكا للثمار , إذا إمتدت من الشئ الأصيل إلى ثماره المتولدة منه , راجع السنهاورى - ج ٩ - ص ٢٤٦ .

[٢] ملكية الشئان لشخصين مختلفين :-

فمالك الشئ الأول غير مالك الشئ الثانى , فلو إتحد مالك الشئين قبل الإلتصاق فلا داعى لأحكام الإلتصاق هنا ولا ضرورة لذلك , فهو ينظم ملكه كيفما يشاء , فالمالك الذى يبنى فى أرضه يملك البناء أولاً بأول بناءً على ملكيته للأصل , وكذلك من يبنى طابقاً فوق البناء الموجود من قبل .

أما إن كانا مختلفان فتطبق أحكام الإلتصاق , وهذا شأن تملك صاحب الأرض للزيادة عليها بسبب طمى النهر الذى تكون بطريقة تدريجية غير محسوسة , على ما سنرى , حيث كان الطمى ملك الدولة وتملكه صاحب الأرض بالإلتصاق , وليس صحيحاً أنه كان مباحاً غير مملوك لأحد , وإلا لإستدعينا أحكام الإستيلاء .

[٣] إندماج الشئان بطريقة لا يمكن فصلهما إلا بتلف :-

حيث إتحد الشئان مع بعضهما ولا يمكن فصلهما مرة ثانية إلا بتلفهما أو تلف أحدهما , فلا يمكن نزع المبانى المقامة على أرض الغير إلا بهدمها , ولا يمكن إعادة تحويل الدقيق والسكر وغيره من مكونات الحلويات والأطعمة بعد إتحداهما وخروج الطعام ومنتجات مصنع الحلوى .

فإذا أمكن فصلهما دون تلف فلا مكان لأحكام الإلتصاق , فالكنز المدفون فى الأرض أو فى حائط يمكن فصله عن الأرض أو الحائط , لذا فهو ملك من وضعه إن أثبت ذلك , وإلا فملك صاحب الأرض , وذلك ليس بناءً على أحكام الإلتصاق , بل بحكم القانون .

[٤] عدم وجود إتفاق بين مالكي الشئين :-

حيث الإتفاق لو وجد لكان هو الواجب التطبيق , أيا كان مصير الملكية لمن , حيث تراضى الطرفان على ذلك , فنطبق أحكام العقد كمصدر للملكية , فالصانع الذى يتفق مع رب العمل على صنع شيئاً له بمواد يحضرها رب العمل وأخرى يقدمها الصانع يملك رب العمل الشئ النهائى بناءً على عقد المقاوله , وليس بأحكام الإلتصاق^(١) .

(١) فإذا وجد الإتفاق فيجب إعمال أحكامه ويمتنع التحدى بقواعد الإلتصاق , نقض مدنى فى ١٩٦٨/٦/١١ س ١٩ ص ١٣٣ - م/ أنور طلبه - ص ٢٧٣ .

- ثانياً : موقف القانون المدنى :-

رأى المشرع فى القانون المدنى إذا ما تحققت تلك الشروط ضرورة إسناد ملكية الشئ كاملاً لأحد المالكين , مع تعويض الآخر , وذلك كقاعدة , مالم يرد إستثناء عليها .

أما من منهما يملك الشئ المملوك للآخر , فقد إختار المشرع مالك الشئ الأصلى لىتملك الشئ الآخر الذى إندمج به , وإعتبر الأرض هى الأصل وما يلحق بها من بناء أو غراس (نبات) يعد مندمجاً بها , فيمتلك صاحب الأرض ما عليها بناءً على أحكام الإلتصاق وملكته للأرض .

أما بشأن المنقولات فلم يستطع أن يضع قاعدة محددة لحكم كل الحالات , لصعوبة تحديد ما هو الشئ الأصلى وما هو الشئ التابع , فترك الأمر للمحكمة , مرشداً إياها ببعض المعايير .

وقد نظم المشرع أحكام الإلتصاق فى المواد (٩١٨ حتى ٩٣١) من القانون المدنى , ووضع أحكاماً خاصة لإلتصاق المنقول بالمنقول , وهى حالات نادرة , وقليلاً ما تثار قضايا بشأنها .

أما إلتصاق المنقول بالعقار , فقد فرق فيه بين الإلتصاق بفعل الطبيعة (كطمي النهر وطرحه) والإلتصاق بفعل الإنسان , وفصل فى الأحكام الأخيرة , حيث يكثر وقوعها فى العمل وينتج مشاكل عديدة عنها .

وسنرى ذلك فى المطالب الثلاثة الآتية :-

- المطلب الأول -

- إلتصاق المنقول بالمنقول -

- أولاً : صور الإلتصاق :-

يلتصق المنقول بالمنقول الآخر بطريقة لا يمكن فصلهما إلا بتلف في صور عديدة منها :-

- **الضم** : حيث يضم الشيء الأول للآخر ويتحد في شيء واحد مع إمكان التمييز بينهما , ولكن لا يمكن فصلهما إلا بتلف , كإلتصاق قطعة من الماس في خاتم من ذهب أو إلتصاق البطانة الداخلية للملابس بالأقمشة الخارجية , وكذلك ملحقات الملابس من الأزرة والخیوط والكماليات الأخرى .

- **المزج أو الخلط** : هنا يختلط المنقول بالآخر بالإمتزاج مع بعضهما البعض , ووجود ذرات كلاً منهما في الآخر , كإختلاط السكر أو الملح بالماء , فيذاب الأول في الثاني , ليصبح الماء حلواً أو مالحاً .

- **التحويل** : حيث ينتج شيء جديد مختلف عن العناصر الداخلة في تكوينه , كخلط الماء بالدقيق بالسكر والسمن وبعض الإضافات الأخرى لتكوين الحلويات وغيرها , حيث تحولت الأشياء لمنتج جديد , يصعب إن لم يستحيل إعادة الأمر لسابق عهده قبل التحويل .

- ثانياً : حكم القانون :-

نصت المادة (٩٣١) مدني على أنه " إذا إلتصق منقولين لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك إتفاق بين المالكين , قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث , وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما " ^(١) .

فلم يضع المشرع قاعدة موحدة لإسناد ملكية الشيء الجديد لأحد المالكين , بل ترك الأمر لتقدير المحكمة المختصة بنظر النزاع , وإن وضع قواعد إرشادية لها هي قواعد العدالة , والضرر الواقع , وحالة الطرفين , وحسن نية كل منهما .
فالواقع أن إختيار المحكمة لتملك صاحب الشيء الأول أو صاحب الشيء الثاني للشيء الجديد سيكون حسب كل حالة , وهي تعمل العدالة في جميع أحكامها ,

(١) والمقابل لها المادة (١١٢٥) مدني - عراقي - والمادة (٨٩٨ , ٨٩٩) من مجلة الأحكام العدلية .

ولن يكون التملك مجاناً ، بل بتعويض عادل للطرف الآخر ، ويراعى فى التعويض مدى وجود حسن النية أو عدمه بالنسبة لأيهما .

فلا مانع من الأخذ بالقاعدة التى تقول أن صاحب الشئ الأكثر قيمة يمتلك الشئ الآخر الأقل قيمة ، وحسن النية يمتلك الشئ الآخر لسيئ النية ، وسيئ النية يتحمل بالتعويضات والأضرار التى سببها للطرف الآخر ، وإذا كانت حالة أحدهما لا تسمح له بتملك الشئ الجديد فلا مانع من إسناد الملكية للطرف الآخر مع تعويض الأول ، أو إسناد الملكية لهذا المالك مع تقسيط التعويض على دفعات معقولة تناسب إمكانياته .

وقد ترى المحكمة بقاء الشئ ملكاً للطرفين على الشيوع ، بنسبة قيمة كلا منهما فى المنقول الذى كان يملكه إذا كان ذلك يحقق العدالة بينهما ولا يضعف من قيمة الشئ ذاته ، ولا يسبب مشاكل فى إستعمال الشئ أو التصرف فيه ، أو تحكم ببيع الشئ على ما هو عليه ، وتقسيم الثمن بين الطرفين بالتساوى أو بنسبة قيمة المنقول السابق إن قلت عن ذلك ^(١) .

(١) السهنورى المرجع السابق - ص ٣٢٩ .

وقد رجحت مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٩٠٢) تملك صاحب القيمة الأكثر للقيمة الأقل ، إذا وقع الإنصاف قضاءً وقدرًا ، فلو سقطت من شخص لؤلؤة ولتقطتها دجاجة شخص آخر ، تملك صاحب اللؤلؤة الدجاجة ويعطى الآخر قيمتها .

أما الغصب وسوء النية فيرد على صاحبه ، ولا يترك الشئ الجديد (م ٨٩٨) .

راجع د/ غنى حسون - المرجع السابق - ص ١٧٧ .

- المطلب الثانى -

إلتصاق المنقول بالعقار بعمل الطبيعة

[طمى وطرح النهر]

- أولاً : إحصار الضرورات العملية للنصوص القانونية :-

قبل إتمام بناء السد العالى على نهر النيل كان النهر يغرق أجزاءً من الوادى والدلتا فى وقت الفيضان , وكان يجلب معه كميات هائلة من ذرات الطمى من منابعه يرسبها حول ضفافه أو فى مجراه .

وعاماً بعد آخر كان يظهر فى مجرى النهر جزراً جديدة , وعلى ضفافه مساحات أراضى جديدة ملتصقة بالأرض القديمة , بحيث تعلو منسوب المياه فى زمن الفيضان العادى .

هذا من ناحية , ومن ناحية أخرى , كانت سرعة وإندفاع المياه تسبب نحراً فى بعض المناطق , خاصة فى مناطق إنحناء وتعرج النهر , لتضطرم تيارات المياه الجارفة بالشواطئ لتجتزئ منها بعض الأراضى وترسبها فى مناطق أخرى قريبة أو بعيدة .

أيضاً توجد فى مصر مجموعة من البحيرات فى الشمال والوسط تتصل بها فروع النهر والرياحات أو فروع الصرف الزراعى , وهذه البحيرات قد يقل الماء الوارد إليها من النهر فتجف فى بعض أجزائها وتظهر أراضى جديدة ملتصقة بالأراضى القديمة , وهنا يثار التسؤل عن ملكية تلك الأراضى الجديدة .

والحقيقة أنه بعد بناء السد العالى وترويض النهر إنقطع الطمى ولم يعد هناك تطبيقات عملية لأراضى طمى النهر وطرحه , بل إستقرت الأراضى على الضفتين أو فى المجرى (الجزر) وأية توسعه أو زيادة فيها فيكون بفعل الإنسان ويشكل إعتداءً على النهر المحمى تشريعياً من بداية دخوله مصر حتى مصبه فى البحر المتوسط .

كما أنه لم تعد توجد بمصر برك ومستنقعات بعدما عمدوا الأهالى والدولة إليها فجففوها وإستغلوها فى أغراض ذات نفع عام أو نفع خاص .

ولم يبق إلا الأراضى التى ينكشف عنها البحر , أو البحيرات الشمالية , أو بحيرة قارون , والتى يمكن أن تستدعى هذه الأحكام القانونية لحكمها , ولكن كل الأحكام القانونية التى أوردها المشرع فى القانون المدنى قائمة لم تمس و تصلح للتطبيق فى أى وقت , نظرياً وعملياً .

- ثانياً : الأحكام القانونية :-

نظم القانون المدني أحكام الالتصاق الطبيعي في أربع مواد قانونية بدأها بالمادة (٩١٨ حتى ٩٢١) حيث فرق في الحكم بين طمي النهر , وطرح النهر والأراضي التي ينكشف عنها البحر والبحيرات :-

[١] أراضي طمي النهر :-

وهي " الأراضي التي تتكون من طمي النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة , بحيث تعلو منسوب مياه النهر في زمن الفيضان العادي " .

ويشترط فيها أولاً أن تكون من طمي النهر , وليس من حجارة وجذوع الأشجار , وثانياً أن تتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة , فلا تظهر فجأة , حيث كونها النهر على مدى سنوات طويلة , أما ما قد يقوم به بعض الملاك المجاورين للنهر من ردم في مجراه أو وضع عوائق من حجارة وأخشاب تعوق تدفق مياهه لترسب الطمي وتظهر أراضي فلا ينطبق عليها هذا الحكم ولن تكون ملكاً لهم , بل ملكاً للدولة ^(١) .

كما يشترط ثالثاً أن تعلو منسوب المياه في زمن الفيضان , والمقصود هو الفيضان العادي , وليس الفيضان غير العادي , والذي يأتي في فترات متباعدة .

أما حكم هذه الأراضي فمنصوص عليه في المادة (٩١٨) مدني التي جرت أحكامها على أنه " الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوبة تكون ملكاً للملاك المجاورين " إذن فإن ملكية هذه الأرض تكون للمالك الأرض الأصلية الملتصقة بها , ويتملكها مجاناً دون دفع أى قيمة لأحد , ولا للدولة ^(٢) .

[٢] طرح النهر :-

طرح النهر هي " الأرض التي تظهر فجأة في مجرى النهر (الجزائر) أو على ضفتيه " سواء كانت مقطعة من أرض أخرى أو إنكشفت عنها المياه فجأة بعد انحسار الفيضان .

(١) ما لم تكن مساهمة الإنسان في تكون الأراضي الجديدة لم ترقى لمستوى الاعتداء على مجرى النهر أو على حقوق المنتفعين من مياهه , ولم يقصد به إلا حماية أرضه من غوائل الفيضان لا ترسيب ما علق من الطمي بمياه النهر بالإسراع في تكوين أرضه منه , راجع نقض مدني في ١٩٦٩/٣/٢٥ - س ٢٠ - ص ٤٧٠ , م/ أنور طلبه , الوسيط في القانون المدني - المكتب الجامعي الحديث - ج ٥ - سنة ٢٠٠١ - ص ٢٦٤ .

(٢) والمقابل لها المادة (١١١٣) مدني عراقي .

وحكم هذه الأراضي أنها ملك للدولة ملكية خاصة طبقاً للمادة (٩٢١) مدنى التى جاء فيها أنه " الأراضي التى يحولها النهر من مكانها أو تنكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه , تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها " (١) .

أما القوانين الخاصة المشار إليها فأخرها المعمول به حالياً هو القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤) , والخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها (٢) , والذى خصص الباب الثانى منه للأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله وإعترها ملكية خاصة للدولة , و حددها بأنها "الأرضى الواقعة بين جسرى نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه " .

وبما أنها ملكية خاصة للدولة , وليست ملكية عامة , فيجوز لها التصرف فيها أو تأجيرها , كما يعرض أصحاب أراضى أكل النهر تعويضاً نقدياً بما يعادل خمسين مثلاً من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر (٣) .

[٣] الأراضي التى ينكشف عنها البحر والبحيرات :-

البحر المقصود هنا هو البحر الأبيض المتوسط والبحر الأحمر وخليج السويس والعقبة , وبما أن الدلتا يحدها شمالاً البحر المتوسط ولا توجد أراضى زراعية ملاصقة للبحر الأحمر فلن تظهر تطبيقات فى هذه المناطق فيما يخص الأراضي الزراعية , ولكن يمكن أن تظهر تطبيقات أخرى فيما يخص الأراضي الصحراوية أو الرملية , فالنص لم يقصر حكمه على الأراضي الزراعية , ولكن الأراضي الصحراوية والمحافظات الصحراوية بطبيعتها والتى ينطبق عليها القانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) بشأن تنظيم الأراضي الصحراوية .

والأراضي التى ينكشف عنها البحر , تكون ملكاً للدولة , أما الأراضي التى يغمرها البحر ويستعيدها صاحبها بعد طغيان البحر عليها فتظل ملكاً لصاحبها , حيث

(١) راجع ذات الحكم فى مجلة الأحكام العدلية , م ١٢٤٠ " النهر إذا جاء بطين إلى أرض أحد فهو ملكه لا يسوغ لآخر أن يتعرض له " , وهى المقابلة للمادة (١١١٢) مدنى عراقى .

(٢) وقبل ذلك نظمت اللائحة السعيدية أكل النهر وطرحه , والصادرة فى ٢٤ من ذى الحجة سنة ١٢٧٤هـ , , الموافق (١٨٥٨م) , تلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ , ثم القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ , ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ , حتى ألغى بمقتضى العمل بالقانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤)

(٣) وقضى بأنه "وضع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لا يكسب الملكية , مالم يقع بعد زوال صفة المال العام عنها , كما فى أرض طرح النهر التى إستقرت وأصبحت ثابتة " نقض مدنى فى ١٧/١/١٩٧٤ , طعن رقم ١٨٤ س ٣٨ ق .

لم يفقد ملكه بطغيان البحر عليها , حيث نصت المادة (٩١٩) على أنه " ١ -الأراضي التى ينكشف عنها البحر تكون ملكاً للدولة , ٢ - ولا يجوز التعدى على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر " .

أما البحيرات والبرك , فالمقصود بها بحيرات مصر (المنزلة - البرلس - إيدكو - البردويل - البحيرات المرة - قارون - بحيرة ناصر أمام السد العالى) , فالأراضي التى تنكشف عنها هذه البحيرات تكون ملكاً للدولة ملكية خاصة , وليس ملكاً لملاك الأراضي المجاورة , مالم يكن هناك طغيان من مياه البحيرة على ملكياتهم المستقرة , فتظل على ملكيتهم بعد انحسار المياه عنها , حيث لم تزول ملكيتهم عنها بطغيان مياه البحيرة .

وهذا ما أكدت عليه المادة (٩٢٠) مدنى فى نصها على أنه " ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك , لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضي ولا تزول عنهم ملكية ما تغطى عليه هذه المياه " .

ويرجع التشابه فى الأحكام بين أراضي طرح النهر والأراضي التى ينكشف عنها البحر والبحيرات إلى أن البحر والبحيرات والأنهار من أملاك الدولة العامة , فطميها والجزر التى تتكون فى مجارى الأنهار والأراضي التى تنكشف عنها تعد من قاع البحر أو البحيرة وتكون ملكاً للدولة أيضاً .

- المطلب الثالث -

إلتصاق المنقول بالعقار بفعل الإنسان

[الإلتصاق الصناعي]

هنا يكون إلتصاق المنقول بالعقار بفعل الإنسان , حيث أقام بناءً أو غرس نباتاً على أرض غيره , أو بمواد مملوكة لغيره , إما بحسن نية أو سوءها , فما حكم هذه الفروض ؟

- أولاً : مالك الأرض يملك ما فوقها وما تحتها , مالم يثبت العكس :-

أقام القانون قرينة بنص المادة (٩٢٢) مدنى , مقتضاها أن الأرض هي الأساس , وما فوقها وما تحتها يعد ملكاً لصاحب الأرض , أقامه على نفقته وبعمله , ولا حاجة لمالك الأرض للتدليل على ذلك فقد أعفاه القانون من عبء الإثبات بالنص , وذلك إتساقاً مع نص المادة ٨٠٣ / ٢ مدنى أيضاً ^(١) .

ولكن هذه القرينة ليست مطلقة , فإن إحتج شخص آخر بأنه يملك هذه المنشآت أو الغراس (النباتات) بسند قانونى من مالك الأرض فعليه عبء الإثبات , فإن نجح فى ذلك انفصلت ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها , وإلا فلا شئى له .

وعلى ذلك فكل المبانئ والمنشآت المقامة على الأرض فى المزارع أو الأرض الفضاء أو غيرها هي ملك لصاحب الأرض , حيث الفرع يتبع الأصل , فحظائر الماشية وأماكن تشوين المحاصيل والأسمدة ولوازم الزراعة وأنايب الرى أو الصرف المدفونة فى باطن الأرض كلها ملك لصاحب المزرعة , مالم يثبت المدعى بأنه أقام البناء أو الغراس على نفقته (واقعة مادية) أو أنه إشتراك فى البناء فقط أو إتفق مع مالك الأرض على بناء وتملك هذه المنشآت (تصرفاً قانونياً) .

وفى ذلك جاء نص المادة (٩٢٢) مدنى على أنه " ١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له " .

(١) حيث تنص على أنه " وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المقيد فى التمتع بما علواً أو عمقاً , وراجع نقض مدنى فى ١٢/٢٧/١٩٨٤ , طعن رقم ٦٣٥ , ٦٤٠ س ٥٤٤ ق .

وقد قضى بأنه " الأصل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام عليها من مبان بحكم الإلتصاق , مقابل تعويض من أقامها وفقاً للأحكام التى أوردتها المشرع فى هذا الخصوص " , نقض مدنى فى ١٦/٢/١٩٨٣ - طعن رقم ٨٠٣ لسنة ٤٩ق - م/أنور طلبه - ص ٢٦٨ .

" ٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته , كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل , أو خوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها"^(١) , حيث أجازت المادة (٣/٨٠٣) مدني أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها وما تحتها , بمقتضى نص القانون أو بالإتفاق .

- ثانياً : إقامة مالك الأرض منشآت (أو غراس) على أرضه بمواد مملوكة للغير :-

ورد تنظيم هذا الفرض في المادة (٩٢٣) مدني , فنصت على أنه "

١ - يكون ملكاً خاصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم , أو كان ممكن نزعها ولكن لم ترفع الدعوى بإستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت .

٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد , كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه , أما إذا إسترد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض " .

وهذا هو الفرض الأبسط من الفروض المطروحة , حيث أقام صاحب الأرض منشآت على الأرض أو تحتها , أو غرس أو بذر نباتات , ولكن مواد البناء من (حديد وأسمنت وغيره) أو الغراس والبذور لم تكن ملكاً له , وذلك إعتقاداً منه بحسن نية أنها ملكه , أو بسوء نية ^(٢) .

(١) المقابل لها المادة (١١١٧) مدني عراقي , والمادة (٨٨٦) سوري , والمادة (٩٢٦) لبي , والمادة (١١٣) قانون الملكية العقارية اللبناني " ولا يكون تملك هذه المنشآت للبنان بمجرد الترخيص له بإقامتها بل تسجيل هذا الترخيص " نقض مدني في ١٩٩٤/١٠/٢٥ , طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ (هيئة عمومية) .

(٢) والفروض فيما تقدم أن يكون صاحب الأرض قد بنى بمواد بناء كالأحجار والأخشاب والحديد ونحو ذلك , أو إستعمل البذور أو الشجيرات الصغيرة التي تغرس في الأرض وأن تندمج هذه المواد بالأرض بحيث تدخل في تكوين العقار بطبيعته , أما إذا أدخل في بنائه تمثالاً أو أثراً ثميناً فإنه لا يملكه بالإلتصاق , بل يجب قلعه ولو أحدث ذلك ضرراً جسيماً بالبناء , مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٦ - ص ٣٣٠ , حيث يجب أن يندمج المنقول بطبيعته في العقار ليصبح عقاراً بطبيعته , وليس عقاراً بالتخصيص , فإن ظل المنقول على حاله فلا يملكه صاحب العقار بالإلتصاق , وإن كان يمكن أن يملكه بأحكام الحيازة .

ويجب في جميع الأحوال إنتفاء الإتفاق بين الطرفين , الصريح أو الضمني , حتى نحتكم لقواعد الإلتصاق , راجع السهوري - ج ٩ - ص ٢٦٦ - و ص ٢٧٣ .

فالأصل أن مالك الأرض يملك تواجها من بناء أو غراس , لذا فمالك الأرض
يتملك هذه المنشآت أو النباتات , وليس ذلك مجاناً , بل مقابل دفع قيمتها كاملة
لصاحبها , وليس هذا فحسب , بل يحكم عليه بالتعويضات فى حال ثبوت الأضرار
الإضافية , مع مراعاة سوء النية له إن وجدت ويكون تملك صاحب الأرض لهذه
المواد بناءً على أحكام الالتصاق .

وليس معنى هذا غل يد مالك المواد عن المطالبة بها عيناً , وليس بقيمتها , بل
له الحق فى ذلك , إن كان (من الناحية العملية) ما تزال فائدتها قائمة بالنسبة له
كشتلات نخيل أو تفاح أو غيره ممكن نزعها وإعادة غرسها فى أرض صاحب المواد
من جديد دون تلف , أو بتلف بسيط لا يتناسب مع فقدها للأبد , خاصة إن كانت من
الأصناف النادرة , حيث يجوز له طلب نزعها على نفقة صاحب الأرض , ولكن
بشرط أن يطلب ذلك خلال مدة عام من علمه بإندمجها فى أرض الغير , وإلا فقد
الحق فى إستردادها عيناً , ولم يبق له إلا طلب التعويض النقدى .
وهذه المدة (مدة العام من تاريخ علمه بالإندماج) مدة سقوط , لا مدة تقادم ,
فلا يرد عليها الوقف أو الإنقطاع ^(١) .

فإذا إستحال نزع هذه المواد لتغير طبيعتها (كأن صار الأسمنت والرمل
والحديد والطوب بناءً متكاملًا) أو كان نزعها يسبب لها ضرر جسيم (كأن تموت
أغلب الأشجار) أو لم يطلب مالك المواد نزعها خلال عام كما رأينا سلفاً , فيتملك
صاحب الأرض هذه المواد المملوكة للغير مع رد قيمتها لمالكها السابق , والتعويض
إن كان له محل (على أساس المسؤولية التقصيرية) , وذلك حتى لا يثرى صاحب
الأرض على حساب صاحب المواد دون سبب ^(٢) .

وتقدر قيمة هذه المواد وقت إندماجها بالأرض لتصبح عقاراً بطبيعته , أى
وقت تملكها لصاحب الأرض , ولكن هل يجوز لصاحب الأرض أن ينزع هذه المواد
ويردها لصاحبها خلال السنة إذا ما رغب فى تقادى دفع قيمتها مع التعويض ؟

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٦/١٢/٢٤ - الطعن رقم ٨١٢٠ لسنة ٦٥ - مجلة القضاء - العدد (١) - س ٢٩ , فى
١٩٩٧ - ص ٢٧١ وما بعدها .

(٢) عاجلت مجلة الأحكام العدلية هذه الفروض فى باب الغصب (م ٨٩٩) والغاصب , طبقاً للمجلة (م ٨٨١) هو
من يأخذ مال أحد بدون إذنه , ويتملك صاحب الأرض هذه المواد مقابل دفع قيمتها لصاحبها , وليس للمغصوب منه
طلب نقض البناء أو قلع الزرع , راجع د/ غنى حسون - ص ١٧١ .

من نص المادة (٩٢٣) سالفه الذكر إن الخيار فى النزاع أو الإستبقاء فى الأرض هو لصاحب المواد , وليس لصاحب الأرض , ولو كان صاحب الأرض حسن النية وقت إندماج المواد ^(١) .

- ثالثاً : صاحب المواد هو البانى فى أرض غيره :-

وهذا الفرض هو الأكثر وقوعاً بين فروض الإلتصاق الصناعى , كما أنه الأكثر إثارة للمشاكل والقضايا أمام المحاكم بسبب تعدد حالاته , حيث أن البانى فى أرض غيره قد يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامة المنشآت , وقد يبنى فى ملك غيره متعمداً ذلك مع علمه بعدم رضا الغير بما يحدثه فى ملكه من منشآت فيكون سيئ النية .

هذا بجانب فرضين عالجهما القانون بالإضافة لما سبق وهى حالة التجاوز بحسن نية على قدر ضئيل من ملك الغير والمنشآت المؤقتة , وحالة ترخيص مالك الأرض لغيره بإقامة منشآت على الأرض دون الإتيافاق على مصيرها , وسنرى هذه الفروض وأحكامها كما يلى :-

[١] البناء (أو الغراس) على أرض الغير بحسن نية :-

يحدث ذلك فى حالات عديدة منها أن الشخص البانى كان حائزاً للأرض بسند قانونى ثم زال هذا السند بأثر رجعى لبطلانه أو فسخه , أو كان يعتقد بحسن نية أنه يبنى فى ملكه لعدم وضوح الحدود فى القطع المتشابهة الأبعاد والمساحة أو المخططات العمرانية الجديدة , أو كان حائز عرضى وكان يعتقد أن سنده يسمح له بذلك , فحسن النية معناه أنه يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت ^(٢) .

وحكم هذا الفرض سجلته المادة (٩٢٥) بقولها أنه "

١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها , فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة , وإنما يخير بين أن يدفع قيمة

(١) السهنورى - ص ٢٧٢ - هامش (٣) .

(٢) ولا يشترط أن يعتقد أنه يملك الأرض - السهنورى - ص ٢٨٦ , فيمكن أن يكون المنتفع أو المستأجر أو المستحكر أو الحائز (كالدائن أو المرتهن حيازياً) يعتقد أن له الحق فى إقامة هذه المنشآت , فيكون حسن النية .

فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سيئ النية , فعليه حسبما تقضى به المادة (٩٢٤) مدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضا مالك الأرض , نقض مدنى فى ١٧/٢/١٩٧٦ , س ٢٧ - ص ٤٥٣ , ونقض مدنى فى ١١/٦/١٩٦٨ س ١٩ - ص ١٦٥٥ , م/ أنور طلبه - ص ٢٨٣ - ج ٥ .

المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت , هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

٢ - إلا إنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها , كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

فلا أثر لحسن النية أو سوءها على ملكية المبانى والمنشآت المقامة على أرض الغير فهى ملك لصاحب الأرض , وهذا ما أفصحت عنه المواد (٩٢٣ , ٩٢٤ , ٩٢٥) مدنى صراحة , حتى ولو تم ذلك برضائه وموافقته , أو كان ترخيص البناء باسم من أقامه , وحسن نية البانى فى البناء فى أرض لا يملكها ليس له من أثر فى تملك البناء أو الأرض التى أقيم عليها , وإنما ينحصر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الإزالة تطبيقاً للمادة (٩٤٢) مدنى , وتخول البانى حقاً فى طلب التعويض وفقاً للضوابط الواردة بنص المادة (٩٢٥) مدنى ^(١) .

* القاعدة : تملك صاحب الأرض للمنشآت بالإلتصاق :-

إن فإن مصير هذه المنشآت أنه يملكها - كقاعدة - صاحب الأرض مقابل دفع إحدى القيمتين الآتيتين :- قيمة المواد وأجرة العمل - أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت .

والخيار فى ذلك لصاحب الأرض وهو عادة يختار القيمة الأقل , ولكنه يحرم من طلب إزالته المنشآت أو نزعها مراعاة لحسن نية البانى .

ولا يمنع هذا من حق صاحب المواد (البانى) فى طلب نزعها , مع عدم الإضرار بالأرض ضرراً جسيماً .

- الإستثناء على القاعدة : تملك البانى للأرض :-

[أ] حالة إرهاب قيمة المنشآت لصاحب الأرض :-

إذا كان الأصل تملك صاحب الأرض للمنشآت على التفصيل السابق , إلا إنه إستثناءً من ذلك الأصل أجازت المادة (٢/٩٢٥) أن يطلب صاحب الأرض هو فقط تملك الأرض لصاحب المنشآت , مقابل تعويض عادل له عن قيمة أرضه , وذلك فى حالة ما إذا كانت قيمة المنشآت تكون قد بلغت درجة جسيمة على إمكانياته المادية , بحيث ترهقه أن يرد قيمتها للبانى .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٧/٥/٢٠ - طعن رقم ٢٠٦٦ س ٥٣ ق .

ومعيار الإرهاق والجسامة هنا **شخصي** بحسب الحالة المادية لصاحب الأرض , وهذه الرخصة مقررّة له وحده , فهو الذى يقدر مدى حاجته للجوء إليها من عدمه.

[ب] حالة التجاوز بحسن نية على قدر ضئيل من ملك الجار :-

نصت على هذا الفرض الإستثنائى المادة (٩٢٨) مدنى , وهو يتعلق بحالة ما إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناءً قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة , فأجاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء , وذلك فى نظير تعويض عادل .

ويشترط لتطبيق هذا الإستثناء مجموعة من **الشروط** هي :-

- **الشرط الأول** : أن يكون مالك الأرض يبنى فى ملكه أصلاً وبصفه أساسية , أى أن البناء والمنشآت مقرر إقامتها على أرض مملوكة له أصلاً , وليس يبنى كليا على ملك الغير , وإلا فنعود للقاعدة العامة السابقة .

- **الشرط الثانى** : أن يجور البانى على جزء ضئيل من ملك الجار الملاصقة له , والمقصود هنا أن يكون التجاوز قد جرى على جزء ضئيل من ملك الجار , وليس نصف ملك الجار أو أغلبه , حتى لا ندخل فى حكم القاعدة , ويكون ذلك فى بضع سنتيمترات , أو حسب ما تراه المحكمة فى كل حالة .

- **الشرط الثالث** : أن يتم هذا التجاوز بحسن نية من البانى :-

إذ لم يتعمد تجاوز المبانى حدود أملاكه , وقد يكون لضياع الحدود بين القطعتين أو عدم إتضاها , وهذه مسألة تقدرها المحكمة المختصة , والأصل هو حسن النية وعلى من يدعى العكس عبء الإثبات , فإن قام الدليل على سوء النية لوضوح المعالم تماماً , أو تنبيهه للبانى لذلك قبل البناء فلا ينطبق النص , ويعتد بحسن النية (أو سوءها) عند البناء على الجزء الملاصق لأرضه ^(١) .

وقد قضى بأن " حسن النية يفترض مالم يقم الدليل على العكس أو تقوم أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض , والمقصود بحسن النية فى تطبيق هذا النص الإستثنائى أن يعتقد البانى إعتقاداً جازماً ومبرراً أثناء البناء أنه يبنى على أرضه ولا يجاوزها إلى أرض جاره , وهو يقتضى أن يكون قد بذل كل ما هو مألوف من جهد للتحقق من حدود أرضه , ولم يخطئ فى ذلك عن رعونة أو لامبالاة أو تقصير , سواءً قبل البدء فى إقامة البناء أو فور تنبيهه إلى المجاوزة أثناء إقامته فإذا أفادت

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٥/٤/٤ - س ٥٤ق - فى الطعن رقم ١٢٤٤ - م/ أنور طلبه - ص ٢٩٣ - ج ٥ .

ظروف الدعوى وملابساتها أدنى شك فى ذلك إمتنع إفتراض حسن النية , ووجب إعتبار البانى سيئ النية " (١) .

فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة أن تملك البانى الجزء من الأرض الذى جاوزه بحسن نية , مقابل تعويض عادل لصاحب الأرض , حتى وإن رفض مالك الأرض فيجوز أن يكون ذلك جبراً عنه تطبيقاً لقاعدة عدم التعسف فى إستعمال الحق , فالمنفعة الضئيلة التى يبيغها من إسترداد هذا الجزء الصغير , لا تتناسب مع الضرر الجسيم الهائل الذى سيصيب البانى (٢) .

[٢] البناء (أو الغراس) على أرض الغير بسوء نية :-

يكون البانى على أرض الغير سيئ النية عندما يعلم أنه يبنى على ملك الغير وأن الغير لا يوافق على إقامة هذه المنشآت على أملاكه , أى ضرورة توافر الشرطين , علمه بعدم ملكية الأرض , وعدم رضا صاحب الأرض عما يقيمه من منشآت , فإن كان يعتقد فى رضا صاحب الأرض أو كان قد حصل على موافقة مبدئية منه على البناء فلسنا بصدد سوء نية من البانى .

وكذلك إن كان البانى يعتقد لأسباب معقولة أن الأرض ملكه , حتى ولو طرح بشأنها نزاع أمام القضاء , فأقام بناء أثناء نظر الدعوى , فنعتقد أنه يظل حسن النية حتى يحسم القضاء النزاع بحكم نهائى , فحينئذ يعد سيئ النية إن خسر الدعوى وأقام البناء بعد صدور الحكم .

أما إن ثبت فى جانبه غش فى المستندات المقدمة للمحكمة أو تواطئ مع البائع فى بيع ملك الغير , فيعد سيئ النية منذ البداية .

أما حكم هذا الفرض فورد فى المادة (٩٢٤) مدنى , فأجاز لمالك الأرض أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه , وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب إستبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة , أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت , كما أجاز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزاعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضرراً , إلا إذا إختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٧/٦/١٦ - طعن رقم ١٣٧٤ - س ١٤٠٩ - س ٥٣ ق .

(٢) وكان القضاء المصرى يجرى على تطبيق هذا الحل قبل إصدار القانون المدنى الحالى , وذلك إستناداً لمقتضيات

العدالة , وكان ينقصه هذا النص , الذى جاء وأخذ بهذا الحكم العادل .

ويتضح مدى المعاملة المتشددة التي أولاها المشرع للبانى سيئ النية , مراعاة لقصد السيئ وردعاً لغيره لكى لا يتعدى بقصد على أراضى غيره , وبالتالي فإن صاحب الأرض يحق له أن :-

{ أ } يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها , مع التعويضات عن الأضرار إن وجدت , بشرط أن يطلب ذلك خلال مدة سنة تحسب من تاريخ علمه بإقامة هذه المنشآت .

{ ب } يطلب إستبقاء المنشآت وتملكها بالإلتصاق :-

وهذا حقه أيضاً , وعليه أن يدفع تعويض للبانى , على أن قيمة التعويض يراعى فيها سوء نية البانى , فيكون إما قيمتها مستحقة الإزالة , أى بإعتبارها أنقاصاً ليس إلا , وإما قيمة مازاد عن ثمن الأرض بسبب المنشآت , والإختيار بين القيمتين لصاحب الأرض أيضاً , وعادة ما يختار القيمة الأقل .

- حق البانى سيئ النية فى طلب نزع المنشآت :-

أجازت الفقرة الثانية من المادة (٩٢٤) للبانى سيئ النية طلب نزع ما أقامه من منشآت على أرض الغير , بشرطين أساسيين هما :- ألا يلحق بالأرض ضرراً , و ألا يكون صاحب الأرض قد طلب إستبقائها .

فإذا ثبت وجود أضرار للأرض بسبب إزالة المنشآت فيرفض طلبه , وكذلك إن طلب صاحب الأرض إستبقائها مقابل دفع إحدى القيمتين السابقتين , فله الأولوية فى إختياره , فيفضل إختياره قبل إختيار البانى .

[٣] المبانى المرخص فى إقامتها من صاحب الأرض والمبانى المؤقتة :-

إذا رخص صاحب الأرض بإقامة مبانى على أرضه , ولكن لم يتفق الطرفان على مصير هذه المبانى ومن يملكها فى النهاية وأى التعويضات يدفعها , فإن القانون قد تولى تنظيم هذه العلاقة , حيث حرم مالك الأرض من طلب إزالتها لأنه وافق على إقامتها من قبل , والإزالة تعد أقرب للجزاء لا يستحقه من لم يخطئ .

وبالتالى أجاز للبانى أن ينزع هذه المنشآت إذا أراد , فله الحق فى إسترداد ما أقامه من منشآت على نفقته والتصرف فيه , على أن يعيد الأرض لأصلها أو يتحمل بالتعويضات عن الأضرار التى تلحق بالأرض .

فإن لم يطلب نزعها , أى كان السبب , فيتملكها صاحب الأرض تطبيقاً وإتساقاً مع الأصل العام المعتمد تشريعياً هنا , وذلك مقابل دفع التعويضات المنصوص عليها للبانى حسن النية على أرض الغير , والذى عالجناه فيما سبق , وهو إحدى القيمتين ,

قيمة المواد وأجرة العمل , أو مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت , م (٩٢٦) مدنى .

- إمكانية تقسيط التعويضات :-

كل التعويضات المنصوص عليها فى المواد السابقة سواء فى حالة سوء النية أو حسن النية أو المبانى المرخص فى إقامتها , يمكن طلب تقسيطها على دفعات , ويجوز للمحكمة أن تقبل هذا الطلب (أو ترفضه) بحسب تقديرها للمسألة , أو تقرر أمراً آخر , طبقاً للمادة (٩٢٧) مدنى .

- أما بشأن المباني المؤقتة المقامة على ملك الغير , فالمشرع غاير وجه المعاملة فيها , حيث أن طبيعة المباني مؤقتة وليست دائمة , فهي ستزول من مكانها إن أجلاً أم عاجلاً , وبالتالي فتظل على ملك من أقامها حتى إزالتها بإرادته أو رغماً عنه , وليس فى هذا خروج على القاعدة المعتمدة , إذ الطبيعة المؤقتة للمباني تحتم ذلك , وبالتالي " فالمنشآت الصغيرة , كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاءها على الدوام , تكون ملكاً لمن أقامها " . ويستوى فى ذلك أن يكون من أقامها حسن النية أم سيئ النية , ولا يمنع هذا من حق مالك الأرض فى التعويضات , ومن طلب إزالتها فى أى وقت على نفقة من أقامها , فالم يتفق على أمر آخر .

- رابعاً : البانى بنى فى أرض الغير , بمواد مملوكة لغيرهما :-

تفترض الحالة الأخيرة أن البانى قد أقام بناؤه (أو غراسه) فى أرض الغير , وبمواد مملوكة لشخص ثالث , أى شخص غير البانى وصاحب الأرض , فصارت لنا علاقة ثلاثية بين أطراف ثلاثة , البانى وصاحب الأرض وصاحب المواد . وقد تولت المادة (٩٣٠) مدنى حكم هذا الفرض بقولها أنه " إذا أقام أجنبى منشآت بمواد مملوكة لغيره , فليس لمالك المواد أن يطلب إستردادها , وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى , كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باقى فى ذمته من قيمة تلك المنشآت " .

إذاً فهناك ثلاث علاقات قانونية , الأولى بين البانى ومالك الأرض , ثم بين البانى ومالك المواد , ثم بين مالك الأرض ومالك المواد .

{ أ } العلاقة بين الباني ومالك الأرض :-

إفترض القانون أن الباني هنا حسن النية ، حيث إختلط عليه الأمر كثيراً ، إذ قام بالبناء في ملك الغير ، وبمواد مملوكة لشخص ثالث ، فليس له مصلحة في ذلك ، فهو غالباً مقاول يحصل على أجره من إقامة المنشآت المتفق عليها .

وبالتالي فإن مالك الأرض لا يحق له طلب نزعها ، بل يملكها تطبيقاً للقاعدة العامة ، على أن يدفع القيمة المحددة سلفاً للباني حسن النية وهي أجره العمل وقيمة المواد ، أو ما زاد على ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، ويدفعها للباني (مالم يطلب الباني إسترداد المواد مع إعادة الأرض لأصلها) .

أما إن ثبت أن الباني سيئ النية ، فلمالك الأرض أن يدفع له أى القيمتين ، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت ، والإختيار لمالك الأرض ، وهو يختار دائماً القيمة الأقل ، هذا بجانب حقه في طلب إزالتها تطبيقاً للقواعد السابقة ، حيث الباني في أرضه سيئ النية^(١) .

{ ب } العلاقة بين الباني وصاحب المواد :-

يحق لمالك المواد مطالبة الباني بقيمة المواد المملوكة له والتي إستعملها في إقامة تلك المنشآت على ملك الغير ، فهو الذى حصل على هذه المواد وإستعملها وبالتالي هو المسئول أمام مالك المواد عن رد قيمتها له ، وتحسب قيمة المواد بحسب قيمتها وقت إقامتها على ما رأينا فيما سبق .

وقد نصت المادة (٩٣٠) على حرمان مالك المواد من طلب إستردادها ، سواء كان نزعها ممكناً بدون تلف أو بتلف يسيراً أو جسيماً ، فحقه يقتصر على طلب التعويضات ، ويشمل التعويض قيمة المواد وقت المطالبة ، وأية أضرار قد لحقته أو ستلحقه نتيجة ذلك .

{ ج } العلاقة بين صاحب المواد وصاحب الأرض :-

لصاحب المواد دعويان في مواجهة صاحب الأرض ، الأولى دعوى غير مباشرة ، والثانية دعوى مباشرة .

(١) فإن إستردها الباني ، أو طلب صاحب الأرض إزالتها وأزيلت ، يحق لمالك المواد طلب إستردادها من الباني ، حيث لم يملكها الباني بالحيازة أو العقد ، ولم يملكها صاحب الأرض بالإنصاف ، مع الإحتفاظ بحقه في طلب التعويضات من الباني دائماً ، راجع السنهاورى - ص ٣٢٥ .

فإن كان إلزام صاحب الأرض بتعويض الباني مرهقاً له جاز له أن يطلب تملك الباني للأرض مع التعويض العادل كما رأينا فيما سبق .

وتأتى الدعوى غير المباشرة (إستعمال حقوق المدين لدى الغير) تطبيقاً للقواعد العامة , حيث أجازت المادة (٢٣٥) مدنى للدائن , ولو لم يكن حقه مستحق الأداء , أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين , إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة , أو غير قابل للحجز , وبشروط حددتها , ويعتبر الدائن فى هذا الشأن نائباً عن مدينه .

وبناءً عليه , فيما أن صاحب المواد دائن للبانى , أى أن البانى مديناً له بقيمة المواد والتعويضات , وأن البانى دائناً لصاحب الأرض بقيمة المواد وأجرة العمل , فيحق لصاحب المواد مطالبة صاحب الأرض بحقوق مدينة (البانى) لديه كلها , أو بعضها , وهذا يفترض أن مالك الأرض لم يسلم البانى هذه الحقوق .

أما الدعوى الثانية فهى الدعوى المباشرة , ولولا نص المادة (٩٣٠) مدنى لما كان صاحب المواد يستطيع الإعاء بالدعوى المباشرة على مالك الأرض , فلا توجد أصلاً علاقة مباشرة بينهما , فالبانى هو حلقة الوصل بينهما , والدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص .

وبمقتضى الدعوى المباشرة يحق لمالك المواد مطالبة مالك الأرض بكل قيمة تلك المواد , أو بما تبقى فى ذمته من قيمتها , إذا كان قد سبق أن دفع للبانى جزءاً من هذه القيمة , فالمادة (٩٣٠) تكلمت عن حقه فى " أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق فى ذمته من قيمة تلك المنشآت".

أما التعويضات الإضافية لمالك المواد فلا شأن لمالك الأرض بها , بل يطالب البانى بها فهو المسئول عن دفع التعويضات له إن وجد مبرراً لطلبها .

ويبرر إعطاء القانون لصاحب المواد هذه الدعوى المباشرة قبل صاحب الأرض أن المنفعة التى قدمها صاحب المواد بمواده كانت هى السبب فى حق التعويض الذى وجد فى ذمة صاحب الأرض للبانى , وتقوم الدعوى المباشرة على نص صريح , يرجع إلى أن الدائن الذى ثبتت له دعوى مباشرة ضد مدين مدينه هو شخص قد أوجد لمدينه حقاً فى ذمة مدين المدين , بسبب منفعة قدمها أو بسبب خسارة تحملها , وهنا توجد منفعة قدمها صاحب المواد ^(١) .

(١) السهنورى - ص ٣٢٤ , و د/ نبيل سعد - ص ٣٢٦ .

- المبحث الثانى -

الشفعة

- أولاً : تعريف الشفعة والحكمة منها :-

عرفت المادة (٩٣٥) من القانون المدنى المصرى الشفعة بأنها "رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشتري فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها". وبالتالي فهى تقوم على مكنه يستطيع بها الشفيع أخذ العقار المبيع رغماً عن البائع والمشتري أو أيهما وذلك بإستصدار حكماً قضائياً بالحلول محل المشتري , إذ لم يسلم له الأمر رضاءً , والشفعة تفترض وجود تصرف قانونى قد وقع فعلاً ألا وهو البيع , وأنه إنصب على عقار وليس على منقول , كما أن هناك واقعة مادية حيث وجد شخص فى مركز قانونى معين يسمح له بالتقدم لطلب الشفعة وفقاً لإجراءات محددة فى القانون .

أما عن الحكمة من تقريرها فهى دفع المضار تطبيقاً لمبدأ (لا ضرر ولا ضرار) فالبائع إذا عقد العزم على بيع عقاره فلا مانع لديه من البيع لأى شخص يقدم له أعلى سعر , فالأصل أن شخصية المتعاقدين ليست محل إعتبار فى البيع , فلا ضرر من أن يبيع للشفيع مادام سيدفع ذات السعر , فإن أبى رضاءً ذلك فيمكن إجباره على الأمر بحلول الشفيع جبراً محل المشتري .

كما أن الشفيع من حقه أن يدفع ضرراً محتملاً من شريك أجنبى أو جار لا يعرف عن طباعه أو خصاله شيئاً , وربما يعرف سوء طباعه , فيرغب فى دفع المضار عن نفسه فيتقدم لأخذ العقار المبيع بذات السعر , فيقل عدد الشركاء فى العقار الشائع وما يجلبه من مضار الشيوخ أو يجمع فى يده السلطات التى تفرقت على العقار بين صاحب رقبة وصاحب منفعة فيحسن إستغلال العقار .

والشفعة مأخوذة - كنظام وسبب لكسب الملكية - من الفقه الإسلامى فهى ثابتة فيه بالسنة والإجماع , فأما السنة فقد رويت أحاديث عديدة عن الرسول (ﷺ) تثبت حق الشفعة منها { جار الدار أحق بالدار } , وقوله { الجار أحق بصقبه } , أما الإجماع فقد أخذ بالشفعة فى كل زمان ومكان من غير أن ينكر ذلك الفقهاء المسلمون .

وأقر الشفعة الحنفية والمالكية والشافعية , على خلاف بينهم فى حالاتها^(١) , وأخذت به مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٩٥٠) وما بعدها .
كما أقر نظام الشفعة الكثير من القوانين العربية كالقانون المدنى العراقى (م ١١٢٨) وقانون الملكية العقارية اللبنانى والقانون المدنى الليبى , ولم يأخذ به القانون السورى , وهو نظام معروف فى القانون الألمانى والقانون الأسبانى^(٢) .
وقد أقرت المحكمة العليا (الدستورية العليا) دستورية نظام الشفعة وإتفاقه مع مبادئ الدستور المصرى^(٣) .
- ثانيا : - طبيعة حق الشفعة :-

الشفعة ليست بحق شخصى ولا بحق عينى , بل هى سبب لإكتساب ملكية العقار , فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقا عينيا على هذا العقار , كحق إنتفاع أو حق رقبة أو حق حكر , والفرق واضح بين الحق نفسه وبين أسباب كسبه .
والشفعة كسبب لكسب الملكية فى العقارات تقوم على واقعة مركبة إقترن فيها الصلة المادية بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به (وهذه واقعة مادية) بتصرف قانونى تمثل فى بيع العقار المشفوع فيه , وبإعلان الشفيع عن رغبته فى الأخذ بالشفعة بعد توافر مركز قانونى فى حقه يسمح له طلب الشفعة .
والشفعة رخصة تولدت للشفيع بوجوده فى مركز قانونى يسمح له بطلبها , وهى تخول الشفيع الحق فى أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة , فالشفيع

(١) فالحكمة من تقرير الشفعة فهى عند الحنفية دفع الضرر الذى قد يحصل للشفيع من المشتري , أما عند المالكية والشافعية فهى دفع مصاريف القسمة عن الشفيع , ويترتب على ذلك أن الشفعة لا تثبت عندهم إلا للشريك فى العقار القابل للقسمة , فلا شفعة للشريك فى عقار غير قابل للقسمة لعدم إحتياجه إلى مصاريفها , ولا شفعة كذلك للخليط ولا للجار الملاصق , أما عند الحنفية فهى تثبت للشريك فى العقار مطلقاً وللشريك فى حقوقه (أى للخليط) وللجار الملاصق , وجاء فى المغنى أنه لا يعلم فى ثبوت الشفعة خلاف لأحد إلا لأبي كرم الأصم (المغنى - لابن قدامة , ج ٥ - ص ٢٨٤) راجع د/ غنى حسون - المرجع السابق - ص ١٧١ .

(٢) السنهورى - ج ٩ - ص ٤٤٦ .

(٣) حيث أكدت المحكمة العليا - قبل إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا - أن الأحكام المنظمة للشفعة ليس فيها ما يخالف القانون أو الدستور , وذلك بحكمها الصادر فى ١٩٧١/٣/٦ , فى الدعوى رقم (٣) س ١ ق .
كما قضت محكمة النقض بأنه " إذا كانت المحكمة العليا قد إنتهت فى حكمها الصادر فى ١٩٧١/٣/٦ فى الدعوى رقم ٣ لسنة ١٩٧١ , إلى رفض الطعن بعدم دستورية نظام الشفعة تأسيساً على أن حق الشفعة ليس فيه خروج على مبدأ المساواة أمام القانون ولا يخالف مبدأ تكافؤ الفرص الذى أقره الدستور فإن النعى بعدم الدستورية يكون غير سديد " نقض فى ١٩٧٩/٣/٥ , طعن رقم ٦١ , س ٤١ ق .

ليس له حق الملك , بل له الحق فى أن يملك بعد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة , فإن تمت له الشفعة فيتحول حقه إلى ملكية العقار المبيع بحلوله محل المشتري .
والشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع لا يستطيع دائنوه أن يستعملوها نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة , كما يجوز له أن يتنازل عنها صراحة أو ضمناً , قبل ثبوت حقه فيها أو بعد ذلك على ما سنرى .

- ثالثاً : تقييد المشرع للشفعة باعتبارها قيداً على حرية التصرف :-

إذا كانت الشفعة مقررة لدفع ضرر محتمل قد يلحق بالشفيع من جار أو شريك أجنبى , إلا أنها تمثل فى ذات الوقت قيداً على حرية التصرف وحرية التعاقد وإختيار المتعاقدين , إذ يجبر البائع على التعاقد مع شفيع قد لا يرغب فى التعاقد معه بل قد لا يطبق التعامل معه , كما أن المشتري يجبر على الخروج من علاقة قانونية أرادها وإستوفى شروطها فيتنازل منه العقار بغير رضاه .

لذا فالشفعة هى قيد إستثنائى يجب عدم التوسع فيه , ثم إنه حق ضعيف يجب تقويته بإبداء رغبة جدية والتدليل على ذلك بإتباع بإجراءات محددة وفى وقت قصير حتى لا تتخذ الشفعة زريعة لعرقلة التصرف فى العقار , أو وسيلة للإثراء على حساب الغير بالضغط على المشتري حتى يضطر لدفع مبلغ للشفيع كى يتنازل عن الشفعة فى عقار لن يستطيع شراؤه فى جميع الحالات , فتكون المضاربة على العقارات فنخرج عن الهدف المقصود منها .

- وبناءً عليه عمد المشرع لتقييد هذا الحق , وإتضح ذلك فى الأحكام الآتية :-

١ - منع المشرع الشفعة فى بعض البيوع , كالبيع بين الأقارب والأصهار لدرجة معينة والزوج , وكذلك بين ممتلكات وعقارات الدولة أو بيع العقار لجعله محل عبادة , وبيع العقار بالمزاد العلنى (م ٩٣٩) , كما قصر الحق فى الشفعة على البيع , دون غيره من التصرفات القانونية .

٢ - منع المشرع بعض الأشخاص من الأخذ بالشفعة , كالوقف أو القضاء وأعوانهم والمحامون من التعامل فى العقارات محل النزاع فى دائرة عملهم (م ٢/٩٣٩) .

٣ - إذا توافر فى المشتري شروط الشفعة فلا يجوز لمن هم فى طبقته أو أدنى منه طلب الشفعة (م ٣/٩٣٧) .

٤ - يجب إيداع كامل الثمن الحقيقى المباع به العقار خزينة المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة , لكى

تتأكد رغبة الشفيع وجديته فى الأخذ بالشفعة (م ١/٩٢٤) مدنى , على أن ترفع الدعوى خلال ذات المدة السابقة (م ٩٤٣) مدنى .

٥ - يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن عن رغبته فى الشفعة خلال (١٥) يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً لإعلان رغبته , أو بعد مرور أربعة أشهر على تسجيل عقد البيع , أو خلال (١٥) عاماً من تاريخ التعاقد (م ٩٤٠) مدنى .

٦ - يجوز التنازل عن الحق فى الشفعة صراحة أو ضمناً , قبل أو بعد ثبوت الحق فيها .

وسنقوم بمعالجة الشفعة فى السطور القادمة ونبدأ بالشفعاء ومراتبهم , وشروط الشفعة , ثم إجراءات الشفعة وأخيراً آثارها .

- المطلب الأول -

الشفعاء وطبقاتهم

[١] حالات الشفعة . [٢] طبقات الشفعاء . [٣] فض التزام بين الشفعاء.

حددت المادة (٩٣٦) مدنى حالات الشفعة , أى الحالات التى يجوز فيها طلب الشفعة , ثم شروط كل حالة , كما نظمت المادة (٩٣٧) طبقات الشفعاء ومراتبهم وكيفية فض التزام بينهم , ويعنى التزام طلب شفعة العقار أكثر من شخص .

- الفرع الأول -

حالات الشفعة

ذكرنا سلفاً أن الشفعة لا تمنح لأشخاص معينين لإعتبارات وصفات شخصية فيهم , بل تمنح أساساً للرابطة بين عقارين أو لحصص شائعة فى عقار أو لسلطات موزعة على عقار واحد كفصل حق الرقبة عن حق المنفعة , هذه الرابطة هى المعتقد بها تشريعياً , أما الأشخاص ذاتهم فيستوى فى القانون أن يكون الشفيع (أ) أو (ب) , وهذه قاعدة .

أما الإستثناء فقد منع القانون الشفعة فى حالات محددة إذا بيع العقار لشخص معين بذاته كالبيع للأقارب , كما سنرى .

وقد حددت المادة (٩٣٦) مدنى حالات الشفعة , حيث نصت على أنه:- "

يثبت الحق فى الشفعة :-

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه .
- (ب) للشريك فى الشبوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى .
- (ج) لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
- (د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر , وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .
- (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية :-

١ - إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى .

٢ - إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار , أو كان حق الإرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .

٣ - إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى فى القيمة النصف من الأرض المبيعة على الأقل " .

إذا فحالات الشفعة فى القانون المصرى خمسة , مالك الرقبة , والشريك فى الشبوع , ومالك المنفعة , ومالك الرقبة فى الحكر أو المستحكر , والجار المالك .

- الحالة الأولى -

- شفعة مالك الرقبة فى حق الإنتفاع :-

وهى الحالة الأولى المنصوص عليها , لما لها من أهمية فى جمع شتات السلطات الموزعة على العقار بين مالك رقبة ومالك منفعة , حيث تفترض أن سلطات المالك على العقار , وهى ثلاثة من إستعمال وإستغلال وتصرف , قد توزعت بين شخصين أو أكثر , للأول سلطة التصرف ويسمى مالك الرقبة , وللثانى سلطة الإستعمال والإستغلال ويسمى صاحب حق الإنتفاع.

ولصاحب حق الإنتفاع - وهو حق عينى - أن يتففع به شخصياً طوال المدة المتفق عليها , كما له أن يتصرف فى حقه للغير , ويتقيد المتصرف إليه بذات الشروط المقرر بها حق الإنتفاع الأسمى , كما ينتهى حق الإنتفاع حتماً بوفاة المنتفع الأسمى , حتى وإن كان قبل حلول الأجل .

فإن حدث وتصرف المنتفع فى حق الإنتفاع للغير , فقد فتح المشرع لمالك الرقبة الحق فى طلب الشفعة فى حق الإنتفاع المباع للغير , فله الأولوية فى ضم

سلطات المالك على العقار حتى يحسن الإنتفاع به وإستغلاله , فتفريق السلطات بين أكثر من شخص على العقار كان أمراً مؤقتاً لضرورة , وهى حاجة المنفع , فإن إنتفت حاجته وباع حق الإنتفاع وأراد مالك الرقبة ضم كل السلطات إليه فله ما يطلب , حتى يصبح مالكا ملكية تامة .

ويثبت هذا الحق لمالك الرقبة سواء بيع حق الإنتفاع كله أو بعضه , وهذا متصور إن كان حق الإنتفاع مقرر لأكثر من شخص , وباع أحدهم حصته فى هذا الحق , فيحق لمالك الرقبة طلب الشفعة فيها , حتى وإن كان المشتري لهذه الحصة هو أحد الشركاء الآخرين فى حق الإنتفاع .

ويجوز لمالك الرقبة أن يطلب الشفعة إذا بيع حق الإستعمال أو حق السكنى , فى الأحوال التى يجوز فيها البيع (م ٩٩٧) مدنى , وذلك تطبيقاً لنص المادة (٩٩٨) مدنى (١) .

- الحالة الثانية -

- شفعة الشريك على الشيوع -

منحت الفقرة (ب) من المادة (٩٣٦) مدنى سאלفة الذكر للشريك على الشيوع الحق فى طلب الشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع لأجنبى .

فقد رأينا فى الملكية الشائعة أنه يحق للشريك على الشيوع التصرف (بالبيع) فى حصته (كلها أو بعضها) شائعة لأجنبى عن الشركاء , تطبيقاً للمادة (١/٨٢٦) مدنى " كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً , وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " .

وللشريك فى الشيوع الحق فى دفع مضار الإضرار للإشتراك مع أجنبى , كما أن جمع الملكية الشائعة فى يد شخص واحد من الشركاء أو تقليل عدد الشركاء فى العقار يؤدى لحسن إستغلال المال , ويجنبنا مشاكل الشيوع والقسمة .

لذا فسواءً بيعت الحصة الشائعة كلها أو بعضها لأجنبى عن الشركاء , فيحق للشركاء جميعاً أو لبعضهم أن يطلب الشفعة فيما يبيع لأجنبى , لأنه شريك فى كل ذرة من ذرات المال الشائع .

(١) والى نصت أنه " فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الإنتفاع على حق الإستعمال وحق

السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين " , راجع د/ نبيل سعد , المرجع السابق - ص ٣٢٥ .

والمقصود بحق الإنتفاع هو الحق الذى يقع على ملكية الرقبة التى تكون ثابتة للشفيع , بحيث إذا إجتمع

الحقان لا تنتهى تجزئة الملكية , وهذا الفرض نادر الحصول فى العمل - المرجع السابق - ص ٣٢٤ .

ولكن إذا كان أمر طلب الشفعة في بيع حصه شائعة - أو بعضها - لأجنبي مسلماً به للنص عليه في المادة (٩٣٦) كما رأينا , فهل بيع حصته مفرزة تعادل نصيب الشريك يفتح باب الأخذ بالشفعة أيضا ؟

كما رأينا سلفاً أن تصرف الشريك في حصته مفرزة في العقار الشائع قبل القسمة الرضائية أو القضائية يُعد تصرفاً في ملك الغير , وهو يأخذ حكم بيع ملك الغير في العلاقة مع الشركاء , أما مع المتصرف إليه فيكون صحيحاً أو قابلاً للإبطال بحسب علمه أو جهله بقيام حالة الشروع .

وبناءً عليه فيكفي الشركاء أن يتجاهلوا هذا البيع ولا يعتدوا به , ولا يحق للمتصرف إليه (المشتري) أن يتدخل معهم في أى قرار بشأن المال الشائع .

أما بشأن حق الشفعة , هل يحق لهم طلب الشفعة في الجزء المفرز المبيع ؟ هذا الحل قد يراه الشركاء في مصلحتهم , أى يمكنهم حينئذ الإعتداد بالبيع في حدود نصيب الشريك ثم طلب الشفعة , ولكن هذه المسألة اثارَت خلافاً في الفقه القانوني بين مؤيد لحق الشركاء في طلب الشفعة ومعارض له , والرأى الأول هو ما رجحته أخيراً محكمة النقض المصرية وأجازت للشركاء الإعتداد بالبيع وطلب الشفعة في الحصة المفرزة المباعة ^(١) , وإستقرت على هذا الرأى على أساس أن الإفراز لا يحتج به على الشركاء , مالم يتم رضاءً أو قضاءً , مما يعتبر هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في جزء شائع يفتح لهم باب الأخذ بالشفعة .

وهذا الرأى هو ما يؤيده - بحق - بعض الفقه على أساس أخذ حكم التصرف في حصة شائعة , فالمتصرف إليه (المشتري) لا يمكن أن يكون له أكثر من سلفه (البائع) وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة , بل ملكية شائعة , ويرتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكاً , لأن نص المادة (٩٣٦/ب) يثبت الشفعة للشريك في الشروع إذا بيع " شئ " من العقار الشائع , وهذا التعبير يصدق على بيع الحصة الشائعة ويصدق على بيع الجزء المفرز ^(٢) .

(١) (حكمها في الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٣ - س٤٢ - ص ١١٩٣ , وجلسة

١٩٩٤/١/١٩ س٤٥ - ص ٢٠٤ , ونقض في ١٩٨٣/١/٣٠ , وراجع أحكاماً أخرى ص ٩٢ من هذا المؤلف .

(٢) في هذا الخلاف راجع السنهوى - ج ٩ - ص ٥٥٠ - د/ نبيل سعد - ص ٣٣٨ , وهما يؤيدان الرأى

الثاني للإعتبارات التى ذكرناها .

- أما عن شروط الأخذ بالشفعة فى هذه الحالة فهى كما يلى :-

١ - أن يكون الشفيع شريكاً على الشيوع وقت البيع :-

أى تكون حالة الشيوع مازالت قائمة وقت البيع ومن يطلب الشفعة تثبت له صفة الشريك , سواء طلب الشفعة جميع الشركاء على الشيوع أو بعضهم أو أحدهم , أما إن كان الشيوع قد إنتهى بالقسمة القضائية أو الرضائية وقت البيع فلا يحق للمتقاسمين طلب الشفعة بناءً على هذه الحالة , بل يمكن طلبها بناءً على إحدى الحالات الأخرى إن توافرت فى حقه , وذلك كالجار المالك .

ويحتج بالقسمة الرضائية على الشركاء وإن لم تسجل , ويقع الإفراز بمقتضاها , فالتسجيل شرط للإحتجاج بها على الغير , وليس بين الشركاء ^(١).

ولكن هل يشترط ان يكون الشفيع شريكاً فى العقار الشائع ذاته , أم يكفى أن يكون شريكاً فى بعض أجزائه أو إرتفاقاته (الشريك فى الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات المفروزة , أو الشريك فى الحائط المشترك الفاصل , أو الشريك فى حق الإرتفاق بالرى أو المرور) ؟

الحقيقة أن الرأى الراجح يميل - بحق - لإشتراط أن يكون الشفيع شريكاً فى العقار الشائع ذاته , بأى نسبة كبرت أم قلت , ولكن الإشتراك فى الحائط الفاصل أو الأجزاء المشتركة فى ملكية الشقق والطبقات أو حق المرور والرى وغيرها لا يفتح باب الشفعة هنا , وإن كان يفتح باب الشفعة بناءً على حالة الجوار كما سيأتى , إن إجتمعت له شروط تلك الحالة ^(٢).

٢ - أن يباع جزء من العقار الشائع لأجنبى :-

فالمشتري أجنبى عن الشركاء وليس واحد منهم , فإن كان واحداً منهم فلا يحق لأى من الشركاء الآخرين طلب الشفعة بنص المادة (٣/٩٣٧). ويستوى أن يكون البيع لحصة شائعة تعادل حصة الشريك أو لحصة مفروزة , على ما رأينا فى رأى محكمة النقض المصرية فى هذا الشأن .

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٢/١/٢٩ - طعن رقم ٣٤ س ١١ ق .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه " كون المشتري مالكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأتيان المشفوع فيها - وهو جزء ضئيل من بعض المبيع - لا يوصف المشتري فى هذه الحالة بأنه شريك على الشيوع فى جميع العقار , وبناءً عليه لا يحق له أخذ العقار المبيع بالشفعة " نقض مدنى فى ١٩٥٦/١٢/٢٠ , طعن رقم ١٩٧ س ٢٣ ق - مجموعة المكتب الفنى س ٧ - رقم ١٤٤ - ص ١٠١٦ , مجموعة المبادئ - أنور طلبه - ج ٨ - ص ٢٩٠ , وراجع أيضاً السنهاورى , ج ٩ ص ٥٤٩ , وحكم محكمة إستئناف مختلف ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ , ١٨ ص ٥٧ .

٣ - أن تستمر حالة الشيوع قائمة حتى تمام الأخذ بالشفعة :-

فإذا انقطعت الصلة الشائعة بين الشركاء بأن تمت القسمة رضاءً أو قضاءً أثناء نظر الدعوى إنقضى حق الشفعة بناءً على هذه الحالة فلم يعد هناك شيوع ، بل أنصبه للمتقاسمين ، وأصبحوا جيراناً ، وإن كان يمكن أن يطلب الشفعة من جديد متى توافرت في شأنه حالة أخرى كالجار الملاصق ، أفقياً أو رأسياً في ملكية الطبقات والشقق أو العقارات أو الأراضي ^(١).

٤ - ألا يكون البيع ممن لا تجوز فيه الأخذ بالشفعة :-

فالبيع للأقارب لدرجة معينة وبيع المكان لجعله محل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة قائم والبيع بالمزاد العلني كلها يبيع لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة ، سواء ورد على حصص شائعة أو مفرزة ، كما سنرى .

ومن الجدير بذكره أخيراً هنا أن شفعة الشريك على الشيوع تثبت في حالة بيع حصة شائعة في ملكية تامة ، أو حصة شائعة في ملكية رقبة ، أو حصة شائعة من حق إنتفاع ، وذلك إذا تم البيع لأجنبي في أيّاً من هذه الحالات ، حيث تتحقق فيها جميعاً الحكمة من تقرير الشفعة في بيع الحصة الشائعة لأجنبي ، والنص القانوني يؤيدها ^(٢).

- الحالة الثالثة -

شفعة المنتفع في ملكية الرقبة

وهذه هي الحالة الثالثة الواردة في الفقرة (ج) من المادة (٩٣٦) حيث يثبت حق الشفعة " لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها " ، وهي المقابلة للحالة الأولى " مالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس أو بعضه " ولكن هنا ينصب الأمر على أحقية صاحب حق الإنتفاع في الأخذ بالشفعة ، إذا بيعت ملكية الرقبة ، كلها أو بعضها .

ويستند المنتفع على ذات الاعتبارات التي إستند عليها مالك الرقبة فيما سبق عندما شفع في حق الإنتفاع ، ألا وهو ضم ما تفرق من سلطات على العقار ، لتتجمع

(١) قضت محكمة النقض بأنه " وإذا كان ما إنتهى إليه الحكم من تكييف المحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكييف صحيح تؤدي إليه عبارة العقد ، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم في الأخذ بالشفعة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون " ، نقض مدني في ١٩٦٩/١١/٦ - المجموعة - س ٢٠ - ص ١١٦٤ .

(٢) السنهوري - ص ٥٥٢ ، فكلّاً من حق الرقبة في عقار وحق الإنتفاع في عقار يعتبر عقاراً بنص المادة (١/٨٣) مدني " يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على العقار " .

الملكية فى يد مالك واحد أو أقل عدد من الشركاء ليحسن الإنتفاع بالعقار , ويتجنب ما قد يثار من مشاكل بدخول أجنبى كمالك للرقبة .

وتطبيقاً لذلك , إذا تفرقت السلطات على العقار بين مالك رقبة واحد ومالك منفعة واحد وباع مالك الرقبة ملكيته لأجنبى , حق للمنتفع أن يطلب الشفعة فى ملكية الرقبة المباعة كلها الملازمة لحقه .

أما إذا كان حق الإنتفاع شائعاً بين عدة شركاء على الشيوع وبيعت الرقبة كلها كان لأصحاب حق الإنتفاع أن يشفعوا جميعاً فى حق الرقبة الملازم لحقهم , كل بقدر نصيبه , ولكن ليس لواحد منهم أو لكل واحد , أن يشفع فى كل الرقبة , لأن حقه لا يلابس إلا بعض المبيع ^(١) .

ويشترط هنا لممارسة المنتفع حقوق الشفع , أن تثبت له صفة المنتفع وأن تستمر حتى تمام الأخذ بالشفعة , وأن تباع ملكية الرقبة كلها أو بعضها , وأن يجوز طلب الشفعة فى هذا البيع :-

١ - ثبوت صفة المنتفع للشفيع وإستمرارها حتى تمام الأخذ بالشفعة .

أى أن الشفع قد ثبت له قانوناً حق الإنتفاع أياً كان مصدر حقه (عقد - وصية - تقادم - شفعة) , أما إذا كان عقد الإنتفاع قد إنتهت مدته , أو كان المنتفع الأصلى قد مات , فإن حق الشفعة لا يثبت , وكذلك إن كان حق الإنتفاع قد سقط بعدم الإستعمال مدة خمس عشرة سنة (م ٩٩٥) .

فإذا ثبت للشفيع حق الإنتفاع فيجب أن يظل صاحب هذا الحق حتى تمام الأخذ بالشفعة فى ملكية الرقبة , أما إن تصرف فى هذا الحق تصرفاً نهائياً فينقضى حق الشفعة .

٢ - أن تباع ملكية الرقبة كلها أو بعضها لأجنبى :-

فيتم البيع فعلاً لملكية الرقبة , وليس غيره من التصرفات القانونية أو الوقائع المادية (كالميراث مثلاً) , سواء ورد البيع على كل ملكية الرقبة أو بعضها , فذلك يفتح للمنتفع باب الأخذ بالشفعة لمنع الأجنبى من الدخول كمالك رقبة ويستمر توزع السلطات على العين .

والمقصود بالأجنبى هنا أى شخص ليس له أى سلطات على ذات العقار , فلو بيعت بعض ملكية الرقبة للشريك الآخر فى ملكية الرقبة , فلا يجوز للمنتفع طلب

_ (١) د / نبيل سعد - ص ٣٤٣ .

الشفعة لأن مالك الرقبة مقدم عليه فى طلب الشفعة , وأيضاً إذا بيعت ملكية الرقبة كلها أو بعضها للشريك الآخر فى حق الإنتفاع على ذات العقار , فلا يجوز للمنتفع الآخر طلب الشفعة أيضاً تطبيقاً للمادة (٣/٩٣٧) حيث المشتري من ذات الطبقة أو طبقة أعلى ^(١) .

٣ - أن يجوز طلب الشفعة فى البيع :-

فإن كان البيع بين الأقارب لدرجة معينة أو تم بالمزاد العلنى فلا يجوز طلب الشفعة فيه .

- الحالة الرابعة -

شفعة الحكر

نصت الفقرة (د) من المادة (٩٣٦) على ثبوت حق الشفعة " لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر , وللمستحكر إذا بيعت الرقبة" .

وحق الحكر منظم فى المادة (٩٩٩) وما بعدها من القانون المدنى ويرد على العقارات لمدة ستون عاماً , وينعقد لضرورة أو مصلحة وبإذن المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة (م ١٠٠٠) , ويؤدى المحكر الأجرة المتفق عليها و يورث هذا الحق (م ١٠٠١) مدنى .

ولم يعد للحكر أية فائدة عليه فى الوقت الحاضر , خاصة بعد أن تحدد نطاقه بالأموال الموقوفة فقط (م ١٠١٢) مدنى ^(٢) , ثم أصدر المشرع عام ١٩٨٢ القانون رقم ٤٣ بتصفية الأحكار على الأرض الموقوفة .

وكانت الحكمة من هذا النص الخاص بالشفعة جمع ما تفرق من سلطات على العقار فى يد واحدة , حتى يحسن إستغلاله , فتثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر لأجنبى , كما تثبت كذلك للمستحكر إذا ما بيعت الرقبة أيضاً وهذا على المستوى النظرى فقط , حيث ما تزال أحكام الحكر الواردة فى القانون المدنى قائمة لم تلغ بعد .

(١) راجع - السهورى - ص ٥٥٧ .

(٢) ألغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فنجم عن ذلك إنتهاء حق الحكر الذى كان مترتباً على الأعيان الموقوفة تطبيقاً للمادة (٣/١٠٠٨) مدنى , وهى كانت الكثرة الساحقة من الأحكار , ولم يبق إلا الأوقاف الخيرية , والذى أجاز القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ لوزير الأوقاف - بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف - إنهاء الأحكام القديمة المترتبة على هذه الأوقاف .

حتى صدر القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ , بتصفية الأحكار نهائياً على الأوقاف الخيرية .

كما أنه يلاحظ أن شفعة المستحكر إذا ما بيعت الرقبة نجد أنها لا تتحقق من حيث المبدأ حيث لا يجوز بيع أعيان الوقف , وإذا سمح بالبيع في حالات إستثنائية فيكون عن طريق الإستبدال , كما أنه في الفرض الأول والخاص بمالك الرقبة دائماً هو الوقف (الوقف الخيري) ولا يجوز الوقف أن يأخذ بالشفعة , على ما سنرى .

- الحالة الخامسة -

شفعة الجار المالك

أورد المشرع حالة الجار المالك عندما يشفع في العقار الملاصق له في المرتبة الأخيرة من الحالات , وذلك بعد مداولات عديدة حين وضع القانون المدني بين مؤيد معارض له .

وقد فرقت المادة (٩٣٦ هـ) في أحكامها وشروطها لطلب الشفعة بين العقارات المبنية والأراضي المعدة للبناء , وبين الأراضي غير المعدة للبناء (زراعية أو غيرها) .

وقبل الشروع في دراسة هذه الحالات نوضح أن القانون قصر الشفعة هنا على الجار المالك , وبما أننا في مجال العقارات فلا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل في التصرفات القانونية , وبالتالي فالمشتري للأرض بعقد غير مسجل لا يثبت له الحق في الشفعة , أما الملكية بناءً على التقادم الطويل المكسب فيجب إقامة الدليل عليها وذلك بصور حكم قضائي بها وتسجيل هذا الحكم .

فإن إشتري شخص بعقد غير مسجل أرض وتسلمها فتصير في حيازته , وله أن ينتفع بها بجميع وجوه الإنتفاع , ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار , فإن أقام مشتري الأرض بعقد غير مسجل بناءً عليها فيصبح مالكا لهذا البناء , ومن حقه أن يشفع بالبناء (وليس بالأرض)^(١) .

فإن كان المستأجر هو الذي أقام البناء , فلا يحق له طلب الشفعة لأن حقه مصيره الحتمى إلى زوال بإنتهاء الإيجار , إذ لا يكتسب على الأرض حقاً بوصفها مالا ثابتاً إلا لفترة محدودة^(٢) .

والمقصود بالجار المالك هو الملكية التامة والذي يجمع الشفع فيها بين حق الرقبة وحق الإنتفاع , كما تثبت الشفعة لصاحب حق الرقبة عندما يشفع في العقار

(١) نقض مدني في ١٩٧١/٤/٨ , طعن رقم ٢٤٠ س٣٦ ق - أنور طلبه - ص ٢٩٩ .

وإن كانت محكمة النقض قد عدلت عن هذا الرأي في أحكام عديدة منها حكمها في الطعن رقم ٨٧٩ س٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ .

(٢) نقض مدني في ١٩٧٠/١٠/٢٧ , الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٦ ق - ونقض في ١٩٥٥/٢٥/٣ - طعن رقم ١٠ س٢٢ ق .

المبيع الملاصق لملكه , ولكن لا يثبت لصاحب حق الإنتفاع , حيث الأمر يتعلق بملكية رقبة وملك تام فلا يشفع فيه حق إنتفاع مجاور ولا ملكية رقبة مجاورة , فالمشرع قصر حقه في الشفعة على العقار ذاته المفرق فيه سلطات المالك . ولا يشترط أن تكون الملكية مفرزة , بل يكفي الشفيع أن يكون مالكا ولو على الشيوع حيث حقه ينصب على كل ذرة من ذرات العقار الشائع , وبالتالي فهو جار يحق له منفرداً , أو الشركاء على الشيوع مجتمعين أن يطلبوا الشفعة في العقار المجاور .

أيضاً يجب أن يكون الجار مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار الملاصق (المشفوع فيه) ^(١) , فإذا لم تثبت له الملكية وقتئذ فلا حق له في الشفعة , وإن تملك العقار المشفوع به بعد ذلك , كما يجب أن يظل مالكا للعقار المشفوع به حتى تمام الأخذ بالشفعة , فإن فقد ملكيته , لأي سبب , قبل تمام الأخذ بالشفعة , رضاء أو قضاء , فينقضى حقه في الأخذ بالشفعة .

- أولاً : الشفعة في المباني أو الأراضي المعدة للبناء (شرط التلاصق فقط) :-
أثبت المشرع حق الشفعة للجار المالك في المباني , أو الأراضي المعدة للبناء , بشرط واحد هو التلاصق , أي التجاور بين العقار المشفوع فيه (المباع) والعقار المشفوع به (ملك الجار) , والتلاصق يكون من أي جهة , ويكفي أن يكون من جهة واحدة , ولأي مسافة مهما قلت ولو لشبر واحد , فلم يضع القانون حداً أدنى للتلاصق , ولكنه يشترط أن يكون قائماً وقت البيع وأن يستمر حتى تمام الأخذ بالشفعة .
وتأخذ المباني والأراضي المعدة للبناء حكماً واحداً , فلا يشترط أن تكون العقارات من طبيعة واحدة , بل يمكن أن يشفع مالك المباني في المباني أو الأراضي المعدة للبناء المجاورة له , كما أن مالك الأرض المعدة للبناء يمكن أن يشفع في المباني , أو الأراضي المعدة للبناء المجاورة له .
كما أنه لا يشترط مساحة معينة أو قيمة معينة في العقار المشفوع به , بالمقارنة للعقار المباع (المشفوع فيه) , بل يحق له طلب الشفعة مهما اختلفت

(١) نقض مدني في ١٩٧٨/٦/٢٧ , طعن رقم ٨٩٠ س٤٥ ق , ويجوز أن يستند الجار للتقادم كسبب للملكية بشرط إكتمال مدته , نقض مدني في ١٩٥٦/٢/٢ , س٢٢ - طعن رقم ٢٨٢ - أنور طلبه - ص ٣٠١ .
ومن الجدير بذكره أن المشرع الكويتي كان قد ألغى شفعة الجوار بموجب التعميم الإداري رقم ٥٩/١ , الصادر عن رئاسة إدارة المحاكم الشرعية بتاريخ ١٩٥٩/٢/٢٨ , د , غني حسون - ص ١٨٣ .

مساحة أو قيمة أى من العقارين بالنسبة للآخر , كما لا يشترط أن يكون التلاصق أفقى , بل يمكن أن يكون رأسى كما هو الشأن فى ملكية الشقق والطبقات المفرزة ^(١) . والتلاصق يتوافر ولو وجد مسافة أو فراغ أو ممر أو فناء أو حديقة ملحقة بالمنزل , حيث تأخذ هذه الفراغات حكم الأراضى المعدة للبناء الملحقة بالمبنى , أما الممر والشارع فلا يعد فاصلاً بين العقارين ماداماً مملوكاً لأحدهما ملكية خالصة , أو مملوكاً لهما معاً على الشيوع .

فإن فصل بين العقارات المبنية أو الأراضى الفضاء أرضاً مملوكة للغير أو ممر أو شارع عام , فقد إنقطع التلاصق بينهما , ويرجع فى تكييف الممر أو الشارع من كونه عاماً أو شارع خاص إلى خرائط الجهات الإدارية المختصة (المحليات) , فغالباً ما يكون الشارع عاماً إذا أدخلت فيه الكهرباء والمياه والمرافق الأخرى (غاز - تليفونات - صرف صحى) وكان يخدم عقارات أكثر من شخص (بخلاف عقار الشفيع والمشتري) , حتى وإن كان مغلقاً فى نهايته .

فإذا ثبت أن قطع التلاصق بين العقارين كان تحايلاً لمنع الجار من طلب الشفعة فيرد التحايل على صاحبه ويبقى التلاصق , ويحدث هذا عندما يقطع البائع من الأرض المبيعة شريطاً ضيقاً بطول حد الجار ويحتفظ بملكيتة له ويخرجه من البيع حتى يفصل بين بقية عقاره المبيع وملك الجار (المشفوع به) أو يهبه للمشتري لبقية المساحة , هنا يجوز للجار إثبات هذا التحايل بكافة طرق الإثبات , فإن نجح فى مسعاه ثبت له الحق فى الشفعة ^(٢) .

(١) تثير ملكية الشقق والطبقات مسائل عديدة فى الشفعة , فإذا بيعت شقة بالدور الثالث فى عمارة مقسمة لثلاث شقق أو أكثر فى كل دور , فهنا يجوز طلب الشفعة من الجار الأسفل بالدور الثانى , ومن الجار الأعلى بالدور الرابع ومن الجارين الجانبين بذات الدور , بل يمكن أن يمتد حق الشفعة للجار الملاصق بالدور الثالث فى العمارة المجاورة , فأيهما أولى بالشفعة هنا , حيث جميعهم من طبقة واحدة , والمشروع ساوى بينهم وقسم العمارة المشفوع فيه بالتساوى بين الشفعاء .

هذا من ناحية , ومن ناحية أخرى , فإذا كانت ملكية الأرض المقام عليها العمارة هى ملكية شائعة بين ملاك الطبقات , كل بحسب مساحة ملكه , شيوعاً إجبارياً لا يجوز قسمته , بالإضافة للمداخل والسلام والمصاعد والفناء والسطح والتركيبات العمومية للمرافق من كهرباء ومياه وخلافه .

فإذا كان الجار يشفع باعتباره شريكاً على الشيوع فى العقار أو أحد أجزائه فيحق لصاحب الدور الأرضى أو الدور الخامس وما على أن يشفع فى الشفعة المباعة بالدور الثالث , وحق الشفعة هنا أقوى ومقدم , وبالتالي لكل ملاك العمارة حق الشفعة فى أى شقة أو محل يباع بالعمارة , راجع السنهاورى - ص ٥٧٠ .

(٢) السنهاورى - ص ٥٦٧ - د/ نبيل سعد - ص ٣٤٧ .

ولا يشترط أن يقع العقار المبنى أو الأراضي المعدة للبناء في المدن وعواصم المحافظات , بل يمتد الحكم للقرى وما في حكمها من العزب والنجوع والتكتلات العمرانية الأخرى في أى مكان داخل البلاد .

والمباني هي المنشآت المستحدثة بفعل الإنسان والتي تكون حيزاً مغلقاً , أيا كانت المواد المستخدمة في صنعها (حديد , أسمنت - أو طوب لين أو حديد وزجاج أو غيرهما) , مادام مقصوداً بها الدوام وإتصلت بالأرض إتصال قرار , ولا يمكن نقلها من مكان لآخر إلا بتلف , أما عن أوجه إستخداماتها فلم يضع القانون شرطاً , فيستوى أن يكون المبنى المباع معد للسكنى أو لغيره , وكذلك العقار المشفوع فيه .

أما الأراضي المعدة للبناء فهي التي صدرت لها قرارات تخصيص بالبناء من الجهات الرسمية المختصة , وغالباً ما تكون داخلية في نطاق المخططات العمرانية للمدن والقرى طبقاً للخرائط المعتمدة حتى وإن كانت مزروعة , فإن كانت خارج الكردونات المعتمدة فلا تعد من الأراضي المعدة للبناء , بل تأخذ حكم الحالة الثانية التي سنراها , وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها لتكون أرض بناء , فتعتبر في هذه الحالة أرضاً معدة للبناء ^(١) .

والعبرة في حالة الأرض هو وقت بيعها , فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضي غير المعدة للبناء حتى ولو كان المشتري أو الشفيع مزماً أن يعدها للبناء ^(٢) .

(١) ويرى بعض الفقه - بحق - تقييد إرادة صاحب الأرض في إعدادها للبناء , بأن يكون ذلك مطابقاً للقوانين واللوائح الخاصة بحماية الرقعة الزراعية من التحويل والبناء , حتى لا تتآكل الأرض الزراعية , د/ نبيل سعد - ص ٣٥٢ , ولا ضرر في ذلك على الجار المالك الذي يرغب في الشفعة , إذ أن شروط الشفعة في الأراضي المعدة للبناء التلاصق فقط , من اية جهة ولأية مسافة , أما في الأراضي غير المعدة للبناء فالشروط أشد على ما سنرى , بل على العكس قد يتمسك المشتري بأن الأرض زراعية لكي يمنع الجار من الأخذ بالشفعة , حيث الشروط أشد .

ويرجع في تقدير ذلك لحكمة الموضوع , فقد قضى بأنه " إذا كان الحكم الذي إعتبر الأرض غير معدة للبناء , فلا يكفي للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة , قد أقام قضاءه على أن المنطقة التي تقع فيها واسعة المساحة وغالبها مزرع , وأن ما فيما من أبنية قليل , فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " نقض مدني ١٠/٦/١٩٤٨ , مجموعة عمر ٥ - رقم ٣٢٣ - ص ٦٣٩ .

(٢) السنهاورى - ص ٥٦٢ وما بعدها .

- ثانياً : الشفعة في الأراضي غير المعدة للبناء (الزراعية أو غيرها) :-
إذا خرجت الأرض من عداد الكردونات والمخططات العمرانية المعتمدة ,
فتدخل في نطاق هذه الحالة التي تشمل الأراضي غير المعدة للبناء , من الأراضي
الزراعية والمستصلحة والفضاء واليور .

وقد قسمها المشرع لحالتين :- الأولى إشتراط فيها التلاصق من جهة واحدة
ووجود حق إرتفاق لأحد الأرضيين على الأخرى , والثانية : إشتراط فيها التلاصق
من جهتين وأن تساوى أرض الجار نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل :-
[١] التلاصق من جهة واحدة مع وجود حق إرتفاق :-

وهذه الحالة الأولى وردت في الفقرة (هـ بند ٢) من المادة (٩٣٦) مدنى
في نصها على أنه " إذا كان للأرض المبيعة حق إرتفاق على أرض الجار , أو كان
حق إرتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة " .
وهى تفترض شرطين الأول : وجود إلتصاق , والثانى : وجود حق إرتفاق .

{ أ } الإلتصاق :-

وهو إتصال أرض الجار بالأرض المبيعة من أية جهة ولأية مسافة , وهذا
يفترض تلاصق الأرضين معاً حتى ولو وجد بينهما ممراً مشتركاً مملوكاً للجار
وللمشتري أو مصرفاً زراعياً أو مجرى مائى (قنوات الرى) أو غيرذلك , مادامت
لم تخرج عن الملكية المشتركة وتعتبر تابعة للقطعتين ^(١) .

ولا يعنى ذلك إشتراط عدم وجود حق إرتفاق بالرى أو بالمرور لأرض ثالثة
فى القنوات والممرات المشتركة بين أرض الجار وأرض المشتري , فوجود حق
إرتفاق لا يعنى خروج القنوات والممرات عن ملك أصحابها , فإن فصل الأرضين
مانع مائى عام (مروى - ترعة - مصرف) أو طريق عام فقد إنقطع الإلتصال
بينهما , حتى وإن كانت منزوعة ملكية من أحد الأرضين من قبل .

وقد قضى بأن " المصرف الذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين
الأرضين غير قائم , إلا إذا كان غير مملوك للجارين , أما إذا كان مشتركاً بينهما
فالتلاصق قائم " ^(٢) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٤٤/١٢/٢١ , طعن رقم ٩ س١٣ ق - أنور طلبه - ص ٢٩٧ , حتى ولو كان لغيرهم حق
الإنشعاع بهذا الإرتفاق بالإشتراك فيه , فلا يمنع ذلك من الجوار ولا يكون حائلاً لثبوت الشفعة .

(٢) نقض مدنى فى جلسة ١٩٤٥/٢/١ - طعن رقم ٨٩ س١٤ ق - ونقض مدنى فى ١٩٤٤/١٢/٧ , طعن رقم ٣١
- س١٤ ق - ونقض مدنى ١٩٤٣/١٢/٢٠ طعن رقم ٦١ - س١٣ ق .

{ ب } وجود إرتفاق لأحد الأرضين على الأرض الأخرى :-

فهناك علاقة إرتباط بين الأرضين تعزز وتؤكد طلب الجار المالك للشفعة , وهو تحمل أحد الأرضين لحق إرتفاق لمصلحة الأرض الأخرى , وبالأخذ بالشفعة أو القضاء بها يزول حق الإرتفاق بإتحد المالك , ويزول الإرتفاق وما يسببه من مشاكل .
وحق الإرتفاق (وهو حق عيني عقارى) يكتسب بالإتفاق أو بالحيازة أو بتخصيص المالك الأصلى أو بالوصية , وقد يكون بالمروى أو بالمرور أو بالصرف أو بغيرها (إن تصور وجود غير ذلك) , وأيا كان مصدر إكتسابه .
وهذا الإرتفاق يختلط - على الأقل نظرياً - بالقيود القانونية على حق الملكية والمفروضة على جميع الملكيات على السواء بالنصوص القانونية , كحق المرور للأرض المحبوسة عن الطريق العام أو حق المجرى والمسيل والصرف , إذ تتحمل جميع الأراضي المصرية بهذه القيود متى توافرت شروطها , ولكنها تفتح باب الأخذ بالشفعة إن توافرت فى الحالة , إذ الإرتباط بين الأرضين قائم بنص القانون وهو أقوى من الإتفاق ^(١) .

ومن جهة أخرى , فيستوى أن تكون أرض الجار هى المحملة بحق الإرتفاق لمصلحة الأرض المباعة , أو العكس أن تكون الأرض المباعة هى المحملة بحق إرتفاق لمصلحة أرض الجار , أو يكون حق الإرتفاق هذا مشتركاً بينهما لهما معاً , أو لهما ولغيرهما من الأراضي المجاورة الأخرى ^(٢) , كما يحدث دائماً فى التقسيمات الزراعية للأراضي المصرية على الخرائط المساحية , إذ كثيراً بل دوماً ما توجد مروى أو مسقه خصوصية بجسريها لكل حوض زراعى , تروى منها جميع الأراضي فى الحوض الزراعى الذى قد تصل مساحته لخمسين فداناً أو أكثر , وغالباً ما تكون المروى محملة على ناحية من الأراضي , على أن يحمل الممر الملازم لها (جسر - طريق - مدق) على جميع الأملاك المقابلة , لتوزع الأعباء المشتركة على الملكيات المتقابلة بالتساوى .

(١) راجع - السنهاوى - ص ٥٧٢ , وعكس ذلك د/ نبيل سعد ص ٣٥٦ , ومشار لرأى د - حسن كيره
فقرة ٣١٩ - ص ٥٦٠ .

(٢) ولكن ليس أن يشتركا فى حق إرتفاق على عين أخرى , فقد قضى بأنه " يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخذ بالشفعة , التلاصق المباشر بين الأرضين بحيث لا يفصل بينهما أى فاصل كطريق أو مسفاة كما يتعين لتوافر حق الإرتفاق كسبب لها أن يكون لأيهما حق إرتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق إرتفاق على عين أخرى , نقض مدنى فى ١٩٨٥/١/١٣ - طعن ١٢٧٤ - ص ٥١ - , أنور طلبه - ص ٢٩٣ .

ولكن يثار التساؤل في حالة ما إذا كانت الأرض المباعة هي المقرر الإرتفاق لصالحها , وأراد المشتري التنازل عن حق الإرتفاق هذا لكي يفوت شروط الحالة على الجار , وتتنازل عن حق الإرتفاق فعلاً في عقد البيع أو في إتفاق لاحق , فهل يسقط هذا التنازل حق الجار في طلب الشفعة ؟

الرأى الذى نعتقده أن التنازل إن كان بغرض تقوية فرصة الجار المالك في طلب الشفعة فلا يعتد به , خاصة إذا كان ذلك ملازماً للبيع أو تالياً له مباشرة , أو بعد إعلان الرغبة في الشفعة ورفع الدعوى , فإن تراخى التنازل بعد البيع وبعد أن إتضح للمشتري عدم جدوى هذا الإرتفاق لملكه , وبعد أن علم الجميع بواقعة البيع , فيعتد به , حيث أشارت الدلائل لعدم جدوى هذا الحق في الإرتباط بالإرتفاق بين الأرضين , كما هو الحال في المراوى والسواقي القديمة التى كانت تدار بقوة الحيوان وإنعدم إستخدامها حالياً , ولكنها قائمة على الخرائط المساحية وعلى الطبيعة لتعذر الإرتفاق بين أصحابها على مصيرها .

وإن كان هناك رأى يرى أن النزول عن حق الإرتفاق المقرر للأرض المباعة يسقط حق الشفيع في الشفعة , في أى وقت , حتى قبل صدور الحكم فى الدعوى ^(١) , وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأى ^(٢) .

[٢] التلاصق من جهتين ووصول قيمة أرض الجار لنصف ثمن الأرض المباعة على الأقل :-

حيث نصت الفقرة (هـ بند ٣) على أنه " إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المباعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المباعة على الأقل " . فالحالة تؤكد إرتباط العقارين ببعضها , مع إستبعاد الملكيات الصغيرة حتى لا تتخذ ذريعة لتعطيل تداول وإنتقال الملكيات الكبيرة . بالبيع .

(١) فى عرض هذه الآراء - السنهاورى - ص ٥٧٤ .

(٢) فقد قضت بأنه " وجوب أن يتم التنازل عن حق الإرتفاق وفقاً للقانون , فهو لا يتم إلا إذا كان قد أشهر وفقاً لقانون الشهر العقارى رقم (١١٤ لسنة ١٩٤٦) ولا يغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الإرتفاق فى دعوى الشفعة بعد رفعها , ذلك أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ويحل محل المشتري فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بالشفعة إلا تقريراً لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة - مما يسوغ الإلتفات عما يقرره الطاعن من مذكرة دفاع أمام محكمة الإستئناف من أن البائع له قد سبق له التنازل عن حق الإرتفاق بالرى من المسقاة الفاصلة وأن دليله على ذلك هو إنشاء المسقاة الأخرى التى إشتراها الطاعن لرى الأرض دون أن يقدم ما يثبت حصول شهر هذا التنازل قبل رفع الدعوى " نقض مدنى فى ١٩٨٠/٥/٢٨ , طعن رقم ٧٦ س ٤٥ ق - ونقض فى ١٩٩٠/١/٤ , طعن رقم ٥٩٣ س ٥٥ ق .

فالإرتباط هنا من جهتين بين الأرضين , حيث أن التلاصق بينهما من الجهة الشمالية والغربية , أو الشمالية والشرقية , أو من الجهة الجنوبية والغربية , أو الجنوبية والشرقية .

إذ يجب أن تكون أرض الشفيع (الجار) كتلة واحدة متصلة بالأرض المبيعة , ولا تكون أرض الجار متصلة ببعضها من جهتين إلا وفقاً لما ذكرنا , فلا يتصور الإتصال بين الحد الشمالى والجنوبى بقطعة واحدة , أو بين الحد الشرقى والغربى , فهنا أغلب الظن ستكون أرض الجار على قطعتين منفصلتين وإن كانت ملك شخص واحد , ولا تتحقق شروط هذا الفرض , بل الفرض السابق إن توافرت شروطه ^(١) , وذلك مالم يتبين من واقع الحال غير ذلك ^(٢) .

والتلاصق لا يشترط فيه مساحة معينة , فيكفى لو كان لأقل مسافة ممكنة ولو بشبر واحد ^(٣) , ويقوم التلاصق من الجهة الثانية الإضافية هنا مقام حق الإرتفاق غير الموجود , كما فى الحالة الأولى - لتأكيد الصلة والإرتباط بين الأرضين .

- أما الشرط الإضافى فى هذه الحالة فهو أن تساوى أرض الجار نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل , ويهدف المشرع لإستبعاد الملكيات الصغيرة حينما ترغب فى شفعة المساحات الكبيرة , فأغلب الظن أن التدخل ليس إلا بغرض تعطيل الصفقة ودفع المتعاقدان لمرضاة الجار بأية وسيلة , وإن كان هذا غير متوافر فعلاً

(١) ويرى بعض الفقه جواز أن يكون التلاصق من حدين , أيا كانا , فيجوز أن يكون من الحد القبلى والبحرى , أو من الشرقى والغربى , راجع - السنهاورى - ص ٥٧٦ .

(٢) حيث يشترط أن تكون أرض الشفيع واحدة , فلو لاصق الأرض المبيعة فى حد واحد من حدودها بأرض مملوكة له , وفى حد واحد من حدود أرض أخرى مملوكة له , ما جازت الشفعة , إذ يجب لجوازا أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة - لا بأكثر - الأرض المبيعة , ويلاصقها فى حدين من حدود الأرض الواحدة التى يشفع بها , راجع السنهاورى - ص ٥٧٨ .

(٣) فقد محكمة النقض بأنه " لما كانت المادة الأولى من دكريتو (٢٣ مار سنة ١٩٠١) المنطبق على واقعة الدعوى قد إشتطت فى فقرتها الأولى لثبوت الشفعة للجار المالك أن تكون أرض هذا الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين و تساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل , وكان الشارع قد إستمد شفعة الجار من فقه الحنفية مكملاً بما أورده فى المادة الأنف ذكرها من شروط , وكان الرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى ويستوى مع التلاصق من ثلاث جهات فى حق الشفعة - لما كان ذلك - فإنه يكون مخالفاً للقانون وللمصدر الذى إستمد الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم المطعون فيه إلى القيود التى أوردها النص قيداً لم يرد فيه بأن يشترط لثبوت الشفعة للجار المالك بأن يكون التلاصق على إمتداد كاف فى حين أنه من المقرر فى قواعد التفسير أن لا مساع للإجتihad فى مورد النص , وأن المطلق يجرى على إطلاقه , نقض فى ١٩٥٤/٤/١ , طعن ٢٠٦ س ٢١ ق.

ويرغب الجار في الشفعة وعلى إستعداد لدفع الثمن فقد رأى المشرع أن ملكيته صغيرة القيمة , وأن الأضرار التي يدعيها من وجود جار أجنبي ليست جديرة بالإعتبار .

والمقصود هنا قيمة الأرض وليست مساحتها , فالقيمة السوقية هي المعول عليها , حيث قد تكون أرض الجار خصبة وبها زراعات جيدة فيرتفع ثمنها وإن صغرت مساحتها , على عكس الأرض المبيعة , وقد يكون العكس , وعند الإختلاف في المسألة يرجع لثمن المثل في تقييم أرض الجار .

أما الأرض المبيعة فيعول المشرع على الثمن المذكور في العقد , مالم يثبت الجار أنه صورياً ومبالغاً فيه لإبعاد الشفيع عن الأخذ بالشفعة , وأن ثمن المثل أقل من ذلك , وتقييم أرض الجار بنصف ثمن الأرض المبيعة , فهذا على أقل التقديرات , فإن جاوزت هذه القيمة (نصف الثمن) فهذا أدعى لطلب الشفعة , والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة .

فإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة في عقار شائع فالعبرة بقيمة الأرض الشائعة كلها إذا ما طلب الشفعة كل الشركاء فيها , فإن إقتصر طلب الشفعة على أحد الشركاء على الشيوع أو بعضهم فالعبرة بقيمة حصته (أو حصصهم) في الأرض الشائعة , وليس الأرض جميعها ^(١) .

- الفرع الثاني -

- طبقات الشفعاء وفض التزامهم بينهم -

- أولاً : طبقات الشفعاء :-

قسم المشرع الشفعاء إلى طبقات خمسة ورد ذكرهم في المادة (٩٣٦) سالف الذكر , وإعتد بهذا الترتيب فيما بينهم , فالطبقة الأولى منحها لمالك الرقبة , والثانية

(١) السنهوري - ص ٥٧٩ .

فللشريك على الشيوع الحق في طلب الشفعة في العقار المجاور , وقد قضى بأنه " المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه في كل ذرة من العقار المشاع ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة في العقار المجاور ولو لم يشترك معه في طلبها باقي شركائه في الملك ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا حين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الإستحقاق , نقض مدني في ١٩٧٩/٣/٥ , رقم ٦١ س ٤١ ق - ونقض في ١٩٤٤/١٢/٢١ , طعن رقم ٩٧ س ١٣ ق .

للشريك على الشيوع , والثالثة لصاحب حق الإنتفاع , والرابعة لمالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر وللمستحكر عندما يشفع فى حق ملكية الرقبة , أما الطبقة الخامسة والأخيرة فهى للجار المالك .

وهذه الطبقات الخمسة وردت على سبيل الحصر , ولا يتفق على خلافها بأن يتنازل شخص عن مرتبته لآخر متأخر عنه , بل يمكنه التنازل عن حق الشفعة المقرر له فقط .

- ثانياً : التزام بين الشفعاء :-

إذا بيعت حصة شائعة فى عقار فطلب الشفعة جميع الشركاء المشتاعون فى العقار , وكذلك طلب الجار أو الجيران الملاصقين لهذا العقار , فمن أولى بالأخذ بالشفعة قبل غيره , أو لمن تعطى الحصة الشائعة هنا ؟

هذا ما يسميه الفقه بترامح الشفعاء , أى تقدم أكثر من شافع لطلب شفعة العقار المبيع , فكيف فض القانون التزام هذا .

إعتمد المشرع فى ذلك على فرضين قد يثار بشأنهما التزام , الأول يكون فيه التزام بين شفعاء من طبقات مختلفة , والثانى يكون التزام بين شفعاء من طبقة واحدة .

- الحالة الأولى : التزام بين شفعاء من طبقات مختلفة :-

إعتمد المشرع على خطته السابقة فى طبقات الشفعاء , فتقدم الطبقة الأعلى على ما دونها من الطبقات الأخرى , فالأولوية لمالك الرقبة , إذا شفع فى الإنتفاع , يتلوه الشريك على الشيوع , ثم ما يتلوهها .

وفى الفرض المثار سلفاً فالشريك على الشيوع يقدم على الجار المالك , وعلى المستحكر (إن وجد) , تطبيقاً لنص المادة (١/٩٣٧) مدنى " إذا تزامم الشفعاء يكون إستعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة " .

- الحالة الثانية : التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة :-

إذا كان التزام بين شفعاء من طبقة واحدة , حيث طلب الشفعة فى المبيع (حصة شائعة) أكثر من شريك على الشيوع , أو طلب الشفعة فى الأرض المبيعة أكثر من جار تحقق فى شأنهم جميعاً شروط الشفعة .

هنا نصت المادة (٢/٩٣٧) على أنه " وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة فإستحقاق كل منهما للشفعة يكون على قدر نصيبه " .

وبالتالى يقسم العقار المبيع على الشفعاء جميعاً . كل بقدر نصيبه فى العقار الشائع , فإذا كان أحد الشفعاء يملك النصف فى العقار الشائع فله نصف العقار المباع وهكذا , ولكن ليس معنى هذا أن الشفيع يقتصر فى طلبه الشفعة على ما يعادل حصته فى العقار المباع فقط , على أن يترك الباقي للشركاء الآخرين لكي يطلبوا الشفعة فيه , بل يجب على كل منهم إذا رفع دعوى مستقلة بحقه فى الشفعة أن يطلب الشفعة فى العقار المبيع كاملاً , وليس جزءاً منه يوازى حصته فى العقار المشفوع به , وإلا فيحق للمشتري التمسك بقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة , ويتعرض حينئذ الشفيع لرفض دعواه .

فعلى كل منهم أن يطلب الشفعة فى العقار كاملاً , وإن كانت المحكمة ستقضى له بقدر نصيبه , حتى يفوت على المشتري الاعتراض على طلبه بالدفع السابق ^(١) .

ولكن هذا الحل قد لا ينسجم مع حالة الشفعة من أكثر من جار مالك , أو كان العقار المبيع لا يقبل القسمة ؟

فكل جار مالك يشفع بعقار مملوك له مستقل عن غيره وليس (بنصيب) معين , فيصعب القسمة على أساس الأنصبة , بل قد تضر بالقسمة بالعقار المبيع ذاته , بل وقد لا يقبل القسمة كطبقة فى عمارة (شقة) يشفع فيها كل الجيران (العلوى - والسفلى والجنوبى) فكيف ستقسم إذن , والفرض أن كل منهم يملك شقة متساوية (أو متفاوتة) المساحة ؟

الحقيقة أن هذا الحل لن يكون مجدياً , وربما من الأفضل أن نرجع لما كان مستقراً عليه - قبل العمل بالنص الجديد هذا- فى قانون الشفعة القديم الملغى , فيحق للمحكمة أن تقرر منح العقار المبيع لمن يعود على ملكيته أى عقاره منفعة أكبر من غيره , وذلك إذا كان فى القسمة ضرر للعقار المبيع أو تعذر قسمته كما رأينا , وقد أيدت محكمة النقض هذا الرأي ^(٢) .

(١) السهنورى - ص ٥٩٨ , ٦٠٣ .

(٢) فى الخلاف الفقهى حول الحل فى حالة التزاحم بين الجيران , د/ السهنورى - ص ٦٠٥ , وكان هذا النص موجود فى المشروع التمهيدى , راجع د/ نبيل سعد - ص ٣٦٢ .

وقد قضى بأنه " العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين فى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم من العقار المشفوع به دون اعتداد بالمنفعة التى قد تعود على ملك كسبه بعد البيع , ودون اعتبار للفوائد التى قد تعود عليه شخصياً من الأخذ بالشفعة , نقض ١٩٥٠/١١/٢٣ , طعن ١٦٦ س ١٨ ق =

- إستثناء : إذا كان المشتري توافرت في شأنه شروط الشفعة :-

إستثنت المادة (٣/٩٣٧) مدنى من تطبيق القاعدة السابقة لفض التزام , حالة ما إذا كان المشتري قد توافرت في حقه شروط الشفعة أيضاً , فيفصل المشتري على غيره من الشفعاء ممن هم من ذات طبقته أو طبقة أدنى منه , " فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفعياً بمقتضى نص المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى " . أما من هم من طبقة أعلى منه فإنهم يمكن أن يحتجوا عليه بحقهم ويفضلوا عليه حينئذ .

فإذا كان البائع في الحصة الشائعة في العقار كان قد باعها لأحد الشركاء , ولم يعجب ذلك بقية الشركاء , فطلبوا الشفعة وكذلك طلبها الجيران , فالمشتري يفضل على الشركاء على الشيوع لأنهم من طبقته , وعلى الجيران لأنهم من طبقة أدنى منه.

فإذا كانت الحصة الشائعة المباعة هي حصة شائعة في حق منفعة , وإشترائها أحد الشركاء على الشيوع في حق الإنتفاع , ثم طلبها بالشفعة مالك الرقبة , فالأخير له الأولوية على المشتري , حيث هو من الطبقة الأولى والشريك على الشيوع من الطبقة الثانية .

= وأكدت محكمة النقض على العمل بالنص السابق في قانون الشفعة الملغى باعتباره عرفاً , وهو الحكم العادل , نقض مدني جلسة ١٩٩١/٥/٢ , طعن ٣١٦٠ س٥٨ق - مجلة القضاء - ١٩٩٢ - ص ٢٥ ع ١ , و ص ٤٣٤ , ٤٣٥ , د/ نبيل سعد - ص ٣٦٣ .

والعبرة في القسمة بقدر نصيب كل شفع وهو رأى المالكية والحنابلة والشافعية , راجع د/ غنى حسون , ص ١٨٤ , هامش (١) , وهو عكس ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية (م ١٠١٢) , والقانون العراقي (م ١١٣٢) , والمادة (١٠٤) من مرشد الحيران , حيث أخذ بقاعدة التساوى بين الشفعاء , وهو المشهور عند الحنفية والجعفرية .

- المطلب الثانى -

شروط الشفعة

إشترط القانون لقيام الحق فى الأخذ بالشفعة ثلاثة شروط رئيسية هى أولاً :
بيع العقار , وثانياً : وجود شفيع , وثالثاً : عدم التنازل عن الشفعة.
وسنعالج هذه الشروط الثلاثة فى الفروع الآتية :-

- الفرع الأول -

بيع العقار

- لا شفعة إلا فى البيوع - لا شفعة إلا فى بيع العقار - البيوع التى لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة -
- أولاً -

لا شفعة إلا فى البيوع

قصر المشرع حق طلب الشفعة على حالة إبرام تصرف قانونى ناقل للملكية مقابل ثمن , أى بيع العقار المشفوع فيه , دون غيره من التصرفات القانونية الناقلة للملكية , مع ضرورة توافر شروط فى هذا البيع ليفتح باب الأخذ بالشفعة .

[١] البيع وحده يفتح باب الشفعة :-

يعرف البيع بأنه " عقد بمقتضاه يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقاً مالى آخر فى مقابل ثمن نقدى " (م ٤١٨) مدنى , فأى تصرف قانونى يتوافر فى شأنه شروط وخصائص عقد البيع هو الذى يفتح باب الأخذ بالشفعة .

أما ما عداه من تصرفات قانونية أخرى ناقلة للملكية فلا تفتح باب الأخذ بالشفعة , كالوفاء بمقابل أو الهبة أو تقديم العقار كحصة عينية فى شركة أو المقايضة , فالقياس على عقد البيع فى نقل الملكية لشخص أجنبى وخشية الضرر لا يجوز , حيث الشفعة قيد على حرية التصرف والقيد لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره .

وترجع الحكمة فى قصر المشرع الشفعة على البيوع فقط دون غيرها من التصرفات القانونية الناقلة للملكية إلى أن شخصية المتعاقدين فى البيع ليست محل إعتبار عند التعاقد , وذلك كقاعدة , تقبل الإستثناء فى حالات محددة , وبناءً عليه فالبايع يقبل التعاقد مع من يقدم أعلى ثمن له فى عقاره , ويستوى عنده أن يكون المشتري (أ) أو (ب) من الناس , فإذا كان الشفيع سيقدم ذات الثمن فلا ضرر يلحق بالبايع حينئذ , وبذلك نجنب الشفيع ضرر قد يلحقه من وجود أجنبى كشريك فى

عقاره أو جار له ، أو يجمع ما تفرق من سلطات على العقار فيحسن إستغلاله ويقلل المشكلات .

أيضاً لا تثبت الشفعة فى الوقائع المادية المرتبة لأثر قانونى كالوفاة المرتبة للميراث ولا التصرفات الكاشفة للحق كالقسمة والصلح ، ولو وجد بدل نقدى فيهما ، وكذلك لا تثبت فى التصرفات فى التركة المضافة لما بعد الموت (الوصية) أو المنجزة (الوقف) .

فى بعض هذه التصرفات تكون شخصية الطرفين محل إعتبار (كالهبة والوصية) أو يفوت الغرض منها إن أقر الشفعة فيها (كالمقايضة) والشركة والوفاء بمقابل أو الصلح ^(١) ، إذ فى السماح للشفيع بأخذ العقار المجاور له محل المقايضة ، يوجب على المشفوع منه أن يرد العقار المقابل للمقايضة أو يتخارج من الشركة أو تعود المديونية للدائن كما كانت (فى الوفاء بمقابل) ، وكل هذا يضيع الحكم والغاية التى أرادها الطرفين من تصرفهما .

والبيع الذى يفتح باب الشفعة قد يرد على حق الرقبة أو على حق الإنتفاع ، أو على الملكية التامة ، أو على حق الحكر ، أو على الحصة الشائعة أو المفزعة .

ولكن إن ورد البيع على حق الإنتفاع ، فهل يفتح باب الأخذ بالشفعة للجار

المالك ؟

المعروف أن بيع حق الإنتفاع يفتح باب الأخذ بالشفعة لمالك الرقبة (طبقة أولى) وللشريك على الشيوع فى حق الإنتفاع (طبقة ثانية) ولكن ما حكم طلب الجار المالك الشفعة فى حق الإنتفاع فى العقار المجاور ؟

عادة ما يشفع الجار المالك فى الملكية التامة للعقار المبيع ، ولكن هل ممكن أن يشفع فى ملكية الرقبة أو حق الإنتفاع وحدهما إذا كان أيهما محلاً للبيع ؟.

ذهب بعض الفقه إلى عدم جواز ذلك إستناداً لعدم التوسع فى شفعة الجوار ، وبأنه لن يكون مالكاً للعقار المبيع كاملاً بل سيوجد شركاء له فيه ، فلن تخلص له الملكية .

ولكن محكمة النقض كان لها رأياً آخر ، إذ أجازت له الشفعة فى هذه الحالة ، حيث قضت بأنه " مفاد نص المادتين ٩٣٦ ، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة - فى بيع حق الإنتفاع - لحكمه توخاها هى جمع شتات

(١) قضى بأنه " إعتبار العقد الذى يترك فيه كل من المتعاقدين جزءاً من حقوقه على وجه التقابل صلحاً لا تجوز فيه الشفعة ولا الإسترداد " نقض مدنى فى ١١/٢٧/١٩٤٧ ، طعن رقم ٧٢ س ١٦ - أنور طلبه - ص ٣١١ .

الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة , إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الإنتفاع , إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكا , وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له في الشفعة في بيع حق الإنتفاع الملايس للرقبة التي يملكها وذلك ما جرى به نص المادة ٩٣٧ من القانون المدني المشار إليها - وإذ قرر المشرع الأفضلية لمالك الرقبة على باقي الشفعاء عند مزاحمتهم له وفق ما جرى به هذا النص فقد تصور أن يزاحم الشفعاء الآخرين مالك الرقبة في بيع حق الإنتفاع فتكون الأفضلية للأخير مؤكداً بذلك أن الشفعة في حق الإنتفاع مقررة لسائر الشفعاء وذلك لتوفر الحكمه في تقرير الشفعة وهي منع المضار - لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بثبوت حق الشفعة للجار المالك (المطعون ضدها الأولى) يكون قد أصاب النتيجة التي إنتهى إليها " (١) .

[٢] شروط البيع المحقق للشفعة :-

يشترط في البيع الذي يفتح باب طلب الشفعة مجموعة من الشروط وهي :-

١- أن يكون حقيقياً . ٢- أن يكون صحيحاً تماماً . ٣- وأن يظل قائماً حتى تمام الأخذ بالشفعة .

- الشرط الأول : أن يكون حقيقياً :-

ويعنى ذلك أن يستجمع حقيقة أركان وشروط عقد البيع , من نقل الملكية للعقار مقابل ثمن نقدي يدفعه فعلاً المشتري للبائع , كما تنشأ الإلتزامات والضمانات الأخرى في حق كل طرف .

- البيع الصوري :-

أما إن كان البيع صورياً بأن إستجمع شكلاً عناصر وأركان عقد البيع , ولكن كان يخفى في الحقيقة هبة مستترة مثلاً , أو كنا بصدد صورية مطلقة , حيث لا تعاقده حقيقياً مطلقاً بل عقد صوري بين الطرفين قصد خروج العقار من ملكية البائع وإيعاده عن دائنيته , أو رغبة المشتري الصوري في تحقيق غاية من العقد الصوري كإستكمال نصاب ملكية الخمسة أفدنة أرض زراعية لتقديم أوراقه لمنصب العمدة في قريته , فهل تفتح الصورية باب الأخذ بالشفعة ؟

باستدعاء الأحكام العامة للصورية هنا نجد أن من حق غير المتعاقدين أن يبني تصرفاته على ما هو ظاهر أمامه , إذ هو حسن النية فلا يعلم بحقيقة ما يجري ,

(١) نقض مدني في ١٣/١٢/١٩٧٩ , طعن رقم ١٠٣ س ٤٨ ق - المجموعة س ٣٠ - ج ٣ - ص ٢٦١ .

ويفتح له عقد البيع الصوري الحق في الأخذ بالشفعة ، والأصل هو حسن النية فلا يكلف أحد بإثبات حسن نيته ، بل يقع على من يدعى وجود سوء النية إثبات ذلك ^(١) .

- البيع المستتر بالهبة :-

هنا على العكس ما سبق ، هناك بيع حقيقي ، ورغبة من الطرفين في تقويت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة فقد سترتا عقدهما الحقيقي (البيع) بعقد آخر لا يجوز فيه الشفعة ، كالهبة أو المقايضة أو غيرهما .

فيجوز هنا للشفيع أن يتمسك بالعقد الحقيقي ، وله إثبات ذلك بكل طرق الإثبات ، حيث هو ليس طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً لأحد طرفيه ^(٢) ، (م ٢٤٤) مدني ، فإن نجح في مسعاه وأثبت العقد الحقيقي بالبينة أو القرائن أو اليمين أو غيرها إنفتح أمامه باب الأخذ بالشفعة ^(٣) .

- الثمن الصوري :-

إن إقتصرت الصورية على الثمن في العقد ، بأن كان مرتفعاً جداً بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة ، فيجوز له إثبات صورية الثمن والتحايل بقصد حرمانه من الشفعة ، وله الحق في إثبات الثمن الحقيقي ، وهو ثمن المثل بكل طرق الإثبات ، فهو ليس طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً لأحد الطرفين .

(١) قد قضى بأنه " لئن كان الشفيع - بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتاج عليه بالعقد المستتر ، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية بمعنى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة فإذا إنتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقي المستتر جاز للمتعاقدين الإحتجاج عليه بهذا العقد ، نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ ، طعن ٢٤٤ س ٣٠ - نقض ١٩٤٩/٤/١٤ ، طعن ١٣٢ س ١٧ ، نقض ١٩٥٢/٥/١٥ ، طعن ١٧٢ ، ١٧٩ س ٢٠ - طعن ١٩٥٣/١/٢٩ ، طعن ٣٢٢ س ٢٠ ، ونقض ١٩٥٤/٣/٢٥ ، رقم ١٤٦ ، ١٤٧ ، ٢١ س ٢١ . راجع / أنور طلبه - ص ٢٣٦ .

(٢) نقض مدني في ١٩٨١/٢/٢٦ ، في الطعن رقم ٤٣١ ، س ٨٤ - و ١٩٨٢/١٢/١١ في الطعن رقم ٨٤٠ س ٤٩ - و ١٩٨٤/١/٢٤ ، س ٣٥ - ص ٢٨٤ ، و ١٩٨٥/١/١٥ ، س ٣٦ - ص ١١٩ .

(٣) قضى بأنه " الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين - المشتريين - وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر - البائعين - فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجمع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذ بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية ، لا تصرفاً قانونياً وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة في صورة عقد بيع ، نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، طعن ٦٠ ، س ٣٦ ق .

وذلك ما لم تعارض مصالح ذوى الشأن ، حيث تمسك بعضهم بالعقد الحقيقي ، وتمسك الآخرون بالعقد الصوري ، فالأولوية لمن يتمسك بالعقد الصوري إعتباراً بالظاهر (م ٢/٢٤٤) مدني .

أما إن كان الثمن منخفضاً جداً في العقد ولا يتناسب مع الثمن الحقيقي للمبيع ، وعادة ما يسجل الطرفان ذلك لتخفيض رسوم تسجيل تصرفهما حيث ما تزال مرتفعة ، فإن للشفيع - إذا كان حسن النية - أن يتمسك بالثمن الصوري ، ونعتقد في ضرورة أن يكون الشفيع حسن النية لكي يتمسك بالثمن المنخفض ، ويتنافى مع حسن النية أن يكون الثمن الذي يتمسك به لا يتناسب مع قيمة المبيع ولا ثمن المثل بأية حال ، وذلك تطبيقاً للمادة (١/٢٤٤) ، وهي إن لم تذكر الغير صراحة بل ذكرت دائني المتعاقدين وخلفهما الخاص ، إلا أن المتفق عليه سريان هذا النص في حق الغير ، وأحقته في التمسك بالعقد الصوري مادام حسن النية ، والغير هو كل من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً عاماً لأحد طرفيه ^(١) .

{ ب } الشرط الثاني : أن يكون البيع صحيحاً تاماً :-

يقصد بالبيع الصحيح أن يكون عقد البيع مستوفياً الأركان من رضا ومحل وسبب ، وشروط هذه الأركان بحسب كل ركن منها ، وأيضاً متوافر بشأنه شروط صحة العقد من تمام الأهلية دون عوارض أو موانع ، وخلو الإرادة من عيوبها الأربعة (غلط - إكراه - تدليس - غبن إستغلالى) .

فإن تخلفت أياً من أركان العقد أو أحد شروط هذه الأركان ، أو كان أحد المتعاقدين مجنوناً أو معنوياً أو عديم الأهلية وقع البيع باطلاً مطلقاً ، أى معدوماً قانوناً ، لا ينتج أثراً فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير .

وبناءً عليه فلا يفتح هذا العقد الباطل مطلقاً باب الأخذ بالشفعة لأنه معدوم الوجود القانوني ، فتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ويثار الدفع به في أى مراحل التقاضى ولو أمام محكمة النقض .

أما العقد القابل للإبطال ، فهو عقد موجود منتج لآثاره بين طرفيه وفي مواجهة الغير ، وإن كان يمكن إبطاله في خلال المدد القانونية المسموح فيها بذلك ، كما أنه يقبل الإجازة الصادرة ممن له حق الإبطال بعد زوال سبب الإبطال ، وبالتالي فهو يفتح باب الأخذ بالشفعة ، ويتوقف مصيرة على مدى إستقرار العقد وزوال ما يهدده من إبطال أو التمسك بالإبطال وعودة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد .

(١) عكس ذلك د/ نبيل سعد - ص ٣٧٥ .

وأغلب الظن أنه سيتم التمسك بسبب إبطال العقد بمجرد أن يعلم الطرفان برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة , فلم تعد له حاجة ولا مصلحة في بقاء هذا العقد , حيث سيحل الشفيع ضعيفاً ثقيلاً عليهما وجبراً عنهما , وسيسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة , أو سيضطر لإرجاع العقار للبائع إعمالاً للأثر الرجعى للبطلان .

ولكن إن حدث العكس , وأجيز العقد المهدد بالإبطال أو فانت مدد التقادم , فيستقر وضع الشفيع سواءً في مرحلة التقاضى أو بعد الحكم لمصلحته بالشفعة , فلن يعود العقار للمشفوع منه أو للبائع .

- الشفعة في بيع ملك الغير :-

إذا أنصب عقد البيع على ملك الغير , فهل يفتح باب الشفعة للجار المالك مثلاً للعقار المبيع ؟

المعروف أن بيع ملك الغير عقد صحيح منتج لآثاره بين طرفيه , وإن كان غير نافذ في حق المالك الحقيقي , ويتوقف مصيره على موقف المالك الحقيقي من العقد , فإن أقره صار نافذاً في حقه وفي حق طرفيه , خاصة المشتري الذي لا يجوز له طلب إبطاله بعد الإقرار .

فإن رفض المالك الحقيقي إقرار العقد فيحق للمشتري طلب إبطاله إذا كان قد وقع في غلط من أمره باعتقاده أنه سيتعامل مع المالك الحقيقي , وإلا فنلجأ لأحكام الفسخ لإخلال البائع بالتزامه بتسليم المبيع ونقل الملكية والضمانات .

فإذا بيع ملك الغير فيحق للشفيع طلب الأخذ بالشفعة إذا توافرت شروطها في حقه , ويتوقف مصير الشفعة على مصير البيع المشفوع بسببه , فإن أقره المالك الحقيقي وصار نافذاً أكمل الشفيع الإجراءات وسار في الدعوى حتى نهايتها المرضية له , أو سلم له الطرفين بحقه رضاءً .

وإن أبطل عقد البيع للغلط , أو إنفسخ للإخلال , إنقضى حق الشفيع .

- الشفعة في البيع غير المسجل :-

إذا كان البيع بين الطرفين عرفياً , أى غير مسجلاً طبقاً لإجراءات التسجيل بالشهر العقاري , فهو بالرغم من صحته وترتيبه لآثاره القانونية بين طرفيه إلا أنه لا ينقل ملكية العقار المبيع لا بالنسبة لطرفيه ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل .

ولكن هذا لا يمنع الشفيع عن المطالبة بحقه فى الأخذ بالشفعة ، إذا كان عقد البيع ذاته صحيح ومنتج لآثاره ، أما مسألة نقل الملكية للمشتري فلا تؤثر على حق الشفعة ، إذ تنتقل الملكية للشفيع بعد الحكم بالشفعة له وتسجيل هذا الحكم (م ٩٤٤) مدنى .

والقول بغير ذلك يعطل حق الشفعة فى أصله ، إذ يكفى الطرفان (البائع والمشتري) الاتفاق على عدم تسجيل عقدهما لى يفوتا فرصة الشفيع فى طلب الشفعة ، فيتوقف الأمر على محض مشيئة المتعاقدين ، فما دام أن المشتري قد تسلم المبيع وحازه وأنتفع به إنتفاعاً هادئاً ظاهراً فهذا يكفي ، على الأقل فى الوقت الحاضر ، حتى يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة.

لذا فالرأى المستقر عليه فقهاً وقضاءً ^(١) ، هو ثبوت حق الشفيع فى طلب الشفعة ولو كان المبيع غير مسجل أما بالنسبة لعقار الشفيع (المشفوع به) فإنه يشترط أن يكون مملوكاً له ، فإن كان قد إشتراه من قبل فيشترط أن يكون عقده هو مسجلاً ، حيث لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل له أو بالنسبة للغير ^(٢) .

وفد تظهر فائدة التسجيل - كما سنراها فيما بعد - فى تقوية حق الشفيع ، حيث يسقط حقه فى طلب الشفعة إذا مرت أربعة أشهر على تسجيل المشتري لعقد البيع (م ٩٤٨) مدنى .

كما لا يلزم أن يكون هذا البيع العرفى (غير المسجل) ثابت التاريخ ، فتجوز الشفعة ولو كان البيع غير ثابت التاريخ ، ولكن لا يحتج بتاريخه على الغير (الشفيع هنا) مالم يثبت وفقاً لقواعد إثبات التاريخ طبقاً لقانون الإثبات .

(١) قضى بأنه " من المقرر أن ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به يجب أن تكون ثابتة وقت بيع العقار الذى يشفع فيه وأن الشفعة جائزة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع لم يسجل فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط " نقض ١٩٤٥/٢/٢٥ ، طعن ١٢٠ - س ١٤ - أنور طلبية - ص ٣٠٧ ، ونقض مدنى فى ١٩٧٠/١١/١٠ ، طعن ١٩٢ - س ٣٦ ق .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨١/١٢/٢١ ، طعن ٩٣٦ س ٤٨ ق - ، م / أنور طلبية ، ص ٣٢٨ ، نقض فى ١٩٧٨/٦/٢٧ ، طعن ٨٩٠ س ٤٥ ق - ، ونقض فى ١٩٧٣/١٢/٢٤ ، طعن ١٤٠ س ٣٨ ق - وأحكام أخرى - ص ٣٤٠ وما بعدها .

بمعنى أنه إذا كان تاريخ عقد البيع العرفي سابقاً على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به فإنه لا يجوز الإحتجاج به عليه , طالما أن هذا التاريخ غير ثابت^(١).

{ ج } الشرط الثالث : يجب أن يظل البيع قائماً إلى حين تمام الأخذ بالشفعة :-
الشرط الثالث والأخير يتطلب بقاء البيع قائماً حتى تمام الأخذ بالشفعة , وذلك أن عقد البيع هو الذى يفتح باب الأخذ بالشفعة , فاستمراره ضرورة لبقاء الحق قائماً , ويترتب على ذلك أنه إذا ما تقرر إبطال العقد , أو وقع باطلاً مطلقاً فإن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ويزول معه حق الشفيع .
أيضاً إن وقع إخلال من أحد الطرفين بالتزاماته العقدية فللطرف الآخر أن يطلب من المحكمة فسخ التعاقد , أو يوقع بإرادته الفسخ إذا وجد الشرط الفاسخ الصريح مادام قد إتفق على عدم الحاجة للإعذار وللحكم القضائي بالفسخ الإرادى , فإن قضى بالفسخ أو تحقق الشرط الفاسخ الصريح , تحلل كلا الطرفين من التزاماتهما العقدية وعادا إلى سابق عهدهما قبل التعاقد , مع التعويض عن الأضرار .
فإن تقرر - أو قضى - فسخ عقد البيع إنقضى حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أيضاً .

كذلك فإن التقايل (التفاسخ) ينهى العلاقة العقدية بين الطرفين , وهو يعنى رجوع المتعاقدين معاً عن عقدهما , وينصب أثره على المستقبل , أو على الماضى والمستقبل بحسب إتفاقهما .
فإن تقايل البائع والمشتري على عقدهما فهل يؤدي ذلك لإنقضاء حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة ؟

يفرق هنا بين التقايل الصادر قبل طلب الأخذ بالشفعة , أو بعد هذا الطلب , ففي **الفرض الأول** يبدو من تطبيق القواعد العامة أن التقايل (قبل طلب الشفعة) ينهى التعاقد , وبالتالي فلم يعد هناك عقد بيع قائماً حتى تمام الأخذ بالشفعة , فينقضى بناءً عليه حق الشفيع فى المطالبة بالشفعة , وهذا ما لم يثبت الشفيع أن التقايل صورى وليس حقيقى بقصد الإضرار به وإيعاده عن الأخذ بالشفعة , فإن نجح فى إثبات ذلك يستطيع الإستمرار فى دعواه حتى نهايتها^(٢).

(١) راجع د/ السهوى - ص ٥١٠ , ود/ نبيل سعد - ص ٣٧٩ , ونقض مدنى فى ١٨/٥/١٩٥٠ طعن رقم

١٢٠ س ١٤ق - , ونقض ٢٦/١٢/١٩٤٦ , طعن رقم ٣ س ١٦ق .

(٢) نقض مدنى فى ٢٥/٣/١٩٥٤ - المجموعة لحكمة النقص - س ٥ رقم ١٠٥ - ص ٦٦١ .

أما فى الفرض الثانى فإن كان التقايل بعد طلب الأخذ بالشفعة فلا أثر له على حق الشفيع فى طلبه الذى يستطيع الإستمرار فيه ^(١) .

ويفرق فى صدد التمسك بالإبطال أو الفسخ بين ما إذا كان طالب الإبطال البائع أم المشتري ، فإذا كان البائع فيجوز له دائماً إستعمال حقوقه القانونية ، ولا يحول تقدم الشفيع بطلب الشفعة عن تعطيل البائع عن التمسك بهذا الحق .

فإن كان الحق مقررًا للمشتري فلا يجوز له طلب الإبطال أو الفسخ بعد طلب الشفيع الأخذ بالشفعة ، حيث أنه يهدف بطلبه للتخلص من إلتزامات المشتري والخروج من العقد ، وهذا جوهر ما يطلبه الشفيع أيضاً ، وسيحصل المشتري على ما دفعه من ثمن من الشفيع بعد الحكم بالشفعة ، فلا ضرر سيعود على المشتري من عدم التمسك بالإبطال أو الفسخ ، بل سيحصل على كل مستحقاته ، بل الضرر سيلحق الشفيع من ذلك ، وإصرار المشتري على طلباته حينئذ ستشكل تعسفاً منه فى إستعماله لحقوقه ، ويحق للشفيع مطالبته بالتعويضات ، وخير تعويض بقاء الوضع على ما هو عليه وحلول الشفيع محل المشتري .

أما إن طالب المشتري بالإبطال أو الفسخ قبل إيداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، فيحق للمشتري هنا التمسك بطلباته والسير فيها حتى نهايتها ^(٢) .

- ثانياً -

لا شفعة إلا فى العقارات

قصر المشرع الشفعة على العقارات دون المنقولات ، حيث نصت المادة (٩٣٥) مدنى على أنه " الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار " ، ثم تحدث بعد

(١) السهنورى - ص ٥٠٥ ، وقد قضى بأنه " مجرد التعاقد على البيع ينشأ عنه للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة وأن التفاسخ بشأن هذا البيع لا يؤثر فى حق الشفيع إذا حصل بعد إعلانه الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، والتحقق من حصول التفاسخ قبل أو بعد إنذار الرغبة بالشفعة من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان إستخلاصه سائغاً له ما يسانده من أوراق الدعوى " .

نقض ١٩٨٢/١٢/٢٣ ، طعن ٩٦٤ ، س ٤٩٩ق .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٣٨١ ، وقد قضت محكمة النقض بأنه " القانون جعل البيع سبباً للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولداً من مجرد إتمام إنعقاد البيع على العين المشفوعة ، فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائماً ، ولما كان الثابت بالأوراق أنه بعد إتمام البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثانى بموجب العقد المؤرخ ١٩٧٢/٢/١٢ قام المطعون عليه الأول بإعلانهما فى ١٩٧٢/٤/٢ ، برغبته فى أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ثم أقام دعوى الشفعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ ١٩٧٢/٥/١٠ ، فإن فسخ البيع الذى إدعى الطاعن الأول حصوله رضاءً فى ١٩٧٢/٥/١٥ بعد طلب الشفعة ، لا يسقط حق الشفيع ، ويجوز له إجبار البائع بأن يمضى معه فى البيع لا مع المشتري " نقض ١٩٨٠/٦/٣ ، طعن ٧٢٠ س ٤٦٩ق .

ذلك عن حالات الشفعة التي ترد على العقارات من المباني والأراضي الفضاء المعدة للبناء أو الزراعية أو غيرهم .

ويرجع ذلك إلى ثبوت العقارات بحيزها حيث لا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف , وفيها يتحقق المعنى والحكمة من الشفعة من جمع ما تفرق من سلطات حق الملكية أو تجنب الشريك أو الجار الأجنبي تطبيقاً لمبدأ لا ضرر ولا ضرار , وهذا لا ينطبق إلا على العقارات , أما المنقولات فإنها بطبيعتها تنتقل من مكان لآخر دون تلف ولا تستقر بحيز محدد و يتم تداولها بين أشخاص المجتمع يومياً تقريباً .

والعقارات المقصودة في النص القانوني هي **العقارات بطبيعتها** والتي يجوز فيها الشفعة , أما العقار بالتخصيص - وهي المنقولات التي خصصها مالكاها بإرادته لخدمة عقاره - فلا ترد عليها الشفعة إستقلالاً , حيث هي في الأصل من المنقولات , وذلك مالم يشملها بيع العقار كبيع منزل أو شقة بكل مشتملاتها خاصة من العقار بالتخصيص أو بيع مزرعة بكل ما فيها من أجهزة حرث وبذر سماد وقطعان ماشية , وهكذا , فيرد عليها الشفعة تبعاً للشفعة في بيع العقار .

أما المنقولات بحسب المآل فإذا بيعت على هذا الأساس فلا يتصور فيها الشفعة , كمبنى آيل للسقوط وبيع على إعتباره أنقاضاً لإزالته , أما الأرض المقام عليها فلم تدخل في البيع فلا يفتح هذا البيع باب الأخذ بالشفعة لأحد , وأيضاً الأشجار المعدة لقطعها إذا بيعت على أنها أخشاب , دون الأرض المزروعة فيها , أما إن شمل البيع الأرض فيمكن وقتئذ طلب الشفعة , وكذلك إذا بيع المبنى مستقلاً عن الأرض وكان مقصوداً به البقاء على الدوام .

والمنقولات بطبيعتها وإن كان لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة إذا ما بيعت , إلا أنه يجوز طلب إستردادها في حالة ما إذا كان قد تقرر عليها حق الإنتفاع إستقلالاً , أو كانت على الشيوع بين أكثر من مالك , فقد أقام المشرع نظاماً شبيهاً بالشفعة فيما يخص المنقولات والمجموع من المال وهو **نظام الإسترداد** , وهو مستمد من القانون الفرنسي , على عكس نظام الشفعة المستمد من الشريعة الإسلامية ^(١) , وهو النظام الذي قرره المشرع في المادة (٨٣٣) مدني حين تنظيمه لأحكام الشيوع .

وكذلك فيما يخص المنقولات الشبيهة بالعقار وهي الطائرة والسفينة والسيارة , حيث يجب تسجيل عقد بيعها لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير , ومع ذلك ينطبق عليها نظام الإسترداد إن توافرت شروطه , ولكن لا ترد عليها الشفعة .

(١) راجع السهوري - ص ٤٨١ .

- ثالثاً -

البيع العقاري التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة

قلنا إن المشرع قد حاول التضييق من حق الشفعة حيث يشكل قيلاً إستثنائياً على حرية التعاقد , لذلك عمد إلى إخراج بعض البيوع من طائفة البيوع العقارية التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة, منها البيوع التي تكون فيها شخصية المتعاقدين محل إعتبار عند التعاقد , على خلاف القاعدة العامة في البيوع , أو أنه تم بالمزاد العلني وكان يمكن للشفيع أن يتقدم للمزاد مثل غيره , أما وقد فوت على نفسه هذه الفرصة فلا حق له في الشفعة , أو كان بغرض جعل المكان كمحل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة .

- لذلك جاء نص المادة (٩٣٩) مدني - فقرة أولى - محدداً الحالات التي لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة , حيث نصت على أنه " لا يجوز الأخذ بالشفعة :-
- ١ - إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون .
 - ٢ - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .
 - ٣ - إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة " .
- فهناك إذاً ثلاث حالات لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة , سنتناولها فيما يلي :-

- الحالة الأولى -

- البيع بالمزاد العلني -

إذا ما تم البيع للعقار بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات القانونية المحددة لذلك فلا يجوز طلب الأخذ بالشفعة في هذا البيع , ويشترط لتحقيق هذه الحالة ضرورة توافر الشروط الآتية :-

١ - أن يتم البيع بالمزاد :-

حيث يتبع في هذا البيع التزايد بين المتقدمين حيث يسقط العطاء المقدم بتقديم عطاء أعلى منه , وهكذا , إلى أن يستقر المزاد على عطاء معين لم يقدم عطاء أعلى منه , فإذا لم يكن البيع قد تم بهذه الطريقة , بأن كان قد تم بطريق المساومة والمفاوضة بين الأطراف , وإن اشترك أطرافاً عديدة في التفاوض , أو كان قد تم بطريق العطاءات المغلقة فإنه يفتح باب الأخذ بالشفعة.

٢ - أن يكون المزااد علنياً :-

ويكون المزااد علنيا عندما يكون التزايد والإشتراك فيه لأى شخص يرغب فى الشراء أى عاماً للجمهور , ولا تلغى صيغة العمومية إن كان قد إشتراط تقديم تأمين معين لدخول المزااد وضمان جديته , أو تقديم مبلغ معين عند ترسية العطاء , وهكذا , فذلك لا يعنى فقد صفة العمومية .

أما إن كان المزااد مقصوراً على بعض الأشخاص فقط , كالتزايد بين الشركاء أو الورثة فى عقار معين دون غيرهم , حيث يجوز للشركاء على الشيوع طلب قصر التزايد على العقار الشائع كله أو بعضه عليهم فقط إذا ما رغب بعضهم الحصول عليه بثمن لا يتناسب مع ثمنه الحقيقى أو طلبه كل الشركاء .

فهذا المزااد غير العلنى يفتح باب الأخذ بالشفعة , وكذلك إذا تم البيع بطريق المضاريف المغلقة , فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية , حيث لا يعلم أحد ما قدمه الآخرون فى عطاءاتهم من ثمن , بل تحيطه السرية ^(١) .

٣ - أن يتم وفقاً لإجراءات قانونية :-

حيث هى الضمان الحقيقى لأن يخرج المزااد بالشكل الذى يضمن حقوق مالك الشئى والجهة المباعة لصالحه , والمتزايدى , فإن خولفت تلك الإجراءات أوتم البيع بإجراءات أخرى إتفاقية وليست قانونية , فلا يمنع ذلك من الأخذ بالشفعة , كبيع المالك عقاره بيعاً حراً بالمزااد العلنى دون إتباع الإجراءات القانونية .

ويتضح من إستقراء النصوص القانونية توافر هذه الشروط فى بيع ممتلكات المدين وفاءً لحقوق الدائنين بطريقة المزااد العلنى الجبرى , أو بيع العقار الشائع بطريقة التنصيف (م ٧١٨) مرافعات , وبيع الدولة لأملكها بالمزااد العلنى , والحجز الإدارى , والبيع بالمزااد العلنى وفاءً لحقوق الدولة (بصفة خاصة الضرائب) , وبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزااد العلنى (م ٧١٢) مرافعات , وغيرها ^(٢) .

(١) نقض مدنى فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ , طعن رقم ٧٧ س١٦ق - مجموعة عمر - رقم ٢٣٥ - ص ٤٩٠ , د/ السنهورى - ص ٥٣٢ .

(٢) السنهورى - ص ٥٣٠ وما بعدها , راجع نقض مدنى فى ١٧/٥/١٩٥٦ , طعن رقم ٣٣٦ س٢٢ق - ونقض ١٩٥١/١١/٢٩ , طعن ١١٤ س١٩ق - ونقض ١٩٤٥/١/١٢ , طعن ٩٠ س١٤ق - أنور طلبية - ص ٣٠٤ , ٣٠٥ .

- الحالة الثانية -

البيع للأقارب لدرجة معينة

رأى القانون أن البيع للأقارب لدرجة معينة غالباً ما يغلب عليه الإعتبارات الشخصية بين الطرفين , سواءً في مسألة قبول مبدأ التعاقد من عدمه أو في الثمن المدفوع أو شروط العقد الأخرى , والسماح بالأخذ بالشفعة في هذا البيع يضيع الغرض من إبرامه كإيصال الأرحام أو مساعدة الأقارب الأولى بالمعروف أو الإعتبارات العائلية الأخرى .

ولكن لم يشأ أن يطلق البيع للأقارب نسباً أو مصاهرة دون ضوابط , حيث تقل هذه الإعتبارات كلما بعدت درجة القرابة بين البائع والمشتري في قرابة الحواشي , لذا فقد قيدها القانون بدرجة القرابة الرابعة في البيع للأقارب نسباً , وللدرجة الثانية للأقارب مصاهرة , وبين الزوجين .

وعلى ذلك لا تجوز الشفعة في البيوع التي وردت في المادة (٩٣٩ ب) مدنى بنصها على أنه " إذا وقع البيع بين الأصول والفروع - أو بين الزوجين - أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة , أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية " .

- وعلى ذلك فالفئات التي يتمتع في حالة البيع لها الأخذ بالشفعة هي :-

(١) بيع المالك لفروعه مهما نزلوا , أو لأصوله مهما علوا , فلا قيد على درجة القرابة هنا مهما بعدت صعوداً أو هبوطاً في القرابة المباشرة على عمود النسب الواحد , سواءً أكان من ناحية الذكور (أولاد الظهور) أم من ناحية الإناث (أولاد البطون) , فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لإبنه أو بنته أو لإبن بنته , أو لبنت بنته أو لبنت بنته مهما نزل الفرع , فإن الشفعة لا تجوز , وكذلك الشأن بالنسبة لأصوله إن باع لأبوه أو جده أو لجد جده وإن علا , أو باع لأمه أو لأم أمه وإن علت , أو لأم أبيه (جدته) فإن الشفعة لا تجوز .

(٢) إذا كان المشتري إبن أو بنت عم البائع (درجة رابعة) , أو عمه أو عمتة (الثالثة) أو خاله أو خالته (الثالثة) أو أخيه (الشقيق أو غير الشقيق) الدرجة الثانية , فهذه القرابة هي غير مباشرة (قرابة حواشي) , فهذه البيوع لا تفتح باب الأخذ بالشفعة , سواءً كانت قرابة ظهور (من ناحية الرجال) أو قرابة البطون (من ناحية النساء) (١) .

(١) يرجع لنص المادة (٣٦) مدنى لحساب درجات القرابة في الحواشي .

(٣) قرابة المصاهرة :-

أيضاً لا تجوز الشفعة إذا كان المشتري صهراً للبائع للدرجة الثانية , كأب أو أم الزوج أو الزوجة (درجة أولى) أو أخ أو أخت الزوج أو الزوجة (درجة ثانية) فإن كان المشتري أبعد في قرابة المصاهرة عن ذلك فيمكن الأخذ بالشفعة في هذا البيع , والعبرة بقيام المصاهرة وقت البيع فقط ^(١).

(٤) البيع بين الزوجين :-

وكذلك إذا كان البيع قد تم بين الزوجين (من أحدهما للآخر) , فلا يفتح باب الأخذ بالشفعة , مادام كان رباط الزوجية قائم بينهما لحظة البيع , فإن طلقت الزوجة أو ترملت بعد ذلك فلا يجوز أيضاً الشفعة في البيع لأن العبرة بقيام علاقة الزوجية وقت البيع فقط , وأيضاً إن خالعت الزوجة الزوج بعد البيع ^(٢).

- الحالة الثالثة -

جعل المبيع محل عبادة أو إلحاقه به

حيث كان غرض البيع منذ إبرامه أن يخصص العقار لإقامة محل عبادة , أو أن يلحق بمحل عبادة قائماً بالفعل .

ومحل العبادة لم يحدده المشرع ويصلح إطلاق اللفظ على أى مكان مخصص لإقامة شعائر العبادة فى الديانات السماوية الثلاثة المعترف بها (اليهودية - المسيحية - الإسلام) , أى لإقامة معبد أو كنيسة أو مسجد , أما غير ذلك من العبادات غير السماوية فلا يعترف بها ولا يصلح إقامة مكان لممارسة شعائرها , ويفتح البيع باب الأخذ بالشفعة .

ويمكن أن يكون البيع لإلحاق العقار (أرض أو مبنى) بمحل عبادة , لتوسعته أو لإضافة ملاحق له لخدمة أغراض العبادة والأغراض الدينية المخول لدار العبادة تقديمها لجمهور المصلين كدار مناسبات , صالة طعام , محل إقامة خدمة دار العبادة , مكان لصلاة النساء أو مكان لقضاء الحاجة والوضوء .

(١) ويمتنع الأخذ بالشفعة هنا حتى ولو كان الشفيع من ذات درجة قرابة المصاهرة أو أقرب منه للبائع , وفى الإعتبارات التى حدث بالمشرع للأخذ بهذه الحالة - على عكس القانون المدنى الملغى - السنهورى - ص ٥٣٦ , وما بعدها .
وراجع أيضاً نقض مدنى فى ١٩٤٤/١١/٢٣ , طعن ٢٧ - س ١٤ - أنور طلبه - ص ٣٨٤ , وقد تأثر المشرع فى حساب درجات القرابة بالمادة (٧٣٨) مدنى فرنسى .

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الأول الصادر للزوجة , أو فى البيع لها عند توالى البيوع , نقض مدنى فى ١٩٩٣/٥/٢٧ , طعن ١٠٩٩ س ٥٩ - أنور طلبه - الوسيط - ص ٥٥٥ .

ويشترط أن يكون تخصيص العقار لهذا الغرض معاصراً للحظة البيع , أى أن البيع كان بغرض إقامة دار عبادة فى المبنى القائم أو على الأرض المبيعة .
فإن كان البيع لغير ذلك فيفتح باب الشفعة , حتى وإن كانت الفكرة قد طرأت فى ذهن المشتري فيما بعد , أو كان قد ذكر هذا الغرض صورياً تهرباً من حق الشفعة فيجوز إثبات ذلك التحايل بكل طرق الإثبات , وكذلك الشأن لو بيع العقار لتخصيصه لأى من الأغراض الدينية الأخرى , كالجمعيات الدينية أو مستشفى أو عيادة أو معهد ديني أو مؤسسة إجتماعية أو مبرة , فكل ذلك ونحوه لا يمتنع فيه الأخذ بالشفعة .

- الحالة الرابعة -

الحالات المنصوص عليها فى القوانين المختلفة

توجد بعض النصوص المتناثرة فى القوانين المختلفة لا تجيز الأخذ بالشفعة فى حالة وقوع البيع طبقاً لنصوصها , فإن وجد النص فيمتنع الأخذ بالشفعة تلبية لرغبة تشريعية فى منع تكس الملكيات فى يد واحدة , أو تحقيقاً للغرض الاجتماعى المخصص له البيع .

ومن هذه الحالات ما ورد بشأن أموال الدولة الخاصة , كالأراضى والعقارات الأخرى , حيث غالباً ما تتبع الدولة هذه الممتلكات لمحدودى الدخل أو لصغار المزارعين أو شباب الخريجين أو المقبلين على الزواج بأثمان زهيدة وعلى آجال بعيدة تحقيقاً للبعد الاجتماعى .

ومن ذلك ما ورد فى قانون الإصلاح الزراعى (م ٩وم ٤ مكرر) حيث لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الملكيات الصغيرة الموزعة على مستحقيها طبقاً لهذا القانون أو الزائدة عن الحد الأقصى للملكية الزراعية ^(١) , وكذلك ما ورد فى المادة (٥٨) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن التصرف وتأجير الأراضى الخاصة المملوكة للدولة (ملكية خاصة) والتي يمتنع الأخذ بالشفعة أيضاً فى بيع هذه الأراضى .

وكذلك إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة فى البيع الذى تم أن تزيد ملكية الشخص الشفيع عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للفرد فى الأراضى الزراعية , أو للأسرة ^(٢) .

(١) نقض مدنى فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ - مجموعة محكمة النقض فى (٢٥) عاماً , ج ١ - ص ٧١٦ رقم ٦٠ .

(٢) نقض مدنى فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ - مجموعة محكمة النقض س ٨ - ص ٧٩٨ , ونقض مدنى فى

١٩٥٦/٢/١٦ , طعن ١٤ س ٢٢ ق - أنور طلبه - ص ٣٠٩ .

- الفرع الثانى -

وجود شفيع

يتطلب الشرط الثانى للأخذ بالشفعة ألا وهو وجود شفيع ضرورة توافر شرطين رئيسيين هنا الأول يتعلق بتوافر إحدى حالات الشفعة , والثانى ألا يكون الشفيع محروماً من الأخذ بالشفعة .

- الشرط الأول : توافر إحدى حالات الشفعة :-

حيث يتطلب الأمر ضرورة توافر إحدى الحالات الخمس التى يجوز فيها الأخذ بالشفعة الواردة فى المادة (٩٣٦) مدنى , وهى حالات منصوصاً عليها على سبيل الحصر كما رأينا فيما سبق , ويشترط توافر أياً منها وقت وقوع بيع العقار (المشفوع فيه) , لا بعد البيع , وأن تبقى هذه الحالة قائمة حتى تمام الأخذ بالشفعة . فإن توافرت هذه الشروط والحالات فى حق أحد فيحقق له المطالبة بالأخذ بالشفعة (بعد توافر الشروط الأخرى) سواءً أكان من أشخاص القانون العام , أو أشخاص القانون الخاص , فكلاهما له الحق فى الأخذ بالشفعة ^(١) , المهم أن له الشخصية القانونية , أما الأهلية ففى حالة عدم توافرها فيحق للنائب القانونى أن الشفعة نيابة عن عديمى وناقصى الأهلية ممن هم تحت ولايتهم , كما يحق للنائب يطلب الإتفاقي ذلك , مادام أن وكالته تسمح له بذلك .

وقد قضى بجواز طلب السفير أخذ الأرض المجاورة لدار السفارة بالشفعة تعبيراً عن رغبة حكومته فى ذلك , ولا حاجة به إلى توكيل خاص بذلك , إذ فى تقديم أوراق إعتماده للدولة الموفد إليها ما يغنى عن ذلك ^(٢).

- الشرط الثانى : ألا يكون الشفيع محروماً من الأخذ بالشفعة :-

نصت القوانين المتفرقة على حرمان بعض الأشخاص من شراء العقارات أو بعضها لأنفسهم , وكذلك حرمانهم من أخذها بالشفعة , حيث يتحقق فى الشفعة ذات الغرض من الحظر بالنسبة للشراء , ومن هذه الحالات ما يلى:-

(١) السهنورى - ص ٥٩٥ - هامش (١) , فيجوز للدولة أن تأخذ بالشفعة , متى قامت ضرورة لذلك , وراجع الوسيط - ج ٨ - ص ١٥٥ - فقرة رقم ٧٨ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٩/١/١٧ , فى الطعن رقم ٤٥٠ س ٤٥ ق - أنور طلبه - ص ٢٨٦ , ويجوز للأجانب بصفة عامة طلب الشفعة طبقاً للقوانين الخاصة التى تنظم ملكياتهم العقارية فى مصر , د/ نبيل سعد - ص ٣٩١ .

[١] زيادة الحد الأقصى لملكية الأراضي الزراعية والصحراوية :-

وضع قانون الإصلاح الزراعى وتعديلاته حداً أقصى للملكية الزراعية للفرد (خمسون فدناً) وللأسرة (مائة فدناً - م ١ من ق رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩) , وكذلك وضع قانون الأراضي الصحراوية (١٤٣ لسنة ١٩٨١) حداً أقصى لملكية الفرد (٢٠٠ فدناً) وللأسرة (٣٠٠ فدناً) إذا كان الرى بالطرق الحديثة اعتماداً على المياه الجوفية , فإن كان الرى بالطرق التقليدية (الرى السطحى) فالحد الأقصى لملكية الفرد (مائة فدناً) وللأسرة (١٥٠ فدناً) , ولا تحسب ملكية الأراضي الصحراوية ضمن الحد الأقصى من الأراضي الزراعية , بل يجوز للفرد وللأسرة الجمع بينهما , فإن كان يترتب على الأخذ بالشفعة زيادة الملكية عن الحد الأقصى للملكية , فى الأراضي الزراعية أو الصحراوية , فلا يجوز الأخذ بالشفعة ^(١).

[٢] حالة النيابة عن الغير :-

حظرت المادة (٤٧٩) مدنى على النائب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار , ولو بطريق المزاد العلنى , ما نيظ ببيعه , وكذلك يمتنع عليه الشفعة فيها .

[٣] السماسرة والخبراء :-

أيضاً لا يجوز للسماسرة أو الخبراء أن يشفعوا فى العقارات المعهود إليهم ببيعها أو تقدير ثمنها , حيث حظرت المادة (٤٨٠) مدنى عليهم شراء هذه الأموال بأسمائهم أو باسم مستعار .

[٤] القضاء وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون :-

أيضاً حظرت المادة (٤٧١) مدنى على كل هؤلاء أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحقوق المتنازع فيها , كلها أو بعضها , إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى إختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها , وأيضاً يمتنع عليهم الشفعة فى أى منها ^(٢) .

(١) نقض مدنى فى ١٤/١١/١٩٥٧ , مجموعة الكتب الفنى - س ٨ - ص ٧٩٨ , رقم ٨٨ , ونقض مدنى بتاريخ ٩/١٢/١٩٧٦ , س ٢٧ - ص ١٧٣٣ , فالحد الأقصى للملكية الزراعية متعلق بالنظام العام طبقاً للقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ , والقضاء بالشفعة يعتبر فى حكم العقد , والعقد يعتبر باطلاً , ولا يجوز الحكم بالشفعة .

(٢) وإن كان نطاق هذا الخطر ليس محل إتفاق بين الفقهاء , راجع د/ نبيل سعد - ص ٣٩١ , د/ السهورى - ص ٥٩٥ .

[٥] الوقف :-

حظرت المادة (٢/٩٣٩) مدنى على جهات الوقف أن تأخذ بالشفعة بصفة عامة , وهذا هو رأى الفقه الإسلامى أيضاً , فلا شفعة للوقف لا بشركة ولا جوار .
وإذا كان لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة , إلا إنه إذا بيع عقار الوقف بمسوخ شرعى فيمكن الشفعة فيه , وإذا أراد المشتري بعد شرائه المبيع وقفه على جهات البر قبل طلب الأخذ بالشفعة (تسجيلها) فلا يجوز طلب الشفعة , أما إن كان ذلك بعد إعلان رغبة الشفيع فى الشفعة وتسجيلها فيعتبر ذلك تهريباً من الشفعة , فيكون الوقف باطلاً ويجوز الأخذ بالشفعة ^(١) .

(١) توجد حالات أخرى للحرمان من الأخذ بالشفعة منها البائع ذاته , عندما يقوم المشتري منه بالتصرف فى العقار للغير , حيث يلتزم البائع بضمان التعرض أمام المشتري وفى مطالبته بالشفعة تعرضاً منه للمشتري فى العقار المبيع وإخلاقاً منه بالتزامه الأبدى وليد عقد البيع ونقضاً لهذا العقد .

نقض مدنى فى ١٩٨٦/٦/١٦ , طعن ١٩٢٠ س ٥٥٥ ق - أنور طلبه - الوسيط - ص ٥٩٠ .

- الفرع الثالث -

عدم التنازل عن الشفعة

أجاز المشرع المدني في المادة (٩٤٨) التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة , ولو قبل البيع , فقد رأينا مدى تأثير استعمال هذا الحق على حركة تبادل العقارات وحرية التعاقد , وبما أن الشفيع قد لا يرغب في إستكمال الإجراءات حتى نهايتها ويرغب عن التنازل في الأخذ بالشفعة فلا معنى من إجباره على الإستمرار في طلبه , إذا ما عدل عنه لسبب أو لآخر .

كما أن البائع - وقبل أن يشرع في بيع عقاره للغير - كثيراً ما يحدث أن يعرضه على الجار أو الشريك أو صاحب حق الإنتفاع لشرائه , إذا كانت لديه النية لذلك , وغالباً ما يمهل فترة للتفكير وأخذ الرأي , فإن إستقر رأى من وجه إليه العرض على رفضه فمعنى ذلك تنازله عن الأخذ بالشفعة , المسبق وقبل البيع , حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء .
وتنازل الشفيع عن الحق في الخذ بالشفعة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً^(١) :-

[١] التنازل الصريح :-

وفيه يصرح من توافر له شروط الأخذ بالشفعة عن تنازله عن هذا الحق , بعد إبرام عقد البيع أو قبل ذلك , سواء للبائع أو للمشتري أو لهما معاً , أو أمام الغير المكلف بإستطلاع رأيه .

ولصحة التنازل يجب أن يكون المتنازل أهلاً له , أى كامل الأهلية , فإن كان ناقص الأهلية فالتنازل قابل للإبطال لمصلحته , حيث أنه لو عبر عن رغبته في الأخذ بالشفعة فلن يأخذ المبيع مجاناً , بل في مقابل عوض , وبالتالي فالأهلية المطلوبة أهلية التصرف وليس التبرع^(٢) .

أيضاً يشترط لصحة التنازل ألا يكون المتنازل (الشفيع) مضللاً في أى من بيانات المبيع أو البيع , كأن يبلغ بالرغبة في بيع جزء من العقار وليس جميع العقار فيرفض الإشتراك مع الملاك الآخرين , أو يعلموه بثمن أعلى بكثير من الثمن الحقيقي

(١) نقض مدني في ١٩٨٢/١١/١١ , طعن رقم ١٤٧٨ , س٤٨ق - ونقض في ١٩٦٠/٣/١٠ , طعن رقم ٣٣٠ س٢٥ق , وراجع د/ غنى حسون - ص١٩١ وقد نصت المادة (١٠٢٤) من مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط .
(٢) التنازل عن الشفعة لا يلزم إلا من إرتضاه , وليس حقاً عينياً يتبع العقار في أى يد كان , نقض مدني في ١٩٥٣/١/٢٩ , طعن رقم ٣٢٢ س٢٠ق .

الذى تم به التعاقد ليعجزوه عن المطالبة بالشفعة , أو يعلم بأن المشتري شخصاً معيناً ويرغب فى مجاورته أو الإشتراك معه فى العقار فهو ذو صفات طيبة فيتنازل عن الأخذ بالشفعة , ثم يفاجئ بأن المشتري شخصاً آخر وأنه كان مضللاً فى شخصية المشتري , فالناس يتفاوتون فى المعاشرة والأخلاق .

فإذا ثبت وقوع ثمة غلط أو تدليس فيكون التنازل قابلاً للإبطال لمصلحة الشفيع , ويحق له المطالبة بالأخذ بالشفعة , وإرادته لم تكن مستتيرة حين التنازل ^(١) .
يضاف إلى ما سبق أن تكون إرادة الشفيع حرة , أى خالية من أى إكراه مادي أو معنوي مارسه عليه المتعاقدان أو أيهما أو شخص من الغير تابع لهما أو غير تابع إذا كان من السهل عليهم أن يعلموا بذلك .

ويصح النزول عن حق الشفعة فى أى وقت , حتى إلى يوم صدور الحكم فى الدعوى , وقد يصدر كتابة أو شفويًا , وحينئذ يجوز إثباته طبقاً للقواعد المقررة فى الإثبات ^(٢) .

[٢] التنازل الضمنى :-

قد يصدر عن الشفيع بعض التصرفات أو الأفعال التى يستخلص منها تنازله الضمنى عن الأخذ بالشفعة , قبل أو بعد البيع .

فقد يطلب من له حق الشفعة من المشتري إيجار العقار لفترة معينة أو رهنه أو تقرير حق إرتفاق له عليه , أو يتقدم شاهداً على عقد البيع للمشتري , أو يعرض عليه البائع شراء العقار فيسكت ويأتى بمشتري للعقار غيره , أو يطلب من البائع أن يبحث له عن مشتري مقابل عمولة (سمسة عقارات) , أو يرحب بالمشتري الجديد ويساعده فى تنظيف المنزل وفرشه وترميمه للسكنى أو يساعده فى هدم العقار القديم وإعادة بناؤه من جديد .

فكل هذه التصرفات والمواقف يستخلص منها تنازلاً ضمناً من الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة , ويحق لمحكمة الموضوع إستخلاص التنازل الضمنى من وقائع الدعوى , دون رقابة محكمة النقض عليها , مادامت قد أقامت رأيها على وقائع

(١) د/ غنى حسون - ص ١٩٦ , والمراجع المشار إليها فى الهامش خاصة مواد مرشد الحيران .

(٢) السنهورى - ص ٤٥٧ .

ثابتة ولها أصل في الدعوى تؤيده ^(١) , ويجوز إثبات التنازل الضمني بكافة طرق الإثبات ^(٢) .

ولكن هل يمكن أن يحصل الشفيع على مقابل لتنازله عن الأخذ بالشفعة , سواء طلب هو ذلك أم عرض عليه المقابل , فإن تم ذلك فهل هذا جائز , أم أن هذا المقابل يجوز إعادة المطالبة به بإعتباره أمراً مخالفاً , مع صحة التنازل !؟

يبدو أنه لا مانع من طلب مقابل عن التنازل عن الحق في الأخذ بالشفعة , فهو من الحقوق المالية التي يمكن التصرف فيها , بالتنازل عنه بمقابل أو تبرعاً .

ولكن ذلك قد يفتح الباب على مصراعيه للإتجار بالعقارات لأشخاص ليس لديهم الرغبة الجدية في الشفعة , بل يلوحون بالأخذ بها لترصيتهم بشكل ما , ونخرج عن الهدف من تقرير الشفعة وهو دفع الضرر المحتمل تطبيقاً لمبدأ (لا ضرر ولا ضرار) إلى وسيلة مقننة لإيقاع الضرر بالبائع أو المشتري .

لذلك فالرأى يميل لعدم إتخاذ الشفعة وسيلة للمتاجرة والإثراء على حساب الغير دون سبب , وبالتالي يحق للمشتري أو البائع طلب إسترداد ما دفعه للشفيع , بعد الإطمئنان على مركزهم القانوني , مع صحة التنازل عن الشفعة ^(٣) .

وإن لم يمنع هذا الشفيع من طلب تعويضه عما تكبده من مصروفات رفع الدعوى وتجميع الثمن وإيداعه في خزانة المحكمة وغيرها , إن كان تنازله برغبة وطلب المشتري بعد رفع الدعوى .

(١) قضى بأنه " التزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته في عدم إستعمال ذلك الحق وإعتبار المشتري مالكاً ثانياً للمبيع , وإستخلاص هذا التزول الضمني من مسائل الواقع التي تستخلصها محكمة الموضوع , وحسبها أن تقيم قضاها على أسباب سائغة تكفي لحمله " , نقض ١٩٨٢/١١/٢٤ , طعن ٨٢٣ , ٦٦٩ س ٤٩٩ ق , ١٩٨٠/٥/٢٩ , طعن ٧٦٣ س ٤٩٩ ق . ونقض مدني في ١٩٧٨/١/١٠ , طعن رقم ٥٧٨ س ٥٠٠ ق .

(٢) نقض مدني في ١٩٨٥/٦/٦ , طعن رقم ١٤٩٧ , س ٥٢٢ ق - أنور طلبه - ص ٣٦٨ .

وقد قضى بأنه " أجازت المادة (١/٩٤٨) من القانون المدني التزول عن الحق في العقار المشفوع , فإذا أقام الشركاء بناءً بقصد تملك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عُذ هذا نزولاً منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها , وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تملك الطوابق والشقق " نقض ١٩٧٨/٦/٧ , طعن ٥٣١ س ٤٦٦ ق , ونقض في ١٩٧٤/٣/١٤ , طعن رقم ٤١٤ س ٣٨٨ ق .

(٣) د/ غني حسون - ص ١٩٧ .

- المطلب الثالث -

إجراءات الشفعة

بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وإنعقاد عزم الشفيع على المطالبة بها لابد من إتباع إجراءات محددة ودقيقة أوردها المشرع لضمان الجدية في الطلب ومنع التحايل أو التباطئ في الحصول على الحق , وتبدأ هذه الإجراءات بإبداء الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة , وتسجيل هذه الرغبة , ثم رفع الدعوى خلال مدة معينة , مع إيداع كامل الثمن خزينة المحكمة , ثم متابعة الدعوى .

على أنه توجد ضوابط عدة لإتمام الإجراءات بشكل صحيح , منها أهمية طلب الشفعة في جميع العقار المبيع , وليس بعضه , حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري تطبيقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة , أيضاً تثار بعض المسائل عن حكم الأخذ بالشفعة عندما يتصرف المشتري في المبيع لمشتري ثانى (إعادة بيع العقار) والمشتري الثانى يتصرف فيه إلى ثالث , فالى من منهم ستوجه الدعوى عند توالى البيوع , فإذا ما توفى الشفيع أثناء نظر الدعوى فهل ينتقل الحق في الأخذ بالشفعة إلى ورثته أم لا ؟ , وأخيراً نتعرض لمسقطات حق الشفعة , وذلك أربعة فروع نسبقهم بعرض لمبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة على ما يلي :-

- الفرع الأول : إعلان الرغبة في الشفعة وتسجيله , والفرع الثانى : إيداع الثمن , و الفرع الثالث : رفع الدعوى , و الفرع الرابع : إنتقال الحق في الشفعة للخلف ومسقطات الشفعة .

- مبدأ عدم جواز تجزئة الشفعة :-

المبدأ المتفق عليه حين طلب الشفعة هو عدم جواز طلب الشفعة في بعض العقار المبيع دون البعض الآخر , فذلك من شأنه تجزئة الصفقة على المشتري وإجباره على تبعض المبيع وربما تفويت الغرض منه , وهو ما يتجاوز حقوق الشفيع.

ويبدو تطبيق هذا المبدأ سهلاً في الفرض البسيط , وهو بيع العقار , أرض أو مبنى , متكامل وواحد حيث لا يجوز تبعض وتجزئة المبيع المتوحد بطبيعته , حتى وإن كان يمكن قسمته , فإما أن يطلب الشفيع أخذ المبيع كله أو يتركه كله .

أما إن كان المشتري قد إشتري في صفقة واحدة أكثر من عقار , كشخص باع (في صفقة واحدة) منزلاً وأرض فضاء وأرض زراعية ومصنعاً مملوكاً له , وتم البيع للمشتري في صفقة واحدة , فهل يجوز للشفيع أن يطلب الأرض الزراعية فقط بالشفعة , حيث تتوافر له شروط الشفعة فيها , ولا تتوافر في غيرها من العقارات المبيعة , أم أن الأمر يتعلق بعدم تجزئة الصفقة ؟ مع العلم أن الصفقة مجزأة أصلاً , حيث العقارات متباينة في الطبيعة والمكان والغرض !

نفرق هنا بين فرضين , الأول : وحدة الغرض من الصفقة , والثاني : تفرق الغرض :-

- أولاً : الصفقة متفرقة مع وحدة الغرض :-

إذا كان المشتري قد أبرم الصفقة المجزأة تحقيقاً لغرض واحد يجمعها جميعاً , حيث سيجمع بينهما في مشروع يكمل العقارات بعضها البعض وكان من شأن السماح بالشفعة في بعضها تفويت هذا الغرض فلا يجوز الأخذ بالشفعة في بعض العقارات , مالم يتوافر للشفيع - وهذا فرض نادر - شروط الأخذ بالشفعة في جميع هذه العقارات المختلفة في الطبيعة والموقع , فإذا إمتنع عليه الشفعة في بعض العقارات إمتنع عليه الشفعة في الكل ^(١) .

فإذا كان المشتري في المثال السابق سيقوم بتشغيل المصنع على إنتاج المزرعة وسيجعلها تابعة له في إنتاجها , وسيخصص الأرض الفضاء لخدمة أغراض المصنع من التوسعات والتخزين والصيانة ومنفذ التوزيع , أما المنزل فسيقوم هو به لقربه من المصنع , فذلك مشروع متكامل , ولو كانت العقارات من طبيعة مختلفة , والسماح بالشفعة في الأرض الزراعية يضيع الغرض من الصفقة . وبالتالي لا يجوز الأخذ بالشفعة ^(٢) .

- ثانياً : الصفقة متفرقة ولا غرض واحد يجمعها :-

هنا إنتفت وحدة الغرض في الصفقة المجزأة أصلاً , كمن يريد تصفية أعماله في بلد ما فباع كل ممتلكاته لشخص واحد , الذي إشتري مزرعة وفيلا في منطقة

(١) نقض مدني في ١٩٨٣/٣/٦ , طعن ١٨٩ س٤٧ق - وأحكام أخرى , راجع أنور طلبه - الوسيط في القانون المدني " ج ٥ - المكتب الجامعي الحديث - ٢٠٠١ - ص ٤٤٧ .

(٢) نقض مدني ١٩٥٤/٢/١٨ , طعن ٧١ س٢١ق - , ونقض في ١٩٤٨/٥/١٣ طعن ٥٢ س١٧ق .

بعيدة عن الأولى , وشقة فى مدينة ثالثة , وشاليه فى مدينة ساحلية , وقطعة أرض فضاء فى إحدى المدن الجديدة , ولا يجمع بينهم جميعاً أى غرض مشترك .
فيحق للشفيع أن يطلب الشفعة فى العقار المبيع الذى توافرت فى شأنه شروط الأخذ بالشفعة له , ولا يحتج عليه بعدم جواز تجزئة الشفعة , حيث الصفة مجزأة أصلاً ولا غرض مشترك بينهما يتفوت بالتجزئة ^(١) .

(١) قضت محكمة النقض بأنه " إذا شمل البيع عقارات متعددة فى ذات العقد , وكانت منفصلة بعضها عن البعض , فإن الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون العقارات الأخرى التى لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة , وإستثناء من هذا الأصل يشترط لعدم جواز التجزئة فى الشفعة فى هذه الحالة أن تكون العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة , بحيث يكون إستعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقي غير صالح لما أعد له من إنتفاع , ولما كان عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الأصل , وكان الطاعن لم يقدم لهذه الأحكمة ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بأن العقارين المبيعين إليه رغم إنفصالهما مخصصان لعمل واحد أو لطريقة إستغلال واحدة وأن إستعمال حق الشفعة بالنسبة لأحدهما يجعل العقار الآخر لا يصلح للإنتفاع المعد له , فإنه بحسب الحكم أن يقيم قضاءه بعدم وجود تجزئة فى الأخذ بالشفعة على أن الأتيان المطلوب أخذها بالشفعة منفصلة وقائمة بذاتها عن تلك التى إشتراها الطاعن من المطعون عليه التاسع , دون أن يكون الحكم ملزماً بالتحدث عن شرط تطبيق قاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة فى حالة تعدد العقارات المبيعة إذا كانت منفصلة طالما أن المشتري لم يتمسك بتوافر هذا الشرط " , نقض ١٩٧٩/٦/٧ , طعن ٣٤٧ س ٤٥ ق .

- الفرع الأول -

إعلان الرغبة عن الشفعة وتسجيله

- أولاً : النصوص القانونية :-

نظمت المادة (٩٤٠) وما بعدها إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وأوجبت أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً , ولا يحتج به على الغير إلا بتسجيله , حيث جرت صياغتهم كما يلى :- "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه , ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا إقتضى الأمر ذلك " .

- مادة ٩٤١ " يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً :- (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً .
(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه " .

- مادة ١/٩٤٢ " إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل " .
وبناءً عليه فالإعلان عن الرغبة قد يكون قبل الإنذار الرسمى بإعلان الرغبة , وقد يكون بعده , كما أنه يجب تسجيله .

- ثانياً : إعلان الرغبة قبل إنذار الشفيع رسمياً :-

يحق للشفيع , بعد بيع العقار , أن يبدى رغبته فى الأخذ بالشفعة للبائع وللمشتري أو لأيهما , وذلك فى أى وقت مالم يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة بإحدى مسقطات الشفعة التى سنراها لاحقاً , والمنصوص عليها فى المادة (٩٤٨) مدنى .
ولم تشترط المادة شكلاً معيناً ولا صيغة محددة لإعلان الرغبة , فبأى صيغة يفهم منها رغبة الشفيع الأكيدة فى الأخذ بالشفعة , لكن المادة (٩٤٢) مدنى إشتترطت فى الإعلان بالرغبة أن يكون رسمياً , وإلا كان باطلاً , ولن يكون رسمياً مالم يكن مكتوباً , إذا فوجب أن يكون الإعلان مكتوباً ورسمياً .

ويوجه الإعلان لكلا من الطرفين المتعاقدين , البائع والمشتري , أو لأيهما , ولكن توجيهه لأحد الطرفين دون الآخر يؤدى لعدم الإحتجاج به فى مواجهة من لم يعلن به .

- ثالثاً : وجوب إعلان الشفيع الرغبة خلال (١٥) يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً :-

إذا كان إختيار وقت الإعلان حقاً للشفيع , فيحق له الإعلان عن الرغبة فى أى وقت مادام حقه فى الأخذ بالشفعة قائماً لم يسقط , فإن المشرع قد أعطى المتعاقدين الحق فى إجبار الشفيع على إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال مدة قصيرة (١٥ يوماً) وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة , قطعاً للشك باليقين , ويكون ذلك بإنذاره رسمياً بضرورة إيدأؤه رغبته فى الشفعة خلال تلك الفترة , ويضاف لهذه المدة مواعيد المسافة إن إقتضى الأمر ذلك .

ويوجه الإنذار الرسمى للشفيع من البائع , أو المشتري , أو منهما معاً , فكل ذلك من شأنه تحقق الأثر القانونى الوارد بالسقوط .

وقد إشتطت المادة (٩٤٠) أن يكون الإنذار رسمياً , أى ورقة إنذار على يد محضر يقوم بإبلاغ الشفيع رسمياً بها , أما أى مخاطبة عرفية فلا تحقق ذات الأثر , كبرقية أو رسالة ورقية أو إلكترونية أو خطاب عادى أو مسجل .

كما إشتطت المادة (٩٤١) أن يتضمن الإنذار بيانات أساسية وإلا كان باطلاً , هذه البيانات تتعلق بوصف العقار المبيع وصفاً نافياً للجهالة بحيث يسهل منه تعرف المشتري على المواصفات الأساسية فى المبيع والمؤثرة فى بناء قراره ^(١) .

كما يتضمن الإنذار - وجوباً - بيان الثمن , والمصروفات الرسمية , وشروط البيع , وإسم البائع والمشتري ولقبه وصناعته أو مهنته وموطنه , وأى حذف فيها يؤدى لبطلان الإنذار وعدم تحققه لآثاره ^(٢) .

- رابعاً : تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة , والإحتجاج به على الغير :-
[١] رسمية إعلان الرغبة :-

أوجببت المادة (١/٩٤٢) مدنى تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يمكن الإحتجاج به على الغير , أما عن الإعلان ذاته فلكى يحقق أثره فى مواجهة المتعاقدين فيجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً .

(١) لم يشترط المشرع فى الإنذار تسليم المشتري بحق الشفيع فى أخذ العقار المبيع بالشفعة , نقض مدنى فى ١٩٨٤/٣/١٤ , طعن رقم ١٠٦٢ س ٥٠٠ - , وبيانات أخرى غير ضرورية , نقض مدنى فى ١٩٧٧/٣/٩ , طعن رقم ٤٥٦ س ٤٣ - أنور طلبه - ص ٣١٧ , و ١٩٨٥/١/٢٠ , طعن ١٦٥٢ , س ٥١ , و ١٩٧١/٤/٨ , طعن رقم ٢٤٠ س ٣٦ .

(٢) نقض مدنى فى ١٩٨٤/١/١٨ , طعن ٥٩٠ س ٥٠٠ - , ونقض ١٩٨٢/١١/٢٤ , طعن ٦٦٩ , س ٤٩٩ .

ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا بالتسجيل .

فكما سبق أن رأينا أن الإنذار الموجه من المتعاقدين أو أحدهما للشفيع يجب أن يكون رسمياً , فأيضاً إعلان الرغبة من الشفيع للمتعاقدين يجب أن يكون رسمياً أى ورقة رسمية من أوراق المحضرين , فلا تنتج أى وسيلة أخرى للتعبير عن الرغبة فى الأخذ بالشفعة كإتصال تليفونى أو رسالة خطية أو مسجلة أو إلكترونية أو ذلك . ولم يحدد المشرع هنا بيانات محددة يتضمنها الإعلان - على عكس الإنذار - فيجوز أن يشتمل على بيانات عن الشفيع ورغبته فى الشفعة فى المبيع بأية صيغة . فإذا لم يكن الإعلان بالرغبة رسمياً فيقع باطلاً بنص القانون , وهذا البطلان مطلق ويتعلق بالنظام العام كما هو واضح من صياغة المادة (١/٩٤٢).

[٢] الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع :-

لا تغنى رسمية إعلان الرغبة عن ضرورة تسجيله طبقاً لقواعد التسجيل بالشهر العقارى للإحتجاج به على الغير , وبالتالي فإذا إكتسب الغير حقاً على المبيع , أو قرر له المشتري هذا الحق أو إنتقلت إليه ملكية المبيع فتنتج هذه التصرفات القانونية , وغيرها , آثارها فى مواجهة الشفيع إذا ما تمت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة .

فإن سجل الشفيع ورغبته هذه فلا يحتج عليه بأى من التصرفات أو الوقائع التى تقع أو تجرى بعد هذا التسجيل , هذا بصفة عامة .

أما عن إعادة البيع مرة أخرى لمشتري ثانى أو ثالث أو رابع , فقد نصت المادة (٩٣٨) مدنى على أنه " إذا إشتري شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة (٩٤٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى إشتري بها " .

وبالتالى فعند توالى البيوع , فسيكون التصرف الجديد نافذاً فى حق الشفيع إذا ما صدر قبل إعلان الرغبة فى الشفعة رسمياً , أو صدر قبل تسجيل هذا الإعلان , ويحتج على الشفيع بكافة آثاره , فإذا كان من البيوع التى لا يجوز الأخذ بالشفعة فيها فيسقط حق الشفعة , وإن كان بثمن أعلى أو شروط أخرى , فتسرى فى حق الشفيع . وفى جميع الأحوال يجب إعادة توجيه الإجراءات للمشتري الجديد , وتوقف فى مواجهة البائع الأول^(١) .

(١) خاصة متى كان البيع الثانى حقيقياً وليس صورياً , نقض فى ١٩٨٤/٢/٢١ , طعن ٨٥٩ س ٥٠ ق .

وهذا ما يحدث في الكثير من البيوع ، حيث يترقب المشتري موقف الشفيع فإن صرح الشفيع بالرغبة في الشفعة ولم يعلن ذلك رسمياً أو لم يسجل الرغبة فيسارع المشتري بإعادة بيع العقار لأحد أصوله أو فروعه أو زوجه أو أقاربه نسباً للدرجة الرابعة أو مصاهرة للدرجة الثانية ، فيقف حق الشفيع ويتعطل نهائياً ، فالبيع الجديد لا تجوز فيه الشفعة .

ولكن يشترط لتعطيل حق الشفيع أن يكون بيعاً حقيقياً وليس صورياً تحاليلاً على حق الشفيع ، وإلا جاز للشفيع إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ، فهو من الغير بالنسبة لهم^(١) .

أما إن سجل الشفيع هذه الرغبة رسمياً فلا تنفذ في حقه كل التصرفات الصادرة من المشتري بعد التسجيل ، ويستطيع تجاهلها والسير في دعواه في مواجهة المشتري الأول حتى نهايتها^(٢) .

- الفرع الثاني -

- إيداع الثمن -

أوجبت المادة (٢/٩٤٢) على الشفيع أن يسارع بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع خزينة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة (الرسمي) في الأخذ بالشفعة ، حيث جرت صياغتها كما يلي :- " وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزينة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع

(١) قضى بأنه " مفاد نص المادة (٩٣٨) من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيعاً لمشتري ثاني قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي إشتري بها إلا أن ذلك مشروطاً بأن يكون " البيع الثاني ليس صورياً ، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك إعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني ، نقض ١٩٨٤/١٢/١٩ ، طعن ١٦١٧ ، س٥٠ - نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ ، طعن ١٥٣١ س٥١ - نقض ١٩٨٤/١/١٨ ، طعن ٥٩٠ س٥٠ - نقض ١٩٨٥/٣/١١ ، طعن ٨٤٠ س٤٩ - نقض ١٩٨١/١١/١٢ ، طعن ٥٢١ س٤٨ - نقض ١٩٨١/٥/٢٧ ، طعن ٨٩٨ س٤٨ - نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ ، طعن ١٥٩ س٤٥ - نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ ، طعن ٨١٥ س٤٤ - نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، طعن ٢٣٩ س٣٦ - نقض ١٩٧٠/٤/١٤ ، طعن ٦٠ س٣٦ ، أنور طلبه ص ٣٣٣ .

وله إثبات الصورية بكل طرق الإثبات ، نقض مدني في ١٩٧٥/٦/١١ ، طعن ٧٥١ - س٤١ ق .

(٢) نقض مدني في ١٩٧٨/١٢/١٢ - س٤٥ - طعن ١٠٢٠ .

قبل رفع الدعوى بالشفعة , فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة " .

[١] إيداع كل الثمن الحقيقى :-

يحرص المشرع على المعاملة الجدية للشفيع حين طلبه الشفعة فليست أقاويل مرسلة ولا أوراق مقدمه للمحاكم , فالشفيع لديه الحق فى الأخذ بالشفعة ولديه القدرة المادية على دفع الثمن , لذا أوجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقى خزينة المحكمة , حتى ولو كان بعض الثمن مؤجلاً فى عقد البيع ^(١) .

والثمن المقصود كما ذكر فى الفقرة هو **الثمن الحقيقى** الذى حصل به البيع , ولا مشكلة إن كان الثمن فى حدود ثمن مثل المبيع , ولكن إن كان الثمن مغالاً فيه كثيراً (صورياً بالزيادة) بقصد إبعاد الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لتحقيق الوجهة الاجتماعية لبعض الأشخاص , فأى ثمن يجب على الشفيع أن يودعه ؟

يبدو أن المشرع نص على الثمن الحقيقى , وليس الثمن المسجل فى العقد , فيجوز للشفيع إيداع الثمن الحقيقى وهو ثمن المثل وعليه أن يثبت بعد ذلك صورية الثمن بكافة طرق الإثبات , فإن أعيته السبل وفشل فى إثبات صورية الثمن فلن يستطيع المطالبة بتكملة الثمن , لأن المشرع إشتراط إيداع الثمن كشرط إجراء فى ميعاد محدد , ويتعرض وقتها لسقوط حقه فى الشفعة ^(٢) .

والأفضل له إيداع كل الثمن المكتوب وإن كان صورياً وألا يجازف , على أن يقوم بعد ذلك بالتدليل على الصورية لإثبات الثمن الحقيقى , فإن نجح فيها إسترد الفرق ولم يفقد حقه فى الشفعة ^(٣) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٦٣/١١/٧ , طعن ٢٨٤ س ٢٨ ق .

(٢) فقد قضى بأنه " للشفيع إثبات صورية الثمن بكل طرق الإثبات , فإن عجز عن إثباتها اعتبر إنه قد تخلف عن الإيداع المفروض عليه قانوناً إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد , نقض مدنى فى ١٩٦٣/١٢/٥ , طعن رقم ٢٧ س ٢٩ ق .

وإثبات الصورية من مسائل الواقع التى تقدرها محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض , نقض ١٩٥٩/٤/٢ , طعن ٣٧٢ س ٢٤ ق .

(٣) وقضى بأنه " توجب المادة (٩٤٢) من القانون المدنى على الشفيع إيداع كامل الثمن لجدية طلب الشفعة , وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة , وإستخلاص الثمن الحقيقى هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " , نقض ١٩٨٤/١٠/٣١ , طعن ٢٦٤ س ٤٩ ق , والثمن الحقيقى الذى نص عليه المشرع ليس بالضرورة هو الثمن المسمى فى العقد , ولو كان صورياً , فهذا قيداً لا يحتمله النص , نقض مدنى فى ١٩٨٠/٤/١ , طعن ٤٨١ س ٤٤ ق .

أما إن كان الثمن أقل من الثمن الحقيقي ، فيستطيع الشفيع إيداع هذا الثمن خزينة المحكمة والتمسك به مادام هو حسن النية ، أو يعتقد أنه الثمن الفعلي ^(١) ، فإن نجاح المشتري والبائع في إثبات صورية الثمن فيجوز لهما المطالبة بتكملة الثمن ، ولن يفقد الشفيع حقه في الأخذ بالشفعة ، فقد استوفى الشرط الإجرائي في الميعاد .

فإن أخفى الطرفان حقيقة الثمن من الشفيع ولم تسعفه أية وسيلة للعلم بالثمن ، فله أن يودع الثمن الذي يعتقد حقيقياً ، وهو ثمن المثل وقت البيع ، ويعتبر هذا إيداعاً صحيحاً ، فإن اتضح أنه يقل عن ثمن البيع فيكمله حتى ثمن البيع ولا يفقد حقه في الشفعة ، بل يكمل الإجراءات ^(٢) .

[٢] الإيداع خلال ثلاثين يوماً :-

وهي مدة رآها المشرع كافية لتدبير الثمن وإيداعه ، وتحسب مدة الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وقد رأينا أن إعلان الرغبة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً ، وتحسب المدة طبقاً لقواعد قانون المرافعات ، وهي مدة سقوط وليس تقادم ، فلا تقبل الوقف أو الإنقطاع ، فإن فاتت فقد سقط حق الشفيع في طلب الشفعة ^(٣) ، وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها ^(٤) .

[٣] الإيداع في خزينة المحكمة التي يقع في دائرتها العقار المبيع :-

والمحكمة التي يجب الإيداع في خزنتها لكامل الثمن الحقيقي هي التي يقع في دائرة إختصاصها مكانياً العقار المشفوع فيه ، فإن تعددت العقارات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة فيكون الإيداع في خزينة المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها أكثر

= وإن كان إيداع الثمن الحقيقي ، دون المسمى في العقد يجعله مجازفاً قد يفقده حقه ، نقض في ١٩٦٩/٥/١ ، طعن ٢٥٩ ، س ٣٥٩ .

(١) قضى بأنه " الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر مادام حسن النية لا يعلم بوجود عقد آخر حقيقي وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة " نقض ١٩٨٣/٣/٢٠ ، طعن ١٧٦٦ س ٤٩٩ - ونقض في ١٩٧٥/١٢/١٣ ، طعن ١٠٣ س ٤٨٩ - أنور طلبه ص ٣٣٥ ، ونقض ١٩٧٥/١١/٢٣ ، طعن ٣٢٤ ، س ٤٠٩ - وأحكام عديدة أخرى ، ص ٣٣٦ .

(٢) عكس ذلك قضاء النقض في ١٩٥٥/٢/١٠ ، طعن ٥٤ س ٢٢٢ - أنور طلبه - ص ٣٥٢ .

(٣) فهنا شرطين رئيسيين ، الأول : إيداع خلال ثلاثين يوماً كل الثمن الحقيقي ، وأن يتم ذلك قبل رفع الدعوى ، وأي تخلف لأى منهما يسقط حق الشفيع ، نقض في ١٩٥٣/١/٢٢ ، طعن ٣٢٨ س ٢٠٩ .

(٤) نقض ١٩٥٣/١٢/٣١ ، طعن ١٤٠ س ٢١٩ .

العقارات قيمة , على أن يراعى أن يكون الإيداع قبل رفع الدعوى , وليس بعده كما سنرى .

فإن تم الإيداع فى خزينة محكمة غير مختصة بعد صدور الحكم بعدم الإختصاص والإحالة فإن الشفيع معرض لسقوط حقه , فقد قضى بأنه " من المقرر أن إيداع الثمن بإعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين إتخاذها أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة وإذ كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحيلت إليها الدعوى لنظرها بإتفاق الخصوم بإعتبارها المحكمة المختصة بنظرها , وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزينتها , فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقية فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله وتفسيره " (١) .

(١) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ , طعن ٤٨٨ س ٤٥٥ ق - , ونقض ١٩٧٧/١٢/١٤ , طعن ٣٧٦ س ٤٤٤ ق .
نقض ١٩٨٣/٢/٢ , أنور طلبه - ص ٣٢٤ . ونقض فى ١٩٨٤/٢/٢ , طعن ٢٧٣ س ٥٠٠ ق - ونقض فى ١٩٨٤/١١/٢٨ , طعن ٢٠٣٠ س ٥٠٠ ق - ونقض فى ١٩٨٣/١/٢٦ , طعن ١٩٥٧ س ٤٤٨ ق .
ولحكمة الموضوع القضاء من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى , ويثار لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام , نقض فى ١٩٨٣/٢/٢ , طعن ١٣٨٢ س ٤٨٠ ق - أنور طلبه - ص ٣٤٤ .

- الفرع الثالث -

- رفع الدعوى -

أوجبت المادة (٩٤٣) مدنى رفع الدعوى خلال ذات المدة السابقة , وهى ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , حيث سطرت نصها كما يلى:- " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وتقيد بالجدول , ويكون كل ذلك فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه فى المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة " .

فقد حددت المادة السابقة أطراف الدعوى , والمحكمة المختصة بنظرها , والمدة الواجب رفع الدعوى خلالها :-

[١] أطراف الدعوى :-

توجه المطالبة القضائية , أى صفحة دعوى الشفعة , إلى كل من البائع والمشتري معاً , حيث يجب أن يرفعها الشفيع عليهما معاً , وتوجه إليهم على محال إقامتهم المذكور فى الإنذار الرسمى الموجه للشفيع , أو فى عقد البيع^(١) . والدعوى المرفوعة هى دعوى المطالبة بالأخذ بالشفعة فى العقار المبيع , وليس غيرها .

وإن وجهت لأحدهما دون الآخر فلن تنتج آثارها , وربما يسقط حق الشفيع حيث لم يتخذ الإجراء الصحيح فى الميعاد , وإن بطل الإجراء بالنسبة للبعض منهم - إن تعددوا - ترتب البطلان بالنسبة للآخرين^(٢) .

[٢] المحكمة المختصة :-

قلنا إن المحكمة المختصة هى الواقع فى دائرتها العقار المبيع , أو أكثر العقارات قيمة , وهى التى يجب رفع الدعوى أمامها مكانياً وتقيد بجدولها . وتختلف العقارات فى القيمة , حيث تختص المحكمة الجزئية أو الكلية بنظر النزاع بحسب قيمة الدعوى المحسوبة طبقاً للمادة (٣٧) من قانون المرافعات^(٣) .

(١) وجوب إختصاص البائع والمشتري فى الدعوى , وإن تعددوا , نقض فى ١٩٨٤/٢/٨ , طعن ٣٤٤ , س ٥٠٥ - أنور طلبه - ص ٣٢٩ , فإن كانت الدعوى غير مقبولة لبعضهم فعد غير مقبولة للآخرين لعدم جواز تجزئة الشفعة , نقض فى ١٩٧٣/١١/٢٩ , س ٣٨ - طعن رقم ١٧٦ .

ولكن يكفى إختصاص البائع الظاهر فى الدعوى , نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ , طعن ٢٣ س ٣٢ .

(٢) نقض فى ١٩٧١/٥/٣١ , س ٤٦ ق - طعن ١٠٥ , ونقض ١٩٦١/٤/١٧ , طعن ٢٩٨ , س ٢٦ ق - وأحكام أخرى - أنور طلبه - ص ٣٣١ .

(٣) نقض مدنى فى ١٩٨٤/١١/٢١ , طعن رقم ١١٦ س ٤٩ ق .

فإن رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة , فذلك ليس من شأنه فقد أو سقوط حق الشفعة , بل ستحيل المحكمة الدعوى للمحكمة المختصة إن صدر الحكم بعدم الإختصاص والإحالة , وإلا وجب إعادة رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم بعدم الإختصاص .

[٣] المدة الواجب خلالها رفع الدعوى :-

يجب رفع الدعوى خلال ذات المدة السابقة وهى الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , وإلا سيترتب على ذلك سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة , وهى مدة سقوط ^(١) .

وقد يفضل الشفيع إتخاذ إجراءات رفع الدعوى مباشرة فى مواجهة المشتري والبائع , ولا يلجأ لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة رسمياً وتسجيله بل يودع الدعوى المحكمة المختصة وتعلن لهما , وتكون بمثابة إعلان رغبة ورفع دعوى معا فى ذات الوقت , ويسارع بتسجيل صحيفة الدعوى بالشهر العقارى حتى يحتج بها على الغير , ويكون هذا الإجراء مختصراً وصحيحاً معاً , فلم يشترط القانون ضرورة فصل الإجراءين وتواليهما ^(٢) .

وتتوالى بعد ذلك إجراءات الدعوى فيقدم كل طرف أسانيده وأدلته حتى يصدر الحكم فى الدعوى , وقد نصت المادة (٩٤٣) على الحكم فى الدعوى على وجه السرعة , وهو قيد قلما تلتزم به المحاكم لضغط وكثرة الدعاوى وتعمد البعض تطويل أمد النزاع .

(١) نقض مدنى فى ١٩٧٠/١/٨ , طعن ٤٧١ - س ٣٥ ق .

(٢) فقد قضى بأنه " إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى إعلان الرغبة أن يكون رسمياً , ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى , ومن ثم فلا على الشفيع إن أعلن رغبته فى ذات إعلان الصحيفة , مادام قد تم فى الميعاد وإستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة " نقض فى ١٩٧٠/١٢/١٠ , طعن ٢٣٩ س ٣٦ ق , ونقض فى ١٩٦٦/١٠/٨ , طعن ٢٣ س ٣٢ ق - ونقض فى ١٩٦١/١٠/١٦ , طعن ١٩٧ س ٢٧ ق .

- الفرع الرابع -

- إنتقال الحق فى الشفعة , ومسقطاتها -

[١] إنتقال الحق فى الأخذ بالشفعة للخلف العام :-

الشفعة رخصة منحها المشرع للشفيع لإعتبارات معينة يقدرها هو , وليس حق مالى يورث وينتقل للخلف العام مطلقاً , لذلك فإن مات الشفيع بعد البيع وثبت حقه فى الأخذ بالشفعة ولم يعلن عن رغبته فى الأخذ بالشفعة , فلا ينتقل هذا الحق للخلف العام , وإن كان هذا الاتجاه ليس محل إجماع الفقهاء القانونيين , حيث ما يزال يميل البعض لتوريث الحق فى الأخذ بالشفعة^(١).

أما إن مات الشفيع بعد إعلان عن رغبته فى الشفعة (وقبل رفع الدعوى) أو بعد رفع الدعوى فينتقل الحق فى إستكمال الإجراءات للورثة , حيث مورثهم قد عبر عن رغبة صريحة فى الشفعة ولهم الحق فى إتمام ما بدأه مورثهم (مالم يتنازلوا عن هذا الحق صراحة أو ضمناً) .

فإن توفى بعد صدور الحكم فقد ثبت الحق لمورثهم ولهم من بعده كتركة , وتتصرف إليهم آثار الحكم بالشفعة , كما يقع على عاتقهم الأعباء الناتجة عن ذلك .
فإن وقعت الوفاة قبل انعقاد بيع العقار الممكن الأخذ فيه بالشفعة , فيثبت الحق للورثة جميعاً , إن كانت التركة , خاصة العقار المشفوع به , لم يقسم بينهم , فإن وقع التقسيم فيثبت الحق فى الشفعة لمن توافرت فى حقه منهم شروط الأخذ بالشفعة .

[٢] مسقطات الشفعة :-

- حددت المادة (٩٤٨) مدنى مسقطات حق الشفعة كما يلى :- " يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية :- (أ) إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (ب) إذا إنقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (ج) فى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون " .

بناءً عليه فإن حق الشفعة يسقط فى عدة حالات هى:- التنازل عنه , وفوات أربعة أشهر على تسجيل عقد البيع , وفوات (١٥) يوماً على إنذار الشفيع رسمياً ,

(١) وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص فى المادة (١٣٨٢) على أن " الحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة , وإنما ينتقل بالميراث " ولكن النص قد حذف , ودارت مناقشات عدة حول توريث حق الشفعة , وإنتهى الأمر لترك الموضوع لإجتهادات الفقهاء والقضاء , وهو ما فتح باب الاختلاف , السهنورى - ص ٤٥٩ .

وفوات (١٥) عاماً على إنعقاد البيع , وعدم إيداع الثمن ورفع الدعوى خلال (٣٠) يوماً من تاريخ إعلان الرغبة , وزوال ملك الشفيع .

{ أ } التنازل عن الحق فى الأخذ بالشفعة , قبل أو بعد البيع :-

رأينا فيما سبق جواز التنازل عن الحق فى الأخذ بالشفعة , قبل البيع توقياً من المشتري لطلب الشفيع ذلك , أو بعد البيع , ويجوز التنازل ضمنى بجانب التنازل الصريح , أما بصدد المقابل الذى قد يطلبه الشفيع ويضطر المشتري إلى دفعه , فقلنا سلفاً أن دفع المقابل يكون باطلاً , ويقع التنازل صحيحاً دون مقابل , لأن (بيع) حق الشفعة مقابل بدل لا يقع صحيحاً , لأن البيع مبادلة مال بمال , وحق الشفعة لا يجوز تملكه , فتسقط الشفعة ويلزم رد المقابل , ويكون هذا إسقاط للشفعة مجازاً^(١) .

{ ب } فوات مدة (١٥) يوماً على إنذار الشفيع رسمياً :-

إذا فوت الشفيع مدة الـ (١٥) يوماً المنصوص عليها فى المادة (٩٤٠) على إنذاره رسمياً , ولم يعلن عن رغبته فى الأخذ بالشفعة بشكل رسمى , فيسقط حقه فى الأخذ بالشفعة على ما رأينا سلفاً^(٢) , وهى مدة سقوط وليس تقادم , فلا تقبل الوقف أو الإنقطاع , وتسرى فى حق الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف^(٣) .

{ ج } عدم إتخاذ الإجراءات فى مواعيدها :-

يجب على الشفيع إيداع كامل الثمن الحقيقى خزينة المحكمة الواقع فى دائرتها العقار المبيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة , ورفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري فى خلال ذات الفترة أمام المحكمة المختصة الواقع فى دائرتها العقار المشفوع فيه , فإن لم تتم الإجراءات على الوجه المنصوص عليه فيسقط حق الشفيع .

(١) راجع د/ غنى حسون - ص ١٩٧ .

(٢) قضى بأنه " علم الشفيع بمحصول البيع لا يعتبر ثابتاً فى نظر المشرع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجه له البائع أو المشتري ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً - الذى يسقط به حق الشفيع إذا لم يعرض رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل إنقضائه - إلا من تاريخ هذا الإنذار , مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشتري أو البائع ولو علم بالبائع عن طريق آخر فلا يعتد بعلمه إلا من تاريخ هذا الإنذار " نقض ١٩٨٣/١٠/٣١ , طعن ٢٦٤ س ٤٩ق - أنور طلبه - ص ٣١٤ .

(٣) السنهاورى - ص ٦٤١ .

{ د } فوات مدة أربعة أشهر على تسجيل عقد البيع :-

إذا ما سجل المشتري عقد بيعه , تسجيلاً رضائياً , أو بعد صدور حكم قضائي لمصلحته بصحة ونفاذ عقد البيع وتسجيل الحكم , فإن فوات مدة أربعة أشهر على هذا التسجيل يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة , ومدة الأربعة أشهر مدة سقوط وليس مدة تقادم ^(١) .

ويرجع ذلك إلى أن التسجيل هو إعلان للجميع بملكية المشتري للمبيع , وعلى من يرغب في الشفعة إعلان رغبته في ذلك حتى تستقر الأوضاع القانونية , وله الحق في مباشرة دعوى الشفعة خلال أربعة أشهر من تاريخ التسجيل وإلا سقط حق الشفيع .

{ هـ } فوات مدة (١٥) عاماً على عقد البيع :-

إذا لم ينذر البائع والمشتري - أو أيهما - الشفيع رسمياً بالأخذ بالشفعة , ولم يسجل المشتري عقد البيع , فيظل للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة حتى سقوط حقه بالتقادم الطويل , أي مرور مدة (١٥) عاماً تحسب من تاريخ انعقاد عقد البيع , وليس من تاريخ العلم به لو تأخر علم الشفيع عن ذلك , المهم إثبات تاريخ البيع لينفذ في حق الشفيع ^(٢) .

{ و } موت الشفيع :-

يسقط حق الشفعة أيضاً إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة , حيث أن حق الشفعة لا يورث , على ما رأينا , أما بعد إعلان الرغبة أو بعد رفع الدعوى فيحق للورثة الإستمرار في الدعوى حتى نهايتها .

{ ي } زوال ملك الشفيع :-

إذا زال ملك الشفيع في أي مرحلة , قبل تمام الأخذ بالشفعة , فيسقط حقه في الشفعة , حيث يشترط أن يكون الشفيع مالكاً وقت البيع , وأن يظل مالكاً حتى تمام الأخذ بالشفعة , ولكن زوال الملكية بعد الحكم له بالشفعة لا أثر له على حقه الذي ثبت بالحكم النهائي بالشفعة ^(٣) .

(١) فلا تقبل الوقف أو الإنقطاع , وتسرى في حق الغائب وفاقد الأهلية , السهوى - ص ٦٤٣ .

(٢) نقض مدني في ١٩٩٠/١/٣٠ , طعن ٢٤٧٥ س ٥٧ - والسهوى - ص ٦٤٦ .

(٣) وتستطيع المحكمة أن تصدى من تلقاء نفسها لسقوط الحق في الشفعة , نقض في ١٩٩٦/٤/١٧ , طعن ١٣٧٦ س ٦١ ق .

ويلاحظ أنه لا شفعة للمالك الصوري , نقض مدني في ١٩٨٨/٢/٢٥ , طعن ٦٥٦ .

- المطلب الرابع -

آثار الشفعة

قد يسلم المتعاقدان للشفيع بحقه فى الأخذ بالشفعة ويتم تسوية الموضوع رضاءً دون اللجوء للقضاء , وقد يصر كل طرف على موقفه فيطرح الأمر على القضاء الذى ينظر الدعوى ويصدر فيها حكماً , فتكون الشفعة قضاءً .
وفى جميع الأحوال نظم المشرع آثار الشفعة فى المادة (٩٤٥) وما بعدها من القانون المدنى , وهذه الأحكام تنشئ علاقة مباشرة ثنائية بين الشفيع والبائع , وبين الشفيع والمشتري , وذلك كما سنرى .

- الفرع الأول -

الشفعة بالتراضى

إذا تراضى الأطراف على الشفعة فيحل الشفيع محل المشتري , وذلك بأن يبرم عقداً جديداً مع البائع , بذات الشروط السابقة أو بشروط جديدة , ويصبح الشفيع فى هذا العقد الجديد مشترياً له حقوق المشتري وعليه الإلتزامات المتفق عليها والمنصوص عليها قانوناً , (م ١/٩٤٥) مدنى , ويصبح مالكاً للعقار المبيع من تاريخ تسجيل عقده , طبقاً للقواعد العامة.

ويسلم الثمن للبائع , وليس للمشتري السابق (مالم يتفق على غير ذلك) , مع حق الأخير فى مطالبة البائع برد الثمن السابق المدفوع له , أو بالجزء المعجل منه , ولكن ليس للشفيع أن يلزم البائع بمنحه أجلاً أو تقسيطاً للثمن كما فعل مع المشتري السابق , مالم يوافق البائع على ذلك برضائه الحر .

فإن إستحق العقار من تحت يده , لأى سبب فليس له إلا الرجوع على البائع له , وليس له علاقة بالمشتري السابق ولو كان قد سلمه كل الثمن أو جزء منه (حواله) , فالملتزم بضمان التعرض والإستحقاق هو البائع (م ٣/٩٤٥) مدنى .

كما ينظم العقد الجديد التعويض على أى منشآت أو غراس أقامه المشتري فى العين المباعة له من قبل , وحقه فى إسترداد قيمة ما أنفقه فيها بإعتباره حسن النية .

- الفرع الثانى -

الشفعة قضاءً

إذا طُرح النزاع على المحكمة المختصة فنظرتة حتى أصدرت حكماً بثبوت الشفعة , فقد نظم القانون آثار الشفعة فى هذه الحالة :-

- أولاً : ملكية الشفيع تستند لحكم الشفعة , ومن تاريخه :-

نصت المادة (٩٤٤) مدنى على أنه " الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع , وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".
فتثبت الشفعة قضاءً بالحكم النهائى الصادر بها , وهو الذى تنتقل به ملكية العقار المبيع المشفوع فيه , بعد تسجيل منطوق هذا الحكم طبقاً لقواعد التسجيل بالشهر العقارى , وليس إستناداً لعقد البيع .
ويعتبر الحكم الصادر بالشفعة حكماً منشأً للملكية وليس مقررأً لها , فلا تنتقل الملكية للشفيع إلا من تاريخ الحكم , وليس من تاريخ إبرام عقد البيع الذى فتح باب الأخذ بالشفعة ولا من تاريخ إيداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة رسمياً , ولا من تاريخ رفع الدعوى ^(١) .

أما حكم التصرفات الواردة على المبيع فى تلك الفترة فقد نظمته المواد (٩٤٦) وما بعدها من القانون المدنى .

- ثانياً : حلول الشفيع محل المشتري (العلاقة بين الشفيع والبائع) :-

بصدور الحكم بثبوت الشفعة يحل الشفيع محل المشتري فى كل حقوقه وإلتزاماته على نحو ما نصت عليه المادة (٩٤٥) مدنى على أنه " ١ - يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه وإلتزاماته . ٢ - ولا يحق له الإلتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . ٣ - وإذا إستحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة , فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع " .

(١) قضى بأنه " إستقر قضاء محكمة النقض فى ظل أحكام دكرى ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ , بقانون الشفعة على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة ولم يعدل القانون المدنى الجديد شيئاً من أحكام ذلك الدكرى فى هذا الخصوص فجاء نص المادة (٩٤٤) مطابقاً لنص المادة (١٨) من الدكرى من أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وإنتهى المشرع إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد - وعلى ذلك فلا تنتقل الملكية للشفيع فى ظل القانون المدنى الحالى إلا من تاريخ الحكم بالشفعة " , نقض ١٩٥٧/١١/١٤ , طعن ٢٣٥ س ٢٣ ق .

فمن ناحية التزامات الشفيع والتي يحل فيها محل المشتري فقد سبق ودفع الثمن وأودعه خزينة المحكمة قبل رفع الدعوى على ما رأينا , ويستطيع البائع تسلمه من الخزينة , ويلتزم بتسليم العقار المبيع , ويلتزم البائع برد الثمن للمشتري إذا كان قد قبضه سلفاً , ولا يحق للمشتري مطالبة البائع بأى تعويضات إضافية عن الأخذ بالشفعة , فليس هناك خطأ من البائع ^(١) .

كما أن للشفيع ذات حقوق المشتري من تسلم المبيع , أما نقل الملكية فيستطيع تحقيق ذلك بتسجيل منطوق حكم الشفعة النهائي الصادر لصالحه , كما له الحق فى التمتع بضمانات المشتري من ضمان التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية .

ولكن إن إستحق المبيع (المشفوع فيه) من تحت يده فليس أمامه إلا البائع وليس له علاقة بالمشتري فى هذا الشأن , حيث البائع هو الملتزم أمام المشتري وأمامه بضمان التعرض و الإستحقاق وضمان العيوب الخفية (م ٣/٩٤٥) ^(٢) .

فإن كان الثمن مؤجلاً كله أو بعضه بالنسبة للمشتري , فليس للشفيع أن يجبر البائع على التمتع بهذا الأجل له أيضاً ^(٣) , مع ملاحظة أن الشفيع سبق وأودع كامل الثمن الحقيقى خزينة المحكمة كما رأينا فلا داعى للحديث عن التقسيط .

- ثالثاً : العلاقة بين الشفيع والمشتري :-

يحل الشفيع محل المشتري فى كل حقوقه وإلتزاماته تجاه البائع , هذا فى العلاقة مع البائع أما مع المشتري ذاته فقد يكون قد أقام منشآت أو غراس فى العقار المبيع بعد شراؤه العقار مباشرة , أو اثناء تداول الدعوى فى المحاكم , وقد يكون قد هدم بعض المنشآت المقامة أصلاً فى العين أو تلفت بإهماله , خاصة بعد ما عرف بتوافر شروط الشفعة فى حق الشفيع وأنه سيأخذ منه العقار لا محالة .

هذا فى شأن الأفعال المادية , أما التصرفات القانونية , فقد يباشرها المشتري على العقار المبيع , قبل أو بعد إبداء الرغبة فى الشفعة , فما حكم ما يجريه المشتري على العقار من أعمال مادية وتصرفات قانونية :-

[١] الأعمال المادية :-

قلنا أن الأعمال المادية قد تمثل إضافة وتحسينا للمبيع , وقد تمثل هدماً وإتلافاً له :-

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٠/٦/٢١ , طعن ٥٧٤ س٥٧ ق .

(٢) نقض فى ١٩٤٥/٢/٢١ , طعن ١٠٧ س١٤ ق .

(٣) راجع نقض مدنى فى ١٩٦٣/١١/٧ , طعن ٢٨٤ س٢٨ ق .

{ أ } حكم البناء أو الغراس على العقار المبيع :-

نظمت حكم هذا الفرض المادة (٩٤٦) مدنى وفرقت فى المعاملة القانونية بين ما إذا كانت هذه المنشآت قد أقيمت قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , أو كانت بعد إعلان هذه الرغبة .

- البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة :-

" إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة , كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس " م (١/٩٤٦) .

فالإختيار هنا للمشتري , بين أن يرد له الشفيع إما التكلفة الفعلية لما أقامه من منشآت أو غراس , أو يرد له ما زاد فى قيمة العقار بسبب ذلك .

وعادة ما يختار المشتري القيمة الأعلى , ويجبر الشفيع على الوفاء بالقيمة المختارة , وذلك إحتراماً لحسن نية المشتري , ولعدم معرفته برغبة الشفيع , وأنه كان يبنى أو يزرع فيما إشتراه , وربما ما تملكه فعلاً إذا كان قد سجل سند البيع ^(١) .

- البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة :-

المعاملة هنا مغايرة لما سبق , حيث علم المشتري برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة , ولكنها لم تنزل لمستوى البانى سيئ النية فى أحكام الإلتصاق التى رأينا سلفاً , " فللشفيع أن يطلب الإزالة , فإذا إختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " م (٢/٩٤٦) .

فيحق للشفيع أن يطلب إزالة ما إستحدثه المشتري من منشآت أو غراس , أو يختار - وله الخيار وليس للمشتري - أن يطلب إستبقاء البناء أو الغراس مقابل دفع التكلفة فقط , أى قيمة أدوات البناء وأجرة العمل , أو نفقات الغراس .

(١) وتسدد هذه القيمة بعد الحكم بالشفعة , ولا يلتزم الشفيع بإيداعها مع الثمن الحقيقى خزينة المحكمة المختصة , نقض فى ١٩٨٠/٦/٣ , طعن ٤٧٦ , س ٤٧٦ ق - ونقض ١٩٨٧/٢/٤ , طعن ١٠١٣ س ٥٣ ق .

ولا يحول إقامة هذه المنشآت بين الشفيع وحقه فى الأخذ بالشفعة , فالعبرة فى قيام حقه بحالة العقار وقت البيع , نقض مدنى فى ١٩٧٩/٣/٥ , طعن رقم ٦١ س ٤١ ق - أنور طلبه - ص ٣٧٣ .

ولا إجبار على الشفيع فى أى من الإختيارين , ولا يعد متعسفاً فى إستعماله لأى من الإختيارين ^(١) .

{ ب } حكم الهدم والإتلاف فى العقار المبيع :-

لم ينص المشرع على حكم هذا الفرض , ولكن طبقاً للقواعد العامة , فإذا كان الهدم أو التلف بفعل المشتري أو خطؤه فللشفيع أن يطلب خصم ذلك من الثمن الذى سيتسلمه من خزينة المحكمة , فإن تسلم الثمن فله الحق فى مطالبته بالتعويض عما أنفقه , فإن كان بقوة قاهرة أو بسبب أجنبى بصفة عامة فلا يحق للشفيع مطالبة المشتري بشئ , فلم ينسب إليه ثمة خطأ , بل له الخيار بين ترك الشفعة أو أخذ العقار المبيع المشفوع فيه بكل الثمن ^(٢) .

[٢] التصرفات القانونية :-

إعتد المشرع هنا بتاريخ تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , وليس مجرد الإعلان وإن كان رسمياً , بل التسجيل للإعلان , لكى يكون التسجيل حجة على الغير الذى يتلقى حقه من المشتري , حيث نصت المادة (٩٤٧) مدنى على أنه " لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق إختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبة ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة , ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدى ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار " .

حيث لا ينفذ فى حق الشفيع أى تصرف قانونى صادر من المشتري ومتعلق بالعقار المبيع (المشفوع فيه) بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة , إذ بالتسجيل يكون الشفيع قد أعلم الكافة بحقه , والمتصرف إليه لا يملك تجاه الشفيع أى حق .

(١) وبشأن المحصولات الموسمية فقد أجمع الفقه أن المشتري لو زرع فى الأرض ثم أخذها الشفيع بالشفعة فإنه لا يجبر على حصد الزرع , بل تبقى الأرض فى يده إلى أن يحصد الزرع لأن للزرع نهاية معلومة فليس فى تأخير حصد الزرع ضرر كبير على الشفيع , ولا يكون للشفيع أن ينقص شيئاً من ثمن العقار المشفوع مقابل أجره الأرض للمدة التى مضت قبل صدور الحكم لأنها كانت فى ملكه , أو بعد الحكم بالشفعة فيعطى المشتري للشفيع أجرته , راجع د/ غنى حسون - ص ٢٠٤ .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢٠٣ , وأشار للمادة (١٣١) من مرشد الحيران .

ولا يمنع هذا من حق المتصرف إليه (كالدائن المرتهن رسمياً أو من تقرر له حق إختصاص أو المشتري الثانى أو من تلقى أى حق من المشتري) فى مطالبة المشتري برد حقوقه , وتكون لهم أولوية فى إستيفاء حقوقهم من الثمن المودع خزينة المحكمة , فلهم الحجز عليه والحصول على حقوقهم منه قبل أن يتسلمه المشتري من خزينة المحكمة .

أما ما صدر من المشتري من رهن أو بيع أو تقرير حق إرتفاق أو غيره من التصرفات قبل تسجيل الإعلان بالرغبة فى الأخذ بالشفعة **فتنفذ مطلقاً** فى حق الشفيع , ولا يملك الشفيع إلا إقرارها , بل وتنفذ فى حقه البيوع اللاحقة وليس له إلا أن يأخذ بالشفعة طبقاً لشروط البيع الجديد ومن المشتري الجديد , طبقاً لما رأيناه فى الشفعة عند توالى البيوع .

أما التصرفات المتعلقة بسلطة الإستعمال والإستغلال التى باشرها المشتري على العقار المبيع , حتى الحكم بالشفعة , فتظل هذه التصرفات صحيحة وناظفة فى حق الشفيع ولو بعد الحكم له بالشفعة , فما قبضه المشتري من ثمار ونتاج يكون له ولا حق للشفيع فى شئ منه , ولكنها تنتهى بإنقال ملكية العقار المشفوع إلى الشفيع بالتسجيل ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى له بالشفعة مما يستتبع ألا يكون للشفيع حق فى ريع هذه العين إلا ابتداءً من تاريخ هذا الحكم ^(٢) .

(١) راجع د/ غنى حسون - ص ٢٠١ .

(٢) نقض مدن فى ١٩٦٤/٤/٩ , طعن ١٦١ س ٢٩ق - ونقض فى ١٩٥٩/٤/٢ , طعن ٣٤٨ س ٢٤ق - ونقض ١٩٥٩/٥/١٤ , طعن ٩٢ س ٤٥ , أنور طلبه - ص ٣٥٦ .

- الفصل الثالث -

الإستيلاء والحيازة

يعتبر كل من الإستيلاء والحيازة مصدرًا مستقلاً للحق العيني بصفة عامة ,
وحق الملكية بصفة خاصة , وقد حرص المشرع على تنظيمها في أحكام مستقلة ,
بدأها بالإستيلاء في المواد (٨٧٠ - ٨٧٤) , ثم الحيازة في المواد من (٩٤٩ إلى
٩٨٤) من التقنين المدني .

ويتفق الإستيلاء مع الحيازة في أنهما وضع يد , أى السيطرة الفعلية على
شيء بنية إكتساب الحق العيني عليه .

ولكن هناك بعض الفروق الجوهرية بينهما والتي حددت بالمشرع للفرقة بين
أحكام كلاً منهما , حيث أن :-

- ١ - الإستيلاء يرد على المنقولات فقط , أما الحيازة فتترد على المنقولات والعقارات .
- ٢ - الإستيلاء يرد على المنقولات التى لا مالك لها , فهى وسيلة لكسب الملكية
إبتداءً , أما الحيازة فتترد على منقول أو عقار مملوك للغير , وتكسب الملكية أو الحق
العيني عموماً إنتقالاً من شخص آخر .
- ٣ - الإستيلاء يكسب حق الملكية على المنقول فقط , ولا يتصور كسب حق الإنتفاع
عليه فقط , حيث المنقول لا مالك أساساً له .
- أما الحيازة فتكسب كل الحقوق العينية على الشيء , وبما يتفق مع طبيعته .
- ٤ - الإستيلاء - إذا توافرت شروطه - يكسب الملكية فوراً على المنقول المباح ولا
يحتاج لمرور فترة من الزمن لكسب الملكية .
- أما الحيازة فتحتاج إلى ما يدعمها من مرور فترة زمنية لتصلح سبباً لإكتساب
الحق العيني (التقادم المكسب) خاصة فى التقادم الطويل والتقادم القصير , أما ما
يكسب الحق العيني فوراً فيحتاج لشروط إضافية من حسن النية والسبب الصحيح كما
فى المنقولات والثمار , على ما سنرى^(١).
- وسنبدأ بدراسة الإستيلاء , فإذا ما إنتهينا منها عرجنا لدراسة الحيازة , فى
المبحثين القادمين .

(١) السهوى - ج ٩ - الوسيط - ص ١٧ .

- المبحث الأول -

الإستيلاء

١ - تعريف الإستيلاء ونطاقه . ٢ - شروط الإستيلاء . ٣ - حالات خاصة .

- المطلب الأول -

تعريف الإستيلاء ونطاقه

أولاً :- تعريف الإستيلاء :-

يعرف الإستيلاء بأنه " وضع اليد على منقول مادي لا مالك له بنية تملكه " , فهو قائم على الحيازة , أى وضع اليد (الركن المادي) وتتمثل فى السيطرة الفعلية على الشيء بحسب طبيعته , بالإضافة للركن المعنوى وهو (النية) , والنية تنحصر فى إكتساب حق الملكية , أما الحقوق العينية الأخرى المتصور ورودها على المنقولات فتفترض توزع السلطات على الشيء بين مالك رقبة ومالك منفعة , أى أن للشيء مالك سابق يمارس حق الرقبة عليه , وهو ما يخرج عن نطاق الإستيلاء الذى يفترض منقول لا مالك له .

ثانياً :- نطاق الإستيلاء :-

أما عن مجال أو نطاق الإستيلاء , فيرد على المنقولات دون العقارات , وعلى المنقولات المادية بالذات .

فالعقارات بصفة عامة لا بد لها من مالك , وإلا فالدولة مالكةا , حيث تمتلك الدولة كل الأراضى الصحراوية أو غير المزروعة بصفة عامة , ولا يجوز وضع اليد (الحيازة) على أراضى الدولة مالم يحصل الأمر بترخيص منها طبقاً للشروط القانونية , فقد نصت المادة (٨٧٤) مدنى على أنه : " ١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة . ٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح " ^(١) . وبصفة عامة ينظم تملك أراضى

(١) وكانت الفقرة الثالثة من المادة (٨٧٤) مدنى تنص على أنه " إلا إنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الإستعمال مدة خمس سنوات متتالية خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك " , إلا أنها ألغيت بمقتضى المادة (٨٦) من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ , والخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .

الدولة وتأجيرها القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤) , والقانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) والخاص بالأراضي الصحراوية , المعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٨ , وكذلك القانون رقم (٧ لسنة ١٩٩١) , كما نصت المادة الأولى من القانون رقم (٧١ لسنة ١٩٦٢) بشأن التركات الشاغرة على أيلولة ملكية هذه التركات للدولة , أياً كانت جنسية المتوفى , ومن تاريخ وفاتهم ^(١) .

والمنقولات التى يرد عليها الإستيلاء هى **المنقولات المادية** , وهى التى يمكن السيطرة عليها , أما المنقولات المعنوية (كحق المؤلف وبراءات الإختراع والعلامات التجارية والأوراق التجارية) فلا يرد عليها الإستيلاء , حيث لا تخضع للحيازة أو السيطرة المادية عليها , وحيازة سند الحق أو الورقة المثبتة له لا تمثل الحيازة المادية للحق , **مالم يكن السند لحامله** .

كما أن أغلب هذه المنقولات لها مالك , وإن سقطت فى الملك العام بعد فوات مدة الحماية , فيقتصر ذلك على الجانب المادى فى الحق وليس على الجانب الأدبى فى حق المؤلف , الذى يظل لصيقاً بصاحبه أبداً , ويسمح للجمهور بمباشرة الجانب المادى بنص القانون وليس الإستيلاء ^(٢) .

وكذلك الشأن فى المجموعات التى تجمع بين الجانب المادى والجانب الأدبى من **مجموعات الأموال** , كالتركات والمحال التجارية , فلا تخضع هى الأخرى للإستيلاء .

والإستيلاء محل الدراسة أحد أسباب كسب الملكية على المنقولات التى لا **مالك لها** , وهو يختلف عن الإستيلاء الذى يعد أحد أسباب وسائل الإدارة لمجابهة حالة معينة من حالات الضرورة بما يقتضى الإستيلاء على بعض العقارات أو المنقولات المملوكة للأفراد , لفترة مؤقتة , مقابل تعويض , وإلا فإتاحتها تضطر لنزع الملكية للمنفعة العامة ^(٣) .

(١) راجع الجريدة الرسمية فى ١٩٨٨/٤/٩ - العدد ١٤ مكرر , والعدد ١٠ مكرر فى ١٩٩٣/٣/١٣ , والسنهوى - ص ٤٦ , وأى حق متعلق بهذه التركات يسقط بمجرد مرور خمسة عشرة سنة من تاريخ وفاة المورث , ونقض مدنى فى ١٩٩٦/٦/٢١ , طعن ٢٧٣٩ , ٢٩٣٤ , س ٥٩ , وأحكام أخرى , أنور طلبه - الوسيط - ج ٥ - ص ٥٣٣ وما بعدها .

(٢) د/ نبيل سعد ص ٢٩٤ .

(٣) وهو المنظم بالقانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ , ضمن نوع الملكية للمنفعة العامة , وكذلك منظم بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ بشأن التموين , راجع نقض مدنى فى ١٩٩٢/١/١ , طعن ٩١٩ س ٥٧ق - الوسيط - أنور طلبه - ص ٥٣٢ .

-المطلب الثانى-

شروط الإستيلاء

يشترط لتحقيق الإستيلاء شرطين أساسيين : الأول : وضع اليد بنية التملك (الحيازة) والثانى : أن يرد على منقول لا مالك له .

- الشرط الأول : الحيازة :-

تعنى الحيازة السيطرة المادية على الشيء , بنية التملك , وهى - كما سنرى لاحقاً - تعتمد على وجود ركنين , الأول : مady وهو السيطرة المادية , والثانى : معنوى وهو النية .

أما السيطرة فتكون بحسب طبيعة الشيء محله , وفى المنقولات تكون بحيازته بوضعه فى حرز أو مكان تابع للحائز .

ولا يشترط أن يكون المنقول الذى لا مالك له قد وضع المستولى يده عليه فعلاً , بل يكفى أن يكون فى حيازته حكماً , أى أن تكون الأداة المستخدمة جعلت الشيء غير ممتنع عن الحائز , خاصة فى الأشياء المباحة والتى يصطادها الشخص^(١).

فإذا وضع الصياد شبابه فى الماء ودخلها بعض السمك فيصير السمك حكماً فى حيازة مالك الشبكة , وإن لم يستخرجه بعد منها , وليس من يسبق إليه ويستخرجه ولو كان غير مالكها , وكذلك من حفر حفرة لأحد الحيوانات البرية فوق وقع فيها أو نصب له فخاً فأطبق عليه أو صاد طائراً ببندقيته فوق وقع بعيداً عنه , فيصبح فى حيازة الصياد وإن لم يده عليه بعد , وليس ملكاً لمن سبق وحازة . فيشترط إذن أن تكون أداة الحائز جعلت الشيء غير ممتنع عنه بالفرار , وإن لم يقبضه فعلاً .

هذا من ناحية الركن المادى , أما الركن المعنوى فيتلخص فى نية التملك , والتى تظهر من خلال أفعال الحائز ذاته , فقد يلقي الصياد بالشيء مرة أخرى فى الماء , أو يترك الحائز الشيء مكانه بعد أن أمسك به وتفحصه (كأشياء قديمة ملقاة) , أو يفتح الشباك للحيوان ويفك أسره . فهذه مظاهر تدل على إنتفاء نيته فى حيازة الشيء وتملكه .

(١) وقد نظمت مجلة الأحكام العدلية شروط تملك المباحات فى المواد من (١٢٤٨ - ١٢٥٣) , راجع د/ غنى حسون - ص ١٥٨ , وهى ذات الشروط (الأحرار , وأن يكون الشيء مباحاً) " .

فإن قبضه وعمل على تحسينه أو تجميله أو رعايته , كغسل الملابس وكيها أو تنظيف الحيوان وإطعامه أو الإعتناء والرعاية بالطائر الأسير , فتدل هذه الأفعال على توافر النية للتملك .

- الشرط الثاني : المنقول لا مالك له :-

ويكون المنقول لا مالك له إما لأنه من الأشياء المشتركة والمباحة للكافة , وإما لأن مالكة قد تنازل عنه بإرادته :-

[١] المنقولات المشتركة (المباحة) :-

وهي غير المملوك لأحد بعينه بل مباحة للكافة , يشترك كل الناس في الإنتفاع بها على السواء , وذلك كالهواء ومصادر المياه العامة العذبة أو المالحة , وأشعة الشمس والأسماك في المياه العامة والطيور البرية السادحة في السماء والوحوش في الغابة ^(١) .

فهذه الأشياء مملوكة للكافة على السواء , يحق لكل فرد الإنتفاع بها وتملكها في أى وقت ودون إذن , مالم يعطل حق الآخرين , أو ينظم الإستخدام من السلطات العامة , فقد تنظم الدولة الصيد الجائر للحيوانات البرية حتى لا تنقرض بعض الأصناف أو للكائنات البحرية , خاصة في موسم التزواج للحفاظ على النوع والتنوع البيولوجي , ولا يمنع هذا من كون الأشياء مشتركة ومباحة , حيث لم يسبق لأحد تملكها .

أيضاً تضع الدولة ضوابط لإستخدام المياه بصفة عامة , وفي الرى بصفة خاصة , خاصة إذا تعلق الأمر بمصادر مياه محدودة , من المياه الجوفية أو السطحية , ولا يتعارض هذا مع الملكية المشتركة , فلا يعنى الأمر ضرورة إستنفاد مخزونات المياه في جيل بشرى واحد , وترك الأجيال القادمة دون مياه.

(١) قضى بأن " أخذ أحجار من الجبل من غير المناطق المخصصة للمحاجر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعتبر سرقة , لأن تلك الأموال مباحة , وملكية الحكومة لها هي من قبيل الملكية السياسية العليا , لا الملكية المدنية التي يعد إختلاسها سرقة " نقض جنائي في ١٤/٣/١٩٣٣ - ج ٢ - في ٢٥ سنة - ص ١ , " أما الأكفان والملابس والحلى وغيرها من الأشياء التي إعتاد الناس إيداعها القبور مع الموتى تعتبر مملوكة لورثتهم , وقد خصصوها لتبقى مع جثة موتاهم لما وقر في نفوسهم من وجوب إكرامهم في أجدانهم على هذا النحو , موقنين بأنه لا حق لأحد في العبث بشئ مما أودع , فهذه الأشياء لا يمكن عدها من قبيل المال المباح السائب لكل شخص تملكه بالإستيلاء عليه , فمن شرع في إختلاس شئ من ذلك يعد شارعاً في سرقة وعقابه واجب قانوناً " نقض جنائي في ٢٠/٤/١٩٢٦ , ج ٢ - في ٢٥ سنة - ص ١٢٥٦ , أنور طلبه - الوسيط - ج ٥ - ص ١٥٥ .

- حكم خاص بالحيوانات غير الأليفة :-

وضع المشرع حكماً خاصاً بالحيوانات غير الأليفة فى المادة (٢/٨٧١) مدنى و التى جرت صياغتها كما يلى :- "وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها مادامت طليقة , وإذا إعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه , وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له " .

وواضح من تلك الصياغة أن المشرع يفرق بين الحيوانات الأليفة (أو ما يطلق عليها حيوانات المزرعة) وبين الحيوانات غير الأليفة :-

فالحيوانات الأليفة (حيوانات المزرعة من البقر والجاموس والإبل والغنم والخيول والحمام وغيرها) دائماً ما يكون لها صاحب , وإذا ضلت أو فقدت من صاحبها فله حق تتبعها , ومن يجدها عليه إتباع أحكام اللقطة , حيث يجب إبلاغ الشرطة خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى , وعليه أن يعلن عنها , وإن إحتفظ بها بنية الإعلان عنها وردها لصاحبها فلا عقوبة عليه , أما إن إحتفظ بها بنية تملكها فيأخذ حكم السارق .

- أما الحيوانات غير الأليفة فالأصل أن لا مالك لها , بل هى من الأشياء المباحة مادامت طليقة فى بيئتها الطبيعية , فإن إستطاع شخص حيازتها (بشكل قانونى أى أن يسمح له القانون بذلك) فيصير مالكا لها , كإصطياد غزال أو ضب أو أسد أو نمر أو صقر أو أحد طيور الزينة وهكذا , ويحق له التصرف فيه كيفما يشاء , وغالباً ما تباع هذه الحيوانات والطيور لحدائق الحيوان أو لهواة طيور الزينة , ودائماً ما تحظر القوانين إقتناء الأشخاص للحيوانات البرية المتوحشة , حفاظاً على الأمن والسكينة للأفراد .

فإن إستطاع الحيوان أو الطير أو الكائن البحرى الإفلات من حيازة الشخص , فيعود طليقاً ومباحاً للكافة , أى لا مالك له , وذلك مالم يكتشف صاحبه هروبه فيتعقبه فوراً ويبحث عنه , فإن وجده إسترده , وإن أعيته السبل فى البحث عنه دون فائدة فكف عن تتبعه , فقد عاد الحيوان أو الطير طليقاً دون مالك .

فإن إستطاع مالك الحيوان غير الأليفة أو الأليف أن يروض حيوانه أو طائره أو حشراتة (قرد - صقر - حمام - نحل) , بحيث صار يخرج من حرزه ويعود إليه وحده , فهو مالكة فى أثناء خروجه أو مكوثه فى مكانه .

ويستمر ذلك ، مالم يفقد الحيوان أو الطائر أو الشيء هذه العادة ، فلم يعد يرجع لمكانه الأول ، فيصبح طليقاً مملوكاً للكافة ، كما كان ، كطرد نحل ترك خليته نهائياً ولم يعود إليها ، أو بعض الحمام الذى ترك برجه ولم يعود إليه ، حتى إذا تجمع فى مكان آخر يمكن لأى شخص أن يملكه بالإستيلاء .

[٢] المنقولات المتخلى عنها مالكةا بإرادتها :-

وهى الأشياء التى سبق لأحد تملكها ، ثم بعد فترة ، طالت أم قصرت ، رغب مالكةا فى تركها والتخلى عنها بإرادته ، إما لإستنفاد حاجته منها وإما لقدمها أو لغيره من الأسباب ، فيقرر المالك التنازل عنها ، وحيثئذ يمكن لأى شخص أن يملكها بالإستيلاء ، لأنها صارت لا مالك لها .

وفى ذلك نصت المادة (١/٨٧١) مدنى على أنه " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته " .

ويقصد بالتخلى عن الملكية تنازل الشخص نهائياً عن ملكية الشيء ، أى إنصراف نيته للترك ، وتظهر النية فى الظروف المحيطة بالمسألة ، كترك الشيء فى أماكن إلقاء القمامة أو قريباً منها أو فى الطريق حيث المنقول قديماً أو غير صالح للإستعمال .

ولكن إذا لم تتصرف النية للتخلى فلا يصبح الشيء بدون مالك ، ولا يفقد المالك ملكيته له ، حتى ولو وجد فى أماكن مخصصة لترك الأشياء غير الصالحة للإستعمال ، فمن وقعت منه ساعة اليد أو تليفونه المحمول أو قطعة حلى ذهبية فى كيس قمامه أو بجواره ، فيظل مالكة ، حيث لم يتخلى عنها بإرادته ، بل فقدت منه ^(١) .

- أثر توافر شروط الإستيلاء :-

إذا توافرت شروط الإستيلاء من الحيابة على منقول لا مالك له بنية تملكه ، صار الحائز مالكةا لما إستولى عليه ، ومن تاريخ وضع يده عليه ، وله التمتع بكل سلطات المالك فى الإستعمال والإستغلال والتصرف ، فهو ملكه ، ولا يستطيع أحد أن يحتج عليه بوجود أى حق له على الشيء ، فقد كسب الحائز ملكية خالصة مطهرة من أى توابع لحقوق أخرى .

(١) نقض جنائى فى ١٩٥٩/٤/٢٧ ، س ١٠ - ص ٤٩٥ ، ويعتبر الورق الدشت والبراميل العائمة فى البحر من المتروكات ، نقض ١٩٤٦/١٠/٢١ ، ونقض ١٩٤٧/١٠/٧ - أنور طلبه - الوسيط - ص ١٥٧ .

- المطلب الثالث -

حالات خاصة بالإستيلاء

(حكم الكنز , و اللقطة , و الصيد , و الآثار , و المعادن الطبيعية)
رأى المشرع تنظيم حالات معينة قد تثار بشأنها مسألة الإستيلاء كأحد أسباب كسب حق الملكية فوضع لها نصوصاً خاصة فى القانون المدنى أو فى غيرها من القوانين , فقد نصت المادة (٨٧٣) مدنى على أنه " الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " .

[١] الكنز :-

الكنز هو " الأشياء الثمينة التى خبأتها يد الإنسان فى شىء آخر " , فهو موضوع فى حرزه بيد بشرية , خبأته عن أعين الناس عامدة ذلك , ويتكون من أشياء ثمينة القيمة أياً كان نوعها , ويختلف فى طبيعته عن الأرض أو البناء المخبئ فيه .
أما حكمه فقد نظمته المادة (٨٧٢) مدنى بقولها " ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له , يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو المالك رقبته ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته " .

فالكنز ليس ملك لمن وجده أو حازه بإعتباره منقولاً لا مالك له , طبقاً للقاعدة العامة فى الإستيلاء , لأن الكنز له صاحب , وصاحبه لم يتخلى عنه , بل أخفاه ليستطيع هو أو أشخاص معينين إستخراجه والإستفادة منه فلم يقصد أبداً التخلي عنه , وبناءً عليه , فالأصل أن الكنز هو ملك من وضعه فى مخبأه , لا ينازعه أحد فى ذلك , متى أقام الدليل القاطع على ملكيته له .

فإن لم يستطع أن يدل على ملكيته للكنز , وهذا ما سيحدث فى أغلب الأحوال لفوات مدة طويلة على وضعه أو عدم وجود أدلة قاطعة على الملكية , فهو ملك لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز , أرضاً أو بناءً , وليس ملك لمن وجده .

فإذا انفصلت ملكيته عن ملكية المنفعة فى العقار الذى وجد فيه الكنز , كانت ملكيته لمالك الرقبة , فهو أولى من مالك المنفعة .

فإن كان العقار الذى وجد الكنز مخبأً فيه موقوفاً , أى ملكاً لجهات الوقف , فالكنز يكون ملكاً , لا لجهة الوقف , بل للشخص الواقف ذاته , الذى كان مالكاً للعقار

قبل أن يوقفه على جهة البر هذه , فإن توفى الواقف صارت ملكية الكنز لورثته , دون حاجة لإقامتهم الدليل على ملكية مورثهم للكنز ^(١) .

فإن كان العقار المخبئ فيه الكنز ملكاً للدولة (الأراضي الصحراوية والجبال والوديان) فيكون الكنز ملك الدولة , وليس مكتشفه ^(٢) .

وفى الحقيقة فإن إهمال المشرع جانب مكتشف الكنز كلية , وإختصاص مالك العقار بالكنز كلية فيه إجحاف بحقوق مكتشف الكنز , وهو ما لا يتفق مع العدالة , حيث العدالة تقتضى أن يعطى المكتشف نصيباً مما إكتشفه , وهو ما يدفع المكتشف لإخفاء ما وجده لعدم تقرير نصيبا له فيه ^(٣) .

[٢] حكم اللفظه :-

اللفظه هي " الأشياء الضائعة والتي خرجت من حيازة صاحبها دون إرادته " وذلك كالأمتعة والحقائب وبعض الملابس التي ينساها أصحابها فى وسائل النقل العام أو تفقد منهم فى أى مكان , فهى منقولات ذات قيمة , فقدت من صاحبها دون إرادته , فإذا وجدها شخصاً آخر فما حكمها ؟

لا تسرى قواعد الإستيلاء على الأشياء المفقودة أو الضائعة , بل تظل ملكاً لصاحبها , حيث لم يتخلى عنها بإرادته , بل دون إرادته أو رغماً عنه , فهى ليست ملكاً لمن وجدها وحازها بل إن القانون (الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والذى مازال يحكم المسألة) أوجب على من وجدها أن يبلغ بأوصافها الشرطة (أو يسلمها لها) خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى (للعمد) , وله الحق

(١) أما حكم الكنز عند فقهاء الإسلام , فإن كان من عصر قبل الإسلام (الجاهلى) فالخمس فيه لبيت مال المسلمين , لحديث رسول الله (ص) { فى الركاز الخمس } والنسبة الأخرى تكون لواجده , لأنه مالاً مباحاً عند الحنابلة , ولو وجده فى أرض الغير , أما أبو حنيفة فيملكه لمن وجده فى أرض مباحة , أما من وجده فى أرض الغير فملك لصاحب الأرض (أول مالك لها أو ورثته إن وجدوا) وإلا فهو ملك لبيت مال المسلمين , أما ما بعد عصر الإسلام فهو ملك من وضعه , بشرط التدليل على ذلك , وإلا فيأخذ حكم اللفظة , فيحتفظ به من وجده أو يتصرف به على خلاف بين المذاهب , راجع د/ غنى حسون - ص ١٦٢ .

(٢) السهوى - ص ٣٣ , فإن كان الكنز مخبئاً فى منقول فهو ملك مالك المنقول , سواء كان مالاً للعقار الذى يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالاً له , راجع - ص ٣٤ .

(٣) قررت بعض القوانين نصيب للمكتشف فيما وجد من الكنز , فالمشرع الفرنسى يقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز ومكتشفه (م ٧١٦) والمادة (٨٣٠) مدنى سورى , والمادة (٢٣٧) ملكية عقارية لبنانى تعطى لمالك الأرض ثلاث أخماس , والمكتشف الخمس , والخزانة العامة الخمس , السهوى - ص ٢٩ , ود / نبيل سعد - ص ٢٩٧ .

فى الحصول على مكافأة ١٠% من قيمة الشئى , وإلا فىحكم عليه بغرامة ويحرم المكافأة .

فإن إحتفظ بها بنية تملكها عد فى حكم السارق لها وتطبق عليه عقوبة السارق .

وإذا لم يطلب الشئى الضائع مالكة خلال سنة أو الحيوان خلال عشرة أيام , فبيع الشئى بواسطة الإدارة بالمزاد , مالم يكن الشئى قابلاً للتلف فبيع قبل ذلك , ويبقى الثمن محفوظاً على ذمة مالكة مدة ثلاث سنوات , الذى له طلبه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع , فإن إنقضت مدة الثلاث سنوات من تاريخ البيع صار الثمن ملكاً للخزانة العامة ^(١) .

[٣] الصيد :-

إمتن كثير من الناس أعمال الصيد البرى والبحرى لضآلة التكلفة وكبر العائد , وقد أثر ذلك بشكل كبير على الحيوانات والطيور والكائنات الحية البحرية , فعرض بعضها للإنقراض , والبعض الآخر فى طريقه لذلك .

لذلك عمدت الدول بصفة عامة لوضع قوانين تنظم الصيد بكافة أنواعه بقوانين خاصة , فقيدته فى مناطق وأبحاثه فى الأخرى , وحظرت فى مناطق ومحميات , فتطبق أحكام الإستيلاء على الصيد أياً كان نوعه , متى كان مرخصاً به وفى إطار ما هو مسموحاً به , وإلا فتصادر المضبوطات ومنها المنقولات المصطادة والأدوات وغيرها , ويخضع الفاعل وشركاؤه للعقوبات الجنائية ^(٢) .

[٤] الآثار :-

تحتل مصر ثالث آثار العالم أو أكثر , وهى عرضه لمطامع الكثيرين , لذلك عمد المشرع لتنظيم وضع الآثار فجاء القانون رقم (٢١٥ لسنة ١٩٥١) المعدل بشأن حماية الآثار , حيث يعتبر أثراً كل ما أبدعته الحضارات الإنسانية السابقة من مباني ومسلات ومنقولات وتماثيل وحلى وتوابيت وغيرها " فكل عقار أو منقول

(١) السنهورى - ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) الصيد هو إقتناص حيوان متوحش طبعاً مع قدرته على الفرار , وحكمه فى الفقه الإسلامى أنه مباح (م ١٢٤٧ مجلة) على أنه يشترط لإعتبار الحيوان محلاً للإستيلاء أن يكون وحشياً غير أليف , حتى ولو كان من صغار الحيوان أو فراخه , فالحيوانات الداخلية أو المتأسسة لا تصلح لذلك , (م ١٣٩٣ مجلة) , والغالب أن يكون لهذه الحيوانات مالك , ويشترط كذلك أن يكون الصيد ممتنعاً على الإنسان بقدرته على الفرار (م ١٢٩٥ مجلة) د/ غنى حسون - ص ١٦٤ .

أظهرته أو أحدثته الفنون والعلوم والأدب والأديان والأخلاق وغيرها في عصر ما قبل التاريخ وفي العصور التالية إلى نهاية عصر إسماعيل " , وكذلك العقار أو المنقول الذي يقرر مجلس الوزراء أن للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته , حتى ولو كان يرجع إلى عصر ما بعد إسماعيل بشرط أن يسجل كأثر في السجلات المخصصة لذلك .

ويمكن أن تعد بعض الأراضي من الآثار بمقتضى قرار يصدر من جهة الإحتصاصو , ويعتبر المكان أو المبنى أثراً إذا مر عليه مائة عام وتمتع بفن معمارى وهندسى يدخله فى عداد الآثار , والأثر أياً كان نوعه أو تاريخه يعتبر ملكاً للدولة ملكية عامة , ولا يجوز لأحد تملكه بالإستيلاء أو الشراء أو خلافة , ومحظور التعامل عليه قانوناً , ويخضع المخالف للعقوبات الجنائية المغلظة .

[٥] المعادن :-

المعادن هي " ما يوجد فى باطن الأرض من أصل الخلقة والطبيعة , كالحديد والنحاس والذهب والفضة والبتروال والغاز ... ألخ " .

وتشتهر مناطق معينة فى العالم بالثروات المعدنية , وتعتمد الدولة فى ميزانيتها على بيع هذه الثروات وتوجيه العوائد النقدية للتنمية الداخلية , بل وتقوم ميزانيات الكثير من الدول العربية - وغيرها - على عائدات بيع ثرواتها الطبيعية , كالبتروال والغاز والماس والذهب .

لذلك تعد المعادن من المصادر السيادية للدخل القومى , وتعتبر ملكاً للدولة فى أغلب الدول (ملكية خاصة) حتى يمكن بيع بعض هذه الثروات وتنفيذ خطط التنمية من عائداتها.

- المبحث الثانى -

الحيازة

- أهمية دور الحيازة فى الحياة القانونية :-

تقوم الحيازة بدور هام فى الحياة القانونية , فالسيطرة على الشئى بما يتفق مع طبيعته , والتي تتسم بالهدوء والإستقرار والعلانية والوضوح , هو وضع ومركز قانونى للحائز يحيمه القانون فى حد ذاته , بصرف النظر عن سند الحائز فى حيازته , إذ يكفى الحائز التدليل على قيام حيازته المستجمعة لشرائطها القانونية ليضفى القانون حمايته عليه , أما من يدعى بعدم أحقية الحائز فيما يحوز فعليه عبء الإثبات لما يدعيه , فإن نجح فى مسعاه وإستصدر حكماً قضائياً بإستحقاقه الملكية يمكنه حينئذ إسترداد الحيازة .

ولكن لا يمكن غصب الحيازة أو الإستيلاء عليها كرهاً بالقوة من الحائز , حتى ولو كان سنده قد إنتهى أو زال بأثر رجعى , فإستقرار الأوضاع القانونية الظاهرة وتحقيق الأمن الإجتماعى من أهم الأهداف القانونية .

وبجانب ذلك , تعطى الحيازة مركز الأفضلية للحائز فى إثبات ملكيته لما يحوز أو لإكتسابه الحق العينى الأصلى عليه , فالحيازة قرينة قانونية على الملكية , تصلح وحدها كسبب قانونى لإكتساب الملكية , ولهذه القرينة والوسيلة فائدة عظيمة عند المنازعة فى الملكية , إذ قد يكون الحائز قد إشتري العقار بعقد عرفى (غير مسجل) معتمداً على ضمير البائع وإحترامه لتعهداته , أو لعدم قدرته على دفع مصروفات التسجيل , أو فقد المشتري سنده وهو عقد البيع بسرقة أو حريق أو غيره , أو كان المالك وارثاً للعقار عن أبيه أو عن جده , وهكذا , ولكن ليس بيده سند مكتوب عن أصل الملكية .

فى هذه الحالات , تتدخل الحيازة كسبب لإكتساب الحق العينى , خاصة حق الملكية , كطوق نجاة للمالك , حيث يمكنه أن يستند إليها وحدها كسبب للملكية , بعد أن فقد سند ملكيته أو لم يستطع إثباته , فلا تضيع الحقوق على أصحابها لفقد السند العرفى أو تغيير النظم والضمان , علماً بأن الكثير من الأملاك العقارية سنداتها ما تزال عرفية لإرتفاع مصروفات التسجيل , أو لا توجد لها أساسا مستندات , حيث كان التعاقد يتم شفاهة , لإنتشار الأمية فيما مضى ووجود الوازع الدينى والأخلاقى عند المتعاقدين , وقت التعاقد .

ولست الحيازة كسبب لإكتساب الملكية لا تصادف حقانق على الأرض , فالمالك الذى يسلم ملكه لشخص آخر فترة طويلة من الزمن , تصل إلى خمسة عشرة عاماً دون أن يحرك ساكناً فى مواجهته , ولم يطالبه قضائياً بإسترداد ملكه , ولم يحصل منه على إقرار , قضائى أو غير قضائى , يؤكد حقه فى العقار , فذلك يفسر على أحد إحتمالين , الأول - وهو الراجح - أن المالك قد تنازل عن ملكيته للحائز , بمقابل (باع بثمن) أو بدون مقابل (هبه) , وأن ذمة الحائز قد برئت فى مواجهته منذ زمن طويل , والإحتمال الثانى أنه مهمل فى ملكه - وهذا فرض نادر - ولا يهتم بأمر عقاره , فيستحق جزاء إهماله , والذى طال لفترات طويلة , لم يمنعه مانع من حماية أملاكه خلالها , فلا يستحق أى حماية تشريعية .

وقد يتصادم ذلك مع الشعور الاجتماعى , حيث يُسمح للغاصب بتملك شيئاً ملكاً لغيره , دون وجه حق .

ولكن الحقيقة أن هذا فرض نادر الوقوع , فأغلب الحالات يستند فيها الحائز على سند مشروع لما يحوزه , ولكن لم يفلح فى التدليل عليه لفقده أو سرقة , أو لوفاة المتعاقدين الأصليين على العقار وعدم وجود دليل كتابى على عقدهما , فعدم الإعتداد بالحيازة يؤدى لضياع هذه الحقوق .

وإن وجدت حالة الغصب , فليس الغصب هو السبب فى ضياع الحق , بل إهمال صاحبه فى الدفاع عن ملكه والمطالبة به , دون أى مانع يحول بينه وبين التقاضى , وإهماله وسكوته طوال هذه الفترة يعد تنازلاً منه ضمناً عن أملاكه^(١) .

ولقد وصل فقهاء الشريعة الإسلامية لذات النتيجة فى حماية الحائز وإعتبر الحيازة قرينة على الملكية ودليلها الظاهر , ورفض إدعاءات المالك الذى أهمل فى ملكه فترات طويلة إلى أن وضع الغير يده عليه , وتمكن منه , فبرغم حديث الرسول (ص) بأنه { لا يسقط حق إمرئ مسلم } فقد أجاز بعض الفقهاء لولى الأمر أن يقيد القضاء بالنظر فى الدعاوى , التى مضى عليها فترات طويلة من الزمن , لضياع أدلة ثبوتها أو نسيانها , وما سكوت صاحبها عن رفعها - دون مانع يمنعه - إلا لأنه حصل على حقه سلفاً أو تنازل عنها نهائياً من قبل , وبالتالي فيستطيع القاضى رفض النظر فى دعوى المالك الذى يدعى بأحقية فى العقار , إذا كان فات على حيازة الغير فترة طويلة .

(١) راجع - السهوى - ص ٧٩٠ , د/ نبيل سعد - ص ٤٧١ .

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي , وجعلت مدة رفض النظر فى الدعوى خمسة عشر عاماً .

ونشرع الآن فى دراسة الحيازة كأحد أسباب كسب الحق العينى على الأشياء المادية , مقسمين هذه الدراسة لمطلبين :-

- نعالج فى الأول : النظرية العامة للحيازة .
- وفى الثانى : دور الحيازة فى كسب الحقوق العينية (الملكية) على الأشياء .

- المطلب الأول -

- النظرية العامة للحيازة -

تعرف الحيازة بأنها " وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه , بنية تملكه أو إكتساب حق عيني عليه " ^(١) , فهي ليست بحق عيني ولا حق شخصي , بل سبب لكسب الحق .

وتقوم الحيازة على ضرورة توافر ركنين أساسيين , الأول ركن مادي والثاني ركن معنوي , وكذلك لابد من براءتها من العيوب التي قد تعتري الحيازة .

هذه في شأن الأركان وشروط صحة الأركان , ولكن الأمر لا يستقر دائماً على حال واحد , فقد تنتقل الحيازة من شخص لآخر , وقد يفقد الحائز حيازته , وإن إعتدى شخص ما على الحيازة في حد ذاتها فهناك وسائل لحمايتها , وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين :-

- الفرع الأول -

أركان الحيازة وعيوبها

قلنا أن للحيازة ركنان أساسيان , الأول مادي ويتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء المحوز , والثاني معنوي , ويتمثل في نية الحيازة للحساب الخاص , أما العيوب التي قد يعتريها فتتمثل في الإكراه أو الخفاء أو الغموض , وهي عيوب مؤقتة ونسبية :-

- الأشياء التي تصلح محلاً للحيازة :-

ترد الحيازة على الأشياء التي يمكن حيازتها والسيطرة عليها وهي الأشياء المادية من عقار أو منقول , أما الأشياء المعنوية من الحقوق الذهنية كحق المؤلف وبراءات الاختراع وغيرها فهي مبادئ وأفكار قانونية يصعب القول بإمكانية السيطرة عليها مادياً , وكذلك الشأن بالنسبة للمجموعات القانونية والتي تضم عناصر مادية وأخرى معنوية كالمحل التجاري والتركة , فهي الأخرى لا يسرى عليها قواعد الحيازة .

(١) السهوري - ج ٩ - ص ٧٨٤ .

كما أن الحق الشخصي أى علاقة المديونية القائمة بين الدائن والمدين لا تسرى عليها الحيازة , فلا يتصور أن يصبح الشخص مديناً لآخر بمجرد إعلان الدائن بذلك لفترات طويلة , أى بالتقادم المكسب , وإن كان يتصور أن يسقط الحق الشخصي بالتقادم المسقط , لعدم مطالبة الدائن بدينه مدة خمسة عشر عاماً , ليصبح ديناً طبيعياً (١)

أما السند لحامله فيعتبر مالاً منقولاً , حيث ينتقل بمجرد تسليم السند المثبت للحق , فيختلط الحق ذاته بالورقة المثبتة له , ويصبح الحائز للسند هو الدائن بالمبلغ المسجل فيه .

والحيازة لا يتصور ورودها على الأموال التى لا تقبل التملك أساساً , حيث لا ترد عليها الحقوق الخاصة من حيث المبدأ , وذلك كالأموال العامة , فهى بنص المادة (٢/٨٧) مدنى لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا تملكها بالتقادم .

أما الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى , فهى وإن كانت تقبل التعامل فيها طبقاً لأحكام القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤) بشأن كيفية تأجيرها والتصرف فيها , إلا أنها لا يرد عليها الحيازة أيضاً , وذات الحال بالنسبة للأراضى الصحراوية , والخاضعة للتنظيم الوارد فى القانون رقم (١٤٣ لسنة ١٩٨١) .

والقانون المدنى , والمنظم لأحكام التقادم المكسب , لم يكن ليفوته النص على خروج أموال الدولة الخاصة من أحكام التقادم , وكذلك أموال شركات قطاع الأعمال العام والأوقاف الخيرية , حيث نصت المادة (٩٧٠) مدنى على أنه " فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة ثلاث وثلاثين سنة .

ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الإقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة وشركات قطاع الأعمال العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عيني على هذه الأموال بالتقادم , ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة , وفى حالة حصول التعدى يجوز للوزير المختص إزالته إدارياً " (٢) .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٤٨١ .

(٢) وهى مادة معدلة بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ , منشور فى الجريدة الرسمية العدد ٣٣ الصادر فى ١٩٧٠/٨/١٣ , وقد سبق تعديل هذه المادة بالقرار الجمهورى بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقرار الجمهورى رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ .

- وراجع د/ نبيل سعد - ص ٤٧٩ , ونقض مدنى فى ١٩٨٤/٣/٢٧ , طعن ١٠٨ س ٥٠ ق .

- أولاً -

الركن المادى (السيطرة على الشيء)

[١] تعريف السيطرة وممارستها :-

يتمثل الركن المادى فى الحيازة فى السيطرة على الشيء المحوز , أى وضع اليد فعلاً عليه , والذى تختلف طريقته بحسب طبيعة الشيء المحوز ذاته , فما يتفق مع بعض الأشياء فى حيازتها قد لا يتفق بالضرورة مع الأخرى .

فحيازة المنزل تكون بسكنائه والمحل بممارسة النشاط المخصص له , والأرض بزراعتها والسيارة بركوبها , والمواشى بإقتنائها ورعايتها والحصول على ألبانها وأوصافها أو ركوبها إن صلحت لذلك كالخيل والبغال والحمير , والأثاث بإستعماله والجلوس عليه أو وضع الأشياء فيه ^(١) .

ولا يشترط فى الحيازة أن يظل الحائز واضعاً يده طوال اليوم على الشيء , وكل يوم , فقد يغادر الشخص منزله طلباً للرزق أو للسياحة أو العلاج أو غيره , والأرض يتركها صاحبها ليلاً ويعود إليها نهاراً أو كلما يحتاج الأمر لمباشرة أعمال الزراعة , والسيارة قد يركبها صاحبها طوال اليوم وقد يتركها فى مكانها فترات طويلة , فلا حاجة إليها الآن .

وفى كل هذه الحالات , وما يماثلها , لا يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء , بل يظل محتفظاً بها عليه , مادام لم يحوزه شخص آخر كما سنرى .

- الحيازة لا تقوم على الأعمال المتقطعة :-

قلنا أنه لا يعنى غياب الشخص فترة عن منزله أو مزرعته أنه غير مسيطر عليها فالأمر يرجع لطبيعة الشيء وما تتطلبه الحيازة من أعمال مادية عليه , فالإستمرار فى الأعمال لا يعنى بالضرورة تواجد الحائز طوال كل دقيقة وثانية , فهذا أمر غير معتاد فى كل الحيازات بحسب طبيعتها .

ولكن ليس معنى ذلك جواز قيام الحيازة على الأعمال المتقطعة , أى التى تستمر فترة وتتقطع فترة أو فترات أخرى , فالإنقطاع غير المعتاد فى أعمال الحيازة يفقدها ركنها المادى ولا تصلح لإنتاج آثارها , وكان هذا أحد عيوب الحيازة , ولكنه حذف فى لجنة مراجعة المشروع التمهيدى للقانون المدنى ^(٢) .

(١) فإن كان الحائز يسيطر على إرتفاق مرور أو إرتفاق شرب كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلاً فى المكان المراد إستعمال الحق فيه , أو يأخذ المياه فعلاً من مروى الجار , السنهورى - ص ٧٩٢ .

(٢) السنهورى - ص ٨٤٨ .

وهذه مسألة تخضع لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض متى بنيت قضائها على أسباب سائغة .

ويعد عدم استمرار الحيازة من عيوبها المطلقة والتي يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به , على عكس العيوب الأخرى فهي نسبية ومؤقتة , حيث الحيازة المنقطعة تكون في ذاتها غير مستمرة بالنسبة للناس كافة , فلكل ذى مصلحة التمسك بها لأنها تعد غير مستمرة بالنسبة له أيضاً .

ولكن عدم الاستمرار يمكن أن يزول إذا ما باتت الحيازة مستمرة ^(١) .

[٢] لا يشترط في الحائز التمييز :-

تقوم الحيازة في ركنها المادى على مباشرة أعمال مادية - وليس تصرفات قانونية - على الشيء المحوز , بما يتفق مع طبيعته , وهذه الأعمال قد يباشرها الحائز بنفسه , كما يمكن أن يباشرها الغير لحساب الحائز , لظروف معينة من ضيق الوقت أو عدم التخصص أو إنعدام أو نقص الأهلية أو دواعى السفر .

وبالتالى فقد أجاز القانون أن يكون الحائز شخص عديم التمييز , كالصغير الذى لم يبلغ السابعة والمجنون والمعتوه , ومن باب أولى يجوز أن يكون الحائز ناقص الأهلية , حيث نصت المادة (٩٥٠) مدنى على أنه :- "يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية " , فعديمى الأهلية يحدد لهم القانون أشخاصاً مسؤولين عن إدارة مصالحهم المالية من الأولياء والأوصياء والقوام , وهؤلاء يمكنهم مباشرة كل أعمال السيطرة المادية لحسابهم بصفة عامة .

[٣] الحيازة بالواسطة :-

ذكرنا فيما سبق جواز حيازة الغير لحساب الحائز , فدواعى السفر أو عدم التخصص أو ضيق الوقت أو غيرها قد تضطر الحائز للاتفاق مع الغير على إدارة شئونه المالية , ومنها القيام بأعمال الحيازة المادية لحساب الحائز ذاته , وليس لحساب الوسيط .

ويشترط لذلك أن يحوز الوسيط باسم ولحساب الحائز , وأن يكون تابعاً للحائز فى هذا الشأن أى يتلقى أوامره ونواهيته من الحائز ذاته , إتساقاً مع نص المادة (٩٥١) مدنى والتي جرت صياغتها كما يلى " ١ - تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به إتصلاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة .

(١) السهنورى - ص ٨٤٥ , ونقض مدنى فى ١٩٨٤/٤/٩ , طعن رقم (٢) س ٤٩ ق .

٢ - وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه , فإن كانت إستمراراً لحيازة سابقة إفتراض أن هذا الإستمرار هو لحساب البادئ بها .

فإن خرج الوكيل عن حدود الوكالة أو كان فضولياً , فإن الشيء لا يدخل فى حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا من الوقت الذى يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولى قد حاز الشيء ويقر هذا العمل ^(١) .

وتصح الحيازة بالواسطة , سواءً كانت مأجورة أو غير مأجورة , وسواءً كان الوسيط يعمل بصفة دائمة عند الحائز (كبواب المنزل أو العمارة أو خفير المزرعة أو المنزل أو المخزن) أو عند الحاجة إليه كالعامل الزراعى الموسمى , المهم أنها ترد على الأعمال المادية فقط أما العنصر المعنوى فيظل قائماً لحساب الحائز نفسه .

وعند الشك فى أمر الحيازة بالواسطة , فالأصل أن الشخص يحوز لحساب نفسه وليس لحساب الغير , وبالتالي يقع عبء إثبات الحيازة بالواسطة على من يدعيها , وهو الحائز هنا , ولا تكليف الوسيط بشئ , فالقريضة القانونية منصوصاً عليها لصالحه .

وإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فيباشر بإسمه السيطرة المادية المدير أو الأشخاص الذين يفوضون فى ذلك ^(٢) .

(١) السنهورى - ص ٧٩٦ .

(٢) ولا يجوز هؤلاء أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوى , السنهورى - ص ٧٩٦ .

- ثانياً -

الركن المعنوى (النية)

[١] معنى النية فى الحيازة :-

يقوم العنصر المعنوى فى الحيازة على نية الحائز وقصده فى العمل لمصلحته , أى فى حيازة الشيء لحسابه الخاص , وذلك بحسب الحق المراد كسبه على الشيء , فإذا كان الحق المراد كسبه على الشيء هو حق ملكية أو أى من الحقوق المتفرعة عنها , فيجب أن يكون لدى الحائز نية تملك الشيء أو إكتساب حق إرتفاق عليه مثلاً , وبصفة عامة نية الظهور بمظهر صاحب حق عيني يحوز لنفسه ولحسابه الخاص .

هذه النية هى الركن المعنوى وهى التى تفرق بصفة عامة بين الحائز وبين ما قد يقوم بذات الأعمال المادية فقط ولا يواكبها عنصر معنوى فى نية الحيازة للحساب الخاص , كالمستعير والمستأجر والوكيل والنائب القانونى والمرتهن حيازياً والحارس القضائى , فهؤلاء حائزين عرضيين للشيء أو (محرزين له) وليسوا حائزين حقيقيين له .

والنية أمر نفسى داخلى يقام الدليل عليه بكل وسائل الإثبات , ويتضح من الأعمال المادية التى يمارسها الحائز وإنتفاعه بالشيء لمصلحته , مع عدم وجود سند آخر لحيازته .

والأصل أن تتوافر النية لدى الحائز ذاته , وبالتالي يشترط أن يكون لديه الأهلية المدركة لما يحوز وما يترتب على حيازته , إلا أن ذلك لم يمنع المشرع من إجازة الحيازة لناقصى وعديمى الأهلية , ويعتد هنا بنية النائب القانونى عنه طبقاً للمادة (٩٥٠) مدنى^(١) .

(١) السهنورى - ص ٨٠٣ .

وتقوم النية أو العنصر المعنوى على قصد إستعمال الحق للحساب الخاص , وذلك فى منطق النظرية الشخصية للعنصر المعنوى فى الحيازة , والى يأخذ بها القانون الفرنسى (والتقنيات المأثرة به) أما النظرية المادية , وبتزعمها الفقيه الألمانى إهرنج فلا تفصل بين الركن المادى والمعنوى , وترى أن النية هنا هى نية وقصد إتيان الأعمال المادية فى الحيازة , فالنائم لا يحوز ما فى يده وهو نائم , والسجين لا يحوز الأغلال المكبلة له , وكذلك عديم الأهلية فلا يستطيع أن يحوز فلا إرادة له , وينوب عنه نائبه القانونى .

وأهم نتائج النظرية المادية هى جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة الثلاث , حيث لا تحميه النظرية الشخصية , خاصة المستأجر , وقد تأثر القانون المدنى المصرى بالنظريتين الشخصية والمادية , راجع - السهنورى - ص ٨٠٣ , وما بعدها , ص ٨٠٩ .

ولمحكمة الموضوع سلطة إستخلاص ثبوت النية من عدمه , دون رقابة عليها من محكمة النقض , متى كان إستخلاصها سائغاً وله اصل ثابت بالأوراق ^(١) .

[٢] إنتفاء النية فى الحيازة القائمة على الأعمال المباحة أو التسامح .

تقوم الحيازة كسبب لإكتساب الحق العيني الأصل بصفة عامة , والملكية بصفة خاصة , على أعمال التعدى على حيازة وملك الغير , بعلم الغير أو بدون علمه , فإذا إنتفى معنى التعدى منها , بأن كان ما يقوم به الحائز هو من الأعمال المباحة للكافة بنص القانون , أى يجوز للجميع ممن هم فى ذات المركز القانونى القيام بهذه الأعمال المادية , فلا تعدى ولا سيطرة فعلية على الشئ المحوز .

وكذلك الشأن إذا كان المالك يعلم بما يقوم به الحائز من أعمال مادية فى ملكه , ويوافق على ذلك من باب التسامح والود والتضامن الاجتماعى , فلا تعدى أيضاً , حيث الأمر إحسان وتفضل من المالك بالسماح به لدواعى الجيرة أو القرابة أو غيرها , ولا يقابل الإحسان بالإساءة , " فلا تقوم الحيازة على عمل يأتیه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات , أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح - م ١/٩٤٩ " ^(٢) .

وعلى ذلك فإن قام شخص بفتح منور فى أعلى جدار منزله لدخول الهواء والضوء للمكان دون أن يكون قد ترك أى مسافة من أرضه بجوار ملك الجار , فذلك من الأعمال المباحة بنص المادة (٨٢١) مدنى ^(٣) .

ولا يمنع ذلك الجار الآخر من حقه فى البناء على ملكه بما يلاصق الجدار المفتوح به المنور وما يترتب عليه من سد المنور , ولو مضى على فتحه أكثر من خمسة عشرة عاماً , ولا يستطيع الحائز التمسك بالحيازة هنا , لأن ما قام به من الأعمال فيما سبق لم يكن إلا رخصة تشريعية مباحة للكافة , وليس عمل متعدى .

فإن كان ما قام به الجار هو فتح مطل وليس منور , وإستمر ذلك المدة الطويلة السابقة , فقد يستطيع التمسك بالتقادم المكسب .

أيضاً فإن كان فتح المطل أو المرور فى أرض معينة أو من مكان معين (شارع مثلاً) أو الإقامة فى مكان (منزل) إنما كان على سبيل التسامح من المالك

(١) نقض فى ١٩٨٧/٣/١٢ , طعن ٨٢٥ س ٥٣ - وجلسة ١٩٨٣/٤/٢٠ , طعن ١٩٥٩ س ٤٩ - ونقض

١٩٧٢/٣/٢٣ طعن ١٣٧ س ٣٧ , ١٩٦٧/٤/٢٠ , طعن ١٥١ - س ٣٣ , راجع أنور طلبه ص ٤٨٤ ج ٦ .

(٢) ويقابلها المادة (١١٤٥ / ٢) مدنى عراقى , د/ غنى حسون - ص ٢٠٩ .

(٣) نصت المادة (٨٢١) مدنى على أنه " لا تشترط أى مسافة لفتح المناور , وهى التى تعلو قاعدتها عن قمة الإنسان المعتادة , ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور , دون أن يستطاع الإطلال منها على العقار المجاور .

الأصلى فلا تعدى أيضاً , ولا يستطيع الحائز التمسك بالحيازة الطويلة المكسبة للحق , حيث الأمر مبناه التسامح وليس التعدى .

ولكن المهم إثبات التسامح هذا عند المنازعة فى الأمر , كإقرار خطى من الحائز أو المورث أنه يروى أو يطل أو يسكن المكان على سبيل التسامح , وقد يستفاد التسامح من القرائن كفتح مطل مجاور لأرض زراعية , حيث الأمر أقل مضابفة للجار صاحب الأرض الزراعية .

[٣] أعمال التسامح لا تصلح لوجود الحيازة :-

ذكرنا سلفاً أن أعمال التسامح توقف الحيازة عن إنتاج آثارها حيث إنتفى التعدى عليها , فسماع المالك للحائز بما يقوم به من أعمال توطيدا للقربة أو للتضامن الاجتماعى , هذا التفضل لن يقابل بالبحود والنكران , حتى وإن تدنى الحائز لهذا المستوى , فلن تصلح الحيازة لإنتاج آثارها , تطبيقاً للمادة (٩٤٩) مدنى .

ولكن الأهم فى الموضوع هو التدليل على ذلك , كما رأينا سلفاً , حيث يستفاد هذا التسامح غالباً من وقائع تدل على علاقة خاصة بين الطرفين أو على أن المالك لا يشعر بعبء يقع عليه من الأعمال التى تباشر على ملكه , كأن تكون بين الطرفين علاقة قرابة , ويخضع تقدير ذلك لقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض , مادام هذا التقدير يقوم على أسباب مسوعة ^(١).

[٤] الحائز الحقيقى , والحائز العرضى :-

يقتضى الأمر إذاً ضرورة التفرقة بين الحائز الحقيقى والحائز العرضى , فالحائز الحقيقى هو من إجتمع له ركنى الحيازة , المادى والمعنوى , حيث يباشر السلطة والسيطرة المادية على الشئ لحسابه الخاص , سواء كان بسند أو بدون سند , بنفسه مباشرة أو بالواسطة , أما الحائز العرضى فهو وإن كان يباشر كل الأعمال المادية التى يباشرها الحائز على الشئ عادة , وبشكل مستمر دون إنقطاع , إلا أنه ينقصه العنصر المعنوى , وهو نية العمل للحساب الخاص , بل هو يعترف بأن حيازته ليست لمصلحته , بل لحساب شخص آخر , فهو محرز للشئ , أو حائز عرضى له ليس أكثر .

ويتجلى ذلك فى حالات عديدة منها المستأجر والمستعير والولى والوصى والقيم والوكيل والحارس القضائى والمرتهن حيازياً والتابع والناقل والمودع لديه ^(٢) .

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٤/٣/٢٩ - الطعن رقم ١٧٧٤ س ٤٩ ق .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٤٧٢ .

فهؤلاء محرزون للشيء وليسوا حائزين حقيقيين ، حيث يقرون بملكية الغير للشيء محل الحيازة ، وأنهم لا ينوون تملكه بل إدارته أو الإنتفاع به لفترة مؤقتة ، يعود بعدها لمالكة وحائزه الحقيقي ، وتحكم علاقة الطرفين طوال فترة الإحراز العقد المبرم بينهما أو النصوص القانونية المنظمة لسلطات وواجبات كل طرف .
ولن يستطيع أيهم أن يكسب ملكية الشيء المحرز بالتقادم ، وعلى خلاف سند حيازته ، تطبيقاً للمادة (١/٩٧٢) مدنى " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة " (١) .

[٥] تحول الحائز العرضى لحائز حقيقى :-

ولكن هل تصلح الحيازة العرضية لأن تتحول لحيازة حقيقية ، أى يتحول الحائز العرضى لحائز حقيقى ؟

نعم ، يمكن ذلك ، بأن ينتقل الحائز العرضى من مركزه هذا القلق المؤقت لمركز قانونى أفضل ودائم وهو الحائز الحقيقى ، ويكون ذلك بأحد طريقين :- الأول : فعل الحائز لنفسه ، والثانى : فعل الغير ، وفى ذلك جاء نص المادة (٢/٩٧٢) مدنى " ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير ، وإما بفعل منه يعتبر معارض لحق المالك ، ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير " .

{ أ } تغير الحيازة العرضية إلى حقيقية بفعل الغير :-

يقصد بالغير هنا أى شخص غير المالك الحقيقى ، ويقوم الغير بعمل من شأنه تغيير صفة الحائز من عرضى إلى حقيقى ، كإبرام عقد بيع منه للحائز أو هبه أو مقايضة أو غيره من التصرفات أو الأعمال التى يتغير بها صفة الحيازة .

فإذا ظهر شخص من الغير بمظهر المالك أو الوارث الظاهر أو الوكيل الظاهر ، وعرض الشيء محل الحيازة على الحائز العرضى ، كعرضه المزركة على المستأجر لبيعها له ، ووافق المستأجر على الشراء وقام بدفع الثمن وإبرام عقد البيع ، فهنا إنقلبت حيازة المستأجر من حيازة عرضية إلى حيازة حقيقية بفعل الغير .

ولكن ليس أى عمل من الغير من شأنه تحول الحيازة هكذا ، بل يشترط أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت تعامله مع الغير (٢) ، أى يعتقد أنه يتعامل مع

(١) السهنورى - ص ٨٣٠ .

(٢) عكس ذلك - السهنورى - ص ٨٣٧ .

شخص لديه القدرة والسلطة القانونية على نقل الحق إليه , أى يجهل أنه يعتدى على حق الغير (المالك الحقيقي) , وإلا لكان من السهل على الحائز أن يتواطئ مع الغير لإبرام عقود وتصرفات صورية لتغيير حيازته .

و يتنافى مع حسن النية المفترضة هذه الخطأ الجسيم من قبل الحائز , على ما سيرد بشأن السبب الصحيح .

{ ب } تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز نفسه :-

أيضاً قد تتغير صفة الحيازة بفعل الحائز نفسه , بأن يتعرض للمالك فى ملكه , والمقصود بذلك الأعمال التى يأتىها الحائز العرضى والتى تدل دلالة قاطعة على أنه ينكر على المالك ملكيته ويريد الإستئثار بها لنفسه , سواء كان حسن النية أو سيئها , كأن يمتنع عن دفع الأجرة أو عن رد المأجور بإدعائه ملكيته وإنكار حق المؤجر عليه , أما مجرد إمتناع الحائز العرضى عن الوفاء بالإلتزامات التى يلتزم بها بمقتضى سند حيازته العرضية , كإمتناع المستأجر عن دفع الأجرة , فلا يكفى لتغيير صفة الحيازة , بل يلزم أن يقترن ذلك بمعارضة حق المالك على النحو المتقدم , فالإمتناع عن دفع الأجرة قد يكون لعدم قيام المؤجر بالصيانة الضرورية للعين أو الإخلال بالإلتزامات العقدية الأخرى , وتقدير ذلك أمر متروك لقاضى الموضوع , تحت رقابة محكمة النقض .

ويجب أن تكون هذه المعارضة فى مواجهة المالك نفسه , فلا يكفى , مثلاً , أن يدعى المستأجر أمام جمع من الناس , فى غيبة المالك , ملكية العين , لأن إدعائه هذا لم يتم فى مواجهة المالك , وفى ذلك سجلت محكمة النقض قولها " الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك , ولا يكفى فى تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته , بل يجب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون تغيير النية إيجابى ظاهر يجابه حق المالك بالإتكار الساطع والمعارضة العلنية , ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزعم إنكار الملكية على صاحبها وإستئثاره بها دونه " (١) .

فلا تصلح الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز العرضى على العين لتغيير صفته ولا تعسفه فى إستعمال حقوق الحائز العرضى , بل يجب أن يعارض الحائز

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٩/٥/٢٨ , الطعن رقم ٣١٩ س ٥٥ ق - - ونقض ١٩٩٤/١٠/٣٠ س ٤٥ ق - ص ١٣٠١ .

العرضى حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية العين , يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك ذلك عليه , سواء أكان نزاعاً قضائياً أو غير قضائى كإذاره المالك رسمياً بإدعائه ملكية العين , بكتاب مسجل أو غير مسجل أو بإخطار شفوى ^(١) .

ويلاحظ أنه إذا كان تغيير صفة الحيازة بفعل الغير يتم بحصول الحائز على سند من شأنه أن يكسب الحق العينى لو أنه كان صادراً من مالك الشئ , فإن تغيير صفة الحيازة بفعل الحائز يختلف عن ذلك فى أن الحائز لا يحصل على سند جديد , بل هو يهدر سند حيازته العرضية , فتكون حيازته الجديدة بدون سند ^(٢) .

- ثالثاً -

- عيوب الحيازة -

أوضحت المادة (٢/٩٤٩) مدنى العيوب التى يجب أن تخلو منها الحيازة لترتب آثارها القانونية , وقد حصرتها فى ثلاثة عيوب , إثنان منها يخصان الركن المادى وهما الإكراه والخفاء , والثالث يخص الركن المعنوى وهو الغموض أو اللبس , حيث جاء فيها أنه " وإذا إقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو إلتبس عليه أمرها , وإلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب".

{ ١ } عيب الإكراه :-

ويعنى وضع اليد بالقوة والغلبة , أى بالغصب , فالحائز قد لجأ لشريعة الغابة وليس للقانون , فاستغل قوته الشخصية أو العصبية القبلية أو نفوذه فى السلطة لكى يستولى عنوة على ملك الغير , والإقرار له على ما فعل يعنى إنتهاء قوة القانون وعودة الفوضى والإضمحلال , ويستوى أن يكون هذا الإكراه حسيماً أى تم بإستعمال القوة , أو معنوياً أى تم بالتهديد بإستعمالها ^(٣) .

والإكراه المقصود هو المعاصر للحظة وضع اليد والسيطرة على الملك , وهو الذى يعيب الحيازة , أى لحظة بدء الحيازة , ويظل ملازماً لها , وإن تخللتها فترات هدوء , ولكن إن زالت قوة الحائز الغاصب ونفوذه ومع ذلك ظل حائزاً بشكل هادئ

(١) السهنورى - ص ٨٣٨ .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢١٤ , وفى ذلك ورد نص المادة (١٦٧٣) من مجلة الأحكام العدلية , والمادة (١١٥) من مرشد الحيران - المرجع ذاته .

(٣) د/ نبيل سعد - ص ٤٨٢ , ونقض فى ١٤/١/١٩٧٥ , طعن ٥٥٧ س ٣٩ ق - وفى ١٧/٦/١٩٦٥ س ١٦ ص - ٧٧٣ , وفى ٣٠/٤/١٩٧٤ , طعن ٣١١ س ٣٨ ق .

قد تتقلب حيازته إلى حيازة قانونية , وعلى من يريد إستردادها منه أن يلجأ للقضاء ليحكم بأحقية في ذلك , فإن أصدر له القضاء حكماً لصالحه , فلهجات التنفيذ إعادة ملكه له ولو بالقوة الجبرية .

وعكس الإكراه الهدوء , وبالتالي فتننتج الحيازة آثارها متى بدأت في هدوء ودون إكراه أو غصب وقوة , حتى إستقر الوضع للحائز , ولو إضطرب بعد ذلك للدفاع عن ملكه ضد المعتدين , فلجأ للشرطة إن أمكن أو لحالة الدفاع الشرعى عن النفس والمال , فمن مات دون عرضه أو ماله فهو شهيد عند الله .

[٢] الخفاء :-

وتكون الحيازة مشوبة بعيب الخفاء إذا لم تكن ظاهرة أو علنية , فالحيازة كما رأينا هي الظهور بمظهر صاحب الحق , ولهذا يجب أن يتصرف الحائز كما يفعل عادة من يمارس حقاً من الحقوق فلا يخفى ما يقوم به , فصاحب الحق لا يستعمله خفية , بل يستعمله علناً , فإذا أخفى الحائز حيازته , أو حاول إخفاء أعماله عمد لهم مصلحة في العلم بها ^(١) , فإن الحيازة لا تنتج آثارها القانونية إلا من وقت زوال الخفاء .

والغالب ألا يتحقق عيب الخفاء إلا بالنسبة للمنقولات لسهولة إخفائها , أما بالنسبة للعقارات فمن النادر أن تكون الحيازة خفية , ومن الأمثلة المعتادة والتي تساق لحيازة العقار خفية أن يعتمد المالك إلى المرور ليلاً في أرض جاره بحيث لا يراه هذا الجار , ففي هذه الحالة لا يكسب المالك إرتفاقاً بالمرور مهما طالت مدة مروره في أرض جاره .

وعكس الخفاء هو الوضوح والعلانية , أى الظهور أمام المالك والكافة بمظهر الحائز القانونى .

ولا يشترط حتى تكون الحيازة علنية أن تكون ظاهرة للناس كافة , بل يكفى لإعتبارها كذلك أن تكون ظاهرة للمالك أو من يراد الإحتجاج عليه بها ولو كان أمرها خفياً عن باقى الناس ^(٢) , ولكن الحيازة لا تعتبر خفية بالنسبة للمالك إذا كان لا يعلم بها لسبب يرجع إليه هو كغيابة فترات طويله عن ملكه وإهماله فيه , إذا كان الأمر ظاهراً للناس كافة في مكان وجود الشيء .

(١) السنهورى - ص ٨٤٨ .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢١٥ .

وكلا من عيب الخفاء والإكراه يلانزمان الركن المادى للحيازة , ويؤثران سلباً على إنتاج الحيازة آثارها .

[٣] الغموض أو اللبس :-

ويعنى ذلك غموض الأمر وإلتباسه على الناس , فلا نعرف ما إذا كان الحائز يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير أم لحسابه ولحساب الغير فى آن واحد , فالأمر غير واضح على الكافة , حيث نية الحائز فى العمل للحساب الخاص لم تتجلى , ولم تكن واضحة جلية .

ويحدث ذلك عادة حينما يكون الشئ شائعاً و خاصة إذا نتج الشيوع عن الميراث ولم يقسم الشركاء على الشيوع الشئ بعد , بل تركوه فى يد أحدهم , وهو أكثرهم تخصصاً فى إدارة هذا المال , على أن تقسم الفائدة كل فترة أو فترات . فهنا الحائز للشيئ الشائع لا تتضح نيته فى الحيازة لمصلحته فقط , فالشيئ جزء من تركه , والشركاء الآخرون يروحون ويجيئون عليه دون أدنى إعتراض , وقسمة الفائدة تتم ولو كانت غير عادلة , وبالتالي لم تتضح نية الحائز , ولا تنتج الحيازة أى أثر فى كسب الحق العينى على الشئ^(١) .

وعكس الغموض هو الوضوح , فإذا أعلنت نية الحائز فى أنه يحوز لحساب ذاته فقط وليس لحساب الغير , وصار الأمر جلياً فنتج الحيازة آثارها من تاريخ الوضوح .

وعيب الغموض يلانزم كما رأينا الركن المعنوى فى الحيازة^(٢) .

[٤] عيوب الحيازة مؤقتة ونسبية :-

تعد عيوب الحيازة الثلاثة عيوب مؤقتة لأنها تظل تمنع الحيازة عن إنتاج آثارها طالما بقيت , فإن زالت فى أى وقت باتت الحيازة كاملة منتجة لآثارها , فإن كانت الحيازة غامضة أو خفية طوال خمس سنوات , ثم باتت واضحة جلية علنية

(١) نقض مدنى فى ١٩٨٥/١/١٥ , طعن ١٢٣٩ س٥٠ق - إلا إذا إستطاع أن يحوز الحصة الشائعة وإستقرت حيازته على مناهضة حق باقى الملاك ومناهضته على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو مظنة التسامح " نقض ١٩٨١/٤/٢٢ , طعن ٥٨ س٤٨ , ونقض ١٩٨٢/٤/٢٥ , طعن ١٥١٥ س٤٨ق - وأحكام أخرى - أنور طلبه - ج ١ - ص ٥٧٠ .

(٢) قضى أنه " المرور فى أرض فضاء لا يكفى وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده , لأنه ليس إلا مجرد إنتفاع ببعض منافع العقار , لا يحول دون إنتفاع الغير به بالمرور أو بفتح مطلات أو بغير ذلك , ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها " نقض فى ١٩٥٤/١/١١ , طعن رقم ٢٤ س١٤ق .

للناس كافة وللمالك الحقيقي ذاته , فقد صارت منتجة لآثارها من تاريخ زوال العيب , أما ما مضى من الزمن قبل زوال العيب فلا يحسب في مدة التقادم .

أيضاً الإكراه , يظل مانعاً للحيازة عن إنتاج آثارها , فإن زال النفوذ والقوة السلطة وعاد الشخص الحائز لا يملك ولا يقوى على إيذاء أحد أو التهديد بالإيذاء , ومع ذلك ظل حائزاً للشيء بهدوء وإستقرار , فهنا تبدأ الحيازة في إنتاج آثارها , ولا تحسب المدة السابقة .

فإذا هذه العيوب مؤقتة , وهى تلازم الحيازة طالما بقيت , فإن زالت بعد ذلك , نفذت الآثار في حق المالك من تاريخ الزوال , وليس بأثر رجعى , وفى ذلك تسجل المادة (٩٦٧) مدنى قولها أنه " تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها , مالم يقم الدليل على عكس ذلك " .

- وهى عيوب نسبية :-

ويعنى ذلك أنه لا يجوز الإحتجاج والتمسك بالعيب إلا من الشخص الذى وقع عليه العيب , أى الشخص المكره أو الذى إلتبس عليه الأمر أو أخفى عنه , فلا يجوز للكافة التمسك بالعيب , إذ ليس من النظام العام , بل لمن وقع فى شأنه فقط .

فإذا كان الشريك الحائز للمزرعة قد أوضح نيته تجاه بعض الشركاء فى أنه لن يعطيهم شيئاً منها لأنه يحوزها لنفسه وهو مالکها وحده , وأنكر عليهم أى حق فيها , وظل فى الوقت ذاته يعطى الآخرين نصيبهم من ثمراتها والريع ويستقبلهم كالعادة فيها , فإن الفريق الأول , والذى أنكر حقهم عليهم صار الأمر واضحاً لهم , فتسرى الحيازة فى حقهم , أما الفريق الآخر فالأمر غامض ملتبس بالنسبة لهم فلا يسرى فى شأنهم التقادم .

وكذلك إن وقع إكراه أو خفاء للبعض دون البعض الآخر , فتسرى الحيازة على من لم يقع عليه أى إكراه أو خفاء , حيث كانت الحيازة هادئة وعلنية لهم , ولكن تظل غير منتجة لآثارها فى حق الآخرين .

فالأمر نسبي , وليس مطلق للكافة (٢/٩٤٩) ^(١) .

(١) قضت محكمة النقض بأن التحقق من إستيفاء الحيازة شروطها القانونية من سلطة محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض , متى أقام قضائها على أسباب سائغة , نقض مدنى فى ١٩٨٧/٤/٢ , طعن ٤٤٣ , س ٥٣ ق .

- الفرع الثانى -

إنتقال الحيازة , وزوالها , وحمايتها

تحتسباً لإحتمالات تدوال الأموال بيد الأشخاص , بعمل إرادى كالباع أو بواقعة مادية ترتب آثاراً قانونية كالميراث , فقد نظم القانون إنتقال الحيازة للخلف العام أو الخاص , كما نظم زوال الحيازة بالتنازل الإرادى أو غير الإرادى عن الشئ محل الحيازة , وإستمرار الأمر كذلك فترة من الزمن .

وأخيراً فقد تولى القانون حماية الحيازة من أى إعتداء يتصور وروده عليها فى ذاتها , وليس فى أصل الحق , فأعطى الحائز دعاوى ثلاث يمكنه بها اللجوء للقضاء (المستعجل) لحماية وضعه كحائز , بصرف النظر عن صحة أو بطلان سند الحيازة , وهذا ما سنتناوله فى السطور القادمة .

- أولاً -

- إنتقال الحيازة -

نظم القانون المدنى إنتقال الحيازة للخلف العام أو الخاص فى المادة (٩٥٢) وما بعدها , فبدأ بكيفية الإنتقال , ثم صفات إنتقال الحيازة.

[١] كيفية إنتقال الحيازة :-

عادة ما تنتقل حيازة الأشياء بالتسليم , وهو - كأحد إلتزامات البائع فى عقد البيع مثلاً - يتم بالتسليم الحقيقى أو الحكمى أو الرمزى , فالتسليم الحقيقى يكون بوضع الشئ تحت تصرف المشتري (مثلاً) مع إعلامه بذلك , ويكون رمزياً بتسليمه مستندات ومفاتيح المبيع كتسليم المشتري رخصة السيارة وأوراقها ومفاتيحها , أو تسليم المشتري للبضاعة مستندات شحنها ملكيتها , ويكون التسليم حكماً بتغيير نية الشخص , فلو كان المشتري حائزاً للمبيع قبل شراؤه بأية صفة , كما لو كان مستأجراً له أو مستعيراً أو مودعاً لديه , ثم إشتراه من مالكه , مع إستمرار حيازته له , فإن التسليم يكون بتغيير نية المشتري , فقبل البيع كان مستأجراً له , وبعد البيع صار مالكاً له .

ولا يخرج موضوع إنتقال الحيازة على الشئ عن هذه الصور ^(١) , فطبقاً للنصوص القانونية , تنتقل الحيازة كما يلى :-

(١) السهنورى - ص ٧٩٣ , ص ٨٨٤ .

{ أ } { الإنتقال الفعلى } :- تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا إتفقا على ذلك وكان فى إستطاعة من إنتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه بالحيازة , ولو لم يكن هناك تسلم ماذى للشيئ موضوع هذا الحق " م (٦٥٢) .

{ ب } { الإنتقال الحكمى } :- يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم ماذى إذا إستمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة , أو إستمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه (م ٩٥٣) .

{ ج } { الإنتقال الرمزى } :- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها , على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة م (٩٥٤) .

وهذه الحالات تتعلق بالخلف الخاص .

أما الخلف العام , وهو الذى يتلقى عن السلف كل ذمته المالية أو جزء غير معين منها , وهو الوارث أو الموصى له بحصة غير معينة من التركة كالربع أو الثلث , فتنقل إليه كل الذمة المالية , ويحوزها بمجرد وفاة المورث أو الموصى .

[٢] صفات الحيازة عند إنتقالها :-

[أ] - إحتفاظ الحيازة بصفاتها عند إنتقالها للخلف العام :-

نظمت المادة (١/٩٥٥) مدنى إنتقال الحيازة للخلف العام وقررت إحتفاظها بصفاتها حين إنتقالها إليه , فتنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها , على أنه إذا كان السلف سيئ النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

فالقاعدة أنه إذا كانت حيازة السلف عرضية أو بها عيب الإكراه أو الخفاء أو الغموض فإنها تنتقل للخلف بذات الأوصاف والعيوب , فتكون حيازة الخلف عرضية أيضاً أو معيبة بالإكراه أو غيره , ولا تصلح لإنتاج آثارها القانونية , فالحيازة تبقى محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها , مالم يقد الدليل على العكس ^(١) .

- والإستثناء المنصوص عليه من تلك القاعدة يتعلق بحسن النية أو سوءها , وليس بالعيوب الأخرى , فإذا كان السلف سيئ النية , وتوفى , وكان الخلف حسن النية لا

(١) راجع المادة (٩٦٧) مدنى , وراجع السهورى - ص ٨٧٢ .

يعلم بسوء نية مورثه , فإن للخلف الحق - طبقاً للقانون - فى التمسك بحسن نيته هو , وترتيب الآثار القانونية على ذلك ^(١) .

فإذا وجد الخلف ضمن التركة منقولاً أو عقاراً , وإعتقد أن مورثه كان قد إشتراه أو أنه تلقاه بشكل مشروع , وظل حائزاً له بحسن نية , أى يجهل أنه يعتدى على حق الغير , ولم ينسب إليه أى خطأ جسيم , فيمكن له أن يتمسك بحسن نيته هو , ولا علاقة له بسلفه فى هذه الجزئية .

{ ب } إستقلال حيازة السلف عن حيازة الخلف الخاص :-

رأى المشرع المغايرة فى المعاملة بين الخلف العام والخلف الخاص , ومرجع ذلك أن الأخير يتلقى الحق والحيازة بناءً على إتفاق مع السلف , وبالتالي فهناك إستقلال فى الحيازة والمعاملة بينهما , فيجب أن تكون كل حيازة صالحة لإنتاج آثارها لأنها مستقلة عن الأخرى .

فحيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف , وتثبت لها صفاتها الخاصة , التى قد تختلف أو تتفق مع حيازة السلف , فقد تكون حيازة السلف معيبة , وتكون حيازة الخلف صحيحة خالية من العيوب .

وإن أراد الخلف الخاص ضم حيازة سلفه له , وهذا من حقه , فيجب أن تكون كلا الحيازتين صالحتين لإنتاج آثارها , أى كلاهما صحيحة وخالية من العيوب " فيجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " م (٢/٩٥٥) مدنى ^(٢) .

- ثانياً -

زوال الحيازة

نظمت زوال الحيازة المادتان (٩٥٦ , ٩٥٧) مدنى , وجرت صياغتهما على ما يلى :- " تزول الحيازة إذا تخلص الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى , مادة ١/٩٥٧ - لا تنقضى الحيازة إذا حالت دون السيطرة الفعلية على الحق مانع وقى . ٢ - ولكن الحيازة تنقضى إذا إستمر هذا المانع سنة كاملة , وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه , وتحسب السنة ابتداءً من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة , إذا بدأت علناً , أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية " .

(١) راجع السهنورى - ص ٨٦٤ .

(٢) السهنورى - ص ٨٩٠ .

فإذا كانت الحيازة تجتمع للحائز بتوافر عنصرها المادى والمعنوى , فهى نزول عنه أيضاً بتخلى الحائز عن حيازته , أى بالنزول الإرادى عنها كبيعها العقار وتسليمه للمشتري أو هبته وتسليمه للموهوب له , كما تكون بفقده الركن المادى أو زوال السيطرة الفعلية على الشيء بأى طريقة كانت غير التخلّى الإرادى , وإن إستمر الركن المعنوى متوافر , فالنية وحدها لا تجمع الحيازة للحائز .

ولكن إذا تم فقد السيطرة على الحيازة (الركن المادى) دون إرادة الحائز (الركن المعنوى) , ولمانع وقتى , فلا تزول حيازته وتظل ثابتة له حتى زوال المانع الوقتى , وكان يحدث هذا فى وقت فيضان النيل حيث تغطى المياه على بعض الأراضى المجاورة , أو إذا أغرقت مياه البحر أو البحيرات بعض الأراضى , فلا تزول ملكيتها ولا حيازتها عن أصحابها وتعود الأمور كما كانت بعد انحسار المياه .

ولكن إن إستمر المانع لمدة سنة كاملة , فإن الحيازة تنقضى إذا وضع شخص آخر يده على الشيء غصباً عن الحائز (أى بعلمه ورغم إرادته) أو بدون علمه , وتحسب السنة من تاريخ بدء الحيازة الجديدة , إذا بدأت علناً للكافة ولو لم يعلم بها الحائز , ومن وقت علم الحائز الأول بها , إذا كانت خفية , أى غير علنية للكافة .

فإن نجح الحائز فى إسترداد حيازته قبل مرور السنة , فتسقط مدة فقد الحيازة , ولا يعتبر أنه فقد الحيازة , فيستكمل حيازته السابقة كأن شيئاً لم يكن^(١) .

(١) السهنورى - ص ٩٠١ .

فإنتراع حيازة المستأجر بالتحايل أو بطريقة الجبر لا تزول به تلك الحيازة قانوناً , نقض فى ١٩٨٧/٤/٢٧ ,
طعن ١٠٦٣ س ٥٣ ق .

- ثالثاً -

(حماية الحيابة)

[١] دعاوى الحيازة الثلاثة :-

آثر المشرع حماية الحيازة القانونية من أى إعتداء قد يمسها صوناً للأمن الاجتماعى وحماية للأوضاع الظاهرة , فأنشأ للحائز القانونى الحق فى اللجوء للقضاء طلباً للحماية , بأى من الدعاوى الثلاث المرخص له بإستعمالها , وهى دعوى إسترداد الحيازة , ودعوى منع التعرض , ودعوى وقف الأعمال الجديدة , المنظمة فى القانون المدنى فى المواد (٩٥٨) وما بعدها .

وهذه الدعاوى تعتمد على إجتماع أركان وشروط الحيازة فى يد الحائز , أى هو حائز قانونى , ولا علاقة لها بأصل أو سند حيازته , فلا تطرح موضوعياً أسانيد الحائز وما إذا كانت صحيحة أم باطلة , بل ما هو مطروح فقط أركان الحيازة وخلوها من العيوب , فإن توافرت لشخص ما فهو حائز قانونى يستأهل الحماية المنصوص عليها , فالمسألة شكلية وليست موضوعية , وإن لم يمنع ذلك المالك الحقيقى من رفع دعوى موضوعية أمام قاضى الموضوع , تطرح فيها موضوعياً أسانيد الطرفين , ليصدر القاضى بعدها حكماً بإستحقاق المدعى أو المدعى عليه للملكية (وليس للحيازة) , وهى دعوى إسترداد الملكية أو دعوى الإستحقاق .

هذا من ناحية , ومن ناحية أخرى فإنه إذا كان الأصل أن المستفيد من دعاوى الحيازة هو الحائز القانونى , وليس الحائز العرضى , إلا أن القانون قد منح (إستثناءً) المستأجر الحق فى اللجوء لهذه الدعاوى , وهو حائز عرضى , حفظاً وصوناً لحقوقه الشخصية الناتجة عن الإيجار , ومنها الحيازة .

وهذه الدعاوى لا تحمى سوى حيازة العقارات , أما بالنسبة للمنقولات فإن قاعدة (الحيازة فى المنقول سند الملكية) تجعل دعوى الحيازة عديمة الجدوى , كما أن المنقولات غالباً ما تكون قليلة الأهمية بالقياس على العقارات , ولهذا فإن القوانين الحديثة قصرّت هذه الدعاوى على حماية العقار دون المنقول ^(١) .

ودعاوى الحيازة تحمل طابع الإستعجال , فتدخل فى إختصاص القاضى الجزئى أياً كانت قيمة العقار طبقاً للمادة (٤٧) من قانون المرافعات , وتختص بنظرها المحكمة

(١) السهنورى - ص ٩٠٤ ود/ غنى حسن - ص ٢٢١ .

الواقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه ^(١) , ويعتبر الإختصاص النوعى هنا من النظام العام .

[٢] دعوى إسترداد الحيازة :-

نظمت دعوى إسترداد الحيازة فى ثلاث مواد (من ٩٥٨ إلى ٩٦٠) مدنى , وهى تقوم على حق الحائز الذى فقدت حيازته أن يطلب إستردادها خلال السنة التالية لتاريخ فقدانها , فإن كان فقد الحيازة خفية , فتبدأ السنة من تاريخ إنكشاف الأمر , وهذه مدة سقوط وليس تقادم ^(٢) .

وترفع دعوى الإسترداد من الحائز القانونى والحائز العرضى , طبقاً للمادة (٩٥٨) مدنى " لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدانها ردها إليه , فإن كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك , ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره " .

فإن لم يكن فاقد الحيازة قد مرت على حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد حيازته , فلا يجوز له رفع دعوى الإسترداد , إلا إذا كان الحائز الجديد هو الآخر ليست حيازته أحق بالتفضيل , حيث لم تمر سنة على حيازته هو الآخر .

يوازن القاضى بين الطرفين فى الحيازة الأولى بالرعاية , حيث يقضى لمصلحة من كان له منهما سند قانونى بحيازته , فإن تساوى , أو لم يكن لهما أى سند , فيقضى لمصلحة الأسبق فى التاريخ , وذلك مالم تكن الحيازة قد نزعَت قسراً , أى بالقوة , فيقضى لمصلحة الحائز الأول فى جميع الأحوال .

فإذا لم يكن من فقد الحيازة قد إنقضت على حيازته سنة وقت فقدانها , فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل , والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى , فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم , كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ , فإن كان فقد الحيازة قد تم بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يستردّها خلال السنة التالية من المعتدى (م ٩٥٩) مدنى .

بل للحائز هنا أن يرفع دعوى الإسترداد - خلال المدة السابقة , أى سنة من تاريخ فقدانها - على من إنتقلت إليه الحيازة , ولو كان الأخير حسن النية , إذ أن أعمال الغصب لا تصحح بحسن نية الحائز الجديد , وإن لم يوجد مانع من رجوع

(١) السهنورى - ص ٩٠٦ .

(٢) السهنورى - ص ٩١٩ .

الحائز الجديد على الغاصب الذي نقل إليه حيازة مغصوبة بالتعويضات^(١) , ولا يشترط لرفع دعوى إسترداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية , فللحائز رفع هذه الدعوى ولو كان سيئ النية^(٢) .

[٢] دعوى منع التعرض :-

تفترض هذه الدعوى أن شخص ما يتعرض للحائز مادياً أو قانونياً في الإنتفاع بحيازته الهادئة المستقرة , حيث يقوم بمنعه من دخول العقار (أرضه أو منزله) أو يضع عراقيل في طريقه كقطع الطريق أو حفره أو قطع الكهرباء عنه , أو يدعى بأى عمل قانونى يتعارض مع حقوق الحائز^(٣) يكون من شأنه أن يجعل الحيازة محل نزاع أو خصومة أمام القضاء كإذاره بعدم زراعة الأرض أو إتلاف الزراعة أو تنفيذ حكم فى دعوى لم يكن هو طرفاً فيها .

ويشترط لرفع دعوى منع التعرض هذه أن يكون الحائز قد حاز عقاره لمدة سنة كاملة على الأقل قبل وقوع أعمال التعرض , أى إجمعت له الحيازة القانونية قبل سنة من تعرض آخر له , فإن لم تمضى هذه السنة الكاملة على حيازته الهادئة المستقرة الخالية من العيوب فلا حق له فى اللجوء لها , وله أن يضم - فى حساب مدة السنة - إلى مدة حيازته حيازة سلفه (عاماً أو خاصاً) .

فإن وقع تعرض له بعد إنقضاء المدة المشار إليها سلفاً فإن له الحق فى خلال العام التالى فى رفع دعوى منع التعرض " فمن حاز عقاراً وإستمر حائزاً له سنه كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض " (م ٩٦١) مدنى , فلا يتأخر عن العام من تاريخ وقوع أعمال التعرض حتى لا يكتسب المتعرض حيازة قانونية فيما تعرض له فيه , فهذه مدة سقوط وليس مدة تقادم , ومن ثم فهى تسرى على غير كامل الأهلية والغائب , ولا توقف ولا تنقطع .

(١) وفى ذلك تسجل المادة (٩٦٠) مدنى قولها بأنه " للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى إسترداد الحيازة على من إنتقلت إليه حيازة الشئى المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية " .

(٢) (السهنورى - ص ٩١٥ , نقض مدنى فى ١٧/٦/١٩٩٣ , الطعون رقم ١٧٩٩ , ٢٠٩٧ , ٢٢٤٣ , س٦٢ق - وفى ٢٩/١١/١٩٨٤ , طعن ٤٨٩ س٥٠ق - , وفى ١٩/٤/١٩٨٣ , طعن ١٧٤٧ س٤٩ق .

(٣) (السهنورى - ص ٩٣١ , ص ٩٣٤ وما بعدها , ونقض مدنى فى ١٩/١١/١٩٩١ , طعن ٢٤٧١ , س٥٥ق - فإذا كان التعرض بناءً على أمر إدارى للمصلحة العامة فيلجأ للقضاء الإدارى لوقف تنفيذه أو إلغاؤه , نقض فى ٢٨/٤/١٩٩١ , طعن ١٢٤٠ س٥١ق .

[٣] دعوى وقف الأعمال الجديدة :-

وهذه الدعوى الأخيرة تتعلق بالبده فى تنفيذ أعمال مادية جديدة , كبناء حائط أو سد طريق بسور مبنى أو زراعة أشجار على غير المسافات القانونية , مما يؤدى لسد مطل الحائز أو فقده طريقه أو إتلاف مزروعاته , ويخشى الحائز - لأسباب معقولة - من تهديدها لحيازته الهائلة المستقرة لو إكتملت هذه الأعمال , فيلجأ للقضاء بطلب وقفها .

- ويشترط لرفع هذه الدعوى ما يلى :-

- (أ) أن يكون حيازة العقار (القانونية) قد إستمرت سنة على الأقل قبل البدء فى هذه الأعمال (ويمكن ضم مدة السلف) .
- (ب) أن توجد أسباب معقولة للحائز فى تهديد هذه الأعمال لحيازته , فيما لو تمت , وفى هذا تختلف دعوى منع التعرض عن دعوى وقف الأعمال الجديدة , فالأولى لا ترفع إلا إذا وقع التعرض فعلاً , أما الثانية فترفع لمجرد الخشية من تهديد هذه الأعمال للحيازة , فيما لو تمت .
- (ج) ألا تكون هذه الأعمال المادية الجديدة قد إكتملت , فلو إكتملت فلا فائدة من رفع دعوى وقف أعمال , فقد تمت , بل دعوى منع التعرض .
- (د) ألا تمضى مدة عام على بدء هذه الأعمال الجديدة , فمرور عام على بدأها يكون البانى أو القائم بهذه الأعمال قد إكتسب حيازة يمكن له طلب حمايتها قانوناً .^(١)

وعند طرح الأمر أمام القضاء فللقاضى أن يمنع إستمرار الأعمال أو أن يأذن فى إستمرارها , وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف , متى تبين بحكم نهائى أن الإعتراض على إستمرارها كان على غير أساس , وتكون فى حالة إستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى فى مصلحته^(٢) .

(١) راجع المادة (١ / ٩٦٢) مدنى , وراجع نقض مدنى فى ١٩٨٦/١٢/٢ , طعن ٤٠٩ س ٥٣ ق .

(٢) فى إتساع ولاية قاضى الحيازة لطلب الإزالة , راجع نقض مدنى فى ١٩٨٤/١١/٢٥ , طعن رقم ١٥٣٢ س ٥١ ق .

ويتضح مما سبق أن هناك فروقاً ثلاثة بين دعوى وقف الأعمال الجديدة ,
ودعوى منع التعرض :-

(١) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة تبدأ الأعمال فى عقار المدعى عليه , أما فى
دعوى منع التعرض فقد تكون فى عقار المدعى عليه أو فى عقار المدعى أو فى عقار
الغير .

(٢) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة , تبدأ هذه الأعمال دون أن تتم , ودون أن يقع
تعرض فعلى , أما فى دعوى منع التعرض فتتم هذه الأعمال ويقع تعرض فعلى .

(٣) وفى دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضى بوقف الأعمال الجديدة , دون إزالتها
, أما فى دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى بإزالة هذه الأعمال^(١).

(١) السنهورى - ص ٩٤٩ .

- المطلب الثانى -

آثار الحيازة

[دور الحيازة فى كسب الحق العينى (حق الملكية)]

للحيازة دوراً هاماً فى كسب الحقوق العينية الأصلية على العقار والمنقول على السواء , إذ إعتبرها القانون من أهم مصادر وأسباب إكتساب الحق العينى من شخص لآخر , وبصفة خاصة يعد حق الملكية الصورة الأهم للأثر المكسب للحيازة . ولم يتبع المشرع سياسة تشريعية واحدة فى كسب حق الملكية بالحيازة , أو الحق العينى بصفة عامة , فوضع نظام للتقادم المكسب الطويل , والذي إشتراط فيه الحيازة القانونية بالإضافة لمرور فترة لا تقل عن خمسة عشر عاماً , لإكتساب الحق العينى على العقار أو المنقول .

ووضع نظام آخر لإكتساب الحق العينى على العقارات بالتقادم الخمسى , والذي إشتراط فيه الحيازة القانونية ومرور خمس سنوات وسبب صحيح وحسن نية . ثم وضع نظاماً ثالثاً لإكتساب الحق العينى فوراً بالحيازة , أى دون حاجة لمرور أى فترة زمنية , وخص المنقولات بهذا النظام فقط , سواء أكانت منقولات عادية أو ثمار .

- وسنتبع آثار التقادم المكسب (الحيازة) فى الفروع الآتية :-
- الفرع الأول : التقادم المكسب الطويل .
- الفرع الثانى : التقادم الخمسى (القصير) .
- الفرع الثالث : إكتساب الملكية على المنقول فوراً , دون تقادم .
- (قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية) .
- الفرع الرابع : كسب ملكية الثمار .
- الفرع الخامس : حق الحائز فى إسترداد المصروفات ومسئوليته عن الهلاك .

- الفرع الأول -

التقادم المكسب (الطويل)

- الفرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط :-

توجد هنا مجموعة من الفروق بينهما نجملها فيما يلي :-

(١)- يقوم التقادم المكسب على واقعة إيجابية هي حيازة الشئ , أى وضع اليد والسيطرة عليه مدة معينة من الزمن بالشروط القانونية المحددة , فيكتسب الحائز ملكية الشئ , أو الحق العيني الآخر المراد كسبه بالتقادم كحق الارتفاق والإنتفاع . وعلى العكس من التقادم المكسب , يوجد التقادم المسقط , وهو الذى يعتمد على واقعة سلبية , وهى سكوت صاحب الحق عن المطالبة بحقه ممن حازه أو ممارسة أى سلطات عليه فترة محددة من الزمن , دون مانع , فيؤدى لسقوط الحق عن صاحبه .

(٢) - والتقادم المسقط أوسع نطاقاً من التقادم المكسب , حيث يمتد ليشمل الحقوق الشخصية , والتى تدرس ضمن أسباب إنقضاء الإلتزام (التقادم) , بجانب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية .

أما حق الملكية ذاته فلا يسقط أبداً بالتقادم , بخلاف الحقوق المتفرعة عنه , فالم يضع الغير يده على الشئ فيكتسب الملكية بالتقادم المكسب الطويل , ولكن لا يسرى التقادم المسقط على الملكية .

والتقادم المكسب ينحصر نطاقه فى الحقوق العينية الأصلية , أما الحقوق الشخصية فلا تكتسب بالتقادم (حقوق الدائنية) .

(٣)- والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع , فإذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن للمدعى عليه أن يدفع على هذه الدعوى بالتقادم المسقط , أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء , فللحائز أن يدفع دعوى الإستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب , كما أن له إذا إنتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الإستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب .

(٤)- وأخيراً , فإن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية , إذ الحائز حسن النية يمتلك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سيئ النية , أما فى التقادم

المسقط فلا أثر لحسن النية في إنتاجه لآثاره ، وإن كانت مدة السقوط قد تطول أو تقصر تبعاً لطبيعة الحق ، وليس تبعاً لحسن النية أو سوءها ^(١) .

هذا عن الفروق بينهما ، ولكن مع ذلك توجد قواعد مشتركة بينهما ، خاصة في حساب المدد ووقف التقادم وإنقطاعه تطبيقاً للمادة (٩٧٣) مدنى ، والتمسك به أمام القضاء ، والتنازل عنه والتعديل في مدده .

- التقادم فى الفقه الإسلامى :-

لا يقر الفقهاء المسلمون التقادم بنوعيه ، المكسب والمسقط ، تأسيساً على الحديث الشريف { لا يسقط حق إمرئ مسلم وإن قدم } ، فيترتب على ذلك أن الأصل هو أن الحق لا يكتسب ولا يسقط بمرور الزمن ، فوضع اليد على غير المباح من الأشياء لا يكسب عليه حقاً مهما طال الزمن ، كما أن ترك المطالبة بالحق لا يسقط الحق .

على أن المتأخرين من فقهاء المالكية والحنفية قد أخذوا بمبدأ مرور الزمن ، لا كمكسب للحق أو مسقط له ، بل كمانع من سماع الدعوى يستفيد منه واضع اليد والمدين ^(٢) ، أما الحق فباق على حاله ، فما يسقط إذن هى الدعوى وليس الحق نفسه ، فلو رد القاض دعوى الدائن ، مثلاً ، بسبب مرور الزمن فإن المدعى عليه يبقى مدينًا للمدعى ويكون قد هضم حقه ، وقد بنى هؤلاء الفقهاء عدم سماع الدعوى لمرور الزمن على الإستحسان والضرورات العملية ضماناً لإستقرار المعاملات ومنعاً للإحتيال والتزوير والدعاوى الباطلة ، وعللوا ذلك بقريضة الوفاء المستنتجة من السكوت ، وبعدم كون الحق ظاهراً بعد مرور الزمن ، وبنسيان الشهود أو موتهم أو غيابهم وما إلى ذلك .

وفى مجلة الأحكام العدلية يعتبر مرور الزمن مانعاً من سماع الدعوى دون تمييز بين دعاوى الملك ودعاوى الدين .

أما المدة التى لا تسمع بعدها الدعوى فقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين إلى أنها ثلاثون سنة ، وذهب آخرون إلى أنها ثلاث وثلاثون سنة ، ومنهم من حددها بست وثلاثين سنة ، أما المجلة فقد جعلتها خمس عشرة سنة ، فيما عدا الدعاوى العائدة لأصل الوقف حيث لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة .

(١) السنهورى - ص ٩٨٥ ، د/ نبيل سعد - ص ٤٩٠ .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢٢٦ .

وقد وجد الفقهاء فى قاعدة تخصيص القضاء مخرجاً للتوفيق بين القول بوجود الحق ومنع سماع الدعوى المتعلقة به ، إذ يجوز لولى الأمر أن يقيد القاضى ويخصه بالقضاء فى منطقة معينة ولمدة معينة وأن يمنعه من النظر فى بعض المسائل إذا إقتضت المصلحة ذلك ، وقد وردت هذه القاعدة فى المادة (١٨٠١) من المجلة ^(١) .

- أولاً -

شروط التقادم الطويل

وضعت المادة (٩٦٨) شروطاً للتقادم المكسب الطويل ، حيث ورد فيها أنه:-
" من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العينى إذا إستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة".
فيتضح من ذلك أن للتقادم الطويل شرطان رئيسيان :- الأول : الحيازة ، والثانى : المدة .

[١] الشرط الأول : الحيازة :-

فالحيازة هى الشرط الأول البديهى فى التقادم المكسب ، وهى تقوم على إستجماع عناصرها فى يد شخص الحائز ، وخلوها من العيوب ، لكى تكون حيازة قانونية منتجة لآثارها .

أما محل الحيازة فيسرى التقادم الطويل على العقار وعلى المنقول على السواء ، كما لا يشترط فيه حسن النية أو وجود سند أو سبب صحيح ، فلو كان بسوء نية ، أو بسند باطل ، أو بدون سند أساساً ، فهى تنتج آثارها فى حق الحائز إذا إستمرت مدة خمسة عشر عاماً دون وقف أو إنقطاع ، ولكن بشرط ان يكون محل الحيازة من الأشياء القابلة لإكتساب الحق عليها بالحيازة ، فالأشياء العامة ، والخاصة المملوكة للدولة أو لأشخاص القانون العام والوقف لا يسرى عليها قواعد التقادم ^(٢) .

(١) د/ غنى حسون - ص ٢٢٧ .

(٢) السنهورى - ص ٩٩٦ ، وقد قضى بأن " القضاء بالملك لواقع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يحتاج إلى إستظهار السبب المشروع الذى يستند إليه فى وضع يده " نقض فى ١٠/٣/١٩٥٥ ، طعن رقم ٤٠٥ س ٢١ ق .
" فهو سبب يكفى بذاته لكسب الملكية ، ولا يمنع من قيامه وجود عيب فى سند ملكية البائع له أو كونه سبب الية " نقض فى ٦/٧/١٩٦٧ ، طعن ٩٩ س ٣٣ ق ، ونقض فى ١٧/١/١٩٦٣ ، طعن ٢٤٩ س ٢٧ ق - ونقض فى ١٩٥٥/١١/١٧ س ٢٢ ق - - طعن ١١٧ - أنور طلبه - ص ٥٥٦ - ج ٦ .

ويوفر شرط الحيابة ميزة هامة للحائز عند المنازعة , حيث يستطيع الحائز اللجوء لدعاوى الحيابة الثلاث السابقة لحماية حيازته , كما أن القانون قد أنشأ قرينة لصالحه دونها المادة (٩٦٤) مدنى بإعتبار الحائز للحق هو صاحبه , حتى يقوم الدليل على العكس , فقد إفترض القانون ذلك , , ومن أدعى عكس ذلك فعليه الإثبات . بل إن الحائز المادى هو الأولى بالحماية القانونية , عند تنازع أكثر من شخص على حيازة حق واحد , إتساقاً مع نص المادة (٩٦٣) من أنه " إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد إعتبر , بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيابة المادية , إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيابة بطريقة معيبة " .

[٢] الشرط الثانى : المدة :-

يتمثل الشرط الثانى لإكتساب الحق العينى بصفة عامة بالتقادم , فى مرور فترة من الزمن كفيلة بكسب الحائز للحق وإسقاطه عن صاحبه فى ذات الوقت , وهى مدة خمس عشرة سنة , وهى أطول مدة تقادم مكسب للحقوق فى القانون المصرى , كقاعدة , مع مراعاة الإستثناء والخاص بحقوق الإرث , والتى تكتسب بمرور ثلاثة وثلاثون عاماً (م ٩٧٠) مدنى , وقد اخذ المشرع المدنى مدة التقادم من أحكام الشريعة الإسلامية فى عدم سماع الدعوى , وهى تبلغ نصف المدة المقررة فى القانون الفرنسى ^(١) .

وقد يتبادر إلى الذهن أن هناك نوعاً آخر من التقادم مدته ثلاث وثلاثون سنة يتعلق بحق الإرث , ولكن بالرجوع للمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٨ ذكرت أنه " أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة , والتقادم هنا مسقط لا مكسب , لذلك يجب حذف (حقوق الإرث) من المادة (....) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط " .

فالنص فى المادة (١/٩٧٠) مدنى عن حقوق الإرث يتعلق بالتقادم المسقط , لا المكسب , أى أن الوارث الذى يسكت عن المطالبة بحقه مدة ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقه فى الإرث , ويؤول لباقي الورثة .

(١) قضت مجلة الأحكام العدلية أن مدة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى هى خمس عشرة سنة بغض النظر عما إذا كانت الحيابة تستند أو لا تستند إلى سبب صحيح وحسن نية , وعلى أن الاجلة تعرف مدد أخرى لمرور الزمن المانع من سماع الدعوى , فهناك مدة ١٠ سنوات خاصة بالدعوى المتعلقة بالأراضى الأميرية (م ١٦٦٢) , وهناك مدة (٣٦) سنة خاصة بالأموال الموقوفة , (م ١٦٦١) منها , راجع د/ غنى حسون - ص ٢٣٠ , والسنهورى - ص ١٠٣٣ ..

وعلى ذلك فليس هناك ما يمنع أن يمتلك أحد الورثة بعض أعيان التركة بالتقادم الطويل مدة " خمس عشرة سنة " شأنه في ذلك شأن أى أجنبي عن التركة إذا إستوفت حيازته الشروط القانونية " فليس هناك فارق في هذا الخصوص بين الأعيان الموروثة وأية أعيان أخرى , ولا بين الوارث وشخص أجنبي عن التركة"^(١). أما بشأن قواعد حساب هذه المدة , فهي ذات القواعد المنصوص عليها بشأن التقادم المسقط , فتسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وإنقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والإتفاق على تعديل المدة , بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب " (م ٩٧٣) مدنى .

وهى القواعد المنصوص عليها فى المادة (٣٧٤) وما بعدها من القانون المدنى , حيث تحسب المدة بالأيام لا بالساعات , ولا يعتد باليوم الأول لوضع اليد فلن يكون كاملاً فى جميع الأحوال , بل يبدأ الحساب من اليوم التالى , وينتهى بفوات اليوم الأخير , مالم يصادف اليوم الأخير عطلة رسمية فيمتد لأول يوم عمل بعد العطلة , أما العطلات التى تتخلل مدة التقادم فتحسب من المدة الإجمالية , على أن يكون الحساب بالتقويم الميلادى^(٢) .

- قرينة إستمرار الحيازة :-

يصعب على الحائز إثبات حيازته للعقار أو المنقول وإستمرارها فى كل يوم من أيام التقادم الطويل , فالعام الميلادى يحوى (٣٦٥) يوماً أو ٣٦٦ يوماً فى بعض السنوات , وهناك خمس عشر سنة , إذا المطلوب إثبات الحيازة وإستمرارها فى كل يوم فى هذه المدة الطويلة , وذلك عبء شاق إن لم يكن مستحيل على أى شخص . لذلك رأى المشرع إيجاد قرينة قانونية مضمونها إثبات الحائز لتاريخ بدء حيازته , وإثبات أنه يحوز الآن أو وقت المنازعة , وإفترض القانون إستمرار الحيازة بصفاتها القانونية خلال تلك المدة الطويلة , ومن يدعى عكس ذلك عليه الإثبات .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٤٩٤ , و نقض مدنى فى ١٩٧١/٣/١١ س ٢٢ ص ٢٨٢ , حيث قضى بأنه " ليس فى القانون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما يحرم على الوارث أن يمتلك كائى شخص أجنبى من التركة , يمتلك بالتقادم , متى إستوفى وضع يده الشروط الواردة فى القانون " , وراجع نقض مدنى فى ١٩٧٥/٥/١٣ س ٢٦ ص ٩٩٧ , وفى ١٩٨٩/٥/٢١ , الطعن رقم ١٧٣٤ س ٥٦ ق - وراجع أنور طلبه - ص ٦٠٧ - ج ٦ .

(٢) السهنورى - ص ١٠١٥ .

حيث نصت المادة (٩٧١) على أنه " إذا ثبت قيام الحيابة في وقت ثابت معين وكانت قائمة حالاً , فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين , ما لم يقم الدليل على العكس " ^(١) , ولمحكمة الموضوع أن تستدل على وضع اليد المدة الطويلة , متى توافرت فيه الشروط القانونية , مما في الدعوى من قرائن ومستندات , طالما أقامت قضائها على ما يؤدي إلى ما إنتهت إليه ^(٢) , ووضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات , والعبرة بالواقع الفعلي ولو خالف الثابت بالأوراق ^(٣) .

- ثانياً -

وقف التقادم وإنقطاعه

قد يطرأ أثناء سريان مدة التقادم الطويل (١٥ عاماً) ما يؤدي لوقف التقادم من موانع مادية أو قانونية , أو ما يؤدي لإنقطاعه من أسباب إنقطاع التقادم كالإقرار والمطالبة القضائية أو فقد الحيابة .

[١] وقف التقادم :-

يعنى وقف التقادم أنه طرأ مانع يؤدي مؤقتاً لعدم سريان التقادم طوال وجود المانع , على أن يعاود التقادم سريانه بعد زواله , مع ضم المدة السابقة على الوقف مع المدة اللاحقة لإكمال مدة التقادم , فالتقادم لا يؤدي لزوال المدة السابقة على المانع , بل يحتفظ بها الحائز , حتى يكملها بالمدة المتبقية له بعد زوال المانع . وطبقاً للمادة (٩٧٤) مدني فإنه " أيّاً كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب الوقف " فالوقف إذا يسرى على التقادم الطويل والقصير على السواء .

أما عن أسباب الوقف فهي المنصوص عليها في المادة (٣٨٢) , وهي المانع (المادي والأدبي) , وبين الأصيل والنائب , وإنعدام أو نقص الأهلية , والغيبة , والحكم بعقوبة جنائية , إذا لم يوجد من يمثلهم قانوناً , وكل ذلك تطبيقاً للقاعدة العامة

(١) ويوجد لهذه المادة اصل في مجلة الأحكام العدلية , من نص المادة الخامسة " الأصل بقاء ما كان على ما كان " ونص المادة العاشرة " ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه " , كما أن هذا النص يماثل نص المادة (٢٢٣٤) مدني فرنسي - السنهاوي - ص ١٠٢٠ .

(٢) نقض في ١٩٨٥/١/٣ - س ٥١ق - طعن ٨٧٥ , ونقض في ١٩٨٤/٥/٢٤ , طعن ١٤٢٢ س ٥٠ق - ونقض في ١٩٨١/١١/٢٩ , طعن ١٠٥٧ , س ٤٧ق .

(٣) نقض في ١٩٨٤/٤/٩ س ٩٩ق - طعن ٢ - ونقض في ١٩٨١/١١/٢٤ , طعن ٤٢٣ س ٤٨ , وأحكام أخرى عديدة , أنور طلبه - ج ٦ - ص ٥٧٤ وما بعدها .

فى وقف التقادم التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه (١).

- أسباب الوقف :-

{ أ } المانع المادى أو الأدبى : وهى أسباب ترجع لظروف مادية أو إضطرارية:

- المانع المادى :-

ويقصد بالمانع المادى العقبة التى يتعذر معها مادياً على من يسرى التقادم ضده أن يرفع على الحائز الدعوى التى تحمى حقه , كقيام حرب أو إندلاع ثورة أو وقوعه فى الأسر أو الإعتقال أو حدوث فيضان أدى لإنقطاع طرق المواصلات .

- أما المانع الأدبى :-

فيقصد به العلاقة التى تقوم بين الحائز ومن يسرى التقادم ضده , سواء أكانت على أساس من المحبة والوئام أو الخشية والإحترام , بحيث يتعذر - أدبياً - على من يسرى التقادم ضده المطالبة بحقه , كعلاقة الزوجية أو القرابة أو علاقة النيابة , فعلاقة الزوجية مثلاً تعتبر مانعاً أدبياً يوقف سريان التقادم لأن من شأن مطالبة أحد الزوجين بحقه إن تودى إلى حلول الشقاق بينهما وتعكير صفو الحياة الزوجية , ويقف التقادم كذلك طالما قامت علاقة النيابة بين الحائز ومن يسرى التقادم ضده , سواء كانت النيابة قانونية أو إتفاقية , ولكن , حتى تعتبر العلاقة مانعاً أدبياً يوقف التقادم , ينبغى أن تكون فى الوضع المعتاد , فإذا لم تكن هذه العلاقة فى وضعها الطبيعى , كما لو تعكرت الحياة الزوجية أو ساءت علاقة الإبن بأبيه , فإنها لا تصلح , بعد تدهورها , مانعاً يوقف التقادم لإنتفاء الحكمة التى شرع وقف التقادم من أجلها , ويلاحظ على كل حال أن إعتبار العلاقة مانعاً أو غير مانع من الأمور الموضوعية التى يقدرها قاضى الموضوع فى كل دعوى بحسب ظروفها (٢).

{ ب } أسباب ترجع للشخص ذاته : عدم وجود ممثل قانونى :-

أيضاً يقف التقادم إذا لم يوجد ممثل قانونى لكل من ناقصى وعديمى الأهلية والغائب والمحكوم عليه بعقوبة الجنائية , تطبيقاً لنص المادة (٢/٣٨٢) مدنى " ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو

(١) السهنورى - ص ١٠٢٨ .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢٣٢ , وقد يكون المانع إتفاقياً كما لو إتفق الحائز والمالك على وقف التقادم خلال المدة التى يستغرقها التحكيم الذى إتفق عليه الطرفان , كما ذهبت أفضية بعض الخاكم إلى أن الجهل بإغتصاب الحق يكون سبباً موقفاً للتقادم إذا لم يكن ناشئاً عن إهمال صاحب الحق أو تقصيره . المرجع السابق - ص ٢٣٣ .

فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً" , فلا يوجد من يدافع عن مصالح أياً من هؤلاء , وليسوا فى وضع قانونى يسمح لهم بالدفاع عن مصالحهم بأنفسهم , فمن وضع يده على أموالهم مستغلاً هذا الفراغ القانونى من عدم وجود لهم لا يستفيد من هذا الوضع .

فإذا عين ممثل قانونى لهم , سواءً بحكم قضائى (الولى والوصى والقيم والنائب) أو بالاتفاق (كالوكيل) , فيسرى فى حقهم التقادم من تاريخ تعيين الممثل القانونى , وذلك لأن من سلطات النائب القانونى , بل وواجباته فى ذات الوقت , الدفاع عن مصالح هؤلاء المالية , ومنها رفع دعوى قضائية وقطع التقادم , وإلا يعد مخاللاً بالتزاماته وتتحقق مسؤوليته .

وبصفة عامة فإن وقف التقادم نسبى الأثر , لا يستفيد منه إلا من تحقق سبب الوقف لديه , أما من لم يتحقق لديه أى سبب للوقف فلا يستفيد من الوقف الذى حدث مع شريكه فى الشئ المحوز .

[٢] إنقطاع التقادم :-

يعنى قطع التقادم زوال مدة التقادم السابقة على حدوث سبب القطع , فإن حدث واستمر التقادم بعد زوال سبب قطعه , فتبدأ مدة تقادم جديدة , لا علاقة لها بما سبق على القطع فقد زالت كل آثاره ^(١) , وينقطع التقادم بفقد الحيابة , والمطالبة القضائية , والإقرار .

{ أ } فقد الحيابة (الإنقطاع الطبيعى) :-

إذا كانت الحيابة هى الشرط الأول فى التقادم المكسب , فإن فقدانها يعنى زوال سبب التقادم المكسب , ويكون فقد الحيابة إرادياً بالتخلّى عنها نهائياً مع تسليمها لحائز جديد باتفاق , كالبيع والهبة , أو دون تسليمها لأحد , كالإلقاء منقولات قديمة فى أماكن ترك القمامة , وقد يكون دون إرادة , كالضياع أو الغصب أو السرقة .

فإذا استطاع الحائز الذى فقد الحيابة (رغم إرادته) إستردادها خلال سنة من تاريخ فقدانها , أو رفع دعوى بإستردادها خلال هذه السنة أيضاً , وقضى لصالحه

(١) وفى هذا نص المادة (١/٣٨٥) مدنى على أنه " إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت إنتهاء الأثر المترتب على سبب الإنقطاع , وتكون مدته هى مدة التقادم الأول " .

بالإسترداد ولو بعد فوات السنة (ولكن رفعت دعوى الإسترداد قبل فوات السنة) فإن التقادم لا يعد منقطعاً , بل موصولاً ويكمل المدة الباقية للتقادم المكسب .

وفى هذا تنص المادة (٩٧٥) مدنى على أنه " ١ - ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير . ٢ - غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا إستردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى بإستردادها فى هذا الميعاد " .

فإذا ثبت الإنقطاع الطبيعى بفقد الحيازة ترتب عليه أثره بالنسبة لجميع الأشخاص , لأنه يستند لواقعة مادية , غير أنه من الطبيعى أن هذا الأثر لا يترتب إلا بالنسبة للشيئ الذى زالت حيازته ^(١) .

{ ب } المطالبة القضائية :-

تطبيقاً للمادة (٣٨٣) مدنى " ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية , ولو رفعت الدعوى لمحكمة غير مختصة , وبالحجز , وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تقليس أو توزيع , وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى " .

فالمطالبة القضائية تقطع التقادم , ولو رفعت لمحكمة غير مختصة (نوعياً أو قيمياً أو مكانياً) .

والمطالبة المقصودة هى رفع الأمر للقضاء , وليس للمطالبة الودية , ولو توسط فيها بعض الأغيار , مادامت لم تنتهى لنتيجة بالإقرار بحق المالك , فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمى على يد محضر , ولا بالإجراءات التحفظية .

ويجب أن تكون المطالبة القضائية صحيحة , بأن توجه ضد الحائز وتتضمن المنازعة فى حيازته موضوعياً , وأن تخلو من عيوب الشكل والإجراءات , والمقصود بها دعوى الإستحقاق , والتى يطالب فيها المالك الحائز بملكية العين , سواءً رفعت من المالك أو النائب أو الوكيل عنه , مادامت موجه للحائز الى ينتفع بالتقادم أو من ينوب عنه ^(٢) .

(١) د/ غنى حسون - ص ٢٣٧ .

(٢) وذلك تطبيقاً للمادة (٧٥) مرافعات - السهنورى - ص ١٠٤٤ , فتعتبر دعوى الإستحقاق قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملاً , ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحفية الدعوى , د/ نبيل سعد - ص ٤٩٧ .

أما التنبيه في حالة ما إذا كان بيد المالك سند تنفيذي , فيعلن للحائز , وهذا الإعلان يشمل التنبيه تمهيداً للتنفيذ والتنبيه يقطع التقادم بشرط أن يكون كلا من التنبيه والسند التنفيذي صحيحاً^(١).

{ ج } الإقرار :-

أيضاً ينقطع التقادم إذا أقر الحائز بحق المالك في الشيء المحوز , إقراراً صريحاً أو ضمناً , سواءً أكان قضائياً , أى صادراً في ساحة القضاء في دعوى متعلقة بالشيء المحوز , أو إقراراً غير قضائي , صادر في خارج ساحة القضاء .
فإقرار الحائز بحق المالك يقطع التقادم , والسبب في ذلك أنه يعتبر منه نزولاً عن التمسك بالمدة السابقة على الإقرار , والإقرار الضمني يستفاد من أى عمل يصدر من الحائز فيه معنى الإقرار كما لو دفع الحائز أجره العقار للمالك , وقد يكون مكتوباً أو غير مكتوب , والإقرار , بإعتباره تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا يحتاج إلى قبول من المالك , ولا يلزم له , بصورة عامة , شرطاً معيناً عدا الأهلية اللازمة للنزول عن الحق .

والإنقطاع المدني , على خلاف الإنقطاع الطبيعي , أمر نسبي , فهو يستند إلى عمل قانوني , من المالك أو الحائز , ولهذا فهو لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل على خلاف مصلحته^(٢) .

(١) السهوري - ص ١٠٥٠ .

(٢) د/ غني حسون - ص ٢٣٨ .

- الفرع الثانى -

- التقادم المكسب القصير -

إذا وردت الحيازة على ملكية عقار أو على حق عيني آخر عليه ، وإقترنت بحسن نية ، وبسبب صحيح ، فإن المشرع رأى إنقاص مدة التقادم من خمس عشرة سنة إلى خمس سنوات ، تقديرًا منه لحسن نية الحائز وإستناده فى حيازته (للحق العقارى) لسبب صحيح .

وأفرد المادة (٩٦٩) مدنى للتقادم الخمسى ، فجاء فيها أنه " ١ - إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقارى وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات ٢ - ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق ٣ - والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون".

فيشترط إذاً للتمسك بالتقادم الخمسى ضرورة توافر أربعة شروط (الحيازة + المدة + حسن النية + السبب الصحيح) نتناولها بالشرح الآن ، كما نتعرض لآثار التمسك بالتقادم المكسب بصفة عامة (الطويل والقصير) :-

- أولاً -

شروط التقادم القصير

- الشرط الأول : الحيازة :-

وهو ذات الشرط الذى رأيناه فى التقادم الطويل ، حيث الحيازة قانونية خالية من عيوبها ومتصلة لم تنقطع ، أو إنقطعت وإستطاع الحائز إستردادها أو رفع دعوى الإسترداد خلال عام من تاريخ العقد .

والجديد هنا قصر الحيازة فى التقادم الخمسى على الحقوق العينية التى ترد على عقار معين بالذات ، أى أن يكون محل الحيازة عقاراً ، سواء كان الحائز يهدف لإكتساب ملكيته أو أى حق عيني آخر عليه ، ولا ينطبق التقادم الخمسى (أو القصير) على المنقولات ، على عكس التقادم الطويل الذى يشمل العقار والمنقول .

- ضم الحيازة من السلف للخلف (حالة تعاقب الحائزين) :-

إذا لم تسعف الحائز المدة التى حازها للعقار (أو العقار والمنقول فى التقادم الطويل) فى كسبه للحق العيني الأصيل عليه ، مع توافر باقى الشروط ، فهل يجوز له ضم مدة سلفه إلى مدته لإكمال مدة التقادم ؟

المبدأ هو جواز ضم مدة السلف إلى الخلف لإكمال مدة التقادم , ولكن مع اختلاف الشروط في حالة الخلف العام عنها في الخلف الخاص :-

فحيازة الخلف العام هي إمتدادا لحيازة سلفه , فإذا كانت حيازة السلف صحيحة وقانونية فتظل كذلك بالنسبة لخلفه حتى إكمال مدة التقادم الطويل , وإن كانت معيبة فيظل العيب ملاصقاً لها , ما لم يثبت الخلف زوال العيب في حقه.

أما الخلف الخاص , فحيازته دائماً حيازة مستقلة عن حيازة سلفه , وذلك لأنها تنتقل إليه بالإتفاق , ويستطيع أن يتأكد من صحة حيازة ووضع يد السلف قبل التعاقد معه , ولكي يستفيد من قواعد الضم هنا يجب أن تكون حيازته هو قانونية وغير معيبة , وأيضاً أن تكون حيازة سلفه هي الأخرى صحيحة وغير معيبة , وبذلك يمكن ضم الحيازتين لإكمال المدة , وذلك حتى لا يتواطئ الخلف الخاص مع الحائز السابق للإقتات على المالك الحقيقي للعقار م(٩٦٧) مدنى .

فإن كانت حيازة سلفه معيبة , وكان هو حسن النية ولديه السبب الصحيح , فعليه أن يكمل مدة الخمس سنوات كاملة على الأقل للإستفادة من التقادم الخمسى على العقارات , وأن يسجل سنده , أما إن كانت حيازته هو معيبة فلن يستطيع التمسك بها أصلاً لأن حيازته غير قانونية , أو لسوء نية^(١).

[٢] الشرط الثانى : المدة (مرور خمس سنوات) :-

على عكس التقادم الطويل والذي يجب إستمراره مدة خمس عشرة سنة , فالتقادم القصير إختصره القانون لخمس سنوات فقط , مراعاة لوجود حسن نية الحائز وسنده الصحيح , وهذان الشرطان إضافيان ويتعلقان بالتقادم القصير , أما التقادم الطويل فينطبق حتى في حالة سوء النية أو إنعدام السند القانونى .

وتتطبق كافة أحكام حساب المدد التى رأيناها فيما سبق فى شأن التقادم الطويل , وكذلك أحكام الوقف والإنقطاع .

[٣] حسن النية :-

{ أ } معنى حسن النية :-

يشترط للتمسك بالتقادم القصير - أيضاً - أن يكون الحائز حسن النية , ومعنى حسن النية أنه يجهل إعتدائه على حق الغير , فهو يعتقد , وله حق فى

(١) السهنورى - ص ٨٩٣ , ص ١٠٢٤ .

إعتقاده , أنه تعامل مع شخص ذو صفة قانونية فى نقل الحق العينى العقارى إليه , بعوض أو بدون عوض , فإتفق معه على ذلك وأيدت كل المظاهر والدلائل الخارجية أنه يتعامل مع صاحب حق حقيقى , فهو حسن النية , وهو معيار شخصى مبنى على كل أسباب معقولة تؤيده .

صحيح أن حسن النية مفترض , وعلى من يدعى العكس عبء الإثبات , ولكن تأكيد وجود حسن النية يستند لدلائل صحيحة وجدية .

وتجوز حيازة الحق العينى العقارى من الشخص المعنوى أو الطبيعى على السواء , والعبرة بتوافر حسن النية لدى الحائز للحق , وفى حالة الشخص المعنوى تكون العبرة بحسن نية من يمثله قانوناً أمام الغير (م ٢/٩٦٥) مدنى , وكذلك فى حالة إنعدام الأهلية أو إنقاصها , فالعبرة بحسن نية النائب القانونى له .

ويستمر الحائز حسن النية حتى يعلم يقيناً أنه يعتدى على حق الغير , كأن يكون قد قدمت إليه المستندات المؤكدة لحق الغير وإطلع عليها أو إعترف له المتعامل معه أنه باع أو تصرف فى ملك الغير , أو قبض عليه فى جرائم نصب .

ويعتبر كذلك الحائز سيئ النية من وقت إعلانه بعيوب حيازته , على أن يكون الإعلان بذلك فى صحيفة دعوى , سواء كانت دعوى إستحقاق أو إسترداد , وحسن النية أو سوءها مسألة واقعية تقدرها محكمة الموضوع بناءً على الثابت أمامها , دون رقابة من محكمة النقض عليها متى أقامت قناعتها على أدلة من أوراق الدعوى^(١) .

{ ب } أهمية التمييز بين حسن النية أو سوء النية فى الحيازة عموماً :-

ليس هناك أثر لحسن النية أو سوءها فى دعاوى الحيازة الثلاثة التى رأيناها ,

ولكن تكمن أهمية التفرقة بينهما فى النواحي الآتية :-

- ١ - حق الحائز فى إسترداد المصروفات : يحق للحائز إسترداد المصروفات النافعة (التى أنفقها على العين) إذا كان حسن النية , م (٢/٩٨٠) مدنى .
- ٢ - مسئولية الحائز عن هلاك العين : إذا هلك الشئ المحوز فى يد الحائز فإن مسئوليته عن هذا الهلاك تختلف فى حالة حسن النية عن إنتفائها (م ٩٨٣ - ٩٨٤) مدنى .

(١) السهنورى - ص ١١٠٧ - فالقاضى يقدر - دون معقبة عليه - ما إذا كان غلط الحائز مغتفر فيستقيم مع حسن النية , أو غير مغتفر فينفى حسن النية .

٣- يقتضى أحكام التقادم القصير الخمسى على العقارات , وإكتساب ملكية المنقول فوراً بالحيازة , أن يكون الحائز حسن النية (بجانب أسباب أخرى) فإن كان سيئ النية فلا يكتسب الملكية على العقار أو المنقول إلا بالتقادم الطويل (١٥ سنة) ^(١) .

{ ج } حالتان لإنقضاء حسن نية الحائز :-

نصت المادتان (٩٦٥ , ٩٦٦) مدنى على حالتين لإنقضاء حسن نية الحائز , ومنذ وضع يده على العقار , وهما :-

- الخطأ الجسيم :-

جاء فى المادة (١/٩٦٥) أنه " يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير , إلا إذا كان هذا الحق ناشئاً عن خطأ جسيم " .

والخطأ الجسيم (أو غير المغتفر) خطأ لا يقع فيه أبسط الناس حرصاً وحذراً , فهو خطأ واضح لا يقتضيه إلا مهمل أو مستهتر بالحقوق .

فمن يتعامل على عقار مكتوب عليه لافتة كبيرة - أو على جدرانه - تقول أنه ملك لشخص آخر غير المتصرف , وأنه غير مخصص للبيع أو للتصرف فيه عموماً , أو يكون مسجلاً فى الشهر العقارى حديثاً باسم شخص آخر مالكاً - غير المتصرف - ولم يكلف نفسه عناء البحث فى تسلسل رابطة الملكية أو إنعدامها أو وجود وكالة عامة أو خاصة بالتصرف أو الإطلاع على مستندات ملكية البائع , فهو مخطئ خطأ جسيماً , ولا يستطيع الإدعاء بأنه حسن النية ^(٢) .

- الحالة الثانية : الإكراه :-

ونصت على هذه الحالة المادة (٢/٩٦٦) مدنى بقوله " ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى , ويعد سيئ النية من إغتصب بالإكراه الحيازة من غيره " .

فالشخص الذى إستعمل القوة أو هدد بالجوء إليها أو إستغل نفوذه ووسطوته وعصبيته لإنتراع حيازة الآخرين تحت تهديد البطش والقوة , لا يستطيع الإدعاء بأنه حسن النية , فمن أين تأتى حسن النية فى هذه الحالات , إذا كان مجرد وضع اليد كان بالقوة والغلبة وليس بالهدوء والقانون ^(٣) .

(١) السهنورى - ص ٨٦٣ .

(٢) فيشترط لحسن النية أن يجهل الحائز بأنه يعتدى على حق الغير , ولا يخالجه أى شك فى هذا , كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيماً فى جهله بأنه يعتدى على حق الغير " نقض مدنى فى ١٠/٢٩/١٩٦٨ - س ١٩ - ص ١٢٨٧ .

(٣) نقض فى ٨/٤/١٩٧١ س ٢٢ - ص ٤٤٣ .

والعبرة في حسن النية (أو سوءها) بوقت تلقى الحائز لحقه من المتصرف (البائع أو الوصى أو الواهب) فإذا كان حسن النية وقتها فقد توافر في شأنه الشرط الثالث للتقادم القصير ، حتى لو علم بعد ذلك ، خاصة بعد فوات مدة الخمس سنوات ، بأنه قد تعامل مع غير ذي صفة في نقل الحق إليه .

فإذا كان الحائز وقت إبرام التصرف (عقد البيع مثلاً) حسن النية ، فتحسب المدة من تاريخ التصرف ، حتى ولو تأخر تسجيل التصرف بعض الوقت ، فإن إكتملت مدة الخمس سنوات على البيع فيمكن التمسك بالتقادم الخمسى .

فإن بدأت الحيابة صحيحة بحسن نية فتستمر كذلك محتفظة بصفاتها ، ما لم يرقم الدليل على العكس ، وكذلك إن بدأت بسوء نية فتستمر محتفظة بهذه الصفة حتى إثبات العكس ، تطبيقاً للمادة (٩٦٧) مدنى من أنه " تبقى الحيابة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ، ما لم يرقم الدليل على عكس ذلك " (١) .

- الشرط الرابع : السبب الصحيح (Juste titre) :-

عرفت المادة (٩٦٩) مدنى فى فقرتها الثالثة السبب الصحيح بأنه " سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء ، أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون " .

والسبب الصحيح شرط تطلبه القانون فى التقادم الخمسى محل الدراسة ، وفى قاعدة حيازة المنقول سند المالك ، على ما سنرى .

ويشترط لتوافر السبب لدى الحائز - فى التقادم الخمسى - شروطاً أربعة :-
أن يكون تصرفاً قانونياً ، وناقلاً للملكية أو للحق العينى المراد كسبه على العقار ،
وصادراً من غير مالك الشيء أى صاحب الحق ، ومسجلاً :-
{ أ } أن يكون تصرفاً قانونياً :-

فالسبب الصحيح ينقل الحق من شخص لآخر ، أى أن الحيابة تنتقل بين الأحياء ، فالعقد أو التصرف بإرادة منفردة (وصية - وعد بجائزة) هو الذى ينقل الحق العينى بين الأحياء ، أما الواقعة المادية التى ترتب آثاراً قانونية كالميراث ، فليست تصرفاً قانونياً ولا تعد سبباً صحيحاً ، فالتقادم الخمسى إذا لا يسرى إلا فى شأن الخلف الخاص ، أما الخلف العام فلا يستفيد من أحكامه (٢) .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٥٠٧ ، ونقض مدنى فى ١٩٨٤/٣/٢٩ ، طعن ١٧٧٤ س ٩٤٩ق .

(٢) د/ نبيل سعد - ص ٥٠١ وما بعدها ، ونقض فى ١٩٥٤/١٢/١٦ ، طعن ٢٧٧ س ٢١ق .

فمن وجد في تركة مورثه أرضاً فظن أنها لمورثه وظل حائزها مدة خمس سنوات , ثم طلب مالکها الأصلي إستردادها , فلن يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح , حيث الميراث لا يعد سبباً صحيحاً في التقادم الخمسى , وإن كان يجوز للوارث أن يتمسك بالتقادم الطويل ^(١) .

{ب} أن يكون تصرفاً ناقلاً للملكية أو للحق العيني المراد كسبه على العقار :-

فليست كل التصرفات القانونية هي ناقلة للحق العيني الأصلي بصفة عامة , بل يقتصر الأمر في التقادم الخمسى على التصرفات الناقلة للملكية , كالبيع والهبة والمقايضة والوصية بعقار معين بالذات إذا لم تتجاوز ثلث التركة أو الوعد بجائزة على أن تكون عقار والوفاء بمقابل وتقديم الشريك عقار حصه له في شركة ^(٢) .

فإذا لم يكن التصرف ناقلاً للملكية أو للحق العيني فلن يصلح سبباً صحيحاً , وبالتالي فعقد الإيجار وعارية الإستعمال على عقار معين بالذات وعقد الحراسة وعقد الوديعة والوكالة ليست بتصرفات تصلح كسبب صحيح , فمن تعاقداً على إستعمال الشيء كعارية إستعمال فترة معينة لا يستطيع التمسك بالتقادم القصير لإكتساب الملكية .

وتعتبر في حكم التصرفات القانونية , وإن لم تكن تصرفات بالمعنى الصحيح , الأحكام الناقلة للملكية , كالحكم بالشفعة والحكم برسو المزاد , فهذه الأحكام تصلح أسباباً صحيحة يستند إليها الشفيع أو الراسى عليه المزاد للتمسك بالتقادم الخمسى إذا تبين أن الشركاء أو المدين أو من أخذ منه العقار لم يكونوا ملاكاً .

أما التصرفات أو الأحكام الكاشفة أو المقررة للملكية أو الحق العيني فلا تعتبر سبباً صحيحاً , فالقسمة في القوانين التي تأخذ بالأثر الكاشف لها , والصلح يعتبر كلا منهما تصرفاً كاشفاً كقاعدة عامة , إلا أن للصلح أثراً ناقلاً بالنسبة لما لم يكن محل نزاع بين الطرفين , فإذا أعطى أحد المتصالحين للآخر عقاراً غير متنازع عليه كبديل صلح إعتبر الصلح في هذه الحالة ناقلاً , وجاز لمن تلقى العقار في هذه الحالة أن يتمسك بالتقادم الخمسى , وكذلك لا تعتبر أسباباً صحيحة الأحكام القضائية المقررة للحقوق , كالحكم الصادر لمصلحة المدعى في دعوى الإستحقاق ^(٣) .

كما يجب أن يكون التصرف الناقل للملكية صادراً إلى المتمسك بالتقادم ^(٤) .

(١) راجع ما سبق - ص ٢٢٦ , نقض في ١٩٨٤/١/١٢ , طعن ٩٢ س ٤٠ ق .

(٢) السهوى - ص ١٠٨٨ .

(٣) السهوى - ص ١٠٩٢ , د/ غنى حسون - ص ٢٤٢ , ونقض في ١٩٥٤/٤/٢٩ - طعن ٥٧ س ٢١ ق .

(٤) نقض في ١٩٦٦/٥/٥ , طعن ٢٠٢ - ص ٣٢ .

{ ج } أن يكون التصرف صادراً من غير مالك الشيء أو صاحب الحق :-

إذ لو كان التصرف صادراً من مالك حقيقى أو صاحب حق فعلى , فلسنا بحاجة للتحدث عن التقادم , لأن نقل الملكية أو الحق يتم طبيعياً بناءً على عقد بيع صادر من مالك العقار , فيتم تسجيله طبقاً للقانون وتنتقل الملكية للمشتري بشكل طبيعى (١).

ولكن المشكلة تظهر حينما يتضح بعد التعاقد أن البائع لم يكن مالكا للعقار بل إنه باع ملك الغير , واجتمعت الشروط الأخرى للمشتري من حسن نية وتسجيل عقد البيع ومرور خمس سنوات على ذلك , فهنا يمكن اللجوء للتقادم القصير ليحمى الحائز من أن يستحق العقار من تحت يده .

أما المالك الحقيقى , والذي لم يستطع إسترداد ملكه لتمسك الحائز بالتقادم الخمسى الصحيح فيبقى له دعوى فى مواجهة البائع لملكه , يطالبه فيها بكل التعويضات .

ويستوى أن يكون المتصرف (البائع مثلاً) لم يكن مالكا للعقار فى أى وقت (بيع ملك الغير) أو أنه كان مالكا له لفترة معينة ثم زال سبب ملكيته له بأثر رجعى , لبطلان عقد البيع أو لفسخه , فهنا يعتبر البائع وكأنه لم يكن مالكا للعقار فى أى وقت منذ تاريخ العقد المقضى بإبطاله أو فسخه .

ولكن يشترط فى التصرف أن يكون موجوداً على الأقل , فإذا كان معدوماً فلن يمكن التمسك به , فالتصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً والتصرفات المعققة على شرط واقف قبل تحقق الشرط , لن تعد سبباً صحيحاً لإنعدام وجودها , وكذلك التصرف الصورى صورية مطلقة (ويثبت بكل طرق الإثبات) أوالتصرف الظنى الذى لا يوجد إلا فى مخيلة المتصرف إليه (الحائز) كالوصية التى رجع فيها الموصى قبل موته .

{ د } أن يكون السند مسجلاً :-

وهذا هو الشرط الذى يقلل من فاعلية التقادم الخمسى فى الحياة العملية , إذ أن القاعدة فى التعامل على العقارات هى عدم إنتقال ملكيتها أو أى حق عينى آخر عليها من شخص لآخر (أى بين المتعاقدين) ولا بالنسبة للغير , إلا بالتسجيل طبقاً للقانون .

(١) نقض فى ١٩٦٣/٣/٢٨ , طعن ٢٨ س٢٨ , ونقض فى ١٩٥٨/٣/٢٧ , طعن ٧٦ س٢٤ ق .

ويصعب على الحائز أن يسجل سند ملكيته (عقد البيع) على العقار إذا كان صادراً من غير المالك , المسجل باسمه العقار فى الشهر العقارى , حيث يتطلب الأمر لتسجيل عقد البيع أن يكون صادراً من المالك المقيد باسمه فى السجلات , وإلا فسيمنع الشهر العقارى عن تسجيل هذا التصرف , مالم يستطع الحائز ربط تسلسل نقل الملكية من المالك المقيد باسمه إلى البائع له .

ولكن إن حدث - دون تواطئ أو مخالفة القوانين - أن نجح المشتري فى تسجيل عقد بيعه فى الشهر العقارى (كمن إشتري من مالك زالت ملكيته بأثر رجعى بعد البيع والتسحيل للمشتري الجديد) وتوافرت فى شأنه بقية الشروط , فيمكن حينئذ له التمسك بالتقادم الخمسى , فلن يكفى الحائز التسجيل وحده لتملك العقار , فإلغاعدة أن التسجيل لا يظهر التصرف من أسباب بطلانه , فالتسجيل لا يصح عقداً باطلاً ولا قابلاً للإبطال , بل يجب توافر الشروط الأخرى .

ويقع عبء إثبات وجود السبب الصحيح على الحائز الذى يتمسك بالتقادم القصير , فلم يفترض المشرع وجوده كحسن النية , ويخضع فى الإثبات للقواعد العامة حيث الأمر يتعلق بتصرف قانونى صادر إليه , فى نصاب الكتابة أو ما يقوم مقامها , وبما أنه يجب أن يكون مسجلاً , فدائماً ما سيكون مكتوباً^(١) .

(١) السهوى - ص ١١٠٤ .

- ثانياً -

آثار التقادم المكسب (الطويل أو القصير)

إذا توافرت شروط التمسك بالتقادم المكسب (الطويل أو القصير) , فإنه يلزم لترتيب آثاره المكسبة للحق دراسة بعض المسائل المثارة من ضرورة التمسك به , ومدى جواز الإتفاق على التعديل فى مدده أو شروطه الأخرى , و مدى إمكانية التنازل عنه , ومسألة ضم الحيازة من السلف للخلف , والأثر الرجعى للتقادم .

[١] ضرورة التمسك بالتقادم :-

إذا توافرت الشروط السابقة فى التقادم الطويل فإنه يلزم للحكم به أن يتمسك به الحائز أمام المحكمة , فالتقادم المكسب لا يرتب أثره القانونى من تلقاء ذاته أو بقوة القانون , بل يلزم تعبير الحائز عن رغبته فى التمتع بهذا المركز القانونى , فالأمر لا يتعلق بالنظام العام ^(١) .

وإن توافرت كل شروطه ولم يتمسك به الحائز فى دعوى الإستحقاق المرفوعة ضده وتكلم فى موضوع آخر كصحة سنده وعدم بطلانه فلن تستطيع المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ولو كان الحائز سيتعرض لخسران الدعوى , فالمحكمة لا تقضى إلا بما يطلب منها وفى حدوده وإلا يكون حكمها معيباً مستوجباً نقضه ^(٢) , ومرجع ذلك إلى رغبة المشرع فى إرجاع الأمر برمته للحائز , الذى قد يكون غاصباً للشيء وتنتابه صحوة ضمير أو تأبى أخلاقه أن يأخذ ما ليس من حقه , وقد يرى أن الشيء من حقه , فقد دفع ثمنه وإن لم يسجل عقده , أو كان العقد غير مكتوب , أو فقد منه , فيلجأ للتقادم المكسب كطوق نجاة للذود عن حقوقه , وفى جميع الأحوال يتعلق التقادم بمصالح خاصة وليس عامة .

ويستطيع الحائز التمسك بالتقادم المكسب فى أى مرحلة من مراحل التقاضى , ولكن لا يجوز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض , حيث هى محكمة قانون وليس محكمة موضوع , فلا تنتظر فى طلبات جديدة لم تطرح على محكمة الإستئناف (م ٢/٣٨٧) , وإن كان يمكن أن يفسر عدم تمسك الحائز بالتقادم , أو تأخره حتى مرحلة النقض على أنه تنازل ضمنى عنه , فإن تأخر الحائز فى التمسك بالتقادم حتى إقفال باب المرافعة فلن يقبل تمسكه بالتقادم بعد ذلك ^(٣) .

(١) نقض فى ١٩٤٥/١/١١ , طعن ٢٤ س ١٤ ق .

(٢) السهنورى - ص ١٠٦٠ , ونقض فى ١٩٨٥/١/٥ , طعن ١٦٥٢ س ٥١ ق .

(٣) السهنورى - ص ١٠٦٣ .

على أنه إذا نقضت محكمة النقض الحكم وأعادته مرة ثانية لمحكمة الاستئناف التي أصدرته بدائرة أخرى ، فليس هناك ما يمنع من التمسك بالتقادم أمام محكمة الاستئناف هنا .

ولا يقتصر حق التمسك بالتقادم المكسب على الحائز ذاته فقط ، بل يجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة في إثبات الملكية أو الحق العيني للحائز ، كالخلف الخاص أو العام ، وكذلك دائني الحائز ، فالمادة (٣٨٧) مدني أجازت ذلك في قولها أنه " ١ - لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين " (١) .

ولا يوجد شكل معين للتمسك بالتقادم المكسب ، فقد يبدي صراحة في صحيفة الدعوى ، أو كدفع في هذه الدعوى ، المهم أن تظهر النية جلية على التمسك به .

[٢] جواز التنازل عنه :-

إذا كان القانون قد إشتراط ضرورة التمسك بالتقادم لتقضى به المحكمة ، فهل يمكن أن يتنازل الحائز عنه ؟

المفروض أن يكون التقادم المكسب قد إكتملت مدته لكي يمكن الكلام عن التمسك به أو جواز التنازل عنه ، فإذا لم تكتمل المدة فلا حق لأحد ، ولو كان هو الحائز ، لا في التمسك به ولا في التنازل مقدماً عن حق لم يثبت له بعد ، لإحتمال قطع التقادم أو وقفه في أى لحظة ، وهو ما سجلته المادة (٣٨٨) مدني في فقرتها الأولى أنه " لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه " .
فإن إكتملت مدة التقادم ، فهل يجوز للحائز أن يتنازل صراحة أو ضمناً عن التقادم المكسب ؟

الواضح من النصوص القانونية جواز التنازل الصادر من الحائز ، سواء أكان صراحة أو ضمناً ، بشرط أن يكون بعد إكتمال المدة (٢) .

والتنازل الصريح لا مشكلة فيه ، فبأى شكل يمكن التعبير عن الرغبة في التنازل ، أمام القضاء أو خارج مجلس القضاء ، بشرط أن يكون التنازل حقيقياً .

(١) السهوري - ص ١٠٦٢ .

(٢) السهوري - ص ١٠٦٦ .

أما التنازل الضمنى فيستفاد من الدلائل والظروف المحيطة بالموضوع ، كتسليمه العقار للمالك الحقيقى ، أو إبرامه عقد إيجار معه يكون هو مستأجراً للعين ، أو التوقيع كشاهد على عقد بيع العقار لشخص آخر .

والتنازل هو تصرف قانونى من جانب واحد لا يحتاج لقبول الطرف الآخر لإنتاج آثاره ، ولكن يجب أن يتوافر فيه شروط التصرفات القانونية بصفة عامة من رضا ومحل وسبب وكذلك شروط الصحة كالأهلية وخلو الإرادة من العيوب ، وإلا فسيكون التنازل ذاته موضع طعن قانونى على صحته .

والأهلية المطلوبة لتنازل الحائز هنا هى أهلية التبرع ، حيث يتنازل عن حق مالى له دون مقابل سيتلقاه من التنازل لصالحه ، فيبطل التنازل إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها ^(١) .

ولكن إذا كان التنازل من حق الحائز ، فهل يجوز لدائنيه الطعن على هذا التنازل ، بإعتباره تصرفاً سيضر بحقوقهم أو بالذمة المالية الضامنة لحقوقهم ؟ أجازت المادة (٣٨) مدنى فى فقرتها الثانية لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم .. " ، فللدائن الطعن بالدعوى البوليصة (عدم نفاذ التصرفات) على هذا التنازل إذا كان سيضر بحقوقه ، فالتنازل عن التقادم يعادل التنازل عن الحق ذاته .

فإن صح تنازل الحائز عن التقادم المكسب ، صراحة أو ضمناً ، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ، حيث قد سقط التقادم والساقط لا يعود ، ولكن لا يمتد أثره للمستقبل ، فإن ظل الحائز يحوز الشئ بعد ذلك حيازة قانونية ، فتبدأ حيازة جديدة بذات المدد السابقة .

[٣] حظر الإتفاق على تعديل مدد التقادم وشروطه :-

تعد أحكام التقادم عموماً (المكسب أو المسقط) من النظام العام فى مددها وشروط سريانها لا فى ضرورة التمسك بها أو جواز التنازل عنها ، فلا يجوز للأفراد الإتفاق على تطويل مدد التقادم أو تقصيرها على خلاف القواعد القانونية ، كما لا يجوز الإتفاق على حذف أو إضافة شرط لم يأت به النص القانونى .
ويقع أى إتفاق على خلاف ذلك باطلاً مطلقاً ، وتنطبق الأحكام القانونية ، فى خصوص المدد والشروط حتى ولو وجد إتفاق على إستبعادها ، أو على خلافها .

(١) وإن كان البعض يرى أن الأهلية المطلوبة هى أهلية التصرف وليس التبرع ، السهنورى - ص ١٠٦٧ .

وقد يتصور هذا الإتفاق فى التقادم المسقط , حيث يتفق الدائن مع المدين على تطويل مدة التقادم أو إستبعاد أحكامه , ولكن لا يتصور وجوده فى التقادم المكسب , وفى جميع الأحوال نصت المادة (١/٣٨٨) مدنى على أنه " لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه , كما لا يجوز الإتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون " .

[٤] ما يكسبه الحائز :-

يكسب الحائز بإكتمال شروط التقادم وتمسكه به ملكية العقار أو المنقول المحوز , بما يتبع ملكيته من حقوق إرتفاق لعقاره على العقارات الأخرى , فإن كانت الحيازة بغرض كسب حق عيني آخر على الشيء , كحق إرتفاق أو إنتفاع فيكسب الحائز هذا الحق وحده ^(١) .

كما يكسب الحائز ملكية الشيء (العقار) بما له من حقوق عينية أخرى قائمة عند بدء التقادم على العقارات المجاورة , كحق إرتفاق للعقار المحوز على العقار المجاور , كما يكسبه بما عليه من تكاليف وحقوق لصالح الغير إذا كانت قائمة عند بدء التقادم .

فإذا كان العقار المحوز محمل بتكاليف عينية (حق مرور - أو حق إرتفاق) أو حقوق عينية تبعية (مرهون رهناً رسمياً - محمل بحق إمتياز) فتظل هذه الحقوق محملة على العقار المحوز مالم تسقط أو تنتهى بأسبابها الخاصة , ولكن ليس مجرد إكتساب الحائز للملكية يؤدى لتطهير العقار أو الشيء مما يرد عليه من رهون أو تكاليف للغير أو للعقارات الأخرى.

فإذا إقتصرت حق الحائز على كسب حق إرتفاق بالمطل فى نافذة واحدة فى الدور الأرضى فى عقار قديم وأراد تجديده والإرتفاع بطوابقه , فله حق فتح ذات النافذة بذات السعة فى العقار الجديد , وليس أكثر , وفى الدور الأرضى فقط وليس فى الأدوار التالية له .

فإذا كان مالك الشيء قد رتب عليه , قبل بدء سريان التقادم , حقاً عينياً أصلياً كحق إرتفاق أو إنتفاع , فإن مجرد التقادم الذى ترتب عليه كسب الحائز للملكية لا يؤدى إلى سقوط حق الإنتفاع أو الإرتفاق , مالم يكن صاحب هذا الحق نفسه قد إمتنع بسبب الحيازة عن إستعماله مدة خمس عشرة سنة فإن هذا الحق يسقط لعدم الإستعمال , وحينئذ يكون التقادم المكسب للملكية مستقلاً عن التقادم المسقط لحق الإنتفاع أو

(١) السهنورى - ص ١٠٧٠ .

الإرتفاق , لأن مدة التقادم المكسب للملكية قد تكون خمس سنوات أو خمس عشرة سنة
فى حين أن مدة التقادم المسقط لحق الإنتفاع أو الإرتفاق هى خمس عشرة سنة دائماً ,
وإلى جانب إحتمال إختلاف المدتين , فإن بدء مدة التقادم المكسب قد تختلف عن مبدأ
سريان التقادم المسقط , كما يجوز أن تتحقق أسباب وقف أو إنقطاع أحدهما دون
الآخر ^(١).

[٥] الأثر الرجعى للتقادم :-

أيضاً يترتب على إكتمال مدة وشروط التقادم المكسب (الطويل أو الخمسى)
إعتبار الحائز مالكاً للشيئ المحوز , أو صاحب للحق العينى الأسمى المقرر عليه منذ
بداية مدة التقادم , وليس منذ إكتمال هذه المدة , فالتقادم له أثر رجعى .

فإذا حاز شخص أرضاً زراعية منذ أول يناير عام ١٩٩٥ , وظل حائزاً لها
حيازة قانونية فيحق له أن يملكها بالتقادم الطويل , أى فى نهاية ٢٠١٠/١٢/٣١ ,
وعند إكتمال هذه المدة يعد الحائز مالكاً للأرض ليس من بداية ٢٠١٠/١/١ , بل
إعتباراً من تاريخ بدء الحيازة ووضع اليد فى ١٩٩٥/١/١ , فالتقادم له أثر رجعى .

ويترتب على ذلك نتيجتان هامتان , تتعلق الأولى بتملك الحائز للثمار ,
والثانية بسقوط الحقوق التى رتبها المالك السابق على الأرض بعد بدء التقادم وبقاء
الحقوق التى رتبها الحائز بعد بدء التقادم .

- **فبالنسبة للثمار :** يعد الحائز مالكاً للثمار التى سيقبضها - المدنية أو الطبيعية -
أو التى قبضها إعتباراً من تاريخ وضع اليد , وتعد كل تصرفاته صحيحة فى الشيئ
المحوز , وذلك بإعتباره مالكاً للشيئ وليس حائزاً له , وذلك أياً كان حسن النية أو
سيئها , ولولا ذلك لإعتبر حائزاً للعقار , والحائز لا يملك إلا الثمار التى قبضها وهو
حسن النية فقط .

- **وبالنسبة للحقوق العينية** التى رتبها المالك السابق على الشيئ بعد بدء
التقادم - أى بعد ١٩٩٥/١/١ كما فى المثال السابق - فتعتبر هذه التصرفات تمت
على ملك الغير , ولا تنفذ فى حق المالك الحقيقى إلا بإقرارها منه , أما التصرفات
التى رتبها هو(الحائز) على الشيئ , بعد بدء الحيازة فتعد صحيحة مطلقاً , لأنه يعد
مالكاً للشيئ بأثر رجعى منذ بدء التقادم ^(٢).

(١) د / غنى حسون - ص ٢٥١ .

(٢) السهنورى - ص ١٠٧٣ وما بعدها , د/ نبيل سعد - ص ٥١٣ .

[٦] بقاء الدعاوى الشخصية فى مواجهة الحائز :-

وإذا كان التقادم المكسب يجعل الحائز مالكاً للشيء محل الحيازة , فلا بد وأن نلاحظ أنه ليس من شأن ذلك أن يؤثر على الدعاوى الشخصية التى يمكن أن توجه إلى الحائز بسبب التصرف الذى نقل إليه حيازة الشيء الذى تملكه بالتقادم كدعوى الفسخ والبطالان , مالم تكن هذه الدعاوى قد سقطت بالتقادم , فإذا كان التصرف الذى تلقى به الحائز الشيء الذى تملكه بالتقادم قابلاً للفسخ أو للإبطال جاز للمتصرف رفع دعوى الفسخ أو البطلان , فإن أفلح فى كسب دعواه كان له إسترداد الشيء من الحائز رغم أنه كان قد تملكه بالتقادم , وإذا كان الحائز قد إشتري الشيء من غير مالك ولم يدفع الثمن كان للمتصرف مطالبة الحائز بما فى ذمته من دين الثمن ^(١).

[٧] تخلف إلتزام طبيعى عن التقادم المكسب :-

كما يتخلف إلتزام طبيعى عن الإلتزام الذى ينقضى بالتقادم المسقط طبقاً للمادة (١/٣٨٦) , فإنه يتخلف إلتزام طبيعى عن الحق الذى يكسب بالتقادم المكسب , فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب ولم يكن قبل التقادم مالكاً لها , فإنه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً إلتزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقى برد العين إليه ^(٢) . ويترتب على ذلك آثار الإلتزام الطبيعى من جواز الوفاء به إختياراً عن بينة من أمره , وجواز إتخاذ الإلتزام الطبيعى المتخلف فى ذمة المدين (الحائز) أساساً لإنشاء إلتزام مدنى صحيح .

= ونقض مدنى فى ١٩٩٦/٦/٤ , س٢٠ - ص ٨٥٨ , و ١٩٨١/٥/١٢ , س٣٢ - ص ١٤٤٠ ,
و ١٩٨٨/١٢/١٨ فى الطعن رقم ٣٣٧ , س٥٦ ق .
(١) د/ غنى حسون - ص ٢٥٢ , د/ نبيل سعد - ص ٥١٤ .
(٢) السنهورى - ص ١٠٧٦ .

- الفرع الثالث -

تملك المنقول (فوراً) بالحيازة

(قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية)

نظمت المادة (٩٧٦) مدنى كسب ملكية المنقول بالحيازة , فوراً , بشروط معينة , فنصت على أنه " ١ - من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته . ٢ - فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى إعتبار الشئ خالياً من التكاليف والقيود العينية , فإنه يكسب الملكية خالصة منها . ٣ - والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقدّم الدليل على عكس ذلك " .

والأمر لا يقتصر على تملك المنقولات تطبيقاً للمادة (٩٧٦) مدنى , فللحائز الذى توافرت فى شأنه شروط الحيازة وحسن النية أن يملك ثمار الشئ فوراً , والتى قبضها فعلاً , كما له الحق فى رد المصروفات التى أنفقاها على الشئ محل الحيازة إن إضطّر لإرجاعه للمالك , كما يتحمل تبعه هلاكه لديه إذا كان سيئ النية , كما سنرى لاحقاً .

- أولاً -

أهمية إكتساب ملكية المنقول بالحيازة

تولى القوانين بصفة عامة أهمية خاصة لإكتساب ملكية المنقول , وإثبات هذه الملكية حيث المنقولات عامة يسهل تداولها وإنتقالها من يد لآخر , ولكثرتها وتنوعها بين الحيوانات والجمادات وغيرها , فلم تشترط القوانين ضرورة تسجيل التصرف الناقل للملكية فى الشهر العقارى كشرط لنقل الملكية بين الطرفين أو بالنسبة للغير , حيث إنحصر ذلك فى العقارات فقط , لصعوبة تطبيق ذلك عملاً على كافة المنقولات . إذاً فكيف يستطيع الحائز إثبات ملكيته لمنقولاته , والفرض أنه إشتراها أو حازها دون أن يهتم بالإحتفاظ بسندات الملكية كالثياب والأثاث والأطعمة والحيوانات وأجهزة المحمول والكمبيوتر وغيرها , وإلزام الأفراد بتحرير سنداتهم لنقل ملكية المنقول والإحتفاظ بها , فيه من المشقة والعنت ما قد يدفع الأفراد لمخالفة القاعدة .

إذاً فلم يبق إلا حماية حيازة المنقول فى حد ذاتها , لذا برزت قاعدة (الحيازة فى المنقول سند الحائز أو المالك) وأخذت بها تشريعات عدة , كالقانون الفرنسى (م ٢٢٧٩) وهى مستعارة من القانون الفرنسى القديم تطبيقاً للعبارة الشهيرة التى أطلقها (بورجون Bourjon) " en fait de meuble , la possession

vaut titre " , وكذلك أخذت بها القوانين العربية , (م ٩٢٧) مدنى سورى ,
والمادة (٩٨٠) مدنى لىبى , والمادة (١١٦٣) مدنى عراقى ^(١) .

وباتت للحيازة فى المنقول عامة دورين رئيسيين , الأول : خاص بالإثبات ,
والثانى : خاص بإكتساب الملكية عليه ^(٢) .

- **الدور الأول : الإثبات** , قلنا إن المنقولات سريعة التداول ولا يشترط لنقل ملكيتها
من يد لأخرى تسجيلها , حيث التسجيل شرط فى نقل ملكية العقار وليس المنقول (إلا
فيما يسمى بشبه العقار من المنقولات , كالسيارة والطائرة والسفينة) ,
فالمنقولات تنتقل ملكيتها بين الأفراد بمجرد التعاقد , شفويّاً أو كتابة , كالحوانات
والمأكولات والثياب وغيرها .

وعند المنازعة فى ملكية شخص ما للمنقولات الحائز لها , فلا يبقى فى يده
من دليل على ملكيته إلا الحيازة , فحيازته الصحيحة للمنقولات تعد وسيلة إثبات هامة
يدفع بها الحائز دعوى أى شخص ينازعه فى ملكية المنقول , ويبقى عبء إثبات
الملكية على عاتق المدعى وليس للحائز , الذى إفترض القانون أنه مالكا له , مالم
يثبت العكس .

- **أما الدور الثانى : فهو إكتساب ملكية المنقول بالتقادم** , فمن حاز منقولا حيازة
قانونية يستطيع أن يكسب ملكيته , حتى وإن كان غاصباً له وسيئ النية , بمرور مدة
التقادم الطويل أى خمس عشرة سنة من تاريخ الحيازة , وهى ذات القاعدة التى
رأيناها فيما سبق بالنسبة للعقارات (م ٩٦٨) مدنى , وهى تسرى على المنقول
بالنص القانونى وليس بقواعد التفسير ومن باب أولى , حيث جاء فيها أنه " **من حاز
منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكا له كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق
العينى إذا إستمرت حيازته دون إنقطاع خمس عشرة سنة** " .

وبالتالى يستطيع الحائز القانونى كسب ملكية المنقول (أو أى حق عينى آخر
يمكن أن يرد على المنقول - كحق إنتفاع مثلاً أو حق الإستعمال أو الرهن الحيازى
أو حق الإمتياز على المنقول ^(٣)) - إذا حازه مدة التقادم الطويل على غرار ما رأينا فى
العقارات , وهذا هو محور دراستنا .

(١) السهنورى - ص ١١١٥ وما بعدها .

(٢) السهنورى - ص ١١٢١ .

(٣) السهنورى - ص ١١٣١ .

- ثانياً -

شروط كسب ملكية المنقول بالحيازة الفورية

طبقاً للمادة (٩٧٦) سالفه الذكر , فإن هناك شروطاً أربعة لتطبيق قاعدة التقادم المكسب على المنقولات , وهى :-

- ١ - أن يتعلق الأمر بمنقول .
- ٢ - أن توجد حيازة قانونية .
- ٣ - أن يوجد سبب صحيح .
- ٤ - أن يكون الحائز حسن النية .

- الشرط الأول : أن يتعلق الأمر بمنقول :-

- القاعدة :-

تتطبق قاعدة الحيازة فى المنقول سند المالك على المنقولات بصفة عامة , سواء أكانت منقولات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص وهى المنقولات التى وضعها مالكها فى خدمة عقاره , كحيوانات المزرعة وأوداتها ومستلزماتها من أسمدة وبذور وآلات رى وأدوات زراعة , بشرط فصلها عن العقار , فإن ظلت تابعة له فتأخذ حكم العقار . أما المنقولات بحسب المآل فلا تنطبق القاعدة عليها إلا بعد هدمها أو قطعها أو قطفها , حيث تسرى القاعدة على الثمار بعد قطفها , والأشجار الخشبية بعد قطعها , ومتخلفات الهدم كالأبواب القديمة أو الحديد أو المواسير والطوب . أيضا العقارات والعقارات بالتخصيص لا تنطبق القاعدة عليها , حيث يجب شهر التصرفات الناقلة لملكيتها أو للحق العينى عليها , أو لأنها تأخذ حكم العقار ذاته (العقار بالتخصيص) طالما ظلت ملحقة به دون انفصال .

- الاستثناءات :-

يستثنى من تطبيق القاعدة السابقة المنقولات التى لا تخضع للحيازة (المنقولات المعنوية) والمنقولات التى يشترط القانون تسجيلها لنقل ملكيتها (شبه العقار) , ومجموعات الأموال والمنقولات الملوكة للدولة .

[١] المنقولات المعنوية :-

لا تسرى القاعدة على المنقولات المعنوية , كالديون وبراءات الإختراع وحق المؤلف والعلامات التجارية والأوراق التجارية التى تنتقل بالتحويل أو التظهير . أما السند لحامله فترد عليه القاعدة , حيث يختلط الجانب المعنوى (حق الدائن فى المبلغ المدون بالورقة) بالورقة ذاتها ويصبحان شيئاً واحداً , بحيث إذا وضع شخص يده عليه بحسن نية وبسبب صحيح تملكه لأنه حامله , وجاز له صرف المبلغ المدون فيه , فالسند لحامله ينتقل الحق فيه لحامله عن طريق المناولة من يد إلى

يد فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن ^(١) , وهذا بنص المادة (٩٧٦) سالفه الذكر .

[٢] المنقولات التى يسرى عليها قواعد التسجيل (شبه العقار) :-

وهى التى يشترط التسجيل طبقاً للقانون لنقل ملكيتها بين أطرافها أو بالنسبة للغير , وهى الطائرة والسفينة والسيارة , حيث يسهل تعيين مكانها وأوصافها وليست سهلة التداول كالمنقولات الأخرى .

[٣] المجموعات القانونية :-

وهى المجموع من المال والتى تضم عقارات ومنقولات مادية ومعنوية مختلفة ومتنوعة , ولكن ينظر القانون إليها كمجموعة واحدة ويعاملها على هذا الأساس , كالتركات والمحال التجارية ^(٢) .

فالتركة منظوراً إليها بمجموعها , عبارة عن الذمة المالية عند الوفاة , فهى بهذا الاعتبار شئ غير مادي , بل مجموع من المال يحوى عناصر مختلفة من الأموال العقارية والمنقولة , والمحال التجارية تحوى بجانب المنقولات المادية من بضائع وأرفف وأجهزة حفظ أو عرض أو بيع ومبانى ومخازن , تحوى أيضاً عناصر معنوية من السمعة والاتصال بالعملاء والاسم التجارى والعلامة التجارية , وهى فى مجملها مجموعة متنوعة من المنقولات المادية والمعنوية يصعب القول بحيازتها .

[٤] المنقولات المملوكة للأشخاص العامة :-

تستثنى أيضاً من الخضوع للقاعدة المنقولات المملوكة للدولة أو لأحد الأشخاص المعنوية العامة كالنماثيل والمنقولات الأثرية والوثائق القومية المحفوظة لدى الجهات المعنية من وزارت ومكتبات ودار الكتب ومقتنيات المتاحف العامة , والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية , والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة . حيث تستطيع الدولة تتبعها وإستردادها من حائزها ولو كان حسن النية , ولا يستطيع الحائز التمسك بتملكها بالتقادم الطويل (١٥ سنة) على حيازتها , بل تسترددها منه الدولة فى أى وقت كان , ولو بعد إنقضاء مدة خمس عشرة سنة ^(٣) .

(١) فالحق الشخصى فى السند لحامله ينتقل للدائن (حامله) لا عن طريق الحوالة كالحقوق الشخصية , ولا عن طريق التحويل كالسندات الأسمية , ولا عن طريق التظهير كالسندات الإذنية , بل عن طريق المناولة من يد إلى يد , وكل من يجوز بحسن نية وبسبب صحيح يعتبر مالكا له كالتقول المادى سواءً بسواء , راجع السهورى - ص ١١٣٠ .

(٢) إلا أن محكمة النقض أخضعت حكم هذه المادة , نقض فى ١٩٧٩/٢/٥ , طعن ١٤٢٤ س ٤٧ ق .

(٣) د/ نبيل سعد - ص ٥١٧ , فلا ترد القاعدة على المنقولات الأثرية , نقض فى ١٩٣٧/١٢/١٦ , طعن رقم ٤٩ س ٧ ق .

- الشرط الثانى : الحيازة القانونية :-

وهى التى يجتمع لحائزها العنصرين المادى والمعنوى , وتكون خالية من عيوب الحيازة , حيث يضع الحائز يده على منقول مادى تجوز حيازته على ما رأينا , بنية تملكه أو إكتساب الحق العينى الذى يمكن أن يرد على المنقولات كحق الإستعمال وحق الرهن الحيازى والإمتياز والإنتفاع , أما الحائز العرضى للمنقول فلا تصح حيازته لإكتساب الملكية مهما طال الزمن , كالمستأجر للمنقول أو المستعير له أو التابع لصاحب المنقول كسائق السيارة أو سايس الخيل أو الراعى للحيوانات .

فإن شاب الحيازة أحد عيوبها من إكره أو غموض أو خفاء , فلا تنتج آثارها , حيث لم تعد قانونية , ويستمر العيب ملتصقاً بالحيازة حتى يثبت زواله , فهى عيوب مؤقتة ونسبية على ما سبق .

ويجب فى حيازة المنقول أن تكون **حيازة حقيقية** , فالحيازة الرمزية فى المنقول لا تكفى لتطبيق القاعدة , كما إذا تسلم شخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن عن طريق تسلمه سنداتهما , غير أن رأياً فى الفقه يرى صلاحية التسليم الرمزى للإستناد إلى سريان القاعدة بشرط ألا يتعارض مع التسليم الحقيقى , فإن تسلم شخص البضاعة رمزياً وتسلم الآخر ذات البضاعة حقيقياً فتسرى القاعدة على الحيازة الحقيقية .

أما الحيازة الحكمية والتى تتم بمجرد تغيير النية فلا تصلح أيضاً لتطبيق القاعدة إذا لم يتسلم المشتري المنقول فعلاً , أو كان واضع يده عليه - فعلاً من قبل - فإذا ترك المشتري المبيع فى يد البائع نيابة عنه , فلا تسرى القاعدة^(١).

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير مدى كون الحيازة حقيقية من عدمه .

- الشرط الثالث : السبب الصحيح :-

حيث يتلقى الحائز للمنقول الحيازة مستنداً لسبب صحيح , أى تصرف قانونى ناقل للملكية , صادراً من غير صاحب الحق على المنقول , وذلك على التفصيل الذى رأيناه فى التقادم الخمسى فى العقارات .

ولكن شرط أن يكون السبب الصحيح مسجلاً لا يسرى هنا , حيث الأمر يتعلق بمنقولات لا يشترط القانون تسجيلها لنقل الملكية بين الطرفين أو بالنسبة للغير ,

(١) السهنورى - ص ١١٣٤ , ود/ غنى حسون - ص ٢٦٣ , وراجع نقض مدنى فى ١٩٤٧/١/٣٠ , طعن ١٠٧ س ١٥٧ .

وإلا ما إنطبقت القاعدة , حيث يستثنى من نطاق تطبيقها المنقولات الواجب تسجيل التصرفات الناقلة لمليكيته كالسيارة والسفينة والطائرة.

والسبب الصحيح هنا قد يكون عقد بيع صحيح , ولكن البائع فسخ أو أبطل عقده الأول , فطبقاً للأثر الرجعى للبطلان أو الفسخ يجب إعادة الطرفين للحالة التى كانا عليها قبل العقد , وبما أن المشتري فى العقد الباطل أو المقضى بفسخه كان قد أعاد بيع المنقول لمشتري جديد , فيحق للمشتري الجديد التمسك بقاعدة الحيابة فى المنقول بحسن نية وبسبب صحيح سند الحائز , ولا يرد المنقول , وينحصر أثر البطلان أو الفسخ فى التعويضات ^(١) .

- الشرط الرابع : حسن النية :-

ويعنى أن الحائز يجهل أنه يعتدى على حق الغير , أن يعتقد وقت تلقيه الحق أنه يتعامل مع شخص ذو صفة فى التصرف فى المنقول , بعوض أو بدون عوض , كما رأينا فى التقادم الخمسى , على ألا ينسب للحائز أى خطأ جسيم , أو يكون قد اكتسب حيابة المنقول بالإكراه والغصب , فالإكراه يتنافى بداهة مع حسن النية .

- إفتراض المشرع وجود السبب الصحيح وحسن النية لدى حائز المنقول :-

وتخفيفاً على حائز المنقول , فقد أقام المشرع قرينة لصالحه دونها المادة (٣/٩٧٦) مدنى " والحيابة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية , مالم يقيم الدليل على عكس ذلك " , حيث إفتراض القانون أن حائز المنقول لديه سبب صحيح , وهو حسن النية , فلن يكلفه أحد بإثبات أيهما , تسهلاً عليه عند المنازعة , فإن إحتج عليه شخص آخر فى ملكية للمنقول فعلى المدعى إثبات إنتفاء السبب الصحيح أو النية الحسنة لدى الحائز , فلهذه القرينة أثر هام فى نقل عبء الإثبات .

وهو فرق جوهرى مع التقادم الخمسى على العقارات , حيث ألزم القانون الحائز والذى يرغب فى التمسك بالتقادم الخمسى أن يقيم الدليل على وجود السبب الصحيح لديه , وأن يكون السبب الصحيح مكتوباً , حيث يشترط فيه أيضاً أن يكون مسجلاً , ولن يسجل مالم يكن مكتوباً .

أما حسن النية فمفترض أيضاً فى التقادم الخمسى .

(١) وقد يبيع مالك المنقول منقوله لشخصين مختلفين , ولكنه يسلمه للمشتري الثانى , فيرغب المشتري الأول فى تسلم المبيع , فيستطيع المشتري الثانى والذى تسلم المنقول حقيقة , وبحسن نية , أن يتمسك بالقاعدة , ولا يسلم المنقول , لأن البيع بالنسبة له يعد سبباً صحيحاً , ويقتصر حق المشتري الأول فى طلب التعويض من البائع , نقض مدنى فى ١٢/٣/١٩٨٠ , طعن ٢٩٣ س ٤٩ ق .

- ثالثاً -

آثار الحيازة فى المنقول (الأثر المكسب , والأثر المسقط)

يترتب على توافر الشروط السابقة أثران هامين , الأول : مكسب للملكية (أو للحق العينى) , والأثر الثانى مسقط للحقوق والتكاليف المحمل بها المنقول .

[١] الأثر المكسب :-

بتوافر الشروط الأربعة السابقة , أى حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح , يصبح الحائز مالكاً للمنقول محل الحيازة , وفوراً^(١) , أى لا يحتاج لمرور فترة زمنية لتملكه المنقول , بل يتملكه فور حيازته , وفى هذا إختلاف بين التقادم الطويل (على العقار والمنقول) , والتقادم الخمسى (على العقارات فقط) .

ويكتسب الحائز الحق العينى الذى يقصد حيازته , وليس الملكية فقط , بل قد يكون حق عينى أصلى أو تبعى آخر , كحق الإنتفاع أو الإستعمال أو الرهن الحيازى أو حق الإمتياز , فقد نصت المادة (٢/١١٤٤) مدنى وفى خصوص إمتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل عن أجره الإقامة وما صرف لحسابه " ويقع الإمتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها , بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة ... " , وكذلك الشأن بالنسبة لإمتياز المؤجر على منقولات المستأجر الموجود بالعين , ولو كانت مملوكة لزوجته المستأجر أو للغير , ولم يعلم المؤجر وقت وضعها بالعين بحق الغير عليها (م ٢/١١٤٣) .

ويستطيع الحائز بمقتضى الأثر المكسب للقاعدة دفع دعوى الإستحقاق التى يرفعها المالك عليه لإسترداد المنقول , وأيضاً يستطيع دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص آخر , كان قد سبق له بيع هذا المنقول , ثم قام المشتري بإعادة بيع المنقول للحائز , مع وجود سبب الأبطال أو الفسخ فى البيع الأول.

ومع ذلك تبقى الدعاوى الشخصية الناشئة عن عيوب السبب الصحيح , كما إذا كان التصرف ذاته الذى تلقى به الحائز المنقول من غير المالك قابلاً للإبطال أو كان الحائز يستحق جزاء الفسخ لإخلاله بالتزاماته , (لم يدفع باقى الثمن للمتصرف غير

(١) السهنورى - ص ١١٤٥ .

المالك) فهذه الدعاوى تبقى قائمة , ولا يستطيع الحائز دفعها بالتمسك بهذه القاعدة , فإن قضى بالإبطال أو الفسخ وجب رد المنقول .

[٢] الأثر المسقط :-

الأثر الثانى للقاعدة هو سقوط جميع الحقوق والتكاليف المقررة على المنقول محل الحيازة , فيتملك الحائز المنقول خالصاً مطهراً منها , وذلك بشرط أن يكون حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى خلو المنقول من هذه الحقوق والتكاليف , أى أنه لحظة إنتقال الحق للحائز كان يعتقد بعدم وجود أى حق للغير على المنقول , وهو إعتقاد يؤازره الواقع العملى والشخصى , من حسن النية والسبب الصحيح , تطبيقاً للمادة (٢/٩٧٦)^(١) .

فإذا إستطاع النزىل فى الفندق إخراج الأمتعة المحملة بحق الإمتياز لصاحب الفندق (م ١١٤٤) مدنى , وباعها فى السوق لمشتري حسن النية , أو إستطاع المستأجر إخراج منقولاته من العين المؤجرة وباعها لمشتري حسن النية (م ١١٤٣) مدنى , فإن المشتري فى الحالتين يملك المنقول خالياً من أى حقوق إمتياز كانت ملحقه به , حيث لديه حسن نية وسبب صحيح فى إعتبار المنقول خالياً من أى قيود للغير عليه , وكذلك الشأن فى الرهن الحيازى , إذا إستطاع المدين الراهن إخراج بعض المنقولات وبيعها للغير حسن النية الذى لا يعلم بحقوق أحد عليها , فيتملكها فوراً , خالية من الرهن الحيازى .

وكذلك الشأن بالنسبة للعقارات بالتخصيص المرهونة رسمياً تبعاً لرهن العقار ذاته , وفى بيع المنقول الذى لم يدفع باقى ثمنه للبائع الأول , إذ له عليه حق إمتياز بائع المنقول , حيث تسرى القاعدة ويتملك الحائز المنقول مطهراً من أى حقوق أو قيود مادام يجهل بحق الغير عليه .

والأثر المسقط للحيازة لا يزيل التكاليف التى كانت على المنقول فقط , بل يؤدى أيضاً إلى سقوط القيود العينية كشرط المنع من التصرف , فإذا وجد هذا الشرط وتصرف المالك فى المنقول رغم ذلك وتسلمه المتصرف إليه وهو حسن النية غير عالم بوجود هذا الشرط فإنه لا يجوز لمن تقرر المنع لمصلحته أن يحتج به على الحائز^(٢) .

(١) د/ نبيل سعد - ص ٥٢٠ , وتنص المادة ٢/٩٧٦ على أنه " فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا

لدى الحائز فى إعتباره الشئى خالياً من التكاليف والقيود العينية , فإنه يكسب الملكية خالصة منها " .

(٢) د/ غنى حسون - ص ٢٦٨ , وعكس ذلك السنهورى - ص ١١٥٣ . حيث يرى بطلان هذا التصرف

بالباع وعلى خلاف الشرط المانع من التصرف (م ٨٢٤) مدنى , والتصرف الباطل لا يصلح سبباً صحيحاً .

- رابعاً -

حكم خاص بالمنقولات المسروقة أو الضائعة

رأى المشرع أن تطبيق أحكام وآثار القاعدة السابقة من الحيازة فى المنقول سند الملكية ما قد يؤدى لإنتشار السرقات و التصرف فى الأشياء المفقودة والضائعة , إعتياداً من حائز المنقول على هذه القاعدة دائماً فى دفع مطالبة مالك الشئ بإستردادها منه .

فالسارق يبغى دائماً التصرف فى المسروقات , وبأى سعر , حتى لا تضبط لديه , وينتهز بعض الأشخاص هذه الفرصة ويشتررون هذه المنقولات بأبخص الأسعار إعتياداً على أن الحيازة فى المنقول سند الملكية , لذا أراد المشرع التوفيق بين حق مالك الشئ المسروق أو الضائع فى إسترداده , وبين حق الحائز حسن النية (وليس سيئها) ولديه سبب صحيح , فى التمسك بالقاعدة , فجاء بنص المادة (٩٧٧) مدنى مقررأ أنه :- " ١ - يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه , أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ٢ - فإذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد إشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو إشتراه من يتجر فى مثله , فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه " .

وبناءً عليه , فقد غلب القانون حق مالك المنقول المسروق أو المفقود فى إسترداده على حق الحائز حسن النية , وبذلك تتعطل القاعدة السابقة فى خصوص الأشياء المسروقة أو المفقودة (منقول مادية أو سند لحامله) , حيث يحق للمالك إسترداد الشئ من أى يد كانت , ولو كان حائزه حسن النية , فلا يستطيع مجابهة دعوى الإستحقاق بقاعدة الحيازة , حيث سمح القانون للمالك برفع دعوى الإسترداد من الحائز ولو كان حسن النية ^(١) , أما إن كان الحائز سيئ النية ويعلم أن المال مسروق فقد يعد مشتركاً فى جريمة السرقة بإخفاء أشياء مسروقة .

والشرط الأساسى هنا أن يرفع المالك دعوى الإسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة , وإلا فلن تقبل دعواه , وتحسب المدة من وقت الضياع أو السرقة , وليس من وقت العلم بها إن تأخر عن ذلك , وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم

(١) ولا يمنع هذا من حق الحائز حسن النية من مطالبة البائع للمنقول له بالتعويضات , السهنورى - ص ١١٥٧ , وما بعدها , د/ نبيل سعد - ص ٥٢٣ .

فلا تقبل الوقف أو الإنقطاع , وذلك إن كان الحائز حسن النية , أما الحائز سيئ النية (السارق ومن وجد الشيء المفقود) فيحق للمالك إسترداد المنقول من تحت يده , مالم يملكه الحائز بالتقادم الطويل (١٥ سنة).

- قيد على حق الإسترداد هنا :-

أراد المشرع التوفيق بين حق المالك وحق الحائز حسن النية , فحق المالك فى الإسترداد قائم لا محالة , ولكن الحائز حسن النية قد يكون دفع ثمن المنقول المسروق أو الضائع , فهل يجوز له مطالبة المالك برد ما دفع من ثمن قبل تسليمه المنقول ؟ أجب المشرع بالإيجاب هنا , ولكنه قيد المطالبة بكون الحائز حسن النية كان قد إشتري المنقول من سوق أو من مزاد علنى أو من شخص يتاجر فى مثل هذا المنقول ^(١) , فليس حسن النية هنا فقط هو السبب فى التمسك برد ما دفعه من ثمن , بل إن كل الظروف الخارجية تؤيد حق الحائز .

والقول بغير ذلك يؤدى لقلق وإضطراب المعاملات وتعطيل حركة تداول المنقولات , فالأسواق مليئة بالمنتجات والبضائع والحيوانات , وكلها تباع وتشتري بالتراضى , فكيف يكون مصير التعامل إذا طالب كل مشتري البائع له بمستندات ملكية الحيوانات والبضائع والملابس والأقمشة والفواكه واللحوم والمأكولات وغيرها . أيضاً البيع فى المزاد العلنى ولدى الأشخاص الذين يتاجرون فى مثل المنقول المسروق أو الضائع يؤكد حسن نية الحائز , ويضمن كل متعامل ومشتري من مزاد أو سوق أو تاجر أن حقه محفوظاً وعمليته مأمونة ^(٢) .

فالمالك إن أراد إسترداد منقولاته عليه بتعجيل الثمن أولاً لحائزها حسن النية إذا كان إشتراها من الأماكن السابقة , ويحق للحائز حبس المنقول تحت يده لحين إستلام الثمن , وهو ما يحجم عملاً حق الإسترداد للأشياء المسروقة أو الضائعة , بل يكاد أن يعطلها نهائياً .

(١) وقد قضى بأنه " يشترط قانوناً فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشيء المسروق أو الضائع فى معنى الفقرة الثانية من المادة (٩٧٧) مدنى أن يتجر فيه حقيقة , ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو أن يعتقد المشتري أنه يتعامل مع تاجر , وتقدير الإحتراف بالتجارة أو الإلتجار بمثل الشيء المسروق أو الضائع مسألة يترك الفصل فيها إلى محكمة الموضوع " نقض جنائى فى ١٨/٤/١٩٦١ - س ١٢ - ص ٤٦٨ , أنور طلبه - ج ٦ - ص ٦٣١ .

(٢) السهنورى - ص ١١٦٧ , وما بعدها .

ولا يمنع هذا مالك المنقول من مطالبة السارق أو المتصرف في المنقول
الضائع بالتعويضات ، إن أمكن التعرف عليه ^(١) .
فإن كان الحائز حسن النية ، ولم يشتتر المنقول من أيّاً من هذه الأماكن الثلاثة
، فلن يستطيع طلب تعجيل الثمن قبل الإسترداد ، وإن كان يحتفظ بحقه في الرجوع
عن من نقل إليه حيازة المنقول بالتعويضات .

(١) السهوى - ص ١١٧١ .

- الفرع الرابع -

كسب ملكية الثمار

نظم القانون تملك الحائز للثمار الطبيعية والمدنية فى المادتين (٩٧٨, ٩٧٩) مدنى , حيث جاء فيهما أنه :- مادة ١/٩٧٨ : يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية . ٢- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها , أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً بيوم .

- مادة ٩٧٩ : يكون الحائز سيئ النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها , غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار ."

فعلى ذات المنوال فى خصوص تملك المنقول بحسن نية وبسند صحيح , فإن الحائز للشيء يملك الثمار التى ينتجها الشيء , فوراً ودون حاجة لمرور فترة من الزمن , بل يملكها فور قبضها أولاً بأول إذا كانت الثمار مدنية .

وثمار الشيء هى ما يتجدد دورياً دون أن ينتقص من أصل الشيء , وهى إما ثمار طبيعية كالكلأ , وإما مستحدثة بفعل الإنسان كالفواكه بأنواعها , وإما ثمار مدنية كأجرة الأماكن المؤجرة , والثمار غير المنتجات والتى تتجدد مع الإنتقاص من أصل الشيء , كالمناجم والمحاجر والنفط والغاز , ولا تنطبق هذه القاعدة على المنتجات . والأصل أن الحائز يملك الشيء ذاته منتج الثمار , ولكن إن تخلفت شروط تملكه للشيء كأن يكون عقده قابلاً للإبطال , أو وقع فسخه , أو لم تكتمل للحائز حسن النية مدة التقادم , أو كان قد إشتري المنقول المسروق من شخص لا يتاجر فى مثله وإستطاع المالك الحقيقى فى الحالات السابقة إسترداد الشيء (عقار أو منقول) من الحائز , فإن القاعدة كانت توجب على الحائز إعادة ما قبضه من ثمار الشيء , وهذا ما كان سيثقل كثيراً عليه , خاصة أنه كان حسن النية , لذلك قرر المشرع حق الحائز فى تملك الثمار فوراً بالشروط المنصوص عليها فى المادة (٩٧٨) .

وأساس قاعدة تملك الثمار بالحيازة , والتى إنحدرت إلى القوانين الحديثة من القانون الرومانى , هو أن الحائز الذى يضع يده على الشئ معتقداً بحسن نية بأنه هو مالكة , غالباً ما يكون قد بذل جهداً وأنفق فى سبيل العناية به والمحافظة عليه ما إنفق , فيكون من الجور أن نتعمد الإضرار به فنستعيد منه ثمار الشئ التى قبضها , وهو

فى الغالب يكون قد إستهلكها بإعتبارها دخلاً دورياً متجديداً ويكون طلب ردها بعد ذلك أو التعويض عنها أمراً مرهقاً بالنسبة له ^(١) .

- أولاً -

شروط كسب الحائز ملكية الثمار

طبقاً لنص المادة (٩٧٨) مدنى فإنه يشترط لكسب الحائز ملكية ثمار شئى يحوزه تحقق شرطين , الأول : قبض الثمار , والثانى : حسن النية .

[١] قبض الثمار :-

يلزم لكسب الحائز للثمار أن يكون قد قبضها , أما تلك التى لم يقبضها فلا سلطان له عليها , ذلك أن الثمار التى قبضها غالباً ما يكون قد إستهلكها فيكون إلزامه بردها إفقاراً له , أما الثمار التى لم يقبضها بعد فقد تبين أنها مملوكة لغيره فلا يصح أن يملكها الحائز , كما أن عدم قبض الحائز للثمار يعنى أنه لم يستهلكها فلا يكون فى إلزامه بردها أى إفقار له .

والقبض يعنى الإستيلاء الحقيقى عليها , بفصلها وحيازتها فى الثمار الطبيعية والمستحدثة , وأولاً بأول فى الثمار المدنية , فالثمار الطبيعية والمستحدثة كالكلاً والمحاصيل الزراعية يكون الحائز قد قبضها بإنفصالها عن الأرض بغض النظر عما إذا كان قد إستهلكها أو لم يستهلكها , أما الثمار المدنية كالأجرة التى يلتزم بها المستأجر فتعتبر مقبوضة يوماً بيوماً , فهى تعتبر مقبوضة ويكون للحائز الحق فيها ولو لم يقبضها فعلاً , فيكسب الحائز الثمار المدنية التى إستحققت عن مدة وضع يده طالما كان حسن النية , ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت يد الحائز قبل أن يقبض الأجرة التى إستحققت عن مدة وضع يده بحسن نية فإن المالك يلزم بأن يؤدى للحائز الأجرة التى تأخر دفعها , أما إن كان الحائز قد قبض جزءاً منها معجلاً قبل إنقطاع حيازته أو سوء نيته , فإنه يلزم بأن يرد للمالك ما قبضه معجلاً من الثمار الحديثة ^(٢) .

(١) السنهورى - ص ١١٨٦ , ود/ غنى حسون - ص ٢٧٦ .

(٢) السنهورى - ص ١١٨٥ , ود/ غنى حسون - ص ٢٧٧ , د/ نبيل سعد - ص ٥٢٥ .

[٢] حسن النية :-

يشترط ثانياً لكسب ملكية الثمار أن يكون الحائز حسن النية , أى يجهل أنه يعتدى على حق الغير بغير خطأ غير مغتفر أو خطأ جسيم أو غصب للحيازة , فيحق له أن يكتسب الثمار التى قبضها طالما كان حسن النية ولم تنقطع حيازته للشئى , وحسن النية مفترض , وعلى من يدعى العكس عبء الإثبات .

والعبرة فى توافر حسن النية هو لحظة قبض الثمار , وليس وقت بدء الحيازة كما رأينا سلفاً فى تملك المنقول بالحيازة , ولا وقت تلقى الحق كالتقادم الخمسى على العقارات , فإن كان وقت قبض الثمار حسن النية فيملك ما قبضه , وإن ساءت نيته قبل التصرف فيه .

أما إن كان الحائز سيئ النية فلا يملك الثمار التى قبضها , ويعنى سوء النية أنه يعلم أنه ليس له الحق فى قبض الثمار وأنه يعتدى على حق الغير , ولا يوافق الغير على ذلك , وتسوء نية الحائز إذا ما رفع المالك دعوى إسترداد ملكية عليه (دعوى الإستحقاق) , وفى هذه الحالة لا يجوز للحائز أن يثبت حسن نيته من يوم رفع الدعوى , حتى ولو كان فى الواقع حسن النية , لأن القانون قد أقام قرينة على سوء نيته لا تقبل إثبات العكس ^(١) .

فإن ثبت سوء النية - ويحق للمالك إثباتها بكل طرق الإثبات لأنها واقعة مادية - فإن القانون يعامل الحائز سيئ النية معاملة يستحقها , حيث يحاسبه على الثمار التى قبضها فعلاً , والتى قصر فى قبضها , حيث يستطيع المالك مطالبتها بكل الثمار التى قبضها والتى أهمل وتركها تتلف على الشجر أو فى الأرض وضاعت فرص جمعها على المالك , بخطأ الحائز , تطبيقاً للمادة (٩٧٩) , ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية إلا بالتقادم الطويل (م ٢/٣٧٥) مدنى ^(٢) .

وإن أجازت هذه المادة للحائز سيئ النية المطالبة بالنفقات التى أنفقها فعلاً فى إنتاج هذه الثمار , حيث هى مصروفات ضرورية لإنتاج الثمار من تكاليف الزراعة والحصاد والبيع وغيرها .

(١) فإذا أثبت المالك أن الحائز كان يعلم فى أى وقت بعيوب سند حيازته , أو أنه أثبت أنه أعلن بدعوى بأحقيته أو بإسترداده للعين أو ثمارها , لم يملك الحائز الثمار التى يقبضها من وقت علمه بتلك العيوب أو إعلانه بهذه الدعوى , إذ يعتبر من هذا الوقت سيئ النية , نقض مدنى فى ١٩٨٨/١/١٢ , طعن رقم ١٦٧٢ س ٥٤ ق .

(٢) السهنورى - ص ١١٩٦ , ود/ نبيل سعد - ص ٥٢٦ , ونقض مدنى فى ١٩٩١/٥/٢٠ , س ٤٢ - ص ٢٢٨٥ , ونقض مدنى فى ١٩٩٣/١/٢١ , س ٤٤ - ص ٢٧٤ .

ومما سبق يتبين أنه يشترط وجود السبب الصحيح لإكتساب ملكية الثمار بالقبض , كما هو الحال بالنسبة لتملك المنقول بحسن نية وبسبب صحيح , ولكن من الناحية العملية لا يتصور أن يتمسك الشخص بحسن نيته إذا لم يكن يستند لوجود سند أو سبب لإنتقال الحق والحيازة إليه وبالتالي لكسبه ثمار الشيء , مما يبرر له ذلك , فوجود السبب الصحيح يؤكد حسن نية الشخص .

ولكن هذا لا يعنى ضرورة وجود سند , بل يكفي مجرد الإعتقاد فى وجوده , وعلى هذا يكفي لإكتساب الحائز للثمار أن يكون إعتقاده مبنياً على سند ظنى , أى السند الذى لا وجود له إلا فى مخيلة الحائز , لأن وجود السند فى هذه الحالة ليس شرطاً مستقلاً عن حسن النية , وعلى ذلك يجوز للحائز أن يكسب الثمار إذا إعتقد بحسن نية أنه يستند فى وضع يده إلى وصية تبين فيما بعد أن الموصى كان قد رجع عنها حال حياته , أو إذا إعتقد بأنه يضع يده على عقار مملوك لمورثه ثم يتضح عكس ذلك ^(١) .

وقد يكون السبب الصحيح هنا واقعة مادية كالميراث , أو يكون سبباً يكسب به الحائز الملكية ابتداءً كالإستيلاء ^(٢) .

(١) د/ غنى حسون - ص ٢٧٩ .

(٢) السنهورى - ص ١١٨١ .

- الفرع الخامس -

حق الحائز فى إسترداد المصروفات

ومسئوليته عن هلاك الشئ

إذا نجح المالك فى إسترداد الشئ من الحائز , حيث قضى له بذلك , فهل من حق حائز الشئ مطالبة المالك بالمصروفات التى أنفقها عليه طوال فترة حيازته , فإن كان الشئ قد هلك كلياً أو جزئياً , فى يد الحائز , فهل يجوز للمالك الرجوع على الحائز بالتعويضات ؟

هذا ما عالجه المشرع فى المادة (٩٨٠) وما بعدها من القانون المدنى.

- أولاً -

حق الحائز فى إسترداد المصروفات

قسم المشرع المصروفات لثلاثة طوائف , فالأولى مصروفات ضرورية , والثانية نافعة , والثالثة كمالية , ووضع حكماً لكلاً منها :-

فطبقاً للمادة (٩٨٠) مدنى , إذا كانت المصروفات ضرورية , وهى اللازمة لحفظ الشئ من الهلاك , فيجوز للحائز إستردادها مطلقاً , وكاملاً , فعلى المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى للحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية , منعاً للإثراء على حساب الحائز دون سبب .

أما المصروفات النافعة , وهى التى تزيد من قيمة الشئ , ولكن ليست لازمة لحفظه من الهلاك , كغرس الأرض بالأشجار المثمرة , أو إضافة بعض الأجزاء للمبنى أو إنشاء قنوات للرى , فتعامل طبقاً لأحكام المادتين (٩٢٤ , ٩٢٥) مدنى , واللتان تنظمان أحكام الإلتصاق الصناعى , بالبناء أو الغراس على ملك الغير , بحسب سوء نية البانى أو حسن نيته , فيعامل البانى أو الغارس سيئ النية معاملة قاسية , حيث يجوز لمالك الأرض طلب إزالة المنشآت , وإعادة الأرض لسابق عهدها , أو طلب إستبقائها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة .

أما البانى حسن النية , وهو ما يعتقد أنه يبنى فى ملكه , أو أن مالك الأرض يوافق على ما يقوم به من منشآت , فلا يحق لمالك الأرض طلب نزاعها , ولكن

يتملكها (إذا لم يطلب الباني نزعها) على أن يرد إما ما أنفقه الباني , أو ما زاد على ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت , طبقاً لما رأيناه سلفاً في أحكام الإلتصاق .

أما المصروفات الكمالية , وهي ما يصرف على الشيء لتحسينه أو تجميله طبقاً لرغبات الحائز , كإعادة طلاء الجدران والأسقف , وزرع الورود وأشجار الزينة, وتغيير الإضاءة وعمل رسومات ومناظر على الجدران والأسقف , وهكذا .

فقد قضت المادة (٣/٩٨٠) بعدم أحقية الحائز في إسترداد هذه المصروفات , وإن اجازت له نزعها بشرط أن يعيد الشيء لحالته الأولى , إلا إذا إختار المالك إستبقائها , فإختيار المالك مقدم على الحائز , وعلى المالك حينئذ أن يدفع قيمتها على أنها مستحقة الإزالة .

ويحق للحائز إسترداد المصروفات السابقة , كل بحسب حالته ونوعية المصروفات , سواء كان قد أنفقها بنفسه أو أدى للغير (الحائز السابق) قيمتها , فلم يشترط القانون أن يكون الحائز قد قام بنفسه بها , بل ما أنفقه عليها من مصروفات أيا كان القائم بها , حيث أقرت المادة (٩٨١) مدنى هذا الحق للحائز " إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق , وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفقه من مصروفات فإن له أن يطالب بها المسترد " .

على أن كيفية وفاء المسترد أو المالك لهذه المصروفات أمراً تقررره المحكمة المختصة إذا ما طلب منها المالك ذلك , حيث يمكن أن تلزمه بها على دفعات أو مرة واحدة , حسب ما تراه , ولكن للحائز الحق في حبس الشيء تحت يده حتى يسترد ما أنفقه من مصروفات , إلا إذا قررت المحكمة تقسيطها على دفعات مع تقديم الضمانات اللازمة^(١) , حتى لا يثرى المالك على حساب الحائز دون سبب , ويضمن الحائز إسترداد مصروفاته .

(١) نصت المادة (٩٨٢) على أنه " يجوز للقاضي بناءً على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين , وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة , وللمالك أن يتحلل من هذا الإلتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد إستحقاقها " .

- ثانياً -

- مسؤولية الحائز عن الهلاك -

إذا ما هلك الشيء تحت يد الحائز , فهل يلزم بتعويض المالك عن الهلاك ؟
الحقيقة أن الأمر يختلف بحسب حسن أو سوء نية الحائز , فالحائز حسن النية
كان يتصرف فيما يملك , ويجهل أنه يعتدى على حق الغير , فلا يحاسب عن هلاك
الشيء من الإنتفاع به , أما الحائز سيئ النية فله معاملة أخرى :-
[١] الحائز حسن النية :-

نصت المادة (٩٨٣) على أنه " ١ - إذا كان الحائز حسن النية وإنتفع بالشيء
, وفقاً لما يحسبه من حقه , فلا يكون مسؤولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى
تعويض بسبب هذا الإنتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسؤولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو
تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف ."
فإذا كان الحائز حسن النية , أى يجهل أنه يعتدى على حق الغير , وكان ينتفع
بالشيء طبقاً لما يفعله أى شخص فيما يملك , فلا يسأل عن هلاك الشيء قبل المسترد أو
المالك له , ولا عن أى تعويض له , مالم يدخل فى ذمته أى مبلغ من الهلاك أو التلف
, كتعويضات قضى بها من التأمين عليه أو تعويضات تسلمها من الدولة أو الجهات
المختصة .

[٢] الحائز سيئ النية :-

نصت المادة (٩٨٤) مدنى على أنه " إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون
مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ , إلا إذا ثبت
أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه " .
فالحائز سيئ النية يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان الهلاك أو
التلف ناشئاً عن حادث مفاجئ , ولا يستطيع الحائز أن يتخلص من المسؤولية إلا فى
حالة ما إذا أثبت " أن الشيء كان سيهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه "
, كهلاك الشيء بعيب فيه لا يد للحائز فى حدوثه ولا سبيل إلى دفعه , لأن ثبوت ذلك
يعنى إنتفاء علاقة السببية بين فعل الحائز وبين الهلاك أو التلف , وإذا كان الشيء
منقولاً سرقه الحائز فإنه يكون مسؤولاً عنه وإن أثبت أنه كان سيهلك ولو فى يد من

يطلب إسترداده , ذلك أن خطأه الأول فى إرتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه , ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى , حيث جاء فى المادة (٣/٢٠٧) مدنى " على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت , فإن تبعة الهلاك تقع على السارق " ^(١) .



(١) والمقابل لها المادة (١٩٣) مدنى عراقى , والمادة (٣/٢٠٥) قانون التجارة الكويتى , د/ غنى حسن - ص ٢٨١ .

الكتاب الثانى

الوجيز

فى التأمينات العينية والشخصية

الباب الأول

التأمينات العينية

الرهن الرسمي – الرهن الحيازي
حق الاختصاص – حق الامتياز

* مقدمة :-

نظم المشرع المصرى أحكام التأمينات العينية (أو الحقوق العينية التبعية) فى القانون المدنى رقم (١٣١ لسنة ١٩٤٨) , فى الكتاب الرابع منه , ابتداءً من المواد (١٠٣٠ حتى نهاية مواد القانون بالمادة رقم ١١٤٩) , بدأها بأحكام الرهن الرسمى فى الباب الأول (المواد من ١٠٣٠ إلى ١٠٨٤) , ثم حق الاختصاص فى الباب الثانى (المواد من ١٠٨٥ - ١٠٩٥) , ثم الرهن الحيازى فى الباب الثالث (المواد من ١٠٩٦ - ١١٢٩) , ثم حقوق الامتياز فى الباب الرابع (المواد من ١١٣٠ - ١١٤٩).

أما بشأن التأمينات الشخصية (الكفالة) , فقد سطر أحكامها ضمن مواد الباب الخامس من الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماة , فى المواد من (٧٧٢ - ٧٨١) .

والحقوق العينية التبعية والشخصية تأتى وسيلة لضمان الوفاء بالالتزام أو الدين , فلا ينشأ الرهن الرسمى أو الحيازى أو غيرهما من تلك الحقوق إلا إذ وجدت مديونية , ثم يأتى دور هذه الحقوق تأكيداً وتطميناً للدائن على مديونيته وحصوله على حقه فى تاريخ إستحقاقه , مميزاً عن غيره من الدائنين العاديين خروجاً على قاعدة المساواة بينهم , فلا يدخل معهم قسمة غرماء عند زيادة الديون على حقوق المدين , إذ يحصل حقه كاملاً قبلهم مفضلاً عليهم لأنه دائن ممتاز , وكذلك قبل أى دائن ممتاز آخر تالى له فى الترتيب الذى أقره المشرع بينهم عند تعددهم , وبالتالي فهى تدور مع المديونية وجوداً وعدماً , تنشأ بوجودها وتنتهى بإنقضائها , لذلك سميت حقوق **عينية تبعية** وليست أصلية .

وزيادة فى الطمأنينة للدائن على حقوقه , منحه القانون الحق فى تتبع المال المقرر له عليه حق عيني تبعى , فى أى يد كان , والتفويض عليه تحت يد حائزته فيما يسمى بحق التتبع , وذلك إذا خرج المال المرهون من ملك أو حيازة المدين الراهن إلى ملك أو حيازة شخص آخر غير المدين الأصلي , فلا يعطل ذلك حق الدائن فى التنفيذ على المال وبيعه بالمزاد العلنى وإستيفاء حقه أولاً من ثمن البيع , دون إعتبار لمسألة إنتقال المال المرهون من يد لأخرى , لأن المشرع أوجب

قيد هذه الحقوق فى الشهر العقارى فى صحيفة العقار المرهون أو المقرر عليه حق إختصاص أو حق امتياز , فإن تم إشهارها بالقيد هكذا , صارت لها حجية مطلقة على من يتلقى أو يتعامل على العقار , بعد تاريخ القيد .

وهذه الحقوق العينية التبعية بما تمنحه من مميزات غير عادية للدائن , خاصة من **حق التقدم** (على الدائنين العاديين , والدائنين الممتازين التالين له فى مرتبة القيد) **وحق التتبع** (تتبع المال المحمل بالحق العينى التبعى فى أى يد كان والتفويض عليه بالبيع فى المزاد العلنى تحت يد حائزه) , تُعد واردة على سبيل الحصر فى القانون المدنى , فلا يجوز للأفراد الاتفاق على إنشاء حقوق عينية تبعية غير مقرر قانوناً , وإلا وقع إتفاقهم باطلاً , حتى لا تتقيد سلطات المدين على ممتلكاته , وتغل يده وتقيده فى التعامل عليها , حيث يعتمد الدائن إلى المغالاة والتشدد طلب منه الاستدانة , مستغلاً موقف المدين الضعيف والحاجة التى ألتمت به , فيحصل على تأمينات عينية إضافية غير منصوص عليها وغير مبررة .

أيضاً تأتى التأمينات الشخصية (أو الكفالة) كوسيلة هامة وفعالة لإستيفاء الدائن لمديونيته , ومبناها فكرة ضم الذمة المالية للكفيل , بشقيها الإيجابى والسلبى , إلى الذمة المالية للمدين , ليضمن الدائن لوجود أكثر من ذمة ووعاء مالى سيحصل منه على حقه فى الميعاد , فإن تعثر المدين فى السداد , فسيتقدم الكفيل (الموسر , وذو السمعة الحسنة) راجباً أو مكرهاً , لسداد المديونية التى قبل كفالتها من قبل , فى كل ذمته المالية , وليس مالاً محدداً (مالم يكن كفيلاً عينياً) , وبعد أن يوفى الدائن حقه , يستطيع هو شخصياً أن يرجع على المدين المكفول بما تكبده من خسائر للوفاء بالمديونية , وذلك بدعوى الرجوع , أو دعوى الحلول , أو بدعوى الإثراء بلا سبب .

وفى السطور القادمة سنعالج أحكام التأمينات العينية والشخصية , بما يتناسب مع مقررات برنامج التعليم المفتوح , مبتدئين بالتأمينات العينية فى الباب الأول , ثم التأمينات الشخصية فى الباب الثانى .

- الباب الأول -
التأمينات العينية
{ الرهن الرسمي - الرهن الحيازي - حق الاختصاص - حق الامتياز }

- الفصل الأول -
{ الرهن الرسمي , والرهن الحيازي }

- الفصل الأول -

الرهن الرسمي , والرهن الحيازي

* مقدمة وتقسيم :-

يُعد الرهن الرسمي , والحيازي , من أهم التأمينات العينية الواردة فى المجموعة المدنية المصرية , وينشأ كلاهما بمقتضى إتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن , فالأمر يتعلق بعقد يتم وفقاً للقواعد العامة فى العقود , من حيث الانعقاد والتنفيذ والآثار والإنقضاء , وذلك على عكس حق الاختصاص الذى يتقرر بمقتضى حكم قضائى وليس إتفاق , وكذلك على خلاف حق الامتياز الذى انفرد المشرع بتقريره وتفصيل أحكامه وترتيب حقوق الامتياز بنصوص قانونية خاصة .

وعند إمعان النظر فى الأحكام التشريعية المنظمة للرهن الرسمي , والحيازي , نجد إتحاداً فى بعض الأحكام , وإختلافاً فى البعض الآخر , فكلاهما يعتبران عقداً , ويتعلقان بإنشاء حق عيني تبعي , وليس حق شخصي أو تأمين شخصي كال كفالة , أو حق عيني أصلي (كعقد بيع) كما أن كلاهما لا يقبل التجزئة , فكل المال المرهون (أو بعضه) , ضامن كل الدين (أو بعضه) .

أما بشأن المسائل محل الخلاف , فتتعلق بقواعد إنعقاد العقد (أركانها) والمحل الوارد عليه الرهن , فالرهن الرسمي عقد شكلي لا ينعقد إلا بتوافر الشكلية , أى الكتابة , كركن رابع يضاف لأركان العقد العامة من رضا ومحل وسبب , والشكلية هنا فى قمة مظاهرها , وهى الشكلية الرسمية , فيشترط أن يبرم العقد كتابة , وأن يقوم بالكتابة موثق رسمى مختص معين من قبل وزارة العدل لكتابة مثل هذه التصرفات , فلا تكفى الكتابة العرفية لإنعقاد العقد .

وذلك على عكس الرهن الحيازي , الذى هو عقد رضائى , شأنه شأن الأغلب الأعم من العقود المدنية , أما نقل الحيازة للدائن المرتهن فهو أثر من آثار العقد وليس ركناً لإنعقاده .

أيضاً فالرهن الرسمي لا يرد إلا على العقار بحسب القاعدة العامة , ولا يرد على منقولات , إلا في حالات إستثنائية محددة , وذلك على عكس الرهن الحيازي الذي يرد على العقار والمنقول معاً .

كذلك فالرهن الحيازي يفترض إنتقال حيازة المال المرهون من يد المدين الراهن إلى يد الدائن المرتهن (أو العدل) ليمارس الدائن عليه صلاحياته وحقوق الدائن المرتهن حيازياً , ولا تبقى الحيازة في يد المدين الراهن , وذلك شرطاً لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير وبقاء , الرهن قائماً بين طرفيه , ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على المال المرهون وصيانته واستثماره على أن يخصم ما يحصل عليه من ثمرات وغلات من أصل الدين المضمون بالرهن , فلا يكون الانتفاع والاستغلال بدون مقابل .

أما الرهن الرسمي فلا تنتقل حيازة المرهون ليد الدائن المرتهن , بل تبقى في يد المدين الراهن كما كانت قبل الرهن , يمارس على ماله كافة صلاحيات وحقوق المالك , والدائن في مأمن من أى تصرفات قانونية أو مادية ضارة بحقوقه فهو مقيد حقه على العقار المرهون , وله من الوسائل القانونية ما يضمن عدم إضعاف التأمينات المقدمة (ضمان سلامة المرهون) , سواء بطلب نزع حيازتها من المدين وتسليمها لعدل أو بسقوط الأجل وحلول الدين , أو غيرها من الوسائل القانونية .

وننتقل الآن لشرح أحكام الرهن الرسمي , والحيازي في المبحثين

الآتيين :-

المبحث الأول : في الرهن الرسمي .

المبحث الثاني : في الرهن الحيازي .

- المبحث الأول -

الرهن الرسمي

نستعرض الآن أحكام الرهن الرسمي مبتدئين بالتعريف بعقد الرهن الرسمي وخصائصه وانعقاده في المطلب الأول , ثم آثار الرهن وانقضاءه في المطلب الثاني .

- المطلب الأول -

التعريف بالرهن الرسمي , وخصائصه , وانعقاده

- الفرع الأول -

تعريف وخصائص عقد الرهن الرسمي

- أولاً : تعريف الرهن الرسمي :-

تولى المشرع تعريف هذا العقد في المادة (١٠٣٠) مدنى التى جاء فيها أن " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً , يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له المرتبة فى إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد تكون " .

فالرهن ينعقد باتفاق الطرفين (الدائن والمدين) , على تخصيص عقار ضماناً للوفاء بحقوق الدائن , بإنشاء حق عينى تبعى عليه , يمنح هذا الحق للدائن المرتهن حق التقدم وحق التتبع , فيتقدم المرتهن على الدائنين العاديين , والدائنين الممتازين التالين له فى مرتبة القيد , ويتتبع المال فى أى يد , إذا خرج من ملك المدين الأصلي , فيوقع الحجز التنفيذى عليه ويبيعه بالمزاد العلنى تحت يد حائزه ويستوفى حقه من ثمن البيع , ويرد ما تبقى للحائز (إن بقى بعض الثمن) , فإن بقى للمرتهن بعض الدين لعدم كفاية ثمن البيع للوفاء بكل المديونية , عاد الدائن بما تبقى له على المدين الأصلي , ولكن كدائن عادى وليس كدائن مرتهن , فلا أفضيلة ولا تتبع , بل تحكم قاعدة المساواة بين الدائنين العاديين الوضع الجديد .

- ثانياً : خصائص الرهن الرسمى :-

يمتاز الرهن الرسمى بمجموعة من الخصائص الهامة التى تميزه عن غيره من التأمينات العينية الأخرى , فهو حق عينى , عقارى , تبعى , شكلى , وغير قابل للتجزئة .

[١] الرهن الرسمى حق عينى :-

فالحق العينى إجمالاً يعنى سلطة مباشرة لشخص على شئ معين , تمنحه بعض المزايا , ويعترف بها القانون , ويشمل ذلك الحقوق العينية الأصلية , والتبعية , ويُعد الرهن الرسمى حق عينى لأنه من الحقوق العينية التبعية , وبالتالي فهو ينشأ علاقة مباشرة بين الدائن المرتهن , والمال المرهون , يستطيع الدائن بمقتضى حقه أن يباشر سلطاته وحقوقه على المرهون دون وساطة من أحد , دون حاجة لتدخل المدين .

[٢] الرهن الرسمى حق تبعى :-

يُعد الرهن الرسمى من التأمينات العينية , أى الضمانات لإستيفاء الحق , وهو يميز بين الدائن العادى والذى يدور فى فلك الذمة المالية للمدين , أى الضمان العام , والدائن الممتاز , صاحب الضمان الخاص الذى يتفرد به دون غيره من الدائنين الآخرين , فيطمئن على مديونيته ويأمن جانب المدين .

وإذا كان الأمر كذلك , فلا يتصور وجود رهن إلا تبعاً لوجود مديونية يرغب الدائن فى الاطمئنان على استيفائها فى مواعيدها , فإن لم توجد المديونية فلا يتصور إنشاء رهن , فلماذا يرهن الشخص ممتلكاته وهو غير مدان لأحد , فإن فعل فهو نوع من التصرفات غير المبررة وليس لها سبب وتقع باطله مطلقاً , فنحن بصدد حق عينى تبعى , وليس حق عينى أصلى .

ويبنى على ذلك وجود علاقة وثيقة بين الرهن والمديونية , فالرهن يدور فى فلك المديونية وجوداً وعدماً , فإن وجدت المديونية وجد الرهن , وإن إنقضت (سواء بالوفاء , أو بدون وفاء , أو بما يعادل الوفاء) إنقضى الرهن الضامن للدين , كان الدين باطلاً مطلقاً , أو نسبياً وقضى بإبطاله , بطل الرهن الضامن له , وذلك تطبيقاً لنص المادة (١/١٠٤٢) التى جاء فيها أنه " لا ينفصل الرهن

عن الدين المضمون , بل يكون تابعاً له في صحته وفي إنقضائه , مالم ينص القانون على غير ذلك " .

[٣] **الرهن الرسمي حق عقارى :-**

يأخذ الرهن الرسمي محلاً له العقارات فقط , وهو الشئ الثابت بحيزه ولا يمكن نقله من مكان لآخر إلا بتلف , ويشمل ذلك المباني والأراضى والأشجار , أما بشأن مواصفات هذا العقار فسيرد في حينه عند التعرض لمحل الرهن , وفي هذا تسجل المادة (١/١٠٣٥) قولها أنه " لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار , مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

أما المنقول بطبيعته فلن يرد عليه الرهن الرسمي كأصل عام , وذلك إعتباراً لسهولة إنتقاله من مكان لآخر دون تلف وعدم تسجيل التصرفات الواردة عليه وصعوبة تتبعه في أى يد يكون , حيث غالباً ما يتصادم حق التتبع مع قاعدة الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح سنداً للحيازة , إلا ما يتعلق بشبه العقار من (السيارة والطائرة والسفينة) , فتعامل جميعها معاملة العقار .

أما العقار بالتخصيص فيأخذ حكم العقار الأصيل المخصص لخدمته , فرهن العقار يمتد ليشمل العقار بالتخصيص المرتبط به , وفي هذا تسجل المادة (١٠٣٦) قولها " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً , ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص و " .

وقد قضت محكمة النقض بأنه " تعتبر العقارات بالتخصيص (..... داخله ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة وتباع مع العقار المرهون مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك , ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه , وإذن فمتى كان الطاعن بوصفه " مدعياً " هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه , فإن كان لزاماً عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع فى سبيل إثبات دعواه وإذ هو لم يفعل فلا يقبل منه النعى عليه بالخطأ فى تطبيق المادة المشار إليها .

كما قضى بأن " تعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة (١٠٣٦) من القانون المدنى ملحقة بالعقار الأصيل المرهون دون حاجة إلى نص صريح

عنها بعقد الرهن كما تعتبر داخلة ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك " (١) .

[٤] الرهن الرسمي عقد شكلى :-

يُعد الرهن الرسمي من أهم العقود الشكلية الرسمية , فلا ينعقد العقد مالم يفرغ فى محرر مكتوب , فالكتابة ركن فى انعقاده , ولا تكفى الكتابة العرفية بل يشترط أن تكون الكتابة رسمية على يد موثق الشهر العقارى , وهذا شرط انعقاد يبطل مطلقاً العقد بدونه .

وفى هذا نصت المادة (١/١٠٣١) مدنى على أنه (لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية) .

وتهدف الرسمية هنا إلى تنبيه المدين لخطورة ما هو مقدم عليه من تصرفات , فدائماً ما ينصب الرهن على منزل المدين أو أرضه , وكلاهما من ضرورات الحياة له فالمسكن يأويه ويستتره , والأرض يؤمن منها غذاؤه هو وعائلته , وهو معرض لفقدهما إن إمتنع أو عجز عن سداد الدين فى ميعاد استحقاقه.

وهنا يأتى دور الموثق كطرف رسمى وفعال فى إبرام الرهن الرسمى , حيث يستوثق من شخصية الدائن والمدين , وسلامة إرادتهما , وصحة البيانات التى يدلون بها أمامه ومصدر المديونية ومقدارها وميعاد استحقاقها , وكل ما يدونه الموثق يُعد حجة على الجميع لن يستطيع أحد الطعن عليه إلا بالتزوير فى حدود ما رآه الموثق أو سمعه من الأطراف وأدلوأ به أمامه , شأنه فى ذلك شأن كافة المحررات الرسمية , كما تهدف الرسمية إلى منح الدائن سند تنفيذى بمقتضاه يستطيع التنفيذ على المال المرهون تحت يد المدين أو الحائز , دون حاجة

(١) نقض مدنى جلسة ١٤/١/١٩٥٤ فى الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢١ق , ونقض مدنى جلسة ١٣/٥/١٩٥٤ فى

الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٢١ق , راجع م / عبد المنعم دسوقي (قضاء النقض فى المواد المدنية) الطبعة الثالثة ٢٠٠٤ -

ج ١ - ص ١٩٤٠ وما بعدها .

لاستصدار حكم قضائي في الموضوع , وهي ميزة غير عادية للدائن المرتهن رسمياً , وتشكل خطورة في الوقت ذاته على المدين الراهن ^(١) .

[٥] الرهن الرسمي لا يقبل التجزئة :-

ويشمل عدم القابلية للتجزئة شقين , الأول : يخص العقار المرهون , والثاني : يخص الدين المضمون :-

فيالنسبة للعقار المرهون : فكل العقار المرهون يضمن الوفاء بالدين , وهذه مسألة بديهية , لأن العقار بالكامل (وملحقاته وتحسيناته وإضافاته) رهن ضماناً للوفاء بالدين , فإن قسم هذا العقار المرهون بتصرف المدين (أو المدينون إن تعددوا) أو بواقعة مادية ك وفاة المدين الأصلي وقسمه المرهون بين الورثة , فإن هذ التقسيم لا يعتد به الدائن المرتهن فيحق له التنفيذ على العقار جميعه إن شاء , كما يحق له أن يختار أحد الأجزاء من العقار فيبيعها ويستوفي حقه من ثمنها , ولا يستطيع أياً من المتقاسمين أو المشترين أن يحتج في مواجهة الدائن بالتقسيم , أو أنه أوفى بنصيبه في المديونية , هذا من جانب , ومن جانب آخر , فإن إستطاع سداد المدين جزء من الدين أو أغلبه , بقى الجزء غير المسدد مضموناً بالرهن الوارد على العقار جميعه , ولا يسقط الرهن عن جزء من العقار المرهون بنسبة ما سدده المدين .

فتجزئة العقار المرهون لا تؤدي إلى تجزئة الرهن , ويترتب عليه أنه إذا باع الراهن جزء من العقار المرهون , فإن للدائن المرتهن أن ينفذ بكل حقه على الجزء من العقار الذي ظل على ملك الراهن , كما له أن ينفذ به على الجزء الذي إنتقلت ملكيته إلى المشتري , وكذلك الحال إذا كان العقار المرهون مملوكاً لعدة أشخاص وتمت قسمته فإن كل جزء إختص به أحد المتقاسمين يبقى ضامناً لكل الدين , ولا يلزم الدائن المرتهن بأن يقسم دعوى الرهن على مالكي العقار .

- **وفيما يخص تجزئة الدين المضمون :** فإنها لا تؤدي إلى تجزئة الرهن , ويترتب عليه أنه إذا توفي الدائن ووزع الدين على ورثته استطاع كل منهم أن

(١) علماً بأن نفقات العقد تقع على المدين الراهن , ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٢/١٠٣١) .

ينفذ بحقه على كل العقار المرهون , وكذلك الحال إذا إنقضى جزء من الدين بالوفاء مثلاً , فلا يترتب على ذلك تحرير جزء من العقار المرهون بنسبة ما انقضى من الدين , بل يظل العقار كله ضامناً للجزء الباقي من الدين ^(١) .
مما يعنى أن كل العقار المرهون أو بعضه , ضامناً للوفاء بكل الدين أو بعضه , أو أن كان الدين (أو بعضه) مضموناً بكل المرهون أو بعضه , فالرهن لا يقبل التجزئة وإن جزء العقار المرهون .

وفى هذا جرت صياغة المادة (١٠٤١) كما يلي :-

" كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين , وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها , ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك " .

ولكن هذه القاعدة ليست من النظام العام , بل تلبي حاجات ومصالح خاصة , فإذا رأى الدائن تعطيل حكمها أو عدم حاجته إليها وإختار الاعتداد بالتقسيم والتجزئة للعقار المرهون وقصر حقه على بعض المرهون دون البعض الآخر , إما لأنه استوفى أغلب دينه , أو أن قيمة الجزء المقصور عليه حقه كاف للوفاء بحقه , فله ذلك ويقع إتفاقه مع المدين أو الحائز صحيحاً قانوناً .

وقد قضى بأن " مفاد ما تنص عليه المادة (١٠٤٠) من القانون المدنى من اء جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين , وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك , أن الرهن الرسمى على العقار غير قابل للتجزئة , سواء بالنسبة للعقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون , فإذا إنقضى جزء من هذا الدين بقى العقار المرهون ضامناً لما بقى من الدين فلا يخلص منه ما انقضى من الدين " ^(٢) .

(١) قارن د/ محمد السعيد رشدى (الملكية والحقوق العينية النعية) - ص ١٥٨ .

(٢) راجع نقض فى الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٣/٧/١١ س ٢٤ ص ١٠٠٠ .

- الفرع الثانى -

- إنعقاد الرهن الرسمى -

ينعقد الرهن الرسمى - شأنه شأن غيره من العقود - بتوافر أركان العقد عامة , من رضا ومحل وسبب , كما يشترط له خلو الإرادة من العيوب وتوافر الأهلية لدى طرفيه , هذا بالإضافة لركن الشكلية (الكتابة الرسمية) كركن رابع . هذه الأركان سبق تناولها بصفة عامة ضمن نظرية العقد بصفة عامة , وتبقى تفصيلات جديدة تراعى خصوصية الرهن الرسمى من ناحية شروط المحل (العقار المرهون) , وكذلك الدين المضمون , وسنتعرض لهذه الأركان بقدر ما تطرحه من مسائل قانونية جديدة مؤثرة فى إنعقاد الرهن الرسمى .

- أولاً -

التراضى

[١] طرفا عقد الرهن (المرتهن والراهن) :-

التراضى عامة هو تلاقى القبول مع الإيجاب بشكل متطابق , مع إتصال القبول بعلم الموجب , وهو فى الرهن الرسمى إتفاق الدائن المرتهن والمدين الراهن على إنشاء الرهن ضماناً للوفاء بالمديونية . والدائن هو أحد أطراف العلاقة العقدية فى الرهن دائماً , أما الطرف الآخر فقد يكون هو المدين ذاته , وقد يكون شخص آخر غيره ويسمى حينئذ بالكفيل العينى , وهو الذى يقدم عقاراً مملوكاً له تأمينا للوفاء بدين على غيره , وغالباً ما يوجد مبرر عنده للقيام بهذا العمل , كعلاقة شخصية بينه وبين المدين الأصلي , أو علاقة مالية أو هما معاً , وإن كان عمله يُعد من الأعمال التطوعية التبرعية غالباً , بما ينعكس على الأهلية المطلوبة لصحة تصرفه .

[ب] أهلية المتعاقدين : الراهن :-

يُعد الرهن بصفة عامة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر , وذلك بالنسبة للمدين الراهن , حيث يعقد الرهن مقابل حصوله على الدين المطلوب أو

تأجيل ميعاد السداد أو غيرها , وبالتالي فالأهلية المطلوبة لديه هي أهلية التصرف , وهي تتوافر ببلوغ الشخص سن الرشد , فإن كان قاصراً فتطبق عليه القواعد التي تحكم تصرفات القاصر , وهي ترتبط بنوع التصرف ذاته , وما إذا كان ضاراً أو نافعاً أو دائراً بين النفع والضرر ^(١) .

- المرتتهن :-

هذا من جانب , ومن جانب آخر فالرهن يُعد بالنسبة للدائن المرتتهن من التصرفات النافعة له , حيث يوفر له ضمان خاص بجانب الضمان العام , ويكون تصرفه بإبرام عقد الرهن لصالحه صحيح تماماً , إن كان قاصراً , كما للدائن المرتتهن أن ينيب غيره في قبول الرهن بمقتضى وكالة عامة , وليست خاصة , كما يجوز للولى والوصى والقيم أن يرتتهن نيابة عن فى ولايته دون حاجة لإذن المحكمة .

- الكفيل العينى :-

فإن تدخل شخص ثالث ففقد ما لديه من عقار ضماناً لدين على غيره (الكفيل العينى) ^(٢) فعمله فى أصله تبرعى , فهو ليس المدين , ولم يستفد شئ من ذلك , بل قد يتعرض لفقدان عقاره , لذا فأهليته لا بد أن تكون أهلية التبرع وإلا بطل تصرفه مطلقاً , وهي بلوغه سن الرشد تماماً دون عوارض الأهلية , فإن كان قد إستفاد من هذه الكفالة العينية فيكتفى بأهلية التصرف , فيكون عمله دائراً بين النفع والضرر إذا كان ناقص الأهلية .

- ثانياً -

المحل فى الرهن (المرهون)

المحل فى الرهن الرسمى هو العقار , وتشترط القواعد العامة فى العقد أن يكون المحل موجوداً (إذا تعلق الالتزام بإعطاء) أو قابلاً للوجود , وممكناً (إذا

(١) نصت المادة (٢/١٠٣٢) على أنه " يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون , وأهلاً للتصرف فيه".

(٢) نصت المادة ١٠٣٢ مدنى على أنه " يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين , كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهنه لمصلحة المدين " .

تعلق الالتزام بعمل أو إمتناع عن عمل) , وكذلك أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين , وأن يكون مشروعاً .

وهى ذات القواعد المطلوبة فى المرهون , وقد حرص المشرع على النص على ضرورة أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وقت إبرام عقد الرهن , وضرورة أن يكون العقار موجوداً , وليس قابلاً للوجود , حيث يبطل مطلقاً رهن المال المستقبل , مما يصح التعامل فيه , وبيعه بالمزاد العلنى , وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه , وإلا وقع عقد الرهن باطلاً مطلقاً , حيث جرت النصوص كما يلى :-

* مادة ١٠٣٢ (١) : يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهنأ لمصلحة المدين .

(٢) وفى كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه .

* مادة ١٠٣٣ (١) : إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية , وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن .

* مادة ١٠٣٥ (١) : لا يجوز أن يرد الرهن الرسمى إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك .

(٢) ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلنى , وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه وأن يرد هذا التعيين إما فى عقد الرهن ذاته أو فى عقد رسمى لاحق , وإلا وقع الرهن باطلاً .

* مادة ١٠٣٦ : يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك , ما لم يتفق على غير ذلك , مع عدم الإخلال بإمتهياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه فى المادة ١١٤٨ .

* حكم رهن المال الشائع :-

نظم المشرع رهن المال الشائع فى المادة (١٠٣٩) مدنى , حيث جاء فيها أنه " (١) : يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع , أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان تقسيمه .

(٢) وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار , ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها , إنتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل , ويعين هذا القدر بأمر على عريضة , ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى إنتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة , ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين " .

فالرهن الصادر من جميع الشركاء أثناء الشروع يبقى صحيحاً و نافذاً فى حق الجميع , وذلك أياً كانت نتيجة القسمة بعد ذلك , فيتحمل الجميع آثار الرهن ويستطيع المرتهن التنفيذ على المرهون كله (إذا حل الأجل دون وفاء) دون إعتبار لتجزئة المال المرهون بين الشركاء (قسمة عينية) .

فإن لجأ المتقاسمون لقسمة التصفية وباعوا المال كله للغير لعدم إمكان قسمته أو لأنها ضارة بالمال عامة فيبقى الرهن صحيحاً نافذاً فى حق الجميع أيضاً , بما فيهم الخلف الخاص (المشتري للعقار المرهون) .

أما الرهن الصادر من أحد الشركاء , سواء رهن حصته شائعة , أو رهن جزءاً مفرزاً من المال الشائع يعادل حصته , فيبقى صحيحاً بين طرفيه , ولكن لن يستقر الأمر إلا بعد القسمة النهائية , فإن وقع فى نصيبه الأعيان التى رهنها فيستقر الرهن , وإن وقع فى نصيبه أعيان أخرى غير التى رهنها , إنتقل الرهن بمرتبته إلى ما آل للمتقاسم بعد القسمة بما يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل , تطبيقاً لنظرية الحلول العينية , لكى لا يضار المرتهن من القسمة , أو يتفق المتقاسمون على الإضرار به , ولكن يلزم إجراء قيد جديد خلال ٩٠ يوماً من يوم إخطاره بتسجيل القسمة .

- حكم رهن من زالت ملكيته بأثر رجعي :-

يترتب على فسخ العقد لإخلال أحد الطرفين بالتزاماته وجوب إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل العقد , وكذلك البطلان أو الإبطال .
فإذا قضى بإبطال العقد أو فسخه , وكان مالك العقار قد رهنه قبل إيقاع الفسخ أو الإبطال , فما مصير الرهن ؟

نظمت المادة (١٠٣٤) مدنى حكم هذا الفرض فنصت على أنه (يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر , إذا كان رهن الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن " .

فالفسخ أو الإبطال أو الزوال أو الإلغاء يترتبوا أثراً رجعياً , مما يعنى زوال كل التصرفات التى عقدها المالك الذى نالت ملكيته وعدم نفاذها فى حق المالك السابق , ولكن هذه النتيجة تضر حتماً بالدائن المرتهن الذى إطمئن لسند الملكية فأقرض المالك وقبل الرهن , ولم يكن يعلم بسبب البطلان أو الفسخ .
فهنا إنحاز المشرع لجانب المرتهن وأبقى الرهن صحيحاً نافذاً فى حق المالك السابق الذى تقرر رجوع المال إليه , فيعود له ماله محملاً بالرهن , وذلك إحتراماً لحسن نية المرتهن وقت الرهن وإستقراراً للأوضاع القانونية .
وحسن النية مفترض وعلى مدعى العكس عبء الإثبات , وهى مسألة موضوعية تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ^(١) .

(١) وقد قضى بأن " حسن النية الذى تقتضيه الحماية التى أضفاها المشرع على المادة (١٠٣٤) من القانون المدنى على الدائن المرهن فى حالة إبطال أو فسخ سند ملكية الراهن ينتفى متى كان الدائن يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم بأن ملكية الراهن للعين المرهونة مهددة بالزوال لأى سبب من الأسباب , واستخلاص قاضى الموضوع لسوء النية لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جهة مطابقتها للتعريف القانونى لسوء النية , فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من تضمنين عقد البيع المسجل - سند ملكية الراهن - وجود باق من الثمن قدره أربعة آلاف جنيه لم يدفع - وأن البنك المرهن كان فى مكنه أن يعلم بأن هذا العقد مهدد بالزوال عن طريق الفسخ إذا ما تخلف المشتري =

ولا يخل هذا بحق المالك السابق الذى يضار من الرهن , فى الرجوع
على المدين الراهن بالتعويض عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة جراء
تصرف المدين الراهن .

= (الراهن) عن الوفاء بهذا المبلغ وأنه لذلك يعتبر البنك سئ النية غير جدير بالحماية المقررة فى المادة (١٠٣٤) من القانون المدنى , فإن الحكم يكون قد أقام استخلاصه لسوء نية البنك المرقن على أسباب من شأنها أن تؤدى عقلاً إلى ما إنتهى إليه فى هذا الخصوص.

نقض مدنى فى الطعن رقم (٥٢٣ , ٥٢٤) لسنة ٢٩ ق , جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٢٨ ,
راجع م / عبد المنعم دسوقي - المرجع السابق - ص ١٩٤٩ .

- حكم رهن المال المستقبل :-

رأى المشرع بطلان رهن المال المستقبل فنص في المادة (٢/١٠٣٣) على أنه " يقع باطلاً رهن المال المستقبل " , وذلك خروجاً على القواعد العامة في محل الالتزام والتي تشترط أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود (م ١/١٣١)

وقد بررت المذكرة الإيضاحية هذا النص بتعارضه مع مبدأ (تخصيص الرهن) , فالمال المستقبل والذي لا وجود له وقت إبرام الرهن لن يستطيع المتعاقدان تعيينه تعييناً دقيقاً مما يوقعنا في منطقة بطلان العقد .
ولكن التطورات الحديثة والإعتبارات العملية خففت نوعاً ما من حدة هذه القاعدة , خاصة في مسألة التمويل العقاري , الذي يلجأ فيه الشخص لأحد البنوك بطلب تمويل بناء مسكن أو مشروع لعدم قدرته على ذلك , فتطلب المؤسسة المالية ثمة ضمانات لدينها , ومنها البناء الذي سيقام , ولا سبيل آخر أمام الباني .

لذلك فقد صدر القانون رقم (١٤٨ لسنة ٢٠٠١) بشأن التمويل العقاري , مجيزاً في رهن المال المستقبل فنص حيث " تسرى أحكام هذا القانون على أنشطة التمويل للاستثمار في مجالات " شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين المساكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحلات المخصصة للنشاط التجاري " , وذلك بضمان رهن البناء الذي سيقام لصالح الممول خلال فترة يتفقان عليها رهناً رسمياً , أو غير ذلك من الضمانات التي يقبلها الممول طبقاً للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون " .

- ثالثاً -

- الدين المضمون بالرهن -

أسلفنا القول أن الرهن الرسمي حق عيني تبعي , لا ينشأ إلا تبعاً لوجود دين , ويدور معه وجوداً وعدمًا , فهو ما أبرم إلا ضماناً للوفاء بالدين .
هذا الدين سبب نشأة الرهن فيشترط فيه أن يكون صحيحاً , وليس باطلاً أو قابلاً للإبطال , فالرهن الذي ينقذ ضماناً لدين علي مجنون أو معتوه أو عديم الأهلية باطلاً لبطلان المديونية , أما الدين الباطل نسبياً فيمكن ضمانه بالرهن ويتوقف مصير الرهن على مصير المديونية ذاتها .

كذلك يجب أن يكون الدين مشروعاً , فلا يصح ضمان دين غير مشروع بالرهن , وإن حدث فلن يطهر الدين من عدم المشروعية , بل تظل ملاصقة له , ويكون الدين غير مشروع والرهن كذلك , فالرهن الذي ينقذ ضماناً لدين قمار أو ضماناً لدينا ناتج عن علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة أو ضماناً لدين جلب مخدرات , يقع الرهن باطلاً لعدم مشروعية الدين المضمون .

كذلك يشترط في الدين المضمون أن يكون معيناً تعييناً كافياً , من ناحية مصدره (عقد - إرادة منفردة - فعل ضار - فعل نافع - نص القانون) ومقداره وأجله , فيما يعرف بمبدأ تخصيص الرهن .

- حكم الرهن ضماناً لدين مستقبلي :-

قد لا يكون الشخص مديناً فعلاً وقت إبرام الرهن , ومع ذلك يرى أن مصالحه تتطلب إبرام الرهن ضماناً لما قد يترتب عليه من ديون , فهل يصح هذا الرهن ؟

رأى المشرع مساهمة للإعتبارات العملية , خاصة عند التعامل مع البنوك في شأن فتح حسابات أو الحصول على خطابات الضمان , حيث يشترط البنك على العميل تقديم ضمانات كافية لإصدار خطاب الضمان , فأجاز انعقاد الرهن ضماناً لدين قد ينشأ في المستقبل , ولكن بشرط أن يحدد الحد الأقصى للدين , بحيث يستطيع الأفراد تحديد أقصى مبلغ تغطية قد يضطروا لدفعها .

لذا فقد جرت صياغة المادة (١٠٤٠) مدني كما يلي " يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي , كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار , على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون , أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين .

- المطلب الثانى -

- آثار عقد الرهن وإنقضاؤه -

إذا نشأ عقد الرهن صحيحاً رتب آثاره فى مواجهة الراهن والمرتهن , فأنشأ لهما حقوق وأوجب عليهما إلتزامات , إذ يُعد الرهن الرسمى من العقود الملزمة للجانبين , فيلتزم المدين الراهن بضمان سلامة المرهون , فلا يأتى أية أعمال مادية أو قانونية من شأنها نقص أو هلاك المرهون , فيحافظ على المرهون ويستثمره , وله حقوق أيضاً , وأهمها الحق فى الحصول على ثمار وغلات المرهون وليس للدائن المرتهن أن يعترض على ذلك حتى ما قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

أما الدائن المرتهن فله الحق فى التنفيذ على العقار إذا ما حل أجل الدين دون وفاء وكذلك له الحق فى التقدم وفى التتبع , فحتى لو تصرف المدين فى المال المرهون أثناء سريان عقد الرهن فلا يؤثر ذلك على حقوق المرتهن , الذى له الحق فى التنفيذ على المرهون تحت يد الحائز .

هذا من جانب , ومن جانب آخر فإن عقد الرهن ينقضى تبعاً لإنقضاء الدين الذى يضمنه تطبيقاً لمبدأ التبعية ^(١) , كما قد ينقضى عقد الرهن ذاته إذا لم تتوافر له أحد الأركان أو الشروط التى أشرنا إليها سلفاً , كعدم تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً , أو لعدم إبرامه على يد موثق رسمى , أيضاً قد ينقضى الرهن لأسباب خاصة به من هلاك العقار المرهون , أو اتحاد الذمة بين الدائن

(١) وقد قضى بأن " مفاد نص المادة (١٠٨٢) من القانون المدنى أن الرهن الرسمى ينقضى بطريقة تبعية بإنقضاء الدين المضمون , وإذا كان من حق المدين الراهن أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بإنقضاء الرهن تبعاً للوفاء بالدين وبالتالي فإنه يكون لمشتري العقار المرهون الخال عليه بالدين أن يتمسك بهذا أيضاً قبل الدائن المرتهن إعمالاً للحق الخول له وفقاً للمادة ٣٢٠ من القانون المدنى ومن ثم فإن دعواه بذلك تكون مقبولة .

الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٥ س ٣٥ ص ٢٢٠١ .

والمدين , أو التنفيذ على العقار المرهون , أو تطهير العقار المرهون , أو النزول
عن الرهن ^(١).

وستعرض فى الفرع الأول لآثار الرهن , وفى الفرع الثانى لطرق
إنقضاؤه .

(١) قضى بأن " (أ) يدل نص المادة (٢٧٣) من القانون المدنى على أن حق المدين فى الأجل لا يسقط إذا كان
إضعاف التأمينات بقفل الدائن نفسه , وللدائن المرتهن - شأنه شأن صاحب أى حق عيني آخر - أن يرجع يزل عن
رهنه دون أن فى ذلك إلى إرادة المدين الراهن .

(ب) متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطنان المرهونة وظلت فى حيازته وكان هو الذى تخلى عن حيازة
هذه الأطنان باختياره فإنه يكون هو المستول وحده عن إضعاف التأمينات .

(الطعن رقم ٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦١/٢/١١ س ٢٠ ص ٣٠٣) .

وأن " مفاد المادة (١٠٥٢) من القانون المدنى أن إتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير
العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين , أما
بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن يزل للدائن عن العقار المرهون ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً
سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه " .

(الطعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق , جلسة ١٩٨٢/٤/١٥ س ٣ ص ٤١٣) .

- المبحث الثانى -

الرهن الحيازى

قد لا يرضى الدائن المرتهن بالرهن الرسمى لا يطمئن إليه , حتى وإن كان مشهراً حق على العقار بالقيود , فإن كان المرهون منقولاً فلا يمكن الحديث عن الشهر أو القيد , بل يجب إيجاد ثمة وسيلة أخرى لإطمئنان الدائن للضمانات المقدمة لاستيفاء حقه فى الأجل المتفق عليه .

وقد أجاز هذه الوسيلة الله سبحانه وتعالى فى قرآنه الكريم فى سورة البقرة , فى أطول آية فى القرآن الكريم وهى آية الدين (رقم ٢٨٦) فى قوله تعالى {وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ} فالمرهون هنا تنتقل حيازته من المدين إلى الدائن طوال فترة الرهن , فإن أوفى المدين المرتهن بالدين فى الميعاد عاد المرهون له , وإلا حق للدائن بيع المرهون بالمزاد العلنى والحصول على حقه من ثمن البيع , مما أرسا حقه فى التقدم وفى التتبع .

هذا الانتقال لحيازة المرهون من المدين إلى الدائن طوال فترة الرهن يفرض نوعاً جديداً من الالتزامات لا توجد فى الرهن الرسمى , حيث يلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على المال المرهون المحوز لديه , وأن يستغله ويستثمره , وأن يردده للمدين بعد وفاء الدين , كما يسأل عن هلاكه فى يده بخطأ منه , مع الأخذ فى الاعتبار أن غلة وثمار المرهون لن يحصل عليها الدائن مجاناً , فله أن ينتفع بالمرهون ويستثمره , مع خصم ذلك من أصل الدين , فلا يجوز أن يكون الانتفاع مجاناً , وإلا فهو ربا { فكل قرض جر نفعاً فهو ربا } .

على أنه تنطبق القواعد الأخرى فى الرهن الرسمى , على الرهن الحيازى , فيما لا يتعارض مع طبيعة الرهن الحيازى وخصائصه , وسنعرض للموضوع فى المطلبين القادمين , نخصص الأول للتعريف بالرهن الحيازى وخصائصه وإنعقاده , ونخصص الثانى لآثاره وإنقضائه .

- المطلب الأول -

تعريف الرهن الحيازي , وخصائصه وإعقاده

* أولاً : تعريفه :-

عرفت المادة (١٠٩٦) مدنى الرهن الحيازي بأنه (عقد به يلتزم شخص , ضماناً لدين عليه أو على غيره , أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان , شيئاً يترتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين , وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى إقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون) .

فالتعريف التشريعى هذا يبرز الطبيعة الرضائية لهذا العقد , فهو ليس عقداً شكلياً كالرهن الرسمى , بل هو رضائياً , ووروده على كل الأشياء من منقول وعقار , ونقل حيازة المرهون للدائن المرتهن , بما يمنحه الحق فى حبس المرهون لحين استيفاء الدين , بالإضافة لحقه فى التنفيذ العينى الجبرى ممارساً حق التقدم وحق التتبع طبقاً لذات القواعد السابقة .

* ثانياً : خصائص الرهن الحيازي :-

تجتمع للرهن الحيازي ذات الخصائص التى رأيناها للرهن الرسمى من كونه حق عينى , وأنه حق عينى تبعى , ولا يقبل التجزئة . ولكنه يختلف عنه فى أنه عقد رضائياً , ويرد على العقار والمنقول , ويفترض نقل حيازة المرهون للدائن المرتهن لينفذ الرهن , خاصة فى مواجهة الغير .

وسنحيل هذه الخصائص المشتركة على ما سبق ذكره فى الرهن الرسمى , أما الخصائص المنفردة للرهن الحيازي فسنذكرها هنا .

[١] الرهن الحيازي عقد رضائى :-

لم يرد المشرع تطبيق أحكام الشكلية (العرفية أو الرسمية) هنا , فالحكمة منها لا تظهر فى الرهن الحيازي , أولاً لأنه يرد على العقار وعلى المنقول , والقاعدة أن المنقولات لا تشهر بالتصرفات المتعلقة بها (إلا فى شبه العقار) , وثانياً لأنه إذا كانت الشكلية وسيلة لإعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار ,

حتى يحتج في مواجهته بهذه التصرف فإن إنتقال حيازة المرهون للدائن المرتهن قد يكون وسيلة أقوى وأوضح في الشهر , فلن يذهب ذو المصلحة للشهر العقاري ليتبين حقيقة الأمر , بل هو ظاهر أمام الجميع , فالحيازة في يد الدائن وهو يعلن أنه دائن مرتهن للمال وليس مالكا له .

والرهن الحيازي ليس عقداً عينياً , يكون القبض أو التسليم ركناً فيه , بل هو رضائي , ونقل الحيازة للمرتهن تظل أثراً من آثار العقد وليس ركناً لإنعقاده , فإن أخل المدين بالتزامه بالتسليم ونقل الحيازة طبقت القواعد العامة في الفسخ والتعويض .

[٢] الرهن الحيازي يرد على العقار وعلى المنقول :-

فهو يرد أساس على المنقول , وهو الأمر الشائع عملاً , فصاحب العقار يمكن أن يلجأ للرهن الرسمي الذي يوجب نقل الحيازة , وفيه نوع من السستر وعدم شيوع أمر المديونية بين الناس فتهتز صورته أو اسمه أمام الناس , أما صاحب المنقول فلا سبيل أمامه وقد اضطرت الظروف للإستدانة إلا النزول على مقتضى أحكام الرهن الحيازي , وقبول نقل حيازة ملكه لغيره .

ولكن هذا لم يمنع من جواز ورود الرهن الحيازي على العقار أيضاً, إن إتفقا الطرفين على ذلك , مع إنطباق الأحكام السابقة الخاصة بالعقار بالتخصيص والملحقات والإضافات والتحسينات والإنشاءات , حيث تدخل في الرهن , ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ١٠٣٦) مدني .

[٣] الرهن الحيازي يفترض نقل حيازة المرهون للمرتهن :-

وهو الأمر المبرر لتسمية الرهن الحيازي , وهو الوسيلة الفعالة للدائن لكي يطمئن على حقه , ولإعلام الغير والاحتجاج في مواجهته كدائن مرتهن بما له من حقوق قبل المدين , وممارسة حق التقدم وحق التتبع .

ولكن نقل حيازة المرهون ليس ركناً في إنعقاد الرهن الحيازي , فهو ليس عقداً عينياً بل رضائياً .

هذا الانتقال للحيازة يفرض إلتزامات على عاتق المرتهن من حفظ المال واستثماره وخصم صافي الربح من أصل المديونية , والمسئولية عن الهلاك

للمرهون في يده , ورد المرهون بعد إنقضاء الرهن وغيرها من الإلتزامات المنظمة في المادة (١١٠٣) مدنى وما بعدها .

* ثالثاً : إنعقاد الرهن الحيازى :-

قلنا أن عقد الرهن الحيازى له أركان ثلاثة من رضاء , ومحل , وسبب , كما يفترض الرضاء توافر شرطي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب , كما توجد شروط فى المحل من الوجود , والتعيين , والقابلية للبيع بالمزاد العلنى^(١) , والمشروعية .

وهى ذات القواعد التى رأيناها فى الرهن الرسمى فنحيل إليها كما أحال المشرع إليها أيضاً^(٢) .

أما بشأن قواعد رهن المنقول وأنواع المنقولات المادية والمعنوية الجائز رهنها ورهن الديون فقد نظمتها المادة (١١١٧) وما بعدها من القانون المدنى .

(١) راجع المادة (١٠٩٧) لتي جاء فيها أنه " لا يكون محلاً للرهن الحيازى إلا ما يمكن بيعه استغلالاً بالمزاد العلنى من منقول وعقار " .

(٢) نصت المادة (١٠٩٨) مدنى على أنه " تسرى على الرهن الرسمى أحكام المادة (١٠٣٣) وأحكام المواد (١٠٤٠ إلى ١٠٤٢) المتعلقة بالرهن الرسمى " .

- المطلب الثانى -

آثار الرهن الحيازى وإنقضاؤه

إذا إنعقد الرهن الحيازى صحيحاً أنتج آثاراً على عاتق طرفيه , سواء من ناحية الحقوق أو من ناحية الواجبات .

فالراهن يلتزم بتسليم المرهون , وضمان سلامة الرهن ونفاذه , وضمان هلاك المرهون بقوة قاهرة أو بخطأ من جانبه .

وإن ظل له الحق فى الحصول على صافى ريع المرهون , خصماً من أصل الدين , كما له الحق فى التصرف فى المرهون .

أما المرتهن فيلتزم بالمحافظة على المرهون , وإدارته وإستثماره وتتميته , ويضمن هلاك المرهون بخطئه .

وله الحق فى حبس المرهون وفى التنفيذ على المرهون إذا حل الأجل دون وفاء , كما له الحق فى التقدم , والحق فى التتبع .

أما فيما يتعلق بإنقضاء الرهن الحيازى فينقضى تطبيقاً للقواعد العامة سواء تبعاً لإنقضاء الدين , أو لإعتبارات خاصة بعقد الرهن ذاته , أو لأسباب خاصة بالرهن من النزول عن الرهن وتطهير المرهون , والتنفيذ عليه , وهلاكه , واجتماع صفة المدين والدائن فى شخص واحد .

وسنعرض لهذه الأحكام فى الفرعين القادمين , على أن نخصص الأول لآثار الرهن والثانى لإنقضاؤه .

- الفصل الثانى -

حق الاختصاص , وحق الامتياز

- الفصل الأول -

حق الاختصاص

حق الاختصاص من الحقوق العينية التبعية , ومنظم فى المجموعة المدنية فى المادة (١٠٨٥) وما بعدها , ويبنى على فكرة اختصاص الدائن الذى بيده حكم موضوعى واجب النفاذ بأداء معين على المدين , بأحد عقارات المدين , ضماناً للوفاء بالدين ومصرفاته وفوائده , ويكون ذلك بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختص , وليس محض إرادة الدائن .

وسنتعرض لدراسة هذا الحق فى المطلبين القادمين , تخصص الأول للتعريف بالحق وخصائصه وإنقضاؤه , ثم نعرض فى الثانى لآثاره وإنقضاؤه .

- المطلب الأول -

تعريف حق الاختصاص , وخصائصه , وإنقضاؤه

* أولاً : التعريف :-

يعرف حق الاختصاص بأنه " قدرة الدائن الذى بيده حكم موضوعى نهائى على أخذ أحد عقارات المدين ضماناً للحصول على حقه , بأمر من المحكمة المختصة " .

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٨٥) مدنى أنه " (١) يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين أن يحصل , متى كان حسن النية , على حق إختصاص بعقارات مدينة ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصرفات .

(٢) ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة " .

* ثانياً : خصائص حق الاختصاص :-

يمكن إجمال خصائص هذا الحق فى أنه حق عينى , تبعى , ويرد على العقار , ولا يقبل التجزئة , ويقرر بأمر من المحكمة المختصة .

[١] حق الاختصاص حق عينى :-

فالحق العينى إجمالاً يعنى سلطة مباشرة لشخص على شئ معين , تمنحه بعض المزايا , ويعترف بها القانون , ويشمل ذلك الحقوق العينية الأصلية , والتبعية , ويعد الاختصاص حق عينى لأنه من الحقوق العينية التبعية , وبالتالي فهو ينشأ علاقة مباشرة بين الدائن صاحب الحق , والمال المقرر عليه الحق , يستطيع الدائن بمقتضى حقه أن يباشر سلطاته وحقوقه على المال دون وساطة من أحد , دون حاجة لتدخل المدين .

[٢] حق الاختصاص حق عينى تبعى :-

يُعد الاختصاص من التأمينات العينية , أى الضمانات لإستيفاء الحق , وهو يميز بين الدائن العادى والذى يدور فى فلك الذمة المالية للمدين , أى الضمان العام , والدائن الممتاز , صاحب الضمان الخاص الذى يتفرد به دون غيره من الدائنين الآخرين , فيطمئن على مديونيته ويأمن جانب المدين . وإذا كان الأمر كذلك , فلا يتصور وجود اختصاص إلا تبعاً لوجود مديونية يرغب الدائن فى الاطمئنان على استيفائها فى مواعيدها , فإن لم توجد المديونية فلا يتصور إنشاء اختصاص , فلماذا يقرر حق اختصاص على ممتلكاته الشخصية وهو غير مدان لأحد , فإن فعل فهو نوع من التصرفات غير المبررة وليس لها سبب وتقع باطله مطلقاً , فنحن بصدد حق عينى تبعى , وليس حق عينى أصلى .

ويبنى على ذلك وجود علاقة وثيقة بين الاختصاص والمديونية , فالاختصاص يدور فى فلك المديونية وجوداً وعدماً , فإن وجدت المديونية وجد الاختصاص , وإن إنقضت (سواء بالوفاء , أو بدون وفاء , أو بما يعادل الوفاء) إنقضى الاختصاص الضامن للدين , كان الدين باطلاً مطلقاً , أو نسبياً وقضى بإبطاله , بطل الاختصاص الضامن له .

[٣] حق الاختصاص يرد على عقار :-

نصت المادة (١٠٨٨) مدنى على أنه (لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق , وجائز بيعها بالمزاد العلنى) .

وبالتالى فهذا الحق هو حق عقارى , ولا يرد على المنقولات , وذلك على غرار الرهن الرسمى , وإن كان ينطبق ذات الأحكام فى شأن الرهن الرسمى فيما يخص العقارات بالتخصيص والتحسينات والإضافات .

[٤] لا يقبل التجزئة :-

ويشمل عدم القابلية للتجزئة شقين , الأول : **يخص العقار المقرر عليه حق اختصاص , والثانى : يخص الدين المضمون :-**

فبالنسبة للعقار : فكل العقار يضمن الوفاء بالدين , وهذه مسألة بديهية , لأن العقار بالكامل (وملحقاته وتحسيناته وإضافاته) رتب عليه اختصاص ضماناً للوفاء بالدين , فإن قسم هذا العقار المرهون بتصرف المدين (أو المدينون إن تعددوا) أو بواقعة مادية كوفاة المدين الأصلى وقسمه العقار بين الورثة , فإن هذ التقسيم لا يعتد به الدائن فيحق له التنفيذ على العقار جميعه إن شاء , كما يحق له أن يختار أحد الأجزاء من العقار فيبيعها ويستوفى حقه من ثمنها , ولا يستطيع أياً من المتقاسمين أو المشترين أن يحتج فى مواجهة الدائن بالتقسيم , أو أنه أوفى بنصيبه فى المديونية , هذا من جانب , ومن جانب آخر , فإن إستطاع المدين سداد جزء من الدين أو أغلبه , بقى الجزء غير المسدد مضموناً بالاختصاص الوارد على العقار جميعه , ولا يسقط الاختصاص عن جزء من العقار المرهون بنسبة ما سدده المدين .

[٥] يتقرر حق الاختصاص بأمر من المحكمة الابتدائية المختصة :-

وفى هذا ينفرد حق الاختصاص على غيره من الحقوق العينية التبعية , فهو يتقرر بإذن قضائى , وليس بعقد (كالرهن الرسمى والحيازى) , ولا بنص القانون كحق الامتياز , فإذا توافرت شروط أخذ حق الاختصاص فلا ينشأ بقوة القانون ,

بل بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الذى يقع فى دائرة إختصاصها محكمة العقار المطلوب أخذ حق اختصاص عليه , بناء على عريضة تقدم إليه من الدائن , حيث نظمت المادة (١٠٨٩) مدنى الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على أمر بحق الاختصاص فأوجبت " (١) : على الدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها .

(٢) وهذه العريضة يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو بشهادة من قلم الكتاب المدون فيها منطوق الحكم , وأن تشتمل على البيانات الآتية:-

{ أ } اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلى والموطن المختار الذى يعينه فى البلدة التى يقع فيها مقر المحكمة .

{ ب } اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

{ ج } تاريخ الحكم وبيان المحكمة التى أصدرته .

{ د } مقدار الدين , فإذا كان الدين المذكور فى الحكم غير محدد المقدار , تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتاً وغين المبلغ الذى يؤخذ به حق الاختصاص .

{ هـ } تعيين العقارات تعييناً دقيقاً وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها .

ويدون رئيس المحكمة فى ذيل العريضة أمره بالاختصاص

ويجب عليه عند الترخيص به أن يراعى مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب وعند الإقتضاء يجعل الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين (مادة ١٠٩٠) مدنى .

وعلى قلم الكتاب إعلان المدين بالأمر الصادر بالاختصاص فى نفس اليوم الذى يصدر فيه هذا الأمر , وعليه أيضاً أن يؤشر بهذا الأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص , وأن يخطر قلم كتاب

المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن , (١٠٩١) .

" ويجوز للمدين أن يتظلم من الأمر الصادر بالاختصاص أمام الأمر , كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم إلى المحكمة الابتدائية " ويجب أن يؤشر على هامش القيد كل أمر أو حكم قضى بإلغاء الأمر الصادر بالاختصاص , (١٠٩٢)^(١).

* ثالثاً : شرط إنشاء حق الاختصاص :-

نظمت المادة (١٠٨٥) السابق ذكرها شروط إنشاء حق الاختصاص , وهي أربعة شروط :-

الأول : وجود حكم قضائي موضوعي .

الثاني : أن يكون الحكم واجب النفاذ .

الثالث : أن يتضمن الحكم أداء معين على المدين .

الرابع : أن يكون الدائن حسن النية .

[١] وجود حكم قضائي موضوعي بيد الدائن :-

فالحكم القضائي الموضوعي هو الشرط الأول لطلب الدائن حق الاختصاص , وليس غيره من السندات التنفيذية , هو المبرر الوحيد لتفضيل الدائن على غيره من الدائنين الآخرين , والخروج على قاعدة تساوى الدائنين أمام الضمان العام .

ولكن لا يهم إن كان الحكم مدنياً (وهو الغالب) أو جنائياً , كالحكم الصادر من المحكمة الجنائية بالتعويض عن الحق المدني للمجنى عليه .

ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية , أو على حكم صادر من محكمين إلا إذا أصبحا واجبا النفاذ , مادة (١٠٨٦) مدني .

(١) فإذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين , جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية (م ١٠٩٣) مدني .

والأحكام الأجنبية لا تكون واجبة التنفيذ في مصر إلا بعد عرضها على المحكمة الأجنبية التي يراد التنفيذ في دائرتها , وصدور أمر من هذه المحكمة بتنفيذها (م ٢٩٦ - ٢٩٨) مرافعات , أما أحكام التحكيم فيختص رئيس محكمة إستئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها بإصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمين , على أن يرفق بالطلب المستندات المذكورة في المادة (٥٦) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧ لسنة ١٩٩٤) الصادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٩٤ .

وإن كان يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلاحاً أو إتفاقاً تم بين الخصوم ولكن لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع , مادة (١٠٨٧) مدنى.

ولكن لا يشترط القانون لإعطاء حق الاختصاص أن يكون الحكم قد فصل في موضوع الدعوى كله أو جزء منه , فكلاهما يصلح لأخذ حق اختصاص أما الأحكام الإجرائية الصادرة قبل الفصل في الموضوع فلا يجوز تقرير حق اختصاص بناء عليها , وعلى ذلك لا يجوز أخذ اختصاص بناء على الأحكام التحضيرية والأحكام التمهيدية كالتى تصدر بتعيين حارس أو ندب خبير أو بالإحالة إلى التحقيق , فهذه الأحكام لا تفصل في موضوع الدعوى , ولكنها تتعلق بسيرها وتحقيقها .

[٢] أن يكون الحكم واجب النفاذ :-

ويكون الحكم واجب النفاذ إذا كان نهائياً باتاً , لا يقبل الطعن عليه بأي من طرق الطعن العادية , سواء لفوات المواعيد , أو لأن القانون لا يسمح بالطعن عليه , أو لاستنفاد طرق الطعن .

كما يكون الحكم نهائياً إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل رغم جواز الطعن فيه بالطرق العادية .

والأصل أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ الحكم , مالم تأمر المحكمة بوقف تنفيذه وتبدو الحكمة من إيداء هذا الشرط في أن الحكم النهائى واجب النفاذ يسمح للدائن بالتنفيذ فوراً على أموال المدين بالحجز والبيع , أما قبل ذلك فيمتنع

التنفيذ أو الحجز , ولا مبرر لتفضيل أحد المدينين على الآخر , فالتنفيذ مؤجل قانوناً .

[٣] أن يكون الحكم ملزماً للمدين بأداء معين :-

يجب أيضاً أن يكون الحكم ملزماً للمدين بأداء معين للدائن , كدفع مبلغ من النقود أو القيام بعمل , أو بالإمتناع عن عمل , ومتى كان الحكم ملزماً للمدين بأداء معين , جاز أخذ اختصاص بموجبه ولو كان حكماً وقتياً كالحكم بتقرير نفقة .

أما إذا كان الحكم , رغم صدوره في موضوع الدعوى , لا يلزم المدين بشئ , كالحكم برفض الدعوى أو ثبوت ملكية شئ متنازعاً عليه , أو بصحة التوقيع , فلا يجوز تقرير حق اختصاص بناء عليه , فالغرض من تقرير حق الاختصاص ضمان وفاء المدين بما يلزمه به الحكم , فإذا كان الحكم لا يلزم المدين بأداء معين , فلا يكون هناك محل لتقرير الاختصاص ^(١) .

[٤] حسن نية الدائن :-

أوردت المادة (١/١٠٨٥) مدنى هذا الشرط ضمن شروطها وهو أن يكون الدائن حسن النية فقالت (يجوز لكل دائن أن يحصل - متى كان حسن النية - على حق اختصاص) , ويعنى أن يجهل الدائن أنه يعتدى على حق الغير الذى يحتج بحق الاختصاص فى مواجهته , وكما جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه " ويشترط لأخذ حق الاختصاص أن يكون الدائن حسن النية , فلو باع المدين عقاراً له , ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه , وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع , فإن هذا الحق لا ينفذ فى حق المشتري) .

ويبدو من عبارة النص وما جاء فى المذكرة الإيضاحية أن حسن نية الدائن شرط للحصول على حق الاختصاص , كما جرى بعض الفقه أيضاً على ذكر حسن النية بين شروط الحصول على الاختصاص , وأدى هذا للقول بأن

(١) راجع د/ محمد السعيد رشدى - المرجع السابق - ص ١٩٣ .

سوء نية الدائن وقت الحصول على حق الاختصاص يجعل هذا الحق غير ذي أثر , وإن كان البعض الآخر من الفقه يرى أن حسن نية الدائن ليس إلا شرطاً لنفاذ الاختصاص في حق الغير الذي كان الدائن يعلم بوجود حقه , ويترتب على ذلك أنه إذا كان الدائن يعلم بوجود حق للغير ولا يعلم بحق آخر فيكون حق الاختصاص نافذاً في مواجهة من يعتبر الدائن الذي حصل عليه حسن النية بالنسبة لهم , أى من كل ما يجهل حقوقهم , كما ينفذ حق الاختصاص في مواجهة أصحاب الحقوق التي تنشأ بعد أخذ الاختصاص ^(١) .

* الحالات التي يمتنع فيها ترتيب حق الاختصاص :-

الأصل أنه إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة (١٠٨٥) فيجب تقرير حق الاختصاص للدائن متى طلبه طبقاً للإجراءات المنصوص عليها , ومع ذلك , وإستثناء من القاعدة السابقة حظر القانون ترتيب حق اختصاص للدائن - وإن توافرت الشروط اللازمة - في حالتين :-

الأولى : الوفاة , والثانية : الإعسار .

[١] وفاة المدين :-

حظرت المادة (١٠٨٥) في فقرتها الثانية ترتيب حق اختصاص لأحد الدائنين على أى عقار من عقارات المدين المتوفى (فلا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة) .

لأنه بوفاة المدين تتعلق حقوق المدينين جميعاً , والورثة , بالتركة , وقد وضع المشرع ضوابط لتوزيع التركة بين أصحاب الديون والوصايا والورثة , فلا يجوز لأحد الدائنين أن يغير من ضوابط التوزيع شيئاً لمصلحته , والقاعدة هنا أنه (لا تركة إلا بعد سداد الديون) .

[٢] إعسار المدين :-

إذا بدأ الدائنون فى اتخاذ إجراءات شهر إعسار المدين فلا يجوز لأى منهم أو للمدين ذاته أن يفضل أحداً على الآخر , وكل تصرفاته فى هذه الفترة (فترة الريبة) يمكن الطعن عليها .

(١) د/ محمد السعيد رشدى - المرجع السابق - ص ٢٠٠ .

فإذا سجلت صحيفة دعوى الإعسار فيمتنع ترتيب حق اختصاص لأحد الدائنين , إمتثالاً لما قضت به المادة (٢/٢٥٦) " لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " .

- المطلب الثانى -

- آثار حق الاختصاص وإنقضاؤه -

يكون للدائن الذى تقرر له حق اختصاص على أحد عقارات المدين ضماناً لتنفيذ حكم قضائى موضوعى نهائى , ذات الحقوق المقررة قانوناً للدائن المرتهن رسمياً , كما يخضع لذات الأحكام المتعلقة بالقيد وتجديده ومحوه وإنقضاء الحق . فقد جاء فى المادة (١٠٩٥) أنه " يكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى , ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وإنقضائه , وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد من أحكام خاصة " .

ومما يجب التذكير عليه هنا وجوب قيد حق الاختصاص للاحتجاج به فى مواجهة الغير , ولكى يستطيع الدائن صاحب الحق ممارسة سلطتى التقدم والتتبع , فالحق كما رأينا يرد على عقار أو عقارات المدين , وكل الحقوق العينية التبعية المقررة على عقار يجب شهرها لتنفيذ فى حق الغير , ووسيلة الإشهار هى القيد فى السجل المخصص لذلك بالشهر العقارى , وتتحدد مرتبة الحق من تاريخ القيد , كما يجب تجديد هذا القيد كل عشر سنوات وإلا سقط .

* إنقاص حق الاختصاص :-

قد تظهر الحالة أن العقار (أو العقارات) التى حصل الدائن على حق اختصاص عليها تجاوز فى قيمتها قيمة الدين أو الأداء المطلوب من المدين , فأجاز المشرع لكل ذى مصلحة أن يطلب من ذات المحكمة التى أصدرت أمر الاختصاص أن تنقصه إلى الحد المناسب , ويكون إنقاص حق الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها , أو بنقله إلى عقار

آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين , وتقع مصروفات الإنقاص على من يطلبه , حتى ولو كان بموافقة الدائن (١) .

- المبحث الثانى -

- حق الامتياز -

- تمهيد وتقسيم :-

رأى المشرع أن بعض الحقوق أو الديون يجب الوفاء بها قبل غيرها من الديون , وذلك لصفة هامة فى الحق تبرر منحه الأولوية على غيره , فالعبرة هنا بصفات الدين ذاته وليس بصفة فى شخص الدائن , الذى يتوارى قليلاً أمام صفات الدين ذاته .

فالدين له من الأهمية القصوى ما يبرر إستيفائه أولاً وعدم الإنتظار خلف الدائنين الممتازين الآخرين أو العاديين , فدين النفقة لا يمكن تأخيرته لأنه يلبى حاجات أساسية لصاحبه , وكذلك دين الأجراء والعمال فهم يتقوتون وأسرهم بهذا الدخل , وكذلك دين الخزانة العامة فهو يمثل أحد مصادر تمويل المواد العامة للدولة , وكذلك دين متقاسم المنقول أو العقار , أو بائعهما , ودين المؤجر وصاحب الفندق .

وليس الدائن أو المدين هو من يقرر هذه الأولوية لاستيفاء الحق , بل المشرع نفسه , بنصوص خاصة , أمرة , هو الذى تولى هذا الترتيب , فحق الامتياز مصدره القانون , وليس الاتفاق (كالرهن) , أو حكم القضاء (كحق الاختصاص) .

(١) راجع المادة (١٠٩٤) مدنى :-

(١) : يجوز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب , إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين .

(٢) ويكون إنقاص الاختصاص إما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها , أو بنقله إلى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين .

(٣) والمصروفات اللازمة لإجراء الإنقاص ولو تم بموافقة الدائن تكون على من طلب الإنقاص .

وستتبع ذات الخطوة السابقة فى دراسة حق الامتياز , فنعالج الأمر فى
مطلبين , نخصص الأول للتعريف بحق الامتياز وخصائصه وأنواعه , ونخصص
الثانى لدراسة أنواع الحقوق الممتازة .

- المطلب الأول -

التعريف بحق الامتياز , وخصائصه , وأنواعه

* أولاً : تعريف حق الامتياز :-

عرفت المادة (١١٣٠) حق الامتياز بأنه " الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " .

فالامتياز كما رأينا أفضلية يقرها المشرع لحق ما , إعتبار منه لأهمية وضرورة إستيفاء هذا الحق أولاً , فالامتياز يعنى أفضلية وألوية , وصاحب القرار هو المشرع ذاته , وقراره ليس تحكيمياً بل تمليه إعتبارات الضرورة والمصلحة الأولى بالاعتبار , ببيعار موضوعي , وليس ذاتي أو شخصي للدائن .

* ثانياً : خصائص حق الامتياز :-

تجتمع لهذا الحق خصائص الحقوق العينية التبعية , كما يتفرد عنها بميزات خاصة , فهو حق عيني , تبعي , يرد على عقار ومنقول , ولا يقبل التجزئة , وأخيره تقررته الإرادة التشريعية وحدها :-

وقد تناولنا فيما سبق (فيما يخص الرهن الرسمي) كونه حقاً عينياً , وحقاً تبعياً , ولا يقبل التجزئة , أما الخصائص المنفردة هنا فتكون في أنه يرد على العقار والمنقول , ويقرره المشرع وحده .

[١] يرد حق الامتياز على العقار والمنقول :-

يمكن أن يرد حق الامتياز على عقار , ويكون امتياز عقارى يخضع لأحكام الشهر العقارى بالقيد في السجلات الرسمية لينفذ الحق في مواجهة الغير كامتياز بائع العقار ومتقاسمه , كما يرد هذا الحق على منقولات , والقاعدة أنه لا يجب القيد هنا , المهم أن يظل المنقول في حيازة المدين أو الدائن لكي تستمر الفاعلية قائمة للامتياز , وإلا فقد يتصادم حق الامتياز مع حقوق الغير حسنى النية

, فيتمسكون بقاعدة الحيابة فى المنقول بحسن نية وبسبب صحيح سند الحائز , بعدما حازوا المنقول المحمل بحق امتياز دون أن يعلموا بهذا الحق ^(١) .
وأخيراً فقد يرد هذ الحق على كل ما فى الذمة المالية من عقار أو منقول
(حقوق الامتياز العامة) وهذه لا يجب شهرها , وينفذ الحق على كل ما فى
الذمة المالية (من عقار أو منقول) لحظة التنفيذ الجبرى ^(٢) .

[٢] حق الامتياز يقرره المشرع وحده :-

فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص القانون (م ٢/١١٣٠) , وهو
الذى يتولى تنظيم أحكامه من ناحية المرتبة والقيود ووعاء الامتياز وغيرها ^(٣) ,
فإرادة الطرفين (الدائن والمدين) لا تملكان إنشاء حق امتياز , وإن إتفقا على
ذلك وقع إتفاقيهم باطلاً , فلسنا بصدد حق رهن , كما لا يمكن لأى محكمة أن
تقضى بترتيب حق امتياز غير وارد النص عليه , على غرار حق الاختصاص ,
فيتعرض الحكم للطعن عليه لمخالفته الصريحة للقانون .
وفى هذا يتفرد حق الامتياز على غيره من الحقوق العينية التبعية
الأخرى.

ويبنى على ذلك أن حق الامتياز حق إستثنائى (خروجاً على قاعدة
التساوى أمام الضمان العام) وارد على سبيل الحصر , لذا يتعين إتباع قاعدة

(١) راجع نص المادة (١١٣٣) مدنى " (١) : لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية .
(٢) ويعتبر حائزاً فى حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة , وصاحب
الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التى يودعها التلاء فى فندقه .
(٣) وإذا خشى الدائن لأسباب معقولة , تهديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه
تحت الحراسة
(٢) نصت المادة (١١٣٢) مدنى على أنه " ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار , أما
حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين " .
(٣) (١) : مرتبة الامتياز يحددها القانون , فإذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه , كان هذا الحق
متأخراً فى المرتبة عن كل امتياز ورد فى هذا الباب .
(٢) وإذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة , فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى
بغير ذلك.

التفسير الضيق حين التعرض للنصوص القانونية المقررة للحق , فلا يتوسع فى تفسيرها , ولا يقاس عليها .

ولكن لا يشترط أن يرد حق الامتياز فى المجموعة المدنية فقط , بل يمكن أن يرد فى غيره من القوانين , كالقانون التجارى أو قانون العمل أو التأمينات الاجتماعية أو غيرهم , وهنا تسرى ذات القواعد فى التفسير الضيق وفى عدم جواز القياس .

* ثالثاً : أنواع حق الامتياز :-

عادة ما تقسم حقوق الامتياز إلى نوعين رئيسيين :-

(١) حق امتياز عام . (٢) حق امتياز خاص .

كما يقسم حق الامتياز الخاص إلى نوعين :-

الأول : يرد على المنقول . والثانى : يرد على العقار .

[١] حقوق الامتياز العامة :-

وهذه الحقوق تأخذ محلاً لها كل ما فى الذمة المالية للمدين , من عقار أو منقول , وبما أننا لن نستطيع أن نحصر ممتلكات المدين إلا لحظة التنفيذ , حيث يحق له أن يدخل أو يخرج من ذمته المالية ما يشاء حتى مرحلة التنفيذ (مع مراعاة حق الدائنين فى تفعيل وسائل المحافظة على الضمان العام) فلا يوجب القانون قيد حقوق الامتياز العامة , حتى وإن وردت على عقار .

هذا من جانب , ومن جانب آخر فإن حقوق الامتياز هذه تتقرر لبعض الدائنين الذين يصعب مطالبتهم بتقيد حقوقهم فى السجلات الرسمية , وذلك كالخزانة العامة وديون النفقة , والمبالغ المستحقة للأجراء , ومبالغ ما ورد للمدين ولمن يعولهم من مآكل وملبس .

[٢] حقوق الامتياز الخاصة على المنقول :-

وهذه الحقوق ترد على المنقولات وليس العقارات , وبما أن القاعدة أن المنقولات لا تسجل التصرفات الواردة عليها لتنفذ فى حق الغير (إلا شبه العقار من السفينة والطائرة والسيارة) , فإن المشرع لم يوجب قيد هذه الحقوق الواردة

على المنقول للإحتجاج بها على الغير , بل تنفذ فى حق الغير ولو لم تقيد , فى حالة عدم التعارض مع قاعدة الحيازة فى المنقول .

ومن هذه الحقوق الممتازة امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم , وامتياز المبالغ المستحقة للمؤجر , وامتياز صاحب الفندق .

[٣] حقوق الامتياز الخاصة على العقار :-

وهذه تأخذ محلاً لها العقارات فقط , كامتياز بائع العقار وامتياز متقاسم العقار , وأوجب المشرع فيها شهر حقوق الامتياز بالقيد فى الشهر العقارى كالرهن الرسمى , ولا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ قيدها , والذى يحدد أيضاً مرتبة الامتياز وأولويته .

فقد نصت المادة (١١٣٤) على أنه " (١) : تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على العقار , أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق , وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد ومت يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو .

(٢) ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق البيع , ولا حاجة للشهر أيضاً فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة , وهذه الحقوق الممتازة جميعاً تكون أسبق فى المرتبة على أى حق إمتياز عقارى آخر أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده , أما فيما بينها فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة " .

والأصل أن يسرى على حق الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام تتعلق بهلاك الشئ أو تلفه أو إنقضاء الحق , مالم يوجد حكم خاص يقضى بغير ذلك " (١) .

(١) راجع المادة (١١٣٥) مدني وما بعدها .

مادة ١١٣٥ : يسرى الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام متعلقة بهلاك الشئ أو تلفه .

ويبنى على ذلك أنه يتصور أن يسبق حق الرهن (الدائن المرتهن) حق الامتياز الوارد على العقار , فيحصل الدائن المرتهن على حقه أولاً قبل صاحب حق الامتياز لأنه أسبق منه في تاريخ القيد , إلا ما ورد في شأن حقوق الامتياز العامة , خاصة المصروفات القضائية , وحقوق الخزانة العامة , والمبالغ المستحقة للأجراء, وأصحاب النفقة , فهذه تتقدم على أى رهن رسمى أو حيازى أو حق اختصاص , وطبقاً للترتيب السابق فيما بينها , فالأولوية لامتياز المصروفات القضائية ثم الخزانة العامة ثم ما يليها طبقاً لنص القانون .

* رابعاً : حق الامتياز فى الفقه الإسلامى :-

عرف الفقه الإسلامى حقوق الامتياز , إلا أنه لم يتناولها وفق تنظيم معين , كما لم يعمل على ترتيبها وتحديدها , طبقاً لأهميتها , كما فعلت القوانين الحديثة , بل جاء ذكرها مبعثراً فى أماكن مختلفة دون تبويب ولا تأصيل , وهو ما ينسجم مع صناعة الفقه الإسلامى , بإعتباره فقهاً إستقرائياً لا يصوغ نظريات عامة , بل ينطلق من المسائل التفصيلية والتطبيقات العملية ^(١) .

- من الديون الممتازة فى الفقه الإسلامى , على سبيل الترتيب :-

[١] دين الزكاة : فقد جاء فى الأم للإمام الشافعى , أنه ^(٢) :-

إذا مات الرجل وقد وَجَبَتْ فى ماله زكاة , وعليه دين , وقد أوصى بوصايا , أخذت الزكاة من ماله قبل الدين والميراث والوصايا .

مادة ١١٣٦ : ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التى ينقضى بها حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين , ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك

(١) د/ بهاء الدين العلايلى (الضمان العيى والشخصى - الرهن) دار الشواف - اهليا - الرياض - ص ٤٣٦ وما بعدها .

(٢) الأم للإمام الشافعى مشار إليه فى د/ بهاء العلايلى - المرجع السابق - ص ٤٣٧ .

- جاء فى المعنى :-

فإن كان عليه زكاة ومال صدقة فطر ودين , فزكاة الفطر والمال كالشئ الواحد , لاتحاد مصرفها , فيحصلان الدين , وأصل الدين , أن حق الله سبحانه وتعالى , وصف الآدى إذا تعلقا بمحل واحد , فكانا فى الذمة أو كانا فى العين , تساويا فى الاستيفاء .

- المعنى - لابن قدامة - ٥٣١/٦ .

لكن الفقه الحنبلى , يرى أن دين الزكاة والديون الأخرى , إذا تعلقا بالذمة المالية أو بعين معينة , فيتساويان بالاستيفاء , فيقسم الدين والصدقة بالحصص .

[٢] **دين النفقة** : النفقة الكافية للأسرة تقدم على قضاء ديونها .

[٣] **نفقة تجهيز الميت** : ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن تقدم على ديون المتوفى .

[٤] **الديون المضمونة برهن** :-

تعتبر هذه الديون فى درجى متقدمة على سائر الديون الأخرى , فى حدود قيمة العين المرهونة , سواء كان ذلك قبل الوفاة أو بعدها .

فالمرتتهن الحابس يستوفى حقه , فى الفقه الاسلامى , من ثمن العين المرهونة بالأولوية على سائر الدائنين وقد تقدم بيان ذلك , لأن حق الدائن متعلق بعين الرهن وزمة الراهن معاً .

- **جاء فى المغنى** :-

والمرتتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفى حقه , حياً كان الراهن أو ميتاً^(١) .

(١) المغنى - لابن قدامة - المرجع السابق - الجزء السادس - والكافى , المرجع السابق ١١٤/٢ , د/ بهاء الدين العلالي - المرجع السابق - ص ٤٣٨ .

- المطلب الثانى -

أنواع الحقوق الممتازة

ورد تفصيل لأنواع الحقوق الممتازة سواء العامة أو الخاصة , فى المواد (١١٣٨) مدنى وما بعدها , وتكفل المشرع فى كل مادة بتحديد الحق الممتاز والوعاء الذى يرد عليه , ومرتبته , وصاحبه , وسنورها إجمالاً , بموادها ثم نشرع بعد ذلك فى إستعراضها بشئ من التفصيل .

- الفرع الأول -

حقوق الامتياز العامة

وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

* أولاً : امتياز المصروفات القضائية :-

* مادة ١١٣٨ (١) : المصروفات القضائية التى أنفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها , لها امتياز على ثمن هذه الأموال .
(٢) وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم , وتتقدم المصروفات التى أنفقت فى بيع الأموال على تلك التى أنفقت فى إجراءات التوزيع .

* ثانياً : امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :-

* مادة ١١٣٩ (١) : المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان , يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والأوامر الصادرة فى هذا الشأن .

(٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المنقولة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر , ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمى عدا المصروفات القضائية .

* ثالثاً : امتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه :-

* مادة ١١٤٠ (١) : المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم , سيكون لها امتياز عليه كله .

(٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة مباشرة , أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها .

*** رابعاً : حقوق الامتياز العامة :-**

* مادة ١١٤١ (١) : يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار :-

- حقوق الأجراء :-

{ أ } المبالغ المستحقة للخدم والكتبه والعمال وكل أجير آخر , من أجرهم ورواتبهم من أى نوع كان عن الستة أشهر الأخيرة .

- مبالغ التوريد :-

{ ب } المبلغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكّل وملبس فى الستة أشهر الأخيرة .

- مبالغ النفقة :-

{ ج } النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن الستة أشهر الأخيرة .

(٢) وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخرانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم , أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها .

*** خامساً : امتياز المبالغ التى صرفت فى أعمال الزراعة :-**

* مادة ١١٤٢ (١) : المبالغ المنصرفة فى البذور والسماذ وغيرها من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات , والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد , يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى إنتاجه وتكون لها جميعاً مرتبة واحدة .

(٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر

(٣) وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة مع هذه الآلات .

*** سادساً : امتياز المؤجر :-**

* مادة ١١٤٣ (١) : أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك , وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار يكون لها

جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول للحجز ومن محصول زراعى .

(٢) ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجـة المستأجر أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها فى العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها , وذلك دون إخلال بالأحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة .

(٣) ويقع الامتياز أيضاً على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر من الباطن إذا كان المؤجر قد إشتـرط صراحة عدم الإيجار من الباطن , فإذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا للمبالغ التى تكون مستحقة للمستأجر الأصلـى فى ذمة المستأجر من الباطن فى الوقت الذى ينذر فيه المؤجر .

(٤) وتستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الأموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر , إلا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ فى حق المؤجر بإعتباره حائزاً حسن النية .

(٥) وإذا نقلت الأموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ولم يبق فى العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة , بقى الامتياز قائماً على الأموال التى نقلت دون أن يضر ذلك بالحق الذى كسبه الغير حسن النية على هذه الأموال , ويبقى الامتياز قائماً ولو أضر بحق الغير لمدة ثلاث سنوات من يوم نقلها إذا أوقع المؤجر عليها حجزاً استحقاقياً فى الميعاد القانونى , ومع ذلك إذا بيعت هذه الأموال إلى مشتر حسن النية فى سوق عام أو فى مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثلها وجب على المؤجر أن يرد الثمن إلى هذا المشتري .

* سابعاً : امتياز صاحب الفندق :-

* مادة ١١٤٤ (١) : المبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزىل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه , يكون لها امتياز على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو ملحقاته .

(٢) ويقع الامتياز على الأمتعة ولو كانت غير مملوكة للنزيل إذا لم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة , ولصاحب الفندق أن يعارض فى نقل الأمتعة من فندقه مادام لم يستوف حقه كاملاً , فإذا نقلت الأمتعة رغم معارضته أو دون علمه , فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية.

(٣) ولإمتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التى لإمتياز المؤجر , فإذا تزامم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ , مالم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر .
* ثامناً : امتياز بائع المنقول :-

* مادة ١١٤٥ (١) : ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته , يكون له امتياز على الشئ المبيع , ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته , وهذا دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير حسن النية , مع مراعاة الأحكام الخاصة بالمواد التجارية .

(٢) ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول , إلا أنه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .
* تاسعاً : امتياز متقاسم المنقول :-

* مادة ١١٤٦ (١) : للشركاء الذين اقتسموا منقولاً , حق امتياز عليه تأميناً لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة , وفى استيفاء ما تقرر فيها من معدل .

(٢) وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع , فإذا تزامم الحقان قدم الأسبق فى التاريخ .

- الفرع الثانى -

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

* أولاً : امتياز بائع العقار فيما يتبقى له من ثمن البيع :-

* مادة ١١٤٧ (١) : ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع .

(٢) ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً , وتكون مرتبته من وقت القيد .

* ثانياً : امتياز المقاول والمهندس المعماري :-

* مادة ١١٤٨ (١) : المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد إليهم فى تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو فى ترميمها أو صيانتها , يكون لها امتياز على هذه المنشآت , ولكن بقدر ما يكون زائداً بسبب هذه الأعمال فى قيمة العقار وقت بيعه .

(٢) ويجب أن يقيد هذا الامتياز , وتكون مرتبته من وقت القيد .

* ثالثاً : امتياز متقاسم العقار وما تبقى له من معدل القسمة :-

* مادة ١١٤٩ : للشركاء الذين اقتسموا عقاراً , حق امتياز عليه تأميناً لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد .

- الباب الثانى -

- عقد الكفالة -

فهرست الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
٣	مقدمه
٥	مبحث تمهيدى فى الحق العينى
١١	- القسم الأول - حق الملكية - الباب الأول - القواعد العامة لحق الملكية
١٢	تمهيد وتقسيم
١٣	الفصل الأول : حق الملكية (الخصائص والنطاق)
١٣	المبحث الأول : تعريف حق الملكية وخصائصه
١٣	أولاً : تعريف حق الملكية , وعناصره
١٦	ثانياً : خصائص حق الملكية
٢٤	المبحث الثانى : نطاق حق الملكية وحمايته
٢٤	أولاً : عناصر الشئى الجوهريه
٢٥	ثانياً : ملكية الأرض تشمل العلو والعمق
٢٩	ثالثاً : جواز فصل ملكية الأرض عما فوقها , أو تحتها
٣٠	رابعاً : ملكية الشئى تشمل ملحقاته وثماره ومنتجاته
٣١	خامساً : حماية حق الملكية
٣٣	الفصل الثانى القيود القانونية والإتفاقية على حق الملكية
٣٥	المبحث الأول : القيود القانونية على الملكية
٣٥	المطلب الأول : القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة
٣٥	الفرع الأول : القيود الواردة على حق التملك , والحد الأقصى للملكية
٣٥	أولاً : حظر تملك الأجانب للعقارات فى مصر
٣٦	ثانياً : التوسع فى الإستثناءات الخاصة بتملك الأجانب
٣٧	ثالثاً : الحد الأقصى لملكية الأراضى الزراعية والصحراوية فى مصر
٣٨	الفرع الثانى : جواز نزع الملكية والإستيلاء المؤقت للمنفعة العامة

٤١	المطلب الثاني : القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة
٤١	الفرع الأول : أضرار الجوار غير المألوفة
٥٨	الفرع الثاني : حق المرور القانوني
٥٩	أولاً : شرط قيام حق المرور القانوني
٦٢	ثانياً : أحكام حق المرور
٦٥	الفرع الثالث : قيود المطلات
٧١	المبحث الثاني : القيود الإتفاقية على حق الملكية (الشرط المانع من التصرف)
٧٢	أولاً : شروط صحة الشرط المانع من التصرف
٧٥	ثانياً : آثار الشرط المانع من التصرف
٧٨	الفصل الثالث
	الملكية الشائعة
٨١	المبحث الأول : الأحكام العامة في الشيوع
٨١	المطلب الأول : الإنتفاع بالمال الشائع
٨٢	أولاً : إدارة المال الشائع بالإجماع
٨٣	ثانياً : إدارة المال الشائع بالأغلبية
٨٥	ثالثاً : حق الشريك منفرداً في الإنتفاع بالمال الشائع
٨٧	المطلب الثاني : التصرف في المال الشائع
٨٧	أولاً : التصرف بالإجماع في المال الشائع
٨٨	ثانياً : تصرف الأغلبية في المال الشائع
٨٩	ثالثاً : تصرف الأقلية أو الشريك منفرداً في المال الشائع
٩٤	رابعاً : إسترداد الحصة الشائعة
٩٨	المطلب الثالث : قسمة المال الشائع
٩٨	الفرع الأول : القسمة الرضائية والقسمة القضائية
١١٢	الفرع الثاني : آثار القسمة
١١٨	الفرع الثالث : الوصية بالقسمة
١٢٢	المبحث الثاني : صور خاصة للملكية الشائعة
١٢٢	المطلب الأول : الشيوع الإجباري
١٢٣	المطلب الثاني : ملكية الأسرة

١٢٧	المطلب الثالث : ملكية الشقق والطبقات
١٣٧	الباب الثانى
	أسباب إكتساب الحقوق العينية الأصلية
١٤٠	الفصل الأول : العقد والوصية والميراث
١٤٠	المبحث الأول : العقد
١٤٢	المبحث الثانى : الوصية
١٤٨	المبحث الثالث : الميراث
١٥٠	الفصل الثانى : الإلتصاق والشفعة
١٥٠	المبحث الأول : الإلتصاق
١٥٣	المطلب الأول : إلتصاق المنقول بالمنقول
١٥٥	المطلب الثانى : إلتصاق المنقول بالعقار بعمل الطبيعة (طمى وطرح النهر)
١٥٩	المطلب الثالث : إلتصاق المنقول بالعقار بفعل الإنسان (الإلتصاق الصناعى)
١٧٠	المبحث الثانى : الشفعة
١٧٣	المطلب الأول : الشفعاء وطبقاتهم
١٧٣	الفرع الأول : حالات الشفعة
١٨٩	الفرع الثانى : طبقات الشفعاء وفض التزامهم بينهم
١٩٣	المطلب الثانى : شروط الشفعة
١٩٣	الفرع الأول : بيع العقار
٢٠٨	الفرع الثانى : وجود شفيع
٢١١	الفرع الثالث : عدم التنازل عن الشفعة
٢١٤	المطلب الثالث : إجراءات الشفعة
٢١٧	الفرع الأول : إعلان الرغبة فى الشفعة وتسجيلها
٢٢٠	الفرع الثانى : إيداع الثمن
٢٢٤	الفرع الثالث : رفع الدعوى
٢٢٦	الفرع الرابع : إنتقال الحق فى الشفعة , ومسقطاتها
٢٢٩	المطلب الرابع : آثار الشفعة
٢٢٩	الفرع الأول : الشفعة بالتراضى

٢٣٠	الفرع الثانى : الشفعة قضاءً
٢٣٥	الفصل الثالث : الإستيلاء والحيازة
٢٣٦	المبحث الأول : الإستيلاء
٢٣٦	المطلب الأول : تعريف الإستيلاء ونطاقه
٢٣٨	المطلب الثانى : شروط الإستيلاء
٢٤٢	المطلب الثالث : حالات خاصة بالإستيلاء
٢٤٦	المبحث الثانى : الحيازة
٢٤٩	المطلب الأول : النظرية العامة للحيازة
٢٤٩	الفرع الأول : أركان الحيازة وعيوبها
٢٦٣	الفرع الثانى : إنتقال الحيازة زوالها وحمايتها
٢٧٢	المطلب الثانى : آثار الحيازة (دور الحيازة فى كسب الحق العينى)
٢٧٣	الفرع الأول : التقادم المكسب (الطويل)
٢٨٣	الفرع الثانى : التقادم المكسب (القصير)
٢٩٧	الفرع الثالث : تملك المنقول فوراً بالحيازة
٣٠٨	الفرع الرابع : كسب ملكية الثمار
٣١٢	الفرع الخامس : حق الحائز فى إسترداد المصروفات ومسئوليته عن هلاك الشئ
	الكتاب الثانى
	التأمينات العينية والشخصية
٣١٧	تمهيد
٣١٨	الباب الأول : التأمينات العينية
٣١٩	الفصل الأول : الرهن الرسمى - الرهن الحيازى
٣١٩	مقدمة وتقسيم
٣٢٢	المبحث الأول : الرهن الرسمى
٣٢٢	المطلب الأول : التعريف بالرهن الرسمى وخصائصه وانعقاده
٣٢٢	الفرع الأول : تعريف وخصائص عقد الرهن الرسمى
٣٢٢	أولاً : تعريف الرهن الرسمى
٣٢٣	ثانياً : خصائص الرهن الرسمى

٣٢٩	الفرع الثاني : انعقاد الرهن الرسمي
٣٢٨	أولاً : التراضي
٣٢٩	ثانياً : المحل في الرهن (المرهون)
٣٣١	- حكم رهن المال الشائع
٣٣٢	- حكم رهن من زالت ملكيته بأثر رجعي
٣٣٤	- حكم رهن المال المستقبل
٣٣٥	ثالثاً : الدين المضمون بالرهن
٣٣٦	المطلب الثاني : آثار عقد الرهن وانقضاؤه
٣٣٨	المبحث الثاني : الرهن الحيازي
٣٣٩	المطلب الأول : تعريف الرهن الحيازي وخصائصه وانعقاده
٣٤٢	المطلب الثاني : آثار الرهن الحيازي وانقضاؤه
٣٤٣	الفصل الثاني : حق الاختصاص وحق الامتياز
٣٤٣	المطلب الأول : تعريف حق الاختصاص وخصائصه وانعقاده
٣٤٣	أولاً : التعريف
٣٤٤	ثانياً : خصائص حق الاختصاص
٣٤٧	ثالثاً : شرط انشاء حق الاختصاص
٣٥٠	- الحالات التي يتمتع فيها ترتيب حق الاختصاص
٣٥١	المطلب الثاني : آثار حق الاختصاص وانقضاؤه
٣٥٢	المبحث الثاني : حق الامتياز
٣٥٣	المطلب الأول : التعريف بحق الامتياز وخصائصه وأنواعه
٣٥٣	أولاً : التعريف بحق الامتياز
٣٥٣	ثانياً : خصائص حق الامتياز
٣٥٥	ثالثاً : أنواع حق الامتياز
٣٥٧	رابعاً : حق الامتياز في الفقه الاسلامي
٣٥٩	المطلب الثاني : أنواع الحقوق الممتازة
٣٥٩	الفرع الأول : حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول
٣٦٣	الفرع الثاني : حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار
٣٦٤	الفهرست

