الدكتور
عبدالرازق احمد السنهورى

الوسيط
فى
شرح القانون المدنى

الجزء التاسع
اسباب كسب الملكية

مع الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الإنتفاع وحق الارتفاق)

تنقيح
المستشار احمدمدحت المراغى
رئيس محكمة النقض الاسبق

طبعة تحتوى على اخر المستجدات فى التشريع والقضاء والفقة

٢٠٠٤

منشأة المعارف بالاسكندرية
جلال حزى وشركاه

الناشر: منشأة المعارف جلال حزى وشركاه

٤٤ شارع سعد زغلول - محطة الرمل - ت/ف: ٤٨٧٣٣٠٣ - ٤٨٥٣٠٥٥ الإسكندرية
٣٢ شارع دكتور مصطفى مشرفه - سوتير - ت: ٤٨٤٣٦٦٢ - ٤٨٥٤٣٣٨ الإسكندرية
الإدارة: ٢٤ شارع ابراهيم سيد أحمد - محرم بك - ت/ف: ٤٩٧٠٠١٠ - ٣٩٢٢١٦٤ الإسكندرية
Email: monchaa@maktoob.com

حقوق التأليف محفوظة، ولا يجوز إعادة طبع أو استخدام كل أو أى جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية

إسم الكتاب: الوسيط فى شرح القانون المدنى
إسم المؤلف: الدكتور / عبد الرزاق أحمد السنهورى
إسم المنقح: المستشار / أحمد مدحت المراغى
رقم الإيداع: ٥٥١٧ / ٢٠٠٣
الترقيم الدولى: I.S.B.N. : 977 - 03 - 1138 - 3

القسم الأول

اسباب كسب الملكية

تمهيد(*)

التقسيم العلمي لأسباب كسب الملكية: يتم كسب الملكية بأسباب معينة. وأسباب كسب الملكية تقابل مصادر الالتزام. وكل من أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام يمكن تقسيمه تقسيما علميا، يقوم على أساس واحد.

(*) مراجع عامة فى القسمين معا: بودرى وشوفو الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥- بودرى وتيسييه الطبعة الثالثة سنة ١٩٠٥- أوبرى ورو وبارتان جزء ٢ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٥ وجزء ٣ الطبعة السادسة سنة ١٩٣٨- بيدان وفواران جزء ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨- بلانيول وريبير وبيكار جزء ٣ سنة ١٩٥٢- دى باج وديكرز جزء ٥ سنة ١٩٥٢ وجزء ٦ سنة ١٩٥٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه جزء أول الطبعة الرابعة سنة ١٩٤٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير جزء أول الطبعة الحادية عشرة سنة ١٩٤٧- جوسران جزء أول الطبعة الثالثة سنة ١٩٣٨- هنرى وليون وجان مازو دروس فى القانون المدنى جزء ٢ الطبعة الثانية سنة ١٩٦٢- مارتى ورينو جزء ٢ مجلد ٢ سنة ١٩٦٥ - كاربونييه جزء ٢ سنة ١٩٥٩ - أنسيكلوبيدى داللوز جزء أول سنة ١٩٥١ لفظ Accession وجزء ٣ سنة ١٩٥٣ Occupation ولفظ Possession وجزء ٤ سنة ١٩٥٤ لفظ Preseriptin civile ولفظ Servitudes وجزء ٥ سنة ١٩٥٥ لفظ Usufruit ولفظ Usage- Habitation.

محمد كامل مرسى جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فى الحقوق المتفرعة عن حق الملكية وجزء ٣ سنة ١٩٤٩ فى الاستيلاء والإلتصاق والشفعة وجزء ٤ سنة ١٩٤٩ فى الحيازة والتقادم وجزء ٥ سنة ١٩٥١ فى الميراث وتصفية التركة وجزء ٦ فى الوصية- فى الشفعة وحق استرداد الحصة المبيعة قبل القسمة الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٧- شفيق شحاتة فى النظرية العامة للحق العينى سنة ١٩٥١- محمد على عرفة جزء ٢ سنة ١٩٥٥ فى أسباب كسب الملكية- عبد الفتاح عبد الباقى دروس فى الأموال سنة ١٩٥٦ (ورسالته بالفرنسية فى دور الحيازة فى المنقول باريس سنة ١٩٤٣)- عبد المنعم البدراوى فى الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦- اسماعيل غانم مذكرات فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٢ سنة ١٩٥٨- عبد المنعم فرج الصدة فى حق الملكية الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤- حسن كيرة فى مصادر الحقوق العينية الأصلية (مذكرات على الآله الكاتبة) سنة ١٩٦٤ - منصور مصطفى منصور فى حق الملكية سنة ١٩٦٥- محمود جمال الدين زكى فى حسن النية فى كسب الحقوق رسالة بالفرنسية القاهرة سنة ١٩٥٢.

وعند الإشارة إلى هذه المراجع قصدنا الإحالة إلى الطبعة المبينة أمام كل مرجع منها.

ونذكر هنا ما وقع فى يدنا من المؤلفات التى تبحث فى الحقوق العينية الأصلية فى القانون المدنى العراقى ليرجع إليها من يشاء البحث فى هذا القانون: حامد مصطفى فى الملكية وأسبابها بغداد سنة ١٩٥٣ والملكية العقارية فى العراق (معهد الدراسات العربية العالية) سنة ١٩٦٤- حسن على الذنون فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٤- شاكر ناصر حيدر فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٥٩- صلاح الدين الناهى فى الحقوق العينية الأصلية بغداد سنة ١٩٦١.

ذلك أن جميع مصادر الحقوق، عينية كانت أو شخصية، بل جميع مصادر الروابط القانونية، ترجع إما إلى الواقعة المادية (fait matériel)، أو إلى التصرف القانونى (acte iuridique). وقد سبق أن بينا ذلك تفصيلا، عندما عرضنا لتقسيم مصادر الالتزام تقسيما علميا فى الجزء الأول من الوسيط(١).

وقد ذكر التقنين المدنى أسبابا سبعة لكسب الملكية: الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة. فإذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيما علميا، بارجاعها إلى التصرف القانونى والواقعة المادية، دخل العقد والوصية فى نطاق التصرف القانونى، ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة فى نطاق الواقعة المادية.

أما العقد فهو تصرف قانونى صادر من الجانبين، فى حين أن الوصية تصرف قانونى صادر من جانب واحد.

والاستيلاء واقعة مختلطة (mixte)، اختلطت فيها الحيازة المادية وهى عنصر مادى بإرادة المستولى في أن يتملك فى الحال وهى عنصر إرادى. ولكن العنصر المادى هنا هو المتغلب، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية.

والميراث سبب كسب الملكية فيه هو الموت، والموت واقعة مادية.

والالتصاق، سواء كان التصاقا بعقار أو التصاقا بمنقول، ليس إلا اتحاد شئ بآخر اتحادا ماديا، فيكسب صاحب الشئ الأصلى ملكية الشئ الفرعى. فالاتحاد المادى إذن هو سبب كسب الملكية، والاتحاد المادى ليس إلا واقعة مادية.

والشفعة واقعة مركبة (complexe)، اقترن بها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع، باعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى. فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانونى، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة فى نطاق الوقائع المادية.

والحيازة هى السيطرة الفعلية على الشئ أو الحق محل الحيازة، ومن ثم تدخل الحيازة فى نطاق الوقائع المادية(٢).

---

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٣٢- فقرة ٣٤.

(٢) أنظر فى ذلك الوسيط جزء أول فقرة ٣٣.

٢ – التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية: ولم يرد التقنين المدنى أن يأخذ بالتقسيم العلمى سالف الذكر، إذ هو أقرب إلى الفقه منه إلى التشريع، وسلك فى تقسيم أسباب كسب الملكية سبيلا عمليا أقرب إلى الأذهان.

فميز بين كسب الملكية ابتداء فى شئ لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (mode originaire) ويتمثل ذلك فى الاستيلاء (occupation)، وبين كسب الملكية تلقيا عن مالك سابق (mode dérivé) فتنتقل الملكية من مالك إلى مالك آخر، وهذا هو شأن أسباب كسب الملكية الأخرى غير الاستيلاء. وهذه الأسباب الأخرى إما أن تكون بسبب الوفاة ويتمثل ذلك فى الميراث (succession) والوصية (testament)، أو فيما بين الأحياء ويتمثل ذلك فى الالتصاق (accession) والعقد (contrat) والشفعة (préemption) والحيازة (posscssion)[1].

---

(١) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الالتصاق والحيازة سببان منشئان للملكية جديدة منبتة الصلة بالملكية القديمة التى كانت للمالك السابق، فهما من هذه الناحية يشاركان الاستيلاء من حيث إن كلا من هذه الأسباب الثلاثة ينشئ ملكية جديدة دون أن ينقل ملكية قديمة (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ – نرسون (Nerson) فى أنسيكلوبيدى ودالوز ٤ لفظ Proprieété فقرة ٩٥ – فقرة ٩٧ – مازو ٢ فقرة ١٥٣٩ : فيما يتعلق فقط بتملك المنقول بالحيازة). ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى: «وعلى هذا الأساس يكون الالتصاق والحيازة سببين منشئين للملكية لا ناقلين لها، إذ أن المالك الجديد لا يكتسب ملكية الشئ بالالتصاق أو بالتقادم بارادة المالك السابق، بل استناداً إلى حكم القانون. كما أن الملكية التى يكسبها بأحد هذين السببين ملكية جديدة، لكونها مستقلة تماماً عن الملكية السابقة» (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢ ص٢ – ص٣).

والالتصاق، فى أكثر صوره، يواجه مالكاً سابقاً كان يملك المواد والأدوات التى التصقت بالأرض أو مالكاً سابقاً كان يملك المنقول الذى امتزج بمنقول آخر، فينقل ملكية هذه المواد أو هذا المنقول – هى ذاتها – إلى صاحب الشئ الأصلى، ولا ينشئ ملكية جديدة ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة، وتتأبد فى انتقالها. فما دام الشئ مملوكا وكان باقياً لم يهلك، وإن تغيرت صورته، فالملكية باقية. وإذا ملك الشئ مالك جديد، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها. ويستوى فى ذلك أن يبقى الشئ المملوك محتفظاً بشكله الأصلى كما فى الحيازة، أو أن يتغير هذا الشكل كما فى الالتصاق، فما دام الشئ باقياً فإن الملكية تبقى دائماً، والذى يتبدل هو المالك لا الملكية. ولا يوجد إلا سبب واحد هو الذى ينشئ الملكية لا ينقلها، وهذا السبب هو الاستيلاء. فانه يواجه وقت أن يتحقق شيئاً لا مالك له، فلم تكن هناك ملكية قائمة حتى تنتقل إلى مالك جديد، ولم يعد بد من أن تكون الملكية التى كسبت بالاستيلاء هى ملكية مبتدأة، لا ملكية انتقلت من شخص إلى آخر.

ويخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة، كالعقد والشفعة، سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء. كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية، ولكن بسبب الوفاة. وهذه الأسباب الناقلة للملكية جميعاً، سواء كان نقل الملكية بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف=

وكانت المادة ٦٦/٤٤ من التقنين المدني السابق تعدد أسباب كسب الملكية، فتنص على أن «تكتسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بالأسباب الآتية وهي العقود، الهبة، الميراث والوصية، وضع اليد، إضافة الملحقات للملك، الشفعة، مضى المدة الطويلة». فلم يتوخ هذا التقسيم أى ترتيب منطقى، ولم يخل من التكرار إذ ذكر العقود وذكر إلى جانبها الهبة والهبة ليست إلا عقدا، وسمى الاستيلاء «بوضع اليد» فأوجد لبسا ما بين الاستيلاء والحيازة، وعندما عرض للحيازة سماها «مضى المدة الطويلة» والحيازة أوسع بكثير من ذلك، وأطلق على الالتصاق عبارة «إضافة الملحقات إلى الملك» وفى هذه التسمية شئ من الإغراب والإبهام. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «رتب المشروع هذه الأسباب ترتيبا منطقيا دون أن يعددها، وهذا بخلاف التقنين الحالى (السابق) (م٦٦/٤٣) فقد عددها دون أن يرتبها ترتيبا منطقيا. وقد ميز المشروع بين كسب الملكية

=المالك الجديد للمالك القديم، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف. فالأسباب التى تنقل الملكية مع الاستخلاف هى العقد والشفعة والميراث والوصية، فالعقد والشفعة ينقلان الملكية إلى خلف خاص، والميراث ينقلها إلى خلف عام، والوصية تنقلها تارة إلى خلف خاص وتارة إلى خلف عام. أما الالتصاق والحيازة، فإنهما ينقلان الملكية دون استخلاف. فالذى يميز الالتصاق والحيازة إذن عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية، ليس أنهما لا ينقلان الملكية، بل هما ينقلانها، ولكن دون استخلاف وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد، فى الالتصاق والحيازة، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته، لا خلافة عامة ولا خلافة خاصة، فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق (قارن الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٣٥٠ .

ويكون غير واضح فى نظرنا إذن تقسيم الأستاذ محمد على عرفة لأسباب كسب الملكية إلى أسباب منشئة للملكية وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة، وأسباب ناقلة للملكية وهى العقد والشفعة، وأسباب خلافة فى الملكية وهى الميراث والوصية. ذلك بأن الالتصاق والحيازة هما سببان ناقلان للملكية لا منشئان لها، وإنما يتميزان بأنهما ينقلان الملكية دون استخلاف كما قدمنا. وذلك بأن أسباب الخلافة فى الملكية ليست فحسب هى الميراث والوصية، إلا إذا أريد بالخلافة الخلافة العامة دون الخلافة الخاصة، وحتى فى هذا المعنى لا تتمحض الوصية سبب خلافة عامة، بل قد تكون سبب خلافة خاصة وهذا هو الغالب. وإنما أسباب الخلافة فى الملكية، سواء كانت خلافة عامة أو خلافة خاصة، هى جميع الأسباب الناقلة للملكية فيما عدا الالتصاق والحيازة، فتكون أسباب الخلافة إذن هى العقد والشفعة والميراث والوصية. فكان الأولى إذن أن يقسم الأستاذ محمد على عرفة الأسباب إلى منشئة وهى الاستيلاء وحده، وناقلة دون استخلاف وهى الالتصاق والحيازة، وناقلة مع الاستخلاف وهى العقد والشفعة والميراث والوصية. فيستبدل على هذا النحو تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة مع الاستخلاف وناقلة دن استخلاف، بتقسيمها إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة، ولما كان تقسيم الأسباب الناقلة للملكية إلى ناقلة للملكية فيما بين الأحياء وناقلة للملكية بسبب الوفاة هو، من الناحية العملية، تقسيم أكثر وضوحاً من التقسيم القائم على فكرة الاستخلاف، فقد أثره التقنين المدنى.

ابتداء، أى دون أن يكون لها مالك سابق تنتقل منه، ويكون هذا بالاستيلاء، وبين كسبها انتقالا من مالك سابق. والكسب انتقالا قد يكون بسبب الوفاة ويتم هذا بالميراث والوصية، أو يكون انتقالا بين الأحياء ويتم ذلك بالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة. ولم يعرض المشروع فى هذا المكان للهبة كما فعل التقنين الحالى (السابق)، فهى كسبب من أسباب انتقال الملكية تندرج فى العقد، ولا محل لإفرادها بالذكر. وهى كعقد مسمى لها أحكام مفصلة يجب أن توضع فى مكانها بين العقود المسماة، وهذا ما فعله المشروع»(١).

وأسباب كسب الملكية التى ذكرها التقنين المدنى هى أسباب عامة شاملة. فهى عامة، إذ هى لا تقتصر على الملكية وحدها، بل تتناول سائر الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحق الارتفاق. وقد كانت واردة فى المشروع التمهيدى بعد الحقوق المتفرعة عن الملكية، حتى تعم حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه. فرأت لجنة المراجعة أن تقدمها فى الترتيب وتجعلها تالية مباشرة لحق الملكية، لأنها متحققة جميعا فى حق الملكية ولا تتحقق جميعها فى الحقوق المتفرعة عنه، وما يتحقق منها فى هذه الحقوق منصوص عليه فى كل حق(٢). وهذه الأسباب هى أيضاً شاملة، فهى قد حصرت جميع أسباب كسب الملكية. ويلاحظ فى هذا الصدد أن الملكية قد تنتقل جبرا على صاحبها بارادة من تنتقل إليه دون إرادة المالك نفسه، وأبرز ما تكون هذه الظاهرة فى الشفعة. وهنا، حتى تكون الأسباب شاملة حقا، يجب أن نلحق بالشفعة ما يماثلها فى نفس الظاهرة. ونذكر من ذلك استرداد الحصة الشائعة المبيعة قبل القسمة، واسترداد الحق المتنازع فيه، واشتراك الجار فى الجزء المعلى من الحائط المشترك، والمزاد الجبرى عند تنفيذ الدائن على أموال المدين أو عند قسمة التصفية، ونزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم، والمصادرة(٣). وهذه الأسباب كلها مذكورة فى مواضعها، فلا نعود إليها هنا(٤).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٥ هامش١.

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٤١ – فقرة ٢٨٤٢ – وقد اقترحوا أن تسمى هذه الطائفة من الأسباب «أسباب انتقال الملكية جبراً على صاحبها».

modes dérivés d'aequisition non volontaire.

(٤) أنظر أيضاً فى كسب الصانع للملكية ما يصنعه كمن يصنع طائرة أو باخرة فيملكها: بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٦.

٣- خطة البحث: ونساير التقنين المدنى فى تقسيمه العملى لأسباب كسب الملكية، فهو تقسيم واضح. ونبحث هذه الأسباب فى أبواب ثلاثة: نفرد الباب الأول منها لكسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء، ونجعل الباب الثانى لكسب الملكية بسبب الوفاة فنبحث الميراث والوصية، ونخصص الباب الثالث لكسب الملكية فيما بين الأحياء فنبحث الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة.

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء الاستيلاء

(Occupation)

٤ – التمييز بين المنقول والعقار: الاستيلاء، كسبب لكسب الملكية، يفترض أن الشئ الذى تكسب ملكيته ليس له مالك وقت الاستيلاء. وعلى ذلك لا يرد الاستيلاء إلا على الأشياء، فلا يرد على الأموال إذ وقت الاستيلاء كان الشئ لا مالك له، فهو شئ لا مال، ويصبح مالا بالاستيلاء(١).

ويندر أن توجد أشياء لا مالك لها فى المجتمعات المتحضرة، أما فى المجتمعات البدائية التى لم تستغل مواردها الاقتصادية، وفى المجتمعات الجديدة الناشئة، وفى البلاد الصحراوية، فكثير من أشيائها يكون لا مالك له، ومن ثم يرد عليه الاستيلاء.

وإذا كان الشئ الذى لا مالك له نادرا فى المجتمعات المتحضرة، فهو فى العقار أندر منه فى المنقول. ذلك أن العقار تقبل الناس على تملكه، فلا يكاد يبقى عقار لا مالك له. وإذا بقيت أراض غير مزروعة فى الصحراء أو فى الجبل لا مالك لها، فيغلب أن يتدخل المشرع ويعتبرها ملكا للدولة، كما فعل المشرع المصرى عندما نص فى المادة ١/٨٧٤ مدنى على أن «الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة»(٢).

لذلك يجب التمييز، فى الاستيلاء، بين المنقول والعقار.

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٨ ص١١.

(٢) أما المشرع الفرنسى فقد نص فى المادة ٧١٣ مدنى فرنسى على أن «الأشياء التى ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة». ونص أيضاً فى المادة ٥٣٩ مدنى فرنسى على أن «الأشياء السائبة التى لا مالك لها، وأموال من يموت دون وارث أو من تخلى الوارث عن تركته، تدخل فى الدومين العام». ولكن هذه النصوص تفسر فى فرنسا على أنها مقصورة على العقار دون المنقول، فالعقار الذى لا مالك له هو وحده الذى يكون ملكاً للدولة فلا يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٣ وفقرة ٥٩٠). أما المنقول فيجوز ألا يكون له مالك، ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٣ ص٦٧). وقد كان مشروع التقنين المدنى الفرنسى الصادر فى سنة ١٨٠٤ يجعل كلا من العقار والمنقول إذا لم يكن له مالك، ملكاً للدولة ومن ثم كان هذا المشروع لا يقر الاستيلاء سبباً لكسب الملكية، وكانت إحدى مواد هذا المشروع تنص على ما يأتى:

«لا تعترف القوانين المدنية بالحق فى الاستيلاء، والأشياء التى لم يكن لها مالك أصلا، أو التى =

المبحث الأول

الاستيلاء على المنقول

٥- المنقول الذى لا مالك له- نص قانونى: يقع فى بعض الأحيان أن يكون المنقول ليس له مالك، إما بألا يكون له مالك منذ البداية، أو بأن يكن له مالك ثم يتخلى هذا عن ملكيته فيصبح المنقول لا مالك له.

مثل المنقول الذى لا يكون له مالك منذ البداية (res nullius): الأشياء المشتركة (res communes)، والسمك فى الماء، والطير فى الهواء، والحيوانات غير الأليفة.

وقد يكون للمنقول مالك، ثم يتخلى هذا عنه، وقد نصت المادة ١/٨٧١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «يصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته»(١). فإذا تخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته، فقد هذه الملكية

=أصبحت لا مالك لها لتخلى أصحابها عنها، تكون ملكاً للأمة. ولا يجوز لأحد أن يتملكها، إلا بحيازة كافية للتملك بالتقادم» (فينية ٢ ص١٢٤). ولكن هذا النص حذف من المشروع، بناء على ملاحظة قدمتها محكمة استئناف باريس، واستندت فيها إلى أن بعض الصناعات industrie des chiffonniers تقوم على التقاط المخلفات والمنقولات التى يتخلى عنها أصحابها، فتحولهما إلى ورق أو إلى مواد أخرى ذات فائدة. وقد استبدل بالنص المحذوف نص المادة ٧١٣ مدنى فرنسى سالف الذكر. وأصبح مسلماً فى القانون الفرنسى أن هذه المادة الأخيرة مقصورة على العقار دون المنقول كما سبق القول. وقد أكدت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى هذا المعنى، عندما عدلت فى مشروع تنقيحها المادة ٧١٣ مدنى فرنسى على الوجه الآتى: «العقارات التى ليس لها مالك تكون ملكاً للدولة» (لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى سنة ١٩٤٦ - سنة ١٩٤٧ ص٨١٧- ص٨٢٠ وص٨٣٠).

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يستعمل لفظ «سائبة» بدلا من عبارة «لا مالك له». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١/٩٤٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/٩٤٠. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بلفظ «سائبة»، وذلك «دفعاً للشبهة التى تتبادر إلى الذهن من دلالة السائبة فى الإسلام»، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٨٧١، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٨- ص١٩٠).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م١/٨٢٩ (مطابق). =

وأصبح المنقول ليس له مالك، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكه بالاستيلاء. مثل ذلك أن يلقى شخص فى الطريق، أو فى سلة المهملات لتلقى فى الطريق، أوراقا أو أشياء أصبحت غير ذات نفع له، قاصدا بذلك النزول عن ملكيتها(١). ومثل ذلك أيضاً أن يحوز شخص حيواناً غير أليف فيتملكه بالاستيلاء، ثم يطلقه متخليا عن ملكيته فيفقدها، ثم يعود إلى حيازته مرة أخرى فيعود إلى تملكه بالاستيلاء. ومثل ذلك أخيرا الطير والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض وتلقى على قارعة الطريق، كما إذا حفر شخص خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا.

ويشترط فى التخلى الذى يفقد المالك ملكية المنقول أن يكون متوافرا على عنصرين: (١) عنصر مادى، هو ترك المنقول يخرج من حيازته(1). (٢) وعنصر معنوى، هو نية النزول عن ملكية المنقول(2)، وقد تستخلص هذه النية من الظروف كما هو الأمر فى إلقاء الأشياء فى الطريق أو فى إطلاق الحيوان غير الأليف بعد اعتقاله ليعود إلى حريته. وعلى ذلك إذا ضاع منقول من مالكه، فإن المالك لا يعتبر متخليا عن ملكيته، فهو إذا كان قد فقد حيازته فان ذلك لم يقترن عنده بنية النزول عن الملكية(٢).

ويفهم من نص المادة ٢/٨٧١ مدنى، عن طريق التدليل العكسى، أن العقار لا يجوز أن يتخلى مالكه عنه، إذ النص مقصور على المنقول. فمن تخلى عن عقار، قاصدا النزول عن ملكيته، تخلصا من الضرائب مثلا أو من أحكام قانون الإصلاح الزراعى، فان العقار يبقى بالرغم من ذلك على ملكيته، فلا يفقد هذه الملكية، ولا يؤول العقار للدولة.

=**التقنين المدنى الليبى** م١/٨٧٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٤ (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل.

(١) انظر ما يلى فقرة ١٠.

(٢) وإذا توافر العنصران المادى والمعنوى فى التخلى، أصبح المنقول لا مالك له، وسقطت ملكية صاحبه. ولا يشترط لسقوط الملكية أن يستولى أحد على المنقول، بل إن مجرد التخلى مسقط للملكية (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص٤١٥).

(1) الشئ الضائع هو الذى يفقد من صاحبه بسبب غير إرادى ولا يعثر عليه فيعثر عليه شخص آخر، ويلتقطه ولا يتحقق ضياع الشئ من مالكه إلا إذا خرج من حوزته تماما ولم تعد له سيطرة عليه. (جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠ الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ق)

(2) لا يكفى لاعتبار الشئ متروكا أن يسكت المالك عن المطالبة به، أو يقعد عن السعى لاسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحا ومقرونا بقصد النزول عنه. (جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧ الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٢٩ق س١٠ ص٤٩٥)

٦- كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له - نص قانونى: تنص المادة ٨٧٠ مدنى على ما يأتى:

«من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه»(١).

ويخلص من هذا النص أن للاستيلاء أركانا ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء وكان سببا لكسب الملكية.

أولا- منقول لا مالك له: وقد رأينا فيما تقدم(٢) أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون كذلك منذ البداية، أو أن يكون له مالك فى أول الأمر ثم يتخلى هذا المالك عن ملكيته. ففى الحالتين يرد الاستيلاء على هذا المنقول الذى لا مالك له، فيكون سببا فى كسب ملكيته لمن وضع يده عليه. ويجب أن يكون المنقول ماديا، فالمنقول المعنوى لا يرد عليه الاستيلاء. فلو أن شاعرا نظم شعرا، ولم يرض عنه فألقى الورقة التى كتب فيها هذا الشعر فى الطريق بنية النزول عن ملكيته للورقة وعن حقه المعنوى فى الشعر الذى نظمه. فالتقط الورقة عابر فى الطريق واستولى عليها، فانه يملك بالاستيلاء الورقة وحدها دون الحق المعنوى للشاعر فى شعره. ومن ثم لا يجوز لمن استولى على الورقة أن ينشر الشعر، وأن يستعمل فى شأنه حق المؤلف المالى بدعوى أنه كسب هذا الحق بالاستيلاء، وذلك لأن حق المؤلف المالى منقول معنوى، وليس منقولا ماديا حتى يمكن أن يرد عليه الاستيلاء، وقد وقع مثل ذلك فعلا فى فرنسا، فمزق مصور الصورة التى رسمها ولم يرض عنها، وألقى بها فى الطريق. فالتقطها أحد المارة. فقضى بألا حق له فى جمع شتات

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٠١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٤١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٣٩، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٧- ص١٨٨).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٧٩/٥٦: الأموال التى ليس لها مالك تعتبر ملكاً لأول واضع يد عليها. (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٧٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١٠٩٨ (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥.

أجزاء الصورة وإعادتها إلى أصلها وبيعها، إذ اعتبر بيع الصورة هنا بعد جمع شتاتها نشرا للصورة(١).

ثانيا- وضع اليد على هذا المنقول: وهذا هو العنصر المادى للحيازة. فيجب حتى يتحقق الاستيلاء أن يستحوذ من يريد تملك المنقول عليه، فيصبح فى قبضة يده، ويستأثر به دون سائر الناس(٢).

ثالثا- نية التملك: وهذا هو العنصر المعنوى للحيازة. فيجب إذن على من يريد تملك المنقول بالاستيلاء أن يجمع بين عنصرى الحيازة المادى والمعنوى. فيصبح حائزا للمنقول، وهذه الحيازة هى عين الاستيلاء. فلو التقط شخص منقول ملقى فى الطريق مدفوعا بعامل الفضول، ولما تأمله زهد فيه وألقاه ثانية فى الطريق، فانه لا يتملكه بالاستيلاء لفقد العنصر المعنوى للحيازة وهو نية التملك. ولما كانت نية التملك واجبة، فان عديم التمييز كالصبى غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يتملك منقولا بالاستيلاء، لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز.

ونرى من ذلك أن الحيازة وحدها هنا، غير مقترنة بأية واقعة أخرى، تكفى للتملك. ويرجع ذلك إلى أن الشئ الذى يرد عليه الاستيلاء هو منقول لا مالك له كما قدمنا، فتملكه لا يتضمن سلبا لملكية الغير، ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية. أما إذا كان المنقول مملوكا لشخص غير الحائز، فالحيازة وحدها لا تكفى، بل يجب أن يقترن بها السبب الصحيح وحسن النية. فإذا كان الشئ عقارا ومملوكا لشخص غير الحائز، وجب لتملكه إلى جانب الحيازة انقضاء مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة، أو انقضاء مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات على أن يقترن بذلك أيضا السبب الصحيح وحسن النية. كذلك فى تملك الثمار بالحيازة، يجب أن تقترن الحيازة بحسن النية.

---

(١) محكمة السين المدنية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ ودالوز ١٩٢٨- ٢-٨٩- باريس ٦ مارس سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١-٢-٨٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٢ ص٦٠٣ هامش٢- وانظر أيضاً محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص٤١٥- اسماعيل غانم ص٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٢- حسن كيرة ص٨٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص٢٧٦- ص٢٧٧.

(٢) وتنص المادة ١٠٩٨ مدنى عراقى على ما يأتى: «١- كل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحاً لا مالك له، ملكه. ٢- والإحراز يكون حقيقياً بوضع اليد حقيقة على الشئ، كحصد الكلأ والاحتطاب من أشجار الجبال. ويكون حكمياً بقرينة سبب الإحراز كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد».

وننتقل الآن إلى بعض تطبيقات للاستيلاء، ورد أكثرها فى التقنين المدنى، ونميز فيها بين المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية، فنعرض للشئ المشترك ولصيد البر والبحر وللحيوانات غير الأليفة، وبين المنقول الذى كان له مالك ثم أصبح لا مالك له، فنعرض للأشياء المتروكة وللكنز وللقطة (الأشياء الضائعة) وللأشياء الأثرية وللتركة التى لا وارث لها.

١ – المنقول الذى له مالك منذ البداية

٧– الشئ المشترك: هناك أشياء مشتركة النفع لجميع الناس، كالشمس والهواء والبحر، وهى غير قابلة للتعامل فيها، لاستحالة هذا التعامل.

ولكن قد يصبح التعامل فى هذه الأشياء ممكنا من بعض النواحى، فعند ذلك تصبح منقولا ليس له مالك، ويجوز تملكها بالاستيلاء(١). فأشعة الشمس يمكن أن يحصرها الفوتوغرافى، والهواء يمكن أن يستعمله الكيمائى فى أغراضه، والبحر يمكن أن يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكن محلا للتملك(٢)، فكل من الفوتوغرافى والكيمائى ومغترف الماء من البحر يملك بالاستيلاء ما أحرزه من كل ذلك بنية تملكه(٣).

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥٣٩.

(٢) كما لو أحرز شخص أو شركة مقداراً من ماء البحر لاستخراج الملح منه، فانه يتملك هذا المقدار من ماء البحر (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص٣٤٧).

(٣) الوسيط ١ فقرة ٢٣٧– وقد جاء فى التقنين المدنى العراقى نصوص لا مقابل لها فى التقنين المدنى المصرى، بعضها يتعلق بالماء والكلأ والنار (وهى أشياء ثلاثة تشترك فيها كل الناس، وقد تعتبر شيئاً عاماً أو شيئاً مباحاً)، وبعضها يتعلق بالأشياء المباحة، كاقتطاع الأشجار والأحطاب والأحجار من الجبال المباحة، وكرعى المواشى فى المراعى المباحة. ونورد فيما يلى هذه النصوص:

م١٠٩٩: ١– الماء والكلأ والنار مباحة، والناس فى هذه الثلاثة شركاء فيجوز لهم الانتفاع بها، واحراز الماء والكلأ بشرط عدم الضرر. ٢– ويعتبر مباحاً الكلأ الثابت فى ملك شخص بغير قصده، ولكن للمالك أن يمنع الغير من الدخول فى ملكه. ٣– وللإنسان والحيوان حق الشفة فى الماء الذى لم يحرز، وفى المساقى والقنوات المملوكة للغير بشرط عدم الضرر.

م١١٠٠: ١– يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة، إذا لم تكن من المحاطب والغابات المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات أشجاراً وأحطاباً وأحجاراً وغير ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته. ٢– وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة من قديم بأهل القرى والقصبات، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيها مواشيهم، وأن ينتفعوا بنباته، من غير أن يؤدوا شيئاً من الرسوم. ويجوز لغير أهل القرية، إن لم يكن مضراً بأهلها، أن يرعوا مواشيهم فى هذا المرعى، وأن ينتفعوا بنباته، وفق ما يجيزه القانون.

٨- صيد البر والبحر- نص قانونى: تنص المادة ٨٧٣ مدنى على ما يأتى:

«الحق فى صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة»(١).

وندع جانبا القوانين واللوائح الكثيرة التى تنظم الصيد، فهى تعرض لمسائل تفصيلية تدخل فى مباحث القانون الإدارى(٢).

وتبقى الناحية المدنية، فالطير فى الهواء والسمك فى الماء منقول لا مالك له منذ البداية، فيجوز لمن يستولى عليه أن يتملكه بالاستيلاء. والاستيلاء هنا هو صيد الطير أو السمك، فالصائد إذا صاد طيرا أو سمكا وأصبح فى قبضة يده، فقد ملكه.

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه المراجعة تحت رقم ٩٤٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٢، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٣- ص١٩٤).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٨٣/٥٩: يتبع فى حقوق الصيد فى البر والبحر منطوق اللوائح المخصوصة بها.

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٣١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٣ (مطابق).

م١١٠٢: ١- الصيد مباح براً وبحراً، ويجوز اتخاذه حرفة. ٢- وشرط الصيد أن يمتنع الحيوان عن الإنسان بقدرته على الفرار، ثم يحرزه الصائد بعمله قاصداً صيده.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) مثل ذلك القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦١ فى شأن صيد الاسفنج والذى نظم صيد الاسفنج فى المنطقة الغربية من المياه الأقليمية وفى المناطق الأخرى من المياة الأقليمية والمسطح القارى وأوجب الحصول على ترخيص سنوى ويحدد وزير الدفاع اجراءات وشروط ورسوم استخراج الترخيص والقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٨٣ فى شأن صيد الأسماك والاحياء المائية وتنظيم المزارع السمكية، ونظم الصيد فى المياه البحرية والمياه الداخلية والبحيرات والمصب المائى وأوجب حصول كل مركب الصيد على ترخيص من الهيئة العامة لتنمية الثروة السمكية، وحظر الصيد فى المناطق الممنوع الصيد بها أو الصيد بالأدوات الممنوع الصيد بها وفى فترات منع الصيد التى يحددها وزير الزراعة بقرار منه.

وهذه التشريعات إنما تنظم حق ممارسة الصيد كمهنة. أما حق تملك ما يصاد فهذه مسألة من مسائل القانون المدنى، وكذلك حق الصيد باعتباره من متعلقات حق الملكية.

والأصل في صيد الطير أن حق الصيد في أرض يملكه صاحب هذه الأرض. فإذا كانت الأرض شائعة، كان لكل مالك في الشيوع حق الصيد فيها، أما النزول للغير عن حق الصيد فيقتضي رضاء جميع الملاك في الشيوع(١). وإذا ترتب على الأرض حق انتفاع، فالمنتفع هو الذي يكون له حق الصيد(٢). أما المستأجر للأرض فلا يكون له حق الصيد فيها، إلا باتفاق خاص(٣). فإذا كان الصيد في طريق عام، فهو مباح للجميع، بشرط مراعاة القوانين واللوائح التي تنظم هذا الحق. ولا يجوز ترتيب حق ارتفاق بالصيد، فحق الارتفاق لا يترتب لمصلحة شخص وإنما يترتب لمصلحة عقار(٤). ولكن يجوز إيجار حق الصيد، وتسري عليه أحكام عقد الإيجار(٥)، ويكون إيجار حق الصيد تبعا لأيجار الأرض، أو مستقلا عنها. وعلى ذلك يكون لمالك الأرض أن يؤجر حق الصيد فيها مستقلا عن الأرض ذاتها، فيستبقي لنفسه الانتفاع بالأرض ويؤجر حق الصيد فيها لآخر، كما له أن يؤجر الأرض لشخص وحق الصيد لشخص آخر، وله أخيرا أن يؤجر الأرض ويستبقي حق الصيد لنفسه. وإذا أجر صاحب الأرض حق الصيد، لم يجز له أن يصطاد بنفسه أو أن يسمح لأحد آخر بالصيد، لأن هذا الحق قد اجره ونزل بذلك عن حق الانتفاع به. أما إذا سمح صاحب الأرض بالصيد فيها لآخر ولو بمقابل، فهذا السماح لا يعتبر إيجارا بل عقدا غير مسمى تعهد به صاحب الأرض بألا يمنع المتعاقد الآخر من الصيد في أرضه، وهذا العقد غير المسمى لا يمنع صاحب الأرض من الصيد في أرضه، ولا يمنعه أيضا من السماح لأشخاص آخرين بالصيد(٦).

ويتحقق الاستيلاء على الطير بصيده ووقوعه ميتا ولو في أرض الغير وإحرازه. ولكن ليس من الضروري لتحقق الاستيلاء الإحراز المادي للطير، فالمسلم به أنه يكفي أن يقع

---

(١) نقض فرنسي جنائي ١٩ يونيه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٧-١-٢٩٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص٦٠٤.

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٣٥- وانظر ما يلي فقرة ٤٩١ في الهامش.

(٣) نقض فرنسي ٣١ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٥٦٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٣ ص٦٠٤.

(٤) نقض فرنسي جنائي ٩ يناير داللوز ٩١-١-٤٨٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص٦٠٦.

(٥) أنظر ما يلي فقرة ٥٧٤- وانظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢- وحق الصيد يكاد يكون مثلا فذا لحق يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٥ ص٦٠٧- أنظر مع ذلك نقض فرنسي جنائي ٣ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعي ١٩٢٥- ١٠٠ في النزول عن حق الإيجار لجمعية). ويلاحظ في هذا الصدد أن الوقف هو أيضاً يجوز إيجاره ولا يجوز بيعه.

(٦) أنظر الوسيط ٦ فقرة ١١٢ .

الطير ميتا أو مجروحا جرحا قاتلا بحيث لا يستطيع توقى مطاردة كلاب الصيد له ولا يستطيع الفرار منها، فيكون إحرازه أمرا محققا وشيك الوقوع[1]. أما إذا كان الطير لم يجرح جرحا قاتلا وكان يستطيع الفرار، فقبل إحرازه لا يتحقق تملكه بالاستيلاء، ويجوز للغير أن يستولى عليه فيتملكه. وقد تقوم صعوبات عملية فيما إذا اصطاد شخصان طيرا واحدا فى وقت واحد أو على التعاقب[2]، وفيما إذا لم يعثر على الطير بعد وقوعه ثم عثر عليه بعد ذلك، وكل هذه من مسائل الواقع يبت فيها قاضى الموضوع[3].

والسمك فى الماء، وسائر الأحياء المائية[4]، هى أيضاً منقول لا مالك له، ويجوز تملكه بصيده، فيكون سبب كسب الملكية هو الاستيلاء. وينظم الصيد فى البحر والبحيرات والمياه الداخلية لوائح كثيرة متنوعة. ولكن السمك الذى يوجد فى مجارى المياه المملوكة ملكية فرعية، كالترع والمصارف الخاصة والمستنقعات، لا يعتبر منقولا لا مالك له، بل هو ملك لمالك مجرى الماء الذى يوجد فيه السمك. ولا يجوز صيد السمك فى مجارى المياه الخاصة إلا باذن أصحاب هذه المجارى، وإذا صاد شخص هذا السمك دون إذن يعتبر سارقا له[5]. ويتحقق الاستيلاء على السمك الذى لا مالك له بصيده ووقوعه فى شبكة الصائد بحيث لا يستطيع الإفلات منها. فإذا تمكن السمك من الإفلات ولم يستطع الصائد إحرازه قبل أن يفلت، وعاد السمك إلى الماء، فانه يعود منقولا لا مالك له، ويجوز لأى شخص آخر صيده.

---

(١) نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٨٧٩ داللوز ٨٠-١-١٢١- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٣٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص٦٠٩- حتى لو وقع الطير فى أرض الغير فان الغير لا يتملكه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤١ ص٣٤٧- منصور مصطفى منصور فقرة ١١٠ ص٢٧٥). وإذا استولى الغير على الطير وهو فى هذه الحالة بنية تملكه عد سارقاً، لأن الصائد أصبح مالكاً للطير بالاستيلاء (ديجون ٧ ديسمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١-٢-٦٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣ ص١٧- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٢ ص٤١٤- ص٤١٥- وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٠٢ ص٢١٣).

(٢) فإذا صاد الطير الثانى على التعاقب، بأن أطلق الأول عياراً نارياً فأصاب الطير إصابة قاتلة، ثم أطلق الثانى عياراً نارياً آخر فأجهز عليه، فانه يكون ملكاً للصائد الأول دون الصائد الثانى، ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضى بأن الصيد يكون شركة بين الصائدين (بيدان وفواران ٤ ص٧٨٥ فى الهامش- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٧).

(٣) نقض فرنسى ١٧ ديسمبر سنة سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠-١-١٦٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٩٧ ص٦٠٩.

(٤) وكل ما يوجد فى البحر من لؤلؤ وأصداف وأحجار أخرى ثمينة وقواقع ومجارى وغير ذلك.

(٥) نقض فرنسى جنائى ١٢ يناير سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠١- ١-٣٣٧- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٣٩- ص٣٤٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٤.

٩- الحيوانات غير الأليفة- نص قانوني: تنص المادة ٢/٨٧١ مدنى على ما يأتى:

«وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق، عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فورا أو إذا كف عن تتبعه، وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له، ثم فقد هذه العادة، يرجع لا مالك له»(١).

ويخلص من هذا النص أن الحيوانات الأليفة، كالدواجن والمواشى والخيل والحمير والبغال والكلاب والقطط والقردة والنسانيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة، لا تعتبر منقولا لا مالك له، ولا يجوز تملكها بالاستيلاء. فهى عادة يكون لها صاحب يملكها، ولا تزول ملكيته عنها إلا بانتقالها إلى غيره بسبب ناقل للملكية، ولا يكون ذلك بالاستيلاء. وإذا ضلت هذه الحيوانات أو تسربت، فان صاحبها لا يفقد ملكيتها، وتسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة. وإنما تملك بالاستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها، فتصبح عندئذ منقولا لا مالك له، ومن ثم يكسب ملكيتها من يستولى عليها، وذلك كالكلاب والقطط إذا تخلى عنها أصحابها.

أما الحيوانات غير الأليفة، ويدخل فى ذلك الحمام والنحل، كما تدخل الحيوانات التى تعيش طليقة على حالتها الأصلية من الحرية الطبيعية كالغزلان والذئاب والثعالب والطيور، بل تدخل الحيوانات التى تعيش عادة فى الغابات كالأسود

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٠٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض خلافات لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٠. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «لا مالك له» بكلمة «سائبة»، وعبارة «الحيوانات غير الأليفة» بعبارة «الحيوانات المتوحشة» وذلك «ما دام المقصود بالمتوحش هو غير الأليف، لئلا يفهم منها أنها حيوان الغابات آكلة اللحوم». ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٢/٨٧١، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨٨- ص١٩٠).

ولا مقابل فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٢/٨٢٩ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٢/٨٧٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل.

والنمور والفيلة[1]، فهذه جميعاً لا مالك لها منذ البداية، وتبقى كذلك ما دامت طليقة. ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء. ويتم ذلك باعتقالها وترويضها واستئناسها. فإذا شيد شخص أبراجاً يأوى إليها الحمام. أو اعتقل غزالا أو طيرا وحبسه فى قفص، أو أحرز أسودا ونمورا وفيلة لتعرض فى ملعب من ملاعب «السيرك»، فانه يتملك هذه الحيوانات غير الأليفة بالاستيلاء، وتبقى ملكا له ما دامت معتقلة غير طليقة.

فإذا أطلق هذه الحيوانات، أو انطلقت من نفسها بغير علمه أو بالرغم منه، عادت حيوانات لا مالك لها، ويجوز لغيره تملكها بالاستيلاء على النحو الذى كان هو قد تملكها به. وذلك ما دام لم يتتبعها فورا بعد علمه بانطلاقها ليعيد اعتقالها، أو تتبعها فورا ولكنه كف عن تتبعها يأسا منه أو زهدا فيها فبقيت طليقة. أما إذا تتبعها فورا، ولم يكف عن تتبعها حتى أمسك بها وأعاد اعتقالها، فان ملكيته لها التى كسبها بالاستيلاء فى أول الأمر تبقى ولا تزول، حتى فى خلال الفترة التى كان يتتبعها فيها وهى طليقة. ولا يجوز لشخص آخر أن يستولى عليها فى هذه الفترة وهو عالم بحالتها، وإلا عد سارقا لأنه اختلس منقولا مملوكا لغيره.

وإذا روضت هذه الحيوانات حتى أصبحت تألف الرجوع إلى المكان المخصص لها، كالحمام فى الأبراج، فانها تبقى ملكا لمن استولى عليها، حتى فى الفترة التى تغادر فيها الأبراج وتطير فى الهواء، ما دامت قد ألفت الرجوع إلى الأبراج وما دامت ترجع بالفعل إليها. فإذا فقدت هذه العادة، ولم تعد ترجع إلى الأبراج، فإنها تعود طليقة، وتصبح مرة أخرى منقولا لا مالك له، ومن ثم يجوز لأى شخص تملكها ثانية بالاستيلاء على النحو الذى سبق بيانه.

٢- المنقول الذى كان له مالك

١٠- **الأشياء المتروكة**: ويقصد بها الأشياء المنقولة التى تركها أصحابها وتخلوا عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها، وذلك كالأوراق والزجاجات الفارغة والأشياء التى يستغنى عنها فتلقى فى سلة المهملات ومخلفات المنازل التى تلقى فى صناديق القمامة وبقايا المأكولات التى يتركها الإنسان فى قطارات السكك الحديدية وما يقصد الإنسان أن يتخلص منه فيلقيه فى قارعة الطريق. ويدخل فى ذلك أيضاً البدرات من النقود الصغيرة،

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ١٥- وقارن ما دار من المناقشات فى هذا الصدد فى لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص٢٥ هامش١.

التي يلقى بها على الجمهور ليلتقطها فى الحفلات والأعراس[1]. وتسمى هذه الأشياء بالأشياء المتروكة (res derelictae)، لأن صاحبها يتركها بنية التخلى عنها (derellicto, abondon). فالترك إذن، كما سبق أن بينا[2]، يتكون من عنصرين، أحدهما مادى وهو التجرد عن حيازة الشئ، والآخر معنوى وهو نية التخلى عن ملكية الشئ وتركه ليستولى عليه أول إنسان يعثر عليه فيحوزه[3]. وعلى ذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة، والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية. فالأولى كان لها مالك، ثم تخلى عن ملكيتها. أما الثانية فلم يكن لها مالك أصلا، كالطير فى الهواء والسمك فى الماء والحيوانات غير الأليفة على التفصيل الذى سبق بيانه. ولكن الأشياء المتروكة والأشياء التى ليس لها مالك منذ البداية سواء من حيث الاستيلاء، فكلاهما يرد عليه الاستيلاء لأنه وقت أن يتم إحرازه والاستحواذ عليه لا يكون له مالك، إما لأن المالك قد تركه أو لأنه لم يوجد له مالك أصلا. كذلك يجب التمييز بين الأشياء المتروكة، والأشياء الضائعة (اللقطة). فالأشياء المتروكة تخلى عنها صاحبها طوعا وعن بينة من أمره، ففقد ملكيتها. أما الأشياء الضائعة فلم يتخلى عنها صاحبها طوعا، بل هو قد فقدها بغير إرادته ولم يستطع العثور عليها، ولعله لا يدرى أنه فقدها، ولذلك تبقى ملكيتها له ولا تزول إلا بسبب قانونى[4].

والأشياء المتروكة، على النحو الذى قدمناه، تصبح منقولا لا مالك له[5]، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يتملكها بالاستيلاء بل يجوز للمالك الأصلى نفسه، إذا بدا له ذلك، أن يعود فيستولى عليها إذا لم يكن أحد قد استولى عليها من قبل، وعند ذلك يملكها مرة أخرى ولكن بسبب جديد هو الاستيلاء.

١١- الكنز - نص قانونى: تنص المادة ٨٧٢ مدنى على ما يأتى:

«١- الكنز المدفون أو المخبوء، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته».

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص٥٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص٥٠ هامش٦.

(٤) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٦٨ ص٥٠- وانظر آنفاً فقرة ٥.

(٥) أنظر م١/٨٧١ مدنى آنفاً فقرة ٥.

«٢- والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته»(١).

ويخلص من هذا النص أنه يجب أن يتوافر فى الكنز شرطان:

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- الكنز المدفون أو المخبوء، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار أو لمالك رقبته. فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها. ٢- والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٤ فى المشروع النهائى، بعد أن حذفت منه العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى: «فإذا لم يكن للعقار مالك كان المال المذكور لمن وجده إلخ»، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤١، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩١- ص١٩٢).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م٨١/٥٨: المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض. وإذا لم يكن للأرض مالك، كان المال المذكور لمن وجده، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها. (وحكم التقنين السابق لا يختلف عن حكم التقنين الجديد إلا فى أنه يجعل الكنز لمن وجده إذا لم يكن للأرض مالك. ويلاحظ أنه من النادر جداً ألا يكون للأرض مالك فى مصر، فقد قدمنا أن مالك الأرض لا يفقد ملكيتها حتى إذا تخلى عنها- أنظر آنفاً فقرة ٥- وسنرى أن الأرض الصحراوية والأراضى غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٣٠: الكنز المدفون أو المخبوء، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، تكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز، وخمسه لمكتشفه، والخمس الأخير لخزينة الدولة، مع مراعاة النصوص الواردة فى القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار.

التقنين المدنى الليبى م٨٧٦: تتكون من ثلاث فقرات، الفقرتان الأوليان مطابقتان لفقرتى المادة ٨٧٢/ مدنى مصرى، والفقرة الثالثة تجرى على الوجه الآتى: «وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير، اقتسمه مع المالك مناصفة». (والتقنين الليبى يقسم الكنز مناصفة بين صاحب العقار ومن كشف الكنز).

التقنين المدنى العراقى م١١٠١: الكنز المدفون أو المخبوء، الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة، وللدولة إن كانت الأرض أميريه، ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفا صحيحاً. (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه يجعل الكنز الذى عثر عليه فى أرض موقوفة لجهة الوقف لا للواقف وورثته، ويصرح هذا التقنين بأن الكنز للدولة إذا عثر عليه فى أرض أميرية).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٣٧: إن الكنز الذى يعثر عليه فى الأرض تعود ثلاثة أخماسه لصاحب الأرض، وخمس لمكتشفه، والخمس الأخير للخزينة العامة، مع الاحتفاظ بالتقييدات المنصوص عنها فى القوانين النافذة والأنظمة المتعلقة بالمناجم والآثار القديمة. (وأحكام القانون اللبنانى تطابق أحكام التقنين السورى).

(الشرط الأول) أن يكون مدفونا أو مخبوءاً: فهو إذن مال منقول. أما العقار المدفون فيكون عادة أثرا من الآثار القديمة[1]، تسرى عليه الأحكام المتعلقة بالآثار التاريخية لا الأحكام المتعلقة بالكنز. وما دام مدفونا أو مخبوءا فإنه يكون متميزا عن الأرض، فما يوجد من معادن ونفط وأحجار فى باطن الأرض لا يكون كنزا، لأنه جزء من باطن الأرض وليس مدفونا أو مخبوءا فيها[2]. وإذا لم يكن المنقول مدفوناً أو مخبوءا، بل كان ملقى على سطح الأرض، فهو ليس بكنز، ويعتبر شيئا ضائعا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة[3]. وليس من الضرورى أن يكون الكنز مدفوناً أو مخبوءا فى باطن الأرض أو فى حائط لبناء قائم، أى فى عقار. بل يجوز أن يكون مخبوءا فى منقول آخر يحتويه، كما إذا عثر على مجوهرات أو ذهب أو نقود فى درج سرى من أدراج المكتب، أو على أوراق مالية أو سندات مخبوءة طى صفحات كتاب أو سجل قديم[4].

(والشرط الثانى) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول: فإذا استطاع شخص أن يثبت ملكيته للمنقول، وأنه كان قد دفنه فى باطن الأرض أو خبأه فى مخبأ سرى خوفا عليه من السطو أو المصادرة أو للطمأنينة على بقائه محفوظا، فإنه لا يعتبر كنزا، ويجوز للمالك أن يسترده بدعوى الاستحقاق[5].

---

(١) وقد قضى فى فرنسا أنه لا يعتبر كنزا الموزاييك الموجود فى باطن الأرض والذى يرجع إلى العهد الرومانى (باريس ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ٧٨-٢-١٩٧- نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٨١ داللوز ٨٢-١-٥٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص٦١٤). ويعد ملكاً لصاحب العقار الذى يعد الموازييك جزءاً منه (كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص٩٢٣).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص٦١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٠.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص٦١٤- ص٦١٥.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤١ هامش ٢٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص٦١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١- ولكن لا يعتبر كنزاً المجوهرات والأشياء الثمينة المدفونة مع جثة الميت لاعتبارات دينية أو أدبية، إلا إذا أصبح الوارث لهذه الأشياء غير معروف ولم تكن أشياء أثرية (بوردو ٢١ مارس سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠-٢-١٠٣- مارتى ورينو فقرة ٢١٦ ص٤٠٧ - ص٤٠٨.

(٥) ولا يشترط فى الكنز أن يعثر عليه بمحض الصدفة، فقد يتوقع شخص أن يكون فى أرض كنز ويسعى للكشف عنه، فإذا وجده سرت عليه الأحكام المتعلقة بالكنز. كذلك لا يشترط فى الكنز أن يكون قديماً وإن كان يغلب أن يكون كذلك، ولكن يصح أن يكون هناك منقول قد دفن أو خبئ من عهد قريب جداً، فما دام أحد لا يستطيع أن يثبت ملكيته إياه فهو كنز (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤١- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٥ ص٦١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦١ ص١١٠٢).

ويلاحظ أن الكنز – بهذا التحديد – ليس من الدقة أن يقال إنه منقول لا مالك له. فقد رأينا أن المنقول الذى لا مالك له إما أن يكون لم يملكه أحد منذ البداية، أو يكون قد ملكه شخص ثم تخلى عن ملكيته. والكنز ليس هذا ولا ذاك، فهو قد كان له مالك، ولم يثبت أن هذا المالك قد تخلى عن ملكيته بل الظاهر أنه كان حريصا عليه عندما دفنه أو خبأه. لذلك يبدو أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء(١)، كما يصح أن يكون محلا للاستيلاء المنقول الذى لا مالك له. وإذا كنا نعالج هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء، فلأن الكنز يقرب من المنقول الذى ليس له مالك فى أنه ولو أن له مالكا إلا أن هذا المالك غير معروف(٢).

من أجل ذلك لم تسر على الكنز أحكام الاستيلاء كاملة فى القانون الفرنسى، ولم تسر أصلا فى القانون المصرى.

أما القانون الفرنسى فيقسم الكنز مناصفة بين مالك العقار الذى وجد فيه الكنز وبين من عثر على هذا الكنز، فإذا كان من عثر عليه هو نفس مالك العقار فالكنز له كله (م٧١٦ مدنى فرنسى)(٣). وفى الحالة الأولى، إذا قسم الكنز مناصفة، من عثر على الكنز يملك النصف بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء، لأن الاستيلاء لا يرد على الكنز(٤) كما قدمنا. وقد رأى المشرع الفرنسى أن الكنز، ومالكه غير معروف، يتقاسمه الشخصان اللذان لهما شأن به، وهما صاحب العقار ومن عثر على الكنز. أما من عثر على الكنز، فلأنه هو الذى كشف عنه وقد كان قبل ذلك مدفونا أو مخبوءا(٥). وأما صاحب العقار،

---

(١) قرب كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٣– بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٥– وانظر أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ occupation فقرة ٢٢ وفقرة ٣٠.

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص٢٧– ص٢٨.

(٣) وقد يكون هذا الحكم، من بعض الوجوه، أعدل من الحكم الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى. فهو يعطى لمن عثر على الكنز، إذا لم يكن هو مالك العقار، نصف الكنز، إذ هو الذى كشف عنه ولولا هذا الكشف لكان محتملا أن يبقى الكنز مختبئاً لا يدرى به أحد. هذا إلى أن إعطاء نصف الكنز لمن عثر عليه يشجعه على أن يعلن كشفه للكنز، أما إذا لم يكن له نصيب فيه بهذا المقدار فيغلب أن يكتم أمر كشفه إذا استطاع إلى ذلك سبيلا، ليستأثر به وحده، وإن عد فى هذه الحالة سارقاً.

(٤) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٧ ص٦١٦.

(٥) ويكفى للعثور على الكنز أن يكشف عنه الشخص ولو لم يستحوذ عليه، بل ولو كشف عن بعض الكنز لا عنه كله، ولو لم يكن قد أدرك لأول وهلة أن الذى كشف عنه هو كنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٤– أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤١– مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص٤٠٩). ولو أن طائفة =

فلأن هناك احتمالا أن يكون مالك الكنز هو أحد أجداده إذا كان يملك العقار من مدة طويلة، وإلا فهناك احتمال آخر أنه كان يعثر على الكنز وهو موجود فى عقاره لو لم يسبقه من عثر على الكنز فعلا. وفى الحالة الثانية، إذا عثر على الكنز مالك العقار نفسه فتملكه كله، فهو يتملكه لا بحكم الالتصاق فهذه ليست حالة من حالاته، ولا بحكم الاستيلاء فالكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا، ولكن بحكم القانون(١). فقد رأى المشرع الفرنسى أن صاحب الشأن فى الكنز هو صاحب العقار وحده، فهو الذى يملك العقار، وهو الذى عثر على الكنز، ومن ثم لا يوجد أحد يزاحمه فكان له الكنز كله(٢).

وأما القانون المصرى فقد أغفل جانب من عثر على الكنز أصلا، فلم يجعل له أى نصيب في الكنز. وقد يفسر ذلك بأن من عثر على الكنز إما أن يكون قد عثر عليه مصادفة، أو بناء على تكليف المالك إياه بالبحث. فإن عثر عليه مصادفة، فليس له فضل فى العثور عليه ولا يستحق شيئا من أجل ذلك، وهو لا يستطيع أن يتملك الكنز بالاستيلاء إذ الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا. وإن عثر عليه بناء على تكليف المالك إياه بالبحث، فهو إنما كان يعمل لحساب المالك، ومن ثم لا يكون له حق فى الكنز، والمالك يجزيه طبقا لما عسى أن يكون قد تم بينهما من اتفاق، أو يرجع هو على المالك بدعوى الإثراء بلا سبب(٣).

=من العمال كانوا يحفرون معاً، وكشف أحدهم عن كنز وهو يحفر، لاعتبر أنه هو وحده الذى عثر على الكنز (ديمولومب ١٣ فقرة ٥٥- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤١- ص٣٤٢- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص٩٢٣).

(١) أنظر عكس ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤.

(٢) أو قل إن مالك العقار يملك نصف الكنز باعتبار أنه هو الذى عثر عليه، ويملك النصف الآخر باعتبار أنه هو مالك العقار، وهو يملك كلا من النصفين بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء ولا بحكم الالتصاق.

(٣) أما فى القانون الفرنسى حيث يكون لمن عثر على الكنز نصفه كما قدمنا، فيصح أن يكون هذا الأخير قد بحث عن الكنز وبذل جهوداً فى ذلك. فإن كان ذلك بتكليف من المالك، فإنه يكون قد عمل لحسابه، وليس له حق فى الكنز. وإن فعل ذلك بغير تكليف من المالك، فإنه يكون متعدياً إذ بحث فى أرض المالك دون إذنه، فأولى ألا يكون له حق فى الكنز. ولكن يقع أن يكون قد بحث دون تكليف من المالك ولكن على وجه مشروع، كأن يكون صاحب حق انتفاع فى الأرض أو يكون مستأجراً لها. ويذهب بعض الفقهاء إلى إعطائه فى هذه الحالة الحق فى نصف الكنز لأنه لم يكن يعمل لحساب المالك، وهو أولى بنصف الكنز من شخص عثر عليه مصادفة دون بحث حيث يكون له النصف بحكم القانون (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٠٨).

وأما فى مصر، فصاحب حق الانتفاع أو المستأجر، إذا عثر على كنز مصادفة أو بعد بحث، فليس له أى حق فيه، والكنز كله لمالك الرقبة، وذلك بصريح النص (م١/٨٧٢ مدنى).

وما دام القانون المصرى قد أغفل جانب من عثر على الكنز، فلا يبقى أمامه إلا مالك العقار الذى وجد فيه الكنز. وعلى ذلك جعل القانون المصرى الكنز كله لهذا المالك، سواء كان هو الذى عثر على الكنز أو كان شخص آخر هو الذى عثر عليه. فإذا كان هو الذى عثر على الكنز فإنه يملكه، لا لأنه هو الذى عثر عليه فقد قدمنا أن من عثر على الكنز لا حق له فيه، ولا لأنه تملك الكنز بالاستيلاء فقد قدمنا أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء. وإنما يتملكه بحكم القانون وحده(١)، فقد رأى المشرع المصرى أنه ما دام لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز فأولى الناس بالكنز هو صاحب العقار، فقد وجد فى عقاره ولا يستطيع أحد أن يدعى على الكنز حقا أقوى من حقه. وإذا كان غير المالك هو الذى عثر على الكنز، فإن الكنز كله يكون مع ذلك للمالك وحده. فمن عثر على الكنز، مصادفة أو بعد بحث، لا يكون له حق فى الكنز على الوجه الذى بسطناه. ولا يبقى إذن إلا صاحب العقار يتملك الكنز كله وحده، ولا يأخذ من عثر على الكنز شيئاً إلا ما يتبرع به له المالك، أو ما يتفق معه عليه، أو ما تخوله له دعوى الإثراء بلا سبب(٢).

وإذا كان على العقار حق انتفاع لشخص أو حق حكر أو كان لها مستأجر، وعثر شخص على كنز فى العقار، فإن الكنز لا يكون لصاحب حق الانتفاع ولا للمحتكر ولا

---

(١) إسماعيل غانم ص٤٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص٣٥٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١١١ ص٢٧٩ - ص٢٨٠.

(٢) ومالك العقار الذى يكون له الكنز هو المالك وقت العثور على الكنز. فلو أن قاصراً باع أرضاً بثمن ليس فيه غبن، وفى اليوم التالى للبيع عثر المشترى على كنز فى الأرض، فهو له لا للبائع القاصر. ولا يستطيع البائع القاصر أن يتمسك بأن هناك غبنا فى البيع، فهو لم يبع إلا الأرض ولم يبع الكنز، وليس هناك غبن فيما يتعلق ببيع الأرض (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٢- Jacquez ص١٠٢- ص١٠٣- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٣١- أنظر عكس ذلك باريس ٢٧ أبريل سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨-٢-١٤١).

وإذا باع المالك الأرض وعثر المشترى على كنز فيها، ثم أبطل البيع أو فسخ، فهناك رأى يذهب إلى أن الأثر الرجعى للإبطال أو للفسخ يجعل الأرض لم تخرج أصلا عن ملكية البائع، فكان هو المالك وقت العثور على الكنز، ومن ثم يكون الكنز له (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٦ مكررة- بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٢- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٦).

والأولى عدم إعمال الأثر الرجعى- وهو مجرد مجاز قانونى- إلى هذا الحد، والتسليم بأن المالك فعلا وقت العثور على الكنز كان هو المشترى لا البائع، فيكون له الكنز (أنظر فى هذا المعنى Jacquez ص١٠٣- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٣٢: يكون للمشترى فى هذه الحالة، طبقاً لأحكام القانون الفرنسى، نصف الكنز باعتبار أنه هو المالك والنصف الآخر باعتبار أنه هو الذى عثر على الكنز).

للمستأجر، لأن الكنز لا يعتبر ثمارا حتى يتملكها هؤلاء(١). ويكون الكنز كله لمالك الرقبة فى حالة صاحب حق الانتفاع، أو للمحكر فى حالة صاحب حق الحكر، أو للمالك فى حالة المستأجر. ونص التقنين المدنى صريح فى هذا المعنى، إذ تقول المادة ١/٨٧٢ مدنى سالفة الذكر: «الكنز... يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته». ويسرى هذا الحكم، ويكون الكنز كله لمالك الرقبة أو للمحكر أو للمالك، حتى لو كان من عثر على الكنز، مصادفة أو بعد بحث، هو صاحب حق الانتفاع أو المحتكر أو المستأجر(٢)، فقد قدمنا أن العثور على الكنز لا يخول من عثر عليه، فى القانون المصرى، أى حق فى الكنز.

وإذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز عينا موقوفة(٣) لا مالك لها، فالكنز يكون لمن كان مالكاً للعقار عند وقفه، وهذا المالك لا بد أن يكون هو الواقف، وهو لا يمكن أن يكون قد وقف الكنز، فبقى على ملكه. ومن ثم يكون الكنز كله للواقف إذا كان لا يزال حيا، أو لورثته إذا كان قد مات(٤).

وإذا كان العقار ملكا للدولة، سواء كانت ملكيتها للعقار ملكية عامة أو ملكية خاصة بما فى ذلك ملكية الأراضى غير المزروعة والأراضى الصحراوية، فالكنز يكون هنا أيضا للمالك، ومن ثم يكون الكنز كله للدولة(٥).

---

(١) فهو شئ مستقل عن العقار، لا هو من ثماره ولا هو من منتجاته (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٣- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٦٤ - أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ٢٣). وينبنى على ذلك أنه إذا كان العقار الذى عثر فيه على الكنز مرهوناً، لم يمتد الرهن إلى الكنز لأنه لا يعتبر من ملحقات العقار المرهون (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦٤- وقارن شفيق شحاته فقرة ٧٦ وفقرة ٢٠٥ ويعتبر الكنز من ملحقات العقار- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص٢٧ وفقرة ١٨ ص٢٧- ص٢٨ وص٢٩ ويعتب الكنز من توابع العقار وملحقاته - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٥ ص٤١٨ ويعتبر الكنز تابعاً للعقار- حسن كيرة ص٨٣)- وإذا باع شخص بناء على أن يهدم المشترى هذا البناء ويأخذه أنقاضاً وتبقى الأرض للبائع، ثم وجد كنز فى البناء، فالكنز للبائع صاحب الأرض لا للمشترى صاحب البناء (ديمولومب ١٣ فقرة ٤٨ - لوران ٨ فقرة ٤٤٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٤ ص٩٢٤- عكس ذلك بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٦١).

(٢) أو كان حائزاً للعقار حتى لو كان حسن النية (بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٥٧ ص٤٥).

(٣) والوقف هنا يكون وقفاً خيرياً بعد أن ألغى الوقف الأهلى.

(٤) استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٥ ص٥٢- مصر استئنافى ٥ مارس سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٨ ص١١٥.

(٥) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١٢- شفيق شحاتة فقرة ٢٠٦- وقد كان المشروع التمهيدى للمادة =

وإذا عثر على الكنز فى منقول، كان الكنز لمالك هذا المنقول، سواء كان مالكا للعقار الذى يوجد فيه المنقول أو لم يكن مالكا له(١).

وقد فرضنا فى كل ما تقدم أنه لا يوجد أحد يستطيع أن يثبت ملكيته للكنز، ولذلك أعطى الكنز لمالك العقار الذى وجد فيه. فإذا وقع أن ظهر مالك الكنز بعد ذلك، واستطاع أن يثبت ملكيته له(٢)، فإنه يستطيع أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الاستحقاق، طبقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن. ولا يسقط حق مالك الكنز بالتقادم المسقط، فإن دعوى الاستحقاق ولو فى المنقول لا تسقط بالتقادم. وهناك رأى يذهب إلى أن مالك العقار الذى وجد فيه الكنز يكون قد حاز الكنز وهو منقول بحسن نية معتقدا أنه قد أصبح مالكا له، ومن تم تسرى القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولكن الكنز يعتبر فى حكم المفقود فيكون لمالكه حق استرداده فى خلال تلات سنوات من وقت فقده أى من وقت حيازة مالك العقار للكنز(٣). ولكن الرأى الراجح هو أن مالك العقار الذى حاز الكنز لا يمكن أن تكون حيازته بحسن نية لأنه يعلم أو ينبغى أن يعلم أن

=٨٧٢ مدنى يجعل الكنز الذى يعتر عليه فى أرض لا مالك لها ملكاً لمن عتر على الكنز، فحذف هذا الحكم فى لجنة المراجعة (أنظر آنفاً ص٢٨ هامش٣- وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص٣٥٢ هامش١). وهناك رأى يذهب إلى أن الجبال والمغاور لا تعتبر ملكاً للدولة، فمن عتر على كنز فى مغارة أو كهف فى الجبل أو فى الصحراء البعيدة عن العمران، فإنه يتملكه بالاستيلاء، ولا يكون الكنز ملكاً للدولة (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨ ص٢٨). ويلاحظ، إلى جانب أن الكنز لا يصح أن يكون محلا للاستيلاء، أن الجبال والمغاور والكهوف والصحراء البعيدة عن العمران شأنها جميعاً شأن الأراضى غير المزروعة وسائر الأراضى الصحراوية، مملوكة كلها للدولة، فالكنز الذى يعتر عليه فيها يكون ملكاً للدولة.

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٤ ص٤٥١.

(٢) ويجوز له الإثبات بجميع الطرق، وتدخل فى ذلك البينة والقرائن (ديمولومب ١٣ فقرة ٣٩- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤٣). كما يجوز للورثة المتعاقبين لمالك الكنز أن يثبتوا أن الكنز كان ملكاً لمورثهم دفنه أو خبأه منذ زمن طويل، وقد آلت إليهم ملكيته بطريق التوارث على التعاقب. ولكن لا يكفى فى فرنسا حيث لمن عثر على الكنز نصفه أن يثبتوا أن ملكية العقار الذى عتر فيه على الكنز قد آلت إليهم بطريق التوارث، بل يجب أن يثبتوا، ليستأثروا بكل الكنز، أن الكنز نفسه كان مملوكاً لمورثهم وأنه هو أيضا العقار الذى عتر عليه فيه آل إليهم بطريق التوارث أو الوصية (باريس ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥١- ١٤٤- نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٥ داللوز ١٩٥٦ . Sonm ٢٧- وقارن السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩- ٣٥٠. وكل هذه الأحكام صدرت فى قضية شهيرة عرفت بقضية كنز شارع Mouffetard: مازو ٢ فقرة ١٥٨٢ ص١٢٦- مارتى ورينو فقرة ٤١٦ ص٤٠٧- كاربونييه ص٢٧٦- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ Trésor فقرة ١١).

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦-٦.

للكنز مالكا من حقه أن يسترده، هذا إلى أنه ليس لديه سبب صحيح (فيما يتعلق بالقانون المصرى). ومن ثم يكون لمالك الكنز أن يسترده من مالك العقار فى أى وقت، لا فى خلال ثلاث سنوات فقط، هذا ما لم يتملك مالك العقار الكنز بالتقادم الطويل[1]. أما إذا باع مالك العقار الكنز لمشتر حسن النية فإن المشترى يملكه بالحيازة، ولا يستطيع مالك الكنز أن يسترده حتى فى خلال ثلاث سنوات لأن الكنز لا يعتبر مفقودا ولا مسروقا[2].

١٢ - اللقطة (الأشياء الضائعة): رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى تنص على أن «الحق فى .. اللقطة .. تنظمه لوائح خاصة»[3]. واللقطة هى الشئ الضائع يفقده صاحبه ولا يعثر عليه، فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه. وقد قدمنا[4] أنه يجب التمييز بين اللقطة والأشياء المتروكة، فاللقطة ضاعت من صاحبها ففقد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها فبقى مالكا لها ولا تكون محلا للاستيلاء(1)، أما الأشياء المتروكة فقد تخلى صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معا فأصبحت غير مملوكة لأحد. والقرائن تميز بين اللقطة

---

(١) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧ ص٢٦- ص٢٧- وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤٤ هامش٣٩.

(٢) بودرى وفال فى المواريث ١ فقرة ٤٤ ص٣٧- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨ ص١٢.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٨.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٠.

(1) النص فى الفقرة الأولى من دكريتو الأشياء الضائعة الصادرة فى ١٨٩٨/٥/١٨ على أن من يعثر على شئ أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال يجب عليه أن يسلمه أو أن يبلغ عنه إلى أقرب نقطة شرطة فى المدن أو إلى العمد فى القرى... وفى المادة الثانية على أن «إذا لم يطلب المالك الشئ الضائع فى ظرف سنة أو الحيوان المفقود فى مدة عشرة أيام فيباع الشئ أو الحيوان بمعرفة الإدارة بالمزاد العمومى ... وفى المادة الثالثة «كل شخص يسلم لمأمورى الحكومة الشئ أو الحيوان الضائع يكون له حق فى مكافأة قدرها عشر القيمة وفى حالة استرداد المالك للشئ الضائع يكون ملزما بدفع قيمة المكافأة بحسب تقدير الإدارة وفى المادة الرابعة «ثمن الشئ أو الحيوان المباع يبقى محفوظا على ذمة المالك مدة ثلاث سنوات وفى حالة الطلب يلزم تسليمه إليه بعد خصم مصاريف الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشئ أو الحيوان يدل على أن كل من عثر على شئ ضائع وسلمه إلى الجهة المختصة يكون له الحق فى اقتضاء المكافأة التى حددها النص دون نظر لما إذا كان قد أصاب صاحب الشئ من جراء الفقد ضرر من عدمه إذ جاءت عبارة النص عامة مطلقة فلا يجوز قصر تطبيقها على من أصابه ضرر من الفقد لأن ذلك يعتبر تقييدا لمطلق النص وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز فطالما أن للشئ الضائع قيمة مالية - على نحو ما سلف بيانه وأن مالك الشئ قد اختار استرداده فهو يلتزم بأداء قيمة المكافأة المقررة، أما إذا لم يسترده كان لمن عثر على الشئ اقتضاء قيمة المكافأة من ثمن بيعه بمعرفة جهة الإدارة.

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠ الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ق)

والأشياء المتروكة. فإذا وجد شخص فى قطار بقايا طعام وزجاجات فارغة، كان من حقه أن يفترض أن هذه أشياء متروكة تخلى عنها أصحابها، بعد أن أصابوا من الطعام كفايتهم وبعد أن شربوا ما كانت الزجاجات الفارغة تحتويه، فتسرى أحكام الأشياء المتروكة ويجوز تملكها بالاستيلاء. أما إذا وجد فى القطار حقيبة تدل الظواهر على أنها لمسافر نسيها، فإن القرائن تدل فى هذه الحالة على أن الحقيبة ليست شيئا متروكا ولم يتخل صاحبها عن ملكيتها، ومن ثم تسرى عليها أحكام الأشياء الضائعة ويكون الاستيلاء عليها بنية تملكها فى حكم السرقة(١).

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز. فهما يتفقان فى أن كلا منهما لم يتخل صاحبه عن ملكيته، فلا يعتبر شيئا لا مالك له ولا يكون محلا للاستيلاء(٢). ويتفقان كذلك فى أن كلا منهما، ولو أن له مالكا، إلا أن هذا المالك وقت العثور على الشئ غير معروف، ولكنهما يختلفان فى أن اللقطة منقول ظاهر أمام الناس، فهو إما ملقى على قارعة الطريق، أو باد للعيان فوق رف أو على درج، أو باق فى مكانه الظاهر فى قطار أو فى سيارة للأجرة أو نحو ذلك. أما الكنز فقد قدمنا أنه منقول غير ظاهر للعيان، فهو إما مدفون أو مخبوء. ويغلب أن يكون الكنز شيئا ثمينا، ولذلك دفن أو خبئ. أما اللقطة فيحتمل أن تكون محدودة القيمة، ولكن يحتمل أيضا أن تكون ذات قيمة كبيرة كمجوهرات أو مقدار كبير من النقود. ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقى للكنز أبدا، إذ يكون قد دفن الكنز أو خبأه منذ مدة طويلة ولا يعرف ذووه مكانه. أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب، إذ يكون غالبا قد فقدها منذ مدة قريبة ولم ينقطع عن السؤال والبحث عنها.

ولا يتحقق ضياع الشئ من مالكه إلا إذا خرج من حوزته تماما، ولم تعد له سيطرة عليه. فمحفظة النقود التى ينساها صاحبها فى منزله لا تكون لقطة، فإذا عثر عليها أحد الخدم وجب عليه إرجاعها لمخدومه ولا حق له فى العثر.

ويخلص مما تقدم أن اللقطة منقول له مالك(٣)، ولذلك لا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء كما سبق القول. وإنما عولجت هذه المسألة بين مسائل الاستيلاء، لأن اللقطة

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦ ص٢٣.

(٢) ولكن اللقطة قد ضاعت من صاحبها فلم يعد يعرف أين توجد، أما الكنز فإن صاحبه يعرف بداهة المكان الذى دفنه فيه أو خبأه.

(٣) قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٤٤ وفقرة ٣٣٥١.

وإن كان لها مالك إلا أن هذا المالك غير معروف، فهى تقرب من المنقول الذى ليس له مالك. وهذا هو نفس التبرير الذى قدمناه فى معالجة مسألة الكنز بين مسائل الاستيلاء(١).

ولما كانت اللقطة لا تصلح أن تكون محلا للاستيلاء لأن لها مالكها، لذلك لا تسرى عليها أحكام الاستيلاء. فمن عثر عليها وأحرزها بنية تملكها لا يتملكها، بل يعتبر فى حكم السارق لأنه يعلم أنها لقطة لها مالك(٢). وقد رأينا أن المادة ٨٧٣ مدنى تقضى بأن الحق فى اللقطة تنظمه لوائح خاصة. وقد صدرت فعلا لوائح كثيرة وأوامر إدارية تحدد المدة التى تحفظ فى خلالها الأشياء الضائعة، وتنظم كيفية التصرف فى هذه الأشياء بعد انقضاء هذه المدة، وحفظ ثمنها لحساب المالك، ومتى تؤول هذه المبالغ للدولة إذا لم يتقدم أصحاب الأشياء الضائعة لتسلمها.

ونقف من هذه التشريعات عند الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨، فهو أهمها وأكثرها شمولا. ويقضى بأن من يعثر على شئ أو حيوان ضائع يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمد فى القرى، وأن يسلمه. فإذا لم يطالب

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١.

(٢) وفى فرنسا توجد قوانين قديمة تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى البحر (épaves maritimes) وفى الأنهار (épaves fluviales) وغير ذلك من الأشياء الضائعة (épaves terrestres). كما توجد قوانين ومراسيم تنظم حالات خاصة، من ذلك الأشياء التى تودع أقلام كتاب المحاكم والبضائع التى تترك فى الجمارك والمنقولات التى يعهد بها إلى أمناء النقل والمبالغ التى تدفع لمصلحة البريد والأمتعة التى تترك فى الفنادق وغير ذلك. وتوجد أيضاً لوائح تنظم ملكية الأشياء الضائعة فى معظم المدن الفرنسية. وتقضى هذه القوانين واللوائح بوجه عام، فى غير الأشياء الضائعة فى البحر وفى الأنهار التى تؤول ملكيتها للدولة، بأن من يعثر على شئ ضائع يجب عليه التبليغ عنه وإيداعه، وإلا عد فى حكم السارق (نقض فرنسى جنائى ٣ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢-١-٤٤٢- جارسون فى التعليقات على التقنين الجنائى جزء أول فقرة ٤١٧ وما بعدها ص١١٥٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص٦٢٣). فإذا لم يعرف صاحب الشئ الضائع فى مدة معينة، أعطى الشئ لمن عثر عليه. ولكن من عثر على الشئ الضائع لا يتملكه بالاستيلاء، لأن له مالكا وإن كان غير معروف، فلا يصلح أن يكون محلا للاستيلاء. وإنما يتملكه بالتقادم الطويل إذا كان لم يبلغ وعنه لم يودعه، بل حبسه عنده واستمر حائزا له. فهو إذا كان فى هذه الحالة يعد فى حكم السارق، فإن هذا لا يمنع من تملكه الشئ الضائع إذ أن السارق يتملك الشئ المسروق بالتقادم الطويل (بودرى وتيسييه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦ ص٦٢٣). أما إذا كان من عثر على الشئ الضائع قد بلغ عنه وأودعه ثم رد إليه بعد انقضاء المدة المحددة، فانه يكون فى حكم الحائز للمنقول بحسن نية، ولما كان المنقول ضائعا فان المالك يستطيع أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٥ وفقرة ٦١٦ ص٦٢٣).

به مالكه، بيع الشئ فى خلال سنة من تسليمه، أو الحيوان فى خلال عشرة أيام، فى المزاد العلنى، بواسطة الإدارة. ويصح تقصير الميعاد الذى يتم فيه البيع، إذا كان الشئ الضائع يخشى عليه من التلف. ويكون لمن عثر على الشئ الضائع عشر الثمن، يتملكه لا بحكم الاستيلاء فإن الشئ الضائع لا يكون محلا للاستيلاء كما قدمنا، بل بحكم القانون(١). وتحتفظ الإدارة بباقى الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه، فإنه يؤول إلى الدولة. وإذا آل الثمن إلى الدولة بعد ثلاث سنوات، فإنما يكون ذلك أيضاً بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء. ولا يصح أن يقال إن مدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التى لا يستطيع بعد انقضائها مالك الشئ الضائع استرداده من الحائز حسن النية، فان الإدارة تعلم أن الثمن ناتج من بيع شئ غير مملوك للدولة، فلا يسرى هذا الحكم عليها.

أما إذا احتفظ من عثر على الشئ الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى، فإن تشريع سنة ١٨٩٨ يقضى بحرمانه من حقه فى العشر، وبعقوبته بغرامة لا تزيد على مائة قرش. وهذا الجزاء إنما هو جزاء على عدم التبليغ عن الشئ الضائع وعدم تسليمه فى الميعاد. لكن إذا ثبت أن من عثر على الشئ الضائع قد احتفظ به بنية تملكه، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشئ أو جدت بعد ذلك، فانه يكون فى حكم السارق. وبهذا يقضى الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والسابق الإشارة إليه، فإن المادة الأولى منه تقضى بأن من عثر على الشئ أو الحيوان الضائع، إذا كان قد حبسه وكان الحبس مصحوبا بنية امتلاكه بطريق الغش، تقام عليه الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة(٢). وهذا لا يمنع من أنه إذا عثر شخص على شئ ضائع واحتفظ به بنية تملكه، وظل حائزا له مدة خمس عشرة سنة، فإنه يتملكه بالتقادم الطويل(٣). فإذا لم تتكامل مدة التقادم، جاز لمالك الشئ الضائع أن

---

(١) أنظر قريبا من هذا المعنى كولان وكابيتان ودى لاموراندييرا فقرة ١١٣٦.

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يشترط فى جريمة تملك الشئ الضائع أن تكون نية التملك معاصرة للعثور على الشئ، وإنما يصح أن تنشأ بعد ذلك فتتوافر بها أركان الجريمة (نقض جنائى ١٠ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٢٠٤ ص٣٩٥). وقضت أيضاً بأن جريمة اختلاس الشئ الضائع تتحقق ولو لم تكن المدة المحددة للتسليم أو التبليغ قد مضت، متى وضحت نية التملك (نقض جنائى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ التشريع والقضاء ٤ رقم ٩٥ ص١١١). وانظر دائرة النقض فى محكمة الاستئناف ٢٦ يونيه سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص٩٩.

(٣) وإذا كانت الحيازة عرضية، كما إذا ترك النزيل بعض أمتعته فى الفندق فيكون صاحب الفندق مودعاً عنده ويكون ملتزماً بموجب عقد الوديعة برد الشئ المودع إلى صاحبه، فإن هذه الحيازة لا تصلح =

يسترده من تحت يد من عثر عليه. ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع بسقوط دعوى الاسترداد بانقضاء ثلاث سنوات من وقت ضياع الشئ (م٩٧٧ مدنى)، فذلك لا يجوز إلا إذا كان حائز المنقول حسن النية ولديه سبب صحيح. وهنا حسن النية منتف فإن من عثر على الشئ يعلم أنه غير مملوك له[١]، وكذلك واقعة العثور على الشئ الضائع لا تعتبر سببا صحيحا. ولكن إذا باعت جهة الإدارة الشئ الضائع بالمزاد العلنى بعد سنة من تسليمه، فإن من رسا عليه المزاد يستطيع أن يدفع دعوى استرداد المالك بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع. فإذا لم تنقض هذه المدة كان للمالك أن يسترد الشئ الضائع على أن يرد الثمن لمن رسا عليه المزاد، ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقى الثمن الذى أودع لحسابه بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشئ الضائع[٢].

١٣- الأشياء الأثرية: وتنص المادة ٨٧٣ مدنى أيضا، كما رأينا[٣]، على أن «الحق فى ... الأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة». وكان ينظم الآثار القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار والقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ الخاص بحماية آثار العصر العربى. ثم ألغى هذان القانونان وحل محلهما القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١.

ثم ألغى القانون الأخير وحل محله القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون

=أساساً للتملك بالتقادم. ولكن يستطيع صاحب الفندق أن يتمسك بالتقادم المسقط، إذا انقضت خمس عشرة سنة دون أن يطالب مالك الأمتعة برد أمتعته، فان التزام صاحب الفندق بالرد يكون قد سقط بالتقادم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص٣١- وقارن كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ ص٨٨٥). ولكن الذى يسقط هنا هى الدعوى الشخصية بالرد، لا دعوى الاستحقاق فان هذه الدعوى الأخيرة لا تسقط بالتقادم.

(١) بودرى وتيسييه طبعة رابعة فقرة ٨٨٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦١٦- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص٣١- وقرب أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠١ ص٣٤٧ هامش٤٩.

(٢) وكذلك إذا باع المنقول من عثر عليه لمشتر حسن النية، فإن حق المالك فى استرداد المنقول يسقط بثلاث سنوات، وإذا استرده فى خلال هذه المدة فقد يلتزم برد الثمن إذا وجد فى حالة من الحالات التى توجب ذلك.

ولا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامح، فمن يكبح جماح حيوان لا تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة، ولا يأخذ عشر قيمة الحيوان، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان. كذلك لا يعتبر شيئا ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها، فمن يستولى عليها فى فترة انطلاقها بنية تملكها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها يعد فى حكم السارق (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩ ص٣٢).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨.

حماية الآثار، وهو القانون الذى ينظم الآثار الآن فى مصر، ونصت مادته الأولى على أن «يعتبر أثر كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون والعلوم والاداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية باعتباره مظهر من مظاهر الحضارات المختلفة التى قامت على أرض مصر أو كانت لها صلة تاريخية بها، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها. وأجازت المادة الثانية بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أى عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متى كانت للدولة مصلحة قومية فى حفظه وصيانته وذلك دون التقيد بالحد الزمنى الوارد بالمادة السابقة ويتم تسجيله وفقا لاحكام هذا القانون وفى هذه الحالة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم احداث أى تغيير به وذلك من تاريخ ابلاغه بهذا القرار، ونصت المادة الثالثة على أن تعتبر أرضا أثرية الاراضى المملوكة للدولة والتى اعتبرت أثرية بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة على تاريخ العمل بالقانون أويصدر باعتبارها كذلك قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص بشئون الثقافة، واعتبرت المادة الرابعة مبان أثرية المبانى التى اعتبرت كذلك وسجلت بمقتضى قرارات أو أوامر سابقة(1).

---

(1) أ- مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ فى شأن حماية الآثار أن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر ذلك من قبل السلطة المختصة أى صدر فى شأنها قرار يضفى عليها هذه الصفة ولا تعد المخاطبات الادارية المتبادلة بين جهات الحكومة قرارا محدثا للأثر القانونى الذى يخرج أملاك الحكومة الخاصة إلى ملكيتها العامة.

(جلسة ١٩٨٧/١٢/١٣ الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٥٤ق)

ب- النص فى المادة الثانية من القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ لحماية الآثار على أن «يعتبر فى حكم الاثار الأراضى المملوكة للدولة التى اعتبرت أثرية بمقتضى أوامر أو قرارات أو بمقتضى قرار يصدره وزير المعارف العمومية بعد الاتفاق مع وزير الاقتصاد الوطنى وكذلك الأراضى المملوكة للافراد التى تنزع ملكيتها لأهميتها الأثرية» يدل أن الأراضى المملوكة للأفراد لا تعتبر فى حكم الآثار إلا إذا نزعت الدولة ملكيتها، ولما كان القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين قد استلزم - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون تقرير المنفعة العامة للعقارات المراد نزع ملكيتها بقرار من الوزير المختص - وبقرار من رئيس الجمهورية بعد تعديله بالقانون رقم ٢٥١ لسنة ١٩٦٥- تتولى بعده الجهة القائمة باجراءات نزع الملكية القيام بالعمليات الفنية والمساحية والحصول على البيانات اللازمة بشأن تلك العقارات واعداد كشوف بحصرها وتقدير التعويض المستحق لأصحاب الشأن فإذا وافقوا عليه وقعوا على نماذج خاصة، أما إذا عارضوا أو تعذر الحصول على توقيعاتهم فيصدر بنزع الملكية قرار من الوزير المختص، وتودع النماذج أو القرار الوزارى فى مكتب الشهر العقارى ويترتب عليه جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع فتنتقل ملكية تلك العقارات إلى الدولة، وإذا لم يتم هذا الايداع خلال سنتين من تاريخ نشر القرار المقرر للمنفعة العامة فى الجريدة الرسمية سقط مفعول هذا القرار الأخير إعمالا لنص المادتين ١٠،٩ من القانون المذكور، وكان =

وكذلك الأراضى المملوكة للأفراد التى تنزع الدولة ملكيتها لأهميتها الأثرية(١).

ويتبين من ذلك أن الآثار قد تكون عقاراً أو منقولا، فهى بذلك تختلف عن الكنز واللقطة اللذين لا يكونان إلا منقولا. وتختلف عن اللقطة فى أن الآثار تكون فى أغلب الأحيان مدفونة أو مخبوءة فى باطن الأرض، أما اللقطة فتكون كما قدمنا منقولا ظاهرا أمام الناس. وإذا كانت الآثار تشترك مع الكنز فى أن كلا منهما مدفون أو مخبوء، إلا أن الآثار ليست فحسب شيئا له قيمة كالكنز، بل هى فوق ذلك شئ من طبيعة خاصة، فهى نتاج الحضارات المتعاقبة التى توالت على مصر أو الحضارات الأجنبية التى كان لها اتصال بمصر وتقتضى المصلحة القومية حفظه وصيانته. ويرى من ذلك أن الأصل فى الآثار أن تكون أموالا لا مالك لها، فهى مخلفات العصور الخالية وقد تركها أصحابها إلى غير مالك. ولكن لما كانت الآثار لها قيمة كبرى، وأهمية بالغة من ناحية التاريخ والحضارة والمصلحة القومية، فإنها لذلك لا تترك سائبة يأخذها أول من يستولى عليها تطبيقا لقواعد الاستيلاء، فقد أخرجها القانون من هذا النطاق، وقرر من القواعد ما يكفل حفظها

=الثابت فى الأوراق أنه وإن صدر قرار وزير التربية والتعليم رقم ... بتقرير المنفعة العامة لمشروع الأراضى اللازمة لمصلحة الآثار بمدينة الأقصر ومن بينها أرض النزاع، كما صدر بعده قرار رئيس الجمهورية رقم ١٥١٢ لسنة ١٩٧٢ بذات الغرض، إلا أنه لم تتخذ بعد صدورهما اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها فى قانون نزع الملكية سالف الذكر ومن ثم فلم تنتقل ملكية أرض النزاع إلى الدولة وتبقى على ملك صاحبها ولا تعد أرضا أثرية.

(جلسة ١٩٩١/١/٢٢ الطعن رقم ٦٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٩/٧/٢٠ الطعن رقم ٢٣٦٩ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٨/٦/٨ الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨ الطعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص٨١٩)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ورقة أو مخاطبة إدارية ليست قراراً من هذا القبيل لا يمكن – فى علاقة الحكومة بالجمهور– أن تعتبر مغيرة لوصف الأرض ومخرجة لها من ملك الحكومة الخاص إلى ملكيتها العامة. وإذن فلا يكفى لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة، لا مجرد صدور خطاب من مصلحة الآثار باعتبارها كذلك، ولا وصفها بأنها أثرية فى قوائم المساحة والتحديد (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣١ ص٦١١). وقضت أيضا بأن حكم المادة السادسة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩١٢ الخاص بالآثار ليس مقصوراً على الأراضى التى تقرر الحكومة بعد صدوره أنها أثرية، بل يتناول أيضا– كما هو صريح نصها – الأراضى التى سبق أن قررت الحكومة، أى مجلس الوزراء أو الوزير المنوط به تنفيذ قانون الآثار، أن لها هذه الصفة. فالقرار الصادر من وزير الأشغال، قبل صدور قانون الآثار، باعتبار أرض معينة أرضاً أثرية يكفى لينسحب عليها حكم المادة السادسة من هذا القانون، ولو كان القرار المذكور غير مستند إلى قانون سابق (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٤-٢ ص-٤٤).

وصيانتها حتى تنتقل إلى الأجيال اللاحقة كما وصلت إلينا من الأجيال السابقة. وجعلها القانون فى الأصل من الأملاك العامة للدولة، إلا ما نص على أن يكون ملكا خاصا(١). وعلى ذلك خرجت الآثار من أن تكون أموالا لا مالك لها إلى أموال لها مالك، وهذا المالك هو الدولة فى الأصل تملك الآثار ملكية عامة لا ملكية خاصة، ويجوز أن يتملك الأفراد بعض الآثار ملكية خاصة كما سيجئ. فالآثار إذن لا تكون محلا للاستيلاء، كما لا يكون محلا للاستيلاء الكنز واللقطة فيما رأينا.

وعلى كل شخص يعثر على أثر عقارى غير مسجل أن يبلغ هيئة الآثار به، ويعتبر الأثر ملكا للدولة، وعلى الهيئة أن تتخذ الاجراءات اللازمة للمحافظة عليه ولها خلال ثلاثة أشهر إما رفع هذا الأثر الموجود فى ملك الأفراد، أو اتخاذ الاجراءات لنزع ملكية الأرض التى وجد فيها أو بقائه فى مكانه مع تسجيله طبقا لأحكام قانون الآثار ولا يدخل فى تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار وللهيئة أن تمنح من أرشد عن الأثر مكافأة تحددها اللجنة الدائمة المختصة إذا رأت أن هذا الأثر له أهمية خاصة (المادة ٢٣) وأوجبت المادة ٢٤ على كل من يعثر مصادفة على أثر منقول أو يعثر على جزء أو أجزاء من أثر ثابت فيما يتواجد به من مكان أن يخطر بذلك أقرب سلطة إدارية خلال ثمان وأربعين ساعة من العثور عليه وإن يحافظ عليه حتى تتسلمه السلطة المختصة وإلا اعتبر حائزا لأثر بدون ترخيص، وعلى السلطة المذكورة إخطار الهيئة بذلك فورا.

وتحظر المادة ٣٢ على الغير مباشرة أعمال البحث أو التنقيب عن الآثار إلا تحت الإشراف المباشر للهيئة عن طريق من تندبه لهذا الغرض من الخبراء والفنيين وفقا لشروط الترخيص الصادر منها، ونصت المادة ٣٣ على أن «يصدر مجلس إدارة الهيئة قرارا بالاشتراطات والالتزامات التى يجب مراعاتها وتنفيذها فى تراخيص الحفر بحيث يتضمن الترخيص بيانا بحدود المنطقة التى يجرى البحث فيها والمدة المصرح بها والحد الأدنى للعمل بها.

وأوضحت المادة ٣٤ القواعد التى تخضع لها التراخيص للبعثات الأجنبية بالكشف والتنقيب. وقضت المادة ١٣ بانه يترتب على تسجيل الأثر العقارى وإعلان المالك بذلك طبقا لأحكام المادة ١٢ السابقة الأحكام الآتية:

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعها عامة، بل إن منها ما أنشأه الأفراد أصلا وانتقل بالتوارث إلى من خلفهم مما لا وجه معه لعدها من المنافع العامة، ومنها ما تملكوه بوضع اليد عليه بعد زوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير المملوكة للحكومة (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٨ ص١٠٦).

١- عدم جواز هدم العقار كله أو بعضه أو إخراج جزء منه من مصر.

٢- عدم جواز نزع ملكية الأرض أو العقار. أما الأراضى المتاخمة له فيجوز نزع ملكيتها بعد موافقة الوزير المختص بشئون الثقافة. بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة.

٣- عدم جواز ترتيب أى حق ارتفاق للغير على العقار.

٤- عدم جواز تجديد العقار أو تغيير معالمه على أى وجه إلا بترخيص من رئيس الهيئة بعد موافقة اللجنة الدائمة المختصة ويكون اجراء الأعمال التى رخص بها تحت الإشراف المباشر لمندوب الهيئة.

٥- التزام المالك بالحصول على موافقة كتابية من الهيئة عن كل تصرف يرد على العقار.

٦- للهيئة أن تباشر فى أى وقت على نفقتها ما تراه من الأعمال لازما لصيانة الأثر وتظل هذه الأحكام سارية ولو أصبح ما بالعقار من أثر منقولا.

وقد نصت المادة ٨ على أنه «فيما عدا حالات التملك أو الحيازة القائمة وقت العمل بهذا القانون أو التى تنشأ وفقا لأحكامه يحظر اعتبارا من تاريخ العمل به حيازة أى أثر. وعلى التجار والحائزين للآثار من غير التجار أن يخطروا الهيئة بما لديهم من آثار خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون وأن يحافظوا عليها حتى تقوم الهيئة بتسجيلها طبقا لأحكام هذا القانون. ويعتبر حائزا بدون وجه حق ولا يفيد من أحكام الحيازة المقررة بهذا القانون كل من لا يخطر خلال المدة المشار إليها عما فى حيازته من آثار لتسجيلها».

هذا وقد أورد قانون الآثار قيودا متعددة على الملكية الخاصة للاثار تقررت للمصلحة العامة (المادة ٢٠، ٢١) وقد سبق بيانها عند الكلام فى قيود الملكية الواردة للمصلحة العامة.

١٤- التركة التى لا وارث لها: إذا مات إنسان ولم يترك وارثا، ففى الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال. وقد قدمنا، عند الكلام فى الأشياء الخاصة المملوكة للدولة[١]، أن بيت المال تمثله الآن خزانة الدولة، فتكون التركات التى لا وارث لها ملكا

---

(١) أنظر الوسيط جزء ٨ فقرة ٧٩.

خاصا للدولة. وتؤول التركة إلى الدولة، لا باعتبارها تركة موروثة، بل باعتبارها مالا لا مالك له(١)(1).

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن وزارة المالية، وإن كانت تمثل بيت المال، لا تعتبر شرعاً وارثة. لأنه وإن نص شرعاً على أن بيت المال يأتى فى الدرجة الأخيرة (العاشرة) من المستحقين للتركة، فإن معنى ذلك أن بيت المال يكون أمينا بوضع المال تحت يده ليصرف فى مصارفه الشرعية. فإن لم يوجد أحد من الورثة، تودع التركة فى بيت المال على أنها مال ضائع فتصير لجميع المسلمين. وعلى كل حال فإن بيت المال لا يحوز هذه التركة بطريق الإرث (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢١ ص٢٣٣). وقد قضت محكمة النقض بأن بيت المال الذى حلت محله وزارة المالية، وإن عد فى المادة ٥٨٤ من كتاب الأحوال الشخصية لقدرى باشا مستحقاً للتركات التى لا مستحق لها، إلا أنه ليس معتبراً فى نظر علماء الشريعة الإسلامية وارثاً. ولما كان إنكار الوراثة الذى يستدعى استصدار حكم شرعى يجب أن يصدر من وارث ضد آخر يدعى الوراثة (المواد ٣٥٥- ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ١٩٣١)، ومتى ثبت أن بيت المال غير معتبر شرعاً وارثاً، فإنه لا يصلح خصما فى دعوى الوراثة، ولا يجوز لوزارة المالية بالتالى إنكار الوراثة على أحد ممن يدعيها إنكاراً يستدعى استصدار حكم شرعى، لأنها أمينة فقط على مال من لا وارث له. ويمكن لمن يدعى استحقاقه لمال تحت يدها إثبات وراثته للمتوفى عن ذلك المال باعلام شرعى (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٧ رقم ٥٥). وانظر آنفاً فى هذا المعنى نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص١٠٨٣- وانظر استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٤٣- ٣ أبريل سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٨٠ (لا تعتبر التركة شاغرة يستحقها بيت المال إذا كان المورث قد أوصى لأشخاص مقيمين فى الخارج).

وانظر فى النتائج التى تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً لمن لا وارث له الوسيط ٨ فقرة ٧٩- ومن بين النتائج التى تترتب على أن الدولة لا تعتبر وارثاً أنها تستحق التركة التى لا وارث لها الموجودة فى مصر، حتى لو كان صاحب التركة أجنبياً غير مسلم (مستخلص من حكم استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٥٦). ذلك لأن مال أهل الذمة الذين يتوفون بدار الإسلام من غير مستحق له هو للدولة، ولو كانت الدولة وارثاً لما ورثت من غير المسلم (الوسيط ٨ فقرة ٧٩ ص١٥٨).

(1) أ- ضم الادارة العامة لبيت المال للهيئة العامة لبنك ناصر الاجتماعى. اختصاص تلك الإدارة بحصر التركات الشاغرة وجردها وتخويل مجلس إدارة البنك وحده سلطة بيع عناصر هذه التركات. قيام مجلس الإدارة بتحديد شروط البيع وتفويض رئيسه اجرائه. أثره. التزام رئيس المجلس بإتمام البيع وفقا لتلك الشروط. مخالفته ذلك. أثره. عدم نفاذ التصرف الصادر منه ولا يتم البيع به، المواد ٤ ، ٦ ، ٧، ٨ ، ٩ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة ولائحته التنفيذية، م١ من قرار رئيس الجمهورية ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١، ١/٧ق ٦١ لسنة ١٩٦٣ بشأن الهيئات العامة.

(جلسة ١٩٩٤/١١/١ الطعن رقم ٢٥٢٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٣/١/٥ الطعن رقم ٢٠٨٧ لسنة ٥٧ق)

ب- أوجب المشرع فى المادة الرابعة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث - على الادارة العامة لبيت المال أن تتخذ =

وكان مقتضى أن التركة التى لا وارث لها تعتبر مالا غير مملوك لأحد، أن أموال هذه التركة يجوز تملكها بالاستيلاء، شأنها فى ذلك شأن الأموال التى تصبح دون مالك بعد أن كان لها مالك من قبل. ولكن المشرع أخرج التركات التى لا وارث لها من نطاق الاستيلاء، لأهميتها وتطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وجعل ملكية هذه التركات للدولة. فتتملك الدولة، بمجرد وفاة المالك دون وارث، تركته، وذلك قبل أن تضع يدها على التركة، لأنها تتملكها بحكم القانون لا بحكم الاستيلاء. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث على ما يأتى: «تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفون من غير وارث، أيا كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم»(١). وإذا ظهر وارث بعد ذلك، أو أى شخص آخر له حق فى

=الاجراءات اللازمة للتحفظ على الأموال الظاهرة للمتوفى، أن تقوم على وجه الاستعجال باجراء التحريات الادارية للتثبت من صحة البلاغ عن الوفاة، فإذا ظهر من هذه التحريات أن البلاغ غير صحيح الغيت اجراءات التحفظ على أموال التركة وإذا ثبتت صحته أصدرت بيانا باسم المتوفى من غير وارث ظاهر يجب نشره مرتين فى صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار على أن تمضى بين النشرة الأولى والنشرة الثانية مدة لا تزيد على خمسة أيام، كما أوجب فى المادة السادسة منه على اللجنة المشكلة لحصر التركات الشاغرة أن يخطر قنصل الدولة التى ينتمى إليها المتوفى لحضور عمليتى الحصر والجرد، وكان مؤدى هذين النصين – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن المشرع أحاط أيلولة هذه التركات إلى الدولة بضمانات ترفع العنت والارهاق عن عاتق الورثة غير الظاهرين، فاشترط لذلك أن تكون التركة شاغرة بمعنى أن تكون مخلفة عن متوفى من غير وارث واستلزم لاعتبارها كذلك اتباع الاجراءات المنصوص عليها فى المادتين الرابعة والسادسة سالفتى الإشارة، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الحكم المطعون فيه مؤيدا للحكم الابتدائى قد استخلص من المستندات المقدمة فى الدعوى أن الطاعن لم يقم بما أوجبه عليه المشرع بنص المادتين المذكورتين وأنه لا دليل على أن تركة المتوفى «اليونانى الجنسية» تركه شاغرة حتى يكون لبيت المال شأن بها إذ أنها آلت للمطعون عليها وأخرى بموجب الحكم الصادر لصالحهم فى الدعوى رقم ١٩٨١ لسنة ١٩٥٦ مدنى كلى القاهرة بثبوت ملكيتهم لها وبعدم نفاذ العقود المسجلة الواردة عليها من آخرين ورتبت على ذلك أنه ليس للطاعن ثمة حق على العقار موضوع النزاع وكان هذا الاستخلاص يقوم على أسباب سائغة لها معينها من الأوراق وتكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه.

(جلسة ١٩٩٦/٦/٢٣ الطعنان رقما ٢٧٣٩، ٢٩٣٤ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٦/١/٩ الطعن رقم ٣٢٩٨ لسنة ٦٤ق)

(جلسة ١٩٩٣/١/١٥ الطعن رقم ٨٧-٢ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٣ الطعن رقم ٢٦٢ لسنة ٥٤ق)

(١) ولا يوجد تشريع فى شأن الأشخاص المعنوية التى تنحل دون أن يكون هناك من يرثها ويخلفها على أموالها. والواضح أن الشخص المعنوى إذا كان شركة تجارية أو مدنية، فأصحاب الأسهم أو الحصص =

التركة كدائن للمتوفى، فإن له أن يرجع بحقه. ولكن هذه الحقوق كلها تسقط بالتقادم، إذا انقضت خمس عشرة سنة من تاريخ الوفاة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون سالف الذكر معدلة بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ على أن «ينقضى كل حق يتعلق بالتركة، ولو كان سببه الميراث، بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ النشر المنصوص عليه فى المادة الرابعة(١) من هذا القانون، ما لم يتخلل هذه المدة سبب من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام القوانين التى تقضى بمدد تقادم أقل».

=فيها هم الذين تؤول إليهم أموال الشخص المعنوى. وإذا كان جمعية أو مؤسسة، ولم يوجد فى نظامها ما يبين لمن تؤول أموالها، حولت هذه الأموال، وفقاً للمادة ٢/٦٨ مدنى المحذوفة، إلى الجمعية أو المؤسسة التى يكون غرضها هو الأقرب إلى غرض هذا الشخص المعنوى. أما فى فرنسا فهناك نص عام يقضى بأن الأموال التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة (م٧١٣ مدنى فرنسى)، ومن ثم يمكن القول بأن أموال الشخص المعنوى، إذا لم يكن قد عين له خلف، تكون ملكاً للدولة (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٣٠ ص٩٢١).

(1) قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٠٣/٤/١٣ فى القضية رقم ٤٥ لسنة ٢٢ قضائية «دستورية». بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة ٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١. وذلك لمخالفة النص لاحكام المادة ٣٤ من الدستور والتى توجب صون الملكية الخاصة، وكفالة حمايتها، وأنها حق دائم، لا يزول بعدم الاستعمال ولا تنقضى دعوى المطالبة به مهما طال الزمن عليها، ما لم يكن غير المالك الأصلى قد كسب حقا على المال وفقا لأحكام القانون، وإن النص الطعين جاوز ذلك كله وأسقط الحق فى ملكية أعيان التركة، كما أسقط الحق فى الميراث، والحق فى الدعوى الناشئة عنهما كأثر لانقضاء خمسة عشر عاما على تاريخ نشر بيان باسم المتوفى من غير وارث ظاهر- على النحو المشار إليه فى المادة (٤) من القانون الطعين كما أنه أخل أيضا بمبدأ المساواة المنصوص عليها فى المادة ٤٠ من الدستور فجعل انقضاء خمس عشر عاما على تاريخ النشر المبين سلفا سببا لانقضاء كل حق يتعلق بالتركة، وتغدو هذه المدة هى المدة التى تسقط بها دعوى الارث عندما تكون أعيان التركة تحت يد الهيئة العامة لبنك ناصر، وإذ كان نص المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ونص المادة ٨ من قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذى حل محل اللائحة، قد جرى بحكم واحد، هو ألا تقبل دعوى الارث عند الإنكار متى رفعت بعد مضى ثلاثة وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق إلا إذا قام عذر حال دون ذلك، فإن مؤدى هذا أن دعوى الارث لا تسقط إذا كانت موجهة لغير الهيئة العامة لبنك ناصر إلا بانقضاء ثلاثة وثلاثين عاما، وتسقط إذا وجّهت لهذه الهيئة بانقضاء خمسة عشر عاما، وهى مفارقة تشكل تمييزا صارخا فى إسباغ حماية غير متكافئة على الهيئة العامة لبنك ناصر، لا يحظى بها غيرها من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية.

وتصفى جميع عناصر التركة، ويودع حاصل ثمنها بالخزانة العامة[1] لحساب التركة، حتى تتقرر حقوق ذوى الشأن فيها أو تنتهى مدة سقوط هذه الحقوق بالتقادم وهى خمس عشرة سنة كما تقدم. وفى حالة ظهور مستحق للتركة، يخصم من نصيبه رسم قدره ١٠٪ من إجمالى الإيراد نظير أعمال الإدارة و٥٪ من إجمالى الثمن نظير نفقات التصفية، كما تخصم سائر المصروفات الفعلية الأخرى[2].

وقد تم انشاء بنك ناصر الاجتماعى بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧١، كما صدر القرار الجمهورى رقم ٢٩٣٧ لسنة ١٩٧١ وتضمن ضم الادارة العامة (بيت المال) لبنك ناصر الاجتماعى وأن تئول إليه عن الدولة التركات الشاغرة التى تتخلف عن متوفين من غير وارث، ويمثل البنك الدولة أمام القضاء فى الدعاوى المتعلقة بهذه التركات الشاغرة والكائنة بمصر والتى يخلفها المتوفون من غير وارث، أيا كانت جنسيتهم.

المبحث الثانى

الاستيلاء على العقار

١٥- نص قانونى: كانت المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى:

«١- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة».

«٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح».

«٣- إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته

---

(١) فوزارة الخزانة وحدها (أى الخزانة العامة) هى المختصة بذلك، باعتبار أنها هى بيت المال. وقد قضت محكمة النقض بأن البطريركية ليست جهة حكم ولا جهة لضبط مال من لم يظهر له وارث، بل ذلك من خصائص وزارة المالية بصفتها بيت المال. فتصرف البطريركية بتناول النقود وتسليم التركة إلى مطلق المتوفاة، الذى لا يرثها بحال، ليسلمه لذى الحق فيه، هو تصرف غير مشروع من أساسه، ولا يدخل إطلاقاً فى حدود سلطتها باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، وإذن فهى مسئولة عن هذا التصرف باعتبارها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون الخاص (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٧ رقم ٥٦).

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٩ فى الهامش.

بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك»(١).

وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، فنص فى المادة ٨٦ منه على أن «تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى...». وعلى ذلك تعتبر الفقرة الثالثة والأخيرة من النص سالف الذكر ملغاة، ولا يبقى من النص قائما إلا الفقرتان الأوليان.

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٨٠/٥٧(٢).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادتين ١٣٠٥ و١٣٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى المادة ٨٧٤ من التقنين المدنى الجديد. وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة من ثلاث فقرات، ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٤٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٣. وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها والتى يعتبرها القانون ملكاً للدولة، فقيل إن «هذه الأراضى يجوز تملكها بمجرد زراعتها أو البناء عليها، بخلاف الأملاك الخاصة للدولة التى لا يمكن تملكها إلا بسبب من أسباب التملك فى القانون المدنى وهى محصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية، وبخلاف أملاك الدولة العامة فهى غير قابلة للتملك بالتقادم أو التصرف فيها. فالأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها هى الأراضى الموات». وقد وافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٨٧٤، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٥ - ص١٩٩).

(٢) **التقنين المدنى السابق م٨٠/٥٧**: أما الأراضى غير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى، فلا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن الحكومة، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقاً للوائح - إنما كل من زرع أرضاً من الأراضى المذكورة، أو بنى عليها، أو غرس فيها غراساً، يصير مالكاً لتلك الأرض ملكاً تاماً، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها.

(وتتفق أحكام التقنين المدنى السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، فيما يتعلق بالفقرتين الأولى والثانية من نص التقنين المدنى الجديد. أما فيما يتعلق بالفقرة الثالثة من هذا النص، وهى التى حذفت بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجوه الخلاف ما بينها وبين ما يقابلها من نص التقنين المدنى السابق فيما يأتى: (أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرياً، حتى لا يتملك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل. (ب) بين المشروع بوضوح أن الاستيلاء يترتب عليه التملك فى الحال، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً فى الاستيلاء. وهاتان المسألتان مثار للخلاف فى التقنين الحالى (السابق) وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف فى هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة.

(جـ) ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال الأرض فى أثنائها، يجب أن تكون سنين متواليات. فأصبح المسئول أقل تعرضا لفقد ملكيته فى المشروع منه فى التقنين=

كما صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة وتضمن إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية، وإنشاء الهيئة العامة للتنمية السياحية، تتولى ادارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى تخصص لأغراض اقامة المناطق السياحية.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٨٣٢- وفى التقنين المدنى الليبى م٨٧٨- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٠٥- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٤- ٢٣٦(١).

=الحالى (السابق) الذى لا يشترط التوالى. ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيته، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ، أصبحت ملكيته باتة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات الباقية لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ»: مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧- ص١٩٨).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٨٣٢ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى. وفيما يتعلق بالفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مصرى المحذوفة أنظر ما يقابلها فى المواد ٨٣٣- ٨٣٥ سورى).

التقنين المدنى الليبى م٨٧٨ (مطابقة للفقرتين الأوليين من المادة ٨٧٤ مصرى).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٥: ١- إذا ردم عراقى جزءاً من البحر باذن الحكومة، ملك الجزء المردوم. لكن إذا حصل على الإذن ولم يتم الردم خلال ثلاث سنوات، بطل الإذن. ويجوز لغيره أن يردم بعد أن يحصل على إذن لنفسه. ٢- وإذا كان الردم بغير إذن الحكومة، صار الجزء المردوم ملكاً خاصاً للدولة، ويباع للرادم ببدل المثل. فإن لم يقبل، بيع لمن ترسو عليه المزايدة، وإذا كان الرادم قد أنشأ أبنية فى الجزء المردوم، فإنه لا يطالب إلا ببدل مثل الأرض دون الأبنية، وإذا بيع العقار بالمزايدة أخذت الحكومة من ثمنه قيمة الأرض وأعطت الباقى للرادم.

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٣٤: إن الإشغال يخول المشغل الأول، بموجب رخصة قانونية من الدولة، الحق فى أن يكون مفضلا على سواه لاكتساب حق التصرف بالعقارات الخالية.

م٢٣٥: إن صاحب حق الأفضلية الذى يثبت، بعد انقضاء ثلاث سنوات، أنه فلح الأرض، أو شيد فيها أبنية، أو غرس فيها أغراساً، أو قام باصلاحها، وذلك ضمن الشروط المبينة فى الأنظمة الخاصة المتعلقة بأموال الدولة، يكتسب مجاناً حق تسجيل التصرف فى القسم الذى فلحه أو غرسه أو بنى فيه أو أصلحه. بيد أنه يخسر حق التصرف إذا امتنع بعد التسجيل وفى أثناء العشر السنين التالية، عن استعمال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية.

م٢٣٦: لا يخول الإشغال اكتساب أى حق كان على عقار سجل فى السجل العقارى أو موجود تحت إدارة أملاك الدولة، ولا على الغابات والعقارات المتروكة المرفقة أو المحمية.

(والفرق بين القانون اللبنانى والتقنين المصرى واضحة).

وبعد أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وألغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى سالفة الذكر، أصبح الاستيلاء على العقار غير جائز(1). وقد رسم قانون سنة ١٩٦٤، ومن قبله القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، طريقة تملك الأراضى الصحراوية.

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية: (١) تحديد الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون ملكا للدولة. (٢) عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤. (٣) كيفية تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤. ثم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية وتضمن تنظيم إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الزراعية الخاضعة لأحكامه وقضت مادته السابعة والعشرين بالغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها كما صدر أيضا القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الاحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة، وتناول ادارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١، كما انشأ الهيئة العامة للتنمية السياحية التى تتولى إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى تخصص لأغراض إقامة المناطق

---

(1) أ- الأموال المملوكة ملكية خاصة للدولة. عدم جواز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم. م٢/٩٧٠ مدنى. أثر ذلك. عدم جواز الاعتصام بتملك حق القرار على هذه الأموال بالتقادم.

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ هيئة عامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ الطعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٩٩٠)

(جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠ الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٣٦٨)

ب- جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٥٧ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨٠ من القانون المدنى المختلط المتقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين القائم وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير.

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٣٢ق س١٨ ص٢٣٠)

جـ- أن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٨٧٤ مدنى وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير.

(جلسة ١٩٨٦/١/٢٢ الطعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٢ق)

السياحية. (٤) تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدنى ثم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١. (٥) حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

١٦ – تحديد الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون ملكا للدولة: جاء فى المذكرة الإضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى فى صدد تحديد هذه الأراضى ما يأتى: «يشمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكا عاما ولا ملكا خاصا، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة. وتعتبر هذه الأراضى ملكا للدولة، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الاستيلاء عليها»(١). وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم تنظيما شاملا العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة، ويحدد أقسامها المختلفة، فيعرض لتحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى. وقد سبق أن عرضنا لأهم أحكام هذا القانون فى صدد الكلام فى الدومين الخاص بالدولة(٢)، ونعود هنا لأحكام هذا القانون التى تتصل بالمادة ٨٧٤ مدنى محل البحث.

فقد قسم قانون سنة ١٩٦٤ الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة أقساما ثلاثة: الأراضى الزراعية، والأراضى البور، والأراضى الصحراوية. ويجب استبعاد الأراضى الزراعية والأراضى البور، عند تحديد الأراضى غير المزروعة المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى. أما استبعاد الأراضى الزراعية فواضح، فهى أراض مزروعة بالفعل ونحن فى صدد تحديد أراضى غير مزروعة. وكذلك تستبعد الأراضى البور وإن كانت تشترك فى كثير من الأحكام مع الأراضى الصحراوية، لأن المادة ٢ (حرف ب) من قانون سنة ١٩٦٤ تعرفها بأنها «الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو مترين». فهى إذن فى معظمها أراض واقعة داخل الزمام، ويبدو أن المادة ٨٧٤ مدنى لا تعرض للأراضى الواقعة داخل الزمام إذ أن هذه أراض لا يصدق عليها أنها «أراض لا مالك لها» قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤(٣). فتبقى إذن الأراضى الصحراوية.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧ – وانظر فى أن أراضى مربوط كانت تعتبر من الأراضى المباحة التى كان يمكن تملكها بتعميرها نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٠٥ رقم ٢٨ – وفى أن الأراضى التى كانت مملوكة أصلا لشركة أراضى المدة والضواحى وتداولتها الأيدى لا تعتبر من الأراضى المباحة نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٠٥ رقم ٢٩.

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٨٩ – فقرة ٩٢.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يبين من الإطلاع على الأمر العالى الصادر بتاريخ ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ أن نص المادة الثانية منه أخرج الأراضى الداخلة فى زمام البلاد من نطاق الأراضى غير =

وتعرفها المادة ٢ (حرف جـ) من قانون سنة ١٩٦٤ بأنها «الأراضي الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها فى البندين السابقين». ويبدو أنه، بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤، تكون العبرة فى تحديد الأراضى المشار إليها فى المادة ٨٧٤ مدنى بما إذا كانت الأراضى واقعة داخل الزمام أو خارجه(١). فالأراضى الواقعة خارج الزمام بعد مسافة الكيلو مترين المشار إليها هى الأراضى التى تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ مدنى، ويشمل ذلك الصحارى والجبال(٢). كما نصت المادة ١ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ على أنه «فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالاراضى الصحراوية الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلو مترين».

وتنص المادة ٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن «تحدد بقرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى، بعد أخذ رأى وزير الأشغال، المناطق التى يجوز أن تباع فيها الأراضى البور والأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه». فالمناطق التى تباع فيها الأراضى الصحراوية غير المزروعة لاستصلاحها يتوخى فى تحديدها إمكان انتفاعها بالرى

=المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء. وحكم هذا النص لا شك أنه يجرى سواء كانت وسيلة التملك هى الترخيص أو التعمير، وبذلك لا ينصب التملك بالاستيلاء على الأراضى الداخلة فى الزمام أيا كانت وسيلة التملك (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص٤٦١).

(١) وهذا ما قضت به محكمة النقض حتى قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤: أنظر نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٩ ص٤٦١ السابق الإشارة إليه.

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٠- وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٧ ص٤٢١ (ويذهب إلى أن المقصود بالأراضى غير المزروعة هى الأراضى الصحراوية والأراضى الرملية التى تحف ساحل البحر والجبال والأراضى البور غير المزروعة)- إسماعيل غانم ص٥٠ (ويقول إن الرأى الراجح يذهب إلى أن الأراضى غير المزروعة تشمل كافة الأراضى غير المزروعة التى تدخل فى الدومين الخاص للدولة، بما فى ذلك الصحارى والجبال)- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص٣٥٧ (ويذهب إلى أن الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٨٧٤ مدنى يراد بها كل أراض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد، ولا تدخل فى الأموال العامة ولا فى أموال الدولة الخاصة، فهى الأراضى الموات، كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال، أى أنها الأراضى التى لا تدخل فى زمام المدن والقرى. ولا يدخل فى هذه الأراضى غير المزروعة طرح النهر، لأن هذا يعتبر من أموال الدولة الخاصة ويخضع لأحكام معينة). وانظر ما دار من نقاش فى لجنة مجلس الشيوخ فى شأن الأراضى غير المزروعة التى يعتبرها القانون ملكاً للدولة، وأنها غير أملاك الدولة الخاصة المحصورة فى سجلات مصلحة الأملاك الأميرية، وأنها هى الأراضى الموات: آنفاً ص٥٠ هامش١.

من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه، والأراضي الداخلة فى هذه المناطق هى مجال تطبيق قانون سنة ١٩٦٤.

١٧- عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤:
ويؤخذ مما تقدم أنه بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ (والقانون رقم ١٤٣ سنة ١٩٨١) لم يعد يجوز تملك العقار عن طريق الاستيلاء، إذ الاستيلاء يفترض أرضا لا مالك لها، وقانون سنة ١٩٦٤ (ثم قانون ١٤٣ لسنة ١٩٨١) يجعل الأراضي الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة. وسنرى أن هذا القانون يجعل تملك هذه الأراضي يأتى عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها. فلم يعد جائزاً، بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى على ما مر، أن يعمد مصرى بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضي، ويزرعها أو يغرس فيها أو يبنى عليها، فيتملكها فى الحال إذا هو لم ينقطع عن تعميرها على وجه معين[١]. وإذا قيل إن الأراضي التى لا يجوز الاستيلاء عليها هى الأراضي الداخلة فى المناطق التى يتحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه[٢]، وإن الأراضي غير الداخلة فى هذه المناطق تبقى محلا للاستيلاء، أجيب بأن الاستيلاء هنا لا قيمة له من الناحية العملية إذ المفروض أن هذه

---

(١) أنظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ ص٢٧٤ هامش٢- كذلك لا يجوز تملكها بالتقادم لأنها ملك خاص للدولة، وملك الدولة الخاص أصبح لا يجوز تملكه بالتقادم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. وقبل ذلك كان يمكن تملك الأراضى الصحراوية بالتقادم المكسب وفقاً للقواعد العامة (استئناف وطنى ١٣ مايو سنة ١٩١٠ المجموعه الرسمية ١٢ رقم ٢٠ ص٤٠- استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٣٨)، وفى هذه الحالة لا حاجة إلى إذن مجلس الوزراء الذى تستلزمه أحكام الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ (استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٧ ص٩٢- وانظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨- شفيق شحاته فقرة ٢٠٨)- وقد قضت محكمة النقض بأن الأراضى المزروعة التى لا مالك لها (م٥٧ من القانون المدنى القديم وم٨٧٤ من القانون الحالى) كانت كغيرها من أموال الدولة الخاصة تخضع لقواعد التقادم المكسب، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى القائم واضاف حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم (نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص٩٨١). وقارن فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٦ ص٣٥٦ هامش٢ (ويذهب إلى جواز تملك هذه الأراضى بالتقادم فى الحدود التى استحدثها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضى الصحراوية. ومهما يكن من أمر، فان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يدع مجالا للشك فى أن هذه الأراضى قد أصبحت ملكاً خاصاً للدولة، شأنها فى ذلك شأن سائر أموالها الخاصة، فتسرى عليها جميع الأحكام المتعلقة بهذه الأموال، ومنها عدم جواز تملكها بالتقادم).

(٢) م٢٢ من قانون سنة ١٩٦٤ سالفة الذكر: أنظر آنفاً ص٥٤.

الأراضى لا يمكن انتفاعها بالرى فهى إذن لا تصلح للزراعة. وحتى لو قيل إنها تصلح للتعمير عن طريق البناء، فيبقى أنه بعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى لم يعد ممكنا تملك هذه الأراضى عن طريق التعمير وحده. ونرى من ذلك أن الاستيلاء بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ لا يرد على العقار، وإنما يرد على المنقول وحده.

أما قبل صدور قانون سنة ١٩٦٤، والأدق قبل صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية، فإنه كان يمكن القول، قبل حذف الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى، إن الأراضى الصحراوية كانت تعتبر من وجه أرضا لا مالك لها. فالفقرة الأولى من المادة ٨٧٤ مدنى تصرح بأنها أراض غير مزروعة «لا مالك لها»، وإذا كانت نفس الفقرة تصرح فى الوقت ذاته بانها «ملك الدولة»، فان هذه الملكية كانت من الضعف بحيث إنها كانت لا تحول دون الاستيلاء على الأرض دون ترخيص وتملكها فى الحال إذا أخذ هذا الاستيلاء صورة التعمير. فلم تكن هذه الأراضى إذن بمنزلة الأراضى الداخلة فى الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة، بل كانت أرضا مباحة يملكها من يستولى عليها عن طريق التعمير. وقبل أن يستولى عليها أحد، كانت ملكيتها تسند إلى الدولة، وهى ملكية أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية(١). ولذلك كان الاستيلاء يرد عليها، لا فحسب عن طريق التعمير، بل أيضا عن طريق الترخيص. ومن هنا جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وللاستيلاء على المال المباح طريقان: طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقا للوائح المقررة، وطريق الاستيلاء الحر وشرطه التعمير»(٢).

---

(١) قرب عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٧ ص٤٢٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧- ويلاحظ أنه عند صدور التقنين المدنى الجديد كان تملك الأراضى الصحراوية خاضعاً لنظام الترخيص طبقاً للأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠، الذى مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥. ولما صدر التقنين المدنى الجديد، نشب خلاف فيما إذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من هذا التقنين جعلت الترخيص المقرر بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ غير ضرورى فيجوز للأفراد وضع اليد على الأراضى الصحراوية لتعميرها دون حاجة إلى ترخيص من الدولة كما يقضى صريح نص المادة ٣/٨٧٤ مدنى، أو أن الترخيص بقى ضرورياً طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد. وبقى الخلاف قائما إلى أن صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، فقررت مذكرته الإيضاحية أن الترخيص بقى ضرورياً بالرغم من صدور التقنين المدنى الجديد. ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فنظم هذه المسألة تنظيماً تشريعياً فى المادة ٧٥ منه، وسنعود إلى نص هذه المادة مع مذكرتها الإيضاحية (أنظر ما يلى فقرة ٢٠).

هذا وقبل ذلك، أى قبل صدور الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠، كان قد صدر أمر عال فى =

=٢١مايو سنة ١٨٦٧ يمنح العربان فى بعض الجهات الحق فى استغلال الأراضى الصحراوية، بزراعتها فى الشتاء على مياه الأمطار، مع تحريم التصرف عليهم فى هذه الأراضى بالبيع أو الرهن أو النزول عن حق انتفاعهم لغيرهم إلا إذا كانوا قد امتلكوا هذه الأراضى بمقتضى حجج رسمية (أنظر استئناف وطنى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٨٧ ص١١١- استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٧ ص٩٩٣- الاسكندرية الوطنية ١٥ يونيه سنة ١٩١٨ الحقوق ٣٥ ص٧٦- ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٩ ص٣-١- ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص١٩٦- وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص٣٩- ص-٤٠).

ثم صدر بعد ذلك أمر عال فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ يجعل تملك الأراضى الصحراوية موقوفاً على إتمام إجراءات معينة. وقد أخرج هذا الأمر العالى من نطاق التملك بالطريقة التى رسمها أراضى الجزائر وشاطئ النيل وشواطئ الترع والأراضى الحرة الناتجة من زيادة المساحة وليس عليها أموال مقررة وسائر الأراضى الداخلة ضمن زمام البلاد. وقسم الأراضى الصحراوية بعد ذلك إلى ثلاث درجات: (أ) الأراضى غير المزروعة التى لا يترتب على استغلالها صعوبات أو مصروفات جسيمة، ولا يجوز أن يعطى للفرد الواحد من هذه الأرض أكثر من ٥٠٠-١ فدان. (ب) الأراضى المالحة والأراضى المستنقعة التى يقتضى إعدادها للزراعة مصروفات كثيرة. (جـ) الأراضى المعروفة بالبرارى التى يترتب على استغلالها مصروفات باهظة، فضلا عن التكاليف التى يقتضيها إنشاء المصارف والجسور وغير ذلك. فأراضى الدرجة الأولى تعفى من الأموال مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وأراضى الدرجة الثانية تعفى مدة لا تجاوز ست سنوات، وأراضى الدرجة الثالثة تعفى مدة لا تجاوز عشر سنوات. ويجرى تملك الأرض للطالب باستيفاء الإجراءات الآتية: (١) يقدم طلب مكتوب إلى رياسة مجلس النظار، مبيناً فيه اسم الحوض الكائن به الأرض المطلوبة والمقدار المطلوب الاستيلاء عليه لتعميره. وتعطى الأولوية للأسبق من الطلبات، فان قدم طلبان فى آن واحد أعطيت الأولوية للأقرب من جهة الأطيان، فان تساويا فى القرب يقرع بينهما. أما الأطيان المتوطن فيها عربان، فتعطى لهم بالأولوية متى طلبوها. (٢) يعين مندوب من مصلحة المساحة لمسح الأرض وتحديدها وتقديم تقرير بذلك لمجلس النظار. (٣) يصدق مجلس النظار على الطلب. (٤) تحرر حجة مشتملة على شروط التمليك. (٥) تسلم الأرض للطالب بمعرفة مندوب المديرية- أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢ ص٣٧ - ص٣٩. والذى يستخلص مما تقدم أن الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ إنما ينظم تمليك الأراضى الصحراوية للأفراد عن طريق الترخيص لهم فى الاستيلاء عليها، فيتملكونها، لا بالشراء لأنهم لا يدفعون ثمناً (وإنما يدفعون رسماً فى مقابل مسح الأرض وتحديدها)، ولكن بالاستيلاء المرخص فيه من الحكومة، وذلك بقصد تعمير هذه الأراضى. ولذلك أعفيت الأراضى، كما رأينا، من الأموال الأميرية، لمدد متفاوتة بحسب درجة الأرض، حتى إذا تم تعميرها فى خلال هذه المدة فرضت عليها الأموال. قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢. ويتم تمليك الأرض أى الاستيلاء عليها بتحرير الحجة وتسليم الأرض للطالب، ولو كان التمليك بطريق الشراء لكان يكفى تقابل الإيجاب والقبول، أى تقديم الطلب وتصديق مجلس النظار عليه، وذلك قبل تحرير الحجة وتسليم الأرض. أنظر فى أن الطالب لا يحق له التمسك بقرار مجلس النظار الذى هو عمل داخلى للحكومة يجوز العدول عنه وسحبه، ما دام هذا القرار لم يعقبه تحرير الحجة وتسليم الأرض: استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ٨-١٩ م٢٠ ص٩٧- ٢٨ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص-٤- ٩ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٢٤- ٦ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣٧٣- ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م٢٨ ص٥٦- ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٣- =

أما الآن، بعد أن صدرت القوانين التى تنظم تملك الأراضى الصحراوية وبخاصة قانون سنة ١٩٦٤ ثم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١، لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضى الصحراوية ملكية ضعيفة، بل هى قد أصبحت كما سبق القول ملكية حقيقية كملكيتها لسائر أموالها الخاصة، فللدولة أن تؤجر هذه الأراضى وأن تبيعها وأن تتصرف فيها تصرفها فى أى مال تملكه ملكية خاصة. وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية لها مالك هو الدولة، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء.

١٨ - كيفية تملك الأراضى الصحراوية طبقا لاحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ثم طبقا لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١: رأينا(١) أن الفقرة الثانية من المادة ٨٧٤ مدنى تنص على ما يأتى: «ولا يجوز تملك هذه الأراضى (الأراضى الصحراوية) أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح».

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ينظم تملك الأراضى الصحراوية. وقد سبق أن عرضنا لهذا القانون فى صدد الكلام فى القيود التى ترد على الحق فى التملك(٢)، ونعرض له هنا فى إيجاز باعتبار أنه كان قانونا ينظم حق الأفراد فى تملك الأراضى الصحراوية. وقد بدأ فى مادته الأولى بأن يحظر على أى شخص أن يتملك بأى طريق كان، عدا الميراث، عقارا كائنا باحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام، وهذه هى بوجه عام الأراضى الصحراوية. ثم أتى ذلك باستثنائين. أجاز فى الاستثناء الأول منهما لوزير الحربية أن يحدد بقرار منه مناطق معينة لا يشملها الحظر، فيجوز للأفراد أن يتملكوا الأراضى الصحراوية الداخلة فى هذه المناطق. ويبدو أنه كان يجوز للأفراد، بالنسبة إلى هذه

= الاسكندرية الابتدائية المختلطة ٣ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٠٥ ص٣٠٨- العطارين ١٤ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٨٦ ص٣٨٠- وقارن مصر الابتدائية الوطنية ٢٩ أغسطس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص٢٦٩- ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الترخيص هنا تصرف قانونى يجب شهره لكونه من التصرفات الناقلة للملكية، وفقا للمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٨- إسماعيل غانم ص٥٠- عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٤٧ ص٣٥٩).

وبقى الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ معمولا به إلى أن صدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه فى صدر هذه الحاشية، وقد مد العمل بهذا الأمر العسكرى كما قدمنا بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥. ثم صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، وصدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ثم القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨ .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥.

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤١٥.

الأراضى التى استثنيت من الحظر، أن يتملكونها بالاستيلاء عن طريق التعمير طبقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد ألغيت بعد(١). والاستثناء الثانى خاص بالمناطق التى لم يستثن من الحظر، فيجوز لوزير الحربية حتى فى هذه المناطق الترخيص للأفراد فى تملك الأراضى. وتقضى المادة الثالثة من القانون بأن يعتبر باطلا كل تصرف يقع مخالفا لهذه الأحكام. ولم يكن للقانون أثر رجعى، فبقى الملاك السابقون محتفظين بحقوقهم المكتسبة.

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ يلغى القانون السابق، ويحل محله، ويقضى بأن تكون الأراضى الصحراوية كلها ملكا خاصا للدولة، ولا يجوز لأحد تملكها بالاستيلاء. وإنما يتملكها الأفراد لاستصلاحها فى المناطق التى يكون محققا إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه، بطريق الشراء ممارسة من الدولة.

ثم صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية ونصت المادة ٣ من القانون على أن «يكون استصلاح واستزراع الأراضى الصحراوية وكسب ملكيتها والاعتداد بها والتصرف فيها وادارتها والانتفاع بها وفقا لأحكام هذا القانون والقرارات المنفذة له.... وتكون الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية هى جهاز الدولة المسئول عن التصرف واستغلال وإدارة هذه الأراضى فى أغراض الاستصلاح والاستزراع دون غيرها من الأغراض ويعبر عنها فى القانون «بالهيئة»(1). ومع عدم الاخلال بما يخصص لمشروعات الدولة، تختص هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة دون غيرها بالاستغلال والادارة والتصرف لغير أغراض الاستصلاح والاستزراع ويتم ذلك لحسابها ويعتبر موردا من مواردها.

وحظرت المادة ١٠ على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد أو يتعدى على أى جزء من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذا لخطة الدفاع عن الدولة يحظر اجراء أية أعمال أو اقامة

---

(١) أنظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم ص٥١ هامش١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨ ص٣٦١.

(1) ادارة الأراضى الصحراوية والتصرف فيها لأغراض الاستصلاح والاستزراع منوط بالهيئة العامة لمشروعات التعمير. التزام المتصرف إليه فى هذه الأراضى من الهيئة المذكورة سواء بالبيع أو الايجار باستصلاحها واستزراعها طبقا للشروط والأوضاع التى يضعها مجلس ادارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن حظر استخدام تلك الأراضى فى غير الغرض المخصصة من أجله أو التصرف فيها أو تقرير حق بالنظام العام المواد ٢، ١٣، ١٦، ١٧ ق١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية. (جلسة ١٩٩٦/٣/٣١ الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٦٠ق)

أيـة منشآت أو غراس أو اشغال بأى وجه من الوجوه إلا بأذن الهيئة. ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أصلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضى يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ويزال وضع اليد المخالف بالطريق الادارى بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة، وبقرار من وزير الدفاع بالنسبة للأراضى التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية، ويتحمل واضع اليد تكاليف ازالة البناء أو المزروعات أو المغروسات القائمة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة، وللهيئة أو للقوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاءه منها واعتباره ملكا للدولة.

وحددت المادة ١١ الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام هذا القانون وفقا لما تحققه أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد فى استخدام مصادر المياه المتاحة، وبما يتفق مع التطورات العلمية فى هذا المجال، وذلك على النحو الآتى: (أ) إذا كان الرى على المياه الجوفية أو استخدمت فيه الطرق الحديثة كالرش أو التنقيط أو أى أسلوب للرى يعتمد على ضغط المياه يحدد الحد الأقصى للملكية على الوجه الآتى:

١- ٢٠٠ (مائتان) فدان للفرد و٣٠٠ (ثلاثمائة) فدان للأسرة وتشمل الأسرة الزوجة والأولاد القصر غير المتزوجين.

٢- ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) فدان للجمعية التعاونية بحد أقصى مقداره ٣٠ (ثلاثون) فدانا للعضو.

٣- ١٠٠٠٠ (عشرة آلاف) فدان لشركات الأشخاص والتوصية بالأسهم بمراعاة ألا يجاوز الحد الأقصى لملكية الفرد ١٥٠ (مائة وخمسين) فدانا.

٤- ٥٠٠٠٠ (خمسون ألف) فدان للشركات المساهمة.

(ب) وإذا كان الرى بأسلوب الرى السطحى الذى يتم الاتفاق عليه بين الوزير المختص بالاستصلاح وبين وزير الرى أو بالنسبة للمساحات المجففة من أراضى البحيرات فيكون الحد الأقصى للملكية بما لا يجاوز نصف الحدود القصوى المشار إليها. (وفى جميع الأحوال يجب ألا تقل ملكية المصريين عن ٥١٪ من رأس مال الشركة، وألا تزيد ملكية الفرد على ٢٠٪ من رأس مالها، ولا يجوز أن تؤول أراضى الجمعيات التعاونية والشركات عند انقضائها إلى غير المصريين (بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩١) ولا تخضع شركات القطاع العام لأى حد أقصى.

واستثناء من الاحكام المنظمة لملكية الفرد والأسرة فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها لا يدخل فى حساب الحد الأقصى للملكية وفقا لاحكام هذا القانون المساحات المملوكة فى غير الأراضى الصحراوية.

وفى جميع الأحوال يكون تحديد المساحات الجائز تملكها بقرار من مجلس ادارة الهيئة فى حدود ما تقتضيه طبيعة المشروع وما تسمح به القدرات الفنية والمالية لطالبى التملك.

وتقضى المادة ١٢ بسريان أحكام المادة السابقة على الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع ويعتبر فى حكم التملك فى تطبيق هذا القانون الايجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما.

ولا يفيد من التملك وفقا لأحكام هذا القانون سوى المصريون، ومع ذلك يجوز من رئيس الجمهورية لأسباب يقدرها وبعد موافقة مجلس الوزراء، معاملة من يتمتع بجنسية أحدى الدول العربية المعاملة المقررة للمصريين فى هذا القانون. وفى حالة زيادة الحد الأقصى للملكية على الحدود الواردة بهذا القانون تتبع أحكام المادة (٧) من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها.

وأجازت المادة ١٤ لرئيس الهيئة أن يرخص فى التصرف بغير المزاد العلنى فى الأراضى المستصلحة وذلك طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والاجراءات التى يضعها مجلس ادارة الهيئة فى الحالات التالية وبمراعاة منح أولوية لأبناء المحافظة: (أ) المسرحين وأسر الشهداء ومصابى العمليات الحربية. (ب) صغار الزراع. (جـ) خريجى الكليات والمعاهد. (د) العاملين بالدولة أو القطاع العام عند تركهم الخدمة أو انتهائها.

وأوجبت المادة ١٦ على المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها خلال المواعيد وطبقا للبرامج والشروط والأوضاع التى يحددها مجلس ادارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن. ويحظر استخدام الأراضى المبيعة فى غير الغرض المخصصة من أجله كما يحظر التصرف فى هذه الأراضى أو جزء منها أو تقرير أى حق عينى أصلى أو تبعى عليها أو تمكين الغير إلا بعد استصلاحها واستزراعها أو موافقة مجلس ادارة الهيئة على التصرف قبل الاستصلاح والاستزراع للاسباب التى يقدرها بعد ضمان حصول الحكم به. وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها- وفى حالة مخالفة أحكام هذه المادة يكون لمجلس ادارة الهيئة أن يقرر إزالة أسباب المخالفة إداريا على نفقة المخالف واسترداد الأرض محل المخالفة إذا لم يقم المخالف بازالتها خلال المدة التى تحددها له الهيئة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.

وتمنح المادة ١٧ لمن سبق أن اشترى أرضا يتوافر لها مصدر رى من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون بقصد استصلاحها أو استزراعها مهلة لاتمام ذلك مدتها خمس سنوات من تاريخ توافر مصدر الرى أو ثلاث سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول.

فإذا لم يقم المشترى بالاستصلاح والاستزراع خلال هذا الأجل اعتبر عقد البيع مفسوخا من تلقاء ذاته دون حاجة إلى اجراء قضائى وتسترد الهيئة الأرض بالطريق الادارى مع رد ما يكون قد أداه المشترى من ثمن بالاضافة إلى النفقات الضرورية والنافعة وفى حدود ما زاد بسببها فى قيمة الأرض.

ونصت المادة ١٨ على أن يعد مالكا للأرض المنصوص عليها فى هذا القانون من استصلح واستزرع أرضا داخله فى خطة الدولة للاستصلاح وغير مخصصة للمشروعات ووفر لها مصدر رى دائم وذلك بالنسبة لما يقوم بزراعته بصفة فعلية ومستمرة ودون التزام الجهات المختصة بالمحافظة على حالة الأرض أو بتوفير مصادر أخرى للرى إذا تبين عدم صلاحية المصدر الذى وفره المستصلح.

وتنص المادة (٢) من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة على أن «تكون إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية وفقا للأوضاع والاجراءات الآتية:

(أ) يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع قرار بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها، ويتضمن القرار بيان القواعد الخاصة بهذه المناطق.

(ب) وفيما عدا الأراضى المنصوص عليها فى البند (أ) يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص-حسب الأحوال- قرارا بتحديد المناطق التى تشملها خطة مشروعات استصلاح الأراضى أو مناطق إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة أو المناطق السياحية.

وقضت المادة ٤ بأن تتولى وحدات الإدارة المحلية كل فى نطاق اختصاصها إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى المعدة للبناء المملوكة لها أو للدولة، والأراضى القابلة للاستزراع داخل الزمام. ويضع المحافظ بعد موافقة المجلس الشعبى المحلى للمحافظة طبقا للقواعد العامة التى يقررها مجلس الوزراء قواعد التصرف فى هذه الأراضى على أن تعطى الأولوية فى هذا التصرف لأبناء المحافظة المقيمين فيها العاملين فى دائرتها، ويجوز أن تنظم

هذه القواعد الحالات التى يتم فيها التصرف فى هذه الأراضى دون مقابل لأغراض التعمير والإسكان والاستزراع وتهيئتها للزراعة أو لأية أغراض يقررها مجلس الوزراء.

وفيما يتعلق بالأراضى المتاخمة والممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلو مترين فيكون استصلاحها وفق خطة قومية تضعها وزارة استصلاح الأراضى وتتولى تنفيذها بنفسها أو عن طريق الجهات التى تحددها بالتنسيق مع المحافظة المختصة، وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة هذه الأراضى واستغلالها والتصرف فيها، ويحدد مجلس الوزراء نصيب المحافظة فى حصيلة إدارة واستغلال والتصرف فى هذه الأراضى، ويسرى فى شأن إدارة واستغلال والتصرف فيما تستصلحه المحافظة فى هذه الأراضى حتى تاريخ العمل بالخطة المشار إليها، أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

وحظرت المادة (٥) من القانون استخدام الأراضى الخاصة لأحكام هذا القانون فى غير الأغراض المخصصة من أجلها ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء وبناء على عرض الوزير المختص – حسب الأحوال – إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأى غرض آخر.

١٩ – تملك الأراضى الصحراوية طبقا لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٧٨٤ مدنى: وإذا كانت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى قد ألغيت بالمادة ٨٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فان إلغاءها لم يكن بأثر رجعى، وقد ظلت مطبقة من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) إلى وقت إلغائها. لذلك يحسن أن نورد فى إيجاز ما تشتمل عليه من الأحكام.

وتنص هذه الفقرة، كما رأينا(١)، على ما يأتى: «إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال فى خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك».

ويستخلص من هذا النص أن هناك شروطا ثلاثة للتملك بطريق الاستيلاء: (١) أن تكون الأرض المعتبرة ملكا للدولة أرضا غير مزروعة. وقد سبق تحديد الأراضى غير المزروعة(٢)، فلا يجوز الاستيلاء على أرض مملوكة للدولة إذا كانت أرضا مزروعة داخل الزمام، ولا على أى أرض مملوكة للدولة داخل الزمام حتى لو كانت أرضا بورا. فتبقى إذن الأراضى الصحراوية خارج الزمام، وهى التى يرد عليها الاستيلاء. (٢) أن يكون الشخص

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٥.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٦.

الذى يستولى على الأرض مصرى الجنسية، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كجمعية أو شركة أراض. وهذا الشرط مستحدث فى التقنين المدنى الجديد، ولم يكن مطلوبا فى التقنين المدنى السابق فكان يجوز للأجنبى أن يستولى على الأراضى الصحراوية. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أوجب المشروع أن يكون المستولى مصريا، حتى لا يتملك أجنبى أرضا مصرية بهذا الطريق السهل»(١). (٣) أن يكون الاستيلاء مصحوبا بالتعمير، وهذا هو الغرض الأساسى من إباحة الاستيلاء على الأراضى الصحراوية، حتى يكون هناك حافز يستحث ذوى المقدرة على إحياء الأرض الموات، ويشجعهم على ذلك بأن يجزيهم على ما بذلوا من جهد وأنفقوا من مصروفات بجعلهم يتملكون الأرض التى يحيونها. والتعمير يكون، كما يقول النص، بأن يزرع المستولى الأرض أو يغرس فيها أشجارا أو يقيم عليها بناء. وليس من الضرورى أن يصل فى هذه الأمور إلى نهايتها، بل يكفى فى زراعة الأرض أن يجعل منها مرعى، وفى البناء عليها أن يسورها وينصب فيها خياما متنقلة فالتسوير وحده لا يكفى(٢). ولكن يشترط أن يكون التعمير تعميرا جديا من شأنه أن يحيى الأرض، وأن يدل على نية صاحبه من أنه آخذ فى أسباب استغلالها والمضى فى هذا السبيل(٣). وعلى ذلك لا يكفى مجرد وضع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والمطلوب ممن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧). وقد وقع فى المذكرة الإيضاحية خطأ مادى، فحل لفظ «أو» محل واو العطف، وتكون العبارة الصحيحة هى: «فيكفى ... أن يسورها وينصب فيها خياماً متنقلة». وقد جرى القضاء على أن التسوير وحده لا يكفى، وقضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه إذا كان المال من نوع ما يكن الاستيلاء عليه منشئا للملك لا ناقلا له، فان مجرد دخوله فى مكنة من استولى عليه لا يكفى قانوناً لاعتبار هذا المستولى منتوياً الامتلاك، ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه. فتسوير هذا النوع من المال أو مجرد المرور به لا يكفى وحده فى ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه (نقض مدنى ١١ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص٥٥٤). وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص٣٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٧٩ ص٤٢٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٨ ص٣٦٠).

(٣) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٣٨- ولا تكفى زراعة متقطعة تعتمد على الأمطار، الفزراعة الجدية لا تقوم إلا بوسيلة من وسائل الرى كشق ترعة أو حفر بئر ارتوازى (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٢٦).

وعبء إثبات التعمير يقع على من يدعى التملك، ولو كان هو المدعى فى دعوى المنازعة فى الملكية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٩٥ م٩ ص١١٣).

اليد على الأرض، وقبل أن يعمر المستولى الأرض يجوز للدولة إخراجه منها حتى بالطرق الإدارية، لأنه قبل التعمير لا يكون قد تملكها فيصح طرده منها[1]. ولا يلزم إلى جانب هذه الشروط الثلاثة أى شرط آخر. فلا يشترط أن يحصل المستولى على ترخيص من الدولة فى الاستيلاء، وقد كان هناك تردد فى عهد التقنين المدنى السابق فى هذا الأمر. فكان هناك رأى يذهب إلى عدم لزوم هذا الشرط[2]، ولكن الرأى الغالب كان يذهب إلى وجوب الحصول على ترخيص[3]. فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بالنص صراحة على عدم لزوم الترخيص، إذ يقول كما رأينا: «... تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة». كذلك لا يشترط، لتملك الأراضى الصحراوية بالاستيلاء، أن تفرض عليها ضريبة عقارية بعد الزراعة أو البناء، أو أن تقيد فى المكلفة باسم المستصلح، فقبل فرض الضريبة والقيد فى المكلفة يكون المستصلح قد تملك الأرض بتعميرها[4].

ونرى من ذلك أن تملك المستصلح للأرض رهن بتوافر الشروط الثلاثة المتقدم ذكرها، ويتم التملك من وقت التعمير. ويقول النص فى هذا المعنى: «... تملك فى الحال ... ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك». وتكييف ذلك من الناحية القانونية أن المستصلح يملك فى الحال الأرض

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص٤٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص٤٠- ص٤١- وبطلب من الحكومة أن تثبت أن الأرض هى من الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون على هذا النحو مملوكة للدولة (الاسكندرية المختلطة ٩ يونيه سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٠). وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة مثلها مثل الأفراد إذا ادعت ملكية أرض فى يد المدعى عليه، فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضى المملوكة شرعاً للميرى وفقاً لنص المادة ٥٧ مدنى (قديم)، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب واضع اليد باقامة الدليل على ملكيته (نقض مدنى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٠ ص٣٧٣).

(٢) أسوان ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٥٤ ص١٥٢- طنطا الكلية ٨ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٦ ص٨٠- أسيوط الكلية ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٧ ص١٧٠- العاط ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المحاماة ٣ رقم ١٧ ص٢٢٧- الاسكندرية الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٨٤ ص١٩٦.

(٣) استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٣ ص٢٢٠ ٢ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص٤١- ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٤ ص٩٥- استئناف مصر ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٦٥ ص٦٠٧- استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م٨ ص٣١٦- ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٣٨- ١٩ يناير سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٢٦.

(٤) استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٠١- ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٤- الاسكندرية المختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص١٨٠.

التى استصلحها، ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن التعمير فى خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك خمس سنوات متوالية(١).

فهو أولا يملك فى الحال الأرض المستصلحة، أى يملكها بمجرد استصلاحها(٢). ولا يتوقف ذلك على قيد فى المكلفة كما قدمنا، ولا يتوقف على تسجيل إذ التسجيل لا يكون إلا فى التصرفات، والتملك هنا قد تحقق لا بتصرف قانونى بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير. وما دام المستصلح قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير، فهو ككل مالك يستطيع أن يتصرف فيها بالبيع والهبة والرهن وغير ذلك من التصرفات، ولا ينتظر انقضاء الخمس العشرة سنة لأنه أصبح مالكاً قبل أن يبدأ سريان هذه المدة كما قدمنا، بل إن سريان المدة لا يبدأ إلا من وقت تملكه كما سيجئ. ويستطيع المستصلح أن يؤجر الأرض المستصلحة، وأن يعطيها لغيره مزارعة. ويجوز له أن يوصى بها، وهى تورث عنه حتى قبل انقضاء الخمس العشرة سنة(٣). وسواء انتقلت ملكية الأرض المستصلحة إلى خلف خاص كمشتر أو إلى خلف عام كوارث، فانها تنتقل كما كانت وهى فى ذمة المستصلح، أى تنتقل معلقة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع الخلف عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى خلال الخمس العشرة سنة التى تسرى من وقت تعمير السلف للأرض، وتحسب المدة التى انقطع فيها السلف عن التعمير كما تحسب المدة التى انقضت من الخمس العشرة سنة والأرض فى ملك السلف(1).

---

(١) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٨٩٦ م٨ ص٣١٦- ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٥٢.

(٢) ويملكها بالقدر المفيد فى استعمالها، فيلحق بالأرض المستصلحة بالبناء المساقة اللازمة لنتج مطلات تكون متنفساً للبناء (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص٤١).

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣ ص٤١.

(1) أ- قبل صدور القانونين رقمى ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضى الصحراوية تعتبر الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل فى الأموال العامة ولا فى اموال الدولة الخاصة. فهى الأراضى الموات التى لا مالك لها. كالاراضى المتروكة والصحارى والجبال أى أنها الأراضى التى لا تدخل فى زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضى الداخلة فى الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها، وقبل أن يستولى عليها كانت مملوكة ضعيفة للدولة وهى بهذا الوصف - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- اقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية وقد أباح الشارع تملك هذه الأرض بإحدى الوسيلتين المنصوص عليها فى المادة ٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى قبل الغائها وهما الترخيص من الدولة أو التعمير وطبقا لذلك يملك المعمر الأراضى التى عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى فى الحال=

ثم إن ملكية المستصلح تكون معلقة على شرط فاسخ. فهى لا تصبح ملكية باتة مستقرة إلا إذا لم ينقطع المستصلح أو خلفه عن تعمير الأرض خمس سنوات متواليات فى خلال الخمس العشرة سنة التالية لتملك الأرض[1] فتحسب مدة الخمس العشرة سنة إذن من وقت تعمير الأرض، لا من وقت وضع اليد. وقد كان التقنين المدنى السابق يجعل هذه المدة تسرى من وقت وضع اليد، فكانت المادة ٨٠/٥٧ من هذا التقنين تقول: «فى ظرف الخمس العشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها». أما التقنين المدنى الجديد فقد

= فور تعميرها بشرط ألا ينقطع عن استعمالها فى خلال الخمسة عشرة سنة التالى للتملك مدة خمس سنوات متتالية.

(جلسة ١٩٩٢/١/٥ الطعن رقم ١٨٩٥ لسنة ٦١ق)

ب- قبل صدور القانونين رقمى ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، ١٠٠ سنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضى الصحراوية تعتبر الأراضى غير المزروعة التى ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الافراد ولا تدخل فى الأموال العامة ولا فى أموال الدولة الخاصة فهى الاراضى الموات التى لا مالك لها كالأراضى المتروكة والصحارى والجبال أى أنها الأراضى التى لا تدخل فى زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضى الداخلة فى الزمام والتى تملكها الدولة ملكية خاصة بل هى أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة هى بهذا الوصف أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية، وقد أباح المشرع تملك هذه الأرض باحدى الوسيلتين المنصوص عليها فى المادة ٥٧ سالفة البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الحالى قبل الغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ وهما الترخيص من الدولة أو التعمير. وطبقا لذلك يملك المعمر الأرض التى عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى فى الحال فور تعميرها ولكن ملكيته تكون مقامة على شرط فاسخ هو ألا ينقطع عن استعمالها فى خلال الخمسة عشر سنة التالية للتملك مدة خمس سنوات متتالية، والتملك هنا يتحقق لا بتصرف قانونى بل بواقعة مادية هى واقعة التعمير، وما دام المعمر قد أصبح مالكا للأرض بمجرد التعمير فله أن يتصرف فيها بالبيع وغير ذلك من التصرفات وسواء انتقلت ملكية الأرض المعمرة إلى خلف خاص كمشترى أو إلى خلف عام كوارث فأنها تنتقل كما كانت وهى فى ملك المستعمر، ولما كان القانونان رقما ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس لهما أثر رجعى لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة من الأراضى المذكورة والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكامها.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٥٢ق س٣٤ ص٧٧٤)

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص٤٢- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٧-٢- وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢. ويذهب إلى أن ملكية الأرض قبل تحقق عدم الاستعمال هى ملكية باتة، لا ملكية معلقة على شرط فاسخ، ولكنها ملكية ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال. وانظر أيضاً من هذا الرأى الأخير عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص٣٦٢.

عدل بحق عن هذا الحكم، وجعل المدة تسرى من وقت التعمير إذ يقول: «خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك». ذلك أن الانقطاع عن التعمير يجب ألا يعتد به إلا من وقت التعمير، ولو اعتد به من وقت وضع اليد لجاز أن تمضى مدة غير قصيرة بين وضع اليد والتعمير، وينبغى ألا يحسب هذا الوقت ضمن الخمس العشرة سنة وألا تسرى هذه المدة إلا من وقت التعمير كما هو صريح نص التقنين المدنى الجديد. وفى خلال هذه المدة يجب ألا ينقطع المستصلح عن تعمير الأرض مدة خمس سنوات متواليات. وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشترط التوالى صراحة، فكان يقول «مدة خمس سنوات»، ومن ثم كان هناك خلاف، فرأى يذهب إلى وجوب التوالى، ورأى آخر يذهب إلى عدم وجوبه. وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف باشتراطه التوالى صراحة، إذ يقول «خمس سنوات متتابعة»(١). والفرق كبير بين التوالى وعدم التوالى، إذ أن عدم التوالى كان يجعل التملك أشق بكثير. فكان يكفى أن ينقطع المستصلح عن تعمير الأرض خمس سنوات ولو غير متوالية فى خلال الخمس العشرة سنة حتى يتحقق الشرط الفاسخ، فتنفسخ ملكية المستصلح. فإذا انقطع سنتين بعد انقضاء ثلاث سنوات من التعمير، ثم استأنف التعمير خمس سنوات، وانقطع بعد ذلك سنتين، ثم استأنف التعمير سنتين، فانه إذا انقطع سنة بعد ذلك، أى السنة الأخيرة لتمام الخمس العشرة سنة، تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت ملكيته، مع أنه يكون قد بقى يعمر الأرض عشر سنوات كاملة، ولم ينقطع عن تعميرها إلا خمس سنوات غير متوالية. أما فى التقنين المدنى الجديد فالأمر أيسر من ذلك بكثير، إذ يشترط هذا التقنين التوالى كما قدمنا. فيكفى، حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ، أن يعمر المستصلح الأرض سنة واحدة ثم ينقطع أربع سنوات، ويعود إلى تعميرها سنة واحدة وينقطع أربع سنوات، وهكذا حتى يتم الخمس العشرة سنة دون أن يكون قد قضى فى تعمير الأرض أكثر من ثلاث سنوات وانقطع عن تعميرها اثنتى عشرة سنة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ذكر المشروع أن الخمس السنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال الأرض فى أثنائها يجب أن تكون سنين متواليات. فأصبح المستولى أقل تعرضا لفقد ملكيته فى المشروع عنه فى التقنين الحالى (السابق) الذى لا يشترط التوالى. ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستول الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيته، فإذا لم يبق من الخمس العشرة سنة إلا أربع

---

(١) والتوالى فى الخمس السنوات التى ينقطع فيها المستصلح عن التعمير قرينة على نية ترك المستصلح للأرض المستصلحة، وهذه النية تستخلص من التوالى أظهر بكثير مما نستخلص من خمس سنوات على فترات متقطعة (أنظر فى هذا المعنى شفيق شحاته فقرة ٢١٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص٣٦٢).

سنوات دن أن يتحقق الشرط الفاسخ، أصبحت ملكيته باتة حتى قبل انقضاء الأربع السنوات، لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ»(١). وانقطاع المستصلح عن التعمير معناه أنه إذا كان قد زرع الأرض يكف عن زراعتها، وإذا كان قد غرسها أشجارا ينقطع عن تعهد الأشجار بالتسميد والصيانة، وإذا كان قد أقام فيها بناء يترك البناء دون استعمال ودون صيانة حتى يصبح معرضا للتخرب.

ويتحقق الشرط الفاسخ، كما قدمنا، بانقطاع المستصلح عن التعمير خمس سنوات متواليات في خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك(٢). فإذا ما تحقق، انفسخت ملكية المستصلح بأثر رجعى، واعتبر أنه لم يكن مالكا منذ البداية، وعلى ذلك تزول جميع تصرفاته فى الأرض المستصلحة تبعا لزوال ملكيته بأثر رجعى(٣). وتسرى القواعد العامة المقررة فى تحقق الشرط الفاسخ(٤)، وتعود ملكية الأرض المستصلحة للدولة.

أما إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ، فان ملكية المستصلح تصبح ملكية باتة، وتتثبت جميع تصرفات المستصلح فى الأرض المستصلحة، وتسرى القواعد العامة المقررة فى تخلف الشرط الفاسخ. ويلاحظ أن تخلف الشرط الفاسخ هنا معناه أن يكون قد مضى على تعمير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧- ص١٩٨.

(٢) وإذا أثبت المستصلح واقعة التعمير، كأن أثبت أن الأرض مزروعة فعلا، فعلى الحكومة يقع عبء إثبات أن المستصلح قد انقطع عن التعمير خمس سنوات متواليات (الاسكندرية المختلطة ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٠ جازيت ١٠ رقم ١٣٨ ص١٨٠). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن قرينة عدم الاستعمال المستخلصة من عدم فرض ضريبة على الأرض ينقضها إثبات أن الأرض مزروعة فعلا (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٠١- ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٢٤).

(٣) والذين لا يقولون بالشرط الفاسخ انقسموا. فمنهم من يذهب إلى زوال التصرفات لا بناء على تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى، بل لأن المستصلح الذى تصرف فى الأرض كانت ملكيته ضعيفة تسقط بعدم الاستعمال فلا يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر عما يملك (شفيق شحاته فقرة ٢١٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢). ومنهم من سار فى إنكار الشرط إلى نهايته، فذهب إلى أن تصرفات المستصلح لا تزول بالرغم من زوال ملكيته بعدم الاستعمال، لأن الملكية لا تزول فى هذه الحالة بأثر رجعى (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٤٩ ص٣٦٢).

(٤) ولكن المستصلح يعتبر بانياً أو غارساً فى الأرض بحسن نية، فتسرى عليه القواعد المقررة فى الالتصاق للبانى أو الغارس فى ملك غيره بحسن نية (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤ ص٤٦). ولا يتعارض هذا الحكم مع القول بانفساخ الملكية بأثر رجعى، فان الأثر الرجعى إنما هو مجاز قانونى لا يتعدى إلى الأعمال المادية التى تكون قد تمت قبل تحققه، ولاشك فى أن المستصلح وقت أن بنى أو غرس كان حسن النية إذ كان يبنى أو يغرس فى أرض يملكها (قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٢ ص٢١٩- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨٢).

الأرض المستصلحة مدة خمس عشرة سنة دون أن ينقطع المستصلح عن تعميرها خمس سنوات متوالية. ولا يفهم من ذلك أن المستصلح قد ملك الأرض بالتقادم الطويل، أى بانقضاء خمس عشرة سنة، فهو قد تملك الأرض بمجرد تعميرها وقبل أن تبدأ الخمس العشرة سنة كما قدمنا، وتملكها بالاستيلاء المصحوب بالتعمير لا بالتقادم. وعلى ذلك لا تكون مدة الخمس العشرة سنة مدة تقادم، بل هى ميعاد حدده القانون لا يجوز فى خلاله أن ينقطع المستصلح عن التعمير مدة خمس سنوات متوالية. ومن ثم لا ترد أسباب الوقف ولا أسباب الانقطاع على مدة الخمس العشرة سنة، فلا توقف هذه المدة ولا تنقطع(١). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم العادى وإلا وجب أن تتراخى إلى خمس عشرة سنة، وإنما هى تكسب فى الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ»(٢).

٢٠- حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤: ولما كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ليس له أثر رجعى، وليس للقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ كذلك أثر رجعى كما سبق القول، لذلك تبقى حقوق الغير الثابتة فى الأراضى الصحراوية والسابقة على هذين القانونين كما هى لا تمسها أحكام هذين القانونين. وتأكيدا لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن «جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون الواردة على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة، تبقى نافذة بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها»(1).

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤ ص٤٣- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٨١ ص٤٢٤- وقارن شفيق شحاته فقرة ٢١١ (ويذهب إلى أن الخمس العشرة سنة هى مدة تقادم مسقط).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٩٧.

(1) أ- مؤدى نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تملك الأراضى الصحراوية أن الملكية والحقوق العينية الأخرى التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على نفاذه فى ١٩٥٨/٨/٢٤- تظل قائمة، وكان مؤدى نص المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أن أحكام هذا القانون لا تسرى إلا على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة عدا ما استثنى فى الفقرات ١، ٢، ٣، ٤ وكان مؤدى ح من المادة الثانية من ذات القانون أن الأراضى الصحراوية التى تخضع لأحكامه هى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزام والمقصود بها وفقا للمذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأراضى التى لم تمسح مساحة تفصيلية ولم يتم حصرها فى سجلات المساحة أو فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة ولا تخضع للضريبة العقارية.

(جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ الطعن رقم ٢٤٢ لسنة ٤٣ق س٣٣ ص١٩٢) =

ويمكن القول، استخلاصا مما تقدم، وتطبيقا للقواعد العامة، أنه إذ وضع شخص يده على أرض صحراوية لتعميرها فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد)، وعمرها بعد سنة، فانه يتملكها بمجرد التعمير فى سنة ١٩٥٠، وفقا لأحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى كانت معمولا بها وقت ذلك ولم تكن قد حذفت. ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ، هو عدم الانقطاع عن تعميرها على النحو الذى قدمناه. فإذا هو لم ينقطع عن تعميرها خمس سنوات متواليات فى مدة الخمس العشرة سنة التالية للتملك، أى إلى سنة ١٩٦٥[1] فى الفرض الذى نحن بصدده، فان ملكيته تصبح باتة لتخلف الشرط الفاسخ. ولا يمس ملكيته هذه، التى ثبتت له منذ سنة ١٩٥٠، لا صدور القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ولا صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤.

على أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد نظم هذه الحقوق المكتسبة تنظيما تشريعيا، إذ نصت المادة ٧٥ منه على ما يأتى: «يعتد فى تطبيق أحكام هذا القانون بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، المستندة إلى عقود تم

= ب- إذا كان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت ملكية مورث المطعون ضدهم لأرض النزاع استنادا إلى ما أورده فى اسبابه من اطمئنانه إلى تقرير الخبير المودع لسلامة الاسس التى بنى عليها وكفاية الابحاث التى قام بها.. والثابت منها ملكية المدعين لعين النزاع» وكان تقرير الخبير الذى استند إليه الحكم لا يبين منه طبيعة الأرض محل النزاع وقت وضع اليد عليها ولا مظاهره ولا يتضمن الرد على ما اثاره الطاعنان من أنها فى الأصل من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها إلا بشروط وبإجراءات خاصة فضلا عن أنه اعتمد فيما انتهى إليه على أقوال شاهدين يبين من عمريهما أنهما لم يعاصرا وضع اليد الذى قالا أنه بدأ منذ سنة ١٩٣٩ وإذ كان ذلك الدفاع جوهريا يتغير به - ان صح- وجه الرأى فى الدعوى فإن عدم مواجهته بأسباب خاصة تصلح ردا عليه يعيب الحكم بالقصور.

(جلسة ١٩٩٨/٦/٢٢ الطعنان رقما ١٠٣٧، ١٠٤٨ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٩٤/٣/٣١ الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٦٢ق س٤٥ ج١ ص٦٢٧)

(جلسة ١٩٩٣/٦/١٥ الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٥٩ق س٤٤ ج٢ ص٦٨٦)

(جلسة ١٩٨٣/١/٦ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٢ق س٣٤ ج١ ص١٣٠)

(١) ولا عبرة هنا بأننا جاوزنا سنة ١٩٦٤ التى صدر فيها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فان هذا القانون ليس له أثر رجعى كما قدمنا، والقانون الذى ينطبق فى الفرض الذى نحن بصدده هو الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى التى لم تكن قد حذفت، والتى كانت سارية وقت تملك المستصلح للأرض تحت شرط فاسخ فى سنة ١٩٥٠.

شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد- ويعد مالكا بحكم القانون: (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون، وبما لا يجاوز الملكية العقارية المقررة قانونا. ولا يسرى هذا الحكم على الأراضي التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط. فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة. (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يكون نقله منه، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بهذا القانون»(١).

---

(١) ونورد هنا المذكرة الإيضاحية لهذا النص وهى تشرح النص شرحاً مستفيضاً: «ولما كانت النظم القانونية التى تحكم الملكية فى الأراضى الصحراوية قد مرت بعدة مراحل متعاقبة منذ أن صدرت بعد الأوامر العالية... التى كان بعضها يمنح العربان فى بعض الجهات الحق فى استغلال الأراضى الصحراوية فى تلك الجهات، ومن هذا القبيل الأمر العالى الصادر فى ١٧ من المحرم سنة ١٢٨٤ هجرية (٢١ من مايو سنة ١٨٦٧ ميلادية)، والتى كان بعضها الآخر يعلق تملك الأراضى البور المملوكة للدولة على استيفاء إجراءات معينة بينها الحصول على إذن بذلك من الحكومة، ومن هذا القبيل الأمر العالى الصادر بتاريخ ١٩ من ذى القعدة سنة ١٣٠١ هجرية (٩ من سبتمبر سنة ١٨٨٤ ميلادية). وفى ظل القانون المدنى المصرى القديم، اتجه الرأى فى الفقه والقضاء إلى اعتبار الأراضى الصحراوية الواقعة خارج الزمام من الأراضى المتروكة التى يجوز تملكها بالاستيلاء عليها بطريق الزراعة أو الغراس فيها أو البناء عليها، وذلك استناداً إلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدنى المصرى الأهلى... وبقى الحال كذلك حتى صدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ بشأن تملك العقارات فى أقسام الحدود، الذى مد العمل بأحكامه بالمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ بعد إلغاء الأحكام العرفية التى صدر فى ظلها. وقد حظر هذا الأمر على الأجانب أن يتملكوا بغير طريق الميراث العقارات الكائنة فى أقسام الحدود أو أن يكتسبوا أى حق عينى عليها، كما قضى بوجوب حصول المصريين على إذن سابق من الحكومة بالنسبة إلى ما يتملكونه بغير طريق الميراث من العقارات المشار إليها والحقوق العينية الواردة عليها... ثم صدر القانون المدنى الجديد.. وقضت المادة ٨٧٤ منه بأن ... وبعد ذلك صدر القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية، وقد أشارت مذكرته الإيضاحية إلى أن «الجدل قد ثار حول ما ورد فى المادة ٨٧٤ مدنى المشار إليها والتى تجيز تملك الأراضى بطريق الاستيلاء الحر... واشتد الجدل على وجه الخصوص فيما إذا كانت تلك المادة قد نسخت أحكام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥.. وقد اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى حسم=

=ذلك الخلاف فى الرأى... وأوضحت مذكرته الإيضاحية اتجاهها إلى تغليب فكرة قيام المرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ٤٥ حتى تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨، واستدلت على ذلك بأن المشرع حينما أصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ بمنع غير المصريين من تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها، وهو لاحق للقانون المدنى الجديد، قد أشار فى ديباجته إلى المرسوم بقانون المشار إليه فهو يعترف ببقائه قائماً إلخ. وترتب على هذا الاتجاه أن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه اتجه إلى اعتناق مبدأ إهدار الحقوق المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدنى، وإنكار الملكيات العقارية القائمة عليها فى الأراضى الصحراوية... حتى لو كانت سابقة على تاريخ نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ذاته ... وقصرت المادة ٥ من هذا القانون الأخير إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فى حالات الملكية والحقوق العينية التى تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل بهذا القانون، أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروطها قد نفذت .

«ومهما يكن من أمر وجهة النظر التى اتجه القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه إلى تغليبها، فان تطبيقه فى العمل قد أثار شعوراً بالقلق فى نفوس المواطنين فى بعض المناطق الصحراوية فيما يتعلق بعدم الاعتراف بمليكاتهم العقارية المستندة إلى حكم المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد وإلى حكم المادة ٥٧ من القانون المدنى الأهلى القديم المقابلة لها والتى كانت سارية منذ سنة ١٨٨٣، أى قبل أن يصدر الأمر العسكرى رقم ٦٢ لسنة ١٩٤٠ والمرسوم بقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٤٥ المشار إليها بأكثر من نصف قرن. وبناء على ذلك فقد أعيد بحث جوانب القصور التى شابت القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه، كما أعيد النظر فى المبدأ الذى اعتنقه ذلك القانون فى ضوء ما كشف عنه تطبيقه فى العمل، وفى ضوء الاعتبارات المتعلقة بالعدالة واحترام الحقوق المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان وقد استقر رأى الأجهزة الفنية فى الوزارات والجهات الإدارية المختصة المختلفة إلى وجوب تعديل أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه على النحو الذى يوفر رعاية الحقوق المشروعة المستقرة لأصحابها من المواطنين منذ ما قبل تاريخ نفاذ ذلك القانون، ويكفل إقرار ملكياتهم السابقة على هذا التاريخ والاعتراف بها».

«لذلك فقد أورد القانون المرافق فى المادة ٧٥ منه أحكاماً انتقالية قصد بها إقرار الملكيات السابقة على القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه والاعتداد بها. وقد روعى فى صياغة هذه المادة تضمينها الحالات التى أقرها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه فى مادته الخامسة بالنسبة إلى الملكيات العقارية والحقوق العينية السابقة على تاريخ العمل به، كما أشير فيها إلى حالات الملكية والحقوق العينية المستندة إلى أحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه ذاته والتى تم إقرارها وفقاً لأحكامه بعد العمل به، وكذلك فقد أوردت هذه المادة النص على إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد (والمادة ٥٧ من القانون المدنى الأهلى القديم من قبل). وقصد من تعداد هذه الحالات فى تلك المادة أن يكون النص عليها جامعاً مانعاً بحيث يقتصر الاعتداد فى تطبيق أحكام القانون المرافق على الحالات المشار إليها القائمة قبل تاريخ العمل به».

«وروعى بالنسبة إلى حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه المستندة إلى وضع اليد، اشتراط استمرار وضع اليد على الأراضى الواردة عليها تلك الملكية بطريق الغراس أو الزراعة لمدة سنة كاملة على الأقل قبل العمل بالقانون المذكور، ذلك رغم أن الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى المشار إليها كانت تقضى بأنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة =

هذا ويجوز أن يكون شخص قد اشترى، قبل العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها، ولم ينجز هذا الاستصلاح. فيبقى حقه دون مساس به بعد صدور القانون المذكور، بل ويمنحه هذا القانون مهلة إضافية يتم فى خلالها استصلاح الأرض، إذ نصت المادة ٧٤ منه على أن «يمنح كل من اشترى أرضا بورا أو أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها قبل العمل بهذا القانون مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضى المبيعة له وزراعتها، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بهذا القانون أى المدتين أطول- فإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض المبيعة وزراعتها خلال المهلة المشار إليها، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون فى هذا الصدد: «ولما كان هذا الحكم المستحدث قد يدهم بعض المتصرف إليهم قبل تاريخ العمل بالقانون المرافق ممن تقاعسوا عن استصلاح وزراعة الأراضى البور والصحراوية المتصرف فيها إليهم رغم انقضاء مدة العشر سنوات المشار إليها من تاريخ تسلمهم تلك الأراضى، لذلك فقد رؤى إتاحة فرصة جديدة أمامهم بمنحهم مهلة إضافية مدتها سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون المرافق، يلتزمون باتمام أعمال استصلاح وزراعة الأراضى المشار إليها خلالها. وروعى فى قصر هذه المهلة الإضافية على مدة السبع سنوات التالية على العمل بهذا القانون دفع المتصرف إليهم المذكورين إلى مضاعفة جهودهم فى استصلاح تلك الأراضى وزراعتها مستقبلا، حتى يتيسر تعويضهم فى أقصر وقت ممكن عما فاتهم من كسب، وتعويض ما فوتوه من نفع على المجتمع بفعلهم وبتقصيرهم فى إحياء الأرض الموات المبيعة إليهم طوال المدة السابقة الممتدة من تاريخ تسلمهم تلك الأراضى».

= أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو الغراس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة سنة التالية للتملك. والحكمة من اشتراط وضع اليد لمدة سنة كاملة سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ٥٨ المشار إليه بالنسبة إلى الملكيات المشار إليها هو قصر الاعتراف بتلك الملكيات على الحالات التى تزرع فيها الأرض الصحراوية أو يستمر الغرس فيها لمدة سنة زراعية كاملة، دون الحالات التى تزرع فيها هذه الأراضى أو تغرس بصفة غير منتظمة جزءاً من السنة على مياه الأمطار فقط».

«وتحقيقا لما استهدف القانون المرافق من إقرار الملكيات السابقة على نفاذه فى الأراضى الصحراوية وتأمين استقرارها وتوفير الحماية القانونية لها، لذلك فقد رؤى تضمين المواد من ٧٦ إلى ٧٩ من هذا المشروع الأحكام الانتقالية التى تعالج المراحل التى يمر بها الإخطار عن تلك الملكيات، وتحقيقها، والفصل فى المنازعات المتعلقة بها، وإصدار المحررات المثبتة لتلك الملكيات المتضمنة الاعتداد بها، ثم شهر هذه المحررات إلخ».

الباب الثانى
كسب الملكية
بسبب الوفاة

الفصل الأول
الميراث
(Succession)

٢١ – نص قانونى: تنص الفقرة الأولى من المادة ٨٧٥ مدنى على ما يأتى:

«تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م٧٧/٥٤) يعرض لأحكام القانون الدولى الخاص فى الميراث، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق فى هذه المسألة هو قانون الدولة التى ينتمى إليها المتوفى بجنسيته(٢).

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تعيين الورثة، وتحديد أنصبائهم فى الإرث، وانتقال أموال التركة إليهم، تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها، ما لم يرد فيها نص خاص». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٦ فى المشروع النهائى، بعد حذف العبارة الأخيرة «ما لم يرد فيها نص خاص». ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٤٤. ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٥، بعد الاستعاضة بعبارة «القوانين الصادرة فى شأنها» عن عبارة «والتقنينات المستمدة منها»، وذلك «لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الميراث». ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٥ – ص٢٠٧).

(٢) التقنين المدنى السابق م٥٤ وطنى: يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى. أما حق الإرث فى منفعة الأموال الموقوفة، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية.

م٧٧ مختلط: يكون الحكم فى المواريث على حسب المقرر فى قوانين الدولة التابع لها المتوفى. أما حق الإرث فى منفعة الأموال الموقوفة أو فى منفعة الأراضى الخراجية، فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية.
=

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٣/٨٢٥ وم٨٢٦ (١) وم١/٨٣٦ و٢ - وفى التقنين المدنى الليبى م١/٨٧٩- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٠٦- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢/٢٠٤ وم٢٢٨ (أ) وم٢٣٠- ٢٣١(١).

=ويتبين من هذه النصوص (وبخاصة من نصوص التقنين المختلط) أن المعنى المقصود هو أن الميراث تتبع فيه أحكام قانون الدولة التى يتبعها المتوفى بجنسيته، فنكون فى صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص لا فى نطاق القانون الداخلى. ويكون المقابل لهذه النصوص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدنى الجديد، وتجرى على الوجه الآتى: «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف، وقت موته».

هذاوقد صدر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ بتعديل المواد ٥٤، ١/٥٥ و١٣٠ من التقنين المدنى الأهلى بما يجعل نصوص هذه المواد واضحة فى المعنى المقصود. فأصبح نص المادة ٥٤ كما يأتى: «يكون الحكم فى المواريث والوصايا على حسب المقرر فى قانون بلد المتوفى». وأصبح نص المادة ١/٥٥ كما يأتى: «تراعى أيضاً فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى قانون الموصى». وأصبح نص المادة ١٣٠ كما يأتى: «الحكم فى الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون بلد العاقد». وكذلك صدور فى نفس التاريخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤، وقد نص فيه على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى»- أنظر فى هذه القوانين ومذكرتها التفسيرية (وقد شرحت فى إسهاب الأسباب التى دعت إلى إصدار هذه القوانين) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧.

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣/٨٢٥: كل من اكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم قضائى يكون مالكاً له قبل تسجيله، على أن أثر هذا الاكتساب لا يبدأ إلا اعتباراً من التسجيل. م٨٢٦ (أ): يكتسب حق التسجيل فى السجل العقارى بالأسباب الآتية: (أ) بالإرث.

م١/٨٣٦ و ٢: ١- تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن الإرث والانتقال. ٢- لا يمنع الأجنبى حق الإرث فى العقارات إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين. (وأحكام التقنين السورى تتفق إجمالا مع أحكام التقنين المصرى).

التقنين المدنى الليبى م١/٨٧٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٦: ١- يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة فى التركة. ٢- وتعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة بها.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢/٢٠٤ (موافق للمادة ٣/٨٢٥ سورى) =

ويتبين من النص سالف الذكر أنه عرض للمسائل الرئيسية الثلاث التى يشتمل عليها الميراث، وهى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال ملكية هذه الأنصبة إليهم، وذكر أن الشريعة الرسلامية وما يصدر من قوانين خاصة هى التى تسرى على هذه المسائل. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد حسم المشروع بهذا النص الخلاف القائم فى أمرين جوهريين فى الميراث. فقضى بأن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فى ميراث المصريين حتى لو كانوا غير مسلمين، وحتى لو اتفقوا جميعا على تطبيق قانون ملتهم. وجعل هذه الشريعة هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة. فيجب إذت تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، وهى قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية المورث وشخصية الوارث، وإذا كانت تغاير النظم اللاتينية، فانها تتمشى مع النظم الجرمانية. ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات، فان اغفال هذا النظام فى التقنين المدنى الحالى (السابق) أوقع القضاء والفقه فى كثير من الارتباك. وقد أراد المشروع أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص ينظم بها تصفية التركة، وتعتبر هذه النصوص من أهم ما استحدث»(١).

وقد أراد المشروع بوضع نظام لتصفية التركة تصفية جماعية أن يحمى حقوق دائنى التركة. ولكنه لم يجعل هذه التصفية أمرا إجباريا، فنظم، عند عدم الالتجاء إلى التصفية الجماعية، طريقا لحماية الدائنين إذا اتخذوا إجراءات فردية، وذلك بشهر حقوقهم.

ثم إن قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ومن بعده قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤، عالج كل منهما نقصا خطيرا كان ملحوظا فى قانون التسجيل رقم ١٩/١٨ لسنة ١٩٢٣، فأصبح الآن واجبا شهر حق الإرث حتى يستطيع الوارث أن يتصرف فى الحقوق التى آلت إليه بالميراث.

= م٢٢٨ (أ) (مطابق للمادة ٨٢٦ (أ) سورى).

م-٢٣: تخضع التركات لأحكام القانون العام.

م٢٣١: لا يكون للأجنبى حق بالإرث أو بالوصية فى التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق. وتخضع تركة الأجنبى العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده.

(وأحكام القانون اللبنانى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين السورى، فيما عدا أن القانون اللبنانى لا ينص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٠- ص٢٠١.

ويخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الميراث هى: (١) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث. (٢) تنظيم حماية حقوق دائنى التركة عن طريق إجراءات فردية أو إجراءات جماعية (تصفية التركة). (٣) شهر حق الإرث.

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث

٢٢- الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين فى جميع مسائل الميراث: قدمنا أن التقنين المدنى الجديد قد حسم الخلاف فى أمرين جوهريين:

(١) فقد قضى بأن الشريعة الإسلامية، فى الميراث تطبق على جميع المصريين، مسلمين أو غير مسلمين(١)(1). والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى واضحة كل الوضوح فى هذا الصدد، إذ تقول: «الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها هى التى تنطبق على ميراث المصريين جميعا، مسلمين أو غير مسلمين. ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين، حتى لو اتفق الورثة جميعا على أن ينطبق. ولم يعد هناك محل للبحث فيما إذا كان قانون الملة هو الذى يحدد الورثة مبدئيا، لينظر بعد ذلك فيما إذا كان هؤلاء الورثة متفقين على قانون الملة ليطبق نهائيا، أو مختلفين فتطبق الشريعة الإسلامية. وقد قضت

---

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٧٨ ص٤٨٦.

(1) أ- المقرر أن الميراث إذا توافرت شروطه وقام سبب الارث بالوارث اعتبر سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من الأسباب.

(جلسة ١٩٩٩/١١/١٨ الطعن رقم ١٥٣٠ لسنة ٦٠ق)

ب- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين داخلا فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال التركة إليهم، وإذا جرى نص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض، وكان الارث يستحق وفقا للمادة الأولى من القانون بموت المورث فإن مناط المنع من الارث هو اختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى.

(جلسة ١٩٨٤/٢/٥ الطعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٣٨٠)

(جلسة ١٩٦٤/٤/١ الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٧ق س١٥ ص٤٨٦)

(جلسة ١٩٦٣/٦/١٩ الطعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ق س١٤ ص٨٤٣)

محكمة الاستئناف المختلطة بذلك أخيرا، مجللة ما جرت عليه التقاليد من أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر، فان لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائيا. وقد قضى المشروع على هذا الخلاف، فان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولا وأخيرا، ولم يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أي فرض من الفروض»(١).

(٢) وقضى التقنين المدني الجديد كذلك بأن الشريعة الإسلامية تطبق في جميع مسائل الميراث، لا فحسب في تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم، بل أيضاً في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث.

فنستعرض في إيجاز المسائل المتعلقة بتعيين الورثة وتحديد أنصبائهم، وهي التي يطبق فيها قانون المواريث وهو مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية. ثم نستعرض كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث، ونبين في إيجاز أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد وهي الأحكام الواجب تطبيقها وفقا للمادة ٨٧٥ مدني سالفة الذكر(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٥- ص٢٠٦- وقد كانت الشريعة الإسلامية، في عهد التقنين المدني السابق، هي الواجبة التطبيق بوجه عام على مواريث جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (نقض مدني أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص٧٤)، وذلك ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم على غير ذلك، ما داموا يملكون التصرف في حقوقهم. وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الأساسية في مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ما لم يتفق الورثة الذين تعترف الشريعة الإسلامية بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك. والقانون الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا تشذ عن تلك القاعدة، بل إن المادة ١٦ منه وهي التي أشارت إلى مسألة المواريث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية، بل كل ما في الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم في الوراثة متى قبل كل الورثة اختصاصها. أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية، فان عبارة المادة لا يفهم منها هذا، بل لابد من أن يتفق كل الورثة على ذلك، فيعمل باتفاقهم الذين هم أحرار فيه، ما داموا يكونون أهلا للتصرف في حقوقهم (نقض مدني سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص٩٩٨ رقم ١). وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص١- وانظر استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢١٨- أول أبريل سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٥٢- ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٩٧ (يعين قانون الملة الورثة الذين يجب اتفاقهم على إخضاع الميراث لهذا القانون)- أول أبريل سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٢١٣.

(٢) وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي: «وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث، فهي التي تعين الورثة، وتقسمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد وما إلى ذلك من أحكام الميراث، وتحدد نصيب كل وارث، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٦). =

١ – تعيين الورثة وتحديد انصبائهم

٢٣– قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عرض له من المسائل: كانت المحاكم الشرعية تطبق، فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم، أحكام المذهب الحنفى فى أرجح أقواله، وكانت هذه الأحكام غير مقننة.. وقد رؤى، حتى قبل إدماج المحاكم الشرعية فى المحاكم الوطنية، أن هناك حرجا فى الاقتصار على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة. فهناك مسائل فى المذهب الحنفى وقع فيها اختلاف فى ترجيح الأقوال، أو لم ينص على ترجيح، فتضاربت الأحكام باختلاف نظر القضاة. وهناك حوادث تدعو المصلحة إلى أن يكون الحكم فيها بالمرجوح من أقوال المذهب الحنفى، أو بأحكام المذاهب الأخرى. فاستقر الرأى على وضع تقنين شامل للأحوال الشخصية وللأوقاف والمواريث والوصية، تختار أحكامه من المذاهب الإسلامية المختلفة، ويراعى فيها ما يلائم حالة البلاد وما يساير رقيها الاجتماعى. فصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأحكام المواريث، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوصية.

والذى يعنينا هنا هو قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، وقد قسم أبوابا ثمانية: الباب الأول فى أحكام عامة وموانع الإرث، والباب الثانى فى أسباب الإرث وأنواعه، والباب الثالث فى الحجب، والباب الرابع فى الرد، والباب الخامس فى إرث ذوى الأرحام، والباب السادس فى الإرث بالعصوبة السببية، والباب السابع فى استحقاق التركة بغير إرث، والباب الثامن فى احكام متنوعة.

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب من الأحكام، فهى من مباحث كتب الفقه الإسلامى. ولكننا نستعرض هنا فى إيجاز تام، من خلال هذه الأبواب الثمانية، ما ينطوى تحت عبارة «تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم» من المسائل الرئيسية.

= وحتى لو وجب تطبيق قانون أجنبى على تركة مسلم طبقاً لقواعد الإسناد، فان محكمة النقض تستبعد من هذا القانون الأجنبى ما يخالف النظام العام فى الشريعة الإسلامية. وقد قضت فى هذا المعنى بأنه وفقاً للمادة ٢٨ مدنى لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته نصوص القانون إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر. وإذا كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الإرث، بينما تعتبرهما الشريعة الإسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ من أصحاب الفروض والعصبات، وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها، مما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٥ ص٧٢٧).

٢٤- الأحكام العامة فى الميراث: ففى الأحكام العامة[1]، يقرر قانون المواريث أن سبب استحقاق الإرث هو موت المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى فى حالة المفقود، وموت المورث هو واقعة مادية تنقل ملكية التركة من المورث إلى الوارث. ويجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا، فإذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا كما فى حالة الغرقى والهدمى والحرقى فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر.

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة: (١) ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته. (٢) ديون الميت. (٣) ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويمنع من الإرث: (١) قتل الوارث للمورث عمدا، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغا من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى. ويعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث على المورث شهادة زور تؤدى إلى الحكم على المورث بالإعدام، مع تنفيذ هذا الحكم. (٢) اختلاف الدين والدار[2]. فلا توارث بين

---

(1) أ- أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية والتى استمد منها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام بصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة.

(جلسة ١٩٨١/٦/١٤ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٨١٤)

ب- أحكام الأرث التى تتعلق بالنظام العام هى ما كان منها متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ مجموعة أحكام النقض س٣٤ ص١٨٣٣)

(2) أ- أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة والتى استمد منها قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير الجماعة، ولما كانت وفاة المرحومة ... مسلمة يقتضى أن تتبعها فى دينها ابنتها الصغيرة التى شاركت فى الطعن بالنقض ممثلة بوليها الشرعى مما مؤداه أن تسهم فى الارث المخلف عن والدتها، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وحصر الارث فى اخوة المتوفاة لاب المسلمين دون ابنتها المسلمة تبعا لها فأنه يتعين نقضه.

(جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ احوال شخصية الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٢٨٤)

ب- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين داخلا فى نطاقها يتعين الورثة وتحديد انصبائهم فى الأرث وانتقال التركة إليهم وإذ جرى نص المادة السادسة من قانون=

مسلم وغير مسلم، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض. واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا يمنع من الإرث بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها.

٢٥- الارث بالفرض (أصحاب الفروض): ويبدأ فى التوريث بأصحاب الفروض، وهم:

(١) الأب والجد الصحيح: ولكل منهما فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل.

(٢) أولاد الأم: ولأولاد الأم فرض السدس، والثلث للاثنين فالأكثر، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء[١]. ويحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح وإن علا، والولد وولد الابن وإن نزل.

(٣) الزوج والزوجة: وللزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل، والربع مع الولد أو ولد الابن وإن نزل. وللزوجة، ولو كانت مطلقة رجعيا[٢] إذا مات الزوج وهى

=المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض، وكان الارث يستحق وفقا للمادة الأولى من القانون بموت المورث، فإن مناط المنع من الارث هو اختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتا بحكم القاضى.

(جلسة ١٩٨٤/٢/٥ مجموعة أحكام النقض س٣٥ ص-٣٨)

جـ- اختلاف الدين وفقا لاحكام الشريعة الإسلامية مانع من موانع الارث، ومن ثم فإن الابن المسلم لا يعتبر وارثا شرعيا لوالدته المتوفاة مسيحية وبالتالى تكون الوصية الصادرة منها له وصية لغير وارث.

(جلسة ١٩٦٣/٦/٢٦ الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٢٨ ق س١٤ ص٩٠٨)

د- المرتد - وهو الراجع عن دين الإسلام - لا ملة له وهو لا يقر على ردته ولا على ما اختار، دينا له، بل يستتاب ويؤمر بالرجوع إلى الإسلام، فإن هو عاد إلى اسلامه عاد ملكه إلى ماله بعد أن كان قد زال عنه بردته زوالا موقوتا، وإذ كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن أقر فى طلب استخراج جواز سفره بأنه مسلم، وقراره هذا مفاده، أنه تاب وعاد إلى إسلامه وهى أمور تتصل بالعقيدة الدينية التى تبنى الاحكام فيها على الاقرار بظاهر اللسان، ولا يجوز لقاضى الدعوى إن يبحث فى بواعثها ودواعيها، وكان الحكم المطعون فيه لم يعول على هذا الاقرار وجرى فى قضائه وراء البحث فى علته والاسباب التى دعت إليه، فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٦٥/٤/٢١ أحوال شخصية الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ق س١٦ ص٤٩٦)

(١) وإذا استغرقت الفروض التركة، يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الإخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر، ويقسم الثلث بينهم جميعاً ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء.

(٢) فان كان الطلاق بائناً، ولو بينونة صغرى، منع ذلك من الميراث شرعاً (نقض مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٨ ص١٠٤٥)

فى العدة، أو الزوجات، فرض الربع عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل[1]، والثمن مع الولد أو ولد الابن وإن نزل.

(٤) البنات وبنات الابن: وللواحدة من البنات فرض النصف، وللاثنتين فأكثر الثلثان[2]. ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت أو بنت ابن أعلى منهن درجة، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة. ويحجب كل من الابن وابن الابن وإن نزل، بنت الابن التى تكون أنزل منه درجة)، ويحجبها أيضا بنتان أو بنتا ابن أعلى منها ما لم يكن معها من يعصبها.

(٥) الأخوات الشقيقات والأخوات لأب: وللواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصف، وللاثنتين فأكثر الثلثان. وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكرة عند عدم وجود أخت شقيقة، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة. ويحجب الأخت الشقيقة كل من الابن وابن الابن وإن نزل، والأب – ويحجب الأخت لأب كل من الأب والابن وابن الابن وإن نزل، كما يحجبها الأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت عصبة مع غيرها والأختان الشقيقتان إذا لم يوجد أخ لأب[3].

---

(1) أ- نصيب الزوجة والزوجات – وفقا لنص المادة ١١ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٣٤- هو فرض الربع عند عدم الاولد وولد الابن وأن نزل.

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧ الطعن رقم ٨٧٨ س٥٢ق)

ب- إذا كانت المادة ١/١٧ من القانون تنص على أنه «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته» وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المورث يونانى الجنسية، وكانت المادة ١٤٢٦ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه «فى حال انحلال الزواج ترد الدوطة إلى الزوجة أو إلى ورثتها وتنتهى كل ادارة له وانتفاع من الزوج على أموال الدوطة» فإن مفاد ذلك أن الدوطة طبقا للقانون المدنى اليونانى تظل على ملك الزوجة ولا يكون للزوج عليها سوى حق الانتفاع ما دامت الحياة الزوجية قائمة، فإذا انحلت عقدة الزواج بالوفاة تعين رد الدوطة إلى الزوجة، مما مؤداه أن الدوطة عند وفاة الزوج لا تعتبر من تركته بل ترد إلى الزوجة التى عاد إليها حق الانتفاع.

(جلسة ١٩٧١/١١/٢٤ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٣٣ق س٢٢ ص٩٢٢)

(2) إذ خص الحكم المطعون عليه – ابنه المورث – بثلث التركة بعد استنزال ما اعتبر وصية وما خص الزوجة – وهو الثمن – مع أن الثابت من مدونات الحكم أن للمورث ثلاث بنات وكان لا يجوز أن يخصهن طبقا لقواعد الميراث أكثر من ثلثى التركة مهما تعددن ليستحق الغاصب – إن وجد – الثلث الباقى – وإذا لم يبحث الحكم وجود العاصب من عدمه، وكان هذا البحث لازما لتوزيع الأنصبة الشرعية بين الورثة، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٦٩/٤/٢٢ الطعن رقم ٧٩ لسنة ٣٥ س٢٠ ص٦٤٩)

(3) إذ نص المشرع فى المادة ١٢ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات =

(٦) الأم والجدة الصحيحة: وللأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل، أو مع اثنين أو أكثر من الأخت والأخوات. ولها الثلث فى غير هذه الأحوال. غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط، كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج. والجدة الصحيحة هى أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح وإن علت. وللجدة الصحيحة أو الجدات السدس، ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين ذات قرابة وذات قرابتين. وتحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقا، وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة، ويحجب الأب الجدة لأب(1)، كما يحجب الجد الصحيح الجدة إذا كانت أصلا له.

هذا وإذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة، قسمت بينهم بنسبة أنصبائهم فى الإرث، وهذا هو العول. ففى زوج وشقيقتين للزوج النصف فرضا وللشقيقين الثلثان فرضا، فزاد مجموع الأنصباء على الواحد الصحيح. فتقسم التركة بينهم بنسبة أنصبائهم، ويكون للزوج ثلاثة أسباع التركة وللشقيقتين أربعة أسباعها.

=على أن تعفى من الرسوم الدار المخصصة لسكنى أسرة المتوفى والمفروشات المخصصة لاستعمالهم، إلا أنه لم يحدد المقصود بالأسرة فى تطبيق الحكم المذكور، فيتعين الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى، وقد جرى الفقه فى ظل التقنين المدنى القديم على أن أسرة الشخص تشمل ذوى قرباه بصفة عامة الذين يجمعهم معه أصل مشترك سواء كانت قرابتهم مباشرة، وهى الصلة ما بين الأصول والفروع، أو قرابة حواشى وهو الرابطة، بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك، دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر، وهو ما نص عليه المشرع فى المادتين ٣٤، ٣٥ من التقنين المدنى الحالى، والقول بغير ذلك وقصر أفراد أسرة المتوفى على ذوى قرباه المباشرين وهم أصوله وفروعه من كان يعولهم، هو تخصيص لنص المادة ١٢ سالف الذكر بغير مخصص، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى فى قضائه على أن المطعون عليهم وهم أبناء أخ المتوفى وأبناء اخته المتوفاه، يعتبرون من أسرته واعفى من الرسم الدار موضع النزاع المخصصة لسكناهم والمفروشات الموجودة بها المخصصة لاستعمالهم فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٣/٤/١١ الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣٥ق س٢٤ ص٥٨٤)

(1) مؤدى المادتين ١٤، ٢٥ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن الجدة الصحيحة، وهى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح، ترث السدس فيها تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الأكثر من واحدة، وأن الأب عند وجوده يحجب الجدة لأب دون الجدة لأم أخذا بالقاعدة الشرعية بإن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود هذا الوارث، وأم الأب قد أدلت بالاب ولكن أم الأم لم تدل به، ومأخذ هذا النص المذهب الحنفى وإذا كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها جدة المتوفى لامه التى توفيت قبله فأنها ترث فى تركته ولا يحجبها عن ذلك وجود الطاعن باعتباره أب المتوفى، وإذ التزم الحكم هذا النظر وقضى بتوريث المطعون عليها السدس فرضا فى تركة المتوفى، فأنه يكون طبق القانون على وجهه الصحيح.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣ مجموعة أحكام النقض س٢٦ ص١٥٤٤)

وعلى العكس من ذلك، إذا لم تستغرق الفروض التركة، ولم توجد عصبة من النسب، رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض بنسبة فرض كل منهم. ففى بنت وزوجة للبنت النصف فرضا وللزوجة الثمن فرضا، ويرد باقى التركة وهو ثلاثة الأثمان على البنت دون الزوجة. ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية أو أحد ذوى الأرحام. فإذا مات الزوج، ولم يترك من أصحاب الفروض إلا الزوجة، وليست له عصبة من النسب ولا أحد من ذوى الأرحام، أخذت الزوجة ربع التركة فرضا وثلاثة أرباعها ردا. ونرى من ذلك أن الرد، فى أحواله المختلفة، هو نقيض العول.

٢٦ – الارث بالتعصيب (العصبات): وإذا لم يوجد أحد من ذوى الفروض، أو وجد ولم تستغرق الفروض التركة، كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من النسب(١). والعصبة من النسب ثلاثة أنواع:

(أ) العصبة بالنفس وهم جهات أربع، مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى: (١) البنوة، وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل. (٢) الأبوة، وتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا. (٣) الأخوة، وتشمل الإخوة الأشقاء والإخوة لأب وأبناء الأخ الشقيق وأبناء الأخ لأب وإن نزل كل منهما. (٤) العمومة، وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه وأعمام جده الصحيح وإن علا سواء أكانوا لأبوين أم لأب، وأبناء من ذكر وأبناء أبنائهم وإن نزلوا.

وإذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة، كان المستحق للإرث أقربهم درجة إلى الميت، فيقدم الابن على ابن الابن فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة، كان التقديم بالقوة، فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قربة واحدة، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب. فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة والقوة، كان الإرث بينهم على السواء، فتنصف التركة أو ما يبقى منها بعد الفروض بين الابنين أو بين الأخوين الشقيقين. والمراد من التقديم سالف الذكر هو التقديم فى الإرث بالتعصيب، فلا ينفى هذا أن الأب مثلا يرث بالفرض مع الابن الذى يرث وحده بالتعصيب باقى التركة بعد فرض الأب، فيرث الأب السدس ويرث الابن خمسة الأسداس.

---

(١) متى كان سبب الارث العصوبة النسبية فان فقه الحنفية– وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يشترط لصحة الشهادة بالارث فى هذه الحالة أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد، والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره، ويبين للقاضى أنه وارث حقيقة لتعرف نصيبه الميراث.
(جلسة ١٩٨٥/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض س٣٦ ص٢٨٩)

(ب) العصبة بالغير وهن: (١) البنات مع الأبناء. (٢) بنات الابن وإن نزل مع أبناء الابن وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم ترثن بغير ذلك. (٣) الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء، والأخوات لأب مع الإخوة لأب. ويكون الإرث بينهم، فى جميع هذه الأحوال، للذكر مثل حظ الانثيين.

(جـ) العصبة مع الغير وهن: الأخوات الشقيقات أو لأب يصبحن عصبة إذا اجتمعن مع البنات أو بنات الابن وإن نزل، فيكون لهن الباقى من التركة بعد الفروض. وفى هذه الحالة يعتبرون بالنسبة إلى باقى العصبات فى مقام الأخوة الأشقاء أو لأب، ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة(١).

٢٧- ارث ذوى الأرحام: وإذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية، كانت التركة، أو الباقى منها فى حالة وجود الزوج أو الزوجة، لذوى الأرحام. وذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى:

الصنف الأول- أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزل.

الصنف الثانى- الجد غير الصحيح وإن علا، والجدة غير الصحيحة وإن علت.

الصنف الثالث- أبناء الإخوة لأم وأولادهم وإن نزلوا، وأولاد الإخوات الشقيقات أو لأب أو لأم وإن نزلوا، وبنات الإخوة الأشقاء أو لأب أو لأم وأولادهن وإن نزلوا، وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب وإن نزلوا، وأولادهن وإن نزلوا.

الصنف الرابع- ويشمل ست طوائف مقدما بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى: (الطائفة الأولى) أعمام الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو

---

(١) هذا وإذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل، استحق الأب السدس فرضاً، واستحقت البنت أو بنت الإبن النصف فرضاً، ثم استحق الأب أو الجد باقى التركة أى الثلث بطريق التعصيب.

وإذا اجتمع الجد مع الإخوة الأشقاء أو لأب والأخوات الشقيقات أو لأب، كانت له حالتان: الأولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط، أو ذكوراً وإناثاً، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث. والثانية أن يأخذ الباقى بعد الفروض، بطريق التعصيب، إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث. على أنه إذا كان الإرث بالتعصيب أو المقاسمة على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس، اعتبر صاحب فرض بالسدس. ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة أو الأخوات لأب.

لاحدهما. (الطائفة الثانية) أولاد من ذكروا فى الطائفة الأولى وإن نزلوا، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكروا وإن نزلوا. (الطائفة الثالثة) أعمام أبى الميت لأم وعماته وأخواله وخالاته لأبوين أو لاحدهما. وأعمام أم الميت وعماتها وأخوالها وخالاتها لأبوين أو لأحدهما. (الطائفة الرابعة) أولاد من ذكروا فى الطائفة الثالثة وإن نزلوا، وبنات أعمام أبى الميت لأبوين أو لأب وبنات أبنائه وإن نزلوا، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا. (الطائفة الخامسة) أعمام أب أب الميت لأم، وأعمام أب أم الميت وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما، وأعمام أم أم الميت وأم أبيه وعماتهما وأخوالهما وخالاتهما لأبوين أو لأحدهما. (الطائفة السادسة) أولاد من ذكروا فى الطائفة الخامسة وأن نزلوا، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب، وبنات أبنائهم وإن نزلوا، وأولاد من ذكرن وإن نزلوا، وهكذا[1].

٢ - انتقال التركة من المورث إلى الوارث

٢٨ - المسائل التى يتناولها البحث: ولم يتناول قانون المواريث كيفية انتقال التركة من المورث إلى الوارث، إذ لم يعتبر هذا الموضوع من موضوعات الأحوال الشخصية. فالأمر هنا يتعلق بالميراث باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية، تنتقل به ملكية التركة من المورث إلى الوارث، فهو يدخل إذن فى الأحوال العينية (الأموال) لا فى الأحوال الشخصية. ولكن أحكام الشريعة الإسلامية مع ذلك هى التى تسرى فى شأنه، وقد صرحت بذلك المادة ٨٧٥ مدنى[2] كما رأينا.

---

(١) والمواد ٣٢- ٣٧ من قانون المواريث تبين، فى كل صنف من الأصناف الثلاثة الأولى من ذوى الأرحام، وفى كل طائفة من الطوائف الست فى الصنف الرابع، من يتقدم على غيره فى الأرث من أفراد الصنف أو الطائفة.

هذا ويوجد بعد إرث ذوى الأرحام إرث بالعصوبة السببية، ثم استحقاق المقر له بالنسب للتركة.

ويشتمل الباب الثامن والأخير من قانون المواريث على أحكام متنوعة، تتناول توريث الحمل وإرث الخنثى المشكل وإرث ولد الزنا وولد اللعان والتخارج. ونجتزئ بهذه الإشارة، بعد أن قدمنا من المسائل التى اشتمل عليها قانون المواريث ما فيه الكفاية.

(٢) وقد احتدم الخلاف، فى وقت ما فى عهد التقنين المدنى السابق، فيما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى التى تسرى فى هذا الموضوع. وكان الرأى الراجح وجوب سريان هذه الأحكام، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة كان لدائنى التركة أن يتتبعوا هذه العين فى يد المشترى وينفذوا عليها. وذهب رأى مرجوح إلى عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يكون لدائنى التركة حق تتبع العين فى يد المشترى، وليس أمامهم إلا التنفيذ على أموال الوارث الشخصية وعلى ما بقى فى يده =

=من أموال التركة، مع الاحتفاظ بحق الطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها.

ويستند أصحاب الرأى الأول إلى أن المشرع فى عهد التقنين المدنى السابق قد أخضع لأحكام الشريعة الإسلامية الميراث فى جميع مسائله، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الميراث، بل أيضاً باعتبار الميراث سبباً لكسب الملكية وانتقالها من المورث إلى الوارث. ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يستمر فيه شخص مورثه ولا يحل محل المورث فى التزاماته، فان ديون المورث تتعلق بالتركة. وتبقى التركة ضامنة لديون المورث بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته، ولا يرث الوارث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين. أما حق الدائنين فى الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة، فإذا باع الوارث عيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين، كان للدائن أن يتتبعها فى يد المشترى ويستوفى منها حقه. هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك حق رهن عام بمقدار الديون التى لهم، لأن التركة مثقلة بهذه الديون. ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف فى أعيان التركة، لأن ضمان الدائنين هى التركة جميعها لا عين بالذات. على أن حق الورثة فى التصرف يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكفى للوفاء بالديون، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ فى حق الدائنين، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها فى أيدى الورثة كافياً للوفاء بهذه الحقوق. أنظر فى هذا الرأى عبد الحميد بدوى فى مجلة مصر المعاصرة ١٩١٤ ص١٤ وما بعدها – وملاحظات عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمى عيسى فى ص٤٠– وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (على زكى العرابى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣– وانظر مقالا له فى المحاماة السنة الأولى العدد الخامس). ويلاحظ على أصحاب هذا الرأى الأول أنهم يستندون فى إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى المادة ٧٧/٥٤ من التقنين المدنى السابق، والصحيح أن هذا النص هو من نصوص الإسناد فى القانون الدولى الخاص لا من نصوص القانون الداخلى. وإنما يرجع إخضاع الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية إلى أن القوانين المصرية تركت جميع مسائل الميراث لأحكام الشريعة الإسلامية، ولم يتعرض لها المشرع المصرى بأى حكم موضوعى. وقد كانت أحكام الشريعة الإسلامية هى السارية فى الميراث، فبقيت سارية حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد ما دام أنها لم تنسخ بأى نص من نصوص هذا القانون.

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الميراث، لا فى كيفية انتقال المال من المورث إلى الورثة فذلك ليس متصلا بالأحوال الشخصية، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية فتسرى فى شأنه المبادئ العامة فى القانون المدنى. ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الشخصية ويقدم المورث على دائنى الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة، لأن حق الضمان العام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان ما دام المالان منفصلين. ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عينياً بالموت، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث بالبيع إلا إذا كان المشترى سئ النية. وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق، له أن يطعن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث. ولكن الوارث التزم فى أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة، وليس لدائنيه أن يتضرروا من ذلك لأن كل =

فيعنينا إذن، ما دمنا نعرض للميراث باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية، أن نبين أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع، فان هذه الأحكام هى الواجبة التطبيق فيما نحن بصدده.

ومن ثم نتناول بالبحث المسائل الآتية: (١) انتقال حقوق التركة إلى الورثة. (٢) متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة. (٣) هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها وما مدى نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين. (٤) حكم تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة.

٢٩- انتقال حقوق التركة إلى الورثة: تنتقل جميع حقوق الوارث المالية - وهذه هى حقوق التركة- إلى الورثة عن طريق الميراث بوفاة المورث، إذ الوارث خلف المورث فى الحقوق المالية(1). وقد قلنا فى هذا المعنى فى الجزء الخامس من مصادر الحق فى الفقه

=تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله، ولا سبيل إلى منعه من التصرف إلا بالحجر. أنظر فى هذا الرأى أحمد عبد اللطيف فى المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - عبد الوهاب محمد فى الشرائع السنة الأولى ص٥٧- وانظر فى أحكام القضاء فى هذا الرأى ما أشير إليه فى الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص٣٣٦ هامش١.

وقد أخذت محكمة النقض، فى عهد التقنين المدنى السابق، بالرأى الأول. فقضت بأن التركة عند الحنفية، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها واستيفاءديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه. وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فرعية. ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائنى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية، وهى على سبق القول القانون فى المواريث. وإذن فالحكم الذى ينفى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مدينه تحت يد من اشتراها، ولو كان المشترى حسن النية وكان عقده مسجلا، مخالف للقانون (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ورقم ١٦٠ ص٣٥٦).

أنظر فى كل ذلك: الوسيط ٤ فقرة ١٨٩ ص٣٣٦ هامش١- رسالة الدكتور على إبراهيم الرجال فى مدى تعلق حق الغرماء بالتركة - رسالة الدكتور حسن بغدادى فى التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ص٣٠١ وص٣٢٧ وص٣٣٦- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ١٩٩- فقرة ٢٠٤- حامد زكى فى المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية مجلة القانون الاقتصاد السنة الرابعة- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٧- محمد كامل مرسى ٥ فقرة ١٠٣- فقرة ١٠٦.

(1) التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من مال حال حياته فلا حق للورثة فيه.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٧ الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٢٩٨)

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢ الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٧ س٢٣ ص٧٩٠)

الإسلامي: «وإذا كان الفقه الإسلامي سلم بانتقال الحق إلى الوارث، فذلك بفضل خلافة الوارث للمورث. فكرة الخلافة هذه تقضي بأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه، فيجب إذن أن يخلفه في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات، فينتقل إلى الوارث هذا المجموع من الحقوق. بل لعل الأدق أن يقال إن الوارث هو الذي ينتقل ليحل محل مورثه في مجموع حقوقه، فيقوم مقامه في هذه الحقوق ويخلفه عليها. ومثل الوارث الموصى له بجزء من مجموع الحقوق، فان نظرية الخلافة تتسع له كما اتسعت للوارث، إذ أن كليهما يخلف الميت في مجموع الحقوق لا في حق معين بالذات»[1]. ويؤيد ذلك ما ذهب إليه الحنفية من أن حق التعلي مستقلا عن البناء المستعلى ينتقل بالميراث، ولا ينتقل بالبيع. وذلك لأن انتقاله بالميراث لا يكون باعتباره حقا معينا بالذات، بل باعتباره عنصرا داخلا في مجموع المال الذي خلف عليه الوارث المورث. أما انتقاله بالبيع فلا يجوز، لأن البيع لا ينقل إلا حقا معينا بالذات، ولا يكون حق التعلي حقا معينا بالذات إلا إذا كان تابعا للبناء المستعلى[2].

والحقوق التي تنتقل إلى الوارث هي الحقوق المالية(1)، فتنتقل إليه ملكية أعيان التركة، والحقوق العينية الأصلية الأخرى التي للمورث إلا ما كان منها ينقضي بالموت كحق الانتفاع، والحقوق العينية التبعية كحق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز[3]. أما ما كان من الحقوق ليس حقا ماليا، وما كان حقا ماليا ولكنه متصل بشخص المورث، وما اتصل بمشيئة المورث لا بماله، فإن شيئا من هذا لا ينتقل إلى الوارث، لأن طبيعة الحق تستعصي على هذا الانتقال، وتأبى إلا بقاء الحق مع صاحبه الأصلي وزواله بموته.

ومثل الحقوق غير المالية حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال، فهذه كلها لا تنتقل إلى الوارث لأنها حقوق غير مالية.

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص٨٠.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص٨٠ هامش١.

(٣) وينتقل إلى الوارث أيضاً الحق في إبطال العقد، إذ هو حق مالي ينتقل بالميراث. وقد قضت محكمة النقض بأن القاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثة بوصفه خلفاً عاماً له يحل سلفه في كل ماله وما عليه، فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه. وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً، فانه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص١٦١).

(1) حق الشفعة من الحقوق التي يجرى فيها التوارث - على ما جرى به قضاء محكمة النقض. (جلسة ١٩٥٧/٣/٧ الطعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ق س٨ ص٢١٤)

ومثل الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث الحق في النفقة، سواء كان الدائن بها زوجة أو قريبا، فلا ينتقل هذا الحق إلى الوارث بعد موت الدائن بالنفقة، وذلك ما لم يأذن القاضي للدائن بالاستدانة ويستدن فعلا. كذلك حق الرجوع في الهبة حين يجوز الرجوع حق متصل بشخص الواهب، فلا ينتقل منه إلى وارثه، بل يسقط بموته. وقد أكدت هذا المعنى المادة ٥٠٢ مدني، حين جعلت من موانع الرجوع في الهبة موت أحد طرفي العقد، الواهب أو الموهوب له. وحق الأجل في الدين قام فيه خلاف من حيث اتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن. فهو يورث عن الدائن دون خلاف في ذلك، فإذا مات الدائن قبل حلول الأجل بقي الأجل على حاله ولم يحل الدين، وعلى ورثة الدائن أن يتربصوا حتى يحل الأجل ليطالبوا بحق مورثهم، أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين لا يجعل الأجل ينتقل إلى الوارث فينتفع بما بقي منه كما كان ينتفع المدين لو بقي حيا، وعلى ذلك يسقط الأجل بموت المدين ولا ينتقل إلى الوارث، فيحل الدين ولو لم يحل أجله. وظاهر أن هذا القول يتعارض مع ما هو مقرر في القانون المصري من أن الأجل في الدين متصل بالدين ذاته لا بشخص المدين، بل هو وصف في الدين، فإذا مات المدين لم يحل الدين إذا كان الأجل لم ينقض. وقد حصرت المادة ٢٧٣ مدني أسباب سقوط حق المدين في الأجل، وليس الموت من بينها، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين. ولاشك في أن هذا هو القانون الوضعي في مصر، فلا تجوز مخالفته. بقي أن نتلمس قولا في الفقه الإسلامي يتفق مع هذا الحكم، حتى لا يتعارض الفقه الإسلامي مع أحكام القانون في مسألة قلنا إن أحكام الشريعة الإسلامية تسري في شأنها. وفي مذهب مالك لا يسقط الأجل بموت المدين، إذا اشترط المدين بقاء الدين مؤجلا بعد موته إلى أن ينقضي الأجل[١]. ولكن هذا لا يكفي، إذ يكون الأصل في الأجل عند مالك أن يسقط بموت المدين إلا إذا اشترط المدين بقاءه بعد موته. أما في القانون المصري فالأجل لا يسقط بموت المدين، سواء اشترط المدين بقاءه بعد موته أو لم يشترط. والأقرب إلى القانون المصري في هذه المسألة هو رواية في المذهب الحنبلي[٢]،

---

(١) أنظر علي الخفيف في بحثه في تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته المنشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة العاشرة العددين الخامس والسادس ص٢٣- وانظر أيضاً محمد أبو زهرة في أحكام التركات والمواريث ص٣٨- ص٣٩.

(٢) وغني عن البيان أننا لا نلتزم، في الملاءمة ما بين أحكام القانون الوضعي وأحكام الشريعة الإسلامية، أرجح الأقوال في المذهب الحنفي، فهذا لا يشترط إلا في الأحوال الشخصية فيما لم يرد في شأنه نص تشريعي. وفي غير ذلك يجوز الاستناد إلى المرجوح من الأقوال في المذهب الحنفي، وإلى غير المذهب الحنفي من المذاهب الفقهية الأخرى حتى لو كان مذهباً غير المذاهب الأربعة المعروفة، وإلى أية رواية من الروايات التي وردت في هذه المذاهب المختلفة.

ففى هذا المذهب روايتان فى سقوط الأجل بموت المدين، إحداهما أن الأجل لا يسقط بموت المدين إذا وثق الورثة الدين[1]. ومعنى توثيق الورثة للدين أن يقدموا ضمانا للدائن يأمن به على حقه، وهذا هو نفس ما تقضى به المادة ٢/٨٩٥ مدنى فى تصفية التركة تصفية جماعية، إذ تقول: «وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فان استحال تحقيق ذلك، ولو باضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص، أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها». وإذا لم تصف التركة تصفية جماعية. ففى تأشير الدائن بحقه، وفقا لأحكام المادة ٩١٤ مدنى وسيأتى تفصيل ذلك فيما يلى، ضمان كاف يطمئن معه الدائن إلى استيفاء حقه من التركة حتى مع بقاء الأجل قائما بعد موت المدين، ويقوم هذا الضمان مقام توثيق الورثة للدين.

ومثل الحقوق المالية التى تتصل بمشيئة المورث لا بماله الخيارات، وحق الأخذ بالشفعة[2]. وأهم الخيارات هى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار

---

(١) وقد جاء فى المعنى (وهو فى كتب الفقه الحنبلى) فى هذا الصدد: «إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحل بالموت؟ فيه روايتان. إحداهما لا تحل إذا وثق الورثة، وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن وإسحاق وأبى عبيد، وقال طاوس وأبو بكر بن محمود الزهرى وسعيد بن إبراهيم الدين إلى أجله، وحكى ذلك عن الحسن. والرواية الأخرى أنه يحل بالموت، وبه قال الشعبى والنخعى وسوار ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى. لأنه لا يخلو إما أن يبقى فى ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال. لا يجوز بقاؤه فى ذمة الميت، لخرابها وتعذر مطالبته بها. ولا فى ذمة الورثة لأنهم لم يلتزموها ولا رضى صاحب الدين بذمهم وهى مختلفة متباينة. ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله، لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه. أما الميت فلأن النبى صلى الله عليه وسلم قال الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه. وأما صاحبه، فيتأخر حقه، وقد تتلف العين فيسقط حقه. وأما الورثة، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة فلا يسقط حق الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم. ولنا.. أن الموت ما جعل مبطلا للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الوراثة. وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالا فلورثته.. فعلى هذا يبقى الدين فى ذمة الميت كما كان، ويتعلق ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه. فأن أحب الورثة أداء الدين (عند حلول أجله) والتزامه للغريم ويتصرفون فى المال، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين ملئ أو رهن يثق به لوفاء حقه، فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم، فيؤدى ذلك إلى فوات الحق... وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال، وقلنا المجل يحل بالموت، تساووا فى التركة فاقتسموها على قدر ديونهم. وإن قلنا لا يحل بالموت، نظرنا. فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة عن التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لئلا يفضى إلى إسقاط دينه بالكلية» (المغنى ٤ ص٤٨٥-ص٤٨٧).

(١) سنعرض، عند الكلام فى الشفعة لما إذا كان حق الأخذ بالشفعة ينتقل إلى الوارث (أنظر ما يلى فقرة ١٦٣).

فوات الوصف. ويذهب الحنفية إلى أن هذه الخيارات لا تورث، إذ هى متصلة بشخص صاحب الخيار، وليست إلا اتجاها لإرادته ومظهرا من مظاهر مشيئته. وليس للإرادة أو المشيئة بقاء بعد الموت، فتنتهى به ولا تنتقل إلى الوارث. إلا أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت للوارث بعد موت المورث ابتداء، لا بطريق الوراثة والخلافة، لأن هذه الخيارات إنما تثبت لعلل تحققت فى العين ذاتها. فخيار التعيين يثبت نتيجة لاختلاط المال، وكل من خيار العيب وخيار فوات الوصف يثبت لضياع بعض المال أو نقصه. وهذه العلل تبقى قائمة حتى بعد انتقال العين إلى الوارث، فيثبت الخيار للوارث ابتداء لقيام العلة، لا لأن الخيار انتقل إليه من وارثه. ويذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن كلا من خيار التعيين وخيار العيب وخيار الوصف ينتقل بالميراث، لأنها حقوق مالية تنتقل إلى الوارث كسائر الحقوق، وإذا كان انتقال العين نفسها إلى الوارث بطريق الإرث والخلافة فكذلك يكون انتقال الخيار المتعلق بها. وكذلك الحكم فى خيار الشرط عند الشافعى ومالك إذ هو حق مالى يقوم الوارث فيه مقام مورثه، خلافا لأحمد فقد ذهب إلى أنه لا يورث إلا إذا اختار من له الخيار قبل موته، أما إذا لم يختر قبل الموت فلا يورث الخيار(١).

---

(١) أنظر فى كل ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٥ ص٦٩- ص٧٠- وقد جاء فى الفروق للقرافى وهو من كتب الفقه المالكى: «أعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات عن حق فلورثته. وهذا اللفظ ليس على عمومه، بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل. فمن حق الإنسان أن يلاعن عند سبب اللعان، وأن يفئ بعد الإيلاء، وأن يعود بعد الظهار، وأن يختار من نسوة أسلم عليهن وهن أكثر من أربع، وأن يختار إحدى الأختين إذا أسلم عليهما. وإذا جعل المتبايعان له الخيار، فمن حقه أن يملك إمضاء البيع عليهما وفسخه. ومن حقه ما فوض إليه من الولايات والمناصب، كالقصاص والإمامة والخطابة وغيرها، وكالأمانة والوكالة. فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شئ، وإن كانت ثابتة للمورث. بل الضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال، أو يدفع ضرراً عن الوارث فى عرضه بتخفيف ألمه. وما كان متعلقاً بنفس المورث وعقله وشهواته لا ينتقل للوارث. والسر فى الفرق أن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً، ولا يرثون عقله ولا شهوته ولا نفسه فلا يرثون ما يتعلق بذلك، وما لا يورث لا يرثون ما يتعلق به: فاللعان يرجع إلى أمر يعتقده لا يشاركه فيه غيره غالباً، والاعتقادات ليست من باب المال، والفيئة شهوته، والعود إرادته، واختيار الأختين والنسوة أربه وميله، وقضاؤه على المتبايعين عقله وفكرته ورأيه، ومناصبه وولاياته واجتهاداته وأفعاله الدينية فهو دينه. ولا ينتقل شئ من ذلك للوارث، لأنه لم يرث مستندء وأصله. وانتقل للوارث خيار الشرط فى المبيعات، وقاله الشافعى رحمه الله تعالى، وقال أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل لا ينتقل إليه. وينتقل للوارث خيار الشفعة عندنا، وخيار التعيين إذا اشترى مورثه عبداً من عبدين على أن يختار، وخيار الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي، وخيار الإقالة والقبول إذا أوجب البيع لزيد فلوارثه القبول والرد.. وخيار الهبة وفيه خلاف ومنع أبو حنيفة خيار الشفعة، وسلم خيار الرد بالعيب وخيار تعدد الصفقة وحق القصاص وحق الرهن وحبس المبيع ... =

٣٠- متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة: وإذا قررنا أن الحقوق المالية تنتقل بالميراث من المورث إلى الورثة، فانه يبقى أن نحدد متى تنتقل هذه الحقوق إلى الورثة. وقد اختلفت المذاهب فى تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة.

فعند المالكية، تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، فإذا ما سدد انتقلت ملكية التركة إلى الورثة من وقت السداد.

وعند الحنفية، يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها. فان كان الدين مستغرقا، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة(١)، فإذا ما صفيت وسددت الديون لم يبق من التركة شئ لأن الدين مستغرق لها. وأما إن كان الدين غير مستغرق، فالرأى الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال(1). وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل فى هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين، ورأى ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأعيان ما يكفى لسداد الدين وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة.

وعند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين، تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها، سواء كان الدين غير مستغرق للتركة أو كان مستغرقا لها(٢).

=ووافقناه نحن على خيار الهبة فى الأب للابن بالاعتصار... وسلم الشافعى جميع ما سلمناه، وسلم خيار الإقالة والقبول. ومدارك المسألة على أن الخيار عندنا صفة للعقد فينتقل مع العقد، فإن آثار العقد انتقلت للوارث. وعند أبى حنيفة صفة للعاقد لأنها مشيئته واختياره، فتبطل بموته كما تبطل سائر صفاته... ولم يخرج عن حقوق الأموال إلا صورتان فيما علمت: حد القذف، وقصاص الأطراف والجرح والمنافع فى الأعضاء. فإن هاتين الصورتين تنتقلان للورثة وهما ليستا بمال، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه. وأما قصاص النفس فإنه لا يورث، فإنه لم يثبت للمجنى عليه قبل موته وإنما ثبت للوارث ابتداء، لأن استحقاقه فرع زهوق النفس فلا يقع إلا للوارث بعد موت المورث» (الفروق للقرافى جزء ٣ ص٢٧٥- ص٢٧٩).

(١) بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون، ولا يكفى أن يدفعوا قيمة التركة، وهذا على الرأى المشهور فى المذهب الحنفى. وفى قول آخر، يكفى لاستخلاص أموال التركة أن يدفع الورثة للدائنين قيمة هذه الأموال لا جميع الديون (أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٠ ص٣٤٠)

(٢) أنظر فى عرض هذه المذاهب المختلفة والأدلة التى يحتج بها كل مذهب: على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص١٥٨- ص١٧٤.

(1) غلب المشرع المصرى مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة.

(جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٩٢٥)

ولا شك فى أن أموال التركة، فى القانون المصرى، تنتقل ملكيتها إلى الوارث فورا بمجرد موت المورث، سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة، وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقا. وذلك لأن الميراث سبب لكسب الملكية كما بينا، فتنتقل الملكية بمجرد تحقق سبب انتقالها. والميراث يكون بموت المورث، ومن ثم تنتقل أموال التركة إلى الوارث بمجرد موت المورث. وقد أكدت ذلك المادة الأولى من قانون المواريث إذ نصت على أن «يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتا بحكم القاضى»(١). وعلى ذلك يكون حكم القانون المصرى فى هذه المسألة متفقا مع الشريعة الإسلامية، وذلك فى مذهبين من مذاهبها: الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين.

ويلاحظ أن تحديد وقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة بموت المورث لا يعنى حتما أن الورثة يستطيعون التصرف فى هذه الأعيان من ذلك الوقت، فان ملكية الأعيان قد تنتقل إليهم والديون متعلقة بها فلا يستطيعون التصرف فيها على النحو الذى سنبينه فيما يلى. ولكن هناك نتائج أخرى تترتب على تحديد وقت انتقال أعيان التركة إلى ملك الورثة بموت المورث، لا بوقت سداد الديون(٢).

---

(١) ولا يجوز إسناد موت المورث لتاريخ سابق على وقت حصوله، وقد جاء فى تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الخاص بقانون المواريث فى هذا الصدد ما يأتى: «بالنسبة لجواز إسناد الوفاة لتاريخ سابق اختلف رأى اللجنة. فاتجه رأى فريق من أعضاء اللجنة إلى عدم جواز الإسناد. واعتمد فى تبرير رأيه إلى أن الموت إما أن يكون حقيقة أو حكماً. ففيما يتعلق بالموت الحقيقى، للقاضى أن يحكم – كلما توافرت لديه الأدلة المقنعة – بأن الوفاة وقعت فى تاريخ معين، وله فى ذلك مطلق الحرية فى التقدير أسوة بكل نزاع آخر يعرض عليه الفصل فيه. أما الموت الحكمى فيحتاج بالضرورة إلى حكم يصدر من القاضى، وبغير هذا الحكم لا يمكن القول بأن الشخص مات حكماً. فحكم القاضى يقرر الوفاة ويظهرها فى الحالة الأولى، ولكنه ينشئها فى الحالة الثانية. ويعززون رأيهم بأن هذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الغراء، وبالتالى فكل رأى يخالفه يعوزه السند الشرعى، وإنهم بهذا الرأى يتمشون مع المرسوم بقانون رقم ١٩٢٥ الخاص بالمفقود. ويضيفون إلى ما تقدم أنه يصعب جداً وضع ضابط بحكم يسترشد به القاضى عند إسناد الوفاة إلى تاريخ دون آخر، إذ قد يترتب على هذا الإسناد حرمان شخص من الإرث أو ثبوت حقه فيه. فترك المسألة إلى القاضى يحكم فيها بما يمليه عليه تقديره قد يوقعه فى الحرج... وقد ناقشت اللجنة هذين الرأيين طويلا، وانتهت إلى ترجيح الرأى الأول أخذاً بالأضبط والأحوط».

(٢) أنظر فى هذه النتائج بحث الأستاذ على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص١٧٤– ص١٧٧ . ويذكر من هذه النتائج ما يأتى:

أ– نماء أعيان التركة بزيادتها زيادة متولدة متصلة أو منفصلة، كالثمرة والسمن والولد والريع، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت، يكون ملكاً للميت، فتقضى من هذه الزيادة ديونه وتنفذ وصاياه. وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فإن هذه الزيادة تكون ملكاً للورثة، فلا تقضى منها ديون الميت ولا تنفذ منها وصاياه. وقد أخذت محكمة النقض بأن ملكية التركة تنتقل إلى =

٣١- هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها- مدى نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين: والآن نعرض لأهم مسألة تبرز بين مسائل انتقال التركة إلى الورثة، وإن كانت أهميتها أصبحت الآن أهمية نظرية بعد أن عالجها التقنين المدنى الجديد وقانون الشهر العقارى علاجا عمليا.

فهناك قاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، فهل تعنى هذه القاعدة بأن ديون التركة لا تنتقل إلى الورثة كما تنتقل حقوقها، وأن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا خالصة من الديون؟

هذا هو الرأى المشهور فى الفقه الإسلامى، فإذا مات المورث عن دين فى ذمته، بقى الدين فى التركة ولا ينتقل إلى ذمة الورثة(١)(1). ويكون لدائنى التركة أن ينفذوا بحقوقهم على أموال التركة، حتى لو تصرف فيها الوارث كما سنرى. وليس لهم أن

=الورثة بمجرد موت المورث، فقضت بأن الدين، وإن كان مستغرقاً للتركة، لا يمنع انتقالها لورثة المدين عند موته. وهذا يتفرع عليه أن إيراد التركة ونتائجها يكون حقاً خالصاً للورثة، فلا يتعلق حقهم بالأصل فقط. وقد قال بهذا الرأى فريق من فقهاء الشريعة الإسلامية فى تفسير قاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين»، وهو قول يتفق مع أحكام القانون المدنى. فادعاء الحائز لأعيان التركة بدين كبير على التركة مستغرق لها لا يصح الاستناد إليه فى التمسك بقاعدة «لا تركة إلا بعد وفاء الدين»، فى وجه الوارث الذى يطلب إيراد نصيبه فى التركة (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى مدى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص٩٩٩ رقم ٨).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القول بأن الوارث مسئول عن دين مورثه بمقدار ما ورثه معناه اختلاط مال المورث ومال الوارث، وهو أمر غير معروف فى القانون المصرى ما دامت أعيان التركة موجودة ولم يحصل التصرف فيها، كما أن الشريعة الإسلامية كذلك لا تقر هذه النظرية. ولا تعترف الشريعة الإسلامية بانتقال شخصية المورث لوارثه، فمتى توفى المورث انتقلت جميع الالتزامات التى كانت بذمته إلى تركته لا إلى ورثته، فلا يعتبر الوارث إذن مسئولا شخصياً عن ديون التركة (استئناف مصر ٤ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٩٢ ص١٢٦١).

(1) أ- مؤدى أحكام الشريعة الإسلامية التى تحكم الميراث هو أنه حين يرث الدائن للمدين فإنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الدائن حتى تسدد الديون التى عليها ومن بينها دينها له وبعد ذلك يرث الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما يتبقى من التركة فلا ينقضى دينه باتحاد الذمة النسبية لنصيبه الميراثى.
(جلسة ١٣/٥/١٩٦٩ الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٧٦٩)

ب- شخصية الوارث - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمه ورثته، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعا لذلك لا يعتبر الوارث الذى جعلت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولا =

ينفذوا على أموال الوارث الشخصية، فالتركة وحدها هى المسئولة عن ديونها، ولا تختلط بأموال الوارث. وهذا بخلاف القانون الفرنسى، فان دين التركة فيه ينتقل إلى ذمة الوارث، ولدائنى التركة أن ينفذوا على أموال الوارث الشخصية إلا أذا رفض الوارث الميراث أو قبله بشرط التجنيب أو الجرد (sous bénéfice d'inventaire)(١). والحقوق التى تترتب على التركة فى الفقه الإسلامى هى على الترتيب الآتى: (أولا) حق الميت فى تجهيزه ودفنه. (ثانيا) حقوق دائنى التركة. (ثالثا) حقوق الموصى لهم فيما لا يجاوز ثلث التركة بعد سداد ديونها، إلا إذا أجاز الورثة ما يزيد على ذلك. (رابعا) حقوق الورثة، وتأتى بعد وفاء حق الميت وسداد ديون التركة وتنفيذ الوصايا.

=عن التزامات الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم ينتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض س٣١ ص٢-١١)

جـ- النص فى المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على أن التركة تنفصل عن المورث بوفاته ولا تؤول بصفة نهائية إلى الورثة إلا بعد أداء مصاريف تجهيز من تلزمه نفقته وما عليه من ديون للعباد وما ينفذ من وصاياه، يدل على قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين، ومؤداها أن تظل التركة منشغلة بمجرد الوفاة بحق عينى تبعى لدائنى المتوفى تخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها، وتكون هذه الديون غير قابلة للانقسام فى مواجهة الورثة يلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين، طالما كان قد آل إليه من التركة ما يكفى السداد، فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا فى حدود ما آل إليه من التركة، لأن الوارث لا يرث دين المورث وله الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم فى الدين الذى وفاه كل بقدر نصيبه فى حدود ما آل إليه من التركة بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية.

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص٦٥٧)

(١) ومركز الوارث فى الشريعة الإسلامية قريب من مركز الوارث بشرط التجنيب أو الجرد فى القانون الفرنسى، فشخصية الوارث تبقى مستقلة عن شخصية المورث فى الحالتين، وفى الحالتين أيضاً تتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قبل الوارث التركة بشرط الجرد فى القانون الفرنسى، كانت شخصيته مستقلة عن شخصية المورث، ولا يصح أن يواجه بالتزام المورث عدم التعرض للمشترى إذا ادعى الاستحقاق لعين من الأعيان تصرف فيها مورثه للغير. وقد أخذ المشرع المصرى فى انتقال التركات بما يتقارب فى هذا الخصوص مع ما يقرره القانون الفرنسى بشأن الوارث إذا قبل التركة بشرط الجرد، لأنه يعتبر شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وأن ديون المورث إنما تتعلق بتركته لا بذمة ورثته. وعلى ذلك فمتى تبين من وقائع الدعوى أن المورث كان قد تصرف فى أطيان له للغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل، ثم تصرف فى ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بعقد بيع مسجل، فأقام هذا الأخير بعد وفاة البائع دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا القدر، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر فى التشريع الفرنسى فى شأن الوارث الذى يقبل التركة بغير تحفظ، فإن الحكم يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص٩٦٠).

ولكن ما دام دين التركة لا ينتقل إلى ذمة الوارث بعد موت المورث، ففى ذمة من إذن يكون؟ هنا اختلفت المذاهب الفقهية وتضاربت فيها الروايات، ويمكن تلخيص هذا الاختلاف فى إيجاز على الوجه الآتى:

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الدين يبقى فى ذمة الميت حتى بعد موته. فهم يفترضون بقاء الذمة قائمة بعد الموت، ولكن بشرط أن تتقوى بتركة أو بكفيل. وتقوية الذمة بتركة أو بكفيل معناه أن هناك ضمانا للدين يكفل سداده، وهذا الضمان إما أن يكون تركة الميت فهى مسئولة عن ديونه، أو كفيلا يتركه الميت بدينه فيكون الكفيل هو المسئول عن سداد الدين. ومتى وجد هذا الضمان، أمكن افتراض بقاء ذمة المدين قائمة بعد موته، ففى هذا الافتراض فائدة هى بقاء الدين قائما إلى أن يسدد إما من التركة أو من الكفيل. أما إذا لم يترك الميت تركة أو كفيلا بالدين، فلا سبيل إلى سداد الدين ولا فائدة من افتراض ذمة الميت قائمة تتحمل به، ومن ثم تخرب الذمة ويسقط الدين. ولا شك فى أن افتراض ذمة الميت قائمة بعد موته هو مجرد مجاز قانونى لا يطابق الحقيقة، فالواقع أن المدين إذا مات لم تعد له ذمة باقية، وليس افتراض قيام ذمته بعد موته إلا من قبيل الصنعة القانونية.

وذهب المالكية إلى أن الذمة لا تبقى بعد الموت لأنها صفة من صفات الحياة فتزول بزوالها، والدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت. فإذا مات المدين ولم يترك مالا، سقط دينه لانعدام محله. والمالكية فى هذا هم أيضاً قد لجأوا إلى الصنعة القانونية. ويمكن تفسير قولهم، فى لغة القانون الحديث، بأحد تفسيرين. فاما أن يقال إن التركة تصبح فى هذه الحالة شخصا معنويا، يتعلق الدين بذمته[1]. وهذا القول يتعارض مع أحكام القانون الوضعى فى مصر، فقد عددت المادة ٥٢ مدنى الأشخاص المعنوية وليست التركة من بينها. أو أن يقال إن تركة المورث تصبح ذمة مالية (patrimoine) مستقلة تضاف إلى ذمة الوارث الأصلية وتتميز عنها، فتتعدد ذمة الوارث المالية[2]، وقد أقرت النظرية الحديثة فى الذمة المالية تعدد الذمة كما بينا عند الكلام فى هذا الموضوع فى الجزء الثامن من الوسيط. ولكن تعدد الذمة المالية للشخص الواحد لا يتنافى مع أن كلا من هذه الذم المالية المتعددة هو ذمة لهذا الشخص، فتكون تركة المورث، وهى ذمة مالية مضافة إلى ذمة الوارث الأصلية، هى ذمة مالية للوارث نفسه. ويكون مؤدى القول بأن دين الميت يتعلق بتركته أن هذا الدين يتعلق باحدى ذمتى الوارث، فهو إذن يتعلق بذمة الوارث على كل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فى نظرية الحق سنة ١٩٥٧ فقرة٣٩.

(٢) حسن كيرة ص٣٧- ص٣٨.

حال. وهذا ما لم يرده المالكية، فهم قد قصدوا بجعلهم الدين يتعلق بالتركة أن يفصلوه عن ذمة الوارث بقدر ما قصدوا أن يفصلوه عن ذمة المورث.

أما الحنابلة، فمنهم من ذهب مذهب الحنفية والشافعية فقال إن الدين يتعلق بذمة الميت على فرض بقائها قائمة بعد موته، ومنهم من ذهب مذهب المالكية فقال إن الدين يتعلق بالتركة نفسها لا بذمة الميت. وهناك رأى ثالث فى المذهب الحنبلى يذهب إلى أن الدين لا يتعلق بذمة الميت ولا يتعلق بالتركة، وإنما يتعلق بذمة الوارث ولكن فى حدود ما يتركه الميت من أموال. وهذا الرأى الأخير هو الذى نقف عنده، فهو أقرب إلى المعمول به فى القانون الفرنسى إذا قبل الوارث الميراث بشرط الجرد أو التجنيب. وهو فى الوقت ذاته أكثر انسجاما مع المنطق الذى ساد الفقه الإسلامى فى انتقال الحقوق إلى الورثة، فكما أن حقوق التركة تنتقل إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث عند الشافعية فى المذهب الجديد وعند الحنابلة فى أشهر الروايتين كما قدمنا، فمن العدالة والمنطق أن تنتقل أيضا ديون التركة إلى ذمة الوارث بمجرد موت المورث. فإن الحقوق تقابلها الديون، فتنتقل الديون إلى ذمة الوارث فى حدود ما انتقل إلى ذمته من الحقوق. وسنرى أن القانون الوضعى فى مصر، فى تنظيمه لحماية دائنى التركة فى كل من التقنين المدنى وقانون الشهر العقارى، يتفق مع هذا الرأى الأخير فى مذهب الحنابلة. ومن ثم يكون انتقال التركة من المورث إلى الوارث، بما لها من حقوق وما عليها من ديون، وهى مسألة يجب أن تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية كما قدمنا، يتفق فيها التقنين المدنى مع الفقه الإسلامى فى بعض مذاهبه.

على أن اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى، فى انتقال ديون التركة، ليست له آثار عملية. فقد اتفقت هذه المذاهب على أن دين الميت يستوفى مما يتركه الميت من أموال، فتصبح تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه. والدين على هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعيانها، إذ حق الدائن هو أن يستوفى الدين من مالية التركة لا من عين بالذات(١).

٣٢- حكم تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة: وما دامت تركة الميت هى المسئولة عن سداد ديونه كما قدمنا، فما هو حكم تصرف الوارث فى عين من أعيان التركة قبل سداد الديون، هل يكون صحيحا أو يبطل؟

---

(١) على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص١٥٣ - ص١٥٦.

اختلفت المذاهب الفقهية فى ذلك، ولكنها لا تربط الصحة والبطلان بوقت انتقال ملكية أعيان التركة إلى الورثة، وإلا لوجب القول بأن من يذهب إلى انتقال الملكية بمجرد موت المورث وقبل سداد الديون يجعل تصرف الوارث قبل سداد الدين صحيحا ما دامت الملكية قد انتقلت إليه، ولكننا سنرى أن هذا غير مطرد.

فعند الشافعية، وهم يقولون كما رأينا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فورا بمجرد موت المورث، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف فى أعيان التركة المدينة، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة. ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن، والرهن عندهم مانع من بيع العين المرهونة. على أن فى مذهب الشافعى رواية أخرى تقضى بأنه يصح تصرف الوارث فى التركة المدينة، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضاء المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض. فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقضه فسخ التصرف. ويتساوى الدائنون فى اقتضاء حقوقهم من التركة، فان ظهر دائن لم يكن معروفا وقت أن اقتسم الدائنون التركة، رجع عليهم وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه(١).

وفى مذهب الحنابلة روايتان، أشهرهما أن أموال التركة تنتقل إلى ملك الورثة فورا بموت المورث مع تعلق الدين بها، فإن تصرف الوارث فى التركة قبل سداد الدين صح تصرفه ولزمه أداء الدين، فإن أداه نفذ التصرف وإن لم يؤده فسخ. والرواية الثانية تقضى بأن أموال التركة لا تنتقل إلى ملك الورثة إلا بعد سداد الدين، فإن تصرف الوارث فى مال للتركة قبل سداد الدين لم يصح التصرف، لأنه يكون قد تصرف فى غير ملكه(٢).

ورأينا أن الحنفية يميزون بين ما إذا كان الدين مستغرقا للتركة أو كان غير مستغرق لها. فإن استغراق الدين أموال التركة، تبقى هذه الأموال على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة، ويكون أى تصرف للوارث فى مال التركة باطلا فى هذه الحالة. وإن لم يستغرق الدين أموال التركة، فبالرغم من أن هناك قولا بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة، لا يجوز مع ذلك للوارث التصرف فى هذه الأموال، فإن تصرف كان تصرفه باطلا. وهناك من فقهاء الحنفية من يذهب إلى أن تصرف الوارث فى هذه الحالة يكون صحيحا نافذا ما بقى فى التركة ما يفى بسداد الدين، أو إذا أجاز الدائن التصرف(٣).

---

(١) أنظر فى ذلك المهذب جزء أول ص٣٢٧.

(٢) أنظر فى ذلك المغنى جزء ٤ ص٤٨٧.

(٣) أنظر فى ذلك المبسوط جزء ٢٩ ص١٣٧- ص١٣٨- الزيلعى جزء ٥ ص٢١٣- ص٢١٤ وجزء ٦ ص٢١٤. =

وعند المالكية، وهم القائلون ببقاء أموال التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين، يقتضى منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث فى أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا، سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق. ولكن هذا أحد رأيين فى المذهب، وليس مبنيا على انعدام ملك الورثة، بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على الورثة. والرأى الآخر يذهب إلى أن تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث، أو ينزل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفى لسداد الدين. وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع، فلذلك حالتان: الحالة الأولى أن يكون الوارث عالما بالدين وقت تصرفه أو أن

= وقد قضت محكمة استئناف مصر، تطبيقاً لهذا الرأى فى مذهب الحنفية، بأن التركة المستغرقة بالديون، طبقاً للشريعة الغراء، لا يملكها الوارث ولا يملك التصرف فيها، وكل تصرف منه يقع باطلا بالنسبة إلى الدائنين لأن لهم حق متابعة التركة. أما غير المستغرقة، فقد أباح الفقهاء للورثة التصرف فى أعيانها حتى لا تتعطل فى أيديهم، ولذلك لا يجوز للدائن التعرض لهم فى تصرفاتهم فيها. على أن حق الوارث ليس مطلقاً، بل يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكفى للوفاء بالديون، وكل تصرف زاد على ذلك فهو باطل (استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٧ ص١٦٥). وقضت أيضاً بأن ليس للوارث حق التصرف فى التركة قبل سداد الدين، ولا يمنع ما يحصل من تصرف منه الدائن من متابعة أعيان التركة فى يد المشترى لاستيفاء حقوقه منها، لأن الوارث لا يستطيع أن يبيع أكثر مما يملك، ولا يملك التركة إلا ما يتبقى بعد سداد الدين، فلا يمكنه أن يبيع ولا أن يملك المشترى إلا بهذا القدر. ويقع باطلا كل تصرف فى التركة قبل سداد ديونها. ولا محل فى هذه الحالة للبحث فيما إذا كانت شروط دعوى إبطال التصرفات الضارة بالدائن متوافرة، أو دعوى الصورية متوافرة أو غير متوافرة (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢٠ ص١٠١). وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مصر ٦ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٤٦ ص٩٤- استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٢٨٣- ١٣ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٢٣- ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٠٦- ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص١٣- ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٣١- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص١١٩- ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٢٥- ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص٢٥٢ (ويقع عبء إثبات أنه لا يزال باقياً فى التركة مال لوفاء الديون وتعيين هذا المال على الورثة ومن تصرف الورثة لهم) - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م٥٣ ص١٥- ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٧١- ٤ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٢٧ (عبء إثبات أن فى التركة مالا معيناً يفى بديونها يقع على الورثة ومن تصرف الورثة لهم)- ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص١٧- ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٣٦- ١٠ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٧٦- ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٢٤- فإذا كانت التركة مستغرقة، وتصرف الوارث، وأهمل الدائن فى تقاضى حقه مدة طويلة (ثلاثين سنة)، لم يكن له بعد هذا الإهمال أن يتتبع العين فى يد من تصرف له الوارث (استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١٣١).

وقارن استئناف مصر ٢٠ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١٩٤ ص٤٤٥.

يكون الميت مشهورا بأنه مدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشترى على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته. والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولم يكن الميت مشهوراً بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن سواء كان فيه وفاء بالدين أولا، ولا رجوع لهم على المشترى بشئ إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط. ويتساوى الدائنون في اقتضاء حقوقهم من التركة، فإن ظهر بعد ذلك دائن لم يقتض حقه، رجع على الورثة بما في أيديهم من أموال التركة. فإن لم تكف هذه الأموال لوفاء دينه، رجع على الدائنين بما فاته من حصته(١).

ويخلص مما قدمناه في اختلاف المذاهب الفقهية أن منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الدين لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل هذا السداد، بل يرجع إلى حماية دائني التركة. ولما كان نظام شهر الحقوق عن طريق التسجيل أو القيد نظاما حديثا لا تعرفه القوانين القديمة ولم يكن مستطاعا حماية حقوق الدائنين عن طريق الشهر، فقد لجأ الفقه الإسلامي لحماية حقوق دائني التركة إلى أحد طريقين: (١) إما أن يجعل تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الديون باطلا، وبذلك تبقى الأعيان في التركة لينفذ عليها الدائنون. ونجد هذا القول في كل من المذاهب الأربعة على النحو الذى أسلفناه، وهو طريق فيه إمعان في حماية الدائنين وتضحية لمصالح الورثة ومن يتصرف له هؤلاء. (٢) أو يوفق بين حق الدائن وحق الوارث، فيبيح تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين ويجعل هذا التصرف صحيحا، ولكنه لا يجعله نافذا في حق الدائن إلا إذا أجاز الدائن التصرف أو نزل عن دينه أو استوفى هذا الدين أو بقى في التركة مال يكفى للوفاء به. وهذا القول الآخر نجده أيضاً في كل من المذاهب الأربعة، كما سبق البيان.

ولما كان التقنين المدنى قد صرح، بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في انتقال التركة إلى ملك الوارث، فانه قد التزم هذه الأحكام، واختار من المذاهب المختلفة ما يتلاءم مع مبادئه العامة(٢). ومن ثم فقد قرر، في انتقال أموال التركة

---

(١) أنظر في ذلك المدونة الكبرى جزء ٣ ص٥٧- ص٥٩.

وانظر في كل ما تقدم مصادر الحق في الفقه الإسلامي جزء ٥ ص٨٧- ص٩٣- وانظر أيضاً الوسيط ٤ فقرة ١٩١.

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض، في عهد التقنين المدنى السابق، بالتزام أرجح الأقوال في فقه الحنفية. فقد قضت بأن الشارع، إذ أخضع دعاوى الحقوق للقانون المدنى وجعلها من اختصاص المحاكم المدنية، فقد أبقى المواريث خاضعة للشريعة الإسلامية تقضى فيها المحاكم الشرعية بصفة أصلية طبقاً لأرجح الأقوال في مذهب الحنفية. فإن تعرضت لها المحاكم المدنية بصفة فرعية، كان عليها =

من المورث إلى الوارث وفى حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون، المبادئ الرئيسية الآتية:

أولا- تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث، مع تعلق حقوق دائنى التركة بها. فتنتقل هذه الأموال إلى الورثة مثقلة بحق عينى(١)، قريب من أن يكون حق

=أن تتبع نفس المنهج. ثم صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ مقننا أحكام الإرث فى الشريعة الإسلامية، فلم يغير الوضع السابق بل أكده. وأعقبه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤، فنص صراحة على أن «قوانين المواريث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا بالنسبة إلى المصريين كافة من مسلمين وغير مسلمين». على أنه إذا كان المتوفى غير مسلم، جاز لورثته طبقا لأحكام الشريعة الغراء الاتفاق على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى. وإذا كان الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام، وإلى أرجح الآراء فى فقه الحنفية بوجه خاص، متعيناً بالنسبة إلى حقوق التركة المدينة ومدى تأثرها بحقوق دائنى المورث باعتبار ذلك من أخص مسائل المواريث، فإن القانون المدنى إذ يقرر حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة، باعتبار هذا التصرف عقداً من العقود، إنما يقرر ذلك على أساس ما خولته الشريعة للوارث من حقوق (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص٣٥٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التركة عند الحنفية، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه. وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المواريث بصفة فرعية. ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العينى لدائن التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية، وهى، على ما سبق القول، القانون فى المواريث (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص٣٥٦ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم). وقضت أيضاً بأن مؤدى قاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الدين أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم ما دام أن الدين قائم، دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة. أما إذا كان الدين قد انقضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم، فإن لهذا الوارث، إذا ما طالبه الدائن قضائياً، أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه- كما لا تمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذى انقطع التقادم بالنسبة إليهم، متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلا للانقسام (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٧٤). وقضت كذلك بأن ورثة المدين، باعتبارهم شركاء فى تركته كل منهم بحسب نصيبه، إذا أبدى واحد منهم دفاعاً مؤثراً فى الحق المدعى به على التركة، كان فى إبدائه نائباً عن الباقين، فيستفيدون منه. وذلك لأن التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وللدائنين عليها حق عينى بمعنى أنهم يتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤدى شئ منها للورثة وبصرف النظر عن نصيب كل منهم فيها. وعلى هذا الاعتبار يكون دفع المطالب الموجهة إلى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة، ويكفى أن يبديه البعض =

رهن ولكنه رهن مصدره القانون، ومن ثم فهو أقرب إلى أن يكون حق رهن قانونى. وليس هو بحق امتياز لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق الممتاز، ولم تتغير طبيعة حق الدائن بموت مدينه(1).

=ليستفيد منه البعض الآخر. فإذا تمسك بعض الورثة فى دعوى مرفوعة منهم بطلب براءة ذمة مورثهم من دين عليه بسقوط هذا الدين بالتقادم، فإنهم يكونون فى هذا الدفع نائبين عن باقى الورثة الذين لم يشتركوا فى الدعوى، ويفيد من الحكم بسقوط الدين الورثة الآخرون الذين لم يشتركوا فى الدعوى (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص١٠٥٠).

وانظر آنفاً نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٦١ ص٣٨٤- استئناف مختلط ١٨ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٩٨- ٧ يونيه سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٥٣٣- ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص٤٩- ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٦١- ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٨٥- ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٥٠- ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٨٧- ٢٤ يونيه سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص٢٠٠- ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٩٤- ١٧ فبراير سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص٦٠.

وعينية حق دائنى التركة لا ترجع إلى طبيعة هذا الحق، فهو لم يكن عينياً قبل موت المورث. وإنما أصبح عينياً بعد موته لسببين واقعيين، اجتمعا فنتج عن اجتماعهما هذه العينية الواقعية. السبب الأول أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يستدين، فانحصرت ديونه بموته، ولم تعد تقبل الزيادة. والسبب الثانى أن المورث بعد موته لا يستطيع أن يتصرف فى أمواله، فأصبحت هذه الأموال لا تقبل النقصان. وأصبحت كلها ضامنة لديونه المنحصرة على النحو المتقدم، وضامنة لهذه الديون وحدها، إذ أنها بحكم القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين لا تخلص للوارث إلا بعد سداد ديون المورث. وباجتماع هذين السببين الواقعيين- ديون منحصرة لا تقبل الزيادة وأموال معينة لا تقبل النقصان - نتج أن هذه الديون المعينة بالذات قد تركزت فى هذا الضمان المعين بالذات. وهذه هى معانى الحق العينى تجمعت بحكم الواقع، فأصبح حق دائنى التركة حقاً عينياً بحكم الواقع قبل أن يكونه بحكم القانون.

(1) أ- إذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن قضى بإبطال عقود البيع الصادرة من مورث الطاعن، الزم ورثته برد ما إقتضاه مورثهم من ثمن وبتعويض عما ارتكبه المورث من خطأ- وذلك من أموالهم الخاصة فى حين أنهم لا يسألون عن ديون مورثهم إلا فى حدود ما آل إليهم من تركته، فإنه يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٩٩/٦/٨ الطعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ق)

ب- متى كانت شخصية الوارث مستقلة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - عن شخص المورث، وكانت التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته التى تظل منشغلة بمجرد الوفاة بحق عينى تبعى لدائنى المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها، ولا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة ويكون للوارث أن يرجع بما أوفاه عن التركة، من دين عليها، على باقى الورثة بما يخصهم منه كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية، فإن كان =

ثانيا- ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها إذا شهروا حقوق إرثهم على النحو الذى سنبينه فيما يلى. ولكن تصرفهم يكون خاضعا لحقوق الدائنين(١)، على النحو الذى أسلفناه.

ثالثا- وقد استعان التقنين المدنى بنظام الشهر المعروف فى القوانين الحديثة، والذى لم يكن معروفاً فى الفقه الإسلامى كما قدمنا. وبدلا من أن يلجأ، كما لجأ الفقه الإسلامى، إلى إبطال تصرف الوارث الصادر قبل سداد الدين، أو حتى إلى جعله غير نافذ فى حق دائنى التركة، فإنه قد لجأ إلى نظام الشهر هذا. فأوجب شهر حق الدائن وهو حق عينى

=بدعوى الحلول فانه يحل محل الدائن الاصلى فى مباشرة اجراءات استيفاء حقه إذا احاله إليه.
(جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠ الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٤٩٥)

جـ- من المقرر أن شخصية الوارث تنشغل عن شخصية المورث وتنفصل التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وتتعلق ديون المورث بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث بمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، فلا يصح توقيع الحجز لدين على المورث إلا على تركته.
(جلسة ١٩٨١/٢/١٦ الطعن رقم ٣١٨ لسنة ٤٢ق س٣٢ ص٥١٦)
(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧ الطعن رقم ١١٠٣ لسنة ٥٣ق)

د- شخصية الوارث - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا، إلا إذا أصبح الوارث مسئولا شخصيا عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعا لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسئولا عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص.
(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص١١٣٥)

(١) وقد قضت محكمة النقض، منذ عهد التقنين المدنى السابق، بأن تصرف الورثة فى التركة المستغرقة ببيع بعض أعيانها خاضع لحكم القانون المدنى من حيث اعتباره صادراً من غير مالك وبالتالى سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسى، ومن حيث عدم اعتباره محلا لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة. لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشترى للعين المبيعة له لا يكسب هذه الملكية إلا محملة بحق الدائن العينى، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون فى الوقت نفسه تقادماً يسقط للحق العينى الذى يثقلها، إذ أن هذا الحق إنما هو حق تبعى لا يسقط بالتقادم مستقلا عن الدين الذى هو تابع له. وبقاء هذا الحق العينى على الأرض المبيعة هو سند الدائن فى تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه. وإذن فمن الخطأ أن يقضى بالغاء إجراءات نزع الملكية التى يتخذها الدائن على تلك الأرض، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن فى تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص٣٦٥).

كما أسلفنا، فإذا ما شهر هذا الحق صار نافذا فى حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث. وبذلك تتم حماية دائنى التركة على أسلوب يتفق مع النظم الحديثة فى الشهر وهى النظم التى تتلاءم مع مبادئ القانون المصرى(١)، ويكون لهؤلاء الدائنين حق تتبع أعيان التركة فى يد من تصرف له الوارث وحق التقدم على دائنى الوارث، فتتوافر لهم الحماية كاملة(٢).

ونفصل فيما يلى ما أجملناه من هذه المبادئ، فى حماية حقوق دائنى التركة فى القانون المصرى.

المبحث الثانى

تنظيم حماية حقوق دائنى التركة فى القانون المصرى

٣٣- الطريقان اللذان نظمهما القانون- طريق الاجراءات الفردية وطريق التصفية الجماعية: وقد نظم القانون طريقين لحماية حقوق دائنى التركة:

(الطريق الأول) طريق الإجراءات الفردية، وهو الطريق المعتاد المألوف. وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش شهر حق الإرث، على النحو الذى سنبينه فيما يلى. ثم يستوفى الدائنون حقوقهم من أموال التركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل

---

(١) وقبل قانون الشهر العقارى الذى أخضع حق الوارث للشهر ونظم طريقة لشهر ديون التركة، لم يكن الشهر لازماً لتتبع دائن التركة فى يد المشترى عيناً من أعيانها باعها الوارث. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن حق دائن التركة فى تتبع العين المبيعة منها لا يشترط له، لكى ينفذ فى حق المشترى، أن يكون الدين مسجلا أو مشهراً (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء٢ ص١٠٠٠ رقم ١١).

(٢) وقد قضى بأن التركة، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عينى لدائنى المتوفى، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم ممن تصرف له الوارث أو من دائنيه. هذا الحق العينى يتوافر له خصيصة التتبع والتقدم لاستيفاء دائنى المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن النية وآخر سئ النية، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص١٥٧٠).

وانظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩١ وفقرة ١٩٢.

وفيما يتعلق بتركات الأجانب، أنظر فى تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه المواد ٩٣٤-٩٣٨ مرافعات.

دائن لنفسه، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه ما يقرره القانون لكل دائن، وذلك إما عن طريق الحجز على أموال التركة وهى فى يد الورثة(١)(1)، أو عن طريق تتبعها والحجز عليها فى يد الغير بعد أن يتم شهر حق الدائن.

---

(1) أ- القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها لو أن الوارث قد خاصم أو خوصم طالبا الحكم للتركة بكل حقها أو مطلوبا فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها.

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣٢ق س٢٢ ص١٠٧٩)

(جلسة ١٩٨١/٣/٤ الطعن رقم ١١٤٣ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٧٧٥)

(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ الطعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص١٠٢٨)

ب- الوارث الذى طعن على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلى الورثة هو نائب عن التركة وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحدة التركة واستقلالها عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة.

(جلسة ١٩٨٢/١/١٨ الطعن رقم ٢٤٦ق لسنة ٤٦ ق س٣٣ ص١٣٢)

(جلسة ١٩٧٤/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض س٢٥ ص٩٠٧)

جـ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض- أن الوارث لا يعتبر قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الارث، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف واثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وانما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الاثبات.

(جلسة ١٩٨٥/٦/٩ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٥٤ق س٣٦ ص٨٨٢)

(١) وهناك قاعدة شرعية تقضى بأن الوارث ينتصب خصما عن باقى الورثة فى الدعاوى التى ترفع من التركة أو عليها. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن هذه القاعدة الشرعية تكون صحيحة لو أن الوارث الواحد كان قد خاصم أو خوصم فى الدعوى طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها. أما إذا كانت دعوى الوارث لم يكن مقصوده الأول منها سوى تبرئة ذمته من نصيبه فى الدين ذلك النصيب المحدد المطلوب منه فى الدعوى، فان الواضح أنه يعمل لنفسه فقط فى حدود هذا النصيب المطلوب منه ولمصلحته الشخصية فقط فى تلك الحدود، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها وقائم فى الخصومة مقامها ومقام باقى الورثة (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص١٠٠٦ رقم ٤٩). وقضت أيضاً بأن معنى المادة ٣٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو أن الوارث الذى لم يظهر فى الخصومة يعتبر ممثلا فيها عن طريق نيابة الوارث الآخر له، أو بعبارة أدق عن طريق المورث الذى يتلقى الحق عنه، إلا أنه مع ذلك لا يعتبر محكوماً عليه مباشرة، بل يكون من الغير الذى له حق الطعن بالتعدى، فلا يجوز الحكم قبله حجية ما (نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٦ رقم ٥٠). وقضت كذلك بأنه لا يفيد من الحكم الصادر بإبطال الوقف فيما زاد على ثلث التركة لصدوره فى مرض =

ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين، فيما بينهم، بعد موت المدين، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية، تماثل حالتهم قبل موته. فمن سبق منهم غيره إلي التنفيذ ظفر بحقه، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه. على أنه لا يجوز لأى دائن، بعد موت المدين، أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م٢/١٠٨٥ مدنى). ولكن دائنى التركة، فى هذا الطريق الأول، يتقدمون على دائنى الورثة الشخصيين، ويتتبعون أعيان التركة فى يد

=الموت الواقف سوى الوارث المحكوم له، لأنه إنما كان يعمل لمصلحته ولم يكن ممثلا لبقية ورثة الواقف. وإن مجرد ثبوت أن الوقف صدر فى مرض موت الواقف فى الدعوى التى رفعها هذا الوارث لا يقتضى بطلان الوقف فيما زاد على ثلث التركة بالنسبة إلى جميع ورثته (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ رقم ٥١). وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل من الورثة يطالب بنصيبه الخاص فى التعويض الذى يستحقه عن مورثه، وحكم برفض دعواهم، فانفرد أحدهم برفع استئناف عن هذا الحكم طالباً إلغاءه والحكم له بمقدار نصيبه وحده فى التعويض، فإن عمله هذا يكون لنفسه فقط ولمصلحته الشخصية، لا لمصلحة عموم التركة كنائب شرعى عنها. ولا يعتبر الحكم الصادر فى الاستئناف باستحقاقه لحصته الميراثية فى التعويض قضاء باستحقاق باقى الورثة لأنصبتهم فى هذا التعويض (نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٥ ص١٩٩). وقضى بأنه إذا كانت بعض المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض قد أجازت فى بعض الأحوال أن ينتصب بعض الورثة ممثلين للبعض الآخر فى الخصومات التى تتعلق بالتركة، فان هذه الإجازة معناها تمثيل أفراد معينين للمنازعات الخاصة بحقوق أفراد آخرين وجواز توجيه الخصومة إليهم، كما يمثل الدائن مدينه فى بعض الدعاوى – وليس معناها عدم الالتفات إلى جنسية هؤلاء الورثة أو محل إقامتهم الشخصى لتحديد مسائل الإختصاص (الاسكندرية الكلية مستعجل ٢٤ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٣ ص٤٨٤).

وانظر أيضاً فى الحالات التى يمثل فيها الوارث بقية الورثة: نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٥ رقم ٤١– ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة ٢ ص١٠٠٥ رقم ٤٣– ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة ٢ ص١٠٠٥ رقم ٤٥– ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص١٠٠٦ رقم ٤٦– استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٢٦٤– ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٤٧– ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٣٥– ١١ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٢٩– ١٠ مايو سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٧١– ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٩٥– ٥ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٨٧– ٢٧ فبراير سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١١٦– ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص٢٨– ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٨٠– ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٣٢– ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٧٤– ٨ مايو سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٩٤– وفى الحالات التى لا يمثل فيها الوارث بقية الورثة: نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٦ رقم ٤٨– ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة٢ ص١٠٠٦ رقم ٤٧– ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة ٢ ص١٠٠٥ رقم ٤٤– ٥ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ٢ ص١٠٩٢ رقم ٨٢– ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص٤٩٦.

من تصرف له الوارث فيها. فميزة هذا الطريق لا تظهر فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم، وإنما تظهر فى علاقتهم بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى يتصرف له الوارث.

(الطريق الثاني) طريق الإجراءات الجماعية، وهو طريق التصفية الجماعية للتركة. وسنرى فيما يلى أن هذا الطريق طويل معقد، وهو لا يصلح إلا للتركات الكبيرة الكثيرة الديون. ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن- الدائن أو الموصى له أو الوارث- على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى(1)، فان لم ير موجبا لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام. ويبدأ الطريق بتعيين مصف للتركة، ويشهر الأمر الصادر بتعيين المصفى عن طريق القيد، ويقوم هذا القيد مقام تأشير الدائن بدينه فى الطريق الأول، وتغل أيدى الورثة عن التصرف فى أموال التركة(2)، وتصبح حقوق الدائنين نافذة فى حق الغير. ويكون سداد الديون بإجراءات جماعية يتولاها المصفى، ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه. بل يقوم المصفى فى التركة، كما يقوم أمين التفليسة فى التفليسة، بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها، ثم يوزع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة. وإن ضاقت التركة بوفاء الديون، تحاص

---

(1) مؤدى نص المادة ٨٧٦ من التقنين المدنى والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن الأصل فى تصفية ديون التركة أن تكون باجراءات فردية، أما تسوية هذه الديون عن طريق اجراءات جماعية - أى التصفية الجماعية للتركة- فهو أمر اختيارى، بل هو أمر استثنائى لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضرورة إذ هو نظام ينطوى على اجراءات طويلة ويقتضى تكاليف كبيرة، فلا يصح إذن أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات، بل هو ليس بنظام اختيارى- بمعنى أن يكون لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا- وانما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها، فالاجراءات التى نظمها المشرع فى هذا الصدد إنما تكفل - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التركة أو إهمالهم فى ذلك من كبير ضرره وقد ناط المشرع - بصريح نص المادة ٨٧٦ مدنى- بالقاضى السلطة التامة فى تقدير «الموجب» لإجابة طلب ذوى الشأن تعيين مصف للتركة، فالقاضى - وحده- هو الذى يقدر الاستجابة لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك.

(جلسة ١٩٨٢/٣/٧ الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٢٩٠)

(2) ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى اجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة وذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى ادارتها نيابة عنهم.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٣ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٤٥٦)

الدائنون وأخذ كل منهم حصة بنسبة حقه، إلا من كان من الدائنين له حق التقدم قانونا على غيره كدائن مرتهن، ولا يأخذ الموصى لهم والورثة شيئا فى هذه الحالة(١). ونرى من ذلك أن ميزة هذا الطريق الثانى، طريق الإجراءات الجماعية، لا تظهر فحسب فى علاقة دائنى التركة بدائنى الورثة الشخصيين وبالغير الذى تصرف له الوارث، بل أيضاً- وهذا ما يتميز به عن الطريق الأول طريق الإجراءات الفردية - فى علاقة دائنى التركة فيما بينهم، فلا يسبق أحدهم الآخرين ويتساوون جميعا كما يتساوى دائنو التفليسة(أ).

ونستعرض الآن تفصيلا كلا من الطريقين سالفى الذكر.

المطلب الأول

طريق الإجراءات الفردية

٣٤- نص قانونى: تنص المادة ٩١٤ مدنى على ما يأتى:

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٢ .

(أ) أ- استحدث المشرع فى القانون المدنى الجديد نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فأنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى اجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى.

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن رقم ٧ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٤٤٤)

ب- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها- ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيسا على الميراث بوصفه سببا من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الاجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون - ولا يغير من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان «فى تصفية التركات» ضمن الكتاب الرابع الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية لأن هذه الاحكام انما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية.

(جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٦٧٧)

«إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولم يكن فى هذا التقنين نظام لشهر حقوق دائنى التركة.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٨٧٥- وفى التقنين المدنى الليبى م٩١٨- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٠٧- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م١٣١(٢).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم، أو بما أوصى به إليهم، على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها، أو التى رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير. ٢- ويسقط حقهم إذا بعد انقضاء سنة على فتح التركة، ما لم يؤشروا، بمقتضى أمر على عريضة، بما لهم من ديون فى سجلات المحكمة المنصوص عليها فى المادة ...، وعلى أن يتم هذا التأشير قبل أن يقيد الغير حقه على العقار. ٣- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر، فى حق الغير الذى تعامل مع الورثة بشأن عقارات التركة، ما للتأشير المنصوص عليه فى الفقرة السابقة». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة بعد أن أضيفت إلى مادة سابقة، وأدمجت الفقرتان الأولى والثانية فى فقرة واحدة، وأدخل عليها من التعديل ما جعلها مطابقة تقريباً لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمها ٩٨٥ فى المشروع النهائى. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٣ بعد تعديل العبارة الأخيرة منه فصارت «وفقاً لأحكام القانون، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٩- ص٢٩١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٨٧٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٧: ١- لدائنى التركة العاديين وللموصى لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم فى التركة العقارات التى نقلت الورثة ملكيتها للغير أور رتبت عليها حقوقاً عينية. ٢- ويسقط حقهم بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فإذا انقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة فى التركة قبلهم، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤ مع الغير للإضرار بهم. (ويستغنى التقنين العراقى عن شهر حق الدائن بتحديد مدة ثلاث سنوات إذا انقضت كان تصرف الوارث فى عقار التركة نافذاً فى حقه. ومؤدى ذلك أن من تعامل مع الوارث فى عقار للتركة لا يطمئن إلا إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على موت المورث، ويمكن اعتبار هذه المدة مدة إسقاط délai de dechéance يسقط بانقضائها حق رجوع دائنى التركة فى الرجوع على عقاراتها».

قانون الملكية العقارية اللبنانى م١٣١: التأمين الإجبارى هو التأمين الذى يسجل حكماً، سواء أكان=

ويخلص من النص سالف الذكر أنه إذا لم تتقرر تصفية التركة تصفية جماعية على النحو الذى سنبينه، لم يكن أمام دائنى التركة إلا اتخاذ إجراءات فردية للتنفيذ بحقوقهم على أموال التركة، كما كانوا يفعلون لو أن المورث مدينهم كان حيا. وقد يقع أن يتصرف الورثة فى عقارات التركة بعد شهر حقوقهم فى الإرث، أو يرتبوا على هذه العقارات لصالح الغير حقا عينيا كرهن رسمى أو رهن حيازة، إذ أن ملكية هذه العقارات قد انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث كما سبق القول. فعلى دائنى التركة (وكذلك الموصى لهم إذا أصبحوا دائنين للتركة بموجب الوصية ويأتون فى الترتيب بعد الدائنين)، إذا أرادوا أن يحتفظوا لأنفسهم بحق تتبع العقارات فى أيدى الذين تصرف لهم الورثة، وبحق التقدم على الدائنين الذين رتبت لهم الورثة على العقارات حقوقا عينية، أن يقوموا بشهر حقوقهم وفقا لأحكام القانون. والقانون هنا هو قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، فقد نص فى المادة ١٤ منه على أنه «يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات (المثبتة لحق الإرث) وقوائم الجرد المتعلقة بها. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير»(١). وقد تلى قانون تنظيم الشهر العقارى قانون نظام السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤، وهو قانون يعمل به فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل على الوجه الذى سنبينه عند استعراض هذا القانون فى أثناء الكلام فى العقد باعتباره سببا لكسب الملكية. وقد نصت المادة ٣١ من قانون نظام السجل العينى هى أيضا على أنه «يجب التأشير بالمحررات المثبتة

=برضاء أم بغير رضا صاحب العقار، وفى الأحوال المعينة فيما يلى. ولا يكون هذا التأمين ألا باسم معين. أما الحقوق والديون التى يعقد التأمين الإجبارى لضمانها فهى ... (٥) حقوق وديون الدائنين أو المدعى لهم بتركة. فالتأمين الإجبارى يعقد على عقارات التركة، ضماناً لفرز التركة عن أموال الوارث. (ففى القانون اللبنانى يضمن حقوق دائنى التركة والموصى لهم رهن قانونى يقيد على عقارات التركة).

(١) وفى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق، نصت المادة ١٢ من هذا المشروع على نفس ما تنص عليه المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى، ولكن المشروع الجديد أضاف فقرة متوسطة بين فقرتى المادة تجرى على الوجه الآتى: «ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به». وبهذا يتمشى المشروع مع المادة ٣١ من قانون السجل العينى، المقابلة للمادة ١٤ من قانون الشهر العقارى الحالى.

والغرض من إعلان ذوى الشأن بقيام الدين قبل التأشير به هو تمكينهم فى وقت مناسب من العلم بالدين، فإذا كان لديهم على هذا الدين طعن جدى كان لهم أن يطلبوا إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير (م١/١٨ من قانون الشهر العقارى).

لدين من الديون العادية على المورث فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها. ويجب على الدائن إعلان كل ذى شأن بقيام الدين قبل التأشير به. ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ القيد المشار إليه فى المادة السابقة (قيد حق الإرث)، فللدائن أن يحتج على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بتنفيذه قبل هذا التأشير».

فدين التركة يجب إذن شهره، ويكون ذلك عادة فى خلال سنة من شهر حق الإرث. ونبحث فى هذا الصدد المسائل الآتية: (١) من يقوم بشهر الدين. (٢) كيف يكون شهر الدين. (٣) حالة شهر الدين فى خلال سنة من شهر حق الإرث. (٤) حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث. (٥) حالة عدم شهر الدين أصلا. (٦) حالة تصرف الوارث فى منقول للتركة قبل سداد ديونها.

٣٥- من يقوم بشهر الدين: الذى يقوم بشهر الدين هو دائن التركة نفسه، فهو صاحب الشأن فى ذلك. وكل دائن من الدائنين العاديين للتركة يستطيع أن يقوم بشهر دينه. والدائنون العاديون للتركة هم دائنو المورث، وهم الذين كانت الذمة المالية لمدينهم المورث ضمانا عاما لحقوقهم، فإذا مات المدين أصبحت تركته هى الضمان العام لهذه الحقوق. ويدخل أيضاً ضمن الدائنين للتركة الموصى لهم الذين يصبحون بموجب الوصية دائنين للتركة، وهم غير دائنى المورث الأصليين لأنهم لم يصبحوا دائنين إلا بموت المورث، وقد أصبحوا دائنين مباشرة للتركة دون أن يكونوا دائنين للمورث نفسه. والموصى له الذى يصبح دائنا للتركة بموجب الوصية إما أن يكون قد أوصى له بمبلغ من النقود يأخذه من التركة فيصبح دائنا بهذا المبلغ، أو أن يكون قد أوصى له بعين معينة بالذات فى التركة، عقارا كانت أو منقولا، فيكون له حق المطالبة بها. وفى الحالتين يجب عليه أن يؤشر بما أوصى له به على هامش شهر حق الإرث، حتى إذا ما تصرف الوارث فى أعيان التركة أو فى العقار الموصى به أو رتب عليها حقا عينيا كان للموصى له حق التتبع وحق التقدم كسائر دائنى التركة. غير أن الموصى له يتأخر عن دائنى التركة الأصليين، ولهؤلاء أن يتقاضوا حقوقهم أولا من أعيان التركة بما فى ذلك العين الموصى بها عقارا كانت أو منقولا، فإن بقى شئ أخذ الموصى له منه ما أوصى له به، وما يبقى بعد ذلك فهو للورثة(١).

---

(١) وإذا كان الموصى به عيناً معينة بالذات، وكانت فى حدود ثلث التركة، وبقى فى التركة ما يكفى لوفاء ديونها، فإن الموصى له يصبح مالكاً للعين الموصى بها بموجب الوصية، وعلى ذلك يكون له أن يرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكاً للعين. فإذا كانت العين عقاراً، وجب عليه أن يسجل الوصية حتى تنتقل إليه ملكية العقار الموصى به، كما تقضى قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن (أنظر ما يلى فقرة ٨٦).

والدائن الذى يقوم بشهر الدين هو الدائن العادى للمورث. أما الدائن الذى يكفل حقه رهن أو اختصاص أو امتياز على عقار من عقارات المورث وقد قام بقيد هذا التأمين، وبتجديد القيد فى المواعيد المحددة قانونا، فإنه ليس فى حاجة إلى التأشير بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث. وذلك أن حقه مكفول بالتأمين العينى الذى حصل عليه فى حياة المورث، ويستطيع أن يتتبع العقار الضامن لحقه وأن يتقدم فيه على سائر الدائنين من غير أن يؤشر بحقه بعد موت المدين. ولكنه مع ذلك قد يرى نفسه فى حاجة إلى هذا التأشير، إذا هو رأى أن التأمين العينى الذى حصل عليه لم يعد كافيا للوفاء بحقه، فيكون التأشير مفيدا له حتى يستعمل حق التتبع وحق التقدم على عقارات التركة لاستيفاء ما يبقى غير مضمون من حقه(1).

٣٦- كيف يكون شهر الدين: يكون شهر الدين بطريق التأشير الهامشى، ويحصل هذا التأشير «فى هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات» المثبتة لحق الإرث. وسنرى فيما يلى أن حق الإرث يجب شهره، ويقوم الوارث أو أى ذى شأن آخر بهذا الشهر، ويقدم للشهر السند المثبت لحق الإرث من إعلان وراثة أو حكم أو أى سند آخر. فيجب إذن، حتى يتم شهر الدين، أن يكون حق الإرث قد سبق شهره، وذلك حتى يتمكن الدائن من شهر الدين بالتأشير على هامش تسجيل حق الإرث. فإذا لم يكن حق الإرث قد شهر، فان شهر الدين يكون غير مستطاع، ولكن الوارث فى هذه الحالة لا يستطيع التصرف فى أعيان التركة إذ هو لا يستطيع ذلك إلا بعد شهر حق الإرث كما سيجئ.

ولما كان للدائن مصلحة فى شهر حقه، فقد أجيز له، كواحد من أصحاب الشأن، أن يقوم هو نفسه بشهر حق الإرث بطريق التسجيل حتى يتمكن من التأشير على هامش التسجيل بسند حقه. فيأمن على هذا السند من العبث والضياع، ولا يبقى فى حالة تربص دائم يوالى البحث المستمر فى مختلف مكاتب الشهر التى تقع عقارات التركة فى دائرة اختصاصها حتى يعثر على تسجيل لحق الإرث فيؤشر على هامشه بسند حقه. فتجنبا لهذا الإرهاق يقوم هو بشهر حق الإرث، ويقوم فى الوقت ذاته بالتأشير على هامش تسجيل هذا

---

(1) لا يقتصر حكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على دائنى التركة من غير الورثة ذلك بأن هذا النص ورد بصفة عامة وينطبق على جميع الدائنين وارثين كانوا أو غير وارثين ومن ثم فإن الدائن المورث أيا كان هذا الدائن إذا اشر بدينه فى هامش تسجيل اشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الارث فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث أن يحتج بحقه على من تلقى من الوارث حقا.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٤١٨)

الحق بسند الدين الذى له، فيطمئن بذلك إلى المحافظة على حقه. وكل ذلك إذا تراخى الوارث فى شهر حق الإرث، بالرغم من أن له مصلحة فى المبادرة إلى شهره حتى يستطيع التصرف فى عقارات التركة من جهة، وحتى تظهر من جهة أخرى الديون العادية التى على المورث عن طريق التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث فيتمكن الوارث من فحصها ومناقشتها ومن الوفاء بها إذا اقتنع بصحتها حتى تتخلص التركة من الديون.

ويجرى شهر الدين بأن يقدم الدائن لمكتب الشهر العقارى الذى تم فيه شهر حق الإرث، أو لمكاتب الشهر العقارى فى حالة تعدد عقارات التركة، طلبا بالتأشير الهامشى مصحوبا بسند الدين الذى يريد التأشير به وسائر الأوراق المؤيدة لهذا الدين(١). فيتم التأشير بناء على هذا الطلب، وفقا لإجراءات نصت عليها المواد ٣٧ – ٤٠ من قانون الشهر العقارى وهى النصوص الخاصة بالتأشيرات الهامشية. ولما كانت المستندات المقدمة تأييدا لطلب التأشير الهامشى تحفظ فى مكاتب الشهر، فقد كان الأصل أن يقدم الدائن السند المثبت لحقه لحفظه بمكتب الشهر العقارى ضمن المستندات بعد إجراء التأشير المطلوب، ويعطى الدائن صورة فوتوغرافية من هذا السند. ولكن الدائن قد يكون فى حاجة إلى استرداد أصل السند للمطالبة به وديا أو قضائيا، ومن ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشهر العقارى على ما يأتى: «ومع ذلك يجوز للدائن، بالنسبة إلى التأشيرات المنصوص عليها فى المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، أن يسترد سند الدين بعد استخراج صورة فوتوغرافية منه وإقراره عليها بما يفيد صحتها». فعلى الدائن الذى يريد استرداد أصل سند الدين أن يتقدم بطلب بذلك إلى أمين مكتب الشهر، فيرد له أصل السند. ولكن لما كان هذا الأصل واجب الحفظ كمستند من مستندات التأشير الهامشي، فقد استعيض عنه بصورة فوتوغرافية تستخرج على نفقة الدائن، ويجب أن يوقع الدائن وأمين المكتب على هذه الصورة الفوتوغرافية بما يفيد صحتها ومطابقتها للأصل الذى تم التأشير بموجبه(٢).

وتنص الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى على أنه يجوز «لكل ذى شأن أن يطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة الرابعة عشرة، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعونا فيه طعنا جديا»(٣). فيجوز إذن أن يطلب محو

---

(١) فإذا لم يكن لدى الدائن سند بالدين، لم يبق أمامه إلا أن يرفع دعوى على الورثة يطالب فيها التركة بالدين. فإذا تمكن من إثبات الدين فى مواجهة الورثة، وحصل على ما حكم به، كان هذا الحكم هو سند الدين وله أن يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث.

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص٤٣٠.

(٣) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على أن «لكل ذى شأن أن يطلب إلى =

التأشير الوارث، أو دائن آخر للتركة، أو دائن شخصى للوارث، أو مشتر من الوارث، أو أى شخص آخر يضره التأشير فيطلب محوه. ويطلب ذو المصلحة محو التأشير إذا كان الدين المؤشر به مطعونا فيه طعنا جدياً، إما فى وجوده أصلا أو لانقضائه بعد وجوده بأن تقدمت مثلا مخالصة بالدين. والطعن يتم بطريق التقاضى بدعوى مستعجلة يختصم فيها المدعى الدائن العادى، ويدخل فيها خصما مكتب الشهر ليصدر الحكم فى مواجهته. فإذا تبين لقاضى الأمور المستعجلة أن الطعن الموجه لسند الدين هو طعن جدى، كأن كانت هناك مخالصة عنه يقدمها الوارث أو حكم صدر ببطلان الدين، أمر بمحو التأشير. ويشهر حكم المحو بطريق التأشير الهامشى على هامش تسجيل حق الإرث، إعلاماً للغير بالغاء التأشير بسند الدين. وعلى هذا النحو لا يصبح الوارث أو ذو المصلحة تحت رحمة أى تأشير يقوم به دائن مزعوم، لا سيما أن التأشير يتم أصلا فى غيبة الورثة، وليس لدى مكاتب الشهر المعلومات التى تخولها حق رفض هذا التأشير منذ البداية(١).

٣٧- حالة شهر الدين فى خلال سنة من شهر حق الارث: رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى تنص على ما يأتى: «ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله، ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه (تسجيل حق الإرث)، فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام بشهره قبل هذا التأشير»(٢)(1). ويخلص من هذا النص أنه إذا قام الدائن بالتأشير بحقه

=قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣١ (التأشير بدين على التركة فى صحف السجل العينى المخصصة لأعيان التركة أو حقوقها)، فيأمر به القاضى إذا كان سند الدين مطعوناً فيه جدياً».

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص٤٣١- هذا وحكم قاضى الأمور المستعجلة بمحو التأشير لا يمنع الدائن من أن يرفع على الورثة دعوى موضوعية بالدين، فإذا صدر حكم لصالحه جاز له أن يطلب التأشير به على هامش تسجيل حق الإرث.

(٢) أنظر أيضاً الفقرة الثالثة من المادة ٣١ من قانون السجل العينى، وهى تقرر نفس الحكم.

(1) مفهوم المواد ٢/٨٧٩، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدنى أن المشرع المصرى قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة، أما التزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثا إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، وحماية لدائن التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العامة على المورث فى هامش تسجيل الاشهارات أو الاحكام والسندات وقوائم الجرد المتعلقة بها، ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير فى خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا عقاريا وقام =

وفقا للإجراءات التى تقدم ذكرها، فى خلال سنة من شهر حق الإرث، كان له على عقارات التركة حق التتبع وحق التقدم.

أما حق التتبع فيتحقق إذا باع الوارث مثلا عقارا من عقارات التركة، وسجل المشترى البيع. فإذا لم يستوف الدائن حقه من الوارث أو من أى طريق آخر، كان له أن يتتبع العقار المبيع تحت يد المشترى كما كان يتتبعه لو أنه كان دائنا مرتهنا، فيستوفى حقه منه. وذلك حتى لو كان البيع مسجلا قبل تأشير الدائن بحقه، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث(١). ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشترى منه عقارات للتركة يجب عليه أن يحتاط، فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث(٢)، وعند ذلك يستطيع أن يتبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس. فإما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن، أو أن يجعل الوارث يفى بالدين. فإذا لم يفعل لا هذا ولا ذاك، عرض نفسه لإجراءات التتبع التى يقوم بها دائن التركة(٣). ويبدو أن المشترى من الوارث لا يستطيع

=بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقا لهذا النص فان لدائن المورث - والموصى له بعقار فى التركة إذا لم يسجل يكون فى مركز دائن المورث- إذا أشر بدينه فى هامش تسجيل حق الارث فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث أن يحتج على كل من تلقى من الوارث حقا عينيا وقام بشهره قبل هذا التأشير. (جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٩٢٥)

(١) إذ يجوز أن يتم شهر حق الإرث وتسجيل عقد البيع فى محرر واحد، أو فى محررين يشهران فى نفس اليوم، أو يمر بين شهر حق الإرث وتصرف الوارث بعقد مسجل فترة قصيرة لا يتمكن الدائن العادى خلالها من البحث والتأكد من حصول تسجيل حق الإرث ليبادر إلى شهر سند حقه. من أجل ذلك أعطى دائن التركة مهلة سنة من وقت شهر حق الإرث، إذا أشر فى خلالها بسنده احتفظ بحقه فى التتبع وحقه فى التقدم، وذلك - كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى - «حماية للدائن من التصرفات التى قد يبادر الوارث إلى إجرائها قبل أن يتمكن الدائن من العلم بافتتاح التركة ومن التأشير بدينه».

وقد قصد المشرع، إلى جانب ذلك، إظهار جميع الديون العادية على التركة أو المبالغ الموصى بها للغير فى ميعاد مناسب، حدده بسنة واحدة من تاريخ قيام الوارث بشهر حقه فى الإرث (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص٤٢٤- ص٤٢٥).

(٢) أما قبل شهر حق الإرث، فقد قدمنا أن الوارث لا يستطيع التصرف فى عقارات التركة، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق إرثه.

(٣) وينبنى على حق التتبع الثابت لدائن التركة إذا أشر بحقه فى خلال السنة أمران: (أولا) إذا أشر المشترى من المورث الذى لم يسجل عقده، باعتباره دائناً للتركة، حقه فى خلال السنة، فإن له أن يتتبع العقار فى يد المشترى من الوارث، حتى لو أن هذا المشترى الأخير قد سجل عقده قبل أن يسجل عقده المشترى من المورث، بل وقبل تأشير المشترى من المورث بحقه (الوسيط ٤ فقرة ٢٧١ =

تطهير العقار كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهونا رهنا رسميا، فإن التطهير إجراء استثنائى لا يمتد من الرهن الرسمى إلى غيره من الحقوق المماثلة إلا بنص فى القانون. ولذلك جاز التطهير فى حق الاختصاص (م١٠٩٥ مدنى) وفى حقوق الامتياز الواقعة على عقار (م١/١١٣٤ مدنى) لوجود هذا النص، ولم يجز فى الرهن الحيازى لانعدامه(١).

وأما حق التقدم فيتحقق إذا رتب الوارث رهنا مثلا على عقار من عقارات التركة، وقيد الدائن المرتهن الرهن. فإذا لم يستوف الدائن حقه من أعيان التركة الأخرى، فإن له أن يستوفيه من العقار المرهون، متقدما فى استيفائه لحقه على الدائن المرتهن. وذلك حتى لو كان الرهن قد قيد قبل تأشير الدائن بحقه، ما دام التأشير قد تم فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث. وعلى ذلك يجب على من يرتهن من الوارث عقارا من عقارات التركة أن يتربص سنة من وقت شهر حق الإرث قبل أن يقدم على ارتهان العقار، فإذا رأى أن دائنا للتركة قد أشر بحقه فى خلال هذه السنة، علم أن هذا الدائن يتقدم عليه فى العقار المرهون بالرغم من أنه قد قيد الرهن قبل أن يؤشر دائن التركة بحقه.

وإذا كان هناك دائنان للتركة أشر كل منهما بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث، وسبق أحدهما الآخر فى هذا التأشير، فإنه لا يتقدم عليه فى استيفاء حقه من عقارات التركة. ذلك أن الأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائنى التركة، فلا يتقدم أحدهم على الآخر لمجرد أنه أشر بحقه قبله. ولكن الدائن الذى أشر بحقه فى خلال السنة له أن يتتبع العقار فى يد الغير وأن يتقدم فيه على دائن مرتهن من الوارث قيد رهنه قبل التأشير، ولا يستطيع هذا التتبع ولا هذا التقدم الدائن الذى لم يؤشر بحقه فى خلال السنة(٢).

٣٨- حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الارث: أما إذا تراخى الدائن فى التأشير بحقه، ولم يجر هذا التأشير إلا بعد انقضاء سنة من وقت تسجيل حق الإرث، فان

= (ثانياً) إذا أشر الموصى له بعقار، قبل تسجيل الوصية، بحقه فى خلال السنة، فإن له أن يتتبع العقار فى يد المشترى من الوارث، حتى لو أن هذا قد سجل عقده قبل تسجيل الوصية، بل وقبل تأشير الموصى له بحقه (إسماعيل غانم ص١٥١- حسن كيرة ص٤٣- ص٤٤).

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص٧٣٩ هامش١.

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص٣٤٧ هامش٢- محمد كامل مرسى فى الحقوق العينية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٣ ص٦١٥ وفى مقال له فى الاتجاهات الحديثة فى الميراث وتصفية التركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص٢٢٣- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص٧٣٩.

هذا التأشير المتأخر لا يكون مع ذلك عديم القيمة، فقد نصت المادة ٢/١٤ من قانون الشهر العقارى كما رأينا على أن «يحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله»(١).

وعلى ذلك إذا باع الوارث عقارا فى التركة وسجل المشترى عقد البيع، وبعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أشر دائن التركة بحقه، فإن هذا الدائن لا يكون له حق تتبع العقار المبيع إذا كان المشترى قد سجل عقد البيع قبل أن يؤشر الدائن بحقه، سواء حصل البيع قبل انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث أو بعد انقضائها. ذلك لأن التأشير الذى أجراه دائن التركة بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث لا يحتج به إلا من تاريخ حصوله، وقد حصل بعد أن سجل المشترى من الوارث عقد البيع، فلا يحتج بالتأشير إذن على المشترى، ولا يكون لدائن التركة حق تتبع العقار المبيع(٢). أما إذا كان المشترى من الوارث قد سجل البيع بعد أن أشر الدائن بحقه، سواء حصل البيع بعد التأشير أو قبله، فان التأشير بالدين يكون سابقا على تسجيل البيع، ويكون لدائن التركة حق تتبع العقار بالرغم من أنه لم يؤشر بحقه إلا بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، ما دام تأشيره بحقه قد سبق تسجيل البيع.

كذلك إذا أشر الدائن بحقه بعد انقضاء سنة من تسجيل حق الإرث، ورهن الوارث عقارا فى التركة وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل تأشير الدائن بحقه، فان الدائن المرتهن يتقدم على دائن التركة لأن قيد الرهن سبق التأشير بحق الدائن. أما إذا سبق التأشير قيد الرهن، فان دائن التركة يتقدم على الدائن المرتهن.

وفى جميع الأحوال يجوز لدائن التركة، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار أو التقدم فيه، أن يستوفى حقه من أموال التركة الأخرى التى لا تزال باقية فى يد الوارث. كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث فى ماله الشخصى إذا كان هذا قد باع العقار أو رهنه غشا وإضراراً بحقوق دائن التركة، ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية(٣).

---

(١) أنظر أيضاً المادة ٣/٣١ من قانون السجل العينى.

(٢) وذلك ما لم يكن المشترى سيء النية متواطئاً مع الوارث، بحيث يجوز للدائن أن يطعن فى البيع بالدعوى البولصية (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣. وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشترى البيع قبل موت المورث، ثم باع الوارث العقار ذاته، فإن المشترى من المورث يفضل على المشترى من الوارث إذا سجل عقده فى خلال السنة التى تلى تسجيل حق الإرث أو أشر بحقه باعتباره دائناً للتركة فى خلال هذه المدة، حتى لو سجل المشترى من الوارث عقده قبل ذلك. أما إذا سجل المشترى من المورث البيع أو أشر بحقه بعد انقضاء السنة، فالعبرة فى المفاضلة بينه وبين المشترى من الوارث بالأسبقية فى التسجيل أو التأشير (الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص٣٤٩ هامش٢- وانظر آنفاً ص٢٢ ص٣).

(٣) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ ص٣٤٩.

٣٩- حالة عدم شهر الدين أصلا: هنا يجب التمييز بين فرضين:

(الفرض الأول) ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه: وفى هذا الفرض لا يستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات التركة، إذ يجب عليه تسجيل حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، «وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف من الوارث فى حق من هذه الحقوق» (م١/١٣ من قانون الشهر العقارى وم١/٣ من قانون السجل العينى). وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يبيع عقارا من عقارات التركة، أو يرتب عليه رهنا. ومن ثم تبقى عقارات التركة فى ملك الوارث خالصة من أى حق عينى يرتبه عليها، ومحملة بديون التركة كما لو كانت مرهونة فى هذه الديون. فيستطيع دائن التركة إذن، بالرغم من عدم شهره لحقه، أن ينفذ على هذه العقارات دون أن يعترضه فى ذلك حق للغير. وليس لدائنى الوارث أن ينفذوا على عقارات التركة، قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منه.

وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى تأييدا لما قدمناه: «أما إذا لم يشهر حق الإرث، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه. والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث، إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته .... فإذا أهمل الوارث شهر حقه، لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه، مع بقائه محميا بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاء الديون فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها، كما لو كانت مرهونة بها».

(الفرض الثانى) أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه: ونحن نفرض أن الدائن لم يشهر حقه، وذلك بالرغم من شهر الوارث لحق الإرث. ومن ثم يستطيع الوارث أن يتصرف فى عقارات التركة، كأن يبيعها وأن يرهنها، وتكون هذه التصرفات جميعها نافذة فى حق دائن التركة لأنه لم يشهر حقه. فلا يستطيع الدائن أن يتتبع العقار المبيع فى يد المشترى، ولا أن يتقدم على الدائن الذى ارتهن عقارا من الوارث فى هذا العقار بل يتقدم هذا الدائن عليه. ولكن ما يبقى فى يد الوارث من عقارات التركة دون تصرف يكون محملا بحقوق دائنى التركة، فيستطيع الدائن أن ينفذ على هذه العقارات بحقه دون أن يعترضه فى ذلك حق للغير. وليس للدائنين العاديين للورثة أن ينفذوا على هذه العقارات قبل أن يستوفى دائنو التركة حقوقهم منها(١).

---

(١) أ- مفاد نص المادة ١٣ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث، وانما تؤول هذه الحقوق =

وتأييداً لما قدمناه تقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى: «وللدائن فى جميع الأحوال، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك- أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التى تكون باقية على ملك الوارث. بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ولم يؤشر الدائن بدينه، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التى لم يتعلق بها حق للغير. وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة وقيد الرهن، فللدائن الذى لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج قبله بحق الرهن».

٤٠- حالة تصرف الوارث فى منقول التركة قبل سداد ديونها: وما قدمنا من تأشير دائنى التركة بحقوقهم تأشيرا هامشيا إنما يتعلق بعقارات التركة، ولا شأن له بمنقولاتها. فالمنقول فى التركة لا يحكمه نظام تسجيل حق الإرث ولا تأشير دائن التركة بحقه، وإنما تحكمه القاعدة المعروفة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية.

فسواء سجل الوارث حق الإرث أو لم يسجل، وسواء أشر دائنو التركة بحقوقهم أو لم يؤشروا، وبالرغم من تعلق ديون التركة بمنقولاتها كتعلقها بعقاراتها، فانه إذا باع الوارث منقولا فى التركة قبل سداد ديونها، وتسلم المشترى المنقول وهو حسن النية أى لا يعلم أن

=للورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية - من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٣٦)

ب- مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى مرتبطا بنص المادة ١٣ منه وبما أورده المشرع بالمذكرة الايضاحية لذات القانون، أنه وإن كان أعمال المفاضلة فى مقام الملكية لا يتم إلا على أساس الأسبقية فى الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث، فإذا كان الارث لم يشهر فان المشترى من الوارث لا يستطيع الاحتجاج بعقده فى مواجهة دائنى التركة وبينهم المشترى من المورث بعقد غير مسجل، أما إذا شهر حق الإرث فقد خول دائنى التركة - بما فيهم المشترى لعقار من المورث إذا لم يكن قد سجل عقد شرائه - وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة إلى التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الارث خلال سنة من حصوله، فإذا لم يؤشر الدائن بحقه إلا بعد انتهاء هذا الميعاد ذاته يفقد الحق فى الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه من المورث فى مواجهة المشترى من الوارث على أساس من الحماية المقرر له بموجب المادة ١٤ سالف الذكر.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ مجموعة أحكام النقض س١٧ ص١٥٩٩)

المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها، فقد ملك المنقول خاليا من حقوق دائنى التركة. ولا يستطيع دائن التركة أن يتتبعه فى يده، وليس للدائن إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التى لا تزال فى يد الوارث. فإن لم يجد شيئا يستوفى منه حقه، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية، أو رجع عليه بالتعويض إذا كان سيء النية أى كان يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة دينا لم يسدد.

أما إذا كان المشترى للمنقول سيء النية، أى كان يعلم أن المنقول الذى يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها، فإنه يجوز لدائن التركة أن يتتبع هذا المنقول فى يد المشترى وأن يستوفى حقه منه. وهذا لا يخل بحقه فى الرجوع على بقية أموال التركة التى لا تزال فى يد الوارث، على النحو الذى قدمناه(١).

المطلب الثانى

طريق الإجراءات الجماعية

٤١ – التصفية الجماعية للتركة أمر اختيارى وهو على كل حال أمر استثنائى: الأصل فى تسوية ديون التركة أن تكون باجراءات فردية، على النحو الذى فصلناه فيما تقدم. أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات جماعية، أى التصفية الجماعية للتركة، فهذا أمر اختيارى(1)، بل هو أمر استثنائى لا يجوز الالتجاء إليه إلا عند الضرورة. ذلك أن نظام

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦– وانظر فى تطبيق أحكام القانون المدنى دون أحكام الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٦ ص٧٤٤ هامش٢– حسن كيرة ص٤١. وانظر عكس ذلك على الخفيف فى مدى تعلق الحقوق بالتركة فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص٢١٧.

(1) آ– استحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاما لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فأنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى اتخاذ أى اجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الافلاس التجارى وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى.

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن رقم ٧ لسنة ٣٥ق س٣٠ ص٤٤٤)

ب– مؤدى نص المادة ٨٧٦ من التقنين المدنى والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن الأصل فى تصفية ديون التركة أن تكون باجراءات فردية أما تسوية هذه الديون عن طريق اجراءات جماعية =

التصفية الجماعية ينطوى على إجراءات طويلة، ويقتضى تكاليف كبيرة، فلا يصح أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات. بل هو ليس بنظام اختيارى، بمعنى أنه يجوز لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا. وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شؤونها، فالنظام ملائم كل الملائمة لمثل هذه التركات. والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك(١).

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «وتصفية التركة من طريق تعيين مصف لها أمر اختيارى لذوى الشأن وللقاضى. فلكل ذى شأن أن يطلب هذه التصفية إذا أراد. وللقاضى أن يجيب الطلب، وله أن يرفضه إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إلى تصفية منظمة، إما لانعدام الديون، أو لتفاهتها، أو لتفاهة التركة نفسها»(٢)؟.

٤٢ - معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية: وتبين المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية، فتقول: «ومعنى ذلك أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة(1)، فلا يجوز للدائن اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته، ولا

=أى التصفية الجماعية- فهو أمر اختيارى، بل هو أمر استثنائى لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضرورة، إذ هو نظام ينطوى على اجراءات طويلة ويقتضى تكاليف كبيرة، فلا يصح إذن أن يكون نظاما إجباريا تخضع له كل التركات، بل هو ليس بنظام اختيارى - بمعنى أن يكون لذوى الشأن أن يطبقوه متى شاءوا- وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها، فالاجراءات التى نظمها المشرع فى هذا الصدد انما تكفل - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التركة أو إهمالهم فى ذلك من كبير ضرر، وقد ناط المشرع- بصريح نص المادة ٨٧٦ مدنى- بالقاضى السلطة التامة فى تقدير «الموجب» لإجابة طلب ذوى الشأن تعيين مصف للتركة، فالقاضى - وحده- هو الذى يقدر الاستجابة لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك.

(جلسة ١٩٨٢/٣/٧ الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٢٩٠)

(١) الوسيط ٤ فقرة ١٩٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠١.

(1) ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى اجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى ادارتها نيابة عنهم.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٣ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٤٥٦)

يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها. فترتفع بذلك يد الدائن والورثة عن التركة، ويمتنع اتخاذ أى إجراءات فردية حتى تتم التصفية. وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألاّ تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى، ويستطيع الورثة أن يتصرفوا فى هذه الأموال للغير دون أن يخشى الغير ظهور دائن للتركة ينازعه، فيستقر بذلك التعامل فى الأموال الموروثة... ويستخلص مما تقدم أن الإجراءات التى نظمها المشروع تكفل حماية المصالح المختلفة. فهى تكفل حماية مصلحة الورثة، فكثيرا ما يختلفون على تصفية التركة أو يهملون فى ذلك، ويترتب على اختلافهم أو إهمالهم أكبر الضرر، أما بعد وجود إجراءات منظمة للتصفية فقد امتنع الخلاف أو الإهمال. وهى تكفل حماية مصلحة من يتعامل مع الورثة، بجعلهم يطمئنون إلى هذا التعامل ويأمنون أن يرجع عليهم الدائنون. وهى تكفل حماية مصلحة دائنى التركة بجعل التصفية جماعية، لا يفضل فيها دائن على آخر دون مبرر قانونى. هذا إلى أن السبيل قد مهد للوارث إذا أراد إفراز حصته فى الميراث، كما أن المورث قد أعطى حق قسمة تركته قبل موته، وهو أمر تفرضه الظروف على رب الأسرة فى أحوال كثيرة(١)».

٤٣- مراحل التصفية الجماعية للتركة: ويمكن تقسيم إجراءات التصفية الجماعية للتركة إلى مراحل أربع: (١) تعيين مصف للتركة. (٢) جرد التركة بما لها وما عليها. (٣) تسوية ديون التركة. (٤) تسليم أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال بينهم عند الاقتضاء(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠١- ص٢٠٣- وانظر فى أوجه الخلاف بين الإفلاس التجارى وتصفية التركة تصفية جماعية محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩٠.

(٢) وهذه الإجراءات لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات (تقابلها المادة ٨٩ من قانون المرافعات الحالى) تدخل النيابة فيها. ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال. وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على اتباع أحكامه فيها، وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها، بل تنظم الإجراءات التى يحصل فيها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون. ولا يغير من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان «فى تصفية التركات» ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل=

١ – المرحلة الأولى – تعيين مصف للتركة

٤٤– نصوص قانونية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ مدنى على ما يأتى:

«وتتبع فى تصفية التركة الأحكام الآتية».

وتنص المادة ٨٧٦ مدنى على ما يأتى:

«إذا لم يعين المورث وصيا لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجبا لذلك، من يجمع الورثة على اختياره. فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضى اختيار المصفى، على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء».

وتنص المادة ٨٧٧ مدنى على ما يأتى:

«١– لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة، أو أن يتنحى عنها بعد توليها، وذلك طبقا لأحكام الوكالة».

«٢– وللقاضى أيضا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك».

وتنص المادة ٨٧٨ مدنى على ما يأتى:

«١– إذا عين المورث وصيا للتركة، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين».

«٢– ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام».

وتنص المادة ٨٧٩ مدنى على ما يأتى:

«١– على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل».

«٢– ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى فى الأثر على حق الغير الذى يتعامل

=الأحوال الشخصية، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص٦٧٧).

مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٢/٨٧٥: ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/٩٤٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/٩٤٤، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٨٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٥ - ص٢٠٧).

م٨٧٦: ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة «عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث» بدلا من عبارة «عينت المحكمة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٥. وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «عينت المحكمة» بعبارة «عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث»، وذلك «لأن قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان». واقترح أحد أعضاء اللجنة أن يتضمن النص حكماً يسمح للقاضى بالخروج على إجماع الورثة على اختيار المصفى إذا وجد أن هذا الإجماع على باطل كما إذا كان ضاراً بمصلحة الدائنين، فلم تأخذ اللجنة بهذا الاقتراح، وأقرت المادة بالتعديل المتقدم ذكره تحت رقم ٨٧٦. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٠٨ - ص٢١٠).

م٨٧٧: ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى لم يكن يتضمن عبارة «أو النيابة العامة» فى الفقرة الثانية. ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦. وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة «أو النيابة العامة» إلى الفقرة الثانية، «وبهذا أصبحت النيابة من ذوى الشأن فى طلب عزل المصفى أو استبداله، وقد روعى فى التعديل ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه»، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٧. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١١ - ص٢١٢)

م٨٧٨: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة «وذلك فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة» فى آخر الفقرة الثانية. ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٤٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٦. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «وذلك فيما لا يتعارض إلخ» من نهاية الفقرة الثانية، «لأنها من قبيل التزيد، وهى بعد قد توحى بأن للمورث أن يختار وصياً لا تتوافر فيه الأهلية اللازمة لحسن الإدارة وتحد رقابة القاضى بالنسبة إليه». ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٨٧٨، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١٣ - ص٢١٤).

م٨٧٩: ورد هذا النص فى المادة ١٣١١ من المشروع التمهيدى، وقد اقتصر هذا المشروع على =

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، إذ لم يكن هذا التقنين يعرف نظام التصفية الجماعية للتركة.

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٢/٨٣٦-٨٤٠ - وفى التقنين المدنى الليبى م٢/٨٧٩- ٨٨٣- وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(١).

وتقتضى هذه النصوص بحث المسائل الآتية: (١) كيف يعين المصفى. (٢) قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفى. (٣) كيف تنتهى مهمة المصفى.

٤٥- كيف يعين المصفى: يجب التمييز هنا بين فرضين. فإما أن يكون المورث قد عين وصيا للتركة حال حياته، أو ألا يكون قد فعل ذلك.

أ- فإذا كان المورث قد عين وصيا للتركة، فإن المادة ١/٨٧٨ مدنى تقضى، كما رأينا، بأنه يجب «أن يقر القاضى هذا التعيين»(٢). ويبدو أنه فى حالة تعيين وصى للتركة يتعين على القاضى أن يقرر تصفية التركة تصفية جماعية، إذ أن هذه هى إرادة المورث بدت من تعيينه وصيا للتركة، ولا يجوز لا للورثة ولا للدائنين أن يعارضوا فى ذلك(٣). ومتى تقررت تصفية التركة تصفية جماعية، فإنه يتعين على القاضى أيضا أن يثبت الوصى الذى عينه المورث ويعتبر أنه هو المصفى للتركة. ولا يجوز له أن يستبدل به ابتداء شخصا آخر، وإن كان يجوز له أن يعزله كما سنرى. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٨ مدنى كما رأينا: «ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصفى من أحكام». وعلى ذلك

=الفقرة الأولى دون الفقرة الثانية. وفى لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى بعض تعديلات لفظية وأضيفت الفقرة الثانية، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ٩٥٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١٥- ص٢١٦).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢/٨٣٦ - ٨٤٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٢/٨٧٩ - ٨٨٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب، أنظر فى تعيين مديرى التركات وتثبيت منفذى الوصايا أو تعيينهم المواد ٩٣٩- ٩٤٦ مرافعات.

(٣) حسن كيرة ص٥٤- ص٤٦.

يكون لوصي التركة جميع سلطات المصفى، وعليه جميع التزاماته. فللوصي، كما للمصفى، أن يرفض تولى المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها، وله أن يطلب أجرا عادلا على قيامه بمهمته. وعليه جميع واجبات المصفى من تسلم أموال التركة وإدارتها، واتخاذ جميع الاحتياطات المستعجلة بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون، وتسوية ديون التركة، وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون، وهى شائعة أو بعد تقسيمها. ويجوز للقاضى عزل وصى التركة واستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك، كما يجوز له ذلك بالنسبة إلى المصفى.

والقاضى المختص بتثبيت وصى التركة وبعزله، وكذلك بتعيين مصفى التركة وبعزله، وبوجه عام ينظر جميع المسائل المعلقة بتصفية التركة تصفية جماعية، كان، فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٦ مدنى، القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث. ولكن لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة «عينت لمحكمة» بعبارة «عين القاضى الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث»، وقالت فى تبرير هذا التعديل إن «قانون المرافعات هو الذى يتكفل بتعيين المحكمة المختصة بالنسبة إلى نوع الدعوى وبالنسبة إلى المكان»، وأقر مجلس الشيوخ هذا التعديل[1]. ولما كان تقنين المرافعات لا يشتمل على نص خاص يعين المحكمة المختصة بتصفية التركات تصفية جماعية، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة فى هذا التقنين. ويبدو أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعى تكون المحكمة الابتدائية هى المختصة، إذ أن المادة ١/٤٧ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ تقضى بأن تختص المحكمة الابتدائية بالحكم فى جميع الدعاوى التى ليست من اختصاص القاضى الجزئى. ولم يذكر تقنين المرافعات تصفية التركات ضمن الأمور التى يختص بها القاضى الجزئى، فتكون إذن من اختصاص المحكمة الابتدائية، إلا إذا كانت قيمة التركة لا تجاوز عشرة آلاف جنيه نصاب القاضى الجزئى ولكن التركات التى لا تجاوز عشرة آلاف جنيه لا تصفى تصفية جماعية لتفاهة قيمتها. وفيما يتعلق بالاختصاص المحلى قد نصت المادة ٥٣ مرافعات على أن «الدعاوى المتعلقة بالتركات التى يرفعها الدائن قبل قسمة التركة أو من بعض الورثة على بعض تكون من اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى». وإذا كانت تصفية التركة لا تدخل فى نطاق حرفية هذه المادة، إلا أنه يؤخذ من النص أن المحكمة المختصة بالنظر فى المسائل المتعلقة بالتركة قبل تسوية ديونها وقبل قسمتها هى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة. وعلى ذلك يمكن القول

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤ فى الهامش.

بأن المحكمة المختصة بنظر تصفية التركة تصفية جماعية هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل افتتاح التركة، أى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث. وقد نصت المادة ٩٤٧ مرافعات، فيما يتعلق بتركات الأجانب، فعلا على اختصاص هذه المحكمة إذ قالت: «تختص المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين مصف للتركة وعزله واستبدال غيره به، وبالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بالتصفية». ونصت المادة ٩٤٨ مرافعات، فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضا، على أنه «فيما عدا الأحوال التى يختص بها قاضى الأمور الوقتية يرفع الطلب ويفصل فيه وفقا للأحكام والإجراءات والمواعيد المعتادة فى الدعاوى».

ب- وإذا لم يكن المورث قد عين وصيا لتركته، فهنا يتسع مجال التقدير للمحكمة[1]. فهى تقدر أولا ما إذا كان هناك محل لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية، ولا تقرر ذلك إلا إذا طلب إليها أحد ذوى الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون. فإذا طلب أحد من هؤلاء، فى صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة، تعيين مصف للتركة. وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون. فإذا طلب أحد من هؤلاء، فى صورة دعوى يرفعها بالأوضاع المعتادة، تعيين مصف للتركة،، فالمحكمة غير ملزمة بإجابته إلى طلبه، بل تقدر ما إذا كان هناك مبرر لتصفية التركة تصفية جماعية. فقد قدمنا أن هذه التصفية إنما هى نظام استثنائى وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون، وللقاضى أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إليه، إما لإنعدام الديون أو لتفاهتها أو لتفاهة التركة نفسها[2]. والمحكمة تقدر ثانيا، إذا قررت إجابة ذوى الشأن إلى طلب التصفية الجماعية، من يكون المصفى للتركة، إذ هى التى تعينه. وهى غير ملزمة برأى أحد فى ذلك، إلا إذا أجمعت الورثة على اختيار شخص معين، سواء كان وارثا أو غير وارث. فعند ذلك تتقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على اختياره، ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض فى اختياره الدائنون أو الموصى لهم[3]. فإذا لم تجمع الورثة على اختيار أحد، عينت المحكمة بنفسها المصفى، ويكون من الورثة بقدر المستطاع، وذلك بعد

---

(١) وهى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث كما سبق القول (أنظر آنفاً ص ١٣٤).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤١.

(٣) أنظر ما دار من المناقشة فى هذا الشأن فى لجنة مجلس الشيوخ فى صدد المادة ٨٧٦ مدنى آنفاً ص١٣١ هامش١.

أخذ رأى الورثة (م٨٧٦ مدنى سالفة الذكر). ولا تتقيد المحكمة فى اختيار المصفى بأغلبية الورثة، فإذا اختارت الأغلبية شخصا واختارت الأقلية شخصا آخر، كان للمحكمة أن تعين الشخص الذى اختارته الأغلبية أو الشخص الذى اختارته الأقلية، أو تختار شخصا آخر غيرهما بحسب تقديرها، إذ هى لا تتقيد كما قدمنا إلا بالشخص الذى أجمعت على اختياره الورثة.

والمصفى هو فى حكم الوكيل عن الورثة، وهو نائب عنهم نيابة قانونية. وتسرى عليه أحكام الوكالة[1]، فيجوز له أن يرفض تولى المهمة، سواء كان مصفيا أجمعت على اختياره الورثة أو مصفيا اختارته المحكمة أو وصيا للتركة عينة المورث حال حياته. فإذا رفض تولى المهمة، كان على المحكمة تعيين مصف للتركة بدلا منه، بنفس الطريقة التى سبق بيانها.

٤٦ – قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين – نصوص قانونية: وقد رأينا أن المادة ٨٧٩ مدنى تقضى بأن «على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة، فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل». وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة، وبتثبيت الوصى إذا عين المورث وصيا للتركة قبل موته، مسألة هامة إذ يترتب عليها نتائج خطيرة كما سنرى. لذلك يجب أن يكون القيد فى اليوم نفسه الذى يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت ويعد كاتب المحكمة لهذا القيد سجلا عاما، تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدى، فيسهل العثور على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه. فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصى للتركة، عمد كاتب المحكمة فى يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر، ويتضمن طبعا اسم المصفى أو الوصى أمام اسم المورث. فيستطيع دائن التركة مثلا، إذا علم أن مدينه قد مات، أن يعرف ما إذا كان قد تقررت تصفية تركته تصفية جماعية. وذلك بأن يبحث فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية التى يدخل فى دائرتها آخر موطن لهذا المدين، وفى السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين، وأمام اسم

---

(١) ومنها إذا تعدد المصفون، ولم يرخص لهم فى الانفراد بالعمل، كان عليهم طبقاً للمادة ٧٠٧ مدنى أن يعملوا مجتمعين إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى. واختصامهم فى دعوى الشفعة، إذا باعوا أطياناً شفع فيها، هو مما يلزم معه تبادل الرأى فيما بينهم، فيجب اختصامهم جميعاً، ولا يغنى اختصام مصف عن اختصام الآخرين (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧رقم ٤٣ ص٢٩٦).

المدين (المورث) المدون فى السجل بحسب الترتيب الأبجدى، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة. فإذا كان قد صدر هذا الأمر، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدونا فى السجل، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيدا(١). ويجب أيضا على كاتب المحكمة أن يؤشر فى هامش السجل، بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة، كل أمر يصدر بعزل هذا المصفى أو ما يقع منه من تنازل أو تنح عن مهمته، ثم يقيد أمام اسم المورث دائما الأمر الصادر بتعيين المصفى الجديد الذى حل محل المصفى السابق. وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة إلى تركة معينة، ما إذا كانت هذه التركة قد تقررت تصفيتها تصفية جماعية، ومن هو المصفى الذى عين للقيام بهذه التصفية، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو كان قد تنحى.

وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٧٩ مدنى كما رأينا: «ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤». والتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ مدنى هو تأشير دائن التركة بحقه فى هامش تسجيل حق الإرث، وقد رأينا أن هذا التأشير يغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة. وعلى ذلك يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أثران هامان:

(أولا) لا يجوز للوارث، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إلى أن يتسلم شهادة التوريث التى تعطى له بعد تسوية الديون وسيأتى بيانها فيما يلى، أن يتصرف فى أموال التركة أو أن يستوفى ما للتركة من ديون. وتنص المادة ٨٨٤ فى هذا الصدد على ما يأتى: «لا يجوز للوارث، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١، أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل

---

(١) وقد اقترح أن يتم شهر الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وبتثبيت أوصياء التركة فى نفس السجلات المخصصة لشهر حقوق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى، لا فى قلم كتاب المحكمة المختصة بنظر التصفية، وذلك حتى لا تتعدد جهات الشهر، فيكون على كاتب المحكمة أن يبلغ يوماً فيوماً هذه الأوامر للتأشير بها فى هامش تسجيل حق الإرث إذا كان قد سجل، أو لتسجيلها إذا لم يكن قد تم تسجيل حق الإرث (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٨ ص٦٢٠- وفى بحثه فى الاتجاهات الحديثة فى الميراث وتصفية التركات بمجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص٢٣٢) - وإذا كانت هذه الطريقة المقترحة تحقق توحيد جهات الشهر فى مسائل التركات، إلا أنها من جهة أخرى تقضى أن يتم شهر أمر تعيين المصفى فى مكاتب للشهر تتعدد بتعدد عقارات التركة، إذا كانت هذه العقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد.

دينا عليه قصاصا بدين للتركة»(١). ذلك أنه من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى تبدأ الصفة الجماعية للتصفية، وهذه الصفة لها أثر بالنسبة إلى الورثة كما نرى هنا، وبالنسبة إلى دائنى التركة كما سيجئ. فبالنسبة إلى الورثة، تغل أيديهم عن التصرف فى أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات، وعن قبض الديون التى للتركة، وعن إجراء المقاصة فى دين عليه بدين للتركة على دائنه وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى(٢). وشأن التركة التى تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التى تصفى تصفية جماعية، وشأن المصفى هو شأن أمين التفليسة وكما تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف فى أموال التركة، وكما يكون أمين التفليسة وحده حق التصرف فى أموال المفلس كذلك يكون للمصفى وحده حق التصرف فى أموال التركة. ولا ضير فى ذلك على الورثة فقد عُلموا بتعيين المصفى وقد يكونون هم الذين اختاروه، ولا على من قد يتعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا فى سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصفى مقيدا فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل فى أموال التركة، ولا على المدينين للتركة فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاصا فى حق لهم على الورثة(٣)، يستطيعون هم أيضا أن يعثروا فى

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٠٣، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٧ – ص٢٢٩).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و٨٩٩ و٩٠٠ و٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة، ما دامت التصفية قائمة (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص٢٩٦).

(٣) وكذلك لا يجوز لدائن التركة أن يجعل دينه على التركة قصاصاً فى دين عليه للوارث، لأن دائن التركة لا يستوفى حقه إلا من أموال التركة ولا يجوز له أن يستوفيها من أموال الوارث الخاصة (إسماعيل غانم ص١٥٣ – ص١٥٤).

سجلات المحكمة الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفى فيعلموا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصفى دون الورثة(١). ويحسن بمصفى التركة أن يبادر منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات التركة، وبذلك يستحث دائني التركة أن يؤشروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون. وبذلك أيضا يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يتهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل: طريق قيد الأمر بتعيين المصفى في سجلات المحكمة، وطريق تأشير دائني التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الأرث في مكاتب الشهر العقاري(٢).

(ثانيا) لا يجوز لدائني التركة، من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى، أن يتخذوا أي إجراء فردي على أموال التركة. فقد بدأت الصفة الجماعية للتصفية من وقت قيد هذا

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف في مال التركة قبل أن تسلم له شهادة التوريث، أي بعد تصفية الديون. وهذه المسألة الأساسية في إجراءات التصفية هي التي تحقق المبدأ القاضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عملياً. وكما يمنع الوارث من التصرف، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة، لأن المصفى هو وحده الذي تصبح له صفة القبض في حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها، ولأن قبض الوارث لحق في التركة يشبه أن يكون تصرفاً في هذا الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٨).

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقي في هذا المعنى: «ونرى أن من أهم واجبات المصفى للتركة، سواء كان من بين الورثة أو من الغير، أن يقوم بشهر حق الإرث، حتى يمكن بما يتخذه من إجراءات أمام المحكمة، وما يتضح له من تأشيرات في مكاتب الشهر المختصة، أن يؤدي وظيفته وهي التصفية على أكمل وجه (محمود شوقي في الشهر العقاري علماً وعملا ص٤٢٨).

وقد يتم شهر الإرث قبل تعيين المصفى، فأي تصرف يصدر من الوارث، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لا يكون نافذاً في حق دائني التركة، ولهؤلاء لا للمصفى أن يتتبعوا العقار المبيع في يد المشتري. ويتتبع الدائنون العقار في يد المشتري بالرغم من فتح التصفية الجماعية وقيام المصفى بالعمل دون الورثة والدائنين، إذا وقع أن هذه التصفية لم تسر إلى غايتها واتفق ذوو الشأن جميعاً على عدم المضي فيها (قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٥ ص٧٤٣ هامش١). أما إذا قيد الأمر بتعيين المصفى بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث دون أن يؤشر دائن التركة بحقه في هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة، فالعبرة بالأسبقية في الشهر. وكذلك للمصفى تتبع منقولات التركة التي يبيعها الورثة قبل سداد الديون، ما لم يكن المشتري حسن النية. بل إن الوارث إذا تصرف غشاً في شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى (أنظر في ذلك الوسيط ٤ فقرة ١٩٤ ص٣٥١).

الأمر كما قدمنا(1)، فيجب أن تكون إجراءات دائنى التركة إجراءات جماعية، وفى مواجهة المصفى لا فى مواجهة الورثة. وتنص المادة ٨٨٣ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «١- لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه، إلا فى مواجهة المصفى. ٢- وكل توزيع فتح ضد المورث، ولم يقفل قائمته النهائية، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن»(١). فكل إجراء فردى يتخذه أحد

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدى كانت تنتهى بالعبارة الآتية «وكذلك لا يجوز الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة بالتركة». ووافقت لجنة المراجعة على النص، تحت رقم ٩٥٤ فى المشروع النهائى، بعد حذف هذه العبارة لعدم الحاجة إليها إذ لا يجوز بعد موت المدين أخذ حق اختصاص على عقارات التركة (م٢/١٠٨٥ مدنى). ثم وافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٥٢، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٥- ص٢٢٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(1) أ- وان كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لاجراءات التصفية المنصوص عليها فى المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الاعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارسا قضائيا على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٥ الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١٢٥٠)

ب- يمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفى اتخاذ أى اجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفى عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها عملا بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدنى إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفى من بقائهم معه خصوما فى الدعوى لمعاونته فى الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفى ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التى يتولى ادارتها نيابة عنهم.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١٣ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٤٥٦)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن رقم ٧ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٤٤٤)

دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يكون باطلا، إذ يجب كما قدمنا بعد قيد هذا الأمر أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفى مواجهة المصفى. فالمصفى هو الذى يفحص الديون التى لهم، ويحصرها، ويقوم بسدادها. فإذا كانت التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملا، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين. وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانونا كأن كان دائنا مرتهنا أو له حق امتياز، استوفى حقه فى المال محل الضمان متقدما على سائر الدائنين. ويلاحظ فى هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة، بعد موت المدين، أن يأخذ حق اختصاص على عقار فى التركة (م٢/١٠٨٥ مدنى)، فإنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم، فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجودا قبل موت المدين، كرهن أو امتياز أو اختصاص أخذ فى حيازة المدين. وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراء فرديا على مال المدين قبل موته، بأى حجز مثلا على ماله، فبموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى يجب وقف هذا الإجراء الفردى، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصفى، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى، ويتحاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقديم بسبب موجود قبل موت المدين كما سبق القول. ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذه إلى نهايته، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هى، وحصول كل دائن على ما خصص له فى هذه القائمة. أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصفى، فإنه يجب وقفها بناء على طلب المصفى أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن، وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعا فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض، وتسوى الديون جملة واحدة(١).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما دائنو التركة فلا يستطيعون اتخاذ أية إجراءات فردية ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً. بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفى باعتباره وكيلا عن الورثة. وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته، ولم تقفل قائمته النهائية، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض، وتسوى الديون جملة واحدة. ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار حرمان الدائنين من أخذ حقوق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة، حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر. ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الاختصاص، بعد أن حرم فى حالتى الإعسار والموت، فأصبح =

٤٧- كيف تنتهى مهمة المصفى: ومهمة المصفى تنتهى فى الأصل بانتهاء التصفية. ولكنها قد تنتهى قبل انتهاء التصفية بأحد أمور ثلاثة: بالتنحى أو بالموت أو بالعزل.

أما انتهاؤها بالتنحى فلأن المصفى فى حكم الوكيل، وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٧٧ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا: «لمن عين مصفيا أن يرفض تولى هذه المهمة، أو أن يتنحى عنها بعدم توليها طبقا لأحكام الوكالة». ومن أحكام الوكالة فى تنحى الوكيل ما تنص عليه المادة ١/٧١٦ مدنى من أنه «يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق مخالف لذلك، ويتم التنازل باعلانه للموكل. فإذا كانت الوكالة بأجر، فان الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول». ويبدو أن المصفى إذا أراد أن يتنحى عن مهمته، يجب أن يبلغ تنحيه للمحكمة التى عينته، ولو كان الورثة هم الذين اختاروه بالإجماع، أو كان وصيا للتركة عينه المورث قبل موته وثبتته المحكمة. ومن أحكام التنحى عن الوكالة أيضاً ما نصت عليه المادة ١/٧١٧ مدنى من أنه «على أى وجه كان انتهاء الوكالة، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف».

وقد تنتهى مهمة المصفى بموته قبل انتهاء التصفية، إذ هو فى حكم الوكيل كما قدمنا، والوكالة تنتهى بموت الوكيل (م٧١٤ مدنى).

وتنص المادة ٢/٧١٧ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل». ويبدو أن ورثة المصفى يجب أن يخطروا المحكمة التى عينت المصفى بموته، كما يجوز أن يخطر المحكمة بذلك كل ذى شأن كالورثة والدائنين والموصى لهم.

وتنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية، أخيرا، بالعزل(1). وقد رأينا الفقرة الثانية

=لايجوز أخذه إلا فى حياة المدين الموسر، لم يعد يترتب عليه ضرر، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله. أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الاختصاص، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقدم دائن على آخر، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الاختصاص بعد أن امتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٧- ص٢٢٨).

(1) إذ تنص المادة ٢/٨٧٧ من القانون المدنى على أن «للقاضى إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبررة لذلك» وكان لا يوجد =

من المادة ٨٧٧ مدنى تقول فى هذا الصدد: «وللقاضى أيضا، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره، متى وجدت أسباب تبرر ذلك». والأسباب التى تبرر عزل المصفى متنوعة، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها، وقد تكون عدم أمانته، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير وقد تكون غير ذلك من الأسباب. فمتى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته، وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له، أو بناء على طلب النيابة العامة[١]، أو دون طلب من أحد فتعزل المحكمة المصفى من تلقاء نفسها[٢]. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وكما أن القاضى هو الذى يعين المصفى، فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب، سواء فى ذلك أن يكون المصفى قد عين باجماع الورثة أو كان مختارا من القاضى»[٣].

وإذا انتهت مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية، سواء كان انتهاؤها بتنحى المصفى أو بموته أو بعزله، فعلى المحكمة أن تعين مصفيا آخر مكانه حتى يتم تصفية التركة التى بدأها المصفى السابق. ويكون تعيين المصفى الجديد إما باختيار الورثة له بالإجماع، أو باختيار

=فى نصوص القانون ما يوجب اختصام الدائنين فى دعوى عزل المصفى أو استبدال غيره، بل تكفل القانون المدنى – بما استحدثه من أحكام نظم فيها تصفية التركات واجراءاتها – بصيانة حقوق الدائنين ولو ظهروا بعد تمام التصفية وجعل لهم باعتبارهم من ذوى الشأن الحق فى طلب عزل المصفى واستبدال غيره به متى وجدت أسباب مبررة، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم هذا النظر وأقام قضاءه على أن دعوى المصفى لا تمس نظام التصفية فى شئ وإنما هى تتعلق بشخص المصفى وما هو منسوب إليه ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فيها قياما على أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث ود قد يكون مالكا لأقل الأنصبة فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٦٧٧)

(١) أنظر إضافة النيابة العامة فى لجنة مجلس الشيوخ وقد روعى فى هذه الإضافة ما قرره قانون المحاكم الحسبية فى أحكامه: آنفاً ص١٣١ هامش١.

(٢) ودعوى العزل لا تمس نظام التصفية فى شئ، وإنما هى متعلقة بشخص المصفى وما هو منسوب إليه. ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل، ولو كان الحكم بتعيين المصفى قد صدر فى مواجهتهم. وذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون مالكاً لأقل الأنصبة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٦ ص٦٧٧).

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١٨.

المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجماع من الورثة، وذلك على الوجه الذى بسطناه عند الكلام فى تعيين المصفى[1].

٢ – المرحلة الثانية – جرد التركة بما لها وما عليها

٤٨ – خطوات هذه المرحلة: بعد مرحلة تعيين المصفى، ندخل فى مرحلة جرد التركة بما لها وما عليها. وهذه المرحلة الثانية تشتمل على إجراءات أولية، تتلوها إجراءات إدارة التركة وجردها.

أما الإجراءات الأولية فتنظم الخطوات الآتية: (١) تسلم المصفى أموال التركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية (م٨٨٠ مدنى). (٢) اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة (م٨٨١ مدنى). (٣) تجهيز الميت وصرف نفقة لمن كان الميت يعولهم من ورثته (م٨٨٢ مدنى).

وأما إجراءات إدارة التركة وجردها فتنظم الخطوات الآتية: (١) إدارة التركة ومسئولية المصفى عن الإدارة (م٨٨٥ مدنى). (٢) تكليف دائنى التركة ومدينيها بتقديم بيان عمالهم من حقوق وما عليهم من ديون (م٨٨٦ مدنى). (٣) جرد حقوق التركة وديونها (م٨٨٧– ٨٨٩ مدنى). (٤) الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد (م٨٩٠ مدنى).

٤٩ – تسلم المصفى أموال التركة وما يتعلق بأجره وبنفقات التصفية – نص قانونى: تنص المادة ٨٨٠ مدنى على ما يأتى:

«١– يتسلم المصفى أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة، وله أن يطلب منها أجرا عادلا على قيامه بمهمته».

«٢– ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية»[2].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٤٩، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١٧– ص٢١٩).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق. =

ويخلص من هذا النص أن المصفى يبدأ بتسلم أموال التركة بمجرد تعيينه، ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التى عينته، وهى المحكمة التى يوجد فى دائرتها آخر موطن للمورث أى المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية. ويتسلم المصفى أموال التركة ممن هى تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحرزون هذه الأموال كالمصارف والشركات، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه.

ويجوز للمصفى، ولو كان وارثا، أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجرا عادلا، لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت فى أعمال التصفية وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية، ويكون حقا ممتازا مثلها(1).

أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التى أنفقت فى تعيين المصفى وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث، وما ينفق من مصروفات فى اتخاذ الاحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة، وفى القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة، ومصروفات دعوة دائنى التركة ومدينيها إلى التقدم بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون والإعلانات الخاصة بذلك، ومصروفات الجرد وتقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة، ومصروفات التقاضى الخاصة بالمنازعات فى صحة الجرد، ومصروفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها فى المزاد العلنى عند الاقتضاء، ومصروفات استيفاء حقوق التركة، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومصروفات تسليم أموال التركة بعد سداد

= ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(1) أجازت المادة ٨٨٠ من القانون المدنى لمصفى التركة أن يطلب من المحكمة الابتدائية التى عينته أجرا على قيامه بمهمته، وأن ذلك لا يحجب اختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى عن الأعمال التى قام بها، وهو اختصاص مقرر بصريح نص الفقرة الخامسة من المادة ٩٥٠ من قانون المرافعات (بخصوص تصفية التركات) الواردة فى الفصل الثالث من الباب الثالث من الكتاب الرابع المضاف بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٤٩ لسنة ٤٢ق س٣١ ص٩١٠)

الديون إلى الورثة، وغير ذلك من المصروفات. ونفقات التصفية هذه جميعا تتحملها التركة، وتكون حقا ممتازا، وله مرتبة امتياز المصروفات القضائية، أى المرتبة الأولى بين حقوق الامتياز العامة. وهذا أمر ظاهر، فان نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل.

أما مصروفات قسمة أموال التركة، بعد سداد ديونها، بين الورثة إذا طلب أحدهم ذلك، فهذه لا تدخل فى نفقات التصفية، لأن التصفية تتم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون. فتصبح أموال التركة عندئذ ملكا شائعا بين الورثة، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التى تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام.

٥٠ – اتخاذ الاحتياطيات المستعجلة للمحافظة على التركة نص قانونى:

تنص المادة ٨٨١ مدنى على ما يأتى:

«على المحكمة أن تتخذ عند الاقتضاء جميع ما يجب من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أودون طلب ما. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأختام، وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات قيمة»(١).

ويخلص من هذا النص أن هناك إجراءً احتياطيا مستعجلا يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به، وذلك عند نظرها فى تعيين المصفى، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر(1). وذلك

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٠، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢١٩– ص٢٢١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(1) مؤدى نص المادة ٨٨١ من التقنين المدنى أن ما يجب اتخاذه من الاحتياطيات المستعجلة للمحافظة على التركة انما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية وليس من قاضى الأمور =

أن الغالب فى التركات التى تصفى تصفية جماعية أن تتشتمل على أشياء ثمينة، كأثاث فاخر وحلى وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة. فهذه تقتضى الحيطة التحفظ عليها، حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الاستيلاء عليها خفية، إضرارا بالورثة والدائنين. ومن أجل ذلك تصدر المحكمة، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصى له، أو بناء على طلب النيابة العامة، أو دون طلب من أحد من تلقاء نفس المحكمة، أمرا بوضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث الفاخر، وعلى الخزائن والدواليب التى تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك. وتأمر المحكمة أيضا بايداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر فى أحد المصارف، وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها(١).

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصفى عند تعيينه، يجردها ويقدر قيمتها ويدرجها فى القائمة، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال التركة.

=الوقتية، وليس أقطع فى الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها ودون طلب ما- وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية.

(جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٢٥ق س١٠ ص٨٠٥)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يجب اتخاذه من الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية، وليس من قاضى الأمور الوقتية. وليس أقطع فى الدلالة على أن المشرع قد جعل سلطة اتخاذ الاحتياطات المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه ناط بالمحكمة اتخاذ تلك الإجراءات، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، بل إنه أيضاً خول لها اتخاذ تلك الاحتياطات من تلقاء نفسها دون طلب ما، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢١ ص٨٠٥).

وتنص المادة ٩٤٩ مرافعات، فيما يتعلق بتركات الأجانب، على أن «لقاضى الأمور الوقتية أن يصدر أمراً على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية للمحافظة على التركة، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة أحد المصارف أو لدى أمين. وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تعدل هذا الأمر أو تلغيه، وأن تأمر بما تراه لازماً من الإجراءات التحفظية الأخرى، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة أو من تلقاء نفس المحكمة».

وانظر فيما يتعلق بتركات الأجانب أيضاً، فى وضع الأختام ورفعها وفى الجرد المواد ٩٥٤- ٩٦٨ مرافعات.

٥١- تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعولهم من ورثة نص قانوني:
تنص المادة ٨٨٢ مدنى على ما يأتى:

«١- على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته. وعليه أيضا أن يستصدر أمرا من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهى التصفية، على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الإرث».

«٢- وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية»(١).

ويخلص من هذا النص أن المصفى، وهو يواجه بمجرد تعيينه نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه، يجب عليه أن يقوم بتسديد هذه النفقات من أموال التركة، لأن هذه النفقات مقدمة على جميع ديون التركة. وقد كان المشروع التمهيدى يقضى بالصرف من مال التركة «على تجهيز الميت»، فعدل النص فى لجنة الشؤون التشريعية إلى الصرف من

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقضى بالصرف من مال التركة «على تجهيز الميت» ولم يكن يذكر «نفقات مأتمه»، وكان يجعل الاختصاص فى النفقة لقاضى الأمور المستعجلة. ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٣ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب جعل الصرف من مال التركة «لتسديد نفقات تجهيز الميت»، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٥١. وفى لجنة مجلس الشيوخ قيل إن «المفهوم أن أصحاب الوصية الواجبة حكمهم حكم الورثة فى تطبيق هذه المواد»، وأضافت اللجنة عبارة «ونفقات مأتمه» بعد عبارة «لتسديد نفقات تجهيز الميت» لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات، واستبدلت عبارة «قاضى الأمور الوقتية» بعبارة «قاضى الأمور المستعجلة»، وذلك «لأن المنازعات التى يعرض لها النص من قبيل ما يصلح أن يفصل فيه قاضى الأمور الوقتية، والالتجاء إليه أيسر وأقل من نفقة الالتجاء إلى القضاء المستعجل حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى بل يكتفى بطلب مقدم للقاضى ويؤشر عليه». ووافقت اللجنة على النص بهذه التعديلات تحت رقم ٨٨٢، ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢١- ص٢٢٤).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

التقنين المدنى السورى م٨٤٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

مال التركة «لتسديد نفقات تجهيز الميت»(١). وهذا التعديل تعديل صائب، إذ يغلب أن يجئ تعيين المصفى بعد دفن الميت، ويكون ذووه هم الذين قاموا بنفقات تجهيزه، فيرجعون بها على المصفى يسددها من أموال التركة. ولم يكن المشروع التمهيدى يذكر نفقات المأتم إلى جانب نفقات تجهيز الميت، فأضافت لجنة مجلس الشيوخ نفقات المأتم «لأن تجهيز الميت لا يشمل هذه النفقات»(٢). فيجب إذن على المصفى أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه، بما يناسب حالته، لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت.

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه، النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته، ويدخل فى ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة. وهذا أمر على جانب كبير من الاستعجال، إذ كثيرا ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كأمه وأبيه وأخواته. وهؤلاء تنقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم، إذا صفيت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية. فيكونون فى أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل، إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل. لذلك أوجب القانون على المصفى أن يبادر إلى استصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية، يقدر فيه القاضى مبلغا معقولا يكفى للنفقة عليهم مؤقتا، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها. ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة المؤقتة أن يكون وارثا، وأن يكون ممن يعولهم المورث حال حياته. فلا تصرف لمن كان الميت يعولهم من غير ورثته إذ ليس لهولاء نصيب فى تركته(٣)، ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته. وقد كان المشروع التمهيدى يجعل الاختصاص فى نظر هذه النفقة لقاضى الأمور المستعجلة، فعدلت لجنة مجلس الشيوخ النص وجعلت الاختصاص لقاضى الأمور الوقتية، لأن الالتجاء إلى قاضى الأمور الوقتية أيسر وأسرع «حيث لا يقتضى الأمر رفع دعوى، بل يكتفى بطلب يقدم للقاضى ويؤشر عليه»(٤). وإذا

---

(١) أنظر آنفاً ص١٤٩ هامش١.

(٢) أنظر آنفاً ص١٤٩ هامش١.

(٣) أما أصحاب الوصية الواجبة، إذا كان الميت يعولهم حال حياته، فيعتبرون فى حكم الورثة إذ لهم نصيب فى تركة الميت، فتجب لهم النفقة (أنظر ما قيل فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذه المسألة آنفاً ص١٤٩ هامش١ - وانظر فى أصحاب الوصية الواجبة ما يلى فقرة ٧٩).

(٤) أنظر آنفاً ص١٤٩ هامش١ - وفيما يتعلق بتركات الأجانب «يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة: أولا - بتقدير نفقة وقتية لمن كان المورث يعولهم حتى تنتهى التصفية، وذلك بناء على طلب ذوى الشأن وبعد أخذ رأى المصفى كتابة. ثانيا..» (م-٩٥ مرافعات). ويجوز لقاضى الأمور الوقتية «عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة ويأمر باعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها فى ميعاد ثمانية أيام على الأقل، وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة بهيئة مشورة».

قدر قاضى الأمور الوقتية النفقة التى تعطى لمن كان الميت يعولهم من ورثته، فنازع فيها الورثة الأخرون أو الدائنون أو الموصى لهم، بأن ادعوا أن من قررت لهم النفقة ليسوا من الورثة، أو هم من الورثة ولكن الميت كان لا يعولهم حال حياته، أو أن المبلغ الذى قدر لهم مبالغ فيه لا يتناسب مع أنصبائهم فى الأرث، نظر قاضى الأمور الوقتية هذه المنازعات وبت فيها نهائياً. ومتى قدرت النفقة على هذا النحو، فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث قدرت له النفقة من نصيبه فى الإرث.

٥٢- إدارة التركة ومسئولية المصفى عن الإدارة - نص قانونى: تنص المادة ٨٨٥ مدنى على ما يأتى:

«١- على المصفى فى أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة. وعليه أيضا أن ينوب عن التركة فى الدعاوى، وأن يستوفى ما لها من ديون قد حلت».

«٢- ويكون المصفى، ولو لم يكن مأجورا، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور، وللقاضى أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية»(١).

ويعرض النص هنا لما يلى الإجراءات الأولية التى سبق بيانها، من أعمال إدارة التركة. ذلك أن المصفى، فى أثناء تصفيته للتركة بل وقبل أن يبدأ التصفية، يجد تحت يده أموال التركة، وهذه فى حاجة إلى الإدارة إلى أن تتم التصفية وتسلم الأموال للورثة. فيتعين عليه أن يقوم بهذه الإدارة.

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب اتخاذه من الوسائل التحفظية. فإذا كان

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٥٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٤، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢٩- ص٢٣١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٨٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

للتركة دين في ذمة الغير مثلا وكان مضمونا برهن رسمى ولم يكن الرهن قد قيد، وجب على المصفى أن يقيد الرهن، وإذا كان الرهن قد قيد وحان ميعاد تحديده وجب عليه أن يحدد القيد. وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المال كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب، وجب على المصفى أن يقطع التقادم أولا، ثم يطالب باستحقاق المال. وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث، كان على المصفى أن يوقع حجزا ما للمدين لدى الغير تحت يد مدين المدين. وإذا كان للتركة أجرة متأخرة فى ذمة مستأجر، كان على المصفى أن يوقع حجزا تحفظيا على المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة. وهكذا يكون على المصفى أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب اتخاذها، للمحافظة على أموال التركة من الضياع.

ثم تأتى بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة، كأن يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك، فهذه كلها تدخل فى أعمال الإدارة المألوفة، ويجب على المصفى أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفى أثناء تصفيته لها. ومن أعمال الإدارة المألوفة، أن يقوم المصفى بقبض الديون المستحقة للتركة والتى تكون قد حلت، وأن ينوب عن التركة فى الدعاوى التى ترفع منها أو عليها.

ولما كان المصفى فى حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة الذين يملكون التركة)، فإن مسئوليته عن الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة المألوفة التى سبق ذكرها هى مسئولية الوكيل. فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية تحددها له، وعليه أن يوافى المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ مهمته (م٧٠٥ مدنى). وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضا فوائد ما يتبقى فى ذمته من أموال التركة من وقت أن يعذر (م٧٠٦ مدنى). وتقول الفقرة الثانية من المادة ٨٨٥ مدنى كما رأينا: «ويكون المصفى، ولو لم يكن مأجورا، مسئولا مسئولية الوكيل المأجور». ومسئولية الوكيل منصوص عليها فى المادة ٧٠٤ مدنى إذ تقول: «١- إذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد. ٢- فإن كانت بأجر، وجب على الوكيل أن يبذل دائما فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد». وعلى ذلك يكون المصفى، سواء كان مأجورا أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له، ملتزما فى القيام بتصفية التركة وفى إنجاز مهمته ببذل عناية الرجل المعتاد، ولو زادت هذه العناية على العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة.

٥٣- تكليف دائنى التركة ومدينيها بتقديم بيان عمالهم من حقوق وما عليهم من ديون - نص قانونى: تنص المادة ٨٨٦ مدنى على ما يأتى:

«١- على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه لأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة».

«٢- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسى لمراكز الشرطة فى المدن التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان، وفى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، وفى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار»(١).

وهنا يمهد المصفى لجرد التركة، باتخاذ إجراء يستطيع أن يكشف به عن دائنى التركة ومدينيها. وسنرى أن عنده وسائل أخرى للكشف عن ذلك بما هو ثابت فى السجلات

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما يتعلق بالفقرة الأولى. أما الفقرة الثانية فكانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «ويجب أن يلصق التكليف على باب آخر محل كان موطناً للمورث أو على باب آخر محل كان مقراً لأعماله، وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة فى المدينة أو القرية التى توجد بها أعيان التركة، وعلى الباب الرئيسى لديوان كل من المركز والمديرية أو لديوان المحافظة التى تقع فى دائرتها هذه الأعيان، وعلى اللوحات المعدة لنشر الإعلانات داخل كل من المحكمة التى يقع بدائرتها آخر موطن للمورث أو آخر مقر لأعماله والمحكمة التى تقع بدائرتها أعيان التركة. ويجب أيضاً أن ينشر التكليف فى الجريدة الرسمية، وفى ثلاث من الصحف اليومية الكبرى». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٧ فى المشروع النهائى، بعد بعض تعديلات لفظية. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب، عدلت الفقرة الثانية بما يقصر التكليف على النشر فى صحيفتين من الصحف اليومية الكبرى، ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته تحت رقم ٩٥٥. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الثانية فأصبحت مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقم النص ٨٨٦، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣١- ص٢٣٤).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٩٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

العامة من حقوق للتركة وديون عليها، وبما تكشف عنه أوراق المورث ومستنداته، وبما يصل إلى علمه من أى طريق كان. ولكن هذا كله لا يكفى، فقد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة، كما أنه ليس من الضرورى أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته. ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علنى، بأن يقدموا بيانا بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة، فى ميعاد معين.

وقد قضى القانون، كما رأينا، بأن على المصفى أن يوجه تكليفا علنيا لدائنى التركة ومدينيها، يدعوهم فيه أن يقدموا بيانا عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف. ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة كما سنرى، فيجب أن يحدد المصفى ميعادا لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور فى المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

وحتى تتوفر للتكليف العلانية الواجبة، قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة(١): (١) النشر المحلى: بالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى القرى ومدن الأقاليم يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمقر العمدة فى القرية أو المدينة، وبالنسبة إلى أعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيسى لمركز الشرطة الذى تتبعه الأعيان. (٢) النشر فى لوحة الإعلانات بالمحكمة: يلصق التكليف فى لوحة المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمورث، ويلاحظ أن المحكمة المختصة بنظر القضية هى المحكمة الابتدائية لا المحكمة الجزئية كما سبق القول. (٣) النشر فى الصحف اليومية: ينشر التكليف فى صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار. ولا يوجد ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة، فقد ينشر التكليف فى الصحيفة اليومية قبل لصقه فى لوحة المحكمة وعلى الباب الرئيسى لمقر العمدة أو لمركز الشرطة، وقد ينعكس هذا الترتيب. والمهم أن تكون المهلة المعطاة فى التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف كما قدمنا.

٥٤- جرد حقوق التركة وديونها- نصوص قانونية: تنص المادة ٨٨٧ مدنى على ما يأتى:

---

(١) يراجع ما طرأ على هذه الطرق من تعديلات فى أثناء المراحل التشريعية لنص المادة ٨٨٦ مدنى، ابتداء بالمشروع التمهيدى، فلجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب، فلجنة مجلس الشيوخ: آنفاً ص١٥٤ هامش١.

«١- على المصفى أن يودع قلم كتاب المحكمة، خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال. وعليه أيضا أن يخطر، بكتاب موصى عليه فى الميعاد المتقدم، كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع».

«٢- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك».

وتنص المادة ٨٨٨ مدنى على ما يأتى:

«١- للمصفى أن يستعين فى الجرد وفى تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة».

«٢- ويجب على المصفى أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها».

وتنص المادة ٨٨٩ مدنى على ما يأتى:

«يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شئ من مال التركة، ولو كان وارثا»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٨٨٧: ورد هذا النص فى المادة ١٣١٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- على المصفى أن يقدم للقاضى، فى ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها، وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال. ويجب أيضاً أن تعلن هذه القائمة فى الميعاد المتقدم إلى كل ذى شأن. ٢- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد، إذا وجدت ظروف تبرر ذلك». وفى لجنة المراجعة عدل النص بما يلزم المصفى بإيداع القائمة قلم كتاب المحكمة بدلا من تقديمها للقاضى وبإخطار كل ذى شأن بحصول الإيداع بموجب خطاب مسجل، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، بموجب خطاب مسجل، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٥٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٦، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣٥- ص٢٣٦).

م٨٨٨: ورد هذا النص فى المادة ١٣٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الجزء الأخير من الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كان يجرى على الوجه الآتى: «وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها للمصفى على أن يكون مسئولا عنها، ويجب على الورثة بوجه خاص أن يبلغوا المصفى عما يعلمونه من ديون على التركة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٥٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٧. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «وعلى من تكون لديه معلومات عن حالة المورث المالية أن يتقدم بها إلى المصفى على أن يكون مسئولا عنها»، واستعيض عنها بعبارة =

وتعرض هذه النصوص لجرد المصفى للتركة وحصر ما لها من حقوق وما عليها من ديون وإيداع قائمة بهذا الجرد قلم كتاب المحكمة، وهذا هو جانب من جوانب المهمة الرئيسية للمصفى.

فعليه أولا أن يجرد التركة. وحتى يحصى ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون يستطيع أن يلجأ إلى الوسائل الآتية: (١) يرجع إلى أوراق المورث ودفاتره ومذكراته ومستنداته، ويستخلص ما يجد فيها من ذكر لحقوق المورث أو ديونه معتمداً على ما عسى أن يؤيد ذلك من مستندات يجدها عند المورث. (٢) ويرجع إلى السجلات العامة، وبخاصة إلى مكاتب الشهر وتكاليف الأطيان، ليكشف عن التسجيلات والقيود التى تثقل عقارات التركة فيعرف ما على التركة من ديون مكفولة بتأمينات عينية، وليكشف من تكاليف الأطيان عما فى تكليف المورث من أراض زراعية. (٣) ويرجع إلى الورثة والموصى لهم ليستعلم منهم عما يعرفون من حقوق للتركة أو ديون عليها، ويستوثق مما يقولون فى ذلك بالمستندات والأوراق الأخرى إذا أمكن. (٤) وقد رأينا أن من الأعمال التى يبادر المصفى إلى القيام بها أن يشهر حق الإرث فى مكاتب الشهر العقارى التى تقع فى دائرتها عقارات

=«وما يصل إلى علمه عنها من أى طريق كان»، وذلك «لأن التكليف بإبلاغ المصفى معلومات عن حالة المورث لم يتقرر له جزاء، ولهذا آثرت اللجنة أن تجعل العبارة عامة تنصرف إلى كل ما يصل إلى علم المصفى سواء عن طريق سعى ذوى الشأن للإدلاء إليه بمعلومات أو عن طريق سعيه هو فى تحصيلها». وأضافت اللجنة إلى الشق الأخير من الفقرة الثانية عبارة «أو حقوق لها» لأن التصفية تستلزم الوقوف على الديون والحقوق دون تفرقة. فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٨، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣٧ - ص٢٣٩).

م٨٨٩: ورد هذا النص فى المادة ١٣٢١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٦٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٥٨، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٨٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣٩ - ص٢٤٠).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٤٨ - ٨٥٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٨٩١ - ٨٩٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

التركة، ويؤدى ذلك إلى أن كثيرا من دائنى التركة العاديين يؤشرون بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث، فيعرف من هذه التأشيرات كثيراً من الديون العادية التى على التركة. (٥) ورأينا أيضاً أن المصفى يعلن تكليفاً لدائنى التركة ومدينيها يدعوهم فيه إلى تقديم بيان بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وبذلك يستطيع الوقوف على كثير مما للتركة وما عليها. (٦) وللمصفى أخيراً أن يلجأ إلى أية وسيلة أخرى يجدها فى استطاعته للكشف عما للتركة وما عليها، كأن يستعلم عن ذلك من المصارف والشركات ومن دائنى التركة ومدينيها الظاهرين ومن شركاء المورث فى الأعمال التى كان يقوم بها ومن مستخدميه الخاصين الذين كانوا على اتصال بأعماله ومن غير أولئك وهؤلاء ممن يستطيعون أن يقدموا له معلومات فى هذا الشأن، سواء تقدم إليهم فى ذلك أو تقدموا هم من تلقاء أنفسهم بهذه المعلومات.

فإذا ما حصر المصفى ما للتركة من نقود وأوراق مالية ومفروشات وأثاث وحلى ومجوهرات وحقوق معنوية (كحق المؤلف وحق المخترع) ومنقولات أخرى وما تشتمل عليه من أرض ومبان، وجب عليه أن يقدر قيمة هذه الأموال، وله أن يستعين فى هذا التقدير بخبير أو بمن يكون له دراية خاصة فى تقديم بعض هذه الأموال كالحلى والمجوهرات والحقوق المعنوية.

ويلاحظ أن القانون حرم الاستيلاء على شئ من أموال التركة، فمن كانت تحت يده شئ من هذه الأموال، حتى لو كان دائناً أو موصى له أو وارثاً، يجب عليه أن يسلمه للمصفى. وقد نصت المادة ٨٨٩ مدنى كما رأينا على أن «يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شئ من مال التركة ولو كان وارثاً». فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئاً من ماله غشاً بنية الاستيلاء عليه وتملكه، اعتبروا فى حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد، حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده إذا أخفوا مثلا شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى ومجوهرات. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وقد نصت المادة ... من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد، توقع على كل من استولى غشاً على مال التركة حتى لو كان وارثاً. فمن كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه، وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثاً، وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه. وهذا لا يخل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من عقوبة التبديد، كعقوبة السرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال فى التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ، ما دام غير مصحوب بالاستيلاء على مال التركة، فلا يدخل فى حكم المادة...»(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٤٢.

ويعد المصفى، بعد جرد التركة على النحو الذى بسطناه، قائمة تبين ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون، وتشتمل على تقدير قيمة هذه الأموال. وهذه القائمة تبين حالة التركة مبدئياً، هل هى موسرة أو معسرة، وما مقدار حقوقها وديونها، ولا تتبين حالة التركة نهائياً إلا بعد تصفية المنازعات فى القائمة على ما سيجئ.

وقد أوجب القانون على المصفى أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية، وضرب له ميعاداً لذلك أربعة أشهر من يوم تعيينه. ويغلب أن يضيق هذا الميعاد بما يستغرقه إعداد القائمة من وقت، ويكفى أن نذكر بياناً لذلك أن شهر حق الإرث فى مكاتب الشهر المختلفة يستغرق وقتاً غير قليل، ويكون بعد ذلك لدائنى التركة العاديين أن يؤشروا بحقوقهم فى خلال سنة كاملة من وقت تسجيل حق الإرث، فلا يستطيع المصفى أن يحصى دائنى التركة العاديين ولو على وجه تقريبى إلا بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث، أى بعد انقضاء أكثر من سنة من وقت تعيينه. وإذا هو لم يعتمد على شهر حق الإرث وتأشير الدائنين بحقوقهم، واكتفى بالتكليف الذى يدعو فيه دائنى التركة ومدينيها أن يتقدموا ببيان ما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، فإن القانون أعطى مهلة للتقدم بهذا البيان ثلاثة أشهر من وقت نشر هذا التكليف آخر مرة. فلا يكون أمام المصفى لإعداد القائمة متضمنة تقديراً لقيمة أموال التركة، وإيداعها قلم كتاب المحكمة، وإخطار كل ذى شأن بحصول هذا الإيداع – كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى– «إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائنى التركة ومدينيها، وتمكن كذلك من نشره، فى أول يوم عين فيه»(١) لذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٨٨٧ مدنى، كما رأينا، بأنه يجوز للمصفى أن يطلب إلى المحكمة مد ميعاد الأربعة الأشهر إلى مدة كافية لإعداد القائمة وايداعها والإخطار بها على الوجه السالف الذكر، وذلك إذا وجدت ظروف تبرر ذلك، وكثيراً ما توجد هذه الظروف(٢).

ومتى أعد المصفى قائمة الجرد، وجب عليه إيداعها قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية. ووجب عليه كذلك إخطار كل ذى شأن، من وارث وموصى له ودائن للتركة ومدين لها، بكتاب موصى عليه، بحصول هذا الإيداع، حتى يطلع هؤلاء إذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٤٢– ص٢٤٣.

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب، يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة «بمد الأجل المحدد قانوناً لتقديم بيان بما للتركة وما عليها من الحقوق إذا وجدت ظروف تبرر ذلك، والتصريح بأداء الديون التى لا نزاع فيها» (م٩٥٠ ثالثاً مرافعات).

بالأملاك الخاصة إلا بمقتضى قانون أو أمر[1].

وكان هناك رأى ثالث، وهو الرأى الذى رجح فى القضاء والفقه وأخذت به محكمة النقض، يذهب إلى أنه يجوز انتهاء التخصيص بالطريق الفعلى فى جميع الأموال العامة، لا فرق فى ذلك بين الأموال العامة بطبيعتها والأموال العامة حكما. وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى يجب السير عليها فى هذا الشأن هى أن الحصانة التى أسبغها القانون على الأملاك العامة، فأخرجها عن دائرة المعاملات بما قضى به من عدم جواز بيعها والتصرف فيها إلا بقانون أو أمر، مقيدة ببقاء تلك الأملاك مخصصة للمنفعة العامة، فإذا ما زال عنها هذا التخصيص بسبب ما، انفصلت هذه الأملاك عن الأملاك العامة، ودخلت فى عداد الأملاك الخاصة[2].

ولما كان هذا الرأى الثالث هو الذى غلب فى القضاء والفقه فى عهد التقنين المدنى السابق كما قدمنا، فقد عمد التقنين المدنى الجديد، حسما للخلاف، إلى أن يورد نصا صريحا يأخذ فيه بهذا الرأى. فنصت المادة ٨٨ مدنى، كما رأينا، على أن «ينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص، أو بالفعل بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة». فارتفع الآن كل شك فى أنه يجوز انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى، دون حاجة إلى استصدار أداة رسمية[3].

---

(١) استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠ ص٣٨. وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يشترط لتجريد الحصون والقلاع من صفتها العامة صدور أمر إدارى بذلك، وذلك بخلاف الجسور والطرق ومجارى الأنهر والترع فهذه يكفى ثبوت زوال تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٤١ ـ ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص٢١٠).

(٢) نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٤ ص٨٦ ـ وقضت أيضا بأن سور مدينة القاهرة القديم لا يعتبر الآن من المنافع العمومية، بعد أن تهدم واندثرت معالمه وفقد ما خصص له، ثم وضع الناس أيديهم على أجزاء مختلفة منه وأدخلوها فى منازلهم (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص٣٠١) ـ وانظر أيضا نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاما جزء أول ص٣٠٢ ـ ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص٥٩٨ ـ ١٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦١ ص١٠٦ ـ استئناف وطنى ١٧ يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٢٠ ص٢٣٤ ـ ٢٥ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٥١ ص٢٤١ ـ استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٦ ص١٠٥٤ ـ استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص٢١٠ ـ ٧ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٦٧ ـ ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٧ ـ ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٣١ ـ ١٩ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٥٥.

وانظر محمد كامل مرسى فى مقاله عن الأملاك الخاصة والعامة ص٧٩٧ ومابعدها ـ محمد زهير جرانة ص١٩٦.

(٣) محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص١٧١.

على أن انتهاء التخصيص للمنفعة العامة بطريق فعلى يجب أن يكون واضحا كل الوضوح، فسكوت الإدارة عن عمل يقوم به الغير فى المال العام بدون موافقتها لا يكفى لاستظهار أن التخصيص للمنفعة العامة قد زال فعلا بهذا العمل[1]. وبوجه خاص لا يكون إبطال الدفن فى جبانة قديمة كافيا وحده لإزالة صفتها العامة، بل لابد من زوال معالم الجبانة[2].

٣ ـ تكييف حق الدولة فى الأشياء الخاصة والأحكام التى تخضع لها هذه الأشياء

٨٦ ـ حق الدولة فى الأشياء الخاصة هو حق ملكية مدنية محضة : قدمنا[3] أن حق الدولة فى الأشياء العامة هو حق ملكية إدارية، وبينا ما هو المقصود من ذلك. أما حق الدولة فى الأشياء الخاصة فهو حق ملكية مدنية محضة، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص وقد رأينا[4] أن الدولة تملك الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة.

وينبنى على أن حق الدولة فى الأشياء الخاصة إنما هو حق ملكية مدنية أن يكون للدولة الحق فى رفع دعوى الاستحقاق لحماية ملكيتها، وفى رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازتها، وأن تتملك الثمار والحاصلات التى ينتجها الشىء الخاص، شأنها فى ذلك شأن أى مالك.

٨٧ ـ الأحكام التى تخضع لها الأشياء الخاصة : وتخضع الأشياء الخاصة لنفس الأحكام التى تخضع لها الملكية المدنية، مع شىء من التحوير اقتضته طبيعة الدولة.

فالمال المملوك للأفراد يكون عادة قابلا للتصرف فيه، ويجوز الحجز عليه، ويجوز تملكه بالتقادم.

أما قابلية الشىء الخاص المملوك للدولة للتصرف فيه فليست محلا للشك، وللدولة أن تتصرف فى الشىء كما يتصرف الفرد فى ملكه الخاص. غير أن الدولة مقيدة بكثير من القوانين واللوائح التى تخضع لها فى تصرفها فى الأشياء الحاصة وفى استثمارها، فلابد

(١) استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٨٧ ـ ٦ أبريل سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٢٦ ـ ٩ يونية سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٤٤٠.

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٥ فى آخرها فى الهامش ـ وإذا جار أحد الأفراد على جزء من عرض طريق عام، ولكن الباقى من عرض الطريق يتسع لمرور الجمهور، لم يجز القول بانتهاء تخصيص هذا الجزء للمنفعة العامة، وحمل ذلك على محمل التسامح من الإدارة أو الإهمال، ما دام الانتفاع بالطريق لم يتأثر تأثرا محسوسا (محمد على عرفة فقرة ١٣٦ ص١٧٢).

(٣) انظر آنفا فقرة ٦٦ ومابعدها.

(٤) انظر آنفا فقرة ٧٨.

إذن من مراعاة أحكام هذه القوانين واللوائح، وسنعرض فيما يلى لبعض هذه الأحكام[1]. أما إذا لم يوجد قيد فى قانون أو لائحة، فقواعد القانون المدنى هى التى تسرى فى تصرف الدولة فى الأشياء الخاصة المملوكة لها. كذلك تكون المحاكم القضائية، لا المحاكم الإدارية، هى المختصة بنظر ما ينشأ عن تصرف الدولة فى الشىء الخاص من وجوه النزاع.

وأما قابلية الشىء الخاص للحجز عليه، فالأصل أنه يجوز لدائنى الدولة الحجز على الأشياء الخاصة المملوكة لها، وتتبع فى ذلك أحكام التنفيذ فى قانون المرافعات. ولكن الذى يقع فعلا هو أن الدولة لا تمكن الأفراد من الحجز على أملاكها الخاصة، ويمتنع قلم المحضرين عادة من إجراء هذا الحجز. ذلك أن المفروض هو أن الدولة مليئة، غير معسرة ولا مماطلة، وأنه متى تبين لها أن الحق فى جانب الدائن أوفته حقه طوعا واختيارا، لا قسرا وإجبارا.

بقيت قابلية الشىء الخاص لتملكه بالتقادم، وهذا ما كان مقررا إلى عهد قريب، بل كان هذا هو أهم فرق بين الملك العام والملك الخاص، فالأول لا يجوز تملكه بالتقادم أما الآخر فيجوز تملكه بهذا الطريق. وكثيرا ما كانت الأفراد تضع يدها على أملاك الدولة الخاصة، وتنقضى المدة اللازمة للتملك بالتقادم، فيتملكها واضع اليد. وقد رأت الحكومة أخيرا أن فى ذلك خطرا على أملاكها الخاصة، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب. لذلك انحرفت عن هذه القاعدة الهامة، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم. وهذا ما ننتقل الآن إليه.

٨٨ ـ عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة بالتقادم : صدر فى هذا الشأن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يعدل من المادة ٩٧٠ مدنى. وكانت المادة ٩٧٠ مدنى قبل هذا التعديل تجرى على الوجه الآتى : «فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة».

فعدل هذا النص، بموجب القانون سالف الذكر، على الوجه الآتى : «فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الأوقاف الخيرية، أو كسب أى حق عينى عليها، بالتقادم[2]».

ويلاحظ أن أملاك الدولة الخاصة، التى تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ هذا التعديل، تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم، إذ ليس للتعديل أثر رجعى. أما إذا كان هناك

(١) انظر ما يلى فقرة ٨٩ ـ ٩٢.

(٢) وقيل تبريرا لهذا التعديل بأن الشارع أراد بهذا الحكم الجديد أن يحمى هذه الأموال حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فإن ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق (المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧).

ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد، ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ التعديل خمس عشرة سنة كاملة، فإن واضع اليد لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم، حتى لو أتم بعد نفاذ التعديل مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للمال[1].

وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم، فعليه هو إذا كان مدعيا أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه. ومتى أثبت ذلك، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه، هو من أملاكها الخاصة، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم[2].

(1) (أ) المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ قد نصت على عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، فوضع اليد على الأرض المملوكة للمحافظ المطعون عليه الثالث مهما طالت مدته لا يكسب الملكية، ويكون طلب الطاعنة إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات وضع يد الشركة البائعة للطاعنة على تلك الأرض دفاعا غير منتج يتعين رفضه.

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ق).

(ب) المنتفع وإن جاز له فى القانون أن يحمى حيازته لحق الانتفاع بدعاوى الحيازة، إلا أنه يتعين أن يثبت بداءة أن العقار المطلوب دفع العدوان عن حيازته مثقل بحق عينى اكتسبه رافع الدعوى بسبب من الأسباب المقررة بالمادة ٩٨٥ من القانون المدنى لاكتساب حق الانتفاع، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق ومدونات الحكم المطعون فيه أن الأرض محل التداعى من أملاك الدولة الخاصة التى تزرع خفية وأثبت الخبير فى تقريره أن الطاعن ليس إلا مجرد واضع يد عليها وقيد اسمه بسجلات مصلحة الأملاك باعتباره مستغلا للأراضى بطريق الخفية، وكان الطاعن لم يقدم إلى محكمة الموضوع ثمة دليل يفيد بحصول تصرف من الحكومة فى أرضها اكتسب بمقتضاه حقا عينيا بالانتفاع أمامه لا يكون صحيحا ما يثيره فى النعى من الادعاد بحيازتها على سند من قيام هذا الحق.

(جلسة ١٩٨٧/١١/١٦ الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٤ق).

(2) (أ) أموال الدولة الخاصة التى لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، هى الأموال التى كانت مملوكة أصلا للدولة وقت نفاذ القانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ أو انتقلت ملكيتها إليها باحدى طرق كسب الملكية المبينة فى القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٧ الطعن رقم ١٢١٣ لسنة ٦١ق).

(ب) عدل القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بأن أضاف إليه حكما جديدا يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم وقد اقتصر على تعديل هذا النص ولم يتناول المادة ٨٧٤ من القانون المدنى التى تتحدث عن الاستيلاء باعتباره سببا مستقلا بذاته لكسب الملكية والتى كانت تجيز الفقرة الثالثة منها لكل مصرى أن يتملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبنى عليه من الأرض غير المزروعة التى لا مالك لها وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغراس أو البناء ودون اشتراط لمضى مدة ما على وضع يده، وإنما تفقد هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك، أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصر على حظر التعدى على الأراضى التى منع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تملكها بالتقادم وتخويل الجهة الإدارية صاحبة =

وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب

= الشأن حق إزالة هذا التعدى بالطريق الإدارى، ومن ثم فلا يكون للتعديل الذى أدخل بالقانونين المذكورين على المادة ٩٧٠ الواردة ضمن النصوص الخاصة بالتقادم المكسب أثر على نص المادة ٨٧٤ من القانون المدنى لاختلاف سبب كسب الملكية فى كل منهما.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠ الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٣٦٨).

(ج) نصت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى معدلة بالقانونين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، كما حظرت التعدى على هذه الأموال وخولت الجهات الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة التعدى على هذه الأموال إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة فإذا كان المطعون ضده ـ المدعى فى دعوى منع التعرض ـ لم يدع أنه اكتسب ملكية الأرض ـ محل النزاع ـ بالتقادم قبل صدور القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بل إنه أقر فى صحيفة دعواه بأن هذه الأرض مملوكة لمصلحة الأملاك فإنه يكون لجهة الإدارة أن تصدر بالاستناد إلى تلك المادة قرارا إداريا بإزالة ما وقع على هذه الأرض المملوكة لها من تعد وأن تنفذ هذا القرار بالطريق الإدارى.

ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ من أنه ليس لكل من هذين التشريعين أثر رجعى بالنسبة لما اكتسب فعلا من الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الأوقاف الخيرية بالتقادم قبل صدور هذين القانونين، هذا الذى جاء بالمذكرة الإيضاحية لا ينصرف إلا لما اكتسب ملكيته فعلا بالتقادم قبل تاريخ صدور القانونين المذكورين، أما الأموال التى كان يحوزها الأفراد قبل هذا التاريخ ولكنهم لم يكتسبوا ملكيتها أو أى حق عينى عليها بالتقادم قبل صدور القانون الأول فإنه يكون لجهة الإدارة أن تزيل التعدى الواقع عليها بالطريق الإدارى عملا بالحق المقرر لها فى القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ويكون الأمر الإدارى الصادر بإزالة هذا التعدى صادرا بالاستناد إلى القانون ولا يشوبه فى ظاهره عيب يجرده من صفته الإدارية وينحدر به إلى العدم ومن ثم فلا تختص المحاكم العادية بالفصل فى طلب التعويض عن هذا القرار.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٧ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص٥٣٨).

(د) أعاد المشرع بحث جوانب القصور التى شابت القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضى الصحراوية كما أعاد النظر فى المبدأ الذى اعتنقه فى ضوء ما كشف عنه تطبيقه فى العمل وأصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها وقسم فى المادة الثانية منه الأراضى المملوكة ملكية خاصة أقساما ثلاثة هى الأراضى الزراعية التى عرفها بأنها الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين والتى تكون مزروعة فعلا، والزراضى البور وهى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين، ثم الأراضى الصحراوية وهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين المشار إليهما سواء أكانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة، كما نص فى المادة ٣/٧٥ منه على أن «يعد مالكا بحكم القانون (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه الأراضى صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون ... =

أى حق عينى عليه، كحق ارتفاق أو حق انتفاع، شأن المال الخاص فى ذلك شأن المال العام.

وقد تم تعديل المادة ٩٧٠ مدنى بعد القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٥٧ بالقانونين ٣٩ لسنة ١٩٥٩، ٥٥ لسنة ١٩٧٠ وصار النص على الوجه الآتى : فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم.

ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها بالفقرة السابقة وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص إزالته إداريا.

وبموجب هذه التعديلات امتدت الحماية المقررة لأموال الحكومة الخاصة إلى أموال الأشخاص الاعتبارية العامة والأوقاف الخيرية وأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام. وأصبح الوزير هو المختص بإزالة التعدى الواقع على هذه الأموال بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء ويجوز لهذه الجهات إذا ادعت أن العين هى من أملاكها، أن تنتزع العين من يد حائزها، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده إذا رأى وجها لذلك.

وهذه ميزة أخرى لأموال الحكومة الخاصة وأموال الأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات والهيئات العامة، لأن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لإزالة الاعتداء على الملك العام أما الملك الخاص، إذا اعتدى

= (٢) كل من أتم قبل العمل بالقانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المشار إليه إقامة بناء مستقر بحيز ثابت فيه ولا يمكن نقله منه ...» وقد أقر المشرع بهذا النص حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدنى وكان رائده فى ذلك ـ على ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية لهذا القانون ـ الاعتبارات المتعلقة بالعدالة واحترام الحيازة المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان وبذلك فانه بعد صدور هذا القانون تكون العبرة فى تحديد الأراضى المنصوص عليها فى المادة ٨٧٤ من القانون المدنى ـ والتى أجاز تملكها وفقا لأحكامه ـ بما اذا كانت واقعة داخل الزمام أو خارجه، هى بما نصت عليه المادة الثامنة منه ووفقا لها يجب استبعاد الأراضى الزراعية لأنها مزروعة بالفعل وكذلك الأراضى البور غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين فاذا كانت واقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلومترين فانها تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٨٧٤ آنفة البيان ويشمل ذلك الصحارى والجبال ـ لما كان ذلك ـ وكان استخلاص ما اذا كانت أرض ما داخل الزمام أو متاخمة له ولا تبعد عنه مسافة كيلومترين هو مما تستقل به محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٨٨/١/٢٧ الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٤ق).

أحد عليه، فإنه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء بنفسها أى بالطرق الإدارية بل كان عليها أن تلجأ إلى القضاء، أما الآن بعد التعديل الأخير فأصبح للوزير المختص حق إزالته إداريا.

٨٩ ـ التشريعات المنظمة لإدارة الحكومة لأملاكها الخاصة والتصرف فيها : وقد صدرت تشريعات كثيرة متفرقة تنظم إدارة الحكومة لأملاكها الخاصة، والتصرف فى هذه الأملاك. وصدر قانون شامل فى هذا الموضوع، هو القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها. واستعرضت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون التشريعات المختلفة السابقة، ثم عقبت على ذلك بما يأتى : «ويبين من استعراض التشريعات المتقدمة أنها على تعددها قد صدرت متفرقة فى فترات زمنية متباعدة، ولذلك فرغم وحدة الموضوع الذى نعالجه، وهو إدارة العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها، فإنها لم تصدر عن فكرة قانونية عامة مشتركة تؤلف بين أحكامها وتوائم بينها، ولم يجمعها إطار قانونى واحد يحقق توافقها واتساقها. كما أن هذه التشريعات، مع تشتتها وكثرتها، قد صدر معظمها منذ عهد بعيد يمتد إلى مطلع القرن الحالى. وتوالى إدخال التعديلات المتلاحقة على كل تشريع منها على استقلال عن التشريعات الأخرى، الأمر الذى ضاعف من تنائيها وأوهن من ترابطها وزاد من عمق التنافر وعدم الاتساق بين أحكامها. ولذلك فإنه من الناحية الفنية لا يكفى مجرد إدخال التعديلات الجزئية على كل من التشريعات المشار إليها بل يتعين تجميع أحكامها فى مجموعة قانونية واحدة تضم القواعد العامة المشتركة المنظمة لإدارة واستغلال العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة والتصرف فيها، كما تتضمن ما تقتضى المصلحة العامة إقراره من نصوص وأحكام خاصة لبعض أنواع تلك الأراضى».

وقد صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لتحقيق هذه الأغراض المبينة فى المذكرة الإيضاحية. وبدأ هذا القانون باستبعاد أنواع من الأراضى من نطاق تطبيقه، إذ هى تخضع لنظم خاصة. وهذه هى : (١) العقارات المستولى عليها تنفيذا لقانون الإصلاح الزراعى والمعدة لتوزيعها على صغار الفلاحين، فيبقى قانون الإصلاح الزراعى مطبقا فى هذا المجال. (٢) العقارات التى تشرف عليها وزارة الإسكان والمرافق، والعقارات المبنية والأراضى المخصصة للبناء التى تسلم لجهات إدارية معينة وفقا لقانون التركات الشاغرة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢. (٣) المبانى الاستغلالية والأراضى الفضاء والأراضى الزراعية التى تقع داخل نطاق المدن، والتى تتولى المجالس المحلية إدارتها واستغلالها والتصرف فيها. (٤) العقارات التى تديرها أو تشرف عليها الوزارات والمصالح الحكومية والمؤسسات والهيئات العامة، وتقوم باستغلالها وفقا لأحكام التشريعات المنظمة لشؤونها، أو التى تدخل فى ملكية أى منها.

وفيما عدا هذه العقارات، فإن العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (مع مراعاة أحكام القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١

والقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١). وقد بين هذا القانون القواعد الواجب اتباعها فى تأجير هذه العقارات وفى التصرف فيها، بعد أن قسمها إلى أراض زراعية، وأراض بور وأراض صحراوية، وأراض فضاء وعقارات مبنية. ثم أورد طائفة من الأحكام العامة التى تسرى على هذه الأراضى جميعا. وبين بعد ذلك أثر الأحكام الواردة فيه بالنسبة إلى الوقائع التى سبقت صدوره[1]. فنستعرض فى إيجاز هذه المسائل تباعا.

وقد صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية ونصت المادة ٢٧ منه على إلغاء الأحكام المتعلقة بالأراضى الصحراوية بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فى شأن تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها.

كما صدر أيضا القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة ونصت مادته الثانية على أن تكون إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ فى شأن الأراضى الصحراوية وفقا للأوضاع والإجراءات الآتية : (أ) يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع قرارا بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها ويتضمن القرار بيان القواعد الخاصة بهذه المناطق. (ب) وفيما عدا الأراضى المنصوص عليها فى البند (١) يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص ـ حسب الأحوال ـ قرارا بتحديد المناطق التى تشملها خطة مشروعات استصلاح الأراضى، أو مناطق إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة، أو المناطق السياحية.

وقضت المادة الثانية المذكورة إنشاء هيئة عامة تسمى«الهيئة العامة للتنمية السياحية» يصدر بتنظيمها قرار من رئيس الجمهورية وتتولى إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى تخصص لأغراض إقامة المناطق السياحية.

وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع كما تتولى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إدارة واستغلال والتصرف فى الأراضى التى تخصص لأغراض إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة.

---

(١) وقد اشتمل القانون فيما اشتمل عليه الأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله، ولذلك ألغى فى المادة ٨٦ منه القانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ وهى تشريعات سابقة كانت تنظم هذا الموضوع. ولما كان طرح النهر وأكله متصلا بموضوع أعم هو موضوع الالتصاق كسبب لكسب الملكية، لذلك نرجئ الكلام فيه حتى نبحث الالتصاق فى الجزء التاسع من الوسيط.

وقد نصت المادة ٨٨ من القانون على أن «يصدر وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى اللائحة التنفيذية والقرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون». وقد صدرت فعلا لائحة تنفيذية مفصلة فى السنة التالية لصدور القانون.

وتمارس كل هيئة من الهيئات المشار إليها سلطات المالك فى كل ما يتعلق بالأملاك التى يعهد إليها بها، وتباشر مهامها فى شأنها بالتنسيق مع وزارة الدفاع وبمراعاة ما تقرره من شروط وقواعد تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

ونصت المادة الثالثة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ على أنه «فى جميع الأحوال تكون أراضى البحيرات والمساحات التى يتم تجفيفها مناطق استصلاح واستزراع، وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فى هذه الأراضى وفى أراضى طرح النهر، وتمارس سلطات المالك فى كل ما يتعلق بشئونها، وبالتنسيق مع وزارة الأشغال العامة والموارد المائية بالنسبة لأراضى طرح النهر.

وتنص المادة الرابعة من ذات القانون بأن «تتولى وحدات الإدارة المحلية كل فى نطاق اختصاصها إدارة وإستغلال والتصرف فى الأراضى المعدة للبناء والمملوكة لها أو للدولة، والأراضى القابلة للاستزراع داخل الزمام، ويضع المحافظ بعد موافقة المجلس الشعبى المحلى للمحافظة طبقا للقواعد العامة التى يقررها مجلس الوزراء قواعد التصرف فى هذه الأراضى على أن تعطى الأولوية فى هذا التصرف لأبناء المحافظة المقيمين فيها العاملين فى دائرتها ويجوز أن تنظم هذه القواعد الحالات التى يتم فيها التصرف فى هذه الأراضى دون مقابل لأغراض التعمير والإسكان والاستزراع وتهيئتها للزراعة أو لأية أغراض يقررها مجلس الوزراء.

وفيما يتعلق بالأراضى المتاخمة والممتدة خارج الزمام إلى مسافة كيلومترين فيكون استصلاحها وفق خطة قومية تضعها وزارة استصلاح الأراضى وتتولى تنفيذها بنفسها أو عن طريق الجهات التى تحددها بالتنسيق مع المحافظة المختصة، وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة هذه الأراضى واستغلالها والتصرف فيها، ويحدد مجلس الوزراء نصيب المحافظة فى حصيلة إدارة واستغلال والتصرف فى هذه الأراضى، ويسرى فى شأن إدارة وإستغلال والتصرف فيما تستصلحه المحافظة من هذه الأراضى حتى تاريخ العمل بالخطة المشار إليها، أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة. وتسرى أحكام المادة (٣٦) من قانون نظام الإدارة المحلية الصادر بالقرار بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩، على ما يؤول إلى المحافظة وغيرها من وحدات الإدارة المحلية من حصيلة إدارة وإستغلال والتصرف فى الأراضى المشار إليها فى الفقرتين السابقتين.

وتقضى المادة الخامسة من القانون المذكور بحظر استخدام الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون فى غير الأغراض المخصصة من أجلها.

ومع ذلك يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض الوزير المختص ـ حسب الأحوال ـ إعادة تخصيصها لأية جهة أخرى أو لأى غرض آخر.

وعند الخلاف بين الوزارات والهيئات العامة ووحدات الإدارة المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض حول تحديد الجهة المختصة بإدارة وإستغلال والتصرف فى أية

أراضى أو عقارات من المشار إليها، يعرض الأمر على مجلس الوزراء، ويكون قراره فى هذا الشأن ملزما للجميع ويسرى هذا الحكم على الخلافات القائمة بين الجهات المذكورة عند العمل بهذا القانون.

٩٠ ـ القواعد الواجب اتباعها فى تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة وفى التصرف فيها : استعرض القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (مع مراعاة ما ورد بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ والقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١) كما قدمنا أقساما ثلاثة من العقارات : (١) الأراضى الزراعية، وهى الأراضى الواقعة داخل الزمام والأراضى المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين وتكون مزروعة بالفعل. (٢) الأراضى البور والأراضى الصحراوية. والأراضى البور هى الأراضى غير المزروعة الواقعة داخل الزمام والأراضى غير المزروعة المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلومترين، أما الأراضى الصحراوية فهى الأراضى الواقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين المشار إليهما، سواء كانت مزروعة بالفعل أو غير مزروعة أو كانت مشغولة بمبان أو منشآت ثابتة أو غير ثابتة[1]. (٣) الأراضى الفضاء والعقارات المبنية، وهى التى تدخل فى ملكية الدولة الخاصة فيما عدا ما استبعد من نطاق تطبيق القانون على النحو السالف بيانه.

١ ـ الأراضى الزراعية : تؤجر هذه الأراضى إلى صغار الفلاحين الذين تتوافر فيهم شروط معينة، فى حدود خمسة أفدنة لكل منهم. وتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها، ويجوز أن تؤجر لمدة تقل عن ثلاث سنوات إذا استلزمت ذلك إجراءات التوزيع. ويلحق بها الأراضى البور التى تستصلح وتزرع خفية والأراضى الزراعية التى تزرع خفية، فهذه وتلك تحصر سنويا على زارعيها، ثم تؤجر فى السنة الزراعية التالية إلى صغار الفلاحين وفقا للأحكام المتقدم ذكرها، على أن تكون الأولوية فى التأجير لمن قام باستصلاحها إذا توافرت فيه الشروط.

وفيما يتعلق بالتصرف فى الأراضى الزراعية، تؤول هذه الأراضى إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى للتصرف فيها بتوزيعها على صغار الفلاحين وفقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى. واستثناء من هذا الحكم يجوز التصرف فى هذه الأراضى، فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر، وذلك ببيعها بطريق الممارسة إلى : (١) الشركاء على الشيوع فى الأرض محل البيع. (٢) الملاك المجاورين، مع تفضيل من يكون قد نزعت ملكيته

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون : «والمقصود بعبارة الأراضى الواقعة داخل الزمام.. الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية، وحصرت فى سجلات مصلحة المساحة وفى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة، والتى تخضع تبعا لذلك للضريبة العقارية على الأطيان. أما عبارة الأراضى الواقعة خارج الزمام فتشمل الأراضى التى لم تمسح مساحة تفصيلية، ولم يتم حصرها لا فى سجلات مصلحة المساحة ولا فى سجلات المكلفات بمصلحة الأموال المقررة، والتى لا تخضع للضريبة العقارية على الأطيان».

كلها أو بعضها للمنفعة العامة. (٣) أصحاب حقوق الارتفاق على الأرض محل البيع. (٤) واضعى اليد على الأراضى المتخلفة عن المنفعة العامة. (٥) مالك الأرض التى نزعت ملكيتها لمنفعة عامة، إذا عدل عن تخصيصها لذلك خلال خمس سنوات من تاريخ نزع الملكية. (٦) مالك الأرض التى رسا مزاد شرائها على الحكومة لقاء مطلوباتها، إذا طلب المالك المنزوعة ملكيته شراءها هو أو ورثته خلال خمس سنوات من تاريخ رسو المزاد. (٧) واضعى اليد على المساحات الصغيرة من الأراضى المتناثرة التى لا يمكن توزيعها مجمعة ولا اتباع دورة زراعية منتظمة بها، وذلك فى الحالات التى تحددها اللائحة التنفيذية ـ وتحدد اللائحة التنفيذية مراتب الأولوية فى الشراء فى الحالات المتقدمة، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى.

٢ ـ الأراضى البور : وأول ما عرض له القانون فى شأن هذه الأراضى هو وضع قواعد التصرف فيها لاستصلاحها. فجعل لوزير الإصلاح الزراعى أن يحدد بقرار منه المناطق التى يجوز أن تباع فيها هذه الأراضى لاستصلاحها، وذلك بعد التحقق من إمكان انتفاعها بالرى من المياه الجوفية أو غيرها من موارد المياه. وفى دائرة هذه المناطق يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى البيع ممارسة لمساحات من الأراضى البور فى حدود عشرين فدانا، لمن يتعهد باستصلاح الأراضى المبيعة وزراعتها فى خلال سبع سنوات بالنسبة إلى الأراضى البور. وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد البيع بالممارسة وتقدير الثمن وشروط أدائه ومدته وفوائده وسائر أحكام البيع الأخرى. وإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض فى خلال المدة المحددة، اعتبر البيع مفسوخا من تلقاء ذاته، وألزم المشترى الذى انفسخ عقده بأداء الأجرة المناسبة ويستنزل منها ما سبق أن أداه من ثمن وفوائد. أما إذا تم الاستصلاح وثبتت ملكية المشترى، فإنه لا يجوز له التصرف فيما استصلح من أرض إلا إلى صغار الزراع بشروط معينة. واستثناء مما تقدم، يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص فى بيع مساحات تجاوز العشرين فدانا من الأراضى البور إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة، بشرط أن يتم استصلاح هذه الأراضى خلال عشر سنوات. ومتى تم استصلاح الأراضى، لم يجز للشخص الاعتبارى أن يتصرف فيها إلا لصغار الزراع بشروط معينة.

ولم ينظم القانون تأجير الأراضى البور. «وعلة ذلك ـ كما تقول المذكرة الإيضاحية ـ أن الأراضى البور قد عهد باستصلاح جانب كبير منها إلى الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة المتخصصة فى أعمال استصلاح الأراضى وتعميرها. وبعد إتمام استصلاح الأشخاص الاعتبارية لتلك الأراضى وتعميرها وزراعتها، تكون طبيعة الأراضى المذكورة قد تغيرت من أرض بور إلى أرض توصف بأنها زراعية، وتسرى عليها تبعا لذلك الأحكام المنصوص عليها فى القانون المرافق والخاصة بالأراضى الزراعية».

٣ ـ الأراضى الصحراوية : نظم تأجير الأراضى الصحراوية، وكذلك التصرف فى الأراضى الصحراوية المستصلحة القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١.

ونصت المادة الأولى من القانون المذكور رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ على أنه «فى تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالأراضى الصحراوية الأراضى المملوكة للدولة ملكية خاصة، والواقعة خارج الزمام بعد مسافة كيلومترين. ويقصد بالزمام حد الأراضى التى تمت مساحتها مساحة تفصيلية وحصرت فى سجلات المساحة وفى سجلات المكلفات وخضعت للضريبة العقارية على الأطيان. وبالنسبة للمحافظات الصحراوية يعتبر زماما كردون المدن والقرى القائمة فى تاريخ العمل بهذا القانون والتى تقام مستقبلا وحتى مسافة كيلومترين. ويصدر رئيس مجلس الوزراء قرارا بتحديد ما يعتبر من المحافظات الصحراوية فى تطبيق أحكام هذا القانون. وتعتبر فى حكم الأراضى الخاضعة لهذا القانون، أراضى البحيرات التى يتم تجفيفها، أو الداخلة فى خطة التجفيف لأغراض الاستصلاح والاستزراع.

وأوضحت المادة الثامنة أن إدارة وإستغلال والتصرف فى الأراضى الصحراوية الخاضعة لهذا القانون طبقا للشروط والأوضاع والإجراءات التى رسمها القانون، ونصت المادة الثالثة على أن تكون الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية هى جهاز الدولة المسئول عن التصرف واستغلال وإدارة هذه الأراضى فى أغراض الاستصلاح والاستزراع دون غيرها من الأغراض.

وأنه مع عدم الإخلال بما يخصص لمشروعات الدولة، تختص هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة دون غيرها بالاستغلال والإدارة والتصرف لغير أغراض الاستصلاح والاستزراع ويتم ذلك لحسابها ويعتبر موردا من مواردها.وحظرت المادة ١٠ من القانون على أى شخص طبيعى أو معنوى أن يحوز أو يضع اليد أو يتعدى على أى جزء من الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذاً لخطة الدفاع عن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو أشغال بأى وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة.

ويقع باطلا كل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أصلى أو تبعى أو تأجير أو تمكين بأى صورة من الصور على تلك الأراضى يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ولكل ذى شأن التمسك بالبطلان، أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

وأوضحت المادة ١١ من القانون المذكور الحد الأقصى للملكية فى الأراضى الصحراوية وفقا لما تحققه أساليب وطرق الرى من ترشيد واقتصاد فى استخدام مصادر المياه المتاحة، وبما يتفق مع التطورات العلمية فى هذا المجال.وقضت المادة ١٣ بأن يكون التصرف فى الأراضى الخاضعة لأحكام هذا القانون، أو تأجيرها أو استغلالها لغرض استصلاحها واستزراعها فقط ووفقا للقواعد والشروط والأوضاع التى يضعها مجلس إدارة

الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة مع ذوى الشأن.

وأجازت المادة ١٤ لرئيس الهيئة أن يرخص فى التصرف بغير المزاد العلنى فى الأراضى المستصلحة وذلك طبقا للأسس والتيسيرات وأوجه الرعاية والقواعد والإجراءات التى يضعها مجلس إدارة الهيئة فى الحالات التالية وبمراعاة منح أولوية لأبناء المحافظة : (أ) المسرحين وأسر الشهداء ومصابى العمليات الحربية. (ب) صغار الزراع. (ج) خريجى الكليات والمعاهد. (د) العاملين بالدولة أو القطاع العام عند تركهم الخدمة أو انتهائها.

كما يجوز التصرف أو التأجير بغير طريق المزاد العلنى للمشروعات التى تفيد بحسب طبيعتها أو حجمها فى تنمية الاقتصاد القومى، وذلك بموافقة مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة الهيئة.

وعهدت المادة (١٠) لمجلس إدارة الهيئة تحديد أثمان الأراضى التى يتم التصرف فيها.

وألزمت المادة ١٦ المتصرف إليه باستصلاح الأرض المبيعة باستزراعها طبقا للمواعيد والبرامج والشروط والأوضاع التى يحددها مجلس إدارة الهيئة وتتضمنها العقود المبرمة فى هذا الشأن.

وقضت المادة ٩ من القانون بأنه إذا تداخلت فى مشروعات الاستصلاح أراضى مملوكة للأفراد أو للجهات الخاصة، فيجوز لمجلس إدارة الهيئة أن يتفق مع ملاك هذه الأراضى على شرائها وديا مقابل ثمن نقدى أو مبادلتها بقطعة أو قطع أخرى، مساوية لها فى القيمة فى نفس الزمام أو أقرب زمام لها فان تعذر ذلك اتخذت إجراءات نزع ملكيتها للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للأحكام المعمول بها فى هذا الشأن[1].

ونصت المادة ٢٢ من القانون على أنه «تختص المحاكم العادية دون غيرها بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون، وترفع الدعاوى إلى المحكمة الابتدائية المختصة.

٤ ـ الأراضى الفضاء والعقارات المبنية : فيما يتعلق بتأجير الأراضى الفضاء، تؤجر هذه الأراضى إذا كانت مشغولة بمنشآت غير ثابتة، إلى شاغليها لمدة لا تزيد على عشر سنوات بشرط ألا يقيموا عليها أية منشآت ثابتة، ويجوز تجديد العقد لمدة أو مدد أخرى مماثلة بقرار من وزير الإصلاح الزراعى. كما يجوز بقرار من الوزير التأجير لمدة تزيد على عشر سنوات ولا تجاوز ثلاثين سنة، إذا كان الغرض من التأجير هو إقامة منشآت ثابتة على

(1) يدل نص المادة ٤٠ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أن مناط اختصاص اللجان القضائية المشار إليها فى المادة ٣٩ من ذات القانون المختصة بالفصل فى المسائل الواردة بالمادة وفى أى تصرف من التصرفات الواقعة عليها أن تكون تلك الأراضى واقعة فى المناطق المعتبرة خارج الزمام بعد مسافة الكيلومترين ولا يحد من اختصاصها بنظرها كون تلك الأراضى مزروعة أو غير مزروعة وسواء كانت مقاما عليها منشآت ثابتة من عدمه.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦ الطعن رقم ١٠٠ لسنة ٥١ق س٣٥ ص٢٠١٦).

الأرض المؤجرة، بشرط أن يقبل المستأجر وصاحب المنشآت أيلولة الأرض بما عليها من منشآت ثابتة إلى الدولة فى نهاية مدة التعاقد دون مقابل. وفيما يتعلق بتأجير العقارات المبنية، يكون تأجيرها بالأجرة المقررة طبقا لأحكام القوانين السارية.

وفيما يتعلق بالتصرف، يجوز التصرف فى الأراضى المبنية أو المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة إلى شاغليها، وذلك بطريق الممارسة وفقا للقواعد والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية.

بقيت الأراضى الفضاء غير المشغولة بمنشآت ثابتة أو غير ثابتة، فهذه يكون تأجيرها والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاد العلنى، وفقا للقواعد والإجراءات والشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية.

٩١ ـ أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى : وبعد أن بين القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ القواعد الواجبة الاتباع فى تأجير الأراضى بمختلف أنواعها وفى التصرف فيها على النحو سالف الذكر، مع مراعاة الأحكام الواردة بالقوانين الأخرى، انتقل إلى تقرير أحكام عامة تسرى على جميع الأراضى نذكر منها ما يأتى :

١ ـ لا يجوز لأى شخص أن يضع يده على العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة، ولا أن يحوزها بأية صفة كانت، إلا وفقا لأحكام القانون، وقد تقدم أنه لا يجوز أيضاً تملكها بالتقادم. وكل تصرف أو تقرير لأى حق عينى أو تأجير يتم بالمخالفة لأحكام القانون يقع باطلا ولا يجوز شهره، ويجوز لكل ذى شأن طلب الحكم بهذا البطلان، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

٢ ـ ما يستحق للدولة من ثمن أو أجرة عن العقارات الداخلة فى ملكيتها الخاصة له امتياز عام على أموال المدين فى مرتبة المبالغ المستحقة للخزانة العامة وسابقة على أى امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم، وللدولة أن تحصل هذه المبالغ بطريق الحجز الإدارى. ولا يجوز لمن تؤول إليه ملكية أحد هذه العقارات أن يتصرف فيه إلا بعد أداء ثمنه كاملا، وإلا كان التصرف باطلا ولا يجوز شهره.

٣ ـ إذا تخلف المتصرف إليه عن الوفاء بأحد التزاماته، ولم تكن قد مضت خمس سنوات من تاريخ التصرف، حقق الموضوع بواسطة لجنة تشكل برياسة مستشار مساعد بمجلس الدولة وعضوية نائب بمجلس الدولة وأحد مديرى الإدارات بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى أو المؤسسة المصرية العامة لتعمير الصحارى بحسب الأحوال. وللجنة، بعد سماع أقوال صاحب الشأن، أن تصدر قرارا بإلغاء التوزيع أو فسخ البيع. ولصاحب الشأن أن يتظلم من هذا القرار إلى وزير الإصلاح الزراعى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه إليه. ولا يكون قرار اللجنة نهائيا إلا بعد تصديق الوزير عليه بعد انقضاء ميعاد التظلم، وينفذ القرار بالطريق الإدارى. ويترتب على إلغاء التوزيع أو الفسخ اعتبار المتصرف إليه مستأجرا للعقار من تاريخ تسليمه إليه، وتستحق عليه أجرته حتى تاريخ تسلمه منه، ويستنزل من قيمة هذه

الأجرة ما أداه المتصرف إليه قبل إلغاء التوزيع أو الفسخ من ثمن وفوائد وكذلك ما يستحق له من تعويض عن الغراس والمنشآت التى يكون قد أقامها فى العقار على نفقته.

٤ ـ يجوز لوزير الإصلاح الزراعى أن يرخص في تأجير بعض العقارات أو فى التصرف فيها دون التقيد بأحكام القانون، وذلك إذا كان التأجير أو البيع إلى الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة أو الأفراد بالنسبة إلى ما يحتاجونه من تلك العقارات لتنفيذ مشروعات تفيد فى تنمية الاقتصاد القومى، أو لدعم مشروعات قائمة منها، أو لإقامة منشآت ذات نفع عام عليها، وذلك بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة. ويكون التأجير أو البيع فى هذه الحالات بالأجرة أو الثمن وبالشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية.

٥ ـ يجوز لوزير الإصلاح الزراعى عند الضرورة القصوى أن يقرر تجميع الأراضى الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة قبل التصرف فيها، مع تعويض الغير من أصحاب الأراضى التى تتخللها أو تتداخل فيها على وجه يقلل من إنتاجها أو من تمام الانتفاع بها، إما عينا أو نقدا حسب اختيار صاحب الشأن. فإذا لم يبد صاحب الشأن خياره، كان التعويض عينا، وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات التجنيب، وقواعد التعويض العينى والنقدى، وشروطه.

٦ ـ وأخيرا تنص المادة ٦٩ من القانون على أنه «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يدلى ببيانات غير صحيحة يترتب عليها انتفاعه أو انتفاع غيره دون وجه حق بأحكام هذا القانون، سواء كان ذلك باقتضاء تعويض لا يستحقه أو باستئجار أو تملك العقارات التى تسرى عليها أحكام هذا القانون، وذلك فضلا عن رد ما قبضه بغير حق وبطلان التصرف ومصادرة المبالغ التى يكون المخالف قد أداها إلى الحكومة ـ ويعفى من العقاب كل من بادر من تلقاء نفسه بإبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأمر البيانات غير الصحيحة التى يكون قد أدلى بها أو اشترك فى الإدلاء بها على النحو المشار إليه فى الفقرة السابقة».

٩٢ ـ أثر أحكام قانون سنة ١٩٦٤ بالنسبة إلى الوقائع التى سبقت صدوره : وقد انتهى القانون فى الباب السادس منه إلى أحكام انتقالية وختامية عرض فيها لوقائع سبقت صدوره وبيّن أثر أحكامه فى هذه الوقائع. نذكر من ذلك.

١ ـ عقود إيجار العقارات الداخلة فى ملكية الدولة الخاصة، والتى كانت سارية فى تاريخ العمل بالقانون، تلغى فيما يخالف أحكامه.

٢ ـ جميع التصرفات التى تمت قبل العمل بالقانون على عقارات كانت داخلة فى ملكية الدولة الخاصة تبقى نافذة، بذات الشروط والأحكام السارية وقت إقرارها. ويجوز للمجلس التنفيذى (مجلس الوزراء) تعديل هذه الشروط والأحكام أو إلغاؤها أو إضافة أحكام جديدة إليها، إذا كان ذلك بقصد التيسير على المتصرف إليهم من صغار الفلاحين أو من خريجى المعاهد الزراعية.

٣ ـ يمنح كل من اشترى أرضا بور أو أرضا صحراوية من الحكومة بقصد استصلاحها، قبل العمل بالقانون، مهلة يتم خلالها استصلاح الأراضى المبيعة إليه وزراعتها، مدتها عشر سنوات من تاريخ تسليمها إليه أو سبع سنوات من تاريخ العمل بالقانون أى المدتين أطول. فإذا لم يقم المشترى باستصلاح الأرض المبيعة إليه وزراعتها خلال المهلة المشار إليها، اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته، دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار أو حكم قضائى.

٤ ـ يعتد بحقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقارات كائنة فى إحدى المناطق المعتبرة خارج الزمام فى تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية (رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨)، والمستندة إلى عقود تم شهرها أو أحكام نهائية سابقة على هذا التاريخ أو إلى عقود صدرت من الحكومة وتم تنفيذ الشروط الواردة بها ولم تشهر بعد. كما يعتد أيضا بالقرارات النهائية الصادرة وفقا لأحكام قانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية، والتى تضمنت تقرير التملك لبعض الأشخاص بالنسبة إلى ما كانوا يحوزونه من عقارات. ويعد مالكا بحكم القانون : (١) كل غارس أو زارع فعلى لحسابه لأرض صحراوية لمدة سنة كاملة على الأقل سابقة على تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية، وذلك بالنسبة إلى ما يقوم بزراعته بالفعل من تلك الأراضى فى تاريخ العمل بهذا القانون، وبما لا يجاوز الحد الأقصى للملكية الزراعية المقررة قانونا. ولا يسرى هذا الحكم على الأراضى التى تزرع جزءا من السنة على مياه الأمطار فقط. فإذا كانت تلك الأراضى تروى من آبار طمست دون تعمد أو تقصير بعد تاريخ العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية، فيجوز أن يعوض ملاك تلك الأراضى عنها بمساحات مماثلة لها فى مناطق الآبار الجديدة التى تنشئها الدولة. (ب) كل من أتم قبل العمل بقانون تنظيم تملك الأراضى الصحراوية إقامة بناء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه، وذلك بالنسبة إلى الأرض المقام عليها البناء والمساحة المناسبة التى تلحق به وتعد مرفقا له، بحيث لا تزيد على المساحة المقام عليها البناء ذاته على الأكثر، وذلك بشرط بقاء البناء قائما حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤[1].

(1) (أ) جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٥٧ من القانون المدنى الملغى والمادة ٨٠ من القانون المدنى المختلط المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين القائم وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير.

(جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٣٢ق س١٨ ص٢٣٠).

(ب) إن الأراضى الداخلة فى زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضى غير المزروعة التى كان يجوز تملكها بالاستيلاء طبقا للمادة ٨٧٤ مدنى وبالتالى فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هى الترخيص أو التعمير.

(جلسة ١٩٨٦/١/٢٢ الطعن رقم ١٢٧٩ لسنة ٥٢ق).

شؤون التصفية سنداً بمليكتهم للأموال الموروثة، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث.

والمحكمة تسلم لكل وارث، بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقى من أعيان التركة، سند ملكيته للأموال الموروثة المشار إليه فيما تقدم. وهذا السند هو شهادة الإرث، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقدم لها إعلاماً شرعياً بالوراثة(١)(أ)، أو ما يقوم

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إن هى اعتدت فى قضائها بثبوت الوراثة على إشهاد شرعى لم ينازع فيه أحد (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠١ رقم ١٦). وانظر فى حجية الإعلام الشرعى لإثبات الورثة ما لم ينقضه حكم: استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٨٨٩ م١ ص١٢٠- ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢١٢- ٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م٧ ص١١٠- ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٦٣ (لا حجية للإعلام الشرعى إذا ناقضه إقرار ممن يشهد لصالحه)- ٢٣ مارس سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٨١ (لا حجية للإعلام الشرعى الصادر من محكمة شرعية أجنبية ولم تراجعه سلطة مصرية مختصة)- ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص٢٤- ٨ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٤٨- ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٣١ (حجية الإعلام الشرعى ما لم ينقضه دليل مخالف)- ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٩١- ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣٦٢ (رفض تحرير الإعلام الشرعى إذا نازع أحد الورثة ويجب فى هذه الحالة رفع دعوى الإرث).

وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الإعلام الشرعى بتحقيق الوفاة والوراثة الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به.

(أ) أ- لئن كان ذكر المال شرطا لصحة دعوى الوراثة، إلا أنه يحق لمدعيها اثبات الوراثة أولا ثم اثبات المال، والادعاء بعدم وجود تركة للمتوفى لا يصلح دفعا لدعوى الوفاة والوراثة.

(جلسة ١٩٧٦/١/٧ الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٤٦)

(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٣ق س٢٧ ص٢٢٢)

ب- مناط صحة الشهادة بالارث وجوب أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد، والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفا يميزه عن غيره ويبين للقاضى أنه وارث حقيقة لتعرف نصيبه الميراثى.

(جلسة ١٩٧٦/١/١٤ الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٣ق س٢٧ ص٢٢٢)

جـ- متى كان لا تثريب على المحكمة إن هى اعتمدت على التحريات الادارية التى تسبق صدور اعلام الوفاة والوراثة عملا بالمادة ٣٥٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل الغائها بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ فانه لا على الحكم المطعون فيه إذا هو اعتد بأقوال عمدة الناحية التى أدلى بها فى تلك التحريات رغم أنه لم يشهد بها أمام المحكمة باعتبارها من الدلائل فى الدعوى بثبوت الوفاة والوراثة ولا يغير من ذلك أن الحكم أسبغ على هذه الأقوال خطأ وصف الشهادة لأن ذلك لم يكن له من أثر على قضائه. (جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٤ق س٢٧ ص٥٠٧)

مقام هذا الإعلام كحكم صادر من المحكمة المختصة باستحقاقه فى الإرث إذا ما أنكر عليه باقى الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم فى مواجهتهم(١)(1). وهذه الشهادة التى يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه فى الإرث، وتبين مقدار نصيبه فى التركة، وتعين أموال التركة التى آلت إليه بعد التصفية(٢). ويستطيع الوارث أن يشهر حقه فى الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة، إذ هى تتضمن كل البيانات اللازمة.

وليس من الضرورى أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة. فقد رأينا الفقرة الثانية من المادة ٩٠٠ مدنى تنص على ما يأتى: «ويجوز

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حكم المحكمة الشرعية القاضى بمنع التعرض فى بعض التركة، إذا كان مؤسساً على ما قضى به من ثبوت الإرث المبنى على النسب، يعتبر حكماً موضوعياً بالوراثة (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٠ رقم ١٤). وقضت محكمة النقض أيضاً بأن المشرع أراد أن يضفى على شهادة الوفاة والوراثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافها، ومن ثم جاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة فى الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه، سواء أكان ذلك فى صورة دعوى مبتدأة أم فى صورة دفع (نقض مدنى سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٥٨ ص٣٤٠)- وانظر نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص٦١٩- ١١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٤٧ ص١٠٨٣- ٢٩ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠٦ ص١٤٨٠.

(٢) وفيما يتعلق بتركات الأجانب، تنص المادة ٩٥٠ مرافعات على أن «يصدر قاضى الأمور الوقتية أمراً على عريضة ... (رابعاً) بتسليم كل وارث شهادة تقرر حقه فى الإرث، وتعيين مقدار نصيبه فيه، وتعيين ما آل إليه من أموال التركة، وذلك بناء على طلب الوارث وبعد أخذ رأى المصفى كتابة. (خامساً) بتقدير نفقات التصفية والأجر الذى يستحقه المصفى عن الأعمال التى قام بها أو من استعان بهم من أهل الخبرة». هذا ويجوز لقاضى الأمور الوقتية «عند الاقتضاء أن يحيل الطلب إلى المحكمة، ويأمر بإعلان ذوى الشأن لجلسة يحددها فى ميعاد ثمانية أيام على الأقل، وتفصل المحكمة فى الطلب منعقدة بهيئة غرفة مشورة».

(1) إذا كانت الدعوى هى دعوى ارث تنظرها وتفصل فيها المحاكم بصفتها القضائية ولا يشترط القانون فيها اجراء تحريات مسبقة من الجهات الادارية وكانت التحريات المشار إليها فى المادة ٣٥٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية معدلة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٠ قبل الغائها بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ يقتصر نطاق تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة واثبات الوراثة التى تختص بها المحاكم الجزئية وتصدر فيها بصفتها الولائية إشهادات متعلقة بحالة الإنسان المدنية تكون حجة فى خصوصها ما لم يصدر حكم على خلافها عملا بالمادة ٣٦١ من ذات اللائحة. وقد أصبح اجراء هذه التحريات - حتى فى هذا المجال - متروكا لمحض تقدير المحكمة وفقا للتعديل الذى جرى على المادة ٣٥٩ من اللائحة بمقتضى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٤ آنف الاشارة، فان النعى على الحكم - بأنه أغفل القيام بهذا الاجراء يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٧ الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ق «أحوال شخصية» س٣٧ ص٦٨٥)

للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها». فمن المحتمل، بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد، وهو ثلاثون يوماً من يوم إخطار آخر وارث بايداع القائمة قلم كتاب المحكمة، أن يتبين، من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات، أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصفي ليس فى حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها. ففى هذه الحالة يجوز للوارث أن يطالب المصفى بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه فى الأشياء والنقود التى لا يحتاج لها المصفى فى تصفية التركة، فيسلمه المصفى ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائى فى الميراث. ويطالب المصفى الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها بحسب مقدار يسار التركة، فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة إذ لا يتضمن تسلم الوارث لشئ من أموال التركة أى خطر، وإن كان اليسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين فى النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال. وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه، دون انتظار لنهاية التصفية وتسلم شهادة الإرث(١).

٦٤- قسمة المصفى للتركة- نصوص قانونية: تنص المادة ٩٠٢ مدنى على ما يأتى:

«لكل وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزا، إلا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أو نص فى القانون».

وتنص المادة ٩٠٣ مدنى على ما يأتى:

«١- إذا كان طلب القسمة واجب القبول، تولى المصفى إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع».

«٢- فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك، فعلى المصفى أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصباء المتقاسمين».

وتنص المادة ٩٠٤ مدنى على ما يأتى:

«تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٦٦.

بضمان التعرض والاستحقاق وبالغبن وبامتياز المتقاسم، وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية»(١).

وتعرض هذه النصوص لحالة ما إذا طلب أحد الورثة(٢) من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزاً، فإن أموال التركة بعد تصفيتها تكون شائعة بين الورثة. ولما كان لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع إلا باتفاق كما هو الأمر فى ملكية الأسرة أو بنص فى القانون كما هو الأمر فى الشيوع الإجبارى، فان الوارث الذى يطلب تسلم حصته مفرزة، إذا لم

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٠٢: ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وكان المشروع التمهيدى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «ومع ذلك فللقاضى الجزئى أن يأمر، بناء على طلب ذى شأن، بوقف تقسيم التركة أو بعض أعيانها، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدى إلى نقص محسوس فى قيمة المال». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٣ فى المشروع النهائى، بعد حذف الفقرة الثانية وذلك نتيجة لحذف نص يماثلها كان قد ورد فى القسمة (م٢/١٢٠٢ من المشروع التمهيدى وقد حذفت فى لجنة المراجعة لعدم الموافقة على حكمها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٠٢). ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧١، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٦٧ – ص٢٦٨).

م٩٠٣: ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٢، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٦٩ – ص٢٧٠).

م٩٠٤: ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٧ من المشروع النهائى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٣، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٧٠ – ص٢٧١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق.

ونقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٦٣–٨٦٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٠٦–٩٠٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) أو الموصى لهم بسهم شائع فى التركة، فانه يعتبر شريكاً فى الشيوع مع الورثة.

يوجد اتفاق أو نص يمنعه من التقدم بهذا الطلب، لابد أن يجاب إلى طلبه. ويتعين على المصفى فى هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة، حتى يفرز نصيب الوارث. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً، تولى المصفى تجنيب حصته مفرزة بالاتفاق مع الورثة، فان لم يتفقوا جميعاً، رفع دعوى القسمة وتكون نفقاتها على الورثة، ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعوى القسمة، ويترتب عليها نفس الأحكام»(١). ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والاستحقاق، ونقض القسمة للغبن، وامتياز المتقاسم، وقد سبق بيان ما يتعلق بالتعرض والاستحقاق وبالغبن، وسيأتى بيان امتياز المتقاسم عند الكلام فى التأمينات العينية.

٦٥- أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها- الأوراق العائلية وما إليها والمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى والديون التى للتركة- نصوص قانونية: وقد أفرد القانون بعض أموال التركة عند قسمتها بأحكام خاصة.

فنصت المادة ٩٠٥ مدنى على ما يأتى: «إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لأحد الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث أو دون استنزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية»(٢).

فالأوراق العائلية والأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، كمذكراته وشهاداته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٦٩.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٤، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٧٢- ص٢٧٣).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٦٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٠٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

وأصول المؤلفات والمكتب الذى كان يقعد إليه والقلم الذى كان يكتب به وما إلى ذلك، إذا اتفق الورثة على أمر فى شأنها، نفذ هذا الاتفاق. أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها، تولت المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية البت فى شأنها، مستلهمة فى ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة. فقد تأمر ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة، وقد تعطيها لوارث معين هو أليق الورثة باقتنائها بعد استنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث، أو دون استنزال إذا تمحضت قيمتها فى عنصرها المعنوى.

ونصت المادة ٩٠٦ مدنى على ما يأتى: «إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به، وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث فى التركة. فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل»(١).

فالمستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها،

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « إذا كان من أموال التركة مستغل زراعى أو صناعى أو تجارى، وجب تسليم هذا المستغل باعتباره وحده اقتصادية قائمة بذاتها لمن يطلبه من الورثة، إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به، أو أن يراعى فى تقدير الثمن ما ينتجه هذا المستغل، وأن يستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث فى التركة». وقد وافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٧٧ فى المشروع النهائى؛ بعد إدخال بعض تعديلات لفظية عليه. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٥. وفى لجنة مجلس الشيوخ رؤى أن يكون تقويم المستغل لا باعتبار قيمة إيراده وإنما بحسب قيمته «لأن الإيراد قد يتأثر بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل» ولذلك استبدلت عبارة «يقوم بحسب قيمته» بعبارة «بقدر باعتبار قيمة إيراده». وأضيف إلى الشق الأخير من النص عبارة «فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل». وقد أصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٩٠٦، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٧٣ - ص٢٧٥).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٦٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

كبستان غرست فيه أشجار الفاكهة أو الزهور وكمصنع وكمحل تجارى، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية، فلا يصح تقسيمه وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته. فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على استغلاله، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد. ويستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق. فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الاستغلال، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل. وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الاستغلال، بيع المستغل لأجنبى طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة، ووزع ثمنه على الورثة. وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على استغلاله ورضى بدفع ثمنه، أعطى له، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنسبة نصيبه فى الإرث.

ونصت المادة ٩٠٧ مدنى على ما يأتى: «إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فان باقى الورثة لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك»(١).

ويلاحظ فى صدد هذا النص أنه يعرض للديون التى للتركة، أى للحقوق الشخصية (creanees) التى يكون فيها المورث دائناً لأجنبى. وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل فى الشيوع مع أموال التركة الشائعة، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة، كل بنسبة حصته فى الميراث(٢). فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٧٨ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٦، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٦- ص٢٧٧).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٦٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دين الأجرة، وإن كان أصلا للمورث، إلا أنه مادام بطبيعته قابلا للانقسام، فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٠١ ص١٢٧٨).

الورثة، فانما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم. أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق، فانه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته. ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق[1]. ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك، كما تقول المادة ٩٠٧ مدنى سالفة الذكر. فهم إذن يضمنون للوارث، دون اتفاق ، إعسار المدين عند القسمة. وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره القواعد العامة، إذ تنص المادة ١/٣٠٩ مدنى على أنه «لا يضمن المحيل يسار المدين. إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان». فالمحيل لا يضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة، ولا يضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا باتفاق خاص. أما هنا فى قسمة التركة، حيث تقتضى القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين، فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك. أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول الدين، فهذا الذى يقتضى اتفاقاً خاصاً كما تقضى بذلك المادة ٩٠٧ مدنى التى تقدم ذكرها.

٦٦- قسمة المورث- نصوص قانونية: تنص المادة ٩٠٨ مدنى على ما يأتى:

«تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فان زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية».

وتنص المادة ٩٠٩ مدنى على ما يأتى:

«القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً، وتصبح لازمة بعد وفاة الموصى».

وتنص المادة ٩١٢ مدنى على ما يأتى:

«تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، عدا أحكام الغبن»[2].

---

(١) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة عند الكلام فى القسمة: الوسيط ٨ فقرة ٥٧٩.

(٢) **تاريخ النصوص:**

م٩٠٨: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته بوصية مكتوبة فى ورقة رسمية، على أن يراعى فى ذلك القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت=

وتعرض هذه النصوص لقسمة المورث، وهى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته، وتكون فى صورة وصية يجوز الرجوع فيها. ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملا فى تركة مستقبلة وكانت باطلة، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناة من حكم بطلان التعامل فى التركة المستقبلة. والمادة ٩٠٨ مدنى سالفة

=رقم ٩٧٩ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص على الوجه الآتى: «يجوز للمورث أن يقسم التركة بين ورثته، على أن يراعى فى ذلك أحكام الوصية والقواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة وبتحديد القدر الذى تجوز فيه الوصية»، وسبب التعديل العمل على تنسيق النص مع نص المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية، ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٧٧. وفى لجنة مجلس الشيوخ وضع نص جديد هو نفس النص الوارد فى قانون الوصية للتنسيق بين القانون المدنى وقانون الوصية، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٩٠٨. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٧٧- ص٢٧٩).

م٩٠٩: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً، ولكن لا يتم الرجوع إلا إذا كان فى ورقة رسمية». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٠ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وذلك للتنسيق بينه وبين المادة ١٣ من قانون الوصية، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٨. ووافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٠٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٧٩- ص٢٨٠).

م٩١٢: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الأحكام بضمان التعرض والاستحقاق وما يتعلق منها بالغبن وبامتياز المتقاسم. ٢- وعلى الوارث الذى يطعن فى القسمة بالغبن أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسليم أموال التركة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨١. وفى لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى: «تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة، عدا أحكام الغبن»، وقد استبعدت أحكام الغبن دفعاً للتدخل بين أحكام الوصية وأحكام الغبن. وحذفت الفقرة الثانية تمشياً مع استبعاد أحكام الغبن، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٩١٢. ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٣- ص٢٨٥).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى وم٨٦٩- ٨٧٠ و٨٧٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى وم٩١٢- ٩١٣ و٩١٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

الذكر تقرر المبدأ العام فى هذه المسألة، وهى منقولة من المادة ١٣ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ التى تجرى على الوجه الآتى: «تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصى. فان زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة، كانت الزيادة وصية». وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد هذا النص: «مادة جديدة وضعت لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التى يراها. فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه فى التركة، وأن يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له، ووصيته بذلك صحيحة نافذة(1) (قال بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة). وبناء على ما جاء بالمادة ٣٨ من جواز الوصية للوارث بالثلث بدون توقف على إجازة الورثة، يجوز للمورث أن يزيد فى بعض الأنصباء ما يراه بحيث لا يتجاوز مجموع الزيادة ثلث التركة. فان كان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزائد، قسم الثلث بين أصحاب الأنصباء المزيدة بنسبة ما زاده لكل منهم، ورد الباقى إلى التركة».

وليس من الضرورى أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته، بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم، ويكون باقى التركة للباقى من الورثة شائعاً بينهم. ومن أفرز المورث نصيبه فى التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه فى الإرث إلا بقدر ثلث التركة، إذ تعتبر هذه الزيادة وصية.

وقسمة المورث هى وصية من ناحية، وقسمة من ناحية أخرى. فمن حيث إنها وصية، يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته، ولا تصبح لازمة إلا بوفاته (م٩٠٩ مدنى سالفة الذكر). ومن حيث إنها قسمة، تسرى عليها أحكام القسمة، وبخاصة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق وأحكام امتياز المتقاسم. ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهى لا تسرى على قسمة المورث، وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطى أحد الورثة أكثر من استحقاقه وتكون الزيادة وصية. فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتنفذ دون إجازة الورثة ما دامت فى حدود ثلث التركة، وعلى ذلك وجب استبعاد أحكام الغبن(١).

---

(1) النص فى المادة ٩٠٨ من القانون المدنى على أن «تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية، لا يفيد أن الوارث يكتسب مَلكية نصيبه فى التركة بالميراث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب، ذلك أن النص المذكور انما يعرض إلى القسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته وتكون فى صورة وصية.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص١٥٣٧)

(١) أنظر ما تم فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الشأن آنفاً ص١٨٧ هامش١.

٦٧- الحالات التى لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة- نصوص قانونية: ولما كان المورث يقسم تركته بين ورثته حال حياته، وكانت أموال التركة والورثة وديون التركة لا تمكن معرفتها على وجه التحقيق إلا عند وفاة المورث، لذلك كان من الجائز ألا تتناول القسمة كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة. ففيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل أموال التركة، تنص المادة ٩١٠ مدنى على ما يأتى: «إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فان الأموال التى لم تدخل فى القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث»(١). وهذا النص يسرى فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التى أجراها بين ورثته، ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد فى القسمة قبل موته، أو لم يرد ذلك. فتبقى القسمة التى أجراها فى الأموال التى أجريت فيها على ما هى عليه، أما المال الذى استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل فى القسمة، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث(٢). وقد يقع العكس ويتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة، فتختل بذلك القسمة التى أجراها بين الورثة. ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية، فان تصرف المورث فى بعض الأموال التى أدخلها فى القسمة يعتبر عدولا منه عن الوصية. فتسقط القسمة، وتكون الأموال التى يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة، فان القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة»(٣).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٧٩، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٠- ص٢٨١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٧١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) ويلاحظ هنا أنه فى حساب المقدار الجائز الإيصاء به لبعض الورثة فى القسمة التى أجراها المورث، يضاف المال الذى استجد إلى المال الذى أجريت فيه القسمة، فيكون المقدار الجائز الإيصاء به هو ثلث هذا المجموع.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٧.

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل الورثة، تنص المادة ٩١١ مدنى على ما يأتى: «إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا القسمة، فان الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث»(١). وهذا النص يسرى فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وإذا نقصوا (الورثة الذين دخلوا القسمة) بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصباء الباقى بعد هذا الموت، فان الحصة المفرزة التى وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم فى الميراث. وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباء بهذا الحجب، بطلت القسمة»(٢). وهناك فرض ثان، هو أن يزيد الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية بالقسمة، سواء دخل كل الورثة الموجودين وقت الوصية القسمة أو دخل بعضهم فقط. وفى هذا الفرض تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وفيما يتعلق بالورثة، إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، فإن القسمة تصبح باطلة»(٣)، وذلك لأن أنصباء الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة. بقى الفرض الأخير، وهو أن يدخل بعض الورثة دون بعض فى القسمة، ويبقى الورثة وقت الموت كما كانوا وقت

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يجعل النص فقرة ثانية تسبقها فقرة أولى تجرى على الوجه الآتى: «إذا لم يدخل فى القسمة جميع من يوجد من الورثة وقت وفاة المورث، وكانت القسمة كلها باطلة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٢ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ليتسق النص مع المادة ١٣ من مشروع قانون الوصية التى تمكن المورث من إفراز نصيب بعض الورثة إذا رأى الاقتصار على ذلك. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٠. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩١١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٢ - ص٢٨٣).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٧٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٧.

الوصية بالقسمة. وفى هذا الفرض تبقى قسمة المورث صحيحة، إذ يكون المورث قد أفرز نصيب بعض الورثة دون بعض، ولم تتغير أنصباء الورثة وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة، وهذا جائز طبقاً لصريح نص المادة ٩٠٨ مدنى والمادة ١٣ من قانون الوصية.

وفيما يتعلق بعدم تناول القسمة كل ديون التركة، تنص المادة ٩١٣ مدنى على ما يأتى: «إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين، أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات التى بنيت عليها»(١). ويلاحظ فى هذا الصدد أن قسمة المورث للديون التى على التركة بين الورثة يجب، حتى تكون نافذة فى حق دائنى التركة، أن يوافقوا عليها. فإذا لم يوافق الدائنون على القسمة، أو لم تشمل القسمة ديون التركة، فإن التركة تبقى مثقلة بهذه الديون. فإذا استطاع الورثة أن يتفقوا مع الدائنين على تسوية هذه الديون، نفذ ما اتفقوا عليه جميعاً فى هذا الشأن. وإذا لم يستطع الورثة الاتفاق مع الدائنين، فإن قسمة المورث تكون غير كاملة إذ لم تندرج فيها الديون. ويجوز عندئذ لأى وارث أن يطلب من المحكمة المختصة بنظر شؤون التصفية أن تتولى قسمة التركة من جديد طبقاً لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى التى سبق ذكرها، فتوزع المحكمة الديون المؤجلة وأموال التركة «بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الإرث (م٨٩٥ مدنى)، وترتب المحكمة التأمينات الكافية على أموال التركة لضمان حقوق دائنى التركة طبقاً لأحكام الفقرتين الأخيرتين من المادة ٨٩٥ مدنى.

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يقول «جاز عند عدم اتفاق الورثة على تسوية الديون». وفى لجنة المراجعة استبدل بهذه عبارة «جاز عند عدم تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين، وصار النص رقمه ٩٨٤ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٢، فمجلس الشيوخ رقم ٩١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٨٦- ص٢٨٨).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٧٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩١٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

وتلتزم المحكمة فى كل ذلك، بقدر الإمكان، القسمة التى أوصى بها المورث والاعتبارات العائلية والشخصية التى بنيت عليها هذه القسمة، فلا تنحرف عنها إلا لضرورة، حتى تحترم بذلك وصية المورث بقدر المستطاع(١).

المبحث الثالث

شهر حق الإرث

٦٨- خضوع حق الارث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى: لم يستقص قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ استقصاء تاماً المحررات التى يجب شهرها. فقد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء، وترك الوقائع والتصرفات التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الإرث والوصية. وقد كان عدم شهرهما ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل. فالوصية تصرف قانونى، ولكنها ليست بعقد من جهة وهى من جهة أخرى تنقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء، ومن ثم لم تكن خاضعة للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣. وكذلك حق الإرث لم يكن خاضعاً للتسجيل طبقاً لهذا القانون، فالإرث ينقل الملك بسبب الموت لا فيما بين الأحياء، وهو ليس بعقد، بل هو ليس بتصرف قانونى إذ هو واقعة مادية. وقد كان ذلك سبباً فى قصور دفاتر الشهر عن أن تكشف عن تسلسل الملكية العقارية، فكثيراً ما تنتقل هذه الملكية بالإرث أو بالوصية فتنقطع حلقات السلسلة عند ذلك. لهذا لم يكن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ أساساً صالحاً للتمهيد لنظام السجل العينى مع وجود هذه الثغرات فيه. وقد سد هذه الثغرات قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧، ولا يزال معمولا به حتى الآن. فقد استقصى هذا القانون جميع التصرفات الواجب شهرها، منشئة كانت أو كاشفة. فدخل فيما يجب شهره جميع التصرفات، سواء كانت بين الأحياء كالبيع أو بسبب الموت كالوصية، وكانت الوصية لا تخضع للتسجيل من قبل كما سبق القول. وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً، وهى واقعة الإرث، فأخضعتها للشهر لما فى شهرها من أهمية بالغة، إذ هى من أكثر الأسباب شيوعاً فى نقل الملكية(٢).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٩.

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٦١ وفقرة ٢٦٣ - وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فى هذا الصدد: «ولعل نص هذه المادة والمادة التى تليها أهم ما أتى به المشروع المرافق=

فحق الإرث إذن لا يخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقارى، منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ وهو تاريخ العمل بهذا القانون. وعلى ذلك فحقوق الإرث التى نشأت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧، بموت المورث قبل هذا التاريخ، لا تخضع للشهر وتنتقل فيها الملكية للورثة، ويستطيع هؤلاء أن يتصرفوا فى العقارات التى ورثوها وتشهر تصرفاتهم دون حاجة إلى شهر حق الإرث. على أن قانون تنظيم الشهر العقارى نص فى المادة ٥٣ منه على أن «تطبق المواد ٤٨ وما يليها على حقوق الإرث التى تنشأ ابتداء من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون. أما حقوق الإرث السابقة على هذا التاريخ، فلا تطبق فى شأنها المواد المذكورة إلا اختياراً»(١). فالقانون إذن أباح لمن تلقى حق الملكية بطريق الميراث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ أن يقوم بشهر حق الإرث إذا أراد ذلك، فالشهر ليس إجبارياً بالنسبة إليه وإن كانت له مصلحة عملية كبيرة فى القيام به(٢).

=من أحكام جديدة فى صدد المحررات الواجب شهرها. ولم يكن بد من اتخاذ هذه الخطوة بالنص على شهر المحررات المشار إليها فى هاتين المادتين، تمهيداً وتيسيراً لوضع نظام السجلات العينية، إذ لوحظ فى شأن هذه المحررات أن عدم خضوعها للشهر فى الماضى كان سبباً من أهم أسباب عدم استقرار الملكية العقارية فى البلاد».

(١) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق صراحة على كل ذلك فى الفقرة الأول من المادة ١١ منه إذ تقول: «يجب شهر حق الإرث إذا كانت الوفاة لاحقة على ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٦، بتسجيل إشهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية. وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من وارث فى حق من هذه الحقوق. وإذا كانت الوفاة سابقة على أول يناير سنة ١٩٤٧، فيكون شهر حق الإرث اختيارياً».

(٢) ويقول الدكتور محمود شوقى توضيحاً لذلك: «لا شك أن للورثة مصلحة كبيرة فى الالتجاء إلى شهر حق الإرث المتعلق بهم، سواء أكانت التركة قد آلت إليهم قبل أم بعد تنفيذ قانون الشهر العقارى. وذلك لأن شهر هذا الحق يقتضى من جانب مكاتب الشهر ومأموريتها فحص أساس الملكية من الناحيتين القانونية والهندسية، وتسليم ذوى الشأن عقب إجراء الشهر مستندات كفيلة ببيان حقيقة حقوقهم وصحة حدود ومسطحات العقارات التى آلت إليهم، مما ييسر عليهم الوقوف على بيان المقادير المضبوطة لهذه العقارات وإجراء أى تصرف لاحق دون حاجة إلى فحص جديد. ويزيد من أهمية هذا الإجراء أن مأموريات الشهر العقارى وأقلامها الهندسية تقوم بضبط ملكية العقارات وحقيقة مسطحها وبيان موقعها على الطبيعة وفى الخرائط وتحديدها تحديداً لا يقبل الشك بوضع حدائد عليها عند الاقتضاء، مما يجعل الورثة على بينة من كافة عقارات التركة ويغنيهم عن القيام بهذه البحوث على حسابهم الخاص، فيحقق لهم بذلك توفير كثير من الجهد والمال، بينما يتحقق غرض المشرع فى ضبط جميع تطورات الملكية توطئة لتنفيذ نظام السجل العينى. وتظهر قيمة إجراء شهر حق الإرث إذا ما علمنا أن المورث قلما يطلع الورثة على حقيقة أملاكه العقارية أو يشركهم فى أعماله ليعلموا مدى حقوقهم ومقاديرها الصحيحة. فإذا ما التجأ الورثة إلى إجراء شهر حق الإرث، وجدوا فى الهيئة =

٦٩- كيف يتم شهر حق الارث طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى: تنص المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشهادات الورائة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم، وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق. ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة. وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة»(١).

ويتبين من هذا النص أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما يتوقف انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشترى على شهر عقد البيع(1)،

=القائمة على أمر الشهر خبر عون لهم على ضبط حقيقة ملكيتهم العقارية» (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملات ص٤٠٢- ص٤٠٣).

وإذا ثبت حق الإرث لوارث قبل أول يناير سنة ١٩٤٧، وقام اختيارا بشهر هذا الحق، فانه يصعب القول بأن دائن التركة، حتى يحتفظ بحق التتبع وحق التقدم، يتعين عليه أن يؤشر بحقه على هامش تسجيل حق الإرث. فدائن التركة التى فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ كان له حق التتبع وحق التقدم، دون إجراء أى شهر للدين الذى له طبقاً للأحكام التى كان معمولا بها قبل قانون الشهر العقارى. فمن حقه أن يطمئن إلى هذا المركز الذى كسبه، ولا يلزمه أن يتكلف البحث فى مكاتب الشهر المختلفة التى توجد فيها عقارات التركة ليرى هل شهر الوارث حق إرثه ليؤشر هو بحقه، ما دامت تركة مورثه قد فتحت قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ (أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨٤).

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١/١١ و٢ من المشروع)، فيما عدا الإيضاح الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١١ من المشروع وقد سبق بيانه (أنظر آنفاً ص١٩٥ هامش١).

وتنص المادة ٢٢٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ما يأتى: «يكتسب الوارث بطريق الوراثة العقارات الواقعة على التركة، غير أنه لا يمكنه التصرف فيها تجاه الغير إلا بعد تسجيلها فى السجل العقارى».

(1) أ- مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة من وقت وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة، واكتفى المشرع فى قيام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٨٣/٣/٣٠ الطعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص٨٦١)

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ الطعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ق) =

بل إن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث كما سبق القول. ولكن الوارث إذا تصرف فى عقارات التركة قبل شهر حق الإرث، لا يجوز شهر تصرفه هذا كما سنرى.

ويجوز أن يقوم بشهر حق الإرث كل ذى شأن. وأول ذوى الشأن فى هذا هم الورثة، فيجوز لأى وارث، أو لمن يقوم مقام الوارث كالوكيل والولى والوصى والقيم، أن يقوم بهذا الشهر. ويعتبر ذا شأن، فيجوز له أن يقوم بالشهر، دائن التركة والموصى له ومن تصرف له الوارث ومصفى التركة. أما الدائن فيشهر حق الإرث حتى يتمكن من أن يؤشر على هامش التسجيل بحقه، فيكون له حق التتبع وحق التقدم فى عقارات التركة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم. وأما الموصى له فيستطيع أيضاً أن يقوم بشهر حق الإرث إذا كان دائناً للتركة، وشأنه فى ذلك هو شأن الدائن(١). وأما من تصرف له الوارث فإنه لما كان لا يستطيع شهر التصرف الصادر له من الوارث إلا بعد شهر حق الإرث، لذلك تكون له مصلحة فى شهر هذا الحق وله أن يقوم به. ولمصفى التركة أن يقوم بشهر حق الإرث لأنه ينوب عن الورثة، وهو بشهره حق الإرث يحمل الدائنين العاديين للتركة على أن يؤشروا

= ب- مفاد نص المادتين ١٣، ٤٨ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن انتقال ملكية أموال التركة إلى الورثة لا يتوقف على شهر حق الإرث كما هو الشأن فى عقد البيع بل أن أموال التركة تنتقل ملكيتها إلى الورثة بمجرد وفاة المورث وأنه يحق أن يقوم بشهر حق الارث كل ذى شأن، ولما كان من تصرف له الوارث لا يستطيع شهر التصرف الصادر له إلا بعد شهر حق الارث لذلك يكون له مصلحة فى شهر هذا الحق وأن يقوم به وبالتالى فان عدم شهر الوارث حق الارث لا يعتبر مانعا من الحكم للمتصرف إليه بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له فى شأن أى حق عينى آل للبائع بالميراث ذلك أن دعوى صحة ونفاذ عقد البيع دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذا عينيا ويجاب المشترى إلى طلبه إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥١ق)

جـ- مفاد المادة ١٣ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن المشرع لم يعلق انتقال الحقوق العقارية من المورث إلى الورثة على اشهار حق الارث كما هو الحال بالنسبة لتسجيل التصرفات العقارية، فظل انتقال حقوق المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وانحصر جزاء عدم شهر حق الارث على منع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق.

(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ الطعن رقم ٢٩٠ س٤٩ق س٣٣ ص١١١١)

(١) والموصى له بسهم شائع فى التركة، كربع التركة أو ثلثها، يجوز له أيضاً شهر حق الإرث ويشهر فى الوقت ذاته الوصية الصادرة له بالسهم الشائع. ويجوز أن يشهر حق الإرث الموصى له بنصيب وارث معين أو بنصيب غير معين (م٤٠- ٤٢ من قانون الوصية). أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٦.

بحقوقهم على هامش التسجيل، فيكون هذا الشهر هو إحدى الوسائل للكشف عن هؤلاء الدائنين.

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت لحق الإرث. ويعتبر سنداً مثبتاً لحق الإرث إعلام الوراثة، والحكم النهائى الصادر بثبوت هذا الحق فيما إذا قام نزاع بين الورثة واستصدر كلهم أو بعضهم حكماً نهائياً بثبوت حقهم فى الإرث، وشهادة الإرث التى تعطيها المحكمة للوارث فيما إذا خضعت التركة للتصفية الجماعية على النحو الذى سبق بيانه. وإذا اشتملت التركة على عقارات، وجب أيضاً أن يسجل، إلى جانب السند المثبت لحق الإرث قوائم جرد التركة بما تشتمل عليه من بيانات عن هذه العقارات.

ولا يدفع رسم عن شهر حق الإرث، وذلك حثا للورثة على القيام بهذا الشهر(١). على أن ذلك لا يعفى طالب شهر حق الإرث من دفع الرسوم الفرعية وهى رسوم التصوير ورسوم الحفظ(٢)، لأن كلا من التصوير والحفظ تقوم به الهيئة التى تباشر عمليات الشهر لمصلحة الورثة أنفسهم فهى فى مقابل خدمات أديت لهم، وهى بعد رسوم ضئيلة لا إرهاق فيها.

وجزاء عدم شهر حق الإرث ليس هو عدم انتقال ملكية العقارات إلى الورثة، وإلا بقيت هذه العقارات دون مالك فى الفترة ما بين موت المورث وشهر حق الإرث. فملكية عقارات التركة إلى الورثة، كما تنتقل ملكية منقولاتها، بمجرد وفاة المورث كما قدمنا. ولكن إذا تصرف الوارث فى عقار للتركة قبل شهر حق الإرث، كأن باعه أو رهنه أو أجرى القسمة فيه، فإن تصرفه هذا لا يجوز شهره(I)، ويجب على الهيئة التى تقوم على أعمال

---

(١) أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق، فقد نصت الفقرتان الأخيرتان (٣، ٤) من المادة ١١ منه على ما يأتى: «ويكون شهر حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم، أما بعد ذلك فلا يقبل الشهر إلا بعد أداء الرسم المقرر على نقل الملكية أو الحق العينى. وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة لحقوق الأرث القائمة من تاريخ العمل بهذا القانون».

وهذا النص فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق يتمشى مع نص المادة ٣٠ من قانون السجل العينى (أنظر ما يلى فقرة ٧١).

(٢) ومنعاً للبس صدر القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٨ يضيف فقرة أخيرة إلى المادة الثانية من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ، وهذا نصها: «كما تحصل رسوم الحفظ ورسوم التصوير على المحررات المتعلقة بشهر حق الإرث».

(I) أ- مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية للمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ أن المشرع لم يجعل شهر حق الارث شرط لانتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة، وحتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وانما تؤول هذه الحقوق للورثة من وقت =

= وفاة المورث باعتبار أن انتقال ملكية أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة واكتفى المشرع فى مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الارث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٥٩٩)

ب- لئن كان الأصل فى المفاضلة بين التصرفات الصادرة عن عقار واحد بصدد نقل ملكيته أنها بالأسبقية فى الشهر عملا بالمادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث أورد المادتين ١٣، ١٤ من ذات القانون فمنع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حق الإرث، ومنح المتعامل مع المورث وسيلة يتقدم بها على المتعامل مع الوارث فأعطى للأول فرصة التأشير بحقه فى هامش شهر حق الأرث خلال سنة من حصوله فتكون له الأفضلية ويحتج بحقه هذا على كل من سبقه باشهار حق عينى عقارى تلقاه من الوارث، ومفاد هذا أن من يتلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث قبل انقضاء سنة على شهر حق الارث انما يتلقاه على مخاطرة وعليه أن يتوقع تقدم المتعامل مع المورث عليه، ولما كانت الغاية من قيام المتعامل مع المورث بالتأشير بحقه فى هامش شهر حق الارث هى اعلان تمسكه بحقه هذا واعلام المتعاملين مع الوارث به خلال المهلة التى حددها المشرع، وكان المتعامل مع المورث الحق فى ان يرفع دعوى بصحة عقده وأن يسجل صحيفتها عملا بالمادتين ١٥، ١٧ من القانون المذكور، فانه متى تم له هذا التسجيل قبل اشهار حق الارث أصبح فى غنى عن معاودة التأشير مرة أخرى بذات حقه فى هامش حق الارث الذى تم شهره فيما بعد، لان التسجيل اجراء شهر يحاج به الكافة وتتحقق به الغاية التى تغياها المشرع من التأشير الهامشى المشار إليه.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٨ مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص٨٥٧)

جـ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقي العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الارث ويكون للوارث، كما كان لمورثه، أن يبيع العقار لمشتر آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث وذلك بسبب تعادل سندات المشترين، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشترين قد استلم العقار المباع من البائع له، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزعة من تحت يده وتسليمه إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك. وأن مناط الحجية المانعة من اعادة طرح النزاع فى ذات المسألة المقضى فيها أن يكون الحكم قد قطع فى مسألة أساسية بعد أن تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما استقرارا يمنع من اعادة طرحها ومناقشتها والبت فيها بحكم جديد ومن ثم فإن ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يكون موضوعا لحكم حائز قوة الأمر المقضى فيه، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أنه لا خلاف بين طرفى الخصومة على أن الطاعن الأول قد تمسك فى دفاعه أمام درجتى التقاضى بأنه يضع اليد على عين النزاع نفاذا لعقد شرائه فى ١٩٧٥/٣/٦ من المرحومة ..... إحدى ورثة المالك الأصلى .... فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتسليمها إلى المطعون عليه على سند من أن عقد الطاعن الأول المؤرخ ١٩٧٥/٣/٦ صادر من غير مالك أخذا بحجية الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٥١٤ سنة ١٩٧٥ مدنى مركز امبابه واستئنافها رقم ٤٠١ سنة ١٩٧٥ مدنى مستأنف الجيزة ورغم أن هذا الحكم لم يفصل فى ملكية البائعة لهذه المساحة ولم يتعرض لبحثها وانما قضى برفض دعواها بطلب أحقيتها فيها تأسيسا على التزامها بضمان عدم التعرض فى = =البيع

الشهر أن تمتنع عن شهر هذا التصرف حتى يتم شهر حق الإرث. والجزاء على هذا النحو غير كاف، فكثير من الورثة يتلقون عقارات التركة ويتملكونها بمجرد وفاة مورثهم، ولا يعنيهم بعد ذلك أن يشهروا حق الإرث ما داموا يستبقون هذه العقارات فى أيديهم ولا يتصرفون فيها.

ولما كان الشهر يتم فى مكاتب الشهر التى تقع فى دوائرها عقارات التركة، فمن الجائز أن يتم هذا الشهر بالنسبة إلى عقار واحد أو بعض عقارات التركة دون باقى العقارات فى مكتب الشهر الذى يقع فى دائرته هذا العقار أو هذه العقارات. وتقول الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشهر العقارى، كما رأينا، فى هذا الصدد: «ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة». فلو أن التركة لها ورثة ثلاثة لكل منهم الثلث، وقصر شهر حق الإرث على العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاص أحد مكاتب الشهر دون العقارات الأخرى، وأراد أحد الورثة أن يتصرف فى هذا العقار أو العقارات، اعتبرت العقارات التى تم الشهر فى شأنها وحدة يبنى على أساسها تصرف الوارث. ولما كان الوارث لا يملك فى التركة إلا الثلث. فهو لا يستطيع أن يتصرف إلا فى حدود هذا الثلث، على اعتبار أن العقارات التى تم فى شأنها الشهر هى كل التركة. وذلك حتى لو ثبت أن هذه العقارات لا تجاوز ثلث التركة، وأن التركة لو قسمت بين الورثة لصح أن تقع كل العقارات التى تصرف فيها الوارث فى نصيبه.

٧٠- إجراءات شهر حق الارث طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى: تبين المواد ٤٨- ٥٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الإجراءات الواجب اتباعها فى شهر حق الإرث. وتتلخص هذه الإجراءات فيما يأتى:

أولا- طلب شهر حق الارث: يوقع هذا الطلب الوارث طالب الشهر (وفى حالة تعدد الورثة يكفى توقيع أحدهم عن جميع التركة أو عن جزء منها)، أو من يقوم مقامه من وكيل أو ولى أو وصى أو قيم، أو أى ذى شأن، كدائن التركة، أو الموصى له، أو من تلقى حقا عينيا عقاريا من الوارث كالمشترى أو الدائن المرتهن، أو مصفى التركة. ويشتمل الطلب على بيانات خاصة بالمورث وهى اسمه ولقبه واسم أبيه وجده لأبيه وصناعته وديانته

الصادر من مورثها المطعون عليه بالعقد المؤرخ ١٩٦٦/٢/١٨ يكون معيبا بما يستوجب نقضه. (جلسة ١٩٩١/٦/٩ الطعن رقم ٣٤٢٠ لسنة ٦٠ق)

(١) وذلك حتى يمكن، إذا ما ذكرت الديانة والجنسية، معرفة الجهة المختصة بالفصل فى مسائل الأحوال

وجنسيته[1] ومحل إقامته وتاريخ ومحل وفاته[2]، وبيانات خاصة بالورثة وهى أسماؤهم والقابهم وسنهم وجنسياتهم ومحال إقامتهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم، وبيانات خاصة بالعقار أو العقارات التى تشتمل عليها التركة وذلك بوصفها وصفا دقيقا وتعيين حدودها ومسطحاتها مع ذكر البيانات الخاصة بما على العقار من حقوق عينية كحق ارتفاق أو حق رهن والبيانات الخاصة بالتكليف وبأصل ملكية المورث، وبيانات خاصة برسم الأيلولة بأن يذكر المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب وما دفع منه وما بقى فى ذمة الورثة. ويقدم الطلب إلى مأمورية الشهر التى تقع العقارات فى دائرتها، فإذا كانت عقارات التركة تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مأمورية قدم طلب مستقل لكل مأمورية عن العقار أو العقارات الواقعة فى دائرة اختصاصها. ويخضع طلب شهر حق الإرث للشروط التى تخضع لها طلبات الشهر بوجه عام، من حيث التقديم والمدة والأسبقية بالنسبة إلى ما عداه من الطلبات.

ثانيا- المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الارث: ويجب أن يرفق بطلب شهر حق الإرث المستندات المؤيدة لما جاء فيه، وهذه المستندات هى: (١) إعلام الوراثة أو الحكم النهائى الصادر بثبوت حق الإرث أو أى سند آخر مثبت لحق الإرث كسند الإرث الذى تسلمه المحكمة للوارث عقب انتهاء التصفية الجماعية للتركة. (٢) ما يثبت صفة من يقوم مقام الطالب إن كان يقوم مقامه أحد، كقرار الوصاية أو القوامة وكالتوكيل. وإذا وكل الوارث شخصا فى إجراء شهر حق الإرث، وجب أن تكون الوكالة وكالة خاصة، لأن شهر حق الإرث يمكن الوارث من التصرف فى عقارات التركة فيلحق بأعمال التصرف، والتوكيل فى أعمال التصرف يجب أن يكون توكيلا خاصا. وإذا وكل الوارث غيره فى بيع نصيبه فى التركة، كان التوكيل الخاص فى البيع توكيلا ضمنيا فى شهر حق الإرث، لأن الوكيل لا يتمكن من البيع إلا إذا أجرى هذا الشهر، فشهر حق الإرث إجراء من إجراءات البيع[3]. (٣) كشوف رسمية عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر التكليف وعوائد المبانى، وذلك للتثبت من أن العقارات المبينة فى الطلب، سواء كانت

الشخصية المتعلقة بالمورث ومنها تركته، وكذلك يمكن الوقوف على القانون الواجب التطبيق فى تعيين الورثة وأنصبائهم.

(٢) وذلك لتحديد مكان افتتاح التركة وتعيين القانون الواجب التطبيق إذا ما توفى مصرى فى بلد أجنبى، أو أجنبى فى مصر، أو أجنبى فى بلده أو فى بلد آخر، وكان المتوفى يملك عقارات فى مصر تخضع لقانون الشهر العقارى.

(٣) أنظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص٤١١.

أرضا زراعية أو مبانى، هى بذاتها التى كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته. (٤) مستندات ملكية المورث، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث. ومستندات الملكية هى نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م٢٢ سادسا من قانون الشهر العقارى)، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على سبيل الحصر المحررات التى تقبل مستندات للملكية فى الشهر بوجه عام. فإذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائنا للتركة أو موصى له أو وارثا لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة. وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة. وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية[١]، بل هو مبنى على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفى وقت كانت الملكية قد تنتقل بمجرد التراضى، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكتفى القانون فى إثباته باثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة، أى أن المورث كان واضعا اليد عليها طوال هذه المدة[٢]. وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كاعلام شرعى أو حكم. (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأيلولة المستحق وما دفع منه[٣]. فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك. وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا

---

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون فى بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة، وفى فروض أخرى أقل. فإذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠، وجب أن تقدم كشوف التكليف عن ٣٨ سنة، أى من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠. وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧، وجب أن يقدموا كشوف التكليف عن عشر سنوات فقط، أى من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص٤١٣).

(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص٤١٣- ص٤١٤.

(٣) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة.

فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة. فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه(١).

ثالثا- عملية الشهر: فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها، بحث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقا للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام. وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة بجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها، ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتؤشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر، بعد التثبت من اشتمال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر. فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر، وتكون جزءا متمما له. وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشرا عليها بالصلاحية للشهر، قدم القائمة إلى مكتب التوثيق للتصديق على توقيعه فيها. ثم يقدم سند الإرث والقائمة المصدق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى، طبقاً لأحكام المادتين ٣١ و٣٢ من قانون الشهر العقارى.

٧١- شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى: وقد قدمنا(٢) أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤. وسنرى عند الكلام فى العقد كسبب لكسب الملكية أن قانون السجل العينى لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل، وأن قانون تنظيم الشهر العقارى يستمر العمل به فى المناطق التى لا يطبق نظام السجل العينى بها. ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العينى، فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد. وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث.

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث فى قانون السجل العينى، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى: «يجب قيد حق الإرث، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن

---

(١) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص٤١٥- ص٤١٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١.

نصيب كل وارث، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق. ويكون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى. وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار». والقرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العينى، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها فى النص، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار.

ويبدو أنه، حتى فى قانون السجل العينى، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث فى السجل العينى. ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العينى سالفة الذكر تقول: «وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق». فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث، بل هو عدم جواز تصرف الوارث فى هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه.

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العينى على أن «تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العينى التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها، وفقاً للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية». وهذه اللائحة التنفيذية، يصدر بها قرار من وزير العدل.

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العينى سالفة الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى المتعلقة بشهر حق الإرث والتى سبق ذكرها، يتبين أن نظام شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق فى قانون تنظيم الشهر العقارى، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير. وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتى: (١) جعل قانون الشهر العقارى جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى عقارات التركة، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذى لا يجوز هو شهر هذا التصرف. أما قانون السجل العينى فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف فى عقارات التركة، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف، وهذا جزاء أشد. (٢) ينص قانون الشهر العقارى على أن شهر حق الإرث فى أى وقت يكون بدون رسم، فى حين أن قانون السجل العينى يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء

الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العينى، وفى هذا حثٌ للوارث على المبادرة إلى قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم. (٣) أجاز قانون الشهر العقارى قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفى هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة، وقد سبق بيان ذلك(١). أما قانون السجل العينى فلم ينص على هذه الرخصة، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة، وإلا لم يجز التصرف فى أى عقار منها، حتى بالنسبة إلى نصيبه فى هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار. (٤) التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة، أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية(1)، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى فى هذا الصدد على أن «يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل».

---

(١) أنظر آنفاً ص١٩٨- ص١٩٩.

(1) القيد بالسجل العينى. حجيته مطلقة فى ثبوت صحة البيانات الواردة فيه فى خصوص ملكية العقار المقيد باسم صاحبه ولو كان هذا القيد تم على خلاف الحقيقة م٣٧ ق١٤٢ لسنة ١٩٦٤. علة ذلك. اعتبار تلك الحجية هى جوهر نظام السجل العينى شرطه. استقرار بيانات القيد وتطهرها من العيوب إما بفوات ميعاد الاعتراض أو الطعن فيها أو بالفصل فى موضوع الاعتراض برفضه بمعرفة اللجنة القضائية. عدم اكتساب العقد الأول القوة المطلقة خلاف ذلك بل يظل الباب مفتوحا للاعتراض عليه بمعرفة صاحب المصلحة أمام القضاء العادى بعد انتهاء المدة المحددة لعمل اللجنة القضائية بغير حسم لموضوع الاعتراض المقدم لها فى الميعاد. المواد ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٣٩ق ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ق)

الفصل الثانى

الوصيـة

(Testament)

٧٢- نص قانونى: تنص المادة ٩١٥ مدنى على ما يأتى:

«تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها»(١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م٥٥ فقرة أولى/ ٧٨ فقرة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولى الخاص فى الوصية، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق فى هذه المسألة هو قانون الدولة التى ينتمى إليها الموصى بجنسيته(٢).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ فى المشروع النهائى، بعد حذف العبارة الأخيرة وهى «وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة». ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤. وفى لجنة مجلس الشيوخ استعيض عن عبارة «النصوص التشريعية المستمدة منها» بعبارة «والقوانين الصادرة فى شأنها»، لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الوصية، وأصبح رقم المادة ٩١٥. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٣- ص٢٩٥).

(٢) التقنين المدنى السابق م٥٥ فقرة أولى/ ٧٨ فقرة أولى: وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصى.

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التى ينتمى إليها الموصى بجنسيته، فنكون فى صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص لا فى نطاق القانون الداخلى. ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدنى الجديد وتجرى على الوجه الآتى: «يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته». وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يعدل نص المادة ٥٥ مدنى أهلى بما يجعله واضحاً فى هذا المعنى، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن «قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين» (أنظر آنفاً ص٧٥ هامش١ - محمد كامل مرسى ٥ فقرة ٧).

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٨٧٦- وفى التقنين المدنى الليبى م٩١٩- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٠٨- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢/٢٢٨ وم٢٣١(١).

ويتبين من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها. ويستوى فى ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية. وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين»(٢).

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضاً: «وعرض المشروع لمسألتين فى الوصية على جانب كبير من الأهمية: المسألة الأولى التصرف الصادر فى مرض الموت، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية. والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م٨٧٦**: ١- يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به. ٢- وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث فى ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة. ٣- لا يمنح الأجنبى حق الاستفادة من الوصية العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين.

التقنين المدنى الليبى م٩١٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٨: ١- يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الوصى به. ٢- وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث فى ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا باجازة الورثة.

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٢٨: يكتسب حق القيد فى السجل العقارى بالطرق الآتية: (١) .... (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية. (٣) ... م٢٣١: لا يكون للأجنبى حق بالإرث أو بالوصية فى التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق. وتخضع تركة الأجنبى العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٢- وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على الوجه الآتى: «وتسرى على الوصية، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته، الأحكام الخاصة التى توضع لذلك». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٣ فى الهامش).

الوصية»[1]. والمسألتان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة.

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى، ومن بعده قانون السجل العينى، عالج كل منها نقصا خطيرا كان فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن.

ويخلص مما تقدم أن المسائل التى يجب بحثها فى الوصية هى: (١) تطبيق أحكام الشريعة فى الوصية. (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة. (٣) شهر الوصية.

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوصية

٧٣- قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى على الوصية: كانت المحاكم الشرعية تطبق فى الوصية أحكام المذهب الحنفى فى أرجح أقواله، وكانت هذه الأحكام غير مقننة. وقد قننت فى قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، كما قننت أحكام الميراث فى قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، ولنفس الأسباب[2]. وصار هذا القانون هو الذى يسرى على الوصية، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين. فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقنن، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية[3].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٢.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣.

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٤- وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم، كوصية المسلم، لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً، ولا تجوز بأكثر من الثلث، ولا تجوز لوارث إلا باجازة باقى الورثة (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص٤٥٤). وقضت أيضاً 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 (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص٧٤). =

ويشتمل قانون الوصية على بابين: (الباب الأول) فى أحكام عامة، وينتظم فصولا ثلاثة: الفصل الأول فى تعريف الوصية وركنها وشرائطها، والفصل الثانى فى الرجوع عن الوصية، والفصل الثالث فى قبول الوصية وردها. (والباب الثانى) فى أحكام الوصية، وينتظم فصولا سبعة: الفصل الأول فى الموصى له، والفصل الثانى فى الموصى به، والفصل الثالث فى الوصية بالمنافع، والفصل الرابع فى الوصية بالمرتبات، والفصل الخامس فى أحكام الزيادة فى الموصى به، والفصل السادس فى الوصية الواجبة، والفصل السابع فى تزاحم الوصايا.

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام، فهى من مباحث الفقه الإسلامى. ولكننا نستعرض هنا فى إيجاز تام، كما استعرضنا فى الميراث، الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية. فنعرض للمسائل الآتية: (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م١- ١٧ من قانون الوصية). (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م١٨-١٩ من قانون الوصية). (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م٢٠ - ٢٥ من قانون الوصية). (٤) الموصى له (م٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية). (٥) الموصى به (م٣٧- ٧٥ من قانون الوصية). (٦) الوصية الواجبة (م٧٦- ٧٩ من قانون الوصية(1).

٧٤- شكل الوصية وشروط صحتها: تنص المادة الأولى من قانون الوصية على أن «الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت». ونرى من ذلك أن الوصية استثناء

=وقد تدخل المشرع فى الأمر، بعد صدور هذا الحكم الأخير، فأصدر فى سنة ١٩٤٤ القانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليهما (أنظر آنفاً ص٢٠٦ هامش١)، فنص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن «قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين». وعدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و٥٥ مدنى وطنى قديم فاستبدل بعبارة «الأحوال الشخصية المختصة بالملة» عبارة «قانون البلد».

(1) أ- تخضع الوصية - على ما جرى به قضاء محكمة النقض- للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه فيسرى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه، فتصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية سالف الذكر.

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ الطعن رقم ٩٨ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٤٥٠)

ب- متى كان الثابت أن الموصى توفى سنة ١٩٤٤ فإن وصيته لا يحكمها قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وانما يحكمها أرجح الآراء فى مذهب ابى حنيفة على ما تقضى به المادتان ٥٥ من القانون المدنى القديم و٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة).

(جلسة ١٩٦٧/١١/٣٠ الطعن رقم ٧١ لسنة ٣٢ق س١٨ ص١٧٦٨)

من الحكم القاضى ببطلان التعامل فى التركة المستقبلة، إذ هى تعامل من الموصى فى تركته المستقبلية بارادته المنفردة، وقد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية.

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها، فتنص على أن «تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة. ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها، بعد وفاة الموصى، فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الإفرنجية، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر، بعد وفاة الموصى، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها»(1). والذى يعنينا من هذا النص هو شكل

---

(1) أ- تدل المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أن المقصود من اشتراط وجود الأوراق المشار إليها لا يتصل باثبات صحة الدعوى سواء من حيث الشكل أو من جهة الموضوع وإنما قصد به مجرد التحقق مبدئيا من أن الدعوى تستند إلى ما يدل على صحتها وذلك تحرزا من التلفيق والتصنع وهو ما لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وحكمه قاصر على مجرد سماع أو عدم سماع الدعوى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم سماع الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد البيع تأسيسا على أن الشروط التى أوردتها المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ انما تنصرف إلى الوصية الصريحة لا إلى الوصية المستترة بعقد آخر، فإن هذا الحكم لم تنته به الخصومة المرددة بين الطرفين وهى صحة ونفاذ عقد البيع وما زال النزاع بشأنه مطروحا على المحكمة لم تفصل فيه بعد، ومن ثم يكون الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض على استقلال غير جائز أيا كان سببه ووجه الرأى فيه.

(جلسة ١٩٦٩/١١/٤ الطعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١١٥٩)

ب- النص فى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه «فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشر الافرنجية لا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك، تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها «يدل على وجوب أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى بما ينبئ عن صحتها وإذ كان محضر إيداع الوصية- الذى تم بالشهر العقارى أمام الموثق- قد تضمن بيان الموصى والموصى إليه وأن الموصى به مبين فى الورقة المحفوظة بداخل المظروف الذى طلب الموصى إيداعه، وهى بيانات تنبئ عن صحة الدعوى، فإن هذا المحضر يكون مسوغا لسماعها، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بعدم جواز سماع الدعوى فأنه يكون مخالفا للقانون.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٣١ الطعن رقم ١٥ لسنة ٣٧ق «أحوال شخصية» س٢٠ ص١٣٨٢)

جـ- أدخل المشرع المصرى الوصية ضمن نطاق مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت قاعدة =

الوصية، وقد جعل القانون الجزاء على الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف فى أحكام الشريعة الإسلامية(1).

=خضوع العقار لقانون الموقع انما تنصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق ونطاق كل منها وطرق اكتسابها وانقضائها وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال فى الدولة، ولا شأن لها بمسائل الاحوال الشخصية فإن وجود عقارات التركة التى خلفتها الموصية فى مصر لا علاقة له بتوثيق الوصية فى حد ذاتها.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق احوال شخصية س٢٥ ص١٣٢٩)

د- النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى على أن «يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية...» يدل على أن قاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف ليست قاعدة الزامية فى التشريع المصرى بل هى رخصة للموصى ابتغى بها التيسير عليه وترك له الخيرة فيجوز له أن يتخذ الوصية إما فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته واما فى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى تتم فيه الوصية ولما كان اختيار الموصية لأول الطريقين والتجاؤها إلى قنصل دولتها لتوثيق الوصية، من شأنه أن يجعل القانون الواجب التطبيق على شكل المحرر هو قانون ذلك القنصل طالما توافرت فيه الشرائط اللازمة لذلك الاجراء أخذا بقاعدة شكل المحرر يخضع لقانون من أجراه وهى قاعدة تسير جنبا إلى جنب مع قاعدة شكل المحرر يخضع لقانون محل ابرامه وبمقتضاه يبرر الخروج على مبدأ الاقليمية فى التوثيق مراعاة لحاجة المعاملات الدولية، ويلزم الموثق فى هذه الحالة باتباع الشكل الذى يقضى به قانون بلده وكان توثيق الوصية موضوع الدعوى بمعرفة القنصل لا يتعارض مع قانون التوثيق ولا مع معاهدة مونترو وإذ كان الخيار المخول للوصية فى سلوك أحد الطريقين المشار إليهما لا يجعل الالتجاء إلى الشكل القنصلى منطويا على مخالفة للنظام العام، فان النعى على الحكم يكون ولا محل له.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ق أحوال شخصية س٢٥ ص١٣٢٩)

(1) أ- يشترط - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يتضمن مسوغ سماع الدعوى ما ينبئ عن صحتها، درءا لافتراء الوصايا وتحرزا من شبهة تزويرها، ومفاد تطلب أوراق رسمية تدل على الوصية كمسوغ لسماع الدعوى بها، يكفى فيه مجرد ذكرها عرضا فى محرر رسمى، أو الاشارة إلى وجودها فى تحقيق رسمى أدلى فيه الوصى بقوله على يد موظف مختص أو نحو ذلك، ومن ثم فإنه لا يلزم وجود ورقة الوصية ذاتها حتى تسمع الدعوى.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ الطعن رقم ٧ لسنة ٤٧ق أحوال شخصية س٣٠ ج١ ص٨٩٧)

ب- مؤدى نص المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن المشروع فرق بين انعقاد الوصية وبين شروط سماع الدعوى بها، فاعتبرها تصرفا ينشأ بارادة منفردة، وتنعقد بتحقق وجود ما يدل على ارادة الشخص لتصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق، ولا يشترط فى الايجاب الفاظا مخصوصة بل يصح بكل ما يفصح عنه، سواء كانت صيغته بالعبارة الملفوظة أو بالكتابة أو بالاشارة الدالة عليه وما شرعه النص من وجوب أن تتخذ الوصية الواقعة بعد سنة ١٩١١ شكلا معينا بأن تحرر بها أوراق رسمية أو تحرر بها ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه، أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وموقع عليها بامضائه، مطلوب=

ويخلص من النص أن الوصية، منذ سنة ١٩١١، يجب أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة: (١) تحرر بها ورقة رسمية. (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه. (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصي وموقع عليها بامضائه[١].

وهناك شروط لصحة الوصية، بعضها فى الموصى وبعضها فى الموصى له وبعضها فى

=لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الانكار، وليس ركنا فى الوصية ولا صلة له بانعقادها.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ الطعن رقم ٧ لسنة ٤٧ق «أحوال شخصية» س٣٠ ج١ ص٨٩٧)

جـ- إذ كانت الدعوى قد رفعت بطلب الحكم بثبوت وصحة ونفاذ الوصية الصادرة للمطعون ضدها من مورث الطاعنة وكان الفصل فيها يتناول فضلا عن ثبوت صحة صدور الوصية من الموصى مدى توافر أركان انعقادها وشروط صحتها ونفاذها فى حق الورثة طبقا للأحكام المنصوص عليها فى قانون الوصية الصادر به القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وهو ما كان يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية وكان الاختصاص بنظرها ينعقد وفقا للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية- للمحكمة الابتدائية فأنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها بموجب نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الاجراءات فى قضايا الاحوال الشخصية.

(جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ الطعن رقم ٣٣ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص١٦١٨)

د- الوصية وفقا لفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ «تنعقد بالعبارة أو بالكتابة» فإذا كان الموصى عاجزا عنهما، انعقدت الوصية باشارته المفهومةو أما الكتابة المنصوص عليها فى الفقرتين الثانية والثالثة من هذه المادة، فهى مطلوبة لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الانكار، وليست ركنا فيها فلو أقر الورثة بالوصية، أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية.

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢١ الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١١١٩)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين تتمسك فى دفاعها بأن المحرر إن لم يكن اشهاراً بوقف فهو وصية، ورد على هذا الدفاع بأن «المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط فى الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمى أو يحرر بها عقد عرفى يصدق فيه على إمضاء الموصى بخطه وموقع عليها بامضائه، فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة، ولم يتحقق شئ من ذلك، ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود الوصية»، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها: «... إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها». وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاؤه وتحقيقه، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص٣٢٧). وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا يكفى أن يوقع الموصى على الوصية بختمه وبصمة إبهامه ويضعها فى مظروف مغلق ويودع المظروف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١١٩ ص٨٧٧). =

الموصي به، فيشترط فى الموصى أن يكون أهلا للتبرع، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة جازت وصيته باذن المحكمة. ويشترط فى الموصى له أن يكون معلوما، وأن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا، فإن لم يكن معينا كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى(١). وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى. ويشترط فى الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى، وأن يكون متقوما عند الموصى إن كان مالا، وأن يكون موجودا عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معينا بالذات(٢). وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصى، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية(٣). وتبطل الوصية بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت(٤)،

= وشكل الوصية المنصوص عليه فى القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار، وليس ركناً فى الوصية، فلو أقرت الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى وقضى بالوصية. وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً، والكتابة المطلوبة، على مختلف أنواعها، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية، فهى وحدها الأدلة التى لا يقبل غيرها فى الإثبات. وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية، كما رأينا، على أن «تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة».

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر وللمؤسسات العلمية والمصالح العامة، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير (م٧ من قانون الوصية). وتصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا، فان تعذر وجودها بطلت الوصية (م٨ من قانون الوصية).

(٢) وإذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص، كانت العين كلها وصية. وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء، شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة. وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها، كانت العين بحالتها الجديدة وصية. وإن أعاد البناء على وجه آخر، اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين. وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته. أنظر فى كل ذلك المواد ٧١ و٧٢ و٧٥ من قانون الوصية.

(٣) م١٣ من قانون الوصية، وهذه هى قسمة المورث التى سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦– فقرة ٦٧).

(٤) فقد كان يمكن الموصى الرجوع عن الوصية لولا الجنون المطبق المتصل، فمراعاة لحقه أبطلت الوصية (المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية).

وبموت الموصى له قبل موت الموصى، وبهلاك الموصى به إذا كان معينا وهلك قبل قبول الموصى له. ولا تبطل بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة(١).

٧٥- رجوع الموصى عن الوصية: ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها، صراحة أو دلالة. ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به(٢)(1).

---

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م١٧ من قانون الوصية).

(٢) ويعتبر تصرف الموصى في الموصى به رجوعاً عن الوصية، حتى لو كان هذا التصرف قابلا للفسخ وفسخ، أو قابلا للإبطال وأبطل، أو كان باطلا.

(1) أ- متى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع برجوع الموصية في الوصية التي سترها عقد النزاع بالوصية الرسمية اللاحقة، ومن ثم لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ولا يغير من هذا قول الطاعن بأن عناصر الرجوع كانت مطروحة على محكمة الموضوع، ذلك أن تكييف التصرف وإن كان من مسائل القانون، إلا أنه يستلزم بداءة تمحيص عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه مما يتصل بعناصر الدعوى التى يتعين طرحها تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم فى الدعوى حتى يتسنى لها تحقيقها وتقديرها.

(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ٨٠٤ لسنة ٤٤ق س٣٢ ص١٠٧٨)

ب- مفاد نص المادتين ٢، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ إلا بعد الوفاة، ولا يترتب عليها أى حق قبلها، فيجوز من ثم للموصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها تدل بوضوح على أنه غير راغب فى الابقاء على الوصية، وهو وحده الذى شرط المشرع لسماع الدعوى به ثبوته بورقة رسمية أو عرفية كتبت كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه أو مصدق على توقيعه عليها فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الميلادية لأن الموصى إنما يقصد الرجوع ابتداء ويسعى إليه مما يحفزه إلى تحرير سند باثباته، أما الرجوع دلالة فيصح بأى فعل أو تصرف يصدر من الموصى بعد الوصية ينبئ عنه وتقوم القرينة أو العرف على أنه أراد بالفعل نقض الوصية أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها، ولا يحتاج فى اثباته بعد وفاء الموصى إلى ما يحفزه فى الرجوع الصريح لأنه ينصب على حوادث مادية لا حصر لها يجوز اثباتها بكافة سبل الاثبات.

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ الطعن رقم ٧ لسنة ٤٥ق س٢٨ ص٥٦٣)

جـ- مؤدى نص المادتين ١٨، ٢٠ من قانون الوصية أن وجود الموصى به المعين فى ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية إلى وقت قبولها، لأن الوصية عقد غير لازم، فما يكون=

ولا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها (إنكارها)، ولا إزالة بناء العين الموصى بها، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته، ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية.

٧٦- قبول الموصى له للوصية ورده إياها: ولا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى، فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة. ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول. وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر، لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد(1). وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون، لزمت بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا. وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم، استحق الموصى به من وقت الموت(١)، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت. وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى، من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية، ملكا للموصى له لأنها نماء ملكه، ولا تعتبر وصية فلا تدخل فى حساب خروج الوصية من الثلث، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المدة.

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى، بطلت الوصية فيما رد، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية(٢).

= شرطا لانشائه، يكون شرطا لبقائه حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة، فإذا تصرف الموصى حال حياته فى بعض ما أوصى به، كان ذلك منه رجوعا عن بعض الوصية، فلا تنفذ إلا فيما تبقى مما أوصى به من مال.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧ الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص١٢١٥)

(١) فالوصية إذن إرادة منفردة تصدر من الموصى، وليست بعقد بين الموصى والموصى له، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى.

(٢) وإذا رد الموصى له الوصية بعد أن قبلها، وقبل منه ذلك أحد من الورثة، انفسخت الوصية، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده (م٢٤ من قانون الوصية).

(1) مفاد نص المادتين ٢٠، ٢٣ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٤٦ باصدار قانون الوصية أن المشرع أخذ بالرأى المعول عليه فى المذهب الحنفى من أن وقت قبول الموصى له الوصية انما يجب أن يكون بعد وفاة الموصى حتى يثبت للموصى له الملك، وأن رد الوصية إنما يقتصر على ما وردت فيه دون غيره من الأموال الموصى بها والتى قبلها الموصى له.

(جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٧٦)

ولا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور موت الموصى. ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له، باعلان رسمى مشتمل على بيان كاف، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول. وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها، قام ورثته مقامه فى ذلك(١).

٧٧- الموصى له: تصح الوصية للمعدوم، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم(٢). وإذا كانت الوصية لمعينين، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه فى الوصية إلى التركة. وتصح الوصية للحمل فى الحالتين الآتيين: (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية، وولد الحمل حيا لثلثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الوصية. (١) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل، وولد الحمل حيا لمائتين وسبعين يوما فأقل من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حيا لثلثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة. وإذا كانت الوصية لحمل من معين، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين. وإذا مات الموصى قبل انفصال الحمل، أوقفت غلة الموصى به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا فتكون له، وإلا كانت لورثة الموصى. وإذا جاءت الحامل، فى وقت واحد أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر، بولدين حيين أو أكثر، كانت الوصية بينهم بالتساوى، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك. وإن انفصل أحدهم غير حى، استحق الحى منهم كل الوصية. وإن مات أحد الأولاد بعد الولاية، كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان، وتكون لورثة الموصى فى الوصية بالمنافع.

---

(١) أما عند الحنفية فالذى ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشئ الموصى به ذاته، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد فقد تحقق اليأس من الرد، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له ودخل فى تركته، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوارث. وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذى ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية، إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته، وبهذا أخذ قانون الوصية. أنظر فى ذلك مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ٥ ص٦٤.

(٢) انظر فى كل ذلك المواد ٢٦- ٣٠ من قانون الوصية.

٧٨- الموصى به: وتصح الوصية بالثلث(١) للوارث(٢) وغيره(1). وتنفذ من غير

---

(١) ولا يدخل فى حساب الثلث المصروفات التى يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له إذا نوزع فى صحة الوصية، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة القضائية بهذا المبلغ (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص٨٣٧)

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا باجازة سائر الورثة. وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم باجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضائهم، فهذه الإجازة تقع باطلة لاقترانها بما يبطل مفعولها، وعدم عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدنى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٨ رقم ٣٧). ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذى تجوز به لغير الوارث، ومن ثم تنفذ الوصية للوارث فى ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذا مات الموصى وقت نفاذ قانون الوصية، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٢٤٤- ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص٨٢٤- ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص٦٧٣). أما إذا مات الموصى قبل نفاذ قانون الوصية، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدنى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٩ رقم ٤٣، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٣ رقم ١- ٢٣ مارس سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ٤- ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٣ رقم ٢- ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٣٠٨ رقم ٣٤).

(1) أ- الوصية تنفذ عند اجازة الورثة فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة - إذا وصفت العقد بأنه وصية- أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها ومقدار الثلث الذى يجوز فيه الايصاء بغير إجازة- وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقيق مما إذا كان يدخل فى حدود الثلث فتقضى بصحته فإن جاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذى يدخل فى حدوده.

(جلسة ١٩٩١/١٠/٩ الطعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٥٥ق)

ب- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار التصرف وصية، فان هذه الوصية تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة، وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذها كلية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٠/١/١٦ الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١٠٦١)

جـ- أنه وإن كان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ينص على أن الوصية لا تنفذ من غير اجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، إلا أن هذا القانون لم يتعرض صراحة للوقت الذى تقوم فيه التركة ويتحدد بثلثها، وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية له بأنه فى الأحوال التى لا يوجد لها حكم فيه تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب ابى حنيفة طبقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والراجح فى هذا المذهب هو أن تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمة وقت القسمة والقبض، لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذه الوصية واعطاء كل ذى حق =

إجازة الورثة[1]. وتصح بما زاد على الثلث، ولا تنفذ في الزيادة[2] إلا إذا أجازها الورثة

=حقه، ورتبوا على ذلك أن كل ما يحدث في الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له، وكل زيادة تطرأ على التركة في هذه الفترة تكون للجميع.

(جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ الطعن رقم ٤٠٧ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٥٧٤)

د- وقت تقويم التركة وتحديد الثلث الجائز الايصاء به، وجوب الاعتداد فيه بوقت القسمة والقبض النقص أو الزيادة الحاصلة في الفترة بين وفاة الموصى والقسمة توزيعها على الورثة والموصى له.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن رقم ٨١٦ لسنة٤٣ق س٢٨ ص١٧٤٢)

هـ- متى كانت الدعوى مرفوعة على التركة وانتهى منازعة عليه دفاعا عن التركة بأن السنوات موضوع الدعوى لا تمثل قرضا إلى ملزومية التركة بقيمة تلك السنوات باعتبارها وصية تنفذ من ثلث مالها فان مصروفات الدعوى تكون مستحقة من مال التركة غير مقيدة بالقيد الخاص بالنفاذ في الثلث، ذلك أن الالتزام بالمصروفات لا يستند إلى الوصية في ذاتها بل إلى سبب قانوني آخر هو التزام من يخسر الدعوى بمصاريفها قانونا، وإذ كانت المصاريف تقدر على أساس المبلغ المقضى به وكان الحكم قد ترك أمر تحديده إلى ما يسفر عنه تحديد ثلث التركة فان التطبيق الصحيح للمادة ٣٥٧ من قانون المرافعات يقضي بأن يكون التزام التركة بالمصاريف قاصرا على ما يناسب مبلغ الوصية الذى ينفذ من ثلثها المقضى به.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ الطعن رقم ٥٣٦ س٢٦ ق س١٣ ص٨٣٧)

و- يدل نص المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦- بإصدار قانون الوصية- على أن الوصية تنفذ قانونا بغير توقف على إجازة الورثة ليس في حدود ثلث المال الموصى به وحده، بل تنفذ بالنسبة لهذا المال في حدود ثلث قيمة التركة كلها.

(جلسة ١٩٨٤/١/٥ الطعن رقم ٩٧٤ لسنة ٥٣ق س٣٥ ص١٤٦)

(١) انظر في أن الموصى، حتى في حدود ثلث التركة، بتقيد بعدم التعسف في استعمال حق الإيصاء: حسن كيرة، ص٢١- ص٢٢.

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٣٥٢ منه ويجرى على الوجه الآتى: «إذا جاوزت الوصية في العقار القدر الذى يجوز الإيصاء به، فان إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحقوق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا العقار». وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص: «لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذى يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذى يجوز الإيصاء به، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة، ورتب الموصى له رهناً على كل الموصى به، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث، فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة محملا بالرهن وهم يرجعون على الموصى له... ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر الجائز لا يعتبر إبطالا أو فسخاً، بل هو عدم نفاذ في حق الورثة. فوجب أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التي وردت فيها نصوص أخرى». وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص، ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٢٩٩- ص٣٠٠ في الهامش). =

بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه[1](1). وتنفذ وصية من لا

= أما المادة ١٠٣٤ مدنى الذى أريد الاكتفاء بها فتنص على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن». وهذا النص، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول «أو زواله لأى سبب آخر»، فيدخل عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة، إلا أنه مقصور على حماية الدائن المرتهن دون غيره ممن كسب حقاً عينياً آخر على العقار. والنص الشامل فى هذا الصدد هو ما جاء فى قانون تنظيم الشهر العقارى (م١٥– ١٧)، إذ يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة. ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من رتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير. أنظر أيضاً المادة ٤٧٨ مدنى وهى خاصة ببيع المريض مرض الموت، وتقضى بأنه لا تسرى أحكام هذا البيع (وهى فى جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينياً على العين المبيعة.

(١) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصى، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٢٥٠ ص٤٧٤). وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفى بالوصايا، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين (م٨ من قانون الوصية).

(1) أ– الوصية لا تنفذ فيما زاد عن قيمة ثلث التركة إذا لم يجز الورثة هذه الزيادة، فإذا تعددت الأموال الموصى بها وجاوزت قيمتها ثلث التركة فإنها تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة.

(جلسة ١٩٨٥/١/٣ الطعن رقم ١٢ لسنة ٥١ق س٣٦ ص٧٣)

ب– مفاد النص فى المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية أن المشروع جعل ثلث تركة المتوفى حد أقصى لنفاذ وصاياه دون حاجة إلى اجازة الورثة بحيث إذا لم يجيزوا الزيادة خلص لهم الثلثان الباقيان فلا تنفذ فى حقهما هذه الزيادة مما يقتضى– فى حالة تعدد الوصايا – تحديد قيمتها جملة لمعرفة ما إذا كان هذا الثلث يتسع لها فتنفذ جميعا دون حاجة إلى أجازة وإلا قسم الثلث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة.

ويدل النص فى المادة ٦٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية على أنه إذا كانت الوصية بالمرتب من غلة عين من أعيان التركة مؤقتة– ومن ذلك مدى حياة شخص– فإن الطريق الذى حدده القانون فى تقديرها هو أن تقدر هذه العين خالية من المرتب المحملة به بمقتضى الوصية وتقدير قيمتها وقد تعلق بها حق الموصى له بذلك المرتب والفرق بين القيمتين يكون هو مقدار الموصى به.

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ الطعن رقم ٦٤١ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٢٢٣)

جـ– وقت تقويم التركة وتحديد الثلث الجائز الايصاء به، وجوب الاعتداد فيه بوقت القسمة =

دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثا. وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين، ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه وذلك فى ثلث التركة، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى ثلث الباقى بعد وفاء الدين. وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفى فى ثلث الباقى من التركة بعد وفاء الدين(١).

=والقبض. النقص أو الزيادة الحاصلة فى الفترة بين وفاة الموصى والقسمة. توزيعها على الورثة والموصى له.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١٧٤٢)

د- مؤدى النص فى المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، وأن مناط القضاء بعدم نفاذ الوصية فيما يزيد عن هذا القدر أن تستظهر المحكمة عناصر التركة، وتقدر صافى قيمتها - وقت القسمة والقبض- ومقدار الثلث الذى تخرج منه الوصية عندئذ على النحو الذى يتطلبه القانون، وأن يثبت لها من ذلك زيادة قيمة الموصى به عن هذا الثلث، وتتحقق من عدم إجازة الورثة للوصية فى خصوص هذه الزيادة فإذا تحجب الحكم عن استيفاء هذه الشروط كان قضاؤها قاصرا ومخطئا فى تطبيق القانون، ولما كان ذلك وكان كل من الحكمين المطعون فيهما قد انتهى إلى عدم نفاذ الوصية فيما زاد على الثلث دون أن يستظهر توافر الشروط المشار إليها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٨٩/٥/٢٣ الطعنان رقما ١٤٦٩، ١٤٧٥ لسنة ٥٧ق)

هـ- مؤدى نص المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، فإن مناط القضاء بعدم نفاذ الوصية فيما يزيد على هذا القدر أن تستظهر المحكمة عناصر التركة وتقدر صافى قيمتها- وقت القسمة والقبض- ومقدار الثلث الذى يخرج منه الوصية عندئذ على النحو الذى يتطلبه القانون، وأن يثبت لها من ذلك زيادة قيمة الموصى به على هذا الثلث ويتحقق من عدم إجازة الورثة للوصية فى خصوص هذه الزيادة فإذا تحجب الحكم عن استيفاء هذه الشروط كان قضاؤه قاصرا مخطئا فى تطبيق القانون، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم نفاذ الوصية فيما زاد على الثلث دون أن يستظهر توافر الشروط المشار إليها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٩١/١٢/١ الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق)

(١) انظر آنفاً ص١٧٥ هامش١- وفى حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل نماء الموصى به الحادث بعد موت الموصى، فهذا النماء ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦). ويملك الموصى له النماء بمجرد موت الموصى، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً فى ذمة الورثة بتسليم العقار الموصى به بمجرد موت الموصى، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون للموصى له ثمار الموصى به وعليه نفقته من وقت =

وتصح الوصية بسهم شائع فى التركة، كربع التركة أو ثلثها[1]، وذلك فى حدود الثلث على ما سبق القول. ويعتبر الموصى له فى هذه الحالة خلفا عاما للموصى، شأنه فى ذلك شأن الورثة[2].

=موت الموصى. والوصية غير المسجلة فى ذلك كالبيع غير المسجل، نفى البيع يكون «للمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً» (م٢/٤٥٨ مدنى). انظر فى ذلك إسماعيل غانم ص١٤٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣- ص٧٩٤- حسن كيرة ص١٧- ص١٨ وص١٩- ص٢٠.

ومن رأينا أن تسجيل الوصية، كتسجيل البيع، له أثر رجعى فى العلاقة ما بين الموصى له والورثة.

أحكام محكمة النقض مستقرة أن تسجيل البيع أو غيره ليس له أثر رجعى ولا يسرى إلا من تاريخ التسجيل دون أثر رجعى للتسجيل. وأنه إذا سجلت صحيفة الدعاوى التى يجب تسجيلها ومن بينها صحة التعاقد على حقوق عقارية ثم تم التأشير بمنطوق الحكم الصادر فى الدعوى على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له من المتصرف ذاته - حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، مما مؤداه أن تكون العبرة فى المفاضلة بأسبقية التسجيل عندئذ هى بان يكون المتصرف واحد، وأن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير الا بالتسجيل، ولا يكون للمشترى الذى لم يسجل عقده أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده.

(جلسة ١٩٨٩/١/٤ الطعن رقم ٨٧٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/١٠ الطعن رقم ٩٩٠ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/٥/٨ الطعنان رقما ٢٥٠٨، ٢٥٢٦ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ق)

(١) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع فى التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة، فيكون مسئولا عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع.

وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه «إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة، وكان فيها دين أو مال غائب، استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها، وكلما حضر شئ استحق سهمه فيه». وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية.

(٢) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية فى هذا الصدد على أنه «إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة». فيزاد سهم هذا الوارث على سهام فريضة التركة، ويكون نصيبه للموصى له، والباقى للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية فى هذا الصدد على أنه «إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين». وتنص المادة=

وتصح الوصية بمنفعة العين، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها. وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة، فان ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة. وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته فى جميع هذه الأحوال، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى. وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها. فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة. وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق، قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه. وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها، وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض، وباستحقاق العين.

وتصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة. فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة، يوقف منه بقدر الثلث، وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة، أو إلى تنتهى المدة، أو إلى أن يموت الموصى له. ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف

=٤٢ من قانون الوصية على أنه «إذا كانت الوصية بسهم شائع فى التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء عين الموصى الوارث أم لم يعينه، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها. ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين. وإذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة». فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربع التركة لشخص آخر، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسعهما ولم تجز الورثة. وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنين كانت الفريضة من سهمين اثنين، يزاد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصيه لغيره فيكون له الثلث. وتكون الوصيتان ثلثاً وربعاً، فهما أكثر من ثلث التركة. فإذا لم يجز الابنان الزائد على الثلث، كان الثلث بين الموصى لهما، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع. وإذا كان، بدل الوصية بالسهم الشائع، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة، وقدرت الوصية بالنصيب كذلك، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق.

فيه، بشرط أن يودعوا فى جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقدا ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية. فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع، رد الباقى لورثة الموصى. ويزول كل حق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص(١)(1).

٧٩- الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته، وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله(2). وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة

---

(١) وإذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب، كان نصيبها لورثة الموصى (م٨٢ من قانون الوصية).

(1) يدل النص فى المادة ٦٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية على أنه إذا كانت الوصية بالمرتب من غلة عين من أعيان التركة مؤقتة- ومن ذلك مدى حياة شخص- فإن الطريق الذى حدده القانون فى تقديرها هو أن تقدر هذه العين خالية من المرتب المحملة به بمقتضى الوصية وتقدير قيمتها وقد تعلق بها حق الموصى له بذلك المرتب، والفرق بين القيمتين يكون هو مقدار الموصى به.

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ الطعن رقم ٦٤١ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٢٢٣)

(2) أ- مفاد نص المادة ٧٦ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، أن المشرع قرر وصية واجبة فى حدود ثلث التركة للاحفاد الذين يموت آبائهم فى حياة أحد والديهم، طالما لم يوص الجد لفرع ولده المتوفى بمثل نصيب ذلك الولد، بشرط أن يكونوا غير وارثين وألا يكون الميت قد اعطاهم بغير عوض ما يساوى الوصية الواجبة، فإن أعطاهم أقل من نصيب اصلهم كمل لهم بالوصية الواجبة ذلك النصيب، مما مفاده أن تحديد قدر التركة التى خلفها المتوفى لا يكون له محل إلا إذا تم الايصاء أو الإعطاء بغير عوض للفرع ليتسنى التحقق مما إذا كان هذا التصرف فى حدود ثلث التركة وما إذا كان ساريا لنصيب الولد المتوفى قبل والده أم لا.

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣ الطعن رقم ١ لسنة ٤٣ «أحوال شخصية» س٢٧ ص٥٦٨)

ب- النص فى المادة ٧٦ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يدل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن المشرع قرر وصية واجبة فى حدود ثلث التركة للاحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أحد والديهم طالما لم يوص الجد لفرع ولده بمثل نصيب ذلك الولد بشرط أن يكونوا غير وارثين وألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض ما يساوى الوصية الواجبة، مما مفاده أن يقدم إذا الوصية الواجبة من التركة على استحقاق الورثة سواء أوصى المورث بها أو لم يوص، ومن ثم يكون لصاحب الوصية الواجبة- كالوارث- حق معلوم فى التركة وإن قدم على من عداه من أصحاب الحقوق المفروضة فيها شرعا وهم بما يستقيم معه القول بأن أحكام الوصية الواجبة تندرج ضمن أحكام المواريث عامة وتشكل معها وحدة واحدة. لما كان ذلك فإن مؤداه ولازمه تعميم حكم القرينة القانونية المقررة بنص المادة ٩١٧ من القانون المدنى بالنسبة للتصرف الصادر إلى الوارث على =

الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا ترتيب الطبقات.

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله. وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه. ويؤخذ نصيب من لم يوص له، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب، من باقى الثلث. فان ضاق عن ذلك، فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا. فإذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم، وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها، يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة[1].

=التصرف الصادر أيضا لصاحب الوصية الواجبة وذلك لاتحاد الصلة والحكم فى شأنها بينها بل ولتوفره فى هذه الحالة الأخيرة من باب أولى.

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٠ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥١ق)

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى «وضعت: هذه المواد (٧٦- ٧٩) لتلافى حالة كثرت منها الشكوى، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والهدمى والحرقى، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية- قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم، فإن الوصية تجب لهم بايجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره. ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة الميراث، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتبين- ولا يدخل فى قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق فى الوصية. فلو خلف الميت ابناً أو بنتاً وبنتى بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجده فى حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت، قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية. وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث، يقسم بينهما قسمة الميراث، للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوى، وثلثاه للابن =

المبحث الثانى

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠- حالتان يحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة: نص التقنين المدنى على حالتين يحمى فيهما الوارث[١] من الوصايا المستترة[٢]: (الحالة الأولى) التصرفات التى

=يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده - والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصرى وطاووس والإمام أحمد وداوود الطبرى وإسحاق بين راهوية وابن حزم. والأصل فى هذا قوله تعالى «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين». والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أن وصية وجبت فى ماله إذا لم لم يوص لهم مذهب ابن حزم، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين، ورواية فى مذهب الإمام أحمد. وقصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين فى المادة ٧٦، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيبهم أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث مبني على مذهب ابن حزم... فالجزء الواجب إخراجه يجوز فى مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر. كذلك يجوز فى مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر، وحينئذ يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى المادة، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم فى الميراث لو بقى حياً (م٧٦)... فإذا نقصوا أحداً ما وجب له أو لم يوصوا له بشئ، ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (م٧٧). وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روى عن طاووس».

(١) وغنى عن البيان أن القانون، كما يحمى الوارث من الوصايا المستترة، يحمى أيضاً الدائن. وللدائن، كما للوارث، مصلحة فى أن يكشف عن الوصايا المستترة، بل إن مصلحته فى ذلك ترجح مصلحة الوارث. وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو فى حقيقته وصية، فانه لا يسرى أصلا فى حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا، فى حين أنه يسرى فى حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة. ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث فى كل ما سيجئ من حق للوارث فى الطعن فى تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة.

أما فى حياة الموصى، فلا تحول الوصية، حتى لو كانت مسجلة، دون تنفيذ دائن الموصى على العقار الموصى به، إذ أن هذا العقار لا يزال فى ملك الموصى ما دام حياً، ولو بقى مصراً على الوصية ولم يرجع عنها.

(٢) ويعتبر الوارث، فى الوصايا المستترة وفى كل تصرف يصدر من المورث وينطوى على اعتداء على حقه فى الإرث من الغير يتلقى حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر فى هذه التصرفات خلفاً للمورث ولا تسرى فى حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث يحل محل مورثه بحكم الميراث فى الحقوق التى لتركته وفى الالتزامات التى عليها، إلا أن القانون قد جعل للوارث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث =

تصدر من المورث في مرض الموت[1]، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية(1). وبذلك يحمى القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن

=غير ملزم باحترام تصرفات مورثة الضارة بحقوق الوارث هذه التى أثبتتها له الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلقى حقه فى الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعى، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصى، ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التى تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص٤١٦).و انظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص٥٧٨.

(١) أما إذا صدر التصرف فى غير مرض الموت، فانه يكون صحيحاً نافذاً فى حق الورثة، ولو تصرف المورث فى كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بألا تتقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدنى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠١ رقم ٢٠- استئناف أسيوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص٨٨٤- استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص١١٨- ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٤١.

(1) أ- لما كان المشرع فى المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته على نحو ما اشترط فى المادة ٩١٧ من التقنين المدنى، وإذ خلص الحكم المطعون فيه سائغا، إلى أن تصرف المورثة للطاعن بموجب العقدين صدر فى مرض الموت فان ما استطرد إليه الحكم بعد ذلك فى التدليل على احتفاظ المورث بالحيازة وبحقها فى الانتفاع طوال حياتها هى أسباب ناقلة ويكون النعى عليها غير منتج.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق س٣٤ ص١٩٤٢)

ب- مفاد نص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة فى اعتبار التصرف مضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا اثبت الورثة أن البيع تم فى مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق)

جـ- الوارث - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للعقد الصادر من المورث إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصيه إضرار بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض الموت فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الارث التى تعتبر من النظام العام.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٨ الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٢/٢/١٤ الطعن رقم ١٧٤٥ لسنة ٤٩ق) =

حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التى يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمى الورثة منها بأن تحاط هى أيضاً بقيود الوصية(١).

= التحايل الممنوع على أحكام الأرث، لتعلق الارث بالنظام العام، هو ما كان متصلا بقواعد التوريث، وأحكامه المعتبرة شرعا، كاعتبار شخص وارثا، وهو فى الحقيقة غير وارث، أو العكس، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة، كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث.

(جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١١٣٥)

(جلسة ١٩٧٠/٣/٣١ الطعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٥٣١)

(جلسة ١٩٧٢/٣/٧ الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٢٩٨)

هـ- التحايل الممنوع على أحكام الارث - لتعلق الإرث بالنظام العام- هو ما جرى به قضاء محكمة النقض- ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حال صحته لأحد ورثته أو لغيرهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه، ومتى كانت هذه التصرفات المنجزة جائزة شرعا فإنه لا يجوز الطعن فيها بعدم مشروعية السبب بمقولة إن الباعث الدافع إليها هو المساس بحق الورثة فى الميراث إذ لا حق لهؤلاء فى الأموال المتصرف فيها عكس المساس به.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ الطعن رقم ٥٩٩ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص١٨٣٣)

(جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٨٣٣)

(١) وتكييف وصف العقد بأنه وصية يبقى فى اختصاص المحكمة التى تنظر فى موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائما حول تعرف نية المتصرف هل هى البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادى. فإذا كان من المسلم أن العقد موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتمسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا العقد قانوناً، فاستعرضت المحكمة الأوصاف التى يصح انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت فى ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص١٣٧ رقم ٢٤).

٨١- الحالة الأولى - التصرفات التى تصدر من المورث فى مرض الموت- نص قانونى:
تنص المادة ٩١٦ مدنى على ما يأتى:

«١- كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت، ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا 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 هذا التاريخ ثابتا».

«٣- وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه»(١).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٦- ص٢٩٨).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام التى يقررها النص كان القضاء يأخذ بها.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٠٩: ١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص فى مرض الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى له. ٢- ويعتبر فى حكم الوصية إبراء المريض فى مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة فى مرض الموت.

م١١١٠: ليس لأحد أن يؤدى دين أحد غرمائه فى مرض موته ويبطل حقوق باقيهم. ولكن له أن يؤدى ثمن المال الذى اشتراه أو القرض الذى استقرضه حال كونه مريضاً.

م١١١١: ١- إذا أقر شخص فى مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث، فإن جاء إقراره على سبيل التمليك كان بحكم الوصية، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقراراً بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره، نفذ الإقرار فى جميع ماله ولو لم تجز الورثة، وتصديق الورثة إلاقرار فى حياة المورث ملزم لها. ٢- ولا يستحق المقر له ما أقر به المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تؤدى ديون الصحة. ويعتبر فى حكم ديون الصحة الديون التى ثبتت فى ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدى هى أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التى ثبتت باقرار المريض فى وقت مرضه. =

فالتصرف الصادر من المورث فى مرض الموت(١)(1)، ويكون مقصودا به التبرع،

= م١١١٢ : ١- إذا أقر شخص فى مرض موته بأنه استوفى ديناً له فى ذمة أحد، فإن كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار فى حق غرماء الصحة. أما إذا كان الدين قد ثبت فى ذمة المدين حال مرض الدائن، فلا ينفذ الإقرار فى حق هؤلاء الغرماء. ٢- وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد، نفذ إقراره فى جميع ماله ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما فى حكمها من الديون.

(والتقنين العراقى يقنن أحكام الشريعة الإسلامية فى تصرفات المريض مرض الموت).

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل.

(١) أنظر فى تحديد معنى مرض الموت والرجوع فى ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامى مفسرة بقضاء المحاكم: الوسيط ٤ فقرة ١٧٥- فقرة ١٨٢.

(1) أ- من الضوابط المقررة فى تحديد مرض الموت - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهى بوفاته، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة ولا يشترط فى مرض الموت ملازمة صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العلة.

(جلسة ١٩٨٨/٦/٩ الطعن ١٩٩٤ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٤ الطعن رقم ٣٩٤ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٧٣٥)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١٧٤٢)

ب- إذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض فى هذه الفترة صحيحة، ولا تعدو استطالة حالة من حالات مرض الموت إلا فى فترة تزايدها واشتداد وطأتها، إذ العبرة بفترة الشدة التى تعقبها الوفاة وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٨٤/٢/٨ الطعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٤١٧)

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨ الطعن رقم ٦٩٤ لسنة ٤٩ق س٣٦ ص٦٦٨)

جـ- المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذى يغلب على الظن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وان لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته اعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجزين من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ق س٣٤ ص١٩٤)

(جلسة ١٩٧٦/١/٧ الطعن رقم ١٥ لسنة ٤ق أحوال شخصية س٢٧ ص١٤٦)

(جلسة ١٩٧٣/٢/٦ الطعن رقم ٩ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص١٥١)

د- قيام مرض الموت أو ما فى حكمه من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من =

يعتبره القانون وصية مستترة، وتسرى عليه أحكام الوصية. وبذلك تحمى الورثة، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ فى حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه[1]، وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا. وحتى تسرى أحكام الوصية يجب، كما هو ظاهر من النص، أن يتوافر فى التصرف شرطان: (١) أن يكون تصرفا صادرا فى مرض الموت. (٢) وأن يكون مقصودا به التبرع.

٨٢- الشرط الأول- التصرف صادر فى مرض الموت: سبق، عند الكلام فى البيع، أن بحثنا البيع الصادر فى مرض الموت، ورأينا أن أحكام الوصية تسرى عليه. أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع، بل هو يشمل كل تصرف صدر فى مرض الموت أيا كانت التسمية التى أعطيت لهذا التصرف. ومن ثم يدخل، إلى جانب البيع، الهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات. فإذا وهب المورث عيناً، أو أقر بدين عليه[2]، أو أبرأ مديناً له، وصدر التصرف والمورث فى مرض الموت، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فلا

=حالة المتصرف النفسية وما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو فى حالة الاطمئنان إليها والرجاء منها والأمل فيها، وإذا استخلص الحكم المطعون فيه بأسباب سائغة أن تصرف مورث طرفى النزاع قبل سفره للأقطار الحجازية لا يعد صادرا وهو فى حالة نفسية تجعله فى حكم المريض مرض الموت ورتب على ذلك أنه لا يعتبر وصية فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٦٩/٤/١ الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٥٦١)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٩٥١)

(١) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض، فقبل موته لا حق للوارث فى الطعن فى التصرف. وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود، ولا يكون له أثر، إلا بعد وفاة المورث. كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة. ومن ثم فما دام المتصرف كان ما يزال حياً، فانه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص٣٩٥).

أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه فى مرض الموت، ثم شفى، فله أن يطعن فى التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها، أو فى القليل بالغلط إذا كان البيع جدياً منجزاً، وذلك على أساس أنه وقع فى غلط فى الباعث إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان فى مرض الموت.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل فى مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره فى حكم الوصية، فينفذ فى ثلث التركة (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ٧).

تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا فى ثلث التركة، ما لم تجز الورثة ما يجاوز الثلث فى كل ذلك.

وعبء إثبات أن التصرف قد صدر فى مرض الموت يقع على الورثة. ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية(١)(1).

---

(١) ومتى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر فى مرض الموت، وأصبحوا من الغير فى هذا التصرف، فلا يسرى فى حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه. أما إذا كان التصرف صورياً صورية مطلقة وطعن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة، فإن الورثة لا يعتبرون فى هذه الحالة من الغير، وإنما يستمدون حقهم من مورثهم، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات. وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر، إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه، وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً، إلا أنه فى حقيقته وصية إضراراً بحقه فى الميراث، أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية. لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة، حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث. أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة، فان حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص٥٢٥). وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٤ رقم ٣٧ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠١ رقم ٢٢– ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص٨٢٤– ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص١٢٣.

(1) أ– حالة مرض الموت مشروطة شرعا بأن يكون المرض مما يغلب عليه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى فى اعتبار أن المورث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأن قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل فى الشهور الستة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته دون بيان لنوع المرض الذى انتاب المورث وتحقيق غلبة الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت.

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٩ق س١٥ ج٢ ص٦٢٦)

(جلسة ١٩٥٩/٦/١٦ الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ق س١٥ ص٤٧٦)

ب– حق الوارث فى مال مورثه لا يظهر فى الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث، كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة، ومن ثم فما دام المتصرف كان لا يزال حيا فإنه ما كان يقبل من الوارث أية منازعة فى العقود المطعون عليها تقوم على صدورها فى مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا.

(جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ ق س١٥ ج١ ص٣٩٥) =

فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من الأدلة(١). وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدنى سالفة الذكر: «ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً». والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً فى وقت سابق على مرض الموت، كان هذا التاريخ حجة على الورثة. ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقى لصدور السند يقع فى وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت، فقدم التاريخ ليخفى هذه الحقيقة. ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البينة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق(٢). ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة، إذ هى تقول إنه لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. وقد رأينا أن التاريخ، حتى لو لم يكن ثابتاً، يحتج به على الورثة، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا. وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة

=(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ق س٣٤ ص١٩٤٢)

(جلسة ١٩٨٨/٦/٩ الطعن رقم ١٩٩٤ لسنة ٥٧ق)

جـ- لا يشترط فى مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفى أن يلازمه وقت اشتداد العلة به، كما لا يشترط فيه على أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلا بموته.

(جلسة ١٩٦٤/١/٢٦ الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ق س١٥ ح١ ص٣٩٦)

(١) ومن القرائن على صدور التصرف فى مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشترى ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص٢٩٦). ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلا تاماً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص٩٥). ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص١١٦). ولا مانع من الطعن فى التصرف بأنه صادر فى مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص٩٩٦). وانظر فى إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠.

(٢) نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٠٠٢ رقم ٢٦- ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٢ رقم ٢٧- ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٣ رقم ٢٨- ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٢ رقم ٢٥- ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٣ رقم ٣٠.

النص عند الكلام فى التاريخ الثابت فى الأوراق العرفية فى الجزء الثانى من الوسيط، فقلنا فى هذا الصدد: «فالأصل أن الوارث يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو فى مرض الموت، كانت له مصلحة فى إثبات عدم صحة التاريخ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن، لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصى فى الميراث. إلى هنا ونص التقنين الجديد مستقيم. لكن تأتى بعد ذلك العبارة الأخيرة: ولا يحتج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. وهى عبارة غير صحيحة على إطلاقها. إن أريد بها – كما هو ظاهر العبارة – أن التاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة، فهذا غير صحيح، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته. وإن أريد بها – كما هو التأويل المستخلص من سياق النص – أن التاريخ العرفى لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته، فهذا صحيح. ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهى فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفى حجة عليه، ولو كان هو المتعاقد نفسه، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ»(١)(1).

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ١١٩ – وانظر فى تفصيل هذه المسألة نفس المرجع فقرة ١١٩ .

(1) أ– مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت إضرارا بحقوقه فى الإرث لا يكفى لإهدار حجية التصرف، بل يجب على الوارث أن يقيم الدليل على ادعائه، فان عجز عن ذلك ظل التصرف حجة عليه وملزما له، ولا يعتبر الوارث فى حالة عجزه عن إثبات طعنه فى حكم الغير، ولا يعدو أن يكون الطعن الذى أخفق فى اثباته مجرد ادعاء لم يتأيد بدليل، وبالتالى يكون التصرف حجة على الوارث باعتباره خلفا عاما لمورثه.

(جلسة ١٩٧٢/٥/١١ الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ق س٢٣ ص٨٥٢)

ب– قيام مرض الموت هو من مسائل الواقع، فإذا كان الحكم قد نفى بأدلة سائغة لها أصلها فى الأوراق، قيام حالة مرض الموت لدى المتصرفة حيث استخلص من الشهادة الطبية المقدمة لاثبات ذلك، أنها لا تدل على أن المتصرفة كانت مريضة مرض الموت، واعتبر الحكم، فى حدود سلطته فى تقدير الدليل أن انتقال الموثق إلى منزل المتصرفة لتوثيق العقود محل النزاع لا يعتبر دليلا أو قرينة على مرضها مرض الموت، فان الطعن على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون أو فهم الواقع فى الدعوى يعتبر مجادلة فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير الدليل، ولا يؤثر فى الحكم ما يزيد فيه من أن اقرار الوارث بصحة العقود الصادرة من مورثته إلى بعض الخصوم فى الدعوى يفيد أن المتصرفة لم تكن مريضة مرض الموت، إذ جاء هذا من الحكم بعد استبعاده الأدلة التى قدمها الوارث على قيام حالة مرض الموت، وهو المكلف باثبات ذلك.

(جلسة ١٩٧٢/٥/٢ الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٧٩٠) =

٨٣- الشرط الثانى التصرف مقصود به التبرع: ويجب أيضاً أن يكون التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قد قصد به التبرع(1). ذلك أنه من المحتمل، وإن كان هذا نادراً، أن يكون المورث قد تصرف فى مرض موته معاوضة لا تبرعاً. وأكثر ما يقع ذلك فى عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ فى حق الورثة، وتسرى عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية. أما إذا كان فى الثمن محاباة، فهذه المحاباة وحدها هى التى تسرى عليها أحكام الوصية. وقد نصت المادة ٤٧٧ مدنى على أنه: «١- إذا باع المريض 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 تجاوز ثلث التركة داخلا فيها البيع ذاته. ٢- أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما بقى بتكملة الثلثين».

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث فى مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم فى إثبات أن التصرف صدر فى مرض الموت، وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف(2). ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر فى

= ثبوت وفاة المريض على فراش مرضه فى المستشفى بالتهاب رئوى بعد العملية الجراحية التى أجريت له لا ينفى حتما أنه كان مريضا مرض موت قبل دخوله المستشفى إذ قد يكون هذا السبب الأخير ومن مضاعفات المرض ولا يسوغ رفض الاستجابة إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات أنه كان مريضاً بالسرطان قبل دخوله المستشفى بثلاثة أشهر.

(جلسة ١٩٥٦/٦/٧ الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٢ق س٧ ص٦٨٦)

(1) أ- مفاد نص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدنى أن العبرة فى اعتبار التصرف مُضافا إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيمة المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبتت الورثة أن البيع تم فى مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشترى عكس ذلك.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٧ الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق)

ب- لما كان المشرع فى المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من التقنين المدنى لم يستلزم لاعتبار التصرف وصية سوى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ولم يستوجب المشرع فى هذه الحالة أن يحتفظ المتصرف بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ق س٣٤ ص١٩٤٢)

(2) أ- أن المادة ٩١٦ من القانون المدنى تنص فى فقرتها الثالثة على أنه «إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك» فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف فى مرض الموت، فإن البيع يكن هبة مستترة، ولا يؤبه بالثمن المكتوب فى العقد، وإنما يكلف المشترى بإثبات أنه دفع ثمنا فى البيع ومقدار هذا الثمن الذى دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع فى حق الورثة إعمالا لحكم المادة =

مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع. فالإنسان لا يتصرف فى مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع، ويندر أن يكون فى تصرفه والموت ماثل أمام عينيه قد قصد المعاوضة. على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس،، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث. فإذا أثبت ذلك، وكان فى التصرف مع ذلك محاباة له، فإن هذه المحاباة وحدها هى التى تسرى عليها أحكام الوصية كما سبق القول.

٨٤- الحالة الثانية - التصرفات التى يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته - نص قانونى: تنص المادة ٩٢٧ مدنى على ما يأتى:

«إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى

=٤٧٧ من القانون المشار إليه.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ الطعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ق)

ب- يدل نص المادة ٤٧٧ والمادة ٩١٦ من القانون المدنى على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر فى مرض موت مورثهم، فان المشرع يفترض أن هذا البيع هو فى حقيقته هبة ما لم ينقض المشترى هذه القرينة القانونية غير القاطعة باثبات أنه دفع ثمنا للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون البيع صحيحا نافذا فى حق الورثة دون حاجة إلى اجازاتهم لانتفاء شبهه المجاملة فى الثمن، وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسرى أيضا فى حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن فى نطاق ما يجوز الايصاء به، وفى الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع فى مرض الموت، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسرى فى حق الورثة - فى حدود هذه الزيادة - إلا بإجازتهم، أو بتقاضيهم ما يكمل ثلثى التركة من المشترى، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع فى مرض الموت.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٢ الطعون أرقام ١٨٥٩، ٢٤٤٤، ٢٤٤٧ سنة ٧٠ق).

جـ- إذا كان الحكم قد انتهى إلى أن التصرف المطعون فيه لم يقصد به الايصاء، ولم يصدر من المورث فى مرض الموت، إنما هو بيع منجز استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن فهذا حسبه، للرد على طلب بطلان العقد لمخالفته لقواعد الارث.

(جلسة ١٩٧٢/٣/٧ الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٢٩٨)

د- يشترط لاعتبار التصرف طبقا وصية لنص المادة ٩١٦ من القانون المدنى أن يصدر فى مرض الموت وأن يكون مقصودا به التبرع ونية المتصرف فى تصرفه هى المعول عليها واستظهار هذه النية مسألة موضوعية لا تدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها.

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٦ الطعن ٧٦٨ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١٠٠٣)

عليه أحكام الوصية، ما لم يقم دليل يخالف ذلك»(١).

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر فى مرض موته، بل صدر وهو فى صحته. ولكن المورث لم يطلق التصرف، بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين: حيازة العين وحقه فى الانتفاع بها مدى حياته. فإذا باع المورث مثلا دارا لأحد ورثته، واحتفظ بحيازته للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية. صحيح أن التصرف لم يصدر فى مرض الموت، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طوال حياته، بحيث لا ينتفع الوارث بالدار، بل ولا يحوزها، إلا عند موت المورث، كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث فى منزلة الموصى له لا فى منزله المشترى. فالموصى له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها، ولا ينتفع بها، إلا عند موت المورث(٢)(1).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٩٩- ص٣٠١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٨٧٨ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م٩٢١ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٢) ومتى تبين أن البيع حقيقته وصية مستترة، كان منعدماً بوصفه بيعاً، فلا يكون لتسجيله أثر، ولا يرد عليه التقادم. وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً، كما أنه لا يحول دون الطعن فى العقد بأنه يخفى وصية. ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى. ولا يقدح فى ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية، وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص٤٣)- والأدق أن يقال، فى رأينا، ألا وجود للبيع أصلا فهو منعدم، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً. ذلك أن البيع الذى يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية، أما البيع الظاهر فهو صورى لا وجود له.

(1) أ- مفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى، أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع=

=شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازته العين المتصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه، فلا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله ذلك.

(جلسة ١٩٩١/١٢/١ الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨١/١١/١١ الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص٢٠١٢)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٧ الطعن رقم ٩٠٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٥٣٩)

ب- يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون المتصرف إليه وارثا، فإذا لم يتوافر هذاب الشرط كان للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه يسند وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الاثبات وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها اثبات مدعاه، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ القرينة أو لا يأخذ بها شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره.

(جلسة ١٩٩٠-/٣/١٥ الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٥/٧/٢٦ مجموعة أحكام النقض س٣٦ ص١٣١٤)

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص١٢٨٧)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض س١٩ ص٢٧١)

جـ- عدم توافر القرينة القضائية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا يحول دون استنباط قصد الايصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن قضائية، وكان مناط الأخذ بظاهر نصوص العقد المطعون بأنه فى حقيقته وصية أن يعجز الوارث الذى يطعن عليه بالصورية النسبية عن اثبات مدعاه، فلا يجوز الأخذ بظاهر تلك النصوص.

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٦ الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٩ الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٥٨ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٧٣/١/٣٠ الطعن رقم ٤٧١ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١١٩)

د- لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الطاعن دفع بأن العقد يخفى تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتمسك بالقرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى وأنه لم يقم الدليل على توافر شروط إعمال حكمها فى حين أن الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أيضا بصدور التصرف من مورثه فى مرض الموت على سبيل التبرع واستدل على ذلك بشاهدين إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل هذا الدفاع ايرادا وردا مما يعيبه بالقصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٩٢/٢/٢٥ الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٨٩)

(جلسة ١٩٧٠/٦/١٦ الطعن رقم ١٨١ لسنة ٣٦ق س٢١ ، ١٠٦١)

(جلسة ١٩٦٩/٤/١ الطعن رقم ١٥١ لسنة ٣٥ق س-٢ ص٥٥٦) =

وقد كان القضاء، فى عهد التقنين المدنى القديم، يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية[1]، لا سيما إذا

= هـ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن القرينة المنصوص عليها لا تقوم الا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون احتفاظه بالأمرين مدى حياته، ولا يكفى لقيام هذه القرينة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا لا يتأتى بتجريده منه- لما كان ذلك - وكان البين من الأوراق أن محكمة الموضوع وقد اباحت للطاعن فرصة اثبات توافر هذه القرينة بشرطيها إلا أنه لم يثبت منها إلا مجرد احتفاظ المورث بالعين مدى حياته وهو ما لا يكفى بذاته للقول بتوافر القرينة المذكورة على ما سلف بيانه وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بما ورد فى هذا الوجه والتناقض يكون بدوره على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢ الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٥/٣/١ الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥١ق)

ز- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض- أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته إلا أن ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة ١٠١ من قانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وأن تستند إليها فى إثبات ما يجوز اثباته بشهادة الشهود، لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون إضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له اثبات صوريته وأنه فى حقيقته وصية بجميع طرق الاثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية، وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدى المطعون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ ١٩٦٧/٩/١٥ عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى استنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ الطعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ق س٣٤ ص٥٥٥)

ح- التمسك بالقرينة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى انما يكون من صاحب المصلحة وليس لمحكمة الموضوع أن تتصدى له من تلقاء نفسها.

(جلسة ١٩٨٣/١/٢ الطعن رقم ١١ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص٩٧)

(١) ولكن القضاء كان حراً فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية. وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر فى ظل القانون الملغى أن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات، فعبء الإثبات كان على من يطعن فى التصرف، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين =

اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة طول حياة البائع، وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع(١).

وقد وضع المشروع التمهيدى لنص المادة ٩١٧ مدنى سالفة الذكر فى وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة، وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم فى صورة بيوع يحتفظون فيها بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة. وقد تضاربت أحكام القضاء فى تكييف التصرف على هذا النحو، هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة(٢). فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية، ما لم يقم دليل على غير ذلك. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع: «كثيراً ما يلجأ المورث، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه، إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر، كبيع أو هبة، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة، أو من أى طريق آخر. وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضاربا كبيرا، حتى أصبحت الأقضية فى هذا

=المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه. والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص٦٧٣).

(١) نقض مدنى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص١١- ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص٤٤٥- ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص٦٩- أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص١٠٧- ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص١٧٤- ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص٦١٢- استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص١٢- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص٣٢٧- ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص٧٥٩- ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص١٧٢- ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص٢٩١- ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص٢٠٩- استئناف أسيوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص٦٣٥- ومع ذلك أنظر نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٥٠ رقم ٣٧- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص٣٤٩ رقم ٣٤- ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٣٤٩ رقم ٣٢- ١٨ أبريل ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص٧٨١- استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص٢٩١- ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص٩١٧- ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص١٠٩٠- ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص٨٧٥.

(٢) أنظر فى هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٧ ص٩٢٩- ص٩٣٢-، وفى الضوابط التى استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص٩٣٣.

الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة. فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية، ما لم يقم دليل على غير ذلك. وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقا على الواقع، وترك الباب مفتوحا لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة. ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر»(١). وقد فتح باب الوصية فعلا للوارث، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث. ومع ذلك بقى نص المشروع التمهيدى على حاله، واستقر نصا من نصوص التقنين المدنى(٢).

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث «لأحد ورثته»، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له. فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلا له دارا واحتفظ بحيازتها وبحق الانتفاع بها طول حياته، ألا يجوز فى هذا الفرض إعمال القرينة القانونية التى وردت فى النص واعتبار التصرف وصية حتى يقوم الدليل على العكس؟ لاشك فى أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبى يؤثر معها أن يوصى له بكل ماله أو بأكثره، فيلجأ فى هذه الحالة إلى الوصية المستترة. ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة، فى التصرف لغير الوارث، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص، فلا أقل من اعتباره

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠١.

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا «ويبرر مسلك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة، مما يؤدى فى الغالب إلى تقييد التصرف، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم. فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة. أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث. فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة، فلا محل إذن للوصية المستترة» (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ .

والواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن أجازت الوصية للوارث، فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة. ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه، فيلجأ إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أو لزوجته كل ماله، ولا يقنع بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة.

قرينة قضائية. سواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية، فهو فى الحالتين يقبل إثبات العكس.

وقد جعل النص فى احتفاظ المورث فى تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة(١). ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة بطرق مختلفة. والطريقة المألوفة هى أن

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها، إذ يجوز للطاعن فى هذه الحالة إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات بما فى ذلك القرائن القضائية، وليس من الضرورى قيام هذه القرينة القانونية. وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً فى ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية، لوارث آخر. وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر فى الوجود، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث. وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات. فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم فى الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائى من المورث أخرجه فى صيغته مخرج تصرف إقرارى بقصد إنشاء وصية للطاعنة مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا باجازة سائر الورثة، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجزها سائر الورثة، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند، فلا تثريب عليها فى ذلك (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٨ رقم ٣٣). وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التى أوردها والتى من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز، فإنه إذ قضى للمطعون عليها بنصيبها الشرعى فى العقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٤ رقم ٣٦). وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه فى العقد الذى قصد به الإضرار بحقه فى الإرث بأى طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد فى العقد من القرائن القائمة فى الدعوى، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقرار التصرف فى العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه فى ذمته لمورث المستترين (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٤ رقم ٣٧). وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٤ رقم ٣٤– ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٣ رقم ٣٣– ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٣ رقم ٢٩– ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠١ رقم ٢١– ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٤ رقم ٣٥– ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٠٠٢ رقم ٢٣– ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص٨٢٤– ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص٨٤– ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٣٧ ص٩٨١– ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص٤٣.

وانظر فى تصرفات كيفت بأنها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك: نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت =

=المحكمة فهم الواقع فى الدعوى من دليل مقبول ينتجه عقلا وذكرت القرائن التى استدلت بها على أن البيع حقيقته وصية مستترة)- ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هى عدم تسجيل العقد، وعدم دفع الثمن، وبقاء العقد فى حوزة المتصرف حتى وفاته)- ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ١٠ (العقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته، ولم يدفع ثمن عن التصرف، والعقد عرفى لم يسجل)- ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشترى بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائعين له، ثم بعد وفاتهما يكون لأخواته نصيب معين فى الأطيان- عدم دفع شئ من الثمن- سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانونى للعمودية)- أول أبريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ٥ (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده دون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول- لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته- التصرف بغير عوض - سند مماثل لسند التصرف محرر فى نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن)- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٦ رقم ٨ (بقاء العقد فى حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة- عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات- بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية: التأجير باسمه وبوصفه مالكاً ودفع الديون العقارية- فقر المتصرف له)- ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً- العقد وجد فى خزانة المتصرف بعد وفاته- قبض أرباح السنوات التى استحقت بعد صدور العقد)- أول يونيه سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته فى حصة أكبر مما ترثه من الزوج، ثم تصرفت فى حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذى صدر منها لزوجها)- ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه- لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واضعة يدها ظاهرة بمظهر المالك- عدم دفع ثمن)- ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدور العقد من أب إلى ابنه فى مرضه الأخير بغير مقابل إيثاراً له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - بخس الثمن)- ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع- منع المشترين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال)- ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن فى حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً، وظل واضعاً يده حتى الوفاة، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل)- هذا ولا يكفى مجرد الطعن فى التصرف لإهدار حجيته، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأى طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية: أنظر نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص٨٠٨- ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص١٢٣٥).

وانظر فى تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مستترة لعدم قيام قرائن قضائية كافية تثبت ذلك: نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ٢ ص١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً بدين يستحق الوفاء وقت الطلب وسلمته إياه، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته)- أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٣٤٨ رقم ٢٧ (بيع منجز ووضع المشترى يده على المبيع ونص فى العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالضمان- سجل العقد قبل وفاة البائع)- ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات، وسلمه للصادر لها، ونص فيه على سريان =

يشترط لنفسه فى عقد بيع يصدر منه حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة، مع منع المشترى من التصرف فى الرقبة. وبذلك يبقى حائزا للعين باعتباره منتفعا لا مالكا، ويبقى حائزا لها مدى حياته، دون حاجة إلى تتبع حقه فى الانتفاع فى يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف فى الرقبة(١). ويصح، للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة، أن يلجأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة. وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشترى، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئا(٢). وقد علمنا عند الكلام فى عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز(٣)، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت له فى ذمة المستأجر(٤)، فأولى أن يكون صحيحا لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها. ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين فى يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته، وذلك بموجب عقد الإيجار. أما مجرد الانتفاع الفعلى الذى لا يستند إلى حق قانونى فلا يكفى لقيام القرينة القانونية، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين فى هذه الحالة فى يد المتصرف، بل يكون موكولا إلى مشيئة المتصرف إليه، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد(٥).

=الفوائد)- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص٣٤٩ رقم ٣٣ (بيع منجز من والد لأولاده، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد فى البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة التعاقد، وكان ذلك تفادياً للاستمرار فى التقاضى)- ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٣٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشترى العقد الابتدائى وشرع فى التسجيل)- ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص٥٧٩ (أبيع للوارث الإثبات بجميع الطرق فلم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص٦٧٣ (عجز المدعى عن نفى تنجيز التصرف فاعتبر بيعاً أو هبة مستورة)- ٢٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٨٠٨ (لا يكفى إثبات أن المشترى ابن البائع وكان يقوم بمعاونة والده فى زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل).

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية، فهو يتضمن اشتراطه الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة فى يده بصفته منتفعاً. وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله للبيع وتصرفه فى العين تصرف الملاك، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعمها.

(٢) وعليه فى هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لاحتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات، وكذلك المخالصة بالأجرة لاحتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً فى حق الغير.

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق فى الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدنى هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه =

والاحتفاظ بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة[1]، وإن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، ليس بالقرينة القاطعة. بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القرينة بائبات العكس[2]، ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة. فيصح أن يثبت المشترى من المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة فى صورة البيع، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت. وذلك بأن يثبت مثلا أن البيع قد سجل وقد

=تجريده منه. ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة، أو عن طريق آخر مماثل. ومن ثم لا يكفى لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف، إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقرراً لهذا الغير، كما لا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته، دون أن يكون مستنداً فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقاً فى الانتفاع. ومفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ مدنى هو أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم الا باجتماع شرطين، أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه، ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه، فإن الحكم يكون قد نفى احتفاظ المورث بحقه فى الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة فى المادة ٩١٧ (نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص٥٧٩). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص٨٠٨.

وإذا كان مجرد الانتفاع الفعلى الذى لا يستند إلى حق قانونى لا يكفى لقيام القرينة القانونية، فانه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص منه قرينة قضائية لا قرينة قانونية (إسماعيل غانم ص٣٢ وص٣٣- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٨ ص٨١٤).

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع مدى الحياة، فتقوم القرينة. ويصح أن يطعن المورث نفسه فى التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجع فيها، يقع عليه هو أيضاً عبء إثبات قيام القرينة القانونية». ولما كانت هذه القرينة القانونية قد استحدثها التقنين المدنى الجديد، فإنها لا تكون ذات أثر رجعى، ولا تسرى على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩). وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى، والقرينة التى استحدثتها هذه المادة، لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقاً، لا يجوز إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص٦٧٣). ولكن يجوز للقاضى أن يتخذ منها، فى هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدنى الجديد، مجرد قرينة قضائية.

(٢) نقض مدنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص٥٧٩- ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص٦٧٣.

نقل له التكليف، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشترى قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره وليا، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة.

فإذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية بائبات عكسها على النحو سالف الذكر، فان التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية، بل يعتبر بيعا منجزا أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة(١). وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة بائبات العكس، وهذا هو الغالب فى العمل، بقيت القرينة قائمة، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية(٢). ومن ثم لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها، ولا تسرى فى حق دائنى التركة أصلا بل يقدم حق الدائن على حق الموصى له. ويجوز للموصى فى حال حياته أن يعدل عن الوصية، فتسقط بالعدول عنها، وكذلك تسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى(٣).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً ونفياً، واستعرضت شروط التعاقد، قدرت بسلطتها الموضوعية أن العقد جدى لا صورية فيه، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسمح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن العقد غير منجز بسبب عدم وضع يد المشترى وأنه وصية عملا بالمادة ٩١٧ مدنى، فردت عليه واعتبرت للأسباب السائغة التى أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تمليك الابن الأطيان موضوع التصرف فى الحال، وإن تراخى تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن، فان النعى على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص٤٣٢).

(٢) وحق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث، سواء لأن التصرف قد صدر فى مرض الموت أو لقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة، حق خاص مصدره القانون، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث. ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه، إذ يعد الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الإرث (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص٨٢٤). وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص٥٢٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود فى المادة ٩١٧ مدنى هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عينى فيها. أما الإقرار المشار إليه فى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء الوقف الأهلى، وهى تقضى بأن يعتبر إقرار الواقف باشهاد رسمى بتلقى العوض أو بثبوت الحق فيه حجة على ذوى الشأن جميعاً متى صدر فى خلال الثلاثين يوماً التالية للفعل بالقانون، فانما ينصب على تلقى العوض. ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً فى معنى المادة ٩١٧ مدنى ولا يخضع لحكمها (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص٢٧٠).

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥- خضوع الوصية للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى:

قدمنا[١] أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل، إذ أن التصرفات التى أخضعها للتسجيل هى التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصا واضحا فى قانون التسجيل، إذ أن ذلك كله يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول[٢].

وقد تلافى هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمولا به حتى اليوم، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر.

فالوصية إذن، كحق الإرث، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقارى، أى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧. وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفى قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر. وتسرى على هذه الوصية، من حيث عدم خضوعها للشهر، أحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، فتنتقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل.

٨٦- كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى: تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على ما يأتى: «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن». ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به، كما يجوز أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨.

بها فى قسم أو ناحية معينة. ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على القدر المقضى له به فى قسم أو ناحية معينة ولا تسرى الفقرتان السابقتان إذا كان التصرف المقضى به من عقود المقايضة. ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له. وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التى يجب شهرها، حتى يزيل كل لبس فى هذه المسألة. فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فى حين أن التصرفات التى تخضع للتسجيل طبقا لهذا القانون هى التصرفات فيما بين الأحياء. فأطلق قانون تنظيم الشهر العقارى لفظ «التصرفات» ولم يقيدها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعانا منه فى التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر.

وتشهر الوصية بطريق التسجيل، كما هو صريح النص. وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له إياها، إذ فى ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائى من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له. أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى. كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها، فقد يردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على هامش التسجيل بالرد. ومع ذلك يجوز للموصى أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلنه، فإذا لم يؤشر على هامش التسجيل برجوع الموصى عنها أو برد الموصى له إياها، بقى التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصى له عند وفاة الموصى(١)(1).

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص٦٥٠- وسنرى أنه إذا توفى الموصى تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو للوصية، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك فى هامش تسجيل الوصية (أنظر ما يلى فقرة ٨٧).

(1) أ- المقرر أن الملكية العقارية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالتسجيل، إلا أن الوصية غير المسجلة بمجرد وفاة الموصى ترتب وطبقا للمادتين الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فى ذمة الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة التزامات شخصية منها التزامهم بتسليم العقار الموصى به فيما ينفذ من الوصية دون حاجة إلى اجازة الورثة فى يد الموصى له إذا كان تحت يده من قبل فلا يحكم بتسليمه لهم ولا يجوز للوارث ادعاء ملكيته، وان تراضى نقل ملكية العقار الموصى به ايصاء صحيحا ونافذا إلى ما بعد تسجيل الوصية، لا يحول دون تمسك الموصى له الذى قبل الوصية ولم يردها بالالتزامات الشخصية المترتبة عليها قبل الورثة.

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ الطعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ق س٣٤ ص٥٥٥) =

والذى يقوم بتسجيل الوصية هو الموصى له بعد وفاة الموصى، وقد يقوم بتسجيلها الموصى فى حياته كما قدمنا.

والمحرر الذى يسجل هو السند المثبت للوصية، أى الورقة الرسمية التى حررت لإثبات الوصية، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصى، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصى والموقع عليها بامضائه. وقد يقوم نزاع فى شأن الوصية، فيستصدر الموصى له حكما نهائيا بصحتها، ويقوم بتسجيل هذا الحكم.

ويدفع رسم نسبى عن تسجيل الوصية، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل. ويتم التسجيل فى مكتب الشهر الذى يوجد العقار الموصى به فى دائرته.

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو، كما تقول المادة٩ من قانون الشهر العقارى سالفة الذكر، أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. فهى لا تنتقل بين ذوى الشأن، فتبقى فى التركة عند الورثة، ولا تنتقل إلى الموصى له[1]. وهى لا تنتقل بالنسبة إلى الغير، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصى به حقا

= ب- الشهادة الصادرة من واقع دفاتر الشهر العقارى. ايرادها اقرار الموصى بالايصاء بثلث تركته وتوقيعه بالدفتر. صلاحيتها كمسوغ لسماع دعوى الوصية كفايتها فى اثبات صحة صدور الوصية منه.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ الطعن رقم ٧ لسنة ٤٧ق س٣٠ ج١ ص٨٩٧)

جـ- لم تكن الوصية واجبة التسجيل طبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ وإجازتها لا يجب تسجيلها كذلك لأن إجازة بالوصية - على ما قرره فقهاء الحنفية- وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعا إلا أن التمليك لا يعتبر منه بل يعتبر من الموصى وذلك سيرا على أصلهم المقرر عندهم الثابت وهو أن الوصية للوارث مطلقا ولغير وارث فيما زاد على الثلث تصح ولا تقع باطلة بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة فليست الإجازة إذن منشئة للحق حتى يسند التمليك إلى الوارث وعلى ذلك فإذا كان الاقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو اجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنت فى حدود ثلث التركة لكل منهما فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن من العقود الواجبة التسجيل طبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ والقرار الوزارى الصادر فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٢٦.

(جلسة ١٩٥٧/٤/٧ الطعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٣ق س٨ ص١٢٨)

د- متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الاطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص- فإن هذا الاقرار ليس إلا تصرفا مقررا الملكية لا منشئا لها ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣.

(جلسة ١٩٥٦/٢/٢ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٢٢ق س٧ ص١٤٨)

(١) ويترتب على ذلك أن الموصى له لا يستطيع التصرف فى العقار الموصى به قبل تسجيل الوصية.

عينيا وسجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العينى وقام بتسجيله. وقد قدمنا عند الكلام فى شهر حق الإرث أن الموصى له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث فى خلال السنة التالية لهذا التسجيل، كان له أن يسجل الوصية فى خلال هذه السنة. فإذا قام بالتسجيل فى خلال هذه المدة، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عينى على العقار الموصى به، ولو سجل هذا الأخير حقه العينى قبل تسجيل الوصية(١). أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة، فالعبرة بتاريخ التسجيل، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عينى على العقار الموصى به(٢). وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقارى سالفة الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن. وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصى على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة. ويسجل صحيفة الدعوى، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى.

٨٧- إجراءات شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى: نستعرض هنا أربع صور، يختلف بعضها عن بعض فى إجراءات الشهر. ففى الصورة الأولى تكون الوصية موثقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى، ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها. وفى الصورة الثانية تكون الوصية فى وضع الصورة الأولى، ولكنها تكون محررة فى ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه. وفى الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه فى حالة حياته بتسجيل الوصية، سواء كانت الوصية موثقه فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية. أما الصورة الرابعة، فهى صورة الوصية الواجبة التى سبق بيانها(٣).

١- ففى الصورة الأولى حيث يقوم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو

---

(١) إسماعيل غانم ص١٥١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص٧٤٠ وفقرة ٥٣٣ ص٧٩٧- ص٧٩٨- حسن كيرة ص٤٢.

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فقرة ٥٧ ص٧٩- ص٨٠- محمد على عرفة فى مقال له فى الجديد فى نظام الشهر العقارى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص٥٦٧- ص٥٦٨.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٩.

ختمه، وهذه هى الصورة الغالبة، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به، والورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق. ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإنحصار إرثه فى ورثته، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له.

٢- وفى الصورة الثانية، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه، قد يستطيع الموصى له. أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وباقرارها من ورثة الموصى. وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث. ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة باقرارها. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة. ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد، وتخطر الجهات المختصة، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به، ولاسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية.

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة، فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها. ويسجل عريضة الدعوى، كما يؤشر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث. وعليه، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها، أن يؤشر به على هامش تسجيل عريضة الدعوى. وبذلك يتم تسجيل الوصية، وتنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بهذا التسجيل، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من يوم التسجيل.

٣- وفى الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه فى حال حياته بتسجيل الوصية، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرته العقار الموصى به محرر الوصية بعد توثيقة أو بعد التصديق على التوقيع فيه. وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر الوصية، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر. ولكنه يمتنع عن التأشير عليه بخاتم ناقل للتكليف، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة

الموصى. فإذا ما توفى الموصى، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو للوصية. فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك فى هامش تسجيل الوصية وباخطار الجهات المختصة، وكذلك باخطار المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم الموصى له[1].

٤- وفى الصورة الرابعة وهى صورة الوصية الواجبة، إذا وجد أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم[2]، يبدأ بتحديد نصيبهم فى قائمة الجرد الخاصة بشهر من الإرث، وما يتبقى يكون تركة لباقى الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم فى الميراث ويبين ذلك فى قائمة الجرد. ويقدم الإعلام الشرعى المثبت لوفاة المورث وانحصار إرثه فى ورثته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص، ومعه قائمة الجرد، وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات. فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما، وإرسال الصور للجهات المختصة، ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث[3]. ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبى على انتقال الملكية، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة، فلا يدفعون إلا رسم التصوير ورسم الحفظ[4].

٨٨- شهر الوصية فى قانون السجل العينى: وقد قدمنا أن قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل، وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام،

---

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى: « كان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة..، شأنها فى ذلك شأن باقى المحررات الخاضعة للشهر. ولكن رأى المكتب الرئيسى، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال حياته، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق.. فإذا تمت الوصية بوفاة الموصى وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية.. ومع ذلك فلا مانع من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى فى ذلك، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً نيابة عن الموصى له، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية» (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملا ص٢٨١).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٩.

(٣) ويقول الدكتور محمود شوقى: «وإذا كان الإعلام الشرعى خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة، وجب عليهم استصدار حكم شرعى باستحقاقهم. وهذا الحكم يخضع للشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث، الذى يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق فى الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم، والتأشير على هامشه بصحيفة الدعوى المقامة باثبات أحقيتهم لنصيبهم فى التركة» (محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص٢٨٣).

(٤) أنظر فى إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص٢٨٠- ص٢٨٣.

ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد(١).

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية فى قانون السجل العينى، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التى أسلفنا ذكرها(٢)، فتنص المادة ٢٦ من قانون السجل العينى على ما يأتى: «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك، يجب قيدها فى السجل العينى، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن». وقد نص قانون السجل العينى، كما نص قانون تنظيم الشهر العقارى، صراحة على وجوب شهر الوصية.

ويتم قيد الوصية فى قانون السجل العينى بطريقة مماثلة للطريقة التى يتم بها تسجيلها فى قانون الشهر العقارى، من حيث الوقت الذى يتم فيه القيد، وتعيين من يقوم بالقيد، والمحرر الذى يقيد، وجزاء عدم القيد، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم(٣).

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة، أما القيد فى السجل العينى فله هذه الحجية، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى على أن «يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل».

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٨٦.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٦.

الباب الثالث
كسب الملكية
فيما بين الأحياء

الفصل الأول
الالتصاق

٨٩- مقومات الالتصاق وتكييفه القانونى: الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكين مختلفين، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج.

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين، دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما. فالكنز المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها، إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يلحق بأى منهما. وإذا كان صاحب الأرض يتملك الكنز فى القانون المصرى، فانه لا يتملكه بسبب الالتصاق ولكن بحكم القانون(١).

ويجب أن يكون الشيئان متميزين أحدهما عن الآخر، فالإصلاحات أو التحسينات التى يجريها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئا متميزا عن الشئ الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين، ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الالتصاق، بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م٩٨٠ مدنى)(٢). كذلك الثمار التى تتولد من الشئ، سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية، ليست متميزة عن الشئ مستقلة عنه بل هى متولدة منه، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق، بل تسرى عليها أحكام الثمار (م٩٧٨- ٩٧٩ مدنى). وكالثمار المنتجات، إذ منتجات الشئ جزء منه، وليست شيئا مستقلا عنه.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص٤١.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٢ ص٤١- وتقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يردها المالك كلها للحائز، وفي المصروفات الكمالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بنزعها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة. أما فى المصروفات النافعة، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الالتصاق، وتميز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية طبقاً لهذه الأحكام.

ويجب أن يكون الشيئان مملوكين لمالكين مختلفين، فلو أقام شخص بماله بناء فى أرضه لم يملك البناء بالالتصاق، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله. وإذا وجد فى أحوال الالتصاق، كما سنرى، حالة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشيئين غير مملوك لأحد، وهى حالة الأرض التى تتكون من طمى النهر إذ قد يقال إن الطمى لا يملكه أحد، فالصحيح أن الطمى قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة(١)، وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق. ولو كان الطمى غير مملوك لأحد، لوجب القول بأن المالك المجاور يتملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق.

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التى يستخدمها وأدمج فيها مادة من عنده فأصبحتا شيئا واحدا، ملك رب العمل هذا الشئ بعقد المقاولة لا بالالتصاق، لسبق وجود اتفاق بين المالكين.

والالتصاق، على هذا النحو، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية. فاندماج أحد الشيئين فى الشئ الآخر، وهذه هى الواقعة المادية، تكسب ملكية أحد الشيئين لمالك الشئ الآخر. ذلك أن الشيئين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا، إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول. ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشئ بعد الاندماج، فقد كان يمكن القول إن الشئ يكون مملوكا لهما على الشيوع، كل بنسبة قيمة الشئ الذى كان يملكه مفرزا. ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية فى أكثر الأحوال، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشئ كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين، إلا فى حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشيئين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما. واختار من المالكين مالك الشئ الأصلى فجعله مالكا للشئ التابع الذى اندمج فى الشئ الأصلى، على أن يعوض مالك الشئ التابع عن فقد ملكيته. وهذا هو الحل المعقول، فمالك الأصل هو الذى يملك التبع(٢). بقى أن نعرف كيف ميز القانون بين الشئ الأصلى والشئ التابع. لم نقم هناك صعوبة فى أهم صور الالتصاق وهى صور الالتصاق بالعقار، فهذه الصور كما سنرى، يلتصق فيها

---

(١) وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها للدولة حق ملكية صحيحة.

(٢) وإذا كان الشئ الأصلى محملا بحق انتفاع أو بحق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق، فانه عندما يندمج فيه التبع يمتد إلى التبع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلبياً كان أو إيجابياً، لأن الأصل والتبع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص٢٣٤- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص٣٦٤).

منقول[1] بالأرض. فاعتبرت الأرض هى الشئ الأصلى فى جميع هذه الصور، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذى التصق بها، كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء. أما فى صور الالتصاق بالمنقول وهى صور نادرة. فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة «مسترشدة بقواعد العدالة، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما» (م٩٣١ مدنى). فإذا استطاع القاضى أن يميز الشئ الأصلى من الشئ التابع، ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين، وبخاصة ظرف سوء النية، دون أن يجعل مالك الشئ الأصلى هو المالك للشئ التابع، فعل ذلك، وقد يجعل، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع، الشئ مملوكا على الشيوع للمالكين معا.

فالقاعدة إذن أن مالك الشئ الأصلى هو الذى يملك الشئ التابع، ويملكه بسبب واقعة مادية هى واقعة الالتصاق. ولا يجوز الخلط، كما قدمنا، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشئ وتملكه للشئ التابع بسبب الالتصاق. فملكية الثمار ليست ملكية جديدة، بل هى ملكية متفرعة عن ملكية الشئ الذى تولدت منه الثمار، فيمتد حق الملكية من الشئ إلى ثماره. أما الملكية بسبب الالتصاق فملكية جديدة مستقلة عن ملكية الشئ الأصلى، كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق. فالمالك بالالتصاق قد كسب، بسبب جديد، ملكية جديدة. أما مالك الثمار فلم يتملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هى التى جعلته مالكا للثمار، إذا امتدت من الشئ إلى الثمار التى تولدت منه[2].

---

(١) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين: حالة الالتصاق عقار بعقار فى التصاق الطمى بالأرض المجاورة، وحالة التصاق منقول بعقار فى التصاق المنشآت بالأرض. فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق: التصاق عقار بعقار، والتصاق منقول بعقار، والتصاق منقول بمنقول (أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فرة ٢٧- شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص٣٣٣- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣١).

والصحيح أن حالة التصاق الطمى بالأرض المجاورة لا تعدو أن تكون حالة التصاق منقول بعقار، فالطمى قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو فى حالة تراكمه قد تحول من عقار إلى منقول، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته، شأنه فى ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٩ ص٢٩١- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠- إسماعيل غانم ص٥٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص٢٨١ هامش١- حسن كيرة ص٥٨). فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق: (١) التصاق منقول بعقار، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمى بالأرض، أو التصاقاً صناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض. (٢) التصاق منقول بمنقول. وعلى ذلك يكون الشئ الذى التصق بغيره، وأصبح مملوكا بسبب الالتصاق منقولا على الدوام.

(٢) أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص٣٤٨ هامش١- =

٩٠- ما استحدث التقنين المدنى الجديد من الأحكام فى الالتصاق: لم يستحدث التقنين المدنى الجديد فى الالتصاق إلا قليلا من الأحكام، وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدنى السابق. وتبسط مثله فى الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت المقامة على الأرض بسبب الالتصاق، فميز بين صور ثلاث: فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره، وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هى أيضا مملوكة للغير. وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له فى التقنين السابق، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته، ويكون مملوكا له. وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فقد يقيم أجنبى الدليل على أنه هو الذى قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص، أو أن المنشآت التى أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبى (م٩٢٢ مدنى).

وأهم ما استحدث التقنين المدنى الجديد من الأحكام هو ما يأتى:

١- أجاز للقاضى، عند الحكم بالتعويض للبانى فى أرض الغير، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م٩٢٧ مدنى).

٢- عكس فى حالة استثنائية أحكام الالتصاق، فجعل صاحب البناء هو الذى يتملك الأرض. وذلك فيما إذا كان المالك الذى يقيم بناء فى ملكه قد حاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة، فيجبر صاحب الأرض المجاورة على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار، وذلك فى نظير تعويض عادل (م٩٢٨ مدنى).

=جوسران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص٢٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٩ ص٤٩ هامش ١- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص٤٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص٣٦٤- منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص٢٨٢- حسن كيرة ص٥٧- ص٥٨- وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سبباً لكسب ملكية جديدة، وإنما هو واقعة تؤدى إلى إلحاق الشئ التابع بالشئ الأصلى، فيمتد حق الملكية من الشئ الأصلى إلى الشئ التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها: ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣- بيداق وفوارن فقرة ٣٣٧ ص٣٥٧- ص٣٥٨- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٣٠- شفيق شحاته فقرة ٢٢٥- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٠٨ ص٢٩٠ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٠ ص٤٠- وانظر فى هذه المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ١لفظ accession فقرة ٢- فقرة ٤.

٣- لم يعمل أحكام الالتصاق فى حالة المنشآت الصغيرة التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام، كالأكشاك والحوانيت والمآوى. فهذه تكون ملكا لمن أقامها، ولا يتملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م٩٢٩ مدنى)(١).

٩١- أحوال الالتصاق: وقد جعل التقنين المدنى للالتصاق أحوالا ثلاثا:

(الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعى بالعقار (accession naturelle) وهى حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه.

(الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعى بالعقار (accession artificielle)، وهى حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان.

(الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول.

المبحث الأول
الالتصاق الطبيعى بالعقار
(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢- نصوص قانونية: تنص المادة ٩١٨ مدنى على ما يأتى:

«الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين».

وتنص المادة ٩١٩ مدنى على ما يأتى:

«١- الأرض التى ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة».

«٢- ولا يجوز التعدى على أرض البحر، إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر».

وتنص المادة ٩٢٠ مدنى على ما يأتى:

«مالك الأراضى الملاصقة للمياه الراكدة، كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضى، ولا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه».

---

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠٢- ص٣٠٣.

وتنص المادة ٩٢١ مدنى على ما يأى:

«الأراضى التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها[١].

ونقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق م٦٠- ٦٣/ ٨٤- ٨٨[٢].

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المواد ٨٧٩ - ٨٨٤- وفى التقنين المدنى الليبى المواد ٩٢٢- ٩٢٥- وفى التقنين المدنى

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩١٨: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠٤- ص٣٠٥).

م٩١٩: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠٦- ص٣٠٧).

م٩٢٠: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠٧- ص٣٠٨).

م٩٢١: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٠٩- ص٣١٠).

(٢) **التقنين المدنى السابق:**

م٨٤/٦٠: ما يحدث من طمى الأنهار على التدريج يكون ملكاً لمالك الأرض التى على ساحل النهر.

م٦٢ فقرة ٢/ ٨٧: وأما الأراضى التى ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملكا للميرى.

م٨٨/٦٣: لا يجوز التعدى على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه.

م٦٢ فقرة ٨٦/١: الطمى الذى يحدث فى البحيرات يكون ملكاً لأصحابها.

م٨٥/٦١: أما الأراضى التى يحولها النهر بقوة جريانه والجزائر التى تتكون فيه فيتبع فيه منطوق اللائحة الصادر فى سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذى الحجة ١٢٧٤ هجرية).

(ونصوص التقنين المدنى السابق تتفق فى أحكامها مع نصوص التقنين المدنى الجديد).

العراقى م١١١٣- ١١١٦- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى المواد ٢٠٦ - ٢١١(١).

ويتبين من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعى بفعل المياه قد يكون بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة فى البحيرات والبرك، وليس فى هذه الحالة مجال للتملك بالالتصاق. وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى، فالأرض التى تتكون من هذا الطمى تكون ملكا لصاحب الأرض المجاورة، وفى هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية، إذ يتملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التى تكونت من الطمى بسبب الالتصاق. وقد يحول النهر أرضا من مكانها إلى مكان آخر، أو ينكشف عنها، أو يكون جزرا فى مجراه، وهذا ما يسمى بطرح النهر، فهذه الأراضى جميعا تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق. فنبحث كلا من هذه الحالات الثلاث.

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٨٧٩: إن الطمى، أى التراب الذى يتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لمجرى ماء، يكون لمالك هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى).

م٨٨٠: إن الأراضى التى تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاء إلى أرض أوطأ منها، يجوز لمالكها، إذا كان من الممكن معرفتها، أن يطالب بها فى أثناء السنة التى تلى الحادث، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه فى الادعاء.

م٨٨١: إن الجزر الكبيرة والصغيرة التى تتكون بصورة طبيعية فى مجرى الأنهر أو مجارى المياه، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة.

م٨٨٢: إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمى التى تتكون فى داخل البحيرات، وكذلك طمى البحيرات والبحر، هى جزء من أملاك الدولة الخاصة.

م٨٨٣: إن الأراضى المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات بدون ترخيص مسبق لمكتشفها، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة.

م٨٨٤: ١- إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم، فيحق لأصحاب العقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم، كل واحد فى القسم الذى يكون أمام أرضه حتى خط مفترض فى وسط النهر. ٢- يحدد ثمن المجرى القديم خبراء يعينهم رئيس المحكمة البدائية المدنية فى منطقة العقار. ٣- يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بصفة تعويض على أصحاب الأراضى التى أشغلها المجرى الجديد بنسبة قيمة ما خسر كل واحد منهم من الأراضى.

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩- ٩٢١ مصرى).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٢- ٩٢٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١١٣- ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨- ٩٢٠ مصرى).

م١١١٦ (توافق م٨٨٤ سورى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سورى).

٩٣- فعل مياه البحر والمياه الراكدة كالبحيرات والبرك: رأينا أن المادة ٩١٩ مدنى تقضى بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض، فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة(١). وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة، ولكن الأراضى التى تكون من طمى البحر والأراضى التى تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de mer) هى من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة، فيجوز للدولة التصرف فيها(٢).

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضى المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه، فإن ملاك هذه الأراضى لا يفقدون ملكيتها، وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن يفقدهم هذه الملكية، ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التى طغت عليها مياه البحر. ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدى على أرض البحر، لا على شواطئه لأنه من أملاك الدولة العامة، ولا على الأرض التى ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا.

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات، وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة(٣)(1). وتقضى المادة ٩٢٠ مدنى سالفة الذكر أن ملاك الأراضى المجاورة لمجارى

---

(١) ويمكن تعليل ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة، فتكون الدولة هى المالك المجاور (propiétaire riveraim) للبحر، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فانه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودرى وشوفو فقرة ٣٩٤). وقبل صدور التقنين المدنى السابق (أى قبل عهد الاصلاح القضائى، كانت الأرض التى ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء لا بالالتصاق (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٠٦).

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ - وقد تكون البركة أو المستنقع مملوكاً للأفراد ملكية خاصة، ففى هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفقد ملكية ما غمر من أرض، وهذا بديهى لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له.

(1) أراض البرك والمستنقعات التى تم ردمها ولم تؤد تكاليف ردمها أو تنازل عنها أصحابها وانقضت مواعيد استردادها طبقا للقانون رقم ١٧٧ لسنة ١٩٦٠. حق ملاكها فى شرائها بثمن يعادل تكاليف ردمها شرطه. ملكيتهم لها قبل ردمها أو تجفيفها وألا تكون قد خصصت لأغراض النفع وأن يتقدم طالب الشراء بطلب لشرائها إلى الوحدة المحلية المختصة وأداء الثمن المطلوب فى المواعيد. تخلف ذلك أثره. سقوط الحق فى الشراء م١٣ ق٥٧ لسنة ١٩٧٨ فى شأن التخلص من البرك والمستنقعات.

(جلسة ١٩٩٧/٣/١٩ الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٣/٦/٢٠ الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩١/١/٩ الطعن رقم ٦٩٣ لسنة ٥٦ق س٤٢ ج١ ص١٣٢)

هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراض، فالأراضى التى تنكشف عنها هذه المجارى هى إذن من أملاك الدولة الخاصة كالأراضى التى ينكشف عنها البحر فيما قدمنا. كذلك إذا غمرت مجارى هذه المياه الراكدة الأراضى المجاورة، فإن ملاك هذه الأراضى لا يفقدون ملكيتها، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه. فحكم المياه الراكدة إذن كحكم مياه البحر، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل، فترجع لصاحبها. أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد، فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة. فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر»(١).

٩٤- فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى (alluvion): رأينا(٢) أن المادة ٩١٨ مدنى تنص على أن «الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين». ويستخلص من هذا النص أنه يشترط فى تراكم الطمى بفعل مياه النهر أن يكون الطمى قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (successivement et imperceptiblement)(٣)، فيجب إذن أن يتراكم الطمى على ضفة النهر وبجانب الأرض المجاورة(٤) متدرجا فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه غير محسوس(٥). أما إذا حول النهر فجأة، بفعل قوة الفيضان غير العادى، أرضا من مكانها إلى مكان آخر، فليس هذا تراكم الطمى التدريجى غير المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion)، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكا للملاك المجاورين بطريق الالتصاق، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجئ. وإذا كان يشترط فى تراكم الطمى أن يكون غير فجائى، فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائياً. فقد يتراكم الطمى على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر، ثم يزيد تراكم الطمى فتظهر الأرض المتكونة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣١٠.

(٢) أنظر آنفاً ٩٢.

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٦٤- ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٢٢.

(٤) أو بجانب جزيرة أصبحت هى نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٣٢).

(٥) أما الطمى الذى يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب عدم تطهيرها مدة طويلة، فهذه لا يجوز لمالك الأرض المجاورة أن يتملكها بالالتصاق، بل يرجع الحكم فى ملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ١٥ ص٣٨).

منه فجأة فوق الماء، وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق(١). ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمى أعلى منسوب من المياه فى أشد وقت من أوقات فيضان النهر(٢)، وإلا بقيت جزءا من مجرى النهر، وذلك بشرط أن يكون الفيضان عاديا(٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض فى أثناء الفيضانات غير العادية. ويستوى أن يكون تراكم الطمى قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها»(٤)، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتى النهر(٥). ويجب أخيرا أن تكون الأرض المتكونة من الطمى قد تكونت ملاصقة لضفة النهر، فإذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام(٦)، أو كانت المياه لا تزال تجرى بينها وبين ضفة النهر، فإنها لا تخضع لأحكام الالتصاق(٧).

---

(١) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٢٢.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص٣٥٣.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمى قد بلغت من الارتفاع حداً يجاوز منسوب ارتفاع المياه فى وقت الفيضان العادى (نقض مدنى ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص١٤٨). وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٣٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٤ ص٤٣- حسن كيرة ص٦١.

(٤) ولو بتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٨-). وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هى طرح النهر فيكون لها، وليس تراكم طمى فيكون للجار، فعليها هى عبء الإثبات (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة م٥٥ ص١٠٨).

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص٣٥١- ص٣٥٢- بودرى وشوفو فقرة ٣٨٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص٢٥٩- استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٣٤٢- نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦-١-١١٨.

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع فى عملية تراكم الطمى، كأن يضع رؤوساً من الأحجار أو الاخشاب فى مجرى النهر تساعد على تجمع الطمى، فان هذا يكون تعدياً على مجرى النهر وللإدارة أن تمنعه، ويكون الطمى هنا ملكاً للدولة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص٣٥١ هامش٧- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص٥٤- شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص٢٣٧- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢١٢ ص٢٩٤- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص٣٦٦- منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص٢٨٤- حسن كيرة ص٥٧- نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص١١٠٩- استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٤٧).

(٦) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص١١٠٩.

(٧) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص٣٥٠- ص٣٥١- وقد قضى بأنه يشترط فى طمى النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العادى، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر، وأن يتكون بالتدريج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لأعمال الحكومة دخل فى تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٦ ص٣٩٦).

ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر، فإن الأرض المتكونة من الطمى تصبح ملكا لمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق، وهذه هى الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول. ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمى كانت قبل أن تلتصق بضفة النهر طميا من أملاك الدولة العامة، فأصبحت بالالتصاق ملكا خاصا لمالك الأرض المجاورة، ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة. وعلى ذلك يكون الالتصاق قد نقل الشئ من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة(١) دون تعويض(٢)، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هى الحالة الوحيدة التى يتملك فيها صاحب الشئ الأصلى بالالتصاق الشئ التابع دون أن يدفع تعويضا لصاحب هذا الشئ التابع(٣).

وإذا تعددت الأراضى المجاورة للأرض التى تكونت من الطمى على النحو سالف الذكر، واختلف ملاكها، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه، أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتى كل أرض(٤).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٨٩.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الزيادة التى تحدث من طمى الأنهار على التدريج تكون ملكاً لمالك الأرض التى على الساحل، فإذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته الحكومة فى ملكيتها بدعوى أنه استأجرها بعقد وقعه، فلا يكون ذلك سبباً لحرمانه من ملكيتها القانونية متى تبينت المحكمة أن أحوالا اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع. ومن ثم يجب الحكم له بالملكية، بصرف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٦ ص١٨٧).

(٣) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بازالة ما يتراكم من الطمى على ضفتيه، فإن كان الطمى قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة، لم تستطع الحكومة أن تزيل هذه الأرض بدعوى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكا لها، بل يجب أن تزيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص٥٧- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص٣٦٧- منصور صمطفى منصور فقرة ١١٥ ص٢٨٤- حسن كيره ص٦١).

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص٣٥٤- ص٣٥٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص٢٥٩- ومتى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمى على النحو سالف الذكر، فإن هذا الجزء يعتبر جزءاً لا يتجزأ من أرضه، وتمتد إليه الحالة القانونية التى للأرض الأصلية. فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عينى آخر، امتد هذا التكليف إلى الطمى. وإذا كان صاحب الأرض الأصلية فى طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب، فإنه يتملك معها الطمى حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥- عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥ ص٤٤). وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للمشترى دون زيادة فى الثمن. وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة، فان الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة التى التصقت بها للبائع دون مقابل (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص٥٨).

٩٥- طرح النهر وأكله: رأينا(١) أن المادة ٩٢١ مدنى تنص على أن «الأراضى التى يحولها النهر من مكانها، أو ينكشف عنها. والجزائر التى تتكون فى مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها». ويستخلص من هذا النص أن النهر، فى أوقات فيضانه الشديد، قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر، فى نفس الضفة أو فى الضفة المقابلة. وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه، ويغمر أرضا أخرى فتتحول مجرى له. وقد يكون الطمى فى وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه، فتظهر أرضا فى وسط الماء الذى يحيطها من جميع الجهات. وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها فى وسط المجرى، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا فى مجرى النهر. وهذه العمليات جميعا- تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة فى مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر، واختفاء أرض عن المكان الذى كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر.

وتقضى المادة ٩٢١ مدنى، كما رأينا، بأن ملكية الأراضى التى يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها. وهذه القوانين الخاصة تسرى أيضا، بطريق التلازم، على أكل النهر. وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة، يأتى قانون بعد آخر يلغيه ويحل محله. وأولها اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ ذى الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية)(٢)، وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٢.

(٢) وقد قضت محكمة النقض، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملا بنص المادة ٦١ من القانون المدنى القديم وبنصوص اللائحة السعيدية الصادرة فى ٢٤ من ذى الحجة سنة ١٢٧٤هـ مملوكة أصلا للحكومة، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو ببيعها إليهم بالمزاد. وإذن فإن الحكم المطعون فيه، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه لهذه الأطيان بأى سبب من أسباب التملك، يكون قد أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكفى لحمله (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٠٣ رقم ٢٠).

وقضى أيضاً، تطبيقاً للائحة السعيدية، بأن الحق فى مطالبة الحكومة بقيد أكل البحر فى المكلفات ينشأ من التاريخ الذى يقع فيه أكل البحر، ويسقط بمضى ١٥ سنة (استئناف أسيوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص٣٣١). وقضى، تطبيقاً لنفس اللائحة، بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ما سبق أن أكله البحر من أطيانهم ثم يباع ما يكون زائداً لأهالى تلك البلاد وبطريق المزاد، إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها. فإن إعطاء الحكومة الحق فى بيع تلك الأطيان بعد استيفاء عجز أطيان الأهالى معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً =

١٩٣٢(١)، ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣، ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨(٢). وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠

=للحكومة، ومتى كانت الملكية مقررة للحكومة فإنه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطنى ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص١٦٩).

أنظر فى نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠ ص٦٥١ هامش١.

(١) وقد قضت محكمة النقض، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص المادة رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به لمخالفته نص المادة ٩ من الدستور التى تقضى بألا ينزع من أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلا، هذا القول مردود بأن الأطيان التى يطغى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر، وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر مملوكة لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من الدولة التى تعتبر المالكة قانوناً لأحكام الطرح بمجرد ظهورها. وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متضمناً نزع ملكية أى شخص من ملكه (نقض مدنى ١٦ ديسمبر مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٠٣ رقم ٢٢). وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢، كان هذا القرار سنداً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوع فيما بينهم. ولا تكون هناك صلة لهذه الملكية بملكيتهم التى أكلها البحر، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤١). وقضت كذلك بأن تعتبر أراضى طرح البحر، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢، من أملاك الدولة التى توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعاوضة فيه. ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمى. وهذه النصوص إنما تسرى على أراضى «الميرى» الخاصة المتخلفة عن طرح البحر، ولا شأن لها بالأملاك العامة. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر، لوقوعها فى مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التى لا يجوز تملكها أو التصرف، فإنها لا تكون محلا لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها، ولا قرار من جهة الإدارة بإضافتها إلى الملك الخاص للأفراد. وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون، ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص٧٠٦).

(٢) وكانت القاعدة المتبعة منذ اللائحة السعيدية هى أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر. وظلت هذه القاعدة معمولا بها مع اختلاف فى تفصيلات التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هى تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقدياً لا تعويضاً عينياً. وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولا بها فى قانون سنة ١٩٥٨، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله» تتولى بيع أراضى الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضى لصغار الفلاحين. ومن ثمن بيع هذه الأراضى يعوض أصحاب الأراضى المأكولة، ومقدار التعويض هو خمسون مثلا من ضريبة الأطيان.

وقد ألغيت «مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله» بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأملاك وطرح النهر. ثم أدمجت هذه الإدارة فى الهيئة العامة =

لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة ملكية خاصة والتصرف فيها، وقد أفرد الباب الثانى منه للأحكام الخاصة بطرح النهر وأكله، ونستعرض فى إيجاز هذه الأحكام(١).

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكا للدولة ملكية خاصة «أراضى طرح النهر، وهى الأراضى الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التى يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التى تتكون فى مجراه» (م٢-أ). وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم، فتنص على أن «يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة. وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعى حصر مقدار طرح النهر وأكله فى كل سنة، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات. ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنويا، ويودع هذا القرار فى مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم. ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية»(٢). وتبدأ الإدارة بتأجير أراضى الطرح إلى أن تتمكن من بيعها، ويكون التأجير طبقاً لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فتؤجر فى حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجرة المثل. ثم تباع هذه الأراضى طبقا للأحكام المقررة فى التصرف فى الأراضى الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، فتوزع على صغار الفلاحين طبقا لأحكام قانون الإصلاح الزراعى (م١/٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤)(٣). ولا يدخل فى

=للإصلاح الزراعى بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التى كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله.

(١) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين.

(٢) وقد قدمنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هى توزيع أراضى طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح. ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية. ويجب تسجيل هذا القرار، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف فى الأراضى الموزعة. وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ الشهر العقارى، فإن هذا القانون هو الذى أوجب شهر التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية، وليس له أثر رجعى. ولا أثر رجعى كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سنداً له قوة العقد الرسمى، ويسجل بدون رسم (نقض مدنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٣٠٤ رقم ٢٤).

(٣) ويجوز على سبيل الاستثناء، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤، بيع أراضى الطرح بطريق الممارسة فى حدود خمسة أفدنة لكل مشتر، إلى طوائف معينة حددتها المادة ١٠ المذكورة. =

الأراضى التى توزع أراضى طرح النهر غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان، وكذلك الأراضى الواقعة فى أسفل ميول الطرح الواطى التى لا تنحسر عنها المياه حتى أول شهر فبراير من كل سنة، وذلك حتى تستقر هذه الأراضى وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقا لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد فى سجلات قوائم الحصر والمساحة (م٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤)(١).

ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضا نقديا، بما يعادل خمسين مثلا من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه. وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضى الجزائر الملاصقة للنيل فى البلدة الواقع فى زمامها الأكل (م١/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤)(٢). ولا يجوز التصرف فى حق التعويض عن أكل النهر، ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤).

وترفع الضرائب العقارية عن الأراضى التى يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالى لتاريخ حدوث الأكل، وتربط على أراضى طرح النهر التى توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذى تقع فيه ابتداء من أول يناير التالى لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤).

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله. وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأى طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى، وتنفذ بالطريق الإدارى (م٢١ من قانون سنة ١٩٦٤).

=وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية فى الشراء بين هذه الطوائف، والشروط الواجب توافرها فى المتصرف إليهم، وقواعد تقدير ثمن الأراضى المتصرف فيها، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده، وسائر أحكام البيع الأخرى.

(١) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن «لوزير الإصلاح الزراعى وإصلاح الأراضى أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسى المعادى المقررة أو بمواقع الموارد أو اللازم لمشروع عام لمنفعة تلك المراسى أو الموارد أو هذا المشروع العام، بناء على طلب الوزارة المختصة. وإذا أبطل المرسى أو المورد أو المشروع العام، جاز التصرف فى هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون».

(٢) انظر فى إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ – ١٨ من قانون سنة ١٩٦٤.

وقد صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة، ونصت مادته الثالثة على أنه «فى جميع الأحوال تكون أراضى البحيرات والمساحات التى يتم تجفيفها مناطق استصلاح واستزراع، وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فى هذه الأراضى وفى أراضى طرح النهر، وتمارس سلطات المالك فى كل ما يتعلق بشئونها، وبالتنسيق مع وزارة الأشغال العامة والموارد المائية بالنسبة لأراضى طرح النهر.

وقضت المادة الثامنة من هذا القانون بإلغاء كل نص يخالف أحكامه .

المبحث الثانى

الالتصاق الصناعى بالعقار

(التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦- مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التى فيها- نص قانون: تنص المادة ٩٢٢ مدنى على ما يأتى:

«١- كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت آخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له».

«٢- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق فى إقامة هذه المنشآت وتملكها»(١).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية، وفيما عدا أن المشروع التمهيدى فى الفقرة الثانية ورد فيه عبارة «على الأرض» بعد عبارة «كانت قائمة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ فى المشروع النهائى، بعد تعديلات لفظية. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «على الأرض» الواردة فى الفقرة الثانية «لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها»، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣١١- ص٣١٣).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣١٦).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

ويتبين من النص المتقدم، فى فقرته الأولى، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى[1] يعتبر من عمل صاحب الأرض، وأنه هو الذى أنشأه على نفقته، ومن ثم يكون مملوكا له. وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام فى حق الملكية فى الجزء الثامن من الوسيط، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول: «وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها، علوا أو عمقا». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص الأخير: «ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال.. وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين.. يقرر فى الثانى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له»[2]. وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته، ولا يجوز فى خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك. كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت، وقدم الدليل على ملكيته للأرض، فهذا الدليل وحده يكفى لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض.

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر، فى فقرته الثانية، أن القرينة القانونية التى أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للخصم الذى

= **التقنين المدنى السورى** م٨٨٦ (موافق).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١١٧ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م١١٣ (موافق).

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام فى الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقاراً بطبيعته، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها. وكالمنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها، كالأنفاق والمواسير والسراديب وما إليها. ولا تدخل فى المنشآت المحاصيل الزراعية الدورية، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى فى الأرض على سبيل الاستقرار والدوام. وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث فى الأرض على سبيل الدوام، فلا تدخل المحاصيل الزراعية الدورية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص٦٣٨).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٧ – ص١٨.

يدعي ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض(١)(1). ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البينة والقرائن، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سبباً لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا، كما إذا ادعى أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته(2). أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته

---

(١) نقض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص١٠١٩.

(1) مفاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني أن المشرع وضع فى الفقرة الأولى من النص السالف قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه الذى انشأه على نفقته فيكون مملوكا له. وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعوض صاحبها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص كما يجوز للأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى المنشآت المقامة من قبل بأى تصرف ناقل للملكية وكذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى اقامة منشآت وتملكها وفى الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق، وكان لا يكفى طبقا لقواعد الالتصاق المشار إليها حتى يتملك الطاعن هذه المبانى المقامة على أرض المطعون عليها الثانية بمجرد اثبات أنه أقامها على نفقته إذ مقتضى هذه الحالة أن تصبح المطعون عليها الثانية المالكة للأرض هى المالكة للمبانى بالالتصاق مقابل تعويض الطاعن وذلك طبقا للحالة الأولى المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى، وانما يتعين وعلى ما سلف بيانه حتى يتملك الطاعن هذه المبانى أن يكون هناك اتفاق سابق بينه وبين المطعون عليها الثانية يخوله الحق فى اقامة المبانى وتملكها.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٨ق)
(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٥٧ق)
(جلسة ١٩٨١/١/٢٨ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٣٦٧)
(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ الطعن رقم ٨- لسنة ٤٥ق س٣٠ ج١ ص٣٥٧)
(جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ الطعن رقم ١١٩ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص١٢١٦)
(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٠٠٢)
(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٤ق س١٩٢ ص٣٣ (١)
(جلسة ١٩٦٦/٥/٥ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٠١٩)

(2) أ- نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى يدل على أنه يجوز للأجنبى إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق فى إقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك وأنه يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى = =شأنه بما

يغنى عن اجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع.

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٥١ق)

ب- ان مفاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى أن المشرع وضع في الفقرة الأولى قرينة لصالح مالك الأرض وهى أنه مالك لما فوقها وما تحتها وأجاز فى الفقرة الثانية للأجنبى أن يثبت عكس القرينة فان اثبت أنه أقام المنشآت من ماله ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك المالك هذه المنشآت مقابل تعويض من أقامها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص وان اثبت أنه خول من المالك فى اقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدى عندئذ بقواعد الالتصاق، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بتثبيت ملكية مورث المطعون عليها الأولى للمبانى موضوع النزاع على مجرد أنه أقامها من ماله على أرض لا يملكها غير كاشف عن وجود اتفاق مع مالكة الأرض على ذلك مما يخالف قواعد الالتصاق فيما ترتبه من تملك مالكة الأرض لما قام عليها من مبان لقاء تعويض المبانى فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره القصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٨٦/٥/٧ الطعن رقم ٩٦٢ لسنة ٥٢ق)

جـ- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى على أن كل ما على الأرض وتحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له، بل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى فلا يطالب مالك الأرض باقامة الدليل على ملكيته للمنشآت، وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقرره المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدنى، فان ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر على أنه ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى اقامة هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التى يقيمها على الأرض، وفى هذه الحالة لا يكون هناك مجال لاعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما اجازته المادة ٣/٨٠٣ من القانون المدنى، لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الايجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأولى للطاعنة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين باقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق ازالتها والاستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الايجار من الباطن الصادرة من الطاعنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فانه لا محل للتحدى باحكام الالتصاق، ولا يعيب الحكم اغفاله تطبيقها.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعنان ٦٣٥، ٦٤٠ لسنة ٥٤ق ص٢٢٨١)

د- الالتصاق - طبقا لما تقضى به القواعد العامة - واقعة يرتب القانون عليها مركزا قانونيا هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان وغراس وما لم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن عقد إيجار الأرض الفضاء قد صرح فيه للمستأجر اقامة مبان عليها تؤول ملكيتها للمؤجر، وهو لا يعدو أن يكون ترديدا للقواعد العامة والتزامها بحكمها، فان مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدثه المستأجر من مبان منذ انشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق=

للمنشآت هو تصرف قانونى، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانونى إلا وفقا للقواعد المقررة فى إثبات التصرفات القانونية، أى بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما تجاوز قيمته خمسمائة جنيه.

ونرى من ذلك أن الدليل العكسى الذى يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية. وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدنى سالفة الذكر صراحة، كمثل للتصرف القانونى، أن يقيم أجنبى الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت. ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى الأبنية المقامة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح، بطريق الشراء أو بأى تصرف آخر ناقل للملكية. كذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى إقامة المنشآت وتملكها، فيكون هو لا صاحب الأرض الذى أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق. وتنص المادة ٣/٨٠٣ مدنى تأكيدا لذلك: «ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام، وما .. حق الحكر وحق التعلى إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح»(١). ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبى المنشآت المقامة فى الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية(1)، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن

=على تعليق أيلولة المبانى على انهاء العقد مجرد ارجاء لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر ملكيتها التى تحققت منذ الانشاء والالتصاق.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٥٩٣)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص١٨.

(1) أ- يشترط حتى يتحقق التملك بالالتصاق طبقا لنص المادة ١/٩٢٢ من القانون المدنى ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت بحيث إذا وجد هذا الاتفاق يجب اعماله ويمتنع التحدى بقواعد الالتصاق.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٣ الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٤١ق س٢٦ ص١٦٥٩)

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٣ س٣١ ص٥٠٥)

ب- يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدنى أن المشرع وضع بالفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل =

ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص، ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذى تم بينه وبين صاحب المنشآت.

وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدنى سالفة الذكر صراحة أيضا، كمثل للواقعة المادية، أن يقيم الأجنبى الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض. ولكن هنا يقوم الالتصاق سببا لكسب الملكية، ومتى أقام الأجنبى الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته، فإن صاحب الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق[1] فى مقابل دفع تعويض للأجنبى.

٩٧- صور ثلاث لتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق: وإذا أقام الأجنبى الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبى هو الذى كان يملك المواد التى أقيمت المنشآت بها، فلا يخلو ذلك من أن يكون فى إحدى صور ثلاث:

الصورة الأولى: أن يكون صاحب الأرض هو الذى أقام المنشآت فى أرضه بأدوات مملوكة للأجنبى، فيكون صاحب الأرض هو البانى[2] بأدوات غيره.

الصورة الثانية: أن يكون الأجنبى هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له، فيكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره.

=صاحب الأرض وأنه هو الذى أنشأه على نفقته فيكون مملوكا له، وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض فإذا نجح فى اثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق مقابل أن يعوضه صاحبها وفقا للأحكام التى أوردها المشرع بهذا الخصوص كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يتملك الأجنبى المنشآت المقامة من قبل أى تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبى أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق فى اقامة منشآت وتملكها، وفى الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الإتفاق ويمنع التحدى بقواعد الإلتصاق.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١١٣٣)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٥٤٥).

(٢) نقول «البانى» تغليباً للفرض الراجح، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والغراس كما سبق القول، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء. والأحكام التى سنوردها فى شأن البناء تسرى على الغراس والمنشآت الأخرى.

الصورة الثالثة: أن يكون الأجنبى هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث، فيكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره.

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «بعد أن قررت المادة .. قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحتها، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له. فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة: إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره»(١). وفى هذه الصور الثلاث جميعا يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه، أو كان البانى أجنبياً قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة لأجنبى أو مملوكة لشخص ثالث. وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض، فى مقابل تملكه للمنشآت أن يعوض صاحبها وفقا للأحكام التى سيأتى بيانها، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٢٩- ص٣٣٠.

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً، وقد ألغى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢، ولكن يبقى الوقف على الخيرات. وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضع اليد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هو نزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦). وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء ممن تملكها كذلك بالشراء، اعتبر بناؤه حاصلا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص٣٦٩- وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص٨٤). وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه، كما له حق القرار. ولا حق لجهة الوقف سواء فى خيار إبقاء المبانى ودفع قيمتها مستحقة الهدم أو ما زاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها، أو فى طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للموقف فى بعض الصور فى حالة ما إذا كان البانى غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص٥٣٦).

وإذا أقيمت المنشآت فى أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين، فإنه يرجع فى ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه. وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناظرة من مالها الخاص فى عين موقوفة هى المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدنى، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق فى هذا الصدد (نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧). ففيما يتعلق بناظر الوقف، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة- ويدخل فى العمارة أن =

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التى قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق، نذكر أنه يجب لتحقق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت فى الأرض اندماجا تاما وأصبحت بهذا الاندماج عقارا بطبيعته. أما مجرد وضع منقول فى أرض الغير دون أن يندمج فى الأرض فيصبح عقارا بطبيعته، فلا يكفى لأن يتملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق. وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها، فإن هذا لا يكفى أيضا لجعل المنقول عقارا بالتخصيص، إذ يجب ليكون المنقول عقارا بالتخصيص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول، وهنا قد اختلف المالك. فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق. وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية فى حيازته للمنقول، فعندئذ يتملك المنقول بالحيازة، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقارا بالتخصيص لاتحاد المالك. ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا، فإنما يتملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق، لأن المنقول لم يصبح عقارا بطبيعته(١).

=تبنى فى الأرض بيوت لتستغل وتصبح فى حكم الدور الموقوفة: محمد أحمد فرج السنهورى فى قانون الوقف جزء ٢ سنة١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص٩٢٤- فان أحكام المادتين ٥٤ و٥٥ من قانون الوقف هى التى تسرى. وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن «يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافى ريع مبانى الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة، ويجوز استغلاله إلى أن يحين وقت العمارة، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بإذن من المحكمة - أما الأراضى الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافى ريعها إلا ما يأمر القاضى باحتجازه، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المبانى والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المبانى الموقوفة التى شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن. وللناظر ولكل مستحق، إذا رأى أن المصلحة فى إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة. وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه». وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه «مع مراعاة أحكام المادة السابقة، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد قيمتها على خمس فاضل غلة الوقف فى سنة، ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم يشرطه، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر، بعد سماع أقوال المستحقين، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطى المبين فى المادة السابقة كله أو بعضه. وتتبع هذه الأحكام فى الصرف على إنشاء ما ينمى ريع الوقف عملا بشرط الواقف. ومع مراعاة أحكام المادة ١٨، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقية بدون رجوع فى غلته، متى رأت المصلحة فى ذلك». أنظر فى شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السنهورى فى قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦- فقرة ٧١٨ ص٩٢٣- ص٩٣٦- أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين للوقف، فلم يعد بعد إلغاء الوقف الأهلى مستحق إلا الخيرات الموقوف عليها.

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤- بودرى وشوفو فقرة ٣٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٢٩٦٣- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ١ فقرة ١١٤٣- مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص١٤٤- =

ويجب أيضاً، حتى يتحقق التملك بالالتصاق، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت. فإذا وجد اتفاق صريح أو ضمنى، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق(١)(1).

=ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت فى الأرض فأصبحت عقاراً بطبيعته، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض، فإن صاحب الأرض لا يتملك المنشآت فى هذه الحالة، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهى على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٦٣- بودرى وشوفو فقرة ٣٦٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤- وانظر أيضاً نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧-١-١٢٠- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٦). وهذا الرأى محل للنظر، فإن المنشآت متى اندمجت فى الأرض وأصبحت عقاراً بطبيعته، تملكها صاحب الأرض، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه. فإذا هدمت، فإنه يبدو أنها تهدم وهى على ملك صاحب الأرض. وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهى على ملكه، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقا لقواعد الالتصاق (أنظر ما يلى فقرة ١٠٠).

(١) نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص١٦٦. وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوقف وبين المستأجر صريحاً فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خبير فى وقت إنشائها، فإنه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهمات والأدوات وقت رفع الدعوى، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص١٨٩). وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستعجل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام، فمتى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق، فإن أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستعجل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص٧٧٣). وانظر استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٢٢.

(1) أ- النص فى المادة ٩٢٢ من القانون المدنى يدل على أنه يجوز للأجنبى إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق فى اقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من اثبات ذلك بشهادة الشهود وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفى لتكوين عقيدة المحكمة فى شأنه بما يغنى عن اجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع.

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٨ الطعن رقم ٢٣٧٧ لسنة ٥١ق)

ب- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا أو عمقا ، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل اثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفة الذكر على أنه ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا اقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق فى أقامة =

المطلب الأول

الصورة الأولى – صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨– نص قانوني: تنص المادة ٩٢٣ مدني على ما يأتي:

«١– يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت».

«٢– فإذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه. أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض»(١).

ويقابل هذا النص فى المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق(٢).

=هذه المنشآت وتملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التى يقيمها على الأرض، وفي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لاعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٣/٨٠٣ من القانون المدنى، لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الايجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعنة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مبانى عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والاستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الايجار من الباطن الصادرة من الطاعنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فانه لا محل للتحدى باحكام الالتصاق ولا يعيب الحكم اغفاله تطبيقها.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧ الطعنان رقما ٦٣٥، ٦٤٠ لسنة ٥٤ق س٣٥ ص٢٢٨١)

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣١٣– ص٣١٥).

(٢) **التقنين المدنى الوطنى السابق** م٦٤: إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير ذلك من الأعمال بمهمات وأدوات كانت ملكاً لغيره، وجب عليه دفع قيمة المهمات والأدوات المذكورة لمالكها، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس. ولا يسوغ لمالك المهمات أن ينتزعها من محل وضعها.

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الغش والتدليس).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٨٨٧- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٢٧- وفى التقنين المدنى العراقى م١١١٨- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢١٤(١).

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التى بناها على التفصيل الذى سنذكره، وعليه أن يعوض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التى فقدها. على أنه يجب التمييز فى ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية، أو كان سئ النية، ثم إن الذى يملكه صاحب الأرض بالالتصاق هى أدوات البناء، أما غير أدوات البناء كتمثال يدمجه فى البناء فانه لا يملكه بالالتصاق. ونفصل الآن ما أجملناه.

٩٩- صاحب الارض حسن النية: إذا كان صاحب الأرض، وهو يبنى بأدوات غيره، حسن النية أى يعتقد أن هذه الأدوات هى ملك له، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلا بالحيازة، وعلى ذلك لا يكون فى حاجة إلى أن يتملكها بالالتصاق، ويكون قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة له، فتكون المنشآت ملكا له، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الالتصاق(٢).

وقد يكون صاحب الأرض معتقدا أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح، كما لو كان حائزا للأدوات بسبب ظنى لا وجود له، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة. فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يتملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة. ويكون فى هذه الحالة قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته، فإذا ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق، ويستوى فى ذلك هو وصاحب الأرض سئ النية(٣).

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٨٨٧ (موافق).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١١٨ (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢١٤ (موافق).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص٢٦٤- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣- مازو فقرة ١٥٩٤.

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص٦٦.

١٠٠ - **صاحب الأرض سيئ النية**: أما إذا كان صاحب الأرض سيئ النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له، أو كان حسن النية ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليتملك الأدوات بالحيازة على النحو الذى قدمناه، فإنه يجب التمييز بين فرضين(١).

(الفرض الأول) ألا يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم(٢)، كأن تكون هذه الأدوات طوبا أو جيرا أو جبساً أو دهانا أو نحو ذلك، وهذا هو الفرض الغالب. وفى هذا الفرض يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض بحيث تصبح عقارا بطبيعته، وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق. ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق على هذا النحو، فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب نقل الملكية. وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت فى الأرض، سواء كان ذلك بحادث فجائى أو بفعل صاحب الأرض، فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده(٣).

---

(١) ولم يكن التقنين المدنى الوطنى السابق يميز بين هذين الفرضين، بل كان صاحب الأرض يتملك الأدوات فيها معاً فى مقابل دفع القيمة والتعويض أما فى التقنين المدنى الجديد، فسنرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض فى خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق ضرراً بصاحب الأرض، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان له محل (انظر آنفاً ص٢٦٧ هامش٢). وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وهذا الحكم (حكم التقنين المدنى الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحالى (السابق) فى أن هذا التقنين لا يميز بين ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أو لا يلحق، ففى الحالتين يتمسك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزعها فى أى حال. وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٠).

(٢) وكذلك إذا لم يكن ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم، وإن كان الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض غير وارد فى النص. ويمكن تخريج ذلك على مبدأ التعسف فى استعمال الحق، فإن صاحب الأدوات يتعسف فى استعمال حقه فى المطالبة بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٨ ص٦٧). بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذى يلحق الأرض، وكان الواجب أن تذكر أيضاً، ومن باب أولى، الضرر الجسيم الذى يلحق المنشآت (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٠).

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - جوسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص٢٥١ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص٣٧٤ - وقارن إذا كان الهدم قبل قيام النزاع آنفاً ص٢٦٦ هامش١. كما لا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلا من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص٢٥١).

وما دام صاحب الأرض يتملك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه، فإنه يكون ملتزما بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات. فعليه أولا أن يدفع له قيمتها، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقارا بطبيعته(١). وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضا عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له(٢). وليس من الضرورى لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض «بطريق الغش والتدليس» كما كان التقنين المدنى الوطنى السابق يشترط، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس، فإن المادة ٢/٩٢٣ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض «إن كان له وجه». وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سئ النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يتملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا التعويض: «.. ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سئ النية»(٣). وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب، فإن هذا المبدأ كان يقضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به صاحب الأدوات. ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب، وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات(٤). أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع، ويتقادم بثلاث سنوات وفقا للقواعد المقررة فى تقادم الالتزامات التقصيرية.

(الفرض الثانى) أن يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم(٥)، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض فى البناء أو أدوات صحية ألصقها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من «الباركية» غطى به أرضية الغرف، فإن هذه الأدوات

---

(١) دى باج ٦ فقرة ٦٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣ ص٥٢.

(٢) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٠.

(٤) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩.

(٥) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم، وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص٢٦٩ هامش٣).

وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم. وفى هذا الفرض لا يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها فى الأرض، بل تبقى على ملك صاحبها. ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد فى خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت فى المنشآت، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق. فإذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى هذا الميعاد، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا. ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل(١)، ويستوى فى كل ذلك أن يكون صاحب الأرض سئ النية أو حسن النية ولكنه لم يتملك الأدوات بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح(٢).

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك(٣)، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق(٤). وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة. وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد فى خلال السنة. فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد فى خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها فى الأرض بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات

---

(١) حسن كيرة ص٦٦- وأساس التعويض خطأ فى جانب صاحب الأرض، فتكون مسئولية هذا الأخير عن التعويض مسئولية تقصيرية. ويدخل فى التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص٦٩).

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن فى ذلك ضرر يلحق الأرض... ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سئ النية أو حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣).

(٣) والسنة مدة سقوط délai de déchéance لا مدة تقادم، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٣ ص٥١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص٣٧٤).

(٤) ولا يجوز لصاحب الأرض فى خلال السنة، حتى لو كان حسن النية، أن ينزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تفادياً من دفع قيمتها مع التعويض، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك، فإن الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها فى الأرض هو لصاحب الأدوات لا لصاحب الأرض (أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص٦٩).

منذ إدماجها فى الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعى لتحقق الشرط الفاسخ. وإذا أصبحت مُلكية صاحب الأرض للأدوات ملكية نافذة باتة بتحقق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه فى الفرض الأول. وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس فى حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض، فإن له أن ينزل قبل ذلك عن دعواه فى استرداد الأدوات، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه.

١٠١- وضع منقول فى الأرض غير أدوات البناء: والمفروض فى كل ما تقدم أن الذى أدمجه صاحب الأرض فى أرضه هو من أدوات البناء. أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء، كأن أدمج تمثالا أو أثرا ثمينا مملوكا للغير، فإنه لا يتملكه بالالتصاق. ويبقى المنقول على ملكية صاحبه، وله فى أى وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة، بل ولو أحدث نزعه ضررا جسيما بالبناء أو بالأرض، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء. أما إذا كان قد أدخل فى بنائه تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء، فلا يتملكه بالالتصاق مطلقا. بل يجب نزعه فى أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو بعد السنة، بل ولو أحدث النزع ضررا جسيما بالبناء»(١).

المطلب الثانى

الصورة الثانية- صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره

١٠٢- فروض مختلفة: نواجه فى هذه الصورة الثانية وضعا عكسيا للوضع السابق. ففى الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره، وفى هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى فى أرض غيره. والوضع فى هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعا فى العمل، فقل أن نجد مالكا يبنى فى أرضه بأدوات غيره، ولكن كثيرا ما نجد أجنبيا يبنى بأدواته فى أرض غيره.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٠- وانظر أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Construction فقرة ٣٢- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٨- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢ ص٥١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٦ ص٣٧٣- منصور صمطفى منصور فقرة ١١٨ ص٢٨٩.

وأول الفروض التى تقع لنا فى هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها، ويقيم فيها منشآت. ثم يرفع مالك الأرض دعوى استحقاق على الحائز، فيسترد منه الأرض. وفيما يتعلق بالمنشآت التى أقامها الحائز، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض، وقد تملكها بطريق الالتصاق، وعليه أن يعوض صاحب المنشآت. ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سيء النية أو حسن النية، فعندنا إذن فرضان: فرض ما إذا كان البانى سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، وفرض ما إذا كان البانى حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت. والأحكام التى تسرى على هذين الفرضين هى الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية.

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبنى فى أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسترد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé)، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض مملوكة لغيره[1]. ويستوى فى ذلك أن يكون البانى حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والبانى أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة. ومن ثم تسرى أحكام الالتصاق فى الفروض الآتية: (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء. (٢) فرض ما إذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها. (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت. (٤) فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع، أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل(1). ففى هذه الفروض جميعا، إذا

---

(١) وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé. وقد حمل ذلك أكثر الفقهاء فى فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذى يبنى فى أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق. ولكن القضاء الفرنسى نهج نهجاً آخر، وعمم النص حتى شمل كل شخص يبنى فى أرض غيره، سواء كان حائزاً بقصد التملك أو كانت حيازته عارضة. على أن الفقه الفرنسى، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى على الفروض التى يكون فيها البانى غير حائز للأرض بنية التملك، فإنه يجرى على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس.

(1) من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشترى بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وانما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وان كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن يكون للمشترى حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد لا ينتج أثرا بشأن تملك المشترى لما يقيمه من مبان لأن حق القرار حق عينى فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشترى البانى فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشترى أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وفقا لما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٦٣١)

تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت. وقد جعل القانون، من جهة، ضمانا لصاحب المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض، ويسر، من جهة أخرى، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضى أن يجعل الأداء على أقساط دورية.

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى فى الفروض التى وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق. ونذكر من هذه الفروض ثلاثة: (١) فرض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة. (٢) فرض ما إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه. (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر فى الأرض المحكرة.

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق: (١) فرض ما إذا بنى المالك فى الشيوع فى الأرض الشائعة. (٢) فرض ما إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل[1].

واستثنى القانون أخيرا من أحكام الالتصاق فرضين: (١) فرض ما إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة. (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة فى أرض الغير لا على سبيل الدوام.

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التى نحن بصددها، والتى هى الصورة الأكثر وقوعا فى العمل كما قدمنا. فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية: (١) الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية. (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق فى صورته الثانية. (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت. (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق. (٥) فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق. (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق.

١ – الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية

١٠٣ – البانى سئ النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره – نص قانونى: تنص المادة ٩٢٤ مدنى على ما يأتى:

---

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدنى سورى، والمادة ١١٢٣ مدنى عراقى، والمادة ٢١٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى.

«١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا 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 استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت».

«٢- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة»(١).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب هذه الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه، وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت. ٢- وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت فى مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت». ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديلات لفظية، تحت رقم ٩٩٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل أنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة فى ميعاد سنة سقط حقه فى طلبها، وفى هذا تحسين لمركز البانى سئ النية. كذلك قيل إن مدة السنة قليلة، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة. فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختيار ضمنى من صاحب الأرض لاستبقاء هذه المنشآت. واستقر رأى اللجنة، رغبة فى إيضاح الحكم الوارد فى هذه المادة واستكماله بما يبين حق صاحب الأرض فى طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها، على تعديل الفقرة الأولى من المادة باضافة العبارة الآتية إلى نهايتها: «وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت». ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالآتى: «ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة»، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار، فليس له إلا أن يستبقى المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المبين بهذه المادة. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٦ ص٣١٥- ص٣١٩).

ويقابل النص فى **التقنين المدنى الوطنى السابق** م١/٦٥ و ٢و ٣: فإذا حصل الغراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه فى ملك غيره، فالمالك مخير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بنزعها- ففى حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء، تكون مصاريف انتزاعها أو هدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما. ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الخسارة التى تنشأ عن فعله لصاحب الأرض- وأما إذا اختار =

والنص جاء فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له(1). ونقتصر هنا على تطبيقه فى أحد

=صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء، فيكون مخيراً بين دفع قيمة الغراس أو البناء مستحق القلع وبين مبلغ مساو لما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث بها.

التقنين المدنى المختلط م٩٠: إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد، تعتبر الأرض عارية، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الغراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة.

(والتقنين المدنى الوطنى السابق هو الذى يتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن التقنين الوطنى السابق لم يضرب أجلا (سنة) لصاحب الأرض فى طلب الإزالة، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق فى طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يختر صاحب الأرض استبقاء المنشآت).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى م٨٨٨ (موافق).

م ٣/٨٩٠: وإذا كان هذا الغير (سيئ النية) قد بنى أو غرس، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس، ما لم يفضل مالك الأرض إبقاءها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والغرس، بعد حسم المصاريف التى يتكبدها الغير فيما لو ألزم بنزعها.

م٨٨٥: ١- يصبح مالك الأرض مالكاً بطريق الالتصاق للبذار الذى بذره الغير فى أرضه، بشرط أن يدفع له قيمة البذار. غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجرة المثل عن سنة واحدة. ٢- إذا لم يكن قد فات زمن البذار، فيحق لمالك الأرض أن يحمل الغير الذى بذرها على نزع بذاره بدون تعويض عليه عن أعمال الحراثة والبذر. (ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١١٩: إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها. فإذا كان القلع مضراً بالأرض، فله أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع.

م١١٢٤: فإذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبت البذر، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يتملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل.

(لا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى المصرى).

قانون الملكية العقارية البنانى م٢١٥ (موافق).

م٢١٧ (موافق للمادة ٣/٨٩٠ سورى).

م٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سورى).

(1) مفاد المادة ٩٢٤ من القانون المدنى فى أنه إذا كان صاحب الادوات البانى فى أرض غيره سيئ النية كان لصاحب الأرض أن يطلب الازالة على نفقة البانى واعادة الشئ إلى أصله مع التعويض ان كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا =

فروضه، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزا للأرض بنية تملكها، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقا للقواعد التى سنذكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له، نوردها هنا، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها.

ونفرض الآن أن شخصا وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده. ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت. ويفترض بادئ ذى بدء، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سئ النية، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضاء مالك الأرض، فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات(١). وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت(1)، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض، أو أنه حازها

=طلب صاحب الأرض باستبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الازالة أو ما زاد من ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التى يتعين طلب الازالة خلالها مرعيا إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه.

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق)

(جلسة ١٩٩٥/٦/٢١ الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٦١ق)

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٤٧ق س٢٩ ج١ ص١٢٦٥)

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٩٥٥)

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره، فالمكلف باثبات سوء نية البانى هو مالك العقار، الذى ليس له أن يطلب إزال البناء ما لم يثبت سوء نية البانى. ولا يعتبر البانى سئ النية لمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص١٥٩)- وقارن استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص١٢٣- ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٠٨.

(1) أ- لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص حسن النية وسوئها من ظروف الدعوى وملابساتها وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص سوء نية الطاعن عند اقامته المبانى على أرض النزاع من علمه بأنها مملوكة للمطعون عليها وإنه لا يمكن تسجيل العقد الذى اشتراها بموجبه ومن أنه رغم صدور الحكم رقم ٢١٧ سنة ٧٤ مستأنف جنوب القاهرة الذى قضى ببطلان ذلك العقد فأنه استمر فى اقامة المبانى وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا ومن شأنه أن يؤدى إلى ما رتبه عليه من تطبيق المادة ٩٢٤ من القانون المدنى فان هذا النعى لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز أمام النقض.

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥ الطعن رقم ١١٥٢ لسنة ٥٤ق)

فى مبدأ الأمر وهو حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصى ومع ذلك بقى حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له(١).

ففى هذا الفرض، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتى مسألة المنشآت التى أقامها الحائز، يضع القانون فى هذه المسألة قواعد مفصلة، يستخلص منها أنه يجب التمييز بين عهدين:

(العهد الأول) السنة التى تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه مالك الأرض بإقامة المنشآت(1)، وعبء إثبات العلم هنا يقع على صاحب المنشآت، وله أن يثبت ذلك بجميع

= ب- الحائز الذى يقيم المنشآت على ارض مملوكة لغيره، يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٩٢٥ المدنى أن يعتقد البانى أن له الحق فى اقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد البانى أن له الحق فى اقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأراضى، فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سئ النية، فعليه حسبما تقضى به المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه اقامها دون رضاء مالك الأرض.

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٤٥٣)

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسوغ لمن شاد بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل توصلا إلى استبقاء البناء، إذا كانت عقوده التى يدافع بها لا تعطيه هذا الحق وتنفى عنه حسن النية (استئناف وطنى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٣-٥)، وذلك كأن يكون العقد الذى يتمسك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق فى البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٢٢). ويعتبر فى حكم سوء النية المشترى من غير المالك إذا كان قد أهمل مطالبة البائع بالسند الذى يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٥٠)، أو أهمل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٣١٠).

(1) أ- تمسك الطاعنين أمام محكمة أول درجة بما ثبت بتقرير الخبير من مضى أكثر من سنة على اقامة المبانى قبل رفع الدعوى بازالتها وعلم المطعون ضدهم ورضاهم بالبناء، حقيقته ومرماه دفع بسقوط الحق فى طلب الأزالة لرفعه بعد الميعاد، اعتباره مطروحا على محكمة الاستئناف دون حاجة لاعادة ترديده لصدور الحكم لصالحهم.

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ق)

ب- النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدنى على أنه: «إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا 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» يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة بازالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الازالة سقط حقه فى طلبها، كما يفيد أن كلمة =

طرق الإثبات لأن العلم واقعة مادية. ففى خلال هذه السنة يكون صاحب الأرض بالخيار بين أمرين: الأمر الأول أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من إقامها(1)، ويطلب منه فوق

=«يطلب» الواردة فيه – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو رفع الدعوى، وإذا كان من المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الميعاد، وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه اعتد بيوم ١٩٧٨/١/٣٠ – تاريخ تحرير المحضر ١١٧٨ لسنة ١٩٧٨ ادارى الخانكة– فى اثبات علم المطعون ضده باقامة المنشآت وشخص من أقامها، وأن صحيفة الدعوى أودعت بتاريخ ١٩٧٩/٢/١ فى حين أن ميعاد السنة الذى يتعين طلب الإزالة خلاله ينتهى فى ١٩٧٩/١/٣٠ فإن طلب الازالة يكون قد رفع بعد الميعاد، ويكون الدفع المبدى من الطاعن بسقوط الحق فيه فى محله.

(جلسة ١٩٨٨/٦/١٤ الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ق)

جـ– لئن نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٣ من التقنين المدنى على أن «يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت...». ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من ذات التقنين على أنه «إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت...» إلا أن كلمة (يطلب) الواردة بهذا النص تؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ وهو (رفع الدعوى) وقد عبر التقنين المدنى فى العديد من نصوصه بكلمة (يطلب) قاصدا بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعيه طالبا الحكم له به، هذا إلى أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ بالجمع بين الحق فى طلب الازالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى الطلب وهو (رفع الدعوى)، وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد ابداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ، وعلى ذلك فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا برفع طلب الازالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه قد خالف هذا النظر بتفسيره كلمة «يطلب» الواردة فى المادة ٩٢٤ من التقنين المدنى بأنها تعنى مجرد الرغبة فى الازالة ولو بشكوى تقدم إلى النيابة العامة فأنه يكون قد انحرف عن المعنى الذى تؤديه هذه الكلمة، ويكون بالتالى إذ رفض على هذا الأساس دفاع الطاعنة بسقوط حق المطعون عليه فى الازالة قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٦ الطعن رقم ٥٣٥ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ الطعن رقم ١٢٣٦ لسنة ٤٧ق س٢٩ ص١٢٦٥)

(1) أ– يدل نص المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى – وفقا لما صرحت به فى صدرها – على أن الحق الذى يقرره الشرع فى طلب ازالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية انما هو =

ذلك التعويض عما عسى أن تحدثه إزالة المنشآت من ضرر بالأرض، وذلك جزاء سوء نية من أقام المنشآت فقد أقامها فى الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له. وفى هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب الملكية فقد أزيلت المنشآت ولم يتملكها صاحب الأرض(١). والأمر الثانى، إذا لم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت، فله أن يعلن فى خلال السنة إرادته فى استبقاء المنشآت فى الأرض، وعند ذلك يتملكها بالالتصاق(٢). وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين: (١) قيمتها مستحقة الإزالة، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقيها مستحقة الإزالة، أى أنه يدفع قيمة الأنقاض منقوصا منها مصروفات الهدم. (٢) قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، وتقدر هذه القيمة بخبير عند الاقتضاء(٣)، وتمثل المقدار الذى اغتنى به صاحب

=رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها، وكانت ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه.

(جلسة ١٣/٥/١٩٩٠ الطعن رقم ١٣٣٩ لسنة ٥٨ق)

ب- مؤدى ما نصت عليه المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن الحق الذى قرره المشرع فى طلب ازالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية، انما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق فى استعمالها.

(جلسة ٢٠/١١/١٩٨٥ الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥١ق)

جـ- مالك الأرض لا يجاب إلى طلبه ازالة المبانى المقامة عليها من الغير بسوء نية وعلى ما جرى به نص المادة ٩٢٤ من القانون المدنى إلا إذا طلب ذلك خلال سنة من تاريخ علمه باقامة ذلك البناء.

(جلسة ٦/٣/١٩٨٦ الطعن رقم ٤٤١ لسنة ٥٥ق)

(١) أنظر فى انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض فى طلب الإزالة، إذ أن الإزالة هدم والهدم يتعارض مع روح العصر فى التشجيع على البناء: كاربونييه ص٢٤٠.

(٢) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمناً استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسى ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨- ٣٨٤).

(٣) والعبرة فى تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص٢٥٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص٢٦٥- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص٩٨- شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص٣٤٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧ ص٦٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٠ ص٣٧٩- استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٨٩- ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٥٥). ويقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت، والفرق ما بين الثمنين هو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص٢٥٢). =

الأرض بسبب إقامة المنشآت(١)(1). ويلاحظ، أولا، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا

=هذا والتعويض الذى يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذى قدمناه يستحق فى ذمة من يكون مالكاً للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير فى الرجوع على المالك الأول (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣– فقرة ٦٧– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨).

(١) ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سئ النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها، فإن هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها فى الأرض، والحائز يضع عليها وهو سئ النية فيكون مسئولا عن الثمار ما حصله وما أهمل فى تحصيله (م٩٧٩ مدنى). أما البانى حسن النية، فانه يتملك الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها، ولا يحاسب إلا على الثمار التى قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٦٦– أنسيكلوبيدى داللو ١ لفظ Construction فقرة ٤٧– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧– محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص٧٨). ويرى بعض الفقهاء أنه فى نظير رد الحائز سئ النية للثمار، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له فى حدود ما زاد فى ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٦٦– وقارن بودرى وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد عن التعويض ما دام حائزاً للأرض والبناء (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢١٦– ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص١٢).

(1) أ– من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن العدل يأبى أن يجمع شخص بين ثمرة البدلين– المبنى وقيمة التعويض المستحق للبانى– فينتفع طرف بالشئ وعوضه... وأن إغفال الحكم بحث دفاع أبداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان دفعا جوهريا مؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضدهم بثمرات البناء الذى أقامه الطاعنان بحسن نية من مالهما الخاص عن مدة سابقة على تاريخ الوفاء بالتعويض المستحق لها عن اقامة ذلك البناء وأغفل دفاع الطاعنين المشار إليه بوجه النعى– بخصم فوائد المبلغ الذى أنفقاه فى إقامة البناء من ريع العقار ايراداً ورداً فإنه يكون معيبا بالقصور.

(جلسة ١٩٩١/١١/٢٦ الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص١٠١٧)

(جلسة ١٩٧٦/٤/٦ الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٨٦٢)

ب– مفاد نص المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفريق بين ما إذا كان سئ النية أو حسن النية، فإذا كان سئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضاء صاحب الأرض كان لهذا – إذا أثبت ذلك– أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء، =

سبب، فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت. وهو هنا يدفع أقل القيمتين: قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت. وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هى قيمة المواد وأجرة العمل. فيكون صاحب المنشآت قد عومل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته(١). وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب، بل مصدره هو القانون فهو الذى قضى بذلك، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب(٢). ويلاحظ، ثانيا، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الأنقاض، فيختار صاحب الأرض دفعها بدون دفع

=أما إذا كان حسن النية بأن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له- وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه- فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١١٧٥)

جـ- اقامة الحكم المطعون فيه قضاءه على سوء نية الطاعن عن اقامة المنشآت على الأرض المملوكة للمطعون عليهم الذين اختاروا استبقاء المنشآت مع أقل القيمتين. تعيبه لعدم تعرضه لدفع الطاعن بشأن ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت . غير منتج عدم قبوله.

(جلسة ١٩٩٨/٤/١٩ الطعن رقم ٥١٤ لسنة ٦٢ق)

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سئ النية، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة، معاملة أفضل من البانى سئ النية فى التقنين المدنى المصرى، إذ أجيز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، فإن استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل). بل إن البانى سئ النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يعامل، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه، فإن صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع للبانى حسن النية أقل القيمتين: تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء. والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجعل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سئ النية والبانى حسن النية، ثم أضيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سئ النية. ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يعالج هذا العيب، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سئ النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص١٢٧١).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠.

قيمة الأنقاض. ولا يتصور أن تكون قيمة الأنقاض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها فى الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض. وهذا الافتراض لا يتحقق، كما قدمنا، إلا فى ظروف استثنائية محضة.

وفى خلال السنة أيضا، وفى الوقت الذى يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذى قدمناه، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى، كما قدمنا، بأنه «يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة». ويخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت، فيجيز بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره فى استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه. ولكن يشترط فى ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقاءها. وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين فى خلال السنة على الوجه الآتى: لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة.

(العهد الثانى) عند انقضاء السنة. فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته فى الاستبقاء(١)، ودون أن يطلب صاحب المنشآت نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، فإن المنشآت تبقى فى الأرض، ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق. ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة(٢)، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه.

---

(١) ولا يشترط رفع الدعوى بالإزالة كما اشترط رفع دعوى الاسترداد فى المادة ٩٢٣ مدنى، إذ لم يصرح فى المادة ٩٢٤ مدنى برفع الدعوى كما صرح فى المادة ٩٢٣ مدنى برفع دعوى الاسترداد. فيكفى إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب مسجل، بل ولو شفوياً، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٦ ص٥٨ هامش١).

(٢) قارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٩ ص٣٧٧ هامش١.

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا، لم تحدد ميعاد لهذا الطلب، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض فى طلب الإزالة. وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت، حتى بعد انقضاء السنة، طلب نزعها إذا كان النزع لا يلحق بالأرض ضررا. وعند ذلك يكون صاحب الأرض مخيرا بين قبول التبرع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين. أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض، فإن هذا الأخير يكون مجبرا على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت(١).

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا تنزع المنشآت من الأرض، لا بناء على طلب صاحب الأرض فى خلال السنة وليس هذا شرطا إراديا محضا لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بارادته ظروف تكيف من هذه الإرادة، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت فى أى وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب. فإذا لم تنزع المنشآت من الأرض، تحقق الشرط الواقف، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ملكية نافذة باتة، وكان لتحقق الشرط أثر رجعى فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها فى الأرض.

١٠٤ – البانى حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت – نص قانونى: تنص المادة ٩٢٥ مدنى على ما يأتى:

«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 المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها».

---

(١) ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول: «فإذا مضت السنة، أو إذا لم يختر (صاحب الأرض) الإزالة، تملك المنشآت بالالتصاق، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقا للإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. فإذا لم يدفع أقل القيمتين، كان للبانى أن يلزمه بالدفع، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٠). وانظر عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٦ ص٥٨– إسماعيل غانم ص٥٨– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٩ ص٣٧٧– وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص٢٤٤ هامش١– منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص٢٩٢– ص٢٩٣– حسن كيرة ص٦٩– ص٧٠.

«٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل»(١).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى فى الفقرة الأولى وردت فيه عبارة «حسن النية» بدلا من عبارة «يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها»، وفى الفقرة الثانية وردت فيه عبارة «لا يستطيع معه صاحب الأرض» بدلا من عبارة «يرهق صاحب الأرض»، ووردت فيه أيضا عبارة «إذا سمحت الظروف» متخللة عبارة «كان له أن يطلب تمليك الأرض». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ فى المشروع النهائى، بعد حذف عبارة «إذا سمحت الظروف». ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤. وفى لجنة مجلس الشيوخ، اقترح أن تحل عبارة «يعلم أنها مملوكة له» محل عبارة «حسن النية» فى الفقرة الأولى، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة. فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه فى هذه المادة لأنه قد يكون البانى مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكاً ولكنه يعتقد أن له الحق فى البناء، فاستعاضت اللجنة عن عبارة «حسن النية» فى الفقرة الأولى بعبارة «يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها» لتعيين معنى حسن النية على وجه الدقة فى تطبيق أحكام هذه الفقرة. واستبدلت فى الفقرة الثانية بعبارة «لا يستطيع معه صاحب الأرض» عبارة «يرهق صاحب الأرض»، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة. وأصبح النص، تحت رقم ٩٢٥، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية٦ ص٣١٩- ص٣٢٢)

ويقابل النص فى **التقنين المدنى الوطنى السابق** م٤/٦٥: إنما إذا كان البناء أو الغراس حصل من شخص فى أرض تحت يده على زعم أنها ملكه، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه عدم وقوع غش منه فى وضع يده عليها، فليس لمالك الأرض أن يطلب إزالة شئ مما ذكر، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة، وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها. (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدنى الجديد فيما يأتى: (١) يفترض نص التقنين السابق أن البانى قد حاز الأرض بنية تملكها، أما التقنين الجديد فعبارته عامة تشمل كل شخص يبنى فى ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة. (٢) يجعل التقنين الجديد للبانى حسن النية حق طلب نزع المنشآت، أما التقنين السابق فلا يجعل له هذا الحق. (٣) يجعل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق فى طلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، أما التقنين السابق فلا يجعل لصاحب الأرض هذا الحق).

م٩١ مختلط: إذا كان لدى من غرس أو بنى أسباب معقولة ليعتقد أنه مالك، فلا يصير إزالة الغراس أو البناء، بل للمالك أن يدفع ما زاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة. (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطنى فى أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت ما زاد فى قيمة الأرض، ولا يخيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة- كما يفعل التقنين الوطنى).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى ٨٨٩: ١- إذا كان الغير =

وهنا أيضا جاء النص فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها. ولكننا نقتصر، كما اقتصرنا في المادة السابقة، على تطبيق النص فى أحد فروضه، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزا للأرض بنية تملكها، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقا للقواعد التى سنذكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى حسن النية، وتكمل الأحكام التى سبق أن أوردناها فى خصوص البانى سئ النية. وسنطبق هذه الأحكام جميعا، فيما يتعلق بالبانى حسن النية كان أو سيئها، فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول(١).

ونفرض هنا، كما فرضنا فيما تقدم(٢)، أن شخصا وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده. ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على الحائز، واسترد الأرض. والمفروض أن الحائز حسن النية

=الذى شيد الأبنية أو غرس الأغراس ذا نية حسنة، فلا يكون مسئولا تجاه مالك العقار عن الثمار التى استوفاها، ولا تقع عليه إلا تبعة التلف أو الضرر الذى حدث بسببه. ٢- وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأغراس التى غرسها، ويدفع له تعويض عن التحسين الذى حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأغراس. ٣- وإذا كانت الأبنية والأغراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض، فلصاحب الأغراس والأبنية الحق فى أن يتملك الأرض المبنى عليها أو المغروسة لقاء قيمة رقبتها للمالك. (ويختلف التقنين السورى عن التقنين المصرى فى أنه يفترض أن البانى يحوز الأرض بنية تملكها، وفى أنه لا يجعل لصاحب المنشآت إلا الحق فى تقاضى قيمة ما زاد فى ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل، وفى أنه يجعل لصاحب المنشآت الحق فى تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض).

التقنين المدنى الليبى م٩٢٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٢٠: إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعى، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يتملك الأرض بثمن مثلها. وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يتملكها بقيمتها قائمة. (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت، فإذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بثمن مثلها، وإن كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يتملك المنشآت بقيمتها مستحقة البقاء).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سورى).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

قد أقام المنشآت، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيء النية كما قدمنا(١). ومعنى حسن النية هنا أن يعتقدا الباني أن له الحق في إقامة المنشآت، وليس معناه حتما أنه يعتقد أنه يملك الأرض(٢). فإذا أثبت صاحب الأرض أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض، فإن ذلك لا يكون قاطعا في إثبات سوء نيته(٣)، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها(٤). مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت(٥)، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المنتفع بها(٦)، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر في أن يقيم منشآت في الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت(٧)، أو كان يعتقد أن له حق حكر يخوله البناء(٨). فإذا كان الباني حائزا للأرض بنية تملكها، فإن حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالميراث أو بالوصية أو بعقد، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجع فيها الموصى أو أن العقد باطل.

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، كما كان له الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية على النحو الذي قدمناه(٩). ذلك بأننا أجزنا لصاحب

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

(٢) فيكفي إذن حسن النية بهذا المعنى، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل. فمن وضع يده على أرض بعقد باطل كالمشترى للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص٣٦٩)، أو بسبب ظني كالباني في أرض بور يعتقد أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٥٠)، يكون مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدراوي فقرة ٤٦ ص٥٦– ص٥٧).

(٣) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٦٥.

(٤) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم، بعد إقامته للمنشآت، أن ليس له حق في إقامتها.

(٥) انظر ما يلي فقرة ١٠٥.

(٦) انظر ما يلي فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦.

(٧) انظر ما دار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص٢٨٤ هامش١. وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة ما يلي فقرة ١١٠. والتمثيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تنطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص٨٦ هامش٢).

(٨) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢١٥.

(٩) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة. وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت فى الأرض، وفى هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالالتصاق. وعليه أن يعوض الحائز، وله فى هذا التعويض الخيار فى أن يدفع أقل القيمتين. فإما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هى القيمة التى افتقر بها الحائز، أو أن يدفع مبلغا يساوى ثمن ما زاد فى قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هى القيمة التى اغتنى بها صاحب الأرض. فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز(1). وهذا هو عين ما يدفعه طبقا

---

(1) أ- عقد البيع غير المسجل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى، إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشترى، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار، إلا أن ملكية هذه المبانى لا تنتقل إلى المشترى البانى بمجرد ابرام عقد البيع وانما بشهره، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشترى ثان سبق إلى شهر عقد تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، وكذا إذا زال عقد شراء من أقام البناء إذ يلتزم برد العقار المبيع إلى البائع، ولا يحول دون ذلك وجود المبانى التى أقامها، ولا يكون له إذا لم يختر نزع المنشأت بوصفه بانيا حسن النية- إلا أن يطالب المشترى الذى أشهر عقد شرائه، أو البائع فى حالة ابطال العقد بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء إعمالا لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدنى، وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن رقم ١٥٠٦ لسنة ٥٨ق)

ب- أن مالك الشئ الأصلى هو الذى يملك الشئ التابع، فملكية الأرض يستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالى فان ملكية البناء تطبيقا لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض حتى لو تم ذلك برضائه وموافقته أو كان ترخيص البناء باسم من أقامه، وأن حسن نية البانى فى أرض لا يملكها ليس له من أثر فى تملك البناء أو الأرض التى أقيم عليها، وانما ينحصر أثره فى منع صاحب الأرض من طلب الازالة تطبيقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى وتخويل البانى حقا فى طلب التعويض وفقا للضوابط الواردة بنص المادة ٩٢٥ من هذا القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٥/٢٠ الطعن رقم ٢٠٦٦ لسنة ٥٣ق)

جـ- إذا كان الحكم المطعون فيه اعتبر القضاء بالازالة نتيجة مترتبة على القضاء بثبوت الملكية مع أن القضاء به يكون طبقا لقواعد الالتصاق المنصوص عليها فى المادة ٦٥ من التقنين المدنى السابق المقابلة للمادتين ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى والتى تفرق بين اقامة المنشأت على أرض الغير دون رضاء صاحبها وبين أقامتها على أرض يعتقد من أقامها بحسن نية أن له الحق فى ذلك ففى الحالة الأولى يكون لصاحب الأرض طلب الازالة على نفقة من اقامها وفى الحالة الثانية لا يحق له طلب =

للقواعد المقررة فى الإثراء على حساب الغير. ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك فى حالة الحائز سيء النية فيما قدمناه، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخريين اللتين بخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سيء النية. وإذا كان صاحب الأرض يخير، فى حالة الحائز حسن النية، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل)، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد. ويحسن القول، تنسيقا لأحكام الالتصاق فى مجموعها، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة، فى جميع فروض الالتصاق- حتى فى الفرض الذى نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذى تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير - هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير(١). ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات، شأنه فى ذلك شأن الالتزامات الأخرى التى ينشئها القانون فى صدد التملك بالالتصاق(٢).

ولما كان البانى فى أرض غيره فى الفرض الذى نحن بصدده حسن النية، فقد أولاه القانون رعاية خاصة فى أمرين: (الأمر الأول) أنه أجاز له، بدلا من تقاضى أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه، أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة فى ذلك. وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها، وكانت

=الازالة ولكن يخير بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل أو دفع قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، لما كان ذلك، وكان الطاعنون قد برروا اقامتهم المبانى والمنشآت على الأرض بسبق شراء مورثيهم لها بعقد مسجل وهو ما ينطوى على التحدى بحسن نيتهم وقت تشييدها فان الحكم المطعون فيه إذ أغفل بحث حسن أو سوء نية الطاعنين يكون مشوبا بالقصور فضلا عن الخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٧٥/١٢/٨ الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ق س٢٦ ص١٥٨٦)

(١) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص٧٤.

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣- ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن فى الإثراء بلا سبب لو انهدم البناء قبل المطالبة، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تهدمه، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشئ (انظر فى هذا المعنى عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧ ص٦٠).

قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه. ولكنه يلتزم فى هذه الحالة باعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها، أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت(١). وإذا كان للبانى حسن النية طلب نزع المنشآت على الوجه المتقدم، فإن هذا حق له لا واجب عليه(٢) فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك، وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة. (والأمر الثانى) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى فيما رأيناه من أنه «إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل». ويلاحظ أننا لم نقف هنا عند معيار موضوعى كما وقف التقنين السورى والتقنين العراقى والقانون اللبنانى(٣)، فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت، ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يتملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض. بل أخذنا بمعيار ذاتى، فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصيا، فإن كان يرهقه أن يؤدى لصاحب المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التى أقيمت، كان له، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق، أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء(٤)(1). ويجوز للقاضى أن يجعل أداء

---

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث للأرض ضرراً جسيماً، لم يجز لصاحب المنشآت طلب نزعها، وإلا كان فى هذا تعسف فى استعمال حقه (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول: «هذا كله إلا إذا طلب البانى نزع الأدوات ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً»: مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣١). انظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص٢٤٤- محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص٧٥- إسماعيل غانم ص٥٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٠ ص٣٧٨- منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص٢٩٣ هامش١.

(1) ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ من القانون المدنى من أن لصاحب الأرض أن يطلب تمليكها لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل، إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، فإن هذه الرخصة خولها القانون لصاحب الأرض وترك استعمالها لمطلق اختياره، فليس لمن أقام المنشآت أو لدائنيه أن يجبروه على استعمالها.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن رقم ١٥٠٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٠٠٢)

(٢) إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى، كما رأينا، «هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها».

(٣) انظر آنفاً ص٢٨٤ هامش١.

(٤) وقد كان القضاء المختلط يجرى فى بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص، بالتطبيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٠٠- ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٢٦٦- =

هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت، أسوة بسائر أنواع التعويض التى تستحق بسبب الالتصاق(١). وقد كان نص المشروع التمهيدى فى هذا الصدد يقضى، كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت، عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذ هو تملك المنشآت. فعدل النص فى لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع مرهقا لصاحب الأرض، «لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبت من عدم الاستطاعة»(٢). ويملك صاحب المنشآت الأرض، إذا توافر شرط الإرهاق، لا بحكم الالتصاق، فإن الالتصاق إنما يكون سببا لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض. وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع التعويض بحكم القانون، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض. وقد قصر حق تمليك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية، لأنه فى حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الارهاق بأن يطلب الإزالة، فى

=١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص١٧- ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م٣١ ص٢٨- ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٦٤- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٥٢). ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن النية جبرا عليه (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٢ ص٣٨١). ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ فى جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلا تنتقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت فى يد حائز حسن النية، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولا عن هذا الخطأ، وقد يستنزل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق فى ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت. انظر أيضاً فى هذه المسألة منصور مصطفى منصور فقرة ١٢١ ص٢٩٤- ص٢٩٥.

(١) انظر المادة ٩٢٧ مدنى فيما يلى فقرة ١١١.

(٢) انظر ما دار فى لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الشأن آنفاً ص٢٨٤ هامش١- وقد جرت فى لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد فى المادة ٢/٩٢٥ مدنى وحكم الفقه الإسلامى الذى يقضى بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تمليك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت. وواضح أن معيار الفقه الإسلامى، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض، هو معيار موضوعى أو مادى. وواضح أيضاً أن المعيار الذى أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدنى وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً، هو معيار شخصى أو ذاتى. وفى ضوء ما هو واضح فى شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التى وردت فى محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من «أن المعيار الوارد فى المادة معيار شخصى وأن المعيار الوارد فى الفقه الإسلامى معيار مادى، وأنه يفضل المعيار الشخصى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٢٢). فمعنى الشطر الأخير من العبارة، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصى دون المعيار الموضوعى، أن رئيس اللجنة يفضل (يؤثر) المعيار الشخصى، لا أن المعيار الموضوعى يفضل (أفضل من) المعيار الشخصى. قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص١٠٦ هامش ١: وهو يأخذ بالمعيار الموضوعى ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض.

حين أنه فى حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضا عنه حق تمليك الأرض لصاحب المنشآت تفاديا للإرهاق(١).

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذى قدمناه، فإن ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزعها أو يطلب هو تمليك الأرض لصاحب المنشآت. فإذا تحقق الشرط الواقف، ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها، فإن صاحب الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا، ويكون لتحقق الشرط أثر رجعى، فيستند إلى الوقت الذى أدمجت فيه المنشآت فى الأرض. وقد سبق تقرير ذلك فى مواضع مختلفة(٢).

٢ – فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق فى صورته الثانية

١٠٥ – فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء – نص قانونى: تنص المادة ٩٢٦ مدنى على ما يأتى:

«إذا أقام أجنبى منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق فى شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها. ويجب عليه، إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، أن يؤدى إليه إحدى القيمتين المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة السابقة»(٣).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى إسماعيل غانم ص٥٩– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٢ ص٣٨١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣.

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٢٣– ص٣٢٤).

ويقابل النص فى **التقنين المدنى المختلط** م٨٩: من بنى أو غرس فى أرض بإذن صريح من مالكها، بدون شرط ولا قيد، يكون مالكاً لتلك الأرض. (وهذا الحكم غريب يخرج على القواعد المألوفة، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت لمجرد ترخيص صاحب الأرض فى إقامة المنشآت دون شرط ولا قيد. ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تمليك ضمنى للأرض. والصحيح هو ما ورد فى المادة ٩٢٦ من التقنين المدنى الجديد، إذ المعقول أن كل ما يترتب على ترخيص صاحب الأرض فى إقامة منشآت فى أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت عند إقامتها).

ويخلص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضا يكون فيه البانى غير حائز للأرض بنية تملكها، إذ هو حصل على ترخيص من صاحب الأرض فى إقامة البناء. وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه، ولا يضع يده عليها بنية تملكها. ولكنه بالترخيص الذى حصل عليه من صاحب الأرض يكون له الحق فى إقامة البناء، ومن ثم يكون فى وضع الحائز حسن النية الذى يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت. والمفروض أن الترخيص قد سكت عن مصير المنشآت، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يتملك هذه المنشآت، وفى نظير أية قيمة يكون هذا التملك، أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق فى طلب إزالتها. وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر، يرخص له المؤجر فى البناء فى العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت(١)، لولا أن القانون أورد نصوصا خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة فى الالتصاق على ما سيجئ(٢)، ويمكن افتراض أن البانى قد بنى فى أرض ترتب له عليها حق انتفاع، وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقا على مصير البناء، فهنا يكون المنتفع قد بنى فى الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض(٣).

وفى هذا الفرض لا شك فى وجوب اعتبار البانى حسن النية، فهو وإن كان يعلم أنه

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٣٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٢١: إذا أحدث شخص منشآت من عنده وعلى أرض غيره بإذن، فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع المحدثات. ويجب عليه، إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها، أن يؤدى إليه قيمتها قائمة.

(والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى، فيما عدا أن التقنين العراقى لا يجعل الخيار لصاحب الأرض فى تعويض صاحب المنشآت باعطائه أقل القيمتين، بل يلزمه بأن يؤدى قيمة المنشآت قائمة، كما هو شأن أى حائز حسن النية فى هذا التقنين: م١١٢٠ مدنى عراقى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣١.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١١٢.

(٣) أنظر فى حالة بناء المنتفع فى الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة، وفى اعتباره بانياً فى أرض غيره وهو سيئ النية ما يلى فقرة ١٠٦.

غير مالك للأرض، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض فى البناء(1)، فله إذن الحق فى إقامته. وعلى هذا يكون فى وضع مماثل تماما لوضع الحائز الذى يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامة البناء، وهو الوضع المنصوص عليه فى المادة ٩٢٥ مدنى فيما قدمناه.

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدنى فى هذا الفرض، وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدنى سالفة الذكر فعلا هذه الأحكام. فهى تقضى بأن مالك الأرض لا يجوز له، بعد أن رخص فى إقامة البناء، أن يطلب إزالته. فيبقى البناء إذن فى الأرض، ويتملكه صاحب الأرض بالالتصاق، ويدفع تعويضا للبانى أقل القيمتين، قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل. ويجوز للبانى، لا لصاحب الأرض، أن يطلب نزع البناء من الأرض، على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعوض صاحبها عن الضرر الذى عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء. ويشترط فى ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضررا جسيما، وإلا كان البانى متعسفا فى استعمال حقه فى طلب نزع البناء.

ونرى من ذلك أننا طبقنا فى هذا الفرض، بموجب المادة ٩٢٦ مدنى سالفة الذكر، نفس الأحكام الواردة فى المادة ٩٢٥ مدنى، وهى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية. ولا شك فى حسن نية البانى فى فرضنا هذا، ومن ثم تسرى الأحكام العامة فى الالتصاق بصريح نص المادة ٩٢٦ مدنى كما نرى، وتسرى بما أوردناه من تفصيلات فيما أسلفناه(١).

غير أن هناك حكما خاصا نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى، يجيز

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤.

(1) مؤدى المادتين ٩٢٢، ٩٢٦ من القانون المدنى يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض فتنفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض، ولا شأن لهذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غير مملوكة له بترخيص من مالكها دون أن يتفق فى هذا الترخيص على مصير المنشآت فان صاحب الأرض يتملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها – ما لم يطلب نزعها – سوى أن يرجع على المالك باحدى القيمتين المنصوص عليهما فى المادة ٩٢٥ من القانون المدنى لما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب ملكية البناء استنادا إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له باقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه به، فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعوى حكم المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ من القانون المدنى وانتهى إلى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فانه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٨٢/٢/١٨ الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٤٧ق س٣٣ ص٢٦١)

لصاحب الأرض أن يملك الأرض للبانى حسن النية فى نظير تعويض عادل، إذا كان البناء قد بلغ حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها(١). ولما كان هذا الحكم هو حكمٌ استثنائى محض، فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص. ولم تشتمل المادة ٩٢٦ مدنى على هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدنى فيما رأينا. ومن ثم يبدو أنه لا يجوز تطبيقه فى الفرض الذى نحن بصدده، ولا يستطيع صاحب الأرض، إذا لم يختر البانى نزع البناء، إلا أن يتملك البناء بأدنى القيمتين بطريق الالتصاق، ولا يجوز له أن يملك الأرض للبانى ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه مرهقا له(٢).

١٠٦- فرض ما إذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها: وإذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها، وجب التمييز بين أمرين:

(الأمر الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء(٣). وهنا يعتبر بانيا حسن النية، وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و٩٢٦ مدنى. فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين، قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء. وللمنتفع، إذا اختار ذلك، أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها، ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء(٤).

(والأمر الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى فى الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص فى ذلك من مالك الرقبة. وهنا يعتبر بانيا سيئ النية، وتسرى عليه تبعا لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى. فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء، وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٤.

(٢) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تمليك الأرض لصاحب المنشآت فى هذا الفرض، بأنه ما دام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت فى إقامتها، فلا يحق له أن يتمسك بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص فى إقامة المنشآت. أما إذا كان البانى لم يحصل على ترخيص من صاحب الأرض فى إقامة البناء، فمهما كانت نيته حسنة فإن التعويض يجوز أن يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص فى البناء، فأجيز له تفادياً من هذا الإرهاق أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت.

(٣) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٣٦ فى الهامش)، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة (أنظر ما يلى ٥٤٣).

(٤) أنظر فى ذلك آنفاً فقرة ١٠٥.

على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء[1]. وقد اعتبرنا المنتفع الذى لم يحصل على ترخيص فى البناء سيئ النية، لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقا كمنتفع فى البناء على الأرض المنتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص فى ذلك من مالك الرقبة. فإن المادة ٩٨٨ مدنى توجب على المنتفع «أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها»، ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المنتفع بها بإقامة بناء عليها، وإذا هو فعل فإنه يكون قد بنى وهو سيئ النية فتسرى عليه أحكام البانى سيئ النية[2].

وهذه المسألة محل خلاف شديد فى القانون الفرنسى. فالقضاء الفرنسى يذهب إلى أن المنتفع إذا بنى فى الأرض المنتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة، وجب عليه أن يترك البناء لمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض، شأن البناء فى ذلك شأن التحسينات التى يجريها المنتفع فى العين المنتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا. أما الفقه الفرنسى فمنقسم، فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسى فيما ذهب إليه[3]، ومنهم من يخالفه ويعامل المنتفع معاملة البانى سيئ النية[4]. أما فى القانون المصرى فلا محل لهذا الخلاف، إذ لا يتضمن التقنين المدنى المصرى، كما تضمن التقنين المدنى الفرنسى (م٥٩٩)، نصا يحرم المنتفع من الرجوع بالتحسينات التى أجراها فى العين المنتفع بها على مالك الرقبة، وهو النص الذى قاس عليه القضاء الفرنسى حرمان المنتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت فى العين المنتفع بها. فالمنتفع إذن، فى القانون المصرى، له الحق فى الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء، ولكنه يعتبر بانيا سيئ النية ما دام لم يحصل على ترخيص فى البناء من مالك الرقبة كما سبق القول[5].

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٠٣.

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢ ص٦٦- وقد نص قانون الملكية العقارية اللبنانى صراحة على أن المنتفع إذا بنى أو غرس فى الأرض المنتفع بها تسرى عليه أحكام البانى أو الغارس فى أرض غيره وهو سيئ النية، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتى: «وعند انقضاء أجل الانتفاع، تطبق هذه الأحكام (أحكام البانى أو الغارس وهو سيئ النية) على المنتفع الذى يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً فى الأرض».

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٧٣.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص٧٠٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٤٩- وقرب مازو فقرة ١٦٠٢.

(٥) أنظر عكس ذلك وأن المنتفع يعتبر بانياً حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص فى البناء: محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٠.

١٠٧- فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت: وهنا أيضا لا نواجه حائزا للأرض بنية تملكها، بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت. فتسرى عليه الأحكام العامة للالتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها.

ونستعرض بادئ ذى بدء فرضا يكون فيه البانى واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل. فهنا يكون البانى غير مالك للأرض أصلا، ويكون بانيا فى أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة حسب الأحوال. فإن كان يعلم أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد، فهو بان سيئ النية، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالالتصاق فى مقابل أدنى القيمتين، قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض، وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٤ مدنى على التفصيل الذى قدمناه(١). وإن كان لا يعلم ببطلان عقده ويعتقد وقت أن بنى أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها. كان بانيا حسن النية، ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يتملك البناء بالالتصاق فى مقابل أدنى القيمتين، قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض. ولكن يكون للبانى حق نزع البناء إذا شاء، ويكون لمالك الأرض تمليكها للبانى، وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٥ مدنى على التفصيل الذى قدمناه(٢).

وقد يكون البانى مالكا للأرض بعقد قابل للإبطال، وبنى قبل إبطال العقد. فإذا أبطل العقد كان إبطاله بأثر رجعى، ويتبين أن البانى قد بنى فى أرض لا يملكها. فإن كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال، كان بانيا سيئ النية، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى. أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق فى إقامة البناء، فإنه يكون بانيا حسن النية. وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى.

وقد يكون البانى مالكا للأرض، وقد بنى عليها وهو لا يزال مالكا، ثم فسخت ملكيته. مثل ذلك مشتر للأرض لم يدفع الثمن، أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقى الثمن. فالأول يفسخ عقده بأثر رجعى، والثانى يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزاد عليه بأثر رجعى كذلك، وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن لهما الحق فى إقامة البناء. ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن، فإن كلا منهما يعتبر بانيا فى أرض غيره وهو سيئ النية،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤.

فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى(١)(1).

وقد يكون البانى مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ، أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بالعشر، فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول. فيعتبر المشترى تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه، وكذلك الراسى عليه المزاد الأول، كل منهما قد بنى فى أرض غيره وهو حسن النية، فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى. أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشترى، فإنه يعتبر بانيا فى أرض غيره وهو سيئ النية، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى(٢).

١٠٨- فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل: إذا باع شخص لشخص آخر أرضا، فقبل تسجيل عقد البيع يبقى البائع مالكا للأرض، ويكون المشترى غير مالك لها.

---

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٧٠- الوسيط ١ فقرة ٤٧٨- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٩- محمد على عرفة ٢ فقرة ٥١ ص٩٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧- أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٧٠٠ ص٤٨١.

(٢) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢ ص٦٥- وهذا ما جرى عليه القضاء فى فرنسا، فهو يطبق أحكام الالتصاق (م٥٥٥ مدنى فرنسى) على المالك تحت شرط فاسخ الذى يبنى قبل تحقق الشرط، ويعتبره فى الأصل حسن النية، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطأه، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢-١-٦٥- ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢-١-٤٤١- ٨ مارس سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧-١-٢٩٨- بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨-٢-٢١١- بواتييه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ داللوز ٦-١٩ -٢ -١٥٥). وانظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠ ص٣٦٧ هامش١٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧١- مازو فقرة ١٦٠٣- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣- فقرة ٧٦.

(1) إذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشترى المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشترى، فإذا كان المشترى قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية، ما دام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته، وفى هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة فى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى التى تنص على أنه إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، والقيد الزمنى فى طلب الازالة لا يسرى فى حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائى بفسخ العقد إذا كان البائع عالما باقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه باقامتها أو كان العلم بعد الفسخ، وفى جميع الأحوال فان حق البائع فى طلب الازالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم.

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨٢١)

فإذا بنى البائع فى الأرض قبل التسجيل، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشترى، فهل يعتبر البائع بانيا فى أرض غيره وتجرى عليه أحكام الالتصاق؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشترى، فتنتقل الملكية بالتسجيل إلى المشترى – بالنسبة إلى البائع وحده– من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل. فيتبين أن البائع قد بنى فى الأرض وهى فى ملك المشترى، فيكون بانيا فى أرض الغير وهو سئ النية. وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى، ويكون للمشترى الحق فى طلب إزالة البناء أو استبقائه فى مقابل دفع القيمتين، قيمة البناء مستحق الهدم أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء.

أخذ القضاء بهذه الحلول، ولكنه لم يؤسسها على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين، فعنده أن التسجيل ليس له هذا الأثر الرجعى. بل اعتبر البائع وهو يبنى فى الأرض التى باعها قبل التسجيل يبنى فى أرض يملكها، ولكنه لما كان ملتزما بموجب عقد البيع أن يسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع (م٤٣١ مدنى)، فإنه ببنائه فى الأرض يكون قد أخل بهذا الالتزام. وقد كان مقتضى ذلك أن يجبر البائع على إزالة البناء، ويكون هذا تعويضا عينيا عن الإخلال بالتزامه. ولكن القضاء شبه البائع وهو يبنى فى الأرض قبل التسجيل بالبانى فى أرض غيره وهو سئ النية، فأجرى عليه أحكام الالتصاق الواردة فى المادة ٩٢٤ مدنى عن طريق القياس، وأجاز للمشترى إذا طلب البائع إزالة البناء أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء(١).

---

(١) وقالت محكمة استئناف مصر فى أسباب حكمها فى هذا المعنى: «إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة فى المبيع قبل التسليم، فيعتبر كأنه أقامه فى غير ملكه، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد، لأن بالتسجيل تنتقل الملكية من يوم حصوله، غير أن باقى الالتزامات الأخرى الناشئة من البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالبيع، لأنها فى الحقيقة التزامات شخصية تأخذ حكمها القانونى من وقت التعهد. ومن حيث إنه من ضمن هذه الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كل ما يزيد أو ينقص فى المبيع، وهو التزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو وقت التعهد المذكور. ومن حيث إن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشترى دون مقابل، لأن فى ذلك إثراء من غير مقابل يحرمه القانون المدنى، وعلى المشترى الذى يقبل البيع بهذه الزيادة أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يختص بالغراس أو البناء فى أرض الغير» (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ١٣ رقم ٣٨ ص٩٦).

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم، وقضت بأن البائع ملزم بتسليم العقار بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد. فإذا هو أقدم قبل نقل الملكية للمشترى بتسجيل العقد أو الحكم بصحة التعاقد، فأحدث زيادة فى هذا العقار (بناء) بينما المشترى يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده، فلا مخالفة لقانون التسجيل فى أن تعتبره المحكمة – بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل – كأنه أحدث تلك =

وفى رأينا أن هذا القضاء محل للنظر، وقد قررنا عند الكلام فى البيع أننا نذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشترى[1]. فلو أخذنا بهذا الرأى لظهر فى وضوح أن البائع، وقد بنى فى الأرض المبيعة قبل التسجيل ثم سجل العقد، إنما بنى فى أرض لا يملكها إذ هى مملوكة للمشترى بعد أن سجل عقد البيع، ويملكها منذ انعقاد البيع لا من وقت التسجيل وذلك بالنسبة إلى البائع وحده. فتستقيم الحلول التى أخذ بها القضاء، ولا نحتاج إلى القول بأن البائع، وقد بنى فى أرض يملكها ما دام البيع لم يسجل وقت إقامة البناء، يعتبر البانى فى ملك غيره، فنثبت له الملكية من جهة وننفيها عنه من جهة أخرى. وقد قلنا فى هذا الصدد، عندما واجهنا هذه المسألة عند الكلام فى عقد البيع: «ولاشك فى أن القول بالأثر الرجعى (فيما بين المتعاقدين) هنا أفضل- من ناحية الصناعة القانونية- من إنكار هذا الأثر. فإننا إذا أنكرنا الأثر الرجعى، كما فعل القضاء، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى فى ملكه وقت أن بنى. ولا يمكن الوصول، من طريق أن البائع ملزم بألا يحدث تغييرا فى العين المبيعة وهو الطريق الذى اختارته محكمة النقض، إلا إلى شئ قريب مما وصلت إليه المحكمة، ولكن ليس هو بالذات. وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أخل بالتزامه فى ألا يبنى فى الأرض المبيعة، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عينا، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضا، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم، فلا يستطيع المشترى إجباره على إبقاء البناء. فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعى للتسجيل، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التى نشدتها محكمة النقض وهى اعتبار البائع بانيا بسوء نية فى أرض غيره، وإجباره إذا شاء المشترى على ابقاء البناء فى الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم»[2].

=الزيادة فى أرض مملوكة لغيره، يفصل فى أمرها قياساً على حالة من أحداث غراساً أو بناء فى ملك غيره (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص١٥٢- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص٦٠١).

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢- فقرة ٢٨٦.

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ ص٥٢٣- ص٥٢٤- وقد قيل «إن البائع إذا أصر على نزع البناء وأخذه أنقاضاً يكون متعسفاً فى استعمال حقه، إذ أن نزع البناء ليس فى مصلحته ما دام المشترى يعرض عليه تعويضاً لا يقل عن قيمة البناء مستحق الهدم» (حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص٧٥١). والذى يمكن استخلاصه من تطبيق قواعد البيع فى الفرض الذى نحن بصدده هو أن البائع قد أخل بالتزامه من تسليم الأرض المبيعة بحالتها وقت انعقاد البيع، بأن أحدث فيها بناء. فإذا طلب المشترى التعويض عيناً، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى حالتها وقت البيع، وليس هذا حقاً لبائع حتى يحتمل القول بأنه يتعسف فى استعماله، بل هو التزام يجب عليه القيام به. وإذا لم يطلب المشترى من البائع هدم البناء تعويضاً عينياً عن إخلاله بالتزامه من تسليم العين بحالتها وقت البيع، يكون بذلك قد قبل بقاء البناء قائماً فى الأرض، وعليه إذن أن يدفع للبائع قيمة زيادة ثمن =

وإذا فرضنا، على عكس الفرض الذى قدمناه، أن المشترى هو الذى بنى فى الأرض قبل تسجيل عقد البيع، تم سجل العقد، فالقول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين لا تصبح له أهمية فى هذه الحالة. ذلك أنه لو قيل بالأثر الرجعى، لتبين أن المشترى قد بنى فى ملكه. وإذا قيل بأن التسجيل لا ينقل ملكية الأرض، فيما بين البائع والمشترى، إلا من وقت تسجيل البيع، لتبين أن المشترى قد بنى فى غير ملكه، ولكنه أصبح هو نفسه المالك بالتسجيل، فلا يعود للبائع شأن بالبناء الذى أقامه المشترى قبل التسجيل[1]. ولكن تدق المسألة لو أن مشتريا ثانيا من البائع سبق المشترى الأول الذى بنى

=الأرض بسبب البناء. فالمشترى إذن بين أمرين: إما أن يجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها، أو أن يستبقى البناء مع دفع قيمة زيادة تمن الأرض بسبب البناء. والذى لا يستطيع المطالبة به بموجب قواعد البيع، وكان يستطيع المطالبة به بموجب قواعد الالتصاق، هو استبقاء البناء مع دفع قيمته مستحق الهدم.

وهناك رأى يذهب إلى أن للمشترى إلزام البائع بهدم البناء، وليس له أن يجبره على ترك البناء حتى لو عرض عليه الوفاء بما أنفقه فيه، وإذا أراد المشترى أن تنتقل ملكية البناء إليه فلابد له من اتفاق جديد مع البائع على ذلك، وتنتقل ملكية البناء إلى المشترى بموجب هذا الاتفاق الجديد الذى يخضع بدوره لإجراء التسجيل (محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٢ ص٦٤- ص٦٥- حسن كيرة ص٦٧- ص٦٨). ويؤخذ على هذا الرأى أنه لم يواجه حالة ما إذا لم يطلب المشترى هدم البناء ولم يستطع الوصول إلى اتفاق مع البائع فى شأنه، وهذه هى الحالة المنتظر وقوعها فى الغالب. فهل ينزع البائع البناء من الأرض دون أن يطلب منه المشترى ذلك، ونزع البناء من الأرض التزاما على البائع لا حق له كما قدمنا، أو يستبقى المشترى البناء دون اتفاق مع البائع وإذا استبقاه فأية قيمة يلتزم بدفعها للبائع فى مقابل البناء؟ يبدو أن الحل العادل فى هذه الحالة هو أن المشترى يستبقى البناء فى مقابل دفع قيمة زيادة تمن الأرض بسبب البناء كما سبق القول، وليس له على أية حال أن يستبقيه فى مقابل دفع قيمة مستحق الهدم. وكانت قواعد الالتصاق تجنبنا كل هذه المتاكل، وهى القواعد التى لجأ إليها القضاء فعلا كما رأينا، ولكن تطبيقها لا يستقيم من ناحية المنطق القانونى إلا إذا قلنا بأن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين البائع والمشترى.

(١) أو كما تقول محكمة النقض إن البيع غير المسجل يخول المشترى الانتفاع بالأرض فله حق البناء عليها على سبيل البقاء والاستقرار فيكون البناء ملكاً له (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص١٦٦)- ولكن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين البائع والمشترى، إذا بنى المشترى فى الأرض قبل التسجيل، تكون له أهمية عملية فيما إذا أراد المشترى أن يتفع بالبناء الذى أقامه فى الأرض المجاورة التى بيعت قبل أن يسجل عقد البيع. ونرى فى هذه الحالة أن للمشترى أن يأخذ الأرض المجاورة بالشفعة بعد أن يسجل عقد البيع، لأن التسجيل يجعله مالكاً- بالنسبة إلى مشترى الأرض المجاورة المشفوع منه وهو ليس من الغير فى معنى التسجيل- من وقت انعقاد البيع الصادر للمشترى الشفيع، فيكون هذا قد بنى فى ملكه وتملك كلا من الأرض والبناء من وقت انعقاد البيع، أى قبل البيع الصادر لمشترى الأرض المجاورة، ومن ثم يجوز له الأخذ بالشفعة. بل إننا نرى أن المشترى الشفيع يأخذ بالشفعة، حتى لو لم يبن فى الأرض التى اشتراها، إذ هو يتملك هذه =

فى الأرض إلى تسجيل عقده، فانتقلت الملكية إلى المشترى الثانى دون المشترى الأول. ونرى أن الواجب فى هذه الحالة معاملة المشترى الأول معاملة البانى فى أرض غيره وهو حسن النية، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وأن له حقا فى البناء. ومن ثم تسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى وهى الأحكام العامة للالتصاق فيما إذا كان البانى حسن النية، ويتملك المشترى الثانى البناء بالالتصاق على أن يدفع للمشترى الأول أدنى القيمتين، قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. ويكون للمشترى الأول الحق فى نزع البناء من الأرض مع إعادتها إلى أصلها، كما يكون للمشترى الثانى أن يملك الأرض للمشترى الأول فى مقابل تعويض عادل إذا كان التزامه بدفع أدنى القيمتين للمشترى الأول فى مقابل تملكه البناء بالالتصاق مرهقا له(1).

=الأرض، بعد تسجيل عقد البيع، منذ انعقاد البيع، وذلك بالنسبة إلى مشترى الأرض المجاورة فيكون جاراً مالكاً فى معنى الشفعة، ومن ثم يجوز له أن يشفع بالأرض التى اشتراها دون حاجة إلى أن يقيم عليها بناء (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى إعطاء المشترى الذى بنى فى الأرض المشتراه قبل التسجيل الحق فى أن يشفع فى الأرض المجاورة إذا بيعت قبل التسجيل، ولكنه يشفع بالبناء الذى أقامه لا بالأرض التى اشتراها إذ هو لا يتملكها إلا من وقت التسجيل بحسب المبدأ الذى سارت عليه محكمة النقض. أما البناء الذى أقامه المشترى فانه يتملكه منذ إقامته وقبل أن يتملك الأرض، وملكيته له ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل القرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء. ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل، ذلك أن الشفيع مشترى الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه فى طلب الشفعة على عقد شرائه، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلالا عن الأرض. كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولا بأن بائع الأرض يعتبر فى حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذى أقامه المشترى الذى لم يسجل عند شرائه، ذلك بأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكاً للبناء بفعل الالتصاق إنما يقرر فى صالح المالك قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس، كما إذا خول مالك الأرض لمستأجرها الحق فى إقامة المنشآت وتملكها، فإنه فى هذه الحالة يعتبر مالكاً لما يقيمه عليها من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناط تطبيق قواعد الالتصاق ألا يكون ثمة إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير باحداث هذا البناء. فحيثما وجد اتفاق أو إذن صريح أو ضمنى من مالك الأرض للغير، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدنى القديم، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلا عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه، ولا نزاع فى أن البائع، وهو ملزم بتسليم المبيع للمشترى وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام فقد نقل للمشترى حيازة المبيع. وكان لهذا الأخير أن ينتفع به بكافة وجوه الانتفاع، ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار» (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص١٦٦– وانظر فى انتقاد هذا الحكم محمد على عرفة٢ فقرة ٥٧). وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الشفعة (أنظر ما يلى فقرة ١٨٩).

(1) أ– خول الشارع فى المادة ٥٩٢ من القانون المدنى – الذى ينطبق على واقعة النزاع– المؤجر الحق طلب ازالة البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة دون علمه أو رغم معارضته أو استبقائه، =

=فان طلب ازالته وجب على المستأجر أن ينزعه من العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى اصلها، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين ان كان له مقتض، وان طلب استبقاءه فعليه ان يرد للمستأجر أدنى القيمتين، ما دفعه فى هذه المبانى أو ما زاد على قيمة العقار، ومؤدى ذلك أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون اذن من المؤجر يكون ملكا لصاحب العين المؤجرة معلقا على شرط واقف هو اعلان رغبته فى تملك البناء ويعد مملوكا للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر فى تملكه، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم لم يبدوا رغبتهم فى تملك المبانى التى أقامها الطاعن من ماله الخاص فان هذه المبانى تبقى مملوكة لهذا الأخير ولا يحق للمطعون عليهم أن يطلبوا بمقابل انتفاع عنها.

(جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٤٦ق س٣١ ص٧٩٤)

ب- أقام المشرع فى الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدنى قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض ومملوكا له، وأجاز فى فقرتها الثانية للأجنبى أن يقيم الدليل على أنه هو الذى أقام المنشآت على نفقته أو أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض يخوله اقامة المنشآت وتملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله اقامة المنشآت هو عقد البيع فان ملكيتها لا تنتقل إلى المشترى البانى بمجرد ابرام عقد البيع وانما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر وان كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشترى حيازته والانتفاع به، إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشترى لما يقيمه على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عينى من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقا لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فان ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق، فإذا باع الأرض لمشترى ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالالتصاق، ويصبح كل ما للمشترى البانى الذى لم يشهر عقده - إذا لم يختر نزع المنشآت بوصفه بانيا حسن النية - هو أن يطالب المشترى الثانى بأقل القيمتين، قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء.

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٥ق س٣٠ ج١ ص٣٥٧).

جـ- خول الشارع مالك الأرض - وفقا لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدنى القديم- الحق فى تملك البناء الذى يقيمه الغير فى أرضه دون رضاء مقابل دفع القيمة طبقا لهذه المادة، وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب ابقاء البناء وطلب ازالته على نفقة من اقامه مع تعويض الخسارة الناشئة عن فعله، وإذا لم يكن القانون المدنى يتضمن نصوصا خاصة بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر فى هذا الشأن - كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدنى الحالى - فإن مؤدى الاحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدنى المشار إليها فيما تقدم أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بانشائه من مالك الأرض لا يكون ملكا لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا أعمل رخصته فى الاختيار باظهار رغبته فى الازالة، فلا يلحق البناء بملكية الأرض وانما يبقى مستقلا عنها ملكا خاصا لمن اقامه مدة بقائه وإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته فى ازالة المبانى التى أنشأها المستأجر فان هذه المبانى تبقى مملوكة لهذا الأخير يقوم بازالتها اثناء مدة الايجار أو عند انتهائها ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها.

(جلسة ١٩٦٦/٦/١٤ الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٣٧٣)

د- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن الملكية فى بيع العقارات لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقده أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه والتأشير بمنطوقه فى هوامش تسجيل صحيفة =

٣- أداء التعويض لصاحب المنشآت

١٠٩- حق صاحب المنشآت في حبس الأرض حتى يستوفى التعويض وحق صاحب الأرض في تقسيط دفع التعويض: رأينا فيما تقدم أن الأحكام العامة للالتصاق توجب على صاحب الأرض، عندما يتملك بالالتصاق المنشآت التى أقامها أجنبى فى أرضه، دفع تعويض لصاحب المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها. فهو إذا كان حسن النية، كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين: قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وهذا ما لم يختر صاحب المنشآت نزع البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها. وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض، فقد يختار صاحب الأرض تمليك الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق عليه مرهقا له، وذلك فى مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملتزم به فى هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض. وإذا كان من أقام المنشآت سئ النية، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، وله أن يستبقيها ويتملكها بالالتصاق. ويكون التعويض الملتزم به فى هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

ولما كان التعويض يستحقه، فى أغلب هذه الأحوال، صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض، وكان الأول هو الذى يحوز الأرض التى أقام عليها المنشآت، فمن حقه طبقا للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له. وقد يكون التعويض، في جميع الأحوال المتقدمة بما فيها حالة التعويض الذى يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض عند تمليك الأرض لصاحب المنشآت، عبئاً ثقيلا على المدين به، فأجاز له القانون تيسيرا عليه أن يطلب التقسيط فى الوفاء بهذا التعويض.

ونبحث كلا من هذين الأمرين:

١١٠- حبس صاحب المنشآت للمنشآت حتى يستوفى التعويض: هنا يجب أن نستبعد، كما قدمنا، حالة تمليك الأرض لصاحب المنشآت فيما إذا كان هذا الأخير حسن النية وكان يرهق صاحب الأرض أن يدفع له التعويض المستحق عليه. ذلك لأن الأرض

=الدعوى، وإذا كان الثابت أن مورث الطاعنة قد سجل سند شرائه للأرض المقام عليها البناء موضوع النزاع فتملكها- دون المطعون ضده الذى لم يسجل عقد شرائه أو يؤشر بمنطوق الحكم الصادر بصحته ونفاذه فى هامش تسجيل صحيفة الدعوى ومن ثم لم يتملكها فان البناء الذى أقامه عليها هذا الأخير يصبح ملكا لمورث الطاعنه بحكم الالتصاق.

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن رقم ١٦٩١ لسنة ٥٢ق س٣٦ ص٨٧٤)

والمنشآت تكون في هذه الحالة فى حيازة صاحب المنشآت، فهو الحائز وهو فى الوقت ذاته المدين بالتعويض. أما الدائن بالتعويض فهو صاحب الأرض ولا يحوز شيئا، فلا يتصور إذن إعطاؤه حق حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض المستحق له.

وإنما يثبت حق حبس المنشآت لمن أقامها، عندما يكون دائنا بالتعويض لصاحب الأرض على التفصيل الذى سبق أن بسطناه، فهو الحائز للأرض والمنشآت معا، ويستطيع أن يحبس المنشآت، ومعها الأرض ضرورة، حتى يستوفى التعويض المستحق له. وهذا الحق فى الحبس يثبت له بموجب القواعد العامة، وهى مقررة فى المادة ٢٤٦ مدنى إذ تقول: «١- لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا. ٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع». وواضح أن صاحب المنشآت، بعد أن ملكها صاحب الأرض بالالتصاق، ملزم بأن يسلمها لصاحب الأرض. ولكن صاحب الأرض ملزم أيضا بأن يدفع لصاحب المنشآت التعويض المستحق له، وهذا الدين بالتعويض فى ذمة صاحب الأرض مترتب على التزام صاحب المنشآت بتسليمها لصاحب الأرض ومرتبط به، فتوافرت شروط الحبس، وجاز لصاحب المنشآت أن يحبسها عن صاحب الأرض وعن دائنيه وعن أى شخص آخر تنتقل إليه من صاحب الأرض ملكية المنشآت أو أى حق عينى عليها[1]، وذلك حتى يستوفى صاحب المنشآت التعويض المستحق له. وإذا كان لحائز الشئ الذى أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ مدنى سالفة الذكر، فأولى أن يثبت حق الحبس لمن أنشأ الشئ إنشاء ولم يقتصر على إنفاق مصروفات نافعة عليه، حتى يستوفى ما هو مستحق له[2]. وما دام قد ثبت لصاحب المنشآت حق حبسها على النحو الذى ذكرناه، فإن الأحكام العامة للحق فى الحبس تسرى، وقد سبق تفصيلها فى الجزء

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٧٣ - فقرة ٦٧٤.

(٢) ولا يمكن القول بأن التزام صاحب المنشآت بردها إلى صاحب الرد ناشئ عن عمل غير مشروع. ذلك أنه ناشئ عن تملك صاحب الأرض للمنشآت بالالتصاق نتيجة لإقامة هذه المنشآت فى أرضه، وإقامة المنشآت فى أرض الغير، ولو بسوء نية، لا يعتبر عملا غير مشروع فى معنى المادة ٢/٢٤٦ مدنى. أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ١١١- شفيق شحاتة فقرة ٢٣٦ ص٢٤٨ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص٣٩٥- عكس ذلك عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨.

الثانى من الوسيط[1]. وينتهى الحق فى الحبس إذا قدم صاحب الأرض تأمينا كافيا للوفاء بالتعويض، أو قضى بأن يكون الوفاء بالتعويض على أقساط دورية بشرط أن يقدم صاحب الأرض الضمانات اللازمة (م٩٢٧ و٩٨٢ مدنى) كما سيجئ[2].

وليس لصاحب المنشآت حق امتياز عليها، فان الإمتياز لا يثبت إلا بنص والنص غير موجود، ومجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه بصريح النص (م١/٢٤٧ مدنى).

١١١ – حق صاحب الأرض فى تقسيط دفع التعويض – نص قانونى: المادة ٩٢٧ مدنى على ما يأتى:

«تسرى أحكام المادة ٩٨٢ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة»[3].

---

(١) الوسيط ٢ فقرة ٦٣٦ وما بعدها.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ١١١ – ولا يوجد فى القانون الفرنسى نص عام فى الحبس، كما وجد هذا النص فى التقنين المدنى المصرى الجديد فيما رأينا. ويذهب القضاء الفرنسى إلى إعطاء الحق فى الحبس للحائز حسن النية (نقض فرنسى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٤– ١– ٢٤١) دون الحائز سئ النية (نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤–١–٢١). ويؤيد هذا القضاء بعض الفقهاء (كاسان فى الدفع بعدم التنفيذ فى العلاقات التبادلية رسالة من باريس سنة ١٩١٤ ص٥٥٦– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧١ ص٢٦٨). ولكن الغالب فى الفقه الفرنسى هو التسوية ما بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية، وإعطاء الاثنين الحق فى الحبس (بيدان فى التأمينات العينية ١ فقرة ٢٥٠– (Ferron) فى تعليقه فى سيريه ١٩٠١–١– ١٩٣). أو إنكاره عليهما معاً (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٦ مكررة). أما فى التقنين المدنى المصرى السابق، فقد كان الرأى الغالب هو إعطاء الحق فى الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سيئها، قياساً على الحق فى الحبس المعطى لمن أحدث تحسينات فى العين بصريح نص هذا التقنين (م٢/٦٠٥ مدنى قديم): أنظر استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٢٤– ٢٥ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٠٥– ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٦٨– محمد كامل مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد ٨ فقرة ٦١ ص٤٣٢– ص٤٣٣– محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٦ ص٧٩ وبحثه فى مجلة المحاماة ٢٢ ص٥٦٧.

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٩ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٦، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٢٤– ص٣٢٥).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: =

والمواد الثلاث السابقة هى المواد ٩٢٤- ٩٢٦ مدنى، وهى فيما يتعلق بالتعويض تعرض: (١) للتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان سيئ النية، وهو أدنى القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت (م٩٢٤ مدنى). (٢) والتعويض الذى يستحقه صاحب المنشآت فى حالة ما إذا كان حسن النية أو كان قد بنى بترخيص من صاحب الأرض، وهو أدنى القيمتين، قيمة المواد مع أجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب المنشآت (م١/٩٢٥ و٩٢٦ مدنى). (٣) والتعويض الذى يستحقه صاحب الأرض فى حالة ما إذا ملك الأرض لصاحب المنشآت حسن النية، حتى يتفادى تملك المنشآت بالالتصاق فيكون التزامه بتعويض صاحبها مرهقا له، وهو تعويض عادل يدفعه صاحب المنشآت لصاحب الأرض (م٢/٩٢٥ مدنى).

فقد يكون التعويض المستحق فى هذه الأحوال المختلفة مبلغا جسيما يعيى المدين به دفعه فورا وجملة واحدة. فقرر القانون أن يعامل المدين بهذا التعويض معاملة المالك المدين بتعويض الحائز عما أنفقه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، تيسيرا له فى الوفاء بالتعويض المستحق. وهذا التيسير فى دفع التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة تضمنته المادة ٩٨٢ مدنى، وقد أحالت المادة ٩٢٧ مدنى سالفة الذكر عليها، فتسرى إذن أحكام المادة ٩٨٢ مدنى على أداء التعويض المستحق بموجب أحكام الالتصاق. وتنص المادة ٩٨٢ مدنى هذه على أنه «يجوز للقاضى، بناء على طلب المالك، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية، بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها».

فللقاضى إذن، بناء على طلب المدين بالتعويض (صاحب الأرض أو صاحب المنشآت بحسب الأحوال)، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بهذا التعويض. وله بوجه خاص أن يقسط هذا التعويض، فيكون الوفاء به على أقساط دورية فى مواعيد يحددها القاضى، كما أن له أن يؤجل دفع التعويض فيدفعه المدين به جملة واحدة فى ميعاد يحدده القاضى. وسواء

= **التقنين المدنى السورى** لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٣١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

قسط القاضى التعويض أو أجل دفعه، فالواجب أن يقدم المدين بالتعويض الضمانات اللازمة للوفاء به فى مواعيده الدورية أو عند حلول الأجل الذى حدده القاضى. فيقدم مثلا رهنا أو كفالة عينية أو شخصية(١). ويستطيع المدين بالتعويض، إذا لم يجد سبيلا لتقديم هذه الضمانات، أن يتحلل من الالتزام بتقديمها إذا هو وفى التعويض فورا وجملة واحدة بعد خصم فوائدها بالسعر القانونى (٤٪) من يوم أن وفى بها إلى يوم استحقاقها وفقا للمواعيد التى حددها القاضى. وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى التزام المالك بتعويض الحائز عما أنفقه من المصروفات الضرورية والمصروفات العامة(٢).

٤ – فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق

١١٢ – فروض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة: ورد فى هذا الفرض نص خاص، ليس هو مجرد تطبيق لأحكام الالتصاق المتقدم ذكرها، بل يغاير هذه الأحكام بعض المغايرة، ومن ثم يجب تطبيق هذا النص الخاص دون أحكام الالتصاق. فقد نصت المادة ٥٩٢ مدنى على أنه «١– إذا أوجد المستأجر فى العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد فى قيمة العقار، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه فى هذه التحسينات أو ما زاد فى قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغير ذلك. ٢– فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر أو رغم معارضته، كان له أيضا أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض. ٣– فإذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات فى مقابل رد إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها».

ونبين هنا فيم تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق وفيم تختلف، وهى على كل حال واجبة التطبيق فى الفرض الذى نحن بصدده، اتفقت مع أحكام الالتصاق أو اختلفت معه.

ففى حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس بعلم المؤجر ودون معارضته، وعلى

---

(١) وعلى ذلك لا يكون لصاحب المنشآت الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له، فقد أصبح هذا التعويض بالأجل الذى منحه القاضى غير حال الأداء، والحبس لا يكون إلا فى حق مستحق الأداء (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٩ ص٣٩٥).

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٤– فقرة ٣٥٩.

المستأجر إثبات العلم وعلى المؤجر إثبات المعارضة، وجب التسليم بأن المؤجر موافق على إقامة هذه المنشآت فى العين المؤجرة موافقة ضمنية على الأقل، إذ هو عالم بها ولم يعارض فيها. ومن ثم يكون المستأجر فى وضع الحائز حسن النية، وقد قضى النص بأن يستبقى المؤجر البناء أو الغراس لأنه كان موافقا على إحدائه فلا يجوز له طلب إزالته، ويرد للمستأجر عند نهاية الإيجار أقل القيمتين، ما أنفقه فى تلك التحسينات أو ما زاد فى قيمة العين المؤجرة. وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق. ولكن الحائز حسن النية فى أحكام الالتصاق يجوز له، إذا أراد، نزع المنشآت مع إعادة العين إلى أصلها، أما المستأجر فلا يجوز له نزع المنشآت إذا أراد المؤجر استبقاءها(١). وكذلك يجوز فى أحكام الالتصاق أن يطلب صاحب الأرض تمليك الأرض لصاحب المنشآت فى نظير تعويض عادل إذا كان التزامه بتعويض صاحب المنشآت فيما إذا استبقاها التزاما مرهقا له، أما المؤجر فلا يجوز له تمليك العين المؤجرة للمستأجر إلا باتفاق خاص(1).

وفى حالة ما إذا أحدث المستأجر البناء أو الغراس دون علم المؤجر أو بعلمه ولكن رغم

---

(١) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المؤجر قد رخص للمستأجر فى أن يقيم على نفقته بناء فوق العين المؤجرة، على أن يلتزم بعوايد المبانى التى تربط على هذا البناء المستجد، وسكت الطرفان عن بيان مصير هذه المنشآت، فإن ملكيتها تكون للمستأجر طوال مدة الإجارة، ولا تؤول إلى المؤجر إلا عند انتهاء عقد الإيجار. ذلك أن حق المؤجر بالنسبة إلى تلك المنشآت لا يتحدد إلا بالنظر إلى حالة العقار المؤجر فى هذا الوقت، ويحق للمستأجر أن يزيلها قبل انتهاء عقد الإيجار بشرط أن يعيد العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية، بينما يمتنع على المؤجر فى هذا الفرض طلب إزالة هذه المنشآت- ولا يصح الاحتجاج بأن أحكام الالتصاق فى القانون المدنى تقضى باعتبار المؤجر مالكاً للبناء من وقت إنشائه، إذ أن ترخيص المؤجر للمستأجر فى إقامة البناء على نفقة هذا المستأجر مع التزام الأخير بدفع الضريبة العقارية على هذا البناء – وهى مما يلتزم به أصلا المالك – دون اتفاق على مصير هذا البناء، ذلك يتضمن قبول المؤجر تأجيل إعمال أحكام الالتصاق حتى ينتهى عقد الإيجار، وهى أحكام لا تتعلق بالنظام العام، ويجوز لذلك الاتفاق على تعديلها (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٢ ص١٢٥١ : ويلاحظ أن البناء قد أقيم فى هذه القضية فى وقت كان فيه التقنين المدنى السابق هو المعمول به).

(1) الالتصاق – طبقا لما تقضى به القواعد العامة – واقعة يرتب القانون عليها مركزا قانونيا هو اكتساب صاحب الأرض ملكية ما يقام عليها من مبان وغراس وما لم يتفق على خلاف ذلك، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن عقد ايجار الأرض القضاء قد صرح فيه للمستأجر اقامة مبان عليها تؤول ملكيتها للمؤجر وهو لا يعدو أن يكون ترديد للقواعد العامة والتزاما بحكمها، فان مؤدى ذلك أن المؤجر يكتسب ما أحدث للمستأجر من مبان منذ انشائها والتصاقها بالأرض المؤجرة، ويكون الاتفاق على تعليق أيلولة المبانى على انهاء العقد مجرد ارجاء لتسليمها دون تعليق اكتساب المؤجر لملكيتها التى تحققت منذ الانشاء والالتصاق.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٥٩٣).

معارضته، وجب القول إن المؤجر يكون غير موافق فعلا على ما أحدثه المستأجر إذا تم رغم معارضته، أو غير موافق عليه حكما إذا تم دون علمه. ومن ثم يكون المستأجر فى وضع الحائز سيئ النية، وقد قضى النص بأن يكون للمؤجر طلب الإزالة(1)، وعلى المستأجر عندئذ أن ينزع ما أحدثه فى العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى أصلها، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين المؤجرة إن كان للتعويض مقتض. وإلى هنا تتفق هذه الأحكام مع أحكام الالتصاق(١). ويجوز للمؤجر كذلك أن يستبقى ما أحدثه المستأجر، ولكن عليه أن يرد له أدنى القيمتين، ما أنفقه المستأجر أو ما زاد فى قيمة العقار. وهنا تختلف هذه الأحكام عن أحكام الالتصاق. فأحكام الالتصاق تقضى بأن يرد صاحب الأرض أدنى القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو ما زاد فى قيمة الأرض. فقيمة المنشآت مستحقة الإزالة فى أحكام الالتصاق يقابلها ما أنفقه المستأجر فى أحكام الإيجار، ولما كان الغالب أن يكون ما أنفقه المستأجر أكبر من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، فإن القانون يكون قد عامل المستأجر معاملة أفضل من معاملته للحائز سيئ النية فى أحكام الالتصاق(٢).

---

(١) ولكن ليس للمؤجر أن يطلب الإزالة إلا عند انقضاء الإيجار، إذا كانت المبانى التى أقامها المستأجر لم يترتب عليها ضرر للعين المؤجرة. وذلك لأن مصلحة المؤجر فى طلب إزالتها لا تثور إلا عند انقضاء الإيجار، حيث يلتزم المستأجر برد العين بالحالة التى تسلمها بها (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٨ ص١٣٥٩).

(1) خول الشارع فى المادة ٥٩٢ من القانون المدنى – الذى ينطبق على واقعة النزاع – المؤجر الحق فى طلب ازالة البناء الذى يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة دون علمه أو رغم معارضته، أو استبقائه، فإن طلب ازالته وجب على المستأجر أن ينزعه من العين المؤجرة وأن يعيد العين إلى اصلها، وللمؤجر أن يطلب تعويضا عن الضرر الذى يصيب العين ان كان له مقتض، وأن طلب استبقاءه فعليه أن يرد للمستأجر أدنى القيمتين، ما دفعه فى هذه المبانى أو ما زاد على قيمة العقار، ومؤدى ذلك أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون اذن من المؤجر يكون ملكا لصاحب العين المؤجرة معلقا على شرط واقف هو اعلان رغبته فى تملك البناء ويعد مملوكا للمستأجر تحت شرط فاسخ هو ظهور رغبة المؤجر فى تملكه، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهم لم يبدوا رغبتهم فى تملك المبانى التى أقامها الطاعن من ماله الخاص فإن هذه المبانى تبقى مملوكا لهذا الأخير ولا يحق للمطعون عليهم أن يطلبوا بمقابل انتفاع عنها.

(جلسة ١٩٨٠/٣/١٢ الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٤٦ق س٣١ ص٧٩٤)

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ الطعن رقم ٤٥ق س٣٠ ج١ ص٣٥٧)

(٢) ومع ذلك يستطيع المؤجر، من الناحية العملية، أن يدفع للمستأجر مبلغاً يقرب من قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، وسبيله إلى هذا أن يهدد المستأجر باستعماله حقه فى طلب الإزالة والتعويض، فيضطر المستأجر فى كثير من الأحيان أن يقبل المبلغ الذى يعرضه عليه المؤجر (الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ =

وفى جميع الأحوال، إذا احتفظ المؤجر بالمنشآت التى أقامهما المستأجر ووجب عليه تعويضه على النحو سالف الذكر، جاز للمحكمة أن تنظر المؤجر إلى أجل للوفاء بالتعويض (م٣/٥٩٢ مدنى سالفة الذكر). ويجوز التوسع فى تفسير هذا الحكم، بحيث يقال إن للمحكمة أيضا أن تقسط التعويض على أقساط دورية، وإن لها أن تلزم المؤجر بالضمانات اللازمة، فتقرب أحكام الإيجار فى هذا الصدد من أحكام الالتصاق كما هى مقررة فى المادتين ٩٢٧ و٩٨٢ مدنى(١).

١١٣ – فرض ما إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه: وورد هنا أيضا نص خاص، يغاير مغايرة كبيرة الأحكام العامة فى الالتصاق، فيجب فى هذا الفرض تطبيق هذا النص الخاص دون هذه الأحكام. فقد نصت المادة ٩٤٦ مدنى على أنه «١ – إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. ٢ – وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس». ونرى من هذا النص أنه يفرق بين حالتين:

= أما فى عهد التقنين المدنى السابق،، فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع خول مالك الأرض، وفقاً لأحكام الالتصاق المنصوص عليها بالمادة ٦٥ من القانون المدنى القديم، الحق فى تملك البناء الذى يقيمه الغير فى أرضه دون رضاء مقابل دفع القيمة طبقاً لهذه المادة. وقضى بأن للمالك الخيار بين طلب إبقاء البناء وطلب إزالته على نفقة من أقامه مع تعويض الخسارة الناشئة عن فعله. وإذا لم يكن القانون المدنى القديم يتضمن نصوصاً خاصة بتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر فى هذا الشأن– كما ورد بنص المادة ٥٩٢ من القانون المدنى الحالى – فإن مؤدى الأحكام العامة للالتصاق الواردة بالقانون المدنى المشار إليها فيما تقدم، أن البناء الذى يقيمه المستأجر من ماله الخاص دون إذن صريح أو ضمنى بانشائه من مالك الأرض لا يكون ملكاً لصاحب هذه الأرض بفعل الالتصاق إذا أعمل رخصته فى الاختيار باظهار رغبته فى الإزالة. فلا يلحق البناء بملكية الأرض، وإنما يبقى مستقلا عنها ملكاً خالصاً لمن أقامه مدة بقائه. فإذا كان المؤجر قد أظهر رغبته فى إزالة المبانى، فإنها تبقى مملوكة للمستأجر حتى يقوم بإزالتها فى أثناء مدة الإيجار أو بعد انتهائها، ولا يكون للمؤجر حق المطالبة بأجرة عنها (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٨٩ ص١٣٧٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١١ – وانظر فيمن تكون له ملكية المبانى والغراس فى أثناء الإيجار الوسيط ٦ فقرة ٤٣٣ – وانظر فى تفصيل ما قدمناه الوسيط ٦ فقرة ٤٣٠ – فقرة ٤٣٣ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٩.

(الحالة الأولى) حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، وهنا يمكن اعتبار المشترى فى وضع الحائز حسن النية. ولكن الأحكام التى تسرى عليه تغاير أحكام الالتصاق، فإنه يكون مخيرا، إذا ترك البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه يتملكه الشفيع، بين أن يتقاضى من الشفيع المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار. ويبدو أن للمشترى، بدلا من ترك البناء أو الغراس فى العقار المشفوع فيه وتقاضى أكبر القيمتين المتقدمتى الذكر، الحق فى نزع البناء أو الغراس من العقار على أن يعيد العقار إلى أصله، إذ لا يوجد لا فى النصوص ولا فى المبادئ العامة ما يحول دون ذلك، فضلا عن أن الحكم لا شك فى عدالته(١). ويتبين من الأحكام سالفة الذكر مغايرة كبيرة بينها وبين أحكام الالتصاق فى حالة الحائز حسن النية. ذلك أن الحائز حسن النية، إذا لم ينزع المنشآت من الأرض ويعيد الأرض إلى أصلها، يبقى هذه المنشآت فى الأرض ويتملكها صاحب الأرض بالالتصاق، على أن يدفع لصاحب المنشآت أقل القيمتين، المبلغ الذى أنفقه الحائز فى إقامة المنشآت أو ما زاد فى قيمة العقار. أما هنا فالمشترى الذى أقام المنشآت- لا الشفيع الذى يعتبر فى وضع صاحب الأرض لأنه يصبح بالشفعة صاحب العقار المشفوع فيه- هو الذى يختار، إذا لم ينزع المنشآت من العقار المشفوع فيه، بين أكثر القيمتين (لا بين أقل القيمتين كما هو الأمر فى أحكام الالتصاق)، المبلغ الذى أنفقه المشترى فى إقامة المنشآت أو ما زاد فى قيمة العقار. وهذا فرق جوهرى ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق، إذ المشترى يعامل معاملة أفضل من معاملة الحائز. ويبرر ذلك أن المشترى إنما يقيم المنشآت فى ملكه، ولم يكن عليه قبل إعلانه برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن يحسب حساب هذه الرغبة عند إقامة المنشآت. وفرق آخر ما بين أحكام الشفعة وأحكام الالتصاق، هو أن الشفيع لا يجوز له تمليك العقار المشفوع فيه للمشترى حتى لو كان التعويض المستحق عليه مرهقا له وكان أمامه أن يتفادى هذا الإرهاق بترك الأخذ بالشفعة، فى حين أن صاحب الأرض له هذا الحق بالنسبة إلى الحائز حسن النية كما سبق القول.

(الحالة الثانية) حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، وهنا يمكن اعتبار المشترى فى وضع الحائز سئ النية. ويجوز للشفيع طلب الإزالة، وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض، وإلى هنا تتفق أحكام الشفعة مع أحكام الالتصاق. فإذا اختار الشفيع أن يستبقى البناء أو الغراس، أخذه بقيمة ما أنفقه المشترى فيه. وهنا تختلف أحكام الشفعة عن أحكام الالتصاق اختلافا بينا، فإن صاحب الأرض فى

---

(١) قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٣ ص٩٦.

أحكام الالتصاق إذا استبقى المنشآت أخذها بأقل القيمتين، قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة زيادة العقار المشفوع فيه بسبب هذه المنشآت.

وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الشفعة ورجوع المشترى على الشفيع بسبب ما أقامه من بناء أو غراس فى العقارالمشفوع فيه(١).

١١٤- فرض ما إذا بنى المحتكر فى الأرض المحكره: وقد ورد نص خاص فى هذا الفرض أيضا تختلف أحكامه قليلا عن أحكام الالتصاق، فيعمل بأحكام النص الخاص دون أحكام الالتصاق. إذ نصت المادة ١٠١٠ مدنى على أنه «١- عند فسخ العقد أو انتهائه، يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء أو الغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره. ٢- وللمحكمة أن تمهل المحكر فى الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، وفى هذه الحالة يقدم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته».

وهنا عامل القانون المحتكر معاملة الحائز سئ النية، لأنه وهو يبنى أو يغرس فى الأرض المحكرة يعلم أن الأرض مملوكة لغيره. وأعطى للمحكر صاحب الأرض الحق فى طلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها، وهنا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق. فإذا اختار المحكر استبقاء البناء أو الغراس، تملكه بأدنى القيمتين، قيمته مستحق الإزالة أو قيمته مستحق البقاء. وله أن يطلب مهلة فى الدفع، مع تقديم كفالة لضمان الوفاء بما يستحق فى ذمته. وفى هذا كله أيضا تتفق أحكام المحكر مع أحكام الالتصاق، فتكون أحكام الحكر فى مجموعها متفقة مع أحكام الالتصاق.

إلا أنه مع ذلك يوجد فرق ما بين أحكام الحكر وأحكام الالتصاق. ففى أحكام الالتصاق، فى حالة الحائز سئ النية، لا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة إلا فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت. أما فى الحكر فلم ينص القانون على ميعاد محدد يطلب فيه المحكر الإزالة، ومن ثم يجوز له طلب الإزالة فى أى وقت شاء(١).

٥- فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق

١١٥- فرض ما إذا بنى المالك فى الشيوع فى الأرض الشائعة: إذا أقام أحد الشركاء بناء على جزء مفرز من الأرض الشائعة قبل قسمتها، فإن أحكام الالتصاق هنا لا تسرى، ويجب استبعاد هذا الفرض أصلا من نطاق تطبيقها. وأحكام الشيوع هى التى تسرى فى

(١) أنظر فى تفصيل تسوية حساب البناء أو الغراس عند انتهاء الحكر الوسيط ٦ فقرة ٨١٤.

هذا الفرض، إذ تعتبر إقامة الشريك بناء فى جزء مفرز من الأرض الشائعة عملا من أعمال الإدارة غير المعتادة(١)، فيجب تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة فى المال الشائع.

ومقتضى تطبيق أحكام الإدارة غير المعتادة فى المال الشائع أن بناء الشريك يقتضى موافقة الشركاء أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ويدخل فيهم الشريك البانى نفسه، أو فى القليل إقرار هذه الأغلبية الخاصة لعمل الشريك البانى بعد أن يتم البناء(1). فإذا لم توافق هذه الأغلبية على البناء ولم تقره بعد إقامته، جاز إجبار الشريك البانى على إزالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى أن تكون إزالة هذا البناء قد ألحقت بالأرض من ضرر(2). أما إذا وافقت الأغلبية الخاصة على البناء قبل إقامتها، أو أقرته بعد إقامته، فإن جميع الشركاء يساهمون فى تكاليف البناء كل بنسبة حصته فى الأرض الشائعة(٢)(3).

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٠٠.

(1) الأصل فى الملكية الشائعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقى الشركاء أو دون اعتراض أحد منهم اعتبر وكيلا عنهم وعد سكوتهم اقرار لعمله ويكون البناء ملكا شائعا بينهم جميعا ولو لم يفوا فى حينه بما عليهم من نفقات فذلك حق شخصى للبانى يسترده مع الفائدة من وقت الانفاق وفقا لما يخضع له من أحكام الوكالة.

(جلسة ١٩٩١/٤/٣٠ الطعن رقم ٢١٤٨ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٨ الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ق)

(2) إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما وأنه لم يقم البناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم انذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها، ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهدين من أنه أقام البناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما انتهى إليه الحكم من اعتبار الطاعن بانيا سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقا للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالا لإحكام الالتصاق، لا يكون مخالفا للقانون.

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٢٤١ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٩٢٧)

(3) للشركاء الذى يتملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان ويعد من قبيل الأعمال التى تخرج عن حدود الإدارة المعتادة بقاء أحد الشركاء فى جزء مفرز من العقار الشائع قبل قسمته فإذا لم توافق أغلبية الشركاء على ذلك جاز إجبار الشريك البانى على ازالة البناء. (جلسة ١٩٩٠/١/٣١ الطعن رقم ١٧٨٤ لسنة ٥٤ق)

(٢) أما فى التقنين المدنى السابق، حيث لم يكن هناك نظام تشريعى لإدارة المال الشائع إدارة معتادة =

ما يأتي: «١- على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصفى وبتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء الورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل، وبكل ما يقع من تنازل. ٢- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤». فأى تصرف يصدر من الوارث، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة، ولهؤلاء أن يتتبعوا العقار المبيع فى يد المشترى على النحو الذى بيناه تفصيلا فى حالة تأشير الدائن بدينه فى خلال السنة. أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول. وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون، ما لم يكن المشترى حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم. بل إن الوارث إذا تصرف غشاً فى شئ من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية، عوقب بعقوبة التبديد كما سنرى.

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول. فيقوم المصفى، كما قدمنا، بجرد أموال التركة، وحصر الديون التى عليها، وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة. ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعين المصفى أن يتخذ الدائنون أى إجراء، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه، إلا فى مواجهة المصفى (م١/٨٨٣ مدنى). ولا يجوز للوارث، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أن يتصرف فى مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل دينا عليه قصاصاً بدين للتركة (م٨٨٤ منه). وعلى المصفى أن يكلف دائنى التركة ومدينيها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وأن يودع قلم الكتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م٨٨٦- ٨٨٧ مدنى). ويعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شئ من مال التركة، ولو كان وارثا (م٨٨٩ مدنى). ثم تصفى المنازعات فى صحة الجرد، ولو عن طريق دعاوى أمام المحاكم المختصة، ويقوم المصفى بعد ذلك بوفاء ديون التركة. ولكن عليه فى حالة إعسار التركة أو احتمال إعسارها، أن يقف تسوية أى دين حتى يفصل نهائياً فى جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م٨٩٢ مدنى). ويجوز للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذى على التركة بشروط معينة، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلا لصافي حصته فى الإرث. وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس

هذا التأمين. فان استحال تحقيق ذلك، ولو باضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أى تسوية أخرى، رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م١/٨٩٥، ٢ مدنى). وبعد تسوية الديون على هذا النحو، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره فى قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على أموال التركة، وإنما له الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم (م٨٩٧ مدنى).

وبعد أن يقوم المصفى بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون والتكاليف الوصايا وغير ذلك[1]، يخلص ما بقى من المال للورثة كل بحسب نصيبه الشرعى، ويسلم المصفى لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م٨٩٩- ٩٠٠ مدنى). وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً أو ما يقوم مقام هذا الإعلام شهادة تقرر حقه فى الإرث، وتبين مقدار نصيبه منه، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م٩٠١ مدنى). وهذه الشهادة هى التى يسجلها، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه. وهى تبيح له من وقت تسلمها التصرف فى هذه الأموال، كما سبق القول. على أنه يجوز للورثة، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى يحتاج لها فى تصفية التركة، أو أن يتسلموا بعضاً منها، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م٩٠٠ مدنى). وغنى عن البيان أن الوارث الذى يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث.

٥- بيع المحجوز عليه والمعسر

١٩٥- بيع المحجوز عليه: يبدأ التنفيذ على عقار المدين باعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م٤٠١ مرافعات). ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً (م٤٠٤ مرافعات).

فإذا ما تم التسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً، لم يعد يجوز لمالك العقار المحجوز، سواء كان هو المدين أو الحائز للعقار، أن يبيعه. وبيع المالك العقار لا يكون نافذاً فى حق الدائن الحاجز ولا فى حق الراسى عليه المزاد، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية. فان سجل التنبيه قبل تسجيل البيع، كان البيع غير نافذ فى حق هؤلاء. وقد كان تقنين المرافعات الوطنى الاسبق لا ينص صراحة

---

(١) ويدخل، لتنفيذ الديون والوصايا، فى مال التركة نماؤها. ويتفق هذا مع رأى الكثيرين من الحنابلة فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع ذلك متعلقة بنمائها لتعلها بأصل النماء (الأستاذ على الخفيف فى المقال المشار إليه ص٢٢٠- الأستاذ محمد أبو زهرة فى أحكام التركات والمواريث ص٢٧).

على هذا الحكم، وإن نص عليه تقنين المرافعات المختلط[1]. فأختلف الرأى فى تحديد الوقت الذى يمنع فيه المحجوز عليه من بيع عقاره أهو وقت تسجيل التنبيه أم هو وقت البيع بالمزاد[2]. ولكن تقنين المرافعات حسم هذا الخلاف، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنبيه، إذ نصت المادة ٤٠٥ مرافعات على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بايقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية».

وأجازت المادة ٣٠٢ من قانون المرافعات فى أية حالة كانت عليها الاجراءات قبل ايقاع البيع ايداع مبلغ من النقود مساوى للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخصص للوفاء بها دون غيرها. ويترتب على هذا الايداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع. وإذا وقعت بعد ذلك حجوز جديدة على المبلغ المودع فلا يكون لها أثر فى حق من خصص لهم المبلغ.

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية – فلا يكفى إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه – لا يكون نافذاً فى حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه والراسى عليه المزاد[3]. فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع، إذ هو غير سار فى حقهم، وللراسى عليه المزاد أن يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع[4]. فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد، وبقى فضل، فهذا الفضل للمشترى، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع. وللمشترى بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق، كما أن له أن يفسخ البيع، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة. ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البوليصية، فقد فرض القانون أن المشترى الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز

---

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه «لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنبيه أن يتصرف فى العقارات المذكورة فى التنبيه، وإلا كان التصرف باطلا من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك».

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبقى على حقه فى التصرف فى العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائى ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص١١٥– نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر١ رقم ٣٠٩ ص٩٨٨).

(٣) ولكنه لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، بل يكون بيعاً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشترى.

(٤) الأستاذ رمزى سيف فى قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها– الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧– فقرة ٢٨٨.

وأنه متواطئ مع مالك العقار، ومن ثم يكون البيع غير نافذ فى حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع إضراراً بحقوق الدائنين فى الدعوى البوليصية.

ويترتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه، ينفذ مع ذلك فى حق الدائنين[1] فى الأحوال الآتية: (١) إذا قام المشترى قبل اليوم المحدد للبيع فى المزاد بايداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل، مع إعلانهم جميعاً بالإيداع. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٣٠٢ مرافعات. (٢) إذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التى اتخذت، بأن وجدوا مثلا أن المشترى قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار فى المزاد. وفى هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشترى والبائع[2].

١٩٦- بيع المعسر: من أهم مزايا شهر إعسار المدين عدم نفاذ تصرفات المدين فى ماله[3]. فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يسرى فى حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار، ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين أو سوء نية المشترى. وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول: «متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين». ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط، ليكون البيع نافذاً فى حق الدائنين، أن يكون مسجلا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فيكفى أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين، ولو سجل بعد تسجيل هذه الصحيفة. وهذا بخلاف ما رأيناه فى البيع الصادر من المحجوز عليه، فانه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبيه ليكون نافذاً فى حق الدائنين.

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشترى. ولكنه لا ينفذ فى حق الدائنين، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا. فللدائنين أن ينفذوا على العين المبيعة،

---

(١) ويبقى بطبيعة الحال قائماً فيما بين المشترى والبائع، دون أن يرجع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ.

(٢) ولا يجوز للمشترى أن يجيز الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار، ولو كان ثمن المثل أو أكمله إلى ثمن المثل - فهذا الإجبار لا يكون إلا بنص كنص المادة ٢٥٨ مدنى بالنسبة إلى المشترى من المدين المعسر كما سنرى - لجواز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار فى المزاد.

(٣) الوسيط جزء٢ فقرة ٧٠٨.

فيرجع المشترى على المدين بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين معسر. وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها، بقيت فى ملك المشترى، لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا. وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمشترى.

على أن البيع ينفذ فى حق الدائنين إذا كان بثمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل، وأودع الثمن كله بما فى ذلك تكملة الثمن فى خزانة المحكمة على ذمة الدائنين. وقد نصت المادة ٢٥٨ مدنى على هذا الحكم، إى تقول «١- يجوز للمدين أن يتصرف فى ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشترى بايداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع. ٢- فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل، كان التصرف غير سار فى حق الدائنين، إلا إذا أودع المشترى فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل»[١].

٦- بيع الأراضى الزراعية فى قانون الاصلاح الزراعى

١٩٧- المسائل التى يثيرها قانون الاصلاح الزراعى بالنسبة إلى بيع الاراضى الزراعية: لا نعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعى[٢] إلا فى بعض المسائل الهامة التى يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضى الزراعية، لا سيما ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم. فنترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة فى خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة، ونترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذى تدفعه الحكومة لملاك الأراضى الزراعية فى مقابل الاستيلاء على أراضيهم، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن، والأحكام الخاصة بجمعيات التعاون الزراعى، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث فى عقد البيع فوق أنها أحكام تتسم كثيراً أو قليلا بالوقتية[٣].

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلان فى نطاق

---

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى البوليصية من أنه «إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل، وقام بإيداعه خزانة المحكمة».

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢.

(٣) انظر فى ذلك أحكام الإصلاح الزراعى للأستاذ عثمان حسين عبد الله. وشرح قانون الإصلاح الزراعى للأستاذ محمد على عرفة والبيع. للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠- فقرة ٣٠٤.

عقد البيع: (١) القاعدة الأساسية التى وضعها قانون الإصلاح الزراعى من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتين فدان، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم. (٢) الحد من تجزئة الأراضى الزراعية[١].

١٩٨ - عدم جواز تملك أكثر من مائتى فدان: تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى على أنه «لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا ولا يجوز تسجيله[٢]. وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه «يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى، فضلا عن مصادرة ثمن الأراضى الواجب الاستيلاء عليها. ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها...»[٣].

---

(١) أما تحديد علاقة مستأجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعى، فهذه أحكام دائمة هى أيضاً، ولكنها لا تدخل فى نطاق عقد البيع، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل.

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتى: «استثناء من حكم المادة السابقة: (أ) يجوز للشركات والجمعيات أن تمتلك أكثر من مائتى فدان فى الأراضى التى تستصلحها لبيعها، وذلك على الوجه المبين فى القوانين واللوائح. (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها. ولا يسرى على هذه الأراضى حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة. (جـ) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعى ولو زاد على مائتى فدان. (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتى فدان. (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تمتلك من الأراضى الزراعية ما يزيد على مائتى فدان على ألا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره. ويجوز لها التصرف فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٥. (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يمتلك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب الزيادة هو نزع ملكية مدينه ورسو المزاد على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات، ويجوز للحكومة بعد مضى سنة من تاريخ رسو المزاد أن تستولى على الأطيان الزائدة على مائتى فدان بالثمن الذى رسا به المزاد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيهما أقل. وإلى أن تستولى الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤. وكذلك يستثنى الوقف».

(٣) ومن أهم أمثلة التعطيل أن يخفى المالك ما يمتلكه من أطيان تزيد على القدر المسموح بامتلاكه: كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك، أو كأن يصطنع عقوداً صورية يسعى من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون. ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضى الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطيان فلا يدفع شئ للمالك، ويعاقب هذا فضلا عن ذلك بالحبس. وقد يعمد بعض الملاك إلى إفساد الأراضى التى تستولى عليها الحكومة، فيخربها بالحط =

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضى مصر الزراعية أكثر من مائتى فدان أياً كانت درجة جودتها، فالعبرة بعدد الأطيان لا بتربتها. فإذا كان شخص يملك – يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م٣) – أكثر من مائتى فدان، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقيها المالك لنفسه (م٣). وبعد ذلك لا يجوز للشخص، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتى فدان، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتى الفدان إذا كان يملك هذا المقدار، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتى فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار.

وهو يكسب من الأراضى الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم.

١٩٩– التملك بالميراث والوصية والتقادم: فإذا كان الشخص يملك مائتى فدان أو أقل، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان، صح التملك، لأنه تم إما بتصرف قانونى لا يتعلق بارادة المالك وهذه هى الوصية، وإما بواقعة مادية لا بتصرف قانونى وهذا هو الميراث أو التقادم. ولكن تستولى الحكومة، بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتى فدان، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى. وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن «كل شخص أصبحت مساحة الأطيان التى يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتى فدان بأى سبب، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر (وهو إقرار يمهد للاستيلاء على ما يجاوز مائتى الفدان) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية»(١).

٢٠٠– التملك بالعقد: أما إذا تملك الشخص بالعقد – والغالب أن يكون عقد بيع

=من معدنها أو باضعاف تربتها أو باتلاف ملحقاتها من عزب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت على من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس.

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز مائتى الفدان، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة. ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد فى المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية. فيجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به ما دام لا يجاوز ثلث التركة، وبعد ذلك تستولى الحكومة فى مقابل تعويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتى الفدان. وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب، لا لمصلحة الورثة.

ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة[1] والهبة- ما يجعل الأراضى الزراعية التى يمتلكها أكثر من مائتى فدان، فالعقد باطل بطلانا مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى إذ تقول: «وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا، ولا يجوز تسجيله».

ولا عبرة فى بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشترى أو بسوء نيته، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلا. على أن حسن نية المشترى هنا لا يمكن إلا أن يكون مقترنا بالإهمال، فالمشترى مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه.

ويستوى فى بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتى فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقداراً زائداً على النصاب الجائز تملكه، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتى فدان، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتى فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان، كما لو اشترى أربعين فداناً وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين. وفى الحالة الثانية يكون البيع باطلا فى الأربعين فدانا كلها، لا فيما يجاوز مائتى فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة، فهو يقول: «كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا»، ولأن الصفقة لا تتجزأ فلا يمكن جعلها صحيحة فى عشرين فدانا فى الشيوع وباطلة فى العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشترى.

والعقد الذى يعتبر باطلا هو العقد الذى يصدر فى تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، أو العقد غير الثابت التاريخ. أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها، إذ ليس لقانون الاصلاح الزراعى فى هذه المسألة أثر رجعى[2]. فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد.

٢٠١- التملك بالشفعة: ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص أن يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضى الزراعية أكثر من مائتى فدان وهو لا يستطيع أن يجزئ الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتى الفدان(1)، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة فى الشفعة. والشفعة

---

(١) فيقايض بدار مثلا على أرض زراعية، أو يقايض بقطة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها.

(٢) الأستاذ عثمان حسين عبد الله فى أحكام الإصلاح الزراعى ص١١.

(1) حكم الشفعة وان كانت سببا مستقلا لكسب الملكية إلا أنه يأخذ حكم العقد، إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسب بعمل= =

تنطوى على واقعة مادية وتصرف قانونى، وهذا التصرف القانونى – وهو إرادة الأخذ بالشفعة – سبب يتعلق بإرادة المالك، فشأنه شأن البيع فى عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب(١).

٢٠٢– الحد من تجزئة الأراضى الزراعية: تنص المادة ٢٣ من قانون الرصلاح الزراعى على أنه «إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئه الأراضى الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنه، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية، وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم. فإذا تعذر الاتفاق، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، للفصل فيمن تؤول إليه الأرض. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقى الأنصبة، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد. وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم». وتنص المادة ٢٤ على أن «تفضل المحكمة الجزئية، فى أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن، فان تساووا فى هذه الصفة اقترع بينهم. على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث، فضل من يشتغل بالزراعة من الورثة، فان تساووا فى هذه الصفة قدم الزوج فالولد، فإذا تعدد الأولاد اقترع بينهم»(٢).

والمفروض أن شخصاً يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر، وباع جزءاً منها أو قايض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، وأصبح المشترى أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلا عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلا بفدانين لشخص وترك الباقى لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من

== إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع فى قانون الاصلاح الزراعى إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان.

(جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص٧٩٨)

(١) أما الصلح فله شأن آخر، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها. فإذا صالح شخص آخر، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا أن أعطى للطرف الآخر داراً وأخذ منه خمسين فدانا فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتى فدان، فان أثر الصلح الكاشف يجعله مالكاً للخمسين الفدان منذ البداية ثم تستولى الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ما يأتى: «إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً: فهى تهبط بإنتاج الأرض، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان. ولذلك عالجت المادتان ٢٣ و٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفتيت الملكية درءاً لازدياد حصوله فى المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية. ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغى أن تقل فى المستقبل عن خمسة أفدنة، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر، وجبت أيلولة الأرض إلى واحد ممن لهم نصيب فيها، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بثمنها بيعت بالمزاد العلنى».

الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة.

فيجب في هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك ممن يقدر على دفع ثمن ما لا يملكه، ويكون الاختيار باتفاق الجميع. فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك. فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأنصبة، بيعت الأرض كلها بالمزاد لتكون فى يد واحدة ولا تتجزأ ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته.

وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم. وإذا كان سبب التجزئة الميراث، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة، فان تساووا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة، فضل الزوج، ثم الولد، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم.

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة، يبقى مالكاً للأرض بهذا المقدار. فإذا جد سبب للتجزئة، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر.

المبحث الثانى

الثمن

٢٠٣- الشروط الواجب توافرها فى الثمن: يجب أن يتوافر فى الثمن الشروط الآتية:

أولا- أن يكون نقوداً.

ثانياً- أن يكون مقدراً أو قابلا للتقدير.

ثالثاً- أن يكون جدياً.

المطلب الأول

يجب أن يكون الثمن نقودا

٢٠٤- تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدى: يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين فى البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة.

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى تنص صراحة على هذا الشرط فى البيع، فكانت تقضى بأنه «يجب أن يكون الثمن مقدر بالنقد». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة، لأنها مستفادة من تعريف البيع(١). وقد عرف البيع فعلا، فى المادة ٤١٨ مدنى كما رأينا، بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شئ أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى».

ولا يغنى عن النقود شيئاً آخر فى الثمن(٢)، حتى لو كان هذا الشئ الآخر من المثليات، وحتى لو كان له سعر نقدى معروف فى البورصة أو فى الأسواق، فتعيين الثمن غلالا أو أقطاناً مسعرة فى البورصة لا يجعل العقد بيعاً، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها فى البورصة لا تزال غير نقود، فالعقد يكون مقايضة(٣). بل تعيين الثمن أسهما أو سندات، وهى عادة معروفة السعر فى البورصة، أو تعيينه سبائك ذهبية، لا يجعل العقد بيعاً، بل يكون العقد مقايضة كذلك(٤).

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود، نظر إلى العنصر الغالب. فان كان هو النقود، وكان العقد بيعاً. وإن كان هو البدل غير النقود، كان العقد مقايضة. وعند الشك يكون العقد مزدوجاً، فهو بيع فى حدود الثمن النقدى، ومقايضة فى حدود البدل غير النقدى. فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف وخمسمائة ومع هذا المبلغ سيارة قديمة كانت عند المشترى قومت بثلثمائة، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدى، فالعقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٠- ص٣١- وانظر ما يلى فقرة ٢٠٦ فى الهامش.

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شئ لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له، لم يكن العقد بيعاً، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص٣٥).

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢- هيك ١٠ فقرة ٣٤- بودرى وسينيا فقرة ١٢٨- بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١- عكس ذلك: ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩- ماركاديه م١٥٩١).

(٤) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٦- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨- الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥.

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أقطاناً أو نحو ذلك بسعرها فى البورصة، فيكون المشترى قد باع الثمن الذى فى ذمته الأسهم أو الأقطان المشترطة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤)- كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشترى للبائع حقاً له من النقود فى ذمة أجنبى، أو استوفى المشترى حقاً له فى ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذى فى ذمته (أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤٧- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤).

أما فى الفقه الإسلامى فالبيع أوسع نطاقاً، إذ أن له صوراً أربعاً: (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هى المقايضة (٣) مبادلة بين دين بعين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف.

بيع. وإذا أعطى شخص داراً فى مقابل عشرين فداناً ومعها ثلثمائة، كان العنصر الغالب هو البدل غير النقدى، فالعقد مقايضة والثلثمائة معدل لها (soulte). أما إذا أعطى شخص داراً فى مقابل خمسة فدادين ومعها ألف، فالعقد مزدوج، بيع فى حدود الألف ومقايضة فى حدود خمسة الفدادين[1].

٢٠٥ - يصح أن يكون الثمن ايراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويكفى أن يكون الثمن نقوداً، وليس من الضرورى أن يكون رأس مال. فقد يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة، ما دام هذا الإيراد نقوداً[2].

فيصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود، وأن يتفقا فى الوقت ذاته وفى نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى ايراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère). كما يصح أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مرتباً مدى حياة البائع. ففى الحالتين لا يكون الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً، وإنما يكون ركنا فى عقد البيع هو الثمن[3]. وسنبحث الإيراد المؤبد والإيراد المرتب مدى الحياة فى

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة٣٥- الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٩- الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٤ ص١٠٨- ص١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥ ص٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٩. وأنظر أيضاً المادة ٤٨٣ مدنى - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٤٨٥ مدنى، وتشير المذكرة إلى المادة ٤٨٣ مدنى وهى تجيز أن يكون فى المقايضة معدل من النقود كمعدل القسمة: ثم تقول «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٢٣٨).

(٢) والصفة الاحتمالية، فيما إذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن فى ذاته (دى باج ٤ فقرة ٣٥- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ ص١٧٣).

(٣) وإذا كان الثمن إيراداً مؤبداً وأريد استبداله. فإن كان هناك ثمن قدر فى عقد البيع وحول فى العقد نفسه إلى إيراد مؤبد، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذى كان قد قدر أولا فى عقد البيع، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للإيراد. وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدنى وتنص على ما يأتى: «١- إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك. ٢- وفى الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل». وانظر فى هذا المعنى بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ مكررة.

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مؤقتاً، فانه يتمثل لا فى أقساط الإيراد بل فى حق الإيراد ذاته، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فقرة ١١٣- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧). ولكن هذا الرأى لم يسد فى الفقه ولا فى القضاء، ولم يأخذ به المشرع المصرى =

مكان آخر، ويكفى أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدنى تقضى بأن عقد البيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً. فالكتابة هنا ركن شكلى فى البيع.

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلا فى مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture). ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود، وإنما هو التزام بعمل. بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة، لأن التزام كل من المتقايضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عينى، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل. فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر فى مقابل عوض يأخذه منه(١).

المطلب الثانى

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- النصوص القانونية: تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١- يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد».

«٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب، عند الشك، أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشترى. فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية».

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتى:

«إذا لم يحدد المتعاقدين ثمناً للمبيع، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من

=(أنظر المادتين ٥٤٥ و٧٤١ مدنى - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥. الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥).

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨- جيوار ١ - فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤- أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ ص١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥- الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥- الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٣٤.

الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما»(١).

وليس لهذه النصوص مقابل فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص لاتفاقها مع القواعد العامة(٢).

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادتين ٣٩١- ٣٩٢- وفى التقنين المدنى الليبى المادتين ٤١٢- ٤١٣- وفى التقنين المدنى العراقى المواد ٥٢٦- ٥٢٩- وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٨٦(٣).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٤٢٣: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٣ من المشروع التمهيدى، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى: «يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد». فحذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد فى المادة ٤١٨ مدنى، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٤٣٦ فى المشروع النهائى. وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٠- ص٣١).

م٤٢٤: ورد هذا النص فى المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ فى المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٣٢- ص٣٤).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادتين ٤٢٣ و٤٢٤ مدنى: «هذان نصان لا نظير لهما فى التقنين الحالى وهما وإن كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية، أنظر التقنين الألمانى م٤٥٣ وتقنين الالتزامات السويسرى م٢١٢ فقرة أولى والتقنين البولونى م٢٩٦ والتقنين البرازيلى م١١٢٤» (مجموعة الأعمال التحضيرية٤ ص٣٢).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٣٩١ - ٣٩٢ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدنى المصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٧- فقرة ٧٦).

التقنين المدنى الليبى م٤١٢- ٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣- ٤٢٤ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى م٥٢٦: ١- الثمن ما يكون بدلا للمبيع ويتعلق بالذمة. ٢- ويلزم أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة.

م٥٢٧: ١- فى البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد، ويجوز أن يقتصر التقدير على بيان الأسس التى يحدد الثمن بموجبها فيما بعد.

٢- (وهذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدنى المصرى).

م٥٢٨ (مطابقة للمادة ٤٢٤ من التقنين المدنى المصرى).

م٥٢٩: ١- زيادة المشترى فى الثمن وتنزيل البائع من الثمن أو زيادته فى المبيع بعد العقد يصح، وتلتحق الزيادة والتنزيل بأصل العقد. ٢- وما زاده المشترى فى الثمن يعتبر فى حق العاقدين لا فى =

٢٠٧- تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أن يكون باتفاق بين المتبايعين: ولما كان الثمن هو أحد محلى البيع، فيجب، كما هو الأمر فى كل محل للالتزام، أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين. وتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر. لا يستقل به البائع، لأنه قد يشتط فيغبن المشترى. ولا يستقل به المشترى، لأنه قد يبخس الثمن فيغبن البائع(١). فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين(٢)(1). ولا يكفى فى ذلك أن يبيع

=حق الشفيع، وما حطه البائع من الثمن يجعل الباقى بعد الحط مقابلا لكل المبيع حتى فى حق الشفيع، وما زاده البائع فى المبيع يكون له حصة من الثمن. ٣- وللبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض، ولكن لا يلحق هذا الحط بأصل العقد. فلو أبرأ البائع المشترى من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى. (وهذا النص لا نظير له فى التقنين المدنى المصرى، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامى، ويتفق مع القواعد العامة).

(ويلاحظ أن التقنين المدنى العراقى أخذ فى البيع بالمعنى الواسع الذى أخذ به الفقه الإسلامى، فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع، أما البيع بثمن نقدى فسماه البيع المطلق: م٥٢٧ عراقى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١- فقرة ١٣٣- الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤- فقرة ٢٩٢).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٨٦: يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع. ويجوز أن يفوض تعيين الثمن إلى شخص ثالث، وفى هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن تقدير الثمن فلا ينعقد البيع. (ولا فرق فى هذه الأحكام بين التقنينين اللبنانى والمصرى).

(١) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلا، جاز أن يكون هذا، تبعاً للظروف، تحديداً كافياً. فإذا حدد المتعاقد ثمناً غير عادل، أو امتنع عن التحديد، أو أبطأ فيه، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص١٢٨). ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس فى الواقع من الأمر إلى أن يكون الثمن عادلا، ولا يكفى فى تحديد الثمن، كما سنرى، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بثمن عادل (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩- وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦٧).

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع، كما فى حالة التسعير الجبرى وفى حالة تسعير المرافق العامة كالمياه والغاز والنور وفى حالة نزع الملكية للمنفعة العامة. وقد يشترط البائع بالجملة على البائع «بالقطاعى» سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة، ويمكن القول فى هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك، ولهذا أن يطالب البائع «بالقطاعى» أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب: بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٧٩- كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٨٥- بيدان ١١ فقرة ١١٥- أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٧٠٨- فقرة ٧٠٩). وانظر فى أن السعر الإجبارى للعملة له تأثير فى فرض الثمن أنسيكلوبيدى داللوز ٥ لفظ vente فقرة ٦٧٤- فقرة ٦٩٦- الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٤٩- فقرة ١٥١- الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٣.

(1) أ- الثمن وان كان يعتبر ركنا أساسيا فى عقود البيع إلا أنه وعلى ما يستفاد من نص المادتين =

البائع الشئ بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذى يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين، والبيع على هذا النحو يكون باطلا لعدم تقدير الثمن[1]. ولكن ليس من الضرورى أن تكون القيمة مقدرة فعلا باتفاق المتعاقدين، بل يكفى أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما[1]، كأن يتفقا على أجنبى لتقدير الثمن[2] وسيأتى بيان ذلك.

٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير. الاسس التى يقوم عليها التقدير: وليس من الضرورى أن يكون الثمن مقدراً، بل يكفى كما قدمنا أن يكون قابلا للتقدير، ما دامت الأسس التى يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين[3].

=٤٢٣، ٤٢٤ من القانون المدنى، لا يشترط أن يكون الثمن معينا بالفعل فى عقد البيع بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد.

(جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ الطعن ١٠٥١ لسنة ٤٥ق س٣١ ص٣١٨)

ب- إذا ما خلا العقد المكتوب من قيمة الثمن مع تضمنه إقرار طرفيه بأن البيع قد تم نظير ثمن نقدى دفعه المشترى وقبضه البائع فلا يبطل البيع لان اقرار طرفيه بذلك يعنى إقرارهما باتفاقهما على ثمن نقدى معين وهو ما يكفى لانعقاد البيع باعتباره عقدا رضائيا.

(جلسة ١٩٩١/٥/٩ طعن رقم ٥٢٦ لسنة ٥٥ق)

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص١٨- بودرى وسينيا فقرة ١٣٢ ص١٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص٣٦- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩- الأستاذ جميل الشرقاوى ص١١٢.

(٢) ولا يكون بيعا العقد الذى جعل فيه الثمن هو المقدار الذى يعرضه أجنبى على صاحب السلعة، بل يكون هذا شرط تفضيل pacte de préférence يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبى يعرض فى السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها، فيلتزم هذا الأخير بتفضيل الأول على الأجنبى فى بيع السلعة له بالثمن الذى يعرضه الأجنبى (بودرى وسينيا فقرة ١٣٣- الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٩).

واشتراط تعديل الثمن تبعاً لطارئ معين جائز، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن فى تاريخ تال لم ينعقد البيع إلا عند تحديد الثمن (دى باج٤ فقرة ٣٧- الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٢ ص١٧٧- ١٧٨).

(٣) بيدان ١١ فقرة ١١٥- بلانيول وريبير وبولانجيه٢ فقرة ٢٣٨٩ - كولان وكابيتان٢ فقرة ٨٧١ - جوسران٢ فقرة ١٠٢٤.

(1) متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قد رأت - فى سبيل الحصول إلى حقيقة ما انعقدت عليه ارادة الطرفين بشأن تحديد ثمن المبيع، وذلك فى حدود سلطتها التقديرية - أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشترى «الطاعن» سواء عند تحرير العقد الابتدائى أو بعد ذلك وبما يقى من الثمن عند تحرير العقد النهائى وحصلت من ذلك الثمن الذى اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائى، وكان هذا الاستخلاص مستمدا من عناصر ثابتة باوراق الدعوى فان النعى على الحكم بتشويه الوقائع أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ الطعن ٣٥٩ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٦٢٩)

العقار، هو العقد لا التسجيل. ذلك أن التسجيل لا ينقل بذاته الملكية إلا فى نظام السجل العينى، وهذا النظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم وإن كان قد صدر به قانون كما سيجئ. وحتى لو قلنا مع الرأى الراجح إن الملكية فى العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل، فإن ذلك لا يمنع من أن الذى نقل الملكية هو العقد، ولكن يتراخى أثره فى نقل الملكية إلى وقت التسجيل(١). والصحيح فى نظرنا أن العقد المسجل ينقل الملكية فى العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل، ولا ينفذ نقل الملكية فى حق الغير إلا من وقت التسجيل. وقد بسطنا رأينا هذا فى تفصيل واف عند الكلام فى البيع(٢).

ويحيل النص فى انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدنى، وهى تنص على أن «الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». فنقل الملكية إذن يسبقه التزام بنقل الملكية، وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل فى العقار، فتنتقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الالتزام(٣).

وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها. والعقود المسماة المكسبة للملكية هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض، وأهم هذه العقود جميعا هو عقد البيع. والعقود المسماة التى تكشف عن كسب الملكية هى الصلح والقسمة.

١٢٧- كسب الملكية بالعقد فى المنقول - نص قانونى: فإذا كان الشئ الذى يرد عليه العقد منقولا، وجب التمييز بين الشئ المعين بالذات والشئ الذى لم يعين إلا بنوعه.

ففى الشئ المعين بالذات، يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الالتزام. فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر، كان ملتزما بنقل ملكية السيارة إلى المشترى، ومتى نشأ هذا الالتزام فى ذمته تم تنفيذه بمجرد نشوئه.

---

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٦٣.

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠- فقرة ٢٨٦.

(٣) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٦- وانظر فى التطور التاريخى للبيع كعقد ناقل للملكية، وفى أنه لم يكن فى القانون الرومانى يرتب فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية: الوسيط ٤ فقرة ٢٢٩- فقرة ٢٣٢- وانظر أيضاً فى تحليل معنى نقل الملكية، وفى أنه يجب التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلا: الوسيط ٤ فقرة ٢٣٣- فقرة ٢٣٩- وفى الاتفاق على تأجيل نقل الملكية حتى استيفاء الثمن: الوسيط ٤ فقرة ٩٠- فقرة ٩٤.

فتنتقل ملكية السيارة فعلا إلى المشترى، وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه(١).

وفى الشئ المعين بنوعه، تنص المادة ٩٣٣ مدنى على ما يأتى:

«المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقا للمادة ٢٠٥»(٢).

والمادة ٢٠٥ مدنى التى تشير إليها المادة ٩٣٣ مدنى سالفة الذكر تنص على أنه «١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شئ لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين، بعد استئذان القاضى، أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض». فيتم انتقال الملكية فى المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه بالإفراز، ولو قبل التسليم. فلو أن شخصا باع إلى شخص آخر عشرين أردبا من القمح، لم تنتقل الملكية إلى المشترى بمجرد البيع. ويجب إفراز كمية من القمح معادلة للمقدار المحدد فى عقد البيع بقصد تسليمها

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٢ فقرة ٤١٧ و٤ فقرة ٢٤١- فقرة ٢٤٤. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات، ولا حاجة للتسليم. فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر، انتقلت ملكيتها إلى المشترى قبل التسليم. ولو باعها مرة ثانية إلى مشتر آخر، وكانت الملكية للمشترى الأول، ولكن لو سلمها البائع للمشترى الثانى انتقلت الملكية من المشترى الأول إلى المشترى الثانى بالحيازة لا بالعقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٤١).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٠٥ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٢، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٨- ص٣٣٩).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م٢٦٨/ ٣٣٨: لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشترى. (والتقنين المدنى السابق يجعل انتقال الملكية بالتسليم، والصحيح أن انتقال الملكية يكون بالإفراز، وإن كان الإفراز يتم عادة عند التسليم).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى من:

التقنين المدنى السورى م٨٩٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٣٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانية لا مقابل.

إلى المشترى، ومن ثم يصبح المبيع شيئا معينا بالذات، فتنتقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم(١).

١٢٨ - كسب الملكية بالعقد فى العقار - وجوب الشهر - نص قانونى: تنص المادة ٩٣٤ مدنى على ما يأتى:

«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».

«٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها، سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر»(٢).

---

(١) أنظر فى تفصيل هذه المسألة، وفى كيف يكون التنفيذ إذا امتنع البائع عن الإفراز، وفى نقل الملكية فى الأشياء المصدرة إلى المشترى: الوسيط ٢ فقرة ٤١٩ - فقرة ٤٢٣ - ٤ فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٤٨. وانظر فى أن كسب الملكية فى المنقول المعين بنوعه هو سبب مركب من العقد وهو تصرف قانونى ومن الإفراز وهو واقعة مادية: حسن كيرة ص٨ - والعقد مصحوباً بالإفراز هو الذى ينقل الملكية فى المنقول المعين بالنوع، كما أن العقد مصحوباً بالتسجيل هو الذى ينقل الملكية فى العقار.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت أحكام التسجيل المبينة فى المواد الآتية». وقد أورد المشروع التمهيدى فى المواد ١٣٧٠ إلى ١٣٨١ الأحكام الموضوعية الخاصة بالشهر العقارى، على أساس أن مكانها المناسب هو التقنين المدنى. وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى «ووضع التسجيل فى هذا المكان إذ هو مكانه الحقيقى، فإنه يشترط حتى ينقل العقد الملكية أن يسجل، وبذلك اندمج قانون التسجيل فى التقنين المدنى بعد أن كان منفصلا عنه: على أن هذا الاندماج محل للنظر، فقد يحسن إبقاء قانون التسجيل منفصلا حتى يتم إنشاء السجل العقارى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٣٦ هامش١). وقبل نظر لجنة المراجعة للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ألفت لجنة لنظر مشروع قانون الشهر العقارى، فرأت أن تضمن هذا المشروع الأخير جميع الأحكام الخاصة بالشهر من موضوعية وشكلية وتنظيمية. ولذلك نقلت الأحكام الموضوعية الواردة فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى إلى قانون تنظيم الشهر العقارى، وصدر هذا القانون فعلا وعمل به قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد. ولما عرضت المادة ١٣٦٩ من المشروع التمهيدى على لجنة المراجعة، وافقت عليها تحت رقم ١٠٠٦ فى المشروع النهائى، بعد تعديلها على الوجه الآتى: «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 الشهر المتعلق بذلك». وفى مجلس النواب أضيفت الفقرة الثانية، فأصبح النص تحت رقم ١٠٠٣ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا خلافاً لفظياً ضئيلاً. ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٣٤، بعد استبدال عبارة «قانون تنظيم الشهر العقارى» بعبارة «قانون الشهر المتعلقة بذلك». ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٤٠ - ص٣٤٢). وقارن الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢، حيث ورد خطأ أن اللجنة =

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص: «أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، حتى فيما بين المتعاقدين، إلا بالتسجيل. ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأن سبب نقل الملكية هو العقد»(١). والمقصود أن الملكية تنتقل، حتى فى العقار، بالعقد. ومتى تم تسجيل العقد فإنها تنتقل من وقت العقد لا من وقت التسجيل، على أن انتقالها لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا من وقت التسجيل(٢).

=التشريعية لمجلس النواب هى التى رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى، والصحيح أن لجنة المراجعة هى التى رأت ذلك قبل اللجنة التشريعية لمجلس النواب.

ولا مقابل فى التقنين المدنى السابق، ولكن قانون التسجيل كان معمولا به منذ أول يناير سنة ١٩٢٤، وقانون تنظيم الشهر العقارى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: **التقنين المدنى السورى** م٨٩٦: ١ - يكتسب حق تسجيل الحقوق الفعلية العقارية بمفعول العقود. ٢ - وتطبق الأحكام الخاصة بالبيع والهبة على العقارات الأميرية وعلى الحقوق العينية العائدة لهذه العقارات. م٨٩٧: إن الالتزام باعطاء العقار يتضمن الالتزام بنقل ملكيته فى السجل العقارى، وبصيانته حتى هذا النقل، تحت طائلة دفع العطل والضرر للدائن.

م٨٩٨: إن الالتزام بنقل ملكية العقار فى السجل العقارى خاضع لأحكام البيع والامتيازات والتأمينات، وكذلك للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى. (وهذه النصوص تتفق مع أحكام السجل العينى وهو النظام المعمول به فى سورية).

التقنين المدنى الليبى م٩٣٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٢٧: التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض فى التعهد أو لم يشترط. (وهذا النص يتفق مع نظام السجل العينى «الطابو» وهو النظام المعمول به فى العراق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٠٤: يتم اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها فى السجل العقارى. وعدا ذلك فإن حقوق الملكية وحقوق التصرف تكتسب أيضاً بالإلحاق وفقاً لأحكام الفصل الثانى من هذا الباب. وكل من يكتسب عقاراً بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم، فهو مالك قبل التسجيل، ولكن لا يكون للاكتساب مفعول إلا بعد التسجيل.

م٢٠٥: إن مفاعيل القيود معنية بأحكام المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ المتعلق بالسجل العقارى - م١١ من القرار رقم ١٨٨ (المؤرخ فى ١٥ آذار سنة ١٩٢٦ بشأن إنشاء السجل العقارى): إن الصكوك الرضائية والاتفاقات التى ترمى إلى إنشاء حق عينى أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة، حتى فيما بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها. ولا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم ودعاواهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم. وتطبق هذه الأحكام خاصة على الصكوك والاتفاقات العقارية والوقفيات والحجج وتجزئة الأوقاف التى تنظم أو تصدق من قبل كتاب العدل والمحاكم الشرعية. (وهذه نصوص تتفق مع نظام السجل العينى أو العقارى وهو النظام المعمول به فى لبنان).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٤١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٢٦ - وانظر الوسيط ٢ فقرة ٤١٨.

ويحيل النص سالف الذكر، فى انتقال ملكية العقار، إلى قانون تنظيم الشهر العقارى، وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام القضائية والسندات التى يجب شهرها، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وقد عرضنا، عند الكلام فى البيع، إلى نظام الشهر العقارى فى مصر. وبينا أن هناك نظامين للشهر، نظام الشهر الشخصى وهو المعمول به حتى اليوم، ونظام السجل العينى وقد صدر به أخيرا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ ولكن لم يعمل بهذا القانون حتى الآن. وقارنا بين النظامين، فرأينا أن نظام السجل العينى يعلو كثيرا على نظام الشهر الشخصى(١).

واستعرضنا المراحل الأربع التى مر بها فى مصر انتقال الملكية فى العقار حتى صدور قانون بتنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦(٢).

ففى المرحلة الأولى، وهى المرحلة السابقة على التقنين المدنى القديم، لم يوجد نظام لشهر انتقال الملكية فى العقار، إذ كانت الشريعة الإسلامية هى المعمول بها فى ذلك العهد وهى لا تعرف نظام الشهر، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاما للشهر. وقد خفف من عيوب عدم وجود نظام للشهر وجود نظام آخر هو نظام المكلفات الإدارية، وهو نظام إدارى وضع لجبى الضرائب العقارية، ويقضى بتحرير التصرف فى حجة شرعية وتسجيله فى سجل خاص بكل مديرية، وذلك لإثبات كل تغيير فى شخص الملتزم بالضريبة العقارية فى هذه السجلات أو المكلفات. فكان هذا النظام، الذى وضع فى الأصل لتنظيم جبى الضريبة العقارية، يستخدم فى الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنيا يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التى ترتبت على الأراضى»(٣).

وفى المرحلة الثانية، وهى المرحلة التى بدأت بصدور التقنين المدنى القديم، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ٢٥٠.

(٢) وقد ذكرنا فى الجزء الرابع من الوسيط (فقرة ٢٤٩) أننا نستعرض تطور نظام الشهر العقارى فى كثير من الإيجاز، على أن نفصل القول فيه عند الكلام فى أسباب كسب الملكية. ولكننا رأينا بعد ذلك أن الاستعراض التاريخى الذى أوردناه فى الجزء الرابع يكفى للوفاء بالحاجة، فاقتصرنا هنا على مجرد الإشارة إليه إذ لا يتسع المقام لأكثر من ذلك. وآثرنا أن نركز البحث فى الكلام فى قانون تنظيم الشهر العقارى وهو القانون المعمول به فى الوقت الحاضر، مقارنين إياه بقانون السجل العينى وهو القانون الذى صدر أخيراً ولم يبدأ العمل به حتى اليوم.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٥٣.

فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥. ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى القديم معمولا بها فى حالة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤، وهو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سيأتى ذكره. ويقضى التقنين المدنى القديم بوجه عام بأن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل، وبأنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل العقود التى هى مصدر لها. وأهم عيوب هذا النظام أنه كان نظاما شخصيا، يتم الشهر فيه وفقا لأسماء الأشخاص، ويتوزع بين جهات ثلاث، المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية. ولم تكن له حجية كاملة كالحجية التى تقترن بنظام السجل العينى، فليس الشهر إلا تسجيلا للعقد كما هو على علاته وبجميع ما ينطوى عليه من عيوب، فلا يصحح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا. ولم يكن التسجيل ضروريا لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى فيما بين المتعاقدين، وحتى بالنسبة إلى الغير كان النظام يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر، كالميراث والوصية والوقف والتصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية كالصلح والقسمة(١).

وفى المرحلة الثالثة، وهى المرحلة التى بدأت بصدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣، بقيت نصوص هذا القانون معمولا بها فى شأن جميع المحررات التى تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى الذى سيأتى ذكره. وقد عالج هذا القانون بعض وجوه النقص فى نظام الشهر السابق عليه. فجعل التسجيل لازما فى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى، لا بالنسبة إلى الغير فحسب، بل أيضا فيما بين المتعاقدين. وأضاف إلى منطقة التسجيل والعقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية كالقسمة والصلح، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير. وتناول دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع فى العقد ودعوى الاستحقاق، فأوجب شهرها، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التى تصدر فى هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب. ولكن قانون التسجيل لم يقطع الطريق إلى نهايته، بل ترك دون علاج كثيرا من عيوب نظام الشهر السابق عليه. فبقى النظام نظاما شخصيا وفقا للأسماء لا تبعا للعقار، وبقى لا حجية له فى ذاته إذ العقد يشهر على علاته، وبقيت جهات الشهر متعددة، واقتصر التسجيل على العقود فيما بين الأحياء فلم يخضع له الميراث والوصية والوقف(٢).

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٤– فقرة ٢٥٧.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٥٨ – فقرة ٢٦١.

وفى المرحلة الرابعة، وهى المرحلة التى بدأت بصدور قانون تنظيم الشهر العقارى فى سنة ١٩٤٦، لا تزال نصوص هذا القانون معمولا بها حتى الآن. ويخضع لها جميع المحررات الصادرة منذ أول يناير سنة ١٩٤٧، وهو تاريخ العمل بهذا القانون. وإذ تقرر إلغاء الامتيازات الأجنبية فى سنة ١٩٤٩، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩، فقد تهيأ الجو لتوحيد جهات الشهر. وقد وحدها قانون الشهر العقارى فعلا فى جهة واحدة، هى مكاتب الشهر العقارى ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم، تحت إشراف مكتب رئيسى عام. وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد، وبه بدأت نصوصه، وكان ذلك خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العينى. وقد ضم قانون الشهر العقارى نظام تسجيل الحقوق العينية الأصلية ونظام قيد الحقوق العينية التبعية فى صعيد واحد، فأصلح عيبا وقع فيه قانون التسجيل، إذ فصل هذا القانون نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعا لنظام التقنين المدنى القديم. واستقصى قانون الشهر العقارى المحررات الواجبة إخضاعها للشهر، فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل، وخضع للشهر الميراث والوصية والوقف ودعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية كذلك خضع للشهر القرارات الإدارية الناقلة للملك، كمراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة ومراسيم تقسيم الأراضى الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وقرارات ردم البرك والمستنقعات والإذن باحياء الأرض الموات. وحافظ قانون الشهر العقارى على وجوه الاصلاح التى حققها قانون التسجيل، فجعل التسجيل فى التصرفات المنشئة ضروريا لنقل الحق العينى لا فى حق الغير فحسب بل أيضا فيما بين المتعاقدين، وأخضع للتسجيل العقود الكاشفة، وفرض إجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات بل إنه قد سار فى هذا الطريق شوطا أبعد من قانون التسجيل. على أن هناك عيبين جوهريين باقيين فى نظام الشهر، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقارى معالجتهما. فلا يزال النظام نظاما شخصيا بحسب الأسماء لا بحسب العقار، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة فى ذاته. وما كان قانون تنظيم الشهر العقارى يستطيع معالجة هذين العيبين، فإن العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العينى[1].

وقد صدر فعلا القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بادخال نظام السجل العينى. ولكن

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٢– فقرة ٢٦٥. وانظر فى أن العقد المسجل يرتب جميع الآثار التى يرتبها العقد غير المسجل، وفى أنه يزيد عليه فى أنه ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير: الوسيط ٤ فقرة ٢٧٨– فقرة ٢٧٩. وفى نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وهل للتسجيل أثر رجعى: الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠– فقرة ٢٨٦– وفى نقل الملكية بالنسبة إلى الغير وهل يشترط حسن النية فى المشترى الذى سجل عقده أولا: الوسيط فقرة ٢٨٧– فقرة ٢٩٠.

هذا النظام، بالرغم من صدور قانون به، لم يعمل به حتى اليوم. ذلك أن المادة ٢ من قانون إصداره تنص على ما يأتي: «١- يصدر قرار من وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام الشهر على أساس إثبات المحررات فى السجل العينى. ويحدد القرار التاريخ الذى يبدأ فيه هذا السريان على أن يكون هذا التاريخ لاحقا لصدور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل. ٢- ويستمر العمل بقوانين الشهر المعمول بها فى المناطق التى لم يطبق نظام السجل العينى فيها طبقاً لأحكام الفقرة السابقة». ولما كان لم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العينى، فإنه لا يمكن القول إن هذا النظام قد أدخل فعلا فى مصر. وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون الإصدار، كما رأينا، بأنه حتى يصدر قرار من وزير العدل بتعيين أقسام مساحية لإدخالها فى نظام السجل العينى يبقى قانون تنظيم الشهر العقارى معمولا به فى كل قسم لم يدخل فى هذا النظام. ومعنى ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد دون استثناء. وتنص المادة ٣ من قانون الإصدار على أنه «فى الفترة المشار إليها فى المادة السابقة تستكمل المصلحة إعداد السجل العينى للقسم المساحى على الوجه المبين بالقانون المرافق». ففى الفترة التى يجب أن تفصل ما بين صدور القرار الوزارى بادخال قسم مساحى فى نظام السجل العينى وإدخال هذا النظام فعلا فيه، تستكمل مصلحة الشهر العقارى إعداد القسم المساحى الذى صدر به القرار الوزارى ليكون صالحا لنظام السجل العينى. ويظهر أنه لا يوجد حتى الآن قسم مساحى فى مصر يمكن إعداده لنظام السجل العينى، لعدم توافر الإمكانيات المالية والمادية. وتنص المادة ٤ من قانون الإصدار على أنه «يصدر باللائحة التنفيذية قرار من وزير العدل». ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل بهذه اللائحة التنفيذية»(١).

---

(١) وهذا ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى فى تقدير هذا النظام: «ويعتبر السجل العينى ثورة فى نظام الشهر، إذ يترتب على تطبيقه تغيير جذرى فى أنظمة التسجيل القائمة. ومن هنا فإن هذا النظام كان أمنية ينشدها كل منشغل بالقانون أو بأنظمة التسجيل. وظلت هذه الأمنية تراودهم مدة ستين عاماً منذ انعقدت أول لجنة فى سنة ١٩٠٤ لتعديل نظام التسجيل فى مصر. وكانت مذكرات اللجان المتعاقبة تزخر بمزايا هذا النظام مناشدة الحكومات المختلفة قبل الثورة العمل على تطبيقه، إلى أن قدر له أن يرى النور أخيرا على يد حكومة الثورة بعد هذه الأحقاب الطويلة»!

وينقسم قانون السجل العينى إلى أبواب ستة: (١) الباب الأول فى أحكام عامة، تعرف السجل العينى ونظم مكاتبه ومأموريانه، وتخصص سجلا عينياً لكل قسم مساحى، وتقرر فى هذا السجل صحيفة خاصة بكل وحدة عقارية، وتقرر أن الرسوم تخضع للقواعد المتعلقة بالرسوم الخاصة بالشهر العقارى. (٢) الباب الثانى، ويقرر القواعد التى تتبع فى إثبات الحقوق فى صحائف السجل لأول مرة، ويشكل لجنة قضائية فى كل قسم مساحى تنظر فى الدعاوى والطلبات التى ترفع فى خلال السنة الأولى بعد العمل بالقانون لإجراء تغيير فى بيانات السجل العينى. (٣) الباب الثالث، ويبين التصرفات والحقوق =

ولما كان قانون تنظيم الشهر العقارى هو كما قدمنا القانون المعمول به حتى الآن فى جميع أنحاء البلاد، ويقدر أن يبقى معمولا به زمنا طويلا حتى يتيسر إدخال نظام السجل العينى تدريجيا وعلى فترات متعاقبة بالقدر المستطاع[1]، فإننا نتولى بحث قانون تنظيم الشهر العقارى[2]، مقارنين إياه بقانون السجل العينى حتى تتبين أهم الفروق ما بين القانونين[3]. ونقسم الكلام فى ذلك على مبحثين: (١) المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر. (٢) إجراءات الشهر.

=الواجب قيدها فى السجل، ويقرر أن للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ويورد إجراءات التغيير والتصحيح فى بيانات السجل، ويرسم الإجراءات الواجبة الاتباع للقيد فى السجل: (٤) الأبواب الرابع والخامس والسادس: يقرر الباب الرابع تسليم كل مالك «سند الملكية»، وتسليم غير الملاك من ذوى الشأن بناء على طلبهم شهادات بها البيانات الخاصة بهم فى السجل العينى. ويجعل الباب الخامس علامات تحديد الوحدات العقارية مملوكة للدولة، ويوجب الإخطار برخص البناء والهدم وبربط العوائد المستمدة، كما يوجب على السلطات المختصة أن تقدم البيانات والأوراق المطلوبة. ويفرض الباب السادس عقوبة الحبس والغرامة إلى خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين على من يتوصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير مع علمه بذلك، كما يعاقب بغرامة من جنيه إلى عشرة جنيهات على عدم الإخطار برخص البناء والهدم وبربط العوائد المستجدة أو عدم تقديم السلطات المختصة للبيانات والأوراق المطلوبة.

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى فى هذا الصدد: «وجدير بالذكر أن نظام السجل العينى لن يطبق دفعة واحدة على كافة أنحاء الجمهورية، بل سيجرى تطبيقه تباعاً فى كل منطقة من المناطق التى يتم مسحها. فكلما تم مسح منطقة من المناطق مساحة حديثة، أمكن تطبيق هذا النظام عليها. وسوف يراعى قبل إجراء القيد الأول فى السجل فحص المستندات فحصا دقيقاً، ومناقشة أصحاب الحقوق، وإجراء النشر اللازم فى الصحف والجهات الرسمية وغيرها من وسائل الإعلام، وتمكين ذوى الشأن من إبداء اعتراضاتهم أمام لجنة قضائية. وبذلك لا يقيد فى السجل إلا صاحب الحق».

(٢) وهناك مشروع لقانون تنظيم الشهر العقارى والتوثيق أعدته وزارة العدل ليحل محل قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق. وقد استهدف هذا المشروع بوجه خاص: (أ) معالجة العيوب التى أسفر عنها التطبيق العملى لهذين القانونين واستكمال أوجه النقص فيهما. (ب) وضع القواعد الكفيلة بحماية صغار الملاك وبامكان حصر الملكيات والتشجيع على شهر المحررات العرفية. (جـ) تبسيط الإجراءات. (د) إقرار ما كانت مصلحة الشهر العقارى والتوثيق تقوم به من إجراءات اقتضتها الضرورة العملية إقراراً تشريعياً. (هـ) تنسيق أحكام قانون الشهر العقارى بما يتلاءم مع أحكام قانون السجل العينى، تمهيداً لإدخال نظام السجل العينى.
وسنتناول فى الحاشية أهم الأحكام التى جاء بها هذا المشروع معدلا لأحكام قانون الشهر العقارى، وذلك فى المواضع التى يعدل فيها المشروع أحكام هذا القانون.

(٣) وتلخص المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العينى مزايا نظام السجل العينى إذا تم إدخاله فى مصر، وهى التى تمثل أهم الفروق ما بين القانونين، فيما يأتى: «١ - تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل، إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا =

=للحقيقة ونقياً من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى المشروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون. ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة Force probante للقيد فى السجل العينى. ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام، ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير. وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل، مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع عند البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه . ٢- حظر التملك بالتقادم، كقاعدة عامة، فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل. فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد، وهو أمر يقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل. ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع. ٣- تطبيق مبدأ المشروعية (Legalité) فى السجل العينى: ومعناه إجراء المراجعة السابقة لكافة السندات التى يجرى القيد فى السجل بمقتضاها حتى لا يقيد فى السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا، وحتى لا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها. ويؤدى ذلك حتماً إلى استقرار الملكية استقراراً تاماً وانعدام المنازعات أمام المحاكم فى شأنها، مما يخفف العبء عن الأهالى وعن المحاكم بشكل ملموس. ٤- يكفل النظام الجديد تبسيط عملية الشهر وسرعتها والتناسق فيها، مع وضوح السجلات وسهولة إحاطة المتعاملين بمضمونها. كذلك يقضى هذا النظام على المساوئ المترتبة على تشابه الأسماء، وييسر تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة سليمة وعادلة. ٥- ضماناً لاستقرار الملكية والحقوق العينية، نص المشروع على عقوبة جنائية لكل من يتوصل إلى قيد محرره فى السجل لسلب عقار مملوك لغيره، أو ترتيب حق عينى عليه، مع علمه بذلك».

ومن البلاد التى أخذت بنظام السجل العينى أستراليا (نظام تورنس) وألمانيا وسويسرا والنمسا والسويد وأسبانيا والبرتغال وانجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وبعض الولايات المتحدة الأمريكية المتحدة وجزء من كندا والعراق وسورية ولبنان وتونس ومدغشقر والكنجو والسنجال. ولكن لا يزال كثير من البلاد المتقدمة، ومنها فرنسا وبلجيكا وهولندا وإيطاليا، يأخذ بنظام الشهر الشخصى، إذ لم تستطيع هذه البلاد حتى الآن تذليل الصعوبات التى يقتضى تذليلها إدخال نظام السجل العينى. وهذه هى بعض خصائص نظم السجل العينى فى البلاد المختلفة التى أخذت بهذه النظم، وهى تختلف من بلد إلى آخر:

النظام الاسترالى (تورنس): يطبق هذا النظام مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه به أى نظام آخر. فالنظام الألمانى مثلا يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سئ النية، ولكن القوانين الاسترالية تمنع، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، جميع دعاوى الطعن فى حق الملكية الثابتة بالشهادة السندية، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ، ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى: (١) دعوى الطعن فى صحة القيد الذى تم بطريق الغش، متى رفعت الدعوى ضد الشخص الذى تم لصالحه القيد. (٢) دعوى تصحيح الخطأ فى التحديد. (٣) الدعوى المرفوعة ممن يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة. وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التى يسلمها المسجل العام بمنأى عن أى طعن، وهى فى ضمان الدولة. فإذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق، فللمالك أن يرفع دعوى تعويض على الدولة، ولمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الاسترالى صندوقاً للتأمين، يمول بوساطة رسم نسبى قدره نصف بنس لكل جنيه ($\frac{1}{480}$) من قيمة كل عقار بقيد. وقانون الملكية العقارية الاسترالى (نظام تورنس) هو من أحسن القوانين المعاصرة التى تفى بالمطالب النظرية والعلمية لنظام متقن للشهر، ويدل على تفوقه تطبيقه فى عدد كبير من الدول، منها انجلترا وملقا وسنغافورة والبرازيل وتونس وبعض الولايات الأمريكية المتحدة وجزء من كندا. =

المبحث الأول

المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر

١٢٩ – المحررات الواجب شهرها: يمكن حصر المحررات الواجب شهرها، وفقا لقانون الشهر العقارى، فيما يأتى:

= **القانون الألمانى**: تنتقل ملكية العقار فى هذا القانون باتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه (م٨٧٣ مدنى ألمانى)، ويستلزم ذلك حضور الطرفين أمام المكتب العقارى للتعبير عن إرادتين متقابلتين، إحداهما بالتصرف فى الحق والأخرى بكسب الحق. وأمين المكتب، وهو قاض يختار من بين قضاة المحكمة الابتدائية ولقراراته خصائص أحكام محكمة الدرجة الأولى، هو الذى يعطى السند المتضمن لهذا الاتفاق. ثم يتكفل بعد ذلك بنفاذه، بالإشراف على قيده فى السجلات العامة. والتصرف الذى لا يتم على هذه الصورة يكون باطلا، ولا أثر له. وتقضى المادة ٩٢٧ مدنى ألمانى بأن العقار الذى يبقى مدة ثلاثين سنة فى حيازة الغير، يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى. وإذا كان المالك مقيداً فى السجل، فإن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان قد توفى أو كان غائبا ولم يجر أى قيد بموافقته فى السجل منذ ثلاثين سنة.

القانون السويسرى: يقضى القانون السويسرى بأن كل من يكسب الملكية أو أى حق عينى آخر بحسن نية استنادا إلى قيد فى السجل العينى، يبقى حقه قائماً. ولكن إذا تم قيد الحق دون مسوغ، بأن أجرى دون وجه حق أو بموجب تصرف قانونى غير ملزم، جاز لمن أضر القيد بحقه أن يدعى مباشرة ضد الغير سيئ النية بعدم صحة القيد. ويجيز القانون السويسرى كسب ملكية العقار بالتقادم فى حالات ثلاث: (١) إذا قيد شخص فى السجل كمالك للعقار، وكان ذلك القيد قد تم بدون سبب مشروع. ويشترط فى هذه الحالة أن يستمر الشخص واضعاً يده على العقار بحسن نية وبهدوء ودون انقطاع لمدة عشر سنوات. (٢) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار مدة ثلاثين سنة، بهدوء ودون انقطاع، بشرط أن يطلب قيده باسمه كمالك. (٣) إذا وضع شخص يده كمالك على عقار غير مبين مالكه فى السجل ولكنه توفى أو أعلن غيابه، على أن يستمر واضعا يده ثلاثين سنة. ويشترط فى هذه الحالة لتمام قيد العقار باسم واضع اليد صدور أمر من القاضى، وعدم حصول اعتراض على ذلك فى خلال المدة التى تحددها المحكمة أو رفض الاعتراضات التى قدمت.

القانون السورى: أورد المشرع السورى استثناءات على القوة المطلقة للقيد: (١) لا يجوز للغير الذى يكسب حقا على العقار أن يحتج بالقيد، إذا كان وقت كسبه الحق عالما باسباب فساد التصرف أو بطلانه. (٢) لصاحب الحق الحقيقى المتضرر أن يرفع دعوى تعويض ضد الشخص الذى قيد العقار باسمه وكان عالما بأنه لا حق له فيه. (٣) إذا أجرى القيد نتيجة خطأ أو إهمال من الموظفين المختصين، جاز لمن أصابه ضرر بسبب ذلك أن يرفع دعوى تعويض ضد الدولة وفقا لقواعد المسئولية الإدارية – ولا يسرى التقادم المكسب فى مواجهة المالك المقيد حقه فى السجل.

القانون العراقى: يجوز الحكم بخلاف مضمون سند الطابو إذا ثبت دعوى لاستحقاق فيصدر حكم بإبطال سند الطابو الذى بيد المدعى عليه وتصحيح قيد الطابو باسم المستحق وإعطائه سنداً جديداً. والأصل أن التقادم لا يسرى فى مواجهة المالك المقيد، ومع ذلك يجوز لواضع اليد على العقار أن يكسب ملكيته بطريق التقادم إذا تمكن من قيده باسمه وكان يستند فى وضع يده إلى سبب صحيح كالإرث والوصية والبيع، على أن تبدأ مدة التقادم اعتباراً من تاريخ القيد.

أولا- التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى، والأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك (م٩ من قانون الشهر العقارى معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦).

ثانيا- التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عينى أصلى (م١٠ من قانون الشهر العقارى معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦).

ثالثا- حق الإرث ومصدره واقعة مادية هى وفاة المورث، والمحررات المثبتة لدين عادى على المورث (م١٣- ١٤ من قانون الشهر العقارى).

رابعا- دعاوى الطعن فى التصرف واجب الشهر ودعاوى استحقاق حق عينى عقارى أصلى ودعاوى صحة التعاقد (م١٥- ١٨ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦).

خامسا- التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م١٢ وم١٩ من قانون الشهر العقارى).

سادسا- بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية: الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما (م١١ من قانون الشهر العقارى).

ونستبعد من بحثنا هذا:

أولا- حق الإرث والمحررات المثبتة لدين على المورث، فقد سبق أن بحثنا شهر حق الإرث وفقا لقانون الشهر العقارى[١]، ووفقا لقانون السجل العينى[٢]، كما بحثنا شهر الديون التى على المورث[٣].

ثانيا- التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية، إذ أن بحثها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية فى الجزء العاشر من الوسيط.

ثالثا- بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية، أى الإيجارات إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما، فهذه قد سبق بحثها عند الكلام فى عقد الإيجار فى الجزء السادس من الوسيط.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨- فقرة ٧٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧١.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٤- فقرة ٣٩.

ويبقى إذن للبحث هنا:

أولا- التصرفات والأحكام المتعلقة بانشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله.

ثانيا- التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى أصلى.

ثالثا- الدعاوى الخاضعة للشهر.

المطلب الأول

التصرفات والأحكام المتعلقة بانشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله

١- التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٠- العقود الواجبة الشهر: تنص الفقرة الأولى من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية»(١). ويخضع هذا النص للتسجيل، لا العقود فحسب، بل أيضا التصرفات الصادرة من جانب واحد، وكذلك الأحكام النهائية.

فالعقود الواجبة التسجيل بموجب هذا النص هى:

(١) العقود المنشئة لحق عينى عقارى أصلى. مثل ذلك عقد ينشئ حق انتفاع أو حق استعمال على عقار، أو حق سكنى، أو حق ارتفاق، أو حق حكر. أما حق الملكية فلا ينشئه العقد، لأن الإنشاء معناه الإيجاد، والملكية لا توجد ابتداء إلا بالاستيلاء. والاستيلاء ليس بعقد ولا هو بتصرف قانونى، وإنما هو واقعة مختلطة، اختلطت فيه الحيازة المادية وهى عنصر مادى بارادة المستولى فى أن يتملك فى الحال وهى عنصر ارادى، ولكن العنصر

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١/٧ من المشروع). ويطابق النص فى قانون السجل العينى المادة ١/٢٦ من هذا القانون.

المادى هو المتغلب، ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية[1]. وعلى ذلك لا يعتبر الاستيلاء تصرفا قانونيا، ولا يكون واجب التسجيل.

(٢) العقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى. وعلى رأس هذه الحقوق العينية العقارية الأصلية التى ينقلها العقد حق الملكية فى العقار، وعلى رأس العقود الناقلة للملكية عقد البيع. ومن ثم كان عقد بيع العقار هو الذى يؤخذ عادة نموذجا للعقود واجبة التسجيل، وما يسرى عليه فى هذا الشأن يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية وللحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى. ومن العقود الناقلة لحق الملكية فى العقار، إلى جانب البيع، ومن ثم يجب تسجيلها، المقايضة فى العقار، والوفاء بمقابل إذا كان هذا المقابل عقارا، وهبة العقار، والشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له فى الشركة. وقد ينقل العقد حقا عينيا عقاريا أصليا آخر غير حق الملكية، فيجب تسجيله. من ذلك أن يبيع المنتفع حق انتفاعه فى العقار، أو يهب هذا الحق، أو يقدمه حصة فى شركة، أو يقدمه مقابلا لوفاء دين. وما يقال عن حق الانتفاع يقال عن حق الارتفاق، فيبيع مالك العقار حق ارتفاق مقررا لمصلحة عقاره تبعا لبيع هذا العقار، أو يهب هذا الحق مع العقار، أو يقدمه مع العقار حصة فى شركة، أو يقدمه مع العقار مقابلا لوفاء دين.

(٣) العقود المغيرة لحق عينى عقارى أصلى. ويمكن التمثيل لعقد مغير لحق الملكية على عقار، بعقد يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف، وبعقد ملكية الأسرة. كذلك يمكن التمثيل لعقد مغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة، بعقد يطيل هذه المدة أو ينقص منها. ويمكن التمثيل أيضا لعقد مغير لحق الارتفاق، بعقد يزيد فى مدى هذا الحق أو ينتقص من مداه. فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عينى عقارى أصلى، ومن ثم تكون واجبة التسجيل.

(٤) العقود المزيلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى. مثل ذلك عقد ينهى حق الانتفاع فى عقار قبل انقضاء مدته، أو عقد ينهى حق الاستعمال فى عقار أو حق السكنى قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين معقودا لمدة معينة، أو عقد ينهى حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة. هذه العقود جميعا عقود مزيلة لحق عينى عقارى أصلى، ومن ثم تكون واجبة التسجيل. ويلاحظ أن حق الملكية حق أبدى، فلا يزول ما دام الشئ المملوك باقيا، ومن ثم لا يتصور إبرام عقد ينهى حق الملكية.

١٣١ - التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر: ولم يقتصر قانون الشهر

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١.

العقارى، فى الإخضاع للتسجيل، على العقود كما اقتصر قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، بل جاوز العقود إلى التصرفات الصادرة من جانب واحد. وقد قصد بذلك أن يعالج عيبا فى قانون التسجيل كان ملحوظا، إذ أدخل فى حظيرة التسجيل تصرفين قانونيين صادرين من جانب واحد لم يكونا داخلين من قبل. وقد نص عليهما صراحة، وهما الوقف والوصية، فى المادة ١/٩ منه كما رأينا. وكانا يدخلان دون نص فى عموم لفظ «التصرفات»، ولكن المشرع أراد أن يؤكد وجوب تسجيلهما بالنص الصريح. وكذلك يدخل فى عموم لفظ «التصرفات» إنشاء المؤسسة، والتصرفات الإدارية التى من شأنها إنشاء حق عينى أصلى أو نقله. فيخضع إذن للتسجيل التصرفات الآتية:

(١) **الوقف**: وهو تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الواقف، ومن شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف، ويجعل هذا العقار غير مملوك لأحد من العباد، وينشئ حقوقا عينية فيه للمستحقين، ويجعله خاضعا لنظام خاص تقرر الشريعة الإسلامية قواعده فى كثير من التفصيل. وقد كان الوقف لا يسجل إلا فى المحاكم الشرعية قبل نفاذ قانون الشهر العقارى، ومنذ نفاذ هذا القانون أصبح واجب التسجيل فى مكاتب الشهر العقارى لأنه يدخل فى عموم التصرفات الواقعة على عقار، وبصريح النص كما سبق القول. وقد قلت أهمية الوقف بعد إلغاء الوقف الأهلى، ولم يبق الآن إلا الوقف الخيرى وهو واجب التسجيل فى مكاتب الشهر العقارى.

(٢) **الوصية**: وهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو الموصى، فإذا وقعت على عقار نقلت ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له بعد موت الموصى. وقد كان قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ يخرج الوصية بالعقار من منطقة التسجيل، لأن هذا القانون كان لا يخضع للتسجيل إلا العقود فيما بين الأحياء، والوصية ليست بعقد، وهى فوق ذلك تكسب الملكية بسبب الوفاة. فعالج قانون الشهر العقارى هذا العيب، واستعمل لفظ «التصرفات» بدلا من عبارة «العقود فيما بين الأحياء»، فدخلت الوصية فى عموم لفظ التصرفات، إلى جانب النص عليها صراحة كما سبق القول. ومن ثم يجب تسجيل الوصية إذا وقعت على عقار، وقد بسطنا فيما تقدم كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون الشهر العقارى وطبقا لقانون السجل العينى(١).

(٣) **إنشاء المؤسسة**: وتنص المادة ٦٩ مدنى على أن «المؤسسة شخص إعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام، دون قصد إلى أى ربح مادى». وتنص

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٨٥– فقرة ٨٨.

المادة ١/٧٠ مدني على أن «يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية». ويتبين من هذه النصوص أن إنشاء المؤسسة تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ينقل ملكية المال من مالكه منشئ المؤسسة إلى المؤسسة ذاتها وهي شخص اعتباري. فإذا كان المال عقارا، كان إنشاء المؤسسة تصرفا قانونيا ناقلا للملكية، ومن ثم يدخل في عموم «التصرفات» الناقلة للملكية، ويكون واجب التسجيل. ويستوى في ذلك أن يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي في حال الحياة لما قدمناه، أو يكون بوصية لما قدمناه ولأن الوصية بعقار يجب تسجيلها كما سبق القول.

(٤) **التصرفات الإدارية**: ونذكر من هذه التصرفات قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة وقرارات تقسيم الأراضي وقرارات ردم البرك والمستنقعات وقرارات طرح البحر وأكله[١].

ففيما يتعلق بقرارات نزع الملكية، رأينا[٢] أن القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ يقضي بوجوب اتباع إجراءات معينة كنزع ملكية العقار للمنفعة العامة. فيصدر قرار من رئيس الجمهورية ببيان المشروع المطلوب إعتباره من أعمال المنفعة العامة، وتحصر العقارات المطلوب نزع ملكيتها، وتعد الجهة القائمة باجراءات نزع الملكية كشوفا من واقع عملية الحصر تبين فيها العقارات التي تم حصرها، وتعرض هذه الكشوف، فإذا لم تقدم اعتراضات عليها أصبحت نهائية، ويوقع أصحاب هذه العقارات نماذج خاصة بنقل ملكيتها للمنفعة العامة. أما إذا قدمت اعتراضات، أو تعذر لأى سبب آخر الحصول على توقيع أصحاب الحقوق على النماذج الخاصة بنقل الملكية، أصدر الوزير المختص قرارا بنزع ملكية العقارات. وتودع النماذج أو القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية في مكتب الشهر العقارى المختص، ويترتب على هذا الإيداع بالنسبة إلى العقارات الواردة فيها جميع الآثار المترتبة على شهر عقد البيع، فتنتقل العقارات من ملكية أصحابها الخاصة إلى الملكية العامة.

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر في خصوص هذه التصرفات الإدارية أنها التصرفات التي تتناول حقوقا عينية عقارية كمراسيم نزع الملكية والإذن الذى تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر عملا بأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢. وفي خصوص الإذن الذى تعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات كان القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتملك الأراضي الصحراوية يقضي بحظر تملك هذه الأراضي (إلا في مناطق معينة لا يشملها الحظر تحدد بقرار وزير الحربية) إلا بإذن يصدر من وزير الحربية. وهذا الإذن كان واجب التسجيل. ثم ألغي القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤، ويقضي هذا القانون الأخير بأن تكون الأراضي الصحراوية ملكا خاصا للدولة، ويتملكها الأفراد لاستصلاحها بطريق الشراء ممارسة من الدولة (أنظر آنفاً فقرة ١٨). ويديهي أن عقد البيع الصادر من الدولة بتمليك أحد الأفراد أرضاً صحراوية يجب تسجيله، شأنه في ذلك شأن عقود البيع.

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٠.

ونرى من ذلك أن القرار الوزارى الصادر بنزع الملكية، وهو قرار إدارى ناقل للملكية، يجب شهره بطريق إيداعه فى مكتب الشهر العقارى.

وفيما يتعلق بقرارات تقسيم الأرض، نظم القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٢ باصدار قانون التخطيط العمرانى تقسيم الأراضى المعدة للبناء وخصص الفصل الثالث لأحكام تقسيم الأراضى وحظر فى المادة ١٢ تنفيذ مشروع تقسيم أو ادخال تعديل فى تقسيم معتمد أو قائم إلا بعد اعتماده وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها فى هذا القانون ولائحته التنفيذية ونصت المادة ١٣ على أن تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون المعدلات التخطيطية والقواعد والشروط والأوضاع الواجب مراعاتها فى تقسيم الأراضى وعلى الأخص فى المجالات الخاصة بنسبة المساحة اللازم تخصيصها للطرق والميادين والحدائق والمتنزهات العامة وعروض الشوارع ونسبة اشغال المبانى التى لا يجوز أن تزيد على ٦٠٪ من مساحة القطعة التى تقام عليها (م١٣)، ويصدر باعتماد التقسيم وقائمة الشروط الخاصة به قرار من المحافظ، ويترتب على صدور القرار أن تعتبر من الأملاك العامة المساحات المخصصة للشوارع والميادين والحدائق والمتنزهات العامة. (م١٦). ويلتزم المقسم بتنفيذ المرافق العامة اللازمة وأراضى التقسيم أو بأداء نفقات انشائها للوحدة المحلية وذلك وفقا للشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية. (م٢١) ويحظر على المقسم بنفسه أو بواسطة غيره الاعلان عن مشروع التقسيم أو التعامل فى قطعة أرض من أراضيه أو فى شطر منه إلا بعد أن يودع بمكتب الشهر العقارى صورة مصدقا عليها من القرار الصادر باعتماد التقسيم ومرفقاته وشهادة من الجهة الادارية المختصة بشئون التخطيط والتنظيم تثبت اتمام تنفيذه للمرافق العامة على الوجه المبين فى قرار اعتماد التقسم واللائحة التنفيذية أو أدائه نفقات المرافق العامة المذكورة أو تقديمه ضمانا مصرفيا بتكاليف تنفيذها. على أنه فى حالة التقسيم طبقا لأحكام المادة (١٧) من هذا القانون فيكتفى بتقديم صورة مصدق عليها من الموافقة على التقسيم إلى مكتب الشهر العقارى (م٢٢).

وفيما يتعلق بالبرك والمستنقعات، خول القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧٨ فى شأن التخلص من البرك والمستنقعات ومنع إحداث الحفر لوزير الاسكان بعد موافقة وزير الصحة اصدار قرارا بتحديد وسائل التخلص من البرك والمستنقعات، والاشتراطات الواجب توافرها فى كل وسيلة منها (م٣) وأجازت المادة (٥) للوحدة المحلية التخلص من البرك والمستنقعات التى لم يقم ملاكها أو واضعو اليد عليها بالتخلص منها وذلك بإحدى الوسائل التى يحددها قرار وزير الإسكان طبقا لنص المادة (٣) من هذا القانون- وعلى الوحدة المحلية فى هذه الحالة إخطار ملاك البرك والمستنقعات وواضعى اليد عليها بالطريق الادارى، بعزمها على التخلص منها فإذا تعذر إخطارهم بسبب تغيبهم أو عدم الاستدلال

على محال إقامتهم، تلصق نسخة من الإخطار بلوحة الإعلانات بالوحدة المحلية المختصة وفى مقر عمدة الناحية أو فى نقطة الشرطة. وقضت المادة (٧) على تشكيل لجنة تتولى تقدير قيمة أرض البرك والمستنقعات قبل البدء فى أعمال التخلص منها كما تتولى تقدير قيمتها بعد إتمام التخلص خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ انتهاء تلك الأعمال، ويكون التقدير نهائيا باعتماد من المحافظ المختص ويجوز لذوى الشأن الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الابتدائية الكائنة فى دائرتها البركة أو المستنقع، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ إخطارهم بإتمام أعمال التخلص (م٧) وقضت المادة ٩ باختصاص المحكمة الابتدائية الكائنة بدائرتها أرض البركة أو المستنقع بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون.

وفيما يتعلق بقرارات طرح النهر، كان القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ يقضى بتوزيع الطرح على مستحقيه من أصحاب أكل النهر على مقتضى قواعد معينة. ويكون التوزيع بقرار يصدره وزير المالية والاقتصاد. ولهذا القرار الإدارى قوة الورقة الرسمية. ويجب تسجيله دون رسم نسبى، ويؤشر به بعد تسجيله فى تكليف المالك الذى صدر القرار لصالحه. وقد قدمنا(١) أن هذا القانون قد ألغاه القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧، ثم ألغى هذا القانون بالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨، وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤. ومنذ صدور قانون سنة ١٩٥٧ استحدثت قاعدة جديدة هى تعويض أصحاب الأكل تعويضا نقديا لا تعويضا عينيا.

ثم صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ فى شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة، ونصت المادة الثالثة على أنه «فى جميع الأحوال تكون أراضى البحيرات والمساحات التى يتم تجفيفها مناطق استصلاح واستزراع، وتتولى الهيئة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف فى هذه الأراضى وفى أراضى طرح النهر، وتمارس سلطات المالك فى كل ما يتعلق بشئونها، وبالتنسيق مع وزارة الرى والموارد المائية بالنسبة لأراضى طرح النهر، وقضت المادة الثامنة من هذا القانون بالغاء كل نص يخالف أحكامه.

١٣٢- الأحكام المنشئة الواجبة الشهر: رأينا(٢) أن المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل «الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك»، أى لشئ من «التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله». وإذا فهمنا النص على هذا النحو، كانت الأحكام المثبتة لتصرف من التصرفات المشار إليها

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٩٥.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٠.

هى الأحكام الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد[1]. فالأحكام المثبتة للعقود المنشئة لحق عينى عقارى أصلى، كإنشاء حق انتفاع أو استعمال على عقار أو إنشاء حق سكنى أو حق ارتفاق أو حق حكر، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد المتعلق بإنشاء هذه الحقوق. والأحكام المثبتة للعقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى، كنقل حق الملكية أو حق الانتفاع، هى الأحكام الصادرة فى دعاوى إثبات صحة التعاقد بنقل هذه الحقوق، وعلى رأسها دعوى إثبات صحة التعاقد فى بيع العقار وهى الدعوى التى تقصد عادة إذا أطلقت عبارة «دعوى صحة التعاقد». وكذلك قل عن الأحكام المثبتة للعقود المغيرة لحق عينى عقارى أصلى، والأحكام المثبتة للعقود المزيلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى[2]. ومن ثم تكون كل هذه الأحكام النهائية واجبة التسجيل بموجب نص المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى.

وأضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فقرة ثانية إلى المادة ٦٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية نصها الآتى: «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها» كما أضاف القانون أيضا فقرة ثانية إلى المادة ١٠٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية نصها الآتى: «ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن اثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بالحاق ما اتفقوا عليه – كتابة أو شفاهة– بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق».

كما صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ومن بينها المادة ٦٥ وقضت فقرتها الأخيرة بأنه «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها».

ولكن قد يعترض على هذا الفهم بأن قانون الشهر العقارى قد خص «دعاوى صحة التعاقد» بالذكر، ولم يذكرها فى المادة ١/٩ منه، بل ذكرها فى المادة ٢/١٥ ضمن الدعاوى الواجبة التسجيل. وهذا الاعتراض لا يؤثر فى وجوب شهر الأحكام النهائية الصادرة فى دعاوى صحة التعاقد، وإنما تكون هذه الأحكام واجبة الشهر بموجب المادتين ١٥ و١٦ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون، ولكنها تكون واجبة الشهر على كل حال. ويبقى بعد ذلك، إذا اعتددنا بهذا الاعتراض، أن نحدد ما هى

---

(١) أنظر فى هذا المعنى حامد فهمى فى بحثه فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى (ص٧– ص٦٣) فقرة ٣٣– محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨١.

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٠.

الأحكام النهائية الواجبة التسجيل بموجب المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى. ولما كانت هذه المادة مأخوذة من المادة الأولى من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، فإن الرجوع إلى المادة الأولى سالفة الذكر، وهى تقول «الأحكام النهائية التى يترتب عليها شئ من ذلك»، يبين أن المقصود هو الأحكام النهائية التى يترتب عليها إنشاء حق عينى عقارى أو نقله أو تغييره أو زواله. ولا يوجد حكم ينشئ حقا عينيا عقاريا أو يغيره أو يزيله، لأن الأحكام هى فى الأصل مقررة للحقوق لا منشئة ولا مغيرة ولا مزيلة. ولكن توجد أحكام تنقل حق الملكية، فهى من ناحية تعتبر أحكاما منشئة لا أحكاما مقررة. ومن هذه الأحكام أحكام مرسى المزاد، ومنها أيضا الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة على الرأى الذى أخذت به محكمة النقض.

فأحكام مرسى المزاد فى العقار تصدر عقب انتهاء المزايدة لأول مرة، أو عقب زيادة العشر، أو عند إعادة البيع على مسئولية المشترى المتخلف، وذلك طبقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات(1). وفي جميع الأحوال يصدر حكم مرسى المزاد بديباجة الأحكام، ويشتمل منطوقه على أمر للمدين أو للحائز بتسليم العقار للراسى عليه المزاد (م٤٤٦ مرافعات). ويقوم قلم الكتاب بالنيابة عن ذوى الشأن بطلب تسجيل حكم مرسى المزاد خلال ثلاثة الأيام التالية لصدوره، ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من أوقع عليه

---

(1) أ- الحكم بايقاع بيع العقار لا تنتقل به الملكية سواء بالنسبة للراسى عليه المزاد أو بالنسبة للشركاء فى العقار أو بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيله، فان من اشترى حصة أحد الشركاء بعقد مسجل قبل تسجيل حكم ايقاع البيع أو قبل التاريخ المدنى الذى يرتد إليه أثر تسجيله ولم يختصم فى اجراءات البيع لا يحاج بالحكم ولو كان البائع له مختصما فى الدعوى وتنتقل إليه هو ملكية الحصة التى اشتراها دون الراسى عليه المزاد، ويكون له أن يطلب تثبيت ملكيته لهذه الحصة فى مواجهة المشتاعين ومن حكم بايقاع البيع عليه، حتى ولو كان المشترى الذى سبق إلى تسجيل عقده متواطئا مع البائع على الاضرار بحقوق باقى الشركاء أو الراسى عليه المزاد، لأن تواطئا مع البائع أو علمه بسبق التصرف إلى الغير لا يحول دون كسب ملكية المبيع بمقتضى عقده الذى بادر إلى تسجيله فصح سند نقل الملكية إليه.

(جلسة ١٩٨٢/١/٢٤ الطعن رقم ١٩٢٠ سنة ٥٠ق س٣٣ ص١٦٩)

ب- جعل القانون العبرة فى نفاذ التصرف الصادر من المدين أو عدم نفاذه فى حق الحاجزين عموما والراسى عليه المزاد هى بشهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإذا شهر التصرف قبل تسجيل التنبيه كان نافذا فى حق هؤلاء، أما إذا لم يشهر إلا بعد تسجيل التنبيه أو لم يشهر على الاطلاق، فانه لا يسرى فى حقه ولو كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه، وبذلك يكون تسجيل التنبيه هو الحد الفاصل بين التصرفات التى تنفذ فى حق الدائنين وبين تلك التى لا تنفذ فى حقهم أيا كان الشخص الذى يصدر منه التصرف مدينا كان أو حائزا ودون تفرقة بين الحاجزين دائنين عاديين كانوا أو من أصحاب الحقوق المقيدة.

(جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ س٢٥ ص٧٨٤)

البيع (م٤٤٧ مرافعات). ومع ذلك لا يكون حكم مرسى المزاد ناقلا للملكية، ولكنه يعتبر كاشفا عنها، فى حالتين: (١) إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته ورسا المزاد على أحد الشركاء، فإن رسو المزاد هنا يعتبر قسمة لا بيعا فيكون كاشفا عن الملكية لا ناقلا لها، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى القسمة فى الجزء الثامن من الوسيط. ويجب على كل حال تسجيل الحكم بمرسى المزاد هنا، ولكن التسجيل يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون. (٢) إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار، فإن الحائز الذى رسا عليه المزاد فى هذه الحالة يكون مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن هذه الملكية لا ناقلا لها. وتنص المادة ١٠٧٥ مدنى فى هذا المعنى على أنه «إذا نزعت ملكية العقار المرهون، ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية، ورسا المزاد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلى، ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذى رسا به المزاد أو أودعه خزانة المحكمة». وهذا لا يعفى حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة من الشهر، ولكن الشهر يكون بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، لا بموجب المادة ١/٩ من هذا القانون. والشهر هذا لا يكون بالتسجيل، وإنما يكون بالتأشير بحكم مرسى المزاد فى هامش تسجيل السند الذى تملك الحائز بموجبه العقار أصلا وفى هامش تسجيل إنذار الحائز. وتنص المادة ٤٨٨ مرافعات فى هذا المعنى على أنه «إذا رسا مزاد العقار على الحائز، لا يكون تسجيل حكم المزاد واجبا، ويؤشر بالحكم فى هامش تسجيل السند الذى تملك بمقتضاه العقار أصلا، وفى هامش تسجيل إنذار الحائز».

أما الحكم الذى يصدر بثبوت الشفعة، فقد نصت المادة ٩٤٤ مدنى فى خصوصه على ما يأتى: «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا للملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»[١]. وليس هناك شك فى أن الحكم النهائى بثبوت الشفعة يجب تسجيله حتى تنتقل الملكية من البائع إلى الشفيع، ولكن يقوم الشك فى تحديد وقت انتقال الملكية، وفيما إذا كان هذا الحكم بثبوت الشفعة ناقلا للملك أو كاشفا عنه. وسنعرض لهذه المسألة عند الكلام فى الشفعة[٢]، ويكفى هنا أن نقرر أن الرأى الذى استقر فى القضاء هو أن الحكم بثبوت الشفعة هو حكم ناقل للملك، ومن ثم يجب

---

(١) وكذلك يجب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة حتى يكون حجة على الغير، بصريح نص المادة ١/٩٤٢ مدنى إذ تقول: «... ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل».

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٢٦– فقرة ٢٣١.

تسجيله طبقا لأحكام المادة ١/٩ من قانون الشهر العقارى(١).

٢- ما يترتب على الشهر من أثر

أولا- التصرف أو الحكم قبل أن يشهر:

١٣٣- فى قانون الشهر العقارى: تنص الفقرتان ٢ و٣ من المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن»(٢). ويفهم من هذا

---

(١) محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص٢٦٦- نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٠- ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص٢٥١.

وسنرى عند الكلام فى الشفعة أنها سبب من أسباب كسب الملكية، فمتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة وأعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بها، فقد حل محل المشترى فى البيع الصادر من البائع وأصبح هذا البيع صادراً له مباشرة، فتنتقل إليه الملكية بحلوله محل المشترى وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة. فالحكم بثبوت الشفعة فى ذاته ليس إذن ناقلا للملك فى رأينا، بل هو كاشف عن ثبوت الحق فى الشفعة. فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم ناقل كما تذهب محكمة النقض. ولا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف، ناقلا كان هذا التصرف أو كاشفاً لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفا محضا كما سبق القول. وفى رأينا أنه كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجود تسجيل الحكم بالشفعة حتى تنتقل الملكية للشفيع، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى إذ تقول كما رأينا: «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وقد ورد هذا النص الخاص فعلا فى قانون السجل العينى، إذ تنص المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه «يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور».

(٢) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١/٧ من المشروع). وأضيف فى آخره فقرة جديدة تجرى على الوجه الآتى: «ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من هذه الحقوق أن يطلب قصر الشهر على القدر الذى قضى له به. كما يجوز له قصر الشهر على العقارات المقضى له بها فى جهة معينة». فإذا صدر حكم نهائى يثبت لشخص ملكية عقارات متعددة، أو يثبت له مع آخرين ملكية عقار، فانه يستطيع، عند تسجيل هذا الحكم، أن يقصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى جهة دون أخرى فيجزئ بذلك العقارات المقضى له بها، أو يقصر التسجيل على القدر الذى قضى له به دون القدر الذى قضى به لآخرين معه فيجزئ بذلك الحكم الذى قضى لمصلحته ولمصلحة آخرين معه. والظاهر أن الغرض من هذه التجزئة هو =

النص أن التصرف أو الحكم غير المسجل لا ينشئ ولا ينقل ولا يغير ولا يزيل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأصلية الأخرى، لا بالنسبة إلى الغير وليس في هذا جديد فقد كانت هذه هي القاعدة في التقنين المدني السابق، ولا بين ذوى الشأن وهذا هو الجديد فقد كان التصرف أو الحكم غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحق العيني فيما بين ذوى الشأن. فتجريد التصرف أو الحكم غير المسجل من هذا الأثر فيما بين ذوى الشأن كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم. وتوخيا للإيجاز، نمثل للتصرف أو الحكم الذى من شأنه أن ينشئ أو ينقل أو يغير أو يزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية، بعقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار. فنقتصر من التصرفات والأحكام في عمومها على عقد البيع، ونقتصر من الآثار على النقل دون الإنشاء والتغيير والإزالة، ونقتصر من الحقوق العينية العقارية الأصلية على حق الملكية دون الحقوق العينية الأخرى. وذلك لأن عقد البيع الذى من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذى يغلب وقوعه في العمل، ولأن الأحكام التى تسرى على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسرى على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التى من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية(1).

=التيسير على أصحاب الشأن، حتى لا يلزموا بدفع رسوم الشهر كاملة عن جميع العقارات المقضى بها أو عن جميع العقار المقضى به لأشخاص متعددين. وهذا يماثل ما قضى به المشروع (وقانون الشهر العقارى الحالى) من جواز قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وما قضى به المشروع من قصر شهر الحكم النهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها على حصة أحد الشركاء كما سيجئ.

هذا ويماثل قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ قانون الشهر العقارى فيما سنورده من أحكام. وانظر في أن الملكية في التقنين المدني السابق تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل العقد وفى تفضيل المشترى من المورث على المشترى من الوارث: الوسيط٤ فقرة ٢٦٨، وفى أن الملكية لا تنتقل إلى الغير إلا بالتسجيل: الوسيط ٤ فقرة ٢٦٩.

(1) التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على العقار أو نقله وإذا أجاز القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ منه تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى انما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها، ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها.

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن رقم ٩٠٧ سنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/١٦ الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٩/١/٤ الطعن رقم ٨٧٣ لسنة ٥٨ق)

فالبيع غير المسجل إذن لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير، ولا حتى فيما بين المتعاقدين. ويترتب على ذلك أن المشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يسجل(١)(1)، فلا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته على العقار المبيع، وإن كان يستطيع كما سنرى أن يرفع دعوى بصحة التعاقد أو دعوى بصحة التوقيع. ويبقى البائع مالكا للعقار المبيع(٢)(2)، ولكنه مع ذلك يلتزم

---

(١) وعلى ذلك إذا رهن المشترى، قبل أن يسجل عقد البيع، العقار المبيع، فإن الرهن يكون صادراً من غير مالك. وإذا فسخ البائع البيع لعدم استيفائه الثمن مثلا، فإنه يسترده من المشترى خاليا من حق الرهن (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٥).

(1) من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يؤدى إلى نقل ملكية العقار من البائع إلى المشترى، إذ لا تنتقل هذه الملكية إلا بإشهار الحكم النهائى الصادر بصحة البيع إما بتسجيل هذا الحكم أو التأشير بمنطوقه على هامش تسجيل الصحيفة ويكون ثبوت الملكية للمشترى من وقت اشهار ذلك الحكم وليس من تاريخ تسجيل الصحيفة، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن يمتلك حصة قدرها ٥,٢٥ط من ٢٤ط مشاعا فى أرض النزاع بالميراث عن والده وأنه اشترى حصة أخرى قدرها ١٣,٥ ط من ٢٤ط بموجب عقدى بيع قضى فى الدعويين بصحتهما ونفاذهما ولم يقم بتسجيل الحكمين أو يؤشر بهما طبقا للمادتين ١٥، ١٧ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فلم تنتقل إليه ملكية هذه الحصة ومن ثم فلا يعد مالكا لثلاثة أرباع الأرض المشاعة ولا يفيد من حكم المادة ١/٨٢٩ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩١/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٠٥٦ سنة ٥٨ق)

(2) وجوب تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد على كل حق عينى عقارى مع وجوب التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فيها فى هامش من تسجيل صحيفتها. أثره. المشترى رافع الدعوى حجية حقه على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع ابتداء من تاريخ تسجيل الصحيفة. شرطه. التأشير بمنطوق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا أو من يوم ١٩٧٦/٥/١ أيهما أطول يدل على أن المشرع أوجب تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد على كل حق عينى عقارى، وأوجب التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فيها فى هامش تسجيل صحيفتها، ورتب على ذلك أن يكون حق المشترى – رافع الدعوى – حجة على كل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع ابتداء من تاريخ تسجيل الصحيفة ودرءا لاضطراب المعاملات وعدم استقرارها وضع المشرع حدا زمنيا لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من هذا الأثر الرجعى فاشترط لاحتفاظ المشترى بهذه المزية أن يتم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا أو من يوم ١٩٧٦/٥/١ أيهما أطول، وإلا سقط حقه فى الاحتفاظ بها وزالت الأسبقية التى كانت قد تقررت له من تاريخ تسجيل صحيفة دعواه بقوة القانون، فلا يحاج بها من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع فى تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة.

(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن رقم ٤٧٩٨ لسنة ٦٢ق)

(٢) ويترتب على ذلك أن دائن البائع يستطيع التنفيذ على العقار المبيع الذى لا يزال مملوكا لمدينه، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ فى حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشترى البيع (أنظر ٥-٤ مرافعات). وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤– محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٨. =

بتسليمه للمشترى، وإذا سلمه لم يستطع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه(1). ويجرى هذا الحكم على وارث البائع، فلا يجوز له أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشترى أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إياه. ولكن إذا باع وارث البائع العقار لمشتر آخر، فإنه يكون قد باع ما يملك لأن ملكية العقار تكون قد انتقلت إليه من مورثه، فإذا سجل وارث البائع حق الإرث(2) وسجل المشترى منه عقد شرائه، فضل

= ويترتب على ذلك أيضاً أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى الذى لم يسجل عقده، فلا يستطيع هذا المشترى أن ينقل الملكية إلى مشتر منه. وقد قضت محكمة النقض بأن حق ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه. ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه، لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده. ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها. فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا، إذ من غير الممكن أن يكن له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص٧٣).

(1) فى المواد العقارية، لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء اكان ذلك فيما بين المتعاقدين ام كان فى حق الغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه فى الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها.

(جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ الطعن رقم ٧٣٤ سنة ٤٩ق س٣٤ ص١٧٥١)

(جلسة ١٩٨٦/١/١٢ الطعن رقم ١٦٨٤ سنة ٥١ق)

(2) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل، فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الارث ويكون للوارث، كما كان لمورثه، أن يبيع العقار لمشتر آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث وذلك بسبب تعادل سندات المشترين، ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان أحد المشترين قد استلم العقار المباع من البائع له، فإنه لا يجوز بعد ذلك نزعه من تحت يده وتسليمه إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك، وأن مناط الحجية المانعة من اعادة طرح النزاع فى ذات المسألة المقضى فيها أن يكون الحكم قد قطع فى مسألة أساسية بعد أن تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما استقرارا يمنع من اعادة طرحها ومناقشتها والبت فيها بحكم جديد.

(جلسة ١٩٩١/٦/٩ الطعن رقم ٣٤٢٠ لسنة ٦٠ق)

ب- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن عقد البيع العرفى لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل فإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى على ملك البائع، ويكون له أن يبيعه لمشتر آخر، إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الأول والبيع الثانى، وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضى ذلك أنه إذا تسلم أحدهما العقار من البائع تنفيذا للالتزامات =

=الشخصية التى يرتبها العقد بينهما لا يجوز معه نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشترى الآخر إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٦٨٧ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ١٤١٠ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ س٣٤ ص٧٠٣)

جـ- إذا ما تعدد المشترون فإن مناط المفاضلة بسبب اسبقية التسجيل هو أن يكون المتصرف واحدا ومحل التصرف بالبيع إلى هؤلاء المشترين عقارا واحدا، ويشترط لكى يتحقق تسجيل صحيفة دعوى التعاقد الأفضلية منذ تاريخ حصوله أن يكون المبيع المبين فى هذه الصحيفة هو بعينه الذى كان محلا للبيع وهو بذاته أيضا الذى تعلق به اتمام اجراءات تسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى أو التأشير به على هامش الصحيفة لأن أساس اجراء المفاضلة هو اتحاد العقار فى كل من المتصرف وإشهار التصرف اتحادا مستمدا من الواقع على الطبيعة.

(جلسة ١٩٨٩/١١/٢٣ الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٧٣)

د- مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع، وأن العقد الذى لم يسجل لا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه فإذا لم يسجل المشترى من المورث عقد فلا تنتقل إليه الملكية، ويبقى العقار على ملك المورث، وينتقل منه إلى ورثته، فإذا تصرف الوارث بالبيع بعد ذلك فى ذات العقار فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفا صحيحا وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد، وعلى ذلك فإن عقد البيع الصادر من كل من المورث والوارث يعتبر صحيحا إلا أنه غير ناقل للملكية ولا تكون الأفضلية إلا بعد التسجيل، ومع مراعاة أحكام شهر حق الارث المنصوص عليها فى القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ سالف الذكر.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن رقم ٧٣ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٦٠٥)

هـ- مفاد نص المادة ١٤ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى مرتبطا بنص المادة ١٣ منه وبما أورده المشرع بالمذكرة الإيضاحية لذات القانون، انه وإن كان إعمال المفاضلة فى مقام نقل الملكية لا يتم إلا على أساس الاسبقية فى الشهر طبقا للمادة التاسعة من القانون المشار إليه، إلا أن المشرع فى سبيل الحد من التزاحم بين المتعاملين مع المورث والمتعاملين مع الوارث منع شهر تصرفات الوارث قبل شهر حقه فى الارث فإذا كان الارث لم يشهر فإن المشترى من الوارث لا يستطيع الاحتجاج بعقده فى مواجهة دائنى التركة - ومنهم المشترى من المورث بعقد غير مسجل، أما إذا أشهر حق الارث فقد خول المشرع دائنى التركة - بما فيهم المشترى لعقار من المورث إذا لم يكن قد سجل عقد شرائه- وسيلة يتقدمون بها على المتعاملين مع الوارث وهى المبادرة إلى التأشير بحقوقهم فى هامش شهر حق الارث خلال سنة من حصوله، فإذا لم يؤشر الدائن بحقه إلا بعد انتهاء هذا الميعاد فإنه ينعقد الحق فى الاحتجاج بالتصرف الصادر إليه من المورث فى مواجهة المشترى من الوارث على أساس من الحماية المقررة له بموجب المادة ١٤ السالفة الذكر.

(جلسة ١٩٦٦/١١/١ الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٥٩٩)

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٣١ق س١٧ ص٢٩٥)

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ س٣٤ ص٧٠٣)

=

المشترى من وارث البائع على المشترى من المورث نفسه إذا سبق الأول الثانى فى التسجيل(١).

ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعا، فينتج آثاره عدا نقل الملكية بالفعل(1). ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع، فيلتزم بموجبه البائع بتسليم

=(جلسة ١٩٩١/٦/٩ الطعن رقم ٣٤٢٠ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨١/٢/٩ س٣٤ ص٤٦١)

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧١- ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعول عليه هو الأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية من اعتبار شخصية الوارث مغايرة لشخصية المورث، ولذلك فلا محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث لصدورهما من شخصين مختلفين. وتكون العبرة بتصرف المالك الحقيقى، إذ يكون العقد الصادر من هذا المالك هو العقد الصحيح (نقض مدنى ٢٨ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٧٩٤).

وإذا لم يسجل عقد البيع، وباع البائع العقار مرة ثانية لمشتر آخر سجل عقده، فإن ملكية العقار المبيع تنتقل من البائع إلى هذا المشترى الثانى. ويفضل هذا المشترى الثانى الذى انتقلت إليه الملكية على أى شخص تعامل مع المشترى الأول الذى يسجل عقده ولم تنتقل إليه الملكية، كمشتر من هذا المشترى الأول ولو سجل عقده قبل أن يسجل المشترى الثانى من البائع عقده (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١١٦- ٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٥٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٦).

(1) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشترى من تاريخ ابرام البيع فيمتلك المشترى الثمرات والنماء فى المنقول والعقار على السواء ما دام المبيع شيئا معينا بالذات من وقت تمام العقد يستوى فى بيع العقار أن يكون المبيع مسجلا أو غير مسجلا لأن البائع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشترى ولو لم يسجل العقد، وحتى لو كان الثمن مؤجلا وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف.

(جلسة ١٩٩١/٢/٧ الطعن رقم ٧٦٥ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٣/١١/٢٧ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٢ق)

ب- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن عقد البيع ولو لم يكن مشهر ينقل إلى المشترى - فيما عدا حق الملكية- جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة بما فى ذلك طلب تسليم العين المبيعة وطرد الغاصب منها استنادا إلى أن العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع وطرد الغاصب منها استنادا إلى أن العقد العرفى يمنح المشترى الحق فى استلام المبيع لأنه من الاثار التى تنشأ عن عقد البيع الصحيح، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بقضائه بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها من الاستئناف ... تأسيسا على أن الطاعن لم يكتسب ملكية الأرض محل النزاع لعدم شهر عقدى شرائه وأن دعواه المطروحة ترديد لدعوى الحيازة السابقة، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون، إذ كان خطؤه هذا قد حجبه عن بحث سند حيازة المطعون ضده لهذه الأرض وأحقية الطاعن فى طلب طرده منها مما يجعله فضلا عن الخطأ فى تطبيق القانون مشوبا بالقصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/١١ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/١ الطعن رقم ١١٩٦ لسنة ٥٣ق) =

المبيع إلى المشترى وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية. وينشئ جميع التزامات المشترى، فيلتزم بموجبه المشترى بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع[1]. ففيما يتعلق بالتزامات البائع، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بتسليم العقار المبيع إلى المشترى، ويجبر على التسليم حتى قبل تسجيل البيع، وتنتقل تبعة هلاك المبيع إلى المشترى بعد التسليم ولو قبل التسجيل. ويضمن البائع للمشترى التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق، فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية، وإذا سجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول ضمن البائع للمشترى الأول التعرض الصادر منه الناشئ عن استحقاق المشترى الثانى للعقار. ويضمن البائع للمشترى العيوب الخفية، وللمشترى أن يرجع بدعوى العيب الخفى على البائع حتى قبل أن يتسلم المبيع وحتى قبل أن يسجل البيع. وفيما يتعلق بالتزامات المشترى، يلتزم هذا بموجب البيع غير المسجل بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم العقار المبيع، ويستطيع البائع قبل تسجيل البيع أن يطالبه بتنفيذ كل هذه الالتزامات[2]. ويترتب على البيع غير المسجل آثار، بوصفه بيعا، فيؤخذ فيه بالشفعة، ولا يؤثر عدم تسجيله فى قابلية بيع ملك الغير للإبطال فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير وكان قابلا للإبطال[3].

=(جلسة ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٥٠ق)

جـ- إذ كان عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاما بتسليم المبيع وبالوفاء به يصبح المبيع فى حيازة المشترى له أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار، ومتى احدث المشترى بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقارا مملوكا له ملكية مصدرها واقعة البناء بماله على سبيل البقاء والقرار.

(جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ الطعن رقم ١٣٩٨ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ س٢٧ ص٤٥٣)

د- إذ كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن البيع الصادر من المورث لا ينقل إلى المشترى ملكية العقار المباع إلا بالتسجيل وإذا لم يسجل المشترى عقد شرائه بقى العقار على ملك المورث وانتقل إلى ورثته من بعده بسبب الارث ويكون للوارث، كما كان لمورثه، أن يبيع العقار لمشتر آخر إلا أنه فى هذه الحالة لا يكون ثمة محل للمفاضلة بين البيع الذى يصدر من المورث والبيع الذى يصدر من الوارث وذلك بسبب تعادل سندات المشترين ومن مقتضى ذلك أنه إذا كان المشترى الأول قد استلم العقار المباع من البائع له أو ورثته من بعده تنفيذا للالتزامات الشخصية التى يرتبها العقد، فأنه لا يجوز بعد ذلك نزع العين من تحت يده وتسليمها إلى المشترى الثانى إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك.

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٧ الطعن رقم ١٢٠١ س٤٩ ق)

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٢.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٦.

(٣) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٧. ولكن البيع المسجل لا يصلح سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير لورود نص صريح يقضى بأن يكون السبب الصحيح مسجلا (م٩٦٩/٣ مدنى).

وينشئ البيع غير المسجل بوجه خاص فى ذمة البائع التزاما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى. ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع(1)، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لابد أن يكون مقرا بصدور البيع منه وأن يكون توقيعه مصدقا عليه، من أجل ذلك كان للمشترى أن يطالب البائع بأن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد. ولا يكتفى المشترى بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عينا ونقل الملكية بالتسجيل عن طريق دعوى صحة التعاقد(١).

١٣٤- فى قانون السجل العينى: والبيع غير المقيد فى السجل العينى، عندما يكون نظام السجل العينى نافذا، هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشترى، ولا يترتب عليه من الأثر سوى الالتزامات الشخصية فيما بين البائع والمشترى. وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٢٦ من قانون السجل العينى فى هذا المعنى على ما يأتى: «ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن».

وكل ما ذكرناه فى شأن البيع غير المسجل فى قانون الشهر العقارى(٢)، يصدق

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٧٣- وفى دعوى صحة التعاقد الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤- وفى دعوى صحة التوقيع الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥.

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٣٣.

(1) أ- حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده، ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بائبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره فأنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣)

(جلسة ١٩٦٩/٤/٣ س٢٠ ص٥٧١)

ب- إن حق الملكية- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ولا يسوغ ترتيبا على ذلك لوارث هذا المشترى طلب تثبيت ملكيته للمبيع استنادا إلى قواعد الارث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه.

(جلسة ١٩٩٩/٥/١٨ الطعن رقم ٤٧٢٣ لسنة ٦٢ق)

بالنسبة إلى البيع غير المقيد فى السجل العينى. فالمشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع ما دام البيع لم يقيد فى السجل العينى(1)، ويبقى البائع مالكا للعقار المبيع، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشترى، كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية. ويلتزم المشترى، بموجب البيع غير المقيد، بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع. ويفضل المشترى من وارث البائع على المشترى من المورث نفسه، إذا سبق الأول الثانى إلى قيد عقده فى السجل العينى. ويؤخذ فى البيع غير المقيد بالشفعة، كما يؤخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل. ويبدو أن البيع غير المقيد فى السجل العينى لا يزال ينشئ التزاما بنقل الملكية فى ذمة البائع(١).

---

(١) ولكن هل يجوز تنفيذ هذا الالتزام عينا، كما يجوز تنفيذه عينا فى قانون الشهر العقارى عن طريق دعوى صحة التعاقد؟ ورد فى المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى، فى خصوص المحررات التى يجوز قبولها لإجراء تغيير فى البيانات الواردة فى السجل العينى وحصرها فى قسمين، ما يأتى: «(القسم) الأول: المحررات الموثقة الصادرة ممن يملك التصرف فى الحقوق الثابتة فى السجل. على أن الرسمية لا تعتبر ركنا فى التعاقد، ولكنها شرط جوهرى لقيد المحررات فى السجل، بحيث لا يسوغ قيدها استناداً إلى عقد عرفى ولو صدر به حكم بصحة التعاقد». والظاهر من ذلك أنه طبقا لقانون السجل العينى، يبقى عقد البيع العرفى غير المقيد منشئاً لالتزامات شخصية، ومنها الالتزام بنقل الملكية. ولكن هذا الالتزام بنقل الملكية لا يمكن تنفيذه عيناً، ونقل الملكية بالفعل، إلا إذا قيد البيع فى السجل العينى. والبيع لا يجوز قيده فى السجل العينى إلا إذا كان موثقاً فى محرر رسمى، ولا يسوغ قيد البيع العرفى فى السجل ولو صدر به حكم بصحة التعاقد. ويخلص من ذلك أن البيع العرفى غير المقيد، طبقاً لقانون السجل العينى، ينشئ التزاماً بنقل الملكية، ويلزم البائع باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقلها. ومن هذه الإجراءات أن يشارك البائع المشترى فى توثيق محرر رسمى بالبيع، حتى يمكن قيد البيع فى السجل العينى. فإن امتنع البائع عن توثيق البيع، لم يعد هناك سبيل لقيد البيع فى السجل العينى، ولوعن طريق حكم بصحة التعاقد يصدر بناء على عقد البيع العرفى. ومن ثم لا يكون أمام المشترى إلا مطالبة البائع بالتعويض، لامتناعه عن القيام بالتزامه من توثيق البيع تمهيداً لقيده فى السجل العينى. فإن أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو أنكر صحته، وجب على المشترى رفع دعوى واستصدار حكم بصحة التعاقد، ولكن هذا الحكم لا يمكن قيده فى السجل العينى كما سبق القول. وكل ما يستطيعه المشترى فى هذه الحالة، وقد ثبت صحة البيع بالحكم الصادر فى هذا الشأن، هو أن يطالب البائع بالتعويض لإخلاله بالتزامه من اتخاذ الإجراءات اللازمة لتوثيق البيع. ويكون موقف المشترى بعد صدور الحكم بصحة التعاقد هو نفس موقفه بالنسبة إلى عقد بيع عرفى لا ينكر البائع صحته. ففى الحالتين لا يستطيع المشترى، إذا امتنع البائع عن توثيق عقد البيع، إلا أن يطالب بالتعويض.

(1) إن الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى قد نصت على أن «يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه» وكانت المادة الخامسة من قرار وزير العدل رقم ٨٢٥ لسنة ١٩٧٥ الصادر باللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه قد نوهت على أن من الأعمال التى تباشرها مكاتب السجل العينى مراجعة المحررات التى قدمها أصحاب الشأن وإثبات مضمونها فى صحائف الوحدات العقارية الخاصة بها والتأشير عليها بما يفيد قيدها فى السجل العينى بحيث ينتهى الأمر فى هذا الشأن إلى اجراء القيد الأول للعقار فى السجل العينى، وكان مفاد ذلك أن هذا القيد له حجية مطلقة فى ثبوت صحة البيانات الواردة فيه فى خصوص ملكية العقار المقيد به اسم صاحبه ولو كان هذا القيد قد تم على خلاف الحقيقة باعتبار أن تلك الحجية هى =

ثانيا: التصرف أو الحكم بعد أن يشهر:

١٣٥- فى قانون الشهر العقارى: ونتخذ هنا أيضا عقد البيع المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم المسجل، لنفس الاعتبارات التى قدمناها(١). وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يسجل تبقى قائمة بعد أن يسجل البيع. فيبقى البيع بعد تسجيله، كما كان قبل تسجيله، منشئا لالتزامات فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع، ومنشئا لالتزامات فى جانب البائع هى تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويؤخذ فى البيع المسجل بالشفعة بداهة، ويصلح البيع المسجل سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير، بل أصبح البيع المسجل دون البيع غير المسجل هو الذى يصلح سببا صحيحا فى التقادم المكسب القصير فى التقنين المدنى الجديد (م٣/٩٦٩ مدنى)، ويبقى بيع ملك الغير قابلا للإبطال قبل التسجيل وبعده.

ويزيد البيع المسجل فى آثاره على البيع غير المسجل فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير. ويشترط فى ذلك أن يكون العقار وقت البيع مملوكا للبائع فلا ينقل بيع ملك الغير الملكية ولو سجل البيع(1)، وأن

=جوهر نظام السجل العينى والذى لا يتصور وجوده بدونها، وإن كان ذلك إلا أن شرط قيام القرينة القانونية القاطعة المنوة عنها والتى تفيد صحة البيانات العقارية بالقيد الأول وعدم جواز إثبات عكسها هو أن تكون بيانات القيد الأول قد استقرت صحتها وتطهرت من عيوبها إما بفوات ميعاد الاعتراض عليها دون طعن فيها من صاحب المصلحة أو بالفصل فى موضوع الاعتراض برفضه بمعرفة اللجنة القضائية المختصة إذا قدم إليها فى الميعاد المقرر وبخلاف ذلك لا يكتسب القيد الأول القوة المطلقة المنوه عنها بل يظل الباب مفتوحا للاعتراض عليه بمعرفة صاحب المصلحة أمام القضاء العادى بعد انتهاء المدة المحددة لعمل اللجنة القضائية دون حسم لموضوع الاعتراض المقدم لها فى الميعاد وهو الأمر المستفاد من أحكام المواد ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٣٩ من قانون السجل العينى سالف الذكر وأحكام الفصلين الأول والثانى من لائحة الاجراءات التى تتبع أمام اللجنة القضائية المبينة فى المادة ٢١ من القانون الأخير والصادر بها قرار وزير العدل رقم ٥٥٣ لسنة ١٩٧٦ والتى تقضى باختصاص اللجنة القضائية المشار إليها بالنظر فى الدعاوى والطلبات التى ترفع إليها خلال المدة القانونية من العمل بالقانون لإجراء تغيير فى بيانات السجل العينى، كما تبين هذه الأحكام الحالات التى يكون فيها حكم اللجنة نهائيا، وتلك التى يجوز فيها الطعن فى الحكم بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع فى دائرتها القسم المساحى، فضلا عن بيان الاجراءات التى تتبع أمام اللجنة، وأخيرا تلتزم اللجنة بالفصل فى موضوع الدعوى على وجه السرعة ولو فى غيبة أطرافها بعد التحقق من إخطارهم.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ق)

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٣.

(1) حق ملكية العقار لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتر لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشترى أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده، ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصا يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق =

يكون البيع جديا غير صورى وغير مزور، وأن يكون صحيحا فالبيع الباطل لا ينقل الملكية ولو سجل. ويستخلص ذلك من طبيعة التسجيل والمهمة التى يقوم بها، فالتسجيل فى قانون الشهر العقارى، بخلاف القيد فى قانون السجل العينى(1)، مهمته شهر المحرر على علاته. والبيع بعد التسجيل يبقى كما كان قبل التسجيل، فإن كان صادرا من غير المالك لم ينقل الملكية بالرغم من تسجيله، وإن كان صوريا أو مزورا يبقى بعد التسجيل كذلك، وإن كان باطلا يبقى بعد التسجيل على بطلانه إذ التسجيل لا يصحح البطلان. فالذى ينقل الملكية إذن، فى نظام الشهر العقارى، هو العقد ذاته وليس التسجيل(١).

ونتابع البيع المسجل فى نقله الملكية فيما بين المتعاقدين، وفى نقله الملكية بالنسبة إلى الغير:

١- البيع المسجل ينقل الملكية، على النحو الذى قدمناه، فيما بين المتعاقدين. ويترتب على ذلك أن يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا، ولو قبل أن يتسلمه من البائع. ويترتب على ذلك أيضا أنه إذا أفلس البائع بعد التسجيل وقبل تسليم

=شهرها، فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغما من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشترى مالكا إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر ما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣)

(جلسة ١٩٨٠/١١/١٨ س٣١ ص١٩١٩)

(جلسة ١٩٨٧/٦/١٦ الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٩/١/٤ الطعن رقم ٨٧٣ لسنة ٥٨ق)

(١) وتقرب محكمة النقض من ذلك إذ تقول: «إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده، وإنما تنتقل بأمرين: أحدهما أصلى أساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيهما تبعى وهو التسجيل. وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل (نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ ص١٨٣). وقرب حسن كيرة ص٩ وص١١ (وإذا جاز أن يقال إن العقد المسجل وهو الذى ينقل ملكية العقار واقعة مركبة من تصرف قانونى هو العقد ومن واقعة مادية هى التسجيل، وجب أن يقال أيضاً إن عنصر التصرف القانونى فى هذه الواقعة المركبة هو العنصر الغالب، والواقعة المركبة كالواقعة المختلطة قد يتغلب فيها عنصر على عنصر آخر).

(1) القيد بالسجل العينى. حجيته مطلقة فى ثبوت صحة البيانات الواردة فيه فى خصوص ملكية العقار المقيد باسم صاحبه ولو كان هذا القيد تم على خلاف الحقيقة. م٣٧ ق١٤٢ لسنة ١٩٦٤. اعتبار تلك الحجية هى جوهر نظام السجل العينى. شرطه. استقرار بيانات القيد وتطهرها من العيوب إما بفوات ميعاد الاعتراض دون الطعن فيها أو بالفصل فى موضوع الاعتراض برفضه بمعرفة اللجنة القضائية.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ق)

المبيع، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع. والرأى الذى استقر عليه القضاء والفقه هو أن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل، فليس لانتقالها أثر رجعى يستند إلى وقت البيع. بهذا صرحت المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقارى(١)، وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض(٢)(1). وهناك رأى معارض يذهب إلى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين

---

(١) وقد جاء فيها ما يأتى: «أما الفقرتان الثانية والثالثة من هذه المادة (التاسعة)، فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل). ولم ير إجراء أى تعديل فى نصوصها، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة النقض تفسيراً لهذه النصوص. وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها فى هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا بالتسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعى ينسحب إلى تاريخ التصرف نفسه».

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الذى يقضى برفض دعوى الشفعة بناء على أن الشفيع لم يكن مالكاً للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عقد الشراء، لا يكون مخالفاً للقانون فى نفيه الأثر الرجعى للتسجيل. وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى: «وحيث إن استناد أثر الشرط إلى الماضى.. إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه، أما قبله فلا. ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر. غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذ يعلقان اتفاقهما على شرط – أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد – يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف، فقدر أنهما لو كانا على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية. وعلى هذا التقدير أو الفرض القانونى قامت نظرية الأثر الرجعى للشرط، ولا مبرر لها فى الشرائع التى أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين، فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق. وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة، فأورد نص المادة ١٠٥ (من القانون السابق) التى قررت الأثر الرجعى للشرط فى باب التعهدات والعقود، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص فى غير هذا الباب. وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى ارادة الشارع – كشرط التسجيل لنقل الملكية– لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل، فلا انسحاب لأثره على الماضى. وحيث إنه فضلا عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل. وذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون. ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل، فى حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المتعاملين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجو إنشاؤها فى المستقبل» (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص٢٥٥– وانظر أيضا نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة ٢ رقم ١٦٤ ص٤٩٧– ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص١١٨– ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص٧٤– ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص٣٠٩).

وانظر فى تفصيل الرأى الذى استقر عليه القضاء والفقه من أنه ليس للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين: الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠– فقرة ٢٨١– وانظر فى استقرار الفقه على هذا الرأى الوسيط ٤ فقرة٢٨١ ص٥١٢ هامش١– يضاف محمد على عرفة ٢ فقرة٢٠٧ فقرة ٢٠٩ –حسن كيرة ص٩.

(1) أ– مفاد المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى – =

=وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تسجيل صحيفة الدعوى التى يرفعها المشترى على البائع بصحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع العقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشترى حجة على كل من ترتبت له من المتصرف ذاته حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى مما مؤداه أن تكون العبرة فى المفاضلة باسبقية التسجيل عندئذ هى بان يكون المتصرف واحدا، ولما كانت ملكية العقار المبيع لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، ولا يكون للمشترى الذى لم يسجل عقده أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده فإذا توصل المشترى إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر له بصحته ونفاذه رغم أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره فانه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة نقل الملكية إلى المشترى إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر ما للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده، وكان مفاد نص الفقرة الثالثة للمادة السابعة عشر من القانون المشار إليه والمستحدثة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ أنه يشترط لكى ينسحب أثر التأشير بالحكم النهائى الصادر فى دعوى صحة التعاقد إلى تاريخ تسجيل صحيفتها أن يتم ذلك التأشير، خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا أو العمل بهذا النص المستحدث أيهما أطول، مما مؤداه زوال أثر تسجيل الصحيفة إذا لم يتم التأشير بالحكم فى ذلك الميعاد.

(جلسة ١٩٨٩/١/٤ الطعن رقم ٨٧٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/١٦ الطعن رقم ١١٣٥ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٧/٢/٢٥ الطعن رقم ١٢٥٦ لسنة ٥٣ق)

ب– من المقرر – طبقا للمبادئ الدستورية المتعارف عليها – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن أحكام القوانين لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها، ولا تنعطف آثارها على ما يقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك– وأن المشرع بعد أن بين فى المادة ١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى والتوثيق الدعاوى التى يجب تسجيلها ومن بينها دعوى صحة التعاقد على حقوق عقارية، ضمن المادة ١٦ من ذات القانون حكما مقتضاه أن يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها كما نصت المادة ١٧ من القانون المشار إليه على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة فى المادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر طبق القانون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها، ومفاد ذلك أن التأشير بمنطوق الحكم الصادر فى دعوى اثبات صحة التعاقد على هامش تسجيل صحيفتها يعد إجراءً مستقلا عن تسجيل الحكم الصادر فى تلك الدعوى ولا يغنى هذا التسجيل عن التأشير المشار إليه للاحتجاج به على الغير، ولا يتقيد هذا التأشير بتسجيل الحكم، ولئن كان المشرع– لاعتبارات يراها قد اضاف إلى نص المادة ١١٦ المشار إليها فقرة جديدة بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ نصت على أن «ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام إلا أن هذا الحكم لا يسرى إلا على الوقائع التى حدثت بعد ١٩٧٦/٣/٢٣ تاريخ نفاذ ذلك القانون، أما الوقائع التى تمت قبل ذلك التاريخ فتبقى محكومة بالمادة السادسة عشر قبل اضافة هذه الفقرة إليها ذلك اعمالا للأثر الفورى المباشر للقانون، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٦/١٠ الطعن رقم ٩٩٠ لسنة ٥٣ق) =

المتعاقدين، أما بالنسبة إلى الغير[1] فليس له بطبيعة الحال هذا الأثر ولا تنتقل الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل.

ونحن نؤثر هذا الرأى المعارض، لأنه هو الرأى الذى يتفق مع طبيعة عقد البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية، وقد أسهبنا فى الدفاع عن هذا الرأى عند

= (جلسة ١٩٨٦/٥/٨ الطعنان رقما ٢٥٢٦/٢٥٠٨ لسنة ٥٢ق)

جـ- التسجيل لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على العقار أو نقله وإذا أجاز القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ منه تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى انما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها، ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها.

(جلسة ١٩٨٥/٦/٦ الطعن رقم ٩٠٧ سنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/١٦ الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ق س٣٥ ص٢١٨٢)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٨ الطعن رقم ١٣٠٥ سنة ٥٠ق س٣٥ ص١٢٠٥)

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٦ الطعن رقم ٦٧٣ سنة ٤٩ق س٣٥ ص٣١٠)

د- الأصل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- ان التسجيل لا يترتب عليه اثره من تاريخ العقد، أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، ولا يحتج على ذلك بان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ منه تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى لأن تقرير هذا الأثر ورد على سبيل الاستثناء حماية لأصحاب تلك الدعاوى وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٢٤ الطعن رقم ١٤ سنة ٣٨ق س٢٤ ص٣٢٩)

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ س٢٩ ص١٥٧٠)

(١) والمقصود بالغير كل شخص يثبت له على العقار المبيع حق عينى مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر، ويقوم هذا الشخص فعلا بشهره. فإذا باع شخص عقاراً، وقبل تسجيل عقد البيع باعه إلى مشتر ثان أو رهنه لدائن مرتهن، فلا يكفى لاعتبار المشترى الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيرا أن يتم البيع أو الرهن، بل يجب أيضا على المشترى الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له، وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن، حتى يمكن اعتبارهما من الغير. فإذا شهر كل منهما حقه على هذا الوجه، لم يجز للمشترى الأول من البائع أن يحتج عليهما بعقده إلا من وقت تسجيل هذا العقد، فإذا كان لم يسجل أو سجل بعد تسجيل البيع الثانى أو بعد قيد الرهن نفذ البيع الثانى أو الرهن فى حق المشترى الأول.

الكلام فى عقد البيع[1]. وبينا أن القول بالأثر الرجعى أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية، إذ هو الذى يفسر تفسيرا مستساغا أن ثمر المبيع ونماءه يكون للمشترى من وقت تمام البيع لا من وقت تمام التسجيل، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع كذلك (م٤٥٨). وهو الذى يفسر تفسيرا مستساغا أيضا أن البائع إذا أحدث بناء فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع يعامل معاملة البانى بسوء نية فى أرض غيره. وهو الذى يفسر تفسيرا مستساغا كذلك أنه إذا تصرف المشترى فى المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه يعتبر فى بعض الفروض فى منزلة من يتصرف فيما يملك[2].

ثم بينا أن هناك فروضا يكون فيها القول بالأثر الرجعى ليس فحسب القول الأكثر الاستساغة من ناحية الصناعة القانونية، بل هو وحده القول الحق. ونقتصر هنا على الاشارة إلى فرضين من الفروض الخمسة التى سبق أن ذكرناها. فلو فرضنا مشتريا لعقار لم يسجل عقده، وبيع عقار مجاور لهذا العقار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده، فلو أخذنا بالأثر الرجعى لاعتبر المشترى مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ولأمكنه الأخذ بالشفعة. أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى، وهذا ما فعلته محكمة النقض، فإن المشترى لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة. ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى، وإعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة[3]. ولو فرضنا أن شخصا باع دارا وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه أجر البائع الدار لشخص آخر، ثم سجل المشترى. فإذا أخذنا بالأثر الرجعى لكانت ملكية

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢– فقرة ٢٨٦.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ – وقد عقبنا على ذلك بما يأتى: «والواقع من الأمر أننا نواجه فى الأمثلة التى قدمناها الموقف الآتى: المشترى لم يسجل عقد شرائه، ولكنه حصل فعلا على المزايا التى كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع. فهو يكسب ثمرة المبيع من هذا الوقت، ويستطيع أن يتصرف فى المبيع قبل أن يسجل، ولا يستطيع البائع أن يبنى فى الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً فى أرض غيره. ونريد أن نعلل هذه المزايا. فبدلا من تعليلها التعليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشترى العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فساغ أن يحصل على المزايا المتقدمة الذكر، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص، وجانب الإغراب فى جميعها ظاهر» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣).

(٣) وقد ذكرنا تعقيباً على ذلك: «ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به، فقد كان مالكاً لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه. ولاشك فى أنه بين المالكين المتعاقبين – البائع للعقار المشفوع به والمشترى إياه– المشترى هو الباقى مجاوراً للعقار وهو الأولى بالأخذ بالشفعة، إلا إذا قيل إن الشفعة فى هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص٥٢٨).

الدار قد انتقلت إلى المشترى قبل صدور عقد الإيجار، فلا يسرى الإيجار فى حق المشترى. أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشترى إلا من وقت إجراء التسجيل، أى فى وقت تال لصدور الإيجار، فيسرى الإيجار فى حق المشترى. ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا أيضا، فلا يكون الإيجار ساريا فى حق المشترى(١).

وبينا بعد ذلك أن القول بالأثر الرجعى هو الذى يتفق مع القواعد العامة، ذلك أن مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وهو النظام المعمول به فى قانون الشهر العقارى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق. أما مهمة القيد فى نظام السجل العينى فهى نقل الحق، إذ القيد فى هذا النظام وليس العقد هو الذى ينقل الحق(٢).

---

(١) ويمكن القول أيضاً، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى، إنه لو باع شخص لآخر أرضاً زراعية بعقد ثابت التاريخ قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشترى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه، وقد يترتب على ذلك نتائج هامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص٥٢٨).

وانظر فى تفصيل الفروض الخمسة التى ذكرنا أن القول بالأثر الرجعى فيها هو القول الحق: الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤.

(٢) وقد ذكرنا بعد ذلك: «فيجب إذن، فى نظام الشهر الشخصى، أن يؤدى كل من العقد والتسجيل مهمته فى حدودها المرسومة. فينقل العقد الملكية إذ هو السبب فى نقلها، ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا المانع. ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من إعمال السبب فى الحال، والتسجيل ليس بمانع، فهمته كما قدمنا إعلان الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فهما اللذان باشراه. أما بالنسبة إلى الغير. فهناك مانع من إعمال السبب فى الحال، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهى إعلام هذا الغير بوقوع التصرف. ومن ثم لا يجوز، كأصل عام، فى نظام شهر شخصى أن يتراخى انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل، والا انتقلنا إلى نظام الشهر العينى فى ناحية منه دون أن نحتاط للنواحى الأخرى. ولكن المشرع، فى قانون التسجيل وفى قانون تنظيم الشهر العقارى، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين. يقال عادة إن هذه خطوة اراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل. ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذى ينقل الملكية. أما إذا جعل البيع هو الذى ينقل الملكية، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل، فمعنى ذلك أن التسجيل هو الذى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع. ومعنى ذلك أيضا أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين، نظام الشهر الشخصى ونظام الشهر العينى. أما ونحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانونى فى نقل الملكية، فلابد من إعمال البيع وإنتاج أثره فى الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع. وأثره هو نقل الملكية، فينبغى أن ينقلها فى الحال. ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هى مهمة التسجيل، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ =

وبينا أخيرا أن القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون، فالمادة التاسعة من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل البيع، وترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير. ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير. هذا كل ما ورد فى النص صراحة أو دلالة، ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا ما سجل البيع. فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون الشهر العقارى. فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل. وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك. ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون الشهر العقارى، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه «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». وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما فى العقار فلا تنتقل الملكية. ولا الحقوق العينية الأخرى، حتى فيما بين المتعاقدين، إلا

=وهذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - فى حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل. ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً فى ذلك، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص، ووجب القول فى الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل مطاوعة للمبادئ العامة، ولطبيعة البيع الذى لا يزال هو السبب فى نقل الملكية، ولمهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى التى لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها فى العلاقة ما بين المتعاقدين» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥). وانظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥.

وذكرنا أيضاً فى هذا المعنى: «والواقع أننا نشك كثيراً فى فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء فى نظام الشهر الشخصى. فما دمنا فى هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة. وأكبر خطر يتعرض له المشترى المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف البائع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل فى حق الغير. أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا فى نظام الشهر العينى حيث التسجيل ذاته هو الذى ينقل الملكية، فيجب إذن أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥). وانظر فى أن نفى الأثر الرجعى لم يكن من شأنه أن تبادر الناس إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره: الوسيط ٤ فقرة ٢٨٥.

بالتسجيل. ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة، فيما بين المتعاقدين، من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأن سبب نقل الملكية هو العقد»(١).

٢- والبيع المسجل ينقل الملكية، على النحو الذى قدمناه أيضا(٢)، بالنسبة إلى الغير(٣). ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير إلا من وقت إجراء التسجيل، ما فى ذلك من خلاف. والأصح أن يقال إن الملكية تنتقل بالبيع، ولكن انتقالها لا يكون نافذا فى حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل. فلو أن شخصا باع عقارا مملوكا له لمشتر تم باع نفس العقار لمتتر ثان، وسجل المتترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول، فإن المشترى الثانى يعتبر من الغير بالنسبة إلى المشترى الأول، ولا يحتج عليه بالبيع الصادر إلى المشترى الأول إلا من وقت تسجيله، أى فى وقت متأخر عن تسجيل عقده هو. ومن تم لا ينفذ فى حقه البيع الأول، وبذلك يفضل على المتترى الأول(٤). ولكن هل يشترط فى تطبيق

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٤١- وانظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٦.

(٢) أى إذا كان البيع صادراً من المالك للعقار المبيع، وكان بيعاً جدياً لا صورياً ولا مزوراً، ولم يشبه البطلان. وقد سبق أن قلنا فى هذا الصدد: «ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة. فإذا صدر تصرف من المالك، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل، ولكن المتترى من غير المالك يملك بالتقادم الخمسى إذا سجل عقده وكان حسن النية. وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧). وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أسست قضاءها بالملكية على عقد الشراء وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع عليه إلى جانب صورية عقد الشراء الآخر الصادر من البائع نفسه وانعدام أثر تسجيله، فإن ذلك تسبيب كاف لقيام الحكم (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام ص١-٧). وقضت أيضاً بأنه إذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة، فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلا. وإن المفاضلة بين عقدى بيع صادرين من مالك واحد بأسبقية التسجيل، لا تكون إلا بين عقدين صحيحين (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٠٥ ص٦٥٥).

(٣) فإذا باع المالك عقاره لمتترين متعاقبين، فأسبقهما فى التسجيل هو المالك. وإذا ادعى المتترى الآخر أنه ملك العقار بالتقادم، فعليه هو إثبات ذلك (نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٤٧ ص٩٢٩).

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتترى قد سجل عقده الذى شمل الأطيان موضوع عقد البدل المبرم بين البائع والطاعن قبل أن يسجل الطاعن صحيفة دعواه بصحة ونفاذ عقد البدل. فان ملكية هذه الأطيان تكون قد انتقلت إلى المتترى من تاريخ تسجيل عقده، ولم يعد بذلك لعقد البدل محل يرد عليه. فإذا قضى الحكم المطعون فيه، فى هذه الحالة، برفض طلب صحة ونفاذ عقد البدل، فإنه لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٧ ص٧-٨).

هذه القاعدة، وتفضيل المشترى الثانى على المشترى الأول فى الفرض الذى نحن بصدده، أن يكون المشترى الثانى حسن النية وقت أن اشترط، أى لا يعلم أن هناك مشتريا سبقه إلى شراء العقار وأن هذا المشترى لم يسجل عقده؟ عرضنا لهذه المسألة بالتفصيل عند الكلام فى البيع(١)، واستعرضنا فيها العهود الثلاثة: عهد التقنين المدنى السابق، وعهد قانون التسجيل، وعهد قانون الشهر العقارى.

ففى عهد التقنين المدنى السابق، كان الرأى الراجح هو اشتراط حسن النية فى التسجيل حتى ينتج أثره. فإذا كان المشترى الثانى الذى سجل أولا يعلم وقت أن اشترى أن هناك مشتريا سبقه إلى شراء العقار ولم يسجل عقده، فبادر هو إلى التسجيل، فإن التسجيل فى هذه الحالة لا ينتج أثره لعدم توافر شرط حسن النية، ومن ثم يفضل عليه المشترى الأول(٢).

وفى عهد قانون التسجيل، ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط فى التسجيل حسن النية، فينتج التسجيل أثره حتى لو كان المشترى الثانى سئ النية يعلم وقت أن اشترى بسبق تصرف البائع فى العقار المبيع، بل وحتى لو كان المشترى الثانى متواطئا كل التواطؤ مع البائع على حرمان المشترى الأول من الصفقة، فلا يقبل مطلقا الاحتجاج على صاحب العقد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلا بتسجيله لا بسوء نية ولا بتواطؤه مع البائع(٣).

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٧ – فقرة ٢٩٠.

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٨٨.

(٣) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص٩٧٥– ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص٢٠٧ – ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص١١٣– ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص٧٠٧– وقد قلنا فى هذا الصدد: «فارتفعت محكمة النقض بالتسجيل، بهذا الرأى الذى اعتنقته، إلى أعلى مرتبة من القوة. ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشترى الأول، الذى تواطأ البائع والمشترى الثانى على الإضرار بحقه، يصبح محروماً من الحماية. لا يستطيع هذا المشترى حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ. ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال، إن كان البائع موسراً. فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه، جاز للمشترى الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية، ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له، ويزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه.. وإذا كانت محكمة النقض، بقضائها هذا، مدفوعة إلى تحصين التسجيل من كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل فى نظام السجل العقارى، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا نزال فيه حتى اليوم. ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام يأمن بها المتعاملون من أن تضيع عليهم حقوقهم. فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً =

وفى عهد قانون الشهر العقارى، وهو العهد الحاضر، فإن محكمة النقض، بعد أن قصد واضعو قانون الشهر العقارى باغفالهم إيراد نص صريح فى هذه المسألة أن يتركوها لحكم المبادئ العامة(١)، بقيت مع ذلك مصرة على المبدأ الذى قررته فى عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل، وأنه لا يجوز الطعن فى هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية(٢). وقد بينا أن الموقف الذى نراه متفقا مع المبادئ

=دقيقاً، ثم يعوض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها. أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم، فلا نرى بدا من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشترى الأول أن المشترى الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩ – وانظر فى تفصيل ما كان القضاء يجرى عليه فى عهد قانون التسجيل: الوسيط ٤ فقرة ٢٨٩).

(١) وذلك بعد أن انتزع واضعو قانون الشهر العقارى من النصوص أقوى حجة كانت محكمة النقض تستند إليها، فقد كانت المادة الثانية من قانون التسجيل تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة، وكانت المادة الأولى من هذا القانون تغفل هذا النص فى العقود المنشئة، فسهل على محكمة النقض استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل فى العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية. فأغفل قانون الشهر العقارى النص فى المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل فى العقود الكاشفة، كما أغفل النص على ذلك فى المادة التاسعة منه فى العقود المنشئة، فلم يعد من المستطاع استخلاص عدم فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية فى طائفة من العقود دون الأخرى، وأصبح أثر التدليس فى التسجيل واحداً فى الطائفتين معاً، وموكولا أمره إلى المبادئ العامة (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠).

(٢) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص٩٤٤– ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص١١٣٨– ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص٣٥٢– ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص٥٧٢– ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٥ ص٥٨١– أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠ ص١٥٣٦ – ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص١٥٣– ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص٣٣٠. وتابع محكمة النقض كثير من الفقهاء (أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠ ص٥٥٠ هامش٢– ويضاف إلى الفقهاء المشار إليهم فى الوسيط: محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩٤– فقرة ١٩٩– حسن كيرة ص١١).

وفيما يتعلق بالدعوى البولصية قضت محكمة النقض بأنه إذا تحققت الشروط المقررة للطعن بالدعوى البولصية، فإن مؤدى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع، ويكون من حق المشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائناً بالثمن التنفيذ جبراً استيفاء لدينه. وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشترى إلى بعث عقده الابتدائى ومطالبته الحكم بصحته ونفاذه، لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشترى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى لم يسجل بوصفه دائناً للبائع، وليس للدائن فى مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذى يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨ ص١١٨٥).

وقد وصلت محكمة النقض، فى اعتناق الرأى الذى تأخذ به، إلى أبعد مدى، إذ قضت بأن المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى جاءت خلواً مما يجيز إبطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ. ومفاد=

العامة هو استبعاد الرأى الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل لتطرفه من ناحية، وكذلك استبعاد الرأى الذى أخذت به محكمة النقض من أن التواطؤ ذاته لا يبطل التسجيل لتطرفه من الناحية الأخرى(١). ويجب إذن الوقوف عند الرأى الوسط، وهو الرأى

=ذلك، على ما جرى به قضاء محكمة النقض، هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر، ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع، طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله. ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر، إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش وتواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى لعدم مراعاته للمواعيد والإجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى. ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الإدارية المحددة للإجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد. وإذا لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته، فإن الأفضلية تكون لمن سبق إلى تسجيل التصرف الصادر له، ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق. وليس لصاحب الطلب السابق، إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ، سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطأ معه إذا كان لطلبه محل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٣٩ ص٢٩٥)- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٩٨ ص٧٢٣- ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٩ ص١٥٣.

(١) وقد قلنا فى صدد الرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض: «ومهما يكن من شفيع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض.. فإنه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية، ولا تنهض به الاعتبارات العملية. أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها. فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة. فجاءت نصوص قانون الشهر خلواً من هذا التمييز، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه النصوص عن طريق الدلالة العكسية، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل، أن التدليس لا يفسد التسجيل، وقد سبق بيان ذلك. هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى. فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النيّة للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد. وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا ينفى حسن النية، فمن البديهى أن المشترى الثانى الذى تواطأ مع البائع، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الخاطر. فهو إذن سيء النية،، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشترى الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده. ثم إن المبادئ العامة، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف. والاعتبارات العلمية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى تذهب إلى محكمة النقض. فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العينى. =

الذى لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ولكنه يجعل التواطؤ مبطلا له. ذلك أن هذا الرأى الوسط يدعم نظام التسجيل، دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر. فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره. ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ، فكل تصرف يكون ثمرة التواطؤ لا يسرى تسجيله فى حق الغير، وبذلك لا تتعرض مصالح الناس للضياع عن طريق التدليس والغش(١).

١٣٦ - فى قانون السجل العينى: جميع الآثار التى يرتبها البيع قبل أن يقيد فى السجل العينى تبقى قائمة بعد أن يقيد فى هذا السجل. فيبقى البيع بعد قيده، كما كان قبل قيده، منشئا لالتزامات شخصية فى جانب المشترى هى دفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع، ومنشئا لالتزامات شخصية فى جانب البائع هى تسليم العقار المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويؤخذ فى البيع المقيد بداهة بالشفعة.

=فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العينى أحد مقوماته الجوهرية، وهو الحجة المطلقة للسند ولو طعن فيه بالتواطؤ، لنظام شهر شخصى لا تزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوزه، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون، ولا يكفل تعويض من يضار به، كما هو الأمر فى نظام الشهر العينى. يشهد بذلك من خبروا نظام الشهر القائم فى ناحيته العملية (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠). وانظر عبد الفتاح عبد الباقى فى عقد البيع ص١٧٢ - شمس الدين الوكيل فى أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل عند تزاحم المشترين لعقار واحد فى مجلة كلية الحقوق ٨ ص٦٣.

(١) أنظر فى تفصيل كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠. وقد قلنا فى توجيه الرأى الذى نذهب إليه من أن التواطؤ يفسد التسجيل: «ونستطيع أن نوجه هذا الرأى من الناحية الفنية بأحد طريقين: الطريق الأول، وهو الطريق المألوف، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا، والتسجيل لا يصححه. أو يقال إن المشترى الثانى المتواطئ مع البائع قد أضر بالمشترى الأول، فوجب عليه التعويض، وخير تعويض هو التعويض العينى، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشترى الأول، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى العقار المبيع بتسجيل سنده... والطريق الثانى، هو الطعن فى العقد المسجل بالدعوى البولصية. ونساير فى هذا الطريق محكمة النقض، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البوليصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين (أنظر الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨).. وفى الحالة التى نحن بصددها قد تركز حق المشترى الأول فى العقار المبيع، فيعتبر البائع فى حالة إعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البولصية ما دام المشترى الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته. ومن حق الدائن أن يطالب، بدلا من التعويض بالتنفيذ العينى. فيطالب المشترى الأول إذن بالتنفيذ العينى وهو تملك العقار، ويعتبر البائع فى هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تفى بتعويض المشترى الأول عن فوات تملكه للعقار. ومن ثم يجوز للمشترى الأول الطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية، فيجعله غير نافذ فى حقه، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل سنده (الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠).

ويزيد البيع المقيد فى آثاره على البيع غير المقيد فى أنه ينقل ملكية العقار فعلا من البائع إلى المشترى، وذلك فيما بينهما وبالنسبة إلى الغير. والذى ينقل الملكية هنا، بخلاف ما قررناه فى قانون الشهر العقارى، هو نفس القيد فى السجل العينى وليس عقد البيع. وقد قدمنا أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى مهمته شهر المحرر على علاته، فيبقى البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل، فإن كان باطلا يبقى على بطلانه لأن التسجيل لا يصحح البطلان، والذى ينقل الملكية فى قانون الشهر العقارى هو العقد ذاته وليس التسجيل[1] أما فى السجل العينى فالأمر يختلف، فمجرد القيد فى السجل له حجية مطلقة(1)، وهو الذى ينقل الملكية كما قدمنا. وإذا قيد البيع فى السجل العينى، لم يعد من الجائز الطعن فيه بالتزوير، ولا بأنه صادر من غير مالك. وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى تعتبر صحيحة، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس، وتصل هذه الحجية إلى حد أنه لو قيد عقد البيع فى السجل العينى فانتقلت الملكية إلى المشترى بهذا القيد، وتنص المادة ١/٣٧ من قانون السجل العينى فى هذا المعنى على أنه «يكون السجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيها»[2]. ذلك أن قانون السجل العينى يتحرى فى إجراءاته أقصى ما يمكن من الدقة حتى لا يثبت فيه من البيانات إلا ما كان صحيحا، سواء عند قيد الحقوق فى صحائفه لأول مرة، أو بعد قيدها وورود تصرفات عليها فيما بعد. ففى القيد الأول تكفلت المواد ١٠- ٢٠ من قانون السجل العينى بوضع إجراءات دقيقة لهذا القيد حتى يطابق الحقيقة بقدر المستطاع، وتكفلت المواد ٢١- ٢٥ من نفس القانون

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥.

(1) القيد بالسجل العينى حجيته مطلقة فى ثبوت صحة البيانات الواردة فى خصوص ملكية العقار المقيد باسم صاحبه ولو كان هذا القيد تم على خلاف الحقيقة. م٣٧ق ١٤٢ لسنة ١٩٦٤. علة ذلك. اعتبار تلك الحجية هى جوهر نظام السجل العينى. شرطه. استقرار بيانات العقد وتطهيرها من العيوب إما بفوات ميعاد الاعتراض دون الطعن فيها أو بالفصل فى موضوع الاعتراض برفضه بمعرفة اللجنة القضائية. عدم اكتساب القيد الأول القوة المطلقة خلاف ذلك بل يظل الباب مفتوحا للاعتراض عليه بمعرفة صاحب المصلحة أمام القضاء العادى بعد انتهاء المدة المحددة لعمل اللجنة القضائية بغير حسم لموضوع الاعتراض المقدم لها فى الميعاد. المواد ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٣٩ق ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ق)

(٢) وهذا هو مبدأ القوة المطلقة للقيد. وتقول المذكرة الشارحة لقانون السجل العينى. فى هذا الصدد: «يقضى مبدأ القوة المطلقة- وهو من المبادئ الأساسية فى نظام السجل العينى- بأنه إذا اكتسب شخص حقاً على عقار تأسيساً على قيود وتأشيرات فى السجل، فإن هذه القيود تعتبر دليلا على مشروعية الحق الذى اكتسبه فى مواجهة الغير. ويعتبر أنه اكتسب الحق من المالك الحقيقى، ويبقى له ما اكتسب حتى ولو كان اكتسابه من غير مالك. وأخذا بهذا المبدأ نصت المادة ٣٧ على أن يكون للسجل العينى قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه.

بتنظيم إجراءات تكفل التثبت من صحة البيانات الواردة بالسجل عن طريق فتح باب المعارضة فيها لجميع ذوى الشأن، والبت فيما عسى أن يقدم من الاعتراضات بواسطة لجنة قضائية يجوز استئناف أحكامها أمام محكمة الاستئناف. وعند التصرف فى الحقوق، لا يقبل فى إثبات أصل الملكية أو الحق العينى سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادة المستخرجة من السجل العينى (م٤٨ من قانون السجل العينى)، وإذا قام اعتراض رفع الأمر إلى اللجنة القضائية للبت فيه على الوجه المبين فى قانون السجل العينى. لهذا كله يكون مستساغا أن تكون للبيانات الواردة فى السجل العقارى هذه الحجية المطلقة، وهذه الحجية هى حجر الزاوية فى نظام السجل العينى كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون السجل العينى وهى تعدد مزايا هذا النظام، فتجعل على رأسها «تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل، إذ أنه بمجرد إثبات البيان فى السجل يصبح هذا البيان ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضى مواعيد الطعن المنصوص عليها فى المشروع أو الفصل نهائيا فيما قد يرفع من طعون. ذلك أن المشروع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى، ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام، ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير. وبذلك يصبح من يتعامل مع من قيد كمالك للعقار فى حماية من كل دعوى غير ظاهرة فى السجل، مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه». وكانت المادة ٣٧ من قانون السجل العينى تنص على أنه «لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل، وورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون أنه من مزايا نظام السجل العينى «حظر التملك بالتقادم، كقاعدة عامة، فى مواجهة الحقوق المقيدة بالسجل. فمن أثبت اسمه فى السجل كمالك للعقار يصبح فى مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء أى مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد، وهو أمر تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيد فى السجل. ورعاية لوضع اليد المستقر فى ظل القانون القائم، نص المشروع على طريقة القيد فى السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم، وكل ذلك على التفصيل الموضح بالمشروع»(١).

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٩٩٨/٦/٦ فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ٣٧ من قانون السجل العينى الصادر بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل وبسقوط نص المادة ٣٨ من هذا القانون.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٨ فى آخرها بالهامش.

وقد ذكرت المحكمة بأسباب الحكم أن مؤدى النص المطعون فيه، حظر تملك الحقوق العينية الأصلية من خلال قيدها بالسجل العينى إذا كان التقادم سبب كسبها، وكانت دستورية النصوص القانونية تفترض ارتباطها عقلا باهدافها بما يقيم علاقة منطقية بين الوسائل وغاياتها، وكانت المذكرة الايضاحية لهذا النص أوردت أنه لمواجهة الآتى: أولا ألا يفاجأ من يملكون الحقوق العينية الأصلية المقيدة فى السجل بآخرين ينازعونهم فيها من خلال اغتصابها عن طريق الحيازة، ثانيهما أن من يطلبون حقوقا عينية أصلية يدعون تملكها بالحيازة، يطرحون موقفا يناهض القوة المطلقة التى أثبتها السجل فلا يجوز قيدها، وكان هذان الخطران متوهمين ذلك أن الحيازة لا تتمحض غصبا فى كل صورها وأحوالها، وحتى وإن كانت كذلك، فإن الاوضاع العملية التى تستمد منها، هى التى قلبها المشرع إلى حقائق قانونية يتم التعامل على أساسها فلا تكون أوضاعها الظاهرة إلا قرين مشروعيتها، كذلك فإن التأشير الهامشى يرد عن الحيازة المخاطر التى يدعى اتصالها بها، وبمقتضاه لا تقيد الحقوق العينية الأصلية التى تنقلها الحيازة فى السجل العينى إلا بعد التأشير بدعواها على هامش صحيفة السجل للوحدة العقارية المتعلقة بها، وصدور حكم نهائى بصحتها يرتد أثره إلى تاريخ هذا التأشير، فلا يكون التغيير فى السجل بناء على التملك بالتقادم إلا فى الحدود التى يقوم فيها الدليل عليه نقيا كاملا، وأنه لما كان النص المطعون فيه قد أخل بالحماية التى كفلها الدستور لحق الملكية، ويقيم فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزا من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد فى السجل العينى وكانت تنمية الدخل القومى وفقا لنص المادة ٢٣ من الدستور لا يكفلها من أهمل أعيانا يملكها، أو تركها مواتا متخليا عنها، وإنما يرعاها من اتصل بهذه الأعيان، وبسط يده عليها لإحيائها واستثمارها، فإن النص المطعون فيه يكون مخالفا أحكام المواد ٢٣، ٣٢، ٣٤، ٤٠ من الدستور.

ونتابع هنا البيع المقيد فى السجل العينى، كما تابعنا البيع المسجل فى مكتب الشهر العقارى، فى نقله الملكية فيما بين المتعاقدين، وفى نقله الملكية بالنسبة إلى الغير.

١ – فالبيع المقيد فى السجل العينى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين. ويترتب على ذلك أن يكون للمشترى حق التصرف فى العقار المبيع باعتباره مالكا، ولو قبل أن يتسلمه من البائع. ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا أفلس البائع بعد قيد البيع فى السجل العينى وقبل تسليم العقار المبيع، جاز للمشترى أن يأخذ عين العقار المبيع من تفليسة البائع باعتباره قد أصبح مالكا له دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع. وهنا لا مجال للخلاف فى أن الملكية تنتقل للمشترى، حتى فى العلاقة بينه وبين البائع، من وقت قيد البيع فى السجل العينى لا من وقت إبرام البيع، فليس للقيد أى أثر رجعى. وإذا صح أن يقوم خلاف فى قانون الشهر

العقارى فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين[1]، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم فى قانون السجل العينى، إذ الملكية فيه تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت القيد، وليس للقيد أثر رجعى ما فى ذلك من ريب. والذى دعا للخلاف فى هذه المسألة فى قانون الشهر العقارى هو أن الملكية فيه تنتقل بالبيع لا بالتسجيل كما أسلفنا، فأمكن القول بأن الملكية تنتقل من وقت إبرام البيع فيما بين المتعاقدين، ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير. أما فى نظام السجل العينى فالملكية تنتقل بالقيد لا بالبيع كما سبق القول، فلم يعد هناك شك فى أنها لا تنتقل إلا من وقت تمام القيد، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو كان فيما بين المتعاقدين. فالقيد وحده هو الذى ينقل الملكية، وبتمامه، ومن وقت تمامه، تنتقل، حتى فيما بين المتعاقدين. وإذا كانت محكمة النقض تصر على أن الملكية فى قانون الشهر العقارى تنتقل حتى فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل كما سبق أن بينا[2]، فليس ذلك فى نظرنا إلا تعجلا لترتيب النتائج التى تستخلص من نظام السجل العينى. وقد رتبت على التسجيل ما لا يترتب إلا على القيد استباقا للحوادث، وتمهيدا لإدخال نظام السجل العينى، وتأليفا للمتعاملين على خصائص هذا النظام حتى قبل دخوله. وقد بينا أن ذلك لا يخلو من خلط بين نظامين متعارضين لكل نظام خصائصه: نظام الشهر الشخصى ونظام السجل العينى[3].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥.

(٣) أنظر آنفاً ص٢٦٦ هامش٢- ونذكر هنا، على سبيل المثال، حالتين أخذت محكمة النقض فى إحداهما بحل يتفق مع الأثر الرجعى للتسجيل وعللته بعلة أخرى، وأخذت فى الحالة الثانية وهى تطبق قانون الشهر العقارى بحل لا يتفق إلا مع السجل العينى: (الحالة الأولى) إذا بنى البائع فى الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع، فقد اعتبرته محكمة النقض فى حكم البانى بسوء نية فى أرض غيره، ولا يستقيم ذلك إلا مع القول بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين، وإن كانت محكمة النقض عللت ذلك بأن البائع ملتزم بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت البيع. وهذه الحالة لو طبق عليها قانون السجل العينى يختلف حلها، إذ لا مجال للقول بالأثر الرجعى فى هذا القانون كما بينا. فلا مناص إذن من القول بأن البائع قد بنى فى ملكه لا فى ملك غيره، ما دام أنه قد أقام البناء قبل قيد البيع فى السجل العينى. فإذا طالبه المشترى بتسليم الأرض بالحالة التى كانت عليها وقت البيع، أجبر البائع على هدم البناء وإعادة الأرض إلى أصلها. وإذا أراد المشترى استبقاء البناء، وقبل البائع منه ذلك، ولم يتفق معه على القيمة التى يدفعها، طبقت قواعد الإثراء على حساب الغير ودفع المشترى أدنى القيمتين، ما أنفقه البائع فى البناء وهو القدر الذى افتقر به أو ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء وهو القدر الذى اغتنى به المشترى. ويجوز للبائع أن يهدم البناء مع إعادة الأرض إلى أصلها، حتى لو أراد المشترى استبقاء البناء فهو لا يستبقيه إلا إذا رضى البائع بذلك. ويتبين مما قدمناه أننا هنا نطبق القواعد العامة، ولا نطبق قواعد الالتصاق. (الحالة الثانية) إذا بيع عقار مجاور للعقار المبيع وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فطلب المشترى الأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده ثم سجل العقد. فهنا لم تطبق محكمة النقض الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين، واعتبرت المشترى =

٢- والبيع المقيد فى السجل العينى ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير. ولا يكون انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بداهة إلا من وقت إجراء قيد البيع فى السجل العينى. فلو أن شخصا باع عقارا لمشتر، وقبل أن يقيد هذا المشترى عقد البيع باع البائع العقار مرة أخرى لمشتر ثان وقيد هذا المشترى الثانى البيع قبل أن يتمكن المشترى الأول من قيد عقده، فإن المشترى الثانى دون المشترى الأول هو الذى تنتقل إليه الملكية. ويكون هذا القيد صحيحا، ويحتج به على المشترى الأول، ولو كان المشترى الثانى سئ النية وقت أن اشترى أى كان يعلم بسبق تصرف البائع فى العقار، بل ولو كان متواطئا مع البائع، فان القيد فى السجل العينى لا يفسده سوء النية ولا يفسده التواطؤ لأن له حجية مطلقة كما قدمنا. وهذا بخلاف التسجيل فى قانون الشهر العقارى، فقد قدمنا[١] أنه إذا كان سوء النية لا يؤثر فى صحته فإن التواطؤ يفسده، لأن التسجيل ليست له الحجية المطلقة التى للقيد. وقد رأينا أن محكمة النقض قضت بغير ذلك، وبأن التواطؤ لا يفسد التسجيل فى قانون الشهر العقارى. وقد تعجلت محكمة النقض هنا، كما تعجلت فى نفى الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين، النتائج التى لا تستخلص إلا من نظام السجل العينى، وذلك سعيا منها دائما فى التمهيد لاتصال نظام السجل العينى. وقد كادت فى سبيل ذلك أن تعطى للتسجيل الحجية المطلقة التى للقيد، مع فرق ما بين النظامين، ومع ما فى السجل العينى من ضمانات قوية تعوز نظام الشهر الشخصى، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[٢]. ونرى أنه فى نظام السجل

=الذى يطلب الأخذ بالشفعة غير مالك للعقار المشفوع به إلا من وقت التسجيل، فلا يحق له الأخذ بالشفعة. وهذا الحل لا يستقيم إلا فى نظام السجل العينى، ففى هذا النظام لا يمكن القول بأن المشترى الذى يطالب بالشفعة أصبح بعد أن قيد عقده مالكا بأثر رجعى فيحق له الأخذ بالشفعة. ولا مناص من القول بأنه لا يملك الأرض المشفوع بها إلا من وقت قيد البيع فى السجل العينى، ومن ثم لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة. ويجب فى هذه الحالة التسليم بأن البائع للأرض المشفوع بها لا يزال مالكا ما دام عقد البيع لم يقيد، ويكون هو الذى توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة. فإن أخذ العقار المجاور بالشفعة، جاز له عندئذ أن يبيعه لمن اشترى منه الأرض أو لغيره، وجاز له أيضا أن يستبقيه لنفسه.

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥.

(٢) أنظر آنفاً ص٣٧٩ هامش٣- وهذا ما يقوله الدكتور محمود شوقى، وكان الأمين العام لمصلحة الشهر العقارى فخبر نظام الشهر الشخصى من الناحية العملية: «ولا عبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العينى، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة. إذ أن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح النهائى المرتقب، والذى يجب أن يمسك فيه السجل العينى. وهذا السجل لا يدرج فيه محرر إلا بأمر من القائم على هذا السجل، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضيا من القضاة النظاميين. أما وهذا النظام العينى المحكم لم ينفذ بعد، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصى عموما، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم» (محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص٣١٣ - ص٣١٤).

عينى إذا اقترن القيد بالتواطؤ، وطعن المشترى الأول الذى لم يقيد عقده بالدعوى البولصية فى البيع الصادر للمشترى الثانى الذى قيد عقده، فإن هذا الطعن لا يؤثر فى القيد بالرغم من اقترانه بالتواطؤ، لأن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة كما قدمنا. ولا يستطيع المشترى الأول إلا أن يرجع بالتعويض على كل من البائع والمشترى الثانى متضامنين لتواطئهما، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية. وإذا كان عقد البيع يفسده التواطؤ، فإن التواطؤ لا يفسد القيد، والملكية قد انتقلت إلى المشترى الثانى بالقيد لا بعقد البيع.

المطلب الثانى

التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى عقارى أصلى

التصرفات والأحكام الواجبة الشهر

١٣٧ – العقود الكاشفة الواجبة الشهر: تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى على أن «جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها... ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية، ولو كان محلها أموالا موروثة[1]». وقد أضاف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ فقرة أخيرة إلى المادة ١٠ على النحو الآتى: «ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة، وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك». ويخضع هذا النص للتسجيل، لا العقود الكاشفة فحسب، بل أيضا التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد، وكذلك الأحكام النهائية الكاشفة.

فالعقود الكاشفة، الواجبة التسجيل بموجب هذا النص، عقدان:

(١) **عقد القسمة**، أى القسمة بالتراضى، إذا وقع العقد على عقار: وقد قدمنا عند الكلام فى القسمة، فى الجزء الثامن من الوسيط، أنها كاشفة للحق. فإذا كان هناك عقار شائع بين عدة شركاء وأجرى الشركاء قسمته بالاتفاق فيما بينهم، كانت القسمة رضائية

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق: م١/٨ و٢ من المشروع.

ويطابق فى قانون السجل العينى المادة ٢٧ من هذا القانون.

أى عقدا أطرافه هم الشركاء فى العقار. ولما كان أثر القسمة هو إفراز حصة كل شريك فى العقار الشائع، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه، فإن عقد القسمة هذا وهو يتناول الملكية فيحولها من ملكية شائعة إلى ملكية مفرزة، يكون واجب التسجيل. وتوجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، كما رأينا، تسجيل القسمة «ولو كان محلها أموالا موروثة». والميراث هو من أهم أسباب الشيوع فى الملكية، فإذا آل عقار بالميراث إلى عدة ورثة، فإنهم يملكون هذا العقار فى الشيوع. فإذا قسموه بموجب عقد قسمة رضائية، وجب تسجيل هذا العقد. وقد كان حق الإرث غير واجب الشهر فى عهد التقنين المدنى السابق وفى عهد قانون التسجيل، ولم يصبح واجب الشهر إلا فى قانون الشهر العقارى. لذلك نبت رأى، فى عهدى التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل، يذهب إلى أنه لما كانت القسمة كاشفة عن الحق، فإن القسمة بين الورثة تكون كاشفة عن حقوقهم لا منشئة لها، ويكون سبب الملك هنا هو الإرث لا القسمة. وإذ كان الإرث غير واجب الشهر فى العهدين المشار إليهما، فإن القسمة بين الورثة، ويرجع سبب الملك فيها إلى الإرث كما قدمنا، لا تكون واجبة الشهر. وعيب هذا الرأى أنه إذا لم تشهر القسمة بين الورثة، لم يستطع الغير أن يعلم إذا كان الورثة لا يزالون باقين فى الشيوع أو أنهم قسموا التركة فيما بينهم، ولا يأمن أن يتعامل مع وارث منهم إذ لا يستطيع أن يعلم إذا كانت حصته فى التركة قد أفرزت بالقسمة أو أنها لا تزال شائعة. لذلك قضت محكمة النقض بوجوب تسجيل القسمة حتى لو كان محلها أموالا موروثة(١)، وردد قانون الشهر العقارى هذا الحكم بما نص عليه من وجوب تسجيل القسمة حتى «لو كان محلها أموالا مورثة» كما سبق القول(1).

---

(١) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص٨٢١.

(1) أ- إن المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى - إذ تنص على أن «جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الأحكام لا تكون حجة على الغير - ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للغير اعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما ان عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذا كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فإنه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته.

(جلسة ١٩٥٩/١/١٥ الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ق س١٠ ص٤٣).

ب- مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المقسم، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٥٠٣)

(جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ س٢٦ ص٣٠١) =

وأجازت الفقرة الثالثة من المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ «للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة، وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك.

وقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع فى العقار لمدة لا تزيد على خمس سنوات، فلا يجوز لأحد منهم طلب القسمة قبل انقضاء هذه المدة. ولكن هذا الاتفاق لا يسرى فى حق الخلف الخاص للشريك، كمشتر لحصة هذا الشريك الشائعة، إلا إذا سجل. فإذا سجل سرى فى حق هذا المشترى، ولا يستطيع وقد أصبح شريكا فى الشيوع مكان سلفه أن يطلب القسمة قبل انقضاء المدة المتفق على بقاء الشيوع فيها. أما إذا لم يسجل الاتفاق، فإنه لا يسرى فى حق المشترى، ويستطيع هذا أن يطلب القسمة فى أى وقت ليفرز على الأقل حصته، ولو كان ذلك قبل انقضاء المدة المتفق عليها. ولكن يشترط أن يكون المشترى حسن النية، أى أنه لا يعلم بوجود الاتفاق على البقاء فى الشيوع فإذا كان يعلم بوجود هذا الاتفاق سرى فى حقه ولو لم يسجل.

وإذا وقع فى القسمة الرضائية غبن يزيد على الخمس، جاز للشريك المغبون نقضها، إلا إذا أكمل له الشركاء الآخرون ما نقص من حصته نقدا أو عينا. ودعوى نقض القسمة فى العقار للغبن يجب تسجيل صحيفتها وتسجيل الحكم فيها، على الوجه الذى سنبينه

=جـ- الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، واما من تلقى من احد الشركاء حقا مفرزا فأنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ ان حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من ان التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالك للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة، ومن ثم فإنه لا يكون لمن اشترى جزء مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة.

(جلسة ١٩٦٤/٤/٢ الطعن رقم ٣٦٤ سنة ٢٩ق)

(جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ س٢٦ ص٣٠١)

عند الكلام فى تسجيل الدعاوى[1]. فإذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون نقدا لوقف سير دعوى النقض، وجب شهر السند المثبت لدفع التكملة نقدا، سواء كان إيصالا من الشريك المغبون أو محضرا للجلسة التى تم فيها الدفع. ويكون شهر هذا السند بطريق التأشير الهامشى، على هامش تسجيل صحيفة دعوى نقض القسمة أو على هامش تسجيل عقد القسمة نفسه، بما يفيد هذا الدفع وانقضاء الدعوى تبعا لذلك. أما إذا أكمل باقى الشركاء حصة الشريك المغبون عينا فترتب على ذلك تعديل فى أنصبة الشركاء المفرزة، فإنه يصح تحرير محضر رسمى أمام المحكمة بما جرى من التعديل فى أنصبة الشركاء، وتسجيل هذا المحضر مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة إن كان قد تم تسجيله. ويصح كذلك أن يحرر بهذه التكملة وما تستتبع من التعديل فى الأنصبة عقد بين الشركاء، ويسجل هذا العقد بالطريقة التى تم بها تسجيل عقد القسمة الأصلى، مع التأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد القسمة[2].

وفى قسمة المهايأة المكانية، إذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة فانقلبت قسمة نهائية، وجب تسجيلها عندئذ بنفس الطريقة التى يسجل بها عقد القسمة الرضائية.

(٢) **عقد الصلح**: وقد قدمنا عند الكلام فى الصلح فى الجزء الخامس من الوسيط أنه عقد كاشف للملكية، فيجب إذن تسجيله إذا وقع على عقار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى. فإذا تصالح شخصان بعقد حرراه فيما بينهما على حقوق متنازع عليها، وكان ضمن هذه الحقوق حق عينى عقارى أصلى، وجب تسجيل هذا الصلح. فإذا كان النزاع على دار وأرض، وتصالح المتنازعان على أن تكون الدار لأحدهما والأرض للآخر، وجب تسجيل عقد الصلح فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الدار، وكذلك فى مكتب الشهر العقارى الواقع فى دائرته الأرض.

وقد يتضمن الصلح حقوقا غير متنازع عليها، وفى هذه الحالة يكون له أثر كاشف بالنسبة إلى الحقوق المتنازع عليها وأثر ناقل بالنسبة إلى الحقوق غير المتنازع عليها. فإذا تنازع شخصان على دار وتصالحا على أن يختص أحدهما بالدار فى نظير أن يعطى للآخر أرضا، فهذا الصلح له أثر كاشف بالنسبة إلى الدار وأثر ناقل بالنسبة إلى الأرض. ويجب تسجيله بالنسبة إلى الدار فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته الدار طبقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، ومن ثم يحتج بتسجيله على الغير، أما فيما بين المتعاقدين فلا حاجة إلى التسجيل لأن العقد يعتبر كاشفا عن الملكية كما سنرى. وكذلك يجب تسجيله بالنسبة إلى الأرض فى مكتب الشهر الواقع فى دائرته طبقا للمادة ٩ من قانون الشهر

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ١٤٤.

(٢) أنظر فى ذلك محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص٣٢٤- ص٣٢٥.

العقارى، ولا يسرى قبل التسجيل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين لأن العقد يعتبر بالنسبة إلى الأرض ناقلا للملكية.

والحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح (jugement d'homologation) الذى تم بين الخصوم فى دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء لا يعتبر حكما إلا من الناحية الشكلية، وهو لا يخرج من الناحية الموضوعية عن كونه عقدا تم بين الخصوم فى ورقة رسمية، هى محضر الصلح، وثقها القاضى فى حدود سلطته الولائية. وقد أضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فقرة ثانية إلى المادة ١٠٣ من قانون المرافعات نصها الآتى «ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه كتابة أو شفاهة- بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق. وهذا بخلاف الحكم الاتفاقى (jugement convenu, jugement d'expédient)، وصورته أن يعمد الخصمان فى أثناء نظر الدعوى إلى الاتفاق على حسم النزاع بانزال ما يطلبه المدعى إلى قدر معين، فيعدل المدعى طلباته إلى هذا القدر، ويسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة، فلا يسع القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقضى بهذه الطلبات. والحكم الصادر على هذا النحو إنما هو فى الواقع نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى. ولكنه يختلف فى طبيعته عن الحكم الصادر بالتصديق على محضر الصلح، إذ هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية[1]. وسواء كان الحكم صادرا بالتصديق على محضر الصلح أو كان حكما اتفاقيا فإنه يجب فى الحالتين تسجيله، فيسجل فى الحالة الأولى باعتباره عقد صلح؛ ويسجل فى الحالة الثانية باعتباره حكما كاشفا عن الحق كما سيجئ.

١٣٨- التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر: ونذكر من هذه التصرفات الإقرار للغير بملكية عقار، وإقرار العقد الصادر من الغير، وإجازة العقد القابل للإبطال، وترك الحق فى التقادم.

أما الإقرار (reconnaissance) للغير بملكية عقار، فتارة يكون تصرفا إنشائيا فيجب تسجيله على أنه تصرف إنشائى بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى، وتارة يكون تصرفا كاشفا فيجب تسجيله على أنه تصرف كاشف بموجب المادة ١٠ من هذا القانون. فإذا باع شخص عقارا لشخص آخر ولم يسجل عقد البيع، وأراد المشترى أن يتصرف فى العقار بالبيع مثلا، فطولب بسند ملكيته فوجد أنه سند غير مسجل وأن البائع لا يزال مالكا للعقار، جاز لهذا البائع أو لورثته أن يوقعوا مع المشترى عند البيع الصادر من هذا الأخير

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٥ فقرة ٣٥٥.

مقرين بملكية المشترى للعقار. ويعتبر الإقرار بالملك فى هذه الحالة، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد، مخفيا لتصرف بالبيع صادر من البائع أو ورثته للمشترى، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف ناقل للملك بموجب المادة ٩ من قانون الشهر العقارى. وإذا أراد مالك فى الشيوع أن يتصرف فى جزء مفرز من العقار الشائع، ووقع العقد معه شركاؤه فى الشيوع مقرين بملكيته لهذا الجزء المفرز، اعتبر الإقرار بالملك هنا، وإن كان تصرفا صادرا من جانب واحد، مخفيا لقسمة بين الشركاء فى الشيوع نتج عنها إفراز حصة الشريك المقر له بالملك، ومن ثم يجب تسجيله على أنه تصرف كاشف عن الملك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى(١).

وإقرار العقد الصادر من الغير (confirmation) تصرف صادر من جانب واحد. فإذا باع شخص عقارا مملوكا لغيره، وأقر المالك الحقيقى هذا البيع، فإن بيع ملك الغير هنا ينقلب صحيحا بالإقرار، وتنتقل ملكية العقار للمشترى بالبيع. أما الإقرار الصادر من المالك الحقيقى فهو تصرف صادر من جانب واحد، وهو إقرار كاشف لا ناقل، ومن ثم يجب تسجيله مع البيع على أنه من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، أو التأشير به على هامش تسجيل البيع إن كان البيع قد سجل(٢). واجازة العقد القابل للإبطال (ratification) تصرف صادر من جانب واحد، وهو فى حقيقته نزول من المتعاقد عن التمسك بحقه فى إبطال العقد، فينقلب العقد صحيحا بهذه الإجازة. فإذا باع قاصر عقارا مملوكا له، وعند بلوغه سن الرشد أجاز العقد، فإن ملكية العقار تنتقل إلى المشترى بالبيع. أما الإجازة فهى تصرف صادر من جانب واحد، مثلها فى ذلك مثل إقرار بيع ملك الغير فى الفرض المتقدم. ومن ثم يجب تسجيل الإجازة مع البيع لتكون حجة على الغير، وتسجل على أنها من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، أو يؤشر بها على هامش تسجيل البيع إن كان قد سجل(٣).

---

(١) انظر محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص٣٣٢- ٣٣٣- وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان مفاد إقرار صادر من المورث أن الأطيان التى اشتراها باسمه هى فى حقيقتها ملك لوالده وثمنها مدفوع من ماله الخاص، فإن هذا الإقرار ليس إلا تصرفا مقرراً للملكية لا منشئا لها، ويكون حجة على ورثة هذا المورث بغير حاجة إلى تسجيل وفقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص١١٨).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن إجازة الورثة لوصية ليست منشئة للحق، حتى يسند التمليك إلى الوارث. وعلى ذلك فإذا كان الإقرار الوارد بعقد صلح أبرم بين الورثة إنما هو إجازة من الابن لوصية صادرة من المورث للزوجة والبنت فى حدود ثلث التركة لكل منهما، فهو إقرار مقرر صادر من الابن لهما، ولا يلزم تسجيل عقد الصلح الذى تضمن هذا الإقرار (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص١٢٦).

(٣) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص١٧- ٦٣ فقرة ٢٠- وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٧.

وترك الحق فى التقادم (renonciation) تصرف صادر من جانب واحد، وهو فى حقيقته نزول من الخصم عن حقه فى التمسك بالتقادم. فإذا حاز شخص عقارا المدة الواجبة للتملك بالتقادم، فانه لا يملك العقار بالتقادم إلا إذا تمسك به. فإذا نزل عن حقه فى التمسك بالتقادم، فان العقار يبقى على ملك مالكه الأصلى، وسبب الملك هنا هو السبب الأصلى الذى تملك به هذا الملك، عقدا كان أو ميراثا أو وصية أو غير ذلك. أما النزول عن التقادم فهو تصرف كاشف صادر من جانب واحد، وقد كشف به الحائز للعقار عن أن المالك الأصلى للعقار لا يزال مالكا له. فإذا صدر هذا النزول من الحائز فانه لا يسرى فى حق الغير إلا إذا سجل باعتباره من التصرفات الكاشفة بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى. وعلى ذلك لو تمت مدة التقادم المكسب لملكية العقار، ونزل الحائز عن التمسك بالتقادم ولم يسجل هذا النزول، ثم باع هذا العقار باعتباره مالكا إياه بالتقادم لشخص آخر، جاز للمشترى أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة البائع له (م٣٨٧ و٩٧٣ مدنى)، ولا يحتج عليه بنزول البائع عن التقادم لأن هذا النزول لم يسجل[١].

١٣٩- الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر: رأينا[٢] أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى توجب تسجيل «الأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية». ويمكن القول هنا، كما قلنا، فى الأحكام المنشئة واجبة التسجيل[٣]، أن الأحكام الصادرة بصحة التعاقد فى عقدى القسمة والصلح الواقعين على عقار هى أحكام مثبتة لوقوع عقد القسمة أو لوقوع عقد الصلح، ومن ثم تكون أحكاما كاشفة عن حق عينى عقارى أصلى. فيجب إذن تسجيلها باعتبارها أحكاما كاشفة، بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى. وقد أضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فقرة ثانية إلى المادة ١٠٣ من قانون المرافعات نصها الآتى: «ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن اثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من حقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة - بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق». ولكن قد يقال هنا أيضا إن قانون الشهر العقارى قد خص «دعاوى صحة التعاقد» بالذكر فى المادة ٢/١٥ منه ضمن الدعاوى واجبة الشهر وكذلك الأحكام النهائية الصادرة فى هذه الدعاوى بموجب المادة ١٦ منه، فهى إذن تسجل بموجب هاتين المادتين لا بموجب المادة ١٠.

---

(١) انظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص١٧- ص٦٣ فقرة ٢٢- وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٧٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٧.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢.

ولكن يبقى بعد ذلك، عدا أحكام صحة التعاقد، أحكام كاشفة لا تتصل بعقود سابقة، بل هى تكشف بذاتها عن حقوق عينية عقارية أصلية، فيجب إذن تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى. ونذكر من هذه الأحكام الحكم الصادر فى القسمة القضائية، والحكم الاتفاقى، والحكم بارساء المزاد على الشريك، والحكم بارساء المزاد على الحائز للعقار.

فالقسمة إذا كانت قسمة قضائية عقارية تتم بحكم هو الذى يكشف عن حقوق المتقاسمين، ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم باعتباره حكما كاشفا وذلك بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى. ولا تخضع عريضة دعوى القسمة للشهر، لأن هذه الدعوى ليست من الدعاوى الواجب شهرها بموجب المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى، وإنما يجب شهرها بموجب المادة ١٠ من هذا القانون كما قدمنا.

وقد رأينا[١] أن الحكم الاتفـــاقى (jugement convenu, jugement d'expédient) (وهو حكم يتفق عليه الخصمان وذلك بالاتفاق على تعديل طلبات المدعى، فيسلم المدعى عليه بالطلبات المعدلة، ويصدر الحكم بالقضاء بهذه الطلبات. فالحكم إذن نتيجة صلح بين الخصمين واتفاق، ولذلك سمى بالحكم الاتفاقى. وهذا الحكم هو حكم حقيقى صدر من القاضى فى حدود سلطته القضائية، فإذا كان محله ملكية عقار كان حكما كاشفا عن حقوق عينية عقارية أصلية، ووجب تسجيله على هذا الاعتبار بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى.

ورأينا[١] كذلك أنه إذا بيع العقار الشائع لعدم إمكان قسمته، ورسا المزاد على أحد الشركاء، فإن رسو المزاد يعتبر قسمة لا بيعا. ويجب تسجيل حكم مرسى المزاد فى هذه الحالة، ولكن تسجيله يكون على اعتبار أنه حكم كاشف، فيتم بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى.

ورأينا كذلك[٣] أنه إذا رسا مزاد العقار المرهون على الحائز لهذا العقار، فإن هذا الحائز يعتبر مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلى، ويكون حكم مرسى المزاد كاشفا عن الملكية لا ناقلا. ومن ثم يجب تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه حكم كاشف، ويتم التسجيل بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٣٧.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٣٢.

أما الحكم الصادر فى دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن، فهو لا يدخل ضمن الأحكام الكاشفة الواجب تسجيلها بموجب المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى، ولكن يدخل ضمن الأحكام الصادرة فى دعاوى الغرض منها الطعن فى تصرف هو عقد القسمة، فيجب تسجيل صحيفة الدعوى بموجب المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقارى، ويجب التأشير بالحكم بموجب المادة ١٦ من نفس القانون كما سيجئ.

٢ - ما يترتب على الشهر من أثر

أولا- التصرف أو الحكم قبل أن يشهر:

١٤٠- فى قانون الشهر العقارى: تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى معدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أن «جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية. يجب كذلك تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير»(١).

يسرى هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها أموال موروثة.

ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد على القسمة أن يطلب قصر التسجيل على حصته ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على نصيبه فى قسم أو ناحية معينة، وعلى المكتب الذى تم فيه التسجيل أن يخطر مكاتب الشهر التى تقع بدائرتها باقى العقارات موضوع القسمة للتأشير بذلك.

ونتخذ القسمة نموذجا للتصرفات والأحكام الكاشفة، كما اتخذنا البيع نموذجا للتصرفات والأحكام المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المنهية، وذلك لنفس الاعتبارات(٢).

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١/٨ من المشروع). وانظر آنفاً فقرة ١٣٧- وأضيف فى آخر المادة ٨ من هذا المشروع الفقرتان ٣و٤ الآتيتان: «ويجوز للشريك الذى حصل على حكم نهائى بالقسمة أو بصحة التعاقد عليها أن يطلب قصر الشهر على حصته، ما لم يترتب على هذا الشهر إنهاء حالة الشيوع. كما يجوز له قصر شهر الحكم على نصيبه فى جهة معينة، وعلى المكتب الذى تم فيه الشهر أن يخطر مكاتب الشهر الواقع بدائرتها باقى الأعيان موضوع القسمة للتأشير بذلك. وتنظم اللائحة التنفيذية طريقة الإخطار وميعاده والجهات التى يحصل بها التأشير».

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٣.

والذى يفهم من النص سالف الذكر أن القسمة، رضائية كانت أو قضائية، إذا لم تسجل، فإنها تنتج مع ذلك أثرها فيما بين المتقاسمين، ولكنها لا تكون حجة على الغير. وقد قضت محكمة النقض، تطبيقا لذلك، بأنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسوم، وبأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة(١)(1). والسبب فى أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو كانت غير مسجلة أنها تكشف عن ملكية الشريك المفرزة دون أن تنشئها، والكشف عن الملكية المفرزة فيما بين المتعاقدين أمر يقع بمجرد حصول القسمة لأن القسمة هي ذاتها التى تكشف عن ذلك. ولا محل لتراخى هذا الأثر إلى وقت تسجيل القسمة، لأن التسجيل مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى مجرد إعلام الغير بوقوع القسمة حتى تدخل فى حسابهم عند التعامل مع الشركاء فى العقار الذى انتهى فيه الشيوع بالقسمة. وهذا هو الذى يعلل أيضا أن القسمة لا تكون حجة على الغير إلا من وقت تسجيلها، فقبل التسجيل يفترض أن الغير لا يعلم بالقسمة، فمن حقه أن يتعامل مع الشركاء فى العقار باعتبار أنه باق على الشيوع.

ويترتب على أن القسمة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ولو لم تسجل أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الأخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه. فلو وضع أحد الشريكين يده على العقار، كان للشريك الآخر أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة بالذات التى وقعت فى نصيبه، وليس له أن يحاسبه على غلة الحصة المفرزة التى لم تقع فى نصيبه بل وقعت فى نصيب شريكه. ولو آجر أحد الشريكين الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه يعتبر الإيجار صادرا من مالك، لأن المستأجر لا يعتبر من الغير فتكون القسمة نافذة فى حقه ولو قبل تسجيلها. أما إذا أجر الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب شريكه، فإن الإيجار يعتبر صادراً من غير مالك. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم إذ قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له، وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفى الخصومة فى دعوى القسمة، وإن كان واجبا بالنسبة إلى الغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من

---

(١) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص٥٠٣.

(1) مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تقسيمها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من اجزاء العقار المقسم، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.
(جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ س٢٦ ص٣٠١)

بينهم المستأجر لأنه صاحب حق شخصى، فإن هذا الذى قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٦(١). والجار الملاصق لأحد جانبى العقار المقسوم لا يعتبر هو أيضا من الغير لأنه ليس له حق عينى على هذا العقار، فتنفذ القسمة فى حقه ولو قبل تسجيلها، ولكل من الشريكين أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة، كما أن له أن يحتج بهذه القسمة غير المسجلة على كل منهما. فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه، لم يجز للشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الغربى الأخذ بالشفعة ولو لم تكن القسمة قد سجلت. ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر، بالنسبة إلى الجار الملاصق، غير مالك للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه، فلم يعد جارا ملاصقا حتى يصح له الأخذ بالشفعة، ويستطيع الجار أن يتمسك عليه بالقسمة غير المسجلة(٢). والذى يأخذ بالشفعة فى هذه الحالة هو الشريك الذى وقع فى نصيبه القسم الشرقى، لأنه هو الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه.

ولا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير. والغير هو كل من تلقى حقا عينيا على العقار وهو لا يزال شائعا وقام بشهر عقده طبقا للقانون، وذلك كمن اشترى قبل القسمة من أحد الشركاء فى الشيوع حصته الشائعة وقام بتسجيل عقد البيع. فإذا باع شريك، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها، حصته شائعة فى العقار المقسوم، وسجل المشترى البيع قبل أن تسجل القسمة، لم يجز للشركاء أن يحتجوا عليه بالقسمة لأنها لم تسجل قبل تسجيل البيع(٣)، ويكون للمشترى طلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة، وله أن يطلب إجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعا فى حقه وقد أصبح شريكا على الشيوع فيه(٤). أما المشترى لجزء مفرز قبل القسمة، فلا يعتبر من الغير لأنه

---

(١) نقض مدنى ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء ٢ ص٨٥٥.

(٢) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص٤٠٩- ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص٨٥١.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الغرض من تسجيل القسمة لإمكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها، حتى يكون فى استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف إليه من أحد المتقاسمين ما إذا كان العقار موضوع التصرف قد وقع فى القسمة فى نصيب المتصرف أو لم يقع (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص٤١٢).

(٤) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص٨٢١- ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص١٣٧٥- ولكن يجوز للمشترى فى هذه الحالة أن يتمسك بالقسمة غير المسجلة فى مواجهة الشركاء، إذ أن القسمة غير المسجلة وإن لم يجز للشركاء أن يحتجوا بها عليه يجوز له هو أن يحتج بها عليهم. وعلى ذلك يجوز للمشترى أن يعند بهذه القسمة، =

لم يثبت له حق عينى على العقار الشائع قبل قسمته. وقد قضت محكمة النقض بأن الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة. وأما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فإنه لا يعتبر غيرا، ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة، إذ أن حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ مدنى من أن التصرف الذى انصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين، ويترتب عليها فى شأنه ما يترتب عليها فى شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة. ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة إلى ذلك الجزء ذاته، طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه إلى النصيب الذى اختص به البائع له بموجب تلك القسمة(١).

= ويستولى على حصة الشريك البائع التى أفرزت بموجب القسمة غير المسجلة. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان تسجيل القسمة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه، فإنه يكون له أن يرتضى القسمة التى تمت، ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص٤٣).

(١) نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨١ ص٥٠٣- وانظر أيضا نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٨٤ ص١١٧٢:- وقد قضى هذا الحكم بأنه إذا كان التصرف فى الجزء المفرز لاحقا لإجراء قسمة لم تسجل، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين: (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف فى نصيبه الذى خصص له فى القسمة، وفى هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشترى، ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها، إما على أساس أنه لا يعتبر من الغير لأنه قد بنى حقه على أساس القسمة التى تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما، وإما على أساس أنه بشرائه الجزء المفرز الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها. (الثانى) أن يقع التصرف على جزء مفرز غير الجزء الذى اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة- فى هذه الحالة لا يتلقى المشترى حقه على أساس القسمة إذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له، وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم إجراء القسمة، ومن ثم فإن المشترى إذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر فى هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التى تمت، ويكون له إذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب إجراء قسمة جديدة. وقد قضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا اقتسم شريكان أرضا واختص كل منهما بجزء مفرز منها، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفرز، فإن المشترى لهذا النصيب لا يعتبر «غيرا» بالمعنى الفنى، فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة وأن الأرض لا تزال =

١٤١- في قانون السجل العيني: ويختلف حكم التصرف الكاشف غير المقيد في قانون السجل العيني عن حكم التصرف الكاشف غير المسجل في قانون الشهر العقاري، إذ قد نصت المادة ١/٢٧ من قانون السجل العيني على أنه «يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم». وهذا الحكم طبيعي، فإن القيد في قانون السجل العيني، بخلاف التسجيل في قانون الشهر العقاري، هو الذى ينشئ الحقوق العينية أو يكشف عنها، وليس للتصرف أثر في ذلك. فإذا لم يقيد التصرف في السجل العيني، لم يكن له من أثر غير إنشاء التزامات شخصية بين ذوى الشأن. وإذن يكون حكم القسمة غير المقيدة في السجل العيني هو نفس حكم البيع غير المقيد في هذا السجل، فلا تكون هذه القسمة بما تكشف عنه من حقوق عينية حجة على الغير ولا فيما بين ذوى الشأن.

=على الشيوع، وأنه بشرائه النصيب المفرز قد أصبح مالكا على الشيوع (نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص٤٣).

ويخلص من أحكام محكمة النقض ما يأتي: (١) إذا باع شريك، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل تسجيلها، حصة شائعة في العقار المقسوم، اعتبر المشترى من الغير في القسمة، فلا يحتج عليه بها إذا كان قد سجل سنده قبل تسجيل القسمة. (٢) إذا باع شريك قبل القسمة جزءا مفرزاً من العقار الشائع، لم يعتبر المشترى من الغير في القسمة، ويحل فيها محل الشريك البائع له، فيخلص له الجزء المفرز الذى اشتراه ذاته إذا وقع هذا الجزء في نصيب البائع له، أما إذا لم يقع فإن حقه ينتقل إلى الجزء المفرز الذى وقع في نصيب البائع له. (٣) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها الجزء المفرز الذى وقع في نصيبه بالقسمة، لم يعتبر المشترى من الغير في القسمة، لأنه بنى حقه على أساس القسمة التي تمت وارتضى شراء الجزء المفرز الذى وقع في نصيب البائع له. (٤) إذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها جزءاً مفرزاً لم يقع في نصيبه، اعتبر المشترى من الغير في القسمة، ولا يحتج عليه بها إذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة، وله إذا لم يرتض القسمة أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة.

وإذن يجب التمييز بين ما إذا كان الشريك قد باع حصته على الشيوع، أو باع جزءاً مفرزاً من العقار الشائع. فإذا باع حصته على الشيوع، فإن المشترى لهذه الحصة الشائعة يعتبر دائما من الغير، سواء اشترى قبل القسمة أو بعدها، لأنه قد ثبت له حق عيني على العقار الشائع، فإذا سجل البيع قبل تسجيل القسمة لم يجز الاحتجاج عليه بالقسمة. أما إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من العقار الشائع، فإذا كان البيع سابقا على القسمة لم يعتبر المشترى من الغير وحل محل الشريك البائع له في الجزء المفرز الذى يخلص لهذا الشريك بالقسمة. وإذا كان البيع تاليا للقسمة وكان واقعاً على نفس الجزء المفرز الذى خلص بالقسمة للشريك البائع، فإن القسمة تسرى في حق المشترى، ويعتبر أنه قد ارتضى شراء هذا الجزء المفرز. وإذا كان البيع واقعا على غير الجزء المفرز الذى خلص للشريك البائع، فإن القسمة لا تسرى في حق المشترى، وله أن يعتبر نفسه مالكا في الشيوع وأن يطلب إجراء قسمة جديدة.

أنظر في كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٥٨٤ في القسمة والتسجيل.

ويخلص من ذلك أن القسمة غير المقيدة فى السجل العينى لا تكون حجة على الغير، وكل ما قلناه فى هذا الصدد فى شأن القسمة غير المسجلة بالنسبة إلى الغير فى قانون الشهر العقارى[1] ينطبق هنا. فتحديد ما هو الغير فى قانون السجل العينى هو نفس تحديده فى قانون الشهر العقارى. وإذا باع شريك، قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل قيدها فى السجل العينى، حصة شائعة فى العقار المقسوم، كان المشترى من الغير. فإذا قيد سنده قبل قيد القسمة لم يحتج عليه بها. وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة وإجراء قسمة جديدة، إذ لا يزال العقار شائعا ما دامت القسمة لم تقيد. أما المشترى لجزء مفرز من العقار الشائع، فسواء اشترى هذا الجزء المفرز قبل القسمة أو بعدها، وإذا اشترى بعد القسمة فسواء اشترى نفس الجزء المفرز الذى وقع فى نصيب البائع له بالقسمة أو اشترى جزءا مفرزا آخر، فإن القسمة غير المقيدة لا تكون قد أفرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه، سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر، لأن القسمة غير المقيدة لا تفرز العقار المشاع بأى حال. وعلى ذلك يعتبر المشترى للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال فى الشيوع، وتسرى عليه أحكام المادة ٢/٨٢٦ مدنى وتنص على ما يأتى: «وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف، انتقل 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».

وكذلك لا تنتج القسمة غير المقيدة فى السجل العينى أثرا فى إفراز العقار الشائع، حتى فيما بين المتقاسمين، وهذا بخلاف القسمة غير المسجلة فى قانون الشهر العقارى فقد قدمنا أنها تنتج جميع آثارها فيما بين المتقاسمين بالرغم من عدم تسجيلها. ويترتب على أن القسمة غير المقيدة فى السجل العينى لا تنتج أثرها فى إفراز العقار المقسوم فيما بين المتقاسمين أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ولم تقيد القسمة، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر لا يزال مالكا فى الشيوع. وإذا أجر أحد منهما حصة مفرزة، ولو كانت نفس الحصة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة غير المقيدة، كان حكم إيجاره هو حكم إيجار حصة مفرزة صادر من مالك على الشيوع. وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه، وكانت القسمة لم تقيد، جاز لأى من الشريكين أو لكليهما أن يأخذ بالشفعة، لأنهما لا يزالان مالكين على الشيوع للأرض المشفوع بها ما

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٠.

دامت القسمة لم تقيد فى السجل العينى، فهما يملكان على الشيوع كلا من القسم الشرقى والقسم الغربى.

ثانيا- التصرف أو الحكم بعد أن يشهر:

١٤٢- فى قانون الشهر العقارى: ونتخذ هنا أيضا عقد القسمة المسجل نموذجا للتصرف أو الحكم الكاشف المسجل. وغنى عن البيان أن جميع الآثار التى ترتبها القسمة قبل أن تسجل تبقى قائمة بعد أن تسجل القسمة. فتبقى القسمة بعد تسجيلها، كما كانت قبل تسجيلها، منتجة لجميع آثارها فيما بين المتقاسمين.

وتزيد القسمة المسجلة فى آثارها على القسمة غير المسجلة فى أنها تكون حجة على الغير. وقد سبق تحديد ما هو الغير، وكيف لا تكون القسمة غير المسجلة حجة عليه(١)، ولا نزيد هنا على أن نقول إنه فى جميع الفروض التى لا تكون فيها القسمة غير المسجلة حجة على الغير، تكون حجة عليه إذا ما سجلت، ومن وقت هذا التسجيل. فإذا باع شريك بعد القسمة وقبل تسجيلها عقارا كان شائعا قبل القسمة، وكان العقار المبيع لم يقع بالقسمة فى نصيب الشريك البائع، ولكن القسمة سجلت قبل تسجيل البيع، فإن الشريك الذى وقع فى نصيبه بالقسمة العقار المبيع يستطيع أن يحتج بالقسمة على المشترى، ومن ثم لا يعتد بالبيع الصادر لهذا المشترى. ويكون تسجيل القسمة صحيحا حتى لو كان المتقاسم الذى وقع العقار فى نصيبه سئ النية، إذ أن سوء النية لا يفسد التسجيل، وإنما يفسده التواطؤ على الخلاف الذى بسطناه عند الكلام فى تسجيل البيع(٢).

١٤٣- فى قانون السجل العينى: إذا قيدت القسمة فى السجل العيني، فإنها تنتج جميع آثارها فى إفراز العقار المقسوم، سواء كان ذلك بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتقاسمين. ويلاحظ أن القيد فى السجل العينى له حجية مطلقة ليست للتسجيل فى قانون الشهر العقارى، وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك(٣). فإذا قيدت القسمة فى السجل العينى، لم يعد من الجائز الطعن فيها بالتزوير، ولا بأنها صادرة من غير مالك. وجميع البيانات الواردة فى السجل العينى فى شأن القسمة المقيدة فيه تعتبر صحيحة، ولها حجية مطلقة فى حق جميع الناس. ولا يفسد القيد فى القسمة، كما لا يفسد القيد فى البيع، لا سوء النية ولا التواطؤ(٤).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٣٦.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ١٣٦.

فالقسمة المقيدة تكون حجة على الغير، فإذا باع الشريك بعد القسمة وقبل قيدها عقارا شائعا، ووقع هذا العقار بالقسمة فى نصيب هذا الشريك، وقيدت القسمة قبل أن يقيد البيع، احتج الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار المبيع بالقسمة المقيدة على المشترى لهذا العقار. ومن ثم يبقى هذا الشريك مستأثرا بالعقار، ويرجع المشترى على الشريك البائع بضمان الاستحقاق.

والقسمة المقيدة تنتج أثرها فى إفراز العقار الشائع فيما بين المتقاسمين، وكانت قبل قيدها لا تنتج هذا الأثر كما سبق القول[1]. فإذا قسم عقار شائع بين شريكين وقيدت القسمة، اعتبر كل منهما بالنسبة إلى الآخر مالكا للحصة المفرزة التى وقعت فى نصيبه بالقسمة. وإذا آجر هذه الحصة كان الإيجار صادرا من مالك، أما إذا آجر الحصة المفرزة التى وقعت فى نصيب الشريك الآخر كان الإيجار صادرا من غير مالك. وإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتسماها، فاختص أحدهما بالقسم الشرقى من الأرض والآخر بالقسم الغربى، وقيدت القسمة فى السجل العينى، وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه، فإن الشفيع هنا يكون صاحب القسم الشرقى لأنه أصبح مالكا بالقسمة المقيدة للأرض الملاصقة للأرض المشفوع فيها. ولا يجوز لصاحب القسم الغربى أن يأخذ بالشفعة، لأنه لم يعد مالكا إلا لهذا القسم بعد أن قيدت القسمة، وهو غير ملاصق للأرض المشفوع فيها.

المطلب الثالث

الدعاوى الخاضعة للشهر

١ – أنواع الدعاوى الخاصة للشهر

١٤٤ – دعاوى الطعن فى التصرفات الواجبة الشهر: تنص الفقرة الأولى من المادة ١٥(1) من قانون الشهر العقارى على أنه «يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤١.

(1) نص المادتان ١٥، ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ يدل على أن المشرع استقصى الدعاوى الواجب شهرها وهى جميع الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف القانونى الذى يتضمنه المحرر واجب الشهر وجودا أو صحة أو نفاذا وكذلك دعاوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد وجعل التأشير بهذه الدعاوى أو تسجيلها يكون بعد اعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة ورتب على تسجيل الدعاوى المذكورة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم =

الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع. فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر، تسجل تلك الدعاوى»(١).

وقد صدر القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأضاف إلى كل من المادتين ٦٥، ١٠٣ من قانون المرافعات فقرة جديدة نصها الآتى:

مادة ٦٥ فقرة ثانية- «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية - إلا إذا أشهرت صحيفتها»

مادة ١٠٣ فقرة ثانية- ومع ذلك فإذا كان طلب الخصوم يتضمن إثبات اتفاقهم على صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية، فلا يحكم بإلحاق ما اتفقوا عليه - كتابة أو شفاهة- بمحضر الجلسة إلا إذا تم شهر الاتفاق المكتوب أو صورة رسمية من محضر الجلسة الذى أثبت فيه الاتفاق.

=يؤشر به طبق القانون فيكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولما كان الثابت ان التحكيم ليس من قبل الدعاوى التى هي سلطة مخولة لصاحب الحق فى الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو لحمايته، كما أن مشارطة التحكيم لا تعد من قبيل التصرفات المنشئة أو الكاشفة لحق عينى عقارى أصلى أو من قبيل صحف الدعاوى، وانما هي مجرد اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم ولا يتضمن مطالبة الحق أو تكليفا للخصوم بالحضور أمام هيئة التحكيم، مما مفاده أن مشارطة التحكيم لا تكون من قبيل التصرفات أو الدعاوى الواجب شهرها وفقا لأحكام المادتين ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى وإن سجلت أو أشر بها لا يترتب على ذلك أن الحق المدعى به إذا تقرر بحكم المحكمة وتأشر به أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل مشارطة التحكيم لأن هذا الأثر يتعلق بالدعاوى فقط، لما كان ذلك، وكان الثابت بالحكم الابتدائى الذى تأيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأول باشر اجراءات التنفيذ قد أشهر حق اختصاصه بأن قيده فى ١٩٦٤/٦/١٠ برقم ٣١١٥ على العقارات المنتفعة عليها وكانت الطاعنة «المعترضة» قد سجلت عقد شرائها من المدين والحكم الصادر من الحكمين بصحة ونفاذ عقد البيع فى ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ أى أن المطعون عليه الأول قيد حق اختصاصه بتاريخ سابق على تسجيل الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المشار إليه ولا عبرة فى ذلك بتاريخ تسجيل مشارطة التحكيم على ما سلف البيان، ولا يغير من ذلك قول الحكم المطعون فيه أن حكم المحكمين لم يسجل إلا ضمن أوراق تسجيل عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٥٥/١٢/٢٥ وذلك فى ١٩٦٤/٧/١٥ برقم ٣٧٤١ فى حين أن حكم المحكمين قد سجل، لأن النعى فى هذا الخصوص بعد أن تبين أن قيد الاختصاص سابق على تسجيل حكم المحكمين يضحى غير منتج.

(جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ الطعن رقم ٩٣٥ لسنة ٤٤ق س٣١ ص١٧٠٧)

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١/١٣ من المشروع).

كما صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وتضمن تعديل المادة ٦٥ من قانون المرافعات وقضت فقرتها الأخيرة بأنه «لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها».

والمحررات واجبة الشهر التى يجب التأشير فى هامش تسجيلها بما يقدم ضدها من دعاوى الطعن هى المحررات التى تتضمن تصرفات ناقلة (أو معدلة أو منهية) للحقوق العينية العقارية الأصلية(١) وعلى رأسها عقد البيع، أو تصرفات منشئة لهذه الحقوق وعلى رأسها العقد المنشئ لحق انتفاع أو لحق ارتفاق، أو تصرفات كاشفة عن هذه الحقوق وعلى رأسها عقد القسمة.

أما دعاوى الطعن فى هذه التصرفات التى يجب التأشير بها أو تسجيلها فهى الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف، أو فى صحته، أو فى نفاذه.

فالدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف نوعان: (١) دعاوى تنكر وجود التصرف منذ البداية، وهذه هى دعاوى الطعن ببطلان التصرف لسبب من أسباب البطلان المطلق (كانعدام الأهلية وفقد التمييز وعدم مشروعية المحل أو السبب)، ودعاوى الطعن بصورية التصرف فيكون التصرف فى هذه الحالة لا وجود له منذ البداية(٢). (٢) دعاوى لا تنكر وجود التصرف منذ البداية ولكنها تهدف إلى فسخه أو إلى إلغائه. ويدخل فى هذه الدعاوى: دعاوى الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته، ودعاوى الانفساخ إذا كان العقد قد انفسخ من تلقاء نفسه لشرط فى العقد يقضى بذلك أو لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، ودعاوى الرجوع فى الهبة لعذر مقبول وعدم وجود المانع من الرجوع، ودعاوى حل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء لسبب يسوغ الحل (م١/٥٣٠ مدنى) أو انحلالها بسبب طلب أحد الشركاء إخراجه من الشركة لسبب معقول إذا كانت الشركة معينة المدة (م٢/٥٣١ مدنى).

والدعاوى التى تطعن فى صحة التصرف يتدرج تحتها: (١) جميع دعاوى إبطال التصرف، لسبب نقص فى الأهلية أو عيب فى الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. (٢) دعوى نقض القسمة الرضائية، إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس (م٨٤٥ مدنى). أما إكمال باقى الشركاء حصة الشريك المغبون

---

(١) وكذلك الحقوق العينية العقارية التبعية كما فى عقد الرهن، والدعوى التى يؤشر بها فى هامش قيد الرهن هى دعوى شطب الرهن. وهذه مسألة خاصة بالحقوق العينية التبعية، فلا شأن لنا بها هنا.

(٢) والطعن فى العقد بالصورية، كما إذا طعن البائع لعقار فى عقد البيع بالصورية، يؤول إلى دعوى استحقاق للعقار المبيع، فيجب إذن شهر الدعوى إما باعتبارها دعوى طعن بالصورية أو دعوى استحقاق (أنظر ما يلى فقرة ١٤٦).

نقدا أو عينا، فقد سبق بيان كيفية إجراء شهره[1]. وأما دعوى تكملة الثمن بسبب غبن يزيد على الخمس فى بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، فهذه، إذا قضى فيها بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (م٤٢٥مدنى) ولم يف المشترى بالتزامه من دفع تكملة الثمن، تؤول إلى دعوى فسخ ويجب شهرها كسائر دعاوى الفسخ، وقبل هذا الشهر «لا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع» (م٢/٢٤٦ مدنى).

والدعاوى التى تطعن فى نفاذ التصرف يتدرج تحتها: (١) الدعوى البولصية، وهى الدعوى التى يرفعها الدائن طالبا فيها عدم نفاذ تصرف المدين فى حقه إذا توافرت فى هذا التصرف شروط معينة (م٢٣٧مدنى). (٢) دعوى عدم نفاذ الوصية فى حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة. ويلحق بها دعوى عدم نفاذ بيع المريض مرض الموت (أو تصرفه بوجه عام) فى حق ورثته فيما يزيد على ثلث التركة (م٤٧٧ مدنى)، وقبل شهر هذه الدعوى لا يسرى الحكم فيها «إضرارا بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة» (م٤٧٨ مدنى)[2].

ويخلص مما تقدم أن دعاوى الطعن فى التصرفات واجبة الشهر، والتى يجب التأشير بها أو تسجيلها، تشتمل على الدعاوى الآتية: (١) دعوى الطعن ببطلان التصرف. (٢) دعوى الطعن بصورية التصرف. (٣) دعوى المطالبة بفسخ التصرف. (٤) دعوى تقرير انفساخ التصرف[3]. (٥) دعوى الرجوع فى الهبة. (٦) دعوى حل الشركة وانحلالها. (٧)دعوى الطعن بابطال التصرف. (٨) دعوى نقض القسمة الرضائية للغبن. (٩) الدعوى البولصية. (١٠) دعوى عدم نفاذ الوصية أو عدم نفاذ تصرف المريض مرض الموت فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة.

١٤٥- دعاوى صحة التعاقد: تنص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٣٧.

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ١٨٨.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن الأحكام الصادرة بفسخ وجب حتما بحكم القانون، أو وقع نتيجة لشرط فاسخ صريح أو ضمنى، واجبة التسجيل باعتبار أنها أحكام مقررة. وعلى ذلك إذا فسخ عقد البيع المسجل الصادر من مورث الطاعنين إلى المطعون ضده الثانى قد قضى به ضمنا فى الحكم الصادر برفض دعوى البائع بالمطالبة بباقى الثمن، وكان هذا الحكم لم يسجل، فان المبيع يبقى فى ملكية المشترى ولا تعود ملكيته للبائع (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص١٩٦).

حقوق عينية عقارية»(١). ودعوى صحة التعاقد لم تكن مذكورة فى قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، ولكن العمل ابتدعها بخاصة فى عقد البيع تحت اسم «دعوى صحة ونفاذ العقد» منذ صدور هذا القانون، ليواجه بها امتناع البائع عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل عقد البيع، وبخاصة التصديق على إمضائه فى الورقة العرفية المثبتة لعقد البيع. فإذا ما صدر الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (réalisatin, constatation de le vente)، جعل منه المشترى سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل، إذ هو يثبت وقوع البيع صحيحا نافذا، فيجوز إذن للمشترى أن يسجل هذا الحكم باعتباره سندا قاطعا على وقوع البيع، ولا يحتاج فى تسجيله إلى تدخل البائع، ومتى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع(٢)(1). بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك، وغل يد البائع عن التصرف

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى صحة التعاقد تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية، حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها. وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته، وهل كان له عذر فى هذا الامتناع أو لم يكن. ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب بطلان العقد، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذه (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩٤ ص٥٧٧). ويدخل أيضا بحث ما إذا كان العقد صوريا صورية مطلقة، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص٤٨٦).

(1) أ- أن النص فى المادة ٢/١٥ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى على أن «يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» وفى المادة ١٦ منه على أن «يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى، أو فى هامش تسجيلها»، وفى المادة ١/١٧ منه على أن «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة، أو التأشير بها، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها» وفى الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من القانون ذاته المضافة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ الذى تقرر العمل بأحكامه اعتبارا من ١٩٧٦/٥/١ على أن «ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية، أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول» يدل على أن المشرع أوجب تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد على كل حق عينى عقارى، وأوجب التأشير بمنطوق الحكم النهائى الصادر فيها فى هامش تسجيل صحيفتها، ورتب على ذلك أن يكون حق المشترى - رافع الدعوى - حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع ابتداءً من تاريخ تسجيل الصحيفة، ودرءاً لاضطراب المعاملات وعدم استقرارها وضع المشرع حدا زمنيا لا يجوز بعده لصاحب الشأن أن يستفيد من هذا الأثر الرجعى، فاشترط لاحتفاظ المشترى بهذه المزية أن يتم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بالصحة والنفاذ خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته =

=نهائيا أو من يوم ١٩٧٦/٥/١ أيهما أطول، وإلا سقط حقه فى الاحتفاظ بها وزالت الأسبقية التى كانت قد تقررت له من تاريخ تسجيل صحيفة دعواه بقوة القانون، فلا يحاج بها من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع فى تاريخ لاحق لتسجيل الصحيفة.

(جلسة ٢٠٠١/٦/٥ الطعن رقم ٤٧٩٨ لسنة٦٢ق)

ب- المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - المعروفة بدعوى صحة التعاقد ... هو تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية وإذ كان التسجيل لا يترتب عليه أثر إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء أو نقل حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار، وكان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى إذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ تسجيل صحف دعاوى التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبق القانون انسحاب أثر الحكم إلى تاريخ صحيفة الدعوى (م١٧) انما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحائفها ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها فإن تسجيل المشترى صحيفة دعواه قبل أن يسجل المشترى الآخر من ذات البائع عقده لا تنتقل به الملكية إلى المشترى الأول الذى سجل صحيفة دعواه ولا يحول دون الحكم فيها بصحة عقد المشترى الآخر، إذ يتوقف نقل الملكية على التأشير بالحكم وفق القانون.

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ الطعن رقم ٦٣٦ س٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/٢٢ الطعن رقم ١٦١١ لسنة ٥٣ق س٣٦ ص٦٣١)

جـ- دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى موضوعية تنصب على حقيقة التعاقد فتناوله فى نفاذه ومداه وصحته، وعقد البيع بوصفه من العقود المتبادلة يرتب بين عاقديه التزامات متقابلة منها التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى والتزام هذا الأخير بدفع الثمن فإذا لم يقم بالوفاء به جاز للبائع أن يدفع الدعوى بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه المذكور ويتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية، فإن استبان عدم الوفاء بالثمن كله أو بعضه كانت الدعوى غير مقبولة.

(جلسة ١٩٨٤/٥/٦ الطعن رقم ١١٧٧ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص١١٠٤)

د- دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل ملكية المبيع إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية ولا يجاب المشترى إلى طلبه، إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر فى الدعوى ممكنين ويترتب على ذلك أنه إذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية لمشترى ثان، وسجل هذا التعاقد قبل أن يتمكن المشترى الأول من التسجيل أصبح تنفيذ الالتزام البائع بنقل ملكيته إلى المشترى الأول غير ممكن عينا وتحول حق المشترى إلى تعويض.

(جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص٥٠٨)

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ الطعن رقم ١١٢٠ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٣١٠)

هـ- دعوى صحة ونفاذ عقد البيع هى دعوى استحقاق مآلا يقصد بها تنفيذ التزامات البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقل الملكية، فيتعين عند الفصل فيها بحث ما عسى أن يثار من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه، ولا يجاب المشترى إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى =

فى العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد، وذلك بأن يسجل المشترى صحيفة دعوى صحة التعاقد، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أشر المشترى به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى، فيصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ فى حق المشترى. وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه من ذلك، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى استحقاق مآلا حتى تجعلها خاضعة للشهر كدعاوى الاستحقاق التى ذكرها صراحة قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣(١). وجاء قانون الشهر العقارى مؤيدا للعمل والقضاء، فنص صراحة كما رأينا فى المادة ٢/١٥ على أنه «يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية».

وأضاف القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩١ فقرة ثانية إلى المادة ٦٥ من قانون المرافعات

=يصدر له فى الدعوى ممكنين.

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٤٣ق س٣٢ ص٢٢٥٦)

(جلسة ١٩٧٩/١١/١٥ الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٣ ص٣٧)

(جلسة ١٩٧٥/٢/٢٥ الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٤٧٨)

(جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص١١٣٥)

ز- موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشترى ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ذلك أنه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١١٣٧)

(جلسة ١٩٦٨/٤/٣٠ الطعن رقم ١١٣ سنة ٣٣ق س١٩ ص٨٨١)

(جلسة ١٩٦٧/١/٥ الطعن رقم ٥ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٩٢)

ح- تمسك المطعون ضدها- البائعة- بأن عقد البيع موضوع الدعوى مزور عليها. عدم تقديم الطاعنة - المشترية- هذا العقد لاتخاذ اجراءات الطعن بالتزوير عليه بمقولة أنه مودع بمكتب الشهر العقارى دون أن تقيم الدليل على استحالة سحبه أوتطلب تمكينها من اثبات ذلك. قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول دعوى الطاعنة بصحة ونفاذ البيع تأسيسا على عدم تقديمها له دون عذر مقبول. كفايته لحمل قضائه. إثبات الحكم المستأنف اطلاعه على عقد بيع مقدم من الطاعنة ومذيل بتوقيع منسوب صدوره إلى المطعون عليها. لا أثر له. علة ذلك. تعييب الحكم المطعون فيه فى هذا الشأن جدل مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره، عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض.

(جلسة ٢٠٠٠/٤/١٩ الطعن رقم ٢٣٩٠ لسنة ٦٣ق)

(١) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص١٦٣- وانظر الأحكام الأخرى الصادرة من محكمة النقض بعد ذلك فى هذا المعنى فى الوسيط ٤ فقرة ٢٥٩ ص٤٥٤ هامش١.

نصها الآتى «ولا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا شهرت صحيفتها» ورتب على تسجيلها كما جاء فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة هذه الدعوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليها فى الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول.

ودعوى صحة التعاقد، على الوجه التقدم الذكر، أكثر ما ترفع فى خصوص مطالبة المشترى بالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع، وهو عقد ناقل للملكية. ولكن لا يوجد ما يمنع من رفعها فى خصوص المطالبة بالحكم بصحة ونفاذ أى عقد آخر غير البيع، سواء كان هذا العقد ناقلا أو منشئا لحق عينى عقارى آخر غير حق الملكية كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، أو كان كاشفا عن حق عينى. فيجوز رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد المقايضة أو عقد الهبة أو عقد الشركة أو عقد الوفاء بمقابل يكون عقارا أو عقد ينقل حق الانتفاع من المنتفع إلى غيره (بيع حق الانتفاع)، أو عقد ينشئ حق ارتفاق، أو عقد يكشف عن حق الملكية العقارية كعقد القسمة أو عقد الصلح.

ويخلص إذن مما تقدم أن جميع دعاوى صحة التعاقد، على النحو الذى أسلفناه، يجب تسجيل صحائفها إذا وقعت على حقوق عينية عقارية، كما هو صريح نص المادة ٢/١٥ من قانون الشهر العقارى فيما قدمناه.

١٤٦- دعوى الاستحقاق العقارية: تنص العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال»(١).

والأصل فى دعوى الاستحقاق العقارية أن تكون المطالبة فيها بحق ملكية العقار دون الحقوق العينية الأخرى. ولا تطلق دعوى الاستحقاق (action en revendication) بمعناها المألوف على الدعوى العينية التى يطالب فيها المدعى بحق عينى عقارى آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق. غير أن النص سالف الذكر يوجب «تسجيل

---

(١) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (العبارة الأولى من الفقرة الثانية من المادة ١٣ من المشروع).

دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها». فهذا النص الواسع يشمل فى نظرنا الدعاوى الآتية:

١ – دعوى الاستحقاق العقارية بمعناها المعروف، وهى الدعوى التى يطالب فيها بملكية عقار. ولا يقصد هنا بدعوى الاستحقاق هذه الدعوى على اطلاقها، أى الدعوى التى يرفعها المالك الحقيقى على الحائز لاسترداد عقاره. فإن هذه الدعوى إذا سجلت وقضى للمالك الحقيقى بملكيته للعقار، كان الحكم حجة على من اشترى العقار من الحائز ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق، لأنه يكون قد اشترى من غير مالك. وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التى يرفعها المالك على الحائز فى الأحوال التى يكون فيها تصرف الحائز فى العقار نافذا فى حق المالك، كدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى. فدعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر يجب تسجيل صحيفتها، أو التأشير بها على هامش تسجيل حق الإرث الذى قام به الوارث الظاهر. فإذا باع الوارث الظاهر العقار لمشتر حسن النية وسجل المشترى عقد شرائه قبل شهر صحيفة دعوى الاستحقاق، لم يسر الحكم بالاستحقاق فى حق المشترى. أما إذا شهرت صحيفة دعوى الاستحقاق قبل تسجيل البيع الصادر من الوارث الظاهر، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى فى حق المشترى من الوارث الظاهر، ويكون حجة عليه. ودعوى الصورية التى يرفعها البائع بعقد صورى ضد المشترى منه يجب تسجيل صحيفتها، أو التأشير بها على هامش تسجيل عقد البيع الصورى. فإذا باع المشترى فى العقد الصورى العقار لمشتر آخر حسن النية، وسجل هذا المشترى الآخر عقد شرائه قبل شهر دعوى الصورية، لم يسر الحكم بالصورية فى حق المشترى من المشترى بعقد صورى. أما إذا شهرت دعوى الصورية قبل تسجيل البيع الصادر من المشترى فى العقد الصورى، فإن الحكم بالاستحقاق يسرى فى حق المشترى من المشترى بعقد صورى ويكون حجة عليه(١).

٢ – دعوى استحقاق أى حق عينى آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق. وتسمى هذه الدعوى بدعوى الإقرار بحق عينى (action confessoire)، إذا طالب فيها شخص بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقار الغير. فيجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى، أو التأشير بها على هامش تسجيل سند ملكية الغير المطالب بحق الانتفاع أو

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص٤٦٦ هامش٢ – وقارن حسن كيرة ص١٤ – أنور سلطان فى البيع فقرة ١٧٤ ص١٩٨ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٣-٢ ص٣٠٥ – سليمان مرقس فى الإيجار فقرة ١٢٢ ص٥-٢ هامش٣ – وفى البيع والإيجار فقرة ٢١١ ص٢٨٦ هامش١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ١٩٤ ص٣٥٥.

حق الارتفاق على عقاره. فإذا أنشأ المالك لهذا العقار نفس حق الانتفاع أو نفس حق الارتفاق لشخص آخر، وسجل هذا الأخير سند إنشاء حقه قبل شهر صحيفة دعوى الإقرار بالحق العينى وكان حسن النية، لم يكن الحكم الصادر لمصلحة المدعى فى دعوى الإقرار بالحق العينى حجة عليه. أما إذا شهرت صحيفة الدعوى قبل تسجيل سند الإنشاء، فان الحكم يكون حجة على من كسب حق الانتفاع أو حق الارتفاق مرة ثانية ولو كان حسن النية.

٣- وإلى جانب دعوى الإقرار بحق عينى توجد دعوى إنكار الحق العينى (action négatoire)، ويرفعها مالك العقار على من يتمسك بحق انتفاع أو حق ارتفاق على عقاره وينكر المالك عليه هذا الحق، وهذه أيضا يجب تسجيل صحيفتها. فإذا باع مدعى حق الانتفاع هذا الحق لمشتر حسن النية، أو باع مدعى حق الارتفاق عقاره المرتفق بما له من حق الارتفاق المدعى به لمشتر حسن النية، وكان مدعى حق الانتفاع أو حق الارتفاق وارثا ظاهرا لحق الانتفاع أو للعقار المرتفق، فإنه إذا سجل البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى إنكار الحق العينى، لم يكن الحكم فى دعوى إنكار الحق العينى حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق. أما إذا سجلت دعوى إنكار الحق العينى قبل تسجيل البيع، فإن الحكم الصادر فى دعوى إنكار الحق العينى يكون حجة على من اشترى حق الانتفاع أو اشترى العقار المرتفق(١).

١٤٧- الدعاوى الخاضعة للشهر فى قانون السجل العينى: تنص المادة ٣٢ من قانون السجل العينى على أن «الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات». وتحديد الدعاوى الواجب التأشير بها على الوجه الوارد فى هذا النص لا يخلو من شئ من الغموض.

والأمر المحقق أن «الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى» تشمل دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بالحق العينى ودعوى الإنكار للحق العينى، وقد بينا فيما تقدم(٢) ما هو المقصود بهذه الدعاوى. ومن ثم يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات، والتأشير فى السجل بهذه الطلبات بما

---

(١) أنظر فى وجوب تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بثبوت الشفعة ما قدمناه آنفا فقرة ١٣٢ فى آخرها.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٤٦.

فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل على النحو المتقدم. ونأخذ على سبيل المثال دعوى الاستحقاق. فمن الجائز، حتى فى نظام السجل العينى، أن يقيد حق الإرث فى السجل، ثم يتبين بالرغم من الفحص الدقيق الذى يقتضيه هذا النظام، أن الوارث الذى قيد حقه ليس هو الوارث الحقيقى. ويتقدم الوارث الحقيقى يطالب الوارث الظاهر باستحقاقه للعقار الموروث، وهذه دعوى إرث أو هى دعوى استحقاق عن طريق الميراث. فيجب فى هذه الحالة أن يضمن الوارث الحقيقى طلب استحقاق العقار طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل الواردة فى قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقى. ويجب فوق ذلك أن يؤشر الوارث الحقيقى بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة فى السجل بشأن قيد حق الإرث، وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الإرث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث(1).

---

(1) أ- لئن كان مؤدى النص فى المادة ٣٢ من القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى على أن الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى تشمل دعاوى الاستحقاق ومنها دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الارث إلا أن الدعوتين الأخيرتين ليستا تلك الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقى على الحائز مطالبا باستحقاق العقار الموروث وانما هى من الدعاوى التى يرفعها الوارث الحقيقى بعد قيد حق الارث فى السجل العينى لوارث ظاهر مطالبا الأخير باستحقاق العقار الموروث، وهذه الدعوى هى التى يجب أن تتضمن الطلبات فيها طلب اجراء التغيير فى بيانات السجل الواردة قيد حق الإرث بما يفيد أن المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقى ومن ثم يجب أن يؤشر الوارث الحقيقى بهذه الطلبات جميعا امام البيانات الواردة فى السجل بشأن قيد حق الارث وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعوى الارث أو دعوى الاستحقاق عن طريق الميراث، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان عندما عرضت للغاية المرجوة والمزايا التى يحققها هذا القانون بما أوردته من أنه يحقق الامان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل العينى إذ أنه بمجرد اثبات البيان بشأن العقار يصبح ممثلا للحقيقة ونقيا من أى عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن ذلك أن المشرع يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للقيد فى السجل العينى ويمثل هذا المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد فى السجل العينى هو الحقيقة بالنسبة للغير مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التى ترفع ضد البيانات المدرجة فى السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التى تستمد من القيد فيه.

(جلسة ١٩٩٦/٣/١٣ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٦١ق)

ب- إن الفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العينى قد نصت على أن «يكون للسجل العينى قوة اثبات لصحة البيانات الواردة فيها» وكانت المادة الخامسة من قرار وزير العدل رقم ٨٢٥ لسنة ١٩٧٥ الصادر باللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه قد نوهت على أن من بين الأعمال التى تباشرها مكاتب السجل العينى مراجعة المحررات التى يقدمها أصحاب الشأن وإثبات مضمونها فى صحائف الوحدات العقارية الخاصة بها والتأشير عليها بما يفيد قيدها فى السجل العينى بحيث ينتهى الأمر فى هذا الشأن إلى اجراء القيد الأول للعقار فى السجل العينى، وكان مفاد ذلك أن هذا العقد له حجية مطلقة فى ثبوت صحة البيانات الواردة فيه فى خصوص ملكية العقار المقيد به اسم صاحبه ولو كان هذا القيد قد تم على خلاف الحقيقة باعتبار =

والأمر المحقق أيضا أن الدعاوى المتعلقة «بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها» تشمل دعوى الطعن ببطلان التصرف، ودعوى الطعن بابطال التصرف، ودعوى نقض القسمة الرضائية للغبن، لأن هذه كلها دعاوى متعلقة بصحة التصرف. كذلك تشمل الدعوى البولصية، ودعاوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت في حق الورثة بما يجاوز ثلث التركة، لأن هذه الدعاوى متعلقة بنفاذ التصرف. ويجب أيضا أن تشمل دعاوى الفسخ والانفساخ والرجوع فى الهبة وحل الشركة أو انحلالها والصورية، وإن كانت هذه الدعاوى لا تتعلق بصحة التصرف أو نفاذه، إلا أنها دعاوى يتصور رفعها بالرغم من قيد التصرف فى السجل العينى، والحكم فيها بطلبات المدعى من شأنه أن يغير من بيانات السجل. ومن ثم يجب، فى رأينا، أن يضمن المدعى فى جميع الدعاوى المتقدم ذكرها – وقد سبق بيانها فيما تقدم(١)– طلباته طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى، والتأشير بهذه الطلبات جميعا أمام بيانات السجل المراد تغييرها، وتقديم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى يمكن قبول الدعوى(٢).

=أن تلك الحجية هي جوهر نظام السجل العينى والذى لا يتصور وجوده بدونها، وإن كان ذلك إلا أن شرط قيام القرينة القانونية القاطعة المنوه عنها والتى تفيد صحة البيانات العقارية بالقيد الأول وعدم جواز اثبات عكسها هو أن تكون بيانات القيد الأول قد استقرت صحتها وتطهرت من عيوبها إما بفوات ميعاد الاعتراض عليها دون طعن فيها من صاحب المصلحة أو بالفصل فى موضوع الاعتراض برفضه بمعرفة اللجنة القضائية المختصة إذا قدم إليها فى الميعاد المقرر وبخلاف ذلك لا يكتسب القيد الأول القوة المطلقة المنوه عنها بل يظل الباب مفتوحا للاعتراض عليه بمعرفة صاحب المصلحة أمام القضاء العادى بعد انتهاء المدة المحددة لعمل اللجنة القضائية دون حسم لموضوع الاعتراض المقدم لها فى الميعاد، وهو الأمر المستفاد من أحكام المواد ٢١ ، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٣٩ من قانون السجل العينى سالف الذكر وأحكام الفصلين الأول والثانى من لائحة الاجراءات التى تتبع أمام اللجنة القضائية المبينة فى المادة ٢١ من القانون الأخير والصادر بها قرار وزير العدل رقم ٥٥٣ لسنة ١٩٧٦ والتى تقضى باختصاص اللجنة القضائية المشار إليها بالنظر فى الدعاوى والطلبات التى ترفع إليها خلال المدة القانونية من العمل بالقانون لإجراء تغيير فى بيانات السجل العينى، كما تبين هذه الأحكام الحالات التى يكون فيها حكم اللجنة نهائيا، وتلك التى يجوز فيها الطعن فى الحكم بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف الواقع فى دائرتها القسم المساحى فضلا عن بيان الإجراءات التى تتبع أمام اللجنة، وأخيرا تلتزم اللجنة بالفصل فى موضوع الدعوى على وجه السرعة ولو فى غيبة أطرافها بعد التحقق من إخطارهم.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ١٥٤٠ لسنة ٧٠ق)

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٤.

(٢) أما دعوى صحة التعاقد (دعوى صحة ونفاذ العقد)، فلا تدخل ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى، إذ أن الحكم بصحة التعاقد، طبقا لأحكام قانون السجل العينى، لا يمكن قيده فى السجل ليستغنى به عن المحرر الرسمي. وعلى ذلك لم يعد هناك مجال لإدراج دعوى صحة التعاقد ضمن الدعاوى الواجب قيدها فى السجل العينى. ولكن تبقى دعوى صحة التعاقد جائزة، فيما إذا أنكر البائع صدور البيع العرفى منه أو طعن فى صحته فيرفع المشترى دعوى صحة التعاقد، حتى إذا=

ويبدو أن قانون السجل العينى يختلف عن قانون الشهر العقارى فيما يأتى: فى قانون الشهر العقارى، يمكن ألا يشهر المدعى دعواه ويكتفى بشهر الحكم الصادر فى الدعوى، وفى هذه الحالة لا يسرى الحكم فى حق الغير إلا من وقت شهره لأن صحيفة الدعوى لم تشهر. أما فى قانون السجل العينى، إذا لم يشهر المدعى دعواه على النحو الذى بسطناه فيما تقدم، فإن الدعوى لا تقبل منه أصلا، فلا يتمكن بناء على ذلك من الحصول على حكم فى الدعوى(١).

٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر

١٤٨ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون الشهر العقارى: يجب التمييز فى هذا الصدد بين دعاوى الطعن فى التصرفات (وجودا أو صحة أو نفاذا) ودعاوى الاستحقاق من جهة، ودعاوى صحة التعاقد من جهة أخرى.

فأما دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق، فتشهر بأحد طريقين: (١) بطريق التأشير فى هامش تسجيل التصرفات المطعون فيها فى حالة دعاوى الطعن فى التصرفات، أو فى هامش تسجيل سند المدعى عليه فى حالة دعاوى الاستحقاق(٢)، وذلك

= حصل على حكم لصالحه، وامتنع البائع مع ذلك من توثيق البيع حتى يمكن قيده فى السجل العينى، لم يبق أمام المشترى إلا مطالبة بالتعويض (أنظر ما سبق أن قررناه آنفاً فى هذا الصدد ص٣٦١ هامش١).

ويزيد قانون السجل العينى على قانون الشهر العقارى فى أنه تضمن نصا صريحا يقضى بشهر إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقيد الحكم بثبوت الشفعة، إذ تنص المادة ٣٦ من قانون السجل العينى على ما يأتى: «يجب التأشير باعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية. ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور». وقد قدمنا أن نصا صريحا مثل هذا النص كان يحسن أن يشتمل عليه قانون الشهر العقارى (أنظر آنفاً ص٣٥٥ هامش٣).

(١) وقد عالج قانون السجل العينى الدعاوى واجبة الشهر بموجب نصوصه والتى تكون قد رفعت قبل العمل به دون أن تشهر صحيفة الدعوى فيها، حتى يجرى عليها أحكامه بأثر رجعى. فنصت المادة ٣٣ من هذا القانون على أن «الدعاوى المشار إليها فى المادة السابقة والتى تكون منظورة أمام المحاكم وقت العمل بهذا القانون، ولم تسجل صحيفتها، لا يجوز الاستمرار فى النظر فيها إلا بعد أن تتضمن الطلبات الختامية فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل، وبعد التأشير فيه بمضمون هذه الطلبات. ويمنح المدعون فى هذه الدعاوى ميعاد شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون لطلب هذا التأشير، فإذا لم تقدم فى أول جلسة بعد انتهاء هذا الميعاد شهادة بحصول هذا التأشير توقف الدعوى».

(٢) أنظر فى التفصيلات المتعلقة بالتأشير بصحيفة دعوى الاستحقاق آنفا فقرة ١٤٦.

إذا كان التصرف المطعون فيه أو سند المدعى عليه مسجلا. (٢) فإذا لم يكن التصرف أو السند مسجلا، كان شهر صحيفة الدعوى عن طريق تسجيلها استقلالا، إذ لم يعد التأشير بها ممكنا. وتنص المادة ١/١٥ و٢ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى، كما رأينا، على أنه «يجب التأشير فى هامش تسجيل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى.. فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر، تسجل تلك الدعاوى. ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال...».

وأما دعاوى صحة التعاقد، فلا يكون شهرها إلا بطريق تسجيل صحائفها استقلالا، وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى فى هذا المعنى: «.... كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» وقد صدر القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ وتضمن تعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية. وتضمن تعديل المادة ٦٥ من قانون المرافعات وتقضى فقرتها الأخيرة بأن «لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها(1).

والسبب فى هذا التمييز أن دعاوى الطعن فى التصرفات ودعاوى الاستحقاق تنصب مباشرة على تعديل حقوق قد يكون سبق تسجيلها، فيكون شهر هذه الدعاوى إما بطريق التأشير إذا كانت هذه الحقوق قد سجلت، أو بطريق التسجيل إذا كانت هذه الحقوق لم تسجل. أما دعاوى صحة التعاقد فتنصب، لا على تعديل حقوق سابقة، بل على تصرفات جديدة تنقل هذه الحقوق إلى شخص جديد، فيجب تسجيلها استقلالا.

ويخلص من ذلك أن الدعاوى الخاضعة للشهر يكون شهرها بطريق التأشير فى حالات معينة، وبطريق التسجيل فى حالات أخرى. وتنص الفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة». والسبب فى ذلك هو عدم تمكين المدعى من شهر الدعوى إلا بعد أن يثبت أنه جاد فى رفع دعواه، بأن يقيد الدعوى بجدول المحكمة

---

(1) لما كان هذا الإجراء (اجراء الشهر المنصوص عليه فى المواد ٣/٦٥، ٢/١٠٣، ١٢٦ مكرر من قانون المرافعات، الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المدعى لا صلة له بالصفة أو المصلحة فيها ولا يتعلق بالحق فى رفعها وانما هو قيد مؤقت إن اتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى استقامت وبالتالى فإنه يخرج من نطاق الدفع بعدم القبول المنصوص عليه فى المادة ١١٥ مرافعات ويعد دفعا شكليا.

(جلسة ٢٠٠٠/٦/١٣ الطعنان رقم ٨٢٩، ١٨٠ لسنة ٦٩ق)

ويعلنها[1] قبل شهر صحيفتها. ولو لم يوجب القانون قيد الدعوى وإعلانها قبل شهر صحيفتها، لأمكن المدعى أن يشهر صحيفة الدعوى ثم لا يعلنها. فتبقى هذه الدعوى سيفا معلقا يهدد المدعى عليه، بما يستتبعه شهر صحيفتها من تقييد حريته فى التصرف فى العقار محل النزاع، إذ لا يقدم أحد على التعامل معه فى هذا العقار إلا وهو يحسب حساب الدعوى التى شهرت صحيفتها. ويقف المدعى عند شهر صحيفة الدعوى، فلا هو كف عن هذا الشهر حتى لا يقيد حرية المدعى عليه فى التصرف، ولا هو مضى فى الدعوى إلى أن يبت فيها ويتبين مصيرها.

وطريق آخر فتحه المشرع للمدعى عليه يعالج به رفع المدعى للدعاوى الكيدية، وشهر صحائفها تعنتا وتعسفا. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٨ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «كذا للطرف ذى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير أو التسجيل المشار إليه فى المادة الخامسة عشرة، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى تأشر بها أو سجلت لم ترفع إلا لغرض كيدى محض»[2]. فيجوز إذن للمدعى عليه، وكذلك لدائنه لا فحسب بطريق الدعوى غير المباشرة بل أيضا بطريق مباشر لأنه ذو شأن، أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة محو التأشير بصحيفة الدعوى أو محو تسجيلها إذا أثبت أن هذه الدعوى دعوى كيدية محضة، الغرض منها غل يد المدعى عليه عن التصرف فى عقاره، أو غل يد دائنه عن التنفيذ على هذا العقار.

---

(١) ورد فى المادة ٣/١٥ من قانون الشهر العقارى كما رأينا: «وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيدها بجدول المحكمة». فقدم النص إعلان صحيفة الدعوى على قيدها بجدول المحكمة. وقد كان هذا صحيحا فى تقنين المرافعات قبل تعديله، إذ كانت المادة ١/٧٥ من هذا التقنين قبل التعديل تنص على أنه «على المدعى بعد تسلمه أصل الصحيفة المعلنة أن يقدمه لقلم الكتاب لقيد الدعوى بجدول المحكمة فى اليوم السابق لتاريخ الجلسة المحددة لنظرها على الأكثر». ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ يعدل كثيراً من نصوص تقنين المرافعات، ومنها المادة ٧٥ سالفة الذكر، فأصبحت الفقرتان الأولى والثانية منها يجريان على الوجه الآتى: «على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب. ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها». فأصبح قيد الدعوى بجدول المحكمة، بموجب هذا النص المعدل، يسبق إعلانها. ولذلك وردت الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق، المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى، على الوجه الآتى: «وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد قيد الدعوى بجدول المحكمة وإعلانها».

(٢) بقى هذا النص على حاله فى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (الفقرة الثانية من المادة ١٦ من المشروع)، إلا أن نص المشروع أدق إذ يقول «كذلك لذى الشأن» بدلا من عبارة «كذا للطرف ذى الشأن» الواردة فى نص قانون الشهر العقارى الحالى، وواضح أن العبارة الأولى أدق فهى تتسع لتشمل المدعى عليه والدائن وكل ذى شأن آخر.

والتأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ليس إلا إجراء تمهيديا يراد به التحضير للتأشير بمنطوق الحكم النهائى الذى يصدر فى هذه الدعوى. فإذا ما صدر الحكم النهائى لصالح المدعى فى الدعوى التى شهرت صحيفتها، كان على هذا الأخير أن يؤشر بمنطوق هذا الحكم فى ذيل التأشير بصحيفة الدعوى إذا كانت هذه الصحيفة قد أشر بها، أو فى هامش تسجيل الصحيفة إذا كانت قد سجلت. وتنص المادة ١٦ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ فى هذا المعنى على أن «يؤشر بمنطوق الحكم النهائى فى الدعاوى المبينة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها. ويتم التأشير بالنسبة للأحكام الواجب تسجيلها عقب تسجيل هذه الأحكام».

١٤٩ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون السجل العينى: رأينا أن المادة ٣٢ من قانون السجل العينى تنص على أن «الدعاوى المتعلقة بحق عينى عقارى أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير فى السجل بمضمون هذه الطلبات»(١). ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى الواجبة الشهر فى قانون السجل العينى يستوجب خطوات ثلاثا:

أولا- تضمين الطلبات الواردة فى صحيفة الدعوى طلبا إضافيا هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى بما يقتضيه مضمون هذه الطلبات. فإذا كانت الدعوى مثلا بطلب بطلان عقد، وجب أن تتضمن الطلبات طلبا بمحو القيد الخاص بهذا العقد فى السجل العينى. فإذا ما خلت صحيفة العقار من هذا القيد بعد الحكم بمحوه، رجع العقار إلى ملك المدعى بموجب القيد السابق على القيد المحكوم بمحوه، ويعتبر القيد الممحو كأن لم يكن.

ثانيا- التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلبات فى الدعوى، بما فيها طلب إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى على النحو سالف الذكر.

ثالثا- تقديم شهادة تدل على حصول التأشير على الوجه المتقدم الذكر، ولا يجوز قبول الدعوى إلا بتقديم هذه الشهادة.

وبعد هذه الخطوات الثلاث يسار فى نظر الدعوى، بعد أن تكون صحيفتها قد شهرت(٢)، إلى أن يبت فيها بحكم نهائى.

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٤٧.

(٢) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون السجل العينى على ما يأتى: «وكذلك لذى الشأن أن يطلب إلى القاضى (قاضى الأمور المستعجلة) محو التأشير المشار إليه فى المادة ٣٢ (التأشير =

ويجب أن يؤشر فى السجل العينى بمنطوق هذا الحكم النهائى، إذ تنص المادة ٣٤ من قانون الشهر العقارى على أن «يؤشر فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى الصادر فى الدعاوى المبينة فى المادة السابقة».

١٥٠ – ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون الشهر العقارى: تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما فى الفقرة السابقة. ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التى يتم التأشير بها بعد مضى خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ العمل بهذا القانون أيهما أطول.

ويتبين من هذا النص أن شهر الدعاوى السابق ذكرها يكون حجة على الغير، والغير هنا هو من ترتب له حق عينى على العقار محل الدعوى وقام بشهره طبقا للقانون. فإذا فرض أن عقارا بيع وأن عقد البيع سجل، ثم رفع البائع دعوى بفسخ البيع، فقد قدمنا أنه يجب أن يؤشر على هامش تسجيل البيع بصحيفة دعوى الفسخ. فإذا تصرف المشترى فى العقار بأن رهنه مثلا، وقيد الدائن المرتهن الرهن قبل صدور الحكم فى دعوى الفسخ، ثم صدر الحكم بفسخ البيع وللفسخ أثر رجعى إذ يعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن كما هو معروف، فهل يحتج بفسخ البيع على الدائن المرتهن فيعتبر أنه قد ارتهن من مالك قد فسخ عقده أى من غير مالك فيكون الرهن باطلا؟ هنا يجب التمييز بين حالتين:

(الحالة الأولى) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد حق الرهن بعد شهر دعوى الفسخ، أى بعد التأشير بصحيفة الدعوى على هامش تسجيل البيع. وفى هذه الحالة يكون الحكم بفسخ البيع حجة عليه، فيسترد البائع العقار بعد فسخ البيع خاليا من الرهن. ويستوى فى ذلك أن يكون الدائن المرتهن سئ النية أو حسن النية، فلو أنه كان لا يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع أى لو أنه كان حسن النية، فإن الحكم بالفسخ يكون مع ذلك حجة عليه. ذلك لأن شهر صحيفة الدعوى يفرض معه فرضا غير قابل

=بمضمون الطلبات فى الدعاوى واجبة الشهر)، فيأمر به القاضى إذا تبين أن الدعوى التى أشر بها لم ترفع إلا لغرض كيدى محض».

لإثبات العكس أن الدائن المرتهن كان يعلم، أو كان ينبغي أن يعلم، بسبق رفع دعوى الفسخ، إذ كان من الواجب عليه قبل أن يقدم على ارتهان العقار أن يبحث في سجلات الشهر العقاري فيجد أن صحيفة دعوى الفسخ قد شهرت. ويلاحظ أن شهر الحكم النهائي بالفسخ على الوجه الذي قدمناه[1] يكون على هذا النحو له أثر رجعي، فإن هذا الحكم يحتج به على الدائن المرتهن، لا من وقت شهره فحسب، بل أيضا من وقت شهر صحيفة الدعوى بالفسخ التي صدر فيها هذا الحكم، أي من وقت متقدم على الوقت الذي شهر فيه الحكم. وهذا الأثر الرجعي هو الأمر الجوهري المقصود بشهر صحيفة الدعوى، فما تطلب القانون شهر صحيفة الدعوى إلا ليجعل لشهر الحكم الصادر في هذه الدعوى أثرا رجعيا ينسحب إلى وقت شهر الدعوى. فمنع القانون بهذه الطريقة المدعى عليه، عندما ترفع عليه الدعوى، من أن يندفع إلى التصرف في العقار قبل صدور الحكم النهائي إذا توقع أن هذا الحكم سيصدر لغير صالحه. وذلك بأن أوجب شهر صحيفة الدعوى حتى يكون الشهر حجة على من يتصرف له المدعى عليه، وجعل لشهر الحكم النهائي أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى، فيصبح الحكم حجة على الغير الذي تصرف له المدعى عليه.

(الحالة الثانية) أن يكون الدائن المرتهن قد قيد الرهن قبل شهر دعوى الفسخ. في هذه الحالة لا يكون الحكم النهائي بالفسخ، حتى لو شهر، حجة عليه، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشترى بعد فسخ البيع محملا بحق الرهن. ولكن يشترط في ذلك أن يكون الدائن المرتهن وقت أن ارتهن العقار حسن النية، أي لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم أن هناك سببا لفسخ البيع ويعتقد أن ملكية المشترى الراهن ملكية باتة لا عيب فيها ولا تقبل النقض[2]. فإذا كان سيء النية يعلم

---

(١) أنظر آنفاً ص٤٠٩.

(٢) كانت المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري تنص في فقرة ثالثة على ما يأتي: «ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذي تستند إليه الدعوى». وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادي، ولذا صدر مرسوم في ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ بحذفها تصحيحا للنص (الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣).

وتنص المادة ١٠٣٤ مدني على أنه «يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن». ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقا للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري، فبفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس إن الدائن المرتهن يكون سيء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد شهر صحيفة دعوى الفسخ كما سبق القول، وذلك للتوفيق ما بين النصين (الوسيط ٤ فقرة ٤١٠- وانظر أيضا الوسيط ١ فقرة ٣٤١ وفقرة ٤٧٩). =

بعيب فى ملكية المشترى أو أنها ملكية معرضة للفسخ، كان الحكم النهائى بالفسخ إذا شهر حجة عليه فيزول حق الرهن بحكم الأثر الرجعى للفسخ، ويسترد البائع العقار من تحت يد المشترى خاليا من الرهن(1).

وإذا فرض أن الدعوى المرفوعة، بدلا من دعوى الفسخ، هى دعوى صحة التعاقد (مثلا دعوى صحة ونفاذ البيع) وشهر المشترى صحيفة الدعوى، فإذا كان البائع قد باع العقار مرة ثانية وسجل المشترى الثانى عقده بعد شهر صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع، فإن الحكم النهائى الذى يصدر فى الدعوى متى شهر يكون حجة على المشترى الثانى كما سبق القول فى الحالة الأولى. أما إذا سجل المشترى الثانى عقده قبل شهر صحيفة الدعوى، فإن الحكم النهائى الصادر فى دعوى صحة التعاقد، حتى لو شهر، لا يكون حجة عليه، بشرط أن يكون حسن النية. وحسن النية هنا ليس معناه مجرد عدم علم المشترى الثانى بسبق صدور بيع من البائع، فإن المشترى الثانى فى دعوى صحة التعاقد لا يكون سئ النية إذا سبق إلى التسجيل، ولا يكون تسجيله باطلا، إلا إذا كان متواطئا مع البائع

= والغير الذى كسب حقه وشهره قبل شهر صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب هذا الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل، لأن الشهر لا يمكن أن يرتب للعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له قبل الشهر، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٦٣ ص٤٦٧ هامش١ والأحكام المشار إليها فيه). وانظر أنور سلطان فى البيع الطبعة الثانية سنة ١٩٥٢ فقرة ١٧٥ ص٢١١- حسن كيرة ص١٣.

(1) النص فى المادة ١/١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أنه «يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى. وفى المادة ١٧ من هذا على أنه «يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها. ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليها فى الفقرة السابقة». يدل على أن المشرع خرج على الأثر الرجعى للفسخ لمصلحة الغير حسن النية الذى تلقى حقا عينيا على عقار وشهر حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ أو التأشير بمضمونها على هامش المحرر المسجل، فقرر أن الحكم الذى يصدر بفسخ العقد لا يكون حجة على هذا الغير ومن ثم يظل حقه قائما ويسرى فى مواجهة المدعى المحكوم له بالفسخ، أما إذا كان الغير سئ النية فإن حقه طبقا لنص هاتين المادتين يزول الحكم بالفسخ ولو كان قد شهر حقه قبل تسجيل صحيفة الدعوى أو قبل التأشير بها.

(جلسة ١٩٧٩/١/٩ الطعن رقم ٨٩٤ لسنة ٤٤ق س٣٠ ج١ ص١٣٣)

للإضرار بالمشترى الأول(١)[1]، وقد قدمنا أن التسجيل فى قانون الشهر العقارى لا يبطله إلا التواطؤ(٢).

---

(١) ويجب التمييز بين تحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى الطعن فى التصرف (كدعوى الفسخ ودعوى الإبطال) ودعاوى الاستحقاق، وتحديد معنى حسن النية بالنسبة إلى دعاوى صحة التعاقد. وبعد أن حذفت الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على الوجه السابق بيانه (أنظر آنفا ص٤١٣ هامش١)، وهى الفقرة التى كانت تحدد معنى حسن النية، أصبح القضاء حراً فى تحديد هذا المعنى فى الحالات المختلفة، كل حالة بما يلائمها. فحسن نية المشترى بالنسبة إلى دعاوى الطعن فى التصرف ودعاوى الاستحقاق يجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشترى معه فى دعاوى الطعن فى التصرف، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بتاتا فى دعاوى الاستحقاق. أما فى دعاوى صحة التعاقد، فلا يصح أن يكون مجرد علم المشترى الثانى بسبق تصرف البائع فى العقار نافيا لحسن نيته. فالتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكا لما يبيع، ومن حق المشترى الثانى أن يشتريه من المالك ولو سبق للمالك التصرف فيه، فقد يكون هذا التصرف معيبا، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته. وإنما يكون المشترى الثانى سئ النية إذا تواطأ مع البائع على الإضرار بالمشترى الأول، بأن أقدم على الشراء وهو عالم بالبيع الأول متواطئا فى ذلك مع البائع، وبادر إلى تسجيل عقده قبل أن يتمكن المشترى الأول من شهر صحيفة دعواه بصحة ونفاذ البيع الأول. أنظر فى ذلك ما قدمناه فى الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠– شفيق شحاتة فقرة ١٩٦. وانظر فى مجاوزة واضعى قانون الشهر العقارى للغرض الذى قصدوا إليه عندما نقلوا المادة ٢/١٧ من قانون الشهر العقارى من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣: الوسيط ٤ فقرة ٢٩٠.

(٢) أنظر آنفاً ص٣٧٣– وقارن حسن كيرة ص١٤– ص١٥.

(1) أ– المقرر– وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض– أن للمشترى الذى لم يسجل عقده بوصفه دائنا للبائع بالتزام نقل الملكية أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد واثبات بقاء العقار لمدينه البائع فيحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد قبل تدخل المطعون ضدها خصما فى الدعوى باعتبارها خلفا عاما لمورثها المشترى بالعقد المؤرخ ١٩٧٧/٧/١٥ المقضى بصحته ونفاذه فى الدعوى المقامة من ذات البائعة للطاعن وأجاز لها اثبات صورية عقد الأخيرة صورية مطلقة وإذا أفلحت فى اثبات ذلك بما أتيح لها من وسائل الاثبات المقررة قانونا فلا عليه إذ قضى برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده المؤرخ ١٩٨١/٨/١٦ لبطلانه دون مفاضلة بينه وبين عقد المطعون ضدها الأولى سالف البيان لانتفاء شروط المفاضلة بينهما فيكون قد التزم صحيح القانون.

(جلسة ١٩٩١/٦/٥ الطعن رقم ١٩٩٩ لسنة ٥٥ق)

ب– للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده، صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه لكونه دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده.

(جلسة ١٩٦٦/٥/٢٦ الطعن رقم ٣٤ لسنة ٣٣ق س١٧ ص١٢٧١) =

= جـ- تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب شهر جميع التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية ورتب على عدم الشهر ألا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة للغير. وإذ جاء هذا النص- أسوة بنص المادة الأولى من قانون التسجيل لسنة ١٩٢٣ المقابل له - خلوا مما يجيز ابطال الشهر إذا شابه تدليس أو تواطؤ فإن مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو إجراء المفاضلة عند تزاحم المشترين فى شأن عقار واحد على أساس الأسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشترى الذى بادر بالشهر التدليس أو التواطؤ مع البائع طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقى لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله، ولا يغير من ذلك أن يكون صاحب التسجيل اللاحق قد حصل على أسبقية فى تقديم طلبه لجهة الشهر إذ أن مجرد الأسبقية فى تقديم الطلب لا تنال من الآثار القانونية المترتبة لصاحب التسجيل السابق. ولا يغير من هذا النظر القول بأن التسجيل السابق كان نتيجة غش أو تواطؤ بين من تم التسجيل لصالحه وبين الموظف الذى أجراه بمصلحة الشهر العقارى بعدم مراعاته للمواعيد والاجراءات التى تقضى بها المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى ذلك أن ما انتظمه هذا النص لا يعدو أن يكون تبيانا للقواعد الادارية المحددة للاجراءات والمواعيد الواجب على مأموريات الشهر العقارى اتباعها عند بحث الطلبات أو مشروعات المحررات المقدمة للشهر بشأن عقار واحد وإذ لم يرتب المشرع بطلان الشهر على مخالفته فإن الأفضلية تكون عند سبق تسجيل التصرف الصادر له ولو كان هو صاحب الطلب اللاحق وليس لصاحب الطلب السابق إن صح ما يدعيه من أن هذه المخالفة كانت نتيجة غش أو تواطؤ سوى طلب التعويض يوجهه إلى موظف الشهر العقارى ومن تواطؤ معه إذا كان لمطلبه محل.

(جلسة ١٩٦٦/٢/١٥ الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٣١ق س١٧ ص٢٩٥)

د- متى كان المشترى الثانى قد سجل عقد شرائه وطعن المشترى السابق الذى لم يسجل عقده بصدور العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع فى الرجوع عن البيع له تأسيسا على أن المشترى الثانى كان قد وقع كشاهد على عقده هو فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن ذلك لا يعيب الحكم بالقصور ذلك لأن توقيع المشترى الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقرار منه بانتقال ملكية المبيع إلى من صدر له ذلك العقد وإن صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف إلى الغير فإنه لا يحول دنو كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر إلى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية إليه ولو كان فى ذلك متواطئا مع بائعه.

(جلسة ١٩٥٨/٤/٣ الطعن رقم ٩١ لسنة ٢٤ق س٩ ص٣٣٠)

هـ- متى كان عقدا البيع اللذان صدرا من بائع واحد قد وقعا فى ظل قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ وكان الحكم قد عول فى إثبات علم المشترى الثانى بالتصرف السابق على علاقة البنوة بينه وبين البائع فإن الحكم يكون قاصر البيان لأن هذه العلاقة لا تقوم وحدها دليلا على واقعة العلم - ومع ذلك فإن علم المشترى الثانى بالتصرف السابق وسوء نيته على فرض ثبوتهما لا أثر لهما على التصرف الحاصل إليه إذا ما سجل العقد الصادر إليه قبل تسجيل العقد السابق، ذلك أن قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الذى ألغى بعد ذلك بالقانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ لا يرتب أى أثر على علم المتصرف إليه الثانى بالتصرف السابق إذا سجل التصرف الثانى قبل تسجيل التصرف السابق وقد قضى هذا القانون على نظرية العلم وسوء النية فى حق المتصرف إليه الثانى - على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض.

(جلسة ١٩٥٧/٢/١٤ الطعن رقم ١٠٩ سنة ٢٣ق س٨ ص١٥٣)

١٥١- ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون السجل العينى: تنص المادة ٣٥ من قانون السجل العينى على أنه «يترتب على التأشير بالدعاوى فى السجل العينى أن حق المدعى، إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى فى السجل. وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى الأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار». ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين حالتين:

(الحالة الأولى) أن يؤشر بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى شهرت صحيفتها فى السجل العينى فى خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا(١). وفى هذه الحالة يكون الحكم النهائى حجة على الغير، ممن ترتبت لهم حقوق عينية على العقار وأثبتت لمصلحتهم بيانات فى السجل العينى، بأثر رجعى ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى. فإذا كانت الدعوى بطالب فيها البائع بفسخ بيع عقار صادر منه ومقيد فى السجل العينى، وكان المشترى قد رتب رهنا على هذا العقار، ولكن البائع شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل أن يقيد الدائن المرتهن حق رهنه فى السجل العينى، فإن الحكم النهائى الصادر بفسخ البيع إذا أشر به فى السجل يستند أثره إلى الماضى أى إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ ويكون حجة على الدائن المرتهن ولو كان حسن النية، فيزول الرهن، ويسترد البائع من المشترى العقار خاليا من هذا الحق. أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه فى

---

(١) والأحكام التى صدرت أو تصدر قبل العمل بقانون السجل العينى، والتى لم تكن قد أشر بها طبقا لأحكام قانون الشهر العقارى التى صدرت أو تصدر هذه الأحكام فى ظله، ينسحب عليها قانون السجل العينى بأثر رجعى، ويوجب هذا القانون التأشير بها فى خلال خمس سنوات، لا من وقت صيرورتها نهائية وإلا كان فى ذلك عنت لا مبرر له إذ يحتمل أن يكون قد انقضى هذا الميعاد أو كاد ينقضى وقت العمل بقانون السجل العينى، بل من وقت العمل بقانون السجل العينى. فيكون أمام من صدرت هذه الأحكام لمصلحتهم خمس سنوات كاملة للتأشير بهذه الأحكام، ويتساوون بذلك مع من تصدر أحكام لمصلحتهم منذ العمل بقانون السجل العينى فهؤلاء أمامهم أيضا خمس سنوات كاملة منذ صيرورة الأحكام نهائية للتأشير بها.

ويلاحظ أن من صدرت أحكام لمصلحتهم فى ظل قانون الشهر العقارى كان لهم، بموجب أحكام هذا القانون الأخير، أن يؤشروا بأحكامهم فى أى وقت ولو بعد انقضاء خمس سنوات، فينسحب أثر التأشير بالحكم إلى وقت شهر صحيفة الدعوى. فإذا ما أدركهم قانون السجل العينى ولم يكونوا قد أشروا بأحكامهم، لا يصبح أمامهم إلا خمس سنوات منذ نفاذ قانون السجل العينى للتأشير بأحكامهم. فإن انقضى هذا الميعاد دون أن يؤشروا بهذه الأحكام، ثم أشروا بها بعد ذلك، فإن أثر التأشير لا ينسحب إلى وقت شهر صحيفة الدعوى، بل لا يكون للتأشير أثر إلا من وقت التأشير بالحكم.

السجل العينى قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ، حتى لو أشر به فى السجل العينى، لا يكون حجة على الدائن المرتهن، ويبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع، ويسترد البائع من المشترى العقار محملا بهذا الحق. وهنا، فى قانون السجل العينى بخلاف قانون الشهر العقارى، لا يشترط أن يكون الدائن المرتهن حسن النية حتى يظل حق رهنه قائما. فما دام هذا الدائن قد قيد حق رهنه فى السجل العينى قبل شهر صحيفة دعوى الفسخ، فإن لقيد حقه حجية مطلقة لا يزيلها سوء النية بل ولا التواطؤ، فيبقى حقه قائما يحتج به على البائع حتى بعد صدور حكم نهائى بفسخ البيع وبعد استرداد البائع العقار المرهون من تحت يد المشترى، فيسترده مثقلا بحق الرهن.

(الحالة الثانية) أن يؤشر بالحكم النهائى الصادر فى الدعوى التى شهرت صحيفتها فى السجل العينى ويكون التأشير بعد انقضاء خمس سنوات من وقت صيرورة الحكم نهائيا. وفى هذه الحالة لم يرد المشرع فى قانون السجل العينى أن يمنح من صدر الحكم لصالحه الميزة التى منحها له فيما لو أشر بالحكم فى خلال الخمس السنوات، فسكت عن أن يجعل للتأشير بالحكم أثرا رجعيا يستند إلى وقت شهر صحيفة الدعوى، وذلك جزاء له على تأخره فى التأشير بالحكم، وحثا لمن صدرت أحكام لمصلحتهم على ألا يتأخروا عن التأشير بها أكثر من خمس سنوات. ومن ثم تسرى القواعد العامة فى هذه الحالة، ولا ينتج التأشير بالحكم- ونفرضه حكما بفسخ البيع- أثره إلا من وقت التأشير به فى السجل العينى، دون أثر رجعى يستند إلى وقت شهر صحيفة دعوى الفسخ. وعلى ذلك إذا ترتب حق رهن مثلا على العقار، وقيد الدائن المرتهن حقه فى السجل العينى بعد التأشير بحكم الفسخ، كان الحكم حجة على هذا الدائن وزال حق رهنه بفسخ البيع، واسترد البائع من تحت يد المشترى العقار خاليا من هذا الرهن. أما إذا قيد الدائن المرتهن حق رهنه قبل التأشير بحكم الفسخ، ولو بعد رفع دعوى الفسخ، بل ولو بعد شهر صحيفة هذه الدعوى، فإن التأشير بالحكم بالفسخ لا يكون حجة على الدائن المرتهن، حتى لو كان سيء النية أى كان يعلم وقت أن ارتهن العقار أن هناك دعوى مرفوعة بفسخ البيع، بل ولو كان متواطئا مع المشترى. فيبقى حق رهنه قائما بالرغم من فسخ البيع، ويسترد البائع من تحت يد المشترى العقار المرهون مثقلا بهذا الحق. ذلك أن قيد الرهن فى السجل العينى له حجية مطلقة كما قدمنا لا يزيلها سوء النية ولا التواطؤ، ثم إن البائع لم يؤشر بحكم الفسخ إلا بعد خمس سنوات من صيرورة الحكم نهائيا، فيكون قيد الرهن حجة عليه إلى وقت التأشير بالحكم، حتى لو كان قد شهر صحيفة دعوى الفسخ قبل ذلك.

المبحث الثانى

إجراءَات الشهر

المطلب الأول

إجراءات الشهر فى قانون الشهر العقارى

١٥٢ – تحديد الموضوع: نوجز القول فى إجراءات الشهر فى قانون الشهر العقارى، فيه إجراءات تغلب فيها الناحية العملية، ويرجع فيها إلى ما جرى عليه العمل فى مكاتب الشهر العقارى وهو ما يضيق عنه هذا الكتاب.

ونستبعد من بحثنا: (١) تنظيم مكاتب الشهر، ويمكن الرجوع إلى قانون الشهر العقارى (فى الباب الأول منه) للإلمام بهذا التنظيم[١]. (٢) إجراءات قيد الحقوق العينية

---

(١) أنشأ قانون الشهر العقارى مكاتب الشهر العقارى فى المحافظات، يعين بمرسوم دائرة اختصاص كل منها، وتتولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها أو بقيدها. ويلحق بكل مكتب مأموريات، يعين بقرار من وزير العدل اختصاص كل منها. وأنشأ القانون مكتبا رئيسيا مقره مدينة القاهرة يرأسه أمين عام، ويتولى إدارة مكاتب الشهر العقارى ومراقبتها وحفظ صور لجميع المحررات التى شهرت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها. وتقوم مكاتب الشهر باثبات المحررات فى دفاتر الشهر والتأشير عليها بما يفيد شهرها، وبتصوير المحررات التى يطلب شهرها، وبحفظ أصول المحررات التى تشهر وموافاة الجهات المختصة بصور منها، وباعداد فهارس المحررات التى تشهر، وبالتأشيرات الهامشية وإرسال صور منها للمكتب الرئيسى، وباعطاء الصور التى تطلب من المحررات التى تم شهرها، وبالترخيص فى الإطلاع والكشف النظرى. ونص القانون على صدور مرسوم بلائحة تنفيذية تشتمل على تنظيم دفاتر الشهر ودفاتر الفهارس، وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب الشهر العقارى والمأموريات وسير العمل فيها. وقد صدر هذا المرسوم فعلا باللائحة التنفيذية فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦.

أما المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق فينشئ فى كل محافظة مكتبا للشهر العقارى والتوثيق، وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقارى والتوثيق. ويلحق بكل مكتب مأموريات للشهر والتوثيق، يعين بقرار من وزير العدل دائرة اختصاص كل منها. وتتولى مصلحة الشهر العقارى والتوثيق إدارة مكاتب الشهر العقارى والتوثيق ومراقبتها، وحفظ صور المحررات التى شهرت أو وثقت فيها وصور من الفهارس الخاصة بها، واختصاصات مكاتب الشهر العقارى فى المشروع مماثلة تقريبا لاختصاصات هذه المكاتب فى قانون الشهر العقارى.

وتنشئ المادة ٣ من قانون الشهر العقارى مجلسا للشهر العقارى – رئيسه الأمين العام وأعضاؤه ستة يعينون بقرار من مجلس الوزراء لمدة ثلاث سنوات يكون من بينهم من يمثل جهة القضاء ومصلحة المساحة وبيوت الائتمان العقارى – تعرض عليه مشروعات القوانين واللوائح والقرارات والمنشورات المتعلقة بالشهر العقارى، وله اقتراح ما يرى إدخاله على نظام الشهر من تعديلات، وبحث ما يقدم إليه من اقتراحات فى هذا الشأن، وقد ألغى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦ هذا المجلس.

التبعية (فى الباب الخامس من قانون الشهر العقارى)، لأن الكلام فيها يكون عند الكلام فى التأمينات العينية فى الجزء العاشر من الوسيط. (٣) إجراءات شهر حق الإرث (فى الباب السادس من قانون الشهر العقارى)، فقد سبق بيانها[١]. (٤) وقد مضى القول فى المحررات الواجب شهرها (فى الباب الثانى من قانون الشهر العقارى)، وهو ما قدمناه فى المبحث الأول. أما الباب السابع والأخير من قانون الشهر العقارى، فيعرض لأحكام وقتية، سيأتى بيان بعضها فى موضعه.

فلا يبقى من أبواب قانون الشهر العقارى إلا بابان: الباب الثالث فى إجراءات الشهر بوجه عام، والباب الرابع فى التأشيرات الهامشية. ونقتصر – فى إيراد إجراءات الشهر موجزة – على هذين البابين. ويتبين من الرجوع إليهما أن هناك مسائل أربعا تستوجب البحث: (١) طلب الشهر والتأشير عليه بقبول إجراءات الشهر. (ب) مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر. (جـ) توقيع المحرر وعملية التسجيل. (د) التأشير الهامشى).

١٥٣– طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر: يقدم طلب الشهر، من أصل وصورتين، للمأمورية التى يقع العقار فى دائرة اختصاصها على النموذج الذى يصرف بغير مقابل ويصدر به قرار من وزير العدل موقعا عليه من صاحب الشأن[٢] أو من يقوم مقامه قانونا كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم[٣]. ويجب أن يشتمل ، فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة، البيانات الآتية: (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف، وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته[٤] واسم أبيه وجده لأبيه. ويجب أن يتبين صفة مقدم الطلب، كما فى حالة قيام وكيل أو وصى أو قيم باجراء الشهر، ويرفق بالطلب التوكيل أو قرار المحكمة أو أى مستند آخر يفيد هذه الصفة. (ثانيا) البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار، وعلى الأخص بيان موقعه وحدوده ومساحته، فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة، وإن كان من أراضى البناء

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ وفقرة ٧٠.

(٢) وليس من الضرورى أن يوقع الطلب جميع أصحاب الشأن فى المحرر، بل يكفى توقيع أحد أطراف التعاقد، المتصرف أو المتصرف إليه إذا كان الطلب يتعلق بعقد أو إشهاد. وفى غير ذلك من المحررات، كصحف الدعاوى والأحكام، يكفى أن يوقع الطلب من كان المحرر لصالحه.

(٣) أنظر العبارة الأخيرة من المادة ١٩ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق.

(٤) ويصح الاكتفاء بذكر محل الإقامة المختار، فيصبح كل إخطار يوجه إلى صاحب الشأن فيه صحيحا وملزما قبل مصلحة الشهر العقارى.

أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد. وإذا اقتضى التصرف تغييرا فى دفاتر المكلفة، وجب أن يتضمن الطلب بيانا عن رقم المكلفة الخاصة بالعقار وسنتها واسم صاحب التكليف حسبما هو ثابت فى آخر ورود للمال أو قسيمة العوايد أو من واقع مستخرج رسمى من دفاتر المكلفات. ويقرن الطلب بما يؤيد بيانات التكليف من مستندات ليتسنى للمأمورية مراجعتها واتخاذ اللازم نحو إجراء التغيير فى دفاتر المكلفات، حتى تكون كاشفة عن جميع التطورات التى طرأت على الملكية العقارية. ويجب أيضاً أن يتضمن الطلب بيان الحقوق العينية المقررة على العقار، وعلى الأخص ارتفاقات الرى والصرف (ثالثا) بيان موضوع المحرر المراد شهره، وبيان المقابل (من ثمن أو بدل) أو مقدار الدين (فى حالة الرهن) إن وجد. (رابعا) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف، وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد(١). ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك أو صاحب الحق العينى السابق، وطريق انتقال الملكية أو الحق العينى إليه، ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شهر. ويقرن الطلب بالأوراق والمستندات المؤيدة لهذه البيانات(٢). ولا يقبل من المحررات، فيما يتعلق باثبات أصل الملكية أو الحق العينى، إلا المحررات الآتية: (١) المحررات التى سبق شهرها، ففى حالة تلقى البائع أو الرهن الملكية بعقد أو حكم سبق شهره يكتفى بتقديمه. (٢) التصرفات التى تتضمن تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت تم قبل أول يناير سنة

---

(١) وقد اعتبر الحكم بصحة التعاقد مجرد إثبات لحصول التعاقد، فلا يعفى طالب الشهر من تقديم جميع المستندات التى يقدمها صاحب الشأن فى العقود والإشهادات غير المتنازع عليها فلم تقتض استصدار حكم بصحة التعاقد، ولو سمح بشهر حكم صحة التعاقد دون مراجعة، لأمكن من يشاء التحلل من تقديم المستندات المثبتة لأصل حق الملكية أن يتواطأ مع المتعاقد الآخر على إقامة دعوى بصحة التعاقد، ثم شهر الحكم الذى يصدر دون تقديم المستندات.

هذا وقد زادت المادة ٢١ (سادسا) من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق، على العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد، ما يأتى: «أحكام القسمة، وأحكام تثبيت الملكية إذا بنيت على الإقرار بأصل الالتزام أو على التسليم للمدعى بطلباته، وكذلك توثيق الصلح بين الخصوم أو إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة، وأوامر الاختصاص». وذلك حتى لا تشهر أحكام يحتمل أن يكون الخصوم قد تواطؤوا على استصدارها، وحتى يقضى على كل محاولة فى الاستيلاء على أملاك الغير عن طريق هذا التواطؤ.

(٢) وقد نص المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق (م١٩) على أن تقدم طلبات الشهر «على النموذج المعد لذلك فى مقابل رسم قدره خمسون مليما لكل وحدة». وأريد بوضع نموذج لطلب الشهر التيسير لجمهور المتعاملين فى أن يعرفوا ما يجب أن يتضمنه الطلب من البيانات وما يجب تقديمه من المستندات، فيمكن الطالب أن يعتمد على نفسه فى إعداد الطلب. وقد أعد أيضا مشروع قانون بتنظيم مهنة الوساطة فى أعمال الشهر، بحيث لا يتولاها إلا من يجيدها ويكون معروفا بحسن الخلق فلا يستغل الجمهور.

١٩٤٧ تاريخ العمل بقانون الشهر العقارى، والمقصود بذلك الوصية لأنها لم تكن خاضعة للشهر قبل هذا التاريخ. ويشترط أن تكون الوصية قد تمت، ومات الموصى، وقبلها الموصى له، قبل أول يناير سنة ١٩٤٧، فلا عبرة إذن بتاريخ تحرير الوصية، ولا بتاريخ وفاة الموصى، بل العبرة بانتقال الملكية إلى الموصى له قبل هذا التاريخ. (٣) المحررات التى ثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، لأن الملكية كانت تنتقل قبل هذا التاريخ فيما بين المتعاقدين بغير تسجيل، فالعقد الذى ثبت تاريخه قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ يعتبر فى حكم العقد المسجل من حيث انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين. ويشترط أن يكون ثبوت التاريخ عن غير طريق ختم أو توقيع لإنسان توفى، فقد شوهد من استقراء الحوادث أن كثيرا من المتعاملين يلجأون إلى إثبات تاريخ عقود غير ثابتة التاريخ عن طريق ختمها بختم إنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ وترك ختمه بعد وفاته، أو عن طريق تزوير توقيعه على هذه العقود(١). (٤) المحررات التى تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على سنة ١٩٢٤، إذا كان قد أخذ بها فى محررات تم شهرها أو نقل التكليف بموجبها لمن صدرت لصالحه. فما دام العقد غير ثابت التاريخ قد اعتبر مستندا لأصل الملكية فى محرر تم شهره أو نقل التكليف بموجبه، فقد وجب أن يعتبر مستندا لأصل هذه الملكية فى ظل قانون الشهر العقارى. وقد أضافت المادة ٥٥ من هذا القانون (فى أحكامه الوقتية)، إلى المستندات التى تعتبر أصلا للملكية، المحررات التى تحمل تاريخا غير ثابت سابقا على أول يناير سنة ١٩٢٤، إذا كان المحرر الذى يراد شهره قد تم توقيعه أو التصديق على الإمضاءات فيه أو صدر بشأنه حكم بصحة التعاقد أو التوقيع قبل أول يناير سنة ١٩٢٤. ذلك لأن المحرر المراد شهره يكون فى هذه الحالة قد تمت مراجعته نهائيا طبقا لأحكام قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، وأشر عليه من قلم استعلام المساحة بختم «نظر» وسدد عنه الرسم، وتم توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه، فلا يسرى عليه قانون الشهر العقارى(٢).

---

(١) وقد صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأن يستبعد من طرق إثبات التاريخ وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى قبل سنة ١٩٢٤ فى المحررات المقدمة مستنداً لأصل ملكية المتصرف، وقد سار قانون الشهر العقارى على هذا المبدأ.

(٢) أنظر فى التعليمات التى أصدرتها مصلحة الشهر العقارى فيما إذا كان أصل الملكية هو التملك بالتقادم الطويل: محمود شوقى فى الشهر العقارى علما وعملا ص٨٠- ص٨٢- وقد قنن المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق ما جرى عليه العمل فى هذا الصدد فيما استحدثه من نصوص فى آخر المادة ٢٢ منه على الوجه الآتى: «وإذا ثبت أن أصل الملكية أو الحق العينى لا يستند أساسا إلى محرر مما يعتبر مقبولا لذلك، أو ثبت وجود هذا المحرر وتعذر تقديمه، فيكتفى بتقديم كشوف رسمية من دفاتر التكليف تثبت ورود العقار فى تكليف المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب بالنسبة للأرض الزراعية وابتداء من سنة ١٩٢٣ بالنسبة للعقارات المبنية =

ويدون الطلب «بدفتر أسبقية الطلبات»[1]، مع ذكر تاريخ وساعة تقديمه للمأمورية. فإذا قدم للمأمورية طلبان متعارضان أو أكثر فى شأن عقار واحد، كما لو باع شخص عقارا مرتين وتقدم المشتريان بطلبين للشهر يسبق إحداهما الآخر بوقت معين، وجب بحث الطلب الأسبق مع وقف الطلب أو الطلبات اللاحقة إلى أن يتم التصرف فى الطلب الأول. فإذا كان الطلب الأول تام الإجراءات، بحث وسلم إلى صاحبه. ثم يبحث الطلب الثانى المزاحم، ولا يسلم إلى صاحبه إلا بعد انقضاء فترة على تسليم الطلب الأول تساوى الفترة التى تقع بين ميعاد تدوين كل منهما فى دفتر أسبقية الطلبات، بحيث لا تجاوز الفترة سبعة أيام. أما إذا كان الطلب الأول ينقصه بعض البيانات أو المستندات، فإنه يحدد لصاحب الشأن أجل لاستيفاء النقص لا يجاوز خمسة عشر يوما. فإذا استوفى النقص فى الميعاد، فحص الطلب وسلم لصاحبه، ويجب انقضاء الفترة اللازمة قبل تسليم الطلبات اللاحقة لأصحابها. أما إذا لم يقم صاحب الشأن باستيفاء النقص فى الميعاد المحدد، رفع رئيس المأمورية الأوراق إلى أمين مكتب الشهر الذى تتبعه المأمورية فيقرر أمين المكتب إما سقوط أسبقية الطلب الأول ويجب أن يكون هذا القرار مسببا، أو وقف الإجراءات الخاصة بالطلبات التالية إذا كان تخلف صاحب الطلب الأول عن استيفاء النقص لا يرجع إلى تقصير منه[2]. وبهذا تتقرر الأسبقية فيما بين الطلبات المتعارضة، فيقدم الطلب السابق

=الكائنة فى المدن المربوطة بعوايد المبانى، بشرط أن يكون التكليف الحالى باسم الصادر منه التصرف أو مورثه تعزز فى الحالتين بمحضر فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه مدة خمس عشرة سنة سابقة على تقديم الطلب. على أنه يكتفى، بالنسبة للعقارات الكائنة فى سكنات القرية المعفاة من الضرائب فى الطبيعة لإثبات وضع يد المتصرف أو مورثه ابتداء من سنة ١٩٢٣ حتى تاريخ تقديم الطلب. واستثناء من أحكام الفقرة الأولى، إذا تبين أن المحرر المقدم لإثبات أصل الملكية أو الحق العينى يتعارض مع مستند المالك الحقيقى، فلا يقبل هذا المحرر فى إثبات الغرض المشار إليه».

(١) ويبين فى هذا الدفتر مراحل العمل بالطلبات والمشروعات (أنظر م٢٠ من المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق وهى تتمشى مع المادة ٢/٤٧ من قانون السجل العينى). وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الشهر العقارى (المعدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٠) على أن «يؤدى رسم قدره خمسون قرشا عند تقديم الطلب، ويعتبر الطلب كأن لم يكن إذا لم يتم شهر المحرر خلال سنة من تاريخ قيد الطلب. وتمتد هذه المدة سنة ثانية إذا قدم الطالب قبل انتهاء السنة الأولى بأسبوعين طلبا بالامتداد، وأدى عنه الرسم المطلوب».

(٢) ويستطيع من قرر أمين المكتب سقوط أسبقية طلبه، أو من طولب باستيفاء بيان لا يرى وجها له، أن يلجأ إلى نظام الشهر المؤقت، إذ نصت المادة ٣٥ من قانون الشهر العقارى على ما يأتى: «لمن أشر على طلبه باستيفاء بيان لا يرى وجها له، ولمن تقرر سقوط أسبقية طلبه بسبب ذلك، أن يتقدم بالمحرر نفسه... وذلك فى خلال عشرة أيام من وقت إبلاغ قرار الاستيفاء أو السقوط إليه، ويطلب إلى أمين المكتب إعطاء هذا المحرر.. رقما وقتيا بعد أداء الرسم، وتوثيق المحرر أو التصديق على التوقيعات فيه إن كان من المحررات العرفية، وبعد إيداع كفالة قدرها نصف فى المائة من قيمة الالتزام الذى يتضمنه المحرر، على ألا يزيد مقدار هذه الكفالة على عشرة جنيهات، ويجب أن يتبين فى الطلب الأسباب =

على الطلب اللاحق، ما لم يتقرر نهائيا سقوط أسبقية الطلب السابق(١).

وبحث الطلب يكون من الناحية الهندسية، ومن الناحية القانونية. فمن الناحية الهندسية ألحق بالمأموريات أقلام استعلامات هندسية، وهذه تراجع الطلب من الناحية المساحية للتثبت من موقع العقار وحدوده ومسطحه، وقد ينتقل القلم الهندسى لمعاينة العقار على الطبيعة وتحديده بوضع علامات حديدية عليه. فإذا ما أتم الطلب الهندسى بحث الطلب من الناحية المساحية، بحث الطلب بعد ذلك من الناحية القانونية. فتتولى المأمورية بحث البيانات الواردة فيه للتأكد من مطابقتها للأوضاع المقررة قانونا، ثم تبحث المستندات المرافقة للطلب لتتثبت بوجه خاص من أصل الملكية بفحص المستندات المقدمة من البائع مثلا إثباتا لملكيته. فإذا ما تم بحث الطلب من الناحيتين الهندسية والقانونية، أشرت المأمورية بالقبول للشهر بختم نقش عليه عبارة «مقبول للشهر»(٢).

= التى يستند إليها الطالب. وفى هذه الحالة يجب على أمين المكتب إعطاء المحرر.. رقما وقتيا فى دفتر الشهر المشار إليه فى المادة ٣١ ودفاتر الفهارس، وأن يرفع الأمر إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يقع المكتب فى دائرتها. ويصدر القاضى قراره على وجه السرعة بابقاء الرقم الوقتى بصفة دائمة أو بالغائه تبعا لتحقق أو تخلف الشروط التى يتطلب القانون توافرها لشهر المحرر.. ولا يجوز الطعن فى القرارات التى تصدر على هذا الوجه بأى طريق». ونصت المادة ٣٦ من نفس القانون على أنه «إذا صدر قرار القاضى بابقاء الرقم الوقتى، وجب التأشير بذلك فى دفتر الشهر ودفاتر الفهارس، واتخاذ باقى الإجراءات وعلى الأخص ما يتعلق منها بالتصدير. وإذا صدر القرار بالغاء الرقم الوقتى، وجب التأشير بذلك فى دفتر الشهر ودفاتر الفهارس، وتصادر الكفالة المتقدمة ذكرها بقوة القانون، ويرد المحرر.. لصاحب الشأن بعد التأشير عليه بمضمون القرار وتاريخه».

هذا وقد الغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق نظام الشهر المؤقت، ونص فى المادة ٢٨ منه على إنشاء دفتر يومية تقيد فيه طلبات الشهر، فيتمكن مكتب الشهر من مراجعة المحررات التى تقدم إليها، على أن تدون فى دفتر الشهر بعد مراجعتها فى اليوم التالى. ولمواجهة حالات التعارض بين المحررات المقدمة لمكاتب الشهر إذا ما قدم أكثر من محرر فى شأن عقار واحد، والتى أغفلها قانون الشهر العقارى، نص على عدم جواز شهر محرر لاحق قبل محرر سابق يتعارض معه إلا إذا صدر قرار نهائى من أمين المكتب باسقاط أسبقية المحرر السابق. وتوسع المشروع فى الحالات التى يجوز فيها التظلم من قرارات المأمورية ومن قرارات المكتب، وفرض رقابة قضائية قبل التظلم لقاضى الأمور المستعجلة حتى يستطيع ممثل المصلحة قبل الحكم إبداء وجهة النظر الفنية التى قد لا تظهر بوضوح إذا ترك الأمر للمذكرات التى تقدم لقاضى الأمور الوقتية (أنظر فى كل ذلك المواد ٣٣- ٣٩ من المشروع).

(١) وفى حالة عدول أصحاب الشأن عن التسجيل لا يرد ما سبق دفعه من رسوم التسجيل حتى لو سلمت الجهة الإدارية خطأ بأحقية دافع الرسم فى استرداده (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢٩ ص١٨٧)- وانظر أيضا نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص١٣٦- ١٤ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص٢٥٤- ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص١٠٩٨.

(٢) والأصل أن تؤشر المأمورية على أصل الطلب بعبارة «مقبول للشهر». ولكن كثيراً ما يحدث أن =

١٥٤- مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر: يعتبر «القبول للشهر» ترخيصا لصاحب الشأن في إعداد المحرر المراد شهره، بعد أن تكون المأمورية قد ضبطت البيانات الخاصة بالعقار وأصل ملكيته، وتأكدت من مطابقة المحرر من ناحية الشكل لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون لإجراء الشهر. وقد انتهت بالتأشير على الطلب بالقبول للشهر وهي الخطوة الأولى من المرحلة التمهيدية للشهر، وتأتي بعد ذلك الخطوة الثانية لهذه المرحلة التمهيدية وهي تحضير مشروع المحرر.

فإذا كان المحرر المراد شهره عرفيا، وجب أن يحرر على الورق الأزرق الخاص المعد لذلك، ويكون التحرير بالمداد الأسود، وهذا هو الأصل الذى يحفظ وتؤخذ منه صور فوتوغرافية، وإذا كان المحرر رسميا، كان التحرير على ورق أبيض عادى مسطر، وبعد توثيقه تحفظ منه الصورة الأولى وهي محررة على الورق الأزرق، وتؤخذ من هذه الصورة الصور الفوتوغرافية. وفي الحالتين يجب أن يشتمل المحرر على جميع البيانات الواردة في «إخطار القبول للشهر»، فيجب إذن أن يكون مشروع المحرر صورة كاملة لما هو وارد في إخطار القبول من بيانات، وإلا وجب تقديم طلب جديد برسم جديد وأسبقية جديدة.

فإذا أعد مشروع المحرر على نحو سالف الذكر، قدمه صاحب الشأن إلى المأمورية مقرونا به إخطار القبول أو صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر وجميع المستندات التى سبق تقديمها مع الطلب. فتقوم المأمورية بتدوينه، بحسب تاريخ وساعة تقديمه، «بدفتر أسبقية مشروعات المحررات». فإذا قدم للمأمورية أكثر من مشروع محرر خاص بنفس العقار، وجب بحث هذه المشروعات بحسب ترتيب تقديمها، وإعادة المشروعات إلى أصحابها بنفس الترتيب بعد انقضاء فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد تقديم كل منها بحيث لا تجاوز الفترة خمسة أيام(١).

=تكون الحدود والمسطحات الخاصة بالعقار لا تطابق الواقع، وكذلك الأمر فيما يتعلق بباقى البيانات الواردة فى الطلب. فتجرى المأمورية التصحيحات اللازمة، وتدون هذه التصحيحات فى نموذج خاص اسمه «إخطار بالقبول للشهر». وتسترشد المأمورية فى تحرير هذا الإخطار بما أدرجه مقدم الطلب من بيانات، وما أسفر عنه بحثها لهذا الطلب من المستندات المقدمة ومن الدفاتر والخرائط والمراجع الموجودة بها. ويختم هذا الإخطار بختم «مقبول للشهر»، وإذا لم يتقدم صاحب الشأن لتسلم الإخطار فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ تحريره، أرسل إليه مع المستندات المقدمة منه فى العنوان الذى بينه فى الطلب.

(١) ولم يقصد بنظام الأسبقية، فى الطلبات وفى مشروعات المحررات، حماية صاحب الطلب أو المشروع الأول حماية مطلقة. ولكن أريد منحه فترة مناسبة ليبادر إلى استكمال الخطوات اللازمة للشهر فى أثنائها، حتى يحتفظ بأسبقيته. أما إذا تسلم صاحب الطلب الأول إخطار القبول فأهمل فى تقديم مشروع المحرر، وبادر صاحب الطلب الثانى إلى تقديم مشروع محرره قبل صاحب الطلب الأول، فإن الثانى يكسب على الأول أسبقية فى دفتر مشروعات المحررات وينعكس الترتيب. =

وبحث مشروع المحرر يكون بالتثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به، فإذا وجدت مطابقة أشرت المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر، وذلك بوضع خاتم عليه فى صدره وفى آخره من الناحيتين يسمى خاتم «صالح للشهر»(١).

١٥٥- توقيع المحرر وعملية التسجيل: تنتهى بالتأشير على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر المرحلة التمهيدية لإجراءات الشهر، فإذا ما تسلم صاحب الشأن مشروع المحرر مؤشرا عليه بالصلاحية للشهر قدمه إلى مكتب التوثيق المختص أو إلى أحد فروعه لتوقيعه من ذوى الشأن. فإذا كان المحرر رسميا تولى مكتب التوثيق عملية توقيعه، وإذا كان عرفيا تولى مكتب التوثيق التصديق على توقيعات ذوى الشأن. ولا تتم عملية التوقيع أو التصديق إلا بعد دفع رسم التوثيق أو التصديق ورسوم التسجيل كاملة.

ثم يقدم صاحب الشأن المحرر بعد توقيعه لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار، وهو المكتب الذى تتبعه المأمورية التى تولت إتمام المرحلة التمهيدية للشهر، ويرفق بالمحرر جميع المستندات المؤيدة للصفة والتكليف وأصل الملكية. ويعطى مكتب الشهر لمن قدم المحرر إيصالا مبينا به رقم الشهر وتاريخه، ويبين فى الإيصال المستندات التى قدمها صاحب الشأن مع المحرر. ورقم الشهر الذى يحمله الإيصال هو رقم مسلسل لكل محرر يقدم بحسب ترتيب تقديم المحررات(٢)، بحيث لا يتم شهر محرر إلا فى دور رقمه المسلسل(٣).

= هذا وقد ألغى المشروع الجديد لقانون الشهر العقارى والتوثيق أسبقية المشروعات اكتفاء بأسبقية الطلبات، تبسيطا للإجراءات وتيسيراً على أصحاب الشأن، فعدل المشروع المادة ٣٣ من قانون الشهر العقارى على الوجه الآتى: «إذا قدم للمأمورية أكثر من طلب فى شأن عقار واحد، يجب أن تبحث هذه الطلبات وفقا لأسبقية تقديمها فى الدفتر المعد لذلك، وأن تنقضى بين أبحاث الطلب السابق مؤشراً عليه بالقبول أو مشروعه مؤشراً عليه بالصلاحية، وإعادة الطلب اللاحق أو مشروعه مؤشراً عليه بذلك، فترة معادلة للفترة التى تقع بين ميعاد كل من الطلبين، على ألا تجاوز هذه الفترة سبعة أيام. وتحتسب الفترة المتقدم ذكرها عند إرسال نسخة الطلب أو مشروع المحرر مؤشراً عليها لصاحب الشأن بالبريد من تاريخ الإرسال».

(١) وإذا كانت البيانات غير مطابقة، لم يقبل مشروع المحرر، ووجب تقديم مشروع جديد. وفى حالة ما إذا وجدت البيانات مطابقة، وأشر على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر، ولم يتقدم صاحب الشأن لتسلم مشروع المحرر فى خلال ثلاثة أيام من تاريخ التأشير عليه بالصلاحية للشهر، تولت المأمورية إرسال المشروع إليه فى محل إقامته المبين بالطلب.

(٢) ونظام الأسبقية فى الطلبات وفى مشروعات المحررات هو نفس نظام الأسبقية الذى يتبع فى الشهر النهائى. فإذا تباطأ صاحب المشروع الأول الصالح للشهر، فمن الجائز أن يسبقه إلى التسجيل النهائى صاحب المشروع الثانى الصالح للشهر. ولما كانت العبرة بالتسجيل النهائى، فإن هذا الأخير يكسب الملكية أو الحق العينى نهائيا، مع أنه كان فى جميع المراحل السابقة تاليا فى الأسبقية لصاحب المشروع الأول.

(٣) ويسلم المحرر المعد للشهر إلى قسم المراجعة بمكتب الشهر، فيتولى القسم إعادة بحثه للتثبت من أن =

وتتم عملية التسجيل بتدوين المحرر فى دفتر يعد لذلك بكل مكتب، ويسمى «بدفتر الشهر»(١)، وتثبت فيه المحررات بأرقام متتابعة وفقا لتواريخ وساعات تقديمها للشهر، وبحسب أسبقيتها فى التقديم للمكتب. ويحفظ أصل المحرر المدون على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات العرفية، أو الصورة الأولى المحررة على الورق الأزرق الخاص إن كان من المحررات الرسمية، وذلك فى أماكن خاصة معدة لهذا الغرض. أما الذى يدون فى دفتر الشهر فرقم الشهر وتاريخ وساعة إجرائه واسم الصادر لمصلحته المحرر، واسم الصادر ضده هذا المحرر، وبيان العقار، ونوع التعامل. ويتولى مكتب الشهر التأشير على المحرر بما يفيد تدوينه فى دفتر الشهر بمحضر يبين فيه رقمه المتتابع فى هذا الدفتر، مع ذكر تاريخ اليوم والشهر والسنة وبيان الساعة التى تم فيها التدوين، ويوقع هذا المحضر أمين المكتب أو الأمين المساعد(٢).

=تأشير المأمورية على مشروع المحرر بالصلاحية للشهر لم يجانب الصواب فى أى بيان أو إجراء يتطلبه القانون، كما يتولى مراجعة المحرر من ناحية الرسوم للتثبت من سلامة تقديرها. ويتولى قسم المراجعة عمل ملخص (chemise) للمحرر، ويوقع مقدم المحرر على تعهد فى صدر هذا الملخص بقبوله رد المحرر إليه فى عنوانه فى المحرر أو فى أى عنوان آخر يبينه فى حالة ما إذا لم يتقدم لتسلمه فى ظرف عشرة أيام من تاريخ تقديمه، إذا اتضح أن به نقصا فى الإجراءات أو الرسوم يمنع من إجراء عملية الشهر.

(١) ويقفل العمل فى دفتر الشهر فى ذيل آخر محرر قدم للشهر فى ذلك اليوم، مع ذكر الساعة ورقم المحرر الذى حصل التأشير فى ذيله، ويوقع أمين المكتب أو الأمين المساعد على هذه البيانات، كل هذا حتى لا يشهر محرر بتاريخ يوم سابق على تاريخ تقديمه للشهر. ويكون دفتر الشهر مرقم الصفحات، وموقعا على كل ورقة فيه من الأمين العام للشهر العقارى أو ممن ينتدب لذلك بقرار من وزير العدل. ويفرد دفتر للشهر فى كل مكتب لكل سنة، فإذا ما انتهى العمل فى ٣١ ديسمبر من أى سنة حرر محضر فى ذيل آخر محرر شهر فى هذا التاريخ. وينتهى العمل فى هذا الدفتر نهائيا، على أن يصير إثبات المحررات، اعتباراً من أول يناير التالى، فى دفتر جديد.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذ تقضى المواد ٢٥ و٢٨ و٣١ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى بأن كلا من طلبات التسجيل ومشروعات المحررات تثبت فى دفاتر تعد لذلك بمأموريات ومكاتب الشهر العقارى حسب تواريخ وساعات تقديمها، فإن فى ذلك ما يفيد أن السابق واللاحق فى التسجيل يتعين حتما - إن تما فى يوم واحد - بأسبقية رقم التسجيل فى دفتر الشهر. وقد عنى المشرع بوضع هذا النظام ولم يترك الأمر فيه لمحض الصدفة، نظراً لما يترتب على أسبقية التسجيل من أثر فى المفاضلة بين المتنازعين على ملكية عقار واحد. ذلك أن مؤدى نصوص المواد ٩ و١٥ و١٧ من القانون المذكور أن ملكية العقار لا تنتقل من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع أو بتسجيل الحكم النهائى بثبات التعاقد أو بالتأشير بذلك الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى إذا كانت قد سجلت. وتسجيل هذه الصحيفة يحفظ لرافعها حقوقه من تاريخ حصوله، حتى إذا ما حكم له بطلباته فإن الحق الذى قرره الحكم ينسحب إلى تاريخ تسجيل العريضة إذا كان قد تأشر بهذا الحكم طبقا للقانون دون أن يتأثر بما يصدر من البائع من تصرفات شهرت بعد هذا التاريخ (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٧ ص٤٨٦). وانظر نقض مدنى =

فإذا ما تمت عملية التسجيل على هذا النحو، قامت أقلام التصوير الشمسى التابعة لمكتب الشهر باعداد صورتين فوتوغرافيتين من كل محرر تم شهره. وتؤخذ هاتان الصورتان من أصل المحرر العرفى المدون على الورق الأزرق، أو من الصورة الأولى المدونة على الورق الأزرق من أصل المحرر الرسمى، مع حفظ كل من أصل المحرر العرفى والصورة الأولى من أصل المحرر الرسمى بالأماكن الخاصة المعدة لذلك(١) كما سبق القول. وتسلم إحدى الصورتين الفوتوغرافيتين لصاحب الشأن بعد التأشير عليها من أمين المكتب بمطابقتها للأصل وذكر اسم من سلمت الصورة إليه، وترسل الصورة الفوتوغرافية الأخرى إلى إدارة المحفوظات التابعة للمكتب الرئيسى للشهر العقارى وذلك لحفظها فيها(٢).

١٥٦- التأشير الهامشى: يثبت مكتب الشهر التأشير الهامشى فى هامش المحرر المتعلق به أو فى ورقة تلحق بهذا المحرر. ويقدم الطلب الخاص بالتأشير الهامشى لمكتب الشهر الذى تم فيه شهر المحرر المراد التأشير فى هامشه(٣). ويجب أن يكون الطلب مشتملا على اسم الطالب واسم أبيه وجده لأبيه ولقبه وصناعته وصفته ومحل إقامته، وبيان نوع المحرر المراد التأشير فى هامشه مع ذكر تاريخ ورقم شهره، والسند الذى يبيح التأشير مع إيضاح تاريخه ونوعه ومضمونه والجهة التى صدر عنها كمكتب التوثيق إذا كان محررا رسميا وكالمحكمة التى أصدرته إذا كان حكما، وأسماء ذوى الشأن فى السند الذى يبيح التأشير. ويجب أن يقرن الطلب بالسند الذى يبيح التأشير، وبسائر الأوراق المؤيدة له.

وتدرج طلبات الشهر الهامشى «بدفتر أسبقية طلبات التأشير الهامشى» بأرقام متتابعة حسب تاريخ وساعة تقديمها للمكتب، كما يبين فى هذا الدفتر ما تم فى شأن كل طلب منها. ولمكتب الشهر أن يحيل الطلب إلى مأمورية الشهر المختصة عند الاقتضاء، فيمر الطلب بمراحل الشهر من حيث القبول والصلاحية للشهر، ثم يعاد إلى مكتب الشهر لشهره.

=١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص٤٩٤ - ١٥ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ ص٢٩٥.

(١) وإذا كان المحرر المقدم للشهر يشتمل على عقارات تقع فى دائرة اختصاص أكثر من مكتب واحد، قدم المحرر للشهر بأحد هذه المكاتب. فإذا ما تم التسجيل سحبت صور فوتوغرافية وقدمت إلى المكاتب الأخرى لإجراء التسجيل فى كل مكتب على حده ولا ينتج التسجيل أثره إلا فى خصوص العقار الذى يقع فى دائرة اختصاص المكتب الذى تم فيه التسجيل.

(٢) فإن كان موضوع المحرر يتطلب تعديلا فى دفاتر المكلفة، تولى مكتب الشهر استخراج صورة فوتوغرافية ثالثة من المحرر وترسل إلى المحافظة، مبينا عليها خاتم «ناقل للتكليف»، وذلك لتقوم المحافظة بإجراء التعديلات المترتبة على تسجيل المحرر فى دفاتر المكلفة، ويكون استخراج هذه الصورة الفوتوغرافية الثالثة على نفقة صاحب الشأن.

(٣) ويسدد على طلب التأشير الهامشى الرسم المقرر للطلبات.

(الفرض الثانى) إذا اتفق المستأجر مع المؤجر على أن يكون هذا ضامناً لتعرض الجهة الحكومية. فعدم ضمان المؤجر لتعرض الجهة الحكومية ليس من النظام العام، إذ تقول العبارة الأخيرة من المادة ٥٧٤ مدنى: «كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره». فيجوز للمتعاقدين إذن الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام[١]، فيشترط المستأجر مثلا فى عقد الإيجار على المؤجر أن يكون ضامناً لأى عمل يصدر من جهة حكومية يتعارض مع انتفاعه بالعين، إذا كان هذا العمل يخالف القانون، أو ولو كان هذا العمل فى حدود القانون. فعند ذلك يكون المؤجر ضامناً لتعرض الجهة الحكومية، فإذا وقع هذا التعرض رجع عليه المستأجر بفسخ الإيجار أو بإنقاص الأجرة وبالتعويض فى الحالتين إذا كان له مقتض. وهذا لا يمنع من رجوع المستأجر أيضاً على الجهة الحكومية بالتعويض إذا كان تعرضها مخالفاً للقانون.

وغنى عن البيان أنه كما يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المؤجر، يجوز كذلك الاتفاق على تخفيف هذه المسئولية، فيشترط المؤجر على المستأجر مثلا أنه يجوز لهذا، فى حالة تعرض الجهة الحكومية، أن يطلب إنقاص الأجرة دون الفسخ. كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المؤجر من هذه المسئولية أصلا، فيشترط المؤجر عدم مسئوليته عن تعرض الجهة الحكومية، وإذا وقع هذا التعرض فإن المستأجر لا يرجع على المؤجر لا بالتعويض ولا بفسخ الإيجار ولا بإنقاص الأجرة[٢]. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً يستخلص من الظروف أو من الطريقة التى نفذ بها عقد الإيجار، ولكنه لا يستخلص من مجرد أن المستأجر كان يتوقع تعرض الإدارة إذ يجوز أنه أبرم الإيجار مع ذلك معتمداً على حقه فى الرجوع على المؤجر[٣].

=تحمل التبعة، فلا يكون مسئولا، لا عن التعويض فحسب، بل ولا عن فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة. فإذا كان المستأجر قد أدار المكان المؤجر محلا للعهارة أو نادياً للقمار، مخالفاً بذلك التزاماته، فأصدرت الإدارة قراراً بإغلاق المكان المؤجر، لم يكن للمستأجر الرجوع بشئ على المؤجر، والتزم بدفع الأجرة إلى نهاية الإيجار وبالتعويض إذا كان له مقتض (بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٣٦).

(١) نقض مدنى ٦ يناير مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٢ ص٦٩٥.

(٢) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ ص٢٢٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى عقد الإيجار على إعفاء المؤجر من كل مسئولية تنشأ عن الرى وعطل آلاته وتغيير طريقه هو شرط صحيح قانوناً ملزماً للمستأجر (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص١٢٧).

(٣) جيوار ١ فقرة ١٥٠ - بودرى وفال ١ فقرة ٥٦٨ - بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٣٦ - وقارن مع ذلك باريس ١٧ مايو سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ - ٥٠٤ - ٧ نوفمبر سمة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ - ٦١٢. =

٣٠٧- رجوع المستأجر على الجهة الحكومية: ولا يقتصر رجوع المستأجر على المؤجر، بل يجوز له أيضاً أن يرجع مباشرة على الجهة الحكومية. فإن تعرضها له يعتبر فى حكم التعرض المادى إذا استندت فيه إلى السلطة العامة التى تتولاها، وهو تعرض مادى محض (voie de fait) إذا لم تستند فيه إلى هذه السلطة، وفى الحالتين يجوز للمستأجر الرجوع مباشرة عليها، شأنه فى ذلك شأن الغير الذى يصدر منه تعرض مادى.

غير أنه يجب التمييز، فى رجوع المستأجر على الجهة الحكومية، بين ما إذا كان التعرض صدر فى حدود القانون أو صدر مخالفاً للقانون.

فإذا كان قد صدر فى حدود القانون، كأن نزعت جهة الإدارة ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة بعد استيفاء الشروط والإجراءات التى يفرضها القانون(1)، أو استولت السلطة العسكرية على العين المؤجرة استيلاء مؤقتاً لأغراض عسكرية طبقاً لأحكام القانون، فإن المستأجر لا يستطيع الرجوع على الإدارة، فوق رجوعه على المؤجر بالفسخ أو إنقاص

=ويكون المؤجر معفى من المسئولية عن عمل الإدارة إذا كان وجه الانتفاع الذى خصصت له العين المؤجرة غير مشروع أو كان مخالفاً للقانون، كأن قصد المستأجر إدارة العين المؤجرة للعهارة أو قصد إدارتها محلا مقلقاً للراحة فى حى لا يسمح فيه بذلك (بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٣٦).

(1) أ- التعرض الحاصل للمستأجر من جهة حكومية بنزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة والاستيلاء عليها يعتبر صادرا فى حدود القانون ولا دخل للمؤجر فيه ويعتبر فى حكم التعرض الحاصل من الغير ومن أجل ذلك يترتب عليه انهاء العقد.

(جلسة ١٩٨٢/٤/٢٢ الطعن رقم ٢٠٨٠ لسنة ٤٩ق السنة ٣٣ ص٤٢٥)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٤ الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٤٥ق)

(جلسة ١٩٧٢/١١/١٢ الطعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٩ق لسنة ٢٥ق ص١٢١٣)

(جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥ الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٤ق السنة ١٨ ص١١٢٩)

ب- فى حالة الاستيلاء بطريق التنفيذ المباشر على العقار الذى تقرر لزومه للمنفعة العامة لم ينص القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ - بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة - على وجوب أخذ رأى صاحب الشأن فى القرار قبل إصداره حسبما ذهب إليه الحكم المطعون فيه وإذا كان هذا الحكم لم يبين مدى القوة الملزمة لتعليمات السكرتارية العامة للحكومة التى استند إليها فى هذا الخصوص كما أنه لم يورد أسبابا أخرى تسوغ قضائه بثبوت علم الطاعن - المؤجر - بتقرير المنفعة العامة للعقار المملوك له وبقرار الاستيلاء عليه قبل تأجيره للشركة المطعون عليها، لما كان ذلك يكن الحكم المطعون فيه - الصادر بإلزام المؤجر بتعويض المستأجر عما لحقه من ضرر نتيجة الاستيلاء على العقار يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٦ مجموعة احكام النقض السنة ٢٧ ص٦٦٥)

(جلسة ١٩٥٢/٥/١٥ الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٢٠ق س٣ ص١٠٥٦)

الأجرة. إلا إذا رخص القانون له فى ذلك وفى الحدود التى رخص فيها القانون. ففى نزع الملكية للمنفعة العامة مثلا يرجع المستأجر على جهة الإدارة بتعويض مستقل عن التعويض الذى يرجع به مالك العين، إذ المستأجر يعوض عن حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة أما المالك فيعوض عن حرمانه من الملك ذاته، ويكون ذلك كله طبقاً للإجراءات التى رسمها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة(١).

وإذا كان عمل الجهة الحكومية قد صدر مخالفاً للقانون، كأن لم تستوف هذه الجهة الشروط التى يتطلبها القانون للعمل الذى قامت به، أو لم تتبع الإجراءات التى رسمها القانون فى القيام به. أو تعسفت فى استعمال سلطتها العامة فى قيامها بهذا العمل، ومن باب أولى إذا كان عمل الجهة الحكومية مجرد تعرض مادى (voie de fait) لم تستند فيه إلى أى قانون وهذا قد يحدث وإن كان حدوثه نادراً، فإن للمستأجر أن يرجع مباشرة على الحكومة إما بإلغاء القرار الإدارى الذى أصدرته مخالفاً للقانون وإما بالتعويض وإما بالأمرين معاً(٢). وهذا لا يمنع المستأجر من الرجوع على المؤجر بفسخ الإيجار إذا كان له مقتض أو بإنقاص الأجرة كما سبق القول.

وغنى عن البيان أن للمؤجر أيضاً أن يرجع على الجهة الحكومية بالتعويض عن الضرر الذى أصابه فى ملكه وبالتعويض عن رجوع المستأجر عليه، إذا كان عمل الإدارة غير مشروع(٣).

٣٠٨- تعرض الجهة الحكومية للمستأجر فى عمل لم يدخل فى عقد الايجار: والمفروض فى كل ما تقدم أن الجهة الحكومية تعرضت للمستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة بالانتفاع الذى قصد إليه فى عقد الإيجار. أما إذا تعرضت الجهة الحكومية

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا استولت السلطة العسكرية على عقار، فإن هذه السلطة وليس المالك هى التى تتولى تعويض مستأجر العقار، ما لم يكن التعويض الذى استولى عليه المالك يشتمل على تعويض للمستأجر (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٢). وانظر بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٣٥.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الحكومة لا تسأل إن هى قامت بتنفيذ مشروع من المشروعات العامة، مثل تحويل ترعة إلى مصرف، إلا فى نطاق المسئولية التقصيرية، فلا تسأل عما يكون قد لحق الأفراد من ضرر بسبب هذا المشروع إلا إذا ثبت أنها ارتكبت خطأ معيناً يكون سبباً لمساءلتها (نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص١٢٧).

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان عمل الإدارة غير مشروع فللمؤجر الرجوع على جهة الإدارة بتعويض، أما إذا كان العمل مشروعاً فلا رجوع للمؤجر (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١١٨).

للمستأجر فى عمل لا يدخل فى عقد الإيجار، فلا شأن للمؤجر فى هذا ولا يضمنه، بل ولا يتحمل تبعته. فلا يجوز للمستأجر فى هذه الحالة أن يرجع على المؤجر لا بالتعويض، ولا بفسخ الإيجار، ولا بإنقاص الأجرة. مثل ذلك أن يستأجر شخص أرضاً زراعية، ولا يذكر فى العقد أن الأرض استؤجرت لتزرع قطناً، ثم يصدر قانون الثلث ويقضى على المستأجر بالاقتصار على زراعة ثلث الزمام قطناً، فلا يجوز له أن يرجع على المؤجر أصلا، ويجب أن يقتصر فى زراعة القطن على ثلث الزمام[1]. فإذا ادعت الإدارة أنه زرع أكثر من ذلك وتعرضت له، فالمستأجر وشأنه معها، إن كانت على حق فيما تدعيه من أنه زرع أكثر من الثلث وجب عليه أن يتحمل الجزاء المقرر فى القانون، وإن لم تكن على حق فى ذلك فله الرجوع عليها بالطرق القانونية، ولا رجوع له على المؤجر فى جميع الأحوال. وهذا العمل من جهة الإدارة لا يعتبر فى الواقع من أعمال التعرض أصلا، لأن الإدارة لا تتدخل فى انتفاع المستأجر الانتفاع المقرر فى عقد الإيجار. وهذا بخلاف ما إذا كان المستأجر قد ذكر فى عقد الإيجار أنه استأجر الأرض ليزرع نصفها قطناً، ففى هذه الحالة إذا صدر قانون يحرم زراعة القطن فى أكثر من ثلث الزمام، كان هذا تعرضاً من الجهة الحكومية فى عمل دخل فى عقد الإيجار ونص عليه فيه، ومن ثم يجوز للمستأجر أن يرجع على المؤجر بفسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة دون التعويض[2]. كذلك إذا ذكر المستأجر فى عقد الإيجار أنه استأجر الأرض لزراعة المحصولات العادية فيها ومنها الأرز، ثم صدر قانون يحدد المناطق التى يزرع فيها الأرز ولم تكن الأرض المؤجرة داخلة فى هذه المناطق، فإن للمستأجر أن يرجع على المؤجر بفسخ الإيجار أو بإنقاص الأجرة دون التعويض.

ولا يكون المؤجر مسئولا عن الأعمال الصادرة من الجهة الحكومية إذا كانت هذه الأعمال لم تقع على العين المؤجرة ولا على طريقة الانتفاع بها، وإنما كان من شأنها أن تجعل استغلال العين أقل فائدة من ذى قبل. مثل ذلك أن يصدر قانون يحدد من ساعات العمل فى المصانع، فلا يجوز لمستأجر مصنع أن يرجع على المؤجر بدعوى أن هذا القانون جعل استغلال المصنع أقل ربحاً مما كان قبل صدور القانون[3]. ومثل ذلك أيضاً أن يفتح طريق جديد، فتنصرف الناس عن طريق قديم ويتضرر بذلك مستأجر دكان فى هذا الطريق، فلا يجوز له أن يرجع على المؤجر بدعوى أن فتح الطريق الجديد قد أنقص ربحه من

---

(١) ويسرى هذا الحكم من باب أولى فى حالة ما إذا اشترط المؤجر على المستأجر أن يخضع هذا الأخير للوائح والقوانين (استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣١ ص٢٢٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٠٤.

(٣) جيوار ١ فقرة ٣٩٠- وذلك ما لم تتوافر شروط الظروف الطارئة (م٢/١٤٧ وم٦٠٨ مدنى).

استغلال العين المؤجرة[1]. ذلك أن المستأجر إذا كان قد أصابه ضرر فى مثل الفروض المتقدمة، فقد يجنى فائدة فى فروض أخرى، كأن تقوم الإدارة بأعمال تحسن من صقع الناحية التى فيها المكان المؤجر فتزيد أرباح المستأجر. ولا شأن للمؤجر فى كل هذا، لحقت بالمستأجر خسارة أم أصابه ربح[2].

٣٠٩- امتناع الجهة الحكومية من إعطاء رخصة لادارة المكان المؤجر: وإذا أجر شخص لآخر عيناً لمباشرة مهنة أو صناعة معينة تحتاج فى مباشرتها إلى استصدار رخصة إدارية، وامتنعت جهة الإدارة من إعطاء الرخصة أو سحبتها بعد إعطائها، فإذا كانت العين قد أوجرت خصيصاً لمباشرة هذه المهنة، فالمؤجر يكون مسئولا عن عمل الإدارة[3]. وللمستأجر أن يطلب الفسخ، كما يصح أن يقتصر على طلب إنقاص الأجرة إذا امتنعت الإدارة عن إعطاء رخصة عن بعض العين دون بعض آخر أو عن بعض أعمال دون الأعمال الأخرى[4]. وللمؤجر أن يرجع على جهة الإدارة إذا كان امتناعها عن إعطاء الرخصة أو سحبها لها بعد إعطائها غير مشروع. وكذلك للمستأجر أن يرجع مباشرة على جهة الإدارة إذا كان عملها غير مشروع، وله أن يدخل المؤجر ضامناً[5].

وليس للمستأجر أن يرجع بالتعويض[6]. بل ليس له أن يرجع حتى يفسخ الإيجار أو

---

(١) بودرى وفال ١ فقرة ٥٦٧- عكس ذلك هيك ١٠ فقرة ٢٩٤.

(٢) الإيجار للمؤلف فقرة ٢٦٥ ص٣٢٩ هامش ١.

(٣) أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٣٦٨.

(٤) وكذلك يجوز إنقاص الأجرة إذا كان عمل الإدارة ليس من شأنه أن يجعل مباشرة المهنة المشروطة مستحيلا، بل أكثرو مؤونة أو مشقة أو أقل ربحاً (بودرى وفال ١ فقرة ٥٥٨ - عكس ذلك فلا يكون المؤجر مسئولا حتى عن إنقاص الأجرة جيوار ١ فقرة ١٥٣- الإيجار للمؤلف فقرة ٢٦٦ ص٣٣١).

(٥) الإيجار للمؤلف فقرة ٢٦٦.

(٦) وذلك ما لم يكن المؤجر قد تعهد للمستأجر بأن يحصل له على الرخصة، أو كان المؤجر عالماً بالمانع الذى يحول دون إعطاء الجهة الحكومية الرخصة المطلوبة وأخفى ذلك عن المستأجر تدليساً منه. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى المعنى الأول بأنه إذا أجرت عدة أفلام سينمائية ثم منعت الرقابة عرض أحدها، فإن هذا المنع يعتبر بمثابة قوة قاهرة أزالت الانتفاع بالفيلم الممنوع، فيعفى المستأجر من أجرته، ولكن لا يكون له رجوع على المؤجر بأى تعويض ما لم يكن المؤجر قد ضمن للمستأجر الحصول على الترخيص بالعرض (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٣٢٦). وقضت أيضاً فى نفس المعنى الأول بأنه إذا كان إيجار ملهى ليلى روعى فيه إمكان تجديد رخصته دون تعديل فى شروط العمل، ثم رفضت جهة الإدارة التجديد إلا بعد إدخال تعديلات جوهرية على هذه الشروط، كان للمستأجر فسخ العقد دون تعويض لأن أمر الإدارة فى مقام القوة القاهرة (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٧٠). وقضت أيضاً فى المعنى الأول بأنه إذا سحبت سيارة للنقل العام فاستحال العمل فى السيارة، انفسخ عقد إيجار السيارة وأعفى المستأجر من دفع الأجرة (استئناف =

بإنقاص الأجرة إذا كان رفض الترخيص أو سحب الرخصة راجعاً إلى خطأ المستأجر، كعدم استيفائه الشروط اللازمة للحصول على الترخيص[1].

كذلك ليس للمستأجر أن يرجع على المؤجر حتى بفسخ الايجار أو بإنقاص الأجرة إذا كانت العين لم تؤجر خصيصاً لمباشرة المهنة أو الصناعة التى رفضت الإدارة الترخيص فيها أو سحبت رخصتها. وهناك رأى يذهب إلى مجرد ذكر المهنة أو الصناعة فى عقد الإيجار يجعل العين المؤجرة مخصصة لمباشرة هذه المهنة أو الصناعة[2]. ولكن الرأى الراجح هو أن ذكر المهنة وحده فى عقد الإيجار لا يكفى، بل يجب أن يظهر من مجموع نصوص العقد ومن الظروف وقرائن الأحوال أن العين قد أوجرت خصيصاً لمباشرة هذه المهنة، أو أن مباشرتها شرط أساسى من شروط الإيجار[3].

ويجوز للمؤجر أن يشترط على المستأجر فى عقد الإيجار عدم الضمان إذا لم يحصل هذا الأخير على الرخصة اللازمة، فلا يبقى للمستأجر إلا الرجوع على جهة الإدارة إذا كان عملها مخالفاً للقانون.

(هـ) التعرض الناشئ من سرقة العين المؤجرة

٣١٠- سرقة العين المؤجرة تعرض مادى صادر من الغير: إذا سرقت العين المؤجرة،

=مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٣٠) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى المعنى الثانى بأنه إذا كان المؤجر عالماً أن المنزل المؤجر قد صدر قرار بنزع ملكيته للمنفعة العامة ولم يخبر المستأجر بذلك، فأقام المستأجر منشآت كبيرة القيمة حال دون الحصول على رخصة بها عقبات شديدة، كان المؤجر مسئولا عن تعويض المستأجر (استئناف مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص١٢)- وانظر الإسكندرية المختلطة ٢٨ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٧٥ ص١٠٢- وانظر فى كل ذلك سليمان مرقس فقرة ١٧٥ ص٣١٨.

(١) أو مخالفته لشروط الرخصة مما اقتضى سحبها منه - انظر فى كل ذلك لوران ٢٥ فقرة ١٥٢- جيوار ١ فقرة ١٥١ - فقرة ١٥٣ - الإيجار للمؤلف فقرة ٢٦٦ ص٣٣١- سليمان مرقس فقرة ١٧٥ ص٣١٧.

(٢) جيوار ١ فقرة ١٥٢- فقرة ١٥٣.

(٣) ديفرجييه ١ فقرة ٤٠٤ - ترولون ١ فقرة ٢٣٤ - هيك ١٠ فقرة ٣٠٥- لوران ٢٥ فقرة ١٥٣- بودرى وفال ١ فقرة ٥٦٨ - فقرة ٥٦٩ وفقرة ١٣٧٥ - فقرة ١٣٧٦ - وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا سحبت الإدارة رخصة العين المؤجرة، ولم يوجد ما يرجح ما إذا كانت العين أوجرت أو لم تؤجر خصيصاً لمباشرة المهنة التى سحبت رخصتها، فأمام هذا الشك يفترض أن المتعاقدين لم يقصدا أن المستأجر يبقى ملتزماً بدفع الأجرة عن عين لم يعد يستطيع الانتفاع بها (جيوار ١ فقرة ١٥٢- فقرة ١٥٣- أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ ص٢٢٠- بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٣٤).

وكان السارق من غير أتباع المؤجر، كانت السرقة تعرضاً مادياً صادراً من الغير لا يضمنه المؤجر فى الأصل، شأن السرقة فى ذلك شأن أى تعرض مادى آخر صادر من الغير.

وبديهى أنه لو كان السارق من أتباع المؤجر، كالبواب مثلا، فإن المؤجر يكون مسئولا عنه، لأن المؤجر مسئول عن التعرض المادى الصادر من أتباعه كما لو كان التعرض قد صدر منه هو، وقد سبق بيان ذلك[1].

٣١١- متى يكون المؤجر مسئولا عن سرقة العين المؤجرة: على أن سرقة العين أكثر ما يكون من أجنبى لا شأن للمؤجر به، وقد قدمنا أن هذا يكون تعرضاً مادياً صادراً من الغير فلا يكون المؤجر فى الأصل مسئولا عنه. ولكن يقع أن تكون السرقة قد تيسر ارتكابها بسبب تقصير من المؤجر أو من أحد أتباعه، وبخاصة من تقصير بواب المنزل المكلف بحراسته. ففى هذه الحالة يكون المؤجر مسئولا نحو المستأجر عن السرقة[2]. ذلك أنه لو كان هناك تقصير من المؤجر يسر ارتكاب السرقة، كما لو كان المستأجر قد نبهه إلى وجوب ترميم نقب فى الحائط فلم يفعل، وسطا اللصوص فعلا على العين المؤجرة من هذا النقب، كان للمؤجر شأن فى التعرض المادى الصادر من اللصوص، إذ أن تقصيره هو الذى أتاح لهم فرصة السرقة، ومن ثم يكون مسئولا عن هذا التعرض[3]. ولو كانت السرقة تيسر ارتكابها بسبب تقصير البواب الموكول إليه حراسة المنزل، فترك هذا مثلا الباب الخارجى مفتوحاً أثناء الليل دون حراسة فى جهة أصبح سطو اللصوص فيها على المنازل أمراً مألوفاً كان المؤجر مسئولا عن السرقة، لأنه مسئول عن تقصير البواب تابعه[4].

٣١٢- مسئولية المؤجر عن تقصير البواب: ومسئولية المؤجر عن تقصير البواب مسئولية عقدية، إذ البواب هو الذى عينه المؤجر لحراسة المنزل فهو مكلف من قبله بتنفيذ عقد الإيجار فيما يتعلق بهذه الحراسة[5].

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥٥- نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩٤١ داللوز ١٩٤٥ - ٤١٣ - ٢٤ مايو سنة ١٩٤٨ داللوز ١٩٤٨ - ٣٧٥- ٧ أغسطس سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١- ٦٨٢- ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ J.C.P ١٩٥٣ -٤- ٤٢- بودرى وفال ١ فقرة ٥٨٩ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ ص٢٢٤ - بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧٠٧- مازو الطبعة الرابعة ١ فقرة ٩٩٧ -٢- لالو الطبعة الخامسة فقرة ٢٥١ وفقرة ١٠٥٣ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٤٠.

(٣) انظر آفاً فقرة ٢٧٨.

(٤) أما إذا قصر المستأجر فى إقفال باب شقته أو فى المحافظة على الشقة بالعناية اللازمة، فإن المؤجر لا يكون مسئولا عن السرقة حتى لو كان قد ترك الباب الخارجى مفتوحاً أثناء النهار دون حراسة (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٨٩١ م٧ ص٤).

(٥) انظر آنفاً فقرة ٢٥٥- الوسيط ١ فقرة ٤٣٣ - مازو ١ فقرة ٩٩٧- كاربونييه فى المجلة الفصلية =

والتزام البواب بحراسة المنزل لمنع السرقات هو التزام ببذل عناية، لا التزام بتحقيق غاية. فإذا وقعت سرقة فى العين المؤجرة، كان على البواب أن يثبت أنه كان من جانبه قد اتخذ الاحتياطات اللازمة لحراسة المنزل، وأن السرقة وقعت بالرغم من هذه الاحتياطات، فتنتفى مسئوليته وتنتفى مسئولية المؤجر. أما إذا لم يثبت البواب ذلك، أو أثبت المستأجر تقصيراً فى جانبه، فإن مسئوليته تتحقق وتتحقق معها مسئولية المؤجر(١). ولما كانت مسئولية المؤجر مسئولية عقدية كما قدمنا، فإنه لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع الحصول(٢)، فلا يكون مسئولا مثلا عن سرقة مجوهرات ثمينة أو مبلغ ضخم من النقود كان المستأجر يحتفظ بها فى سكن متواضع تدل الظواهر على أنه لا يحتوى عادة على مثل هذه الأشياء الثمينة، ولم يكن المؤجر يستطيع أن يتوقع ذلك(٣).

وتقصير البواب فى الحراسة مسألة واقعة يترك تقديرها لقاضى الموضوع. ويختلف هذا التقدير باختلاف البلد الذى يوجد فيه المكان المؤجر، وباختلاف الحى، وباختلاف حاجة المكان إلى الحراسة، وباختلاف تفرغ البواب للحراسة أو عدم تفرغه(٤). ففى منازل الطبقة الوسطى لا يكون البواب عادة متفرغاً لحراسة منزل واحد، بل توكل إليه حراسة أكثر من منزل، فيكون وقته مقسما بين منازل متعددة. ومن ثم تنتظر منه حراسة غير منقطعة، ولا يعتبر تقصيراً منه إذا تغيب عن منزل ليتعهد شؤون منزل آخر. وحتى لو كان البواب متفرغاً لحراسة المنزل، كما هو الأمر عادة فى العمارات الكبيرة التى قد يوجد فيها أكثر من بواب لحراستها والقيام فيها بأعمال النظافة، فإنه يجب توقع انقطاع البواب عن الحراسة من وقت إلى آخر للنظر فى شؤونه المنزلية أو لقضاء حاجاته الخاصة، وبخاصة أثناء النهار حيث

=للقانون المدنى سنة ١٩٤٢ ص٧١- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٤٢.

وانظر فى مسئولية المؤجر عن البواب: Mars فى عقد البوابة رسالة من پواتييه سنة ١٩٣٦ Mégret فى عقد حراسة العمارات الاستغلالية رسالة من باريس سنة ١٩٤٣.

(١) ويترتب على ما تقدم أن المؤجر لا يكون مسئولا إذا بقيت ظروف السرقة مجهولة وأثبت البواب أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لحراسة المنزل (بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧٠٩ هامش ٣- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٤٠ - ٢٤١).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٤٢ - ٢٤٣ - عبد المنعم البدراوى ص٦٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٤ ص١٨٠.

(٣) وقد قضت محكمة باريس الاستئنافية بأنه يجب عند تقدير مبلغ التعويض عن سرقة العين المؤجرة أن يراعى مركز المستأجر الاجتماعى، ولا يدخل فى هذا المبلغ الزيادة فى قيمة الأشياء المسروقة بعد الإيجار (باريس ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ Sem. Jur ١٩٤٩ -٢- ٤٦٧٩).

(٤) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م٤١ ص١٤٠.

تقل الحاجة إلى الحراسة[1]. لكن إذا انقطع البواب عن الحراسة وقتاً طويلاً أكثر من المألوف بالنسبة إلى حالته، أو مكن بعض المشتبه فى سيرتهم من التردد على المنزل والتعرف على مسالكه، أو اعتاد مجالسة هؤلاء فتمكنوا من ذلك، أو سمع حركة مريبة داخل المنزل من شأنها أن تثير الشكوك فقصر فى تعقب الأمر، أو ترك الباب الخارجى أثناء الليل مفتوحاً فى ظروف كانت تدعو إلى الحذر من اللصوص، فإن قاضى الموضوع لا يلبث أن يستخلص من هذه التصرفات وأمثالها تقصيراً فى جانب البواب يكون مسئولا عنه نحو المستأجر مسئولية تقصيرية، ويكون المؤجر مسئولا عن البواب نحو المستأجر مسئولية عقدية على النحو الذى سبق بيانه[2].

٣١٣- اشتراط المؤجر عدم مسئوليته عن البواب: وقد يشترط المؤجر عدم مسئوليته عن تقصير البواب، فيكون المستأجر إذن هو الموكول إليه دون البواب حراسة المكان الذى يسكنه. والشرط صحيح[3]، والفقرة الثانية من المادة ٢١٧ مدنى صريحة فى هذا المعنى إذ تقول: «وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه». فإذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عن تقصير البواب، ووقعت سرقة فى العين المؤجرة، لم يكن مسئولا عنها حتى لو ثبت تقصير البواب وأن هذا التقصير هو السبب الذى أدى إلى السرقة. وهذا لا يمنع من رجوع المستأجر على البواب بموجب المسئولية التقصيرية.

---

(١) بل قضى بأن غياب البواب بسبب ذهابه إلى السينما لا يعتبر منه تقصيراً (السين ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٣ جازيت دى باليه ٤٤-١-٢٣- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٤٦ هامش ٣- ويلاحظ أن هذا الحكم قد صدر فى فرنسا ولكل بلد ظروفه الخاصة).

(٢) أوبر ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ هامش ٣٦- بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧٠٧- ص٧٠٩ - باريس ١٥ فبراير سنة ١٩٤٤ J.C.P. ١٩٤٤-٢-٢٩٤٢- ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ J.C.P. ١٩٤٧ -٢-٣٣٨٢ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٥٠- ٤٣- ولا يكفى لإثبات التقصير فى جانب البواب أن تتعدد السرقات فى العمارة، أو أن يثبت أن البواب لم ير السارق، أو أن يكون المكان الذى يوجد فيه البواب لا يستطيع أن يرى منه الغادى والرائح (أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ هامش ٣٦).

(٣) أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٦ هامش ٣٦- هنرى وليون مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٥٢ ص٥١٢- باريس ١١ مايو سنة ١٩٥١ داللوز ١٩٥١- ٥١٤- ومع ذلك قارن بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧١٠ - ص٧١١- وقارن أيضاً استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٨٥.

وشرط عدم مسئولية المؤجر يجب عدم التوسع فى تفسيره، فإذا ورد فى عبارات عامة كان المؤجر غير مسئول عن تقصير البواب اليسير، ولكنه يكون مسئولا عن تواطؤ البواب مع اللصوص وعن تقصيره الجسيم إلا إذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته أيضاً عن ذلك. ويعتبر تقصيراً جسيماً ، لا يعفى المؤجر من المسئولية عنه إلا بشرط خاص، أن يكون البواب متفرغاً لحراسة المنزل ومتمكناً كل التمكن من منع السرقات، مما يبعث الطمأنينة فى نفس المستأجر فيعتمد عليه فى الحراسة، ومع ذلك يتهاون تهاوناً يمكن اللصوص من السرقة. أما إذا كان البواب غير متفرغ لحراسة المنزل، وتعود التغيب للعمل فى الخارج، وسرق المنزل أثناء تغيبه، فإن التقصير إن وجد يكون يسيراً، ويعفى المؤجر من المسئولية عنه إذا اشترط ذلك ولو بعبارة عامة(١).

٣١٤- متى يكون المؤجر ملتزماً بإقامة بواب للحراسة: والأصل أن المؤجر لا يلتزم بإقامة بواب للحراسة، لأن خدمات البواب تعتبر من ملحقات العين وليست من أصلها، ويجوز للمؤجر أن يؤجر العين دون ملحقاتها إذا رضى المستأجر بذلك. فإذا أجر شخص طبقات عمارة من العمارات التى يقام عادة بواب على حراستها ونظافتها، ولم يقم بواباً، فإن المستأجرين لطبقات العمارة وقد شهدوا أن العمارة لا بواب لها وتعاقدوا مع ذلك يكونون قد رضوا بهذه الحالة، وليس لهم بعد أن يطالبوا بإقامة بواب(٢).

ولكن إذا كان للعمارة بواب عند الإيجار، فلا يجوز للمؤجر أثناء الإيجار أن ينتزع البواب منها فتبقى دون حراسة، لأن المستأجرين قد اعتمدوا على أن يكون للعمارة بواب، وخدمات البواب كما قدمنا من ملحقات العين المؤجرة، وقد أجر المؤجر العمارة بملحقاتها فلا يجوز أن ينتقص من ذلك(٣). هذا هو الأصل، ومع ذلك قد يتبين من الظروف ومن حالة العمارة أن المؤجر كان قد أقام البواب بصفة مؤقتة. فقد تكون العمارة صغيرة لا يكون لمثلها بواب، وقد أقام المؤجر البواب مؤقتاً أثناء تغيبه عن البلد أو حتى يتم إسكان العمارة، فإذا أخرج المؤجر البواب بعد انتهاء مهمته لم يكن للمستأجرين أن يشكوا من ذلك. ويراعى العرف على كل حال فى هذه المسألة، فقد جرت العادة أن العين المؤجرة إذا كانت «فيلا» لم يكن لها بواب من قبل المؤجر، والمستأجر هو الذى يقيم البواب من قبله

---

(١) قرب فى هذا المعنى بلانيول وريبير ١٠.

(٢) بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧٠٩ - وقد يشترط المستأجر على المؤجر صراحة أو ضمناً أن يكون للعمارة بواب يحرسها، ويقوم العرف مقام الشرط (عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٢ ص٢٣٩ هامش٢).

(٣) بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٢٢ ص٧٠٩ هامش ٥- باريس ٨ ديسمبر سنة داللوز ١٩٥٥ مختصر ص٥٥.

إذا احتاج إلى ذلك. فإذا كان للقيلا المؤجرة بواب من قبل المؤجر، وانتزعه هذا بعد الإيجار، فيغلب أن يكون المستأجر قد توقع ذلك وليس له أن يشكو منه.

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية وفوات الوصف

٣١٥- الاختلاف ما بين التقنين القديم والجديد: لم يكن يوجد فى التقنين المدنى القديم نص يقضى بضمان المؤجر للعيوب الخفية فى العين المؤجرة. أما التقنين المدنى الجديد فقد اشتمل على عدة نصوص تقضى بهذا الضمان، وتقرر الجزاء المترتب عليه.

ومن هنا وجد اختلاف بين التقنينين، وهو اختلاف يرجع، كما رأينا فى مواضع عدة، إلى الاختلاف الأصلى ما بين التقنينين. فالتقنين القديم لا يلزم المؤجر إلا بأن يترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة، أما التقنين الجديد فيلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين.

وسنجرى هنا، كما جرينا فى الحالة التى تسلم بها العين وفى التزام المؤجر بتعهد العين بالصيانة، على أن نبين أولا أحكام التقنين المدنى القديم فى ضمان العيوب الخفية إذ أن كثيراً من عقود الإيجار لا تزال خاضعة لهذه الأحكام كما سبق القول، ثم نبين أحكام التقنين المدنى الجديد فى هذا الضمان.

المطلب الأول

ضمان العيوب الخفية فى التقنين المدنى القديم

٣١٦- حق المستأجر فى طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة: قدمنا أنه لم يكن يوجد نص فى التقنين المدنى القديم يقضى بضمان المؤجر للعيوب الخفية فى العين المؤجرة. ومع ذلك جرى القضاء والفقه فى مصر على أنه إذا وجد عيب خفى فى العين المؤجرة يكون من شأنه أن يحرم المستأجر من الانتفاع بالعين أو أن ينقص من هذا الانتفاع، فالمستأجر يستطيع أن يطلب فسخ الإيجار إذا كان للفسخ ما يبرره، أو إنقاص الأجرة[1].

---

(١) جرانمولان فى العقود فقرة ٣٦٠ - دى هلتس ٢ الإيجار فقرة ١٦٣ - أحمد فتحى زغلول ص٢٧٦- الإيجار للمؤلف فقرة ٢٢٠- استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٣٤- أول أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٢٧١- ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٦٣- ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ =

واستند فى ذلك إلى المبادئ العامة فى عقد الإيجار، وإلى أحكام الشريعة الأسلامية، وإلى القياس على حالة هلاك العين. أما المبادئ العامة فى عقد الإيجار فتقضى بأن الأجرة تقابل الانتفاع. فإذا امتنع الانتفاع أو نقص لأى سبب – ويعتبر العيب سبباً – فسخ العقد أو أنقصت الأجرة. وأما أحكام الشريعة الإسلامية، وهى التى استقى منها التقنين المدنى القديم المبدأ الذى يقضى بأن المؤجر لا يلتزم إلا بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة، فتعطى للمستأجر الحق فى طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة على حسب الأحوال لوجود عيب مؤثر فى العين[1]. وأما القياس على حالة هلاك العين، فإن المادة ٤٥٤/٣٧٠ – ٤٥٥ من التقنين المدنى القديم تعطى للمستأجر، فى حالة هلاك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً، الحق فى طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، فوجب القياس على حالة ما إذا كان الحرمان ليس راجعاً إلى هلاك العين هلاكاً مادياً بل إلى وجود عيب فيها يحول دون الانتفاع بها انتفاعاً كاملاً، لأن العلة فى الحالتين واحدة[2].

=م٢١ ص٥– ١٠ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٧٧– طنطا الوطنية ٣ ديسمبر سنة ٣-١٩ المجموعة الرسمية ٤-١٩ رقم ٧-.

(١) انظر المواد ٦٤٦ – ٦٤٧ من مرشد الحيران و٥١٣ – ٥٢١ من المجلة – ابن عابدين ٥ ص٦٤ – ص٦٦ – شرح العناية على الهداية تكملة فتح القديم ٧ ص٢٢-.

(٢) وقد كتبنا فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى القديم ما يأتى: «وأما مبادئ العدالة فتأبى أن يترك المستأجر وشأنه فى عين معيبة عيباً يفوت الانتفاع به أو يختل، وإذا كانت المواد ٤٥٤/٣٧٠ – ٤٥٥ تعطى الحق للمستأجر – فى حالة هلاك العين هلاكاً كلياً أو جزئياً – فى طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة، فما ذلك إلا جزاء عادل لحرمان المستأجر من الانتفاع بالعين. فوجب القياس على هذا فى حالة ما إذا كان الحرمان ليس راجعاً إلى هلاك العين هلاكاً مادياً، بل إلى وجود عيب فيها يحول دون الانتفاع بها انتفاعاً كاملاً، لأن العلة فى الحالتين واحدة. ولذلك وجب القول بأنه فى القانون المصرى يكون للمستأجر حق طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة على حسب الأحوال إذا كانت العين المؤجرة بها عيب يؤثر فى الانتفاع بها، وذلك استناداً إلى ما تقدم من مبادئ العدالة، ولما سبق تقريره من أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد، وهى المصدر الذى أخذ عنه المشرع المصرى أكثر القواعد التى خالف بها القانون الفرنسى، فلا يعقل أن المشرع أراد أن يغرق فى محاباة المؤجر، ويجاوز فى ذلك حداً لا تقره عليه نفس الشريعة التى اعتمد عليها عندما خالف المبادئ الفرنسية. وإذا أعوزتنا النصوص فى القوانين المصرية، فلا أقل من أن نستند إلى المواد ٤٥٤/٣٧٠– ٤٥٥ السالفة الذكر، وذلك على سبيل القياس، كما سبقت الإشارة إلى هذا. وهذا هو الرأى الذى تأخذ به المحاكم المصرية وأكثر شراح القانون المصرى» (الإيجار للمؤلف فقرة ٢٢-) – وانظر سليمان مرقس فقرة ١٨٨.

وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القانون القديم لم يأت بنص صريح على التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية، إلا أنه لما كان التزام المستأجر بدفع الأجرة هو فى مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة، وهو التزام مستمر ومتجدد بطبيعته، فإنه إذا ترتب على العيب الخفى عدم صلاحية العين المؤجرة =

٣١٧- لا حق للمستأجر فى طلب التنفيذ العينى: ولكن حق المستأجر يقف عند هذا الحد، فليس من حقه أن يطلب إلى المؤجر إزالة العيب ولو كان هذا ممكناً[١]. بل إن المستأجر إذا أزال العيب بمصروفات من عنده، فليس له الرجوع بذلك على المؤجر، لا بناء على دعوى الفضالة لأن المستأجر إنما يعمل لمصلحته هو لا لمصلحة المؤجر، ولا بناء على دعوى الإثراء بلا سبب لأن السبب هنا هو عقد الإيجار[٢].

٣١٨- لا حق للمستأجر فى طلب التعويض إلا بناء على قواعد المسئولية التقصيرية: وكان القضاء يحكم للمستأجر بالتعويض أيضاً، ولكن بشروط أربعة: (١) أن يكون هناك ضرر أصاب المستأجر فى نفسه أو فى ماله، ولا يكفى أن يكون الضرر مجرد حرمان المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة[٣]. (٢) أن يكون العيب الخفى موجوداً وقت عقد الإيجار، فلا تعويض إذا كان العيب حادثاً بعد ذلك[٤]. (٣) أن يكون العيب يعلمه المؤجر، أو يكون من الممكن أن يعلمه، فإذا جهله ولم يكن من الممكن إلا أن يجهله كان للمستأجر فسخ العقد أو إنقاص الأجرة، ولكن ليس له الرجوع بتعويض على المؤجر[٥]. (٤) أن يثبت المستأجر أن هناك تقصيراً واضحاً فى جانب المؤجر[٦]. ويعد القضاء المختلط أن مجرد علم المؤجر بعيوب البناء وقت الإيجار يكون تقصيراً كافياً فى جانبه يبرر الحكم عليه بالتعويض[٧].

=للانتفاع بها أو نقص فى صلاحيتها، كان من مقتضى ذلك أن يكون للمستأجر الحق فى طلب فسخ عقد الإيجار أو إنقاص الأجرة، قياساً على ما تقضى به المادة ٣٧٠ مدنى قديم فى حالة هلاك العين كلياً أو جزئياً، لأن العلة فى الحالتين واحدة (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠٩ ص٨٣٨).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المؤجر ليس مسئولا فى الأصل، دون شرط خاص فى عقد الإيجار، عن نتائج انهيار أرضية شرفة المنزل، وفى هذه الحالة لا يستطيع المستأجر، حتى لو كان الانهيار راجعاً إلى وجود عيوب خفية فى أرضية الشرفة، أن يطلب الترميمات التى أصبحت ضرورية أو أن يطلب تعويضاً، وكل ما يستطيع أن يطلب هو فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة (استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢١٧).

(٢) الإيجار للمؤلف فقرة ٢٢٢ ص٢٨٦ - استئناف مختلط ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٨٢.

(٣) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٥٤.

(٤) استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٥٤- ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٥٢.

(٥) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٦٣ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٣٩٧.

(٦) استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٥.

(٧) استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١١١.

ويلاحظ أن الحكم بتعويض مع اشتراط هذه الشروط الأربعة إنما هو تطبيق لمبادئ المسئولية التقصيرية، ولم يذهب القضاء المصرى فى ذلك إلى أبعد مما تقضى به هذه المبادئ[1]. ولذلك تتردد المحاكم فى تحديد أساس مسئولية المؤجر عن التعويض فى العيوب الخفية. فبعض يرى أن هذه المسئولية منشأها عقد الإيجار، وبعض يرى أن منشأها المسئولية التقصيرية، وفريق ثالث يرى أن منشأها المصدران معاً، والصحيح هو أن منشأها المسئولية التقصيرية[2].

---

(١) استئناف مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٩- وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأن مالك العقار مسئول عن الضرر الذى يلحق بالمستأجر منه وبزوار هذا المستأجر. فإذا تداعى المنزل المؤجر للسقوط وسقط بالفعل، وهلك أحد زوار المستأجر، كان المالك مسئولا عن تعويض الضرر الذى لحق بهذا الزائر. ومسئولية الهلاك تكون ثابتة أيضاً حتى لو نسب المالك إلى وكيله الذى فوض إليه إدارة أملاكه التقصير أو الخطأ الجسيم، لأن المالك مسئول على كل حال عن خطأ وكيله. ومسئولية الملاك تكون واجبة أيضاً لتعويض الضرر اللاحق بالمستأجر من الباطن وبزواره، حتى لو كان عقد الإيجار غير مرخص فيه للمستأجر الأصلى بالإيجار من الباطن (استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ ص٣٧٨) - ويلاحظ أننا أقرب هنا إلى حاجة العين إلى الترميم منا إلى العيب الخفى، ولكن الحكم واحد فى الحالتين.

وإذا كان العيب معلوماً للمستأجر أو كان يمكنه أن يعلمه، فإن المؤجر لا يكون مسئولا عن التعويض (استئناف مختلط ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٦٤). وكذلك إذا أهمل المستأجر، لم يكن المؤجر مسئولا عن تعويض الضرر الذى كان يمكن للمستأجر تلافيه. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أجر شخص عقاراً آيلاً للسقوط، فسقط بناؤه، كان مسئولا عن التعويضات للمستأجر. وتشمل التعويضات فى حالة تأجير دكان المصروفات التى صرفها المستأجر لاستئجار الدكان وتهيئته للغرض المقصود منه، وكذلك الضرر الناشئ من إخلاء المحل والبحث عن محل آخر وما ضاع عليه من المكسب. ولكن إذا كان المستأجر يعلم بأن سقوط المنزل محتم، ومع ذلك أهمل فى نقل بضائعه، فليس له الرجوع على المؤجر بتعويض الضرر الذى لحق تلك البضائع لأنه كان يمكن تلافيه (استئناف وطنى ١٨ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٧٨ ص١٥٥- ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٧٣).

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٧٢- ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٩م ٢٣ ص ٩- ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٢٨- ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٣٩٧ - ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٨٥ - ٥ مارس سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٦٧ - ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٩٠ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ م٤٥ ص٤٦- ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٨٩ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٩٥- جرانمولان فى العقود فقرة ٢٦٣- الإيجار للمؤلف فقرة ٢٢١- سليمان مرقس فقرة ١٨٨.

ويلاحظ أن تأسيس مسئولية المؤجر على قواعد المسئولية التقصيرية بالرغم من وجود عقد الإيجار ينحرف عن المبدأ الصحيح فى نظرنا، وهو المبدأ الذى يقضى بأنه حيث يوجد عقد ينظم العلاقة بين الطرفين، فإن المسئولية العقدية تجب المسئولية التقصيرية ولا خيرة بين المسئوليتين.

٣١٩- المؤجر يتحمل تبعة العيب ولكنه غير مسئول عن ضمانه: ويستخلص من كل ما تقدم أن المؤجر، فى التقنين المدنى القديم، يتحمل تبعة العيب الخفى فى العين المؤجرة، ولذلك يجوز للمستأجر أن يرجع عليه بفسخ الإيجار أو بإنقاص الأجرة. ولكنه غير مسئول عن ضمان العيب الخفى. ولذلك لا يجبر على التنفيذ العينى وإزالة العيب حتى لو كان هذا ممكناً، ولا يرجع عليه المستأجر بالمصروفات التى أنفقها لهذا الغرض. ولا يحق للمستأجر أن يرجع على المؤجر بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العين بناء على عقد الإيجار، فلا يرجع بتعويض عن حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة. وإنما يرجع بتعويض بناء على قواعد المسئولية التقصيرية لا عقد الإيجار، إذا أصابه ضرر فى شخصه أو فى ماله وكان هذا الضرر سببه خطأ واضح أثبته المستأجر فى جانب المؤجر.

٣٢٠- جواز الاتفاق على تعديل الأحكام المتقدمة: وكان للمتعاقدين فى التقنين المدنى القديم أن يتفقا على تعديل الأحكام المتقدمة. فكان يجوز لهما أن يخففا من التزامات المؤجر أو أن يمحواها أصلا[١]. ومما يخفف هذه الالتزامات أن يعترف المستأجر فى عقد الإيجار بأنه تسلم العين فى حالة حسنة، ثم لا يخبر المؤجر بعد ذلك بما عسى أن يجده من العيوب فى وقت ملائم[٢]. وكذلك إذا ثبت أن المستأجر قصر فى عدم تلافى الضرر الذى وقع منه[٣]. ولكن الاتفاق على تخفيف التزامات المؤجر أو على محوها كلية لا يجوز التوسع فى تفسيره، ويكون التفسير عند الشك لصالح المستأجر. فإذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عن الأضرار التى تحدث من المطر أو من كسر مواسير المياه، فإنه يظل مسئولا عن الضرر الذى يحدث من انهدام حائط[٤]. وكذلك يظل مسئولا عن كل ضرر يحدث بخطأه[٥]، وعن الضرر الذى يحدث حتى لو قام بتصليحات ولكن هذه التصليحات لم تكن كافية[٦]، وعن الضرر الذى يحدث عند التأخر فى تسليم العين[٧]. ولا يخلى المؤجر من التزاماته اعتراف المستأجر فى عقد الإيجار أنه قبل العين بالحالة التى هى عليها

---

(١) استئناف مختلط ١١ يونيه سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٧٠- ٣٠ مايو سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٣٩٧.

(٢) استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٤- ١١ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٤٨ ص٣٨- أول يونيه سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٤٧ ص٢٧.

(٣) استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٥٤.

(٤) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٢٨.

(٥) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٥٥.

(٦) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩١١ م٢٣ ص٣١١.

(٧) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٣٥.

دون أية مسئولية على المؤجر[1]. وعلى كل حال يكون المؤجر ضامناً للعيب الخفى إذا أخفاه غشاً[2].

وكما أن المؤجر يستطيع تخفيف التزاماته أو محوها، كذلك للمستأجر أن يشترط تشديد هذه الالتزامات وجعل المؤجر يضمن العيب الخفى. فله مثلا أن يحفظ لنفسه الحق فى طلب التعويض حتى عن مجرد حرمانه من الانتفاع بالعين المؤجرة بسبب العيوب الموجودة فيها. وله كذلك أن يشترط مسئولية المؤجر عن التعويض، حتى لو لم يثبت أى تقصير فى جانبه، سواء كان العيب موجوداً قبل عقد الإيجار أو حادثاً بعده، وسواء كان المؤجر عالماً به أو غير عالم.

ويراعى فى تقدير مسئولية المؤجر عن العيوب الخفية الظروف المحلية والشهرة العامة. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المنازل المجاورة للنيل، وتكون بذلك معرضة لرشح المياه، يجب أن تبنى بحيث تكون صالحة للسكنى وفى مأمن من الرشح، وإلا كان المؤجر مسئولا عن تعويض للمستأجر[3]، وهذا فضلا عن إنقاص الأجرة[4]. وقضت هذه المحكمة نفسها، من جهة أخرى ، بأنه لا يجوز التشدد فى مسئولية المؤجر عن عيوب البناء، فهذه العيوب كثيرة الانتشار فى المنازل المبنية فى مصر منذ أمد طويل[5].

٣٢١- مسئولية المستأجر قبل الغير عن العيوب الخفية: هذا ولا مسئولية على المستأجر فيما يقع من الضرر على الغير بسبب العيوب الموجودة فى العين المؤجرة، إلا إذا أثبت هذا الغير خطأ فى جانب المستأجر. ولمن وقع عليه الضرر أن يرجع على مالك العين طبقاً للقواعد العامة[6]، وبخاصة طبقاً لأحكام المادة ١٧٧ فيما يتعلق بمسئولية حارس البناء[7].

ولكن المالك لا يكون مسئولا قبل الغير عن هلاك شئ مملوك لهذا الأخير وكان

---

(١) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٦٣.

(٢) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٧٧.

(٣) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٢٢.

(٤) استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٦٤.

(٥) استئناف مختلط ٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٥- وانظر فى كل ذلك الإيجار للمؤلف فقرة ٢٢٣.

(٦) استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٠٤.

(٧) نقض ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص١٧٥ - الوسيط ١ فقرة ٧١٣ ص١٠٧١.

فون تور (Von Tuhr) هذه المنزلة الوسطى بالحق المنشئ (droit formateur) ، ويعرفه بأنه «مكنة تعطى للشخص ، بسبب مركز قانونى خاص ، فى أن يحدث أثراً قانونيا بمحض إرادته» . ويأتى بأمثلة لهذا الحق المنشئ يذكر منها : حق من وجه إليه الإيجاب، وحق المسترد فى أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة ، وحق البائع وفاء فى أن يسترد المبيع، وحق الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة ... ومما يقطع فى وجود هذه المنزلة الوسطى فى الفقه الإسلامى أن القرافي يقابل ، فى عبارات صريحة ، ما بينها وبين الرخصة . فيقول عن صاحب الرخصة «من ملك أن يملك» ، وعن صاحب المنزلة الوسطى «من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك» ، وينكر على الأول أن يكون مالكا إطلاقا ويجعل الثانى محلا للنظر . وننقل ما يقوله فى هذا الصدد : «اعلم أن جماعة من مشايخ المذهب رضى الله عنهم أطلقوا عباراتهم بقولهم من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا ، قولان ... وليس الأمر بل هذه القاعدة باطلة وبيان بطلانها أن الإنسان يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أنه يعد مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب الزكاة عليه على أحد القولين ؟ وإذا كان الآن قادراً على أن يتزوج ، فهل يجرى فى وجوب الصداق والنفقة عليه قولان قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها؟ والإنسان مالك أن يملك خادما أو دابة، فهل يقول أحد إنه يعد الآن مالكا لهما فيجب عليه كلفتهما ومؤونتهما على قول من الأقوال الشاذة أو الجادة؟ بل هذا لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقد والفقه... بل القاعدة التى يمكن أن تجعل قاعدة شرعية ، ويجرى فيها الخلاف فى بعض فروعها لا فى كلها ، أن من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك؟ قد يختلف فى هذا الأصل فى بعض الفروع ، ولذلك مسائل ... (المسألة الرابعة) فى الشفعة، إذا باع شريكة تحقق له سبب يقتضى المطالبة بأن يتملك الشخص المبيع بالشفعة، ولم أر خلافا فى أنه غير مالك . (المسألة الخامسة) الفقير وغيره من المسلمين له سبب يقتضى أن يملك من بيت المال ما يستحقه بصفة فقره أو غير ذلك من الصفات الموجبة للاستحقاق .. فإذا سرق هل يعد كالمالك فلا يجب عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتمليك ، أو يجب عليه القطع لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور ، قولان . فهذه القاعدة، على ما فيها من القوة من جهة قولنا جرى له سبب التمليك ، فى تمشيتها عسر لكثرة النقوض عليها . أما هذا المفهوم وهو قولنا من ملك أن يملك مطلقا من غير جريان سبب يقتضي مطالبته بالتملك ولا غير ذلك من القيود ، فهذا جعله قاعدة شرعية ظاهر البطلان لضعف المناسبة جداً أو لعدمها البتة . أما إذا قلنا انعقد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك، فهو مناسب لأن يعد مالكا من حيث الجملة ، تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب ، وإقامة للسبب البعيد مقام السبب القريب، فهذا يمكن أن يتخيل وقوعه قاعدة فى الشريعة. أما مجرد ما ذكروه فليس إلا مجرد الإمكان والقبول للتملك ، وذلك فى غاية البعد عن المناسبة – فلا يمكن جعله قاعدة» (الفروق للقرافى جزء ص ٢٠ – ص ٢١) . ويتبين مما نقلناه عن القرافى أنه يميز بين أوضاع ثلاثة : (أولا) وضع من ملك أن يملك ، كم ملك أن يملك أربعين شاة ومن ملك أن يتزوج ومن ملك أن يملك خادما أو دابة ... هؤلاء جميعا لا يملكون ، فلا يجب على الأول الزكاة، ولا على الثانى الصداق والنفقة ، ولا على الثالث الكلفة والمؤونة ... وترجمة ذلك إلى الفقه الغربى أن هؤلاء جميعا ليس لهم حق الملك، وإنما لهم رخصة التملك ، والرخصة ليست بحق . (ثانيا) وضع من جرى له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ، كما .. فى بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الشفيع ، وفى بيت المال بالنسبة إلى المستحق لفقر أو جهاد أو غير ذلك. هؤلاء أيضا ، على خلاف فى الرأى ، لا يملكون بمجرده جريان السبب الذى يقتضى المطالبة بالتمليك .. فالشفيع لا يملك الشئ المبيع إلا إذا أخذنا بالشفعة ، والفقير لا يملك شيئاً من بيت المال إلا إذا طالب فأعطى وقبل ذلك إذا سرق وجب =

الأخذ بالشفعة . فالشفعة لا تكون سببا لكسب الملك إلا بقيام مزكز قانونى معين تتهيأ أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة ، فيكون للشفيع ، ليس حق الملك ، بل الحق فى أن يتملك. فإذا أعلن إرادته فى الأخذ بالشفعة ، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فيتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ، ويتحول حقه فى أن يتملك هذا العقار إلى حقه فى ملكيته، وذلك عن طريق حلوله محل المشترى [1].

١٦٣ – الشفعة متصلة بشخص الشفيع – نص قانونى : جاء فى المشروع النهائى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ما يأتى : «والحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث»، ولكن

= عليه الحد. وترجمة ذلك إلى لغة الفقه الغربى أن هذه هى المنزلة الوسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فهى دون الملك وفوق الرخصة . (ثالثا) وضع من جرى له سبب الملك، كمن اشترى أرضا أو شفع فى دار ، فهذا هو الذى له حق الملك» (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء أول ص ٤ – ص ٨) .

(١) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد ، فى الجزء الأول من الوسيط ، ما يأتى : «فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عينى أو هى شئ غير ذلك ، كما يتناقشون فى طبيعة الحيازة وهل هى حق عينى . ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه. فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عينى أو حق شخصى، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى، بالقدر الذى لا يصح أن يقال به أن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقا أنه لا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم . والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يتملكها ، وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة فى التملك حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشئ ، وحق الملكية الكامل حيث يكون للشخص حق عينى فى الشئ . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضا فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشترى الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يتملك ، أو كما يقول القرافى فى الفروق : من انعقد له سبب المطالبة بالملك ، ويفرق بين هذا وبين من ملك أن يملك» (الوسيط جزء أول ، فقرة ٣٣ ص ١٤٤ هامش ١) . وانظر أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٤١ ص ٢٥٥ (ويدعو هذه المنزلة الوسطى بالحق شبه العينى ، وهذه التسمية محل للنظر) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «عرفت الشفعة بإنها رخصة «لاحق» لأنه ليست بحق بل هى سبب من أسباب كسب الملكية . فلا معنى للبحث فيما إذا كانت الشفعة حقا عينيا أو حقا شخصيا . وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية ، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية . وإذا أريد بهذه العبارة، كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة ، أن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية ، كان هذا سببا أدعى لحذفها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤١ – ص ٣٤٨).

هذه العبارة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ ، «وترك حكمها لاجتهاد القضاء» [1] . ولما كانت الاعتبارات التى قامت عليها الشفعة ، وهى تضرر الشفيع من أن يخلف شريكه فى الملك أو جاره شريك أو جار جديد ، هى اعتبارات شخصية بحتة تترك لمحض تقدير الشفيع إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء لم يأخذ بها ، لذلك لا نتردد فى القول بإن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به . ونستخلص من ذلك النتائج الآتية : (١) أن دائنى الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة . (٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير. (٣) أن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها ، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدنى) . (٤) أن الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته . ونستعرض هذه النتائج تباعا :

(أولا) لا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة : وذلك لسببين أولهما أن الشفعة رخصة وليست بحق ، ومن المقرر فى قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائنين أن يستعملوا ما لمدينهم من رخص ، فحق الشفيع فى الأخذ بالشفعة وحق الشريك فى استرداد الحصة الشائعة كلاهما رخصة لا يجوز للدائن استعمالها بالنيابة عن المدين ، مثلها مثل قبول الإيجاب الموجه إلى المدين [2] والسبب الثانى أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع كما قدمنا ، ومن المقرر فى قواعد الدعوى غير المباشرة أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينه ما كان متصلا بشخص المدين خاصة (م ١/٢٣٥ مدنى) [3] .

(ثانيا) لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير : فلا يجوز للشفيع ، عندما يثبت له حق الأخذ بالشفعة ، أن يحول هذا الحق إلى غيره ، وذلك أيضا لسببين . أولهما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز له النزول عنها إلى غيره . والسبب الثانى أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه ، وإذا أراد الشفيع أن ينزل عن الشفعة لغيره وجب عليه أولا أن ينزل عن العقار المشفوع به إلى هذا الغير ، فتتبع الشفعة هذا العقار وتنتقل بالتبعية إلى من انتقل إليه العقار [4] . وعلى ذلك إذا باع الشفيع العقار المشفوع به

---

(١) انظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٢) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢ .

(٣) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٤ .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة منفصلا عن العقار المشفوع به ، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلة مشروعيتها ، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنينان الألمانى والبولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٥١ - ص ٢٥٢) . وتنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن «ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر» .

وأصبح المشترى مالكا لهذا العقار ، ثم بيع العقار المشفوع فيه ، كان لمشترى العقار المشفوع به وهو مالكه الجديد أن يأخذ بالشفعة ، وقد انتقلت إليه مع العقار المشفوع به . أما إذا بيع العقار المشفوع فيه قبل بيع العقار المشفوع به ، فإن المالك الجديد للعقار المشفوع به لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكا له وقت بيع العقار المشفوع فيه . وإنما يأخذ بالشفعة فى بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، بعد أن تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع به.

(ثالثا) للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها بل وقبل أن يقوم بها سببها : وتنص المادة ٩٤٨ (١) مدنى فى هذا الخصوص على ما يأتى :

«يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية : (أ) إذا نزل الشفيع عن حقه الأخذ بالشفعة ، ولو قبل البيع» (١) . وقد كان قانون الشفعة السابق لا يجيز النزول عن حق

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٧ (أ) من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على عبارة «صراحة أو ضمنا» . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٢ (أ) . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٩ (أ) . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة «صراحة أو ضمنا» ، وذلك «لأنها تزيد تغنى عنه القواعد العامة» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٨ (أ) . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٢ – ص ٤٤٦) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ١/١٩ : يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية : أولا – إذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ويستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالك العقار نهائيا . (ولم يكن يجوز فى قانون الشفعة السابق النزول عن الشفعة إلا بعد ثبوت الحق فيها) .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٥٢ (أ) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ (د) (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٤٦ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : يسقط حق الشفعة : (١) (٢) إذا أسقطه الشفيع قبل تسجيل المشفوع صراحة فى وثيقة خطية ذات تاريخ صحيح تحتوى على اسم المشترى والثمن والشروط ، ولا يعود تاريخها إلى أكثر من ستة أشهر قبل التسجيل . (٣) إذا كان الشفيع وكيل البائع بالبيع أو شاهداً على العقد ووقع إمضاءه بلا تحفظ . (٤) إذا أسقط الشفيع حقه بعد التسجيل صراحة أو ضمنا، ولكن هذا الإسقاط لا يجوز بعد تقديم الدعوى بالشفعة إلا برضا المشترى . (والقانون اللبنانى يجيز النزول عن الشفعة بطرق معينة ولكن هذه الطرق جميعا لا تكون إلا بعد ثبوت الحق فى الشفعة أى بعد بيع العقار المشفوع فيه) .

إلا بعد ثبوت هذا الحق . فكان لا يجوز للشفيع ، قبل بيع العقار المشفوع فيه، أى قبل أن يثبت له الحق فى الأخذ بالشفعة ، أن ينزل عن هذا الحق [1] . أما التقنين المدنى الجديد فقد أجاز ذلك بنص صريح كما رأينا (م ٩٤٨ (١) مدنى سالفة الذكر) ، وذلك تضييقا منه للحق فى الأخذ بالشفعة بعد أن حصر هذا الحق فى أضيق نطاق ، «وحتى يستطيع المشترى أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء»[2] . وعلى ذلك يجوز الآن للشفيع أن ينزل عن الحق فى الأخذ بالشفعة ، بعد ثبوت هذا الحق وقبل ثبوته

---

(١) انظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها فى قانون الشفعة السابق: محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٦ – ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأنه لما كان الاستشفاع حقا يخول كسب الملك ، فإنه يجوز التنازل عنه مقدما وفقا للقواعد العامة ، ولا يغير من هذا النظر أن محل الالتزام هو حق محتمل الوجود ، متى كان الملتزم بعلم مقدما كنه هذا الحق ومداه وأثر التنازل عنه. فمتى كان الحكم إذ قضى بصحة التنازل عن الشفعة مقدما بنى قضاءه على أن قانون الشفعة – الذى يسرى على موضوع الالتزام – وإن لم يورد من مسقطاتها إلا النزول عنها بعد البيع أخذاً برأى أئمة الفقه الإسلامى ، إلا أنه لم ينص على تحريم الاتفاق على التنازل عنها مقدما ، وأن هذا الاتفاق صحيح لعدم مخالفته للنظام العام، وليس ثمة ما يوجب التقيد برأى فقهاء الشريعة فى هذا الخصوص ، فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨) .

وانظر عكس ذلك وعدم جواز النزول قبل ثبوت الحق فى الشفعة : استئناف وطنى ٢٩ مايو سنة ج ١٨٩٣ الحقوق ٩ ص ٢٢٥ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٥٨ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٠٠ ص ١٥٥ – طنطا الكلية ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٢٦ ص ١٥٢ – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ .

(1) أ – إذا كان مفاد نص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن النزول عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يجوز ولو قبل البيع، وأنه كما يكون صريحا يكون ضمنيا إلا أن أثر هذا التنازل نسبى فإذا صدر لصالح أشخاص معينين فلا يفيد منه غيرهم ذلك بأن الشفعة رخصة لصيقة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به ولأن النزول عن الشفعة يؤدى إلى سقوط الحق فيها فلا يجوز التوسع فى تفسيره .

(جلسة ١٩٩١/٥/١٤ الطعن رقم ٩٧٠ لسنة ٥٥ ق)

ب – لما كان النص فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى على أن يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة ... إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع ، مما مفاده – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن النزول عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة كما يكون صريحا يكون ضمنا– وذلك بإتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يفيد حتما رغبته عن استعمال هذه الرخصة أو يكشف بوضوح فى دلالته عن هذا النزول ، وهو بذلك يختلف عن سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة لعدم اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى . =

(1)، صراحة أو ضمنا (١) . أما النزول الصريح عن حق الشفعة بعد ثبوته فيصح أن يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية (1) ، كما يصح أن يكون شفويا ولكن يقع على من يتمسك بهذا

= (جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٥٩ ق)

جـ – نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع الذى هو سبب الشفعة قد يكون تاليا له سواء أكان هذا النزول قبل رفع الدعوى بالشفعة أو من بعد رفعها وحتى صدور الحكم فيها ، ولا يشترط فى النزول الذى يصدر أثناء سير الدعوى على ما يحتج به الطاعنان أن يكون مسبوقا بابداء ترك الخصومة وفقا للطريق الذى رسمه قانون المرافعات، ذلك أنه متى كان النص على النزول واردا ، مطلقاً فلا محل لتقييده بشكل معين أثناء سير الدعوى وفى القول بتطلب هذا الشرط استحداث لحكم مغاير لم يأت به النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص ، هذا إلى أن ترك الخصومة يقتصر التنازل فيه عن اجراء الخصومة دون أن يؤثر فى الحق ذاته الذى يظل قائما فى حين أن النزول عن الحق المتداعى بشأنه يؤدى إلى زوال ذات الحق وإسقاطه ، ومن ثم فلا حاجة لاشتراط سلوك طريق ترك الخصومة عند التحقق من النزول عن الحق .

(جلسة ١٩٨٢/١١/١١ الطعن رقم ١٤٧٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ٨٩٧)

د – أجازت المادة ١/٩٤٨ من القانون المدنى النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة قبل البيع، وعلى ذلك فإذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولا منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها ، وهذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين فى نظام تمليك الطوابق والشقق .

(جلسة ١٩٧٨/٦/٧ الطعن قم ٥٣١ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٤٢٤)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع إن هو إلا تعهد من الشفيع ، بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع ، مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحا . أما النزول الضمنى عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع، ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة . هذا هو مفهوم النزول الضمنى عن الشفعة ، وهو ماكانت تقرره المادة ١٩ من قانون الشفعة الملغى إذ نصت على أنه «يستدل على التنازل الضمنى بكل عمل أو عقد يؤخذ منه أن الشفيع عرف المشترى بصفته مالك العقار نهائيا» . أما ما تضمنته المادة ٩٤٨ مدنى جديد من سقوط الشفعة بالنزول عنها قبل البيع ، فالمقصود منه جواز محاجة الشفيع بما يكون قد صدر منه قبل البيع من التزام بعدم استعمال حق الشفعة . وبهذا النص حسم القانون المدنى الجديد الخلاف الذى كان قائما قبل صدوره بشأن جواز محاجة الشفيع بمثل هذا الالتزام (نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص ٢١٣) .

(1) أ – النزول الصريح عن طلب الأخذ بالشفعة هو الذى يستلزم أن يكون لدى الوكيل وكالة خاصة تخول له القيام به أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويضه باجراء هذا التصرف وفقا لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من القانون المدنى – فى حين أن كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع من شأنه أن يفيد النزول الضمنى عن الحق فى الأخذ بالشفعة سواء أكان عملا أو موقفا أو تصرفا صدر من الشفيع نفسه أو من غيره إذا رضى الشفيع به ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩١/٦/١١ الطعن رقم ٣٤٣٣ لسنة ٥٨ ق) =

النزول من مشتر أو بائع للعقار المشفوع فيه عبء الإثبات طبقا للقواعد العامة المقررة فى الإثبات. ويصح النزول فى أى وقت ، إلى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة [1]. وقد يكون

= ب – اتخاذ الشفيع اجراءات دعوى الشفعة لا ينفى بطريق اللزوم الحتمى والمنطقى سبق نزوله عن حقه فى الشفعة قبل رفع الدعوى ولا يمنع صاحب المصلحة من التمسك فيها بهذا النزول وطلب تمكينه من اثباته قانونا .

(جلسة ١٩٨٩/٤/٦ الطعن رقم ٢٠٠٣ لسنة ٥٣ ق)

جـ – لما كانت الشفعة قيدا على حرية التعاقد ورخصة بشخص الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة فى عقاره الذى يشفع به ، ومن ثم يقع باطلا تعامله فى هذه الرخصة أو حوالته اياها أو تنازله عنها إلى غيره ، لزوال العلة منها فى هذه الأحوال التى تأباها طبيعة الشفعة ذاتها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على اعتبار الاقرار موضوع الدعوى صحيحا فيما تضمنه من أنه إذا حكم للشفيع بالشفعة تكون الأرض المشفوع فيها ملكا للمطعون ضده وأن هذا الاقرار لا مخالفة فيه للنظام العام فأنه يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٨٩/١/١٧ الطعن رقم ٢٤٧٤ لسة ٥٤ ق)

د – اقرار المطعون ضدها الثانية فى ١٩٧٦/٦/١١ أن الثمن يخص الشفيع الآخر وحده ذلك أن التكييف الصحيح لهذا الاقرار منها – بعد رفع دعوى الشفعة بتاريخ ١٩٧٦/٤/١٢ أنها فى الحقيقة نزلت للشفيع الآخر عن حقها فى الشفعة وهو ما لا يجيزه الشارع ويتضمن اسقاطا لحقها ذاته ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن تنازلها يمثل حوالة حق تنتج أثرها دون حاجة لقبول الدين بما لا محل معه لالزامه بايداع مبلغ آخر وإلا تجاوزت المبالغ المودعة ثمن البيع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩ الطعن رقم ٧٣ لسنة ٥٦ ق)

هـ – النص فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى على أنه «يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية .. إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ ولو قبل البيع ...» يدل على أن ما يعبر عنه بالنزول عن الشفعة قبل البيع ان هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يفيد أن هذا النزول يجب أن يكون صريحاً، أما النزول عن الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ٢٤١٨ لسنة ٥٢ ق)

ز – اذ كان الحق فى أخذ العقار المباع بالشفعة ينشأ بمجرد بيعه دون توقف على انذار الشفيع بانعقاد هذا البيع من أحد طرفيه وكان المشرع قد نص فى المادة ٩٤٨ من القانون المدنى على سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذ نزل الشفيع عنه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على جواز التنازل عن الحق فى الأخذ بالشفعة دون توقف على انذار الشفيع بالبيع يكون قد التزم صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨ الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٢ ق س ٣٦ ص ٥٣١) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٨ ص ٥١٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧. ولابد من صدور النزول من الشفيع شخصيا أو ممن ينوب عنه قانونا. والنزول عن دعوى الشفعة يعتبر نزولا عن حق الشفعة ذاته ، وقد قضت محكمة النقض بأنه حتى لو كان التنازل مقصورا على ترك المرافعة فى الدعوى، فان هذا الترك يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الدعوى بما فيها ورقة التكليف بالحضور ، ويزيل كل =

النزول عن حق الشفعة بعد ثبوته نزولا ضمنيا [1] ، ويكون ذلك بأى عمل يصدر من

= الآثار التى ترتبت على إقامتها من حفظ الطلب وقطع مدة التقادم ، وإنه يتفرع عن ذلك أن تكون الدعوى الجديدة قد رفعت بعد الميعاد المنصوص عليه فى القانون (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٠ ص ٨٧٨) . وانظر فى عدم جواز النزول عن الشفعة بعد صدور الحكم بثبوت الحق فيها : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٧.

(1) أ – قيام مورث المطعون ضدهم ثانيا ببيع نصف قطعة الأرض الى مورث المطعون ضدهم أولا والنص فى العقد على تكوين شركة تضامن بينهما نشاطها تجزئة تلك الأرض وعرضها للبيع . إثبات الخبير بتقريره تجزئة قطعة الأرض المملوكة للطرفين إلى أجزاء وبيعها جميعا من الطرفين ، اعتباره نزولا عن حقهما فى أخذ أى منها بالشفعة سواء صدر البيع منهما معا أو من أحدهما . قضاء الحكم المطعون فيه للمطعون ضدهم أولا بالأحقية فى أخذ قطعة الأرض المبيعة للطاعن من المطعون ضدهم ثانيا بالشفعة تأسيسا على قيام حالة الشيوع وعدم اجراء قسمة بين الشركاء . خطأ .

(جلسة ٢٠٠١/١/١١ الطعن رقم ٢٧٦٨ لسنة ٦٩ ق)

ب – المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن التنازل الضمنى عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد حتما الإعراض عن استعمال حق الشفعة ، واعتبار المشترى مالكا نهائيا للبيع ، وأن مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبول شراءه لا يعد تنازلا عن حقه فى أخذه بالشفعة إذا بيع ، ومن ثم فإنه بافتراض صحة ما يثيره الطاعن من أنه عرض على المطعون ضده الأول شراء العقار موضوع النزاع فرفض ، فإن ذلك لا يسقط حقه فى أخذه بالشفعة طالما لم يصدر منه ما ينبئ عن رغبته عن استعمال هذا الحق ، الأمر الذى يصبح معه طلب الاحالة إلى التحقيق (الموجه من الطاعن لاثبات العرض والايداع سالف الذكر) غير منتج حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها ، ولا على المحكمة إذ هى لم تستجب إلى هذا الطلب.

(جلسة ٢٠٠١/١/٣٠ الطعن رقم ٣٢٦٩ لسنة ٦٢ ق)

جـ – تدخل الطاعن فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المشفوع فيه طالبا رفضها وأقامته الدعوى رقم ..... على المطعون ضده الأول مورث المطعون ضدهم طالبا بطلان ذات العقد فيما جاوز نصيب البائعين ويخص نصيب المحجور عليه الذى يمثله لا يفيد حتما أنه اعتبرهما مالكين نهائيين للأرض المبيعة ونزل بذلك عن حقه فى طلب الشفعة، فإن الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر واستدل من هذه التصرفات على نزول الطاعن عن حقه فى أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩٨/٣/١٧ الطعن رقم ١٣١١ لسنة ٦٢ ق)

د – مجرد عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع وعدم قبول شراءه لا يعتبر تنازلا عن حقه فى أخذه بالشفعة إذا بيع – وكان الثابت – أن الطاعن قد ذهب فى دفاعه أمام محكمة الموضوع إلى أن الشركة المطعون ضدها الأولى قد تنازلت عن حقها فى الشفعة لرفضها شراء أرض النزاع واستند فى ذلك إلى صورة الخطاب المؤرخ ١٩٨١/١٢/١٤ الذى عرضت فيه البائعة على تلك الشركة شراء هذه الأرض بواقع ٣٥٠٠٠ جنيه للفدان وأنها أعرضت عن الصفقة وكان رفض الشركة المذكورة شراء الأرض قبل تمام البيع الحاصل منها إلى الطاعن فى تاريخ لاحق بموجب العقد المؤرخ ١٩٨٢/٨/٢٢ لا يعتبر تنازلا عن حقها فى أخذ أرض النزاع بالشفعة طبقا لهذا العقد وشروطه ، فإن الحكم المطعون فيه وقد =

= خلص إلى ذلك بقضائه بأحقية الشركة المطعون ضدها الأولى فى الشفعة طبقا لهذا العقد فإنه يكون صحيح النتيجة قانونا.

(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٥ الطعنان رقما ٣٦٥٨ ، ٣٦٥٩ لسنة ٥٨ ق)

هـ – المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن النزول الضمنى عن الشفعة يفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من شفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة ، وكان الثابت من أقوال شاهدى المطعون عليه الثانى التى تطمئن إليها المحكمة أن الطاعن أبدى التهنئة للمطعون عليه الثانى باتمام البيع وأنه كان يتردد بعد البيع على مقهى المطعون عليه المذكور الواقعة بالعقار المشفوع فيه معلنا ان هذا البيع تم نتيجة لجهوده وذلك على نحو يدل على رضاء الطاعن بالبيع ورغبته فى عدم استعمال الحق فى الأخذ بالشفعة واعتبار أن – المشترى مالكا نهائيا للمبيع بما يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة .

(جلسة ١٩٩٠/٥/١٣ الطعن رقم ٢٨٨٧ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٨/١١/١٥الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٥٦ ق)

ز – وإن كان تراضى الشفيع فى اتخاذ اجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزوله عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراضى ظروف يستفاد معها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة بإثبات عملا أو تصرفاً أو اتخاذه موقفا لايدع – مع تراضيه هذا – مجالا للشك فى دلالته على تلك الرغبة – فإنه يكون قد نزل بذلك ضمنا عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمنى حقه فيها عملا بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٩ الطعن رقم ٩٥٧ لسنة ٥٤ ق)

ح – النزول الضمنى عن الحق فى طلب الأخذ بالشفعة يستلزم – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتما رغبته فى عدم استعمال ذلك الحق واعتبار المشترى مالكا نهائيا للمبيع واستخلاص هذا النزول الضمنى هو من مسائل الواقع التى تستخلصها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢ الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٥٩ ق)

(جلسة ١٩٨٦/٢/٩ الطعن رقم ٨٤٢ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥٢ ق س ٣٥ ص ١٨٩٤)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٤ الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ١٣٩)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٩ الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢٣٥)

(جلسة ١٩٨٢/١١/١١ الطعن رقم ١٤٧٨ لسنة ٤٨ ق س ٣٣ ص ٨٩٧)

ط – استخلاص محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية بأسباب سائغة من أقوال الشهود أن المساومة كانت حول التنازل عن حق الشفعة وليس المساومة على شراء الشفيع للعقار المشفوع فيه من المشتريات وانتهى صحيحا إلى تكييف مثل هذه المساومة بأنها لا تفيد النزول عن حق الشفعة وفقا للمادة ٩٤٨ من القانون المدنى وقضى للشفيع (المطعون عليه الأول) بطلباته فإنه لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٨١/١/٨ الطعن رقم ٥٤٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ١٣٢) =

الشفيع يفيد حتما أنه نزل عن حقه . مثل ذلك أن يعترف الشفيع بالمشترى للعقار المشفوع فيه مالكا لهذا العقار على وجه بات نهائى [1] . كأن يتعامل معه على هذا الأساس فيشترى منه العقار أو يرتهنه أو يأخذ عليه حق اختصاص أو يرتب عليه لعقاره حق ارتفاق أو يرتب له حق ارتفاق على عقاره ، وكأن يتصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه للغير فيشهد الشفيع على هذا التصرف دون تحفظ أو يكون وسيطا بين المشترى والمتصرف له [2] .

= (جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ الطعن رقم ٧٦٣ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ١٦٠٥)
(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٠ ق س ٢٩ ص ١١٥)
(جلسة ١٩٧٤/٣/١٤ الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ٥٠٢)
ك – لا يجوز للمشترى أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنئته له بالصفقة .
(جلسة ١٩٥٦/٣/١٥ الطعن رقم ٣٠٤ لسنة ٢٢ ق س ٧ ص ١٩)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع لا يعتبر متنازلا عن حقه فى الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه اعتبر المشترى مالكا نهائياً للمبيع . ولا يكفى فى ذلك أن يكون الشفيع، وهو مستأجر للأرض المشفوع فيها ، قد اتفق مع البائع على فسخ إجارتها وتعهد له بتسليمها إلى المشترى ولم يبادر إلى طلبها بالشفعة قبل أن يتكبد المشترى مصروفات التسجيل وغيرها ، فإن القانون قد جعل للشفيع مدة خمسة عشر يوما لإبداء رغبته، فمتى أبداها فى هذا الميعاد فلا يصح أن يؤاخذ بعدم ابدائها بعد العلم بالبيع مباشرة أو بعده بأيام قلائل (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص ٥٦٨) . كذلك رفض الأخذ بالشفعة بالثمن الذى طلبه المشترى لاعتقاد الشفيع أن هذا الثمن يزيد على الثمن الحقيقى لا يعتبر نزولا عن الشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢ ص ٢١) . ودفع الشفيع ، الذى كان مستأجرا للأرض المشفوع فيها ، الأموال الأميرية المستحقة على الأرض بعد توقيع الحجز على الزراعة، لا يفيد النزول ضمنا عن حق الشفعة ، إذ الأموال الأميرية مستحقة على الأرض بصرف النظر عن شخص مالكها ، ودفعها كان مخولا للمستأجر والشفيع) فى عقد الإيجار، وهو لم يدفعها إلا بعد توقيع الحجز على الزراعة (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٩٣) .

(٢) ويعتبر نزولا ضمنيا أن يطلب الشفيع قسمة العقار مع المشترى إن كان العقار شائعا أو يتفق معه على حقوق ارتفاق (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٦ – ٦ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٢) ، أو أن يستأجر الشفيع من المشترى العقار المبيع أو يدفع الأجرة للمشترين إن كان العقار مؤجراً من البائع قبل البيع (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ – استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . ويعد النزول عن الشفعة إلى الغير ، وهو باطل ، نزولا ضمنيا عن الشفعة وإسقاطا لها (استئناف وطنى ٢ مايو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ١٥ ص ٤٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٩). ولا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بالنزول عن الشفعة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يجوز للمشترى أن يتمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتنازل الشفيع عن حقه فى الشفعة لتهنئته له (نقض مدنى ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٣١٩) .

وقد يقع نزول الشفيع عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، أى قبل بيع العقار المشفوع فيه، ويكون الغرض من ذلك أن يأمن المشترى جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء كما سبق القول . فيحصل المشترى من الشفيع على نزول صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه على البيع [1] ، ويكون هذا النزول الصريح إما كتابة أو شفها وعلى المشترى عبء إثبات هذا النزول طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات[2] . ويصح أن يكون النزول عن الشفعة قبل ثبوتها نزولا ضمنيا ، بأن يأتى الشفيع بعمل يستفاد منه حتما هذا النزول. مثل ذلك أن يكون الشفيع قد توسط بنفسه بين المشترى ومالك العقار المشفوع فيه فى عقد صفقة البيع التى صدرت من الثانى للأول ، أو رضى أن يكون وكيلا عن المشترى فى شراء العقار المشفوع فيه أو وكيلا عن البائع فى بيع هذا العقار . وإذا شهد الشفيع دون تحفظ على عقد البيع الذى تم بين مالك العقار المشفوع فيه والمشترى ، كان هذا نزولا ضمنيا منه عن الشفعة ، ويكون النزول الضمنى هنا معاصرا لثبوت الحق فى الشفعة [3] .

---

(١) ويفسر النزول عن استعمال حق الشفعة تفسيراً ضيقا . وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى عقد البيع على تنازل المشترى عن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى البائع وخلفائه المباشرين هو استثناء من الأصل العام الذى يجيز الشفعة فى نطاق الحدود التى بينها القانون، فلا يجوز التوسع فى تفسيره . ومن ثم لا يجوز البحث فى جواز انتقال هذا الالتزام بالنزول عن حق الشفعة إلى الخلف الخاص ، متى فسرت المحكمة شرط النزول تفسيراً سليما واستخلصت منه أنه لا يفيد سوى البائع وخلفائه المباشرين (نقض مدنى ١٧ فبراير مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧٣٨ رقم ١٨٩ ورقم ١٩١ – وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣). وقضت محكمة استئناف مصر بأن عرض العقار المشفوع فيه على الشفيع قبل البيع وعدم قبوله شراءه لا يعد نزولا عن حقه فى الشفعة (استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧ – استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٧٩) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شخص عقاراً له ، ثم باعه المشترى للغير ، وتوافر البائع الأول وقت البيع الثانى شروط الأخذ بالشفعة ، فله أن يأخذ بالشفعة العقار الذى كان يملكه أولا ، ولا يعتبر بيعه إياه سابقا نزولا ضمنيا عن أخذه بالشفعة فيما بعد إذا توافرت شروط الشفعة (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣) .

(٢) هذا ويحدث كثيراً أن المشترى لعقار من شركة تخصصت فى تقسيم الأراضى وبيعها ينزل فى عقد شرائه عن الشفعة فيما يتم من البيوع التى تتولاها الشركة مستقبلا . وإذا كان المشترى يتقيد بهذا التنازل ، فإن خلفه لا يتقيد به إلا إذا اشترط المشترى عليه ذلك. وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتد بتنازل المشترى من الشركة فى عقد شرائه منها عن حق الشفعة ، لأن هذا التنازل لا يعتبر حقا عينيا يتبع العقار فى يد كائن من كان (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) .

(٣) وكانت المادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه «يجوز إثبات التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة فى القانون بما فيها الإثبات بالبينة». وقد اندرج هذا النص تحت رقم ١٣٩٧ مكررة فى المشروع التمهيدى . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفها «لأنها تطبيق للقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤ فى الهامش) – وانظر=

(رابعا) لا تنتقل الشفعة ، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها ، إلى ورثته. فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه ، بأن يكون قد أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل موته، فإن حقه فى تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته (1).

= استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ – ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢ – ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٢٧ – أول فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٠٥ .

أما إثبات النزول الصريح فتجب فيه ، طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات ، الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمة العقار المشفوع فيه تزيد على خمسمائة جنيه. ذلك أنه فى النزول الصريح لا شئ يمنع الخصوم من الحصول على الكتابة ، أماالأعمال التى يستفاد منها ضمنا النزول عن الشفعة فهذه لا يكون الحصول على كتابة لإثباتها (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٨٩٥ الحقوق ١٠ رقم ٤٢ ص ٢٠٢ – استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٠٢) .

هذا ويجوز النزول عن الشفعة بعد طلبها ، وليس للمشترى أن يطالب الشفيع بالتعويض حتى لو كانت الأثمان قد هبطت (استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٥ ص ٣٢٩) . أما إذا نزل الشفيع عن الشفعة فلا يجوز له أن يطلبها بعد نزوله عنها، وإنما يجوز له أن يطلبها فى بيع جديد (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ – استئناف مصر ٣١ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٠ رقم ٣٩٣ ص ٩٤٧) .

وانظر فى جواز النزول عن الشفعة فى مقابل عوض يدفعه المشترى واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية فى هذه المسألة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٣٣ – فقرة ٥٣٥ .

(1) أ – المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث ، وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به ولهم جميعا إذا اجتمعوا عليه ، فيجوز لأى من ورثة الشفيع أن يتابع اجراءات الشفعة من حيث انتهت عند وفاته ، وإذ كان ايداع كامل ثمن العقار المشفوع فيه لا يخرج عن كونه اجراء من هذه الاجراءات وقد قامت به الشفيعة مورثة المطعون عليه الأول قبل وفاتها فأنه يحق له وهو أحد ورثتها أن يحل محلها فى الدعوى كى يصل بها إلى غايتها ، ومقتضى هذا الحلول أنه لا يجوز لأى من أطراف الخصومة الآخرين أن يتمسك فى مواجهته كوارث بما يثيره علاقته بباقى الورثة من. حيث الأنصبة أو تقسيم التركة ، وإذا لزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى صحيحاً إلى أحقية المطعون عليه الأول فى أخذ الحصة المشفوع فيها بالشفعة فأنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ويكون النعى عليه بهذا السبب غير سديد .

(جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١ الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨ الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٥٣ ق)

ب – حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث فيكون للورثة أن يحلوا محل مورثهم فى المطالبة بهذا الحق باعتباره جزءاً من ذمته انتقل إليهم بوفاته مع العقار المشفوع به .

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٠ الطعن رقم ١٩٧٨ لسنة ٥٧ ق)

جـ – من المقرر – فى قضاء محكمة النقض وأن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث، وهو حق غير قابل للتجزئة ، يثبت لكل وارث إذا انفرد به ، ولهم جميعا إذا اجتمعوا عليه .

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ٦١١)

(جلسة ١٩٥٧/٣/٧ الطعن رقم ٣١١ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٢١٤) .

حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة ، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منه. ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات ، فإن ورثته يحلون محله فى الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة ، إلا إذا نزلوا عن هذا الحق . وبديهى أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه ، فإن ملكية هذا العقار تنتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته، بل إن الورثة لا يستطيعون فى هذه الحالة النزول عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لمورثهم . كذلك من البديهى أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه ، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته ، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد ذلك ، ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة ، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن المورث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم ، إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به . كل هذه فروض الحكم فيها واضح ، وهو ما قدمناه. وإنما يقع الخلاف فيما إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، فهل ينتقل إلى ورثة الشفيع حق مورثهم فى الأخذ بالشفعة ، ويكون لهم أن يعلنوا رغبتهم فى ذلك كما كان لمورثهم أن يفعل لو أنه لم يمت، إذا كان ميعاد الأخذ بالشفعة لم ينقض ؟

اختلفت الآراء فى هذه المسألة اختلافا بينا فى عهد قانون الشفعة السابق، فرأى يذهب إلى أنه لا يجوز للورثة الأخذ بالشفعة وأن الشفعة لا تورث ، ورأى آخر يذهب إلى أن الشفعة تورث فيجوز للورثة الأخذ بالشفعة . وقد رددت مشروعات التقنين المدنى الجديد صدى هذا الخلاف . فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٢ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : «والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ...» [١] . ولكن لجنة المراجعة عدلت النص على الوجه الآتى : «والحق فى الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث...» . وفى لجنة مجلس الشيوخ دار نقاش حول توريث حق الشفعة ، ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة الثانية من المادة الخاصة بهذه المسألة «وترك حكمها لاجتهاد القضاء» [٢] . وترك

---

(١) وهذا النص وضعته لجنة الأستاذ كامل صدقى ، وقد نوقشت فى هذه اللجنة ، فوافقت بأغلبية الآراء على انتقال حق الشفعة إلى الورثة وعدم انتقاله إلى الموصى له (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٤ فى الهامش) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص : «أن اللجنة (لجنة الأستاذ كامل صدقى) جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث ، خلافا لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، ويأخذ بهذا الرأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعى ومحمد (؟) . وهو الرأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون ، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية ، وهذه الدعاوى تنتقل بالميراث» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ – ص ٣٥١).

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

الحكم فى هذه المسألة لاجتهاد القضاء أمر محير ، فالقضاء فيها جد مختلف . وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأن الشفعة تورث ، إلا أنه يصعب القول بأن هذا القضاء قد حسم كل خلاف، وبخاصة أن الفقه المصرى لا يزال ، حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد، منقسما كل الانقسام . بل إن المسألة فى الشريعة الاسلامية ، هى المصدر الذى اشتق منه الشفعة مسألة من المسائل التى اختلفت فيها المذاهب واضطربت فيها الأقوال . ونبدأ بإيراد الخلاف فى المسألة بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ثم بين أحكام القضاء المصرى ، ثم بين الآراء الفقهية ، تمهيدا لإبداء رأينا فيها .

أما الخلاف فى الفقه الإسلامى ، فقد لخصناه فى الجزء الخامس من كتابنا «مصادر الحق فى الفقه الإسلامى» على الوجه الآتى : «أما حق الشفعة فيذهب الحنفية إلى أنه لا يورث، كما لا يورث خيار الشرط ، لأن كلا منهما مشيئة . والمشيئة لا تورث . وهذه رواية عن أحمد ، وفى رواية أخرى عنه حق الشفعة يورث لأنه حق متعلق بالمال ومفض إلى تملكه. وأما ما تقوله الحنفية من أنه إرادة ومشيئة ، فالأرادة تتعلق هنا بشئ له وجود سابق، إذ الشفيع لا يستطيع المطالبة بأخذ أى عقار بالشفعة ، بل يأخذ عقارا معينا بالذات لأنه أولى به من مشتريه . فإذا مات الشفيع قبل أن يطلب لم تتغير حال المبيع ، فيكون الوارث أحق به من مشتريه لقيام الوارث مقام المورث . جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٢) وهو من كتب الفقه الحنفى : وأما الضرورى (فيما تبطل به الشفعة) فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ بالشفعة ، فتبطل شفعته . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الأخذ . ولب المسألة أن خيار الشفعة هل يورث؟ عندنا لا يورث ، وعنده يورث. والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط . وجاء فى بداية المجتهد (جزء ٢ ص ٢١٨) وهو من كتب الفقه المالكى : فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأموال . وجاء فى المهذب (جزء أول ص ٣٨٣) وهو من كتب الفقه الشافعى : وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ ، انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته ، لأنه قبض ما استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشترى فى البيع ، ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب . وجاء فى المغنى (جزء ٥ طبعة ثالثة ص ٣٤٦ – ص ٣٤٧) وهو من كتب الفقه الحنبلى : والشفعة لا تورث ، إلا أن يكون الميت طالب بها . وجملة ذلك أن الشفيع ، إذا مات قبل الأخذ بها ، لم يخل من حالين . (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها ، فتسقط ولا تنتقل إلى الورثة ، وقال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات الذى اشترط الخيار لم يكن للورثة. هذه الثلاثة الأشياء إنما هى بالطلب، فإذا لم يطلب فليس تجب ، إلا أن يشهد أنى على حق من كذا وكذا وأنى قد طلبته ، فإن مات بعده كان لوارثه الطلب به . وروى سقوطه بالموت

عن الحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى ، وبه قال الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى. وقال مالك والشافعى والعنبرى يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب . ولنا أنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع فى الهبة أو لأنه نوع خيار جعل للتمليك أشبه خيار القبول . أما خيار الرد بالعيب، فإنه لاستدراك جزء فات من المبيع ، (الحال الثانى) إذا طالب بالشفعة ثم مات، فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة قولا واحدا ، ذكره أبو الخطاب وقد ذكرنا نص أحمد عليه. لأن الحق يتقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده ، وقبله يسقط»[1] . ويخلص مما قدمناه من الخلاف فى الفقه الاسلامى أن الخلاف محتدم فى هذا الفقه . فالحنفية والحنابلة وكثير من الأئمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة ، كالحسن وابن سيرين والشعبى والنخعى والثورى وإسحاق ، يذهبون جميعا إلى أن الشفعة لا تورث . والذين يقولون بأنها تورث هم المالكية والشافعية . فوضح من ذلك أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم، وإن كان الأقرب إلى الرجحان هو القول بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وقد أيد هذا القول تأييدا قويا أحد فقهاء الحنفية البارزين ، ورد على القول الآخر ردودا جلية واضحة [2].

أما القضاء المصرى فى هذه المسألة ، فهو أيضا مختلف . قضى بعض الأحكام بأن الشفعة لا تورث [3] ، وقضى بعض آخر بأنها تنتقل

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٠ – ص ٧٢ .

(٢) والفقيه الحنفى الذى نشير إليه هو الزيلعى ، وقد رد على مذهب الشافعى بما يأتى : «وقال الشافعى لا تبطل بموت الشفيع أيضا ، لأن هذا حق معتبر فى الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب . ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك ، وأنه مجرد رأى ، وهو صفته فلا يورث عنه . بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه. بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق إذ هى مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ولا فى حق الوارث وقت البيع ، فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ ، وإنما لا تبطل بموت المشترى لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة فى الدار المشفوعة ، وذلك حقه ، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة ، كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف ، وكذا لو باعها القاضى أو باعها وصيه كان له نقضه» (الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ – ص ٢٥٨) .

(٣) مصر الكلية ٤ يوليه سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٣١٧ – أسيوط الابتدائية (استئنافى) ٧ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٠ – الزقازيق الكلية ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٣ ص ٦٣ – أسيوط الكلية ٣ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٣ ص ١٦٣ – الزقازيق الكلية ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٣٣ ص ٥٦ – الاسكندرية الكلية ١٣ =

بالميـــراث [1] . ثـم طرحـت المسـألة علـى دوائـر محكمـة استئناف مصر المجتمعة ، فقضت في ٣ مايو سنة ١٩٣٠ بـأن الحـق فـي الشفعـة لا ينتقل إلى الوارث بوفـاة الشفيـع قبـل التملـك بالتراضي أو بقضـاء القاضي [2] . ولكن عندما أنشئت محكمـة النقض رفـع

= نوفـمبـر سنة ١٩٢٦ المحـاماة ٧ رقـم ٢٤٩ ص ٣٦٧ – دمنهـور الجزئية ١٦ يونيـه سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤١ – شبين الكوم الجزئية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٤٣ ص ٥٦٦ – استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣١٦ – ١٤ مارس سنة ١٩٠٧م ١٩ ص ١٨١ – ١٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٣٥ – ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٥٤ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ – ٦ مـارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ – ومن هذا الرأى من الفقـهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد أحمد فتحى زغلول ص ٨٩ – على زكى العرابى فقرة ١٤٣ .

(١) مصر الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ١٤٢ ص ٢٧٨ – استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المحاكم ١٣ قم ٥١٣ ص ٢٨٦٤ – ٢ يناير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٣٣ ص ٦٢ – من هذا الرأى من الفقـهاء المصريين قبل صدور التقنين المدنى الجديد عبدالسلام ذهنى فى الأموال الفقرة ٤٦١ .

(٢)استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة رقم ٦١ ص ١٧٢ – المحاماة ١٠ رقم ٤٢٦ ص ٨٤٣ – وجاء فى أسباب الحكم ما يأتى : «حيث إن المسألة المطلوب الفصل فيها هى ما إذا كان حق الشفعة يبطل بموت الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة بالقضاء أو بالرضاء ، أو أن هذا الحق ينتقل بعده لوارثه . وحيث إن قانون الشفعة لم ينص على هذه الحالة ، ولما كان الشارع قد أخذ حق الشفعة عن الشريعة الإسلامية فقد وجب الرجوع إليها لمعرفة طبيعة هذا الحق . وحيث ان الفقـهاء قد عرفوا الشفعة بأنها حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن. وحيث إن هذا الحق هو بطبيعته حق استئنائى لأنه قيد على حرية التعاقد ، وهو نوع من نزع الملكية لمنفعة خصوصية ، ولذلك يضع الفقـهاء دائما باب الشفعة عند باب الغصب، ويذكرون وجه الشبه بينهما أن فى كل منهما تملك مال الغير بغير رضائه . وقد عمدوا إلى تخفيف وطأته بالتشدد فى شروطه والتوسع فى مسقطاته ، فأفتوا جميعا بأن الشفيع بمجرد علمه بالبيع يجب عليه أن يعلن فوراً رغبته فى الأخذ بالشفعة ويشهد على رغبته هذه . وحيث إن الفقـهاء لا يعتبرون حق الشفيع قبل تملكه العين المشفوعة نهائيا بالقضاء أو الرضاء حقا تاما ، بل يصفونه بأنه حق ضعيف ، لأنه عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، فهو مجرد رأى ومشيئته ، أو بعبارة علماء القانون (siple faculté) . وقرروا بناء على ذلك أنه لا يمكن أن يستعاض عنه ، ولا أن يورث ، فهو حق لاصق بشخص الشفيع لا يمكن أن ينتقل منه لغيره . وحيث أنه من جهة أخرى فإنه من شروط هذا الحق فى الشريعة أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا زال ملكه بطلت شفعته بزوال سببها ، ولا تنتقل لمن آل إليه الملك لأن ملكه يكون حادثاً بعد البيع وهو يجب أن يكون مالكا وقته . وبناء على ذلك إذا مات الشفيع بطلت شفعته ولم تنتقل لوارثه لأن الوارث إنما يملك بالميراث من وقت الوفاة وهى حادثة بعد البيع . وحيث إن هذه المبادئ التى قررتها الشريعة لم يأت قانون الشفعة بما يخالفها ، فوجب العمل بها . وحيث إنه وإن كان الشافعى ومالك يقولان بالارث فى الشفعة ، إلا أن مذهب الأمام أبى حنيفة هو المذهب المعمول به فى مصر منذ زمن طويل، وقد أخذ به الشارع فى مسائـل=

إليها الأمر، فقضت في ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ بعكس ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر، وبأن الحق في الشفعة ينتقل بالميراث [١]، وأكدت نفس المبدأ

= الأحوال الشخصية والوقف ... وعندما أراد الشارع اقتباس بعض أحكام من مذاهب أخرى اضطر لعمل تشريع جديد ، كما فعل بالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص بالطلاق والنفقة والعدة وغيرها . فيجب اعتبار أن مذهب أبي حنيفة هو المرجع الأصلي في نظر الشارع لأحكام الشريعة . والواقع أنه أخذ عنه أحكام الشفعة في مجموعها، حيث خول حق الشفعة للجار وللشريك مطلقة طبقا لهذا المذهب خلافا لمذهبي الشافعي ومالك اللذين لا يخولانه إلا للشريك وفقط في حالة ما إذا كان العقار لا يقبل القسمة. وحيث إنه لا محل للارتكان على المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات للقول أنه إذا مات أحد الخصوم أثناء سير الدعوى حلت ورثته محله في جميع الأحوال ، لأن قانون المرافعات لم يوضع لتقرير الحقوق ، بل لطريقة المطالبة بها ، فهو قانون إجراءات لا قانون موضوع، وغرض المادة ٢٩٩ منه أن الوارث يحل محل المورث في الدعوى إذا كان الحق في موضوع الدعوى قد انتقل إليه . فلهذه الأسباب حكمت دوائر المحكمة مجتمعة بالا ينتقل حق الشفعة إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضي أو بقضاء القاضي» .

(١) نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٩ ص٥٧٥ – وجاء في أسباب الحكم ما يأتي : «وحيث ان الأصل في القوانين الوضعية أن من ترك مالا فلورثته. ولهذا خلت القوانين الوضعية من النص فيها على ما ينتقل للورثة من الخيارات المختلفة ، لأن الأصل فيها جميعا الانتقال للورثة ، إلا ما كان خاصا بذات صاحب الخيار فيسقط بالموت . وكما خلا القانون المصري من حكم خيار العيب وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الاسترداد الوراثي وخيار المدين دفع ثمن الدين المبيع لمشتريه، كذلك خلا قانون الشفعة من النص على حكم خيار الشفيع أينتقل للورثة أو لا ينتقل . فالقول الفصل فيها جميعا أنها تنتقل قانونا إلى ورثة صاحب الخيار ، لأنها حقوق مالية يجري فيها التوارث مجرى الأصل . وحيث إن الأصل كذلك في الشريعة الإسلامية – على مذهب جمهور الفقهاء – هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . أما الحنفية منهم ، فالأصل عندهم أن يورث المال دون الحقوق، لأن الذي ثبت عن الشارع هو قوله صلى الله عليه وسلم : من ترك مالا فلورثته ، إلا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالأموال . فموضع الخلاف بين الأئمة هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا . فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات في خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذي ينتقل للورثة هو حق من الحقوق. بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق . ففي خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائما قبله. أما خيار الشفعة فليس متعلقا بالعين المشفوع فيها ولا حقا بها ، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع فان شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا في معنى المال . أما جمهور الفقهاء ومنهم الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، فأصلهم أن الحقوق والاختصاصات والخيارات قررت كما قررت الأموال ، إلا ما كان صفة خاصة بذي الخيار ، كخيار الأب في رد هبته فلا يورث لأنه خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة . فسبب خلافهم إذن في خيار ، على ما يقوله الإمام ابن رشد ، أنه من انقدح له في شئ منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انفدح له أنه صفة خاصة لذي الخيار لم يورثه. وحيث إن مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة في انتقال الخيارات انتقال الأموال والحقوق إلى الورثة =

أحكـام تاليـة [1].

وأما الفقـه المصـرى ، بعـد صدور التقنين المدنى الجديد وسكوت هذا التقنين عن النص على هذه المسألة تاركـا إياها لاجتهاد الفقـه والقضـاء ، فهو كذلك منقسم ، ولا يكاد الباحـث يتبين فيـه الرأى الراجـح مـن الرأى المرجـوح . فمـن الفقهاء من يذهب

= هو الذى يلائم مذهب القانون المصرى فيما جرى به من توريث الأموال والحقوق المتعلقة بالأموال والحقوق المجردة والمنافع والخيارات والمزاعم والدعاوى وآجال الديون ، فمن مات وعليه دين مؤجل فلا يحل أجل الدين بموته لأنه حق استفاده المدين حال حياته ، فينتقل بعد موته إلى ورثته ميراثا عنه . والمنافع المملوكة لشخص إذا مات قبل استيفائها يخلفه ورثته فيما بقى منها ، ولهذا لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر أو المؤجر فى أثناء المدة ، ومن أعطيت له أرض ليحييها بالزراعة أو العمارة فحجرها ولم يباشر فيها عمل الإحياء وكان ذلك قبل مضى ثلاث سنين حل وارثه محله فى اختصاصه بها وأولويته باحيائها ، وإذا مات الدائن المرتهن انتقلت العين المرهونة إلى يد وارثه ، وانتقل منها حق حبسها حتى يستوفى الدين . وهذا كله صحيح فى مذهب القانون وجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ، وغير صحيح فى مذهب أبى حنيفة . والخلاصة أن حكم القانون فى خيار الشفعة هو انتقاله إلى الورثة ، كرأى جمهور أولئك الفقهاء والائمة» .

(١) نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨٠ – وقد جاء فى أسباب هذا الحكم ما يأتى : «وحيث إن الشريعة الإسلامية لا تعتبر من القانون الواجب على المحاكم النظامية تطبيقه إلا فى خاصة العلاقات المدنية التى نشأت قبل إنشاء المحاكم الأهلية ، وبما أحاله القانون إليها كالميراث والحكر وفى مسائل الأحوال الشخصية التى تعرض لها ولا تجد فيها ما يستدعى التقرير بوقف الدعوى حتى تفصل فى هذه المسائل المحاكم الشرعية المختصة بنظرها بصفة أصلية . أما ما أخذه الشارع من أحكام الشريعة وطبعه بطابعه وأدمجه فى القوانين كأحكام المريض مرض الموت وأحكام الشفعة وحقوق الزوجات فى القانون التجارى ، فإنه يكون قانونا بذاته تطبقه المحاكم النظامية وتفسره غير متقيدة فيه بآراء أئمة الفقه الإسلامى . وعلى ذلك فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالإرث أو لا ينتقل. وحيث إن كون الشئ ما لا فينتقل من الشخص إلى ورثته أو ليس بمال فلا ينتقل ، هو بحث فى مسألة عينية فى صميم المعاملات .. وحيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل شئ نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره . وكما يكون المال شيئا ماديا كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئاً معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقدم وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا . أما الزعم بأن هذا الحق ليس بمال قولا بأنه مجرد خيار مردود إلى مشيئة الشفيع ورغبته وأنه متصل بشخصه ولا تعلق له بالعين المشفوعة ، فهو زعم لا يستقيم فى ظل أحكام القانون الوضعى الذى جعل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير ، وجعل أن كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه كل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع ، مما لا يمكن معه القول بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال» ،

وانظر أيضا نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ (وقد رددت المحكمة الأسباب التى سبق أن أوردتها فى الحكم السابق) .

إلى أن الحق فى الشفعة لا يورث . ويخالف فى ذلك قضاء محكمة النقض على الوجه الذى بسطناه [1] . ومن الفقهاء من يذهب إلى عكس هذا الرأى ويقول بأن الحق فى الشفعة يورث ويتفق فى ذلك مع قضاء محكمة النقض [2] .

---

(١) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ محمد على عرفه ، فنراه يقول : «إن المشرع ، وقد عرف الشفعة فى المادة ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد بأنها رخصة لاحق، يكون قد دل بذلك على ترجيحه لاتجاه الحنفية فى تكييف الشفعة بأنها إرادة ومشيئة ، وهى بهذه المثابة لا يمكن القول بانتقالها إلى الورثة .. ونحن فى هذا نتفق مع حكم الدوائر المجتمعة، ولكننا لا نتابعه فى النتيجة التى انتهى إليها . وذلك لأننا نرى أن الرخص تتأكد باستعمالها، فإذا ما ألبست الرخصة ثوب الدعوى فإنها تتحقق نهائيا أى تنقلب إلى حق ... يخلص من ذلك أننا نرى أنه إذا توفى الشفيع قبل مباشرة دعواه سقطت الشفعة بوفاته ، إذ لا تكون الدعوى مقبولة ابتداء من ورثته لأنهم لم يكونوا مالكين وقت البيع سبب الشفعة ، وهو شرط أساس لثبوت الشفعة . ولا تقبل منهم الدعوى بصفتهم ورثة للشفيع ، إذ أن الشفيع لم يرفع بعد الدعوى باسمه هو حتى يحل ورثته محله فيها . أما إذا كان الشفيع قد رفع الدعوى قبل وفاته ، فإنها تصبح جزءاً من ذمته ، وتنتقل بالتالى إلى ورثته مع أموال التركة الأخرى (محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٦٠) – ومنهم الأستاذ عبدالمنعم البدراوى إذ يقول : «يبدو أنه إذا توفى الشفيع قبل استعمال حقه ، لم ينتقل حقه إلى ورثته : فحق الشفعة يكون قد سقط عنه ، ولا يستطيع الورثة الأخذ بالشفعة لأنهم لم يكونوا ملاكا وقت البيع» (عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٢ ص ٤٥٢) – ومنهم الأستاذ اسماعيل غانم ، وهو يقول : «ويبدو أن الرأى السليم هو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة ، لا على أساس التقيد بالمذهب الحنفى ، وإنما على أساس أن من شروط الشفعة ، طبقا لما تقتضيه الحكمة المقصودة منها ، أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه وأن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة .. ووارث الشفيع لم يكن مالكا للعقار وقت البيع . هذا إلى أن إسقاط الشفعة بموت الشفيع يتمشى مع اتجاه المشرع فى التقنين المدنى الحالى إلى التضييق منها . ومن رأينا، بناء على ما تقدم ، أن موت الشفيع يترتب عليه سقوط حق الشفعة ، ولو طرأت الوفاة بعد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة أو حتى بعد رفع دعوى الشفعة» (اسماعيل غانم ص ٩٢) – ومنهم الأستاذ حسن كيرة ، حيث يقول : «ونحن نفضل القول بأن الشفعة لا يمكن أن تورث ، لأن المشرع فى القانون الجديد يصفها صراحة بأنها رخصة ، ومن المسلم أن الرخص لا تورث كالحقوق . فضلا عن أنه ، كما قالت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ، يتخلف شرط جوهرى هو أن يكون الوارث غير متملك وقت البيع مع أن شرط تملكه وقت البيع هو شرط أساسى فى الأخذ بالشفعة .. ويجب أن نلاحظ أنه إذا رفعت الدعوى بالشفعة فقد صارت حقا للشفيع ، وهذا الحق هو حق مالى ، ولذلك ليس ثمة ما يمنع من أن يرث ورثة الشفيع إذا توفى بعد رفع الدعوى هذا الحق، لأنهم يرثون حينئذ حقا ولا يرثون رخصة» (حسن كيرة ص ٢٥) – وانظر أيضا عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٠ ص ٣٦٢ .

(٢) ومن هؤلاء الفقهاء الأستاذ شفيق شحاتة وهو يقول : «هذا وإن حق طلب الشفعة لا يسقط بموت الشفيع ، وقد قضت بذلك محكمة النقض ... ولو فرض أن المورث كان يملك طلب الشفعة ، فإن الوارث يستطيع أن يباشر هذا الحق إذا ما انتقل اليه ، وهو لا يحتاج إلى إثبات أن شروطه متوافرة بالنسبة إليه إذا كانت الشروط قد توافرت بالنسبة إلى مورثه . ولا شك أن حق الشفعة ينتقل بعد إبداء الرغبة إلى وارث الشفيع ، ذلك أن الحق بعد الإعلان قد تقرر على عين من الأعيان ، وهو حق شبه عينى ينتقل إلى الورثة كالحق العينى سواء بسواء» (شفيق شحاتة فقرة ٢٥٨) – ومنهم الأستاذ عبدالمنعم فرج =

ونحن إزاء هذا الخلاف المحتدم ، وقد شمل كلا من الفقه الإسلامى وأحكام القضاء وأقوال الفقهاء ولم يسعف فيه نص صريح فى التقنين المدنى إذ ترك هذا التقنين الأمر لاجتهاد القضاء [1] ، لا يسعنا إلا أن نتقدم إلى القضاء بالملاحظات الآتية :

يجب بادئ ذى بدء أن نحدد المسألة تحديدا دقيقا ، فقد قدمنا أن المقصود بحق الشفعة، الذى ينظر فى انتقاله إلى الورثة أو عدم انتقاله ، ليس هو الحق الذى استقر للشفيع قبل موته بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة . ففى رأينا – وسنبسط ذلك فيما يلى – أن الشفيع

= الصدة وهو يقول : «ونحن نقر ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة لا يسقط بموته ، وإنما ينتقل إلى ورثته . ونعتقد أن هذا الانتقال يتحقق حتى لو مات الشفيع قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى . ذلك أن الشفعة، ولو أنها رخصة تتعلق بمشيئة الشفيع ، إلا أنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به فتنتقل منه إلى الوارث» (عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٧ ص ٤٩٨) – ومنهم الأستاذ منصور مصطفى منصور وهو يقول : «ونرى أن رأى محكمة النقض هو الرأى الصحيح. ولا يصح الاعتراض عليه والقول إن الوارث لا يجوز له أن يأخذ العقار بالشفعة لأنه لم يكن مالكا للعقار الذى يشفع به وقت البيع إذ يجب أولا الفصل فى مسألة ما إذا كان حق الأخذ بالشفعة يورث أو لا يورث ، فينتقل هذا الحق إلى الوارث بالحالة التى كان عليها وقت وفاة المورث . وعلى ذلك فإذا مات المورث قبل أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة فلم يعلن رغبته ، كان للوارث أن يعلن الرغبة فى الميعاد المحدد لذلك ما دام أن هذا الميعاد لم ينته به . وإذا كان المورث قد باشر بعض الإجراءات ، فعلى الوارث أن يستمر فيها كما لو كان المورث لا يزال حيا ويباشر هو الإجراءات» (منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٠ ص ٣٥٧) . قارن أيضا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٤ وفقرة ٥٦١ .

هذا وقد قررنا فى الجزء الخامس من مصادر الحق فى الفقة الإسلامى ما يأتى : «ولا شك فى أنه ما دام أن النص الذى كان مشروع التقنين المدنى الجديد يشتمل عليه لحسم الخلاف قد حذف ، وترك الأمر لاجتهاد القضاء ، ولم ير المشرع أن يضيف إلى سلسلة القيود التى أحاط بها الشفعة تخففا من أثرها فى تقييد حرية التعامل قيداً جديداً بالنص صراحة على أن حق الشفعة لا ينتقل بالميراث ، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القضاء فى هذه المسألة . ويبدو أن محكمة النقض فى حكمها المتقدم الذكر ، وفيما استند إليه هذا الحكم من أسباب وجيهه ، قد حسمت الخلاف ، إذ قضت بأن حق الشفعة هو حق مالى ينتقل بالميراث كسائر الحقوق المالية» (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جزء ٥ ص ٧٥) – وهذا الذى قلناه لا يمنعنا من معاودة النظر فى هذه المسألة لبحث الأمر بحثا غير متأثر بقضاء محكمة النقض . فقد كنا فيما قدمنا أقرب إلى أن نقرر الواقع ونسجل ما جرى به القضاء ، منا إلى تمحيص هذا القضاء وتقرير ما ينبغى أن يكون .

(١) أما فى التقنينات المدنية العربية الأخرى ، فقد جاء فى تقنينين منها نص صريح يأخذ بانتقال حق الشفعة بالميراث . فنصت المادة ٢/١١٣٣ مدنى عراقى على ما يأتى : «ومتى ثبتت الشفعة ، فلا تبطل بموت البائع أو المشترى أو الشفيع» . ونصت المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن «ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ، ولا يجوز التفريغ عنه لشخص آخر» .

إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة يكون قد تكاملت عنده عناصر سبب كسب ملكية العقار المشفوع فيه ، وحل بإعلان هذه الرغبة محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا مع البائع. ولا شك فى أنه إذا مات بعد ذلك ، انتقل حقه هذا ، أى حق ملكية العقار المشفوع فيه، إلى ورثته ، وعلى هؤلاء أن يستمروا فى إجراءات الأخذ بالشفعة حتى يحصلوا على حكم بثبوتها أو يحصلوا على رضاء بها . والذى يستلفت النظر فى الأحكام الثلاثة التى صدرت من محكمة النقض فى هذه المسألة ، هو أن الثابت من وقائع الدعوى فى كل منها أن الشفيع لم يمت إلا بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة ، بل وبعد أن رفع الدعوى بها . فالأحكام الثلاثة التى قضت كلها بانتقال الشفعة إلى الورثة تكون إذن ، من وجهة النظر التى أبديناها، صحيحة . ولكن محكمة النقض ، كما سنرى ، تذهب إلى أن حق الشفيع لا يثبت إلا عند صدور الحكم . وأيا كان الوقت الذى يثبت فيه للشفيع الحق فى الحلول محل المشترى – وقت إعلان الرغبة أو وقت صدور الحكم – فإن المسألة التى نبحثها هنا هى هل ينتقل إلى الورثة الحق فى الأخذ بالشفعة إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل أن يثبت له حق الحلول محل المشترى ، أى قبل إعلان الرغبة فى رأينا أو قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة فيما ذهبت إليه محكمة النقض ؟ هناك فرضان لا يجوز الخلاف فيهما : (١) إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة ، فلهؤلاء أن يأخذوا بالشفعة عند بيع العقار المشفوع فيه ، وهم يأخذون بالشفعة كما قدمنا أصالة عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، لا باعتبارهم ورثة حلوا محل مورثهم . (٢) إذا مات الشفيع بعد أن حل محل المشترى، سواء باعلان الرغبة فى الرأى الذى نقول به أو بصدور الحكم بثبوت الشفعة فى الرأى الذى تذهب إليه محكمة النقض ، كان للورثة أن يأخذوا بالشفعة ، ولكن لا أصالة عن أنفسهم كما فى الفرض الأول ، بل لأنهم حلوا محل مورثهم بعد أن انتقل إليهم حقه بالميراث . والفرض الذى يجوز فيه الخلاف هو ، كما قدمنا ، الفرض الذى يموت فيه الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى . وهنا ننظر إلى المسألة من ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى وهو المصدر الذى اشتقت منه نصوص الشفعة.

فمن ناحية تطبيق المبادئ العامة للقانون المدنى ، يجب القول أن الشفيع فى الفرض الذى نحن بصدده ، بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل حلوله محل المشترى ، لم يثبت له حق فى العقار المشفوع فيه ، وليست الشفعة فى هذه المرحلة إلا رخصة ، أو هى منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق [1] . وسواء كانت رخصة أو كانت منزلة وسطى، فهى لم تكسب

---

(١) أنظر آنفاً ص ٤٤٩ هامش ١ .

الشفيع بعدُ حقا كاملا فى العقار المشفوع فيه . والذى ينتقل إلى الورثة من مورثهم هى الحقوق الكاملة التى ثبتت للمورث ، ولا ينتقل إليهم رخصة أو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، فهذه وتلك ليستا بحقوق كاملة حتى تنتقلا إلى الورثة [١] . ومن ثم لا يجوز القول، من ناحية المبادئ العامة للقانون المدنى ، إن الشفعة فى الفرض الذى نحن بصدده تنتقل إلى الورثة .

ومن ناحية الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، نرى أن المذهب الفقهى الذى هو أقرب إلى المبادئ العامة للقانون المدنى هو المذهب الحنفى ، فهو يقول عن الشفعة أنها إرادة ومشيئة. وهذه الأرادة أو المشيئة هى التى نعبرعنها فى القانون بأنها رخصة أو هى المنزلة الوسطى ما بين الرخصة والحق ، فهى لا تورث لا فى القانون ولا فى المذهب الحنفى . ونحن نأخذ هنا بالمذهب الحنفى لا لأنه هو المذهب الواجب الأخذ به فى الفقه الإسلامى ، فنحن نسلم بجواز الأخذ بأى مذهب وبأى قول فى الفقه الإسلامى فى المسائل المالية ، ما دام هذا المذهب أو هذا القول هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى . وقد رأينا أن المذهب الحنفى هو الذى ينسجم مع مبادئ القانون المدنى فى هذه المسألة ، ومن أجل ذلك نأخذ به. ثم إنه من المقرر فى الفقه الإسلامى ، وهو مقرر أيضا فى القانون نقلا عن الفقه الإسلامى، أن الشفيع يجب أن يكون مالكا للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه، وأن يبقى هذا الملك متصلا من وقت البيع إلى وقت الأخذ بالشفعة . فإذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل الأخذ بالشفعة ، فإن ورثة الشفيع لا يستطيعون الأخذ بالشفعة باعتبارهم ورثة ، إذ لم يخلف لهم مورثهم إلا إرادة ومشيئة متصلة بشخصه ، وهذه لا تورث[٢] . وهم لا يستطيعون أيضا الأخذ بالشفعة أصلاء عن أنفسهم باعتبارهم ملاكا للعقار المشفوع به الذى انتقلت ملكيته إليهم من مورثهم ، وذلك لأنهم كانوا لا يملكون العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه ، فملكيتهم غير متصلة . ويعبر الزيلعى عن هذا المعنى فى عبارات جلية إذ يقول : « ... بخلاف الشفعة لأنها مجرد الرأى والمشيئة ، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ، وكذا لا يمكن إرثها . ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع . وقيام ملك الشفيع في التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ، ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ، ولا فى حق الوارث

---

(١) ومن أجل ذلك لا ينتقل إلى الورثة حق مورثهم فى قبول الإيجاب الموجه إليه إذا كان هذا الإيجاب غير ملزم وكان من وجه إليه الإيجاب قد مات قبل أن يقبل الإيجاب . فهناك أيضا يكون الحق فى القبول هو منزلة وسطى ما بين الرخصة والحق ، وليس حق كامل، ومن ثم لا ينتقل إلى الورثة .

(٢) ويشبه ذلك حق التعويض عن الضرر الأدبى ، فهو أيضا متصل بشخص المضرور . ومن أجل ذلك لا يورث ، إلا إذا تحدد بموجب اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ١/٢٢٢ مدنى) .

وقت البيع . فبطلت ، لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ، ولا بالملك الزائل وقت الأخذ» [1] . ودع عنك ، بعد كل هذا ، أن القول بعدم انتقال الشفعة إلى الورثة هو القول الذى يتفق مع فكرة التضييق فى حق الشفعة ، وهى الفكرة التى سادت نصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد .

بقى أن نستعرض فى إيجاز موقف محكمة النقض فيما ذهبت إليه من انتقال الشفعة بالميراث . فهى فى حكمها الأول الصادر فى ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى ، واستخلصت من هذا الفقه رأيا راجحا أسندته إلى المالكية والشافعية والإسناد هنا صحيح ، وإلى الحنابلة والإسناد هنا محل للنظر فقد أوردنا فيما قدمناه المذهب الحنبلى وهو أقرب إلى المذهب الحنفى [2] . واستخلاص رأى راجح فى الفقه الإسلامى يقول بتوارث حق الشفعة على النحو الذى ذهبت إليه محكمة النقض هو أيضا محل للنظر ، فقد قدمنا أنه لا يمكن ترجيح رأى على رأى على وجه جازم ، وأن الحنفية والحنابلة وكثيرا من الائمة المجتهدين من غير المذاهب الأربعة يقولون بعدم انتقال الشفعة بالميراث ، وأن هذا القول هو أقرب إلى الرجحان . ولم يستوقف محكمة النقض هذا التمييز الدقيق بين خيار وخيار الذى ورد فى المذهب الحنفى ، وهو من التمييزات المنطقية المحكمة التى اشتهر بها هذا المذهب. وقد أحسنت محكمتنا العليا التعبير عنه ، وإن كانت لم تأخذ به ، حين تقول : «فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الوارث يكون له ما كان للمورث من الخيارات فى خيار العيب وخيار فوات الوصف المرغوب فيه وخيار التعيين وخيارات أخرى ، لا على اعتبار أن الذى ينتقل إلى الورثة هو حق من الحقوق ، بل على اعتبار أن المنتقل إليهم عين التصقت بها حقوق. ففى خيار العيب وخيار فوات الوصف ، السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث كما كان قائماً قبله . أما خيار الشفعة ، فليس متعلقاً بالعين المشفوع فيها ولاصقا بها، بل هو راجع لمحض إرادة الشفيع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فهو لا ينتقل إلى الوارث لأنه ليس بمال ولا فى معنى المال» . وإذا كانت محكمة النقض قد أفرطت فى الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى حكمها الأول ، فهى فى حكمها الثانى الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ قد فرطت فى الاستناد إلى هذا الفقه ، إذ تقول : «فكون الشريعة الإسلامية هى مصدر تشريع الشفعة لا يوجب التقيد بآراء أئمتها عند البحث فى هل ينتقل حق الشفعة بالأرث أو لا ينتقل» [3] . وعند المحكمة أن «الاستشفاع .. توافرت فيه عناصر المالية .. وجب اعتباره

---

(١) الزيلعى جزء ٥ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - وانظر آنفا قوله كاملا فى ص ٤٦٢ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٦١ .

(٣) ووجه التفريط هنا أن محكمة النقض تكاد تعلن أنها لا تعتد بالفقه الإسلامى فى مسألة من مسائل الشفعة ، تضاربت فيها النصوص فى المشروع التمهيدى والمشروع النهائى لموضوع الشفعة ، واختلفت فيها المحاكم اختلافا بينا ، وزخرت مذاهب الفقه الإسلامى فيما أوردته من أقوال فى شأنها . وليس =

مالا» . وتستدل على ذلك بأحكام القانون الوضعى «الذى جعل إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وتسجيل هذا الإعلان حجة على الغير، وجعل أن كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تاريخ التسجيل المذكور لا يسرى على الشفيع» . وتستخلص محكمة النقض من ذلك أنه لا يمكن القول «بأن حق الشفعة حق متصل بشخص الشفيع ولا تعلق له بالمال» . ولا توجد علاقة ظاهرة بين ما تقدمت به المحكمة من أدلة وبين ما انتهت إليه من نتيجة . ثم أنه لا يوجد تعارض بين أن تكون الشفعة حقا متصلا بشخص الشفيع وأن تكون متعلقة بالمال، فكثير من الحقوق التى تتصل بشخص الدائن يمكن أن تتعلق بالمال ، كحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبى . وأخيرا يؤخذ على قول محكمة النقض إن الاستشفاع وهو الحق فى الأخذ بالشفعة يجب اعتباره مالا ، أن الفرق بين الاستشفاع والمال هو الفرق بين السبب والمسبب ، فالاستشفاع إنما هو سبب لكسب المال وليس بمال . ومن أجل ذلك لا ينتقل الاستشفاع، كما ينتقل المال، إلى الوارث ، لأنه سبب متروك إلى إرادة الشفيع ومتصل بشخصه .

١٦٤ – التشريعات المتعاقبة فى الشفعة – أنصار الشفعة وخصومها – التضييق فى حق الشفعة فى التقنين المدنى الجديد : كانت أحكام الفقه الإسلامى فى الشفعة هى المعمول بها قبل صدور التقنين المدنى المختلط ثم التقنين المدنى الوطنى . ولما صدر هذان التقنينان اشتمل كل منهما على نصوص فى الشفعة هى تقنين لأحكام الفقه الإسلامى.

= ثمة شك فى أن الفقه الإسلامى هو المصدر الذى استقى منه المشروع المصرى نصوص الشفعة ، فوجب الرجوع إليه فى تفسير ما غمض من هذه النصوص وفى استكمال ما نقص منها . هذا إلى أن المادة الأولى من التقنين المدنى، عندما تعدد مصادر القانون التى تستقى منها الأحكام مباشرة ، تذكر بعد النصوص التشريعية والعرف مبادئ الشريعة الإسلامية . فمبادئ الفقه الإسلامى أصبحت، بموجب هذا النص ، من بين المصادر التى يستقى منها مباشرة القانون الوضعى . وليس أول من نظام الشفعة ، بين النظم القانونية التى اشتمل عليها التقنين المدنى، بالرجوع فيه إلى مبادئ الفقه الإسلامى . ولا تتقيد فى الرجوع إلى هذه المبادئ بمذهب دون مذهب، بل نختار من مذاهب الفقه الإسلامى ومن أقوالها ما هو أكثر ملاءمة لحاجات العصر، وأشد انسجاما مع المبادئ العامة التى تسود التقنين المدنى .

ويلاحظ مع ذلك أن التكييف القانونى للتصرف تتبع فيه مبادئ القانون المدنى دون مبادئ الفقه الإسلامى . مثل ذلك أن الشفعة لا تجوز إلا فى بيع العقار . فتكييف التصرف بأنه بيع تتبع فى مبادئ القانون المدنى ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامى، فلا تندرج المقايضة ضمن البيع تبعا لمبادئ القانون المدنى وإن كانت تندرج تبعا لمبادئ الفقه الإسلامى . وكذلك تكييف المال بأنه عقار تتبع فيه مبادئ القانون المدنى ولو خالفت مبادئ الفقه الإسلامى ، فالبناء يعتبر عقاراً ولو أنه فى بعض المذاهب الإسلامية يعتبر منقولا . ثم إن تكييف البيع بأنه باطل أو قابل للابطال أو صحيح أو أنه معلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ونحو ذلك تتبع فيه مبادئ القانون المدنى ، دون مبادئ الفقه الإسلامى من تقسيم البيع إلى باطل وفاسد وموقوف ونافذ ولازم .

صدر التقنين المدى المختلط أولا ، فاشتمل على المواد ٩٣ – ١٠١ والمادتين ٥٦٢ – ٥٦٣ تقرر حق الشفعة وتنظيم هذا الحق . فجعلت الشفعة فى العقار (م ٩٣ – ١٠١) ، وكذلك فى المنقول حيث أضيفت الشفعة إلى حق الاسترداد (م ٥٦٢ – ٥٦٣) . كما جعلت «لمن أعار أرضه لإنسان وأذن له بالبناء أو الغرس فيها حق الشفعة ، إذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية» (م ٩٣) ، فيشفع صاحب الأرض فى البناء أو الغرس إذا باعه صاحبه . ثم جعلت الشفعة للشريك فى العقار الشائع ، ثم للجار . «وفى كل الأحوال يجب على من له حق الشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة فى العقار المبيع فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت التكليف الرسمى الحاصل له بابداء رغبته ، ويزاد عليها مسافة الطريق ، وإلا سقط حقه» (م ١٠١) . ثم صدر التقنين المدنى الوطنى ، فاشتمل على المواد ٦٨ – ٧٦ تقرر حق الشفعة فى العقار ، أما حق استرداد الحصة الشافعة فقد جعل فى العقار والمنقول (م ٤٦٢) . وأحكام الشفعة فى التقنين المدنى الوطنى تماثل، فيما عدا فروقا قليلة ، أحكام الشفعة فى التقنين المدنى المختلط . ومن هذه الفروق ما نصت عليه المادة ٧٥ من التقنين المدنى الوطنى من أنه «يجب على من له حق الشفعة ، ويرغب الأخذ بها، أن يبين رغبته فى ذلك بتقرير يقدمه لقلم كتاب المحكمة التابعة لها الجهة الكائن فيها العقار، فى ظرف خمسة عشر يوما بالأكثر من بعد تكليفه رسميا بمعرفة المشترى بابداء رغبته، وإلا سقط حقه ، ويزاد على هذا الميعاد مسافة الطريق» .

وقد أظهر العمل أن هذه النصوص ليست وافية ، واستدعى القضاء بها الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى ، فأدى ذلك إلى تناقض الأحكام . فصدر قانون خاص بالشفعة، هو الأمر العالى الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بالنسبة إلى القضاء المختلط ، والأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القضاء الوطنى . وبذلك انفصل قانون الشفعة عن القنين المدنى ، وألغى هذا القانون النصوص السابق الإشارة إليها فى التقنين المدنى. وهذا هو قانون الشفعة السابق ، الذى استمدت منه نصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد، بعد أن أعيدت هذه النصوص إلى مكانها الطبيعى فى التقنين المدنى . وقد جعل قانون الشفعة السابق الشفعة فى العقار للشريك فى العقار الشائع أولا ، ثم للجار المالك فى أحوال معينة. واعتبر شريكا فى العقار المشفوع فيه من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه ، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه . ويسقط حق الشفعة إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بها فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته ، ويجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر ، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا. وترفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى ، والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها . ويحل الشفيع بالنسبة إلى

البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ، فاذا ظهر أن العقار المشفوع فيه مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع ، ولكن ليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع . وقد كان قانون الشفعة السابق أو فى بكثير مما سبقه من النصوص التى وردت فى التقنين الوطنى والمختلط ، وعالج كثيرا من وجوه النقض فى هذه النصوص .

وعند إعداد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد، لم يعدل المشروع فى النصوص التى كانت لجنة الأستاذ كامل صدقى قد وضعتها فى شأن الشفعة مستمدة إياها من قانون الشفعة السابق كما قدمنا ، بل بقيت هذه النصوص كما هى مع تعديل طفيف فى ترتيبها وفى بعض أحكامها . وقد استقر رأى هذه اللجنة ، بعد مناقشات طويلة [1]، على إبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية . وقد كان للشفعة خصوم يرون وجوب إلغائها لأنها قيد خطير يرد على حرية التعاقد ، ولم يعد لها ما يسوغها ، وبخاصة الشفعة بسبب الجوار . غير أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد استبقى الشفعة كاملة بما فى ذلك الشفعة بسبب الجوار ، لاعتبارات تاريخية ، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة فى جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة[2] . وعند نظر المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، حذفت هذه اللجنة الشفعة بسبب الجوار ، إذ هى موضع خلاف بين مذاهب الفقه الإسلامى ، ولا يقول

---

(١) أنظر هذه المناقشات فى محضر جلسة ١٤ مايو سنة ١٩٣٧ للجنة الأستاذ كامل صدقى. وقد انقسم الأعضاء فى الرأى ، فبعض رأى الإبقاء على الشفعة بالنسبة إلى الشريك فى الملك وإلغاءها بالنسبة إلى الجار، وبعض رأى الإبقاء على الشفعة كلما كان من شأنها جميع عناصر الملكية فى يد واحدة بعد تشتتها وتجزئتها والاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود حق ارتفاق على الأقل . وأشار بعض الأعضاء إلى الأضرار الملازمة لنظام الشفعة من مساومات تجرى بين بعض الجيران يمكن وصفها بأنها مساومات استغلالية، ومن أن الشفعة من الوجهة الاقتصادية سبب من أسباب تخفيض قيمة الملك ، ومن حالة عدم الاستقرار التى يستهدف لها الملاك فى أثناء قيام النزاع على الشفعة الذى قد يطول أمره بضع سنين . وقال بعض الأعضاء إنه حتى لا يبقى مصير الملك معلقا أو مشكوكا فيه أمداً طويلا يجب تقصير المواعيد الخاصة باستعمال حق الشفعة ، والتوسع فى حالات سقوط هذا الحق . وتأسيساً على ذلك رأى بعض الأعضاء التسليم بجواز النزول مقدما عن حق الشفعة قبل ثبوته ، وإلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة وإلا سقط حقه فيه، والتضييق فى حالات التزاحم بين الشفعاء ، ومنع الشفيع من الرجوع فى الشفعة تعسفا بعد استعمال حقه فيها . وقد وافقت اللجنة أخيراً ، بأغلبية الآراء ، على استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى كل من الشريك فى الملك ومالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع، وكذلك بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق – أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٣ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٣ .

بها إلا المذهب الحنفى مع تقييدها بشروط معينة . وعلى ذلك قدم المشروع النهائى لنصوص الشفعة إلى مجلس النواب خالية من الشفعة بسبب الحوار . فاحتدمت المناقشة فى هذا المجلس، بين مؤيدين لإلغاء شفعة الجوار ومنادين بوجوب إرجاعها . وانتصر أخيرا الرأى القائل بوجوب إرجاعها ، وأقر مجلس النواب نصوص الشفعة بعد أن أعاد إليها النص الخاص بالشفعة بسبب الجوار[1] . وفى لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أحد الأعضاء إلغاء شفعة

---

(١) كانت لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ، بعد أن تلقت المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد خلواً من الشفعة بسبب الجوار ، قد أضافت نصا يجعل حق الأخذ بالشفعة «للجار المالك فى الأراضى الزراعية ، إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق ، وكانت قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها» . ولما عرضت نصوص الشفعة على مجلس النواب، احتدمت المناقشة فى الشفعة بسبب الجوار . وافتتح المناقشة أحد الأعضاء مطالب باعادة الشفعة بسبب الجوار كما كانت فى قانون الشفعة السابق ، وقال فى هذا الصدد : «نحن بلد شرقى له عاداته وتقاليده، وكنت أظن أن الحكومة ستعمل فى مشروعها الجديد على رفع القيود الواردة فى القانون الحالى ، فتوسع نطاق حق الشفعة لا أن تضيقه ، حتى يصبح من حق الجار أن يشترى العقار بطريق الشفعة إما دفعا لضرر كما قلت ، وإما لتمكين الجار من شراء الأراضى المتداخلة فى أرضه ، فيتحقق ما نصبوا إليه من استواء الأراضى وحسن تقسيمها» . فرد أحد الأعضاء قائلا : «الواقع أن حق الشفعة بالنسبة للجار فى الشريعة من المسائل الخلافية التى فيها رأيان ، رأى راجح ورأى مرجوح . فأما الرأى المرجوح فهو رأى الأمام أبى حنيفة الذى يرى وحده دون الأئمة الثلاثة جواز الشفعة للجار ... أما باقى الأئمة فهم لا يجيزون هذا النوع من الشفعة .... بل رأوا أن المصلحة فى أن يكون كل من المالكين حراً فى أن يبيع لمن يشاء لجار أو لغيره .. هذا فيما يتعلق بالشريعة . أما فيما يتعلق بالموضوع فلست أدرى ما هى العلة التى تحملنا على أن نبيح ما يراه زميلى المحترم. ولكى أزيد المسألة وضوحا أضرب لكم مثلا ... هبوا أن ... يملك فى أسيوط ٩٩٩ فدانا وأملك أنا بجواره فدانا واحداً .. وأردت أن أرحل من أسيوط إلى القاهرة . ولكن لى ... قريبا يملك فدانا واحداً كذلك ، ولسوء حظه لم يكن فدانه ملاصقا لفدانى . فلما عزمت أن أبيع له فدانى ، جاء .. وقال إن فدانك ملاصق لأرضى وأريد أن امتلكه حتى يصبح عندى ألف فدان (أى رقم دائرى) . فيريد أن يجبرنى محتجا بالشفعة على أن يأخذ منى هذا الفدان دون أخى أو قريبى» . وأضاف أحد الأعضاء قائلا : «أضيف إلى ما قاله زميلى أن أكثر الذين تناولوا مواد الشفعة من رجال القانون يعتبرون أنها حق مكروه كالطلاق. أما سوء الجوار الذى يقول به زميلى .. فقد انتهى أمره ، لأن الناس كانوا قلة فى الماضى ، وكان يمكن أن يؤذى الجار جاره . أما فى الوقت الحاضر فقد زاد العمران وزاد عدد السكان ، وأصبح الإنسان لا يعرف جاره» . ثم عارض أحد الأعضاء قائلا : «إن حق الشفعة كان معروفاً فى مصر من زمن بعيد ، وأريد تقييده ، فصدر قانون بذلك سنة ١٩٠١ اشترط لثبوت حق الشفعة الجوار من حدين ، ومنع فى البيع للأخ أو الأب أو الابن أو القريب من الدرجة الثانية أو الزوجين .. أما القول اليوم بمنع الشفعة إطلاق على أساس القول بحرية التعاقد ، فكلام بعيد عن الحقيقة» . فرد أحد الأعضاء : «الواقع أن الجار القوى لا يشترى إلا بأبخس الأثمان ، وهذا هو الذى يلجئ الجار الضعيف تحت سيف التهديد بحق الشفعة من الجار القوى إلى الاحتيال على القانون برفع الثمن . ومن ثم يأتى الجار القوى .. ويطالب بحق الشفعة فتنشأ المنازعة وترفع القضايا .. نحن الآن أمام مشكلة الملكيات الكبيرة ونريد أن نقضى عليها قضاء مبرما، لأن عهد العبودية والاستعباد=

الجوار «وعدم الأخذ بتعديل مجلس النواب ، خصوصا وأن الجوار أصبح لا يعتد به الآن، وقد لا يعرف الجار جاره ، وأن التوسع فى الأخذ بالشفعة ينافى الشعور السائد فى منع تكتل الملكية» . ولكن اللجنة ، بأغلبية الآراء ، أقرت شفعة الجوار ووافقت على المشروع بالتعديل الذى أدخله مجلس النواب [1] . وعلى ذلك أقر المشروع فى مجلس الشيوخ على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، شاملا لشفعة الجوار ، ومستحدثا فى قانون الشفعة السابق لبعض أحكام تفصيلية سنعرض لها فى مواضعها .

ومهما يكن من أمر استبقاء الشفعة سببا لكسب الملكية ، ومن أمر الاحتفاظ فيها بشفعة الجوار ، فقد شاعت فى نصوص التقنين المدنى الجديد فى الشفعة روح التضييق من هذا الحق . وتظهر هذه الروح جلية فى تعديلات استحدثها التقنين المدنى الجديد، نذكر منها ما يأتى :

١ – أهم تعديل استحدثه التقنين المدنى الجديد، للتضييق من حق الأخذ بالشفعة ، هو التعديل القاضى بوجوب إيداع الشفيع خزانة المحكمة «كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة» (م ٢/٩٤٢ مدنى) . ولم يكن قانون الشفعة السابق يوجب هذا الإيداع ، بل كان يقتصر على النص على أن يكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة «مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا» (م ١/١٤ من قانون الشفعة السابق) . فلم يكن عرض الثمن عرضا حقيقيا محتما ، يله الإيداع فى خزانة المحكمة ، بل كان يكفى أن يبدى الشفيع استعداده لدفع الثمن وملحقاته فى صحيفة الشفعة . فوضع التقنين المدنى الجديد ، بإيجابه إيدا الثمن خزانة المحكمة ، حدا لدعاوى الشفعة غير الجدية التى يقصدبها فى الغالب فتح المجال للمضاربة عن طريق تهديد

= الأرضى يجب أن يزول» . فعاود العضو المعارض معارضته قائلا: «تساءلت عن الحكمة التى حدت بالحكومة واللجنة إلى هذا التقييد، وطالبت بايضاح المبرر له ، فتكلم .. وتحدث عن الملكية الكبيرة وأن الشفعة تحد من هذه الملكية. لا يا سيدى لم يقل أحد بذلك . فنحن بصدد تشريع عام لا تشريع يتعلق بالملكية الكبيرة أو الصغيرة .. إذا أردتم تعديلا فى التشريع فيبينوا السبب الذى يبرر هذا التشريع، وإذا أردتم الحد من الملكية الكبيرة فحدوا منها ما شئتم .. حدوا من الرأسمالية وحاربوها، لعنة الله عليها وعلى من يحبها ، إنما نحن بصدد تشريع ، والتشريع لابد له من مبرر، والحكومة ومن تكلموا لم يذكروا أى مبرر يصح أن يتخذ سببا لهذا التعديل» . وانتهت المناقشة بأن وافق مجلس النواب على اقتراح قدمه أحد الأعضاء يقضى باعادة الشفعة بسبب الجوار كما كانت عليه فى قانون الشفعة السابق – أنظر فى هذه المناقشات مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٧٣ – ص ٣٨٤ فى الهامش .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٤ – ص ٣٨٥ .

المشترى حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال. لا سيما إذا لوحظ أن الشفيع لم يكن ملزما فى قانون الشفعة السابق ، كما هو ملزم فى التقنين المدنى الجديد (م ٩٤٣ مدنى) ، بقيد الدعوى فى ميعاد معين ، فكان يكتفى باعلان صحيفتها دون أن يقيدها ، ثم يفتح الباب لمساومة المشترى . وهكذا ضيق التقنين المدنى الجديد بهذا الحكم أشد التضييق من حق الشفعة ، إذ أصبح واجبا على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ، وليس هذا بالأمر اليسير فى كثير من الأحوال .

٢ – أجاز التقنين المدنى الجديد نزول الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ المدنى) ، فمهد بذلك السبيل للمشترى فى أن يحصل على نزول الشفيع عن الشفعة مقدما قبل أن يقدم على الشراء ، وذلك حتى يطمئن إلى مصير الصفقة ، وقد سبق بيان ذلك [١] . أما قانون الشفعة السابق ، فعبارته الواردة فى المادة ١٩ (أولا) منه تفيد أنه لا يجوز النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها ، وإن كانت محكمة النقض قد قضت ، تطبيقا لأحكام قانون الشفعة السابق ، بأن النزول عن الشفعة جائز حتى قبل البيع [٢] .

٣ – منع التقنين المدنى الجديد الأخذ بالشفعة «إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» (م ٩٣٩ ب مدنى) . أما قانون الشفعة السابق ، فقد كان ينص فى المادة ٣ منه على أنه « ... لا شفعة فيما بيع من الأصول لفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة» . ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد توسع فى منع الأخذ بالشفعة ، فضيق من هذا الحق ، بأن منعه فى البيع بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ولم يقتصر على الدرجة الثالثة التى اقتصر عليها قانون الشفعة السابق، ومنعه فى البيع ما بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ولم يكن قانون الشفعة السابق يمنعه فى البيع ما بين الأصهار أصلا .

٤ – أسقط التقنين المدنى الجديد الحق فى الأخذ بالشفعة «إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع» (٩٤٨ ب مدنى) ، فى حين أن قانون الشفعة السابق فى المادة ٢٢ منه كان لا يسقط الشفعة إلا « بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع» .

٥ – نص التقنين المدنى الجديد صراحة على أنه إذا توافرت فى المشترى الشروط التى

---

(١) أنظر آنفاً ص ٤٥٣ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٣ ص ٦٥٨ – وانظر آنفا ص ٤٥٤ هامش ١ .

كانت تجعله شفيعا ، «فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته» (م ٣/٩٣٧ مدنى) . وقد كانت محكمة النقض ، بالتطبيق لأحكام قانون الشفعة السابق ، لا تفضل المشترى الشفيع على شفيع من طبقته ، فكانت تفتح بابا للأخذ بالشفعة أغلقه التقنين المدنى الجديد بالنص سالف الذكر ، وسنعرض لهذه المسألة فى موضعها .

هذا إلى أن تكييف التقنين المدنى الجديد الشفعة تكييفا قانونيا صحيحا ، وتصريحه فى المادة ٩٣٥ مدنى بأن «الشفعة رخصة» ، ساعد على ترجيح الرأى القائل بأن الشفعة لا تنتقل بالميراث ، إذ أن الرخص لا تورث على التفصيل الذى سبق أن بسطناه [١] . وفى عدم انتقال الشفعة بالميراث تضييق فى الأخذ بها ، ما دامت ورثة الشفيع لا يجوز لهم الأخذ بالشفعة [٢] .

وبالرغم من هذا التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فإن التقنين المدنى الجديد لا يزال يعتبر الجوار فى حالات معينة سببا من أسباب الأخذ بها . وإذا كان من المستساغ أن يثبت للشريك فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة تفاديا من دخول أجنبى بين الشركاء ، وكان من المستساغ أيضا أن يثبت لصاحب الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع أو للمحكر أو للمستحكر أن يأخذ بالشفعة جمعا لما تفرق من شتات الملكية ، فليس من المستساغ بعد أن استدار الزمن أن يبقى للجار حق الأخذ بالشفعة . فالشفعة قيد خطير على حرية التعاقد ، وعامل من عوامل عدم الاستقرار فى المعاملات العقارية ، ولا يبررها إلا اعتبار أشد خطرا منها. والجوار قد أصبح فى الوقت الحاضر ليس بذى خطر كما كان فى الماضى ، فلم يعد يصلح مبررا للأخذ بالشفعة. بل إن الجوار ، حتى فى الماضى، لم يكن سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى أكثر مذاهب الفقه الإسلامى . فإذا أضيف إلى ذلك أنه كثيراً ما يتخذ ذريعة لتكتيل الملكية العقارية والتوسع فى تملك الأراضى والمبانى المجاورة على حساب صغار الملاك وذوى الحاجة

---

(١) أنظر آنفا ص ٤٥٨ وما بعدها .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد التضييق فى المشروع من حق الأخذ بالشفعة : «على أن المشروع كان قد انتهى إلى استبقاء الشفعة ، فقد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها ، إذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه . ضيق المشروع فى الشفعة من ناحية الموضوع ، ومن ناحية الإجراءات . فأورد فى الموضوع ثلاثة أحكام تقيد منها ، إذ جعل قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بها تمتد إلى الدرجة الرابعة، وأجاز أن يتنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع ، وأنقص المدة التى تسقط حق الأخذ بالشفعة إلى ثلاثة أشهر (أصبحت أربعة أشهر) من يوم تسجيل البيع . وعالج (المشروع) من ناحية الإجراءات مسألة هامة بروح التضييق فى الأخذ بالشفعة ، فأوجب على الشفيع أن يودع الخزينة مبلغا يساوى الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . وقد عادت الشفعة فى المشروع إلى مكانها فى التقنين المدنى ، بعد أن انفصلت عنه منذ صدور القانون الحالى (السابق) الخاص بالشفعة فى سنتى ١٩٠٠ و ١٩٠١» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٤) .

منهم ، تبين أنه كان من الصواب الوقوف عند المشروع النهائي للتقنين المدنى الجديد الذى أقرته لجنة المراجعة ، وقد حذف فيه الجوار سببا للأخذ بالشفعة على النحو الذى ذكرناه فيما تقدم .

وبعد هذه النظرة التمهيدية فى الشفعة ، نتناول أحكامها فى مباحث ثلاثة : (١) شروط الأخذ بالشفعة . (٢) كيفية الأخذ بالشفعة . (٣) آثار الأخذ بالشفعة .

المبحث الأول

شروط الأخذ بالشفعة

١٦٥ – خلاصة شروط الأخذ بالشفعة : تتلخص هذه الشروط فى أمرين : (١) بيع عقار . (٢) ووجود شفيع .

المطلب الأول

بيع عقار

١٦٦ – مسألتان : نعرض هنا لمسألتين : (١) بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة . (٢) ومع ذلك هناك بيوع عقارية لا يجوز فيها الأخذ بالشفعة .

١ – بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة

١٦٨ – ما يشتمل عليه العقار من مسائل : إذا بيع عقار ، انفتح باب الشفعة . والأصل جواز أن يؤخذ هذا العقار بالشفعة ، إذا وجد شفيع وتوافرت سائر شروط الشفعة. والمفروض إن يكون هناك عقار ، وقد ورد عليه عقد البيع .

فالشفعة لا تكون إلا فى العقار ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد دون حق الشفعة. ثم أن الشفعة غير قابلة للتجزئة ، فلا تجوز تجزئة العقار أو العقارات المبيعة عند الأخذ بالشفعة، وذلك حتى لا تتجزأ الصفقة .

ثم يجب أن يرد على العقار عقد البيع ، فهذا العقد هو التصرف الوحيد الذى يجوز فيه الأخذ بالشفعة ، وأى عقد آخر ولو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة . ولا يشترط فى البيع، حتى يصح الأخذ بالشفعة ، أن يكون مسجلا . وقد تتوالى البيوع على العقار الواحد، فيثار التساؤل فى أيها يجوز الأخذ بالشفعة .

فهذه جملة من المسائل ، نستعرضها متعاقبة على الترتيب الآتى : (١) لا شفعة فى المنقول . (٢) الشفعة غير قابلة للتجزئة . (٣) لا تجوز الشفعة إلا فى عقد البيع . (٤) جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل . (٥) الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع .

١٦٨ – لا شفعة فى المنقول : الشفعة لا تكون إلا فى العقار، ولا شفعة فى المنقول، وإنما يرد على المنقول حق الاسترداد ، لا حق الشفعة . وقد سبق أن بسطنا القول فى حق الاسترداد فى الجزء الثامن من الوسيط عند الكلام فى الملكية الشائعة ، وبينا أن حق الاسترداد يثبت فى المنقول الشائع إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة فى هذا المنقول لأجنبى بطريق الممارسة . ولحق الاسترداد قواعد ومواعيد وإجراءات تختلف عن قواعد الشفعة ومواعيدها واجراءاتها ، وهذا الحق مستمد من القانون الفرنسى فى حين أن الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامى . على أن طبيعة حق الاسترداد هى نفس طبيعة حق الشفعة ، وليست الشفعة إلا حق استرداد يثبت فى العقار فى أحوال خاصة وبشروط معينة . أما شروط حق الاسترداد فهى تنحصر . على ما سبق أن بينا [١] ، فى أن يصدر بيع من أحد الشركاء فى مجموع من المال أو فى منقول معين بالذات ، وأن يرد هذا البيع على حصة شائعة ، وأن يصدر البيع إلى أجنبى عن الشركاء ، وأن يكون المسترد هو أحد الشركاء (م ٨٣٣ مدنى) . ويجب طلب الاسترداد قبل القسمة ، فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، واجراءات الاسترداد ليست من التعقيد بالقدر الذى عليه إجراءات الشفعة ، وهى إجراءات تتلاءم مع طبيعة المنقول .

وعلى ذلك لا ترد الشفعة فى بيع حصة شائعة فى السفينة ، لأن السفينة منقول، والذى يرد هو حق الاسترداد [٢] . كذلك لا ترد الشفعة فى المنقول بحسب المآل ، كبيع بناء للهدم أو غراس للقلع ، فلا يشفع فى هذا البناء أو الغراس شريك أو جار . أما بيع البناء على سبيل القرار ولكن استقلالا عن الأرض ، كبيع المحتكر للبناء الذى أقامه على الأرض المحكرة أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل ، فهو بيع عقار لا بيع منقول . ومن ثم يجور للشريك المشتاع وللجار الملاصق للبناء المبيع أخذ هذا البناء بالشفعة ، إذا توافرت فيه سائر الشروط [٣] .

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٥١٦ .

(٢) وعند مالك ، دون المذاهب الأخرى ، تجوز الشفعة فى السفينة لأنها أعدت كالعقار لتكون مسكنا .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢١٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٤ ص ٤٤١ – وعند الحنفية بيع البناء أو الشجر استقلالا عن الأرض هو بيع منقول ، أما إذا بيع مع الأرض فيجوز أخذه بالشفعة تبعا للأرض . وقد جاء فى المادة ٢٠٩ من مرشد الحيران فى هذا الصدد : «لا شفعة فى البناء والشجر المبيع قصداًبدون الأرض القائم عليها فإذا بيع البناء تبعا للأرض ثبتت فيه الشفعة» . أما المالكية فيعتبرون البناء عقاراً ، فتثبت فيه الشفعة حتى لو بيع استقلالا عن الأرض .

والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار أو استغلاله ، فإذا بيع مستقلا عن العقار الذى رصد لخدمته أو استغلاله فالبيع بيع منقول ، ولا يجوز الأخذ فيه بالشفعة . أما إذا بيع مع هذا العقار ، فإنه يجوز أخذه بالشفعة تبعا للعقار . وعلى ذلك إذا بيعت مزرعة بما فيها من مواش وآلات رى ونحوها ما يعد عقارا بالتخصيص ، فإن الشفعة تثبت فى المزرعة وما تشتمل عليها من المواشى وآلات الرى وغيرها من العقارات بالتخصيص. أما إذا فصلت المواشى أو آلات الرى عن الأرض وبيعت مستقلة ، فإن الشفعة لا تثبت إذ البيع يكون فى هذه الحالة بيع منقول [1].

١٦٩ – الشفعة غير قابلة للتجزئة : معنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، فى صفقة واحدة ، بعض المبيع دون بعض ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشترى فيضار بذلك . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٥ مدنى ينص على هذا الحكم صراحة ، إذ كان هذا النص يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «والحق فى الشفعة لا ينتقل بالحوالة ، وإنما ينتقل بالميراث ، وهو حق لا يتجزأ فى استعماله» . واجتازت هذه الفقرة المراحل التشريعية حتى وصلت إلى لجنة مجلس الشيوخ ، بعد أن عدلت فى لجنة المراجعة بما يجعل الشفعة لا تنتقل بالميراث على ما مر بيانه [2]. ودار نقاش فى لجنة مجلس الشيوخ حول توريث حق الشفعة وتجزئته ،. ثم استقر رأى اللجنة على حذف الفقرة كلها من المشروع «وترك حكمها لاجتهاد القضاء» [3]. والقضاء مضطرد على عدم جواز تجزئة الشفعة ، وهذا هو الحكم أيضا فى الفقه الإسلامى [4][1].

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٧٥ ص ٣٧٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٦ – شفيق شحاتة فقرة ٢٥٩ – إسماعيل غانم ص ٨٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٠ ص ٤٦٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٢ – حسن كيرة ص ١٢ .

(٢) أنظر آنفا ص ٤٤٥ هامش ١ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٦ .

(٤) وقد نصت المادة ١١٣٥ مدنى عراقى على أن «الشفعة لا تقبل التجزئة ، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه . لكن إذا تعدد المشترون واتحد البائع، فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعا ويترك الباقى» . ونصت المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن«حق الشفعة لا يتجزأ ، فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله . فاذا تعدد الشفعاء المتساوون فى الفئة ، وأسقط أحدهم أو بعضهم حقه فى الشفعة ، وجب على الباقين طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترون فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » .

(1) أ – المقرر أنه إذا كانت الصفقة واحدة فلا يجوز للشفيع أن يفرقها على المشترى بأن يأخذ بعضها ويدع باقيها والمناط فى وحدة الصفقة أو تبعيضها يرجع إلى شروط العقد وإرادة العاقدين ، وإذ كان البين من الأوراق ان الطاعنين قد اشتروا بطريق التضامن فيما بينهم مساحة ٤ ط من ٢٤ ط على الشيوع نظير=

وتأصيل المسألة أنه إذا تعددت الصفقة ، جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يأخذ بالشفعة فيه ، ولا يكون هذا تجزئة للشفعة [1] . فإذا باع المالك عقارا واحد لمشترين متعددين فى صفقات متعددة ، بأن اشترى كل من المشترين جزءا مفرزا من العقار بثمن مسمى ، ولو انتظم عقد واحد كل هذه الصفقات، وكان للعقار جار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، كان لهذا الجار أن يأخذ بالشفعة فى جميع الصفقات فيستولى على كل العقار ، وكان له أيضا أن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض إذ هو لم يفرق الصفقات فقد كانت مفرقة من الأصل [2] .

= الثمن المبين بالعقد وسدد الثمن جميعا بما يفيد وحدة الصفقة رغم تعدد روابطها بما يوجب رفع دعوى الشفعة على المشترين جميعا فإن كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لأحدهم فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقين .

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٠ الطعن رقم ١٨٤٠ لسنة ٥٩ ق)

ب – لما كان من حق المشترى للعين المشفوع فيها – وعلى ما جرى به قضاء النقض – ألا تتجزأ عليه الصفقة فإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة ولم يطلب كل منهم الشفعة فى كل العين المشفوع فيها وسقط حق أحدهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من اجراءات الشفعة تفرقت الصفقة على المشترين وصارت بذلك دعوى الشفعة غير مقبولة، وكان من المقرر فى قضاء محكمة النقض كذلك أنه ليس لمن طلب الشفعة فى جزء من العين المبيعة أن يعدل إلى طلب الشفعة فى العين برمتها ما دام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة لأن اجراءات الشفعة المنصوص عليها فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ من القانون المدنى ومواعيدها مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا وثيقا وماسا بذات الحق ويوجب القانون اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة ذاته ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها الأول والثانية – وهما شفيعان من طبقة واحد – لم يطلب أحدهما أخذ العين المشفوع فيها برمتها إنما طلبا ذلك سويا وأودعا ثمنا واحدا لها ، وكان اقرار المطعون ضدها الثانية أمام محكمة أول درجة بترك الخصومة من شأنه الغاء كافة اجراءات الشفعة بالنسبة لها بما فى ذلك صحيفة الدعوى فيما تضمنته من طلبات تخصها وذلك عملا بنص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات مما يجزئ الصفقة على المشترين (الطاعنين) الأمر الممتنع قانونا ، ولا يغير ذلك من اقرار المطعون ضدها الثانية فى ١٩٧٦/٦/١١ أن الثمن المودع يخص الشفيع الآخر وحده ذلك أن التكييف الصحيح لهذا الاقرار منها – بعد رفع دعوى الشفعة بتاريخ ١٩٧٦/٤/١٢ أنه فى الحقيقة نزلت به للشفيع الآخر عن حقها فى الشفعة وهو ما لا يجيزه الشارع ويتضمن إسقاطا لحقها ذاته، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن تنازلها يمثل حوالة حق تنتج أثرها دون حاجة لقبول الدين بما لا محل معه لالزامه بايداع آخر وإلا تجاوزت المبالغ المودعة ثمن البيع فإنه يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨ الطعن رقم ٧٣ لسنة ٥٦ ق)

(١) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص ١٩٠ – الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣١ ص ٥٤٤ .

(٢) فإذا طلب الشفيع جزءاً مفرزاً من هذه الأجزاء ، وجب أن تتوافر فى هذا الجزء شروط الأخذ بالشفعة ، بأن يكون مثلا ملاصقا للأرض المشفوع بها من حدين وتكون قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن

وكذلك إذا باع المالك عقارات متعددة ولو لمشتر واحد ، فى صفقات متفرقة ، كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة ، إذا توافرت شروطها ، فى بعض الصفقات دون بعض . وليس فى هذه تجزئة للشفعة ، فإن الصفقات كانت من الأصل متفرقة (١)(أ) .

نصف قيمة هذا الجزء . ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يشفع فى أى جزء مفرز آخر من العقار إذا كان متصلا بالجزء المفرز الذى شفع فيه أو لا ، حتى لو لم تتوافر شروط الشفعة فى هذا الجزء بأن يكون مثلا غير ملاصق للأرض المشفوع بها إلا من حد واحد أو غير ملاصق لها أصلا . ولكن لا يستطيع أن يشفع فى جزء مفرز لا تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة ، إذا كان هذا الجزء غير متصل بجزء تتوافر فيه هذه الشروط ويكون الشفيع قد أخذه بالشفعة . وقد قضى فى هذا المعنى بأنه إذا كان سبب الأخذ بالشفعة الجوار من جهتين ، وجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى الحصص التى يطلب أخذها بالشفعة فى مجموعها . فلا يصح له مثلا أن يأخذ الحصة البعيدة عنه التى لا يكون له بها اتصال أو التى لا يكون له بها اتصال إلا من جهة واحدة، دون أن يأخذ الحصص المتصلة بها والمجاورة لملكه من الجهتين . ولكن يكفى أن يطلب الحصة المجاورة له من الجهتين وما يتصل بها من الحصص الأخرى ، ولو كان بعض هذه الحصص غير متوافر فيه فى ذاته شرط الجوار لملك الشفيع من الجهتين . وذلك لأن إباحة أخذ العقار بتمامه بالشفعة أو بعض حصص منه تدل على أن المعتبر فى نظر القانون هو كلية العقار أو كلية مجموعة الحصص المطلوب أخذها منه ، بحيث أن هذه المجموعة المتصلة أجزاؤها بعضها ببعض تعتبر كلا واحداً متى تحقق الجوار من جهتين فى بعضه سرى ذلك إلى باقية . والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى نتيجة غير مقبولة ، وهى أنه فى مثل هذه الحالة يكون للشفيع أن يأخذ العقار بتمامه ولكنه لا يستطيع أن يأخذ من الحصص إلا كل حصة تكون بذاتها مجاورة من الجهتين . وقد لاحظ المقنن فى ذلك أن العقار كل قد يتضرر الشفيع من جميع من ينتقل إليهم بالبيع بحصص مفروزة لكل منهم أو من بعضهم ، فأباح له أن يأخذ الكل بالشفعة ، أو أن يأخذ البعض بقدر ما يرى فيه إبعاد الضرر عنه . وقد يكون ذلك متحققا فى عدد من جيرانه الجديدين ، فإن اضطر لأخذ الشفعة من بعضهم دون بعض فإنه يبقى جاراً ملاصقا أيضا لهذا البعض الباقى فلا يدفع عن نفسه أذى جواره . لذلك جعل له القانون الحق فى أن يأخذ بالشفعة من الحصص بقدر ما يشاء ، تحت شرط أن يكون سبب الأخذ بالشفعة متوافراً فى بعضها ويكون باقيها متصلا بها (طنطا الكلية ١٦ يونيه سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٣ ص ٥١) .

(١) وقد يكون العقار مقسوما بين الشريكين ، فيستقل كل منهما بنصيبه مفرزاً وبيع الإثنان نصيبهما المفرزين فى عقد واحد ، فلا يكون للشفيع أن يأخذ بالشفعة إلا النصيب المجاور ، وليس له أن يأخذ النصيبين معا بحجة عدم التجزئة . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعى بأنه إذا باع الشريكان عقاراً وكان قد قسم بينهما بمقتضى حكم قبل حصول البيع بمدة ، فعقد البيع يعتبر مشتملا على بيع عقارين مستقلين لكل منهما مالك خاص . وعلى ذلك فليس للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة إلا فى الجزء المجاور له، ولا يحق له أن يأخذ جميع العقار بحجة عدم التجزئة، لأن هذه التجزئة موجودة فعلا بسبب القسمة قبل البيع ، ولأن مبدأ عدم التجزئة إنما وضع لمصلحة المشترى وليس لمصلحة الشفيع (استئناف مصر ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩) .

(أ) إذا اشتمل عقد البيع على عقارات متعددة وكانت منفصلة بعضها عن البعض فان الأصل أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيه أسبابها دون تلك التى لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة وذلك ما لم تكن تلك العقارات مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحد بحيث يكون استعمال=

أما إذا كانت الصفقة واحدة ، فإنه لا يجوز للشفيع أن يفرقها بأن يأخذ بالشفعة فى بعض الصفقة دون أن يأخذ الصفقة كاملة ، إذ أن ذلك يكون تجزئة للشفعة (١)(1) .

ويمكن تصور وحدة الصفقة فى فرضين : إذا باع المالك عقاراً واحدا لمشترين متعددين على

= الحق فى الشفعة بالنسبة إلى الجزء منها من شأنه أن يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من انتفاع.

(الجلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ٢٤١٨ س ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٧٩/٦/٧ الطعن رقم ٣٤٧ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ح ٢ ص ٥٧٨)

(جلسة ١٩٦٥/١/١٤ الطعن رقم ٧٤ لسنة ٣ ق س ١٦ ص ٥٢)

(١) وإذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية أقيم فيها بناء ، فليس للشفيع أن يقتصر فى طلب الشفعة على الأرض دون البناء بدعوى أنه غير محتاج له ، كما أنه يتعين على الشفيع أن يشفع فى الأرض بما تشتمل عليه من ملحقات إذا دخلت هذه الملحقات فى عقد البيع (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٩١ – ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤).

(1) أ – المقرر– فى قضاء محكمة النقض – أن القاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة، وانما يجوز له إذا تعددت الصفقات بيع العقار اجزاء مفرزة – أن يأخذ بالشفعة فى بعض هذه الصفقات دون بعض إذا توافرت شروط الشفعة فيما يؤخذ ؛ بالشفعة فيه دون أن يكون فى ذلك تجزئة لها .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨ الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٦ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن قم ١٦٤٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٥٦٥)

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥ ق س ٣٥ ص ٢٨٤)

(جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ الطعون أرقام ٤٢٠ ، ٢٣٧٠ ، ٢٣٨٦ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٥١٤)

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ الطعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٢ ص ٦٧٧)

ب – قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشترى بتبعيض الصفقة، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثالث باع للطاعنة قطعة أرض مساحتها .... وأن المطعون عليهما الأول والثانى أعلنا رغبتهما فى أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سويا الثمن ، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشترية الطاعنة أو تجزئة للشفعة .

(جلسة ١٩٨١/١١/٤ الطعن قم ٧٣٠ لسنة ٤٨ ق س ٣٢ ص ١٩٨٩)

(جلسة ١٩٧٥/٦/١١ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٢٠١)

جـ – اذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة طلبت أخذ المبيع كله بالشفعة بما فى ذلك الجزء الذى بيع إلى المشترى الذى لم يختصم فى الدعوى ، فإن النعى على الحكم بأنه لم يبحث مدى أحقية الطاعنة فى الأخذ بالشفعة بالنسبة لأجزاء العقار المشفوع فيه التى بيعت لمن اختصمتهم فى الدعوى يكن دفاعا جديدا يخالطه واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع ، وبالتالى لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة لنقض .

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ الطعن قم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ ق س ٣٢ ص ٦٧٧)

الشيوع وهذا هو فرض تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع [1] ، وإذا باع المالك عقارات متعددة لمشتر واحد في صفقة واحدة وهذا هو فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى [2] .

أ – ففي فرض تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ، إذا باع المالك عقارا واحدا لمشترين متعددين على الشيوع ، لم تجز الشفعة إلا في العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة، وهذا بخلاف ما إذا كان كل من المشترين قد اشترى جزءا مفرزاً من العقار في صفقة مستقلة ولو في عقد واحد مع سائر المشترين [1] . فقد قدمنا أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشترين دون بعض . وقد كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق تنص صراحة على هذا الحكم إذ تقول : «إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه. أما إذا عينت في العقد حصة كل منهم مفروزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو أخذ حصة واحدة أو أكثر مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة» . فالمناط في وحدة الصفقة وتعددها يكون إذن ببيع العقار لمشترين متعددين على الشيوع فتكون الصفقة واحدة ولا يجوز تفريقها [3] ، أو بيع العقار أجزاء مفرزة لمشترين متعددين

---

(١) أما إذا باع المالك عقاره لمشتر واحد ، فبديهي أن الشفيع لا يستطيع أن يجزئ الصفقة فيأخذ بعض العقار دون أن يأخذ الباقي .

(٢) وهناك فرض ثالث هو أن يتعدد الشفعاء ، فيتعين على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل المبيع حتى لا تتفرق الصفقة . وسنعرض لهذا الفرض عند الكلام في تعدد الشفعاء وتزاحمهم ، إذ هناك هو المكان الأنسب لبحثه .

(1) أ – للشفيع إذا بيع جزء شائع في عقار لمشترين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل.

(جلسة ١٩٧٩/٣/١ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ح ١ ص ١٧١)

ب – إذا كان الحكم قد قضى لورثة الشفيع بأحقيتهم في أخذ جميع الصفقة بالشفعة بعد ما صمموا على هذا الطلب قابلية عدم تجزئة الصفقة رغم إمكانها وبعد ما أبدى المشترون تضررهم من تجزئة الصفقة عليهم والتكييف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقي الصفقة إذا ثبت من جهة حقه في أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى اصابة المشترى بأضرار من تخلف الجزء الباقي في يده.

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٦ الطعن قم ٥٣١ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٤٨٢)

(جلسة ١٩٥٧/٣/٧ الطعن قم ٣١١ لسنة ٢٣ ق س ٨ ص ٢١٤) .

(٣) ويشترط في ذلك بيع العقار بأكمله لمشترين متعددين على الشيوع ، فإذا بيعت حصة شائعة من العقار لمشترين متعددين على الشيوع ، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة ١١ من قانون الشفعة ، وجاز للشفيع الأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشترين دون أنصبة الباقين ، ولا يكون في هذا تفريق للصفقة لأنها مفرقة من الأصل. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن مناط تطبيق المادة ١١=

لكل منهم جزء مفرز معين فتكون الصفقة متعددة ويجوز الأخذ بالشفعة فى بعض الصفقات دون بعض . وإذا كانت المادة ١١ من قانون الشفعة السابق لم تنقل إلى نصوص التقنين المدنى الجديد، فإنه يصح مع ذلك الأخذ بحكمها ، إذ هو حكم لا ينحرف عن المبادئ العامة، فضلا عن أنه كان مطبقا منذ زمن طويل فاستقر فى عرف التعامل [١] . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقا لهذا الحكم ، بأن المادة ١١ من قانون الشفعة القديم تقضى بأنه إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . وهذا يفيد بداهة أن الشفيع إذا رغب فى استعمال حقه فى أخذ كل العقار المبيع بالشفعة ، وجب عليه أن يوجه الدعوى بها إلى جميع المشترين حتى تتم عملية التحويل فى مواجهة جميع أطرافها. ولا يعفيه من ذلك طعنه بصورية عقد أحد هؤلاء المشترين ، بحجة أن إدخاله فى عقد الشراء كان إجراءا صوريا قصد به إسقاط حقه فى الشفعة [٢].

وإذا بيع عقار واحد لمشترين متعددين على الشيوع ، وكان أحد هؤلاء المشترين من أصول البائع أو من فروعه أو من أقاربه لغاية الدرجة الرابعة أو من أصهاره لغاية الدرجة الثانية فلا يجوز الأخذ منه بالشفعة كما سيجئ ، فإن الشفعة تبطل بالنسبة إلى سائر المشترين. ذلك بأن الشفيع يتحتم عليه فى هذه الحالة أن يشفع فى العقار بتمامه حتى لا تتفرق الصفقة كما قدمنا ، وهو لا يستطيع أن يشفع فى حصة المشترى الذى لا يجوز الأخذ منه بالشفعة، وعلى ذلك لا يستطيع أن يشفع فى العقار بتمامه ، فتسقط شفعته بالنسبة إلى جميع المشترين [٣] . وذلك ما لم يطعن بالصورية فى عقد المشترى الذى لا يجوز الأخذ منه بالشفعة على اعتبار أنه قد أقحم بين المشترين بعقد صورى تحايلا لمنع الأخذ بالشفعة ، فيجوز عندئذ إذا أثبت الشفيع صورية هذا العقد أن يأخذ بالشفعة فى كل العقار . ولكن يتعين عليه عند طلب الشفعة أن يوجه الطلب إلى المشترى الصورى ، وأن يدخله خصما فى دعوى الشفعة حتى يثبت فى مواجهته صورية عقده، وبهذا قضت محكمة النقض فى

= من قانون الشفعة أن يكون المبيع عقاراً بتمامه لعدة مشترين ، فإذا كان المبيع جزءاً شائعا فى عقار لعدة مشترين، امتنع تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ووجب الرجوع إلى القواعد العامة . وهى تجيز الشفعة فى بيع كل حصة شائعة ، متى توافرت أسباب الشفعة فيها. فإذا كان الحكم قد أسقط حق الشفيع قبل أحد المشترين استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة ١١ سالفة الذكر مع أن المبيع كان جزءاً شائعاً فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص ١٤٤) .

(١) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٨٩ .

(٢) نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤.

(٣) سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة رقم ١٢٨ ص ١٨١ - إسا ١٣ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٢ ص ١٦-

الحكم الذى سبق ذكره [1] . وقد يتحايل البائع لمنع الأخذ بالشفعة من طريق آخر ، فيكون قصده أن يبيع العقار كله لمشتر واحد أو لمشترين متعددين على الشيوع ، ولكنه يعمد إلى فصل جزء صغير من هذا العقار هو الذى يلاصق العقار المشفوع به ، فيبيعه مفرزاً بيعا صوريا لشخص آخر، حتى يفصل بذلك الجزء الأكبر من العقار المبيع عن العقار المشفوع به فيمنع الأخذ بالشفعة . فإذاأثبت الشفيع ذلك ، كان له أن يأخذ كل العقار بالشفعة ، ويفوت على البائع غرضه غير المشروع [2] .

ب – وفى فرض تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى ، إذا باع المالك عقارات متعددة لمشتر واحد فى صفقة واحدة وبثمن واحد ، وجب التمييز بين حالتين [3] : أن تتوافر فى هذه العقارات جميعا شروط الأخذ بالشفعة ، وفى هذه الحالة يجب على الشفيع أن يطلب أخذ العقارات جميعا بالشفعة لتوافر شروطها فى كل العقارات ، ولأن الصفقة واحدة فلا يجوز تفريقها على المشترى . ومما يؤكد وحدة الصفقة أن تكون العقارات المتعددة متصلة بعضها ببعض [4] ، أو إذا كانت منفصلة أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال

---

(١) نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٨ ص ٢٤٤ ، وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٢) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٦ ص ٣٩٠ – وسنعود إلى هذه المسألة (أنظر ما يلى فقرة ١٨٥) .

وكما يتعدد المشترون على الشيوع ، قد يتعدد البائعون على الشيوع فيبيعون عقاراً شائعاً بينهم لمشتر واحد، فتعتبر الصفقة فى هذه الحالة صفقة واحدة ولا يجوز تفريقها . ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة حصة أحد البائعين الشائعة وحدها ، بل يجب أن يأخذ بالشفعة العقار بتمامه (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٩٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٨٠).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا شمل البيع عقارات متعددة فى ذات العقد ، وكانت منفصلة بعضها عن بعض جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما توافرت له فيها أسبابها دون العقارات الأخرى التى لا يستطيع أن يشفع فيها لو أنها بيعت مستقلة . أما إذاكانت العقارات المبيعة متصلة ، فيجب على الشفيع أن يأخذها بتمامها (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠).

(٤) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الأخذ بقاعدة عدم جواز تجزئة العقار المطلوب أخذه بالشفعة محله أن يكون المبيع عقاراً واحداً أو عقارات متعددة متصلة أى متلاصقة ، أو منفصلة بشرط أن تكون مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى جزء منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الانتفاع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ – ١٤ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٩ ص ٥٢ – الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ – استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦) .

ومثل العقارات المنفصلة المخصصة لعمل واحد مبنى خصص ليكون مدرسة ، وعلى بعد منه قطعة أرض فضاء منفصلة عنه خصصت لتكون ساحة للألعاب الرياضية لتلاميذ هذه المدرسة . ومثل العقارات =

واحدة بحيث إن استعمال حق الشفعة بالنسبة إلى بعض منها يجعل الباقى غير صالح لما أعد له من الانتفاع . وإذا أراد الشفيع أن يقتصر فى الأخذ بالشفعة على بعض العقارات دون بعض، فلابد أن يكون ذلك بموافقة المشترى ، فهو وحده الحكم فيما إذا كان تفريق الصفقة يضر به أو أنه يرضاه ليتمكن بذلك من أن يستبقى بعض العقارات لقيام مصلحة له فى ذلك. (٢) أن تتوافر شروط الأخذ بالشفعة فى بعض العقارات دون بعض آخر ، وفى هذه الحالة يبدأ الشفيع بأن يطلب الأخذ بالشفعة فى العقار أو العقارات التى تتوافر فيها الشروط [١]. ولما كان قد حدد فى الغالب ثمن واحد لجميع العقارات ، فإن قيمة العقارات التى يطلب الشفيع أخذها بالشفعة تقدر بواسطة خبير بنسبة من هذا الثمن الواحد تتفق مع مساحة هذه العقارات وصقعها بالنسبة إلى باقى العقارات [٢]. ولكن يجوز للمشترى ، إذا رأى أن تفريق الصفقة على هذا الوجه يضر به ، أن يتمسك بأن يأخذ الشفيع بالشفعة كل العقارات ، ما توافرت فيه شروط الشفعة وما لم تتوافر ، وذلك حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . وحينئذ يتعين على الشفيع أن يأخذ كل العقارات بالشفعة حتى ما لم تتوافر فيه الشروط ، أو أن يتركها جميعا حتى ما توافرت فيه الشروط . وقد جرى القضاء على هذا المبدأ فى أحكام متعددة[٣]

= المنفصلة المخصصة لطريقة استغلال واحدة أراض زراعية منفصلة بعضها عن بعض ، ولكن خصصت كلها لزراعة القصب لتوريده إلى مصنع للسكر (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ ص ٢٣٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦). وعلى كل حال يجب ترك البت فى أن الصفقة واحدة أو متعددة لتقدير قاضى الموضوع ، فيقضى فى ذلك بناء على أسباب سائغة ، مستهديا بالظروف الخاصة بكل صفقة وبما يحيطها من ملابسات .

(١) نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤ .

(٢) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص ٢٦ (إذا كانت الأرض المشفوع فيها قد بيعت صفقة واحدة مع كونها مؤلفة من عدة قطع متفاوتة الأثمان، وعرض الشفيع نسبة من الثمن الأجمالى الواردة فى عقد البيع ، وجب على المحكمة أن تعيين خبيراً لتقدير قيمة القطعة المشفوع فيها ، وإذا رأت المحكمة لياقة العرض تعين عليها اعتبار صحته) – استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٢ – ٢١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩-٣ (إذا كان ثمن القطعة الخاضعة لحق الشفعة قد زيد زيادة جسيمة وأنقص ثمن القطعة الأخرى غير الخاضعة لحق الشفعة من غير أن يزاد ثمن البيع الإجمالى ، وذلك بقصد منع استعمال حق الشفعة ، فإن للقاضى أن يعين الثمن الحقيقى للقطعة الخاضعة لحق الشفعة) – ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٤ .

(٣) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ – استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص ٩٣٠ (عدم جواز تجزئة الصفقة ليس معناه أن يكون للشفيع حق الشفعة فى جميع الصفقة بما فيها العقار الذى لا شفعة له فيه أصلا ، وإنما معنى ذلك أن للمشفوع منه أن يلزم الشفيع بذلك إذا شاء ، وإلا كان حق الشفيع مقصوراً على العقار الذى له حق الشفعة فيه=

على أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم، فقد كانت المادة ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه : «١- لا شفعة إن شمل البيع فى نفس الوقت وبثمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها. ٢ - إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين» . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «هذا النص حل محل المادة ١١ من قانون الشفعة الحالى (السابق) . وهو يفرض أن المشترى قد اشترى ، صفقة واحدة وبثمن واحد، العقار الذى يمكن أخذه بالشفعة مع عقارات أخرى لا شفعة فيها . ففى هذه الحالة لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة لا العقار الذى توافرت فيه شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة، ولا العقارات جيمعا لأن منها عقارات لا شفعة فيها . ويستدرك النص فى حالتين : (أ) إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها ، فان أحدا من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها . ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه . (ب) إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فان أحدا من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى

= وحده) - استئناف مصر ٤ يونيه سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٤٤ ص ٣٦٩ - طنطا الكلية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٣٦ ص ١٠٨- الإسكندرية الكلية الوطنية ١١ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٣٩ ص ٥٤٤ - استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٦ .

وإذا عرض المشترى أن يأخذ الشفيع بقية العقارات التى لم تتوافر فيها شروط الشفعة فأجابه الشفيع إلى ذلك ، كان أخذ الشفيع لهذه البقية صفقة مستقلة تقوم على التراضى. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للشفيع بأحقيته فى أخذ جزء من الأطيان المبيعة بالشفعة ، كما قضى بأحقيته أيضا فى أخذ باقى الشفعة وذلك قبولا لما ردده المشترى فى دفاعه أمام محكة الموضوع من تضرر لترك باقى الصفقة تحت يده رغم ضعفها وصعوبة استغلالها ، واستجابة لما أظهره الشفيع من استعداد لأخذ هذا الباقى رفعا للضرر عن المشترى ، فإن التكييف الصحيح لذلك هو أن الطرفين قد تراضيا على أخذ الشفيع لباقى الصفقة ، إذ ثبت من جهة حقه فى أخذ الجزء المشفوع فيه بالشفعة وثبت من جهة أخرى إصابة المشترى بأضرار من تخلف الجزء الباقى فى يده. فمتى كان الحكم قد أثبت قيام الأسس التى بنى عليها هذا التراضى ، فإنه لا يكون قد أخطأ إذا أعمل أثره وقضى للشفيع بأخذ باقى الصفقة رفعا للضرر الذى شكا منه المشترى. ولا يغير من ذلك أن يكون المشترى قد اعترض أمام محكمة الموضوع على ما أبداه الشفيع من أخذ باقى الأطيان بأنه طلب جديد للشفعة لم تتوافر شروطه ومواعيده (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٧ ص ٢١٤) .

الجزء من حق المنفعة الذى يقابل ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لأصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه» . وقد اجتاز هذا النص مراحله التشريعية ، حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ . وفى هذه اللجنة لوحظ أن الحكم الوارد فى الفقرة الأولى يخالف ما جرى عليه العمل ، وبعد مناقشة انقسمت اللجنة إلى رأيين ، الأول يذهب إلى جواز تجزئة الصفقة والأخذ بالشفعة فى العقار الذى توافرت فيه شروطها ، والثانى يذهب إلى عدم جواز الشفعة إلا فى الصفقة كلها . وانتهت اللجنة إلى حذف المادة ، وترك حكمها لاجتهاد القضاء [1] . ويتبين مما قدمناه أن النص الذى كان واردا فى المشروع التمهيدى ، والذى كان يقضى بعدم جواز الشفعة أصلا ، سواء فى العقارات التى لا تتوافر فيها شروط الشفعة أو العقارات التى تتوافر فيها هذه الشروط ، يخالف ما جرى به العمل ، ولم يقدر له أن يكن تشريعا، بل ترك الأمر لاجتهاد القضاء . لذلك لا يجوز الأخذ بحكم هذا النص [2]، لا سيما بعد أن بدا أن الميل متجه إلى العمل بما سار عليه القضاء . وقد قدمنا أن الرأى الذى نقول به – وهو جواز الأخذ بالشفعة فى العقارات التى توافرت فيها شروطها وذلك ما لم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع جميع العقارات – هو الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء فى هذه المسألة . ولا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بما قيل من أن الشركات العقارية تتضرر منه إذا اشترت شركة منها جملة عقارات بقصد تقسيمها ، وتصادف أن كان منها عقار يجوز فيه الأخذ بالشفعة فيحبط الشفيع مشروع الشركة [3]، ذلك بأن الشفيع فى هذه الحالة لا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا العقار الذى توافرت فيه شروطها دون غيره من العقارات ، ويسلم للشركة بعد ذلك ما بقى من العقارت فتتمكن من القيام بمشروعها [4] .

---

(١) أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٨٩ – ص ٣٩٢ فى الهامش.

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٣٨١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٦٠ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠٦ – وانظر عكس ذلك والأخذ بحكم هذا النص محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣ – ص ٣٩٤ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٩ – إسماعيل غانم ص ٨٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١١ ص ٤٦٦ – ص ٤٦٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٣ ص ٣٤٠ – ص ٣٤١ .

(٣) أنظر فى هذا الاعتراض محمد على عرفة ٢ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٣– وانظر أيضاً فى هذا الاعتراض مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلسة ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٨ فى الهامش .

(٤) ويحسن فى هذا الفرض ترك الأمر لتقدير القاضى ، فإذا رأى أن الأخذ بالشفعة للعقار الذى توافرت فيه الشروط من شأنه أن يعطل مشروعا اقتصاديا كبير النفع ، فله أن يرفض طلب الشفيع .

وإذا بيعت العقارات منفصلة بعضها عن بعض ولم تكن مخصصة لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة ، فلا مجال فى هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة ، لأن الصفقات متعددة ومبدأ عدم التجزئة لا يسرى إلا فى حالة وحدة الصفقة . وعلى ذلك يجوز للشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التى توافرت فيها شروطها، ولا يعترض عليه فى ذلك أنه يجزئ الصفقة لأن الصفقات كانت متعددة من مبدأ الأمر (1) . وهو لا يأخذ بالشفعة إلا فى صفقة واحدة لم يجزئها . ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار أو العقارات التى لم تتوافر فيها الشروط إذ أن الحق فى الأخذ بالشفعة فى هذه العقارات منعدم، كما لا يجوز للمشترى أن يجبر الشفيع على الأخذ بالشفعة فى هذه العقارات لأنه لا يستطيع أن يستند فى ذلك إلى مبدأ عدم التجزئة فهو غير منطبق لتعدد الصفقات(١) .

ويقرب ما قررناه ، فيما تقدم ، من أحكام الفقه الإسلامى . فعند أبى حنيفة ومالك والشافعى أنه إذا تعدد المبيع ، بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد، وتوافر فى كل من الدارين شروط الأخذ بالشفعة ، لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ الدارين جميعا بالشفعة ، وليس له أخذ

---

(١) أنظر فى هذا المعنى نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ – استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ .

(1) أ – للشفيع إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشترين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين، ولا يكون فى هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل .

(جلسة ١٩٧٩/٣/١ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٦ ق س ٣٠ ح ١ ص ٦٧١)

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ س ٣١ ص ١٥٤٥)س

ب – إذ كان البين من مطالعة عقد البيع المأخوذ بالشفعة فيه أن البائعين قد باعوا إلى الطاعنة فيما بينهم ساحة ٤ ط شائعة فى كامل أرض وبناء المنزل الموصوف فيه مقابل ثمن اجمالى مقداره ٤٢٠ جنيها دفع منه جزء إلى البائعين والباقى عند التسجيل فإن هذا البيع وقد تم بطريق المشاع فيما بين البائعين يقطع بانصراف ارادة المتعاقدين إلى وحدة الصفقة رغم تعدد البائعين فيه وبالتالى إعتبار البيع صادرا منهم جميعا، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى قضائه إلى استبعاد نصيب أحد البائعين إلى الطاعنة المشترية باعتباره زوجاً لابنتها بما لا تجوز معه الشفعة فيما باعه عملا بالبند ب من الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ من القانون المدنى فإن لازم ذلك فى صحيح القانون امتناع الشفعة فى الصفقة بأكملها إذ أن القول بغير ذلك – والحصة المبيعة بأكملها شائعة – يؤدى إلى بقاء هذا النصيب المستبعد فى يد الطاعنة المشترية مع باقى هذه الحالة من انتقاص المبيع عليها بما يترتب عليه الإضرار بها لأن الاختصاص بحصة شائعة أقل يضعف مركز الشريك بين شركائه ويقلل من حجم انتفاعه بما اشترى حالا ومآلا بعد القسمة وهو ما لا يجوز .

(جلسة ١٩٩٥/٢/٩ الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٨٣/٣/٦ الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٧ ق)

أحدهما وترك الأخرى لما فى ذلك من تفريق الصفقة على المشترى . أما إذا تعدد العقد، أو كانت شروط الشفعة لا تتوافر إلا فى إحدى الدارين ، كان للشفيع فى الحالة الأولى أخذ أحد الدارين دون الأخرى بالشفعة لأن الصفقة كانت متفرقة منذ البداية لتعدد العقد، وكان له فى الحالة الثانية أخذ الدار التى توافرت فيها شروط الأخذ بالشفعة دون الأخرى لأنه لا يشفع إلا فيها .

هذا ونحن فيما قدمناه إنما نقف عند المسائل الرئيسية لمبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة، دون الخوض فى التفصيلات التى تباينت فيها الآراء واحتدمت فى شأنها المناقشات [1]، وهى تفصيلات يحسن تركها لاجتهاد القضاء كما قررت لجنة مجلس الشيوخ ، فيستهدى القضاء فى كل حالة بالظروف الخاصة بها وبما يحيطها من ملابسات .

١٧٠ – لا تجوز الشفعة إلا فى عقد البيع : كان التقنين المدنى السابق يجيز الشفعة فى البيع وفى المقايضة ، فكانت المادة ٩٦/٧٠ منه تنص على أنه « لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له ولا ممن تملك بغير المبايعة أو المعاوضة» . ولما كان الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بثمنه والثمن لا يوجد إلا فى البيع ، ولو أخذ فى المقايضة لتعين أن يأخذ العقار بقيمته إذ لا ثمن فى المقايضة ، ولتعين إجبار المالك على تقاضى قيمة العقار الذى قايض به بدلا من العين التى قايض عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات ، لذلك كان من المناسب ألا تجوز الشفعة فى المقايضة ، وألا تجوز إلا فى البيع . وهذا ما حققه قانون الشفعة السابق ، إذ نص فى المادة ٥ منه على أنه «لا يصح الأخذ بالشفعة من الموهوب له، ولا ممن تملك بغير المبايعة» . وقد سار التقنين المدنى الجديد على هذا النهج ، إذ تعرف المادة ٩٣٥ مدنى . كما رأينا ، الشفعة بأنها «رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى....» ، ثم إن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشترى على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع .

فلابد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشترى المشفوع منه، حتى يجوز الأخذ بالشفعة . وعقد البيع تصرف قانونى صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض [1]. فإذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانونى ، كالميراث والالتصاق والتقادم ،

---

(١) أنظر ما دار من مناقشات طويلة فى هذا الشأن فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلستى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٤٦ – ص ٣٥٠ فى الهامش .

(1) أ – لا يشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ .

(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٢٥٩)

(جلسة ١٩٧٠/١١/١٠ الطعن رقم ١٩٢ لسة ٣٦ ق س ٢١ ص ١١٣٠) =

فلا شفعة . ولا شفعة أيضا إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية . وحتى لو كان التصرف القانوني صادرا من الجانبين ، أى كان عقدا ، فلابد أن يكون عقد معاوضة ، فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة [1] ، حتى لو بعوض ما دامت هبة حقيقية [2] . فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت ستار الهبة ، وسمى الثمن

= ب – من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقديه دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر إلا أن يكون سيئ النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر ، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع اثبات ذلك ، فإن عبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر .

(جلسة ١٩٨٦/١/١٥ الطعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٥٠ ق س ٣٦ ص ١١٩)

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٤٧ .

(٢) وذلك لأن الواهب إنما وهب ، ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية فى الموهوب له لا تتوافر فى الشفيع ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى الهبة ، ولو بقيمة العقار الموهوب .

كذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية راعاها البائع فى المشترى (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠م ٢٣ ص ٨٩ – ٤ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٨٨) . ولا شفعة فى بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلحها المشترى فتساهلت الحكومة فى الثمن تساهلا كبيراً (استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٤٣٢ ص ٥١٩ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٣٨ ص ٩٥٩) . وقد قضى فى هذا المعنى بأن البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزارعين ، إذا توافرت فى طالب الشراء شروط معينة منها قيامه بإصلاح الأرض المتصرف له فيها أو استئجاره لها مدة طويلة، وبقصد توفير أسباب العيش لصغار المزارعين ، هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع، وقد روعى فى تقدير الثمن فيه اعتبارات تتعلق بشخصية المشترى، وقصد به تحقيق مصالح عليا اجتماعية وسياسية ، ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة فى مثل هذا البيع مع طبيعة العقد، ويكون فيه تفويت للاغراض المقصودة من البيع (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة حكام النقض ٤ رقم ٨٥ ص ٥٦١ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٥ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٨ ص ٣٤٥٧ – إسماغيل غانم ص ٨٠ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٤ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣١ – ص ٣٣٢ – حسن كيرة ص ١٥ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦١ ص ٤٤٩) . وقضى أيضا فى هذا المعنى بالا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (استئناف مختلط ٨ أبيل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ – أنظر عكس ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٦) .

وقريب من هذا ما تعهدت به الحكومة ، نتيجة لتدخلها طبقا للمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٣١ لصيانة الثروة الزراعية ، من رد الأراضى التى رسا مزادها عليها لأصحابها . فقد أوجبت الحكومة على نفسها ، طبقا لقرار مجلس الوزراء فى ٢٧نوفمبر سنة ١٩٣٥ ، أن ترد لكل مالك ملكه بمجرد طلبه ذلك فى مدى خمس سنوات ، فى مقابل رد الثمن الذى رسا به مزاد الأرض . وقد قضت محكمة النقض بأن رد الأرض إلى صاحبها بموجب القرار سالف الذكر لا يعتبر بيعا تجوز فيه الشفعة ، =

عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع ، فتجوز فيه الشفعة [1] . ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور فى العقد ، إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقى المتفق عليه، وأنه إنما ذكر فى العقد ناقصا عن الثمن الحقيقى لإحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقى لا بالعوض المذكور فى العقد[2] . وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذى يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجز الأخذ فيه بالشفعة ، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقى دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير فى الصورية كما سيجئ ، وعلى ذلك لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الهبة المستترة فى صورة بيع [3] . وقد يتحايل

= ويمكن اعتبار صاحب الأرض مالكا لم يتجرد عن ملكيته منذ نزعت منه إلى يوم أن استردها من الحكومة إذ هو فى حكم البائع للقدر الذى رسا مزاده على الحكومة ، واسترداده للأرض يكون بمثابة تقايل من هذا البيع وفسخ له ، ولا يعتبر بيعا جديداً تجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦) . ما إذا تنازل صاحب الأرض عن حقه فى استرداد لأرضه إلى شخص آخر ، وقبلت الحكومة هذا التنازل وتصرفت بمقتضاه فى الأرض للمتنازل إليه ، فإن هذا التصرف الذى من شأنه أن يحدث للمتنازل إليه ملكية لم تكن له قبل يكون بيعا ، وتجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١) – أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٥ .

(١) وللشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات ، وتدخل فى ذلك القرائن ، أن حقيقة الهبة أنها بيع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٣).

(٢) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٤ – ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ – على زكى العرابى ص ١٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٥ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا تصح الشفعة فى العين الموهوبة، ولو وصفت فى العقد بالبيع (استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ رقم ٨١ ص ٣٨٢). وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يجوز اعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك ، كما إذا صدر البيع من أب لابنه بثمن زهيد، وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (مصر استئنافى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) – وانظر استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٣ – ٤ يناير سنة ١٨٩٩م ١١ ص ٨٨ – ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٨٩ . وليس ضروريا ، فى الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا تجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ فى ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشترى فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا بقلة الثمن المذكور فى العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفف من مصروفات التسجيل (استئناف وطنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص ٦٣ – مصر استئنافى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٦ ص ٢٩٤).

وقد نصت المادة ٢٤٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «لا يستعمل حق الشفعة إلا بوجه المشترى أو بوجه الموهوب له بعوض. وفى الحالة الأخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لأسباب البطلان والإبطال والإلغاء نفسها الجارية على الهبة ذاتها – لا تسمع دعوى الشفعة فى المقايضة العقارية وفى البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الإخوة والأخوات».

البائع والمشترى لمنع الأخذ بالشفعة ، فيهب البائع للمشترى جزءا مقتطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفيع بأنه لا يستطيع أخذ العقار بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع . وفى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت . بجميع طرق الإثبات ، أن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة . فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة ، بالثمن المسمى فى عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على اعتبار أن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى فى عقد البيع [1] .

فإذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية [2] ، فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا كان

---

(١) على زكى العرابى فقرة ١٤ ص ١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ص ٣٣٠ – هذا وإذا كان لا يجوز فى الهبة الأخذ بالشفعة، فإنه يجوز لمن تملك العقار المشفوع به بعقد هبة من المالك الذى باع بعد ذلك عقاراً آخر أن يأخذ هذا العقار الآخر بالشفعة ، ولا يمنعه من ذلك أن العقار المشفوع به موهوب له من نفس المالك البائع ، وذلك ما لم يشترط هذا الأخير على الموهوب له النزول عن حقه فى الأخذ بالشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٧).

(٢) فلا يجوز الأخذ بالشفعة فى عقد القسمة ، لأن القسمة كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩م ١ ص ١٤٧ – ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩). وهذا هو أيضا الحكم فى الفقه الإسلامى ، فقد جاء فى المادة ١١٤ من مرشد الحيران : «لا تجرى الشفعة فى القسمة ، فإذا قسمت دار أو أرض مشتركة بين اثنين فلا يكون الجار شفيعا فيها» . وجاء فى الفتاوى الهندية (جزء ٥ ص ١٦٤) : «إذا اقتسم الشركاء العقار ، فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، سواء كانت القسمة بقضاء القاضى أو بغير قضائه» .

كذلك لا شفعة فى الصلح ، لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ، ولأن الصلح يتنافى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصالحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه فى جميع الحقوق والواجبات (استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٦ ص ٦١ – بنى سويف الكلية ٣١ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ١١ رقم ٣٢١ ص ٦٤٥ – استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٣) – وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزءاً من حقوقه على وجه التقايل حسما للنزاع الحاصل بينهما ، فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون . ولا يصح اعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بثمن معين، ما دامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لمالكها بل كانت محل نزاع . والمبلغ المسمى فى العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها ، بل كانت مقابلا لحسم النزاع ، مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذى لا تجوز فيه الشفعة والاسترداد (نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر رقم٢٣٤ ص ٤٨٩).

عقد بيع.[1] فالمقايضة ، ولو كانت بمعدل ، لا يؤخذ فيها بالشفعة [2] ، إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص أن حقيقة المقايضة هى أنها عقد بيع استتر فى صورة مقايضة . فتكون العبرة فى هذه الحالة بالعقد الحقيقى وهو بيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة.[3] . ولا يجوز الأخذ بالشفعة فى الشركة ، إذا كانت حصة الشريك فى الشركة عقارا ، فلا يؤخذ هذا العقار بالشفعة من الشركة ولو أعطاها الشفيع قيمته ، لأن الشركة إنما تعاقدت مع الشريك على هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه إذ قد يخل ذلك بأغراضها من تملك العقار[4] . ولا تجوز الشفعة فى الوفاء بمقابل ، إذا أعطى المدين للدائن عقارا فى مقابل الدين ، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين ، وقد لا يرضى الدائن إلا بالعقار ذاته فى مقابل الوفاء بهذا الدين ، وهذا هو أيضا الحكم فى الفقه الإسلامى [5] .

فإذا كان عقد المعاوضة الناقل للملكية هو عقد بيع ، جاز الأخذ فيه بالشفعة. ومع ذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد البيع الباطل ، لأن هذا العقد لا وجود له حتى يصح الأخذ فيه بالشفعة . كذلك لا يؤخذ بالشفعة فى عقد البيع الصورى لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل ، وقد قدمنا أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الهبة المستترة فى صورة بيع لأن البيع الذى يستر الهبة إنما هو عقد بيع صورى . ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن الشفيع يعتبر من الغير فى الصورية فله أن يأخذ بالعقد الظاهر دون العقد المستتر إذا كان حسن النية ، أى يأخذ

---

(١) ولا يجوز الأخذ بالشفعة فى نزع ملكية العقار للمنفعة العامة لأن نزع الملكية للمنفعة العامة ليس ببيع ، ولأن الشفيع لا يستطيع أن يحل محل الدولة فى تخصيص العقار للمنفعة العامة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦) .

(٢) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٦ .

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٠ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٠ ص ٤٥٩ – إسماعيل غانم ص ٣٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٣ ص ٤٤٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ – قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٦١ ص ٢٧٢ – ٢٧٣ – ويجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن حقيقة المقايضة هى أنها عقد بيع ، لأنه ليس طرفا فى عقد المقايضة حتى يمنع من إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بالكتابة (استئناف مصر –٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٩ رقم ٣٨٧ ص ٩٥٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٧ ص ٤٤٤) .

(٤) انظر فى أسباب أخرى لعدم جواز الشفعة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٤ – وإذا اندمجت شركة فى أخرى ، فإذا كان هذا الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها للشركة الأخرى وكان فى هذه الأموال عقارات ، جاز أخذها بالشفعة (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٥٩ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٥) . وإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة الأولى أسهمها للشركة الأخرى ، كان البيع واقعا على أسهم ، وهى منقولة فلا شفعة .

(٥) الزيلعى ٥ ص ٢٦٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٤ .

بعقد البيع الصورى وهو العقد الظاهر فيجوز له على هذا الأساس أن يأخذ بالشفعة . لا يجوز هذا الاعتراض ، لأن الشفيع ، فى رأينا لا يعتبر من الغير فى الصورية [1](أ) . وعلى ذلك

---

(١) وقد سبق أن كتبنا فى الجزء الثانى من الوسيط ، فى صدد تحديد الغير فى الصورية بأنه هو الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفى الصورية والخلف الخاص لأى من هذين المتعاقدين ، ما يأتى : «ويلاحظ أيضا أن هذا الخلف الخاص قد كسب حقه من البائع أو من المشترى بسبب يغاير التصرف الصورى الصادر من البائع إلى المشترى. فالدائن المرتهن من البائع كسب حقه بعقد الرهن وهو غير البيع الصورى، والمشترى بعقد جدى من البائع كسب حقه بعقد البيع الجدى وهو غير البيع الصورى، وكذلك الحال بالنسبة إلى كل من المشترى بعقد جدى من المشترى والدائن الذى ارتهن من المشترى الدار. ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر غيراً من كسب حقه على العين محل التصرف بموجب هذا التصرف الصورى نفسه . فلو باع شخص داراً إلى آخر بعقد ذكر فيه ثمن أقل من الثمن الحقيقى للتخفف من رسوم التسجيل ، فإن الشفيع فى هذه الدار لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى هذا البيع ، ولا يحق له أن يتمسك بالثمن المذكور فى العقد للأخذ بالشفعة، بل يجب أن يدفع الثمن الحقيقى إذا أثبته أى من البائع أو المشترى . ذلك أن الشفيع كسب حقه بالشفعة والشفعة سبب يدخل فى نفس البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى، فيكون قد كسب حقه بموجب العقد الصورى ، فلا يعتبر غيرا فى هذا العقد. هذا إلى أنه من الواضح أن الشفيع قد حل محل المشترى فى البيع ، فهو إذن ليس بخلف خاص للمشترى إذ لم يتلق منه الملكية ، وهو فى الوقت ذاته بعد أن حل محل المشترى قد أصبح طرفا مع البائع فى نفس العقد الصورى فلا يصح أن يكون خلفا خاصا للبائع (تاليا للعقد الصورى)» (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١). والسبب فى أن الشفيع كسب حقه بسبب يدخل فيه العقد الصورى هو ، كما سبق أن بينا، «أن الشفعة واقعة مركبة ، اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية، باعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا تصرف قانونى . فيدخل إذن فى تركيب الشفعة ، كسبب لكسب الملكية ، البيع الذى يأخذ فيه الشفيع بالشفعة، ويعتبر هذا البيع بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية» (الوسيط ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٩١ هامش ١).

(أ) أخذت محكمة النقض برأى مخالف واعتبرت أن الشفيع يعتبر من الغير وله الأخذ بالعقد الظاهر حتى لو كان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقديه ودون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستقر إلا أن يكون سئ النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر وعلى من يدعى سوء نية الشفيع اثبات ذلك ، وتواترت أحكامها فى الأخذ بهذا الرأى واعتبار الشفيع من طبقة الغير .

أ - الشفيع - بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ولا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه متى كان حسن النية بألا يكون عالما بهذه الصورية وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة وعبء اثبات علمه بهذه الصورية يقع على عاتق من يدعيه وهو المشفوع ضده بأن يثبت مع صورية الثمن الظاهر علم الشفيع بحقيقة الثمن الذى تم به البيع فعلا قبل اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة فإن أفلح اثبات هذين الأمرين معا كان الايداع الذى قام به الشفيع ناقصا أى مخالفا لما أوجبته المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى بما يسقط حق هذا الشفيع فى الأخذ بالشفعة ، أما إذا فشل فى إثبات أى من هذين الأمرين أى لم يثبت أن الثمن المبين فى عقد البيع صورى ويقل عن الثمن الحقيقى أو أثبت ذلك ولكنه لم يثبت سوء نية الشفيع فإن الثمن المبين فى العقد يعتبر من الناحية القانونية أنه هو الثمن =

إذا باع المالك عقاره بيعا صوريا لمشتر حرر معه ورقة ضد (contre-lettre) ، وأراد الشفيع

= الحقيقى بالنسبة لهذا الشفيع فيحق له الأخذ بالشفعة لقاءه ويكون إجراء الإيداع على هذا النحو صحيحا قانونا.

(جلسة ٢٠٠٠/١/١٣ الطعن رقم ٥٧٣٧ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩١/٢/٢٤ الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٥ ق)

ب – الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة – يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع بسبب الشفعة ولا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية، فالثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه إذا كان صوريا وأقل من الثمن الحقيقى فان للشفيع باعتباره من الغير فى هذا العقد أن يأخذ بالعقد الظاهر طالما كان حسن النية ولا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه ، وبحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغا.

(جلسة ١٩٨٤/٥/٩ الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٢٣٥)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ الطعن رقم ٣٢٤ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٥١٥)

(جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨ الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٥٣٠)

جـ – الشفيع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع بسبب الشفعة فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر دون المستتر بشرط أن يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة مما يترتب عليه جواز طلب الشفعة فى عقد الهبة المستتره فى صورة بيع ما لم يثبت علم الشفيع بالهبة المستترة وقت اظهار رغبته لما كان ذلك وكان الطاعن لم يدع علم الشفيعين بأن عقد البيع سبب طلب الأخذ بالشفعة يستر هبة ، فلا على محكمة الموضوع إن هى لم تجب طلب الطاعن احالة الدعوى إلى خبير أو إلى التحقيق لاثبات العقد المستتر الذى ادعاه وأيا كان وجه الرأى فى السبب الذى برر به رفضها لهذا الطلب ما دامت النتيجة التى انتهت إليها بالاعتداد بالعقد الظاهر فى شأن طلب الأخذ بالشفعة تتفق وصحيح القانون .

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٢٨٤)

(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ٢٦١)

د – المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين – البائع والمشترى – فله أن يتمسك بالعقار الظاهر دون العقار المستتر ، وله أن يتمسك بأن العقد الظاهر يتضمن واقعة صورية كتقديم تاريخه إلا أنه يقع عليه إثبات ذلك بكافة طرق الاثبات على أساس على أن هذه الواقعة تعد بمثابة واقعة مادية بالنسبة له .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩ الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٣٢٢)

هـ – الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين – المشترين – وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر – البائعين – فيجوز لهم اثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية، لا تصرفا قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة فى صورية عقد بيع.

(جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ٦١٨).

أن يأخذ العقار بالشفعة ، جاز الاحتجاج عليه بورقة الضد هذه وإن كان حسن النية ، وبأن البيع صورى لا وجود له فلا يجوز الأخذ فيه بالشفعة [1] . وعلى ذلك أيضا إذا ذكر فى عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى تخففا من رسوم التسجيل، فالذى يسرى على الشفيع هنا هو الثمن الحقيقى ، ولا يجوز له التمسك بالثمن الصورى المخفض لأنه ليس من الغير [2] .

---

(١) مصر الكلية أول فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٥ رقم ٦٦٥ ص ٨١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣١ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة، على خلاف ما قدمناه ، بأنه لا يجوز التمسك على الشفيع بورقة ضد تدل على أن البيع لم يعقد إلا كتأمين لضمان دين المشترى على البائع ، حتى إذا دفع الدين فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض، على خلاف ما قدمناه أيضا ، بأن الشفيع يعتبر من طبقة الغير ، فمتى كان عقد البيع قد شهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ ص ١٣٨٤ – ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٣ ص ١٥٣٠).

(٢) ومع ذلك فقد جرى القضاء فى مصر على عكس الرأى الذى نقول به . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لا يجوز له رفض ما يعرضه الشفيع من الثمن الوارد فى العقد بدعوى أنه أقل من الثمن الحقيقى ، إذا ثبت أن المشترى والبائع قد اتفقا على ذلك حتى ينقصا من مقدار الرسوم التى يجب دفعها للخزانة ، ومن جهة أخرى لا يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يرجع على المشترى بالفرق فى الثمن (استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠) . وقضت محكمة النقض بأن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، يعتبر من الغير بالنسبة إلى طرفى عقد البيع سبب الشفعة ، ومن ثم لا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذ قضى للمطعون عليها الأولى بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من الشركة البائعة إلى الطاعنين ، قد نفى بأدلة مسوغة علم المطعون عليها الأولى بأن الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١). وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشفعة جائزة فى الهبة المستترة فى صورة البيع ، ذلك أن الشفيع ، بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين ، البائع والمشترى ، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاج بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مسجلا أو كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة الضد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦١ ص ١٠٦٣). وانظر أيضا فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢ – ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦ – ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص ١٣٨٤ .

وبالرغم من استقرار القضاء كما نرى على أن الشفيع يعتبر من الغير ، لا يسعنا هنا إلا أن نلاحظ مرة أخرى أن الغير فى الصورية إما أن يكون دائنا شخصيا لأحد طرفى العقد الصورى ، أو خلفا خاصا لأحد منهما . وظاهر أن الشفيع ليس دائنا شخصيا، لا للبائع ولا للمشترى . وليس هو كذلك خلفا خاصا للمشترى تلقى منه حقا ، فهو إنما يتلقى ملكية العقار المشفوع فيه من البائع لا من المشترى . =

فإذا كان عقد البيع غير باطل ولا صورى ، فهو بيع موجود ، ويجوز كما قدمنا الأخذ فيه بالشفعة . ويعتبر بيعا موجودا ، ويجوز الأخذ فيه بالشفعة ، البيع الابتدائى. ذلك أن البيع الذى يسمى عادة بالبيع الابتدائى هو بيع تام بات ، يلتزم فيه البائع بنقل الملكية وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم فيه المشترى بدفع الثمن وملحقاته . وإنما سمى بالبيع الابتدائى لأن الالتزامات المتقدم ذكرها لا يقصد المتعاقدين تنفيذها فى الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائى المعد للتسجيل والذى اتفق المتعاقدان على إبرامه فى ميعاد معين . والذى يدعو المتعاقدين إلى إبرام هذا العقد الابتدائى قبل إبرام العقد النهائى يكون عادة اعتبارات عملية محضة ، فقد يريد المشترى بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيد هو بالشراء أن يبحث عن حالة العقار ، فإذا ما رآه خاليا من التكاليف أبرم العقد النهائى ، وإلا فسخ العقد الابتدائى . وقد يريد المشترى أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن ، فيكتفى عادة بدفع عربون حتى إذا ما دبر باقى الثمن أبرم العقد النهائى . ولكن الغالب أن الذى يدعو إلى إبرام العقد الابتدائى قبل إبرام العقد النهائى هو أن تسجيل البيع يقتضى إجراءات تستغرق مدة طويلة ، ويريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائى إلى أن تتم الإجراءات اللازمة للتسجيل فيبرما العقد النهائى . فالبيع الابتدائى إذن هو بيع تام ملزم للطرفين ، وإذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر عن القيام بالتزاماته جاز للطرف الآخر إجباره على ذلك[1] . ولما كان

= وليس هو أخيراً خلفا خاصا للبائع استجد بعد العقد الصورى ، فهو إنما حل محل المشترى وأصبح أحد طرفى البيع والبائع هو الطرف الآخر ، ولم يقل أحد إن أحد طرفى العقد الصورى يكون من الغير فيه. ومثل الشفيع وهو يستمد حقه من البيع الصورى فلا يعتبر من الغير فيه كمثل المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان هذا الاشتراط صوريا ، فلا يعتبر المنتفع من الغير لأنه يستمد حقه من الاشتراط الصورى ، ولا يجوز له أن يتمسك بهذا الاشتراط على المتعهد بدعوى أنه من الغير وأنه حسن النية لا يعلم أن الاشتراط صورى .

أما الفقه المصرى فهو منقسم فى هذه المسألة . فهناك رأى يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء ويقول إن الشفيع يعتبر من طبقة الغير فى الصورية فله أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كان حسن النية (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٨ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٩ – اسماغيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ١١٤ ص ٢٣٧ وفى الحقوق العينية الأصلية ص ٨٨ – ص ٨٩ – حسن كيرة ص ١٣ و ص ٢٠) . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن الشفيع لا يعتبر من طبقة الغير فى الصورية (عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٣٧ ص ٣٢٦ – أحمد نشأت فى رسالته فى الإثبات فقرة ٤٤١ مكررة ب – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٦) – واكتفى بعض الفقهاء بعرض الخلاف دون أن يتخذ موقفا فيه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص ٣٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائى ، أخذا بالعرف الذى جرى على إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التى لم تراع فى تحريرها الأوضاع التى يتطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد ألزم نفسه بالوفاء بما التزم به على وجه قطعى لا يقبل العدول (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ =

البيع الابتدائى ينشئ على هذا النحو كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه كما قدمنا وتستحق من وقت صدوره . فاذا بيع عقار بيعا ابتدائيا وكان لهذا العقار شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور العقد الابتدائى ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت [1] . وإذا إبرم البيع النهائى فسخ البيع الابتدائى ، ولكن إذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى ، بقى حقه فى الشفعة قائما وبشروط البيع الابتدائى، حتى بعد إبرام البيع النهائى ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائى عن شروط البيع الابتدائى . ويبدو أن الشفيع ، إذا فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى ، يجوز له الأخذ بالشفعة فى

= مجموعة عمر ٥ رق ١٢٨ ص ٢٨٢) . وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا حرر عقد ابتدائى ببيع نصيب القصر فى أرض اشترط فيه أنه لا يكون نافذا إلا بعد موافقة المجلس الحسبى عليه ، ثم قرر المجلس الترخيص للوصية فى بيع هذه الأرض بالشروط الواردة فى العقد الابتدائى إلا فيما يتعلق بالثمن فقد رفعه إلى الحد الذى وصلت إليه المزايدة التى أمر باجرائها تمهيداً لإقرار البيع ورست على نفس المشترى بالعقد الابتدائى ، فإن هذا القرار لا يعتبر ملغياً لهذا العقد، وإنما هو مؤيد ومتمم له . وإذن فلا يجوز رفض دعوى الشفعة فى الأرض المبيعة بمقتضى ذلك العقد ، بمقولة إنها تكون على غير أساس لزوال هذا العقد بعدم إقرار المجلس الحسبى إياه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٢٩) . وانظر ايضاً نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة حكام النقض ٤ رقم ٨١ ص ٥٤٠ – ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣١ ص ٢٣٠ – وانظر فى المسألة الوسيط ٤ فقرة ٤١ – فقرة ٤٣ .

(١) نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٣ ص ٥٦٦ – استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩رقم ٤٦٢ ص١١٤٨ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ – ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧ – ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – الوسيط ٤ فقرة ٤٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٣ .

وإذا حرر عقد ابتدائى ببيع عقار ذكرت فيه أسماء جميع الورثة كبائعين، ولم يوقع العقد إلا بعض الورثة ، فالبيع يعتبر قد تم بالنسبة إلى من وقع منهم ، ويجوز لمن لم يوقع أن يأخذ فى هذا البيع بالشفعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان عقد البيع قد حرر باعتباره صادراً من كل الورثة عن جميع المنزل ، إلا أن كل وارث لا يبيع فيه أكثر من حصته التى يملكها . فإذا أمضى العقد أصبح مرتبطا قبل المشترى عن هذه الحصة، ولا يجوز له أن يتحلل من هذا الارتباط بناء على امتناع باقى الشركاء عن البيع وللمشترى أن يطالبه دائما بنفاذ البيع فى حصته . وإقرار البائعين فى العقد بتضامنهم ليس معناه أن الواحد منهم يبيع أكثر من حصته ، ولا أن انعقاد البيع فيها لا يتم إلا إذا باع باقى الورثة حصصهم ، بل معناه أن الواحد منهم ضامن صحة ونفاذ البيع فى حصته ثم فى حصص الآخرين أيضا (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٥ ص ٥٨٠) – وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٤ .

البيع النهائى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه [1]. ولكن إذا هو أسقط شفعته بعد علمه بالبيع الابتدائى ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطع بعد ذلك الأخذ بالشفعة فى البيع النهائى إلا إذااختلفت شروطه عن شروط البيع الابتدائى ، وبخاصة إذا انقص الثمن [1]. وقد يقترن البيع الابتدائى بعربون ، ودفع العربون وقت إبرام العقد الابتدائى يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك (م ١/١٠٣ مدنى) . فإذا اتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد فلم يعد لأحد منهما حق العدول عنه، كان العقد الابتدائى باتا ملزما على الوجه الذى تقدم ذكره ، وجاز الأخذ فيه بالشفعة على النحو الذى أسلفناه . أما إذا لم يتفق المتعاقدان على أن دفع العربون هو تأكيد للعقد، كانت دلالة العربون هى أن كلا من المتعاقدين قد حفظ لنفسه الحق فى العدول عن البيع فى نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر . وقد اختلف فى تكييف العربون فى الفقه الفرنسى، فبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتعاقدين فسخ البيع فيخسر العربون ، وبعض يذهب إلى أنه يجعل البيع معلقا على شرط واقف فلا ينفذ البيع إلا إذا انقضت المدة المتفق عليها دون أن يعدل أحد الطرفين عنه. وقد سبق أن كيفنا العربون بأنه مقابل للرجوع فى البيع ، فيكون هو البدل فى التزام بدلى، ويكون المدين ، بائعا كان أو مشتريا ، ملتزما أصلا بالالتزام الوارد فى البيع ، ولكن تبرأ ذمته من هذا الالتزام إذا هو أدى العربون [2]. وسواء كيّف العربون بأنه يجعل البيع معلقا على شرط فاسخ أو شرط واقف ، أو كيّف بأنه بدل فى التزام بدلى، ففى جميع الأحوال لا يمنع العربون عقد البيع من أن يوجد ، وإن كان وجوده مقترنا بجواز العدول عنه . وما دام البيع

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ٤٣ .

(٢) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٦ .

(1) المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن القانون إذ جعل البيع سببا للشفعة وجعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاما مطلقاوبتلك المثابة أجاز الشفعة فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع ابتدائي لم يسجل ذلك أن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بمولده من يوم التسجيل فقط إذا لم ينذر المتعاقدان البائع والمشترى – الشفيع بحصول البيع الابتدائى ، ذلك أن حق الشفعة على ما سلف القول لا يتولد من مجرد الأنذار بحصول البيع بل من وقت انعقاده سواء تم الانذار بحصوله أو لم يتم إذ لا يرتب الإنذار أثرا سوى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت المدة النصوص عليها فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى ولم يبين الشفيع رغبته فى الشفعة قبل انقضائها .

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩ الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص١٣٢٢)

(جلسة ١٩٧٥/٦/١ الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١١٣٧)

موجودا فإنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى اقترن بالعربون أو لم يقترن [1] .

ويجوز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف، لأن البيع فى الحالتين يكون موجودا وإن كان وجوده على خطر الزوال . ففى البيع المعلق على شرط فاسخ يكون البيع نافذا من وقت إبرامه ، وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد الشفعة ، وتسرى من وقت إبرام العقد . فإذا أخذ بالشفعة فى مواعيدها ، حل محل المشترى فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، فإذا ما تخلف الشرط صار البيع باتا ، وإذا ما تحقق زال البيع بأثر رجعى كما كان يزول بالنسبة إلى المشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة [2] . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام العقد كما قدمنا ، فإن حقه فى الشفعة يسقط، ولم يجز له إذا تخلف الشرط الفاسخ وأصبح البيع باتا أن يأخذ بالشفعة فى مواعيد جديدة يحسبها من وقت تخلف الشرط . وفى البيع المعلق على شرط واقف يكون البيع غير نافذ، ولكن يكون موجودا ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة[3] كما قدمنا ، وتحسب مواعيد

---

(١) نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ – عكس ذلك استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٩ (عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا أصبح البيع بالعربون باتا ولم يعدل عنه أحد طرفيه) – عكس ذلك أيضا شفيق شحاتة فقرة ٢٦٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٠ ص ٤٤٨ .

(٢) وقد كان هذا هو حكم الشفعة فى بيع الوفاء عندما كان هذا البيع جائزا، وهو بيع معلق على شرط فاسخ . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع وفاء بالشفعة، فإذا استرد البائع المبيع زال البيع بأثر رجعى ، ووجب على الشفيع رد للبائع وفاء ويسترد منه ما دفعه عند الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجلة التشريع والقضاء ٤ رقم ١٥ ص ٣٣ – استئناف مصر ٢٦ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٣ ص ٢٩ – كوم حمادة ١٧ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٦٣ ص ٩٢٦ . محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١ – ص ٤٥٢ – وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى بيع الوفاء إلا عندما يصبح باتا استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٨ – طنطا الكلية ١٩ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٢٤ ص ٤٦) .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان الأخذ بالشفعة يجوز فى البيع المعلق على شرط فاسخ، فإنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف لأنه بيع غير نافذ، ولأن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٦٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٣ ص ٤٥١). ولو صح أن الشفعة لا تثبت إلا فى البيع الذى يكون من شأنه خروج العقار من ملك البائع خروجا باتا قاطعا، لوجب عدم جواز الأخذ بالشفعة أيضا فى البيع المعلق على شرط فاسخ ، لأن ملكية العقار فى هذا البيع لا تنتقل إلى المشترى انتقالا باتا قاطعا إذ أن البيع يزول بأثر رجعى بتحقق الشرط الفاسخ . =

الشفعة فى الشرط الواقف ، كما تحسب فى الشرط الفاسخ ، من وقت إبرام البيع لا من وقت تحقق الشرط . فإذا أخذ الشفيع بالشفعة فى هذه المواعيد ، حل محل المشترى فى البيع المعلق على شرط واقف . فإذا تحقق الشرط نفذ البيع بأثر رجعى ونفذت معه الشفعة ، وإذا تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعى كذلك كما كان يزول بالنسبة إلى المشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة وزالت معه الشفعة . أما إذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة محسوبة من وقت إبرام البيع ، فإن حقه فى الشفعة يسقط ، ولم يجز له إذا تحقق الشرط الواقف ونفذ البيع أن يأخذ بالشفعة فى مواعيد يحسبها من وقت تحقق الشرط [1] .

وإذا تقايل المتبايعان قبل طلب الشفعة ، فإذا قلنا مع محكمة النقض إن التقايل هو فسخ للبيع القائم لا إنشاء لبيع جديد ، انبنى على ذلك أن البيع يزول بالتقايل (ويسمى أيضا بالتفاسخ) ، ويكون زواله بأثر رجعى فيعتبر كأن لم يكن . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة بعد التقايل ، لأن البيع الذى يريد الأخذ فيه بالشفعة يكون غير موجود وقت طلب الشفعة ، وشرط الشفعة أن يكون البيع قد قام بعد توافر شروط الأخذ بها وأن

= وقد قضت محكمة النقض بجواز الأخذ بالشفعة فى البيع المعلق على شرط واقف، أذ قضت بأن الحكم الذى يقرر أن حق الشفعة لا يتولد عن العقد الابتدائى المعلق نفاذه على تصديق المجلس الحسبى، وإنما يتولد عن العقد المحرر بعد تصديق المجلس الحسبى على بيع نصيب القاصر ، يكون خاطئا (نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٢٣ ص ١١٧) – وانظر أيضا نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٢ ص ٣٩٥ – استئناف مختلط ٩ يونيه سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٥ – وهذا هو الرأى السائد فى الفقه المصرى : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٥ ص ٣٠٩ – شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٥ ص ٤٦١ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٣٤١ ص ٣٣٣ – إسماعيل غانم ص ٣٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٠ – ص ٤٥١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٣ .

(١) والبيع المشترط فيه عدم انتقال الملكية إلى المشترى إلا بعد دفع جميع أقساط الثمن تجوز فيه الشفعة ، سواء اعتبرنا الشرط فاسخا أو واقفا ، لا سيما إذا لوحظ أن الشفيع لا يستفيد من التقسيط الممنوح للمشترى بل يجب عليه إيداع كل الثمن ، فيحل محل المشترى فى بيع تخلف فيه الشرط الفاسخ أو تحقق فيه الشرط الواقف . أنظر استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ – وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز استئناف مختلط أول فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٠٦ – استئناف وطنى ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص ٢٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ .

وقد يعلق البائع البيع على شرط عدم استعمال الشفيع للشفعة ، فإذا استعملها انفسخ البيع، قاصداً بذلك إسقاط الشفعة إذا استعملت . وهذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام، إذ هو يعطل بارادة المتبايعين حقا قرره القانون للشفيع . ولما كان الشرط فاسخا، فأنه يبطل ويبقى البيع صحيحا لا شرط فيه (م ١/٢٦٦ مدنى) وتجوز فيه الشفعة (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٩).

يبقى قائما عند طلبها [1] . ولكن التقايل لا يكون حتما فسخا للبيع القائم ، بل الأمر يتوقف على قصد المتقايلين . فقد يقصدا إلغاء العقد القائم بعقد جديد يزيله دون أثر رجعى ، فيكون هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشترى يعقبه عقد بيع ثان من المشترى إلى البائع ، بل إن هذا فى نظرنا هو الأصل فى التقايل [2] . وفى هذه الحالة لا يستطيع الشفيع أن يطلب الشفعة فى البيع الأول لأنه زال بالتقايل ، ولكنه يستطيع طلبها فى البيع الثانى وهو البيع الذى يتضمنه التقايل ذاته ، وطبقا لمواعيد هذا البيع الثانى [3] . وإذا طلب الشفيع الشفعة فى مواعيدها فى البيع القائم قبل التقايل منه ، ثبت له الحق فيها ولا يسقط التقايل حقه [1] ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التقايل من البيع لا يعتبر بيعا جديداً يتولد عنه للشفيع حق الشفعة ، لأن التقايل أو التراد فى البيع هو فسخ له بتراضى الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ، ومن شأنه فى قصد المتعاقدين إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له ، مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة . وإذن فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة ، فإنه يعدم أثر البيع الأول ، ولا يبقى محل لطلب الشفعة (نقض مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٠٥ ص ٦٦١) . وانظر أيضا نقض مدنى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٤ ص ١٦١ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨١ ص ١٧٦ – ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٧ – وانظر على زكى العرابى ص ١٦ وما بعدها – شفيق شحاتة فقرة ٢٦٤ ص ٢٧٤ هامش ١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٦٥ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٤ ص ٤٦٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ – ص ٣٣٣ .

(٢) الوسيط ١ فقرة ٤٥٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٢ – ص ٤٥٣ .

(٣) أنظر المادة ٩٣٨ مدنى وسيجئ ذكرها (أنظر ما يلى فقرة ١٧٢) . وقد يقال كيف يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الثانى وهو صادر لنفس المالك القديم ، فلم يتغير على الشفيع المالك بل عاد كل شئ إلى أصله كما كان قبل البيع الأول . ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأنه من المحتمل أن يكون الشفيع إنما يتضرر من هذا المالك القديم بالذات، ولم يكن له بدمن احتماله قبل أن ينفتح له باب الشفعة . فلما صدر البيع من هذا المالك القديم وتغير المالك ، رحب الشفيع بالمالك القديم ولم يأخذ منه بالشفعة. ثم لما تقايل المتبايعان وعاد الملك إلى المالك القديم الذى كان الشفيع يتضرر منه ، لم يلبث الشفيع أن طلب الشفعة بعد أن انفتح بابها أمامه . كذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة أن الشفيع كان فيما مضى مالكا للعقار المبيع ، ثم خرج عن ملكه كأن باعه مثلا لشخص ثم باعه هذا الشخص لشخص آخر ، فيأخذ البائع الأول العقار بالشفعة إذا توافرت شروطها (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ – محمد كامل مرسى فقرة ٣٤٦).

(1) القانون جعل البيع سببا للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة ، فإذا فسخ بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائما ، ولما كان الثابت بالاوراق أنه بعد إتمام البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثانى بموجب العقد المؤرخ ١٩٧٢/٢/١٣ قام المطعون عليه الأول باعلانهما فى ١٩٧٣/٤/٢ ، ١٩٧٢/٥/٧ برغبته فى أخذ الأرض المبيعة ، بالشفعة ثم أقام دعوى الشفعة بايداع =

سواء اعتبر التقايل فسخا للبيع القائم أو بيعاً جديداً [١] . فإن كان فسخا لم تسقط الشفعة، لأن الفسخ هنا يكون تفاسخا بالتراضى بين المتبايعين ولا يملك هذان إسقاط الشفعة بتراضيهما [٢] . وإن كان بيعا جديدا أعقب البيع الأول ، فإن الشفيع قد طلب الشفعة فى البيع الأول فلا يسقط حقه بالبيع الثانى ، وإنما يسقط الحق لو أنه لم يطلب الشفعة قبل البيع الثانى فيتعين عليه فى هذه الحالة أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى لا فى البيع الأول (م ٩٣٨ مدنى وسيجئ ذكرها [٣](1) . وهذا لا يمنع الشفيع ، إذا كان قد طلب الشفعة فى البيع الأول قبل التقايل منه ، أن ينزل عن هذا الطلب ويطلب الشفعة فى البيع الثانى [٤] .

ويجوز الأخذ بالشفعة حتى فى البيع القابل للإبطال ، فالبيع الباطل هو الذى لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه غير موجود ، أما البيع القابل للإبطال فبيع موجود نافذ ، ولا يزول إلا إذا حكم بابطاله . وعلى ذلك يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع الصادر من القاصر دون إذن المحكمة وفى البيع الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه ، فى المواعيد المقررة وتسرى منذ إبرام البيع القابل للإبطال . فيحل الشفيع محل المشترى فى هذا البيع ، ويكون مثله معرضا للمطالبة بابطال البيع من البائع . فإذا أجاز البائع البيع زال سبب الإبطال ، وانقلب البيع صحيحا بأثر

= صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ ١٩٧٢/٥/١٠ ، فان فسخ البيع الذى ادعى الطاعن الأول حصوله رضاء فى ١٩٧٢/٥/١٥ بعد طلب الشفعة ، لا يسقط حق الشفيع ، ويجوز له إجبار البائع بإن يمضى معه فى البيع لا مع المشترى .

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن قم ٧٢٠ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ١٩٥٧)

(١) العياط ٢٢ مارس سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٢١٩ ص ٢٨٧ .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٧ ص ٤٥٦ (ويذهب إلى أنه يجب رفع دعوى الشفعة قبل التقايل حتى لا يسقط التقايل الحق فى الشفعة) . أما إذا لم يكن الفسخ بالتراضى أى بالتقايل ، بل كان فسخا بحكم القضاء ، بأن أخذ المشترى مثلا بالتزاماته فحكم للبائع بالفسخ ، فإن الفسخ هنا بماله من أثر رجعى يجعل البيع كأن لم يكن، ويعتبر البيع غير موجود منذ البداية، فتسقط الشفعة المؤسسة على هذا البيع. وهنا لم يكن الفسخ بتراضى المتبايعين حتى يقال ، كما قيل فى التقايل ، إن المتبايعين لا يملكان بتراضيهما إسقاط حق الشفيع (شفيق شحاتة فقرة ٣٦٣ ص ٢٧٤).

(٣) انظر ما يلى فقرة ١٧٢ .

(٤) وكذلك لو سقط طلبه الشفعة فى البيع الأول ، جاز له أن يطلبها فى البيع الثانى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٠ ص ٣١٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٥ ص ٤٥٣) .

(1) الشفيع إذا فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الابتدائى جاز له الأخذ بها فى البيع النهائى وفى مواعيد هذا البيع وشروطه وذلك إذا اختلف شروطه عن شروط عقد البيع الابتدائى حتى ولو كان قد أسقط حقه فى الأخذ بالشفعة فى هذا البيع .

(جلسة ١٩٨٤/١/١١ الطعن قم ١٠٢٩ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ١٩٣)

رجعى ، وأصبحت ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه ملكية باتة نهائية . أما إذا طلب البائع إبطال البيع وحكم له بذلك ، فإن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، وتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع ، كما كان يقع للمشترى لو لم يأخذ الشفيع بالشفعة. وإذا فوت الشفيع مواعيد الشفعة التى تحسب منذ إبرام البيع القابل للإبطال كما قدمنا، ثم أجاز البائع البيع فانقلب بيعا صحيحا ، لم يجز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ولم تنفتح له مواعيد يبدأ سريانها منذ إجازة البيع [1].

ويخلص مما تقدم أن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع [2] . فأى سبب آخر لكسب الملكية

---

(١) المنصورة الجزئية ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٧٩ ص ٥٧٨ – على زكى العرابى فقرة ١٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣١٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٢ ص ٤٥٠ .

وقريب من البيع القابل للإبطال البيع غير النافذ فى حق المالك ، ويجوز الأخذ بالشفعة فيه . فإذا كان البيع صادراً من وكيل عزله المالك بكتاب مسجل سابق على البيع، جاز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة فى هذا البيع ، فإذا أقر المالك البيع خلصت للشفيع ملكية العقار المشفوع فيه (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص ٤٠٩) . كذلك تجوز الشفعة فى بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال من جهة وغير نافذ فى حق المالك من جهة أخرى . فإذا أخذ الشفيع فيه بالشفعة، وأجاز المالك الحقيقى البيع ، استقرت ملكية الشفيع فى العقار المشفوع فيه، لأن البيع باجازة المالك الحقيقى ينقلب صحيحاً نافذاً . ويلاحظ أن قابلية بيع ملك الغير للابطال قد تقررت لمصلحة المشترى ، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وحل محل المشترى، لم يجز له طلب إبطال البيع كما كان يجوز للمشترى ، لأنه لما أخذ بالشفعة يكون قد أجاز البيع .

(٢) وبالشروط الواردة فيه دون أى تحوير فيها ، فلا يجوز للشفيع أن يعفى نفسه من هذه الشروط ، كما لو اشترط البائع على المشترى أن يبنى فى الأرض المبيعة منزلا للسكنى أو أن يحافظ على مستوى الأرض الحالى (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٦) . كما لا يجوز للشفيع أن يضيف شرطا ليس وارداً فى البيع ، كأن يشترط أن يكون العقار المبيع لم ترفع دعوى استحقاق عنه أو عن جزء منه (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢٤ – ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٢ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٤).

وإذا كان الثمن فى البيع إيراداً مرتباً مدى حياة البائع ، ولم يكن ملحوظاً فى البيع شخصية المشترى ، فيبدو أن الشفيع يستطيع الأخذ بالشفعة ويلتزم بدفع الإيراد للبائع مدى حياته ، ولا يودع خزانة المحكمة بعد طلب الشفعة إلا ما يكون مستحقا من أقساط الإيراد . ويجوز أن تطلب المحكمة من الشفيع كفالة تضمن دفع الإيراد ، كما يجوز للشفيع أن يدفع لإحدى شركات التأمين رأس مال فى مقابل أن تدفع الشركة للبائع أقساط الإيراد مدى حياته . أنظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إذا كان الثمن إيراداً مرتبا محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٧ – فورجير ص ١٣٢ – ص ١٣٣.

ولا يعتبر الأخذ بالشفعة بيعا يؤخذ فيه بالشفعة ، فإذا طلب الشفيع الشفعة ثم سقط حقه فيها ، وطلب شفيع آخر نفس العقار بالشفعة وحكم له بها ، لم يجز للشفيع الأول طلب الشفعة مرة أخرى بدعوى أن الحكم بالشفعة للشفيع الثانى يعتبر بيعا يخوله حقا جديداً فى الشفعة . فالشفعة إذا تمت =

كالميراث والالتصاق والتقادم لا تجوز فيه الشفعة ، ولا تجوز فى أى تصرف قانونى آخر كالوصية والقسمة والصلح والهبة ولو بعوض والشركة والوفاء بمقابل والمقايضة ولو بمعدل. ويشترط فى البيع ، حتى يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، أن يكون موجودا ، فإذا كان غير موجود كالبيع الباطل والبيع الصورى فلا شفعة . ومتى وجد البيع بعد توافر شروط الأخذ بالشفعة وبقى قائما إلى وقت طلبها جاز الأخذ بها ، سواء كان البيع صحيحا نافذا كعقد البيع النهائى وعقد البيع الابتدائى والبيع بالعربون والبيع المعلق على شرط فاسخ والبيع المتقايل فيه، أو كان صحيحا غير نافذ كالبيع المعلق على شرط واقف ، أو كان غير صحيح ما دام موجودا كالعقد القابل للإبطال .

ويقع على الشفيع عبء إثبات البيع ، وإن هذا البيع قد قام بعد أن توافر فى الشفيع شروط الأخذ بالشفعة ، وبقى قائما إلى وقت طلبها [1] . ولما كان البيع ، بالنسبة إلى الشفيع، يعتبر واقعة مادية كما قدمنا وهو لم يكن طرفا فيه ، فإن للشفيع أن يثبته بجميع طرق الإثبات ويدخل فى ذلك البينة والقرائن ، ولو زاد الثمن على خمسمائة جنيه كما هو الغالب [2] . ولكن الذى يقع فى العمل أن الشفيع كثيرا ما يستغنى عن إثبات البيع ، إما بالاقرار الصادر من البائع أو المشترى فى الأنذار الرسمى الصادر منه إلى الشفيع متضمنا بيان العقار المبيع والثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى (م ٩٤١ مدنى) على ما سنرى ، أو بتسجيل البيع نفسه إذا لم يوجه للشفيع هذا الإنذار إذ يبقى حقه فى الشفعة قائما حتى تنقضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع (م ٩٤٨ ب مدنى) كما سيجئ .

= لشخص ، لم تجز الشفعة من هذا الشفيع (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٥) .

(١) وتنص المادة ١/١١٣٣ مدنى عراقى ، فى هذا الصدد ، على أنه «لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع» . وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن «يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقا لتاريخ سند تملك المشترى» .

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ – ويجوز للشفيع ، فى إثبات البيع فى دعوى الشفعة، أن يوجه اليمين الحاسمة . فإذا حلفها البائع أو المشترى، لم يعد للشفيع طريق آخر لإثبات البيع . وليس من الضرورى أن يحلف اليمين كل من البائع والمشترى، فإن أحدهما إذا حلفها انتفى البيع ، إذ لابد لوجوده من أن يرضى به كل منهما (كفر الشيخ الكلية ١٦ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢١٠ ص ٤٩٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٠) . ولا يكفى نكول أحدهما عن حلف اليمين، بل لابد من نكول كليهما ، إذ الإقرار الذى يتضمنه النكول لابد أن يصدر من طرفى البيع فالبيع لا يتم إلا بتراضيهما .

١٧١ – جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل : قبل صدور قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ كان البيع غير المسجل ينقل الملكية إلى المشترى ، ولم يكن التسجيل لازما حينئذ إلا للاحتجاج بالبيع على الغير . فلم يقم إذ ذاك خلاف فيما إذا كان يصح الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل ، فقد كان هذا البيع يجعل المشترى مالكاً فتجتمع فيه صفة المشترى وصفة المالك فى وقت واحد . فكان يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة العقار من المشترى قبل أن يسجل هذا عقده، إذ أنه كان يأخذه من مشتر هو فى الوقت ذاته مالك . ولما صدر قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ ، أصبح البيع غير المسجل لا ينقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، ولا يترتب عليه إلا نشوء التزامات شخصية . فقام خلاف فى أول الأمر فيما إذا كان البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد باعتباره بيعا – وليس فحسب لنقل الملكية – إلا إذا سجل . ولكن لما كان البيع غير المسجل يترتب عليه جميع التزامات البائع ومنها الالتزام بنقل الملكية وجميع التزامات المشترى ومنها الالتزام بدفع الثمن ، ولما كان يمكن إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذا عينيا فى بيع غير مسجل عن طريق دعوى صحة التعاقد ، فإن هذا الخلاف لم يدم وقتا طويلا . وما لبث الرأى الذى يقول بأن البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ، يتم بالتراضى دون حاجة إلى التسجيل وينشئ جميع الالتزامات التى ينشئها البيع المسجل ، أن تغلب على الرأى الأخر الذى يقول بأن البيع قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل . واستقر الرأى الأول بعد مدة قصيرة فى الفقه والقضاء ، ولم يعد أحد ينازع فيه منازعة جدية .

وكان قد تفرع عن الخلاف المتقدم الذكر خلاف آخر يتعلق بالشفعة ، فذهب بعض الفقهاء وبعض المحاكم إلى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا فى البيع المسجل ، ليس فحسب لأن البيع أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل فيما يذهب إليه من يقولون بذلك ، بل أيضا لسبب خاص بالشفعة حتى مع القول بأن البيع بقى عقدا رضائيا بعد صدور قانون التسجيل . ذلك بأن الشفيع ، فى رأى من يقولون بأن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع المسجل، إنما يأخذ بالشفعة العقار من تحت يد المشترى إذا أصبح مالكا . فشرط الشفعة عندهم أن تخرج ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى المشترى ، إذ أن المشترى لا يصبح جارا للشفيع أو شريكا معه فى الشيوع فيتضرر الشفيع من جواره أو من شركته ، إلا إذا أصبح المشترى مالكا . فيجب إذن التربص بالشفعة حتى يتحقق الضرر الذى شرعت الشفعة لتفاديه، أى حتى يصبح المشترى مالكا ، ولا يكون ذلك إلا بتسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة فى بيع غير مسجل [1] .

---

(١) أنظر مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ – وانظر فى استعراض الحجج الأخرى للقائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٠ . ومن الأحكام التى أخذت بهذا =

ولكن هذا الخلاف أيضاً لم يدم وقتا طويلا ، فإن نصوص قانون الشفعة السابق، وهو القانون الذى قام الخلاف فى عهده ، صريحة فى أن الشفعة تؤخذ من المشترى، وهى لا تتكلم إلا عن البيع والبائع والمشترى . ولما كان البيع غير المسجل ، حتى بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى ، هو بيع كامل كما قدمنا ، فيجوز إذن الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل. ونصوص الشفعة فى التقنين المدنى الجديد لا تقل صراحة فى هذا الشأن عن نصوص قانون الشفعة السابق ، بل يتصدر هذه النصوص نص يعرف الشفعة بأنها «رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى» (م ٩٣٥ مدنى) ، فالشفعة إذن جائزة فى بيع العقار ، ولا يزال بيع العقار «بيعا» ولو لم يسجل . ثم إن الأخذ بالشفعة فى بيع غير مسجل يؤدى إلى نفس النتيجة التى يؤدى إليها الأخذ بالشفعة فى بيع مسجل ، وهى أن يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه . فالشفيع فى البيع غير المسجل يحل محل المشترى فى حقوقه، ومن هذه الحقوق التزام فى ذمة البائع بنقل الملكية إلى المشترى . فيصبح البائع ملتزما نحو الشفيع ، بعد أن حل هذا محل المشترى ، بنقل ملكية العقار المبيع إليه . ويستطيع الشفيع أن يجبر البائع على تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا، كما كان يستطيع المشترى. بل إن الحكم بثبوت الشفعة للشفيع ، إذا سجل – ويستطيع الشفيع أن يقوم بتسجيله – ينقل ملكية العقار المبيع فعلا من البائع إلى الشفيع . يضاف إلى ذلك أن التربص بالشفعة حتى يسجل البيع ، وقد يطول انتظار الشفيع حتى يتم هذا التسجيل ، من شأنه أن يجعل ملكية العقار قلقة غير مستقرة مدة غير قصيرة . بل إن المشترى قد يتعنت، إذا هو أمن

= الرأى : استئناف مصر ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٢٩٥ ص ٣٣٣ – ١٠ يونيه سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٥٤ ص ٢١٤ – قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص ٨٧٥ – مصر الكلية ٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٤١ ص ٧١٥ – مصر المختلطة ٩ أبريل سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ٣٠٤ ص ٣٠٣ .

ومن أشد مؤيدى هذا الرأى الأستاذ محمد على عرفة . ونقطة الابتداء عنده أن شرط الشفعة الأساسى ، فيما يرى ، هو خروج العقار المشفوع فيه من ملك صاحبه خروجا باتا. ولذلك يرى أن عقد البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف لا يؤخذ فيهما بالشفعة لأنهما لا ينقلان ملكية العقار المبيع فوراً إلى المشترى ، وكذلك يرى أن البيع غير المسجل لا يؤخذ فيه بالشفعة لأنه هو أيضا لا ينقل الملكية إلى المشترى (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٨ ص ٤٥٧) .

ولكن نصوص القانون لا تسمح بالقول إنه يشترط للأخذ بالشفعة خروج ملكية العقار المشفوع فيه إلى المشترى ، وكل ما تشترطه النصوص هو «بيع» العقار المشفوع فيه لا نقل ملكيته . وكل من البيع الابتدائى والبيع المعلق على شرط واقف والبيع غير المسجل هو «بيع» وإن لم ينقل الملكية ، فيجوز إذن الأخذ فيه بالشفعة . والمقرر فى مبادئ الشفعة أنه ، فى حين أن العقار المشفوع به يجب أن يكون «مملوكا» للشفيع فإذا كان سند الشفيع فى ملكية هذا العقار هو البيع وجب أن يكون مسجلا ، لا يشترط فى العقار المشفوع فيه إلا أن يكون «مبيعا» فيكون حتى لو كان البيع لم يسجل .

جانب البائع ولم يخش منه التصرف فى العقار مرة أخرى ، فيبقى البيع دون تسجيل إذ أن أمر التسجيل فى يده ، فيعطل بذلك حق الشفيع المدة التى يريدها [١] .

هذه الأسباب وغيرها [٢] كانت من الوجاهة بحيث لم تجعل الخلاف يدوم طويلا كما قدمنا . وما لبث الفقه أن انحاز بحق إلى الرأى الذى يقول بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل[٣] ، ثم ما لبث القضاء أيضا أن انحاز إلى هذا الرأى . فقضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل ، لأن نقل الملكية ليس ركنا من أركان البيع ، ولأن قانون التسجيل لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ، ولأن التسجيل إنما شرع لصالح المشترى وهو بيده فلا يمكن أن يؤثر التقصير فى إجراء التسجيل أو التعمد فى عدم التسجيل من جانب المشترى فى حق ذوى الشأن قبله ، ولأنه إذا قيل بأن الشفيع لا يملك حق الشفعة إلا من تاريخ التسجيل نكون قد وسعنا فى حق الشفعة بتضييق مسقطاتها خلافا لنصوص القانون ولطبيعة حق الشفعة باعتباره حقا ضعيفا لا يصح التوسع فيه ، ولأدى ذلك إلى عدم استقرار الملكية فى يد اربابها وهو ما أراد القانون تلافيه بالنص على مسقطات الشفعة وبحصر المواعيد فى إجراءاتها وفى طرق الطعن فى الأحكام الصادر فيها ، وأخيرا لأنه لا ضرر على المشترى من استعمال الشفيع حقه فى الشفعة قبل التسجيل لأن الشفيع إنما يحل محله فى البيع بشروطه ، وإنما الضرر فى السماح للمشترى بتعطيل حق الشفعة والتلاعب بأحكام القانون بتأخير تسجيل عقده [٤] .

---

(١) ومن الأحكام التى أخذت بأن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل : استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ – ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٤ – ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٢ – ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٠ – ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ – ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٧٥ – ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٧٤ – ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩١ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٤ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ – ٢٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٩٠ – مصر الكلية ٢ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٤٦ ص ٨٢ – أسيوط الكلية ٢٨ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٣ ص ١٦٢ – المنصورة الكلية ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٤٩٥ ص ٨٠٥ – مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٦ ص ٣١ .

(٢) أنظر فى استعراض الحجج الأخرى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٣٩ – وانظر فى الرد عليها محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ .

(٣) ورواد الفقه فى هذا الرأى هم الأستاذ حامد فهمى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٥ ص ٧٢٩ وما بعدها ، والأستاذ عبدالسلام ذهنى فى كتابه فى الأموال ص ٦٦٩ – ص ٧٠٨ ، والأستاذ صليب سامى فى بحثه فى مجلة المحاماة ٨ ص ٦٦٨ وما بعدها .

(٤) استئناف مصر (دوائر مجتمعة) ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ – المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٩٨ .

وقد تواترت الأحكام بعد ذلك بهذا المعنى ، واستقر القضاء على هذا المبدأ [1] .

وأكد استقرار القضاء أن محكمة النقض قررت نفس المبدأ فى أحكام متوالية ، وأقرت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة على قضائها . فقضت فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ 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، ولقد سبق للدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أن بحثت هذا الموضوع على ضوء النصوص الواردة فى قانونى الشفعة والتسجيل ، وأصدرت فيه حكما فى ٣ من ديسمبر سنة ١٩٢٧ قالت فيه إن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، ومحكمة النقض تقر هذا الحكم والمقومات التى أقيم عليها.[2] وقضت أيضا فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ بأنه يجب ثبوت ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت انعقاد بيع العقار الذى يشفع فيه ، ولا عبرة بتاريخ تسجيل هذا البيع لأن حق الشفعة يتولد عن عقد البيع ولو لم يكن مسجلا [3] . وقضت كذلك بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ [4] .

ولم يغير التقنين المدنى الجديد فى هذا الأمر شيئا ، فالحجج التى استند إليها الرأى القائل بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل فى عهد قانون الشفعة السابق لا تزال قائمة فى عهد التقنين المدنى الجديد . بل إن الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد تزيد هذا الأمر

---

(١) استئناف مصر ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٥٤ ص ٧١٣ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥ – ١٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ – ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٢ ص ١١٤٩ – ٢٥ مارس سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٢١ ص ١٠١٠ – المنصورة الكلية ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٧ – استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٩ – ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٩ – وعلى المشترى الذى يدعى أن هناك عقد بيع غير مسجل يسبق عقد البيع الرسمى المسجل الذى أخذ فيه الشفيع بالشفعة ، وأنه كان من الواجب على الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى العقد الأول غير المسجل، أن يثبت وجود هذا العقد وأنه صدر فى التاريخ المذكور فيه (استئناف مختلط أول يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٩) .

(٢) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ .

(٣) نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ .

(٤) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣– وانظر أيضا نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ و ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ و ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٤ رقم ٥٢ و ٥١ و ٥٣ .

تأكيدا، ففى محضر جلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ من محاضر لجنة الأستاذ كامل صدقى أجمع أعضاء اللجنة إلا واحدا على عدم النص على اشتراط تسجيل البيع لجواز الأخذ بالشفعة ، وعلى الأخذ بما ذهب إليه قضاء محكمة النقض وسائر المحاكم من أن نقل الملكية والتسجيل ليسا ركنا من أركان البيع وإنما هما أثر من آثاره ، ولذلك لا يجوز جعل تسجيل البيع شرطاً لاستعمال حق الشفعة (١)(أ) .

---

(١) وقد ردد أعضاء اللجنة الحجج التى تساق عادة للتدليل على صحة هذا الرأى . فقيل مثلا «إن المشترى بموجب عقد غير مسجل لا تنقصه صفة المشترى» ، وأضيف «أنه كثيراً ما يحدث أن يغفل المشترى تسجيل عقده ثقة منه فى البائع لتأكده من أن هذا الأخير لن يبيع العقار مرة ثانية لشخص آخر ، ففى مثل هذه الحالة لا يجب أن يحول عدم تسجيل العقد دون استعمال حق الشفعة» . وقيل أيضا «إن إلزام المشترى بتسجيل عقده معناه القضاء على حق الشفعة ، إذ أنه ... يمكن القول بأن البيع يولد التزاما بنقل الملكية، وهذا الالتزام كاف لتمكين صاحب حق الشفعة من استعمال حقه ولو لم يتم تسجيل البيع . والقول بخلاف ذلك يؤدى إلى تعطيل استعمال حق الشفعة بفعل المشترى» . أما العضو الوحيد المعارض فى اللجنة فقد لاحظ «أن نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين لا يتم إلا بالتسجيل ، وإلى أن يتم التسجيل يجوز للبائع أن يبيع العين مرة ثانية ولا يأمن المشترى الذى لم يسجل عقده جانب من باع له ، فحق الشفيع لا يولد إذن إلا إذا كان هناك نقل للملكية . لذا يتعين اشتراط تسجيل البيع لقيام حق الشفعة» (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٤ – ص ٤٠٥ فى الهامش) .

(أ) أ – البيع الذى هو سبب الشفعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا عبرة فيه بتاريخ تسجيله لأن حق الشفعة يتولد وقت انعقاد البيع ولو لم يكن مسجلا أو ثابت التاريخ .
(جلسة ١٩٨٨/٢/١١ الطعن رقم ١٠٥٥ لسنة ٥٧ ق)
(جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨ الطعن رقم ١٢١٨ لسة ٥٣ ق)

ب – من المقرر أنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة ان يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ .
(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ العطن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٢٥٩)
(جلسة ١٩٨٤/١/١١ الطعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٤٩ ق س ٣٥ ص ١٩٣)
(جلسة ١٩٧٥/٦/١ الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١١٣٧)

جـ – المقرر – فى قضاء محكمة النقض – بأن القانون إذ جعل البيع سببا للشفعة وجعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة جاء نصه عاما مطلقا وبتلك المثابة أجاز الشفعة ، فى العقار المبيع ولو كان عقد البيع ابتدائى لم يسجل ذلك أن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم البيع لا يمكن تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بمولده من يوم التسجيل فقط إذا لم ينذر المتعاقدان البائع والمشترى – الشفيع بحصول البيع الابتدائى – ذلك أن حق الشفعة على ما سلف القول لا يتولد من مجرد الانذار بحصول البيع بل من وقت انعقاده سواء تم الانذار بحصوله أم لم يتم إذا لا يرتب الأنذار أثرا سوى سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت المدة المنصوص عليها فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى ولم يبد الشفيع رغبته فى الشفعة قبل أنقضائها .
(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩ الطعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٣٢٢)

والآن بعد أن استقر القضاء والفقه [1] على جواز الشفعة فى البيع غير المسجل للأسباب الوجيهة التى قدمناها ، بقى أن نلاحظ ما يأتى :

---

(١) أنظر فى الفقه : شفيق شحاتة فقرة ٢٦٥ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٧ – إسماعيل غانم ص ٨١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٩ ص ٣٣٢ – حسن كيرة ص ١٤ – محمد كامل مرسى ٢٣ فقرة ٣٣٣ (جواز الشفعة فى البيع الابتدائى وهو بيع غير مسجل).

وانظر عكس ذلك وأن الشفعة لا تجوز إلا فى البيع المسجل محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٦٩ – فقرة ٢٧٠ . ويشير الأستاذ محمد على عرفة إلى ما يؤدى إليه الرأى القائل بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل من نتائج غير مقبولة فى نظره ، فيبرز النتيجتين الآتيتين : (١) إذا تقايل البائع والمشترى قبل تسجيل العقد ولكن بعد طلب الشفعة لم يصح التقايل ، ويجبر البائع على المضى فى البيع بالرغم من عدوله عنه وتقايله مع المشترى، ولكن يمضى فى البيع مع الشفيع لا مع المشترى . ولا نرى أن هذه نتيجة غير مقبولة ، فالمقرر فى الشفعة أن كل تصرف يصدر من المشترى إلى الغير بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى فى حق الشفيع . فإذا كان التصرف صادراً إلى البائع نفسه – والتقايل تصرف صادر إلى البائع – فإن هذا التصرف لا يسرى فى حق الشفيع إذا كان صادراً بعد طلب الشفعة . وذلك بأن البائع الصادر إليه التصرف ليس من الغير حتى يشترط أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الشفعة ، بل يكفى أن يكون صادراً بعد طلب الشفعة لا تسجيلها حتى لا يسرى فى حق الشفيع . والقول بغير ذلك هو الذى يؤدى إلى نتيجة غير مقبولة ، إذ لو سلمنا بأن تقايل البائع مع المشترى بعد طلب الشفعة يسرى فى حق الشفيع ، لأمكن للبائع والمشترى أن يتواطآ على إضاعة حق الشفعة . فإنهما إذا رأيا أن الشفيع طلب الشفعة ، تقايلا حتى يضيع على الشفيع حقه. (٢) من مقتضى القول بثبوت الشفعة فى البيع غير المسجل أن الشفيع ، إذا توالت البيوع، يتعين عليه أن يتابع سلسلة المشترين المتعاقدين حتى قبل تسجيل عقد المشترى الأصلى . وفى هذا عنت على الشفيع ، إذ يصبح مفروضا عليه تتبع كل البيوع المستترة التى يعقدها المشترى الأول ومن يخلفه حتى تصبح شفعته قانونا . ولا نرى أن هذا يلقى على الشفيع عبئا ثقيلا ، فالمقرر الآن فى التقنين المدنى الجديد أن للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذار البائع أو المشترى له بالبيع . فما على الشفيع إلا أن ينتظر هذا الأنذار ، سواء صدر من المشترى الأول أو من أحد المشترين المتعاقبين بعد المشترى الأول ، فيأخذ بالشفعة فى البيع المذكور فى الإنذار فتصح شفعته فى هذا البيع . فإذا خطر للمشترى الذى أرسل الأنذار أن يبيع العقار مرة ثانية بعد إرسا الانذار – وهذا أمر بعيد الاحتمال – فإن الشفيع لا تضيع عليه شفعته فى هذا البيع الجديد ، إذ يجب على المشترى الجديد هو أيضا أن ينذر الشفيع بالبيع الجديد ، فينفتح باب جديد للشفعة يطلبها الشفيع فى خلال خمسة عشر يوما من هذا الأنذار الأخير . وهكذا نرى أن الشفيع لابد أن يعلم ، عن طريق الأنذار ، بكل بيع جديد يرد على العقار المشفوع فيه ، فلا يضيع عليه حقه فى الشفعة فى هذا البيع .

والذى يقع عملا أن الشفيع يترقب أمرين حتى يحافظ على حقه فى الشفعة : إما أن يصله إنذار البيع من المشترى أو من البائع فيستعمل حقه فى الشفعة عقب هذا الإنذار فى الميعاد القانونى ، أو أن يسجل المشترى البيع فيعرف الشفيع عن طريق التسجيل بوقوع البيع وله أربعة أشهر من وقت التسجيل لاستعمال حقه فى الشفعة . وليس فى كل هذا كبير عنت ، إذا أراد أن يستعمل حقا استثنائيا كحق الشفعة .

١ – لم يكن هناك بد من القول بجواز الشفعة فى البيع غير المسجل، ما دمنا نقول بجواز الشفعة فى العقد الابتدائى . فالعقد الابتدائى ، والشفعة جائزة فيه كما قدمنا [١] ، ما هو إلا عقد بيع غير مسجل .

٢ – إذا كان التسجيل لا يشترط فى البيع للأخذ بالشفعة ، فإن ثبوت تاريخ البيع أيضا لا يشترط ، وقد رأينا محكمة النقض تقول إنه لا يشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ [٢](1) . ذلك بأن الشفيع لا يعتبر من الغير لا فى الصورية ولا فى ثبوت التاريخ ، فإذا واجهه المشترى بعقد بيع غير ثابت التاريخ، كان هذا التاريخ حجة عليه إلى أن يثبت عكسه . فإذا كان التاريخ العرفى لعقد البيع سابقا على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، لم يجز للشفيع أن يتمسك بأن هذا التاريخ غير الثابت لا يحتج به عليه ، وبأن عقد البيع يجب أن يكون ثابت التاريخ وسابقا على تملك الشفيع للعقار المشفوع به حتى لا يكون للشفيع الحق فى الأخذ بالشفعة . بل للمشترى أن يتمسك بالتاريخ العرفى لعقد البيع وهو التاريخ السابق على تاريخ تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، وأن يحتج به على الشفيع حتى يسلبه الحق فى الأخذ بالشفعة . ولكن للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التاريخ العرفى لعقد البيع قد قدم غشا ليكون سابقا على تملك الشفيع للعقار المشفوع به ، بقصد حرمانه من الأخذ بالشفعة [٣] . ويرجع ذلك ، لا فحسب إلى أن الغش هنا يسوغ إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بجميع الطرق ، بل يرجع أيضا إلى أن البيع يعتبر بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية كما قدمنا [٤] ، فله أن يثبت واقعة البيع ويتضمن ذلك تاريخها بجميع الطرق [٥] .

---

(١) انظر آنفا فقرة ١٧٠ .

(٢) نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ وهو الحكم السابق الإشارة إليه .

(٣) عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٧ ص ٤٥٨ – ص ٤٥٩ – عكس ذلك عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٢٨ ص ٤٥٧ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ١٠٧ فى آخرها .

(٥) قارن مع ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر من أنه يلزم توافر أسباب الأخذ بالشفعة لدى الشفيع قبل حصول البيع المترتب على الشفعة ، وهذا يقتضى أن يكون تاريخ هذا البيع ثابتا ثبوتا كافيا للاحتجاج به على الشفيع وحده كما لو ذكر فى ورقة رسمية، وعندئذ يعد تاريخ هذه الورقة الرسمية تاريخا له ، بما أن طرق إثبات التاريخ غير مبينة على سبيل الحصر (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ قم ٤٦٢ ص ١١٤٩).

(1) من المقرر أنه لا يشترط قانونا فى البيع البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون ثابت التاريخ . (جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٢٥٩).

٣ – وإذا كان لا يشترط فى بيع العقار المشفوع فيه أن يكون مسجلا للأخذ بالشفعة، فعلى العكس من ذلك يشترط ، إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار الذى يشفع به عقد بيع، أن يكون هذا البيع مسجلا . ذلك بأن الشفيع لا يشفع إلا بعقار يملكه كما سنرى[١]، وهو لا يملك العقار المشفوع به عن طريق البيع إلا إذا كان هذا البيع مسجلا. ويخلص من ذلك أنه فى حين أن بيع العقار المشفوع فيه لا يشترط أن يكون مسجلا، يشترط على العكس من ذلك أن يكون بيع العقار المشفوع به مسجلا وأن يكون التسجيل سابقا على انعقاد بيع العقار المشفوع فيه .

١٧٢ – الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع – نص قانونى : تنص المادة ٩٣٨ مدنى على ما يأتى :

«إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى ، وبالشروط التى اشترى بها» [٢].

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ١٨٩ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٤ – ص ٤٠٠) .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م ٩ : العين الجائز أخذها بالشفعة ، إذا باعها مشتريها قبل تقديم طلب بالشفعة فيها وتسجيله كما هو مذكور فى المادة الرابعة عشرة الآتية ، لا تقام دعوى أخذها بالشفعة إلا على المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها. (وحكم قانون الشفعة السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٢ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٧ : إذا اشترى أحد عقاراً تجوز الشفعة فيه ، ثم باعه قبل أن يدعى الشفيع بالشفعة ، سقطت شفعته ، وتجددت له شفعة على المشترى الثانى .

(وحكم التقنين العراقى متفق فى مجموعة مع حكم التقنين المصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٥٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : إذا تم التفرغ عن المشفوع لشخص ثالث بقيده فى السجل العقارى قبل تقديم دعوى الشفعة، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى بالشروط التى اشترى بها . (والقانون اللبنانى يشترط للأخذ بالشفعة من المشترى الثانى أن يكون البيع الصادر لهذا المشترى الثانى قد قيد فى السجل العقارى قبل أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة على المشترى الأول) .

ويفرض هذا النص بيوعا قد توالت ، ويحدد فى أى بيع منها يأخذ الشفيع بالشفعة. ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتر ، ثم إن هذا المشترى باع العقار لمشتر ثان، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الأول أو فى البيع الثانى ؟ ويستوى فى هذا الفرض أن يكون المشترى الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشترى الثانى أو لم يسجل ، وإن كان الغالب فى العمل أن المشترى الأول لا يبيع للمشترى الثانى إلا بعد أن يكون قد سجل عقده. ويستوى كذلك أن يكون المشترى الثانى قد سجل عقده أو لم يسجل، فقد قدمنا أن الشفعة تجوز فى البيع غير المسجل .

ويجيب النص سالف الذكر على السؤال المتقدم بالتمييز بين حالتين :

(الحالة الأولى) أن يكون المشترى الأول لم يبع العقار للمشترى الثانى إلا بعد أن طلب الشفيع الشفعة فى البيع الأول وسجل هذا الطلب . ففى هذه الحالة لا يسرى البيع الصادر من المشترى الأول للمشترى الثانى فى حق الشفيع ، إذ تنص المادة ٩٤٧ مدنى كما سنرى على أنه «لا يسرى فى حق الشفيع .. أى بيع صدر من المشترى ولا .. إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة» . ومعنى أن البيع الثانى الصادر بعد تسجيل طلب الشفعة لا يسرى فى حق الشفيع أن الذى يسرى فى حقه هو البيع الأول وحده . وعلى ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة فى هذا البيع الأول بالشروط الواردة فيه ، والمفروض أنه سجل طلب الشفعة فى هذا البيع فيمضى فى إجراءات الشفعة إلى غايتها . وذلك لا يمنعه [1] ، إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل ، من أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول ، ويطلبها فى البيع الثانى فى مواعيد هذا البيع وبشروطه[2] .

(الحالة الثانية) أن يكون المشترى الأول باع العقار للمشترى الثانى قبل أن يسجل الشفيع طلب الشفعة فى البيع الأول [3] . ففى هذه الحالة يكون هذا البيع

---

(١) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤٢ ص ٨٦٤ – استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣٢ ص ٤٣٧ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٧٦ – إسماعيل غانم ص ٨٧ – وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقار المشفوع فيه مبيعا مع شرط اختيار الغير ، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء بعد تسجيل إعلان الرغبة ، ولا يسقط حقه فى الشفعة لأدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢) .

(٢) عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٨٤ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٨ ص ٤٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٥ .

(٣) يقول نص المادة ٩٣٨ مدنى كما رأينا : «... ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة» . ومعنى ذلك أن يكون البيع الثانى حاصلا قبل إعلان رغبة الشفيع فى=

الثانى ساريا فى حق الشفيع ، لأنه صدر قبل تسجيل طلب الشفعة ، وكل تصرف يصدر من المشترى قبل تسجيل طلب الشفعة يسرى فى حق الشفيع (مفهوم المخالفة من المادة ٩٤٧ مدنى) (١)(أ) ، وما دام هذا البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع ، فإنه يكون قد فسخ

= الأخذ بالشفعة ، أو إذا صدر هذا الإعلان من الشفيع فقبل تسجيله . وبعبارة أخرى يجب أن يكون البيع الثانى صادراً قبل تسجيل إعلان الرغبة، سواء صدر هذا الإعلان فعلا ولم يسجل ، أو لم يصدر أصلا فلا يتصور أن يكون قد سجل. وكان الأولى من ناحية الصياغة أن يكون النص كما يأتى : «.. ثم باعها قبل تسجيل رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة» (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٨٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦) .

(١) ولا يشترط أن يكون البيع الثانى ثابت التاريخ ، فالتاريخ العرفى كاف إذا كان سابقا على تسجيل طلب الشفعة . وللشفيع ، وهو ليس من الغير فى ثبوت التاريخ، أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفى وأنه قد قدم غشا ليكون سابقا على تسجيل طلب الشفعة (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٧ – أنظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٣ ص ٤٩٢ – ص ٤٩٣) .

(أ) أ – المادتان ٩٣٨ ، ٩٤٧ من القانون المدنى إذ تنصان على انه إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة بالشفعة إلا من المشترى الثانى، وبالشروط التى اشترى بها ، «وأنه» لا يسرى فى حق الشفيع ... أى بيع صدر من المشترى ... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة...» فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعا ثانيا ساريا فى حق الشفعة يوجب عليه أن لا يطلب أخذها بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلا قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر به رسميا أو علم به علما واقعا وان كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشترى الثانى على أساسه إلا بعد علمه به فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلب أخذ العين بالشفعة ، إلا أنه إذا ادعى الشفيع صورية العقد الصادر للمشترى الثانى وأفلح فى اثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو وحده الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى، على أنه يجب أن يتم اثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى هذه الصورية واثبات جدية عقده وليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ، ويتحقق ذلك باختصامه فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة أو بادخاله أو تدخله خصما فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بأن يتم هذا الادخال أو التدخل فى المواعيد المحددة بطلب الشفعة وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل فى الدفع بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه وبصدور حكم ضد الشفيع بعدم صورية عقد المشترى الثانى لا تصح اجراءات الشفعة فى البيع الأول ويجب توجيه طلب الشفعة فى البيع الثانى ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير – المشترى الثانى – قرر أنه اشترى الأطيان المشفوع فيها بموجب عقد بيع مؤرخ ١٩٧٥/١١/١٥ فى تاريخ سابق على رفع دعوى الشفعة – ولم يثبت فى الأوراق أن=

البيع الأول الذى لم يأخذ فيه الشفيع بالشفعة أو أخذ بها ولكن لم يسجل طلبه قبل صدور البيع الثانى . وعلى ذلك لا يستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى البيع الأول المنسوخ، وكل ما يستطيعه هو أن يأخذ بالشفعة فى البيع الثانى الذى يبقى وحده قائما بعد أن نسخ البيع الأول، ويكون أخذه بالشفعة فى هذه الحالة فى مواعيد البيع الثانى وبشروطه ، وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٩٣٨ مدنى سالفة الذكر [١] . وما دام الشفيع يأخذ بالشفعة فى البيع

= الطاعن سجل رغبته فى الشفعة قبل هذا التاريخ ، فإن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع – الطاعن – دون أن يتوقف ذلك على سبق علمه بالبيع الثانى أو انذاره رسميا ، ويجب على الطاعن أخذ الأطيان المشفوع فيها من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، وإذخلص الحكم المطعون فيه إلى أن عقد المشترى الثانى – المطعون عليه الأخير – عقد جدى غير صورى – على نحو ما سيجئ فى الرد على سبب النعى الثانى – ولم يطلب الطاعن الشفعة فى البيع الثانى فان حقه يكون قد سقط ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وقضى بعدم جواز الأخذ بالشفعة لعدم توجيه الطاعن اجراءات الشفعة إلى البيع الثانى فإنه يكون قد وافق صحيح القانون .

(جلسة ١٩٩٩١/٥/٢٦ الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ الطعن رقم ٢٥٥٤ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٥ الطعن رقم ٣٦٥٨ لسنة ٥٨ ق)

ب – لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه اجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وقد حجبه ذلك عن الفصل فى دفع الطاعنة بصورية العقد الصادر إلى المطعون ضده الثانى .

جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤ الطعن رقم ٨٣٠ لسنة ٦٢ ق) .

(١) وقد يبيع المشترى الأول جزءاً مفرزاً من العقار المبيع ويستبقى الجزء الآخر ، فللشفيع فى هذه الحالة أن يأخذ بالشفعة الجزء المبيع للمشترى الثانى وحده وبشروط البيع الثانى، وأن يأخذ الجزء الذى استبقاه المشترى الأول وحده بشروط البيع الأول ، وذلك لأن الصفقة قد تفرقت (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩) . ويشترط فى الحالتين أن تتوافر شروط الشفعة فى الجزء المطلوب أخذه، فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح جزء لا تتوافر فيه شروط الشفعة لم يجز أخذه (منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧) . أما إذا باع المشترى الأول جزءا شائعا من العقار المبيع واحتفظ لنفسه بباقى العقار شائعا ، لم يجز للشفيع أن يشفع فى جزء شائع دون الجزء الآخر ، بل يجب عليه أن يطلب الشفعة فى كل العقار، بشروط البيع الثانى فى الجزء الشائع الذى باعه المشترى الأول ، وبشروط البيع الأول فى الجزء الشائع الذى استبقاه هذا المشترى . وذلك لأنه لو سمح للشفيع أن يفرق الصفقة فى هذا الفرض ويأخذ بالشفعة جزءاً شائعا دون الجزء الآخر ، لاضطر مالك هذا الجزء الآخر أن يقبل الشفيع شريكا معه فى الشيوع . أنظر نقض مدنى ٣ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١١٦ ص ٨١٩ – استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ – ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٢ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٤٥ – ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٣٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٧ ص ٥٠٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٥ – عبدالمنعم فرج =

الثانى دون البيع الأول ، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا كان البيع الثانى لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة لأى سبب ، امتنع على الشفيع الأخذ بها حتى لو كان البيع الأول يجيزها. ذلك بأن الشفيع يطلب الشفعة فى البيع الثانى ولا شفعة فيه ، ولا يستطيع طلب الشفعة فى البيع الأول بعد أن نسخه البيع الثانى (١)(1). وعلى ذلك إذا كان البيع الثانى صادرا من المشترى الأول إلى زوجه أو أحد من أقاربه أو أصهاره ممن لا يجوز الأخذ منهم بالشفعة ، أو كان المشترى الأول بدلا من أن يبيع العقار وهبه أو قايض عليه ، لم يستطع الشفيع الأخذ بالشفعة، فقد فاته الأخذ بها فى البيع الأول وامتنع عليه الأخذ بها فى التصرف الذى صدر من المشترى الأول (٢).

وقد يكون التصرف الذى صدر من المشترى الأول ، كبيعه العقار لأحد أقاربه أو هبته

= الصدة فقرة ٣١٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٧ .

ورفع دعوى الشفعة على المشترى الأول بعد أن باع هذا لمشتر ثان يصححه تدخل المشترى الثانى فى الدعوى المرفوعة ، ولا حاجة لرفع دعوى جديدة على هذا المشترى الثانى (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١١٤).

(١) وبالرغم من وضوح هذه المسألة ، نرى لجنة الأستاذ كامل صدقى قد ناقشتها مناقشة طويلة اختلفت فيها الآراء ، ولكنها انتهت إلى النتيجة المنطقية التى ذكرناها (أنظر محاضر جلسات ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٧ و ٤ فبراير سنة ١٩٣٨ و ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ – ص ٤٠٤ فى الهامش – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٤) .

(٢) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٣١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٥ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٣٨٣ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٧٥ – إسماعيل غانم ص ٨٦ – ص ٨٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ – حسن كيرة ص ١٨ – أنظر عكس ذلك وأن الشفيع يأخذ بالشفعة فى البيع الأول إذا كان البيع الثانى لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة ولكن بشروط البيع الثانى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٤ ص ٤٩٦ .

(1) أ – إذا كان البيع الثانى من البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى فى البيع الأول الذى يجيزها ، لأن البيع الثانى – إذا كان جديا – فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعا صوريا صورية مطلقة، فإنه يكون منعدماً قانونا غير قائم أصلا فى عاقديه ، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشترى الثانى وينبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة فى بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وثبتت صوريته فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الثانى لأى سبب من الأسباب ، لا يحول دون الأخذ بها فى البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه ، ومن ثم يكون لزاما على المحكمة أن تتصدى ابتداء لبحث الطعن بالصورية المطلقة ، وتقول كلمتها فيه ، فإذا ثبتت صوريته كان منعدما غير منتج لأى أثر قانونى ولو كان مسجلا.

(جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٧٤١ لسنة ٦٣ ق)

للعقار ، تصرفا صوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة . فيجوز للشفيع حينئذ أن يثبت بجميع الطرق [1] صورية التصرف [2] ، وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود فلا ينسخ البيع الذى صدر من المالك للمشترى الأول ، ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأول بشروطه وفى مواعيده [3] (1) . أما إذا كان التصرف الصادر من المشترى الأول بيعا

---

(١) استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢ – ويجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى المشترى الثانى لإثبات صورية البيع الثانى (استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٦ – ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٩٨) . وقد قضى بأن كون المشترى الثانى أما أو أختا أو أخا لمن باع لا يكفى وحده لاعتبار العقد صوريا ، ولا كون البيع الثانى قد تم بثمن أعلى بكثير من الثمن فى البيع الأول (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٢) . ومن القرائن على الصورية أن يتم البيع الأول والبيع الثانى فى يوم واحد (إسماعيل غانم ص ٨٧) .

(٢) وهذا ما تردد القول به غير مرة فى مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى . فقيل مثلا : «إن السبيل ممهد فى هذه الحالة لإثبات صورية البيع الثانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٥ فى الهامش) . وقيل أيضاً بوجوب «أن يطرح جانبا الفرض الذى يكون فيه البيع الثانى بيعا صوريا ، إذ أن فى الوسع إثبات الصورية أمام القاضى ، كما أن الغش لا يكسب حقا» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٩٧ فى الهامش) . وقيل كذلك «يتعين فى حالة البيع الحاصل لأحد الأشخاص الذين نصت عليهم المادة .. منع استعمال حق الشفعة.. على أن يظل الشفيع الذى أصابه ضرر فى حل دائما من أن يتمسك بمبدأ أن الغش يفسد كل شئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٢ فى الهامش) . واقترح أخيراً إقرار النص الآتى : «إذا لم يسجل إعلان الرغبة فى الشفعة الحاصل فى الميعاد إلا بعد تسجيل (؟) البيع الثانى ، وجب على الشفيع أن يستعمل حقه تبعا للشروط التى تم بها البيع الثانى . ويجوز للشفيع ، فى حالة الغش ، أن يستعمل حقه طبقا لشروط البيع الأول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ فى الهامش) .

(٣) استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٢ ص ١٥٤ – المنصورة الكلية أول فبراير سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٣ رقم ٢٢ ص ٤٣ – استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٢٣ – ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠ – ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٢ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٤ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٣ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٧٥ ص ٤٨٦ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٦ ص ٤٧٦ – حسن كيرة ص١٨ .

(1) أ – مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا تصرف مشترى العقار المشفوع فيه ببيعه إلى آخر قبل اعلان أو تسجيل رغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى البيع الأول فأنه يفقد حق الشفعة فى هذا البيع ولا يبقى أمامه إلا طلب الشفعة فى البيع الثانى متى توافرت شروط الشفعة فيه ، على أنه يتعين لسريان أثر البيع الثانى فى حق الشفيع– على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، أن يكون هذا البيع حقيقيا أما إذا كان صوريا صورية مطلقة فإنه يعد غير موجود ويكون الوضع الناشئ عن البيع الأول هو القائم وحده الأمر الذى يترتب عليه أن يبقى حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى هذا البيع ، بما مؤداه أن أحقية الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى البيع الأول هو أمر يترتب على عدم وجود البيع الثانى أو وجوده، فلا يعد الثانى دليلا فى طلب الأخذ بالشفعة فى البيع الأول.

(جلسة ١٨/٢/١٩٩٠ الطن ١٨-١ لسنة ٥٨ ق) =

جديا وتجوز فيه الشفعة ، فلا يؤخذ بالشفعة إلا فيه كما قدمنا . ويجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشترى الأول والمشترى الثانى ، دون البائع للمشترى الأول ، لأن الشفعة إنما تطلب فى البيع الثانى المبرم ما بين المشترى الأول والمشترى الثانى لا فى البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشترى الأول [1] . والأخذ بالشفعة فى البيع الثانى يكون ، كما قدمنا ، فى مواعيد هذا البيع وبشروطه ، ولا يعتد بشروط

= ب – بيع المشترى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان قبل اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها م ٩٣٨ مدنى . أثره . عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى . ادعاء الشفيع صورية العقد الصادر للمشترى الثانى . وافلاحه فى اثبات ذلك . مؤداه . الاعتداد بالبيع الأول . نتيجة طلب الشفعة إلى المشترى الثانى لا محل له وإن وجب اختصامه أو إدخاله ولو بعد الميعاد – حتى يتسنى اثبات الصورية فى مواجهته.

(جلسة ١٩٩٠/١/١٢ الطعن رقم ١٣٣٠ لسنة ٥٨ ق)

جـ – إذ كانت الصورية المطلقة إن ثبتت ينعدم بها وجود عقد البيع قانونا فلا تترتب اثاره ولا تنتقل بمقتضاها ملكية العقار إن سجل إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا منعدما ، فإنه ينبنى على ذلك أن الشفيع إذا طعن بالصورية المطلقة على عقد المشترى الثانى فدفع هذا الأخير بعدم قبول الدعوى لأنه تصرف فى العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثالث لم يختصمه الشفيع فى دعواه كان لازما على المحكمة قبل أن تفصل فى هذا الدفع أن تتصدى بداءة لبحث الطعن بالصورية وتدلى بكلمتها فيه حسما له ذلك بأنه لو ثبتت صورية عقد المشترى الثانى كان منعدما غير منتج لأى أثر قانونى ولو كان مسجلا فلا يكون لهذا المشترى فى مواجهة الشفيع ثمة حقوق تعلقت بالعقار المشفوع فيه ويغدو بالتالى غير مقبول منه أن يحتج قبله بتصرف صدر منه فى هذا العقار إلى مشتر ثالث .

(جلسة ١٩٨٩/٦/٢٩ الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٧ ق)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى فى حالة البيع الثانى اختصام المشترى الثانى والبائع له فى دعوى الشفعة ، أما اختصام البائع الأصلى فلا يكون لازما (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ – وانظر أيضا نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧١ ص ١٠٩٠) . وانظر استئناف وطنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٢١ ص ٣٣ – ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص ٦٣٠ – استئناف أسيوط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ١٥ رقم ٧٣ ص ١٩٩ – استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٤٨ – أول مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٤ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٩ – ٢٨ مارس سنة ١٩١٢ م ١٤ ص ٢٤٥ – ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥٧ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ أ ٣٥ ص ٢١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٢ ص ٥٠٠– ٥٠١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٢ ص ٤٩١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣١٧ ص ٤٧٦ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص ٣٤٦ .

البيـع الأول [1](1). فإذا كان الثمن فى البيع الثانى أعلى من الثمن فى البيع الأول، كان على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة هذا الثمن الأعلى [2]، وكذلك إذا كان ثمن البيع

---

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية المختلطة ٢٧ ص ٢٧٩ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(٢) وقد أكد أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى «ضرورة حماية المشترى ، إذ لا يتصور أن يحرم هذا المشترى من حقه فى بيع العقار الذى اشتراه بالثمن الذى يراه مناسبا، والذى له مطلق الحرية فى تحديده كما يشاء حتى يسجل طلب الشفعة. وأضاف أن هذا الثمن هو الذى يجب على الشفيع أداؤه، وإن زاد عن الثمن المتفق عليه فى البيع الأول» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠١ فى الهامش) .

(1) أ – نظم المشرع فى المواد ٩٤٠ ، ٩٤٣ من القانون المدنى اجراءات الأخذ بالشفعة سواء فى ابداء الرغبة فيها أو فى رفع الدعوى بطلبها وهى إجراءات توجب تعيين المبيع الذى قام بسببه الحق فى الأخذ بالشفعة وتحديد شخص البائع والمشترى والثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ، وإذ تعتبر العقود فى توالى البيوع فى العقار المشفوع فيه عقودا متباينة كل منها قائم بذاته مستقل عن الآخر فى أشخاص المتعاقد بل وشروط التعاقد فإن الشفيع إذا ما حدد فى دعواه أمام محكمة أول درجة طلب الأخذ بالشفعة بالنسبة لعقد معين من هذه العقود المتتابعة فإنه يتحدد وفقا لهذا العقد موضوع الحق المتداعى بشأنه والخصوم فى التداعى ، فلا يجوز إذا ما قضى برفض دعواه أن يطلب فى الاستئناف الشفعة فى عقد بيع آخر إذ يعد ذلك تغييرا للطلب الذى كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة مما لا يقبل لدى محكمة الاستئناف باعتباره طلبا جديدا فلا تثريب على هذه المحكمة إن – أعرضت عن بحثه ولم تعر التفاتا لدفاع يتصل به لخروجه عن نطاق الاستئناف المطروح .

(جلسة ١٩٨٨/١٢/٨ الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق)

ب – مؤدى النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى ، أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثانى قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى، وبالشروط التى اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح فى أثبات ذلك اعتبر البيع الثانى غير موجود ، كأن لم يكن ويبقى البيع الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة ، وهو ما يغنى الشفيع أصلا عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى وان كان يتعين مع ذلك إدخاله فى الدعوى لوجوب اثبات الصورية فى مواجهته باعتباره أنه صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله .

(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٢٥٩)

(جلسة ١٩٨٩/١٢/٥ الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ الطعن رقم ١٦٥٠ لسة ٤٩ ق س ٣٢ ص ٦٧٧)

(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ١٢١ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٨٣٨)

(جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧ الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٤٥ ق س ٣٠ ح ٣ ص ٧٢)

(جلسة ١٩٧٥/٦/١١ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ ق س ٢٦ ص ١٢٠١)

الثانى هو الأدنى كان الثمن الأدنى هو الواجب إيداعه (١) (1).

---

(١) ولا يكون المشترى الأول ملزما بالضمان إذا نزع العقار من المشترى الثانى بسبب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٧٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٦) . كذلك لا يكون المشترى الأول مسئولا نحو الشفيع إذا هو باع العقار الذى اشتراه ، دون أن يقصد بهذا البيع الإضرار بالشفيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٣) .

(1) أ – يدل النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أنه يجب على الشفيع الذى يبد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا لما جرى به نص هذه المادة ضد المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت إن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة، وذلك لزوال قابلية البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة وبالتالى صار متعينا على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفى البيع الثانى وبشروط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هما البائع فى هذا العقد أى المشترى الأول والمشترى الثانى لا يغير من ذلك أن يكون المشترى الأول قد سبق اختصامه فى الدعوى فى البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة فى البيع الثانى وذلك لزوال ذلك البيع بحصول الثانى ويكون اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشترى والبائع إعلانا رسميا على يد محضر وإلا كان باطلا كما تنص بذلك صراحة المادتان ٩٤٠ ، ١/٩٤٢ من القانون المدنى ويوجه إلى موطن كل منهما إلا إذا كان أيهما قد اتخذ موطنا مختارا له فيجوز اعلان الرغبة فى هذا الموطن ، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(جلسة ١٩٨٩/٣/٩ الطعن قم ١٣٨٣ لسنة ٥ ق)

ب – دعوى الشفعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا تكون مقبولة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشترى والبائع سواء أمام محكمة أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض ، فإن رفعت فى أى مرحلة دون اختصام باقى أطرافها قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير فى الصفة أو الحالة ليوجه إليهم اجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت اتخاذها .

(جلسة ١٩٨٤/٢/٨ الطعن رقم ٣٤٤ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ٤٢٨)

(جلسة ١٩٨٣/٦/٣٠ الطعون أرقام ٢٤٢٠، ٢٣٧٠، ٢٣٨٦ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٥١٤)

(جلسة ١٩٨٣/٦/١٢ الطعن قم ١٥٢٨ لسة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٤١٢)

جـ – مفاد نص المادة ٩٣٨ مدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا لتلك المادة لكل المشترى الثانى وبالشروط اتى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل اعلان الرغبة فى الشفعة ، ولا يقدح فى ذلك ما قد يوهم به نص المادة المذكورة من وجود اختلاف بينها وبين نص المادة التاسعة من قانون الشفعة الملغى ، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة ، ويؤيد هذا النظر ما تقضى به المادة ٩٤٧ من القانون المدنى من أنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى الشفعة ، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أنه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب ادخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة طالما أنه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير تم قبل تسجيل اعلان رغبة =

ولا عبرة بتسجيل البيع فى كل ذلك كما قدمنا ، فقد يكون البيع الأول غير مسجل وكذلك البيع الثانى ، ومع ذلك يأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الثانى بالرغم من أنه غير مسجل (١) (1).

٢ – البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة

١٧٣ – نص قانونى : تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ مدنى على ما يأتى :

«لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية

= الشفيع، وقد أكدت ذلك المادة ٩٤٢ من ذات القانون إذ نصت بأن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل .

(جلسة ١٩٨١/١١/١١ الطعن رقم ١٣٤٧ سنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٨١/٣/٣ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٤٥ ق س ٣٢ ص ٧٥٠)

(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن قم ٨٣٢ لسنة ٤٧ ق س ٣٢ ص ٨٣٨)

(جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٦ ق س ٣١ ص ٤٨١)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢ الطعن رقم ١٠٢٠ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٨٩١)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٣ الطعن قم ٢٥٣ لسنة ٣٨ ق س ٢٤ ص ١٠٧٠)

(جلسة ١٩٧٠/١١/١٠ الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ١١٣٠)

(جلسة ١٩٦٨/١/٢٥ الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ١٦٤)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ ، ولذا يجب توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ولو لم يكن عقده مسجلا ، متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكم النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣) – وانظر استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٦٩ – ١٣ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢١٣ .

(1) أ – لا يشترط فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل ، ولا محل للتفرقة فى هذا الخصوص بين حالتى البيع الواحد والبيوع المتوالية .

(جلسة ١٩٧٠/١١/١٠ الطعن رقم ١٩٢ لسنة ٣٦ ق س ٢١ ص ١١٣٠)

ب – البيع الذى هو سبب الشفعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا عبرة فيه بتاريخ تسجيله لأن حق الشفعة يتولد وقت انعقاد البيع ولو لم يكن مسجلا أو ثابت التاريخ .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٢٨ الطعن رقم ١٢١٨ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ الطعن قم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٢٥٩)

(جلسة ١٩٨٣/٥/٢٩ الطعن قم ١٣٢٦ لسنة ٤٩ ق س ٣٤ ص ١٣٢٢)

الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية . (جـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة» [1].

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادتين٣ و ٦ [2].

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل، وفى التقنين المدى الليبى م ١/٤٩٣ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ [3]، وفى قانون

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلنى عن طريق الإدارة أو القضاء . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة . (جـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة، أو ليلحق بمحل عبادة» . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠١٢ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت عبارة «عن طريق الإدارة أو القضاء» فى البند (أ) بعبارة «وفقا لإجراءات رسمها القانون»، ووافق مجلس النواب على النص تحت قم ١٠٠٩ كما عدلته لجنته. وفى لجنة مجلس الشيوخ لوحظ أن عبارة «وفقا لإجراءات رسمها القانون» الواردة فى البند (أ) لا تفيد معنى البيع بالمزاد العلنى الجبرى، لأن البيع قد يحصل بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها له قانون المرافعات ، فأجيب بأن المقصود بهذه العبارة كفالة علانية البيع، فوافقت اللجنة على العبارة ملاحظة أن عبارة «وفقا لإجراءات رسمها القانون» يدخل فيها كل بيع بمزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى . وأضيفت إلى البند (ب) عبارة «أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» نظراً لأن صلتهم لا تقل فى غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد رؤى الوقوف عد الدرجة الثانية توخيا للتضييق. وذلك تحقيقاً للفكرة المقصودة من النص، وهى استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية، واقترح فى خصوص البند (جـ) التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشترى من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح ، ووافقت على النص دون هذا التعديل تحت رقم ٩٣٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٣ – ص ٤٠٩).

(٢) قانون الشفعة السابق م ٣ : لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء . وكذلك لا شفعة فيما بيع بين الأصول وفروعهم وبالعكس ، ولا فيما بيع من أحد الزوجين للآخر، أو من المالك لأحد أقاربه لغاية الدرجة الثالثة .

م ٦ : لا شفعة فيمابيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

(والتقنين المدنى الجديد يختلف عن قانون الشفعة السابق فيما يأتى : (١) لم يقصر بيع المزاد العلنى على المزاد الجبرى وقسمة التصفية كما فعل قانون الشفعة ، بل عمم النص فجعله يشمل كل مزاد علنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون فيدخل المزاد العلنى الاختيارى .

(٣) وسع حلقة الصلة العائلية التى لا يؤخذ فيها بالشفعة وذلك تضيقا لاستعمال هذا الحق، فمد القرابة إلى الدرجة الرابعة بدلا من الدرجة الثالثة التى وقف عندها قانون الشفعة، وأضاف المصاهرة لغاية الدرجة الثانية) .

الملكية العقارى اللبنانى م ٢/٢٤٤ و م ٢٥٤[١] .

ويتبين من النص سالف الذكر أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه . وموانع الشفعة غير مسقطاتها ، فالمانع يلغى الشفعة ابتداء ، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم . فإذا باع زوج لزوجه عقارا، قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة، فلا تقوم الشفعة منذ البداية . وإذا نزل الشفيع عن الشفعة ، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها ، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها، فإن الشفعة تسقط انتهاء بعد أن قامت ابتداء . وهذه الضوابط تغنينا عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها ، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداء فى بيع عقار فهناك مانع ، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط .

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ، كما هى ظاهرة من النص سالف الذكر، ترجع إلى اعتبارات مختلفة . منها ما يرجع إلى الطريقة التى تم بها البيع ، ويتحقق هذا فى البيع الذى حصل بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ومنها ما يرجع إلى العلاقة فيما بين البائع والمشترى ، فقد تكون علاقة عائلية لا تسمح بأن يقتحمها أجنبى ويأخذ العقار المبيع

---

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى : لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١/٩٤٣ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١١٣٤ : لا تسمع دعوى الشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزايدة العلنية عن طريق القضاء أو الإدارة . (ب) إذا وقع البيع بين الزوجين، أو بين الأصول والفروع، أو بين الحواشى لغاية الدرجة الرابعة . (جـ) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، وسجل بدائرة الطابو على هذا الوجه . (د) ... (هـ) ..... (و) .... (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أمرين : (١) لا يمنع التقنين العراقى الشفعة فى المزاد العلنى الاختيارى، ويمنعها التقنين المصرى . (٢) لا يجعل التقنين العراقى المصاهرة مانعة من الأخذ بالشفعة ، ويجعلها التقنين المصرى مانعة لغاية الدرجة الثانية) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٢٤٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا تسمع دعوى الشفعة فى المقايضة العقارية ، وفى البيع الحاصل بين الزوجين أو الأصول والفروع أو الأخوة والأخوات . م ٢٤٥ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) : لا شفعة للموقف ، ولا فى البيع الحاصل بالمزاد العلنى عن طريق الإدارة أو القضاء . (والقانون اللبنانى يختلف عن القانون المصرى فى أمور ثلاثة : (١) لا يمنع القانون اللبنانى الشفعة فى المزاد العلنى الاختيارى، ويمنعها التقنين المصرى . (٢) لا يتوسع القانون اللبنانى فى القرابة المانعة من الشفعة فيقصرها فيما يتعلق بالحواشى على الإخوة والأخوات ويمدها التقنين المصرى إلى الدرجة الرابعة ، ولا يجعل القانون اللبنانى المصاهرة مانعة من الشفعة ويجعلها التقنين المصرى مانعة لغاية الدرجة الثانية . (٣) لا يمنع القانون اللبنانى الشفعة فيما بيع ليخصص محلا للعبادة أو ليلحق به ، ويمنعها التقنين المصرى فى ذلك) .

بالشفعة ، ويتحقق هذا فى البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة . ومنها ما يرجع إلى الغرض الدينى الذى أعد له العقار المبيع ، ويتحقق هذا فى العقار المبيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به .

وليس ما ورد فى النص سالف الذكر هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فهناك موانع أخرى متناثرة فى تشريعات مختلفة [1] . من ذلك ما نصت عليه المادة ٩ من قانون الإصلاح الزراعى من أن «توزع الأرض المستولى عليها فى كل قرية على صغار الفلاحين ، بحيث يكون لكل منهم ملكية صغيرة لا تقل عن فدانين ولا تزيد على خمسة أفدنة تبعا لجودة الأرض» . ثم تضيف الفقرة الأخيرة من المادة نفسها : «لا يجوز أخذ الأراضى التى توزع بالشفعة» . والحكمة فى منع الشفعة هنا واضحة ، فهذه أراض مقسمة إلى قطع صغيرة، تبيعها الحكومة لصغار الفلاحين بأثمان زهيدة مقسطة أقساطا طويلة الأجل وبشروط معينة ، بغية رفع المستوى الاقتصادى لمعيشة صغار الفلاحين ، فلو أبحنا الشفعة فى مثل هذا البيع لضاع الغرض الأساسى الذى يهدف الإصلاح الزراعى إلى تحقيقه ، ولنزعت هذه الأراضى بالشفعة من أيدى طائفة من الفلاحين قصد القانون حمايتها . وكذلك قضت المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعى بوضع حدود لتصرف المالك فى الأرض التى يملكها وتكون زائدة على الحد الأقصى الجائز تملكه ، فيجوز للمالك التصرف فى هذا المقدار الزائد لأولاده فيما لا يزيد على مائة فدان ، ولصغار الفلاحين فيما لا يزيد على خمسة أفدنة لكل مشتر، ولخريجى المعاهد الزراعية فيما لا يزيد على عشرين فدانا لكل منهم . ثم تقضى المادة ٤ مكررة من قانون الإصلاح الزراعى بأنه لا يجوز أن تؤخذ بالشفعة الأرض المتصرف فيها على الوجه المبين فى المادة ٤ سالفة الذكر . وحكمة منع الشفعة هنا أيضاً واضحة ، فقد قصد القانون أن يكون التصرف لفئات معينة ، منها الأولاد والشفعة ممنوعة فى شأنهم من الأصل،

---

(١) هذا إلى قيام اعتبارات أخرى فى بعض البيوع تتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية تستوجب حماية صغار المزارعين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم ، إذ قضى برفض دعوى الشفعة ، أقام قضاءه على أن التصرف الصادر من المطعون عليها الأول إلى المطعون عليه الثانى ليس بيعا تجوز فيه الشفعة ، وإنما هو تصرف ذو طابع خاص ، روعى فيه إيثار المتصرف إليه بالأولوية فى شراء الأطيان المبيعة موضوع طلب الشفعة ، لاعتبارات منها ما يتعلق بشخص المتصرف إليه لقيامه باصلاح الأرض المتصرف له فيها ، ومنها ما يتعلق بمصالح اجتماعية واقتصادية ترمى إلى رفع مستوى صغار المزارعين وتوفير أسباب العيش لهم والتشجيع على إصلاح الأراضى البور، فضلا عن أن الثمن المسمى بالعقد لا يمثل حقيقة قيام العين المبيعة وقت البيع، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون . ذلك بأن القضاء بالشفعة فى هذه الحالة يتنافى مع طبيعة العقد ، وفيه تفويت للأغراض المقصودة منه (نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكم النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ٧١٦ رقم ٦-).

ومنها صغار الفلاحين ، ومنها خريجو المعاهد الزراعية ، وذلك كله بأقدار معينة . فإباحة الشفعة ، وانتزاع الأرض من أيدى هذه الفئات ، يضيع على المشروع غرضه . ومن ذلك ما قضت به المادة ٥٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها من أن العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز أخذها بالشفعة . والحكمة فى منع الشفعة هنا هى نفس الحكمة التى قدمناها فى التشريعات السابقة ، إذ التصرف فى هذه العقارات إنما يكون لفئات معينة من صغار الملاك روعيت فيهم شروط واعتبارات خاصة ، فيضيع على المشرع غرضه لو أبحنا أخذ هذه العقارات بالشفعة [1] .

١٧٤ – البيع بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات رسمها القانون : رأينا أن المادة ١/٩٣٩ مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة «إذا حصل البيع بالمزاد العلنى ، وفقا لإجراءات رسمها القانون» . فيشترط إذن لمنع الشفعة أمران : (١) أن يكون البيع بالمزاد العلنى. (٢) وأن يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون . ويتوافر هذان الشرطان فى البيوع الآتية :

١ – بيع بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء ، بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه . فهذا دون شك بيع بالمزاد العلنى، ويجرى وفقا

---

(١) يضاف إلى ذلك أيضا أن الشفعة لا تجوز فى بيع يكون من شأنه أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضى الزراعية على الحد الأقصى الذى يسمح به قانون الإصلاح الزراعى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى تبين أن الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان ، فان الحكم لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة فى هذه الحالة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى التى تقضى ببطلان كل عقد ترتبت عليه مخالفة مانصت عليه تلك المادة من عدم جواز زيادة ملكية الفرد على مائتى فدان لتعلق حكم هذه المادة بقاعدة من قواعد النظام العام . ولا محل للاستناد إلى القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٦ الذى أجاز للأفراد أن يتملكوا أكثر من مائتى فدان عن طريق الميراث أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية غير العقود ، وأباح لهؤلاء أن يتصرفوا فيما زاد على المائتى فدان خلال سنة من كسب الملكية غير مقيدين بالقيود التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى فى خصوص من يملكون أكثر من مائتى فدان وقت صدوره. وذلك لأن حكم الشفعة وإن كان سببا مستقلا لكسب الملكية ، إلا أنه يأخذ حكم العقد ، إذ بحكم الشفعة تنصرف آثار عقد البيع إلى الشفيع ، لأن الملكية فى حالة الحكم بالشفعة تكون قد اكتسبت بعمل إرادى من جانب الشفيع ، وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه إذا كان الشفيع يملك قبل الحكم بالشفعة أكثر من مائتى فدان ، وأن فى إباحة تملك ما يزيد على مائتى فدان بالشفعة تحايلا على أحكام المرسوم بقانون رقم١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . أما الوصية والميراث وما جرى مجراهما من أسباب كسب الملكية، فإن الأمر فيهما يتم بغير سعى من جانب من آلت إليه الملكية (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٧٩٨) .

لإجراءات رسمها تقنين المرافعات ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٢ – بيع بالمزاد العلنى أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عينا دون ضرر ، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية (licitation) . وقد نصت المادة ٤٦٤ مرافعات فى هذا الصدد على أن «العقار المملوك على الشيوع، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من يعنيه التعجيل من الشركاء» . وهذا أيضا بيع بالمزاد العلنى، يجرى وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (أنظر المواد ٤٦٤ – ٤٦٦ و ٤٦٧ و ٤٦٨) ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٣ – بيع الدولة لأملاكها الخاصة بالمزاد العلنى وفقا للإجراءات المقررة فى التشريعات الخاصة بذلك . فهذا بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون، فلا تجوز فيه الشفعة [١] .

٤ – الحجز الإدارى وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقا لإجراءات قررتها تشريعات الضرائب [٢] ، فهذا أيضا بيع بالمزاد العلنى ، أمام جهة الإدارة ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة .

٥ – بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بطريق المزايدة ، أمام جهة القضاء ، وتنص المادة ٤٥٩ مرافعات فى هذا الصدد على أن «بيع عقار المفلس وعقار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب ، بطريق المزايدة ، يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب» . ويجرى البيع وفقا لإجراءات رسمها تقنين المرافعات فى المواد ٤٦٠ – ٤٦٣ منه . فهنا أيضا بيع بالمزاد العلنى أمام جهة القضاء ، يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة.

---

(١) ويستثنى من ذلك بيع مصلحة الأملاك لعقاراتها بالمزاد بشرط مصادقة وزير المالية، فتجوز الشفعة فى هذا البيع (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) . وعلى العكس من ذلك لا تجوز الشفعة فى بيع مصلحة الأملاك لأرض بطريق الممارسة بثمن روعى فى تقديره اعتبارات خاصة ، متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين ، ويعتبر البيع فى هذه الحالة متراوحا بين البيع والهبة والصلح، لأن تقدير الثمن تراعى فيه اعتبارات تتعلق بشخص المشترى من ناحية ، وبمصالح عليا اجتماعية وسياسية من الناحية الأخرى، وكل ذلك لا يمكن نقديره بثمن (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٣٠ – وانظر نقض مدنى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ١٧٦ رقم ٦٠ آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر فيما يختص بالحجز الإدارى القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

٦ – بيع العقار المثقل بتكاليف عينية بيعا اختياريا بالمزاد العلنى ، أمام جهة القضاء ، وتنص المادة ٤٦٧ مرافعات فى هذا الصدد على أنه «يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حق امتياز أو اختصاص أو رهن رسمى أو حيازى ، لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته، أن يبيعه أمام القضاء ، بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة» . ويجرى البيع وفقا للإجراءات التى رسمها تقنين المرافعات لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع . فهنا البيع بيع اختيارى بالمزاد العلنى، يجرى أمام القضاء وفقا لإجراءات رسمها القانون ، فلا تجوز فيه الشفعة [1] .

فهذه جميعا بيوع عقارية بالمزاد العلنى ، تقع أمام القضاء أو أمام جهة الإدارة، وتكون جبرية أو اختيارية ، لاستيفاء ديون أو لتصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية، وتجرى كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون ، سواء كان هذا القانون هو تقنين المرافعات أو أى تشريع آخر . والمهم فى كل ذلك أن يكون هناك ، كما قدمنا، بيع

---

(١) أنظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ ، حيث لاحظ أحد الأعضاء «أن المادة ٧١٠ من قانون المرافعات المختلط الواردة فى باب الحجز العقارى تعرض لحالة بيع العقار المثقل بحقوق لصالح دائنين ، وأن هذه المادة وإن كانت تخول المالك حق طلب بيع عقاره عن طريق القضاء ، إلا أنه يجب أن يكون المقصود من هذا البيع هو تخليص العين من حقوق مقررة عليها لصالح أجنبى، حتى يتسنى أن يطلب هو نفسه بيع عقاره ليحصل على أقصى ثمن تبقى له منه من بقية بعد سداد ديونه . فمثل هذه الحالة تدخل فى نطاق المزاد العلنى ، ولما كان البيع يحصل عن طريق القضاء وبطريقة علنية ، فالرأى عدم جواز استعمال حق الشفعة فى مثل هذا البيع» . وقال عضو آخر : «إن تقصى الأسباب التى حدت بالشارع إلى وضع هذا النص (القاضى بمنع الشفعة فى البيع بالمزاد العلنى) يهدينا إلى أنه رمى إلى تحقيق مصلحة اقتصادية تهدف إلى بيع العين المبيعة بأعلى ثمن ممكن، فعلانية البيع وإجراءات المزايدة كفيلة فى نظره بتمكين كل راغب فى الأخذ بالشفعة من التدخل فى المزاد لشراء العين» . وعقب عضو ثالث بأنه «لا محل لتقرير الشفعة فى مثل هذه الحالة ، ما دام أن البيع علنى ومباح للجميع» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ فى الهامش) – وانظر أيضا محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٥٩ .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وغنى عن البيان أن البيع بالمزاد العلنى الذى يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر فيه أن يكون جبريا أو اختياريا، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين ، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٧) – وانظر أيضا ما دار من المناقشات فى لجنة مجلس الشيوخ فى خصوص منع الشفعة حتى فى البيع الاختيارى وفى «كل بيع بالمزاد العلنى يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون سواء فى ذلك البيع الإدارى أو القضائى» آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

بالمزاد العلنى يجرى وفقا لإجراءات رسمها القانون (١).

ومن ثم يخرج من هذا النطاق ، فتجوز فيه الشفعة ، الحالتان الآتيتان (٢):

١ – بيع المالك لعقاره بيعا حرا بالمزاد العلنى ، دون أن يتقيد فى ذلك بالإجراءات والشروط التى قررها تقنين المرافعات للبيوع الاختيارية التى تجرى بالمزاد العلنى (انظر م ٤٦٧ مرافعات) . فقد يعمد المالك إلى بيع عقاره ، ولو لم يكن مثقلا بتكاليف عينية ، بالمزاد العلنى . ويجرى فى ذلك وفقا لإجراءات يضعها هو (٣) ولا يتقيد فيها بالقانون ، قاصدا بذلك أن يحصل على أعلى ثمن ممكن لعقاره . فهذا البيع ، وإن كان بالمزاد العلنى، لم يجر

---

(١) ولم يكن قانون الشفعة السابق بهذا الوضوح ، فقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٣ منه تجرى على الوجه الآتى : «لا شفعة فيما بيع بالمزايدة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا ، أو لنزع الملكية قهراً أمام إحدى جهات الإدارة أو القضاء» . وقد اختلفت المحاكم ، فى عهد هذا القانون ، فى تفسير هذا النص . فبعض ذهب إلى وجوب الرجوع إلى الأصل الفرنسى لهذا النص ، ومنه يتبين أن هناك حالتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى : حالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام جهة الإدارة كما إذا باعت إحدى الجهات الإدارية عقاراً مملوكا لها ملكية خاصة بالمزاد العلنى فلا شفعة فى هذا البيع ، وحالة البيع الذى يجرى بالمزاد أمام القضاء لنزع الملكية جبراً بواسطة الدائنين أو لعدم أمكان قسمة العقار بين الشركاء فلا شفعة أيضا فى هذا البيع (استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٧٥ ص ١٣٢ – أسيوط الكلية استئنافى ١٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ – استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٣) . وذهب بعض المحاكم الأخرى إلى وجوب التزام النص العربى، وأنه يمكن أن يقع بيع بالمزاد العلنى أمام جهة الإدارة لنزع الملكية قهراً ، إذ أن الجهات الإدارية تنزع ملكية العقارات لاستيفاء الضرائب كما تنفذ أحكام النفقات الصادرة من المحاكم الشرعية (مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص ٥٣٩) . أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٤٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٩ – إسماعيل غانم ص ٨٢ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ – ص ٣٣٥ .

(٢) وكانت هناك حالة قبل إلغاء المجالس الحسبية ، وهى حالة بيع عقار القاصر أو المحجور عليه الذى كان يقع أمام هذه المجالس . وقد قضت محكمة النقض بأن البيوع التى ترخص المجالس الحسبية للأوصياء أو القوام فى إجرائها ليست من نوع البيوع الحاصلة بطريق المزايدة العلنية التى منعت المادة الثالثة من قانون الشفعة من الاستشفاع فيها، لأن الشارع لا يعنى بهذه البيوع إلا البيوع التى تباشرها الجهة القضائية أو الإدارية المختصة وفقا لقواعد وإجراءات معينة قانونا تضمن العلانية والطمأنينة لحماية ذوى الحقوق، ثم توقعها حتما لمن يرسو عليه المزاد (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص ١٠٨١ – وانظر أيضا نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ – استئناف أسيوط ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٣٠ ص ٣١٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٤ – ص ٣٥٥ – محمد على عرفة فقرة ٣٢٨) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه تجوز الشفعة فى البيع الذى أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد، لأن هذا المزاد لم يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون كما تتطلب ذلك المادة ٩٣٩ مدنى ، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقته على الثمن الراسى به المزاد ، وعلى حقه فى إلغاء =

وفقا لإجراءات رسمها القانون . فلا تحوطه ضمانات كافية ، ويستطيع المالك أن يجرى البيع ، كما يشاء وبالطريقة التى تروقه ، بل يستطيع ألا يرسى المزاد على أعلى مزايد إذا اشترط ذلك مقدما . ومن ثم تجوز الشفعة فى هذا البيع ، لأنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون (١) .

٢ – بيع المالك عقاره بالمظاريف ، فتتقدم العطاءات فى مظاريف مقفلة، ولا يعلم أحد من المتقدمين للشراء بالعطاءات التى قدمها الآخرون . فهذا البيع لا تتوافر فيه العلانية، ولا يزايد أحد على آخر فيه ، بل الكل يتقدمون بعطاءات سرية ليست نتيجة للمزايدة بين المتقدمين، فلا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلنى . وحتى لو رسم له القانون إجراءات معينة، وأجرى البيع وفقا لهذه الإجراءات ، فإنه يكون بيعا جرى وفقا لإجراءات رسمها القانون، ولكنه لا يكون بيعا بالمزاد العلنى ، ومن ثم تجوز فيه الشفعة (٢) .

فلابد إذن ، لامتناع الأخذ بالشفعة ، أن يكون البيع بالمزاد العلنى ، وأن يجرى وفقا

= البيع بدون إبداء أسباب . وهذه شروط تنطق بأن مثل هذا البيع ، ولو أنه يتم بالمزاد ، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانونا بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد فيها حتما على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد» (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص ٦٠٧) .

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٥ ص ٥٤٧ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة الثالثة من قانون الشفعة تنص على منع الشفقة فيما بيع بالمزايدة، ومقصود الشارع من النص هو البيع بالمزاد طبقا لإجراءات وقواعد معينة قانونا تتضمن علانية العطاءات من جهة وإيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر من جهة أخرى، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له رغبة فى المبيع أن يشترك فى المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزاد . ولما كان بيع أراضى الحكومة الحرة بطريق المظاريف ليس فيه من علانية العطاءات ما يسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة ، ثم لما كان وقوع البيع لصاحب العطاء الأكبر غير مكفول لما هو محتفظ للحكومة من الحق المطلق فى قبول أو رفض أى عطاء ، ولوجوب اعتماد وزير المالية للبيع فى كل حال، فالبيع بطريق المظاريف ليس هو البيع بالمزايدة، فتجوز فيه الشفعة (نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص ٤٩٠) . وانظر أيضا فى هذا المعنى أسيوط استئنافى ٢٩ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٣١ ص ٢١١ – مصر الكلية ٣٠ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٢٩ ص٥٣٩ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البيع بالمزاد أمام جهة الإدارة الذى لا تجوز فيه الشفعة هو البيع الذى يحصل وفقا للإجراءات المنصوص عليها فى دكريتو ٢٥ مارس سة ١٨٨٠ ودكريتو ١٦ مارس سنة ١٩٠٠ للوصول بطريق الملكية نزع الملكية قهراً إلى الحصول على الأموال المتأخرة، وليس بيع العقارات الخاصة المملوكة للدولة الذى يقع بطريق المظاريف بناء على إعلان للجمهور ووفقا لشروط المنشور الوزارى المؤرخ ٢١ أغسطس سنة ١٩٠٢ فإن هذا البيع، وإن جرى أمام جهة الإدارة ، ليس إلا بيعا اختياريا ولا يصير تاما إلا إذا وافقت عليه الحكومة (استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٠ ص=

لإجراءات رسمها القانون . والحكمة فى امتناع الأخذ بالشفعة فى البيع على الوجه المتقدم تتمثل فى أمور ثلاثة : (١) لما كان هذا البيع يجرى بالمزاد العلنى وفقا لإجراءات تكفل له الضمانات الكافية والعلانية التامة ، فمن اليسير على الشفيع أن يعلم بأمره ، وما عليه إذا أراد أخذ العقار إلا أن يدخل فى المزاد ، فيحصل عليه من طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة، التى هى حق استثنائى يعطى بقدر الضرورة . (٢) لو أجيز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع، لامتنع كثير من الدخول فى المزاد خشية الأخذ بالشفعة ، فمنع الشفعة إذن يوفر لهذا البيع دخول أكبر عدد ممكن من المزايدين ، والحصول على أعلى ثمن ممكن . (٣) الجار الشفيع، إذا أراد أخذ العقار ، إلى الدخول فى المزاد من شأنه أن يصل بالثمن إلى حد أكبر من أعلى عطاء يتقدم به المزايدون ، إذ لابد للشفيع من أن يزيد على هذا العطاء الأعلى حتى يرسو عليه المزاد (١).

١٧٥ – البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة : رأينا (٢) أن المادة ٩٣٩ (ب) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة «إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» . ومنع القانون الشفعة هنا لاعتبار فى المشترى، فإذا باع المالك عقاره لمشتر تصله به صلة وثيقة من الزوجية أو القرابة أو المصاهرة ، فإن هذا البيع لابد أن يكون قد لوحظت فيه شخصية المشترى ويغلب أن المالك ما كان يبيع عقاره لسواه ، لذلك لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار بالشفعة وينتزعه من يد المشترى ، وقد عدد القانون على سبيل الحصر فئات معينة يمتنع الأخذ منها بالشفعة ، وهذه هى :

١ – بيع الزوج لزوجته ، أو بيع الزوجة لزوجها ، ففى هذا البيع أو ذاك لا يجوز الأخذ بالشفعة (٣).

= ٢٨٠) . وانظر أيضا استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٢ – ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٤ .

وانظر مناقشات لجنة الأستاذ كامل صدقى فى هذا الخصوص فى محضر جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٠٦ فى الهامش) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥٢ ص ٣٥٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٩ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٣٩ ص ٤٦٣ – إسماعيل غانم ص ٨٢ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٨ ص ٤٦٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٠ ص ٣٣٤ – ص ٣٣٥ – حسن كيرة ص ١٤ .

(١) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٥١ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) أما بيع المالك لمطلقته أو المطلقة لزوجها السابق، أو بيع الخطيب لخطيبته أو الخطيبة لخطيبها ، فتجوز فيه الشفعة (عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢).

٢ – بيع المالك لفروعه مهما نزلوا ، أو لأصوله مهما علوا ، فلا تقيد القرابة هنا بدرجة معينة . فإذا باع الأب (أو الأم) عقاره لابنه أو لبنته أو لابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته ، مهما نزل الفرع ، فإن الشفعة لا تجوز . كذلك إذا باع الابن (أو البنت) عقاره لأبيه أو لأمه أو لأبى أبيه أو لأم أبيه أو لأبى أمه أو لأم أمه ، مهما علا الأصل ، فإن الشفعة ايضا لا تجوز .

٣ – بيع المالك لأحد من أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة ، وقد كان قانون الشفعة السابق (م ٣) يقتصر فى المنع على الدرجة الثالثة ؛ فمد التقنين المدنى الجديد المنع إلى الدرجة الرابعة تضييقا للأخذ بالشفعة [١]. وحساب درجة الحواشى نصت عليه المادة ٣٦ مدنى إذ تقول : « ... وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة» [٢]. ومعنى ذلك أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه فى الدرجة الثانية، إذ أن الأصل المشترك للأخوين هو الأب ، فيحسب الأخ درجة ، ومنه نصعد إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم ننزل من الأب إلى الأخ فيحسب هذا أيضا درجة ، فهاتان درجتان . ويكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته، أو الصادر من الأخت لأخيها أو لاختها ، بيعا لا تجوز فيه الشفعة . ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه فى الدرجة الثالثة، إذ أن الأصل المشترك هو الجد ، فيحسب العم درجة ، ومنه نصعد إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ، ثم تنزل من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين ، للأخ درجة ولابنه درجة ثانية، فيكون مجموع الدرجات ثلاثا . وقل مثل ذلك عن العمة والخال والخالة ، ويكون البيع الصادر من العم أو العمة أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لابن أختها بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة ، فلا تجوز فيه الشفعة. وكذلك لا تجوز الشفعة فى البيع

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

(٢) وهذا هو عين ماكان القضاء يأخذ به فى حساب الدرجات قبل صدور التقنين المدنى الجديد نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦١ ص ٤٥٢) . وقد قضى بأن القرابة المانعة من الشفعة مسألة مدنية متفرعة عن دعوى الشفعة ، وتدخل فى صميم اختصاص المحكمة المنظورة أمامها دعوى الشفعة ، احتراما للمبدأ القائل بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع . والقول بغير هذا الرأى يترتب عليه أنه كلما عرضت مسألة القرابة فى دعوى من الدعاوى التى لا يمكن الفصل فيها إلا بثبوتها، كدعاوى رد الخبراء ورد القضاة ورد الشهود ، وجب على القضاء أن يقف الدعوى حتى يفصل من قضاء الأحوال الشخصية فيها ، وهو ما لا يمكن التسليم به ، وفيه اعتداء على سلطة القضاء العادى من جهة ، وتعطيل لمصالح المتقاضين من جهة أخرى (طهطا ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ ١٠ رقم ٣٨٥ ص ٧٧٣) وانظر استئناف وطنى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢١ ص ٤٧ .

الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا ، لأن البيع واقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة . ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه فى الدرجة الرابعة، إذ أن الأصل المشترك بينهما هو الجد ، فنصعد من ابن العم إلى الجد بدرجتين ، ولا نحسب الجد، ثم ننزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين ، فيكون مجموع الدرجات أربعا. ويكون البيع الصادر من ابن العم لابن عمه بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة ، فلا تجوز فيه الشفعة . وكذلك قل عن بنت العم وابن العمة وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة ، كل هؤلاء أقارب من الدرجة الرابعة ، فالبيع الذى يقع بينهم لا تجوز فيه الشفعة[1] . ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الخامسة ، فتجوز فيه الشفعة .

٤ – بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية. وقد كان قانون الشفعة السابق لا يمنع الشفعة فى البيع الواقع بين الأصهار أصلا [2] . ومنعها التقنين المدنى الجديد بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية كما قدمنا ، «نظرا لأن صلتهم لا تقل فى غالب الأحيان عن صلة الأقارب ، وقد رؤى الوقوف عند الدرجة الثانية توخيا للتضييق، وذلك تحقيقا للفكرة المقصودة من النص وهى استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية» ، كما قيل فى لجنة مجلس الشيوخ وهى التى استحدثت هذا النص[3] . ولحساب درجة المصاهرة يرجع إلى المادة ٣٧ مدنى ، وهى تنص على أن «أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر» . فالزوج يعتبر فى الدرجة الأولى، من ناحية المصاهرة، بالنسبة لأبى زوجته أو لابن زوجته من زوج آخر ، لأن كلا من أبى الزوجة وابنها يعتبر بالنسبة إليها فى الدرجة الأولى، فكذلك يعتبر كل منهما فى الدرجة الأولى بالنسبة إلى الزوج . وعلى ذلك يكون البيع الصادر من الزوج لأبى زوجته أو أبى الزوجة للزوج ، وكذلك البيع الصادر من الزوجة لأبى زوجها أو الصادر من أبى الزوج للزوجة ، كل هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى ، فلا تجوز فيه الشفعة [1] . وأخو الزوجة يعتبر فى الدرجة الثانية، من ناحية

---

(١) وقد قضى بأنه إذا بيع عقار على الشيوع لعدة أشخاص ، وكان من بينهم شخص قريب للبائع لغاية الدرجة الرابعة ، فامتنعت الشفعة بالنسبة إليه، امتنعت الشفعة أيضا بالنسبة إلى باقى المشترين حتى لا تتجزأ الصفقة (سوهاج الجزئية ٢٧ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٢٨ ص ١٨١) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة ، تطبيقا لذلك ، بجواز الشفعة فى حالة البيع من الأب لزوجة ابنه أو من الأم لزوج بنتها (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ١٠٠).

(٣) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

(1) اذ كان الواقع فى الدعوى – على نحو ما حصله الحكم المطعون فيه – أن الطاعنة شفعت فى البيع الأول الحاصل بتاريخ ..... وهو بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة – وطعنت بالصورية المطلقة فى عقد البيع الثانى المؤرخ ... فإن وجود مانع يمنع من الأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأخير لا يحول دون =

المصاهرة ، بالنسبة إلى الزوج ، لأن أخا الزوجة يعتبر بالنسبة إليها فى الدرجة الثانية فكذلك يعبتر فى نفس الدرجة بالنسبة إلى الزوج . فالبيع الصادر من الزوج لأخى زوجته، أو الصادر من أخى الزوجة للزوج ، يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية، فلا تجوز فيه الشفعة . أما البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة مثلا وعم الزوجة يعتبر فى الدرجة الثالثة بالنسبة إلى كل من الزوجة والزوج ، فإنه بيع تجوز فيه الشفعة لأن درجة المصاهرة هنا جاوزت الدرجة الثانية .

والحكمة فى منع الشفعة فى الأحوال المتقدم ذكرها هى ، كما قدمنا ، أن المشترى روعيت فيه اعتبارات خاصة بشخصه فلا يجوز للشفيع أن ينتزع العقار المبيع من تحت يده، أو كما قالت لجنة مجلس الشيوخ «هى استبعاد الأجنبى على اعتبار أن الصفقة عائلية» [1] . ولكن لا يفهم من ذلك أن الشفيع . فى البيوع المتقدم ذكرها ، يأخذ بالشفعة لو كان هو أيضا أحد أقارب البائع . فإن هذه البيوع يمنع فيها الأخذ بالشفعة أصلا للاعتبارات الخاصة بشخص المشترى، حتى لو كان الشفيع فى نفس درجة قرابة المشترى[2] ، بل وحتى لو كان أقرب منه إلى البائع . فلو صدر البيع من ابن العم لابن عمه لم يجز الأخذ بالشفعة فى هذا البيع، لأنه بيع بين أقارب من الدرجة الرابعة كما قدمنا . ويستوى فى ذلك أن يكون الشفيع أجنبيا ، أو يكون ابن عم آخر للبائع أى فى درجة المشترى، أو يكون أقرب إلى البائع من المشترى كأن يكون زوجا أو ابنا أو بنتا أو أبا أو أما أو أخا أو أختا. ومهما دنت قرابة الشفيع

= تحقيق هذه الصورية ، وتمكن الطاعنة من إثباتها توصلا إلى إهدار أثره . وإذ كان البين مما أورده الحكم فى مدوناته أن محكمة الاستئناف فهمت خطأ أن الطعن بالصورية ينصب على الثمن فقط فى البيع الثانى – فى حين أنه طعن بصورية هذا العقد صورية مطلقة – وجرها هذا الخطأ فى فهم الواقع إلى خطأ فى تطبيق القانون حيث انتهت إلى أنه حتى لو كان هذا الثمن دون الثمن الحقيقى ... فان الشفعة غير جائزة لأن المشترية تنتمى بصلة مصاهرة من الدرجة الأولى للبائع، فإن الحكم يكون – فضلا عن خطئه فى فهم الواقع فى الدعوى – قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وشابه قصور مبطل .
(جلسة ٢٨/١١/٠ - ٢٠ الطعن قم ٢٧٤١ لسنة ٦٣ ق)

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش – ويغلب أيضا أن يكون بيع المالك لزوجه أو لأحد من أقاربه أو اصهاره من الدرجة المتقدم ذكرها هبة مستترة فى صورة بيع آثر بها المالك زوجه و قريبه أو صهره ، أو فى القليل بيعا حوبى فيه المشترى فدفع ثمنا أقل بكثير من قيمة العقار المبيع (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٦٢).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بعدم جواز الأخذ بالشفعة فى الحالة التى يكون فيها المشترى والشفيع كلاهما من أولاد البائع ، لأن هذا النوع من البيع وإن لم يكن فى الحقيقة هبة ، ففيه محاباة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره (استئناف وطنى ٨ أبريل سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٩ ص ٢٠٢).

من المالك ، فإن البيع لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة أصلا [1] ، ولذلك لا محل هنا للمفاضلة بين الشفيع والمشترى كما تقع المفاضلة فيما بين الشفعاء المتعددين فيما سنرى.

١٧٦ – العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة : رأينا [2] أن المادة ٩٣٩ (جـ) مدنى تنص على عدم جواز الأخذ بالشفعة «إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة ، أو ليلحق بمحل عبادة» . فمنع القانون الشفعة هنا لاعتبار دينى قدمه على مصلحة الشفيع ، وقد كان هذا هو الحكم أيضا فى قانون الشفعة السابق (م ٦) .

فاذا باع المالك أرضه لمشتر بقصد أن يخصص المشترى الأرض لبناء مسجد فوقها، أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيع المسجد أو لتكون دورة للمياه مثلا أو لتكون مقصورة تخصص للنساء إذا اتين المسجد للصلاة أو نحو ذلك ، فهناك يكون العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ، فلا تجوز الشفعة فى هذا البيع ، حتى لا يضيع على المشترى غرضه الدينى الذى أراد أن يحققه[1] . وإذا ادعى الشفيع أن الغرض المذكور فى البيع من أن العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة ، وإنما هو قد ذكر تهربا من الشفعة ومنعا للأخذ بها ، فعلى الشفيع أن يطلب الشفعة فى مواعيدها ، وأن يثبت أن سبب البيع المذكور فى العقد لا صحة له ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق .

ولا يقتصر الأمر فى محل العبادة على الدين الإسلامى ، بل هو يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة ، فيتناول المنع من الشفعة كل دور العبادة ، كالمساجد والكنائس والبيع والحاخامات وغيرها من المعابد . ولكن لا يتناول عقارا بيع لغرض دينى آخر غير العبادة، كعقار بيا ع ليجعل دارا لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مقرا لجمعية دينية [3] .

كذلك لا يتناول المنع عقارا بيع ليكون مدرسة أو مبرة أو ملجأ أو مستشفى أو مصحة أو مؤسسة اجتماعية من أى نوع كان ، ويجوز فى هذا البيع الأخذ بالشفعة . وقد تقدم فى هذا

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٠ ص ٥٥١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٣٠٠ ص ٤٤٢ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ .

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٤ .

(1) إذ كان من موانع الأخذ بالشفعة وعلى ما أوردته المادة ٩٣٩ من القانون المدنى أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة بما مفاده أن المشرع حفاظا منه وتقديرا لهذا الغرض الدينى الذى تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة فى هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلا إلا لدفع المضار التى قد تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضرر من دار للعبادة وفى القضاء بالشفعة فى هذه الحالة ما ينافى طبيعة العقد وتفويت للأغراض المنشودة منه.
(جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ ق)

الصدد اقتراح من أحد أعضاء لجنة مجلس الشيوخ للجنة يرمى إلى «التسوية فى الحكم بين محل العبادة وبين المدارس والمؤسسات الاجتماعية ، حتى تتحقق نفس الحكمة من تمكين المشترى من أن يخصص العقار لهذه الأغراض كلها ، ولكن اللجنة لم توافق على هذا الاقتراح» (١) .

المطلب الثانى

وجـود شفيـع

١٧٧ – مسألتان : وقد قدمنا (٢) أن شروط الأخذ بالشفعة تتلخص فى أمرين : بيع عقار ووجود شفيع . وقد بحثنا بيع العقار ، وننتقل الآن إلى وجود الشفيع .

وهناك مسألتان نبحثهما فى صدد وجود الشفيع : (١) من هم الشفعاء . (٢) تعدد الشفعاء وتزاحمهم .

١ – من هم الشفعاء

١٧٨ : صفة الشفيع وشروطه : وفى تحديد من هم الشفعاء نبين (أ) من تثبت له صفة الشفيع . (ب) الشروط الواجب توافرها فى الشفيع .

أ – من تثبت له صفة الشفيع

١٧٩ – نص قانونى : تنص المادة ٩٣٦ مدنى على ما يأتى :

«يثبت الحق فى الشفعة» .

أ – «لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه» .

ب – «للشريك فى الشيوع ، إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى» .

جـ – «لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها» .

د – «لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذابيعت الرقبة» .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ١٧٣ فى الهامش .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٦٥ .

هـ – «للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، سواء أكانت فى المدن أو فى القرى . (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل»[١] .

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادتين ١ و ٢ [٢] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يثبت الحق فى الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيعت حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (ب) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به ، سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها . (جـ) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار لأجنبى . (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 أو فى القرى. (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل» . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار فى أحوالها الثلاث «أخذا بما يراه بعض الفقهاء الشرعيين من أن الجوار ليس سببا من أسباب الأخذ بالشفعة» ، وذكر فى المحضر عدم انطباق الفقرة (د) الخاصة بالحكر على الوقف ، وأصبح رقم المادة ١٠٠٨ فى المشروع النهائى . وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أعيدت شفعة الجار مقيدة، وذلك باضافة الفقرة (هـ) على الوجه الآتى : (هـ) للجار المالك فى الأراضى الزراعية إذا كانت أرضه لها أو عليها بالنسبة للأرض المشفوع فيها حق ارتفاق، وكان قيمة أرضه تساوى على الأقل نصف ثمن الأرض المشفوع فيها، وأصبح رقم المادة ١٠٠٥ . وفى مجلس النواب احتدمت المناقشة فى شفعة الجار (أنظر ما سبق ذكره فى هذا الصدد آنفا فقرة ١٦٤ فى الهامش) ، وانتهت إلى إضافة شفعة الجار فى جميع أحوالها الثلاث وتعديل النص بحيث أصبح مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، تحت رقم ١٠٠٥ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أعيدت مناقشة الفقرة (هـ) الخاصة بشفعة الجار ، فرأى أحد الأعضاء «حذفها أو الأخذ بنص لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب الذى قصر الشفعة بالنسبة للجار المالك على الأراضى الزراعية، وذلك لأن علاقة الجوار قد تقلص ظلها ولم يعد لها أى اعتبار» ، ورأى عضو آخر «حذف الشفعة فى الأراضى الزراعية وإبقاءها فى المبانى» ، ورأى رئيس اللجنة الإبقاء على نص مجلس النواب من غير تعديل، فوافقت اللجنة بأغلبية الآراء على النص كما عدله مجلس النواب ، وأصبح رقمه ٩٣٦ ، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٧ ص ٣٨٥) .

(٢) **قانون الشفعة السابق م ١** : يثبت حق الشفعة لمن يأتى : (أولا) للشريك الذى له حصة شائعة فى العقار المبيع . (ثانيا) لنجار المالك فى الأحوال الآتية : إذا كان العقار المشفوع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أو فى القرى – إذا كان للأرض المشفوعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المشفوعة إذا كانت أرض الجار ملاصقة =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٤٠ - وفى التقنين المدنى العراقى م ١١٢٩ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٩ (١) .

= للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى الثمن نصف من ثمن الأرض المشفوعة على الأقل.

م ٢ : يعد شريكا فى العقار المشفوع من يكون له حق الانتفاع فيه كله أو بعضه، وله طلب الشفعة إذا لم يطلبها مالك الرقبة نفسه .

(ونصوص قانون الشفعة هذه توافق فى مجموعها نصوص التقنين المدنى الجديد، ويزيد التقنين المدنى الجديد على الشفعاء مالك الرقبة والمحتكر).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٤٠ : يثبت الحق فى الشفعة : (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى . (جـ) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(ولا يعطى التقنين الليبى حق الشفعة للجار أصلا) .

التقنين المدنى العراقى م ١١٢٩ : تثبت الشفعة : (أولا) للشريك فى العقار الشائع. (ثانيا) للخليط فى حق ارتفاق للعقار المبيع . (ثالثا) للجار الملاصق فى الحالتين الآتيتين: (أ) إذا كان العقاران المشفوع والمشفوع به من البور أو من الأراضى المعدة لبناء الدور. (ب) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار، أو كان للجار حق ارتفاق على العقار المبيع .

م ١١٣٠ : ١ - يعتبر الشريك فى أرض حائط فى حكم الشريك فى نفس العقار، ويأتى فى مرتبته بعد الشريك فى الشيوع مباشرة . ٢ - وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين، اعتبر كل منهما جاراً ملاصقا للآخر . (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة فى الحالة الثالثة من أحوالها. (٢) يعطى الشفعة للخليط (الشريك) فى حق ارتفاق للعقار المبيع. (٣) يعتبر الشريك فى أرض مقام عليها بناء فى حكم الشريك فى العقار كله).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢٣٩ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨ : يثبت الحق فى الشفعة : (١) لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته ، سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه . (٢) للشريك فى الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر فى العقار الشائع من أجنبى . (٣) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به، سواء تناول البيع كل الرقبة أم بعضها . (٤) لمالك الرقبة فى الحكر أو السطحية أو الإجارتين أو الإجارة الطويلة العينية المنصوص عليها فى القرار رقم ١٢ ل.ر. الصادر فى ١٦ كانون الثانى سنة ١٩٣٤ . (٥) للجار الملاصق المالك ، إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع ، أو كان لعقاره وللعقار البيع اشتراك فى ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو فى حق الشرب الخاص . (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق.

ويختلف القانون اللبنانى عن التقنين المصرى فيما يأتى : (١) لا يعطى للجار حق الشفعة إلا فى حالة حق الارتفاق أو الاشتراك فى حائط أو طريق خاص أو شرب خاص. (٢) يعطى لمالك الرقبة حق الشفعة فى السطحية والإجارتين والإجارة الطويلة والإجارة العينية) .

ويخلص من النص سالف الذكر أن المشرع استهدى باعتبارات ثلاثة لإثبات صفة الشفيع، منها اعتبار غريب عن الفقه الإسلامى ، واعتبار مختلف فيه فى هذا الفقه. وهذه الاعتبارات هى :

(الاعتبار الأول) هو لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وهذا الاعتبار هو الغريب عن الفقه الإسلامى ، وكان مع ذلك اعتبارا مسلما به فى قانون الشفعة السابق (م ٢ من هذا القانون) ، وكان اعتبارا أساسيا لاستبقاء الشفعة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى [١] . ويتمثل هذا الاعتبار فى إثبات صفة الشفيع لمالك الرقبة حتى يلم شتات الملكية بضم حق الانتفاع إلى الرقبة ، وفى إثبات صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع حتى يلم شتات الملكية بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، وفى إثبات صفة الشفيع لكل من مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة وهذا ما استحدثه التقنين المدنى الجديد «جمعا لما تفرق من حق الملكية ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب فى بقائه» [٢] .

(والاعتبار الثانى) هو إبعاد الأجنبى من أن يقتحم نطاق الشركاء فى الملكية الشائعة والتقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك . فثبت للشريك فى الشيوع صفة الشفيع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى . وهذا الاعتبار هو المسلم به اتفاقا ، سواء كان ذلك فى الفقه الإسلامى أو كان فى التشريعات المتعاقبة الخاصة بالشفعة فى التقنين المدنى السابق وفى قانون الشفعة السابق وفى التقنين المدنى الجديد .

(والاعتبار الثالث) هو منع مضايقات الجوار ، فثبتت صفة الشفيع للجار المالك فى أحوال ثلاث . وهذا الاعتبار مختلف فيه فى الفقه الإسلامى ، فالحنفية هم الذين يسلمون به، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فلا تعتبر الجوار سببا للأخذ بالشفعة . وقد كان

---

(١) ذكر أحد أعضاء هذه اللجنة ، فى بداية الأمر ، «أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة سواء لمالك الرقبة أو لصاحب حق الانتفاع ، لانعدام المصلحة العملية فى ذلك ، إذ أن حق الانتفاع نظام نادر التطبيق فى مصر» . فعارض أعضاء آخرون هذا الرأى ، ورأو «الإبقاء على حق الشفعة لصالح كل من مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع لجمع الحقين فى شخص واحد» . وقال رئيس اللجنة «إنه لا يؤيد الرأى القائل بالغاء حق الشفعة، ذلك الحق الذى يقضى على كثير من المنازعات بجمع عناصر الملكية المجزأة فى شخص واحد» . وبعد المناقشة وافقت اللجنة بالإجماع على استبقاء حق الشفعة لمالك الرقبة، وبالأغلبية على استبقائه لصاحب حق الانتفاع . ثم تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة إلى المحتكر ، فأجاب الرئيس بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر ، لأن الحكر يفترض وجود وقف ، وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المرخص لهم فى البناء على أرض الغير واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم ، فوافقت اللجنة على هذا الإقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤ .

هذا الاعتبار محلا للمناقشة فى لجنة الاستاذ كامل صدقى ، فأيده بعض الأعضاء وعارضه بعض آخر [١] . وجعل المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد الجوار فى أحواله الثلاث سببا للأخذ بالشفعة ، ثم ألغى أصلا فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، وأعادته فى إحدى أحواله الثلاث لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب ، وأعادة مجلس النواب كاملا فى أحواله الثلاث بعد مناقشات طويلة سبقت الإشارة إليها [٢] . وأقر ذلك مجلس الشيوخ. فأصبح الجوار بجميع أحواله سببا من أسباب الأخذ بالشفعة فى التقنين المدنى الجديد، كما كان الأمر فى قانون الشفعة السابق [٣] .

---

(١) وقد عارض مقرر اللجنة في إعطاء حق الشفعة للجار «وذلك رغم الاعتبارات التى استند إليها فى تأييد هذا الحق والتى ترجع فى أصلها إلى تقاليد تاريخية وأخرى دينية فندها تفصيلا فى تقريره ، إذ أن حق الشفعة ينطوى على اعتداء صارخ على حق الملكية الذى من خصائصه الأساسية حرية التصرف» . وعقب أحد الأعضاء بأنه «فيما يتعلق بحق الشفعة بالنسبة إلى الجار، فإنه يرى استبعاده ، إذ أن التقاليد والعادات الاجتماعية التى أوحت فى الماضى باقرار هذا الحق قد طرأ عليها التغيير» . ولكن أحد الأعضاء رأى الإبقاء على حق الشفعة لصالح الجار فى حالة وجود حق ارتفاق على الأقل. وقال رئيس اللجنة مؤيدا لهذا الرأى الأخير إنه «يرى الاعتراف بحق الشفعة للجار فى حالة وجود ارتفاق على الأقل . وقال إنه كثيراً ما يحصل فى الأراضى الزراعية أن توجد لصالح عدة ملاك حقوق ارتفاق للرى من ترعة خاصة ، وأن وجود هذه الارتفاقات المشتركة يثير مشاكل عدة بين هؤلاء الملاك ويؤدى أحياناً إلى اضطرابات ربما تيسر اجتنابها بالتسليم بحق الشفعة لكافة المنتفعين بحق الارتفاق ولو لم يجمع بينهم الجوار ، إذ أن التوسع فى حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تقضى به ضرورات عملية» . فعقب أحد الأعضاء «على هذا بأنه على الرغم مما يبدو من أهمية السبب الذى أبداه الرئيس للتوسع فى حق الشفعة حتى يشمل الحالة التى نوه عنها ، فإنه لا يرى إقرار هذا التوسع إذ لن يتسنى تنظيم حق الشفعة فى مثل هذه الحالة تنظيماً عملياً» . وأضاف أحد الأعضاء «أنه يرى عدم الإقرار بحق الشفعة لصالح الجار المالك» . فعقب عضو آخر بأنه «لما كان الاستغلال الزراعى باهظ التكاليف ، فان من المصلحة تقرير حق الشفعة لصالح الجار لتخفيف أعباء هذا الاستغلال» . وانتهت اللجنة ، بأغلبية الآراء ، إلى استبقاء حق الشفعة بالنسبة إلى الجار فى حالة وجود حق ارتفاق . وأشار رئيس اللجنة إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٥٩ – ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٦٤ فى الهامش .

(٣) والحكمة من الشفعة بسبب الجوار منع مضايقات الجوار، لكن إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة جاز الأخذ بها ، ولا يعتد بما إذا كانت الحكمة قد توافرت أو لم تتوافر. وقد قضى حكم قديم بغير ذلك ، وبأن الشفعة شرعت لمنع الضرر بسبب الجوار، فإذا لم يحدث ضرر جديد للشفيع بالبيع كما لو كان بين أفراد عائلة واحدة والمشترى مجاور لكل منهم من قبل ، فلا شفعة (مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٤ ص ٦٦) . ولكن هذا الحكم لم يكن له صدى فى القضاء المصرى، وهل العكس من ذلك قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا توافرت فى الشفيع الشرائط المقررة قانونا لأخذ المبيع بالشفعة ، فلا يجوز دفع دعواه بأن ضرر سوء الجوار الذى شرعت الشفعة من أجل رفعه ليس محققاً (استئناف وطنى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ رقم ١٤٢) . وقضى أيضا بأنه وإن =

ولما كانت المادة ٩٣٦ مدنى قد عددت الشفعاء مرتبين ، فنستعرضهم هنا بهذا الترتيب الذى يتفاضلون به عند تزاحمهم كما سنرى .

١٨٠ - **مالك الرقبة** : تثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الأولى ، «لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه» (م ٩٣٦ بند ١ مدنى) . وهذه الحالة ، وإن كانت نادرة الحصول فى العمل [١] . يمكن أن نتصور تحققها فى فروض مختلفة .

وأبسط هذه الفروض أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لآخر. فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه ، كان لمالك العقار وقد أصبح بعد ترتيبه لحق الانتفاع مالكا للرقبة أن يشفع فى حق الانتفاع المبيع . فإذا ما أخذ هذا الحق بالشفعة لم شتات ملكيته ، وعاد كما كان مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الغرض الذى من أجله أعطى مالك الرقبة الحق فى أن يأخذ بالشفعة حق الانتفاع . وفى هذا الفرض المبسط لا نرى شفيعا آخر يزاحم مالك الرقبة فى أخذ حق الانتفاع بالشفعة .

وفى فرض آخر أكثر تعقيدا ، يرتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين (أو أكثر) فى الشيوع . فإذا باع أحد الشريكين حصته الشائعة فى حق الانتفاع ونفرض أنها النصف، كان لمالك الرقبة أن يشفع فى هذه الحصة المبيعة ، فيصبح مالكا ملكية تامة لنصف العقار، ومالكا لرقبة النصف الآخر . وهو إذا لم يكن فى هذا الفرض قد لم شتات الملكية على وجه تام، فإنه تمكن من لم شتاتها فى نصف العقار . ولا يستطيع الشريك الآخر فى حق الانتفاع أن يزاحم مالك الرقبة فى أخذ الحصة الشائعة المبيعة فى حق الانتفاع بالشفعة، لأن مالك الرقبة مقدم فى الترتيب على الشريك فى الشيوع كما سنرى [1] .

=كانت حكمة الشفعة هى الرغبة فى رد أذى الشريك الجديد، إلا أن الشارع قررها مطلقاً لكل من توافرت فيه شروطها ، وعلى ذلك لا يتوقف قبول دعوى الشفعة على توافر حكمها (طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة رقم ٦٢ ص ٣٤٠) .

(١) ويلاحظ أن الذى يملك بالشفعة هنا ليس هو حق الملكية ، بل هو حق الانتفاع فالشفعة تكون فى هذه الحالة سبباً لكسب حق الانتفاع (أنظر م ١/٩٨٥ مدنى) .

(1) مفاد نص المادتين ٩٣٦ و ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة ويرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع ، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها ، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تزاحمهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع، وفى حق الرقبة مقرر أصلا لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند تزاحمه .

(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطن ق ١٦٤٤ س ٥١ ق س ٣٦ ص ٥٦٥)

وهناك فرض أكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين، يملك فيه العقار اثنان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) . ويرتب الاثنان معاً على العقار الشائع حق انتفاع لشخص آخر، فيصبحان مالكين فى الشيوع لرقبة العقار . فإذا باع صاحب حق الانتفاع حقه، فلا شك فى أن مالكى الرقبة يستطيعان أن يأخذا معاً بالشفعة حق الانتفاع المبيع ، فيعودا كما كانا مالكين للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد مالكى الرقبة وحده أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع ، إذ هو النصف «الملابس» للنصف الذى يملكه فى الرقبة ، فيعود كما كان مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى المالك الآخر للرقبة الذى لم يأخذ بالشفعة مالكا لنصف الرقبة فى حين أن المشترى لحق الانتفاع يستبقى نصف هذا الحق. وعلى هذا الوجه يكون نصف العقار فى الشيوع مملوكا لأحد المالكين ملكية تامة ، والنصف الآخر يملك رقبته المالك الآخر ويملك حق الانتفاع فيه المشترى لحق الانتفاع . وقد يعترض المشترى لحق الانتفاع على هذه النتيجة ، ويتمسك بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل حق الانتفاع ولم يخلص له إلا نصفه . ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار مالك نصف الرقبة الذى أخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع على أن يأخذ أيضا النصف الآخر لحق الانتفاع منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف حق الانتفاع الذى أراد أخذه . فإن أخذ مالك نصف الرقبة كل حق الانتفاع أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا لحق الانتفاع فى النصف الآخر ، وإن ترك الشفعة خلص لمشترى حق الانتفاع حقه كاملا ولا تتفرق عليه الصفقة ، ويبقى مالكا الرقبة كما هما مالكين للرقبة فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة [1].

---

(١) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد كان يتضمن نصا يقضى بغير هذا الحكم ، فقد كانت المادج ١٣٨٥ من هذا المشروع تنص على أنه «١ – لا شفعة إن شمل البيع فى نفس الوقت وبثمن واحد ، غير الحق الذى يجوز أخذه بالشفعة ، حقوقا أخرى لا شفعة فيها . ٢ – إلا أنه إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة ، فإن لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : «إذا كان يملك الرقبة أشخاص متعددون وبيع حق المنفعة كله ، فإن أحداً من أصحاب الرقبة لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من حق المنفعة الذى يقابله ما يملك من الرقبة حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى حق المنفعة كله لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائه . ولكن يجوز لإصحاب الرقبة مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى حق المنفعة كله ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من حق المنفعة مشفوع فيه» . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص، وترك حكمه لاجتهاد القضاء. وقررنا أن الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع بالشفعة فى العقار كله. وقد اختلف الفقه المصرى ، فرأى يقول بذلك (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٢٧) ، ورأى يذهب إلى العمل =

يبقى أن نستعرض فرضا أخيرا ، هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) ، ويرتبان معا حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد صاحبى حق الانتفاع النصف الشائع الذى له ، جاز لمالكى الرقبة أن يأخذا معاً هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة . كذلك يستطيع أحد مالكى الرقبة وحده أن يأخذ هذا النصف ، ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع صاحبا حق الانتفاع كل الحق لمشتر واحد، جاز لمالكى الرقبة أن يأخذاه معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع الملابس لحقه فى الرقبة ، إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة فيتحتم عندئذ على مالك نصف الرقبة إما أن يأخذ كل حق الانتفاع أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا (١) .

١٨١ – الشريك فى الشيوع : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الثانية ، «للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى» (م ٩٣٦ بندب مدنى) . ويخلص من النص أن هناك عقارا شائعا وأن أحد الشركاء فى الشيوع باع حصته الشائعة أو شيئا منها إلى أجنبى ، فيكون للشركاء فى الشيوع الآخرين أو لأى منهم أن يأخذ بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة . فيجب إذن : (١) أن يكون هنال عقار شائع . (٢) وأن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . (٣) وأن يكون البيع لأجنبى .

يجب أن يكون هناك عقار شائع (٢)(1) . فالعقار الذى كان شائعا ، ثم قسم إلى أجزاء

= بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (عبدالمنعم فرة الصدة فقرة ٢٧٤) – وانظر آنفا فقرة ١٦٩ فى آخرها .

(١) وتسرى الأحكام التى قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى فى الأحوال التى يجوز فيها النزول عن هذين الحقين . وقد قضت المادة ٩٩٧ مدنى على أنه «لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى» (أنظر إسماعيل غانم ص ٦٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٣١٠ – حسن كيرة ص ٢) .

(1) المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه فى كل ذرة من العقار المشاع ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة فى العقار المجاور ولو لم يشترك معه فى طلبها باقى شركائه فى الملك ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع لأن القانون انما يشترط أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكا لحين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار ليس شرطا لبقاء الاستحقاق .

(جلسة ١٩٧٩/٣/٥ الطعن رقم ٦١ لسنة ٤١ ق س ٣٠ ج ١ ص ٧٠٨)

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك هو المالك على الشيوع وإذ كان المشترى لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده ، ومن وقت التسجيل لا قبله ، فإن الحكم ، إذ نفى حق الشفيع فى الشفعة على أساس أن تسجيل عقده لحصة شائعة فى القطعة التى بها الأطيان المشفوعة لا حق لعقد البيع الصادر إلى المشفوع منه لا يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص=

مفرزة لكل شريك جزء مفرز اختص به ، لا تكون فيه شفعة بسبب الشركة فى الشيوع[1] ، وإذا باع أحد منهم جزءه المفرز ، لم يكن للآخرين أن يشفعوا فيه باعتبارهم شركاء فى

= ٦٢٨) . وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٤١١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٥ .

والمفروض هنا أن شخصا اشترى حصة شائعة فى عقار ، وقبل أن يسجل عقد شرائه باع شريك آخر حصته الشائعة فى هذا العقار لمشتر آخر ، ثم سجل المشترى الأول عقد شرائه . فتذهب محكمة النقض إلى أن هذا المشترى الأول لم يصبح مالكا للحصة الشائعة التى اشتراها ، بالنسبة إلى المشترى الآخر ، إلا من وقت التسجيل . فتكون ملكيته للحصة الشائعة المشفوع بها لاحقة لبيع الحصة الشائعة المبيعة للمشترى الآخر، ومن ثم ينتفى حق الشفعة .

ونحن نرى أن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين المتعاقدين ، وأن المشترى إذا سجل عقد شرائه أصبح مالكاً للعقار الذى اشتراه من وقت البيع لا من وقت التسجيل، وذلك بالنسبة الى البائع وإلى كل شخص لا يعتبر من «الغير» فى البيع الذى تم تسجيله (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٨٢ وما بعدها) . وفى الفرض الذى نحن بصدده، لما سجل المشترى الأول عقد شرائه ، يكون قد أصبح مالكاً من وقت البيع ، لا من وقت التسجيل ، بالنسبة إلى البائع له ، وكذلك بالنسبة إلى المشترى الآخر للحصة الشائعة الأخرى المشفوع فيها لأن هذا المشترى الآخر لا يعتبر من «الغير» بالنسبة إلى البيع الأول . ومن ثم تكون ملكية المشترى الأول للحصة الشائعة التى اشتراها سابقة على البيع الصادر للمشترى الآخر، فيكون للمشترى الأول أن يشفع فى الحصة الشائعة المبيعة للمشترى الآخر . ونظير ذلك لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعى على الرأى الذى نذهب إليه، لاعتبر المشترى مالكا للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه، ولأمكن الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى – وهذا ما فعلته محكمة النقض هنا أيضا (٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ – ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠) – فإن المشترى لا يعتبر مالكا للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة (نظر فى تفصيل ذلك ٤ فقرة ٢٨٤ ص ٥٢٧ – ص ٥٢٨) .

(١) وإذا ادعى المشترى وقوع القسمة وأن الشفيع ليس شريكاً فى الشيوع بعد وقوعها، فعليه أن يثبت ذلك، وله أن يثبته بجميع طرق الاثبات . ولا يعتبر تأجير أحد الشركاء فى الشيوع المال الشائع كله أو بعضه دليلا على وقوع القسمة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، إذ قرر عدم حصول قسمة فى العقار المشفوع به ، قد أقام قضاءه على ما حصلته المحكمة تحصيلا سائغا من أن الأعمال المادية التى أثبتها خبير الدعوى – استحداث مبان بالمنزل – غير قاطعة فى إفادة هذا المعنى ، فإن النعى على هذا الحكم القصور فى التسبيب استناداً إلى أنه لم يرد على المطاعن التى وجهها الطاعن إلى الخبير وإلى أعماله ، ولأنه نسخ محضر مناقشة الخبير ، هذا النعى يكون فى غير محله (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٣ ص ٩٠٦ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . وقضت أيضا بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) فى دفاعهما من=

الشيوع، فهم بعد القسمة لم يعودوا شركاء فى الشيوع بل أصبحوا جيرانا . وعلى ذلك إذا جاز لأحد منهم أن يأخذ بالشفعة الجزء المفرز المبيع ، فإنما يجوز له ذلك باعتباره جارا إذا استوفى سائر شروط الجار فيما سنبينه . ولا يجعل الحائط المشترك الفاصل بين عقارين هذين العقارين شائعين بين مالكيهما ، لأن الشركة هنا مقصورة على الحائط وليست فى ذات العقار، بل يكون كل مالك منهما جارا للمالك الآخر ، ويشفع بالجوار إذا توافرت شروطه [1] . كذلك إذا كان هناك فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك [2] بين عقارين، فالعقاران لا يكونان شائعين بل يكونان متجاورين ، والشفعة فى كل منهما تكون بالجوار إذا توافرت شروطه .

ويجب أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة . فإذا باع جزءا مفرزا من المال الشائع، فقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط أن هذا البيع وإن كان صحيحا فيما بين المتعاقدين فيما لو كان المشترى يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما يملك فى الشيوع ، يكون غير نافذ فى حق الشركاء المشتاعين الآخرين ، فلا يصبح المشترى مالكا على الشيوع معهم . وقررنا أنه لا يجوز لأحد من هؤلاء الشركاء المشتاعين أن يستعمل حق الاسترداد لهذا الجزء المفرز المبيع فيما لو كان جزءا مفرزا فى مال منقول أو فى مجموع من المال ، بل ولا يجوز أن يسترد من المشترى حتى الحصة الشائعة التى للشريك البائع فى الجزء المفرز المبيع ، لأن حق الاسترداد إنما يكون فى بيع حصة شائعة ولا يكون فى بيع شئ مفرز . وما قررناه فيما يتعلق

= أنهما يمتلكان على الشيوع فى الأطيان التى يقع بها القدر المشفوع فيه وأنهما يفضلان الشفيعة بشرائهما لذلك القدر ، وانتهت إلى عدم التعويل عليه تأسيساً على ما استظهرته من المستندات التى قدمت لها استظهاراً صحيحاً من زوال حالة الشيوع التى كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة وإقرار الطاعنين للقسمة التى تمت بموجبه ، وارتضائهما له، وإعمالهما مقتضاه من قبل شرائهما للصفقة المشفوع فيها وعند تحرير العقد النهائى المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية ، وقد أقامت حكمها فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى خلصت لها ، فإن النعى على حكمها بالقصور والتناقض يكون فى غير محله (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص ٤٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ٦٣ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشترى لا يعدو أن يكون شريكاً على الشيوع فى مجرى معد للرى يشق الأطيان المبيعة موضوع الشفعة، فإن هذا الوضع لا يصح أن يوصف به المشترى بأنه شريك فى الشيوع فى جميع العقار المبيع برفعه إلى مصاف الشريك على الشيوع الذى له حق أخذ العقار المبيع بالشفعة (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٤ ص ١٠١٦) – وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا وقع البيع على الأرض وعلى جزء مشاع من آلة الرى التى ترويها ، فليس للشريك فى ملكية الآلة وحدها أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، إذ هو ليس شريكاً فى الأرض (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٧) – وانظر عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٨٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٦ ص ٤٠٤ .

باستعمال حق الاسترداد هناك نقرر فيما يتعلق باستعمال حق الشفعة هنا ، فلا يجوز لشريك فى الشيوع أن يشفع فى جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر ، ولا تجوز الشفعة إلا إذا بيعت حصة شائعة فى العقار لا جزء مفرز فيه . ويجب تفسير عبارة «إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى» الواردة فى المادة ٩٣٦ بند ب مدنى كما رأينا ، بأن لفظ «شئ» مقصود به حصة شائعة ، فيكون المقصود من عبارة «بيع شئ من العقار الشائع» بيع حصة شائعة فى هذا العقار . وكما لا يجوز للشريك المشتاع أن يشفع فى جزء مفرز من العقار الشائع باعه شريك آخر (1) . كذلك لا يجوز للمشترى لهذا الجزء المفرز أن يشفع فى حصة شائعة من العقار باعها شريك مشتاع . ذلك أن المشترى للجزء المفرز لا يصبح مالكا فى الشيوع مع الشركاء المشتاعين كما سبق القول ، فلا يحوز له أن يشفع فى حصة شائعة فى العقار باعها شريك مشتاع (١) . وإذا اشترى هذا المشترى بعد ذلك حصة شائعة فى نفس العقار، وأراد أحد الشركاء الآخرين أخذ هذه الحصة بالشفعة ، جاز له ذلك ، ولا يحتج عليه المشترى بأنه هو نفسه شريك مشتاع مثله قبل شرائه للحصة الشائعة بحجة أنه سبق له أن اشترى الجزء المفرز حتى لا يجوز لشريك أن يأخذ منه بالشفعة (٢) .

ويجب أخيرا أن يكون بيع الحصة الشائعة لأجنبى (2) . فلو باع الشريك المشتاع

---

(١) نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢١ ص ١٠٩ .

(٢) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩٠ ص ١١٨٧ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣١ فى الهامش – شفيق شحاته فقرة ٢٤٤ – إسماعيل غانم ص ٦٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٨ ص ٤٠٨ – ص ٤٠٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٣ – حسن كيرة ص ٤ – ص ٥ – وانظر عكس ذلك وأنه تجوز الشفعة فى بيع الجزء المفرز من العقار الشائع : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٥ ص ٤١٢ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥١ ص ٣٤٤ – ص ٣٤٥ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٩٢ ص ٤٣٣ .

(1) مفاد المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦/ب من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن للمالك فى المال الشائع أن يبيع محددا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء فى الشيوع، فإذا صدر البيع مفرزا لأجنبى فان هذا الإفراز الذى تحدده به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء فى الشيوع ولا ينفذ فى حقهم طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف فى قدر شائع ، وينبنى على ذلك أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى هذا البيع وفقا لصريح نص المادة ٩٣٦/ب من القانون المدنى التى وردت عبارته مطلقة فى قيام الحق فى الشفعة للشريك على الشيوع وعلى ذلك فإنه يستوى فى ثبوت هذا الحق أن يكون الشئ المبيع حصة شائعة ام قدرا مفرزا فى العقار الشائع إذ المناط فيه هو قيام حالة الشيوع فى العقار الذى بيع قدر منه دون إعتداد بما إذا كان هذا القدر مفرزا أو شائعاً.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٣ الطعن رقم ٢٥٨٨ لسنة ٥٦ ق)

(2) إذ كان البين من عقد قسمة العقار محل التداعى أن طرفيه تراضيا على أن يختص الطرف الأول =

حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله ، لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذ هذه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة . ذلك أن بيع الحصة الشائعة التى يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادرا إلى أجنبى لا إلى شريك مشتاع ، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بندب مدنى إذ تقول كما رأينا : «للشريك فى الشيوع ، إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى» . هذا إلى أن المادة ٣/٩٣٧ مدنى تنص على ما يأتى : «فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا . بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى» . فإذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك فى الشيوع ، فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع لأنه شفيع من طبقته . وإنما يأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة إذا كان الذى اشترى هذه الحصة أجنبيا أى غير شريك فى الشيوع ، لأن الشفيع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشترى [1] . ولم يكن هذا الحكم المعقول هو السائد فى عهد التقنين المدنى السابق ولا فى عهد قانون الشفعة السابق ، فقد كانت نصوص هذه التشريعات غير واضحة فى هذا المعنى. وساد فى عهدها الرأى العكسى الذى يجعل الشريك المشترى لا يتقدم على الشريك الشفيع، بل يتقاسمان الصفقة معاً . فكان لا يشترط إذن أن يكون بيع الحصة صادرا إلى أجنبى كما اشترط ذلك صراحة التقنين المدنى الجديد ، بل كان يجوز الأخذ بالشفعة من المشترى لحصة شائعة ولو كان هو نفسه شريكا فى الشيوع . وكان هذا الرأى العكسى

= الانتفاع بالدور الأول فوق الأرضى بكافة أوجه الانتفاع بالاضافة إلى الغرفتين الكائنتين أسفل الدور الأرضى وأن يختص الطرف الثانى بالانتفاع بكامل الدور الأرضى والحديقة وعلى أنه إذا أراد الطرف الأول تكملة الدور الأول فوق الأرضى على نفقته، يكون له الانتفاع بهذه التكملة انتفاعا مستديما مدى حياته وبشرط ألا يرجع على الطرف الثانى بشئ من تلك النفقات ، ويعتبر الطرف الثانى – فى هذه الحالة – مالكا لنصف التكملة دون مقابل باعتباره شريكا بحق النصف فى كامل أرض وبناء العقار، وكان مؤدى العبارات الصريحة لهذا العقد أن طرفيه قد اتفقا على اقتسام المنفعة بوحدات العقار المذكور فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائما فى ملكية الأرض والأجزاء المشتركة ، ومن ثم فإن استمرار هذا العقد نافذا لمدة خمس عشرة سنة لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى القسمة نهائية أو انهاء حالة الشيوع ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده الأول فى طلبه الأخذ بالشفعة استنادا إلى كونه شريكا على الشيوع فى عقار التداعى – متى توافرت له الشرائط الأخرى فإنه لا يكون قد خالف القانون فى هذا الصدد .

(جلسة ١٩/١٠/١٩٩٤ الطعن رقم ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ ق)

(١) فلو كان المشترى جاراً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء فى الشيوع ، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ، لأن البيع صادر لأجنبى ، ولأنه إذا كان الجار شفيعاً فإن الشريك فى الشيوع فى طبقة من طبقته فيستطيع الأخذ منه بالشفعة .

يدعمه الفقه الإسلامى فى مختلف مذاهبه ، كما كان يدعمه الفقه والقضاء ، وأقرته محكمة النقض فى أحكام متعاقبة [1] . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى تزاحم الشفعاء .

وقد رأينا فيما تقدم أن الشرط الأول لأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة بالشفعة هو أن يكون هناك عقار شائع ، ونحدد الآن ما هو المقصود بالعقار الشائع . يشمل العقار الشائع أول ما يشتمل ، بطبيعة الحال ، العقار المملك ملكا تاما لعدد من الشركاء فى الشيوع . ولكنه يشمل أيضا رقبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع ، فتكون رقبة العقار عقاراً شائعاً إذا كانت مملوكة لعدد من الشركاء فى الشيوع . ويشمل أخيرا حق الانتفاع بعقار إذا انفصلت عنه الرقبة ، فيكون حق الانتفاع بعقار عقاراً شائعاً إذا كان هذا الحق مملوكا لعدد من الشركاء فى الشيوع [2] . ويجب أن نميز تمييزا دقيقا بين مالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة ، وبين مالك الرقبة باعتباره مالكا فى الشيوع . فمالك الرقبة باعتباره مالكا للرقبة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع فى حق الانتفاع ، ونص المادة ٩٣٦ بند(أ) مدنى صريح فى هذا المعنى إذ يقول : «يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة . إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه» . أما مالك الرقبة ، إذا شفع فى حصة شائعة فى هذه الرقبة لا فى حق الانتفاع ، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا فى الشيوع لعقار شائع هو الرقبة ، لا باعتباره مالكا للرقبة . وإذا تقدم مالك الرقبة يشفع فى حق الانتفاع باعتباره مالكا للرقبة كانت له المرتبة الأولى بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع فى حصة شائعة فى الرقبة باعتباره مالكا فى الشيوع فإن مرتبته بين الشفعاء تكون هى المرتبة الثانية لا المرتبة الأولى . ويجب كذلك أن نميز تمييزا دقيقا بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع، وبين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا فى الشيوع . فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق انتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع فى الرقبة ، ونص المادة ٩٣٦ بند (جـ) مدنى صريح فى هذا المعنى إذ يقول : «يثبت حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها» . أما صاحب حق الانتفاع ، إذا شفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع لا فى الرقبة ، فإنه يتقدم كشفيع باعتباره مالكا فى الشيوع لعقار شائع هو حق الانتفاع ، لا باعتباره صاحق حق انتفاع [3] . وإذا تقدم صاحب الانتفاع

---

(١) نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص ٧٠٩ – ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص ٢٧٢ – ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٢ . مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص١٨٩ .

(٢) أما أن كلا من حق الرقبة فى عقار وحق الانتفاع فى عقار يعتبر عقاراً ، فهذا ثابت بصريح النص ، إذ تقول الفقرة الأولى من المادة ٨٣ مدنى : «يعتبر مالا عقارياً كل حق عينى يقع على عقار» .

(٣) وهناك خلاف فى الرأى فيما إذا كان للشريك المشتاع فى حق الانتفاع الوارد على عقار أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر فى هذا الحق لأجنبى . =

يشفع فى الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع كانت له المرتبة الثالثة بين الشفعاء ، أما إذا تقدم يشفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعتباره مالكا فى الشيوع فإن مرتبته بين الشفعاء تكون هى المرتبة الثانية لا المرتبة الثالثة .

ويخلص من ذلك أمران : (الأمر الأول) أن رقبة العقار التى انفصل عنها حق الانتفاع هى نفسها عقار ، وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة فى هذه الرقبة، كان لها شفيعان : (١) شريك مشتاع فى الرقبة غير الشريك البائع، ويشفع باعتباره مالكا فى الشيوع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثانية . صاحب حق الانتفاع، وهو الحق الذى انفصل عن الرقبة ، ويشفع صاحبه باعتباره صاحب حق انتفاع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثالثة . فإذا تزاحم هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى ، ومن ثم يقدم

= فرأى يذهب إلى عدم الجواز «لأن المادة ٩٣٦ مدنى خولت الشريك فى الشيوع حق الشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى ، فالذى له الحق هو الشريك فى الملك لا الشريك فى الانتفاع . كما أن صاحب حق الانتفاع لا يكون له الحق فى الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة ، وقد خول هذا الحق كما خوله مالك الرقبة عند بيع حق الانتفاع لحكمة هى جميع ما تفرق فى حق الملكية» (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢١٤ ص ١٩٩). «ولو قصد القانون إعطاء الشريك فى الانتفاع الحق فى الشفعة إذا باع الشريك الآخر حقه لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، وهو قد نص صراحة على حق المنتفع فى الشفعة إذا بيعت الرقبة .. وعلى حق مالك الرقبة فى الشفعة إذا بيع الانتفاع الملابس لها .. ولكنه لم يذكر الشريك الذى له حصة فى حق الانتفاع المبيع، ومن المعلوم أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز التوسع فى النصوص الخاصة بها. ومن جهة أخرى فإن الشفعة لا تكون إلا طريقاً من طرق الملك ، وهى ليست طريقة لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحا» (عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٩٠ ص ٤٣١) .

ولكن الرأى السائد هو عكس الرأى المتقدم ، ويقول - كما قررنا فى المتن - بأن للشريك فى حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة حصة شائعة فى حق الانتفاع يبيعها شريك آخر لأجنبى ، لأن «عبارة الشريك فى الشيوع تشمل الشريك فى حق الانتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية ، لأن كليهما شريك فى العقار المبيع ، والمصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوع متحققة فى حالة الانتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية .. وعلى ذلك يمكن القول بأن حق الانتفاع قد يكسب فى هذه الصورة من طريق الشفعة ، ويكون الشفيع فى هذه الحالة صاحب حق الانتفاع لا مالك العقار» (شفيق شحاتة فقرة ٢٤٦ ص ٢٦١) - وانظر فى هذا المعنى : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٦ - عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٠ - إسماعيل غانم ص ٦٨ - عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٣١٢ - حسن كيرة ص ٣ . والذى أوجد اللبس فى هذه المسألة ، فى رأينا ، هو عدم التمييز بين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع فى الرقبة وقد نص على ذلك فى المادة ٩٣٦ بند (جـ) مدنى ، وبين صاحب حق الانتفاع وهو يشفع كشريك مشتاع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع وشأنه فى ذلك هو شأن الشركاء فى الشيوع وقد نص على ذلك فى المادة ٩٣٦ بند ب مدنى.

الشريك المشتاع فى الرقبة وهو فى المرتبة الثانية على صاحب حق الانتفاع وهو فى الثالثة[1] . (والأمر الثانى) أن حق الانتفاع الذى انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار، وقد يملكه عدة شركاء فى الشيوع . فإذا بيعت حصة شائعة فى حق الانتفاع ، كان لها شفيعان: (١) مالك الرقبة ، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الانتفاع ، ويشفع مالكه باعتباره مالكا للرقبة ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الأولى . (٢) شريك مشتاع فى حق الانتفاع غير الشريك البائع ، ويشفع باعتباره مالكا فى الشيوع ، أى باعتباره شفيعا فى المرتبة الثانية . فإذا تزاحم هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى، ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو فى المرتبة الأولى على الشريك المشتاع فى حق الانتفاع وهو فى المرتبة الثانية.

١٨٢ – صاحب حق الانتفاع : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الثالثة ، «لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها» (م ٩٣٦ بند جـ مدنى) . ويخلص من هذا النص أن صاحب حق الانتفاع هنا يشفع فى الرقبة ولذلك يأتى فى المرتبة الثالثة كما قدمنا ، أما إذا كان يشفع فى حصة شائعة فى حق الانتفاع فانه يشفع فيها كشريك فى الشيوع ويأتى فى المرتبة الثانية شأنه فى ذلك شأن سائر الشركاء فى الشيوع كما سبق القول .

وقد تقدم الكلام فى صاحب حق الانتفاع عند ما يشفع فى حصة شائعة فى هذا الحق عند الكلام فى شفعة الشريك فى الشيوع [2] ، والذى يعنينا هنا هو الكلام فى صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة [3] . ونتدرج فى الفروض هنا ، كما تدرجنا فى الفروض بالنسبة إلى شفعة مالك الرقبة فى حق الانتفاع .

---

(١) وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى ينزل الشريك فى الشيوع إلى المرتبة الثالثة ويرفع صاحب حق الانتفاع إلى المرتبة الثانية ، فكانا إذا تزاحما فى الفرض الذى نحن بصدده ، قدم صاحب حق الانتفاع على الشريك المشتاع فى الرقبة ، على عكس ما قدمناه فى المتن . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى ، عند الكلام فى تزاحم الشفعاء .

(٢) أنظر آنفا فقرة ١٨١ .

(٣) وقد ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقى أحقية صاحب حق الانتفاع فى أن يشفع فى الرقبة. فتساءل الرئيس «عما إذا كان من المستحسن منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ولو انصب حقه على جزء من العقار المبيع ، على أن يقصر حقه فى الشفعة على جزء من ملكية الرقبة الذى ينصب عليه حقه فى الانتفاع» . فرأى أحد الأعضاء «عدم منح حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع إلا إذا كان هو المنتفع الوحيد، وعدم التسليم بهذا الحق إذا تعدد أصحاب حق الانتفاع ، وذلك درءا للمشاكل والصعوبات التى قد تعرض فى هذه الحالة» . وعارض عضو آخر «فكرة تقرير حق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنها تؤدى إلى التدخل فى الملكية فى حين أنه قد يكون من المتعين بقاؤه بعيداً عن كل تعاقد يمس ملكية الرقبة ، وخاصة فإن حقه وهو فى الأصل موقوت بحياته لا يتأثر بما قد يطرأ على=

فأبسط الفروض هو أن يكون هناك عقار مملوك لشخص ، وقد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط . فإذا باع هذا الأخير الرقبة التى يملكها ، كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فى الرقبة المبيعة ، فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة . وهذا هو الغرض الذى أعطى من أجله صاحب حق الانتفاع الشفعة فى الرقبة .

وفى فرض ثان أكثر تعقيداً يملك العقار شخصان فى الشيوع ، ويرتبان عليه حق انتفاع لمصلحة شخص واحد ، فيصبحان مالكين لرقبة العقار فى الشيوع ، ونفرض أن لكل منهما النصف . فإذا باع أحدهما النصف الذى يملكه فى الرقبة ، كان لهذا النصف شفيعان كما قدمنا [1] ، مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكا فى الشيوع وهو مقدم إذ هو فى المرتبة الثانية من الشفعاء ، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الانتفاع وهو تال فى المرتبة إذ هو فى المرتبة الثالثة بين الشفعاء . فإذا أخذ صاحب حق الانتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة ، لم شتات ملكية العقار فى نصفه إذ يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف، ويظل صاحب حق انتفاع فى النصف الثانى من العقار . فهذه على كل حال خطوة نحو لم شتات الملكية ، قد تتلوها خطوة أخرى إذا باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذى يملكه ، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الانتفاع فى هذا النصف من الرقبة باعتباره صاحب حق انتفاع يشفع فى الرقبة ، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك باعتباره شريكا فى الرقبة إذ قد سبق له أن شفع فى نصفها ويكون ذلك باعتباره شريكا فى الشيوع ، فيملك فى الحالين العقار كله ملكية تامة ، ويلم شتات الملكية على وجه كامل .

= ملكية الرقبة من تغيير . ثم قال أحد الأعضاء «إنه يرى عدم الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، لأنه يكاد فى الواقع يكون معدوماً فى مصر» . «وهنا أشار الرئيس إلى سبق موافقة اللجنة فى الجلسة الماضية على الاعتراف بحق الشفعة لصاحب حق الانتفاع ، وأضاف أن قرارات اللجنة بطبيعتها غير نهائية بل هى مؤقتة وقابلة للتعديل ، إلا أنه يحسن عدم العدول عن الرأى الذى انتهت إليه اللجنة فى الجلسة الأخيرة بالنسبة لصاحب حق الانتفاع . ومع ذلك فهو يقترح إمعاناً فى التضييق من هذا الحق النص التالى عوضاً عن النص الذى أقرته اللجنة فى الجلسة الأخيرة : «٣ – لصاحب حق الانتفاع إذا بيع الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق» . واقترح أحد الأعضاء الصيغة الآتية : «لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق إلى أجنبى» . فوافقت اللجنة على هذا النص الأخير . ثم عاد أحد الأعضاء إلى مناقشة هذا النص الأخير ، وانتهت اللجنة إلى الموافقة على النص الآتى : «لصاحب حق الانتفاع فى حالة ما إذا لم يقع البيع إلا على الجزء من الرقبة الملابس لهذا الحق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٧ – ص ٣٦٩ فى الهامش) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٨١ .

والفرض الثالث الأكثر تعقيدا من الفرضين المتقدمين ، يملك فيه العقار شخص واحد ويرتب عليه حق انتفاع لشخصين فى الشيوع (لكل منهما النصف مثلا) ، فيصبح بذلك مالكا لرقبة العقار . فإذا باع هذه الرقبة ، فلا شك فى أن صاحبى حق الانتفاع لهما أن يشفعا معاً فى الرقبة كل بقدر النصف ، فيصبحا مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة . كذلك يستطيع أحد صاحبى حق الانتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس للنصف الذى يملكه فى حق الانتفاع ، فيصبح مالكا لنصف العقار فى الشيوع ملكية تامة ، ويبقى النصف الآخر من العقار مقسما بين صاحب حق الانتفاع الآخر والمشترى لكل الرقبة وقد أصبح الآن لا يملك إلا نصفها بعد أن أخذ منه النصف بالشفعة . وقد يعترض هذا المشترى على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه ، إذ هو قد اشترى كل الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها . ففى هذه الحالة يكون له الحق فى إجبار صاحب نصف حق الانتفاع الذى أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر فى الرقبة منعا لتفرق الصفقة ، أو أن يترك الشفعة فى نصف الرقبة الذى أراد أخذه . فإن أخذ صاحب نصف حق الانتفاع كل الرقبة، أصبح مالكا لنصف العقار ملكية تامة ومالكا للرقبة فى النصف الآخر . وإن ترك الشفعة، خلص لمشترى الرقبة حقه كاملا فى الرقبة التى اشتراها ولا تتفرق عليه الصفقة ، وظل مالكا حق الانتفاع كما هما مالكين لهذا الحق فى الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة [1].

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى المادة ١٣٨٥ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه: «... إذا كان يملك المنفعة أو الرقبة أشخاص متعددون وبيع كل الرقبة أو كل المنفعة، جاز لهؤلاء الأشخاص أن يطلبوا الأخذ بالشفعة مجتمعين» (أنظر آنفا فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى الفرض الذى نحن بصدده : «إذا كان يملك المنفعة أشخاص متعددون وبيعت الرقبة كلها، فإن أحداً من المنتفعين لا يستطيع أن يشفع وحده فى الجزء من الرقبة الذى يقابل حق انتفاعه حتى لا تتجزأ الصفقة ، كما لا يستطيع أن يشفع وحده فى كل الرقبة لأنه لا يملك الشفعة فى بعض أجزائها. ولكن يجوز للمنتفعين مجتمعين أن يطلبوا الأخذ بالشفعة فى الرقبة كلها ، لأن الصفقة فى هذه الحالة لا تتجزأ كما أن كل جزء من الرقبة مشفوع فيه» . وذكرنا أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت إلى حذف هذا النص، وترك حكمه لاجتهاد القضاء . وقررنا أن الرأى الذى يتمشى مع ما يسير عليه القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فيما تتوافر فيه الشروط ، وذلك ما لم يتمسك المشترى بعدم تفريق الصفقة عليه ، فيتحتم عندئذ أن يأخذ الشفيع بالشفعة فى العقار كله . وقد اختلف الفقه المصرى ، فرأى يقول بذلك ، ورأى يذهب إلى العمل بالنص الذى حذفته لجنة مجلس الشيوخ بالرغم من حذفه (أنظر آنفا فقرة ١٦٩ فى آخرها وفقرة ١٨٠ فى الهامش) . وانظر فى المعنى الذى نقول به فى الفرض الذى نحن بصدده : محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٦ – وانظر عكس ذلك ووجوب العمل بالنص المحذوف : عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ .

يبقى أن نستعرض فرضا أخيرا ، هو أن يملك العقار مالكان فى الشيوع (كل بمقدار النصف مثلا) ، ويرتبان معاً حق الانتفاع فى هذا العقار لمصلحة شخصين فى الشيوع كل بمقدار النصف . فإن باع أحد مالكى الرقبة النصف الشائع الذى يملكه فى الرقبة ، جاز لمالكى حق الانتفاع أن يأخذا معا هذا النصف بالشفعة ، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة ، ما لم يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة فيأخذه لأنه شريك فى الشيوع ومقدم فى المرتبة على صاحبى حق الانتفاع (١) . كذلك يستطيع أحد مالكى حق الانتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم يطلبه الشريك الآخر ى الرقبة ، ولا يستطيع المشترى أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه . وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق ، جاز لصاحبى حق الانتفاع أن يأخذا معاً بالشفعة ، وجاز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه فى الانتفاع ، إلا إذا تمسك المشترى بعدم تفرق الصفقة ، فيتحتم عندئذ على هذا الشفيع إما أن يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا(٢) .

١٨٣ – مالك الرقبة والمستحكر فى الحكر : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الرابعة ، «لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة» . وهذا السبب من أسباب الأخذ بالشفعة قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، فلم يكن معروفا لا فى التقنين المدنى السابق ولا فى قانون الشفعة السابق (٣) . وقالت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تبرير استحداثه : «ويلاحظ ثانيا أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة ، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر ، جمعا لما تفرق من حق الملكية كما فى الرقبة وحق الانتفاع ، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهى بها حق الحكر وهو حق

---

(١) وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبى حق الانتفاع ، لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يشفع فى حدود نصيبه فيه ، لأن صاحب حق الانتفاع الأول هو المشترى وقد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الانتفاع لأنه من طبقته (م ٩٣٧ مدنى – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٤٠٧) .

(٢) وتسرى الأحكام التى قدمناها على حق الاستعمال وحق السكنى ، سواء كان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان ذلك جائزاً على سبيل الاستثناء (م ٩٩٧ مدنى) . ذلك أن المادة ٩٩٨ مدنى تنص على أن « ... تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين » . أنظر عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٧٩ ص ٤١٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣١ ص ٣١٤ – حسن كيرة ص ٢ .

(٣) أنظر فى نفى حق الشفعة فى الحكر فى العهد السابق استئناف مختلط (دوائر مجتمعة) ١٤ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٧ ص ٨٤ – استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١١٦ – مصر الكلية ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٢ المحاكم ٣ ص ٩٠ – ولكن قارن استئناف مصر ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٢ المحاكم ٤ ص ١٤٤ .

غيـر مرغـوب فى بقـائه »[1] .

ونلاحظ بادئ ذى بدء أن الحقين اللذين يأخذ أحدهما بالشفعة فى الآخر ، فى أرض محكرة للمحكر رقبتها وللمستحكر حق الحكر فيها ، هماحق الرقبة فى هذه الأرض وحق الحكر فيها . أما البناء أو الغراس الذى يحدثه المحتكر فى الأرض المحكرة فهو عقار متميز عن كل من الرقبة وحق الحكر [2]، ولا يشفع به إلا بطريق الجوار كما سيأتى ، أو بطريق بيعه تبعا لحق الحكر ذاته فعندئذ يؤخذ حق الحكر وما يتبعه من بناء أو غراس بالشفعة .

والفرض الذى نحن بصدده هو أن أرضا رتب عليها صاحبها حق حكر، فأصبح مالكا لرقبة الأرض المحتكرة وإلى جانبه المحتكر صاحب حق الحكر . فإذا باع هذا الأخير حق الحكر، كان لمالك الرقبة أن يأخذ هذا الحق بالشفعة ، فينتهى بذلك حق الحكر غير الموغوب فيه ، ويلم مالك الرقبة شتات الملكية ويصبح كما كان مالكا للأرض ملكية تامة . وإذا باع مالك حق الرقبة حقه ، كان لصاحب الحكر أن يأخذ الرقبة بالشفعة ، فيصبح هو أيضا مالكا للأرض ملكية تامة ، وينتهى هنا أيضا حق الحكر غير الموغوب فيه . وقد يكون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ – ص ٣٦٤ – وقد كان أحد أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى قد تساءل «عما إذاكان حق الشفعة يسرى كذلك بالنسبة للمحتكر»، فاجاب رئيس اللجنة «بعدم إمكان التسليم بحق الشفعة للمحتكر، لأن الحكر يفترض وجود وقف» . وأشار مع ذلك إلى حالة بعض المستحكرين المصرح لهم بالبناء على أرض الغير، واقترح منح هؤلاء حق الشفعة فى الأرض التى أقاموا عليها مبانيهم، فوافقت اللجنة على هذا الاقتراح . ثم قال أحد الأعضاء «إنه توجد فى بعض الأحياء مبان غير صحية أقامها صغار الملاك على أرض للغير ، ولاحظ أن التسليم بحق الشفعة فى مثل هذه الحالات يحول دون رفع المستوى الصحى فى الحى كله . فرد الرئيس على هذه الملاحظة بأن رفع المستوى الصحى للحى .. يجب أن يترك أمره لعناية الحكومة، التى تملك فرض شروط صحية أو إصدار مراسيم بنزع ملكية الحى كله أو بعضه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ فى الهامش) .

(٢) تنص المادة ١٠٠٢ مدنى على أن «يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاماً ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترناً بحق الحكر» . وقد عقبنا على هذا النص، عند الكلام فى حق الحكر ، بما يأتى : «ويتبين من النص المتقدم الذكر أن المحتكر إذا بنى أو غرس فى الأرض المحتكرة ، كان البناء أو الغراس ملكاً له دون اتفاق على ذلك مع المحكر .. ويكون للمحتكر فى هذه الحالة حقان يتميزان أحدهما عن الآخر : حق عينى فى الأرض المحتكرة وهو حق الحكر سالف الذكر . وحق ملكية تامة فى البناء أو الغراس الذى أحدثه فى العين المحتكرة . ويجوز له أن يتصرف فى كل حق مستقلا عن الحق الآخر . فيبيع مثلا البناء أو الغراس مع استبقاء حق الحكر، ويجب على المشترى فى هذه الحالة أجر مثل الأرض المحتكرة دون التفات إلى القيمة المقررةفى عقد الحكر الأول. ويبيع حق الحكر مع استبقاء البناء أو الغراس ، وفى هذه الحالة يكون عليه هو أن يدفع أجر المثل لمن اشترى حق الحكر. ولكن يغلب أن يتصرف فى الحقين معاً ، فيبيع البناء أو الغراس مقترنا بحق الحكر، ويحل المشترى فى هذه الحالة مكانه فى كل من الحكر والبناء أو الغراس » (الوسيط ٦ فقرة ٨٠٦) .

هناك جار يملك الأرض الملاصقة للأرض المحكرة ، وتتوافر فيه شروط الشفعة بالنسبة إلى رقبة الأرض وبالنسبة إلى حق الحكر . فإذا أخذ مالك الرقبة حق الحكر . بالشفعة، أو أخذ صاحب الحكر رقبة الأرض بالشفعة تقدم أى منهما على الجار الشفيع إذا أراد هذا أخذ الحكر أو الرقبة بالشفعة . ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الحكر فى المرتبة الرابعة بين الشفعاء ، أما الجار ففى المرتبة الخامسة كما سيأتى ، فيكون كل منهما متقدما فى المرتبة على الجار وأولى منه بالشفعة .

ويلاحظ أخيرا أن الفرض الذى نحن بصدده – شفعة مالك الرقبة وشفعة المستحكر – نادر الحصول فى العمل . ويرجع ذلك إلى أن حق الحكر أصبح ، من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد ، لا يجوز ترتيبه إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢/١ مدنى) . فضاق بذلك نطاق تطبيق الحكر ، وبخاصة بعد أن الغيت الأوقاف الأهلية بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ . فنجم عن ذلك انتهاء حق الحكر الذى كان مترتبا على الأعيان الموقوفة طبقا للمادة ١٠٠٨/٣ مدنى ، وهى الكثرة الساحقة من الأحكار . ولم يعد باقيا من الأحكام القديمة إلا تلك المترتبة على الأوقاف الخيرية وعلى الأعيان غير الموقوفة . ثم صدر القانون رقم ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ ، فأجاز بقرار من وزير الأوقاف بعد موافقة المجلس الأعلى للأوقاف أن ينهى الأحكار المترتبة على الأوقاف الخيرية

إذا اقتضت المصلحة ذلك . ويخلص من هذا أن الحكر قد أصبح الآن ، بفضل هذه التشريعات المتعاقبة ، ذا مجال ضيق محدود . فهو ، منذ صدور التقنين المدنى الجديد، لا يمكن ترتيبه على أرض غير موقوفة . والأرض الموقوفة التى يمكن ترتيب حق الحكر عليها قد انحصرت فى الوقف الخيرى ، بعد إلغاء الوقف الأهلى . وحتى فى هذا المجال الضيق – الوقف الخيرى – يندر ترتيب حكر جديد ، وما هو قائم من أحكار قديمة يمكن إنهاؤه بقرار إدارى [1] . وإذا كانت هناك أحكار قديمة مرتبة على وقف خيرى، أو فرض – وهذا نادر – أن يرتب فيما بعد حق حكر على وقف خيرى ، فان الوقف لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة كما سيجئ . فإذا بيع حق الحكر المرتب على وقف خيرى ، لم يجز لهذا الوقف أن يأخذه بالشفعة . ولكن إذا بيعت الأرض المحكرة الموقوفة وقفا خيريا عن طريق الاستبدال ، جاز لصاحب حق الحكر أن يأخذها بالشفعة ، فيلم بذلك شتات الملكية ويصبح مالكا للأرض ملكية تامة . كذلك تجوز الشفعة فى الأحكار القديمة ، المنشأة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد على أرض غير موقوفة [2] . فإذا بيع حق الحكر أو بيعت حق الرقبة،

---

(١) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٧٩٧ .

(٢) إسماعيل غانم ص ٧٠ – ص ٧١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٠ ص ٤١١ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ . ويقول الأستاذ حسن كيرة : «كذلك نجد أن هذا السبب لا يستطاع الأخذ =

فى هذه الأحكار القديمة وهى فى سبيلها إلى الزوال ، فإن لصاحب أى الحقين أن يأخذ الحق الآخر بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم [1].

١٨٤ - الجار المالك - أحوال ثلاثة : وتثبت صفة الشفيع ، فى المرتبة الخامسة ، «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 ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل» (م ٩٣٦ بند هـ مدنى) [1] .

= بالشفعة بمقتضاه على الأقل فى شأن الأحكار المرتبة بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد إذا بيع ملك الرقبة . لأن الأصل أنه لا يجوز بيع ملك الرقبة ما دامت وقفا . وإذا جاز فى بعض الأحوال بيعها فذلك على أساس الاستبدال ، وهو ما يؤدى إلى إنهاء صفة الوقف من الأرض المبيع ملك رقبتها . ومتى انتهت صفة الوقف عنها انتهى الحكر المرتب عليها ، وانتقل إلى الأرض البديلة عنها . فهنا لا يتصور إذن أن يأخذ صاحب الحكر بالشفعة الأرض المبيعة إذا بيع ملك رقبتها» . ويؤخذ على ذلك؛ أنه ليس من الضرورى ، عند استبدال العين الموقوفة المحكرة ، أن يكون الاستبدال واقعا على كل العين حتى يصح القول بأن الحكر ينتقل إلى الأرض البديلة عنها . ولكن يجوز - وهذا هو الأجدى عملياً - أن يقع الاستبدال على رقبة العين المحكرة وحدها. فيبقى الحكر على العين الأصلية ، وعندئذ يأخذ صاحب الحكر الرقبة بالشفعة . ويكون ذلك قبل تسجيل عقد البيع (منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢) وانتقال ملكية العين الموقوفة إلى المشترى وصيرورتها ملكاً ، فلا تكون صفة الوقف قد زالت ويستتبع زوالها انتهاء الحكر .

(1) وإن كان للمحتكر وفق النظام المقرر فى الشريعة الإسلامية أن يشفع ببنائه إلا أنه لا يصح أن تقاس حالته على حالة المستأجر الذى يقيم بناء على الأرض التى استأجرها، ذلك أن المحتكر طبقا للنظام المشار إليه له حق عينى تتحمله العين فى يد كل حائز لها ، ويراد به استبقاء الأرض للبناء تحت يد المحتكر ما دام قائما بدفع أجر المثل، فهو مالك لمنافع العين ملكا أبديا بدوام دفعه أجرة المثل بخلاف المستأجر فإن عقد الإيجار لا يخوله إلا حقا شخصيا قبل المؤجر ويعطيه حق البقاء والاستقرار على الدوام فلا يثبت له حق الشفعة بوصفه جارا مالكا للبناء .

(جلسة ١٩٥٥/٢/٣ الطعن رقم ١٠ لسنة ٢٢ ق)

(١) وللجار فى هذه الأحوال الثلاث أن يشفع فى العقار إذا بيع ، حتى لو كان هذا العقار المبيع حصة شائعة فى عقار مملوك لعدة شركاء على الشيوع ، ولم يطلب أحد الشركاء فى الشيوع وهو مقدم على الجار أخذ الشائعة بالشفعة . ولا تتوقف شفعة الجار على نتيجة القسمة ، إلا إذا اقتسم المشترى العقار الشائع مع شركائه وأفرزت الحصة التى اشتراها فكانت غير مجاورة لعقار الجار ووقع كل ذلك قبل ثبوت حق الجار فى الشفعة. أما إذا ثبت حق الجار فى أخذ الحصة الشائعة بالشفعة ، فقد أصبح هذا الحق باتاً أيا كانت نتيجة القسمة فيما بعد . ذلك بأنه وقت بيع الحصة الشائعة كان شرط الجوار متوافراً ، وبقى متوافراً إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة . ولو وجب انتظار نتيجة القسمة، فقد لا =

ونرى من ذلك أنه يجب مبدئيا التمييز بين المبانى والأراضى المعدة للبناء من جهة، والأراضى غير المعدة للبناء ويغلب أن تكون هى الأراضى الزراعية من جهة أخرى . فكل المبانى القائمة فعلا ، سواء كانت قائمة فى المدن أو فى القرى ، داخل حدود المبانى أو خارجها ، تدخل فى الطائفة الأولى [1] . وتدخل فى الطائفة الأولى أيضا الأراضى التى لا

= تطلب القسمة ويضيع على الشفيع حقه . أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٨٩٩م ١١ ص ١٨٢ – ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٩ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٤٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٠ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ ص ٢٦١ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠٨ – عبدالمنعم فرج الصدة ٢٨٨ – وانظر عكس ذلك وأن حق الجار فى طلب الشفعة يكون موقوفا على نتيجة القسمة استئناف مصر ٢٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١ رقم ١١٣ ص ١٤٧ – على زكى العرابى فقر ٥٨ ص ٣٥ – ص ٣٦ .

(1) أ – إذا كانت الأرض تدخل فى حدود المدينة أو القرية التى تبين المدى الذى يتطلبه التوسع العمرانى بالبناء فهى بحكم هذا الوضع الذى انشأته الدولة تعتبر من الأراضى المعدة للبناء حتى ولو كانت مستغلة استغلالا مؤقتا لغرض آخر، أما إذا كانت خارجة عن تلك الحدود فهى لا تعتبر أرض بناء إلا إذا كانت قد اعدت إعدادا فعليا لهذا الغرض ولقاضى الموضوع بهذا الصدد السلطة التقديرية للفصل فى هذه المسألة بغير معقب متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى تحمله ، والمعول عليه فى أى من هاتين الحالتين هو بحالة الأرض وقت انعقاد البيع الذى تولد عنه حق الشفعة .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق)

ب – أفرد القانون ٢٠٦ لسنة ١٩٥١ – المنطبق على واقعة الدعوى – الباب الثانى منه لتنظيم اعادة تخطيط المدن والذى نص فى المادة العاشرة على وجوب تخطيط حدين لكل مدينة أو قرية يحدد أولهما المدى الذى يتطلبه التوسع المنتظر فى البناء لمواجهة عدد السكان لمدة خمسين عاما مقبلة ويحدد الثانى منطقة زراعية خارج الحد الأول لا يجوز إقامة منشآت فيها لغير الأغراض الزراعية إلا بموافقة السلطة المختصة بالتخطيط، ثم اتبع المشرع هذا القانون باصداره قانون نظام الحكم المحلى رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ – الذى يسرى على واقعة الدعوى فنص فى مادته الأولى على ان تقسم الجمهورية إلى وحدات إدارية هى المحافظات والمدن والقرى ويحدد نطاق المحافظات بقرار من رئيس الجمهورية – ونطاق المدن بقرار من الوزير المختص ونطاق القرى بقرار من المحافظ ، وتنفيذا لهذا القانون اصدر رئيس الجمهورية القرار رقم ١٧٥٥ لسنة ١٩٦٠ الذى نص على تقسيم الجمهورية إلى محافظات ومدن وقرى وفقا للجداول المرافقة لهذا القرار ، ولما كان التقنين المدنى قد نص فى الفقرة الخامسة من المادة ٩٣٦ على أن يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو القرى فإن مؤدى ذلك أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى هذه الصورة أن يكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه من جهة واحدة ، والأصل فى اعتبار الأرض معدة للبناء يكون بالرجوع إلى الخرائط التى وضعتها الحكومة لتحديدالنطاق المدينة أو القرية فى ضوء القانونين سالفى الذكر وما صدر بشأنهما من قرارات تنفيذية .

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن قم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق)

جـ –النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى على أنه «يثبت الحق فى الشفعة من (هـ) للجار المالك فى الأحوال الآتية : ١ – إذا كانت العقارات .... من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن أم=

تقوم عليها مبان فعلا ولكنها تعتبر أراضى معدة للبناء . ويرجع فى تحديد هذه الأراضى المعدة للبناء إلى الخرائط التى تعين حدود المدينة أو القرية (الكردون) [1] ، فإذا كانت الأرض تدخل فى نطاق هذه الحدود فهى أرض معدة للبناء ، حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتا لغرض آخر كالزراعة . والأرض التى لا تدخل فى نطاق هذه الحدود تعتبر أرضا غير معدة للبناء ، وذلك ما لم يكن صاحبها قد أعدها بالفعل لتكون أرض بناء فتعتبر فى هذه الحالة أرضا معدة للبناء [2] . فإذا استبعدنا المبانى القائمة فعلا والأراضى المعدة

= القرى . يدل على أنه يشترط للأخذ بالشفعة فى هذه الحالة أمران الأول أن يكون محل البيع المشفوع فيه أرض داخله فى نطاق المدينة أو القرية والثانى أن تكون من الأراضى المعدة للبناء ، والمناط فى التعرف على الأمر الرجوع إلى الخرائط التى تعين (كردون) المدينة أو القرية والقرارات المعدلة لتلك الحدود وفقا لما تقضى به المادة الأولى من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ الخاص بنظام الحكم المحلى أما التعرف على الأمر الثانى فمرده استظهار موقع الأرض من الكتلة السكنية فى المدينة أو القرية وطبيعتها وسائر الظروف المحيطة بها لبيان ، إذا كان يصدق فى شأنها وصف الأرض المعدة للبناء من عدمه وهى من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا لما كان ذلك وكان الطاعنان لا ينازعان فيما أثبته تقرير الخبير المعين فى الدعوى من وقوع الأرض المشفوع فيها داخل حدود (كردون) مدينة الجيزة وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على كون أرض النزاع من الأراضى المعدة للبناء بقوله أن الاصل العام أن يرجع فى تحديد الأراضى المعدة للبناء بحسب موقعها وما إذا كانت فى منطقة سكنية عامرة بالمبانى وقريبة من العمران وإذا كان الثابت من تقرير الخبير ان الاراضى المشفوع فيها من الأراضى المعدة للبناء لقربها من منطقة بها تقاسيم معتمدة ومساكن منذ عام ١٩٧٠ وسبق لمجلس مدينة الجيزة أن قرر اعتماد تقسيم كائن فى الحد القبلى للأرض المشفوع فيها ... وهو من الحكم استخلاص سائغ له أصله الثابت بالأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه من ان الأراضى المشفوع فيها من الأراض المعدة للبناء وكانت المادة ١٠٧ مكررا من قانون الزراعة رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٣ التى يتحدى بها الطاعنان والتى تحظر اقامة مبانى على الأراضى الزراعية بغير ترخيص من وزارة الزراعة قد استثنت من ذلك الأراضى التى تقع داخل كردون المدن ، فإن النعى على الحكم اعتباره الأرض المشفوع فيها من الأراضى المعدة للبناء وما رتبه على ذلك من توافر سبب أخذها بالشفعة بصلاصفتها للأرض المشفوع بها من حد واحد على غير أساس .

(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥٢ ق)

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٤٠ .

(٢) وكون الأرض غير الداخلة فى نطاق «كردون» المدينة أو القرية تعتبر قد أعدت فعلا للبناء فتكون أرضا معدة للبناء مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، دون معقب عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان الحكم الذى اعتبر الأرض غير معدة للبناء ، فلا يكفى للشفعة فيها الجوار من جهة واحدة، قد أقام قضاءه على أن المنطقة التى تقع فيها واسعة المساحة وغالبها منزرع ، وأن ما فيها من أبنية قليل، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٢ ص ٦٣٩) . وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١=

للبناء على التحديد الذى ذكرناه ، كان ما بقى من الأراضى يعتبر أرضا غير معدة للبناء – ويغلب أن تكون أرضا مزروعة أو معدة للزراعة – وتدخل فى الطائفة الثانية .

والشفعة فى المبانى والأراضى المعدة للبناء – وهذه هى الحالة الأولى للجوار – يكفى فيها مجرد الملاصقة . أما الأراضى غير المعدة للبناء ، فالشفعة فيها لا تكون

= – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ فى الهامش . محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٠ ص ٤٢٠ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٩٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٢ – ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٧ – ص ٣١٨ . والعبرة فى الأرض المشفوع فيها بحالتها وقت بيعها ، فإذا كانت غير معدة للبناء سرت الأحكام الخاصة بالأراضى غير المعدة للبناء ، حتى لو كان المشترى أو الشفيع مزمعاً أن يعدها للبناء (أنظر فى هذا المعنى عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣).

والذى يعتد به بوجه عام هو إعداد البائع الأرض للبناء ، لا إعداد المشترى لها . فإذا اشترى شخص أرضاً زراعية لتقسيمها وبيعها للبناء ، فلا تثبت الشفعة إلا إذا توافر شروط الجوار من جهتين وشرط القيمة ، لأنها تعتبر أرضا زراعية كما أعدها البائع ، ولا تعتبر من أراضي البناء كما سيعدها المشترى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤). ومع ذلك إذا كانت الأرض معدة لتقسيمها إلى قطع للبناء بحكم ملاصقتها للمبانى وانتشار العمران بالجهة التى هى فيها ، فانها تعتبر أرض بناء ، حتى لو وصفت فى عقد البيع بأنها أرض زراعية وقدرت مساحتها بالفدان وكانت مؤجرة للزراعة ولا يزال يدفع عنها المال باعتبارها أرضا زراعية (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣١ ص ٢٢٤ – ص ٢٢٥) . وقضى بوجوب اعتبار الأرض زراعية ، ولو عين لها ثمن عال قدر بالذراع لا بالفدان ، ما دامت الأرض واقعة خارج منطقة المبانى بالقرية Agglomération bâtie (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وقضى بأنه يجب البحث عن تخصيص الأرض وعما إذا كانت توجد فى منطقة بناء ، وكلما ظهر أن منطقة البناء هذه قريبة من قرية قرباً كافياً بحيث يمكن اعتبارها بالفعل ، إن لم يكن من الوجهة الإدارية ، جزءا منها ، فإن الأرض تكون أرض بناء (استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٠٤) . وقضى بأن العبرة فى الأرض المعدة للبناء بالتخصص الحالى الناشئ من موقعها فى مدينة أو قرية ، لا بالتخصيص الشخصى الذى قد يكون احتمالياً (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) . وكان قد قضى بأن لوكاندة مينا هاوس لا تعتبر داخلة ضمن دائرة المبانى أو الأراضى المعدة للبناء فى المدن أو القرى، لأنها متصلة من جهة بالصحراء ، ومن جهة أخرى بأراض زراعية شاسعة تروى فى أوقات دورية (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ – ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٩) .

بمجرد الملاصقة،[1] بل يجب أيضا فوق ذلك أحد أمرين : إما أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها وهذه هى الحالة الثانية للجوار، أو أن تكون الأرض ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وتساوى فى الوقت ذاته نصف ثمن هذه الأرض الأخيرة على الأقل وهذه هى الحالة الثالثة للجوار . ونستعرض تفصيلا كلا من هذه الأحوال الثلاث .

١٨٥ - الحالة الأولى للجوار - المبانى والأراضى المعدة للبناء : يكفى للآخذ بالشفعة، فى هذه الحالة ، أن يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه متجاورين ، أى متلاصقين من جهة واحدة [1] . ولا يطالب أى شرط آخر ، كوجود حق ارتفاق أو التلاصق من جهتين أو قيمة معينة للعقار المشفوع به ، فهذه الشروط إنما تطلب بالإضافة إلى التلاصق فى الأراضى غير المعدة للبناء ، أى فى الحالتين الثانية والثالثة ، كما سبق القول .

أما فى حالة المبانى والأراضى المعدة للبناء ، وهى الحالة الأولى التى نحن بصددها، فيكفى التلاصق من جهة واحدة كما قدمنا . وإذا كان كل من العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه أرضا معدة للبناء ، فالتلاصق يكون بين الأرضين بداهة . وإذا كان كل من العقارين ، أو كان أحدهما ، بناء مقاما على أرض كمنزل مقام على أرض بعضها حديقة

---

(١) ويجب أن يكون التلاصق موجودا وقت البيع إلى وقت طلب الشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ١٥٥) ، وعلى الشفيع إثبات ذلك (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ١٥) . ويجوز الرجوع فى الإثبات إلى عقد تمليك الشفيع ولو لم يكن له تاريخ ثابت ، كما يجوز إثبات ذلك بالمعاينة . وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسمة ، وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعاً لذلك حق طلب الشفعة ، وذلك لأن التسجيل إنما شرع لفائدة الغير صوناً لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنفع على من لم يقم به (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٤٢ ص ٨٧ - وانظر نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٦-٧ رقم ٣) .

(1) إذ نصت الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى على ثبوت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية : إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء كانت فى المدن ام فى القرى فقد دلت على أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى هذه الحالة كون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ومن ثم لا يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء ، ذلك أن الأراضى غير المعدة للبناء لا يكفى فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بل يجب أن تكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو أن يكون التلاصق من جهتين مع اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى الحالتين الثانية والثالثة من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ سالفة البيان.

(جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الطعن رقم ٧٧١ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ١١٣٣)

للمنزل أو فناء له ، فالتلاصق هنا أيضا يكفى أن يقوم بين الأرض المقام عليها البناء والأرض الأخرى سواء أقيم عليها بناء أو كانت أرضا فضاء [١] . أما إذا كان الشفيع يشفع ببناء يملكه دون الأرض المقام عليها البناء ، كأن كان مستأجرا للأرض وأقام عليها بناء [٢] ، فإن البناء المشفوع به نفسه ، وليس الأرض وحدها ، يجب أن يكون ملاصقا للعقار المشفوع فيه. فإن كان هذا العقار المشفوع فيه هو أيضا بناء بيع وحده دون الأرض التى أقيم عليها، وجب أن يقوم التلاصق بين البنائين نفسيهما، ويتحقق ذلك إذا قام بينهما حائط فاصل سواء كان هذا الحائط مشتركا أو غير مشترك [٣] .

ويمنع التلاصق على الوجه المتقدم أن يكون هناك بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فاصل غير مملوك للشفيع [٤] . فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣ .

(٢) أنظر فى الفرق بين المستأجر والمحتكر نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٠ رقم ٣ .

(٣) وقد فرضنا فيما قدمناه أن ملكية الأرض منفصلة عن ملكية البناء . وقد يكون صاحب البناء له حق القرار على الأرض بموجب حق عينى ثبت له فى الأرض ، كحق انتفاع أو حق حكر فإذا فرضناه شفيعا ، كان له أن يشفع بالبناء الذى يملكه دون الأرض كما قدمنا ، وكان له أيضا أن يشفع بحق الانتفاع أو بحق الحكر الثابت له فى الأرض وهو حق عينى فى عقار فيكون عقارا متميزاً عن رقبة الأرض . وهو فى الواقع من الأمر يشفع بالعقارين معاً ، البناء المقام على الأرض وحق الانتفاع أو حق الحكر الثابت له فى الأرض . فيشفع بالبناء مقترناً بحق القرار على الأرض . فيكفى أن تكون الأرض ، دون البناء ، هى الملاصقة للعقار المشفوع فيه . وإذا كان يشفع فى بناء بيع دون الأرض، وكان لهذا البناء حق القرار على الأرض بموجب حق انتفاع أو حق حكر ، فإنه يشفع فى هذه الحالة فى البناء مقترنا بحق الانتفاع أو بحق الحكر ، فتكفى ملاصقة عقاره الذى يشفع به للأرض المقام عليها البناء المشفوع فيه .

أنظر فى هذه المسألة محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٤ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠٠ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ – ص ٤١٣ – ص ٤١٤ – حسن برة ص ٦ – ص ٧ – وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤١ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٨ (حيث يذهب إلى أن صاحب حق الانتفاع لا يشفع فى العقار المجاور له) .

وإذا قام شخص بناء على أرض اشتراها قبل أن يسجل عقد شرائه ثم سجل عقد الشراء، فبفضل الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين الذى نقول به (أنظر ما يلى فقرة ١٨٩ فى الهامش) يعتبر مالكا للأرض ، بالنسبة إلى المشترى المشفوع ضده، من وقت العقد لا من وقت التسجيل . ومن ثم يكفى أن تكون الملاصقة قائمة بين العقار المشفوع فيه والأرض التى اشتراها وأقام عليها البناء ، دون هذا البناء نفسه .

(٤) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٢ – ٣ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٨٨ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

عام أو طريق عام ، لم يتحقق التلاصق [١] . أما إذا كانت الترعة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما ، فإن التلاصق يتحقق [٢] ، ولا يحول دون تحقق التلاصق فى هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترعة أو المصرف أو الطريق ، فإن حق الارتفاق لا يمنع أن يبقى صاحب العقار مالكا لعقاره [٣] . وإذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير، أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع ، فإن التلاصق لا يتحقق [٤] . وقد يفتح ذلك باب التحايل لمنع الشفعة ، فيقتطع البائع من الأرض المبيعة شريطا هو الملاصق للعقار المشفوع به والممتد على طول حده المجاور ، فيحتفظ بملكيته ولا يدخله فى البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه، أو يهبه للمشترى منعا للشفعة أيضا . وقد أجاز هذا النوع من التحايل بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ، بدعوى أن الشفعة حق ضعيف [٥] . ولكن الصحيح أن التحايل على

---

(١) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢ – ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٥ – ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٣ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٠ – ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها طريق مشترك من جهة ومصرف مشترك من جهة ثانية ، فإن هذا لا يمنع من الشفعة متى كان الطريق والمصرف خصوصيين ، إذ يكون الجوار متحققاً من الجهتين (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت السكة الزراعية الفاصلة بين الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها مملوكة لصاحبى الأرضين مناصفة ، فإن الجوار بين الأرضين يكون قائماً (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) . وقضت كذلك بأن المصرف الذى يفصل بين جارين لا يعتبر معه التلاصق بين الأرضين غير قائم إلا إذا كان غير مملوك للجارين ، أما إذا كان مشتركا بينهما فالتلاصق قائم (نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥) . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٧ – ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١ – ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤٩ – وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٨ .

(٣) ،قد قضت محكمة النقض بأن وجود مصرف فى العقار المشفوع فيه فاصل بينه وبين العقار المشفوع به ، ومخصص لصرف مياه أراض أخرى، لا يمنع قيام حالة الجوار بين العقارين بالمعنى المقصود فى الشفعة ، فإن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المصرف لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع فيه ، بل هى تظل جزءا من العقار. فالحكم الذى يعتبر وجود مثل هذا المصرف مانعا من التلاصق المشترط فى الشفعة، لمجرد تحمله بحق ارتفاق للغير مما يستحيل معه إزالته ، يكون خاطئا (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢) .

(٤) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٦٣ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٥٥ – ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ٢٤ ص ٢٣٢ .

(٥) أنظر أيضاً فى معنى جواز التحايل : استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص ١٥٩ – دمنا ٢٩ مارس سة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٢٣ – استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٨.

القانون لا يجوز ، فإذا فعل البائع شيئا عن ذلك ، جاز للشفيع أن يثبت التحايل بجميع طرق الإثبات، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة (١) (1).

فإذا كان العقار ان المشفوع به والمشفوع فيه متلاصقين على النحو الذى فصلناه، فإنه يكفى لتحقق التلاصق أن يكون قائما بين العقارين بأى امتداد مهما صغر ، ولو كان بشبر واحد . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لما كان الشارع قد استمد شفعة الجار

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها ، لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر . فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها، كان ذلك عوداً عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله ، فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه . واستخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة ، هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص ٦٨٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون ، وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سببه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها ، فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس (نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٦ ص ٦٧٨) – وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يمنع الشفعة أن يترك البائع جزءا من الأرض المبيعة لا يدخله فى البيع تحايلا لإسقاط الشفعة (استئناف مصر ١٣ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٥) – وأنظر أيضا فى هذا المعنى : استئناف وطنى أول ديسمبر سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٢ ص ٩ – استئناف مصر ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٨ ص ٩٣٥ – استئناف مختلط ١١ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٣٥ – ٧ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٤١ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٥ – ٢٥ أبريل سنة ٧-١٩٠ م ١٩ ص ٢٢٣ – ٣ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٨ – محمد كامل مرسى ٣ ص ٢٤٢ – ص ٢٤٧ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٨ – إسماعيل غانم ص ٧٢ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٢ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص٣١٦ – حسن كيرة ص ٦ .

(1) العبرة فى بيان العقار المطلوب أخذه بالشفعة هى بما ورد بالعقد المشفوع فيه مالم تثبت صوريته وعلم الشفيع به وليس ما يقوم البائع بتسليمه للمشترى ، وإذ كان الثابت أن محل عقد البيع المسجل الصادر من المطعون ضدها الأخيرة لباقى المطعون ضدهم حصة شائعة فى العقار، فإن الحكم المطعون فيه اذ رفض دعوى الطاعنين أخذها بالشفعة المؤسسة على أنهما شريكان على الشيوع استنادا إلى أن البائعة قد سلمت المشترين جزءا محددا مفرزا لسبق تملكها اياه بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملك مهدرا بذلك ما جاء بالعقد المسجل المشفوع فيه الذى انصب على حصة شائعة فى الأرض فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(جلسة ١٠/١١/١٩٨٣ س ٣٤ ص ١٥٧١)

من فقه الحنفية مكملا بما أورده فى النص 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 مخالفا للقانون وللمصدر الذى استمد منه الشارع شفعة الجار أن يضيف الحكم إلى القيود التى أوردها النص قيدا لم يرد فيه ، بأن يشترط لثبوت شفعة الجار المالك أن يكون التلاصق على امتداد كاف ، فى حين أن المقرر فى قواعد التفسير ألا مساغ للاجتهاد فى مورد النص وأن المطلق يجرى على إطلاقه [1] .

والتلاصق ، بأى امتداد مهما صغر ، يكفى أيضا أن يكون من جهة واحدة ما دام العقار بناء أو أرضا معدة للبناء . والمعتاد أن يكون التلاصق أفقيا ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه ملاصقة جانبية ، أى يكون إلى جانبه فى أية جهة من جهاته. ولكن يجوز مع ذلك أن تكون الملاصقة رأسية لا أفقية ، فيكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه أو فى أسفله ، وهذا يتحقق فى ملكية الطبقات [2] . ففى البناء ذى الطبقات المتعددة المملوكة لملاك مختلفين ، تكون أعلى طبقة ملاصقة للطبقة التى تليها فى أعلاها ، وهذه ملاصقة للطبقة الأسفل فى أعلاها كذلك ، وهكذا . فيجوز إذن أن يشفع صاحب إحدى هذه الطبقات فى الطبقة التى هى فوقه مباشرة وفى الطبقة التى هى تحته مباشرة ، لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين : الطبقة الأعلى فى أسفلها والطبقة الأدنى فى أعلاها [3] . بل إن صاحب الطبقة وهو الجار الرأسى أولى بالشفعة من

---

(١) نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ – وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ص ٤١٩ ص ٤٢٠ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٥ ص ٣٤٨ وفقرة ٢٥٧ ص ٣٥٢ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠٥ ص ٤١٢ – إسماعيل غنم ص ٧١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٦ ص ٤٢٠ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٦ – حسن كيرة ص ٥ .

وانظر رأيا مخالفا يذهب إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه ، وأن القاضى هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة : محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٢ وفقرة ٢٢٨ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٣ ص ٢٥٩ – استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٧ – ٢٧ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٠٧ . وعيب هذا الرأى واضح ، فهو يفتح الباب للتحكم ، ولا شك فى أنه إذا أعطى للقاضى حق تقدير متى يكون الامتداد كافيا فإن الأنظار تختلف فى ذلك، وقد تعطى الشفعة محكمة وتمنعها محكمة أخرى. ولذلك رجعت محكمة الاستئناف المختلطة عن هذا الرأى ، واكتفت بأى تلاصق مهما صغر (استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٦١) .

(٢) وقد نصت المادة ٢/١١٣٠ مدنى عراقى على ما يأتى : «وإذا كان السفل والعلو لشخصين مختلفين ، أعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً للآخر» .

(٣) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ – شفيق شحاته فقرة ٢٤٢ ص ٢٥٦ هامش ١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٩٧ ص ٤٣٦ – عبدالمنعم فرج =

الجار المعتاد وهو الجار الجانبى ، إذ أن الأول يرجح الثانى بأنه فوق ملاصقته للعقار المشفوع فيه شريك أيضا فى الشيوع فى الأجزاء المشتركة للعقار كالسلم والباب الخارجى والفناء وما إلى ذلك [1] . بل إننا نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقيم شفعة أصحاب الطبقات لا على مجرد الجوار الرأسى ، ولكن أيضا على الشركة فى الشيوع . ذلك بأن أبنية الطبقات تقوم كلها على الأرض ، والأرض تعتبر ملكا شائعا لجميع ملاك الطبقات ، وتنص المادة ١/٨٥٦ مدنى صراحة فى هذا المعنى على أنه «إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض» . فصاحب الطبقة إذا باعها إنما يبيع معها حصته الشائعة فى الأرض التى أقيمت عليها طبقته ، فيشفع الشركاء الآخرون كل بحصته الشائعة فى الأرض، فى الطبقة التى بيعت [2] . والشيوع هنا أقوى من الشيوع العادى، فهو شيوع إجبارى لا يستطيع الشركاء أن يطلبوا فيه القسمة ليتخلصوا من مضاره ، فأولى أن يكون لهم حق الشفعة حتى يتخلصوا من هذه المضار ولو تخلصا جزئيا . وإذا أخذ بوجهة النظر هذه، ترتب على الأخذ بها أن صاحب الطبقة يكون شفيعا فى كل الطبقات الأخرى ولو لم تكن ملاصقة لطبقته فهو لا يشفع باعتباره جارا ملاصقا ، وإنما يشفع باعتباره شريكا فى الشيوع فى الأرض التى أقيمت عليها الطبقات [3] .

= الصدة فقرة ٢٨٢ – ص ٤١٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ – وترتيباً على ذلك إذا أقيم بناء على أرض وكانت الأرض والبناء مملوكين لمالكين مختلفين ، فإن لكل منهما أن يشفع فى عقار الآخر ، فإذا بيع البناء شفع فيه صاحب الأرض ، وإذا بيعت الأرض شفع فيها صاحب البناء (عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٢ ص ٤١٣) . وترتيبا على ذلك أيضا، إذا انهدم العلو الذى له حق القرار على السفل ، فان حق القرار نفسه يكون عقاراً ملاصقاً للسفل ، فإذا بيع حق القرار هذا شفع فيه صاحب السفل، وإذا بيع السفل شفع فيه صاحب حق القرار (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢١٥) . وترتيباً على ذلك أخيراً ، إذا كانت الدار ذات ثلاث طبقات ، وبيعت الطبقة الوسطى شفع فيها كل من صاحب الطبقة العليا وصاحب الطبقة السفلى ، أو بيعت الطبقة العليا أو الطبقة السفلى شفع فيها صاحب الطبقة الوسطى (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٥ ص ٢١٦) .

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ .

(٢) ولعل هذا المعنى يمكن أن يستفاد مما دار من المناقشة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى، إذ «أشار الرئيس إلى حالة ملكية الطبقات ، ورأى قياس هذه الحالة على حالة الملكية المشتركة ، فوافقت اللجنة على هذا الرأى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٣ فى الهامش).

(٣) قرب من هذا الرأى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٢ ص ٤٢٤ – وقد نصت المادة ٢٣٩ (٦) من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أن «يثبت الحق فى الشفعة ... (٦) لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق» .

١٨٦ – الحالة الثانية للجوار – للارض المبيعة أو عليها حق ارتفاق لأرض الجار :
وفى هذه الحالة نواجه أراضى غير مبنية وغير معدة للبناء ، وهى – أكثر ما تكون – أراض زراعية. ويجب بادئ ذى بدء ، لجواز الأخذ بالشفعة هنا ، أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين . وقد بسطنا القول فى شرط التلاصق فى أراضى البناء ، وينطبق هنا ما قلناه هناك .

ولا يكفى التلاصق هنا ، وكان يكفى فى المبانى وفى الأراضى المعدة للبناء كما سبق القول . بل يجب فى هذه الحالة الثانية أن تكون هناك صلة أخرى بين الأرضين فوق التلاصق ، هى أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها [١](1) . فيترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق فى الفرضين ، وإما أن تتخلص الأرض المشفوع بها مما عليها من حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها فى الفرض الأول ، أو تتخلص الأرض المشفوع فيها من حق الارتفاق الذى عليها للأرض المشفوع بها فى الفرض الثانى [٢] . وفائدة الشفيع فى أن تتخلص أرضه من حق الارتفاق الذى عليها فى الفرض الأول واضحة . وكذلك له فائدة فى أن يزول حق الارتفاق الذى لأرضه على الأرض المشفوع فيها فى الفرض الثانى، إذ

---

(١) ولا يشترط بعد ذلك أن يكون التلاصق فى حدين أو أن تكون للأرض المشفوع بها قيمة معينة ، فإن قيام حق الارتفاق وحده يغنى عن كل ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لقيام الحكم القاضى بالشفعة أن يثبت جوار الشفيع فى حد واحد بقطعة أرض عليها حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، دون الاعتداد فى هذه الحالة بنسبة قيمة أرض الجار إلى قيمة الأرض المشفوع فيها (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يسوى فى ثبوت الشفعة بين أن يكون حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها أو للأرض المشفوع بها ، فلا جدوى من الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطأ فى التقرير بوجود حق ارتفاق لأرض الشفيع على الأرض المشفوع فيها، فى حين أن الثابت هو أن حق الارتفاق للأرض المشفوع فيها على أرض الشفيع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٠ ص ٦١٥).

(1) مفاد النص فى المادة ٩٣٦/هـ من القانون المدنى أن للجار المالك أن يطلب الشفعة إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجتمعا فى يد واحدة هى يد الشفيع وأن يزول هذا الحق فى الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التى تشترك فيه ، فزوال – هذا الحق كلية – ليس شرطا من شروط الأخذ بالشفعة وقد استهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من ربقة الارتفاق ولو جزئيا باجتماعهما فى يد واحدة ما يتأدى إلى علاج أسباب النزاع عند تعدد الملاك.
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ الطعن رقم ٤٢٨ لسنة ٥٥ ق)

يصبح مالكا للأرض المرتفق بها وتزول أسباب النزاع التى تتولد عادة من وجود حق ارتفاق لأرض على أخرى (١).

وحق الارتفاق الذى يكون لأرض على أخرى ، فيسوغ الأخذ بالشفعة ، قد يكون مصدره الاتفاق . فيجوز الاتفاق بين صاحبى أرضين متلاصقتين على أن يكون لإحداهما حق ارتفاق على الأخرى ، كارتفاق بالشرب أو بالمجرى أو بالصرف أو بالمرور(٢)(1) . وقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك

---

(١) أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٦ – وقد حاول بعض أعضاء لجنة الأستاذ كامل صدقى اشتراط أن يكون حق الارتفاق الذى يبيح قيامه الأخذ بالشفعة ذا أهمية حيوية . فعندما استطرد رئيس اللجنة قائلا أن الأمر يقتضى بحث الفقرة (ب) التى تقرر حق الشفعة للجار فى حالة وجود حق ارتفاق ، وطلب إلى الأعضاء الإدلاء بملاحظاتهم بشأن هذه الفقرة ، قال أحد الأعضاء «إن كثيرا من حقوق الارتفاق غير ذى أهمية ، لذا فالرأى عنده أن يقصر منح حق الشفعة على الحالات التى يوجد فيها حق ارتفاق على جانب من الأهمية عظيم» . وأضاف عضو آخر «أنه لما كان مرد حق الشفعة فى هذه الحالة مصلحة اقتصادية ، فمن المتعين أن يكون حق الارتفاق الذى يستند إليه الشفيع فى استعمال حقه فى الشفعة ذا أهمية حيوية ، وساق لذلك مثلا حق ارتفاق الشرب والمسيل» . وأيد عضو ثالث هذا الرأى «مقترحا النص على أن يكون حق الارتفاق هاما أو ذا منفعة جدية» . وتساءل أحد الأعضاء «عما إذا كان المراد استبعاد حقوق الارتفاق فى المدن ، وقصر حق الشفعة على حالات الارتفاق فى القرى» . فأجاب رئيس اللجنة «بأنه لا محل لهذه التفرقة ، بل لا محل فى رأيه للتمييز بين حقوق الارتفاق تبعاً لأهميتها ، إذ أن هذا التمييز سيكون مصدراً لمنازعات وصعوبات جمة ، إذ سيطلب إلى القضاة تقدير أهمية حق الارتفاق فى حالات الشفعة هذه ، والواقع أن قيام حق ارتفاق كاف فى ذاته» فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٨ فى الهامش) .

(٢) وقد قضى بجواز الأخذ بالشفعة متى كان كل من صاحبى الأرضين يملك نصف السكة الزراعية التى اتفقا على عملها على حسابهما ، وكان لكل منهما حق الانتفاع بالمرور فيها كلها ، فإن كلا منهما فى انتفاعه بالمرور إنما يستعمل حق ملكيته فى النصف المجاور لأرضه وحق الارتفاق على النصف الآخر (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤) .

(1) أ – إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة فى أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد فى تقرير الخبير الذى ندبته محكمة الاستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها الملاصقة لها ، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقا لنص البند الثانى من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى الذى يجعل حق الارتفاق سببا للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار ، فمن ثم يكون الحكم فيما انتهى إليه سديدا، ولا ينال منه إغفاله الرد على دفاع الطاعنين – بأن حق الارتفاق بالرى على الأرض المشفوع بها ليس قاصرا على الأرض المشفوع فيها بل تشترك فيها أراضى أخرى مما لا يجوز معه طلب الشفعة إذ لا عبرة باشتراك الغير فى حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى فى تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصا لإحداهما على الأخرى وحدها. هذا إلى أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المرور لا يخرج هذه =

الأصلى[1] أو التقادم ، وأيا كان المصدر فثمة حق ارتفاق يجيز الأخذ بالشفعة. ومثل حقوق الارتفاق القيود القانونية التى تحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، وقد سبق بيان هذه القيود تفصيلا عند الكلام فى القيود القانونية التى ترد على حق الملكية. فالقيود المتعلقة بالرى من شرب ومجرى ومسيل ، والقيود المتعلقة بالمطلات المواجهة أو المنحرفة ، حق المرور القانونى ، كل هذه قيود قانونية ، وقد رأينا أن هناك رأيا يذهب إلى أنها حقوق ارتفاق قانونية . وأيا كان تكييفها ، وسواء اعتبرت قيودا قانونية أو حقوق ارتفاق قانونية، فإن قيام أى منها

= الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءا من هذا العقار ، إذا فمتى كان هذا الدفاع لا يستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإن اغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصورا مبطلا له ، ويكون النعى بهذا الخصوص على غير أساس .

(جلسة ١٩٩٠/١/٤ الطعن رقم ٥٩٣٠ لسنة ٥٥ ق)

ب – مفاد النص فى المادة ١٠١٥ من القانون المدنى أن الارتفاق كحق عينى هو تكليف يثقل به عقار خادم لفائدة عقار آخر مخدوم ، والشفعة لا تقوم على الجوار من حد واحد فى غير العقارات المبنية والأراضى المعدة للبناء إلا «إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة» طبقا لنص البند الثانى من الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى مما يتعين معه أن يقع حق الارتفاق على عاتق الأرض المشفوع بها أو الأرض المشفوع فيها ويخدم الأخرى ولا يكفى فى هذا الخصوص أن تشترك الأرضان فى الاستفادة من حق ارتفاق واحدة طالما لا يثقل إحداهما.

(جلسة ١٩٨١/٦/٣ الطعن رقم ١٧٢٣ لسنة ٥٠ ق س ٣٢ ص ١٦٩٤)

جـ – المادة ٩٣٦ من القانون المدنى قد جرى نصها على أن يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك فى الأحوال الآتية : (١) ..... (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة . (٣) ..... ومفاد أنه يجب لقيام حق الجار فى الأخذ بالشفعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقين وأن يكون لأى من الأرضين حق ارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق فى الفرضين، لما كان ذلك ، فإن تمسك الطاعن بملكيته للمسقاه لا يجديه فى القول بتوافر شروط الشفيع فيه إذ أن ملكية المسقاه وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق فى الشفعة .

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢٨ الطعن رقم ٧٦٥ لسنة ٤٥ ق س ٣ ص ١٥٤٥)

(جلسة ١٩٨٥/١/١٣ س ٣٦ ص ١٠٨)

(١) وقد قضى بأن رى عقارين من مسقاة واحدة أنشئت بتخصيص المالك الأصلى، وقيام حق ارتفاق بالرى بعد تقسيم العقارات ، من شأنه أن يسوغ استعمال حق الشفعة بأحد العقارين فى العقار الآخر (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢١) .

يسوغ الأخذ بالشفعة [1].

ولا مانع من أن يتحقق التلاصق بين العقارين فى نفس المكان المقرر عليه حق الارتفاق[2]. كذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع بها لمصلحة الأرض المشفوع فيها مقررا مثله أيضا لمصلحة أراض أخرى. فإذا كان هناك حق صرف أو حق مرور مثلا مقرر لمصلحة عدة أراض على أرض الشفيع، وبيعت إحدى هذه الأراضى، فإن للشفيع أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة، ولا يمنعه من ذلك أن حق الارتفاق يبقى قائما على أرض الشفيع لمصلحة الأراضى الأخرى التى لم يجر بيعها. ذلك ان الشفيع، إذا لم يتخلص فى هذه الحالة من حق الارتفاق تخلصا كليا، فقد تخلص منه تخلصا جزئيا، وهذه على كل حال خطوة نحو التخلص منه نهائيا. وكذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة أن يكون حق الارتفاق المقرر على الأرض المشفوع فيها لمصلحة الأرض المشفوع بها مقررا مثله لمصلحة أراض أخرى، فإن الأخذ بالشفعة فى هذه الحالة أيضا، إذا كان لا يقضى حق الارتفاق قضاء كليا، فهو على كل حال خطوة نحو تحقيق ذلك [3].

---

(١) أنظر فى هذا المعنى عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٥ - ٤١٦.

(٢) وقد قضى بأنه لا يوجد قانونا ما يمنع من أن يكون الطريق المقرر عليه حق الارتفاق هو نفسه الذى يتوافر به الجوار (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤). وقضى أيضاً بأنه إذا استخلصت محكمة الموضوع أن المساقاة الخاصة الفاصلة بين أرض الشفيع والأرض المشفوع فيها مملوكة مناصفة للاثنين، مما يفيد أن حق ارتفاق الرى المقرر عليها هو مقرر على ذات الأرض المشفوع فيها التى يدخل فيها نصف المساقاة، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤). وانظر أيضا نقض مدنى أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص ٥٥٥ - وانظر فى المعيار الذى يؤخذ به لمعرفة ما إذا كانت الترعة ترعة عامة أو ترعة خاصة نقض مدنى ٥ أبيل سة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٦٢ ص ٤٢٣ - وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦.

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن اشتراك الغير فى الانتفاع بحق الارتفاق الذى للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يحرم الشفيع من التمسك بحق الارتفاق للمطالبة بالشفعة، لأن القانون لم يشترط أن يكون حق الارتفاق الذى على الأرض المشفوع فيها مقرراً لمصلحة أرض الجار دون غيرها، أو أن يكون حق الارتفاق الذى على أرض الجار مقرراً لمصلحة الأرض المشفوع فيها وحدها (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص ٤٨٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم. وانظر أيضا نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٤٢ - استئناف مختلط ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) - وانظر أيضا فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٤ ص ٢٢٨ وفقرة ٢٣٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٤ - عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ وانظر عكس ذلك استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٩٩.

وإذا كان سبب الأخذ بالشفعة قيام حق ارتفاق للأرض المشفوع فيها على الأرض المشفوع بها ، وكان المبرر للأخذ بالشفعة فى هذا الفرض هو قضاء حق الارتفاق ، فإن هذا المبرر يزول إذا نزل المشترى عن حق الارتفاق لمصلحة الشفيع . فإذا كانت الأرض المشفوع بها محملة بحق مرور مثلا لمصلحة الأرض المشفوع فيها ، فإن المشترى لهذه الأرض الأخيرة، وقد انتقل إليه حق المرور مع الأرض المبيعة ، يستطيع أن ينزل عن هذا الحق فيزول، ولا يعود هناك مبرر للشفيع فى الأخذ بالشفعة . فيسقط حقه فى ذلك (١) . والمقرر فى هذا الشأن أن نزول المشترى عن حق الارتفاق لا يكون له هذا الأثر إلا إذا وقع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإذا رفعت هذه الدعوى لم يعد لنزول المشترى عن حق الارتفاق من أثر، لأنه لا يستطيع بعمله وحده أن يغير من النتائج القانونية التى تترتب على رفع الدعوى فيحرم الشفيع من حق الشفعة ، وهو حق أقره له القانون وقام هو بالمطالبة به (٢) . وهناك رأى يذهب إلى أن نزول المشترى عن حق الارتفاق ينتج أثره ويسقط حق الشفيع حتى لو وقع بعد رفع دعوى الشفعة ، بشرط أن يقع قبل صدور الحكم بالشفعة أو التسليم بها من جانب المشترى، إذ يشترط للأخذ بالشفعة أن يظل سببها قائما من وقت صدور البيع إلى أن يحكم بها أو يسلم بها المشترى (٣) . وعندنا أن حق الشفيع يثبت

---

(١) استئناف وطنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٥٥ ص ١٨٢ – ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص ٣١٥ – استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٥٤ – ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ ص ٢٢٨ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ – ص ٤٢٦ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ .

وقد اكتفى فى لجنة الأستاذ كامل صدقى بما استقر عليه القضاء فى هذا الشأن . إذ لما استفسر أحد الأعضاء «عما إذا كان من المستحسن أن يضاف إلى النص الذى تمت الموافقة عليه ما يفيد سقوط حق الشفعة فى حالة التنازل عن حق الارتفاق قبل رفع الدعوى، ولفت النظر إلى حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مارس سنة ١٩٢١ جاء فيه أن تنازل المشفوع ضده أثناء سير الدعوى عن حق الارتفاق المقرر له على أرض الجار لا يترتب عليه رفض طلب الشفعة» ، قال رئيس اللجنة أنه يرى إدخال هذه الإضافة . «وبعد مناقشة استقر رأى اللجنة على عدم الأخذ بها ، اكتفاء بالرأى الذى جرى عليه القضاء فى هذه الحالة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٦٩ فى الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢١٠ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٣ ص ٤٢٦ – وقد قضت محكمة النقض بأن البحث فيما إذا كان التنازل بعد رفع الدعوى عن حق الارتفاق يسقط حق الشفعة أو لا يسقطه مجاله أن يكون هذا التنازل قد تم وفقاً للقانون . ولا يتم التنازل عن حق الارتفاق وفقاً للقانون إلا إذا كان هذا التنازل قد حصل شهره وفقاً لقانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذى حصل التنازل وقت سريانه. ولا يغنى عن ذلك مجرد التقرير بالتنازل عن حق الارتفاق فى الدعوى بعد رفعها (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤-٢ ص ١٢٠١).

(٣) عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٦ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٣ ص ٤١٦ – ص ٤١٧ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٨ – ص ٣١٩ .

بمجرد إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة ، إذ تكون عناصر الشفعة قد تكاملت ، وبتكاملها يثبت حق الشفيع ويحل محل المشترى فى البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة . وليس رفع دعوى الشفعة بعد ذلك وصدور الحكم بثبوت الشفعة إلا تقريرا لما تم من أثر قانونى ترتب مباشرة على إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. ومقتضى هذا النظر أن نزول المشترى عن حق الارتفاق لا يكون له أثر فى إسقاط حق الشفيع إلا إذا صدر قبل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وليس قبل صدور الحكم بثبوت الشفعة أو قبل رفع الدعوى بالشفعة[1].

١٨٧ – الحالة الثالثة للجوار – أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل : وهنا أيضا نواجه أراضى غير مبنية ولا هى معدة للبناء ، وهى أكثر ما تكون أراض زراعية . وقد حل محل شرط قيام حق الارتفاق ، الواجب توافره فى الحالة الثانية ، شرطان يجب توافرهما فى هذه الحالة الثالثة : (١) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين . (٢) كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة . ونبحث كلا من هذين الشرطين :

(الشرط الأول) ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين : لا يكفى هنا، فى هذه الحالة الثالثة كما كان ذلك كافيا فى الحالتين الأولى والثانية ، ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهة واحدة ، بل تجب الملاصقة من جهتين. وهذا من شأنه أن يوثق صلة الجوار ما بين الأرضين ويقوم ، إلى جانب قيمة أرض الشفيع ، مقام حق الارتفاق فى توثيق صلة الجوار فى الحالة الثانية . فالملاصقة من حد واحد إذن لا تكفى ، ولو كانت فى نقطتين من هذا الحد [2]،

---

(١) أما إذا كانت الأرض المشفوع بها هى التى لها حق ارتفاق على الأرض المشفوع فيها، وعرض المشترى أن ينهى حق الارتفاق بنزوله للشفيع عن قطعة الأرض التى يباشر فيها هذا الأخير حق ارتفاقه ، فإن ذلك يجوز ، ولكن بشرط ألا يطلب المشترى مقابلا للأرض التى ينزل عنها للشفيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الشفعة سببا لكسب الملكية وتثبت متى توافرت لدى الشفيع الشروط المقررة للأخذ بها ، فلا يجوز أن يعارض هذا الحق بعرض المشترى التنازل عن أرض المسقاة التى يدعى الشفيع أن له ارتفاقاً عليها مقابل ثمن يتقاضاه من الشفيع ، إذ لا سند فى القانون لإجبار الشفيع على قبول هذا العرض (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٨ رقم ١٧) .

(٢) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ ١٤ م ص ٧١ – قنا الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٤٤ ص٨٧٥ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ – وقد قضى بأنه إذا كان الشفيع جارا من حد واحد منكسر أو منحن ، فإن هذا لا يغير من وضعه من أنه جار من حد واحد فقط ، وإن كانت الملاصقة فى نقطتين من نفس الحد (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٢ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٢٩) .

بـل ولو كانت على طول هذا الحد الواحد بأكمله[1] .

فيجب إذن أن تكون الملاصقة من جهتين أو من حدين [2]. والمقصود بالجهة أو الحد جهة من الجهات الأصلية الأربع : الشرق أو الغرب أو الشمال أو الجنوب . وليس يلزم أن تكون الجهتان الواجب الملاصقة فيهما متجاورتين ، بل يصح أن تكون غير متجاورتين . فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب . يجوز أيضا أن تكون من الشرق والغرب أو من الشمال والجنوب [3]. وتكفى الملاصقة ، فى كل من الحدين، فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد ، فلا يلزم أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه [4]. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة ، فإذا لاصقت الأرض المبيعة أرض الشفيع فى جهتين منها

---

(١) استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ – ٥ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧١ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نازع المشترى فى جوار ملك الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين ، فقضت محكمة الموضوع بعدم جدية هذه المنازعة استناداً إلى إقرار المشترى الوارد بعقد البيع سبب الشفعة من أن أرض الشفيع تجاور القدر المبيع من الحدين الشرقى والغربى ، وإلى تسليم المشترى بهذا الجوار فى صحيفة دعوى التعاقد المرفوعة منه عن الأرض المشفوع فيها ، وإلى عقد شراء الشفيع لأطيانه التى تجاوز الأرض المشفوع فيها من حدين ، فإن هذه الدلائل التى أوردها الحكم كافية لحمل قضائه على هذا الخصوص (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٤ ص ٥٠٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم بالشفعة بناء على مجاورة أرض الشفيع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلى والشرقى مثلا) ، بمقولة إن تسجيل الشفيع عقد شرائه الأرض الواقعة فى الحد الشرقى يرتد أثره إلى تاريخ العقد – فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨ – ويلاحظ فى شأن هذا الحكم أمران : (١) ما سبق أن ذكرناه فى الجزء الرابع من الوسيط من أن للتسجيل أثرا رجعياً فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير : الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ . (٢) يبدو من وقائع القضية أن الشفيعة قد شفعت بأرضين يجاور كل منهما الأرض المبيعة فى حد واحد، وكان يكفى أن ترفض دعوى الشفعة لهذا السبب ، إذ أن الشفيعة يجب أن تشفع بأرض واحدة تجاور الأرض المبيعة فى حدين كما سبق القول).

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ .

(٤) أنظر ما قدمناه آنفاً فى الملاصقة فى أراضى البناء فقرة ١٨٥ – وانظر نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٠ ص ٧٤٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٣٠ – وانظر عكس ذلك وأن الملاصقة يجب أن تكون على امتداد كاف كنصف الحد أو ثلثه استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧١ – ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٢٨ ص ٢٢٠).

فقد توافر الشرط ، حتى لو كانت الملاصقة فى جهة واحدة فقط من الأرض المبيعة (١).

ويجب أن يلاصق الشفيع ، فى حدين من حدود أرضه الواحدة ، الأرض المبيعة. فلو لاصقها فى حد واحد من حدود أرض مملوكة له ، وفى حد واحد آخر من حدود أرض أخرى مملوكة له ، لما جازت الشفعة . إذ يجب لجوازها أن يلاصق الشفيع بأرض واحدة – لا بأكثر – الأرض المبيعة ، ويلاصقها فى حدين من حدود الأرض الواحدة التى يشفع بها على الوجه الذى سبق بيانه(٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المادة الأولى من قانون الشفعة (المادة ٩٣٦ من التقنين المدنى الجديد) بنصها على جواز الشفعة «إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين وتساوى من الثمن نصف الأرض المشفوعة على الأقل» قد دلت على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير حق الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المبيعة ، إذ هى قد أسندت الملاصقة إلى أرض الشفيع ، واشترطت أن يكون ثمن هذه الأرض مساوياً نصف ثمن الأرض المشفوعة على الأقل . وهذا وذاك يقطعان فى أن الشارع قد ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المبيعة ، مما يقتضى القول بأن كون الملاصقة من جهتين هو أيضاً وصف وارد على أرض الشفيع لا على الأرض المبيعة . ويؤيد هذا النظر أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الجار، ومقتضى هذا أن هذا الجار المقصود درء الضرر عنه هو الذى تكون جيرته محل الاعتبار (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص ٤٦٥ – وقد جاء فى أسباب هذا الحكم : «ومن حيث إن المطعون ضده الأول (الشفيع) والطاعنين (المشفوع ضدهم) قد اختلفوا فى تحديد جوار الملكين ، الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها . فالأول يقول إن أرضه تحد الأرض المشفوع فيها من جهتين هما الحد الغربى والحد القبلى ، والآخرون يقولون إن أرضهم هى التى تحد الأرض المشفوع بها من جهتين الشرقية والقبلية ، أما أرض المشفوع بها فإنها تقع فى الزاوية البحرية الشرقية للأرض الشائع فيها المقدار المشفوع فيه، أى أن حدها من هذه الناحية منكسر ، وهى بهذا الوضع لا تحد الأرض المشفوع فيها إلا من جهة واحدة هى إما الجهة البحرية أو الجهة الشرقية .. ومن حيث إنه يبين من أوراق الدعوى المقدمة من الطاعنين أنفسهم أن أرض الشفيع تجاور الأرض المشفوع فيها من جهتين هما كل الحد الغربى للأرض الشفيع وكل حدها القبلى، فتكون الشفعة فى هذه الحالة جائزة») – وانظر أيضا فى هذا المعنى نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٠٦ رقم ٦ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٠ – ص ٢٢١ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٧ – ص ٤١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الشفيع يجاور الأرض المبيعة من جهة بأرض مملوكة له ، ويجاورها من جهة أخرى بأرض غير الأرض الأولى بصفته شريكاً فى الشيوع فيها ، فلا شفعة ، لأن الشفعة ، لا يمكن أن تكون بين ثلاثة عقارات يشفع الشفيع بعقارين منها (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٢٤). وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٩ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٦ ص ٤٢٩ – ص ٤٣٠ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣١٩ – حسن كيرة ص ٧ – ٨ .

(الشرط الثاني) كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة: وقد كان هذا الشرط غير مطلوب فى التقنين المدنى السابق ، فكان بعض الناس يضاربون عن طريق المطالبة بالشفعة ، فيشترون قطعا صغيرة من الأرض فى وسط أراض واسعة . ويتربصون، حتى إذا بيعت أرض مجاورة لأرضهم الصغيرة أخذوا يهددون أصحاب الشأن بأن يطلبوا الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم يساومون وينزلون عن حق الشفعة فى نظير مبلغ من المال [١]. فاشترط قانون الشفعة السابق أن تكون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثم الأرض المبيعة ، للحد من هذه المساومات والمضاربات . وانتقل هذا الشرط إلى التقنين المدنى الجديد[٢].

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة بما فيها قيمة أرض الشفيع [٣]. أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة ، فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية ، لأن هذا هو صريح النص ، ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة [٤]. أما مساحة كل من الأرضين فلا يعتد بها ، فقد تكون مساحة أرض الشفيع ضعف مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشتريت به الأرض المبيعة ، فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة[٥](1).

---

(١) وقد أشير إلى هذه المساومات فى لجنة الأستاذ كامل صدقى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ٢ ٣٦١ فى الهامش) .

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٢ =ص ٢٢٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٤٧ ص ٤٣٠ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى عبدالمنعم فرة الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ .

(٤) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣٠ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٧ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٨ – ص ٤١٩ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص ٣٢٠ – حسن كيرة ص ٧ – وهناك رأى يذهب إلى أن العبرة بالقيمة الحقيقية للأرض المبيعة ، لا بالثمن الذى اشتريت به (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٨ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ – شفيق شحاتة فقرة ٢٤٢ ص ١٥٧ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠١ – ص ٤٣٩).

(٥) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣ – محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٧ ص ٤٣١ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ .

(1) أ– إذ كان يشترط لعدم سقوط حق الجار المالك فى الشفعة بقاء التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه من وقت البيع وحتى الأخذ بالشفعة إلا أن استمرار التلاصق ليس شرطا لبقاء =

=الاستحقاق لما كان ذلك وكان النص فى المادة ١٣ من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ على أنه يصدر باعتماد خط التنظيم للشوارع قرار من المحافظ بعد موافقة المجلس المحلى المختص، ومع عدم الاخلال باحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين، يحظر من وقت صدور القرار المشار إليه في الفقرة السابقة اجراء أعمال البناء أو التعليه فى الاجزاء البارزة عن خطوط التنظيم على أن يعوض أصحاب الشأن تعويضا عادلا أما اعمال الترميم لإزالة الخلل وكذلك اعمال البياض ويجوز القيام بها. مفاده ان صدور قرار من المحافظ باعتماد خطوط التنظيم لا يترتب عليه بمجرد خروج الاجزاء الداخلة فى خط التنظيم فى ملك صاحبها بل تبقى له ملكيتها إلى أن يتم الاستيلاء الفعلى عليها وفق الاجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤، وكان الطاعنان لم يدعيا اتخاذ اجراءات نزع ملكية الجزء الداخل فى خط التنظيم والاستيلاء الفعلى عليه قبل صدور الحكم المطعون فيه، فإن التلاصق بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه يظل قائما كسبب للأخذ بالشفعة ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٦/٥/٦ الطعن رقم ١٢٤٧ لسنة ٥٢ق)

ب- يتعين لتوافر الجوار كسبب للأخذ بالشفعة التلاصق المباشر بين الأرضين، بحيث لا يفصل بينهما أى فاصل كطريق أو مسقاه كما يتعين لتوافر حق الارتفاق كسبب لها أن يكون لأيهما حق ارتفاق مباشر على الأخرى لا أن يشتركا فى حق ارتفاق على عين أخرى.

(جلسة ١٩٨٥/١/١٣ الطعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٠٨)

جـ- مؤدى نص المادة ٩٣٦ من القانون المدنى يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة فى تقرير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهاتها للأرض المشفوع فيها، إذا سند التلاصق بالشروط التى ذكرها إلى الجار، ولما كان التلاصق من جهتين وصفا واردا على أرض الشفيع بصيغة الفرد، فان هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما فى إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع ركز اهتمامه فى تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدى إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها، ذلك لأن الشفيع انما يستند فى شفعته فى هذا الغرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين.

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢ الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٢٨٢).

د- يدل نص الفقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ من القانون المدنى على أنه يكفى للأخذ بالشفعة فى الحالة الأولى حيث يكون العقاران المشفوع به والمشفوع فيه من المبانى أو من الأرض المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى متلاصقين من جهة واحدة دون أى شرط، ومن ثم لا يثبت الحق فى الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المبانى أو من الأرض المعدة للبناء، ذلك أن الأراضى غير المعدة للبناء لا يكفى فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق بل يجب أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون التلاصق من جهتين مع اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال فى الحالتين الثانية والثالثة فقرة (هـ) من المادة ٩٣٦ سالفة البيان.

(جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الطعن رقم ٧٧١ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١١٣٣)

هـ- حق المستأجر على المبانى التى أنشأها على العين المؤجرة لا يعدو أن يكون حقا مصيره الحتمى إلى الزوال بانتهاء الايجار إذ لا يكتسب عليها حقا بوصفها مالا ثابتا إلا لفترة محدودة، فلا يجوز له=

وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة ، فالعبرة بقيمة كل الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة ، لأن الأرض المشفوع بها تكون فى هذه الحالة هى كل الأرض الشائعة (١) . أما إذا طلب الشفعة أحد الشركاء فى الشيوع دون الباقى، فالعبرة بقيمة حصته الشائعة وحدها لا بقيمة كل الأرض ، لأن هذه الحصة الشائعة تكون فى هذه الحالة هى الأرض المشفوع بها (٢).

ب- الشروط الواجب توافرها فى الشفيع

١٨٨ - بيان هذه الشروط : يجب ، حتى يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة ، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة(٣).

=أن يحصل بموجب هذا الوضع على حق دائم على ملك الغير يأخذ العقار المبيع بالشفعة باعتباره جارا مالكا.

(جلسة ١٩٧٠/١٠/٢٧ الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٩٧-١)

ز- مجرد التعاقد على البيع ينشأ عنه حق للجار فى الأخذ بالشفعة بشرط أن يكون مالكا وقت البيع لما يشفع به وفقا للمادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدنى، فإذا كان عقد شراء الأرض المشفوع فيها سابقا على تاريخ تسجيل عقد الجار المثبت لملكيته لما يشفع به فإنه لا يكون مالكا لما يشفع به وقت شراء الأرض المشفوع فيها ولا يعول فى إثبات هذه الملكية على ما يرد فى عقد المشترى من أن الأرض المذكورة محدودة بملك الشفيع.

(جلسة ١٩٥٦/١٢/١٣ الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٣ق س٧ ص٩٨٦)

(١) استئناف مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣١٣.

(٢) استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٣٠ ص ٢٢٣ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٤٨ ص ٤٣٢ - عبدالمنعم البدراوى فقرة ٤٠١ ص ٤٣٩ - عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٤ ص ٤١٩ - حسن كيرة ص ٧ - وانظر عكس ذلك وأن العبرة بقيمة كل الأرض الشائعة ولو لم يطلب الشفعة إلا أحد الشركاء فى الشيوع : استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٣٩ .

(٣) وتنص الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١١٣٣ مدنى عراقى على ما يأتى: «١- لا تثبت الشفعة إلا ببيع العقار المشفوع مع وجود السبب الموجب لها وقت البيع. ٢- ويشترط فى المال المشفوع أن يكون عقاراً مملوكاً، وأن يكون بيعه قد تم قانوناً. ويشترط فى العقار المشفوع به أن يكون ملكاً للشفيع وقت بيع العقار المشفوع، وأن يبقى مملوكاً له إلى وقت الحكم بالشفعة أو التراضى عليها»- وتنص المادة ٢٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على ما يأتى: =

(٢) أن يكون متوافرا على الأهلية الواجبة.

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.

(٤) ألا يكون وقفا.

١٨٩ - الشرط الأول - الشفيع مالك للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة: يجب أولا أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به(١)(1). فإن كان يشغله برقبة أو بحق انتفاع أو بحكر(٢)، وجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع أو لرقبة العين المحتكرة أو لحق الحكر. وإن كان يشفع بحصة شائعة فى عقار مملوك على الشيوع، وجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة أى أن يكون أحد الشركاء في الشيوع. وإن كان يشفع بعقار مجاور فى إحدى حالاته الثلاث المتقدم ذكرها، وجب أن يكون مالكا لهذا العقار المجاور.

=«يعود حق الشفعة للأشخاص المذكورين فى المادة ٢٣٩ الذين يكون تاريخ سند تملكهم سابقاً لتاريخ سند المشترى».

(١) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٤ ص٥٤٩.

(٢) ويلاحظ أن من يشفع برقبة فى حق انتفاع أو فى حق حكر، ومن يشفع بحق انتفاع أو بحق حكر فى رقبة، يجب أن يكون مالكاً للرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر. وكذلك الشريك فى الشيوع يجب أن يكون مالكاً لحصة شائعة فى الملك التام أو فى الرقبة أو فى حق الانتفاع أو فى حق الحكر. أما الجار، فيجب أن يكون مالكاً للعقار المشفوع به ملكية تامة، أو على الأقل يملك رقبته، إذ النص يقول «للجار المالك». فلا تثبت الشفعة لصاحب حق انتفاع أو لصاحب حق حكر فى العقار المجاور، ولكن تثبت الشفعة للجار المالك ملكية تامة أو للجار الذى له ملك الرقبة كما قدمنا (أنظر فى هذا المعنى عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧- منصورو مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص٣١٧- حسن كيرة ص٧)- ولكن يجوز للجار المالك أن يشفع فى حق الانتفاع أو فى حق الحكر المجاور له (أنظر ما يلى فقرة ١٩٥).

(1) أ- عدم تسجيل الشفيعة الحكم الصادر لها بصحة ونفاذ عقد شرائها للعقار الذى تشفع به وخلو مدونات الحكم المطعون فيه من بيان شرائط اكتسابها ملكية هذا العقار بالحيازة المدة المكسبة لها. قضاؤه باحقيتها فى الشفعة استنادا إلى هذا العقد والتقادم المملك يكون فضلا عن مخالفته للقانون قد ران عليه القصور.

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٩ الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٦٩ق)

ب- عدم تسجيل الطاعن الاتفاق الذى خوله حق إقامة البناء المشفوع به على سبيل القرار قبل تمام البيع المشفوع فيه. اثره. عدم اعتباره مالكا لهذا البناء. اذ هو فى واقع الأمر لا يشفع بالبناء مجرداً بل يستند أيضا إلى ما لهذا البناء من حق القرار على الأرض وهو ما لم يتملكه لعدم تسجيل سنده.

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ «هيئة عامة» س٤٢ ج٢ ص١٣١٧)

وملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تكون سابقة على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة(1). وأهم ما يعرض فى العمل فى هذا الصدد أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بموجب عقد بيع. فيجب أن يكون هذا البيع موجودا وسابقا على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة، فمجرد المفاوضات بين الشفيع والبائع له لا تكفى إذا لم يتم البيع(١).

---

(١) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص٤٦٥ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص٥٦٨ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٢ ص٧٩- استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص٣-٢- استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٣ ص٦٦٦- الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص-١٤.

(1) آ- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - تطبيقا لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدنى أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت ابرام البيع المشفوع فيه شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تتثبت من هذه الملكية بدليل يصلح قانونا لاثباتها، وهى إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها - انما تمارس واجبها فى بحث شروط الشفعة التى يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التى ثبتت لديها تمهيدا لإنزال حكمه الصحيح فى الدعوى، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أصاب طلب الشفعة دون التحقق من ثبوت ملكية الشفيع للحصة المشفوع بها طبقا لما توجبه المادتان ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدنى، وعول فى ذلك على مجرد قول الشفيع فى صحيفة الدعوى بملكيته لتلك الحصة دون منازعة من الطاعنين، وهو ما لا يصلح دليلا على هذه الملكية - فإن الحكم المطعون فيه إذا اكتفى بذلك وأقام عليه قضاءه بالشفعة يكون معيبا بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢ الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٥٧ق).

ب- لما كانت الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة - أى وقت بيع العقار المشفوع فيه - وكان القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى وإن أوجب بالمادة الخامسة عشرة منه تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على الحقوق العينية العقارية، ورتب بالمادة ١٧ منه على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل الصحيفة انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيلها، إلا أنه قصر هذا الأثر الاستثنائى على حماية صاحب الدعوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار المبيع بعد تسجيل الصحيفة، فلا يصح التوسع فى هذا الاستثناء أو القياس عليه، ومن ثم فان مشترى العقار الذى يؤشر بمنطوق الحكم الصادر له بصحة ونفاذ عقده على هامش تسجيل دعواه لا يكون له الحق فى الشفعة بهذا العقار إلا من تاريخ هذا التأشير.

(جلسة ١٩٨٨/٥/١٠ الطعن رقم ٦١ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢ الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ق)

جـ- يشترط أن يكون الشفيع مالكا وقت البيع للعقار الذى يشفع به وفقا للمادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدنى، فملكية الشفيع لما يشفع به شرط لقبول دعواه، فإذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا فلا وجود له قانونا ولو سجل ولا يكون من شأنه ان يجعل الشفيع مالكا =

وتمام البيع نفسه لا يكفى، بل يجب أيضا أن يكون هذا البيع مسجلا، حتى تنتقل إلى الشفيع بالتسجيل ملكية العقار المشفوع به[1]، وأن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع

=لهذا العقار ولا تجوز له به شفعة ولما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على ان الصورية فى العقود يصح التمسك بها من الغير، والمقصود بالغير فى الصورية هو كل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ولهذا الغير ان يثبت الصورية بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن، فمن ثم فان المشترى وهو صاحب مصلحة فى دعوى الشفعة يعتبر بالنسبة إلى العقد الذى يستند إليه الشفيع فى ملكيته للعقار المشفوع به ويجوز له أن يتمسك بصورية هذا العقد ليتمكن بذلك من اعتباره منعدما وازالة جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بعدم قبوله تحقيق الطاعنين بالصورية المطلقة على العقد المسجل رقم .... الذى استند إليه المطعون ضده الأولى فى ملكيته للعقار المشفوع به بمقولة أنهما ليسا من الغير بالنسبة إليه ورتب قضاءه فى الدعوى على هذا الأساس فانه يكون معيبا بمخالفة القانون مما يستوجب نقضه لهذا السبب وحده دون حاجة لبحث اسباب الطعن الأخرى.

(جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥ الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٤ق)

(١) أما قبل التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣، فكانت الملكية تنتقل بالبيع غير المسجل فيما بين المتعاقدين؛ ولما كان المشفوع ضده لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى تملك به الشفيع العقار المشفوع به، فإن الشفيع كان يعتبر مالكاً بالنسبة إلى المشفوع ضده حتى قبل أن يسجل عقد شرائه للعقار المشفوع به، فكان يجوز له الأخذ بالشفعة ولو لم يسجل (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٣٥– ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٦١– الزقازيق الكلية ٣ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩١ ص١٤٠– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٦٤ ص٢٥١– ص٢٥٧).

ولكن بعد صدور قانون التسجيل ثم قانون الشهر العقارى، وفيهما لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين، اجمع القضاء والفقه على أن الشفيع لا يجوز له الأخذ بالشفعة إذا لم يكن عقده مسجلا (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٤ ص٥٩٤– ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٨ ص١٤٥– ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص١٧٧– ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص٦٢٨– ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص٣٢– ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص٩٨٦– أسيوط الكلية ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧١ ص١١٣– ملوى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٤٤ ص٩٩– استئناف مختلط ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٢٠– ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٥٩– ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٨١– ١٢ يونيه سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٩– ٢٦ يونيه سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٩٠– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٤ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٥ – إسماعيل غانم ص٧٥– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥– حسن كيرة ص١٠). وانظر عكس ذلك وأنه يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يسجل عقده: عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٤٦٣ ص٦٥٧ وفقرة ٤٨٩ ص٦٧٩– ص٦٨٠.

الذى يؤخذ فيه بالشفعة(١)(1). وقد اطرد قضاء محكمة النقض على أنه إذا لم يكن عقد شراء الشفيع للعقار المشفوع به مسجلا وقت البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة، فإن الشفعة لا تجوز حتى لو كان شراء الشفيع سابقا على البيع المشفوع فيه وسجل الشفيع عقد شرائه قبل تسجيل هذا البيع(٢). ولا تأخذ محكمة النقض بالأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين(٣)، ولو أخذت به، كما نأخذ، لتبين أن الشفيع بعد أن سجل عقد شرائه أصبح مالكا للعقار المشفوع به – بالنسبة إلى من لا يعتبر غيرا فى هذا العقد ويدخل فيهم المشترى للعقار المشفوع فيه – من وقت شراء العقار المشفوع به لا من وقت تسجيل هذا الشراء. فيكون الشفيع، بفضل هذا الأثر الرجعى، مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور

---

(١) نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٤ ص٦٢٨ – ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص٥٣٠– ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٠ ص٩٨٦ – وعلى الشفيع إثبات ملكيته للعقار المشفوع به وقت صدور البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص١٥٥– ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص١٥).

(٢) فلو كان الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل، ورفع الشفيع على البائع له دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفة الدعوى، وصدر الحكم بصحة التعاقد، ثم صدر البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد، لم يجز للشفيع الأخذ بالشفعة، لأن الحكم بصحة التعاقد لم يسجل قبل صدور البيع المشفوع فيه (نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص١٦٣– ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص٧٤– محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٦– إسماعيل غانم ص٧٦– عبد المنعم فرج الصدة ٢٩٥ ص٤٣٤– ص٤٣٥– منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٢).

(٣) نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ ص٤٦٥– ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٥ ص١٤٥– ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص٢٥٥– ٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص٣٢– ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص٥٣٠.

(1) المقرر قانونا أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه، ولما كانت الملكية فى العقار وفقا لاحكام قانون الشهر العقارى لا تنتقل إلى المشترى إلا بتسجيل عقد البيع ولا يترتب التسجيل أثره فى الأصل إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء حق الملكية، فإنه ترتيبا على ذلك يشترط فى الشفيع الذى يستند إلى عقد البيع فى تملك العقار المشفوع به أن يكون قد سجل عقده أو سجل الحكم الصادر بصحته ونفاذه وقت بيع العقار المشفوع فيه.

(جلسة ١٩٨٨/٢/١١ الطعن رقم ١٠٥٥ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ الطعن رقم ٨٩٠ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص١٥٧٠)

(جلسة ١٩٧٣/١١/٢٤ الطعن رقم ١٤ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص٣٢٩)

البيع المشفوع فيه، حتى لو سجل المشترى المشفوع ضده هذا البيع قبل أن يسجل الشفيع عقد شرائه. فيجوز إذن، فى رأينا، للشفيع أن يأخذ بالشفعة متى سبق عقد شرائه للعقار المتفوع به البيع المشفوع فيه، على شرط أن يسجل عقد شرائه(١)، أما قبل هذا التسجيل فلا يجوز له الأخذ بالشفعة.

ولا يكفى أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت صدور البيع المشفوع فيه، بل يجب أيضا أن يبقى مالكا لهذا العقار حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة(٢). فلو أنه،

---

(١) وهذا ما سبق لنا القول به عند الكلام فى عقد البيع، فقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى: «نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده، وبيع عقار مجاور لعقاره توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده. فلو أخذنا بالأثر الرجعى. لاعتبر المشترى مالكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه، ولأمكنه الأخذ بالشفعة. أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى – وهذا ما فعلته محكمة النقض – فإن المشترى لا يعتبر مالكاً للعقار المشفوع به إلا بعد بيع العقار المشفوع فيه، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة. ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى، وإعطاء المشترى الحق فى الأخذ بالشفعة. ولو قلنا بالرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، لترتب على ذلك أن الشفيع يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشترى العقار المشفوع به، فقد كان مالكاً لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع به. ولاشك فى أنه بين المالكين المتعاقبين – البائع للعقار المشفوع به والمشترى إياه – المشترى هو الباقى مجاوراً للعقار «وهو الأولى بالأخذ بالشفعة، إلا إذا قيل إن الشفعة فى هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون وتهيأت الأسباب لكسبه» (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٤ ص٥٢٧– ص٥٢٨). وقد ناقشنا طويلا، عند الكلام فى البيع، الرأى القائل بأن للتسجيل أثراً رجعياً فيما بين المتعاقدين دون الغير. وانتصرنا لهذا الرأى، واستندنا فى ذلك إلى جملة من الحجج تدعمه، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (الوسيط ٤ فقرة ٢٨٠– فقرة ٢٨٦). وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص٤٣٣ هامش٢– منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢١ هامش٣.

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أحدث المشترى لأرض بعقد غير مسجل بناء على الأرض، أصبح هذا البناء ملكاً له ملكية مصدرها واقعة البناء بما له من حق البناء على سبيل البقاء والقرار ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكاً للبناء (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص١٦٦). ويؤخذ على هذا الحكم أنه لو صح ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن المشترى يتشفع بالبناء – لا بالأرض – لوجب أن يكون البناء نفسه هو الملاصق للعقار المشفوع فيه. ولا يكفى أن تكون الأرض هى الملاصقة.

(٢) وثبوت حق الشفيع فى الشفعة، بحسب قضاء محكمة النقض، إنما يكون بصدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة، أو من وقت التراضى على الأخذ بالشفعة أى من وقت تسليم المشفوع ضده للشفيع بالشفعة. وفى رأينا أن الشفيع يثبت حقه فى الشفعة، إذا توافرت شروطها، من وقت إعلان رغبته فى الأخذ بها. فبهذا الإعلان تكون عناصر الأخذ بالشفعة قد تكاملت، وحل الشفيع محل المشترى فى البيع المشفوع فيه. وليس الحكم بثبوت الحق فى الشفعة، أو التراضى على ثبوت هذا الحق، إلا تقريراً لما تم قبل ذلك وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى الحكم بالشفعة.

ما بين وقت صدور البيع المشفوع فيه ووقت ثبوت حقه فى الشفعة، باع العقار المشفوع به أو وهبه فلم يعد مالكا له(١)، أو وقفه فأصبح لا يستطيع أن يشفع بالعقار الموقوف(٢) كما سيجئ، أو انفسخ سند ملكيته للعقار المشفوع به بتحقق شرط فاسخ مثلا، أو انقطع التلاصق ما بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فلم يعد الشفيع جارا يجوز له الأخذ بالشفعة(٣)، أو انقسم العقار المشفوع به وكان حصة شائعة فأصبح عقارا مفرزا لا يلاصق العقار المشفوع فيه، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به على الوجه الذى يصح معه الأخذ بالشفعة تكون قد انقطعت قبل أن يثبت حقه فى الشفعة، فلا يستطيع المضى بعد ذلك فى إجراءات الأخذ بالشفعة إذ يكون حقه فيها قد سقط(٤).

ويجب أن تكون ملكية الشفيع، من وقت البيع المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة على النحو الذى قدمناه، ملكية قائمة. فلو لم تكن قائمة، فلا شفعة. ويترتب على ذلك أن الشفيع، إذا كان يملك العقار المشفوع به بالتقادم ولم تكن مدة التقادم قد اكتملت وقت صدور البيع المشفوع فيه، لا يحق له الأخذ بالشفعة، حتى لو اكتملت هذه المدة قبل الأخذ بالشفعة(٥). كذلك لا شفعة إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به عقدا صوريا أو عقدا باطلا، فإن كلا من العقدين لا وجود له حتى لو سجل، ولا يكون من شأنه أن يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به(٦). ولا شفعة أيضا إذا كان

---

(١) فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر، وكذلك من انتقلت إليه الملكية من مشتر أو موهوب له لا يستطيع الأخذ بالشفعة لأنه لم يكن مالكاً وقت صدور البيع المشفوع فيه (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص٤٧٤- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٤- إسماعيل غانم ص٧٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص٤٣٦).

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٣١٦.

(٣) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص٤٣٨- ص٤٣٩.

(٤) نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ - إسماعيل غانم ص٧٦- منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٣- حسن كيرة ص٨.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن من شرائط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به، ولا يكفى أن يكون حائزاً أو واضع اليد بنية التملك دون أن يتم له التملك (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص١٦٢). وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٨- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٣- إسماعيل غانم ص٧٦- ص٧٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٥ ص٤٣٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢١- وانظر عكس ذلك عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٤٨٠ ص٦٧٢.

(٦) عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٧- إسماعيل غانم ص٧٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦- ص٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٣- حسن كيرة ص١١- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣ (فيما يتعلق بالعقد الباطل).

سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط واقف ولو سجل، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تكون موقوفة. ولا يتغير الحكم حتى لو تحقق الشرط الواقف قبل الأخذ بالشفعة، فإن ملكية الشفيع كانت موقوفة غير قائمة وقت صدور البيع المشفوع فيه. ولا يعتد هنا بالأثر الرجعى للشرط الواقف، فإن هذا الأثر الرجعى مجرد افتراض لإرادة المتعاقدين ولا عمل له فى نطاق الشفعة(١). وقد قدمنا أنه لا تجوز الشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به غير مسجل وقت صدور البيع المشفوع فيه، فإن السند غير المسجل لا يجعل الشفيع مالكا للعقار المشفوع به.

ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به بيعا معلقا على شرط فاسخ. فإن هذا البيع إذا سجل تنتقل به ملكية العقار المشفوع به إلى الشفيع معلقة على شرط فاسخ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة بها. وكان المشترى للعقار وفاء، وقت أن كان بيع الوفاء جائزا، إذا سجل البيع، يجوز له الأخذ بالشفعة لأنه يكون مالكا تحت شرط فاسخ(٢)، ولا تجوز الشفعة للبائع وفاء لأنه يصبح مالكا تحت شرط واقف. وإذا أخذ المالك تحت شرط فاسخ بالشفعة وثبت له حقه فى ذلك، ثم تحقق الشرط الفاسخ ولم يعد الشفيع مالكا للعقار المشفوع به بأثر رجعى، فإن ذلك لا أثر له فى ثبوت حق الشفعة له، وقد قدمنا أن الأثر الرجعى للشرط لا يعتد به فى نطاق الشفعة. لكن إذا تحقق الشرط الفاسخ قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة، فإن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به تنفسخ، ولا يعود الشفيع مالكا لهذا العقار، وبذلك لا تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة، ومن ثم يسقط حق الشفيع فى الأخذ بها(٣).

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٠ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٣ ص٤٦٦- إسماعيل غانم ص٧٧- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص٤٣٧- ص٤٣٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٣- حسن كيرة ص١١.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان سند ملكية الشفيع هو عقد بيع وفائى رفعت دعوى ببطلانه لما يفصل فيها، فلا يكون الحكم له بالشفعة مخالفاً للقانون، لأنه بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكا للمشترى ينتفع بسائر حقوق الملاك، ومن ثم يثبت له حق الشفعة من تاريخ تسجيل عقده ما دام لم يقض ببطلانه (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص٧٤) وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص٤٧٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص٤٣٧- منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٣- حسن كيرة ص١١.

(٣) أنظر آنفاً نفس الفقرة - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص٤٧٥- إسماعيل غانم ص٧٦- ص٧٧- وانظر فى الآراء المختلفة فى حق الشفيع المالك تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف فى الأخذ بالشفعة فى عهد قانون الشفعة السابق ومناقشة هذه الآراء: محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٨- فقرة ٢٦١.

وكذلك يجوز الأخذ بالشفعة إذا كانت ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية شائعة، وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة[1]. فلو كان العقار المشفوع به الملاصق للعقار المشفوع فيه مملوكا على الشيوع لعدة شركاء، فإن الشركاء جميعا يستطيعون الأخذ بالشفعة. ويجوز لأى شريك منهم أيضا أن يأخذ وحده بالشفعة مستندا فى ذلك إلى حصته الشائعة، فإن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة، وتجوز الشفعة به[2]. وقد قدمنا أنه إذا كان الشفيع بالحصة الشائعة جارا للعقار المشفوع فيه وكان الواجب أن تكون قيمة العقار المشفوع به لا تقل عن نصف ثمن العقار المشفوع فيه، فالعبرة فى هذه الحالة بقيمة الحصة الشائعة وحدها لا بقيمة العقار الشائع كله[3]. وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة، وثبت له الحق فيها، فإن اقتسامه بعد ذلك للعقار الشائع مع شركائه لا أثر له فى حقه الذى ثبت له فى الأخذ بالشفعة، حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه، ولا يعتد بالأثر الرجعى للقسمة فى نطاق الشفعة. لكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة، وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه[4]،

---

(١) أما إذا كان الشفيع يشفع بحصة شائعة فى حصة شائعة أخرى باعها شريك آخر، فلاشك فى جواز الأخذ بالشفعة، على أن الشفيع فى هذه الحالة لا تجوز له الشفعة إلا بحصة شائعة.

(٢) ويثبت حق الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لكل واحد من الشركاء المشتاعين إذا انفرد، ولهم جميعا إذا اجتمعوا، فليس اجتماعهم ضرورياً لحصة الطلب، وانفراد أحدهم به جائز (استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص٧١- ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ١٠٩- كفر الزيات ٣ يونيه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص٢٥١- استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٤١- ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص١٣٩- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٧- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٠ ص٤٧٤).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٨٧ فى آخرها.

(٤) ويجب على المشترى أن يقيم الدليل على حصول القسمة، ولمحكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية أن تزن الأدلة التى يستند إليها المشترى لإثبات ذلك. فإذا قدرت أن هذه الأدلة لا يمكن التعويل عليها فأهدرتها، وانتهى اقتناعها إلى بقاء حالة الشيوع بين الشركاء، فإن هذا من حقها، ويكون النعى على حكمها قائماً على غير أساس (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٤٣ ص٩٠٥).

أما إذا ثبتت القسمة، فإنه يكون لها هذا الأثر ولو لم تكن قد سجلت، لأن تسجيل القسمة إنما شرع لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة، ولكن الغير له أن يتمسك بالقسمة بالرغم من عدم تسجيلها، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتمسكوا بعدم تسجيل القسمة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص٤٠٩- ١٧ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١١ ص٨٥١- ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص٤٣). وانظر إسماعيل غانم ص٧٢- ص٧٣- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص٤٢٣- ص٤٢٤.

فإن الحق فى الشفعة يسقط، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة(١).

ويجوز الأخذ بالشفعة أخيرا إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه قابلا للإبطال، كما لو كان بيعا صادرا من ناقص الأهلية أو مشوبا بعيب فى الرضاء. فإن البيع القابل للإبطال، إذا سجل، ينقل الملكية إلى الشفيع، فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ملكية قائمة وإن كانت معرضة للإبطال، فتجوز الشفعة بها(٢). وإذا ثبت حق الشفيع فى الشفعة فى هذه الحالة، ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع، فإن الملكية تزول بأثر رجعى، ولكن لا يكون لزوالها على هذا النحو أثر فى الحق الذى يثبت للشفيع فى الأخذ

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للجار الذى يملك على الشيوع أن يطلب الشفعة ولو لم يشترك معه باقى شركائه فى الملك، وذلك لأنه إنما يملك نصيبه فى كل ذرة من العقار المشترك ولا يؤثر فى ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد عن حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع، لأن القانون إنما يشترط أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع وأن يبقى مالكاً له لحين الأخذ بالشفعة. وبقاء الجوار ليس بشرط البقاء الاستحقاق. فإذا حصلت القسمة قبل القضاء للشفيع بالشفعة ولم يختص بالجزء المجاور للشفيع المشفوع، سقط حقه فيها. أما إذا قضى له بها قبل حصول القسمة، فلا يتم زوال ملكه الذى يشفع به بعد ذلك عن طريق القسمة أو أى طريق آخر (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٣ ص٤٨٦).

وانظر استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ٤-١٩ الاستقلال ٣ ص٢٧- استئناف مصر ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٤٤ ص٧١- كفر الزيات ٣ يونيه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١١٩ ص٢٥١- استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٤١- ١٦ يناير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٣٩- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٥٦- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٠٧ - إسماعيل غانم ص٧٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٧ ص٤٢٣ وفقرة ٢٩٦ ص٤٣٦ - ص٤٣٧- منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ ص٣١٧.

وانظر عكس ذلك بنى سويف الجزئية ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٢٠ ص٥٢- استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٢٤ (يجب اشتراك جميع الشركاء للأخذ بالشفعة)- ٢٤ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢٢٩- ٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٢٠- ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٥٩- ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص ١٢٩- ٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٥٦ (حتى لو أصبح الشريك مالكاً لكل العقار الشائع فى أثناء دعوى الشفعة)- ١١ مايو سنة ١٩٤٨ م-٦ ص١٠٧.

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٣- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٧٧ ص٤٧١- إسماعيل غانم ص٧٧- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٦ ص٤٣٨- منصور صطفى منصور فقرة ١٣٤ ص٣٢٣- حسن كيرة ص١١- ولا يجوز للمشترى طلب إبطال العقد لأن حق الإبطال لم يتقرر لمصلحته (نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٨ ص٩-٤).

بالشفعة[1]. أما إذا أبطل البيع قبل ثبوت حق الشفيع فى الشفعة، وزالت ملكية الشفيع، فإن حقه فى الشفعة يسقط، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة.

١٩٠ - الشرط الثانى - الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة: ويجب أن تتوافر فى الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة. ولما كان الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، إذ هو فى حكم شراء العقار المشفوع فيه، والشفيع إنما يحل بارادته أى بتصرفه القانونى محل المشترى، فإن الأهلية الواجب توافرها فى الشفيع للأخذ بالشفعة هى أهلية التصرف، ولا تكفى أهلية الإدارة.

وعلى ذلك إذا كان الشفيع كامل الأهلية، أى بالغا سن الرشد غير محجور عليه، توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، وجاز له أن يستقل بإعلان رغبته فى الأخذ بها. وإذا كان له وكيل وكالة عامة، لم يجز للوكيل الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة، ولابد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة لأن الأخذ بها من أعمال التصرف كما قدمنا (م٧٠٢ مدنى).

أما إذا كان الشفيع قاصرا، وله أب ولى عليه أو يلى الولاية عليه ولى الأب، فإنه يجوز للولى أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة. فإذا كان ولى القاصر هو الجد، لم يجز له أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر إلا بعد استئذان المحكمة، ذلك بأن المادة ١٥ من قانون الولاية على المال تنص على أنه «لا يجوز للجد، بغير إذن المحكمة، التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها». والأخذ بالشفعة تصرف فى مال القاصر، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشترى فى التزاماته وأن يودع تمهيدا لذلك خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع. أما إذا لم يكن للقاصر ولى، فوصيه هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه، ولكن يجب عليه استئذان المحكمة[2]. وكالوصى القيم على المحجور عليه، فإذا كان الشفيع محجورا عليه، فالقيم هو الذى يأخذ بالشفعة نيابة عنه ويجب عليه استئذان المحكمة[3].

---

(١) إسماعيل غانم ص٧٧.

(٢) استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٣٦.

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٥- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤١٨ ص٤٥٠- إسماعيل غانم ص٧٨- أما المشفوع ضده، وهو المشترى، فإذا كان كامل الأهلية، جاز له التسليم بالشفعة رضاء أو المخاصمة فيها قضاء. وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه، ناب عنه فى التسليم بالشفعة رضاء وليه أو وصيه أو القيم عليه، ويجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة. وناب عنه فى المخاصمة قضاء وليه أو وصيه أو القيم، وفقاً للقواعد العامة فى المخاصمة القضائية.

١٩١ – الشرط الثالث – الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه: ولما كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه، إذ الشفيع يحل محل المشترى فيصبح هو المشترى للعقار، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار. ونذكر أحوالا ثلاثا الشفيع فيها ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه، ومن ثم لا يجوز له أخذه بالشفعة:

(الحالة الأولى) إذا كان العقار المشفوع فيه أرضا زراعية، وكان من شأن شرائها أن يزيد ما يملكه الشفيع من الأراضى الزراعية على الحد الأقصى الجائز تملكه بموجب المرسوم بقانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المعدل بق ٩٥ لسنة ١٩٦٩ (خمسين فدان)، فكما لا يجوز له شراء هذه الأرض، كذلك لا يجوز له أن يشفع فيها(١)، فلو أن شخصا يملك اربعين فدانا مثلا، ويجاور أرضه أرض مقدارها عشرون فدانا باعها صاحبها، فلا يجوز للأول أن يأخذ الأرض المبيعة بالشفعة. ذلك بأنه لو أخذ الأرض المبيعة كلها بالشفعة، لأصبح ما يملك من الأراضى الزراعية ستين فدانا وهذا غير جائز، ولو اقتصر على أخذ عشرة أفدنة منها ليبلغ ما يملك خمسون فدان فلا يجاوز الحد الأقصى لتفرقت الصفقة على المشترى وهذا أيضا غير جائز(٢).

(الحالة الثانية) نصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه أو باسم مستعار، ولو بطريق المزاد العلنى، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء، ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى». ويخلص من هذا النص أن من كان نائبا عن غيره فى بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا. والنيابة فى بيع مال الغير قد تأتى من اتفاق وهذه هى الوكالة، وقد تأتى عن طريق نص فى القانون وذلك هو الولى، وقد تأتى عن طريق أمر من السلطات المختصة كما هى الحال فى الوصى والقيم والوكيل عن الغائب وأمين التفليسة والحارس القضائى(٣).

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٨ ص٧٩٨– إسماعيل غانم ص٧٧– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص٤٣٩– منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص٣٢٤– حسن كيرة ص١١– وانظر آنفاً فقرة ١٧٣ فى آخرها فى الهامش.

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٠١.

(٣) والسماسرة والخبراء فى حكم من ينوب عن الغير فى بيع ماله ويسرى عليهم نفس الحكم، فقد نصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه «لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار».
وانظر فى كل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٥٣ – فقرة ٥٥.

فالنائب عن غيره، على الوجه المتقدم، فى بيع مال هذا الغير، ممنوع من شراء هذا المال لنفسه. فلا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه، نائبا فى البيع وأصيلا فى الشراء. وكما لا يجوز له أن يشترى لنفسه عقارا نيط به بيعه، كذلك لا يجوز له، إذا باع هذا العقار للغير تنفيذا لنيابته، أن يشفع فيه. فإذا وكل مالك العقار شخصا فى بيع عقاره، وباعه الوكيل لمشتر تنفيذا للوكالة، لم يجز للوكيل، إذا توافرت له أسباب أخذ العقار بالشفعة، أن يشفع فيه. وذلك لسبب عام، هو ما قدمناه من أن الوكيل بالبيع، أو أى نائب عن غيره فى البيع، ممنوع من شراء ما نيط به بيعه، سواء عن طريق الشراء مباشرة، أو عن طريق الأخذ بالشفعة وهو فى حكم الشراء. ويساند هذا السبب سبب آخر، هو أنه لو جاز لمن نيط به بيع العقار أن يشفع فيه، لما أعياه أن يتواطأ مع المشترى على ثمن بخس وشروط يسيرة، حتى إذا ما أخذ بالشفعة أفاد من كل ذلك. ثم إن هناك سببا ثالثا يتضافر مع السببين المتقدمين، فى حالة ما إذا كانت النيابة فى بيع العقار مصدرها الاتفاق أو الوكالة، هو أن الوكيل الذى يرضى أن يكون وكيلا فى بيع العقار لأجنبى يكون قد نزل بذلك نزولا ضمنيا عن حقه فى أخذ هذا العقار بالشفعة، وقد قدمنا أنه يجوز النزول مقدما عن الأخذ بالشفعة(١).

(الحالة الثالثة) نصت المادة ٤٧١ مدنى على أنه «لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم فى دائرتها، وإلا كان البيع باطلا». ونصت المادة ٤٧٢ مدنى على أنه «لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها، إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار، وإلا كان العقد باطلا». ويتبين من هذه النصوص أن المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون، على وجه سبق تفصيله عند الكلام فى البيع(٢). وجزاء الحظر هو بطلان البيع لمخالفته للنظام العام، فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه فى شراء الحقوق المتنازع فيها، وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلا ففى القليل قد ألقى بشرائه الحق المتنازع فيه ظلا من الشبهة فى حيدة القضاء فى نزاع يقع فى اختصاصه(٣).

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٩ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ – إسماعيل غانم ص٧٨– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص٤٣٩– منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص٣٢٤– ص٣٢٥.

(٢) الوسيط ٤ فقرة ١١١ – فقرة ١١٣.

(٣) الوسيط ٤ فقرة ١١٢.

فإذا كان شراء عقار متنازع فيه محظورا على عمال القضاء الذين سبق ذكرهم، متى وقع النزاع في اختصاصهم، فكذلك لا يجوز لهم أن يشفعوا فى هذا العقار المتنازع فيه إذا توافرت لهم أسباب أخذه بالشفعة. فإذا باع شخص عقارا ينازعه شخص آخر فى ملكيته، فالقاضى الذى يدخل فى اختصاصه نظر هذا النزاع، أو المحامى الموكل فى هذا النزاع بل حتى لو لم يكن موكلا فيه متى كان نظر النزاع من اختصاص محكمة مسموح له بالمرافعة أمامها، لا يجوز له أن يشترى هذا العقار للسبب المتقدم ذكره. وإمعانا فى درء الشبهات عن سمعة القضاء، لو أن هذا العقار المتنازع فيه باعه صاحبه لأجنبى، وتوافرت لقاض أو لمحام أو لأى عامل آخر من عمال القضاء، يكون نظر النزاع داخلا فى اختصاصه أو فى اختصاص المحكمة المسموح له بالمرافعة أمامها، أسباب أخذه بالشفعة، لم يجز له أخذه. فما يحرم عليه شراؤه، يحرم عليه كذلك أخذه بالشفعة. ولو أجزنا له الأخذ بالشفعة وحل محل المشترى فى شراء العقار المتنازع فيه، فإن النزاع لا يزال داخلا فى اختصاصه، ويصعب على من ينازع البائع فى ملكية هذا العقار أن يطمئن إلى حيدة عمال القضاء عند نظر هذا النزاع وواحد منهم هو الذى شفع فى العقار وحل محل مشتريه ولو تنحى بعد ذلك عن نظر النزاع. ثم ألا يجوز لعامل القضاء، لو أبيح له الأخذ بالشفعة، أن يستعمل الأخذ بها سبيلا للتحايل ليتغلب على منعه من شراء العقار المتنازع فيه مباشرة؟ فما عليه للوصول إلى ذلك إلا أن يتواطأ مع صاحب العقار المتنازع فيه، فيبيع هذا الأخير العقار لأجنبى، ثم يأخذه عامل القضاء بالشفعة من هذا الأجنبى(١).

(الحالة الرابعة) صدر القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم تملك غير المصريين

---

(١) أنظر فى هذا المعنى على زكى العرابى فقرة ٦٢ ص٣٧- ص٣٨- عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٣٢ ص٧٤٧- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢١ ص٤٥١- إسماعيل غانم ص٧٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٧ ص٤٤٠- منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٦ ص٣٢٥- حسن كيرة ص١١- محمود فهمى فى رسالته فى الشفعة ص١٧٥ - ص١٧٦.
وانظر عكس ذلك، وأنه إذا كان لا يجوز لعمال القضاء أن يشتروا العقار المتنازع فيه، فإنه يجوز لهم أخذه بالشفعة: محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص٢٦٦- ص٢٦٧- شفيق شحاتة فقرة ٢٥٥- وما دام أصحاب هذا الرأى العكسى قد أجازوا لعمال القضاء أخذ العقار المتنازع فيه بالشفعة، فهل يجيزون أن يسترد من ينازع البائع فى ملكية العقار هذا العقار من تحت يد الشفيع إذا هو رد إليه الثمن الذى دفعه والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع تطبيقاً للمادة ٤٦٩ مدنى؟ الظاهر أنهم لا يجيزون ذلك، لأنهم لا يعتبرون الشفيع مضارباً عندما أخذ بالشفعة (أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٨ ص٢٦٧). فإذا قلنا بعدم جواز الاسترداد فقد عطلنا حقاً للمسترد أعطاه إياه القانون لحكمة مشروعة، بل لجاز استعمال الشفعة سبيلا للتحايل على تعطيل هذا الحق. وإذا قلنا بجواز الاسترداد، فقد عطلنا حقاً مشروعاً آخر فى نظر أصحاب هذا الرأى، هو حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة.

للعقارات المبنية والأراضى الفضاء ونصت مادته الأولى على أنه «مع عدم الإخلال بأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ يحظر تملك غير المصريين، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين، للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء فى جمهورية مصر العربية – أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث – وفقا لأحكام هذا القانون.

ويقصد بالتملك فى نطاق أحكام هذا القانون الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع.

ويقصد بالعقارات المبنية والأراضى الفضاء فى تطبيق أحكام هذا القانون، المبانى والأراضي، ولو لم تكن خاضعة لأحكام القانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ فى شأن ضريبة الأطيان أو القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٤ فى شأن الضريبة على العقارات المبنية، وأوضحت المادة الثانية الحالات والشروط التى لابد من توافرها ليتملك غير المصرى العقارات، مبنية أو أرض فضاء، وقضت المادة الثالثة بعدم خضوع تملك العقارات المبنية والأراضى الفضاء للشروط الواردة فى هذا القانون فى حالة ما إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو ملحقاتها أو لسكنى رئيس وأعضاء البعثة، وذلك بشرط المعاملة بالمثل أو كانت الملكية لإحدى الهيئات والمنظمات الدولية أو الإقليمية(1).

١٩٢ – الشرط الرابع– الشفيع ليس بوقف – نص قانونى: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٩ مدنى على ما يأتى:

«ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة»(١).

---

(1) النص فى المادة الثانية من فقرتها (أ) من القانون الخاص بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء قد أجازت استثناء من الحظر المنصوص عليه فى المادة الأولى لغير المصرى اكتساب ملكية العقارات المبنية والأراضى الفضاء إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذه مقرا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية أو لسكنى رئيس البعثة وذلك بشرط المعاملة بالمثل أو كانت الملكية لاحدى الهيئات أو المنظمات الدولية وإذا كان ذلك فان مصلحة الطاعنة وقد قررت أنها تبتغى الأرض المشفوع فيها لتوسيع مقر بعثتها تكون قائمة طالما أن أحدا من المطعون ضدهم لم يدع عدم توافر ما اشترطت تلك المادة لجواز تملك الأرض موضوع النزاع عن طريق الاستثناء.

(جلسة ١٩٧٩/١/١٧ الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٥ق س-٣ ج١ ص٢٣٧)

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢/١٠١٢ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٠٩. وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح أحد الأعضاء النص على جواز الشفعة فى الوقف، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك، وأقرت النص على ما هو عليه تحت رقم ٢/٩٣٩. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٠٣– ص٩-٤). =

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان العقار المشفوع به عقارا موقوفا، فلا يجوز الأخذ بالشفعة. وهذا هو حكم الفقه الإسلامى، ففيه لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار. فإذا بيع عقار مجاور لوقف، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك، فلا شفعة للوقف – من ناظر أو موقوف عليه – لا فى العقار المجاور ولا فى الجزء الملك من العقار[1]. والسبب فى ذلك أن ناظر الوقف لا يعتبر مالكا للعقار الموقوف حتى يصلح أن يكون شفيعا، وكذلك الموقوف عليه ليس مالكا للعقار الموقوف فشأنه شأن الناظر فى عدم الصلاحية للأخذ بالشفعة. ثم إنه لو جاز أن يأخذ الوقف بالشفعة، لوجب أن يصبح العقار المشفوع فيه هو أيضا وقفا دون أن تصدر حجة بوقفه. وإذا كان العقار المشفوع به ملكا لا وقفا وقت بيع العقار المشفوع فيه، ثم وقف قبل ثبوت الحق فى الشفعة، فإن الشفعة تسقط لأن العقار المشفوع به وإن كان ملكا وقت البيع المشفوع فيه لم يستمر كذلك إلى وقت ثبوت الحق فى الشفعة[2]. وإذا تمسك الشفيع بأن وقف العقار المشفوع به غير صحيح، وأنه لذلك يستطيع أن يشفع به إذ يبقى ملكا بعد أن بطل وقفه، وجب أن توقف دعوى الشفعة حتى يفصل من المحكمة المختصة فى صحة الوقف[3].

وإذا كانت الشفعة لا تجوز بالوقف، فانها تجوز فى الوقف. ويتحقق ذلك إذا بيع الوقف بمسوغ شرعى، كما إذا شرط الواقف استبداله فاستبدل، فإن العقار الموقوف إذ يباع للاستبدال يصبح ملكا فتجوز الشفعة فيه. وأما ثمنه فيشترى به عقار آخر، هو الذى

= ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ٤: لا شفعة للوقف. (وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) – ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٢/٩٤٣: لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة، ما لم يحتفظ الواقف بذلك فى حجة الوقف الأهلى. (ويختلف التقنين الليبى فى أنه يجيز للوقف أن يأخذ بالشفعة، إذا احتفظ له الواقف بهذا الحق فى حجة الوقف. ويبدو أن ما يأخذه الوقف بالشفعة فى هذه الحالة يصبح موقوفاً مثله).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (والظاهر أن الوقف لا يأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٤ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): لا شفعة للوقف .. (والنص يوافق نص التقنين المدنى المصرى).

(١) الخانية ص٥٤٢– ابن عابدين ص١٤٧– مرشد الحيران م١١٣– المجلة ١٠١٧ وم١٠١٩.

(٢) استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٣١٦– عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٠– منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٥– وانظر آنفاً فقرة ١٩٨.

(٣) استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص١٩٠– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٦٦ ص٢٦٥.

يصبح وقفا، ولا تجوز الشفعة فيه[1]. أما إذا كان لا يجوز بيع العقار الموقوف أصلا، كأن كان مسجدا، فلا يجوز أخذه بالشفعة لأنه لا يصح بيعه[2]. وإذا كان العقار المشفوع فيه ملكا، فوقفه المشترى بعد طلب الشفعة، اعتبر هذا تهربا من الشفعة، فيكون الوقف باطلا ويجوز أخذ العقار بالشفعة[3]. وفى التقنين المدنى الجديد، كما فى قانون الشفعة السابق، العبرة بتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فإذا وقف العقار المشفوع فيه بعد تسجيل هذا الإعلان فإن الوقف لا يسرى فى حق الشفيع، ويستطيع أخذ العقار بالشفعة بالرغم من وقفه (م٩٤٧ مدنى)[4].

٢ – تعدد الشفعاء وتزاحمهم

١٩٣ – نص قانونى: تنص المادة ٩٣٧ مدنى على ما يأتى:

١ – «إذا تزاحم الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة».

٢ – «وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه».

٣ – «فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فانه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى»[5].

---

(١) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨١ ص٤٧٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٨ – وانظر ما دار من مناقشات فى هذه المسألة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٠٧ فى الهامش.

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٠٦.

(٣) بنى سويف ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ رقم ١٠٤ ص٣٢٨.

(٤) ويجوز التساؤل هل تصح الشفعة بالملك الخاص للدولة، فإذا كان للدولة عقار مملوك ملكا خاصاً، وتوافرت فى هذا العقار شروط العقار المشفوع به، فهل تستطيع الدولة أن تشفع به فى عقار آخر يباع فتأخذ هذا العقار بالشفعة؟ أجبنا على هذا السؤال فى الجزء الثامن من الوسيط بما يأتى: «أما الشفعة، فيندر أن تشفع الدولة فى عقار إلا إذا قامت ضرورة ملحة لذلك، وعند ذلك لا نرى مانعاً من أن تأخذ العقار بالشفعة» (الوسيط ٨ فقرة ٧٨).

(٥) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى كانت تتضمن فى آخرها العبارة الآتية: «إلا أنه فيما بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره». ولما كانت لجنة المراجعة قد حذفت الشفعة بسبب الجوار، فقد حذفت تبعاً لذلك هذه =

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ٧(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م٩٤١– وفى التقنين المدنى العراقى م١١٣١ – ١١٣٢– وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٤٠ – ٢٤١(٢).

=العبارة «حيث أصبح لا لزوم لها»، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ١٠٠٩ فى المشروع النهائى. ووافق على النص كما هو مجلس النواب، تحت رقم ١٠٠٦ دون أن يتنبه المجلس، بعد أن أعاد الشفعة بسبب الجوار، إلى وجوب إعادة العبارة المحذوفة. ثم وافق على النص مجلس الشيوخ، دون تعديل تحت رقم ٩٣٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٨٥– ص٣٩٤).

(١) **قانون الشفعة السابق م٧**: إذا تعدد الشفعاء يكون الحق فى الشفعة: (أولا) لمالك الرقبة. (ثانيا) للشريك الذى له حصة مشاعة. (ثالثا) لصاحب حق الانتفاع. (رابعا) للجار المالك – فإذا تعدد مالكو الرقبة أو الشركاء أو أصحاب حق الانتفاع، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون قدر نصيبه – وإذا تعدد الجيران، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره.

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد فيما عدا أموراً ثلاثة: (١) لم يدرج قانون الشفعة السابق صاحب الرقبة فى الحكر وصاحب حق الحكر بين الشفعاء، ولذلك لم يورد ترتيباً لهما. (٢) لم يمض، كما نص التقنين المدنى الجديد، على حكم تزاحم المشترى الشفيع مع غيره من الشفعاء. (٣) وضع قاعدة للمفاضلة بين الجيران الشفعاء إذا تعددوا، وأغفل التقنين المدنى الجديد وضع هذه القاعدة سهواً).

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٤١: ١ – إذا تزاحم الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة. ٢ – وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. ٣ – فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته. (ويتفق التقنين الليبى مع التقنين المصرى إلا فى أمر واحد: إذا كان المشترى هو نفسه أحد الشفعاء، فإنه لا يفضل على من يزاحمه من الشفعاء الذين هم من طبقته فى التقنين الليبى، ويفضل فى التقنين المصرى. والتقنينان سواء فى تفضيل المشترى الشفيع على شفعاء أدنى من طبقته، وفى تفضيل الشفيع الأعلى من طبقة المشترى).

التقنين المدنى العراقى م١١٣١: ١ – إذا تزاحم الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المبين فى المادتين السابقتين. ٢ – وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوى. إلا أنه فيما يتعلق بين الخلطاء يقدم الأخص على الأهم، فمن له حق شرب فى الحزن المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب فى ذلك النهر، ويقدم الخليط فى حق الشرب على الخليط فى حق المرور. (ويختلف التقنين المدنى العراقى هنا عن التقنين المصرى فى أنه إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة كان استحقاق الشفعة بينهم على التساوى فى التقنين العراقى، وبقدر نصيب كل منهم فى التقنين المصرى. ووضع التقنين العراقى قاعدة خاصة فى ترتيب الشفعاء إذا كانوا خلطاء). م١١٣٢: إذا كان المشترى للعقار المشفوع قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعاً، فإنه مفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى. (ويتفق التقنين العراقى فى هذا الحكم مع التقنين المصرى). =

ويفترض النص المتقدم الذكر أن هناك أكثر من شفيع واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة. فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفيع واحد، ولم يزاحمه فى طلبها أحد من الشفعاء الآخرين، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقا لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعة للتجزئة وعدم جواز تفريق الصفقة على المشترى فيما قدمناه(١). أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضا فى طلب الشفعة، فهنا ينفتح مجال البحث فى الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء على الوجه المبين فى المادة ٩٣٧ مدنى سالفة الذكر.

١٩٤ - الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء: وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدنى المشار إليها حالات ثلاثا لتزاحم الشفعاء:

(الحالة الأولى) تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م١/٩٣٧ مدنى).

(الحالة الثانية) تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م٢/٩٣٧ مدنى)، وهنا يعرض بحث عدم جواز تفرق الصفقة على المشترى.

(الحالة الثالثة) تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم (م٣/٩٣٧ مدنى)، وهنا يجب بحث فروض ثلاثة: (١) تزاحم المشترى مع شفعاء أدنى من طبقته. (٢) تزاحم المشترى مع شفعاء من نفسه طبقته. (٣) تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى من طبقته.

١٩٥ - الحالة الأولى - تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة: تنص الفقرة الأولى

= **قانون الملكية العقارية اللبنانى** م٢٤٠ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): إذا تزاحم الشفعاء من فئات مختلفة، يكون استعمال حق الشفعة بحسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة - وإذا تزاحم الشفعاء من فئة واحدة فى الأحوال الأربعة الأولى المبينة فى المادة السابقة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. وإذا تخلى أحدهم أو بعضهم عن حقه استعمل الباقون هذا الحق بقدر نصيبهم أيضاً. وإذا تزاحم الشفعاء من الفئة الخامسة، قدم من تعلق على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وفى حال اختلاف مالكى طوابق البناء المتعددة، قدم مالك الطابق الأرضى، (ويختلف التقنين اللبنانى عن التقنين المصرى فى أن القانون اللبنانى، بخلاف التقنين المصرى، أورد قاعدة للترتيب عند تزاحم الجيران، وأخر مالك الطابق عن الجار العادى وقدم مالك الطابق الأرضى على مالك الطابق العلوى عند التزاحم).

م٢٤١ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): إذا توافرت فى المشترى الشروط الواردة فى المادة ٢٣٩، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من فئته أو من فئة أدنى. (ويتفق القانون اللبنانى فى هذا الحكم مع التقنين المصرى).

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٦٩.

من المادة ٩٣٧ مدنى، كما رأينا(١)، على أنه «إذا تزاحم الشفعاء، يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة». فإذا تزاحم الشفعاء، وكانوا من طبقات مختلفة يعلو بعضها بعضا، استحق الشفعة منهم من كان أعلاهم طبقة دون غيره من الطبقات الأدنى، وذلك بحسب الترتيب المبين فى المادة ٩٣٦ وقد سبق ذكرها(٢). وبالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين أن طبقات الشفعاء مرتبة على الوجه الآتى:

(١) فى الطبقة الأولى مالك الرقبة، عندما يشفع فى حق الانتفاع. فإذا كان هناك عقار قد رتب عليه حق انتفاع لمصلحة شخصين فى الشيوع، وباع أحد صاحبى حق الانتفاع حصته، كان الشفعاء فى هذه الحصة هم مالك الرقبة، ثم صاحب حق الانتفاع الآخر باعتباره شريكا فى الشيوع فى حق الانتفاع الذى بيع بعضه، ثم الجار الملاصق للعقار الذى رتب عليه حق الانتفاع إذا كان فى حالة من الأحوال الثلاث التى يشفع فيها الجار(٣). فإذا تقدم هؤلاء الشفعاء جميعا للأخذ بالشفعة، فضل مالك الرقبة لأنه فى الطبقة الأولى من الشفعاء، واستقل وحده فى الأخذ بالشفعة. ويليه الشريك فى الشيوع فى حق الانتفاع، ثم الجار(1).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٧٩.

(٣) قارن شفيق شحاتة فقرة ٢٤٧ وفقرة ٢٥٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٤ ص٤٥٤- إسماعيل غانم ص٧٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٨٨ ص٤٢٤: حيث يذهبون إلى أن الجار المالك لا يشفع فى حق الانتفاع.

(1) النص فى المادة ٩٣٦ من القانون - على أن يثبت الحق فى الشفعة:
(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس له أو بعضه.
(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.
(جـ) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.
(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.
(هـ) للجار المالك. والنص فى المادة ٩٣٧ من ذات القانون على أن «وإذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء - لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تزاحمهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع أو فى حق الرقبة مقررة أصلا لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على تجرى المفاضلة بينهم عند تزاحمهم.
(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن رقم ١٦٤٤ س ٥١ق)

(٢) فى الطبقة الثانية الشريك فى الشيوع، إذا بيعت حصة شائعة غير التى يملكها لأجنبى. والمراد بالشريك فى الشيوع هنا، ليس فحسب الشريك فى عقار مملوك ملكا تاما لعدد من الشركاء فى الشيوع، بل أيضا الشريك فى الشيوع فى رقبة العقار أو فى حق انتفاع فى عقار أو فى حق حكر. فإذا كان هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوع، وباع أحد الشريكين حصته الشائعة لأجنبى، كان الشفيعان فى هذه الحصة هما الشريك الآخر والجار. ولما كان الشريك الآخر فى الشيوع وهو فى الطبقة الثانية يتقدم على الجار، كان هو الذى يأخذ بالشفعة دون الجار(١)(1). وإذا كان هناك عقار يملكه شخصان على الشيوع، وقد رتبا على حق انتفاع فأصبحا يملكان الرقبة فى الشيوع، وباع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لأجنبى، كان الشفعاء فى هذه الحصة هم الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار. ولما كان الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة هو شريك فى الشيوع فهو فى الطبقة الثانية، ويتقدم على كل من صاحب حق الانتفاع والجار، فهو وحده الذى يأخذ بالشفعة دون الاثنين الآخرين.

وقد كان الأمر على العكس من ذلك فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٣٦ مدنى، فقد كان صاحب حق الانتفاع فى هذا المشروع يتقدم على الشريك فى الشيوع(٢). ثم انعكس الترتيب فى لجنة المراجعة، فأصبح الشريك فى الشيوع، فى

---

(١) أسيوط الكلية ١٠ يونيه سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٤١ ص٣٧٧.

(٢) وقد جرت مناقشات طويلة فى لجنة الأستاذ كامل صدقى فى شأن تقديم صاحب حق الانتفاع على الشريك فى الشيوع. ففى جلسة ١٨ يونيه سنة ١٩٣٧، تناقش الأعضاء طويلا فى هذه المسألة، وانتهت المناقشة بأن اتخذ قرار بالأغلبية بتقديم الشريك فى الشيوع على صاحب حق الانتفاع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٦٣- ص٣٦٥ فى الهامش). ثم أعادت اللجنة، فى جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٧، المناقشة فى المسألة، وانتهت إلى قرار عكس القرار السابق بجعل صاحب حق الانتفاع فى المرتبة الثانية متقدماً على الشريك فى الشيوع الذى جعلته فى المرتبة الثالثة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٨٦- ص٣٨٧ فى الهامش). وعلى هذا الوجه تقدم المشروع التمهيدى إلى لجنة المراجعة، فعكست هذه اللجنة الترتيب وعادت إلى الترتيب الأول، إذ جعلت الشريك فى الشيوع فى المرتبة الثانية متقدماً على صاحب حق الانتفاع الذى جعلته فى المرتبة الثالثة. واستقر المشروع على ذلك فى سائر مراحله التشريعية، إلى أن أصبح تقنيناً. أنظر آنفاً فقرة ١٧٩ فى الهامش.

(1) إذا كانت محكمة الموضوع قد عرضت لما أدلى به الطاعنان (المشفوع ضدهما) فى دفاعهما من أنهما يمتلكان على الشيوع فى الأطيان التى يشفع بها القدر المشفوع فيه - وأنهما يفضلان الشفيعة بشرائها لذلك القدر - وانتهت إلى عدم التعويل عليه تأسيسا على ما استظهرته من السندات التى قدمت لها - استظهارا صحيحا من زوال حالة الشيوع التى كانت قائمة قبل الحكم بالقسمة واقرار الطاعنين للقسمة التى تمت بموجبه وارتضائهما له وأعمالهما مقتضاه من قبل شرائهما للصفقة المشفوع فيها - وعن تحرير العقد النهائى المسجل الصادر لهما من المطعون عليها الثانية، وقد اقامت=

المشروع النهائى وفيما تلاه من المشروعات إلى أن استقرت تقنينا كما رأينا، هو الذى يتقدم على صاحب حق الانتفاع. ولو أخذنا بحكم المشروع التمهيدى فى المثل المتقدم، لتأخر الشريك المشتاع الآخر فى الرقبة عن صاحب حق الانتفاع، ولتقدم هذا الأخير على هذا الشريك المشتاع وعلى الجار، فأخذ وحده دونهما الحصة الشائعة التى بيعت فى الرقبة.

(٣) فى الطبقة الثالثة صاحب حق الانتفاع، عندما يشفع فى الرقبة. فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص وقد رتب عليه حق انتفاع فأصبح مالكا للرقبة وحدها، ثم باع الرقبة، فالشفيعان فى الرقبة هما صاحب حق الانتفاع والجار. ولما كان صاحب حق الانتفاع فى الطبقة الثالثة ويتقدم على الجار، فإنه هو وحده الذى يأخذ بالشفعة دون الجار.

(٤) فى الطبقة الرابعة صاحب الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر، أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة. فإذا كان هناك عقار رتب عليه صاحبه حق حكر، ثم باع صاحب حق الحكر حقه، فالشفيعان فى هذا الحق هما صاحبا الرقبة والجار. ولما كان صاحب الرقبة هنا فى الطبقة الرابعة ويتقدم على الجار، فإنه هو وحده دون الجار يأخذ حق الحكر بالشفعة. ولو أن صاحب الرقبة هو الذى باع الرقبة، فإن الشفيعين فى هذه الرقبة يكونان هما صاحب حق الحكر والجار. ولما كان صاحب حق الحكر فى المرتبة الرابعة ويتقدم هو أيضا على الجار، فإنه هو وحده دون الجار الذى يأخذ الرقبة بالشفعة.

(٥) فى الطبقة الخامسة والأخيرة الجار المالك، وهو أدنى الشفعاء طبقة. فإذا كان هناك عقار مملوك ملكا تاما لشخص واحد وباعه، ففى هذا الفرض لا يوجد مالك رقبة ولا شريك فى الشيوع ولا صاحب حق انتفاع، وليس العقار محكرا حتى يكون هناك مالك رقبة وصاحب حق حكر. ومن ثم لا يوجد إلا شفيع واحد هو الجار، فله حينئذ أن يأخذ بالشفعة. وهذا الفرض هو الذى يكثر وقوعه فى العمل(١).

=حكمها فى هذا الخصوص على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى خلصت لها فإن النعى على حكمها بالقصور والتناقض يكون فى غير محله.
(جلسة ١٩٥٩/١/١٥ الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ق س١٠ ص٤٣).

(١) هذا وإذا اعتبرنا مالك الطبقة فى البناء متعدد الطبقات شفيعاً بحكم الجوار، فإنه يأتى فى الطبقة الخامسة كسائر الجيران. ويبدو أنه إذا تزاحم مع جار جانبى عادى، فإنه يقدم عليه كما سنرى، لأن الشفعة تعود على ملكه بمنفعة أكبر مما تعود على ملك الجار العادى. وإذا بيعت إحدى طبقات الدار، فتزاحم على أخذها بالشفعة صاحب الطبقة الأعلى مباشرة وصاحب الطبقة الأسفل مباشرة، فإنه يبدو أن صاحب الطبقة الأعلى مباشرة هو الذى يقدم، لأن له مصلحة أكبر فى الأخذ بالشفعة.
أما إذا اعتبرنا مالك الطبقة شفيعاً بحكم الشركة الشائعة فى أرض البناء، فإنه يعلو إلى طبقة الشريك =

١٩٦- الحالة الثانية- تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدنى، كما رأينا(١)، على ما يأتى: «وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه». والمفروض هنا أن الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى قد فضلوا على من هم دونهم طبقة من الشفعاء على النحو الذى بيناه فيما تقدم، وطلب أصحاب الطبقة الأعلى وحدهم الأخذ بالشفعة.

فإذا كانوا من الطبقة الأولى، وهم ملاك الرقبة يشفعون فى حق الانتفاع، وكانوا ثلاثة مثلا لأحدهم نصف الرقبة فى الشيوع وللثانى الثلث وللثالث السدس، اقتسموا حق الانتفاع الذى تقدموا لأخذه بالشفعة فيما بينهم بنسبة نصيب كل منهم فى ملكية الرقبة. وعلى ذلك يأخذ الأول بالشفعة نصف حق الانتفاع، والثانى الثلث، والثالث السدس.

وإذا كانوا من الطبقة الثانية، وهم الشركاء فى الشيوع، فإذا كان هناك عقار يملكه أربعة مثلا على الشيوع، لأحدهم النصف وقد باعه لأجنبى، ولكل من الثلاثة الآخرين السدس، فإن هؤلاء الثلاثة يقتسمون فيما بينهم النصف المبيع من العقار الذى أخذوه بالشفعة، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم السدس. فيصبح العقار، بعد الأخذ بالشفعة، مملوكا لهؤلاء الثلاثة على الشيوع، بالتساوى فيما بينهم لكل منهم الثلث. وقل مثل هذا فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى الرقبة، ويشفعون فى حصة شائعة فى الرقبة باعها أحدهم. وكذلك الحكم فيما إذا كان الشفعاء شركاء فى الشيوع فى حق الانتفاع، ويشفعون فى حصة شائعة فى حق الانتفاع باعها أحدهم. وإذا اعتبرنا ملاك الطبقات شفعاء بوصفهم شركاء فى الشيوع فى الأرض المقام عليها البناء. فإنهم يأخذون جميعا بالشفعة الطبقة المبيعة، ويصبحون ملاكا لها على الشيوع بنسبة نصيب كل منهم فى الأرض الشائعة المقام عليها البناء.

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الثالثة، وهم أصحاب حق الانتفاع يشفعون فى الرقبة، وكان اثنان مثلا يملكان حق الانتفاع على الشيوع لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث، وبيعت الرقبة، فإن صاحبى حق الانتفاع يأخذانها بالشفعة بنسبة نصيب كل منهما فى حق الانتفاع، فيصبح الأول مالكا للعقار فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلثين، ويصبح الآخر مالكا فى الشيوع ملكية تامة بمقدار الثلث.

=فى الشيوع، أى إلى الطبقة الثانية، ويتفاضل ملاك الطبقات فيما بينهم إذا تزاحموا كما يتفاضل سائر الشركاء فى الشيوع كما سنرى.
أنظر آنفاً فقرة ١٨٥ فى آخرها.

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣.

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الرابعة، وكان لرقبة الأرض المحكرة مالكان فى الشيوع مثلا يملكانها بالتساوى، وبيع حق الحكر، اقتسماه عند أخذه بالشفعة بالتساوى فيما بينهما. وكذلك لو كان حق الحكر لاثنين مثلا يملكانه على الشيوع بالتساوى، وبيعت الرقبة، اقتسماها عند أخذها بالشفعة بالتساوى فيما بينهما.

وإذا كان الشفعاء من الطبقة الخامسة والأخيرة، وهم الجيران ويدخل فيهم ملاك الطبقات على الرأى الغالب، فللمفاضلة فيما بينهم إذا تزاحموا قاعدة أخرى سيأتى بيانها فيما يلى(١).

ونحن نفرض فى كل ما تقدم أن الشفعاء من الطبقة الأعلى(٢) قد تقدموا جميعا للأخذ بالشفعة(٣)، فاقتسموا العقار المشفوع فيه، كل منهم بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. ولكنهم قد لا يتقدمون جميعا للأخذ بالشفعة، بل يتقدم بعضهم دون بعض، أو يتقدم واحد منهم فقط، فعند ذلك تثار مسألة هامة هى مسألة عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، فنعرض لها فيما يلى.

١٩٧ – عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة: إذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة، فإن كل شفيع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. ذلك أن هناك احتمالا فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو لا يطلبها أحد غيره، فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، فإن الصفقة تتجزأ على المشترى، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة. كذلك هناك احتمال، حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو بغيرها من إجراءات الشفعة، فتتفرق الصفقة على المشترى. لذلك يجب على كل شفيع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه كما قدمنا، فإذا طلبوا الشفعة جميعا ولم يسقط طلب أى منهم، قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به على الوجه الذى سبق بيانه. وإذا طلب الشفعة بعضهم دون بعض، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم، فإن العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء

---

(١) أنظر فقرة ١٩٨.

(٢) فيما عدا الجيران فهم فى الطبقة الأخيرة، فإذا لم توجد طبقة من الشفعاء أعلى منهم، أو وجدت ولكنها لم تتقدم للأخذ بالشفعة، فالجيران فى هذه الحالة يكونون هم الشفعاء.

(٣) أو تقدم للأخذ بالشفعة طبقة أدنى لأن الطبقة الأعلى لم تتقدم.

الذين تقدموا أو الذين صح طلبهم، كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط، فإن هذا الشفيع الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه. وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشترى، فى أى فرض من هذه الفروض[1]. فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، فإما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد، أو يأخذ بعضه بالنسبة التى سبق بيانها إذا اشترك معه غيره، وفى جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه، فلا تتفرق الصفقة على المشترى. وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشترى، فإنه لا يجوز أيضا للمشترى اجبار الشفيع على أن يقتصر فى الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعوى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشترى وحده. ذلك بأن عدم تفريق الصفقة تقرر لمصلحة الشفيع أيضا، فهو يأخذ بالشفعة لإخراج المشترى من الصفقة، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه، ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم، بقى المشترى داخلا فى الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين، وهذا ما يحق للشفيع أن يتفاداه.

والقاعدة التى قررناها من وجوب أن يطلب الشفيع الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب فى حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة، بل تنطبق أيضا فى حالة وجود طبقات متعددة. فأى شفيع من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التى هى أعلى منه، ولا أحد من الشفعاء الذين هم فى طبقته. وتنطبق القاعدة أيضا على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها فى كل العقار المشفوع فيه، حتى لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه، لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة.

وإذا كان شفيعان، طلب أحدهما الشفعة فى بعض العقار المشفوع فيه، وطلبها الآخر فى كل العقار، أخذ الشفيع الثانى دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة[2]. وإذا طلب

---

(١) وقد نصت المادة ١١٣٦ مدنى عراقى على أنه «١- يجب أن يطلب الشفيع كل المشفوع ولو تعدد الشفعاء المستحقون للشفعة. وإذا أسقط شفيع حقه فى الشفعة قبل الحكم أو التراضى، سقط حقه ويأخذ الشفعاء الآخرون كل المشفوع، وإن أسقط شفيع حقه بعد الحكم أو التراضى فلا يسقط. ٢- وليس لأحد من الشفعاء أن ينزل عن حقه لأجنبى أو لشفيع آخر، فإن فعل سقط حقه».

(٢) حتى لو كان الشفيع الأول أعلى طبقة من الشفيع الثانى.

شفيع الشفعة فى بعض العقار المشفوع فيه، لم يصح طلبه، ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت(١).

١٩٨ – التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم: بقى أن نواجه حالة التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم. ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به لا تنطبق هنا، إذ أن الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فى أنهم لا يشتركون جميعا فى عقار مشفوع به واحد. فلكل جار عقاره الذى يشفع به، ولا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين. والذى يجب أن يأخذ بالشفعة من الجيران، إذا تعددوا وتزاحموا على الأخذ بها، هو جار واحد، وهو الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وقد كان هذا هو الحكم الذى نص عليه صراحة قانون الشفعة السابق، فقد نصت المادة ٧ (رابعا) من هذا القانون على ما يأتى: «وإذا تعدد الجيران، يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره». وقد ورد هذا النص نفسه فى المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ من التقنين المدنى الجديد، عندما جعل هذا المشروع الجوار سببا من أسباب الأخذ بالشفعة. ولكن عندما حذف الجوار كسبب للأخذ بالشفعة فى المشروع النهائى، حذف النص مع سائر النصوص التى تتعلق بالجوار. ولما أعيد الجوار ضمن أسباب الشفعة فى مجلس النواب، سهى على هذا المجلس أن يعيد النص كما كان، واقتصر على إيراد الجوار كسبب للأخذ بالشفعة، دون أن ينص على أنه عند تزاحم الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وبقيت المادة ٩٣٧ مدنى خلوا من هذا النص عندما عرضت على مجلس الشيوخ، وقد سهى على هذا المجلس أيضا أن يعيد النص. فخرج التقنين المدنى فى المادة ٩٣٧ منه على الوجه الذى خرج به، خاليا من هذا النص(٢).

ولما كانت المادة ٢/٩٣٧ مدنى، على الوجه الذى استقرت عليه، تجعل استحقاق كل شفيع، عند تعدد الشفعاء من طبقة واحدة، «بقدر نصيبه». وهذه القاعدة لا يمكن انطباقها فى حالة تعدد الجيران وتزاحمهم لأنهم لا يشفعون بعقار واحد كما قدمنا حتى يأخذ كل منهم الشفعة بنسبة نصيبه فى هذا العقار، فقد وجب الرجوع إلى القاعدة القديمة التى تضمنها قانون الشفعة السابق وتضمنها المشروع التمهيدى للمادة ٩٣٧ مدنى، باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل ولم يكن إغفالها إلا لمجرد السهو، وهى على كل حال الحكم العادل عند سكوت النص. فيقضى بالشفعة، إذا تعدد الجيران

---

(١) ملوى ٨ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٣ ص١٣٣.
(٢) أنظر فى هذا آنفاً فقرة ١٩٣ فى الهامش.

وتزاحموا، للجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران الآخرين(١)(1).

وعلى ذلك إذا تزاحم جاران فى أخذ أرض معدة للبناء بالشفعة، وكان عقار أحد الجارين ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولها فى الوقت ذاته حق ارتفاق عليها كحق مطل أو حق مرور، وكان عقار الجار الآخر ملاصقا للأرض المشفوع فيها ولا شئ غير ذلك، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة، لأن عقاره أكثر اتصالا بالعقار المشفوع فيه، فتعود الشفعة على عقاره بمنفعة أكبر.

---

(١) ولتفضيل جار على جار، يراعى موقع كل منهما، وتخصيصه، وضرورة توسيعه (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٣٣١)، ولا يدخل فى الاعتبار ما يجنيه الشفيع من فوائد شخصية (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٦٩– ١٢ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٧٩).
وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى مجال المفاضلة بين الجيران المتزاحمين فى طلب الشفعة إنما هى بالمنفعة التى تعود من الأخذ بالشفعة على ملك كل منهم المشفوع به، دون اعتداد بالمنفعة التى تعود على ملك كسبه أحدهم بعد البيع أساس الشفعة، ودون اعتبار للفوائد التى قد تعود على الشفيع شخصياً من الأخذ بالشفعة (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص٧٥ – ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص٤٦٧).
وانظر فى وجوب الأخذ بالقاعدة القديمة بالرغم من إغفالها سهواً: محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص٤٣٧– عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٥– إسماعيل غانم ص٧٤ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص٤٢٧– حسن كيرة ص١٠– وقارن محمد كامل مرسى فقرة ٢٧٢ ص٢٦٩ هامش ١– عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٣ ص٣٦٩– شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص٢٦٦ هامش١– منصور صمطفى منصور فقرة ١٣٧ ص٣٢٨– ص٣٢٩ (ومن رأيه معاملة الجيران المتزاحمين معاملة واحدة، ويكون ذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوى).

(1) النص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى على أن ..... ٢– إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه» يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزاحم بين الشفعاء جميعا، ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به لا تنطبق فى حالة التزاحم فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء فى أنهم لا يشتركون جميعا فى عقار مشفوع به واحد، فلكل جار عقاره الذى يشفع به لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين، وإذ لم يورد النص حكما لتلك الحالة فيجب – وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى – الرجوع إلى القاعدة التى تضمنها قانون الشفعة السابق – باعتبارها عرفا مستقرا جرى عليه العمل – والتى تقضى بتفضيل الجار الذى تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهى أيضا الحكم العادل عند سكوت النص، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون.
(جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ الطعن ٣١٦٠ لسنة ٥٨ق)

وإذا تزاحم جاران فى أخذ أرض زراعية بالشفعة، وكانت أرض أحد الجارين ملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات، وكانت أرض الجار الآخر ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين اثنتين فقط، فضل الجار الأول وأخذ وحده الأرض بالشفعة، لأن أرضه أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها، فتعود الشفعة على أرضه بمنفعة أكبر. أما إذا كانت أرض الجار الثانى ملاصقة للأرض المشفوع فيها من جهتين وعليها فى الوقت ذاته حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها، فيغلب أن يقدم الجار الثانى على الجار الأول، لأن الملاصقة من جهتين مع قيام حق ارتفاق تجعل أرض الجار الثانى فى الغالب أكثر اتصالا بالأرض المشفوع فيها من أرض الجار الأول الملاصقة للأرض المشفوع فيها من ثلاث جهات، فيأخذ الجار الثانى وحده الأرض المشفوع فيها(١). على أن ذلك يجب أن يكون محلا لتقدير قاضى الموضوع، فإذا قدر أن الملاصقة من ثلاث جهات فى حالة بعينها تجعل الاتصال أوثق، كان له أن يقضى بالشفعة للجار الأول وحده(٢).

وإذا اعتبرنا مالك الطبقة من الدار جارا ملاصقا للطبقة التى تحته وللطبقة التى فوقه كما هو الرأى الراجح، وزاحمه جار عادى، فإنه يفضل على الجار العادى، لأن طبقته أكثر اتصالا بالطبقة المبيعة من عقار الجار العادى. أما إذا بيعت طبقة من الدار وتزاحم على أخذها بالشفعة مالك الطبقة الأعلى مباشرة ومالك الطبقة الأسفل مباشرة، فالغالب تفضيل مالك الطبقة الأعلى، فيأخذ وحده الطبقة المتوسطة بالشفعة. على أن المسألة متروكة لتقدير

---

(١) وقد قضى بأنه إذا تزاحم جاران لكل منهما حق ارتفاق بالرى على الأرض المشفوع فيها، ولكن أحد الجارين مجاور من جهة واحدة فى حين أن الجار الآخر من جهتين، فضل الجار الآخر المجاور من جهتين (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٧١). وإذا كان عقار كل من الجارين مثقلا بحق ارتفاق لمصلحة العقار المشفوع فيه، فضل من كان حق ارتفاقه أشد عبئاً (استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٠٠). وقضى بتفضيل الجار مالك العقار الأصغر، لأنه إذا ضم العقار المشفوع فيه حصل على منفعة أكبر (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٠٤- ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص ١٦٩- ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٦٣). وانظر أيضاً فى تفضيل الجار الذى تعود عليه منفعة أكبر: استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٥٩- ١٠ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٠ (تفضيل الجار الذى يملك وحده العقار المشفوع به على الجار الذى لا يملك العقار المشفوع به إلا على الشيوع)- ١٠ مارس سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٧٤.
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يستبعد من بين الجيران المتزاحمين فى الأخذ بالشفعة الجار الذى تقرر إدخال عقاره الذى يشفع به فى طريق عام صدر مرسوم به (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م٥٨ ص١٠).

(٢) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص٤٨٨- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «أما إذا تزاحم الجيران فى الأخذ بالشفعة، فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره، ويترك هذا لتقدير القاضى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٩٢).

قاضى الموضوع، فقد يرى، من موقع كل من الطبقتين بالنسبة إلى الطبقة المتوسطة ومن الظروف الأخرى المحيطة بالبناء، تفضيل مالك الطبقة الأسفل، فيأخذ هذا وحده الطبقة المبيعة بالشفعة.

وهناك خلاف في الرأى، فيما إذا لم يتيسر تعيين من من الجيران المتزاحمين تعود الشفعة عليه بمنفعة أكبر، بحيث يبدو أن الكل يتساوون فى المنفعة. فرأى يذهب إلى أن العقار المشفوع فيه يقسم فى هذه الحالة بين الجيران المتزاحمين بالتساوى فيما بينهم، ما دام أن أحدا منهم لا يرجح الآخرين فى المنفعة التى تعود عليه من الشفعة، فلا يجوز لأحد أن يستأثر بها، كما لا يجوز حرمان الجميع منها، وهذا هو الحكم المقرر فى الفقه الإسلامى(١). ويذهب رأى آخر إلى أنه لا يجوز تقسيم العقار المشفوع فيه بين الجيران، والتقسيم لا يكون إلا بين الشفعاء الآخرين غير الجيران بحسب صريح النص إذ يقسم العقار المشفوع فيه بين هؤلاء الشفعاء الآخرين بنسبة نصيب كل منهم فى العقار المشفوع فيه، أما الجيران فلم يرد فى شأنهم نص مماثل، بل ورد النص (فى قانون الشفعة السابق) بوجوب تفضيل من تعود عليه من الأخذ بالشفعة منفعة أكبر. وقد رجعت محكمة الاستئناف المختلطة إلى هذا الرأى، إذ قضت بأن قسمة العقار المشفوع فيه التى كانت مقررة فى الشريعة الإسلامية قد ألغاها قانون الشفعة الذى يقدم فى حالة التزاحم الجار الذى تعود على عقاره منفعة أكبر من غيره، ولا يقرر القسمة إلا فى حالة التزاحم بين ملاك الرقبة أو الشركاء فى الملك أو أصحاب حق الانتفاع(٢). والذى نراه أنه عندما تقرر تفضيل الجار الذى تعود الشفعة على ملكه بمنفعة أكبر، افترض فى ذلك أنه يمكن دائما، إذا تزاحم الجيران الشفعاء، تعيين جار واحد منهم ينتفع بالشفعة أكثر من غيره، وهذا الجار هو الذى يأخذ وحده بالشفعة ولا يزاحمه فيها الجيران الآخرون. وما دامت المسألة متروكة إلى تقدير قاضى الموضوع، فإن القاضى سيجد دائما فى ظروف الدعوى، وموقع العقارات، واتصال العقار المشفوع به بالعقار المشفوع فيه، والحاجات المتنوعة للعقار المشفوع به، وافتقاره فى بعض الأحيان إلى توسيع رقعته أو زيادة مرافقه أو تيسير اتصاله

---

(١) استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص٤٨٨- المنصورة الكلية ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٩- استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٠٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥٠ ص٤٣٦ وص٤٣٧ - ص٤٣٨- ومن الفقهاء من يذهب إلى أن التقسيم ما بين الجيران يكون بنسبة ما يملك كل منهم من عقار مشفوع به (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩١ ص٤٢٨).

(٢) استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٥٩- وانظر محمد كامل مرسى فى الشفعة ص١٤٣.

بطريق عام أو ترعة عامة أو مصرف عام، وما إلى ذلك، مبررا لتقديم جار على جار، وإيثار أحد الجيران المتزاحمين دون غيره فى الأخذ بالشفعة.

١٩٩- الحالة الثالثة- تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم- تزاحمه مع شفعاء أدنى منه طبقة: تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى، كما رأينا(١)، على ما يأتى: «فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم .. من طبقة أدنى..». والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أدنى منه طبقة(٢).

فهو إما مالك الرقبة فى عقار تقسم فيه حق الانتفاع بين شريكين فى الشيوع، وقد اشترى حصة أحد الشريكين فى حق الانتفاع. فإذا تقدم للأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى فى حق الانتفاع باعتباره شريكا فى الشيوع، أو تقدم الجار للأخذ بها، لم يجز لأى منهما الأخذ بالشفعة. ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير مالك الرقبة، لكان مالك الرقبة نفسه شفيعا فى الطبقة الأولى من الشفعاء. ولو زاحمه فى الأخذ بالشفعة صاحب الحصة الأخرى فى حق الانتفاع باعتباره شريكا فى الشيوع فى الطبقة الثانية بين الشفعاء، أو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة بين الشفعاء، لفضل على كل منهما باعتباره أعلى طبقة، ولأخذ وحده دونهما بالشفعة الحصة الشائعة المبيعة فى حق

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣.

(٢) وواضح أن المشترى يكون قد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة وقت أن اشترى، حتى لو فقد هذه الشروط أو بعضها بعد الشراء، كأن كان شريكاً فى الشيوع فى بناء واشترى البناء الملاصق، ثم اقتسم بعد ذلك البناء الذى يملك فيه حصة شائعة وكان نصيبه المفرز لا يلاصق البناء الذى اشتراه. وما دام المشترى الشفيع قد اشترى العقار المشفوع فيه، فليس به حاجة إلى اتباع إجراءات الشفعة، لأنه إنما يملك العقار بطريق الشراء لا بطريق الشفعة، ولأنه لا يوجد بيع يشفع فيه، ولا يحل محل مشتر غيره إذ أنه هو المشترى نفسه (استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٧٠- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٥- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٧ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص٤٣٠ - ص٤٣١).

وإذا كان مستساغاً أن يقال إن الحالة التى يكون فيها المشترى شفيعاً ليست حالة تزاحم بين الشفعاء، لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيع، لا بين شفيع ومشتر ولو كان المشترى تثبت له صفة الشفيع (أنظر فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص٣٣٧ هامش٢)، إلا أنه قد لوحظ عند إيراد هذه الحالة بين حالات تزاحم الشفعاء أن المشترى هو أيضا شفيع يزاحمه شفعاء آخرون، فيتقدم عليهم إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى، ويتقدمون عليه إذا كانوا اعلى منه طبقة، فلا يخلو الأمر من معنى المزاحمة. ومهما يكن من أمر، فإن تقريب هذه الحالة من حالات تزاحم الشفعاء مستساغ من الناحية العملية على الأقل.

الانتفاع. فإذا كان هو الذى اشتراها، فإنه من باب أولى يفضل على كل من الشفيعين الآخرين اللذين هما أدنى منه طبقة. وعلى ذلك لا يجوز لأحد من هذين أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع أعلى منه طبقة.

وقد يكون المشترى هو أحد شريكين لعقار شائع بينهما، وقد اشترى حصة الشريك الآخر. فإذا تقدم الجار لأخذ الحصة المبيعة بالشفعة، لم يكن هذا جائزا. ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير الشريك فى الشيوع، لكان الشريك فى الشيوع نفسه شفيعا فى الطبقة الثانية بين الشفعاء. ولو زاحمه فى الأخذ بالشفعة الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة، ولأخذ وحده دون الجار الحصة الشائعة بالشفعة. فإذا كان هو الذى اشتراها، فإنه من باب أولى يفضل على الجار، وعلى هذا لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة.

وقد يكون المشترى هو صاحب حق الانتفاع فى عقار، وقد اشترى الرقبة من صاحبها. فإذا تقدم الجار لأخذ الرقبة بالشفعة، لم يكن هذا جائزا. ذلك أنه لو كان المشترى شخصا آخر غير صاحب الانتفاع، لكان صاحب حق الانتفاع نفسه شفيعا فى الطبقة الثالثة بين الشفعاء. ولو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة، لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة، ولأخذ وحده دون الجار الرقبة المبيعة بالشفعة. فإذا كان هو الذى اشتراها، فإنه من باب أولى يفضل على الجار. ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة.

وقد يكون المشترى هو صاحب الرقبة فى أرض محكرة وقد اشترى حق الحكر، أو يكون هو صاحب حق الحكر وقد اشترى الرقبة. ففى الحالين إذا تقدم الجار لأخذ حق الحكر وقد اشترى الرقبة. ففى الحالين إذا تقدم الجار لأخذ حق الحكر أو الرقبة بالشفعة، لم يكن هذا جائزا. ذلك لأنه لو كان الذى اشترى حق الحكر أو الرقبة شخصا آخر غير صاحب الرقبة أو صاحب الحكر، لكان صاحب الرقبة أو صاحب الحكر نفسه شفيعا فى الطبقة الرابعة بين الشفعاء. ولو زاحمه الجار وهو فى الطبقة الخامسة والأخيرة لفضل عليه باعتباره أعلى طبقة، ولأخذ بالشفعة دونه الحكر أو الرقبة. فإذا كان هو الذى اشترى الحكر أو الرقبة، فإنه من باب أولى يفضل على الجار، فلا يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة عقارا اشتراه شفيع هو أعلى منه طبقة.

٢٠٠- تزاحم المشترى مع شفعاء من نفس طبقته: تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى، كما رأينا[١]، على ما يأتى: «فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى

---

(١) آنفاً فقرة ١٩٣.

كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته ..». والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته.

وهذه المسألة، قبل أن يبت فيها التقنين المدنى الجديد بنص صريح كما رأينا، كانت من بين المسائل التى اشتد فيها الخلاف وانقسم فيها كل من الفقه والقضاء. ونعرض فى إيجاز خلاصة لهذا الخلاف بعد أن أصبح فى ذمة التاريخ منذ أن حسم بالنص الصريح كما قدمنا. فقد كان التقنين المدنى المختلط السابق يحتوى نصا لا يخلو من الغموض هو نص المادة ٩٥ من هذا التقنين، ويقضى بجواز أن يأخذ الشريك فى الشيوع بالشفعة من شريك مثله اشترى من شريك ثالث حصته الشائعة، وعلى هذا الشريك الشفيع أن يشارك فيما أخذه بالشفعة جميع شركائه فى العين إذا طلبوا ذلك. ولم يكن لهذا النص نظير فى التقنين المدنى الوطنى السابق فتضاربت الأحكام الوطنية والمختلطة. فمن الأحكام المختلطة ما قاس حالة الجار على حالة الشريك فى الشيوع، وأجاز للجار أن يأخذ بالشفعة من المشترى حتى لو كان جارا مثله، فيقسم العقار المشفوع فيه بين الجار المشترى والجار طالب الشفعة(١). ومنها ما قضى بألا شفعة للجار من المشترى إذا كان جارا مثله، لعدم ورود نص فى الجار كما ورد فى الشريك فى الشيوع(٢). ومن الأحكام الوطنية ما طبق حكم المادة ٩٥ مدنى مختلط من غير أن يكون لها نظير فى التقنين المدنى الوطنى، فقضى بجواز أن يأخذ الشريك فى الشيوع بالشفعة من شريك مثله ويتقاسم معه الحصة الشائعة المشفوع فيها(٣). ومنها ما قضى بألا شفعة من مشترٍ شفيع، لعدم ورود نص فى التقنين المدنى الوطنى يماثل نص المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط(٤). ثم صدر قانون الشفعة السابق يلغى النصوص الخاصة بالشفعة فى التقنينين الوطنى والمختلط، ويستبدل بها نصوصا أخرى متطابقة للقضائين الوطنى المختلط. وقد حل محل المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط المادة ٨ من قانون الشفعة فى كل من القضاء الوطنى والقضاء المختلط،

---

(١) استئناف مختلط ١٢ يونيه سنة ١٨٩٥ م٧ ص٣٩١.

(٢) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٨٩٢ م٤ ص١٣٣.

(٣) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ القضاء ٦ ص١٨٩ - الإسكندرية استئنافى ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٤ ص٣٥٧ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ القضاء ٥ ص٩٧.

(٤) استئناف وطنى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص١٣٩ - مصر الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص١٧٩.

وتنص على أن «يثبت حق الشفعة، وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية، ولو كان المشترى حائزا لما يجعله شفيعا باعتبار ما ذكر فى المادة الأولى[1]». وفى نظرنا أن هذا النص، وإن كان هو أيضا لا يخلو من شئ من الغموض، أراد واضعه به أن يحل محل المادة ٩٥ من التقنين المدنى المختلط، مع تعميم حكمه على جميع الفروض، دون قصره على الفرض الذى يأخذ فيه الشريك فى الشيوع بالشفعة من المشترى إذا كان شريكا مثله. فالنص يضع مبدأ عاما، هو أن يبقى (Subsiste) حق الشفعة للأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع، حتى لو كان المشترى هو نفسه شفيعا مثلهم. ولما كان هذا مبدأ عاما يتناول جميع الفروض الثلاثة، فرض ما إذا كان الشفيع أعلى طبقة بين الشفعاء من المشترى وفرض. ما إذا كان فى طبقته وفرض ما إذا كان دونه فى الطبقة، فقد أراد واضع النص أن يغطى هذه الفروض الثلاثة بعبارة واحدة قال فيها «وتراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية (Préférence)». فيتفاضل المشترى، وهو شفيع، مع الشفعاء الذين يزاحمونه ويريدون الأخذ منه بالشفعة، ولا يمنعهم من ذلك كون المشترى شفيعا مثلهم بعد أن تقرر المبدأ العام القاضى بجواز الأخذ بالشفعة من المشترى الشفيع. فإذا ما تفاضل المشترى الشفيع مع الشفعاء الآخرين، وجب أن «تراعى الأحكام المقررة فى المادة السابقة فيما يتعلق بالأولوية». وعلى ذلك إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشترى فضل عليه وأخذ العقار المبيع منه بالشفعة، وإذا كان فى طبقته ساواه وشاركه فى العقار المبيع، وإذا كان دونه طبقة لم يجز له الأخذ بالشفعة إذ يفضل عليه المشترى. وهذه الأحكام تتفق فى جملتها مع ما هو مقرر فى الفقه الإسلامى، وقد أراد المشرع المصرى أن يستلهم هذا الفقه فيما قرره من ذلك[2]. ومع أنه من اليسير أن

---

(١) وأورد المشرع المصرى النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة على الوجه الآتى:
Le droit de préemption subsiste, et la règle établie à l'article précédent qui détermine la preférence est applicable, même dans la cas où l'ocquéreur se trouverait dans les conditions prévues à l'article 1er. pour se rendre lui-même préempteur.

(٢) وفى الفقه الإسلامى، إذا شارك الشفيع المشترى الشفيع الذى هو من طبقته، رأيان - رأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشترى الشفيع بالتساوى. جاء فى الفتاوى الهندية (حنفى): «لو أن رجلا اشترى داراً هو شفيعها، ثم جاء شفيع مثله، قضى القاضى بنصفها» (الفتاوى الهندية ٥ ص١٧٨). وجاء فى ابن عابدين (حنفى): لو اشترى إثنان داراً وهما شفيعان، ثم جاء ثالث بعد ما اقتسما بقضاء أو غيره، فله، أى للشفيع، أن ينقض القسمة ضرورة صيرورة =

تستخلص هذه الأحكام من نص المادة ٨ من قانون الشفعة السابق الذى تقدم ذكره، أن كلا من الفقه والقضاء انقسم فى تفسير هذا النص. فبعض فهم منه أنه يقضى بجواز أن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر فى طبقته أو دونه طبقة ولا يأخذ بها من مشتر أعلى منه طبقة، وهذا هو التفسير المعقول للنص(١). وبعض قصر النص على فرض واحد هو ما إذا زاحم المشترى شفيع أعلى منه طبقة مفسرا لفظ الأولوية (Préférence) بهذا المعنى، ففى هذا الفرض وحده يأخذ الشفيع بالشفعة من المشترى الشفيع ويفضل عليه، أما فى الفرضين الآخرين، إذا كان الشفيع فى طبقة المشترى أو كان دونه فى الطبقة، فلا ينطبق النص ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة(٢). ثم أخذ الرأى الأول يتغلب شيئا فشيئاً حتى

=النصف ثلثا» (ابن عابدين ٥ ص٢٤١). ورأى يذهب إلى تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفيع والمشترى الشفيع بنسبة حصة كل منهم فى العقار المشفوع به. جاء فى منح الجليل (مالكى): «إذا كان مشترى الشقص أحد الشفعاء، ترك للشريك المشترى حصته من الشقص الذى اشتراه التى يشفع فيها لو بيع لغيره. فإن اشترى ذو السدس النصف، ترك له ثلثه، وأخذ ذو الثلث ثلثيه» (منح الجليل ٣ ص٦٠٢). هذا وهناك رأى ثالث يذهب إلى عدم جواز أخذ الشفيع بالشفعة إذا كان المشترى شفيعاً مثله. جاء فى المغنى (حنبلى): «حكى عن الحسن والشعبى والبنى أنه لا شفعة للشريك الآخر، لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الدخيل، وهذا شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه» (المغنى ٥ ص٤٦٠).

وانظر على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص١١٠ وما بعدها.

(١) فإذا شفع من مشتر فى طبقته، فاسمه العقار المشفوع فيه بنسبة حصته فى العقار المشفوع به (استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص٥٢٨- بنى سويف الكلية ١٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٥ ص٤٢٩- منفلوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٨٨ ص٤٥٩- أحمد فتحى زغلول ص٩٠- ص٩١- على زكى العرابى فقرة ٦٨ ص٤٣- دى هلتس ٣ لفظ Préemption فقرة ٤٦ ص٩١- وانظر فى حجج القائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص٢٧٦- ص٢٧٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٨ ص٥٦٠- ص٥٦٣.

(٢) استئناف مصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤٢ ص٣٣٤- استئناف أسيوط ٢ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧٤ ص٨١٤- طنطا الكلية ١٧ مايو سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص٣٤٠- الإسكندرية الكلية الوطنية ١٢ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٨ ص١٤٠- استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٠٥- ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م١٩ ص٤١- ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٦٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٦٣- ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٧٩- ١٠ مارس سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٧٠- وانظر فى حجج القائلين بهذا الرأى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص٢٧٧- ص٢٨٠.

ساد الفقه(١)، ثم ساد القضاء بعد ذلك(٢)، وبه أخذت محكمة النقض(٣).

وواجه التقنين المدني الجديد هذا الرأى المتغلب، ووازن بينه وبين الرأى الآخر، فرجح عنده الرأى الآخر. ذلك أنه إذا أمكن التسليم بأن يأخذ الشفيع بالشفعة من مشتر يكون الشفيع أعلى منه طبقة، فليس من اليسير أن يسلم بهذا الحق الاستثنائى، وفيه خروج واضح على قاعدة جوهرية من قواعد القانون المدنى هى القاعدة التى تقضى بألا ينزع من المالك ملكه دون رضاه، لشفيع لا يعلو على المشترى فى طبقته. فإن الشفيع إذا كان فى طبقة المشترى، فلا معنى لإعطائه الحق فى الشفعة ومشاركة المشترى فى العقار المشفوع فيه، فإن المشترى يعادله فى الطبقة ويزيد عليه بأنه هو الذى وقع عليه دون الشفيع اختيار البائع فآثره بالصفقة. ولا مبرر هنا للتجاوز عن إرادة البائع وإهدار هذه الإرادة، فالشفيع لا يعلو على المشترى فى الطبقة، ثم إن المشترى ليس أجنبى طرأ على الشركة أو الجوار ويراد

---

(١) حامد فهمى فى المشترى الشفيع كغيره من الشفعاء استحقاقاً ومزاحمة فى مجلة المحاماة ٨ ص٢٦١- ص٢٧٥ - عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٠٦ ص٦٩٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص٢٨٠- ص٢٨٢- ومع ذلك أنظر محمد على عرفة فى تعليقه على حكم محكمة النقض الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص٤١٥ ص٤٣٥ والجزء الثانى فى أسباب كسب الملكية فقرة ٣٤١.

(٢) استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٩ ص٤٨- ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨١ ص١٤٧- المحلة الكبرى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٧ ص١٢٦- ومع ذلك أنظر أسيوط الكلية ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٤٣ ص٨٥- وانظر فى تطور القضاء فى هذه المسألة محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٢٩.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن النص الفرنسى للمادة ٨ من قانون الشفعة، وهو النص الأصلى الذى وضع به القانون، يفيد تقرير حق الشفعة وتطبيق الأحكام الواردة فى المادة ٧ فى الحالة التى يكون فيها المشترى حائزاً لما يجعله شفيعاً. ولا يمكن أن يستفاد منه أن يكون حق الشفعة مقصوراً على حالة التزاحم بين شفعاء من طبقات مختلفة دون حالة التزاحم بين شفعاء من طبقة واحدة، فالنص لا يحتمل هذه التفرقة (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦١ ص٧٠٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص٢٧٢). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان يبين من الحكم أن المحكمة رجحت القول الذى يقول بعدم جواز الشفعة فى الحالة التى يكون فيها الشفيع من مرتبة المشترى، أخذا بما انتهى إليه الشارع فى المادة ٩٣٧ من القانون المدنى الجديد، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون على ما جرى به قضاء محكمة النقض، وذلك لأن هذا النص الذى طبقته المحكمة لا يسرى على الماضى ولا يعمل به إلا بالنسبة إلى المنازعات التى تقع ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فى حين أن دعوى الشفعة رفعت فى سنة ١٩٤٧ (نقض مدنى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٠ ص١٨٩)- وانظر نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧١٨ رقم ٦٨- ٣ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص٧١٨ رقم ٧٠.

التخلص منه بالشفعة، إذ هو شريك قديم أو جار قديم لا يقل شأنه فى ذلك عن شأن الشفيع. وعلى ذلك أخذ التقنين المدنى الجديد بعكس الرأى الذى كان سائدا فى الفقه والقضاء، ونص كما رأينا على أنه «إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته...»(1). وقد حسم هذا النص كل خلاف فى هذه المسألة، ووضع الأمور فى نصابها الصحيح.

فإذا كان هناك عقار يملكه اثنان فى الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا مالكين للرقبة فقط، واشترى أحدهما حق الانتفاع، لم يجز للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ بالشفعة من الشريك الأول المشترى ويشاركه فى حق الانتفاع لأن المشترى شفيع مثله

---

(1) أ- مؤدى نص المادتين ٢/٩٣٦، ٣/٩٣٧ من القانون المدنى - أنه لا يجوز للشريك فى الشيوع الأخذ بالشفعة فى حصة شائعة مبيعة لمشتر توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه لأنه فى هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشترى للحصة الشائعة هو نفسه شريك فى الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع أى من طبقته.

(جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩ الطعن رقم ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق)

ب- لما كان من المقرر بنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى «أنه إذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته، وكان الثابت من تقرير الخبير الذى أطمأنت إليه محكمة الموضوع أن الطاعن يمتلك قطعة أرض زراعية تجاور القطعة الثانية المشفوع فيها ولكل من القطعتين حق ارتفاق على الأخرى، وكانت المطعون ضدها تشفع فى هذه القطعة بالجوار وحق الارتفاق فأنها تكون من طبقة المشترى ولا تجوز لها الشفعة فيها وإذ كان من حق المشترى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ألا تتجزأ الصفقة عليه فإن دعوى الشفعة برمتها تكون غير مقبولة.

(جلسة ١٩٩٠/٦/١٩ الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٥٨ق)

جـ- يفترض نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه بأن يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقت لما يجعله شفيعا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته أو من طبقة أدنى - فإن المشترى يفضل فى هذه الحالة ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٧ الطعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ق)

د- يفترض نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه فإنه يكون مالكا بالفعل فى هذا الوقت لما يجعله شفيعا ثم يتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع من نفس طبقته أو من طبقة أدنى فان المشترى يفضل فى هذه الحالة ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٦ الطعن رقم ١١٣٩ س٥٢ق)

وفى طبقته، وهى الطبقة الأولى. وإذا كان هناك عقار يملكه ثلاثة على الشيوع، وباع أحد هؤلاء الشركاء حصته الشائعة لشريك ثان، لم يجز للشريك الثالث أن يأخذ بالشفعة من الشريك الثانى ويشاركه فى الحصة الشائعة المبيعة، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته، وهى الطبقة الثانية. وإذا رتب صاحب العقار حق انتفاع على عقاره لشخصين على الشيوع فأصبح مالكا للرقبة فقط، ثم باع الرقبة لأحد صاحبى حق الانتفاع، لم يجز لصاحب حق الانتفاع الآخر أن يأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى الرقبة، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته، وهى الطبقة الثالثة. وإذا كان شخصان يملكان أراض وحكراها فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة، وباع صاحب الحكر حقه لأحدهما، فإن الثانى لا يجوز له الأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى حق الحكر، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته، وهى الطبقة الرابعة. والعكس صحيح، فإذا كان شخص يملك عقارا وحكره لشخصين على الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة، ثم باع الرقبة لأحد صاحبى الحكر، فإن صاحب الحكر الثانى لا يجوز له أن يأخذ بالشفعة من المشترى ويشاركه فى الرقبة، لأن المشترى شفيع مثله وفى طبقته، وهى أيضا الطبقة الرابعة. وإذا باع شخص عقاره لأحد جيرانه ممن يحق لهم أخذ العقار بالشفعة، لم يجز لجار آخر أن يأخذ بالشفعة من الجار المشترى، إذ أن المشترى شفيع مثله وفى طبقته، وهى الطبقة الخامسة.

٢٠١ – تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى منه طبقة: تنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٣٧ مدنى، كما رأينا[١]، على ما يأتى: «فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل ... ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى». والنص يفترض أن المشترى نفسه قد توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة فى العقار الذى اشتراه، ويتقدم لأخذ العقار منه بالشفعة شفيع أعلى منه طبقة. ففى هذا الفرض وحده يفضل الشفيع على المشترى لأنه أعلى منه طبقة، ويجوز له أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشترى. وليس للمشترى أن يعترض، فإن سبب الشفعة فى الشفيع أقوى من سببها فى المشترى، وليس للبائع أن يؤثر المشترى على الشفيع على خلاف ما يقضى به القانون من إيثار الشفيع على المشترى[٢].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣.

(٢) وعندما ناقشت لجنة الأستاذ كامل صدقى هذه المسألة، قال أحد الأعضاء «إنه يرى تفضيل المشترى حتى على الشفعاء الذين هم من طبقة أعلى، واقترح تعديل النص بهذا المعنى، واستند فى ذلك إلى مبدأ حرية التعاقد وإلى أن المشترى فى هذه الحالة يجمع بين صفتى المشترى والشفيع. وأخذ الرئيس الآراء على التعديل.. فرفضت اللجنة الاقتراح بأغلبية الآراء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٣٨٩ فى الهامش). وقررت اللجنة تقديم الشفيع على المشترى، إذا كان الشفيع أعلى طبقة من المشترى.

وعلى ذلك إذا كان مالك العقار قد رتب عليه حق انتفاع لشريكين فى الشيوع فأصبح لا يملك إلا الرقبة، وباع أحد الشريكين فى حق الانتفاع حصته الشائعة فى هذا الحق للشريك الآخر، فإن مالك الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة الشائعة من المشترى بالشفعة. ولا يستطيع المشترى الشريك فى حق الانتفاع أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه شريك فى الشيوع، ذلك لأن مالك الرقبة الشفيع أعلى منه طبقة، إذ هو فى الطبقة الأولى فى حين أن الشريك فى الشيوع فى الطبقة الثانية.

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا فى الشيوع ورتبا عليه حق انتفاع فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة، وباع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لصاحب حق الانتفاع، فإن الشريك الآخر فى الرقبة له أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة من صاحب حق الانتفاع. ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشريك بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الانتفاع، ذلك لأن الشريك الآخر فى الرقبة شريك فى الشيوع فهو أعلى منه طبقة، إذ هو فى الطبقة الثانية فى حين أن صاحب الانتفاع فى الطبقة الثالثة.

وعلى ذلك أيضا إذا كان شخصان يملكان عقارا على الشيوع وحكراه فأصبحا لا يملكان إلا الرقبة، وباع أحدهما حصته الشائعة فى الرقبة لصاحب حق الحكر، جاز للشريك الآخر فى الرقبة أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة من صاحب حق الحكر. ولا يستطيع هذا الأخير أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه صاحب حق الحكر، ذلك لأن الشريك الآخر فى الرقبة شريك فى الشيوع فهو أعلى منه طبقة، إذ هو فى الطبقة الثانية فى حين أن صاحب حق الحكر فى الطبقة الرابعة.

وعلى ذلك أخيرا إذا كان شخصان يملكان عقارا فى الشيوع، وباع أحدهما حصته الشائعة لجار، جاز للشريك الآخر فى الشيوع أن يأخذ الحصة الشائعة من الجار بالشفعة. ولا يستطيع الجار أن يدفع دعوى الشفعة بأنه هو أيضا شفيع لأنه جار، ذلك أن الشريك الآخر فى الشيوع أعلى منه طبقة، إذ هو فى الطبقة الثانية والجار فى الطبقة الخامسة.

أما إذا باع مالك العقار عقاره لجار توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإن أى جار آخر، ولو كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر، لا يستطيع الأخذ بالشفعة من الجار المشترى. ذلك أن كل الجيران فى رأينا من طبقة واحدة، ولا يعلو أحدهم على الآخرين لمجرد أن الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. والمادة ٩٣٦ مدنى، عندما رتبت طبقات الشفعاء لم تجعل للجار إلا طبقة واحدة هى الطبقة الأخيرة، فلا يعلو جار على جار. ومن ثم إذا اشترى جار العقار المشفوع فيه، لم يستطع أى جار آخر ولو كانت منفعته أكبر أن يأخذ

منه العقار بالشفعة لأنه من طبقته[1]، والشفيع لا يأخذ بالشفعة من مشتر يكون شفيعا من طبقته كما سبق القول[2]. وإنما يتفاضل الجيران بالمنفعة الأكبر إذا كانوا كلهم شفعاء دون أن يكون فيهم مشتر، فإذا كان أحد الجيران هو المشترى تميز على سائر الجيران لأنهم جميعا من طبقته كما قدمنا فلا يجوز لهم أن يأخذوا منه العقار المبيع بالشفعة[3]. وإذا اعتبرنا مالك الطبقة شفيعا بسبب الجوار كما هو الرأى الراجح، فإنه يدخل أيضا فى الطبقة الخامسة مع سائر الجيران. وعلى ذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأعلى لم يستطع صاحب الطبقة الأسفل أن يأخذ بالشفعة من مشتر هو من طبقته، وكذلك إذا باع صاحب الطبقة طبقته لصاحب الطبقة الأسفل لم يستطع صاحب الطبقة الأعلى أن يأخذ بالشفعة لنفس السبب. ولنفس السبب أيضا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لأحد صاحبى الطبقتين الأعلى والأسفل، لم يستطع الجار العادى أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة. ولنفس السبب أخيرا إذا باع صاحب الطبقة طبقته لجار عادى، لم يستطع

---

(١) أنظر فى هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٥٢ ص٢٦٦- عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٦٤- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٢ ص٤٣٠- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤١ ص٣٣٦- وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٧٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠.

(٣) ومع ذلك جرى القضاء، فى عهد قانون الشفعة السابق، بأن الشفيع الجار يقدم على المشترى الجار، فيكون له حق الأخذ بالشفعة، إذا كانت الشفعة تعود عليه بمنفعة أكبر. وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بأنه إذا تعدد طالبوا الشفعة من الجيران، وكان المشترى أحد الشفعاء، وجب أن يرجح منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره (استئناف مصر ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٦٣ ص٩٣٠). وانظر استئناف مصر ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣١٧ ص٤٨٨ - ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٦ ص٥٣٨ - استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٣٧٠- وقضت محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأن المادة الثامنة من قانون الشفعة تقضى بأن حق الشفعة يبقى ولو كان المشترى حائزاً لما يجعله شفيعاً، وفى هذه الحالة تتبع قواعد التفضيل المقررة فى المادة السابقة لتزاحم الشفعاء. وتنص المادة السابعة على أنه إذا تعدد الجيران يقدم منهم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره. وإعمالا لهذين النصين كان على محكمة الموضوع أن توازن بين المنفعة التى تعود على ملك الشفيع وتلك التى تعود على ملك المشترى، وأن تفصل فى طلب الشفعة وفقاً لنتيجة الموازنة، فتقضى بالشفعة للشفيع متى ثبت أن منفعة ملكه من الشفعة أكبر، وترفض دعواه إذا كانت المنفعة التى تعود على ملك المشترى أكبر أو إذا تساوت المنفعتان. أما إذا هى لم تفعل، ورفضت دعوى الشفعة بناء على المساواة فى سببها، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص٢٧٢)
وانظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٢٧٨ ص٢٨٢- ص٢٨٣- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٣٦ ص٥٥٦.

أى من صاحبى الطبقتين الأعلى والأسفل أن يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة، وذلك بالرغم من أن صاحب الطبقة الشفيع أوثق اتصالا بالطبقة المبيعة وتعود عليه الشفعة بمنفعة أكبر، فهو مع ذلك كله لا يزال فى طبقة الجار العادى كما سبق القول. ولو قلنا بأن صاحب الطبقة يشفع باعتباره شريكا فى الشيوع لتغير الحكم، ولأخذ بالشفعة من مشتر هو جار عادى لأنه يصبح أعلى منه طبقة، إذ يصبح فى الطبقة الثانية باعتباره شريكا فى الشيوع فى حين أن الجار العادى هو فى الطبقة الخامسة. ولكن صاحب الطبقة، حتى باعتباره شريكا فى الشيوع، لا يأخذ بالشفعة الطبقة المبيعة من مشتر هو صاحب طبقة أخرى، لأن كلا من الشفيع والمشترى شريك فى الشيوع أى فى طبقة واحدة، ولا يأخذ شفيع بالشفعة عقارا اشتراه شفيع من طبقته كما سبق القول(١).

المبحث الثانى

كيفية الأخذ بالشفعة

٢٠٢ – إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وايداع الثمن مع رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها: ومتى توافرت شروط الأخذ بالشفعة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، فإن الشفيع يلزمه اتباع إجراءات رسمها القانون للأخذ بالشفعة. ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين:

(المرحلة الأولى) إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.

(المرحلة الثانية) إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها.

المطلب الأول

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة

٢٠٣ – نص قانونى: تنص المادة ٩٤٠ مدنى على ما يأتى:

«على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، وإلا

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٠.

سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك»(١)(1).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع والمشترى فى ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ الإنذار الرسمى الذى أعلنه به البائع أو المشترى. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك». وفى لجنة المراجعة أضيف النص على سقوط الحق فى الشفعة عند عدم إعلان الرغبة فى الميعاد المقرر، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١١٠٣ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت عبارة «من تاريخ علمه بالبيع أو»، فتسرى مدة الخمسة العشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى وحده دون العلم بالبيع، «إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا، فحسما لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده»، ووافق مجلس النواب على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٠. ويبدو أن التعديل الذى أدخله مجلس النواب بحذف سريان الميعاد من تاريخ العلم بالبيع قد أغفل إثباته، فوصل النص بدون هذا التعديل إلى لجنة مجلس الشيوخ، فأدخلت هذه اللجنة التعديل ذاته مرة أخرى على النص، إذا رأت «حسما للخلاف ومنعاً للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمى لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل، ولذلك تقرر حذف عبارة من تاريخ علمه بالبيع أو»، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٤٠، وقد أصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤١٠ – ص٤١٧).

(1) أ– القانون المدنى وضع نظاما خاصا لاجراءات الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل إجراءاته مرتبطة ببعضها ببعض ارتباطا وثيقا وماسه بذات الحق، وتبدأ هذه الاجراءات من جانب الشفيع من تاريخ اعلان الرغبة الذى أوجب القانون حصوله إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه أحد هذين الأخيرين أو خلال اربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع إذا لم يكن البائع أو المشترى قد بادر بانذار الشفيع ويجب أن يتضمن انذار الرغبة تحديد عقد البيع المشفوع فيه والعقار المطلوب الأخذ فيه بالشفعة والثمن الذى يعتد به الشفيع فإذا لم يقم الشفيع باعلان رغبته إلى جميع البائعين والمشترين فى الميعاد وبالكيفية المبينة بالمادة ٩٤٠ من القانون المدنى سقط حقه فى الأخذ بالشفعة طبقا للمادتين ٩٤٠، ٩٤٨ من ذات القانون.

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٦ق)

ب– المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن القانون لم يستلزم حصول اعلان الرغبة بورقة مستقلة سابقة على اعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على الشفيع أن أعلن رغبته فى ذات اعلان الصحيفة ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة وأن دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها – وهم البائع والمشترى – ويجب رفعها خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة وأن تصحيحها بادخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٠ الطعن رقم ٧١٧ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٨٣٨)

جـ– اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون من أوراق المحضرين يسرى عليه ما يسرى =

=على تلك الأوراق من أحكام الصحة والبطلان المنصوص عليها فى قانون المرافعات، والنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٠٥ من القانون المشار إليه على أنه «لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء» مفاده أن المشرع – وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية– قدر أن الشكل ليس سوى وسيلة لتحقيق غاية معينة فالقانون عندما يتطلب شكلا معينا فانما يرمى إلى تحقيق غاية يحققها هذا الشكل أو النيابة، وإذ ثبت تحقق الغاية رغم تخلف هذا الشكل أو البيان فان لا محل للتمسك بالشكليات للقضاء بالبطلان، لما كان ذلك وكان البين من الاعلان الذى وجهه المطعون ضده الأول إلى الطاعن – المشترى – وباقى المطعون ضدهم البائعين أنه ينذرهم فيه باتخاذ الاجراءات الكفيلة للأخذ بالشفعة فى الحصة المبيعة والمعرفة فيه تعريفا نافيا للجهالة والثمن المقدر لها، فانه يكون قد تحققت به الغاية التى ابتغاها المشرع من اعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة وهى ابلاغ الطاعن المشترى الرغبة فى أخذ الحصة المبيعة بالشفعة والحلول محله فى الصفقة بشروطها ومن ثم يكون النعى على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن رقم ١١٨٤ س٥٢ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٣٤)

د– عدم زوال الدعوى بشطبها. بقاؤها منتجة لآثارها الاجرائية والموضوعية. اعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وإقامته دعوى الشفعة. شطبها وعدم تجديدها. لا أثر له على إعلان الرغبة. إقامته دعوى جديدة بعد اقتضاء وعدم تجديدها. لا أثر له اعلان الرغبة. أثره. سقوط حقه فى الشفعة. م٩٤٣ مدنى. مبادرته باعلان رغبة أخرى وإقامته الدعوى الجديدة قبل انقضاء ثلاثين يوما من الإعلان الجديد. لا أثر له. علة ذلك.

(جلسة ١٩٩٩/٥/١٣ الطعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦٢ق)

هـ– تمسك المشترى بعدم قبول دعوى الشفعة لرفعها قبل الأوان لعدم حصول الشركة المدعية على موافقة مجلس ادارة الهيئة العامة للاستثمار على تملكها للأرض المشفوع فيها. رفض الحكم هذا الدفع وقضاؤه باحقية الشركة فى أخذ الأرض محل النزاع بالشفعة بقالة أنه لم يثبت ان الممثل القانونى لها أجنبى . خطأ.

(جلسة ١٩٩٨/٥/١٦ الطعن رقم ٦٨٣٩ لسنة ٦٦ق)

ز– يصح للشفيع أن يستغنى عن اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع الدعوى رأسا على كل من البائع والمشترى إلا أنه يشترط أن تعلن صحيفة الدعوى فى هذه الحالة إلى كليهما خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلا فى الميعاد القانونى.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣ الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص٥٧٢)

ح– لئن كانت المدة المنصوص عليها فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى لا تبدأ إلا من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى للشفيع ما لم يكن عقد البيع قد سجل، إلا أنه لا يقبل من الطاعنين المشترين – التمسك بالانذار المقدم ضمن حافظة مستنداتهم لمحكمة النقض لعدم ثبوت تقديمه إلى محكمة الموضوع، لأن التمسك بالدلالة المستمدة منه تعتبر من الأسباب الجديدة التى لا يجوز التحدى بها لاول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٢ الطعنان رقما ٢٨١، ٩٥٢ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٧٨٦)

ط– ادعاء الشفيع بصورية الثمن الوارد فى عقد البيع لا يعفيه من واجب اعلان رغبته فى الأخذ =

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م١/١٤ وم٢/١٩(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م٩٤٤ – وفى التقنين المدنى العراقى م١١٣٨ (العبارة الأولى) – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢/٢٤٧(٢).

= بالشفعة فى الميعاد القانونى، وله بعد ذلك أن يطعن فى هذا الثمن أمام المحكمة ويثبت صوريته بجميع طرق الاثبات القانونية.

(جلسة ١٩٦٣/١١/١٧ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ق س١٤ ص١٠١١)

ك- جرى نص المادة ٩٤٠ من القانون المدنى بأن «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه...» مما مفاده – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتا فى نظر المشرع إلا من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما الذى يسقط الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار، مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع باعلان رغبته إلا بعد انذاره من المشترى أو البائع، ولو علم بالبيع قبل ذلك فإنه يستطيع أن يبادر باعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار حصول الانذار إليه إذ ليس فى القانون ما يحول دون ذلك.

(جلسة ١٩٩١/٢/١٤ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٤/١/١٨ الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٢٣١)

(١) **قانون الشفعة السابق** م١/١٤: يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى بطلبه لها كتابة على يد محضر، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً.

م٢/١٩: يسقط حق الشفعة فى الأحوال الآتية: إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوماً من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسمياً بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى. ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة.

(وتتفق أحكام قانون الشفعة السابق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أمرين: (١) كان من الواجب فى قانون الشفعة السابق أن يتضمن إعلان الرغبة عرض الثمن وملحقاته، أما فى التقنين المدنى الجديد فقد استغنى عن ذلك بالزام الشفيع أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة. (٢) كان ميعاد الخمسة العشر يوماً فى قانون الشفعة السابق يسرى إما من وقت علم الشفيع بالبيع أو وقت إنذاره بوقوعه، أما فى التقنين المدنى الجديد فلا يبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ الإنذار لأنه تاريخ ثابت رسمياً فلا يقع الاختلاف فيه، وقد حذف سريان الميعاد من وقت علم الشفيع بالبيع لأن العلم بالبيع واقعة غير منضبطة التاريخ وتثير كثيراً من الإشكالات إذا أريد إثباتها).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٤٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: م١١٣٨ العبارة الأولى (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى: م٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة أثناء الأيام العشرة التى تلى التبليغ بعد إضافة مهلة المسافة، تحت طائلة السقوط.=

والحق فى الشفعة يثبت إما بالتراضى أو بالتقاضى.

وهو يثبت بالتراضى متى سلم المشترى للشفيع بالشفعة عن رضاء منه، فيحل الشفيع محل المشترى فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع، ويكون على الشفيع التزامات المشترى وله حقوقه على الوجه الذى سنبينه عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة. ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة. ومتى حصل التسليم بالشفعة، وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوبا، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل.

ولكن الشفعة أكثر ما تؤخذ بالتقاضى، وقل أن يسلم المشترى للشفيع بالشفعة. ولو كان التسليم فى نيته لتردد كثيرا قبل أن يقدم على الشراء، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة. وللتقاضى فى الشفعة إجراءات رسمها القانون، ومواعيد محددة تجب مراعاتها.

فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، وهى التى نتولى هنا بيانها. وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع، ويكون ذلك بانذار رسمى يوجه إليه من المشترى أو من البائع. ويلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة باعلان رسمى لكل من المشترى والبائع، وذلك فى ميعاد معين، ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.

فنتكلم فى المسائل الآتية: (١) الإنذار الرسمى بوقوع البيع. (٢) إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة. (٣) ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. (٤) تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.

٢٠٤ – الانذار الرسمي بوقوع البيع – نص قانوني: تنص المادة ٩٤١ مدنى على ما يأتى:

«يشتمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا».

«(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا».

=(والقانون اللبنانى موافق للتقنين المصرى، فيما عدا أن ميعاد إعلان الرغبة عشرة أيام من القانون اللبنانى بدلا من خمسة عشر يوماً فى التقنين المصرى).

«(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه»(١).

وتفتتح إجراءات الشفعة عادة بهذا الإنذار الرسمى، والغرض منه إخطار الشفيع بوقوع

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٨٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «يعلن الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على يد محضر، وإلا كان باطلا. ويجب أن يشتمل على ما يأتى: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومساحته. (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته ومحل سكنه». وفى لجنة المراجعة عدل النص «بحذف العبارات المتضمنة تفصيلات لا حاجة لها»، فأصبح كما يأتى: «يشمل الإنذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة البيانات الآتية، وإلا كان باطلا: (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً. (ب) بيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه»، وصار رقمه ١٠١٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١١. وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيف إلى مشتملات الإنذار الرسمي فضلا عن بيان الثمن «المصروفات الرسمية» «كمصاريف التسجيل وما يماثلها، أما المصاريف الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فيجوز أن تكون محل مطالبة على حدة»، وأصبح النص تحت رقم ٩٤١ مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤١٧ – ص٤١٩).

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق م٢١: يجب أن يعلن التكليف الرسمي المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة التاسعة عشرة على يد محضر، وأن يشتمل على البيانات الآتية، وإلا عد لاغياً. وهذه البيانات هي: أولا– بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً دقيقاً مع تعيين موقعه وحدوده ومقاسه. ثانياً– بيان الثمن وشروط البيع واسم ولقب وصنعة ومحل سكن كل من البائع والمشترى.

(وأحكام قانون الشفعة السابق فى هذا الخصوص تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: **التقنين المدنى السورى** لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى: م٩٤٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: م١١٣٨: على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشترى أو دائرة الطابو خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره بالبيع إنذاراً رسمياً من البائع أو المشترى، وإلا سقط حقه. ويجب أن يتضمن هذا الإنذار بيان العقار المبيع بياناً واضحاً وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ومحل إقامته، وإلا كان الإنذار باطلا.

(والتقنين العراقى يوافق التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى: م١/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): للمشترى بعد تسجيل العقد أن يعلم الشفعاء بالتسجيل بواسطة الكاتب العدلي للمقيمين في لبنان، ووفاقاً للمادة ٣٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية للمقيمين فى بلاد أجنبية، على أن يبين فى التبليغ العقار المبيع وأوصافه وتاريخ التسجيل واسم العاقدين ومحل إقامتهما والثمن وملحقاته وشروط التعاقد.

(والقانون اللبنانى يوجب على المشترى تسجيل البيع ثم إرسال تبليغ رسمى للشفيع يشتمل على بيانات مماثلة للبيانات المشار إليها فى التقنين المدنى المصرى).

البيع الذى يجوز الأخذ فيه بالشفعة وبالثمن وشروط البيع، حتى يتدبر الشفيع أمره فإذا رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته فى ذلك[1]. والإنذار يوجهه المشترى أو البائع (انظر م٩٤٠ مدنى)، فإذا وجهه أحدهما أغنى ذلك عن أن يوجهه الآخر. ويوجه الإنذار إلى الشفيع(١) إذا كان واحدا، فإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم، حتى من كانت طبقته متأخرة، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة.

ويجب أن يكون الإنذار رسميا على يد محضر، فالإخطار الشفوى، بل الإخطار المكتوب (ككتاب فى البريد ولو كان مسجلا بعلم وصول) إذا لم يكن إنذارا رسميا على يد محضر، لا يكفى لجعل ميعاد الخمسة العشر يوما لإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يسرى(٢)(2).

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية، وإلا كان باطلا فلا يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما: أولا – بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا، ويكون ذلك بتعيين موقعه

---

(١) ويجوز أن يوجه الإنذار إلى وكيل الشفيع، إذا كان مفوضاً فى تمثيل موكله أمام المحاكم وفى أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٨١– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص٤٠٧).
وسواء كان الإنذار موجهاً إلى الشفيع أو إلى وكيله، فإنه يجب أن يكون إعلان هذا الإنذار فى موطن المعلن إليه أى فى المكان الذى يقيم فيه عادة (م١/٤٠ منى)، لا فى المكان الذى يباشر فيه تجارة أو حرفة فإن هذا المكان لا يكون موطناً إلا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة (م٤١مدنى). وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (أنظر ما يلى فقرة ٢٠٥).

(٢) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٤ ص٤٠٧.

(1) من المقرر أن علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتا فى نظر المشرع فى القانون المدنى القائم طبقا لمفهوم نص المادة ٩٤٠ منه إلا من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الانذار، مما مؤداه أنه لا الزام على الشفيع باعلان رغبته إلا بعد انذاره من المشترى أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك وبأية وسيلة أخرى.
(جلسة ١٩٨٨/٢/١٠ الطعن رقم ٨٩١ لسنة ٥٤ق)
(جلسة ١٩٨٧/٤/١٨ الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٦ق)
(جلسة ١٩٨٤/١/١٨ الطعن رقم ٥٠٧ لسنة -٥ق س٣٥ ص٢٣١)

(2) مفاد نص المادتين ٩٤٠، ٩٤١ من القانون المدنى – وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لهذا القانون – أن الاجراء الوحيد الذى ينفتح به ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحق الشفيع إذا لم يعلن خلال رغبته فى الأخذ بالشفعة هو انذار رسمى من البائع أو من المشترى بوقوع البيع والبيانات المشار إليها، بشأن العقار والثمن ولا يغنى عنه ثبوت علم الشفيع بذلك بأى طريق آخر.
(جلسة ١٩٨٢/١٢/٢ الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص١١١١)

وحدوده ومساحته وبذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافيا للجهالة بالعقار(١). ثانيا- بيان الثمن الذى بيع به العقار، وبيان المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن. ويراد بالمصروفات الرسمية الرسوم المقررة، كرسوم توثيق البيع إذا كتب فى ورقة رسمية ورسوم التسجيل إذا سجل. أما المصروفات الأخرى، كالسمسرة وأتعاب المحاماة، فليس من الواجب ذكرها، فإذا لم تذكر كانت محل مطالبة على حدة بشرط أن يقيم المشترى الدليل عليها وفقا للقواعد المقررة فى الإثبات(٢). ويذكر كذلك فى الإنذار اسم كل من المشترى والبائع ولقبه وصناعته وموطنه وذلك حتى يتعين تعيينا كافيا وحتى يمكن أن يعلن برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا ما رغب فى ذلك(٣)(أ).

---

(١) فإذا كان الشفيع شريكاً مشتاعاً فى العقار، ووصف الإنذار العقار المبيع بأنه حصة شائعة فى هذا العقار مقدارها كذا فداناً بناحية كذا تتبعها ماكينة وسراى ومبان، فهذا البيان كاف مانع للجهالة. وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقار على هذا النحو كاف، ومن شأنه تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً نافياً للجهالة، بحيث يستطيع أن يتدبر فى أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك، وبأن تقرير ما إذا كان بيان العقار المبيع كافياً أو غير كاف متروك لقاضى الموضوع، فمتى أقام قضاءه على أسباب سائغة فلا معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٠ ص١٧٤). وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٢٣ ص٤٢٩ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص١٠١١.

(أ) يدل نص المادة ٩٤١ من القانون المدنى على أن الغرض من هذا الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع باعلان الشفيع بالبيع وأطرافه وشروطه إعلانا كافياً لإتاحة الفرصة له لابداء رغبته فى الأخذ بالشفعة أن شاء خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار المشار إليه وإلا سقط حقه عملا بنص المادة ٩٤٠ من القانون ذاته ولا يتحقق علم الشفيع بشروط البيع الأساسية التى استلزم القانون بيانها فى هذا الانذار إلا إذا كان هذا البيان واضحا لا ابهام فيه ولا غموض وبالتالى فإن عدم وضوح شرط منها يستوى وعدم اشتمال الإنذار عليه يترتب عليه بطلان الإنذار الموجة إلى الشفيع فلا ينتج ميعاد الخمسة عشر يوما المسقط لحقه فى الأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٩٣/٦/٨ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٩ الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص٦٤٦)

(جلسة ١٩٧١/٤/٨ الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٤٤٣)

(٢) أنظر التعديل الذى أدخلته لجنة مجلس الشيوخ فى هذا الشأن ص٦٢٤ هامش١- وكان هذا التعديل الذى يقضى ببيان المصروفات الرسمية فى الإنذار مفهوماً لو كان الشفيع يلتزم، قبل رفع دعوى الشفعة، بايداع الثمن والمصروفات الرسمية. ولكننا سنرى (أنظر ما يلى فقرة ٢١٤) أن الشفيع يلتزم بايداع الثمن وحده دون المصروفات، وسواء كانت المصروفات رسمية أو غير رسمية فستكون جميعها «محل مطالبة على حدة». فليست هناك إذن فائدة واضحة من ذكر المصروفات الرسمية بين البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى، وكان يكفى ذكر الثمن فهو وحده الذى يلتزم الشفيع بايداعه خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بشروط البيع التى استلزم القانون بيانها فى الانذار هى =

وحتى يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما لإعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، يجب توجيه هذا الإنذار الرسمى إلى الشفيع على الوجه السابق بيانه(1)، ولا يغنى عنه أية

=شروطه الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها، حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم. وإذ كان شرط منح المشترى أجلا فى الوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق فى الشفعة لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه ملزم فى جميع الأحوال طبقاً للمادة ٩٤٢ مدنى بايداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى بها، وإلا سقط حقه فى الأخذ بالشفعة، كما أنه طبقاً للمادة ٩٤٥ مدنى لا يستفيد الشفيع من الأجل الممنوح للمشترى إلا برضاء البائع، وحتى فى حالة حصول هذا الرضاء فإنه لا يترتب عليه إعفاء الشفيع من واجب إيداع كامل الثمن بما فيه المؤجل فى الميعاد القانونى. ومن ثم فليس ثمة نفع يعود على الشفيع من علمه بشرط تأجيل الثمن قبل إعلان رغبته فيها، وبالتالى فان عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشترى إلى الشفيع على هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان هذا الإنذار. ولا يعتبر كذلك من شروط البيع التى توجب المادة ٩٤١ مدنى اشتمال الإنذار عليها ما ورد فى عقد البيع الصادر للمشترى من أن البائع له تلقى ملكية ما باعه بطريق الشراء من آخر بعقد ابتدائى، كما لم يوجب القانون تضمين هذا الإنذار شروط عقد تمليك البائع (نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام ١٤ رقم ١٤٤ ص١٠١١).

(1) أ- النص فى المادة ٩٤١ من القانون المدنى على أنه «يشتمل الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلا» بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا. (ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه» يدل على أن مناط الاعتداد بالانذار الصادر من البائع أو المشترى إلى الشفيع أن يكون رسميا وأن يتضمن البيانات التى وردت بالنص والمقصود من بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن يكون البيان الذى يتضمنه الانذار للعقار من شأنه تعريف الشفيع به على نحو يمنع جهالته بحيث يستطيع أن يتدبر أمر الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك ولا يعتبر مجرد خلو الانذار من بيان حدود العقار أو أطواله أو مقاسه مرتبا بذاته لبطلان الانذار مادام باقى البيانات الخاصة بالعقار المبيع كافية فى وصفه وتعريف الشفيع به على نحو يمنع جهالته به دون اشتراط لبيان ما إذا كان العقار محملا بحق ايجار من عدمه، وأنه ولئن كان تقدير كفاية البيانات المذكورة فى الانذار مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاصه سائغا وله أصله الثابت بالأوراق.
(جلسة ١٩٨٦/٦/٣ الطعنان رقما ١٢٥٢، ١٢٦٩ لسنة ٥٢ق)
(جلسة ١٩٩١/٢/١٤ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ق)

ب- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن مباشرة المحامى للاجراءات نيابة عن موكله لا يستلزم حصوله على سند بالوكالة قبل مباشرته للاجراء ما لم ينص القانون على غير ذلك، لما كان ما تقدم والمشرع لم يتطلب أن يكون المحامى الموقع على إنذار الشفعة مفوضا تفويضا خاصا بالتصرف أو موكلا فى ذلك بتوكيل سابق.
(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ق س٣٦ ص٥٦٥)

جـ- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن القصد من البيانات المتعلقة بالعقار التى أوجبت المادة ٩٤١ من القانون المدنى اشتمال الانذار الرسمى عليها هو مجرد تعريف الشفيع بالعقار تعريفا كافيا بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك إذ العبرة فى تحديد مساحة =

=القدر المبيع وأبعاده بالبيانات الواردة بعقد البيع دون البيانات الواردة بالانذار، مما مؤداه أن البيان الذى يتمكن به الشفيع من معرفة العقار معرفة نافية للجهالة بان كان متضمنا لموقع العقار وأوصافه وما يعينه يعد بيانا كافيا ولو لم يذكر به حدود العقار طالما أن البيانات التى تضمنها الإنذار من شأنها تعيين تلك الحدود.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٩ الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٧٠)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٨ الطعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٥٤٩)

د- الانذار الموجه من الطاعن إلى المطعون ضدها الأولى بإبداء الرغبة فى الشفعة لا يعد إقرارا منه بملكيتها لأنه لا يعدو أن يكون دعوة لابداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة إذ تحققت شروطها.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٠ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٣٣)

هـ- المادة ٩٤١ من القانون المدنى أوجبت أن يشتمل الانذار - الذى يوجهه البائع أو المشترى لمن يجوز له الأخذ بالشفعة - على بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا، والثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه، ولم يوجب الشارع أن يتضمن هذا الانذار تسليما من المشترى بحق الشفيع فى أخذ العقار المبيع بالشفعة، إنما أراد أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع وأن يتخذ من تاريخ الانذار بدءا لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إن لم يعلن رغبته خلالها.

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٤ الطعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٦٧٩)

ز- حدد القانون المدنى فى المادة ٩٤١ البيانات التى يجب أن يشتمل عليها الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى من يريد الأخذ بالشفعة وهى بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل باركان البيع الجوهرية لكى يقدر مصلحته فى طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهها إليه، ومن ثم فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الانذار الرسمى المتضمن لتلك البيانات ولا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بغير هذه الوسيلة التى حددها القانون، لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أنه لا المشترى ولا البائع قام بانذار الشفيعة بحصول البيع طبقا لما أوضحته المادة ٩٤١ سالفة الذكر فإن ميعاد إعلان الشفيعة لرغبتها فى أخذ العقار، يكون منفتحا أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقا لنص المادة ٩٤٨/ب من القانون المدنى، ولا تسأل الشفيعة عن التأخير فى إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها باسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ بالدفع بسقوط حق الشفيعة فى الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون ويكون الطعن بذلك على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٠/٢/٢١ الطعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٤٩ق س٣١ ص٥٨٣)

(جلسة ١٩٧٧/٣/٩ الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص٦٤٦)

ح- لئن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتا فى نظير الشارع فى القانون المدنى القائم إلا من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة قبل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار مما مؤداه أنه لا الزام على الشفيع باعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشترى أو البائع ولو علم بالبيع قبل وصول الإنذار إليه إذ ليس فى القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى تحديد بداية الأجل الذى يجوز للشفيع اعلان رغبته فيه أو أن يجعل من انذار =

ورقة رسمية أخرى ولو كانت معلنة على يد محضر. فلو أن المشترى لحصة شائعة فى عقار رفع على البائع دعوى بصحة التعاقد، وأدخل فى الدعوى سائر الشركاء فى الشيوع ليكون الحكم فى مواجهتهم فأعلنهم بعريضة الدعوى بصحة التعاقد، لم يغن إعلان هذه العريضة عن الإنذار الرسمى، بالرغم من أن عريضة دعوى صحة التعاقد تتضمن عادة البيانات التى يتضمنها الإنذار الرسمى(١). ومن ثم يبقى للشركاء فى الشيوع حق الأخذ بالشفعة، حتى لو انقضى خمسة عشر يوما من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد، ما دام المشترى أو البائع لم يوجه لهم الإنذار الرسمى على الوجه الذى تقدم ذكره.

وإذا كان الشفيع يستطيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة فى خلال خمسة عشر يوما من يوم إنذاره من المشترى أو من البائع بوقوع البيع، فإن ذلك لا يمنع من أنه يستطيع إعلان هذه الرغبة قبل أن يصله أى إنذار رسمى. فمتى علم بالبيع، جاز له أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة على الوجه الذى سنبينه(٢)، دون حاجة إلى انتظار الإنذار. بل جاز له قبل الإنذار أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، ويعتبر إعلان عريضة دعوى الشفعة إعلانا للرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سيجئ(٣).

٢٠٥- إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة - نص قانونى: تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى:

«إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا، وإلا كان باطلا. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل»(٤).

=المشترى والبائع اجراء حتميا يتوقف على اتخاذه صحة اعلان الرغبة وانما قصد المشرع إلى بيان لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوما المقرر لسقوط حق الشفيع.
(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٩٤)

(١) استئناف القاهرة ١٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٥٤ ص٦٦٩- شبين الكوم ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٥ ص٨٢٣- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٤ ص٤٧٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٣ ص٤٧٠.

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥١.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٥-٢.

(٤) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٩٠ و٣ و٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون على يد محضر، وإلا كان باطلا.. ٢- ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فى قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار. ٤- وإذا كانت الشفعة بين مصريين، يكتفى بحصول ذلك التسجيل فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المطلوب أخذه بالشفعة. وعلى هذه المحكمة أن تبعث بصورة منه إلى =

فمتى أنذر الشفيع بوقوع البيع على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، فانه يجب عليه، إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يبدى رغبته فى ذلك، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشترى والبائع. وقد رأينا المادة ٩٤٠ مدنى(١) تقول: «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى ...». فاعلان الرغبة يوجه من الشفيع إذا كان واحدا، أو من كل شفيع يريد الأخذ بالشفعة إذا تعدد الشفعاء. ويجب أن يوجه إلى كل من المشترى والبائع(1)، فإذا وجه إلى أحدهما دون الآخر، أو وجه إلى أحدهما فى الميعاد المقرر وإلى الآخر بعد الميعاد المقرر، كان باطلا، ومن ثم تسقط شفعة

=قلم الرهون بالمحكمة المختلطة الكائن فى دائرتها العقار، لتسجيله من تلقاء نفسها. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير من ذوى الجنسية الأجنبية الذين يخضعون لاختصاص المحاكم المختلطة إلا من تاريخ هذا التسجيل الأخير». وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية، وحذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثالثة كما حذفت الفقرة الرابعة، وذلك مراعاة للتنسيق الخاص بأحكام التسجيل من حيث بيان جهة حصوله، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/١٠١٥ و٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١/١٠١٢ و٣. وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرة الثالثة إلى الفقرة الأولى وجعلتا فقرة واحدة لاتصال حكمهما، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١/٩٤٢. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٢٠ – ص٤٢٥).

ويقابل النص المادة ١٤ من قانون الشفعة السابق (المعدلة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى): يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر، ولأجل أن يكون هذا الإعلان حجة على الغير يجب تسجيله فى مكتب الشهر الكائن بدائرته العقار.

(وقانون الشفعة السابق يتفق مع التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأولى: التقنين المدنى السورى: لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى: م١/٩٤٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: م١١٣٨ (أنظر آنفاً ص٦٢٤ هامش١).

قانون الملكية العقارية اللبنانى: م٢/٢٤٧ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨)؛ وعلى الشفيع أن يطالب بحق الشفعة... (والظاهر أن المقصود بالمطالبة بحق الشفعة هو رفع دعوى الشفعة كما سيجئ: أنظر ما يلى ص٦٧٠ هامش ٢. وعلى ذلك لا يشترط فى القانون اللبنانى أن يسبق رفع دعوى الشفعة ابداء الرغبة فى الأخذ بها.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣-٢.

(1) إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وإقامته دعوى الشفعة. شطبها وعدم تجديدها. لا أثر له على اعلان الرغبة. إقامته دعوى جديدة بعد انقضاء أكثر من ثلاثين يوما من وقت إعلان الرغبة اثره. سقوط حقه فى الشفعة. مادة ٩٤٣ مدنى. مبادرته بإعلان رغبة أخرى وإقامته الدعوى الجديدة قبل انقضاء ثلاثين يوما من الإعلان الجديد لا أثر له. علة ذلك.

(جلسة ١٩٩٩/٥/١٣ الطعن رقم ٤١٧٣ لسنة ٦٢ق)

الشفيع[1]. ذلك أن كلا من المشترى والبائع خصم فى دعوى الشفعة إذا أخذت بالتقاضى، وطرف فيها إذا تمت بالتراضى. فالشفيع، إذا ثبت له الحق فى الشفعة، يحل محل المشترى فى مواجهة البائع، فيكون له حقوق المشترى قبل البائع وعليه التزاماته نحوه، ومن تم كان هو طرفا فى الشفعة والطرف الآخر هو كل من المشترى والبائع[2].

ويكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشترى والبائع إعلانا رسميا على يد محضر(1)، وإلا كان باطلا، كما تنص على ذلك صراحة المادتان ٩٤٠ و١/٩٤٢

---

(١) نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص٢٠٠- ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣ ص٥٤٦- ٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص١٢١- ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص٥١٦ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٠ ص٢٣- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص٣٩٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص٤٨٣- ويصح للشفيع أن يوجه إعلاناً واحداً لكل من البائع والمشترى، كما يصح أن يوجه إليهما إعلانين مستقلين (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٧١- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص٣٩٩). وإذا كان طلب الشفعة ناقصاً وأكمله الشفيع بطلب لاحق، فلابد من إعلان الطلب اللاحق فى الميعاد القانونى وإلا بطلت الشفعة، لأن الطلب الذى قدم فى الميعاد القانونى ناقص فلا يعتد به، ولأن الطلب اللاحق الذى يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانونى فلا يعتد به أيضاً (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٦).

(٢) وإذا تعدد البائعون أو المشترون، وجب إعلانهم جميعاً بطلب الشفعة فى الميعاد القانونى. ومع ذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع بسقوط حق الشفيع لعدم توجيهه إنذار الرغبة إلى جميع البائعين. فأجاب الشفيع على ذلك بأنه لم يكن يعلم بصفات البائعين إلا عند تحديد صحيفة الدعوى، ولذلك ذكر بها أسماءهم وأماكنهم على حقيقتها، وكان المشترى لم يعترض على هذه الصحيفة بأى اعتراض ولم يوجه إليها أى طعن ولم يقدم أى دليل على عدم صحة هذه الإجابة، فإن أخذ المحكمة بها لا يكون خطأ فى القانون ولا عيباً فى الاستدلال (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٩١ ص١٥٧- وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨ ص٤٨٣).

(1) أ- أن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى اعلان الرغبة أن يكون رسميا، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على اعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع أن اعلن رغبته فى ذات اعلان الصحيفة، ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات اعلان الرغبة.

(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١٢٢٧)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن رقم ٥٤٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٩٤)

ب- اعلان الرغبة فى الاخذ بالشفعة لا يعدو أن يكون ورقة من أوراق المحضرين يسرى عليه ما يسرى على تلك الأوراق من أحكام وهى بالنظر إلى أنها شكلية ورسمية فالكتابة شرط للاعتراف بوجودها ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها إذ هى لا تستكمل دليل صحتها إلا من مجموع بياناتها، ولا يجوز تكمله النقص فى البيانات الموجودة بها بدليل غير مستمد من الورقة ذاتها مهما بلغت قوة هذا الدليل، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر ولم يعتد باقرار المطعون ضده الثانى (البائع) باعلانه فى منتصف شهر يونيو سنة ١٩٧٦ بانذار المطعون ضدها الأولى (الشفيعة) برغبتها فى أخذ العقار المبيع بالشفعة لأنه =

مدنى سالفتا الذكر(١). فيوجه الشفيع الإعلان الرسمى إلى موطن كل من المشترى والبائع، أى إلى المحل الذى يقيم فيه، ولا يصح أن يوجه الإعلان إلى المحل الذى يباشر فيه عمله من تجارة أو حرفة. ذلك أن المادة ١٠ مرافعات تقضى بتسليم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه، وتقضى المادة ١/٤٠ مدنى بأن «الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة». فيجب إذن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى المكان الذى يقيم فيه عادة كل من المشترى والبائع. ولا يجوز إعلانه فى المكان الذى يباشر فيه المشترى أو البائع تجارته أو حرفته، فإن هذا المكان لا يعتبر موطنا له إلا «بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة» (م٤١ مدنى)(٢).

=دليل غير مستمد من ورقة من أوراق المحضرين المثبتة لهذا الإعلان أو صورته، ولم يثبت بالأوراق إعلانه بذلك قبل تاريخ ١٩٧٦/٧/٣١ فأنه لا يكون قد أخطأ فهم الواقع أو أخطأ فى تطبيق القانون. (جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٣٤)

(١) وقد قضت المادة ٩٤٠ مدنى (انظر آنفاً فقرة ٢٠٣) بأن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع والمشترى، وإلا سقط حق الشفيع. وكانت المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق تنص على أنه «يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن البائع والمشترى بطلبه كتابة على يد محضر»، ولم ينص صراحة على السقوط. فذهب رأى إلى أن إغفال إعلان البائع بطلب الشفعة لا يؤدى إلى سقوطها بحجة عدم النص صراحة على السقوط (أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ٨ رقم ١٨٨ ص٢٦٩ – وقارن نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص٢٠٠)، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٤٠ منه كما رأينا صراحة على سقوط حق الشفيع. وذهب رأى كذلك، فى عهد قانون الشفعة السابق، إلى أن طلب الشفعة يجوز أن يكون باعلان غير رسمى ولو بكتاب فى البريد لنفس السبب وهو عدم النص صراحة على السقوط فى المادة ١/١٤ من قانون الشفعة السابق (استئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٠٩ ص٥١٤– الإسكندرية الوطنية ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٠ ص٥٨١– أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص٨٥٧– استئناف مختلط ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٧ – ٦ فبراير سنة ١٩١٧ م٢٩ ص ١٩٩)، ومن أجل ذلك نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٩٤٢ كما رأينا على بطلان الإعلان إذا لم يكن رسمياً. فحسم التقنين المدنى الجديد، على هذا الوجه، كل الخلافات التى كانت قائمة فى شأن هذين الأمرين (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٦ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٨).

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٨٦ ص٤٨٠– ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المحل المقصود فى المادة السادسة من قانون المرافعات (القديم) هو المركز المنسوب إلى الشخص الذى يفترض أنه عالم بما يجرى فيه مما يتعلق بنفسه وأنه موجود فيه دائماً ولو غاب عنه بعض الأحيان. والمحل بهذا المعنى، كما يجوز أن يكون محل سكن الشخص الذى يعيش فيه، يجوز أن يكون محل عمله الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه، وإذا كانت المادة السابقة من قانون المرافعات (القديم) قد تحدثت عن خادم المعلن إليه وأقاربه الساكنين معه، فإن هذا معناه أن أحكام المادة المذكورة واجبة التطبيق حين يكون الإعلان قد وجه إلى مسكن المراد إعلانه. وهو لا يعنى بحال أن الشارع لم يرد بالمحل إلا المسكن، إذ لو كان ذلك مراد الشارع لكان سهلا أن ينص على وجوب =

وإذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة[1] على الوجه المتقدم الذكر، ولم يمض فى الإجراءات التالية لذلك، كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد القانونى على ما سنذكره، فإن حقه فى الشفعة يسقط(1). وإعلانه الرغبة فى

=الإعلان فى المسكن، بدلا من أن ينص على وجوبه فى المحل، مع الفارق الواضح فى مدلول اللفظين.وعلى ذلك يكون إظهار الرغبة الذى أعلن فى مكتب المقاولات صحيحاً (نقض مدنى ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص٨٠)- وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٧ ص٣٩٩ هامش٣.

ولكن جد بعد حكم محكمة النقض أن صدر التقنين المدنى الجديد يعرف الموطن بأنه «المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة» (م١/٤٠ مدنى)، فأصبح الإعلان فى غير هذا المكان لا يجوز، إلا فيما يتعلق بتجارة الشخص أو حرفته فيكون الموطن عندئذ الذى يجوز إعلان الشخص فيه هو المكان الذى يباشر فيه الشخص التجارة أو الحرفة (م٤١ مدنى).

(١) واشتمال إعلان الرغبة على رأى الشفيع فى بطلان عقد البيع لصدوره وقت التفكير فى الحجر على البائع أو لأنه تناول أكثر مما يملك، لا يزيل الآثار القانونية المترتبة على هذا الإعلان، متى كان قد تضمن إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة بصورة تكفى للتعبير عن نيته (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٢٠ رقم ٨١).

(1) أ- متى أعلن الشفيع رغبته رسميا إلى كل من البائع والمشترى - ولو كان قبل انذاره من أيهما - فان هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوما التى أوجب القانون أن يتم فى خلاله ايداع الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة ذلك لأن المشرع قد نص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ وفى المادة ٩٤٣ على سريان ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة الوارد ذكره فى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشر يوما الوارد فى المادة ٩٤٠ وكل ما اشترطه القانون فى هذا الاعلان هو أن يكون رسميا وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلا بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٩٤)

ب- الأصل أن ترفع الدعوى بالطريق المحدد فى قانون المرافعات السارى وقت رفعها، ولما كانت المادة ٦٣ من قانون المرافعات الحالى تقضى بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك، وكان القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى، وكانت المادة ٩٤٣ من التقنين المدنى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة دون أن يحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التى كان معمولا بها وقت صدور القانون المدنى أو ترسم طريقا معينا لرفعها، فان دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى.

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٧ الطعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ١٢٢١ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٦٦٣)

جـ- لا يغنى عن اعلان الرغبة - وعلى ما هو مقرر فى قضاء محكمة النقض - أن تكون =

الأخذ بالشفعة إرادة منفردة صادرة من جانبه، فهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد. وفى رأينا أن هذه الإرادة التى صدرت من جانب الشفيع هى العنصر الذى يستكمل به عناصر الأخذ بالشفعة، وبمجرد إعلانها إلى كل من البائع والمشترى تتكامل هذه العناصر، فيحل الشفيع محل المشترى إزاء البائع بحكم القانون(١). ومن ثم لا يجوز للشفيع أن يرجع فى هذه الإرادة ويعدل عن طلب الشفعة بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بها، إلا برضاء المشترى(٢). ولابد من هذا الرضاء أيضا – ومن باب أولى – إذا رفع الشفيع دعوى الشفعة، وأراد بعد ذلك العدول عن طلبها. أما الرأى الذى يقول بأن الشفيع لا يتم له الأخذ بالشفعة إلا بصدور حكم بثبوت حقه فى ذلك أو بالتراضى عليها مع المشترى، وسيجئ بيان ذلك، فإنه يذهب بحكم منطقه إلى أنه يجوز للشفيع أن يعدل عن طلب

=البيانات التى أوجب القانون توافرها فيه قد تضمنتها صحيفة الدعوى، ما لم تكن هذه الصحيفة قد أعلنت بالفعل فى الميعاد الذى أوجب القانون اعلان الرغبة فيه، ولا يكفى فى ذلك مجرد ايداع الصحيفة بقلم الكتاب لأن هذا الايداع لا يحفظ إلا الحقوق التى يحميها رفع الدعوى من السقوط ومن ذلك ما هو مقرر بالمادة ٩٤٣ من القانون المدنى من وجوب رفع دعوى الشفعة فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة وإلا سقط الحق فيها أما جزاء عدم اعلان الرغبة فلا يمنع من إعماله إلا حصول هذا الاعلان فى الميعاد طبقا للمادتين ٩٤٠، ٩٤٨ سالفتى الذكر، ولما تنص عليه المادة الخامسة من قانون المرافعات.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص٢٠٠٠)

د– مفاد نص المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدنى أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى أمام المحكمة الكائن فى دائرتها العقار وقيدها بالجدول وذلك فى ميعاد الثلاثين يوما المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى إنما يبدأ سريانه من تمام إعلان كليهما بالرغبة فى الأخذ بالشفعة ومن ثم فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالاعلان الأخير.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٣٤)

(١) أنظر آنفاً ص٤٥١. أما بالنسبة إلى الغير، فلابد من تسجيل الحكم الصادر بثبوت الحق فى الشفعة، أو تسجيل الورقة المثبتة للتراضى على الأخذ بالشفعة، وسيأتى تفصيل ذلك. ويلاحظ أن حلول الشفيع محل المشترى باعلان الرغبة فى الشفعة لابد أن يكون خالياً من النزاع، ولا يخلو من النزاع إلا بأحد أمرين: تسليم المشترى بالشفعة أو صدور حكم نهائى به. ولكن كلا من المشترى والحكم بالشفعة لا ينشئ حق الشفيع فى الحلول محل المشترى، ولكن يكشف عنه ويجعله خالياً من النزاع على الرأى الذى نذهب إليه فيما سيجئ. والحكم بالشفعة يقتضى رفع دعوى بالشفعة وقيد الدعوى فى المواعيد القانونية، ولا تكون الدعوى مقبولة إلا إذا أودع الشفيع الثمن خزانة المحكمة قبل رفعها.

(٢) وقد يقال إن الشفيع يستطيع العدول عن الأخذ بالشفعة بعد إعلان رغبته فيها عن طريق عدم إيداع الثمن أو عدم رفع الدعوى فى الميعاد القانونى. وهذا صحيح، ولكن يبقى أنه ملزم بارادته التى أعلنها بحيث لو سلم المشترى بالشفعة إثر إعلانه برغبة الشفيع فيها، خلا حق الشفيع من النزاع وثبتت شفعته، حتى لو عدل عن الإرادة التى أعلنها.

الشفعة بعد أن أعلن رغبته فى الأخذ بها، وذلك ما لم يقبل المشترى طلب الشفيع ويسلم له بالشفعة ويخطره بهذا القبول، فعند ذلك لا يجوز للشفيع أن يرجع فى طلبه لحصول تعاقد صريح بين الطرفين لا يجوز الرجوع فيه إلا بتراض جديد(١).

ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأسا على كل من البائع والمشترى. ولكن يشترط فى ذلك أن تعلن عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلانا بالرغبة فى الأخذ بالشفعة حاصلا فى الميعاد القانونى، كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى حتى يكون رفع الدعوى صحيحا إذ تشترط الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى كما سنرى «أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة»(٢). وعند ذلك يحل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضى فى الإجراءات(٣). ولكن إذا سلم المشترى عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها(٤).

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٧.

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص٥٠٠- ويذهب إلى أن قيد الدعوى بالجدول يجوز أن يتم فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى، لأن المشرع اشترط رفع الدعوى وقيدها فى ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة (م٩٤٣ مدنى)، وبما أن إعلان صحيفة الدعوى قد تضمن فى نفس الوقت إعلان الرغبة فيكون من حق الشفيع أن يتراخى فى قيد دعواه حتى يستنفد هذا الميعاد (محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٧ ص٥٠٠). ونرى صحة ما يذهب إليه فى ذلك، على أنه يلاحظ أن تقنين المرافعات قد عدل فى هذه المسألة، فأصبح قيد الدعوى يسبق إعلان صحيفتها كما سنرى، ومن ثم لا يتأتى الآن للشفيع أن يعلن صحيفة الدعوى قبل أن يقيد الدعوى.

(٣) استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ١٦٣ ص٥٤٦- طنطا الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص١٩- ١٢ مايو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩ ص٨- مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص٤٠٢- أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص٨٥٧ - ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص٣٦٩- استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٥٧- ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢٠٩- ١٠ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٥٠- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٨-٤ ص٤٠٠- شفيق شحاتة فقرة ٢٦٩ ص٢٧٩- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٤٩- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص٤٧٤- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص٣٤٣ - وانظر آنفاً ص٦٢٧.

(٤) طنطا الكلية ١٦ يوليه سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٩ ص١٩- مصر الكلية ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٢٧ ص٤٠٢- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٠٨.

٢٠٦ – ميعاد إعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة – نص قانوني: ويجوز إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ولو قبل إنذار الشفيع بوقوع البيع، فيستطيع الشفيع دون أن ينتظر هذا الإعلان، وبمجرد علمه بوقوع البيع، أن يبادر إلى إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشترى والبائع(١)(1). بل يجوز للشفيع أن يجاوز مرحلة إعلان الرغبة إلى مرحلة رفع دعوى الشفعة رأسا، بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة، ويقوم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة كما سبق القول(٢).

ولكن إذا لم يوجد مبدأ للوقت الذى يجوز فيه للشفيع إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة غير وقت وقوع البيع، فإنه توجد نهاية لهذا الوقت لا يستطيع الشفيع إذا جاوزها أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إعلانا صحيحا، ومن ثم تسقط شفعته. فهو لا يستطيع أولا أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة، إذا أنذره البائع أو المشترى بوقوع البيع، إلا فى خلال خمسة عشر يوما من هذا الإنذار. وهو لا يستطيع ثانيا أن يعلن هذه الرغبة، إذا لم ينذره البائع أو المشترى بوقوع البيع، إلا فى خلال أربعة أشهر من وقت تسجيل البيع. وهو لا يستطيع أخيرا إعلان هذه الرغبة، إذا لم ينذر بالبيع ولم يسجل هذا العقد، بعد خمس عشرة سنة من تمام عقد البيع لأن حقه فى طلب الشفعة يكون قد سقط بالتقادم. ونتناول هذه الفروض الثلاثة على التعاقب:

أولا– إذا أنذر الشفيع بوقوع البيع: رأينا(٣) أن المادة ٩٤٠ مدنى تنص على أنه «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، وإلا سقط

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٢٧.

(٢) أنظر آنفاً ص٦٣٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٣.

(1) متى أعلن الشفيع رغبته رسميا إلى كل من البائع والمشترى – ولو كان ذلك قبل انذاره من أيهما – فإن هذا الاعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوما الذى أوجب القانون أن يتم فى خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة، ذلك لأن المشرع قد نص فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ وفى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى على سريان ميعاد الثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة الوارد ذكره فى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ ولم يعلق سريانه على انقضاء ميعاد الخمسة عشر يوما الواردة فى المادة ٩٤٠، وكل ما اشترطه القانون فى هذا الاعلان هو أن يكون رسميا وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلا بعد الانذار الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع.

(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٨٣٨)

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص١٥٩٤)

حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك». فيجب إذن على الشفيع، إذا أنذره أى من البائع أو المشترى بوقوع البيع وأراد الأخذ بالشفعة، أن يعلن رغبته إلى كل من البائع والمشترى فى الأخذ بها فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ وصول الإنذار الرسمى إليه بوقوع البيع. وكانت المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق تقضى بأن يسقط حق الشفعة «إذا لم يظهر الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة فى ظرف خمسة عشر يوما من وقت علمه بالبيع أو من وقت تكليفه رسميا بابداء رغبته سواء كان بناء على طلب البائع أو بناء على طلب المشترى. ويزاد على هذه المدة عند الاقتضاء ميعاد المسافة»(١). وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٠ من التقنين المدنى الجديد موافقا فى حكمه لحكم المادة ٢/١٩ من قانون الشفعة السابق، إذ كان يقضى بأن ميعاد الخمسة العشر يوما يسرى من وقت إنذار الشفيع بوقوع البيع أو من وقت علمه بذلك. وقد حذفت لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عبارة «من تاريخ علمه بالبيع»، فجعلت ميعاد الخمسة العشر يوما يسرى من تاريخ الإنذار الرسمى وحده دون العلم بالبيع، «إذ دلت التجارب على أن إثبات العلم بالبيع كواقعة مادية يثير كثيراً من الإشكالات والقضايا، فحسما لذلك رأت اللجنة أن تبدأ المدة من تاريخ الإنذار الرسمى وحده». وأبدت لجنة مجلس الشيوخ وجهة النظر هذه، إذ رأت حسما للخلاف ومنعا للإشكالات أن تقتصر على أن الميعاد يبدأ من تاريخ الإنذار الرسمى، لأنه تاريخ ثابت لا يحتمل التأويل»(٢).

وعلى ذلك لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، كما كان يعتد به فى قانون الشفعة السابق(٣) – ومهما أقام المشترى من دليل على علم الشفيع بالبيع وأثبت على وجه

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٢٢ هامش ١.

(٢) أنظر آنفاً ص٦٢١ هامش ١.

(٣) فإذا وقع بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة وحصل العلم به قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، أى قبل سريان التقنين المدنى الجديد وفى أثناء سريان قانون الشفعة السابق، سرى هذا القانون الأخير، ووجب على الشفيع طلب الشفعة فى خلال خمسة عشر يوماً من إنذاره بالبيع أو من يوم علمه به. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع سبب الشفعة قد انعقد فى ظل قانون الشفعة القديم، فى حين أن طلب الشفعة قد بدأت إجراءاته فى ظل القانون المدنى الجديد، فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه أن يكون أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات تاريخ العلم بالبيع، ذلك أن العلم بالبيع كواقعة إنما يخضع فى إثباته للقانون الذى كان سارياً وقت حصوله (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص٦٥٧). وقضت أيضاً فى نفس المعنى بأنه متى كان الثابت أن عقد البيع أساس الشفعة قد انعقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد، وحصل العلم به قبل هذا التاريخ كان قانون الشفعة القديم هو الذى يجب تطبيقه على إثبات علم الشفيع بالبيع. فيجوز للمحكمة فى هذه الحالة بأن تقضى، ولو بعد ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩، بإحالة الدعوى على التحقيق ليثبت المشترى بكافة الطرق أن الشفيع علم بالبيع قبل ١٥ من أكتوبر=

التحقيق أنه علم به فى وقت معين، فان ميعاد الخمسة العشر يوما لا يسرى من هذا

= سنة ١٩٤٩، وأنه لم يبد رغبته فى الأخذ بالشفعة فى مدى خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم. ولا يجوز لها أن تطبق فى هذا الخصوص ما نصت عليه المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد من أن الخمسة عشر يوماً لا تبدأ من تاريخ العلم بل من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشترى، لأن فى هذا التطبيق إخلالا بالقاعدة العامة وهى عدم سريان القانون على الوقائع السابقة على العمل به (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٢ ص٥٧٨). وانظر أيضاً نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص١١٧- أما بالنسبة إلى سائر إجراءات الشفعة، فقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة بالوقت الذى يقع فيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة. فإن كان هذا الوقت سابقاً على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فقانون الشفعة السابق هو الذى يسرى على سائر الإجراءات التى تلى إعلان الرغبة، وإن كان وقت إعلان الرغبة غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالتقنين المدنى الجديد هو الذى يسرى. أنظر نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص٨٧٦- ٤ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٨ ص١١٧- وانظر ما يلى ص٦٧٨ هامش٢.

وإذا طبق قانون الشفعة السابق فيما يتعلق بالعلم بالبيع فإن المقصود بالعلم وهو العلم بامكان عقد البيع، أى العلم التفصيلى بالبيع وبالثمن وبالشروط الأساسية مما يمكن الشفيع من تقدير ما إذا كان يأخذ بالشفعة أو لا يأخذ بها (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٣). وقد قضت محكمة النقض بأن علم الشفيع بأركان البيع وحدها يوجب عليه المبادرة إلى طلب الشفعة فى الميعاد الذى عينه القانون، ولا يقبل منه فى هذه الحالة إذا هو أخر الطلب عن ميعاده الاعتذار بأنه ما كان يعلم هل اقترن البيع بشروط أم لم يقترن، لأن الأصل فى التصرفات أن تكون خالية من الشروط (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٨ ص٢٨٢). ويسرى الميعاد من تاريخ العلم بالبيع، لا من تاريخ العلم بالتسجيل، لأن الحق فى الشفعة ينشأ عند تمام البيع لا عند تسجيله (استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص١٠٢- ١١ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٤٢)، ولا من تاريخ العلم بقرار المجلس الحسبى القاضى بالموافقة على بيع أطيان القاصر إذا وقع البيع بعد صدور هذا القرار (نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٣٣ ص١١٠٧). ويجب ملاحظة أن العلم المسقط لحق الشفعة هو العلم الواقعى لا العلم الافتراضى، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بسقوط حق الشفيع بناء على أن إعلانه أحد البائعين برغبته فى الأخذ بالشفعة وإدخاله فى الدعوى كان بعد الميعاد القانونى مع علم الشفيع بأن هذا الذى أعلن بعد الميعاد كان من ضمن البائعين، محصلا قيام هذا العلم من كون الشركة التى يمثلها الشفيع كانت قد اشترت الأرض التى تشفع بها من هؤلاء البائعين أنفسهم ومنهم ذلك البائع، ومن أن الشفيع عندما أعلن البائعين عدا البائع المذكور ذكر أنهم ورثة فلان وهذا البائع من هؤلاء الورثة، وقائلا إن تغيير شخص مدير الشركة طالبة الشفعة فيما بين البيع لها والبيع للمشفوع منه لا ينفى سابق علمها لأن الشركة لها شخصية واحدة مستمرة، وأن خطأها أو تقصيرها فى الالتجاء إلى السجل لتتعرف منه على وجه الدقة أسماء جميع البائعين يحملها تبعة السهو الذى ادعت حصوله فى مسودة عقدها ونتج عنه سقوط اسم ذلك البائع الأخير، فهذا الحكم يكون قد خالف القانون لانحرافه عن تحرى العلم الواقعى الذى يحتمه القانون إلى العلم الافتراضى الذى لا يكفى فى هذا المقام (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص١٢١). وانظر أيضاً أحكاماً =

الوقت. ويستطيع الشفيع أن ينتظر ولا يطلب الشفعة حتى يصله الإنذار الرسمى بوقوع

=أخرى لمحكمة النقض فى مسألة العلم فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول: نقض مدنى ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ ص٧٢٢ رقم ٩٦ (لا يكفى إثبات علم الشفيع إذا كان تاريخ العلم غير معين بالضبط)- ٩ مارس سنة ١٩٥٠ ص٧٢٢ رقم ٩٢ (علم الشفيع بأسماء بعض المشترين دون بعض يجعل الميعاد يسرى فيما يتعلق بالمشترين الذين علم بهم الشفيع- وفى هذا المعنى أيضاً ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ ص٧٢٢ رقم ٩٣)- ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ ص٧٢٢ رقم ٩١ (استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً عدم علم الشفيع بالبيع من أن الإنذار الموجه إليه بوقوع البيع خال من إسناد تاريخ علمه إلى تاريخ سابق على تاريخ الإنذار) - ٨ مايو سنة ١٩٥٢ ص٧٢٣ رقم ٩٩ (علم زوج الشفيعة وأولادهما وهم يباشرون أعمالها قرينة على علم الشفيعة نفسها)- ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ ص٧٢٢ رقم ٩٥ (تحصيل العلم من كتاب موصى عليه مرسل للشفيع متضمناً لأركان البيع وشروطه الأساسية)- ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ ص٧٢٣ رقم ٩٨ (إثبات اطلاع الشفيع على عقد البيع يكفى لاثبات العلم)- أما إذا كانت واقعة العلم بالبيع قد حصلت وقت سريان التقنين المدنى الجديد، فأحكام هذا التقنين هى التى تسرى، ولا يعتد بالعلم وإنما يعتد بالإنذار الرسمى بوقوع البيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كانت واقعة العلم بالبيع مدعى بحصولها فى يوم ٥ من سبتمبر سنة ١٩٥١، فلازم ذلك معاملتها بحكم التقنين المدنى الجديد النافذ اعتباراً من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وإذا كان حق الشفيع فى إعلان الرغبة فى ظل هذا التقنين وطبقاً للمفهوم من نص المادة ٤٩٠ مدنى منه لا يسقط إلا بمضى خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، وكان المشترى لم يدع أنه قد وجه هو أو البائع هذا الإنذار إلى الشفيعة، فإن حقها فى إعلان رغبتها فى الشفعة لا يسقط بالإقرار المنسوب إليها فى إنذار الشفعة المقدم للشهر فى ٦ من سبتمبر سنة ١٩٥١ بأنها علمت فى اليوم السابق على ذلك بالبيع، ويبدأ سريان ميعاد الرغبة فى الأخذ بالشفعة من وقت الإنذار لا من وقت العلم (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص١١٧).

ويقع عبء إثبات العلم بالبيع على المدعى عليه فى دعوى الشفعة، وله أن يثبته بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية، ولكن لا يكفى مجرد جوار الشفيع لافتراض العلم (استئناف وطنى ٢٥ مارس سنة ١٨٩٨ القضاة ٥ ص٢١٨- ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢٧ ص٦٣- ٢٦ فبراير سنة ١٩٠٧ الاستقلال ٦ ص٢٤٤- استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٧٥- ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٨٢- ١٤ يونيه سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣٢٧- ١٦ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٢٤- ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٧٤- ٣٠ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢٤٤). وواقعة العلم مسألة موضوعية يستخلصها قاضى الدعوى من أدلة وقرائن يصح أن تؤدى إليها عقلا. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع فى دعوى الشفعة بسقوط الحق فى رفعها لعدم توجيهها إلى جميع البائعين، فطلب المدعى التأجيل لإدخال من لم توجه إليه منهم، فأجابته المحكمة إلى طلبه، فطلب صورة عقد البيع لمعرفة أسماء جميع البائعين ودفع رسم الصورة وسلمت الصورة فى التاريخ الذى ذكرته المحكمة فى حكمها إلى وكيله فى دعوى الشفعة بالذات، ولكنه تأخر فى إعلان باقى البائعين أكثر من شهرين من تاريخ تسلم وكيله الصورة، فاستخلصت المحكمة من ذلك وغيره مما ذكرته فى حكمها أنه كان يعلم بأسماء البائعين الباقين من تاريخ تسلم وكيله أو بعد ذلك بزمن وجيز، فإن استخلاصها ذلك سائغ وفى حدود سلطتها (نقض مدنى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٣ =

البيع، ويبقى محتفظاً بحقه فى طلب الشفعة المدة التى تفصل ما بين العلم بالبيع وتاريخ الإنذار الرسمى مهما طالت(1). فإذا ما وصله الإنذار الرسمى بوقوع البيع، فعند ذلك فقط يسرى ميعاد الخمسة العشر يوما، ويتعين عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى ذلك من خلال هذه المدة إلى كل من البائع والمشترى. ويحسب ميعاد الخمسة العشر يوما وفقا للقواعد المقررة فى قانون المرافعات. فلا يحسب اليوم الذى يسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى، وإلا كان الميعاد ناقصا. وقد نصت المادة ١/١٥ مرافعات فى هذا الصدد على أنه «إذا عين القانون للحضور أو لحصول الإجراء ميعادا مقدرا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين، فلا يحسب منه يوم الاعلان أو حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجربا للميعاد....»(١) ويحسب اليوم الأخير، فيجب على الشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ

=مجموعة عمر ٤ رقم ٧٣ ص٢٠٠). وإذا كان لا يكفى علم وكيل الشفيع بالبيع إذا كان الشفيع شخصياً يجهله (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ٣-١٩ م١٥ ص١٢١- ٢ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٣١٣)، فإنه إذا رفضت المحكمة طلب الشفعة اعتمادا على أن الشفيع نفسه، لا وكيله فقط، قد علم بحصول البيع وسكت عن طلب الشفعة حتى انقضت المواعيد القانونية، وذكرت فى حكمها القرائن والدلائل التى اطمأنت إليها فى تكوين عقيدتها بقيام هذا العلم الشخصى، فلا شأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٨ ص١١٢٧)

(١) وقد قضت محكمة النقض، فى عهد قانون الشفعة السابق وبالنسبة إلى سريان الميعاد من وقت العلم بالبيع، بأن المادة ١٩ من قانون الشفعة، إذ نصت على أن إظهار الشفيع رغبته يكون فى خلال خمسة عشر يوماً «من وقت علمه بالبيع»، لم ترد أن تجعل هذه الخمسة عشر يوماً تبتدئ من لحظة العلم بالبيع، بل أرادت أن تجعلها تبتدئ من اليوم التالى لتاريخ العلم به (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص٨٧٤). وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥- وكانت محكمة استئناف مصر قد قضت على العكس من ذلك بأنه يجب حسب اليوم الذى حصل فيه العلم بالبيع داخلا فى مدة الخمسة عشر يوماً المقررة قانوناً لإبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها، بغير التفات إلى ساعة العلم (استئناف مصر ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٢٩ ص٤٨٩).

(1) جرى نص المادة ٩٤٠ من القانون المدنى بأن «على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه..» مما مفاده - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتا فى نظر المشرع الا من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوما الذى يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة لجعل انقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار، مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع باعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشترى أو البائع، ولو علم بالبيع قبل ذلك فإنه يستطيع أن يبادر باعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار حصول الانذار إليه إذ ليس فى القانون ما يحول دون ذلك.
(جلسة ١٩٩١/٢/١٤ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ق)
(جلسة ١٩٨٤/١/١٨ الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٢٣١)
(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٨٣٨)

بالشفعة بحيث يصل هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشترى فى ميعاد نهايته اليوم الخامس عشر من اليوم التالى لليوم الذى تسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمى. وقد نصت المادة ٢/١٥ مرافعات فى هذا المعنى على أن «... ينقضى الميعاد بانقضاء اليوم الأخير منه، إذا كان ظرفا يجب أن يحصل فيه الإجراء...»(١). ونصت المادة ٥٠ مرافعات، فى خصوص أن تكون العبرة بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى لا بتقديمه إلى قلم المحضرين، على أنه «إذا نص القانون على ميعاد حتمى لاتخاذ إجراء يحصل بالإعلان، فلا يعتبر الميعاد مرعيا إلا إذا تم إعلان الخصم خلاله»(٢). وقد نصت العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٠ مدنى(1)، كما رأينا، على أن «يزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك».

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٥٩٥ ص٧٨٧ – وإذا أعلن واحد منهما فى الميعاد وأعلن الآخر بعد فوات الميعاد، سقط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص٤٧٣– منصور صمطفى منصور فقرة ١٤٥ ص٤٣).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العبرة فى انتهاء الميعاد هى بحصول الإعلان فعلا إلى البائع والمشترى، لا بتسليم ورقة الإعلان لقلم المحضرين، لأن نص المادة ١٤ (من قانون الشفعة السابق) صريح فى وجوب الإعلان، والإعلان لا يكون بالتسليم لقلم المحضرين وإنما يكون بالطرق المقررة فى قانون المرافعات. يؤكد هذا النظر ما جاء فى آخر الفقرة الثانية من المادة ١٩ (من قانون الشفعة السابق) من أنه «يزاد على هذه المدة (أى مدة الخمسة عشر يوماً) عند الاقتضاء ميعاد المسافة»، مما يقطع بأن المقصود بإظهار الرغبة هو بالإعلان أى بتسليم الورقة للمعلن إليه أو فى محله على حسب الأصول المرسومة فى القانون. فإنه لو كان يكفى مجرد التسليم لقلم المحضرين، لما كان هناك محل للنص على ميعاد المسافة، ولكان الشارع بين ما يجب على الشفيع اتباعه بعد هذا التسليم إذ التسليم بذاته ليس فى أى إعلان للخصم. وإذن فالحكم الذى يبنى قضاءه على أن العبرة فى احتساب مدة إظهار الرغبة فى الشفعة هى بحصول الإعلان إلى البائع والمشترى، لا بتقديم الورقة إلى قلم المحضرين، يكون قد أصاب فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٤ ص٦١٦). وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص٥١٦– ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٢ ص١٤٤.

(1) أ– القانون وضع نظاما لاجراءات الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل اجراءاته – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – مرتبطا بعضها ببعض ارتباطا وثيقا وماسة بذات الحق، وتبدأ هذه الإجراءات من جانب الشفيع من تاريخ اعلان الرغبة الذى أوجب القانون حصوله إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه هذين الأخيرين، أو خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وإلا سقط الحق فى الشفعة.
(جلسة ١٩٨٦/٥/٨ الطعن رقم ٢٣٣١ س٥٢ق)

ب– الأصل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن أثر التسجيل فى نقل الملكية لا يترتب إلا على شهر العقد أو الحكم الذى من شأنه انشاء حق الملكية أو أى حق عينى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله أو تقرير هذه الحقوق، وان هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضى، وإذ كان القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقارى قد أجاز بالمادتين ١٥، ١٧ تسجيل صحف دعاوى صحة التعاقد على=

والمفروض هنا أن يكون بين موطن الشفيع وموطن البائع أو موطن المشترى مسافة يحسب لها ميعاد، إذ المطلوب أن يعلن الشفيع كلا من البائع والمشترى فى موطنه، فإذا بعد هذا الموطن عن موطن الشفيع يحسب لهذا البعد ميعاد المسافة الذى يقرره القانون(١). وقد نصت المادة ١٦ مرافعات فى هذا الصدد على أنه «إذا كان الميعاد معينا فى القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه: زيد عليه يوم لكل مسافة مقدارها خمسون كيلو مترا بين المكان الذى يجب الانتقال منه وبين المكان الذى يجب الانتقال إليه، وما يزيد من الكسور على ثلاثين كيلو مترا يزاد له يوم على الميعاد، ولا يجوز بأية حال أن يتجاوز ميعاد المسافة أربعة أيام. ويكون ميعاد المسافة خمسة عشر يوما بالنسبة لمن يقع موطنه فى مناطق الحدود»(٢). فإذا بعد موطن المشترى عن موطن الشفيع بمقدار خمسين كيلو مترا أو ستين كيلو مترا أو سبعين كيلو مترا، زيد ميعاد المسافة، بالنسبة إليه، يوما واحدا فيصبح الميعاد ستة عشر يوما. وإذا بعد موطن البائع عن موطن الشفيع بمقدار تسعين كيلو مترا أو مائة كيلو متر إلى مائة وثلاثين، زيد الميعاد، بالنسبة إليه، يومين فيصبح سبعة عشر يوما. وإذا بعد موطن أى من البائع أو المشترى عن موطن الشفيع بمقدار مائتى كيلو متر أو أكثر، زيد ميعاد المسافة، بالنسبة إليه، أربعة أيام فيصبح الميعاد تسعة عشر يوما. وإذا وقع اليوم الأخير من ميعاد الخمسة العشر يوما فيما إذا لم تكن هناك مواعيد مسافة، أو وقع اليوم الأخير من الميعاد مضموما إليه مواعيد المسافة متصلة به اتصالا مباشرا بحيث يكون هو وإياها ميعادا واحدا متواصل الأيام، فى يوم عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها(٣). وقد

=حقوق عينية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها على هامش تسجيل صحائفها انسحاب أثر هذا التأشير إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، فإن ذلك انما ورد على سبيل الاستثناء بقصد حماية أصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفة الدعوى، فلا يصح التوسع فيه أو القياس عليه فلم يقصد المشرع أن يقوم تسجيل الصحيفة فى هذه الأحوال مقام تسجيل العقود فى جميع ما يترتب على هذا التسجيل من آثار، وإذ كانت الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ من القانون المدنى صريحة فى النص على سقوط الحق فى الشفعة بعد مضى أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وكان المقرر فى النص على سقوط حق إذا لم يستعمل فى مدة معينة يجب التزام حدوده فإن حق المطعون ضده الأول فى الشفعة لا يسقط بمضى أربعة أشهر على تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الحصة المشفوع فيها.

(جلسة ١٩٨٦/٢/٢٠ الطعن رقم ١١٨٤ لسنة ٥٢ق)

(١) نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص٣١٤.

(٢) وانظر المادة ٢٢ مرافعات فى تحديد مواعيد المسافة لمن يكون موطنهم فى الخارج.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن محكمة الموضوع أخطأت فى احتساب الميعاد، إذ لم تمده لليوم الثانى للعطلة ولم تضف إليه ميعاد المسافة، تعين قبول هذا الدفع (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٣ ص٣١٤). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص٣٧٣.

نصت المادة ١٨ مرافعات فى هذا الصدد على أنه «إذا صادف آخر الميعاد عطلة رسمية، امتد إلى أول يوم عمل بعدها». فإذا ما انتهى ميعاد الخمسة العشر يوما، وكانت الأيام الأربعة التالية لانتهائه أيام عطلة، وكان الواجب ضم يومين إلى الميعاد للمسافة، فان هذين اليومين يتصلان بالميعاد الأصلى اتصالا مباشرا، وينتهيان فى نهاية اليومين الأولين من أيام العطلة. و لما كان اليوم التالى لانتهائهما هو يوم عطلة أيضا وكذلك اليوم الذى يليه، فانه يجب إتمام إعلان طلب الشفعة فى اليوم التالى مباشرة لانتهاء أيام العطلة الأربعة(١).

والميعاد، ضمت إليه مواعيد مسافة أو لم تضم، ليس مدة تقادم prescription déchéance بل مدة سقوط، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير أهل للتصرف، ولا يقبل الانقطاع (interruption) ولا الوقف (suspension)(٢).

ثانيا– إذا لم ينذر الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا، ولكن المشترى سجل عقد البيع: تنص المادة ٩٤٨ (ب) مدنى على ما يأتى: «يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية: ... (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع..»(٣).

---

(١) ولا يقال إن ميعاد الخمسة العشر يوماً قد انتهى، وتلى انتهاءه أيام عطلة فيتوقف سريان الميعاد، ثم يستأنف السريان عقب انتهاء أيام العطلة لمدة يومين آخرين هما ميعاد المسافة، فيكون للشفيع عقب انتهاء أيام العطلة يومان لا يوم واحد. لا يقال ذلك، فإن سريان الميعاد لا يتوقف فى أيام العطلة بل يستمر، فينقضى فى أثنائهما اليومان المعطيان للمسافة، ويصادف انقضاؤهما يوم عطلة، فيمتد الميعاد إلى اليوم التالى لانتهاء أيام العطلة، ولا يمتد إلى أكثر من ذلك. وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد المسافة بحسب المادة ١٧ مرافعات (قديم) إنما هو زيادة على أصل الميعاد، وكونه زيادة على الأصل يفيد بداهة أنه يتصل به مباشرة بحيث يكون هو وإياه ميعادا واحداً متواصل الأيام. فإذا كان الميعاد ينتهى آخره وسط أيام عطلة تستمر من بعده، وكان لصاحب الشأن ميعاد مسافة، فإنه يأخذ هذا الميعاد متلاحقاً متصلاً مباشرة بأيام أصل الميعاد. وإن مبدأ القانون فى شأن المواعيد أن العطلة غير موقفة لسريانها، بل إنها تسرى فى أثنائها. وكل ما أجازه بحسب مفهوم المادة ١٨ مرافعات (قديم) أن الميعاد إذا وقع آخره يوم عطلة، فإنه يمتد لليوم التالى. فإن كانت الأيام التالية هى أيضاً أيام عطلة، امتد الميعاد لأول يوم عمل بعد هذه العطلة (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٨ ص٨٧٤).

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٤– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١١ ص٤٠٤ – ص٤٠٥.

(٣) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٧ (ب) من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «.. لا يجوز الأخذ بالشفعة فى الحالتين الآتيتين: ... (ب) إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق ناقصى الأهلية والغائبين». وفى لجنة المراجعة حذف سريان مدة ثلاثة الأشهر فى حق ناقصى الأهلية والغائبين اكتفاء بالقواعد العامة، وأضيفت حالة جديدة تتضمن سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت سنة كاملة عن وقت وضع يد المشترى على العقار المبيع، وأصبح النص رقمه ١٠٢٢ (ب) و(حـ) فى المشروع النهائى. «ووافق مجلس النواب على النص =

ويخلص من هذا النص أن الشفيع، إذا لم يحصل علمه بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى السابق ذكره، فالقانون يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أنه علم بالبيع إذا سجله المشترى، إذ أن مهمة التسجيل هى شهر البيع. ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع ليس إلا علما افتراضيا، فقد أطال القانون المدة التى يتعين فى خلالها أن يطلب الشفيع الشفعة، فجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل(١)(1)، وقد كانت ستة أشهر فى

=تحت رقم ١٠١٩ (ب) و(حـ). وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «ثلاثة أشهر» فى البند (ب) عبارة أربعة «أشهر» توخياً للتيسير، وحذف البند (حـ) المتعلق بسقوط حق الشفعة بانقضاء سنة من وقت وضع يد المشترى على العقار، خشية أن يكون الحكم الوارد فيه محل إشكالات فى المستقبل، ولأن فائدته العملية تتضاءل كل التضاؤل إزاء نص البند (ب)، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع. وأصبح رقم النص ٩٤٨ (ب). ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٢- ص٤٤٦).

ويقابل النص المادة ٢٢ من قانون الشفعة السابق: يسقط الحق فى الشفعة فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وذلك بالنسبة لكافة الشفعاء ولو كان الشفيع غير أهل للتصرف أو غائباً. (والمدة فى قانون الشفعة السابق ستة أشهر، وقد انقضت فى التقنين المدنى الجديد إلى أربعة أشهر).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى: لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٥٢ (ب): يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية: ... (ب) إذا انقضت سنة من يوم قيد عقد البيع، سواء كان الشفيع حاضراً أو غائباً (والمدة فى التقنين الليبى سنة بدلا من أربعة أشهر فى التقنين المصرى).

التقنين المدنى العراقى م١١٣٤ (و): لا تسمع دعوى الشفعة ... (و) إذا انقضت ستة أشهر من يوم تمام البيع، ويسرى هذا الميعاد حتى فى حق المحجورين والغائبين. (والمدة فى التقنين العراقى ستة أشهر من يوم تمام البيع، ولكن البيع فى التقنين العراقى يتم فى دائرة الطابو، فى حين أن المدة فى التقنين المصرى هى أربعة أشهر).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٤٨ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): إذا لم يحصل التبليغ المبين فى المادة السابقة (تبليغ الشفيع بوقوع البيع)، يسقط حق الشفعة بعد مضى سنة من تاريخ تسجيل العقد فى السجل العقارى، وتسرى هذه المدة بحق فاقدى الأهلية والغائبين. وإن المدة المذكورة فى هذه المادة وفى المادة السابقة لا تنقطع إلا بإقامة الدعوى بطلب الشفعة أمام محكمة محل وجود العقار الصالحة بحسب الثمن المذكور فى العقد. (والقانون اللبنانى يجعل المدة سنة بدلا من أربعة أشهر فى التقنين المصرى).

(١) بدلا من خمسة عشر يوماً من وقت الإنذار الرسمى حيث يكون علم الشفيع بوقوع البيع علماً يقينياً لا علماً افتراضياً.

(1) أ- مؤدى نص المادة ١٥ من قانون المرافعات أنه إذا عين القانون لحصول الاجراء ميعادا محددا بالشهور فإن هذا الميعاد يبدأ من اليوم التالى للتاريخ الذى يعتبره القانون مجريا له، وينقضى بانقضاء اليوم المقابل لهذا التاريخ من الشهر الذى ينتهى فيه الميعاد دون نظر إلى عدد الأيام فى كل شهر، =

قانون الشفعة السابق، وأنقصت فى المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٨ (ب) إلى ثلاثة أشهر(١)، ثم رفعت إلى أربعة أشهر فى لجنة مجلس الشيوخ، واستقرت على ذلك فى

=وكان البين من الأوراق أن تسجيل البيع المشفوع فيه يتم بتاريخ ١٩٨٢/٢/٣ مما مؤداه أن ميعاد الأربعة شهور المقررة بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى لسقوط الحق فى الأخذ فى الشفعة إن لم يتم إعلان الرغبة خلاله - يبدأ من اليوم التالى لتاريخ التسجيل وينتهى بانتهاء يوم ١٩٨٢/٦/٣ - الذى لم يكن عطلة رسمية فإن حصول الاعلان الثانى للرغبة فى الأخذ بالشفعة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٥ يكون قد تم بعد الميعاد.

(١٩٩٠/٥/٢٢ الطعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٥٨ق)

ب- القانون المدنى وضع نظاما لاجراءات الشفعة نص عليه فى المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل اجراءاته - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - مرتبطة بعضها ببعض ارتباطا وثيقا وماسة بذات الحق، وتبدأ هذه الاجراءات من جانب الشفيع من تاريخ اعلان الرغبة الذى أوجب القانون حصوله إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه إليه أحد هذين الأخيرين، أو خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع إذا لم يكن البائع أو المشترى قد بادرا بانذار الشفيع وجعل جزاء ذلك سقوط الحق فى الشفعة طبقا للمادتين ٩٤٠، ٩٤٨ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص٢٠٠٠)

(جـ) من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن المشرع إذا أوجب فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى على من يريد الأخذ بالشفعة اعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الموجه من أيهما إليه وإلا سقط حقه على اعتبار أن هذا الانذار هو الذى يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع، فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشترى بانذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الانذار باطلا فيظل الحق فى الشفعة قائما مع أنه حق استثنائى يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد، وتلافيا لذلك جعله المشرع سبيلا ميسرا للمشترى يطمئن معه إلى سقوط الحق فى الشفعة، فنص فى الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ مدنى على أن يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، ذلك أنه افترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشترى، ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع فى هذه الحالة ليس إلا علما افتراضيا فقد أطال المدة التى يتعين خلالها طلب الشفعة فجعلها أربعة أشهر وقت التسجيل، فإذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى قبل انقضائها فقد حفظ حقه من السقوط وتعين عليه اتباع باقى الاجراءات المنصوص عليها فى المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدنى ومنها رفع الدعوى فى مدى ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة شأنه فى ذلك شأن الشفيع الذى أنذره البائع أو المشترى بوقوع البيع.

(جلسة ١٩٨١/١٢/١٣ الطعن رقم ٢٠٣٣ لسنة ٥ ق س٣٢ ص٢٢٧٣)

(١) وكانت لجنة الأستاذ كامل صدقى هى التى انقصت المدة إلى ثلاثة أشهر، إذ استطلع رئيس اللجنة رأى الأعضاء فيما إذا كانوا يقرون اقتراحه بتخفيض مدة ستة الأشهر إلى ثلاثة فقط، وذلك لكى لا يظل مركز المشترى قلقاً أمداً طويلا. فوافقت اللجنة على اقتراح الرئيس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٣ فى الهامش).

التقنين المدنى الجديد(١). وقد يقال أن إسقاط حق الشفيع إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع دون أن يستعمل الشفيع هذا الحق يجعل من اليسير على المشترى إضاعة حق الشفيع، فما عليه إلا أن يبادر إلى تسجيل البيع، وينتظر أربعة أشهر يحتمل كثيرا فى أثنائها أن يبقى الشفيع جاهلا بوقوع البيع، فينقضى الميعاد دون أن يطلب الشفيع الشفعة، فيسقط حقه فيها. ولكن يمكن الرد على هذا الاعتراض بأن المشترى قد لا يعلم على وجه محقق من هم الشفعاء حتى ينذرهم بوقوع البيع، ولا يدرى كذلك ما إذا كان حقهم فى الأخذ بالشفعة حقا ثابتا لا يتطرق إليه الشك. وبقاؤه كذلك فى حال من القلق وعدم الاطمئنان لا يجوز أن يدوم وقتا طويلا. فتوخيا لاستقرار التعامل، ولأن الشفعة حق استثنائى من شأنه أن يخل بحق المالك فى التصرف فى ملكه لمن يريد، جعل المشرع سبيلا ميسرا للمشترى يطمئن معه إلى سقوط حق الشفعة وإلى أن الصفقة التى عقدها قد خلصت له على وجه حاسم. وسبيله إلى ذلك أن يسجل عقد البيع، فإذا انقضت أربعة أشهر من يوم التسجيل دون أن يطلب أحد الشفعة، اطمأن المشترى إلى صفقته، وأيقن أن العقار الذى اشتراه أصبح بمنجاة من أن يأخذه أى شفيع بالشفعة. هذا إلى أن الشفيع يكون عادة جارا للبائع أو شريكا له، فإذا باع هذا عقاره فالغالب أن يشعر الشفيع بذلك، فإذا أراد التثبت من وقوع البيع فما عليه إلا أن يكشف عن العقار فى سجلات الشهر العقارى فيجد البيع مسجلا فيها، وله أربعة أشهر من يوم التسجيل يستطيع فى خلالها أن يطلب الشفعة.

وميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، فلا ينقطع ولا يقف ويسرى فى حق الغائبين وغير كاملى الأهلية(٢). وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على نص صريح فى هذا المعنى، فحذف فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة(٣). ويسرى الميعاد من اليوم التالى مباشرة لليوم الذى حصل فيه التسجيل(٤) حتى

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٤١ هامش٢.

(٢) استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١١٦- ٩ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٣٦- وإذا طالب الشفيع المشترى باستحقاقه للأرض المبيعة لسبب آخر غير الشفعة ورفع عليه دعوى الاستحقاق، فإن مواعيد الشفعة تبقى معلقة فى أثناء دعوى الاستحقاق، حتى إذا بت فى هذه الدعوى لصالح المشترى، عادت مواعيد الشفعة إلى السريان (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٣٨- ٣١ مايو سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٣١١). وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٦ ص٥٢٥ هامش٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص٥٨١.

(٣) أنظر آنفاً ص٦٤١ هامش٢.

(٤) ولا يسرى الميعاد من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد المرفوعة من المشترى على البائع فى شأن البيع المشفوع فيه. وقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة=

لا يكون ناقصا، وتحسب الشهور الأربعة بالتقويم الميلادى إذ لا يوجد نص على خلاف ذلك (م٣ مدنى وم١٥/٤ مرافعات)(١). فإذا تم التسجيل مثلا فى اليوم الأخير من شهر أكتوبر سنة ١٩٦٧ (٣١ أكتوبر سنة ١٩٦٧)، وجب على الشفيع أن يطلب الشفعة فى ميعاد غايته اليوم الأخير من شهر فبراير سنة ١٩٦٨ (٢٩ فبراير سنة ١٩٦٨)، أى أن طلب الشفعة يتم إعلانه لكل من البائع والمشترى فى هذا الميعاد. وإذا كان اليوم الأخير لطلب الشفعة يوم عطلة، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة، وكل ذلك على التفصيل الذى قدمناه فى ميعاد الخمسة العشر يوما من يوم إنذار الشفيع بوقوع البيع. فإذا لم يطلب الشفيع الشفعة فى الميعاد على الوجه المتقدم الذكر، كان للمشترى أن يتمسك بسقوط الحق فى الشفعة(٢) وليس عليه إلا أن يثبت أن البيع قد سجل وأنه قد

=المنوه عنه فى المادة ٢٢ من قانون الشفعة (القديم) يبدأ من يوم الحكم بصحة عقد البيع، لا من يوم تسجيل صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٢٤). وقضت بأنه إذا كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة صريحة فى النص على سقوط الحق فى الشفعة بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وإذا كان النص على سقوط حق إذا لم يستعمل فى مدة معينة يجب التزام حدوده، فان الحق فى الشفعة لا يسقط بمضى ستة أشهر على تاريخ صحيفة الدعوى المرفوعة بشأن عقد شراء الأطيان المشفوع فيها، سواء أكانت هذه الدعوى دعوى صحة تعاقد أم صحة توقيع (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص٤٢٥). وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٣٣.

(١) وقد جرت الأحكام، فى عهد قانون الشفعة السابق، على حساب ميعاد الستة الأشهر بحسب التقويم الهجرى. وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا سجل عقد البيع فى ٢ من ربيع الأول، فإن دعوى الشفعة المرفوعة فى ٣ من رمضان تكون جائزة (استئناف مصر ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٢٢ ص٨٧٠). وانظر استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢٢٣– ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص١٦– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٥– محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص٥٨٢.

(٢) وللمحكمة أيضاً أن تقضى بسقوط الحق فى الشفعة من تلقاء نفسها. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشرط المترتب على انقضاء ستة أشهر (الآن أربعة أشهر) من تاريخ التسجيل مبنى على علم افتراضى اشتقه الشارع من التسجيل وفرضه على كافة الشفعاء، فللمحكمة أن تضيف هذا السبب الافتراضى حتى لو سكت صاحب الشأن عن إبدائه إذا كانت الأوراق ناطقة بوجوده. وليس على المحكمة فى هذه الحالة إلا أن تنبه الخصوم إلى ما استظهرته من الأوراق ليستبينوا موقفهم ويستوفوا دفاعهم (نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٧-١ ص٣٨١). وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٤ ص٥٨١.

ويمكن القول بوجه عام إن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها (١٥ يوماً من يوم الإنذار الرسمى و٤ شهور من وقت تسجيل البيع و٣٠ يوماً لإيداع الثمن خزانة المحكمة ولرفع دعوى الشفعة) هو من النظام العام. فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها، وفى أية حالة كانت عليها =

مضى على تسجيله أربعة أشهر من غير أن يستعمل الشفيع حقه[1]. فليس عليه أن يثبت أن الشفيع قد علم بالبيع، إذ القانون يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس كما قدمنا أن الشفيع قد علم بالبيع ما دام أنه قد سجل[2].

هذا وقد كان المشروع النهائى للمادة ٩٤٨ (ب) مدنى يشتمل على حالة أخرى لسقوط حق الشفعة أضافتها لجنة المراجعة، وهى انقضاء سنة كاملة من وقت وضع يد المشترى على العقار دون أن يطلب الشفيع الشفعة، علم بوقوع البيع أو لم يعلم. ولكن هذه

=الدعوى، وحتى لو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط. أنظر فى هذا المعنى أسيوط الكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٤١ ص٥٨٧- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٢.

(١) والشفيع هو الذى يثبت أنه استعمل حقه فى طلب الشفعة. فإذا استعمل حقه فى خلال أربعة أشهر، ولكنه أخطأ فى بعض البيانات خطأ لم يكن من شأنه أن يوقع المشترى فى أى لبس، فإن تصحيح هذا الخطأ فيما بعد لا يعد طلباً جديداً. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأطيان المبيعة، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطيان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه، فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة، وكان دفاع المشترى يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطيان فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشترى لها، فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى وأن هذا التعديل جاء بعد مضى أكثر من أربعة أشهر من تاريخ عقد تسجيل البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص٩٧٩).

(٢) نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٤ ص١٢١- وإذا اتفق البائع والمشترى على تجزئة الصفقة، فيشترى هو جزءاً من الأرض ويشترى صهره الجزء الآخر بحيث تتوافر فى أى من الجزأين مسوغات الأخذ بالشفعة، فإن الصفقة تعتبر صفقة واحدة، ولا محل للتمسك بانقضاء ستة أشهر (الآن أربعة) على تسجيل عقد الجزء الأول من هذه الصفقة، إذ لا يجوز هذا التمسك مع ثبوت التحايل عن طريق تجزئة الصفقة (استئناف مصر ٧ يونيه سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٥ ص١٥٢). وقد أقرت محكمة النقض هذا الحكم، وقضت بأنه وإن كانت المادة ٢٢ من قانون الشفعة تنص على سقوط حق الشفعة «فى سائر الأحوال بعد مضى ستة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع...»، فإن محل ذلك ألا يكون هناك تحيل بقصد الهروب من أحكام القانون وبأن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى قد أراد بتجزئة الصفقة التى اشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٤ ص٦٨٩). أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٤٤ ص٥٢٤ هامش ٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٥٥.

الحالة قد حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ، لأنها قد تؤدى إلى إشكالات فى العمل فى إثبات وضع اليد مماثلة للإشكالات التى كان إثبات العلم بالبيع يثيرها فى عهد قانون الشفعة السابق، ولأن سقوط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر على تسجيل البيع يغنى عن هذه الحالة الجديدة، ولأن هذا الحكم قد يؤدى إلى التلاعب بقصد إضاعة حق الشفيع(١).

ثالثا- سقوط دعوى الشفعة بالتقادم المسقط بانقضاء خمس عشرة سنة(1): ونفرض الآن فرضا يندر وقوعه، هو أن المشترى لم ينذر الشفيع بوقوع البيع، ولم يسجل فى الوقت ذاته عقد البيع، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بانقضاء خمسة عشر يوما من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر، ولا بانقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل. وقد قدمنا أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بانقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق، فإذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى فإنه يبقى محتفظا بحقه فى طلب الشفعة. ويبقى محتفظا بهذا الحق، ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمنا، وقد يؤول طول سكوته عن استعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترنا بظروف أخرى بأنه نزول ضمنى عن الحق. فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع، فلا مناص من القول بأن الشفيع يبقى محتفظا بالحق فى طلب الشفعة، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشترى، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة. ويبقى هذا الوضع قائما إلى أن تنقضى خمسة عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع فى رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط،

---

(١) أنظر آنفا ص٦٤١ هامش٢.

(1) النص فى المادتين ٩٤٠، ٩٤٨ من القانون المدنى على سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة بمضى خمسة عشر يوما من تاريخ الانذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع، أو بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع، وفى الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون، مقتضاه أن الحق فى الأخذ بالشفعة وفى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون، مقتضاه أن الحق فى الأخذ بالشفعة يسقط بالتقادم بانقضاء أحدى هاتين المدتين من اليوم الذى يعلم فيه الشفيع بالبيع علما قانونيا أو افترضيا – وإن انتفاء هذا العلم لا يمنع من سقوط دعوى الشفعة بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ الحق فيها وهو يوم انعقاد البيع، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر – فرفض دفاع الطاعنين بالتقادم المسقط الطويل – تأسيسا على أنه لم يثبت علم الشفيع بالبيع وقت حصوله وحجب الحكم نفسه بذلك عن تحقيق ما دفع به الشفيع من ان البيع تم فى تاريخ لاحق – فإن يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ الطعن رقم ٢٤٧٥ لسنة ٥٧ق)

شأن دعوى الشفعة فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة. وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى شأن التقادم المسقط(١).

٢٠٧- تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة: رأينا(٢) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى تنص على أن «إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا، وإلا كان باطلا. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل»(I). ويخلص من هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير. فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان، ويمضى فى إجراءات الشفعة التالية فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكما بثبوت حقه فى الشفعة، ولا يمنعه من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل. ولكنه فى هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه، ويصبح هذا التصرف نافذا فى حق الشفيع ما دام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة، حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع. فيجدر إذن بالشفيع، إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشترى، أن يبادر إلى تسجيل هذا الإعلان فى مكتب الشهر العقارى الكائن بدائرته العقار المشفوع فيه، وبذلك يأمن من تصرفات المشترى التى تصدر بعد هذا التسجيل، إذ تصبح غير نافذة فى حقه. وقد نصت المادة ٩٤٧ مدنى فى هذا المعنى على أنه «لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٥٠- إسماعيل غانم ص٨٦- - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص٣٤٤- حسن كيرة ص١٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٥.

(I) أ- متى أعلن الشفيع رغبته رسميا إلى كل من البائع والمشترى - ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما - كان هذا الاعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوما الذى أوجب القانون أن يتم فى خلاله رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فى الأخذ بالشفعة... وكل ما اشترطه القانون فى هذا الإعلان هو أن يكون رسميا وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشترى ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلا بعد الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشترى إلى الشفيع.
(جلسة ١٩٨١/٣/١٧ الطعن رقم ٨٣٢ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص٨٣٨)

ب- ان كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فى اعلانه الرغبة أن يكون رسميا، ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على اعلان صحيفة الدعوى ومن ثم فلا على الشفيع أن اعلن رغبته فى ذات اعلان الصحيفة، ما دام قد تم فى الميعاد واستكمل جميع مقومات اعلان الرغبة.
(جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٦ق س٢١ ص١٢٢٧)

من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار». وسيجئ تفصيل ذلك عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة.

وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة، فيصح أن يتم التسجيل فى أى وقت، حتى بعد رفع دعوى الشفعة، ولكن إذا تأخر الشفيع فى تسجيل الإعلان، فإنه يعرض نفسه كما قدمنا لخطر أن يصدر من المشترى تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذا فى حق الشفيع.

وهناك أمر آخر يجعل لتسجيل إعلان طلب الشفعة أثرا له أهمية. فقد قدمنا(١) أن المشترى إذا باع العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة، فإن هذا البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع، وينسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة. ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وبشروطه (م٩٣٨ مدنى)، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة فى البيع الأول. ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان طلب الشفعة، حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه، فيمضى فى الإجراءات بالنسبة إلى هذا البيع وهو آمن من تعاقب البيوع وما يستتبع هذا التعاقب من نسخ البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة وما يترتب على ذلك من بطلان الإجراءات التى يكون قد اتخذها فى شأن هذا البيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى الشفعة تقام على المشترى الأول بالشروط التى اشترى بها(٢).

المطلب الثانى

إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها

٢٠٨- المرحلة الثانية من إجراءات الشفعة تشتمل على خطوتين:

بعد أن فرغنا من المرحلة الأولى من إجراءات الشفعة وهى مرحلة إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، تنتقل إلى المرحلة الثانية من هذه الإجراءات. وهذه المرحلة الثانية تشتمل على خطوتين: (١) إيداع الثمن خزانة المحكمة. (٢) رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٧٢.

(٢) نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٤ ص٨٦٤ - وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤١٨- فقرة ٤١٩- محمد على عرفة، فقرة ٢٩١.

١ - إيداع الثمن خزانة المحكمة

٢٠٩ - نص قانونى: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى على ما يأتى:

«وخلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان (إعلان طلب الشفعة)، يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة. فان لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم، سقط حق الأخذ بالشفعة»(١).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «وفى ظروف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ ذلك الإعلان، وفى أى حال قبل رفع الدعوى بالشفعة، يجب أن يودع بخزينة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار مبلغ يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع». وفى لجنة المراجعة عدل النص بجعل المبلغ الواجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد فيما عدا أن ميعاد الإيداع بقى خمسة عشر يوماً، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ٢/١٠١٥ فى المشروع النهائى. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب، صرف النظر عن إيداع الثمن «اكتفاء بعرضه عند إعلان عريضة دعوى الشفعة، وهذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن». وعلى ذلك حذف هذا النص واستبدل به نص أضيف إلى المادة التالية يجرى على الوجه الآتى: «ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مخصوماً منه قيمة ما قد يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية». «وقد رأت اللجنة إدخال هذا التعديل لتوجب عرض الثمن عرضاً حقيقياً لضمان جدية الدعوى، ولا يعقب هذا العرض إيداع حتى لا يتعطل المال عن الاستغلال- فالمشترى وشأنه، إذا شاء قبض الثمن، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقى. وقد رأت اللجنة أن يكون هذا العرض عند إعلان عريضة الدعوى لا عند إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، حتى يتسع الوقت للشفيع فى تدبير الثمن وفى الكشف عن العقار المشفوع فيه لمعرفة ما إذا كانت هناك حقوق عينية تثقله فتخصم من الثمن الذى يدفعه الشفيع». ووافق مجلس النواب على هذا التعديل. وعرض النص على لجنة مجلس الشيوخ، وقد ورد فى محضرها ما يأتى: «ولما كان مجلس النواب قد حذف من هذه المادة فقرة كان رقمها ٢ وكانت تتضمن حكماً خاصاً بايداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ووقت الإيداع والجزاء على مخالفته، ولما كان المجلس أيضاً قد ضمن الفقرة الأولى من المادة ١٠١٣ ذلك الحكم وعدله من إيداع إلى عرض حقيقى للثمن الذى بيع به العقار المشفوع فيه، فإن اللجنة، أثناء المناقشة فى المادة ١٠١٣ وفى العرض الحقيقى للثمن ومداه وهل العرض يكون للثمن المذكور فى العقد أو الثمن الذى يعتقد الشفيع أنه الحقيقى وما يترتب على عرض الشفيع للثمن الحقيقى وإيداع الفرق بينه وبين الثمن المذكور فى العقد، رأت بعد أن عرضت عليها جملة اقتراحات ظهر بعد تحليلها أنه يرد عليها اعتراضات أن أسلم وسيلة هو إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له. وقد ترتب على ذلك إعادة الفقرة ٢ التى حذفها مجلس النواب إلى المادة ١٠١٢». ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل. ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح من بعض مستشارى محكمة النقض يرمى إلى الاكتفاء =

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١/١٤(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٢/٩٤٦ - وفى التقنين المدنى العراقى م١١٤٠ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٤٩(٢).

ويخلص من هذا النص أنه يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه، وذلك فى خلال

=بعرض الثمن دون الإيداع، وإلى أنه إذا رؤى ضرورة إيداع الثمن فيكون الحكم بسقوط الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازياً للقاضى. فلم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح «لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه، واشتراط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقييد. ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق فى الشفعة جوازياً للقاضى عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغى فى المعاملات من استقرار. على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوماً التى يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة، فجعلتها ثلاثين يوماً توخياً للتيسير». فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٢/٩٤٢. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٢٠ - ص٤٢٥ وص٤٢٨).

(١) **قانون الشفعة السابق** م١/١٤: يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً. (وقانون الشفعة السابق كان يكتفى بعرض الثمن وملحقاته، دون إلزام الشفيع بايداع الثمن خزانة المحكمة).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى: لا مقابل

التقنين المدنى الليبى: م٢/٩٤٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى: م١١٤٠: على الشفيع عند رفعه الدعوى بالشفعة أن يودع صندوق المحكمة التى يوجد العقار المشفوع فى دائرتها مبلغاً يساوى نصف الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع. فإن لم يتم الإيداع، سقطت شفعته. (والتقنين العراقى يوجب إيداع نصف الثمن، لا كل الثمن كما يوجب ذلك التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٤٩ (عدلت بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): لا يمكن استعمال حق الشفعة إلا بشرط أن يقوم صاحبه بتعويض المشترى تعويضاً تاماً. وهذا التعويض يشمل: ١- ثمن المبيع الذى يجب عرضه وإيداعه فعلياً يوم تقديم طلب الشفعة على الأكثر، إلا إذا كان العقد المسجل ينص على تأجيل الدفع. ٢- نفقات العقد، التى تشمل رسوم التسجيل الرسمية وبدل السمسرة على ألا يزيد هذا البدل على البدل المعين بالتعريفة القانونية. ٣- بدل التحسين الطارئ على العقار بفعل المشترى، دون الالتفات إلى التحسين الاقتصادى الناتج عن تقلب الأسعار. (والقانون اللبنانى يوجب إيداع الثمن يوم تقديم طلب الشفعة، ما لم يكن الثمن مؤجلا فلا يجب الإيداع. ولكن الشفيع لا يستفيد من الأجل فيما بعد إلا إذا رأت المحكمة ذلك لقاء الضمانات التى تراها لازمة: أنظر م٢/٢٥٣ من نفس القانون).

ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة. وهذا الإيداع على الوجه المتقدم الذكر ضرورى، فإن لم يقم به الشفيع سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

ومسألة إيداع الثمن مرت بتطورات تشريعية متعاقبة، حتى استقرت فى التقنين المدنى الجديد على الوجه السابق بيانه. وكذلك الأمر فيما يتعلق بوقت الإيداع. ثم إن الذى يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع كما تقدم القول، حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشترى أو كان المشترى لم يدفع للبائع إلا جزءا منه فقط. أما ملحقات الثمن، وأما المصروفات الضرورية والنافعة التى انفقها المشترى، فلا يجب على الشفيع إيداعها. وجزاء مخالفة الشفيع لالتزامه بايداع الثمن على هذا الوجه هو، كما قدمنا، سقوط شفعته.

فعلينا إذن أن نبحث، فى صدد إيداع الثمن، المسائل الآتية: (١) تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن. (٢) وقت الإيداع ومكانه. (٣) ما الذى يجب إيداعه: كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع. (٤) إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يدفع المشترى إلا جزءا منه فقط. (٥) ملحقات الثمن. (٦) المصروفات الضرورية والنافعة. (٧) جزاء مخالفة التشريع لالتزامه بايداع الثمن.

٢١٠ - تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن: لم يكن قانون الشفعة السابق واضحا وضوحا كافيا فى هذه المسألة، فقد كانت المادة ١/١٤ منه تنص على أنه «يجب على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن للبائع والمشترى طلبه لها كتابة على يد محضر، ويكون هذا الإعلان مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانونا». فعرض الثمن وملحقاته كان واجبا، فى قانون الشفعة السابق، وقت إعلان طلب الشفعة. واختلف الفقه والقضاء، فى عهد هذا القانون، فيما هو المقصود بالعرض. فذهب رأى إلى وجوب العرض الحقيقى المقترن بالإيداع والمبرئ للذمة(١)، ولكن الرأى الذى تغلب(٢)، وأخذت به

---

(١) استئناف وطنى ٢٨ مايو سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٢٣ ص٢٤٢ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٨ ص٢١٩ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٨-١٠ ص٢٢١ - ٢١ أبريل سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٤٢ ص٢٨ - ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص١٤٧ - ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص١١٥ - ١٨ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٦ ص١٦٩ - ٥ فبراير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٠٠ ص٣١٥ - طنطا الكلية ٧ مايو سنة ١٩٠٤ الحقوق ١٩ ص٩٨ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٢١ ص١٣٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢١ المحاماة ١ رقم ٦٢ ص٣٤٠ - الاسكندرية ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٨٧ ص٤٠٥ - على زكى العرابى فقرة ٩٥ ص٥٦ - عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٤٤ ص٧٥٩ - ص٧٦٤.

(٢) استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ رقم ٦٥ ص٢٦ - ١٥ مايو سنة ١٠٩٥ =

محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة[1]، ومن بعدها محكمة النقض[2]، هو أن العرض الواجب هو العرض البسيط أى مجرد إظهار الشفيع استعداده لدفع الثمن والملحقات فى إعلان طلب الشفعة.

وفى أثناء إعداد مشروع التقنين المدنى الجديد، ذهبت لجنة الأستاذ كامل صدقى، وهى اللجنة التى قامت باعداد مشروع نصوص الشفعة، بعد مناقشات طويلة[3]، إلى

=الاستقلال ٤ ص٤٥٤– ٥ يناير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ رقم ١٣٩ ص٢٩٥– ٤ يونيه سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص٣٧١– ١٦ فبراير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١٠٥ ص١٦٧– استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٣١– ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٣٥– ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٤٤ – ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢٠٩– ١٨ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤١٤– أحمد فتحى زغلول ص٩٣– دى هلتس لفظ préemption فقرة ١٢٢– محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢١ ص٤١٦ هامش ١.

(١) استئناف وطنى دوائر مجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص٢٦٦– وانظر بعد ذلك استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٤٢ ص١٩٠– ٥ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٢ ص٨٧٨ – ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٥ ص٦٢٥ – ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٨٠ ص١٤٥.

(٢) نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ ص٥٣٣ – أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ ص٥٥٥ – ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٨ ص٥٦٨– ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣١ رقم ١٥٣ – ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص٨٠– ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٩ ص٢٧٢.

وكان يجوز للمحكمة أن تقضى للشفيع بالشفعة فى مقابل دفعه الثمن للمشترى فى خلال مدة معينة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم الصادر فى دعوى الشفعة قد قضى للشفيع بالشفعة فى مقابل دفعه الثمن للمشترى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق به، فإنه يكون قد دل بذلك على أنه جعل من هذا الدفع فى الميعاد المقرر فيه شرطاً لاستحقاق العين المشفوع فيها، بحيث إذا فوت الشفيع هذا الأجل دون أن يقوم بالدفع بطلت شفعته. وذلك دون حاجة إلى حصول تنبيه عليه من المشترى بالدفع، وسواء أكان الحكم القاضى بتحديد الأجل ابتدائياً لم يستأنف فى الميعاد أم صادراً من محكمة استئنافية. ولا يشترط النص صراحة فى منطوق الحكم على سقوط الحق فى الشفعة جزاء على عدم دفع الثمن فى الميعاد، ولا يترتب على إغفال ذلك عدم إعمال مقتضى الحكم (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٥٨ ص٥٥٠). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص٩٥.

(٣) جاء فى محضر جلسة ٢٨ يناير سنة ١٩٣٨ لهذه اللجنة أن أحد الأعضاء قال «إنه يرى عدم ضرورة عرض الثمن على المشترى عرضاً حقيقياً، موجهاً النظر إلى ما يستتبعه العرض الحقيقى من خطر فى الفروض التى يكون فيها العقار باهظ الثمن أو التى لا يكون الثمن فيها قد دفع من المشترى أو التى يكون العقار فيها مثقلا بحقوق عينية. إذ يحسن عدم إغفال الحالات التى يحتمل فيها إعسار المشفوع ضده حتى لا يتعرض الشفيع لخطر هذا الإعسار». وبسط أحد الأعضاء خلاصة ما انتهى =

وجوب أن يودع الشفيع خزانة المحكمة مبلغا يساوى على الأقل ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع. وقدم المشروع التمهيدى على هذا الأساس إلى لجنة المراجعة، ولكن هذه اللجنة عدلت النص، إذ أوجبت أن يكون المبلغ الواجب إيداعه فى خلال خمسة عشر يوما من وقت إعلان طلب الشفعة هو كل الثمن الحقيقى لا ثلثه فقط. وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب، عدلت عن فكرة إيداع الثمن إلى فكرة عرض الثمن عند إعلان عريضة دعوى الشفعة، إذ كان من رأى هذه اللجنة أن «هذا العرض كاف لضمان جدية الدعوى، وهو لا يعطل فى الوقت ذاته استغلال المال فيما إذا وجب إيداع الثمن». ومن

=إليه بحثه فى موضوع العرض الحقيقى والإيداع متسائلا «عما إذا كان هناك موجب لإلزام الشفيع بأن يقرن إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة بعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً يتبعه بالإيداع إذا ما أبى المشترى الإذعان لطلب الشفعة، إذ الواقع أن الشفيع إنما يستعمل حقه بنية سلب المشترى ثمرة عقده والحلول محله عن طريق الشفعة التى يرى أنه محق فى استعمالها. فإذا اتخذ فى سبيل تحقيق بغيته خطة الهجوم، كانت عليه تبعة موقفه، ولزمه تحمل نتائجه بالقيام مباشرة بعرض ثمن الشئ الذى يرمى إلى تملكه عرضاً تستخلص منه دلالة الصدق والجدية وينفى مظنة المضاربة ونية الاتجار بحقه فى الشفعة. فإذا اعتبرنا الشفيع مشترياً يفرض نفسه على البائع والمشترى الأصليين ويسعى من وراء تدخله إتمام الصفقة لصالحه، فمن المتعين أن يكون قادراً على الوفاء بالتزامه كمشتر فوراً. وإثبات هذه القدرة على الوفاء من الوجهة القانونية لا يكون إلا عن طريق عرض الثمن على المشترى الذى سيحرم من ميزة عقده عرضاً حقيقياً، وهو أقطع دليل على حسن نيته ورغبته الجدية فى الشراء. بيد أنه كثيراً ما يرفض المشترى المهدد باستعمال الشفعة العرض الذى يتقدم به الشفيع، فهل يلزم الشفيع فى هذه الحالة بإيداع المبلغ المعروض؟ لقد فرق تقنين المرافعات الفرنسى فى المواد ٨١٢ – ٨١٤ بين العرض الحقيقى وبين الإيداع، فجعل كل منهما إجراء يختلف عن الآخر. أما تقنين المرافعات المصرى فقد جاء على عكس ذلك، إذ خلط بينهما فى نص واحد، وجعل منهما إجراء موحداً مؤدياً لبراءة الذمة.. والواقع أن الشفيع لم يصبح بعد مديناً ملزماً بالوفاء لابراء ذمته بالقيام بعرض حقيقى لمدين قائم بالفعل، فطالما أنه لم يصبح مالكاً نهائياً للعقار المشفوع فيه فلا مبرر لإلزامه بدفع ثمن العقار وملحقاته فوراً. فليس الأمر فيما يتعلق به موضوع عرض مبرئ للذمة حتى يمكن إلزامه بها بإيداع الثمن، بل إنه إعراب حاسم عن نية الأخذ بالشفعة. وما عرض الثمن وملحقاته إلا توكيد للرغبة الجدية فى ذلك، ومن ثم فليس هناك إلزام يتطلب من الشفيع وفاء، وبالتالى فلا مبرر لإلزامه بالإيداع». ثم قال أحد الأعضاء «إنه يمكن الاستغناء عن إجراء العرض الحقيقى دون تفويت حق لأحد، وذلك بإيداع جزء من الثمن خزانة المحكمة». إذ أن مثل هذا الإيداع كفيل بتحقيق كافة الضمانات اللازمة لإقصاء كل تدخل من هواة المضاربة، كما أنه يقضى من جهة أخرى على ما قد يتعرض له الشفيع من أخطار قد تترتب على إجراء العرض الحقيقى». وبعد تبادل الرأى تقدم أحد الأعضاء بالنص التالى. «يجب إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة على يد محضر، ويجوز أن يقترن هذا الإعلان أو يتبع فى خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ حصوله بإيداع الثمن وملحقاته خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار. فإذا لم يحصل هذا العرض أو إذا رفض، وجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المذكورة، وقبل رفع دعوى الشفعة، مبلغاً يساوى ثلث الثمن على الأقل، وإلا كان العرض باطلا». وبعد مناقشة وافقت اللجنة على هذا النص. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤١٣– ص٤١٩ فى الهامش.

ثم عدلت اللجنة النص على الوجه الآتي: «ويجب أن تكون عريضة الدعوى مصحوبة بالثمن الحقيقي الذى حصل به البيع، مخصوما منه قيمة ما يكون العقار المشفوع فيه مثقلا به من حقوق عينية». والمشترى وشأنه، إذا شاء قبض الثمن، وإلا عاد المال إلى الشفيع بعد هذا العرض الحقيقي. ووافق مجلس النواب على هذا التعديل، ولما عرض النص على لجنة مجلس الشيوخ، رأت أن الأسلم هو إيداع كل الثمن الحقيقي الذى حصل به البيع فى خلال خمسة عشر يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة، لأن الإيداع يحفظ حقوق الدائنين المسجلين وحق البائع فى باقى الثمن إذا لم يكن قد دفع له. ثم تقدم إلى اللجنة اقتراح بالعودة إلى عرض الثمن والاستغناء به عن الإيداع، وبأنه إذا رؤى ضرورة إيداع الثمن يكون الحكم بسقوط حق الشفعة فى حالة عدم الإيداع جوازيا للقاضي. ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح «لأنها اتجهت إلى تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى القائلين بالغاء هذا النظام ورأى القائلين بابقائه، واشتراط إيداع الثمن مظهر من مظاهر التقييد. ثم إن جعل الحكم بسقوط الحق فى الشفعة جوازيا للقاضي عند عدم الإيداع لا يستجيب لما ينبغى فى المعاملات من استقرار. على أن اللجنة رأت أن مدة الخمسة عشر يوما التى يجب أن يتم فيها الإيداع قصيرة. فجعلتها ثلاثين يوما توخيا للتيسير، وقررت تعديل النص على هذا الأساس». ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته، وهو النص الذى استقر أخيرا فى التقنين المدنى الجديد (م٢/٩٤٢ مدنى سالفة الذكر)(١).

٢١١ – وقت إيداع الثمن ومكانه: تقضى المادة ٢/٩٤٢ مدنى، كما رأينا(٢)، بأن إيداع الثمن يجب أن يتم فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان طلب الشفعة، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة(أ)، ويجب أن يكون الإيداع فى خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه وهى المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٤٩ هامش١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩.

(أ) أ– تنص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدنى على أنه «خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الاعلان (اعلان الرغبة) يجب أن يودع خزينة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع» وهذا النص صريح فى أن ما يجب ايداعه هو كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع.
(جلسة ١٩٨٦/٤/١٧ الطعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ق)

ب– أوجبت المادة ٩٤٢ من القانون المدني فى فقرتها الثانية على الشفيع أن يودع خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة – خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، فان لم يتم الايداع على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة، بما يدل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – ان ايداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة خلال الموعد المشار إليه هو اجراء من اجراءات دعوى الشفعة مما يتعين اتخاذه أمام المحكمة =

فيصح إذن أن يكون إيداع الشفيع للثمن عقب إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة، أو عند إعلان هذه الرغبة فيضمن الإعلان بيانا بأنه أودع الثمن فى خزانة المحكمة ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك، ريثما يدبر الشفيع المبلغ الواجب إيداعه. ولكن لا يجوز أن يتأخر الإيداع بحيث يجاوز ثلاثين يوما من وقت إعلان طلب الشفعة، أى من وقت وصول الإعلان إلى كل من البائع والمشترى. ولا يحسب يوم وصول الإعلان، فيسرى الميعاد فى اليوم التالى، وينقضى بانقضاء ثلاثين يوما ابتداء من هذا اليوم، فيجب أن يتم الإيداع فى اليوم الثلاثين على الأكثر. فإذا صادف يوم عطلة، امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل يلى انتهاء العطلة. وقد يصل إعلان طلب الشفعة إلى البائع وإلى المشترى فى يومين مختلفين، فى حدود الخمسة عشر يوما من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع، فتكون العبرة بآخر هذين اليومين لا بأولهما، لأن إعلان طلب الشفعة لا يتم إلا إذا وصل الإعلان إلى كل من البائع والمشترى. فإذا وصل الإعلان إلى المشترى فى يوم معين، ثم وصل الإعلان إلى البائع بعد يومين مثلا من اليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى المشترى، فإن ميعاد الثلاثين يوما يسرى من اليوم التالى لليوم الذى وصل فيه الإعلان إلى البائع[1].

=المختصة قانونا بنظر الدعوى، وشرط أساسى لقبول هذه الدعوى يتعلق بالنظام العام تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها فى أية مرحلة من مراحلها.

(جلسة ١٩٩٦/٤/٣ الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤ الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٨١٦)

جـ- إذ أوجب المشرع فى المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الايداع على هذا النحو سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة - فقد دل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن ايداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الالمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٩١/٣/١٣ الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢ الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص٣٨٦)

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص١٥٩٥)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٩٤)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق س٢٧ ص٣٤٧)

(١) نقض مدنى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٥ ص٤٩٠- ٨ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٥ ص٥١٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣١٤ ص٤٧٣.

ويجب على كل حال أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة(١)(1)، وسنرى عند الكلام فى دعوى الشفعة أن هذه الدعوى يجب أن ترفع هى أيضا فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان طلب الشفعة وإلا سقط الحق فيها. ويستطيع الشفيع بطبيعة الحال أن يودع الثمن خزانة المحكمة قبل انقضاء الثلاثين يوما بوقت كاف يمكنه من أن يرفع دعوى الشفعة فى الميعاد، وبذلك لا يسقط حقه لا من ناحية التأخر فى الإيداع ولا من ناحية التأخر فى رفع دعوى الشفعة، وهذا هو الأفضل، أما إذا تأخر فى الإيداع إلى اليوم الثلاثين، فإنه يستطيع أن يجد مخرجا له من سقوط حقه. فهو إذا أودع الثمن فى اليوم الثلاثين، لم يكن متأخرا فى الإيداع ولم يسقط حقه من هذه الناحية. ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يقدم صحيفة دعوى الشفعة إلى قلم المحضرين فى نفس اليوم، ويعتبر تقديم صحيفة الدعوى قاطعا لمدة السقوط. ومن ثم لا يعتبر متأخرا فى رفع دعوى الشفعة فى خلال الثلاثين يوما بعد أن قطع تقديم صحيفة الدعوى مدة السقوط، ويعتبر فى الوقت ذاته قد أودع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة. وكانت تنص المادة ٧٥ مرافعات

---

(١) ولا يشترط أن يحصل الإيداع فى اليوم السابق لرفع الدعوى، بل يجوز أن يحصل فى نفس اليوم الذى رفعت الدعوى فيه، ما دام قد حصل قبل رفع الدعوى. وقد قضت محكمة النقض، قبل صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات، بأن المشرع قد هدف من حصول الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية فى طلب الشفعة ولم يحدد فاصلا زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى، فاشتراط حصول الإيداع فى اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير فى الميعاد التى أخذ بها الشارع. أما التحدى بالمادة ٢٠ مرافعات فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين، أحدهما محدد بالأيام له بدايته ونهايته، والثانى غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمنى غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال حكم تلك المادة. لما كان ذلك، وكان الثابت أن الإيداع قد سبق رفع الدعوى التى أعلنت للمطعون عليهم قبل مضى الثلاثين يوماً من إعلان الرغبة بدليل الإشارة فى عريضتها إلى رقم قسيمة الإيداع، فان شروط المادة ٢/٩٤٢ مدنى تكون قد توفرت (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٦ ص٦١٩). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢١٣ ص١٥٣٠.

(1) إذ أوجب الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم اتمام الايداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل على ان ايداع كامل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع اعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلا عن أن هذا الاعفاء مخالف لصريح النص.
(جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق س٢٧ ص٣٤٧)

السابق، بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، فى هذا المعنى على ما يأتى: «وتعتبر الدعوى قاطعة لمدة التقادم أو السقوط من يوم تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها». وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى رفع دعوى الشفعة(١). وقد صدر قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ونصت المادة ٦٣ على أن يكون رفع الدعوى بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وهو الاجراء الذى يقطع مدة التقادم والسقوط.

ويخلص مما قدمناه أن توقيت إجراءات الشفعة يجرى فى الغالب على الوجه الآتى: يبدأ المشترى، عقب شرائه العقار المشفوع فيه، بانذار الشفيع إنذارا رسميا بوقوع البيع. وفى خلال خمسة عشر يوما من الإنذار، يعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى. وفى خلال ثلاثين يوما من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، يودع الشفيع الثمن فى خزانة المحكمة، ويرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشترى(٢).

٢١٢ - ما الذى يجب إيداعه - كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع: والذى يجب على الشفيع إيداعه خزانة المحكمة فى الميعاد المتقدم الذكر هو، كما تقول المادة ٩٤٢ مدنى، «كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع». والأصل أن الثمن المذكور فى عقد البيع يفترض أنه هو الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، إلا إذا ثبت عكس ذلك(1).

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٢٠.

(٢) ويسبق قيد الدعوى رفعها طبقاً للمادة ٧٥ مرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، على الوجه الذى سنبينه فيما يلى (أنظر فقرة ٢٢٠). أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، فقد كان قيد الدعوى يلى رفعها، وكان الواجب هو إيداع الثمن قبل رفع الدعوى لا قبل قيدها. فالإيداع الذى يقع بعد رفع الدعوى يكون إيداعاً غير صحيح، ولو وقع قبل قيد الدعوى. وقد قضت محكمة النقض بأن كلا من رفع الدعوى وقيدها إجراء يختلف عن الآخر، ومن ثم لا يكون هناك مع وضوح النص مجال للخلط بين هذين الإجرائين. ويكون القول بأن القانون إذ شرط فى المادة ٩٤٢ مدنى لقبول دعوى الشفعة وجوب إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة وقبل رفع الدعوى إنما قصد إلى أن يتم قبل قيدها قول غير صحيح فى القانون (نقض مدنى ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٦ ص٣٩١).

(1) أ- متى تحقق للشفيع أن يأخذ بالشفعة عند اشتمال عقد البيع على عقارات متعددة منفصلة ما توافرت له فيه أسبابها فان الثمن الحقيقى الواجب عليه ايداعه هو ثمن الجزء الذى توافرت له فيه أسباب الأخذ بالشفعة دون باقى الاجزاء.

(جلسة ١٩٩٨/٥/٩ الطعن رقم ٩٠٦٠ لسنة ٦٦ق)

ب- ايداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد وعلى الوجه المبين فى المادة ٩٤٢ من القانون المدنى هو=

ومن ثم يجب على الشفيع، فى الأصل، أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور فى

=شرط لقبول دعوى الشفعة فإن تخلف هذا الشرط فى الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٦ مدنى دمنهور الابتدائية لا يمنع الشفعاء من تداركه وإعلان رغبتهم فى أخذ أرض النزاع بالشفعة فى صحيفة الدعوى رقم ٤٨١ لسنة ١٩٦٩ مدنى دمنهور الابتدائية التى رفعت رأسا على البائعين والمشترى ما دامت اجراءات هذه الدعوى قد اتخذت فى وقت كان ميعاد وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لم يزل مفتوحا بسبب عدم توجيه الانذار إلى الشفعاء بحصول البيع أصلا طبقا لما أوضحته المادة ٩٤١ سالف الذكر وعدم تمام اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحيفة الدعوى الأولى لجميع أطراف البيع لسبب لا يسأل عنه الطاعنون متى كان لم يوجه إليهم انذار بالبيع يتضمن بيانا بموطن المطعون ضدها العاشرة التى لم يتم اعلانها من قبل الرغبة، وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر فى قضائه حين اعتد فى طلب الشفعة باجراءات الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٩ مدنى دمنهور الابتدائية ولم يقم اعتبارا للدعوى رقم ٤٨١ لسنة ١٩٦٩ مما حجبه عن بحث حق الطاعنين فى الشفعة طبقا للاجراءات التى تمت فيها فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب مما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٩١/٢/١٤ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٥٤ق)

جـ- استخلاص الثمن الحقيقى من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ١٢٢١ لسنة ٥٨ق)

د- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - ان مفاد نص المادتين ٩٤٢، ٩٤٦ من القانون المدنى مجتمعين، أنه يجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ويترتب على مخالفة ذلك سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة، وأن عبارة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع لاتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس مما يجب على الشفيع ايداعه فى الثمن، وكل ما يتولد للمشترى فى هذه الحالة هو حقه فى مطالبة الشفيع بمقابل البناء أو الغراس طبقا للقواعد المبينة بنص المادة ٩٤٦ المشار إليها سواء تم ذلك أثناء نظر دعوى الشفعة كطلب عارض منه أو رفعت به دعوى مستقلة، ويبنى على ذلك أن عدم ايداع الشفيع هذا المقابل لا يترتب عليه سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة إذ لو أراد المشرع أن ينسحب الجزاء المقرر بنص المادة ٩٤٢ سالفة البيان إلى حالة التخلف عن ايداع مقابل البناء أو الغراس الذى يأتيه المشترى على الأرض المشفوع فيها، لما أعوزه النص على ذلك صراحة أو يضمن نص المادة ٩٤٦ الإحالة إلى نص المادة ٩٤٢ الذى تضمن ذلك الجزاء، ومن ثم فإن القول بغير ذلك فيه إضافة لاجراء من اجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمالا للجزاء فى غير النطاق الذى حدده.

(جلسة ١٩٨٧/٢/٤ الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٦٦٣)

هـ- إذا كان الشفيع - فى حالة عدم انذاره بالبيع - ليس له من سبيل إلى معرفة الثمن الحقيقى الذى تم به هذا البيع، فيجوز له ايداع الثمن الذى يعتقد أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقى فيصح الايداع.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٩ الطعنان رقما ٢٧٥، ٢٧٦ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص١٩٩٣)

عقد البيع. ويستطيع العلم به إما من الإنذار الرسمى الذى وجهه إليه البائع أو المشترى بوقوع البيع ويشتمل فيما يشتمل عليه من بيانات ذكر الثمن الذى حصل به البيع(١)، أو من البحث فى سجلات الشهر العقارى إذا لم يصله إنذار رسمي وكان البيع قد سجل فيكشف عن الثمن المذكور فى العقد من واقع التسجيل. فإذا ما أودع الثمن(٢) المذكور فى عقد البيع، كان إجراء الإيداع سليما لا مطعن عليه. وله بعد ذلك أن يثبت، بجميع طرق الإثبات، أن هذا الثمن المذكور فى عقد البيع هو أكبر من الثمن الحقيقى، وقد ذكر فى العقد مبالغا فيه على هذا النحو لتعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو لإلزامه بدفع مبلغ يزيد على الثمن الحقيقى فيربح المشترى من وراء ذلك، وهذا ما يحدث كثيرا فى العمل(٣). فإذا ما أثبت الشفيع مقدار الثمن الحقيقى، استرد مما أودعه خزانة المحكمة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٢.

(٢) ويجب أن يكون الشفيع مالكاً للمال الذى يودعه، فإذاكان لراهب عقار يملكه قبل دخوله سلك الرهبنة، لم يستطع بعد دخوله هذا السلك أن يشفع بهذا العقار إذا كان المبلغ الذى يودعه خزانة المحكمة ليس من ماله الخاص بل من ماله البيعة التى يتبعها. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن المناط فى أحقية الراهب فى المطالبة بالشفعة يتحدد، لا بما إذا كانت العين التى يشفع بها مملوكة ملكية خاصة فحسب، بل بما إذا كان المبلغ الذى أودعه ثمنا للعقار المشفوع فيه من ماله الخاص أيضاً. فإذا كان الراهب قد اقتصر على التمسك أمام محكمة الموضوع بأن العين التى يشفع بها مملوكة له ملكية خاصة، ولم يدع أن ثمن العقار المشفوع فيه الذى أودعه خزانة المحكمة هو من ماله الخاص، وكان ما قرره الراهب من أن العين المشفوع بها هى من ماله الخاص لا يدل بذاته على أن الثمن الذى أودعه يخرج عن مال البيعة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة على أن يملكه الراهب من مال بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التى يتبعها، وعلى أن الراهب رفع دعوى الشفعة لحسابه الخاص لا بوصفه ممثلا للكنيسة، فان هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً فى القانون (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧٦ ص١٢٩١).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للشفيع أن يثبت بجميع الطرق، بما فيها القرائن، أن الثمن الوارد فى عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها، بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الأخذ بالشفعة. ولكن إذا توافر لدى القاضى الدليل على صحة الثمن المسمى فى العقد كان له رفض طلب الإحالة على التحقيق، كما إذا قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحة الثمن وهى شراء نفس الشفيع أطياناً فى نفس الحوض فى تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة بأثمان تزيد على الثمن المسمى فى هذا العقد (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٣ ص١٠٩٩). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أخذت المشفوع ضدهما فى خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للأخذ به قانوناً، وهو عقد البيع الابتدائى الموقع عليه منهما، ولم تعتمد بما أبداه من تعليل لرفع الثمن فى العقد النهائى لما ساقته فى هذا الخصوص من أسباب سائغة، فلا وجه للنعى على حكمها بأنها لم تحل الدعوى على التحقيق لتتحرى حقيقة الثمن. ذلك بأن لها فى هذا الشأن سلطة تقدير =

مقدار الزيادة. كذلك يستطيع البائع أو المشترى، فى رأينا، أن يثبت بالطرق الجائزة فى الإثبات فيما بين البائع والمشترى أن الثمن المذكور فى العقد هو أقل من الثمن الحقيقى(١)، وقد ذكر فى العقد ناقصا لتحقيق غرض معين ولو كان غرضا غير مشروع كالهرب من دفع رسوم التسجيل كاملة. فإذا ما ثبت الثمن الحقيقى، وأن الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة هو أقل منه، كان الايداع مع ذلك إجراء صحيحا لأن

=إجابة هذا الطلب أو رفضه تبعاً لما يتراءى لها من عناصر الدعوى (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٥ ص٤٣- ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٦ ص٣٠٣). وانظر استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص٢٠٤- ١٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص١٩٠- ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص١٩٦- ١٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص١٩٥- ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٤٥ ص١٤٢- استئناف مصر ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ٦٨ ص٢٣٣ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٤.

ولا تأمر المحكمة بتحقيق ادعاء الشفيع إلا إذا وجدت فى الدعوى قرائن تشعر بصحته، حتى لا يكون المشترى معرضاً لنزع ملكية العقار الذى اشتراه بثمن أقل من الثمن المذكور فى العقد بمجرد شهادة بعض الشهود (استئناف وطنى ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص١٩٠- استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٣١٦- ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٠٤- ١٩ يونيه سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٣١٠- ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٧٤- ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٠٠). وذلك كأن تتأكد المحكمة من مستندات أو من خبير أن العقار لا يساوى الثمن المذكور فى العقد، ولا توجد أسباب خاصة تحمل المشترى على شرائه بأكثر من قيمته. وللمحكمة أن تحلف المشترى اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد فى العقد (استئناف وطنى ٧ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٤٨ ص١٩٥). ولا يقبل القاضى إثباتاً لصورية الثمن إلا القرائن القوية التى لا تدع مجالا للشك فى صحة ما يدعيه الشفيع (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص٦٣٠- استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٣١٦- ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص١١٢). والشفيع هو الذى يحمل عبء إثبات صورية الثمن، فلا يقبل منه دفع كل الثمن الوارد فى العقد مشترطاً أن يثبت المشترى جديته (استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٣١٠).

وإذا أحالت المحكمة القضية على التحقيق، وجب البحث، لا عن قيمة العقار، بل عن الثمن المدفوع، وسياق الدليل الذى استند إليه الحكم فى قضائه بهذا الثمن (نقض مدنى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣١ رقم ١٥١ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٧٣١ رقم ١٥٢).

(١) وعلى العكس من ذلك نصت المادة ٢٥١ من قانون الملكية العقارية اللبنانى (المعدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨) على أنه «إذا وقع خلاف على مقدار ثمن المشفوع بين المشترى وصاحب حق الشفعة، فتعين المحكمة الثمن الحقيقى بصرف النظر عن قيمة المشفوع. ولا يسمع الادعاء من المشترى بأن هذا الثمن يزيد عن الثمن المذكور فى العقد المسجل».

الشفيع يكون معذورا إذا هو لم يعلم بالثمن الحقيقى واعتمد على ما هو مذكور فى العقد أنه هو الثمن، ولكنه يلزم بدفع الفرق بين الثمن الحقيقى وبين ما أودعه فعلا خزانة المحكمة(١). على أن هذا الرأى ليس هو الرأى الذى تأخذ به محكمة النقض وفريق من الفقهاء، فهؤلاء يذهبون إلى أن الشفيع يعتبر من الغير فى عقد البيع المشفوع فيه، فإذا كان هذا العقد صوريا ولو فى جزء منه كالثمن، فان للشفيع إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر، وعلى ذلك لا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فى العقد إذا كان هذا الثمن صوريا وكان أقل من الثمن الحقيقى، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك(٢)(1).

هذا كله إذا أودع الشفيع خزانة المحكمة الثمن المذكور فى العقد، وهو ما يجدر به أن يفعله حتى يطمئن اطمئنانا تاما إلى أن إجراء الإيداع قد تم صحيحا لا مطعن عليه كما سبق القول. ولكن يقع فى بعض الأحيان أن يكون الثمن المذكور فى العقد مبالغا فيه مبالغة شديدة بقصد إرهاق الشفيع بإلزامه بايداع تمن أكبر من الثمن الحقيقى. فهل يستطيع الشفيع فى هذه الحالة أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقى؟ إن ما تتطلبه المادة ٢/٩٤٢ مدنى هو كما رأينا إيداع «كل الثمن الحقيقى»، فإذا عرف الشفيع هذا الثمن، وكان أقل من الثمن المذكور فى عقد البيع، فهو لا يلتزم إلا بإيداع الثمن الحقيقى دون الثمن المذكور فى العقد، ويكون الايداع صحيحا فى هذه الحالة. ولكنه هو الذى يحمل عبء إثبات أن ما أودعه خزانة المحكمة هو الثمن الحقيقى. ويستطيع أن

---

(١) أنظر فى هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٦٨ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٧٠ والأحكام المشار إليها فى الهامش.

(1) الثمن الذى توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع ايداعه حتى لا يسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع ولا يكون هذا الثمن دائما هو الثمن المسمى فى العقد إذ يحتمل أن يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة، وللشفيع أن يطعن فى هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى وعندئذ يقع عليه عبء اثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الاثبات القانونية كافة بحيث ان عجز عن اثباتها اعتبر أنه قد تخلف عن الايداع المفروض عليه قانونا إن كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٩ الطعن رقم ٢١٨٤ لسنة ٥١ق س٣٦ ص-١٧٠)

(جلسة ١٩٨١/٤/١ الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٠٠٦)

(جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٩ق س١٤ ص١١٣١)

يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات(١)(أ). فإذا ما أثبت أن المبلغ الذى أودعه لا يقل عن الثمن الحقيقى، سواء كان معادلا له أو كان أكبر منه، فإن الإيداع يكون صحيحا كما قدمنا، حتى لو كان هذا المبلغ أقل من الثمن المذكور فى العقد، وله أن يسترد الفرق فيما إذا أودع مبلغا أكبر من الثمن الحقيقى. أما إذا لم يستطيع إثبات ذلك، أو ثبت أن الثمن الحقيقى هو أقل من الثمن المذكور فى العقد ولكنه أكبر من المبلغ الذى أودعه خزانة المحكمة، فانه لا يكون قد أودع «كل الثمن الحقيقى». فيكون الإيداع غير صحيح، حتى لو ذكر عند الإيداع أنه مستعد لإكمال المبلغ المودع إلى مقدار الثمن الحقيقى فيما لو ظهر أن المبلغ المودع أقل، ومن ثم تسقط شفعته(٢).

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع إذا وجه اليمين الحاسمة إلى كل من المشترى والبائع على صحة الثمن المذكور فى العقد، وحلف المشترى، وتخلف البائع عن الحضور لحلف اليمين، فان تخلفه لا يضار به المشترى، وتكفى يمين المشترى إذ هو ذو المصلحة الكبرى فى إثبات أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الصحيح (استئناف مختلط ٤ نوفمبر سنة ١٩١٩ م٣٢ ص٥).

(أ) متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريا وأقل من الثمن الحقيقى، فان للشفيع - باعتباره من الغير فى هذا العقد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر، ولا يلزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه.
(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ١٢٢١ لسنة ٥٠٨ق)
(جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ الطعن رقم ٣٢٤ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص١٥١٥)
(جلسة ١٩٥٩/٤/٢ الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٤ق س١٠ ص٣٠٣)

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى توجب على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، ورتبت على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور وعلى الوجه المتقدم سقوط الحق فى الشفعة، كان مفاد هذا أن الإيداع الكامل وفى الميعاد المذكور أصبح شرطاً أساسياً لقبول طلب الشفعة وإجراء جوهرياً من إجراءاتها، ولا تعتبر الدعوى قائمة فى نظر القانون إلا بتحقق حصوله. فإذا كان الثابت فى الدعوى أن الشفيعة قد بادرت برفع دعواها بناء على علم تلقائي دون انتظار لإنذار رسمى من جانب البائع أو المشترى، وأودعت ما ظنته الثمن الحقيقى ثم ظهر أنه على خلافه، كانت بذلك مجازفة وعليها خطرها، وتكون بهذا الإيداع الناقص قد عرضت حقها فى الأخذ بالشفعة للسقوط (نقض مدنى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٨٧ ص٦٥٧). وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٨ - أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص٧٥٦ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٥٢٦ ص١٢٠٧ - ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٣ ص٦١٥ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص١٠١١ - استئناف وطنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧ ص٢٠٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٦ ص١٩٠ - ٨ مايو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٠٢ ص١٤٧ - قنا الكلية ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٢ ص٩٩٩ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٢٩٣ =

وغنى عن البيان أنه إذا رفعت دعوى الشفعة فى الوقت الذى كان قانون الشفعة السابق معمولا به، فإن الشفيع لم يكن فى حاجة وقتذاك إلى إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى، بل كان يكفيه أن يعرض الثمن وملحقاته عرضا بسيطا فى إعلان طلب الشفعة(١). فإذا فعل ذلك، ثم صدر التقنين المدنى الجديد، فإن المادة ٢/٩٤٢ من هذا التقنين لا تسرى فى حقه إذ ليس لها أثر رجعى. ومن ثم يعتبر العرض البسيط الذى صدر منه إجراء قد تم صحيحا طبقا لأحكام قانون معمول به، فلا يلتزم بعد صدور التقنين المدنى الجديد بايداع الثمن خزانة المحكمة، حتى لو كانت دعوى الشفعة لم يفصل فيها وقت صدور هذا التقنين. وقد نصت المادة ١/٢ مرافعات على أن «كل إجراء من إجراءات المرافعة تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا، ما لم ينص على غير ذلك». وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه متى كان الحكم المطعون فيه، إذ قضى للشفيع بالشفعة، قد قرر أن عرض الثمن عرضا حقيقيا وإيداعه خزانة المحكمة ليس لازما لصحة الشفعة، بل يكفى العرض البسيط للثمن الذى يراه الشفيع حقيقيا، ولا محل للتمسك بالمادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد إذ أن دعوى الشفعة قد رفعت قبل العمل

=ص٩٩٩- شبين الكوم ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٢ رقم ٢٤٣ ص٩٥٦- استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص١٧٠- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٣ ص٤٢٤- محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص٥٠٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٤- إسماعيل غانم ص٨٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٠ ص٤٨٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص٣٤٨ - ص٣٤٩ - حسن كيرة ص٢٠.

وقارن استئناف وطنى ١٣ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٨ ص٩١- ٧ يناير سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٥ رقم ٤٧ ص١١٥.

(١) وقد قضت محكمة النقض، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق، بأنه إذا أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وعين الثمن الذى أسس عليه هذه الرغبة قائلا إن هذا المبلغ هو الذى دلت تحرياته على أنه الثمن الحقيقى وهو قيمة ما تساويه العين المبيعة فى نظره، فان العرض فى هذه الحالة يكون مقيداً بالثمن المذكور. فإذا تبين أن هذا الثمن دون الثمن الحقيقى الذى ثبت لدى محكمة الاستئناف فان هذا العرض يكون ناقصاً نقصاً لا يجزئ عنه أن يكون الشفيع قد وصف الثمن الذى عينه بأنه الثمن الحقيقى، لأن طلب الشفعة على أساس ثمن معين لا يفيد بذاته استعداد الطالب للأخذ بثمن أعلى (نقض مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣١ رقم ١٥٠). ولكن إذا كان المبلغ الذى عرضه الشفيع أقل من الثمن الذى انعقد به البيع، فان العرض يكون مع ذلك صحيحاً إذا أظهر الشفيع استعداده لدفع ما يظهر أنه الثمن الحقيقى مع كافة المصروفات الرسمية (نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٧٣١ رقم ١٤٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٧٣٤ رقم ١٤٧- ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٧٣١ رقم ١٤٩).

بهذا القانون ولا أثر له على الماضى، فإن هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه(١). وقضت أيضا بأن الإيداع فى حكم القانون الجديد شرط لقبول الدعوى، ولما كانت الدعوى قد رفعت صحيحة وفقا لقانون الشفعة القديم، فلا يسرى عليها نص المادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد، سواء اعتبر هذا الشرط متعلقا بالإجراءات أو متصلا بموضوع الحق(٢).

٢١٣ - إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يدفع المشترى إلا جزءا منه فقط: تقضى المادة ٢/٩٤٥ مدنى، كما سنرى(٣)، بأن الشفيع لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع. فإذا اتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا، فإن الشفيع لا يستفيد من هذا التأجيل أو التقسيط الذى راعى فيه البائع اعتبارات خاصة بالمشترى، بل يجب عليه إيداع الثمن كله قبل رفع دعوى الشفعة. فإذا أراد الشفيع أن يستفيد من التأجيل أو التقسيط، وجب عليه الحصول على رضاء البائع بذلك، بعد ثبوت حقه فى الشفعة.

فواضح إذن أن الشفيع، فى حالة ما إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا بالنسبة إلى المشترى، يجب عليه إيداع كل الثمن فى الميعاد القانونى، حتى لو كان المشترى لم يدفع للبائع شيئا من الثمن فى حالة التأجيل، أو دفع جزءا منه فقط فى حالة التقسيط. فالشفيع ملزم فى الحالتين، كما قدمنا، بدفع كل الثمن فورا للبائع، فيجب عليه إذن إيداع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد الذى عينه القانون.

وحتى لو حصل الشفيع مقدما على رضاء البائع بالتأجيل أو بالتقسيط، فأصبح غير ملزم بدفع كل الثمن فورا للبائع، فانه يتعين عليه، من ناحية الإيداع كاجراء ضرورى من إجراءات الشفعة، أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد الذى عينه القانون(1).

---

(١) نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣٤ رقم ١٤٧.

(٢) نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٧٠ ص٤٦٧- وانظر أيضا نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣١ ص٨٦٧- وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠١ - وقارن استئناف المنصورة ١٢ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٥١ ص١٠٦.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٢٣٨.

(1) أ- إذ أوجب المشرع فى المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أنه يودع فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الايداع على النحو سقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة، فقد دل - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - على أن ايداع كامل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فى الميعاد وبالكيفية التى حددها المشرع هو شرط لقبول دعوى الشفعة مما يخول محكمة الموضوع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى إن أخل به الشفيع، ويجيز لمحكمة =

ذلك أن المادة ٢/٩٤٢ مدنى، وهى تتكلم عن الإيداع، يختلف نطاق تطبيقها عن نطاق تطبيق المادة ٢/٩٤٥ مدنى الخاصة بميعاد وفاء الشفيع بالثمن للبائع. فالنص الأخير مقصور على العلاقة ما بين الشفيع والبائع بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة، فيجيز للبائع بالنسبة إلى الشفيع أن يؤجل الثمن أو يقسطه كما أجله أو قسطه بالنسبة إلى المشترى. أما النص الأول فخاص باجراء ضرورى من إجراءات الشفعة لابد من القيام به وإلا سقط حق الشفيع، وهو إيداع الثمن. وقد جاء النص عاما مطلقا، وأوجب على الشفيع فى جميع الأحوال أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى. على أن المقصود بالزام الشفيع بايداع كل الثمن خزانة المحكمة، ليس فحسب مراعاة مصلحة البائع حتى يقال إن هذا الالتزام يسقط برضائه، بل أيضا لأن إيداع الثمن، كما جاء فى تقرير

=النقض أن تثير ذلك من تلقاء نفسها باعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التى تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع.
(جلسة ١٩٩١/٣/١٣ الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٥ق)
(جلسة ١٩٨٦/٤/١٠ الطعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٢ق)
(جلسة ١٩٨٦/٤/٣ الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٥١ ق)
(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤ الطعن رقم ٩-١٦ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٨١٦)
(جلسة ١٩٨٣/٢/٢ الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص٣٨٦)
(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٩١)
(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص١٥٩٥)

ب- إذ أوجب الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم اتمام الايداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل على ان ايداع كامل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع اعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلا عن أن هذا الاعفاء مخالف لصريح النص، فان الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الايداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه فى المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدنى من أنه لا يحق للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن النص الأخير انما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى، ومن ثم لا يجوز استنادا إلى هذا النص تخويل البائع حق الاعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة.
(جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق س٢٧ ص٣٤٧)

لجنة مجلس الشيوخ، مظهر من مظاهر تقييد الشفعة للتوفيق بين رأى القائلين بالغائها ورأى القائلين بابقائها. فإذا أودع الشفيع كل الثمن خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى على الوجه الذى يتطلبه القانون، فقد قام بالإجراء الواجب حتى يثبت حقه فى الشفعة. وعند ذلك يستطيع الشفيع أن يلزم البائع بما اتفق عليه معه، فيسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع، ثم يسدده له فى الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها(١).

٢١٤- ملحقات الثمن: رأينا فيما تقدم أن الشفيع يجب عليه أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة، فهل يجب عليه أيضا أن يودع مع الثمن ملحقاته؟ وملحقات الثمن قد تكون رسمية كرسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله ورسوم استخراج الشهادات العقارية، وقد تكون غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة العقار المشفوع فيه.

لم تذكر المادة ٢/٩٤٢ مدنى، فى شأن الإيداع، إلا إيداع «كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع». فلم تذكر ملحقات الثمن، ولو أراد الشارع أن تودع ملحقات

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الشارع، إذ أوجب فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى أن يودع، فى خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة، خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل بذلك على أن إيداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد المذكور وعلى الوجه السابق بيانه هو شرط لقبول دعوى الشفعة. فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون لأنه فضلا عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فان الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى عجل كل الثمن أو بعضه للبائع أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه. ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الإيداع لقبول دعوى الشفعة، وبين ما نص عليه فى المادة ٩٤٥ من أنه لا حق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع. ذلك أن هذا النص الأخير إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى. ومن ثم لا يجوز، استناداً إلى هذا النص، تخويل البائع حق الإعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص٣٥٦). وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى ٧ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٤٤ ص١٠١١- وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣١٨ ص٥٣٩- ص٥٤٠- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٦ ص٣٤٨- وقارن شبين الكوم الكلية أول يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٣ رقم ٤٨٢ ص١١٠٦)

الثمن، رسمية أو غير رسمية، لما فاته ذكر ذلك. فقد ذكر، فى شأن البيانات التى يجب أن يشتمل عليها الإنذار الرسمى بوقوع البيع الموجه من البائع أو المشترى للشفيع (م٩٤١ مدنى)، أن من هذه البيانات «بيان الثمن والمصروفات الرسمية»، فلم يغفل المصروفات، بل لم يغفل تحديد نوعها. فلو أراد أن يودع مع الثمن ملحقاته، لما أغفل ذكر الملحقات، ولنص عليها نصا صريحا كما فعل فى البيانات الواجب ذكرها فى الإنذار الرسمى. وقد اكتفى المشرع بايداع كل الثمن دون إيداع الملحقات(١)، إذ قد لا يتيسر حساب الملحقات

---

(١) أ- المادة ٩٤٢ من القانون المدنى توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن الذى حصل به البيع ضمانا لجدية طلب الشعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة، وأغفلت ملحقات الثمن فيما يجب ايداعه اكتفاء بايداع الثمن الحقيقى فحسب، ولم يرد تكليف فى القانون ببيان المصروفات الرسمية باعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٨١/١١/٤ الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٨٩)

(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٤٦ق س٣١ ص١٦٥٧)

(جلسة ١٩٨٦/٦/٣ الطعنان رقما ١٢٥٢، ١٢٦٩ لسنة ٥٢ق)

ب- ولئن كان المشرع لم يلزم الشفيع سوى بايداع الثمن الحقيقى فحسب وأغفل ملحقات الثمن فيها يجب ايداعه بما ينبنى عليه عدم سقوط الحق فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم ايداع الملحقات إلا أن دعوى الشفعة تتسع مع هذا لبحث النزاع الذى يقوم بين طرفى الخصومة حول الزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن من مصروفات رسمية وغير رسمية بحيث يتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه المنازعة سواء اثيرت من جانب الشفيع أو المشترى ما دامت مطروحة عليها، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الشفعاء المطعون ضدهم طلبو الحكم بأحقيتهم فى أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن والمصاريف والملحقات، وأن الخصوم تجادلوا أمام محكمة أول درجة دفعا وردا فى شأن قيمة هذه الملحقات ووجه الشفعاء للطاعنين اليمين الحاسمة فى شأن قيمة السمسرة ومصاريف المهندس الذى عاين العقار - كما استمرت المجادلة بين الخصوم فى ذلك الشأن أمام محكمة الاستئناف بما مؤداه أن النزاع بشأن قيمة الملحقات الذى يلزم الشفعاء بدفعها للطاعنين كان مطروحا مع طلب الشفعة أمام محكمة الموضوع ومن ثم فهى تلتزم بالفصل فيه باعتبار أن الخصومة حق مشترك بين طرفيها وقد طرح كل منهما أمر هذه الملحقات فى دفاعه وطلباته الموضوعية فى الدعوى بما ينتفى معه وجه القول بوجوب المطالبة بها استقلالا بطلب عارض رغم كونها مطروحة فعلا من جانب الطرفين وتناضلهم فيها طلبا ودفاعا - لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن الشفيع لا يلزم بايداع ملحقات الثمن بخزينة المحكمة وأن الطاعنين وشأنهم فى المطالبة بها بدعوى مستقلة بعد أن تقاعسوا عن اتخاذ الاجراء المناسب للمطالبة بها فى دعوى الشفعة فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ق س٣٦ ص٥٦٥)

جـ- لا على الحكم المطعون فيه ان اكتفى - عند الرد على الدفع بعدم ايداع الشفيع لملحقات الثمن - بالقول بأن الشفيع قد أودع كامل الثمن ولم يتعرض للملحقات - إذ جرى قضاء محكمة النقض - بعد العمل بالقانون الحالى على تقرير أن الشارع قد تعمد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب ايداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بايداع الثمن الحقيقى فحسب مما يجب معه إعمال هذا القيد =

على وجه التحقيق لأول وهلة وبخاصة غير الرسمية منها. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٢/٩٤٢ مدنى يكتفى بايداع «ثلث الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع»، فرفع ثلث الثمن إلى كل الثمن فى المراحل التالية. وهذا يدل على أنه لم يكن المقصود أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل ما يستحق فى ذمته لقاء الأخذ بالشفعة، بل يودع مبلغا يكفى للدلالة على جدية طلبه وعلى أنه لا يقصد المساومة والمضاربة بطلبه الشفعة(١). وإذا كان المشرع قد أوجب إيداع «كل الثمن»، فليس المقصود من هذا التعبير أن يتضمن الثمن ملحقاته، وإنما أريد أن يشمل الإيداع «كل» الثمن بعد أن كان لا يشمل فى المشروع التمهيدى إلا «ثلثه» كما سبق القول. فالشفيع إذن لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن، وتكون هذه محل مطالبة من المشترى للشفيع فى أثناء نظر دعوى الشفعة، وعلى المشترى أن يقدم ما يثبت مفردات هذه الملحقات وأنه صرفها جميعا حتى يقضى له بها على الشفيع.

وهذا هو الرأى الذى استقر عليه الفقه فى مصر(٢)، كما أخذت به محكمة النقض بعد أن كانت قد قضت بعكسه(٣). فقد انتهت محكمة النقض فى قضائها الأخير إلى أن تقرر أن الشارع تعمد فى القانون الجديد إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه

=فى أضيق الحدود فلا ينسحب إلى الملحقات التى لم يرد بها تكليف فى القانون.
(جلسة ١٩٨١/١/٨ الطعن رقم ٥٤٢ لسنة ٤٧ق س٩٣٢ ص١٣٢)
(جلسة ١٩٨١/١١/٤ س٣٢ ص١٩٨٩)

(١) أنظر آنفاً ص٦٤٩ هامش١.

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٩ ص٥٠٥- ٥٠٦- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢١- منصور صمطفى منصور فقرة ١٤٦ ص٣٤٩- ص٣٥٠- وانظر عكس ذلك وأنه يجب إيداع الملحقات مع الثمن محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٦.

(٣) إذ كانت قد قضت بأنه متى كان الحكم قد قرر، لأسبابه السائغة التى تتفق مع شروط البيع، أن الشفيع إذا لم يقم بايداع الملحقات مع ثمن العقار المشفوع فيه لم يكن قد وصل إلى علمه شئ عن هذه الملحقات ولا عن مقدارها، فإن هذا الذى قرره الحكم يكون صحيحاً فى القانون، ويكون للشفيع عذره فى عدم إيداع الملحقات مع الثمن (نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٣ ص٦٠٧). ويستخلص من هذا الحكم أن الشفيع، إذا كان قد وصل إلى علمه مقدار الملحقات، فإنه يجب عليه إيداعها مع الثمن. وانظر أيضا فى هذا المعنى سوهاج الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٣٤ ص٢٩- وقد عدلت محكمة النقض عن قضائها هذا إلى عكسه فقضت، كما نرى فى المتن، بأن الشفيع لا يلتزم بايداع الملحقات مع الثمن.
وكانت محكمة النقض تقضى، تطبيقاً لأحكام قانون الشفعة السابق، بأن عرض ملحقات الثمن لا يكون واجباً على الشفيع إلا إذا كان عالماً وجودها، فان حقه فى الشفعة لا يسقط إلا باثبات هذا العلم وإغفاله إبداء الرغبة فى الالتزام بها (نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣٥ رقم ١٧٣ - ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٧٣٤ رقم ١٧٢ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص١٦-١).

اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بايداع الثمن الحقيقى فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد فى أضيق الحدود، فلا ينسحب إلى ملحقات الثمن التى لم يرد بها تكليف فى القانون. ويؤيد هذا النظر أن المشرع فى التقنين الجديد لم يكن يغيب عنه أمر الملحقات، فأورد ذكرها فى المادة ٩٤٠ مدنى التى حددت البيانات التى يشتمل عليها الإنذار الرسمى الذى يوجه إلى الشفيع لإعلانه بالبيع، ومنها بيان الثمن والمصروفات الرسمية. ولما أراد الشارع أن يقرر القاعدة التى انتهجها فى التقنين الجديد فى خصوص الإيداع، نص فى المادة ٩٤٢ التالية على ما يجب إيداعه، فذكر الثمن وحده دون الملحقات، مما يقطع فى الدلالة على أنه لا يوجب إيداع ملحقات الثمن(١).

٢١٥ - المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس: وسنرى أن الشفيع يجب أن يرد للمشترى ما أنفقه على العقار المشفوع فيه من مصروفات ضرورية ومصروفات نافعة، وذلك طبقا للقواعد التى قررها القانون فى شأن هذه المصروفات. كذلك يجب عليه أن يعوض المشترى عما أحدثه هذا فى العقار المشفوع فيه من بناء وغراس، وهذا طبقا لقواعد خاصة بالشفعة قررها القانون فى المادة ٩٤٦ مدنى، وسيجئ بيانها تفصيلا فيما يلى.

وإذا كان الشفيع غير ملزم بايداع ملحقات الثمن خزانة المحكمة مع الثمن، فهو من باب أولى غير ملزم بايداع ما يستحق فى ذمته للمشترى بسبب المصروفات الضرورية والنافعة وبسبب البناء والغراس، لنفس الاعتبارات التى قدمناها فى ملحقات الثمن ويكون ما يستحق فى ذمته بسبب كل ذلك موضوع مطالبة خاصة يتقدم بها المشترى فى دعوى الشفعة، ويقضى له بها على الشفيع إذا هو أثبتها طبقا للقواعد المقررة قانونا(٢)(1).

٢١٦ - الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن فى الميعاد القانونى: رأينا(٣) أن المادة

---

(١) نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤١ ص٢٧٨.

(٢) أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٢٧.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩.

(1) ان المادة ٩٤٦ من القانون المدنى بينت ما يحق للمشترى اقتضاءه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذى يجريه المشترى فى العقار المشفوع به، والمادة ٩٤٢ من هذا القانون حددت ما يجب على الشفيع ايداعه بأنه «كل الثمن الحقيقى الذى حصل من البيع» ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة «كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع» لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع ايداعه، ومن ثم فان عدم ايداع الشفيع لهذا المقابل لا ينبنى عليه سقوط الأخذ بالشفعة أو القول بغير ذلك فيه اضافة لاجراء من اجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون واعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده.
(جلسة ١٩٨٠/٦/٣ الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٧ق س٣١ ص١٦٦٣)

٢/٩٤٢ مدنى، بعد أن قررت وجوب إيداع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه فى ميعاد معين حددته، نصت فى آخرها على ما يأتى: «فان لم يتم الإيداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم، سقط حق الأخذ بالشفعة». فالنص صريح إذن فى أن جزاء إخلال الشفيع بالتزامه من إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة فى الميعاد القانونى هو سقوط حقه فى الشفعة(1).

ويستطيع المشترى أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب فى أية حالة كانت عليها الدعوى، بل إن للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها. وقد قدمنا أن سقوط الشفعة بسبب انقضاء مواعيدها هو من النظام العام، فللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها وفى أية حالة كانت عليها الدعوى، وحتى لو نزل صاحب الحق صراحة عن التمسك بالسقوط(١). وقد قضت محكمة النقض، فى خصوص إيداع الثمن، بأن للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة إذا لم يقم بايداع الثمن فى الميعاد المحدد فى المادة ٩٤٢ مدنى(٢).

وما دام يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع لعدم إيداع الثمن فى الميعاد المحدد، فإنه يترتب على ذلك أنه يجوز إبداء الدفع بسقوط الشفعة لهذا السبب لأول مرة، لا فحسب أمام محكمة الاستئناف، بل أيضا أمام محكمة النقض.

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٤٤ هامش ٢.

(٢) نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٥ ص٣٥٦.

(1) مفاد نص المادتين ٩٤٢، ٩٤٦ مجتمعين أنه يجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ويترتب على مخالفة ذلك سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٩١/٣/١٣ الطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩٠/١١/٧ الطعن رقم ١٨٢٦ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٧/٢/٤ الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/٣ الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤ الطعن رقم ١٦٠٩ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٨١٦)

(جلسة ١٩٨٣/٢/٢ الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص٣٨٦)

(جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص١٥٩٥)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٩٤)

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق س٢٧ ص٣٤٧)

٤٥٠ – ومع ذلك لم يعط التقنين المدنى الجديد للمستأجر حقاً عينياً – الأسباب التى دعته إلى ذلك : وبالرغم من وضوح تطور حق المستأجر نحو العينية كما يظهر فى جلاء من الأقوال الى نقلناها فيما تقدم ، فإنه لما أتيحت فرصة تنقيح التقنين المدنى ، استبقى التقنين المدنى الجديد كما رأينا حق المستأجر حقاً شخصياً دون أن يقترن به حق عينى [١] . وهذا الموقف المنطوى على التحفظ دعت إليه أسباب يمكن تلخيصها فيما يأتى :

أولا : تمشى التقنين المدنى الجديد مع سياسته التشريعية المألوفة فى التطوير التدريجى للمبادئ القانونية دو أن يسبق الزمن . فاكتفى ، مع استيفاء حق المستأجر حقاً شخصياً ، بأن دون يعطى هذا الحق جميع المزايا المقصودة من إعطاء المستأجر حقاً عينياً . فالإيجار يسرى فى حق من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ، لا بموجب حق التتبع الذى هو من خصائص الحق العينى ، بل بموجب نظرية الاستخلاف على الحقوق واعتبار المشترى للعين المؤجرة خلقاً خاصا تنتقل إليه الحقوق والالتزامات المتولدة من عقد الإيجار . وجعل الإيجار ساريا فى حق الدائنين الحاجزين ، لا بموجب حق التقدم الذى هو من خصائص الحق العينى ، بل مطاوعة لطبيعة حق المستأجر التى تأبى مزاحمة الدائنين الآخرين ، ونتيجة ضرورية لسريان الإيجار فى حق الراسى عليه المزاد . وأعطى للمستأجر دعاوى الحيازة جميعاً ، لا لأن حقه عينى ، بل لأن دعاوى الحيازة أصبحت فى التقنين المدنى الجديد تحمى الحق الشخصى كما تحمى الحق العينى . واستبقى وجوب تسجيل الإيجار إذا زادت مدته على تسع سنوات، فإن التسجيل يرد على الحقوق الشخصية كما يرد على الحقوق العينية . ومن ثم جعل التسجيل وجهاً من وجوه تفضيل أحد المستأجرين المتزاحمين على المستأجر الآخر، فليس التسجيل مقصوراً على الحقوق العينية كما قدمنا ، كما أنه ليس هو الوجه الوحيد للتفضيل بل يوجد إلى جانبه وجه آخر هو وضع اليد .

ثانياً : بعد أن وفر التقنين المدنى الجديد لحق المستأجر جميع هذه المزايا ، لم تعد هناك حاجة فى مصر [٢] – على الأقل فى الوقت الحاضر – لتعديل طبيعة حق المستأجر،.

= ص ٤٣٣ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٥٦ – عبدالمنعم البدراوى ص ٩٩ – عبدالحى حجازى فقرة ٥٢ ص ٩٣ – ص ٩٤ .

(١) وهذا ما استظهره بعض الفقهاء فى مصر (انظر سليمان مرقس فقرة ٢٣٧ ص ٤٢٩ وهامش رقم ٢ من نفس الصفحة) – ويذهب الأستاذ عباس حسن الصراف فى العراق إلى أن للعوامل الاقتصادية أثراً فى دم إعطاء المستأجر حقاً عينياً فى التقنين المدنى الجديد (عباس حسن الصراف فقرة ٩٥٢ ص ٤٠٠ هامش ١) .

(٢) أما فى فرنسا فيبدو أن حق المستأجر قد بلغ من التطور مبلغاً يصح معه التفكير فى أن تسبغ عليه صفة العينية فى بعض أنواعه ، وبخاصة فيما يتعلق بحق مستأجر الأرض الزراعية.

فبقى هذا الحق شخصياً ، ولا ضير من قبول جميع النتائج التى تترتب على هذه الصفة. وأهم هذه النتائج ، وهى التى تتردد كثيراً فى أقوال من ينتصرون لإعطاء المستأجر حقاً عينياً، عدم جواز رهن حق المستأجر رهناً رسمياً . ولا نخال هذا الأمر جد خطير ، وإذا كان الفقهاء فى فرنسا ينعون هذا العيب على حق المستأجر الشخصى فلأنهم ألفوا هذه الوسيلة من وسائل الائتمان [1] ، أما فى مصر فيندر أن يفكر المستأجر لعقار فى أن يرهن حقه أيا كان هذا الرهن، رسمياً كان أو حيازياً . وإذا كان من مقتضيات الحق الشخصى أن يدخل المستأجر المؤجر فى دعوى دفع التعرض المبنى على سبب قانونى ، فإن هذا احتياط حكيم ينبغى ألاّ يفوت المستأجر ، إذ المؤجر أولى بدفع هذا التعرض ، وهو أدرى بمبلغ صحة ادعاء المتعرض. ودخول المؤجر فى الدعوى له فوق ذلك مزية أخرى ، إذ يستطيع المستأجر أن يرجع عليه بالضمان فى نفس الدعوى فيما إذا كان المتعرض على حق فى ادعائه . وقل مثل ذلك فى ضرورة إدخال المؤجر فى دعوى المستأجر على مستأجر سابق[2] . وتبقى بعد ذلك نتائج لشخصية حق المستأجر لا يوجد أى حرج فى قبولها ، وإلا فما الحرج فى أن يكون الحجز على حق المستأجر حجز منقول لا حجز عقار ، وفى ألاّ يسجل تنازل المستأجر عن حقه للغير ويكتفى باتباع قواعد حوالة الحق ، وفى أن تكون المحكمة المختصة بنظر قضايا الإيجار هى محكمة المدعى عليه !

ثالثا : ثم إن فى الوقوف عند هذا الحد فى خصوص حق المستأجر ، والاكتفاء بأن توفر له المزايا المرغوب فيها مع استبقائه حقاً شخصياً ، مزيتين ، إحداهما نظرية والأخرى عملية . أما المزية النظرية فهى عدم تجزئة الملكية فى غير مقتض ، فإن إعطاء المستأجر حقاً عينياً فى العين المؤجرة من شأنه تفكيك ملكية العين دون مسوغ يبرر ذلك [3] . والمزية العملية هى ألاّ يكون المستأجر مضطراً لتسجيل عقد الإيجار الذى لا تزيد مدته عل تسع

---

(١) وحتى لو أعطى المستأجر حقاً عينياً فى القانون الفرنسى ، لما كان هذا كافياً لجواز رهنه رسمياً . بل يجب فوق ذلك تعديل المادة ٢١١٨ مدنى فرنسى التى لا تجيز الرهن الرسمى إلا فى حق الملكية العقارية وحق الانتفاع العقارى (بيدان ١١ فقرة ٥٣٩ – بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٤٦ ص ٧٥٤).

(٢) أما إدخال المؤجر فى دعوى المستأجر المرفوعة على مستأجر مزاحم غير ضرورى كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٩٢) . كذلك إدخال المؤجر خصماً فى الدعوى بين المستأجر والمشترى للعين المؤجرة غير ضرورى (انظر آنفاً فقرة ٢٧١) .

(٣) يضاف إلى ذلك ، من الناحية النظرية ، أننا لو قلنا إن للمستأجر حقاً عينيا لوجب التسليم بجواز أن يملك المستأجر هذا الحق ، لا بعقد الإيجار فحسب ، بل أيضاً بالتقادم المكسب كما هو الأمر فى حق الانتفاع ، ويعسر قبول ذلك (انظر عبدالحى حجازى فقرة ٥٢ ص ٩٦) . ثم إذ سلمنا بأن للمستأجر حقاً عينياً ، فهل نستطيع أن نقف عند هذا الحد ، ولم لا يكون حق المستعير هو أيضا حقاً عينياً ، ولا فرق بين حق المستعير وحق المستأجر إلا فى أن الأول يعطى تبرعاً والآخر يعطى معاوضة .

سنوات ، ولا تسجيل التنازل عن هذا الإيجار للغير ، والإيجارات التى لا تزيد مدتها على تسع سنوات تربى بكثير على الإيجارات التى تزيد مدتها على هذا القدر . وفى اضطرار المستأجر للتسجيل ، فيما لو كان له حق عينى فى العقار المؤجر ، تعقيد فى الإجراءات لا يحتمل التعامل المألوف . ويكفى أن نتصور العدد الكبير من عقود الإيجار الذى يبرم كل يوم لندرك إلى أى مدى تزدحم بهذه العقود مكاتب الشهر العقارى فيما لو أوجبنا تسجيلها ، هذا إلى ما يقتضيه التسجيل من نفقات ووقت . وحتى لو قصرنا الحق العينى على الإيجارات التى تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، فلا يزال التعقيد باقياً فى هذا العدد من الإيجارات دون مقتض، فضلا عن أنه غير المستساغ أن تتغير طبيعة حق المستأجر بتغيير مدة الإيجار . فما دام حق المستأجر شخصياً ، فإنه يبقى كذلك أيا كانت مدته . وقد بقى كذلك فعلا فى التشريع القائم ، حتى لو زادات مدة الإيجار على تسع سنوات فوجب تسجيل العقد [1] . يضاف إلى ذلك أن عدم إعطاء المستأجر حقاً عينياً يستبقى عقد الإيجار بين عقود الإدارة ، فلا يصبح من عقود التصرف ، ولا يقتضى أهلية التصرف بل تكفى فيه أهلية الإدارة . وفى ذلك تيسير كبير للتعامل ، فلا يحتاج الإيجار إلى توكيل خاص ، ولا يستوجب الإجراءات المعقدة التى تستوجبها أعمال التصرف فى أموال ناقصى الأهلية وفاقديها .

٤٥١ - الخاصية التى تميز حق المستأجر : على أن لحق المستأجر ، بالرغم من أنه حق شخصى ، خاصية تميزه . فهو حق فى الانتفاع بالعين المؤجرة ، ومن ثم يتصل اتصالا وثيقاً بهذه العين . وهذا الاتصال هو الذى يفسر كيف يحتج بهذا الحق على من انتقلت إليه ملكية العين ، وعلى الدائنين الموقعين حجزاً على العين [1] . وإذا كان بعض الحقوق الشخصية يقتصر أثرا على طرفى الحق الدائن والمدين ، فإن بعضاً آخر يمتد أثره إلى الغير ومن بينها حق المستأجر . وإذا كنا قد ورثنا عن القانون الرومانى أن الحق الشخصى لا يمتد

---

(١) ولا يصح الالتفات إلى القاعدة الغربية التى قررها التقنين المدنى النمساوى من أن حق المستأجر الشخصى يصبح حقاً عينياً بشهره . فإن الشهر ، حتى فى نظام التسجيل العينى، ليست له هذه القوة السحرية . فهو فى نظام السجل العقارى ينقل الحق العينى بقوته وحده، ولكنه مع ذلك لا يستطيع أن يغير من طبيعة الحق ، فيكون الحق شخصياً قبل الشهر حتى إذا ما شهر انقلب حقاً عينياً .

(1) لئن كان عقد الإيجار الصادر من صاحب الحق فى التأجير ينشئ للمستأجر حقاً شخصياً قبل المؤجر إلا أن لهذا الحق الشخصى خاصية تميزه . فهو حق فى الانتفاع بالعين يتصل اتصالا وثيقا بهذه العين مما يقتضى امتداد أثره إلى كل من يتعرض له فى الانتفاع بها . سواء أكان من الغير أو شريكا له فى هذا الانتفاع بما يحق له معه الاستناد إلى حقه الناشئ عن ذلك العقد فى مواجهة غاصبه لإثبات أحقيته فى الانتفاع بها.

(جلسة ١٩٧٨/٥/١٤ الطعن رقم ٣٧٥ لسنة ٥٣ ق)

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣ الطعن قم ٩٦٧ لسنة ٥١ ق)

أثره إلى الغير ، فقد حان الوقت لتمحيص ذلك ، والتسليم بأن من الحقوق الشخصية ما يقترب من الحقوق العينية فى هذه الناحية .

والذى يجب أن يعاد النظر فيه ليس هو حق المستأجر وفيما إذا كان يبقى حقاً شخصياً، بل هو الحق الشخصى ذاته فيما إذا كان يبقى حقاً موحداً أو ينبغى التمييز بين حق شخصى وحق شخصى . والذى نراه أن الحق الشخصى إذا كان محله عملا ، فإما أن يكون هذا العمل متصلا بعين معينة بالذات موجودة قبل وجود الحق كما هو الأمر فى حق المستأجر، وإما أن يكون غير ذلك كما هو الأمر فى حق رب العمل فى عقد المقاولة وفى عقد العمل.

تقف عند الحق الشخصى إذا كان محله عملا متصلا بعين معينة بالذات كحق المستأجر. هذا الحق يتميز بطبيعته عن سائر الحقوق الشخصية ، ويرجع ذلك إلى أنه لا يتصور استعماله إلا مرتبطاً بهذه العين المعينة بالذات . وإذا قلنا أن المستأجر دائن للمؤجر، فهو دئن له فى تسليم العين ، وفى تعهد العين بالصيانة ، وفى ضمان التعرض فى العين، وفى ضمان العيوب الخفية فى العين . فالدين الذى للمستأجر على المؤجر يتركز دائماً فى العين المؤجرة .

هذا الارتباط الكامل بين الحق الشخصى والعين يترتب عليه ، بحكم طبائع الأشياء، نتائج قانونية لا مفر منها .فالحق يقع على العين ، وهو من هذه الناحية يشبه الحق العينى، فيجب أن يكون له نفاذ بالنسبة إلى الغير فيما يتعلق بالعين . فإذا انتقلت العين إلى ملك شخص آخر ، وجب أن تنتقل مثقلة بهذا الحق ، وهذه هى نظرية الخلافة الخاصة . ويستوفى الدائن حقه من العين دون أن تحتمل طبيعة مركزه أن يشاركه فى ذلك دائن آخر ، فيخلص للمستأجر حقه دون سائر الغرماء وفى مواجهة مستأجر مزاحم . وإذا اتسعت دعاوى الحيازة لحماية الحق الشخصى ، فهذا هو الحق الذى تسمح طبيعته أن تحميه دعاوى الحيازة. ولأن الحق يقع على العين فيثقلها ، وجب إذا بلغ حداً يستوجب تنبيه الغير إليه أن يشهر عن طريق التسجيل .

ومن هذا نرى أن هذا الحق الشخصى يشترك مع الحق العينى فى بعض خصائصه من حيث سريانه فى حق الغير . ولا يرجع ذلك إلى أن حق عينى، بل يرجع إل طبائع الأشياء ذاتها [1].

---

(١) وننقل هنا بعض ما يتردد فى الفقه الفرنسى وفى الفقه المصرى فى هذا الصدد : جاء فى بيدان : «إن صفة الحق الشخصى المعطاة لحق المستأجر لا يعنى إطلاقاً أن هذا الحق يماثل حقاً شخصياً محله مبلغ من النقود ، ويجب على العكس من ذلك الاعتداد بطبيعة محل الالتزام» (بيدان ١١ فقرة ٥٤١ ص ٥٠٦) . وجاء فى موضع آخر : «إن القانون يعتد بطبيعة محل الالتزام ، فالالتزام الذى يكون محله الانتفاع بشئ معين لا يماثل من جميع الوجوه التزاماً محله مبلغ من النقود. وعلى هذا الأساس تفسر=

= جميع أحكام القانون (المتعلقة بشخصية حق المستأجر) «بيدان ١١ فقرة ٥٤٦ ص ٥١١) .

وجاء فى بلانيول وريبير وتنك : «ما بين منطقة الحق العينى ونفاذه فى مواجهة الغير نفاذ مطلق ، ومنطقة الحق الشخصى ولا ينفذ إلا فى مواجهة شخص واحد، توجد مناطق وسطى . وإذا سلمنا بأن حق المستأجر ، وهو فى ذاته متنوع تبعاً لطبيعة الإيجار والغرض المقصود منه ، حق شخصى ، فإنه يجب مع ذلك التسليم بأن هذا الحق ، بماله من نفاذ فى مواجهة الغير وبما ينطوى عليه من مكنات يعطيها للمستأجر على الشئ المؤجر، يتلاقى مع الحق العينى فى وجوه من الموافقات لا يمكن إلا أن تزيد مع اتجاه القانون المعاصر إلى الزيادة من حقوق المستأجر أى حقوق الملكية الفعلية (domaine utile) بالنسبة إلى حقوق المالك أى حقوق الملكية القانونية أو الملكية العليا (domaine éminent) (بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٤٧ مكررة ص ٧٥٩) .

وجاء فى بلانيول وريبير وبولانجيه : «إن حق المستأجر لا ينفذ فى مواجهة المؤجر فحسب، بل يتعدى أثره إلى طوائف أخرى من الأشخاص . فليس هناك بين الحق العينى والحق الشخصى هذا التباين الجوهرى الذى تقول به النظرية التقليدية ، والحقوق أنما تتميز بدرجة نفاذها فى مواجهة الغير . وبين الحق العينى ونفاذه فى مواجهة الغير نفاذ مطلق ، والحق الشخصى ولا ينفذ إلا فى مواجهة المدين ، توجد فى منطقة متوسط طائفة من الحقوق تنفذ فى مواجهة الغير نفاذاً مقيدا ، ومن هذه الحقوق حق المستأجر» (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٦٦٨) .

ويقول الأستاذ عبدالمنعم فرج الصدة : «هذا الحق (حق المستأجر) يختلف عن غيره من الحقوق الشخصية ، لأن مزاولته تقتضى أن يكون المستأجر سلطة على الشئ حتى يستطيع أن يفيد منه ، فهو فى هذا أشبه ما يكون بحق الانتفاع . وقد اقتضى هذا من المشرع ، بحكم طبيعة الأشياء ومراعاة لاعتبارات عملية لها قيمتها التى لا تنكر، أن يعامل حق المستأجر معاملة خاصة يختلف فيها عن بقية الحقوق الشخصية» (عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ١٥) .

ويقول الأستاذ عبدالحى حجازى : : «ومن ثم لا نجد حرجاً فى أن نقول مع الفقيه الألمانى Gierke إن حق المستأجر يعتبر منطقة وسطاً أو جسراً بين منطقة الحق الشخصى ومنطقة الحق العينى .... الحقيقة أنه يمكن أن تقسم العلاقات المالية إلى قسمين: علاقات عينية وعلاقات شخصية . وتنقسم العلاقات الشخصية بدورها إلى حقوق انتفاع شخصية ومجرد حقوق شخصية (حقوق الدائنية) . وتدخل علاقات الإيجار فى طائفة حقوق الانتفاع الشخصية ، وليس فى طائفة مجرد الحقوق الشخصية. والمقصود من كونها «حقوقاً» هو مكنة الانتفاع بما هو محل للحق ، وليس المقصود هو مجرد ارتقاب أداء المدين» (عبدالحى حجازى فقرة ٥٢ ص ٩٤ و ص ٩٥) . ويقول فى موضع آخر : «هذه المكنة لا تعتبر حقاً شخصياً بعد استلام المستأجر الشئ المؤجر . حقيقة أنه كان دائناً (باستلام الشئ) بعد انعقاد العقد ، إلا أنه لا يكون دائناً بالانتفاع بعد تسلمه الشيء» (عبدالحى حجازى فقرة ٥٢ ص ٩٥) . لكننا نأخذ على الأستاذ عبدالحى أمرين : (١) قوله أن المستأجر لا يكون دائناً بالانتفاع بعد تسلمه الشئ فيه إغراق لا يتفق مع المسلم به من أن المؤجر يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع ، لا بتركه ينتفع فحسب . وقد وصل هذا الإغراق إلى حد أن يقول : «ويدل هذا على أن المؤجر ، إذ يسلم الشئ المؤجر وملحقاته فى حالة يصلح معها لأن يفى بما أعد له من المنفعة، يعتبر أنه قد نفذ التزامه ، ثم يتخذ بعد ذلك موقفاً سلبياً هو تركه المستأجر ينتفع بالشئ المؤجر ، فى حين يتخذ المستأجر موقف من تكون له مكنة الانتفاع ، تلك المكنة التى تخلص له من العقد . وهو وحده الذى=

المبحث الثانى

التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن

٤٥٢ – تصرف المستأجر فى حقه الشخصى : تقرر أنه ليس للمستأجر إلا حق شخصى قبل المؤجر . ولكنه يستطيع التصرف فى هذا الحق بالبيع والهبة وغيرهما من التصرفات، وله أيضاً أن يرهنه رهناً حيازياً وأن يؤجره وإن يعيره ، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى تجيز التصرف فى الحقوق الشخصية كما تجيز التصرف فى الأعيان . والمستأجر فى كل ذلك إنما يتصرف فى حق شخصى له فى ذمة المؤجر .

هذا من الناحية القانونية . أما من الناحية العملية فإن التصرفات التى يجريها المستأجر عادة فى حقه هى التنازل عن هذا الحق وإيجاره من الباطن . فنبحث فى مطلبين متعاقبين : (أولاً) متى يثبت للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو حق الإيجار من الباطن : (ثانياً) الآثار التى تترتب على استعماله أحد هذين الحقين .

ونبين قبل ذلك ما هو الفرق بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن .

٤٥٣ – الفرق بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن : لم يكن هناك فى القانون الفرنسى القديم فرق بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن من حيث طبيعة العمل نفسه ، وإنما كان الفرق موجوداً من حيث المقدار الذى يقع عليه العمل. فكان يعد إيجاراً من الباطن إيجار المستأجر لجزء من العين المؤجرة ، أما إذا أجر كل العين عد هذا تنازلا عن الإيجار . وعلى ذلك كان كل من العملين إيجاراً فى الواقع ، ولكنه كان يسمى إيجاراً من الباطن أو تنازلا عن الإيجار على حسب ما إذا اقتصر هذا الإيجار عل جزء من العين أو شملها جميعاً (١).

أما فى التقنين المدنى الفرنسى – وتبعه فى ذلك التقنين المدنى المصرى – فالتنازل عن الإيجار يعد بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل قد تم بثمن أو

= يحققها دون أى تدخل من جانب المؤجر» (عبدالحى حجازى فقرة ٥٢ ص ٩٤ – ص ٩٥). (٢) قوله فى موضع آخر أن للمستأجر أن يحمى حيازته ضد المؤجر نفسه بدعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة (فقرة ٥٢ ص ٩٦) ، والمسلم أن دعاوى الحيازة إنما تكون للمستأجر فى مواجهة الغير لا فى مواجهة المؤجر نفسه ، إذ العلاقة بين المؤجر المستأجر ينظمها عقد الإيجار ولا دخل لدعاوى الحيازة فيها .

(١) بوردى وفال ١ فقرة ١٠٥١ .

بـدون ثمن[1] . والإيجار من الباطن هو عقـد إيجار [2] . فالفـرق إذن بين العـملين فرق جوهرى يرجع إلى طبيعة العمل نفسه . ففي التنازل عن الإيجار لا يوجد الا عقد الإيجار الأصلى بين المؤجر والمستأجر ، ويحول المستأجر حقوقه والتزاماته الناشئة من هذا العقد إلى المتنازل له . أما فى الإيجار من الباطن فيوجد عقد إيجار أصلى ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد إيجار من الباطن ما بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن[3](1) .

---

(١) وقد يكون التنازل عن الإيجار على سبيل المقايضة ، أو على سبيل الوصية (انظر فى الوصية نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ - ٤٨٩ - ٢٥ مارس ١٩٥٥ داللوز ١٩٥٥ - ٤١٤ - بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٥٠ ص ٧٦٢ هامش ٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٦٦٩) .

وقد يتنازل المستأجر عن الإيجار لشركة ليكون ذلك حصة له فيها (نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه سنة ١٩٣٢ - ١ - ٩٠ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ داللوز ١٩٤٩ - ٣٣٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ داللوز ١٩٥٣ - ١٦٧ - أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٨ ص ٣٥٢ وهامش ٣ مكرراً بلانيول وريبير ١٠ فقة ٥٥١ ص ٧٦٤ هامش ٣ - أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٦٥١) .

(٢) يقع على حق المستأجر ذاته - والذى بدأ فى إقامة هذه التفرقة هو erline (Répertoire V Sous-location) ، ولكنه رجع فى نفس المقال إلى تقاليد القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٦٨٥ ص ٨٢٨ هامش ٢) .

(٣) وأصبح الآن مقدار الجزء المؤجر لا أهمية له ، فقد يقع الإيجار من الباطن على كل العين (وهذا ما كان يدعى قديما بالتنازل عن الإيجار) كما يقع على جزء منها ، وفى الحالتين يبقى العقد فى طبيعته إيجاراً . كذلك لا يوجد ما يمنع من أن يتنازل المستأجر عن إيجار جزء من العين ، كما يستطيع أن يتنازل عن إيجار العين كلها . وقد نص التقنين المدنى المصرى على ذلك صراحة فى المادة ٥٩٢ حيث يقول : «المستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك» . وللمستأجر أيضاً أن يؤجر من الباطن العين المؤجرة طول مدة الإيجار أو بعض هذه المدة ، كما له أن يتنازل عن الإيجار طول المدة أو بعضها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى إن المشرع الفرنسى لم يرد أن يخالف التقاليد الفرنسية القديمة، فلا يزال إيجار المستأجر لجزء من العين يعد إيجاراً من الباطن وإيجار العين كلها يعد تنازلا عن الإيجار ، ويرون أن النظرية الحديثة التى تجعل الفرق بين العملين راجعاً إلى طبيعة كل عمل إنما هى تعقيد للمعاملات القانونية ، وقل أن يفهم المتعاقدان الفرق الدقيق بين العملين من حيث طبيعتهما (لوران ٢٥ فقرة ١٨٧ وما بعدها - ديمانت وكولميه دى سانتير ٧ فقرة ١٦٣ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٦٨٥) . وقد عدل المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٤١٩) عن هذا التمييز بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، وجعل الاثنين معاً إيجاراً من الباطن ، فرجع بذلك إلى تقاليد القانون الفرنسى القديم.

(1) أ - المقرر قانوناً أن الإيجار من الباطن يختلف عن التنازل عن الإيجار ففى الأولى تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلى خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلى وتسرى على العلاقة بين المستأجر =

ويرتب الفقه عادة على هذا الفرق نتائج عديدة [1] ، نذكر منها :

(١) التنازل عن الإيجار هو حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر، وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته . فيجب بوجه عام اتباع الإجراءات التى تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين.(1) ولما كانت حوالة الحق لا تنفذ فى حق المدين إلا بإعلانه بالحوالة أو بقبوله إياها ، ولا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ الإعلان الرسمى أو التاريخ الثابت لقبول المدين (م ٣٠٥ مدنى) ، وكان المفروض أن المؤجر (أى المدين) قد قبل التنازل ما دام لم يشترط فى عقد الإيجار عدم جواز التنازل كما سيأتى ، فأنه إذا عرض التنازل على المؤجر تعين عليه قبوله . ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الإيجار ، كحوالة حق ، سارياً فى حق المؤجر من وقت إخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر ، ولا حاجة إلى قبوله أو إعلانه رسمياً . على أن الرأى السائد فى فرنسا وفى مصر هو أن التنازل عن الإيجار، كحوالة حق ، لا ينفذ فى حق المؤجر إلا من وقت إعلانه بالتنازل أو من

= الأصلى والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن فلا ينشئ العقد الأخير علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلى مالك العقار.

(جلسة ١٩٨٩/١٢/٣١ الطعن رقم ٩٤٠ لسنة ٥٤ ق)

ب – التنازل عن الإيجار يتم بنقل المستأجر جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها ، ويكون بهذه المثابة بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل . أما التأخير من الباطن فلا يعد وأن يكون عقد إيجار يقع على حق المستأجر ذاته .

(جلسة ١٩٧٩/١/١٤ الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٨ ق)

(جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ العطن رقم ٢١٧ لسنة ٥١ ق)

(١) انظر بوجه خاص جيوار ١ فقرة ٣١٠ – فقرة ٣١٩.

(1) أ – التنازل عن الإيجار المنصوص عليه فى المادة ٥٩٣ من القانون المدنى ، حوالة حق بالنسبة لحقوق المستأجر وحوالة دين لالتزاماته، وتنتقل بمقتضاه إلى المتنازل له عن الإيجار بحوالة الحق حقوق المستأجر الأصلى قبل المؤجر ، وتنتقل إليه بحوالة الدين التزامات الأول نحو الثانى ، وتنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار ، فيلتزم هذا الأخير نحو المؤجر بنفس الالتزامات التى كان المستأجر الأصلى المحيل يلتزم بها .

(جلسة ١٩٩٢/٦/٧ الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٥٧ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٧/٢٦ الطعن رقم ١٥٨٨ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨ الطعن رقم ٣٠٩٨ لسنة٥٧)

(جلسة ١٩٧٩/٦/٦ الطعن قم ١٣٨٥ لسنة ٣٧ ق)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣ الطعن قم ٤٨٧ لسنة ٤٢ ق)

ب – يتضمن التنازل عن الإيجار . حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة =

وقت قبوله به[1] . ولما كانت حوالة الدين لاتنفذ فى حق الدائن إلا إذا أقرها (م ١/٣١٦ مدنى) ، وكان المفروض أن المؤجر قد قبل التنازل كما قدمنا ، فلا حاجة إذن لإقرار المؤجر لحوالة الدين على الوجه المقرر فى الفقرة الثانية من المادة ٣١٦ مدنى ، ويكون التنازل سارياً فى حقه من وقت صدوره [2] .

أما الإيجار من الباطن فيخضع لأحكام عقد الإيجار ، ومن ثم لا حاجة لإعلانه ويكفى لسريانه فى حق الغير أن يكون ثابت التاريخ [3] . بل أن ثبوت التاريخ لا يشترط فى سريان

= لالتزاماته ويعتبر المستأجر المتنازل فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة الذى حوله إلى المتنازل له فى مركز المحيل ومن ثم فإن ضمانه لهذا الحق ولو كان التنازل بعوض يخضع للقواعد المقررة للضمان فى حوالة الحق وليس للقواعد المقررة لضمان البائع فإذا تحقق سبب الضمان وفقا للمادة ٣٠٨ من القانون المدنى فإن المستأجر المتنازل لا يلزم طبقا للمادة ٣١٠ إلا برد ما استولى عليه مقابل حق الانتفاع الذى حرم منه المتنازل له مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ العطن قم ٣٤٣ لسنة ٣٢ ق س ١٧ ص ١٨٥٥)

جـ - لا يعتبر التنازل عن الإيجار نافذاً قبل الغير إلا باتباع الاجراءات المقررة لنفاذ الحوالة قبل الغير (المادة ٣٠٥ مدنى) أى بإعلان المؤجر بها أو بقبوله إياها فى ورقة ثابتة التاريخ.

ولا ينفذ كحوالة دين فى حق الدائن إلا إذ أقرها .

(جلسة ١٩٧٨/١/٢ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٤ السنة ٢٩ ص ٦١)

(١) نقض فرنسى ٤ مايو سنة ١٩٢٥ (حكمان) داللوز ١٩٢٥ - ١ - ١٤١ - ٢٠ يناير سنة ١٩٥٤ Rev. Loyers ١٩٥٤ - ٢٨٠ - جيوار ١ فقرة ٣١٦ - بودرى وفال ١ فقرة ١٠٥٣ - بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٥١ ص ٧٦٥ - سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٦ - عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ وهامش ١ - عكس ذلك أوبرى ورو فقرة ٣٥٩ ص ١٤١ هامش ٢٥ مكرر .

وإذا أخذنا بالرأى السائد ، فإنه يترتب على عدم سريان التنازل عن الإيجار فى حق المؤجر، لعدم إعلانه به أو لعدم عرضه عليه لقبوله ، أن تبقى العلاقة قائمة ما بين المؤجر والمستأجر ، ويستطيع المؤجر أن يتجاهل وجود المتنازل له عن الإيجار (نقض فرنسى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٩ Rev. Loyers ١٩٥٠ - ٢ - ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٢ J.C.P. ١٩٥٣ - ٤ - ٤٣ - ٢٠ يناير سنة ١٩٥٤ J.C.P. ١٩٥٤ - ٢ - ٤٧ - ٨) . فلا يستطيع المتنازل له أن يتمسك بتجديد الإيجار تجديداً ضمنياً إذا بقى فى العين بعد أنتهاء الإيجار الأصلى ، ولا أن يتمسك بامتداد الإيجار بحكم القانون لأحكام التشريعات الاستثنائية (عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١) .

(٢) انظر ما يلى فقرة ٤٧٦ .

(٣) ويترتب على التمييز بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن على الوجه الذى قدمناه أنه إذا تنازل المستأجر لأشخاص متعددين ، فضل منهم من سبق إلى إعلان المؤجر بالتنازل الصادر لمصلحته ، ولا اعتداد بوضع اليد . أما إذا آجر المستأجر لأشخاص متعددين من الباطن ، فضل من سبق إلى وضع يده أو إلى تسجيل عقده طبقا لأحكام المادة ٥٧٣ مدنى (بودرى وفال ١ فقرة ١١٨٢ - فقرة ١١٨٤ - عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٠ ص ص ٤٠٨ هامش ١ - وانظر فى تنازل المتنازل له عن الإيجار مع المستأجر من الباطن بورد وفال ١ فقرة ١١٨٥) .

الإيجار من الباطن فى حق المؤجر [١].

(٢) فى التنازل عن الإيجار يتصرف المستأجر فى حقه فيجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف، أما فى الإيجار من الباطن فإنه يقوم بعمل من أعمال الإدارة فتكفى فيه أهلية الإدارة [٢].

(٣) فى التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر وفيما بين المستأجر والمتنازل له عن الإيجار ، أما فى الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر والمستأجر من الباطن [٣](1).

(٤) فى التنازل عن الإيجار ليس للمستأجر حق امتياز على ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات المتنازل له ، وله حق امتياز فى الإيجار من الباطن على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة بالعين المؤجرة [٤].

---

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٣٠ – قارن سليمان مرقس فقرة ٢٤٠ ص ٤٣٥ .

(٢) بودرى وفال ١ فقرة ١٠٥٨ .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٥٠٢ بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٥١ ص ٧٦٥ – جوسران ٢ فقرة ١٢٢٤ .

(1) التنازل عن الإيجار المنصوص عليه فى المادة ٥٩٣ من القانون المدنى حواله حق بالنسبة لحقوق المستأجر وحوالة دين لالتزاماته وتنتقل بمقتضاه إلى المتنازل له عن الإيجار بحوالة الحق حقوق المستأجر الأصلى قبل المؤجر ، وتنتقل إليه بحوالة الدين التزامات الأول نحو الثانى ، وتنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار ، فيلتزم هذا الأخير نحو المؤجر بنفس الالتزامات التى كان المستأجر الأصلى المحيل يلتزم بها .

(جلسة ١٩٨٩/١/٢٦ اطعن رقم ١٢١٤ لسنة ٥٨ ق)

(جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٦ الطعن ٥٥٣ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٧٩/٦/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص ٥٦٤)

(جلسة ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٧ ص ٥٥٦)

(٤) بودرى وفال ١ فقرة ١٠٥٣ – بيدان ١١ فقرة ٥٠٢ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٨ ص ٢٥٧ – بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٥١ ص ٧٦٥ – وأنظر فى ذلك الإيجار للمؤلف فقرة ٣٩٩ .

وهناك نتائج أخرى أقل أهمية مما تقدم ، نذكر منها : (أ) لا يستطيع المتنازل له عن الإيجار أن يطلب من المستأجر إجراء الترميمات الضرورية ، ويستطيع المستأجر من الباطن طلب ذلك من المستأجر الأصلى . (ب) للمستأجر من الباطن أن يطلب من المستأجر الأصلى فى حالة إيجار الأراضى الزراعية إسقاط الأجرة أو إنقاصها إذا هلك الزرع كله أو بعضه قبل حصاده بسبب قوة قاهرة ، وكذلك إذا امتنع من تهيئة الأرض للزراعة أو من بذرها أو هلك البذر كله أو أكثره وكان ذلك بسبب قوة قاهرة (م ٦١٥–٦١٦ مدنى) ، أما المتنازل له عن الإيجار فلا يجوز له طلب شئ من ذلك فى علاقته مع المستأجر الأصلى. (جـ) التنازل عن الإيجار يثبت طبقاً للقواعد العامة . إما الإيجار من الباطن، ففى التقنين =

المطلب الأول

متى يثبت للمستأجر حق التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن

٤٥٤ – نصوص قانونية : تنص المادة ٥٩٣ من التقنين المدنى على ما يأتى :

«للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك» (١).

= المدنى القديم (وكذلك فى التقنين المدنى الفرنسى) لا يجوز إثباته إلا طبقاً لقواعد خاصة سبق بيانها ، هذا إذا كان المراد إثبات الإيجار من الباطن فيما بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن . أما فيما عدا ذلك – كما إذا كان المؤجر مثلا يريد إثبات الإيجار من الباطن قبل المستأجر الأصلى الممنوع من هذا الإيجار حتى يتوصل بذلك إلى فسخ عقد الإيجار الأصلى – فيجوز إثبات الإيجار من الباطن بطرق الإثبات كافة (هيك ١٠ فقرة ٢٨٠ – بودرى وفال ١ فقرة ٦٢-١) . (د) يجوز المستأجر أن يؤجر العين من الباطن للمؤجر نفسه ، أما إذا تنازل له عن الإيجار فإن هذا يعد تقابلا من الإيجار الأصلى (عباس حسن الصراف فقرة ٩٦٢) .

والفصل فيما إذا كان المستأجر الأصلى قد أجر من الباطن أو تنازل عن الإيجار خاضع لتقدير محكمة الموضوع . ومن القرائن على أن المستأجر قد تنازل عن الإيجار أن يكون قد تقاضى ثمن هذا التنازل دفعة واحدة (خلو رجل) لا على أقساط ، أما فى الإيجار من الباطن فالأجرة تدفع فى العادة أقساطاً . وبيع المتجر (fonds de commerce) يصحبه عادة تنازل عن الإيجار لا إيجار من الباطن (بودرى وفال ١ فقرة ٥٢-١ – بيدان ١١ فقرة ٤٠-٥ – بلانيول وريبير ١٠ فقرة ٥٥١ ص ٧٦٦ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ٢ فقرة ٣٧-١) . وعند الشك يفسر التصرف بأنه إيجار من الباطن لا تنازل عن الإيجار ، لأن هذا هو الأقرب لتفسير نية المتعاقدين (جيوار ١ فقرة ٣١٩ – بودرى وفال ١ فقرة ٥٢-١ – دى باج ٤ فقرة ٧٢٠ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٥٩٨ – سليمان مرقس فقرة ٢٤١ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦١ محمد كامل مرسى فقرة ١٨٢ ص ٢٣٤ – محمد على إمام فقرة ١٦٣ ص ٣٩٨ – عبدالمنعم البدراوى ص ١٠٥ – منصور مصطفى منصور فقرة ٢٢ ص ٥٦٤ – عبدالمنعم فرج الصدة فقرة ١٨٨ ص ٢٥٧).

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ٧٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ – للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن ، وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف . ٢ – فإذا اشترط أن التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع» . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٦٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٦٢١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية «حتى لا تفتح باباً للمنازعات» ، وحذفت عبارة «وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف» من آخر الفقرة الأولى «اكتفاء بالقواعد العامة» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٥٩٣. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥٨ – ص ٥٦٠).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادة ٤٤٩/٣٦٦ (١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥٦٠ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٩٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م ٧٧٥ – وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٥٨٤ و ٥ (٢).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن كل مستأجر له الحق فى التنازل عن الإيجار للغير(٣) وفى الإيجار من الباطن ، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك (٤) (1). فنتكلم فى

---

(١) **التقنين المدنى القديم** م ٤٤٩/٣٦٦ : يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره كله أو بعضه أو يسقط حقه فى الإيجار لغيره ، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك .

(وأحكام التقنين المدنى القديم تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٥٦٠ (مطابق)

التقنين المدنى الليبى م ٥٩٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ٧٧٥ : ١ – للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه، بعد قبضه أو قبله ، فى العقار وفى المنقول ، وله كذلك أن يتنازل الغير المؤجر عن الإجارة ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره . ٢ – فإذا اشترط أن إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر ، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق مع أحكام التقنين المصرى – انظر عباس حسن الصراف فقرة ٩٥٧ وما بعدها) .

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م ١/٥٨٤ و ٥ : يحق للمستأجر أن يؤجر كل المأجور أو جزءاً منه وأن يتنازل عن الإجارة لغيره ، ما لم يكن قد نص فى العقد على منعه من الإيجار أو التنازل ، أو كان هذا المنع مستفاداً من ماهية الشئ المأجور .... ٥ – وإذا شرط أن للمستأجر حق الإيجار أو التنازل برضاء المؤجر، فليس للمؤجر أن يرفض الإيجار أو التنازل لغير سبب مشروع .

(وأحكام التقنين اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

(٣) وكما يجوز التنازل عن الإيجار، كذلك يجوز التنازل عن الوعد بالإيجار من الموعود له، كأن يتنازل الموعود له بالإيجار أو بالاستئجار عن حقه لمشترى العين (بودرى وفال ١ فقرة ١٠٦٩ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٦٠٣) .

(٤) ذلك أن الإيجار فى الأصل لا يعتبر متصلا بشخص المستأجر ، والتنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن إنما يضيفان إلى التزام المستأجر الأصلى بالأجرة التزام المتنازل له عن الإيجار والتزام المستأجر من الباطن (بودرى وفال ١ فقرة ١٠٥٧) . والتقنينات اللاتينية تجعل التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن جائزاً ما لم يوجد شرط مانع . أما التقنين المدنى الألمانى فيقضى فى المادة ٥٤٩ بأنه لا يجوز للمستأجر الأصلى أن يتنازل عن الإيجار أو أن يؤجر من الباطن إلا بإذن من المؤجر ، فإذا ا متنع هذا الأخير من إعطاء الإذن دون أن يكون لديه سبب خطير يرجع إلى شخص المتنازل له عن الإيجار أو المستأجر من =

هذا الشرط المانع ، ونبحثه من الوجوه الآية : (١) من حيث تفسيره ومدى تطبيقه . (٢) من حيث ما يدخل فيه من التحويرات . (٣) من حيث الجزاء الذى يترتب عليه .

١ – الشرط المانع من حيث تفسيره ومدى تطبيقه

٤٥٥ – الشرط المانع الضمنى : لا يتحتم أن يكون الشرط المانع مذكوراً صراحة فى

= الباطن ، جاز للمستأجر الأصلى أن يطلب فسخ الإيجار بينه وبين المؤجر بعد التنبيه عليه فى المواعيد القانونية.

هذا وحتى لو لم يوجد شرط مانع ، فإنه لا يجوز للمستأجر بالرغم من ذلك أن يسئ استعمال حقه فى التنازل عن الإيجار أو فى الإيجار من الباطن ، فيعطى العين مثلا لمن ينتفع بها فى غير ما أعدت له ، وإلا كان مخلا بالتزاماته كما لو كان الشرط المانع موجوداً (جيوار ١ فقرة ٣٢١) . وتنص المادة ٥٨٥ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على ما يأتى : «وفى كل حال لا يجوز للمستأجر أن يتنازل أو يؤجر الشئ لاستعمال يختلف عن الاستعمال المعين فى العقد أو المستفاد من ماهية الشئ أو لاستعمال يكون أثقل عبئاً» . أما إذا كان هناك إذن من المؤجر للمستأجر الأصلى فى أن يؤجر من الباطن لمن يشاء ، فهناك رأى يقول بجواز الإيجار من الباطن لشخص ينتفع بالعين فى غير ما أعدت له (ديفرجييه ٣ فقرة ٣٩٢) ، ورأى آخر يذهب إلى عدم جواز ذلك وأن المقصود بإباحه الإيجار من الباطن لمن يشاؤه المستأجرهو عدم تقييد بموافقة المؤجر على الشخص الذى يجوز الإيجار له من الباطن (ترولون ١ فقرة ١٢٧ – بودرى وفال ١ فقرة ٧٤-١) . ونرى الأخذ بالرأى الثانى لأنه أقرب إلى تفسير نية المتعاقدين .

هذا وقد قلب قانون إيجار الأماكن الوضع ، فجعل الأصل فى إيجار الأماكن أنه لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار أو أو يؤجر من الباطن ، وجعل الجواز هو الاستثناء، ولا يكون إلا بترخيص خاص من المؤجر وقت التنازل أو التأجير من الباطن ، ما لم يكن عقد الإيجار الأصلى مبرماً بعد آخر ديسمبر سنة ١٩٤٣ فيكون التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن جائزاً بمجرد الترخيص فيه ترخيصاً عاماً فى عقد الإيجار . وينص قانون الإصلاح الزراعى بعدم جواز التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن فى إيجار الأراضى الزراعية . وسيأتى بحث ذلك تفصيلا عند الكلام فى إيجار الأماكن وفى إيجار الأراضى الزراعية .

(1) جرى التقنين المدنى على أن حق المستأجر المتولد من عقد الإيجار فى الانتفاع بالشئ المؤجر ، بوصفه من الحقوق المالية ، يقبل التعامل فيه سواء بالنزول عنه إلى الغير كلا أو جزءا، مدة الإيجارة كلها أو بعضها بمقابل أو بدونه ، أو بتأجيره إلى الغير لقاء أجرة على النحو المتقدم ، وذلك ما نصت عليه المادة ٥٩٣ من القانون المدنى بقولها «للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الإتفاق بغير ذلك» دلالة على أن المنع من هذه التصرفات هو استثناء من الأصل لا يقوم إلا بالاتفاق عليه بين المؤجر والمستأجر .

(جلسة ١٩٧٩/١/٢٠ الطعن قم ٢٢٥ لسنة ٤٧ ق)

عقد الإيجار ، بل يجوز استخلاصه ضمناً من الظروف نفسها [1]. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٥٩٣ مدنى يتضمن عبارة فى هذا المعنى تجرى على الوجه الآتى : «وقد يستفاد هذا الاتفاق من الظروف» ، فحذفت هذه العبارة ى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة» [١].

فإذا أجر المؤجر العين للمستأجر لاعتبار شخصى فيه ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يؤجر من الباطن أو أن يتنازل عن الإيجار ، حتى لو لم يكن منصوصاً صراحة على المنع فى العقد[٢]. وكذلك فى المزارعة لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا برضاء المؤجر (م ٦٢٥ مدنى) ، لأن المزارعة قد نظر فيها إلى شخص المزارع [٣].

٤٥٦ – عدم التوسع فى تفسير الشرط المانع : وسواء كان الشرط المانع صريحاً أو ضمنياً ، فالقاعدة أن هذا المنع استثنائى فلا يجوز التوسع فى تفسيره ، ولا تقيد حرية المستأجر فى التنازل عن الإيجار من الباطن إلا بالقدر المنصوص عليه فى العقد [٤]. ويترتب على ذلك ما يأتى :

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥٨ – ص ٥٦٠ – انظر آنفاً فقرة ٤٥٤ فى الهامش.

(٢) بودرى وفال ١ فقرة ١٩٠٣ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦٢ – وانظر فى ذلك الإيجار للمؤلف فقرة ٤٠١ – ولا يعد الإيجار مبرماً لاعتبار شخصى لو أوجرت العين مفروشة ، فيجوز لمستأجر العين المفروشة أن يتنازل عن الإيجار أو أن يؤجر من الباطن ما لم يوجد شرط مانع (بودرى وفال ١ فقرة ١٠٦٤ – أوبرى ورو وإسمان ٥ فقرة ٣٦٨ ص ٢٥٢ – أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Louage فقرة ٦٠١ – قارن عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٣ ص ٤١٤ – وانظر عكس ذلك وأن تأجير الغرف المفروشة يتضمن الشرط المانع عبدالمنعم البدراوى ص ١٠٦) . كذلك لا يستخلص الشرط المانع الضمنى من أن الإيصال بالأجرة يتضمن شرطاً مطبوعاً يقضى بالمنع ويتسلمه المستأجر دون اعتراض إذا كان عقد الإيجار ذاته جاء خلواً من الشرط المانع (Jur. Cl. Cis.) ١٧١٧ سنة ١٩٥٠ فقرة٥٠ – تولوز ١٨ يوليه سنة ١٨٩٠ جازيت دى باليه ٩٠ – ٢ – ١٩٩ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٣ ص ٤١٤ هامش ٣ – محمد كامل مرسى فقرة ١٨٦ ص ٢٤١) .

(٤) ولا يفترض وجود الشرط المانع ، فعند الشك يعتبر غير موجود ، والمؤجر هو الذى يحمل عبء إثبات وجوده (نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ – ١ – ١٦٧ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٣) .

(1) إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن عقد الإيجار المؤرخ . انصب على جزء من العقار المبين بالعقد لاستغلاله مخبزاً أو سكناً فإن ثبوت مخالفة المستأجر لشروط العقد مكملة بالقانون كاف لتوفير مبرر الإخلاء سواء كانت المخالفة قد انصبت على العين المؤجرة جميعها أم على جزء منها .

(جلسة ١٩٨٩/٢/٩ الطعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٥٢ ق)

(جلسة ١٩٨٩/٦/٢٨ الطعن قم ١٤٣ لسنة ٥٢)

(أولا) يجوز للمستأجر ، بالرغم من وجود الشرط المانع ، أن يدخل معه شركاء فى استغلال العين المؤجرة ما داموا غير مستأجرين من الباطن [1](1) ، وله كذلك أن يسكن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استأجر شخص محلا وكان مشروطاً عليه فى عقد الإيجار ألا يتنازل عن إجارته لأحد أو يؤجره من باطنه لآخر إلا بإذن المؤجر ، وأشرك المستأجر شخصاً آخر معه فى التجارة وأودعا بضاعتهما فى المحل ، ثم تهدم المحل وتلفت البضاعة بفعل المالك وإهماله ، فلا مخالفة للقانون فى أن تقضى المحكمة لمالكى البضاعة التالفة بقيمة التعويض المستحق لهما (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة ١ رقم ٢٢٢ ص ٥٥١) – وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشرط المنصوص عنه فى عقد الإجارة بمنع التأجير من الباطن أو التنازل عن الإجارة لا يجوز التوسع فيه بحيث يشمل منع المستأجر من إشراك الغير معه فى زراعة الأرض المؤجرة (استئناف وطنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١١٠ ص ١٦٨) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه إذا نص فى عقد إجارة زراعية على عدم جواز الإيجار من الباطن، فإن ذلك لا يمنع المستأجر من إدخال شركاء معه فى زراعة الأرض المؤجرة (بنى سويف الكلية ٢٥ يناير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٦ ص ٢٣٧) . وقضت محكمة مصر المختلطة الجزئية بأنه لا يعد إخلالا بالشرط المانع أن يشترك مع ورثة المستأجر من يساعدهم على الاستمرار فى استغلال العين المؤجرة (مصر المختلطة الجزئية ٢ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٧٨ ص ١٠٣) – انظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ رقم ١٦٣ ص ٨٧ – استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨ رقم ٣٥٧ ص ٧٣٢ .

(1) أ – حق المستأجر فى إشراك آخرين معه فى النشاط الذى يباشره بالعين المؤجرة . عدم اعتباره تأجيراً من الباطن أو نزولا عن الإيجار . مناطه . أن تكون الشركة جدية وألا يكون المستهدف من انشائها مشتر تخليه عن العين المؤجرة .

(جلسة ٢٠٠١/٣/١١ الطعن رقم ١١٧٨ لسنة ٦١ ق)

(جلسة ١٩٩٩/٦/٢٠ الطعن رقم ٢٢ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٣٤٧ لسنة ٦٢ ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٧ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن قم ٧٠٢ لسنة ٥٦ ق)

ب – اشراك مستأجر العين لآخرين معه فى النشاط المالى الذى يباشر فيها عن طريق تكوين شركة بينهم عدم انطوائه عى معنى تخليه عنها ما لم يثبت بدليل آخر أنه تخلى عن حقوق للغير .

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ رقم ١٥٣ لسنة ٥٥ ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥ الطعن قم ١٥٣ لسنة ٥٥ ق)

جـ – مباشرة الشركة نشاطها فى العين المؤجرة استناداً إلى عقد إيجار من الباطن صادر لها من أحد الشركاء انقضاء عقد الإيجار الأصلى أثره . انقضاء الإيجار من الباطن .

(جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢ الطعن رقم ١٤٨٦ لسنة ٥٢ ق)

د – حق الشريك فى الاستمرار فى الانتفاع بالعين المؤجرة بعد ترك المستأجر الأصلى لها مناطه. =

معه صديقاً دون أن يكون مستأجراً (١) (1). وللمستأجر أيضاً أن يعير العين المؤجرة ، لأن الإعارة ليست إيجاراً من الباطن ولا تنازلا عن الإيجار ، على ألاّ تستغرق مدة الإعارة مدة

= استمرار قيام الشركة ومزاولة نشاطها عند حصول الترك . م ٢/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
(جلسة ١٩٨٩/٤/٢٧ الطعن رقم ١٨٥٤ لسنة ٥٠ ق.

ويلاحظ أن الأحكام التى قضت باستمرار الشريك فى العين بعد ترك المستأجر لها صادرة قبل صدور حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٤ لسنة ١٥ ق «دستورية» بتاريخ ١٩٩٦/٧/٦ وصدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ .

هـ – قيام المستأجر باشراك آخر معه فى النشاط المالى الذى يباشره فيها عن طريق تكوين شركة بينهما ، لا يعدو وأن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجرت من أجله ... دون أن ينطوى هذا بذاته على معنى تخلى المستأجر لتلك العين عن حقه فى الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها إلى شريكه فى المشروع المالى بأى طريق من طرق التخلى ، إيجارا كان من الباطن أو تنازلا عن الإيجار لانتفاء مقتضى ذلك قانوناً ، بل يظل عقد ايجار العين على حالة قائماً لصالح المستأجروحده ما لم يثبت بدليل آخر تخليه عن حقوقه المتولدة عن ذلك العقد إلى الغير .
(جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٢ ق)

(١) لوران ٢٥ فقرة ٢٢١ – جيوار ١ فقرة ٣٢٨ – بودرى وفال ١ فقرة ١٩٠٧ – الإيجار للمؤلف فقرة ٤٠٢ – سليمان مرقس فقرة ٢٤٤ ص ٤٤٢ – عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٢٦٥ .

(1) أ – التنازل يعتبر من التصرفات القانونية ينصب على حق المستأجر فى الانتفاع بالعين المؤجرة وهو بهذه المعنى يختلف تمام الاختلاف عن الاستضافة والايواء وفيها يسمح المستأجر للغير بالإقامة فى العين المؤجرة كلها أو بعضها وذلك بصفة عارضة لمدة طالت أو قصرت استجابة لظروف طارئة شريطة أن يظل المستأجر محتفظاً بالعين المؤجرة دون أن يتخلى عنها ، وهذه الاقامة تعتبر على سبيل التسامح إن شاء المستأجر أبقى عليها وان شاء أنهاها بغير التزام عليها قبل الضيف ، مما تقدم يبين أن التنازل عن الإيجار هو تصرف قانونى والاستضافة هى حيازة مؤقتة على سبيل التسامح يتفقان فى أن محلها ينصب على منفعة العين المؤجرة .
(جلسة ١٩٩٤/٣/٢٤ الطعن رقم ١٨٥٣ لسنة ٥٩ ق)
(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٥ الطعن رقم ٧٤٨ لسنة ٦٢ ق)
(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٨٨/١١/٩ الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٥٢ ق)

ب – المقصود من الايواء أو الاستضافة أن يستنزل المستأجر ضيوفا تربطه بهم صلة قرابة أو صداقة متينة لمدة قصيرة أو طويلة ... وذلك بصفة عارضة دون أن يتخلى عنها .
(جلسة ١٩٩٠/٦/٢٧ الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٤ ق)
(جلسة ١٩٩٠/٩/٤ الطعن رقم ١٦٢١ لسنة ٥٢ ق)

=

إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، على إضافة ميعاد للمسافة إذا اقتضى الأمر ذلك. وبعد تعديل نصوص تقنين المرافعات السابق بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، بما جعل الأمر بالنسبة إلى الشفيع ينتهى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم المحضرين فتنقطع مدة الثلاثين يوما عند ذلك، لم يعد الشفيع فى حاجة إلى إضافة ميعاد للمسافة، إذ أصبحت العبرة بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين، لا بإعلانها فعلا إلى البائع والمشترى حتى يكون هناك محل لإضافة ميعاد للمسافة. أما قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، حيث كان يجب أن يتم إعلان البائع والمشترى فعلا فى خلال الثلاثين يوما، فالظاهر أنه كان يجب إضافة ميعاد للمسافة بالرغم من عدم النص على هذا الميعاد كما نص عليه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، وذلك أنه يوجد نص عام فى تقنين المرافعات على مواعيد المسافة ورد فى المادتين ٢١ و٢٢ من هذا التقنين (تقابلهما ١٦، ١٧ من قانون المرافعات الحالى)، فيكتفى بهذا النص العام لإضافة ميعاد للمسافة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك[١]. وإذا وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوما فى يوم عطلة رسمية، امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلى انتهاء العطاء، على الوجه الذى بيناه فى ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة[٢]، وميعاد الثلاثين يوما ليس مدة تقادم بل مدة سقوط[٣]، فيسرى حتى على الغائبين ومن كان غير كامل الأهلية، ولا يقبل الوقف كما لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم صحيفة الدعوى إلى قلم الكتاب على الوجه الذى سبق بيانه.

وغنى عن البيان أن الشفيع إذا لم يقم برفع دعوى الشفعة وقيدها فى الميعاد القانونى على الوجه الذى بسطناه، فإن حقه فى الشفعة يسقط، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص٥١٦ - ص٥١٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٢ ص٤٨٦- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص٣٥١- وانظر عكس ذلك وأن المشرع قد قصد عدم إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الثلاثين يوماً ونص صراحة على إضافة ميعاد للمسافة إلى ميعاد الخمسة عشر يوماً من يوم الإنذار الرسمى بوقوع البيع، لأن الشفيع يكن قد فوجئ بالعلم بالبيع فى الحالة الأخيرة ولا مفاجأة فى الحالة الأولى: طنطا الكلية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٩٠ ص٨١٥- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١- عكس ذلك أيضاً فى عهد قانون الشفعة السابق: أسيوط استئنافى ١٨ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٤٨ ص٤٣٤- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥١- شفيق شحاتة فقرة ٢٧٥ ص٢٨٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٦- وانظر نقض مدنى ١٩ مايو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٣ ص٣٧٣- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٦ ص٥١٧- ص٥١٨- وانظر عكس ذلك وأن الميعاد لا يمتد حتى لو كانت نهايته يوم عطلة رسمية استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٥ ص٧٣٠.

(٣) استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص٤- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٩.

مدنى فيما قدمناه[1]، فإن هذا النص يقول كما رأينا: «وإلا سقط الحق فيها»[2]. ويستطيع المشترى أو البائع أن يدفع بسقوط حق الشفعة لهذا السبب فى أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة ولو أمام محكمة النقض، وللمحكمة أن تقضى بسقوط الشفعة من تلقاء نفسها حتى لو نزل صاحب الحق عن التمسك به[3]، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى الجزاء المترتب على عدم إيداع الثمن فى الميعاد القانونى[4].

٢٢١- الحكم فى الدعوى على وجه السرعة: جاء فى آخر المادة ٩٤٣ مدنى، كما رأينا[5]، فى خصوص دعوى الشفعة: «ويحكم فى الدعوى على وجه السرعة»[6]. وكان

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧.

(٢) ولا يعتبر تعديل الطلبات فى دعوى الشفعة دعوى جديدة مرفوعة بعد الميعاد، إذا كانت الطلبات الأصيلة لم توجد لبسا عند المشترى فى حقيقة العقار المطلوب أخذه بالشفعة. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع الشفيع دعواه بطلب الشفعة فى الأطيان المبيعة، ثم تبين أنه أخطأ فى البيانات التى أوردها فى صحيفة الدعوى عن حدود هذه الأطيان ورقم القطعة من الحوض الواقعة فيه فعدل طلباته بما يتفق والبيانات الصحيحة، وكان دفاع المشترى يفيد أنه قد اعتبر الدعوى مرفوعة من بادئ الأمر بطلب الشفعة فى هذه الأطيان، فلم يلتبس عليه الأمر بالرغم مما لابس البيانات التى أوردها الشفيع فى صحيفة الدعوى من أخطاء لم تؤثر على ما تلاقى عنده قصد الشفيع من دعواه وفهم المشترى لها، فإن الحكم يكون معيباً إذا قضى بسقوط حق الشفيع فى الشفعة تأسيساً على أن تعديل الطلبات فى هذه الحالة يعتبر رفعاً للدعوى بطلبات جديدة تخالف الطلبات الواردة فى صحيفة افتتاح الدعوى، وأن هذا التعديل قد جاء بعد مضى أكثر من أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع (نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١١ ص٩٧٩).

(٣) أسيوط الكلية ١٣ يونيه سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٨٨ ص٣٦٩- محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧ ص٤٤٠.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢١٦.

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢١٧.

(٦) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يلى المادة ٩٤٣ مدنى هو المادة ١٣٩٢ من هذا المشروع، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «١- لا تقبل المعارضة فى الأحكام الغيابية الصادرة فى الشفعة. ٢- وميعاد استئنافها خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانها». وفى لجنة المراجعة أدخل تعديل على الفقرة الثانية فأصبحت: «وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان الحكم». ووافق مجلس النواب على المادة بهذا التعديل. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت المادة «لأنها من صميم المرافعات، ومشروع قانون المرافعات قد تضمن الحكم بعدم قبول المعارضة فى الأحكام الغيابية ما دامت الدعوى تنظر على وجه السرعة، وجعل ميعاد استئنافها عشرة أيام». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٢٦- ص٤٢٧ فى الهامش).

تقنين المرافعات الملغى يشتمل على أحكام خاصة بالدعاوى التى يحكم فيها «على وجه السرعة»، وقد حورت هذه الأحكام لما عدل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢.

فقبل تعديل تقنين المرافعات بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢، كانت أهم الأحكام الخاصة بالدعاوى التى يحكم فيها على وجه السرعة، ومنها دعوى الشفعة، هى ما يأتى: (١) ما نصت عليه المادة ١٨ من قانون المرافعات السابق من أن كل الدعاوى التى ينص القانون على وجوب الفصل فيها على وجه السرعة «تقدم مباشرة إلى المحكمة دون عرضها على التحضير، ويتعين على المدعى فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعة نفسها. وفى جميع الأحوال تعطى المحكمة الخصوم المواعيد المناسبة للاطلاع على المستندات والرد عليها، وكلما اقتضت الحال تقديم مستندات أو طلبات عارضة أو إدخال خصوم حددت المحكمة المواعيد التى يجب أن يتم فيها ذلك». (٢) ما نصت عليه المادة ٣٨٦ من قانون المرافعات السابق من أنه «لا تجوز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى المواد المستعجلة ولا فى المواد التى يوجب القانون الحكم فيها على وجه السرعة». (٣) ما نصت عليه المادة ٤٠٢ من قانون المرافعات السابق من أنه «ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، يكون ميعاد الاستئناف ... ويكون الميعاد عشرة أيام فى المواد المستعجلة والمواد التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة، أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم». وقد نصت المادة ٣٧٩ من قانون المرافعات السابق على أن «تبدأ مواعيد الطعن من تاريخ إعلان الحكم ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويكون الإعلان لنفس المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى». ويتلخص كل ذلك فى أن النتائج التى كانت تترتب على نظر دعوى الشفعة «على وجه السرعة» هى أن الدعوى لم تكن تعرض على قاضى التحضير، ولم يكن الحكم فيها قابلا للمعارضة، وميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى عشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم لنفس المحكوم عليه أو فى موطنه الأصلى، وذلك سواء كان هذا الحكم صادرا من محكمة جزئية أو من محكمة كلية[1].

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ فأزال التفرقة ما بين الدعاوى العادية والدعاوى التى تنظر على وجه السرعة[2]، على الوجه الآتى: (١) ألغى نظام تحضير

---

(١) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٠- فقرة ٤٦١- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٠٩- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤ ص٤٩٠.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، فى صدد التعديلات الجوهرية التى أدخلها هذا القانون على نصوص تقنين المرافعات، ما يأتى: «ومن ذلك سريان ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره،=

القضايا بالغاء المواد من ١١٠ إلى ١١٧ مكررة مرافعات، فأصبحت الدعاوى العادية كالدعاوى التى تنظر على وجه السرعة لا تمر بالتحضير. ولكن لم تلغ المادة ١١٨ مرافعات، فبقيت دعوى الشفعة، باعتبارها من الدعاوى التى تنظر على وجه السرعة، يتعين على الشفيع فيها أن يودع مستنداته قلم الكتاب عند قيد دعواه، ويقدم المدعى عليه ما يكون لديه من مستندات فى جلسة المرافعات نفسها. (٢) ألغيت المعارضة فى الأحكام، إذ عدلت المادة ٣٨٥ مرافعات على الوجه الآتى: «لا تجوز المعارضة إلا فى الحالات التى ينص عليها القانون»، وذلك بعد أن عدلت المادة ٩٥ مرافعات على الوجه الآتى: «إذا تخلف المدعى عليه أو المدعى عليهم كلهم أو بعضهم عن الحضور فى الجلسة الأولى، وجب على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم الغائب، ويعتبر الحكم فى الدعوى بمثابة حكم حضورى فى حق المدعى عليهم جميعا». وعلى ذلك تساوت الدعاوى العادية والدعاوى التى تنظر على وجه السرعة، من حيث عدم جواز المعارضة فى الأحكام الصادرة فى جميع الدعاوى. (٣) أصبح ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى التى تنظر على وجه السرعة هو نفس ميعاد استئناف الحكم الصادر فى الدعوى العادية، إذ عدلت المادة ٤٠٢ من قانون المرافعات السابق على الوجه الآتى: «ميعاد الاستئناف ستون يوما، ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة، أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم». وفى مقابل إطالة ميعاد الاستئناف، جعل هذا الميعاد يسرى من تاريخ صدور الحكم لا من تاريخ إعلانه، إذ عدلت المادة ٣٧٩ من قانون المرافعات السابق على الوجه الآتى: «يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره، ما لم ينص القانون على غير ذلك». وعلى ذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة هو ستون يوماً من وقت صدور الحكم(١).

=وإلغاء المعارضة فى الأحكام الغيابية كأصل عام، وإلغاء الآثار القانونية المترتبة على التفرقة بين الدعاوى التى تنظر على الوجه المعتاد والدعاوى التى يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة».

(١) ويسرى هذا الميعاد الجديد على الأحكام الصادرة فى دعاوى الشفعة منذ صيرورة القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ نافذاً، ولو رفعت دعوى الشفعة قبل نفاذ هذا القانون، إذ العبرة فى حق الاستئناف ومواعيده بالقانون المعمول به عند صدور الحكم، لا بالقانون الذى كان معمولا به وقت رفع الدعوى (استئناف وطنى ١٦ مارس سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ رقم ٤١ ص٨٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٥ ص٦٢- ٢٠ مايو سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٢ ص٩- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٢ رقم ٣ ص١٠- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٤ رقم ١٥ ص٤٩- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٥).

وقد صدر القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية ولم يأخذ بنظام تحضير القضايا ولا المعارضة فى الاحكام، ونصت المادة ٨٤ على أنه «إذا تخلف المدعى عليه وحده فى الجلسة الأولى وكانت صحيفة الدعوى قد اعلنت لشخصه حكمت المحكمة فى الدعوى فإذا لم يكن قد أعلن لشخصه كان على المحكمة فى غير الدعاوى المستعجلة تأجيل نظر القضية إلى جلسة تالية يعلن المدعى بها الخصم النائب ويعتبر الحكم فى الدعوى فى الحالتين حكما حضوريا» وحددت المادة ٢٢٧ من القانون ميعاد استئناف الاحكام باربعين يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويكون الميعاد خمسة عشر يوما فى المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التى أصدرت الحكم، وقضت المادة ٢١٣ بأن يبدأ ميعاد الطعن فى الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ اعلان الحكم إلى المحكوم عليه فى الأحوال التى يكون فيها قد تخلف عن الحضور فى جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه، وكذلك إذا تخلف المحكوم عليه عن الحضور وعن تقديم مذكرة. وفى جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير فيها لأى سبب من الاسباب.

ومجمل القول أن دعوى الشفعة، بعد القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ وقانون المرافعات رقم ١٣ لسنة١٩٦٨ المطبق حاليا أصبحت كغيرها من الدعاوى: لا تمر على قاضى التحضير، ولا تجوز المعارضة فى الحكم الصادر فيها، وميعاد استئناف الحكم فيها أربعون يوما من تاريخ صدوره. وانحصرت الفائدة من كون دعوى الشفعة تنظر «على وجه السرعة» فى سرعة تقديم المستندات، وفى توصية عامة للمحكمة فى أن تراعى السرعة فى الفصل فى الدعوى فلا تكثر من التأجيل وتقصر مواعيد التأجيلات إذا اقتضاها الأمر(١).

٢٢٢- الخصوم فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة وفى الطعن فيه بالنقض: رأينا فيما تقدم(٢) أن الخصوم فى دعوى الشفعة هم الشفيع من جانب وكل من المشترى والبائع من جانب آخر. فلابد إذن أن يدخل الشفيع فى الخصومة كلا من المشترى والبائع، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. وكما أن هؤلاء هم الخصوم فى محكمة أول درجة، فانهم يبقون كذلك أمام المحكمة الاستئنافية إذا استؤنف الحكم الصادر فى

---

(١) عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٤- منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٧ ص٣٥١.
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٨.

دعوى الشفعة، وأمام محكمة النقض إذا طعن فى الحكم بالنقض(1).

ففيما يتعلق بالاستئناف، أيا كان الخصم المستأنف، الشفيع إذا خسر الدعوى والمشترى أو البائع إذا كسب الشفيع الدعوى وقضى له بالشفعة، يجب على المستأنف ادخال الخصمين الآخرين فى الخصومة أمام المحكمة الاستئنافية فى الميعاد القانونى(١). فإذا كان الشفيع هو المستأنف وجب عليه إدخال كل من البائع والمشترى، وإذا كان المشترى أو البائع هو المستأنف وجب عليه ادخال الشفيع والخصم الآخر (البائع والمشترى). والواجب، فى عهد تقنين المرافعات الأسبق، إدخال كل من الخصمين الآخرين وإعلانهما

---

(١) ولا يجوز أن تقدم فى الاستئناف طلبات جديدة (م٤١١ مرافعات)، وقد قضى بأنه لو كان المطلوب أمام محكمة أول درجة الشفعة فى جزء من عقار بنسبة عدد الرؤوس، ثم طلب كل العقار فى المحكمة الاستئنافية، عد هذا طلبا جديداً فيما زاد على الجزء المطلوب فى محكمة أول درجة (استئناف وطنى ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٥٢٠- استئناف مصر ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٩٢- محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٤). ويكون للشفيع، إذا صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التى أقام عليها دفاعه أمام محكمة أول درجة، بل ويزيد عليها أسانيد جديدة دون أن يطالب رفع استئناف فرعى. أما إذا لم يقض له بكل الطلبات، فانه يجب عليه أن يرفع استئنافاً فرعياً فيما لم يقض له به. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع برمته إلى محكمة الاستئناف، وإعادة طرحه مع أسانيده القانونية وأدلته الواقعية. ولذلك يكون للمستأنف عليه الذى صدر الحكم الابتدائى لمصلحته أن يتمسك بكل الأسانيد القانونية التى أقام عليها دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى، دون أن يكون مطالباً بأن يرفع استئنافاً فرعياً. وذلك إذا كان قد حكم له بطلباته كلها، إذ فى هذه الحالة تكون مصلحته فى رفع الاستئناف منعدمة. أما إذا كان لم يحكم له إلا ببعض لطلبات، فيكون هناك محل للاستئناف للمطالبة بما لم يحكم به. ويجب فى هذا المقام أن يكون المحكوم برفضه طلباً بالمعنى الصحيح فى القانون (chef de demande). فإذا كان المدعى قد أقام دعواه بالشفعة على أنه مالك بالشيوع، وأن أطيانه تجاور العقار المشفوع فيه من جهتين، وأن له عليه حق ارتفاق، فندبت المحكمة الابتدائية خبيراً فى الدعوى لتحقيق هذه الأسباب، ثم قضت للشفيع بطلباته استناداً على ما ظهر من تقرير الخبير من ثبوت الجوار بين الحدين، وعندما استأنف المشترى هذا الحكم أصر الشفيع أمام محكمة الاستئناف على تمسكه بسببى الشفعة الآخرين وطلب تأييد الحكم المستأنف، فمن الخطأ أن تقول محكمة الاستئناف إن الشفيع بعدم استئنافه الحكم فيما يتعلق بذنيك السببين يكون قد انتهى إلى التمسك بسبب الجوار فقط، وتلتفت بناء على ذلك عن السببين الآخرين اللذين أصر عليهما أمامها (نقض مدنى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٨ ص١٧).

(1) من المقرر أنه لابد لقبول دعوى الشفعة أن تكون الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشترى والبائع سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض فإن رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها ولم يخاصم الباقين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

(جلسة ١٩٨١/٣/٣ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٤٥ق س٣٢ ص٧٥٠)

(جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق)

بالاستئناف فى الميعاد القانونى، وإلا كان الاستئناف باطلا(١). وقد كانت محكمة استئناف مصر قد قضت بأن وجوب رفع الدعوى فى ميعاد معين على البائع والمشترى معاً مقصور حكمه على دعوى الشفعة عند رفعها، أما بعد رفع الدعوى وصدور حكم فيها فإن رفع استئناف عن هذا الحكم لا يخضع لهذه القاعدة الخاصة وإنما يخضع للقواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف. لذلك وجب ألا يعاب على الشفيع المستأنف للحكم الصادر فى دعوى الشفعة، وهى دعوى غير قابلة للتجزئة، أن يكون قد فاته أن يعلن البائع فى الميعاد القانونى إذا كان قد أعلن المشترى فى الميعاد المذكور. ذلك أن القواعد العامة المقررة فى باب الاستئناف فى الدعاوى غير القابلة للتجزئة تقضى بأنه إذا رفع الاستئناف فى الميعاد بالنسبة إلى واحد من المحكوم لهم، صح الاستئناف ولو لم يعلن الباقون إلا بعد الميعاد القانونى(٢). ولكن عندما طعن فى هذا الحكم بالنقض، لم تقر محكمة النقض محكمة الاستئناف على ما ذهبت إليه، وقضت بأنه إذا أعلن الشفيع المشترى بالاستئناف فى الميعاد القانونى، ولم يعلن البائع إلا بعد هذا الميعاد، فان الاستئناف يكون غير مقبول. ذلك أن القانون فى دعوى الشفعة قد حتم اختصام أفراد مخصوصين فى الميعاد المعين لها، فيكون واجبا على الشفيع اختصامهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة،

---

(١) وقد قضى بأنه إذا أهمل الشفيع إعلان البائع فى ميعاد الاستئناف لم يقبل استئنافه. إلا إذا كان البائع قد انضم إلى الشفيع فى طلباته أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٩١). أما إذا كان البائع لم يحضر أمام محكمة أول درجة، فانه يعتبر معارضاً لدعوى الشفعة (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٨٢). وعدم إدخال البائع فى الاستئناف يجعل الاستئناف غير مقبول، حتى لو حضر البائع من تلقاء نفسه أمام محكمة الاستئناف إذا كان حضوره بعد فوات ميعاد الاستئناف، إذ أن المشترى يكون قد كسب حق دفع الاستئناف بأنه غير مقبول شكلا، ومع ذلك يكون حضور البائع من تلقاء نفسه أمام الاستئناف بعد الميعاد مقبولا إذا كان قد انضم إلى الشفيع أمام محكمة أول درجة (استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٢٩١ – ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٨٣). وإذا كان الاستئناف لا يتناول حق الشفعة ذاته، كأن يتناول المبلغ الذى يجب على الشفيع دفعه كملحق للثمن، فان إدخال البائع فى الاستئناف غير واجب. فإذا أراد المشترى المجادلة فى حق الشفعة ذاته، فان عليه أن يدخل البائع فى الدعوى، وإلا كان استئناف المشترى الفرعى غير مقبول (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م٥٧ ص٣). ومع ذلك فقد قضى بأنه إذا كان الاستئناف مرفوعاً من المشترى، فانه يكون مقبولا ولو لم يعلن البائع، لأن شرط إعلان البائع لا يستلزمه القانون إلا بالنسبة إلى الشفيع (استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٨٨). ومصروفات إدخال البائع فى الدعوى تكون على الشفيع أو المشترى، أيهما خسر الدعوى (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٨٨).

وانظر فى كل ذلك محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٢ ص٤٥١ – ص٤٥٢.

(٢) استئناف مصر ٢ فبراير سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٥ رقم ٣٣ ص٦٥.

والحال كذلك فى الاستئناف. فطلب الشفعة هو طلب موجه إلى البائع والمشترى فى آن واحد، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً[1]. ونرى من ذلك أن محكمة

---

(١) نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص٢٢- وقالت محكمة النقض فى أسباب حكمها: «ومن حيث إن المادة ١٥ من قانون الشفعة تنص على وجوب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشترى معاً وإلا سقط الحق فيها. وإذا لوحظ أن القانون المدنى لم يكن - قبل صدور قانون الشفعة - يقضى بادخال البائع فى الدعوى، بل كان يكتفى برفع الدعوى على المشترى فقط، لزم عن ذلك القول بأن إدخال البائع فى دعوى الشفعة من الأحكام المتعلقة بحق الشفعة نفسه، أى أنه شرط فى صحة استعماله، بحيث إذا تخلف هذا الشرط سقط حق الشفعة. وحكمة ذلك أن طلب الشفعة هو طلب موجه فى الحقيقة إلى البائع والمشترى فى آن واحد، والحكم فى هذا الطلب هو حكم عليهما معاً، لأن الشفيع بموجب المادة ١٣ من قانون الشفعة يحل بالنسبة إلى البائع محل المشفوع منه فى جميع ما كان له من الحقوق أو عليه من الواجبات. وبهذا يتحول عقد البيع من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع، فتسقط حقوق البائع قبل المشترى ولا يكون له أن يطالب بها إلا الشفيع الذى حل محله. وكما تكون حقوق البائع قبل الشفيع لا قبل المشترى، يكون كذلك ما عليه من الواجبات باعتباره بائعاً للشفيع لا للمشترى، فيكون للبائع أن يطالبه بالثمن ويكون عليه أن يضمن له المبيع، وطلب الحكم بالشفعة هو طلب الحكم بكل ذلك. ومن حيث إن المادة ١٧ (من قانون الشفعة السابق) نصت على أن ميعاد الاستئناف فى دعاوى الشفعة خمسة عشرة يوماً من يوم إعلان الحكم. ولما كان الاستئناف يعيد الدعوى إلى حالتها الأولى، فانه يجب عليه استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة، ليكون الاستئناف مقبولا شكلا، أن يعلن إلى كل من المشترى والبائع فى ميعاد الاستئناف الذى يفتحه أحدهما باعلان الحكم. فإذا كان الحكم قد أعلن من المشترى، ولم يعلن الشفيع البائع مع المشترى فى الميعاد القانونى، فلا يقبل استئنافه. ولا وجه للقول بأن ميعاد الاستئناف يظل مفتوحاً بالنسبة إلى البائع، لأنه حتى إذا كان البائع أعلن الشفيع بعد الإعلان الموجه إليه من المشترى فان ميعاد الاستئناف يبدأ من الإعلان الأول، إذ أنه فى الحالة التى يكون فيها موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة إذا أعلن الحكم كل ذوى الشأن الذى كسبوا الدعوى إلى المحكوم عليه، وكانت إعلاناتهم فى تواريخ مختلفة، فان ميعاد الاستئناف يبدأ من أول إعلان. على أنه ما دام القانون قد حتم اختصام أفراد مخصوصين فى الدعوى فى الميعاد المعين لها، فانه يكون واجباً على الشفيع اختصامهم فى الميعاد المذكور وإلا كانت دعواه غير مقبولة. والحال كذلك فى الاستئناف. ولا يغض من ذلك ما تعرض له الحكم المطعون فيه فى شأن قاعدة نسبية الآثار المترتبة على إجراءات المرافعات، فانه وإن كانت اثار إعلان الأحكام من حيث قبول الاستئناف وعدم قبوله لا تكون إلا بالنسبة إلى المعلن والمعلن إليه من الخصوم فى الدعوى عند تعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم على السواء، فيما عدا حالتى التضامن وعدم إمكان التجزئة، فالحال هنا تختلف ما دام القانون - كما سلف - يستوجب اختصام المشترى والبائع معاً فى دعوى الشفعة فى الميعاد المعين لها» (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣ ص٢٢)- وانظر أيضاً نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٢٧ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء أول ص٧٢٨ رقم ١٣٠- ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٧٢٨ رقم ١٢٨- ١٢ مايو سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص٧٢٨ رقم ١٢٩.

النقض قد قررت فى عهد قانون الشفعة السابق وتقنين المرافعات السابق أن يختصم الشفيع فى الاستئناف كلا من البائع والمشترى، وأن يعلن كلا منهما بالاستئناف فى الميعاد القانونى، فإذا أعلن أحدهما فى الميعاد القانونى والآخر بعد هذا الميعاد كان استئنافه غير مقبول.

ولكن تقنين المرافعات السابق استحدث نصا هو المادة ٣٨٤ منه ويجرى على الوجه الآتى: «لا يفيد من الطعن إلا من رفعه، ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. على أنه إذا كان الحكم غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته. وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم...». ولما لم يكن هذا النص موجودا فى تقنين المرافعات الاسبق الذى قررت فى عهده محكمة النقض المبدأ المتقدم الذكر، فالظاهر أن هذا النص الجديد من شأنه أن يعدل من هذا المبدأ. لا يزال من الواجب دون شك أن يختصم الشفيع فى الاستئناف كلا من المشترى والبائع وإلا كان استئنافه غير مقبول. ولكنه إذا أعلن أحدهما بالاستئناف فى الميعاد القانونى وأعلن الآخر به بعد فوات هذا الميعاد، كان استئنافه مقبولا. ذلك أن دعوى الشفعة يصدق عليها وصف أنها غير قابلة للتجزئة ووصف أن القانون يوجب فيها اختصام أشخاص معينين، فينطبق عليها الاستثناء الوارد فى المادة ٣٨٤ مرافعات السابق سالفة الذكر وتقابلها المادة ٢١٨ من قانون المرافعات الحالى. ومن ثم ينطبق عليها ما ورد فى آخر النص من أنه «إذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة لهم». فإذا أعلن الشفيع الاستئناف إلى المشترى مثلا فى الميعاد القانونى، وجب عليه اختصام البائع وإعلانه بالاستئناف ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف، ويكون استئنافه مقبولا بالرغم من أنه أعلن للبائع بعد فوات الميعاد(١).

---

(١) وقد أقرت محكمة النقض فعلا هذا الرأى، فقضت بأنه متى كان الاستئناف قد رفع بتكليف بالحضور على اعتبار أن الدعوى التى صدر فيها الحكم المستأنف دعوى شفعة يوجب القانون الفصل فيها على وجه السرعة، وقد اختصم المستأنف فى صحيفة الاستئناف الشفيع المحكوم له ابتدائياً والبائعين، وقام باعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد، فان إعلان الاستئناف إلى البائعين بعد فوات الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق فى الاستئناف، لا بالنسبة إلى جميع المستأنف عليهم ولا بالنسبة إلى أيهم، وذلك تطبيقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٧٧ ص٤٧٦)- وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٠. =

وفيما يتعلق بالنقض. لابد من اختصام الشفيع والمشترى والبائع، سواء كان الطاعن هو الشفيع أو المشترى أو البائع. فإذا كان الشفيع هو الطاعن، فلابد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشترى والبائع، وأن يعلن كلا منهما بتقرير الطعن فى الميعاد القانونى. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون قد أوجب على الشفيع اختصام المشترى والبائع كليهما معاً فى دعوى الشفعة، وإلا كانت غير مقبولة. وهذا الحكم يسرى على الدعوى فى درجتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية. ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر فيها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له، فإن اختصام المشترى والبائع كليهما فى الطعن يكون واجبا كذلك. ولا يغض من هذا النظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بانشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية فى تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم فى الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم فى الحكم المطعون فيه، فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه فى دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزما باختصام من لا يقبل الدعوى إلا باختصامه. بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من اختصام من يجب قانونا اختصامه فى الدعوى، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه نقض الحكم فى حقه. وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة فى دعوى الشفعة بتقرير الطعن، كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة. وللنيابة العامة أن تطلب الحكم

= هذا وقد سوى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ بين الدعاوى العادية والدعاوى التى ينظر فيها على وجه السرعة من حيث إن الاستئناف فى جميع هذه الدعاوى يرفع «بتكليف بالحضور يراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الدعوى، ويجب أن تشتمل صحيفته على بيان الحكم المستأنف وأسباب الاستئناف، وإلا كانت باطلة» (م١/٤٠٥ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢). وبقيت المادة ٣٨٤ مرافعات كما هى تنطبق على جميع الدعاوى، بما فى ذلك دعوى الشفعة التى تعتبر كما قدمنا دعوى غير قابلة للتجزئة ودعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، ولم يمس القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المادة ٣٨٤ مرافعات المذكورة بأى تعديل. وقد أورد قانون المرافعات المطبق حاليا نفس الحكم فى المادة ٢١٨.

وإذا قضت محكمة أول درجة بسقوط الحق فى الشفعة، فان الاستئناف المرفوع من هذا الحكم يطرح الدعوى بما احتوته من طلبات ودفوع وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف. فلا يجوز لها، فى حالة إلغاء هذا الحكم، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها من جديد. ولا يغير من هذا الأمر أن يكون سند الحكم بسقوط الحق فى الشفعة هو بطلان إعلان أحد الخصوم. وذلك لأن هذا البطلان ليس هو الغاية من الدفع به، وإنما هو مجرد وسيلة للوصول إلى القضاء بسقوط حق المدعى فى الشفعة، على اعتبار أن الميعاد المحدد لطلبها قضاء قد انقضى دون أن ترفع على البائع والمشترى وفقاً لما يتطلبه القانون، ومن ثم فلا يصح النظر إلى هذا البطلان مستقلا عن الغاية من التمسك به والأثر المترتب عليه (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٧ ص١٣٨٤).

بعدم قبول الطعن، بسبب عدم صحة اختصام من لا يصح الطعن إلا باختصامه(١). وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك، فقضت بأنه متى كان الطعن مرفوعا من أحد ورثة البائعة دون باقى الورثة الذين كانوا خصوما فى الاستئناف، فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا(٢). وقضت كذلك بأن بطلان الطعن بالنسبة إلى أحد البائعين يترتب عليه حتما عدم قبوله شكلا بالنسبة إلى باقى المطعون عليهم(٣). وإذا كان الواجب إعلان جميع المطعون عليهم بتقرير الطعن فى الميعاد القانونى فى عهد تقنين المرافعات السابق، ففى عهد تقنين المرافعات الجديد وطبقا للمادة ٣٨٤ من هذا التقنين السالف ذكرها (تقابلها المادة ٢١٨ من قانون المرافعات الحالى)، إذا أعلن بعض المطعون عليهم بتقرير الطعن فى الميعاد

---

(١) نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص١٨٩- وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٧- محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص٥٢٥.

(٢) نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ١٨٩ ص٤٣٥.

(٣) نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٨١ ص٦٤٠- وانظر أيضاً: نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧١ ص٥٤٣ (لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والمشترى والبائع، سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض، وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو المشترى أو البائع. فان رفعها أحدهم فى أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم صاحبيه، قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها، إذ لا حكم إلا فى دعوى ولا دعوى بغير خصم. ذلك بأن الشفعة فى نظر القانون هى تحويل الحقوق والالتزامات ما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع والشفيع، فتزول صلة البائع بالمشترى فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته فى تلك الحقوق بالشفيع. فهى عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة، كل منهم طرف حقيقى ضرورى فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع فى حقوقهم هم الثلاثة بعضهم على بعض، ولا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعا. فدعوى الشفعة، والمقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء، يجب بطبيعة الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك)- ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٤ ص٦٥٦- ٢ يونيه سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٨ ص٧٨٧ (إذا كان اختصام شخص معين فى الطعن بالنقض لازماً لقبوله، كما هى الحال فى دعوى الشفعة التى يجب قيامها بين أطرافها الثلاثة، واختصمه الطاعن فى تقرير الطعن ولكنه لم يعلنه إليه إلا بعد فوات الميعاد المعين لذلك، كان الطعن باطلا بالنسبة إليه، وكان إذن غير مقبول لعدم اختصامه)- ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٩ ص١٠١ (إذا كانت الطاعنة وهى المشترية، وإن كانت قد اختصمت فى طعنها الشفيع والبائعين، أعلنت الطعن لأحد هذين البائعين بعد انقضاء الميعاد المحدد فى القانون لصحة الإعلان، فان طعنها يكون غير مقبول شكلا، لأن هذا البائع وقد أعلن إعلاناً باطلاً بعد الميعاد يكون غير مخاصم فى الطعن)- وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٢١٣- ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٣ ص٢٩٦ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٠ ص٤٢٠- ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٦ ص٦١٦.

القانونى فإنه يجوز إعلان باقى المطعون عليهم بعد فوات هذا الميعاد، ويكون الطعن فى هذه الحالة مقبولا شكلا، لأن دعوى الشفعة غير قابلة للتجزئة ولأنها من الدعاوى التى يجب أن يختصم فيها أشخاص معينون(١)(1).

٢٢٣- الحكم النهائى بثبوت الحق فى الشفعة وتسجيله - نص قانونى: تنص المادة ٩٤٤ مدنى على ما يأتى:

---

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص٤١١- على أن تقرير الطعن بالنقض يجب أن يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه وإن كانت المادة ٣٨٤ مرافعات تنص على أنه إذا رفع الطعن عن حكم صادر فى دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها كما هى الحال فى دعوى الشفعة على أحد المحكوم لهم فى الميعاد، وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم، إلا أن هذه المادة مقيدة فى الطعن بطريق النقض بما أوجبته المادة ٤٢٩ مرافعات من أن الطعن بالنقض لا يكون إلا بتقرير يحصل فى قلم كتاب المحكمة يبين فيه أسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم. وإذن فمتى تبين أن تقرير الطعن قد خلا من اختصام البائعة، فإنه يكون غير مقبول شكلا (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٤ ص٥٥٢).

وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١١ ص٥٢٦- ص٥٢٧.

(1) أ- لابد لقبول دعوى الشفعة من اختصام الشفيع والمشترى والبائع سواء فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض، سواء اكان رافع الدعوى أو الطاعن فى الحكم هو الشفيع أو المشترى أو البائع فان رفعها ايهم فى أية مرحلة من مراحلها ليكون الحكم الذى يصدر بشأنه هذا العقد حجة له أو عليه.

(جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ الطعن رقم ١٣٥٩ سنة ٤٧ق)

(جلسة ١٩٨١/٣/٣ الطعن رقم ١١٢ لسنة ٤٥ق س٣٢ ص٧٥٠)

(جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ الطعن رقم ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٦٧٧)

ب- ايراد اسم المطعون ضده - أحد البائعين - فى ورقة اعلان صحيفة دعوى الشفعة مسبوقا بلقب درج الطاعن على إثباته لكافة أسماء المعلن إليهم وثبوت اعلانه بالرغبة فى الشفعة باسمه الصحيح مسبوقا بهذا اللقب على موطنه، اعتبار إضافة هذا اللقب إلى الاسم من قبيل الخطأ المادى الذى لا يؤثر على صحته قضاء الحكم - مع ذلك - بسقوط الحق فى الشفعة لاعتباره الاعلان موجها إلى غير بائع فى عقد البيع المشفوع فيه ورتب على ذلك القول بعدم اختصام الطاعن أحد البائعين فى الدعوى وقضاءه بسقوط الحق فى طلب الشفعة فأنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٩٤/٦/١٦ الطعن رقم ١١٣٤ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٨٣/٣/٧ الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص٦٣٧)

(جلسة ١٩٧٣/٣/٣ الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص٣٧٢)

«الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»(١)(1).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: ١- الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها. ٢- ويسرى على تسجيل حكم الشفعة نص المادة ١٢٩٠ الخاصة بتسجيل إعلان الرغبة وما يترتب على هذا الإعلان». وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية وعدل حكم الفقرة الأولى بترك أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدنى، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٣٠ - ص٤٣١).

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق: م١٨- الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها.

م٤/١٤: ونصوص هذه المادة المختصة بتسجيل الطلب وما يترتب عليه تسرى على تسجيل حكم الشفعة المنصوص عنه فى المادة الثانية عشرة الآتى ذكرها. (وقانون الشفعة السابق يجعل المحكمة تسجل من تلقاء نفسها حكم الشفعة، أما التقنين المدنى الجديد فيجعل قانون الشهر العقارى هو الذى يسرى، فيتبع فى تسجيل حكم الشفعة، الإجراءات المقررة فى هذا القانون).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٤٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٤١: يثبت ملك الشفيع للمشفوع عند تنفيذ الحكم القاضى بالشفعة بالتسجيل فى دائرة الطابو، أو عند التسجيل فى الطابو فى حالة التراضى على الشفعة.

(والتقنين العراقى، طبقاً لأحكام الطابو أو السجل العينى، لا ينقل ملك العقار المشفوع فيه للشفيع إلا بالتسجيل فى الطابو، والذى يسجل هو الحكم القاضى بثبوت الشفعة أو سند التراضى على الشفعة).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٢ (معدلة بقانون ٥ شباط سنة ١٩٤٨): يثبت حق الشفعة ويكتسب الشفيع حق التسجيل، إما بتسليمه العقار المشفوع برضا المشترى بعد دفع الثمن وتوابعه المعينة بالمادة ٢٤٩، وإما بحكم صادر لمصلحة الشفيع. (والقانون اللبنانى، طبقاً لأحكام السجل العينى، يوجب تسجيل الحكم بالشفعة أو التراضى عليها فى السجل العينى، حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع).

(1) أ- إذ كان الشارع قد استمد أحكام الشفعة استمدادا من مبادئ الشريعة الرسلامية لاعتبارات اجتماعية واقتصادية تقوم عليها مصلحة الجماعة، فجعل البيع سببا للشفعة، وجعل حق الشفيع فيها متولدا من العقد ذاته بمجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، وكفل قيام هذا الحق دائما للشفيع فى مواجهة البائع والمشترى على السواء، ما لم يتم إنذاره رسميا أو يسجل عقد البيع ويسقط الشفيع حقه فى الشفعة فإذا ما تمسك الأخير بهذا الحق وسلك فى سبيله طريق الدعوى التى يرفعها على كل من البائع والمشترى توصلا إلى ثبوته حتى إذا ما صدر له حكم نهائى بذلك يعتبر سند =

ويخلص من هذا النص أنه إذا صدر حكم نهائى بثبوت حق الشفيع فى الشفعة، فإن هذا الحكم يعتبر سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، فما هو المقصود بعبارة أن الحكم «يعتبر سندا لملكية الشفيع»؟ لقد اقتبس نص المادة ٩٤٤ مدنى الذى وردت فيه هذه العبارة من المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق، إذ كانت هذه المادة الأخيرة تجرى على الوجه الآتى: «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها». وقد عرضت محكمة النقض لتفسير عبارة «يعتبر سندا لملكية الشفيع» الواردة فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق، فذهبت إلى أن المقصود «بسند الملكية» هو السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، لا دليل الملكية وحجيتها. ولاشك فى أن عبارة «سند الملكية» تحتمل المعنيين، معنى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية ومعنى دليل الملكية وحجيتها. ويحسبنا هنا أن ننقل بعض أسباب حكم لمحكمة النقض، ناقشت فيه هذين المعنيين، وأخذت بالمعنى الأول دون الثانى. قالت المحكمة: «وحيث إن الطعن مبناه أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تفسير المادتين ١٣ و١٨ من قانون الشفعة.. أما خطأ الحكم فى تفسير المادتين ١٣ و١٨ من قانون الشفعة فوجهه أن الحكم قد استند إلى هاتين المادتين فى القول بأن حكم الشفعة ينشئ ملكية الشفيع ولا يقررها، فى حين أن التفسير الصحيح لهاتين المادتين لا يؤدى إلى ما استخلصته المحكمة منها. ذلك لأن المادة ١٨ تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وهذا النص لا يفيد أكثر من أن حكم الشفعة هو دليل الشفيع على ملكية العين المشفوعة، كما أن حكم القسمة هو دليل المتقاسم على ملكية ما اختص به فى القسمة. أما سبب الملكية، وهو غير دليلها، فسابق على الحكم فى كلتا الحالتين.. والشفيع فى ذلك شبيه بصاحب حق الاسترداد الوراثى، والحكم له، فيما هو مجمع عليه فى فرنسا وفى

=الملكية العقار المشفوع فيه فإنه يحل بموجبه محل المشترى فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن البيع فتخلص له ملكية العقار المبيع فى مقابله للثمن الحقيقى الذى أوجب عليه الشرع ايداعه خزانة المحكمة طبقا للمادة ٩٤٢ من القانون المدنى ضمانا لحق المشترى فيسترده الأخير إذا كان قد وفاه، لما كان ذلك، وكان حق الشفعة بهذه المثابة لا يعد تعرضا موجبا لضمان الاستحقاق، فمن ثم فإن استعمال الشفيع حقه فى الشفعة وصدور حكم نهائى بأحقيته للعقار المبيع لا يرتب مسئولية البائع قبل المشترى لتعويضه عما حاق به من ضرر بسبب استحقاق العقار للشفيع.

(جلسة ١٩٩٠/٦/٢١ الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق)

ب- متى كان عقد البيع هو الذى يتولد منه حق الشفيع فى طلب الشفعة بمجرد تمام انعقاد البيع على العين المشفوعة، فلا يجوز للمشترى أن يتحدى بنفس العقد سندا للملكية لهذه العين فى مواجهة الشفيع ولو سجل.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ الطعن رقم ٢٢١ لسنة ٥٨ق)

مصر، يقرر حقه ولا ينشئه، وأثره لا يبدأ من يوم صدوره بل يرجع إلى يوم البيع الذى حل فيه المسترد محل المشترى... وحيث إن الشارع إذا كان قد نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع (titre de propriété) فإنه لم يرد بهذا النص أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التي قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام. بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم الشفعة سببا قانونيا (eausc juridique) لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزاد، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا لملكية واضع اليد على المنقول. وكلمة سند (titre) التى وردت فى هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها، ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها، فإن مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد الحكم . أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى»(١).

ونقتصر هنا على تسجيل المعنيين المختلفين لمعنى عبارة «سند ملكية الشفيع»، وعلى الإشارة إلى أن قضاء محكمة النقض قد استقر على الأخذ بأن السند معناه السبب القانونى المنشئ لملكية الشفيع، على أن نعود إلى مناقشة هذه المسألة فيما يلى(٢).

بقى تسجيل الحكم النهائى بثبوت الشفعة. وقد كان قانون الشفعة السابق يقضى فى المادة ١٨ منه، كما رأينا، بأن «على المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها». وكان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد يقضى بنفس الحكم، ولكن لجنة المراجعة عدلت النص بأن تركت «أمر تسجيل حكم الشفعة لقواعد الشهر بعد فصلها عن القانون المدنى»(٣). والقواعد المقررة فى قانون الشهر العقارى لسنة ١٩٤٦ تقضى بأن «تتم إجراءات الشهر فى جميع الأحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم» (م٢٠ من قانون الشهر العقارى). وعلى ذلك لا تقوم المحكمة من تلقاء نفسها بتسجيل حكم الشفعة كما كانت الحال فى قانون الشفعة السابق، بل يقوم الشفيع وهو صاحب

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٠.

(٢) انظر فقرة ٢٢٩.

(٣) أنظر آنفاً ص٦٩٥ هامش٢.

الشأن فى التسجيل بمباشرة إجراءاته[1]. ويباشرها وفقا للقواعد المقررة فى قانون الشهر العقارى[2]، فيقدم طلب التسجيل لمأمورية الشهر العقارى التى يقع العقار المشفوع فيه فى دائرة اختصاصها (م٢١ قانون الشهر العقارى) المعدلة بالقانونين ٢٥ لسنة ١٩٧٦ و٢٢٣ لسنة ١٩٩٦)، ويتم التسجيل فى مكتب الشهر العقارى الذى تتبعه هذه المأمورية (م٥ من قانون الشهر العقارى).

وإذا سايرنا محكمة النقض واعتبرنا حكم الشفعة منشئا لملكية الشفيع، فإن تسجيل هذا الحكم يجرى تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى المعدلة بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٦، وتنص على أن «جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصيلة أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل... ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم[3]. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن. ويجوز لمن حصل مع آخرين على حكم نهائى مثبت لحق من الحقوق أن يطلب قصر التسجيل على القدر الذى قضى له به، كما يجوز له أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة. ويجوز لمن حصل على حكم نهائى لصالحه أن يطلب قصر التسجيل على العقارات المقضى له بها فى قسم أو ناحية معينة. فقبل تسجيل حكم الشفعة، لا تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى الغير. فإذا ما

---

(١) حتى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، كانت المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن تسجل المحكمة من تلقاء نفسها حكم الشفعة قد علت بالمادة ٢٠ من قانون الشهر العقارى الذى أصبح نافذاً منذ أول يناير سنة ١٩٤٧، فأصبح الذى يقوم بتسجيل حكم الشفعة هو الشفيع صاحب الشأن فى التسجيل، ولا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها. وكذلك كانت المادة ٤/١٤ من قانون الشفعة السابق التى تقضى بأن يكون تسجيل حكم الشفعة يتم فى الجهة التى يتم فيها تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أى فى المحاكم الوطنية والمحاكم المختلطة، قد ألغيت، لأن قانون الشهر العقارى وهو يلغى كل نص يخالف أحكامه (م٦٠ من قانون الشهر العقارى) يقضى بأن يحصل التسجيل فى مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار فى دائرة اختصاصه (م٥ من قانون الشهر العقارى). ولذلك عندما صدر التقنين المدنى الجديد يقضى فى المادة ٩٤٤ منه بأن يتم تسجيل حكم الشفعة «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل»، إنما كان يقرر أمراً قد وقع بالفعل منذ نفاذ قانون الشهر العقارى. أنظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٥٢ وما بعدها.

(٣) أنظر آنفاً ص٣٥٥- وانظر حامد فهمى فى نظرية التصرفات الإقرارية والإنشائية مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى فقرة ٣٢.

سجل الحكم، انتقلت الملكية إلى الشفيع، ويكون انتقالها من وقت التسجيل، سواء بالنسبة إلى الغير أو بين ذوى الشأن، طبقا للرأى الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى خصوص نفى الأثر الرجعى للتسجيل بين ذوى الشأن.

وإذا قلنا إن حكم الشفعة ليس منشئا لملكية الشفيع، وإنما هو كاشف عن ثبوت حق الشفيع فى الشفعة كما سيجئ(١)، شأنه فى ذلك شأن سائر الأحكام تكشف عن الحق لا تنشئه، فتسجيله لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم منشئ. كذلك لا يمكن أن يكون على اعتبار أنه حكم بتصرف، ناقلا كان هذا التصرف أو كاشفا(٢)، لأنه لا يقضى بحصول تصرف ما، وإنما يقضى بحصول واقعة الشفعة وهى واقعة مركبة وليست تصرفا محضا كما سبق القول. وقد كان يحسن إفراد نص خاص فى قانون الشهر العقارى يقضى بوجوب تسجيل حكم الشفعة حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع، فيكون هذا النص هو الذى تشير إليه المادة ٩٤٤ مدنى عندما تقول «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل». وقد تدارك قانون السجل العينى هذا النقص، فأورد هذا النص الخاص وربط فيه ما بين تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وتسجيل الحكم بالشفعة، فنصت المادة ٣٦ من هذا القانون على أنه «يجب التأشير بإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فى صحف الوحدات العقارية، ويترتب على ذلك أنه إذا تقرر حق الشفيع بحكم قيد فى السجل أن يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير المذكور»(٣). وما دام هذا النص لم يوجد فى قانون الشهر العقارى، فإن أقرب نصوصه إلى تسجيل حكم الشفعة هو النص القاضى بتسجيل «دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية» (م٢/١٥ من قانون الشهر العقارى). فالحكم بالشفعة هو حكم بحلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع الذى تم ما بين المشترى والبائع. ولما كان عقد البيع هذا واجب التسجيل حتى تنتقل الملكية إلى المشترى، ولما كان حكم الشفعة قد كشف عن أن الشفيع قد حل محل المشترى بالرغم من منازعة المشترى والبائع فى ذلك، فيكون حكم الشفعة هو حكم بأن التعاقد قد وقع للشفيع دون المشترى. فهو بمثابة حكم بصحة التعاقد، ولكن لا لمصلحة المشترى الأصلى بل لمصلحة الشفيع. ومن ثم وجب تسجيله كما يسجل الحكم بصحة التعاقد، حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه بهذا التسجيل من البائع إلى الشفيع، بدلا من انتقالها من البائع إلى المشترى، وكما أن الحكم بصحة التعاقد فى البيع يجعل منه

---

(١) أنظر ما يلى ص٧٢٦.

(٢) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٥ ص٥٣٤.

(٣) أنظر آنفاً ص٣٥٥ هامش٣.

المشترى سندا يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل، فيسجله فتنتقل إليه ملكية المبيع، كذلك الحكم بالشفعة يجعل منه الشفيع سندا يغنيه عن عقد بيع يصدر له من البائع، فيسجله فتنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه. وفى دعوى صحة التعاقد يسجل المشترى صحيفة الدعوى(١)، أما فى دعوى الشفعة فلا يسجل الشفيع صحيفة الدعوى ولكنه يسجل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، ويقوم تسجيل هذا الإعلان مقام تسجيل صحيفة الدعوى.

المبحث الثالث

آثار الأخذ بالشفعة

٢٢٤ – انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع – علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير: يترتب على ثبوت حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، على التفصيل الذى سنبسطه فيما يلى. وانتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع إنما هو ذاته نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشترى فى عقد البيع الذى تم ما بين البائع والمشترى، فتنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشترى بناء على هذا الحلول. وما دام الشفيع قد حل محل المشترى، فيتعين أن نحدد، بعد أن يتم هذا الحلول، علاقة الشفيع بالبائع وعلاقته بالمشترى وعلاقته بالغير(٢).

فنبحث إذن المسألتين الآتيتين: (١) انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. (٢) علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٤٥.

(٢) أما علاقة البائع بالمشترى، بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة ويحل الشفيع محل المشترى فى عقد البيع المشفوع فيه، فتتلخص فى أن هذا البيع فيما بين البائع والمشترى يعتبر كأن لم يكن، إذ يتحول من كونه بين البائع والمشترى إلى كونه بين البائع والشفيع. ويترتب على ذلك أن المشترى لا يرجع على البائع بضمان الاستحقاق بحجة أن الشفيع قد انتزع منه العقار المشفوع فيه، ولا يكون البائع مسئولا عن تعويض المشترى لهذا السبب، إذ أن البيع الذى كان قد تم بينهما قد زال واعتبر كأن لم يكن كما سبق القول (استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٣٣٢– ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٨٢– وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٦٨ ص٤٥٩).

المطلب الأول

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع

٢٢٥ – الشفعة بالتراضى أو بالتقاضى سبب لحلول الشفيع محل المشترى فانتقال الملكية إليه دون المشترى: قدمنا أن الشفعة واقعة مركبة، اقترن فيها الشيوع أو الجوار أو أى ارتباط آخر يقوم بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع، بإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى(١). فهذه الواقعة المركبة تشتمل إذن على عناصر ثلاثة: الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة. ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاثة، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره. والأثر المباشر الذى يترتب على قيام الشفعة، مستكملة لعناصرها الثلاثة، هو حلول الشفيع محل المشترى فى البيع الذى تم ما بين المشترى والبائع. فالمادة ٩٣٥ مدنى تنص كما رأينا على أن «الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية». وتؤكد المادة ١/٩٤٥ مدنى، كما سنرى، أن الأثر المباشر للشفعة هو حلول الشفيع محل البائع بالنص على أن «يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته».

ولما كان استكمال الشفعة لعناصرها الثلاثة المتقدمة الذكر كثيرا ما يكون محل منازعة بين الشفيع من جهة والمشترى والبائع من جهة أخرى، فقد أراد القانون أن يقف عند دلالة قاطعة لانحسام هذا النزاع، إما عن طريق تسليم المشترى باستكمال الشفعة لعناصرها وهذه هى الشفعة بالتراضى، أو عن طريق حكم قضائى يحسم النزاع نهائيا وهذه هى الشفعة بالتقاضى. فالتراضى أو التقاضى ليس من شأنه أن يقيم الشفعة سببا لإنتاج أثرها، بل هى مجرد فض للنزاع والتدليل بوجه قاطع على أن الشفعة قد قامت فعلا مستكملة لعناصرها الثلاثة. ولم يطلب القانون فى التراضى إلا تسليم المشترى بأن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة، وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة. أما فى التقاضى فقد رسم القانون لدعوى الشفعة إجراءات خاصة وحدد لها مواعيد معينة تقدم بيانها تفصيلا، فإذا ما راعاها الشفيع انتهى إلى حكم يقضى بثبوت حقه فى الشفعة، أى بتقرير أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة وأن الشفيع قد ثبت له حق الأخذ بالشفعة.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١.

وسواء كان الدليل القاطع على أن الشفعة قد استكملت عناصرها الثلاثة هو التراضي أو التقاضي، فإن الشفعة تنتج أثرها المباشر، وهو حلول الشفيع محل المشترى، منذ أن تستكمل عناصرها الثلاثة التى تنتهى بابداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة. فمتى أبدى الشفيع هذه الرغبة، وأعلنها لكل من المشترى والبائع على الوجه الذى رسمه القانون والذى سبق أن بسطناه، فقد حل الشفيع بحكم القانون محل المشترى فى البيع المشفوع فيه، وتحولت الصفقة، بعد أن كانت بين البائع والمشترى، إلى أن تكون بين البائع والشفيع. ويكون ذلك بطبيعة الحال منذ أن وجدت الصفقة، أى منذ تمام البيع بين البائع والمشترى. فالقانون، متى استكملت الشفعة عناصرها الثلاثة، يحل الشفيع محل المشترى، ويجعل الشفيع هو المشترى منذ البداية، ويخرج المشترى من الصفقة كأنها لم تنعقد له أصلا. ويبقى البيع قائما منذ أن انعقد، ولكنه يكون بيعا المشترى فيه هو الشفيع لا المشترى الأصلى. وينتج البيع آثاره فيما بين البائع والشفيع، فيكون للشفيع حقوق المشترى وعليه التزاماته، وذلك منذ أن انعقد البيع كما سبق القول، لأن المشترى يختفى تماما ويعتبر كأنه لم يتدخل بتاتا فى الصفقة(١). وتنعقد الصلة مباشرة بين البائع والشفيع فى نفس البيع الذى سبق أن تم، فلا يكون المشترى وسيطا بينهما بعد أن خرج من الصفقة. وعلى ذلك يكون الشفيع هو الدائن مباشرة للبائع بحقوق المشترى، وهو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشترى(٢).

ومن حقوق المشترى أن تنتقل إليه ملكية العين المبيعة من البائع، فتنتقل إذن ملكية العقار المشفوع فيه مباشرة من البائع إلى الشفيع. ولكن متى تنتقل؟ ومتى يحل الشفيع محل المشترى؟

٢٢٦ - متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ومتى يحل الشفيع محل المشترى - اختلاف الآراء: هذا التحليل لطبيعة الشفعة الذى نقول به، على بساطته

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٣٣١ - ٧ أبريل سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٧٢ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٦٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٦٢.

(٢) ويصبح الشفيع هو الخلف المباشر للبائع (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٣١٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٢٦٢ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٤٧ ص٤٦٤). فيكون فى نفس مركز المشترى وبنفس الشروط، وعلى ذلك يلتزم بما تعهد به المشترى فى عقد شرائه بأن ينشئ فى خلال سنة منزلا للسكنى على الأرض المبيعة وأن يحافظ على الاستواء الحالى وإلا فسخ البيع، فمثل هذا الشرط صحيح ولم يقصد به التحايل لمنع الشفيع من استعمال حقه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٢٠٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص٤٦٥).

وعلى تمشيه مع النصوص والحلـول العملية المسلـم بها فى الشفعة، ليـس محلا لاتفـاق الآراء.

ولو سلم به، لأمكن القول دون تردد إن الشفيع، وقد حل محل المشترى، تنتقل إليه ملكية العقار المبيع فى الوقت الذى كانت تنتقل فيه إلى المشترى لو بقى هذا فى الصفقة مشتريا ولم ينتزعها منه الشفيع، والمشترى لا يصبح مالكا للعقار المبيع إلا إذا سجل عقد البيع، ويكون مالكا من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير. أما فيما بينه وبين البائع، فمن وقت التسجيل أيضا وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض، ومن تمام البيع وفقا للرأى الذى نقول به. وعلى ذلك يجب على الشفيع، حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه من البائع، أن يسجل السند الذى حل بالنسبة إلى محل سند البيع بالنسبة إلى المشترى، وهو التراضى على الشفعة إذا تمت بالتراضى[1] أو الحكم بثبوتها إذا أخذت بالتقاضى.

---

(١) هذا والتراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة هو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه إذ نص المشرع فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى الجديد على أن «يعلن الشفيع رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى، وإلا سقط حقه»، لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشترى والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثانى إذا رد عليه بالقبول. وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعات التى كانت تثور فى شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة، وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة فى حالة عدم إبداء رغبته فى خلال تلك المدة، أو بدءا لافتتاح إجراءات الشفعة فى حالة إبداء رغبته فى خلالها. أما التراضى الذى ينتج أثره فى إتمام الشفعة، فهو ذلك الذى يتم بقبول المشترى بعد إبداء الشفيع رغبته فى الشفعة» (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص٤٢٦). وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٧٧ ص٤٦٣: ويشير إلى حكم استئناف مصر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٤٦ فى القضية رقم ٧٤ سنة ٦٢ قضائية، وفيها أعلن الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشترى بعد فوات ميعاد الخمسة عشر يوماً. ولكن المشترى وقع هو والشفيع على أصل الإعلان إقراراً بأن المشترى قبل التنازل عن الصفقة للشفيع لاستحقاقه لها. وبعد ذلك أنذر المشترى الشفيع بالعدول عن الإقرار وتمسكه بالصفقة. فرفع الشفيع دعوى على المشترى يطالبه فيها بالأرض المبيعة، ورفع المشترى الدعوى بأن الشفيع لم يظهر رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بالبيع. فقضت المحكمة الابتدائية باحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات العلم. ولما استؤنف هذا الحكم، قضت محكمة الاستئناف بأن الإقرار الذى وقعه المشترى والشفيع باستحقاق الشفيع للشفعة هو تسليم للشفيع بحقه فى الشفعة بالتراضى. وقد تعلق حق الشفيع به، فلا يملك المشترى ولا ورثته الرجوع فى هذا التسليم، حتى لو ثبت أن الشفيع لم يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة إلا بعد فوات الميعاد. ولذلك يكون الحكم الابتدائى، إذ قضى بالتحقيق لإثبات العلم، فى غير محله.

وإذا تم التراضى على الوجه المتقدم، يثبت حق الشفيع بهذا التراضى، ولابد من تسجيله حتى تنتقل=

فإذا سجل هذا السند انتقلت إليه، كما كانت تنتقل إلى المشترى بتسجيل سند البيع. وتنتقل الملكية إلى الشفيع من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير، أما فيما بينه وبين البائع والمشترى فتنتقل أيضا من وقت التسجيل وفقا لقضاء محكمة النقض، ومن وقت تمام البيع الذى حصل فيه الشفيع مشتريا بحكم الشفعة وفقا للرأى الذى نقول به.

ولكن الآراء اختلفت فى هذه المسألة، وهى لم تختلف فى الواقع من الأمر فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع، فهذا الوقت تحدده أحكام التسجيل لا أحكام الشفعة. ولا خلاف فى أن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل حكم الشفعة (أو سند التراضى)، وتنتقل إليه من وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير. وإذا كان هناك خلاف فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع فيما بينه وبين البائع والمشترى، إذا سجل الشفيع سنده، من وقت التسجيل أو من وقت البيع، فهذا خلاف واقع لا فى أحكام الشفعة بل فى أحكام التسجيل. والخلاف الواقع فى أحكام الشفعة، وهو الخلاف الذى نقصده هنا، هو فى وقت حلول الشفيع محل المشترى، لا فى وقت انتقال الملكية إلى الشفيع.

فهناك رأى يذهب إلى ما ذهبنا إليه، ويقول إن الشفيع يحل محل المشترى من وقت تمام البيع المشفوع فيه(١). وهناك رأى ثان يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشترى من

=الملكية إلى الشفيع. ولكن حلول الشفيع يحل محل المشترى يكون فى هذه الحالة أيضاً فى رأينا، من وقت البيع لا من وقت التراضى ولا من وقت إبداء الرغبة. وإذا قام نزاع فى شأن هذا التراضى ورفعت دعوى بهذا النزاع، فإن هذه الدعوى لا تكون دعوى شفعة تراعى فيها مواعيدها، لأن الشفعة تمت بالتراضى لا بالتقاضى، وإنما تكون دعوى نزاع عادية تخضع للأحكام العامة فى الدعاوى (استئناف مختلط ١٣ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٧٥).

وفى حالة التراضى على الشفعة، يكون سبب كسب الشفيع لملكية العقار هو الشفعة لا بيع يتم بهذا التراضى، ولذلك لا تجوز شفعة جديدة فى هذا التراضى (شفيق شحاته فقرة ٢٧٨).

(١) استئناف وطنى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٦٠ ص١٣٠ (وقد جاء فى أسباب هذا الحكم: وحيث إن الشفعة تثبت بالطلب المستوفى للشرائط القانونية، ومتى ثبتت انفسخ البيع للمشترى وحل الشفيع محله، وأصبح العقار المشفوع فيه ملكاً له من يوم البيع، ولذلك تسقط جميع الحقوق العينية التى يكون قد قررها عليه المشترى. وحيث إن الحكم بها للشفيع ليس عبارة إلا عن تقرير صحة الطلب وإلزام المتخاصمين بالنتائج القانونية المترتبة عليها، فهو من الأحكام المبنية للحقوق لا المنشئة لها). وقضى أيضاً فى عهد التقنين المدنى السابق بأن القواعد القانونية تقضى بأن الأحكام معلنة ومقررة للحقوق وثبوتها لا موجدة لها، بمعنى أن الحق الذى قضى للشخص به يعتبر أنه مكتسب له من يوم وجوده لا من يوم القضاء له به. وعلى هذه القاعدة يكون الشفيع الذى طلب أخذ العقار بالشفعة مالكاً لهذا العقار من يوم حصول البيع، وهذا يوافق ما نص عليه فى مذهب الإمامين مالك والشافعى من ثبوت ملك الشفيع بمجرد الطلب بعد معرفة الثمن والمبيع ولو لم يسلم المشترى أو يتسلم الثمن، وعلى ذلك جاز للورثة تجديد المطالبة بالشفعة (استئناف وطنى ١٥ مارس =

وقت إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى كل من المشترى والبائع[1]. وهناك رأى ثالث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت رفع دعوى الشفعة[2]. ولكن الرأى الذى يستوقفنا طويلا هو الرأى الرابع الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض وتابعها فيه جمهور الفقهاء[3]، ويذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة (أو من وقت التراضى)، فإن هذا الحكم طبقا لهذا الرأى يعتبر منشئا لحق الشفيع لا كاشفا عنه[4]. وقد كنا أشرنا إلى هذا الرأى فيما قدمناه فى تفسير

=سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص٦١)- وانظر على زكى العرابى فقرة ١١٣- عبد السلام ذهنى فى الأموال فقرة ٥٢٥.

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا استمر المشترى واضعاً يده على العقار المشفوع فيه بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فانه يكون مسئولا عن الثمار قبل الشفيع من يوم الإعلان إلى يوم التسليم، بعد خصم المصروفات وأتعاب الإدارة وفوائد ثمن المبيع من يوم الإعلان إلى يوم دفع الثمن (استئناف وطنى ٢٩ يدسمبر سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣٥ ص٢٩٧- استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٣١٢). وانظر أيضاً حسن كيرة ص٢٢- ص٢٣ (ويذهب إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد إعلان رغبته فى طلب الأخذ بالشفعة، ولكنه يشترط تسجيل هذا الإعلان حتى تنتقل الملكية إلى الشفيع وحتى يكون هذا مستحقا للثمار). وانظر أيضاً أنور سلطان فى مجلة الحقوق ٢ ص٦٩٩- وانظر أيضاً فى أن الملكية تنتقل إلى الشفيع من وقت تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة: استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٥٠- ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص٩١- ١٨ مايو سنة ١٩٤٣ م٥٥ ص١٥٧.

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٣ (ويقول بأن حكم الشفعة يرتد بأثر رجعى إلى الوقت الذى يستكمل فيه الشفيع إجراءات الشفعة وفقاً لنصوص القانون، إذ أنه عندئذ فقط يمكن القول بأنه كسب مركزاً قانونياً يستند إليه حقه فى تملك العقار المشفوع).

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٣ - شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص٢٨٥ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٧٦ ص٣٨٥ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٩ وفقرة ٤٧٠ ص٤٨١- إسماعيل غانم ص٩٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص٥٠١- منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص٣٥٩ - ص٣٦٠.

(٤) استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٠١ م١٣ ص١٢٤- ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٠٠- وكانت محكمة الاستئناف الوطنية بدوائرها المجتمعة قد قضت، قبل محكمة النقض، بأن حكم الشفعة ناقل للملك لا مقرر له، وبأن العقار المشفوع فيه يبقى ملكاً للمشترى إلى أن يصدر الحكم بالشفعة، وقد جاء فى أسباب حكمها ما يأتى: «وحيث إن الشفعة أخذت أصلا عن أحكام الشريعة الغراء، وقال الفقهاء فيها إنها تمليك بالتراضى أو بقضاء القاضى دفعا لاحتمال الضرر، أى أن الشفيع لا يعد مالكاً للعقار إلا بناء على تراضيه مع المشترى على أن يتنازل له عما اشتراه لماله من حق الشفعة أو بحكم القاضى، وحينئذ يتعين عليه دفع الثمن والمصاريف التى يكون المشترى قد صرفها فى سبيل هذا الشراء. وحيث إنه بناء على هذا المبدأ يكون حكم الشفعة ناقلا للملك وليس مقرراً له، وللمشفوع منه حق الانتفاع بما اشتراه واستغلاله لنفسه حتى يدفع له الشفيع الثمن =

عبارة أن حكم الشفعة «يعتبر سندا لملكية الشفيع» (م٩٤٤ مدنى)(١)، والآن نتولى بسط الرأى بالتفصيل، وننظر فيه بعد ذلك نظرة تقديرية.

٢٢٧ - رأى محكمة النقض - بحل الشفيع محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه: وقد استقر قضاء محكمة النقض، كما قدمنا، على أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة(1)، وبأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه، فلا يصير العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم. وقد أصدرت فى عهد قانون الشفعة السابق حكما أساسيا فى هذه المسألة سبقت الإشارة إليه(٢)، وقضت فيه بأنه إذا كان حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، فإن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة. ولا سند فى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة للحكم، ولو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه. ذلك بأن الشارع، إذ نص فى المادة ١٨ من قانون الشفعة على أن حكم الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، إنما أراد بالسند السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، لا دليل الملكية أو حجيتها. ومقتضى هذا النظر أو لازمه أن المشفوع لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة العاشرة من قانون الشفعة مقيد لحق المشترى فى البناء والغراس فى العين المشفوعة، ولا ما

=والمصاريف بناء على التراضى أو حكم القاضى. وحيث إنه متى سلم بأن العين تعتبر ملكاً للمشترى إلى حكم القاضى، فليس من المسلم به إلزام الشفيع بإيداع المبلغ بالخزانة وتعطيله زمناً بغير استغلال وبغير مسئولية على المشترى الذى له حق الانتفاع بثمرة العين ما دام النزاع قائماً قصر أو طال» (محكمة الاستئناف الوطنية الدوائر المجتمعة ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٠ ص٢٦٦).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٣.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٣.

(1) جرى نص المادة ١/٩٤٥ من القانون المدنى على أن يحل الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ولذا يضحى المشترى بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل، وإذ كان النص فى المادة ٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المقابلة للمادة ٦ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن على أن «يعد فى حكم المستأجر ... مالك العقار المنزوع ملكيته بالنسبة إلى ما يشغله من هذا العقار...» هو استثناء خرج به المشرع على الأصل المقام فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه ومنه فلا يسرى حكمه على المشفوع منه.

(جلسة ١٩٨٥/٣/٧ الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٩ق س٣٦ ص٣٥٨)

جاء فى المادة الثانية عشرة قاضيا بأنه لا يسرى على الشفيع كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده بعد تسجيل طلب الشفعة، فإن الشارع المصرى إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية، وهى مخرجة فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والشفيع. وكذلك لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه فى المادة الثالثة عشرة من حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، ولا مع ما نص عليه فيها من أن الشفيع ليس له فى حالة الاستحقاق أن يرجع إلا على البائع، فإن هذا لا يعنى أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت طلب الشفعة[1]. وصدر بعد ذلك حكم آخر، فى ظل قانون الشفعة السابق، يؤكد معنى الحكم الأول، ويقضى بأن المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم نصت على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، ومن مقتضى هذا النص أن العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة، إذ هو سند تملكه. وينبنى على ذلك أن يكون ريع هذه العين من حق المشترى وحده عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم، ولا يكون للشفيع حق فيه إلا ابتداء من هذا التاريخ فقط، حتى لو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا أو أودعه على ذمته خزانة المحكمة إثر رفضه. وبذلك لا يكون هناك محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائى وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستئنافى، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء أكان ملغيا أم مؤيدا للحكم الابتدائى[2].

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٠.

(٢) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص٣٥١- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص٢٩٠- ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص٥١٦: وقد طبق هذان الحكمان أيضاً قانون الشفعة السابق.

فإذا صدر حكم نهائى يقضى بالشفعة، ثم نقض هذا الحكم، اعتبر كأن لم يكن، وسقطت جميع الآثار التى ترتبت عليه، ومنها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن نقض الحكم القاضى بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض، ويقتضى ذلك سقوط جميع الآثار التى ترتبت عليه، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالى يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له. وليس يجب رد الأصل فحسب، بل يجب أيضاً رد فوائد النقود وثمار العقار. وتجب هذه الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار، لأن هذا الإعلان لتضمنه معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بنقض الحكم المطعون فيه - سند حيازة الحائز - ولاحتوائه على بيان عيوب هذا السند، يكون له مثل ما رتبه القانون فى المادة ٢/٩٦٦ =

ولم تعدل محكمة النقض عن هذا المبدأ الذى قررته من أن حكم الشفعة منشئ لا كاشف، حتى بعد أن صدر التقنين المدنى الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة. فقضت، فى عهد التقنين المدنى الجديد، بأن قضاء محكمة النقض قد استقر فى ظل أحكام دكريتو ٢٣ من مارس سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة، على أن ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها لا تنشأ إلا برضاء المشترى بالشفعة أو بالحكم الصادر بها، وأن هذه الملكية لا يرتد أثرها إلى تاريخ البيع الحاصل للمشترى ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة. ولم يعدل القانون المدنى الجديد شيئا من أحكام ذلك الدكريتو فى هذا الخصوص. فجاء نص المادة ٩٤٤ مطابقا لنص المادة ١٨ من الدكريتو من أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وانتهى المشرع إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد. وعلى ذلك لا تنتقل الملكية للشفيع، فى ظل القانون المدنى الحالى، إلا من تاريخ الحكم بالشفعة(١)(1). وأكدت المحكمة، فى حكم تال للحكم المتقدم، المبدأ الذى أخذت به

=مدنى على إعلان صحيفة الدعوى من أثر فى زوال حسن نية الحائز (نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٣ ص٥١٦).

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص٧٩٨- وقد جاء فى أسباب هذا الحكم فى خصوص الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد وفى خصوص وجوب إيداع الثمن: «ولا يجدى الطاعن ما ذكره من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تشير إلى اتجاه المشرع إلى تقرير حق الشفيع فى الملكية من تاريخ عقد البيع أو تاريخ تسجيل طلب الشفعة، لأنه يتبين من المناقشات فى لجنة بحث مشروع القانون حول المادة ٩٤٥ أن البحث اتجه إلى أفضلية النص على الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالكاً، واستعرضت الآراء المختلفة للفقه والقضاء فى هذا الخصوص بين مؤيد لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة وبين معارض له. كما تناول البحث ملكية ثمرات العقار فى الفترة بين البيع والحكم بالشفعة، ولكن الأمر انتهى إلى بقاء نص المادة ٩٤٥ والمادتين ٩٤٤ و٩٤٧ على ما كانت عليه فى مشروع القانون. أما العبارة التى وردت بالمذكرة الإيضاحية للقانون تعليقاً على المادة ٩٤٧ من أن الرأى أن الشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة ويتملك من وقت البيع الأول ويعتبر المشترى كأن لم يملك أصلاء فهى عبارة لا تخرج عن أن تكون رأياً شخصياً لواضع المذكرة، لتناقضها مع نص المادة ٩٤٤ التى قررت أن الحكم بالشفعة هو سند ملكية الشفيع. ويخلص من ذلك أن المشرع انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل إصدار القانون المدنى الجديد. ولا جدوى فى هذا الصدد من التحدث عن قاعدة رجعية منشئة كانت أو مقررة، مادام أن المشرع قد عدل عن إعمال هذه القاعدة فى خصوص الحكم الصادر بالشفعة بما مضى عليه فى المادة ٩٤٤. كما أن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بايداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة، بدليل أن المادة ٩٤٤ التى جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع فى اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع» (نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص٨٠٤-ص٨٠٥).

(1) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه لئن كان حق الشفيع فى طلب الأخذ بالشفعة انما =

=ينشأ بالبيع من قيام المسوغ إلا أن العين المتفوعة لا تصير على ملك التفيع – فى غير حالة التراضى – إلا بالحكم النهائى القاضى بالتفعة، إذ أن المترع عندما نظم احكام التفعة فى القانون المدنى الحالى انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد بدء تاريخ ملكية التفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقا فى هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون التفعة القديم، وهو إذا كان ينص فى هذه المادة على أن حكم التفعة يعتبر سندا للملكية التفيع انما أراد بالسند السبب القانونى المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية أو حجتها، ومقتضى هذا النظر ولازمه أن العقار المتفوع فيه لا يصير إلى ملك التفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ولأن ما جعله المترع من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضى، ولا يفيد أن لحكم التفعة أثرا رجعيا ما جاء فى المادة ٩٤٦ من القانون المدنى من أن للمشترى الحق فى البناء والغراس فى العين المتفوعة، ولا ما جاء فى المادة ٩٤٧ من أنه لا يسرى فى حق التفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو يترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه اعلان الرغبة فى التفعة، لأن المشرع انما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية وهى مخرجه فيه لا على فكرة الاثر الرجعى، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والتفيع، وكذلك لا يتعارض القول بتملك التفيع من وقت الحكم بالتفعة مع ما نص عليه فى المادة ١/٩٤٥ مدنى من حلول التفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ولا مع ما نص عليه فى فقرتها التالتة من أن التفيع ليس له فى حالة استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالتفعة ان يرجع إلا على البائع – فان هذا لا يدل على أن التفيع يحل محل المشترى من وقت طلب التفعة.

(جلسة ١٩٨٤/١/١٩ الطعن رقم ١٧٢٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٢٣٤)

ب– الحكم للتفيع بأحقيته فى أخذ العقار المبيع بالتفعة من المشترى الذى كان يستأجره قبل شرائه. أثره. زوال اتحاد الذمة واعتبار عقد الايجار كأنه لم ينته أصلا. علة ذلك. حلول التفيع بموجب حكم التفعة محل المشترى فى عقد البيع. قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطرد المقامة من التفيع قبل المشترى تأسيسا على قيام عقد الايجار المذكور. صحيح.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٢ الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ق)

جـ– الأخذ بالتفعة. مقتضاه. حلول التفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع المتفوع فيه، تحمل المشترى غرم التفعة لخروجه من الصفقة عند اجابة التفيع إلى طلبه. خصومة التفعة استقامتها فى جميع مراحلها ومنها النقض باختصام أطرافها التلاثة المشترى والبائع والتفيع ولو خرج العقار من ملك المشترى – كيما يفصل فى حلول التفيع قبل البائع محل المشترى ولو كان العقار خرج من ملك المشترى بأى وجه من وجوه التصرف.

(جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق)

د– التفعة رخصة تجيز تمليك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشترى والبائع بما قام عليه من الثمن، والحكم الذى يصدر نهائيا بثبوتها يعتبرا سندا لملكية التفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل التفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته، لما كان ذلك فأنه يجب على الحكم بهذه المثابة أن يعنى بتحديد التمن الذى يلتزم التفيع بدفعه مقابل تملكه العقار، سواء للبائع إذا لم يكن قد قبضه أو للمشترى إذا كان قد أداه.

(جلسة ١٩٧٠/٣/١٩ الطعن رقم ٥٧٥ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٤٧٠).

حتى بعد صدور التقنين المدنى الجديد، إذ قضت بأن المشرع، عندما نظم أحكام الشفعة فى التقنين المدنى الجديد، انتهى إلى ترك الأمر فى تحديد تاريخ بدء ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع. فجاء نص المادة ٩٤٤ منه مطابقا فى هذا الصدد لنص المادة ١٨ من قانون الشفعة القديم التى كانت تنص على أن «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، ومؤدى هذا ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم. أما ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فلم يقصد به تغيير الوضع، وهو لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة. وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة، وضمانا لجدية طلبها. وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له فى الشفعة، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن. أما النص فى المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، فهو نص لم يستحدث حكما جديدا، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم. وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشترى فى الريع منذ قيام الطلب. إذ اعتباره كذلك، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى، الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، مما يمتنع القول بحلوله محل المشترى قبل الحكم نهائيا بالشفعة(١).

٢٢٨ - الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بأن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع: وقبل أن ننظر نظرة تقديرية فى قضاء محكمة النقض الذى استقر على أن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع، تستعرض الحجج التى استندت إليها المحكمة للقول بذلك.

والحجة الرئيسية التى استندت إليها المحكمة، والتى رددتها فى كثير من المواطن، هى تفسيرها للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (المطابقة للمادة ٩٤٤ من التقنين المدنى الجديد)، وهى تنص على أن «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع». فالمشرع لم يرد بهذا النص، على ما تقول محكمة النقض، «أن يعتبر الحكم المذكور حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام. بل الذى أراده الشارع هو اعتبار حكم

---

(١) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص٤٢٦.

الشفعة سببا قانونيا (cause juridique)، لملكية الشفيع، كما أراد بنص المادة ٥٨٧ من قانون المرافعات الأسبق (المقابلة للمادة ٤٤٧ من قانون المرافعات الحالى) اعتبار حكم البيع سببا قانونيا لملكية من رسا عليه المزاد، وكما أراد بنص المادة ٦٠٨ من القانون المدنى اعتبار مجرد وضع اليد سببا صحيحا لملكية واضع اليد على المنقول. وكلمة سند Titre التى وردت فى هذه النصوص كلها إنما جاءت على معنى السبب القانونى المنشئ لحق الملكية، ولم تجئ على معنى دليل الملكية أو حجيتها. ومتى كان حكم الشفعة فى نظر القانون هو سبب ملكية الشفيع ومنشأها، فان مقتضى هذا النظر ولازمه ألا يصير المشفوع إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم، أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه، ولأن ما جعله الشارع من الأحكام منشئا للحقوق لا ينسحب على الماضى»(١).

ثم ترد المحكمة بعد ذلك على جملة من الاعتراضات وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى، ونلخص هذه الاعتراضات والردود عليها فيما يلى:

أولا- ما جاء فى المادة ١٠ من قانون الشفة السابق (م٩٤٦ مدنى جديد) من تقييد حق المشترى فى أن يبنى وأن يغرس فى العين المشفوعة، وما جاء فى المادة ١٢ من نفس القانون (م٩٤٧ مدنى جديد) من عدم سريان تصرفات المشترى فى العين المشفوعة فى حق الشفيع إذا صدرت بعد تسجيل طلب الشفعة. فلو كان المشترى قد بقى مالكا حتى صدور الحكم بالشفعة، كما هو مقتضى ما تذهب إليه محكمة النقض، لما وردت هذه القيود على حق ملكيته قبل صدور الحكم بالشفعة ما دام هذا الحق يبقى قائما إلى وقت صدور الحكم. وتنكر محكمة النقض أن تكون هذه القيود نتيجة ترتبت على زوال ملكية المشترى بأثر رجعى إذا صدر الحكم بالشفعة، فإن المشرع لم يرد «أن يجعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن مجرد طلب الشفعة يجعل المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة، ويجعل فى الوقت نفسه الشفيع مالكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له بطلبه، بحيث إذا صدر هذا الحكم وتحقق الشرط الفاسخ لملك المشترى والموقف لملك الشفيع، زالت ملكية المشترى واعتبرت كأن لم تكن، واعتبر الشفيع

---

(١) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٥- وتقول محكمة النقض أيضاً فى هذا الصدد: «وعلى هذا يكون الحكم المطعون فيه قد أصاب الرأى إذ قال - تأسيساً على المادة ١٨ من قانون الشفعة - إن هناك فرقاً بين حق طلب الشفعة وحق التملك بها، وإنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ، فان الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشترى أو القاضى نيابة عنه. ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرراً لحق الشفيع فى طلب الأخذ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى على ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٩).

مالكاً منذ إعلان طلبه. وهذا تقدير غير مقبول، لأن حق الشفيع الذى سيتولد عند البيع هو حق متعلق بعقار jus ad rem لا حق ملكية، وهو لا يخول صاحبه إلا مداعاة المشترى بدعوى شخصية. ثم إن الأصل فى التصرفات التنجيز، والتعليق يثبت بعارض الشرط. والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية. وإذا فلا يمكن أن يثبت للمشترى – الذى اشترى بعقد غير مضاف ولا معلق على شرط ولا مقترن به ثم سجل عقده – إلا حق ملكية تامة ناجزة تبقى له إلى أن تزول عنه بسبب من الأسباب التى تؤدى إلى هذا الزوال. أما أن تتحول هذه الملكية التامة الناجزة إلى ملكية معلقة لمجرد أن البيع الذى كان علة لها قد ولد حقا لمن قام به سبب من أسباب الشفعة، فذلك لا يتأتى قانونا»(١). ثم تبين المحكمة المصدر الذى اشتقت منه هذه الأحكام فتقول إن «الواقع أن الشارع أخذ أحكام هاتين المادتين (١٠ و١٢ من قانون الشفعة السابق) جملة من فقه الحنفية»(٢).

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٥ – ص٢٢٦.

(٢) وتبين المحكمة ذلك فيما يأتى: «فقد كان الرأى عند أبى يوسف أن الشفيع ليس له حق تكليف المشترى بهدم البناء وقلع الشجر، لكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافاً إليه قيمة البناء أو الشجر باقيين على الأرض. ووجه هذا الرأى أن المشترى لم يكن فى بنائه ولا فى غرسه متعدياً، لأنه إنما غرس وبنى فى ملكه. فإذا أراد الشفيع أخذ ملكه جبراً عنه، وجب ألا يترتب على ذلك ضرر. وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحداهما، لأن الشفيع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته والمشترى قد عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شئ قد لا يرغب فيه بعض ضرر، فهو أدنى من ضرر المشترى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مقلوعين، وعند تعارض الضرر يحتمل الأقل. وكان الرأى عند أبى حنيفة أن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ الأرض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشترى على القلع. ووجه هذا الرأى أن المشترى كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذ لم يفعل وبنى وغرس فى عين تعلق بها حق غيره، لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر. وقد وقف الشارع المصرى بين هذين الرأيين. فأخذ بالثانى فى الحال التى يكون فيها البناء أو الغراس بلد الطلب، لأن المشترى يكون قد أقدم على البناء أو الغراس وهو يعلم أن العين قد تؤخذ منه، فان كلف القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه. وأخذ بالرأى الأول إذا كان البناء أو الغراس قبل الطلب، لأنه عسى أن يكون المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة، ثم هو يتصرف فى ملكه. كذلك استمد من هذا الفقه نفسه ما شرع من أحكام للتصرفات القانونية فى هذه العين. إذ المقرر فى الفقه الحنفى أنه إذا تم عقد البيع بين البائع والمشترى، ثبت ملك المشترى فى المبيع، ولا ترفعه مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة، وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق متعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبراً عن المشترى إذا رغب فى ذلك وأنفذ تلك الرغبة. وهذا الحق لا يحول بين المشترى وبين التصرف فى ملكه. لا فرق فى ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها، فتعتبر تصرفاته نافذة من وقت تمامها. لكنها مع ذلك تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع، إذ يكون له فى هذه الحالة=

ثانيا- ما نصت عليه المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٥ مدنى جديد) من حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع. فيستخلص من هذا الحلول أن المشترى يختفى من الصفقة ويحل محله الشفيع، وكأن الشفيع لا المشترى هو الذى تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة. وترد محكمة النقض على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشترى فى وقت سابق على صدور الحكم بالشفعة «لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى، وهو تقدير يتنافى مع ما تقرر من قبل من أن حكم الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، لأن لازم كونه منشئا إلا تتصل العين المشفوعة بملك الشفيع إلا بعد الحكم. ولما كانت ملكية الشفيع لهذه العين هى جوهر الحق الذى يحل فيه المشترى، وكان إسناد هذه الملكية للشفيع قبل الحكم له بالشفعة ممتنعاً، فإن حلوله فيها قبل الحكم بالشفعة يكون ممتنعا أيضا»(١). ويعنى ذلك أن حلول الشفيع محل المشترى إنما يكون لا منذ إبرام البيع ولا منذ طلب الشفعة، بل منذ صدور الحكم بالشفعة، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع وهو سند ملكيته أى مصدرها.

=أن يمضى هذه التصرفات وأن يفسخها، بناء على أن المشترى قد تصرف فيما تعلق به حق غيره، فلا ينفذ تصرفه منهاً للإضرار بالشفيع. وهذا الذى قرره علماء الحنفية قد أجرى الشارع المصرى حكمه فى المادة الثانية عشرة من قانون الشفعة على ما صدر من المشترى من تصرفات فى العين المشفوعة بعد تسجيل طلب أخذها بالشفعة، لأن الشارع، وقد أوجب تسجيل هذا الطلب، كان خليقاً بأن يجعل هذا التسجيل شرطاً لحق الشفيع فى نقض تصرفات المشترى. ومن هذا يبين أن الفقه الحنفى هو مصدر قانون الشفعة فيما شرعه من أحكام المادتين العاشرة والثانية عشرة. ولما كان هذا الفقه لا يعرف الأثر الرجعى ولا الاستناد، أى ثبوت الحكم فى الحال مستنداً إلى ما قبله، إلا فى تصرفات الفضولى إذا أجيزت وغيرها مما لا يدخل فى باب التعليقات، وكانت هذه الأحكام بناء على ذلك مخرجه فيه لا على فكرة الأثر الرجعى بل على فكرة العدل والبعد عن الجور والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتى المشترى والشفيع، فان القول بأن الشارع المصرى - الذى أخذ هذه الأحكام معلولة بعلاتها الفقهية - قد دل بما شرعه منها على جعل حكم الشفعة ذا أثر رجعى، يكون قولا ظاهر الفساد» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٦- ص٢٢٨).

ثم تقول المحكمة أيضاً فى هذا الصدد: «كذلك لا تعارض بين عدم اعتبار المشترى مالكاً إلا يوم الحكم بالشفعة وبين ما جاء من أحكام فى الفقه الإسلامى خاصاً ببناء المشترى أو غرسه فى العين المشفوع، لأن هذه الأحكام ليس مبناها عند الحنفية اعتبار المشترى غاصباً، كما زعم الطاعن فى الوجه الأخير من وجوه الطعن، بل مبناها اعتبار المشترى خاطئاً ببنائه أو غرسه فى ملكه الذى تعلق به حق الشفيع» (نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٩ - ص-١٣).

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٨.

ثالثا- ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (الفقرة الأخيرة من المادة ٩٤٥ مدنى جديد) من أنه «إذا ظهر من الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع». فرجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق يفيد أن الصلة انعقدت بينهما منذ إبرام البيع، وحل الشفيع محل المشترى فى هذا الوقت. ولو كانت الصلة لم تنعقد بين البائع والشفيع منذ إبرام البيع ولم يحل الشفيع محل المشترى إلا من وقت صدور الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض، لبقى المشترى فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع من وقت إبرام البيع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة، ولتلقى الشفيع الملكية عند صدور هذا الحكم من المشترى لا من البائع، ولكان رجوعه المباشر بضمان الاستحقاق على المشترى لا على البائع. وترد محكمة النقض على ذلك بأن «الشفيع، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق، إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى الذى حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشترى نفسه، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشترى مالكا إلى يوم هذا الحكم، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشترى»(١).

رابعا- ما هو مقرر فى شأن حق الاسترداد وهو مماثل لحق الشفعة، فالمسترد لحصة شائعة يحل محله المشترى لهذه الحصة منذ إبرام البيع الذى حصل بسببه الاسترداد، وكذلك الشفيع ينبغى أن يحل محل المشترى منذ إبرام البيع المشفوع فيه، لا منذ الحكم بالشفعة كما تقول محكمة النقض. وترد المحكمة على ذلك بأنه إذا كان العمل قد جرى فى فرنسا فى خصوص حق الاسترداد الوراثى بأن يحل المسترد محل المشترى منذ إبرام البيع لا منذ صدور حكم الاسترداد، «فذلك لأن الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع»(٢).

خامسا- ما هو مقرر كمبدأ عام من أن الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها، فكذلك حكم الشفعة يكشف عن حق الشفيع لا ينشئه. وترد المحكمة على ذلك بقولها «أما قول الطاعن بأن اعتبار المشترى مالكا إلى يوم الحكم بالشفعة فيه افتيات على القاعدة التى تقضى بأن الأحكام مقررة لا منشئة للحقوق، فرده أن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسى عليه المزاد،

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٩.

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٨.

فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه»[1].

سادسا – ما استظهر من أحكام الفقه الإسلامى وأحكام الفقه الحنفى نفسه من أنها ليست متفقة على أن القضاء بالشفعة للشفيع هو الذى ينشئ حقه فى الشفعة، وأن الفقه الإسلامى على كل حال لا يقيد القضاء المدنى، فلا محل للاستناد إلى هذا الفقه فى القول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع كما تقول محكمة النقض. وترد المحكمة على ذلك بأن الحكم المطعون فيه والذى رفضت محكمة النقض الطعن فى شأنه «لم يقم قضاءه على رأى الحنفية فيصح النعى عليه بأن هذا الرأى ليس مجمعا عليه عندهم وأنه على فرض الإجماع عليه لا يقيد القضاء المدنى، بل أقام قضاءه على ما استمده استمدادا صحيحا من نصوص المادتين ١٨ و١٣ من قانون الشفعة»[2].

سابعا– ما احتج به من أن الشفيع يودع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة، فتأخير تملكه العقار المشفوع فيه إلى وقت صدور الحكم بالشفعة على ما تذهب إليه محكمة النقض يحرمه من ريع العقار من وقت إيداع الثمن إلى وقت صدور الحكم لأنه لا يكون مالكا للعقار فى هذه الفترة، فيجتمع عليه الحرمان من الريع والحرمان من استغلال الثمن الذى أودعه خزانة المحكمة. وترد محكمة النقض على ذلك فى عهد قانون الشفعة السابق، وكان هذا القانون لا يلزم الشفيع بايداع الثمن، بأن الشفيع لا حق له فى الريع إلا من وقت صدور حكم الشفعة الذى ينشئ حقه، «ولا يغير من هذا النظر أن يكون الشفيع قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأن يكون قد أودعه خزانة المحكمة إثر رفضه، لأنه ما كان ليصبح مدينا بالثمن للمشترى بمجرد طلب الشفعة ولا كان ملزما قانونا بعرضه ولا بإيداعه. فإذا كان قد ألزم نفسه بما لم يلزمه به القانون فهو وشأنه. على أنه ليس له أن يتوسل بفعله إلى حرمان المشترى من حقه»[3]. ثم لما صدر التقنين المدنى الجديد يلزم الشفيع بايداع الثمن خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى، لم تغير محكمة النقض موقفها، وإنما عدلت الرد على الاعتراض المتقدم الذكر فى حكمين طبقت فيهما أحكام التقنين المدنى الجديد. فقالت فى الحكم الأول: «كما أن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة

---

(١) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٣٠.

(٢) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٩.

(٣) نفس الحكم مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٣٠.

بالشفعة، بدليل أن المادة ٩٤٤ التى جاءت تالية للمادة ٩٤٢ قد أفصحت عن رأى المشرع فى اعتبار حكم الشفعة هو المنشئ لملكية الشفيع»(١). وقالت فى الحكم الثانى: «أما ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فلم يقصد به تغيير الوضع. وهو لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة، وإنما كان ذلك تمشيا مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة وضمانا لجدية طلبها. وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له فى الشفعة، فلا محل للقول باستحقاقه الريع ابتداء من تاريخ إيداعه الثمن»(٢).

٢٢٩- نظرة تقديرية للحجج التى استندت إليها محكمة النقض: لا شك فى أن الحكم الصادر من محكمة النقض فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦، والذى استخدمنا الأسباب الواردة فيه لبيان الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى تقرير أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع(٣)، هو الحكم الأساسى الذى صدر من المحكمة فى هذه المسألة الهامة. والأحكام التى تلت هذا الحكم إنما تردد الحجج التى وردت فيها أو تلخصها، وحتى الأحكام التى صدرت بعد صدور التقنين المدنى الجديد مطبقة لأحكام هذا التقنين فى الشفعة، هى أيضا، كما رأينا(٤)، لم تعدل عن المبدأ الذى قرره هذا الحكم، بل والتزمت حججه وصارت هى الأخرى ترددها. ولم تزد عليها إلا الرد على ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة، وإلا استعراض مناقشات اللجنة التى قامت بوضع مشروع نصوص الشفعة فى شأن تحديد الوقت الذى يعتبر فيه الشفيع مالكا وما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص(٥).

وهذا الحكم الأساسى الذى أصدرته محكمة النقض لاشك فى أنه حكم قوى الأسلوب، ولكنه يخفى تحت قوة الأسلوب ما يصح أن يكون محلا للنظر من ناحية المنطق القانونى.

---

(١) نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٨ ص٨٠٤ - ص٨٠٥.

(٢) نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص٤٣٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٧.

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٧١٠ هامش١.

فالحجة الرئيسية التى استند إليها هذا الحكم هى، كما قدمنا(١)، تفسيرها للعبارة التى وردت فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق من أن حكم الشفعة «يعتبر سندا لملكية الشفيع». وإلى هذه الحجة ترد أكثر الحجج الأخرى، فنبدأ بالنظر فيها. ونحن نسلم مع محكمة النقض أن التقنين المدنى الجديد لم يستحدث جديدا فى المسألة التى نحن بصددها، فلا يزال الوقت الذى يحل فيه الشفيع محل المشترى وتنتقل إليه الملكية فى هذا التقنين هو نفس الوقت الذى يحدده لذلك قانون الشفعة السابق، ولم يغير إلزام الشفيع بإيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى فى ذلك شيئا. فما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وفى مناقشات اللجنة التى قامت بوضع نصوص الشفعة ليس، فى نظرنا، إلا تفسيرا لقانون الشفعة السابق. فنحن فى مناقشتنا للحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى عهد قانون الشفعة السابق، إنما نناقش حججا يمكن الاستناد إليها فى عهد التقنين المدنى الجديد.

تقول محكمة النقض إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٤ مدنى جديد) تنص على أن «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع». والمشرع لم يرد بهذا النص «أن يعتبر الحكم حجة أو دليلا على الملكية التى قضى بها، وإلا لكان هذا النص عبثا مع وجود المادة ٢٣٢ التى نصت على حجية الأحكام». ونقف عند هذه النقطة قليلا، إذ يبدو أن محكمة النقض تريد أن تستبعد معنى لكلمة « السند» لم يخطر على بال أحد أن يسنده لها. فالمادة ٢٣٢ من التقنين المدنى السابق التى تشير إليها المحكمة تنص على أن «الأحكام التى صارت انتهائية تكون حجة بالحقوق الثابتة بها، ولا يجوز قبول الإثبات على ما يخالفها إذا لم يكن اختلاف فى الحقوق المدعى بها ولا فى الموضوع ولا فى السبب ولا فى الصفة المتصف بها الأخصام». فالنص يعرض، كما نرى، لحجية الأمر المقضى، ولم يقل أحد إن المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق تريد أن تقرر أن حكم الشفعة حجة بما جاء فيه فيكسب بذلك حجية الأمر المقضى وإنما المعارضون لما ذهبت إليه محكمة النقض يقولون إن لكلمة «السند» معنيين مختلفين، ليست حجية الأمر المقضى أحدهما. فكثيرا ما تستعمل النصوص كلمة «السند» على المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، فيكون معناها السبب القانونى (cause juridique). وقد وردت الكلمة فعلا على هذا المعنى، كما تقول محكمة النقض، فى المادة ٦٠٨ من التقنين المدنى السابق(٢) وفى المادة ٥٨٧ من تقنين المرافعات

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨.

(٢) وهذا نصها: مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك، هذا مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع». ولا يفهم وجه =

الاسبق(١). ولكن كثيرا ما تستعمل النصوص أيضا كلمة «السند» على معنى آخر غير المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض، فيكون معناها دليل الإثبات أو الدليل المكتوب للحق الذى يتمسك به صاحبه. ولعل هذا المعنى الآخر هو الذى يغلب القصد إليه فى النصوص. استعملت كلمة «السند» بهذا المعنى الآخر فى المواد ١٤٨ و٢٧٣ و٥٤٩ من التقنين المدنى السابق، وهو التقنين الذى كان معمولا به عند صدور حكم محكمة النقض فى سنة ١٩٤٦. فنصت المادة ١٤٨ من هذا التقنين على أنه «لا يكون الرد مستحقا إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطا لدائن ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقدا صحة الدفع وانعدام **سند** الدين، وانما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقى». ونصت المادة ٢٧٣ من نفس التقنين على أن «تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم **سنداتها**...». ونصت المادة ٥٤٩ من نفس التقنين على أنه «لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان **بسند** ذى تاريخ ثابت بوجه رسمى...». واستعملت هذه الكلمة بهذا المعنى أيا فى سلسلة من النصوص متعاقبة، فنصت المادة ٢١٨ على أنه يجوز الإثبات بالبينة «إذا وجد دليل قطعى على ضياع **السند** بسبب قهرى». ونصت المادة ٢١٩ على أن «إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم **سنده** ...»، ونصت المادة ٢٢٠ على أنه «يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود **السند** تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين». ويطول بنا القول لو عددنا النصوص التى استعملت فيها كلمة «السند»(٢) على هذا المعنى، سواء كان ذلك فى التقنين المدنى السابق أو فى التقنينات الأخرى، ونكتفى بالإشارة على سبيل المثال إلى المادة ٢٣١ والمادة ٢٧٢ من التقنين المدنى السابق، وإلى المواد ٣٨ و٣٩ و١١٣ و٣٣٣ و٣٤٨ و٣٧٠ و٤٠٥ و٤٠٦ و٤٠٧ من التقنين التجارى السابق وإلى المواد ٢٨ و٣٦ و٢٥١ و٢٥٤ و٣٨٤ و٣٩١ و٣٩٨ و٤١٠ و٤١٢ و٤١٧ و٤٦٣ و٥١١ و٥٣٧ و٥٤١ من تقنين المرافعات الاسبق.

=استشهاد محكمة النقض بهذا النص إلا إذا رجعنا إلى النص الفرنسى المقابل له، وهو ما يأتى:

"Le seulc possession des meubles fait présumer le titre et la bonne fois. sauf preuve contraire, et sauf ce quiest dit au cas de perte et de vol".

(١) وهذا نصها: «حكم البيع يكون حجة للمشترى بملكيته المبيع، وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن...». وهنا أيضاً يجب الرجوع إلى النص الفرنسى المقابل.

"Le jugement d'adjudication formera titre pour le débiteur et les ayants droit pour le paiement du prix; il sera titre de propriété pour l'adjudicataire; ....".

(٢) أو كلمة «titre» فى النص الفرنسى للمادة.

فلكلمة «السند» إذن معنيان فى لغة النصوص القانونية، المعنى الأول هو السبب القانونى المنشئ للحق، والمعنى الآخر هو دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب. فبأى معنى من هذين المعنيين استعملت كلمة «السند» الواردة فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق؟ تقول محكمة النقض إنها استعملت بمعنى السبب القانونى المنشئ لحق الشفيع، وهذا محتمل. ولكن يوجد أيضاً احتمال أن تكون استعملت بمعنى الدليل المثبت لحق الشفيع[1]، فما هى القرينة التى تغلب أحد الاحتمالين على الاحتمال الآخر؟ قد توجد قرينة تقطع فى أن المقصود «بالسند» فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابقة هو الدليل المثبت أو الدليل المكتوب، فإن نص هذه المادة يجرى على الوجه الآتى: «الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع، وعلى المحكمة تسجيله من تلقاء نفسها». فلو كان الضمير فى كلمة «تسجيله» يعود على أقرب اسم إليه، لعاد على كلمة «السند»، ومعنى ذلك أن السند هو الذى يجب تسجيله، ولقطع ذلك فى أن المقصود بالسند هو الدليل المكتوب لأن الدليل المكتوب هو وحده الذى يصلح للتسجيل. ولكن الضمير قد يكون عائدا على كلمة «الحكم»، وبخاصة إذا رجعنا إلى النص الفرنسى للمادة[2]، فيكون الواجب التسجيل هو حكم الشفعة، فلا تقوم القرينة التى أشرنا إليها. وعلينا إذن أن نلمس مرجحا آخر لتغليب أحد المعنيين. وفى رأينا أنه لا يصح الوقوف عند الألفاظ والتحليل اللغوى لتغليب أحد المعنيين، بل يجب النظر إلى نصوص الشفعة جملة واحدة واستخلاص المعنى الذى يقصد إليه المشرع من مجموع الحلول العملية التى أوردها. وهنا ننتقل إلى النظر فى الحجج الأخرى التى استندت إليها محكمة النقض، وتتضمنها الردود التى أجابت بها على الاعتراضات التى وجهت إليها.

فالاعتراض الأول الذى وجه إلى محكمة النقض هو أنه لو كان الشفيع لا يملك إلا بعد صدور الحكم بالشفعة الذى هو سند الشفيع بمعنى أنه هو الذى ينشئ حقه كما

---

(١) ويقول الأستاذ محمد على عرفة فى هذا المعنى: «أما النص فى المادة ٩٤٤ أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً للملكية الشفيع، فيجب حمله على أنه سند قاطع للمنازعة فى ملكية الشفيع، لا على أنه سند منشئ لهذه الملكية. ووجه هذا القول أن الشفيع يظل بلا سند مثبت لحقه بسبب منازعة المشترى إياه فى أخذ العقار بالشفعة، فكان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك، لا لإنشائه» (محمد على عرفة، فقرة ٣١٣ ص٥٢٩ - ص٥٣٠).

(٢) وهذا هو النص الفرنسى للمادة ١٨ من قانون الشفعة السابق:

"Le jugement qui fait définitivement droit à la demande en préemption sera considéré comme titre de propritété pour le préempteur; il devra éte transcrit d'office".

تقول محكمة النقض، لاقتضى ذلك أن يبقى المشترى مالكاً إلى وقت صدور هذا الحكم. فإذا بنى أو غرس فى العقار المبيع لكان يبنى أو يغرس فى عقار يملكه، ولو تصرف فى هذا العقار لكان متصرفا فى ملكه، فلا محل إذن لأن يقيد المشرع حقه فى البناء والغرس كما يقيد حق من يبنى أو يغرس فى ملك غيره، ولا أن يقيد حقه فى التصرف كما يقيد حق من يتصرف فى ملك الغير. وتجيب محكمة النقض على هذا الاعتراض بأنه لا يمكن أن تكون هذه القيود قد ترتبت على زوال ملكية المشترى بأثر رجعى، لأن هذا الأثر لا يستقيم إلا على تقدير أن يكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم بالشفعة وأن يكون الشفيع مالكا تحت شرط توفيقى هو الحكم له بطلبه، وأن الأصل فى التصرفات التنجيز والتعليق يثبت بعارض الشرط، والتعليق بالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية. وواضح أن القول بزوال ملكية المشترى بأثر رجعى على تقدير أن يكون المشترى مالكا تحت شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة لم يخطر ببال المعترضين، بل إن هؤلاء إنما يقولون بأن حكم الشفعة كاشف لا منشئ. ولا يقصدون بتاتا أن يعلقوا ملكية المشترى على شرط فاسخ هو الحكم للشفيع بالشفعة، وإنما يقصدون أن يقولوا إن حكم الشفعة هو كسائر الأحكام كاشف عن حق الشفيع وإن هذا الحق قد نشأ قبل صدور الحكم بالشفعة ولم يفعل الحكم إلا أن كشف عن وجوده. فدفع الاعتراض بهذا الرد لا يكفى لدحضه. وكان يمكن لمحكمة النقض أن ترد على الاعتراض لو أنها قالت إن تقييد حق المشترى فى البناء والغرس وفى التصرف فى العقار لا يكفى وحده لنفى ملكيته، فقد يكون الشخص مالكا للشئ ويورد القانون قيودا على حريته فى استعماله وفى التصرف فيه(١). وبذلك ينهدم الاعتراض الأول، فننتقل إلى الاعتراض الثانى.

---

(١) وتقول محكمة النقض إن المشرع نقل أحكام الفقه الإسلامى فى تقييد حق المشترى فى البناء، الغرس، وفى تقييد حقه فى التصرف. ولا يبدو أن المشرع قد التزم التزاماً دقيقاً أحكام الفقه الإسلامى فى ذلك، حتى لو قلنا مع محكمة النقض إنه أخذ برأى أبى يعقوب إذا بنى المشترى أو غرس قبل طلب الشفعة وبرأى أبى حنيفة إذا بنى أو غرس بعد طلب الشفعة. فعند أبى يوسف، على ما تقول محكمة النقض نفسها، على الشفيع أن يأخذ البناء أو الغراس بقيمته باقياً، أما فى التشريع المصرى فالشفيع ملزم تبعاً لما يختاره المشترى بأن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (م١/٩٤٦ مدنى). وعند أبى حنيفة الشفيع بالخيار إن شاء أخذ البناء أو الغراس بقيمته مقلوعاً، وإن شاء أجبر المشترى على القلع. أما فى التشريع المصرى فللشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس التزم بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغرس (م٢/٩٤٦ مدنى).

أما فى تقييد تصرفات المشترى فالفقهاء فى الفقه الإسلامى متفقون على أنه يجوز للشفيع إذا قضى له بالشفعة أن ينقض تصرفات المشترى فى العقار المشفوع فيه، فى حين أن التشريع المصرى لا يجيز للشفيع نقض هذه التصرفات إطلاقاً، ولا ينقض منها إلا ما تم بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة (م٩٤٧ مدنى).

وفى هذا الاعتراض الثانى يثار حلول الشفيع محل المشترى، فيختفى المشترى من الصفقة، وكأن الشفيع لا المشترى هو الذى تعاقد مع البائع منذ إبرام البيع، فينشأ حق الشفيع من هذا الوقت لا من وقت صدور الحكم بالشفعة- ولكن محكمة النقض ترد على ذلك بأن حلول الشفيع محل المشترى إنما يكون ، لا منذ إبرام البيع، بل منذ صدور الحكم بالشفعة، إذ أن هذا الحكم هو الذى ينشئ حق الشفيع. وهذا الرد يكفى لدحض الاعتراض، ولكنه ينطوى على أمر هام لا مناص من التسليم به. فالقول بأن حلول الشفيع محل المشترى لا يكون إلا منذ صدور الحكم بالشفعة معناه الحتمى هو أن يبقى المشترى مالكا للعقار المبيع إلى وقت صدور هذا الحكم، ومعناه الحتمى أيضا هو أن الشفيع، إذ يحل محل المشترى منذ صدور الحكم، يتلقى ملكية العقار من المشترى لا من البائع فإن المشترى هو المالك وقت صدور الحكم.

وهنا يأتى الاعتراض الثالث، وهو الاعتراض الحاسم. فنص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٥ مدنى جديد) صريح فى أن الشفيع يرجع بضمان الاستحقاق مباشرة على البائع. فلو أن الشفيع تلقى الملكية من المشترى كما هو مقتضى ما ذهبت إليه محكمة النقض، لكان الواجب أن يكون المشترى هو الذى يرجع عليه الشفيع بضمان الاستحقاق، فإذا رجع الشفيع بهذا الضمان على البائع فإنما يكون ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة يرفعها الشفيع باسم المشترى. فلننظر ماذا تقول محكمة النقض فى الرد على هذا الاعتراض. تقول إن «الشفيع، إذ يرجع بالضمان فى حالة الاستحقاق، إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى الذى حل محله، ولا يتأتى مع هذا الوضع أن يرجع على المشترى نفسه، بل الذى يتأتى أن يرجع على البائع الذى ادعى ملك ما باع ثم نقضت دعواه بالاستحقاق. وعلى ذلك فلا تعارض بين نفى الأثر الرجعى لحكم الشفعة واعتبار المشترى مالكا إلى يوم هذا الحكم، وبين إيجاب الضمان فى حالة الاستحقاق على البائع دون المشترى». وهذا القول فى حاجة إلى إمعان من النظر. فإذا كانت محكمة النقض تريد، بقولها إن الشفيع فى رجوعه بالضمان على البائع إنما يستعمل حقا من حقوق المشترى، أن الشفيع يستعمل الدعوى غير المباشرة يرفعها باسم البائع، فإن هذا القول يتناقض مع صريح النص. فالمشرع يقول «ليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع»، فهو ينفى الرجوع على المشترى. ولو أراد المشرع أن يكون رجوع الشفيع باسم المشترى، لما منع ذلك من أن الشفيع يرجع رجوعا مباشرا على المشترى إلى جانب رجوعه رجوعا غير مباشر على البائع، بل لما كان هناك حاجة إلى النص على جواز رجوع الشفيع بالدعوى غير المباشرة فإن القواعد العامة تكفل هذا الرجوع دون حاجة إلى نص. وإذا كانت محكمة النقض تقصد القول إن الشفيع إنما يستعمل حق المشترى الذى انتقل إليه هو عندما حل محل المشترى منذ صدور الحكم بالشفعة فالشفيع يرجع رجوعا مباشرا على البائع بضمان الاستحقاق

كما كان يرجع المشترى، فإن هذا القول لا يمنع من أن الشفيع يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشترى بضمان الاستحقاق مستمدا هذا الرجوع من أن الملكية انتقلت إليه من المشترى لا من البائع(١). ففى هذا القول أيضا يكون للشفيع أن يرجع رجوعا مباشرا بضمان الاستحقاق على أى من البائع أو المشترى. ولكن المشرع منع بنص صريح رجوع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشترى، وجعل الرجوع بهذا الضمان على البائع وحده، إذ يقول النص كما رأينا «فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع». وهذا معناه أن المشترى قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفيع، وذلك منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة، وهذا ما يناقض مذهب محكمة النقض. فالمحكمة إذن بين أن تخالف نصا

---

(١) وهذا التصوير هو الذى أخذ به أحد الفقهاء، وسار فيه إلى نهايته المنطقية المحتومة. فعنده أن حلول الشفيع محل المشترى إنما يقع منذ صدور الحكم بالشفعة، فيكون «الحكم بالشفعة – فضلا عن أنه ينقل الملكية إلى الشفيع – يترتب عليه كذلك انتقال جميع حقوق المشترى والتزاماته، وهذه حالة من الحالات التى تقع فيها حوالة الدين بنص القانون، وقد نصت عليها المادة ١/٩٤٥» (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص٢٨٧ – ص٢٨٨). ومعنى ذلك أن المشترى ينقل بحكم القانون، منذ صدور الحكم بالشفعة، إلى الشفيع حق ملكيته وجميع حقوقه الشخصية من ضمان استحقاق وضمان عيوب خفية وغيرهما من الحقوق، عن طريق هذه الحوالة القانونية. فيكون الشفيع خلفاً خاصاً للمشترى، وقد انتقلت إليه حقوق المشترى بسبب جديد هو الحكم بالشفعة. ويكون هذا الحكم بمثابة شراء جديد صدر من المشترى إلى الشفيع، ولا فرق بينه وبين الشراء الجديد إلا فى أنه يجرى بحكم القانون لا بحكم الاتفاق، أما آثاره فتبقى هى آثار الشراء الجديد. ولذلك يقول الأستاذ شفيق شحاتة، وهو منطقى فى هذا مع نفسه، «ويعتبر الحكم (بالشفعة) السبب القانونى لملكية الشفيع، أى أن الحكم بالشفعة يجعل الشفيع مالكاً بسبب الشفعة لا بسبب الشراء الذى حل فيه الشفيع محل المشترى. ولذلك فإن الشفيع لا يتلقى الملك مباشرة عن البائع بل يتلقاه عن المشترى، الذى يكون قد ملك الشئ ملكية تامة فى الفترة التى تقع ما بين البيع والحكم بالشفعة» (شفيق شحاته فقرة ٢٧٧ ص٢٨٦). فإذا كان الشفيع قد ملك حقوق المشترى بشراء جديد منه، فإنه يكون بمثابة مشتر من المشترى. والمشترى من المشترى يرجع مباشرة بضمان الاستحقاق على البائع، إذ ينتقل إليه هذا الحق من المشترى باعتباره من توابع المبيع (أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٤٤). ولكن ذلك لا يمنعه من الرجوع بضمان الاستحقاق أيضاً على المشترى، أما هنا فلا يرجع الشفيع على المشترى، بل هو لا يرجع إلا على البائع، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٥ مدنى «وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع». وإذا كان الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق على المشترى كما يرجع به على البائع، فما ذلك إلا لأن المشترى قد اختفى تماماً من الصفقة، فليس هو الذى نقل الملكية إلى الشفيع، وليس هو الذى نقل إلى الشفيع ضمان الاستحقاق والحقوق الشخصية الأخرى، بل انتقلت الملكية رأساً من البائع إلى الشفيع فالتزم البائع بضمان الاستحقاق رأساً نحو الشفيع دون وساطة المشترى. وهذا هو المعنى المقصود من حلول الشفيع محل المشترى، فالشفيع أخذ مكان المشترى وأصبح كأنه هو المشترى منذ البداية، وكأن المشترى لم يتدخل بتاتاً فى الصفقة.

صريحا فى القانون، وبين أن تأخذ به فتنقض مذهبها. والصحيح فى نظرنا أن نص المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٥مدنى جديد) هو وحده القاطع فى أن الشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع، فتنعقد الصلة مباشرة بينه وبين البائع، فيكون له إذن أن يرجع رجوعاً مباشرا على البائع دون المشترى بضمان الاستحقاق. وهذا النص هو وحده الذى يغلب أحد الاحتمالين فى تفسير كلمة «السند» التى وردت فى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٤ مدنى جديد)، ويصرف معنى هذه الكلمة إلى أن يكون دليل الحق المثبت له أو دليله المكتوب، لا أن يكون السبب القانونى المنشئ للحق. إذ لو كان معنى كلمة «السند» السبب القانونى المنشئ للحق، لوجب القول مع محكمة النقض إن حكم الشفعة منشئ لا كاشف، وإن الشفيع لا يحل محل المشترى إلا منذ صدور هذا الحكم، وهذا ما يعتقد أننا أثبتنا عكسه. فالشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع، حتى يستطيع أن يرجع رجوعا مباشرا بضمان الاستحقاق على البائع وحده دون المشترى.

فإذا ما انتهينا على هذا النحو إلى أن حكم الشفعة كاشف لا منشئ(١)، وإلى أن حلول الشفيع محل المشترى يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة، لم يبق بعد ذلك حائل دون قياس حق الشفعة على حق الاسترداد. فالشفيع كالمسترد لحصة شائعة، كلاهما يحل محل المشترى منذ إبرام البيع، لا منذ الحكم بالشفعة أو الحكم بالاسترداد. وما حق الاسترداد إلا حق شفعة مقصور على المنقول والمجموع من المال، فهو يماثل حق الشفعة تماما من حيث حلول المسترد محل المشترى. وتقول المادة ١/٨٣٣ مدنى فى هذا الصدد: «ويحل المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه». والمجمع عليه فى فرنسا وفى مصر أن حلول المسترد محل المشترى معناه أن المشترى يختفى من الصفقة تماما، ويعتبر المسترد كأنه هو الذى اشترى الحصة الشائعة مباشرة من البائع، وكأن المشترى لم يتدخل بتاتا فى الصفقة. وهذا الذى تقرر اجماعا فى حق الاسترداد يجب أن يكون مقررا أيضا فى حق الشفعة. ولا يحول دون ذلك ما تقوله محكمة النقض من أن «الشارع هناك لم يجعل حكم الاسترداد منشئا لحق المسترد، كما جعل الشارع هنا حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع»، فإن حكم الشفعة كما رأينا لا ينشئ حق الشفيع بل يكشف عنه، كما يكشف عن حق المسترد حكم الاسترداد.

---

(١) ولا محل إذن لما أقرته محكمة النقض من «أن هناك فرقاً بين حق الشفعة وحق التملك بها، وأنه إذا كان الحق الأول يوجد بالبيع مع قيام المسوغ، فإن الحق الثانى لا يوجد إلا بقبول المشترى أو القاضى نيابة عنه. ومن أجل هذا كان حكم الشفعة مقرراً لحق الشفيع فى طلب الأخذ، منشئاً لأثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى». فقد رأينا أن حكم الشفعة كاشف فى الحالتين، فهو كاشف عن طلب الأخذ، وكاشف عن أثر هذا الطلب فى حلول الشفيع محل المشترى.

ولم يبق بعد ذلك من حجج محكمة النقض ما يستوقفنا إلا ما استظهرته من أن حكم الشفعة يخالف المبدأ العام فى الأحكام من أنها كاشفة لا منشئة، وتعلل ذلك بأن « الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع كما جعل حكم البيع منشئا لحق الراسى عليه المزاد، فكان النزول على حكم الشارع واجبا لا معدى عنه». وقد رأينا أن النص الذى تستند إليه محكمة النقض لا يسعفها فى القول بأن الشارع نفسه هو الذى جعل حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع، ومن ثم لا محل لاستثناء حكم الشفعة من المبدأ العام الذى يقضى بأن الأحكام كاشفة لا منشئة، فحكم الشفعة لا يخرج على هذا المبدأ إذ هو كاشف لا منشئ.

٢٣٠- موقف الفقه الاسلامى من المسألة: ليس هناك اتفاق فى الفقه الإسلامى على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، لا فى المذهب الحنفى ولا فى المذاهب الأخرى.

ففى المذهب الحنفى، عند أبى حنيفة، إذا أتى الشفيع بطلب المواثبة وبطلب الإشهاد والتقرير صحيحين، استقر حقه على وجه لا يبطل بتأخير طلب الخصومة حتى يسقطها بلسانه. وهذه هى أيضا إحدى الروايتين عن أبى يوسف، وهو ظاهر المذهب، وعليه الفتوى، كذا فى الهداية[١]. ووجه قول أبى حنيفة أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين، والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال ولم يوجد. لأن تأخير طلب الخصومة لا يكون إبطالا، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون[٢]. وذكر الكرخى أن القاضى إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع والمشترى فى المشهور من قولهم. وروى عن أبى يوسف أنه لا ينتقض. واختلف المشايخ فيه. قال بعضهم البيع لا ينتقض، بل تتحول الصفقة إلى الشفيع، وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى وهذا قول محمد، وينعقد للشفيع بيع آخر، كأنه كان من البائع إيجابان، أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع. فإذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الإيجاب الذى أضيف إليه، وانتقض ما أضيف إلى المشترى، سواء قبل المشترى الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل. ووجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض تعذر الأخذ بالشفعة، لأنه من شرائط وجوب الشفعة، فإذا انتقض لم تجب، فتعذر الأخذ. ووجه قول من قال بالانتقاض لا بالتحول أن للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية، وإذا رد عليه لا يعود شراء المشترى. ولو تحولت الصفقة إلى الشفيع لعاد شراء المشترى، لأن التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع، ولما رد فقد زالت الضرورة، فينبغى أن يعود الشراء. ولأنها لو

---

(١) أنظر الفتاوى الهندية ٥ ص١٣٧.

(٢) أنظر البدائع ٥ ص١٩.

تحولت لصار المشترى وكيلا للشفيع، لأن عقده يقع له، ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشترى قد رآها قبل ذلك ورضى بها، لأن خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه. وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل، فأراد الشفيع أن يأخذها للحال، يأخذ بثمن حال، ولو تحولت الصفقة إليه لأخذها بثمن مؤجل. وكذا لو اشتراها على أن البائع برئ من كل عيب بها عند البيع، ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا، فله أن يردها على من أخذها منه. ولو تحولت تلك الصفقة إلى الشفيع، لما ثبت له حق الرد، كما لم يثبت للمشترى. فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض، ويأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد إيجاب مبتدأ مضاف إليه. وقد خرج الجواب عن قولهم إن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة، لأنه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه، بل بعقد مبتدأ بين البائع والشفيع على ما سبق تقريره(١). أما إذا كان المبيع فى يد المشترى، فأخذه الشفيع منه ودفع الثمن إليه، فالبيع الأول صحيح، لأن التملك وقع على المشترى، فيجعل كأنه اشترى منه(٢).

---

(١) أنظر البدائع ٥ ص٢٣- ص٢٤.

(٢) أنظر البدائع ٥ ص٢٤- ويقرر الأستاذ على الخفيف مذهب الحنفية على الوجه الآتى: «إذا بيع العقار أدخل فى ملك المشترى بمجرد عقد البيع، دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع. فإذا استحقه شفيعه بالشفعة لم يتملكه بمجرد طلبه، لأن حق الشفعة ضعيف فلا يقوى بالمطالبة على رفع ملك ثابت للمشترى بعقده. ولذا لا يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين، الأول تسلمه من المشترى عن رضا منه فيتملكه من وقت تسلمه، الثانى قضاء القاضى له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا. وذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة، حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه. فأما ما تملكه بأخذه له عن رضا، فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشترى بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية. وأما تملكه بقضاء القاضى، فذلك لا يكون إلا عند إباء المشترى، وإباؤه فى هذه الحالة ظلم، وقد نصب القاضى لرفع الظلم، فيقوم القاضى حينئذ مقامه فى هذه المعاوضة دفعاً لظلمه، ويملكه الشفيع بما قام به على المشترى، ويدخل الثمن فى ملك المشترى حينئذ جبراً عنه، وكأنه رضي بذلك لقيام القاضى مقامه فيه. وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه فى هذه الحالة أيضاً عن طريق شرائه من القاضى، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشترى. وهذا بين إذا كان المشترى قد تسلم المبيع من بائعه، ولكن إذا حصل القضاء والمبيع لا يزال فى يد البائع فإن هذا التوجيه لا يظهر. ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع فى هذه الحالة يصبح به البائع عاجزاً عن تسليمه إلى المشترى، وذلك مفسد للبيع. وإذا فسد البيع الصادر للمشترى زال ملكه، وعند ذلك لا يصح أن يكون مملكاً، ولا ينوب عنه القاضى فى التمليك. ولذا قالوا إن هذا القضاء فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة للمشترى، ويجعل الإيجاب الصادر من البائع كأنه موجه إلى الشفيع، وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعد الشفيع فى هذه الحا مشترياً من البائع مباشرة لا من المشترى. وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشترياً للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه وإما من بائعه. ولذلك يثبت له من الخيارات ما يثبت للمشترى، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة. ثم لا=

وفى المذاهب الأخرى غير مذهب الحنفية، ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فيه بقوله أخذته بالشفعة وما فى معناه، دون اشتراط قضاء من القاضى أو رضاء من المشترى متى كان عالما بالثمن. لأن ذلك يعتبر قبولا لبيع البائع، وكأن إيجابه وجه إليه عند حصوله. وقال أحمد يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن. وقال الشافعى يملكه به، بشرط أن يدفع الثمن إلى المشترى. وجه قولهم أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى رضى بذلك أو أبى، فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أنه اشترط لتملكه قضاء القاضى(١).

ويخلص من كل ذلك أن الحنفية فى أكثر أقوالهم يذهبون إلى أن الشفيع يملك المشفوع فيه من وقت رضاء المشترى أو من وقت قضاء القاضى، فيكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع. ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن الشفيع يستقر حقه بطلب المواثبة وطلب الإشهاد والتقرير، دون حاجة إلى قضاء القاضى، وهذه عى إحدى الروايتين عن أبى يوسف. فلا يكون قضاء القاضى إذن فى هذا القول ضروريا لاستقرار حق الشفيع، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة هو الذى ينشئ حق الشفيع. وفى المذاهب الثلاثة الأخرى لا يتوقف تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه على رضاء المشترى أو على قضاء القاضى، بل يتملكه قبل ذلك، بمجرد طلب الشفعة عند أحمد، وبمجرد طلبها إذا علم الشفيع بالثمن عند مالك، وبطلبها إذا دفع الشفيع الثمن إلى المشترى عند الشافعى. ففى هذه المذاهب الثلاثة إذن لا يكون قضاء القاضى ضروريا لتملك الشفيع العقار المشفوع فيه، ومن ثم لا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع.

٢٣١- حلول الشفيع محل المشترى من وقت البيع هو الذى يتفق مع طبيعة الشفعة مع الحلول العملية فيها: والآن بعد أن أثبتنا أنه لا يمكن الاستناد إلى المادة ١٨ من قانون الشفعة السابق (م٩٤٤ مدنى جديد)، وهى التى تقرر أن حكم الشفعة «يعتبر سندا لملكية الشفيع»، للقول بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن حلول الشفيع محل المشترى

=يتقيد فيما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيطه أو بخيار فسخ ونحوه، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيباً رده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر. وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه، فيرده إذا أراد على من تسلمه منه. فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه، كان المشترى مخيراً حينئذ فى إمضاء صفقته أو عدم إمضائها دون توقف على أرضاء البائع. وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه، كان كل من بائعه ومشتريه ملزماً بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط فى عقد البيع الذى تم بينهما وكأنه لم ينقض» (على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص١١٩- ص١٢٠).

(١) أنظر على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية سنة ١٩٤٢ ص١٢٠- ص١٢١.

يحصل تبعا لذلك من وقت صدور هذا الحكم، نكون قد أزحنا الحجة الرئيسية التى يعتمد عليها أصحاب هذا القول. ولا يستطيع أصحاب هذا القول، من جهة أخرى، الاستناد إلى الفقه الإسلامى. فقد رأينا أن هذا الفقه قد اختلفت فيه الآراء، وإذا كان المذهب الحنفى يقول فى بعض آرائه إن الشفيع يتملك من وقت القضاء له بالشفعة، فإن إمام هذا المذهب، ويتابعه فى ذلك فقهاء آخرون، يقول إن حق الشفيع يستقر قبل القضاء له بالشفعة، أما المذاهب الثلاثة الأخرى فمجمعة على أن الشفيع يتملك قبل القضاء له بالشفعة.

لم يبق إذن، وقد استبعدنا نص المادة ١٨ من قانون الشفعة (م٩٤٤ مدنى جديد) واستبعدنا الفقه الإسلامى، إلا أن نرجع إلى المبادئ العامة فى الشفعة، وإلى الحلول العملية التى أوردها المشرع والتى يكون من شأنها أن تنير لنا الطريق، مستأنسين بالأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد.

أما المبادئ العامة فى الشفعة فترجع هنا إلى التكييف الصحيح لطبيعة الشفعة. وقد عرضنا لهذا التكييف غير مرة، وقررنا(١) أن الشفعة واقعة مركبة من عناصر ثلاثة، الارتباط ما بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وبيع العقار المشفوع فيه، وإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة. فمتى تكاملت هذه العناصر، فقد قامت الشفعة سببا قانونيا يحدث أثره، وهذا الأثر هو حلول الشفيع محل المشترى فى البيع الذى تم بين المشترى والبائع منذ تمام هذا البيع. فالشفعة إذن لا تحدث أثرها إلا عند إعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة، ولكن متى أحدثت هذا الأثر فقد حل الشفيع محل المشترى منذ تمام البيع لا منذ إعلان الشفيع لإرادته. وعلى ذلك يجب، كما استبعدنا القول بأن الشفيع يحل محل المشترى من وقت صدور الحكم بالشفعة، أن نستبعد أيضا أن يكون هذا الحلول من وقت رفع دعوى الشفعة، أو من وقت تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، أو من وقت إعلان هذه الرغبة، وهذه أقوال ثلاثة أخرى لكل قول منها أنصار فى الفقه وفى القضاء وقد سبقت الإشارة إليها(٢). صحيح أنه يجب أن نقف عند إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، ولكن لنقرر أن الشفعة قد تكاملت عناصرها وقامت سببا قانونيا لحلول الشفيع محل المشترى، على أن يكون هذا الحلول واقعا من وقت ابرام البيع لا من وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، بحيث يختفى شخص المشترى من الصفقة فلا يتوسط ما بين البائع والشفيع، وتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة على الوجه الذى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١ وفقرة ٢٢٥.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٦.

بسطناه فيما تقدم[1]. وكما أن الحكم بالشفعة إنما يكشف عن ثبوت حق الشفيع وعن أن الشفيع قد حل محل المشترى، كذلك إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة إذا هو أنشأ حق الشفيع فإن ذلك معناه أنه أنشأ حق الشفيع فى الحلول محل المشترى منذ إبرام البيع. فالشفعة تتم سببا قانونيا، لإحلال الشفيع محل المشترى، عند إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة. ولكن متى حل الشفيع محل المشترى فإن حلوله هذا يحصل منذ إبرام البيع، وتعتبر الصفقة قد انعقدت مباشرة لا بين البائع والمشترى بل بين البائع والشفيع.

ويتأكد ذلك إذا رجعنا إلى الحلول العملية التى أوردها المشرع ومن شأنها أن تنير لنا الطريق. فقد رأينا أن المادة ٩٤٥ مدنى تنص صراحة على أن الشفيع لا يرجع فى ضمان الاستحقاق على المشترى، وإنما يرجع مباشرة فى هذا الضمان على البائع. ولا يتأتى ذلك إذا بقى المشترى فى الصفقة يتوسط بين البائع والشفيع، فتنتقل الملكية أولا بالبيع من البائع إلى المشترى، ثم تنتقل بعد ذلك بالشفعة من المشترى إلى الشفيع. إذا لو كان الأمر على هذا النحو، لوجب أن يرجع الشفيع بضمان الاستحقاق على المشترى فهو الذى نقل الملكية إلى الشفيع، ولو رجع على البائع لما كان له أن يرجع إلا باسم المشترى عن طريق الدعوى غير المباشرة، أو يرجع عليه رجوعا مباشرا ولكن هذا الرجوع لا يمنعه من أن يرجع أيضا رجوعا مباشرا على المشترى. ويقاس على ضمان الاستحقاق سائر التزامات البائع، من الالتزام بنقل الملكية والالتزام بتسليم المبيع والالتزام بضمان العيوب الخفية، فهذه كلها يرجع فيها الشفيع مباشرة على البائع لا على المشترى كما هى الحال فى ضمان الاستحقاق. وقد سبق أن قررنا أن نص المادة ٩٤٥ مدنى، الذى يجعل الشفيع لا يرجع بضمان الاستحقاق إلا على البائع، هو النص الحاسم فى المسألة التى نحن بصددها. فهذا النص يحمل الدليل القاطع على أن الشفيع يحل محل المشترى منذ إبرام البيع، وأن شخص المشترى يختفى من الصفقة لتكون الصلة ما بين البائع والشفيع صلة مباشرة. فلا يكون حكم الشفعة منشئا لحق الشفيع بحيث لا يقع حلول الشفيع محل المشترى إلا منذ صدور هذا الحكم، بل هو حلول يقع قبل ذلك ومنذ إبرام البيع[2].

ونستأنس بعد ذلك، فيما قدمناه، بالأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد. وأول ما نستأنس به هو ما دار من مناقشات حول هذه المسألة فى اللجنة التى قامت بوضع نصوص المشروع التمهيدى فى الشفعة. وأول قول صريح فى هذه المسألة نقرأه فى محضر جلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٨ من جلسات اللجنة، إذ يقول أحد الأعضاء: «فالواقع أن الشفيع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٥.

(٢) أنظر آنفاً ص٧٢٦.

مالك منذ تاريخ البيع، غير أن ملكيته هذه مشروطة باستعمال حقه فى الشفعة فى الميعاد القانونى والاعتراف بحقه هذا فيما بعد باسناد ملكية العقار إليه. فالشفيع إذن يتلقى حقه من البائع مباشرة، بدليل أنه يحل بحكم القانون محل المشترى. ويكتسب الثمار ابتداء من تاريخ البيع، كما يدفع فوائد الثمن من نفس التاريخ، فضلا عن أن الشفيع يعد هو المالك الوحيد منذ البيع، ولو أن ملكيته فى الحقيقة معلقة على شرط إذ أن حقه فى الملكية رهين بقيامه بالإجراءات التى يتطلبها القانون، إلا أنه مالك يتلقى حقه مباشرة من البائع، مما يترتب عليه أن كل بيع يحصل من المشترى ابتداء من اللحظة التى يستعمل فيها الشفيع حقه فى الشفعة لا يحتج به عليه ولا يسرى حقه»(١). وهذا القول لا غبار عليه(٢)، ولكنه بطبيعة الحال إنما يعبر عن الرأى الشخصى للعضو الذى قاله، لا عن رأى اللجنة(٣). ولما تفرغت اللجنة لمناقشة المسألة، انقسم الأعضاء فيما أدلوا به من آراء، وقرنوا مسألة تحديد وقت انتقال الملكية بالوقت الذى يكسب فيه الشفيع الحق فى الثمار، فهو يكسب الثمار من الوقت الذى يصبح فيه مالكا للعقار المشفوع فيه. ورأى أحد الأعضاء أن يحدد الوقت بتاريخ البيع، ورأى أعضاء آخرون أن يكون هذا الوقت هو وقت إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، ولم ير إلا عضو واحد أن يكون حكم الشفعة منشئا على الوجه الذى ذهبت إليه محكمة النقض وأن يتأخر انتقال الملكية إلى الشفيع إلى وقت صدور هذا الحكم. ولما لم تستطع اللجنة الاتفاق على رأى(٤)، عقب أحد الأعضاء «بأن الموضوع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٠٠ فى الهامش.

(٢) لولا ما جاء فيه من أن ملكية الشفيع معلقة على شرط، فالشرط لا يكون إلا فى الالتزامات الاتفاقية، وملكية الشفيع ملكية منجزة. وحكم الشفعة ليس شرطاً تعلق عليه هذه الملكية، وإنما هو كاشف عن هذه الملكية المنجزة (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٩).

(٣) وقد اعترض فعلا عضو آخر فى اللجنة على هذا القول، إذ ذكر أنه «يؤدى إلى قلب نظام الشفعة القائم رأساً على عقب، إذ يجب ألا يغرب عن البال أنه إلى جانب حق الشفيع توجد حقوق أخرى اكتسبها الغير حسن النية ولا يمكن إغفالها، ولهذا الغير أن يكسب حقوقاً على العقار إلى اللحظة التى يتم فيها تسجيل طلب الشفعة. وكل حق يرتبه المشترى فى الفترة الواقعة بين البيع الأول وتسجيل طلب الشفعة هو حق يكتسبه الغير اكتساباً صحيحاً، ومن ثم يكون نافذاً فى حق الشفيع ويحتج به عليه». فرد العضو صاحب القول الأول بأن هذه النتائج «إنما تترتب على نظام التسجيل، ولا علاقة لها بمادة الشفعة التى تنفرد بطبيعة خاصة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٠٠ - ص٤١٠ فى الهامش).

(٤) وننقل هنا أهم ما جاء فى محضر جلسة ١١ مارس سنة ١٩٣٨ فى هذا الصدد: «طلب الرئيس من الأعضاء تصفية النقطة الباقية فى باب الشفعة، وهى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكاً للعقار المشفوع، فهل يصبح الشفيع مالكاً من يوم حصول البيع، أم من يوم إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة، أم من تاريخ تسجيل هذه الرغبة، أم من يوم موافقة المشفوع ضده على طلب الشفعة، أم =

=من تاريخ الحكم الصادر بالأحقية فى الشفعة؟ فقال أحد الأعضاء: «إن النصوص التى أقرتها اللجنة قد تناولت مختلف العلاقات فى مادة الشفعة. أما معرفة الوقت الذى يصبح الشفيع مالكاً ابتداء منه فلا جدوى من بحثه، إلا إذا أريد وضع نص خاص لتحديد ذلك الوقت. فإذا لم يكن هدف اللجنة وضع هذا النص، فإن من العبث مناقشة مختلف الآراء التى أبديت فى هذا الصدد» وقال عضو آخر: «إن النصوص التى أقرتها اللجنة كفيلة بتنظيم وضع نص صريح قاطع فى تحديد الوقت الذى يصبح الشفيع ابتداء منه مالكاً للعقار الذى شفع فيه وذلك لوضع حد لاختلاف القضاء ولتباين وجهات النظر فى هذه المسألة. وأضاف أنه يرى أن الشفيع يعتبر مالكاً ابتداء من التاريخ الذى يعلن فيه رغبته فى أخذ العقار بالشفعة أى من تاريخ إعلان الرغبة فى الشفعة، لأن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الحق فى الشفعة إنما يقر للشفيع بحث يرجع إلى اللحظة التى استعمل فيها هذا الحق، ويمكن إدماج هذا المبدأ فى تعريف حق الشفعة الذى نصت عليه المادة الأولى». ثم اقترح أحد الأعضاء الاقتصار «على وضع نص يكسب الشفيع الحق فى الثمار ويلزمه بفوائد الثمن ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة. فتساءل الرئيس عما إذا كان هناك محل للنص على التزامه بالفوائد بالنسبة فقط إلى الجزء من الثمن الذى يقوم بايداعه». وعقب أحد الأعضاء بأن الأخذ بالنص المقترح «معناه أن العقار المشفوع فيه سيتناوله ملاك ثلاثة على التوالى، هم البائع والمشترى من تاريخ شرائه والشفيع من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة، الأمر الذى يناقض المبادئ المقررة فى الشفعة والتى تقضى بأن الشفيع يحل قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته فيما عدا الانتفاع بالأجل الذى هو معلق على رضاء البائع. واقترح لذلك النص على أن يكون للشفيع الحق فى الثمار ابتداء من تاريخ البيع. ويأخذ الأصوات لم توافق اللجنة على هذا الاقتراح». وقال أحد الأعضاء: «إن الرأى الذى أخذت به محكمة النقض هو فى رأيه مخالف للنصوص، وإن هناك محلا فى النهاية لاعتبار الشفيع مالكاً ابتداء من تاريخ إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة». وشرح هذا العضو وجهة نظره قائلا: «ليس صحيحا أن يقال؟ كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، إن البيع يزول وينفسخ ويدع مكانه للشفعة التى تحل تماماً محل العقد الأول وتبطله. ذلك أن البيع قد تم صحيحاً ولم يكن معلقاً على شرط موقف أو شرط فاسخ، وترتب عليه انتقال الملكية انتقالا صحيحاً من يوم تسجيله، أى أنه أنشأ مركزاً قانونياً نهائياً طالما أن حق الشفعة لم يستعمل، بحيث يملك المشترى كامل الحرية فى التصرف فى العقار ببيعه من جديد أو ترتيب حقوق للغير عليه فالمشترى يصبح بدوره مالكاً، وهو الذى ترفع عليه دعوى الشفعة.. وللمشترى أيضاً أن يرتب للغير حقوقاً عينية على العقار الذى اشتراه، وأن يقبض ريع هذا العقار الذى يباشر عليه. كافة الحقوق التى للمالك. لهذا يتعذر أن يلغى مثل هذا المركز القانونى الذى لا يمكن المساس به إلا فى المستقبل فقط، ابتداء من تاريخ طلب الشفعة بالطريق القانونى وتسجيله. فالبحث ينحصر إذن فى معرفة ما إذا كانت الملكية تنتقل إلى الشفيع من يوم طلب الشفعة أو من يوم تسجيل هذا الطلب، أو تنتقل فقط من يوم قبول المشفوع ضده أو من يوم صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة. والواقع أننا بصدد مركز جديد غير طبيعى يتعلق بحق اختيارى نتيجة وقائع قانونية مترتبة بين الغير لم يشترك فيها ذلك الشخص الذى قد يستفيد منها، ولا تتحقق هذه الاستفادة إلا باستعمال هذه الرخصة استعمالا صحيحاً، إذ تتحول الرخصة إلى حق باتفاق ذوى الشأن على الاعتراف بها أو بصدور حكم يؤيدها. فهذا الاتفاق أو هذا الحكم يجب أن يكون هو الفيصل فى تحديد تاريخ انتقال الحقوق». ولما لم يجد هذا الرأى استجابة من اللجنة اقترح أحد الأعضاء أن يوضع نص يقتصر على علاج مسألة الثمار، فوافقت اللجنة بالأغلبية على وضع هذا النص بحيث يقرر أن يتملك الشفيع الثمار ويلتزم بالفوائد من تاريخ إعلان رغبته فى الشفعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٣٣- ص٤٣٥ فى الهامش).

ولما كان الدائن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما قدمنا، فانه يرجع، طبقاً لأحكام هذا الضمان، بما يأتي: (١) قيمة المقابل وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت. (٢) وقيمة الثمار التي ألزم الدائن بردها لمن استحق المقابل. (٣) والمصروفات النافعة التي لا يستطيع الدائن أن يلزم بها المستحق، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان المدين سيئ النية. (٤) وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان الدائن يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر المدين بالدعوى. (٥) وبوجه عام التعويض عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المقابل[١].

ولاشك في أن الرجوع بضمان الاستحقاق أرجح للدائن من الرجوع بالدين الأصلي، ولكن تأمينات الدين الأصلي تزول كما قدمنا فلا تكفل ضمان الاستحقاق.

٣- ضمان العيوب الخفية: فإذا لم يستحق المقابل، ولكن الدائن كشف فيه عيباً خفياً، فانه يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية، كما يرجع المشترى على البائع، طبقاً لأحكام المواد ٤٤٧ - ٤٥٤ مدني. ويخلص من هذه النصوص أن العيب لو أثر في المقابل إلى حد لو علمه الدائن لما رضي بهذا المقابل، كان له أن يرده إلى المدين وأن يطالبه بالتعويض على النحو الذى بيناه في ضمان الاستحقاق. أما إذا اختار الدائن استبقاء المقابل، أو كانت الخسارة لم تبلغ الحد المتقدم الذكر، لم يكن له إلا أن يطالب المدين بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (م٤٥٠ و٤٤٤ مدني)[٢].

=إلى ذمة المدين. وقد جاء في هذا المعنى في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ولا يكون للدائن في هذه الحالة إلا حق الرجوع بدعوى الضمان، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته: قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيلي، وهي تقضي بأن الدين القديم يعود إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصة به متى استحق العرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧ - ٢٣٨). انظر أيضاً المادة ٢/١١٩٧ من التقنين المدني الإيطالي الجديد - والأستاذ عبد الحي حجازى٣ ص٦٤ - ص٦٥.

ولكن القول برجوع الدين الأصلي، عن طريق فسخ الوفاء بمقابل في مجموعة، يقتضي أن يرجع مع المدين الأصلي تأميناته التي كانت تكفله، وهذا يتعارض مع نص القانون الصريح من أن التأمينات تنقضي. ومن ثم لا يكون للدائن، في حالة استحقاق المقابل، إلا الرجوع بضمان الاستحقاق على الوجه الذى سنبسطه، ولا يجوز له فسخ التجديد. فيبقى الدين الجديد قائماً، ولا يعود الدين الأصلي ولا تعود تأميناته (انظر في هذا المعنى أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٣٤- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٤ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨).

(١) انظر المادة ٤٤٣ من التقنين المدني في ضمان الاستحقاق.

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٩٨٨ ص٦٤٩- أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٧.

ولما كان نص المادة ٣٥١ مدنى لم تحصر أحكام البيع التى تسرى على الوفاء بمقابل فى الأحكام الثلاثة المتقدمة الذكر، بل ذكرتها على سبيل التمثيل والتخصيص، فانه يبدو أن بعض أحكام البيع الأخرى – كحق امتياز البائع إذا كان هناك معدل (soulte) يدفعه الدائن للمدين[١]، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصراً وكان المقابل عقاراً تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين[٢]، تسرى على الوفاء بمقابل[٣].

٤٨٣– الوفاء بمقابل باعتباره وفاء: ثم إن الوفاء بمقابل، باعتباره وفاء، يقضى الدين الجديد الذى حل محل الدين الأصلى كما قدمنا. أما الدين الأصلى فقد انقضى بالتجديد، كما سبق القول.

ومن ثم لا تترتب النتائج الآتية[٤]:

١– تزول التأمينات التى كانت للدين الأصلى، ولا تعود حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن، على النحو الذى قدمناه. وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلى قد انقضى وانقضت معه تأميناته عن طريق التجديد[٥].

٢– تتبع الأحكام المتعلقة بتعيين جهة الدفع (imputation du paiement) فيما إذا كان فى ذمة المدين للدائن عدة ديون من جنس واحد وقد دفع المدين مقابلا للوفاء ببعضها دون بعض، فيكون له وقت الدفع أن يبين الدين الذى دفع مقابله. فان لم يبين، كان الدين المدفوع له المقابل هو الدين الحال، ثم الدين الأكثر كلفة على المدين. فان تعادلت الديون فى الحلول وفى الكلفة على المدين، كان للدائن أن يعين الدين الذى استوفى مقابله.

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٦.

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ٢ فقرة ٩٣٧ – أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en payement فقرة ١٥– قارن بودرى وبارد٢ فقرة ١٦٨٧ مكررة أولا – فقرة ١٦٨٨. وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣ وفقرة ١٢٥٥.

(٣) وكذلك تدفع رسوم انتقال الملكية فى الوفاء بمقابل بنفس المقدار التى تدفع به فى البيع (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩١ م٣ ص٣١٧– وانظر بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٣).

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٣٧– ص٢٣٨.

(٥) بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٢ – جوسران ٢ فقرة ٩٢٩.

٣- إذا تبين أن المدين قد دفع مقابلا لدين لا وجود له، اتبعت أحكام الوفاء لا أحكام نقل الملكية. ومن ثم لا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين، ولكن يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق(١).

٤- يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى الوفاء بمقابل باعتبار أنه وفاء. فإذا وفى المدين المعسر، وفاء بمقابل، أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذى عين أصلا للوفاء، لم يسر هذا الوفاء فى حق باقى الدائنين. وكذلك لا يسرى فى حقهم الوفاء بمقابل ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذى استوفى المقابل(٢).

---

(١) أنسيكلوبيدى داللوز ٢ لفظ dation en paiement فقرة ١٨- ويمكن القول أيضا إن الذى أعطى المقابل، وقد تبين أنه غير مدين، يكون بمثابة البائع الذى لم يستوف الثمن من المشترى، فيفسخ البيع ويسترد المبيع. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن الدائن ومدينه اتفقا على أن يبيع المدين إلى الدائن قدراً من أطيانه مقابل مبلغ ما كان باقياً عليه من ديون سبق أن حوله الدائن إلى أجنبى، وتعهد الدائن باحضار مخالصة من ذلك الأجنبى عند التصديق على عقد البيع، وحرر بين الطرفين فى تاريخ هذا الاتفاق عقد بيع عن الأطيان الواردة به، ثم تم التوقيع على عقد البيع النهائى، ولم يحضر الدائن المخالصة من الأجنبى، بل إن هذا الأخير استمر فى إجراءات التنفيذ بالنسبة إلى باقى الدين فنزع ملكية المدين من أطيان أخرى حتى بيعت بالمزاد، فرأت المحكمة من هذا أنه مع قيام الأجنبى بالتنفيذ على هذه الأطيان الأخرى للحصول على باقى الدين تكون الأطيان المبيعة للدائن تحت يده من غير مقابل، وعلى هذا قضت بفسخ العقد، فإنها تكون قد أصابت، لأنه بالقياس على البيع يكون للمدين - الذى هو فى مركز البائع - الحق فى فسخ العقد إذا حال الدائن الذى أخذ الأطيان وفاء لدينه دون حصول المقاصة عن هذا الدين بمتابعة التنفيذ وفاء لدينه، إذ يكون الدائن والحالة هذه كأنه مشتر لم يدفع الثمن (نقض مدنى ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٩ ص٣٨٥).

(٢) وذلك كله قياساً على المادة ٢/٢٤٢ مدنى، وقد وردت فى خصوص الطعن بالدعوى البولصية فى الوفاء، فيمكن قياس الوفاء بمقابل على الوفاء. انظر: استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٢٨٧ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٢- ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٤٣٣- وانظر الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٦٦.

الفصل الثانى
التجديد والانابة فى الوفاء(*)
(Novation et délégation)

الفرع الأول
التجديد
(Novation)

٤٨٤ – التجديد نظام قانونى محدود الأهمية – شروطه والآثار التى تترتب عليه: التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سبباً فى قضاء الدين القديم وفى نشوء الدين الجديد. فالتجديد إذن هو سبب لانقضاء الالتزام، وهو فى الوقت ذاته مصدر لنشوء الالتزام. فهو اتفاق (convention) على قضاء الالتزام القديم، وعقد (contrat) لإنشاء الالتزام الجديد، وهو فى الحالتين تصرف قانونى (acte juridique). ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير فى الدين (أى فى محله أو فى مصدره)، وإما بتغيير المدين، وإما بتغيير الدائن.

والتجديد كنظام قانونى أصبح اليوم محدود الأهمية خلافا لما كان عليه الأمر فى القانون الرومانى(١)، وقل الالتجاء إليه فى التعامل. فالتجديد بتغيير الدين أصبح يغنى عنه

(*) مراجع: بول جيد (Paul Gide) دراسة فى التجديد وحوالة الحق فى القانون الرومانى سنة ١٨٧٩ – بيتى (Petit) نظرات (réflexions) فى الحوالة: المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٠ ص٩٥– هيبير (Hubert) بحث فى النظرية القانونية للإنابة رسالة من بواتييه سنة ١٨٩٩ – نجر (Nègre) شروط الانعقاد والصحة فى التجديد رسالة من إكس سنة ١٩٢٠ – تالير (Thaller) الصبغة القانونية لسند الائتمان: حوليات القانون التجارى سنة ١٩٠٦ وسنة ١٩٠٧ – كابيتان (Capitant) فى السبب.

(١) لم تكن حوالة الحق ولا حوالة الدين معروفة فى القانون الرومانى على ما قدمنا، فكان التجديد يقوم مقام الحوالة. على أن التجديد فى القانون الرومانى كان يختلف فى جوهره عن التجديد فى القوانين الحديثة. فهو لم يكن يغير من محل الدين، بل كان يغير شكله، فيفرغة غالباً فى عقد لفظى (stipulatio) وأحياناً فى عقد كتابى (litteris)، فيكسبه جدة ويزيد فى قوته. وقد يكون التجديد بتغيير الدائن أو بتغيير المدين ليقوم مقام حوالة الحق أو حوالة الدين، بل قد يكون بتغيير عنصر غير =

الوفاء بمقابل، وتغنى حوالة الدين عن التجديد بتغيير المدين، وحوالة الحق عن التجديد بتغيير الدائن. ومن ثم أختفى التجديد فى بعض التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى(١)، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ونبحث فى التجديد: (أولا) شروطه (ثانياً) الآثار التى تترتب عليه.

= جوهرى فى الالتزام كإضافة أجل أو توثيق الدين بضمان مما لا يعتبر تجديداً فى القوانين الحديثة. فالتجديد فى القانون الرومانى كان أقرب إلى المساس بصورة الالتزام وشكله منه إلى تغيير موضوعه وطبيعته. أما التجديد فى القوانين الحديثة فيجرى على أساس النية لا الشكل، ويغير فى الالتزام الأصلى تغييراً جوهرياً إلى حد استبدال التزام جديد به. ومن ثم كان التجديد فى القانون الرومانى مسألة شكلية تتصل بصورة الالتزام، والتجديد فى القوانين الحديثة مسألة موضوعية تتصل بحرية التعاقد وسلطان الإرادة (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٢ فقرة ١٦٨٩ وفقرة ١٧١١– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦).

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يختلف مذهب التقنينات اللاتينية عن مذهب التقنينات الجرمانية فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتجديد. فقد جرت الأولى على إفراد مكان لهذه الأحكام فى النصوص، متأثرة بما كان لها من منزلة فى القانون الرومانى، وقد كان هذا القانون يجهل حوالة الحق وحوالة الدين على حد سواء، فألجئ بذلك إلى الاستعاضة بالتجديد عن هذا وتلك. أما الثانية فتهمل التجديد على نقيض ذلك، وتستعيض عنه بحوالة الحق وحوالة الدين، وهما بطبعهما أدنى إلى التمشى مع التصوير المادى للالتزام. على أن الفوارق بين هذين المذهبين أقرب إلى المساس بالعرض منها إلى المساس بالجوهر، فالتقنينات اللاتينية تقر صراحة حوالة الحق، ولا تمانع على وجه الإطلاق فى حوالة الدين. والتقنينات الجرمانية (وردت خطأ: اللاتينية) لا تضيق بالتجديد حيث تتضح جدواه كما هو الشأن فى التجديد بتغيير الدين بوجه خاص. ولم ير المشروع أن يشذ عن التقليد اللاتينى، ولا سيما أن الإنابة مع أهميتها تقترن بالتجديد باعتبارها مجرد وصف من أوصافه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٠).

ولم يغفل التقنين المدنى الجديد شأن التجديد، لاتصاله بالإنابة من ناحية، ولأن التجديد بتغيير الدين لا تزال له أهمية كبيرة فى العمل من ناحية أخرى (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٦ ص٦٦٤). فعرض لأحكام التجديد، وتولاها بشئ من الضبط والتجديد. وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: «وقد عرض المشروع لبعض الأحكام الخاصة بالتحديد ذاته بشئ من الضبط والتحديد، لا سيما ما تعلق منها بتجديد الالتزام الباطل أو القابل للبطلان، وبالتطبيقات العملية لفكرة عدم افتراض التجديد، وبانتقال التأمينات إلى الالتزام الجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٠). وجاء فى موضع آخر: «يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر إنشائه فى آن واحد. وليس شك فى أن الحوالة والإنابة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام، وتفضله من وجوه. وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى أغفاله: انظر مع ذلك المواد ١٣٧٥ – ١٣٧٧ من التقنين النمساوى. بيد أن للتجديد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عندما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره: انظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٣). =

المبحث الأول

شروط التجديد

٤٨٥ – شروط ثلاثة: يمكن رد شروط التجديد إلى ثلاثة. إذ التجديد يفترض وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم، على أن يختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى أحد عناصره، وعلى أن تتوافر عند الطرفين نية التجديد(١).

فشروط التجديد إذن هى: (١) تعاقب التزامين، قديم حل محله جديد (٢) اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر (٣) نية التجديد.

المطلب الأول

تعاقب التزامين قديم حل محله جديد

٤٨٦ – النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٣ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«١ – لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان».

«٢ – أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله»(٢).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص(٣).

= ويعرض التقنين المدنى الايطالى الجديد فى تفصيل لتنظيم التجديد بتغيير الدين وهو التجديد الموضوعى، ولا يشتمل إلا على نص واحد فى التجديد بتغيير المدين وهو التجديد الشخصى، ويسكت عن التجديد بتغيير الدائن (الأستاذ عبد الحى حجازى ٣ ص٧٠ – ص٧١).

(١) أسيوط ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٩ ص٤٠٤ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٢ ص١١٢٨.

(٢) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ٤٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروق لفظية طفيفة، أزيلت فى لجنة المراجعة فأصبح التطابق تاما، ووافقت اللجنة على المادة تحت رقم ٣٦٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٤ – ص٢٤٦).

(٣) الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٤– فقرة ٥٧٥.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥١- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٤٠ - ولا مقابل فى التقنين المدنى العراقى - ويقابل فى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٢(١).

ويخلص من هذا النص أنه حتى يتم التحديد، يجب أن يوجد التزام قديم خال من أسباب البطلان، ثم يعقبه ليحل محله التزام جديد خالٍ هو أيضاً من أسباب البطلان.

٤٨٧- وجود التزام قديم: يفترض التجديد وجود التزام سابق، هو الذى يقوم عليه التجديد فيقضيه، وندعوه هنا بالالتزام القديم.

فإذا لم يكن هذا الالتزام القديم موجوداً فعلا بل ظن وجوده توهماً، وكذلك إذا كان هذا الالتزام قد انقضى بسبب سابق على التجديد، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد ولو اتفق الطرفان على إنشاء التزام جديد يحل محل الالتزام الموهوم. ذلك أن الالتزام الجديد إنما يستمد قوامه من أنه حل محل التزام قديم، فإذا لم يوجد هذا الالتزام القديم لم يقم تبعاً لذلك الالتزام الجديد(٢).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد باطل لأى سبب من أسباب البطلان، كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعيته أو عدم مشروعية السبب، فان الالتزام القديم يكون معدوماً فى هذه الحالة إذ العقد الباطل لا ينتج فى الأصل أثراً، فلا يمكن أن يكون هناك تجديد

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٣٥١ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٣٤٠ (مطابقة للمادة ٣٥٣ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى العراقى: لا مقابل للنص، والسبب هو اختلاف نظرية البطلان فى التقنين العراقى عنها فى التقنين المصرى، ومع ذلك بالأحكام واحدة رغم هذا الاختلاف (انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٣- فقرة ٣٣٤).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٢: لا يتم التجديد إلا إذا كان الموجبان القديم والحديث موجودين حقيقة وليس بهما سبب للابطال المطلق - أما مجرد قابلية الإبطال لهذا الدين أو لذاك فلا يحول دون التجديد، بل تبقى مفاعيله موجودة ما دام الإبطال لم يحكم به. وإن الدين القابل للإبطال يجوز استبداله بموجب صحيح إذا كان صاحب دعوى الإبطال عالما بالحالة، فيعد حينئذ عادلا عن حق إقامتها - والموجب الطبيعى يجوز استبداله بواسطة التجديد بموجب مدنى. (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصرى، إلا فى تجديد الالتزام الطبيعى، ففى التقنين المصرى لا يكون هذا تجديداً وإنما هو إنشاء لالتزام مدنى سببه الالتزام الطبيعى، وقد سبق ذكر ذلك فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى).

(٢) بودرى وبارد٣ فقرة ١٦٩-.

لهذا الالتزام المعدوم[1](1).

وإذا كان الالتزام القديم مصدره عقد قابل للإبطال، لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الإرادة، فالأصل أن تجديد مثل هذا الالتزام يكون صحيحاً، بل يبقى مهدداً بالإبطال. فإذا ما طلب ذو الشأن إبطال العقد انعدم الالتزام القديم، فانعدم لذلك الالتزام الجديد، وبطل التجديد[2]. على أن الفقرة الثانية من المادة ٣٥٣ مدنى أوردت استثناء على هذا الأصل، فنصت كما رأينا على ما يأتى: «أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال، فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله». فإذا كان الطرف الذى له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح فى حال يستطيع معها إجازة هذا العقد، ثم أقدم على تجديد الالتزام وهو على بصيرة من الأمر، فان التجديد ذاته يعتبر إجازة للعقد. فينقلب الالتزام القديم صحيحاً، ويصح تبعاً لذلك الالتزام الجديد، فيحل محل الالتزام القديم، ويتم التجديد[3]. وقد يتم التجديد دون أن يكون هناك قصد

---

(١) استئناف مختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٢٨- وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يشترط لصحة التجديد إلا يكون أحد الالتزامين، القديم أو الجديد، مطلق البطلان. فإذا كان الالتزام القديم باطلا، استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه. وإذا كان الالتزام الجديد باطلا، بقى الالتزام القديم قائماً لامتناع أثر التجديد» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٥).

(٢) وقد لا يكون الالتزام القديم قابلا للإبطال، ولكنه يكون خاضعاً لحكم خاص تقرر قبل التجديد أو بعده، فلا يقوى التجديد على حجب هذا الحكم، بل ينتقل أثر الحكم إلى الالتزام الجديد. من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا داخل الالتزام القديم ربا فاحش، فإن تجديد الالتزام لا يمنع من المطالبة بتخفيض الفوائد إلى الحد المسموح به قانوناً (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٤٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٣٧ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٨٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٦٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٤٣). ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة أسيوط من أنه إذا استبدل دين بدين، ثم صدر بعد الاستبدال قانون يعطى للمدين الحق فى خصم جزء من الدين الأول، جاز للمدين أن يتمسك بهذا القانون، إذ هو لم يدخل فى تقديره وقت الاستبدال، ولم يحصل تقصير منه فى عدم التمسك به (أسيوط أول مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢١٦ ص٤٣٠).

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٤٥.

(1) أ- التجديد لا يرد على العقد الباطل. وإذا كان ما قرره الحكم بشأن مثل هذا التجديد تزايدا يستقيم الحكم بدونه، فان النعى عليه فى هذا الصدد يكون غير منتج ولا جدوى منه.

(الطعن ٣٨٥ لسنة ٣٨ق - جلسة ١٩٧٤/٢/١٨ س٢٥ ص٣٥٨)

ب- إذ كانت المادة ١/٣٥٢ من القانون المدنى تفترض فى التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه، فإذا كان الالتزام القديم باطلا امتنع أن يكون محلا لتجديد لانه بات التزاما معدوما فى نظر القانون.

(الطعن ٦٠٦ لسنة ٤٣ق - جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ س٢٩ ص١٠٣١)

إلى إجازة العقد، بأن يكون العاقد الذى وقع فى غلط مثلا لم يكشف العيب، فيبقى التجديد، كما قدمنا، مهدداً بالإبطال. ولكن يصح أن يجيز العاقد العقد بعد تمام التجديد وبعد كشفه للعيب، فينقلب العقد صحيحاً، وتستتبع صحة العقد صحة التجديد(١). وقصد إجازة العقد، سواء قارن التجديد أو أعقبه، يتوقف الأمر فيه على نية صاحب الشأن. وهى نية موكول كشفها لقاضى الموضوع، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض.

وإذا كان العقد القديم قابلا للفسخ وفسخ فعلا، فقد سقط الالتزام القديم وسقط معه التجديد(٢).

وإذا كان الالتزام القديم معلقاً على شرط، واقفاً كان الشرط أو فاسخاً، فان التجديد يكون هو أيضاً معلقاً على هذا الشرط. فإذا تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح التجديد باتا. إما إذا لم يتحقق الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، فانعدام الالتزام القديم، انعدم تبعاً له الالتزام الجديد، وسقط التجديد(٣).

وإذا كان الالتزام القديم التزاماً طبيعياً، فقد قدمنا فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الالتزام الطبيعى، أن الالتزام الطبيعى لا يكون محلا للتجديد، وإنما يكون سبباً (cause) يقوم عليه الالتزام الجديد(٤).

٤٤٨ – انشاء التزام جديد: ويفترض التجديد أيضاً قيام التزام جديد، هو الذى يقع

---

(١) وهذا كله لو اشترك العاقد الذى له حق إبطال العقد فى التجديد. أما إذا لم يشترك فيه، وتقدم مدين جديد يتعاقد مع الدائن ليحل محل المدين الأصلى الذى له حق إبطال العقد، فان هذا المدين الأصلى يبقى على حقه فى طلب إبطال العقد، حتى لو كان المدين الجديد عالما بسبب الإبطال. فيسقط التجديد أو يصح تبعاً لما إذا أبطل المدين الأصلى العقد أو أجازه (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٢).

(٢) طنطا ٨ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١١٦ ص٣٠٠.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢١– ص٣٢٢ – ومع ذلك قد تنصرف نية الطرفين إلى بقاء التجديد حتى لو زال الالتزام القديم بحكم الشرط، كما إذا جدد الطرفان التزاماً معلقاً على شرط قيمته مائة فأحلا محله التزاماً باتا قيمته خمسون، فيصبح التجديد باتا تحقق الشرط أو تخلف (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٧٩ – وأنظر: بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٣– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٨).

(٤) انظر المادة ٢٠٢ مدنى – وانظر عكس ذلك المادة ٢/٣٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى.
وإذا انقضت مدة التقادم فى التزام معين، فقبل التمسك بالتقادم يبقى الالتزام قائماً، ويجوز تجديده، ويعتبر التجديد نزولا عن حق التمسك بالتقادم. أما بعد التمسك بالتقادم، فإن الالتزام يسقط، ويتخلف عنه التزام طبيعى، لا يكون قابلا للتجديد، ولكن يجوز اتخاذه سبباً لإنشاء التزام مدنى (دى باج٣ فقرة ٥٧٠).

عليه التجديد فينشئه، ويحل الالتزام الجديد محل الالتزام القديم الذي يكون قد انقضى بالتجديد.

ويجب، حتى يتم التجديد، أن ينشأ هذا الالتزام الجديد صحيحاً، فان الدائن لم يقبل انقضاء الالتزام القديم إلا فى مقابل إنشاء الالتزام الجديد. ومصدر هذا الالتزام الجديد هو التجديد ذاته، أى العقد الذى أبرم ما بين الدائن والمدين.

فإذا كان هذا العقد باطلا، لم ينشأ الالتزام الجديد، وسقط التجديد تبعاً لذلك، وبقى الالتزام على أصله دون أن ينقضى.

وإذا كان عقد التجديد قابلا للإبطال، فان مصير التجديد يبقى مهدداً[1]. فإذا ما أبطله صاحب الحق فى الإبطال، زال الالتزام الجديد، وعاد الالتزام القديم بأثر رجعى، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن[2]. أما إذا أجيز عقد التجديد، فقد انقلب التجديد صحيحاً، وبقى الالتزام الجديد قائماً على وجه بات يحل محل الالتزام القديم.

وإذا كان عقد التجديد معلقاً على شرط واقف أو شرط فاسخ، ظل التجديد معلقاً على هذا الشرط[3]. فان تحقق الشرط الواقف، أو لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح إنشاء الالتزام الجديد نهائياً وتم التجديد على وجه بات. أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ، فان الالتزام الجديد يزول ويعود تبعاً لذلك الالتزام القديم بأثر رجعى، ويعتبر التجديد كأن لم يكن[4].

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «وإن كان الالتزام الجديد هو القابل للبطلان، يظل التجديد قائما حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام: انظر المادة ٣٢٢ من التقنين اللبنانى» (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٥).

(٢) وقد يقبل الدائن الالتزام الجديد القابل للابطال على علاته، معتمداً على أن صاحب الحق فى الإبطال سيجيز عقد التجديد ولا يبطله، فيرضى بانقضاء الالتزام القديم على وجه بات حتى لو أبطل عقد التجديد. ففى هذه الحالة، إذا أبطل عقد التجديد على خلاف ما أمله الدائن، فإن الالتزام القديم لا يعود بالرغم من سقوط التجديد، ويكون الدائن عندما قبل التجديد على هذا النحو قد أبرم فى الواقع من الأمر عقداً احتماليا (ديمولومب ٢٨ فقرة ٥٢١– لوران ١٨ فقرة ٢٥٣ – بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٦ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩).

(٣) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥.

(٤) أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢٢ – وهذا كله ما لم يقصد الطرفان أن يبقى الالتزام الجديد قائماً حتى لو زال الالتزام القديم بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف، فإن زال الالتزام القديم على هذا النحو بقى الالتزام الجديد قائماً وفقاً لإرادة الطرفين، ولكن لا يكون هذا تجديداً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٥ – بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٥٩).

المطلب الثانى

اختلاف ما بين الالتزامين فى أحد العناصر

٤٨٩- النصوص القانونية: تنص المادة ٣٥٢ من التقنين المدنى على ما يأتى:

«يتجدد الالتزام:

«أولا- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره».

«ثانياً- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد».

«ثالثاً- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين الأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد»(١).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٨٧/٢٥١(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى المادة ٣٥٠- وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٣٣٩- وفى التقنين المدنى العراقى المادتين ٤٠١ و٤٠٢ - وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٢٣ (٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ٤٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٣٦٤ من المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٣٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٢ - ص٢٤٤).

(٢) التقنين المدنى السابق م١٨٧/٢٥١: يحصل الاستبدال بأحد الأمور الآتية: أولا - إذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلى بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلى بسبب آخر. ثانيا- إذا اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلى بدون احتياج لرضاءه بذلك، أو استحصل المدين على رضاء دائنه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بأدائه بدلا عن المدين. ثالثا- إذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك.

(ولا فرق فى هذا ما بين التقنين القديم والجديد: انظر الموجز للمؤلف فقرة ٥٧٥).

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى**:

التقنين المدنى السورى م٣٥٠ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٢٣٩ (مطابقة للمادة ٣٥٢ من التقنين المدنى المصرى). =

٤٩٠ – لابد من مخالفة الالتزام الجديد للالتزام القديم فى عنصر هام: ويخلص من النص المتقدم الذكر أنه حتى يكون هناك تجديد، لابد أن يخالف الالتزام الجديد الالتزام القديم فى عنصر من عناصره الهامة(1). أما إذا كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم، فلا يعدو الأمر أن يكون هذا إقراراً (reconnaissance) بالالتزام القديم كما هو دون تغيير، أو إقراراً (ratification) له حتى يسرى فى حق الغير، أو إجازة (confirmation) له حتى يزول البطلان، أو نحو ذلك، ولكنه لا يكون على كل حال تجديداً.

كذلك إدخال تعديل غير جوهرى(١) على الالتزام القديم لا يعد تجديداً(٢). فاضافة

=**التقنين المدنى العراقى** م٤٠١: يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين، على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره.

م٤٠٢: يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد، أو بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه، أو إذا قبل شخص أجنبى أن يكون المدين الجديد وحصل المدين الأصلى على إجازة الدائن لذلك.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى: انظر الأستاذ حسن الذنون فى أحكام الالتزام فى القانون المدنى العراقى فقرة ٣٣٥).

تقنين الموجبات والعقود اللبنانى م٣٢٣: لا يكون التجديد إلا بإدخال عنصر جديد فى الموجب. ويتناول التبديل، إما شخص أحد المتعاقدين، وإما موضوع الموجب، وإما السند القانونى الذى يستمد منه الموجب.

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصرى، رغم اقتضاب نص التقنين اللبنانى).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن استبدال الالتزام عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وعلى أن يحلا محله التزاما آخر يختلف عن الأول بأحد عناصره الهامة: العاقدين أو الموضوع أو السبب القانونى. ومن المتفق عليه علماً وقضاء أن التعديلات التى تطرأ على قيمة الالتزام، أو أجله، أو طريقة الدفع، أو التأمينات، أو شكل العقد بأن كان العقد رسمياً فأصبح عرفياً أو العكس، لا تكفى لإحداث الاستبدال القانونى (استئناف مصر ٥ مايو سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٠ ص١٧)، إلا إذا وجد من الظروف ما يدل على أن نية الطرفين قد اتجهت إلى تجديد الدين (استئناف مصر ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٩).

(٢) استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م٥١ ص٦٣: مجرد تعيين طريق الوفاء (mode de règlement) مع التصريح بأن ليس هناك تجديد لا يعتبر تجديداً.

(1) الاستبدال المنصوص عليه فى المادتين ١٨٦ و١٨٧ من القانون المدنى القديم هو عقد يتفق فيه الطرفان على أن يقضيا على التزام سابق وأن يحلا محله التزاما آخر جديدا يختلف عن الأول بأحد عناصره المهمة – العاقدان أو الموضوع أو السبب – ولا يصح استنباط الاستبدال أو افتراضه بل يجب أن تظهر نية العاقدين فى القضاء على الالتزام السابق وفى إحلال الإلتزام الجديد محله ظهوراً واضحاً. (الطعن ٣٢٠ لسنة ٢٣ق– جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧ س٨ ص٦٤٣).

أجل إلى الالتزام القديم، أو مد أجل قائم، أو إلغاء أجل موجود[1]، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا بحيث يكون الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم إلى حد أن يكون هناك تجديد[2]. كذلك إضافة شرط جزائى إلى الالتزام، أو تقديم تأمين عينى أو شخصى، أو إلغاء هذا التأمين، أو تعديل مكان الوفاء، أو تعديل سعر الفائدة بخفضها أو رفعها، أو تغيير مقدار الدين بزيادته أو نقصه، كل ذلك لا يعد تعديلا جوهريا يترتب عليه تجديد الالتزام[3]. وهذا كله ما لم يصرح الطرفان أنهما أرادا تجديداً، فيتم التجديد، وتعتبر هذه التعديلات عندئذ تغييراً فى محال الدين[4].

أما تعليق التزام منجز على شرط واقف أو شرط فاسخ، أو بالعكس إلغاء شرط واقف أو فاسخ كان الالتزام معلقاً عليه فأصبح التزاماً منجزاً، فان هذا يعد تعديلا جوهريا فى الالتزام إلى حد أن يكون تجديداً له بتغيير محل الدين[5](1).

---

(١) استئناف مختلط ٦ يونيه سنة ١٨٨٩ م١ ص٢٣٨ - ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ م٦ ص١٦٩- ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٦٤.

(٢) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٣: إبدال ورقة تجارية (كمبيالة مثلا) بورقة أخرى لمد الأجل لا يعد تجديداً.

(٣) انظر المادة ٢/٣٥٤ مدنى وسيأتى ذكرها فيما يلى فقرة ٤٩٧- وانظر بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٥.

(٤) قارن الأستاذ إسماعيل غانم فى أحكام الالتزام فقرة ٢٧٣.

(٥) بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤- ولا يعد تجديدا الصلح مع المفلس، أو تغيير العملة التى يكون بها الوفاء، أو تعيين وكيل لقبض الدين (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٤- فقرة ١٧٠٩- أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٢٤ ص٣٢٨- م٣٢٩- بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٤- بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٥). أما تعديل الالتزام البسيط إلى التزام تخييرى، أو بالعكس تعديل الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط، فيعد تجديداً، لأن التعديل تناول ذاتية محل الالتزام. بخلاف ما إذا عدل الالتزام البسيط، إلى التزام بدلى، أو عدل الالتزام البدلى إلى التزام بسيط، فإن هذا ليس بتجديد، لأن التعديل لم يتناول إلا طريقة من طرق تنفيذ الالتزام (انظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٣ فقرة ١٧٠٢). كذلك صدور حكم بالدين لا يعد تجديداً لهذا الدين، بل يبقى الدين المحكوم به كما هو بمقوماته وضماناته، وكل ما تغير فيه أنه صار مقترناً بسند تنفيذى هو الحكم. أما فى القانون الرومانى فقد كانت الصناعة فيه تقتضى أن يكون الحكم تجديداً للدين (انظر فى هذا المعنى بيدان ولاجارد ٩ فقرة ٩٩٨ ص٨٤ - ص٨٥).

(1) إذا كان الاتفاق الذى عقد بين المشترى والبائع بشأن تحديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد القرض، معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينيا فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقع فأنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا =

ويمكن حصر التعديلات الجوهرية التى يتم بها التجديد، كما هو ظاهر نص المادة ٣٥٢ مدنى السابق ذكرها، فى ثلاثة: (١) تعديل بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره، ويكون هذا تجديداً بتغيير الدين (novation par changement d'objet) (٢)تعديل بتغيير شخص الدائن (novation par changement de eréaneier) (٣) تعديل بتغيير شخص المدين (novation par changement de débiteur)[١].

٤٩١ – التجديد بتغيير الدين فى محله أو فى مصدره: تقرر المادة ٣٥٢ مدنى، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاماً جديداً يختلف عنه فى محله أو فى مصدره[٢](1).

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المحل إذا كان محل الالتزام القديم نقوداً مثلا، فاتفق الطرفان على أن يكون الالتزام الجديد محله بضاعة أو عروض أو منقول أو عقار كمقادير من القطن أو الحنطة أو كسيارة أو أرض أو دار. وقد يكون محل الالتزام القديم بضاعة أو عروضاً أو منقولاً أو عقاراً، فيتجدد بالتزام يكون محله نقوداً[٣]. وقد يكون محل الالتزام مبلغاً مقطوعاً من المال، فيتجدد إلى التزام محله إيراد مؤقت أو إيراد مؤبد، أو العكس يكون المحل إيراداً مؤقتاً أو مؤبداً فيتجدد إلى محل هو مبلغ مقطوع. ويكفى أن تتغير طبيعة المحل، فيكون تجديداً إبدال دين تجارى بدين مدنى أو دين مدنى

=الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن – على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ الطعنان ٥٢٣، ٥٢٤ لسنة ٢٩ق السنة ١٥ ص١٠٢٨).

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية٣ ص٢٤٣ – ولا يوجد ما يمنع من أن يتم التجديد بتعديل أكثر من عنصر واحد من هذه العناصر الثلاثة، أو بتعديلها جميعاً (بودرى وبارد ٣ فقرة ١٦٩٧). وقد رأينا أن حوالة الدين المقيدة فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى هى تجديد بتغيير المدين وتجديد بتغيير الدائن فى وقت واحد (انظر آنفاً فقرة ٢٤٠).

(٢) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٤-٢.

(٣) وقد رأينا أنه إذا نفذ الالتزام الجديد فوراً كان هذا وفاء بمقابل لا تجديداً، وأن الذى يميز بين الوفاء بمقابل والتجديد هو التنفيذ الفورى أو المتراخى للالتزام الجديد. فإن كان التنفيذ فوريا انقضى الالتزام الأصلى عن طريق الوفاء بمقابل (أى بتجديد ثم وفاء)، وإن تراخى التنفيذ انقضى الالتزام الأصلى عن طريق التجديد.

(1) تجديد الالتزام بتغيير موضوعه وفقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٣٥٢ من القانون المدنى هو عقد يتفق فيه الطرفان على انقضاء إلتزام سابق وأن يحلا محله التزاما آخر يختلف عن الأول فى محله أو فى مصدره، واستخلاص تجديد الالتزام أمر موضوعى يستقل به قاضى الموضوع متى كانت الأسباب التى أقامت عليها المحكمة حكمها من شأنها أن تؤدى إلى القول بذلك.

(الطعن ٥٠١ لسنة ٤٤ق – جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س٣٣ ص٦٧٧)

بدين تجارى[1](I). ويغلب أن يتعادل المحل الجديد مع المحل القديم فى القيمة، ولكن هذا التعادل غير ضرورى لصحة التجديد، فقد يزيد أحدهما عن الآخر أو ينقص.

ويختلف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم فى المصدر إذا اتفق البائع والمشترى مثلا على أن يبقى الثمن فى ذمة المشترى على سبيل القرض، فبعد أن كان مصدر الالتزام عقد بيع أصبح مصدره عقد قرض[2]. كذلك إذا جدد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة، أو بالعكس جعلها بعد القرض وديعة، كان هذا تجديداً بتغيير مصدر الالتزام، فبعد أن كان مصدره وديعة أصبح المصدر قرضاً، أو بعد أن كان المصدر قرضاً صار وديعة. كذلك إذا استبدل المستعير أو حافظ الوديعة بالتزاماته التزامات المستأجر، فأصبح مستأجراً لما استعاره أو لما استودع إياه، كان هذا تجديداً بتغيير المصدر، فقد أصبح المصدر إيجاراً بعد أن كان عارية أو وديعة[3].

٤٩٢ – التجديد بتغيير الدائن: وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أيضاً، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد. فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة: المدين والدائن القديم والدائن الجديد. فالمدين يتفق مع الدائن القديم على انقضاء الالتزام السابق، ويتفق مع الدائن الجديد على إنشاء الالتزام الجديد الذى يحل محل الالتزام السابق. وبذلك يتم التجديد بتغيير الدائن، فينقضى التزام سابق ويحل محله التزام جديد يختلف عن الالتزام السابق بأن الدائن قد تغير[4](2)

---

(١) بودرى وبارد٣ فقرة ١٧٠١.

(٢) استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٤٤٢– بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦٣.

(٣) وقد يكتب المستأجر بالأجرة المتأخرة سنداً إذنياً أو سنداً عادياً، يقسط فيه الأجرة بعد أن يحط جزءاً منها ويشترط براءة ذمته من الأجرة، فيكون هذا تجديداً بتغيير مصدر الدين: استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٤١– وانظر أيضاً: استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٠٤.

(٤) فيجب إذن اتفاق الأطراف الثلاثة على أن يحل الدائن الجديد محل الدائن القديم فى دين جديد. فلا يكون هناك تجديد إذا انضم الدائن الجديد إلى القديم فى نفس الدين، بل يكون هناك اتفاق على تضامن ما بين الدائنين. ولا يكون هناك تجديد إذا لم يتفق على أن يكون الشخص الجديد دائناً، بل وكيلا عن الدائن فى قبض الدين (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٢٦١).

(I) السند الذى يترتب عليه تجديد الدين وتغيير نوع التقادم، هو ذلك الصك الكتابى المستقل عن الورقة التجارية الذى يعترف فيه المدين بالدين ويكون كاملاً وكافياً بذاته لتعيين عناصر الالتزام الذى يتضمنه بغير حاجة إلى الاستعانة بالورقة التجارية التى حل محلها، بحيث يترتب عليه تجديد الدين ويصح معه اعتبار المدين ملتزماً بمقتضاه وحده على أن يكون لاحقاً ليعاد استحقاق الورقة التجارية حتى يمكن أن يترتب عليه قطع التقادم الذى يبدأ من اليوم التالى لتاريخ الاستحقاق.
(الطعن ٢٨ لسنة ٣٦ق – جلسة ١٩٧٠/٦/١١ س٢١ ص١٠٣٨)

(2) متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن=

ونقارن هنا عملية التجديد هذه بعمليتين أخرتين يتغير فيهما الدائن أيضاً: حوالة الحق والحلول الاتفاقى. ونقتصر فى المقارنة على الكيفية التى تتم بها كل عملية من هذه العمليات الثلاث، مرجئين المقارنة من حيث الأثر الذى يترتب على كل عملية إلى مكان آخر(١). فقد رأينا أن التجديد بتغيير الدائن لا يتم إلا باتفاق بين المدين والدائن القديم والدائن الجديد. أما حوالة الحق فقد تقدم القول أنها تتم باتفاق بين الدائن القديم والدائن الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين، ويكفى إعلانه بالحوالة لا لانعقادها بل لتنفذ فى حقه. ذلك أن الحق الذى انتقل إلى الدائن الجديد فى حوالة الحق هو نفس الحق الذى فى ذمة المدين، فليس هناك حق جديد يلتزمه المدين فيقتضى رضاءه بهذا الالتزام، ولم يقع إلا أن المدين قد تغير عليه دائنه وهذا ليس من الخطر بحيث يستلزم رضاء المدين. أما فى التجديد بتغيير الدائن فقد انقضى دين قديم وحل محله دين جديد شغل ذمة المدين، فلابد فى انعقاد هذا الدين الجديد من اتفاق بين المدين والدائن الجديد، ومن ثم كان لابد من رضاء المدين.

وفى الحلول الاتفاقى رأينا أن دائناً جديداً يحل محل دائن قديم فى نفس الدين، فالحلول من هذه الناحية يتفق مع الحوالة ويختلف عن التجديد. ثم ان الحلول يتضمن وفاء الدين من جهة وانتقاله إلى دائن جديد من جهة أخرى كما سبق. وكل من الوفاء وانتقال الدين لا يقتضى اتفاقاً إلا بين طرفين اثنين، لا بين الأطراف الثلاثة. فاما أن يتفق الدائن الجديد مع الدائن القديم على أن يوفيه الدين ويحل محله فيه، وإما أن يتفق الدائن الجديد مع المدين على الوفاء بالدين للدائن القديم وعلى قبول المدين إياه دائناً جديداً محل الدائن القديم. فأحد الطرفين فى الحلول إذن هو الدائن الجديد، والطرف الثانى إما أن يكون الدائن القديم وإما أن يكون المدين.

٤٩٣ – التجديد بتغيير المدين: وتقرر المادة ٣٥٢ مدنى أخيراً، كما رأينا، أن الالتزام يتجدد بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مديناً مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة إلى رضائه(1)، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد.

=وتحرير سند صريح بالدين وان الادعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل وركن الحكم فى ذلك كله إلى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها، فأنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لاثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله.

(جلسة ١٩٦٢/١١/١٥ مجموعة احكام النقض السنة ١٣ ص١٠١٢)

(١) انظر فقرة ٥٠٢ فيما يلى.

(1) تجديد الالتزام بتغير المدين يتم طبقاً للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدنى بغير حاجة لرضاء المدين==

وقد يكون هناك اتفاق بين البائع والمشترى على تعديل أحكام ضمان العيوب الخفية ، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه، فيسرى هذا الاتفاق على الشفيع لأنه حل محل المشترى. على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى العقار المشفوع فيه غشا منه، وعلى ذلك يقع هذا الشرط باطلا أيضاً بالنسبة إلى الشفيع. وتنص المادة ٤٥٣ مدنى فى هذا الصدد على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشا منه»(١).

٢٣٨ – التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع – الثمن المؤجل – الفوائد: والمفروض هنا أن البائع لم يقبض الثمن من المشترى، فإذا ما أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة، أصبح ملتزما بدفع الثمن للبائع. وغنى عن البيان أن مقدار الثمن يكون قد تعين إما فى الحكم القاضى بالشفعة(٢)، أو بالتراضى بين جميع الأطراف إذا أخذت الشفعة بالتراضى. ففى الحالة الأولى، حالة الحكم بالشفعة، يكون الشفيع قد أودع خزانة المحكمة(٣)، فما على البائع إلا أن يسحب من خزانة المحكمة ما أودعه الشفيع، ويكون الشفيع قد وفى على هذا النحو بالتزامه بدفع الثمن(٤). وقد يكون ما أودعه الشفيع أكثر من الثمن الحقيقى، بأن يكون قد أودع الثمن المذكور فى العقد ثم أثبت فى دعوى الشفعة أن ما ذكر فى العقد أكثر من الثمن الحقيقى، فمن حقه أن يسحب من خزانة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقى. بل له أن يتقاضى تعويضا من البائع والمشترى متضامنين على أساس

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٧٨– فقرة ٣٧٩ – وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٠٩ وما بعدها.

(٤) ولم يكن الشفيع ملزماً، بحسب قانون الشفعة السابق، بإيداع الثمن خزانة المحكمة. فكان البائع يستطيع التنفيذ بالثمن على أموال الشفيع بموجب الحكم القاضى بالشفعة، ولم يكن فى حاجة إلى رفع دعوى جديدة بالثمن. وقد قضى، فى عهد قانون الشفعة السابق، بأن الحكم الذى يقضى بالشفعة يقضى فى الوقت نفسه بدفع الثمن، فليس المشترى فى حاجة إلى قضاء جديد يلزم الشفيع بدفع ثمن هذه الصفقة، وإنما إذا تعلل الشفيع فى حبس الثمن بوجود دين على العين تعين صدور حكم باستمرار التنفيذ (استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص٩٨٣). فلا محل إذن لتكليف المشترى رفع دعوى جديدة بالثمن لأن الثمن مقضى به فى حكم الشفعة، وقد أصبح مقدراً غير متنازع فيه، بل إن رفع دعوى جديدة فى شأنه تكون غير مقبولة لسبق الفصل فيها (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص٤٨٠).

المسئولية التقصيرية لأنهما تواطأ معا على ذكر ثمن في العقد أكبر من الثمن الحقيقى، فيحكم له بالفوائد القانونية للزيادة التى أودعها من وقت الإيداع إلى وقت سحبها من خزانة المحكمة. ويحدث أن يودع الشفيع الثمن المذكور فى العقد، ثم يثبت المشترى أو البائع أنه أقل من الثمن الحقيقى(١)، وعند ذلك يكون الشفيع ملتزم بدفع الباقى من الثمن للبائع. أما فى الحالة الثانية، حالة التراضى على الشفعة، فإن الشفيع يكون ملتزم بدفع كل الثمن المتفق عليه للبائع، لأنه لا يكون قد أودع شيئا من الثمن خزانة المحكمة.

وأيا كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه للبائع، كل الثمن أو الباقى منه، فانه يلتزم بدفعه فورا. وهذا حتى لو كان البائع قد اتفق مع المشترى فى الأصل على تأجيل الثمن، فليس للشفيع أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشترى. وقد رأينا(٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٤٥ مدنى تنص فى هذا الصدد على ما يأتى: «وإنما لا يحق له (للشفيع) الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن، إلا برضاء البائع». والسبب فى ذلك واضح، فان البائع قد يضع فى المشترى ثقة لا يضعها فى الشفيع فيقبل أن يؤجل الثمن للأول دون الثانى، وقد تربطه بالمشترى دون الشفيع من الصلات ما يدفعه إلى تأجيل الثمن للمشترى. فتأجيل الثمن أمر منظور فيه لاعتبارات تتعلق بشخص المشترى، فلا تتعدى هذه الاعتبارات إلى شخص الشفيع(1). ومع ذلك قد يرضى البائع، كما يقول النص سالف

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٢.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٣.

(1) أ- إذ أوجب الشارع فى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع أن يودع فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ اعلان الرغبة فى الشفعة خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، وإذ رتب على عدم اتمام الايداع فى الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة، فقد دل على ان ايداع كامل الثمن الحقيقى فى ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة فلا يملك البائع اعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلا عن أن هذا الاعفاء مخالف لصريح النص، فان الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده، وانما وضع لمصلحة من يكون له الحق فى الثمن المودع كله أو بعضه عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائى، سواء كان صاحب هذا الحق هو المشترى الذى بمحل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذى لم يستوف الثمن كله أو بعضه ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الايداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه فى المادة ٢/٩٤٥ من القانون المدنى من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع، ذلك أن هذا النص الأخير انما ورد بصدد بيان آثار الشفعة، أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء، ويصبح الثمن من حق البائع وحده، فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح =

الذكر، بتأجيل الثمن للشفيع أيضا لأسباب يراها مبررة لذلك، فيتأجل الثمن على الشفيع على النحو الذى رضى به البائع[1]. ورضاء البائع بتأجيل الثمن للشفيع إنما يأتى بعد الأخذ بالشفعة، أما فى أثناء إجراءات دعوى الشفعة فيجب على الشفيع أن يودع كل الثمن خزانة المحكمة حتى لو كان البائع راضيا بتأجيل الثمن وقد سبق بيان ذلك[2]. فإذا

=الشفيع فى الوفاء به الأصل الممنوح للمشترى، ومن ثم لا يجوز استنادا إلى هذا النص تخويل البائع حق الاعفاء من شرط أوجبه القانون لقبول دعوى الشفعة.

(جلسة ١٩٧٦/١/٢٩ الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤١ق س٢٧ ص٣٤٧)

ب- إذ كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدنى قد نصت على أنه «يجب خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة - أن يودع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الايداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فان لم يتم الايداع فى هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة» وكان ايداع الثمن الحقيقى خزانة المحكمة فى خلال الموعد الذى حددته المادة السالفة هو اجراء من اجراءات دعوى الشفعة فانه يتعين اتخاذه أمام المحكمة المختصة قانونا بنظر تلك الدعوى، يؤكد ذلك أن المادة ٩٤٣ من القانن المدنى حددت المحكمة التى ترفع إليها دعوى الشفعة بأنها المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه مستخدمه ذات العبارة التى حددت بها المادة ٢/٩٤٢ السابقة عليها المحكمة التى يجب إيداع الثمن الحقيقى بخزانتها إذ استخدام هذه العبارة فى النصين بمعنى اصطلاحى واحد يدل على وجوب ايداع الثمن الحقيقى للعقار المشفوع فيه بخزانة المحكمة المختصة قانونا بنظر دعوى الشفعة وإلا سقط الحق فيها.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٧ الطعن رقم ١٨٢٦ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٧٩٤)

جـ- ايداع كامل الثمن الحقيقى فى الميعاد القانونى وعلى الوجه المبين فى المادة ٩٤٢ من القانون المدنى شرط لقبول دعوى الشفعة ولا يعفى من واجب ايداع الثمن كاملا أن يكون متفقا على تأجيل بعضه من عقد البيع المحرر بين المشترى والبائع ولا تعارض بين اشتراط القانون هذا الايداع لقبول دعوى الشفعة وبين ما نص عليه فى المادة ٩٤٥ مدنى من أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع إلا برضاء البائع ذلك أن البائع لا يملك إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، كما أن هذا إنما ورد بصدد بيان آثار الشفعة أى بعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة رضاء أو قضاء ويصبح الثمن من حق البائع وحده فيكون له فى هذه الحالة أن يمنح الشفيع فى الوفاء به الأجل الممنوح للمشترى.

(جلسة ١٩٦٣/١١/٧ الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٢٨ق س١٤ ص١٠١١)

(١) نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٥ ص٩- استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢١٢ ص٤٣٢- استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٢١٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٣.

ما ثبت حق الشفيع فى الشفعة، ورضى البائع بتأجيل الثمن أو تقسيطه، استطاع الشفيع أن يسحب الثمن كله أو بعضه من خزانة المحكمة باذن من البائع، وعليه بعد ذلك أن يسدده للبائع فى الأجل المتفق عليه أو بالأقساط المتفق عليها(١). هذا إذا أخذ الشفيع الشفعة قضاء، فان أخذها بالتراضى فان الثمن يكون مؤجلا أو مقسطا تبعا لما يتم الاتفاق عليه بينه وبين البائع.

وفى المدة التى يودع فيها الثمن خزانة المحكمة، من وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم بالشفعة وتمكن البائع من سحب الثمن، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخطأه فقد أودعه خزانة المحكمة وكان على البائع والمشترى أن يسلما له بالشفعة فيقبض البائع الثمن فورا(٢)(1). وإذا كان المشترى دون البائع هو الذى لم يسلم بالشفعة، كان رجوع البائع بالفوائد مدة تعطيل الثمن فى خزانة المحكمة على المشترى لا على الشفيع. فإذا ثبت حق الشفيع فى الشفعة، بالتقاضى أو بالتراضى، وبقى الثمن أو بعضه فى ذمة الشفيع للبائع لسبب من الأسباب التى تقدم ذكرها، فان استحقاق البائع للفوائد تسرى فى شأنه القواعد العامة. وتنص المادة ٤٥٨ مدنى فى هذا الصدد على أنه «١- لا حق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن، إلا إذا أعذر المشترى (وقد حل محله الشفيع) أو إذا سلم الشئ المبيع وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره. ٢- وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره». ويخلص من هذا النص أنه إذا كان الشفيع لم يدفع الثمن إلى البائع، سواء كان الثمن حالا واجب الأداء فورا أو كان مقسطا أو كان مؤجلا إلى وقت معين، فان الشفيع لا يكون مسئولا عن فوائد هذا الثمن إلا فى حالات ثلاث: (١) إذا وجد اتفاق بين البائع والشفيع، عند تأجيل الثمن مثلا أو تقسيطه، على أن الشفيع يدفع فوائد عن

---

(١) أنظر آنفاً ص٦٦٤.

(٢) استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١٢٥.

(1) أ- المقصود من بيان الثمن والمصروفات الرسمية هو بيان الثمن الذى تم به البيع والمصروفات التى أنفقت فى التسجيل.

(جلسة ١٩٨٦/٦/٣ الطعنان رقما ١٢٥٢ ، ١٢٦٩ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٩٨/٥/٩ الطعن رقم ٩٠٦٠ لسنة ٦٦ق)

ب- جرى نص المادة ١/٩٤٥ من القانون المدنى على أن يحل الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ولذا يضحى المشترى بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل.

(جلسة ١٩٨٥/٣/٧ الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٩ق س٣٦ ص٣٥٨)

الثمن المستحق فى ذمته. وتكون الفوائد فى هذه الحالة فوائد اتفاقية لا يجوز أن تزيد على ٧٪، والاتفاق هو الذى يحدد من أى وقت تسرى الفوائد المتفق عليها(١). (٢) فإذا لم يوجد اتفاق على الفوائد، كانت الفوائد مستحقة من وقت تسلم الشفيع للعقار المشفوع فيه إذا كان هذا العقار قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، والفوائد المستحقة فى هذه الحالة هى الفوائد القانونية. (٣) فإذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه أو تسلمه ولم يكن قابلا لأن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى، ولم يكن هناك اتفاق على دفع فوائد، فان الفوائد لا تستحق على الثمن إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء وأعذر البائع الشفيع أن يدفعه، فمن وقت الإعذار إلى وقت الدفع تجب الفوائد القانونية(٢). وجزاء إخلال الشفيع بالتزامه من دفع الثمن والفوائد تسرى فى شأنه القواعد العامة، فللبائع حق الفسخ(٣)، كما لو أن يحبس العقار فى يده حتى يستوفى الثمن والفوائد، وله حق امتياز البائع على هذا العقار(٤).

---

(١) ويغلب أن يتفق البائع مع الشفيع على دفع فوائد إذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا، وعلى أن تسرى الفوائد من وقت البيع إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل قسط من أقساطه. ولكن لا يوجد ما يمنع البائع، فى الشفعة بالتراضى مثلا، من أن يشترط على الشفيع دفع فوائد اتفاقية حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع فوراً، فيكون على الشفيع أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد، فان تأخر فى الدفع كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن.

(٢) أنظر فى تصفيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٤.

(٣) وإذا فسخ البائع لم يجز للمشترى أن يأخذ العقار المشفوع فيه بموجب عقد البيع الأصلى، فان أراد أخذه لم يجز له ذلك إلا بعقد جديد يبرمه مع البائع، كما هو الأمر فى الهلاك الجزئى والاستحقاق الجزئى والعيوب الخفية إذا رد الشفيع العقار للبائع (أنظر آنفاً ص٧٤٥ هامش ١ وص٧٥٠ ١ وص٧٥٢ هامش ٢).

وإذا رفع البائع دعوى الفسخ، كان للشفيع، طبقاً للقواعد العامة، أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن إلى وقت صدور الحكم القاضى بالشفعة فى دعوى الفسخ. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحكم النهائى القاضى بالشفعة يعتبر سنداً لملكية المحكوم له للعين المشفوع فيها مقابل قيامه بدفع الثمن المبين فى الحكم. فإذا كان هذا الحكم لم يحدد ميعاداً لدفع الثمن، ورفعت على المحكوم له بالشفعة دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة لتخلفه عن دفع الثمن، فان هذه الدعوى هى فى حقيقتها بمثابة طلب فسخ سند التمليك. وللمحكوم له بالشفعة أن يتوقى الفسخ بدفع الثمن المحدد فى حكم الشفعة إلى وقت صدور الحكم النهائى فى هذه الدعوى (نقض مدنى ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٦٥ ص١١٣٤). وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢٢ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٧ ص٨٩.

(٤) أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٤ فقرة ٤٠١– فقرة ٤١٥.

وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى تقضى بأن للمشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليفه من هذا الوقت أيضا. واستحقاق المشترى، وقد حل محله الشفيع، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع، بل يرجع إلى أن المشترى قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه ويكون عليه تكاليفه(١). ويترتب على ذلك أن الشفيع، بعد أن حل محل المشترى، لا يتملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار، وذلك سواء كان العقار لا يزال فى يد البائع وهو الذى يستولى على ثماره، أو سلم إلى المشترى فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار. وهنا تظهر الأهمية العملية فى تحديد الوقت الذى تنتقل فيه ملكية العقار إلى الشفيع، فان الشفيع يملك الثمار من هذا الوقت(٢). وقد رأينا أن لمحكمة النقض فى هذه المسألة قضاء مستقرا، يطبق عادة عند تسليم العقار المشفوع فيه للمشترى فيقبض هذا ثماره ويطالبه الشفيع بردها، فنرجئ بحث المسألة إلى حين الكلام فى علاقة الشفيع بالمشترى(٣). أما هنا فنقتصر على تملك الشفيع للثمار، إذا كان العقار لا يزال فى يد البائع ولم يتسلمه المشترى. ففى هذه الحالة، وقد حل الشفيع محل المشترى، فانه يتملك الثمار وهى فى يد البائع من الوقت الذى كان المشترى يتملكها فيه. ونقضى المادة ٢/٤٥٨ مدنى كما رأينا بأن المشترى ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا. فيتملك الشفيع، وقد حل محل المشترى كما قدمنا، الثمار وهى فى يد البائع من وقت تمام البيع، فله أن يطالب البائع بها. وعليه أن يرد للبائع، من ذلك الوقت أيضا، التكاليف كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك(٤).

٢٣٩ – التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه: ويلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه، يتسلمه من البائع إذا كان لا يزال فى يده، أو يتسلمه من المشترى إذا كان هذا قد تسلمه. وقد نصت المادة ٤٦٣ مدنى، فى صدد تسلم المشترى (وقد حل محله الشفيع) للمبيع، على أنه «إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زمانا لتسلم المبيع، وجب على المشترى أن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن». ونصت المادة ٤٦٤ على أن «نفقات تسلم المبيع على المشترى،

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٢٣٩ وفقرة ٢٨٣ وفقرة ٣٩٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٢٤٥.

(٤) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣.

ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك». والتسلم، فى أغلب صوره، هو العملية المتممة للتسليم. فالبائع يلتزم بتسليم المبيع، والشفيع يلتزم بتسلمه بأن يستولى عليه فعلا. وقد قضى بأنه لا يجوز للشفيع، بعد القضاء له بالشفعة، أن يرفض تسلم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن، بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه، وذلك لأن الحكم قد خول حقا للمشترى أو البائع، وهو قبض الثمن(١).

ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع، أما نفقات تسلمه فتكون على المشترى وقد حل محله الشفيع(٢).

٢ - علاقة الشفيع بالمشترى

٢٤٠ - نص قانونى: تنص المادة ٩٤٦ مدنى على ما يأتى:

١ - «إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس».

٢ - «وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس»(٣).

---

(١) استئناف وطنى ١٤ مايو سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٦ ص٢٩٢- وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٤- وقارن استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص٢٦٤- وقضى أيضاً بأنه ليس للشفيع أن يرغم المشترى على انتظاره حتى يختار هو الوقت المناسب له لتسلم العين ودفع الثمن (مصر الكلية ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٥ ص٣٧٦)- وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٨ ص٤٨٠.

(٢) أنظر فى تفصيل الالتزام بتسلم البيع الوسيط ٤ فقرة ٤٢١- فقرة ٤٢٥- وقد يوجب عقد البيع على المشترى التزامات خاصة، فيلتزم بها الشفيع لأنه حل محل المشترى. وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشفيع يلتزم بالشرط الوارد فى عقد البيع، والذى يلزم المشترى ببناء منزل للسكنى فى الأرض المبيعة فى خلال عام من وقت البيع، وإلا فسخ البيع (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٥٦).

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثالثة تجرى على =

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٠(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٩٥٠ - وفى التقنين المدنى العراقى م١١٤٣- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٢).

والنص يواجه خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشترى. ويمكن القول بوجه عام إن المشترى إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع، وعندئذ تنشأ

=الوجه الآتى: «أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه». وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة لأنها تطبيق للقواعد العامة، ووافقت اللجنة على النص بعد تعديله على هذا الوجه تحت رقم ١٠٢٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٣٦- ص٤٣٨).

(١) **قانون الشفعة السابق** م١٠: إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً، قبل طلب الأخذ بالشفعة، يكون الشفيع ملزماً، بناء على رغبة المشترى، إما أن يدفع له ما صرفه أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس - أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد طلب الأخذ بالشفعة، فللشفيع الخيار إذا شاء طلب إزالتها، وإن شاء طلب بقاءهما. وفى هذه الحالة لا يلزم إلا بدفع قيمة الأدوات وأجرة العمل أو مصاريف الغراس. أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته، فيلزم دفعه فى كل الأحوال للمشترى المشفوع منه. (وأحكام التقنين المدنى الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٥٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى ١١٤٣: ١- إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل أن يبلغ بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، كان الشفيع ملزماً بأن يدفع للمشترى مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. ٢- أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد تبليغ الرغبة فى الأخذ بالشفعة، كان للشفيع أن يطلب القلع. وإذا كان القلع مضراً بالعقار، كان له أن يستبقى البناء أو الغراس بقيمتهما مستحقى القلع. (ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى فى أن التقنين الأول يلزم الشفيع بأن يدفع للمشترى زيادة القيمة فى حالة البناء أو الغراس قبل إعلان الرغبة، أما التقنين المصرى فيخير المشترى بين هذه القيمة وقيمة ما أنفقه. ويختلفان، فى حالة البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة، فى أن التقنين العراقى يعطى للشفيع إذا كان القلع مضراً بالعقار الحق فى استبقاء البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع، أما فى التقنين المصرى فالشفيع إذا استبقى البناء أو الغراس يلتزم بدفع قيمة ما أنفق المشترى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه، أو لا يتسلمه. وفى الحالة الأخيرة، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه، فان علاقته بالشفيع تكون جد محدودة. فهو قد اختفى من الصفقة كما قدمنا وحل الشفيع محله فيها، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ عن هذا التسلم حقوق والتزامات لكل منهما قبل الآخر، وتكاد تنحصر العلاقة بينهما فى رجوع المشترى على الشفيع بمصروفات البيع التى يلتزم بها المشترى عادة فيدفعها، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة رجع بها عليه، سواء تسلم العقار أو لم يتسلمه. ويستوى فى ذلك أن يكون المشترى قد سجل عقد شرائه أو لم يسجله. أما إذا تسلم المشترى العقار المشفوع فيه من البائع، وهذا هو الغالب، فسواء سجل عقد شرائه أو لم يسجله، فان حقوقا له قد تنشأ قبل الشفيع، وتنشأ للشفيع حقوق قبله. ذلك أن المشترى، وقد اختفى من الصفقة ولكنه تسلم العقار المشفوع فيه، يمكن اعتباره حائزا لهذا العقار، ويكون حائزا حسن النية قبل إبلاغه برغبة الشفيع فى الشفعة، وحائزا سئ النية بعد إعلانه بهذه الرغبة. وعلى ذلك تكون حقوق المشترى قبل الشفيع، إذا تسلم المشترى العقار المشفوع فيه، هى: (١) استرداد الثمن إذا كان قد وفاه للبائع، واسترداد مصروفات البيع لأنه يكون قد دفعها. (٢) التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة، إذا كان قد أنفق على العقار المشفوع فيه شيئا من ذلك. (٣) التعويض عن البناء أو الغراس(1)، إذا كان قد بنى أو غرس فى العقار المشفوع فيه، طبقا للأحكام الواردة فى المادة ٩٤٦ مدنى سالفة الذكر. وأما حقوق الشفيع قبل المشترى فهى: (١) تسلم العقار المشفوع فيه وما ينطوى عليه ذلك من تحمل تبعة الهلاك، لأن المشترى وقد تسلم العقار

---

(1) من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن مفاد نص المادتين ٩٤٢، ٩٤٦ من القانون المدنى مجتمعين أنه يجب على الشفيع أن يودع خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع، ويترتب على مخالفة ذلك سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة، وأن عبارة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع لا تتسع لأن يكون المستحق للمشترى مقابل البناء أو الغراس مما يجب على الشفيع ايداعه فى الثمن، وكل ما يتولد للمشترى فى هذه الحالة هو حقه فى مطالبة الشفيع بمقابل البناء أو الغراس طبقا للقواعد المبينة بنص المادة ٩٤٦ المشار إليها سواء تم ذلك أثناء نظر دعوى الشفعة كطلب عارض منه أو رفعت به دعوى مستقلة، ويبنى على ذلك أن عدم ايداع الشفيع هذا المقابل لا يترتب عليه سقوط حقه فى الأخذ بالشفعة إذ لو أراد المشرع أن ينسحب الجزاء المقرر بنص المادة ٩٤٢ سالفة البيان إلى حالة التخلف عن ايداع مقابل البناء أو الغراس الذى يأتيه المشترى على الأرض المشفوع فيها، لما أعوزه النص على ذلك صراحة أو يضمن نص المادة ٩٤٦ الإحالة إلى نص المادة ٩٤٢ الذى تضمن ذلك الجزاء، ومن ثم فإن القول بغير ذلك فيه إضافة لاجراء من اجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء فى غير النطاق الذى حدده.

(جلسة ١٩٨٧/٢/٤ الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٣ق)

المشفوع فيه من البائع يلتزم بتسليمه للشفيع. ولا يلتزم المشترى بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية، فهذه كلها التزامات يتحمل بها البائع رأسا نحو الشفيع، وقد تقدم القول فيها. (٢) استرداد ثمار العقار المشفوع فيه، لأن المشترى وقد تسلم هذا العقار يكون قد قبض ثماره. فنبحث هذه المسائل الخمس على التعاقب.

٢٤١- حق المشترى فى استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات البيع: المفروض هنا أن الثمن غير مؤجل، وأن المشترى قد دفعه للبائع، فإذا أخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة قضاء، فأودع الثمن خزانة المحكمة، سحب المشترى الثمن من الخزانة، فاسترد على هذا النحو الثمن الذى سبق أن دفعه للبائع، وبذلك يكون الشفيع قد وفى التزامه نحو المشترى من رد الثمن إليه. وقد سبق بيان ما يجب خصمه من المبلغ المودع خزانة المحكمة إذا أثبت الشفيع أن هذا المبلغ أكبر من الثمن الحقيقى، وما يجب إضافته إلى هذا المبلغ إذا أثبت البائع أو المشترى أنه أقل من الثمن الحقيقى، فنحيل إلى ما تقدم فى هذا الشأن(١). وفى حالة التراضى على الشفعة، يكون الشفيع ملتزما بدفع الثمن المتفق عليه للمشترى(٢). وأيا كان المبلغ الذى يلتزم الشفيع بدفعه، كل الثمن أو الباقى منه، فانه يلتزم بدفعه فورا للمشترى، ولا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن، إلا فى الحالات التى سبق أن بيناها فى التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع(٣). وإذا أخل الشفيع

---

(١) أنظر آنفاً ص٧٥٣- ص٧٥٤.

(٢) وليس للمشترى، فى جميع الأحوال، أن يطلب من الشفيع مبلغاً أكبر من الثمن الحقيقى الذى اشترى به بدعوى أن العقار قد زادت قيمته، إذا كانت هذه الزيادة نتيجة لأسباب اقتصادية عامة وليست من فعل المشترى. كذلك لا يجوز للشفيع أن يطلب إنقاص الثمن بدعوى أن العقار قد قلت قيمته نتيجة لهذه الأسباب الاقتصادية العامة. أنظر فى هذا المعنى محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٨٧.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨- وذلك لأن الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة، فمن وقت الإيداع إلى وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة وتمكن المشترى من سحب الثمن من خزانة المحكمة إذا كان قد وفاه للبائع، لا يلتزم الشفيع بدفع فوائد عن الثمن، لأن تعطيل الثمن لم يكن بخطأ منه، وقد قررنا مثل ذلك بالنسبة إلى البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٨). وعلى ذلك يكون غير صحيح ما ورد فى المذكرة الإيضاحية من أن «للمشترى أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لا يتملك فيه الثمار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٠)، أى من وقت إعلان المشترى بالرغبة فى الأخذ بالشفعة. فان المشترى، من ذلك الوقت، يكون ملزماً برد الثمار للشفيع (أنظر ما يلى ص٧٧٤)، ولا يجوز له مع ذلك تقاضى فوائد عن الثمن من الشفيع، إذ أن الشفيع يكون قد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من الانتفاع به، وذلك بسبب عدم تسليم المشترى بالشفعة من غير حق. على أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع إنما كان تفسيرا لما جرى به الحكم فى هذا المشروع من أن الشفيع لا يلزم إلا بايداع ثلث الثمن، ومن ثم يكون ملزماً بدفع فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزانة =

بالتزامه بدفع الثمن فوائده للمشترى، وجب تطبيق القواعد العامة. ولما كان البائع قد استوفى الثمن من المشترى كما سبق القول، فانه يمتنع الفسخ لعدم رد الشفيع الثمن للمشترى(١). ذلك بأن المشترى إنما يسترد من الشفيع الثمن الذى دفعه للبائع، لأنه دفع عنه دينا واجبا فى ذمته للبائع، فيكون رجوع المشترى على الشفيع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب. ومن ثم لا يكون للمشترى حق الفسخ كما قدمنا، وإنما يكون له حق التنفيذ على أموال الشفيع، كما أن له أن يحبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع الثمن والفوائد(٢).

ويسترد المشترى من الشفيع أيضا مصروفات البيع، سواء كانت رسمية كرسوم توثيق البيع المشفوع فيه ورسوم الدمغة ورسوم التصديق على الإمضاءات ورسوم التسجيل ورسوم إستخراج الشهادة العقارية، أو كانت غير رسمية كالسمسرة وأتعاب المحاماة ومصروفات معاينة الأرض المشفوع فيها. وهذه المصروفات التزم المشترى بدفعها عند شرائه العقار، وقد نصت المادة ٤٦٢ مدنى فى هذا الصدد على أن «نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك». وعلى هذا يسترد المشترى من الشفيع هذه المصروفات طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب كما فى استرداد الثمن، ويكون للمشترى حق التنفيذ على أموال الشفيع وله أن

=المحكمة (أنظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣١٩ ص٥٤١- وانظر هذه المسألة: استئناف مصر ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٠ ص٩٨٣- استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٠٥- ٢٥ يونيه سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٩٠ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٥).

(١) قارن استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦٠٨ ص١٣٨١ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٩٣ والأحكام المشار إليها فيه.

(٢) استئناف مختلط ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١١٣. وفى عهد قانون الشفعة السابق وكان لا يلزم الشفيع بايداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة، استقر القضاء على أنه يجوز أن يقترن الحكم بالشفعة بالزام الشفيع بدفع الثمن للمشترى فى خلال مدة معينة، وإلا سقط حقه فى الشفعة دون حاجة للتنبيه عليه من المشترى، حتى لو لم ينص الحكم على سقوط الحق جزءاً على عدم الدفع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٨ ص٤٠١ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦ ص٩٥). وقد قضت محكمة النقض بأن وجود اختصام البائع والمشترى فى دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذى يقضى بأن المدعى حر فى توجيه دعواه إلى من يشاء، فلا يجوز التوسع فى مفهوم هذا الاستثناء. ولما كان ذلك، وكانت دعوى الشفعة تنتهى بصدور الحكم فيها، فانه لا يشترط لقبول الدعوى التى ترفع بطلب سقوط حكم الشفعة اختصام البائع فيها (نقض مدنى ٣٠ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٣٩ ص٢٧٦).

يحبس العقار المشفوع فيه. وقد قدمنا أن الشفيع لا يلتزم بايداع مصروفات البيع مع الثمن خزانة المحكمة إذا رفع دعوى الشفعة، وإنما تكون هذه المصروفات محل مطالبة من المشترى للشفيع فى أثناء نظر الدعوى، وعلى المشترى أن يثبت مقدار ما أنفقه منها حتى يقضى له به على الشفيع(١).

٢٤٢ – حق المشترى فى التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة: وقد ينفق المشترى على العقار المشفوع فيه، بعد أن يتسلمه من البائع، مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية. وفى هذه الحالة يعتبر المشترى حائزا للعقار المشفوع فيه، وقد أنفق عليه هذه المصروفات، فيرجع بها على المالك وهو هنا الشفيع، طبقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الشأن. وتنص المادة ٩٨٠ مدنى فى هذا الصدد على أنه «١– على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية، ٢– أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥، ٣– فإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشئ منها. ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة». وتقضى المادة ٩٨٢ مدنى بأنه يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المتقدمة الذكر، «وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة، وللمالك أن يتحلل من هذا الإلتزام إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها».

وسنتولى شرح هذه الأحكام تفصيلا عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك. ونقتصر هنا على القول بأن المشترى، إذا أنفق على العقار المشفوع فيه مصروفات ضرورية، استردها بأكملها من الشفيع، وعليه أن يثبت مقدار هذه المصروفات، فى أثناء دعوى الشفعة ليقضى له بها، أو أن يرفع بها دعوى على حدة. أما المصروفات النافعة، فيطبق فى شأنها قواعد الالتصاق المقررة فى المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى، وقد مر ذكرهما

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٤– وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بملحقات الثمن دون أن يعين مقدارها، وكان هذا المقدار كما هو ثابت من المستندات المقدمة فى الطعن محل نزاع بين الطرفين، فان إغفاله يكون قصوراً مستوجباً نقضه فى هذا الخصوص (نقض مدنى ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣٥ رقم ١٧٥ – ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٧٣٥ رقم ١٧٦– ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص١٠١٦).

عند الكلام فى قواعد الالتصاق[1]. ويجب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كانت هذه المصروفات النافعة قد أنفقت على العقار المشفوع فيه قبل إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة فيكون المشترى فى هذه الحالة حسن النية وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى[2]، وما إذا كانت هذه المصروفات قد أنفقت بعد إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة فيكون المشترى فى هذه الحالة سيء النية وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤[3]. وفى الحالتين يطالب المشترى الشفيع بالتعويض عن المصروفات النافعة طبقاً للأحكام المشار إليها إما فى أثناء نظر دعوى الشفعة، أو فى دعوى على حدة. وإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للمشترى أن يطالب الشفيع بشيء منها، سواء أنفقت هذه المصروفات بعد إعلان المشترى برغبة الشفيع فى الشفعة أو قبل إعلان هذه الرغبة. ويكون الشفيع بالخيار بين أن يستبقى المنشآت الكمالية التى استحدثها المشترى مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو أن يجبر المشترى على إزالتها وعلى إعادة العقار إلى حالته الأولى. ويطالب الشفيع المشترى بذلك إما فى أثناء نظر دعوى الشفعة، أو فى دعوى على حدة. وللمشترى حبس العقار المشفوع فيه حتى يسترد من الشفيع المستحق له، بسبب المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة والمصروفات الكمالية.

٢٤٣- حق المشترى فى التعويض والغراس: وقد يبنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو يغرس فيه أشجارا، بعد أن يتسلمه من البائع. وقد تكفلت المادة ٩٤٦ مدنى سالفة الذكر[4] ببيان ما يرجع به المشترى على الشفيع من التعويض بسبب هذا البناء أو الغراس. ولم يطبق المشرع، فى هذه المادة، الأحكام العامة فى الالتصاق، بل انحرف عنها كثيرا[5]. فقد ميز بين حالتين: حالة ما إذا بنى المشترى أو غرس قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة فاعتبر المشترى فى هذه الحالة حائزا حسن النية، وحالة ما إذا بنى أو غرس بعد إعلانه بهذه الرغبة فاعتبر فى هذه الحالة حائزا سيء النية. ولم تطبق الأحكام العامة فى الالتصاق فى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣- فقرة ١٠٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٠.

(٥) وقد قيل، فى غير انتباه، عكس ذلك وأن المادة ٩٤٦ مدنى تردد المبادئ العامة المقررة فى الالتصاق، فى لجنة الأستاذ كامل صدقى. إذ قال أحد الأعضاء، عندما عرض النص على اللجنة، «إن هذا النص، وإن كان يردد المبادئ العامة المقررة فى باب الالتصاق، إلا أنه يحسن الإبقاء عليه فى باب الشفعة، إذ أن حذفه قد يدع مجالا لتطبيقات تجافى هذه المبادئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٣٧ فى الهامش).

كلتا الحالتين، بل عومل المشترى فى كل منهما معاملة أفضل مما تقضى به هذه الأحكام. والسبب فى ذلك أن المشترى عندما يبنى أو يغرس فى العقار المشفوع فيه، سواء كان ذلك قبل إعلان الرغبة فى الشفعة أو بعد إعلانها، إنما يبنى أو يغرس فى عقار اشتراه. فعنده من الأسباب ما يبرر أن يتصرف فى هذا العقار تصرف المالك، فيبنى فيه أو يغرس، وقد يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات كما سنرى. وهو، حتى بعد إعلانه بطلب الشفعة ومعارضته لهذا الطلب، قد يكون على حق فى هذه المعارضة، أو فى القليل قد يعتقد أنه على حق فيها، فلم يشأ أن يشل نشاطه، وأقبل يبنى أو يغرس فى العقار المشفوع فيه(١).

وفى الحالة الأولى، عندما يبنى المشترى أو يغرس قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، تقضى الفقرة الأولى من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا بأن المشترى يكون بالخيار بين أن يطالب الشفيع بما أنفقه فى البناء أو الغراس(٢) أو بمقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، أى القيمتين أكبر. فهنا قد عومل المشترى فى الشفعة معاملة أفضل من الحائز حسن النية فى الأحكام العامة للالتصاق، فان هذا يتقاضى ما أنفقه فى البناء أو الغراس أو ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس أى القيمتين أقل. يضاف إلى ذلك أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق «إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها: كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل» (م٢/٩٢٥ مدنى). فيستطيع إذن صاحب الأرض، فى الأحكام العامة فى الالتصاق، أن يتفادى تعويض الحائز عن البناء أو الغراس، بأن يطلب تمليكه الأرض فى نظير تعويض عادل. أما فى الشفعة، فلا يستطيع الشفيع أن يتفادى تعويض المشترى عن البناء أو الغراس بأن يطلب تمليكة العقار فى نظير تعويض عادل، إذ لم يرد فى الشفعة نص فى هذا المعنى كما ورد هذا النص فى الأحكام العامة فى الالتصاق. والسبب فى ذلك واضح، فان الشفيع إذا أراد أن يتفادى تعويض المشترى عن البناء أو الغراس، فان الأولى به ألا يطلب أخذ العقار بالشفعة، بدلا من أن يأخذه ثم يعيده إلى المشترى فى نظير تعويض عادل. بقى أنه فى الأحكام العامة فى الالتصاق، يجوز للحائز أن يطلب نزع المنشآت التى استحدثها على أن يعيد الأرض إلى أصلها (م١/٩٢٥ مدنى).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣.

(٢) وقد قضى بأن أتعاب المقاول الذى كلفه المشترى قبل إعلانه بطلب الشفعة تحضير رسوم وبيانات عن مصروفات البناء المراد إقامته على الأرض المشفوع فيها تدخل ضمن المبالغ التى يلزم الشفيع بدفعها، ولكن تصير هذه الرسوم والبيانات ملكاً للشفيع (استئناف مختلط ٨ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٠٩). وانظر محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٢٠ ص٥٠٨.

وهذا أيضا جائز فى الشفعة، فيصح للمشترى، بدلا من أن يتقاضى من الشفيع التعويض المنصوص عليه فى المادة ٩٤٦ مدنى، أن يطلب نزع البناء أو الغراس من العقار المشفوع فيه على أن يعيد العقار إلى أصله(١).

وفى الحالة الثانية، عندما يبنى المشترى أو يغرس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٤٦ مدنى كما رأينا أنه يصح للشفيع أن يطلب إزالة البناء أو الغراس على نفقة المشترى وإعادة العقار إلى أصله مع التعويض إن كان له مقتض(1). وإلى هنا يتساوى المشترى فى الشفعة مع الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق، فانه طبقا لهذه الأحكام يجوز لصاحب الأرض «أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه» (م١/٩٢٤ مدنى)(٢). ولكن يجوز لكل من الشفيع فى أحكام الشفعة ولصاحب الأرض فى الأحكام العامة فى الالتصاق أن يطلب استبقاء البناء أو الغراس. وفى هذا الفرض يعامل المشترى فى الشفعة معاملة أفضل من معاملة الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق. فالمشترى فى الشفعة، طبقا لأحكام المادة ٢/٩٤٦ مدنى، يتقاضى من الشفيع ما أنفقه فى البناء أو الغراس، أما الحائز سيء النية فى الأحكام العامة فى الالتصاق فلا يتقاضى، طبقا لأحكام المادة ١/٩٢٤ مدنى، إلا أقل القيمتين، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس(٣).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١١٣.

(٢) وقد حدد النص لصاحب الأرض، ليتقدم بهذا الطلب، ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت (م١/٩٢٤ مدنى)، ولم تحدد المادة ٩٤٦ مدنى ميعاداً للشفيع للتقدم بنفس الطلب.

(٣) أنظر فى كل ما تقدم آنفاً فقرة ١١٣.

(1) العبرة فى الشفعة هى بحالة العقار المشفوع فيه وقت بيعه، فإذا أقام المشترى عليه بناء أو غرس فيه أشجارا سواء قبل أو بعد اعلان الرغبة، فان ذلك لا يحول دون الحكم للشفيع بأحقيته فى الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها واستوفى اجراءاتها القانونية، وآية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الاثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة فنص فى المادة ٩٤٦ من القانون المدنى على أنه «١- إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل اعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له أما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس. ٢- أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الازالة، فإذا اختار أن يستبقى البـ أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

(جلسة ١٩٧٩/٣/٥ س٣٠ ج١ ص٧٠٨)

٢٤٤- حق الشفيع فى تسلم العقار المشفوع فيه من المشترى - تبعة الهلاك: ولما كان المشترى قد تسلم العقار المشفوع فيه من البائع، فانه يعد الأخذ بالشفعة يلتزم بتسليمه للشفيع. وكل ما ذكرناه من أحكام فى تسليم البائع العقار المشفوع فيه للشفيع يسرى هنا فى تسليم المشترى هذا العقار للشفيع. فالمشترى يلتزم بتسليم العقار بالحالة التى كان عليها وقت البيع، وبالمقدار الذى عين له فى العقد، وبالملحقات التى تتبعه. ويكون التسليم بوضع العقار تحت تصرف الشفيع بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة العقار. ويتم التسليم فورا بمجرد ثبوت حق الشفيع فى الشفعة، فإذا تأخر المشترى عن التسليم، كان للشفيع أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخر(١).

يبقى أن نحدد على من تقع تبعة هلاك العقار المشفوع فيه، إذا هلك هذا العقار بسبب أجنبى قبل أن يسلمه المشترى للشفيع(٢). لا شك فى أن هذه التبعة لا تقع على البائع، فهو قد سلم العقار إلى المشترى فارتفعت عنه بهذا التسليم تبعة الهلاك. ويبقى تحمل التبعة محصورا بين المشترى والشفيع، وكثير من الفقهاء يذهبون إلى أن تبعة هلاك العقار قبل أن يسلمه المشترى للشفيع تقع على المشترى(٣). وحجتهم فى ذلك أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لأنه ملتزم بالتسليم، وقد أصبح المشترى هو الملتزم بالتسليم فتقع عليه هو تبعة الهلاك.

ولكن يلاحظ على هذا الرأى أن تبعة الهلاك إنما تقع على الملتزم بالتسليم إذا كان الالتزام بالتسليم متفرعا عن الالتزام بنقل الملكية، فيكون الالتزام بالتسليم ليس فى حقيقته إلا التزاما مكملا للالتزام بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلا إلا بالتسليم(٤). أما هنا فالمشترى ليس ملتزما بنقل الملكية للشفيع، بل الملتزم بنقلها هو البائع كما قدمنا، والبائع قد ارتفعت عنه التبعية بتسليم العقار إلى المشترى كما سبق القول. فعلى أى أساس إذن يبنى تحمل المشترى لتبعة الهلاك قبل التسليم؟ فى رأينا أن المشترى لا يتحمل تبعة الهلاك

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٥.

(٢) أما بعد تسليمه للشفيع، فغنى عن البيان أن تبعة الهلاك، كلياً كان الهلاك أو جزئياً، تكون على الشفيع. كذلك تكون تبعة الهلاك الكلى أو الجزئى على الشفيع حتى لو لم يتسلم العقار من المشترى، إذا كان المشترى قد أعذره قبل الهلاك بأن يتسلم العقار.

(٣) محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٠- إسماعيل غانم ص٩٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣٠ ص٥٠٤ - منصور صمطفى منصور فقرة ١٥٣ ص٣٦٢.

(٤) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣١٦.

لأنه ملتزم بالتسليم، إذ التزامه بالتسليم هو التزام مستقل وليس متفرعا عن التزام بنقل الملكية. والأصل أن الذى يتحمل تبعة الهلاك فى هذه الحالة هو المالك[1]، والمالك هنا هو الشفيع متى سجل سند شفعته (الحكم بالشفعة أو إقرار المشترى بها)، فكان ينبغى أن يكون الشفيع هو الذى يتحمل تبعة الهلاك. ولكن المشترى، قبل تسليمه العقار للشفيع، يعتبر حائزا له كما قدمنا، حائزا حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة، وحائزا سئ النية بعد هذا الإعلان. وقد بين القانون فى نصوص صريحة على من تقع تبعة هلاك الشئ، إذا هلك وهو فى يد الحائز. فنصت المادة ٩٨٣ مدنى على أنه «١- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع. ٢- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف». وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على الشفيع، إذا هلك العقار بسبب أجنبى وهو فى يد المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة، أى طالما كان المشترى معتبرا حائزا حسن النية[2]. وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على أنه «إذا كان الحائز سئ النية، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه». وعلى ذلك تكون تبعة الهلاك على المشترى إذا هلك العقار وهو فى يده بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة، أى عندما يعتبر حائزا سئ النية. وسنعود إلى بحث المادتين ٩٨٣، ٩٨٤ مدنى عند الكلام فى الحيازة وفى علاقة الحائز بالمالك[3]، ونقتصر هنا على القول بأن هاتين المادتين هما المنطبقتان، فى رأينا، فى حالة هلاك العقار المشفوع فيه بسبب أجنبى وهو لا يزال فى يد المشترى قبل أن يسلمه للشفيع[4].

---

(١) الوسيط ٤ فقرة ٣١٦ ص٦٠٨.

(٢) ويلاحظ، من الناحية العملية، أنه إذا هلك العقار وهو فى يد المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة، وعلم الشفيع بهذا الهلاك، فانه لا يقدم على طلب الشفعة فى عقار قد هلك ويتحمل هو تبعة هلاكه. لذلك لن يطلب الشفيع الشفعة فى هذه الحالة، ويبقى البيع قائماً بين البائع والمشترى، ويتحمل المشترى تبعة هلاك العقار بعد أن تسلمه من البائع.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٣٦٠- فقرة ٣٦٢.

(٤) ولما كان المشترى قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة يتحمل تبعة الهلاك من الناحية العملية كما قدمنا، ويتحمل هذه التبعة أيضاً بعد إعلانه بالرغبة فى الشفعة كما بينا، فهو إذن الذى يتحمل التبعة فى جميع الأحوال. على أنه يحسن تأسيس تحمله للتبعة على المادتين ٩٨٣ و٩٨٤ مدنى، لا على أنه ملتزم بالتسليم. وقد تظهر فائدة عملية من التأسيس على المادتين ٩٨٣ و٩٨٤ مدنى فى فرضين: (أ) إذا كان الهلاك قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، وطلب الشفيع الشفعة دون أن يعلم بالهلاك، فيتحمل=

وإذا كان الهلاك جزئيا أو نقصا فى قيمة العقار بسبب تلف أصابه، وكان ذلك قبل إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة، فان التبعة تكون على الشفيع كما هو الأمر فى الهلاك الكلى. أما إذا وقع الهلاك الجزئى أو النقص فى قيمة العقار بعد إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة، فان التبعة تكون على المشترى كما هو الأمر أيضا فى الهلاك الكلى، ويجوز للشفيع «إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقى البيع بعد إنقاص الثمن» (م٤٣٨ مدنى)(١).

٢٤٥- حق الشفيع فى استرداد ثمار العقار المشفوع فيه من المشترى: قدمنا أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى تنص على ما يأتى: «وللمشترى ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضا. هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره». وذكرنا أن استحقاق المشترى، وقد حل محل الشفيع، للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع، بل يرجع إلى أن المشترى قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماءه، ويكون عليه تكاليفه. وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع، بعد أن حل محل المشترى، لا يتملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار، وذلك سواء كان العقار لا يزال فى يد البائع وهو الذى يستولى على ثماره، أو سلم إلى المشترى فأصبح هو الذى يقبض هذه الثمار(٢). ومتى ثبت للشفيع الحق فى ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار، فعليه من هذا الوقت أيضا تكاليفه، كالضرائب ونفقات حفظ العقار وصيانته ونفقات الاستغلال ومصروفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك، لأن العقار لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف، والغرم بالغنم(٣).

= هو التبعة دون المشترى، وإن كان هذا فرضاً بعيد الحصول. (ب) إذا كان الهلاك بعد إعلان الرغبة فى الشفعة وثبت أن العقار كان يهلك ولو تسلمه الشفيع، فان الشفيع فى هذا الفرض هو الذى يتحمل التبعة دون المشترى.

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما قدمناه فى تحمل البائع لتبعة الهلاك الجزئى آنفاً ص٧٤٤- ص٧٤٥- وإذا تحمل الشفيع تبعة الهلاك الكلى أو الجزئى بعد أخذه بالشفعة فى حالة ما إذا ثبت أن العقار كان يهلك ولو كان قد تسلمه، فانه لا يستطيع، بعد أن يثبت حقه فى الشفعة أن يتخلص من هذه التبعة بتنازله عن الشفعة. وقد قدمنا أنه لا يجوز للشفيع، بعد القضاء له بالشفعة، أن ينزل عنها بحجة أن الحكم صدر لمصلحته وأنه متنازل عنه، وذلك لأن الحكم قد خول حقاً للمشترى أو البائع وهو قبض الثمن (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩).

(٢) أنظر ص٥٧٧- ص٧٥٨.

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٣٩٣ ص٧٧٥ - ص٧٧٦- وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٤٦ مدنى يتضمن فقرة ثالثة تجرى على الوجه الآتى: «أما ما صرف فى حفظ العقار وصيانته، فيلزم دفعه فى =

ويبقى الآن تحديد متى يعتبر الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه، حتى يكون من وقت تملكه لهذا العقار مستحقا لثماره فيستردها من المشترى، وملتزما بأن يرد إليه نفقات الحفظ والصيانة وسائر التكاليف. وهنا تظهر الأهمية العملية لقضاء محكمة النقض الذى استقر على أن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع، وأن ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل إلى الشفيع إلا من وقت تسجيل هذا الحكم(١). فقد رأينا أن محكمة النقض ذهبت فى كثير من أحكامها، فى عهد قانون الشفعة السابق، إلى أن العين المشفوعة لا تصير إلى ملك الشفيع، فى غير حالة التراضى، إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة، وبألا سند فى القانون لدعوى الشفيع بريع العين عن المدة السابقة للحكم، ولو كان قد عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقيا وأودعه خزانة المحكمة إثر رفضه(٢). فعند محكمة النقض أن ثمار العقار المشفوع فيه تكون من حق المشترى وحده عن المدة السابقة لتاريخ الحكم النهائى القاضى بالشفعة، ولا محل للتفريق بين حالة ما إذا كانت الشفعة قد قضى بها الحكم الاستئنافى بعد أن كان قد رفضها الحكم الابتدائي وحالة ما إذا كان قد قضى بها الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم الاستئنافى، إذ العبرة فى الحالتين بالحكم النهائى سواء كان ملغيا أو مؤيدا للحكم الابتدائى(٣). وقد قدمنا أن محكمة النقض لم تعدل عن هذا المبدأ، حتى بعد أن صدر التقنين المدنى الجديد وأوجب على الشفيع إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة(٤).

=كل الأحوال للمشترى المشفوع منه». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لأنها تطبيق للقواعد العامة (أنظر آنفاً ص٧٥٩ هامش١).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٢ وفقرة ٢٣٨ ص٧٥٧ - ص٧٥٨.

(٢) نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٣ ص٢٢٠.

(٣) نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص٣٥١- ٢ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٤ ص٢٩٠.

(٤) فقضت بأن ما أورده القانون فى المادة ٢/٩٤٢ مدنى من إلزام الشفيع بايداع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لم يقصد به تغيير الوضع، وهو لا ينم عن رغبة المشرع فى العدول إلى رأى القائلين بارتداد ملكية الشفيع إلى وقت إتمام إجراءات المطالبة بالشفعة، وإنما كان ذلك تمشياً مع اتجاهه فى التضييق من حق الشفعة، وضماناً لجدية طلبها، وطالما أن حق الشفيع فى العين المشفوع فيها لا يستقر إلا بصدور الحكم له بالشفعة، فلا محل للقول باستحقاقه للريع ابتداء من تاريخ إيداع الثمن. أما النص فى المادة ٩٤٥ من القانون المدنى الجديد على حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع، فهو نص لم يستحدث حكماً جديداً، بل هو مماثل لنص المادة ١٣ من قانون الشفعة القديم. وهو لا يفيد اعتبار الشفيع الذى حكم له بطلبه حالا محل المشترى فى الرجوع منذ قيام الطلب، إذ اعتباره كذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يجوز إلا على تقدير أثر رجعى لحلوله محل المشترى، الأمر الذى يتنافى مع ما هو مقرر من أن حكم=

هذا هو ما استقرت عليه محكمة النقض فى قضائها، فهى تذهب إلى أن حق الشفيع لا يستقر وإلى أن الشفيع لا يحل محل المشترى إلا عند صدور الحكم النهائى بالشفعة. فمن ذلك الوقت فقط يستحق الشفيع (بعد تسجيل حكم الشفعة) ثمار العقار المشفوع فيه ويرجع بها على المشترى، ومن ذلك الوقت أيضاً يلتزم الشفيع بأن يرد إلى المشترى مصروفات الحفظ والصيانة ونفقات الاستغلال وتحصيل الثمرة ونحو ذلك.

وقد سبق أن استعرضنا الحجج التى استندت إليه محكمة النقض فى قضائها هذا، وانتهينا من هذا الاستعراض إلى القول بأن حكم الشفعة، على عكس ما تذهب إليه محكمة النقض، كاشف لا منشئ، وإلى أن حلول الشفيع محل المشترى يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم بالشفعة(١). وقدمنا أن الشفيع مع ذلك لا تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع فيه إلا إذا سجل الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشترى بها، وذلك سواء حل الشفيع محل المشترى من وقت البيع على الرأى الذى نقول به، أو من وقت صدور الحكم النهائى بالشفعة أو إقرار المشترى بها على الرأى الذى تقول به محكمة النقض، أو من وقت إعلان الرغبة أو من وقت تسجيل هذا الإعلان على ما يقول به آخرون. فالملكية فى جميع هذه الآراء لا تنتقل إلا بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بها، وهذا هو الذى تفرضه أحكام التسجيل. وتنتقل الملكية من وقت هذا التسجيل بالنسبة إلى الغير، وهذا باجماع الآراء أما فيما بين الشفيع والمشترى، والمشترى ليس من الغير بالنسبة إلى الشفيع على الرأى الذى تقول به، فالملكية لا تنتقل أيضاً إلا بالتسجيل، ولكن إذا تم التسجيل فانها تنتقل فى رأينا من وقت البيع، وذلك على خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض من أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت التسجيل حتى بالنسبة إلى المشترى(٢).

ففى الرأى الذى نقول به تنتقل الملكية إذن، فيما بين الشفيع والمشترى، بتسجيل الحكم النهائى بالشفعة أو تسجيل إقرار المشترى بها، ولكن من وقت البيع لا من وقت التسجيل. فهل يتملك الشفيع الثمار وهى فى يد المشترى من وقت تمام البيع، كما كان

=الشفعة منشئ لا مقرر لحق الشفيع، مما يمتنع معه القول بحلول محل المشترى قبل الحكم نهائياً بالشفعة (نقض مدنى ١٤ مايو سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٥ ص٤٢٦- وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ١٨ ص٧٩٨ - وانظر آنفاً ص٧١٧- ص٧١٨).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢٨- فقرة ٢٣١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤.

يتملكها لو كانت فى يد البائع كما سبق القول؟[1] يختلف موقف الشفيع من المشترى عن موقفه من البائع. ذلك بأن المشترى، بعد أن ثبت للشفيع الحق فى الشفعة، يعتبر حائزا للعقار منذ أن يتسلمه، وهو حائز حسن النية قبل إعلانه بالرغبة فى الشفعة، وحائز سئ النية بعد هذا الإعلان، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ويعتبر الشفيع، بالنسبة إلى المشترى، مالكا للعقار من وقت البيع كما تقدم القول. فموقف الشفيع من المشترى، بالنسبة إلى الثمار، هو إذن موقف المالك من الحائز. وتنص المادة ١/٩٧٨ مدنى على أن «يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية». وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على أن «يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار». وعلى ذلك يتملك المشترى الثمار، فلا يلتزم بردها إلى الشفيع، إلى وقت إعلانه بالرغبة فى الشفعة، إذ يكون عند ذلك حائزا حسن النية، وهو الذى يتحمل التكاليف إلى ذلك الوقت[2]. ومن وقت إعلان المشترى بالرغبة فى الشفعة، يصبح المشترى حائزا سئ النية، فلا يتملك الثمار. وتكون الثمار من ذلك الوقت للمالك أى للشفيع، ويستطيع هذا أن يستردها من المشترى، وعليه، من ذلك الوقت أيضا، أن يرد للمشترى التكاليف التى سبق بيانها من مصروفات حفظ وصيانة وغيرها من المصروفات وما أنفقه المشترى فى إنتاج هذه الثمار[3].

والحل الذى نقول به هو الحل الذى تمليه النصوص والمبادئ العامة، وينهض به فوق ذلك اعتباران. الاعتبار الأول هو أنه الحل المنطقى. فالمشترى قبل إعلانه بطلب الشفعة من حقه أن يتصرف تصرف المالك فى العقار الذى اشتراه، وله بوجه خاص أن يقبض ثماره ولا يكون مسئولا عن ردها لأحد. فإذا ما أعلن بطلب الشفعة تغير موقفه، ووجب عليه أن يستعد لهذا الطلب، وأن يواجه احتمال نجاح الشفيع فى أن يأخذ العقار بالشفعة فيطالبه

---

(١) أنظر آنفاً ص٧٥٧- ص٧٥٨.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الشفيع غير ملزم بأن يؤدى للمشفوع منه ما دفعه من الأموال عن الأطيان المشفوع فيها، ولا ما أنفقه عليها من مصاريف استغلالها مدة حيازته هو لها وانتفاعه بها (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٧٣٤ رقم ١٧١).

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى: «والشفيع يحل محل المشترى فى الصفقة، فيملك من وقت البيع الأول. ويعتبر المشترى كأنه لم يملك أصلا، إلا أنه إذا استولى على ثمار المبيع إلى إعلان الرغبة فهو يتملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت، وما دام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن. ومنذ تعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٠).

بالثمار من وقت إعلانه بهذا الطلب، فيكون عندئذ مستعدا لرد هذه الثمار. والاعتبار الثانى هو هذا الحل هو الحل العادل. فقد أصبح الشفيع، بموجب التقنين الجديد، ملزما بايداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة(١)، أى بعد إعلانه المشترى بطلب الشفعة بأيام قليلة. فمن العدل، وقد أودع الثمن خزانة المحكمة وحرم نفسه من استغلاله بسبب عدم تسليم المشترى له بالشفعة من غير حق، أن يستعيض عن فوائد هذا الثمن باسترداد الثمار من المشترى من وقت أن أصبح هذا حائز سئ النية، أى من وقت إعلانه بطلب الشفعة.

٣- علاقة الشفيع بالغير

٢٤٦- نص قانونى: تنص المادة ٩٤٧ مدنى على ما يأتى:

«لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار»(٢).

ويقابل النص فى قانون الشفعة السابق المادة ١٢(٣).

---

(١) وهذا ما حمل بعض الفقهاء على القول بأن الثمار تكن للشفيع من وقت إيداع الثمن، حتى لا يحرم الشفيع من الانتفاع بالثمن ومن ثمار العقار (إسماعيل غانم ص٩٦- ص٩٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٣١ ص٥٠٥- ص٥٠٦- منصور صمطفى منصور فقرة ١٥٤ ص٣٦٣). أما سائر الفقهاء الذين يقولون بأن حلول الشفيع محل المشترى يتم وقت صدور الحكم بالشفعة، فيذهبون إلى أن تكون الثمار للشفيع من وقت صدور هذا الحكم (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠٨- شفيق شحاتة فقرة ٢٧٦ ص٢٨٦- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٠ ص٤٨١).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٣٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠١٨، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٤٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٣٨ - ص٤٤١).

(٣) قانون الشفعة السابق م١٢: كل رهن من المشترى وكل حق اختصاص حصل عليه دائنوه وكل بيع وكل حق عينى قبله المشترى أو اكتسبه الغير ضده، بعد التاريخ الذى سجل فيه طلب الشفعة طبقاً للمادة الرابعة عشرة الآتية، لا يسرى على الشفيع. ويبقى مع ذلك لأصحاب الديون الممتازة وللدائنين المرتهنين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشفوع منه من ثمن ذلك العقار. (وأحكام التقنين المدنى الجديد تتفق مع أحكام قانون الشفعة السابق).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م٩٥١– وفى التقنين المدنى العراقى م١٤٤ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(١).

ويواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى ومتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان. وقبل ذلك نبحث حالة الحقوق العينية التى ترتبت على العقد المشفوع فيه من جانب البائع ومتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا أيضا تميز بين الحقوق التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان.

وعلى ذلك نبحث المسائل الآتية: (١) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة. (٢) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة. (٣) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة. (٤) الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة.

٢٤٧ – الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة: والحقوق العينية التى يمكن أن يرتبها البائع على العقار المشفوع فيه حقوق متنوعة بتنوع التصرفات التى يجريها البائع فى هذا العقار. وأبلغ هذه التصرفات هو أن يتصرف البائع فى ملكية العقار نفسها، فيبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه مثلا. وقد تكون التصرفات دون ذلك، بأن يرتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق. وقد يترتب على العقار من جانب البائع حق عينى تبعى، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو يؤخذ على العقار حق اختصاص من قبل دائنى البائع أو يترتب عليه حق امتياز يكفل دينا فى ذمة البائع. كل هذه الحقوق عينية تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع.

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م١٩٥١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٤٤ (مطابق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

فإذا ترتب حق منها فأنه يسرى فى حق الشفيع إذا أخذ العقار بالشفعة، بشرط أن صاحب هذا الحق يشهر حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة إلى البائع، وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه (أو صحيفة دعواه بصحة التعاقد). ذلك بأن صاحب الحق العينى الذى ترتب على العقار لا يستطيع أن يكشف، عن طريق البحث فى سجلات الشهر العقارى، عن البيع الذى صدر من البائع للمشترى إذ أن المشترى لم يسجل عقد شرائه (أو لم يسجل صحيفة دعواه بصحة التعاقد)، ولا عن طلب الشفعة إذ أن الشفيع لم يسجل إعلان هذا الطلب للبائع. فإذا شهر صاحب هذا الحق حقه، بالتسجيل أو بالقيد بحسب الأحوال، قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة وقبل أن يسجل المشترى عقد شرائه، فان حقه يكون نافذا على كل من الشفيع والمشترى طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل.

فإذا باع البائع مثلا، بعد البيع الأول، العقار ثانية وسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل المشترى الأول عقد شرائه وقبل أن يسجل الشفيع إعلان طلب الشفعة، فان البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع، فلا يستطيع أن يأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى، فى مواعيد البيع الثانى وبالثمن الذى ورد فيه وبالشروط التى تم بها. وإذا قايض البائع على العقار المبيع أو وهبه وسجلت المقايضة أو الهبة قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع، فان المقايضة أو الهبة تسرى فى حق الشفيع، فلا يستطيع هذا أن يأخذ بالشفعة فى البيع الذى انتقض بالمقايضة أو الهبة، ولا فى المقايضة أو الهبة لأنه لا يجوز الأخذ بالشفعة فى أى منهما. وإذا رتب البائع مثلا حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار بعد بيعه، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع، فان الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق، وفى هذه الحالة يرجع بضمان الاستحقاق على البائع. وإذا رتب البائع على العقار بعد بيعه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته،، وقيد الدائن حقه قبل أن يسجل المشترى وقبل أن يسجل الشفيع، فان هذا الحق يسرى على الشفيع، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به، ويرجع بضمان الاستحقاق على البائع.

٢٤٨ - الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع به من جانب البائع بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة: أما إذا ترتب حق عينى على العقار المشفوع فيه من جانب البائع على الوجه المتقدم ذكره، ولكن صاحب هذا الحق لم يشهره إلا بعد أن سجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة، أو بعد أن سجل المشترى عقد شرائه، فان هذا الحق لا يكون نافذا فى حق الشفيع.

فإذا باع البائع، بعد البيع الأول، العقار ثانية أو قايض عليه أو وهبه، ولم يجر تسجيل هذا التصرف قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة، فان التصرف لا ينفذ فى حق الشفيع، والذى يسرى فى حقه هو البيع الأول وحده، فيأخذ فيه بالشفعة ويمضى فى إجراءاتها إلى النهاية. ويرجع المشترى الثانى أو المقايض أو الموهوب له على البائع بالضمان، طبقاً لأحكام القانون. وحتى لو سجل التصرف قبل تسجيل إعلان البائع بطلب الشفعة، ولكنه سجل بعد تسجيل المشترى الأول، فان التصرف لا ينفذ فى حق هذا المشترى طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل. وما دام لا ينفذ فى حق المشترى الأول، فانه لا ينفذ أيضا فى حق الشفيع الذى حل محل المشترى الأول. ولا يسرى أيضا فى هذه الحالة فى حق الشفيع إلا البيع الأول، فيأخذ فيه بالشفعة.

وإذا رتب البائع، بعد البيع، حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، ولم يسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر له قبل تسجيل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع، ويأخذ العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو من حق الارتفاق، ويرجع صاحب هذا الحق بالضمان على البائع. وكذلك الحكم فيما لو سجل المشترى عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الانتفاع أو لصاحب حق الارتفاق، فلا يسرى هذا الحق على المشترى، ومن ثم لا يسرى على الشفيع.

وإذا رتب البائع على العقار، بعد بيعه، رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته، ولم يقيد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع إعلان البائع بطلب الشفعة، أو قبل أن يسجل المشترى عقد شرائه، فان هذا الحق لا يسرى على الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من هذا الحق. وفى هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما عسى أن يكون قد آل للبائع من ثمن العقار، ونقيس ذلك على حالة ما إذا كان التصرف قد صدر من المشترى طبقا لأحكام المادة ٩٤٧ مدنى على ما سنرى[١]، فضلا عن أنه يوجد نص صريح فى هذا المعنى فى خصوص حق الرهن الرسمى[٢]، وفى خصوص حق الاختصاص[٣]، وفى خصوص حقوق الامتياز[٤].

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٥٠- وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص٤٩٩.

(٢) أنظر م١٠٥٦ مدنى: «يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذى حل محل هذا العقار».

(٣) أنظر م١٠٩٥ مدنى: «... ويسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن من أحكام».

(٤) أنظر م١١٣٤ مدنى: «تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق».

٢٤٩ - الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة: والمفروض هنا أن الحقوق العينية قد ترتبت على العقار المشفوع فيه على الوجه الذى سبق بسطه[١]، من جانب المشترى، لا من جانب البائع كما كان الأمر فيما تقدم. فإذا ترتبت هذه الحقوق العينية قبل تسجيل إعلان المشترى بطلب الشفعة، فانها تسرى فى حق الشفيع كما يستفاد بطريق الدليل العكسى من المادة ٩٤٧ مدنى سالفة الذكر[٢].

ويتخذ أنصار الرأى القائل بأن حكم الشفعة منشئ لحق الشفيع وبأن المشترى يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه حتى صدور هذا الحكم من هذه القاعدة دليلا على صحة ما يذهبون إليه. فعندهم أنه ما دامت تصرفات المشترى فى الفرض المتقدم تسرى فى حق الشفيع، فليس ذلك إلا لأن المشترى يعتبر مالكا للعقار وقد تصرف فيه فسرى تصرفه فى حق الشفيع[٣]. وهذا الدليل لا يستقيم، إذ لو تمسكنا به لنتج عنه أن المشترى وقد بقى مالكا للعقار المشفوع فيه إلى وقت صدور حكم الشفعة وفقا لما يقول به أنصار هذا الرأى، كان ينبغى أن تسرى تصرفاته فى حق الشفيع، ليس فحسب التصرفات الصادرة قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة، بل أيضا التصرفات الصادرة بعد تسجيل هذا الإعلان إذا تمت قبل صدور حكم الشفعة، وهذا ما يخالف صريح نص المادة ٩٤٧ مدنى. هذا إلى أنه يمكن فى كثير من اليسر تبرير نفاذ تصرفات المشترى فى حق الشفيع إذا صدرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة للمشترى بغير التجاء إلى فكرة أن المشترى يبقى مالكا للعقار المشفوع فيه، فقد قدمنا أن المشترى، بعد أن يأخذ الشفيع بالشفعة، يعتبر منذ إبرام البيع حائزا للعقار المشفوع فيه. ويكون بمثابة المالك الظاهر للعقار، وكل من يتعامل معه قبل تسجيل إعلانه بطلب الشفعة يكون حسن النية إذا حسبه مالكا. ذلك بأن هذا الغير الذى يتعامل معه لا يستطيع أن يكشف من سجلات الشهر العقارى، قبل تسجيل هذا الإعلان، عن أنه مطلوب منه الأخذ بالشفعة، فيكون الغير حسن النية إذا تعامل معه على أساس أنه هو المالك وأن ملكيته غير مهددة. ومن ثم يكون المشترى، إلى حين تسجيل الإعلان، فى مركز المالك الظاهر الذى يتعامل مع الغير حسن النية، فينفذ تعامله فى حق المالك الحقيقى وهو هنا الشفيع. ويرجع الشفيع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب، شأن كل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٧.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦.

(٣) شفيق شحاتة ٢٧٦ ص٢٨٥ - ص٢٨٦ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٠ ص٤٨٠ - ص٤٨١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٢٩ ص٥٠٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٥٢ ص٣٥٩.

مالك حقيقى عندما يرجع على المالك الظاهر الذى تسرى تصرفاته فى حقه. فإذا ما سجل إعلان الشفيع للمشترى بطلب الشفعة، فان من يتعامل مع المشترى بعد هذا التسجيل لا يعتبر حسن النية، إذ كان يمكنه أن يعرف من تسجيل الإعلان أنه يتعامل مع مشتر مطلوب منه الأخذ بالشفعة فملكيته مهددة بالزوال، وعلى ذلك لا ينفذ تعامله مع هذا المشترى فى حق المالك الحقيقى أى فى حق الشفيع.

ونرى من ذلك أن الحقوق العينية التى تترتب من جانب المشترى، قبل تسجيل إعلان الشفيع للمشترى بطلب الشفعة، تسرى فى حق الشفيع. فإذا باع المشترى العقار المشفوع فيه وسجل المشترى من المشترى عقد شرائه قبل تسجيل الإعلان، فان البيع الثانى ينفذ فى حق الشفيع وينسخ البيع الأول، ولا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا فى البيع الثانى بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه. وقد قدمنا أن هذا صحيح أيضا، طبقا للمادة ٩٣٨ مدنى، حتى لو لم يسجل المشترى من المشترى عقد شرائه، ما دام قد صدر له البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة(١). وكذلك إذا قايض المشترى، بعد الشراء، على العقار أو وهبه، وسجلت المقايضة أو الهبة قبل تسجيل الرغبة، فانها تسرى فى حق الشفيع، فلا يستطيع الأخذ بالشفعة لأن الشفعة لا تجوز لا فى المقايضة ولا فى الهبة(٢).

وإذا رتب المشترى حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، وسجل صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق التصرف الصادر إليه قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة، فان الشفيع يأخذ العقار بالشفعة محملا بحق الانتفاع أو بحق الارتفاق. وفى هذه الحالة يرجع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب، أو بالتعويض إذا صدر التصرف من المشترى بعد إعلانه برغبة الشفيع فى الأخذ بالشفعة وقبل تسجيل هذا الإعلان.

وإذا رتب المشترى على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته، وقيد الدائن حق قبل أن يسجل الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، فان هذا الحق يسرى على الشفيع، ويأخذ العقار بالشفعة مثقلا به، ويرجع على المشترى بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض.

٢٥٠ - الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى بعد تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة: وهذا هو الفرض الذى تواجهه مباشرة المادة ٩٤٧ مدنى

---

(١) أنظر آنفاً ص٥٢٣- ص٥٢٤.

(٢) ولكن يجوز للشفيع أن يطعن فى هذه التصرفات بالصورية، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق، فرذا ثبتت الصورية لم تسر التصرفات فى حقه (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٠ ص٤٩٨).

سالفة الذكر(١). فهى تقرر أن الحقوق العينية التى تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى، بعد تسجيل إعلان الرغبة، لا تسرى فى حق الشفيع. وقد قدمنا أن السبب فى ذلك أن المشترى، ولو أنه يعتبر مالكا ظاهرا، إلا أنه يتعامل فى العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يعتبر من يتعامل معه حسن النية إذ كان يمكنه أن يكشف من سجلات الشهر العقارى عن حقيقة مركز المشترى(1).

وعلى ذلك إذا باع المشترى العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة، لم يسر حق الشفيع البيع الثانى الصادر إلى المشترى من المشترى. ويأخذ الشفيع بالشفعة فى البيع الأول، بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه. والمفروض أنه سجل طلب الشفعة فى هذا البيع، فيمضى فى إجراءات الشفعة إلى غايتها(٢) وذلك لا يمنعه، إذا رأى أن شروط البيع الثانى أيسر أو أن الثمن فيه أقل، من أن ينزل عن طلب الشفعة فى البيع الأول، ويطلبها فى البيع الثانى بثمنه وفى مواعيده وطبقا لشروطه(٣). وكذلك الحكم فيما إذا قايض المشترى على

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦.

(٢) أنظر آنفاً ص٥١٩. وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعة فى العقار المبيع على شرط اختيار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيع، تكملها وتحد منها أحكام الشفعة. ولما كان من المقرر أن الشفيع لا يحاج بزى حق اكتسبه الغير ضد المشترى بعد تسجيل إنذار الشفعة، وكان إنذار الشفعة قد سجل فى هذه الحالة قبل الإنذار المعلن للشفيع الذى يثبت به تاريخ الاتفاق الحاصل بين المشترى والغير، وهو الإنذار الذى يعتبر إعمالا لحق اختيار الغير، فلا يجوز الاحتجاج على الشفيع بما يترتب من حقوق على هذا الاختيار. ويكون الحكم الذى يقضى بعدم جواز الإحتجاج على الشفيع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء وبالتالى عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ رقم ٤٥ ص٨٤).

(٣) أنظر آنفاً ص٥١٩.

(1) النص فى المادة ٩٣٨ من القانون المدنى على أنه «إذا اشترى الشخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها» والنص فى المادة ٩٤٧ من هذا القانون على أنه «لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة» مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ اجراءات دعواه قبل مشترى العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشترى متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة.

(جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤ الطعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٨٣٧)

العقار فيه أو وهبه بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا تسرى المقايضة أو الهبة فى حق الشفيع، ويستمر فى الأخذ بالشفعة فى البيع الأول.

وإذا رتب المشترى حق انتفاع أو حق ارتفاق على العقار المشفوع فيه، وذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، لم يسر هذا الحق على الشفيع، ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا من حق الانتفاع أو حق الاتفاق.

وإذا رتب المشترى على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو ترتب عليه حق اختصاص من قبل دائنيه أو حق امتياز يكفل دينا فى ذمته، وكان ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة، لم يسر هذا الحق على الشفيع ويأخذ هذا الأخير العقار بالشفعة خاليا منه(١). وفى هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية على ما آل للمشترى من ثمن العقار فيما إذا كان المشترى قد دفع الثمن للبائع ويريد تقاضيه من الشفيع، فإن هذا الدائن الذى قيد حقه يتقدم على دائنى المشترى العاديين فى الثمن الذى يكون فى ذمة الشفيع للمشترى أو فى الثمن الذى أودعه الشفيع خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة(٢). وفى ذلك تقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٤٧ مدنى كما رأينا(٣) «ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشترى من ثمن العقار».

---

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٢٣٨.

(٢) ويبنى بعض الفقهاء حق الأولوية للدائن المقيد على أساس أن الثمن حل محل العقار حلولا عينياً (شفيق شحاتة فقرة ٢٧٣ ص٢٨٣ – منصور مصطفى منصور فقرة ١٤٥ ص٣٤٥). ويذهب بعض آخر إلى أن حق الأولوية إنما هو تطبيق للقواعد العامة فى حق الأولوية، إذ أن هذا الحق لا يقتصر على الثمن المتحصل من البيع الجبرى، بل يمتد إلى كل مقابل نقدى للشئ محل الحق (إسماعيل غانم ص٨٧– ص٨٨– شمس الدين الوكيل فى التأمينات فقرة ٩٠– فقرة ٩١– حسن كيرة ص١٩).

أما إذا كان المشترى لم يدفع الثمن إلى البائع، فإنه يجب على الشفيع أن يدفع هو الثمن مباشرة إلى البائع، وهو ملزم على كل حال بإيداعه لحسابه فى خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة. وعلى ذلك لا يكون الشفيع مديناً بالثمن للمشترى، ومن ثم لا محل لأن يكون لدائنى المشترى المقيدين حق الأولوية على الثمن (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥١٨ ص٥٠٥ – محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٩٦ ص٤٩٩– عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٧٦).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٦.

الفصل الرابع

الحيـازة*

(Possession)

تمهيد

٢٥١ – تعريف الحيازة وتكييفها القانونى: كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا يعرف الحيازة، هو نص المادة ١٣٩٨ من هذا المشروع، وكان يجرى على الوجه الآتى: «الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الخصوص ما يأتى: «الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ أو حق، فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية»(١). وقد حذفت هذه المادة فى لجنة مجلس الشيوخ

(*) مراجع: Savigny فى الحيازة (فى القانون الرومانى) ترجمة Staedltler الطبعة السابعة سنة ١٨٦٥ – ghering فى أساس حماية الحيازة (Fondement de la potcetion possessoire) سنة ١٨٦٥ – وفى دور الإدارة فى الحيازة (Role de la volonté dans la possession) سنة ١٨٩١ – ترجمة Esmein- Meulenaere فى نظريات الحيازة فى ألمانيا فى المجلة التاريخية الجديدة سنة ١٨٧٧ – Saleilles فى العناصر المكونة للحيازة سنة ١٨٩٤ – حيازة المنقول سنة ١٩٠٧ – وفى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٣ ص٥٩٢ وسنة ١٩٠٤ ص٩٣ – Duquesne فى التمييز ما بين الحيازة (possession) والإحراز أو السيطرة المادية (détention) فى القانون الرومانى رسالة من باريس سنة ١٨٩٨ – Cornil فى الحيازة سنة ١٩٠٥ – Schwab فى النظرية المادية فى الحيازة رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ – Ferradou فى دور الحيازة فى القانون الفرنسى الحديث رسالة من بوردو سنة ١٩٢٨.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٨ فى الهامش وص٤٥٠ – وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص تحت رقم ١٢٠٣ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب مع تعديل لفظى طفيف تحت رقم ١٠٢٠. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض رئيس اللجنة على هذا التعريف «لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط وترك الحيازة بنية التملك. وقد أثار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية». وجاء فى تقرير اللجنة ما يأتى «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفاً تغلب عليه الصبغة الفقهية». ووافق مجلس الشيوخ على حذف المادة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٩ فى الهامش).

«لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية»(١).

ويخلص من هذا التعريف أن الحيازة وضع مادى ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن. والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق. فإن كان حق ملكية، اختلط الحق بالشئ محل الحق، وقد انتقل هذا الاختلاط إلى القانون الحديث من القانون الرومانى، فيقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعليه على الشئ نفسه محل حق الملكية. وتكون السيطرة الفعلية هنا عن طريق أعمال مادية وهى الأعمال التى يقوم بها المالك عادة فى استعماله لحق الملكية، فيستعمل الشئ ويستغله ويتصرف فيه تصرف المالك. فالشخص يكون حائزا لحق الملكية، أو للشئ محل هذا الحق، متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك، فيسكنه مثلا أو يؤجره إذا كان داراً، ويزرعه أو يعطيه لمن يزرعه بالايجار أو بالمزارعة إذا كان أرضا زراعية، ويحرزه وينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعته إذا كان سيارة أو كتابا أو مأكولا أو مشروبا، ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التى تجوز للمالك. وذلك كله سواء كان هذا الشخص يملك الشئ حقيقة أو لا يملكه، فلسنا فى صدد حق الملكية، بل فى صدد الحيازة المادية لهذا الحق، أى فى صدد استعمال هذا الحق استعمالا فعليا. وإذا لم يكن الحق محل الحيازة حق ملكية، كأن كان حق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى مثلا، فإن حيازته تكون باستعماله فعلا، فيمر الحائز فى أرض الجار أو يأخذ الماء من مروى لجاره لرى أرضه أو يأخذه من ترعة عامة ويجعله يجرى فى أرض جاره حتى يصل إلى أرضه لريها، وذلك كله سواء كان قد كسب حق الارتفاق بسبب من أسباب كسبه أو لم يكسبه أصلا. وما يقال فى حق الارتفاق يقال أيضا فى حق الانتفاع، وفى غير حق الارتفاق وحق الانتفاع من الحقوق الأخرى.

والحيازة، على هذا التعريف، ليست بحق عينى أو حق شخصى، بل هى ليست حقا أصلا. فهى كالشفعة ليست بحق، ولكنها سبب لكسب الحق. وتختلف عن الشفعة فى أن الشفعة واقعة مركبة كما سبق القول، أما الحيازة فتكييفها القانونى أنها واقعة مادية بسيطة (pur fait matériel) تحدث آثارا قانونية(٢). وإذا سايرنا المذهب الشخصى فى الحيازة على ما سيجئ، وقلنا إن هناك عنصرا معنويا للحيازة هو القصد (animus) – قصد

---

(١) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٤٥ مدنى عراقى على أن «الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق».

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص١٥٨ هامش٢.

التصرف كمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيازة – فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيازة[1]، بل المراد أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين. ومؤدى ذلك أن تكون أعمال الحائز أعمالا قصدية، وهذا لا يخرجها عن أن تكون أعمالا مادية محضة، وهي أعمال اختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية. أما إذا قلنا مع المذهب المادي إن القصد ينصب على الحيازة المادية في ذاتها كما سنرى، فإن هذا يكون أشد دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمالا مادية محضة. ومن ثم تكون الحيازة، في كل من المذهبين، واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية[2] كما سبق القول.

٢٥٢– تطور الحيازة لتنطبق على جميع الحقوق: بدأت الحيازة في القانون الروماني سيطرة فعلية يباشرها الحائز على شيء مادي على اعتبار أنه مالك لهذا الشيء، فيحرزه إحرازا ماديا ويباشر عليه سلطة المالك. فكانت الحيازة، على هذا النحو، استعمالا لحق الملكية على شيء مادي. ولما كان حق الملكية عند الرومان يختلط بالشيء المادي، فقد كان الرومان يصورون الحيازة على أنها تقع على الشيء المادي ذاته، يتصرف فيه الحائز تصرف الملاك فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه ويستهلكه. فكانت الحيازة سلطة مادية محضة، لا تنطبق إلا على الأشياء المادية. ثم تطور القانون الروماني، فأخذ يعترف، إلى جانب هذه الحيازة للأشياء المادية (possessio rei)، بنوع آخر من الحيازة، هي حيازة حق الارتفاق أو حق الانتفاع، أي استعمال حق الارتفاق أو حق الانتفاع على شيء استعمالا فعليا، وسمي هذا النوع من الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة (possessio juris, quasi-possessio).

وبقي هذا التمييز ما بين الحيازة وتنطبق على الأشياء المادية، وشبه الحيازة وتنطبق على حق الارتفاق وغيره من الحقوق العينية، قائما في القانون الفرنسي القديم. ونجده قائما حتى في آخر عهود هذا القانون عند پوتييه، وهو يميز بين الحيازة وشبه الحيازة[3].

---

(١) وإلا كانت الإرادة هنا تصرفاً قانونياً. وحتى لو سلمنا بذلك، لأمكن القول بأن التصرف القانوني قد اختلط بواقعة مادية هي الحيازة المادية أو السيطرة الفعلية. فتكون الحيازة واقعة مختلطة fait mixte عنصر الواقعة المادية فيها هو المتغلب، فتدخل في نطاق الوقائع المادية.

(٢) أنظر في ترتيب مصادر الحقوق العينية وحصرها في العمل المادي والتصرف القانوني الوسيط ١ طبعة ثانية فقرة ٣٣– وانظر أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص١٠٩– ص١١٠– بودري وتيسييه فقرة ٢٠٣– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص١٥٨ هامش ٢– مارتي ورينو فقرة ٢٧.

(٣) پوتييه في الحيازة فقرة ٣٧– فقرة ٣٨– وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ ص١٥٩ هامش٢.

وعند وضع التقنين المدنى الفرنسى (تقنين نابليون)، قضى واضعوه على هذا التمييز، وجلعوا الحيازة وشبه الحيازة شيئا واحدا هو الحيازة. ذلك بأن حيازة الشئ المادى ليست إلا حيازة حق الملكية على هذا الشئ، فهى لا تخرج إذن عن أن تكون حيازة لحق من الحقوق، هو حق الملكية. ولما كان شبه الحيازة هو حيازة حق عينى آخر غير حق الملكية، فقد تلاقت الحيازة وشبه الحيازة فى أن كلا منهما هو حيازة لحق عينى، حق الملكية أو حق عينى آخر. فلا محل إذن للتمييز بين الحيازة وشبه الحيازة، وتمكن تسمية كل منهما بالحيازة. وهذا ما فعلته المادة ٢٢٢٨ من التقنين المدنى الفرنسى إذ عرفت الحيازة، وأدخلت فى نطاقها حيازة الشئ المادى أى حيازة حق الملكية وشبه الحيازة أى حيازة الحقوق العينية الأخرى، فقالت: «الحيازة هى إحراز شئ أو استعمال حق، نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا»(١).

ووقف تطور الحيازة عند هذا الحد فى فرنسا. فالحيازة فى القانون الفرنسى هى استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى، كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة(٢)، على شئ معين استعمالا فعليا، بما يقتضيه هذا الاستعمال من أعمال تتفق مع طبيعة الحق العينى المستعمل، وبما يصحب هذه الأعمال من قصد إلى استعمال هذا الحق. ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز للحق يملك هذا الحق فعلا أو لا يملكه، فملكية الحق العينى شئ وحيازته شئ آخر. واستقر القانون الفرنسى على أنه لا يخضع للحيازة، ما يأتى: (١) الحقوق الشخصية، إذ لا يخضع للحيازة إلا الحقوق العينية كما سبق القول. فالمستأجر والمستعير ليس لأى منها حق عينى فى العين المؤجرة أو الشئ المعار، وليس له إلا حق شخصى قبل المؤجر أو المعير ولا يجوز أن يكون هذا الحق الشخصى محلا للحيازة. وإنما يحوز المستأجر أو المستعير العين المؤجرة أو الشئ المعار حيازة مادية محضة، والحيازة الصحيحة هى للمؤجر أو المعير يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر أو المستعير. وما يقال عن «حيازة الحق الشخصى» (possession de la créance) ليس حيازة بالمعنى الصحيح، وإنما هو تعبير مجازى عن مركز «الدائن الظاهر»، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصى الذى يدعيه، ولكن لا تنطبق عليه

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٩٣– فقرة ١٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٣ – وانظر مشروع التقنين المدنى الفرنسى فى السنة الثامنة للثورة الفرنسية، وكان أكثر صراحة فى هذا المعنى (Fenet ٢ ص٤٠٥ م٩ و١٠).

(٢) ويستثنى من الحقوق العينية حق الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحق الامتياز، فهذه بطبيعتها غير قابلة للحيازة (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٠ ص ١٦٣ هامش٢ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٣ ص٩٤٧).

قواعد الحيازة. وذلك ما لم يتجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها، فعند ذلك يعتبر الحق الشخصي منقولا ماديا ويخضع للحيازة. (٢) الأموال العامة، فهذه لا يصح أن تكون محلا لحق خاص، ومن ثم لا تخضع للحيازة. على أن ذلك ليس على إطلاقه، فالدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى تحميها دعاوى الحيازة في أموالها العامة، وكذلك من يحصل على ترخيص (concession) في استعمال المال العام تحميه دعاوى الحيازة ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية المرخصة (le concédant). ولكن لا تجوز حيازة الأموال العامة بحيث تؤدى هذه الحيازة إلى تملكها بالتقادم، فإن الأموال العامة غير قابلة للتملك بالتقادم. (٣) المجموع من المال (universalité) كالتركة والمتجر (fonds de commerce)، لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعا، وإن كانت الأعيان التي تكون هذا المجموع تجوز حيازتها كل عين على حدة(١).

ولكن تطور الحيازة لم يقف عند هذا الحد في البلاد الجرمانية. فالتقنين المدني الألماني والتقنين المدني السويسري، متأثرين بالنظرية المادية للحيازة وهي النظرية التي قال بها إهرنج على ما سنرى، مدا الحيازة حتى شملت الحقوق الشخصية دون أن تقتصر على الحقوق العينية. فالمستأجر مثلا، في هذين التقنينين، يعتبر حائزا لحقه الشخصي قبل المؤجر بالنسبة إلى العين المؤجرة، وتحميه في حيازته هذه دعاوى الحيازة. وسنرى أن التقنين المدني المصري الجديد سار شوطا بعيدا في هذا الطريق(٢).

٢٥٣ – ما استحدثه التقنين المدني الجديد في موضوع الحيازة: ولم يعرض التقنين المدني السابق لموضوع الحيازة بوجه عام، بل اقتصر على إيراد بعض آثارها، وبخاصة في التقادم وفي تملك المنقول بالحيازة، دون أن يورد هذه الآثار كاملة. أما التقنين المدني الجديد فقد عني بموضوع الحيازة عناية تامة، فأفرد لها مكانا خاصا، وأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة. ثم بين ما يترتب عليها من الآثار، ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين أسباب كسب الملكية(٣).

---

(١) أنظر في ذلك نقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤ – ١–١١٢ – أوبري ورو ٢ فقرة ١٧٨ – بودري وتيسييه فقرة ٢٠٠ – فقرة ٢٠١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٣ – مازو فقرة ١٤١٦.

(٢) أنظر ما يلي فقرة ٢٦٧.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في خصوص ما جاء في المشروع متعلقاً بالحيازة من حيث أحكامها العامة ومن يحث الآثار التي تترتب عليها، ما يأتي: «والحيازة، من حيث أحكامها العامة، وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه. وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء. وتكتسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي، وتنتقل =

٢٥٤- تقسيم الموضوع: ونبحث الحيازة فى قسمين: (١) الحيازة بوجه عام. (٢) والحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية.

الفرع الأول

الحيازة بوجه عام

٢٥٥- كسب الحيازة وانتقالها وزوالها - حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية: تكسب الحيازة، وتنتقل من حائز إلى آخر، وتزول، كل ذلك على الوجه الذى رسمه القانون.

ويحمى القانون الحيازة فى ذاتها، ولو كان الحائز غير مالك. ويرجع ذلك إلى سببين: (السبب الأول) أن الحائز هو الذى يسيطر سيطرة فعلية على المال الذى يقع فى حيازته، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة، فلا يتعدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال. وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التى رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز، فالقانون يحمى الحيازة كما يحمى الملكية، وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة. ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهرا، فينتصف لنفسه بنفسه، ويعكر صفو السلام والأمن العام. بل يجب عليه، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعا، أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التى رسمها القانون فى ذلك (spoliatus ante omnia restituendus)(١). (والسبب الثانى) أن الحائز للمال، فى الكثرة الغالبة من الأحوال، يكون هو المالك له. وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذى يملكه، وقل أن يوجد مالك لا يحوز ملكه بنفسه أو بوساطة غيره. لذلك يفرض

=بالاتفاق مصحوباً بالتسليم، وتزول بزوال السيطرة الفعلية. وقد أتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية، وخلص إلى ذلك بقرينتين متواليتين، جعل فى الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وجعل فى الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية. ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة. والحيازة، من حيث الآثار التى تترتب عليها، تصلح قرينة على الملكية كما تقدم. وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل فى العقار والمنقول. فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير، وملكية المنقول فى الحال. ويملك الحائز، فى كل الفروض، ثمار العين إذا كان حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٧).

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨-٢- فقرة ٩-٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ - مازو فقرة ١٤١٤ - مارتى ورينو فقرة ١٤ ص٢٢ - كاربونييه ص١٤٣.

القانون مبدئيا أن الحائز هو المالك، فيحمى الملكية عن طريق حماية الحيازة(١). ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس. ففى الأحوال القليلة التى لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره، وتكون الملكية فى يد والحيازة فى يد أخرى، أباح القانون للمالك، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك. فحماية الحيازة فى ذاتها إنما هى حماية للملكية، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذى فى حيازته، فعندئذ يرد المال إلى مالكه(٢).

ونتكلم فى الحيازة بوجه عام فى مبحثين، نجعل المبحث الأول منهما فى كسب الحيازة وانتقالها وزوالها، ونجعل المبحث الثانى فى حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية.

المبحث الأول
كسب الحيازة وانتقالها وزوالها
المطلب الأول
كسب الحيازة – الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

٢٥٦– المسائل التى يتناولها البحث: الحيازة تتكون من عنصرين، وكسب الحيازة يكون بالجمع ما بين هذين العنصرين. وحتى تكون الحيازة منتجة لآثارها، وبخاصة حتى تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا لكسب الملكية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم، يجب ألا تكون مشوبة بعيب. والحيازة إذا اقترنت بحسن نية، كانت أبعد مدى فى آثارها عما لو لم تكن مقترنة بحسن النية.

فنبحث إذن المسائل الآتية: (١) عنصرى الحيازة. (٢) عيوب الحيازة. (٣) الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية.

---

(١) إهرنج فى أساس حماية الحيازة ص٨– بودرى وتيسييه فقرة ٢١٠– فقرة ٢١١.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٧ ص١٠٩– بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٧ – فقرة ٢١٢ بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٤ – مازو فقرة ١٤١٣ – مارتى ورينو فقرة ١٤– كاربونييه ص١٤٣.

١ – عنصرا الحيازة

(Eléments de la possession)

٢٥٧ – العنصر المادى والعنصر المعنوى: الحيازة، كما قدمنا، تتكون من عنصرين، أحدهما مادى وهو الإحراز أو السيطرة المادية (corpus)، والثانى معنوى وهو القصد (animus)[١].

١ – العنصر المادى – السيطرة المادية

٢٥٨ – كيف تتحقق السيطرة المادية: قد تتحقق السيطرة المادية ابتداء، وقد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير. وقد يباشر الشخص السيطرة المادية بنفسه وهذا هو الأصل، وقد يباشرها بواسطة الغير. وتجوز مباشرة السيطرة المادية على الشيوع. ثم إذا تحققت السيطرة المادية، فانه يجب على الحائز استبقاؤها.

فهذه جملة من المسائل، نستعرضها على التعاقب.

٢٥٩ – كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء: هنا نواجه الفرض الذى يسيطر فيه الشخص سيطرة مادية على الشئ دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره، فهو يسيطر على الشئ إبتداء. ويستوى فى ذلك أن يكون الشئ مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد[٢]، وأن يكون عقارا أو منقولا. فالحائز يحرز الشئ ويسيطر عليه، دون أن يستمد هذه السيطرة من أحد.

وتتحقق السيطرة المادية فى هذا الفرض بأن يحرز الحائز الشئ فى يده إحرازا ماديا،

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وللحيازة، بعد توافر شروطها، عنصران: عنصر مادى هو السيطرة المادية، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥١).

وكما أن الحيازة لا تقوم على مجرد العنصر المادى دون العنصر المعنوى، كذلك لا تقوم على مجرد العنصر المعنوى دون العنصر المادى (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ٤٥ – مازو فقرة ١٤١٩).

(٢) فان كان غير مملوك لأحد، كانت حيازته استيلاء (occupation)، فيكسب الحائز ملكية الشئ فوراً عن هذا الطريق.

ويباشر فيه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة فى ملكه(1). فإذا كان الشيء دارا،

(1) أ- المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن وضع اليد واقعة مادية مستقلة تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما ورد بتقرير الخبير المنتدب أمام محكمة الاستئناف الذى اطمأن إليه من أى أيا من الطرفين أو البائعين لكليهما لم تكتمل له مدة وضع اليد المكسبة للملكية وشروطها من ظهور واستمرار وهدوء وعلى الأخص الطاعنين من تاريخ عقد شرائهما، وكان ما أقام عليه الحكم قضاءه سائغا، وله أصله الثابت بالأوراق وكافيا لحمل النتيجة التى انتهى إليها، فإن النعى عليه بما رد بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى وهو ما تستقل به دون تثريب عليها من محكمة النقض ومن ثم فهو غير مقبول.

(جلسة ١٩٩١/٧/١١ الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥٥ق)

ب- التملك بوضع اليد المكسب للملكية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - واقعة مادية متى توافرت شرائطها القانونية تعتبر بذاتها سبب قانونيا مستقلا للملك يسرى على الكافة مما مقتضاه أ يعنى الحكم باستظهار أركان وضع اليد المؤدى لكسب الملكية بهذا السبب.

(جلسة ١٩٩١/٤/١٠ الطعن رقم ١٥٠٠ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٩١/٥/٣٠ الطعن رقم ٢٢٦١ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢٩ الطعن رقم ٢٥٣٤ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٠ الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥٤ق)

جـ- وضع اليد واقعة مادية تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أطرح دفاع الطاعنين لانتفاء الدليل عليه وأقام قضاءه على ما استخلصه سائغا من القرائن التى أوردها من أن المطعون ضده الأول قد وضع يده على المنزل موضوع النزاع بنية تملكه منذ سنة ١٩٤٤ وحتى سنة ١٩٦٤ فإن النعى عليه بالفساد فى الاستدلال يكون غير مقبول.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٥٠ق س٣٤ ص١٨٨٠)

د- وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر يستقى منه دليله، ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعا لرقابة محكمة النقض ما دامت هذه العناصر مدونة فى حكمها وتفيد عقلا النتيجة التى استفادتها.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/١٨ الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ق س)

هـ- من المقرر قانونا - وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض - أنه يتعين على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد وهى أن يكون مقرونا بنية التملك مستمرا هادئا وظاهرا فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أن تحراها وتحقق من وجودها إلا أن قاضى الموضوع غير ملزم بأن يورد هذا البيان على وجه خاص فلا عليه إن لم يتناول كل ركن من هذه الأركان ببحث مستقل متى بان من مجموع ما أورده فى حكمه أنه تحراها وتحقق من وجودها.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ الطعن رقم ٤١١ لسنة ٤٦ق س٣١ ص-٢٠٢)

دخل فيها واستحوذ عليها، وسكنها أو أسكن فيها غيره بالإيجار مثلا فيسيطر عليها بواسطة المستأجر كما سيجئ. وإذا كان الشئ أرضا زراعية، احتلها وزرعها بنفسه أو بواسطة غيره من مزارع أو مستأجر(١) وإذا كان منقولا كسيارة أو كتاب، أحرز المنقول وجعله فى قبضته، وباشر عليه من الأعمال المادية ما يباشره المالك عادة. هذا كله إذا كان الحائز يستعمل حق الملكية على الشئ، فإذا كان يستعمل حقا آخر، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التى يقتضيها استعماله. فان كان ارتفاق مرور مثلا أو ارتفاق شرب، كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلا فى المكان المراد إستعمال الحق فيه، أو بأخذ المياه فعلا من مروى الجار(٢).

ولا بد، فى الفرض الذى نحن بصدده، من عمل مادى إيجابى يستحوذ به الحائز على الشئ. فلا يكفى مجرد التمكن من الاستحواذ، دون الاستحواذ فعلا. وقبل الاستحواذ الفعلى لا يمكن القول بأن العنصر المادى، وهو السيطرة المادية، قد تحقق(٣)(أ).

---

(١) ولكن مجرد أخذ أتربة أو سباخ من الأرض مرة أو أكثر لا يكفى لتحقق الحيازة (استئناف مصر ٨ يناير سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٧ ص٤٦٥ – استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٣٩٢). وكذلك لا يكفى لتحقق مجرد دفع الضرائب المستحقة على العقار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١٣٦).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ١٩٦ ص١٥٤.

(٣) ترولون فقرة ٢٥١ – بودرى وتيسييه فقرة ٢١٨.

(أ) أ– المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض والابهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٣ق)

ب– الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول والعقار بالتقادم، وان كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، وانما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشئ فى كل الأوقات دون انقطاع، وإنما يكفى أن يستعمله كما يستعمل المالك فى العادة، وعلى فترات متقاربة منتظمة.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١٧٥)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن رقم ٩٢٧ لسنة ٥٤ق س٢٩ ص٦-١٧) =

٢٦٠- كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالا من الغير - إحالة: وهنا نواجه فرضا يختلف عن الفرض السابق، فى أن الشخص لا يسيطر على الشئ إبتداء كما هو الأمر فى الفرض السابق، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذى له السيطرة المادية على الشئ ثم نقلها إليه. مثل ذلك أن يبيع شخص عقارا أو منقولا فى حيازته لشخص آخر، ويسلم الشئ المبيع إلى المشترى(1). ففى هذا المثل كانت السيطرة المادية على الشئ

= جـ- وضع اليد واقعة مادية تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اطرح دفاع الطاعنين لانتفاء الدليل عليه وأقام قضاءه على ما استخلصه سائغا من القرائن التى أوردها من أن المطعون ضده الأول قد وضع يده على المنزل موضوع النزاع بنية تملكه منذ سنة ١٩٤٤ وحتى سنة ١٩٦٤ فان النعى عليه بالفساد فى الاستدلال يكون غير مقبول.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢ س٣٤ ص١٨٨٠)

(1) أ- للمشترى باعتباره خلفا للبائع أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، ولما كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الموضوع باكتسابهما ملكية أطيان النزاع بالتقادم بالمدة الطويلة بضم مدة حيازة سلفهما البائع لهما - إلى مدة حيازتهما اللاحقة التى تستند إلى عقد البيع الابتدائى الصادر من هذا الأخير إليهما فى سنة ١٩٧٦، وكان الحكم المطعون فيه لم يتناول هذا الدفاع الجوهرى ولم يقسطه حقه من البحث والتمحيص وكان لا يغنيه عن ذلك استنادا إلى ما انتهى إليه الخبير المنتدب فى تقريره من عدم استيفاء حيازة الطاعنين لشرط المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم الطويل التى بدأت منذ سنة ١٩٨٠ لان هذا التقرير إذا اقتصر على بحث حيازة الطاعنين وحدهما دون تقصى حيازة البائع لهما والمالكين السابقين لأطيان النزاع الذين أشار إليهم الخبير فى تقريره توصلا لبيان مدى توافر شروطها المؤدية إلى اكتسابهما ملكية تلك الأطيان بالتقادم الطويل بضمهما إلى حيازتها المتولدة عن عقد البيع الابتدائى الصادر لهما فى سنة ١٩٧٦، فإنه لا يكون قد واجه دفاع الطاعنين فى هذا الصدد ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد عاره القصور المبطل بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٥ الطعن رقم ٢٤٨٣ لسنة ٥٩ق)

ب- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة عشر يوما يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتها عن الخمسة عشر عاما، ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدوء مقترنة بنية التملك بلا انقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضا.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٥٦ق)

جـ- لئن كان من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركا، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازه سلفه=

للبائع سواء كان مالكا للشئ أو غير مالك، ثم نقل هذه السيطرة إلى المشترى بتسليمه المبيع له. ولا يشترط فى هذا الفرض، كما اشترط فى الفرض السابق، الاستحواذ الفعلى على الشئ، بل يكفى مجرد التمكن من الاستحواذ. فإذا كان المبيع دارا، فانه يكفى لنقل السيطرة المادية على الدار للمشترى أن تسلم له مفاتيحها وسند الملكية، فتنتقل السيطرة المادية للمشترى بمجرد وضع الدار تحت تصرفه وتمكنه من تسلمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل(١). وإذا كان المبيع جواهر أو حليا، فان السيطرة المادية على المبيع تنتقل إلى المشترى بتسليمه مفتاح الصندوق أو الخزانة التى تحتوى على الجواهر أو الحلى، فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليها دون حاجة إلى الاستحواذ عليها بالفعل.

وسنبحث هذه المسألة فى تفصيل أوفى عند الكلام فى انتقال الحيازة، فنحيل هنا إلى ما سنذكره هناك(٢).

٢٦١ – السيطرة المادية بواسطة الغير – نص قانونى: تنص المادة ٩٥١ مدنى على ما يأتى:

١ – «تصح الحيازة بالوساطة، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة».

=لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف، إلا أنه لما كان من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة إلا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد إلى مدة حيازة سلفه.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٩ الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٦٧)

د– للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب إلا أنه على مدعى التملك فى هذه الحالة إذا أراد ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية.

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٦ الطعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص٦٩٠)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها أرض فضاء وليست من الأراضى التى لم يسبق الملك فيها لأحد، بل هى من الأراضى التى تلقيت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفى فى ثبوت وضع اليد عليها القيام، مع عدم المنازع، بانشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها. وإذن فالحكم الذى لا يكتفى فى ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر، بل يشترط تسويرها على الأقل، يكون حكماً مخطئاً فى تكييف وضع اليد ويتعين نقضه (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٢ ص٥٥٤).

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٧ وما بعدها.

٢- «وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فان كانت استمرارا لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها»(١).

ويخلص من هذا النص أن الأصل فى الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه، أى أنه يستعمل بنفسه استعمالا فعليا على الوجه الذى قدمناه الحق الخاضع لحيازته، سواء كان حق ملكية أو كان حقا آخر. ولكن يقع مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة (corpore aliens)، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية. ويجتمع عند الحائز فى هذه الحالة عنصرا

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- تقوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزماً أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة. ٢- وعند الشك يفترض أن الشخص قد حاز لنفسه، وأنه إذا استمر فى حيازته يبقى حائزاً لنفسه». وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على النحو الآتى «١- كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة، متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الواردة عليه الحيازة. ٢- وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فان كانت استمرار الحيازة سابقة على افتراض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها». وأصبح رقمها فى المشروع النهائى ١٠٢٦. ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٣. وفى لجنة مجلس الشيوخ دارت مناقشة طويلة فى ورود الحيازة على الشئ، وانقسمت الآراء. فرأى ذهب إلى وجوب بقاء هذه الحيازة لأن الحيازة قد ترد على الشئ دون الحق، ورأى قال بالحذف لأن الحيازة فى كل صورها تكون على الحق سواء كان حق انتفاع أو حق ملكية، وإذا كانت التشريعات الأجنبية تستعمل عبارة حيازة على الشئ فلأنها تجارى الرأى العام الذى يصرف الحيازة إلى الشئ. وقد لقى الرأى القائل بالحذف موافقة أغلبية اللجنة. وورد فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ: «حذفت من الفقرة الأولى عبارة: كما تصح الحيازة مباشرة تصح بالواسطة. واستعيض عنها بعبارة تصح الحيازة بالواسطة. وحذف عبارة: بالشئ أو بالحق الواردة عليه الحيازة. واستعيض عنها بعبارة: بهذه الحيازة، لأنها أدق فى الإعراب عن المقصود بالنص، فالمراد هو أن يأتمر الوسيط بأوامر الحائز بالأصالة فيما يتعلق بهذه الحيازة، لا فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة». وأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ٩٥١. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٣ - ص٤٥٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩١٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٥٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن الحكم يتفق مع القواعد العامة).

الحيازة: العنصر المعنوى وهو القصد وسيأتى بيانه ولا ينوب عنه فيه أحد، والعنصر المادى وهو السيطرة المادية ويباشرها بالوساطة. ومن ثم يبقى الحائز الأصلى هو الحائز، وتنتج الحيازة آثارها القانونية فى شخصه. أما الوسيط فى السيطرة المادية فليس بحائز، وليس لديه إلا السيطرة المادية، وهذه السيطرة أيضا لا يباشرها باسمه وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلى.

والأمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة. من ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية بواسطة خدمه وأتباعه وعماله ومستخدميه، فهؤلاء يستولون عادة على منقولات يحصلون عليها باسم مخدومهم أو متبوعهم فى أثناء تأدية أعمالهم، فتدخل فى حيازة المخدوم أو المتبوع ويباشر هذا السيطرة المادية على المنقولات بواسطة أتباعه. ويبقى عنده العنصر المعنوى للحيازة، ويكفى أن يكون قصدا عاما فى حيازة ما يستولى عليه الأتباع من المنقولات باسمه، حتى قبل أن يعلم باستيلائهم عليها. فيكون عنده العنصر المعنوى مباشرة وهو القصد، والعنصر المادى بالواسطة وهو السيطرة المادية(١).

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا حصل وكيل عنه على حيازة شئ اشتراه له مثلا فى حدود الوكالة، ما دام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشئ(1). وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى الشئ لنفسه وحازه لحسابه، فانه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازه لحساب الموكل. ويدخل الشئ فى حيازة الموكل حتى قبل أن يعلم هذا أن الوكيل قد حازه، بل قبل أن يعلم أن الوكيل قد اشتراه(٢). أما إذا خرج الوكيل عن

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص١٨٤ – ويدخل ضمن الأتباع سائق السيارة فهو يحوز السيارة حيازة مادية لحساب متبوعه ويحوز صاحب السيارة سيارته بواسطة السائق، وكذلك ناظر الزراعة ويجوز صاحب الأرض بواسطته الأرض الزراعية.

(٢) ويترتب على ذلك أن الموكل يعتبر حائزاً للشئ من وقت حيازة الوكيل له، ويبدأ من هذا الوقت سريان التقادم لصالح الموكل (بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص١٨٣– ص١٨٤)

(1) حيازة الوكيل لعقارات موكله التى تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل طالما أن الوكيل لم يدع أنه غير صفة حيازته بما تتغير به قانونا، ومن ثم يعتبر الأصيل مستمرا فى وضع يده حيازة الوكيل وتحسب له هذه المدة فى التقادم المكسب السارى لمصلحته، وإذا كان مجرد ثبوت أن الوكيل عن مورث الطاعنين – إبان وضع يده على عقار موكله – كان وكيلا أيضا عن المطعون عليه الذى ينازعهم فى ملكية هذا العقار، ليس من شأنه أن يؤدى بذاته إلى إسقاط مدة حيازة الوكيل للعقار محل النزاع نيابة عن مورث الطاعنين من مدة التقادم السارى لمصلحة هذا المورث، بل لا يكون هذا الإسقاط إلا إذا شاب حيازة المورث للعقار بواسطة وكيله عيب من العيوب التى تفقدها أثرها فى كسب الملكية بالتقادم وهى الاكراه والخفاء واللبس أو الغموض، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يكشف عن قيام أحد هذه العيوب حين رفض طلب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لاثبات تملكهم العقار محل النزاع بالتقادم المكسب الطويل المدة يكون قد انطوى على قصور وخطأ فى القانون.
(جلسة ١٩٦٣/٦/٦ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٨ ق س١٤ ص٧٩٢)

حدود الوكالة أو كان فضوليا، فان الشئ لا يدخل فى حيازة الموكل أو حيازة رب العمل إلا فى الوقت الذى يعلم فيه أن الوكيل أو الفضولى قد حاز الشئ ويقر فيه هذا العمل(١).

كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان قاصرا أو محجورا عليه وكان مميزا، فيباشر باسمه السيطرة المادية الولى أو الوصى أو القيم(٢).

ويباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان شخصا معنويا(1)، فيباشر باسمه السيطرة المادية المديرون أو الأشخاص الذين يفوضون فى ذلك(٣). وقد قضى بأن المجالس المحلية تباشر السيطرة المادية على الطرق العامة الداخلة فى حيازتها، لا بوساطة ممثليها فحسب، بل أيضا بوساطة الناس الذين يغدون ويروحون فى هذه الطرق والذين يستعملونها وفقا لما أعدت له(٤).

هذا ونص المادة ٩٥١ مدنى سالف الذكر مقصور على الوسيط الذى يباشر الحيازة باسم الحائز ويكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع فيأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة، كما هو الأمر فى الأمثلة التى قدمناها. أما إذا كان الوسيط يتمتع بشئ من حرية التصرف، كصاحب حق الانتفاع أو المستأجر، فانه لا يعتبر وسيطا بالمعنى الوارد فى المادة ٩٥١

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٧ ص١٨٢- ص١٨٣.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز للولى على القاصر أن يتمسك بوضع يد القاصر المدة الطويلة لأجل كسب الملكية. وأما تمسك الخصم بقول المادة ٧٦ مدنى (قديم) بأن يكون واضع اليد ظاهراً بنفسه وأن القاصر لا يمكنه أن يظهر بالانتفاع بالأطيان لإدارة حركتها لأنه هو نفسه محتاج للعناية بسبب أنه فاقد الأهلية التى تخوله معرفة الصالح لأموال من الضار بها، فمردود بأن ولى أمر هذا القاصر أو وصيه هو الذى يقوم بوضع اليد نيابة عنه (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص٤٥٧).

(٣) ولا يجوز لهؤلاء أن يكسبوا بالتقادم لمصلحتهم ملكية أموال الشخص المعنوى (بودرى وتيسييه فقرة ٣٠٧).

(٤) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٥-١-٢٤١- ٢٥ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ -١-١٦٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩.

(1) إذا كان البين من الأوراق أن مصلحة الأملاك إذا استلمت العقار بعد رسو مزاده على مصلحة الضرائب انما سلمته باعتبارها الجهة الحكومية التى تتولى إدارة أملاك الدولة، فانها فى وضع يدها عليه تقوم مقام مصلحة الضرائب وتكون العبرة بحسن أو سوء نية هذه المصلحة الأخيرة.
(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٥٠٨)

مدنى، بل هو حائز عرضى (possesseur à titre précaire) فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصيل فيما يتعلق بحقه هو. فهو يحوز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر(1)، ويحوز لحساب نفسه حق الانتفاع العينى أو حق المستأجر الشخصى. وسنعود إلى هذه المسألة فيما يأتى(١).

والسيطرة المادية بواسطة الغير(٢) لا تفترض، فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره، فيكون هو الحائز إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادى العنصر المعنوى. وعلى من يدعى أنه هو الذى يوجد عنده العنصر المعنوى، وأن الذى يباشر السيطرة المادية إنما يباشرها نيابة عنه، أن يثبت ذلك(٣). وإذا ما ثبت أن شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره، فانه يبقى مباشرا لها بهذه الصفة،

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٢٧٠- أما المادة ٩٥١ مدنى سالفة الذكر فهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ من التقنين المدنى الألمانى، وهذا نصها: «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شئ لحساب غيره، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل المخدوم أو فى صناعة المتبوع، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشئ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً». وقد تشبع التقنين الألمانى فى هذا النص بالنظرية المادية للحيازة، فجعل الحائز لحساب غيره فى الأصل حائزاً حيازة صحيحة، ثم استثنى من ذلك حيازة الخدم والعمال والأتباع وغيرهم ممن يأتمرون بأمر المخدوم أو المتبوع فجعل حيازتهم مجرد إحرازاً détention، وجعل الحيازة الصحيحة possession عند المخدوم أو المتبوع (أنظر ما يلى فقرة ٢٦٦ وفقرة ٢٦٧ وفقرة ٢٧٠).

(٢) وسنرى فيما يلى (أنظر فقرة ٢٦٩) أن العنصر المعنوى للحيازة، بخلاف العنصر المادى أى السيطرة المادية، يكون عند الحائز أصلا، ولا يباشره عنه غيره بالواسطة. وذلك ما لم يكن الشخص عديم التمييز، كالطفل غير المميز والمجنون، فيجوز أن يكسب الحيازة فى عنصريها المعنوى والمادى عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية، أى عن طريق الولى أو الوصى أو القيم (أنظر م٩٥٠ مدنى).

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص١٦٣.

(1) أ- حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل، فله أن يستند إليها عند الحاجة، فمتى ثبت وضع اليد الفعلى للمستأجر فان المؤجر يعتبر مستمرا فى وضع يده بالحيازة أن تؤدى إليه، والحيازة على هذا النحو ظاهرة لا خفاء فيها ولا غموض.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٩ الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٩٩٨)

ب- حيازة الحارس القضائى باعتباره وكيلا عن أصحاب الشأن فى دعوى الحراسة تنصرف إليهم بحيث يكون لهم دون غيرهم الاستناد إليها كسبب من اسباب كسب الملكية.

(جلسة ١٩٧٨/٥/٤ س٢٩ ص١١٧١)

جـ- حيازة النائب إنما هى حيازة بالواسطة وفقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدنى فأثرها ينصرف إلى الأصيل دون النائب.

(جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٤٩ق س٣١ ص١٢٠١)

ويفترض فيه أنه مستمر فى مباشرة السيطرة المادية بالوساطة عن غيره. فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه الأصل الذى تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية، وذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يدل فى وضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه(١). وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى كما رأينا: «وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فان كانت استمرارا لحيازة سابقة إفترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها». وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزا لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائزا لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره»(٢).

٢٦٢- السيطرة المادية على الشيوع: كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصا، هو المادة ١٤٠٢ من هذا المشروع، يجرى على الوجه الآتى: «إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا شائعا، أو حازوا جميعا حقا واحدا، جاز لكل منهم أن يقوم بالأعمال التى تترتب على حيازة الشئ أو الحق على ألا يحول ذلك دون قيام سائر الشركاء بما يجوز لهم من تلك الأعمال». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص: «كما تكون الملكية شائعة تكون الحيازة أيضا شائعة، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع. ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحيازة، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال». ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة «تجنبا للتفصيلات»(٣).

فالنص قد حذف إذن لأنه تطبيق تفصيلى للقواعد العامة، فحذفه لا يمنع من العمل به. والحائز على الشيوع يكون عنده العنصران المعنوى والمادى للحيازة، ولكنه فى العنصر المعنوى يقصد استعمال الحق شائعا مع غيره لا خالصا لنفسه، وفى العنصر المادى يباشر السيطرة المادية الشائعة مع غيره لا خالصة لنفسه. فيقوم بالأعمال المادية للحيازة، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوع معه هم أيضا بها. مثل ذلك دار يحوزها شخص على الشيوع مع شخص آخر، فيسكنان الدار معاً، ويؤجرانها معاً، وقد يقتسمانها فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية فيستقل كل منهما بسكنى طابق إذا كانت الدار تشتمل على طابقين، أو قسمة مهايأة زمانية فينتفع كل منهما بالدار مدة معينة على التعاقب.

---

(١) وهذا ما يسمى بتغيير صفة الحيازة interversion du titre (م٩٧٢ مدنى: أنظر ما يلى فقرة ٢٧٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٥.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٤ فى الهامش.

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

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أحد الشركاء فى الشيوع واضعاً يده على جزء معين تسهيلا لطريق الانتفاع، فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه فى المجموع، ويكون انتفاع بالباقى مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل فى المنفعة. وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له فى الحقوق فى الأرض. بل كل ماله – إن لم يعامل هذه المعاملة بالذات أو إذا أراد العدول عنها – أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع. فإذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع، فلهذا الشريك، فى سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من أحد شركائه، أن يرفع دعوى وضع اليد ضد المتعرض، والمشترى وشأنه فى اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة على حقوقه (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣١ ص٦٠). وقضت أيضاً بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز فيه، من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائزه على وجه التخصيص والانفراد. ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين. والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام. فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حد حصته مراعياً حصة غيره، كما إذا اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض. هذا إذا لم يكن المالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه، أما إذا كان للمالك يد على العقار، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح. لكن هذا الفرض ينتفى كما تنتفى مظنة التسامح من جانب المالك، إذا كان الغير الذى زحمه فى ملكه قد استطاع أن يحوز حصة شائعة فى عقاره استقرت على مناهضة حق المالك ومناقضته على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح، وعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساساً لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٧ ص٩٧). وقضت أخيراً بأن الحيازة فى عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشئ. ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة فى أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة، فان هذه الحصة يصح، على ما جرى به قضاء محكمة النقض، أن تكون محلا لأن يحوزها شخص على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص٣٠٦).

وانظر أيضاً نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤١ ص١٠٦– استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٣٥– ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٤١– ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٦٠– ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢٢٠– ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٠٤.

وهذا لا يمنع أحد الشريكين من أن يغير بعمل منه صفة الشيوع، إذا كان هذا العمل يدل فى وضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه(1). وعند ذلك تحمى حيازته بدعاوى الحيازة على أنها حيازة خالصة له لا شائعة، ويكسب الحق كله خالصا بالتقادم إذا توافرت شروطه(1).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب من ورثوا معه، فهو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون، وهى الظهور والهدوء والاستمرار ونية التملك. والبحث فى تحقق هذه الشرائط متروك لقاضى الدعوى لتعلقه بالموضوع، ولا شأن لمحكمة النقض معه إذا هو قد أقام قضاءه فى ذلك على ما يكفى لتبريره (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٠ رقم ٣٦). وقضت محكمة استئناف مصر بأن الشريك لا يمكنه أن يكسب بوضع اليد ملكية العين من غير أن يكون واضحاً من تصرفاته ما إذا كانت صادرة منه بصفته شريكاً أو مالكاً مستقلاً، فإذا تبين أن الشريك تجاوز حدود حقه واستغل العين باعتباره مالكاً لها بمفرده، كانفراده بالتصرف وجحوده حق شريكه بأى عمل من شأنه أن يقطع بنيته فى التملك على صورة واضحة غير مبهمة non équivoque، فانه يتملك العين لا محالة لانقطاع كل شك فى طبيعة وضع يده (استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٣٤ ص٩٨٨)- وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٠ رقم ٣٧ – استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٨٧ ص٦٠٤- ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٠-٣ ص٧٧٥.

(1) أ- الحصة الشائعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك بما يؤدى إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها بل فيما ينشأ عنها من غموض وابهام، فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فأنه يكتسب ملكيتها بالتقادم.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٤/٢ الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/٣/٢٥ الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/١٨ الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٦٦٥)

ب- ليس فى القانون – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ما يمنع الوارث من ان يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأن شخص أجنبى عن التركة يمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٥ لسنة ٥١ق)

=

والحيازة فى الشيوع هى، كما رأينا، حيازة يشترك فيها شخصان أو أكثر، كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه. ومن ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئا واحدا إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشيوع، أو على أساس أن كلا منهما يحوز جزءا مفرزا من هذا الشئ، أو على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشئ غير الحق الذى يحوزه الآخر فيحوز أحدهما مثلا حق الانتفاع والآخر حق الرقبة. أما أن يحوز كلا منهما الشئ كله خالصا لنفسه فهذا لا يجوز، لأن حيازة أحدهما للشئ كله خالصا له تمنع من حيازة الآخر لنفس الشئ على هذا النحو. فإذا اغتصب شخص من المالك أرضه، أصبح هو الحائز وحده للأرض. أما المالك فقد تجرد من الحيازة، مع استبقائه لحق الملكية حتى يكسبه الحائز هو أيضا بالتقادم(١). ولا يوجد إلا استثناء واحد من هذه القاعدة، هو أن يغتصب شخص الحيازة من شخص آخر فيصبح هو الحائز، ويجوز فى الوقت ذاته لمن فقد الحيازة أن يطلب فى خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه بدعوى استرداد الحيازة (م٩٥٨ مدنى). ففى هذه الحالة يعتبر كل من الحائز الفعلى والحائز الذى فقد الحيازة حائزا لنفس الشئ، دون أن يكونا حائزين على الشيوع. أما الحائز الفعلى فحيازته هى الحيازة الفعلية الواقعة، وأما من فقد الحيازة فحيازته تتمثل فى إمكان استرداد الحيازة التى فقدها فى خلال السنة فإذا ما استردها اعتبر كأنه لم يفقدها أبدا(٢).

٢٦٣ - استبقاء السيطرة المادية: ومتى تحققت السيطرة المادية لشخص على شئ، عقارا كان الشئ أو منقولا، فانها تبقى ما دامت لم تنقطع. فيستبقى الشخص السيطرة المادية على المنقول، ما دام في قبضة يده ولم يخرج من حوزته. ويستبقيها على العقار ما دام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد، حتى لو انقطع عن استعمال العقار فترات معينة، تطول أو تقصر، ويكفى استبقاء عنصر القصد لاستبقاء الحيازة (animo

---

= جـ- ليس فى القانون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة وأنما على ما تدعيه المطعون ضدها من أنها تملكت المنزل موضوع التداعى - والذى كان من بين تركة مورث الطرفين أصلا. بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن مدة التقادم المكسب خمسة عشر عاما يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ق س٣٠ج٢ ص٥٣٩)

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٨٢)

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٦.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢٠٦ ص١٦٩.

(retinetur poasessic) فما دام الشخص متمكنا من حيازة الشئ والسيطرة عليه سيطرة مادية، فانه يستبقى العنصر المادى ما دام محتفظا بالعنصر المعنوى أى بعنصر القصد (solo animo)(١). فإذا كان الشئ دارا وانقطع الحائز عن سكناها، أو أرضا وانقطع عن زراعتها، فانه يبقى مع ذلك محتفظا بعنصر السيطرة المادية على الدار أو على الأرض، ما دام يبقى متمكنا من العودة إلى سكنى الدار أو إلى زراعة الأرض. ولا تزول السيطرة المادية إلا إذا أصبح الشخص غير متمكن من ذلك، كأن إستولى شخص آخر على الدار أو الأرض ومضى على فقد الشخص الأول لحيازته أكثر من سنة، أو إلا إذا ترك الحائز الدار أو الأرض ففقد بذلك عنصر القصد. فانقطاع الشخص عن سكنى الدار مدة ولو طالت مع تمكنه من العودة إلى سكناها، وانقطاعه عن زراعة الأرض سنوات ولو تعددت مع تمكنه من العودة إلى زراعتها، قد يشوب الحيازة بعيب التقطع (discontinuité) فلا تنتج أثرها من حيث كسب الملكية بالتقادم كما سيجئ، ولكنه لا يجعل الشخص يفقد الحيازة فى ذاتها، بل يبقى محتفظا بعنصريها، عنصر السيطرة المادية الذى استبقاه بتمكنه من العودة إلى هذه السيطرة، وعنصر القصد الذى لا يضيعه إلا إذا كان الانقطاع قد دام مدة طويلة بحيث يستخلص من ذلك أن الشخص قد فقد هذا العنصر(٢).

وإذا بوشرت السيطرة المادية بالواسطة، فانها تبقى حتما لو تجرد الوسيط عن الحيازة أو مات أو أصبح عديم التمييز، ما دام أجنبى لم يستول على هذه السيطرة المادية(٣).

وقد يتوقف العنصران لعارض طارئ، كأن يفقد الحائز التمييز فيفقد عنصر القصد وعنصر السيطرة المادية معاً، ومع ذلك تستمر الحيازة باقية لا تنقطع ما دام النائب قانونا عن الحائز، من ولى أو وصى أو قيم، ناب عنه فى خلال وقت معقول فى استبقاء العنصرين، فيستبقى من فقد التمييز كلا العنصرين بالوساطة(٤).

ب- العنصر المعنوى - القصد

٢٦٤- كيف يتحقق عنصر القصد: يتحقق العنصر المعنوى، وهو عنصر القصد

---

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

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

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٠.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٢٢٩.

(animus)، فى النظرية التقليدية وهى النظرية الشخصية، بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق الذى يريد حيازته. وإلى جانب هذه النظرية الشخصية التى يمثلها سافينى، توجد النظرية المادية التى يمثلها إهرنج. وقد وقف التقنين المدنى المصرى الجديد موقفا معينا من هاتين النظريتين. ولا يعتبر استعمال الرخصة من المباحات ولا أعمال التسامح منطوية على عنصر القصد، فلا تقوم الحيازة على هذه الأعمال لانعدام العنصر المعنوى. وعنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا، فلا ينوب عنه غيره فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز ولا يعتبر عنصر القصد متوافرا عند الحائز العرضى (possesseur prècaire) وهو الحائز لحساب غيره، ما لم تتغير صفة الحيازة العارضة فينقلب الحائز العرضى إلى حائز لحساب نفسه.

هذه هى المسائل التى نبحثها فى خصوص العنصر المعنوى.

٢٦٥ – النظرية الشخصية فى عنصر القصد: هذه هى النظرية التقليدية فى الحيازة، وهى النظرية التى يأخذ بها التقنين المدنى الفرنسى والتقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه. وتذهب إلى أن للحيازة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادى، وإلى أنه لا تكفى لتحقق الحيازة السيطرة المادية (corpus) وهى العنصر المادى، بل يجب إلى جانب هذا العنصر المادى توافر عنصر معنوى وهو عنصر القصد (animus). والمقصود بعنصر القصد، فى هذه النظرية الشخصية، أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه. فإذا كان الحق هو حق الملكية – وهو يختلط كما قدمنا بالشئ ذاته طبقا للتقاليد الرومانية الموروثة – وجب أن يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه (animus domini)، فيتصرف فى الشئ تصرف الملاك، يستعمله ويستغله ويستهلكه كما يفعل المالك. وإذا كان الحق هو حق ارتفاق أو حق انتفاع، وجب أن يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه. فالقصد إذن هو نية الحائز فى أن يستعمل الحق لحساب نفسه (animus rem sibi habendi)، سواء كان حق ملكية أو حقا آخر. فالحائز لحساب غيره، كالمستأجر والمستعير والمودع عنده، لا يتوافر عنده عنصر القصد، إذ هو لا يستعمل الشئ لحساب نفسه، بل يستعمله لحساب المؤجر أو المعير أو المودع.

ولم يكن القانون الرومانى يتطلب توافر عنصر القصد بالمعنى المتقدم، بل كان يحمى الحيازة حيث تكون حمايتها نافعة، دون حاجة إلى توافر هذا العنصر[1].

---

(١) جيرار ص ٢٥٩ وص٢٦١– كيك فى المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسى والقوانين الأجنبية سنة ١٨٩٤ ص٥.

أما القانون الفرنسى القديم فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيازة، وقد أشار إليه فقهاء هذا القانون صراحة. بل إن أحدهم، وهو Dunod، استعمل التعبير الدال على ذلك، فذكر عبارة animus domini وعبارة animus rem sibi habendi، ولم يكن سافينى هو أول من استعمل هذه التعبيرات. وقد ذكر Domat قبل ذلك أن الحيازة الحقيقية هى إحراز الشخص الشئ على أساس أنه هو المالك له، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره، كالمستأجر وصاحب حق الإنتفاع، فانه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز، أما الحائز فهو هذا الغير الذى عنده قصد التصرف كمالك والذى يحرز الشئ بوساطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع(١). وقال Pothier فى هذا المعنى إنه لا ريجوز الخلط بين الحيازة الطبيعية (prosseion naturelle) وبين مجرد إحراز (détention) الشخص لشئ لحساب غيره وباسم هذا الغير كما هو شأن المستأجر والمودع عنده والمستعير. فاحراز هؤلاء الأشخاص للشئ المؤجر لهم أو المودع عندهم أو المعار إياهم ليس إلا مجرد إحراز (mera custodia)، لأنهم لا يحرزون الشئ لحسابهم، بل لحساب من أجر الشئ أو أودعه أو أعاره. والمؤجر أو المودع أو المعير هو الحائز، ويحرز الشئ عن طريقهم وبوساطتهم(٢).

وانتقل وجوب توافر عنصر القصد فى الحيازة من القانون الفرنسى القديم إلى التقنين المدنى القديم، ويتبين ذلك من الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين(٣). وأصبح الآن مقررا فى القانون الفرنسى أن العنصر المعنوى، وهو عنصر القصد، لابد من توافره لقيام الحيازة(٤). فلابد أن يكون عند الحائز نية استعمال الحق لحساب نفسه، فإذا انعدمت هذه النية لم تقم الحيازة. ولما كانت النية تتعلق بالشخص، فقد سميت هذه النظرية بالنظرية الشخصية. ونادى بها سافينى حتى أنها عرفت باسمه، فعنده أن عنصر القصد هذا هو العنصر الجوهرى فى الحيازة، وهو الذى يقلب مجرد السيطرة المادية إلى حيازة صحيحة تنتج آثارها. أما من يحرز الشئ لحساب الغير فلا يتوافر عنده عنصر قصد الحيازة لحساب

---

(١) دوما فى القوانين المدنية الكتاب الثالث الباب السابع.

(٢) بوتييه فى الحيازة.

(٣) أنظر Lorré ١٦ ص٥٥٨ وص٥٦١.

(٤) وليس من الضرورى أن يتوافر عنصر القصد بالنسبة إلى شئ بالذات، بل يكفى أن يتوافر قصد عام إلى حيازة الأشياء التى اتخذت تدابير خاصة لحيازتها. فيعتبر الشخص حائزاً للمراسلات التى أودعت فى صندوق بريده، حتى قبل أن يعلم أن هذه المراسلات قد أودعت فى صندوق البريد (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص١٦٣ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٦٥ ص٩١٤).

نفسه (animus domini)، وليس لديه إلا نية الإحراز لحساب الغير (animus detinendi)[1].

٢٦٦ – النظرية المادية فى عنصر القصد: وقد عارض إهرنج، بما سماه النظرية المادية (théorie objective) فى القصد، النظرية الشخصية (théorie subjective) التى عرفت باسم سافينى فيما قدمناه. فعند إهرنج[2] ليس عنصر القصد عنصرا مستقلا عن عنصر السيطرة المادية، بل إن هذا العنصر الثانى يتضمن ضرورة العنصر الأول. فالسيطرة المادية هى الحيازة بذاتها، وإذا كانت هناك إرادة أو نية أو قصد فى الحيازة، فليست هذه الإرادة أو القصد إلا فى الأعمال المادية التى يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته، إذ أن هذه الأعمال يجب أن تكون إعمالا إرادية قصدية. فالنائم لا يحوز ما يلقى فى يده فى أثناء نومه، والسجين لا يحوز ما يقيده من الأغلال. وكذلك عديم التمييز لا يستطيع حيازة شئ بنفسه لأنه لا إرادة له، والأعمال المادية التى يقوم بها تكون أعمالا غير إرادية. وهو لا يحوز إلا بوساطة الغير، فينوب عنه الولى أو الوصى أو القيم فى الأعمال الإرادية التى تتحقق بها الحيازة. وكل من يسيطر على شئ سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصدية يكون حائزا له، سواء كان يحوز الشئ لحساب نفسه أو لحساب الغير. فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزا، لأنه يسيطر على الشئ سيطرة مادية وينتفع به. ولا يمنع من أن يكون حائزا أنه لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر أو المعير، إذ أن إهرنج لا يشترط فى الحيازة عنصر القصد بالمعنى المفهوم فى النظرية الشخصية. وقد رأينا أن عنصر القصد فى النظرية الشخصية معناه أن يحوز الشخص لحساب نفسه، أما عنصر القصد فى النظرية المادية فمعناه كما قدمنا أن تكون الأعمال المادية التى يسيطر بها الشخص على الشئ أعمالا إرادية قصدية، سواء كان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره[3] ويقول إهرنج إن هذا كان هو الحكم فى القانون الرومانى، فلم يكن هذا القانون يشترط فى الحيازة عنصر القصد بالمعنى الذى تقول به النظرية الشخصية، وكان الحائز لحساب غيره كالحائز لحساب نفسه

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٦ ص١٦١– ص١٦٢.

(٢) أنظر إهرنج فى دور الإرادة فى الحيازة (ترجمة Meulenaere) – وفى الحيازة نظرية مبسطة فى متناول جميع الناس (أعمال مختارة ترجمة Meulenaere جزء ٢ ص٢١٥ وما بعدها)– وانظر أيضاً Cornil فى الحيازة ص٣٠ وما بعدها وص٧٠ وما بعدها.

(٣) وقد يختار تشريع معين أن يحمى حيازة الشخص لحساب نفسه دون أن يحمى حيازة الشخص لحساب غيره، ولكن ذلك لا يمنع فى نظر إهرنج من أن الحيازة تتحقق فى كل من الغرضين، وتكون حيازة الشخص لحساب غيره حيازة صحيحة ولكنها حيازة لا يحميها القانون (بودرى وتيسييه فقرة ١٩٩ مكررة أولا).

كل منهما يعتبر حائزا. ولم يكن القانون الرومانى يميز بين السيطرة المادية (détenion) والحيازة (pssession)، فالسيطرة المادية عنده هى الحيازة ولو كانت لحساب الغير. وكان القانون الرومانى يحمى الحيازة بهذا المعنى حيث تكون حمايتها نافعة(١)، فتارة يحمى الحائز لحساب الغير إذا كان يتمتع فى حيازته بشئ من حرية التصرف، وتارة لا يحميه إذا كان فى حيازته مجرد تابع لا يصدر إلا عن رأى متبوعه وطبقا للتعليمات التى يتلقاها منه كما هو شأن الخادم والعامل والرسول.

ويذهب إهرنج، تبعا لذلك، إلى أن الذى يميز الحيازة (possession) عن مجرد الإحراز (détention) ليس هو وجود قصد الحائز فى أن يحوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية، فان وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيازة، وقد يحوز الشخص لحساب غيره ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح. ولكن قد يحرز الشخص شيئا ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير يحوز الشئ باسمه ولحسابه، فيكون هذا العنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيازة الصحيحة (causa possessione) فتنقلب إلى مجرد إحراز (causa détentionis). أما حيث لا يكشف القاضى عن هذا العامل السلبى الذى يستبعد الحيازة، فقد وجب عليه أن يعتبر الحيازة قائمة لمجرد قيام مظهر خارجى محسوس من السيطرة المادية، وتكون هذه السيطرة المادية هى الحيازة ذاتها، ومن ثم سمى إهرنج نظريته بالنظرية المادية.

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

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٥.

(٢) وقد تأثرت التقنينات الجرمانية بالنظرية المادية للحيازة تأثراً بعيداً، بل هى قد أخذت بها فى نصوص صريحة. ففى التقنين المدنى الألمانى تعرف الحيازة بأنها السيطرة الفعلية Pouvoir de fait على الشئ (م٨٣٤ مدنى ألمانى)، فكل من له هذه السيطرة الفعلية يكون حائزاً، حتى لو كان حائزاً لحساب غيره كصاحب حق الانتفاع والدائن المرتهن رهن حيازة والمستأجر والمودع عنده. ثم تنص المادة ٨٦٨ من هذا التقنين على أنه «إذا حاز شخص شيئاً بصفته صاحب حق انتفاع أو دائناً مرتهناً رهن حيازة أو مزارعاً لها ومستأجراً أو مودعاً عنده، أو حازه بأية صفة مماثلة أخرى تجعل له الحق أو تلزمه نحو الغير بأن يحوزه حيازة مؤقتة، فان هذا الغير يعتبر هو أيضاً حائزاً للشئ». ويميز التقنين المدنى الألمانى، كما تميز النظرية المادية، الحيازة (posesion) عن مجرد الإحراز (détention). فقد يحوز الشخص شيئاً ويكون فى إحرازه إياه مجرد أداة فى يد الغير، فيكون ذلك عاملا سلبياً يستبعد الحيازة الصحيحة فتكون مجرد إحراز. وتنص المادة ٨٥٥ من هذا التقنين فى هذا المعنى، كما رأينا =

٢٦٧ - موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من النظريتين الشخصية والمادية: الآن وقد استعرضنا النظريتين الشخصية والمادية فى العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد، نقف قليلا لنتعرف ما هو موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من هاتين النظريتين(١).

=(أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ فى الهامش) على أنه «إذا باشر شخص السيطرة المادية على شئ لحساب غيره، بسبب الوظيفة التى يؤديها فى منزل المخدوم أو صناعة المتبوع، أو بسبب أى مركز آخر مماثل يلزمه أن يأتمر بالأوامر التى يتلقاها من المتبوع فى شأن هذا الشئ، فالمتبوع وحده هو الذى يعتبر حائزاً». وأخذ التقنين المدنى السويسرى هو أيضاً بالنظرية المادية. فنص فى المادة ٩١٩ منه على أن «من له السيطرة الفعلية على الشئ تكون له حيازته». ونص فى المادة ٩٢٠ منه على أنه «إذا سلم الحائز الشئ للغير، ليوليه عليه حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حقاً شخصياً، فكل من الاثنين يكون حائزاً للشئ». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين السويسرى: «إن الذى يعنى المشرع هو الحيازة فى ذاتها مجردة عن أية صفة أخرى غير تلك التى تستمد من الواقعة المادية التى أوجدت الحيازة. وما زاد على ذلك لا يعنى المشرع ونية الحائز مسألة تخرج عن نطاق القانون» (Huber: التقنين المدنى السويسرى - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص٦٩٤ وص١٩٥) ويختلف التقنين المدنى السويسرى عن التقنين المدنى الألمانى فى أمرين هامين: (الأمر الأول) أن التقنين السويسرى يقرر فى نصوص صريحة جواز حيازة الحقوق الشخصية، فترد الحيازة على الحق الشخصى ورودها على الحق العينى. (والأمر الثانى) أن التقنين السويسرى لا يفرق، كما فرق التقنين الألمانى، بين حيازة الشخص لحساب نفسه كحيازة المستأجر وحيازة التابع لحساب متبوعة كحيازة الخدم والأتباع. ولا يعتبر، كما اعتبر التقنين الألمانى، الحيازة الأولى حيازة صحيحة (posession) والحيازة الأخرى مجرد إحراز (détention). بل كل من الحيازتين فى نظر التقنين السويسرى حيازة صحيحة، وما دامت هناك سيطرة مادية على الشئ فهذه السيطرة تكون حيازة جديرة بأن تحميها دعاوى الحيازة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص١٦٤- ص١٦٥).

أنظر فى الدفاع عن النظرية الشخصية فى وجه النظرية المادية وفى وجوب استبقاء عنصر القصد فى الحيازة: بودرى وتيسييه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً- وانظر فى أن النظرية المادية، وإن كانت تفضل فى مجموعها النظرية الشخصية، تنطوى على كثير من الصعوبات فى التطبيق، وفى أنه يجب على كل حال توسيع النظرية الشخصية حتى تتسنى حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة: بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص١٦٥- ص١٦٦.

(١) والذى يذهب إليه جمهور الفقهاء فى مصر هو أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ، كالتقنين المدنى السابق، بالنظرية الشخصية (أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص١٢٥- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص٤٩٩- ص٥٠٢- إسماعيل غانم ص١٠١- ص١٠٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٢ ص٣٧٧ - ص٣٧٩ - حسن كيرة ص٨٥- رمزى سيف الوجيز فى المرافعات طبعة ١٩٥٧ فقرة ١٣٩ وفقرة ١٥٦- أحمد أبو الوفا فى المرافعات طبعة ١٩٥٥ فقرة ١١٤- أحمد مسلم فى أصول المرافعات طبعة ١٩٥٩ فقرة ٣٠٦- فقرة ٣٠٧). وهناك من يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بالنظرية المادية للحيازة، فيجتمى الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة كما يحتمى بها الحائز لحساب نفسه (عبد المنعم الشرقاوى فى المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٦ فقرة ٥٩). وهناك أخيراً من يذهب إلى أن التقنين المدنى الجديد لم ينحز إلى جانب أى من النظريتين، بل اتخذ موقفاً وسطاً بينهما (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٤٢).

لاشك فى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد أخذ مبدئيا بالنظرية الشخصية، ولكنه وسعها بأن استعار من النظرية المادية أهم نتائجها وهى امتداد الحيازة إلى الحقوق الشخصية وعدم اقتصارها على الحقوق العينية. ورتب على هذه النتيجة أهم تطبيق عملى، وهو اعتبار المستأجر حائزا لحقه الشخصى، وحمى حيازته هذه بجميع دعاوى الحيازة(١). وللتدليل على ما ذكرناه نقدم ما يأتى:

أولا- كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا، هو المادة ١٣٩٨ منه، يعرف الحيازة على الوجه الآتى: «الحيازة وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق». وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى(٢) نجد أن هذا النص مقتبس من المادتين ٩١٩ و٩٢٠ من التقنين المدنى السويسرى، وهما مادتان متأثرتان(٣). والعبارة الأخيرة الواردة فى نص المشروع التمهيدى، وهى «أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق»، قصد بها استعمال أى حق، سواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا، جريا على نهج نصوص التقنين المدنى السويسرى سالفة الذكر. ويقطع فى ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص المادة ١٣٩٨ المشار إليها: «الحيازة هى سيطرة فعلية على شئ أو حق. فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية(٤)». فالمادة ١٣٩٨ من المشروع التمهيدى قد مدت إذن الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم تقصرها على الحقوق العينية، متأثرة فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة التى تأثرت بها نصوص التقنين المدنى السويسرى، ما فى ذلك من ريب(٥). ولكن

---

(١) وقد كان توسع المشروع التمهيدى فى الحيازة على هذا النحو، واستمداده هذا التوسع من النظرية المادية، هو القدر المقبول الذى يحقق التوازن ما بين النظريتين الشخصية والمادية، ويأخذ من كل منهما بالقسط الصالح، وهو ما يميل الفقه الفرنسى إلى الأخذ به (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٧ ص١٦٥- ص١٦٦ - وانظر آنفاً فقرة ٢٦٦ فى آخرها فى الهامش).

(٢) أنظر مشروع تنقيح القانون المدنى - مذكرة إيضاحية الجزء الرابع ص٢١٧.

(٣) أنظر آنفاً ص٨٠٧ هامش٢.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٠.

(٥) ومما يقطع فى أن المشروع التمهيدى قد أراد أن يمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية أن مشروع المادة ٩٦٤ مدنى كان يشتمل على فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى «وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية، شخصياً كان أو عينياً، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق. ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٣- ٤٨٤). ولاشك فى أن هذا النص، لو استبقى، لكان يصبح دليلا قاطعاً على أن الحيازة، كما تتناول الحقوق=

يبدو أن المشروع التمهيدى لم يرد أن يعتنق النظرية المادية اعتناقا تاما وأن يهجر النظرية الشخصية، فان المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع، بعد أن ذكرت أن الحيازة تمتد إلى الحقوق الشخصية وعددت شروط الحيازة، قالت ما يأتى: «وللحيازة، بعد توافر شروطها، عنصران عنصر مادى هو السيطرة المادية، وعنصر معنوى هو نية استعمال حق من الحقوق(١)». وفى هذا القول إشارة واضحة إلى النظرية الشخصية، وتعريف للعنصر المعنوى للحيازة على النحو الذى تعرفه به هذه النظرية(٢).

ثانيا- بقى المشروع التمهيدى متأثرا بالنظرية المادية فى الحيازة، فاعتبر الحيازة لحساب الغير كحيازة المستأجر حيازة صحيحة (possession) كما تقضى بذلك النظرية المادية، ولم يعتبرها مجرد إحراز (détention) كما تقضى بذلك النظرية الشخصية. ولم يستثن من ذلك إلا حيازة الخدم والعمال والأتباع الذين يأتمرون بأوامر مخدوميهم ومتبوعيهم، فاعتبر هذه الحيازة مجرد إحراز وهذا ما تقضى به النظرية المادية فى الحيازة كما رأينا(٣). وقد نصت المادة ١/١٤٠١ من المشروع التمهيدى، وهى مقتبسة من المادة ٨٥٥ مدنى ألمانى المتأثرة بالنظرية المادية على هذا الحكم فيما يأتى: «لا تدوم الحيازة حتى لو باشرها باسم الحائز شخص آخر، وكان منه بمكان التابع بحيث يكون ملزما أن يمتثل لأوامره فيما يتعلق بالشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة». وقد أشير فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى المقابلة ما بين الخادم والمستأجر، فالمستأجر بخلاف الخادم يحوز حقه الشخصى لحساب نفسه، وقد ورد فى هذا الصدد: «ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر، ويحوز للمالك حق الملكية»(٤).

=العينية، تتناول أيضاً الحقوق الشخصية. وهو على كل حال لم يحذف إلا اكتفاء بالقواعد العامة، فلم ترد لجنة مجلس الشيوخ بحذفه أن ترفض ما رود فيه من الأحكام.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥١.

(٢) ويقطع فى استبقاء المشروع التمهيدى لعنصر القصد فى الحيازة أن المشروع التمهيدى للمادة ٩٦٣ مدنى جرى على الوجه الآتى: «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شئ واحد، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة». وهذا النص يقرر فى وضوح أن الحيازة المادية المجردة من عنصر القصد ليست إلا قرينة على الحيازة القانونية المقترنة بعنصر القصد، فتكون الحيازة إذن مشتملة على عنصرين، عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد. وقد استبقى هذا النص بعد تعديلات لفظية غير ذات بال، فى التقنين المدنى الجديد كما سنرى (أنظر ما يلى ص٨١٥ هامش٢)، واستبقاؤه دليل على أن الحيازة المادية فى هذا التقنين ليست إلا مجرد قرينة على الحيازة القانونية أى الحيازة المقترنة بعنصر القصد.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٦.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٥.

ثالثا- وأبلغ أثر للنظرية المادية فى المشروع التمهيدى هو ترتيب هذا المشروع على إعتبار حيازة المستأجر حيازة صحيحة (posseion) لا مجرد إحراز (détention) نتيجته المنطقية، وهى حماية حيازة المستأجر لحقه الشخصى بجميع دعاوى الحيازة. فظهر بوضوح أن المشروع التمهيدى قد مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية، أخذا فى ذلك بالنظرية المادية للحيازة. وقد نصت المادة ١/٧٧٤ من المشروع في هذا الخصوص على ما يأتى: «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادى إذا صدر من أجنبى، ما دام المتعرض لا يدعى حقا، وهذا دون إخلال بما للمستأجر من حق فى أن يقاضى باسمه المتعرض مطالبا بالتعويض، وبما له من حق فى أن يرفع اسمه جميع دعاوى وضع اليد»(١).

ويستخلص مما قدمناه أن المشروع التمهيدى قد مزج ما بين النظريتين الشخصية والمادية للحيازة، فاستبقى من النظرية الشخصية العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق، وأخذ من النظرية المادية التوسع فى نطاق الحيازة ومدها إلى الحقوق الشخصية وعدم قصرها على الحقوق العينية. فعل بقيت الحال على ما كانت عليه فى المشروع التمهيدى عندما أصبح هذا المشروع تقنينا مدنيا وتشريعا معمولا به؟ لننظر ماذا صارت إليه النصوص الثلاثة التى أسلفنا ذكرها فى المشروع التمهيدى، لنرى هل بقيت على حالها فى التقنين المدنى الجديد، فنستخلص من ذلك موقف هذا التقنين من النظريتين الشخصية والمادية:

١- ففيما يتعلق بالنص الأول (م١٣٩٨ من المشروع التمهيدى)، وهو النص الخاص بتعريف الحيازة، سار النص فى مراحله التشريعية حتى وصل إلى لجنة مجلس الشيوخ، فلقى اعتراضا «لأنه تعريف ناقص، وينقصه ركن التملك إذا تناول الحيازة المادية فقط، وترك الحيازة بنية التملك. وقد أشار هذا الاعتراض مناقشة طويلة، رؤى بعدها حذف النص لأن ذلك أنسب من الوجهة التشريعية». وقررت اللجنة حذف النص «اكتفاء بالتعريف المقرر للحيازة فى الفقه»، وورد فى تقريرها: «رأت اللجنة حذف هذه المادة لأنها تتضمن تعريفا تغلب عليه الصبغة الفقهية»(٢). ويخلص من ذلك أن مناقشة أعضاء اللجنة كانت تدور حول عدم ذكر العنصر المعنوى وهو نية التملك فى التعريف، إذ كان التعريف لا يذكر إلا السيطرة المادية أى العنصر المادى، فكان أقرب إلى الأخذ بالنظرية المادية. ولما طالت المناقشة، ولم يتغلب رأى على آخر، لا الرأى المتشبع بالنظرية الشخصية تشبعا تاما ولا الرأى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص٥١٥.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٨- ص٤٤٩ فى الهامش - وانظر آنفاً فقرة ٢٥١.

الذى يميل إلى الأخذ بالنظرية المادية، حذف النص وترك الأمر للفقه يقول رأيه فيه. وعلى ذلك لا يعتبر حذف هذا النص دليلا على استبقاء النظرية الشخصية فى الحيازة، ولا هو دليل على الأخذ بالنظرية المادية، بل إن الأمر فى ذلك متروك الفقه.

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

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٣- ص٤٥٦.

(٢) أنظر محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤- ويبدو أنه يعتقد أن النظرية المادية لا تقول بحيازة الحق وإنما تقول بحيازة الشئ، والذى يقول بحيازة الحق هو النظرية الشخصية. فهو يقرر، للتدليل على صحة نظره من أن التقنين المدنى الجديد لم يأخذ بالنظرية المادية لأنه جعل الحيازة فى جميع صورها لا ترد إلا على الحقوق، ما يأتى: «وأبلغ من ذلك فى الدلالة على صحة نظرنا، إذا احتاج النهار إلى دليل، أن المادة ٩٥٢ التى تتكلم عن انتقال الحيازة، أضيفت إليها فى لجنة المراجعة عبارة مؤداها أن الحيازة تنتقل بمجرد تغيير نية الحائز، وهى: ولو لم يكن هناك تسلم مادى. كما صرحت لجنة المشروع المدنى لمجلس الشيوخ على أن تحذف من مشروع هذا النص كلمة الشئ التى وردت فيه قبل كلمة الحق، حرصاً منها على اتساق خطتها السابقة التى تجعل الحيازة فى كل صورها لا ترد إلا على الحقوق» (محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٤ ص١٢٤). والصحيح أن لجنة مجلس الشيوخ، كما بينا فى المتن، اعتبرت أن حيازة الشئ ليست إلا حيازة حق الملكية فى هذا الشئ، فالحيازة إذن لا تقع على الشئ وإنما تقع على الحق. فحذفت كلمة الشئ مكتفية بكلمة الحق لهذا السبب، لا لأنها أرادت أن تتحاشى الأخذ بالنظرية المادية. ولا شك فى أن كلا من النظريتين الشخصية والمادية تقول بحيازة الشئ وبحيازة الحق، لا فرق بينهما فى ذلك. والتقنينان المدنيان الألمانى والسويسرى، وهما التقنينان اللذان أخذا بالنظرية المادية فى نصوص صريحة، كما يقولان بحيازة الشئ يقولان أيضاً بحيازة الحق. ففى التقنين المدنى الألمانى تجوز حيازة حق الارتفاق (م١٠٢٩)، كما تجوز حيازة حق الانتفاع وحق رهن الحيازة وحق المستأجر وحق المودع لديه (م٨٦٨). وفى التقنين المدنى السويسرى تجوز حيازة حق الارتفاق وحق رهن الحيازة، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية (م٩٢٠). والذى يميز بين =

المشروع التمهيدى كما هو – فيما عدا بعض تعديلات لفظية – فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ٩٥١ منه، أن هذا التقنين قد أخذ بالنظرية المادية فيما يتعلق بالتمييز فى الحيازة لحساب الغير بين الحيازة بالمعنى الصحيح (possession) كحيازة صاحب حق الانتفاع وحيازة المستأجر، وبين مجرد الإحراز المادى (détention) كحيازة الخدم والأتباع. ونرى من ذلك أن التقنين المدنى الجديد قد يبقى يحمل آثار النظرية المادية فى الأخذ ببعض مبادئها.

٣– وفيما يتعلق بنص المادة ١/٧٧٤ من المشروع التمهيدى، وهى الخاصة بحق المستأجر وأن حيازته تحمى بجميع دعاوى الحيازة، استبقى النص كما هو – فيما عدا بعض تعديلات لفظية أجرتها لجنة المراجعة – فى التقنين المدنى الجديد فى المادة ١/٥٧٥ منه. ويستخلص من بقاء هذا النص فى التقنين المدنى الجديد أن هذا التقنين قد أخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية، حيث أعطى للمستأجر جميع دعاوى الحيازة لحماية حيازته، فمد بذلك الحيازة إلى الحقوق الشخصية ولم يقصرها على الحقوق العينية، وقد تأثر فى ذلك تأثرا ظاهرا بالنظرية المادية(١)(1).

=النظرية الشخصية والنظرية المادية هو تفسير عنصر القصد أو النية. فتبرزه النظرية الأولى وتشترط أن تكون نية الحائز هى أن يجوز لحساب نفسه، فالحائز لحساب غيره هو حائز عرضى، ولا تعتبر حيازته حيازة صحيحة بل هى مجرد إحراز مادى لا تحميه دعاوى الحيازة. أما النظرية المادية فتدمج عنصر النية فى عنصر الحيازة المادية على الوجه الذى سبق بيانه، وتجعل حيازة الحائز لحساب غيره حيازة صحيحة تحميها دعاوى الحيازة، ما لم يكن الحائز خادماً أو تابعاً فتجعل الحيازة الصحيحة فى هذه الحالة عند المخدوم أو المتبوع. وكذلك التقنين المدنى الفرنسى، وهو التقنين الذى أخذ بالنظرية الشخصية، يقول بحيازة الشئ، وبحيازة الحق، وقد نص على ذلك صراحة فى المادة ٢٢٢٨ منه كما هو معروف.

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٦ فقرة ٢٧١ وفقرة ٢٨٢ .

(1) أ– من المقرر وفقا لنص المادة ١/٥٧٥ من القانون المدنى أنه يجوز للمستأجر رغم أن حيازته حيازة مادية فحسب أن يرفع جميع دعاوى الحيازة سواء كان تعرض الغير له تعرضا ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانونى، ومن ثم فإن إقامة دعوى الحيازة من المستأجر، والاشارة فيها إلى صفته هذه للتدليل بها على حقه فى رفع الدعوى لا يعد من قبيل الاستناد إلى أصل الحق الذى يسقط ادعاؤه بالحيازة وفقا لنص المادة ١/٤٤ مرافعات.

(جلسة ١٩٩٠/١/١٠ الطعن رقم ٢٥٧٣ لسنة ٥٥ق)

ب– الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هى الحيازة المادية بشروطها القانونية فلا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها، فإذا وجدت المحكمة أن الحيازة المادية بشرائطها القانونية ثابتة كان كافيا لبناء الحكم عليه.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٥٠ق) =

ويستخلص من كل ما تقدم أن التقنين المدنى الجديد، ولو أنه أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية فأوجب لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوى وهو عنصر القصد أى نية استعمال حق من الحقوق»(١) قد تأثر تأثرا كبيرا بالنظرية المادية. فمد الحيازة، أخذا بهذه النظرية، إلى الحقوق الشخصية، ولم يقصرها على الحقوق العينية كما قصرتها النظرية الشخصية. وأخذ بأهم تطبيق عملى للنظرية المادية، إذ حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة فى المادة ١/٥٧٥ منه، فأقر بذلك حيازة الشخص لحساب غيره وجعلها حماية بالمعنى الصحيح (possession) تحمى بجميع دعاوى الحيازة. وميز فى الوقت ذاته، فى الحيازة لحساب الغير، بين الحيازة بالمعنى الصحيح كحيازة المستأجر، ومجرد الإحراز المادى

=جـ- لمحكمة الموضوع أن تستدل على توافر وضع اليد من الأدلة المقدمة إليها من مستندات أو من أى تحقيق قضائى أو ادارى أو من شهادة شاهد لم يؤدى اليمين أمامها.

(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٩٣ لسنة ٤٩ق)

د- إذ كان المشرع قد قصد بالمادة ٣٧٩ عقوبات أن يحمى حائز العقار من اعتداء الغير على هذه الحيازة ولو كانت لا تستند إلى حق متى كانت معتبرة قانونا فإذا دخل شخص عقارا وبقى فيه مدة من الزمن طالت أو قصرت بحيث يصبح فى القانون حائزا للعقار فان حيازته تكون واجبا احترامها ولا سبيل إلى رفع يده بغير حكم قضائى، وامتناع مثل هذا الحائز من الخروج من العقار لا يصح فى القانون اعتباره تعديل على حيازة الغير بل هو منه عدم تفريط فى حيازته التى اكتسبها ومن ثم يكفى أن تستظهر المحكمة للقضاء بالبراءة أن للمتهم حيازة فعليه صالحة على العقار دون ما حاجة لبحث سنده فى وضع يده.

(جلسة ١٩٨٢/٥/٣١ الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٦٢٢)

هـ- مناط قبول دعوى الحيازة أن تكون لرافعها حيازة مادية على العقار وقت فقدها لأنها تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد ولا يشترط لقبولها توافر نية التملك عند واضع اليد أو وضعها لمدة سنة سابقة على التعرض بل يجوز رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحيازة ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية تجعل يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب.

(جلسة ١٩٨١/١١/٢٤ الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤٨ق)

(جلسة ١٩٨١/١/١ الطعنان رقما ٢٥، ٢٨ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٢٠٢)

(١) ويدل على ذلك أن المادة ٩٦٣ مدنى قابلت ما بين الحيازة المشتملة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية، حين نصت على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معينة». انظر فى هذا المعنى أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص١٢٣- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٨٧ ص٥٠١.

(détention) كما هو الأمر فى حيازة الخدم والأتباع لحساب مخدوميهم ومتبوعيهم، وذلك فى المادة ٩٥١ منه، وقد أخذ فى ذلك بالنظرية المادية(١).

٢٦٨ – انتفاء عنصر القصد فى إتيان الرخصة من المباحات وفى أعمال التسامح نص قانونى: تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنى على ما يأتى:

«لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح»(٢).

---

(١) وإذا كانت محكمة النقض قد قضت بأنه يجب توافر نية التملك لمن يبتغى حماية يده بدعاوى الحيازة فلا تكفى حيازة عرضية، أما ما أباحه القانون المدنى فى المادة ٥٧٥ للمستأجر وهو حائز عرضى من رفع دعاوى الحيازة فانما جاء استثناء من الأصل لا تطبيقاً لمبدأ عام، وذلك لمركز المستأجر من اعتبار خاص دون سائر الحائزين العرضيين كالحارس والمرتهن حيازياً والمودع لديه (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ ص٥١٧– وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩ ص٦٠١)، فان حكمها هذا يستوقف النظر. ذلك بأن المستأجر لا تحميه دعاوى الحيازة فى حق الملكية، لأنه حائز عرضى بالنسبة إلى هذا الحق. وإنما تحميه هذه الدعاوى فى حقه كمستأجر، لأنه فيه حائز أصيل. فهو إذن لم يجئ استثناء من الأصل كما تقول محكمة النقض، بل جاء تطبيقاً للمبدأ العام الذى يقضى بحماية الحائز الأصيل دون الحائز العرضى. وكذلك يجب أن يعامل المرتهن حيازة، فهو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية فلا تحمى حيازته لهذا الحق وهو حائز أصيل بالنسبة إلى حق الرهن فيحمى باعتباره حائزاً لهذا الحق.

ومهما يكن من أمر هذا الجدل، فان العبرة بالحلول العملية التى أوردها المشرع، فهى التى يجب الوقوف عندها، دون إغراق فى الاهتمام بالعبارات والتقسيمات) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ١٩٩ مكررة سادساً ص١٦٣).

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١/١٣٩٩ فى المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه رخصة، أو عمل يتحمله الشخص على سبيل التسامح». وفى لجنة المراجعة عدل النص تعديلا مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد تحت رقم ١/١٠٢٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢١–١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٨– ص٤٥١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م١/٩٠٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م١/٩٥٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م٢/١١٤٥: ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه. وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة. (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

وهذا النص يميز بين عملين: (١) عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات. (٢) وعمل يتحمله الغير على سبيل التسامح. ويشترك العملان فى أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف فى العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلف عنصريها معاً، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف فى العمل الثانى فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصريها.

والعمل الذى يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات (acte de pure faculté) هو عمل يكون للشخص الحرية التامة فى أن يأتيه أو لا يأتيه، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه. فهو إذن فى إتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح. بل إن العمل محض رخصة يأتيها، فلا هو فى إتيانها حاز حقا لأحد ولو مجرد حيازة مادية، ولا هو من باب أولى توافر عنده عنصر قصد استعمال حق لأحد، ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة لتخلف عنصريها كما سبق القول. من ذلك أن يقيم شخص حائطا على حدود ملكه يفصل بينه وبين جاره ويفتح فى هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه، فهو فى فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات لم يقصد بها الاعتداء على حق لأحد ولم يقع بها فعلا أى اعتداء على حق لأحد. فلا تقوم له حيازة فى هذه الحالة ولا يكسب حقا قبل الجار، ويجوز للجار حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر أن يقيم حائطا فى حدود ملكه يسد به المنور، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم[1]. ومثل آخر للرخصة يأتيها الشخص فلا تقوم له حيازة ولا يكسب حقا أن يفتح مطلا مستوفيا لقيد المسافة، فهو في ذلك إنما يستعمل رخصة فى حدودها القانونية. ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطا فى حدود ملكه دون أن يبعد عن هذه الحدود بالمسافة القانونية،، لأن صاحب المطل لم يكسب حقا قبل جاره بفتحه المطل إذ هو لم يأت فى ذلك إلا برخصة من المباحات[2]. ولكن الجار لا يستطيع أن يفتح فى الحائط الذى أقامه

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٨١– وانظر استئناف مصر ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٣٠ ص١٢٧ – ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٧ ص٣٢٢– طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص١٦٩– نقض فرنسى ٣ مارس سنة ١٩٣١ جازيت دى باليه ١٩٣١– ١– ٦٥٩– بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٧ ص٢١٥– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٢ ص٩٤٢.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المطل لا يعتبر ارتفاقاً للعقار المطل على العقار المطل عليه متى كان مفتوحاً على المسافة القانونية، أما فتح المطل على أقل من المسافة القانونية فهو أصلا من التصرفات التى يملكها كل مالك فى ملكه، له نفعه وعليه خطره. ولابد، لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق =

فى حدود ملكه مطلا لأنه لا يكون فى حدود المسافة القانونية، وعليه إذا أراد فتح مطل فى هذا الحائط أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية، أو أن يقتصر على فتح منور إذا أقام الحائط فى حدود ملكه[1]. ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة على إتيان رخصة من المباحثات أن الشخص يأتى رخصة، أى يقوم بعمل إيجابى، ولكن هذا العمل لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقا بالتقادم كما قدمنا. وهناك صورة عكس ذلك، ممتنع فيها الشخص عن إتيان رخصة من المباحثات، أى يقوم بعمل سلبى. وفى هذه الحالة لا تكون بصدد عدم كسب حق عن طريق التقادم المكسب، بل تكون بصدد عدم سقوط حق

=ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم، من انتفاء مظنة العفو والفضل من جانب صاحب العقار المجاور، وانتفاء شبهة الاقتصار فى الانتفاع بالمطل على القدر الذى تركه فاتحه من ملكه بينه وبين جاره. وهذه الشبهة وتلك المظنة تتأكدان بإقامة سور فاصل بين الملكين، ومن شأنه الحد من مجال النظر من المطل. فإذا فتح المالك فى ملكه نوافذ على أقل من المسافة القانونية مع وجود سور للجار يقابلها، فانه، مهما يكن فى هذا السور من فجوات تسمح بمد النظر على ملك الجار، إنما يكون مخاطراً فى فتحه هذه النوافذ، من جهة قصور عمله هذا فى الدلالة على معنى التعدى (empiètement) الذى هو شرط لازم لنشوء حالة وضع اليد بالمعنى القانونى على حق ارتفاق بالمطل يراد كسبه بمضى المدة على ملك الغير، ومن جهة أخرى لوضوح الدلالة المستفادة من قيام السور على عدم تهاون صاحبه فى أن تطل على ملكه تلك النوافذ وعلى احتفاظه بحقه فى البناء على نهاية ملكه فى كل وقت. ولا يرد على ذلك بأن صاحب السور بتراخيه فى ترميمه وسد فجواته قد أسقط حقه فى هذا الترميم، وأنه مكن الجار بامتناعه عن إجرائه من كسب حق عليه، إذ حق المالك فى ترميم ملكه لا يسقط بعدم الاستعمال، ولا يتقيد صاحبه فيه بغير اتفاق صريح (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص١٣١)- وانظر أيضاً نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجلة التشريع والقضاء ٥ رقم ٦٥ ص١٣٧- اسكندرية الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٩٦ ص٥٩٢- طنطا الكلية ٢٨ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص١٦٩- مصر الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٣ رقم ٣٣٧ ص١٢٥٤.

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨- وانظر نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٤٤ ص١٣١- ٢ فبراير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٣٨٩ ص٨٤١- ولا يوجد فى مصر حق مسيل بالنسبة إلى المياه التى تنحدر بفعل الطبيعة من الأراضى المرتفعة، كمياه الأمطار. فإذا تحمل صاحب الأرض المنخفضة مسيل هذه المياه على سبيل التسامح، لم يكسب صاحب الأرض المرتفعة حق ارتفاق بالمسيل ولو بقيت المياه تسيل فى الأرض المنخفضة خمس عشرة سنة أو أكثر. وإذا انتفع صاحب الأرض المنخفضة بالمياه التى تسيل فى أرضه، فان هذا عمل يعد رخصة من المباحات يأتيها دون أن يكسب بها حقاً. فلو بقى ينتفع بهذه المياه خمس عشرة سنة أو أكثر، وأراد صاحب الأرض المرتفعة بعد انقضاء هذه المدة أن يمنع عنه هذه المياه، بأن يقيم مثلا سداً يحول دون سيلها فى الأرض المنخفضة، فليس لصاحب الأرض المنخفضة أن يتمسك بأنه كسب حق ارتفاق لأنه ظل ينتفع بالمياه خمس عشرة سنة، فهو فى انتفاعه بهذه المياه إنما أتى كما قدمنا برخصة من المباحات لا يكسب بها حقاً (بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٧).

عن طريق التقادم المسقط. مثل ذلك أن يكون لمالك الأرض حق البناء عليها وأن يعلى بناءه كما يشاء فى الحدود التى ترسمها اللوائح والقوانين، فهذه رخصة لمالك الأرض له ألا يأتيها، فإذا هو لم يقم على أرضه بناء وتركها فضاء مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، فان رخصته فى البناء لا تسقط بالتقادم المسقط، ويستطيع أن يقيم بناءه على أرضه فى أى وقت شاء. ولا يستطيع جاره أن يحتج بأنه بقى ينتفع بمجاورته لأرض فضاء لا تحول دون الرؤية إلى مدى واسع مدة خمس عشرة سنة، وبأنه كسب حق ارتفاق على جاره بعدم البناء (servitude non aedificandi, non altius tollendi) على هذا النحو. ومثل ذلك أيضا أن لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، فهذه رخصة، للجار ألا يأتيها مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، ولا تسقط رخصته فى طلب وضع الحدود بانقضاء هذه المدة، وتبقى دعوى تعيين الحدود غير قابلة للسقوط بالتقادم(١). ومثل ذلك أخيرا أن للجار الذى لم يساهم فى نفقات تعلية الحائط المشترك أن يصبح شريكا فى الجزء المعلى (م٨١٦ مدنى) فهذه أيضا رخصة للجار ألا يأتيها، فإذا هو لم يأتها وانقضت على التعلية مدة خمس عشرة سنة أو أكثر، لم تسقط رخصته فى أن يطلب الاشتراك فى الجزء المعلى ولو بعد انقضاء هذه المدة(٢). ففى هذه الأمثلة وغيرها(٣) لسنا فى صدد إتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة ولا يكسب حقا بالتقادم كما فى الأمثلة المتقدمة، بل نحن فى صدد عدم إتيان رخصة من المباحات والرخصة إذا لم تستعمل لا تسقط بالتقادم(٤).

وننتقل الآن إلى الأعمال التى يتحملها الغير على سبيل التسامح (actes de simple tolérance). وهذه الأعمال، بخلاف إتيان الرخص من المباحات، تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير، ففيها إذن اعتداء على هذا الحق. ولكن صاحب الحق لا يحمل هذه الحيازة المادية على محمل الاعتداء، بل يتحملها على سبيل التسامح. وكذلك من يقوم بهذه الحيازة المادية يتجرد من عنصر القصد، فهو لا يقصد استعمال الحق بل يقتصر على القيام بعمل مادى رخص له فيه صاحبه ولو ترخيصا ضمنيا وتسامح

---

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٤٥٨ ص٧٤٣.

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٦٠٨ ص١٠٠١.

(٣) وذلك كحق الشريك فى طلب قسمة المال الشائع فهذه رخصة، وحق الجار فى طلب حق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى أو حق المسيل عندما تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فهذه كلها رخص للشخص أن يستعملها أو ألا يستعملها، وهى لا تسقط بالتقادم إذا لم تستعمل.

(٤) بودرى وتايسييه فقرة ١٦١– فقرة ١٧٤ وفقرة ٢٧٩ – فقرة ٢٨١.

معه فيه، حفاظا منه على حسن العشرة ومراعاة لحسن الجوار. فتكون الحيازة هنا قد تجردت من أحد عنصريها وهو عنصر القصد، فقام العنصر المادى وتخلف العنصر المعنوى[1]، فهى إذن لا تقوم[2]. مثل ذلك أن يختار صاحب الأرض المحبوسة ممرا له، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى بل فى عقار آخر، أو أن تكون الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ولكن صاحبها يمر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر. فإذا بقى صاحب الأرض فى هاتين الحالتين يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمس عشرة سنة، فانه يكسب بالتقادم حق ارتفاق بالمرور فى الأرض التى يبقى يمر فيها طول هذه المدة. وذلك ما لم يثبت أن مرور صاحب الأرض كان على سبيل التسامح ولم يكن عند هذا الأخير قصد استعمال حق ارتفاق بالمرور، فعند ذلك تكون حيازته لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد، فلا يكسب أى حق[3]. ومثل ذلك أيضا أن يفتح الجار مطلا أو منورا فى الحائط المشترك ويبقى المطل أو المنور مفتوحا المدة اللازمة للتقادم، فإن الجار يكسب حق ارتفاق بالمطل أو بالمنور فى الحائط المشترك. وذلك ما لم يكن جاره الشريك فى الحائط قد تركه يفتح المطل أو المنور على سبيل التسامح، فعند ذلك تكون حيازة المطل أو المنور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد، فلا يكسب الجار أى حق[4]. ومثل ذلك أيضا أن يقيم الجار على حدود ملكه حائطا يفتح فيها مطلا على أرض الجار وهى أرض فضاء، فيغلب أن يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المطل على سبيل التسامح، لأن فتح المطل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلا

---

(١) إسماعيل غانم ص١٠٥.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت الأرض موضوع النزاع من أراضى المبانى، وكان مدعى وضع اليد عليها لم ينتفع بها أكثر من أنه شغلها بسيارات وحدائد وغير ذلك من أدوات ورشته الملاصقة لها، فالانتفاع على هذه الصورة غير حائز للصفات الكافية للإعلام بنية تملكها، إذ أنه من قبيل الأفعال التى تحمل على التسامح المتعارف بين الملاك المتجاورين فلا تكسب أحدهم حقاً قبل الأخر مهما طال الزمن عليها (استئناف مصر ٢٠ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٤ ص٦٩). وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص٩٤٠.

(٣) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص١٦٧ - الوسيط ٨ فقرة ٤٧١ ص٧٧١ - ص٧٧٢. وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعدية، لا مجرد رخصة ولا عملا يقبل على سبيل التسامح. فمن كان يمر بأرض جاره، وقد رخص له الجار فى ذلك لا على أن له حق ارتفاق، لا يعتبر حائزا لحق المرور (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٠).

(٤) انظر الوسيط فقرة ٦٠٣ ص٩٩٦.

عليها. وعلى ذلك يكون الجار الذى فتح المطل وتسامح له جاره فى ذلك لم يحز حق المطل إلا حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل على جاره ولو بقى المطل مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر(١). ومثل ذلك أخيرا أن يترك الجار مواشى جاره ترعى فى أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب الجار صاحب المواشى حق ارتفاق ويجوز منعه فى أى وقت من رعى مواشيه فى أرض الجار(٢)، أو أن يترك الجار طريقا خاصا لا يستعمله يمر فيه جاره على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الجار لا حق ملكية ولا حق ارتفاق بالتقادم، أو أن يترك الجار لجاره مخزنا مهجورا يضع فيه أمتعته على سبيل التسامح فلا يكسب هذا الأخير ملكية المخزن بالتقادم. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح، فلا تكسب هذه الأعمال لا حق ملكية ولا حق ارتفاق(٣). وقد يدق الأمر، فيتلمس القاضى أية علامة مادية تنم عن نية التسامح عند

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ومن فتح مطلا على أرض فضاء لجاره، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه ما دامت أرضه فضاء، لا يعتبر حائزا لحق المطل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٠). وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى كافة مراحل التقاضى بأن المطلات المشار إليها فى طعنه لا يمكن أن تكسب حق ارتفاق المطل لأنها مفتوحة على أرض فضاء ومتروكة عن طريق التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا، وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه، فإنه يكون قد شابه قصور يبطله فى هذا الخصوص (نقض مدنى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص٤٥٠ رقم ٣٥).

(٢) أو أن تقيم البلدية فى أرضه، عند حصد المحصول، سوقا، فلا تكسب البلدية حق انتفاع، لأن صاحب الأرض إنما ترك البلدية تقيم السوق على سبيل التسامح (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦-١-٣١- بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٢ ص٢٢٠- بلانيول وريبير وبيكار - ٣ فقرة ٩٦١ ص٩٤٠).

(٣) ولا رقابة على محكمة الموضوع فى تقريرها، متى كان هذا التقرير مبنياً على أسباب سائغة. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا استنتجت المحكمة من علاقة الابن بأبيه أن انتفاع الأب بملك ابنه كان من قبيل التسامح، وأن يده بناء على ذلك يد عارضة لا تكسب الملكية بمضى المدة، فلا رقابة عليها لمحكمة النقض، لكون ذلك من التقديرات الموضوعية التى لا شأن لمحكمة النقض بها ما دامت مبنية على ما يسوغها (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص٥٣١). وقضت أيضاً بأنه إذا استنتجت المحكمة من الوقائع أن انتفاع واضع اليد إنما كان مبناه التسامح الذى يحدث بين الجيران، فذلك لا يخرج عن حدود سلطتها، ولا رقابة عليها فيه لمحكمة النقض (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٦ رقم ٣). ويلاحظ أن الجوار فى ذاته سبب سائغ لتسامح الجار مع جاره ولو لم نقل بأن =

الجار، كأن يحيط الطريق الذى يمر فيه جاره بسياج يدل على نيته فى الاحتفاظ بطريقه، ولو فتح فى هذا السياج بابا يمر منه جاره فيكون هذا المرور على سبيل التسامح(١).

ويجوز أن تنقلب الأعمال التى يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات، أو التى يقوم بها على سبيل التسامح من الجار، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصرا الحيازة المادى والمعنوى. فتتغير صفة هذه الأعمال، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة وتنتج آثارها. ويتحقق ذلك بأن يأتى الجار الذى يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادى يعتبر معارضة لحق المالك، ويشعره بأنه إنما يحوز حقا وأنه يقصد استعماله، فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصر المادى والعنصر المعنوى، وتنتج آثارها القانونية. فيعمد مثلا صاحب الأرض المنخفضة الذى يتلقى ماء المطر من الأرض المرتفعة ويباشر رخصة الانتفاع بها إلى وضع مواسير فى الأرض المرتفعة تنتقل منها المياه إليه، فيدل بذلك على نيته أنه لا يباشر رخصة وإنما يستعمل حقا، وتصبح حيازته حيازة صحيحة كاملة، وإذا استمر هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة فانه يكسب حق ارتفاق على الأرض المرتفعة. أو يعمد الجار الذى يمر فى أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف الطريق الذى يمر فيه أو إلى تعبيده إذا لم يكن معبدا، وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده، مما يقطع فى أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة الكاملة التى توافر فيها عنصرها المادى وعنصرها المعنوى، فإذا استمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار، فان الحيازة تنتج أثرها ويكسب الحائز حق ارتفاق بالمرور فى الطريق أو حق ملكية الطريق ذاتها بحسب الأحوال. ولهذا نظير فى الحيازة العرضية،

=أعمال التسامح لا تجعل للجار حقاً، لتشدد كل جار مع جاره، ولمنعه من إتيان أعمال فى ملكه لا ضرر عليه منها، خشية أن يكسب الجار حقاً على ملك جاره (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص٩٤١).

والرأى الراجح أن التسامح لا يعتد به إلا بالنسبة إلى الشخص الذى صدر منه التسامح، فإذا باشر شخص حق ارتفاق على أرض جاره عن طريق تسامح الجار، فحق الارتفاق لا ينفذ فى حق هذا الجار، ولكنه ينفذ فى حق الغير (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣١ وهامش ١٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص٩٤١- نقض فرنسى ٦ مارس سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٥-١-٥٠٧- ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٧ سيريه ٩٠-١-٣٩٩- وانظر عكس ذلك جيوار فقرة ٤٩٢- لوران ٣٢ فقرة ٢٩٧- بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٤).

(١) نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩-١-٢٢٩- ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ -١- ٢٩٧- بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٥ ص٢٢١.

فسنرى أن هذه الحيازة تنقلب إلى حيازة صحيحة غير عرضية إذا تغيرت صفة الحيازة بفعل يعتبر معارضة لحق المالك (م٢/٩٧٢ مدنى)(١).

٢٦٩ - عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصيا فلا تجوز النيابة فيه إلا إذا كان الحائز عديم التمييز - نص قانونى: تنص المادة ٩٥٠ مدنى على ما يأتى:

«يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية»(٢).

وقد قدمنا(٣) أن العنصر المادى للحيازة، أى السيطرة المادية، تجوز مباشرتها بواسطة الغير، كالخادم والتابع والحائز العرضى. أما العنصر المعنوى للحيازة وهو عنصر القصد، فهو بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته بالواسطة، بل يجب أن يكون موجودا عند الحائز نفسه شخصيا. فلا يجوز أن يكون عنصر القصد عند غير الحائز، ولا يصح أن يحوز شخص حقا ويكون قصد استعمال هذا الحق موجودا عند غيره، لأن القصد أمر شخصى فلابد أن يوجد عند شخص الحائز.

ومع ذلك إذا كان الحائز عديم التمييز(٤)، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه غير

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٧٢ - وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦١ ص٩٤١.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة، بعد تعديل لفظى، تحت رقم ١٠٢٥ فى المشروع النهائى وأعادة مجلس النواب إلى ما كان عليه فى المشروع التمهيدى تحت رقم ١٠٢٢، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٢ - ص٤٥٣).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩٠٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٥٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٤) أما إذا كان الحائز مميزاً، كالصبى المميز والمحجور عليه لسفه، فانه يجوز أن يتوافر عنده شخصياً عنصر القصد، إذ لا يشترط فى توافر عنصر القصد كمال الأهلية، بل يكفى التمييز (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧٢ ص٤٥٧). لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى تشترط الأهلية (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٠ ص١٤٠). وعنصر القصد، أى نية التملك، من مسائل الواقع، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على=

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

٢٧٠- الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير: والحيازة العرضية (possession précaire) ليست حيازة صحيحة، لأن من يحوز الحق حيازة عرضية لا يحوزه لحساب نفسه، بل يحوزه لحساب غيره. فعنصر القصد، أى قصد الشخص استعمال الحق لحساب نفسه، غير موجود عند الحائز العرضى، بل هو موجود عند الغير الذى يستعمل الحق باسمه. فهذا الغير هو الحائز، يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه، ويباشر عنصر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضى. فمالك الشئ مثلا يحوزه عادة، أى يجمع بين عنصرى الحيازة، فيسيطر على الشئ سيطرة مادية بقصد استعمال حق الملكية فيه لحساب نفسه. وقد ينقل السيطرة المادية على الشئ لحائز عرضى، كتابع أو وكيل أو صاحب حق انتفاع أو دائن مرتهن رهن حيازة أو مستأجر أو مستعير أو مودع عنه. ويبقى محتفظا بعنصر القصد، أى قصد استعمال حق الملكية، ولكن عنصر السيطرة المادية ينتقل إلى الحائز العرضى، فيكون المالك حائزا للشئ بواسطة الحائز العرضى (corpore alieno). والذى يميز الحائز العرضى أن حيازته للشئ حيازة مادية محضة، وأنه يحوزه لحساب غيره، وأنه يلتزم برده للمالك. وهذا الالتزام بالرد (obligation de restitution) هو الذى يحدد مركز الحائز العرضى، وهو الذى يجعل حيازته حيازة مادية محضة (détention) أى حيازة عرضية. فالحائز العرضى (prossesseur précaire) إذن هو كل شخص انتقلت إليه من الحائز السيطرة المادية على الشئ يباشرها باسم الحائز ولحسابه، وذلك بموجب عقد كما هى الحال فى التابع والوكيل والمستأجر والمستعير وصاحب حق الانتفاع والمرتهن

=نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض، ما دامت هذه العناصر مدونة فى حكمها وتفيد تلك النتيجة التى استفادتها (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٦ رقم٩).

(١) انظر آنفاً ص٨٠٦- وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٤٩- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٢ ص٩٤٦ - مازو فقرة ١٤٣١ مارتى ورينو فقرة ١٨ ص٢٦- حسن كيرة ص٩٤.

رهن حيازة وغيرهم ممن يرتبطون بعقد مع الحائز، أو بحكم القضاء أو القانون لتأدية مهمة معينة كما هى الحال فى الحارس وأمين التفليسة ومصفى التركة ومصفى الشركة بعد حلها والوصى والقيم والوكيل عن الغائب. وينشأ الالتزام بالرد من العقد أو من القانون بحسب الأحوال[1]. والحائزون العرضيون فريقان:

(الفريق الأول) الحائزون العرضيون الذين ينزلون من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع، فيأتمرون بأوامره ويلتزمون تعليماته وليست لهم أية حرية فى التصرف. وقد قدمنا[2] أن المادة ٩٥١ مدنى، وتنص الفقرة الأولى منها على أن «تصح الحيازة بالوساطة، متى كان الوسيط يباشرهم باسم الحائز، وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة»، مقصورة على هؤلاء. ورأينا[3] أن هذا الفريق الأول يشمل الخدم والعمال والمستخدمين وسائر الأتباع كالطاهى والسائق وناظر الزراعة، والوكيل ما دام يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيازة الشئ الذى اشتراه فى حدود الوكالة[4]، والولى والوصى والقيم إذا كان القاصر أو المحجور عليه مميزا، والمدير أو المفوض من الشخص المعنوى فى حيازة ماله، وبوجه عام كل شخص يباشر السيطرة المادية على الشئ لحساب غيره ويكون تابعا يأتمر فى هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه.

(والفريق الثانى) الحائزون العرضيون الذين يحوزون لحساب غيرهم، ولكنهم لا يعتبرون أتباعا للحائز الأصلى بل يبقى لهم شئ من حرية التصرف فى حيازتهم. ويدخل ضمن هؤلاء صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى، وصاحب حق الحكر، والدائن المرتهن رهن حيازة، والمستأجر والمزارع، والمستعير، والحارس والمودع عنده[5].

---

(١) فالحيازة العرضية إذن هى مركز يتفق مع القانون، بخلاف الحيازة غير العرضية فانها مركز قد يتفق مع القانون كما فى حيازة المالك لما يملكه، وقد يخالفه كما فى حيازة اللص للشئ الذى يسرقه وحيازة المغتصب للشئ الذى يغتصبه. والحائز العرضى إنما يحوز الشئ حيازة مادية بناء على سند قانونى صحيح، إما لأنه تعاقد مع الحائز، أو لأن القانون يفرض عليه مهمة معينة تستوجب انتقال الحيازة المادية إليه. ولكن هذا السند القانونى الصحيح هو نفسه الذى يجعل الحيازة حيازة عرضية، لأنه يتضمن اعتراف الحائز العرضى بأنه يحوز الشئ لحساب غيره وبأنه ملتزم برده لهذا الغير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٠).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٤) أنظر نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١١١ ص٧٩٢.

(٥) أما البائع الذى لم يسلم المبيع إلى المشترى واستبقاه فى حيازته، وعارض حق المشترى معارضة يستخلص منها أنه قصد استبقاء الحيازة لحساب نفسه، فانه لا يعتبر حائزاً عرضياً بل حائزاً أصيلا، =

فهؤلاء يتفقون مع الفريق الأول فى أنهم مثله يحوزون لحساب غيرهم، فهم جميعا حائزون عرضيون[1]. ولكنهم يختلفون عن الفريق الأول فى أنهم لا يقتصرون على حيازة الشئ مجرد حيازة مادية (détention)، بل هم يجمعون إلى هذه الحيازة المادية حيازة صحيحة كاملة (possession) لحق عينى أو حق شخصى يحوزونه لحساب أنفسهم. ويتوافر عندهم بالنسبة إلى هذا الحق عنصرا الحيازة، السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب أنفسهم، فهو إذن لا يعتبرون حائزين عرضيين لهذا الحق، بل هم حائزون أصليون. ويصدق هذا على الأقل على صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وصاحب حق

=ويجوز أن يتملك المبيع بالتقادم الطويل. ولا يمنعه من ذلك ضمانه للتعرض إذا سقطت دعوى الضمان بالتقادم. أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٤ فقرة ٢٣١. وقد قضت محكمة النقض بأنه التزام البائع بضمان عدم التعرض التزام أبدى يتولد من عقد البيع ولو لم يشهر، فيمتنع على البائع التعرض للمشترى لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض. وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته، فيمتنع عليهم مثله منازعة المشترى فيما كسبه من حقوق بموجب عقد البيع، إلا إذا توافرت لديهم أو لدى مورثهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص١٢٣). وانظر أيضاً نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ ص٦٩- ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٢ رقم ٢٨٥ ص١١٢١- ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص٦١٤ - ٢١ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص٣٥٥- ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ ص٣٩٨- استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٣٢- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص١٤- أول يونيه سنة ١٩٤٣ م١٥ ص١٧٢- وانظر فى هذا الرأى فى الفقه: لوران ٣٢ فقرة ٣١٤- هيك ١٤ فقرة ٣٧٣- بودرى وتيسييه فقرة ٣٠٦- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٣- حسن كيرة ص٩٥- وانظر من الرأى العكسى: كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ٢ فقرة ٥٦٧ - الهلالى وحامد زكى فى البيع فقرة ٣٤١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣ ص٥٤٠ هامش٣.

(١) ولكن يشترط أن يكون الحائز العرضى حائزاً فعلا للحق وله السيطرة المادية عليه، فلا يكفى مثلا صدور عقد إيجار للمستأجر لجعله حائزاً عرضياً إذا كان لم يستول فعلا على العين المؤجرة. وقد قضت محكمة النقض بأن تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف هو عمل من الأعمال القانونية، وهو لا يكفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان، بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلى على هذا الجزء. فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصاً آخر غير مستأجر تلك الأطيان هو واضع اليد مادياً على الجزء المتنازع عليه، وأنه لم يكن يدفع عنه إيجاراً لناظر الوقف ولا للمستأجر منه، فان القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون التثبت من وضع اليد الفعلى هو استدلال غير سائغ قانوناً، إذ العبرة بوضع اليد الفعلى لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة (نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص٣٢٥).

السكنى، وصاحب حق الحكر(1)، والدائن المرتهن رهن حيازة، والمستأجر والمزارع. فكل من هؤلاء يعتبر حائزا عرضيا للشئ بالنسبة إلى حق الملكية فيه، إذ يحوز هذا الحق لحساب المالك لا لحساب نفسه، ولا يباشر فيه إلا السيطرة المادية نيابة عن المالك(١). والحائز لحق الملكية هو المالك وحده، فهو الذى يوجد عنده عنصر القصد، ويباشر السيطرة المادية بوساطتهم(٢). أما بالنسبة إلى الحق العينى من حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق حكر أو حق رهن حيازى، أو بالنسبة إلى الحق الشخصى من حق المستأجر أو حق المزارع، فان كلا منهم يحوز الحق الذى يباشره لحساب نفسه لا لحساب المالك، ويجمع فيه بين عنصرى الحيازة عنصر السيطرة المادية وعنصر القصد، فيعتبر حائزاً حيازة صحيحة كاملة لهذا الحق، ويستطيع أن يلجأ فى حماية حيازته هذه إلى جميع دعاوى الحيازة. بل إن الحيازة بالنسبة إلى هذا الحق تنتج آثارها كاملة، فيجوز لمن يحوز حقا عينيا منهم أن يتملك هذا الحق بالتقادم، كما يجوز أن يتملك الحق العينى العقارى بالتقادم القصير إذا كان حسن النية، وإذا كان الحق العينى منقولا تملكه بالحيازة المقترنة بحسن النية(٣).

ولما كنا هنا فى صدد الحيازة العرضية، فتقتصر عليها لنبين أحكامها، ويستوى فى هذه الأحكام الفريقان الأول والثانى السابق ذكرهما. ونترك جانبا الحيازة الأصلية لصاحب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل، فلهذا أن يستند إليها عند الحاجة. وإذن فمتى ثبتت الحيازة للمستأجر فى مواجهة المتعرضين له، وردت إليه بحكم نهائى، فان المؤجر يعتبر مستمراً فى وضع يده مدة الحيازة التى لمستأجره (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ رقم ١٠).

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

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٠٤- فقرة ٣٠٤ مكررة- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦١ ص١٧٧ هامش ٣- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٦٤ ص٩٤٩.

(1) من مقتضى عقد الحكر أن للمحتكر إقامة ما يشاء من المبانى على الأرض المحتكرة وله حق القرار ببنائه حتى ينتهى حق الحكر، كما ان له أن يحدث فى المبانى زيادة وتعديلا، وله ملكية ما أحدثه من بناء ملكا تاما يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر، وينتقل عنه هذا الحق إلى ورثته، ولكنه فى كل هذا تكون حيازته للأرض المحتكرة حيازة وقتية لا تكسبه الملك إلا إذا حصل تغيير فى سبب حيازته يزيل عنها صفة الوقتية، ولا يكفى فى ذلك مجرد تغيير الحائز الوقتى لنيته بل يجب أن يقترن تغيير النية بفعل ايجابى ظاهر يجابه به مالك الحق بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على ان ذا اليد الوقتية مزمع إنكار الملكية على صاحبها والاستئثار بها دونه.
(جلسة ١٩٦٤/٢/٢٠ الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٢٤٤)

حق الانتفاع وغيره من أصحاب الحقوق العينية والحيازة الأصلية للمستأجر والمزارع فيما يتعلق بالحق العينى أو الحق الشخصى الذى يباشره كل منهم، فهذه الحيازة الأصلية تسرى عليها أحكام الحيازة شأنها فى ذلك شأن كل حيازة أصلية أخرى(١).

٢٧١ - أحكام الحيازة العرضية: والحائز العرضى، أى الحائز لحساب غيره أيا كان، لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة العرضية لكسب حق بالتقادم(٢)، أو لحماية هذه الحيازة بدعوى من دعاوى الحيازة. وهو لا يستطيع ذلك إلا باسم الحائز الأصيل، إذ أنه يحوز لحسابه. فالمستأجر مثلا لا يكسب حق الملكية على العين المؤجرة بالتقادم، مهما طالت مدة حيازته للعين. وإنما يستطيع أن يتمسك باسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة، كأن يكون المؤجر غير مالك للعين ويكون قد وضع يده عليها مدة اثنتى عشرة سنة مثلا، ثم آجرها وحازها المستأجر مدة ثلاث سنوات أخرى، فيعتبر المؤجر قد حاز العين بواسطة المستأجر هذه المدة الأخيرة، فيكون قد أكمل مدة التقادم لكسب ملكية العين. وكذلك لا يستطيع المستأجر أن يحمى حيازته لحق ملكية العين المؤجرة بدعاوى الحيازة، لأن هذه الحيازة حيازة مادية محضة وهى لحساب المؤجر، فإذا لجأ مثلا إلى دعوى منع التعرض فيما يتعلق بالملكية لم يستطع اللجوء إليها إلا باسم المؤجر. وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى جميع دعاوى الحيازة فيما يتعلق بحيازته لحقه الشخصى كمستأجر، ويرفع هذه الدعاوى أصالة عن نفسه لا باسم المؤجر، فقد قدمنا أنه إذا كان يعتبر حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية فانه يعتبر حائزا أصيلا بالنسبة إلى حقه كمستأجر.

وعلى ذلك لا يستطيع الحائز العرضى أن يحمى باسمه حيازته العرضية كما قدمنا. وهذا لا يمنع من أن يلجأ إلى الوسائل التى يخولها إياه القانون لحماية نفسه ولدفع الاعتداء عنه. فيستطيع مثلا إذا انتزع منه الشئ عنوة وجبرا أن يسترده بدعوى استرداد الحيازة، وهذه هى دعوى الحيازة الوحيدة التى يستطيع الحائز العرضى أن يرفعها باسمه، وذلك لحرص القانون على أن يحافظ على الأمن العام. ويستطيع الحائز العرضى أن يستبقى حيازة الشئ حتى يستوفى ماله من حقوق فى ذمة الغير بسبب هذه الحيازة، ولكن ذلك لا

---

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

(٢) أنظر فى حيازة الوكيل العرضية وكونها لا تؤدى إلى التملك بالتقادم: نقض مدنى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٩ رقم ٢٦- وتنص المادة ٢/٢٥٨ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على ما يأتى: ولا يجوز للمزارع ولا للمستغل ولا للوديع ولا للمستفيد ولا لورثتهم أن يدعوا بمرور الزمن».

يرجع إلى أن القانون يحميه فى حيازته العرضية، بل يرجع إلى ما خوله إياه القانون من الحق فى حبس العين حتى يستوفى ماله من الحقوق(١).

ولا يستطيع الحائز العرضى أن يكسب بحيازته العرضية حق ملكية العين بالتقادم(1). فالمرتهن رهن حيازة لا يستطيع أن يكسب ملكية العين المرهونة بالتقادم، مهما طال الزمن الذى تبقى فيه العين فى يده ولو زاد على خمس عشرة سنة(٢). ويستوى فى ذلك أن يكون المالك للعين هو المدين الراهن، أو كانت العين مملوكة لغيره. فإذا كان المالك هو المدين الراهن، وبقيت العين فى يد الدائن المرتهن رهن حيازة مدة خمس عشرة سنة أو أكثر سواء استوفى الدائن حقه أو لم يستوفه، فان الدائن لا يتملك العين بالتقادم ضد المدين مالك العين، وذلك طوال المدة التى تبقى فيها حيازة الدائن حيازة عرضية ولم تتغير صفتها فتتحول إلى حيازة أصيلة على الوجه المقرر فى القانون والذى سيأتى بيانه(٣). وتبقى حيازة الدائن للعين حيازة عرضية لا يكسب بها ملكية العين بالتقادم، حتى لو سقط التزامه برد العين إلى المدين الراهن بالتقادم المسقط بعد استيفائه الدين. فسقوط

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٣.

(٢) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٨ رقم ١٨ – ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٧ رقم ١٧ – ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٨ رقم ١٩ – أول مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٨ رقم ٢١).

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٢٧٢.

(1) أ– وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية، وهذا التغيير لا يكون إلا إحدى اثنتين، أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الاغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع انكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه، وهو ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٤٥٠)

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٢٣٦)

ب– حصول الحائز العرضى على ترخيص باسمه لادارة الماكينة محل النزاع، لا يعد فى ذاته تغييرا لصفة الحيازة أو معارضته لحق المالك.

(جلسة ١٩٧٧/١/٤ الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١٤٧)

الالتزام بالرد بالتقادم المسقط لا يمنع من أن تبقى الحيازة حيازة عرضية لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم المكسب، وإذا كان المدين الراهن لا يستطيع بعد تمام التقادم المسقط أن يرفع على الدائن دعوى الاسترداد الشخصية، فان ذلك لا يمنعه من رفع دعوى الاستحقاق العينية إذ أن الدائن لم يكسب ملكية العين بحيازته العرضية[1]. وإذا كانت العين المرهونة رهن حيازة مملوكة لغير المدين الراهن، فان الدائن لا يستطيع أيضا بحيازته العرضية أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد مالكها الحقيقى، ويستطيع هذا الأخير أن يسترد العين من الدائن بدعوى الاستحقاق بعد إدخال المدين في الدعوى. ولكن يجوز للدائن أن يكسب حق الرهن لا حق الملكية، لأنه يحوز الحق الأول لحساب نفسه فهو أصيل فى حيازته إياه كما قدمنا. فإذا كان حسن النية وارتهن العين من غير مالك، فانه يكسب حق الرهن بمجرد الحيازة فى المنقول، وبخمس سنوات وهى مدة التقادم القصير فى العقار. أما إذا لم يكن حسن النية وارتهن العين من غير مالك، فلا يملك حق الرهن، سواء فى العقار أو فى المنقول، إلا بالتقادم الطويل أى بخمس عشرة سنة.

وتبقى الحيازة العرضية على صفتها هذه مهما طالت، فلا تحمى بدعاوى الحيازة ولا تكسب الملكية بالتقادم على النحو الذى قدمناه. وتنتقل من الحائز العرضى إلى وارثه حيازة عرضية كما كانت عند المورث، وهكذا تنتقل من وارث إلى وارث دون أن تتغير صفتها. فلو أن حائزا عرضيا، كمودع عنده أو حارس، بقى واضعا يده على العين المودعة أو الموضوعة تحت الحراسة مدة طويلة، ثم خلفه عليها وارثه ثم وارث وارثه، وبقيت الورثة واضعين اليد على العين مددا طويلة أخرى[2]، ولو بلغت هذه المدد مائة عام أو أكثر، فان

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة هى حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٨ رقم ٢٢). وقضت أيضاً بأنه متى كان عقد البيع يخفى رهناً، فإن بطلانه، سواء باعتباره بيعاً أو رهناً، لا يغير من حقيقة الواقع فى شأنه، وهو أن نية الطرفين فيه قد انصرفت إلى الرهن لا إلى البيع. ومن ثم فإن وضع يد المرتهن لا يكون بنية التملك، بل يعتبر عارضاً، فلا يكسبه الملك مهما طال عليه الزمن (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٨ رقم ٢٣- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٨ رقم ٢٤). وانظر أيضاً فى نفس المعنى نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٨ رقم ٢٥- ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٥٤٥ - ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص٦٢٠ وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٥.

(٢) وقد قضى بأنه إذا كان الطاعن قد دفع الدعوى بادعائه ملكية المنزل المطلوب تقديم الحساب عنه بمقولة إنه وضع يده عليه هو ومورثه من قبله المدة الطويلة المكسبة للملكية، فرفض الحكم المطعون فيه هذا الدفع استناداً إلى أن حيازة الطاعن للمنزل هو مورثه كانت حيازة عارضة (كان المورث دائناً=

أحدا منهم لا يكسب ملكية العين بالتقادم، لأن كلا منهم حيازته عرضية[1]. ويستوى فى ذلك أن يكون الوارث حسن النية أو سيء النية، كما يستوى إذا كان سيء النية أن يستبقى صفة مورثه أو أن يضع يده كمالك، فما دامت حيازة مورثه حيازة عرضية، ولم يغير هو صفة هذه الحيازة بأن يحولها إلى حيازة أصيلة على الوجه الذى قرره القانون، فان حيازته تبقى كحيازة مورثه حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب ملكية العين بالتقادم. أما إذا نقل الحائز العرضى ملكية العين إلى خلف خاص بتصرف ناقل للملكية، معاوضة أو تبرعا، فان الخلف الخاص لا تكون حيازته حيازة عرضية، بل تكون حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتصلح لكسب الملكية بالتقادم. ذلك لأن الخلف الخاص يبتدئ حيازة جديدة توافرت فيها عنصرا الحيازة من قصد وسيطرة مادية، أما الخلف العام فتنتقل إليه حيازة مورثه ذاتها فتبقى عرضية كما كانت عند مورثه[2]. ويستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سيء النية، فلو كان يعلم حقيقة حيازة سلفه وأنها حيازة عرضية، فان ذلك لا يمنع من أن تكون حيازته هو حيازة أصيلة مادام سلفه قد تعامل معه لا على أنه حائز عرضى بل على أنه مالك[3].

=مرتهناً) لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن، فإن هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه هو تقدير سليم لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص٣١٥). وانظر أيضا فى نفس المعنى نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٧ رقم ١١ – ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٩٥ ص٩١٢ – ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص٥٤٥ – ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٩ ص٦٢٠ – ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص٨٤ – وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣١٤ وفقرة ٣٢٢ وفقرة ٣٢٤ ص٢٥٣ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٥٣.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقررها المادة ٧٩ مدنى (قديم) صريحة فى أنه لا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك المعروفة إلى أن يكسب لا هو ولا ورثته الملك بوضع اليد، مهما تسلسل التوريث وطال الزمن. وحكم المادة ٧٩ مدنى (قديم) يسرى على الواقف المستحق للوقف وعلى الناظر عليه وعلى ورثته من بعده، مهما تسلسل توريثهم وطال وضع يدهم، ولا يستطيع أيهم أن يمتلك العين بالمدة الطويلة إلا بعد أن يغير صفة وضع يده (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٧ رقم ١٦). وانظر أيضاً: نقض مدنى ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٧ رقم ١٢ – استئناف مصر ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٤٥٧ ص١٠٤٥.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣١٧ – فقرة ٣١٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤.

(٣) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٣١٩ – وانظر عكس ذلك نقض فرنسى ٨ نوفمبر سنة ١٨٨٠ داللوز ٨١–١–٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٤ ص١٧٩.

وقد قدمنا[1] إن الفقرة الثانية من المادة ٩٥١ مدنى تنص على ما يأتى: «وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فان كان استمرارا لحيازة سلفه افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها». ونرى من ذلك أن القانون قد وضع قرائن قانونية تذلل كثيرا من الصعاب التى تحوط بالحيازة العرضية، وكيف تثبت هذه الحيازة. وقد قررنا فى هذا الصدد[2] أن الحيازة العرضية لا تفترض، بل يفترض فى الحائز أنه يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة لا حيازة عرضية. وعلى من يدعى العكس، ويتمسك بأن الحائز ليس إلا حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره فلا يستطيع مثلا أن يتملك بالتقادم، أن يثبت ذلك فهو الذى يحمل عبء الإثبات[3]. فإذا ما ثبت أن الحيازة حيازة عرضية وأن الحائز إنما يحوز لحساب غيره، فانه يفترض أنه قد بقى حائزا عرضيا على ما كان عليه ولم تتغير صفة حيازته، إلى أن يثبت هو أن صفة حيازته قد تغيرت وأن هذه الحيازة قد تحولت إلى حيازة أصيلة[4]. فننظر الآن كيف تتغير صفة الحيازة، فتتحول من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة.

٢٧٢ – تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة – نص قانونى: تنص المادة ٩٧٢ مدنى على ما يأتى:

«١ – ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة».

«٢ – ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته، إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك. ولكن فى هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير»[5].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٧٠.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٨.

(٥) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٧ فى المشروع النهائى، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٢ – ص٥٠٣).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق م١٠٦/٧٩: لا تثبت ملكية العقار والحقوق العينية بمضى المدة الطويلة لمن كان واضعاً يده عليها بسبب معلوم غير أسباب التمليك، سواء كان السبب مبتدأ =

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

ولا يستطيع الحائز العرضى أو وارثه أن يكسب بالتقادم ملكية العين، إلا إذا تغيرت صفة حيازته وتحولت هذه الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة. ولا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا التحول، ومن ذلك الوقت أيضا يمكن للحائز أن يحتمى بدعاوى الحيازة»(٢).

=منه أو سابقاً ممن آلت منه إليه. وعلى ذلك فلا تحصل الملكية بوضع اليد للمستأجر والمنتفع والمودع عنده والمستعير، ولا لورثتهم من بعدهم.

(والنص يتفق فى حكمه مع حكم التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩٢١ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٠ (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٦١: لا يكتسب شخص بمرور الزمن حقاً عينيا ضد سنده الشخصى أو ضد سند مورثه.

(والنص موافق فى حكمه لحكم التقنين المصرى).

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص٨٢٩.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٥.

وتتغير صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة بأحد أمرين(١):

(الأمر الأول) فعل يصدر من الغير: وهذا الفعل يكون عادة تصرفا ناقلا للملكية(٢)، يتلقاه الحائز العرضى من الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة، إذ أن الحائز يحوز العين من وقت هذا التصرف كمالك لحساب نفسه، لا كحائز عرضى لحساب غيره. ومن ذلك الوقت يستطيع الحائز أن يحتمى كمالك بجميع دعاوى الحيازة كما قدمنا، كما يستطيع أن يكسب الملكية بالتقادم. مثل ذلك أن يعتقد المستأجر للعين أنه استأجر من غير المالك، فيتقدم إلى الشخص الذى يعتقد أنه هو المالك ويشترى منه العين. فهنا قد صدر تصرف ناقل للملكية من الغير وهو الشخص الذى يعتقد المستأجر خطأ أنه هو المالك، وقد صدر هذا التصرف إلى المستأجر وهو الحائز العرضى. فيضع هذا الحائز يده على العين كمالك بمجرد صدور عقد البيع له» ومن ثم تنقلب حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة، ويستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم إذا أكمل مدته ضد المؤجر وهو المالك الحقيقى للعين(٣). ولا يشترط أن يكون الحائز العرضى، وقت أن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا كان الحائز بيده سند إيجار مثلا، فهو حائز لحق المستأجر. وليس له بمجرد تغيير نيته أن يحوز حق الملكية إذا لم يقترن ذلك بفعل ظاهر يصدر من الغير أو من الحائز نفسه، كأن يتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية أو يعارض الحائز حق المالك بعمل ظاهر. ولا يبدأ سريان التقادم بالنية الجديدة إلا من وقت صدور هذا العمل الظاهر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٨). ويلاحظ أن ما جاء بالمذكرة الإيضاحية، من أن صفة الحيازة تتغير بتعرض الغير للحائز فيدعى هذا الملكية محل للنظر، كما ستبين عند الكلام فى الفعل الذى يصدر عن الغير فيما يلى فى نفس الفقرة.

وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك لا يعتبر صالحاً للتمسك به، إلا إذا حصل تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية. وهذا الغير لا يكون إلا بإحدى اثنتين: أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد هو أنه المالك لها والمستحق للتصرف فيها، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة الفعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم١ رقم ٣٥٢ ص١٩٧. وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٩ رقم ٢٨- استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١١ ص١٧٩- وهذان السببان لتغيير صفة الحيازة لهما هذا الأثر لصالح أى حائز عرضى، وضد أى شخص آخر سواء كان من الغير أو كان هو الشخص نفسه الذى تلقى الحائز العرضى منه الحيازة (بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٧ ص٢٥٦).

(٢) أما التصرف الكاشف عن الملكية فلا يسمح بحيازة جديدة أصيلة تختلف عن الحيازة السابقة (بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٨ ص٢٥٦ هامش٢).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٨ ص٢٥٦.

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

ويمكن أن يصدر التصرف الناقل للملكية للحائز العرضى من نفس الشخص الذى يحوز الحائز العرضى العين باسمه، فتتحول الحيازة العرضية بذلك إلى حيازة أصيلة. وذلك بأن يصدر التصرف الناقل للملكية من المؤجر نفسه وهو المالك الحقيقى، فيشترى المستأجر منه العين المؤجرة ويحوزها منذ شرائها كمالك لحساب نفسه. بل قد يكون المؤجر غير مالك للعين المؤجرة، ويتلقى منه المستأجر عقد البيع فتتحول به حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة، ويستطيع المستأجر فى هذه الحالة أن يكسب ملكية العين بالتقادم ضد المالك الحقيقى، كما يستطيع أن يحتمى بجميع دعاوى الحيازة ضد المالك الحقيقى وضد المؤجر(٣).

(والأمر الثانى) فعل يصدر من الحائز العرضى يعارض به حق المالك: ولا يكفى فى ذلك مجرد إنكار الحائز العرضى لحق المالك وإعلانه ذلك على ملأ من الناس، بل لا

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٩- فقرة ٣٣٠- ولكن كثيراً من الفقهاء في فرنسا وفى مصر يخالفون هذا الرأى ويذهبون إلى وجوب أن يكون الحائز العرضى حسن النية وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ وص١٨٠ هامش١- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٣٢٨- بيدان ٤ فقرة ٦٦٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٩- عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٩٠- إسماعيل غانم ص١٠٤- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٤). ولكنهم لا يجدون فى رأيهم هذا سندا من نصوص القانون التى لا تشترط حسن النية. وقد رأينا مثل هذا الخلاف فى حالة ما إذا تلقى خلف خاص حيازة الشئ من حائز عرضى، وقررنا هناك كما نقرر هنا أنه يستوى أن يكون الخلف الخاص حسن النية أو سئ النية (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٢٨ - فقرة ٣٢٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٦ ص١٨٠.

(٣) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٣٣١- نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١-١-١٦١.

يكفى تصرفه فى العين تتصرف الملاك فيهدمها مثلا أو يقيم عليها بناء أو يبيعها، فان هذا يعد تعسفا منه فى استعمال حيازته العرضية وليس من شأن هذا التعسف أن يغير صفة الحيازة ويحولها إلى حيازة أصيلة(١). بل يجب أن يعارض الحائز العرضى حق المالك فيقوم بينهما مباشرة نزاع على ملكية اللعين، يدعيها الحائز لنفسه وينكر المالك عليه ذلك(٢)(1).

---

(١) وقد قضى بأن هدم البناء وإقامتها من جديد من جانب واضع اليد بطريق النيابة عن غيره لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يد الحائز المذكور ومجابهة للمالك بالسبب الجديد، ولا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن (نقض مدنى ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١١٥ ص٨٧١). وقضى أيضاً بأن وضع يد الواقف المستحوذ فى الوقف والناظر عليه حتى وفاته وضع يد وقتى، وكذلك يكون وضع يد أولاده من بعده مشوباً بالوقتية ولو كان بنية التملك، ومن ثم فإن رهن الواقف أو أحد أولاده عين الوقف رهناً تأمينياً لا يتم به تغيير صفة الحيازة، إذ هو لا يتضمن مجابهة حق جهة الوقف بعمل إيجابى ظاهر (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص٨٣٩). وانظر أيضا نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣٢- ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص٤٤٩ رقم ٣٠- ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص ٤٥٠ رقم ٣١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٧ ص٤٤٤.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٣٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص١٨٠.

(1) أ- إذا كانت القواعد الشرعية تقضى بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها من الدوام محبوسة أبدا عن أن يتصرف فيها أى نوع من أنواع التصرفات، وبأن الواقف أو ذريته وناظر الوقف والمستحقين فيه والمستأجرين والمحتكرين له وورثتهم مهما تسلسل توريثهم، لا يقبل من أيهم أن يجحد الوقف أو يدعى ملكيته لأنهم جميعا مدينون له بالوفاء لأبديته، إلا أن مناط حظر تملك هؤلاء جميعا للأعيان الموقوفة - على ما تقضى به قواعد القانون المدنى - هو أن يظل يده بصفاتهم لأن وضع يدهم يكون عندئذ وضع يد مؤقت مانع من كسب الملكية بالتقادم مهما طال، أما إذا تغيرت صفة الحيازة تغييرا يزيل عنها صفة الوقتية ويكون ذلك أما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك (م٧٩ مدنى قديم و٩٧٢ مدنى) فإن الحائز فى هذه الحالة ولو كان واقفا أو ناظرا على الوقف يستطيع أن يكسب بالتقادم المال الموقوف، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملك بالمدة الطويلة ودامت حيازته له لمدة ثلاث وثلاثين سنة.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٢٣٦)

(جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ س٣٢ ص٩٢٠)

ب- لا يكفى فى تغيير الحائز صفه وضع يده لاكتساب الملكية بالتقادم. مجرد تغيير نيته بل يجب أن يقترن تغيير نيته بفعل إيجابى ظاهر يجابه به حق المالك بالانكار الساطع والمعارضة العلنية ويدل دلالة جازمة على اعتزامه إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دونه عملا بنص المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى. =

وقد يكون هذا النزاع نزاعا قضائيا، فيطالب المالك أمام القضاء الحائز العرضى برد العين إليه، ويدعى الحائز ملكيتها. ولكن ليس من الضرورى أن يكون النزاع قضائيا، فيكفى أن يعلن الحائز المالك بادعائه ملكية العين بانذار رسمى أو بكتاب مسجل أو غير مسجل أو باخطار شفوى على أن يكون عليه هو عبء إثبات الإخطار. ففى هذه الحالة يكون الحائز قد عارض حق المالك وأعلنه بهذه المعارضة، وذكر له أنه يضع يده على العين كمالك لا كحائز عرضى. فمن وقت علم المالك بمعارضة الحائز لحقه، تنقلب حيازة الحائز العرضية إلى حيازة أصيلة، تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها، وتصلح كسب ملكية العين بالتقادم إذا توافرت الشروط واكتملت المدة. وقد لا يعلن الحائز العرضى المالك بمعارضته لحقه، ولكن المالك يطالبه برد العين فيمتنع الحائز عن ردها مدعيا أنه هو الذى يملكها، فيكون فى هذه الحالة قد صدر فعل من الحائز يعارض به حق المالك وعلم المالك بهذه المعارضة، فتنقلب الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة وتؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم[1]. ونرى من ذلك أن هذا الأمر الثانى التى تتغير به صفة الحيازة العرضية وتتحول إلى حيازة أصيلة تختلف عن الأمر الأول فى أن

=(جلسة ١٩٨١/٢/١٩ الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٥٥٨)

(جلسة ١٩٧٧/١/٤ الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١٤٧)

جـ- وضع يد المشترى على العين المبيعة بعد فسخ العقد استنادا إلى حقه فى حبسها لحين استرداد الثمن، حيازة عرضية، عدم صلاحيتها لكسب الملكية بالتقادم.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص٨٣٠)

د- الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون اذن من صاحبها، فإن مجرد اقامتها لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد، بل ان القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب ازالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه باقامتها.

(جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١٤٥٠)

(جلسة ١٩٧٥/٥/١٣ س٢٦ ص٩٩٧)

هـ- يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء عقد قسمة المهايأة من حائز بسبب وقتى معلوم إلى حائز بقصد التملك، إذا جابه هذا الحائز باقى المشتاعين بما يفيد القاطع فى التملك.

(جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٨٦٢)

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٨٠٣)

(١) وقد قضى بأنه إذا حصل تكليف رسمى برد العين المودعة ورفض المودع عنده ردها، فإن هذا الأخير يكون بذلك قد أنكر ملكية المودع وتظاهر بملكيته للعين المودعة لنفسه، وغير بذلك سبب وضع يده عليها ووضع يده بنية التملك علناً بلا شائبة، فلذلك يتملكها بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ =

الحائز العرضى فى الأمر الثانى لا يحصل على سند جديد لحيازته بل يكون حائزا دون سند، أما فى الأمر الأول فقد رأينا أنه يحصل على سند جديد لحيازته يصدر إليه من الغير(١).

وسواء تغيرت صفة الحيازة العرضية بالأمر الأول أو بالأمر الثانى، فان تقدير الوقائع والسندات التى تتغير بها صفة الحيازة يترك إلى قاضى الموضوع(٢)(1)، ولكن تحت رقابة

=التكليف بالحضور (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص٦٩٠). وقضى كذلك بوجوب أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة، وبصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة فى أنه مزمع إنكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص١٠٩٧) - وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص٦١٦- ٢٠ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٤٣ ص٢٤٤- وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص١٨٠- مازو فقرة ١٤٣٠- حسن كيرة ص٩٩.

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص١٨١.

(٢) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤ ص٣٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦٧ ص١٨١.

(1) أ- إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الاستئناف بتملك العقار موضوع الدعوى بالتقادم الطويل المكسب وقدم تدليلا على تغيير نيته فى وضع يده عقدا بشرائه العقار فى .... إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن التحدث عن هذا المستند رغم دلالته على نيته فى وضع يده على الأرض منذ هذا التاريخ كما رفض إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات ذلك على سند من كفاية أوراق الدعوى لتكوين عقيدة المحكمة لأن وضع يده بصفته مستأجرا لا يكسبه ملكيتها مهما طال أمده فإنه يكون معيبا.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ٤٠٩١ لسنة ٦٩ق)

ب- الحائز العرضى - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته اما بفعل الغير واما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، وتقدير الأدلة فى المنازعات الخارجية بتغيير صفة وضع اليد هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ س٣٥ ص١٨٠٣)

جـ- إذا كان من المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية متى توفرت عناصره يكفى وحده كسبب لها دون حاجة إلى مصدر آخر من مصادر اكتسابها، وكانت الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تتوفر لدى الحائز من مجرد وضع يده المادى على العقار وظهور عليه بمظهر المالك باستعماله فيما يستعمله فيه مالكه ولحسابه ولو كان ذلك على غير سبب من القانون يسوغ له ذلك أصلا، وكان الثابت من تقرير خبير الدعوى أن الطاعن هو الذى يضع يده على عقار النزاع ويستعمله لحسابه فيما أعد له عن طريق تأجيره من بعد سلفه إلى الغير - المطعون ضده الرابع ومورثه من قبله، إلا أنه انتهى إلى عدم توفر نية التملك لديه لمجرد عدم تقديمه للسبب القانونى الذى يستند إليه فى وضع اليد فإن=

محكمة النقض لترى ما إذا كانت هناك أسباب سائغة دعت محكمة الموضوع إلى تقدير هذه الوقائع والسندات على وجه معين[1]. وإثبات الوقائع والسندات التى تتغير بها صفة

=الحكم فى هذا الصدد ودون أن يناقش عقدى البيع اللذين استند إليهما فى استظهار نية الملك لديه واللذين قدمهما إلى المحكمة- المحرر أولها فى ١٩٣٢/٥/٢٠ والمسجل ثانيهما فى ١٩٤٧/٩/٢٢ برقم ٤٧٤٩ - بعد أن قدم الخبير تقريره رغم كونه مما قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٥٥ق)

د- مجرد اقامة المشترى دعوى سابقة على البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له منه لا يستخلص منه حتما اقراره بان الحق القاطع الدلالة على النزول عن مدة وضع اليد السابقة فى كسب الملكية بالتقادم أو عدم توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم الطويل، لما ينطوى عليه رفعها من رغبة فى اقتضاء الحق بالوسيلة التى وجدها أيسر سبيلا من غيرها، ولا يعنى ذلك منه النزول عن السبل الأخرى فى اقتضاء ذات الحق، لما كان ذلك وكان دفاع الطاعن بشأن عدم توافر بنية التملك لدى المطعون عليه الرابع - بالبناء على ما تقدم - لا يستند إلى أساس قانونى صحيح وليس من شأنه أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فان اغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يعد قصورا مبطلا له.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥ الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٣٠٦٨ لسنة ٥٨ق)

هـ- نية التملك - وهى العنصر المعنوى فى الحيازة - تدل عليها أمور ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع التى يكون لها أن تستخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا.

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٦٦٥)

ز- أن نية التملك - وهى عنصر معنوى - تدل عليها وتكشف عنها أمور ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع فى ضوء التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى - ولها فى حدود سلطتها الموضوعية - أن تستخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا له أصول ثابتة فى الأوراق - واذن فمتى كان الثابت أن الخبير قد عجز عن تبين هذه النية فتعرضت المحكمة لاستكشافها، وخلصت إلى ثبوتها من واقع ظروف الدعوى وما قدم فيها من مستندات وما قام به الخبير من أعمال، فان ما يثيره الطاعنون لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للدليل وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢١ الطعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ق س٢٨ ص٤٩١)

(جلسة ١٩٦٨/٤/٩ الطعن رقم ٦٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص٧٤١)

(جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ الطعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٨٥٠)

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٣٧ ص٢٦٢- نقض فرنسى ٢٩ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢-١-٢٤٤- أنظر مع ذلك جيوار ١ فقرة ٤٨٣ - هيك ١٤ فقرة ٣٧٨.

هذا وقد كان ينبغى أن تتغير حيازة الوارث للحائز العرضى فتنقلب إلى حيازة أصيلة إذا اعتقد =

الحيازة تسرى فيه القواعد العامة، فيجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات، أما التصرفات القانونية فلا يجوز إثباتها بالبينة أو القرائن إلا فيما لا يزيد على خمسمائة جنيه. ويجب أن يتمسك الخصم رد المصلحة بأن صفة الحيازة قد تغيرت، فلا يجوز للقاضى أن يحكم بتغيير صفة الحيازة من تلقاء نفسه(١).

٢- عيوب الحيازة

(Vices de la possession)

٢٧٣- نص قانونى: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٩ مدنى على ما يأتى:

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

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٢/٩٠٧ - وفى التقنين المدنى الليبى م٢/٩٥٣ - وفى التقنين المدنى العراقى م١١٤٦ وم٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة)- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٧- ١/٢٥٨(٢).

=الوارث بحسن نية أن حيازة مورثه حيازة أصيلة، لنفس الاعتبارات التى سيأتى ذكرها فيما يتعلق بزوال عيب الإكراه بمجرد انقطاع الإكراه: أنظر فى تفصيل ذلك ما يلى فقرة ٢٨٤.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ٢/١٣٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «وكذلك لا تقوم الحيازة على أعمال متقطعة، أما إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٢/١٠٢٤ فى المشروع النهائى بعد أن حذفت عبارة «وكذلك تقوم الحيازة على أعمال متقطعة» دون أن تذكر سبباً لهذا الحذف، وقد أصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٢/١٠٢١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢/٩٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٨- ص٤٥١).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٢/٩٠٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٢/٩٥٣ (مطابق). =

هذا وقد أغفل النص ذكر عيب عدم الاستمرار إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة، وكان هذا العيب مذكورا فى المشروع التمهيدى للنص(١)، وحذف دون سبب ظاهر فى لجنة المراجعة. والصحيح أن الحيازة يجب، حتى تكون حيازة صحيحة تنتج آثارها القانونية، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة، أى أن تكون خالية من عيوب الحيازة. فعيوب الحيازة هى إذن عدم الاستمرار (التقطع)، والخفاء (عدم العلانية)، والإكراه (عدم الهدوء)، والغموض (اللبس)(٢).

ويجب التمييز بين عناصر الحيازة وعيوب الحيازة. فالحيازة لا توجد إلا إذا توافر عنصراها، على الوجه الذى سبق بيانه تفصيلا. فإذا توافر عنصراها ووجدت، فانه يجب أيضا أن تكون خالية من العيوب حتى تنتج آثارها، وبخاصة حتى تحمى بدعاوى الحيازة وحتى تكون سببا للتملك(٣)(1). والعناصر والعيوب بالنسبة إلى الحيازة تناظر العناصر والعيوب

= **التقنين المدنى العراقى** م١١٤٦ (مطابق).

م٢/١١٤٥ (العبارة الأخيرة): وكذلك لا تقوم (الحيازة) على أعمال متقطعة.

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٧: يكتسب حق القيد فى السجل العقارى، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة ...

م١/٢٥٨: يعتبر وضع اليد مستمراً منذ اللحظة التى يظهر فيها باستعمال الحق الموجود فى اليد بصورة اعتيادية منتظمة، ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذى اتصل منه العقار إليه. (والقانون اللبنانى يتفق مع التقنين المصرى، إلا أن القانون الأول لا يصرح بعيب الغموض، ويذكر عيب التقطع إذ يشترط فى الحيازة الاستمرار).

(١) انظر ص٨٤٠ هامش٢.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ويجب أن تتوافر فى الحيازة شروط معينة، هى الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح. فالحيازة المتقطعة، والحيازة بإكراه، والحيازة الخفية، والحيازة الغامضة (كحيازة الوارث) كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥١).

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٣.

(1) أ- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض والابهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٣ق) =

بالنسبة إلى الإرادة. فالإرادة لا توجد إلا إذا توافرت عناصرها، ولا تكون صحيحة بعد وجودها إلا إذا كانت خالية من العيوب. ولكن الحيازة، بخلاف الإرادة، لا تنتج أى أثر من آثارها القانونية المعروفة إلا إذا كانت موجودة وكانت خالية من العيوب. أما الإرادة فإذا توافرت عناصرها وكانت مشوبة بعيب، فانها تكون إرادة موجودة تنتج آثارا، ولكنها تكون إرادة غير صحيحة لا تنتج إلا آثارا محدودة.

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

العيب الأول- عدم الاستمرار أو التقطع:

٢٧٤- معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها: إذا قامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية. وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة(1)، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشئ فى فترات متقاربة منتظمة. فيستعمل الحائز الشئ من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله، كما يستعمل المالك ملكه فى العادة. فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشئ، وكانت هذه الفترة من

= ب- يشترط لكسب ملكية العقار بوضع اليد المدة الطويلة أن يستمر يد الحائز لمدة خمس عشرة سنة مقرونة بنية التملك وأن يكون مستمرا للشروط القانونية ويبين بما فيه الكفاية للوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها.

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ س٣٥ ص٢٩٨)

(جلسة ١٩٧٥/١/١٤ الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٥٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٢٢٧)

(1) أ- كف الحائز عن استعمال حقه فى بعض الأوقات لسبب قهرى لا يفيد أن الحيازة متقطعة ولا يخل بصفة الاستمرار.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١٧٥)

ب- حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل، فله أن يستند إليها عند الحاجة، فمتى ثبت وضع اليد الفعلى للمستأجر، فان المؤجر يعتبر مستمرا فى وضع يده بالحيازة أن تؤدى إليه، والحيازة على هذا النحو ظاهرة لاخفاء فيها ولا غموض.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٩ الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٩٩٨)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٥٠٨)

(جلسة ١٩٦٣/٦/٦ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٧٩٢)

الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعا كاملا تمضى دون أن يستعمل ملكه، فان الحيازة تكون فى هذه الحالة غير مستمرة أو متقطعة، فلا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا التملك بالتقادم(١). والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال الشئ إلا المدة التى ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه، فالحائز الذى يحوز حق الملكية إنما يتصرف فى الشئ كمالك، فيجب أن يظهر مظهر المالك فى استعماله لهذا الشئ. أما إذا كان يحوز حقا آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذى يحوزه كما لو كان فعلا صاحب هذا الحق.

وليس من الضرورى، بطبيعة الحال، أن يستعمل الحائز الحق فى كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة، فان هذا أمر غير عملى ويكاد يكون مستحيلا، بل يكفى كما قدمنا أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه(٢).

٢٧٥ - انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشئ: والبت فيما إذا كان استعمال الشئ منتظما، بحيث تعتبر الحيازة مستمرة، يتوقف على طبيعة الشئ. فهناك أشياء تقتضى طبيعتها أن تستعمل على فترات متقاربة جداً، وأخرى تقتضى طبيعتها أن تستعمل فى وقت معين ثم تترك بعد ذلك دون استعمال. فإذا حاز شخص حق السكنى مثلا، فحتى تكون الحيازة مستمرة يجب أن يسكن المنزل، وألا ينقطع عن سكناه إلا عند سفر أو لقضاء بعض الوقت فى مصيف أو مشتى أو نحو ذلك. وإذا حاز شخص حق ارتفاق بالمرور، وجب، حتى تكون الحيازة مستمرة فى القانون المصرى، أن يمر فى الطريق الذى يستعمل فيه هذا الحق فى الأوقات المألوف المرور فيها وبالقدر الذى يقتضيه الانتفاع بالعقار المرتفق. وإذا حاز شخص أرضا زراعية من الأراضى التى تروى بالحياض، كان عليه، حتى تكون حيازته مستمرة، أن يزرع الأرض فى أثناء الفيضان، ولا يعتبر انقطاعه عن زراعتها فى غير هذا الوقت إخلالا باستمرار حيازته، لأن طبيعة رى الأرض تقتضى هذا الانقطاع. وإذا حاز شخص مرعى لرعى المواشى، فان انتفاعه بالأرض يكون مقصورا على الرعى، وهذا

---

(١) ومن الفقهاء من يذهب إلى أن استمرار الحيازة هو نفس عنصرها المادى، «فعدم قيام الحائز منذ ابتداء الحيازة بأعمال الاستعمال الكافية لتكوين العنصر المادى للحيازة من شأنه ألا يكسبه الحيازة، فلا نكون بصدد حيازة معيبة فحسب، بل لا تكون ثمة حيازة بالمرة» (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٥ ص٥٣١). وانظر أيضاً إسماعيل غانم ص١١٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٦ ص٣٩٥ هامش١.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤.

يقتضى أن يستعمل الأرض فى أوقات معينة هى أوقات الرعى، وأن ينقطع عن استعمالها فى غير هذه الأوقات، ولا يعتبر هذا الانقطاع إخلالا بالاستمرار فى حيازته(١).

ولا يعتبر الكف عن استعمال الشئ بسبب قوة قاهرة، كفيضان يغمر الأرض أو استيلاء مؤقت أو احتلال جيش أجنبى، انقطاعا يخل بالاستمرار فى الحيازة(٢).

٢٧٦- عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض: وتقدير ما إذا كانت الحيازة غير مستمرة، أو ما إذا كان يشوبها عيب آخر من عيوب الحيازة، يترك لقاضى الموضوع يقضى فيه دون معقب عليه من محكمة النقض(1). وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء فى فرنسا، فقاضى الموضوع وحده هو الذى يقدر ما إذا كانت الحيازة قد استوفت جميع الشروط الواجبة(٣).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٩- فقرة ٢٤٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٧ - مارتى ورينو فقرة ٢٣-١.

(٢) وقد قضى بأنه إذا حال طغيان المياه دون زراعة أرض وقتاً معيناً من كل سنة، لم يمنع ذلك من توافر صفة الاستمرار فى وضع اليد متى كان واضع اليد يقوم بزرعها كلما سمحت له الأحوال بذلك (الزقازيق ٩ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٢ ص٦٣). وانظر استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م٤ ص٤٦- ٢٣ مايو سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٣٥٦ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٥ م٢٧ ص٢٨٧- بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٠ ص١٩٣- بلانيول - وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤- وقارن استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م٢١ ص١٦٣.

(٣) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨-١-١٥٦- ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٩-١-٢٧٦- ١٨ يونيه سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣-١-١٩٦- لوران ٣٢ فقرة ٢٧٦- فقرة ٢٧٧ وفقرة ٢٩٢ وفقرة ٣٤٣ - فقرة ٣٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٤.

فيبحث قاضى الموضوع فيما إذا كانت الحيازة مستمرة (نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٦٠ داللوز ٦١-١-٣٠٣- ١٩ مارس سنة ١٨٨٤ سيريه ٨٦-١-٤٦٨)، وفيما إذا كانت هادئة (نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٥٥ باندكت ٥٦-٢-٦١)، وفيما إذا كانت واضحة لا غموض فيها (نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٨-١-٤٥٩- ٧ يونيه سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢-١-٧٩- ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ -١-٥٣٧).

(1) أ- الحيازة التى تصلح أساسا لتملك المنقول أو العقار بالتقادم، وان كانت تقتضى القيام باعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة. كما تقتضى من الحيازة الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين وإنما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشئ فى كل الأوقات دون انقطاع، وانما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة، وعلى فترات متقاربة منتظمة.
=

ويترتب على ذلك أن قاضى الموضوع ليس عليه أن يستقصى عيوب الحيازة عيبا عيبا ليستبعد كل عيب منها، وبحسبه أن يقرر بوجه عام أن الحيازة قد توافرت شروطها وأنها لذلك تكون صالحة لكسب الملكية بالتقادم(١)(1). على أنه إذا تمسك الخصم بأن

= (جلسة ١٩٧٣/٢/٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١٧٥)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن رقم ٩٢٧ لسنة ٥٤ق س٢٩ ص١٧٠٦)

ب- ان تحقق صفة الظهور في وضع اليد أو عدم تحققها، هو مما يدخل فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض، واذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت، من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طلبى ادخال الكهرباء والماء فى المنزل محل الدعوى مصرحا فى كلا الطلبين بإن المالك هو شخص آخر غيره، ان نية تملكه للمنزل لم تكن إلى أن وقع هذه الطلبين إلا نية مستترة ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهرا على النحو المطلوب قانونا، فحكمها بذلك لا معقب عليه.

(جلسة ١٩٧٣/١٢/١٧ س٢٤ ص١٢٦٨)

(جلسة ١٩٤٧/١/١٦ الطعن رقم ٣٥ سنة ١٦ق)

جـ- يشترط فى التقادم المكسب للملكية وفقا لما تنص به المادة ٩٦٨ من القانون المدنى أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى وهو ما يقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحتمل اغفاء أو اللبس وأن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك العلم بها.

(جلسة ٢٠٠١/٢/٨ الطعن رقم ٣١٩٥ لسنة ٦٣ق)

د- من المقرر أن التقادم المقترن بالحيازة لا يكسب المتمسك به إلا ما حازه من حقوق عينية فقط دون الحقوق الشخصية وذلك ما اصطلح على تسميته بالتقادم المكسب.

(جلسة ٢٠٠٠/٢/٧ الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ق)

(١) نقض فرنسي ٢٤ يناير سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠-١-٤٥٢- ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها بأن على محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت الوقائع التى استخلصتها محكمة الموضوع استخلاصاً موضوعياً لا معقب عليها فيه تؤدى قانوناً إلى أن تكون الحيازة قد توافرت فيها الشروط التى يتطلبها القانون، وبأن البت فيما إذا كانت هذه الشروط قد استوفيت هو من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى ١٨ مايو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢-١-٢٩٧). ولكن المحكمة سرعان ما رجعت عن هذا القضاء، وعادت إلى قضائها الأول من أن استيفاء الحيازة لشروطها القانونية هو من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-١- ٤٠٤- ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦-١-٤٨٣- ١٧ أكتوبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠- ١-١٩٦).

(1) أ- أن نية التملك - وهى عنصر معنوى - تدل عليها وتكشف عنها أمور ومظاهر خارجية يترك تقديرها لمحكمة الموضوع فى ضوء التحقيقات والأدلة التى تقوم عليها الدعوى - ولها فى حدود سلطتها الموضوعية - أن تستخلص ثبوتها من عدمه دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا له أصول ثابتة فى الأوراق - وإذن فمتى كان الثابت أن الخبير قد عجز عن تبين =

الحيازة يشوبها عيب معين، كان على محكمة الموضوع إن تبت فيما إذا كان هذا العيب موجوداً أو غير موجود وأن تبنى قضاءها فى ذلك على أسباب سائغة، ولمحكمة النقض أن تنقض حكمها لقصور فى التسبيب.

٢٧٧ - عيب عدم استمرار الحيازة عيب مطلق - لكل ذى مصلحة أن يتمسك به - زوال هذا العيب: وإذا تبين أن الحيازة غير مستمرة، فان هذا عيب يشوبها ويجعلها غير صالحة لأن تنتج آثارها كما سبق القول، فلا تجوز حمايتها بدعاوى الحيازة ولا تؤدى إلى التملك بالتقادم. وهذا العيب، بخلاف عيوب الحيازة الأخرى، عيب مطلق (vice absolu)، لكل ذى مصلحة أن يتمسك به. ذلك بأن الحيازة تكون فى ذاتها غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك بعدم استمرارها لأنها غير مستمرة بالنسبة إليه كما هى غير مستمرة بالنسبة إلى غيره، فلا يحتج بها عليه[1]. أما عيوب

=هذه النية فتعرضت المحكمة لاستكشافها، وخلصت إلى ثبوتها من واقع ظروف الدعوى ولما قدم فيها من مستندات وما قام به الخبير من أعمال، فان ما يثيره الطاعنون لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للدليل وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض.

(جلسة ١٩٧٧/٢/٢١ الطعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤١ق س٢٨ ص٤٩١)

(جلسة ١٩٨٤/٤/٩ س٣٥ ص٩٤٣)

ب- إذا كان من المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية متى توافرت عناصره فيكفى وحده كسبب لها دون ما حاجة إلى مصدر آخر من مصادر اكتسابها، وكانت الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تتوفر لدى الحائز من مجرد وضع يده المادى على العقار وظهوره عليه بمظهر المالك باستعماله فيما يستعمله فيه مالكه ولحسابه ولو كان ذلك على غير سبب من القانون يسوغ له ذلك أصلا. وكان الثابت من تقرير خبير الدعوى أن الطاعن هو الذى يضع يده على عقار النزاع ويستعمله لحسابه فيما أعد له عن طريق تأجيره من بعد سلفه إلى الغير - المطعون ضده الرابع ومورثه من قبله - إلا أنه إذا انتهى إلى عدم توفر نية التملك لديه لمجرد عدم تقديم السبب القانونى الذى يستند إليه فى وضع اليد فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتمد فى قضائه بنفى هذه النية لدى الطاعن على هذا التقرير رغم فساده فى هذا الصدد ودون أن يناقش عقدى البيع اللذين استند إليهما فى استظهار نية الملك لديه واللذين قدمهما إلى المحكمة، بعد أن قدم الخبير تقريره رغم كونه مما قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٦٦٥)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ س٣١ ص٢٠٢٠)

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٠.

الحيازة الأخرى فهى عيوب نسبية (vices relatifs) وسنرى أن الحيازة الخفية لا يكون لها أثر قبل من أخفيت عنه الحيازة وحده، وأن الحيازة التى يشوبها الإكراه لا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه، وأن الحيازة التى يشوبها اللبس لا يكون لها أثر قبل من التبس عليه أمرها(١).

ولكن عيب عدم استمرار الحيازة يزول مع ذلك إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة على النحو الذى بسطناه فيما تقدم. فعند ذلك تكون الحيازة خالية من هذا العيب، وتنتج آثارها ولكن من الوقت الذى يزول فيه العيب وتصبح الحيازة مستمرة.

٢٧٨ – التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو تقطعها وبين انقطاع التقادم: والحيازة غير المستمرة هى الحيازة المتقطعة كما سبق القول، وقد تشتبه الحيازة المتقطعة (possession diseontinue) بالتقادم المنقطع (prescription interrompue). ففى كليهما تنقطع الحيازة ولا يصلح ما سبق منها أساسا للتقادم، حتى إذا عادت الحيازة مستمرة صلحت أن تكون أساسا للتقادم بسبب من أسباب الانقطاع. وسنرى فيما يلى أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعا طبيعيا «إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير. غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد» (م٩٧٥ مدنى). هذا إلى أن التقادم المكسب ينقطع أيضا إنقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها، وباقرار الحائز بحق صاحب الحق (م٣٨٣– ٣٨٤ مدنى).

ويتبين من ذلك أن أسباب انقطاع التقادم تختلف عن سبب تقطع الحيازة. فالتقادم ينقطع انقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها، ومع ذلك تبقى الحيازة مستمرة غير متقطعة. أما إذا أقر الحائز بحق صاحب الحق فان التقادم ينقطع، وكذلك الحيازة تنقلب من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية. فإذا انقطع التقادم انقطاعا طبيعيا بتخلى الحائز عن الحيازة أو بفقده إياها ولو بفعل الغير، فهنا يشتبه انقطاع التقادم بتقطع الحيازة اشتباها كبيرا. ولكن حتى فى هذا الفرض توجد فروق ملحوظة بين انقطاع التقادم وتقطع الحيازة. فانقطاع التقادم فى هذا الفرض يقع عادة بفعل الغير بأن ينتزع شخص من الحائز حيازته ولا يستردها الحائز فى خلال سنة، أما تقطع الحيازة فيكون بفعل الحائز نفسه بأن ينقطع عن استعمال الحق إلا فى فترات متباعدة غير منتظمة على خلاف المألوف لاستعمال صاحب الحق حقه. وحتى لو انقطع التقادم بفقد الحائز للحيازة أو بتخليه عنها طوعا،

---

(١) أنظر المادة ٩٤٩ مدنى أنفاً فقرة ٢٧٣.

فان هذا الانقطاع يفترض وجود حيازة سابقة مستمرة غير منقطعة على الوجه الذى سبق بيانه، وعلى ذلك بنقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة.

وينقطع التقادم دون أن تنقطع الحيازة، لا فى الفرض المتقدم فحسب، بل أيضا عندما ينقطع التقادم انقطاعا حكميا بالمطالبة القضائية وما فى حكمها وباقرار الحائز بحق صاحب الحق. ففى هذه الأحوال ينقطع التقادم ولا تحسب مدة الحيازة التى سبقت هذا الانقطاع، ولكن الحيازة تبقى مستمرة غير متقطعة فى حالة انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وما فى حكمها، وتبقى أيضا مستمرة غير متقطعة فى حالة انقطاع التقادم باقرار الحائز بحق صاحب الحق ولكنها تفقد عنصر القصد فيصبح الحائز حائزا لحساب غيره(1).

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

ويختلف انقطاع التقادم عن تقطع الحيازة من ناحية عبء الإثبات. ففيما يتعلق بانقطاع التقادم يكون المفروض أن التقادم لم ينقطع، وعلى من يدعى انقطاعه أن يثبت ذلك، فلا يقع عبء الإثبات على الحائز. أما فيما يتعلق بتقطع الحيازة، فان عبء الإثبات يقع على الحائز، وعليه أن يثبت أن حيازته مستمرة غير متقطعة(٢).

ثم إن عيب تقطع الحيازة عيب مطلق كما قدمنا(٣)، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك به. أما فى انقطاع التقادم فيجب التمييز بين ما إذا كان هذا الانقطاع قد وقع بسبب المطالبة القضائية وما فى حكمها فيكون الانقطاع غير مطلق ولا ينقطع بالتقادم إلا لمصلحة من قام بالمطالبة القضائية وما فى حكمها، وبين ما إذا كان الانقطاع قد وقع بسبب التخلى عن الحيازة أو فقدها فيكون الانقطاع مطلقا ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به، أو

---

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٣.

(٢) أنظر فى ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٤- فقرة ٢٤٥.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٧.

(1) الاقرار الذى تنقطع به مدة التقادم المكسب يجب أن يبين منه بجلاء أن إرادة الحائز اتجهت إلى النزول عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم قبل صدوره.
(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٩٩٧ لسنة ٦٢ق)

وقع بسبب إقرار الحائز بحق صاحب الحق فتنقلب الحيازة كما قدمنا إلى حيازة عرضية ولكل ذى مصلحة هنا أيضا أن يتمسك بعرضية الحيازة[1].

العيب الثانى – الخفاء أو عدم العلانية:

٢٧٩– معنى الخفاء أو عدم العلانية: قد تكون الحيازة مستمرة على الوجه الذى أسلفناه فتخلو من عيب عدم الاستمرار أو التقطع، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الخفاء أو عدم العلانية. فالحيازة يجب أن تكون علنية غير خفية، يباشرها الحائز على مشهد من الناس، أو فى القليل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذى يستعمله الحائز. فإذا أخفاها الحائز عن المالك أو صاحب الحق، بحيث لا يشعر هذا بأن حقه فى حيازة غيره، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية، ومن ثم لا تكون صالحة لأن تحمى بدعاوى الحيازة ولا لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم. هذا إلى أن من يحوز حقا يجب أن يستعمله كما لو كان هو صاحب الحق، وصاحب الحق لا يستعمله خفية بل يستعمله علنا[2].

وإخفاء حيازة المنقول سهل ميسور، وما على الحائز إلا أن يخبئ المنقول فى حرز فيبعده عن أعين الناس، كما إذا أخفى المجوهرات التى يحوزها أو الأوراق المالية أو الأمتعة أو الأثاث أو التحف الفنية أو غير ذلك من المنقولات التى يمكن إخفاؤها. أما إخفاء حيازة العقار فأمر ليس باليسير، إذ يصعب أن يخفى الحائز حيازته لمنزل وهو يسكنه[3] أو يؤجره، أو يخفى حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بايجارها[4]. ومع ذلك يمكن أن

---

(١) أنظر فى هذا المعنى كوليه دى سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٥)– بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٩– ويلاحظ أن عيب عدم استمرار الحيازة يتصل بعيب الخفاء، كما يتصل بأعمال التسامح – فالحيازة التى تعتبر غير مستمرة كثيراً ما تكون فى الوقت ذاته حيازة خفية، وتكون كذلك عملا من أعمال التسامح (بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٠).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦.

(٣) ومع هذا قد يقع ذلك نادراً، فقد قضت محكمة النقض بأن تحقق صفة الظهور فى وضع اليد أو عدم تحققها هو مما يدخل فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى، فإذا كان الحكم قد أقيم على أسباب مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض. وإذن فإذا كانت المحكمة قد استخلصت من كون المدعى قد قدم إلى المجلس المحلى طلبى إدخال الكهرباء والماء فى المنزل محل الدعوى مصرحاً فى كلا الطلبين بأن المالك هو شخص آخر غيره، وأن نية تملكه المنزل لم تكن إلى أن وقع هذين الطلبين إلا نية مستترة، ورتبت على ذلك أن وضع يده لم يكن ظاهراً على النحو المطلوب قانوناً، فحكمها بذلك لا معقب عليه (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٥ رقم ٢).

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦.

نتصور شخصا يوسع من كهف في أسفل منزله عن طريق سرداب يحفره تحت أرض جاره، دون أن يشعر الجار بذلك، ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة تنم عن السرداب الذى حفره تحت أرض الجار. ففى هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية، لا يحتج بها على الجار لا عن طريق رفع دعاوى الحيازة ولا عن طريق التملك بالتقادم(١). كذلك قد يعتبر، فى رأى، أن جور الجار على شريط صغير من أرض جاره على حدود ملكه، وإدخال هذا الشريط فى أرضه يزرعه أو يمد إليه بناءه، دون أن يشعر الجار بذلك ودون أن تكون هناك علامة ظاهرة تنم عن مجاوزة الحائز لحدود ملكه، حيازة خفية لا تصلح أساسا لدعاوى الحيازة ولا للتملك بالتقادم(٢). وإذا سلمنا بهذا الرأى ، فان خفاء الحيازة لا يؤثر فيها حسن نية الحائز أو سوء نيته، فهى تبقى حيازة خفية حتى لو كان الحائز قد جار على هذا الشريط من أرض جاره بحسن نية وهو يعتقد أنه لم يجاوز حدود ملكه(٣).

وليس من الضرورى، حتى تكون الحيازة علنية غير خفية، أن يعلم بها المالك على سبيل اليقين، بل يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها. فامكان العلم، وليس العلم ذاته، هو الذى يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء(٤)(1).

---

(١) انظر فى هذا الصدد بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٣ ص٢-٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٢ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٢.

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ ص١٧٣ هامش٢- محكمة السين ١٠ فبراير سنة ١٨٢٠ - باريس ٢٨ فبراير سنة ١٨٢١ و٣٠ نوفمبر سنة ١٨٢٥ S.chr. وانظر عكس ذلك وأن الحيازة فى هذه الحالة تكون حيازة ظاهرة إذ أن أعمال الحيازة أعمال علنية غير خفية: ترولون فقرة ٣٥٢- لوران فقرة ٢٨٨- هيك ١٤ فقرة ٣٥٢- جيوار فقرة ٤٦١- بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٣.

(٣) جيوار فقرة ٤٥٧ - بودرى وتيسييه فقرة ٢٦١.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٠ ص٢٠٥.

(1) الحيازة التى تصلح أساسا للتملك بالتقادم، وان كانت تقتضى القيام بأعمال مادية ظاهرة فى معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته منه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس فى قصد التملك بالحيازة، كما تقتضى من الحائز الاستمرار فى استعمال الشئ بحسب طبيعته وبقدر الحاجة إلى استعماله، إلا أنه لا يشترط أن يعلم المالك بالحيازة علم اليقين، وانما يكفى أن تكون من الظهور بحيث يستطيع العلم بها، ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشئ فى كل الأوقات دون انقطاع، وانما يكفى أن يستعمله كما يستعمله المالك فى العادة وعلى فترات متقاربة منتظمة.

(جلسة ١٩٧٣/٢/٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص١٧٥)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن رقم ٩٢٧ لسنة ٥٤ق س٢٩ ص١٧٠٦)

٢٨٠ - عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة: وعيب الخفاء أو عدم العلانية، بخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع، عيب نسبى (vicerelatif). وفى هذا تقول المادة ٢/٩٤٩ مدنى، كما رأينا(١)، إنه إذا حصلت الحيازة خفية «فلا يكون لها أثر قبل من ... أخفيت عنه الحيازة». فالذى يحتج بخفاء الحيازة هو من أخفيت عنه وحده دون غيره ممن تكون الحيازة ظاهرة أمام عينيه. فليس من الضرورى إذن أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس حتى تكون مشوبة بعيب الخفاء، بل يكفى أن تكون خافية على صاحب الحق الذى يحوزه الحائز حتى يستطيع هذا أن يتمسك بأنها حيازة معيبة، ولو كانت ظاهرة أمام غيره من الناس وبعبارة أخرى يصح أن تكون الحيازة ظاهرة أمام الناس ولكنها خافية على صاحب الحق، فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بخفائها(٢). وعلى العكس من ذلك إذا كانت الحيازة ظاهرة أمام صاحب الحق، ولكنها خافية على سائر الناس، لم يجز لصاحب الحق أن يتمسك بخفاء الحيازة بدعوى أنها خافية عن الناس ما دامت ظاهرة له هو(٣).

وهناك رأى يذهب إلى أن عيب الخفاء عيب مطلق، فلا يعتد بالحيازة إلا إذا كانت ظاهرة أمام جميع الناس. فإذا خفيت على بعض الناس دون بعض، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء، حتى لو كانت ظاهرة لصاحب الحق نفسه. فالحائز لحق يجب أن يستعمله كما يستعمله صاحب الحق نفسه، وصاحب الحق يستعمل حقه علنا أمام جميع الناس. وإذا أمكن فى دعاوى الحيازة التساهل فى شرط الخفاء وعدم اشتراط أن تكون الحيازة خافية على جميع الناس والاكتفاء بأن تكون خافية على صاحب الحق وحده، ففى التملك بالتقادم لا يجوز هذا التساهل بل يجب اشتراط أن يكون الحيازة خافية على جميع الناس، إذ أن من يريد أن يتملك حقا بالتقادم يجب أن يظهر أمام جميع الناس على أنه هو صاحب الحق(٤) ولكن هذا الرأى لم يسد، والذى ساد هو الرأى الأول(٥)، وقد أخذ

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣.

(٢) فلو أن مستأجر العين قد غير صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة عن طريق فعل الغير، بأن استصدر لنفسه عقد بيع للعين من الغير، ولكنه بقى يدفع الأجرة للمؤجر، فإن الحيازة وإن انقلبت إلى حيازة أصيلة تكون حيازة خفية بالنسبة إلى المؤجر، فلا يحتج بها عليه (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧٢).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى ورينو فقرة ٢١ ص٢٨.

(٤) أنظر فى هذا الرأى لوران فقرة ٢٨٩ - كوليه دى سانتير فقرة ٣٣٩ مكررة (٧).

(٥) ديرانتون فقرة ٢١٥ - هيك ١٤ فقرة ٣٥٢ - جيوار فقرة ٤٦٠ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ =

التقنين المدنى المصرى صراحة بهذا الرأى الأول السائد كما سبق القول(١).

٢٨١- زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة: وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق. فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو، أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها، وبخاصة أصبح من الجائز أن تحمى بدعاوى الحيازة وأن تؤدى إلى التملك بالتقادم، ولكن من الوقت الذى يزول فيه عيب الخفاء. وتقضى المادة ٢/٩٤٩ مدنى صراحة فى هذا الخصوص بأنه إذا اقترنت الحيازة «باكراه أو حصلت خفية أو كان فيه لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذى تزول فيه هذه العيوب»(٢).

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة، ثم ظهرت بعد ذلك، فلا يعتد بالمدة التى كانت خفية فى أثنائها، ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت. فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة، وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها(٣).

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

العيب الثالث- الاكراه أو عدم الهدوء

٢٨٢- معنى الاكراه أو عدم الهدوء: قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم فتخلو من عيبى عدم الاستمرار والخفاء، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الإكراه أو عدم الهدوء. وتكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عدم الهدوء إذا

=ص١٣٣- بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٣ - مارتى ورينو لفقرة ٢١ ص٢٨.

(١) أنظر م ٢/٩٤٩ مدنى آنفاً فقرة ٢٧٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٦٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٦.

حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد(١)(1)، وبقى محتفظا بها دون أن تنقطع القوة أو التهديد الذى حصل عليها به. فما دام الحائز قد حصل على الحيازة على هذا الوجه، فإن حيازته تكون مشوبه بعيب الإكراه، ما دامت القوة أو التهديد باقيا لم ينقطع(٢). ويستوى فى ذلك أن تكون القوة أو التهديد قد استعمل ضد المالك الحقيقى لانتزاع ملكه منه أو استعمل ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته، كما يستوى أن يكون من استعمل القوة أو التهديد هو الحائز نفسه أو أعوان له يعملون باسمه(٣). ويستوى أخيرا أن تكون الحيازة قد انتزعت عنوة بالقوة أو التهديد، أو أن يكون الحائز السابق قد أذعن للقوة أو التهديد فسلم العين مكرها(٤).

ويخلص من ذلك أن الإكراه يجب أن يكون قد استعمل ابتداء للحصول على

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ ص١٩٩ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص١٧٢ هامش١.

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٣٨- ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م١١ ص٢٥- ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٠٣- وقد قضى بأنه إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من التحقيق ومن انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه أنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثاً، وأن وضع يده لم يكن هادئاً، فذلك من التقديرات الموضوعية التى لا معقب عليها لمحكمة النقض (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص٣٥٠).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ ص١٩٩.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١.

(1) أ- المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكتسبة للملكية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ألا تقترن الحيازة بالاكراه من جانب الحائز وقت بدئها، فإن بدأ الحائز وضع يده هادئا فإن التعدى الذى يقع أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى هذا الخصوص على أن هناك نزاع يشوب حيازة الطاعن للأرض استنادا إلى مجرد توقيع الحجز، وكان الطاعنون قد اتخذوا من هذا الحجز موقف المدافع عن حيازتهم مما لا يصح معه القول بإن حيازتهم كانت معيبة لهذا السبب، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر مجتزئا فى ذلك بالقول بأن حيازة الطاعنين للأرض آنفة الذكر فقدت شرط الهدوء، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨١/٦/٧ الطعن رقم ١٠٨١ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٧٥٤)

ب- وضع اليد واقعة لا ينفى صفة الهدوء عنها مجرد حصول تصرف قانونى على العين محل الحيازة ولا يعد هذا التصرف تصرفا قاطعا للتقادم.

(جلسة ١٩٦٨/٤/٩ الطعن رقم ٦٥ لسنة ٣٤ق س١٩ ص٧٤١)

الحيازة(١)(1)، وأن يكون قد بقى مستعملا لاستبقائها دون أن ينقطع. وقد كان هذا حكم القانون الرومانى، وبه يقول فريق من رجال الفقه فى فرنسا(٢). وعلى ذلك إذا انقطع الإكراه وبقى الحائز بعد انقطاعه مستمرا فى حيازته، فان الحيازة تصبح هادئة خالية من عيب الإكراه، ومن ثم تصبح صالحة لإنتاج آثارها، حتى لو اضطر الحائز بعد ذلك وقد رأى حيازته عادت مهددة أن يدفع القوة بالقوة، ما دامت الحيازة لم تنتزع منه فينقطع بانتزاعها التقادم. وهذا هو الرأى الذى أخذت به ضمنا محكمة النقض فى مصر، عندما قضت بأن التعدى الذى يقع فى أثناء حيازة بدأت هادئة، ويمنعه الحائز، لا يشوب الحيازة التى تظل هادئة بالرغم من ذلك(٣).

ولكن القضاء الفرنسى وفريقا آخر من رجال الفقه فى فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفى أن ينقطع الإكراه الذى حصل به الحائز على الحيازة ابتداء، حتى تكون الحيازة خالية من

---

(١) فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً، فالتعدى على حيازته بعد ذلك ودفع الحائز هذا التعدى عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعلا الحيازة مشوبة بالإكراه. وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه، أما إذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً، فإن التعدى الذى يقع فى أثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى على أن هناك نزاعاً أو تعكيراً متواصلا للحيازة دون أن يبين متى بدأ هذا التعكير، وهل كان مقارناً لبدء الحيازة أو تالياً لبدئها، وأثره فى استمرار الحيازة، فإنه يكون قد شابه قصور يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص٥٢٨- وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص٧٧٣).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣٣- بودرى وتيسييه فقرة ٢٥١ وفقرة ٢٥٤ ص٢٠١- ص٢٠٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص١٧١- ص١٧٢.

(٣) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص٥٢٨ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه.

(1) أ- ادعاء الشركة المشترية تملكها عقار التداعى بالتقادم الطويل. ثبوت حيازتها له من عقد شرائها غير المسجل ومن تقرير الخبير. مؤداه. أن حيازتها بنية التملك تكون قد بدأت هادئة. لا ينال من ذلك تأميمها أو دمجها فى شركة أخرى.

(جلسة ١٩٩٨/٥/٢١ الطعون أرقام ١١٥٩٤ لسنة ٦٦ق، ٥٩٩، ٦٦٢ لسنة ٦٧ق)

ب- الحيازة لا تكون غير هادئة إلا بدأت بإكراه.

(جلسة ١٩٨٣/١/٦ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٢ق)

جـ- المقصود بالهدوء الذى هو شرط للحيازة المكسبة للملكية، ألا تقترن الحيازة بالاكراه من جانب الحائز وقت بدئها فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا، فان التعدى الذى يقع اثناء الحيازة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التى تظل هادئة رغم ذلك.

(جلسة ١٩٧٥/١/١٤ الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٥٣)

عيب الإكراه. بل يجب فوق ذلك أن تستمر الحيازة هادئة (paisible) طوال المدة التى تبقى فيها، فإذا كانت مهددة يعكر صفاءها أن يكون صاحبها مضطرا فى أى وقت للدفاع عنها بالقوة، فانها تكون حيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه، ولا تصلح لأن تنتج آثارها القانونية. كذلك تكون الحيازة غير هادئة يشوبها عيب الإكراه، حتى لو حصل عليها صاحبها ابتداء بغير القوة أو التهديد، ولكنه بعد ذلك أصبح مهددا فى حيازته بحيث يعكر صفاء هذه الحيازة احتمال انتزاعها منه عنوة واضطراره فى أى وقت لأن يواجه هذا الاحتمال ولأن يدفع القوة بالقوة(١). ولكن أصحاب هذا الرأى يقتربون كثيرا من الرأى الأول بادخال تحفظين على رأيهم: (١) فعندهم أنه لا يعكر من صفو الحيازة ولا يجعلها مشوبة بعيب الإكراه أن يضطر الدائن. فى أثناء حيازته، إلى الإكراه السلبى (violence passive)، فيتحمل العنف الصادر من الغير ويستبقى الحيازة مع ذلك دون أن يدفع هذا العنف بالقوة. وحجتهم فى ذلك أنه لا يجوز التسليم بأن عملا يصدر من الغير لا يتحمل الحائز تبعته، ويكون من شأن هذا العمل أن يجعل الحيازة معيبة. (٢) وحتى لو اضطر الحائز إلى الإكراه الإيجابى (violence aetive) ودفع عن حيازته القوة بالقوة، فان أعمال الإكراه الصادر من الغير لا يكون من شأنها أن تعيب الحيازة إذا كانت أعمالا قد ارتكبت من بعيد (de loin en loin). فهذان التحفظان يؤديان إلى القول بأن أعمال العنف الواقعة على الحيازة بعد استقرارها، سواء قوومت مقاومة سلبية أو قوومت مقاومة إيجابية، لا يكون من شأنها أن تشوب الحيازة بعيب الإكراه، فالإكراه إذن لا يعتد به إلا إذا كان الحائز نفسه هو الذى ارتكبه للحصول على الحيازة ابتداء(٢).

---

(١) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٤٨ سيريه ٤٩-١-٤٤٩- ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥-١-٤١٢- ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥-١-١٥٩- ترولون فقرة ٣٥٠ ص٤١١ وص٤١٨- ماركاديه المادة ٢٢٢٩ فقرة ٤- لوران فقرة ٢٨٠- بفنوار ص٢٠٨ - جيوار فقرة ٤٥٣.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص١٧٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٧٨- مارتى وريتو فقرة ٢٢- ومهما يكن من أمر، فان مجرد المنازعة القضائية لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لكسب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه الدعوى باسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى باستحقاقها، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٦ رقم ٤). ومن باب أولى مجرد توجيه إنذار إلى الحائز من منازعه لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة (نقض مدنى ١٧ يونيه سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٢ ص٧٧٣).

٢٨٣- عيب الاكراه أو عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الاكراه: وعيب الإكراه أو عدم الهدوء، كعيب الخفاء أو عدم العلانية، وبخلاف عيب عدم الاستمرار أو التقطع، عيب نسبى (vice relatif)، وتقول ذلك صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى فيما رأينا(١). فإذا انتزع شخص من آخر حيازة عين بالإكراه، كانت حيازة منتزع الحيازة مشوبة بعيب الإكراه بالنسبة إلى الشخص الآخر الذى انتزعت منه الحيازة وحده. وبالنسبة إلى الشخص الآخر وحده، لا يستطيع منتزع الحيازة أن يحتج بحيازته للتملك بالتقادم إلا إذا انقطع الإكراه ومن وقت انقطاعه. وكذلك لا يستطيع أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة إلا إذا انقطع الإكراه كذلك. وحتى لو انقطع الإكراه فان من انتزعت منه الحيازة يستطيع أن يستردها فى خلال السنة التالية لانتزاعها منه طبقا لقواعد دعوى استرداد الحيازة التى سيأتى بيانها.

فإذا كان الشخص الذى انتزعت منه الحيازة ليس هو المالك، لم يجز للمالك أن يحتج على منتزع الحيازة بعيب الإكراه، لأن المالك ليس هو الذى وقع عليه الإكراه، وعيب الإكراه كما قدمنا عيب نسبى لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه. وعلى ذلك يجوز لمنتزع الحيازة فى هذه الحالة أن يحتج بحيازته على المالك باعتبارها خالية من عيب الإكراه، فيحمى هذه الحيازة منه بدعاوى الحيازة كما يستطيع أن يتملك ضده بالتقادم(٢).

٢٨٤- زوال عيب الاكراه بانقطاع الاكراه: وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة، كذلك يزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى، إذ تقضى كما

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣: إذا اقترنت (الحيازة) باكراه... فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه ... (م٩٤٩-٢ مدنى).

(٢) نقض فرنسى ٢٦ أغسطس سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥-١-١٥٩- ماركاديه المادة ٢٢٣٤ فقرة ٤- هيك ١٤ فقرة ٣٥٠ - جيوار فقرة ٤٥٦ - بفنوار ص ٤٠٩ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣٤ - ص١٣٥- بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص١٧٢- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٠ - كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٧١ ص٩٥٣.

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

رأينا[1] بأنه إذا اقترنت الحيازة باكراه لم يكن لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه إلا من الوقت الذى يزول فيه هذا العيب. وزوال العيب هنا يكون بانقطاع الإكراه.

فإذا انتزع شخص حيازة عين بالإكراه، كانت حيازته مشوبة بعيب الإكراه مادام الإكراه قائما وما دام الحائز مستبقيا العين فى حيازته بالإكراه. فإذا ما انقطع الإكراه، واستقرت الحيازة لمنتزعها، فان عيب الإكراه يزول. فيجوز لمنتزع الحيازة بعد زوال الإكراه أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة وأن يتملك بالتقادم، بالنسبة إلى الشخص الذى انتزع منه الحيازة وبالنسبة إلى أى شخص آخر ولو كان هو المالك الحقيقى للعين[2].

ويلاحظ مع ذلك أن الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه له أن يستردها فى خلال سنة من وقت إنتزاعها منه بدعوة استرداد الحيازة[3]، وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدعوى والتى سيأتى بيانها.

العيب الرابع – الغموض أو اللبس:

٢٨٥– معنى الغموض أو اللبس: قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة وهادئة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، فتخلو من عيوب عدم الاستمرار والخفاء والإكراه، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الغموض أو اللبس. وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس إذا هى اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد، أحد عنصرى الحيازة المتقدم ذكرهما. ويشتبه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد إذا احتملت معنيين، معنى أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة ومعنى أنه يحوز لحساب غيره أو لحساب نفسه وحساب غيره معا[1].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣– وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٢.

(٢) ولا تصير الحيازة معيبة بعيب الإكراه بعد ذلك، حتى لو اضطر الحائز إلى دفع الاعتداء عنها ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣٤ وهامش ٢٦– بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٢)– ولو بالقوة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣٤ وهامش ٢٦– بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٣)– ولم يكن هذا هو الحكم فى القانون الرومانى، فقد كان هذا القانون يقضى بأن عيب الإكراه لا يزول إلا إذا رجعت العين إلى حيازة الشخص الذى انتزعت منه الحيازة بالإكراه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٥ ص١٧٢).

(٣) فإذا لم يستردها فى خلال السنة، أنتجت الحيازة آثارها ومنها جواز التملك بالتقادم، وذلك بأثر رجعى من وقت استيلاء منتزع الحيازة على العين وصيرورة حيازته هادئة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٠ ص١٣٤ وهامش ٢٦– بودرى وتيسييه فقرة ٢٥٢ ص٢٠-).

(1) وضع اليد على العقار استنادا إلى عقد بيع صورى صورية مطلقة، مظهر من مظاهر ستر الصورية، لا أثر له فى كسب الملكية مهما طالت مدته.

(جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣٩ق س٢٧ ص٧٢٨)

وهناك مثلان يقدمان عادة للحيازة التى يشوبها عيب الغموض أو اللبس(١): (**المثل الأول**) شخص يموت ويوجد فى منزله أشياء – كمجوهرات أو أثاث أو أوراق مالية أو منقولات أخرى – تكون فى حيازة زوجته، أو وارث يعيش معه، أو رفيقة يعاشرها، أو خادم، أو أحد من أتباعه ممن يعيشون معه. فالمعاشرة وحدها لا تكفي لتعييب الحيازة، ولكنها قد تشوب الحيازة بعيب الغموض إذا التبس الأمر وكانت حيازة أحد من هؤلاء ممن كانوا يعيشون مع الميت تحتمل أن تكون حيازة لحساب نفسه أو أن تكون حيازة لحساب الميت بحكم المعاشرة. فإذا احتج الحائز بهذه الحيازة، أمكن القول إنها حيازة مشوبة بعيب الغموض أو اللبس، ومن ثم لا تنتج آثارها(1). (**المثل الثانى**) أن تكون هناك عين شائعة، فيحوزها أحد الشركاء فى الشيوع. وقد يتمسك هذا الشريك بأنه قد حاز العين لحساب نفسه خاصة، ولكن أعمال الحيازة المادية التى يأتيها فى العين تكون من قبيل الأعمال التى يأتيها الشريك فى الشيوع، وأعمال الشريك فى الشيوع هى نفس أعمال المالك ملكية مفرزة، ولكن يأتيها الشريك بنية أنه يوجد غيره معه يشاركه فى الملك. فهنا يقدم اللبس فى حيازة الشريك فى الشيوع للعين الشائعة إذا تمسك بأنه يحوز العين لحسابه خاصة، إذ هى حيازة تحتمل هذا المعنى كما تحتمل معنى أن الشريك يحوز لحساب نفسه ولحساب غيره من الشركاء فى الشيوع(٢). فتكون الحيازة فى هذه الحالة مشوبة بعيب

---

(١) أنظر فى أمثلة أخرى بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٩ ص٢٢٥– مازو وفقرة ١٤٤٠ ص١١٦٢.

(٢) أنظر استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٣٥– ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م٣ ص٣٤١– ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م٥ ص٦٠– ١٣ أبريل سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢٢٠– ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٩٣– ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٠٤– ١٦ أبريل سنة ١٨٩٦ م٨ ص٢٥٩– ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٣١– ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢٠٥– أول أبريل سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٨٠– ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٠٢– ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٥٧– ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٦٢ – أول أبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٩٦– ١٧يناير سنة ١٩٩٣ م٤٥ ص١٣٢– ٢٩ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٦٢– استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٨ ص٣٢٤– ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١٠٤ ص١٤٤– ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ٣٧٤ ص٥٦٤– وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دفع الغير العوايد لا ينبنى عليه جعل حيازة واضع اليد على أرض ما غامضة، ولا يمنع التقادم المكسب الحاصل لمصلحته، إلا إذا ثبت أن واضع اليد كان عالماً بذلك (استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م٥٤ ص١٤).

(1) أ– ليس فى القانون – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة، إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة وأنما على ما تدعيه المطعون ضدها من أنها تملكت المنزل موضوع التداعى – والذى كان من بين تركة مورث الطرفين أصلا – بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن مدة التقادم المكسب خمسة عشر عاما يكون قد أصاب صحيح القانون.
=

الغموض أو اللبس، ومن ثم لا تنتج آثارها(١)(1).

=(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ق س٣٠ ج٢ ص٥٣٩)

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٨٢)

ب- ليس فى القانون - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يمنع الوارث من أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون.

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٥ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٨ق)

(١) أنظر فى غموض الحيازة فى هذين المثلين: بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٧ ص١٧٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٨٤ - كولان وكابيتان ودى لاموراندييه ١ فقرة ١١٧٣- وانظر فى غموض حيازة العين التائعة بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٠- فقرة ٢٩٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن الحصة الشائعة فى عقار كالنصيب المفرز من حيث إن كليهما يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والانفراد. ولا فارق بين الاثنين إلا من حيث إن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين. والمخالطة ليست عيباً فى ذاتها، وإنما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وإبهام. فإذا اتفق المشتاعون ووقف كل منهم فى ممارسته لحيازته عند حصته مراعياً حصة غيره، كما لو اغتصب اثنان فأكثر عقاراً وحازوه شائعاً بينهم جاعلين لكل منهم فيه حصة، جاز أن يتملكوه بالتقادم سواء اشتركوا فى حيازته المادية أو ناب فى هذه الحيازة بعضهم عن بعض. هذا إذا لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلصت الحيازة لغاصبيه. أما إذا كان للمالك يد على العقار، فالفرض أن اجتماع يده مع يد الغير يؤدى إلى مخالطة من شأنها أن تجعل يد هذا الغير غامضة، فضلا عن إمكان حمل سكوت المالك على محمل التسامح (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٦ رقم ٧ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم).

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية قديماً بأن وضع يد أرتد العائلة على الأطيان العائلية بصفته مديراً لها لا يكسبه الملكية بمضى المدة الطويلة (استئناف وطنى ٣١ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص٢٨٠- ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص٢٧٣- ٢١ مارس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١٤ ص٣٥- ٢٠ يناير سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص١٨٥- ١٠ مايو سنة ١٨٩٨ الحقوق ١٣ ص١٩٠). وتأكد هذا المبدأ بعد ذلك: استئناف مصر ٦ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٠٧ ص٢٣٧- وانظر أيضاً فى هذا المعنى: استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢٨٧- ١٢ يونيه سنة ١٨٩٤ م٦ ص٣١٧.

(1) أ- الحصة الشائعة- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يصح أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية تملكها ولا يحول دون ذلك أن تجتمع يد الحائز مع يد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما إذ أن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها بل فيما قد ينشأ عنها من غموض وابهام، فإذا استطاع الشريك فى العقار الشائع أن يحوز حصة باقى شركائه المشتاعين حيازة تقوم على معارضة حق الملاك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح=

ونرى من ذلك أن عيب الغموض أو اللبس ينصب على عنصر القصد فى الحيازة كما سبق القول، ولا يختلط بغيره من العيوب الأخرى للحيازة. ولكن هناك رأيا يذهب إلى أن عيب الغموض ليس بعيب مستقل، بل هو يختلط بالعيوب الأخرى. إذ هو فى هذا الرأى يتناول ما تقدم، ويشمل أيضا أن يكون خلو الحيازة من العيوب الأخرى، عيب عدم الاستمرار وعيب الخفاء وعيب الإكراه، غير ثابت ثبوتا تاما، بل إن فيه شيئا من اللبس، فتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض(١). ولكن يحسن الوقوف عند الرأى الأول، والقول بأن عيب الغموض عيب مستقل، وبأنه ينصب على عنصر القصد وحده، ولا يختلط بالعيوب الأخرى للحيازة. أما الرأى الأخر فيخلط بين خلو الحيازة من العيوب وبين درجة

=واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٤/٢ الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/٣/٢٥ الطعن رقم ٢٢٧٣ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٤/١٨ الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٤/٣/١٣ الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٦٦٥)

ب- الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما أن يكون محلا لأن يحوزه على وجه التخصيص والانفراد ولا فارق بينهما إلا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين، وليست هذه المخالطة عيبا فى ذاتها، وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام، فإذا انتفت واستقرت الحيازة على مناهضة حق باقى المالكين ومناقضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح، فان الحيازة تصلح لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة بالتقادم.

(جلسة ١٩٧٠/٦/٩ الطعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ق س١٢ ص٩٩٨)

جـ- الحيازة فى عنصرها المادى تقتصر السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشئ ولما كانت الملكية الشائعة لا تنصب إلا على حصة شائعة فى أجزاء المال المشترك إلى أن تتميز بالفعل عند حصول القسمة، فان هذه الحصة يصح - وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض - أن تكون محلا لأن يحوزها حائز على وجه التخصيص والانفراد بنية امتلاكها، ولا يحول دون ذلك اجتماع يد الحائز بيد مالك العقار بما يؤدى إلى المخالطة بينهما لأن هذه المخالطة ليست عيبا فى ذاتها وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض أو ابهام وأنه إذا استقرت الحيازة على مناهضة حق المالك ومناقضته بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح فان الحيازة تصلح عند التملك الحصة الشائعة بالتقادم.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٧ الطعن رقم ٢٦٦ لسنة ٣٣ق س١٨ ص٣٠٦)

(١) أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٢٨٧- فقرة ٢٨٨.

إثبات خلوها منها، فان كان هذا الخلو ثابتا ثبوتا تاما لم تكن الحيازة مشوبة بعيب الغموض، أما إذا لم يكن ثابتا ثبوتا تاما فانها تكون مشوبة بهذا العيب. وهذا لا يجعل لعيب الغموض معنى، وإذا أخذنا به كان الأولى عدم ذكر الغموض كعيب فى الحيازة، والاقتصار على القول بأن خلو الحيازة من العيوب يجب أن يكون ثابتا ثبوتا تاما. ومثل هذا القول لا وزن له، إذ أنه من البديهى، إذا اشترط القانون خلو الحيازة من العيوب، أن يكون هذا الخلو ثابتا ثبوتا تاما، شأنه فى ذلك شأن أى أمر آخر يتمسك به الخصم ويكون عليه عبء إثباته(١).

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

ففى المثل الذى قدمناه عن الحيازة الغامضة عند الزوجة والوارث والخادم والتابع ممن كانوا يعيشون مع الميت فى مسكن واحد، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل ورثة الميت الآخرين، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة، ولكن يحتج بها على غير ورثة الميت. وفى المثل الآخر، وهو الحيازة الغامضة عند الشريك فى الشيوع، لا يكون لعيب الغموض من أثر إلا قبل الشركاء الآخرين فى الشيوع، فلا يحتج عليهم بهذه الحيازة الغامضة(٣)، ولكن يحتج بها على غير هؤلاء الشركاء(٤).

---

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

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٣.

(٣) استئناف وطنى ٣١ أغسطس سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص٣٥٧ - ٣ مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٦ ص١٥٧- ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص٩٢- ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص١٤٥- ١١ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص٢٦٢- ٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠١ ص٩٤- ٢٣ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ١٧٣ ص١٥٥- وتسقط قرينة أن الشريك وضع يده كشريك، وتصبح الحيازة غير غامضة إذ تتمحض لحساب هذا الشريك خاصة، إذا هو قام بأعمال تنافى حقوق بقية الشركاء (آستئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص٤٥- ٢٤ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص١٦٤).

(٤) أنظر عكس ذلك وأن عيب الغموض عيب مطلق لا نسبى: مازو فقرة ١٤٤٣- وانظر فى أن الغموض يهدم الحيازة من أساسها إذ ينفى عنصر القصد، وليس بمجرد عيب يشوب الحيازة: بيدان فقرة ٦٧٩ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٦ ص١٢٩.

٢٨٧ - زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس: وكما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هى تحولت إلى حيازة مستمرة، ويزول عيب الخفاء بظهور الحيازة، ويزول عيب الإكراه بانقطاع الإكراه، كذلك يزول عيب الغموض بانتفاء اللبس، ومن وقت هذا الانتفاء. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٢/٩٤٩ مدنى، إذ تقضى كما رأينا(١) بأنه إذا شاب الحيازة لبس أو غموض لم يكن لها أثر قبل من التبس عليه أمرها إلا من وقت أن يزول هذا العيب وينتفى اللبس أو الغموض.

فإذا كانت حيازة الوارث أو من يعيش مع الميت حيازة غامضة، أو كانت حيازة الشريك فى الشيوع حيازة غامضة، ظلت الحيازة فى كل من الحالتين على غموضها، إلى أن ينتفى اللبس، ويزول الغموض. وينتفى اللبس ويزول الغموض، إذا عمد الحائز الذى يشوب حيازته الغموض إلى التصرف فى العين تصرفا يظهر بجلاء وفى غير لبس أو غموض أنه إنما يحوز العين لحساب نفسه خاصة، وأنه أصبح واضحا أنه لا يحوزها لحساب غيره أو لحساب نفسه وغيره معاً.

ولا يشترط فى ذلك تغيير صفة الحيازة بأحد السببين اللذين تتغير بهما صفة الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة، وهما فعل من الغير أو فعل يصدر من الحائز يعارض به حق المالك(٢)، فان الحيازة الغامضة غير الحيازة العرضية، والمقصود هو إزالة الغموض لا تحويل حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة(٣). لذلك يكفى فى زوال عيب الغموض أو اللبس أن يكون تصرف الحائز بحيث يستخلص منه فى وضوح أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة ولا يحوز لحساب غيره. فيستأثر مثلا من كان يعيش مع الميت بما فى حيازته من المنقولات، بأن يعلن أنها له وحده وليس للميت أى حق فيها، أو أن يقرر فى قائمة الجرد أن هذه المنقولات هى ملكه ويجب استبعادها من قائمة الجرد. ويستقل حائز العين الشائعة بحيازتها فلا يشاركه فى هذه الحيازة أحد غيره من الشركاء، وإذا حاول شريك أن يفعل منعه من ذلك. فهنا يظهر فى غير لبس ولا غموض أن الحائز يحوز لحساب نفسه خاصة، ويزول بذلك عيب الغموض أو اللبس، وتصبح الحيازة صالحة لإنتاج آثارها. ولكن يجب أن تصدر من الحائز أعمال ظاهرة صريحة فى أنه إنما يحوز لحساب نفسه خاصة، وتتعارض هذه الأعمال مع أية حيازة أخرى يمكن أن تخالط حيازته(٤).

---

(١) أنظر آنفاً فقر ٢٧٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٣ ص٢٢٨.

(٤) استئناف وطنى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢١ ص٤٥- ٢٤ فبراير سنة =

٣- الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية

(Possession de bonne foi et possession de mauvaise foi)

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

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

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

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

وتنص المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى:

«١- لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير».

«٢- ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى، ويعد سئ النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره».

وتنص المادة ٩٦٧ مدنى على ما يأتى:

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

=١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٤ ص١٦٤ (وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين)- نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٣٤٨- لوران فقرة ٢٩٢- بفنوار ص٢٧٢ وص٢٧٦- بودرى وتيسييه فقرة ٢٩٣ ص٢٢٨.

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٦٥: ورد هذا النص فى المادة ١٤١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- يعد حسن النية من يحوز الشئ وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فيعتبر حائزاً بسوء نية. ٢- فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً، فالعبرة بحسن أو سوء نية من يمثله. ٣- وحسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس». ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٠ فى المشروع النهائى، بعد إدخال تعديل لفظى «يجعل المعنى أوضح وأدق». ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٧، بعد استبدال عبارة «فالعبرة بنية من يمثله» بعبارة «فالعبرة بحسن نية من يمثله أو بسوئها». ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٥، بعد استبدال كلمة «الحق» بكلمة «الشئ» وحذف عبارة «فيعتبر حائزاً بسوء نية» الواردة فى الفقرة الأولى لأنها مفهومة من غير نص=

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى(١): فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٩٦٩- ٩٧١- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٤٨- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

ونخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية. ونبحث، فى صدد هذه النصوص وتمييزها بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة، المسائل الآتية: (١) أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة. (٢) متى يعتبر الحائز

= (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٥- ص٤٨٦).

م٩٦٦: ورد هذا النص فى المادة ١٤١٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه من التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤١ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٨، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية، تحت رقم ٩٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٧- ص٤٨٨).

م٩٦٧: ورد هذا النص فى المادة ١٤١٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٢ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٩، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٨- ص٤٩٠).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٦٩- ٩٧١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٤٨- ١- يعد حسن النية من يحوز الشئ وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير. وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. ٢- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالماً أن حيازته اعتداء على حق الغير. ويعد كذلك سئ النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه، ولو اعتقد أن له حقاً فى الحيازة. ٣- وتبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. (والتقنين العراقى فى مجموعه يتفق مع التقنين المصرى. وهناك خلاف فى بعض التفصيلات: لم يذكر التقنين العراقى، كما ذكر التقنين المصرى، أن الخطأ الجسيم يكون بمثابة سوء النية، فى الفقرة الأولى من المادة ١١٤٨ منه. ولم يذكر، كما ذكر التقنين المصرى، أن الحائز يصبح سئ النية من وقت إعلانه صحيفة الدعوى إليه بعيوب الحيازة، فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤٨ منه).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

حسن النية. (٣) حسن النية يفترض دائماً. (٤) متى يعتبر الحائز سيء النية. (٥) إثبات سوء النية فى الحيازة. (٦) متى يعتبر الحائز سيء النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة. (٧) احتفاظ الحيازة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس. (٨) صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص.

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

(١) عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على العين، يختلف الحكم فيما إذا كان الحائز حسن النية عما إذا كان سيء النية (م٢/٩٨٠ مدنى) وسنرى تفصيل ذلك فيما سيأتى(١).

(٢) فى مسئولية الحائز عن هلاك العين التى كانت فى حيازته، يجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية، فان حكم أحدهما يختلف عن حكم الآخر (م٩٨٣-٩٨٤ مدنى). وسنبين ذلك تفصيلا فيما سيأتى(٢).

(٣) فى اعتبار الحيازة سببا للتملك، يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية، ويظهر ذلك فيما يأتى:

(أ) إذا كان الحائز سيء النية، فانه لا يتملك بالتقادم، كلا من العقار والمنقول، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة، وهذا هو التقادم الطويل(٣).

(ب) إذا كان الحائز حسن النية، فانه يتملك العقار بالتقادم القصير أى بخمس سنوات إذا كان لديه سبب صحيح كما سيأتى(٤).

(جـ) وكذلك، إذا كان حسن النية، يتملك المنقول فى الحال بمجرد الحيازة، إذا كان لديه سبب صحيح، كما سيأتى(٥).

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٣٥٦.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٦٠- فقرة ٣٦٢.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٣٦٥ وما بعدها.

(٤) أنظر ما يلى فقرة ٤١٧ وما بعدها.

(٥) أنظر ما يلى فقرة ٤٣٥ وما بعدها.

(د) ويتملك أخيرا، إذا كان حسن النية، الثمار بمجرد قبضها، وسيأتى بيان ذلك[1].

٢٩٠- متى يعتبر الحائز حسن النية: رأينا[2] أن الفقرة الأولى عن المادة ٩٦٥ مدنى تنص على أنه «يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان الجهل ناشئا عن خطأ جسيم». ويؤخذ من هذا النص أن الحائز لحق، حق ملكية أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن حيازة أو حق مستأجر أو غير ذلك من الحقوق، يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تنطوى على اعتداء على حق للغير(1). وأقرب تطبيق لذلك هو أن يكون الحائز لحق الملكية يعتقد أنه هو المالك فيكون حسن النية فى حيازته لحق الملكية سواء كان هو المالك فعلا أو لم يكن، وأن يكون الحائز لحق آخر غير حق الملكية يعتقد أنه هو صاحب الحق فيكون حسن النية فى حيازته لهذا الحق سواء كان هو صاحبه أو لم يكن. فإذا اشترى شخص مثلا عينا من شخص آخر معتقدا أنه هو المالك، وتسلم العين من البائع، فانه يحوز حق الملكية، ويكون فى حيازته إياه حسن النية ما دام يعتقد أنه قد اشترى من المالك، وذلك سواء كان البائع مالكا حقيقة أو لم يكن. ويصح، بدلا من أن يشترى العين، أن يرثها أو أن يوصى له بها أو أن توهب له أو أن يأخذها بالشفعة، ففى جميع هذه الأحوال إذا تسلم العين فانه يعتبر حائزا لحق الملكية بحسن نية ما دام يعتقد أن المورث أو الموصى أو الواهب أو البائع للمشترى الذى أخذ منه العين بالشفعة هو المالك، سواء كان مالكا حقا أو غير مالك. وكذلك إذا تعاقد مع شخص على ترتيب حق ارتفاق لمصلحة عقاره على عقار مملوك لهذا الشخص، أو ارتهن منه مالا رهن حيازة، أو استأجر منه عينا، فانه يحوز حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٦٠ وما بعدها.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(1) أ- مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى أنه يشترط لحسن النية أن يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير ولا يخالجه أى شك فى هذا كما يجب ألا يرتكب خطأ جسيما فى جهله بأنه يعتدى على حق الغير.

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ الطعن رقم ٤٤٧ سنة ٣٤ق س١٩ ص١٢٨٧)

ب- لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص حسن النية أو سوئها من نطاقها فى الدعوى ومما يستشفه من ظروفها وملابساتها متى كان استخلاصه قائما على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه.

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٢٣١)

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٦/٥/١٨ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٥١ق)

المستأجر، ويعتبر حائزا حسن النية ما دام يعتقد أن الشخص الذى تعامل معه يملك نقل الحق إليه، سواء كان هذا الشخص يملك فعلا نقل الحق إليه أو لا يملك.

وهذا هو أقرب تطبيق لعبارة «يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير» كما قدمنا، فما دام الشخص الذى يحوز الحق يعتقد أن هذا الحق له، فلا شك فى أنه «يجهل أنه يعتدى على حق الغير». ولكن هذه العبارة أوسع من التطبيقات التى قدمناها، فقد يجهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير، ولكنه مع ذلك يعلم أن الحق الذى يحوزه ليس له. وأقرب مثل لذلك نجده فى الاستيلاء، فقد يعتقد شخص أن منقولا معينا غير مملوك لأحد، فيحوزه قاصدا أن يتملكه بالاستيلاء. فإذا كان المنقول ليس مالا مباحا بل هو مملوك لشخص آخر، فان الحائز للمنقول يكون جاهلا أنه فى حيازته لهذا المنقول يعتدى على حق الغير، ولكنه مع ذلك يعرف عند حيازته إياه أنه غير مملوك له. ففى هذه الحالة أيضا يكون حائزا للمنقول وهو حسن النية، ما دام لا يعلم أن المنقول مملوك لأحد. ومن هنا نرى أنه ليس من الضرورى، فى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير، أن يعتقد أن الحق الذى يحوزه هو حق مملوك له. والمهم، فى حسن نية الحائز، أنه يجهل أنه يعتدى على حق الغير، وليس من الضرورى أن يعتقد أن الحق مملوك له.

ومتى جهل الحائز أنه يعتدى على حق الغير، فانه يعتبر فى الأصل حائزا حسن النية. ومع ذلك قد يكون، فى جهله أنه يعتدى على حق الغير، ارتكب خطأ جسيما. فقد يكون، فى شرائه العين من غير مالك مثلا، فى استطاعته أن يعلم بحقيقة الأمر لو أنه بذل أقل جهد فى التحرى عنه. ومع ذلك يقدم على الشراء فى رعونة ودون مبالاة، فإذا حاز العين التى اشتراها من غير المالك، فانه يكون قد ارتكب خطأ جسيما فى جهله أنه بحيازته هذه يعتدى على حق الغير. ذلك بأن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية، فسوء النية أمر عسير الإثبات إذ هو يتعلق بالنوايا الخفية، فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه وتكون القرينة هنا غير قابلة لإثبات العكس(١).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يفرض فى الحائز أنه حسن النية، أى يعتقد أنه يملك الحق الذى يحوزه ويجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير، على ألا يكون خطأه فى هذا الجهل جسيماً، فإن الخطأ الجسيم يلحق بسوء النية، تسهيلا للإثبات فى مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٩).

ويخلص بما تقدم أنه حتى يعتبر الحائز حسن النية يجب توافر عنصرين، أحدهما ذاتى والآخر موضوعى. فالعنصر الذاتى هو أن يكون الحائز جاهلا أنه يعتدى على حق الغير، فأى شك يختلج فى صدره أنه قد يكون معتدياً على حق الغير يهدم هذا العنصر الذاتى، ويجعل الحائز سئ النية. والعنصر الموضوعى هو أن يكون الحائز، فى جهله أنه يعتدى بحيازته على حق الغير لم يرتكب خطأ جسيماً،=

وإذا كان الحائز شخصا معنويا كجمعية أو شركة، فلما كان لا يمكن أن يكون للشخص المعنوى نية كالشخص الطبيعى، فقد جعل القانون العبرة بنية من يمثل هذا الشخص المعنوى، من مدير أو مفوض أو غير ذلك. فإذا كانت نية هذا الشخص الطبيعى حسنة على الوجه المبين فيما قدمناه، كان الشخص المعنوى نفسه حسن النية، وإلا فهو سئ النية. وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى، كما رأينا(١)، فى هذا الصدد على ما يأتى: «فإذا كان الحائز شخصا معنويا، فالعبرة بنية من يمثله».

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

٢٩١- حسن النية يفترض دائما: ولا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته، فالمفروض أصلا أنه حسن النية، إلى أن يثبت خصمه العكس. وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى، كما رأينا(٢)، على ما يأتى: «وحسن النية يفترض دائما، ما لم يقم الدليل على العكس».

والسبب فى افتراض حسن النية فى الحائز أن المشاهد فى أغلب الأحيان أن الشخص الذى يحوز شيئا يكون هو المالك له، والذى يستعمل حقا غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق. فافترض القانون حسن النية فى الحائز(1)، أخذا بالغالب الراجح. وذلك إلى أن يثبت من يدعى أن الحائز سئ النية سوء نيته، فيحمل هذا المدعى عبء إثبات سوء

=إذ الخطأ الجسيم يقارف سوء النية، فيجعل الحائز - وهو حسن النية ذاتياً - سئ النية موضوعياً. ومن هذا نرى أن أى شك يخالج الحائز يجعله سئ النية، وحتى لو لم يخالجه أى شك بل كان على يقين تام من أنه لا يعتدى على حق الغير بحيازته، فإن الخطأ الجسيم يهدم حسن نيته إذ أن هذا الخطأ هو بمثابة سوء النية. أنظر مع ذلك انتقاداً لنص التقنين الجديد (م١/٩٦٥): جمال الدين زكى فى رسالته فى حسن النية فى كسب الحقوق ص٨٧- ص٨٨ (وعنده أن حسن النية لا يشتمل إلا على عنصر موضوعى هو انتفاء الخطأ (absence de faute) فالحائز يكون حسن النية إذا كان فى اعتدائه بحيازته على حق الغير لم يرتكب أى خطأ ولو كان خطأ يسيراً. أما إذا ارتكب خطأ ولو يسيراً فانه، يكون سئ النية، حتى لو كان من الناحية الذاتية يجهل أنه يعتدى على حق الغير: رسالته المتقدم ذكرها ص٤٠- ص٥٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(1) حسن النية يفترض دائما ما لم يقم الدليل على العكس.

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦١٤)

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٥ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٢٠٤)

النية. مثل ذلك أن يرفع المالك الحقيقى على الحائز دعوى الاستحقاق مطالبا إياه برد العين وبالثمار التى قبضها، فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية فى تملك حيازته. ففى هذه الحالة لا يكلف الحائز باثبات حسن نيته لأن حسن النية مفترض فى جانبه كما قدمنا، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار. والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أو ينبغى أن يعلم بأنه يعتدى على حق ملكيته، على الوجه الذى سنبينه فيما يأتى(١).

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

٢٩٢ – متى يعتبر الحائز سيء النية: يستخلص مما قدمناه أن الحائز يعتبر سيء النية فى حالتين:

(الحالة الأولى) إذا ثبت أن الحائز كان يعلم، وهو يحوز الحق الذى يستعمله، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير. فالسارق يعتبر حائزا سيء النية للشيء المسروق، لأنه وهو يسرقه يعلم أنه يعتدى على حق المالك. والمغتصب لمال الغير، عقاراً كان هذا المال أو منقولا، يعتبر حائزاً سيء النية، لأنه وقد اغتصب مال الغير قد علم أنه بعمله هذا قد اعتدى على حق هذا الغير. ومن وجد مالا ضائعاً فاستولى عليه لنفسه دون أن يبلغ عنه يعتبر حائزا سيء النية، لأنه يعلم أن هذا المال ليس له وأن هناك احتمالا أن يكون له صاحب، فهو يعلم إذن أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق صاحبه فيما لو ظهر أن له مالكا. ومن أخفى شيئا مسروقا وهو يعلم بسرقته يعتبر حائزا سيء النية، لأنه يعلم أن حيازته لهذا المال اعتداء على حق مالكه. ومن جار على أرض الجار فأدخل جزءا منها فى أرضه يكون حائزا سيء

---

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٩٣.

(٢) انظر ما يلى فقرة ٣٠٠.

النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له، لأنه يكون بحيازته إياه عالما بأنه يعتدى على حق الجار. ومن اشترى عينا من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك، وتسلم العين، يكون حائزا سيئ النية، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدى على حق مالكها. ومن وجد فى تركة مورثه عينا يعلم أنها غير مملوكة للمورث، وأدخلها فى التركة واستولى عليها، يكون حائزا سيئ النية، لأنه يعلم بأنه يعتدى على حق مالك العين. فإذا كان يعتقد أن العين مملوكة لمورثه ولكن يثبت أن المورث كان سيئ النية يعلم أن العين غير مملوكة له، فان الوارث يكون مع ذلك حسن النية، ولكن حسن نيته فى هذه الحالة لا يفترض ويجب عليه هو أن يثبته، لأن الحيازة تنتقل إليه من مورثه على اعتبار أنها حيازة بسوء نية إلى أن يثبت أنه هو حسن النية(١).

(الحالة الثانية) إذا ثبت أن الحائز، وإن كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير، كان ينبغى عليه أن يعلم ذلك. فيكون جهله بأن حيازته اعتداء على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم. وقد رأينا أن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم، وأن الحائز فى هذه الحالة يعتبر فى حكم من يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير، ومن ثم يكون حائزا سيئ النية(٢). فمن تسلم شيئا من شخص معروف بسوء السيرة وأنه قد ألف السرقة، وكان هذا الشئ ذا قيمة كبيرة بحيث يستبعد أن يكون مملوكا لهذا الشخص، فانه يكون حائزا سيئ النية، سواء اشترى الشئ أو ارتهنه أو قبله وديعة عنده. ويرجع ذلك إلى أنه وإن لم يثبت بوجه قاطع أن الحائز يعلم أن الشئ مسروق، إلا أنه كان يستطيع أن يعلم أنه مسروق لو أنه بذل أقل جهد فى التحرى عن مصدر هذا الشئ، فيكون جهله بأنه يعتدى على حق الغير نتيجة لخطأ جسيم فى جانبه. ومن جار على جزء من الأرض المجاورة لأرضه، وكان من السهل عليه أن يتبين لو أنه بذل أقل جهد فى التحرى أن هذا الجزء من الأرض هو لجاره وليس مملوكا له، يكون حائزا سيئ النية، لأن جهله بأن حيازته اعتداء على حق الجار يرجع إلى خطأ جسيم فى جانبه.

وإذا كان الحائز فى البداية حسن النية، ثم علم بعد ذلك أن العين مملوكة للغير، فانه يصبح سيئ النية من وقت هذا العلم، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٦٦ مدنى، كما رأينا(٣)، صراحة على ذلك إذ تقول: «لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز إلا من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير»(٤).

---

(١) أنظر م١/٩٥٥ مدنى وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٩١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٠ فى آخرها.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وإذا أريد إثبات أن الحائز سيئ النية،=

٢٩٣ - إثبات سوء النية فى الحيازة: وقد قدمنا أنه يفترض فى الحائز أنه حسن النية، وعلى صاحب الحق الذى يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سئ النية. فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم، أو كان ينبغى أن يعلم، أن حيازته اعتداء على حقه. ولما كان علم الحائز بذلك، أو إمكان علمه به، واقعة مادية، فان صاحب الحق يستطيع إثبات هذه الواقعة بجميع طرق الإثبات، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن.

ومن القرائن القانونية على علم الحائز أن يكون مورثه الذى نقل إليه الحيازة قد ثبت سوء نيته، فيفترض قانونا أن الوارث هو أيضا مثل مورثه سئ النية يعلم أن العين غير مملوكة لمورثه. ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيستطيع الوارث أن ينقضها بأن يثبت أنه هو حسن النية خلافا لمورثه، وأنه كان يعتقد أن العين كانت ملوكة لمورثه(١). ومن القرائن القضائية على علم الحائز أيضا أن يكون قد اشترى أرضا معلومة الحدود، ومع ذلك يجاوز هذه الحدود الظاهرة عند تسلمه الأرض من البائع.

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

٢٩٤ - متى يعتبر الحائز سئ النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة: رأينا(٢) أن الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى تنص على ما يأتى: «ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته فى صحيفة الدعوى، ويعد سئ النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره». ويخلص من هذا النص أن هناك حالتين يعتبر فيهما الحائز سئ النية ولو كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة:

(الحالة الأولى) إذا أعلن الحائز فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس له وطولب برده إلى صاحبه، فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الحائز متضمنة هذا المعنى يصبح الحائز سئ النية، حتى لو كان يعتقد بالرغم من هذا الإعلان أن الحق الذى يحوزه هو له وأن المدعى مبطل فى دعواه. فلو ظهر حقا أن المدعى مبطل فى دعواه وأن الحائز على حق فى اعتقاده بأن الحق الذى يحوزه هو له، فلا تثار فى هذا الفرض مسألة

=وجب إقامة الدليل على أنه يعلم بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه، أو أنه كان يجهل ذلك ثم علم فزال حسن نيته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٩).

(١) أنظر م١/٩٥٥ مدنى آنفاً فقرة ٢٩١.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

سوء نية الحائز لأنه قد ثبت أن الحق هو حقه، فلا يسترد منه المدعى شيئا. أما إذا ظهر أن المدعى على حق فى دعواه وأن الحق الذى يستعمله الحائز ليس له. فعندئذ يعامل الحائز كما لو كان سئ النية من وقت أن وصل إليه إعلان المدعى، حتى لو أثبت أنه كان يعتقد أن له حقا فى الحيازة بالرغم من هذا الإعلان كما سبق القول. ويترتب على ذلك بوجه خاص أن يطالب برد جميع ثمار العين التى قبضها والتى قصر فى قبضها من وقت أن يصبح سئ النية، أى من وقت وصول إعلان المدعى إليه على النحو الذى قدمناه. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٩ مدنى إذ تقول: «يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار»، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى(١).

وتنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات على أنه «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك» وتنص المادة ٦٧ على أن «يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك، بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد الأصل إليه وتنص المادة ٦٨ من القانون على أنه «على قلم المحضرين أن يقوم باعلان صحيفة الدعوى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى اثناء هذا الميعاد فعندئذ يجب أن يتم الاعلان قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور».

ويستخلص من هذه النصوص أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفتها بقلم كتاب المحكمة، وأن قلم الكتاب يسلم الصحيفة إلى قلم المحضرين فى اليوم التالى على الأكثر من تاريخ إيداعها، وأن قلم المحضرين يقوم بإعلانها خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه. وعلى ذلك تعتبر الدعوى مرفوعة قبل إعلان صحيفتها إلى المدعى عليه بمدة قد تطول إلى ثلاثين يوماً، ويترتب على ذلك أن رفع الدعوى ينتج آثاره القانونية قبل إعلان صحيفتها. ونرى أنه، لابد أن يستثنى الحكم القاضى بجعل الحائز فى حكم سئ النية من بين الاثار التى تترتب على رفع الدعوى، وتأخير هذا الأثر إلى يوم إعلان الحائز بصحيفة الدعوى. والقول بغير ذلك يجعل الحائز فى حكم سئ النية من وقت إيداع صحيفة الدعوى فى قلم كتاب المحكمة، أى قبل إعلانها للحائز بمدة قد تصل إلى ثلاثين يوماً وقبل أن يعلم الحائز فعلا بالاعتراض الموجه إلى حيازته.

---

(١) أنظر فقرة ٤٧١.

(الحالة الثانية) إذا إغتصب الحائز بالإكراه الحيازة من غيره. والذى يجعل الحائز سئ النية فى هذه الحالة هو نفس اغتصاب الحيازة بالإكراه، ولو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه. وذلك بأنه حتى لو اعتقد أن الحق حقه، فما كان ينبغى أن يغتصب حيازته بالإكراه، بل كان الواجب أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداده. أما وقد اغتصب حيازته بالإكراه، فانه يعتبر حائزا سئ النية، ويجرى عليه أحكام الحيازة بسوء نية بوجه خاص فيما يتعلق بالمسئولية عن الهلاك وبوجوب رد الثمار وذلك فيما لو ظهر أن الشئ الذى اغتصب حيازته بالإكراه ليس له. ولا يشفع له أن يثبت أنه كان يعتقد وقت الاغتصاب الحيازة بالإكراه أن الشئ مملوك له، إذ لا يجوز لأحد أن ينتصف لنفسه بنفسه(١).

وبديهى أنه إذا اغتصب الحائز الحيازة بالإكراه وهو يعتقد أن الشئ مملوك له، ثم ظهر أن الشئ مملوك له فعلا، فان المدعى لا يرجع عليه بشئ ولا تثار مسألة سوء نية الحائز فى هذه الحالة. وهذا لا يخل بما للحائز السابق الذى اغتصبت منه الحيازة من حق فى رفع دعوى استرداد الحيازة طبقا لشروطها، ولا يخل بحقه أيضا فى طلب تعويض عن الإكراه الذى وقع عليه. طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية.

٢٩٥ – احتفاظ الحيازة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس: رأينا(٢) أن المادة ٩٦٧ مدنى تنص على أن «تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». فإذا كسب شخص الحيازة وكان حسن النية – وحسن النية مفترض كما قدمنا – فانه يبقى حائزا حسن النية، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(٣). وإذا ثبت أن الحائز سئ النية، فانه يبقى حائزا سئ النية، وتنتقل حيازته بصفتها هذه إلى وارثه، فيعتبر الوارث سئ النية مثل مورثه إلى أن يثبت أنه حسن النية (م١/٩٥٥ مدنى).

ويلاحظ أن الحيازة تتغير صفتها عما كانت عليه من قبل بمجرد إقامة الدليل على أن هذه الصفة قد تغيرت على الوجه السابق بيانه. فلا يشترط فى تغير صفة الحيازة قيام

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «على أن حسن نيته (نية الحائز) يزول حتماً من وقت إعلانه فى عريضة الدعوى بأنه لا يملك الحق الذى يحوزه، ويعد كذلك سئ النية من اغتصب الحيازة من غيره بالإكراه حتى لو كان يعتقد بحسن نية أنه يملك الحق الذى اغتصب حيازته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٩).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣.

أحد السببين اللذين تتغير بهما الحيازة العرضية فتتحول إلى حيازة أصيلة، وهما فعل يصدر من الغير معارضة الحائز لحق المالك. ونرى من ذلك أنه لا يشترط قيام أحد هذين السببين إلا فى تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصيلة، أما فى تغير صفة الحيازة من حسن النية إلى سوء النية أو بالعكس من سوء النية إلى حسن النية، وفى زوال عيب من عيوب الحيازة كانقطاع الإكراه أو انتفاء الغموض، فلا يشترط قيام أحد هذين السببين، بل تكفى إقامة الدليل على تغير صفة الحيازة أو على زوال العيب.

٢٩٦ – صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص – إحالة: وسنرى أنه إذا انتقلت الحيازة إلى خلف عام، فانها تنتقل إليه بالصفة التى كانت عليها عند السلف. أما إذا انتقلت إلى خلف خاص، فانه يبتدئ حيازة جديدة يفترض فيها حسن النية كما هى القاعدة العامة، وذلك إلى أن يقوم الدليل على العكس.

وقد نصت المادة ٩٥٥ مدنى على هذه الأحكام، وسنعود إلى هذا النص فيما يأتى، فنحيل هنا إلى ما سنقرره هناك(١).

المطلب الثانى

انتقال الحيازة وزوالها

١ – انتقال الحيازة

(Transfert de la possession)

٢٩٧ – نصوص قانونية: تنص المادة ٩٥٢ مدنى على ما يأتى:

«تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشئ موضوع هذا الحق».

وتنص المادة ٩٥٣ مدنى على ما يأتى:

«يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه».

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٣٠٠ وفقرة ٣٠٦.

وتنص المادة ٩٥٤ مدنى على ما يأتى:

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

«٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة».

وتنص المادة ٩٥٥ مدنى على ما يأتى:

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

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

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٥٢: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشئ أو الحق الذى ترد عليه الحيازة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٢٧ فى المشروع النهائى، بعد أن استبدلت كلمة «الواردة» بعبارة «الذى ترد» وبعد أن أضافت عبارة «ولو لم يكن هناك تسلم مادى» فى آخر النص «ليكون الحكم أوضح». ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٤. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشئ»، وأضيفت عبارة «الشئ موضوع هذا الحق» فى آخر المادة، وأصبح رقم النص ٩٥٤. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٧- ص٤٥٨).

م٩٥٣: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٥٨- ص٤٥٩).

م٩٥٤: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٢٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٦. وفى لجنة مجلس الشيوخ اعترض على أن النص لم يورد إلا حالتين من حالات التسليم وهما تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم تردا على سبيل الحصر وإنما هما المثلان الغالبان فى العمل. ووافقت على النص تحت رقم ٩٥٤، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٠- ص٤٧١).

م٩٥٥: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى=

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، فيما عدا المادة ٢/٩٥٥ مدنى فيقابلها فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٣/٧٧(١).

وتقابل النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩١١- ٩١٤ وفى التقنين المدنى الليبى م٩٥٦ - ٩٥٩ - وفى التقنين المدنى العراقى م١١٤٩ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م١/٢٥٨(٢).

وتعرض النصوص سالفة الذكر لانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر، ويحسن أولا تحديد معنى انتقال الحيازة فى هذا الصدد.

٢٩٨- تحديد معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر: يراد بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة فى هذا الانتقال حيازة متصلة، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة، ولا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة. وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة (accession de la possession) (jonction des possession)، لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر فى الحيازة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيازة (continuation de la possession).

=التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٠ فى المشروع النهائى، بعد تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٧، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٢- ص٤٦٤).

(١) **التقنين المدنى السابق م١٠٣/٧٧:** يجوز لواضع يده على العقار أو الحقوق العينية أن يضم لمدة وضع يده عليها مدة وضع يد من انتقل ذلك منه إليه. (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٩١١- ٩١٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٥٦- ٩٥٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٤٩: ١- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها. على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيء النية. ٢- ويجوز للخلف، عاماً كان أو خاصاً، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون من أثر.

(والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدنى مصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م١/٢٥٨: .... ويمكن لمن يدعى بمرور الزمن أن يستند إلى يد الشخص الذى اتصل منه العقار إليه. (والحكم يتفق مع حكم المادة ٩٥٥ مدنى مصرى).

وعلى ذلك فحيازة المنقول ابتداء عن طريق الاستيلاء، إذا لم يكن للمنقول مالك، ليس فيه انتقال للحيازة، لأن المنقول لم يكن فى حيازة أحد قبل الاستيلاء عليه، فلم تنتقل حيازته من شخص إلى شخص. واغتصاب الحيازة من الحائز أو انتزاع الحيازة منه بالإكراه لا يعتبر انتقالا للحيازة، لأن المغتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدئ حيازة جديدة لا تتصل بالحيازة القديمة، ولا تعتبر استمرارا لها، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيازة القديمة(١). وحيازة غير الوارث لعين من أعيان التركة، سواء كان الحائز سئ النية أو حسن النية، تعتبر هى أيضا حيازة مبتدأة لا تتصل بحيازة المورث، ولا تعتبر استمرار لها، ولا تضم إلى مدتها مدة حيازة المورث.

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذى أسلفناه فيتم بأحد طريقين: (أ) بالميراث، فتنتقل حيازة المورث إلى الوارث، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف العام. (ب) بالاتفاق، فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينتقل له الحيازة، كما إذا اتفق البائع مع المشترى على أن ينقل له حيازة الشئ المبيع أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين، ويستوى فى ذلك أن يكون الحائز السابق مالكا للحق الذى ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص(٢).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص٧٢٤- نقض فرنسى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨-١-٤٧. ولكن إذا اغتصبت الحيازة من الحائز، وبقى الاغتصاب أكثر من سنة، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو بحكم قضائى، فهل يستطيع هذا الحائز أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المغتصب؟ هناك رأى يذهب إلى أن الحائز الذى استرد حيازته بعد أكثر من سنة تنقطع حيازته لأن الاغتصاب دام أكثر من سنة، ثم هو لا يعتبر خلفاً للمغتصب حتى تضم مدة حيازة المغتصب إلى مدة حيازته (لوران ٣٢ فقرة ٣٦٥- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش٨- بفنوار ص٢٨٦ وما بعدها- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص٧٢٤- نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٣٢ داللوز ٣٢-١-٨٣). وهناك رأى آخر يذهب، على العكس من ذلك، إلى أن الحائز يعتبر خلفاً للمغتصب فى حيازته فتضم مدة حيازة المغتصب إلى مدة حيازته، وذلك لأن هناك رابطة قانونية بين حيازة المغتصب وحيازة الحائز اللاحقة، إذ أن المغتصب نقل حيازته إلى الحائز إما اختياراً وإما جبراً بموجب الحكم. فإذا وضع شخص يده على عين مدة ثلاث سنوات، ثم اغتصبت منه الحيازة وبقى الاغتصاب مدة سنتين، ثم استرد الحائز حيازته اختياراً أو قضاء وبقى حائزاً مدة خمس سنوات، فإن مدة سنتى الاغتصاب تضم إلى خمس السنوات الأخيرة لأن الحائز يعتبر خلفاً للمغتصب، ولكن ثلاث السنوات السابقة على الاغتصاب لا تحسب فى مدة التقادم لأن التقادم قد انقطع بالاغتصاب الذى دام أكثر من سنة. وهذا هو الرأى الذى نفضله ويقول به كثير من الفقهاء (هيك ١٤ فقرة ٣٧٠- كولميه دى سانتير ٨ فقرة ٣٤١ مكررة- ماركاديه على المادة ٢٣٣٥ رقم ٣- جيوار فقرة ٥١٥- بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٣).

(٢) ويلاحظ أنه فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن =

ونستعرض كلا من الطريقين:

أ- انتقال الحيازة إلى خلف عام:

٢٩٩- كيف تنتقل الحيازة إلى الخلف العام: ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثلث أو الربع. وقد رأينا[١] أن الفقرة الأولى من المادة ٩٥٥ مدنى تقول: «تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها...». ويخلص من هذا النص أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون، فقد كان الميت هو الحائز فى حال حياته فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسلما فعليا. وهذا هو الحكم الذى تقضى به طبيعة الأشياء، ففى الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسلما فعليا، لابد أن يكون للمال حائز ما دام مالا مملوكا غير سائبة. وما دامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف، فالحيازة تتبع الملكية هنا، وتنتقل هى أيضا مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف[٢].

والمفروض فى انتقال الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون أن هذه الحيازة لم تنقطع. فإذا استولى الغير على المال، ولكن الوارث استرد الحيازة فى خلال سنة من هذا الاستيلاء، فانه يعتبر حائزا بأثر رجعى من وقت موت السلف، ولا يعتد بفترة الانقطاع التى لم تبلغ السنة. أما إذا بقيت حيازة الغير سنة دون أن يستردها الخلف العام، فان الحيازة تبقى عند هذا الغير ويستطيع أن يلجأ فى حمايتها إلى دعاوى الحيازة. وإذا لم يستول أحد على المال، فان المال يعتبر فى حيازة الخلف العام على الوجه الذى قدمناه، ولو لم يتسلمه الخلف العام فعلا وبقى دون أن يتسلمه مدة سنة أو أكثر، ما دام المال لم يستول عليه أحد غيره[٣].

=الأخرى، حيازة السلف وتليها حيازة الخلف وإن كانت حيازة غير مبتدأة بل حيازة متصلة بحيازة السلف ومكملة لها، ويجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة السلف أو لا يضمها تبعاً لمصلحته. أما فى حالة انتقال الحيازة إلى الخلف العام فلا توجد حيازتان مستقلتان إحداهما عن الأخرى، بل لا توجد إلا حيازة واحدة بدأها السلف، واستمر فيها الخلف (بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٦ ص٢٦٨).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) ويفسر أوبرى ورو انتقال الحيازة إلى الخلف العام قبل أن يتسلم المال فعلا بأن الذى ينتقل ليست هى الحيازة فى ذاتها، لأن الحيازة واقعة مادية فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلا، وإنما الذى ينتقل إلى الخلف العام هى مزايا الحيازة، وبخاصة دعاوى الحيازة وإمكان التملك بالتقادم، باعتبار أن هذه المزايا هى من توابع الحق الذى انتقل إلى الخلف العام ومن شأنها أن تقوى هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص١٣٥ هامش٢- - وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٣ ص٢٦٧ وفقرة ٣٤٦ ص٢٦٨ وفقرة ٣٤٧ ص٢٦٨ ص٢٦٩).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٧ ص٢٧٠.

٣٠٠- بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام: رأينا أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها. وأهم هذه الصفات هى أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة أصيلة، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية.

وقد قدمنا(١) أن حيازة المورث إذا كانت حيازة عرضية تنتقل بهذه الصفة إلى الوارث(1)، فيبقى الوارث كما كان المورث حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره. ولا تصبح حيازة الوارث حيازة أصيلة إلا إذا تغيرت صفتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث: فعل يصدر من الغير، أو فعل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك(٢). وقد بسطنا تفصيلا كلا من هذين الأمرين، فنحيل هنا إلى ما سبق أن قدمناه هناك(٣). وغنى عن البيان أن حيازة المورث إذا كانت حيازة أصيلة تنتقل إلى الوارث حيازة أصيلة كذلك، ويحوز الوارث، كما كان يحوز المورث، لحساب نفسه(2).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢.

(٢) ولا يستطيع الوارث أن يتملك بالتقادم ما بقيت حيازته عرضية، فإذا انقلبت إلى حيازة أصيلة على الوجه المتقدم الذكر أمكنه أن يتملك بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص٧٢٢)

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٧٢.

(1) المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته أما بفعل الغير وأما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق الملك، كما أن انتقال الحيازة بالميراث لا يمكن اعتباره مغيرا للسبب لان الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه فى التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن ولو كان يجهل أصلها أو سببها ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة فى معارضة حق الأصيل فى الملك، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه استخلص من اقرارى الطاعنة السادسة ومورث مورث الطاعن أن الأخير كان حائزا لعين النزاع بطريق النيابة عن صاحبها وهى صفة تحول دون اكتساب الملك بالتقادم، وكان من حق محكمة الموضوع الالتفات عما أثاره الطاعن من تزوير الاقرارين سالفى الاشارة وتعتبرهما صحيحة طالما أنهم لم يسلكوا السبيل الذى رسمه المشرع فى المواد من ٤٩ إلى ٥١ من قانون الاثبات للادعاء بالتزوير، وما دامت لم ترَ من ظروف الدعوى وفقا للمادة ٥٨ من ذات القانون ما يشير إلى تزويرها ولم يتعرض لما أورده الخبير في تقريره عن مدة الحيازة وما قدمه الطاعنون من مستندات فأنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥ الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ق)

(2) المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطه مدة خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاما، ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع=

ولا تتغير هذه الصفة الأصيلة عند الوارث إلى صفة عرضية إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره، شأنه فى ذلك شأن المورث.

كذلك إذا كانت الحيازة عند المورث مشوبة بعيب، كأن كانت حيازة خفية أو حيازة باكراه أو حيازة غامضة، فانها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا العيب. ولابد ، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث، أن يزول العيب الذى هى مشوبة به، كما كان يجب أن يزول هذا العيب فى حياة المورث. فلابد من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث، أو ينقطع الإكراه إذا انتقلت مشوبة بالإكراه، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة(١).

وإذا كان المورث حسن النية فى حيازته وبقى حسن النية إلى أن مات، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية. ويعتبر الوارث، كما كان يعتبر المورث، حسن النية فى حيازته، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذى قدمناه فى إثبات سوء نية الحائز(٢). وكذلك يعتبر الوارث سيء النية، ولو كان يعتقد كمورثه أن للمورث حقا فى الحيازة، إذا أعلن الوارث فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه ليس لمورثه وطولب برده إلى صاحبه. فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الوارث يصبح هذا سيء النية، كما كان مورثه يعتبر سيء النية لو أنه هو الذى أعلن فى حياته بصحيفة الدعوى(٣). وإذا كان المورث قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره، فقد قدمنا(٤). أنه يعتبر سيء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب حيازته هو حقه، وتنتقل الحيازة بهذه الصفة إلى الوارث، فيعتبر سيء النية حتى لو كان يعتقد أن الحق الذى اغتصب بالإكراه هو حق مورثه وأنه لم يغتصبه بالإكراه. أما إذا كان المورث سيء النية فى حيازته، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية. ويبقى الوارث معتبرا كمورثه سيء النية، إلى أن يثبت أنه هو حسن النية أى يعتقد أن مورثه كان على حق فى

= أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدوء مقارنة بنية التملك بلا انقطاع عن حيازته التى كانت مستوفية لتلك الشروط أيضا.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٥٦ق)

(١) نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٦ ص٨٦- ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٧-١ ص١٩٢- استئناف مصر ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ص١٥٢٥- بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨ ص٢٧١ وفقرة ٣٤٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص٧٢٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٣.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤.

حيازته. فعند ذلك يعتبر الوارث حسن النية منذ أن انتقلت إليه الحيازة من مورثه، ويبقى حسن النية بكل ما يترتب على حسن النية من آثار[1] إلى أن يزول حسن نيته، ويزول حسن نيته إذا أثبت صاحب الحق أن الوارث أصبح الآن يعلم أن مورثه لم يكن على حق فى حيازته.

٣٠١- ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام: ولما كانت حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة السلف، فالأصل أن تضم مدة حيازة المورث إلى مدة حيازة الوارث ما دام للوارث فائدة فى هذا الضم(1).

---

(١) ومن هذه الآثار أن يملك الثمار بالقبض (أنظر ما يلى فقرة ٣٠١ - وانظر شفيق شحاته فقرة ٣١٣ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٤ ص٥٢٨- إسماعيل غانم ص١٢٧- ص١٢٨- حسن كيرة ص١٣٢ - ص١٣٣). وانظر فى تملك الوارث حسن النية العقار بالتقادم القصير إذا كان مورثه حسن النية محمد على عرفة ٢ فقرة ٨٤ ص١٤٧- ص١٤٨، وانظر أيضاً فى هذه المسألة عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩١ ص٥٩٣- ص٥٩٤- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٨ ص٤١٦ (ويفترضان أن المورث كان يستند فى حيازته إلى سبب صحيح ولكنه كان يعلم أنه قد تلقى العقار من غير مالك أى أنه كان سيئ النية، فإذا كان الوارث حسن النية استطاع أن يستند إلى حسن نيته هو وإلى السبب الصحيح الصادر لمصلحة مورثه لكى يتمسك بالتقادم الخمسى. ولكن يبدو أن حسن نية الوارث فى الفرض السالف الذكر لا يجدى، إذ يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق وكان المورث وقت تلقى الحق سيئ النية. ولذلك يجب افتراض أن الوارث قد أثبت إلى جانب حسن نيته أنه تلقى سبباً صحيحاً غير السبب الصحيح الذى تلقاه مورثه، وأنه كان وقت تلقيه إياه حسن النية. فعندئذ يستطيع الوارث أن يتمسك بالسبب الصحيح الذى تلقاه هو وبحسن نيته لتملك العقار بخمس سنوات، ولا يجوز أن يضم إلى مدته مدة مورثه الذى كان سيئ النية. وما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من «أنه إذا كان الوارث حسن النية والمورث سيئ النية، جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه»: مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٣ - فيه خطأ مطبعى ظاهر، والصحيح كان يدل سياق العبارة هو «على ألا يضم مدة حيازة مورثه». فلفظ «على» يشعر بعدم ضم مدة حيازة المورث، ولو أريد ضم هذه المدة لقيل «وله أن يضم مدة حيازة مورثه».

(1) أ- تنص المادة ٩٥٢ من القانون المدنى على أنه «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشئ موضوع هذا الحق، وتقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المذكور على أنه «ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر» ومفاد هذا ان ادعاء الخلف الخاص الملكية بالتقادم الطويل المدة بضم مدة حيازة سلفه يقتضى انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مع توافر الشرائط القانونية الأخرى لكسب الملكية بوضع اليد خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما.

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٢٠٢). =

فإذا كانت مدة حيازة السلف نصف سنة مثلا، وانتقلت الحيازة إلى الوارث، فيكفى أن يستمر هذا حائزا نصف سنة أخرى حتى يستطيع أن ينتفع بدعوى منع التعرض. وهذه الدعوى يشترط فيها أن يكون الحائز للعقار قد استمر حائزا له سنة كاملة (م٩٦١ مدنى)، فيضم الوارث مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته هو فتكمل له مدة السنة التى يتطلبها القانون. وهذا هو الحكم أيضا فى استكمال الوارث مدة حيازته إلى سنة كاملة بضم حيازة مورثه، إذا أراد أن يرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة (م٩٦٢ مدنى). وإذا كان المورث قد انتزع الحيازة بالإكراه وانقطع الإكراه، وبقى حائزا بعد انقطاع الإكراه مدة أقل من سنة، فان هذه المدة تضم إلى مدة حيازة وارثه حتى يستكمل الوارث مدة السنة الواجبة حتى يستطيع أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة.

وكذلك يستطيع الوارث أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه، إذا أراد التملك بالتقادم المكسب. فإذا كان المورث سيء النية فى حيازته، وانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث كما قدمنا، فان الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته. ونفرض فى ذلك أن المورث بقى حائزا عشر سنوات، ثم

= ب- الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بعدم اكتمال مدة التقادم - على ما صرح به فى اسبابه - على دعامتين مستقلتين أحدهما عن الأخرى أولاهما أن التقادم لا يتحقق بضم المدد إلا إذا تعاقبت الحيازة بين السلف والخلف والثابت من تقرير خبير الدعوى أن المطعون ضدهما الثالث والرابع - البائعين لمورث الطاعنين - لم يضعا يدهما على الأرض موضوع التداعى، والدعامة الثانية أن ضم حيازة السلف لا تسرى قبل المطعون ضدها الأولى وهى متلقية حقها عن المطعون ضده الثانى البائع للبائعين لمورث الطاعنين، لما كان ذلك، وكانت قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إذا أراد التمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غيره من باع له أو من غير من تلقى الحق ممن باع له بحيث إذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف وكان الثابت مما أورده الحكم المطعون فيه بان مورث الطاعنين قد اشترى أرض النزاع من المطعون ضدهما الثالث والرابع بعقد غير مسجل مؤرخ ١٩٦٧/١٢/١٨ وكان هذان الأخيران قد اشترياها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/١ من المطعون ضده الثانى الذى تلقت عنه المطعون ضدها الأولى حقها فان الطاعنين لا يحق لهم التمسك قبل المطعون ضدها الأولى بضم مدة وضع يد السلف المشترك (المطعون ضده الثانى) إلى مدة وضع يدهم وليس لهم أن يستفيدوا إلا بمدة وضع يدهم وحده والتى بدأت من ١٩٦٧/١٢/١ ومن ثم فان التقادم لا يكون قد اكتمل حتى تاريخ رفع الدعوى سنة ١٩٧٩ إذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه لا يكون قد خالف القانون وإذا كانت هذه الدعامة تكفى وحدها لحمل الحكم فان النعى عليه فيما تضمنه عن الدعامة الأولى بفرض صحته يكون غير منتج.

(جلسة ١٩٨٧/٢/٢ الطعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٥٣ق)

انتقلت الحيازة إلى الوارث، فيكفى أن يستمر الوارث حائزا خمس سنوات أخرى حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة، فيتملك العين بالتقادم. وإذا كان المورث قد حصل على سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح. فإذا كان المورث قد بقى حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا، ثم انتقلت الحيازة إلى الوارث، فانه يكفى أن يستمر الوارث حائزا للعقار سنتين أخريين حتى يستكمل مدة التقادم القصير وهى خمس سنوات، فيتملك العقار بالتقادم[1] وإذا كان المورث سيء النية وقت حصوله على السبب الصحيح، فان الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية، ولا يجدى بعد ذلك أن يثبت حسن نيته هو، فان العبرة بحسن النية وقت تلقى الحق، أى بحسن نية المورث وقت حصول على السبب الصحيح. وعلى ذلك لا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار إلا بالتقادم الطويل، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل وهى خمس عشرة سنة[2]. أما إذا كان المورث حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح، وبقى حائزا للعين مدة ثمانى سنوات مثلا، ثم انتقلت الحيازة للوارث، فانها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كانت عند المورث. ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه. وفى الحالتين يستطيع ضم مدة حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية. فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزا سبع سنوات أخرى إذ تضم إليها مدة حيازة مورثه وهى ثمانى سنوات.

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٩٥٥/١ مدنى، كما رأينا[3]، ما يأتى: «على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته». ويتحقق ذلك فى كسب الثمار بالحيازة، إذا اقترنت الحيازة بحسن النية. فإذا

---

(١) ولو انقلب الوارث سيء النية قبل أن يستكمل مدة التقادم القصير، أو ثبت أنه كان سيء النية وقت انتقال الحيازة إليه، فانه مع ذلك يتملك العقار بالتقادم القصير. ذلك بأن مورثه لو انقلب سيء النية لم يمنعه ذلك من تملك العقار بالتقادم القصير، ما دام أنه كان حسن النية وقت تلقى الحق أى وقت صدور السبب الصحيح، وحيازة الوارث استمرار لحيازة المورث، فيتملك الوارث بالتقادم القصير كما كان يتملك مورثه لو بقى حياً. أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨ ص٢٧٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٤٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٩ ص٧٢٣.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

كان المورث سئ النية فى حيازته، وجب عليه أن يرد الثمار للمالك (م٩٧٩ مدنى). فإذا انتقلت الحيازة إلى الوارث، وأثبت هذا حسن نيته، جاز له أن يتمسك بحسن نيته هذه، فلا يرد الثمار التى قبضها إلى المالك ما دام حسن النية (م٩٧٨ مدنى).

ب- إنتقال الحيازة إلى خلف خاص:

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

وتنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (ومن فى حكمه) بالاتفاق بينهما على نقلها من الحائز إلى الخلف الخاص اتفاقا يعقبه التسليم. والتسليم قد يكون تسليما فعليا فيكون انتقال الحيازة انتقالا ماديا، أو تسليما حكميا فيكون انتقال الحيازة انتقالا معنويا، أو تسليما عن طريق التمكين فيكون انتقال الحيازة انتقالا رمزيا(٢). وحيازة الخلف الخاص،

---

(١) ولما كان يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه كما سنرى (أنظر ما يلى فقرة ٣٠٧)، وكذلك يجوز لمن هم فى حكم الخلف الخاص أن يضموا إلى مدة حيازتهم اللاحقة مدة الحيازة السابقة، وعلى ذلك يكون للراسى عليه المزاد أن يضم إلى حيازته مدة حيازة المدين المحجوز عليه، وللمتقاسم أن يضم إلى مدة حيازته بعد القسمة مدة الحيازة المشتركة بينه وبين شركائه قبل القسمة، وللموصى له أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة الموصى ومدة حيازة الورثة فى الفترة ما بين وفاة الموصى وبين تسليم العين الموصى بها إلى الموصى له، ولحائز حق الانتفاع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة المالك قبل أن يتجرد من حق الانتفاع، وللبائع أو الواهب أن يضم إلى مدة حيازته بعد فسخ البيع أو الهبة أو بعد زوالهما بأى سبب من أسباب الزوال مدة حيازة المشترى أو الموهوب له قبل الفسخ أو قبل الزوال (انظر فى ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص١٣٥- ص١٣٦- بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٠ ص٧٢٣).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «تنتقل الحيازة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشئ أو الحق إلى الخلف. وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادى، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف (مثل ذلك البائع يستأجر الشئ المبيع)، أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشترى العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات الممطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل=

بخلاف حيازة الخلف العام، تستقل عن حيازة السلف فى صفاتها، فلا تكون لحيازة الخلف الخاص بالضرورة صفات حيازة السلف. وللخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، وله ألا يضمها، تبعا لمصلحته(1). فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلى.

٣٠٣- إنتقال الحيازة إنتقالا ماديا بالتسليم الفعلى: رأينا(١) أن المادة ٩٥٢ مدنى تنص على أن «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك، وكان فى استطاعة

=أو المودعة فى المخازن. ولكن إذا تعارض التسليم الحقيقى مع التسليم الرمزى، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم آخر البضاعة نفسها، فالحيازة فى هذا الفرض عند الأخير» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٣).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(1) أ- المدة المكسبة لملكية عقار التداعى بالتقادم، اكتمالها للطاعنة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت شراء سلفها له الذى بدأت منه واقعة الحيازة خضوع الجهة البائعة للسلف للحراسة خلال تلك المدة، لا أثر له على تمامها.

(جلسة ١٩٩٨/٥/٢١ الطعون أرقام ١١٥٩٤ لسنة ٦٦ق و٥٩٩، ٦٦٢ لسنة ٦٧ق)

ب- للمشترى باعتباره خلفا للبائع أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، ولما كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الموضوع باكتسابهما ملكية أطيان النزاع بالتقادم المدة الطويلة بضم مدة حيازة سلفهما البائع لهما.... إلى مدة حيازتهما اللاحقة التى تستند إلى عقد البيع الابتدائى الصادر من هذا الأخير إليهما فى سنة ١٩٧٦، وكان الحكم المطعون فيه لم يتناول هذا الدفاع الجوهرى ولم يقسطه حقه من البحث والتمحيص وكان لا يغنيه عن ذلك استناده إلى ما انتهى إليه الخبير المنتدب فى تقريره من عدم استيفاء حيازة الطاعنين لشروط المدة اللازمة لكسب الملكية بالتقادم الطويل التى بدأت منذ ١٩٨٠ لان هذا التقرير إذا اقتصر على بحث حيازة الطاعنين وحدها دون تقصى حيازة البائع لهما والمالكين السابقين لأطيان النزاع الذين اشار إليهم الخبير فى تقريره توصلا لبيان مدى توافر شروطها المؤدية إلى اكتسابهما ملكية تلك الأطيان بالتقادم الطويل بضمهما إلى حيازتهما المتولدة عن عقد البيع الابتدائى الصادر لهما فى سنة ١٩٧٦، فأنه لا يكون قد واجه دفاع الطاعنين فى هذا الصدد ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد عاره القصور المبطل بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن.

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٥ الطعن رقم ٢٤٨٣ لسنة ٥٩ق)

جـ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لاجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقا للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى أن لا يكون هذا السلف مالكا وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان السلف مالكا له فعلا بأى طريق من طرق الملكية فانه يبقى هو المالك له دون خلف الخاص الذى لا يتملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفيه لاركانها ومدتها.

(جلسة ١٩٨٨/٢/١٠ الطعن رقم ٨١٧ لسنة ٥٣ق)

من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسليم مادى للشئ موضوع هذا الحق». وخير تطبيق لهذا النص هو انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى، إذ أن المشترى يعتبر خلفا خاصا للبائع، لا فى انتقال الملكية فحسب بل أيضا فى انتقال الحيازة، فالبائع ملتزم بتسليم المبيع إلى المشترى أى بنقل حيازته إليه وقد نصت فى هذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ مدنى على أن «يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه إستيلاء ماديا، ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع». وهذا هو التسليم الفعلى للمبيع، وينطوى كما نرى على عنصرين: (١) وضع المبيع تحت تصرف المشترى، ويشترط لذلك أن يكون المشترى متمكنا من حيازة المبيع حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك. ولكن لا يشترط أن يتسلم المشترى المبيع فعلا، فما دام متمكنا من هذا التسلم، فان البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم(١). (٢) أن يخطر البائع المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه، ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار. فقد يكون بانذار رسمى، وقد يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه أخطر المشترى فعلا بوضع المبيع تحت تصرفه(٢).

فإذا كان المبيع دارا يسكنها البائع، وجب عليه أن يخليها وأن يسلم المشترى مفاتيحها فيمكنه من حيازتها. وإذا كان أرضا زراعية، وجب عليه أن يتركها وأن يمكن المشترى من الاستيلاء عليها. وإذا كان منقولا، فوضعه تحت تصرف المشترى يكون عادة بمناولته إياه يدا بيد، ويتيسر ذلك فى المنقول فى أكثر الأحيان. وإذا كان محصولات لا تزال قائمة فى الأرض أو ثمارا لا تزال فوق الأشجار، فيخلى البائع ما بينها وبين المشترى حتى يستولى هذا عليها. وتسليم الشئ المعين بنوعه فقط يكون بافرازه فى حضور المشترى ودعوته لتسلمه، ويقع الإفراز بالعد أو الكيل أو الوزن أو المقاس. وإذا كان المبيع حق ارتفاق كحق المرور، فانه يسلم للمشترى بالترخيص له فى استعمال هذا الحق، مع تمكينه من

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأموال التى تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً تثبت الحيازة فيها ووضع اليد عليها لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التى هى عليها. والتسلم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع، ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فانهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصها مفيدين أحكامها، وما دام لم يعترضه من يعكرها عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التى تستوجب بمرورها يد المعترض حماية القانون (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٤٥ رقم ١).

(٢) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦.

ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور. وقد يكون المبيع حقا شخصيا لا حقا عينيا، كما فى حوالة الحق، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله فى مواجهة المحال عليه. وفى الأسهم والكمبيالات والشيكات لحاملها يكون التسلم بالمناولة، وفى السندات والشيكات الإذنية يكون التسليم بالتظهير، وفى السندات الاسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد فى دفاتر الشركة. ويتبين من ذلك أن طريقة التسليم تتكيف بحسب طبيعة المبيع[1].

٣٠٤- إنتقال الحيازة انتقالا معنويا بالتسليم الحكمى: رأينا[2] أن المادة ٩٥٣ تنص على أنه «يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه». وهنا أيضا نورد انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى تطبيقا جاء فى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ مدنى، وتجرى على الوجه الآتى: «ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان

---

(١) أنظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧- على أنه يلاحظ فى التسليم الفعلى أنه كان ينبغى أن ينتقل الشئ انتقالا مادياً من البائع إلى الخلف الخاص، فلا يكفى تسليم الحائز للشئ بل يجب أيضاً تسلم الخلف الخاص له. ولكن نص المادة ٩٥٢ مدنى سالف الذكر صريح فى أن انتقال الحيازة يتم «ولو لم يكن هناك تسلم مادى للشئ موضوع هذا الحق». وقد كان المشروع التمهيدى خالياً من هذه العبارة، فأضافتها لجنة المراجعة، وأكملتها لجنة مجلس الشيوخ (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧ فى الهامش). وكان الأولى، بدلا من إضافة هذه العبارة، أن تضاف عبارة عكسية، فيكون النص على الوجه الآتى: «تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره لم إذا اتفقا على ذلك، وكان فى استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، وسيطر عليها فعلا». فان العبرة فى التسليم الفعلى للحيازة أن تنتقل الحيازة انتقالا مادياً إلى الخلف الخاص، فلا يكفى مجرد التسليم بل يجب أن يقترن به التسليم. وهناك فرق بين تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع وبين نقله لحيازته، ففى نقل الحيازة يجب أن يستولى الخلف الخاص على الشئ استيلاء مادياً ولا يجب ذلك فى تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع. وقد سبق أن قلنا فى هذا الصدد: «يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته. فقد يعتبر المشترى متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته، وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولى عليه مادياً. وفى هذه الحالة يعتبر المشترى مستوفياً لالتزام التسليم، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع. فلا يستطيع أن يبدأ بالتقادم، إذا كان قد اشترى من غير مالك، ولم يستولى بعد على المبيع. فإذا كان المبيع منقولا وكان المشترى حسن النية وقد اشترى من غير مالك، فانه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستدل عليه استيلاء مادياً. وإذا باع شخص منقولا من شخصين متعاقبين، وأعطى لكل منهما إذناً فى تسلمه من المخزن الذى يوجد فيه، وسبق المشترى الثانى المشترى الأول إلى الاستيلاء الفعلى على المنقول، فانه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع، ولا يستطيع المشترى الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولا بموجب رذن التسليم (أوبرى وه فقرة ٣٥٤ ص٤٩- بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨- بلانيول وريبير وهامل ٩ ص٧٥ هامش٢» (الوسيط ٤ فقرة ٣٠٦ ص٥٨٩ هامش٣).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع فى حيازته لسبب آخر غير الملكية». وهذا هو التسليم الحكمى للمبيع، فتنتقل حيازته بهذا التسليم الحكمى انتقالا معنويا من البائع إلى المشترى. ويتم التسليم كما نرى بمجرد تراضى المتعاقدين، ويتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشترى. ويتميز التسليم الحكمى بذلك عن التسليم الفعلى بأنه مجرد اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) غير مصحوب بعمل مادى، أما التسليم الفعلى فهو اتفاق مصحوب بعمل مادى.

وللتسليم الحكمى صورتان:

(الصورة الأولى) أن يكون المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع، بإجازة أو إعارة أو وديعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك، ثم يقع البيع. فيكون المشترى حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع، ولا يحتاج إلى إستيلاء مادى جديد ليتم التسليم ولتنتقل الحيازة. وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته، ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو دائن مرتهن رهن حيازة، بل كمالك له عن طريق الشراء. فتتغير نية المشترى فى حيازة للمبيع وتتغير صفة حيازته بعمل يصدر من الغير وهو البائع (interversion du titre) وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت. ويسمى هذا التسليم بالتسليم المختصر (traditio brevi manu).

(الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع، ولكن لا كمالك فقد تجرد عن الملكية بعقد البيع، بل كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك من التصرفات التى تتم بين المشترى والبائع بعد البيع وتستلزم نقل حيازة الشئ من المشترى إلى البائع. فبدلا من أن يسلم البائع المبيع للمشترى بموجب عقد البيع، ثم يعود إلى تسلمه من المشترى بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر، يبقى المبيع فى يد البائع بعد أن يتفق الطرفان على أن هذا يعد تسليما من البائع للمشترى ثم إعادة الحيازة من المشترى للبائع بموجب العقد الجديد الذى أعقب عقد البيع، ويسمى هذا الاتفاق (corstitut rossessoire). وتتغير صفة حيازة البائع فى هذه الصورة، إذ كانت حيازة أصيلة قبل البيع فأصبحت حيازة عرضية بعد البيع بموجب هذا العقد الجديد. ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة، فيبيع المشترى الشئ للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه، ومن ثم يبقى الشئ فى حيازة البائع كمالك له، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلى(١).

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨- وهناك صورة ثالثة للتسليم الحكمى يمكن الأخذ بها فى =

٣٠٥- إنتقال الحيازة إنتقالا رمزيا عن طريق التمكين: رأينا[1] أن المادة ٩٥٤ مدنى تنص على أن «١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها. ٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة». ونورد هنا تطبيقاً لهذا النص أيضا فى انتقال حيازة المبيع من البائع إلى المشترى.

فنفرض أن شخصا اشترى من آخر بضائع، كان البائع قد عهد بها إلى أمين النقل أو أودعها المخازن. ويتسلم صاحب البضائع عادة سندات عن البضائع، يأخذها من أمين النقل أو من المخازن التى أودعت بها البضائع، ليسحب بموجبها بضائعه. ففى انتقال حيازة هذه البضائع انتقالا ماديا من البائع إلى المشترى، يجب أولا أن يسحب البائع البضائع من أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التى تسلمها، ثم يسلم هذه البضائع بعد سحبها تسليما فعليا إلى المشترى. أما فى انتقال الحيازة إنتقالا رمزيا، وهو الفرض الذى نحن بصدده، فبدلا من أن يسحب البائع البضائع ثم يسلمها للمشترى، يكتفى بتسليم المشترى سندات البضائع، فيستطيع هذا الأخير أن يقوم بسحبها بنفسه بموجب هذه السندات من أمين النقل أو من المخازن. ولكن مجرد تسلم المشترى لسندات البضائع من البائع يعد انتقالا لحيازة البضائع إليه، إذ أن هذه السندات متى صارت فى يده أصبح صاحب الحق فى سحب البضائع. ومن ثم يعتبر تسلم المشترى لسندات البضائع انتقالا لحيازة البضائع إليه، لأن البضائع أصبحت تحت تصرفه فى يد أمين النقل أو فى المخازن. وانتقال الحيازة هذا ليس إنتقالا فعليا بل هو انتقال رمزى، لأن المشترى لم يتسلم البضائع تسلما فعليا بمجرد

=مصر دون نص، لأنها تتفق مع القواعد العامة، وقد قررنا فى هذا الخصوص: «وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكمى يمكن الأخذ بها دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى: «وإذا أجره (المشترى) قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض، وقبضه العاقد، قام هذا القبض مقام قبض المشترى». وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكمى المتقدمتين بأن فيما انتقالا مادياً لحيازة المبيع. كما تتميز عن التسليم الفعلى بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشترى نفسه، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه فى تسلم المبيع، هو شخص تعاقد مع المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض المبيع هو أيضاً، كمستأجر من المشترى أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو مشتر أو موهوب له. فيعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذى أبرمه مع المشترى، وقبضاً حكمياً بالنسبة إلى عقد البيع، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثانى» (الوسيط ٤ فقرة ٣٠٨).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

تسلمه للسندات، بل تسلمها تسلما رمزيا، وعليه بعد ذلك أن يتسلمها تسلما فعليا بسحبها من تحت يد أمين النقل أو من المخازن بموجب السندات التى تسلمها.

والمثلان اللذان ذكرناهما – تسلم سندات البضائع المعهود بها إلى أمين النقل وتسلم سندات البضائع المودعة فى المخازن – لم يذكرا فى المادة ٩٥٤ مدنى على سبيل الحصر بل على سبيل المثال(١). ومن الأمثلة الأخرى، فى نقل حيازة المنقول، تسليم البائع للمشترى مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان آخر يحتوى هذا المنقول. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأن حيازة مفتاح الخزانة هى حيازة رمزية لمنقول غير حاصل فعلا فى اليد، وليست بذاتها دليلا قاطعا على حيازة ما هو فى الخزانة. وكون الشئ حاصلا فعلا فى حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذى يحصله قاضى الموضوع فى كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل. وإذا كان القانون (المدنى السابق) قد نص فى باب البيع على أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها، فان هذا النص لا يعنى أن كل من يحمل مفتاحا لخزانة يكون ولابد حائزا فعلا لمحتوياتها، لأن حمل المفتاح لا يلزم عنه حتما أن حامله مسلط على الخزانة. فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزائن كان متسلطا فعلا على ما فيها جاز اعتباره حائزا، وإلا فلا. وما يراه قاضى الموضوع فى هذا الشأن هو رأى فى مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها، ولا يخضع قضاؤها لرقابة محكمة النقض(٢).

وإذا تعارض انتقال الحيازة المادى مع انتقال الحيازة الرمزى، كانت الأفضلية لانتقال الحيازة المادى، لأنه أكثر واقعية من انتقال الحيازة الرمزى، ولأن من حصل على الحيازة المادية جدير به أن يكون أكثر اطمئنانا ممن لم يحصل إلا على حيازة رمزية. فإذا باع صاحب البضائع بضائعه، وهى فى يد أمين النقل، لشخصين متعاقبين، فان ملكية البضائع تنتقل للمشترى الأول بموجب عقد البيع الصادر له. فإذا ما تسلم هذا المشترى الأول البضائع تسلما رمزيا بتسلمه سندات البضائع، ولم يتسلم المشترى الثانى البضائع أصلا، بقيت ملكية البضائع عند المشترى الأول، فهو صاحب البيع الأول وهو الذى تسلم البضائع. ولكن إذا تسلم المشترى الثانى البضائع ذاتها تسلما فعليا من أمين النقل، ولو بعد

---

(١) وعندما نظر مشروع المادة ٩٥٤ مدنى أمام لجنة مجلس الشيوخ، قام اعتراض على أن النص لم يورد إلا حالتين من حالات التسليم، فأجيب على هذا الاعتراض بأن هاتين الحالتين لم يردا على سبيل الحصر، وإنما هما المثلان الغالبان فى العمل (أنظر آنفاً فقرة ٨٧٤ هامش١).

(٢) نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٧ ص٣٢٧– وانظر الوسيط ٤ فقرة ٣٠٧ ص٥٩١– وص٥٩٢ هامش١.

أن تسلم المشترى الأول سندات هذه البضائع، كان المشترى الثانى هو صاحب الحيازة المادية والمشترى الأول هو صاحب الحيازة الرمزية، وتعارضت الحيازتان. وعند تعارضهما تفضل الحيازة المادية كما قدمنا، فيعتبر المشترى الثانى صاحب الحيازة المادية هو الحائز للبضائع دون المشترى الأول صاحب الحيازة الرمزية. ومن ثم يكون البائع قد باع البضائع مرتين، وسلمها تسليما فعليا للمشترى الثانى دون المشترى الأول. فتنتقل ملكية البضائع إلى المشترى الثانى، لا بموجب عقد البيع الثانى الصادر له فقد سبق هذا البيع الثانى بيع أول نقل الملكية إلى المشترى الأول، بل بموجب الحيازة المادية التى انتقلت إلى المشترى الثانى كما قدمنا، فتنتقل هذه الحيازة المادية وحدها إليه ملكية البضائع ما دام حسن النية، طبقا للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٤ مدنى، كما رأينا[1]، تأكيدا لذلك: «على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها، وكان كلاهما حسن النية، فان الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة».

٣٠٦- صفات الحيازة بعد إنتقالها إلى الخلف الخاص: رأينا[2] أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بالصفات التى كانت عليها عند السلف، فتكون كما كانت عند السلف حيازة عرضية أو حيازة أصيلة، مشوبة بعيب أو غير مشوبة، مقترنة بحسن النية أو بسوء النية. ذلك بأن الحيازة عندما تنتقل إلى الخلف العام ليست إلا استمرارا لحيازة السلف، فكما كانت عند السلف تكون عند الخلف. أما الحيازة عندما تنتقل إلى الخلف الخاص، فانها تكون حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، تتميز بصفاتها الخاصة التى قد تغاير الصفات التى كانت عليها عند السلف. ويترتب على أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة، وليست مجرد استمرار لحيازة السلف، أن تكون هناك حيازتان، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص، وقد تختلفان فى الصفات، وقد تضم مدة إحداهما إلى مدة الأخرى وقد لا تضم بحسب مصلحة الخلف الخاص.

فحيازة الخلف الخاص إذن قد تخالف فى صفاتها حيازة السلف، وذلك من وجوه عدة:

فقد تكون حيازة السلف حيازة عرضية، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة أصيلة. مثل ذلك أن يكون السلف مستأجرا للعين أو مستعيرا لها أو مودعة عنده، فتكون

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٠.

حيازته حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المؤجر أو المعير أو المودع. ثم يبيع العين، وسواء كان المشترى حسن النية أو سئ النية فانه كمشتر يحوز العين كمالك، أى يحوزها لحساب نفسه. فتكون حيازته وهو خلف خاص حيازة أصيلة، فى حين أن حيازة السلف حيازة عرضية(١). وعلى العكس من ذلك فقد تكون حيازة السلف حيازة أصيلة، وتكون حيازة الخلف الخاص مع ذلك حيازة عرضية. مثل ذلك أن يؤجر المالك العين أو يعيرها أو يودعها أو يرهنها رهن حيازة، فتكون حيازة المستأجر أو المستعير أو المودع عنده أو المرتهن رهن حيازة، بالنسبة إلى حق الملكية، حيازة عرضية لأنه يحوز لحساب المالك. أما حيازة المالك، وهو السلف فى الحيازة، فحيازة أصيلة تغاير فى هذه الصفة حيازة الخلف الخاص وقد رأينا أنها حيازة عرضية.

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

وقد تكون حيازة السلف مقترنة بسوء النية، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية فى حيازته. وإذا انتقلت الحيازة إلى الخلف الخاص، فسواء كان السلف حسن النية أو سئ النية، فانه يجب الرجوع إلى الأصل وافتراض حسن النية فى الخلف الخاص إلى أن يثبت العكس. وقد قررنا غير ذلك فى الخلف العام، وقلنا إنه إذا كان المورث سئ النية فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بسوء النية، ولا يفترض فى الوارث أنه حسن النية إلى أن

---

(١) استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م٦١ ص٦٧- ولو أن السلف استبقى الحيازة وأراد تحويلها من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة، لوجب فى هذا التحويل أن يصدر فعل من الغير أو يصدر منه هو فعل يعارض به حق المالك (interversion du titre). أما هذا فلسنا فى حاجة إلى ذلك، لأننا لسنا فى صدد تغيير صفة الحيازة عند الحائز العرضى نفسه، بل فى صدد انتقال الحيازة من حائز عرضى إلى حائز أصيل، فتغيرت صفة الحيازة لا عند الحائز العرضى، بل عند خلفه الخاص فأصبح هذا حائزاً أصيلا. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن الحائز العرضى كالدائن المرتهن، وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير أو بفعل معارضة ظاهرة لحق المالك، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى فى حق خلفه الخاص كالمشترى من الدائن المرتهن، لأنه فى هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له (نقض مدنى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٠ رقم ٣٨).

يثبت حسن نيته، لأن حيازة الوارث ليست إلا إستمرارا لحيازة المورث[1]. وإذا افترض فى الخلف الخاص حسن النية كما سبق القول، فان هذا الافتراض يبقى[2] إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نية الخلف الخاص. وفى جميع الأحوال يعتبر الخلف الخاص سئ النية، ولو كان يعتقد أنه تلقى الحق من صاحبه، إذ أعلنه صاحب الحق الحقيقى فى صحيفة الدعوى بأن الحق الذى يحوزه قد تلقاه من غير صاحبه. فمن وقت إعلان صحيفة الدعوى إلى الخلف الخاص يصبح هذا سئ النية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم[3]. وإذا كان السلف قد اغتصب الحيازة بالإكراه فأصبح بذلك سئ النية، فان هذا لا يمنع من أن الحيازة إذا انتقلت إلى الخلف الخاص يفترض فى هذا الأخير أنه حسن النية، لأن حيازة الخلف الخاص مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرار لها كما سبق القول. وقد يكون السلف حسن النية، وتنتقل الحيازة إلى خلف خاص، فيفترض فى الخلف الخاص أنه حسن النية إلى أن يثبت صاحب الحق أنه سئ النية. وليس ذلك راجعا إلى أن حيازة السلف المقترنة بحسن النية قد انتقلت على هذه الصفة إلى الخلف الخاص، بل إن هذا رجع إلى أن حسن النية يفترض فى الحائز، ولما كان حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مبتدأة فانه يفترض فيها حسن النية، شأنها فى ذلك شأن أية حيازة أخرى.

٣٠٧- ضم مدة حيازة السلف إلى حيازة الخلف الخاص: وقد رأينا[4] أن الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ مدنى تنص على ما يأتى: «ويحوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر». فبالرغم من أن حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف وليست استمرارا لها كما تقدم القول، إلا أن الخلف الخاص بالخيار بين أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحداهما دون الأخرى، وذلك تبعا لما يرى له من المصلحة فى ذلك[5].

---

(١) أنظر آنفاً ص ٨٨٠.

(٢) فإذا كان السند الذى تلقى به الخلف الخاص الحيازة من السلف سبباً صحيحاً ناقلا للملكية كالبيع والهبة فإذا كانت العين عقاراً أمكن أن يتملكها الحائز بالتقادم القصير إذ يفترض فيه حسن النية كما قدمنا، وإذا كانت العين منقولا تملكها فى الحال بمجرد الحيازة طبقاً للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٤.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧.

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٠.

فللخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه، إذا كانت له مصلحة فى ذلك، للتملك بالتقادم(١)(1)، فقد نقل له سلفه كل حقوقه على العين ومنها مزايا حيازته

---

(١) كذلك للخلف الخاص أن يضم إلى مدة حيازته سلفه مدة حيازته فى حساب السنة التى يجب أن تبقى فيها الحيازة لإمكان رفع دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص١٣٦ هامش٤ فقرة ١٨٧ ص٢٢٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص٢١٠).

(1) أ- للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب إلا أنه على مدعى التملك فى هذه الحالة إذا أراد ضم حيازة سلفه إلى مدة حيازته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية.

(جلسة ١٩٨٣/٣/١٦ الطعن رقم ١٤٩٩ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص٦٩٠)

ب- من المقرر أن للمشترى باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب، وأنه ليس ثمة ما يمنع مدعى التملك بهذا المسبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته فى هذه الحالة امتدادا لحيازة سلفه البائع كما أنه من المقرر كذلك أن على مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية.

(جلسة ١٩٧٦/٦/٣٠ الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٩ق س٢٧ ص١٤٦٢).

جـ- الأصل فى الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهرا فيها بصفته صاحب الحق، ويتعين عند ضم مدة الحيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف، قيام رابطة قانونية بين الحيازتين، ولما كان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على ضم مدة حيازة المطعون عليه إلى مدة حيازة سلفه، ورتب على ذلك تقريره، بان المطعون عليه قد استكمل المدة اللازمة لتملك العقار موضوع النزاع بمضى المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يبين الرابطة القانونية التى تجيز ضم مدة الحيازتين، فأنه يكون مشوبا بالقصور.

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ الطعن رقم ٥ لسنة ٣٧ق س٢٢ ص١١٠٧)

د- إذ كان شراء المطعون ضده لعقار بعقد بيع مسجل لا يسرى فى حق الطاعن والبائعين له إذا ثبت أن البائع للمطعون ضده لم يكن مالكا لما باعه بسبب أن أسلاف الطاعن كانوا قد كسبوا ملكية المبيع بالتقادم وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن البائع للمطعون ضده لا يملك ما باعه وأنه وأسلافه قد وضعوا اليد على العقار محل النزاع للمطعون ضده المدة الطويلة المكسبة للملكية، فان الحكم المطعون فيه إذا اقتصر فى خصوص الرد على دفاع الطاعن - على القول بوجود العقد المسجل الصادر للمطعون ضده وبأن مدة وضع يد الطاعن لا تكفى لاكتساب الملكية بالتقادم دون أن يحقق الحكم وضع يد أسلاف الطاعن ومدة وضع يدهم، يكون مشوبا بالقصور.

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣٤ق س١٩ ص٤٤).

- **لا يجوز التمسك بقاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف إذا كان السلف مشتركا.** =

السابقة من ناحية التقادم (causam usucapiendi)[1]. فإذا كان السلف سيء النية وبقى حائزا للعين مدة ثماني سنوات مثلا، ثم انتقلت حيازة العين إلى خلف خاص هو أيضا سيء النية، فللخلف الخاص أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقى حائزا للعين سبع سنوات أخرى[2]. وإذا كان السلف غير مالك للعقار ولكنه حسن النية ولديه سبب صحيح، وبقى حائزا للعقار مدة ثلاث سنوات مثلا، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص هو أيضاً حسن النية، فللخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقى حائزا له مدة سنتين أخريين. ولكن يشترط فى ذلك أن تكون كل من

=(أ) لئن كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض – أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركا، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف، إلا أنه لما كان من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة إلا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد إلى مدة حيازة سلفه.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٩ الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٦٧)

ب– قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له بحيث إذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف.

(جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٦١٥)

جـ– قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له، أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركا، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف.

(جلسة ١٩٧٢/٢/٢٣ الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٣٧ق س٢٢ ص٤٨١).

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٠ ص٢٧٢.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر عاماً، يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاماً بغير حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما وبغير حاجة إلى النظر فى مستندات ملكيتهم. ولا يهم لذلك أن تكون عقود الملكية مسجلة أو غير مسجلة، رسمية أو غير رسمية، كما لا يهم أن تقدم تلك العقود إلى المحكمة أو ألا تقدم لسبب أو لآخر (نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٢ ص١٤٨٧).

الحيازتين، حيازة السلف وحيازة الخلف الخاص مستوفية لشروط التملك بالتقادم القصير، فيجب أن تكون كل منهما مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح(١). وإذا كان السلف سيء النية، وبقى حائزا للعين مدة اثنتى عشرة سنة مثلا، ثم نقل الحيازة بسبب صحيح ناقل للملكية إلى خلف خاص حسن النية، فسنرى أن هذا الخلف الخاص يستطيع أن يستقل بحيازته، وهى مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح فيتملك بالتقادم القصير إذا بقى حائزا للعقار مدة خمس سنوات. ولكنه فى الفرض المتقدم يفضل أن يضم حيازة سلفه سيء النية إلى حيازته هو ولو أنه حسن النية، فيتملك بالتقادم الطويل بدلا من التقادم القصير. ذلك أنه فى حالة ما إذا ضم مدة حيازة سلفه وهى اثنتا عشرة سنة، لا يحتاج إلا إلى حيازة تدوم ثلاث سنوات أخرى يستكمل بها مدة التقادم الطويل. أما فى حالة ما إذا أراد التملك بالتقادم القصير، فإنه لا يستطيع أن يضم مدة حيازة سلفه سيء النية إلى مدة حيازته وهو حسن النية. فلابد إذن من إسقاط مدة حيازة سلفه والتعويل على حيازته وحدها، فيحتاج إلى حيازة تدوم خمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات، للتملك بالتقادم القصير. وإذا فرضنا العكس وكان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة ثلاث سنوات فقط، ثم نقل حيازته إلى خلف خاص سيء النية يعلم أن العقار ليس مملوكا لسلفه، فإن الخلف الخاص لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم القصير لأنه سيء النية. ولكنه يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم الطويل، فإذا هو حازه مدة اثنتى عشرة سنة، استطاع أن يضم إليها مدة حيازة سلفه حسن النية وهى ثلاث سنوات، فيستكمل بها مدة التقادم الطويل(١).

وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو، ويتمسك باحداهما دون الأخرى، وذلك تبعا لمصلحته، فقد تكون له مصلحة فى أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها، ويسقط حيازته هو من الحساب. ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف حسن النية ولديه سبب صحيح، وكان الخلف سيء النية. فإذا كانت مدة حيازة السلف المقترنة بحسن النية بلغت خمس سنوات، وبلغت مدة حيازة الخلف الخاص المقترنة بسوء النية مدة خمس سنوات أخرى، فإن من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة سلفه وحدها وأن يسقط حيازته هو. وذلك لأن حيازة سلفه بلغت خمس سنوات وهى مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح، وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير. فلا يكون الخلف الخاص فى حاجة

---

(١) ديرانتون ٢١ فقرة ٢٤١- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ هامش١١ وفقرة ٢٤٨ هامش ٣٧- بفنوار ص٢٨٢ وص٣٤٢ - جيوار فقرة ٥٨٢ - بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٠ ص٢٧٢.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٣ ص٢٧٤.

إلى التمسك إلا بحيازة السلف هذه، فتخلص له ملكية العقار نقلا عن سلفه كما خلصت له حيازته. أما إذا أراد أن يتمسك بمدة حيازته المقترنة بسوء النية، فهو لا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل، ولو ضم مدة حيازة سلفه وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى خمس سنوات أخرى، لنقصه خمس سنوات ثالثة حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل. ونرى من ذلك أن من مصلحة الخلف الخاص فى هذا المثل ألا يتمسك بحيازته هو، وأن يقتصر على التمسك بحيازة سلفه وحدها[1]، وقد تكون له مصلحة على العكس من ذلك فى أن يتمسك بحيازته هو وحدها، وأن يسقط حيازة سلفه. ويتحقق ذلك فيما إذا كان السلف سيء النية، وحاز العقار لمدة ثلاث سنوات، ثم نقل حيازته بسبب صحيح إلى خلف خاص حسن النية بقى حائزا له مدة خمس سنوات. فهنا يستطيع الخلف الخاص أن يتملك العقار بالتقادم القصير، إذ أنه قد حازه خمس سنوات ولديه السبب الصحيح وحسن النية. ولا يحتاج فى ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو دون حيازة سلفه. أما إذا أراد ضم حيازة سلفه سيء النية، فلا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل. ولما كانت مدة حيازة سلفه ثلاث سنوات ومدة حيازته هو خمس سنوات، فإنه بذلك ينقصه سبع سنوات أخرى حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل. ونرى من ذلك أن مصلحة الخلف الخاص فى هذا المثل، بخلاف المثل السابق، هى فى أن يتمسك بحيازته هو وحدها وأن يسقط حيازة سلفه. ولو أن السلف سيء النية كانت مدة حيازته اثنتى عشرة سنة، بدلا من ثلاث، وكانت مدة حيازة الخلف الخاص ثلاث سنوات أخرى، بدلا من خمس، لكان من مصلحة الخلف الخاص أن يتمسك بحيازة السلف سيء النية فيضمها إلى مدة حيازته، ويستكمل بها خمس عشرة سنة، ويتملك بالتقادم الطويل، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[2].

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٣.

(٢) أنظر آنفاً ص٨٩٤- ص٨٩٥- وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٥٣ ص٢٧٤- وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لما قدمناه، وأوجزته فى العبارات الآتية: «وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً، كمشتر من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع، وللمشترى فى هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة البائع. فإن كانا حسنى النية معاً أو سيئ النية معاً، كان ضم المدد على أساس أن الحيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال. وإن كان البائع سيء النية والمشترى حسن النية، فالضم يجوز على أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثنتى عشرة سنة والمشترى مدة ثلاث سنوات. فلا يستطيع المشترى التمسك بالتقادم القصير، إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التى حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات. ولكن يستطيع التمسك بالتقادم الطويل، إذ يجوز له أن يعتبر حيازته كما لو كانت حيازة بسوء نية، فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٣).

٢- زوال الحيازة

(Perte de le possession)

٣٠٨- نصوص قانونية: تنص المادة ٩٥٦ مدنى على ما يأتى:

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

وتنص المادة ٩٥٧ مدنى على ما يأتى:

«١- لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى».

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

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩١٥-٩١٦- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٦٠- ٩٦١- وفى التقنين المدنى العراقى لا مقابل- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٥٦: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «إذا فقد الحائز الشئ دون أن يحوزه شخص آخر، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته مادام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣١ فى المشروع النهائى، بعد حذف الفقرة الثانية «لأنها تطبيق للقواعد العامة». ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٢٨، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٤- ص٤٦٥).

م٩٥٧: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروقاً لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٢ فى المشروع النهائى، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٢٩ ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٦- ص٤٦٨).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:** =

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

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

٣٠٩- زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى: تزول الحيازة بداهة إذا فقد الحائز عنصريها المادى والمعنوى معاً، ففقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه. ويتحقق ذلك فى أحد فرضين:

(الفرض الأول) بارادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص فى الحيازة. فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذى يستعمله، وتنتقل الحيازة فعلا إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق. فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه، ففقد الحيازة بفقد عنصريها. وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، فان هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصريها

= **التقنين المدنى السورى** م٩١٥ - ٩١٦ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٦٠- ٩٦١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «يفقد الحائز الحيازة إذا فقد عنصريها المادى والمعنوى، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٧).

(٢) أنظر آنفاً ص٨٩٠.

كما تقدم القول. وقد سبق الكلام فى هذا فى أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص، فنحيل إلى ما قدمناه فى ذلك[1].

(الفرض الثانى) بارادة الحائز وحده. فيتخلى الحائز عن حيازة الشئ وهذا التخلى (abandon) هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه، أى نزول عن العنصرين المادى والمعنوى. فإذا كان الشئ عقارا، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية. وإذا كان الشئ منقولا، زالت الحيازة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلى عن الحيازة هو التخلى عن الملكية. وتنص المادة ١/٨٧١ مدنى فى هذا المعنى على أن «يصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته». فإذا ألقى شخص فى الطريق أو فى سلة المهملات لتلقى فى الطريق منقولا لم يعد ذا نفع له، أو حفر خندقا فى أرضه أو طهر ترعة أو مصرفا فالقى بالطين والأتربة التى تستخرج من باطن الأرض على قارعة الطريق، أو ألقى بمخلفات منزله فى صناديق القمامة، فان هذه المنقولات تسمى بالمنقولات المتروكة (res derelictae)، وتصبح سائبة لا مالك لها، بعد أن تخلى المالك عن حيازتها بقصد النزول عن ملكيتها[2].

٣١٠- زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده: وقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذى يستعمله، فيفقد حيازته، ولو استبقى العنصر المعنوى وهو قصد استعمال الحق، فان قصد استعمال الحق لا يجديه شيئا إذا هو فقد استعماله فعلا أى فقد السيطرة عليه[3]. ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا اغتصب الغير منه الشئ محل الحق عقارا كان أو منقولا، أو سرقة منه أو ضاع إذا كان منقولا. مثل ذلك أن يغتصب الغير من الحائز الأرض التى فى حيازته، أو يسرق متاعا له، أو يضيع من الحائز مجوهرات يملكها أو يتسرب حيوان كان فى حيازته. ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقده السيطرة المادية، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد، فان عنصرا من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة[4]. وتقول المادة ٩٥٦ مدنى، كما رأينا[5]، فى هذا المعنى: «تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق، أو إذا فقد هذه السيطرة بأية

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٠٢- فقرة ٣٠٧.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥ وفقرة ١٠- بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص١١٦.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٣- فقرة ٢٣٥- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص١١٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص١٦٨.

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨.

طريقة أخرى». ويلاحظ أن تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية يتضمن تخليه أيضا عن عنصر القصد، فتزول الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى معاً. ولكن فى غير التخلى، إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية أى العنصر المادى وحده، فانه يفقد الحيازة بفقده أحد عنصريها. ففى حالة اغتصاب الأرض يكون الحائز هو المغتصب، وهو يبتدئ حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التى زالت بفقد عنصرها المادى(١). والحائز، فى حالة السرقة، هو اللص، وهو أيضا يبتدئ حيازة جديدة لا صلة لها بالحيازة السابقة التى زالت بفقد عنصرها المادى. أما إذا ضاع الشئ أو تسرب الحيوان، دون أن يعثر عليه أحد فيحوزه، فان حيازته تزول أيضا بفقد عنصرها المادى. ولكن الشئ الضائع أو الحيوان المتسرب لا يكون فى حيازة أحد، وإن بقى فى ملكية الحائز السابق وبقى هذا محتفظا بعنصر القصد. وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٥٦ مدنى يتضمن فقرة ثانية تقرر حكما غير هذا الحكم، إذ كانت تجرى على الوجه الآتى: «إذا فقد الحائز الشئ دون أن يحوزه شخص آخر، كان له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته، ما دام لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود»(٢) وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة «لأنها تطبيق للقواعد العامة»(٣)، والصحيح أن حكم هذه الفقرة المحذوفة يخالف القواعد العامة، فان الحيازة متى فقدت عنصرها المادى تزول ولو استبقى الحائز عنصر القصد وهو العنصر المعنوى. وقد كان المقصود بايراد هذه الفقرة فى المشروع التمهيدى أن تكون استثناء من القواعد العامة، لا تطبيقا لها. أما وقد حذفت، فلم يعد بعد مجال لهذا الاستثناء. ويجب اعتبار من أضاع شيئا أنه فقد حيازته، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته (animo solo)، ولو لم يفقد الأمل فى العثور على المفقود(٤).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٨.

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٧.

(٣) أنظر آنفاً ص٨٩٧ هامش١.

(٤) عبد المنعم فرج الصدة ٣٦٨ ص٥٦٢ هامش١- وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ٧٧ ص١٣١- ١٣٢ وفقرة ٨٦ ص١٥٠- منصور مصطفى منصور فقرة ١٦٥ ص٣٩٣- أما إذا وضع شخص شيئاً فى منزله أو فى مكان، ثم نسى أين وضعه، فانه لا يفقد حيازته ولا يعتبر أنه فقد السيطرة المادية عليه بمجرد نسيان المكان الذى وضعه فيه، ذلك أن الشئ لا يزال فى حوزته، وإذا تذكر مكانه بعد ذلك وأخذه، فان حيازته له تعتبر غير منقطعة (بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٦).

وفى فرنسا يميز القضاء بين المنقول والعقار. ففى المنقول تجرى القواعد العامة، ويفقد الحائز الحيازة إذا فقد العنصر المادى وحده. أما فى العقار، فيجوز أن يستبقى الحائز الحيازة بمحض نيته (animo solo)، ولو فقد العنصر المادى. ويشترط لذلك ألا يكون شخص آخر قد استولى على العقار وحازه =

والاستثناء من القاعدة التى تقضى بزوال الحيازة بفقد عنصرها المادى هو ما أوردته الفقرة الأولى من المادة ٩٥٧ مدنى، إذ تقول كما رأينا(١): «لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى». والمفروض هنا أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة، وأنه مانع وقتى زواله مترقب، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوفة ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها. فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية فقدا مؤقتا بقوة قاهرة، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها. أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة غير مؤقت، فان الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة المادية عليها، ومن ثم يفقد الحيازة(٢).

وإذا كان الشئ عقارا واغتصبت حيازته بعلم الحائز أو دون علمه، فالأصل كما قدمنا أن يفقد الحائز للعقار السيطرة المادية عليه فيفقد الحيازة. ولكنه مع ذلك يجوز أن يسترد حيازة العقار بدعوى استرداد الحيازة طبقا لقواعدها التى سيأتى بيانها، ومن هذه القواعد أن يرفع دعوى الاسترداد فى خلال سنة من وقت حيازة المغتصب الجديدة إذا بدأت علنا، أو من وقت علم الحائز بالحيازة الجديدة إذا بدأت خفية. فان استرد الحائز حيازته على هذا الوجه، إعتبر مستبقيا للحيازة بأثر رجعى حتى فى أثناء المدة التى اغتصبت فيها منه الحيازة. أما إذا لم يستردها فى خلال السنة، فان الحيازة تزول من وقت أن اغتصبها المغتصب، وذلك بسبب فقد عنصر السيطرة المادية. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٥٧ مدنى كما رأينا(٣) فى هذا المعنى: «ولكن الحيازة تنقضى إذا استمر هذا المانع سنة كاملة، وكان ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذى بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علنا، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية(٤)».

=لمدة لا تقل عن سنة (نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ سيريه ١٩٤٩-١-٤٥- ١١ يناير سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠- ١٢٥). وانظر مازو فقرة ١٤٧٢- مارتى ورينو فقرة ١٨- كاربونييه ص١٣١- أنسيكلوبيدى داللوز ٣ لفظ Possession فقرة ٢٧- وقرب عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٦٨ ص٥٦٤- ص٥٦٥.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨.

(٢) ديمولومب ١٠ فقرة ١٧٤- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص١١٧- بودرى وتيسييه فقرة ٢٣٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨.

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «كذلك إذا انتقل العنصر المادى لشخص آخر، ولكن انتقاله كان خلسة أو بالإكراه، فان الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مضت سنة كاملة من الوقت الذى =

وتزول الحيازة أيضا بفقدها عنصرها المادى وهو عنصر السيطرة المادية، إذا هلك الشئ، أو إذا دخل فى الأملاك العامة (الدومين العام)(١).

٣١١- زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده: وتزول الحيازة أخيرا بفقد عنصرها المعنوى وحده، مع بقاء عنصرها المادى وهو السيطرة الفعلية. ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد فى أن يحوز الشئ لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوى للحيازة، مع استبقائه السيطرة المادية على الشئ فيستبقى العنصر المادى، وإن كان يستبقيه نيابة عمن انتقل إليه الشئ. وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص شيئا، واتفق مع المشترى على أن يستبقيه عنده لحساب المشترى (constitut possessoire). فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشترى، وفقد العنصر المعنوى فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشترى. وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصيلة لأنه فقد عنصرها المعنوى، وتنقلب حيازته إلى حيازة عرضية(٢).

المبحث الثانى

حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية

المطلب الأول

حماية الحيازة فى ذاتها

(دعاوى الحيازة الثلاث)*

٣١٢- خصائص دعاوى الحيازة: لدعاوى الحيازة خصائص تتميز بها، فهى: (أولا)

=علم فيه بانتقال العنصر المادى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٧). وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص١١٦- ص١١٧.

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٧٩ ص١١٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص١٦٨.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٥٠ ص١٦٨.

* مراجع: Arclambault et Senly فى القاموس العملى لدعاوى الحيازة وإقامة الحدود جزآن سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - Bagenet فى دعاوى الحيازة وصلتها بالقانون المدنى طبقاً لقضاء محكمة النقض سنة ١٩٢٣- Raviart فى دعاوى الحيازة وإقامة الحدود الطبعة الخامسة سنة ١٩٢٩- Laplatte فى دعاوى الحيازة وإقامة الحدود سنة ١٩٤١.

رسائل: Bourcart فى دعاوى الحيازة باريس سنة ١٨٨٠- Birague d'apremont فى =

دعاوى تحمى الحيازة فى ذاتها. (ثانيا) دعاوى تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول. (ثالثا) دعاوى تحمل طابع الاستعجال فتدخل فى اختصاص القاضى الجزئى.

٣١٣- (أولا) دعاوى الحيازة تحمى الحيازة فى ذاتها: فهذه الدعاوى إنما جعلت لحماية الحيازة فى ذاتها، دون نظر إلى ما إذا كان الحائز يملك الحق الذى يحوزه أولا يملكه. فالحائز لأرض، أى الحائز لحق الملكية فى هذه الأرض، تحميه دعاوى الحيازة. ولا يطلب منه، فى مباشرته لهذه الدعاوى، إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافرها فى الحيازة على الوجه الذى سبق أن بسطناه[1]. فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك الأرض، فالملكية تكون محلا لدعوى الاستحقاق، وهى دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز، على خلاف دعوى الحيازة، باجراءات طويلة معقدة، وبطرق إثبات تزيد كثيرا فى الصعوبة والعسر على طرق إثبات الحيازة. وسواء كان الحائز للأرض مالكا لها أو غير مالك،

=دعوى منع التعرض باريس سنة ١٩٠٢- Lecourt فى التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة Cean سنة ١٩٣١ - are فى حماية الحيازة فى حقوق الارتفاق سنة ١٩٢٤- Gilles فى دعوى استرداد الحيازة سنة ١٩٣٦- Steinher فى التعرض القائم على تصرف قانونى فى دعاوى الحيازة ستراسبورج سنة ١٩٣٨- Durif فى حماية الحيازة فى العقار ستراسبورج سنة ١٩٤٢- Lafage فى دعوى منع التعرض فى حقوق الارتفاق غير المستمرة وفى حقوق الاستعمال فى الريف بواتييه سنة ١٩٤٢.

(1) أ- لكل ذى يد على عقار أن يحمى يده بدعاوى وضع اليد. وضع اليد بمعناه القانونى وقوعه على العقار المفرز كما يقع على الحصة الشائعة. عدم وجود تفرقة فى الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص. مؤداه لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع الاستعانة بدعاوى وضع اليد فى حماية يده.

(جلسة ١٩٩٨/١/١٨ الطعن رقم ٨٩١ لسنة ٦٢ق)

ب- الاساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة المادية بشروطها القانونية فلا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها، فإذا وجدت المحكمة أن الحيازة المادية بشرائطها القانونية ثابتة كان هذا كافيا لبناء الحكم عليه.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٥٠ق)

جـ- دعوى الملكية تختلف عن دعوى الحيازة فى أن الأولى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتما أساس الحق المدعى به ومشروعيته، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته.

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٢٠٢)

(جلسة ١٩٩٨/٥/٢١ الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٦٢ق)

فانه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمي حيازته هذه بدعاوى الحيازة فيستطيع أن يسترد حيازته، إذا كانت قد انتزعت منه عنوة أو خلسة، بدعوى استرداد الحيازة. وإذا لم تنتزع منه الحيازة، ولكنها تعرضت للاعتداء أو التهديد، فانه يستطيع أن يدفع عنها الاعتداء أو التهديد بدعوى منع التعرض. وإذا لم تتعرض حيازته للاعتداء أو التهديد، ولكنها توشك أن تتعرض لذلك من جراء أعمال بدئ بها ولما تتم، فانه يستطيع أن يطلب وقف هذه الأعمال بدعوى وقف الأعمال الجديدة.

وما قلناه في حق الملكية يقال في الحقوق الأخرى التي تكون محلا للحيازة. فدعاوى الحيازة تحمي حائز حق الانتفاع أو حائز حق الارتفاق أو حائز حق رهن حيازي أو حائز حق المستأجر. فلا يطلب من الحائز لأحد هذه الحقوق إلا أن يثبت حيازته لهذا الحق، فتحمى حيازته دون أن يطلب منه أن يثبت أنه صاحب هذا الحق فعلا. ومن ثم يستطيع أن يسترد حيازته للحق بدعوى استرداد الحيازة، وأن يرفع عنها الاعتداء والتهديد بدعوى منع التعرض، وأن يطلب وقف الأعمال الجديدة التي توشك أن تهدد حيازته بدعوى وقف الأعمال الجديدة.

٣١٤- (ثانيا) دعاوى الحيازة تحمي حيازة العقار دون حيازة المنقول: ودعاوى الحيازة لا تحمي حيازة المنقول، فالمنقول ليس له كالعقار مستقر ثابت يتيسر معه تمييز الحيازة عن الملكية في شأنه. فيد الحائز للمنقول تختلط بيد المالك، ومن ثم اختلطت الحيازة في المنقول بالملكية، وحمت دعوى الملكية حيازة المنقول وملكيته معاً، إذ أصبحت الحيازة في المنقول إذا اقترنت بحسن النية هي نفسها سند الملكية. هذا إلى أن دعاوى الحيازة قد نشأت كما سنرى في القانون الفرنسي القديم، حيث كان المنقول على خلاف العقار غير ذي خطر، فلم يستأهل أن تكون حمايته في حيازته مستقلة عن حمايته في ملكيته (mobilium possessio vilis)[1].

وكما لا يحمي المنقول بدعاوى الحيازة، كذلك لا يحمي المجموع من المال

---

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص١٧٥ وهامش٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤- على أن هناك استثناء نرى فيه حيازة المنقول تحميه دعاوى الحيازة، وهذه هي حيازة حق المستأجر. فحق المستأجر، ولو كانت العين المؤجرة عقاراً، يعتبر منقولاً (الوسيط ٨ فقرة ١٠٨ ص٢٠١). ومع ذلك فهناك نص صريح يقضي بجواز أن يحتمي المستأجر في حيازته لحقه، إذا كانت العين المؤجرة عقاراً طبعاً، بدعاوى الحيازة، إذ تنص المادة ١/٥٧٥ مدني على أنه «لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض المادي إذا صدر من أجنبي ما دام المتعرض لا يدعي حقاً، ولكن هذا لا يخل بما للمستأجر من الحق في أن يرفع باسمه على المتعرض دعوى المطلبة بالتعويض وجميع دعاوى وضع اليد».

(universalité) كالتركة. فالحائز لمجموع من المال كالوارث إنما يحمى فى حيازته لعقار معين من هذا المجموع، ولا يحمى فى حيازته لمجموع المال ذاته إذ المجموع من المال لا يقبل الحيازة(١).

ودعاوى الحيازة إنما تحمى حيازة العقار المعين بالذات، وحماية جميع الحقوق العينية التى تقع على العقار مما يكون قابلا للحيازة. وعلى ذلك تحمى هذه الدعاوى: (١) حيازة العقار، أى حيازة حق الملكية فى العقار، إذا كان العقار قابلا للحيازة. فإذا كان العقار داخلا فى الدومين العام، فانه لا يكون فى الأصل قابلا للحيازة، وكان ينبغى ألا يكون هناك مجال فى شأنه لدعاوى الحيازة(٢). ولكن القضاء فى فرنسا جرى على حماية الشخص العام، فى حيازته للعقار الداخل فى الدومين العام، ضد أعمال التعرض والاغتصاب الصادر من الغير. بل إنه يحمى كل من حصل من الأفراد على ترخيص فى الانتفاع بالعقار الداخل فى الدومين العام، فى حيازته لهذا العقار، بجميع دعاوى الحيازة ضد الغير(٣)، فيما عدا الجهة الإدارية التى منحته الترخيص. أما حيازة العقار المملوك للشخص العام ملكية خاصة فتحمى بداهة بجميع دعاوى الحيازة، شأنها فى ذلك شأن أى عقار مملوك للأفراد(٤). (٢) حيازة حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى، إذا تعلقت هذه الحقوق بعقار. (٣) حيازة حقوق الارتفاق، فى الحدود التى تقبل فيها هذه الحقوق الحيازة، أى حقوق الارتفاق الظاهرة (م١٠١٦/٢ مدنى)(٥). (٤) حيازة حق الحكر. (٥) حيازة حق رهن الحيازة إذا تعلق بعقار(٦).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص١٧٥ هامش٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٤ ص١٩٣.

(٢) استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٨٨- ٢٤مارس سنة ١٨٩٧ م٩ ص٢٣٥.

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ١٨٥ ص١٨٨- ص١٨٩.

(٤) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٦٨- وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٦.

وتحمى دعاوى الحيازة أيضاً حيازة المنشآت المقامة فى الأرض، بناء كانت أو غراساً، إذا كانت ملكية هذه المنشآت مستقلة عن ملكية الأرض، إذ تعتبر فى هذه الحالة عقاراً مستقلا عن الأرض، وتحمى حيازتها كما تحمى حيازة الأرض نفسها (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٥ ص١٧٨).

(٥) ويلحق بحقوق الارتفاق، فيحمى بدعاوى الحيازة، القيود الواردة على الملكية، وهى القيود المتعلقة بالرى والصرف من شرب ومجرى ومسيل، وحق المرور، والمطلات. فإذا حصل الجار فى الحدود التى رسمها القانون على حق الشرب من ماء جاره، أو حق المرور فى أرض جاره، أو فتح مطلا على عقار جاره، فانه يستطيع أن يحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة.

(٦) وتجوز حماية حق المستأجر بدعاوى الحيازة، ولو أن هذا الحق حق شخصى، شرط أن يكون متعلقاً بعقار.

٣١٥- ثالثا دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال فتدخل فى اختصاص القاضى الجزئى: وفى ظل قانون المرافعات السابق ودعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال، إذ هى لا تتعرض للملكية كما قدمنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة فى ذاتها. فاجراءاتها غير طويلة وغير معقدة كدعاوى الملكية، وهى قريبة الشبه بالدعاوى المستعجلة التى لا يجوز التعرض فيها للموضوع. ولذلك أدخل قانون المرافعات السابق دعاوى الحيازة، كالدعاوى المستعجلة، فى اختصاص القاضى الجزئى أيا كانت قيمة العقار، ولو زادت هذه القيمة على نصاب هذا القضاء. فقد نصت المادة ٤٧ من قانون المرافعات السابق فى هذا الصدد على أن «تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائيا فى: (أ) دعاوى الحيازة. (ب) طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة»(١). هذا من ناحية الاختصاص النوعى، ومن ناحية الاختصاص المحلى تختص بنظر دعاوى الحيازة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا فى دوائر محاكم متعددة (م١/٥٦ من قانون المرافعات السابق). وتستأنف الأحكام الصادرة من المحكمة الجزئية فى دعاوى الحيازة - فى ظل قانون المرافعات السابق - ولو لم تزد قيمة العقار على النصاب النهائى للقاضى الجزئى، أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت هذه الأحكام.

وقبل الغاء قانون المرافعات السابق كان يعتبر اختصاص القضاء الجزئى بنظر دعاوى الحيازة (الاختصاص النوعى) من النظام العام. فإذا رفعت دعوى الحيازة إلى غير القضاء الجزئى، جاز لكل خصم أن يدفع بعدم الاختصاص فى أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو

---

(١) ولم يورد تقنين المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ مقابلا للمادة ٤٧ مرافعات، مع أنه عرض لدعاوى الحيازة فى المادة ٤٤ منه دون أن يجعل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الجزئى. وبالرغم من أنه لم يرد فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون شئ يبين العلة التى من أجلها لم ينص المشروع على اختصاص القضاء الجزئى بنظر دعاوى الحيازة، إلا أنه يبدو أن عدم إيراد نص فى هذا المعنى متعمد. وذلك معناه أن الاختصاص بنظر دعاوى الحيازة تتبع فى شأنه القواعد العامة فى الاختصاص النوعى الواردة فى المشروع الجديد، فيختص القضاء الجزئى بنظر هذه الدعاوى إذا كانت قيمة العقار لا تجاوز عشرة آلاف جنيه، ويكون حكمه انتهائياً إذا لم تجاوز قيمة العقار ألفى جنيه، فان زادت القيمة على هذا المقدار جاز استئناف الحكم أمام المحكمة الابتدائية وعندئذ لا يكون الحكم النهائى الصادر من المحكمة الابتدائية، قابلا للطعن فيه بالنقض. وإذا زادت قيمة العقار على عشرة ألاف جنيه كانت المحكمة الابتدائية هى المختصة بنظر دعاوى الحيازة، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف وعندئذ تكون الأحكام النهائية الصادرة من محكمة الاستئناف قابلة للطعن فيها بالنقض. ولعل هذا هو السبب الذى دعا واضعى القانون الجديد لتقنين المرافعات إلى الانحراف عن التقاليد المستقرة فى جعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى، إذ يبدو أنهم أرادوا أن يفتحوا باب النقض لهذه الدعاوى عن طريق الطعن فى الأحكام النهائية التى تصدر فيها من محاكم الاستئناف.

لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، بل ولأول مرة أمام محكمة النقض، ويجوز للمحكمة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها. أما الاختصاص المحلى فلا يعتبر من النظام العام، ويجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى وإلا سقط الحق فيه، ولا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها اختصاصا محليا بنظر دعوى الحيازة.

ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق(1)، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه (م٤٤/٢ و٣ مرافعات وسيأتى بيانها(2).

وكان قانون المرافعات السابق يخول للقضاء الجزئى كما رأينا (م٤٧ ب مرافعات)

---

(1) أ- لا يقبل من المدعى عليه فى دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفس الحق.

(جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨ الطعن رقم ٢٩ لسنة ٢٩ق س١٤ ص١١١٢)

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٦٦٨ لسنة ٥ق س٤٥ ج١ ص٢٧١٤)

ب- لما كانت دعوى الطاعنة قد أقيمت بطلب وقف اعمال البناء الجارية فى الأرض المجاورة لمنزلها والتى تحول دون انتفاعها بالطريق المؤدى إليه مما يعد تعرضا لها، وكان لا يشترط لرفع دعوى منع التعرض ووقف الأعمال الجديدة أن تقع الأعمال الجديدة والتى تعتبر تعرضا فى العقار الكائن فى حيازة المتعرض له، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على أن أعمال البناء المقامة بجوار منزل الطاعنة لا يشكل اعتداء على ملكها مستندا فى ذلك إلى تقرير الخبير المقدم إليه دون أن يبحث ما إذا كانت هذه الأعمال تعد تعرضا للطاعنة فى انتفاعها بمنزلها على نحو ما ذهبت إليه فإنه يكون قد جاء قاصرا فى تسبيبه بما يستوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٠٩ لسنة ٥٣ق)

(2) أ- لا يجوز للقاضى فى دعوى الحيازة أن يقيم حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه إعمالا للمادة ٤٤ من قانون المرافعات، إلا أنه يجوز له عند بحثه فى توافر شروط هذه الدعوى أو عدم توافرها أن يرجع إلى مستندات الملكية ليستأنس بها فيما يقتضيه البحث فى دعوى اليد وبالقدر، الذى يستلزمه للفصل فيها دون التعرض لأمر الملكية بأى حال.

(جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ الطعنان رقما ١٩٠١، ٢٤٥٥ لسنة ٦٢ق)

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٩ الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٩٣ لسنة ٤٩ق)

ب- من المقرر - وعلى ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٤٤ من قانون المرافعات أنه لا يجوز الفصل فى دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق.

(جلسة ١٩٨٥/٤/١٨ الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥١ق)

بالنظر في طلب التعويض عن سلب الحيازة أو التعدى عليها إذا رفع بالتبعية لدعوى الحيازة، أيا كان مقدار التعويض المطلوب ولو جاوز نصاب القاضى الجزئى. ويكون حكمه فى ذلك قابلا للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم، ولو لم يزد مقدار التعويض المطلوب على النصاب النهائى للقاضى الجزئى. ويختص القضاء الجزئى كذلك بالنظر فى طلب الحكم بالغرامة التهديدية (astreintes)[1]، ولكن قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ألغى هذا الاختصاص الاستثنائى، وجعل دعاوى التعويض تخضع للقواعد العامة للاختصاص النوعى.

٣١٦- الاصل التاريخى لدعاوى الحيازة: يبدو أن دعاوى الحيازة لا تمت بأصلها إلى القانون الرومانى، إذ ليست لها صلة بما كان يسمى عند الرومان (interdits) وإن حاول البعض دون جدوى إرجاع أصلها إلى ذلك[2].

والظاهر أن أصل هذه الدعاوى يرجع إلى القانون الكنسى (droit canonique)، وقد ظهرت فى العصور الوسطى فى صورة دعاوى ثلاث: دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة.

وأقدم هذه الدعاوى دعوى استرداد الحيازة، وقد ورد ذكرها فى نصوص القانون الكنسى، واستخلص منها فقهاء هذا القانون دعوى (actiospolii) ودفعا (exceptio spolii) لحماية من انتزعت منه الحيازة بالإكراه وتلت هذه الدعوى دعوى منع التعرض، وقد ظهرت فى القرن الثالث عشر فى العادات القديمة (coutumes de Beauvoisis de Baumanoir) لحماية من يقع له تعرض فى حيازة تدوم سنة كاملة. ثم ظهرت دعوى وقف الأعمال الجديدة، وقد صيغت على غرار دعوى رومانية (nuncatio novi poeris) لحماية حائز العقار من أعمال جديدة يقوم بها جاره وتوشك أن تهدد حيازته. وقد أدمجت دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض، منذ القرن الرابع العاشر فى دعوى واحدة (complainte en cas de salisine et de nouvelleté).

ولكن القانون الفرنسى الحديث رجع إلى التمييز بين هذه الدعاوى الثلاث. فذكر التقنين المدنى الفرنسى دعوى استرداد الحيازة فى المادة ٢٠٦٠ (ثانيا) منه فى خصوص الإكراه البدنى، وقد ألغى هذا النص مع النصوص الأخرى المتعلقة بالإكراه البدنى بقانون

---

(١) نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٥-١-٤١٢- وانظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٧.

(٢) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ ص١٩٣ هامش٥.

٢٢ يوليه سنة ١٨٦٧. وقضى تقنين المرافعات الفرنسى باختصاص قاضى الصلح فى نظر دعاوى الحيازة، ونصت المادة ٢٣ مرافعات فرنسى على أن «دعاوى الحيازة لا تقبل إلا إذا رفعت فى خلال سنة من وقت التعرض لمن بقيت حيازتهم، بأنفسهم أو بمن ينوب عنهم، منذ سنة على الأقل، حيازة هادئة وبصفة غير عرضية». ثم ذكرت دعاوى الحيازة الثلاث فى المادة ١/٦ من قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨، ثم فى المادة ٢/٧ من قانون ١٢ يوليه سنة ١٩٠٥ الذى ألغى قانون ٢٥ مايو سنة ١٨٣٨ وحل محله[١].

٣١٧- التمييز بين دعاوى الحيازة الثلاث ومكانها فى التشريع المصرى: وقد ميز التقنين المدنى المصرى الجديد بين دعاوى الحيازة الثلاث تمييزا واضحا، وخصها بنصوص (م٩٥٨ - ٩٦٢ مدنى) وردت بين النصوص المتعلقة بالحيازة.

ويلاحظ أن هناك فرقا جوهريا بين دعوى استرداد الحيازة من جهة وبين دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة من جهة أخرى. ففى حين أن الدعويين الأخيرتين تحميان الحيازة بعد أن تستقر وبعد أن تدوم سنة على الأقل ويراد بهما دفع التعرض عن هذه الحيازة المستقرة، إذا بدعوى الاسترداد تعطى كما سنرى لكل حائز، ولو كان حائزا عرضيا، ولو لم تدم حيازته، سنة واحدة، بل ولو لم تستمر حيازته غير يوم واحد أو أقل، ما دامت هذه الحيازة قد انتزعت منه عنوة أو كان قد فقدها خفية. ثم إن دعوى منع التعرض تتميز عن دعوى وقف الأعمال الجديدة فى أن الدعوى الأولى تدفع عن الحيازة اعتداء قد وقع فعلا، فى حين أن دعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة، لا من اعتداء قد وقع فعلا، بل من اعتداء يوشك أن يقع وهو سيقع حتما لو تمت الأعمال التى بدئ بها.

وكثير من التشريعات، كالقانون الفرنسى والقانون المصرى السابق، يكتفى بالإشارة إلى دعاوى الحيازة فى نصوص تقنين المرافعات وفى خصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه الدعاوى. أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد عنى بدعاوى الحيازة، ووضعها فى مكانها الصحيح بين نصوصه المتعلقة بالحيازة، تحت عنوان «حماية الحيازة - دعاوى الحيازة الثلاث». وبدأ بدعوى استرداد الحيازة فأفرد لها المواد ٩٥٨ - ٩٦٠ مدنى، وأعقبها بدعوى منع التعرض فأفرد لها المادة ٩٦١ مدنى، وانتهى إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة فأفرد لها المادة ٩٦٢ مدنى. ونستعرض الآن هذه الدعاوى الثلاث على التعاقب.

---

(١) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٤ ص١٧٣- ص١٧٤ وفقرة ١٨٩ ص٢٣٩ هامش ٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٥ وفقرة ٢٠٦ ص٢١٣- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ actcon possessoire فقرة ٤- فقرة ١٠.

١ – دعوى استرداد الحيازة

(La réintégrande)

٣١٨– نصوص قانونية: تنص المادة ٩٥٨ مدنى على ما يأتى:

«١– لحائز العقار، إذا فقد الحيازة، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه. فإذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك».

«٢– ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره».

وتنص المادة ٩٥٩ مدنى على ما يأتى:

«١– إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل. 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».

«٢– أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى».

وتنص المادة ٩٦٠ على ما يأتى:

«للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشئ المغتصب منه، ولو كان هذا الأخير حسن النية»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٥٨: ورد هذا النص فى المادة ١٤٠٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٣ فى المشروع النهائى، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٠، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية أخرى. ثم واقق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٦٩– ص٤٧١).

م٩٥٩: ورد هذا النص فى المادة ١٤١٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١– غير أنه لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت انتزاعها فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل. ٢– والحيازة الأفضل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى، فإذا لم يكن لدى الحائز سند أو تعادلت سندات الحائزين كانت الحيازة الأفضل هى الحيازة الأسبق فى التاريخ». ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٤ فى المشروع النهائى، بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣١، بعد تعديله تعديلا جعله مطابقاً لما استقر=

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق(١).

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٩٦٢ - ٩٦٤- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٥٠ - ١١٥٣ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٢).

= عليه فى التقنين المدنى الجديد. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٢- ص٤٧٤).

م٩٦٠: ورد هذا النص فى المادة ١٤١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٢، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٤- ص٤٧٥).

(١) ولكن أنظر م٢٦ فقرة ثانية/ ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق، ونصها: «ويحكم (القاضى الجزئى) أيضاً فى الدعاوى الآتى بيانها ويكون حكمه انتهائيا: ... (ثالثا) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى».

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى).

التقنين المدنى الليبى م٩٦٢- ٩٦٤ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٥٠: ١- لحائز العقار، إذا انتزعت منه الحيازة، أن يطلب من محكمة الصلح خلال سنة من تاريخ الانتزاع ردها إليه. فإذا كان انتزاع الحيازة خفية، بدأ سريان المدة من وقت أن ينكشف ذلك. ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة ممن كان حائزاً بالنيابة عن غيره. ٢- وإذا لم يكن من انتزعت منه الحيازة قد انقضت على حيازته سنة من وقت انتزاعها، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أفضل. والحيازة الفضلى هى التى تقوم على سند قانونى. وإذا أبرز كل من الطرفين سنداً قانونياً، فضل صاحب السند الأقدم تاريخاً سواء تلقيا العقار من شخص واحد أو من أشخاص مختلفة،، وإذا كان أحدهما تلقى العقار من الآخر فضل صاحب السند المتأخر تاريخاً. وإذا تعادلت السندات أو لم يكن لدى أى منهما سند، فضل من كان أسبق فى الحيازة. فإذا استويا فى ذلك، حكم لهما بالاشتراك فى الحيازة. ٣- وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً، وطالب الطرف الآخر باعادة يده السابقة، حكم باعادة يده، وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته.

م١١٥١: إذا أقام الحائز دعوى وضع اليد لاسترداد حيازته، فله أن يطلب منع المدعى عليه من إنشاء أبنية أو غرس أشجار فى العقار المتنازع فيه أثناء قيام الدعوى، بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ظهر أن المدعى غير محق فى دعواه.

م١١٥٢: ١- إذا كان المدعى عليه قد أنشأ أبنية أو غرس أشجاراً فى العقار المتنازع فيه قبل أن يمنع من ذلك، فله أن يطلب بقاء الأبنية والأشجار مع العقار فى حيازته حتى يفصل فى دعوى الملكية، =

ويخلص من هذه النصوص ما يأتي: (١) المدعى فى دعوى استرداد الحيازة هو الحائز للعقار، ولو كان حائزا عرضيا بالنيابة عن غيره. (٢) المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة هو من انتزع الحيازة من الحائز، وكذلك خلفه ولو كان حسن النية. (٣) المدة التى ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة هى سنة من وقت فقد الحيازة أو من وقت العلم بفقدها. (٤) ما يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة يختلف باختلاف ما إذا كانت الحيازة قد دامت سنة قبل انتزاعها، وما إذا كانت قد انتزعت بالقوة، وما إذا كان منتزع الحيازة أحق بالتفضيل. (٥) التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة هى أنها تتراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة.

=بشرط أن يقدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى من الضرر إذا لم يثبت المدعى عليه ملكيته، وبشرط أن يرفع دعوى الملكية فى خلال شهر واحد من تاريخ تقديمه هذه التأمينات. فإذا لم يقدم التأمينات المذكورة، أو تأخر فى رفع دعوى الملكية عن الميعاد المذكور، سلم العقار مع ما أحدث فيه من منشآت إلى المدعى إذا هو قدم التأمينات الكافية، وإلا سلم إلى عدل. ٢- وإذا كان البناء أو الغراس واقعاً فى قسم من العقار المتنازع فيه، فلا تطبق هذه الأحكام إلا على هذا القسم، وتعاد يد المدعى على الباقى من العقار.

م١١٥٣: ١- إذا كان للمدعى عليه زرع مدرك فى العقار المتنازع فيه ثم حكم برفع يده، أمر بحصد الزرع وتسليم العقار خالياً للمدعى. ٢- وإذا كان البذر لم ينبت، فللمدعى الخيار إن شاء أعطى البذر أو قيمته وتملكه، وإن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار. ٣- وإذا كان البذر نابتاً ولم يدرك، فللمدعى الخيار إن شاء تربص حتى إدراك المحصول وحصده فى مقابل أجر مثل العقار، وإن شاء تسلم العقار مع ما عليه من الزرع إذا هو قدم تأمينات كافية لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من الضرر إذا ثبتت ملكيته، على أن يضمن المدعى قيمة البذر وحده إذا لم تثبت ملكية المدعى عليه.

(والتقنين العراقى يحفل بالتفصيلات، وبخاصة فيما يتعلق بانشاء الأبنية وغرس الأشجار، والبذر إذا لم ينبت أو نبت ولم يدرك أو نبت وأدرك، وهو فى مجموعه لا يخالف أحكام التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل. ولكن انظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى: م١٣- يحكم قضاة الصلح فى الدعاوى الآتية،، وأحكامهم تكون على الدوام قابلة للاستئناف: (١) الدعاوى التصرفية (دعاوى اليد) على شرط أن تقام فى خلال المهلة المنصوص عليها فى المادة ٤٨ م٤٨ - لا تقبل الدعوى التصرفية إلا فى خلل سنة تبتدئ من تاريخ وقوع التعرض لحق التصرف. م٤٩- إن الدعوى التصرفية نوعان: دعوى إعادة اليد وهى تستلزم وجود شخص نزعت يده، ودعوى التعرض وهى تستلزم حصول تعرض لحق التصرف لم يبلغ حد نزع اليد. م٥٠- تقام دعوى إعادة اليد من قبل كل متصرف كان قبل نزع يده يتصرف تصرفاً مادياً متواصلا سليماً، وعلنيا خالياً من الالتباس. ويحق للمستأجر وللمزارع أو صاحب الامتياز فى ملك الدولة العام أن يقيم هذه الدعوى على الشروط نفسها. (وهذه الأحكام توافق أحكام التقنين المدنى المصرى).

فنبحث هذه المسائل متعاقبة.

٣١٩- المدعى في دعوى استرداد الحيازة: المدعى فى هذه الدعوى هو الحائز للعقار. ويجب عليه أن يثبت أنه وقت أن انتزعت منه الحيازة كان حائزا للعقار(١) حيازة خالية من العيوب، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة(٢) محل الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(1).

---

(١) حيازة مادية حالية، ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر، ومعنى كونها حالية أن يكون هذا الاتصال قائماً فى حال وقوع الغصب. وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان الثابت أن العقار محل الدعوى (شادر) قد صدر حكم باغلاقه لمخالفة ارتكبها مستأجره، ونفذ حكم الإغلاق باخراج جميع الأشياء التى كانت به وإغلاق بابه وبوضع الأختام عليه، فان حيازة المستأجر المادية للشادر تكون قد زالت نتيجة تنفيذ الحكم الجنائى الصادر عليه. والقول بأن المستأجر ظل حائزاً رغم ذلك هو خطأ فى فهم معنى الحيازة (نقض مدنى ٥ يونيه سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٨ رقم ١٦٦).

(٢) استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٨٢- ٢٦ فبراير سنة ١٨٩١ م٣ ص١٩١- ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ م٤ ص١٢٧- ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص١٤.

(1) أ- دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع ولو كانت الحيازة لا تستند إلى حق متى كانت معتبرة قانونا ولذلك لا يشترط فيها نية التملك عند الحائز ولا وضع اليد لمدة سنة سابقة على التعرض ويكفى فى قبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية تجعل يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع سلب الحيازة بقوة أو اكراه وكان الثابت من تقرير الخبير الذى عول عليه الحكم المطعون فيه فى قضائه أن المطعون ضدها كانت تضع يدها على الأرض محل النزاع منذ سنة ١٩٦٥ حتى تعرض لها الطاعن بتاريخ ١٩٨٢/١/٣ وسلب حيازتها بالقوة وأقام عليها سورا بالدبش دون سند قانونى فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص منه إلى ما يفيد ثبوت حيازتها المادية للأرض وقت حصول الغصب بالقوة ويكفى وحده لقبول دعواها باسترداد حيازتها لهذه الأرض ولو صح دفاع الطاعن فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٨٧/٥/٢١ الطعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٩ق)

ب- دعوى استرداد الحيازة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد فلا يشترط توافر نية التملك عنده، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب، والعبرة فى ثبوت هذه الحيازة - وهى واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلا ولو خالف الثابت بمستندات، لما كان ذلك، وكان يبين من الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه بعد أن استظهر التحقيقات الادارية التى كانت صورها منضمة إلى الدعوى وأقوال الشهود فيها، اثبت أنه كان للمطعون ضدها الأولى حيازة مادية على العقار المتنازع عليه وقت فقد الحيازة الحاصل بتاريخ ١٩٧٨/٤/٣٠ وأقامت الدعوى - وعلى ما ورد بالرد على السبب الأول - بايداع صحيفتها قلم =

=كتاب المحكمة بتاريخ ١٩٧٩/٣/١٢ وخلص من ذلك إلى ان الطاعن قد حضر إلى الأرض ومعه العمال الذين قاموا برفع القاذورات وتسوية الأرض وهو ما يمثل عنصر القوة والاكراه الذى لجأ إليها الطاعن فى الاستيلاء على الأرض واضاف الحكم المطعون فيه أنه «يكفي المستأنف (الطاعن) أنه استولى على الأرض دون رضاء المستأنف عليها الحائزة (المطعون ضدها الأولى) ودون علمها وكان هذا السلب عقبة امامها لا تستطيع مفاداتها إلا إذا لجأت إلى العنف...» فانه بذلك يكون قد استظهر بجلاء أن الحيازة قد سلبت قهرا وان المطعون ضدها الأولى قد أقامت دعواها قبل مضى سنة على سلب حيازتها.. وإذا كان ذلك وكان لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلبها مصحوبا بايذاء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفى أن تكون الحيازة قد سلبت قهرا، لما كان ذلك فان النعى على الحكم بهذه الأسباب يكون فى غير محله.

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ق)

جـ- إذا كان الثابت بالأوراق أن الأرض محل النزاع قد ربطت باسم الطاعن كمنافع من قبل مصلحة الضرائب العقارية مما يعد ترخيصا له من هذه الجهة بالانتفاع بها مقابل ما تستأديه منه عن هذا الربط، وكان الطاعن قد أقام الدعوى على أن المطعون ضده قام بغصب حيازته لها وحرمه من الانتفاع بها وطلب الحكم بالزامه بأن يدفع له مقابل انتفاعه بها خلال فترة سلبه حيازته لها مع إلزامهم بتسليمها إليه فإن حقيقة ما يرمى إليه الطاعن هو رد حيازتها إليه ويكون التكييف القانونى الصحيح لهذه الدعوى وفقا لحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها هو أنها دعوى استرداد حيازة، ذلك أن حيازة المرخص له فى الانتفاع بالعين المرخص لها وإن اعتبرت حيازة عرضية فى مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصلية فى مواجهة الغير تجيز للحائز أن يرفع باسمه على من يتعرض له جميع دعاوى الحيازة إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به كما يحق له أن يستأدى ثمار العين من غاصبها استعمالا لحقه فى الانتفاع بالشئ المرخص له بالانتفاع به من الجهة المالكة، إلا أن محكمة أول درجة ذهبت فى قضائها المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى عدم أحقية الطاعن فى المطالبة بالريع على سند من أنه ليس مالكا للأرض محل النزاع ورتبت على ذلك قضاءها برفض الدعوى وقد أضاف الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يرفع دعوى الحيازة لدفع تعرض الغير له، وكان هذا القول من محكمة الموضوع خطأ فى فهم الأساس القانونى الصحيح الواجب بناء حكمها عليه إذ أن الطاعن لم يستند فى طلباته إلى ملكيته أرض النزاع وانما ركن فيها إلى أنه يحوزها وينتفع بها بترخيص من الجهة المالكة فيكون له حماية حيازته لها والانتفاع بها ودفع أى اعتداء من الغير على الحق المرخص به بما كان يتعين على محكمة الموضوع تكييف الدعوى تكييفا صحيحا وإعمال أثر قيام المطعون ضده الأول بسلب حيازة الطاعن لأرض النزاع وحرمانه من الانتفاع بها فترة الغصب - حسبما ثبت من تقرير الخبير المنتدب فى الدعوى - باعتباره عملا غير مشروع يوجب التعويض عنه وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعواه برفعها بما إشتملت عليه من طلبات على نحو ما سلف بيانه تأسيسا على عدم ملكيته أرض النزاع وأنه لم يلجأ إلى دعوى الحيازة لدفع تعرض الغير له رغم أنها مطروحة عليه فتحجب بذلك عن الفصل فى هذه الطلبات فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب.

(جلسة ٢٠٠١/١/٧ الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٦٣ق)

د- دعوى استرداد الحيازة تقوم على رد الاعتداء غير المشروع ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالية تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب ومن ثم يشترط لكى =

وليس من الضرورى فى دعوى استرداد الحيازة، وهذا هو الذى يميزها عن سائر

=يؤدى هذا الغصب إلى نشأة هذه الدعوى أن يتم نتيجة لعمل لا سند له من القانون ولهذا إذا تم التنفيذ جبرا إلى فقد الحيازة فإن من فقد الحيازة نتيجة هذا التنفيذ لا تكون له دعوى استرداد حيازة وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها القانونية دون رقابة عليها فى ذلك لمحكمة النقض إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة فإذا أخذت بتقرير الخبير المقدم فى الدعوى وكانت أسبابه لا تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها بحيث لا تصلح ردا على دفاع جوهرى تمسك به الخصوم فإن حكمها يكون معيبا بالقصور.

(جلسة ١٩٩٢/٣/١٨ الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٦١ق)

هـ- دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب وأن حيازة قد سلبت، فلا يشترط أن يكون سلبها مصحوبا بإيذاء، أو تعد على شخص الحائز أو غيره.

(جلسة ١٩٨٥/٣/٢٧ الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥١ق)

ز- النص فى المادة ٩٥٨ من القانون المدنى على أن لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره، يدل على أن دعوى الحيازة شرعت لحماية الحائز من اعمال الغصب ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر، ومعنى كونها حالية ان يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب ولا يشترط أن تكون هذه الحيازة مقرونة بنية التملك فيكفى لقبولها أن تكون لرافعها حيازة فعلية ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر مباشرة ودون حاجة لاختصام المؤجر.

(جلسة ١٩٨٤/٤/٩ الطعن رقم ٢ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص٩٤٣)

ح- دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع، فهى قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم كان قبولها رهنا بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالية بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالا فعليا يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الاتصال قائما حال وقوع الغصب وأنه ولئن كان لا يلزم أن تكون هذه الحيازة بنية التملك إلا أنه يتعين فى جميع الأحوال أن يكون لرافعها حيازة هادئة وظاهرة، وإذ كان لمحكمة الموضوع أن تستدل على توافر وضع اليد من الأدلة المقدمة إليها من مستندات أو من أى تحقيق قضائى أو ادارى، وإذ كان ما استخلصه الحكم المطعون فيه من الأدلة المقدمة فى الدعوى سائغا ومستمدا من أوراقها ولا مخالفة فيه للثابت بها ومن شأنه أن يؤدى إلى ما انتهى إليه الحكم من نفى حيازة الطاعنين فان النعى على الحكم بما ورد فى هذا السبب يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٩ الطعن ١٧٤٧ سنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٩٣ سنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٨١/١/١ الطعنان رقما ٢٥، ٢٨ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص٤٨٩)

دعاوى الحيازة، أن يكون الحائز حائزا أصيلا أى حائزا(1) لحساب نفسه. فيجوز للحائز العرضى، وهو الحائز لحساب غيره، أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة، ويطالب باسترداد حيازة حق الملكية فى حين أنه يكون صاحب حق الانتفاع أو مرتهنا رهن حيازة أو مستأجرا أو حارسا قضائيا، أى حائزا لحق الملكية حيازة عرضية لحساب المالك(١). وتصرح الفقرة الثانية من المادة ٩٥٨ مدنى، كما رأينا(٢)، بهذا الحكم إذ تقول: «ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة عن غيره».

وكما يجوز للحائز العرضى أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة، كذلك يجوز لمن قامت حيازته على عمل من أعمال التسامح، وهو مثل الحائز العرضى مجرد من عنصر القصد فى الحيازة وليس لديه إلا السيطرة المادية، أن يكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة. ويكون مدعيا فى دعوى استرداد الحيازة أيضا من حصل على ترخيص (concession) من الجهة الإدارية فى الانتفاع بعقار داخل فى الأملاك العامة، ولو أن حيازته للملك العام معرضة للزوال فى أى وقت بمجرد رجوع الجهة الإدارية فى

---

(١) استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م١ ص٢٣١– ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م٢ ص٢٧٨– ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٤ م١٦ ص٢٢٢– ٨ مارس سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٨٦ (حارس قضائى) – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٠– ص٢٤١– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص٢١٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

(1) أ– تمسك الطاعن بوجود عقد شركة توصية بسيطة بينه وبين المطعون ضده وآخر لغرض البيع فى كشك أقامه المطعون ضده على أرض خصصت له من جهاز المدينة. القضاء بقبول دعوى الأخير بطلب استرداد حيازة الكشك. مخالفة للقانون وخطأ فى تطبيقه.

(جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤ الطعن رقم ٦١٤٢ لسنة ٦٦ق)

ب– الحيازة العرضية هى حيازة لحساب الاصيل وحده، الذى له – عند فقدها أن يستردها ولو كان من سلبها منه هو الحائز العرضى، ولئن كان لهذا الأخير – وعلى ما جرى به نص المادة ٢/٩٥٨ من القانون المدنى – أن يحمى حيازته العرضية باستردادها من الغير الذى يسلبه إياها، إلا أنه ليس له أن يلجأ إلى هذه الدعوى ضد الأصيل الذى يحوز لحسابه.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٠ق)

جـ– دعوى استرداد الحيازة تقوم قانونا على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضع اليد ولا وضع يد مدة سنة سابقة على التعرض، ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحيازة ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حاله تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب.

(جلسة ١٩٨٤/١/٩ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦٢)

الترخيص(١). ولكل من الحائز على سبيل التسامح والحائز بموجب ترخيص إدارى أن يسترد الحيازة بدعوى استرداد الحيازة، حتى من المالك الذى أجاز الحيازة على سبيل التسامح، أو من الجهة الإدارية التى منحت الترخيص(٢). على أنه لا يجوز استرداد الحيازة من الجهة الإدارية إذا كانت هذه الجهة قد انتزعت الحيازة من المرخص له، لا باعتبارها تدير المال العام، بل بموجب سلطتها العامة التنظيمية (pouvoir général réglementaire)، كأن تستصدر قرارا باعتبار الأعمال التى دعت لانتزاع الحيازة من أعمال المنفعة العامة(٣)(1).

---

(١) أنظر فى استرداد الحيازة من الغير ولو كانت حيازة على سبيل التسامح أو كانت مرخصاً فيها من جهة إدارية: نقض مدنى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٣٧ ص٢٥١- شبين الكوم الجزئية ١١ سبتمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٦٧ ص١٤٨- استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ١٥١ ص٢٩٠.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص٢١٦- ص٢١٧- نقض فرنسى ٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-١-٤٧٥.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص٢١٦- ص٢١٧- نقض فرنسى أول يوليه سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥-١-٨٢- ٢٠ أغسطس سنة ١٨٩١ داللوز ٩١-١-٣٥١.

(1) أ- لما كان الواقع فى الدعوى على ضوء ما حصله الحكم المطعون فيه، وأقر به المطعون ضدهما فى صحيفة دعواهما أن قطعة الأرض موضوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة، وأن أولهما طلب من إدارة الأموال المستردة فى ١٩٨٥/١٢/٦ أن تبعيه أياها، ثم طلب الاثنان من الهيئة العامة للاصلاح الزراعى شراءها فى ١٩٩٤/٢/١٧ فان دعواهما بطلب منع التعرض لها فيها تكون حرية بعدم القبول لورودها على مال لا ترد عليه دعاوى الحيازة، وإذ لم يزعم المطعون ضدهما أن حيازتهما انتزعت منهما بالقوة أو بالغصب علنا أو خفية، أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس- وهو شرط لازم لقبول دعوى استرداد الحيازة - وإنما قالا أنهما فوجئا بتعرض بعض عمال الشركة الطاعنة لهما فى حيازتهما وتقديم بلاغ ضدهم، فان طلبهما استرداد الحيازة يكون هو الآخر حقيقيا بعدم القبول، ولما كان الحكم المطعون قد خالف هذا النظر وقضى برد حيازة المطعون ضدهما للأرض موضوع النزاع وبمنع تعرض الطاعنة لهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.
(جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن رقم ٢٣٦٩ لسنة ٦٨ق)

ب- إذ كان القرار الصادر من محافظ الاسكندرية بالترخيص للمطعون ضدهم فى استغلال أرض النزاع لا يخرج هذه الأرض من ملكية الدولة، وكان قيام الطاعنة بانشاء محطة محولات الدخيلة الكهربائية على هذه الأرض يعتبر تخصيصا فعليا لها للمنفعة العامة، بما لا يقبل معه دعوى المطعون ضدهم باسترداد حيازتها لورودها على مال عام لا ترد عليه دعاوى الحيازة، وهو الأمر المتعلق بالنظام العام، ويتسع له نطاق الطعن الماثل، بما يتيح لمحكمة النقض التصدى له.
(جلسة ١٩٨٤/٢/٩ الطعن رقم ٦٠٧ لسنة ٥٣ق)

وليس من الضرورى لرفع دعوى استرداد الحيازة أن يكون الحائز حسن النية، فللحائز أن يرفع هذه الدعوى حتى لو كان سئ النية.

وليس من الضرورى أخيرا، لرفع دعوى استرداد الحيازة، أن يكون الحائز قد دامت حيازته سنة كاملة قبل أن يفقد الحيازة كما يشترط ذلك فى دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة على ما سنرى. فأية حيازة تكون كافية، ولو كانت حيازة لم تدم إلا يوما واحدا أو أقل كما سبق القول(١).

٣٢٠- المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة: والمدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة هو الشخص الذى ينتزع الحيازة من الحائز بالقوة (violence) أو بالغصب (voie de fait) علنا أو خفية(٢). فيشترط إذن أن يكون العمل الذى صدر من المدعى عليه: (١) هو عمل عدوانى (acte agressif). وقد يكون هذا العمل العدوانى من الأعمال التى تعتبر جريمة فى القانون الجنائى، ولكن ليس من الضرورى أن يكون كذلك، فيكفى أن يكون عملا غير مشروع من الناحية المدنية. والمهم أن يكون اعتداء إيجابيا يقع على حيازة الحائز، ويكون من شأنه أن يعكر السلام ويخل بالأمن العام ويبرر حق الدفاع

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٧- وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الاعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد، فلا يشترط توافر نية التملك عند واضع اليد ولا وضع يده مدة سنة سابقة على التعرض، ويصح رفعها ممن ينوب عن غيره فى الحيازة، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة اتصالا فعلياً قائما فى حالة وقوع الغصب (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص٦٢)- وانظر مصر الكلية ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة رقم ٨٧ ص١١٧- نقض فرنسى سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢-١-٧٩٠- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤١- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٧ ص٢١١.

(٢) وقد قضى بأن الغصب فى دعوى استرداد الحيازة يكفى فيه توجيهه إلى العقار ذاته، دون حاجة إلى أن يكون الحائز محل اعتداء، فالاستيلاء خلسة يقوم مقام الغصب (أسيوط الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٧٣ ص١١٩). وقضى بأنه يجوز أيضاً أن يكون الاغتصاب مبنياً على أفعال الغش والتدليس وبغير رضاء من اغتصب منه العقار (نقض مدنى ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ رقم٨). وإذا أدخل إنسان آخر فى عقار تحت حيازته تسامحاً، وكان هذا الأخير يبطن نية اغتصابه خفية فلا تبدأ السنة المحددة لرفع الدعوى إلا من يوم ظهورها للعيان (بنى سويف الكلية ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٦٧ ص٢٦٨). وقضى بأن تعتبر دعوى استرداد الحيازة مقبولة إذا كانت ناشئة عن نزع اليد، بموجب حكم قضائى، متى كان هذا الحكم غير ملزم قانوناً لحائز العقار، حتى لو كان الحكم صادرا لمجرد تنفيذ حكم بتعيين حارس قضائى على العين (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٦-٢ ص٢٩٩).

الشرعي. فالمدعى عليه، فى إتيانه لهذا العمل، يكون فى موقف من يأخذ حقه بيده دون أن يلجأ إلى القضاء(١). وهذا هو المحور الذى تدور عليه دعوى استرداد الحيازة، فهى جزاء حق على هذا العمل العدوانى بقدر ما هى حماية فعالة للحائز فى حيازته. وليس يلزم أن يكون العمل العدوانى منطويا على القوة والعنف وإن كان هذا هو الغالب، بل يكفى أن يستولى المعتدى على العقار غصبا وقهرا(1)، أو خلسة دون علم الحائز، بحيث يقوم عقبة أمام الحائز فى حيازته لا يستطيع تخطيها إلا إذا التجأ إلى العنف(٢). (٢) ويجب أن يكون هذا العمل العدوانى قد وقع فى العقار ذاته الذى هو فى حيازة الحائز، أما إذا وقع فى عقار المعتدى فان ذلك لا يكفى لرفع دعوى استرداد الحيازة، وإن كان يكفى لرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة(٣). ويجب أخيرا أن يكون هذا العمل العدوانى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص٢١٧- مازو فقرة ١٤٦٦.

(٢) نقض مدنى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٨ رقم ١٦١- ٢٢ أكتوبر ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٩ رقم ١٦٧- ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة ١ ص٦٤٨ رقم ١٦٤- ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص٦٤٨ رقم ١٦٢ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٢ ص٦٢. بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨.

(٣) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٨ رقم ١٦٥- نقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠- ١-٤٢٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص٢١٨.

(1) أ- دعوى استرداد الحيازة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تقوم على رد الاعتداء غير المشروع، ويكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حاله تجعل يده متصلة بالعقار اتصالا فعليا قائما فى حالة وقوع الغصب، ولا يشترط وضع اليد مدة سنة سابقة على سلب الحيازة ويكفى أن تكون قد سلبت قهرا.

(جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠ الطعن رقم ١٨٥٨ سنة ٤٩ق)

ب- لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلبها مصحوبا بايذاء أو تعد على شخص الحائز أو غيره، بل يكفى أن تكون الحيازة قد سلبت قهرا.

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ق س٣٨ ص٢٣٨)

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦٢)

جـ- واقع سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لتقدير قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا وله سنده فى الأوراق.

(جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٩ق)

قد انتهى إلى انتزاع الحيازة من الحائز، بحيث لا يصبح فى مكنة الحائز أن يستعيد هذه الحيازة دون أن يقف هذا العمل أمامه عقبة تحول دون ذلك(١).

وليس يلزم أن يكون المدعى عليه الذى ارتكب هذا العمل العدوانى سئ النية، فقد يكون معتقدا بحسن نية(1)، بل قد يكون على حق فى اعتقاده، بأن العقار الذى انتزع حيازته هو عقار مملوك له. ولكنه مع ذلك يكون قد أخطأ فى تعمده أن يأخذ حقه بيده بدلا من أن يلجأ إلى القضاء، ومن ثم يكون انتزاعه الحيازة عملا عدوانيا يوجب قبل كل أمر آخر أن ترد الحيازة إلى الحائز (spoliatus acte amnia resitiuendus). ثم ينظر بعد ذلك، بالوسائل التى قررها القانون، – من الخصمين له الحق فى ملكية العقار، أو له الحق فى حيازته(٢).

ولا يجوز للمدعى رفع دعوى استرداد الحيازة إذا كان مرتبطا مع المدعى عليه بعقد وكان انتزاع الحيازة يدخل فى نطاق هذا العقد، فالواجب فى هذه الحالة أن يلجأ المدعى إلى دعوى العقد، لا إلى دعوى استرداد الحيازة، لإلزام المدعى عليه بمراعاة شروط العقد(٣).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن دعوى استرداد الحيازة تستلزم بطبيعتها وقوع أعمال عنف وقوة مادية تكون قد سلبت حيازة مادية أيضاً. وهى بهذه المثابة لا يمكن أن يكون موضوعها إعادة مسقى أو مصرف هدمهما المدعى عليه ويرى المدعى أن له حق ارتفاق عليهما، إذا كانت المسقى أو المصرف اللذان هما محل الارتفاق مقطوعا بأنهما فى يد المدعى عليه (نقض مدنى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٨٠ ص١١٦٧).

وانظر نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩-١-٢٨٣- ٤ يونيه سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٤-١-٤٧٥- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٢- ص٢٤٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٨ ص٢١٨).

(٢) قرب أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٤- ص٢٤٥- وتنص المادة ٣/١١٥٠ مدنى عراقى على ما يأتى: «وإذا لم يلجأ من انتزعت منه الحيازة إلى الطرق القانونية بل استرد حيازته إكراهاً وتغلباً، وطالب الطرف الآخر باعادة يده السابقة، حكم بإعادة يده وللحائز الأول بعد ذلك أن يلجأ إلى الطرق القانونية لاسترداد حيازته» (أنظر آنفاً ص٩١٢ هامش١).

(٣) نقض فرنسى أول فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت دى باليه ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩- ٤٨٩- ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠-١-١٤٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩ ص٢١٩- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action posscssoire فقرة ١٦٣- فقرة ١٦٧- وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ما يلى فقرة ٣٣٥.

(1) مؤدى نص المادة ٩٦٠ من القانون المدنى أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة العقار من مغتصب الحيازة ولو كان الأول حسن النية.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٥ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص١٠٦٣)

وإذا انتقلت حيازة العقار المغتصب من المغتصب إلى الغير، سواء كان الغير خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالمشترى، فان خلف المغتصب الذى انتقلت إليه الحيازة يكون هو المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة(١). ويستطيع المدعى أن يسترد منه حيازة العقار بهذه الدعوى، حتى لو كان الخلف حسن النية لا يعلم أن سلفه قد اغتصب حيازة العقار. وتنص المادة ٩٦٠ صراحة على هذا الحكم، إذ تقول كما رأينا(٢): «للحائز أن يرفع فى الميعاد القانونى دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشئ المغتصب منه، ولو كان هذا الأخير حسن النية». أما فى فرنسا فدعوى استرداد الحيازة دعوى شخصية محضة لا ترفع إلا على مغتصب الحيازة نفسه، ولا ترفع على الغير الذى انتقلت إليه الحيازة المغتصبة إلا إذا كان شريكا للمغتصب أو كان سئ النية يعلم أن الحيازة التى انتقلت إليه حيازة مغتصبة(٣)، ومن ذلك نرى أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شئ من العينية، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة، فيجوز عن طريقها للحائز أن يسترد حيازته، لا من المغتصب فحسب، بل أيضا من الغير الذى نقل إليه المغتصب الحيازة ولو كان هذا الغير حسن النية.

٣٢١- المدة التى ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة: تنص المادة ٩٥٨/١ مدنى، كما رأينا(٤)، على أن «لحائز العقار، إذا فقد الحيازة، أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه. فإذا كان فقد الحيازة خفية، بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك». فيجب إذن أن ترفع دعوى استرداد الحيازة فى خلال سنة واحدة تسرى من وقت انتزاع الحيازة من الحائز إذا كان هذا الانتزاع بالقوة أو بالغصب علانية، إذ يكون الحائز عالما فى هذه الحالة بوقت انتزاع الحيازة منه. أما إذا كان انتزاع الحيازة وقع خلسة دون أن يعلم به الحائز وقت وقوعه، فان السنة التى يجب أن ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة تسرى من وقت أن ينكشف ذلك، أى من وقت أن يعلم

---

(١) استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٢٠٣- ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٢١- ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٩.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

الحائز بانتزاع الحيازة منه(١)(1).

ومدة السنة هذه مدة سقوط (délai de dèchéance) لا مدة تقادم (délai de prescription)، فإذا لم ترفع دعوى استرداد احيازة فى خلالها لم يجز رفعها بعد انقضاء السنة، والدعوى التى ترفع بعد انقضاء هذه المدة لا يجوز قبولها. ولما كانت مدة السنة مدة سقوط، فانه يترتب على ذلك أنها تسرى على غير كاملى الأهلية من قاصر ومحجور عليه وعلى الغائبين. ويترتب على ذلك أيضاً أنها لا توقف، ولا تنقطع(2). وهذا هو الرأى المعمول به فى فرنسا، وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت فى بعض أحكامها بأن مدة السنة التى يج أن ترفع فى خلالها دعاوى الحيازة هى مدة تقادم لا مدة سقوط، فيرد عليها الوقف والانقطاع(٢).

---

(١) والمدعى هو الذى يقع عليه عبء إثبات أنه رفع دعواه فى مدة السنة (نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢-١-١٨٣- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص ١٩٩). فإذا لم يرفع المدعى دعوى استرداد الحيازة فى مدة السنة، بقى منتزع الحيازة مستبقياً إياها، فأصبح هو نفسه حائزاً تحمى حيازته بجميع دعاوى الحيازة لأنها استمرت سنة كاملة. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «دعوى استرداد الحيازة، ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته ممن اغتصبها. ويشترط أن ترفع الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً، أو لكشف انتزاعها خلسة. وترفع ضد من انتزع الحيازة، أو من خلفه ولو كان حسن النية. على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل، فان لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه، فان كان لم يستردها فى خلال السنة، كان من انتزع الحيازة هو الحائز وهو الذى تحمى حيازته لأنها بقيت سنة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٩).

(٢) نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٨٨٠ سيريه ٨٠-١-٤٢٤- ٣ أبريل سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧-١-٤١٧- ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٩-١-١٧٨- وانظر مارتى ورينو فقرة ٢١٢ أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٥٦.

(1) النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٥٨ من القانون المدنى على أن لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدها ردها إليه...» انما يدل على أن فوات هذه المدة دون رفع الدعوى يؤدى إلى انقضاء الحق فيها، وبالتالى فهى مدة تقادم خاص وينقطع بالمطالبة القضائية عملا بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنى، لما كان ذلك، وكانت المادة ٦٣ من قانون المرافعات تقضى بأن ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وكانت المادة ٩٥٨ من القانون المدنى المشار إليها لم ترسم طريقا معينا لرفع الدعوى باسترداد الحيازة فانها تعتبر مرفوعة من تاريخ ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة.

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ق س٣٨ ص٢٣٨).

(2) يلاحظ أن محكمة النقض تعتبر مدة السنة هى مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والانقطاع. =

٣٢٢- ما يحكم به فى دعوى استرداد الحيازة - أحوال أربع: أما الذى يحكم به القاضى فى دعوى استرداد الحيازة، إذا توافت شروطها على النحو الذى بسطناه، فيختلف باختلاف الأحوال. وهناك أحوال أربع يجب، فى هذا الصدد، تمييزها بعضها عن بعض: (الحالة الأولى) إذا كان المدعى الذى إنتزعت منه الحيازة قد دامت حيازته مدة لا تقل عن سنة. (الحالة الثانية) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن المدعى فقد الحيازة بالقوة (violence). (الحالة الثالثة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة (بل فقدها غصبا أو خلسة) ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل. (الحالة الرابعة) إذا كانت حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم يفقد المدعى الحيازة بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل.

٣٢٣- الحالة الأولى - حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة: ويلاحظ فى هذه الحالة أن المدعى كان يستطيع رفع دعوى منع التعرض، لأن حيازته دامت مدة لا تقل عن سنة. وإنما لجأ إلى دعوى استرداد الحيازة لأن الاعتداء على حيازته لم يقتصر على مجرد التعرض لها، بل انتهى إلى إنتزاعها منه عنفا أو غصبا أو اختلاسا، فليس له بد من رفع دعوى استرداد الحيازة.

فإذا ما رفعها قضى له برد حيازته إليه، وباعادة العقار إلى أصله إن كان المدعى عليه قد أحدث فيه تغييرا. فان كان قد أقام فيه بناء جديدا قضى بهدمه، أو هدم بناء كان

=وقضت محكمة النقض بانه من المقرر فى قضاء المحكمة أنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى استرداد الحيازة فإن مدة السنة التى اشترط المشرع فى المادة ٩٥٨ من القانون المدنى عدم مضيها على فقد الحيازة هى مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والإنقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى وأن رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا استرداد الحيازة يعتبر بمبناه ومعناه طلبا برد الحيازة يقطع مدة تقادم دعوى وضع اليد ولو قضت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٥ الطعن رقم٢٠٠٨ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ق س٣٨ ص٢٣٨)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٥٤ق س٣٨ ص٤٥٥)

ب- يدل نص المادتين ١/٩٥٨، ٩٥٩ من القانون المدنى على أن من فقد حيازة عقد يُجاب إلى طلب ردها إليه متى ثبتت حيازته له عند فقدها وأقام الدعوى خلال سنة من تاريخ هذا العقد ولو كان من سلب الحيازة يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل طالما أن حيازة المدعى دامت مدة تجاوز سنة سابقة على فقدها.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٠ق)

موجودا قضى باعادته[1]. ويستطيع القاضى أن يحكم على المدعى عليه بغرامة تهديدية، ليحمله على تنفيذ ما قضى عليه به. كذلك يحكم القاضى بتعويض على المدعى عليه عما سببه من أضرار للمدعى بسبب التعدى على حيازته، وذلك طبقا لقواعد المسئولية التقصيرية[2].

والحكم الذى يصدر برد الحيازة إلى المدعى، فى الحالة التى نحن بصددها، يرد الحيازة إليه وكأنها لم تنقطع مدة انتزاعها منه. والمفروض أن المدعى قد دامت حيازته قبل انتزاعها مدة لا تقل عن سنة، فعندما ترد إليه الحيازة تعتبر هذه الحيازة دائمة لم تنقطع، فتكون قد دامت أكثر من سنة. وعلى ذلك يستطيع دفع الاعتداء عنها بجميع دعاوى الحيازة، لأنها دامت سنة بل أكثر كما سبق القول. ومن ثم يستطيع أن يرفع دعوى استرداد الحيازة من جديد فيما إذا إنتزعت منه الحيازة مرة أخرى.

٣٢٤- الحالة الثانية- حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن الحيازة انتزعت بالقوة: فى هذه الحالة لا يكون للمدعى دعوى منع التعرض لو وقع اعتداء على حيازته دون أن تنتزع منه هذه الحيازة، لأن الحيازة لم تدم سنة كاملة وشرط دعوى منع التعرض أن تدوم الحيازة هذه المدة كما سنرى.

ولكن المفروض فى هذه الحالة أن الحيازة قد انتزعت من المدعى بالقوة (violnce)، لذلك يكون له رفع دعوى استرداد الحيازة بالرغم من أن حيازته لم تدم سنة كاملة، لأنه لا يشترط فى هذه الحالة أن تكون الحيازة قد دامت هذه المدة. وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا جزاء على انتزاع الحيازة بالقوة، أى دعوى مسئولية تقصيرية أكثر منها دعوى لحماية الحيازة. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٩ مدنى، كما رأينا[3]، فى هذا الصدد على ما يأتى: «أما إذا كان فقد الحيازة بالقوة، فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى».

وعلى ذلك يقضى للمدعى برد حيازته إليه، وباعادة العقار إلى أصله، وبالغرامة التهديدية، شأن المدعى فى هذه الحالة شأنه فى الحالة الأولى. ويقضى له كذلك بالتعويض

---

(١) وذلك ما لم يكن المدعى عليه هو جهة الإدارة، وقامت هذه الجهة بأشغال عامة travaux publics فى العقار، فلا يجوز القضاء بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى حالتها الأصلية، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى ولا ولاية للقضاء فى ذلك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠- وانظر فيما يتعلق بدعوى منع التعرض ما يلى فقرة ٣٣٣).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

عما أصابه من ضرر بسبب انتزاع حيازته منه، ويلاحظ هنا بوجه خاص استعمال المدعى عليه للقوة فى إنتزاع الحيازة.

والحكم الذى يصدر برد الحيازة فى هذه الحالة يقتصر على رد الحيازة المادية إلى المدعى مؤقتا، دون أن يحسم النزاع فيمن له حق الحيازة القانونية. فيجوز للمدعى عليه، بعد أن يرد الحيازة للمدعى، أن يعود فيرفع هو دعوى استرداد الحيازة على المدعى، إذا استطاع رفعها فى الميعاد القانونى وأثبت أن المدعى كان قد سبق له أن انتزع منه الحيازة. فإذا نجح فى دعواه واسترد الحيازة، كان له أيضا أن يرفع دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا توافرت شروط أى دعوى منها(١).

٣٢٥- الحالة الثالثة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل: فى هذه الحالة الثالثة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة، حتى يحق له رفع دعوى استرداد الحيازة كما كان يفعل فى الحالتين الأولى والثانية. ولكن القانون يعطيه مع ذلك حق رفع دعوى استرداد الحيازة، لأن المدعى عليه الذى انتزع منه الحيازة لا يستند هو نفسه إلى حيازة أحق بالتفضيل.

وهنا تعمد الفقرة الأولى للمادة ٩٥٩ مدنى إلى وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى، وهى قواعد تشبه القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى لإثبات حق الملكية، إذ هى مثلها تميز بين صور ثلاث: صورة ما إذا وجد سند قانونى عند كل من الخصمين، وصورة ما إذا لم يوجد سبب قانونى عند أى من الخصمين، وصورة ما إذا وجد سند قانونى عند أحد الخصمين دون الأخر. وقد سبق بسط هذه القواعد فيما يتعلق باثبات حق الملكية(٢)، والآن نعرض لنظائرها فيما يتعلق بالمفاضلة بين حيازة وأخرى. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ مدنى، كما رأينا(٣)، على أنه «إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هى التى تقوم على سند قانونى. فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند، أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ». ويستخلص من النص سالف الذكر أنه إذا أريدت المفاضلة بين حيازتين، وجب التمييز بين الصور الثلاث: (١) إذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى، كأن يتمسك المدعى بسند بيع صادر له من شخص فى حين أن المدعى عليه

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٤٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٠.

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦- فقرة ٣٨٠.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

يتمسك بسند بيع صادر له من شخص آخر، فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أو لاحقا له. (٢) إذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى، فان الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل هنا أيضا. (٣) إذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل، فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقه لها.

ونطبق هذه القواعد فى الحالة الثالثة التى نحن بصددها. فإذا كان المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل من حيازة المدعى، فلم يثبت أن حيازته تقوم على سند قانونى فى حين أن حيازة المدعى لا تقوم على سند مقابل، أو لم يثبت أن حيازته أسبق فى التاريخ فى حين أن كلا من الحيازتين يقوم على سند قانونى أو لا يقوم أى منهما على هذا السند، كسب المدعى الدعوى، وقضى برد الحيازة إليه، وباعادة العقار إلى أصله، وبالغرامة التهديدية، وبالتعويض، كما هو الأمر فى الحالتين الأولى والثانية. وإذا ردت الحيازة إلى المدعى، بقيت مستقرة عنده لأن المدعى عليه لم يثبت أنه كان يحوز العقار حيازة أحق بالتفضيل. وإذا أراد المدعى عليه أن يسترد العقار من المدعى، لم يكن أمامه لاسترداده إلا أن يرفع دعوى الملكية على المدعى لأن هذا هو الحائز. فيصبح المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة مدعيا فى دعوى الملكية، ويحمل عبء إثبات حق ملكيته للعقار.

٣٢٦- الحالة الرابعة - حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل: فى هذه الحالة الرابعة لم تدم حيازة المدعى سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة، فليس له أن يسترد حيازته لأحد هذين السببين. ثم إن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل، فيفضل عليه، ولا يستطيع المدعى أن يسترد منه الحيازة. وهذه الحالة الرابعة هى الحالة الوحيدة بين الحالات الأربع التى فيها لا يستطيع المدعى أن يسترد الحيازة، بالرغم من أن الحيازة قد انتزعت منه غصبا أو خلسة، ما دامت لم تنتزع منه بالقوة، وما دامت حيازة المدعى عليه أحق بالتفضيل(١).

ويحمل المدعى عليه عبء إثبات أن حيازته أحق بالتفضيل. وعليه أن يثبت، إذا قام كل من الحيازتين على سند قانونى أو لم يقم أى منهما على هذا السند، أن حيازته أسبق

---

(١) ولا يعرف القانون الفرنسى هذه الحالة، بل إنه يقضى برد الحيازة إلى المدعى متى أثبت أن حيازته انتزعت منه ولو بغير القوة، ولو خلسة، دون أن يفاضل بين حيازة المدعى وحيازة المدعى عليه كما يفاضل التقنين المصرى فيما رأينا.

فى التاريخ من حيازة المدعى. وكذلك تكون حيازته أحق بالتفضيل، إذا هو أثبت أنها تقوم على سند قانونى، ولم يثبت المدعى أن حيازته تقوم هى أيضا على سند قانونى.

فإذا أثبت المدعى عليه أن حيازته أحق بالتفضيل على الوجه سالف الذكر، لم يقض برد الحيازة إلى المدعى، وبقى المدعى عليه مستقرا فى الحيازة التى انتزعها لأنها حيازة أحق بالتفضيل كما سبق القول. وإذا أراد المدعى أن يسترد العقار، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى الملكية بعد أن أخفق فى دعوى استرداد الحيازة. وفى دعوى الملكية يبقى المدعى عليه وقد استقر فى حيازته هو المدعى عليه كما كان فى دعوى استرداد الحيازة، ويقع عبء إثبات الملكية على المدعى. فإذا استطاع أن يثبت ملكيته استرد العقار بالرغم من أن حيازة المدعى عليه أحق بالتفضيل، وإذا لم يستطع إثبات ملكيته بقى العقار فى يد المدعى عليه بعد أن أثبت أن حيازته أحق بالتفضيل.

٣٢٧- التكييف القانونى لدعوى إسترداد الحيازة: ودعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى، على النحو الذى قدمناه، هى دعوى تتراوح بين أن تكون دعوى وضعت جزاء لعمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة فهى دعوى من دعاوى المسئولية، وبين أن تكون دعوى وضعت لحماية الحيازة فهى دعوى من دعاوى الحيازة(1). وهذا بخلاف القانون الفرنسى، فدعوى استرداد الحيازة فى هذا القانون أقرب إلى أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية وضعت جزاء على عمل غير مشروع هو انتزاع الحيازة، من أن تكون دعوى عينية من دعاوى الحيازة وضعت لحماية الحيازة فى ذاتها(1).

---

(١) أنظر فى التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة فى القانون الفرنسى: أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٩ ص٢٣٩- ص-٢٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦-٢ ص٢١٤- ٢١٥- كولان وكابيتان ودى لاموراندييرا ١ فقرة ٥-١٣- مازو وفقرة ١٤٦٦- فقرة ١٤٦٧- مارتى ورينو فقرة ٢١٦- أنسيكلوبيدى دالوز لفظ action possessoire فقرة ١٢٥- فقرة ١٣٤.

(1) أ- استناد الطاعن فى طلبه منع تعرض المطعون عليه فى عقار التداعى إلى حقوقه المترتبة على شرائه المبيع بعقد عرفى مقترن بوضع اليد. دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى استنادا لعدم انتقال الملكية له بالتسجيل. فساد فى الاستدلال وقصور فى التسبيب.

(جلسة ١٩٩٨/١/١٨ الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٦٢ق)

ب- دعوى استرداد الحيازة من دعاوى الحيازة المعروفة فى القانون أساسها الأصلى الحيازة المادية بشروطها القانونية وحرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية، فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الاستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الايجار الصادر إلى الطاعن.

(جلسة ١٩٩٥/١/١٥ الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة -٦ق)

أما أن دعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى تشارك دعاوى المسئولية، فان هذا يظهر فى نواح متعددة: (١) فهى ترد الحيازة حتى للحائز العرضى الذى لا يحوز لحساب نفسه بل يحوز لحساب غيره، فيكفى أن يكون للشخص مجرد سيطرة مادية على الشئ، فإذا انتزعت منه هذه السيطرة كان هذا عملا غير مشروع جزاؤه رد هذه السيطرة لمن كانت له من قبل عن طريق دعوى استرداد الحيازة. (٢) وكذلك الحال فيما لو قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص إدارى يجوز الرجوع فيه فى أى وقت، فاننا لا نكون بصدد حيازة بالمعنى الصحيح بل بصدد مجرد سيطرة مادية. ومع ذلك إذا انتزعت هذه السيطرة من صاحبها، كان هذا أيضا عملا غير مشروع، وجاز أن ترد هذه السيطرة إلى من كانت له من قبل، عن طريق دعوى استرداد الحيازة. (٣) وإذا اكتمل للحيازة عنصراها فأصبحت حيازة قانونية، ولكنها لم تستقر استقرارا كافيا بأن لم تدم مدة سنة كاملة، فان انتزاعها بالقوة يعتبر كذلك عملا غير مشروع، وتكون دعوى استرداد الحيازة هنا أيضا جزاء على القوة التى إستعملت فى نزع الحيازة. ورد الحيازة إلى صاحبها فى هذا الفرض أقرب إلى أن يكون جزاء على عمل غير مشروع هو القوة التى استعملت، من أن يكون حماية لحيازة لم تستقر ولم تدم مدة كافية.

وأما أن دعوى استرداد الحيازة فى القانون المصرى تشارك دعاوى الحيازة، فان هذا أيضا يظهر فى نواح متعددة: (١) فان الحيازة إذا انتزعت بغير القوة لا ترد إلا إذا كانت قد دامت سنة كاملة، أى كانت حيازة مستقرة دامت مدة كافية. فالدعوى هنا أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمى الحيازة المستقرة، من أن تكون جزاء على المسئولية. (٢) ولا ترد الحيازة إذا انتزعت بغير القوة، ولو لم تدم سنة كاملة، من الشخص الذى انتزعها وكانت له حيازة أحق بالتفضيل من حيازة المدعى. فهذا معناه أننا نفاضل بين حيازة وحيازة، ونحمى الحيازة الأحق بالتفضيل. فالدعوى على هذا النحو أقرب إلى أن تكون دعوى من دعاوى الحيازة تحمى الحيازة الأحق بالتفضيل، من أن تكون جزاء على المسئولية. (٣) ويجوز رفع الدعوى على من انتقلت إليه حيازة العقار المغتصب من مغتصب الحيازة، ولو كان الأول حسن النية (م٩٦٠ مدنى). وقد قدمنا فى هذا الصدد أن دعوى استرداد الحيازة فى مصر تنطوى على شئ من العينية، فهى إلى أنها جزاء على الاغتصاب فى ذاته تعتبر كذلك حماية للحيازة، فيجوز عن طريقها للحائز أن يسترد حيازته من الغير ولو كان هذا الغير حسن النية[1].

---

(١) أنظر آنفاً ص٩١٨.

٢- دعوى منع التعرض

(La complainte)

٣٢٨- نص قانوني: تنص المادة ٩٦١ مدنى على ما يأتى:

«من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة، ثم وقع له تعرض فى حيازته، جاز أن يدفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض»(١).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق(٢).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل - وفى التقنين المدنى الليبى م٩٦٥- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٥٤- وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٣).

وهذا النص يعرض لدعوى منع التعرض، وهى دعوى الحيازة الرئيسية، إذ هى تحمى الحيازة فى ذاتها وهى الحيازة الأصيلة دون الحيازة العرضية. ولذلك تتميز عن دعوى استرداد الحيازة، فقد رأينا أن هذه الدعوى الأخيرة تحمى الحيازة كما تحمى الحيازة

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤١٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٦- ص٤٧٧).

(٢) ولكن أنظر م٢٦ فقرة ثانية/ ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق، ونصها: «ويحكم (القاضى الجزئى) أيضا فى الدعاوى الآتى بيانها ويكون حكمه انتهائياً: ... (ثالثا) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار المبينة على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى».

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى).

التقنين المدنى الليبى م٩٦٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٥٤ (مطابق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل - ولكن أنظر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م١٣ وم٤٨- ٤٩ (سبق ذكرها آنفا ص٩١٢ هامش١) وم٥١: إن دعوى التعرض تستلزم إقامتها وجود واضع يد كان منذ سنة على الأقل متصرفاً بنفسه أو بواسطة سلفائه تصرفاً جامعاً للأوصاف المبينة فى المادة السابقة. (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المصرى).

الأصيلة، وأنها تتراوح بين أن تكون دعوى شخصية من دعاوى المسئولية ودعوى مستقلة من دعاوى الحيازة. أما دعوى منع التعرض التي نحن بصددها فلا تحمى إلا الحيازة الأصيلة وبشرط أن تستقر مدة سنة كاملة على الأقل، ولذلك تتمحض دعوى حيازة، بل هى دعوى الحيازة المثلى(1).

ونبحث فى شأنها، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة، المسائل الآتية: (١) المدعى فى دعوى منع التعرض. (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى. (٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها. (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه الدعوى.

---

(1) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن محكمة الموضوع ملزمة بأن تكيف الدعوى وفقا لما تتبينه من وقائعها وأن تنزل عليها وصفها الصحيح فى القانون مقيدة فى ذلك بالوقائع والطلبات المطروح عليها، ولما كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الزام المطعون ضدهم بأن يؤول له تعويضا قدره عشرون ألف جنيه عن استيلائهم دون وجه حق على الأطيان المبينة بالصحيفة وحرمانه من الانتفاع بها والحصول على ريعها استنادا إلى أن هذه الأطيان مملوكة له وأنها آلت له بالشراء ووضع اليد المدة الطويلة فان التكييف القانونى السليم للدعوى هو أنها اقيمت من الطاعن بطلب تعويضه عن الاستيلاء على أرضه وقيمة الريع باعتباره مقابل ما حرم من ثماره وذلك على أساس أن هذه الأطيان مملوكة له وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى على أنها تعويض عن الاعتداء على الحيازة وقضى برفضها على أساس من حجية الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض رقم ... الذى أقام قضاءه على أن الطاعن لم يكن حائزا لأرض النزاع سنة كاملة قبل حصول التعرض المدعى به وأن واقعة الغصب تنتفى تبعا لذلك فى حين أن الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يمس أصل الحق ولا يحوز حجية فى الدعوى المطروحة والتى تعتبر الملكية عنصرا من عناصرها وذلك لاختلاف الدعويين سببا وموضوعا.

(جلسة ١٩٨٧/٥/٢٦ الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٤ق)

ب- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه لا تثريب على المحكمة ائناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها، إذ أنه لا تنافر ولا تعارض بين دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض لأن أساسهما واحد وهو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منها واحد وهو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها ومتى ثبت هذا الحق للمحكمة، فانه يجوز للمدعى فى دعوى الحيازة أن يغير طلبه من دعوى منع تعرض إلى دعوى استرداد حيازة، ولا يغير من ذلك أن المطعون ضده أقام دعواه بمنع التعرض بصحيفة قدمت لقلم الكتاب فى ١٩٧٨/٦/١ لمنع التعرض الحاصل بتاريخ ١٩٧٨/٤/١٢ وأن تعديل المطعون ضده لطلباته الحاصل فى ١٩٧٩/١٢/٤ إلى طلبه الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لا يعتبر رفعا لدعوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض فى الميعاد وتكييف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكم باعتباره كذلك لا يؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديله الطلب.

(جلسة ١٩٨٥/١/٦ الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٠ق س٣٦ ص٧٧)

٣٢٩- المدعى فى دعوى منع التعرض: المدعى فى دعوى منع التعرض هو الحائز للعقار. ويجب عليه أن يثبت هنا، كما رأينا يجب عليه أن يثبت فى دعوى استرداد الحيازة(١)، أنه وقت أن وقع التعرض له كان حائزا للعقار(٢) حيازة خالية من العيوب، أى حيازة مستمرة علنية هادئة(٣) غير غامضة(٤)(1).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩.

(٢) وإذا كانت الحيازة على الشيوع، فللحائز على الشيوع أن يرفع دعاوى وضع اليد على شركائه الذين ينكرون عليه حقه فى الانتفاع بمظاهر مادية تخالف حقوق الشركاء فى الشيوع (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٧ رقم ١٥٦ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٧ رقم ١٥٩- ٤ مايو سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٨ رقم ١٦٠- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٧ رقم ١٥٨- ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٧ رقم ١٥٧)- وانظر استئناف مختلط ١٩ يونيه سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص٢٥٤.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا غصب شخص أطياناً وحكم عليه برد حيازتها، فحيازته إياها من وقت تقديم الشكوى الإدارية ضده إلى وقت تنفيذ الحكم الذى صدر عليه لا تعتبر حيازة هادئة. فلا يصح التمسك بها فى دعوى منع التعرض قبل صاحب اليد الذى حصل له تعرض جديد من الغاصب، والذى توافرت فى وضع يده الشروط القانونية (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ رقم ٩).

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٩ - ص٢٢٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص٢٠٨.

(1) أ- الحيازة التى تبيح رفع دعوى منع التعرض ليست هى مجرد السيطرة المادية على العقار فحسب بل يجب أن يكن ذلك مقترنا بنية التملك ولازم هذا أن يكون العقار من العقارات التي يجوز تملكها بالتقادم فيخرج منها العقار الذى يعد من الأموال العامة أو الخاصة للدولة إذ هى أموال غير جائز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم إعمالا لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ أما ما أباحه هذا القانون فى المادة ٥٧٥ للمستأجر - وهو حائز عرضى - من رفع دعاوى الحيازة فإنما جاء استثناء من الأصل فلا يجوز التوسع فى تفسيره ويلزم قصره على المستأجر الذى يثبت أن حيازته وليدة عقد الايجار وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يورد بمدوناته أن الطاعن مستأجرا لأرض النزاع أن البين من هذه المدونات وتقرير الخبير الذى اتخذه الحكم عمادا لقضائه أن الطاعن لم يقدم دليلا على قيام علاقة ايجارية انعقدت بينه وبين الحكومة فى شأن أرض النزاع والتى ثبت أنها من أملاك الدولة الخاصة وحصرت فى سجلات مصلحة الأملاك على أنها من الأراضى التى تزرع خفية لما كان ذلك وكان المقصود باستغلال الأراضى الزراعية المملوكة للحكومة بطريق الخفية- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو ما كان بغير عقد ايجار حتى لو كان الحائز يؤدى عنها للحكومة مقابلا للاستغلال ومن ثم لا يكون الطاعن مستأجرا لا يتعلق على دعواه بالاستثناء المقرر بالمادة ٥٧٥ من القانون المدنى ويكون الحكم المطعون فيه قد وافق صحيح القانون إذ حمل قضاءه برفض الدعوى على انتفاء نية التملك فى حيازة الطاعن للأرض التى ثبت أنها من أملاك الدولة الخاصة المحظور تملكها بالتقادم ويضحى النعى الذى يثيره الطاعن فى هذا الصدد على غير أساس.
=

ويجب عليه أيضا أن يثبت، خلافا لما قررناه فى دعوى استرداد الحيازة[1] أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية، أى أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره. فلا يجوز، إذا وقع تعرض على حق الملكية، أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن حائزا لحق الملكية

=(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦ الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٤ق)

ب- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - وجوب توافر نية التملك لمن يبغى حماية يده بدعوى منع التعرض مما لازمه أن يكون العقار من العقارات التى يجوز تملكها بالتقادم فلا يكون من الأموال العامة التى لا يجوز تملكها به عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥ الطعن رقم ٣٥٣ لسنة ٥٤ق)

جـ- لئن كان يشترط لقبول دعوى منع التعرض توفر الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى مما لا يجوز معه لحائز المال العام أن يرفع هذه الدعوى لعدم إمكان توفر نية التملك فى وضع يده، إلا أنه لما كان الثابت فى الدعوى أن الأرض محل النزاع قد ربطت باسم المطعون ضده كمنافع من قبل مصلحة الضرائب مما يعد ترخيصا له من هذه الجهة بالانتفاع بها مقابل ما تستأديه منه عن هذا الربط، وكانت حيازة المرخص له فى الانتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية فى مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصيلة فى مواجهة الغير تجيز للحائز رفع دعوى منع التعرض عليه إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به - لما كان ذلك وكان وضع يد الطاعن على أرض النزاع بعد الغاء ربطها عليه قد أضحى بغير سبب فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائى الذى خلص فى قضائه إلى قبول دعوى المطعون ضده ومنع تعرض الطاعن له فى الانتفاع بأرض النزاع يكون قد وافق صحيح القانون ولا يعيبه بعد ذلك ما ورد فى أسبابه أو اسباب الحكم المؤيد به التى أحال إليها من تقريرات قانونية غير سليمة إذ لمحكمة النقض أن تصوب ذلك دون أن تنقض الحكم.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢١ الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٥٣ق)

د- يجب - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - توافر نية التملك لمن يبغى حماية وضع يده بدعوى منع التعرض، ولازم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم فلا يكون من الأموال الخاصة للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة أو الاوقاف الخيرية التى منع الشارع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم بما نص عليه فى المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانونين رقمى ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و٣٩ لسنة ١٩٥٩.

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢ الطعن رقم ٦٩ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٢٠٥٣)

(جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧ الطعن رقم ١٠٨٠ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٨٤٦)

(جلسة ١٩٨٥/١/١٣ الطعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٠٤)

(جلسة ١٩٧٧/١/٩ الطعن رقم ٤٦٨ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١٦٣٩)

هـ- للحائز على الشيوع أن يحمى حيازته بدعاوى الحيازة ضد المتعرض له فيها سواء كان هذا المتعرض شريكا معه أو تلقى الحيازة عن هذا الشريك.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٥٠ق)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣١٩.

لحساب نفسه. وعلى ذلك لا يجوز أن يرفع دعوى منع التعرض، فى هذه الحالة، صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المرتهن رهن حيازة أو المستأجر. فهؤلاء جميعا حائزون عرضيون بالنسبة إلى حق الملكية، لأنهم إنما يحوزون هذا الحق لحساب غيرهم وهو المالك(١). والذى يرفع دعوى منع التعرض فى هذه الحالة هو المالك الذى يعتبر حائزا لحق الملكية لحساب نفسه(٢)، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء. وإنما يجوز لكل من صاحب حق الانتفاع(٣) وصاحب حق الارتفاق والمرتهن رهن حيازة والمستأجر أن يرفع دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذى يباشر استعماله لحساب نفسه، فهو أصيل فى حيازته ويحوزه لحساب نفسه لا لحساب المالك(٤).

وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت، فان الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة. فلا يجوز للحائز، فى هاتين الحالتين، أن يرفع دعوى منع التعرض على المالك نفسه أو جهة الإدارة نفسها إذا تعرض أحد منهما لحيازته(٥)(1).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع يد المستحق فى ريع العقار الموقوف لا يبيح له رفع دعوى منع التعرض، لأن وضع يده فى هذه الحالة لا يقترن بنية التملك (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص١٠٦).

(1) حيازة حق المرور التى تبيح لصاحبها رفع دعوى منع التعرض. شرطها أن تكون متعدية لا مجرد رخصة ولا على سبيل التسامح. تمسك الطاعن بأن المرور فى أرضه كان على سبيل التسامح. إغفال الرد. على هذا الدفاع الذى من شأنه قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى. قصور.
(جلسة ١٩٩١/١٢/٣١ الطعن رقم ٣١٩٢)

(٢) ويجوز للشريك فى الشيوع وحده أن يرفع دعوى منع التعرض ضد الغير دون حاجة إلى تدخل شركائه فى الشيوع معه فى الدعوى، بل له أن يرفع هذه الدعوى ضد شركائه أنفسهم إذا تعرضوا لحيازته فى الشيوع بأعمال تتعارض مع هذه الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٦).

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٧.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٦ – ص٢١٧ – بلانيول وريبير ٣ فقرة ٢٠١.

(٥) وقد رفضت محكمة النقض دعوى منع التعرض لحيازة قامت على أعمال التسامح إذا رفعت الدعوى من الحائز على المالك المتسامح، فقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه، وهو بسبيل تحقيق توافر شرائط وضع اليد، قد استخلص من الأدلة التى ساقها أن ترك مطلات منزل الطاعنة على العقار المبيع للمطعون عليه كان من قبيل التسامح من جانب البائع لهذا الأخير إذ لم يكن فيه أى اعتداء على ملكه، وبذلك نفى نية التملك عن وضع يد الطاعنة وهو ركن أساسى من أركان دعوى منع التعرض، فإن فى هذا وحده ما يكفى لاقامة الحكم برفض دعوى منع التعرض (نقض مدنى ١٤ يونيه سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٤٩).
وقد رأينا أنه، على خلاف دعوى منع التعرض، يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة حتى فى هاتين =

وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى منع التعرض، فيستطيع الحائز، رذا تعرض له فى حيازته غير المالك أو غير جهة الإدارة، أن يدفع هذا التعرض بدعوى منع التعرض. فالعرضية التى ترجع إلى قيام الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة عرضية نسبية لا مطلقة، ولا يتمسك بها إلا المالك المتسامح أو جهة الإدارة المرخصة(١) كما سبق القول.

ولا يشترط لرفع دعوى منع التعرض، كما لا يشترط لرفع دعوى إسترداد الحيازة(٢)، أن يكون الحائز حسن النية، فللحائز رفع دعوى منع التعرض حتى لو كان سئ النية(1).

وكما تتميز دعوى منع التعرض عن دعوى استرداد الحيازة فى أن الحيازة فى الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية على النحو الذى بسطناه فيما تقدم، كذلك تتميز الدعوى الأولى عن الدعوى الثانية فى أن الحيازة فى الدعوى الأولى يجب أن تكون حيازة مستقرة، أى حيازة دامت مستمرة علنية هادئة غير غامضة مدة سنة كاملة على الأقل(2). وشرط دوام الحيازة سنة كاملة شرط مقرر بصريح النص، فقد رأينا(٣) أن المادة ٩٦١ مدنى تنص على أن «من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة..»(٤). وقد

=الحالتين، أى ضد المالك المتسامح وجهة الإدارة المرخصة، لأن دعوى استرداد الحيازة لا تتطلب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة، بل يكفى لجواز رفعها قيام حيازة عرضية (أنظر آنفاً فقرة ٣١٩).

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠١ ص٢٠٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣١٨.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨.

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى: «دعوى منع التعرض: وهذه لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة، وترفع فى خلال سنة من بدء التعرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٩).

(1) إذ لم يستلزم القانون لاسباغ الحماية لحائز العقار أن يكون المتعرض سئ النية فلا على الحكم إن هو لم يعرض لبحث نية الطاعن إذ أن أحكام المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى تخرج عن نطاق هذه الدعوى.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٥٠ق)

(2) نص المادة ٩٦١ من القانون المدنى على أن من حاز عقارا واستمر حائزا له لسنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته قد جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض، انما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توفرت الشرائط التى تضمنتها هذه المادة، وإذ لم يستلزم القانون لإسباغ تلك الحماية على الحائز أن يكون المتعرض سئ النية.

(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ق لسنة ٢٩ ص١٣٤)

قدمنا أن هذا الشرط يقطع فى أن دعوى منع التعرض تتمحض دعوى من دعاوى الحيازة، فهى تحمى الحيازة المستقرة التى تكون قد دامت وقتا كافيا قدر بسنة كاملة(١). وقد نقل التقنين المدنى المصرى هذا الشرط عن القانون الفرنسى، ونقله هذا القانون بدوره عن تقاليد القانون الفرنسى القديم، وكانت هذه تقضى بأن تكون الحيازة قد دامت سنة ويوما، فأصبحت سنة واحدة فى القانون الفرنسى(٢). والمهم أن تكون الحيازة، وقت وقوع التعرض، قائمة وأن تكون قد دامت سنة كاملة على الأقل منذ أن بدأت إلى وقت وقوع التعرض. ويكفى أن يثبت المدعى أنه قد حاز العقار قبل وقوع التعرض بسنة وأنه يحوزه فعلا وقت وقوع التعرض، حتى يفترض أنه استمر حائزا له فى الفترة ما بين الزمنين ما لم يثبت المدعى عليه عكس ذلك، وذلك تطبيقا لنص المادة ٩٧٦ مدنى إذ تقول: «إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على العكس»(٣). فالمدعى هو الذى يحمل عبء إثبات أن حيازته قد دامت سنة كاملة على الوجه المتقدم الذكر(٤)، له فى حساب السنة أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، سواء كان المدعى خلفا عاما لهذا السلف(٥) أو كان خلفا خاصا(٦).

٣٣٠- المدعى عليه فى دعوى منع التعرض: والمدعى عليه فى دعوى منع التعرض هو الشخص الذى يتعرض للمدعى فى حيازته. والتعرض الصادر من المدعى عليه إما أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢١ هامش ٣٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص٢٠٩- مازو فقرة ١٤٦٣ ص١١٧٦- مارتى ورينو فقرة ٢١٤ ص٢٢٢.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٣٨٥- وليس من الضرورى أن تكون الأعمال المادية التى يباشر بها الحائز حيازته قد وقع بعضها فى خلال السنة السابقة على وقوع التعرض، فقد قدمنا أن هذه الأعمال تتوقف على طبيعة الشئ، فهناك أشياء تقتضى طبيعتها ألا تستعمل إلا فى أوقات تتخللها فترات طويلة، فإذا انقطع الحائز عن استعمالها فى غير هذه الأوقات لم يعتبر انقطاعه هذا تخلياً منه عن الحيازة (أنظر آنفاً فقرة ٢٧٥- وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢١- ص٢٢٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢).

(٤) والحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت بالأوراق، فلا على المحكمة إذا هى أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى إثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه، ولو كان بيده محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق (نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٥٢).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١.

(٦) أنظر آنفاً ص٨٩٣ هامش٤- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨١ ص١٣٦ هامش ٤ وفقرة ١٨٧ ص٢٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٢ ص٢١٠.

يكون تعرضا ماديا (trouble de fait)، أو تعرضا قائما على تصرف قانوني (trouble de droit). وقد ينجم التعرض عن أشغال عامة (travaux publics)، أو عن أشغال خاصة (travaux privès) رخصت فيها جهة الإدارة. وفى جميع الأحوال لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه(1). والأصل أن دعوى منع التعرض ترفع ضد المدعى عليه نفسه الذى صدر منه التعرض، وقد ترفع مع ذلك ضد الغير ولو كان حسن النية. فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب.

٣٣١- تحديد معنى التعرض الصادر عن المدعى عليه: يعتبر تعديا يبيح رفع دعوى منع التعرض كل عمل مادى أو كل تصرف قانونى يتضمن، بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، ادعاء يعارض به المدعى عليه حيازة المدعى(١)(2). فدخول المدعى عليه فى أرض

---

(١) نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣- ١-٤٥١- ١١ يناير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٠-١-٣١٨- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص٢٠٣.

(1) الالتجاء إلى دعوى العقد لا إلى دعوى الحيازة محله أن يكون رافع الدعوى مرتبطا مع المدعى عليه فيها بعقد ويكون انتزاع الحيازة داخلا فى نطاق هذا العقد.

(جلسة ١٩٧٦/٥/٥ الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٣ق س٢٧ ص١٠٦٣)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن رقم ١١٤٩ لسنة ٥٠ق)

(2) أ- التعرض الذى يصلح أساسا لرفع دعوى الحيازة هو كل عمل أو تصرف يتعارض مع حق واضع اليد فى الحيازة فإذا وجد عقد يحكم العلاقة بين الطرفين فلا يجوز رفع دعوى منع التعرض سواء بقصد تنفيذ العقد أو التحلل منه، بل يجب الاستناد إلى دعوى العقد.

(جلسة ١٩٩١/١١/١٩ الطعن رقم ٢٤٧١ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص١٣١)

(جلسة ١٩٧٦/٢/١١ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٤٢٨)

ب- التعرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو كل عمل مادى أو تصرف قانونى يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ادعاء يتعارض مع حق واضع اليد، فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع عليه، فلا يشترط أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعى أو أن يكون ظاهرا أو حصل علنا وانما يكفى أن يعلم به المدعى حتى يبدأ ميعاد السنة التى يجوز له رفع الدعوى خلالها.

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ الطعن رقم ١٠٤٨ سنة ٤٧ق س٣٣ ص١٠٥٩)

جـ- إذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وكانت صادرة من شخص واحد فانها تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه =

يحوزها المدعى من غير إذنه[1] يعتبر تعرضا، بل قد يصل التعرض فى هذه الحالة إلى حد إخراج المدعى من الأرض وسلبه حيازتها (dépossession) ويبقى الأمر مع ذلك فى سياق دعوى منع التعرض، لا فى نطاق دعوى استرداد الحيازة التى تقتضى سلب الحيازة بالقوة أو بالغصب أو خفية[2] كما سبق القول. وإقامة المدعى عليه حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره، أو يمنع به النور والهواء عنه، يعتبر تعرضا. ورعى المدعى عليه مواشيه فى أرض جاره دون إذن منه، ومروره فيها مدعيا أن له عليها حق ارتفاق بالمرور،

=بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحيازة.

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ الطعن رقم ١٠٤٨ سنة ٤٧ق س٣٣ ص١٠٥٩)

د- دعوى منع التعرض ترمى إلى حماية الحيازة، والتعرض الذى يصلح أساسا لرفعها يتحقق بمجرد تعكير الحيازة والمنازعة فيها ولا يشترط فى التعرض أن يكون قد ألحق ضرر بالحائز.

(جلسة ١٩٨٢/١١/١٧ الطعن رقم ١١٧٨ س٤٧ق)

هـ- إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضا قائما بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الاشخاص الصادرة عنهم وتحسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص١٣١).

(١) أما إذا كان باذن فلا يعتبر تعرضاً. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قرر الحكم أن التعرض لم يبدأ بوضع المتعرض «مجيرة» فى أرض النزاع باذن صاحب الأرض لأن هذا لا يعتبر تعرضاً لحقه بل هو تأييد لهذا الحق إذ حصل شغل أرضه برضاه، وإنما يبدأ التعرض حينما يظهر شاغل الأرض أو غيره بحق يتعارض مع حقه فى حيازته للأرض، فان هذا الذى أورده الحكم صحيح فى القانون (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٤٨).

(٢) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٥ م٧ ص٢٤٥- ١٠ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٥٧- ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٩٤- ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣٩٨- ١٩ يونيه سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٤٥٨- ٢٠ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٦٤- ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٧٤- وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٨ - وقد قضى بأنه يجوز رفع دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة فى وقت واحد، وبأنه يجوز لمن رفع دعوى التعرض أن يحولها إلى دعوى استرداد الحيازة دون أن يعد ذلك طلباً جديداً (نقض فرنسى ٤ أغسطس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٧ -١-٦٦). وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى مصر، فقد قضت بأنه لا تثريب على المحكمة فى أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة، تحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها. ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين، لأن أساسهما واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية، والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٢ رقم ١٢٤ ورقم ١٢٥).

ودخوله دارا يحوزها المدعى متمسكا بأنه استأجر هذه الدار من مالكها أو أن له عليها حق انتفاع، كل هذه الأعمال تعتبر تعرضا للمدعى فى حيازته، وتبيح لهذا الأخير رفع دعوى منع التعرض.

ويكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع من المدعى عليه(١). فلا يشترط: (١) أن يكون التعرض قد ألحق ضررا بالمدعى. فليس يلزم أن يكون كل تعرض صدر من المدعى عليه قد أحدث ضررا للمدعى(1)، كما ليس يلزم أن يعتبر العمل الصادر من المدعى عليه تعرضا لمجرد أنه أحدث ضررا للمدعى. وفى هذه الحالة الأخيرة، إذا كان العمل قد أحدث ضررا للمدعى دون أن يتضمن ادعاء يعارض حيازته، لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض، وإنما يكون للمدعى أن يرفع دعوى التعويض(٢). (٢) أو أن يكون التعرض غير قائم على أساس حق ثابت للمدعى عليه(2).

---

(١) واستفادة النزاع فى وضع اليد من التشكيات والمعارضات الحاصلة من مدعى الملكية هى من المسائل الموضوعية المتروكة لمطلق تقدير قاضى الموضوع، ولا هيمنة عليه لمحكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٥١).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٣- ص٢٢٤ وص٢٢٣ هامش ٢٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥- نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٩ داللوز ٩٧-١-٤٨١- ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣-١-٤٥٠- ٢١ فبراير سنة ١٩٤٧ داللوز جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٥١).

(1) دعوى منع التعرض ترمى إلى حماية الحيازة، والتعرض الذى يصلح أساسا لرفعها يتحقق بمجرد تعكير الحيازة والمنازعة فيها ولا يشترط فى التعرض أن يكون قد الحق ضرر بالحائز.

(جلسة ١٩٨٢/١١/١٧ الطعن رقم ١١٧٨ سنة ٤٧ق س٣٣ ص٩٣١)

(2) أ- التعرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو الاجراء المادى أو القانونى الموجه إلى واضع اليد على أساس حق يتعارض مع حق واضع اليد.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص١٣١)

ب- يشترط لقبول دعوى منع التعرض أن يكون المدعى عليه قد تعرض للمدعى فى وضع يده، ولا يعتبر تسليم العين المتنازع عليها تنفيذا للحكم الصادر بذلك ضد واضع اليد تعرضا له، ولما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه برفض دعوى منع التعرض المقامة من الطاعن الأول إلى أنه تنفيذ الحكم الصادر ضده فى الدعويين رقمى ... لا يعد تعرضا لهذا الطاعن فى وضع يده، فإن الحكم لا يكون بذلك قد بنى على أسباب متعلقة بأصل الحق وإنما نفى عن الدعوى توافر أحد شروط قبولها.

(جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧ الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٧٥)

جـ- تنفيذ الحكم الصادر بتسليم الطاعنين نصيب كل منهم مفرزا، عدم اعتباره تعرضا للمطعون ضده واضع اليد على جزء من مسطح تلك الأرض يجيز له رفع دعوى منع التعرض.

(جلسة ١٩٩٧/١/٤ الطعن رقم ٣٤٦٧ لسنة ٦١ق)

فحتى لو كان المدعى عليه يستند فى تعرضه إلى حق ثابت له، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض، لأن قاضى الحيازة لا شأن له بموضوع الحق. ودعوى منع التعرض إنما تحمى الحيازة فى ذاتها متى كانت ثابتة، بصرف النظر عما إذا كان للحائز حق يستند إليه فى حيازته أو ليس له هذا الحق(١). (٣) أو أن يكون المدعى عليه سئ النية. فحتى لو كان المدعى عليه حسن النية فى تعرضه، وكان بالرغم من أنه ليس له حق يستند إليه فى تعرضه يعتقد بحسن نية أن له هذا الحق، فانه يقضى عليه مع ذلك بمنع التعرض. ذلك بأن دعوى منع التعرض إنما تحمى الحيازة فى ذاتها متى كانت ثابتة كما قدمنا، بصرف النظر عما إذا كان المتعرض سئ النية أو حسن النية(٢)(1). (٤) أو أن تكون أعمال التعرض قد وقعت رأسا فى العقار الذى يحوزه المدعى. فقد تقع هذه الأعمال فى عقار يحوزه المدعى عليه، أو فى عقار يحوزه الغير(٣). (٥) أو أن تكون أعمال التعرض قد اقترنت بالعنف أو ارتكبت علنا(2). فقد تكون هذه الأعمال لم تقترن بأى عنف أو تكون قد ارتكبت خلسة وفى خفية عن المدعى، وتبقى مع ذلك تعرضا يجوز دفعه بدعوى منع التعرض(٤).

٣٣٢- التعرض المادى والتعرض القائم على تصرف قانونى: والتعرض الصادر من

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص٢٠٤- نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت دى باليه ٩ يوليه سنة ١٩٢٥.

(٢) أوبرى ورو فقرة ١٨٧ ص٢٢٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٥ ص٢٠٤.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة٩٥ ص٢٠٤- نقض فرنسى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧- ١- ٧٢١ - ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥- ١- ٤٥- ٣١ يناير سنة ١٩٥٠- جازيت دى باليه ١٩٥٠-١-٢٢٣.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٥.

(1) إذ لم يستلزم القانون لإسباغ الحماية لحائز العقار أن يكون المتعرض سئ النية فلا يكون على الحكم إن هو لم يعرض لبحث نية الطاعن إذ أن أحكام المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى تخرج عن نطاق هذه الدعوى.

(جلسة ١٩٨٤/٦/٢١ الطعن رقم ١٢٢٢ سنة ٥٠ق)

(2) التعرض الذى يبيح لحائز العقار حيازة قانونية رفع دعوى منع التعرض هو كل عمل مادى أو كل تصرف قانونى يتضمن بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر إدعاء يتعارض مع حق واضع اليد، فيكفى أن يعارض المدعى عليه حق المدعى فى الحيازة ليكون هناك تعرض واقع عليه، فلا يشترط أن يكن التعرض قد الحق ضررا بالمدعى أو أن يكون ظاهرا أو حصل علنا وانما يكفى أن يعلم به المدعى حتى يبدأ ميعاد السنة التى يجوز له رفع الدعوى خلالها.

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ الطعن رقم ١٠٤٨ ٤٧ق س٣٣ ص١٠٥)

المدعى عليه، على النحو الذى بسطناه، إما أن يكون تعرضا ماديا أو تعرضا قائما على تصرف قانونى.

فالتعرض المادى هو عمل مادى من أعمال التعدى يقع على حيازة المدعى. وقد قدمنا كثيرا من الأمثلة على التعدى المادى، فاقامة المدعى عليه حائطا أو بناء فى أرضه يسد به مطلا لجاره، ورعى المدعى عليه مواشيه فى أرض جاره دون إذن منه، ومروره فيها مدعيا أن له حق إرتفاق بالمرور، كل هذه أعمال تعتبر تعرضا ماديا للمدعى فى حيازته. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان هناك تعرض مادى، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض(١).

أما التعرض القائم على تصرف قانونى، فيقوم على تصرف يصدر من المدعى عليه يعلن به نيته فى معارضته لحيازة المدعى. وقد يصدر هذا التصرف خارج مجلس القضاء، كما إذا أنذر المدعى عليه مستأجرا بدفع الأجرة له هو لا للمؤجر فيكون هذا تعرضا لحيازة المؤجر للعين المؤجرة، وكما إذا أنذر المدعى عليه المدعى ألا يقيم بناء فى الأرض التى يحوزها هذا الأخير فيكون هذا تعرضا لحيازة المدعى للأرض. ويعتبر كذلك تعرضا قائما على تصرف قانونى صادر خارج مجلس القضاء تحرير محضر من جهة الإدارة لحائز العقار فيما يختص بأعمال حيازته لهذا العقار(1)، وصدور قرار إدارى باعتبار طريق يحوزه المدعى طريقا عاما. وقد يقع التعرض عن طريق نزاع فى الحيازة يرفع أمام القضاء، كرفع دعوى أو

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦ ص٢٠٤- نقض فرنسى ٥ مارس سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ -١- ٤٥٠- ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ سيريه ١٩٣٤- ١-٨٨- ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٥ -١- ٢٣٩- وإذا كان هناك ممر بين عدة شركاء، فأقام أحدهم حوائط حول عقاره من شأنها تضييق الممر إلى حد كبير، كان هذا تعرضا ماديا لباقي الشركاء (استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص٨٢). وانظر أيضاً نقض مدني ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص١١١٢ (إقامة السلم جميعه بعمده الأربعة داخل الممر). وإذا أقام صاحب أرض محاذية لضفة النهر أعمالا فى الضفة الغرض منها، ليس فحسب حماية ضفته، بل أيضاً تحويل التيار إلى الضفة المقابلة، كان هذا تعرضاً مادياً لصاحب الأرض المحاذى لهذه الضفة الأخيرة (نقض فرنسى أول ديسمبر سنة ١٨٢٩ سيريه ٣٠-١-٣٢- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٣ هامش ٢٣).

(1) التعرض المستند إلى امر ادارى اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حقا على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع معه على المحاكم نظرها ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الادارى لوقف تنفيذ الأمر أو الغائه.

(جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ الطعن رقم ١٢٤٠ سنة ٥١ق)

تقديم طلبات فى دعوى يعارض فيها المدعى عليه حيازة المدعى، وكذلك يعد تعرضا تنفيذ حكم على شخص لم يكن طرفا فى الخصومة(١)(1).

٣٣٣- التعرض الناجم عن الاشغال العامة: وقد ينجم عن قيام الإدارة بأشغال عامة (travanx publis) تعرض لحيازة الأفراد، فإذا كانت هذه الأشغال العامة تنتهى إلى نزع ملكية الأفراد، كليا أو جزئيا، دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية، كان قاضى الحيازة المدنى مختصا بائبات قيام الحيازة إذا كانت متنازعا فيها، وله كذلك أن يأمر بعدم المضى فى القيام بالأشغال العامة(٢). ولكن ليس له أن يأمر بهدم هذه الأشغال أو باعادة الأرض إلى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القانون يحمى وضع اليد من كل تعرض له، ويستوى فى ذلك أن يكون التعرض اعتداء محضاً من المتعرض أو بناء على حكم مرسى مزاد لم يكن واضع اليد خصماً فيه، إذ الأحكام لا حجية لها إلا على الخصوم، ولا يضار بها من لم يكن طرفاً فيها، لا فرق فى هذا بين حكم مرسى المزاد وغيره من الأحكام (نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ رقم ٧). وانظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٤ يونيه سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٤٠٨- وقضت أيضاً محكمة النقض بأن كل ما يوجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع حقه يصلح لأن يكون أساساً لرفع دعوى منع التعرض، حتى لو لم يكن هناك غصب. وإذن فمتى كان الطاعن قد تدخل فى الدعوى التى أقامها المطعون عليه الثانى على المطعون عليه الثالث مدعياً أن له حقاً على الأرض محل النزاع فى مواجهة المطعون على الأول الذى يتدخل أيضا فى تلك الدعوى، فإن هذا الإدعاء من الطاعن يعتبر تعرضاً للمطعون عليه الأول يجيز له رفع منع التعرض (نقض مدنى ٦ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤١ رقم ١١٥). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر تعرضاً قائماً على تصرف قانونى موجباً لدعوى منع التعرض الإنذار المعلن إلى من يدعى ملكية حائط وضع يده عليه، وقد نبه من أعلن الإنذار واضع اليد على الحائط بعدم إجراء أى تعديل فى حالته بدعوى أنه حائط مشترك بين الطرفين (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة١٧ رقم ٦٢٣ ص١٢٤٩). وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢-٢- ص٢٠٣ وفقرة ١٨٧ ص٢٢٨- ص٢٢٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٦- أنسيكلوبيدى داللوز لفظ ١ (action possessoire) فقرة ٨١- فقرة ٩١.

(٢) مجلس الدولة الفرنسى ١١ أبريل سنة ١٨٦٣ سيريه ٦٣-٢-١٨٣.

(1) يشترط لقبول دعوى منع التعرض أن يكون المدعى عليه قد تعرض للمدعى فى وضع يده، ولا يعتبر تسليم العين المتنازع عليها تنفيذا للحكم الصادر بذلك ضد واضع اليد تعرضا له، ولما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه برفض دعوى منع التعرض المقامة من الطاعنة الأولى إلى أن تنفيذ الحكم الصادر ضده فى الدعوين رقمى ... لا يعد تعرضا لهذا الطاعن فى وضع يده، فان الحكم لا يكون بذلك قد بنى على أسباب متعلقة بأصل الحق وانما نفى عن الدعوى توافر أحد شروط قبولها.
(جلسة ١٩٧٩/١١/٢٧ الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٣ ص٧٥)

حالتها الأصلية، لأن هذا ينطوى على تعطيل لتنفيذ قرار إدارى، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك(١).

أما إذا كانت الأشغال العامة تؤدى بطريق غير مباشر إلى نزع الملكية، كما إذا كان القانون يبيح استيلاء الإدارة على أملاك الأفراد استيلاء نهائيا دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية، كان قاضى الحيازة المدنى مختصا بتقرير حيازة المدعى وأنها دامت لمدة سنة، لأن هذا يكون أساسا يستند إليه فى طلب التعويض المستحق له(٢). ولكن لا يجوز لقاضى الحيازة أن يأمر بهدم الأشغال لأن فى هذا تعطيلا لتنفيذ قرار إدارى؟(٣)، ولا ولاية للقضاء العادى فى ذلك(٤)(1).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التعرض المستند إلى أمر إدارى اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية. ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لرفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر الإدارى أو إلغائه (نقض مدنى أول ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٥٤ ص١٧٦٣). وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص٢٠٧- مجلس الدولة الفرنسى ٩ مارس سنة ١٨٧٠ سيريه ٧١-٢- ٢٨٥- نقض فرنسى ١٤ أبريل سنة ١٨٩٩ سيريه ٩٩-١-٣٦٧.

(٢) نقض فرنسى (دوائر مجتمعة) ١٠ يوليه سنة ١٨٥٤ داللوز ٥٤-١-٦٢٨- نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٣-١-٣١٢.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣٦- ص٣٢٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩ ص٢٠٧.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٩- أنسكلوبيدى داللوز لفظ (action poseessoire) فقرة ٢٢٤- فقرة ٢٢٨- نقض فرنسى ٨ أبريل سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٦-١-٢٥٨.

(1) إذا كان الواقع فى الدعوى أن المطعون عليه بوصفه مديرا للجمعية الزراعية بمدينة مطروح شغل مسكنا مملوكا للحكومة، وخصصته جهة الادارة لسكنى الموظفين والعمال الذين يعملون بالمدينة، ثم أصدر رئيس مجلس المدينة قرارا إداريا بانهاء هذا التخصيص وإخلا المسكن، وأقام المطعون عليه بعدم إخراجه من المسكن بطلب تمكينه منه ورد حيازته إليه، وكان التعرض المستند إلى امر إدارى اقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساسا لرفع دعوى حيازة لمنع هذا التعرض، وذلك لما يترتب حتما على الحكم فى هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥، ولا يكون للحائز فى هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الالتجاء إلى القضاء الإدارى لوقف تنفيذ الأمر أو الغائه، وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر، فإنه يكون قد خالف القانون فى مسألة اختصاص تتعلق بولاية المحاكم، وهو ما يجيز الطعن فى هذا الحكم بطريق النقض رغم صدوره من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية.

(جلسة ١٩٧٣/١/١٥ الطعن رقم ٥١٢ لسنة ٣٧ق س٢٤ ص٤٣٥)

٣٣٤- التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الادارة: أما إذا نجم التعرض عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة، كما إذا أدار شخص محلا مقلقا للراحة أو مضرا بالصحة أو خطرا بعد أن حصل على رخصة فى إدارته من جهة الإدارة، فان التعرض فى هذه الحالة تسرى عليه القواعد العامة. فيختص القضاء العادى لا القضاء الإدارى بنظره، ويجوز الأمر بمنع التعرض وبازالة الأعمال التى تمت ونجم عنها التعرض. ولا يمنع من ذلك صدور ترخيص إدارى فى القيام بهذه الأعمال، فان هذا الترخيص لا يعنى أكثر من أن الأعمال المرخص فيها لا تتعارض مع مصلحة عامة، مع حفظ حقوق الأفراد فيما إذا أصابهم ضرر من جراء هذه الأعمال (salvo juri tertii). وعلى ذلك يستطيع أى شخص يقع تعرض لحيازته ينجم عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة أن يرفع دعوى منع التعرض على صاحب هذه الأشغال أمام القضاء العادى، ويجوز لهذا القضاء أن يأمر بازالة ما تم من الأعمال ونجم عنه التعرض وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه(١).

كذلك إذا نجم التعرض عن أشغال قامت بها الدولة (أو شخص معنوى عام) فى الأموال الخاصة التى تملكها (domaine privé)، جاز لمن وقع التعرض لحيازته أن يرفع دعوى منع التعرض أمام القضاء العادى، وأن يحصل على حكم بازالة ما تم من أعمال نجم عنها التعرض، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه(٢).

٣٣٥- عدم جواز الالتجاء لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه: ولا يجوز رفع دعوى منع التعرض بغرض تنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه، فإذا كان التعرض ناجما عن عدم تنفيذ عقد كان على المدعى أن يطلب تنفيذ العقد بدعوى العقد لا بدعوى منع التعرض(٣). وعلى ذلك إذا أتى الراهن رهن حيازة عملا ينقص من قيمة الشئ المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، فليس للدائن المرتهن أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض لإلزام الراهن بعدم الإخلال بعقد رهن الحيازة، بل يلجأ إلى دعوى عقد رهن الحيازة ذاته لإلزام الراهن بتنفيذ

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٢٥ وص٢٢٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص٢٠٨- نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢-١-٤١- ١٩ يوليه سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٢-١-٣٤٠- ٩ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧-١-١٠٩.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٠ ص٢٠٨ - نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ -١ -١٩٤.

(٣) نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦- ١-١٨٨- أول فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥-١-٦٤- ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ -٢-٧٨٥- ١٨ يناير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠-١-١٤٧.

العقد. وتنص المادة ١١٠١ مدنى فى هذا الصدد على أن «يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتى عملا ينقص من قيمة الشئ المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن فى حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التى تلزم للمحافظة على الشئ المرهون». كذلك إذا حال المؤجر دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، مخلا فى ذلك بشروط عقد الإيجار، فان سبيل المستأجر إلى الزام المؤجر بتنفيذ العقد ليس هو رفع دعوى منع التعرض، بل رفع الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الإيجار(١).

ولو جاز رفع دعوى منع التعرض لتنفيذ عقد، لكان من جراء ذلك أن يتعرض قاضى الحيازة المرفوع أمامه دعوى منع التعرض إلى موضوع الحق الناشئ عن العقد لإلزام المدعى عليه بعدم الإخلال به، ولترتب على ذلك الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى موضوع الحق، وسنرى فيما يأتى أنه لا يجوز الجمع بين الدعويين(٢).

٣٣٦- رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير: وغنى عن البيان أن المدعى عليه فى دعوى منع التعرض هو المتعرض نفسه، أى الشخص الذى صدرت منه أعمال التعرض، ويحل محل المتعرض خلفه العام، أى ورثته، فتوجه إليهم الدعوى بعد موت المتعرض(٣).

ولا يحول دون أن يكون المتعرض هو المدعى عليه أن يكون فى تعرضه قد عمل لصالح الغير أو بأمر منه، كما إذا كان التعرض قد صدر من المستأجر أو الوكيل بأمر من المؤجر أو من الموكل أو لصالحه(٤). وليس للمستأجر أو الوكيل أن يطلب إخراجه من

---

(١) نقض فرنسى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩-٢-٧٨٥.

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها- وانظر فيما يتعلق بعدم جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة لتنفيذ عقد آنفاً فقرة ٣٢٠- وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٧- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire- وقارن نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤١ رقم ١١٧.

وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى دعوى منع التعرض إذا قطعت شركة الكهرباء أو الغاز عن المشترك الكهرباء أو الغاز، لوجود عقد بين الشركة والمشترك هو الذى يحكم العلاقة فيما بين الطرفين (نقض فرنسى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٦-١-١٨٨- أول فبراير سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٥ -١-٦٤).

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣- نقض فرنسى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١٠- ١- ٤٩٨.

دعوى منع التعرض بحجة أنه إنما عمل بأمر من المؤجر أو من الموكل، بل يبقى خصما فى الدعوى وله أن يدخل المؤجر أو الموكل فيها ضامنا.

وإذا كان المطلوب فى دعوى منع التعرض تخلية العقار أو إعادة الحالة إلى أصلها، فان الدعوى يمكن أن ترفع على الغير الذى انتقل إليه العقار، ولو كان هذا الغير حسن النية لا علم له بالتعرض، فيطالبه المدعى بالتخلية أو باعادة الحالة إلى أصلها كما كان يطالب المتعرض نفسه، ولكن لا يطالبه بتعويض عن الضرر الذى أصابه إلا إذا أثبت أنه سئ النية. وإذا كانت دعوى استرداد الحيازة يمكن أن ترفع على الغير ولو كان حسن النية(١). فأولى أن يكون هذا صحيحا بالنسبة إلى دعوى منع التعرض التى هى أكثر عينية(٢).

٣٣٧- المدة التى ترفع فى خلالها دعوى منع التعرض: وقد رأينا(٣). أن المادة ٩٦١ مدنى تقضى بأن «من وقع له تعرض فى حيازته، جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض». فدعوى منع التعرض يجب أن ترفع فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض(1). وإذا كان التعرض أعمالا متعاقبة، سرت مدة السنة من وقت أول عمل من

---

(١) أنظر آنفاً ص٩١٨.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢١٨- ص٢١٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٣.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٨.

(1) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى منع التعرض فان مدة السنة المشترطة فى المادة ٢٦ من قانون المرافعات السابق (المقابلة للمادة ٩٦١ من القانون المدنى الحالى) عدم مضيها على الفعل الصادر من المتعرض فى الحيازة هى مدة تقادم خاص، تسرى عليها قواعد الانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى. وأن رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا بمنع التعرض له فى حيازته يعتبر بمبناه ومعناه طلبا بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد حتى إذا صدر الحكم من القضاء المستعجل بعدم الاختصاص لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يقطع المدة ما دام أن رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل هو فى ذاته طلبا خاصا بموضوع منع التعرض.

(جلسة ١٩٨٧/٥/٢٠ الطعن رقم ١٠٦٥ لسنة ٥٢ق)

ب- أوجب المشرع فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من حصول التعرض.

(جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ الطعن رقم ١١٧١ لسنة ٥٠ق)

جـ- إذ تنص المادة ٩٦١ من القانون المدنى على جواز رفع دعوى منع التعرض فى خلال السنة التالية من وقوع التعرض وإلا كانت غير مقبولة، فانه وان كان هذا الميعاد سقوط لا يسرى عليه تقادم أو انقطاع إلا إنه إذا رفعت الدعوى فى خلاله أمام محكمة غير مختصة مجز فى تحقق الشرط الذى يتوقف عليه قبول الدعوى إذ أن المشرع فى المادة ١١٠ من قانون المرافعات يلزم المحكمة غير المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلقا بالولاية باحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة كما يلزم =

هذه الأعمال يظهر فيه بوضوح أنه يتضمن تعرضا لحيازة المدعى[1](1). وقد تكون أعمال التعرض المتعاقبة مستقلة بعضها عن بعض بحيث يعتبر كل عمل منها تعرضا قائما بذاته، فتتعدد دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال، وتسرى مدة السنة بالنسبة إلى كل دعوى منها من وقت وقوع العمل الذى أنشأها، فتسرى هذه المدة بالنسبة إلى آخر دعوى من وقت وقوع آخر عمل من أعمال التعرض المستقلة[2](2). وإذا كان التعرض مبنيا على

=المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها مما يجعل رفع الدعوى أمام المحكمة غير المختصة مؤديا بذاته إلى نظرها وكأنه اجراء من اجراءات رفعها أمامها فتعتبر الدعوى وكأنها قد رفعت منذ البداية أمامها وتكون العبرة فى تاريخ رفعها هو برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة.

(جلسة ١٩٨١/١١/٢١ الطعن رقم ١٧ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص١٠١٢)

(١) نقض فرنسى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤-١-٥٠١- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٣٠ -١- ٣٠٤- ٩ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦- ٢٩٤.

(٢) قر به أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٠.

(1) أ- أوجب المشرع فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ حصول التعرض فاذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وصدرت من شخص واحد تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحيازة.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص١٣١).

ب- إذا تتابعت أعمال التعرض وترابطت وكانت صادرة من شخص واحد فانها تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه يتضمن اعتداء على الحيازة.

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ الطعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٤٧ق س٣٣ ص١٠٥٩)

(2) أ- إذا تعددت أعمال التعرض وتباعدت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضا قائما بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم، وتحتسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى، لما كان ذلك، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه صدرت عن المطعون ضدها الأولى أعمال تعرض لحيازة الطاعن تتابعت بتقديم الشكوى رقم ... وإقامة الدعوى رقم ... مستعجل القاهرة وقد انتهت هذه الأعمال بصدور حكم استئناف فى ١٩٧٠/٥/٣١ بعدم اختصاص القضاء المستعجل بنظر الدعوى، ثم عادت المطعون ضدها الأولى بعد قرابة عام وقدمت شكوى إلى المطعون ضدهما الثانى والثالث اللذين قاما باجراء تصحيح فى ١٩٧١/٥/١٨ وذلك بالتأشير على هامش عقد شراء الطاعن لعقار النزاع بما يفيد أن حقيقة مساحته هى ٢٢٢,٥ مترا وليس ٢٦٥,٥ مترا مربعا وكان هذا الاجراء يتضمنه اعتداءً جديدا على حيازة الطاعن فيما لو ثبت توافر شروطها - وينشئ له حقا فى رفع دعوى منع تعرض مختلفة عن تلك التى نشأت عن الاعمال السابقة ويبدأ احتساب مدة السنة المقررة لرفعها من تاريخ حدوث هذا التعرض الجديد فى ١٩٧١/٥/١٨، وإذا أقام الطاعن دعواه بمنع التعرض فى غضون شهر فبراير سنة ١٩٧٢ فإنه يكون=

تصرف قانونى، سرت السنة من وقت وقوع التصرف الذى اعتبر تعرضا(١). وإذا كان التعرض عملا قام به المدعى عليه فى ملكه هو، فلا تسرى السنة فى دعوى منع التعرض إلا من الوقت الذى يتقدم فيه هذا العمل حتى يصبح تعرضا واقعا على حيازة المدعى(٢).

ومدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم، ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب، ولا توقف ولا تنقطع(١)(1). وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى مدة السنة التى

=أقامها فى الميعاد القانونى.

(جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٢ ص١٣١)

ب- أوجبت المادتان ٩٥٨، ٩٦١ من القانون المدنى أن ترفع دعوى منع التعرض خلال السنة التالية لوقوع التعرض وهى مدة سقوط يجب أن ترفع الدعوى خلالها وكانت الدعوى تعتبر مرفوعة بايداع صحيفتها قلم الكتاب طبقا للمادة ٦٣ من قانون المرافعات وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضده أقام دعواه بمنع التعرض بصحيفة قدمت لقلم الكتاب فى ١٩٧٨/٦/١ لمنع التعرض الحاصل فى ١٩٧٨/٤/١٢ فان الدعوى تكون قد أقيمت فى الميعاد ولا يغير من ذلك تعديل المطعون ضده لطلباته الحاصل فى ١٩٧٩/١٢/٤ إلى طلب الحكم باسترداد حيازته ذلك أن التاريخ الأخير لا يعتبر رفعا لدعوى جديدة وأن رفع الدعوى بمنع التعرض فى الميعاد وتكييف المحكمة لها أنها دعوى باسترداد الحيازة أو طلب الحائز الحكم باعتباره كذلك لا يؤثر على تاريخ رفعها أيا كان تاريخ تعديل الطلب.

(جلسة ١٩٨٥/١/٦ الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٠ق س٣٦ ص٧٧)

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص١٩٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٨- نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠-١-١٣١.

(1) تعتبر محكمة النقض مدة السنة هى مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والانقطاع.

قضت محكمة النقض أن من المقرر فى قضاء المحكمة أن المدة المعينة لرفع الدعوى هى مدة تقادم خاص تسرى عليه قواعد الوقف والانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٥ الطعن رقم ٢٠٠٨ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦ الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٥٤ق س٣٨ ص٤٥٥)

(جلسة ١٩٨٧/٢/١٢ الطعن رقم ١٣١٢ لسنة ٥٢ق س٣٨ ص٢٣٨)

(جلسة ١٩٨٤/١/ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٠ق)

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٠- أما إذا كانت الدعوى التى يرفعها المدعى فى هذه الحالة هى دعوى وقف الأعمال الجديدة لا دعوى منع التعرض، فإن السنة تسرى، كما سيأتى، من وقت البدء بهذه الأعمال. فإذا فات المدعى رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة فى خلال هذه المدة، كان له أن يرفع دعوى منع التعرض فى خلال سنة من وقت تقدم الأعمال حتى تصبح تعرضاً واقعاً (أوبرى ورد فقرة ١٨٦ ص٢٠١ هامش ١٤).

(٣) ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن مدة السنة المشترطة فى المادة ٢٦ مرافعات (قديم) عدم =

ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة، فنحيل هنا إلى ما ذكرناه هناك[1].

٣٣٨- ما يحكم به فى دعوى منع التعرض: إذا توافرت شروط دعوى منع التعرض على الوجه الذى أسلفناه، حكم للمدعى وهو الحائز للعقار ببقائه فى حيازته (la maintenue possessoire) ومنع التعرض له فى هذه الحيازة[2]. وقد يقتضى ذلك الحكم بازالة أعمال قد تمت، ويهدم بناء قد أقيم أو إقامة بناء قد هدم، وباعادة الشئ إلى أصله[3](1). ويستوى فى ذلك أن تكون أعمال التعرض قد تمت فى عقار المدعى،

=مضيها على الفعل الصادر من المدعى عليه هى مدة تقادم خاص، تسرى عليه قواعد الانقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٢ رقم ١١٨). وبنت على ذلك أنه إذا رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالباً إزالة اليد موضوع النزاع وتمكينه من رى أطيانه بواسطة إزالة السد، فان هذا الطلب إذ يعتبر بمبناه ومعناه طلباً بمنع التعرض يقطع مدة دعوى وضع اليد ولو حكمت المحكمة المستعجلة بعدم اختصاصها، لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة بقطع المدة. والدفع بأن التكليف بالحضور أمام قاضى الأمور المستعجلة لا يقطع التقادم لأنه لا يؤدى إلا إلى إجراءات وقتية بقصد تأييد الحق فيما بعد فلا يستنتج منه معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة بالحق المراد اقتضاؤه - هذا الدفع لا محل له حين يكون المدعى قد رفع أمام هذا القاضى طلباً خاصاً بموضوع منع التعرض (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٢ رقم ١٢٢). وانظر أيضا فى معنى أن مدة السنة مدة تقادم يرد عليها الوقف والانقطاع استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٤٢.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢١.

(٢) يجوز للمحكمة أن ترفض دعوى منع التعرض حتى لو ثبت لها أن أعمال التعرض قد انقطعت قبل رفع الدعوى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣١- ص٢٣٢).

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض، على ما جرى به قضاء محكمة النقض، تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه، باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٥ ص٢٩٦). وانظر نقض فرنسى ١٤ يونيه سنة ١٩٤٨ جازيت دى باليه ١٩٤٨-٢-٦٩.

(1) أ- ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض

(جلسة ١٩٦٧/٢/٧ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٢ق س١٨ ص٢٩٦)

ب- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن ولاية قاضى الحيازة تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى عليه فى هذا النوع من القضايا باعتبار أن القضاء بها من قبيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه ومن حق الحائز لمدة لا تقل عن سنة أن يطلب اعادة العقار إلى أصله بطلب إزالة ما =

أو فى عقار المدعى عليه، أو فى عقار الغير[1]. على أنه لا يجوز للقضاء العادى، كما قدمناه[2] أن يحكم بازالة أشغال عامة أقامتها جهة الإدارة، إذا كان هذا الحكم ينطوى على الغاء قرار إدارى أو تعطيل تنفيذه.

ويحكم قاضى الحيازة بمنع التعرض على الوجه سالف الذكر، حتى ولو كان هناك ما يدعو إلى الاعتقاد بأن المتعرض سيفوز فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق. ذلك لأن قاضى الحيازة لا شأن له بالملكية، ولا يجوز الجمع بين الحيازة والملكية كما سنرى[3](1). ومع ذلك يجوز لقاضى الحيازة، فى هذه الحالة، أن يمنح المدعى عليه أجلا يوقف فيه تنفيذ حكم الإزالة أو إعادة الشئ إلى أصله، بشرط أن يرفع المدعى عليه دعوى موضوع الحق أو دعوى الملكية فى خلال هذا الأجل[4].

=يحدثه التعرض من تغيير سواء بإزالة ما يقيمه من مبان أو بإعادة ما يهدمه منها.
(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥ الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٥١ق)

جـ- الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يمس أصل الحق فلا حجية له فى دعوى الموضوع التى يدور النزاع فيها حول من هو صاحب الحق فى ثمار العين محل النزاع.
(جلسة ١٩٦٧/٦/١٥ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٢٦٩)

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣٥- ص٢٣٦- نقض فرنسى ١٧ يناير سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦ -١ -١١٥.

(1) أ- لا يجوز للقاضى فى دعوى الحيازة أن يقيم حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه اعمالا لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات إلا أنه يجوز له عند بحثه فى توافر شروط هذه الدعوى أو عدم توافرها أن يرجع إلى مستندات الملكية ليستخلص منها ما يقتضيه البحث فى دعوى اليد وبالقدر الذى يستلزمه الفصل فيها دون التعرض لأمر الملكية بأى حال.
(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٩٣ لسنة ٤٩ق)
(جلسة ١٩٨٣/٤/١٩ الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٤٩ق)
(جلسة ١٩٧٨/١/١٠ الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص١٣٤)

ب- دعوى الحيازة لا تتسع لبحث واقعة احتجاز المدعى أكثر من مسكن فى مدينة بعد أن خلص الحكم صحيحا إلى نفى واقعة التعرض ولا على الحكم المطعون فيه إذ هو أغفل الرد على دفاع الطاعنات فى هذا الخصوص.
(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٣ الطعن رقم ١٣٩١ لسنة ٥٣ق)

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٣.

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٣٤٨ وما بعدها.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى بمنع تعرض المدعى عليه فى الطريق موضوع النزاع، وكذلك بازالة البناء الذى أقامه فيه المدعى عليه إذا لم يرفع فى خلال أجل معين =

ويجوز لقاضى الحيازة أن يحكم بغرامة تهديدية (astreintes) على المدعى عليه، لإجباره على تنفيذ الحكم باخلاء العقار أو بالإزالة أو باعادة الشئ إلى أصله[1].

ويجوز لقاضى الحيازة أيضا أن يحكم على المدعى عليه بتعويض الضرر الذى أصاب المدعى من جراء أعمال التعرض التى صدرت من المدعى عليه، ولو كان ذلك بناء على طلب إضافى يقدمه المدعى فى دعوى منع التعرض. ولا يغير طلب التعويض من طبيعة دعوى منع التعرض فى أنها دعوى من دعاوى الحيازة، حتى لو قرر المدعى عليه أنه لا ينازع فى حيازة المدعى[2].

وإذا ادعى المدعى عليه المتعرض، فى دعوى فرعية، أنه هو الحائز للعقار وقدم أدلة على ذلك، نظر القاضى فيما إذا كانت حيازة المدعى عليه لا تتعارض مع حيازة المدعى، وفى هذه الحالة حكم لكل منهما باستبقائه لحيازته وعدم تعرض الخصم الآخر له فى هذه الحيازة. أما إذا تعارضت الحيازتان، فان القاضى يفاضل فيما بينهما، ويقضى لمن كانت حيازته أفضل على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم[3]. فإذا تعادلت الحيازتان، ولم يكن هناك وجه لتفضيل إحداهما على الأخرى جاز للقاضى أن يحكم ببقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين. ويجوز له أيضا، إذا لم ير بقاء الحيازة مشتركة بين الخصمين، أن يحكم بأن يلجأ إلى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق. وقد يقيم فى هذه الحالة الأخيرة حارسا على العقار المتنازع على حيازته، أو يقيم أحد الخصمين حارسا على العقار على أن

=دعوى بملكيته للطريق ونفى حق ارتفاق المرور عليه للمدعى، فان هذا الحكم لا يجعل تنفيذ الإزالة مرهوناً بنتيجة الفصل فى دعوى الحق، بل يجعله مرهوناً بأمر آخر منقطع الصلة بتلك النتيجة وهو قيام المدعى عليه برفع الدعوى بالحق فى خلال أجل معين، وليس فى هذا القضاء مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٨ مرافعات. ذلك أنه وإن كانت ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض تتسع لإزالة الأعمال المادية التى يجريها المدعى عليه باعتبار أن قضاءه فى هذه الحالة هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض، إلا أن له فى هذا الخصوص أن يقدر موجبات الإزالة، فيقضى بها أو يقرن قضاءه فى خصوصها بأجل يحدده للمدعى عليه ليرفع فى خلاله الدعوى بالحق (نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص١٤٩)- وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤- نقض فرنسى ٢٨ يناير سنة ١٨٧٩ سيريه ٨٠-١-٢٥.

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤- نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ سيريه ٢٣-١٠٢٣-١-٣٤١.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٢٣٤- نقض فرنسى ٩ يونيه سنة ١٨٨٥ سيريه ٨٧-١-١١٩- ١٩ أكتوبر سنة ١٨٨٧ سيريه ١- ٢١١.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥.

يقدم حسابا عن غلته عند الاقتضاء، فيكون لهذا الخصم حراسة مؤقتة مقترنة بالتزام بتقديم حساب عن الغلة(١).

٣- دعوى وقف الأعمال الجديدة

(La dénonciation de nouvel oeuvre)

٣٣٩- نص قانونى: تنص المادة ٩٦٢ مدنى على ما يأتى:

«١- من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة، وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت، ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر».

«٢- وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته»(٢).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق(٣).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى لا مقابل -

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٧ ص٣٣٢- ص٢٣٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٤.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤١٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٧ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٧- ص٤٨٠).

(٣) ولكن أنظر م٢٦ فقرة/ ٢٩ فقرة رابعة من تقنين المرافعات السابق ونصها: «ويحكم (القاضى الجزئى) أيضاً فى الدعاوى الآتى بيانها ويكون حكمه انتهائياً: .... (ثالثا) الدعاوى المتعلقة بالمنازعة فى وضع اليد على العقار المبنية على فعل صادر من المدعى عليه لم تمض عليه سنة قبل رفع الدعوى».

وفى التقنين المدنى الليبى م٩٦٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م١١٥٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(١).

وهذا النص يعرض لدعوى وقف الأعمال الجديدة، وهى الدعوى الثالثة والأخيرة من دعاوى الحيازة. وهى تتميز عن دعوى استرداد الحيازة بأن الحيازة فيها لا تنتزع من الحائز، وعن دعوى منع التعرض بأن الأعمال التى تصدر فيها من المدعى عليه ليست بأعمال تعرض قد وقع فعلا، بل هى أعمال تكون تعرضا لو أنها تمت(٢). ونبحث فى شأنها، كما بحثنا فى شأن دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض، المسائل الآتية: (١) المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة. (٢) المدعى عليه فى هذه الدعوى. (٣) المدة التى ترفع الدعوى فى خلالها. (٤) ما يحكم به القاضى فى هذه الدعوى.

٣٤٠– المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة. إحالة: المدعى فى هذه الدعوى هو نفس المدعى فى دعوى منع التعرض. فهو الحائز للعقار، ويجب عليه يثبت أن حيازته خالية من العيوب، أى حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة(٣)(1). ويجب أن يثبت

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى لا مقابل (ولكن أنظر تقنين المرافعات السورى).

التقنين المدنى الليبى م٩٦٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٥٥ (موافق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أنظر المواد ١٣ و٤٨ – ٤٩ و٥١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى: أنفاً ص٩١٢ هامش١ وص٩٢٦ هامش٤).

(٢) فدعوى وقف الأعمال الجديدة هى إذن دعوى مستقلة من دعاوى الحيازة، وقد أفرد لها التقنين المدنى المصرى نصاً مستقلا، واعتبرها القضاء الفرنسى دعوى مستقلة (نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦–١–٢٩٧– ٧ أبريل سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥– ١– ٣٨١– ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٢– ١– ٦٥) – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص٢٣٧ هامش٢– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠٥).

(٣) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢–١–٢٧٩.

(1) دعوى وقف الأعمال الجديدة التى تعد من دعاوى وضع اليد ويرفع الاستئناف عن الحكم الصادر فيها لمحكمة الاستئناف طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ بشأن السلطة القضائية هى الدعوى التى يكون سببها وضع اليد على عقار أو حق عينى وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها ومقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها وتختلف هذه عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس إذ ناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو =

كذلك أن حيازته حيازة أصيلة لا حيازة عرضية، أى أنه يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره. وإذا قامت الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو على ترخيص من جهة الإدارة يجوز الرجوع فيه فى أى وقت، فإن الحيازة لا تكون عرضية إلا بالنسبة إلى المالك المتسامح أو إلى جهة الإدارة المرخصة، وفيما عدا هذين تعتبر الحيازة حيازة أصيلة تبيح رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة. ولا يشترط أن يكون الحائز حسن النية. ويشترط أن تكون حيازة المدعى قد دامت سنة كاملة على الأقل، وتنص على ذلك صراحة المادة ١/٩٦٢ مدنى كما رأينا(١) إذ تقول: «من حاز عقارا واستمر حائزا له سنة كاملة...». وللمدعى، فى حساب السنة، أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه، سواء كان المدعى خلفا عاما أو خلفا خاصا.

وجميع ما بسطناه فى شأن المدعى فى دعوى منع التعرض ينطبق على المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة، فتحيل هنا إلى ما قدمناه هناك(٢).

٣٤١- المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة: والمدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الشخص الذى يبدأ أعمالا لم تصل بعد إلى أن تكون تعرضا وقع فعلا على حيازة المدعى، ولكن هناك من الأسباب المعقولة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن هذه الأعمال لو تمت لكانت تعرضا كاملا لحيازة المدعى. ففى حين أن دعوى منع التعرض تحمى الحيازة من تعرض حال وقع فعلا كما رأينا، إذا بدعوى وقف الأعمال الجديدة تحمى الحيازة من تعرض من مستقبل على خطر الوقوع. مثل ذلك أن يبدأ شخص بناء حائط فى حدود أرضه أو إقامة بناء، لو أنه مضى فيه إلى نهايته لسد النور والهواء على جاره أو لسد مطلا لجاره، ولنجم عن ذلك تعرض لحيازة الجار للعقار المجاور أو للمطل. فالمدعى عليه، وهو لا يزال آخذا فى بناء الحائط أو إقامة البناء، لم يسد بعد النور والهواء أو المطل على جاره. ومن ثم لا يكون هناك محل لرفع دعوى منع التعرض، لأن التعرض لما يقع. ولكن يكون هناك محل لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، فيصدر قاضى الحيازة حكما بوقف بناء الحائط أو بوقف إقامة البناء أو يفصل فى دعوى موضوع الحق(٣).

=يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت، والحكم الذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء باجراء وقتى لا يمس أصل الحق مما يرفع الاستئناف عنه أمام المحكمة الابتدائية طبقا للمادة ٥١ من قانون المرافعات (السابق).

(جلسة ١٩٦٦/١/١٨ الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٤٧)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩.

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً=

ويشترط فى الأعمال التى يجب طلب وقفها بدعوى وقف الأعمال الجديدة أمران:

(الأمر الأول) أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم. وذلك لأنها لو تمت لوقع التعرض فعلا، ولكان الواجب فى هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، بل رفع دعوى منع التعرض. على أنه يجب أن تكون هناك أسباب معقولة تدعو للاعتقاد إلى أنه لو تمت هذه الأعمال، لنجم عنها تعرض فعلى لحيازة المدعى. وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع، ويستعين فى ذلك بالمعاينة، وقد يستعين برأى الخبراء. وتنص الفقرة الأولى من المادة ٩٦٢ مدنى، كما رأينا(١)، صراحة على هذا الشرط إذ تقضى بأن الحائز للعقار إذا «خشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت...».

(والأمر الثانى) أن تكون هذه الأعمال التى بدأها المدعى عليه قد وقعت فى عقاره هو، لا فى عقار المدعى ولا فى عقار الغير. وهذا الشرط يستخلص من طبائع الأشياء، لأن الأعمال لو بدأت فى عقار المدعى لكان التعرض حالا لا مستقبلا، ولو بدأت فى عقار الغير لكان التعرض لحيازة هذا الغير قد وقع هو أيضا حالا لا مستقبلا، ولوجب فى الحالتين رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة(٢). بقى أن يكون الغير راضيا بهذه الأعمال أو متواطئا مع المدعى عليه فى شأنها، وفى هذه الحالة يكون الغير شريكا للمدعى عليه، ويستوى إذن أن تبدأ الأعمال فى عقار المدعى عليه أو فى عقاره هو.

٣٤٢- المدة التى ترفع فى خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة: وقد رأينا(٣) أن المادة ١/٩٦٢ مدنى تقضى بأن يرفع المدعى دعوى وقف الأعمال الجديدة «بشرط ألا تكون قد تمت، ولم ينقض عام على البدء فى العمل الذى يكون من شأنه أن يحدث الضرر». فدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب أن ترفع أولا قبل الانتهاء من الأعمال الجديدة، لأن هذه الأعمال لو تمت لوقع التعرض فعلا ولوجب رفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة كما سبق القول(٤). ويجب أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ثانيا

=تم، بل أعمالا لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٩).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص٢٣٨.

(٣) أنظر فقرة ٣٣٩.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٤١.

فى خلال سنة من وقت البدء بهذه الأعمال(١).

وتسرى السنة من وقت البدء بالأعمال الجديدة كما قدمنا، فلو كانت أعمالا متعاقبة سرت المدة من وقت البدء فى أول عمل منها فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى، ورفعت بعد ذلك، لم تكن مقبولة، حتى لو كانت الأعمال الجديدة لم تتم. ويجب فى هذه الحالة على المدعى أن يتربص حتى تتم هذه الأعمال ويقع التعرض فعلا على حيازته، وعندئذ يكون له أن يرفع دعوى منع التعرض فى خلال سنة من وقت وقوع التعرض أى من وقت تمام الأعمال الجديدة(٢).

ومدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم ومن ثم تسرى على غير كامل الأهلية والغائب، ولا توقف ولا تنقطع، وقد سبق بيان ذلك بالنسبة إلى دعوى إسترداد الحيازة(٣)، وبالنسبة إلى دعوى منع التعرض(٤).

٣٤٣- ما يحكم به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة: والذى يحكم به القاضى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة، ليس هو إزالة الأعمال الجديدة التى بدئ بها كما كان يحكم بذلك لو أن الدعوى كانت دعوى منع التعرض، بل وقف هذه الأعمال دون إزالتها(٥). وتقضى المادة ١/٩٦٢ مدنى بذلك صراحة، كما رأينا(٦)، إذ تقول إن للمدعى «أن يرفع الأمر إلى القاضى طالبا وقف هذه الأعمال ...».

ولا تخلو الحال من أحد أمرين:

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذى بدأ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم، فان تم العمل كانت الدعوى التى ترفع هى دعوى منع التعرض» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٩).

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠١ هامش ١٤.

(٣) أنظر آنفا فقرة ٣٢١.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٧.

(٥) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ٣-١٩ م١٥ ص٢٢٩- والقضاء بوقف الأعمال الجديدة هو قضاء مؤقت، فللمدعى عليه أن يمضى فيها إذا قضى لمصلحته فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٨ ص٢٣٩- نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٣-١-٣٨٥).

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩.

(١) فاما أن يرى قاضى الحيازة أن المدعى على حق فى دعواه، ويقدر أن هناك أسبابا معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلى لحيازة المدعى لو تمت الأعمال الجديدة. فعند ذلك يحكم القاضى بوقف الأعمال وعدم الاستمرار، إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها. وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر المدعى الذى حكم لمصلحته بتقديم كفالة مناسبة، تكون ضمانا للمدعى عليه الذى قضى عليه بوقف الأعمال التى بدأها. فإذا ما قضى بحكم نهائى، فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، أن المدعى عليه كان هو المحق، وأن اعتراض المدعى على استمرار الأعمال الجديدة كان على غير أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة، جاز أن يحكم على المدعى بتعويض لإصلاح الضرر الذى أصاب المدعى عليه من جراء وقف الأعمال التى بدأها. وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى بناء على حكم قاضى الحيازة ضمانا لهذا التعويض.

(٢) أو أن يرى قاضى الحيازة أن المدعى ليس على حق فى دعواه لأن شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة لم تتوافر، فيقضى برفض الدعوى، ومن ثم يستمر المدعى عليه فى الأعمال الجديدة التى بدأها إلى أن ترفع دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق ويفصل فيها. وفى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة، تكون ضمانا للمدعى الذى يحكم برفض دعواه. فإذا ما قضى بحكم نهائى، فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، أن المدعى كان هو المحق وأن اعتراضه على مضى المدعى عليه فى الأعمال الجديدة كان على أساس من حيث موضوع الحق لا من حيث الحيازة، جاز أن يحكم على المدعى عليه بازالة هذه الأعمال كلها أو بعضها. وعندئذ تكون الكفالة التى قدمها المدعى عليه بناء على حكم قاضى الحيازة ضمانا لهذه الإزالة.

وهذا هو الذى قضت به صراحة الفقرة الثانية من المادة ٩٦٢ مدنى، فهى تنص، كما رأينا[١] على ما يأتى: «وللقاضى أن يمنع استمرار هذه الأعمال أو أن يأذن فى إستمرارها، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة، تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحا للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى لمصلحته»[٢].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٩.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت فى الميعاد، كان للقاضى حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال=

ويخلص مما تقدم أن هناك فروقا 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) فى دعوى وقف الأعمال الجديدة يقضى بوقف الأعمال الجديدة دون إزالتها، أما فى دعوى منع التعرض فيجوز أن يقضى . بازالة هذه الأعمال(١).

المطلب الثانى

العلاقة بين الحيازة والملكية

٣٤٤- مسألتان: فى العلاقة ما بين الحيازة والملكية، نقابل ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، ثم نتكلم فى العلاقة ما بين الحائز والمالك فيما يختص باسترداد الحائز للمصروفات وبمسئوليته عن الهلاك فيما لو ظهر أن الحائز غير مالك.

=أو أن يأذن فى استمرارها بكفالة فى الحالتين. فتكون الكفالة فى الحالة الأولى لضمان التعويض فيما إذا تبين فى دعوى الموضوع أن الأعمال التى وقفت كان ينبغى أن تستمر، وفى الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التى أذن فى استمرارها كان ينبغى أن توقف» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٧٩- ص٤٨٠).

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠- وقد تتحول دعوى وقف الأعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض، إذا تضمنت الأعمال الجديدة تهديداً خطيراً بأن يقع التعرض فعلا لو تمت هذه الأعمال، وعند ذلك يجوز للقاضى أن يأمر بازالة الأعمال الجديدة لا بوقفها فحسب على اعتبار أن هذا التهديد الخطير قد حول الدعوى إلى دعوى منع تعرض يجوز الحكم فيها بالإزالة (بازو فقرة ١٤٦٤- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action posse ssoire فقرة ١١٧- فقرة ١٢٣- نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٢٩٦).

وتختلف دعوى وقف الأعمال الجديدة عن الطلب المستعجل. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأن دعوى وقف الأعمال الجديدة تعد من دعاوى اليد على عقار أو حق عينى عقارى، وموضوعها حماية اليد من تعرض يهددها، ويقتضى الفصل فيها ثبوت الحيازة القانونية، وتوافر أركانها والشروط اللازمة لحمايتها. وتختلف هذه الدعوى عن الطلب المستعجل الذى يرفع إلى قاضى الأمور المستعجلة بوصفه كذلك ويقضى فيه على هذا الأساس، إذ مناط اختصاصه بنظر هذا الطلب أن يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذى يبرر تدخله لإصدار قرار وقتى، يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت. والحكم الذى يصدره القاضى المستعجل فى هذا الشأن هو قضاء باجراء وقتى لا يمس أصل الحق (نقض مدنى ١٨ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٠ ص١٤٧).

١ – دعوى الحيازة ودعوى الملكية

٣٤٥– المقابلة ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية: بسطنا فيما تقدم دعاوى الحيازة الثلاث، وإلى جانب دعاوى الحيازة (actions possessoires) توجد دعاوى الملكية (actions pétitoires). والفرق بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن دعوى الحيازة لا تحمي إلا الحيازة في ذاتها ولا شأن لها بالملكية أي بموضوع الحق، أما دعوى الملكية فعلى العكس من ذلك تحمي الملكية أي موضوع الحق ولا شأن لها بالحيازة إلا حيث تكون الحيازة سببا لكسب الملكية(1). وقد قدمنا أن دعاوى الحيازة الثلاث يقابلها دعاوى ملكية ثلاث: فيقابل دعوى استرداد الحيازة دعوى استرداد الملكية وهذه هي دعوى الاستحقاق، ويقابل دعوى منع التعرض في الحيازة دعوى منع التعرض في الملكية، ويقابل دعوى وقف الأعمال الجديدة في الحيازة، دعوى وقف الأعمال الجديدة في الملكية. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن نصا يعدد دعاوى الملكية، فكانت المادة ١١٦٥ من هذا المشروع تنص على أن «لمالك الشئ أن يسترده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق، وأن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن التعرض، وإذا خشي تعرضا كان له أن يطالب بمنع وقوعه»(١). وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة، «اكتفاء بالقواعد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٢ في الهامش – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «والوسيلة الثانية لحماية حق الملكية هي دعاوى الملكية التي وضعت على غرار دعاوى الحيازة، ولكن هذه أكثر استعمالا لسهولتها. فللمالك أن يسترد ملكه من أي يد كانت وهذا ما يسمى بدعوى الاستحقاق، وله أن يطلب منع تعرض الغير لملكه، وإيقاف كل عمل لو تم لكان تعرضاً. ولكنه في هذه الدعاوى الثلاث يطالب باثبات حق ملكيته. وأهم هذه الدعاوى وأكثرها انتشاراً هي دعوى الاستحقاق. والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز، فهو المدعى عليه في هذه الدعوى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٤).

(1) أ– دعوى الملكية تختلف عن دعوى الحيازة في أن الأولى ترمي إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى بطريقة مباشرة ويتناول البحث فيها حتما أساس الحق المدعى به ومشروعيته، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن كنه أساسه وعن مشروعيته.

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٢٠٢)

ب– من المقرر أن الأحكام التي تصدر في دعاوى الحيازة بصفة عامة ليست حجة في دعوى المطالبة بالحق لاختلاف الموضوع والسبب، بما مفاده أن القضاء في دعاوى الحيازة يرمي إلى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر وإذ كان من المحتمل أن يقضي في أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر في دعوى الحيازة وبعد تنفيذه، فإن الحكم الصادر في دعوى الحيازة انما يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذا ما ثبت فيما بعد بحكم نهائي من محكمة الموضوع أن الحق لم يكن في جانبه متى كان سيء النية، وهو يعتبر كذلك منذ إعلانه بصحيفة =

العامـــة»(١).

وقد سبق أن قررنا فى صدد دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ما يأتى: «ولما كانت دعاوى الحيازة لا تقتضى إلا أن يثبت المدعى حيازته مستوفية لشرائطها، أما دعاوى الملكية فتقتضى أن يثبت المدعى ملكيته للشئ، وهو إثبات أشد مشقة بكثير من إثبات مجرد الحيازة، لذلك يلجأ المالك عادة إلى دعاوى الحيازة ليحمى بها حيازته. ولا يتكلف مشقة الإثبات بعد ذلك كما قدمنا، بل على من يدعى الملكية أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز، ويتحمل هو دون الحائز عبء إثبات الملكية، وهو عبء شاق كما سبق القول. ومن ثم حلت دعاوى الحيازة فى العمل محل دعاوى الملكية، وأغنت عنها فى كثير من الأحوال»(٢).

٣٤٦- إثبات الحيازة - نص قانونى: تنص المادة ٩٦٣ مدنى على ما يأتى:

«إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة»(٣).

=الدعوى الموضوعية، لأن هذا الاعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم فى الدعوى المذكورة فيعتبر بمثابة إعلان له بعيوب حيازته مما يزول به حسن النية طبقا للمادة ٩٦٦ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨١/١/٢٨ الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص٣٧٧)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٣ فى الهامش.

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٣٧٠.

(٣) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة شئ واحد، اعتبر حائزاً بصفة مؤقتة من كانت له الحيازة المادية، إلا إذا كان واضحاً أنه قد حصل على هذه الحيازة من غيره بطريقة معيبة». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٣٨ فى المشروع النهائى بعد إدخال بعض تعديلات لفظية. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٣، بعد استبدال كلمة «حق» بكلمة «شئ» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨١- ص٤٨٢).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٦٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

ويخلص من هذا النص أن الحيازة، وهى تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد، يكفى فى إثباتها مبدئيا إثبات العنصر الأول وهو عنصر الحيازة المادية. ولما كانت الحيازة المادية هى واقعة مادية، فانه يجوز لمن يتمسك بأنه حائز لحق معين أن يثبت هذه الحيازة بجميع طرق الإثبات. ويدخل فى ذلك البينة، فيجوز للقاضى أن يحيل الدعوى على التحقيق، ليثبت من يدعى الحيازة حيازته بالبينة. ويجوز أيضا أن يقبل القاضى طريقا آخر للإثبات غير البينة، فيستخلص من وقائع الدعوى والأوراق والمعاينة ثبوت الحيازة المادية أو عدم ثبوتها. وعلى مدعى الحيازة أن يثبت أيضا خلوها من العيوب، وأنها حيازة مستمرة علنية هادئة غير غامضة[1]. فإذا ظهر أنها حيازة معيبة، كأن ثبت أن الحائز قد حصل عليها بالإكراه أو فى خفاء، فانها لا تصلح أن تكون قرينة على وجود الحيازة القانونية.

أما إذا أثبت الحائز الحيازة المادية على الوجه المتقدم الذكر، قامت هذه الحيازة وحدها قرينة على وجود الحيازة القانونية كاملة، أى الحيازة مقترنة بعنصر القصد. فعنصر القصد، أى أن الحائز يحوز لحساب نفسه لا لحساب غيره، هو إذن يفترض بثبوت الحيازة المادية. ولكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فيجوز للخصم الآخر أن يدحضها بأن يثبت أن عنصر القصد غير موجود، وأن الحائز بالرغم من ثبوت الحيازة المادية لديه إنما يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه. كذلك يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز إنما تقوم حيازته على عمل من أعمال التسامح، فينتفى بذلك عنصر القصد.

٣٤٧- إثبات الملكية - نص قانونى: تنص المادة ٩٦٤ مدنى على ما يأتى:

«من كان حائزا للحق، اعتبر صاحبه، حتى يقوم الدليل على العكس»[2].

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠١ - ص٢٠٢- وانظر، فيما إذا تنازع شخصان حيازة حق، فى قواعد المفاضلة ما بين الحيازتين المقررة فى المادة ١/٩٥٩ مدنى وتنص على أن «الحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى، فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند، أو تعادلت مستنداتهم، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ». وقد سبق بسط هذه القواعد (أنظر فقرة ٣٢٥).

(٢) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٤١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- من كان حائزاً للشئ أو للحق، اعتبر مالكاً له حتى يقوم الدليل على العكس. ٢- وإذا أدعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية شخصياً كان أو عينياً، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة». ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٣٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٣٦. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «الشئ»، واستبدلت كلمة «صاحبه» بعبارة «مالكاً له» فى الفقرة الأولى، وحذفت الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة». فأصبح النص تحت رقم ٩٦٤، مطابقاً لما =

ويخلص من هذا النص أن القانون قد أقام قرينة قانونية، إذ جعل من حيازة الحق قرينة على الملكية. والقرينة غير قاطعة، فهى تقوم لصالح الحائز، حتى يقيم خصمه مدعى الملكية الدليل على عكس ذلك وأنه هو المالك(١).

وقد سبق أن فصلنا طرق إثبات الملكية، بعد أن قسمناها إلى طرق إثبات دلالتها يقينية وطرق إثبات دلالتها ظنية. فالطرق الأولى هى السجل العينى والتقادم والحيازة، والطرق الأخرى هى قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة (probabilités) كسند التمليك والمكلفة ودفع الضرائب وخريطة فك الزمام والتسجيل. وقد تتعارض طرق الإثبات، فإذا قدم كل من الخصمين فى دعوى الملكية طرق إثباته وتعارضت هذه الطرق، فهناك طريقان قاطعا الدلالة فى الملكية هما السجل العينى والتقادم المكسب. فمتى استطاع الخصم أن يثبت ملكيته عن طريق السجل العينى، إذا كان هذا السجل ساريا فى المنطقة التى فيها العقار المتنازع فيه، كان هو المالك. فإذا لم يكن السجل العينى ساريا، واستطاع الخصم أن يثبت أنه تملك العقار المتنازع فيه بالتقادم، كان هو المالك. فإذا لم يكن السجل العينى ساريا، ولم يستطع الخصم أن يثبت الملكية بالتقادم، فالصورة المألوفة التى تبقى بعد ذلك أن

=استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٢ - ص٤٨٤).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى لا مقابل.

التقنين المدنى الليبى م٩٦٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٥٧: ١- من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له، حتى يقوم الدليل على العكس. ٢- وإذا ادعى الحائز أن حيازته منصبة على حق شخص أو على حق عينى غير الملكية، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة. (والتقنين العراقى يتفق مع التقنين المصرى فى حكم الفقرة الأولى، ومع المشروع التمهيدى للتقنين المصرى ومع القواعد العامة فى حكم الفقرة الثانية).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤- وقد قضت محكمة النقض بأن الحيازة مجرد قرينة قانونية على الملك يجوز نفيها، فإذا كان الحكم قد انتهى إلى ما قرره من نفى ملكية حائز الأرض موضوع النزاع بأسباب موضوعية سائغة، فانه لا يكون هناك محل للنعى عليه بالخطأ فى فهم أثر القرينة المستفادة من الحيازة المنصوص عليها فى المادة ٩٦٤ مدنى (نقض مدنى ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٦٢). وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٢ الحقوق ٩ ص١٧٢- ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٩٠ ص٩٠.

يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار. فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على أنه هو المالك، ويلقى على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة. فإذا لم يقدم المدعى قرينة تدحض قرينة الحيازة، رفضت دعواه وبقى الحائز على حيازته. أما إذا قدم المدعى قرينة تعارض قرينة الحيازة، من سند تمليك أو مكلفة أو دفع ضرائب أو غير ذلك، وقدر القاضى أن القرينة التى قدمها المدعى تدحض قرينة الحيازة، حكم للمدعى بالملكية. فالقرينة التى تدحض قرينة الحيازة ينبغى أن يترك أمر تقديرها إلى القاضى، فهو الذى يقدر ما إذا كانت الاحتمالات المستمدة من الحيازة أقوى فيرفض دعوى الملكية، أو أن الاحتمالات المستخلصة من القرائن التى قدمها المدعى هى الأقوى فيقضى له بالملكية(١).

ويخلص مما تقدم أن القانون قد رسم طريقا لإثبات الملكية، واستعان فى ذلك بقرينتين قانونيتين: (الأولى) أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، إلى أن يثبت العكس. (والثانية) أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية، إلى أن يثبت العكس. فيستطيع الخصم الذى يتمسك بأنه هو المالك أن يبدأ باثبات حيازته المادية، ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، وعند التنازع ما بين حيازتين رسم القانون طرق المفاضلة فيما بينهما على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم(٢). فإذا ما ثبتت الحيازة المادية، كانت هذه الحيازة قرينة على الحيازة القانونية، إلا إذا أقام الخصم الآخر الدليل على العكس. أما إذا لم تدحض هذه القرينة وثبتت بذلك الحيازة القانونية، فان هذه الحيازة تكون هى بدورها قرينة على الملكية، وذلك بشرط ألا يحتج الحائز بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة(٣). وإذا قامت الحيازة

---

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٧٤– فقرة ٣٧٦– وانظر فى القواعد التى وضعها القضاء الفرنسى فى المفاضلة ما بين طرق إثبات الملكية التى يقدمها كل من الخصمين عند التعارض ما بين هذه الطرق فى الصور الثلاث لهذا التعارض الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦– فقرة ٣٨٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٥.

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٦٤ مدنى يتضمن فقرة ثانية تقضى بهذا الحكم الأخير، وكانت تجرى على الوجه الآتى: «وإذا ادعى الحائز أن حيازته تقوم على حق غير الملكية، شخصياً كان أو عينياً، اعتبرت الحيازة قرينة وجود هذا الحق، ولكن لا يجوز للحائز أن يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة». وقد حذفت هذه الفقرة فى لجنة مجلس الشيوخ «اكتفاء بالقواعد العامة» (أنظر آنفاً فقرة ٣٤٦ فى الهامش).

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص المحذوف ما يأتى: «ويلاحظ أن الحيازة إنما تكون قرينة على الملكية إذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعى الملكية والحائز، أما إذا كان هذا خلفاً لذاك فلا يجوز أن يحتج الخلف على السلف إلا بالاتفاق الذى انتقلت بمقتضاه الحيازة. فالمستأجر مثلا لا يستطيع أن يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية، ثم من هذه القرينة على الملكية. بل إن عقد الإيجار هو الذى يحدد العلاقة فيما =

القانونية قرينة على الملكية، فان للخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأن يقيم الدليل على أنه هو المالك. وقد وضع القضاء عند التنازع فى طرق إثبات الملكية، كما وضع القانون عند التنازع فى طرق إثبات الحيازة، قواعد للمفاضلة ما بين طريقة وأخرى(١).

٣٤٨- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية: وهناك قاعدة هامة فى خصوص العلاقة ما بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، وهى تقضى بعدم جواز الجمع بين الدعويين. وقد نصت المادة ٤٤ من تقنين المرافعات على هذه القاعدة، وهى تجرى على الوجه الآتى: «لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا سقط إعاؤه بالحيازة. ولا يجوز أن يدفع المدعى عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه، وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه»(٢).

ونرى من هذا النص أن قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

=بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة، فيكون المستأجر بناء على هذا العقد حائزاً لا لحق الملكية، بل لحق شخصى هو حقه كمستأجر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٣ - ص٤٨٤).

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٧٦- فقرة ٣٨٠- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا ثبتت الحيازة تكون على قرينة على الملكية، فيفرض أن الحائز مالك حتى يقيم المدعى الدليل على العكس. لذلك كان الحائز مدعى عليه دائماً فى دعاوى الملكية، مع أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك فى ثبوتها. لذلك يقتضى الأمر إيجاد قرينة أخرى هى الحيازة المادية التى توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح. فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية، تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية. وعلى من ينازعه أن يثبت أنه هو الحائز، وأن هذه الحيازة المادية هذه إنما كانت لحسابه مثلا، أو كانت غير مقترنة بالعنصر المعنوى. ويتبين من ذلك أن من يستطيع إثبات الحيازة المادية لنفسه، له أن يتخذ منها قرينة على الحيازة القانونية، ثم يتخذ من هذه قرينة على الملكية ذاتها، وفى هذا تيسير كبير لإثبات الملكية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٨٣).

(٢) ويقابل هذا النص فى تقنين المرافعات السابق المادة ٤٨، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة. ويقابل النص فى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى النصوص الآتية: م٤٤: إن الدعاوى العينية العقارية تدعى ملكية عندما يراد بها إثبات ملكية حق عينى، وتدعى تصرفية تقتصر على إثبات التصرف بحق عينى. م٤٥: من أقام الدعوى الملكية لا تقبل منه فيما بعد الدعوى التصرفية، أما الذى يقيم الدعوى التصرفية ويخسرها فيجوز له أن يقيم الدعوى الملكية. م٤٦: لا يجوز للمحكمة المرفوعة لديها الدعوى التصرفية أن تبنى حكمها على أسباب تتعلق بالملكية. م٤٧: لا تجوز إقامة الدعوى الملكية والدعوى التصرفية فى وقت واحد، فالمحكمة التى تقام لديها دعوى تتعلق بحق الملكية وبحق التصرف معاً يجب عليها أن تعلن عدم صلاحيتها فى القسم الذى لا يحق لها أن تنظر فيه.

تلزم المدعى، وتلزم المدعى عليه، وتلزم القاضى[1]. ثم إن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة لا تكون له حجية فى دعوى الملكية. فهذه مسائل أربع، نستعرضها تباعا.

٣٤٩ قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى: رأينا[2] أن الفقرة الأولى من المادة ٤٤ مرافعات تنص على أنه «لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة»(1). ويمكن أن تتصور

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصور بدعوى أصل الحق، التى نص في المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة، هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها (نقض مدنى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٥١٧). وقضت أيضاً بأن الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها، وبشرط ألا يكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحرى الحق. وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى، فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق، ولا أن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه. وإذن فانه يكون من غير المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعاوى الحيازة، والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير، لما فى ذلك من المساس بالحق وجوداً وعدماً (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء ص٦٤٣ رقم ١٢٨– وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٣٠– ١٧ مارس سنة ١٩٣٢ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٣٢– ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٢٨– استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٤١– ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص١٣٠).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨.

(1) أ– النص فى المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات يدل على أن المناط فى سقوط الحق فى دعوى الحيازة، هو قيام المدعى برفع دعوى الحق، إذ يعتبر المدعى برفعه لهذه الدعوى متنازلا عن دعوى الحيازة، ولا يعنى ذلك أن يمتنع عليه تقديم أوجه الدفاع والأدلة المثبتة لتوافر صفته أو توافر أوصاف الحيازة التى يحميها القانون، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق باصل الحق، طالما أن الهدف منها هو اثبات توافر شروط الحيازة فى جانبه، ولم يطلب الفصل فى موضوع الحق ذاته.

(جلسة ١٩٩٠/١/١٠ الطعن رقم ٢٥٧٣ لسنة ٥٥ق)

ب– إذ كانت دعوى الحيازة التى لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الادعاء بالحيازة طبقا لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات. هى تلك التى ترفع من الحائز على المعتدى نفسه، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب استرداد الحيازة، ثم طلب فى الاستئناف – احتياطيا وبالنسبة للمؤجر فقط – الحكم بصحة ونفاذ عقد الايجار فانه لا يكون قد جمع بالنسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق.

(جلسة ١٩٨٩/٢/١٤ الطعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ق) =

= جـ- إذ كان مؤدى نص المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات أنه لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة ويستوى فى ذلك أن يطالب برد الحيازة ذاتها مع دعوى الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق، ويسرى هذا الحكم على دعوى الحيازة التى ترفع قبل رفع دعوى الحق أو تلك التى ترفع بعدها، ويبقى هذا المنع قائما مادامت دعوى الحيازة منظورة وإلا سقط حق المدعى فى الادعاء بالحيازة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الذى قضى برفضه دعوى الطاعن على ما ساقه من أن الأخير قام برفع الدعوى رقم ... فى ١٩٧٥/١/١٦ المتعلقة بأصل الحق، وذلك قبل الفصل فى دعوى الحيازة مما يترتب عليه سقوط حقه فى دعوى الحيازة باعتبار أن ذلك يعد نزولا عن الحماية التى تقررها دعوى الحيازة، كما لم يعتمد فى الوصول إلى هذه النتيجة على فحص المستندات المقدمة فى دعوى الحق سالفة الذكر، فإن النعى عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٧/١٢/١٣ الطعن رقم ١٥٢١ لسنة ٥٤ق)

د- النص فى المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات على أنه «لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة» يدل على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق ويبقى هذا المنع قائما ما دامت دعوى الحيازة منظورة، وإلا سقط حق المدعى فى الادعاء بالحيازة، إلا أن دعوى الحيازة التى يسقط الحق فى رفعها على هذا النحو هى التى ينشأ الحق فى رفعها قبل رفع دعوى الحق أما إذا نشأ الحق فى اقامتها بعد ذلك فلا يمنع من رفعها ولا يعد ذلك نزولا عنها.

(جلسة ١٩٨٥/٥/١٤ الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٥٢ق)

هـ- لما كان لقاضى الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى، وإنزال الوصف القانونى الصحيح عليها دون التقيد فى ذلك بتكييف الخصوم لها، وكان من المقرر أيضا أن الالتجاء إلى دعوى الحق لا إلى دعوى الحيازة محله - يكون رافع الدعوى مرتبطا مع المدعى عليه فيها بعقد - ويكون انتزاع الحيازة داخلا فى نطاق هذا العقد، وأن الايجار لا ينتهى طبقا للمادتين ١/٦٠١، ٦٠٢ من القانون المدنى بموت المؤجر، ولا بموت المستأجر، ويجوز لورثة الأخير - إذا انعقد الايجار بسبب حرفته أن يطلبوا إنهاء العقد، وكان النص فى المادة ٥٧١ من القانون المدنى يوجب على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ويحق للمستأجر عند وقوع المخالفة أن يلجأ إلى القضاء لإجبار المؤجر على التنفيذ العينى لعقد الايجار وتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة باعادة وضع يده عليها، وهذا الضمان الذى يلتزم به المؤجر يمنعه من تأجير العين للغير، وتحظر المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ على المؤجر ابرام أكثر من عقد ايجار واحد للمكان المؤجر، ويقع عقد الايجار اللاحق لعقد الأول باطلا بطلانا متعلقا بالنظام العام حتى ولو كان المستأجر الثانى حسن النية.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٩ الطعن رقم ١١٤٩ لسنة ٥٠ق)

ز- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، يستوى فى ذلك أن يطالب فى دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى =

فى هذا الصدد أن المدعى طالب فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق، أو أنه رفع دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى موضوع الحق، أو أنه رفع دعوى موضوع الحق وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة. ففى هذه الفروض الثلاثة جميعا، يكون المدعى قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أى دعوى موضوع الحق، وهذا لا يجوز، ويسقط الادعاء بالحيازة كما يقول النص أى تصبح دعوى الحيازة غير مقبولة.

ففى الفرض الأول، إذا طالب المدعى فى دعوى الحيازة ذاتها بالملكية أو موضوع الحق، فان هذا لا يتأتى إلا إذا كان القاضى الجزئى المختص بنظر دعوى الحيازة مختصا أيضا بدعوى الملكية – قبل العمل بقانون المرافعات الحالى – وهذا نادر(١). والغالب أن تجاوز دعوى الملكية نصاب القاضى الجزئى، فإذا رفعت أمامه حكم بعدم الاختصاص بنظر دعوى الملكية، وبعدم قبول دعوى الحيازة لأن رفع دعوى الملكية ولو أمام محكمة غير مختصة يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة كما سنرى. أما إذا كان القاضى الجزئى مختصا بنظر دعوى الملكية، ورفع المدعى دعوى الحيازة وطالب بالملكية فى نفس الدعوى، فان القاضى ينظر طلب الملكية لأنه مختص بنظره، ويحكم فى دعوى الحيازة بعدم القبول لأن رفع دعوى الملكية يتضمن نزول المدعى عن دعوى الحيازة(٢).

وفى الفرض الثانى، إذا رفع المدعى دعوى الحيازة وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الملكية، فان رفعه لدعوى الملكية قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة يعتبر نزولا

=الحيازة مستقلة وذلك لاعتبارات قدرها المشرع هى استكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق – وأساس هذه القاعدة هى أن المطالبة بالحق من جانب مدعى الحيازة تتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة لأن هذا المدعى حينما حصل له التعرض فى حيازته كان أمامه طريقان لدفع التعرض، طريق دعوى الحيازة – وهو طريق سهل وطريق دعوى الحق وهو طريق صعب، فاختيار الطريق الصعب لحماية الحيازة – وهو المطالبة بأصل الحق – يعد من جانب الحائز نزولا ضمنيا عن مباشرة الطريق السهل الذى حاباه به المشرع وهو طريق رفع دعوى الحيازة.

(جلسة ١٩٨٤/٥/١٣ الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨١/٦/١٣ الطعن رقن ٢٠٩٨ لسنة ٥٠ق)

(جلسة ١٩٨١/٣/٣١ الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٠٣)

(١) أما بعد صدور تقنين المرافعات الحالى، فان هذا الأمر لا يكون نادراً، بل يكون هو الذى يقع فى العادة. فقد قدمنا أن هذا القانون لا يجعل دعاوى الحيازة من اختصاص القضاء الجزئى بل يخضعها للقواعد العامة للاختصاص، فتصبح دعوى الملكية ودعوى الحيازة كلتاهما من اختصاص محكمة واحدة.

(٢) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٣ هامش ٤٢.

منه عن دعوى الحيازة، فيقضى بعدم قبول هذه الدعوى، ولا تنظر إلا دعوى الملكية(١).

وفى الفرض الثالث، إذا رفع المدعى دعوى الملكية وقبل أن يفصل فيها رفع دعوى الحيازة، حتى لو نزل عن دعوى الملكية، فان دعوى الحيازة تحكم بعدم قبولها، لأن رفع دعوى الملكية قبل ذلك يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة(٢). وغنى عن البيان أنه لا يتصور أن يفصل فى دعوى الملكية، ثم يرفع المدعى دعوى الحيازة بعد ذلك. ذلك لأنه إذا فصل فى دعوى الملكية لصالح المدعى لم يعد فى حاجة إلى دعوى الحيازة، وإذا قضى فيها لغير صالحه فلا يجديه أن يرفع دعوى الحيازة(٣).

فالواجب إذن أن يقتصر المدعى على رفع دعوى الحيازة، أو على رفع دعوى الملكية. فإذا كانت حيازته ثابتة وتوافرت شروطها، اقتصر على رفع دعوى الحيازة(٤). فإذا ما قضى لصالحه فى دعوى الحيازة، بقى على حيازته، وعلى خصمه أن يرفع دعوى الملكية فيكون هو باعتباره حائزا مدعى عليه فيها. أما إذا لم تكن حيازته ثابتة أو غير متوافرة الشروط، اقتصر على رفع دعوى الملكية على الحائز، وعليه فى هذه الحالة أن يثبت الملكية لا الحيازة(٥).

ويخلص مما تقدم أن رفع المدعى لدعوى الملكية، وإن كان لا يتضمن اعترافا منه بأن الحيازة عند خصمه ولا نزولا منه عن التمسك بمزايا الحيازة، إلا أنه يتضمن نزولا منه

---

(١) استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٣٨- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٣.

(٢) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م٨ ص٣٧- ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م١٨ ص٢٥٢- ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص١٥١- ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ م٥٧ ص٣٨.

(٣) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٥٩.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يطلب بدعواه الحكم له بمنع تعرض المدعى عليه، فلا يجوز أن يدعى أنه مالك للأرض محل النزاع، إذ أن هذا لا تجوز إقامته فى دعوى وضع اليد (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٢٦). ولا يقبل من المدعى عليه فى دعوى الحيازة دفعها بالاستناد إلى نفى الحق (نقض مدنى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص١١١٢).

(٥) وإذا رفعت دعوى الملك لم يجز بعد ذلك رفع دعوى الحيازة (نقض مدنى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٢٩). ولا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية طلب المعافاة من الرسوم توطئة لرفع دعوى الملكية، ما دامت هذه الدعوى لم ترفع بالفعل (استئنافا مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٥).

عن استعمال دعوى الحيازة[1]. ويلاحظ فى هذا الصدد: (أولا) أن رفع دعوى الملكية هو الذى يتضمن النزول عن دعوى الحيازة، فأية دعوى أخرى يرفعها المدعى لا تتضمن هذا النزول، والوصف القانونى للدعوى بأنها دعوى ملكية يخضع لرقابة محكمة النقض[2]. وعلى ذلك لا يتضمن نزولا عن دعوى الحيازة رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته[3]، أو رفعه دعوى مستعجلة باتخاذ بعض إجراءات تحفظية[4]. ولكن يكفى أن ترفع دعوى الملكية ليتضمن رفعها نزولا عن دعوى الحيازة، حتى لو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة[5]، وحتى لو ترك المدعى الخصومة بعد رفع الدعوى[6]. (ثانيا) أن رفع دعوى الملكية إنما يكون نزولا عن دعوى الحيازة التى يكون سببها راجعا إلى تاريخ سابق على رفع دعوى الملكية، أما إذا كان سبب دعوى الحيازة لاحقا لرفع دعوى الملكية فبديهى أن دعوى الملكية لا تتضمن نزولا عن سبب جدّ بعد رفعها[7].

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٤ هامش ٤٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص٢٠١- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٢٧- فقرة ٣١- نقض فرنسى ١٣ يوليه سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧-١-١٧٤.

(٢) نقض فرنسى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥-١-٤١٧- ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٨ -١-١-٥.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد رفع طالب الحيازة دعوى بالشفعة ضد من سلب حيازته، فى أثناء نظر دعواه بالحيازة أو قبلها أو بعدها، لا يعتبر جمعاً بين دعوى اليد ودعوى الملك بما يسقط حقه فى الادعاء بالحيازة. ذلك أن الشفعة وإن كانت من أسباب التملك، غير أن السند القانونى المنشئ للملكية فيها هو الحكم الذى يصدر لمصلحة الشفيع، الذى لا يمكن أن يكون مالكاً أو يدعى ثبوت الملك قبل الحكم له بأحقيته لتملك المبيع (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٣٥ عاماً جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤٥: ويلاحظ أن محكمة النقض هنا سارت على مذهبها من أن الحكم بالشفعة سبب منشئ للملكية، فيستقيم حكمها بأن دعوى الشفعة ليست بدعوى الملكية). وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً فى هذا المعنى بأن رفع دعوى الشفعة لا يعتبر رفعاً لدعوى الملكية، وعلى ذلك لا يمنع من رفع دعوى الحيازة (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م١٢ ص١٣).

(٤) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-١-٣٨١.

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص٢٠٢- نقض فرنسى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ داللوز ٦٦-١-١١٦- ٢٢ يونيه سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧-١-٥٦.

(٦) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٤ وهامش ٤٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص٢٠٢- نقض فرنسى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥-١-٩٩.

(٧) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل التعرض للحيازة بعد رفع دعوى الملك، فان لمدعى الملكية أن يلحق بدعوى الملكية دعوى الحيازة بعد أن استجد سببها (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ ص٢٠٥) - وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠ ص٤٤ وانظر =

٣٥٠- قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم المدعى عليه: رأينا(١) أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ مرافعات تنص على ما يأتي: «ولا يجوز من المدعى عليه فى دعوى الحيازة أن يدفعها بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل فى دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الذى يصدر فيها، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه». ويؤخذ من هذا النص أن المدعى عليه يلتزم بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين:

(الناحية الأولى) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة، فانه لا يستطيع أن يدفع هذه الدعوى إلا بدفع مستمد من الحيازة ذاتها، بصرف النظر عن موضوع الحق. فلا يستطيع أن ينكر على المدعى حيازته بدعوى أنه هو المالك فيجب أن تكون عنده الحيازة، لأن فى هذا الدفع جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية. وإنما يستطيع أن يدفع دعوى الحيازة بأن الحيازة غير ثابتة للمدعى، أو بأنها لم تتوافر فيها الشروط الواجبة. أو بغير ذلك من الدفوع التى ترجع إلى الحيازة لا إلى الملكية.

(الناحية الثانية) أنه إذا رفعت عليه دعوى الحيازة، فانه لا يستطيع، قبل أن يفصل فى هذه الدعوى، أن يرفع هو دعوى الملكية على المدعى فى دعوى الحيازة. ذلك لأنه يجب أن يتربص حتى يقضى فى دعوى الحيازة حتى لا يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، فإذا حكم فى دعوى الحيازة لصالح المدعى وجب عليه أيضا أن ينفذ الحكم كاملا وألا يضيع على خصمه الحيازة التى قضى له بها(٢). وبعد ذلك، أى بعد أن يستقر خصمه فى حيازته، يستطيع هو أن يرفع عليه دعوى الملكية. فان رفعها قبل ذلك، أى قبل أن يفصل فى دعوى الحيازة أو قبل أن ينفذ الحكم الصادر لمصلحة خصمه فى هذه

=كذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص٣٠٢- نقض فرنسى ١٥ يناير سنة ١٨٩٤ داللوز ٩٤-١-١٥٩- ٧ يوليه سنة ١٩٣٧ جازيت دى باليه ١٩٣٧-٢-٦٧٨.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١ ص٢٠٠- وانظر م١/٢٧ مرافعات فرنسى. وتزيد المادة ٢/٢٧ مرافعات فرنسى أنه إذا أبطأ المدعى الذى حصل على حكم لصالحه فى دعوى الحيازة فى تنفيذ هذا الحكم، فسُئل بذلك المدعى عليه من أن يرفع دعوى الملكية، جاز لهذا الأخير أن يحصل من محكمة دعوى الملكية على تعيين أجل ليقوم المدعى فى أثنائه بتنفيذ الحكم، وتقبل دعوى الملكية بمجرد انقضاء هذا الأجل (أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩١). ولا يوجد نص مقابل فى القانون المصرى فتطبق القواعد العامة، وقد نصل فى تطبيقها إلى نفس النتيجة.

الدعوى، فان دعوى الملكية التى يرفعها لا تكون مقبولة[1]، إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه[2].

هذا إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الحيازة. أما إذا كانت الدعوى المرفوعة هى دعوى الملكية، فان المدعى عليه فى هذه الدعوى يستطيع، قبل الفصل فيها، أن يرفع دعوى الحيازة، سواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا على رفع دعوى الملكية أو لاحقا لرفع هذه الدعوى. وهذا بخلاف المدعى فى دعوى الملكية فقد رأينا[3] أنه لا يستطيع رفع دعوى الحيازة إلا إذا كان سبب هذه الدعوى لاحقا لرفع دعوى الملكية، إذ أن رفع المدعى لدعوى الملكية يتضمن نزولا منه عن دعوى الحيازة كما سبق القول. وترجع العلة فى التفريق فى دعوى الملكية ما بين المدعى والمدعى عليه على النحو المتقدم، أن المدعى هو الذى رفع دعوى الملكية باختياره، فيحمل هذا منه على نزول ضمنى عن دعوى الحيازة، بخلاف المدعى عليه فهو لم يرفع دعوى الملكية بل رفعها عليه المدعى، فلا يجوز أن يحرمه المدعى بفعله من حقه فى رفع دعوى الحيازة[4].

٣٥١- قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم القاضى: رأينا[5] أن الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤ مرافعات تنص على ما يأتى: وكذلك لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق ونفيه». ويعنى ذلك أن القاضى يتقيد بقاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية من ناحيتين:

---

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن الدعوى تكون مقبولة، ولكن يؤجل إجراء السير فيها حتى يفصل فى دعوى الحيازة وينفذ الحكم (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٦-١-١٢٣). ولكن نص تقنين المرافعات المصرى صريح فى أن الدعوى تكون غير مقبولة: «ولا تقبل دعواه بالحق...». ويذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى الرأى الذى أخذ به تقنين المرافعات المصرى (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٣ هامش ٤٥: ولا يجعلان لرفع دعوى الملكية قبل الفصل فى دعوى الحيازة وقبل تنفيذ الحكم أثراً إلا فى قطع التقادم إذا تبين أن المدعى فى دعوى الحيازة لم يرفع هذه الدعوى إلا ليعرقل رفع دعوى الملكية حتى يمتنع قطع التقادم).

(٢) استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م٥٥ ص٢١- وانظر مارتى ورينو فقرة ٢٠٨ - أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٢- فقرة ٣٤- نقض فرنسى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٥٠-١-٩٩.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٩.

(٤) استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م٩ ص١١٦- ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٢٠٦- ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص٤٢- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٥ وهامش ٤٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٢ ص٢٠٢- نقض فرنسى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٥-١-١٠٣.

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٣٤٨.

(الناحية الأولى) أن القاضى لا يستطيع أن يبنى حكمه فى دعوى الحيازة، قبولا أو رفضا، على أسباب يستمدها من موضوع الحق(١)(1). فيجب عليه أن يبنى الحكم على أسباب مستمدة من الحيازة ذاتها، ومن أنها استوفت شروطها. فإذا استند فى إجابته لطلب المدعى فى دعوى الحيازة على أنه هو المالك، أو على أن حيازته تستخلص من سند ملكيته، أو على أنه قد قضى له بالملكية بموجب حكم سابق، كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية(٢). كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضى دعوى الحيازة بعد أن ثبتت له الحيازة مستوفية لشرائطها،

---

(١) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٥-١-١٠٨- ١٠ يوليه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٥-١-١٢.

(1) أ- لا يجوز للقاضى فى دعوى الحيازة أن يقيم حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه إعمالا للمادة ٤٤ من قانون المرافعات، إلا أنه يجوز له عند بحثه فى توافر شروط هذه الدعوى أو عدم توافرها أن يرجع إلى مستندات الملكية ليستأنس بها فيما يقتضيه البحث فى دعوى اليد وبالقدر الذى يستلزمه للفصل فيها دون التعرض لأمر الملكية بأى حال.

(جلسة ١٩٨٣/٤/١٩ الطعن رقم ١٧٤٧ لسنة ٤٩ق)

ب- لا يجوز للقاضى فى دعوى الحيازة أن يقيم حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه اعمالا لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات إلا أنه يجوز له عند بحثه فى توافر شروط هذه الدعوى أو عدم توافرها أن يرجع إلى مستندات الملكية ليستخلص منها ما يقتضيه البحث فى دعوى وضع اليد وبالقدر الذى يستلزمه الفصل فيها دون التعرض لأمر الملكية بأى حال.

(جلسة ١٩٨٣/١/١١ الطعن رقم ٧٩٣ لسنة ٤٩ق)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٢٨ س١٣ ص٥٥١)

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الحكم فى دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه. فإذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب منع التعرض للطاعن فى المرور بالطريق الموصل إلى أرضه تأسيساً على استيفائه للشرائط القانونية التى تحمى يده على ارتفاق المرور ولم تؤسس على ثبوت حق الارتفاق فى المرور وتملكه له، فان الحكم المطعون فيه، إذ قضى برفض الدعوى على أساس انتفاء ملكية الطاعن لحق المرور الذى يخوله القانون لمن كانت أرضه محبوسة عن الطريق طبقاً للمادة ٨١٢ مدنى، يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٢ ص٥٥١). وقضت أيضاً بأنه إذا رفعت دعوى منع تعرض، وطلب المدعى الإحالة إلى التحقيق ليثبت انتفاعه بالشارع المتنازع عليه المدة الطويلة المكسبة للملك، فأجابته المحكمة إلى طلبه هذا وباشرت التحقيق، ثم عرضت عند الفصل فى الموضوع إلى حق الارتفاق على الطريق، وبنت على ثبوته بوضع اليد المدة الطويلة قضاءها فى دعوى التعرض، ثم أيدت محكمة الدرجة الثانية هذا الحكم آخذة بأسبابه بالرغم من تمسك المدعى عليه بعدم قبول دعوى الحيازة المرفوعة من خصمه بعد أن استحالت إلى دعوى ملك، فذلك لما فيه من جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملك خروج صريح على حكم المادة ٢٩ من قانون المرافعات (نقض مدنى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧١ ص٢٥٨). وانظر أيضاً نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٠ =

مستندا فى ذلك إلى أن المدعى عليه إنما كان يستعمل حقا ثابتا له، أو أنه لم يلحق المدعى أى ضرر من تعرضه(١). ولكن إذا استند القاضى فى حكمه فى دعوى الحيازة إلى أن الحيازة ثابتة مستوفية لشرائطها، وأضاف مع ذلك تزيدا أسباب أخرى مستمدة من موضوع الحق، واقتصر فى منطوق الحكم على الحيازة دون موضوع الحق، لم يكن هذا جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية(٢).

=ص٢٠٥. وقضت محكمة النقض كذلك بأن المادة ٢٩ مرافعات (قديم)، إذ تنهى عن الجمع بين دعوى اليد ودعوى الحق، تلزم القاضى إلزامها الخصوم بالنزول على حكمها، فيتعين على القاضى أن يقيم حكمه فى دعوى اليد على توافر وضع اليد بشروطه القانونية أو عدم توافره، لا على ثبوت الحق أو عدم ثبوته. فإذا كان الحكم فى دعوى وضع اليد قد اتخذ من ثبوت حق الارتفاق الأساس الوحيد لقضائه باعادة الطريق محل النزاع إلى حالته الأولى، فانه يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ٦٤٣ رقم ١٢٧). وقضت أيضاً بأنه لا يجوز لقاضى وضع اليد أن يجعل حكمه فى دعوى وضع اليد مبنياً فى جوهره على أسباب ماسة بأصل حق الملك، بل يجب عليه أن يكون جوهر بحثه فى هذه الدعوى منصباً على تبين ماهيتها والنظر فى توافر شروطها وعدم توافرها بحيث لو دعت ضرورة هذا البحث للرجوع إلى مستندات حق الملك فلا يكون ذلك مقصوداً لذاته، بل يكون على سبيل الاستئناس، وبالقدر الذى يقتضيه التحقق من توافر شروط وضع اليد، الأمر الذى يجب أن يجعله القاضى مناط تقصيه. فان تجاوز هذا فبحث فى الملكية فنفاها، وجعل أساس قضائه فى دعوى اليد ما قضى به أصل الحق، فانه يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٣ رقم ١٣٣ – ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٤ رقم ١٣٤ – ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٤ رقم ١٣٥ – ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٤ رقم ١٣٦ – ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص١٦٤٤ رقم ١٣٧ – ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٤ رقم ١٣٨ – ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٤ رقم ١٣٩ – ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤٠ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤١ – ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٥٠). وقضت أيضاً بأن للقاضى فى دعاوى وضع اليد أن يستخلص من مستندات الخصوم، ولو كانت خاصة بالملك، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤٢ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤٣ – ٧ يونيه سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء أول ص٦٤٥ رقم ١٤٤ – ١٢ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٠ – ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص٢١٢ – ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩٤ ص١٢٣٣).

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص١٩٨ – نقض فرنسى ١٧ يوليه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢-١-١٩٢ – ١٦ أبريل سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧-١-٣٨٤.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٠ – ص٢١١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص١٩٨ – نقض فرنسى ١٨ يونيه سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠١ – ١-٢٢٣ – ٢٩ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ -١-٢٤٥.

(الناحية الثانية) أن القاضي لا يستطيع، في منطوق حكمه في دعوى الحيازة، أن يمس موضوع الحق، أو أن يجعل الحيازة متوقفة على الملكية لا تنفصل عنها، أو أن يقضي بوقف الفصل في دعوى الحيازة إلى أن يصدر حكم في الملكية. فلو أن القاضي، في منطوق حكمه في دعوى الحيازة، لم يقتصر على الحيازة في ذاتها، بل قضى للمدعي بحقوق أوسع مدى أو أشد قوة استناداً إلى موضوع الحق، كان هذا جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية(١). كذلك يعتبر جمعا غير جائز بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يرفض القاضي دعوى الحيازة على أساس أن الحيازة لا تنفصل عن الملكية، أو دون أن يرفض دعوى الحيازة بوقف الفصل فيها جاعلا من الفصل في الملكية مسألة أولية تسبق الفصل في دعوى الحيازة(٢).

ولا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يأمر القاضي في دعوى الحيازة بمعاينة محل النزاع(٣)، أو أن يفحص سندات الملكية المقدمة من الخصوم ليسترشد بها في التعرف على طبيعة الحيازة ومداها واستيفائها لشروطها(٤). وتحرى المحكمة من المعاينة والمستندات ما إذا كان العقار المرفوع بشأنه دعوى منع التعرض ملكا عاما ليس فيه جمع بين دعويي اليد والملك، لأن المقصود هو أن تستبين المحكمة حقيقة وضع اليد، وقضاؤها المؤسس على أن العقار من المنافع العامة لا يمكن أن يكن حاسما للنزاع في الملك(٥).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص١٩٨- نقض فرنسي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٥- ١-٢٥٧.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٥ - ص٢٠٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٩ ص١٩٨- نقض فرنسي ١٧ يوليه سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٤- ٥ مايو سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ -١-٣٧٣.

(٣) نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨٠- سيريه ٨٢-١-٢٧٤- ١٤ مارس سنة ١٨٨١ سيريه ٨١ -١ -٢٠٨.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢٠٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص١٩٨- نقض فرنسي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٣-١-٣٩٤- ٩ يوليه سنة ١٩٤٦ داللوز ١٩٤٦-٣٩٤. ويجوز بهذا الشرط فحص سند الملكية ولو كان متنازعاً في صحته (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٥٦- ٢١ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٤ ص٢٨١- ٢١ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٦٣- ٥ يونيه سنة ١٩٤١ م٥٣ ص٢١١- ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ م٥٦ ص٥٠.

(٥) نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص٦٤٧ رقم ١٥٣ - ولا يعتبر جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة أن يعين القاضي في =

أما الحيازة ذاتها فيجب أن تثبت من الأعمال المادية المكونة لها، ولا يصح أن تثبت من سند الملكية وحده فيحل هذا السند محل الحيازة(١).

كذلك لا يعتبر جمعا بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية أن يحكم القاضى فى دعوى

=دعوى الحيازة خبيراً لتطبيق مستندات الملكية على العقار محل النزاع للتثبت من ذاتية هذا العقار (استئناف مختلط ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ م٥٨ ص٦١).

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠- ص١٩٩- نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٣-١-١٩٢- وفحص سندات الملكية ليس إجبارياً، فيجوز للقاضى ألا يلجأ إلى هذا الفحص إذا لم يجد داعياً لذلك للتثبت من الحيازة (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص١٩٩- نقض فرنسى ٦ فبراير سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-١٦٧). ولكن الفحص يكون مع ذلك إجبارياً إذا لم يكن منه بد للتعرف على الصفات الحقيقية للحيازة، كما إذا أراد القاضى التثبت من أن حيازة حق ارتفاق لم تكن حيازة عرضية أو حيازة خفية (أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١١ ص٢١٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص١٩٩- أنسيكلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٣٩- فقرة ٤٢- نقض فرنسى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣- ٢-٩٠٠- ١٣ مارس سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠ - ٤١٥). وقد قضت محكمة النقض بالا حرج على القاضى فى دعوى الحيازة فى أن يستخلص من مستندات الخصوم، ولو كانت خاصة بالملك، كل ما كان متعلقاً بالحيازة وصفتها (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٠ ص٦٠- وانظر نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٦ ص١٣٧- ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص١١٠٩- ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦ ص٢٦. ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٥٨ ص١١١٢). وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة فى دعوى منع التعرض قد حصلت تحصيلا سائغاً من الأدلة التى ساقتها فى حكمها ومن المعاينة التى أجرتها بنفسها أن الأرض المتنازع على حيازتها ما زالت تستعمل جرناً عمومياً، وأنها بذلك تعتبر من المنافع العامة التى لا يجوز تملكها بوضع اليد، كان حكمها بعد قبول دعوى الحيازة المرفوعة فى شأنها صحيحاً قانوناً. ثم إن تحرى المحكمة من المعاينة ومن المستندات ما إذا كان العقار المرفوع فى شأنه دعوى منع التعرض ملكاً عاماً أم لا، ليس فيه جمع بين دعوى الحيازة والملك، لأن المقصود هو أن تستبين حقيقة وضع اليد إن كان يخول رفع دعوى الحيازة أم لا، حتى إذا رأت الأمر واضحاً فى أن العقار من الملك العام وأن النزاع فى شأنه غير جدى قبلت الدفع، وإلا فصلت فى دعوى منع التعرض تاركة للخصوم المنازعة فى الملك فيما بعد (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٩ ص٢٨٠). وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بمنع التعرض فى تطهير مسقى وتعميقها على ما ثبت لدى المحكمة من تقرير الخبير المعين فى الدعوى من أن المدعين يملكون نصف المسقى تجاه أرضهم وأن هذا النص يدخل فى الأرض المكلفة بأسمائهم، وأن ريهم من المسقى يرجع إلى مدة تزيد على سنة سابقة على التعرض فان استناد هذا الحكم إلى سابقة استعمال المدعين المسقى للرى ذلك يكفى لأن يقام عليه القضاء بمنع التعرض، أما ما جاء عن الملكية فليس إلا من قبيل التزيد (نقض مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٢ ص٧).

الحيازة بالإزالة والتسليم(١)(1)، أو أن يأمر فى دعوى الملكية باجراءات وقتية للمحافظة على الشئ محل النزاع(٢). ويمكن الحكم فى دعوى الحيازة بتعويض، ولكن لا بسبب الحرمان من الانتفاع بالملك فان هذا محله دعوى الملكية لا دعوى الحيازة، ولكن بسبب الضرر الذى نجم عن أعمال التعرض أو عن اغتصاب المال قهرا(٣).

٣٥٢- عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية: ولا يكون للحكم الصادر فى دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التى تنظر دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، وذلك حتى بالنسبة إلى الحيازة ذاتها. فقاضى موضوع الحق ليس مقيدا بحكم قاضى الحيازة فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة، أما فيما يتعلق بثبوت الصفات المنسوبة إليها(٤)(2).

على أنه يستثنى أمران مما تقدم: (الأمر الأول) إذا فصل قاضى الحيازة فى دعوى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الصادر بمنع التعرض قد قضى بالإزالة والتسليم، فلا محل للنعى عليه بأنه قد جمع بين دعوى الملكية ودعوى اليد. ذلك لأن الإزالة هى من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض، وذلك بازالة الأفعال المادية التى أجراها المتعرض كتسوير الأرض ووضع أخشاب وإقامة هيكل ومسرح وغيرهما، مما يعتبر وجودها فى ذاته تعرضاً لحيازة واضع اليد مما تتسع ولاية قاضى الحيازة لمنعه متى قامت لديها أسبابه. وكذلك التسليم، إذ يعتبر من مستلزمات منع التعرض وإعادة يد الحائز إليه (نقض مدنى ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥عاماً جزء أول ص٦٤٦ رقم ١٤٧).

(٢) ولكنه لا يستطيع الفصل فى طلب عارض يكون فى حقيقته دعوى حيازة، ولو عن طريق الأمر باتخاذ هذه الإجراءات التحفظية الوقتية (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٩ م٣١ ص٢٩٨- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٢).

(٣) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٣٩٥- ١١ يناير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٢٥- ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م٥٠ ص٣٦- وانظر فى بقاء قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية فى القانون الفرنسى بالرغم من صدور دكريتو ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٨ القاضى باختصاص محكمة دعوى الحيازة بالنظر فى الدفوع المتعلقة بالملكية: مارتى ورينو فقرة ٢١٠.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص٢٠٢.

(1) ولاية قاضى الحيازة فى دعوى منع التعرض - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - تتسع لإزالة الأفعال المادية التى يجريها المدعى باعتبار أن القضاء بها هو من قبيل إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول التعرض.

(جلسة ١٩٦٧/٢/٧ الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣٢ق س١٨ ص٢٩٦)

(2) الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يمس أصل الحق فلا حجية له فى دعوى الموضوع التى يدور النزاع فيها حول من هو صاحب الحق فى ثمار العين محل النزاع.

(جلسة ١٩٦٧/٦/١٥ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٢٦٩)

الملكية أو فى دعوى موضوع الحق بالرغم من عدم اختصاصه، ولم يكن هناك طريق مفتوح للطعن فى هذا الحكم، فان الحكم يحوز قوة الأمر المقضى[1]. (والأمر الثانى) إذا حصل الخصم على حكم من قاضى الحيازة بأنه هو الحائز، كان هذا الحكم حجة بثبوت الحيازة له. فيكون هو المدعى عليه فى دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الدعوى الأخيرة[2].

٢ – العلاقة ما بين الحائز والمالك

٣٥٣– ظهور أن الحائز غير مالك: قد يكون الحائز هو المالك، وهذا هو الغالب. بل قد تكون الحيازة ذاتها هى سبب كسب الحائز للملكية، كما هو الأمر فى الاستيلاء وقد سبق الكلام فيه، وكما هو الأمر فى كسب الحائز حسن النية للمنقول وكسبه للثمار وسيأتى الكلام فيهما، وكما هو الأمر فى التقادم فيكسب الحائز الملكية بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير طبقا للأحكام التى سيرد ذكرها.

ولكن قد يظهر أن الحائز هو غير المالك، وأنه لم يكسب الملكية لا بالحيازة ولا بسبب آخر من أسباب كسب الملكية. فعند ذلك إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد منه ملكه. قد يقتضى الأمر أن يسترد الحائز من المالك المصروفات التى قد يكون أنفقها على الشئ عندما كان فى حيازته، وقد يقتضى الأمر كذلك أن تتحقق مسئولية الحائز عن هلاك الشئ أو تلفه إذا هلك أو تلف وهو فى حيازته. فنتكلم إذن فى مسألتين: (أ) استرداد الحائز للمصروفات[3]. (ب) مسئولية الحائز عن الهلاك أو التلف.

أ– استرداد الحائز للمصروفات

٣٥٤– نصوص قانونية: تنص المادة ٩٨٠ مدنى على ما يأتى:

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٦ ص٢١٦– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص٢٠٢.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٤ هامش ٢٤– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٣ ص٢٠٣– أنسكيلوبيدى داللوز ١ لفظ action possessoire فقرة ٤٩– فقرة ٥٠.

(٣) أما إذا بنى الحائز أو غرس فى الأرض التى حازها، وتملك صاحب الأرض البناء أو الغراس بالالتصاق، فقد بسطنا تفصيلا الأحكام المتعلقة بذلك وبماذا يرجع الحائز على المالك تعويضاً عما تكلفه من نفقات فى البناء أو الغراس، وذلك عند الكلام فى الالتصاق.

١- «على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية».

٢- «أما المصروفات النافعة، فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥».

٣- «فإذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب بشئ منها. ومع ذلك يجوز له أن ينتزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة».

وتنص المادة ٩٨١ مدنى على ما يأتى:

«إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات، فان له أن يطالب بها المسترد».

وتنص المادة ٩٨٢ مدنى على ما يأتى:

«يجوز للقاضى، بناء على طلب المالك، أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين. وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية، بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها»(١).

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٨٠: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٢، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٠- ص٥٢٢).

م٩٨١: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٦ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٣، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٢- ص٥٢٣).

م٩٨٢: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا العبارة الأخيرة فقد كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط». وعدلت لجنة المراجعة هذه العبارة إلى ما صارت عليه فى التقنين المدنى الجديد، فأصبح النص، تحت رقم ١٠٥٧ فى المشروع النهائى، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٤، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٣- ص٥٢٥).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، فيما عدا المادة ٦٠٥ فقرة ٢ و٣/٧٣١ فقرة ٢و٣ من هذا التقنين الأخير، فانها تقابل المادة ٩٨٠/ ١و٢ من التقنين المدنى الجديد(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩٣١ – ٩٣٣– وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨٤ – ٩٨٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م١١٦٧ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٢).

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أن المالك، إذا استرد ملكه من الحائز، يرد إلى هذا الأخير ما أنفقه من المصروفات، ويختلف ما يرده بحسب ما إذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية، أو مصروفات نافعة، أو مصروفات كمالية. ويرد المصروفات، ليس فحسب

---

(١) **التقنين المدنى السابق** م٦٠٥ فقرة ٢ و٣/ ٧٣١ فقرة ٢ و٣: يكون الحق فى حبس العين فى الأحوال الآتية: ... (أولا) ... (ثانيا) للدائن الذى له حق امتياز، ولمن أوجد تحسيناً فى العين ويكون حقه من أجل ما صرفه أو ما ترتب على ما صرفه من زيادة القيمة التى حصلت بسبب التحسين على حسب الأحوال. (ثالثا) لمن صرف على العين مصاريف ضرورية أو مصاريف لصيانتها.

(والتقنين المدنى السابق لا يجعل للمصروفات النافعة، كما جعل التقنين المدنى الجديد، حكم التعويضات المستحقة فى نظير التملك بسبب الالتصاق. وتقول المذكرة الإيضاحى للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد: «أورد المشروع القاعدة فى استرداد المصروفات»، وقرر بعض المسائل الهامة فى هذا الموضوع كمطالبة الحائز بالمصروفات التى دفعها إلى مالك أو حائز سابق، وكالتيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده، أما التقنين الحالى (السابق) فقد اقتصر على إيراد القاعدة الأساسية فى استرداد المصروفات، وساقها بطريقة عرضية فى صدد الكلام فى حق الحبس: (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٢٥٤»).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٩٣١ – ٩٣٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٨٤ – ٩٨٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٧ (توافق م٩٨٠ مصرى، ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادتين ٩٨١ – ٩٨٢ مصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل. ولكن أنظر م ١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى: لا يلزم الكاسب بالرد إلا بقدر الكسب الذى يكون له يوم الإدعاء، ما لم يتضمن القانون نصاً على العكس – ويكون الأمر بخلاف ذلك إذا كان الكاسب سئ النية وقت الكسب، فعندئذ يصبح مسئولا عن كل ما كسبه، أية كانت الحوادث التى تقع بعد ذلك من هلاك أو تفرغ أو تعيب. ويتحمل فى هذه الحال جميع المخاطر، ويلزم برد جميع النتائج التى جناها أو كان يجب أن يجنيها. ولا يحق له إلا المطالبة بالنفقات الضرورية.

إلى الحائز الذى أنفقها، بل أيضا إلى خلف هذا الحائز إذا كان هذا الأخير قد أدى لسلفه ما أنفق من مصروفات. وقد يواجه المالك، من جراء ذلك، مسئولية عن مبالغ كبيرة يجب عليه ردها للحائز أو لخلفه، فأعطاه القانون الحق فى أن يطلب من القاضى أن يقرر ما يراه مناسبا للتيسير عليه فى الوفاء بهذا الالتزام. فهذه جملة من المسائل نبحثها فيما يلى:

٣٥٥- المصروفات الضرورية ترد بأكملها: وقد رأينا(١) أن المادة ١/٩٨٠ مدنى تلزم المالك الذى يرد إليه ملكه بأن «يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية». والمصروفات الضرورية هى المصروفات غير العادية التى يتعين إنفاقها للمحافظة على الشئ فإذا أنفق الحائز مصروفات لترميم العين ترميما ضروريا، أو دفع دينا يكفله رهن على العين، أو أنفق مصروفات لإنقاذ الشئ من حريق يوشك أن يلتهمه ولا يدله فى هذا الحريق، فهذه كلها مصروفات ضرورية، يستردها الحائز بأكملها من المالك ولو كان الحائز سئ النية، لأن المالك كان مضطرا لدفعها لو أن الشئ بقى فى حيازته. ويمكن تخريج هذا الحكم على قاعدة الإثراء بلا سبب، إذ يرجع الحائز على المالك بأقل القيمتين، وأقل القيمتين هنا هى المصروفات الضرورية التى أنفقها الحائز إذ هى بطبيعة الحال أقل من قيمة الشئ نفسه.

ولا تدخل مصروفات الصيانة ولا الضرائب التى دفعها الحائز ضمن المصروفات الضرورية، إذ هى مصروفات عادية أنفقها الحائز للانتفاع بالشئ وقد انتفع به فعلا.

٣٥٦- المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق: وتقضى المادة ٢/٩٨٠ مدنى، كما رأينا(٢) ، بأن المصروفات النافعة «يسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥». والمصروفات النافعة مصروفات ينفقها الحائز، لا للمحافظة على الشئ، أو لإنقاذه من الهلاك، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به. مثل ذلك أن يدخل الإضاءة الكهربائية أو المياه الجارية أو المجارى فى الدار، وأن ينشئ المراوى والمصارف فى الأرض الزراعية. فهذه مصروفات لم يكن يتعين على المالك إنفاقها لو أن العين بقيت فى حيازته، ولكنها مصروفات زادت فى قيمة العين وحسنت من الانتفاع به فهى أقرب ما يكون إلى المنشآت التى يقيمها الشخص فى أرض غيره، فيتملكها صاحب الأرض بالالتصاق فى نظير دفع تعويض عن هذه المنشآت. ولذلك ألحقها القانون فى الحكم بهذه المنشآت، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ مدنى، وهى النصوص التى تتعلق بمن يقيم منشآت فى أرض غيره، وقد بينا ما تقضى به هذه النصوص تفصيلا عند الكلام فى

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤.

الالتصاق فنكتفى هنا بتلخيص هذه الأحكام فى إيجاز، ونحيل فى التفصيلات إلى ما سبق أن أوردناه فى هذا الشأن.

فإذا كان الحائز حسن النية، وأنفق مصروفات نافعة، فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين: ما أنفقه الحائز فعلا أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب المصروفات. وليس فى هذا إلا تطبيق لقواعد الإثراء بلا سبب فالمالك يدفع للحائز ما أنفقه هذا الأخير فعلا وهى القيمة التى افتقر بها، أو مقدار الزيادة فى قيمة العين وهى القيمة التى اغتنى بها المالك، أيهما أقل(١).

وإذا كان الحائز سيئ النية، فللمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التى أحدثها الحائز، أو استبقاءها. فان طلب إزالتها، وجب أن يكون هذا الطلب فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحدوث هذه التحسينات، وتكون الإزالة على نفقة الحائز مع إلزامه بالتعويض إن كان له وجه. وإن طلب استبقاءها، وجب عليه أن يدفع للحائز أقل القيمتين: قيمة التحسينات مستحقة الإزالة أو مبلغا يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه التحسينات(٢).

٣٥٧- المصروفات الكمالية لا ترد: وتقضى المادة ٣/٩٨٠ مدنى، كما رأينا(٣)، بأنه إذا كانت المصروفات كمالية «فليس للحائز أن يطالب بشئ منها. ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة». والمصروفات الكمالية هى مصروفات لا تعود بكثير نفع على العين ذاتها، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى. فدهن الحيطان بالزيت أو توريقها، ووضع خشب «الباركيه» فى أرضية الحجرات، وتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها، وترصيف مماشى الأرض الزراعية، وإنارة هذه المماشى بالنور الكهربائى، وإقامة التماثيل على جانبيها، كل هذه مصروفات كمالية قصد بها تزيين العين وتجميلها للترفيه. ومن ثم لا يجوز للحائز أن يطالب المالك برد هذه المصروفات. وكل ما يستطيعه هو أن ينزع ما استحدثه من منشآت التزيين والتجميل، على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى على نفقته. وحتى فى هذه الحالة، يجوز للمالك أن يطلب استبقاء هذه المنشآت، على أن يدفع للحائز قيمتها مستحقة الإزالة.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤.

٣٥٨- رد المصروفات إلى خلف الحائز: وقد رأينا(١) أن المادة ٩٨١ مدنى تقضى بانه «إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق، وأثبت أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات، فان له أن يطالب بها المسترد»(٢). فإذا كان الحائز قد أنفق مصروفات ضرورية أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية، ثم نقل العين إلى خلف له، فأدى هذا الخلف للحائز المصروفات الضرورية بأكملها أو ما يستحق من المصروفات النافعة أو قيمة ما استحدثه الحائز من منشآت كمالية وهى مستحقة الإزالة، فان المالك إذا استرد العين من خلف الحائز، وجب عليه أن يرد لهذا الخلف ما أداه الخلف لسلفه.

ويلاحظ أنه إذا أدى الخلف لسلفه مبالغ أكثر مما كان يحق للسلف أن يطالب به المالك، فان المالك لا يرد للخلف إلا المقدار الذى كان يحق للسلف مطالبته به طبقا للقواعد سالفة الذكر، وما زاد على هذا المقدار يرجع به الخلف على السلف إن كان هناك وجه للرجوع.

وما قلناه فى الخلف يسرى فى شأن خلف الخلف، إذا دفع هذا الأخير للخلف ما دفعه الخلف للحائز.

٣٥٩- التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات: وقد رأينا(٣) أن المادة ٩٨٢ مدنى تقضى، تيسيرا على المالك، بأن له أن يطلب من القاضى «أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤.

(٢) يقول النص: «إذا تلقى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق». وهذا النص مقتبس من المادة ٥٤٧ من مشروع التقنين المدنى الإيطالى (الذى أصبح فيما بعد التقنين المدنى الإيطالى الجديد)، وتجرى هذه المادة على الوجه الآتى:

Le possesseur peut demander une indemnité même pour les frais prévus aux artisles précédents fait par son auteur ou par le possesseur précédents, s'il établit l'avoir remboursé.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص٢٥٠ فى الهامش).

فالمفروض إذن أن يتلقى شخص الحيازة من سلف غير مالك أو من سلف هذا السلف، لا من المالك نفسه لأن المالك هو الذى يسترد العين ويرد المصروفات. وعلى هذا الوجه يجب تفسير نص المادة ٩٨١ مدنى، رجوعاً إلى المصدر الذى اقتبست منه. ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن، فهى تقول: «هذا كله لو كان المالك يسترد العين من الحائز الذى أنفق هذه المصروفات، أما إذا كان يستردها من خلف لهذا الحائز، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات، فان للخلف أن يطالب المالك بما أداه» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٤).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٥٤.

يقرر ما يراه مناسبا للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين، بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها». وعلى ذلك يجوز للمالك أن يطلب من القاضى، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، «أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء، كأن ينظره إلى أجل، أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية، إذا قدم المالك الضمانات اللازمة»(١).

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٢ مدنى يقول فى عبارته الأخيرة: «وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط»(٢). فكان المشروع التمهيدى يقصد إلى أن المالك يجوز له أن يستعيض عن التزامه بتقديم الضمانات اللازمة تقديم الضمان الأوفى، وهو أن يقدم مالا يستطيع الحائز أن يسترد من فوائده بالسعر القانونى الأقساط المستحقة له، حتى إذا ما استوفى الأقساط كلها رد المال إلى المالك. ولكن المشروع التمهيدى عدل فى لجنة المراجعة، فأصبحت العبارة الأخيرة من المادة ٩٨٢ مدنى تجرى على الوجه الآتى: «وللمالك أن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٤.

(٢) أنظر آنفاً ص٩٧٠ هامش ١ – ونص المشروع التمهيدى مقتبس من المادة ٥٤٨ من المشروع الفرنسى الإيطالى، وتجرى على الوجه الآتى:

Sur la demande du débiteur, le juge pourra régler par le moyen qu'il jugera opportun le paiement des indemnités prévues aux articles et établir le remboursement même sous forme d'annuités ou de prestations périodiques aves les garanties nésessaires. Le débiteur peut se libérer de cette obligation en offront la capital évalué à raison de taux légal d'interet.

(أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٤ ص٢٥١ فى الهامش).

واقتباس المشروع التمهيدى من هذا النص جاء غير دقيق فظاهر أن نص المشروع الفرنسى الإيطالى قد قصد إلى أنه يجوز للقاضى أن يجعل الدفع فى صورة إيراد سنوى (annuité)، يستطيع المالك أن يتخلص فى أى وقت من الالتزام بدفعه بأن يدفع للحائز رأس مال يقدر على أساس أن يكون هذا الإيراد السنوى هو الفائدة بالسعر القانونى لرأس المال الواجب رده. فيكون الالتزام الذى يجوز التخلص منه بدفع رأس المال ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات كما جاء فى المشروع التمهيدى، وليس هو الالتزام برد المصروفات كما قررت لجنة المراجعة، بل هو الالتزام بدفع الإيراد السنوى. وكان الأفضل استبقاء الحكم كما ورد فى المشروع الفرنسى الإيطالى، لا كما اقتبس فى المشروع التمهيدى، ولا كما عدل فى لجنة المراجعة.

يتحلل من هذا الالتزام، إذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها». فتغير معنى النص بهذا التعديل تغيرا جوهريا. وأصبح الالتزام الذى يتحلل منه المالك ليس هو الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة، بل الالتزام برد المصروفات. وأصبح المالك يستطيع أن يتحلل من هذا الالتزام الأخير بتعجيل مبلغ يوازى قيمة ما يتبقى فى ذمته من الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها. فإذا قسط القاضى على المالك المبلغ الذى يجب عليه دفعه للحائز أقساطا سنوية خمسة مثلا مع تقديم الضمانات اللازمة، ودفع المالك للحائز القسطين الأولين فى ميعاديهما، ورأى المالك بعد ذلك أنه يستطيع أن يوفى الحائز الأقساط الثلاثة الباقية فورا، فان القانون يبيح له فى هذه الحالة أن يعجل للحائز مبلغاً يوازى قيمة الأقساط الثلاثة الباقية، مخصوما منه الفوائد بالسعر القانونى لغاية ميعاد استحقاق كل قسط منها، وذلك فى نظير التعجيل بالوفاء قبل ميعاد الاستحقاق(١).

ب- مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها

٣٦٠- نصوص قانونية: تنص المادة ٩٨٣ مدنى على ما يأتى:

١- «إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع».

«٢- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف».

وتنص المادة ٩٨٤ مدنى على ما يأتى:

«إذا كان الحائز سئ النية، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا

---

(١) ولاشك فى أن التعديل الذى أجرته لجنة المراجعة فى نص المشروع التمهيدى يجعل الحكم أقل غرابة مما كان فى المشروع. فان المشروع كان يقضى بجواز التحلل من الالتزام بتقديم الضمانات اللازمة عن طريق تعجيل مبلغ جسيم تكفى فوائده بالسعر القانونى للوفاء بالأقساط المستحقة فى ذمة المالك. فإذا كان المالك عاجزاً عن دفع المبلغ المطلوب فوراً ومن أجل ذلك طلب من القاضى التيسير عليه فى الدفع مع تقديم الضمانات اللازمة، فكيف يتسنى له أن يدفع فوراً، بدلا من تقديم هذه الضمانات، مبلغاً أكبر بكثير من المبلغ الذى أعلن أنه عاجز عن دفعه فى الحال إذ أن فوائد المبلغ الأول محسوبة بالسعر القانونى تكفى وحدها للوفاء بجميع الأقساط.

فى يد من يستحقه»(١).

ولا مقابل لهذه النصوص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩٣٤ - ٩٣٥- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨٧ - ٩٨٨- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٦٨ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل(٢).

ويخلص من النصوص سالفة الذكر أنه، فى مسئولية الحائز عن هلاك الشئ أو تلفه، يجب التمييز بين ما إذا كان الحائز حسن النية فلا يتحمل تبعة هلاك الشئ، وما إذا كان سئ النية فيتحمل هذه التبعة.

٣٦١- مسئولية الحائز حسن النية: إذا كان الحائز حسن النية، ويعتقد أن الشئ مملوك له، فانه ينتفع به كما ينتفع المالك بملكه. فله أن يستعمله، وأن يستغله. فإذا نقصت قيمة الشئ بسبب الاستعمال أو الاستغلال، لم يكن مسئولا قبل المالك عن نقص القيمة.

---

(١) **تاريخ النصوص:**

م٩٨٣: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة. وأدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات لفظية جعلت النص، تحت رقم ١٠٥٨ فى المشروع مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٦- ص٥٢٧).

م٩٨٤: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٩ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٦، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٨ - ص٥٢٩).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى:**

التقنين المدنى السورى م٩٣٤- ٩٣٥ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٨٧- ٩٨٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٨ (تطابق م٩٨٤ مصرى - ولا مقابل فى التقنين العراقى للمادة ٩٨٣ مصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (ولكن أنظر م١٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى آنفاً فقرة ٣٥٤ فى الهامش: وهذا النص يلزم الحائز سئ النية بأن يتحمل جميع المخاطر فيتحمل تبعة الهلاك، وعلى ذلك لا يتحمل الحائز حسن النية هذه التبعة).

وإذا جنى ثماره، فانه يملكها بالقبض، ولا يكون مسئولا عن ردها للمالك كما سيأتى. وبالجملة لا يكون مسئولا قبل المالك عن أى تعويض بسبب انتفاعه بالشئ على الوجه المتقدم الذكر. وتقول الفقرة الأولى من المادة ٩٨٣ مدنى، كما رأينا(١)، فى هذا الصدد: «إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشئ وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع».

أما إذا استهلك الحائز الشئ أو هلك الشئ بخطأه، فالواجب تطبيق القواعد العامة، ويكون الحائز مسئولا عن التعويض(٢).

بقى فرض ما إذا كان الشئ قد هلك بسبب أجنبى، أى بغير خطأ الحائز. وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٣ مدنى ببيان الحكم فى هذا الفرض، فقالت كما رأينا(٣): «ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك أو تلف، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف». وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «إذا هلك الشئ فى يد الحائز حسن النية، فلا يكون مسئولا

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠.

(٢) وقد طبقت القواعد العامة فى أحوال ثلاث مماثلة لحالة الحائز: (الحالة الأولى) حالة دفع غير المستحق، وقد قررنا فى صددها ما يأتى: «تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى – وقد حذفت عند المراجعة – على ما يأتى: فإذا ضاع هذا الشئ أو تلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سئ النية، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشئ فى استرداده ولو تالفاً، مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف.. ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى.. أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه، وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ» (الوسيط جزء أول طبعة ثانية فقرة ٨٣٩). (الحالة الثانية) حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى: «أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلا، بأن هلك المبيع مثلا فى يد المشترى وبخطأ منه، حكم القاضى بتعويض معادل. فألزم المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر بطلانه، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق» (الوسيط جزء أول فقرة ٢٣٧). (الحالة الثالثة) حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد، وقد قررنا فى هذا الصدد ما يأتى: «وإذا هلك المبيع وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشئ إلى أصله كما قدمنا. أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ وهلك المبيع فى يد المشترى، فان كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض» (الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨).

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠.

عنه ما دام أنه كان يستغله وفقا لما يحسب أنه حق له، ولا يرد للمالك إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف من مبلغ تأمين أو تعويض. ويتصل بهذا الحكم حكم من تسلم وهو حسن النية وتصرف فيه بعوض، فيجب أن يرد ما قبضه من عوض»(١). فالقاعدة العامة هى إذن، فى فرض ما إذا هلك الشئ فى يد الحائز حسن النية بسبب أجنبى، ألا يكون الحائز مسئولا عن الهلاك، إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٨.

(٢) وقد طبقت هذه القاعدة العامة في الأحوال الثلاث التى سبق أن استعرضناها فى فرض ما إذا كان الهلاك بخطأ الحائز. (ففى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق، قررنا ما يأتى: «أما إذا كان (المدفوع له) قد انتفع بالعين الانتفاع العادى، وفقاً لما يحسبه من حقه، وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت (بسبب أجنبى)، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها. وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشئ التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا. أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له إلى يد أخرى، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى – وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة – على ما يأتى: ١– من تسلم وهو حسن النية الشئ «المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض. ٢– فإذا كان قد تصرف بغير عوض، فلا يلتزم أن يرد شيئاً، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشئ غير المستحق – وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخرى من الفقرة الثانية، لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة. ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف فى العين معاوضه لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به. وإذا تصرف فى العين تبرعاً، لم يكن مسئولا عن شئ قبل الدافع» (الوسيط جزء أول فقرة ٨٣٩ وفقرة ٨٤٠). (وفى الحالة الثانية) وهى حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك وجوب الرد، قررنا ما يأتى: «أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بقوة هاهرة، فلما كان البائع إنما يرجع على المشترى طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا، كان الواجب فى هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام. وهى تقضى .. بأن المشترى إذا كان حسن النية، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين، وللبائع فى جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف» (الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٧). (وفى الحالة الثالثة) وهى حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد، قررنا ما يأتى: «فإذا كان الهلاك بسبب أجنبى، وطبقت قواعد دفع غير المستحق فى هذه الحالة كما طبقناها فى حالة البطلان، وجب القول بأن المشترى وقت أن تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر. وللبائع=

٣٦٢- مسئولية الحائز سئ النية: وإذا كان الحائز سئ النية، فانه يكون مسئولا قبل المالك عن استعمال الشئ واستغلاله، فإذا نقصت قيمة الشئ بسبب الاستعمال أو الاستغلال، وجب عليه التعويض. وإذا جنى ثمار الشئ، فانه يلتزم بردها إلى المالك كما سيجئ.

ويكون الحائز سئ النية مسئولا عن هلاك الشئ، سواء هلك الشئ بخطأه أو بسبب أجنبى. أما مسئوليته فيما إذا هلك الشئ بخطأه، فترجع إلى هذا الخطأ. وأما مسئوليته فيما إذا هلك الشئ بسبب أجنبى وبغير خطأه، فترجع إلى أنه سئ النية فى حيازته للشئ. وقد نصت المادة ٩٨٤ مدنى صراحة على هذا الحكم، إذ تقول كما رأينا(١): «إذا كان الحائز سئ النية، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئا عن حادث فجائى، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا فى يد من يستحقه». ويحسن أن يوضع إلى جانب هذا النص نص المادة ٢٠٧ مدنى، ونص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى، وقد حذفت فى لجنة المراجعة «تجنبا للتفصيلات». أما المادة ٢٠٧ مدنى فتنص على أنه «١- إذا التزم المدين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزامه أن يسلم شيئا ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فان هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن. ٢- ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة. ٣- على أن الشئ المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت، فان تبعة الهلاك تقع على السارق». وكانت المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى: «فإذا ضاع هذا الشئ أو تلف، التزم (المدفوع له) برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سئ النية، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشئ فى استرداده ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف»(٢). وقد قربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بين هذه النصوص الثلاثة - المادة ٩٨٤ مدنى والمادة ٢٠٧ مدنى والمادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى - واستخلصت من هذا التقريب ما يأتى: «إذا كان الحائز سئ النية، وهلك الشئ فى يده ولو بسبب أجنبى، فان الحيازة مع سوء النية تعتبر خطأ كافيا لجعله مسئولا عن هلاك الشئ. ويلاحظ وجوب تقريب المادة

=أن يسترد الشئ التالف فى الصورة التى آل إليها، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف» (الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦١ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٥٧ فى الهامش.

٢٥٦ (من المشروع التمهيدى) من المادة ١٣٤٦ (من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٩٨٤ مدنى)، فهما تعرضان لمسألة واحدة. ومن مجموع هذين النصين يستخلص أن الحائز السيئ النية يلتزم برد قيمة الشئ وقت الهلاك أو الضياع أو التلف، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشئ ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف. على أن الحائز لا يكون مسئولا، إذا هو أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف حتى لو كان باقيا فى يد من يستحقه، شأنه فى ذلك شأن المدين بتسليم شئ إذا كان قد أعذر (م٢/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٢/٢٠٧ مدنى). على أن الحائز إذا كان قد سرق الشئ يكون مسئولا عن هلاكه، حتى إذا تبين أنه كان يهلك أيضا لو بقى فى يد المالك (م٣/٢٨٤ من المشروع التمهيدى وقد أصبحت المادة ٣/٢٠٧ مدنى)»(١).

فالقاعدة إذن أن الحائز السيئ النية يكون مسئولا عن هلاك الشئ ولو كان الهلاك بسبب أجنبى، فيرد للمالك قيمة الشئ وقت الهلاك، وذلك دون إخلال بحق المالك فى استرداد الشئ ولو تالفا مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف. ولا يكون الحائز السيئ النية مسئولا عن هلاك الشئ بسبب أجنبى، إذا هو أثبت أن الشئ كان يهلك حتى لو كان باقيا فى يد المالك. وذلك ما لم يكن الحائز قد سرق الشئ، فإنه يكون مسئولا عن هلاكه ولو كان الهلاك بسبب أجنبى، ولو أثبت الحائز أن الشئ كان يهلك حتى لو كان باقيا فى يد المالك(٢).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٢٨- ص٥٢٩.

(٢) وهذه القواعد قد طبقت في الأحوال الثلاث التى سبق استعراضها. (ففى الحالة الأولى) وهى حالة دفع غير المستحق، قررنا ما يأتى: «وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سيئ النية، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع، وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدى). وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى: إذا كان الحائز سيئ النية، فانه يكون مسئولا عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه. ويتبين من ذلك أن المدفوع له سيئ النية يكون مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة، ولا يعفيه من المسئولية إلا أن يثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد البائع – قارن مسئولية السارق، فان الشئ المسروق إذا هلك أوضاع بأية صورة كانت، حتى لو ثبت أن الشئ كان يهلك لو بقى فى يد مالكه، فان تبعة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م٣/٢٠٧ مدنى). وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطأه، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ. وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سيئ النية، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتى: ١ – من تسلم ولو بحسن نية الشئ المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده، =

الفرع الثانى
الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية

٣٦٣- متى تكون الحيازة سببا لكسب الملكية: بعد أن فرغنا من الكلام فى الحيازة بوجه عام، ننتقل إلى الكلام فيها باعتبارها سببا لكسب الملكية، وهى على هذا الاعتبار تدخل ضمن أسباب كسب الملكية التى هى موضوع البحث.

وقد قدمنا أن الحيازة إذا وقعت على منقول لا مالك له، كان هذا استيلاء يكسب الحائز ملكية القول. وقد سبق الكلام فى الاستيلاء تفصيلا، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك.

أما إذا وقعت الحيازة على شئ له مالك، فانها تكسب الحائز ملكية هذا الشئ، إما بالتقادم الطويل فى العقار والمنقول، أو بالتقادم القصير فى العقار وحده، أو بمجرد الحيازة فى المنقول وحده، أو بالقبض فى تملك الثمار.

=وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى. على أنه يجوز لمن تسلم هذا الشئ أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله فى المطالبة بهذا العوض. ٢- فإذا كان من تسلم الشئ قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشئ غير المستحق - والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدى. وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة. ويتبين منها أن المدفوع له سئ النية، إذا تصرف فى العين معاوضة، كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له. فان عجز عن ذلك، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين والعوض الذى أعطى فيها. أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً، فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له» (الوسيط جزء أول فقرة ٨٤٤ وفقرة ٨٤٥). (وفى الحالة الثانية) وهى حالة تقرير بطلان العقد وما يترتب على ذلك من وجوب الرد، قررنا ما يأتى: «أما إذا كان المشترى سئ النية، أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (الوسيط جزء أول فقرة ٣٣٧). (وفى الحالة الثالثة) وهى حالة فسخ العقد وما يترتب على الفسخ من وجوب الرد، قررنا ما يأتى: «وإذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سئ النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبى، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م٩٨٤ مدنى). وهذا هو الحكم فى استرداد ما دفع دون حق إذا هلك فى يد من تسلمه وهو سئ النية» (الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٨).

٣٦٤- التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية: ويجب، فى الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية، التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية.

فالحيازة بسوء نية تكون سببا لكسب الملكية، فى العقار والمنقول على السواء، بالتقادم الطويل.

والحيازة بحسن نية تكون سببا: (١) لكسب ملكية العقار، بالتقادم القصير. (٢) ولكسب ملكية المنقول، بمجرد الحيازة إذ أن الحيازة فى المنقول سند الملكية. (٣) ولكسب ملكية الثمار، بمجرد قبضها أى حيازتها[١].

فنستعرض فى مبحثين الحيازة بسوء نية، والحيازة بحسن نية، باعتبار أن كلا منهما سبب لكسب الملكية.

المبحث الأول
الحيازة بسوء نية باعتبارها سببا لكسب الملكية
(التقادم المكسب الطويل فى العقار والمنقول)

٣٦٥- التقادم المكسب والتقادم المسقط والفرق بينهما: قدمنا، عند الكلام فى التقادم المسقط فى أسباب انقضاء الالتزام[٢]، أن الفروق ما بين التقادم المكسب (prescription aequisitive, usucapion) والتقادم المسقط (prescription extinctive) فروق واضحة. فالتقادم المسقط يقضى الحقوق الشخصية والحقوق العينية (فيما عدا حق الملكية) على السواء، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة. أما التقادم المكسب، ونقترن به الحيازة دائما، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية - دون الحقوق الشخصية - بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة.

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى: «والحيازة من حيث الآثار التى تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم. وتكسب الملكية فعلا بالتقادم الطويل، فى العقار والمنقول. فإن اقترنت بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول فى الحال، ويملك الحائز فى كل الفروض ثمار العين إذا كان حسن النية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٤٧).

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٥٩١.

والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، فإذا رفع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط. أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك به قبله بالتقادم للكسب.

ثم إن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية، إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سئ النية. أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعا لطبيعة هذا الحق، لا تبعا لثبوت حسن النية أو انتفائه.

٣٦٦- القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط - نص قانونى:
تنص المادة ٩٧٣ مدنى على ما يأتى:

«تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، ووقف التقادم وانقطاعه، والتمسك به أمام القضاء، والتنازل عنه، والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية»(١).

ويخلص من النص سالف الذكر أنه، بالرغم من أن هناك فروقا واضحة بين التقادم المكسب والتقادم المسقط أجملناها فيما تقدم، توجد مع ذلك قواعد مشتركة كثيرة تجمع ما بين النوعين من التقادم. وسنبين تفصيلا فيما يلى هذه القواعد المشتركة، وبحسبنا هنا أن نجملها فيما يأتى:

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٨ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٥، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٤- ص٥٠٥).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن الأحكام كان معمولا بها.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩٢٢ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٧ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٢ (مطابق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

١- حساب المدة: ويدخل فى ذلك بدء سريان التقادم. وقد ورد فى هذا الشأن فى التقادم المسقط المادتان ٣٨٠ و٣٨١ مدنى. وهما يسريان على التقادم المكسب فيما لا تتعارضان فيه مع طبيعة هذا التقادم. أما المادة ٣٨٠ مدنى فلا تتعارض فى شئ مع طبيعة التقادم المكسب، ومن ثم تسرى عليه، وهى تنص على أن «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها». وأما المادة ٣٨١ مدنى وهى الخاصة ببدء سريان التقادم المسقط، ففى عدم تعارضها مع طبيعة التقادم المكسب تفصيل سنبينه فى مكانه.

٢- وقف التقادم وانقطاعه: ففيما يتعلق بوقف التقادم، ورد فى التقادم المسقط المادة ١/٣٨٢ مدنى، وهى تسرى على التقادم المكسب أيضا، وتجرى على الوجه الآتى: «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيا. وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب». أما المادة ٢/٣٨٢ مدنى، وهى أيضا متعلقة بوقف التقادم المسقط، فتجرى على الوجه الآتى: «ولا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق كل من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا». ويؤخذ من هذا النص أن التقادم المسقط لا يوقف، ولو وجد سبب لوقفه، إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات. أما التقادم المكسب، فمتى وجد سبب لوقفه فإنه يوقف، حتى لو لم تزد مدته على خمس سنوات كما هو الأمر فى التقادم المكسب القصير. وقد نصت المادة ٩٧٤ مدنى على ذلك صراحة، إذ تقول: «أيا كانت مدة التقادم المكسب، فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه»، وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلا فى مكانها، وفيما يتعلق بانقطاع التقادم، ورد فى التقادم المسقط المواد ٣٨٣ - ٣٨٥ مدنى تبين أن هذا التقادم ينقطع بالمطالب القضائية وما فى حكمها وباقرار المدين بحق الدائن، وتذكر حكم انقطاع التقادم وأن تقادما جديدا يبدأ ساريا من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع. وكل هذه الأحكام تسرى على التقادم المكسب، ويزيد التقادم المكسب سببا آخر للانقطاع يستعصى على طبيعة التقادم المسقط، هو تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م٩٧٥ مدنى). وسيأتى بيان ذلك تفصيلا فى المكان المناسب.

٣- التمسك بالتقادم أمام القضاء: وقد ورد فى هذا الشأن فى التقادم المسقط المادة ٣٨٧ مدنى، وتوجب على ذى الشأن أن يتمسك بالتقادم المسقط أمام القضاء، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بهذا التقادم من تلقاء نفسها. وهذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب، ومن ثم يسرى عليه، وسيأتى تفصيل ذلك فى مكانه.

٤- التنازل عن التقادم والاتفاق على تعديل المدة: وقد ورد فى هذا الشأن فى التقادم

المسقط المادة ٣٨٨ مدنى، وهى تقضى بأنه لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون. ولما كان هذا النص لا يتعارض مع طبيعة التقادم المكسب، فإنه يسرى عليه، وسنبين ذلك تفصيلا فى المكان المناسب(١).

٣٦٧- الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب: قدمنا فى التقادم المسقط(٢) أن هذا النوع من التقادم يرتكز على اعتبارات عملية تقوم على استقرار التعامل، ويكفى أن نتصور مجتمعا لم يدخل التقادم فى نظمه القانونية لندرك إلى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى محل الاستقرار. فإذا كان للدائن أن يطالب مدينه بالدين مهما طالت المدة التى مضت على استحقاقه، وكان على المدين أن يثبت براءة ذمته من الدين بعد أن يكون قد وفاه فعلا وحصل على مخالصة به، أليس من الإرهاق أن يكلف المدين بالمحافظة على هذه المخالصة إلى وقت لا نهاية له حتى يستطيع إبرازها فى أى وقت شاء الدائن أن يطالبه فيه بالدين. أليس واجبا لاستقرار التعامل أن يفترض فى الدائن الذى سكت مدة طويلة عن المطالبة بدينه أنه قد استوفاه، أو فى القليل قد أبرأ ذمة المدين منه بعد هذا السكوت الطويل؟ فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء، أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التى مضها عليها من الزمن ما يكفى للاطمئنان إليها وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة. ولابد من تحديد وقت ما إذا انقضى لا يستطيع الدائن أن يطالب بالدين، وإلا ظلت الناس يطالب بعضهم بعضا بديون مضت عليها أجيال طويلة. والمشرع يختار مدة لا يكون من شأنها إرهاق المدين بجعله معرضا للمطالبة وقتا أطول مما يجب، ولا مباغتة الدائن باسقاط حقه فى وقت أقصر مما يجب. وقد اختار المشرع المصرى خمسة عشر عاما، وهى المدة التى لا يجوز بعدها سماع الدعوى فى الفقه الإسلامى. فإذا انقضت المدة التى يتم بها التقادم، وادعى المدين براءة ذمته، وأصر الدائن على المطالبة بالدين، فالأولى بالرعاية هو المدين لا الدائن. ذلك أن الدائن إذا لم يكن قد استوفى حقه

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فيما نحن بصدده: «وقواعد التقادم المكسب هى نفس قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق باحتساب المدة، وفيما يتعلق بوقف التقادم إلا أن التقادم المكسب يوقف أيا كانت مدته أما التقادم المسقط فلا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات ... وفيما يتعلق بانقطاع التقادم، إلا أن التقادم المكسب ينقطع انقطاعاً طبيعياً إذا فقد الحائز الحيازة ولم يستردها أو يرفع الدعوى باستردادها فى خلال سنة، ولا يتصور هذا الانقطاع الطبيعى فى التقادم المسقط، وفيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء وجواز التنازل عنه والاتفاق على تعديل مدته» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٧- ص٥٠٨).

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٥٩٢.

فعلا، ولم يكن قد أبرأ ذمة المدين من الدين بسكوته عن المطالبة به هذه المدة الطويلة، فلا أقل من أنه قد أهمل إهمالا لا عذر له فيه بسكوته حقبة طويلة من الدهر ثم مباغتة المدين بعد ذلك بالمطالبة. وبين مدين اطمأن إلى وضع ظاهر مستقر، ودائن أقل ما يؤخذ به الإهمال الذى لا مبرر له، المدين دون ريب هو الأولى بالرعاية.

هذا فيما يتعلق بالتقادم المسقط والاعتبارت العملية التى قام عليها هذا النوع من التقادم. أما فيما يتعلق بالتقادم المكسب، وبأنه يقوم هو الآخر على اعتبارات عملية لا تقل فى الأهمية عن تلك التى قام عليها التقادم المسقط، ففى البلاد التي لا يوجد بها سجل عينى يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى، يصبح التقادم المكسب ضرورة لا مندوحة عنها. فى إثبات هذه الحقوق. ذلك بأنه لو اعتمدنا فى إثبات الملكية على انتقالها من مالك إلى آخر، لوجب إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك، وأن هذا قد تلقاها من مالك قبله، وهذا أيضا تلقاها من مالك عن مالك عن مالك، إلى ما لا نهاية. وهذا دليل يتعذر تقديمه، وإذا لم يكن هناك سجل عينى يكون القيد فيه هو الدليل المطلق على الملكية، فلا بد من الوقوف عند حد زمنى إذا أثبت الشخص أنه حاز فى خلاله العين دون انقطاع فإنه يكون بذلك قد قدم الدليل على ملكيته للعين بحيازتها طوال هذه المدة، وهذا هو التقادم المكسب. فالتقادم المكسب إذن هو أهم دليل من الناحية العملية على الملكية والحقوق العينية الأخرى، وبه يستقر التعامل ويأمن من يتعامل مع حائز العين أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك(١). ويكفى فى ذلك أن يكون الحائز للعين قد بقى حائزا لها المدة الواجبة للتملك بالتقادم المكسب، وهى فى الغالب خمس عشرة سنة.

وإلى جانب أن التقادم المكسب يقوم دليلا عمليا على الملكية، يوجد لهذا النوع من التقادم مهمة اجتماعية أخرى. فبفضله يصبح الوضع الفعلى مطابقا للوضع القانونى، ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل، وتنقلب الحيازة وهى مجرد وضع فعلى واقع إلى ملكية وهى وضع قانونى مشروع. وبذلك تستقر الأوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية، ويطمئن الناس إلى التعامل مع الحائز للعين، إذ يعلمون أن الحيازة إذا دامت مدة معينة انقلبت إلى ملكية. وإذا صح أن يقع أن الحائز للعين يكون قد اغتصبها وظل حائزا لها حتى تملكها بالتقادم، فإن هذا إنما يقع فى ظروف قليلة، والضرر الذى ينجم عنه لا يعدل الفائدة التى تعود على المجتمع من استقرار

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص٤٤٤– ص٤٤٥.

الأوضاع الناجم عن التقادم المكسب على النحو الذى أشرنا إليه. على أنه حتى فى هذا الفرض الأخير، لا يمكن أن يسلم المالك للعين المغتصبة، الذى سكت على هذا الاغتصاب مدة طويلة تصل إلى خمس عشرة سنة وقد تزيد بما يعتور هذه المدة من أسباب وقف وانقطاع، من تهمة الإهمال الذى لا مبرر له. وبين مالك مهمل ينزل ما يملكه فى أيدى الناس دون أن يقوم على رعايته واستغلاله، وحائز نشيط يقوم على استغلال العين ويرعاها رعاية المالك لملكه، الحائز دون ريب هو الأولى بالرعاية(١).

٣٦٨- لمحة تاريخية: يرجع التقادم المكسب فى أصله إلى القانون الرومانى، وقد سبق ظهوره فى هذا القانون ظهور التقادم المسقط بمدة طويلة(٢). ويصعد فى أصوله الأولى إلى الألواح الاثنى عشر، وكانت مدده قصيره لا تجاوز العام أو العامين، فقد كانت الأعيان فى روما محدودة وأصحابها لا يكادون يبرحونها، فكانت هذه المدد القصيرة كافية لإشعارهم بأى اغتصاب يقع على أراضيهم، فيبادرون إلى منعه ويقطعون بذلك مدة التقادم.

وبدأ التقادم المكسب فى روما يؤدى مهمتين متميزتين إحداهما عن الأخرى. المهمة الأولى هى تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة، إذ كانت هذه الملكية الرومانية كثيرة التعقيد زاخرة بالأشكال والأوضاع الرومانية. فإذا لم تستكمل هذه الأوضاع، وكثيرا ما كانت لا تستكملها، أغنى عنها حيازة لمدة قصيرة ينقلب عند انتهائها حق الحائز إلى حق ملكية قانونية (dominium ex jure quiritium)(٣). والمهمة الثانية التى كان التقادم المكسب يقوم بها هى علاج مركز من يتعامل مع غير المالك، فلا تنتقل إليه الملكية بداهة، فيأتى التقادم المكسب لنجدته بأن ينقل إليه الملكية بعد حيازة العين لمدة قصيرة، إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح. وبذلك كان التقادم المكسب، فى كل من هاتين المهمتين، يضع حدا لتزعزع الملكية وعدم استقرارها، وتنقلب به الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة. ولكنه كان لا يسرى إلا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية (propiété quiritaire)، وعلى الرومان دون الأجانب. أما الأراضى التى فى الأقاليم (fonds provinciaux)، فكان هذا النوع من التقادم لا يسرى عليها. فأدخل البريطور الرومانى، إلى جانب هذا النوع من التقادم المكسب (usucapio)، نوعا آخر من التقادم المكسب(prascriptio londi temporis) يسرى على أراضى الأقاليم وعلى الأجانب. واشترط لإعماله أن يكون الحائز حسن النية ومعه سبب صحيح، وجعل

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٨٨ ص٦٩٨.

(٢) أنظر فى تاريخ التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٥٩٣.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٤.

مدة التقادم عشر سنوات إذا كان الحائز والمالك الحقيقى يقيمان معاً فى إقليم واحد، وعشرين سنة إذا كانا يقيمان فى إقليمين مختلفين. وبدأ هذا التقادم البريطورى بأن يكون دفعا ضد دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك، ثم انتهى إلى أن يكون دفعا ودعوى فى وقت واحد. فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق، كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة.

ولما زالت الفروق بين الأشياء الرومانية (res mancipi) والأشياء غير الرومانية، وبين الأراضى الإيطالية وأراضى الأقاليم، وبين المواطن الرومانى والأجنبى، اندمج النوعان من التقادم المكسب أحدهما فى الآخر، وخلص من هذا الاندماج نظام مشترك، مدته عشر سنوات أو عشرون سنة فى العقار وثلاث سنوات فى المنقول.

ثم إنشأ القانون البيزنطى (قانون الامبراطور ثيودوس سنة ٤٢٤)، إلى جانب هذا النظام المشترك، نظاما جديدا هو التقادم المكسب الطويل (paescription longissimi temporis) مدته ثلاثون سنة، ويغنى بطول مدته هذه عن اشتراط حسن النية والسبب الصحيح. وزادت المدة إلى أربعين سنة بالنسبة إلى أموال الخزانة العامة وأموال الإمبراطور وأموال الكنائس والمؤسسات الدينية، ثم زادت إلى مائة سنة بالنسبة إلى أموال الكنيسة. وخلط جوستنيان فى مجموعاته بين التقادم المكسب والتقادم المسقط، وكانا قبله منفصلين أحدهما عن الآخر. وانتقل هذا الخلط إلى التقنين المدنى الفرنسى نفسه، وكان مصدرا لكثير من الاضطراب والتشويش فى تفهم أحكام التقادم، سواء فى القانون الرومانى أو فى القانون الفرنسى.

وأخذ التقادم المكسب الذى عرفه القانون الرومانى على النحو سالف الذكر طريقه إلى القانون الفرنسى القديم، وبخاصة فى الجنوب بلاد القانون المكتوب (pays de droit écrit). على أن العادات الجرمانية والأوامر الملكية عدلت من أحكام القانون الرومانى، وأثر القانون الكنسى (droit canonique) بوجه خاص على هذه الأحكام، وكان القانون الكنسى ينظر إلى التقادم بوجه عام نظرة استنكار، ويستعصى عليه أن يسلم أن شخصا لا يملك الحق يصبح مالكا له بالتقادم، ويرى فى ذلك ضربا من تحليل الغصب وجعله مشروعا. فقلب التقادم الرومانى من أن يكون قائما على أساس استقرار التعامل، إلى أن يكون قائما على أساس أنه الدليل على وجود الحق حيث تتعذر إقامة الدليل. وتوسع كثيرا فى أسباب وقف التقادم، واشتراط حسن النية فى الحائز طوال مدة حيازته فلا يكفى حسن النية وقت بدء الحيازة. ومنحت امتيازات خاصة لبعض الأموال فأصبحت غير قابلة للتملك بالتقادم أو أطيلت مدة التقادم فيها، من ذلك أموال الكنيسة وأموال التاج وأموال الطوائف المهنية.

وقد أخذ التقنين المدنى الفرنسى نظام التقادم من هذه المصادر جميعا، نقلا عن Dunod وعن Domat، وجعل القانون الرومانى هو الأساس، مع تعديله بالعادات الجرمانية وبالأوامر الملكية وبالقانون الكنسى. ولكن واضعى التقنين المدنى الفرنسى بسطوا من قواعد التقادم، وأرجعوها إلى أصلها الرومانى، وألغوا الامتيازات الخاصة التى تمتعت بها بعض الأموال من ناحية قابليتها للتملك بالتقادم فيما سلف ذكره(١).

٣٦٩- تقسيم الموضوع: ونجعل بحثنا للتقادم المكسب الطويل فى مطلبين (١) كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل. (٢) إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه.

المطلب الأول

كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل

٣٧٠- شروط تحقق التقادم المكسب الطويل: حتى يتحقق التقادم المكسب الطويل، يجب أولا أن يكون هناك حق يمكن كسبه بهذا النوع من التقادم فتدوم هذه الحيازة خمس عشرة سنة كاملة، ويجب ثالثا ألا يوقف التقادم وألا ينقطع.

١- الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل

٣٧١- نص قانونى: تنص المادة ٩٦٨ مدنى على ما يأتى:

«من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة»(٢).

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٣. فقرة ٢٣.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤١٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٣ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٠. وفى لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض مستشارى محكمة النقض حذف كلمة «منقول» الواردة فى النص لأن التقادم المكسب غير لازم إلا فى العقار، ورأوا أيضاً أن الحيازة بشروطها ومدتها هى قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك للحائز ومن ثم يجب حذف التقادم المكسب من بين أسباب الملكية وإضافته إلى باب الإثبات بين القرائن القانونية القاطعة. فلم تر=

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/٧٦(١).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩١٧ و٩١٩ و٩٢٥ و٩٢٦- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٧٢ - وفى التقنين المدنى العراقى م١/١١٥٨ - وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٥- ٢٥٧ و٢٦٠(٢).

=اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح. ففيما يتعلق بالجزء الأول منه، لا يمكن حذف كلمة «منقول» لأن المقصود تملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل فى حالة ما إذا كان الحائز سيء النية، وفى هذا يستوى العقار والمنقول، وبديهى أن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لا تنطبق على هذه الحالة. أما فيما يتعلق بالجزء الثانى من الاقتراح، فالملاحظة تنطوى على نظرة فقهية، وقد آثرت اللجنة أن يحتفظ المشروع بالطابع التقليدى فى هذه الناحية لأنه يجنب التقنين حرج الفصل فى مسائل ينبغى أن يظل الاجتهاد فيها طليقاً من كل قيد. على أنه لو صح وجوب إضافة جميع القرائن القانونية إلى باب الإثبات، لامتلأ هذا الباب بمسائل لم تجر العادة أن يتضمنها، ويكفى أن يشار فى هذا الصدد إلى مسئولية المتبوع عن التابع وإلى المسئولية عن الحيوان. وقد وافقت اللجنة على النص دون تعديل تحت رقم ٩٦٨، ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩١- ص٤٩٤).

(١) **التقنين المدنى السابق** م١٠٢/٧٦: تحصل ملكية العقارات والحقوق لمن وضع يده عليها ظاهرا بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح. فإذا لم يوجد ذلك السبب، لا تحصل له الملكية إلا إذا وضع يده مدة خمس عشرة سنة. (وحكم التقنين المدنى السابق هو حكم التقنين المدنى الجديد، ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق قد أغفل ذكر المنقول فلم يدخله ضمن الأموال الجائز تملكها بالتقادم المكسب الطويل إذا كان الحائز سيء النية).

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٩١٧ (موافق مع ملاحظة أن التقادم المكسب لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل فى السجل العقارى) - م٩١٩: يكتسب حق تسجيل التصرف فى الأراضى الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنوات من تاريخ الحيازة بسند أو بغير سند، بشرط أن يكون الحائز قائما بزراعة الأرض.

م٩٢٥: لا يسرى التقادم على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى أو التى هى تحت إدارة أملاك الدولة.

م٩٢٦: لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات المتروكة والمحمية والمرفقة.

التقنين المدنى الليبى م٩٧٢ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١/١١٥٨ (موافق مع ملاحظة أن التقادم لا يسرى فيما يتعلق بالعقار المسجل فى دائرة الطابو).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٥: لا يسرى مرور الزمن على الحقوق المقيدة فى السجل العقارى أو الخاضعة لإدارة أملاك الدولة.

م٢٥٦: لا يكتسب بمرور الزمن حق البتة على العقارات المتروكة والمحمية والمرفقة. =

ويخلص من هذا النص أن الحقوق العينية وحدها، وعلى رأسها حق الملكية، فى العقار وفى المنقول على السواء، هى التى يمكن تملكها بالتقادم المكسب الطويل، أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها بالتقادم. وليس كل حق عينى قابلا للتملك بالتقادم، بل يجب أن يكون هذا الحق قابلا للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم. ويجب فوق ذلك أن يكون حقا من الحقوق التى تقبل الخضوع للحيازة، ويستدعى ذلك أن نعرض لأنواع خاصة من الأموال، هى أموال الدولة العامة والخاصة وأموال الوقف وحق الإرث. ثم إن الحق الذى يراد تملكه بالتقادم المكسب الطويل، إذا استوفى الشروط سالفة الذكر، يجب أن يكون فى حيازة الشخص الذى يريد تملكه، وأن تكون هذه الحيازة مستوفية لعنصريها المادية والمعنوى، وأن تكون خالية من العيوب. فهذه جملة من المسائل نبحثها على التعاقب.

٣٧٢- الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية هى التى يمكن تملكها بالتقادم: وأول الحقوق العينية التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل هو حق الملكية(1)، ويستوى فى ذلك العقار والمنقول. ولا يعترض، بالنسبة إلى المنقول، بأنه يملك

= م٢٥٧: يكتسب حق القيد فى السجل العقارى فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه، بشرط أن يكون لدى واضع اليد سبب محق. وإذا لم يكن لديه سبب محق، فمدة خمس عشرة سنة.

م٢٦٠: يكتسب حق قيد التصرف بالأراضى الأميرية غير الخاضعة لإدارة أملاك الدولة بمرور عشر سنين على وضع اليد بسند أو بغير سند، شرطا أن يكون واضع اليد قائما بزراعة الأرض.

(ونصوص القانون اللبنانى تتفق مع نصوص التقنين السورى).

(1) أ- التملك بالتقادم المكسب . جوازه فى الحقوق العينية وحدها، وأن الحقوق الشخصية لا تكتسب بالتقادم.

(جلسة ١٩٩٣/٤/١١ الطعن رقم ٢٠ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٧٧/٣/١٣ س٢٨ ج١ ص٦٦٣)

ب- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض والابهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٩٨/٢/١٤ الطعن رقم ١٨١٤ لسنة ٦٦ق)

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٥١ق)

=

بمجرد الحيازة، فمحل ذلك أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية ومصحوبة بالسبب الصحيح. أما إذا لم تقترن الحيازة بحسن النية أو لم تكن مصحوبة بالسبب الصحيح، فالمنقول والعقار سيان، كلاهما لا يملك إلا بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة

= جـ- يتعين على ما جرى به قضاء محكمة النقض - لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتمل اللبس أو الابهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٠ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ق)

د- من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم، فان الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعى منذ وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طول مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين، فان هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسرى فى حق الحائز.

(جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨١/٥/١٢ الطعن رقم ٩٣٠، ٩٥٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٤٤)

هـ- وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها.

(جلسة ١٩٨٦/٦/٢٤ الطعن رقم ١٩٩٧ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٧٥/١/١٤ الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٥٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٨٠٣)

(جلسة ١٩٦٣/١/١٧ الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٧ق س١٤ ص١١١)

و- يشترط فى التقادم المكسب - وفقا لما تقضى به المادتان ٩٦٨، ٩٦٩ من القانون المدنى - أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها حتى تكون حيازة قانونية صحيحة، ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرده سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وكان مستمرا هادئا ظاهرا غير غامض.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٠٣)

(جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ الطعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ق س٢٩ ص٧٠٦)

ز- اسباب كسب الملكيه قد حددها القانون على سبيل الحصر وليس من بينها قيد اسم شخص بذاته فى السجلات التى تعدها الدولة لجباية الضرائب على العقارات فهذا القيد لا يعدو أن يكون قرينة بسيطة على الملكية كاملة لاثبات العكس.

(جلسة ١٩٨٦/٥/١٥ الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٥ لسنة ٥١ق)

سنة[1]. وعلى ذلك يكون قابلا للتملك بالتقادم العقار. ويدخل فى ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضا فضاء، وكل ما تنبته الأرض من ثمار ومحصول وزرع، وكل ما يغرس فيها من أشجار ونخيل، وكل ما يقام على الأرض من مبان ومنشآت كالمساكن والمكاتب والحوانيت والمصانع والمخازن والمحالج والجاراجات والزرائب والأفران والمطاحن وغير ذلك من الأماكن التى تشيد فوق سطح الأرض، أو تشيد فى باطنها كالأنفاق والمجارى والآبار والمواسير والأنابيب المدفونة فى باطن الأرض. ويكون قابلا للتملك بالتقادم المنقول. ويدخل فى ذلك العروض والمكيلات والموزونات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات والسفن والعوامات والذهبيات والطيارات وأكشاك الاستحمام وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة والأكشاك الخشبية والمبانى التى تقام مدة الأعياد والموالد إذا لم تثبت فى الأرض.

وكما تكسب الملكية فى العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل، كذلك يكسب بهذا التقادم كل حق عينى آخر. فتكسب الملكية الشائعة فى العقار والمنقول، وملكية الرقبة فى العقار والمنقول، وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى فى العقار والمنقول، وحق الارتفاق الظاهر، وحق الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل العمل بالتقنين المدنى الجديد، وحق الرهن الحيازى فى العقار والمنقول.

أما الحقوق الشخصية (créances) فلا تكسب بالتقادم المكسب، ولكنها تنقضى بالتقادم المسقط. ولا يكسب الحق الشخصى بالتقادم حتى لو كان قابلا للحيازة، كما هو شأن حق المستأجر فالمستأجر إذا كان يحوز حقه كمستأجر إلا أن حيازته هذه لا تؤدى به إلى كسب هذا الحق بالتقادم المكسب، وإن كانت لا تصلح لأن تحمى بجميع دعاوى الحيازة، وقد سبق بيان ذلك. وهناك حقوق شخصية تتجسد فى سنداتها وتصبح هذه والسند شيئا واحدا، وهذه هى السندات لحاملها (titres au porteur)، فهذه تعامل معاملة المنقول المادى، ومن ثم يجوز كسبها بالتقادم المكسب الطويل بالرغم من أنها حقوق شخصية.

٣٧٣- وجوب أن يكون الحق العينى قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة: وليس كل حق عينى - ونقف هنا عند حق الملكية فى العقار والمنقول لأنه هو موضوع البحث فى أسباب كسب الملكية - يمكن كسبه بالتقادم. بل يجب أن يكون العقار أو المنقول قابلا للتعامل

---

(١) أنظر ما دار فى هذا الشأن من المناقشة فى لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص٩٩٢ فى الهامش.

فيه، وقابلا للحيازة[1].

أما أن العقار أو المنقول يجب أن يكون قابلا للتعامل فيه (dans le commerce) فذلك واضح، لأن مالا يقبل التعامل فيه لا تنتقل ملكيته، ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم. والشئ لا يكون قابلا للتعامل فيه، كما قدمنا عند الكلام فى محل الالتزام[2]، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع. فالشئ لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد، كالشمس والهواء والبحر[3]. وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له. فالملك العام لا يصح التعامل فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه ومع جواز تملكه بالتقادم، وقد يكون الشئ غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع. وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب. على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشئ يكون مبنيا على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب. فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لهما معاً. ومن أمثلة الأشياء التى لا يجوز التعامل فيها لمخالفة ذلك للنظام العام أو للآداب، ومن ثم لا يجوز تملكها بالتقادم، الأهلية والحالة المدنية والمخدرات والحشيش وبيوت العهارة وبيوت المقامرة. والأصل أن الشئ الذى لا يجوز التعامل فيه لا يكون قابلا للتصرف فيه وغير قابل للتملك بالتقادم. وعلى ذلك يكون الشئ غير القابل للتصرف فيه لا يقبل فى العادة التملك بالتقادم. ولكن توجد استثناءات لهذه القاعدة. فهناك أشياء غير

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بأن الأموال التى اعترف القانون المدنى بها أربعة أنواع، وهى الملك والوقف والمباح والمخصص للمنفعة العامة. والذى يستفاد من أحكام هذا القانون أن قواعد التملك بمضى المدة لا شأن لها لا بالوقف ولا بالمخصص للمنفعة العامة، بل وليس لها باعتبار النصوص عند وضع القانون سنة ١٨٨٣ شأن بالأراضى المباحة. وكل ما تنطبق عليه باعتبار تلك النصوص إنما هو النوع الأول من الأموال، وهو الملك (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص٩٥٥).

(٢) أنظر الوسيط ١ فقرة ٢٢٧.

(٣) ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته. وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحى، فأشعة الشمس يحصرها المصور الفوتوغرافى، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك. فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة، وتصلح إذن أن تكون محلا للالتزام. وإذا كان الشئ يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له، فهو مباح، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه.

قابلة للتصرف فيها، ومع ذلك يجوز تملكها بالتقادم. من ذلك الوقف الأهلى، فقد كان قبل الغائه غير قابل للتصرف فيه، وكان مع ذلك يجوز تملكه بالتقادم مدة ثلاث وثلاثين سنة. من ذلك أيضا العين غير القابلة للتصرف فيها بموجب شرط مانع من التصرف يتضمنه عقد أو وصية، فهذه العين لا يجوز التصرف فيها وهى مع ذلك قابلة بالتقادم المكسب الطويل(١). وعلى العكس من ذلك، قد يكون الشئ قابلا للتصرف فيه، ومع هذا لا يجوز تملكه بالتقادم. من ذلك الارتفاقات غير الظاهرة، فهذه يجوز التصرف فيها مع العقار المرتفق ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم (م١٠١٦/ ٢ مدنى). من ذلك أيضا أملاك الدولة الخاصة، فهذه يجوز التصرف فيها ومع ذلك لا يجوز تملكها بالتقادم (قانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧).

ولا يكفى أن يكون العقار أو المنقول قابلا للتعامل فيه حتى يكون قابلا للتملك بالتقادم، بل يجب أيضا أن يكون قابلا للحيازة إذ التملك بالتقادم يفترض أن الشئ قد خضع للحيازة مدة طويلة. والأصل أن الشئ القابل للتعامل فيه يكون أيضا قابلا للحيازة، ولكن ذلك ليس حتما فقد يوجد شئ قابل للتعامل فيه ومع ذلك لا يكون قابلا للحيازة. فالمجموع من المال (universalité) كالتركة لا يخضع للحيازة باعتباره مجموعا، ومع ذلك يكون قابلا للتعامل فيه. ومن ثم لا تكون التركة كمجموع من المال قابلة للتملك بالتقادم، إذ هى، وإن كانت قابلة للتعامل فيها، غير قابلة للحيازة.

ونطبق ما قدمناه على الأموال العامة (الدومين العام)، وعلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة (الدومين الخاص)، وعلى الوقف، وعلى حق الإرث.

٣٧٤- الأموال العامة «الدومين العام»: لما كانت الأموال العامة غير قابلة فى الأصل للتعامل فيها وذلك بالنظر إلى الغرض الذى خصصت له إذ هى مخصصة لمنفعة عامة، لذلك لا يجوز تملكها بالتقادم. وقد نصت المادة ٢/٨٧ مدنى، تأكيدا لذلك، على أن الأموال العامة «لا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم»(1).

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٣٢٠ ص٥٢٠.

(1) أ- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن النص فى المادة ٨٧ من القانون المدنى - المقابلة للمادتين ٩، ١٠ من التقنين المدنى السابق - على أن تعتبر أموال عامة العقارات والمنقولات التى آلت للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم» يدل - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - على أن التقنين المدنى الحالى لم يغفل شيئا من مزايا نصوص التقنين السابق فى شأن الأموال العامة بل جمعها كلا فى =

فهذه قيود ثلاثة تحيط بالأموال العامة لحمايتها: عدم جواز التصرف وعدم جواز الحجز وعدم جواز التملك بالتقادم. وأهم هذه القيود الثلاثة هو قيد عدم جواز التملك

=عبارة موجزة واضحة وتجنب فقط تعداد الأشياء العامة فى المادة ٩ من التقنين المدنى السابق اكتفاء بما وضعه من معيار التخصيص للمنفعة العامة، وهو معيار يضع تعريفا عاما تتعين بمقتضاه الأشياء العامة دون حاجة لتعدادها، ومن ثم فان الشواطئ تعتبر فى حكم المادة ٨٧ سالفة الذكر كما كانت بصريح نص المادة ٩ من التقنين السابق من الأموال العامة.

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥ الطعن رقم ١٧١٤ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٢٢ الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢٥ الطعن رقم ٢٠١٧ لسنة ٥٨ق)

ب- المقرر - فى قضاء محكمة النقض - ان تخصيص ما يملكه الافراد للمنفعة العامة يقتضى أولا ادخاله فى ملكية الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة الأخرى فيصبح فى الملك الخاص وينتقل بعد ذلك إلى الملك العام بتخصيصه للمنفعة العامة بطريق رسمى أو بطريق فعلى، وان مفاد المادتين ٩، ٨٧ من القانون المدنى أن المعيار فى التعرف على صفة المال العام هو التخصيص للمنفعة العامة وان هذا التخصيص كما يكون بموجب قانون أو قرار يجوز أن يكون تخصيصا فعليا بتهيئة المال المملوك للدولة ملكية خاصة ليصبح صالحا لهذه المنفعة العامة رصدا عليها ولا يكفى لاعتبار الأرض من أموال الدولة العامة المخصصة للمنفعة العامة - والتى لا يجوز تملكها بوضع اليد - صدور أوراق أو مكاتبات من الجهة الادارية باعتبارها كذلك ولا وصفها بذلك فى قوائم المساحة وخرائط التنظيم.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢٤ الطعن رقم ١٦٢٥ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣١ الطعن رقم ١٨٠٠ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٥٣٣)

جـ- وضع اليد على الأموال العامة لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد إنهاء تخصيصها للمنفعة العامة إذ أنه من تاريخ هذه الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت بعد ذلك وضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية وذلك قبل تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بمقتضى القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧.

(جلسة ١٩٦٩/١/١٤ الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٣٤ق س٢٠ ص٨٨)

(جلسة ١٩٦٦/٤/٢١ الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٢ق س١٧ ص٩٠٨)

(جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٤٨)

د- استطراق الأرض المملوكة للأفراد ليس من شأنه وحدة تخصيصها للمنفعة العامة إلا أن استمرار هذا الاستطراق المدة اللازمة لكسب ملكيتها بالتقادم الطويل يترتب عليه كسب الدولة لملكيتها بالتقادم وتخصيصها للمنفعة العامة بمجرد اكتمال هذه المدة.

(جلسة ١٩٨٣/١٢/١ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص١٧٥٧)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٧ س٣٦ ص٩٨٢)

(جلسة ١٩٩٠/١١/١٥ الطعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٨ق)

بالتقادم، فهو أهم بكثير من قيد عدم جواز التصرف ومن قيد عدم جواز الحجز. وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد(١): «ووجه ذلك واضح، فانه يصعب تصور أن الدولة أو الشخص الإدارى يعمد إلى التصرف فى الشئ العام إلا إذا كان غير عالم بصفته، وكذلك يندر أن يقدم دائن للشخص الإدارى على حجز أمواله العامة بل حتى على حجز أمواله الخاصة لأن الشخص الإدارى يكون عادة موسرا فلا يكون دائنه فى حاجة إلى التنفيذ الجبرى على ماله. وإنما الخشية كل الخشية هى فى أن تعتدى الأفراد على الشئ العام بوضع اليد عليه أملا فى أن تكتسب ملكيته بالتقادم، ومن ثم سد القانون هذا الباب فى أوجه المعتدين، وحرم تملك الشئ العام بالتقادم. كذلك لا يجوز لشخص أن يكسب بالتقادم حق ارتفاق على الأموال العامة. وإذا كان الشخص الإدارى يستطيع رفع دعاوى الحيازة ليحمى حيازته، فان الأفراد لا يحمون فى حيازتهم للشئ العام لأن هذه الحيازة لا يعتد بها»(٢).

٣٧٥- الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام «الدومين الخاص» - نص قانونى: تنص المادة ٩٧٠ مدنى (المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وبالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ وبالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٧٠) على ما يأتى:

١- «فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة».

٢- «ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية، أو كسب أى حق عينى عليها، بالتقادم. ولا يجوز التعدى على الأموال المشار إليها، وفى حالة حصول التعدى يكون للوزير المختص حق إزالته إداريا»(٣).

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٧٦ ص١٥٢.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد على الأموال العامة، مهما طالت مدته، لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة (وعندما كان جائزا كسب أموال الدولة الخاصة بالتقادم). ولا يعتبر وضع اليد على مال عام مدة خمس عشرة سنة، بغير منازعة من الحكومة، سبباً يزيل عن هذا المال صفته بأنه مال عام لا يجوز كسبه بالتقادم (نقض مدنى ٢١ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٤ ص٩٠٨).

(٣) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٤٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١- وفى جميع الأحوال، لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ٢- وليس للوقف أن يكسب حقاً بالتقادم». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٤٥ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٢. وفى لجنة مجلس =

ويؤخذ من الفقرة الثانية من النص سالف الذكر أن الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وهى الأموال المعروفة باسم «الدومين الخاص»، لا يجوز كسب ملكيتها ولا كسب أى حق عينى آخر عليها كحق ارتفاق، بالتقادم المكسب. وهذا حكم جديد لا سابقة له فى التشريع المصرى، استحدثه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠، مخالفا فى ذلك التقاليد التشريعية المصرية، وراجعا بنا إلى أيام القانون الفرنسى القديم حيث كانت تكثر الامتيازات الخاصة التى تمنح لأملاك الدولة وأملاك الكنيسة وغيرها من أملاك الطوائف المهنية فتجعل غير قابلة للتملك بالتقادم(١). ذلك بأن حق الدولة فى الأشياء المملوكة لها ملكية خاصة هو حق ملكية مدنية محضة، وشأن الدولة فى تملك الأشياء الخاصة شأن أى فرد فى تملك المال الخاص، وتملك

=الشيوخ حذفت الفقرة الثانية من المادة «ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة»، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ٩٧٠. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٧- ص٤٩٩).

ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ على الوجه الآتى: «١- فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ٢- ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وكذلك أموال الأوقاف الخيرية، أو كسب أى حق عينى عليها، بالتقادم». وصدر بعد ذلك القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ يضيف العبارة الآتية فى آخر الفقرة الثانية: «كما لا يجوز التعدى عليها، وفى حالة حصول التعدى يكون للجنة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة». ثم صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ باستبدال المادة على النحو سالف البيان.

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق، ولكن المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية كانت تنص على ما يأتى: «القضاة ممنوعون من سماع الدعوى التى مضى عليها خمس عشرة سنة، مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعى له فى عدم إقامتها، إلا فى الإرث والوقف فانه لا يمنع من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعى، وهذا كله مع الإنكار للحق فى تلك المدة». (والتقادم هنا ليس تقادماً مكسباً، بل هو ليس تقادماً مسقطاً، وإنما هو دفع بعدم جواز سماع الدعوى على النحو الذى عرف أخيراً فى الفقه الإسلامى).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م١٠٠٢: لا يكتسب بالتقادم أى حق على العقارات الوقفية المستغلة مسجداً أو كنيسة أو كناساً أو مستشفيات أو معهداً تعليمياً أو المخصصة لاستعمال العموم.

التقنين المدنى الليبى م٩٧٤: فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة.

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨.

الدولة الأشياء الخاصة بنفس أسباب كسب الملكية الخاصة. وقد كان أهم فرق عملى بين الملك العام والملك الخاص أن الملك العام لا يجوز تملكه بالتقادم، أما الملك الخاص فيجوز تملكه بهذا الطريق.

وقد كان الأفراد يضعون أيديهم على بعض أملاك الدولة الخاصة، وتنقضى المدة اللازمة للتقادم، فيتملكونها بوضع اليد. وقد رأت الحكومة أخيرا أن فى ذلك خطرا على أملاكها الخاصة، فهى مشتتة فى أنحاء البلاد، ولا تستطيع فى كل حالة أن تدفع عنها اعتداء الأفراد فى الوقت المناسب. على أن هذا الخطر يتضاءل، إذا قيس بما رأته الحكومة من علاج لدفعه، وهو تقرير عدم قابلية الأملاك الخاصة للتملك بالتقادم، وما ينجم عن ذلك من تزعزع فى المعاملات وعدم استقرار فى الملكية. ذلك بأن الحكومة، إذا تعرضت فى أملاكها الخاصة لبعض ضروب من الغصب تحرمها مع تطاول الزمن من بعض هذه الأملاك، يجب أن تسلم أن تعامل الناس فى هذه الأملاك الخاصة لا يستقر ولا يؤمن جانبه إلا إذا أحيط بسياج من قابلية الملك الخاص للتملك بالتقادم، فعند ذلك فقط يستطيع من يتعامل مع الحائز الذى دامت حيازته خمس عشرة سنة أن يطمئن إلى هذا التعامل، حتى لو ثبت بعد ذلك أن الملك الذى تعامل فيه مع الحائز هو ملك خاص للدولة. وعلى الحكومة، من جانبها، أن تحكم طرق الرقابة والإشراف على أملاكها الخاصة، حتى تقلل من فرص الاعتداء على هذه الأموال إلى أدنى حد ممكن.

ومهما يكن من أمر، فقد انحرفت الحكومة عن القاعدة الهامة التى تقضى بقابلية الملك الخاص للتملك بالتقادم، وقررت بتشريع خاص أن الأشياء الخاصة المملوكة لها لا يجوز تملكها بالتقادم (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧)[1]. وكما لا يجوز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى[2].

---

(١) وقيل فى المذكرة التفسيرية لهذا التشريع، تبريراً لهذا الحكم الجديد، إن الشارع أراد به أن يحمى الأملاك الخاصة للدولة حتى تكون فى مأمن من تملكها بالتقادم، لأنه مهما أحكمت الرقابة والإشراف عليها فان ذلك لن يمنع من تملكها بهذا الطريق.

(٢) وإذا حاز شخص مالا وادعى أنه تملكه بالتقادم، فعليه هو إذا كان مدعياً أن يثبت التملك بالتقادم بجميع شروطه. ومتى أثبت ذلك، كان على الحكومة أن تثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا المال، بالرغم من توافر شروط التملك بالتقادم فيه، هو من أملاكها الخاصة ومن ثم لا يجوز تملكه بالتقادم. وكون المال الخاص المملوك للدولة أصبح غير قابل للتملك بالتقادم لا يمنع من بقاء القضاء العادى – لا القضاء الإدارى – مختصاً بالنظر فى وجوه النزاع فيه بين الدولة والأفراد.

ويلاحظ – كما سبق أن قررنا فى الجزء الثامن من الوسيط[1] – أن أملاك الدولة الخاصة التى تم كسب الأفراد لها بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تبقى مملوكة لمن كسبها بالتقادم[2](1)، إذ ليس للقانون سالف الذكر أثر رجعى. أما إذا كان هناك ملك خاص للدولة فى حيازة أحد الأفراد ولم يكن قد مضى على حيازته له وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ خمس عشرة سنة كاملة، فان الحائز لا يستطيع كسب هذا الملك الخاص بالتقادم، حتى لو أتم بعد نفاذ هذا القانون مدة خمس عشرة سنة وهو حائز للملك.

وقد صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ بتعديل الفقرة الثانية للمادة ٩٧٠ مدنى، ومد الحماية المقررة للأموال الخاصة بالدولة والأشخاص الاعتبارية العامة بحظر تملكها بالتقادم أو كسب حق عينى عليها إلى أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما. وهذه الحماية التى استحدثها

---

(١) جزء ٨ فقرة ٨٨.

(٢) نقض مدنى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص٩٨١.

(1) المشرع إذ نص فى المادة ٨٧ من القانون المدنى على أن «تعتبر أموالا عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم» فقد دل على أن المعيار فى التعرف على صفة المال العام هى التخصيص للمنفعة العامة وأن هذا التخصيص كما يكون بموجب قانون أو قرار، يجوز أن يكون تخصيصا فعليا، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – تقدير عمل الخبير والأخذ بتقريره متى اقتنعت بكفاية الأبحاث التى أجراها وسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه، وكان البين من مدونات حكم محكمة أول درجة المؤيد بالحكم المطعون فيه لأسبابه أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها قد خلصت إلى أن الأرض المقام عليها المنزل محل النزاع لم يسبق تخصيصها للمنفعة العامة وأن وضع يد المطعون عليها ومورثتها من قبلها عليها استوفى شرائطه القانونية بنية الملك وانتهت إلى عدم جدية كل من عقد الايجار وطلب الشراء المشار إليهما بسبب النعى، وثبوت ملكية المنزل موضوع التداعى للمطعون عليهما طالما نصت على حيازتهما للأرض محل النزاع المقام عليها هذا المنزل مدة خمس عشرة سنة قبل العمل بأحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعدل لنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى وعولت فى ذلك على ما أطمأنت إليه مما جاء بتقرير الخبير المنتدب فى الدعوى، بعد اطلاعه على مستندات الطرفين ومناقشتها بعض الشهود وانتقاله إلى العين محل النزاع ومعاينتها، ومن ثم فإن النعى لا يعدو أن يكون فى حقيقته جدلا موضوعيا فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز أمام محكمة النقض ويكون هذا النعى على غير أساس.

(جلسة ١٩٨٥/١/٣٠ الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥١ق)

القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ تسرى بأثر مباشر من وقت العمل بالقانون ولكنها لا تسرى بأثر رجعى(1).

ولم تقف حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص العامة الأخرى عند هذا الحد. فقد كان الزصل فى هذه الأموال الخاصة أنه إذا وقع اعتداء عليها، لم يكن للحكومة أن تنتصف بنفسها لنفسها، وأن تلجأ إلى الطرق الإدارية لإزالة هذا الاعتداء كما تلجأ إلى هذه الطرق لإزالة الاعتداء على الأموال العامة. بل كان الواجب أن تلجأ إلى القضاء العادى تطلب دفع هذا الاعتداء، شأن الحكومة فى ذلك شأن الأفراد فى دفع الاعتداء عن أموالهم الخاصة. ولكن صدر القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩، يسبغ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص العامة حماية أخرى، فوق الحماية التى أضفاها عليها القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بجعلها غير قابلة للتملك بالتقادم. فقد نص القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز التعدى على الأملاك الخاصة المملوكة

---

(1) أ- مؤدى نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، أنه لا يجوز اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم إلا أن يكون هذا التملك قد تم أو اكتمل بالتقادم المكسب له قبل العمل بهذا التعديل.

(جلسة ١٩٩١/١/٢٣ الطعن رقم ٣٠٣٦ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ الطعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٩٩٠)

ب- إن كان المشرع قد استحدث بالقرار الجمهورية رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ حكما جديد اضافه إلى نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب حق عينى عليها بالتقادم، ثم أصدر القانون رقم ٥٥ سنة ١٩٧٠ حظر به تملك أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما أو كسب أى عينى على هذه الأموال بالتقادم، إلا أنه ليس لهذين التشريعين أثر رجعى فتبقى فى ملك من اكتسبها بالتقادم قبل نفاذ هذين القانونين، ولما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته التقديرية وباسباب سائغة ومقبولة أن المطعون ضدها الأولى وسلفها من قبل قد وضع يدهما على أرض النزاع وبنية الملك ابتداء من سنة ١٩٣٨ - مع توافر باقى شروط اكتساب الملكية بالتقادم الطويل - وتحققت لها بذلك ملكيتها وهى ما تزال على ملك أصحابها - ملكية الأفراد الخاصة - قبل فرض الحراسة عليها، وكان لا يقبل من الطاعنين التمسك بوقف التقادم لقصر بعض ملاك العقار لأول مرة أمام محكمة النقض لقيامه على أمور واقعية كان يتعين طرحها على محكمة الموضوع - فان النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون قائما على غير أساس.

(جلسة ١٩٨١/٤/٢ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٨ق)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ س٣٢ ص٢٥١٨)

للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، وأضاف ما يأتى: «وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة». وهذه ميزة أخرى للأموال الخاصة. فقد قدمنا أن الأصل أن الحكومة ليس لها أن تلجأ إلى الطرق الإدارية إلا لأزالة الاعتداء على الملك العام، أما الملك الخاص إذا اعتدى أحد عليه فانه طبقا للقواعد العامة لا يجوز للحكومة أن تزيل الاعتداء عليه بالطرق الإدارية، بل عليها أن تلجأ إلى القضاء العادى فى ذلك. وقد تغير الموقف بعد هذا التعديل الأخير، وأصبح الملك الخاص كالملك العام فى جواز دفع الاعتداء عليه بالطرق الإدارية دون الالتجاء إلى القضاء. فإذا حاز شخص عينا، وادعت الحكومة أن هذه العين هى من أملاكها الخاصة، كان لها، دون أن تلجأ إلى القضاء ، أن تنتزع العين من يد حائزها بالطرق الإدارية(1)، والحائز هو الذى يلجأ إلى القضاء بعد انتزاع العين من يده(١).

٣٧٦- الوقف: كانت المادة ٩٧٠ مدنى، قبل تعديلها بالقوانين أرقام ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، ٥٥ لسنة ١٩٧٠، تجرى على الوجه الآتى: «فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة

---

(١) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٨٨.

(1) أ- نصت المادة ٩٧٠- من القانون المدنى معدلة بالقانونين ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و٣٩ لسنة ١٩٥٩ على عدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة وأموال الاوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، كما حظرت التعدى على هذه الأموال وخولت الجهات الإدارية صاحب الشأن حق إزالة هذا التعدى إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة فإذا كان المطعون ضده - المدعى فى دعوى منع التعرض - لم يدع أنه اكتسب ملكية الأرض - محل النزاع - بالتقادم قبل صدور القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بل أنه اقر فى صحيفة دعواه بأن هذه الأرض مملوكة لمصلحة الأملاك فإنه يكون لجهة الإدارة أن تصدر بالاستناد إلى تلك المادة قرارا اداريا بازالة ما وقع على هذه الأرض المملوكة لها من تعد وأن تنفذ هذا القرار بالطريق الإدارى.

(جلسة ١٩٦٨/٣/٧ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٣٤ق س١٩ ص٥٣٨)

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٧٨/١/٣٠ الطعن رقم ٧٥- لسنة ٤٣ق س٢٩ ص٦٦)

(جلسة ١٩٧٤/١/١٧ الطعن رقم ١٨٤ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص٧٤)

ب- الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة. عدم جواز تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم ٢/٩٧٠- مدنى أثر ذلك عدم جواز الاعتصام بتملك هذه الأموال بالتقادم.

(جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥ الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥٩ق هيئة عامة)

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢١ الطعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥١ق س٣٣ ص٩٩٠)

(جلسة ١٩٦٩/٢/٢٠ الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣٥ س٢٠ ص٣٦٨)

ثلاث وثلاثين سنة». وكان الوقف، الأهلى والخيرى على السواء، قائما لم يلغ وقت نفاذ التقنين المدنى الجديد فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩. فكانت الأعيان الموقوفة وقفا أهليا أو وقفا خيريا، طبقا للمادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر قبل تعديلها، قابلة للتملك بالتقادم المكسب، ولكن مدة هذا التقادم، بدلا من أن تكون خمس عشرة سنة كما هى القاعدة العامة، كانت ثلاثا وثلاثين سنة(١). وقد أطيلت مدة التقادم المكسب على هذا النحو

---

(١) أما فى التقنين المدنى السابق فلم يكن يوجد نص يماثل نص المادة ٩٧٠ من التقنين المدنى الجديد. فذهب رأى إلى عدم جواز كسب ملكية العين الموقوفة بالتقادم (استئناف وطنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ٣ ص٩٧- ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ القضاء ٥ ص٧- ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص٢١١)- وذهب رأى ثان إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة بمدة التقادم العادى، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات (استئناف وطنى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص١٩٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص٩٨). وذهب رأى ثالث إلى جواز كسب ملكية العين الموقوفة، على أن تكون مدة التقادم ثلاثاً وثلاثين سنة أخذاً بالمدة المقررة لعدم سماع دعوى الوقف فى الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٢٦ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص١٣٣- ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٩٩ ص٢١١- ٦ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٥ ص٣٣٣- ٨ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٢ ص٤٧- ١١ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٥٤ ص٨٩ - ٧ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٢ ص٢٩- ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص٤٢٥).

وقد أخذت محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة بهذا الرأى الأخير، وقالت فى حكمها إنه ليس للقضاء الوطنى أن يحتذى ما ورد باللائحة الشرعية حرفيا فيحكم بعدم سماع دعوى الوقف بعد مضى ثلاث وثلاثين سنة، بل عليه أن يعتبر المدة فقط، ثم يجعلها مدة كسب للحق بوضع اليد عليها مثال القاعدة المقررة فى المادة ٧٦ من القانون المدنى (السابق)، حتى يتيسر بذلك لواضع اليد أن يطلب تثبيت ملكيته وأن تجيبه المحكمة لهذا الطلب (استئناف مصر دوائر مجتمعة ٤ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٣ ص٩٥٥). وأقرت محكمة النقض بعد ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة، وقال إن ملكية الوقف لا تسقط الدعوى بها بمجرد الإهمال فقط مدة ٣٣ سنة، بل إنها تستمر حاصلة لجهة الوقف ما لم يكسبها أحد بوضع يده ثلاثاً وثلاثين سنة وضعاً مستوفياً جميع الشرائط المقررة قانوناً لكسب ملكية العقار بوضع اليد (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص٩١٢). وانظر أيضا نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٩١ ص٢٢٦- ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٩ ص١٩٤- ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص١٠٩٧- ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص١٠٩٨ - أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٣ ص٥٧٢. أما محكمة الاستئناف المختلطة فقد قضت بأن الوقف لا يقبل التملك بالتقادم لأنه لا يجوز التصرف فيه، غير أنه يجوز الدفع بعدم جواز سماع الدعوى إذا تركت دعوى الوقف مدة ٣٣ سنة مع إنكار الحائز للوقف (استئناف مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م٣ ص١٠٣- ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م٧ ص١٠٠- ٣٠ مارس سنة ١٨٩٩ م١١ ص١٧٢- ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م١٨ ص٦٠- أول مايو سنة ١٩٢٤ م٣٦ ص٣٤٥).

=

حماية للوقف، واقتباسا من المادة ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (والتى ألغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) التى كانت تقضى بعدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة مع الإنكار للحق فى هذه المدة وتمكن المدعى من رفع الدعوى وعدم العذر الشرعى(١). وكان التقادم فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أقرب إلى التقادم المسقط، إذ أن أثره لم يكن تملك الوقف بالتقادم المكسب بل عدم جواز سماع الدعوى وفقا لما هو مقرر فى الفقه الإسلامى.

وبعد أن ألغى الوقف الأهلى فى سنة ١٩٥٢، لم يبق هناك مجال لتطبيق المادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر إلا على الوقف الخيرى الذى بقى قائما، فأصبحت الأعيان الموقوفة وقفا خيريا يجوز تملكها بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة(1).

= وقد قنن التقنين المدنى الجديد قضاء محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة الذى أقرته محكمة النقض، وقد كان القضاء المذكور يوفق بين حكم لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيأخذ منها مدة ثلاث والثلاثين سنة وبين حكم القانون المدنى يأخذ منه أن التقادم يكسب ويقتضى حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة. وهذا التوفيق كان يعوزه نص تشريعى، فأوجد التقنين المدنى الجديد هذا النص.

ولا يجوز لمن كانت حيازة عرضية أن يتملك الوقف بالتقادم، فلا يجوز للواقف ولا لناظر الوقف أو المستأجر أو المحتكر أن يتمسك بذلك (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٢ ص٦١٦- ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥١ ص١٠٩٧- ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٢ ص١٠٩٨ - ٢٢ زبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٤ ص١٥١- ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٠ ص٣٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص٤٥٢)، وذلك ما لم تتغير صفة الحيازة تغيراً يزيل عنها صفة الوقتية، ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق المالك، فان الحائز فى هذه الحالة ولو كان واقفاً أو ناظراً يستطيع أن يكسب بالتقادم المال الموقوف، متى توافرت لديه شروط وضع اليد المكسب للملكية وما دامت حيازته له مدة ثلاث وثلاثين سنة (نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص٨٣٩). وانظر نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٧ ص٨٤ (وضع يد المحتكر وورثته من بعده على الوقف هو وضع يد مؤقت لا يكسبه ملكية الوقف).

(١) أنظر آنفاً ص٩٩٩ هامش ١.

(1) أ- ملكية الوقف قبل العمل بالقانون المدنى الحالى فى ١٩٤٩/١٠/١٥، لا تسقط الدعوى بها بمجرد الاهمال مدة ثلاث وثلاثين سنة، بل أنها تستمر لجهة الوقف ما لم يكتسبها أحد بوضع يده مدة ثلاث وثلاثين سنة مستوفيا جميع الشرائط المقررة قانونا لاكتساب الملكية أو الحق العينى بوضع اليد، وذلك قبل الغاء الوقف بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ وإلى أن حظر المشرع اطلاقا تملك أعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينية عليها بالتقادم بعد تعديله المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧.

(جلسة ١٩٧٠/٢/٣ الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٥ق س٢١ ص٢٢٧)

ولكن هذا الحكم لم يدم طويلا، فقد صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، كما رأينا، يقضى بعدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم. وأصبحت الأموال الموقوفة وقفا خيريا شأنها فى هذا الصدد شأن الأموال الخاصة المملوكة للدولة، كلا النوعين من المال لا يجوز تملكه بالتقادم بموجب نفس القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. وكما لا يجوز تملك الوقف الخيرى بالتقادم، كذلك لا يجوز بالتقادم كسب أى حق عينى عليه كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن حيازى(1). وقد كان من الجائز الاكتفاء بالحلول

= ب- لما كان الوقف يخرج الأعيان الموقوفة عن ملكية الناس ويجعلها على حكم ملك الله ويخضع الاستحقاق فى غلتها لأحكام وشروط اشهاد الوقف، فإن المشرع بإصداره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بانهاء نظام الوقف على غير الخيرات يكون قد أنهى اشهادات الأوقاف الأهلية وجعل أعيانها أملاكا عادية حرة لم يخضع ملكيتها لأحكام خاصة، ولهذا تسرى عليها القواعد العامة فى حق الملكية وطرق كسبها ولا يقدح فى ذلك ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون .... فهى لا تعنى اخضاع هذه الملكية المستحدثة لاحكام الاشهاد وإنما على أن المشرع استعان به فقط فى تحديد الأشخاص الذين أراد تمليكهم الأعيان التى كانت موقوفة حينما أزال الوقف عنها ولا شأن للاشهاد بهذه الملكية بعد ذلك.

(جلسة ١٩٨٥/٤/٤ الطعن رقم ٧٧٤ س ٥١ق)

(1) أ- لما كانت ملكية الأموال الموقوفة لا تكتسب بالتقادم طبقا للمادة ٩٧٠ من القانون المدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ المعمول به اعتبارا من ١٩٥٧/٧/١٣ إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة، وإذ جاء القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات وقضى فى مادتيه الثانية والثالثة بإنهاء كل وقف لا يكون مصرفه خالصا لجهة من جهات البر وأيلوله ملكية الوقف المنتهى إلى الواقف إن كان حيا فان لم يكن حيا آلت الملكية إلى المستحقين، ثم صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى فجرى نصها على أنه لا يجوز تملك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم فإن مفاد ذلك أنه فى الفقرة السابقة على تعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ كانت مدة التقادم اللازمة لاكتساب أموال الأوقاف أو ترتيب حقوق عينية عليها سواء فى ذلك الأوقاف الخيرية أو الأوقاف الأهلية قبل الغائها بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ هى ثلاث وثلاثون سنة وذلك إلى أن حظر المشرع اطلاقا تملك اعيان الأوقاف الخيرية أو ترتيب حقوق عينية عليها بالتقادم بعد تعديل المادة ٩٧٠ من القانون بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، أما الأوقاف الأهلية المنتهية طبقا للقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فقد أصبحت بموجب أحكامه من الأموال الخاصة التى ترد عليها الحيازة المؤدية إلى كسب الملكية بالتقادم إذا استمرت مدة خمس عشرة سنة واستوفت اركانها القانونية، شريطة عدم وجود حصة للخيرات شائعة فيها إعمالا لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ فى هذا الصدد.

(جلسة ١٩٩٠/٣/٨ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ الطعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ق س٣٠ ج٢ ص٤٦٨)

ب- لئن كان التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفى بذاتها سببا =

التقليدية المقررة فى هذا الشأن وجعل المال الموقوف وقفا خيريا قابلا ككل مال آخر للتملك بالتقادم، مع إطالة مدة التقادم إلى ثلاث وثلاثين سنة كحماية خاصة للوقف. ولكن المشرع المصرى لم يرد أن يقف عند هذا الحد، وكما جعل المال الخاص المملوك للدولة غير قابل للتملك بالتقادم، جعل أيضا غير قابل للتملك بالتقادم المال الموقوف وقفا خيريا. وبذلك أخذت الاستثناءات من القاعدة الجوهرية التى تقضى بجواز التملك بالتقادم تتكاثر، ورجع القانون القهقرى خطوات إلى الوراء فى هذه المسألة الهامة.

ومهما يكن من أمر، فان الوقف الخيرى الذى تم كسبه بالتقادم قبل نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ يبقى على مالك من كسبه بالتقادم، دون أن يكون للقانون سالف الذكر أثر رجعى. أما الوقف الخيرى الذى يكون فى حيازة شخص وقت نفاذ القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧، ولم يكن قد انقضى على حيازته مدة ثلاث وثلاثين سنة، فانه لا يجوز تملكه بالتقادم، ولو تمت مدة الثلاث والثلاثين سنة بعد نفاذ هذا القانون.

ويبدو أن الحماية الإضافية، التى أسبغها القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ على الأملاك الخاصة المملوكة للدولة من جواز دفع الاعتداء عنها بالطرق الإدارية، لا تتناول الوقف الخيرى، وذلك بالرغم من غموض النص. فان الالتجاء للطرق الإدارية هو حق خاص بجهة

=مستقلا لكسب الملكية وليس هناك ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته فى هذه الحالة استمرار لحيازة سلفه البائع له إلا أنه لما كان من شرط التملك بوضع اليد أن يكون العقار محل الحيازة مما يجوز اكتساب ملكيته بالتقادم، وكانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تقضى بعدم جواز تملك الاوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم، وكان الثابت بعقد الطاعن الخاص باستبدال مساحة ... مشاعا فى الأرض الموقوفة والمصدق عليه فى ... أن الأرض المذكورة المقام عليها الدكنان موضوع الدعوى مملوكة لوقف .... الخيرى المشمول بنظارة الاوقاف، ومن ثم فانه لا يقبل من الطاعن الادعاء بكسب ملكية هذه الحصة من أرض الوقف بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية قبل زوال صفة الوقف الخيرى عنها بتمام استبدالها.

(جلسة ١٩٨٦/٤/١ الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٥/٣/١٢ الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٥/٣/٧ الطعن رقم ١٣٧٠ لسنة ٤٨ق)

جـ- مفاد ما نصت عليه المادتان الثانية والثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات انتهاء كل وقف لا يكون مصرفه - يومئذ - خالصا لجهة من جهات البر، واعتبار أعيانه ملكا يرد عليها التقادم سببا لكسبها، فيجوز للغير كما يجوز لأى من الشركاء على الشيوع أن يكسب ملكية حصة أحد شركائه بالتقادم إذا استطاع أن يحوزها حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك مجالا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح، واستمرت هذه الحيازة دون انقطاع خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٨٣/٥/١٨ الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤٧ق س٣٤ ص١٢٣٥)

الإدارة، فلا يجوز أن يمتد إلى ناظر الوقف الخيرى ولو كان هذا الناظر هو وزارة الأوقاف. هذا إلى أن جواز الالتجاء للطرق الإدارية دون القضاء هو حق استثنائى ضيق، يجب عند غموض النص عدم التوسع فى تفسيره.

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧٠ مدنى يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «وليس للوقف أن يكسب حقا بالتقادم». وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه الفقرة ما يأتى: «ولا يملك الوقف بالتقادم، لأنه يشترط فى إنشائه أن يكون بحجة شرعية»(١) ولكن هذه الفقرة حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ «ليترك الأمر للقضاة ليتصرفوا حسب القواعد العامة»(٢). وقد كان القضاء غير مستقر فى هذه المسألة، فمن الأحكام ما قضى بجواز أن يملك الوقف عينا يحوزها بالتقادم العادى فتصبح العين موقوفة(٣)، ولكن كثيرا من الأحكام كان يقضى على العكس من ذلك بأن الوقف لا يتملك عينا بالتقادم فتصبح وقفا لأن صفة الوقف لا تثبت للأعيان إلا بحجة شرعية بعد استيفاء إجراءات خاصة، ولأن الذى يضع يده هو ناظر الوقف وليس الوقف كشخص معنوى(٤). على أن محكمة النقض حسمت هذا الخلاف، واستقر قضاؤها على أن للوقف أن يتملك بالتقادم بحكم كونه شخصا معنويا له أن ينتفع بأحكام القانون فى خصوص التقادم المكسب للملك، إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك(٥)(1). وعلى ذلك يجوز للوقف الخيرى أن يضع يده على عين مملوكة مدة خمس

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨.

(1) جرى قضاء محكمة النقض بأن الوقف بحكم كونه شخصا اعتباريا له أن ينتفع باحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للتملك إذ ليس فى القانون ما يحرمه من ذلك ولأن التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد كائنا من كان، والقول بأن العين لا تعتبر موقوفة إلا إذا صدر بوقفها إشهاد شرعى، لا محل للتحدى به إلا عند قيام النزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من جانب واضع اليد عليها.
(جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٤ق س١٩ ص-٥٨)

(٢) انظر آنفاً ص٩٩٩ هامش ١.

(٣) استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٥ ص١٦٦- استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٥١.

(٤) استئناف مصر ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٩ ص٦٢٥- ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ٣٧٢ ص٧٥١- طنطا الكلية ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١. المحاماة ١٠ رقم ٢٣٥ ص٤٦٤- استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٨٦- ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٤٤- ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٨٥- ١١ يونيه سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢١٨.

(٥) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن للوقف بصفته شخصاً معنوياً أن يتملك بالتقادم =

عشرة سنة أو مدة خمس سنوات بحسب الأحوال، فيتملكها الوقف وتصبح عينا موقوفة.

٣٧٧- حق الارث: رأينا(١) أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٠ مدنى بعد تعديلها تجرى على الوجه الآتى: «فى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة». وهذا النص يستوقف النظر، وكان يستوقف النظر أيضا قبل تعديل المادة ٩٧٠ مدنى، فقد كانت هذه المادة قبل التعديل تجرى على الوجه الآتى: «فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حق الإرث بالتقادم، إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة».

أما أن الأموال الموقوفة تكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فأمر لا يستعصى على القواعد العامة، ويكفى أن يحوز شخص عيناً موقوفة وتدوم حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة حتى يمكن القول طبقاً للمادة ٩٧٠ مدنى سالفة الذكر (قبل التعديل) إن الحائز قد تملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب(1). وليس فى هذا القول

=كغيره من الأشخاص، والقول بأن العين لا يصح اعتبارها موقوفة إلا إذا حرر بوقفها إشهاد شرعى لا محل للتحدى به إلا عند قيام نزاع فى وقف العين المدعى بها وإنكار الوقف من واضع اليد عليها (نقض مدنى أول مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٤ ص٥٧٤). وقضت أيضاً بأن الوقف، بحكم كونه شخصاً اعتبارياً، له أن ينتفع بأحكام القانون المدنى فى خصوص التقادم المكسب للملك، إذ ليس فى هذا القانون ما يحرمه من ذلك. وإذا كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص٦٠٢)- وانظر أيضا نقض مدنى ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٣ ص٧٩٦.

وانظر فى المعنى الذى ذهبت إليه محكمة النقض من أنه يجوز للوقف أن يكسب عقاراً بالتقادم فيصبح العقار وقفاً بدون حجة شرعية: محمد على عرفة فقرة ١٤٠- ص٢٥٣ ص٢٥٤- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١٧ ص٥٤٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨١- وانظر عكس ذلك وأنه لا يجوز للوقف أن يتملك عقاراً بالتقادم وأن العقار لا يصبح وقفاً دون حجة شرعية: محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٦٩- شفيق شحاتة فقرة ٢٨٣.

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٥.

(1) أ- المقصود بنص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أن حق الارث يسقط بالتقادم ولا يجوز سماع الدعوى به بمضى ثلاث وثلاثين سنة، إلا أنه لما كان المنع من سماع الدعوى على هذا النحو انما يستند إلى التقادم المسقط فان مدته تسرى عليها احكام الوقف والانقطاع الواردة فى القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٧/١/٤ الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٦١ق) =

= (جلسة ١٩٨٤/٥/٢ الطعن رقم ١٦١٢ لسنة ٥٠ق س٣٥ ج١ ص١١٧١)

(جلسة ١٩٩٥/١٢/٥ الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٧٨/٣/١٦ الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص٧٧٣)

ب- أنه وان كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدنى تنص على أنه فى جميع الاحوال لا تكسب حقوق الارث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة فان المقصود بذلك أن حق الارث لا يسقط بالتقادم المسقط، ولا يجوز سماع الدعوى به بمضى ثلاث وثلاثين سنة لأن التركة مجموع من المال لا تقبل الحيازة فلا يكسب حق الارث بالتقادم، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية بقولها «أما دعوى الارث فهى تسقط بثلاث وثلاين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب، لذلك يجب حذف حقوق الارث من المادة ١٤٢١ (٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط» أما بالنسبة لأعيان التركة فليس فى القانون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون، لما كان ذلك، وكان النزاع فى الدعوى يقوم لا على حق الارث ولكن على ما يدعيه المطعون عليهما من أنهما تملكا الأرض المتنازع عليها وهى داخلة فى تركة مورث الطرفين بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وقرر الحكم المطعون فيه ان مدة التقادم المكسب هى خمس عشرة سنة، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير صحيح.

(جلسة ١٩٧٥/٥/١٣ س٢٦ ص٩٩٧)

جـ- ليس فى القانون - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يمنع الوارث من أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يمتلك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٩ الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/١٦ الطعن رقم ٥ لسنة ٥١ق)

د- ليس فى القانون - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة وانما على ما تدعيه المطعون ضدها من أنها تملكت المنزل موضوع التداعى - والذى كان من بين تركة مورث الطرفين أصلا - بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية فان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن مدة التقادم المكسب خمسة عشر عاما يكون قد أصاب صحيح القانون.

(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ الطعن رقم ٨٢٥ لسنة ٤٤ق س٣٠ ج٢ ص٥٣٩)

(جلسة ١٩٧١/٣/١١ الطعن رقم ٣٢٨ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٨٢)

هـ- قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢٠٠٣/٤/١٣ فى القضية رقم ٤٥ لسنة ٢٢ قضائية دستورية بعدم دستورية نص الفقرة الأولى من المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧١ فيما تضمنه من انقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان [illegible] الميراث بمضى ١٥ سنة، وأسست المحكمة حكمها على أن النص المطعون فيه يخالف نص المادة [illegible] الدستور الذى يصون الملكية الخاصة، وان حق الملكية حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال إلا إذا كسب الغير حقا وفقا =

خروج على طبيعة الأشياء، وكل ما فيه أن المشرع هنا قد نقل قاعدة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م٣٧٥) – التى الغيت بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) بعد تحويرها تحويرا قلب به التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى تقادم مكسب. فقد كانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا تجعل الوقف يكسب بالتقادم ولا تعطى دعوى استحقاق لمن حاز عيناً موقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة، ولكن نقتصر على إعطاء الحائز دفعاً لا دعوى، وهذا الدفع أقرب إلى أن يكون دفعاً بالتقادم المسقط إذ أنه دفع بعدم جواز سماع الدعوى. فكان ناظر الوقف إذا طالب بعين موقوفة بعد ثلاث وثلاثين سنة لا تسمع دعواه، وتضيع هذه العين على الوقف لا لأنها كسبت بالتقادم، بل لأن الدعوى بالمطالبة بها لا يجوز سماعها. فترك المشرع فكرة عدم جواز سماع الدعوى، أى ما يعادل التقادم المسقط، إلى فكرة التقادم المكسب. وأعطى لمن حاز العين الموقوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة دعوى استحقاق إذ جعله يملك العين الموقوفة بالتقادم المكسب، ولم يقتصر على إعطائه مجرد دفع بعدم جواز سماع الدعوى. وهذا القدر من التحوير يملكه المشرع لأنه لا يستعصى على قواعد الحيازة والتقادم المكسب، إذ العين الموقوفة لا شك فى إمكان حيازتها وإن كانت غير قابلة للتصرف فيها، فمتى حازها شخص ودامت حيازته لها مدة ثلاث وثلاثين سنة، ساغ للمشرع أن يقرر أن الحيازة لهذه المدة الطويلة تكسب الحائز ملكية العين الموقوفة.

والأمر جد مختلف بالنسبة إلى حق الإرث، فالوارث إنما يضع يده على التركة وهى مجموع من المال (universalité)، والمجموع من المال لا يقبل الحيازة[1]. وليست التركة كالعين الموقوفة، إذ التركة لا تقبل الحيازة كما قدمنا، أما العين الموقوفة فتقبل الحيازة. لذلك كان انتقال المشرع في العين الموقوفة من التقادم المسقط (أو عدم جواز سماع الدعوى) إلى التقادم المكسب أمراً مستساغاً، ما دامت العين الموقوفة تقبل الحيازة، فجعلت حيازتها مدة ثلاث وثلاثين سنة سبباً لكسب ملكيتها. أما انتقال المشرع فى حق

=لاحكام القانون، كما أن الدستور يكفل حق الارث، وأضافت المحكمة أن النص لم يخالف المادة ٣٤ من الدستور فقط ولكنه أخل أيضا بمبدأ المساواة المنصوص عليه فى المادة ٤٠ من الدستور. حيث جعل انقضاء ١٥ عاما على تاريخ نشر بيان التركة سببا لانقضاء كل حق يتعلق بها، وهى المدة التى تسقط بها دعوى الارث عندما تكون أعيان التركة تحت يد الهيئة العامة لبنك ناصر، بينما لا تسقط هذه الدعوى إذا كانت موجهة لغير الهيئة العامة إلا بانقضاء ٣٣ عاما طبقا لاحكام لائحة الهيئة العامة وترتيب المحاكم الشرعية ونصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وبهذا فإن النص يخلق تمييزا فى مدة كسب اعيان التركة بالتقادم بين الهيئة العامة لبنك ناصر التى يتملكها بحيازة مدتها ١٥ عاما بينما لا تكسب حقوق الارث لغير الهيئة العامة لبنك ناصر من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين إلا إذا دامت الحيازة ٣٣ عاما، وهو تمييز يخالف حكم المادة ٤٠ من الدستور.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٢.

الإرث من التقادم المسقط إلى التقادم المكسب، على الوجه الذى سار عليه فى العين الموقوفة، فأمر غير مستساغ. إذ التركة مجموع من المال لا يقبل الحيازة، فقول المشرع إن حق الإرث يكسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة قول يخالف القواعد الأساسية فى الحيازة ولا يمكن التسليم به. والواجب أن يقال إن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط أى لا يجوز سماع الدعوى فيه، لا أن يقال إن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب. وعلى ذلك يجب أن ينتقل الكلام فى حق الإرث من التقادم المكسب إلى التقادم المسقط(١). ويؤيد ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فهى قد أبرزت هذا الخطأ إذ تقول: «أما دعوى الإرث فهى تسقط بثلاث وثلاثين سنة، والتقادم هنا مسقط لا مكسب، لذلك يجب حذف حقوق الإرث من المادة ١٤٢١ (م٩٧٠ مدنى) وجعل الكلام عنها فى التقادم المسقط»(٢) ولكن هذه الإشارة فى المذكرة الإيضاحية التى كان من شأنها وضع المسألة فى وضعها الصحيح لم تنفذ، وبقى حق الإرث مذكوراً فى التقادم المكسب على أنه يجوز تملكه بهذا التقادم بعد حيازة تدوم ثلاثاً وثلاثين سنة.

من أجل كل ذلك نميل إلى القول بأن الفقه والقضاء يجب عليهما تصحيح هذا الخطأ غير المقصود فى التشريع، والذى نبهت المذكرة الإيضاحية إلى وجوب تصحيحه ولكنه لم يصحح طوال المراحل التشريعية التى سار فيها النص. ويترتب على ذلك وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقادم لأنه غير قابل للحيازة، وإنما تكسب أعيان التركة، كل عين على حدة، بالتقادم المكسب، إذا حاز العين حائز وانقضى على حيازته لها خمس عشرة سنة، لا ثلاث وثلاثون سنة.

ولكن حق الإرث يسقط بالتقادم المسقط، أو بعدم جواز الدعوى. فإذا سكت الوارث، مع التمكن ودون عذر شرعى، عن مطالبة سائر الورثة بحقه فى الإرث مدة ثلاث وثلاثين

---

(١) وهذا ما كان يجرى عليه القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٦٩– ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣١٠– محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٧١)– أما إذا قام النزاع لا على حق الإرث، ولكن على ملكية عين بالذات داخلة فى التركة، فان الحائز لهذه العين، ولو كان وارثاً آخر، يتملكها بالتقادم المكسب العادى (نقض مدنى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٤ ص٢٦٧– استئناف وطنى ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص١٥٧– ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص١٥٣ – استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م١٠ ص١٦٩– ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣١١. ٢٣ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٣٢ – ٢٧ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٧٠– ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٣١٠– ٨ زبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٠٢).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨.

سنة[1] ثم رفع دعوى المطالبة بالإرث بعد ذلك، فان أقر له الورثة بحقه، قضى له به وسلم نصيبه فى التركة. أما إذا أنكرت الورثة عليه حقه، ودفعوا دعواه بعدم جواز سماعها أو بسقوطها بالتقادم، قضى بعدم جواز سماع دعواه[2]. وفى هذه الحالة الأخيرة يبقى سائر الورثة وورثتهم من بعدهم على ما كانوا عليه من حيازة أعيان التركة، كل بقدر نصيبه. وإذا كان فى يد أحدهم جزء من نصيب الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه، فانه لا يملك هذا الجزء بالتقادم المكسب، وإنما قضى له بعدم جواز سماع الدعوى فيه، فبقى فى يده على هذا الأساس[3].

٣٧٨- خضوع الحق الذى يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب: ويجب أن يخضع الحق الذى يكسب بالتقادم خضوعاً فعلياً لحيازة مستوفية لعنصريها المادى والمعنوى. فالسيطرة المادية وحدا، وهى العنصر المادى، لا تكفى، بل يجب أن تقترن بالعنصر المعنوى(1). وإذا اقتصرنا على حق الملكية فى العقار أو فى المنقول، فانه

---

(١) وقد كان هناك خلاف فى الرأى فى عهد التقنين المدنى السابق فيما يتعلق بمدة التقادم. فرأى كان يذهب إلى أن هذه المدة ثلاث وثلاثون سنة تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (استئناف وطنى ٤ يناير سنة ١٨٩٤ القضاء ١ ص٥٣- ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ الحقوق ١١ ص٢٧٣- ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص٣٠٧- ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٠ المحاكم ١١ ص٢٢١٩- ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص١٥٣). ورأى آخر كان يذهب إلى أن المدة هى خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم العادى (استئناف وطنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦ ص٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٠ ص١٥٧).

(٢) أنظر فى هذا الرأى محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٧٢ - إسماعيل غانم ص١٢٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٠- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٤ ص٤٠٦ - وقرب عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١٦. وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٧- شفيق شحاتة فقرة ٢٨٧.

(٣) أما إذا وضع وارث يده على عين بالذات من أعيان التركة باعتباره مالكاً لها لا عن طريق الإرث، فانه يتملك هذه العين إذا دامت حيازته لها مدة خمس عشرة سنة (لا مدة ثلاث وثلاثين سنة) بالتقادم المكسب، ولو أنه تبين بعد ذلك أن الوارث الذى قضى بعدم جواز سماع دعواه بعد ثلاث وثلاثين سنة كان يملك جزءا شائعا من هذه العين يحكم أنه أحد الورثة وله نصيب شائع فيها. وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الدفع بعدم جواز سماع الدعوى الذى يمنع المحاكم من سماع قضايا التركات بعد مضى ٣٣ سنة عليها لا يترتب عليها أدنى تأثير فيما يتعلق بالدفع بالتملك بمضى المدة الذى يتمسك به من وضع يده مدة ١٥ سنة على عين من أعيان التركة (استئناف وطنى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩٤ ص١٥٣). وانظر أيضا استئناف وطنى ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٨٩٧ الحقوق ٧ ص٣٠٧ - مصر ٢٩ مايو سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص٣٠٧- ٢١ يونيه سنة ١٩١٩ الحقوق ٣٤ ص١٢٣.

(1) المقرر قانونا أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية- من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض =

يجب أن يحوز الشخص العقار أو المنقول حيازة مادية مقترنة بنية أنه يحوزه لحساب نفسه باعتبار أنه مالك. أما الحيازة العرضية، وهى الحيازة المادية المجردة من العنصر المعنوى أو الحيازة لحساب الغير، فانها لا تكفى فى تملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب(١)(1). وإذا أراد الحائز العرضى الذى يحوز لحساب غيره لا لحساب نفسه أن يغير صفة هذه الحيازة العرضية وأن يحولها إلى حيازة أصيلة لحساب نفسه بحيث يستطيع أن يتملك العقار أو المنقول بالتقادم المكسب عن طريق هذه الحيازة، فلا يكفى فى ذلك تغيير نيته وتصريحه بأنه أصبح يحوز العقار أو المنقول لحساب نفسه لا لحساب غيره. بل يجب عليه أن يلجأ فى ذلك إلى إحدى الطريقتين اللتين عينهما القانون لهذا الغرض، إما بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر منه هو يعارض به حق المالك ويجابهه، وقد بينا ذلك تفصيلا فيما تقدم(٢)(1).

=والابهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٧٥/١/١٤ الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٥٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٨٠٣)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت فى أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحيازة ولا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك، مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع، فان فى هذا ما يعتبر ردا ضمنياً على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل والتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية (نقض مدنى ٢٤ يونيه سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص٦٢٠).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٢.

(1) وضع يد المشترى على العين المبيعة بعد فسخ العقد استنادا إلى حقه فى حبسها لحين استرداد الثمن حيازة عرضية، عدم صلاحيتها لكسب الملكية.

(جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص٨٣٠)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٩ الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٤٩ق س٣٢ ص٥٥٨)

(2) أ- إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة الاستئناف بتملك العقار موضوع الدعوى بالتقادم الطويل المكسب وقدم تدليلا على تغيير نيته فى وضع يده عقدا بشرائه العقار فى ... إلا أن الحكم المطعون فيه التفت عن التحدث عن هذا المستند رغم دلالته على نيته فى وضع يده على الأرض منذ هذا التاريخ كما رفض طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات ذلك على سند من كفاية أوراق الدعوى لتكوين عقيدة المحكمة لأن وضع يده بصفته مستأجرا لا يكسبه ملكيتها مهما طال أمده فإنه يكون معيبا.

(جلسة ٢٠٠٠/٥/٩ الطعن رقم ٤٠٩١ لسنة ٦٩ق)

ب- وضع اليد بسبب وقتى معلوم غير أسباب التمليك لا يعتبر صالحا للتمسك به إلا إذا حصل =

ويجب، فوق استيفاء الحيازة لعنصريها، أن تكون خالية من العيوب، حتى يمكن أن تؤدى إلى التملك بالتقادم. فالحيازة المعيبة لا تؤدى إلى التملك بالتقادم، ما دام العيب ملابسا لها. وقد فصلنا فيما تقدم عيوب الحيازة، وذكرنا أن هذه العيوب أربعة، هى عدم الاستمرار والخفاء(١) وعدم الهدوء والغموض(٢).

ونرى من ذلك أن العقار أو المنقول المراد تملكه بالتقادم المكسب يجب أن يحوزه الشخص حيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب. ثم يجب فوق ذلك أن تدوم هذه الحيازة على النحو المتقدم الذكر مدة خمس عشرة سنة كاملة، وهى المدة اللازمة التى

=تغيير فى سببه يزيل عنه صفة الوقتية، وهذا التغيير لا يكون إلا باحدى طريقتين، أن يتلقى ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الاغيار يعتقد أنه هو المالك لها والمستحق التصرف فيها، أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة ظاهرة صريحة بصفة فعلية أو بصفة قضائية أو غير قضائية تدل دلالة جازمة على أنه مزمع انكار الملكية على المالك والاستئثار بها دونه، وهو ما تقضى به المادة ٢/٩٧٢ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٧ الطعن رقم ٤٧ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٨٠٣)

(جلسة ١٩٨١/٥/٦ الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨)

(جلسة ١٩٧٧/١/٤ الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٤٢ق س٢٨ ص١٤٧)

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٦٢٧)

(١) وقل أن تكون حيازة المنقول بسوء نية خالية من عيب الخفاء، فان الحائز يحاول عادة اخفاء المنقول عن عين صاحبه، ويسعفه فى ذلك أن المنقول سهل الاخفاء فى أغلب الأحوال. وعلى ذلك لا تنتج الحيازة بسوء نية أثرها فى تملك المنقول، ولو دامت هذه الحيازة بخمس عشرة سنة ما دامت حيازة خفية (مازو فقرة ١٥١٦ ص١٢٢٠). وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل نادر الحصول على كل حال، ليس فحسب لأن الحيازة يشوبها عادة عيب الخفاء، بل أيضاً لأن المنقول بخلاف العقار لا يقوى على البقاء مدة طويلة فى أغلب الأحيان.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ – وقد بينا أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق، لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، وأنه إذا زال وتحولت الحيازة إلى حيازة مستمرة خلت الحيازة من العيب، ومنذ خلوها منه يمكن أن تؤدى إلى التقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٧٧). أما عيب الخفاء فهو عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة. فإذا زال وظهرت الحيازة وعلم بها المالك أو استطاع أن يعلم بها أصبحت الحيازة خالية من عيب الخفاء، وصارت صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٠– فقرة ٢٨١). وكذلك عيب عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الاكراه، فإذا زال بانقطاع الإكراه هدوء الحيازة، أصبحت الحيازة خالية من العيوب وصارت صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٣– فقرة ٢٨٤). والغموض أيضاً عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه الأمر، فإذا زال بانتفاء اللبس، أصبحت الحيازة خالية من العيب صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم (انظر آنفاً فقرة ٢٨٦ – فقرة ٢٨٧).

عينها القانون لاكتمال التقادم، أى مدة التقادم المكسب الطويل[1]، وهذا ما ننتقل إليه الآن.

٢ – مدة التقادم المكسب الطويل

٣٧٩– المسائل الواجب بحثها: مدة التقادم المكسب الطويل هى كما قدمنا خمس عشرة سنة، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها. ويقتضى الأمر أن نبحث فى هذا الصدد كيفيه حساب هذه المدة، وبدء سريانها، والقرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها، وضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين.

٣٨٠– مقدار مدة المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على تعديلها: رأينا[1] أن المادة ٩٦٨ مدنى تنص على أن «من حاز منقولا أو عقاراً دون أن يكون مالكاً له، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن

---

(١) وحيازة الشخص للعين حيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب المدة اللازمة للتقادم هى من مسائل الواقع التى تترك لتقدير قاضى الموضوع، وهذا كله أمر مادى يجوز إثباته بجميع الطرق وتدخل فى ذلك البينة والقرائن – أنظر نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٦ رقم ٧٩– ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ نفس المجموعة جزء أول ص٤٥٧ رقم ٨٢– ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ نفس المجموعة جزء أول ص٤٥٧ رقم ٨٦ – ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة ١ ص٤٥٩ رقم ٩٩– ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة ١ ص٤٥٦ رقم ٧٣– ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣ ص٢١– ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٦ ص٢٣٨– ١٠ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٣ ص٨٣٥– ٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٣٦ ص١٩٩– ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٣٠٢ ص٦٨٩ – ١٩ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٥ رقم ٧٠– ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص٤٥٧ رقم ٨٩ – ٣١ مارس سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص٤٥٧ رقم ٨٠– ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص٤٥٧ رقم ٨٧– ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ١ ص٤٥٨ رقم ٩٥ – ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ ص١٨٤– ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥٠ ص٩٨١– ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص١١١– ٩ نوفمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٥٧ ص ١٠٠١– ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٥٨ ص٤١٢– ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٦٠ ص٤٣٤– ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٢٩ ص٩٣٨.

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٧١.

يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة». فمدة التقادم المكسب الطويل هى إذن، كما تبين من هذا النص، خمس عشرة سنة كاملة.

وهذه المدة تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها، لا عن طريق إطالتها ولا عن طريق تقصيرها. وقد رأينا(١) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالاتفاق على تعديل المدة، فوجب الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ١/٣٨٨ مدنى، وهى تنص على أنه: «لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون». فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك(٢) على أن تكون مدة التقادم المكسب الطويل أكثر من خمس عشرة سنة، كما لا يجوز الاتفاق على أن تكون أقصر من خمس عشرة سنة، بل يتحتم أن تكون المدة خمس عشرة سنة لا تزيد ولا تنقص(٣).

ويحرم القضاء الفرنسى الاتفاق على إطالة مدة التقادم، رذ قد يكون وسيلة إلى النزول عن التقادم قبل أن يتم، كما إذا اتفق الطرفان على إطالة مدة التقادم إلى خمسين سنة مثلا أو إلى مائة، فيكون هذا بمثابة النزول مقدماً عن التقادم من الناحية العملية. ولكن القضاء الفرنسى يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم، بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لمطالبة المالك بحقه، فلا تكون قصيرة إلى حد لا يمكنه من ذلك عملياً. أما التقنين المدنى المصرى الجديد فقد أتى، كما رأينا، بنص صريح فى المسألة. فقضى فى المادة ١/٣٨٨ مدنى كما مر القول بتحريم الاتفاق على إطالة مدة التقادم أو تقصيرها،

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٢) يصعب تصور مثل هذا الاتفاق عملا، فالحائز إنما يحوز عيناً مملوكة لغيره بنية تملكها، فكيف يتأتى أن يتفق مع المالك الذى اغتصب منه العين على أن تكون مدة التقادم أطول أو أقصر من خمس عشرة سنة! وكان يمكن القول إن قاعدة عدم جواز الاتفاق على مدة غير التى عينها القانون للتقادم إنما هى قاعدة تتفق مع طبيعة التقادم المسقط وتستعصى على طبيعة التقادم المكسب، ومن ثم لا مجال لتطبيقها على التقادم المكسب – على أنه من الممكن أن نتصور، وإن كان ذلك فرضاً بعيد الوقوع، أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه فى حالة تغيير المستأجر صفة حيازته وتحويلها إلى حيازة أصيلة، تكون مدة التقادم عشرين سنة مثلا، فيكون هذا الاتفاق باطلا، كما يكون باطلا الاتفاق على النزول أصلا عن التقادم فى مثل هذا الفرض (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص٩٧٤).

(٣) وكذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل مدة التقادم المكسب القصير وهى خمس سنوات، فلا يجوز الاتفاق على جعلها مدة أطول ولا على جعلها مدة أقصر.

واعتبر مدة التقادم، التى حددها القانون بخمس عشرة سنة فى التقادم المكسب الطويل، ملزمة للطرفين فلا يجوز لهما أن يتفقا على تعديلها. فتكون مدة التقادم إذن من النظام العام، ولا يجوز أن يترك تحديدها لمشيئة الأفراد. ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم المكسب الطويل، وهى خمس عشرة سنة، إلى عشر سنوات أو خمس مثلا، لم يعتد بهذا الاتفاق، بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة. وإذا اتفق الطرفان على إطالة المدة إلى عشرين سنة مثلا أو خمس وعشرين، كان هذا الاتفاق باطلا، وتبقى مدة التقادم خمس عشرة سنة كما حددها القانون(١).

على أن ما قررناه من عدم جواز الاتفاق على إطالة مدة التقادم المكسب الطويل لا يمنع من أن هذه المدة قد تطول فعلا بطرق أخرى. فإذا وقف سريان التقادم، طالت مدته بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان. وإذا انقطعت مدة التقادم، طال التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وهى المدة التى أصبحت لا يعتد بها، وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر. وقد تطول المدة على هذا الوجه، من الناحية العملية، إلى ثلاثين سنة أو إلى أربعين أو إلى أكثر من ذلك(٢).

٣٨١- كيفية حساب مدة التقادم: رأينا(٣) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، فوجب الرجوع فى هذا الشأن إلى المادة ٣٨٠ مدنى، وهى تنص على أن «تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها». فتحسب إذن مدة التقادم المكسب الطويل، وهى خمس عشرة سنة كما قدمنا، بالأيام لا بالساعات. ذلك أننا لو حسبنا المدة بالساعات، لاقتضى الأمر أن تعرف فى أية ساعة على وجه الدقة بدأ سريان التقادم، وهذا أمر تتعذر معرفته(٤). فوجب إذن حساب المدة من يوم إلى يوم، ابتداء من منتصف الليل إلى منتصف الليل التالى، وفقاً للتقويم الميلادى(٥). ويقتضى هذا عدم حساب اليوم الأول، لأنه يكون يوماً ناقصاً أو هو جزء من يوم(٦). فالحساب بالأيام يقتضى إذن إغفال اليوم الناقص، ثم حساب مدة التقادم يوماً فيوماً، حتى نصل إلى منتصف الليل من اليوم الذى تتم به عدة التقادم خمس عشرة سنة كاملة، ولا يتم التقادم

---

(١) أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦١٢ وفقرة ٦٥٨.

(٢) أنظر فى هذه المسألة الوسيط ٣ فقرة ٦٥٩.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص٧٠٨.

(٥) استئناف مصر ٣ أبريل سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٢٧ ص٣١.

(٦) استئناف مختلط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٧٨.

إلا عند منتصف هذا الليل. ولذلك تقول المادة ٣٨٠ مدنى كما رأينا: «ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها». فإذا بدأ سريان التقادم المكسب الطويل يوم ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ مثلا، فإن التقادم يكتمل عند منتصف الليل الذى يفصل ما بين يوم ٥ فبراير سنة ١٩٦٥ و٦ فبراير سنة ١٩٦٥(١).

ويدخل فى الحساب ما يتخلل هذه الأيام من مواسم وأعياد، وإذا كان التقادم لا يكتمل إلا بانقضاء آخر يوم منه، فإنه يقع صحيحاً ما يتخذ من الاجراءات بشأن قطع التقادم فى هذا اليوم. فإن هذا اليوم الأخير يوماً من أيام الأعياد أو المواسم، وتعذر اتخاذ إجراء فيه لقطع التقادم، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء، ولا يكتمل التقادم بانقضاء هذا اليوم دون أن يتخذ المالك إجراء يقطع به سريان التقادم(٢).

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص على حساب مدة التقادم بالتقويم الهجرى، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق حيث كان القضاء يحسب مدة التقادم وهى مأخوذة من الشريعة الإسلامية بالتقويم الهجرى(٣). ولكن التقنين المدنى الجديد حذف النص على الحساب بالتقويم الهجرى، فوجب الحساب بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام المادة ٣ مدنى وتنص على أن «تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك»(٤).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ ص٤٤٨- وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ .

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤ - ويذهب أكثر الفقهاء إلى عكس ذلك، وإلى أن التقادم يكتمل باقتضاء اليوم الأخير ولو كان يوم عطلة (لوران ٣٢ فقرة ٢٥٥- جيوار فقرة ٨٨- ترولون ٢ فقرة ٨١٦- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٢ وص٤٤٨- بودرى وتيسييه فقرة ٥٨٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٩ ص٧٠٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٧ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٦٦ ص٦٩- شفيق شحاتة فقرة ٢٩٠ ص٢٩٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص٢٧٦- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢١). هذا وقد اعتمدنا على الرأى الذى نقول به فى المتن على أن التقادم يوقف سريانه بالقوة القاهرة إذا كان آخر يوم فيه هو يوم عطلة، إذ يتعذر اتخاذ إجراء قضائى فى هذا اليوم لقطع التقادم (أنظر من هذا الرأى عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٧- عبد الحى حجازى فى النظرية العامة للالتزام ٣ ص٣٣٠).

(٣) استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٢٨ ص٨٤٩ - ١٦ يونيه سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١٥٠ ص٢٧١- ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص٧٦٢ - ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١١٦ ص٢٣٨.

(٤) أنظر الوسيط ١٠ فقرة ٦١٤ - وقد يقع أن يكون مدة التقادم الطويل قد اكتملت بحسب التقويم الهجرى قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد، أى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فيتمالتقادم ويكسب=

٣٨٢- بدء سريان مدة التقادم: وينبني على ما قدمناه أن مدة التقادم يبدأ سريانها من اليوم التالي لليوم الذى بدأت فيه الحيازة، أى فى منتصف الليل الذى يعقب مباشرة اليوم الذى بدأت فيه الحيازة. فقد قدمنا أن اليوم الذى بدأت فيه الحيازة فعلا هو بالضرورة يوم ناقص أو هو جزء من يوم، فلا يحسب Dies a quo non computatur in termino(١).

٣٨٣- بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف: فإذا كان الحق محل الحيازة حق ملكية معلقاً على شرط واقف، وجب تطبيق المادة ٣٨١ مدنى الواردة فى التقادم المسقط، إذ أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى كما رأينا(٢) بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة، ويدخل فى حساب المدة تحديد بدء سريانها(٣). وقد نصت المادة ١/٣٨١ و٢ فى خصوص التقادم المسقط على أنه «١- لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء. ٢- وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل».

فإذا طبقنا هذه الأحكام على التقادم المكسب، ترتب على ذلك أن المالك تحت شرط واقف لا يسرى فى حقه التقادم المكسب إلا من وقت تحقق الشرط. فقبل تحقق الشرط لم

=الحائز ملكية العقار أو المنقول، حتى لو لم تكن المدة قد اكتملت بحسب التقويم الميلادى. أما إذا كانت مدة التقادم المكسب الطويل لم تكتمل بالتقويم الهجرى قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فإن التقادم يستمر سارياً، ولكن تحسب المدة من أولها بالتقويم الميلادى تطبيقاً لأحكام التقنين المدنى الجديد. فلو أن المدة التى انقضت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كانت خمس عشرة سنة هجرية إلا يوماً واحداً، فان التقادم فى هذه الحالة يحسب من أوله بالتقويم الميلادى. ويبقى على اكتمال المدة، لا يوم واحد فحسب، بل هذا اليوم مضافاً إليه عدد آخر من الأيام هو الفرق ما بين خمس عشرة سنة ميلادية وخمس عشرة سنة هجرية. فتكون المدة الباقية لاكتمال التقادم فى هذه الحالة التى نحن بصددها هى مائة وتسعة وستون يوما بدلا من يوم واحد، إذا حسبنا فى الخمس العشرة سنة ميلادية ثلاث سنوات كبيسة على الأقل (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٤).

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٥ ص٧٠٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص٥٨٨ وهامش ١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٠ ص٩-١ هامش ٢ (ويقتصر على التساؤل دون أن يبت فى المسألة).

يكن حق المالك نافذاً وإن كان موجوداً، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده(١). فإذا باع شخص منزلا لمشتر تحت شرط واقف، أو أوصى بالمنزل لشخص معلقاً الوصية على شرط واقف، كان المشترى أو الموصى له مالكاً للمنزل تحت شرط واقف. فإذا وضع الغير يده على المنزل قبل تحقق الشرط الواقف بنية تملكه، أمكن لواضع اليد أن يتملك المنزل بالتقادم المكسب. ولكن بدء سريان التقادم لا يكون من وقت الحيازة، بل من وقت تحقق الشرط الواقف حيث تكون الملكية نافذة، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذها(٢).

ومثل الحق المعلق على شرط واقف الحق المقترن بأجل. فإذا كان لشخص حق انتفاع فى منزل يؤول إليه بعد انقضاء زمن معين، كان حق الانتفاع هذا مقترناً بأجل. فإذا وضع شخص يده على حق الانتفاع المؤجل أمكن أن يتملكه بالتقادم، ولكن لا يبدأ سريان التقادم وقت وضع اليد وقبل حلول الأجل، لأن الحق لم يكن نافذاً فى هذا الوقت وإن كان موجوداً. وإنما يبدأ سريان التقادم فى الفرض الذى نحن بصدده من وقت حلول الأجل الواقف حيث يصبح حق الانتفاع نافذاً، فيبدأ سريان التقادم من وقت نفاذه(٣).

---

(١) الوسيط ٣ فقرة ٦١٦– استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٣٠٢– وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم، بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط فاسخ، من وقت وجود الحق لأنه يكون نافذاً من وقت وجوده (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٦ ص١٠٦٣).

(٢) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٣– ولا يقال إن الشرط الواقف إذا تحقق كان لتحقيقه أثر رجعى فيعتبر المالك تحت شرط واقف مالكاً منذ وجود الشرط لا منذ تحققه، فان الأثر الرجعى للشرط ليس إلا من قبيل الافتراض أو المجاز (ficrion) وليس للافتراض أو المجاز قوة الحقيقة، ومن ثم لا ينفذ حق المالك تحت شرط واقف إلا بتحقق الشرط ومن وقت تحققه، والعبرة فى بدء سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده. فالقاعدة إذن هى أن يبدأ سريان التقادم من وقت نفاذ الحق، إذ أن صاحب الحق لم يكن يستطيع المطالبة به قبل استحقاقه. وينبغى أن يكون المالك فى خلال مدة التقادم قادراً على المطالبة بحقه ولم يفعل، فيتقادم، الحق جزاء له على إهماله (أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦١٥).

(٣) ويذهب القضاء فى فرنسا إلى هذا الرأى، فلا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق المعلق على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط، وبالنسبة إلى الحق المقترن بأجل واقف إلا من وقت حلول الأجل. وعنده أن التقادم المكسب لا يقوم على الحيازة فحسب، بل أيضاً على إهمال المالك فى المطالبة بحقه، ولا يكون المالك مهملا إذا هو لم يطالب بحقه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل إذ أنه كان لا يستطيع المطالبة بحقه فى ذلك الوقت. أما القول بأن المالك كان يستطيع، قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل أن يتخذ إجراءات تحفظية ومنها قطع التقادم، فيمكن الرد عليه بأن الدائن تحت شرط واقف أو لأجل واقف كان يستطيع هو أيضاً اتخاذ هذه الإجراءات التحفظية، ومع ذلك فلا نزاع فى أن سريان التقادم بالنسبة إليه لا يبدأ إلا من وقت تحقق الشرط أو من وقت حلول الأجل. أنظر =

٣٨٤- بدء سريان مدة التقادم بالنسبة إلى الحقوق الاجتماعية: قدمنا(١) أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه عنصر من عناصره الجوهرية، والوصف في الحق الاحتمالي هو بالذات نقصان هذا العنصر الجوهري. والفرق بين الحق الاحتمالي والحق المعلق على شرط واقف أنه يمكن تصور قيام الحق المشروط دون الشرط إذ أن الشرط أمر عارض، أما الحق الاحتمالي فحق ينقصه عنصر من العناصر الجوهرية حتى يكون حقاً كاملا كما سبق القول فلا يمكن تصور قيام هذا الحق الكامل دون استكمال هذا العنصر الجوهري. ومن أمثلة الحق الاحتمالي حق الموصى له قبل أن يموت الموصي، فلا يكون للموصى له قبل موت الموصي إلا حق احتمالي قد نقصه عنصر من العناصر الجوهرية لتكوينه وهو موت الموصي، ولا يعتبر هذا الموت شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق. ومن أمثلة الحق الاحتمالي أيضاً حق الموعود له بالبيع، فهذا الحق لا يوجد ولا يستكمل عناصره الجوهرية إلا إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء، ولا يعتبر إبداء الرغبة شرطاً بل هو عنصر من عناصر الحق.

=في هذا المعنى في القضاء الفرنسي: نقض فرنسي ٤ مايو سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦-١-٢٥٥- ٢٨ يناير سنة ١٨٦٢ داللوز ٦٢-١-٨٩- ٩ يوليه سنة ١٨٧٩ داللوز ٧٩-١-٣٤٣ - ٨ يناير سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٠- ١-٢٢٤- ٢٦ أكتوبر سنة ١٩١٥ سيريه ١٩٢٠-١-٦. وقد صدر حكم يقضي بأنه إذا باع صاحب حق الانتفاع العين المنتفع بها، انتفاعاً ورقبة، فإن المشترى يستطيع أن يتملك الرقبة بالتقادم، ويبدأ سريان التقادم من وقت وضع المشترى يده على العين حتى قبل انقضاء حق الانتفاع (ليموج ١٧ يونيه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٧- ٢-٣٠١). وهذا الحكم لا يتعارض مع القضاء السابق، فإن مالك الرقبة بملكها في الحال وليست ملكيته مقترنة بأجل هو انقضاء حق الانتفاع، ومن ثم يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الرقبة من وقت وضع اليد، ولا حاجة لتأخير سريانه إلى وقت انقضاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٧ ص٧٠٧ - أنسيكلوبيدى داللوز Prescription civile فقرة ١٠٩- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٨ ص٢٧٥).

أما الفقه في فرنسا فهو منقسم في هذه المسألة فهو منقسم في هذه المسألة. فهناك رأى يؤيد القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٦ ص٧٠٤- ص٧٠٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٤ - بيدان ٤ فقرة ٧٧١ ص٨٨٥- ص٨٥٦- كولان وكابيتان ودى لاموراندييير ١ فقرة ١١٩٣). وهناك رأى آخر يعارض القضاء الفرنسي ويذهب إلى أن التقادم يبدأ سريانه، بالنسبة إلى الحق المعلن على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف، من وقت وضع اليد ولا يتأخر بدء السريان إلى وقت تحقق الشرط أو حلول الأجل (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٣ ص٤٥٣- بودرى وتيسييه فقرة ٣٩٦ وما بعدها. بفنوار ص٣٩٩ وما بعدها). وهناك من الفقهاء من يكتفى بعرض رأى القضاء والفقه في المسألة دون أن يتخذ موقفاً فيها (مازو فقرة ١٤٩٤ - مارتى ورينو فقرة ١٩٢ ص٢٠٧ كاربونييه ص٢١٣). وانظر في المسألة أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ١٠٥ - فقرة ١١٠.

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ١٦.

وإذا كان الحق المعلق على شرط واقف والحق المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليهما إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجل، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذاً، فأولى أن يكون ذلك بالنسبة إلى الحق الاحتمالى. ومن ثم لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى الحق الاحتمالى إلا من وقت استكماله لجميع عناصره الجوهرية، وصيرورته حقاً موجوداً نافذاً. وعلى ذلك لا يبدأ سريان التقادم فى العين الموصى بها بالنسبة إلى الموصى له إلا من وقت موت الموصى، ففى هذا الوقت فقط يوجد حق الموصى له وينفذ إذ يستكمل عناصره الجوهرية. وكذلك لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى حق الموعود له بالبيع إلا من وقت إبداء رغبته فى الشراء، ففى هذا الوقت فقط يوجد حقه وينفذ باستكمال عناصره الجوهرية(١).

٣٨٥- القرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها - نص قانونى: تنص المادة ٩٧١ مدنى على ما يأتى:

«إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على العكس»(٢). وهذا النص

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٩٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٥٥ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ فقرة Prescription civile فقرة ١١١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١١٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٨٤ ص٢٧٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٨٨ ص٥٨٩- ص٥٩٠- عكس ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٤١٤ وما بعدها.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة. ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت لهذا السند، ما لم يقم الدليل على غير ذلك». ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٦ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٣. وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو الشهود أو السندات»، فأصبح النص، تحت رقم ٩٧١، مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٠- ص٥٠١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٤/٧٨: من أثبت وضع يده على عقار أو حقوق عينية مدة معينة، وكان واضعاً يده فى الحال، فالمتوسط بين المدتين يعتبر وضع يد له، ما لم يثبت ما ينافى ذلك.

(وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد). =

يماثل المادة ٢٢٣٤ من التقنين المدنى الفرنسى، وهى تنص على أن «الحائز الحالى الذى يثبت أنه قد حاز فى وقت سابق يفترض فيه أنه قد حاز فى الفترة المتوسطة ما بين الزمنين، إلا إذا ثبت عكس ذلك». وهذه القاعدة كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم، نقلها واضعوا التقنين المدنى الفرنسى عن Dunod وهو فقيه معروف من فقهاء القانون الفرنسى القديم المتأخرين، ويعبر عنها بالعبارة اللاتينية الآتية (Probatis extremis media praesumuntur).

فيكفى الحائز إذن، ليثبت أن حيازته دامت خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم المكسب الطويل، أو دامت خمس سنوات وهى مدة التقادم المكسب القصير(١)، أن يثبت أنه يحوز العين حالا، وأنه قد حازها بنفسه أو بواسطة سلف له فى زمن سابق يرجع إلى خمس عشرة سنة أو خمس سنوات من قبل. وعند ذلك يقيم القانون قرينة قانونية على أن الحيازة بقيت مستمرة فى الفترة ما بين الزمنين، أى بقيت مستمرة طوال مدة الخمس العشرة سنة أو طوال مدة الخمس السنوات بحسب الأحوال. وعلى ذلك يكون الحائز قد أثبت، بفضل هذه القرينة القانونية، على أنه بقى حائزاً طوال المدة اللازمة للتقادم. ولكن هذه القرينة القانونية قرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز للمالك أن يدحضها بأن يثبت بجميع طرق الإثبات أن الحيازة لم تستمر فى الفترة ما بين الزمنين بأن انتزعت من الحائز مثلا أو تخلى عنها، أو يثبت أن الحيازة وإن استمرت فعلا فى الفترة ما بين الزمنين إلا أنها قد شابها عيب من عيوب الحيازة فجعلها غير صالحة لأن تؤدى إلى التملك بالتقادم(٢).

والواجب، حتى تقوم القرينة القانونية سالفة الذكر، أن يثبت الحائز أمرين: (١) أنه

=ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩٢٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٥ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٩٥ (مطابق).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٩: إن وضع اليد الثابت وقوعه بزمن معين، ووضع اليد الحالى، يرجحان قيام اليد فى الفترة الواقعة بينهما، ما لم يثبت خلاف ذلك.

(وحكم القانون اللبنانى يتفق مع حكم التقنين المصرى).

(١) أو دامت سنة واحدة وهى المدة اللازمة فى بعض دعاوى الحيازة.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص٥٠٧- ص٥٠٨- بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٥ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٥- وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٨- استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٥٠.

حائز للعين حالا، حيازة مستوفية لجميع شرائطها أى خالية من العيوب، بأن تكون الحيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة. واستمرار الحيازة معناه أن تكون الحيازة قد استقرت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفى لاعتبارها مستمرة، وليس من الضرورى أن تكون هذه المدة سنة فأية مدة يمكن أن يستخلص منها استمرار الحيازة وانتظامها تكفى(١). ويستطيع الحائز أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات، بما فى ذلك البينة والقرائن والمعاينة، لأنه إنما يثبت واقعة مادية. (٢) وأنه قبل خمس عشرة سنة أو قبل خمس سنوات، كان هو أو سلفه من مورث أو موص أو بائع أو نحو ذلك يحوز العين هذه الحيازة المستوفية للشروط، أى حيازة ظاهرة هادئة غير غامضة مستمرة، ويكفى فى الاستمرار هنا أيضاً أن تكون الحيازة قد دامت منتظمة على الوجه المألوف مدة تكفى لاعتبارها مستمرة، وليس من الضرورى أن تكون قد استمرت سنة كاملة(٢). ويستطيع الحائز هنا أيضاً أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات. ولابد أن يثبت الحائز كلا من الأمرين المتقدمى الذكر، ولا يغنى إثبات أحدهما عن إثبات الآخر. فاثبات الحيازة السابقة لا يغنى من وجود الحيازة الحالية، كما أن إثبات الحيازة الحالية لا يفترض وجود الحيازة السابقة(٣).

وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٧١ مدنى سالفة الذكر يتضمن فقرة ثانية تجرى على الوجه الآتى: «ولا يعتبر قيام الحيازة فى الحال قرينة على قيامها فى وقت سابق، إلا إذا كان لدى الحائز سند يعطيه الحق فى الحيازة. ويعد فى هذه الحالة حائزاً من بدء التاريخ الثابت بهذا السند، ما لم يقم الدليل على غير ذلك»(٤). فكان إثبات الحيازة الحالية، طبقاً لهذا النص، يفترض وجود الحيازة السابقة، بشرط أن يكون لدى الحائز سند كعقد شراء يعطيه الحق فى الحيازة، وبشرط أن يكون هذا السند ثابت التاريخ. فإذا توافر هذان الشرطان افترض وجود حيازة سابقة من بدء التاريخ الثابت للسند، ما لم يقم الدليل

---

(١) ونرى أن القرينة القانونية تكون قائمة، حتى لو كان الحائز قد انتزعت منه الحيازة بحيث لا يستطيع إثبات أنه الحائز الحالى، وحتى لو لم يسترد هذه الحيازة فى خلال السنة. فمتى أثبت أنه كان حائزاً فى وقت معين ولو لم يكن حائزاً حيازة حالية، واثبت أنه كان حائزاً أيضاً فى وقت أسبق أيا كان هذا الوقت، قامت القرينة القانونية على استمرار الحيازة فى الفترة ما بين هذين الوقتين.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٢١٥.

(٣) وإثبات قيام الحيازة فى وقت معين وقيامها حالا من مسائل الواقع، يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص٩٩- ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص٧٩٢- ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٥ ص٩١٢- ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٧ ص٣٥٠- بودرى وتيسييه فقرة ٢٤ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٤٩).

(٤) أنظر آنفاً ص١٠٢٠ هامش ٢.

على غير ذلك. ومتى افترض وجود الحيازة السابقة ولم يقم دليل عكسى، افترض أيضاً افتراضاً قابلا لإثبات العكس استمرار الحيازة من بدء التاريخ الثابت للسند إلى وقت قيام الحيازة الحالية وفقاً للقرينة القانونية التى تقدم ذكرها(١). ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة الثانية «اكتفاء بالقواعد العامة فى وسائل إثبات الحيازة بالقرائن أو بالشهود أو بالسندات»(٢). وينبنى على حذف هذا النص أن وجود سند ثابت التاريخ يعطى الحق فى الحيازة لا يكون قرينة قانونية على قيام الحيازة وقت هذا التاريخ الثابت، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون قرينة قضائية يأخذ بها القاضى أو لا يأخذ، وهى على كل حال قرينة قابلة لإثبات العكس(٣).

٣٨٦- ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين: ويقع فى العمل ألا يكون شخص واحد هو الذى حاز العين، وبقى بشخصه حائزاً لها مدة خمس عشرة سنة فملكها بالتقادم المكسب الطويل. بل يحدث كثيراً أن عدة أشخاص يتعاقبون على حيازة العين، فيعقب الوارث المورث، أو يعقب المشترى البائع، وعندئذ يكون هناك مجال لضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف حتى يبلغ مجموع المدد خمس عشرة سنة، وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل.

وقد سبق أن ميزنا فى هذا الصدد بين الخلف العام والخلف الخاص، وبينا كيف تضم المدد فى كل من الحالتين(٤).

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «بل إن قيام الحيازة حالا، إذا كان لدى الحائز سند يعطى الحق فى الحيازة، قرينة على قيامها فى وقت سابق هو بدء التاريخ الثابت لهذا السند، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ويتبين من هذا أن الحائز إذا قدم لإثبات حيازته عقد بيع مثلا ثابت التاريخ منذ خمس عشرة سنة، فيكفى هذا العقد قرينة على أنه حاز منذ خمس عشرة سنة، وأنه مستمر فى حيازته إلى اليوم، وعلى خصمه أن يثبت العكس إذا ادعاه. وفى هذه القرائن تيسير عظيم لإثبات الحيازة، بدءا واستمرارا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٨).

(٢) أنظر آنفاً ص١٠٢٠ هامش ٢.

(٣) أنظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٧ ص٥٠٨- بودرى وتيسييه فقرة ٢٤٨ ص١٩٨.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧- فقرة ٣٠٧- وقد رأينا (أنظر آنفاً فقرة ٢٩٧) أن المادة ٩٥٥ مدنى تنص على أن «١- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان فى حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته. ٢- ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر. هذا ويجب على من يريد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص٥٣٢).

ففيما يتعلق بالخلف العام، سبق أن قررنا[1] أن الوارث يستطيع أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه(1). فإذا كان المورث سيء النية فانتقلت الحيازة مقترنة بسوء النية إلى الوارث ولو كان هذا الأخير حسن النية، فإن الوارث يستطيع أن يكسب ملكية العين بالتقادم المكسب الطويل إذا ضم مدة حيازة مورثه، ولتكن خمس سنوات مثلا، إلى مدة حيازته هو إذا بلغت عشر سنوات على الأقل. وإذا كان المورث عنده سبب صحيح وكان حسن النية وقت حصوله عليه، فان الحيازة تنتقل إلى الوارث مقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح. فإذا كان المورث قد بقى حائزاً للعقار مدة سنتين، كان للوارث ولو كان سيء النية، إذا بقى حائزاً للعقار مدة ثلاث سنوات، أن يضم إليها مدة حيازة سلفه وهى سنتان، فيستكمل بذلك خمس السنوات اللازمة لتملك العقار بالتقادم المكسب القصير. وإذا كان المورث حسن النية وليس لديه سبب صحيح، وبقى حائزاً للعقار مدة ست سنوات مثلا، ثم إنتقلت الحيازة للوارث، فانها تنتقل إليه مقترنة بحسن النية ومجردة من السبب الصحيح كما كان الأمر فى شأن المورث. ولا يستطيع الوارث فى هذا الفرض أن يتملك العقار بالتقادم القصير لانعدام السبب الصحيح، ولا يبقى له إلا التملك بالتقادم الطويل، سواء بقى حسن النية أو ثبت سوء نيته بعد انتقال الحيازة إليه. وفى الحالتين يستطيع ضم مدة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١.

(1) لما كان الواقع الثابت فى الأوراق أن الطاعنتين قد أقامتا الدعوى الماثلة تأسيسا على ثبوت ملكيتهما لمنزل النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية عملا بالمادة ٩٦٨ من القانون المدنى وجرى دفاعهما أمام محكمة الموضوع بدرجتيها على أنهما اشترتاه بموجب عقدى البيع المؤرخين ١٩٧٥/٩/٢٩، ١٩٧٥/١٠/١ وأنهما وضعتا اليد عليه منذ ذلك الحين وحتى تاريخ رفع الدعوى فى ١٩٨٢/١٠/٢٨، بالإضافة إلى ضم حيازة البائعة لهما للمنزل – الثابتة اعتبارا من ١٩٦٠/٩/١ إلى حيازتهما، وكان الحكم الابتدائى مؤيدا بالحكم المطعون فيه لم يعنى بحث موضوع الدعوى حسب الوقائع المطروحة من الطاعنين على محكمة الموضوع ووفقا للأساس القانونى الذى تمسكتا به على النحو المتقدم وقضى برفض طلبهما على ما استخلصته المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتها من أن منزل النزاع تخلف عن المورث ويلزم لاكتساب الطاعنين ملكيته بالتقادم انقضاء مدة ثلاث وثلاثين سنة إعمالا للمادة ١/٩٧٠ من القانون المدنى التى تنص على أنه «وفى جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة» مع أن الدعوى الراهنة ليست من الدعاوى الناشئة عن الارث على ما سطرته الطاعنتان من وقائع وما استندتا إليه من أسانيد قانونية، وإذ قضى الحكم المطعون فيه على هذا الأساس الذى افترضه، فإنه يكون قد غير أساس الدعوى وأخطأ فى تكييف وخرج عن وقائعها بواقع جديد لم يكن مطروحا عليه بما يشوبه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه الأمر الذى حجبه عن بحث مدى توافر الشروط القانونية لتملك الطاعنتين لمنزل النزاع بوضع اليد عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية مما يعيب الحكم.

(جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٠ الطعن رقم ٢٩٦٢ لسنة ٦٣ق)

حيازة مورثه المقترنة بحسن النية إلى مدة حيازته هو سواء بقيت مقترنة بحسن النية أو أصبحت مقترنة بسوء النية، فيتملك بالتقادم الطويل إذا بقى حائزاً تسع سنوات أخرى إذ تضم إليها حيازة مورثه وهى ست سنوات(١).

وفيما يتعلق بالخلف الخاص، سبق أن قررنا(٢) أن له أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه(1)، أو أن يفصل ما بين الحيازتين ويتمسك باحداهما دون الأخرى، وذلك تبعا لما يرى له من المصلحة فى ذلك. فإذا كان السلف سئ النية وبقى حائزاً للعين مدة عشر

---

(١) وقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٣٠١) أنه إذا كان المورث سئ النية وقت حصوله على السبب الصحيح، فان الحيازة تنتقل إلى وارثه مقترنة بسوء النية، ولا يجديه بعد ذلك أن يثبت حسن نيته. وعلى ذلك لا يستطيع الوارث أن يتملك فى هذا الفرض إلا بالتقادم الطويل، وله أن يضم مدة حيازة مورثه إلى مدة حيازته حتى يستكمل مدة التقادم الطويل.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٧.

(1) أ- الأصل فى الحيازة أنها لصاحب اليد يستقل بها ظاهرا فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فأنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى على أنه «يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه فى كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر» يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لاكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك، متى كانت الحيازة قد انتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه تسلما ماديا.

(جلسة ١٩٩٦/١/٢ الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٥٧ق «هيئة عامة»)

(جلسة ١٩٩٤/٦/٢ الطعن رقم ٢٩٢ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٩١/٧/٢٥ الطعن رقم ٢٤٨٣ لسنة ٥٩ق)

(جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٣ق)

(جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٦ق س٣٠ ج٢ ص٢٠٢)

(جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ الطعن رقم ٧٥ لسنة ٣٧ق س٢٢ ح٢ ص١١٠٧)

(جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣٤ق س١٩ ج١ ص٤٥٤)

(جلسة ١٩٥٥/١١/١٧ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٢٢ق س٦ ج٤ ص١٤٨٧)

ب- لا يجوز للمشترى أن يتمسك قبل البائع له بتملك المبيع بالتقادم بضم مدة وضع يد سلفه إلى مدة وضع يده هو، غير أنه يستطيع ان يتمسك به قبل غير من باع له إذ غير من تلقى الحق ممن باع لهما فلا تناقض بين طلب المشترى قبل البائع له بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر منه وقبل غيره بتملكه العقار المبيع بالتقادم.

(جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ق)

سنوات مثلا، ثم باع العين إلى مشتر هو أيضاً سيء النية، فللمشترى أن يتملك العين بالتقادم الطويل إذا هو بقى حائزاً لها مدة خمس سنوات أخرى إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه. وإذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح، وبقى حائزاً للعقار مدة سنتين، ثم نقل الحيازة إلى المشترى وكان هذا أيضاً حسن النية، فللمشترى أن يتملك العقار بالتقادم القصير إذا هو بقى حائزاً له مدة ثلاث سنوات أخرى، إذ يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه. وإذا كان البائع سيء النية، وبقى حائزاً للعقار مدة أربع عشرة سنة مثلا، ثم باع العقار إلى مشتر حسن النية، فالمشترى يستطيع أن يتملك بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً للعقار مدة خمس سنوات. ولكنه في هذا الفرض يفضل أن يتملك بالتقادم الطويل، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يتملك العقار إذا بقى حائزاً له مدة سنة واحدة بدلا من خمس سنوات، لأنه يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه. وإذا فرضنا العكس وكان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح، ولكنه لم يحز العقار إلا مدة أربع سنوات فقط، ثم باعه إلى مشتر سيء النية يعلم أن العقار ليس مملوكاً للبائع، فان المشترى لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم القصير لأنه سيء النية. ولكنه يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم الطويل، فإذا هو حازه إحدى عشرة سنة أخرى استطاع أن يضم إليها مدة حيازة البائع وهى أربع سنوات فيستكمل بها مدة التقادم الطويل. وللخلف الخاص أن يفصل ما بين حيازة سلفه وحيازته هو، ويتمسك باحداهما دون الأخرى وذلك تبعاً لمصلحته. فله أن يتمسك بحيازته هو وحدها، وأن يسقط حيازة سلفه. ويتحقق ذلك فيما إذا كان البائع سيء النية وحاز العقار لمدة ست سنوات مثلا، ثم باعه إلى مشتر حسن النية بقى حائزاً له مدة خمس سنوات. فهنا يستطيع المشترى أن يتملك العقار بالتقادم القصير، ولا يحتاج فى ذلك إلا إلى التمسك بحيازته هو، دون حيازة البائع. أما إذا أراد ضم حيازة البائع سيء النية، فلا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل، فيحتاج إلى حيازة مدتها تسع سنوات بدلا من خمس، ولذلك يفضل أن يتمسك بحيازته هو المقترنة بحسن النية وبالسبب الصحيح دون حيازة البائع المقترنة بسوء النية[1]. وله أن يتمسك بحيازة سلفه دون حيازته

= جـ- قيام المطعون ضدهما الثالث والرابع ببيع أرض النزاع للمطعون ضده الثانى ثم إعادة بيعها إلى المطعون ضده الأول الذى باعها إلى الطاعنين. أثره. عدم جواز تمسك أيا من المطعون ضدهما الأول والثانى قبل الآخر بضم حيازة السلف المشترك إلى حيازته. مؤداه. تمسك الطاعنين بضم حيازة البائعين لسلفهم إلى حيازتهم توصلا لاكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة. دفاع غير جوهرى. التفات الحكم المطعون فيه عنه. لا عيب.

(جلسة ٢٠٠٠/٦/١١ الطعن رقم ٢٠٠٠ لسنة ٦٣ق)

(١) استئناف وطنى ١١ أكتوبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٤٧ ص٤٣- أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص٢٧٣.

هو إذا كانت له مصلحة فى ذلك. وتتحقق هذه المصلحة إذا كان البائع حسن النية ولديه سبب صحيح، وكان المشترى سيء النية. فإذا كانت مدة حيازة البائع قد بلغت خمس سنوات وبلغت مدة حيازة المشترى ثماني سنوات، فان من مصلحة المشترى أن يتمسك بحيازة البائع وحدها وأن يسقط حيازته هو. فقد بلغت حيازة البائع خمس سنوات وهو حسن النية ولديه السبب الصحيح وهذا كاف لتملك العقار بالتقادم القصير، فتخلص للمشترى ملكية العقار نقلا عن البائع كما خلصت له حيازته. أما إذا أراد المشترى أن يتمسك بمدة حيازته المقترنة بسوء النية، فانه لا يستطيع أن يتملك إلا بالتقادم الطويل، ولو ضم مدة حيازة البائع وهى خمس سنوات إلى مدة حيازته وهى ثماني سنوات، لنقصه سنتان حتى يكمل المدة خمس عشرة سنة. فمصلحته إذن فى هذا الفرض هى ألا يتمسك بحيازته، وأن يقتصر على التمسك بحيازة البائع.

٣- وقف التقادم المكسب وانقطاعه

(أ) وقف التقادم المكسب

(Suspension de la prescription)

٣٨٧- سريان قواعد التقادم المسقط على وقف التقادم المكسب فيما عدا حكما واحدا - نص قانونى: رأينا[١] أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بوقف التقادم مع مراعاة أحكام معينة. وقد قررت المادة ٩٧٤ مدنى حكماً يخالف فيه وقف التقادم المكسب وقف التقادم المسقط، فنصت على ما يأتى:

«أيا كانت مدة التقادم المكسب، فانه يقف متى وجد سبب لوقفه»[٢].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٢) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٤٩ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٦، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٥- ص٥٠٦).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: =

ويخلص مما تقدم أن قواعد التقادم المسقط فى وقف التقادم تسرى على وقف التقادم المكسب، فيما عدا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٨٢ مدنى فى شأن التقادم المسقط من أنه «لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية، أو فى حق الغائب، أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً». ويؤخذ من ذلك أن التقادم المسقط لا يوقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات، وقد رأينا أن التقادم المكسب على خلاف التقادم المسقط يوقف سريانه أيا كانت مدته كما يقضى بذلك نص المادة ٩٧٤ مدنى فيما قدمنا. ونستعرض فى ضوء ما تقدم قواعد وقف التقادم المسقط لنطبقها على وقف التقادم المكسب، مع مراعاة ما اختص به التقادم المكسب من هذا الحكم الخاص الذى أشرنا إليه(١).

٣٨٨ – القاعدة العامة فى وقف التقادم – القاعدة التقليدية التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه: وردت القاعدة العامة فى وقف التقادم، فى شأن التقادم المسقط، فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ مدنى، وتنص على ما يأتى: «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً. وكذلك لا يسرى التقادم فيما بين الأصيل والنائب»(٢). ويسرى هذا النص على التقادم

= **التقنين المدنى السورى** م٩٢٣ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى لا مقابل (ولكن وقت التقادم المسقط فى التقنين العراقى يقف أيا كانت مدة التقادم ولا يتقيد بتقادم مدته تزيد على خمس سنوات، وكذلك يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل.

(١) ويلاحظ أن وقف سريان التقادم غير تأخير سريان التقادم. فوقف سريان التقادم يفترض أن التقادم قد بدأ سريانه فعلا، ثم عرض من الأسباب ما يقف هذا السريان، وعند ذلك لا تحسب المدة التى وقف فيها سريان التقادم وتحسب المدة التى سبقت والمدة التى تلت. أما تأخير سريان التقادم فيفترض أن التقادم لم يبدأ سريانه، فهو إذن لا يقع إلا منذ البداية ولا يتصور وقوعه معترضاً سريان التقادم بعد أن بدأ، وذلك كتأخير سريان التقادم حتى يتحقق الشرط الواقف أو حتى يحل الأجل الواقف. أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٠.

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق فى الوسيط ٣ فقرة ٦٢١.

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٣٧٩ (مطابق – ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٢٢ مدنى سورى). =

المكسب بموجب المادة ٩٧٣ مدنى، فلا يسرى التقادم المكسب كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسرى التقادم المكسب فيما بين الأصيل والنائب.

وقد استحدث التقنين المدني الجديد على هذا الوجه تعديلا هاماً فى أسباب وقف التقادم، فبعد أن كانت هذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى التقنين المدنى السابق(١) أسوة بالتقنين المدنى الفرنسى، أصبحت فى التقنين المدنى الجديد سبباً عاماً يندرج تحته كثير من الأسباب، فكلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه يقف سريان التقادم، ولو كان هذا المانع أدبياً(1).

= **التقنين المدنى الليبى** م٣٦٩ (مطابق – ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ٩٧٧ مدنى ليبى).

التقنين المدنى العراقى م٤٣٥ (يوافق – ويسرى على التقادم المكسب بموجب المادة ١١٦٢ مدنى عراقى)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٦٦: لا يسرى مرور الزمن، فى المسائل العقارية، لا على الغائبين ولا على فاقدى الأهلية بمقتضى القانون.

(١) وبالرغم من ذكر أسباب وقف التقادم فى التقنين المدنى السابق على سبيل الحصر، فقد كان القضاء المصرى فى عهد هذا التقنين يتوسع فى هذه الأسباب توسع القضاء الفرنسى. فقد قضت محكمة النقض بأن التقادم يقف كلما استحال على صاحب الحق، مادياً أو قانونياً، أن يطالب بحقه، فهو يقف بالنسبة إلى كل صاحب حق حالت بينه وبين المطالبة بحقه قوة قاهرة (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩ ص٣٧).

فالتقنين المدنى الجديد لم يفعل إلا أن قنن القضاء المصرى فى هذا الشأن. وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م٦١ ص٦٣.

(1) النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدنى على أنه «لا يسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيا ...» يدل وعلى ما ورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدنى وجرى به قضاء محكمة النقض – على أن المشرع نص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إن كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ان كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب ولو كان المانع أدبيا ولم ير المشرع ايراد الموانع على سبيل الحصر بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، والمانع من المطالبة الذى يقف به سريان التقادم كما يكون مرجعه أسباب تتعلق بشخص الدائن قد يرجع إلى ظروف عامة يتعذر معها عليه المطالبة بحقه.

(جلسة ٢٠٠١/٦/١٧ الطعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ق)

(جلسة ١٩٩٣/١١/٢٦ الطعن رقم ٤٠٨٠ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٩/٢/٢٤ جلسة ٣٦٩ لسنة ٥٦ق ولم ينشر) =

وقد أخذ التقنين المدنى الجديد فى ذلك بقاعدة تقليدية كانت معروفة فى القانون الفرنسى القديم ولا يزال القضاء الفرنسى يأخذ بها على خلاف الفقه الفرنسى، وهى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه contra non valentem agere non currit proesciptio. فأى مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سبباً فى وقف سريانه.

٣٨٩- موقف الفقه الفرنسى والقضاء الفرنسى من القاعدة التقليدية: لم ينقل التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة التقليدية، بل هو قد عدد أسباب وقف التقادم، وقرر فى المادة ٢٢٥١ منه أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون.

وعلى ذلك يأبى الفقه الفرنسى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة، فلا يسلم بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه. ويحتج لذلك بأن هذه القاعدة التقليدية إنما قامت فى القانون الفرنسى القديم على أساس أن التقادم إنما وجد لعقاب صاحب الحق المهمل، فإذا ثبت أنه لم يهمل بل تعذر عليه أن يطالب بحقه فلا محل إذن للتملك ضده بالتقادم. وكان الفقهاء الأولون الذين قالوا بهذه القاعدة فى القانون الفرنسى القديم يقصرونها على الموانع القانونية التى تحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه، ولكن ما لبثت القاعدة أن اتسعت حتى شملت الموانع القانونية والموانع المادية جميعاً، فانطوى فى القاعدة جميع الأحوال التى يتعذر فيها على صاحب الحق أن يطالب بحقه، من قصر وجنون وحجر وقيام حرب وانقطاع مواصلات وغيبة منقطعة وجهل بالحق وقوة قاهرة وغير ذلك. وكان للقانون الكنسى، وهو ينزع إلى التضييق من نطاق التقادم، أثر كبير فى توسيع القاعدة. ويذهب الفقه الفرنسى إلى أن التقنين المدنى الفرنسى أراد القضاء على هذه القاعدة القديمة بما تجره من اضطراب ومنازعات، فنص فى المادة ٢٢٥١ منه على أن التقادم يسرى فى حق كل شخص إلا إذا كان الشخص مستثنى بموجب نص فى القانون. فأسباب وقف التقادم إذن مذكورة، فى نظر الفقه الفرنسى، على سبيل الحصر فى نصوص القانون، وليست متفرعة عن قاعدة عامة كالقاعدة سالفة الذكر. وأيا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، فان هذا المانع لا يكون سبباً لوقف التقادم إلا إذا ورد به نص صريح فى القانون. ويزيد الفقه الفرنسى على ما تقدم أن التقادم لم يعد

=(جلسة ١٩٨٤/١٢/٦ س٣٥ ص١٩٨٧)

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٥ س٣٠ ج١ ص٥٣٩)

(جلسة ١٩٦٦/١٢/٨ س١٧ ص١٨٦٥)

يقوم على فكرة عقاب صاحب الحق المهمل، وهى الفكرة التى تعتبر من أقوى المبررات للقاعدة التقليدية القديمة، بل يقوم التقادم على فكرة تثبيت الأوضاع القائمة ودعم الثقة المشروعة حتى يستقر التعامل. وهى فكرة يستوى عندها أن يقوم مانع يحول دون أن يطالب صاحب الحق بحقه أو لا يقوم، ففى الحالتين ينبغى أن يتملك الحائز بالتقادم العين التى يحوزها حتى تتوطد الثقة المشروعة وتستقر الأوضاع القانونية(١).

أما القضاء الفرنسى فلم يساير الفقه الفرنسى فيما ذهب إليه، بل قصر نص المادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى على أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى حالة الشخص كما هو ظاهر النص، فهذه الأسباب مذكورة على سبيل الحصر فى نصوص القانون. أما الأسباب التى لا ترجع إلى حالة الشخص، بل ترجع إلى ظروف خارجية، فهى غير مذكورة على سبيل الحصر، ويميل القضاء الفرنسى فى شأنها إلى تطبيق القاعدة التقليدية المشار إليها، فأى مانع خارجى يتعذر معه على صاحب الحق أن يقطع التقادم يكون سببا فى وقف سريانه. ويذهب القضاء الفرنسى إلى أن المقصود بالمادة ٢٢٥١ مدنى فرنسى هو القضاء على الامتيازات التى كان يتمتع بها بعض الأشخاص فى القانون الفرنسى القديم، كالكنيسة والهيئات العامة وأملاك التاج، فكان التقادم لا يجرى فى حقها أو يجرى تقادم أطول(٢). فقضى النص بأن التقادم يجرى فى حق كل شخص، دون تمييز بين شخص وآخر، ما لم يرد نص خاص يقف سريان التقادم بالنسبة إلى طائفة معينة من الأشخاص نظرا لحالة شخصية قائمة بها، كما وردت المادة ٢٢٥٢ مدنى فرنسى فى خصوص القصر والمحجورين. أما إذا كان المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه لا يرجع إلى حالة شخصية، فهذا أمر آخر لم تعرض له المادة ٢٢٥١. ويطبق القضاء الفرنسى القاعدة التقليدية القديمة فى هذا النطاق بعد أن يخرج الموانع التى ترجع إلى حالة شخصية فيجعلها خاضعة للمادة ٢٢٥١(٣). فعنده إذا تعذر على صاحب الحق أن يطالب بحقه، بسبب حرب أو غزو أو ثورة أو انقطاع المواصلات أو إقفال المحاكم أو غيبة منقطعة أو جهل

---

(١) أنظر فى هذا المعنى لوران ٣٢ فقرة ٣٧- هيك ١٤ فقرة ٤١٥ - بودرى وتيسييه فقرة ٣٦٧- فقرة ٣٦٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندييرا فقرة ١١٩٢ ص٩٧٠- ٩٧١. وقارن بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩ - ويذهب أوبرى ورو إلى الأخذ بالقاعدة التقليدية القديمة بشرط أن تكون مقصورة على الموانع القانونية وحدها، فلا يعتد بالموانع المادية أسباباً لوقف التقادم إلا إذا ورد بها نص صريح فى القانون (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ وهوامش ٢٩ إلى ٣٣).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٨ فى آخرها.

(٣) أنظر فى موقف القضاء الفرنسى من هذه المسألة بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٦ وفقرة ٧٤٢ ص٧٣٩ وفقرة ٧٤٣ ص٧٤١- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٦.

صاحب الحق بحقه مغتفرا أو غير ذلك، كان هذا كافيا لوقف سريان التقادم[1]. وهذا الاتجاه الذى سار فيه القضاء الفرنسى، ومن شأنه أن يخفف من حدة ما قد ينطوى عليه التقادم من إنكار لحقوق ثابتة، هو الذى أخذ به التقنين المدنى المصرى الجديد[2].

٣٩٠- موقف التقنين المدنى الجديد من القاعدة التقليدية: وقد كان التقنين المدنى المصرى السابق قد حذا حذو التقنين المدنى الفرنسى فى مصر أسباب وقف التقادم كما سبق القول[3]. ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد قد عدل عن هذه المحاذاة، وجعل التقادم يقف لا بالنسبة إلى ناقص الأهلية والمحجورين فحسب، ولا فيما بين الأصيل والنائب فحسب، بل بوجه عام يقف سريان التقادم كلها وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا[4]. فجاءت عبارة النص من حيث العموم والشمول بحيث تذكر بالقاعدة التقليدية فى القانون الفرنسى القديم، التى تقضى بأن يوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق أن يقطع سريانه[5].

---

(١) وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن التقادم لا يسرى فى حق من يستحيل عليه العمل بسبب مانع ناجم عن القانون أو عن الاتفاق أو عن القوة القاهرة، واستحالة العمل مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض (نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٥٣ سيريه ٥٥ -١-٥١١- ١٠ ديسمبر سنة ١٨٥٥ سيريه ٥٦-١-٤٢٩- ٢٧ مايو سنة ١٨٥٧ داللوز ٥٧ -١ -٢٩٠- ١٩ يوليه سنة ١٨٦٩ داللوز ٧٠-١-٧٥- ٣ يناير سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٢-١-٢٢- ٢٨ يونيه سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠-١-٣١٠- ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠-١-٦٥- ١٨ نوفمبر سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٥-١-١٠١- ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-٤٢٢). وانظر أيضاً فى قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية إكس ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢٢-٢-٤٦- باريس ١٦ مارس سنة ١٩٤٩ J.C.P. ١٩٤٩ - ٤٩٦٠.

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨.

(٤) أنظر المادة ١/٣٨٨ مدنى آنفاً فقرة ٣٨٨.

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فى صدد التقادم المسقط، ما يأتى: «بيد أن أهم جديد أتى به المشروع فى هذا الصدد هو النص بصفة عامة على وقف سريان التقادم إذا كان ثمة مانع يستحيل معه على الدائن أن يطالب بحقه فى الوقت المناسب، ولو كان هذا المانع أدبياً. ولم ير إيراد الموانع على سبيل الحصر - كالحرب وحالة الأحكام العرفية والأسر وصلة الزوجية والخدمة - على غرار ما فعلت بعض تقنينات أجنبية. بل عمم الحكم لتمشيه مع ما يقضى به العقل، ولا سيما أن ضبط حدوده من طريق التطبيق غير عسير. وتطبيقاً لهذا الحكم يقف سريان التقادم بين الزوج وزوجته ما بقيت الزوجية قائمة، وبين المحجور ومن ينوب عنه قانوناً ما بقى قائماً على الإدارة، وبين الشخص المعنوى ونائبه ما بقيت النيابة قائمة، وبين الموكل والوكيل فيما يدخل فى حدود التوكيل، وبين السيد والخادم طوال مدة التعاقد، لأن بين كل من أولئك وكل من هؤلاء على التوالى صلة تبعث على الاحترام والثقة أو الرهبة يستحيل منها على الدائن أدبياً أن يطالب بحقه. وتجدر الإشارة =

ويشفع للتقنين المدنى الجديد فى مسلكه هذا أنه، بعد أن أخذ مدة التقادم من الشريعة الإسلامية وجعلها خمس عشرة سنة وهى مدة لا تبلغ إلا نصف المدة المقررة فى التقنين المدنى الفرنسى، لم ير بأسا من أن تطول هذه المدة بالعذر الشرعى، وهو ما أخذت به الشريعة الإسلامية أيضا عندما قررت عدم جواز سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى. ذلك أن مدة التقادم والعذر الشرعى أمران يتلازمان، وقد أخذ التقنين الجديد فيهما معاً بأحكام الشريعة الإسلامية. وما العذر الشرعى إلا قيام المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه، والعذر الشرعى والمانع كلاهما يمكن تقريبه من القاعدة الفرنسية القديمة التى كانت تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه.

على أنه من المصلحة أن تضبط، من ناحية التطبيق، حدود المانع الذى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالبه بحقه، حتى لا يختل الأساس الذى قام عليه التقادم. فالتقادم إنما شرع لصيانة الأوضاع القائمة المستقرة، فلا يجوز إهدار هذه الصيانة، ويجب التشدد فى ضبط أسباب وقف التقادم. وقد ورد من هذه الأسباب، فى نص التقنين المدنى المصرى وفى المذكرة الإيضاحية وفى التقنينات الأجنبية نقص الأهلية والحجر، والعلاقة ما بين الأصيل والنائب، والعلاقة ما بين الزوجين، والعلاقة ما بين الأصول والفروع، والعلاقة ما بين الشخص المعنوى ومديره، والعلاقة ما بين المخدوم والخادم، وحالة ما إذا كان صاحب الحق غائبا غيبة اضطرارية فى سفر أو أسر أو نحو ذلك، وحالة اتحاد الذمة. وهذه كلها أسباب تتعلق بالشخص: شخص صاحب الحق كما فى القصر والحجر والغيبة والأسر واتحاد الذمة، أو العلاقة بينه وبين الحائز كما فى العلاقة بين الزوجين وبين الأقارب وبين المخدوم والخادم. وبعض هذه الموانع موانع مادية، وبعضها موانع أدبية. وقد تقوم موانع يتعذر معها أن يطالب صاحب الحق بحقه وترجع، لا لأسباب تتعلق بالشخص، بل لظروف مادية أقرب ما تكون إلى القوة القاهرة كقيام حرب أو نشوب فتنة أو إعلان الأحكام العرفية أو انقطاع المواصلات(١). ونستعرض كلا من هذين النوعين من أسباب وقف التقادم فى التقنين

=إلى أن اتحاد الذمة مانع طبيعى من موانع سريان المدة، فإذا زال السبب الذى أفضى إلى اجتماع صفتى الدائن والمدين زوالا مستنداً، وعاد الدين إلى الوجود، اعتبر التقادم قد وقف طوال الفترة التى تحقق الاتحاد فى خلالها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٢٩).

(١) ويجيز القضاء الفرنسى أن يتفق الطرفان على وقف سريان التقادم لمدة معينة لأسباب تستوجب ذلك، كما إذا اتفقا على وقف التقادم فى خلال مدة تحقيق جنائى أو تحقيق إدارى أو فى خلال المدة التى تدور فيها مفاوضات للصلح، ومن ثم تطول مدة التقادم بقدر ما وقف من سريانه (نقض فرنسى ٢٢ يونيه سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣-١-٣٠٢- ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٦٥ داللوز ٦٧-١-٢٢٤- ٢١ مايو سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٠-١-٤٣٢). ويقول بودرى وتيسييه إنه ليس فى هذا الاتفاق ما ينشئ =

المدنى المصرى(١).

٣٩١- أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص: أهم هذه الأسباب هو السبب المتعلق بناقصى الأهلية والمحجورين. وسواء كانت مدة التقادم هى خمس عشرة سنة وهى مدة التقادم الطويل، أو كانت خمس سنوات وهى مدة التقادم القصير، فان التقادم يقف سريانه فى حق ناقصى الأهلية والمحجورين(٢). وقد نصت المادة ٩٧٤ مدنى صراحة، كما

=أسباباً جديدة لوقف التقادم، وإنما هو تطبيق لحرية التعاقد فيما لا يصطدم مع النظام العام. وليس فى النظام العام ما يمنع من الاتفاق على تأخير رفع الدعوى أو على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة، فقد أجاز القانون إضافة أجل للدين فمكن الطرفين بذلك من وقف التقادم إلى حلول هذا الأجل (بودرى وتيسييه فقرة ٦٣- فقرة ٦٦).

(١) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٣- هذا ويجرى القضاء الفرنسى القاعدة التى تقضى بوقف التقادم حيث يتعذر على صاحب الحق قطع سريانه، أكثر ما يكون، عندما يقوم المانع فى آخر مدة التقادم، فتكتمل مدة التقادم والمانع لا يزال قائماً: عند ذلك يعتبر هذا المانع قوة قاهرة حالت دون أن يتخذ صاحب الحق الإجراءات القانونية للمطالبة بحقه. أما إذا قام المانع فى وسط مدة التقادم، ثم زال مع بقاء مدة طويلة بعد زواله وقبل أن يكتمل التقادم، فانه لا يعتد بهذا المانع، ولا يعتبر التقادم موقوفاً فى أثناء قيامه، فقد كان عند صاحب الحق مدة طويلة بعد زوال المانع يستطيع فى خلالها المطالبة بحقه (بلانيول وريبير وردوان ٧ فقرة ١٣٧٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٢ ص٧٣٩).

وقد كان القضاء فى مصر، فى عهد التقنين المدنى السابق، يجرى على هذا المبدأ. فقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المانع الوقتى لا يقف سريان التقادم، ولكن للقاضى أن يعفى صاحب الحق من الحكم بالتقادم إذا باشر حقوقه بمجرد زوال المانع. أما إذا زال المانع الوقتى ولا يزال أمام صاحب الحق مدة كافية لاستعمال حقه وأهمل استعماله حتى انتهت جميع المدة، فانه يجب الحكم بالتقادم (استئناف مصر ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٦ ص٧٦٢). ولما كان التقنين المدنى الجديد جاء نصه صريحاً فى أن المانع أيا كان يقف التقادم، ولم يذكر أسباباً محددة على سبيل الحصر لوقف التقادم كما فعل التقنين المدنى الفرنسى، مما دعا القضاء فى فرنسا فى الموانع التى لم يرد بها نص إلى اعتبارها بمثابة القوة القاهرة فلا يكون لها أثر إلا إذا قامت فى آخر مدة التقادم فمنعت صاحب الحق من المطالبة بحقه قبل اكتمال هذه المدة، فان هذه الاعتبارات لا محل لها أمام النص الصريح للتقنين المدنى المصرى، ويجب اعتبار أى مانع ولو توسط مدة التقادم ولم يجئ فى آخرها سبب لوقف سريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٨٩٦ ص٦٠٦ هامش ١- عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص٢٨٠ - ٢٨١).

(٢) وهذا بخلاف التقادم المسقط، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ مدنى فى شأن هذا التقادم على أنه «لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً». فالتقادم المسقط لا يقف سريانه فى حق المحجورين، إلا إذا كانت مدته تزيد على خمس سنوات ولم يكن للمحجور نائب يمثله قانوناً (أنظر فى تفصيل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤). أما التقادم المكسب، الذى نحن بصدده، فيقف سريانه فى حق المحجورين، سواء كان تقادماً طويلا مدته خمس عشرة سنة أو كان تقادماً قصيراً مدته خمس سنوات (أنظر م٩٧٤ مدنى آنفاً فقرة ٣٨٧).

رأينا(١)، على أنه «أيا كانت مدة التقادم المكسب، فانه يقف متى وجد سبب لوقفه». ويجب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان للمحجور نائب يمثله أو ليس له نائب. ففى حالة ما إذا كان له نائب لا يقف سريان التقادم، وعلى النائب أن يقطع التقادم وأن يطالب بحق محجوره، وإلا كان هو المسئول نحو المحجور. وهذا حكم استحدثه التقنين المدنى الجديد، فقد نصت المادة ٢/٣٨٢ من هذا التقنين فى صدد التقادم المسقط على أنه «لا يسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب، أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا»، وذلك تطبيقا من أسباب وقف التقادم باقفال ما لا تقوم الضرورة لتبريره. وفى حالة ما إذا لم يكن للمحجور نائب يمثله، فهنا يقف التقادم لقيام الضرورة إذ لا يوجد نائب عن المحجور يقطع التقادم(٢)(1).

وقد يقوم مانع يتعلق بالشخص، غير القصر والحجر، يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه. من ذلك الغيبة الاضطرارية لسجن أو أسر أو نحو ذلك، وهذه غير الغيبة المنقطعة التى يقام من أجلها وكيل للغائب والتى تدخل فى أسباب الحجر سالفة الذكر. فيقف سريان التقادم، إلى أن تنتهيأ لصاحب الحق أسباب العودة لمباشرة أعماله. وتقرير ما إذا كان هذا المانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه مسألة واقع، تترك لتقدير قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض(٣).

وقد يكون المانع من أن يطالب صاحب الحق بحقه هى العلاقة القائمة بينه وبين الحائز للعين. فالعلاقة ما بين الزوجين مانع أدبى لأى منهما من أن يطالب الآخر بحقه، وإلا تعكر صفو السلام فى الأسرة. فوجب وقف سريان التقادم ما دامت علاقة الزوجية قائمة، ويعود التقادم إلى السريان بمجرد أن تنفصم عرى الزوجية لموت أو طلاق أو غير

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٧.

(٢) أنظر فى هذه المسزة الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤.

(٣) أما إفلاس صاحب الحق فليس سبباً لوقف التقادم، وعلى السنديك أن يقطع التقادم (استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٨٩٥ م٧ ص٧٣).

(1) إن التقنين المدنى الحالى وإن قضى بالمادة ٢/٣٨٢ منه بان التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات لا يسرى فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا فلا يقع وقف التقادم لمصلحته إذا كان له من يمثله اعتبارا بأن النائب يحل محل الأصيل فيتعين عليه أن يتولى أمر المطالبة عنه، إلا أن التقنين المدنى القديم كان يقضى فى المادة ٨٥ منه بأن هذا التقادم لا يسرى فى حق عديم الأهلية أو ناقصها على وجه الاطلاق فيقع الوقف لمصلحته ولو كان له نائب يمثله قانونا. (جلسة ١٩٦٧/١٠/١٧ الطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٥٢٧).

ذلك(١). والعلاقة ما بين الأصول والفروع هى أيضا مانع أدبى. وقد يكون مانعا أدبيا علاقة القرابة أيا كانت، ما دامت علاقة وثيقة واقترنت بملابسات تؤكد معنى المنع، كالعلاقة ما بين الأشقاء، وعلاقة الأعمام والأخوال بأولاد الأخ أو أولاد الأخت، وهذه مسألة واقع يقدرها قاضى الموضوع. والعلاقة ما بين الأصيل والنائب مانع يقف سريان التقادم، وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى المادة ١/٣٨٢ مدنى كما رأينا(٢). ويدخل فى ذلك العلاقة ما بين الموكل والوكيل ما دامت الوكالة قائمة، وذلك فى حدود أعمال الوكالة. كما تدخل العلاقة ما بين الولى أو الوصى أو القيم بالمحجور ما دام الحجر قائما. وكذلك تدخل العلاقة ما بين الشخص المعنوى والمدير، ما دامت صفة الإدارة قائمة(٣).

ويقف سريان التقادم فى جميع الموانع التى قدمناها، أيا كانت مدة التقادم: خمس عشرة سنة أو خمس سنوات.

٣٩٢- أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية: وقد يرجع المانع، لا إلى اعتبار يتعلق بالشخص، بل إلى ظرف مادى اضطرارى يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه. فيقف سريان التقادم أيا كانت مدته، خمس عشرة سنة أو خمس سنوات.

من ذلك قيام حرب مفاجئة، أو نشوب فتنة، أو إعلان حالة الطوارئ، إذا كان شئ

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق بأن اعتبار علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالحق أو غير مانعة من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢١ ص٤٧). أما فى التقنين المدنى الجديد، حيث النص صريح فى وقف سريان التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على صاحب الحق أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا فالواجب أن تكون علاقة الزوجية فى الأصل مانعا أدبيا من سريان التقادم. على أنه قد يقع أن ينفصل الزوجان، ويقوم الشقاق بينهما مع بقاء الزوجية قائمة، فلا يعود هناك محل للخشية من تعكير صفو السلام فى الأسرة بعد أن تعكر فعلا، لا سيما إذا كانت هناك قضايا مرفوعة بين الزوجين. ففى هذه الحالة يمكن القول بأن سبب وقف التقادم قد زال، وهذه مسألة فى واقع لا معقب فيها على تقدير قاض الموضوع (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤). أنظر فى أن قيام الزوجية، فى عهد التقنين المدنى السابق، كان سببا لوقف التقادم: استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤٥ ص٨٨- وفى أنها لم تكن سبباً لوقف التقادم فى عهد هذا التقنين: استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص٦٩٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٨.

(٣) ولا تعتبر علاقة الموظف بالحكومة مانعاً أدبياً من شأنه وقف التقادم (محكمة القضاء الإدارى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩١٥ ص١٧٣٩)- وانظر كل ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٢٤.

من هذا قد منع المحاكم من مباشرة أعمالها فلا يتمكن صاحب الحق فى المطالبة قضائيا بحقه.

ومن ذلك أيضا انقطاع المواصلات بحيث لا يتمكن صاحب الحق من اتخاذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بحقه، فيقف سريان التقادم لهذا المانع والمسألة موكولة إلى تقدير قاضى الموضوع، ولا معقب على هذا التقدير من محكمة النقض(1).

ومن ذلك أخيرا جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه، فيكون ذلك مانعا يقف سريان التقادم(1). وقد قضت محكمة النقض بأن الجهل باغتصاب الحق قد يكون من الأسباب الموقفة للتقادم، إذا لم يكن ناشئا عن إهمال صاحب الحق ولا تقصيره، فإذا كان الحكم قد نفى عن صاحب الحق كل إهمال أو تقصير من جانبه فى جهله باغتصاب ملكه، فانه لا يكون مخطئا إذ اعتبر مدة التقادم لا تحتسب فى حقه إلا من تاريخ علمه بوقوع الغصب على ملكه(2).

٣٩٣- الأثر الذى يترتب على وقف التقادم: ومتى وقف سريان التقادم لسبب أو لآخر من الأسباب التى تقدم ذكرها، فان المدة التى وقف سريان التقادم فى خلالها لا تحتسب ضمن مدة التقادم، وتحتسب المدة السابقة والمدة اللاحقة.

---

(١) استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م٥٦ ص١٢- نقض فرنسى ١١ يونيه سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٢-١-٢١٧- ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ - ٢٣٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٣- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٣- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civle فقرة ٢٢٥- وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٤ هامش ٣٣- بودرى وتيسييه فقرة ٣٧١- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥١ ص٢٨٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٤ ص٦٠٢.

(٢) نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٣ ص٦٠٢- وانظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥- ويلاحظ هنا أن التقادم قد وقف قبل أن يبدأ سريانه فهو بمثابة تأخير لسريان التقادم (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥) - ونرى من ذلك أنه لا يشترط فى المانع ما يشترط فى القوة القاهرة، ويكفي فى المانع أن يقوم دون أن يكون مصدره خطأ صاحب الحق حتى يقف سريان التقادم، وعلى هذا الأساس اعتبر جهل صاحب الحق بوجود حقه من غير تقصير منه مانعاً يقف التقادم، وقد لا يكون هذا الجهل قوة قاهرة بالمعنى الدقيق. ومن ثم يحسن فصل الفكرتين - المانع والقوة القاهرة- إحداهما عن الأخرى. والأمر فى تقدير المانع يترك لقاضى الموضوع، ولا معقب عليه من محكمة النقض (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٥- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٦ ص٤٠٩).

(1) متى كان المال المتنازع عليه أرضا زراعية أو معدة للبناء فهو بطبيعته مما يقبل الانقسام، وبالتالى يجوز وقف التقادم بالنسبة لجزء منه وتملك جزء آخر إذا توافرت شرائط التقادم بشأنه.
(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن رقم ٣٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٢٣٦)

فلو أن شخصا وضع يده على عين مملوكة للغير، وبقى واضعا يده عشر سنوات، ثم مات المالك وورثه قاصر لم يعين له وصى إلا بعد سنتين من موت المورث، فان التقادم يقف سريانه مدة هاتين السنتين. ونحسب المدة التى سبقت السنتين وهى عشر سنوات، فيبقى للقاصر من وقت تعيين وصى له خمس سنوات يقع فيها التقادم. فإذا انقضت خمس سنوات من وقت تعيين الوصي دون أن يقطع التقادم، اكتمل للحائز مدة خمس عشرة سنة يتملك بانقضائها العين بالتقادم المكسب الطويل، بعد أن يكون قد وضع يده على العين سبع عشرة سنة منها سنتان وقف فيهما سريان التقادم(١).

ب- انقطاع التقادم

(Interruption de la prescription)

٣٩٤- أسباب انقطاع التقادم المكسب: رأينا(٢) أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بأن تسرى قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بانقطاع التقادم، وذلك بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب. وقد ورد فى التقادم المسقط أن هذا التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية (م٣٨٣ مدنى)، كما ينقطع باقرار المدين بحق الدائن (م٣٨٤ مدنى)(٣). وهذان السببان لانقطاع التقادم المسقط ينطبقان على التقادم

---

(١) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٢٦- وقد قضت محكمة النقض بأن القاعدة الصحيحة فى احتساب مدة التقادم ألا تحسب المدة التى وقف سيره فى خلالها ضمن مدة التقادم، وإنما تعتبر المدة السابقة على الوقف معلقة حتى يزول سبب الوقف، فإذا زال يعود سريان المدة وتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة (نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٥٦ ص١٠٥٠).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٣) أما المادة ٣٨٥ مدنى، وهى متعلقة أيضاً بانقطاع التقادم المسقط، فتنص على أنه «١- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد، يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول. ٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى، أو كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه باقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة، إلا أن يكون الدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم». وسنبين، فيما يتعلق بكل سبب من أسباب انقطاع التقادم المكسب الأثر الذى يترتب عليه، فلا نطبق من أحكام المادة ٣٨٥ سالفة الذكر إلا ما يتفق مع طبيعة التقادم المكسب.

المكسب، فينقطع هذا التقادم بالمطالبة القضائية وباقرار الحائز بحق المالك. ويضاف إلى هذين السببين سبب ثالث خاص بالتقادم المكسب لأن طبيعة هذا السبب تستعصى على التقادم المسقط، وهو انقطاع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير (م٩٧٥ مدنى).

ويمكن تقسيم هذه الأسباب الثلاثة لانقطاع التقادم المكسب إلى أسباب تصدر من الحائز وهى إقرار الحائز بحق المالك وتخليه عن الحيازة أو فقده إياها، وأسباب تصدر من المالك وتقتصر على المطالبة القضائية الصادرة من المالك. كذلك يمكن تقسيم أسباب انقطاع التقادم المكسب إلى أسباب انقطاع مدنية (interruption civile) وهى المطالبة القضائية وإقرار الحائز بحق المالك، وأسباب انقطاع طبيعية (interruption naturclle) وتقتصر على تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها. ونستعرض أسباب انقطاع التقادم المكسب الثلاث، دون نظر إلى تقسيمها، فنبحث انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية، وانقطاعه باقرار الحائز بحق المالك، وانقطاعه بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها(١).

٣٩٥- السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب - المطالبة القضائية: تنص المادة ٣٨٣ مدنى فيما يتعلق بالتقادم المسقط على أن «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة، وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع، وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى(٢). ولا يكاد ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا المطالبة القضائية. أما

---

(١) والفرق بين انقطاع التقادم ووقفه أن فى وقف التقادم لا تحسب المدة التى وقف فى خلالها ولكن تحسب المدة السابقة والمدة اللاحقة كما سبق القول، أما فى انقطاع التقادم فسنرى أنه لا تحسب المدة التى انقطع فيها التقادم ولا المدة التى سبقت الانقطاع، ولا تحسب إلا المدة التى تلت زوال أثر الانقطاع إذا كان هناك محل لبدء تقادم جديد. وتنص المادة ٢٦٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «إذا انقطع مرور الزمن، فلا تحسب مدة وضع اليد السابقة لإشغال العقار».

(٢) أنظر فى تاريخ هذا النص وفيما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٢٨- وقد ورد فى قانون الملكية العقارية اللبنانى نص خاص بقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية، فنصت المادة ٢٦٥ من هذا القانون على أن «ينقطع مرور الزمن أيضاً إذا طالب صاحب العقار بحقه بدعوى قضائية، بشرط ألا يكون قد ترك دعواه تسقط».

التنبيه(١) والحجز(٢) والطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع، فيفترض كل ذلك دائنا يطالب بدين له، فلا ينطبق إلا على التقادم المسقط.

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية (demande judiciaîre) (1)، أى بإقامة دعوى بحقه (citation en

---

(١) وقد يتصور أن يكون التنبيه (commandemnt) قاطعاً للتقادم المكسب فيما إذا كان المالك بيده ورقة رسمية تعطيه الحق فى تسلم العقار من الحائز فيستطيع أن ينبه على الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهاً رسمياً أن يسلمه إياه، فينقطع التقادم بهذا التنبيه. كما يجوز أن المالك يرفع دعوى استحقاق على الحائز فيقطع التقادم بهذه الدعوى، ويحصل على حكم بالاستحقاق فيبدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور هذا الحكم. ويعمد المالك بعد ذلك إلى التنبيه على الحائز بموجب الحكم تمهيدا للتنفيذ، فينقطع التقادم الجديد بهذا التنبيه (بودرى وتيسييه فقرة ٥١٢ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٣ ص٢٦٤– شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص٢٩٩– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٠– منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص٤١٣). وقد كان التقنين المدنى السابق ينص صراحة على أن التنبيه يقطع التقادم المكسب، فكانت المادة ١١٠/٨٢ من هذا التقنين تنص على أن «تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل أجنبى. وتنقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك الاسترداد بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوف المدعى دعواه، إنما يشترط فى ذلك عدم سقوط الدعوى بمضى الزمن». وإذا قطع المالك التقادم بالتنبيه على الوجه سالف الذكر، فإن تقادماً جديداً يسرى فوراً عقب التنبيه (الوسيط ٣ فقرة ٦٣٧).

أما تنبيه نزع الملكية وما يتبعه من إجراءات نزع الملكية فهى إجراءات موجهة من الدائن قبل مدينه، وأثرها الوحيد هو قطع المدة المسقطة للدين، ولا تأثير لها على من يكون واضعاً يده على العقار المنزوع ملكيته وسائراً فى طريق تملكه بمضى المدة، فإن مدة وضع يده المكسبة للملك لا يقطعها إلا رفع دعوى الملكية عليه من المالك الحقيقى (استئناف مصر ١٠ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٧١ ص١٧٠).

(٢) ويتصور بعض الفقهاء جواز قطع التقادم المكسب بالحجز إذا وقع المالك حجزاً ضد الحائز للوفاء بالمبالغ المحكوم بها الواردة فى الحكم الذى يقضى بالاستحقاق (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٦٩– ص٢٩٢– شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص٢٩٩– منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٧ ص٤١٤). ويبدو أن توقيع الحجز فى هذا الفرض إنما يقطع التقادم المسقط بالنسبة إلى المبالغ المحكوم بها، أما إذا بدأ الحائز تقادماً مكسباً جديداً بالنسبة إلى العين المحكوم باستحقاقها، فإن الحجز لا صلة له بهذا التقادم الجديد، والظاهر أنه لا يقطعه.

(1) أ– إن كان يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المكسب أن يتوفر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد استرداده، فإن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعد قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه ما يجب بوجوبه ويسقط بسقوطه، فإذا تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فإن الطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٨ الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ق س٣١ ص٢٠٥٣) =

(justiec(١)). فلابد أن يصل صاحب الحق، حتى يقطع التقادم، إلى حد المطالبة

= (جلسة ١٩٨٠/٥/٢٢ الطعنان رقما ١٥٩٠، ١٦٠٠ لسنة ٤٨ق س٣١ ص١٤٧٦)

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ س٣٥ ص١٠٢٧)

(جلسة ١٩٧٩/٤/٣٠ س٣٠ ج٢ ص١٤٧٦)

ب- إذا كان طلب إجراء القسمة بين المستحقين في الوقف لا ينصب على أصل الحق، ولا يمنع من رفع الدعوى به أمام المحكمة المختصة، ومن ثم فلا أثر لهذا الطلب فى قطع مدة التقادم المكسب.

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٩٩٧ لسنة ٦٢ق)

جـ- انقطاع التقادم المكسب للملكية بالمطالبة القضائية يظل قائما حتى يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم.

(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٦٤١)

د- المطالبة القضائية القاطعة للتقادم وفقا لحكم المادتين ٦٣ من قانون المرافعات و٣٨٣ من القانون المدنى انما تتحقق باجراء قوامه ايداع صحيفة الدعوى مستوفية شرائط صحتها ادارة كتاب المحكمة وينبنى على ذلك أن بطلان اعلان هذه الصحيفة، لا يؤثر على صحة ذلك الاجراء أو على الآثار التى يرتبها القانون عليه، باعتبار أن الاجراء الباطل ليس من شأنه أن يؤثر على الاجراء الصحيح السابق عليه وأن المطالبة على هذا النحو لا يزول أثرها إلا بالحكم برفض الدعوى أو ببطلان صحيفتها أو بعدم قبولها أو يقضى باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو اقتضائها متى طلبت قبل التكلم فى الموضوع وفى غير هذه الأحوال فإن هذه المطالبة تبقى منتجة لآثارها الموضوعية والاجرائية إلى أن يقضى فى الدعوى بحكم نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم.

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٩٢١٥ لسنة ٦٥ق)

هـ- زوال أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم لسقوط الخصومة أو انقضائها. عدم لزوم استصدار حكم به امكان التمسك بذلك فى حالة رفع دعوى أخرى عن طريق الدفع.

(جلسة ١٩٩٨/٥/٢٠ الطعن رقم ٩٩٥ لسنة ٦٧ق)

(جلسة ١٩٧٦/٥/٣ الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤٢ س ٢٧ ج١ ص١٠٥٩)

(جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ الطعن رقم ٥ لسنة ٣٠ق س١٥ ج١ س٢٤٨)

ز- بقاء الدعوى مشطوبة ستين يوما دون أن يعلن المدعى غيره من الخصوم بالسير فيها - اعتبارها - بقوة القانون - كأن لم تكن. م٨٢ مرافعات. شرطه تمسك ذوى الشأن بذلك. أثره. زوال الخصومة وزوال أثرها فى قطع التقادم. عدم تمسك المدعى عليه فى الدعوى الجديدة بالدفع. مؤداه. صيرورة الدعوى السابقة محتفظة بكل آثارها القانونية بما فيها قطع التقادم. لأن شطب الدعوى لا يعنى زوالها إذ تبقى قائمة منتجة لكافة الآثار التى تترتب على رفعها.

(جلسة ٢٠٠١/٥/١٣ الطعن رقم ٣٨٤٣ لسنة ٦٩ق)

(١) ويعتبر مطالبة قضائية المطالبة بطريق الدفع، والطلبات العارضة، ودعاوى المدعى عليه، والتدخل فى الخصومة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٧٣ - ص٤٧٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٧ ص٧٢٨). وتقول المادة ٣٨٣ مدنى فى هذا المعنى كما رأينا: «وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه فى إحدى الدعاوى». أنظر نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٤ ص١٨٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص٦١٢.

القضائية، فلا تكفى المطالبة الودية ولو بكتاب مسجل أو بإنذار رسمى على يد محضر (sommation)(١)(1).

---

(١) نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥١ رقم ٣٩- استئناف وطنى ٣مارس سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم٢٦ ص٥٧- ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٤٠ ص٦١- ١٨ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٤١ ص٧٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ٦ رقم ٢٩٩ ص٤٢٥.

(1) أ- القضاء بقبول دفع الطاعنة ببطلان إعلانه بصحيفة الدعوى لعدم توقيع المحضر على صورة الإعلان لا تنتهى به الخصومة عدم زوال أثر ايداع الصحيفة قلم الكتاب فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٩٦/١٢/٨ الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٦٨ق)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٩٣٧٤ لسنة ٦٦ق)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٢٩١٥ لسنة ٦٥ق)

ب- المطالبة القضائية التى تقطع التقادم يجب أن ترفع من الدائن الذى يسرى التقادم ضده وأن توجه إلى المدين الذى يسرى التقادم لصالحه.

(جلسة ١٩٩١/٣/٢١ الطعن رقم ٢٥٤٤ لسنة ٦٠ق)

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ق)

جـ- القاعدة فى الاجراء القاطع للتقادم أن الأثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها بالنسبة لقطع التقادم أو استبدال مدته لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه.

(جلسة ١٩٩٠/٣/١١ الطعن رقم ٣٨٥ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٦/٣/٦ الطعن رقم ١٨٠٨ س٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ الطعن رقم ١٧٢٢ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٠٢٧)

د- النص فى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى على أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز والتكليف بالوفاء السابق على رفع الدعوى لا يعتبر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تنبيها قاطعا للتقادم، وانما هو مجرد انذار بالدفع لا يكفى لترتيب هذا الأثر، إذ المقصود بالتنبيه الذى يقطع التقادم هو التنبيه المنصوص عليه فى المادة ٤٦٠ من قانون المرافعات السابق الذى يسرى على واقعة الدعوى والمقابلة للمادة ٢٨١ من قانون المرافعات الحالى، والذى يوجب المشرع اشتماله على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين.

(جلسة ١٩٨٣/٢/٩ الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٨ق س٣٤ ص٤٥٤)

هـ- القضاء بايقاف الدعوى لعدم تنفيذ قرار المحكمة. غير سند للخصومة فيها عدم زوال أثر ايداع صحيفتها قلم الكتاب فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٩٩/٦/١٥ الطعنان رقما ١٩٩٣، ٢٢٢٨ لسنة ٦٧ق)

(جلسة ١٩٩٨/١٢/٨ الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٦٧ق)

(جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ الطعن رقم ٩٣٧٤ لسنة ٦٦ق)

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٧ الطعن رقم ٩٢١٥ لسنة ٦٥ق)

ولا يكفى لقطع التقادم مجرد اتخاذ إجراءات تحفظية، كطلب وضع العين تحت الحراسة(١)(1). كذلك لا يكفى لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضى الأمور المستعجلة، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة لا تمس موضوع الحق(2)، ويترتب على ذلك أن دعوى إثبات الحالة لا تقطع التقادم(٢). ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل، عن خطأ، طلبات فى موضوع الحق، أمكن اعتبار المطالبة القضائية فى هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع التقادم(٣). ولا يكفى أيضا لقطع التقادم طلب المعافاة من الرسوم القضائية، ولو انتهى الأمر إلى قبول الطلب، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته(٤)(3). كذلك لا يكفى لقطع التقادم التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية.

---

(١) استئناف وطنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٣٠ ص١٨٤- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٥٤- فقرة ٢٥٥.

(٢) بنى سويف ٢ يونيه سنة ١٩١٤ الحقوق ٣١ ص١٩.

(٣) نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤- ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص٩٩- ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٤ ص٤٢٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٩ - مارتى ورينو فقرة ١٩١ ص٢٠٥ هامش ٢- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ١٥١.

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعاب على الحكم ألا يعد طلب الإعفاء من الرسوم قاطعاً للمدة، ولو كان الفصل فيه قد تأخر أمام اللجنة حتى فاتت مدة التقادم ولم يتسن لذلك رفع الدعوى فى الوقت المناسب، فان صاحب الحق، وهو المطالب بالمحافظة عليه، قد كان عليه أن يبادر بتقديم طلبه حتى لا يفوت عليه الوقت (نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧ ص١٠)- وانظر استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٠ ص٩٨٣- ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٨ ص٤١٨- ١٣ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٧٦ ص٢٣٨.

(1) دعوى الحراسة القضائية إنما هى اجراء تحفظى مؤقت لا يمس موضوع الحق، فهى بذلك لا تعد من اجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢ الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٢ق س١٧ ص١٧٠٥)

(جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س٣٠ ج٢ ص٥٣٩)

(2) المطالبة أمام القضاء المستعجل بتسليم صورة تنفيذية من السند التنفيذى وإن كانت تمهد للتنفيذ إلا أنه لا يستنتج منها المطالبة الصريحة بالحق المهدد بالسقوط ولا تنصب على أصل الحق، إذ هى تعالج صعوبة تقوم فى سبيل صاحب الحق الذى فقد سنده التنفيذى فلا أثر لها فى انقطاع سير التقادم.

(جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٢٩ق س١٥ ص١٠٥)

(3) الطلب المقدم إلى لجنة المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم ولو انتهى الأمر إلى قبوله لا يعد من الاجراءات القضائية التى تقطع التقادم إذ ليس فيه معنى المطالبة القضائية أمام المحكمة المرفوعة أمامها=

فالواجب إذن، لقطع التقادم، أن يطالب المالك الحائز بملكية العين مطالبة قضائية، أى أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق[1]. وتصدر المطالبة القضائية من المالك، أو من نائبه كوكيل أو ولى أو وصى أو قيم أو دائن للمالك يستعمل حقوق مدينه. ولما كان قطع التقادم لا يقتضى أهلية التقاضى بل تكفى فيه أهلية مباشرة الإجراءات التحفظية، لذلك يجوز للقاصر ولمن تتوافر فيه أهلية الإدارة أن يقوم بالمطالبة القضائية التى تقطع التقادم. فتصح المطالبة القضائية فى هذه الحالة من حيث أثرها فى قطع التقادم ولكن يجب للاستمرار فى التقاضى من التوافر على أهلية التقاضى، ومن ثم يجب أن يتدخل فى الدعوى الولى أو الوصى أو القيم لتصحيح الاجراءات ولاستبقائها قائمة[2]. وتوجه المطالبة إلى الحائز الذى ينتفع بالتقادم أو إلى من ينوب عنه، فلو وجهت إلى مستأجر منه ليست له صفة فى تمثيله فإنها لا تقطع بالتقادم[3]. ويرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز لقطع التقادم طبقاً لأحكام المادة ٧٥ من قانون المرافعات السابق المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢. وتنص هذه المادة على أنه «على المدعى أن يقدم لقلم كتاب المحكمة وقت تقديم صحيفة دعواه صورا منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب. ويقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك، بعد أن يثبت تاريخ

=الدعوى وإنما مجرد التماس بالاعفاء من الرسوم فحسب، كما أنه ليس فيه معنى التنبيه الذى يقطع التقادم لأنه يشترط فى هذا التنبيه أن يشتمل على اعلان المدين بالسند التنفيذى مع تكليفه بالوفاء بالدين.

(جلسة ١٩٧٦/٦/١٢ الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٤١ق س٢٧ ص١٣٣٩)

(جلسة ١٩٧٧/٥/٢ س٢٨ ص١١٠٤)

(١) ويطالبه بالعين ذاتها، وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه، مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه. فان تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥١ رقم ٤١).

وتعتبر الدعوى المرفوعة أمام محكمين قاطعة للتقادم، ويعود التقادم إلى السريان عند انتهاء مأمورية المحكمين (بودرى وتيسييه فقرة ٥١١).

(٢) ويجوز لمن له حق إدارة الشركة أن يرفع الدعوى قبل الحصول على الإذن الواجب من مجلس الإدارة، فيقطع التقادم، ثم يحصل بعد ذلك على الإذن الواجب للاستمرار فى الدعوى وتصحيح الإجراءات (بودرى وتيسييه فقرة ٤٨٤).

(٣) ولا يعتبر البائع ممثلا للمشترى فى الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت لعقد البيع (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص٩٩). وتوجه الدعوى فى الوقف إلى ناظره (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص٧٣٩).

الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها، ثم يعيدها إلى المدعى ليتولى تسليمها إلى قلم المحضرين لإعلانها. وتعتبر الدعوى قاطعة للتقادم أو السقوط من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا، أما باقى الآثار التى تترتب على رفع الدعوى فلا تسرى إلا من وقت إعلان المدعى عليه بصحيفتها». فتعتبر دعوى الاستحقاق إذن قاطعة للتقادم المكسب من وقت تقديم صحيفتها إلى قلم المحضرين بعد أداء الرسم كاملا، ولو أن المدعى عليه الحائز للعين لم يعلن بعد بصحيفة الدعوى.

وقد اعتبر قانون المرافعات الحالى رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ الدعوى مرفوعة بتقديم صحيفتها قلم كتاب المحكمة، وتنص المادة ٦٣/١ على أنه «ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك». فالأصل إذن، طبقا لقانون المرافعات الحالى أن الدعوى تعتبر مرفوعة وتقطع التقادم من وقت ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، أى قبل تقديم صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين، وعلى المدعى عند تقديم صحيفة دعواه إلى قلم كتاب المحكمة أن يؤدى الرسم كاملا.

وتقضى المادة ٦٧ بأنه على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها. وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لاعلانها ورد الأصل إليه.

وبين من ذلك أن الدعوى تعتبر مرفوعة من وقت ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، ويترتب على ذلك قطع التقادم.

٣٩٦- رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة: وقد جاء فى صدر المادة ٣٨٣ مدنى، كما رأينا(١)، أنه «ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة». فإذا أخطأ المالك ورفع الدعوى على الحائز أمام محكمة غير مختصة، فإن المطالبة القضائية تقطع بالتقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة(٢)(1). وذلك لسببين: (أولهما) أن القواعد التى يقوم عليها اختصاص المحاكم قد تكون معقدة فى بعض

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٥.

(٢) استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٤.

(1) أ- النص فى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى على أن ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت=

الأحوال، فيلتبس الأمر على المالك ويرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، فرفع الدعوى يكفى لقطع التقادم بالرغم من عدم اختصاص المحكمة. ويفرض القانون أن المالك لم يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا عن خطأ مغتفر، إذ لا مصلحة له فى تكبد المصروفات وإضاعة الوقت فى رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة إلا إذا كان قد وقع فى هذا الخطأ(١). (والسبب الثانى) أن المالك، وقد رفع الدعوى على الحائز يطالبه بحقه، قد أظهر بذلك نيته المحققة فى أنه يريد تقاضى هذا الحق قضائيا. ويستوى فى ظهور هذه النية أن تكون الدعوى مرفوعة أمام محكمة مختصة أو أمام محكمة غير مختصة، وهذه النية من جانب المالك هى الأصل فى قطع التقادم.

ويستوى أن تكون المحكمة غير مختصة اختصاصا محليا أو غير مختصة اختصاصا نوعيا، ففى الحالتين ينقطع التقادم. ويبدو أن رفع الدعوى إلى محكمة لا ولاية لها (défaut de juridiction)، كرفع الدعوى أمام القضاء الإدارى وهى من اختصاص القضاء العادى أو العكس، يقطع التقادم لنفس السببين اللذين قدمناهما فى رفع الدعوى إلى محكمة لا اختصاص لها، فمسائل الولاية أشد تعقيدا فى بعض الأحوال من مسائل

=إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه وبالحجز وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليسه أو فى توزيع وبأى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى أحدى الدعاوى.

(جلسة ١٩٩٠/١٢/٩ الطعن رقم ٢١ لسنة ٥٨ق)

(جلسة ١٩٨٦/٤/٢٢ الطعن رقم ١٧٢٨ لسنة ٢٥ق)

ب- إذ نصت المادة ٣٨٣ من التقنين المدنى على أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فقد دلت على أن المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه بالحق قضاء وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى ليصدر الحكم باجبار المدين الممتنع عن التنفيذ على الوفاء بما التزم به.

(جلسة ١٩٧٧/٥/٢ الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٤ق س٢٨ ص١١٠٤)

(١) لذلك إذا كان المدعى عالماً بحقيقة الأمر أو كان عدم ولاية المحكمة أو عدم اختصاصها من الوضوح بحيث لا يكون هناك أى محل للبس فالظاهر أن التقادم لا ينقطع، وقد قضت محكمة النقض بأن رفع الدعوى بالدين المحال به لأجنبى أمام المحكمة المختلطة وحكم هذه المحكمة بعدم الاختصاص لأن الحوالة صورية لا يقطع التقادم إذا رفعت الدعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص٥٣٥). وقضى بأن رفع الدعوى ابتداء إلى محكمة الاستئناف لا يقطع التقادم (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص٤٤)، وبأن رفع دعوى الإرث أمام المحكمة الشرعية لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الحائز لعين من أعيان التركة (أسيوط الكلية ٢٣ سبتمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٢٨ ص٢٥٨).

الاختصاص، ونية المالك فى المطالبة بحقه قضائيا محققة(١).

٣٩٧- بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض الدعوى: تنص المادة ٢٢٤٧ مدنى فرنسى على أنه «إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل، أو ترك المدعى الخصومة، أو جعلها تسقط بمضى المدة، أو رفضت دعواه، فإن انقطاع التقادم يعتبر كأن لم يكن». وليس فى التقنين المدنى المصرى مقابل لهذا النص، ولكن النص ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة، فيمكن الأخذ بأحكامه فى مصر(٢).

فصحيفة الدعوى، إذا كانت باطلة لعيب فى الشكل، فليس لها وجود قانونى، ولا يترتب عليها أى أثر، ومن ثم لا تقطع التقادم(٣)(1).

كذلك إذا كان المالك، بعد أن رفع الدعوى على الحائز فقطع التقادم، ترك الخصومة بإعلان منه للحائز على يد محضر أو بتقرير منه فى قلم الكتاب أو ببيان صريح فى مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع اطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويا بالجلسة وإثباته فى المحضر (م١٤١ مرافعات)، مع ملاحظة قبول الحائز لترك المالك الخصومة إذا كان الحائز قد أبدى طلباته فى الدعوى قبل صدور الترك من المالك (م١٤٢ مرافعات)، فانه يترتب على

---

(١) استئناف وطنى ٢٧ مايو سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٠ ص١٣٥- ٣٠ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١١١ ص٢٦٥- وقرب نقض مدنى ٦ زبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٦ ص٥٣٥- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٤٩ ص٢٥٦- عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٥ ص٢٨٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٩ ص٦١٤.

(٢) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٢٠٣- ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص١٤٩- ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص١٩٧- ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٦٣- ٢٢ مارس سنة ١٩٣٨ م٤٠ ص١٨٠.

(٣) نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٦ ص٧٧٤- استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٠٥- ٢٦ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٩٩. ومع ذلك قارن استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٠٥- وينتقد الفقه الفرنسى التنافر بين الحكم القاضى بأن المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة تقطع التقادم والحكم القاضى بأن المطالبة القضائية الباطلة شكلا لا تقطع التقادم، مع أن البطلان فى الحالة الأولى يرجع إلى المالك وفى الحالة الأخيرة قد يرجع إلى المحضر (ماركاديه م٢٢٤٢ فقرة ٣- لوران ٣٢ فقرة ٩٧ - جيوار فقرة ٢٠٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣١ ص٧٢٩- ص٧٢٠- وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٤٩٨ ص٣٧٦).

(1) المطالبة القضائية لا تقطع التقادم طبقا للمادة ٣٨٣ من القانون المدنى إلا إذا تمت باجراء صحيح بحيث إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة لعيب فى الشكل فلا يترتب عليها أى أثر ولا تقطع التقادم.
(جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص١٠١٧)

الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى (م١٤٣ مرافعات) ويخلص من ذلك أنه إذا ترك الدائن الخصومة على النحو الذى قدمناه، ترتب على هذا الترك إلغاء صحيفة الدعوى وإلغاء ما ترتب عليها من آثار، ومن ذلك انقطاع التقادم فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن(1). ويعتبر التقادم الذى كان قد بدأ سريانه مستمرا أبدا فى السريان. فإذا كان التقادم وقت ترك الخصومة قد اكتمل، فإن الحائز يكسب الحق بالتقادم المكسب. أما إذا كان التقادم لم يكتمل، فإن ترك الخصومة لا يمس الحق الذى رفعت به الدعوى، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد(١).

وإذا قضى بسقوط الخصومة لانقضاء سنة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى دون أن يسار فى الدعوى بفعل المالك أو امتناعه، وذلك وفقا للمواد ١٣٤-١٣٦ مرافعات، فإن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فى ذلك صحيفة الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق فى أصل الدعوى (م١٣٧ مرافعات). ويخلص من ذلك أن الحكم بسقوط الخصومة يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما ترتب عليها من الآثار، ومن ذلك قطع التقادم. فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية. فإن كان قد اكتمل وقت الحكم بسقوط الخصومة كسب الحائز الحق، وإن كان لم يكتمل فإن الحكم بسقوط الخصومة لا يسقط الحق نفسه، ولكن التقادم يستمر فى سريانه إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد. فإذا وقف السير فى الدعوى أكثر من سنة ولم يطلب ذوو الشأن من الخصوم الحكم بسقوط الخصومة، انقضت الخصومة فى جميع الأحوال بمضى ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح (م١٤٠ مرافعات معدلة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣) وانقضاء الخصومة يقع بحكم القانون، بمجرد انقضاء ثلاث السنوات، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك. ومتى انقضت الخصومة على هذا النحو، فقد ألغيت جميع إجراءاتها، وألغيت صحيفة الدعوى وما ترتب عليها من الآثار، ويدخل فى ذلك انقطاع

---

(١) على أن ترك الخصومة، إذا كان سببه رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، لا يكون من شأنه أن يلغى الأثر الذى ترتب على صحيفة الدعوى من قطع التقادم، فقد تقدم القول إن المطالبة القضائية تقطع التقادم ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة (الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩).

(1) من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - عملا بالمادة ١٤٣ من قانون المرافعات أنه يترتب على حكم الترك الغاء جميع اجراءات الخصومة وزوال أثر رفع الدعوى فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٨٤/١١/٢٩ الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٩٥٨)

التقادم. فيعتبر هذا الانقطاع كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية. فإذا كان قد اكتمل وقت انقضاء الخصومة، فقد كسب الحائز الحق بالتقادم المكسب. وإن كان لم يكتمل استمر فى السريان إلى أن يكتمل فيكسب الحائز الحق، أو إلى أن ينقطع بعمل آخر فيبدأ تقادم جديد.

بقى الفرض الأخير، وهو زوال انقطاع التقادم برفض الدعوى. وقد يقال ما دام المدعى قد رفضت دعواه، فهو لا يستطيع رفعها من جديد، وإلا دفعها الحائز، لا باكتمال التقادم بعد أن زال ما أصابه من انقطاع، ولكن بقوة الأمر المقضى. فلا حاجة إذن للبحث فى زوال انقطاع التقادم واحتمال تكامله بعد هذا الزوال. ولكن الفقه الفرنسى يجيب على ذلك بأن هناك أحوالا يفيد فيها القول بأن التقادم قد زال انقطاعه، وأنه مستمر فى سريانه منذ البداية. ويتحقق ذلك فيما إذا رفع المالك الدعوى على الحائز فقطع التقادم، ثم رفضت دعواه لسبب لا يرجع إل موضوع الحق. فقد ترفض دعواه مثلا بالحالة التى هى عليها، فيستطيع رفعها من جديد بعد أن يستوفى الشروط التى كانت غير متوافره. فإذا رفعت الدعوى الجديدة، لم يستطع الحائز أن يدفعها بقوة الأمر المقضى، ولكن له أن يدفعها بالتقادم إذا كان قد اكتمل. ولا يستطيع المالك أن يعترض على ذلك بأن التقادم قد انقطع برفع الدعوى الأولى، فإن الدعوى الأولى بعد أن رفضت قد زال أثرها فى قطع التقادم(١)(1).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٠٥- وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٢٩ ص١٠٩٦ - ص١١٠٠.

وقد يقضى بشطب الدعوى عملا بأحكام قانون المرافعات القديم، وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه إذا كان قد قضى بشطب دعوى فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥، فإن هذا القرار لا يترتب عليه إعمال الفقرة الثانية من المادة ٩١ مرافعات السابق باعتبار الدعوى كأن لم تكن لبقائها مشطوبة ستة أشهر دون أن يطلب المدعى السير فيها، وذلك لصدور هذا القرار فى ظل قانون المرافعات الأسبق المعمول به حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩، مما يترتب عليه أن تظل الدعوى منتجة لكافة آثارها المتعلقة بقطع التقادم بالرغم من شطبها ما دام أنه لم يتخذ بشأنها إجراءات سقوط الخصومة التى كان معمولا بها فى ذلك القانون (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص٧٥٦)

وتنص المادة ٨٢ من قانون المرافعات الحالى بأنه إذا بقيت الدعوى مشطوبة ستين يوما ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها اعتبرت كأن لم تكن.

(1) أ- المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا قضى برفض الدعوى التى من شأنها قطع التقادم أو بعدم قبولها ترتب عليه زوال ما كان لها من أثر فى قطع التقادم واعتبار الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٧ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥٦ق)

ب- مناط قيام الأثر الذى يرتبه الشارع على اجراء قانونى معين هو مطابقة هذا الاجراء أصلا لما =

٣٩٨- ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية: وإذا انقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية، بقى أثر الانقطاع قائما ما دامت الدعوى قائمة. فإذا انتهت بحكم نهائى يقضى للمالك بطلباته، واسترد المالك العين، ولكن الحائز عاد إلى حيازتها مدة أخرى بنية تملكها، بدأ تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة، ولو كان التقادم الأول مدته خمس سنوات لأن، الحائز أصبح سئ النية. وكذلك يبدأ تقادم جديد ولو لم يسترد المالك العين وبقيت فى يد الحائز، واستمر هذا فى حيازتها بنية تملكها(١)(1). أما إذا

=اشترطه القانون فيه، ومن ثم فان انقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية عملا بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنى يستلزم صحة هذه المطالبة شكلا وموضوعا، وهو ما لا يتحقق إلا بصدور حكم نهائى فيها باجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه، أما انتهاؤها بغير ذلك فانه يزيل أثرها فى الانقطاع ويصبح التقادم الذى بدأ قبلها مستمرا لم ينقطع.

(جلسة ١٩٨٦/٣/٦ الطعن رقم ١٨٠٨ س٥٢ق)

جـ- القضاء فى الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر فى قطع التقادم وإعتبار التقادم المبنى عليها كأن لم يكن.

(جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣ الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ق س١٤ ص٧٣٦)

د- الحكم برفض الدعوى يؤدى إلى الغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من الآثار ومنها قطع التقادم.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٨٦ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص١٥٠٢)

(جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ق س١٣ ص١١٣٤)

هـ- الحكم ببطلان صحيفة الدعوى يترتب عليه زوال أثرها فى قطع التقادم.

(جلسة ١٩٦٢/٦/٧ الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٧٧٤)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع أن مصلحة الأملاك أقامت دعوى سنة ١٩٢٦ ضد الطاعن بطلب تثبيت ملكيتها إلى قدر معين من الأطيان قضى فيها ابتدائياً برفضها، ولما استأنفته قضى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ بالغاء الحكم المستأنف بتثبيت ملكيتها للقدر الذى تدعيه، فرفع الطاعن التماساً عن هذا الحكم قضى فيه بتاريخ ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بعدم قبوله، وقد ظل واضعاً يده على يده على هذه الأطيان ولم تنفذ مصلحة الأملاك الحكم الصادر لها، متى أقام الطاعن دعواه الماثلة على المطعون عليها فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٧ بطلب تثبيت ملكيته لهذا القدر المقضى فيه لمصلحة الأملاك، مؤسساً دعواه على اكتمال تقادم جديد إثر صدور حكم محكمة الاستئناف فى ١٧ فبراير سنة ١٩٣١، فان هذا التقادم لا ينقطع إلا بعمل جازم من قبل مصلحة الأملاك التى يسرى التقادم ضدها. وإذا كان الالتماس مرفوعاً من الطاعن فانه لا يكون له أثر فى قطع هذا التقادم، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قضى على خلاف هذا النظر يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٠ ص٥٢٨).

(1) انقطاع التقادم المكسب للملكية بالمطالبة القضائية يظل قائما حتى يقضى فى الدعوى بحكم =

انتهت الدعوى برفض طلبات المالك(١)(1)، أو بترك المالك للخصومة، أو بسقوط الخصومة بستة أو بخمس سنوات، فقد قدمنا(٢) أن هذا يترتب عليه إلغاء صحيفة الدعوى بما أحدثته من الآثار ومنها قطع التقادم، فيعتبر انقطاع التقادم كأن لم يكن، وأن التقادم لا يزال ساريا منذ البداية. وقد تنتهى الدعوى، إذا رفعت إلى محكمة غير مختصة، بحكم نهائى بعدم الاختصاص. وفى هذه الحالة تبقى صحيفة الدعوى حافظة لأثرها من قطع التقادم، ويظل التقادم منقطعا طوال المدة التى تستغرقها الدعوى المقامة، ثم يسرى من يوم صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص تقادم جديد له صفات التقادم الذى قطع ومدته، ويكون خاضعا لنفس القواعد التى تسرى عليه(٣).

ولا يتعدى أثر انقطاع التقادم المالك الذى قطع التقادم. فإذا كانت أرض شائعة بين عدة ملاك، وقطع أحدهم التقادم برفع الدعوى على الحائز، لم ينقطع التقادم بالنسبة إلى الملاك فى الشيوع الآخرين، بل يقتصر أثر قطع التقادم على المالك فى الشيوع الذى قطع التقادم. وإذا حاز أرضا عدة حائزين على الشيوع، فقطع المالك التقادم

=نهائى فيبدأ تقادم جديد منذ صدور هذا الحكم، وإذ كان الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف يترتب عليه ذات الآثار المترتبة على سقوط الخصومة بما فى ذلك اعتبار الحكم المستأنف انتهائيا، فان هذه الانتهائية انما تلحق بالحكم المستأنف من تاريخ انقضاء مواعيد الطعن فيه بالاستئناف، إذ يترتب على انقضاء الخصومة فى الاستئناف الغاء جميع اجراءاتها بما فى ذلك صحيفة الاستئناف، مما ينى عليه أن يصبح الحكم المستأنف انتهائيا من تاريخ انقضاء ميعاد استئنافه متى كان هذا الميعاد قد انقضى قبل صدور الحكم بانقضاء الخصومة وبالتالى يزول ما كان للدعوى من أثر قاطع للتقادم ويبدأ تقادم جديد من هذا التاريخ، أما إذا كان ميعاد الاستئناف لم ينقض حتى صدور الحكم بانقضاء الخصومة فى الاستئناف فان الحكم المستأنف يعتبر انتهائيا فى جميع الأحوال من تاريخ انقضاء الخصومة.
(جلسة ١٩٧٦/٣/١٥ الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٦٤١)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى إذا رفضت يزول أثرها فى قطع التقادم، فيعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمراً فى السريان (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص٥٠٦). وانظر نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٠٤ ص٧٣٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٧.

(٣) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ٨ ص١٣- وانظر فيما تقدم بودرى وتيسييه فقرة ٥٤٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص٧٣١- الوسيط ٣ فقرة ٦٣٧ .

(1) إذا رفضت الدعوى التى من شأنها قطع التقادم - فإن هذا الرفض يزيل أثرها فى قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأن لم يكن والتقادم الذى كان قد بدأ قبل رفعها مستمرا فى سريانه.
(جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ق س١٣ ص٥٠٦)

بالنسبة إلى أحدهم برفع الدعوى عليه، فإن التقادم لا ينقطع بالنسبة إلى الحائزين الآخرين(١).

كذلك لا يتناول انقطاع التقادم إلا الحق الذى قطع به التقادم، فلا يتناول أثر الانقطاع غيره من الحقوق. فإذا كان للمالك أرض حازها شخص بنية تملكها، وحاز شخص آخر حق ارتفاق عليها، وقطع المالك التقادم بالنسبة إلى حق الملكية فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الارتفاق، أو قطع التقادم بالنسبة إلى حق الارتفاق فإنه لا ينقطع بالنسبة إلى حق الملكية(٢).

٣٩٩- السبب الثانى لانقطاع التقادم المكسب - إقرار الحائز بحق المالك: تنص المادة ٣٨٤ مدنى على أن «١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا. ٢- ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد المدين مالا مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين». ولا ينطبق من هذا النص على التقادم المكسب إلا الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فيقتصر تطبيقها على التقادم المسقط.

وعلى ذلك ينقطع التقادم المكسب بإقرار الحائز بحق المالك(1)، فإذا مضت مدة على

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ وهامش ٦٠ - بودرى وتيسييه فقرة ٥٥٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٢ ص٧٣٢- ولكن رفع الدعوى على الوقف يقطع بالتقادم ولو تغير ناظر الوقف الذى رفعت فى مواجهته الدعوى فيسرى انقطاع التقادم على النظار المتعاقبين، لأن كلا منهم إنما يمثل الوقف نفسه (نقض مدنى ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٧ ص٧٣٩).

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب لزوماً بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه، فإن تغاير الحقان أو تغير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الحق الآخر (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤). وقضت أيضاً بأن دعوى الضمان التى يرفعها المشترى على البائع هى غير دعوى الاستحقاق التى يرفعها البائع على المتعرض، فرفع إحدى الدعويين لا يقطع التقادم بالنسبة إلى الدعوى الأخرى (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص٩٩- ٦ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٣ ص٣٥). وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٧٨ ص٥٠٦.

وتحديد ما للمطالبة القضائية من أثر فى قطع التقادم وما يشترط فى هذه المطالبة حتى تقطع التقادم، كل ذلك من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤).

(1) أ- لئن كان مؤدى نص المادة ٣٨٤ من التقنين المدنى أنه إذا أقر الدين بحق الدائن اقرار صريحا أو ضمنيا فان من شأن هذا الاقرار أن يقطع التقادم، إلا أنه لما كان المقصود بالاقرار - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتا فى ذمته =

حيازة الحائز دون أن يتكامل التقادم، تم أقر الحائز أن العين ملك لصاحبها، فإنه يكون بهذا الإقرار قد نزل عما انقضى من مدة الحيازة. ولما كان النزول عن مدة التقادم كلها يعد تكاملها جائزا، فأولى أن يجوز النزول عن بعض مدة التقادم بعد انقضائها. ويؤدى ذلك إلى انقطاع التقادم الذى كان ساريا وعدم الاعتداد بالمدة التى انقضت، وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار(1).

وليس الإقرار بحق المالك القاطع للتقادم هو مجرد تقرير للواقع، وإلا لما كان من شأنه أن ينقطع التقادم، فان تقرير الحائز أن العين مملوكة لصاحبها لا يتعارض فى طبيعته مع سريان التقادم(2). ولكن الإقرار هنا ينطوى على نزول الحائز عن الجزء الذى مضى من مدة التقادم، فهو كإقرار المدعى عليه أمام القضاء واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى هو نزول المقر عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه(١).

=واعفاء الآخر من اتفاقه فانه يشترط فى الاقرار القاطع للتقادم أن يكون كاشفا عن نية المدين فى الاعتراف بالحق المدعى به.

(جلسة ١٩٩٠/٤/٤ الطعن رقم ٣٨-٢ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٨/٤/٧ الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ق)

ب- بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين فى اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك الأثر من قطع التقادم هو من المسائل الموضوعية التى تخضع لرقابة محكمة الموضوع.

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٧٥/٣/١٦ الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص٦٠٣)

(١) الوسيط ٢ فقرة ٢٤٩.

(1) الاقرار الذى تنقطع به مدة التقادم المكسب يجب أن يبين منه بجلاء أن ارادة الحائز اتجهت إلى النزول عن الجزء الذى انقضى من مدة التقادم قبل صدوره.

(جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨ الطعن رقم ٤٩٩٧ لسنة ٦٢ق)

(جلسة ٢٠٠٠-١/٦/١٠ الطعن رقم ٤١٣٧ لسنة ٦٧ق)

(2) الاقرار بالملكية وإن كان يعتبر من التصرفات المقررة للملكية وليس منتشا لها، أى أنه إخبار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها، فيكون هذا التصرف الإقرارى حجة على المقر فى مواجهة المقر له إلا أنه لا تلازم بين الاقرار بالملكية فى ذاته باعتباره تصرفا قانونيا يجوز الاحتجاج به فيما بين طرفيه بشأنها وبين وضع اليد على الأعيان محل هذه الملكية، باعتبار وضع اليد واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات القانونية.

(جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن رقم ١٣٤٢ لسنة ٥٦ق)

ويشترط فى إقرار الحائز بحق المالك، وهو الإقرار الذى يقطع التقادم المكسب، أن يكون الحائز متوافرا على أهلية التصرف فى العين التى يحوزها. ذلك لأن هذا الإقرار قطع التقادم، ولو لم يقطعه فاكتملت مدته لملك الحائز العين، فالإقرار إذن ينطوى على ضرب من التصرف فى العين(١). وهذا بخلاف التقادم المسقط، فالإقرار الذى يقطع هذا التقادم لا يشترط فى صحته أهلية التصرف، بل تكفى أهلية الإدارة. ذلك لأن الإقرار القاطع للتقادم المسقط يتمحض نزولا عن مدة التقادم ولا ينطوى على تصرف فى الحق، فالصبى المميز إقراره صحيح وقاطع للتقادم المسقط فى حدود أهليته للإدارة(٢).

وإقرار الحائز بحق المالك، على النحو الذى بيناه، تصرف صادر من جانبه وحده. فلا حاجة لقبول المالك لهذا الإقرار، ولا يجوز للحائز بعد الإقرار أن يرجع فيه(٣).

٤٠٠ – الاقرار الصريح والاقرار الضمنى: ويكون إقرار الحائز بحق المالك إقرارا صريحاً، أو إقرارا ضمنيا.

والإقرار الصريح لا يشترط فيه شكل خاص، فأى تعبير عن الإرادة يفيد معنى الإقرار يكفى. وقد يكون مكتوبا أو غير مكتوب، فى صورة رسالة أو فى غير هذه الصورة، موجها إلى المالك أو غير موجه إليه. وقد يكون فى صورة اتفاق بين الحائز والمالك، أو فى صورة اتفاق بين الحائز والغير، أو صادرا من جانب الحائز وحده دون أى اتفاق. وقد يرد الإقرار الصريح فى محضر جرد لحصر تركة المالك فيقر الحائز فى هذا المحضر بأن العين التى فى حيازته هى ملك للميت، أو فى إيجاب صادر من الحائز دون أن يقترن به قبول من المالك، أو فى مذكرات يتقدم بها الحائز فى قضية لا يكون المالك خصما فيها، أو فى عقد قسمة، أو فى تصفية شركة، أو فى تصرف قانونى حكم ببطلانه دون أن يمس البطلان بالحق الوارد فى هذا التصرف(٤).

---

(١) عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٢٩٢ ص٣٠٠– عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٦ ص٥٥٩– عبد المنعم افرج الصدة فقرة ١-٤ ص٦١٨.

(٢) أنظر الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣– وانظر فى وجوب أهلية التصرف فى الإقرار القاطع للتقادم المكسب دون التقادم المسقط أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٨٤– ص٤٨٥– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص٧٣٣– بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٠– محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٨٠– محمد على عرفة فقرة ١٥٧– ولكن أنظر فى ذلك بودرى وتيسييه فقرة ٥٣٤– فقرة ٥٣٥.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٨٣– وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٣٣.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢٩– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص٧٣٢– أو قد قضى بأن القضاء ببطلان الصلح الذى تضمن الإقرار لا يزيل ما ترتب على الإقرار من قطع التقادم (طنطا الكلية ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٣ ص٤٣٢). وقضى بأن بطلان التسوية المنطوية على الإقرار=

والإقرار الضمني يستخلص من أى عمل يمكن أن يفيد معنى الإقرار. فيعتبر إقرارا ضمنيا مفاوضة الحائز للمالك فى دفع تعويض له عن العين، أو دفع الحائز الضرائب عن العين لحساب المالك، أو تسليم الحائز ثمار العين للمالك. وإذا عرض الحائز على المالك أن يدفع مبلغا على سبيل الصلح، لم يعتبر هذا العرض إقرارا ضمنيا بحق المالك، إذ أن رغبة الحائز فى الصلح وحسم النزاع لا يستخلص منها حتما أنه يقر بحق المالك(١)، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان العمل صدر من الحائز ينطوى على إقرار ضمنى، ولا معقب على تقديره من محكمة النقض(٢).

٤٠١- إثبات الاقرار: ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوى على تصرف قانونى، ويغلب فيها معنى التصرف القانونى كما هو الأمر فى الوفاء، فان إثبات الإقرار يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرف القانونى ولو كان صادراً من جانب واحد. فيجوز الإثبات بجميع الطرق إذا كانت قيمة العين التى يراد قطع التقادم بها لا تزيد على خمسمائة جنيه، فان زادت وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها. وعبء الإثبات يقع على المالك الذى يدعى انقطاع التقادم(٣).

=يبقى الإقرار قائماً قاطعاً للتقادم (استئناف مختلط ٢١ يونيه سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٣٨٧). وقضى بأن الإقرار الحاصل فى أثناء سير الإجراءات يقطع التقادم مستقلا عن هذه الإجراءات، ولا يزول أثره بابطالها (استئناف مختلط ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٦٤).

(١) نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢٦-١-٢٠٤.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القاطع للتقادم مسألة واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤- ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٥ ص١٥٦٧). وقضت فى الحكم الأول من الحكمين المتقدمين بأن المسائل المتعلقة بانقطاع مدة التقادم مناط خضوعها لرقابة محكمة النقض هو التفرقة بين ما إذا كان قطع التقادم مترتباً على اعتراف واضع اليد أو المدين بالحق المطالب هو به اعترافاً يجب الرجوع فى استفادته إلى فعل مادى مختلف على دلالته أو إلى ورقة مقدمة فى الدعوى مختلف عن دلالتها الصريحة أو الضمنية كذلك، وبين ما إذا كان مترتباً على ورقة الطلب المقدم للمحكمة بالحق المطلوب استرداده أو اقتضاؤه. ففى الحالة الأولى لا رقابة لمحكمة النقض، لأن حكم القاضى فيها يكون مبنياً على ما استنتجه من الأفعال أو الأوراق المقدمة المتنازع على دلالتها العقلية. أما فى الحالة الثانية فيكون النزاع قائماً على ما لورقة الطلب من الأثر القانونى فى قطع التقادم، وعلى من تكون الورقة قاطعة، وفيم تكون، أى على ما اشترطه القانون فى ورقة الطلب (demand enjustice) من الشرائط القانونية، فيكون فصل القاضى فى ذلك فصلا فى مسألة قانونية يخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص٣٤).

وانظر فيما تقدم بلانيول وريبر وبيكار ٣ فقرة ٧٣٣ ص٧٣٣- الوسيط ٣ فقرة ٦٣٤.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٨٥ - الوسيط ٣ فقرة ٦٣٥ ص١١١٢.

٤٠٢ – ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب باقرار الحائز بحق المالك: إذا كان سبب قطع التقادم هو إقرار الحائز بحق المالك، لم يعتد بمدة الحيازة التى سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن. ولكن إذا بقى الحائز على حيازته للعين بنية تملكها، بدأ سريان تقادم جديد مدته خمس عشرة سنة فوراً عقب هذا الإقرار. وذلك حتى لو كان الحائز فى مدة حيازته الأولى حسن النية ولديه سبب صحيح، وكان يستطيع التملك بالتقادم القصير أى بخمس سنوات. فانه بعد أن أقر بحق المالك انقطع هذا التقادم، والتقادم الجديد الذى بدأ سريانه عقب انقطاع التقادم السابق لم يكن فيه حسن النية بعد أن أقر بحق المالك(١).

بل إن إقرار الحائز بحق المالك قد يكون مصحوباً بنية أن يكون الحائز من وقت الإقرار حائزاً لحساب المالك، كما لو استأجر الحائز من المالك العين التى يحوزها، فأقر على هذا الوجه بحق المالك وفى الوقت ذاته أصبح يحوز العين لحساب المالك وانقلبت حيازته من حيازة أصيلة إلى حيازة عرضية. ففى هذه الحالة لا يبدأ تقادم جديد عقب إقرار الحائز بحق المالك على هذا النحو، بل تبقى حيازته عرضية غير صالحة للتملك بالتقادم أصلا(٢). وذلك إلى أن تتغير صفة الحيازة العرضية فتصبح حيازة أصيلة مرة أخرى بفعل يصدر من الغير أو بفعل يصدر من الحائز نفسه يعتبر معارضة لحق المالك، فيبدأ سريان تقادم جديد ولكن من تاريخ تغير صفة الحيازة(٣).

٤٠٣ – السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب – تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها – نص قانونى: تنص المادة ٩٧٥ مدنى على ما يأتى:

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٩٦– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤ ص٧٣٣– بلانيول وريبير وبولانجيه١ فقرة ٣٢٠٢ ص١٠٤٢– كاربونييه ص٢١١ محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص٢٩٣– ص٢٩٤– وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص٦٢٠– ص٦٢١.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأ الإقرار بالاستحكار مانع من تملك الأرض المحكرة، مهما طالت مدة سكوت المحكر عن المطالبة بالحكر السنوى (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٢٢ ص١١٧– ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٥٢ ص١٠٩٨) وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٩٦– بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٠٢– كولان وكاپيتان ودى لاموراندييرا فقرة ١١٨٩– كاربونييه ص٢١١– محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص٢٩٤– ص٢٩٥– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠١ ص٦٢١.

(٣) ويلاحظ أن مجرد إقرار الحائز بحق المالك لا يترتب عليه وحده تحول صفة الحيازة إلى حيازة عرضية، إذ لا تعارض بين هذا الإقرار وبين بقاء الحائز حائزا لحساب نفسه وإن أقر بحق المالك. فلابد إذن لتحول الحائز إلى حيازة عرضية عن طريق الإقرار بحق المالك، أن يصحب هذا الإقرار ما يدل أن الحائز يحوز العين لحساب المالك لا لحساب نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٤).

١ – ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير».

٢ – «غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد»(١).

وواضح، كما قدمنا(٢)، أن هذا السبب لقطع التقادم ينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط، لأن المفروض فيه أن تزول الحيازة والحيازة لا تكون إلا فى التقادم المكسب. ويؤخذ من النص سالف الذكر أنه إذا زالت الحيازة قبل أن يكتمل التقادم المكسب، فان هذا التقادم ينقطع. ذلك بأن التقادم المكسب يقوم على أساسين: بقاء الحيازة عند الحائز المدة اللازمة قانوناً، وعدم مطالبة المالك بحقه. فإذا اختل أحد هذين الأساسين، بأن لم تبق الحيازة عند الحائز إلى أن تكتمل مدة التقادم، أو طالب المالك بحقه (أو ما يعدل ذلك أقر له الحائز بهذا الحق)، فان التقادم المكسب ينقطع، ولا يعتد بالمدة التى سبقت انقطاعه(٣).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٦ على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٠ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٧. وفى لجنة مجلس الشيوخ سئل كيف لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذا استردها الحائز فى خلال سنة، فأجيب «بأن هذا قاصر على فقد الحيازة المادية، وعكس ذلك فى التخلى فان الانقطاع فيه ولو يوماً واحداً يكفى لقطع المدة». ووافقت اللجنة على النص تحت رقم ٩٧٥، ووافق عليه مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥٠٦ – ص٥٠٩).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١١٠/٨٢: تنقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد، إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى ....».

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى:

التقنين المدنى السورى م٩٢٤ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٩ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦١: لا ينقطع التقادم بفقد الحيازة إذ استردها الحائز خلال سنة، أو رفع دعوى إعادة اليد فى هذا الميعاد. (وتتفق أحكام التقنين العراقى مع أحكام التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٦٤: ينقطع مرور الزمن عندما يفقد مدعيه اليد، حتى ولو فقدها بسبب شخص ثالث. (وتتفق أحكام القانون اللبنانى مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢١ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٨٤ ص١٠٣٨.

وقد سبق أن بينا[1] كيف تزول الحيازة. فهى تزول بفقد عنصريها المادى والمعنوى معاً ولو بارادة الحائز وحده، فيتخلى هذا عن حيازة العين، ويغلب أن يكون ذلك فى المنقول دون العقار. وقد تزول الحيازة بفقد الحائز للعنصر المادى وحده أى للسيطرة المادية على العين، ويفقد الحائز هذه السيطرة إذا انتزع منه المالك نفسه أو الغير حيازته للعين عقاراً كانت أو منقولا، أو سرقت منه العين أو ضاعت إذا كانت منقولا. ففى هذه الفروض يفقد الحائز الحيازة بفقد السيطرة المادية، مهما استبقى العنصر المعنوى واحتفظ بالقصد، فان عنصراً من عنصرى الحيازة قد فقد فتزول بفقده الحيازة[2] وقد تزول الحيازة بفقد الحائز عنصرها المعنوى وحده، فيفقد عنصر القصد فى أن يحوز العين لحساب نفسه ويصبح حائزاً لها حيازة مادية لحساب الغير، وتتحول حيازته بذلك إلى حيازة عرضية غير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم المكسب[3].

وسواء فقد الحائز الحيازة بالتخلى عنها وهذا فرض نادر، أو فقدها بفقد العنصر المادى وحده أو العنصر المعنوى وحده على النحو سالف الذكر، وسواء كان من انتزع منه الحيازة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٨ – فقرة ٣١١.

(٢) ويلاحظ ما تقضى به المادة ١/٩٥٧ مدنى من أنه لا تنقضى الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتى، والمفروض أن المانع الذى حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعى أو قوة قاهرة وأنه مانع وقتى زواله مترقب، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة مؤقتة ولا يلبث أن ينحسر فتعود لحائز الأرض السيطرة المادية عليها. فلا تعتبر الحيازة فى هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة المادية، ويبقى الحائز على حيازته للأرض حتى فى أثناء المدة التى غمرها الفيضان فيها (أنظر آنفاً فقرة ٣١٠).

(٣) ولا يعتبر فقداً للحيازة يقطع التقادم أن يكون الحائز الذى انتقلت إليه الحيازة إنما يجوز لحساب الحائز السابق الذى انتقلت منه الحيازة. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عين البنك العقارى حارساً على الأرض للمحافظة على حقوق الدائنين، وتسلم هذه الأرض، وارتفعت يد مالكها عنها، فان ذلك لا يصلح اعتباره قطعاً للتقادم، لان وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع البنك بها لنفسه، بل ليحصل غلتها ويستوفى منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص٩٣). وقضت أيضاً بأن وضع يد الغير على العين لا يكون قاطعا للتقادم إلا إذا كانت حيازته لها حساب نفسه، فإذا كان الغير قد عرض على ذى الشأن فى وضع اليد تعويضاً عن مدة حيازته، فان يده على العين تكون بمثابة استمرار يد ذى الشأن عليها. وإذن فالحكم إذا أسقط من مدة التقادم المدة التى كانت السلطة العسكرية البريطانية على الأرض المتنازع عليها مقابل تعويض دفعه لذى اليد، مجموعة هذا الاستيلاء يقطع التقادم لأنه كان بفعل أجنبى ليس بينه وبين ذى اليد وضع اليد – هذا الحكم يكون مخطئاً متعينا نقضه (نقض مدنى ٣ د عمر ٢ رقم ١٥ ص٣٧).

هو المالك نفسه أو الغير، فان الحيازة تزول، ومن ثم ينقطع التقادم إذا كانت مدته لم تكتمل.

وقطع التقادم يفقد الحيازة على الوجه المتقدم الذكر له أثر مطلق، فينقطع التقادم، لا بالنسبة إلى من انتزع الحيازة وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى كل ذى مصلحة فى التمسك بقطع التقادم. فلو أن عيناً يملكها شخصان على الشيوع، ووضع شخص ثالث يده عليها، ثم انتزع أحد المالكين على الشيوع الحيازة من واضع اليد، فان التقادم ينقطع، لا بالنسبة إلى المالك الذى انتزع الحيازة وحده، بل أيضاً بالنسبة إلى المالك الآخر على الشيوع الذى لم ينتزع الحيازة. ذلك بأن فقد الحيازة أمر مادى وحقيقة واقعة تنتج أثرها بالنسبة إلى الجميع، وليست كالتصرف القانونى يقتصر أثره على من كان طرفاً فيه(١).

٤٠٤ – ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها: يجب فى هذا الصدد التمييز بين تخلى الحيازة عن الحيازة اختياراً، وبين فقده إياها بغير إرادته.

ففى حالة تخلى الحائز عن الحيازة اختياراً، ينقطع التقادم بمجرد هذا التخلى، ولو استرد الحائز الحيازة بعد يوم واحد من تخليه عنها. فلو أن الحيازة قبل التخلى دامت وقتاً طويلا دون أن تكتمل مدة التقادم، فان هذا الوقت الطويل الذى سبق التخلى لا يعتد به ما دام التقادم قد انقطع. وإذا استرد الحائز الحيازة بعد التخلى، فانه يبدأ حيازة جديدة، ويبدأ بذلك سريان تقادم جديد من وقت استرداد الحائز للحيازة(٢).

وفى حالة فقد الحائز الحيازة بغير إرادته، وكانت العين عقاراً(٣)، فان للحائز أن يسترد العقار بدعوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض) فى خلال سنة من وقت فقده إياها. فان استرداد الحيازة فعلا فى خلال سنة، أو رفع دعوى الحيازة فى خلال المدة وهى المدة التى يجوز فى أثنائها رفع دعاوى الحيازة وانتهت الدعوى باسترداد ولو بعد انقضاء السنة(٤)، فان الحيازة لا تعتبر قد زالت أصلا، بل تعتبر باقية دائماً

---

(١) ٢ فقرة ٢١٥ ص٤٨٨– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٤– بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٣.

(٢) أنظر الحيازة فقرة ٤٧٣– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣.

(٣) فى العثور على منقولا، وفقد الحائز حيازة هذا المنقول بغير إرادته، فان التقادم ينقطع بفقد حيازة المنقول بعد لا فقد حيازته، وليس له أن يستبقى الحيازة بمحض نيته ولو لم يفقد الأمل (٤) بودرى وتيسييه فقرة ٣١٠)، ويترتب على فقد الحيازة انقطاع التقادم. فإذا استرد الحائز فقرة ٦٩٠ أت حيازة جديدة وبدأ معها سريان تقادم جديد.

٣٠

لدى الحائز وذلك بالرغم من أنه كان قد فقدها(١). وعلى ذلك لا ينقطع التقادم، بل يستمر سارياً كما لو كانت الحيازة لم تفقد، وذلك إلى أن تكتمل مدة التقادم أو إلى أن يقطع بسبب من أسباب الانقطاع التى سبق بيانها. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٧٥ مدنى فى هذا الشأن كما رأينا(٢): «غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة، أو رفع دعوى باستردادها فى هذا الميعاد»(٣). والمفروض أن العين عقار، وإن كان النص لم يصرح بذلك، حتى يمكن أن يرفع فى شأنها دعوى الحيازة. فإذا لم يسترد الحائز الحيازة فى مدة السنة، ولم يرفع فى خلال هذه المدة دعوى الحيازة لاستردادها، فان التقادم ينقطع فى هذه الحالة بانقضاء السنة(٤). ولا يبدأ سريان تقادم جديد إلا إذا استرد الحائز حيازة العقار بعد انقضاء السنة، وعندئذ يبدأ سريان هذا التقادم الجديد من وقت استرداد الحائز للحيازة.

المطلب الثانى

إعمال التقادم المكسب والاثار التى تترتب عليه

١ – أعمال التقادم المكسب

٤٠٥ – وجوب التمسك بالتقادم المكسب وجواز النزول عنه بعد اكتماله – سريان قواعد التقادم المسقط: إذا اكتملت مدة التقادم، بعد مراعاة أسباب الوقف والانقطاع على النحو الذى تقدم ذكره، فان الحق لا يكسب بالتقادم من تلقاء نفسه، بل لا بد للحائز من أن يتمسك به. بل إنه يجوز للحائز، بعد اكتمال مدة التقادم، ألا يتمسك به وأن ينزل عنه، فيبقى الحق لصاحبه ولا يكسبه الحائز بالتقادم.

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٢٣.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٣.

(٣) وهذا هو عين ما قررته محكمة النقض فى عهد التقنين المدنى السابق، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح فى هذا المعنى. فقد قضت بأنه ما دام القانون المصرى قد حدد لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التى حددها القانون الفرنسى، فقد دل بذلك على أنه قصد هو الآخر إلى أن الحكم باعادة وضع يد الحائز يزيل شائبة الانقطاع الطبيعى، فتكون الحيازة رغم ما طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٦ ص٩٣). فقنن التقنين المدنى الجديد ما سبق أن قرره القضاء فى هذه المسألة.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٤٦٩ وفقرة ٤٧١ مكررة.

فهناك إذن مسألتان: (١) وجوب التمسك أو الدفع بالتقادم. (٢) النزول عن التقادم. وفى كلتا المسألتين تسرى قواعد التقادم المسقط، فقد رأينا[١] أن المادة ٩٧٣ مدنى تقضى بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه.

أ- وجوب التمسك بالتقادم المكسب والدفع بالتقادم

٤٠٦- قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب: تنص المادة ٣٨٧ مدنى، فيما يتعلق بالتقادم المسقط، على أنه «١- لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين. ٢- ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية»[٢].

فإذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب، خلص لنا ما يأتى: ١- لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به. ٢- ويتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة. ٣- ويجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى.

٤٠٧- لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به: لا يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بكسب الحق بالتقادم، بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك به. فإذا ما تمسك به ذو المصلحة، وجب على المحكمة أن تقضى به. وليس المقصود من التمسك بالتقادم أن يعلن ذو المصلحة إرادته فى أن يجرى التقادم، بل إن التقادم يقع من غير هذا الاعلان. وإنما أريد من وجوب التمسك بالتقادم أن يكون التقادم دفعاً (exception) يدفع به الحائز دعوى المالك، ولابد لذى الشأن من إبداء هذا الدفع والتمسك به[٣].

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٦٦.

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى: الوسيط ٣ فقرة ٦٤٢.

(٣) ويخلص من ذلك أمران: (أولا) أن التمسك بالتقادم ليس تصرفاً قانونياً acte juridigue قائماً على إرادة الحائز المنفردة volonté unilatérale، بل هو دفع يدفع به الحائز مطالبة المالك (ثانيا) وهذا الدفع لا يثيره القاضى من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك به ذو المصلحة، لأنه لا يعتبر من النظام العام وإن كان يمت للمصلحة العامة.

وليس للتمسك بالتقادم شكل خاص، فأية عبارة تدل فى وضوح على أن الحائز يتمسك بالتقادم تكفى. ولكن لا يكفى أن يتمسك الحائز بالتقادم فى مرافعته الشفوية دون أن يضمن ذلك طلباته الختامية، ولا يكفى تمسكاً بالتقادم ما كان عاماً من طلباته الختامية، كالتقدم إلى المحكمة فى أن تأخذ بما ترى الأخذ به من الدفوع(١). ذلك بأن التمسك بالتقادم يجب أن يكون طلباً قائماً بذاته، ولا يندرج فى طلب أصلى عام(٢). ويجب أن يقع التمسك به أمام القضاء، فلا يكفى التمسك به فى أثناء محاولات الصلح. وإذا تمسك الحائز بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك، فبحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكاً بالتقادم أمام هذه المحكمة. أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى دون نظر إلى التقادم، فانه لا يكفى فى الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد(٣). والتمسك بالتقادم الطويل لا يغنى عن التمسك بالتقادم القصير(٤)، وكذلك التمسك بالتقادم القصير لا يغنى عن التمسك بالتقادم الطويل، إذ(٥)

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٤٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٥- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٨.

(٢) نقض مدنى ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص٤٢٢.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٤٢- فقرة ٤٣ وفقرة ٤٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٦- الوسيط ٣ فقرة ٦٤٣.

(٤) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل، كان للمحكمة أن تبحث من تلقاء نفسها فى توافر شروط كسب الحق بالتقادم القصير (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٨ ص٢٩٧- ديجون ٩ يناير سنة ١٨٧٨ سيريه ٧٨-٢-٨٥). ولكن التمسك بالتقادم الطويل لا يقتضى النظر فى شرطى السبب الصحيح وحسن النية الواجب توافرهما فى التقادم القصير، وحتى يمكن النظر فى هذين الشرطين يجب التمسك بالتقادم القصير، فلا يغنى إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم الطويل (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص٤٣١ هامش١ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٥٠ ص٥٨٣).

(٥) وهناك رأى يذهب إلى أن التمسك بالتقادم القصير إذا استبعدته المحكمة وجب عليها، دون طلب خاص، البحث فى انطباق التقادم الطويل (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٠ ص٥٨٤). ولكن النظر فى استكمال المدة من خمس سنوات إلى خمس عشرة سنة يقتضى التحقق مما إذا كانت الحيازة قد استمرت دون توقف أو انقطاع فى عشر السنوات التالية لخمس السنوات الأولى، ولا يجوز ذلك إلا إذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل، فلا يغنى إذن عن التمسك به التمسك بالتقادم القصير (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨١ ص٤٣١ هامش١).

أن لكل تقادم شروطه وأحكامه(١)(1).

وقد أوجب القانون على ذى المصلحة أن يتمسك بالتقادم للأسباب الآتية: ١- ليس كسب الحق بالتقادم من النظام العام، فهو وإن كان مبنياً على اعتبارات تمت للمصلحة العامة لضمان الأوضاع المستقرة، إلا أنه يتصل مباشرة بمصلحة الحائز الخاصة. فالحائز وشأنه، إن رأى أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك، وإن أراد النزول عن هذا الدفع صح نزوله. ٢- هذا إلى أن التمسك بالتقادم أمر يتصل اتصالا وثيقاً بضمير الحائز، فان كان الحائز مطمئناً إلى أن له حقاً، دفع بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد هذه المدة الطويلة. أما إن كان يعلم ألا حق له، وتحرج من التذرع بالتقادم، فقد فتح له القانون الباب لذلك عن طريق عدم التمسك بالتقادم. ٣- يضاف إلى ما تقدم أن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات، فلابد من أن يثيره الخصوم ويكون محلا لمناقشاتهم حتى يتمحص وجه الحق فيه(٢).

٤٠٨- يتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة: والأصل أن الحائز هو الذى يتمسك بالتقادم المكسب، كما يتمسك به خلف الحائز عاماً كان أو خاصاً. فلوارث الحائز أن يتمسك بالتقادم، وللمشترى من الحائز كذلك أن يتمسك به، بل إن مدة الحائز قد تضم إلى مدة خلفه ليكتمل التقادم كما سبق أن بينا(٣).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام، وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام، ولا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى، كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص٧٠٦).

(٢) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٤١ ص٤٢- الوسيط ٣ فقرة ٦٤٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٦.

(1) أ- يتعين - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتمل الابهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٠ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٣٣)

ب- الدفع باكتساب الملكية بالتقادم الخمسى لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الابهام ولا يغنى عنه التمسك بالتقادم الطويل لأن لكل منهما شروطه وأحكامه.

(جلسة ١٩٨٣/٦/٢٦ الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٠ق)

كذلك لا يستطيع أن يتمسك بالتقادم كل ذى مصلحة[1]، وبوجه خاص دائنو الحائز. فيجوز لدائن الحائز أن يتمسك بالتقادم نيابة عن مدينه الحائز (الدعوى غير المباشرة)، ولا يعترض على ذلك بأن هذا التمسك حق متصل بشخص المدين فلا يجوز للدائن استعماله. ذلك بأن من حق الدائن أن يعتمد على أن مدينه الحائز قد ملك العين بالتقادم، فيستطيع هو أن ينفذ عليها باعتبارها داخلة فى أموال مدينة[2]. ومهما يكن من أمر، فنص المادة ١/٣٨٧ مدنى صريح، كما رأينا[3]، فى جواز أن يستعمل الدائن حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم. وقد يعترض أيضاً بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقاً، والرخص لا يستعملها الدائن باسم المدين. ولكن النص صريح هنا فى جواز أن يستعمل الدائن رخصة مدينه فى التمسك بالتقادم، وقد تقدم بين ذلك عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة[4]. هذا وسنرى أنه كما ثبت للدائن أن يستعمل حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٨٧ مدنى، كذلك يثبت له، إذا لم يقتصر الحائز على الامتناع عن التمسك بالتقادم بل خطا خطوة أخرى إيجابية ونزل عن التقادم أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى. فللدائن إذن أن يستعمل حق مدينه الحائز فى التمسك بالتقادم وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة، إذا سكت الحائز عن التمسك بالتقادم. وله كذلك، إذا نزل الحائز عن التقادم، أن يطعن فى هذا النزول بالدعوى البولصية. حتى إذا نجح فى طعنه عمد بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز. فهو إذا طعن بالدعوى البولصية، لم يكن له بد، بعد أن ينجح فى طعنه، من الانتقال إلى الدعوى غير المباشرة[5].

٤٠٩ - يجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى: ولما كان التمسك بالتقادم المكسب دفعاً موضوعياً، فان لذى المصلحة أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى[6]. فله أن يتمسك به منذ البداية، وقبل الدخول فى أى دفع

---

(١) فيجوز للبائع، ولمن لا يزال دائناً للمشترى بالثمن كالمحال له بالثمن من البائع، أن يتمسك بالتقادم الذى تم لمصلحة المشترى، وذلك حتى يتمكن من التنفيذ بالثمن على العقار المبيع (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٠٣ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣٥ - نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٥١ داللوز ٥١-١-٢٦١ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Preseription civile فقرة ٢٤٢).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٠.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٦.

(٤) الوسيط ٢ فقرة ٥٤٢.

(٥) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٤٨ وفقرة ٦٥٠.

(٦) استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م٩ ص٥٢.

موضوعى أو شكلى. وله أن يؤخره إلى أن يستنفد جميع دفوعه الأخرى الشكلية والموضوعية، فإذا لم ينجح فيها عمد بعد ذلك إلى الدفع بالتقادم(١). وكل ما ينبغى أن يحتاط له أمران: ١- ألا ينطوى تأخيره للدفع بالتقادم على معنى النزول عنه ضمناً، فانه إذا نزل عنه لم يعد بعد ذلك أن يعود إليه. ومن ثم كان من المناسب، وهو يبدى أوجه دفاعه الأخرى، أن يذكر أن عنده دفعاً بالتقادم يؤخره إلى ما بعد أن ينتهى من أوجه الدفاع التى يبديها. ٢- ألا يؤخر الدفع بالتقادم إلى ما بعد إقفال باب المرافعة، فانه إذا أقفل هذا الباب فليس له بعد ذلك أن يبدى أى طلب(٢).

فان فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة، فانه يستطيع، ما لم ينطو تركه للدفع أمام محكمة أول درجة على معنى النزول، أن يدفع بالتقادم الأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى إلى وقت إقفال باب المرافعة(٣).

فإذا لم يدفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام المحكمة الاستئنافية، فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض(٤)(1). ذلك بأن محكمة النقض لا تستطيع أن تنظر أوجهاً جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع، وليس الدفع بالتقادم كما قدمنا معتبراً من النظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها(٥). لكن إذا استطاع الحائز أن يحصل من محكمة النقض على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم، كخلل فى الإجراءات أو خطأ فى تطبيق القانون فى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٦.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٤٨- فقرة ٤٩.

(٣) م ٢/٣٨٧ مدنى آنفاً فقرة ٤٠٦- بودرى وتيسييه فقرة ٥٠- فقرة ٥٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٦.

(٤) نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٤ ص٨١٥- ١٥ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٢ ص٤٢٢ - ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٧ ص٥٣٢- استئناف مصر ١٧ فبراير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٢٥ ص٢١.

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٩.

(1) أن المادة ٣٨٧ من القانون المدنى بما تنص عليه من أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به من كل ذى مصلحة، قد أتت بحكم عام ودلت على أن التقادم لا يعتبر متعلقا بالنظام العام ويتعين التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(جلسة ١٩٦٢/١١/٢٩ الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٧ق س١٣ ص١٠٧٨)

مسألة أخرى، وأحالت محكمة النقض الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف، فانه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة، وهى محكمة موضوع، أن يدفع بالتقادم لأول مرة، وفى أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة(١).

ب- النزول عن التقادم المكسب

٤١٠- قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب: تنص المادة ٣٨٨ مدنى، فيما يتعلق بالتقادم المسقط، على أنه «١- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون. ٢- وإنما يجوز 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»(٢). فإذا طبقنا هذا النص على التقادم المكسب، خلص لنا ما يأتى: ١- عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه(٣). ٢- جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه. ٣- جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم مكسب لم يكتمل.

٤١١- عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدما قبل ثبوت الحق فيه: يكاد يتعذر أن نتصور كيف يتحقق النزول فى التقادم المكسب، وكان من الممكن القول إنه لا يتحقق إلا فى التقادم المسقط، وإنه يستعصى على طبيعة التقادم المكسب فلا محل لتطبيقه على

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٥٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٩ ص٧٤٦- وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٥١- فقرة ٦٥٤.

(٢) أنظر تاريخ هذا النص وما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى فى الوسيط ٣ فقرة ٦٥٥.

وقد نصت المادة ٣٦٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أنه «لا يجوز العدول مسبقاً عن مرور الزمن، إنما يمكن لكل شخص مطلق اليد بحقوقه أن يتخلى مسبقاً عن حق مكسب بمرور الزمن».

(٣) ويلحق بهذه القاعدة، وفقا لنص المادة ١/٣٨٨ مدنى، عدم جواز الاتفاق على مدة للتقادم المكسب تختلف عن المدة التى عينها القانون. ففى التقادم المكسب الطويل تكون المدة خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر، وفى التقادم المكسب القصير تكون المدة خمس سنوات ولا يجوز الاتفاق على مدة أطول ولا على مدة أقصر، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠).

هذا التقادم(١). ولكن يمكن مع ذلك أن نتصور فرضاً، وإن كان بعيد الوقوع، يتفق فيه المالك مع الحائز (كصاحب حق انتفاع أو محتكر) على أن ينزل الحائز عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه بل قبل سريانه، ويكون هذا إجراء أشد من قطع التقادم بالمطالبة القضائية أو باقرار الحائز بحق المالك. ذلك بأنه فى حالة قطع التقادم على هذا الوجه أو ذاك يمكن سريان تقادم جديد على النحو الذى قدمناه(٢)، أما فى حالة الاتفاق على النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه وقبل سريانه، لو صح هذا الاتفاق، فانه لا يبدأ سريان تقادم جديد إذ أن الحائز قد نزل مقدماً عن التقادم. على أنه إذا أمكن تصور مثل هذا الفرض، فحكم القانون صريح فى بطلانه، إذ تقول المادة ١/٣٨٨ مدنى كما رأينا(٣) «لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه»(٤).

ويستوى، فى عدم جواز النزول عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه، أن يكون التقادم طويلا مدته خمس عشرة سنة أو قصيراً مدته خمس سنوات.

٤١٢ – جوائز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه: فإذا اكتملت مدة التقادم المكسب، طويلا كان التقادم أو قصيراً، وثبت حق الحائز فى التمسك به، فإن نزوله عنه بعد ثبوت حقه فيه جائز، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى فيما قدمنا(٥).

وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه صريحاً، ولا يشترط فى النزول الصريح شكل معين أو عبارات خاصة فقد يكون مكتوباً أو شفوياً(٦). ولكن يجب فى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص٧٤٨ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢١– كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥ ص٩٧٤ – مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص٢٠٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ فقرة ٤٠٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠.

(٤) ويجب التمييز بين الاتفاق على النزول مقدماً عن التقادم قبل أن يكتمل، والاتفاق على وقف سريان التقادم لتحقيق مصلحة أو لقيام ضرورة (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٠ فى آخرها فى الهامش). فالاتفاق الأول باطل، بخلاف الاتفاق الثانى فهو صحيح (نانسى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨ سيريه ٩١–٢–١٦١– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥١ ص٧٤٨– أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٢٧٨).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠.

(٦) فإذا اعترف المدعى عليه، بعد اكتمال مدة التقادم، فى أوراق صادرة منه، بملكية المدعى، كان هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيراً (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٥ رقم ٦٩).

إثبات هذا النزول، وهو تصرف قانونى، اتباع القواعد العامة فى الإثبات فيجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العين على خمسمائة جنيه. وقد يكون نزول الحائز عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه ضمنيا(1)، وأكثر ما يكون ذلك إذا أغفل الحائز الدفع بالتقادم عمداً بحيث يفهم من موقفه أنه لا يريد الالتجاء إلى هذا الدفع. ولكن ليس من الضرورى أن يستخلص من تأخير الدفع بالتقادم أن الحائز قد نزل عنه، فقد قدمنا(١) أن له أن يدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف لأول مرة، ما لم يستخلص من ظروف تأخيره للدفع أنه قد نزل عنه. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستخلص من موقف الحائز ما يستفاد منه حتما أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم(٢)، ولا يفترض ذلك عند الشك فإن النزول عن الحق لا يفترض. وقد يستخلص النزول الضمنى مثلا من قبول الحائز، بعد اكتمال مدة التقادم، أن يدفع للمالك أجرة للعين(٣).

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٠٩.

(٢) نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص١١٢٤.

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن حق التمسك بمضى المدة ليس من النظام العام، فإذا تنازل عنه الخصم بأن تعهد بالقيام بما عليه من الالتزامات، فإنه لا يسوغ له بعد ذلك أن يعود فيتمسك به (استئناف وطنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١٣ ص٢٥). وانظر فى أمثلة أخرى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٢ ص٧٤٩- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٤.

(1) أ- النزول عن الحق فى التقادم المكسب لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولا يستفاد بذاته من تصرف يحمل شبهة الخضوع لذى شوكة أو صدر ممن أراد أن يدرأ عن نفسه أو ذويه خطر الطرد من أرض حازها وأسلافه مدة تزيد على خمسين عاما دون منازعة من أحد.

(جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ الطعن رقم ٧٠٤٢ لسنة ٦٣ق)

ب- نزول الحائز عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه جائز صراحة أو ضمنا. المادة ٣٨٨ من القانون المدنى.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٥ الطعن رقم ١٧٢٩ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٢/٣/٢١ الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٤٨ق)

جـ- إذا دفع المدعى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية، وقضت المحكمة للمدعى بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بتكامل مدة التقادم فى أوراق صادرة منه بملكية المدعى، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد على الدفع بالتقادم إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا وفقا للمادة ٨٠ من القانون المدنى. =

والأهلية الواجبة للنزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، كما تقول المادة ٢/٣٨٨ مدنى فيما رأينا[١]، هى أهلية التصرف، فلا تلزم أهلية التبرع ولا تكفى أهلية الإدارة. أما أن أهلية التبرع لا تلزم، فذلك لأن الحائز لا يكسب الحق إلا إذا تمسك بالتقادم، وهو لم يتمسك به بل نزل عن حقه فيه. فهو إذن لم يكسب الحق حتى يقال إن نزوله عن التقادم هو بمثابة تبرع بهذا الحق بعد أن كسبه، ومن تم لا تلزم أهلية التبرع[٢]. وأما أن أهلية الإدارة لا تكفى، فذلك لأن الحائز بنزوله عن حقه فى التمسك بالتقادم لا يقوم بعمل مألوف من أعمال الإدارة، بل يقوم بعمل أكبر خطراً من ذلك، إذ هو قد نزل عن حق إذا كان لم يكسبه فإنه كان يستطيع كسبه. فلا تكفى إذن أهلية الإدارة، بل تجب أهلية التصرف. ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم المكسب، وكذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة. ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم، إلا إذا أعطى توكيلا خاصاً فى ذلك[٣].

وإذا نزل الحائز عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه على النحو الذى بيناه، كان نزوله هذا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد لا حاجة له إلى قبول المالك، وكان هذا النزول ملزماً لا يجوز الرجوع فيه[٤]. وإذا لم يكن لدى الحائز سبب آخر غير التقادم لتملك العين،

=(جلسة ١٩٦٤/٤/١١ الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٥ق)

د- لا يجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم، وانما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول انما يقطع التقادم على أساس اعتباره اقرارا من المدين بحق الحائز.

(جلسة ١٩٦٩/١/٣٠ الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ق س-٢ ص-٢١)

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٠.

(٢) وقد كتبنا فى الجزء الثالث من الوسيط فى هذا الصدد ما يأتى: «وبالرغم من أن النص صريح فى أن الأهلية الواجبة هى أهلية التصرف لا أهلية التبرع، فقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى: «ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الافتقار، ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٤٥). ورغم تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية، وجب الأخذ بالنص الصريح (الوسيط ٣ فقرة ٦٦١).

(٣) بلانيول وريبر وبيكار ٣ فقرة ٧٥٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٥.

(٤) والنزول عن التمسك بالتقادم ليس كما قدمنا نزولا عن الحق ذاته بعد كسبه، بل هو نزول عن كسب الحق. فلا تثبت له صفة النقل caractère transaltif بل تثبت له صفة الترك caractère abdiestif. ويترتب على ذلك ما يأتى: (أ) لا يكون النزول قابلا للملكية من الحائز =

واستمر على حيازته بعد النزول عن حق التمسك بالتقادم، فمن وقت النزول عن التقادم يبدأ تقادم جديد(١). ومدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة حتى لو كانت مدة التقادم السابق خمس سنوات، فالتقادم القصير لا يكون إلا إذا كان الحائز حسن النية، وقد انتفى حسن النية هنا بنزوله عن التقادم السابق، وانطوى هذا النزول على إقرار منه بأن العين قد آلت إليه من غير مالك، فلم يعد يستطيع أن يتملك بالتقادم القصير.

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ٢/٣٨٨ مدني كما رأينا(٢) «على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرار بهم». وفي هذا تطبيق لقواعد الدعوى البولصية على تصرف قانوني صدر من المدين، هو نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه. وقد رأينا(٣) من قبل كيف أن المادة ١/٣٨٧ مدني قد طبقت قواعد الدعوى غير المباشرة، فأزالت الشبهة في جواز استعمال الدائنين لحق مدينهم في التمسك بالتقادم وهو حق متصل بشخصه، بل هو رخصة لم ترق إلى مرتبة الحق. والآن نرى أن المادة ٢/٣٨٨ مدني هي أيضاً تزيل الشبهة في جواز الطعن بالدعوى البولصية في نزول المدين عن التمسك بالتقادم، مع أن نزول المدين هذا تصرف لا ينقص من حقوقه ولا يزيد في التزاماته(٤)، فكان الواجب، لولا النص، ألا يقع هذا التصرف تحت طائلة الدعوى البولصية. على أن القواعد الأخرى للدعوى البولصية يجب تطبيقها هنا بدقة. ومن ثم يشترط أن يكون نزول الحائز عن التمسك بالتقادم، حتى يجوز الطعن فيه بالدعوى البولصية، سبباً في إعسار الحائز أو في زيادة إعساره. فإذا بقي الحائز موسراً بعد النزول عن

=إلى المالك، وإلا لوجب قبول المالك، ولكان النزول تصرفاً صادراً من الجانبين لا تصرفاً صادراً من جانب واحد. (ب) لو كان النزول ناقلا للملكية، أي أنه يعيد الملكية إلى المالك بعد أن كسبها الحائز، لكان هبة تخضع لقواعد الهبة الموضوعية. ولكنه لا يخضع لهذه القواعد. إذ هو مجرد ترك الحق لصاحبه، ولا يقتضي أهلية التبرع بل تكفي فيه أهلية التصرف. (جـ) ولا يخضع للتسجيل. (د) ولا لرسوم نقل الملكية. أنظر في ذلك بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٧٥٢ ص٧٤٨ وفقرة ٧٥٣- كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٥- مازو فقرة ١٥١٤ - مارتي ورينو فقرة ١٩٧ ص٢١٠.

(١) وهذا بخلاف النزول عن التقادم مقدما قبل ثبوت الحق فيه، فقد قدمنا أنه لو صح لما كان يعقبه سريان تقادم جديد، إذ أن الحائز يكون قد نزل مقدماً عن التقادم، أي نزل عن أي تقادم يسري في المستقبل (انظر آنفاً فقرة ٤١١).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤١٠.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٠٨.

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٣.

التقادم، فلا شأن لدائنيه بهذا النزول ما دامت حقوقهم مكفولة. ولما كان نزول المدين عن التمسك بالتقادم لا يعتبر تبرعاً كما قدمنا، فإنه يشترط، لعدم نفاذ هذا النزول فى حق الدائنين، أن يكون منطوياً على غش من الحائز وأن يكون المالك الذى صدر لمصلحته هذا النزول على علم بهذا الغش(١).

٤١٣ – جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم مكسب لم يكتمل: وقد يقع أن الحائز ينزل عن التقادم، لا قبل سريانه فيكون نزولا عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون باطلا، ولا بعد اكتماله فيكون نزولا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ومن ثم يكون صحيحاً، ولكن فى أثناء سريان التقادم. وهذا النزول يكون صحيحاً فيما يتعلق بالمدة التى انقضت، لأنه نزول عن حق فى مدة قد انقضت فعلا. ومن ثم تزول هذه المدة ولا يعتد بها فى حساب التقادم، ويبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول عن المدة التى انقضت.

والتكييف الصحيح لهذا النوع من النزول إنما هو قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك. ذلك بأن الحائز إذا نزل عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل، إنما يقر بحق المالك، فيقطع الإقرار التقادم، ولا يعتد بالمدة التى انقضت كما سبق القول عند الكلام فى انقطاع التقادم بالإقرار(٢).

---

(١) وهذه المسائل مختلف فيها كل الاختلاف فى فرنسا (انظر بودرى وتيسييه فقرة ١١٣ – فقرة ١١٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢٢٦ – مارتى ورينو فقرة ١٩٧ ص٢١٠). أما فى مصر، فالنصوص صريحة لا تسمح بترديد صدى هذا الاختلاف (انظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٦٢).

هذا وإذا نزل الحائز عن التمسك بالتقادم فى الدعوى المرفوعة عليه من المالك فقضى للمالك بحقه، وفات دائنى الحائز أن يتدخلوا فى الدعوى ليطعنوا بالدعوى البولصية فى نزول الحائز، فإن لهم أن يطعنوا فى الحكم الصادر فى الدعوى بطريق اعتراض الخارج عن الخصومة، بشرط أن يثبتوا غش الحائز وتواطؤه مع المالك الذى نزل له عن التمسك بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ١٢٠). وقد قدمنا (انظر آنفاً فقرة ص١٠٦٣) أن الدائنين إذا نجحوا فى الطعن فى نزول الحائز عن التمسك بالتقادم تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٣٨٨ مدنى، فإن عليهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن مدينهم الحائز تطبيقاً لأحكام المادة ١/٣٨٧ مدنى.

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٠ – فقرة ٦٦٢.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٩٩ – ويترتب على هذا التكييف أنه ما دام النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم مكسب لم يكتمل إنما هو قطع للتقادم، فالأهلية الواجبة فيه هى أهلية التصرف لا أهلية الإدارة، إذ أن أهلية التصرف واجبة فى قطع التقادم المكسب، بخلاف التقادم المسقط فتكفى فى قطعه أهلية الإدارة (انظر آنفاً فقرة ٣٩٩).

وانظر فيما تقدم الوسيط ٣ فقرة ٦٦٣.

٢ – الآثار التى تترتب على التقادم المكسب

٤١٤ – التقادم المكسب سبب لكسب الملكية: ليس التقادم المكسب مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز هو المالك للعين التى حازها المدة اللازمة للتقادم، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية(١). فلو أن الحائز كان غير مالك للعين، وحازها مدة خمس عشرة سنة فى التقادم المكسب الطويل، أو خمس سنوات فى التقادم المكسب القصير، وتمسك بالتقادم، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذى كان يملكها وقت بدء الحيازة إلى الحائز، ويصبح هذا الأخير هو المالك، وسبب انتقال الملكية إليه هو التقادم المكسب الطويل أو التقادم المكسب القصير(٢). وهذا ما تؤكده المادة ٩٦٨ مدنى فى التقادم المكسب الطويل، فهى تقول كما رأينا(٣): «من حاز منقولا 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 الشئ أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة». فالحائز إذن يكون له «أن يكسب ملكية الشئ أو الحق العينى»، ويتحقق هذا الكسب عن طريق التمسك بالتقادم المكسب الطويل، فهذا التقادم يكون بناء

---

(١) انظر شفيق شحاته فقرة ٢٨٠ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٠٩ ص٥٣٩ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٧٧ – ومع ذلك نرى محكمة النقض تردد فى بعض أحكامها أن التقادم قرينة قانونية قاطعة على الملك. من ذلك ما قضت به من أن الأساس التشريعى للتقادم هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص٦٩). ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أنه إذ كان التقادم المكسب هو فى حكم القانون قرينة قانونية قاطعة على ثبوت الملك لصاحب اليد، كان توافر هذه القرينة لمصلحة جهة الوقف دليلا على أن العين التى تحت يدها موقوفة وقفاً صحيحاً ولو لم يحصل به إشهاد (نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣-٣ ص٦٠٢). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ – ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٥ ص٦١٤ – ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٤٢ ص٨٣٩.

(٢) ومع ذلك فقد يبقى للمالك دعاوى شخصية يستطيع أن يسترد بها العين. ويصعب تصور ذلك فى التقادم المكسب الطويل، إذ أن هذه الدعاوى الشخصية، تسقط بالتقادم المسقط بنفس المدة التى تكسب بها العين بالتقادم المكسب، وهى خمس عشرة سنة. ولكن يمكن تصور ذلك فى التقادم المكسب القصير: يشترط شخص عقاراً من غير مالك، ويكون البيع قابلا للإبطال أو قابلا للفسخ، ويجوز المشترى العقار بحسن نية وبهذا السبب الصحيح خمس سنوات، فيملكه بالتقادم المكسب القصير. ولكن يستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى البائع فى إبطال البيع أو فسخه، إذ هو دائن له فيكون من حقه أن يستعمل دعاوى مدينه، فيبطل البيع أو يفسخه، ومن ثم يسترد العقار من تحت يد المشترى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥٢٤ – ص٥٢٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٧ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٥).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٧١.

على ذلك سبباً من أسباب كسب الملكية(١)(1). وهذا ما تؤكده أيضاً المادة ١/٩٦٩ مدنى فى التقادم المكسب القصير، إذ تقول: «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات». فالتقادم بخمس سنوات يكسب إذن الحائز ملكية العقار أو الحق العينى العقارى، وعلى ذلك يكون التقادم المكسب القصير هو أيضاً سبب من أسباب كسب الملكية(٢).

والحائز الذى يكسب الملكية بالتقادم يستطيع أن يتمسك بكسبها عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى. فإذا رفع المالك عليه دعوى الاستحقاق دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع(٣) كذلك يستطيع أن يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى(2)، فلو أن العين بعد أن تملكها بالتقادم المكسب خرجت

---

(١) وقد قضى بأن التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فانها تكفى بذاتها سبباً لكسب الملكية، وليس ما يمنع مدعى التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه، وتكون حيازته فى هذه الحالة امتدادا لحيازة سلفه البائع له (نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٣٨ ص٨٩٠). وانظر نقض مدنى ١٧ يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ١٢ ص١١١ (حتى لو اقترنت الحيازة بعقد ثبتت صوريته أو بطلانه) - استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٣ ص١٨٢.

(٢) انظر بودرى وتيسييه فقرة ٢٦ ص١٨ - ص١٩ - مازو فقرة ١٠٥٧ - وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٠ ص٤٤٣ - ص٤٤٤.

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المنازعة التى أثارها المالك الأصلى للعقار تجاه حائزه لاحقة لاكتمال مدة التقادم الطويل المكسب لملكية الحائز، فانه لا يعتد بها (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رقم ٤٧ ص٣٠٦).

(1) المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أنه يشترط فى الحيازة المكسبة للملكية بالتقادم الطويل أن يتوفر وضع اليد الفعلى المستوفى لعناصره القانونية من ظهور وهدوء واستمرار بحيث ينفى عنه شبهة النزاع والغموض والابهام أو مظنة التسامح وأن تقترن هذه الحيازة بنية التملك وأن تستمر مدة خمس عشرة سنة.

(جلسة ١٩٩٠/١/٢٨ الطعن رقم ٥٨ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٧ق)

(جلسة ١٩٨٥/٥/٢٢ الطعن رقم ١١٧ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٧٥/١/١٤ الطعن رقم ٥٥٧ لسنة ٣٩ق س٢٦ ص١٥٣)

(جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٨٠٣)

(2) يتعين - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتمل اللبس أو الابهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك =

من حيازته، فإنه يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت إليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سبباً لكسب الملكية، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى(١).

٤١٥ - التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي: وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم عن طريق التمسك به، فان الملكية تنتقل إلى الحائز، لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم. فيعتبر الحائز مالكاً للعين التي كسبها بالتقادم من وقت أن وضع يده عليها بنية تملكها، ويكون مالكاً إياها طوال مدة التقادم(٢) واستناد التقادم بأثر رجعي إلى وقت بدأ سريانه إنما تقضي به طبيعة نظام التقادم، والهدف الذي يرمي هذا النظام إلى تحقيقه، فهو يرمي إلى حماية الأوضاع المستقرة، وقد أخذت هذه الأوضاع تستقر منذ بدأ سريان التقادم. ومن ذلك الوقت أخذ الحائز يظهر بمظهر المالك ويتعامل في العين تعامل الملاك فيديرها ويؤجرها ويقبض ثمارها ويرتب عليها حقوقاً للغير، فإذا اكتملت مدة التقادم وملك الحائز للعين أيجوز بعد ذلك أن تناقش هذه الأوضاع التي استقرت ومضت عليها مدة طويلة، فاطمأنت إليها الناس؟ الواجب إذن الرجوع إلى الوقت الذي بدأ فيه سريان التقادم، واعتبار الحائز مالكاً للعين من ذلك الوقت(٣).

= به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه.

(جلسة ١٩٨٥/١/٢٠ الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ الطعن رقم ٨-١ لسنة ٥٠ق)

(١) وهناك من الشرائع ما لا يجعل التمسك بالتقادم إلا بطريق الدفع، فيكون التقادم أقرب إلى التقادم المسقط منه إلى التقادم المكسب، كالقانون الروماني والشريعة الإسلامية. ففي القانون الروماني كان التقادم المكسب الطويل (praeseriptio longi temporis)، الذي أدخله البريطور إلى جانب التقادم المكسب (usucapio) ليسري على أراضي الأقاليم وعلى الأجانب، لا يعطي في أول الأمر للحائز إلا دفعاً ضد دعوى الاستحقاق التي يرفعها المال، وإن كان قد انتهى إلى أن يكون دفعاً ودعوى، فيستطيع الحائز أن يدفع به دعوى الاستحقاق،، كما يستطيع أن يرفع هو دعوى الاستحقاق على من يأخذ منه الحيازة (انظر آنفاً فقرة ٣٦٨). وفي الشريعة الإسلامية لا يعطي مرور الزمن للحائز إلا دفعاً، فإذا دفع عليه المالك دعوى الاستحقاق استطاع أن يدفعها بعدم جواز سماع الدعوى لمرور الزمن، ولكنه لا يستطيع إذا خرجت العين من حيازته أن يدفع هو دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد، فيكون التقادم في الشريعة الإسلامية تقادماً مسقطاً لا تقادماً مكسباً (انظر بودري وتيسييه فقرة ٦٢٠ ص٤٧- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٤).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص٧٤٤.

(٣) بودري وتيسييه فقرة ٣٠١ مكررة - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص٧٤٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٦ - كولان وكابيتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص٩٧٢.

ويترتب على أن للتقادم المكسب أثراً رجعياً على النحو الذى قدمناه، وأن الحائز يعتبر مالكاً للعين منذ بدء الحيازة، النتائج الآتية:

(أولا): أن الحائز الذى يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك، حتى لو لم يتملك هذه الثمار استقلالا بالقبض أو بالتقادم. فقد يكون سيء النية ولا يمضى على قبضه للثمار مدة خمس عشرة سنة، فلا يستطيع أن يتملك الثمار بالقبض لأنه سيء النية، ولا أن يتملكها بالتقادم لأنه لم يمض على حيازته إياها مدة خمس عشرة سنة. ومع ذلك لا يرد الثمار للمالك، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتقادم. فقد اعتبر الحائز مالكاً منذ بدأ سريان التقادم كما قدمنا، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار فيتملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين(١).

(ثانياً): إذا رتب المالك، فى خلال مدة التقادم، حقاً عينياً على العين التى وضع الحائز يده عليها كحق رهن فان هذا الحق، إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك الحائز به فملك العين، لا يسرى فى حق الحائز(٢)(1). ولا يفسر ذلك إلا الأثر الرجعى للتقادم المكسب، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم، فلا يكون المالك السابق

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ ص٨٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨- ص٧٤٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٧ - كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص٩٧٢- مازو فقرة ١٥٠٩ ص١٢١٠- مارتى ورينو فقرة ١٩٦- كاربونييه ص٢١٤.

(٢) كذلك لو باع المالك العين، ولكنها بقيت فى حيازة الحائز ولم ينقطع التقادم إلى أن اكتملت مدته، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من بدء الحيازة، ولا يسرى فى حقه البيع إذ يعتبر صادراً من غير مالك. وتنتج الحيازة أثرها فى حق المالك وفى حق المشترى منه، دون أن يكون الحائز مضطراً إلى ابتداء حيازة جديدة فى حق المشترى من المالك، فالحيازة القديمة تكفى ما دامت لم تنقطع. وإذا وقف المالك العقار فى خلال مدة التقادم واكتملت المدة، فان الحائز يتملك العقار بالتقادم العادى ولا يسرى الوقف فى حقه. وقد قضى بأنه إذا وضع شخص يده على عقار، ثم حصل وقف العقار بمعرفة مالكه الأصلى وظلت يد الحائز قائمة دون المالك الأصلى، تملك الحائز العقار بمدد التقادم العادى، ولا يسرى الوقف فى حق الحائز (طنطا الكلية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٧ ص٤٧٠).

(1) من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم، فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت اكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعى منذ وقت بدء الحيازة التى أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طول مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلى خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين، فإن هذه الحقوق متى اكتملت مدة التقادم لا تسرى فى حق الحائز.

(جلسة ١٩٨١/٥/١٢ الطعنان رقما ٩٣٠، ٩٥٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٤٤٠)

مالكاً إياها فى خلال هذا الوقت وهو الوقت الذى رتب فيه حق الرهن، ومن ثم يكون الرهن صادراً من غير مالك فلا يسرى فى حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم. أما الحقوق العينية التى يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم، فانها تسرى فى حق الحائز حتى بعد أن يتملك العقار بالتقادم، إلا إذا كانت قد انقضت بالتقادم المسقط أو انتقلت إلى الحائز بالتقادم المكسب مستقلة عن حق الملكية(١).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ ص٨٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص٧٤٤- كولان وكابيتان ودى لاموراندييز ١ فقرة ١١٩٤ ص٩٧٢- مازو فقرة ١٥٠٩- ١٥١٠- مارتى ورينو فقرة ١٩٦. فإذا رتب المالك قبل بدء سريان التقادم حق رهن على العين، فان تملك الحائز للعقار بالتقادم لا يستتبع انقضاء الرهن، بل يبقى الرهن قائماً حتى يزول بسبب من أسباب انقضائه، كما إذا انقضى بانقضاء الدين المضمون به. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وضع شخص يده على عقار مرهون المدة الطويلة المكسبة للملكية، فإن تملكه للعقار لا يستتبع حتما انقضاء الرهن، بل يكون للدائن المرتهن الحق فى نزع ملكية العقار وفاء لدينه. ولا يصح القول بأن وضع اليد على ذلك العقار المدة الطويلة يكسب ملكية العقار وملكية الرهن، إذ هذا يؤدى إلى إهدار حق الدائن المرتهن الذى كفله نص المادة ٥٥٤ مدنى من استيفاء حقه بالأولوية والتقدم من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون، كما أن فيه إجازة لسقوط الرهن مستقلا عن الدين المضمون به مع أنه تابع له لا ينقضى إلا بانقضائه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٣٠١). وانظر أيضاً استئناف مختلط دوائر مجتمعة ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٥٧٧- استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٩٨- ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٣٠- ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٩٧/ وكالرهن سائر الحقوق العينية التبعية كحق الاختصاص وحقوق الامتياز، ولم يقرر المشرع المصرى، كما قرر المشرع الفرنسى فى المادة ٢٨٨٠ مدنى فرنسى، سقوط الرهن والامتياز بالتقادم (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٥٩ ص٢٩٩). أما إذا قرر المالك قبل بدء سريان التقادم حقوقاً عينية أصلية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فإذا لم يستعمل المنتفع أو صاحب العقار المرتفق حق الانتفاع أو حق الارتفاق طوال مدة الخمس العشرة سنة مدة التقادم الطويل، فان الحائز يكسب ملكية العين خالية من حق الانتفاع أو حق الارتفاق، إذ يكون قد كسب الملكية بالتقادم الطويل المكسب، وسقط حق الانتفاع أو حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو التقادم المسقط. ويلاحظ هنا أن التقادم المسقط يكتمل مستقلا عن التقادم المكسب وإن كانت مدتهما واحدة، فقد يعترض أحد النوعين من التقادم سبب للوقف أو للأنقطاع لا يعترض التقادم الآخر. ويلاحظ أيضاً أنه كما يسقط حق الانتفاع بالتقادم المسقط، فانه يجوز كذلك كسبه بالتقادم المكسب، وذلك إذا وضع الحائز يده على العين باعتبارها غير مثقلة بحق الانتفاع، فيكون قد وضع يده على كل من الرقبة وحق الانتفاع وملك كلا منهما بالتقادم المكسب الطويل. أما حق الارتهان هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط، فيسقط به. وإذا كان لدى الحائز سبب صحيح وكان حسن النية، فانه يملك العقار بخمس سنوات مدة التقادم القصير، وفى هذه الحالة يبقى العقار مثقلا بحق الارتفاق أو بحق الانتفاع لأن أيا من الحقين لم يسقط بعدم الاستعمال إذ لم يمض على تركه إلا خمس سنوات. ولكن يجوز أن يتملك الحائز بالتقادم القصير حق الانتفاع إذا وضع يده على العقار باعتباره غير مثقل بهذا الحق، أما حق الارتفاق هنا فلا يرد عليه إلا عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ومدته خمس عشرة سنة. وإذا كسب الحائز حق الانتفاع=

(ثالثاً): إذا رتب الحائز، فى خلال مدة التقادم، حقاً عينياً على العين التى حازها، ثم تملك العين بالتقادم، فان هذا الحق يصبح نافذاً باتاً[1]. والأثر الرجعى أيضاً هو الذى يفسر ذلك، فان الحق العينى الذى رتبه الحائز فى خلال مدة التقادم كان صادراً من غير مالك إذ أن مدة التقادم لم تكن قد اكتملت، فكان ينبغى أن يبقى معتبراً أنه صدر من غير مالك حتى بعد اكتمال مدة التقادم لو أن التقادم المكسب لم يكن له أثر رجعى. أما وهذا التقادم له أثر رجعى، فان الحائز يعتبر مالكاً للعين من وقت بدء سريان التقادم، فيكون مالكاً لها وقت أن رتب الحق العينى، ومن هنا يصبح هذا الحق نافذاً كما سبق القول.

٤١٦ - تخلف التزام طبيعى عن التقادم المكسب: وكما يتخلف التزام طبيعى عن الالتزام الذى ينقضى بالتقادم المسقط، وقد صرحت بذلك المادة ١/٣٨٦ مدنى إذ تقول: «يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى»[2]، كذلك يتخلف التزام طبيعى عن الحق الذى يكسب بالتقادم المكسب. فإذا ملك الحائز العين بالتقادم المكسب، ولم يكن قبل التقادم مالكا لها، فانه بالرغم من تملكه العين بالتقادم يبقى ملتزماً التزاماً طبيعياً نحو المالك الحقيقى برد العين إليه[3].

والآثار التى تترتب على هذا الالتزام الطبيعى هى نفس الآثار التى تترتب على أى التزام طبيعى. وأهم هذه الآثار هى: (١) يجوز للحائز أن يوفى مختارا وعن بينة من أمره بالتزامه الطبيعى، فيرد العين. فإذا كان الحائز، بعد التمسك بالتقادم وكسب الحق، قد استجاب لداعى ضميره فرد العين إلى مالكها الحقيقى، كان هذا وفاء لالتزام طبيعى وليس

= بالتقادم القصير، فانه يكسبه مستقلا عن حق الرقبة، وإن كانت مدة التقادم القصير فى كل منهما واحدة، فقد يعترض تقادم حق الانتفاع أو تقادم الرقبة سبب للوقف أو للانقطاع لا يعترض التقادم الآخر (انظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥٢٣- ص٥٢٤- بودرى وتيسييه فقرة ٦٩٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٦ - إسماعيل غانم ص١٣٢- ص١٣٣).

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٣ ص٩٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٨ ص٧٤٤- بلانيول وريبر وبولانجيه ١ فقرة ٣٢١٧- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٤ ص٩٧٣- مازو فقرة ١٥٠٩ - مارتى ورينو فقرة ١٩٦ - كاربونييه ص٢١٤.

(٢) انظر فى تاريخ النص وفيما يقابله فى التقنين المدنى السابق وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى الوسيط ٣ فقرة ٦٦٤- وانظر فى تخلف الالتزام الطبيعى عن التقادم المسقط الوسيط ٣ فقرة ٦٧٥- فقرة ٦٨٠.

(٣) أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٩٧ هامش ١- بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص٩٠- ص٩١ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٤٤ ص٧٤٢- مازو فقرة ١٥١٣.

تبرعا. ومن ثم لا يشترط فى هذا الوفاء شكل خاص، ولا تشترط أهلية التبرع، ولا يجوز للحائز أن يسترد العين بعد ردها للمالك الحقيقى[1] وغنى عن البيان أن الالتزام الطبيعى لا يتخلف فى ذمة الحائز، إلا إذا كان هذا الأخير لا يملك العين قبل التقادم واعتمد فى تملكها على التمسك بالتقادم. فيكون ضميره فى هذه الحالة هو الرقيب عليه، فقد يدعوه إلى رد العين لمالكها الحقيقى حتى يأخذ كل ذى حق حقه، ويكون هنا قد وفى بالتزام طبيعى. أما إذا كان يملك العين قبل التقادم، وإنما لجأ إلى التمسك بالتقادم تخففا من عبء إثبات ملكيته للعين، فلا محل للقول بتخلف التزام طبيعى، بل يملك الحائز العين بالتقادم دون أن يتخلف أى التزام طبيعى عن ذلك. فالأمر إذن موكول إلى ضمير الحائز، يهديه إلى ما يجب عليه أن يفعله[2]. (٢) يجوز كذلك اتخاذ الالتزام الطبيعى المتخلف فى ذمة الحائز سببا صحيحا لإنشاء التزام مدنى. فإذا كان الحائز، بدلا من أن يرد العين فعلا لمالكها الحقيقى، تعهد بأن يردها إليه، فانه ينشئ بهذا التعهد التزاما مدنيا فى ذمته يجبر على الوفاء به. ويجب أن يكون قد قصد أن يلتزم برد العين التزاما مدنيا، فلا يكفى مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعى فى ذمته[3]. (٣) ولكن لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى المتخلف فى ذمة الحائز، إذا قصد بالكفالة أن يترتب فى ذمة الكفيل التزام مدنى يضمن الالتزام الطبيعى. ولكن إذا كفل الكفيل هذا الالتزام الطبيعى وهو يعتقد أنه التزام مدنى، فان التزامه يكون التزاما طبيعيا مثل الالتزام الأصلى، إذ لا يصح أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين[4].

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص٩١- أما إذا كان الحائز قد رد العين لمالكها الحقيقى قبل التمسك بالتقادم، فان ذلك يكون تنفيذاً لالتزام مدنى لا لالتزام طبيعى، لأنه لم يملك العين بالتقادم إذ هو لم يتمسك به، فيبقى التزامه بالرد التزاماً مدنياً (بودرى وتيسييه فقرة ١٠٤ ص٩١- ص٩٢). وعلى ذلك لا يستطيع بعد أن يرد العين للمالك الحقيقى أن يستردها منه حتى لو كان قد ردها عن غلط، كأن كان وقت أن ردها لا يعلم باكتمال مدة التقادم كان يظن أن المدة لا تزال سارية دون أن تكتمل. وكان يستطيع استردادها لو أنه ردها عن غلط تنفيذاً للالتزام الطبيعى الذى تخلف فى ذمته (الوسيط ٣ فقرة ٦٦٥).

(٢) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٦.

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٧.

(٤) الوسيط ٣ فقرة ٦٧٩.

المبحث الثانى

الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية

المطلب الأول

كسب ملكية العقار

(التقادم المكسب القصير فى العقار)

٤١٧ – نص قانونى: تنص المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى:

«١ – إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فان 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 مالكا للشئ أو صاحب الحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون»(١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ١٠٢/٧٦(٢).

---

(١) **تاريخ النص**: ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن الفقرة الثالثة من النص كانت فى المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى: «والسبب الصحيح لا يفترض وجوده، ويصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون». وقد حذفت لجنة المراجعة من النص فى فقرته الثالثة عبارة «لا يفترض وجوده»، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٤ – ص٤٩٦).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١٠٢/٧٦: تحصل ملكية العقارات والحقوق العينية لمن وضع يده عليها بنفسه أو بوكيل عنه بغير منازع مدة خمس سنوات متواليات بصفة مالك، بشرط أن يكون وضع اليد المذكور مبنياً على سبب صحيح... (وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، ويؤخذ على نص التقنين المدنى السابق أنه أغفل اشتراط حسن النية ولم يحدد معنى السبب الصحيح ولم يعرض لمسألة التسجيل، وقد تدارك التقنين المدنى الجديد هذه العيوب: المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨ – ص٤٩٩). وقد جرى القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق على اشتراط حسن النية بالرغم من إغفال النص لهذا الشرط: استئناف وطنى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص١٥٣ – أسيوط الكلية ٢٧ يونيه سنة ١٩٢٥ المحاماة =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩١٨ – وفى التقنين المدنى الليبى م٩٧٣– وفى التقنين المدنى العراقى م١١٥٨/٢ و٣ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٧(١).

والصورة المألوفة لتطبيق النص سالف الذكر هى أن يبيع غير المالك عقارا باعتبار أنه

=٧ رقم ٢١ ص٣٨– استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م١ ص٣٤– ٧ يونيه سنة ١٨٩٣ م٥ ص٣٠٠– ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص٣٠١– ٣ مارس سنة ١٩٠٣ م١٥ ص١٧١– ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٣٠– ٣٠ مايو سنة ١٩٠٢ م١٥ ص٣٣٠– ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٣١– ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٢٠– ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٤٨– ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٥٦– ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٨٧– ٢٩ يناير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص١٩٩– ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٠٥٠– ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٢٢– بل إن هناك حكماً شاذا من محكمة الاستئناف المختلطة يقضى باشتراط حسن النية حتى فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٩٨)، ولكن المحكمة ما لبثت أن رجعت إلى الرأى الصحيح وتواترت أحكامها على أن حسن النية غير لازم فى التقادم المكسب الطويل (استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٣٨٧– ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٦– ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٧٢– ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٩١).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٩١٨ (تطابق المادة ٩٦٩ مدنى مصرى فى فقرتيها الأوليين. أما الفقرة الثالثة من المادة ٩١٨ مدنى سورى فتجرى على الوجه الآتى: «والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية: الاستيلاء على الأراضى الموات، انتقال الملك بالإرث أو الوصية، الهبة بين الأحياء بدون عوض أو بعوض، البيع أو الفراغ». وظاهر أن السبب الصحيح فى التقنين السورى أوسع بكثير من السبب الصحيح فى التقنين المصرى).

التقنين المدنى الليبى م٩٧٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٥٨/ ٢و٣ – ٢/١١٥٨: وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عينى عقارى، وكان غير مسجل فى دائرة الطابو واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فان المدة التى تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقى الحق. ٣/١١٥٨: والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل الآتية: (أ) الاستيلاء على الأراضى الموات. (ب) انتقال الملك بالإرث أو الوصية. (جـ) الهبة. (د) البيع أو الفراغ.

(والتقنين العراقى، فى تحديد السبب الصحيح، يوافق التقنين السورى، وهو أوسع من التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م٢٥٧: يكتسب حق القيد فى السجل العقارى، فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المقيدة فى السجل العقارى، بوضع يد الشخص بصورة هادئة علنية مستمرة مدة خمس سنوات، هو بنفسه أو بواسطة شخص آخر لحسابه، بشرط أن يكون لذى واضع اليد سبب محقق... (وأحكام القانون اللبنانى تتفق مع أحكام التقنين المصرى، ولم يصرح القانون اللبنانى بشرط حسن النية).

هو المالك، ويكون المشترى حسن النية أى يعتقد أن البائع مالك للعقار، فإذا حاز المشترى العقار فانه لا يحتاج فى تملكه إياه إلى التقادم المكسب والطويل ومدته خمس عشرة سنة، بل يكتفى فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير ومدته خمس سنوات فقط. والسبب فى تقصير مدة التقادم، وجعلها خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة، هو أن الحائز هنا يمتاز عن الحائز فى التقادم المكسب الطويل بأنه حسن النية وعنده سبب صحيح يدعم حسن نيته. وهذا كله فى العقار، أما فى المنقول فان من يشتريه من غير مالك ويكون حسن النية يتملكه فى الحال بمجرد الحيازة كما سيأتى، وذلك بموجب القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية.

فالقانون هنا يعالج حالة خاصة، هى حالة من يتلقى الملكية من غير مالك بسبب صحيح وهو حسن النية. وقد وجده جديرا بالعناية، وأراد أن يحصنه من مطالبة المالك الحقيقى له. فلم ير أن يجعله معرضا لهذه المطالبة طوال مدة الخمس العشرة سنة وهى المدة اللازمة للتملك بالتقادم المكسب الطويل، بل قصر هذه المدة إلى خمس سنوات فى العقار، وألغاها أصلا فى المنقول فيتملك الحائز المنقول بمجرد الحيازة، وذلك كله جزاء على حسن النية المدعوم بالسبب الصحيح. فالتقادم المكسب القصير فى العقار، ومدته خمس سنوات، أريد به تغطية من يتعامل فى العقار مع غير المالك، فيصبح بعد انقضاء هذه المدة القصيرة كأنه تعامل مع المالك(١).

والتقادم المكسب القصير، على النحو الذى بيناه يشترك فى أكثر قواعده مع التقادم المكسب الطويل، ثم ينفرد بقواعد خاصة به.

٤١٨ - القواعد التى يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل: الأصل أن قواعد التقادم المكسب الطويل تسرى على التقادم المكسب القصير، إلا فيما استثنى بنص خاص. وعلى ذلك يسرى على التقادم المكسب القصير قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاثة الجوهرية الآتية: (١) كيف يتحقق التقادم. (٢) إعمال التقادم. (٣) الآثار التى تترتب على التقادم. وقد سبق أن طبقنا نفس القواعد على كل من التقادم الطويل والتقادم القصير فى مناسبات مختلفة.

١ - ففيما يتعلق بتحقق التقادم، يتحقق التقادم المكسب القصير طبقا للقواعد التى يتحقق بها التقادم المكسب الطويل. فيجب أن يكون العقار الخاضع للتقادم المكسب

---

(١) فالتقادم المكسب القصير، إلى جانب حمايته لاستقرار التعامل ويشترك فى ذلك مع التقادم المكسب الطويل (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧)، يحمى أيضاً الحائز حسن النية المستند إلى سبب صحيح، فيتملك هذا الحائز العقار بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة • بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠).

القصير عقارا قابلا للتعامل فيه، وقابلا للحيازة[1]. ومن ثم لا يسرى التقادم المكسب القصير على الدومين العام[2]، ولا على الدومين الخاص[3]، ولا على الوقف الخيرى[4]. ويجب أن يخضع العقار لحيازة مستوفية لعنصريها المادى والمعنوى، وخالية من العيوب[5]. ومدة التقادم، وهى خمس سنوات فى التقادم القصير كما قدمنا، لا يجوز الاتفاق على تعديلها. وتحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل بانقضاء آخر يوم منها[6]. ويبدأ سريان التقادم من اليوم التالى لليوم الذى بدأت فيه الحيازة[7]، ولا يسرى فى الحقوق المعلقة على شرط واقف إلا من وقت تحقق الشرط، ولا فى الحقوق المقترنة بأجل إلا من وقت حلول الأجل[8]، ولا فى الحقوق الاحتمالية إلا من وقت تكامل عناصرها[9]. وإذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا، فان ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة، ما بين الزمنين ما لم يقم الدليل على العكس[10]. وتسرى قواعد ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين على الوجه الذى بسطناه فى التقادم الطويل[11]. وتسرى قواعد وقف التقادم على النحو الذى قدمناه، فلا يسرى التقادم القصير[12]، كما لا يسرى التقادم الطويل، كلما وجد مانع يتعذر معه على المالك أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبيا[13] ومن أسباب وقف التقادم أسباب تتعلق بالشخص[14]، ومنها أسباب ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية[15]. كذلك تسرى قواعد

---

(١) آنفاً فقرة ٣٧٣.

(٢) آنفاً فقرة ٣٧٤.

(٣) آنفاً فقرة ٣٧٥.

(٤) آنفاً فقرة ٣٧٦.

(٥) آنفاً فقرة ٣٧٨.

(٦) آنفاً فقرة ٣٨٠.

(٧) آنفاً فقرة ٣٨١.

(٨) آنفاً فقرة ٣٨٢.

(٩) آنفاً فقرة ٣٨٣.

(١٠) آنفاً فقرة ٣٨٤.

(١١) آنفاً فقرة ٣٨٥.

(١٢) آنفاً فقرة ٣٨٦.

(١٣) آنفاً فقرة ٣٨٨ – فقرة ٣٩٠

(١٤) آنفاً فقرة ٣٩١.

(١٥) آنفاً فقرة ٣٩٢.

انقطاع التقادم، فينقطع التقادم القصير بالمطالبة القضائية(١). وباقرار الحائز بحق المالك(٢)، وبفقد الحيازة(٣).

٢- وفيما يتعلق باعمال التقادم، يكون إعمال التقادم القصير، كاعمال التقادم الطويل، عن طريق التمسك بالتقادم، فلا تقضى المحكمة بالتقادم القصير من تلقاء نفسها، بل لابد من التمسك به(٤)، ويتمسك به الحائز وكل ذى مصلحة(٥)، ويجوز التمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى(٦). ولا يجوز النزول عن التقادم القصير مقدما قبل ثبوت الحق فيه(٧)، ولكن يجوز النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه(٨)، كما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم قصير لم يكتمل(٩).

٣- وفيما يتعلق بالآثار التى تترتب على التقادم، تترتب على التقادم القصير نفس الآثار التى تترتب على التقادم الطويل. فالتقادم القصير سبب لكسب الملكية(١٠)، وهو يكسب الملكية بأثر رجعى(١١)، ويتخلف عنه التزام طبيعى(١٢).

---

(١) آنفاً فقرة ٣٩٥- فقرة ٣٩٨.

(٢) آنفاً فقرة ٣٩٩- فقرة ٤٠٢.

(٣) آنفاً فقرة ٤٠٣- قرة ٤٠٤.

(٤) آنفاً فقرة ٤٠٧.

(٥) آنفاً فقرة ٤٠٨.

(٦) آنفاً فقرة ٤٠٩.

(٧) آنفاً فقرة ٤١١.

(٨) آنفاً فقرة ٤١٢.

(٩) آنفاً فقرة ٤١٣.

(١٠) آنفاً فقرة ٤١٤.

(١١) آنفاً فقرة ٤١٥.

(١٢) آنفاً فقرة ٤١٦ - وإذا تملك الحائز العقار بالتقادم القصير، أصبح فى مأمن من دعوى استحقاق ترفع عليه من المالك الأصلى للعقار. فإذا فرض أن هذا المالك باع العقار وكان البيع قابلا للإبطال أو الفسخ وباع المشترى العقار لمشتر ثان حسن النية، ثم أبطل المالك الأصلى البيع الأول أو فسخه، فان المشترى الأول يعتبر أنه لم يملك العقار أصلا. وفى هذه الحالة يملك المشترى الثانى العقار بالتقادم القصير إذا بقى حائزاً له مدة خمس سنوات، فقد اشترى من غير مالك وبحسن نية. ولا يستطيع المالك الأصلى أن يسترد منه العقار بدعوى استحقاق، لأن دعوى الاستحقاق هذه يحول دونها تملك الحائز للعقار بالتقادم القصير. (بودرى وتيسييه فقرة ٦٩٨). فإذا كان البيع الصادر من المشترى الأول للمشترى الثانى أى نفس السبب الصحيح الذى تلقى به الحائز العقار، هو أيضاً بيع قابل للإبطال أو للفسخ، فان المشترى الأول يستطيع أن يبطله أو يفسخه إذا لم تكن دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ =

ويمكن القول بوجه عام إن جميع القواعد التى تسرى على التقادم الطويل تسرى على التقادم القصير، فيما عدا مسائل معينة انفرد بها التقادم القصير، تنتقل الآن إليها.

٤١٩ – القواعد التى ينفرد بها التقادم المكسب القصير: يمكن حصر هذه القواعد فى أربع: المدة الى يتم بها التقادم القصير.، واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول، وضرورة قيام السبب الصحيح، واقتران السبب الصحيح بحسن النية.

أما المدة فى التقادم القصير فهى خمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة كما تقدم القول، وتحسب على الوجه الذى تحسب به مدة الخمس العشرة سنة فى التقادم الطويل، وقد سبق بيان ذلك(١). ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا من وقت اجتماع السبب الصحيح والحيازة، فإذا سبقت الحيازة السبب الصحيح أو سبق السبب الصحيح الحيازة، لم تسر المدة إلا بعد أن ينضم السبب الصحيح إلى الحيازة أو تنضم الحيازة إلى السبب الصحيح.

ويقتصر التقادم القصير على العقار دون المنقول. فلا يخضع لهذا التقادم إلا عقار معين بالذات، أو حق عينى على عقاركحق الانتفاع بالعقار وحق الارتفاق الظاهر وحق رهن الحيازة العقارى. أما المجموعة من المال (universalité) ولو لم يشتمل إلا على عقارات، فلا يخضع للتقادم القصير، كما لا يخضع للتقادم الطويل فيما قدمنا(٢). فمن اشترى من الوارث الظاهر نصيبا فى الميراث أى جزءا من مجموع التركة، وهو حسن النية يعتقد أن البائع هو الوارث الحقيقى، لا يملك بالتقادم القصير ما اشتراه ولو كان كله عقارا. فالتقادم القصير إنما يحول إذن دون دعوى استحقاق عقار بالذات يرفعها مالك هذا العقار، ولا يحول دون دعوى الإرث يرفعها الوارث الحقيقى(٣).

=قد سقطت، فيسترد العقار من المشترى الثانى حتى لو بقى هذا حائزاً له مدة خمس سنوات. ولما كان المالك الأصلى الذى صدر منه البيع الأول هو دائن للمشترى الأول، فانه يستطيع استعمال دعوى مدينه فى إبطال البيع الثانى أو فسخه، فيعود العقار إلى المشترى الأول، ثم يعمد المالك الأصلى إلى إبطال أو فسخ البيع الأول الصادر منه، فيسترد العقار (بودرى وتيسييه فقرة ٦٩٩ ص٥٣٩). هذا وإذا عجز المالك الأصلى عن استرداد العقار بعد أن أبطل أو فسخ البيع الصادر منه للمشترى الأول، بسبب أن المشترى الثانى حاز العقار وهو حسن النية خمس سنوات، فتملكه بالتقادم القصير، فان المالك الأصلى يرجع بالتعويض على المشترى الأول (بودرى وتيسييه فقرة ٧٠٠).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٨٠– فقرة ٣٨٦.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٧٣.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٦٥١– فقرة ٦٥٣– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٠ ص٧١٠– كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٠٣ ص٩٧٩– مارتى ورينو فقرة ١٩٨.

بقى السبب الصحيح وحسن النية، وهذان هما دعامتا التقادم المكسب القصير. فنتناولهما فيما يلى ببحث مفصل.

١ - السبب الصحيح

٤٢٠ - تحديد معنى السبب الصحيح: المفروض أن عقارا انتقلت حيازته إلى شخص، وأن انتقال الحيازة يرجع إلى سبب قانونى يوجب انتقالها. فإذا كان هذا السبب هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية (transaltif de propriété) كالبيع والوصية، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك(١)(1)، وكان ينقلها لو أنه صدر

---

(١) أى من شخص لم يملك أصلا، أو كان مالكاً ولكن ملكيته زالت بأثر رجعى (كاربونييه ص٢٠٨). والتصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزاً فيه حدود النيابة لا يعتبر تصرفاً صادراً من غير مالك، فلا يصلح سبباً صحيحاً، فهو لم يصدر من الأصيل، وكذلك لم يصدر من النائب أصالة عن نفسه بل باسم الأصيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢١ ص٦٤٨ هامش ٢). وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان السبب الصحيح هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ، أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، وكان الثابت فى الوقائع أن هذا البيع الصادر للطاعنين إنما صدر لهما من وكيل عن المالك للأطيان المبيعة، فانه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى وجود سبب صحيح. وإنما يتعين فى هذا المجال إعمال ما تقضى به الأحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة فيما تقرره هذه الأحكام من أن على الوكيل أن يقوم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة، ومن أنه إذا خرج عن حدودها وأبرم عقداً باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات لا يضاف إلى الأصل إلا إذا أجاز التصرف (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٠ ص٣٩١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع وكيل مال الموكل مجاوزاً فى ذلك حدود الوكالة، لم يصلح البيع أن يكون سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٢٢)

(1) أ- المقرر فى قضاء محكمة النقض - أن السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم الخمسى - على ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى - هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار يكون من شأنه نقل الملك إن صدر من مالك أهل للتصرف فإذا كان التصرف بيعا وجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفا الملك إلى نفسه رغم أنه غير مالك، أما إذا صدر البيع منه بصفته نائبا عن المالك وتبين عدم نيابته عنه أو كان نائبا ولكنه تجاوز حدود الوكالة فإنه لا يتأتى فى هذا المقام الاستناد إلى قيام السبب الصحيح وانما يتعين فى هذا المجال إعمال ما تقضى به الاحكام الخاصة بالنيابة فى التعاقد وبآثار الوكالة.

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٠ الطعن رقم ١٦٦٢ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٩١/٤/٤ الطعن رقم ١٦٦٥ لسنة ١٦٦٥ ق)

ب- السبب الصحيح للتملك بوضع اليد مدة خمس سنوات مع توافر شروط حسن النية هو - =

من المالك، فهذا هو السبب الصحيح (juste titre) فى معنى التقادم المكسب القصير[1]. وسمى «صحيحا» (juste) لأنه كان ينقل الملكية لو صدر من المالك، لا لأنه خال من أسباب البطلان فسنرى أن التصرف القابل للإبطال يعتبر مع ذلك «سببا صحيحا»[2]. فالمهم فى السبب الصحيح هو أن يكون صادرا من غير المالك على اعتبار أنه

=وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون.

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧ الطعن رقم ٨٧ لسنة ٥٢ق)

(جلسة ١٩٩٠/٣/٦ الطعن رقم ١٥٧٤ لسنة ٥٩ق)

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص٧٠٠– استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص١٩٠– ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص١٧١– استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص١٠٣– استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٩٠– ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص١-٤– ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٠٦– ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٠ – ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م٤٥ ص٣٣.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المراد بالسبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم الخمسى هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار، ويجعل وضع يده عليه حلالا سليما من شبهة الغصب فى نظره واعتقاده. والمراد بكون السبب صحيحاً فى هذا الباب هو أن يكون بطبيعته ناقلا للملك لو أنه صدر من مالك أهل للتصرف. ولهذا يصلح العقد الباطل بطلاناً نسبياً، وكذلك العقد المعلق على شرط فاسخ مدة قيام هذا الشرط، لأنه يكون سبباً صحيحاً لتمليك المشترى على أساسه العقار بوضع اليد (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١)– وانظر نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ١ ص٤٥٢ رقم ٥١– ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦- ص٦٩١– ٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٥ ص١١٢٩– ٢٧ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٩٣ رقم ٥٢– ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ ص٢٤٣ (بيع صادر من مالك لا يصلح سببا صحيحا)– ٢٢ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص٦٨ (تمسك الراسى عليه المزاد بحكم مرسى المزاد، وهو لم يصدر إلا بعد الحكم بتبعية العين لجهة الوقف، يعتبر تمسكاً بتصرف صادر من غير مالك، فيصلح هذا التصرف لأن يكون سبباً صحيحاً) – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ ص٧٠٣ ص٧٠٣ (مقدار يحوزه واضع اليد خارجاً عن عقد مشتراه تعتبر حيازته غير مستندة إلى سبب صحيح. فلا يتملكه الحائز إلا بالتقادم الطويل)– ٢٨ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٦٢ ص٣٩٨ (تصرف صادر من مالك لا يصلح سبباً صحيحاً). وإذا باع المالك على الشيوع جزءا من العقار مفرزاً، فان البيع يعتبر صادراً من غير مالك فيصلح أن يكون سبباً صحيحاً (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١– ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص٤٢٣– ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٢ ص٦٥٥).

وقضت محكمة النقض بأن السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو ما تنص =

هو المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه(1)، ولا يهم بعد ذلك أن يكون العقد مشوبا بعيوب

=عليه المادة ٣/٩٦٩ مدني «سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون». والمتصرف الذى لا يعد مالكاً فى المعنى المقصود بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشئ ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة إنما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية. ومن ثم فان البائع إذا كان سنده عقداً غير مسجل صادراً إليه من المالك الحقيقى، فانه لا يكون للمشترى أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكاً إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عيناً بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك (نقض مدنى ٢١ يناير سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢ ص٧٣). وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر سبباً صحيحاً عقد البيع الصادر إلى الزوجة لا أصالة عن نفسها بل باعتبارها اسما مستعاراً، إذ يشترط فى السند الذى يعتبر سبباً صحيحاً أن يكون صادراً إلى المتمسك بالتقادم نفسه (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٣٨ ص١٠١٩).

وانظر فى وجوب أن يصدر السبب الصحيح من غير المالك: استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م٣٣ ص٦١- أول مارس سنة ١٩٢١ م٣٣ ص١٩٠- ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م٣٣ ص٣٦٥- ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٠١- ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م٣٦ ص١٠- ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٨٠- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٦- ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٤١- وقارن مع ذلك أحكاماً شاذة تقرر جواز صدور السبب الصحيح من المالك: استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥- ١٦ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٣٢- ١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٦٢- ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ م٥١ ص١٥١- ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٧٢ - ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٥٠.

(1) أ- النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى على أن السبب الصحيح الذى تكسب به ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية هو السند الذى يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ الذى يراد كسبه بالتقادم، ويدل على أنه متى كان البائع للمشترين المتزاحمين بعقودهم واحدا فلا وجه لتمسك أحدهم فى وجه الآخرين بتملك المبيع بالتقادم الخمسى.

(جلسة ١٩٨٢/٦/٣ الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٦٢٢)

ب- لما كان واضع اليد الذى يحق له طلب منع بيع العقار هو من اكتسب ملكيته بالتقادم الطويل أو القصير قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وكان الحكم المطعون فيه - وعلى ما أورده فى أسبابه - قد نفى عن الطاعنة تملكها المنزل المتخذة بشأنه اجراءات البيع بوضع اليد المدة القصيرة على اعتبار أن عقدها غير المشهر لا يصح اعتباره سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى لما يشترطه القانون فى السبب الصحيح من أن يكون سندا مسجلا من شأنه نقل الملكية لو أنه صدر من المالك الحقيقى وكانت الطاعنة لم تدع اكتسابها بمضى المدة الطويلة، فان الحكم المطعون فيه إذا لم يعتد بوضع يد الطاعنة على هذا المنزل مثار النزاع لعدم توافر شروط اكتسابها ملكيته بالتقادم كما نفى عنها صفة الحائز فى مفهوم المادتين ١٠٦٠ من القانون المدنى، ٦٢٦ من قانون المرافعات السابق، فانه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٩ق ص٢٥ ص٧٨٤)

أخرى أو غير مشوب ما دام له وجود قانونى. ولأنه صادر من غير المالك فهو لا ينقل الملكية إلى الحائز، ومن أجل ذلك شرع التقادم المكسب القصير لحماية الحائز حسن النية الذى صدر له هذا السبب الصحيح. فان هذا الحائز، إذا كان لا يكسب الملكية بموجب هذا التصرف القانونى، فانه يكسبها بتقادم قصير مدته خمس سنوات فقط رعاية لحسن نيته، حتى لا يبقى معرضا لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى طوال خمس عشرة سنة، إذا لم يفتح له القانون إلا باب التقادم المكسب الطويل أسوة بالحائز سئ النية أو الحائز حسن النية ولكن ليس معه هذا السبب الصحيح[1]. ولا يقتصر السبب الصحيح

=جـ- يشترط فى السبب الصحيح الذى يصلح سندا للتملك بالتقادم الخمسى أن يكون تصرفا قانونيا صادرا من شخص لا يكون مالكا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا التقادم.

(جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩ الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٣٤ق س١٨ ص١٤٢٧)

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ س١٦ ص٧٣)

(جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨ س١٤ ص٣٩٨)

(١) فإذا كان السبب الصحيح صادراً من المالك، وكان تصرفاً قانونياً باطلا أو قابلا للإبطال، فليس هنا مجال تطبيق التقادم المكسب القصير، والواجب إعماله فى هذه الفروض هى قواعد البطلان (مصر الكلية ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص٥٧- مازو فقرة ١٥٠٤ ص٢٦-١). على أنه يوجد فرض يجوز فيه إعمال التقادم المكسب القصير ويكون الحائز قد تعامل مع المالك: يبيع المالك العقار، وقبل أن يسجل المشترى عقده يبيع المالك العقار مرة ثانية لمشتر ثان يسجل عقده، فتنتقل الملكية للمشترى الثانى طبقاً لقواعد التسجيل. ثم يسجل المشترى الأول عقده وهو حسن النية، أى دون أن يعلم أن البائع قد باع العقار مرة ثانية لغيره، وأن المشترى الثانى قد سبق إلى تسجيل عقده. ففى هذا الفرض إذا حاز المشترى الأول العقار بعد تسجيل عقده، فانه يستطيع أن يتملكه بالتقادم القصير، مع أنه تعامل مع المالك (أنظر فى هذا الفرض مازو فقرة ١٥٠٤ ص٦-١٣- ص١٣٠٧- نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٤- J - ٢٤). ولكن محكمة النقض فى مصر قد قضت بأنه لا محل لتطبيق التقادم الخمسى إذا بيع العقار مرتين لشخصين سجل أحدهما عقده وحاز الآخر الذى لم يسجل عقده المبيع خمس سنوات، ذلك أن التصرف هنا صادر من مالك، ويكون التفاضل بين المشترين المتزاحمين على أساس الأسبقية فى التسجيل (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٦ ص٧٠٧). وانظر استئناف مصر ٨ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٧٧ ص١٣١- استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٤٤٦- ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢١٤- محمد على عرفة فقرة ١٣٤ ص٢٤١- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٤ ص٥٧٣- عبد المنعم فرج الصدة، فقرة ص٦٤٩- ص٦٥٠.

أما إذا صدر التصرف من مالك ممنوع من التصرف، فان هذا التصرف لا يصلح سبباً صحيحاً لأنه صادر من مالك ولأنه تصرف باطل (م٨٢٤ مدنى - وقارن حسن كيرة ص١٢٧). وإذا صدر التصرف من وارث وكانت التركة مستغرقة، اعتبر التصرف صادراً من مالك فلا يصلح سبباً صحيحاً، لأن الوارث يملك أعيان التركة فور موت المورث ولو كانت التركة مستغرقة (حسن كيرة ص١٢٨- عكس ذلك نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص٣٦٥).

على التصرف الناقل للملكية، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عينى قابل لأن يكسب بالتقادم، كحق الانتفاع وحق الارتفاق الظاهر وحق الرهن الحيازى، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق لشخص آخر، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا. فالعقد الذى ينشئ أو ينقل حق انتفاع ممن لا يملكه، والعقد الذى يرتب حق ارتفاق ظاهر من غير مالك العقار المرتفق به، ورهن الحيازة الصادر من غير مالك العقار المرهون، كل هذه تصرفات تعتبر سببا صحيحا لا تنشئ أو تنقل بذاتها الحق العينى، ولكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليها ليكسب الحق بالتقادم المكسب القصير(١).

وإذا كان التصرف القانونى الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون «سببا صحيحا»، أى تصرفا ناقلا للملكية على النحو سالف الذكر. فان سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له. فقد يكون هذا المتصرف هو أيضا حسن النية وعنده سبب صحيح لم ينقل إليه الملكية، وقد لا يكون عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك العقار الذى يتصرف فيه، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر وقد باع العقار المؤجر إلى الحائز، وقد يكون حائزا سئ النية اغتصب العقار وباعه إلى الحائز. فيستوى إذن أن يكون عند المتصرف سند أو ليس عنده سند، ويستوى أن يكون حسن النية أو سئ النية، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا(٢). والمهم فيه أن يكون غير مالك للعقار non dominus، أو غير صاحب الحق الذى تصرف فيه للحائز(٣).

٤٢١ – ما يعتبر سببا صحيحا: وتطبيقا لما قدمناه، يعتبر على الأخص سببا صحيحا:

١ – عقد البيع: وهو السبب الصحيح الأكثر شيوعا فى الحياة العملية. فعقد البيع الصادر من غير المالك على اعتبار أنه هو المالك يتعاقد بهذه الصفة، أى بيع ملك الغير، يعتبر سببا صحيحا، إذ البيع عقد ناقل للملكية وقد صدر من غير مالك فتوافرت فيه شروط

---

(١) ومن أجل ذلك عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى (آنفاً فقرة ٤١٧) السبب الصحيح بأنه «سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشئ أو صاحباً للحق الذى يراد كسبه بالتقادم». ولو كان نص تشريعى مهمته أن يتولى التعريفات الفقهية، لأضاف النص سالف الذكر إلى ما تقدم: وكان ينقل الملكية أو الحق لو أنه صدر من المالك أو صاحب الحق».

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٦٥٦ ص٥٠٣– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٦٥٦.

(٣) استئناف مختلط ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٣– ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٢٤– ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠٥– ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص١٤– وحتى لو كان مالكاً وتصرف فى العقار، ثم فسخت ملكيته لتحقق شرط فاسخ أو بسبب دعوى فسخ أو دعوى إبطال أو غير ذلك، فزالت ملكيته بأثر رجعى، فان التصرف الصادر منه فى العقار يعتبر صادراً من غير مالك، ومن ثم يصلح أن يكون سبباً صحيحاً.

السبب الصحيح، فمشترى العقار من غير المالك، إذا كان حسن النية، يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت حيازته خمس سنوات(1).

٢- عقد المقايضة: فلو قايض شخص شخصا آخر منزلا بأرض، وكان لا يملك المنزل الذى قايض به، وكان المقايض الآخر يعتقد بحسن نية أن المقايض الأول يملك المنزل، فان المقايض الآخر يتوافر عنده على هذا الوجه السبب الصحيح وهو عقد المقايضة لأنه تصرف قانونى ناقل للملكية، وحسن النية، فيستطيع أن يتملك المنزل بالتقادم المكسب القصير(١).

٣- عقد الهبة: وهو تصرف قانونى ناقل للملكية، فيصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو وهب شخص عقارا لآخر وكان لا يملك العقار، ولكن الموهوب له كان يعتقد أن الواهب يملك العقار الموهوب، فان الموهوب له فى هذه الحالة يتوافر عنده السبب الصحيح وهو عقد الهبة مع حسن النية، فيستطيع أن يتملك العقار الموهوب بالتقادم المكسب القصير.

٤- الوصية بعقار معين بالذات: والوصية وإن كانت تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد ولا تنتج أثرها إلا عند الموصى، إلا أنها مع ذلك تعتبر كالبيع تصرفا قانونيا ناقلا للملكية، ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا إذا صدرت من غير مالك. فلو أن الموصى كان لا يملك العقار الذى أوصى به، وكان الموصى له وقت موت الموصى يعتقد أن الموصى يملك العقار، فان الموصى له يكون قد توافر عنده، إلى جانب السبب الصحيح وهو الوصية، حسن النية، فيستطيع أن يتملك العقار الموصى به بالتقادم المكسب القصير(٢).

---

(١) استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥.

(٢) وسنرى فيما يلى أن قسمة المورث، باعتبارها وصية بأعيان معينة، تصلح هى أيضاً أن تكون سبباً صحيحاً (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٢).

(1) المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم الخمسى - على ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى - هو كل تصرف قانونى يستند إليه واضع اليد فى حيازته للعقار يكون من شأنه نقل الملك إن صدر من مالك أهل للتصرف فإذا كان التصرف بيعا وجب أن يكون البائع فى تصرفه مضيفا الملك إلى نفسه رغم أنه غير مالك.

(جلسة ١٩٩١/٤/٤ الطعن رقم ١٦٦٥ لسنة ٥٥ق)

(جلسة ١٩٨٩/١٢/١٠ الطعن رقم ١٦٦٢ لسنة ٥٦ق)

(جلسة ١٩٨٥/١١/٢٧ الطعن رقم ٨٧٨ س٥٢ق)

(جلسة ١٩٨٢/٦/٣ الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٣ ص٦٢٢)

٥- رسو مزاد العقار المحجوز عليه (adjudieatim sur saisie) وهو بمثابة بيع، البائع فيه هو المدين والمشترى هو الراسى عليه المزاد، فيكون تصرفا قانونيا ناقلا للملكية، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو أن العقار كان غير مملوك للمدين، ورسا مزاده على شخص يعتقد أنه مملوك للمدين، فقد توافر عند الراسى عليه المزاد السبب الصحيح وهو رسو المزاد، وحسن النية، وعلى ذلك يجوز أن يتملك العقار الذى رسا مزاده عليه بالتقادم المكسب القصير(١).

٦- الوفاء بمقابل (dation en paiement): وهو أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية كالبيع، فيصلح أن يكون سببا صحيحا(٢). فلو أن المدين وفى دينه بمقابل هو عقار، وكان لا يملك هذا العقار، وكان الدائن حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للمدين، فان الدائن يكون على هذا النحو قد توافر عنده السبب الصحيح وهو الوفاء بمقابل الصادر من غير مالك، وحسن النية، ومن ثم يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير.

٧- تقديم الشريك عقار حصة له فى الشركة (apport en société): وهذا أيضا تصرف قانونى ناقل للملكية، إذ أن الشريك ينقل بهذا التصرف ملكية العقار للشركة. فلو أن الشريك كان لا يملك العقار، ومع ذلك قدمه حصة له فى الشركة، فان تقدم العقار على هذا النحو يعتبر سببا صحيحا. وعلى ذلك إذا كانت الشركة حسنة النية أى تعتقد أن العقار مملوك للشريك، فانها بذلك تكون قد توافر عندها السبب الصحيح وهو تقديم العقار حصة فى الشركة وحسن النية، فتستطيع أن تتملك العقار بالتقادم المكسب القصير(٣).

---

(١) استئناف مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م٧ ص٦٦- ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٣ ص٣٤٥- ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م٣٥ ص٤٩- ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٢٤- ٢٤ يناير سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص١٥٢- ٤ مارس سنة ١٩٤٧ م٥٩ ص١٣٥- أما إذا كان الراسى عليه المزاد سيء النية، فانه لا يتملك بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ ص٥٢٠).

(٢) أما الوفاء فلا يعتبر سبباً صحيحاً، إلا إذا كان ناقلا للملكية وهذا نادر (بودرى وتيسييه فقرة ٦٥٧- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١١٩٧ ص٩٧٥).

(٣) وفى رأينا أن الأخذ بالشفعة يصلح أن يكون سبباً صحيحاً. فلو أن عقاراً باعه غير مالك لمشتر حسن النية، فأخذه شفيع بالشفعة وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للبائع، فان الشفيع يستطيع أن يستند إلى الشفعة باعتبارها سبباً صحيحاً وإلى حسن نيته، فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير. ونحتج للرأى الذى نقول به بأمرين: (أولا) أن الشفعة واقعة مركبة، ويدخل فى تركيبها إرادة الشفيع فى أن يأخذ بالشفعة، وهذه الإرادة هى تصرف قانونى ناقل للملكية. (ثانيا) أن الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه، ومن حق المشترى حسن النية الذى اشترى من غير مالك أن يتملك =

٤٢٢ -ما لا يعتبر سببا صحيحا: ولما كان السبب الصحيح هو، كما قدمنا، تصرف قانونى ناقل للملكية، فلا يكون سببا صحيحا الوقائع المادية إذ هى ليست بتصرفات قانونية، ولا التصرفات القانونية التى تقتصر على إنشاء التزامات شخصية، ولا التصرفات القانونية التى لا تنقل الملكية ولكن تقتصر على الكشف عنها(١). ومن ثم لا يعتبر، بوجه خاص، سببا صحيحا:

١- الميراث فى عقار معين بالذات: فهو وإن كان ينقل الملكية، إلا أنه واقعة مادية هى موت المورث، وليس تصرفا قانونيا، فلا يعتبر سببا صحيحا. ويد الوارث إنما هى استمرار ليد المورث، فان كان المورث يحوز عقارا بسبب صحيح وحسن نية، انتقلت حيازة العقار على هذا النحو إلى الوارث(٢). ويكمل الوارث حيازة المورث فيتملك العقار بالتقادم المكسب القصير، إذا ضمت مدة حيازة المورث إلى مدة حيازته فبلغت المدتان معاً خمس سنوات. ولكن ذلك لا يرجع إلى أن الميراث سبب صحيح، فالسبب الصحيح وحسن النية كانا متوافرين عند المورث كما قدمنا، وانتقلا كما هما إلى الوارث. أما إذا كان المورث عنده سبب صحيح ولكنه لم يكن حسن النية، أو كان حسن النية ولكن ليس عنده سبب صحيح، أو لم يكن عنده لا السبب الصحيح ولا حسن النية، فان العقار تنتقل حيازته إلى الوارث ولكن لا يستطيع أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير ولو كان حسن النية اعتمادا على أن الميراث سبب صحيح (pro herede). ولا يتملك العقار فى هذه الحالة إلا بالتقادم المكسب الطويل، وله أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه(٣).

٢- عقد الإيجار وعقد العارية وعقد الحراسة وعقد الوديعة وعقد الوكالة وغيرها من العقود التى ليس من شأنها أن تنقل الملكية ولا تنشئ إلا التزامات شخصية: فهذه تصرفات

=العقار المبيع بالتقادم المكسب القصير، فكذلك الشفيع الذى حل محله يستطيع هو أيضا أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير - أنظر استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص١٣٨- منصور مصطفى منصور - فقرة ١٧٩ ص٤٢٠- وقرب إسماعيل غانم ص١٢٠.

(١) والفكرة فى تضييق نطاق فكرة «السبب الصحيح» إلى هذا الحد أن السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية وليس مجرد عنصر من عناصر حسن النية - ولو كان السبب الصحيح عنصراً من عناصر حسن النية، لكان أى سبب من شأنه أن يجعل الحائز يحوز العقار حيازة صحيحة بنية تملكه كافياً لأن يكون «سبباً صحيحاً» (كاربونيه ص٢١٨).

(٢) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٩ ص٣١٥- استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م٦ ص٩٣- ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص٢٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص٧١١.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٣٠١.

قانونية لا تنقل الملكية، ومن ثم لا تصلح أن تكون سببا صحيحا. فالمستأجر أو المستعير أو الحارس أو المودع عنده أو الوكيل، بالنسبة إلى عقار تلقاه من غير مالك، لا يستطيع أن يتملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير حتى لو غير صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصيلة، لأنه أولا لا يكون حسن النية، ولأنه ثانيا لا يستطيع أن يستند إلى أى عقد من هذه العقود كسبب صحيح.

٣- القسمة الاختيارية: فهى تصرف قانونى ولكنه غير ناقل للملكية إذ هو يقتصر على الكشف عنها، ومن ثم لا تصلح القسمة الاختيارية أن تكون سببا صحيحا(١). فإذا دخل فى الأعيان المقسومة عقار ليس مملوكا للمتقاسمين ووقع فى نصيب أحدهم بالقسمة، وكان هذا المتقاسم حسن النية، فانه مع ذلك لا يستطيع تملك هذا العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد القسمة، لأن هذا العقد ليس سبب صحيح كما قدمنا. ولكن إذا تضمنت القسمة معدلا (soulte)، بأن قدم أحد المتقاسمين عقارا خاصا به لتعديل القسمة، ولم يكن مالكا لهذا العقار، فان تقديمه إياه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية(٢)، ومن ثم يصلح أن يكون سببا صحيحا. وعلى ذلك ولو وقع هذا العقار فى نصيب أحد المتقاسمين وهو حسن النية، فانه يستطيع أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير(٣). كذلك تعتبر قسمة الموروث سببا صحيحا، لأنها تنقل ملكية أعيان معينة (وليس نصيبا شائعا فى التركة) من المورث إلى الوارث. فلو وقع فى نصيب أحد الورثة عقار أدخله المورث فى القسمة ولم يكن مملوكا له، وكان هذا الوارث حسن النية وقت موت المورث، أمكنه تملك العقار بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى أن قسمة الموروث تعتبر كالوصية سببا صحيحا(٤).

٤- الصلح: وهو عقد كاشف عن الملك لا ناقل له، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو أن عقارات متنازعا عليها بين شخصين وزعت بينهما صلحا، وكان أحد هذه العقارات مملوكا لشخص ثالث، فان من أخذ هذا العقار صلحا لا يتملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح، لأن هذا العقد ليس بسبب صحيح كما قدمنا.

---

(١) وكذلك القسمة القضائية لا تصلح أن تكون سبباً صحيحاً، لأنها هى أيضاً لا تنقل الملكية بل تكشف عنها، كما سنرى (أنظر ما يلى نفس الفقرة) عند الكلام فى الحكم القضائى وفى أنه لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً.

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٣ ص٥٧١- إسماعيل غانم ص١٢٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص٦٤١- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٢.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٢.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٠ هامش ٤- بودرى وتيسيه فقرة ٦٦١- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ prescription civile فقرة ٦١.

لكن إذا أعطى أحد المتصالحين عقارا خاصا به للمتصالح الآخر فى مقابل بعض الأعيان المتنازع عليها، فان الصلح بالنسبة إلى هذا العقار غير المتنازع عليه يعتبر تصرفا قانونيا ناقلا للملكية. فإذا كان المتصالح الذى أعطى العقار لا يملكه، استطاع المتصالح الآخر إذا كان حسن النية أن يتملكه بالتقادم المكسب القصير استنادا إلى عقد الصلح، فهو هنا تصرف قانونى ناقل للملكية كما قدمنا، فيصلح أن يكون سببا صحيحا(١).

٥- الحكم القضائى: وهو كاشف عن الحق لا منشئ له ولا ناقل، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا. فإذا وقع شخص دعوى استحقاق يطالب فيها بعقار، وحكم له، فان هذا الحكم لا يعتبر سببا صحيحا. وعلى ذلك إذا ثبت فيما بعد أن هذا العقار غير مملوك له ولا للمدعى عليه فى دعوى الاستحقاق، ولكنه مملوك لشخص ثالث، لم يستطع المحكوم له فى دعوى الاستحقاق حتى لو كان حسن النية أن يعتبر الحكم الذى صدر لمصلحته سببا صحيحا حتى يتملك العقار ضد مالكه الحقيقى بالتقادم المكسب القصير. ومن باب أولى إذا صدر الحكم فى دعوى الاستحقاق لمصلحة المدعى عليه الحائز للعقار وقضى برفض دعوى الاستحقاق، فان المدعى عليه حتى لو كان حسن النية لا يستطيع أن يعتبر الحكم الذى صدر لمصلحته سببا صحيحا، وأن يستند إليه لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(٢). وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم الصادر بالقسمة القضائية، فهو لا ينقل الملكية بل يكشف عنها، ومن ثم إذا وقع عقار مملوك للغير فى نصيب أحد المتقاسمين بموجب حكم القسمة، لم يستطع هذا المتقاسم ولو كان حسن النية أن يعتبر هذا الحكم سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(٣). وفى قسمة التصفية (licitation)، إذا رسا المزاد بحكم قضائى على أحد المتقاسمين، فان رسو المزاد يعتبر قسمة كاشفة لا ناقلة ومن ثم لا يعتبر سببا صحيحا(٤).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٠ هامش ٣- بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٤- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ١ فقرة ١١٩٧ ص٩٧٦- ص٩٧٧- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٥ ص٢٤٢- ص٢٤٣- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٣ ص٥٧١- إسماعيل غانم ص ١٢٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٥ ص٦٤٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٢.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٠- بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٣ ص٥٠٧- ص٥٠٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص٧١١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص١٩٢.

(٣) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص٧٠٠- ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص٨١٩.

(٤) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م٣٩ ص٤٧- نقض فرنسى ١٢ يونيه سنة ١٩٢٨ داللوز ١٩٢٩- ١-٤٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٢ ص٧١١ - محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩١.

وهذا بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبى، فان حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع ناقل للملكية ويصلح أن يكون سببا صحيحا. وكذلك الحكم برسو مزاد العقار المحجوز عليه يعتبر بمثابة بيع ينقل ملكية العقار إلى الراسى عليه المزاد، ومن ثم يعتبر سببا صحيحا، وقد تقدم القول فى ذلك(١).

٤٢٣ - فروض مختلفة فى السبب الصحيح: ويبقى بعد ذلك أن نستعرض فروضا مختلفة فى السبب الصحيح، لنتبين ما إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية يبقى على اعتباره سببا صحيحا فى الفروض الآتية: (١) التصرف القانونى الباطل. (٢) التصرف القانونى القابل للإبطال. (٣) التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ. (٤) التصرف القانونى الظنى (putatif). (٥) التصرف القانونى غير المسجل.

٤٢٤ - التصرف القانونى الباطل: إذا كان التصرف القانونى الذى تلقى الحائز بموجبه حيازة العقد تصرفا قانونيا باطلا، فان هذا التصرف لا يكون له وجود قانونى، ومن ثم لا يصلح أن يكون سببا صحيحا(٢)(1). ويستوى فى ذلك أن يكون التصرف القانونى باطلا من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ - ويعتبر سبباً صحيحاً الحكم بالتصديق على اتفاق المتعاقدين الناقل للملكية jugement de convenu ou d'expédient (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٠ ص١٩٣).

(٢) وكالتصرف الباطل التصرف الصورى، فلا يصلح سبباً صحيحاً البيع الصورى لأن المشترى صورياً ليست عنده نية التملك (استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢ ص١٩٤ - استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٨٤). وانظر محمد كامل مرسى ٤ ص١٧٤ - عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٥ ص٥٧٤ - إسماعيل غانم ص١٢١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٨ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٤ - حسن كيرة ص١٢٥.

(1) **يلاحظ أن محكمة النقض أخذت برأى مخالف.**

قضت محكمة النقض بان مؤدى نص المادة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى على أن «السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون» أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سببا صحيحا لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كان هذا البيع مسجلا، ولا يغير من ذلك، أن يكون البائع فيه غاصبا أو مستندا فى تصرفه إلى عقد قابل للابطال أو باطل أو معدوم لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطاً، لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك، ومن ثم فإن الحكم بابطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أى أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأنه يكون سببا صحيحا لذلك التملك.

(جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ الطعنان رقما ٦٢١٠، ٦٢٢٣ لسنة ٧٠ق)

(جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦ الطعون أرقام ٣٠٤، ١٥٣، ٧٩٢ لسنة ٥٥ق)

فإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الشكل، كهبة عقار باطلة لعدم كتابتها فى ورقة رسمية أو كوصية باطلة لعدم استيفائها الشكل الواجب قانونا، فان كلا من الهبة والوصية لا يكون له وجود قانونى، ولا يصلح أن يكون سببا صحيحا. فلو وهب شخص لآخر عقارا لا يملكه فى ورقة غير رسمية، فان الهبة تكون باطلة، ولا يستطيع الموهوب له ولو كان حسن النية أن يعتبرها سببا صحيحا ليتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(١). ولكن إذا أمكنت إجازة الهبة الباطلة شكلا، فانها تنقلب إلى هبة صحيحة، ومن ثم تصلح أن تكون سببا صحيحا. وفى هذا الصدد تنص المادة ٤٨٩ مدنى على أنه «إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه». وقد قدمنا عند الكلام فى الهبة أنه إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة باطلة فى الشكل، فانه لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه، لا لأن التنفيذ وفاء لالتزام طبيعى، بل لأنه إجازة بطريقة خاصة نص عليها القانون فى المادة ٤٨٩ مدنى لهبة باطلة فى الشكل، وهذه الإجازة صححت الهبة(٢). وعلى ذلك إذا نفذ الواهب أو ورثته هبة العقار المملوك للغير تنفيذا اختياريا بأن سلموا العقار للموهوب له، فقد أصبحت الهبة صحيحة وصارت صالحة لأن تكون سببا صحيحا، واستطاع الموهوب له الذى تسلم العقار إذا كان حسن النية أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير.

وإذا كان التصرف القانونى باطلا من ناحية الموضوع، لم يكن له وجود قانونى أيضا، فلا يصلح لأن يكون سببا صحيحا(٣)، وعلى ذلك لا يكون البيع الباطل لعدم مشروعية

---

(١) استئناف وطنى ١١ فبراير سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٣ ص١٩٤ – ٢٠ مارس سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٩٧ ص١٩٩ – أول يونيه سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٩٤ ص٢٧٣ – استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص١٠٣ – ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨٦ ص٩٥١.

(٢) الوسيط ٥ فقرة ٤٦ – أما فى التقنين المدنى الفرنسى، فتقصر المادة ١٣٤٠ منه إمكان التنفيذ الاختيارى للهبة الباطلة فى الشكل وإجازة هذه الهبة بوجه عام، على ورثة الواهب دون الواهب نفسه. ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى القول بتخلف التزام طبيعى من الهبة الباطلة فى الشكل فى جانب ورثة الواهب، ومن ثم لا يصح التنفيذ الاختيارى بطلان الهبة، فلا تصلح الهبة الباطلة فى الشكل لأن تكون سبباً صحيحاً حتى بعد أن ينفذها الورثة تنفيذاً اختيارياً (أنظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٢ هامش ٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص٧١٣). ويذهب بعض آخر إلى أن الهبة الباطلة فى الشكل تصبح صحيحة بتنفيذها تنفيذاً اختيارياً من جانب الورثة، ومن ثم تصلح بعد هذا التنفيذ الاختيارى لأن تكون سبباً صحيحاً (جولون ١ فقرة ٩٠١ – جيوار ٢ فقرة ٥٥٧ – لوران ٣٢ فقرة ٣٩٢ – فقرة ٣٩٣ – بودرى وفيسيه فقرة ٦٦٩).

(٣) لأنه لم يكن لينقل الملكية لو أنه صدر من المالك (بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٨ ص٥١٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص٧١٣).

السبب أو لصدوره من عديم التمييز سببا صحيحا يجيز التملك بالتقادم المكسب القصير. وإذا اشترى قاض أو محام عقارا متنازعا فيه، وكان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشر أعماله فى دائرتها، كان الشراء باطلا (م٤٧١ .مدنى) فلا يصلح أن يكون سببا صحيحا. فإذا كان العقار المتنازع فيه غير مملوك للبائع، فان المشترى ولو كان حسن النية لا يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له على هذا النحو، ولا يصح له أن يعتبره سببا صحيحا لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(١).

٤٢٥- التصرف القانونى القابل للابطال: أما إذا كان التصرف قابلا للإبطال، فانه يكون له وجود قانونى، ومن ثم يصلح لأن يكون سببا صحيحا، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك(٢)(1).

فإذا باع قاصر عقارا مملوكا للغير، كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة القاصر، وجاز اعتباره سببا صحيحا، فلو أن المشترى كان حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للقاصر(٣)، فانه يجوز له أن يستند إلى البيع الصادر له من القاصر بالرغم من أنه بيع قابل

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن صدور الحكم ببطلان قرار إنهاء الوقف يقتضى اعتبار الإنهاء عديم الأثر، ومن ثم فان صفة الوقف لم تزل عنه، وكانت لا صفة به وقت صدور التصرف فيه بالبيع قبل الحكم بذلك البطلان، وبالتالى يكون هذا التصرف قد وقع باطلا بطلاناً مطلقاً ولا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً فى التملك بالتقادم الخمسى (نقض مدنى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٧٧ ص١١٢٤). وانظر استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٨٩ م١ ص٢١٣ (مقايضة ناقلة لعدم بيان الأعيان المقايض عليها بياناً كافياً) - ١٥ يونيه سنة ١٨٩٣ م٥ ص٣١٨- ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م٢٦ ص١٢٣.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٤ ص٧١٣- مازو فقرة ١٥٠٣ ص١٢٠٥ نقض فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٦ سيريه ١٩٥٦-١-٧٩٩- والمقصود هنا أن يكون التصرف القانونى قابلا للإبطال لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك، وذلك لأن السبب الصحيح هو تصرف قانونى صادر من غير مالك، فيكون دائماً قابلا للإبطال، كبيع ملك الغير وهبة ملك الغير. ولاشك فى أن التصرف القانونى الصادر من غير مالك، والذى يكون قابلا للإبطال لهذا السبب، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً، بل هو عين السبب الصحيح. فالمطلوب بحثه هنا إذن هو إذا كان التصرف القانونى القابل للإبطال، لسبب آخر سوى صدوره من غير مالك، يصلح أن يكون سبباً صحيحاً. وقد رأينا أنه يصلح لأن له وجوداً قانونياً، بخلاف التصرف القانونى الباطل الذى لا وجود له.

(٣) حتى لو علم أن البائع قاصر وأن البيع قابل للإبطال لهذا السبب، فحسن نية المشترى لا يتأثر بهذا العلم بالنسبة إلى التقادم المكسب القصير، ما دام المشترى يعتقد أن القاصر يملك العقار المبيع.

(1) يلاحظ أن محكمة النقض قضت بحكمها الصادر بجلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ الطعنان رقما ٦٢١٠، ٦٢٢٣ لسنة ٧٠ق أن المشرع لم يجعل من سند البائع ركنا أو شرطا، لاعتبار التصرف سببا صحيحا للتملك بالتقادم اخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادرا من غير مالك، ومن الجائز الاستناد إلى عقد قابل للابطال.

للإبطال، وأن يعتبره سببا صحيحا يجيز له أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(١).

وإذا باع شخص عقارا مملوكا للغير، وكان البيع يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه فكان قابلا للإبطال لهذا السبب أيضا، فانه يصلح فى هذه الحالة أن يكون سببا صحيحا. فلو أن المشترى كان حسن النية فانه يستطيع أن يستند إلى هذا البيع القابل للإبطال وأن يعتبره سببا صحيحا، فيجوز له أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(٢).

ونرى من ذلك أن التصرف القانونى القابل للإبطال، النقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء، يصلح أن يكون سببا صحيحا في التقادم المكسب القصير. ومن باب أولى يصلح هذا التصرف لأن يكون سببا صحيحا لو أجازه القاصر أو أجازه من تقرر الإبطال لمصلحته، فان التصرف القانونى ينقلب بهذه الإجازة تصرفا صحيحا، ويصلح بداهة لأن يكون سببا صحيحا. أما إذا أبطل من تقرر الإبطال لمصلحته التصرف القانونى، فان هذا التصرف يصبح لا وجود له، فلا يعود صالحا لأن يكون سببا صحيحا(٣).

---

(١) استئناف وطنى ٣٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٩ ص٥٧– بنى سويف ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣١٩ ص٥٢٤– استئناف مختلط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م٥٤ ص١٨٠.

(٢) نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١– استئناف وطنى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٤ ص١٧١– استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٣٤– ٤ يونيه سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤٨٩ ص٢٠٥– ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م٢٧ ص٨٣– ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٧ م٣٠ ص٣.

(٣) على أنه فى هذا الفرض لا يعود هناك محل للسبب الصحيح، إذ أن الحائز يرد العقار إلى المتصرف بعد الحكم بابطال التصرف، فلا ينفسح له المجال لأن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير. وقد يستعمل المالك الحقيقى دعوى الإبطال باسم المتصرف لإبطال التصرف القانونى ويتحقق ذلك فى الفرض الآتى: يستأجر شخص عقاراً من مالكه، ثم يبيعه إلى مشتر حسن النية بعقد قابل للإبطال. فيجوز للمشترى فى هذه الحالة، على ما قدمنا، أن يستند إلى البيع القابل للإبطال كسبب صحيح يجيز له تملك العقار ضد المؤجر بالتقادم المكسب القصير. وإذا لم يبادر المستأجر الذى باع العقار إلى طلب إبطال البيع واسترداد العقار من المشترى، جاز للمؤجر وهو دائن للمستأجر، أن يطلب باسم مدينه إبطال عقد البيع وإرجاع العقار للمستأجر، ثم استرداده منه بدعوى الإيجار (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧١ ص٥١٤). أما إذا بقى المشترى حائزاً للعقار خمس سنوات، فقد ملكه بالتقادم المكسب القصير، ولكن تبقى دعوى الإبطال، إذا لم تكن سقطت بالتقادم، مفتوحة (أنظر آنفاً ص١٠٨٣ هامش ١٢) وعلى ذلك يستطيع المؤجر أن يستعمل دعوى مدينه المستأجر فى إبطال البيع، فيبطل بأثر رجعى، ويسترد المستأجر العقار من الحائز، ثم يسترده المؤجر من المستأجر بدعوى الإيجار.

٤٢٦ – التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ: أما إذا كان التصرف القانونى الناقل للملكية معلقاً على شرط واقف، فانه لا ينفذ إلا من وقت تحقق الشرط، وعلى ذلك لا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً إلا من هذا الوقت(١). ولا يقال إن لتحقق الشرط أثراً رجعياً فيعتبر التصرف نافذاً منذ البداية لا من وقت تحقق الشرط فحسب، فان الأثر الرجعى لا يعتد به بالنسبة إلى المالك الحقيقى. فلو أن شخصاً باع تحت شرط واقف عقاراً غير مملوك له لمشترى حسن النية، فان هذا البيع لا يعتبر سبباً صحيحاً يجيز للمشترى تملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير إلا من وقت تحقق الشرط الواقف. وإذا لم يتحقق الشرط، انعدم التصرف القانونى واعتبر كأن لم يكن، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً. وقد يضع المشترى فى الفرض المتقدم يده على العقار قبل تحقق الشرط الواقف وفى هذه الحالة لا يعتد بمدة الحيازة التى انقضت قبل تحقق الشرط، ولا يبدأ سريان مدة الخمس السنوات إلا من وقت تحقق الشرط. ذلك بأن الحائز، وهو يضع يده على العقار قبل تحقق الشرط، كان يعلم أنه يضع يده لا على وجه بات، إذ هو معرض لأن يتخلف الشرط الواقف فينعدم البيع ويعتبر كأن لم يكن، ويرد المشترى العقار إلى البائع(٢).

وإذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط فاسخ، فانه يكون نافذ منذ البداية، وعلى ذلك يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً من أول الأمر(٣). فإذا باع شخص عقاراً غير مملوك له لمشترٍ حسن النية، وكان البيع معلقاً على شرط فاسخ، صلح لأن يكون سبباً صحيحاً منذ انعقاده، ويستطيع المشترى استناداً إلى هذا البيع تملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير. فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ، أصبح تملك المشترى للعقار باتاً. أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فان البيع يزول ويعتبر كأن لم يكن، فينعدم السبب الصحيح، ويجب على المشترى أن يرد العقار للمالك الحقيقى إذا استرده هذا بدعوى الإستحقاق(٤).

---

(١) استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م٤١ ص١٧١ – جيوار ٢ فقرة ٥٦٢ – هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ هامش ١٢ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٣ ص٥١٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٣ هامش ١٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣ – مازو فقرة ١٥٠٦ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٧٢.

(٣) نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص١٣١ – استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٨٩٩ م٩ ص٢٩٧.

(٤) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٦١ – جيوار فقرة ٥٦٣ – هيك ١٤ فقرة ٤٤٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٣ – ص٥١٤ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٢ – فقرة ٦٧٢ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٣.

٤٢٧ – التصرف القانونى الظنى: التصرف القانونى الظنى (titre putatif)[١] هو تصرف لا وجود له فى الحقيقة، ولكنه متوهم الوجود. فيظن الحائز للعقار أن العقار قد انتقل إليه بتصرف قانونى ناقل للملكية، ولكن ظنه هذا مجرد وهم، إذ أن هذا التصرف القانونى لا يوجد فى الواقع، ولا وجود له إلا فى مخيلته، ومن ثم لا يمكن أن يكون التصرف الظنى سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم القصير[٢]. مثل ذلك وصية بعقار مملوك لغير الموصى، فيتسلم الموصى له العقار عند موت الموصى وهو حسن النية أى يعتقد أن العقار مملوك للموصى. ويتبين فيما بعد أن الوصية التى تسلم الموصى له العقار بموجبها قد رجع عنها الموصى قبل موته، فزالت ولم يعد لها وجود. فالوصية تصرف قانونى ناقل للملكية، ولكنه هنا تصرف ظنى لا وجود له فى الواقع، فلا يصح اعتباره سبباً صحيحاً[٣]، ومن ثم لا يستطيع الموصى له أن يستند إلى هذه الوصية كسبب صحيح لتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير.

ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص أراضى لا يملكها لمشتر حسن النية، ويعين فى عقد البيع هذه الأراضى. ثم يضع المشترى يده عليها، ولكن يدخل ضمن ما وضع يده عليه أرض أخرى لم يشملها عقد البيع ويعتقد المشترى بحسن نية أن عقد البيع قد شملها. فعقد البيع فيما يتعلق بهذه الأرض عقد ظنى لا وجود له إلا فى مخيلة المشترى، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يستند إلى هذا العقد الظنى وأن يعتبره سبباً صحيحاً ليتملك الأرض التى لم يشملها عقد البيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب

---

(١) ولفظ putatif مشتق من اللفظ اللاتينى putare ومعناه يحسب أو يعتقد (penser, croire).

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٦ هامش ٧٩ – بودرى وتيسيية فقرة ٦٨٨ – فقرة ٦٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص٧١٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٤ – مازو فقرة ١٥٠٥ ص١٢٠٧ – ص١٢٠٨.

(٣) لأنه كان لا ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك ثم رجع هذا عن الوصية، ولأن التصرف الظنى كالتصرف الباطل وكالتصرف الصورى، كل منها لا وجود له فلا يصلح أيهما لأن يكون سبباً صحيحاً (بدرى وتيسييه فقرة ٦٨٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٠٠ ص٩٧٨).

القصير(١)(1).

ومثل ذلك أخيراً أن يفوض شخص وكيلا له فى شراء أرض، ثم يضع يده على أرض يعتقد بحسن نية أنها هى الأرض التى اشتراها له الوكيل ولا يكون الوكيل قد اشتراها. فعقد الشراء الذى توهمه الموكل يكون فى هذه الحالة عقداظنياً لا يستطيع أن يستند إليه الموكل معتبرا إياه سببا صحيحاً ليتملك الأرض ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(٢).

٤٢٨- التصرف القانونى غير المسجل: ونفرض هنا أن شخصاً باع عقاراً لا يملكه لمشتر حسن النية، وقد وضع المشترى يده على العقار دون أن يسجل عقد البيع، فهل يصلح عقد البيع غير المسجل لأن يكون سبباً صحيحاً لتملك المشترى العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير؟.

فى عهد التقنين المدنى السابق، وقبل قانون التسجيل، حيث كان التصرف القانونى غير المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ولا يشترط التسجيل إلا لنقل الملكية بالنسبة إلى الغير، كان الرأى المجمع عليه هو أنه لا يشترط التسجيل ليكون التصرف القانونى الناقل

---

(١) نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٠ ص٧٠٠- ١٩ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٢ ص٨١٩- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٨ ص٧٠٣- استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٨٥- ٢٣ فبراير سنة ١٩١١ م٢٣ ص١٩٣- ١٣ يونيه سنة ١٩١٢ م٢٤ ص٤١١- ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م٢٩ ص١٢٠- ١٨ يونيه سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٤٦٧- ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٣٩٢- ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٢٤٩- ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥٧٩- ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٩٣- ٤ زبريل سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٢٦- ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٩٥- ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٨٠- ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م٤٨ ص٦٠- ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م٤٩ ص٣٨- ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٤١- ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٩ م٦١ ص١١٣- أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٦ - بودرى وتيسييه فقرة ٦٦٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٦ ص٧١٥.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٨ ص٥٢٩- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٠٠ ص٩٧٧- شفيق شحاتة فقرة ٣٠٨ ص٣١٠.

(1) التملك بالتقادم الخمسى يستلزم أن يكون السبب الصحيح الذى يستند إليه الحائز سندا صادرا من غير مالك فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المساحة الزائدة فى أرض الطاعنين لا يشملها البيع الصادر إليهم من البائع لهم فلا يمكن اعتبار هذا العقد سببا صحيحا بالنسبة لهذه المساحة وانما يعتبر الطاعنون غاصبين لها ولا يستفيدون من التقادم الخمسى.
(جلسة ١٩٦٧/٥/١٨ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٣ق س١٨ ص١٠٣٠)

للملكية سبباً صحيحاً فى التقادم المكسب القصير[1]. ولكن كان يجب ثبوت تاريخ التصرف القانونى للاحتجاج به على المالك الحقيقى لأنه يعتبر من الغير من ناحية ثبوت التاريخ[2]. ولا تحسب مدة الخمس السنوات إلا ابتداء من التاريخ الثابت.

ثم صدر قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى فى عهد التقنين المدنى السابق، فأصبح التصرف القانونى غير المسجل لا ينقل الملكية لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين. فاختلف الفقه والقضاء فيما إذا كان يجب تسجيل التصرف القانونى الناقل للملكية حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً. فذهب رأى إلى وجوب التسجيل[3]، وذهب رأى آخر إلى عدم وجوبه وإلى أن التصرف القانونى غير المسجل يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً[4]. وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى الآخر، ولم تشترط التسجيل فى السبب الصحيح[5].

---

(١) الاسكندرية الوطنية ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص٣٧٨- منوف ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٨٠ ص١٣٢- بورسعيد أول أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١٢ ص٢٠- استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠١ م١٣ ص٢١٩- ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٣٠- ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص ٢٨٠- ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ م١٨ ص١٤٨- ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م١٨ ص١٦٨- ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م٢٥ ص٢٥١- ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٠٩- ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص٩١.

(٢) استئناف وطنى ٥ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص٤- استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٣٠- ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ م١٧ ص١٣١- ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م٢٤ ص١٦٨- وانظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٠- وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص٦٤٢.

(٣) عبد السلام ذهنى فى السبب الصحيح فى التقادم الخمسى فى المحاماة ٦ ص٦٠٨- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٨٥- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٧ ص٢٤٦- ص٢٤٧- استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص١٠٣- استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٤٤- ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م٤٦ ص٩٥- ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص٢١٦- ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٣٥- ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص١٥٠- ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٥٥- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠٢- ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م٥٠ ص١٧٣- ٨ يونيه سنة ١٩٣٩ م٥١ ص٣٧٢- ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص١٤- ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ م٥٢ ص١٥٠.

(٤) حامد فهمى فى المحاماة ٧ ص٩٧- صليب سامى فى المحاماة ٨ ص٦٩١- استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١٩٤- ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م٤٦ ص١٩٥- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠٢.

(٥) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص٢٩٢.

وقد راعى التقنين المدنى الجديد قيام هذا الخلاف، فحسمه بنص صريح أخذ فيه بالرأى الأول واشترط فى التصرف القانونى أن يكون مسجلا حتى يصلح أن يكون سبباً صحيحاً، إذ قال فى الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى كما رأينا(١): «والسبب الصحيح... يجب أن يكون مسجلا طبقاً للقانون». وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذا النص: «ويجب أن يكون السبب الصحيح مسجلا خلافاً لما جرى عليه القضاء فى مصر، وأثر المشروع هذا الحل حتى يمكن للتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى»(٢). فأصبحت المسألة، بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد، لا يمكن أن تكون محلا للخلاف. ولاشك، أمام صراحة النص، فى أن التصرف القانونى غير المسجل لا يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً(٣). فإذا وضع المشترى لعقار من غير مالك يده على العقار وهو حسن النية، ولكن لم يسجل عقد البيع، فانه لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير إلا إذا سجل العقد(٤). ومن وقت تسجيله(1)، إذا كان حائزاً

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٧.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨.

(٣) ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازى ينشئ الحق فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى أن يقيد، وعلى ذلك لا يشترط فيه، حتى يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً، أن يكون مقيداً، كما كان شأن البيع قبل قانون التسجيل (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص٦٤٣- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٣ هامش ٢).

(٤) ويقول الأستاذ عبد المنعم البدراوى: «ولاشك أنه سيترتب على هذا أن يضيق نطاق التقادم الخمسى إلى حد كبير، نظراً لأن التسجيل لا يتم إلا بعد التثبت من حق طالب الشهر» (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٣ ص٥٧٠). وانظر أيضاً فى هذا المعنى: إسماعيل غانم ص١١٩- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤١٦ ص٦٤٤- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٣- حسن كيره ص١٢٦.

(1) أ- نصت الفقرة الأولى من القانون المدنى الجديد على أنه «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى، وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فان مدة التقادم تكون خمس سنوات كما نصت الفقرة الثالثة منها على أن «السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون» ومن ثم فلا تؤدى الحيازة المستندة إلى عقد بيع ابتدائى إلى كسب ملكية العقار الذى وقعت عليه بالتقادم الخمسى».

(جلسة ١٩٥٠/١١/٢٧ الطعنان رقما ٦٢١٠، ٦٢٢٣ لسنة ٧٠ق).

(جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣ الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٧ق س٢٣ ص٥٠٧)

ب- السبب الصحيح اللازم توافره للتملك بالتقادم الخمسى هو - على ما تنص عليه المادة ٣/٩٦٩ من القانون المدنى «سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون» والمتصرف الذى لا يعد مالكا فى المعنى المقصود =

للعقار، يبدأ سريان مدة الخمس السنوات اللازمة للتملك بالتقادم المكسب القصير[1]. وغنى عن البيان أنه ما دام يشترط تسجيل التصرف القانونى ليكون سبباً صحيحاً، لم يعد هناك محل لاشتراط ثبوت التاريخ لجواز الاحتجاج بالتصرف على المالك الحقيقى، فإن التصرف المسجل يكون دائماً ثابت التاريخ.

٤٢٩ - السبب الصحيح شرط مستقل عن شرط حسن النية ويقع عبء إثباته على الحائز: ولما كان السبب الصحيح هنا شرطاً مستقلا عن شرط حسن النية[2] وليس عنصراً من عناصر حسن النية، فانه لا يفترض توافره كما يفترض توافر حسن النية فيما سنرى. لذلك كان من الواجب إثبات قيام السبب الصحيح على التحديد الذى فصلناه فيما تقدم، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم[3](1).

ويثبت الحائز السبب الصحيح، وهو تصرف قانونى كما قدمنا، طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات[4]. فإذا كان السبب الصحيح بيعاً مثلا، وجب على الحائز أن يثبت هذا البيع

=بهذا النص هو شخص يكون غير مالك للشئ ويستحيل عليه أن ينقل ملكيته إلى من تصرف إليه، وعلة ذلك أن التملك بالتقادم القصير المدة انما شرع لحماية من يتعامل بحسن نية مع شخص لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية بسبب أنه ليس مالكا ولا يخوله سنده حقا فى الحصول على الملكية، ومن ثم فإن البائع إذا كان سنده عقدا غير مسجل صادرا له من المالك الحقيقى فانه لا يكون للمشترى أن يتمسك بتملك المبيع بالتقادم الخمسى لأن البائع وإن كان لا يعتبر مالكا إلا أنه يستطيع الحصول على الملكية بتسجيل العقد الصادر له من المالك أو بمطالبة المالك مطالبة قضائية بتنفيذ التزامه عينا بنقل الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر بعد ذلك.

(جلسة ١٩٦٥/١/٢١ الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ق س١٦ ص٧٣)

(١) والرأى الغالب فى فرنسا، حيث التسجيل غير ضرورى لانتقال الملكية إلا بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر فى مصر قبل صدور قانون التسجيل، أن السبب الصحيح لا يشترط تسجيله (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٤- فقرة ٦٧٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧). ويرى الفقه فى فرنسا أن هذا حل يؤسف له، وأنه كان الأولى اشتراط تسجيل السبب الصحيح (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٧ ص٧١٦- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٥).

(٢) استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م٢٠ ص٢٩٥.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٧.

(1) يشترط فى التقادم المكسب - وفقا لما تقضى به المادتان ٩٦٨، ٩٦٩ من القانون المدنى - أن تتوافر لدى الحائز الحيازة بعنصريها حتى تكون حيازة قانونية صحيحة، ومن ثم فإن وضع اليد لا ينهض بمجرده سببا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم إلا إذا كان مقرونا بنية التملك وكان مستمرا هادئا ظاهرا غير غامض.

(جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ الطعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٠٣)

بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة العقار على خمسمائة جنيه[1]. وحتى لو كانت قيمة العقار لا تزيد على خمسمائة جنيه. وهذا فرض شديد الندرة، فان مقتضى أن يكون السبب الصحيح مسجلا كما سبق القول[2] أن يكون البيع مكتوباً حتى يمكن تسجيله[3].

٢- حسن النية

٤٣٠- تحديد معنى حسن النية: ويشترط أيضاً، إلى جانب السبب الصحيح، فى التملك بالتقادم المكسب القصير، توافر حسن النية عند الحائز. وفى ذلك تقول المادة ١/٩٦٩ مدنى كما رأينا[4]: «إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح...». ومعنى حسن النية هنا، على وجه التحديد، هو كما قدمنا أن يكون الحائز قد اعتقد، وقت تلقيه الملكية أو الحق، أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه. فحسن النية إذن يتحدد عند الحائز بأنه غلط يقع فيه، يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق[5]. ويجب أن يكون حسن النية كاملا، فأى شك يقع فى نفس الحائز فى أن

---

(١) استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م٤٣ ص١٨- مازو فقرة ١٥٠٥ ص١٢٠٨- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ١٩٤- شفيق شحاتة فقرة ٣٠٨ ص٣٠٩- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٦ - اسماعيل غانم ص١٢٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٧٩ ص٤٢٤- ص٤٢٥.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨.

(٣) لذلك يجب على الحائز أن يثبت، ليس فحسب وجود السبب الصحيح، بل أيضاً أن هذا السبب الصحيح مسجل طبقاً للقانون (م٣/٩٦٩ مدنى). ولا يغنى عن إثبات السبب الصحيح ثبوت حسن النية، فكل من السبب الصحيح وحسن النية شرط مستقل عن الشرط الآخر كما قدمنا، وعلى ذلك يجب على محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها، إلى جانب توافر شرط حسن النية عند الحائز، طبيعة السبب الصحيح ونوعه وأنه تصرف قانونى ناقل للملكية مستوف للشروط التى يتطلبها القانون، وذلك حتى تباشر محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع فى هذه المسائل القانونية (بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٧ مكررة).

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧.

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن حسن النية هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه، فإذا كان هذا الاعتقاد يشوبه أدنى شك امتنع حسن النية (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص٥٢٩). وينظر، فى الشخص المعنوى ، إلى نية من يمثله (م٢/٩٦٥ مدنى). وتوافر حسن النية من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع، ولكن تحديد حسن النية على الوجه الذى قدمناه من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة =

المتصرف قد لا يكون هو المالك أو هو صاحب الحق ينفى حسن النية(١)(1).

=النقض. وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى استخلاص النية من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره، ولكن ما يستخلصه من ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض من جهة مطابقته للتعريف القانونى لسوء النية. فمجرد علم المشترى بعدم نقل تكليف الأطيان المبيعة بمقتضى عقد مسجل إلى اسم البائع لبائعه لا يكفى فى الدلالة على سوء النية، لأنه وحده لا يدل على أن المشترى كان يعلم أنه يشترى من غير مالك، إذ يجوز أن يعتقد أن البائع له مالك رغم علمه بتكليف المبيع على غيره (نقض مدنى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣ ص٢). وقضت أيضاً بأن من القصور أن يقتصر الحكم فى إثبات سوء نية المشترى على القول إن منازعه لم يقدم فى الملكية الدليل المقنع على سوء نيته، دون أن يتحدث عن الأحكام والمستندات التى قدمها لإثبات ذلك، فان هذا القول غاية فى الإبهام، وليس فيه ما يدل على أن المحكمة قد فحصت المستندات التى قدمت لها وقدرتها (نقض مدنى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٢ ص٤٢٣). وقضت كذلك بأن حسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس، ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى بثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بأن المتصرف غير مالك لما يتصرف فيه، وإذ كان عدم ذكر سند ملكية البائع للطاعنين وتعهده بتقديم سند الملكية للمشترى ليس من شأن أيهما أن يؤدى عقلا إلى ثبوت علم الطاعنين بأن البائع لهما غير مالك، فان الحكم المطعون فيه إذا أسس ثبوته سوء النية على ذلك يكون معيباً بالقصور (نقض مدنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٩٦ ص٦١٤). وانظر نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٤٥٤ رقم ٦٦- ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص٤٥٤ رقم ٦٤- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٨ ص٢٤٨- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٢٨ ص٥٦٤- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص٦٣٣.

(١) نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٦٢ ص٥٢٩- استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٨٩٣ م٥ ص٣٠٠- ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٢٠- ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م٢٥ ص١٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٤٨- ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م٤٢ ص١٥- ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٢٠٢- ٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص٢٥٢- أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص٥١٩- بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٠٩ - مارتى ورينو فقرة ٢٠١- كاربونييه ص٢٠٩.

(1) أ- حسن النية الذى يقتضيه التملك بالتقادم الخمسى هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقادا سليما تاما حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه - فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص حسن النية وسوئها من مكانها فى الدعوى وما يستشنه من ظروفها وملابساتها إلا أنه يتعين أن يكون استخلاصه قائما على أسباب سائغة كفيلة بحمل قضائه.

(جلسة ١٩٨٦/٥/١٨ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٥١ق)

(جلسة ١٩٨٦/١/٢٣ الطعن رقم ١٠٩٨ لسنة ٥٢ق)

ب- إن مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من القانون المدنى على أن «السبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا للشئ أو صاحبا للحق الذى يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون =

ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون(١). فيصح أن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد فسخت أو أبطلت والحائز يجهل ذلك، ويعتقد أن المتصرف لا يزال مالكاً للعقار، وهذا غلط فى الواقع. ويصح أن يتعامل مع مجرد حائز للعقار حسن النية أو سيء النية، وهو يعتقد أن هذا الحائز يملك العقار بسبب أو بآخر، وهذا أيضاً غلط فى الواقع. ويصح أن يتعامل الحائز مع شخص سند ملكيته للعقار هبة فى صورة بيع وهو سند عرفى، وقد ذكر فيه أن البائع قد وهب الثمن للمشترى، فيعتقد الحائز أن الهبة على هذا الوجه صحيحة دون ورقة رسمية، ثم يتبين بعد أن يشترى العقار من الموهوب له أن الهبة باطلة لأنها هبة مكشوفة لا هبة مستترة فلابد من كتابتها فى ورقة رسمية، وهذا غلط فى القانون. وسواء كان الغلط فى الواقع أو فى القانون، فقاضى الموضوع هو الذى يقدر دون معقب عليه توافر حسن النية نتيجة لهذا الغلط، وما إذا كان الغلط مغتفر (excusable) فيستقيم مع حسن النية، أو غير مغتفر (inexcusable) فينفى حسن النية(٢)(1).

=مسجلاً طبقاً للقانون، أن بيع ملك الغير يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لكسب ملكية العقار بالتقادم الخمسى متى كان هذا البيع مسجلاً، ولا يغير من ذلك، أن يكون البائع فيه غاصباً أو مستنداً فى تصرفه إلى عقد قابل للابطال أو باطل أو معدوم لأن المشرع لم يجعل من سند البائع ركناً أو شرطاً، لاعتبار التصرف سبباً صحيحاً للتملك بالتقادم الخمسى واكتفى بأن يكون التصرف ذاته صادراً من غير مالك، ومن ثم فإن الحكم بابطال سند المالك أو بطلانه أو انعدامه لا يستتبع أى أثر على سند الحائز ولا ينال من صلاحيته لأن يكون سبباً صحيحاً لذلك التملك، لأن الخلف الخاص يستطيع أن يتمسك بحيازته هو وحدها، وأن يسقط حيازة سلفه، ويتحقق ذلك إذا كان السلف سيء النية. ومناط سوء النية المانع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسى ثبوت علم المتصرف إليه وقت تلقى الحق بان المتصرف غير مالك لما تصرف فيه أو ثبوت قيام أدنى شك لديه فى ذلك.

(جلسة ٢٠٠١/١١/٢٧ الطعنان رقما ٦٢١٠، ٦٢٢٣ لسنة ٧٠ق)

جـ- حسن النية الذى يقتضية التملك بالتقادم القصير هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه فإذا شاب هذا الاعتقاد أدنى شك امتنع حسن النية.

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٨٤/١/٢٤ الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص٢٨٠)

(١) أوبرى ورو فقرة ٢١٨ ص٥١٩ هامش ٢٩- بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢- دى باج ٧ فقرة ١٢٩٦- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١٣- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٨ ص٦٣١.

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢٠٠- ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص١٢٤- ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص١٦١- ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص٩٢- ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ م٥٢ ص١٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٢.

(1) أ- لئن كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى استخلاص حسن نية واضع اليد - فى التملك =

٤٣١ – علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفى حسن النية: وعلم الحائز بالعيوب التى تشوب سند من تلقى منه الملكية، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه، ينفى عن الحائز حسن النية الواجب توافره فيه(١)(1).

=بالتقادم القصير – من نصوص العقد ومن الظروف الملابسة لتحريره، إلا أنه يتعين أن يكون استخلاصه قائما على أسباب سائغة وكافية لحمل قضائه.

(جلسة ١٩٧٦/١١/٢٣ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٠ق س٢٧ ص١٦٢٧)

(جلسة ١٩٦٩/٢/٤ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٣٥ق س٢٠ ص٢٣١)

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٢٢ق س٧ ص٦٦١)

ب – الحائز الذى يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره، يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٩٢٥ من القانون المدنى أن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سيئ النية فعليه حسبما تقضى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كانه يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضاء مالك الأرض.

(جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٣ق س٢٧ ص٤٥٣)

جـ – المقرر فى القانون المدنى القديم وقننه المشرع فى المادة ٢/٩٦٩ من القانون المدنى الجديد أن حسن النية المشترى من غير مالك لا يشترط توافره إلا عند تلقى الحق.

(جلسة ١٩٨٧/١١/٢٦ الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن رقم ٢٦ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٧٤٨)

(جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٣ق س١٩ ص١٢٨٧)

د – حسن النية مفترض لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس.

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٥ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٣٠٤)

(١) لوران ٣٣ فقرة ٤٠٩ – فقرة ٤١٠ – جيوار فقرة ٥٧٢ – ترولون فقرة ٩١٥ أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٩ – بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠ – محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٤ – نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ – ١ – ٣٥١ – ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠ – ١ – ١٧٢.

(1) سوء النية المانع من التملك بالتقادم الخمسى مناطه ثبوت علم المشترى وقت الشراء بأن البائع له غير مالك لما باعه فاذا استدل الحكم المطعون فيه على سوء نية الطاعن (المشترى) بانه كان على صلة بالمالك الحقيقى فى سنوات لاحقة لتاريخ الشراء فان استدلاله يكون فاسدا إذ يجب أن يثبت سوء نية الحائز وقت الشراء حتى يمتنع عليه التملك بالتقادم الخمسى.

(جلسة ١٩٦٨/٢/١٥ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٣٠٤)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦١٤)

وعلى ذلك إذا تعامل الحائز مع شخص سنده عقد هبة مثلا باطلة فى الشكل، وكان يعلم ببطلان الهبة لهذا السبب، فانه يكون عالما بأنه تعامل مع غير مالك، فينتفى حسن نيته. وإذا تعامل مع مالك سنده عقد بيع صدر له من قاصر، وكان الحائز يعلم ذلك، فانه يكون عالماً بأن سند من تصرف له فى العقار قابل للإبطال وأن القاصر إذا أبطل هذا السند المتصرف غير مالك بأثر رجعى، ومن ثم يكون عالما بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك، فينتفى حسن نيته. وإذا تعامل مع مشتر للعقار لم يوف ثمنه للبائع، وكان الحائز يعلم ذلك، فانه يكون عالما بأن سند المتصرف قابل للفسخ لعدم دفع الثمن وأن هذا السند إذا فسخ لهذا السبب ظهر أن المتصرف غير مالك، ومن ثم يكن عالما بأنه تعامل هنا أيضاً مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك، فينتفى حسن نيته كذلك[1].

وعلى ذلك أيضاً إذا تعامل الحائز مع مالك للعقار تحت شرط فاسخ أو تحت شرط واقف، وكان يعلم ذلك، فانه يكون عالماً بأن سند المتصرف معرض للزوال بتحقق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف، ومن ثم يكون عالما بأنه تعامل مع شخص يحتمل أن يظهر أنه غير مالك، فينتفى حسن نيته.

٤٣٢- علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفى حسن النية: وهناك عيب يشوب السبب الصحيح دائماً، ومن المحتم أن يشوبه، وهو أن يكون هذا السبب الصحيح صادراً من غير مالك، كما سبق القول. فهذا العيب وحده هو الذى يجب أن يجهله الحائز، لأن حسن النية هو كما قدمنا الجهل بأن السبب الصحيح صادر من غير مالك.

أما العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح، فمنها ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سبباً صحيحاً، كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى. وهذه مسألة ترجع إلى السبب الصحيح لا إلى حسن النية، وسواء علم الحائز بأن التصرف باطل أو ظنى أو لم يعلم، فان السبب الصحيح نفسه غير موجود، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها، ففى الحالتين لا يستطيع أن يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير لانعدام السبب الصحيح.

بقيت العيوب التى تشوب التصرف القانونى ولا يكون من شأنها أن تجعله غير موجود، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقاً على شرط فاسخ أو شرط واقف. فهذه العيوب لا تمنع التصرف من أن

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٦٧٩ ص٥٢٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٠- نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨-١-٤٧٣.

يكون سبباً صحيحاً، وعلم الحائز بها لا ينفى حسن النية(١). وعلى ذلك إذا اشترى الحائز من غير المالك عقاراً، وكان البائع قاصراً أو كان البيع مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه، فان السبب الصحيح هنا يكون قابلا للإبطال. وعلم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للإبطال، لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء، لا ينفى كما قدمنا حسن النية، فيستطيع إذن أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير(٢). ولكن لما كان التصرف قابلا للإبطال فان من تقرر الإبطال لمصلحته يستطيع أن يبطل التصرف إذا كانت دعوى الإبطال لم تسقط بالتقادم. ويستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى مدينه وهو من تقرر الإبطال لمصلحته وتصرف فى العقار للحائز، فيطلب باسمه إبطال التصرف، فيعود العقار إلى المتصرف، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقى بدعوى الاستحقاق(٣). وعلى ذلك أيضاً إذا اشترى الحائز العقار من غير مالكه، وقسط عليه الثمن سنوات عدة، واشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم توف الأقساط فى مواعيدها، فان السبب الصحيح هنا يكون قابلا للفسخ بمجرد التأخر عن دفع الأقساط. وعلم الحائز بذلك لا ينفى حسن النية، فيستطيع إذن أن يتملك العقار المبيع ضد المالك الحقيقى بالتقادم المكسب القصير. فإذا ما كسبه بالتقادم، يبقى أنه إذا كانت هناك أقساط من الثمن لا تزال فى ذمته، ولم يوفها فى مواعيدها، فان المالك الحقيقى، وهو دائن للبائع، يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه ويطلب

---

(١) لأن حسن النية فى التقادم المكسب القصير هو كما قدمنا، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادرا من غير مالك أما وقد جهل الحائز هذا العيب فهو حسن النية، سواء علم بالعيوب الأخرى أو لم يعلم (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٧ هامش ٢٤- بودرى وتيسييه فقرة ٦٨١ ص٥٢٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١١ ص٧١٨- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٨- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢٠٥). وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يذهب إلى أن علم الحائز بأى عيب فى السبب الصحيح يجعله سيء النية) لوران ٣٢ فقرة ٤٠٦ وما بعدها). والنتيجة العملية لكل من الرأيين سواء. فإذا قلنا بأن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ مثلا يجعله سيء النية، ترتب على ذلك أن الحائز لا يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير لعدم توافر حسن النية، فيستطيع المالك الحقيقى أن يسترد منه العقار بدعوى الاستحقاق. وإذا قلنا أن علم الحائز بأن السبب الصحيح قابل للفسخ لا يجعله سيء النية، ترتب على ذلك أن الحائز يتملك العقار بالتقادم المكسب القصير، ولكن الذى تصرف للحائز يستطيع أن يفسخ التصرف، ويستطيع دائنه وهو المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى الفسخ باسم مدينه فيفسخ التصرف، فيعود العقار إلى من تصرف للحائز، وعند ذلك يسترده منه المالك الحقيقى بدعوى الاستحقاق (أوبرى ورو، فقرة ٢١٨ ص٥٢٥ هامش ٤٧- وانظر آنفاً ص١٠٨٢ هامش ١٢- وص١٠٩٨ هامش ٢).

(٢) أوبرى ورو٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٨- نقض فرنسى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩١٠- ١-١٧٢- ١١ مايو سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١٠- ١-١٧٢- ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٧-١-١٩.

(٣) انظر آنفاً ص١٠٨٢ هامش ١٢- وص١٠٩٨ هامش ٢).

فسخ البيع. فإذا ما فسخ، ورد العقار إلى البائع، استطاع المالك الحقيقي أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق. وعلى ذلك أخيراً، إذا اشترى الحائز عقاراً من غير مالكه، وكان البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فانه يكون مع ذلك سبباً صحيحاً، وعلم الحائز بتعليق البيع على الشرط لا ينفي حسن نيته. فيستطيع إذن أن يتملك العقار ضد المالك الحقيقي بالتقادم المكسب القصير، فإذا ما كسبه بالتقادم بعد تحقق الشرط الواقف أو كتسبه بالتقادم ثم تخلف الشرط الفاسخ، فان ملكيته العقار تخلص باتة للحائز. أما إذا تخلف الشرط الواقف، أو تحقق الشرط الفاسخ، فان البيع يعتبر كأن لم يكن ويعود العقار إلى بائعه، ثم يسترده المالك الحقيقي من البائع بدعوى الاستحقاق.

٤٣٣ – الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه حسن النية: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٦٩ مدني كما رأينا(١) على ما يأتي: «ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق». فحسن النية، على التحديد الذي قدمناه، يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذي كان فيه يتلقى الملكية أو الحق لو أنه كان يتعامل مع المالك أو صاحب الحق(٢)(1). فإذا اشترى الحائز العقار من غير مالك، فحتى يمكنه أن يتملك العقار بالتقادم المسقط المكسب القصير يجب أن يكون قد اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع، وهو الوقت الذي يتلقى فيه ملكية العقار، أنه اشترى من مالك وأن الملكية قد انتقلت إليه على هذا النحو بالتسجيل(٣). وهذا يكفي، فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك طوال السنين الخمس اللازمة للتملك بالتقادم القصير. فلو أنه علم، ولو بعد

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤١٧.

(٢) وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق، دون أن يشتمل هذا التقنين على نص صريح في ذلك (استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م٨ ص١٠٣– ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م٩ ص٣٠٥– ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٢٣٠– ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م٢٢ ص٢٦٦– ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م٢٥ ص٨٤– ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠٢– ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٨– محمد كامل مرسي ٤ فقرة ٢١١ ص٢٤١).

(٣) ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف، فان حسن النية يجب توافره عند تسجيل البيع لا عند تحقق الشرط (أوبري ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥٢٠ هامش ٣١). ولو كان السبب الصحيح عقد رهن حيازي، فان حسن النية يجب توافره عند انعقاد الرهن الحيازي لأن حق الرهن الحيازي ينشأ فيما بين المتعاقدين بمجرد العقد، ولا يتطلب القيد إلا ليكون الرهن حجة على الغير (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص٦٣٤– منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص٤٢٧ هامش ٣).

(1) من المقرر في القانون المدني وقننه المشرع في المادة ٢/٩٦٩ من القانون المدني الجديد أن حسن نية المشتري من غير مالك لا يشترط توافره إلا عند تلقي الحق.

(جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ الطعن رقم ٢٦ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٧٤٨)

انقضاء مدة قصيرة من تسجيل البيع، أن البائع غير مالك، لما أثر ذلك فى توافر شرط حسن النية فيه[1] (mala fides superveniens impedit usueapionem).

وأكثر من ذلك، لو أنه كان حسن النية على النحو الذى قدمناه وقت تسجيل البيع، وقبل أن يتسلم العقار المبيع علم أن البائع غير مالك، فبدأت حيازته للعقار وهو على هذا العلم، لعد شرط حسن النية مع ذلك متوافرا عنده[2].

وتطبيقاً لما قدمناه، لو أن شخصاً أوصى بعقار غير مملوك له لشخص آخر، فحسن النية عند الموصى له يجب أن يتوافر وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية، لأن الموصى له يتملك الموصى به عند موت الموصى[3].

---

(١) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٨.

(٢) عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٠ ص٥٦٦- إسماعيل غانم ص١٢٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص٤٢٨- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ولا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة، بل يكفى توافره عند تلقى الملكية بالسبب الصحيح، فإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه، فيكفى أن يكون حسن النية وقت البيع حتى لو كان سيء النية وقت التسليم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٤٩٨). هذا والعبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أنه يكفى أن يكون المشترى حسن النية وقت البيع، يمكن التوسع فى فهمها فتكون العبرة بوقت تسجيل البيع، إذ لم يكن المقصود بالعبارة الموازنة بين وقت البيع ووقت تسجيل البيع، بل الموازنة بين وقت البيع بوجه عام (ويدخل فى ذلك وقت تسجيله) ووقت تسليم المبيع. وعلى هذا الأساس يمكن فهم ما ورد فى هذا الصدد فى بعض الأقوال الفقهية (أنظر محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٢١١ ص٢١١- شفيق شحاتة فقرة ٣١٣ ص٣١٢). ويصعب تصور خلاف فى هذه المسألة بعد صدور قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى (قارن محمد على عرفة فقرة ١٣٩ ص٢٥٠ هامش ١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص٦٣٤ هامش ١- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص٤٢٧).

(٣) وإذا كانت الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له، لكنه إذا قبلها استحق الموصى به من حين الموت، لأن الوصية تصرف قانونى من جانب واحد هو جانب الموصى، وتنتج أثرها عند موته دون حاجة لقبول الموصى له، وإنما القبول للزوم الوصية لاتمامها وإنتاج أثرها (أنظر آنفاً فقرة ٧٦). ويلاحظ مع ذلك قواعد التسجيل، إذ أن الوصية بعقار لا تنقل ملكيته إلا بالتسجيل، ولما كان التسجيل يتم عادة بعد قبول الموصى له، فان حسن النية يجب أن يتوافر عند تسجيل الوصية أى بعد قبول الموصى له، وهذا ما لم تكن الوصية قد سجلت فى حياة الموصى فعندئذ يجب توافر حسن النية وقت موت الموصى لا وقت قبول الوصية (محمد على عرفة ٢ فقرة ١٣٩ ص٢٥٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٣٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٠٩ ص٦٣٥- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٠ ص٤٢٧- ص٤٢٨). وانظر فى فرنسا أن حسن النية يجب توافره عند موت الموصى: لوران ٣٢ فقرة ٤١٧- جيوار ٢ فقرة ٥٧٩- هيك ١٤ فقرة ٤٦٠- بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٦. وهناك فى فرنسا رأى آخر يذهب إلى أن حسن النية يجب توافره عند قبول الموصى له (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥٢٠ وهامش ٣٢- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٤- بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة=

والقاعدة التى قدمناها، من أنه يكفى أن يتوافر شرط حسن النية وقت تلقى الحق ولا يشترط بقاء حسن النية بعد ذلك، قاعدة موروثة من القانون الرومانى. وزاحمها فى القانون الفرنسى القديم قاعدة عكسية قررها قانون الكنيسة، فاشترط هذا القانون بقاء حسن النية طوال المدة اللازمة للتقادم المكسب القصير. ثم انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدنى الفرنسى متغلبة على القاعدة التى قررها قانون الكنيسة، ومن التقنين المدنى الفرنسى انتقلت القاعدة الرومانية إلى التقنين المدنى المصرى القديم والجديد(١).

٤٣٤- إثبات حسن النية: رأينا(٢) أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٥ مدنى تنص على ما يأتى: «وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يقم الدليل على العكس». وقدمنا أنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته، فالمفروض فيه أصلا أنه حسن النية حتى يثبت العكس(٣)(1).

وعلى ذلك يفترض فى الحائز الذى يتمسك بالتقادم المكسب القصير أنه حسن النية، فلا يكلف إثبات حسن نيته. ويستوى فى ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجعاً إلى غلط فى الواقع أو إلى غلط فى القانون، ففى الحالتين يفترض حسن نية الحائز. وهناك رأى يذهب إلى أن حسن النية لا يفترض فى حالة الغلط فى القانون، فان الغلط فى القانون لا يجوز افتراضه ويجب على الحائز إثباته. ولكن ما دمنا نسلم أنه إذا

=٣١٧٠ ص١٠٣٤ هامش ١- بيدان ٤ فقرة ٧٦٧- مازو فقرة ١٥٠٠- أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Prescription civile فقرة ٥٢.

(١) وينتقد الفقه الفرنسى القاعدة الرومانية، ويؤثر عليها القاعدة الكنسية. ولا يستكثر هذا الفقه على الحائز أن يبقى حسن النية طوالى المدة اللازمة للتملك بالتقادم القصير، فان أصبح سئ النية فى خلال هذه المدة، فأمامه التقادم المكسب الطويل وعليه أن يستوفى مدته حتى يتملك العقار بالتقادم (بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٥ ص٥٢٧- ص٥٢٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص٧١٩ هامش ٣- بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٧٠).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٨.

(٣) استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٠٥ م١٧ ص٢٢٠- ٢٥ مارس سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٢٦٦- ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣١٠- ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٠١- ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م٤٣ ص٢٤٣- ١٤ أبريل سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٢٢٥- ٨ أبريل سنة ١٩٤١ م٥٣ ص١٤٨. وانظر آنفا فقرة ٢٩١.

(1) حسن النية مفترض دائما لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس.
(جلسة ١٩٦٨/٢/١٥ الطعن رقم ٨٥ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٣٠٤)
(جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ الطعن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٦١٤)

كان جهل الحائز راجعاً إلى غلط فى القانون فانه يعتبر حسن النية، وما دام حسن النية يفترض دائماً، فان الواجب التسليم بأن الحائز يفترض فيه دائماً حسن النية، سواء رجع جهله إلى غلط فى الواقع أو إلى غلط فى القانون(١).

وقد قدمنا أن حسن النية مفترض، إلى أن يقوم الدليل على العكس. وعلى ذلك إذا ادعى المالك الحقيقى أن الحائز لم يكن حسن النية، وأنه كان يعلم وقت تلقى الملكية أن المتصرف غير مالك، فعليه هو يقع عبء إثبات ذلك. وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن(٢). ويقع كثيرا فى العمل أن يلجأ المالك الحقيقى، فى اثبات سوء نية الحائز، إلى سند المتصرف الذى تعامل الحائز على مقتضاه. فقد يتبين من هذا السند أن المتصرف غير مالك أو أن ملكيته ليست خالصة، فيستخلص من ذلك سوء نية الحائز ما دام يعلم، أو كان ينبغى أن يعلم، أنه يتعامل مع غير مالك(٣).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٦٨٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ٧١٩– مارتى ورينو فقرة ٢٠١ ص٢١٣– وانظر عكس ذلك وأن الغلط فى القانون لا يفترض: لوران ٣٢ فقرة ٤١٥– جيوار فقرة ٥٧٥– أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٨ ص٥١٩– ص٥٢٠ وهامش ٣٠– وهذا الخلاف محدود الأهمية من الناحية العملية، فالذى يقع عملا أن الحائز يبادر هو نفسه إلى إثبات حسن نيته وأن غلطه كان غلطاً مغتفراً.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى المشترى أنه تملك العقار بوضع اليد مع حسن النية والسبب الصحيح، فلا يحتاج إثبات سوء نيته عند الشراء إلى دليل معين، بل هو جائز بجميع طرق الإثبات القانونية ومنها القرائن، وقد تكون هذه وحدها كافية فى الإثبات. فإذا كان من يدعى سوء نية المشترى قد ساق القرائن القائمة فى الدعوى الدالة على صحة دعواه، وكانت هذه القرائن دالة فعلا على سوء النية، فانه يكون من القصور أن يكتفى الحكم فى رده على تلك القرائن بمجرد القول بأن ظروف الحال تدل على أن المشترى حين اشترى كان يعلم أنه يشترى من المالك الحقيقى (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٧ ص٥٥١). وانظر أيضاً نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص٦٦١ (لمحكمة الموضوع سلطة تامة فى استخلاص سوء النية من قضائها فى الدعوى، ولا يكفى لاستفادة نازع الملكية الذى رسا عليه المزاد من التقادم الخمسى تذرعه بجهله الحقيقة، إذا كان مقصراً فى البحث والاستقصاء، فان تقصيره يتعارض مع حسن النية ولا يجوز له أن يفيد من هذا التقصير).

وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٣ ص٥٢٥– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص٧١٨– بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٩– نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت دى باليه ١٩٢٧–١–٧٣٠– ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ –١–٢٠٤.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧١٣ ص٧١٨– كاربونييه ص٢١٩– نقض فرنسى ١٥ فبراير سنة ١٩١٧ سيريه ١٩٢٧–١–١٩٠.

المطلب الثانى

كسب ملكية المنقول

(الحيازة فى المنقول سند الملكية)

٤٣٥ – نص قانونى: تنص المادة ٩٧٦ – مدنى على ما يأتى:

«١ – من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته».

«٢ – فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية، فانه يكسب الملكية خالصة منها».

«٣ – والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك»(١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المواد ٦٨/٤٦ و٧٣٣/٦٠٧ و٦٠٨/٧٣٤(٢).

---

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادة ١٤٢٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «١ – من حاز منقولا أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله، مستنداً فى حيازته إلى سبب صحيح، فانه يصبح مالكاً لما حازه، إذا كان حسن النية وقت حيازته. ٢ – فإذا كان الحائز بحسن نية وبسبب صحيح قد حاز الشئ باعتباره خالياً من التكاليف والقيود العينية، فانه يكسب الملكية خالصة من هذه التكاليف والقيود. ٣ – والحيازة وحدها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٥١ فى المشروع النهائى، بعد إدخال بعض تعديلات لفظية جعلته مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٤٨، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٠ – ص٥١٢).

(٢) **التقنين المدنى السابق م٦٨/٤٦:** ومع ذلك تنتقل ملكية الأموال المنقولة باستلامها بناء على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها. إنما يشترط فى ذلك أن يكون المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم، ولا يضر هذا بحق المالك الحقيقى فى طلب استردادها فى حالة الضياع أو السرقة.

م٧٣٣/٦٠٧: وتثبت الملكية فى المنقولات فى حق كل إنسان بحيازتها المترتبة على سبب صحيح مع اعتقاد الحائز لها صحة حيازته.

م٧٣٤/٦٠٨: مجرد وضع اليد على المنقولات يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن الاعتقاد، إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك، مع مراعاة ما تقدم فى حالتى السرقة والضياع.

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد، وإن كان التقنين المدنى =

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩٢٧- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨٠- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٦٣(١).

ويخلص من النص المتقدم الذكر أن حيازة المنقول بحسن نية وبسبب صحيح تنقل ملكية المنقول إلى الحائز(1)، فيصبح مالكا له بمجرد الحيازة. ويورد التقنين المدنى الفرنسى هذه القاعدة الهامة فى المادة ٢٢٧٩ منه، ويصدر هذه المادة بعبارة مشهورة استعارها من القانون المدنى الفرنسى القديم كما وردت على لسان Bourjon أحد فقهاء هذا القانون، تجرى على الوجه الآتى: "En fait de meubles, la possession vaut titire"(٢). وقد ألف الفقه فى مصر أن يورد هذه القاعدة، التى انتقلت من القانون الفرنسى إلى القانون المصرى، بالعبارة الآتية: «الحيازة فى المنقول سند الملكية»(٣).

والمفروض أن حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك بموجب تصرف قانونى ناقل

=السابق أورد هذه الأحكام مشتتة فى أماكن مختلفة: أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٥).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٩٢٧ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٨٠ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٣: ١- من حاز وهو حسن النية منقولا أو سنداً لحامله، مستنداً فى حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد. ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

(وأحكام التقنين العراقى فى مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصرى، غير أن التقنين العراقى لم يورد نص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى مصر وهى تتكلم عن إسقاط التكاليف والقيود العينية بالحيازة، وجعل حائز المنقول لا تسمع عليه دعوى الملك لا أن يتملك هو المنقول، وذلك جرياً على تقاليد التقنين العراقى فى عدم جواز سماع الدعوى).

(1) الحيازة فى المنقول سند الملكية، المشترى حسن النية يملك المنقول بالحيازة. حق الامتياز، لا يحتج به على من حاز منقولا بحسن نية.

(جلسة ١٩٩٠/٥/٢١ الطعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٥٤ق)

(جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٠ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض س٣٤ ص١٦٣٧)

(جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض س٨ ص٥٢٠)

(٢) وهذا ما قاله Bourjon "En fait de meubles, la possession vaut titre." : أنظر Bourjon الكتاب الثانى الباب الأول - الفصل السادس - الفرع الأول فقرة ١- وانظر فى الموضوع بأكمله: Jobbé Duval فى دراسة تاريخية فى دعوى استحقاق المنقول، فى القانون الفرنسى باريس سنة ١٨٨١- Saleilles فى حيازة المنقول باريس سنة ١٩٠٧.

(٣) عدل الفقهاء المحدثون فى مصر عن هذه العبارة إلى العبارة الآتية: «الحيازة فى المنقول سند الحائز» بدعوى أن الحيازة لا تكسب الملكية فحسب، بل تكسب أيضاً حقوقاً عينية أخرى غير الملكية، وكذلك تسقط التكاليف والقيود العينية فيكسب الحائز الملكية خالصة منها. وإذا كانت العبارة =

للملكية كالبيع وهذا هو السبب الصحيح، فباع له غير المالك منقولا، فلم تنتقل إليه الملكية بالبيع لأنه صادر من غير مالك كما قدمنا. فهل يبقى مشترى المنقول حسن النية معرضا مدة معينة لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى، كما رأينا مشترى العقار من غير المالك معرضا مدة خمس سنوات لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقى؟ لم ير القانون الفرنسى القديم أن يجعل مشترى المنقول فى مركز مشترى العقار، إذ أن المنقول على خلاف العقار يقتضى السرعة فى التعامل، ويصعب فى المنقول فحص أصل ملكية البائع إذ المنقول كثير التنقل من يد إلى يد، وبحسب مشتريه أن يراه فى يد البائع حتى يطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك. ومن ثم إذا ظهر أن بائع المنقول لم يكن هو المالك، ولم تنتقل الملكية إلى المشترى بالبيع، فانها تنتقل بحيازة المشترى للمنقول إذا كان وقت الحيازة حسن النية أى يعتقد أن البائع هو المالك. وبذلك يكون المشترى، بمجرد حيازة المنقول على هذا الوجه، بمأمن من أن يرفع عليه المالك الحقيقى دعوى الاستحقاق، ولا يضطر أن يبقى حائزا للمنقول طوال خمس سنوات كما يضطر إلى ذلك مشترى العقار فيما رأيناه فى التقادم المكسب القصير(١).

فالحيازة بحسن نية تنقل إذن ملكية المنقول فورا إذا كانت مقترنة بالسبب الصحيح، ولا تنقلها مقترنة بالسبب الصحيح فى العقار إلا إذا دامت خمس سنوات كما رأينا، وتنقلها فورا وبدون حاجة إلى سبب صحيح فى الثمار كما سنرى.

وتملك المنقول بالحيازة على النحو الذى قدمناه أمر يقتضيه، لا سرعة التعامل فى المنقول فحسب، بل أيضا استقرار التعامل فيه. وبدون هذه القاعدة يصبح التعامل فى المنقول محفوفا بالمخاطر، فينبغى إذن لمن يشترى منقولا من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك أن يعتبر كأنه اشترى من المالك نفسه(٢)، وإذا لم تنتقل إليه الملكية بالبيع فانها تنتقل

=الأولى التى كانت مألوفة ناقصة على هذا الوجه، فان العبارة المستحدثة ناقصة أيضاً، ولا تكون هذه العبارة كاملة إلا إذا قيل: الحيازة فى المنقول سند الحائز فى الملكية وفى الحقوق العينية الأخرى وفى إسقاط التكاليف والقيود العينية. أما إذا أريد الإيجاز والاقتصار على إبراز أظهر آثار الحيازة، فان العبارة التى كانت مألوفة قد أبرزت أظهر هذه الآثار وهو كسب ملكية المنقول، حتى أن Bourjon وهو الذى استعار التقنين المدنى الفرنسى عبارته كما قدمنا يقول فى هذه العبارة la possession vaut titre de propriété.

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٢٦ ص٦٥٤ وفقرة ٨٢٩ ص٦٥٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٠.

(٢) ويقول سالى فى هذا المعنى: «الحيازة غير العرضية التى يتلقاها الحائز ممن يعتقد أنه المالك تعدل السند الذى يصدر من المالك نفسه» (سالى فى رسالته فى التصرف فى القيم المنقولة سنة ١٨٨٣ فقرة ٩٢).

بالحيازة. وهذا ما وصل إليه القانون الفرنسى القديم فى عهوده الأولى ثم فى تطوراته الأخيرة، وذلك على خلاف القانون الرومانى الذى كان لا يعرف هذه القاعدة. ويدعو ذلك إلى إيراد عجالة سريعة فى الأصل التاريخى للقاعدة.

٤٣٦ – الأصل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة: لم يعرف القانون الرومانى هذه القاعدة، بل كان حائز المنقول إذا كان حسن النية لا يتملكه فورا، وإنما كان يتملكه بالتقادم كالعقار، ولكن فى مدة أقصر: سنة واحدة ثم أطيلت فى عهد جستنيان إلى ثلاث سنوات(١).

أما القانون الفرنسى القديم فقد ظل فى عهوده الأولى محتفظاً بالتقاليد الجرمانية ولم يتبع القانون الرومانى، فكان لا يعطى لمالك المنقول إذا خرج المنقول من حيازته إلى حيازة شخص آخر دعوى استحقاق ضد الحائز الجديد. فإذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بارادة المالك، كما فى الوديعة والعارية، فان للمالك أن يرفع دعوى شخصية ضد المودع عنده أو المستعير يسترد بها المنقول، ولكن ليس له أن يرفع دعوى استحقاق ضد حائز انتقلت إليه الحيازة من المودع عنده أو المستعير. ومن هنا جرت القاعدة بأن المنقول ليس فيه حق التتبع (Meubles n'ont pas de suite, mobilie non hebent scquelam)(٢). أما إذا كان خروج المنقول من حيازة مالكه بسبب السرقة أو الضياع، فان القانون كان يعطى للمالك دعوى ذات صبغة جنائية، ما لبثت أن انقلبت إلى دعوى استحقاق مدنية يرفعها المالك ضد الحائز للمنقول(٣).

وبقى الأمر على هذا النحو إلى القرن الثالث عشر، إذ بدأ القانون الفرنسى القديم يتأثر فى هذه المسألة بالقانون الرومانى شيئا فشيئا، فيكون للمالك دعوى استحقاق يسترد بها

---

(١) أنظر فى أن القاعدة لم تكن موجودة فى القانون الرومانى عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص١٩ – ص٣٤.

(٢) وكان أصل هذه القاعدة أن القوانين القديمة، قبل أن تعرف عقود الوديعة والرهن والعارية، كانت تقضى بأن المالك ينقل ملكية الشئ إلى من يريد أن ينقل إليه حيازته على سبيل الوديعة أو الرهن أو العارية، على أن يلتزم الحائز التزاماً شخصياً برد الشئ إلى المالك. فكان المالك إذا تجرد من حيازة الشئ تجرد أيضاً من ملكيته، وتجرد تبعاً لذلك من دعوى الاستحقاق. وبقى متجرداً من دعوى الاستحقاق حتى بعد أن عرفت القوانين القديمة عقود الوديعة والرهن والعارية، وبالرغم من أن هذه العقود لا تنقل الملكية، وعلل الفقهاء القدماء ذلك بأنه جزاء على عدم حيطة المالك فى تسليمه ملكه إلى من بدده بالتصرف فيه، فوضع ثقته فيمن لا يستحقها (أنظر مازو فقرة ١٥٢١).

(٣) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٨٩ – فقرة ٣٣٩١ – عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٤١ – ص٦٩.

المنقول ولو خرج من حيازته طوعا دون سرقة أو ضياع. وما أقبل القرن السادس عشر حتى أصبحت القاعدة الرومانية مستقرة فى القانون الفرنسى القديم، وأصبح للمالك، كما كان الأمر فى القانون الرومانى، دعوى استحقاق يسترد بها المنقول فى أى يد كان(١).

ولكن سرعان ما تفاقمت المخاطر التى يتعرض لها التعامل فى المنقول من جراء القاعدة الرومانية، إذا كان الحائز للمنقول حسن النية، وتوالت الجهود منذ أوائل القرن السابع عشر، للتضييق من دعوى استحقاق المنقول، فأنقصت المدة التى كان يجوز أن ترفع فى خلالها وكانت ثلاث سنوات كما حددها جستنيان. ثم ألغيت دعوى استحقاق المنقول بتاتا، إذا كان المالك هو الذى نقل حيازة المنقول بارادته إلى شخص ائتمنه عليه فتصرف فيه على غير ما يريده المالك. ولم يستبق دعوى استحقاق المنقول إلا فى حالتى السرقة والضياع، فعاد الأمر فى القرن الثامن عشر إلى ما كان عليه قبل القرن الثالث عشر. وهكذا بقى القانون الفرنسى القديم متأثرا بالقانون الرومانى طوال خمسة قرون، ثم رجع إلى تقاليده القديمة، واستبعد دعوى الاستحقاق فى المنقول.

وورد ذكر استبعاد دعوى الاستحقاق فى المنقول، فى القرن الثامن عشر، فى كتاب(٢) لأحد فقهاء القانون الفرنسى القديم – بورجون Bourjon– ظهر فى سنة ١٧٤٧. وقد أرجع بورجون هذه القاعدة إلى قضاء محكمة Châtelet بباريس، ويبدو على الأرجح أن هذا القضاء كان حديثا وقت أن كتب بورجون(٣). وقد عدل فقهاء القانون الفرنسى القديم فى هذا العهد الأخير عن العبارة التى كانت مألوفة منذ القرن

---

(١) وتحورت القاعدة التى كانت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التتبع إلى معنى آخر، فأصبحت تقضى بأن المنقول ليس فيه حق التتبع عن طريق الرهن الرسمى meubles n'ont pas de suite par hyfothéque، أى أن المنقول لا يصح أن يكون محلا للرهن الرسمى فلا يترتب هذا الرهن إلا على العقار. أنظر مازو فقرة ١٥٢٢ ص١٢٢٢ – مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص٣٧٨– بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٩٢ – فقرة ٣٣٩٤ – عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٧٠– ص٧٨.

(٢) عنوانه «القانون العام فى فرنسا» (la droit commun de la France).

(٣) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص٣٦٥ وهامش ٢– مازو فقرة ١٥٢٣– مارتى ورينو فقرة ٣٩٠ ص٣٧٨– ص٣٧٩ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٣٩٨ – فقرة ٣٤٠٠– وانظر فى أن بوتييه لم يقرر، كما قرر بورجون، قاعدة تملك المنقول بالحيازة باعتبارها قاعدة مسلماً بها فى القانون الفرنسى القديم، بل كان يجعل لمالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق على الحائز ولو كان حسن النية إلا فى حالة سرقة، وفى الخلاف بين ما قرره بوتييه وما قرره بورجون فى هذا الشأن، وفى أن المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى اقتبست مما كتبه بورجون لا مما كتبه بوتييه: بودرى وتيسييه فقرة ٨٢٢ – ٨٢٦.

الثالث عشر من أن المنقول ليس فيه حق التتبع (meulbes n'ont pas de suite)، إلى عبارة أخرى هي أن «الحيازة تعدل السند» (possession vaut titre). وكان المقصود بهذه العبارة الأخيرة، في أول الأمر، أن حائز المنقول إذا ادعى ملكيته لم يطالب بتقديم دليل على هذه الملكية، وتكفي حيازته للمنقول سندا له إلى أن يثبت خصمه أنه هو المالك. ثم ظهر قضاء Châtelet، والجديد فيه أنه أعطى لهذه العبارة قوة أكبر بكثير مما كانت عليه، فلم تعد تعني أن حيازة المنقول تقتصر على مجرد افتراض أن حائز المنقول هو المالك له إلى أن يقوم الدليل على العكس، بل أصبحت تعني أن حائز المنقول يصبح مالكا له بمجرد الحيازة فلا يستطيع من يدعي استحقاق المنقول أن يسترده من يد الحائز(١).

وعلى ذلك أصبحت العبارة تفيد في القانون الفرنسي القديم معنيين مختلفين. المعنى الأول أن حيازة المنقول طريق لإثبات ملكيته، فيفترض في الحائز أنه هو المالك ولا يكلف تقديم دليل على ذلك وتكفيه الحيازة سندا، وذلك إلى أن يقدم مدعي الاستحقاق الدليل على أنه هو المالك دون الحائز. والمعنى الآخر أن حيازة المنقول ليست فحسب طريقا لإثبات ملكيته، بل هي أيضا طريق لكسب ملكيته. فلا تقتصر حيازة المنقول على مجرد إقامة قرينة على ملكيته إلى أن يقوم الدليل على العكس، بل إن هذه الحيازة تكسب الحائز ملكية المنقول إذا لم يكن له قبل الحيازة. وقد انتقل هذان المعنيان من القانون الفرنسي القديم إلى القانون الفرنسي الحديث، حيث أصبحت المادة ٢٢٧٩ مدني فرنسي تعبر بطريق مباشر عن المعنى الثاني(٢)، وحيث ألصق القضاء الفرنسي المعنى الأول بالمادة نفسها إذا لم يجد نصا آخر يفيد مباشرة هذا المعنى(٣). فأصبح لحيازة المنقول دوران، فهي طريق للإثبات، وهي سبب لكسب الملكية. وهذا ما ننتقل الآن إليه.

٤٣٧ – حيازة المنقول لها دوران– طريق للاثبات وسبب لكسب الملكية: أما أن حيازة المنقول طريق للإثبات، فيظهر ذلك إذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة، ويكون هذا الأخير في العادة هو المالك، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها. وأما أن حيازة المنقول سبب لكسب الملكية، فإن ذلك إنما يكون إذا كان

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٩ ص٣٦٦.

(٢) أنظر ما قاله Bigot de Préamneu في هذا المعنى في Jenet ١٥ ص٦٠٠.

(٣) أنظر في الأصل التاريخي لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٤٤ هامش ٢– بودري وتيسييه فقرة ٨١٧ – فقرة ٨٢٦– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٨– فقرة ٣٦٩– مارتي ورينو فقرة ٣٩٠– عبد الفتاح عبد الباقي في رسالته في دور الحيازة في المنقول ص١٥– ص١١٠.

حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك (non domino) وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه، فتكون الحيازة سببا لكسب الحائز ملكية المنقول(١). فالحيازة إذن تكون طريقا للإثبات إذا تعامل الحائز مع المالك، وسببا لكسب الملكية إذا تعامل مع غير المالك. ونستعرض كلا من هذين الدورين:

(الدور الأول) حيازة المنقول طريق للإثبات: الحائز للمنقول، كالحائز للعقار، يفترض فيه أنه المالك لما يحوزه. وافتراض أن الحائز هو المالك لا نص عليه فى التقنين المدنى الفرنسى، ولكنه يستخلص من تقاليد القانون، ومن الفهم السليم، ومما جرى عليه القضاء الفرنسى فى تتابع واضطراد. ولما كان القضاء الفرنسى لا يجد نصا صريحا يستند إليه فى هذه المسألة، فقد اضطر للالتجاء إلى المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى يستند إليها فى ذلك(٢). أما فى مصر، ففى التقنين المدنى المصرى نص صريح فى هذا المعنى، فقد نصت المادة ٩٦٤ مدنى فيما قدمناه على أن «من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه، حتى يقوم الدليل على العكس». فالحيازة القانونية تفترض الملكية عند الحائز، إلى أن يثبت العكس. ثم إن الحيازة المادية تفترض الحيازة القانونية، فقد نصت المادة ٩٦٣ مدنى فيما رأينا على أنه «إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة». فإذا طبقنا هذه النصوص على حيازة المنقول، أمكن القول بأن التقنين المدنى المصرى صريح فى أن من يحوز المنقول حيازة مادية يفترض فيه أنه يحوزه حيازة قانونية، ومن يحوزه حيازة قانونية يفترض فيه أنه مالكه، وذلك كله ما لم يقم الدليل على العكس. وعلى ذلك تكفى الحيازة المادية للمنقول حتى يستخلص منها الحيازة القانونية، والحيازة القانونية بدورها تفترض فى حائز المنقول أنه مالكه، ويستوى فى ذلك كما قدمنا أن يكون حائز المنقول حسن النية أو سيئها.

وافتراض أن حائز المنقول يملكه يقوم فى جميع الأحوال، ولا يطلب من الحائز أن يقدم الدليل على ملكيته إذ أن ملكيته مفترضة، ويطلب من مدعى الاستحقاق أن يقدم هو الدليل على ملكيته. ولكن أكثر ما يستعين فيه حائز المنقول بهذا الافتراض عندما يقوم نزاع بينه وبين من تلقى منه الحيازة على ملكية المنقول، فيطلب هذا الأخير من الحائز أن

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٣ ص٣٧٠- مازو فقرة ١٥٢٤- وانظر فى التقنين المدنى الألمانى المادتين ٩٣٢ و١٠٠٦ - وفى التقنين المدنى السويسرى المادتين ٩٣٠ و٩٣٣.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٤ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠١ - عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص١٥١- ص١٥٤.

يرد له المنقول مدعيا أنه إنما تخلى له عن حيازته على سبيل الوديعة أو على سبيل العارية مثلا، ويدعى الحائز أنه إنما تلقى ملكية المنقول من هذا الحائز السابق وقد اشتراه منه مثلا أو وهبه هذا إياه. ويتحقق ذلك بوجه خاص إذا وجدت منقولات ذات قيمة، كمجوهرات، أو سندات لحاملها أو أثاث، فى يد قريب أو وارث أو خادم أو ممرضة أو خليلة لشخص كان يملك هذه المنقولات ثم توفى، ويطالب الورثة باستردادها من الحائز، ويدعى الحائز أن المورث قد وهبها إياه[١]. فعند ذلك يستطيع الحائز أن يتمسك بالحيازة قرينة على أن الملكية قد انتقلت إليه من المورث بموجب تصرف قانونى صحيح ولا يطلب منه إثبات هذا التصرف[٢]، ولكن يشترط فى ذلك أن يثبت الحائز أن حيازته للمنقولات حيازة حقيقية، وأنها مقترنة بنية التملك (animo domini)، وأنها خالية من العيوب. فحيازة المنقولات حيازة رمزية، عن طريق تسلم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن، ليست حيازة حقيقية (انظر م٢/٩٥٤ مدنى). ولا يعتبر المشترى قد حاز المبيع حيازة حقيقية، إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه constitut possessoire[٣]. ولكن يعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح المكان أو الصندوق الذى أودع فيه المنقول، بحيث يستطيع الاستيلاء على المنقول فى أى وقت يشاء[٤]. ونية التملك مفترضة عند الحائز، إلا إذا أقام مدعى الاستحقاق الدليل على أن الحيازة إنما هى حيازة عرضية غير مقترنة بنية التملك[٥]. ويجب أن تكون الحيازة خالية من عيب الإكراه، ومن عيب الخفاء، ومن عيب الغموض[٦].

فإذا أثبت الحائز بحيازته للمنقول على النحو الذى قدمناه، فإنه لا يكلف تقديم الدليل على أنه مالك للمنقول إذ أن الحيازة تفترض وجود الملكية عنده، ويحمل مدعى الاستحقاق عبء إثبات أن الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة. فله أن يثبت أن الحيازة حيازة عرضية بأن يثبت مثلا وجود عقد وديعة أو عقد وكالة أو عقد عارية أو أى عقد آخر يعترف بموجبه الحائز أنه لا يحوز المنقول إلا لحساب مالكه وأنه ملتزم برده له[٧]. ويسرى

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٥.

(٢) كاربونييه ص٢٦٠.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٥٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص٣٧٣.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٥٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص٣٧٣.

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٢٦١ وفقرة ٢٧١.

(٦) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ داللوز ١٩٥٦ - ٢٨٧- ٢٠ يونيه سنة ١٩٦١ II J.C.P. ١٢٣٥٢.

(٧) استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٠١- نقض فرنسى ٢٤ يونيه ١٩١٢ داللوز ١٩١٤- ١-٣٦- ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤-١-١٢١.

فى إثبات هذا العقد القواعد العامة فى الإثبات، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المنقول على خمسمائة جنيه(١). ولمدعى الاستحقاق أيضا أن يثبت أن الحيازة حيازة خفية، كأن يثبت مثلا أن الحائز قد أخفى السندات لحاملها فلم يذكرها فى محضر حصر التركة على أنها كانت للميت ثم وهبه إياها، وجعل يقبض «كوبوناتها» بواسطة الغير مدة طويلة، فلما اشتهر أمرها عند الورثة تمسك الحائز بحيازتها. ففى مثل هذا الفرض تكون الحيازة حيازة خفية، فلا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية(٢). وعيب الخفاء واقعة مادية، يجوز إثباتها بجميع الطرق. ولمدعى الاستحقاق أن يثبت أن الحيازة حيازة غامضة، كأن يثبت مثلا أن الحائز فى معيشة واحدة مع المورث (cohabitation) وأن المنقولات انتقلت إلى يده بحكم هذه المعيشة الواحدة، فيشوب الحيازة غالبا عيب الغموض، ومن ثم لا يعتد بها ولا تكون قرينة على الملكية(٣). وعيب الغموض هو أيضا واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ويترك التقدير فيها لقاضى الموضوع(٤). ولمدعى الاستحقاق كذلك أن يثبت أن الحائز إنما استولى على المنقولات بطريق الاحتيال والغش، فلا يعتد عندئذ بالحيازة ولا تكون قرينة على الملكية، ويجوز إثبات الاحتيال والغش بجميع الطرق.

فإذا ما نجح مدعى الاستحقاق فى إثبات شئ مما تقدم، وأصبحت الحيازة لا يعتد بها كقرينة على الملكية، فإن عليه أن يثبت ملكيته هو أو ملكية مورثه للمنقولات ولو عن طريق حيازة سابقة، ليسترد هذه المنقولات بدعوى الاستحقاق التى رفعها(٥). وقد يستردها بالدعوى الشخصية، إذا ما أثبت مثلا أن الحائز، كان مودعا عنده أو مستعيرا وأن عليه التزاما بالرد(٦). أما إذا لم ينجح مدعى الاستحقاق فى إثبات ما يوجهه من طعن فى الحيازة، فإن

---

(١) نقض فرنسى ١٢ مارس سنة ١٩١٨ داللوز ١٩٢١-١-١٤٨.

(٢) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠-١-٤١٣- ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ -١ -٣٨٨.

٢) نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٢ -١-٨.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٧ ص٣٧٥.

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٨٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص٣٧٦- ص٣٧٧- وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ هامش ٢٦.

(٦) ولكن الدعوى الشخصية تعرض مدعى الاستحقاق لأن يزاحمه سائر دائنى الحائز (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٨ ص٣٧٧). وإلى جانب هذه الميزة لدعوى الاستحقاق على الدعوى الشخصية توجد ميزات أخرى: (أ) قد تكون الدعوى الشخصية سقطت بالتقادم، فلا يكون أمام المالك فى هذه الحالة إلا دعوى الاستحقاق وهى لا تسقط بالتقادم. (ب) قد يكون المنقول سلم بعقد لناقص الأهلية، فإذا أبطل العقد لم يعد للمالك إلا دعوى الاستحقاق. (جـ) قد يكون المنقول أوصى برقبته لشخص=

الحيازة تبقى محتفظة بقيمتها، وتكون قرينة على ملكية الحائز(١). ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، ولا يكفى لدحضها أن يثبت مدعى الاستحقاق أنه كان يملك المنقول، إذ يبقى قرينة انتقال هذه الملكية منه إلى الحائز بفضل الحيازة الثابتة قائمة. بل على مدعى الاستحقاق أن يثبت ملكيته للمنقول، وأن ثبت فوق ذلك أن الملكية لم تنتقل إلى الحائز بتصرف قانونى خال من العيوب(٢).

(الدور الثانى) حيازة المنقول سبب لكسب الملكية: ويفرض هنا أن الحائز تلقى الحيازة وهو حسن النية، لا من المالك كما هو الأمر فى الحيازة التى تكون طريقا للإثبات، بل من غير المالك. فيكسب الحائز ملكية المنقول، لا بموجب التصرف القانونى الصادر من غير المالك فان هذا التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير المالك، ولكن بموجب الحيازة نفسها التى تعتبر فى هذه الحالة سببا لكسب ملكية المنقول(1). وذلك ما

=وبحق الانتفاع فيه لشخص آخر، ويضع صاحب حق الانتفاع يده على المنقول باعتباره ملكاً له انتفاعاً ورقبة، فلا يستطيع مالك الرقبة إلا أن يرفع دعوى الاستحقاق فى هذه الحالة، إذ لا توجد رابطة شخصية تربطه بصاحب حق الانتفاع حتى يجوز له رفع الدعوى الشخصية. أنظر فى ذلك كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١٧ ص٩٩٣.

(١) ولا يكلف الحائز إقامة الدليل على التصرف القانونى الذى يدعى أنه نقل إليه الملكية من المورث، كبيع أو هبة. ويعتبر الحائز كأنه تلقى الملكية من المورث بالبيع الذى يدعيه أو بالهبة التى يدعيها، وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٩- تعليق بلانيول فى داللوز ١٩٠٤-٢-٢٨٩).

(٢) أنظر فى تفصيل هذه المسألة عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٤٩٣- ص٥٧٠- قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٩- محمد على عرفة ٢ فقرة ١١١- فقرة ١١٢- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٣٩ - ويلاحظ أنه إذا لم ينجح الطعن فى حيازة الحائز وبقيت الحيازة محتفظة بقيمتها فانه يفترض أن لدى الحائز سنداً نقل إليه الملكية من مدعى الاستحقاق (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤٣٦ - أنسيكلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٢). ولا يكلف الحائز إثبات وجود هذا السند، ولكن يجب على الأقل أن يبين على وجه التحقيق ما هو السند الذى يتمسك به، وذلك حتى يتيسر لمدعى الاستحقاق أن يقدم الدليل العكسى لنفى هذا السند (أنسكيلوبيدى داللوز ٤ لفظ Revendication فقرة ١٠٥).

(1) لئن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الايجار يعتبر بيع منقول وتسرى فى شأنه المادة ١/٩٧٦ من القانون المدنى، إلا أن النص فى هذه المادة على أن «من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فأنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته» يدل على أنه بتطبيق هذه القاعدة فى المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير مالك يمكن تنقلها الحيازة فى هذه الحالة وتعتبر سببا لكسب ملكية المنقول، أما إذا كان التصرف صادرا من مالك المنقول امتنع تطبيق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف =

لم يكن المنقول قد سرق من مالكه أو ضاع منه، فان المالك فى هذه الحالة، وقد خرج المنقول من حيازته بغير إرادته، يعامل معاملة أفضل من المالك الذى خرج المنقول من حيازته بارادته ووضع ثقته فيمن لا يستحقها، فتخلى عن حيازة المنقول لشخص خان الأمانة وتصرف فى المنقول لحائز حسن النية.

وعلى ذلك يستطيع المالك، فى حالتى السرقة والضياع، أن يسترد المنقول من الحائز بالرغم من حسن نيته على تفصيل سيرد بيانه فيما يلى.

وهذا الدور الثانى لحيازة المنقول، وهو أن تكون الحيازة سببا لكسب الملكية، هو الذى يعنينا هنا، فتقتصر عليه فى بحثنا(١). ونتكلم أولا فى القاعدة العامة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية، ثم نتكلم فى حكم الحيازة إذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا.

١ – القاعدة العامة – الحيازة فى المنقول سند الملكية

٤٣٨ – شروط تطبيق القاعدة والاثار التى تترتب على تطبيقها: وهناك شروط لابد من توافرها حتى يمكن تطبيق القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية، فإذا ما توافرت هذه الشروط ووجب تطبيق القاعدة نتج عن تطبيقها آثار معينة.

= ولما كان البيع بالمزاد يعتبر المدين فى حكم البائع والراسى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك – وهو المدين مورث الطاعنين – فانه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية فى هذا المقام ولا تصلح سند المكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى بطلان اجراءات البيع ومن مقتضى ذلك عودة الطرفين – المدين والراسى عليه المزاد – إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد – أى بقاء ملكية المنقولات للمدين أو ورثته من بعده – الطاعنين – فان قضاءه برفض طلب رد المنقولات إلى الطاعنين استنادا إلى القول بتملك الراسى عليه المزاد هذه المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٣/٨/٢٠ الطعن أرقام ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٥٨ لسنة ٥١ق س٣٤ ص١٦٣٧)

(١) وهو يختلف عن الدور الأول، كما رأينا، فى أمرين: أولهما أن الحائز فى الدور الثانى يتلقى الحيازة من غير المالك ويتلقاها فى الدور الأول من المالك، والأمر الثانى أن الحائز فى الدور الثانى يجب أن يكون حسن النية ولا يشترط حسن النية فى الدور الأول.

أ- الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة

٤٣٩- شروط أربعة: يجب لتطبيق القاعدة توافر شروط أربعة: (١) أن يكون هناك منقول. (٢) وأن يخضع هذا المنقول لحيازة صحيحة. (٣) وأن يصحب هذه الحيازة سبب صحيح. (٤) وأن تقترن الحيازة بحسن النية(١).

٤٤٠- الشرط الأول - المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة - المنقول المادى: تنطبق القاعدة على كل منقول مادى، أى كل شئ يمكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف، فيدخل فى ذلك العروض والحيوانات والمأكولات والمشروبات وأثاث المنزل والبضائع والكتب والورق والأقلام والسيارات والمركبات وأكشاك الأسواق والمعارض وخيام البدو الرحل وخيام الكشافة ومواد البناء ما دامت لم تشيد والأنقاض المتهدمة من البناء وغير ذلك من المنقولات المادية(٢). وتعتبر النسخة الأصلية من المصنف (manuserit) منقولا ماديا فتنطبق عليه القاعدة، ومن ثم إذا اشتراها شخص حسن النية من غير المالك تملكها بالحيازة. ولكن لا يترتب على انتقال الملكية إلى الحائز أن تنتقل إليه حقوق المؤلف، ولا يكون له الحق فى نشر المصنف، ومن جهة أخرى لا يجوز للمؤلف أن يلزم الحائز بأن يمكنه من نسخ النسخة الأصلية إلا باتفاق معه(٣). ويستثنى من المنقولات المادية فلا يخضع للقاعدة: (١) المنقولات المعتبرة من الأملاك العامة، لأنها غير قابلة للتملك فلا يجوز تملكها بالحيازة. ويدخل ضمن هذه المنقولات المستندات والوثائق المحفوظة لدى الوزارات والمصالح المختلفة أو دار المحفوظات العامة، والتحف والتماثيل والصور المعروضة

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «يشترط فى تملك المنقول بالحيازة ما يأتى: (أ) أن يكون الشئ منقولا أو حقاً عينياً على منقول كرهن حيازة أو سند لحامله وهو منقول معنوى مجسد فأخذ حكم المنقول المادى. (ب) أن تكون هناك حيازة متوافرة الشروط. (جـ) أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية، وحسن النية مفروض كما هى القاعدة. (د) أن تستند الحيازة إلى سبب صحيح، والسبب الصحيح يفرض هنا بخلاف السبب الصحيح فى التقادم. فمجرد الحيازة إذن يفرض معها حسن النية والسبب الصحيح، حتى يقوم الدليل العكسى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٤).

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٢٦- فقرة ٢٧.

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٢٢٤- أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٦- ص١٥٧- بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص٣٦٧. عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص٦٧٨- ص٦٧٩- ونرى من ذلك أن القاعدة لا تنطبق على الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية لأنها تقع على شئ غير مادى (نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٥١ ص١١١٤- نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٩ دالوز ١٩٢٣-١-٢١٥).

بالمتاحف العامة، والتماثيل والمنقولات الأثرية[1]، والكتب والمخطوطات الموجودة بالمكتبات العامة، والذخائر والأسلحة والمهمات الحربية، وكل منقول آخر خصص للمنفعة العامة[2]. وتستطيع الدولة أو الشخص العام أن يسترد هذه المنقولات من أى حائز لها ولو كان حسن النية وتوافرت فيه شروط تملك المنقول بالحيازة، ويستردها فى أى وقت كان ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة أو أكثر[3]. (٢) المنقولات الخاضعة للقيد أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة: وأهم هذه المنقولات هى السفن والطائرات، إذ يمكن تعيين مكان ثابت لها لا يتغير تقيد فيه السفينة أو الطائرة، كما تقيد التصرفات الواردة على أى منهما، والقيد (immatriculation) هنا يعدل التسجيل (transcription) أو القيد (inscription) فى العقارات. ومن ثم لا تنتقل ملكية هذه المنقولات ما لم يشهر التصرف، فهى منقولات تلحق بالعقارات من هذه الناحية، وهى كالعقارات لا تخضع لقاعدة تملك المنقول بالحيازة[4].

---

(١) نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٨ ص٢١٥- استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٤٨ م٦٠ ص١.

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٥٤ ص١١٩ وفقرة ٥٧ ص١٢٦.

(٣) أنظر فى عدم انطباق القاعدة على رسالة كتبها موليير بخطه autographe he de Molière وتملكها المكتبة الملكية بباريس: باريس ٣ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦-٢-٢١٢- وعلى منقولات تؤثث أماكن للعبادة: روان ١٣ نوفمبر سنة ١٩٦١ جازيت دى باليه ١٩٦٢ -١-٩٩. وقد سبق أن قررنا فى الجزء الثامن من الوسيط: «وكما لا يجوز تملك الشئ العام بالتقادم، كذلك لا يجوز تملكه إذا كان منقولا بالحيازة. وعلى هذا يجوز للشخص الإدارى أن يسترد الشئ العام المنقول من تحت يد حائزه، ولو كان هذا الحائز حسن النية. وإذا كان الشئ العام المنقول قد سرق أو ضاع ثم اشتراه شخص حسن النية، فإن الشخص الإدارى يستطيع أن يسترده منه ولا يلتزم برد الثمن إليه إذا كان المشترى قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عامة أو من تاجر يتعامل فى مثل هذا المنقول» (الوسيط ٨ فقرة ٨٦).

(٤) انظر المادة ١١ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ فى شأن بيع وتسجيل السفن، والمادة ٢٩٠ من القانون المذكور بشأن حقوق الامتياز على السفينة والمادة ٤١ وما بعدها بشأن الرهن البحرى، واتفاقية شيكاجو المبرمة فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ وقد ارتبطت مصر بأحكامها ومن هذه الأحكام إخضاع الطائرات لإجراء التسجيل على النحو المقرر بالنسبة إلى السفن - وانظر الوسيط ٨ فقرة ٢٨. ولكن هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة الخاضعة للقيد لا تعتبر عقاراً بل منقولا، ومن ثم لا تخضع للتقادم المكسب القصير، وإنما تخضع للتقادم المكسب الطويل (بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٥).

ولا تخضع الثمار، وإن كانت منقولا، لقاعدة تملك المنقول بالحيازة. فانها، وإن كانت هى الأخرى تملك بالحيازة أى بالقبض، إلا أنها تسرى عليها أحكام قاعدة أخرى غير القاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية، وسيأتى بيان ذلك (أنظر م٩٧٨ مدنى).

وما دام المنقول المادى هو الذى يخضع للقاعدة على النحو الذى قدمناه، فلا تخضع لها إذن العقارات بطبيعتها. كذلك لا يخضع لها العقار بالتخصيص، وهو المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله. وما دام هذا المنقول ملحقا بالعقار، فإنه يسترده مع العقار بدعوى الاستحقاق(١)، ولا تحول دون ذلك قاعدة تملك المنقول بالحيازة لو أن حائزا حسن النية حاز العقار وما ألحق به من عقار بالتخصيص(٢). ولكن إذا فصل العقار بالتخصيص عن العقار، فإنه يرجع منقولا بطبيعته كما كان قبل إلحاقه بالعقار، ومن ثم يخضع للقاعدة ويصح تملكه بالحيازة. فإذا استأجر شخص أرضا زراعية بما عليها من مواش وآلات زراعية مملوكة لصاحب الأرض، وفصل المستأجر ماشية أو آلة زراعية منها وباعها لمشتر حسن النية، فإن هذا المشترى يملك الماشية أو الآلة الزراعية بمجرد الحيازة، ولا يحول دون ذلك أن الماشية أو الآلة الزراعية كانت فى الأصل عقارا بالتخصيص ما دامت قد فصلت عن الأرض(٣).

ولا يخضع للقاعدة الحقوق الشخصية، كالديون (créances) والأوراق التجارية (effets de commerce)، فإن الديون تنتقل بالحوالة (cession de créance)، والأوراق التجارية تنتقل بالتحويل (transfert) أو بالتظهير (endossement)(٤).

---

(١) استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٩٩.

(٢) وهناك رأى يذهب إلى عدم انطباق القاعدة على المنقولات التابعة لعقار حتى لو لم تكن هذه المنقولات عقاراً بالتخصيص، كمنزل يباع بالآلات الذى فيه، فان المالك الحقيقى للمنزل والآلات يستطيع أن يسترد من الحائز حسن النية المنزل والآلات جميعاً (كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١٤ ص٩٨٩- بلانيول وريپير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠ ص٣٦٧ هامش ٣). وقد ساد هذا الرأى فى الفقه المصرى (محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٠٨- محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٤ ص٢١٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٣ ص٥٨٩- ص٥٩٠- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٢ ص٦٨١). ولكن لو باع مالك العقار عقاره وفيه منقولات غير مملوكة له، فان المشترى حسن النية يملك هذه المنقولات بالحيازة (منصور مصطفى منصور فقرة ٨٥ ص٤٣٩ هامش ٣).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٦ ص٦٧٥ - أما المنقول بحسب المآل فالأمر فيه يختلف، فانه وقت أن يشتريه شخص حسن النية يكون عقاراً يستطيع المشترى أن يتحرى عن مالكه. فإذا اشترى شخص أتجاراً على أن تقطع وتسلم إليه، أو اشترى منزلا على أن يهدم ويسلم إليه أنقاضاً، فهناك خلاف فيما إذا كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة تنطبق فى هذه الحالة. أنظر فى انطباقها بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٦، وانظر فى عدم انطباقها Rodiére فى مجلة التشريع ٤٢ ص٣٢١. ونميل إلى الأخذ بالرأى الثانى، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشترى لسقف قديم قبل أن يفصل عن البناء الذى هو فيه ليس له أن يتمسك بالقاعدة (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م٣٠ ص٢٢٠).

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٥- بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٠- بلانيول وريپير وبيكار ٣ فقرة =

ويستثنى من ذلك السندات لحاملها، فسنرى[1] أنها تخضع للقاعدة ويجوز تملكها بالحيازة.

ولا يخضع للقاعدة المجموع من المال (universalité)، لأنه لا يقبل الحيازة. ومن ثم لا يخضع للقاعدة المتجر (fonds de commerce)[2](1) ولا التركة ولو لم تشتمل إلا على منقولات فإن المطالبة بالتركة إنما تكون بدعوى الإرث لا بدعوى الاستحقاق[3].

٤٤١ – السند لحامله: رأينا[4] أن الفقرة الأولى من المادة ٩٧٦ مدنى تقول: «من حاز بسبب صحيح منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله...». فألحق السند لحامله (titre au porteur) بالمنقول فى تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى، فإذا انتقلت إلى شخص حسن النية حيازة سند لحامله بسبب صحيح تملك هذا السند بمجرد الحيازة. والسند لحامله هو حق شخص (créance) الدائن فيه هو أى شخص يحمل السند، فينتقل هذا الحق لا عن طريق الحوالة (cession de créance) كما تنتقل الحقوق الشخصية، ولا عن طريق التحويل (transfert) كما تنتقل السندات الاسمية (titres nominatifs)، ولا عن طريق التظهير (endessement) كما تنتقل السندات الإذنية (titres à crdre)، بل عن طريق المناولة من يد إلى يد، فأى شخص يحمل السند يكون هو الدائن كما قدمنا. وعلى ذلك يختلط الحق الشخصى فى السند لحامله بالورقة ذاتها التى تثبت السند، ويصبحان شيئا ماديا واحدا هو هذه الورقة التى أثبتت فيها السند. ويتجسد الحق الشخصى فى الورقة، فتنتقل إليها ماديتها. ويصبح السند لحامله فى حكم المنقول المادى، كل من يحوزه بحسن نية يعتبر مالكا له كالمنقول المادى سواء بسواء ومن

=٣٧٠ ص٣٦٦– نقض فرنسى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ داللوز ١٩٠٣ ١–٤٤– ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ –١– ١٦ مارس سنة ١٩٣٠ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠ –٤١٢.

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٤١.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٣ مكررة – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٠– نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٤–١–١١٢.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٥– بودرى وتيسييه فقرة ٨٣٩.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(1) المحل التجارى يشمل كافة العناصر التى يتكون منها، وملكية الشريك لنصيب فيه تنصرف إلى هذه العناصر وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ملكية المطعون عليه الأول والطاعن للمحل التجارى بقدر نصيب كل منهما فأنه لا يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٧٢/٦/٢٢ الطعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١١٥٤)

أجل ذلك أدخل المشرع السند لحامله فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى، شأنه فى ذلك شأن المنقول المادى[١].

وكما يخضع السند لحامله لقاعدة تملك المنقول بالحيازة، كذلك يخضع «كوبوناته» (conpms) لنفس القاعدة. فمن حاز هذه الكوبونات بحسن نية وبسبب صحيح، يصبح مالكا لها[٢].

وإذا ظهر السند الإذنى على بياض (endossé en blance)، فأصبح ينتقل بالمناولة من يد إلى يد، فانه يأخذ حكم السند لحامله، ويدخل كالسند لحامله فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى[٣].

والأوراق النقدية (billets de banqu) هى فى الواقع سندات لحاملها، ومن ثم تدخل فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى. فمن حاز بحسن نية وبسبب صحيح ورقا نقديا من غير مالكه، فانه يملكه. أما إذا كان سئ النية، فإن لمالك الورق النقدى، على فرض أنه أمكن التعرف على ذاتية هذا الورق النقدى وهذا نادر، أن يسترده منه بدعوى الاستحقاق. وكالورق النقدى النقود المعدنية، إذا أمكن التعرف على ذاتيتها[٤].

٤٤٢ – الحقوق العينية على المنقول: ويدخل كذلك فى نطاق تطبيق المادة ٩٧٦ مدنى الحقوق العينية على المنقول (م١/٩٧٦ مدنى)، وذلك بشرط أن يكون الحق العينى على المنقول قابلا للحيازة. ويقبل الحيازة من الحقوق العينية على المنقول حق الانتفاع بالمنقول وحق استعماله، ورهن حيازة المنقول، وحق الامتياز على المنقول.

فأما حق الانتفاع بالمنقول (usufruit) وحق استعماله (usage)، فيكسبان، كما تكسب ملكية المنقول نفسه، بالحيازة إذا اقترنت بسبب صحيح وتوافر حسن النية عند الحائز(1). فإذا رتب غير المالك، على منقول مادى، لشخص حق انتفاع أو حق استعمال،

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤١.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤١ ص٦٧٢ هامش ٢.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧١ ص٣٦٨.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٢.

(1) أ- المقرر بحكم المادتين ٢٠٤ و٩٣٢ من القانون المدنى أن ملكية المنقول المعين بذاته تنتقل إلى المشترى بمجرد التعاقد ودون توقف على تسليمه إليه، مما مؤداه وعلى نحو ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٩٣٢ أنه إذا قام بائع هذا المنقول بعد ذلك ببيعه مرة أخرى إلى مشتر ثان فإن الملكية تبقى مع هذا المشترى الأول إلا أن يكون البائع قد قام بتسليم المنقول إلى المشترى الثانى، وكان هذا الأخير حسن النية ولا يعلم بسبق التصرف فى المنقول إلى المشترى الأول، فإن الملكية تنتقل فى هذه الحالة=

وتسلم هذا الشخص المنقول وهو حسن النية للانتفاع به أو لاستعماله، فإنه يملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال بالحيازة. والسبب الصحيح هنا هو عقد إنشاء حق الانتفاع أو حق الاستعمال، وقد صدر من غير مالك المنقول. والاعتبارات التى بنى عليها تملك حق الانتفاع أو حق الاستعمال فى المنقول بالحيازة هى نفس الاعتبارات التى بنى عليها كسب ملكية المنقول نفسه بالحيازة: استقرار التعامل فى المنقول ومقتضيات سرعة التداول. وقد نصت المادة ١/٩٨٥ مدنى على أن «حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم»، وأغفل النص الحيازة فى المنقول سهوا، ولا يشملها التقادم لأن التملك بالحيازة غير التملك بالتقادم كما سيأتى.

وأما حق رهن الحيازة فى المنقول، فقد ورد فى شأنه نص صريح، إذ نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن «١- الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول. ٢- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذى كسبه على الشئ المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن». وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى رهن الحيازة فى الجزء العاشر من الوسيط، ويكفى هنا أن نقرر أنه إذا رتب غير المالك على المنقول حق رهن حيازة لشخص تسلم المنقول على سبيل الرهن وهو حسن النية، فإن هذا الشخص يصبح دائنا مرتهنا للمنقول، لا بموجب عقد الرهن إذ هو صادر من غير المالك، ولكن بموجب الحيازة الواقعة على حق الرهن لا على حق الملكية،

=إلى المشترى الثانى لا عن طريق العقد بل عن طريق الحيازة وهى فى المنقول سند ملكية الحائز، لما كان ذلك وكان الثابت بالعقد موضوع التداعى أن المطعون عليه الثانى باع المنقولات المبينة به إلى المطعون عليه الأولى على أن يتم تسليمها إليه عند دفع باقى الثمن فى موعد غايته ١٩٧٦/٤/١ وكان الثابت بالعقد الصادر من المطعون عليه الثانى ذاته إلى الطاعنة بتاريخ ١٩٧٦/١/٢٨ أنه باع إليها المنقولات عينها وأقر بقبض ثمنها وقام بتسليمها إليها، وإذ خلت الأوراق مما يدل على علم الطاعنة بالتصرف السابق الحاصل للمطعون عليه الأول، فإنها تكون قد اكتسبت ملكية هذه المنقولات عن طريق الحيازة المقترنة بحسن النية.

(جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٩ س٣١ ص١٠٩٣)

ب- إذ كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام البيع وكان بيع ثمار الحدائق واقع على منقول مآلا وكان من آثار عقد الايجار استحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة، فيتملك الثمرات خلال مدة العقد.

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٨ الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ق ٣٢ ص٢٢٤٦)

والسبب الصحيح هنا هو عقد الرهن الصادر من غير المالك. ويستطيع الحائز أن يحتج بهذا الرهن على المالك الحقيقى للمنقول[1]. واستقرار التعامل فى المنقول، هنا أيضا، هو الذى يبرر كيف يكسب الدائن حق رهن الحيازة فى المنقول بالحيازة، إذا صدر الرهن من غير مالك المنقول[2]. وتتبين أهمية ذلك بوجه خاص بالنسبة إلى بنوك الرهون، فهى تقرض المدينين وتأخذ ضمانا للقرض رهن حيازة على منقول يقدمه المدين، كسندات لحاملها أو مجوهرات أو غير ذلك من المنقولات. ولا يستطيع الدائن أن يتثبت مما إذا كان المدين هو المالك للمنقولات المرهونة، فمن حقه أن يستند إلى حيازة المدين الراهن للمنقول ليطمئن إلى أنه هو المالك، وإلا لما استقر التعامل، ولتعطل هذا الوجه من وجوه الائتمان.

وأما حق الامتياز على المنقول، فإنه يثبت بالحيازة مع حسن النية حيث يكون حق الرهن مبنيا على فكرة الرهن الضمنى، فيأخذ حكم رهن الحيازة على النحو الذى قدمناه. من ذلك امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، فانه يثبت «ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة 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» (م٢/١١٤٣ مدنى). ومن ذلك أيضا امتياز صاحب الفندق على أمتعة النزيل، فيقع 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»[3] (م٢/١١٤٤ مدنى).

---

(١) استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م١٣ ص٣٢٧- ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٢٩٥- ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص٨٢- ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٧٥ ص٥٤٠- وللدائن المرتهن حسن النية أن يحتج برهنه على الدائن صاحب الامتياز كالمستأجر (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٠٥) وكالبائع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٣٨٠).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٨.

(٣) ويذهب رأى إلى أن المصدر المباشر هنا هو النص، «وإذا كان المشرع يقرر الامتياز على منقولات غير مملوكة بشروط خاصة، فهى ليست شروط قاعدة الحيازة، لأن حيازة المنقول محل الامتياز لا تكون للمؤجر أو صاحب الفندق بل للمستأجر أو النزيل، كما أن هذه الحيازة لا تستند إلى سبب صحيح» (منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص٤٤٢- ص٤٤٣- وقرب عبد الفتاح عبد الباقى ص٤٧٤ هامش ١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٣ ص٦٨٢). وإذا صح أن المصدر المباشر لحق الامتياز هو النص، فان النص فيما نحن بصدده إنما هو تطبيق لقاعدة الحيازة. إذ الأصل أن الامتياز لا يثبت إلا على منقول مملوك للمدين، فأثبته النص هنا على منقول غير مملوك للمدين، وراعى فى ذلك توافر شروط قاعدة الحيازة. أما السبب الصحيح فموجود، إذ أن امتياز المؤجر أو صاحب الفندق إنما يقوم على رهن ضمنى، فإذا وقع هذا الرهن الضمنى على منقول غير مملوك للمدين اعتبر، سبباً صحيحاً.

٤٤٣- الشرط الثانى- الحيازة: ويجب أن يحوز الشخص المنقول حيازة صحيحة، حتى يتملكه. والحيازة هنا هى سبب كسب ملكية المنقول، أو سبب كسب الحق العينى على المنقول كحق الانتفاع وحق رهن الحيازة.

وحتى تكسب الحيازة الحائز الملكية أو الحق العينى، يجب أن تكون حيازة حقيقية، وأن تكون متوافرة على عنصريها المعنوى إلى جانب هذا العنصر المادى، وأن تكون خالية من العيوب. وقد قدمنا مثل ذلك فى الحيازة عندما تقوم بدورها الآخر، كطريق للإثبات لا كسبب الملكية(١).

فيجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية (réelle)، فحيازة المنقول حيازة رمزية لا تكفى كما إذا تسلم الشخص البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن عن طريق تسلم سنداتها(٢). كذلك لا تعتبر حيازة المشترى للمنقول المبيع حيازة حقيقية، إذا هو تركه فى يد البائع يحوزه نيابة عنه (constitut possessoire). ويعتبر حيازة حقيقية تسلم الحائز مفاتيح الصندوق الذى أودع فيه المنقول، بحيث يستطيع الاستيلاء عليه فى أى وقت شاء(٣). وكون الحيازة حيازة حقيقية من مسائل الواقع، يستقل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٧.

(٢) أنظر عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٥ ص٤٤١- حسن كيرة ص١١٥.

(٣) لوران ٣٢ فقرة ٥٥٥ - جيوار فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ - ترولون فقرة ١٠٦٢- فقرة ١٠٦٣- بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٩ ص٦٧٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٧٦ ص٣٧٣- شفيق شحاته فقرة ٢١٥ - ومع ذلك قضت محكمة النقض بأن الحيازة لا تعتبر سنداً للملك فى المنقول إلا إذا كانت فعلية بنية التملك، بريئة من شائبة الغموض واللبس. وهى لا تكون فعلية إلا إذا ترتب عليها وجود الشئ المحجوز فى مكنة الحائز وتحت تصرفه، ولا تكون بنية التملك إلا إذا كان الحائز أصلا يحوز لنفسه لا لغيره، ولا تكون بريئة من اللبس والغموض إلا حيث تخلص ليد واحدة لا تخالطها سواها مخالطة تثير الشك فى انفرادها بالتسلط على الشئ والتصرف فيه. ومفتاح الخزانة يشبه تذكرة النقل، من حيث إن كلا منهما يجعله حامله حائزاً حيازة رمزية لمنقول ليس فى يده فعلا. وتشابه الحالتين يجعل قياس إحدى الحالتين على الأخرى قياساً سليماً لا يقدح فيه اختلافهما فى وجوه أخرى، إذ ليس شرطاً لصحة القياس أن يتفق المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه (نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص٤٤). وانظر فى معنى هذا الحكم: محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٦ ص٢١١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٥ ص٦٨٣.

كذلك يعتد بالحيازة الحكمية فتنتقل الملكية، كما إذا اشترى مستأجر المنقول هذا المنقول من المؤجر غير المالك، وبقى المستأجر واضعاً يده على المنقول ولكن على اعتبار أنه مشتر لا مستأجر (عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٢٠٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٣ ص٥٨٩ هامش ١).

بتقديرها قاضى الموضوع[1].

ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة (animo domini) لا حيازة عرضية (précaire) (1)، فيجب أن يحوز الحائز لحساب نفسه لا لحساب الغير، وبنية التملك أو بنية كسب الحق العينى محل الحيازة. ويفترض فى الحيازة أن تكون حيازة أصيلة لا حيازة عرضية، وعلى مدعى الاستحقاق أن يثبت العكس، فيثبت أن الحائز لا يحوز لحساب نفسه بل لحساب غيره. فإذا أثبت مثلا أن الحائز إنما يحوز المنقول على سبيل الوديعة أو العارية أو الايجار أو الوكالة، فقد أثبت أن الحيازة حيازة عرضية ليس من شأنها أن تكسب الحائز العرضى الملكية أو الحق العينى[2].

ويجب أخيرا أن تكون الحيازة خالية من العيوب، أى أن تكون حيازة غير متقطعة وغير مصحوبة بإكراه وغير خفية وغير غامضة. ولما كان شرط تملك المنقول بالحيازة أن يكون الحائز حسن النية، فإن حسن النية يتنافى مع أن تكون الحيازة مصحوبة بإكراه أو أن تكون خفية. وكذلك لا يتصور أن تكون الحيازة متقطعة، فإن مجرد الحيازة الحقيقية هنا ولو لحظة واحدة يكفى لكسب الملكية أو الحق العينى، فليس هناك متسع من الوقت لتقطع

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٤٩ ص٦٧٧.

(٢) نقض مدنى ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص٤٤.

(1) إذ كان يشترط فى حيازة المنقول لكى تكون دليلا على الملكية أن تكون حيازة أصيلة وليست عارضة، فإذا ثبت أنها كانت باسم أو لحساب شخص آخر غير الحائز أو بالواسطة عنه فإنها لا تصلح قرينة على ملكية الحائز حتى يقيم هو الدليل على أن صفة حيازته قد تغيرت إلى حيازة أصيلة، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن دفاع الطاعن أمام محكمة الموضوع قام على أنه استورد السيارة محل النزاع ولما تعذر عليه الافراج عنها من مصلحة الجمارك بدون اذن استيراد اتفق مع الشركة على القول بأنها وردت لحسابها وبناء على ذلك وقع الطاعن على أوراق الافراج عنها بصفته مندوبا عن هذه الشركة وسددت الرسوم الجمركية المستحقة عليها وأقر ممثليها فى تحقيقات النيابة بأن ذلك تم بقصد تسهيل الافراج عن السيارة مما مفاده أن حيازة الشركة لم تكن لحسابها وإنما لحساب الطاعن فى حين أدعت الشركة أنه حين تعذر الافراج عن السيارة اشترتها من الطاعن بمبلغ سبعة آلاف جنيه واستدلت على ذلك بتوقيع الطاعن على مستندات الشحن وعلى أوراق الجمارك بصفته مندوبا عنها، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الدفع المبدى من الطاعن بعدم جواز اثبات ذلك البيع إلا بالكتابة وأقام قضاءه على مجرد اعتبار حيازة الشركة السيارة قرينة على وجود التصرف القانونى الناقل للملكية دون أن تقيم الشركة الدليل على ذلك البيع واعتمد على البيان الجمركى الذى تضمن أن الطاعن استورد السيارة بصفته مندوبا عن الشركة فى حين أن ممثلها أقر بتحقيقات النيابة بمخالفة هذا البيان للحقيقة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور فى التسبيب بما يوجب نقضه.

(جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦ الطعن رقم ٩٧٢ لسنة ٥٤ق)

الحيازة. بقى عيب الغموض، والغالب أن إثبات نية التملك ينفى أن تكون الحيازة غامضة. وعلى ذلك إذا أثبت الحائز أن حيازته حيازة حقيقية مقترنة بنية التملك، فيغلب أن يتضمن ذلك إثبات أن الحيازة خالية من العيوب(١).

٤٤٤- الشرط الثالث - السبب الصحيح: لا يعتبر السبب الصحيح فى القانون الفرنسى شرطا لتملك المنقول بالحيازة، أو فى القليل لا يعتبر شرطا مستقلا عن شرط حسن النية بل هو يندمج فى هذا الشرط الأخير. ذلك بأن الحائز حسن النية إنما يعتمد فى حسن نيته على اعتقاده أنه تلقى ملكية المنقول من المالك بتصرف قانونى من شأنه أن ينقل إليه الملكية، وهذا التصرف القانونى هو السبب الصحيح، فهو إذن عنصر من عناصر حسن النية وليس بشرط مستقل(٢)، وينبنى على ذلك أن التصرف القانونى الباطل والتصرف القانونى الظنى، وكل منهما ليس له وجود قانونى، يصلحان لأن يستند إليهما الحائز فى حسن نيته متى اعتقد أن الملكية قد انتقلت إليه بأى منهما(٣). أما إذا كان التصرف القانونى قابلا للإبطال وعلم الحائز بذلك، فإن هذا العلم لا ينفى حسن نيته(٤). وقد استبعد السبب الصحيح شرطا مستقلا فى القانون الفرنسى على النحو الذى قدمناه إذ لم يرد له أى ذكر فى المادة ١/٢٢٧٩ مدنى فرنسى، فهذا النص يقتصر على القول بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية En fait (de meubles, la possession vaut titre). فلم يذكر النص لا السبب الصحيح، ولا حسن النية. ولكن شرط حسن النية قد ورد فى نص آخر هو المادة ١١٤١ مدنى فرنسى، ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة، ومن ثم

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص٣٨٠- مازو فقرة ١٥٣١- وقارن مارتى ورينو فقرة ٣٩٣ ص٣٨٤.

(٢) ومع ذلك أنظر فى وجوب اشتراط السبب الصحيح فى القانون الفرنسى عبد الفتاح عبد الباقى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٢٥٤ ص٢٨٩.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢- مازو فقرة ١٥٣٦ (فيما يتعلق بالسند الباطل بطلاناً مطلقاً لمخالفته للقانون أو للآداب).

(٤) ولكن يستطيع المالك الحقيقى أن يستعمل دعوى من تصرف فى المنقول للحائز، إذا كان هذا الأخير مديناً له بسبب انتزاعه الحيازة منه، فيطلب إبطال التصرف. فيرد الحائز المنقول للمتصرف، فيسترده من المتصرف المالك الحقيقى. على أن المالك الحقيقى قد لا ينجح فى هذه الدعوى غير المباشرة. ويتحقق ذلك إذا زال سبب الإبطال بالإجازة مثلا أو بالتقادم، أو إذا دفع الحائز الدعوى بدفع من الدفوع التى كان المتصرف يستطيع أن يدفع بها. وحتى إذا نجح المالك الحقيقى فى الدعوى غير المباشرة، فإن سائر دائنى المتصرف يزاحمونه طبقاً للقواعد المقررة فى الدعوى غير المباشرة (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٢ ص٣٨٢).

استعير منه شرط حسن النية وكمل به نص المادة ١/٢٢٧٩. أما شرط السبب الصحيح فلم يرد ذكره، لا فى المادة ١/٢٢٧٩ كما قدمنا، ولا فى أى نص آخر. وهذا بخلاف التقادم المكسب القصير فى العقار، فقد نصت المادة ٢٢٦ مدنى فرنسى صراحة على أن يشترط فيه وجود السبب الصحيح.

ويختلف التقنين المدنى المصرى عن التقنين المدنى الفرنسى اختلافا واضحا فى هذا الشأن. فقد اشترطت المادة ٩٧٦ مدنى مصرى صراحة وجود السبب الصحيح لتملك المنقول بالحيازة، فقد رأيناها(١) تقول: «١- من حاز بسبب صحيح ... ٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح ... ٣- والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح...»(٢) وعلى ذلك يكون السبب الصحيح، فى القانون المصرى، شرطا قائما بذاته ومستقلا عن شرط حسن النية لتملك المنقول بالحيازة.

وقد بحثنا السبب الصحيح كشرط مستقل من شروط التقادم المكسب القصير فى العقار، وما قلناه هناك(٣) ينطبق هنا. فالسبب الصحيح هو تصرف قانونى (acte juridique) ناقل للملكية(٤)، ولكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز لأنه صادر من غير مالك، وكان ينقلها لو أنه صدر من المالك(٥). ولا يقتصر السبب الصحيح على التصرف الناقل للملكية، فكل تصرف ناقل أو منشئ لحق عينى منقول آخر قابل لأن يكسب بالحيازة، كحق الانتفاع فى المنقول وحق رهن الحيازة فى المنقول، إذا صدر من غير صاحب هذا الحق، يعتبر هو أيضا سببا صحيحا، وإذا كان التصرف القانونى الصادر من المتصرف إلى الحائز يجب أن يكون «سببا صحيحا» على النحو سالف الذكر، فان سند المتصرف نفسه الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا يعتد به. فقد يكون هذا المتصرف ليس عنده سبب صحيح ولكنه حسن النية يعتقد أنه يملك المنقول الذى يتصرف فيه، وقد يكون حائزا عرضيا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو وكيل وقد باع المنقول للحائز

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(٢) أنظر أيضاً فى التقنين المدنى السابق المواد ٦٨/٤٦ و٧٣٣/٦٠٧ و٧٣٤/٦٠٨ آنفاً ص١١١٥ هامش ١.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠ وما بعدها.

(٤) أما الميراث فليس بتصرف قانونى بل هو واقعة مادية، ومن ثم لا يصلح سبباً صحيحاً (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٠١).

(٥) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م٢ ص٨- ٢١ يناير سنة ١٩١٤ م٢٦ ص١٦٤- ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٣٠٢- أول مارس سنة ١٩٤٩ م٦١ ص٧٧.

فيكون سئ النية. فيستوى إذن أن يكون المتصرف حسن النية أو سئ النية، ويستوى أن يكون حائزا أصيلا أو حائزا عرضيا أو غير حائز أصلا، والمهم فيه أن يكون غير مالك للمنقول أو غير صاحب الحق العينى المنقول الذى تصرف فيه للحائز. وقد رأينا فيما تقدم(١) ما يعتبر سببا صحيحا وما لا يعتبر. فيعتبر سببا صحيحا بوجه خاص البيع والمقايضة والهبة والوصية بمنقول معين بالذات ورسو مزاد المنقول المحجوز عليه(٢)(1) والوفاء بمقابل وتقديم الشريك منقولا حصة له فى الشركة، ولا يعتبر سببا صحيحا بوجه خاص الميراث والعقود التى ليس من شأنها أن تنقل الملكية (كالإيجار والعارية والوديعة والوكالة) والتصرفات الكاشفة عن الملكية (كالقسمة الاختيارية والصلح) والحكم

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢١ – فقرة ٤٢٢.

(٢) وقد قضى بأن من رسا عليه مزاد المحصول المحجوز عليه، وتسلمه بعد فصله من الأرض، له أن يتمسك بقاعدة تملك المنقول بالحيازة ضد المشترى الذى باع له المدين هذا المحصول (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٤٥٠). وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٢ زبريل سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٤٣٠ – بنى سويف الكلية ١٧ أغسطس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٩ ص٢٦٥ – قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٥٩ ص١٢٢.

(1) أ– لئن كان بيع المحل التجارى بمحتوياته ومقوماته بما فى ذلك حق الايجار يعتبر بيع منقول وتسرى عليه المادة ١/٩٧٦ من القانون المدنى، إلا أن النص فى هذه المادة على أن «من حاز منقولا أو حقا عينيا على منقول أو سند لحامله فأنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته» يدل على أنه بتطبيق هذه القاعدة فى المنقول يتعين أن تنتقل حيازة المنقول بسبب صحيح وأن يكون الحائز قد تلقى الحيازة وهو حسن النية من غير مالك إذ التصرف لا ينقل الملكية ما دام قد صدر من غير مالك ولكن تنقلها الحيازة فى هذه الحالة وتعتبر سببا لكسب ملكية المنقول، أما إذا كان التصرف صادرا من مالك المنقول امتنع تطبق القاعدة لأن التصرف هو الذى يحكم العلاقة بين المالك والمتصرف إليه ولما كان فى البيع بالمزاد يعتبر المدين فى حكم البائع والراسى عليه المزاد قد تلقى حيازة المنقولات الراسى مزادها عليه من مالك – هو المدين مورث الطاعنين – فأنه لا يجوز له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية فى هذا المقام ولا تصلح سندا لكسب ملكية المنقولات المتنازع عليها ويبقى بعد ذلك البيع كتصرف جبرى هو الذى يحكم علاقة طرفيه لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى بطلان اجراءات البيع ومن مقتضى ذلك عودة الطرفين – المدين والراسى عليه المزاد – إلى الحالة التى كانا عليها قبل رسو المزاد – أى بقاء ملكية المنقولات للمدين وورثته من بعده الطاعنين – فان قضاءه برفض طلبه رد المنقولات إلى الطاعنين استنادا إلى القول بتملك الراسى عليه المزاد هذه المنقولات بالحيازة القائمة على السبب الصحيح وحسن النية يكون قد خالف القانون.

(جلسة ١٩٨٣/٨/٢٠ الطعون أرقام ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٥٨ لسنة ٥١ق س٣٤ ص١٦٣٧)

ب– إذا كان الحكم قد نفى حسن النية عن الراسى عليه المزاد فى بيع الأشياء المحجوز عليها فإن التحدى لحكم المادة ٩٧٦ من القانون المدنى لا يكون له محل.

(جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣ الطعن رقم ١٧٢ لسنة ٢٣ق س٨ ص٥٢٠)

القضائى. وقدمنا[1] أن التصرف القانونى الباطل من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع ليس له وجود قانونى، فلا يعتبر سببا صحيحا. وكذلك لا يعتبر سببا صحيحا التصرف القانونى الظنى، لأنه هو أيضا ليس له وجود قانونى[2]. أما التصرف القانونى القابل للإبطال فانه يصلح أن يكون سببا صحيحا، لأنه كان ينقل الملكية لو أنه صدر من المالك[3]. وكذلك يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانونى المعلق على شرط فاسخ، كما يصلح أن يكون سببا صحيحا التصرف القانونى المعلق على شرط واقف ولكن من وقت تحقق الشرط[4].

ولكن السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة يختلف عن السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فى أمرين: (١) لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة لأن التسجيل لا يكون إلا فى العقار، أما السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير فيجب تسجيله كما أسلفنا القول[5]. (٢) فى إثبات السبب الصحيح فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير، قدمنا[6] أن السبب الصحيح لا يفترض وجوده، لذلك كان من الواجب إثباته، ويقع عبء الإثبات على الحائز الذى يتمسك بالتقادم، ويثبته طبقا للقواعد العامة فى الإثبات. أما فى تملك المنقول بالحيازة، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٧٦ مدنى كما رأينا[7] على ما يأتى: «والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك». ونرى من هذا النص أن حائز المنقول لا يكلف إثبات وجود السبب الصحيح، فمجرد حيازته للمنقول يفترض وجود هذا السبب. وإذا نازع المالك الحقيقى للمنقول فى وجود السبب الصحيح، فعليه هو أن يثبت أنه غير موجود، أو أنه تصرف قانونى باطل أو تصرف قانونى ظنى ليس لأى منهما وجود قانونى. ولا يكفى أن يثبت أن التصرف القانونى قابل للإبطال

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٤.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٧ – شفيق شحاته فقرة ٢١٨ ص٢٢٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٥.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦ – وإذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط وقفه ولم يتحقق الشرط، انعدام التصرف القانونى واعتبر كأن لم يكن، ومن ثم لا يمكن اعتباره سبباً صحيحاً، وكذلك يكون الحكم فيما إذا كان التصرف القانونى معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط (أنظر آنفاً فقرة ٤٢٦).

(٥) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٨.

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٩.

(٧) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

أو معلق على شرط، فقد قدمنا أن التصرف القانونى فى هاتين الحالتين يصلح أن يكون سببا صحيحا.

٤٤٥- الشرط الرابع - حسن النية: ويشترط أخيرا فى الحائز، حتى يتملك المنقول بالحيازة، أن يكون حسن النية، وفى هذا تقول المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا(١): «من حاز بسبب صحيح منقولا... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته». ومعنى حسن النية هنا هو نفس معناه فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير(٢): أن يكون الحائز قد اعتقد أنه يتلقى ملكية المنقول من المالك(٣). فحسن النية إذن غلط يقه فيه الحائز يدفعه إلى الإعتقاد بأن المتصرف هو مالك المنقول، على أن يكون هذا الغلط مغتفرا حتى يستقيم مع حسن النية، فإذا كان غير مغتفر فانه ينفى حسن النية(٤). ويستوى أن يكون الغلط فى الواقع أو فى القانون(٥). وفى جميع الأحوال يجب أن يكون حسن النية كاملا، فأى شك يقع فى نفس الحائز فى أن المتصرف قد لا يكون هو مالك المنقول ينفى حسن النية.

وعلم الحائز بالعيوب التى تشوب سند من تلقى منه الملكية، وأن هذا السند باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ أو معرض للإلغاء بأى وجه من الوجوه، ينفى حسن النية الواجب توافره عند الحائز(٦). أما العيوب التى تشوب السبب الصحيح نفسه أى التصرف القانونى الصادر للحائز، فمنها عيب لابد للحائز من أن يجهله، وهو أن يكون التصرف صادرا من غير المالك. إذ لابد أن يعتقد الحائز أن التصرف صادر من المالك، حتى يكون حسن النية كما أسلفنا. بقيت العيوب الأخرى التى تشوب السبب الصحيح، ومن هذه ما يجعل التصرف القانونى غير صالح لأن يكون سببا صحيحا كالتصرف الباطل والتصرف الظنى، وسواء علم بها الحائز أو لم يعلم فان السبب الصحيح غير موجود، فلا محل إذن للبحث فيما إذا كان العلم بها ينفى حسن النية أو لا ينفيه إذ فى الحالتين لا يستطيع الحائز أن يتملك المنقول بالحيازة لانعدام السبب الصحيح. فإذا كان العيب الذى يشوب

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٢٠.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣ ص٦٩٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص٣٨١.

(٤) استئناف مختلط ١٨ يونيه سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٤٥٦- ٧ يناير سنة ١٩٣٦ ٤٨ ص٦٩- شفيق شحاتة فقرة ٢١٧ ص٢٢٤.

(٥) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣.

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٤٣١.

السبب الصحيح لا يمنع من صلاحيته لأن يكون سببا صحيحا، وذلك كأن يكون التصرف قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لعيب فى الرضاء أو قابلا للفسخ أو معلقا على شرط واقف أو معلقا على شرط فاسخ، فعلم الحائز بمثل هذه العيوب لا ينفى حسن نيته. ذلك لأن حسن النية هو، كما قدمنا، ليس الجهل بجميع عيوب السبب الصحيح، بل الجهل بعيب واحد منها فقط هو أن التصرف صادر من غير المالك. أما وقد جهل الحائز هذا العيب، فهو حسن النية، سواء كان لا يعلم بالعيوب الأخرى أو كان يعلم بها(١).

أما الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية، فقد نصت المادة ١/٩٧٦ مدنى كما رأينا(٢) فى هذا الصدد على أن «من حاز بسبب صحيح منقولا... فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته». فالعبرة إذن، فى توافر حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة، بوقت حيازة المنقول، لا بوقت تلقى الحق كما هو الأمر فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير(٣). وعلى ذلك إذا كان الحائز حسن النية وقت تلقى الحق، ولكنه أصبح سئ النية عند بدء الحيازة، فانه لا يعتبر حسن النية ولا يتملك المنقول بالحيازة(٤). ولما كان يصعب أن نتصور الفرض العكسى، وهو أن يكون الحائز سئ النية

---

(١) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٣٢- وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣ ص٦٩٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص٣٨١- وانظر حكماً لمحكمة النقض أفسحت فيه المحكمة مجالا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة فى حين أن السند صادر من ناظر الوقف مجاوزاً فيه الحدود التى عينها له القاضى الشرعى: نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٦ رقم ٢. ولا نرى فى هذه الحالة محلا لإثارة قاعدة تملك المنقول بالحيازة، لأن هذه القاعدة تفترض أن السند قد صدر من غير مالك، وإنما يجب تطبيق القواعد العامة.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٣.

(٤) وقد قضى بأنه يشترط أن يكون المشترى حسن النية فى الوقت الذى يحوز فيه المنقول بالفعل، لا وقت الشراء، لأن سند ملكية المشترى ليس هو الشراء بل هى الحيازة، فيجب توافر حسن النية عند بدء الحيازة (استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٣٩٩)- وإذا كان الحائز حسن النية وقت بدء الحيازة، تملك المنقول، ولا يهم أن يصبح سئ النية بعد ذلك. فإذا علم بعد لحظة واحدة من حيازته للمنقول أن المتصرف غير مالك له، فان هذا العلم لا يؤثر فى ملكيته للمنقول بعد أن تملكه بالحيازة (بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤ ص٦٩٧). وانظر عكس ذلك وأن الحائز يعتبر سئ النية ويكون مسئولا جنائياً فى حكمين من محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية (١٨ يونيه سنة ١٩٣٦ سيريه ١٩٣٧-١-١٩٣- ٧ يوليه سنة ١٩٤٤ Sem. Jur. الأسبوع القضائى ١٩٤٧ II ٣٤١٠)، وانظر نقداً لهذين الحكمين الشاذين فى مازو فقرة ١٥٣٥، وانظر أيضاً مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص٣٨٥.

وقت تلقى الحق ثم يصبح حسن النية وقت الحيازة[1]، فان الذى يقع عملا هو أن يكون الحائز حسن النية من وقت تلقى الحق إلى وقت بدء الحيازة[2]. ذلك لأن الحائز إنما يتملك المنقول بمجرد الحيازة، ولا يشترط أن تدوم الحيازة وقتا ما، ومن ثم تشدد القانون فى تحديد الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية فجعله وقت بدء الحيازة حتى يشمل وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة معاً. أما فى تملك العقار بالتقادم المكسب القصير، فان الحائز يجب أن يستمر فى حيازته خمس سنوات حتى يتملك العقار، فاقتصر القانون فى الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية على وقت تلقى الحق. وينبغى على ما قدمناه أن الموصى له بمنقول، إذا كانت الوصية صادرة من غير المالك، يجب حتى يتملك المنقول بالحيازة أن يكون حسن النية وقت تسلمه المنقول الموصى به، ولا يكفى حسن نيته وقت موت الموصى، بل ولا وقت قبول الوصية. وإذا حدث أن المنقول كان فى حيازة الحائز قبل صدور السبب الصحيح، كأن تسلمه بعقد إيجار ثم اشتراه من المؤجر وكان هذا لا يملك المنقول، أو تسلمه بتصرف قانونى معلق على شرط واقف ثم تحقق الشرط، وجب أن يتوافر حسن النية وقت الحيازة، ولكن لا فى وقت بدايتها، بل فى الوقت الذى اشترى فيه الحائز المنقول أو فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط الواقف.

وحسن النية يفترض دائما، ما لم يتم الدليل على العكس (م٩٦٥ مدنى). وقد طبقت المادة ٣/٩٧٦ مدنى هذا المبدأ تطبيقا خاصا فى تملك المنقول بالحيازة، فنصت كما رأينا[3] على ما يأتى: «والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية، ما لم يتم الدليل على عكس ذلك». وعلى ذلك لا يكلف حائز المنقول أن يثبت إلا الحيازة وحدها[4]، فإذا ما أثبتها افترض القانون أن هذه الحيازة مقترنة بحسن النية

---

(١) قارن شفيق شحاته فقرة ٢١٨ ص٢٢٥.

(٢) وفى فرنسا حيث لا يوجد نص صريح فى تحديد الوقت الذى يجب توافر حسن النية فيه قام خلاف فى الرأى ما بين وقت تلقى الحق ووقت بدء الحيازة. أنظر فى هذا الخلاف بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤. وانظر فى أن الوقت يعتديه هو وقت بدء الحيازة: بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١ ص٣٨٠- ص٣٨١- نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٧-١-١٧٢- وانظر فى أن يكون الحائز حسن النية فى وقت تلقى الحق وفى وقت بدء الحيازة بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٤ ص٦٩٧- مارتى ورينو فقرة ٣٩٤ ص٣٨٥- نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩٥٣ III Bull. civ. ٨.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(٤) استئناف وطنى ٣ مايو سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٨٧ ص٢٧٠- استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢٤٤- ٢٠ مايو سنة ١٩١٩ م٣١ ص٣٠٤- ٢٣ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٢١٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٧ ص٦٨٨.

ومصحوبة بالسبب الصحيح[1]. ويستوى أن يكون الغلط الذى وقع فيه الحائز من أن المتصرف فى المنقول هو المالك له غلطا فى الواقع أو فى القانون، ففى الحالتين يفترض فى الحائز أنه حسن النية حتى يقيم المالك الحقيقى للمنقول الدليل على العكس[2]. فاذا ادعى هذا المالك أن الحائز سئ النية وأنه كان يعلم وقت بدء الحيازة أن المتصرف غير مالك، فعلى المالك يقع عبء إثبات ذلك. وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن[3]. وكثيرا ما يلجأ المالك، فى إثبات سوء نية الحائز، إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات البديهية التى تمليها الظروف الملابسة للتثبت من ملكية المتصرف للمنقول. ويتخذ من ذلك قرينة على أن الحائز كان يعلم، أو كان ينبغى أن يعلم، أن المتصرف غير مالك للمنقول، وأن الغلط الذى وقع فيه فى هذا الشأن كان غلطا غير مغتفر، مما ينتفى معه حسن النية[4].

ب- الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة

٤٤٦- الأثر المكسب والأثر المسقط: إذا توافرت الشروط الأربعة التى بسطناها فيما تقدم، فان الحائز للمنقول أو للحق العينى المنقول يصبح مالكا للمنقول أو صاحبا للحق العينى، وهذا هو الأثر المكسب للقاعدة. وإذا كان المنقول مثقلا بتكاليف أو قيود عينية، كرهن حيازة أو حق انتفاع، ووضع الحائز يده على المنقول باعتباره خاليا من هذه التكاليف والقيود، فانه يتملك المنقول خالصا منها، إذ هى تسقط أيضا بالحيازة، وهذا هو الأثر المسقط للقاعدة.

٤٤٧- الأثر المكسب: وقد رأينا فيما تقدم أن الحائز للمنقول بسبب صحيح وبحسن نيته، يكسب ملكيته بمجرد الحيازة ومن ثم كانت الحيازة وحدها سببا من أسباب كسب ملكية المنقول، ولم يكسب الحائز الملكية بالسبب الصحيح لأنه صادر من غير مالك، وإنما كسبها بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية.

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٦ ورقم ٤ ورقم ٥- استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٠.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٤.

(٣) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م١٤ ص٢٩٣- ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص١٠٦- ٢ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٩٣- ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٠.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٣ ص٦٩٦- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨١- كاربونييه ص٢٥٥.

وهذا هو الحكم أيضا فيما إذا وضع الحائز يده على حق عينى فى منقول، كحق انتفاع أرض رهن حيازة. فالحائز يكسب حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة، لا بالسبب الصحيح لأنه صادر ممن لا يملك ترتيب هذا الحق، بل بالحيازة المصحوبة بالسبب الصحيح والمقترنة بحسن النية.

فإذا رفع المالك الحقيقى للمنقول دعوى استحقاق يطالب بموجبها الحائز برد المنقول إليه، كان للحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق هذه بأنه تملك المنقول بالحيازة، أو تملك بها حق الانتفاع أو حق رهن الحيازة. فلا يستطيع المالك أن يسترد المنقول أصلا من الحائز، أو لا يستطيع أن يسترده إلا مثقلا بحق الانتفاع أو بحق رهن الحيازة لمصلحة الحائز(١). وهذا بخلاف ما إذا كانت شروط القاعدة لم تتوافر، فان المالك الحقيقى فى هذه الحالة يستطيع أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز غير مثقل بأى حق عينى، وذلك بموجب دعوى الاستحقاق. ولا يستطيع الحائز أن يرد هذه الدعوى إلا إذا تملك المنقول أو الحق العينى بالتقادم المكسب الطويل، أى بعد حيازة تدوم خمس عشرة سنة وفقا للقاعدة المقررة فى هذا التقادم(٢).

ويستطيع الحائز الذى تملك المنقول بالحيازة وفقا للقواعد التى بسطناها فيما تقدم، ليس فحسب دفع دعوى الاستحقاق التى يرفعها عليه المالك الحقيقى، بل أيضا دفع دعوى الإبطال أو الفسخ التى يرفعها عليه شخص باع مثلا المنقول لشخص آخر بعقد قابل للإبطال أو للفسخ، واشترى الحائز هذا المنقول من المشترى، ثم أبطل البائع الأول البيع أو فسخه، وطالب الحائز برد المنقول المبيع مستندا إلى الأثر الرجعى للإبطال أو الفسخ. ذلك لأن البائع الأول، لما أبطل البيع أو فسخه، جعل المشترى منه غير مالك للمنقول، ويكون البيع الصادر من هذا الأخير للحائز صادرا من غير مالك. فتتوافر فى الحائز، إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب الإبطال أو الفسخ، شروط تملك المنقول بالحيازة. ومن ثم يستطيع أن يرد دعوى البائع الأول، فان هذه الدعوى ليست فى الواقع من الأمر، بعد الإبطال أو الفسخ، إلا دعوى استحقاق يجوز للحائز ردها إذ أنه تملك المنقول بالحيازة(٣).

وعلى العكس من ذلك، لا يحول تملك الحائز للمنقول بالحيازة دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح. فإذا كان السبب الصحيح أى التصرف القانونى الذى تلقى به الحائز الحيازة من غير المالك، قابلا للإبطال أو للفسخ، فان غير

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٩. بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٤.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٩.

المالك الذى تصرف فى المنقول للحائز يستطيع أن يرفع هذه الدعاوى الشخصية على الحائز. وإذا كان المالك الحقيقى دائنا لمن تصرف فى المنقول بسبب أن هذا الأخير قد انتزع منه الحيازة أو تصرف فى منقول لا يملكه، فان المالك الحقيقى يستطيع أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ باسم مدينه، فيسترد المنقول لهذا المدين، ثم يسترده منه بدوره بدعوى استحقاق يرفعها عليه[1].

٤٤٨ – الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب – نظرية التقادم الفورى: بقى أن نعرف على أى أساس قانونى يقوم تملك الحائز للمنقول.

هناك نظرية قديمة تذهب إلى أن الحائز يتملك المنقول بالتقادم، ولما كان الحائز ليس فى حاجة حتى يتملك المنقول إلى أن تدوم الحيازة وقتا ما، فان التقادم هنا يكون تقادما فوريا (prescripion instantanèe) لا يحتاج إلى مرور الزمن. والقائلون بهذه النظرية من الفقهاء الفرنسيين[2] تأثروا كثيرا بالمكان الذى وردت فيه المادة ٢٢٧٩ فى التقنين المدنى الفرنسى. فقد ورد هذا النص ضمن النصوص التى عرضت للتقادم وفى الفصل ذاته الذى أورد مدد التقادم، متدرجا من التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة، إلى التقادم المكسب القصير ومدته من عشر إلى عشرين سنة، إلى أنواع أخرى من التقادم تتفاوت مددها من خمس سنوات إلى ستة أشهر، حتى وصل إلى المادة ٢٢٧٩ وفيها التقادم لا تدوم مدته إلا لحظة واحدة. ويقول هؤلاء الفقهاء إن هذا يتفق مع التطور التاريخى الذى مرت به قاعدة تملك المنقول بالحيازة. فقد كان المنقول فى القانون الرومانى تكسب ملكيته بالتقادم كالعقار، وانتقلت هذه القاعدة من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم فى بعض عهوده. واقتضى استقرار التعامل فى المنقول إنقاص مدة التقادم فيه شيئا فشيئا، ثم انتهى الأمر إلى إلغاء المدة بتاتا. ولم تتغير طبيعة نظام تملك المنقول بالغاء المدة، فلا يزال المنقول يتملكه الحائز بالتقادم وإن أصبحت مدته لحظة واحدة. ولا يزال الحائز كما هو الأمر فى كل تقادم مكسب، يكسب ملكية، الشئ ومجرد المالك الحقيقى منها لاعتبارات تتعلق باستقرار التعامل.

وهذه النظرية بادية الضعف، ولم يعد يقول بها أحد من الفقهاء المحدثين. ذلك أن التقادم معناه مرور الزمن، والتقادم بغير مرور الزمن لا يكون تقادما، وعبارة «التقادم الفورى» عبارة ينقض بعضها بعضا إذ أن التقادم ينفى الفورية. والقول بأن الحيازة هنا تدوم لحظة

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٠.

(٢) ديمولومب ٩ فقرة ٦٢٢– ماركاديه المادة ٢٢٧٩ فقرة ١– Léger فى النظرية العامة فى التقادم المسقط رسالة سنة ١٨٩٧ ص٣٢٥ وما بعدها.

واحدة فيتحقق التقادم قول لا يقوم على أساس، إذ أن التقادم يقتضى مرور الزمن، ومرور الزمن لا يتحقق إلا إذا دامت الحيازة وقتا ما ولو كان قصيرا. فأن تدوم الحيازة لحظة واحدة ويقال إن هذا المكان الذى اختاره التقنين المدنى الفرنسى لتملك المنقول بالحيازة بين النصوص المتعلقة بالتقادم، فلا يفيد حتما أن تملك المنقول بالحيازة يقوم على أساس التقادم. فقد يورد المشرع نصا يقوم على أساس معين، ثم يورد إلى جانبه نصا يقوم على أساس مناقض للأساس الأول، ويكون الجامع بين النصين جامع الضدية لا جامع التماثل. ومنذ كان المنقول، فى القانون الرومانى وفى بعض عهود القانون الفرنسى القديم، يملك بحيازة تدوم وقتا معينا، كان تملكه يقوم على أساس التقادم حتما، واستمر يقوم على أساس التقادم حتى بعد إنقاص المدة شيئا فشيئا ما دامت هناك مدة ما. فلما ألغيت المدة بتاتا، لم يعد يجوز القول إن تملك المنقول يقوم على أساس التقادم، وإنما هو يقوم على أساس الحيازة وحدها مجردة من أية مدة للتقادم. وهذا ما قاله Bourjon نفسه، وهو الفقيه الذى نقل عنه التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ١/٢٢٧٩، إذ يقرر فى هذا الصدد: «إن التقادم ليس له أى اعتبار فى شأن المنقول، إذ أن الحيازة وحدها بالنسبة إلى هذا النوع من المال تنتج كل آثار سند التملك المتكامل»(١).

٤٤٩ – نظرية القرينة القانونية غير القابلة لاثبات العكس: وأبرز القائلين بهذه النظرية أوبرى ورو وبارتان(٢)، فهم يقولون إن الحيازة بذاتها تنشئ على الفور لمصلحة حائز المنقول قرينة على ملكيته للمنقول. وهى قرينة مطلقة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، ويستطيع الحائز بواسطتها أن يرد دعوى الاستحقاق التى ترفع عليه من المالك السابق للمنقول(٣). فالحيازة إذن، فى هذه النظرية، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز، ولكنها تفترض أن الحائز يملك المنقول ملكية موجودة من قبل، وليست الحيازة إلا قرينة على وجودها. وهذه القرينة لا يقبل من مدعى الاستحقاق دحضها باثبات العكس وأنه هو لا الحائز الذى يملك المنقول(٤)، فيقف مدعى الاستحقاق أمام هذه القرينة القاطعة عاجزا لا يستطيع إثبات عكسها، ومن ثم يخسر دعوى الاستحقاق، ويحكم عليه برفضها، ويقضى للحائز بالملكية.

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٦.

(٢) وانظر أيضاً بلانيول الطبعة الثانية فقرة ١١٤٦ – جيوار ٢ فقرة ٨١٨ – فقرة ٨١٩ – هيك ١٤ فقرة ٥٠٥.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٤٤ – ص١٤٧ وتعليق بارتان فى ص١٤٦ هامش ٣.

(٤) ومع ذلك فهناك أحكام قديمة لمحكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأن القرينة قابلة لإثبات العكس بجميع طرق الإثبات، حتى بالقرائن المضادة (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٨٩٥ م٧ ص٦١ – ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م١٠ ص٣٢٠ – ١٢ يونيه سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٩٣).

وضعف هذه النظرية، فى رأينا، أننا لو أخذنا بأن الحيازة فى المنقول قرينة قاطعة على ملكية الحائز، فان من المسلم به فى القرائن القاطعة أن من وجدت هذه القرينة القاطعة فى مصلحته له أن ينزل عنها بالإقرار أو بالنكول عن اليمين، فكل القرائن القاطعة قابلة للنقض بالإقرار أو اليمين. ولم يقل أحد إن لحائز المنقول أن ينزل عما رتبته الحيازة فى مصلحته من كسب ملك المنقول، بأن يقر أن مدعى الاستحقاق كان هو المالك الحقيقى وأنه إنما تلقى المنقول من غير المالك وهو يعتقد أنه المالك، أو بأن ينكل عن اليمين التى توجه إليه فى هذا الشأن. فملكية الحائز للمنقول ملكية باتة مستقرة، لا تقبل النقض لا بالإقرار ولا باليمين. وهناك فرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية، فالقرينة القاطعة هى قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية، وإذا كانت لا تقبل إثبات العكس فانه يجوز دائما نقضها بالإقرار أو اليمين. أما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين، وهى إذا كانت تبنى كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الأحوال، إلا أن عامل الراجح الغالب الوقوع فيها يختفى وراءها فتستغرقه، ويكون منها بمثابة العلة من المعلول. فمتى تقررت القاعدة الموضوعية توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلتها فقد اختفت هذه العلة واستغرقتها القاعدة، وهذا هو المعنى المقصود من أن القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالإقرار أو اليمين[1]. وقاعدة تملك المنقول بالحيازة قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية قاطعة، إذ هى كما قدمنا لا يمكن نقضها بالإقرار أو اليمين[2].

صحيح أن الحيازة فى المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز، ولكن ليس ذلك فى الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك

---

(١) أنظر الوسيط ٢ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣٧.

(٢) وقد سبق أن قررنا فى هذا الصدد، فى الجزء الثانى من الوسيط عند الكلام فى الإثبات، ما يأتى: «فالحيازة فى المنقول قاعدة موضوعية إجبارية، لا قرينة قانونية قاطعة. فقد رأى المشرع أن يحمى حائز المنقول حسن النية بسلاح أقوى من سلاح القرينة القانونية ولو كانت قاطعة. ومن ثم أصبح من يحوز المنقول وهو حسن النية، بفضل هذه القاعدة الموضوعية مالكاً له. وأصبحت ملكيته ثابتة مستقرة، لا يزعزعها حتى الإقرار أو اليمين. أراد المشرع أن يستقر التعامل فى المنقول، وتلك اعتبارات عليها يستقل بتقديرها، ويملك زمامها، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الأوضاع القانونية المختلفة، تارة يكتفى بقرينة قانونية غير قاطعة، وطورا يجعل القرينة القانونية قاطعة، وأخرى يرتفع من نطاق القرائن وقواعد الإثبات، ويرى أن الحماية المناسبة هى قاعدة موضوعية لا تقبل النقض بحال من الأحوال. هذا هو التدرج فى الحماية، درجة فوق درجة، يؤتيها المشرع من يشاء كما يشاء، وهو فى كل ذلك يتوخى أن يكون لكل وضع قانونى الحماية التى تناسبه» (الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧).

ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق وهو الأمر الذى تبحثه هنا(١)، بل فى الحيازة باعتبارها طريقا للإثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك. وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة، بل تقبل إثبات العكس، وللمالك أن يثبت مثلا أن حيازة الحائز حيازة عرضية أو أن هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة(٢).

٤٥٠ – نظرية أن الحيازة وحدها هى التى تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون: والنظرية الثالثة، وهى النظرية الصحيحة فى نظرنا، تذهب إلى أن الحيازة فى المنقول ليست تقادما كما تقول النظرية الأولى إذ لا يشترط فى الحيازة أن تدوم وقتا ما، وليست مجرد قرينة ولو قاطعة على سبق وجود الملكية عند الحائز كما تقول النظرية الثانية إذ لو كانت مجرد قرينة لأمكن نقضها بالإقرار أو اليمين. وإنما الحيازة فى المنقول هى وحدها، وبذاتها، التى تكسب الحائز ملكية المنقول، فالحيازة تكون على هذا الاعتبار سببا من أسباب كسب الملكية. والقانون هو الذى جعلها كذلك، فالحائز إذا تملك المنقول بالحيازة، فانما يكون ذلك بحكم القانون. ومن أجل ذلك يجعل القائلون بهذه النظرية تملك المنقول بالحيازة حالة من حالات التملك بحكم القانون (un cas d.acquisition lege)(٣). وهى تشبه حالة التملك بالاستيلاء (occupation)، فى أن القانون فى كل من الحالتين يجعل الحائز يتملك فورا بالحيازة، ولكنها تخالفها فى أن تملك المنقول بالحيازة يفترض أن المنقول كان مملوكا لمالك سابق، ولذلك تشدد القانون فاشترط أن تكون الحيازة مقترنة بحسن النية (ومصحوبة بالسبب الصحيح فى القانون المصرى) حتى تنتقل الملكية من المالك السابق إلى الحائز، فى حين أن التملك بالاستيلاء يفترض أن المنقول لم يكن قبل الاستيلاء مملوكا لأحد فيملكه الحائز ابتداء، ولذلك لم يشترط القانون أن تكون

---

(١) وكيف يتأتى أن تكون الحيازة قرينة على الملكية فى هذه الحالة، مع أن الثابت أن الحائز قد تلقى المنقول من غير المالك، وكيف تقوم الحيازة قرينة على أمر قد ثبت عكسه إذ لا يمكن أن يكون الحائز قد تلقى الملكية من غير المالك (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص٣٨٨).

(٢) أنظر فى ذلك آنفاً فقرة ٤٣٧ – وانظر فى تفنيد نظرية أن الحيازة قرينة قاطعة على الملكية بودرى وتيسييه فقرة ٨٣٣ ص٦٦٤.

(٣) ولا نرى فرقاً بين القول بأن الحيازة هى ذاتها سبب لكسب ملكية المنقول، والقول بأن الحائز أصبح مالكاً للمنقول بحكم القانون، إذ القانون هو الذى جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول، كما جعل العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب مصادر للالتزام. وفى رأينا أن الذين يقولون بأن الحائز أصبح مالكا للمنقول بحكم القانون، إنما يقصدون القول بأن القانون جعل الحيازة سبباً لكسب ملكية المنقول (قارن مع ذلك مازو فقرة ١٥٤٠).

الحيازة مقترنة بحسن النية ولا مصحوبة بالسبب الصحيح[1].

وهذه النظرية هى التى أخذ بها التقنين المدنى المصرى، كما هو ظاهر من الترتيب الذى اتبعه. فقد عرض لأسباب كسب الملكية فى فصل واحد، فبدأ بالاستيلاء، وأعقبه بالميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة، وختم أسباب كسب الملكية بالحيازة. فجعلها سببا لكسب الملكية، تارة مصحوبة بالتقادم كما فى التقادم المكسب الطويل والتقادم المكسب القصير، وطورا بذاتها غير مصحوبة بأى تقادم كما فى تملك المنقول بالحيازة الذى نحن بصدده وتملك الثمار بالقبض - وعلى هذه النظرية أجمع الفقه فى مصر[2].

وهذه النظرية نفسها هى التى أخذ بها فى فرنسا كثير من الفقهاء القدامى[3] ثم أخذ بها الفقهاء المحدثون[4]، فاستقرت أخيرا فى الفقه الفرنسى. ولا يلقى الفقهاء الذين يأخذون بها بالا إلى المكان الذى وضع فيه التقنين المدنى الفرنسى المادة ٢٢٧٩ بين النصوص المتعلقة بالتقادم، إذ ليس مستغربا أن يضع المشرع بين نصوص التقادم قاعدة يستبعد فيها التقادم فالمناسبة واضحة. ويزداد وضوح المناسبة إذا أخذ فى الاعتبار أن المنقول المسروق أو الضائع يمكن استرداده من الحائز حسن النية فى مدة ثلاث سنوات، فكان لابد من ذكر القاعدة أولا ثم إيراد هذا الاستثناء عليها. هذا إلى أن هذه النظرية هى التى أخذ بها فقهاء القانون الفرنسى القديم، ومنهم (Bourjon)، وعنهم نقل التقنين المدنى الفرنسى نص المادة ٢٢٧٩، فيكون قد نقل هذا النص بالأساس القانونى الذى أقامه عليه هؤلاء الفقهاء. فالقانون إذن هو الذى أكسب حائز المنقول الملكية بمجرد الحيازة، بالرغم من أن هذا الحائز قد تعامل مع غير المالك[5]، وذلك رعاية لحسن النية وحماية لاستقرار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٧.

(٢) أنظر شفيق شحاته فقرة ٢٢١- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٨- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٢ ص٥٨٧- إسماعيل غانم ص١٣٣- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٤٠ ص٦٧٧- منصور صمطفى منصور فقرة ١٨٤ ص٤٣٧- حسن كيرة ص١١٣- وقارن محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٣٩٥.

(٣) أنظر كوليه دى سانتير ٨ فقرة ٣٨٧ مكررة - لوران ٣٢ فقرة ٥٤٢- ديرانتون ٢١ فقرة ٩٧- ترولون فقرة ١٠٥٢ وما بعدها - بفنوار ص٣٥٣ وما بعدها.

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٣١ وفقرة ٨٣٣ - بلانيول وريبير وبيكار فقرة ٣ ٣٨٨- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢١١.

(٥) وعلى ذلك يصبح الحائز مالكاً دون حاجة إلى التمسك بالقاعدة، بل حتى لو رفض التمسك بها، فتقضى له المحكمة بالملكية من تلقاء نفسها. وهذا بخلاف التملك بالتقادم، حيث يجب التمسك بالتقادم ولا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وتكون ملكية الحائز للمنقول ملكية غير قابلة =

التعامل فى المنقول(١).

٤٥١- الأثر المسقط: وكما أن لقاعدة تملك المنقول بالحيازة أثرا مكسبا يتمثل فى كسب الحائز لملكية المنقول أو للحق العينى على المنقول على الوجه الذى بسطناه، كذلك لهذه القاعدة أثر مسقط يتمثل فى إسقاط التكاليف والقيود العينية التى يكون المنقول مثقلا بها فيتملك الحائز المنقول خالصا من هذه التكاليف والقيود كما سبق القول(٢).

وعلى ذلك إذا وضع الحائز حسن النية يده على منقول بعد أن اشتراه من غير المالك، وكان هذا المنقول مرهونا رهن حيازة من المالك الحقيقى للمنقول وخرج من حيازة الدائن المرتهن لسبب ما، واستولى عليه شخص غير المالك وباعه للحائز حسن النية على ما قدمنا، فان هذا الحائز لا يكسب بالحيازة ملكية المنقول فحسب، بل أيضا يكسب هذه الملكية خالصة من رهن الحيازة الذى كانت مثقلة به. فيضيع فى هذا الفرض على المالك الحقيقى ملكيته التى كسبها الحائز بالحيازة وهذا هو الأثر المكسب، وفى الوقت ذاته يضيع على الدائن المرتهن رهنه الحيازى رهنه الذى سقط بالحيازة أيضا وهذا هو الأثر المسقط(٣).

=للنقض، حتى أصبح سئ النية بعد الحيازة، كما سبق القول. وإذا أراد أن يرد المنقول إلى مالكه السابق، فانما يكون ذلك عن طريق الهبة، أى بعقد جديد يعيد نقل الملكية من الحائز إلى المالك السابق (أنظر مازو فقرة ١٥٣٨).

(١) أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٣٨١- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٨٨ ص٣٨٨.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٦ وانظر الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى آنفاً فقرة ٤٣٥- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «والحيازة لا تكسب المنقول فحسب، بل هى أيضاً تزيل التكاليف والقيود العينية التى تنقل المنقول. فلو وضع الحائز يده على منقول ومرهون حيازة، ملكه فى الحال خالصاً من الرهن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٤).

(٣) وهنا قد ترتب الأثران المكسب والمسقط معاً. وقد ترتب الأثر المسقط وحده، فيما إذا تلقى الحائز حسن النية المنقول المرهون من المالك على أنه خال من الرهن، فيسقط الرهن بفضل الأثر المسقط. ويكون السبب الصحيح هنا تصرفاً صادراً من المالك لم يذكر فيه ما يثقل العين من رهن (إسماعيل غانم ص١٣٨- ص١٣٩- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص٦٩٢- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص٤٤٦- حسن كيرة ص١١٩- ص١٢١)- وإذا رهن المالك المنقول ثم اغتصبه أو اختلسه من الدائن المرتهن، وباعه لمن حازه بحسن نية على أنه خال من الرهن، فان عمل المالك ينطوى على ضرب من السرقة هو «سرقة الضمان» (vol de gage). فيستطيع الدائن المرتهن أن يسترد المنقول باعتباره دائناً مرتهناً له رهن حيازة فى ظرف ثلاث سنوات من وقت خروج المنقول من حيازته (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٤٧- إسماعيل غانم ص١٣٩- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص٤٥٠- وانظر عكس ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٠ ص٢١٩).

كذلك إذا كان المنقول قد رتب عليه المالك حق انتفاع، ثم استولى على المنقول شخص غير المالك وغير صاحب حق الانتفاع وباعه إلى حائز حسن النية، فان هذا الحائز يتملك المنقول بالحيازة، ويتملكه خالصا من حق الانتفاع. فيضع على المالك ملكيته التى كسبها الحائز بالحيازة بفضل الأثر المكسب، كما يضيع على صاحب حق الانتفاع حقه الذى سقط بالحيازة أيضا بفضل الأثر المسقط.

وإذا كان المنقول عقارا بالتخصيص تابعا لعقار مرهون رهنا رسميا، ونزعه غير المالك عن العقار وباعه لحائز حسن النية، فان هذا العقار بالتخصيص يصبح بعد نزعه من العقار منقولا، ويكسب الحائز بالحيازة ملكيته خالصة من الرهن الرسمى الذى كان مترتبا عليه هو والعقار عندما كان عقارا بالتخصيص.

وغنى عن البيان أن المفروض، فى كل الأحوال المتقدمة، أن الحائز عندما حاز المنقول كان حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول وبالنسبة إلى الحق العينى الذى كان يثقل المنقول. فيكون الحائز قد اشترى المنقول من شخص يعتقد أنه المالك وقت الحيازة، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى ملكية المنقول. ويكون الحائز فى الوقت ذاته لا يعلم وقت الحيازة أن المنقول مثقل بحق رهن حيازة أو بحق انتفاع أو بحق رهن رسمى على أساس أنه كان عقارا بالتخصيص، وهذا هو معنى حسن النية بالنسبة إلى الحق العينى الذى يثقل المنقول.

وكذلك الحكم فيما إذا كان لشخص حق امتياز على منقول، كحق امتياز المؤجر أو حق امتياز صاحب الفندق، ونقل المال من العين المؤجرة أو من الفندق على الرغم من معارضة المؤجر أو صاحب الفندق أو على غير علم منه. فان المنقول المثقل بحق الامتياز إذا انتقل إلى حائز حسن النية، كسب هذا الحائز ملكية المنقول خالصة من حق الامتياز (انظر المادة ٥/١١٤٣ مدنى والمادة ٢/١١٤٤ مدنى)(١).

أما إذا كان هناك منقول منع من التصرف فيه عقد أو وصية (م٨٢٣ مدنى)، وباعه غير المالك لحائز حسن النية، يجهل أن البائع غير مالك ويجهل أن المنقول مثقل بتكليف هو المنع من التصرف، فان البيع الصادر من غير المالك إلى الحائز يكون باطلا وفقا لأحكام المادة ٨٤٢ مدنى. ولما كان البيع الباطل لا يصلح أن يكون سببا صحيحا فى تملك المنقول بالحيازة، فان الحائز بالرغم من حسن نيته ينقصه السبب الصحيح. ومن ثم لا

---

(١) أنظر أيضاً، فيما يتعلق بزوال حق الامتياز بفضل الأثر المسقط ٢ المادة ١/١١٣٣ و٢ مدنى والمادة ١/١١٤٥ مدنى - وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٩.

يتملك هذا المنقول بالحيازة، لا خالصا من تكليف منع التصرف ولا مثقلا بهذا التكليف(١).

٤٥٢ – الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المسقط: ويقوم الأثر المسقط على نفس الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب. فتسقط التكاليف والقيود العينية بالحيازة وحدها، متى كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية، وذلك بحكم القانون. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٦ مدنى، كما رأينا(٢) على ذلك صراحة إذ تقول: «فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية، فانه يكسب الملكية خالصة منها».

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «ذلك لأن الحيازة المنقول أثرين لا أثر واحد: أثرا مكسبا وأثرا مسقطا. فبمجرد توفرها، تكسب الحائز الملكية، وتسقط التكاليف. ومتى تبين هذان الأثران المتميزان، أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة. فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف من أن الملكية حق دائم، وأصبح من الواضح أن الملكية هى هى لم تتغير، وأنها انتقلت بحكم الحيازة، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا(٣)». وتشير المذكرة الإيضاحية بهذا القول إلى نظرية فقهية تذهب إلى أن الحيازة

---

(١) والقائلون بأن البيع الوارد على خلاف الشرط المانع ليس بباطل يخلصون من ذلك بأن البيع يصلح أن يكون سبباً صحيحاً، ويعملون الأثر المسقط لقاعدة الحيازة، فتنتقل ملكية المنقول إلى الحائز خالصة من تكليف منع التصرف (عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٧ وفقرة ٧٧ ص٩٩– إسماعيل غانم ص١٣٩– ص١٤٠– عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص٦٩٣– منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦ ص٤٤٧– ص٤٤٨ – حسن كيرة ص١٢١).

وانظر فى إعمال الأثر المسقط قضية باع المالك فيها منقولا وشرط الاحتفاظ بملكيته حتى يوفى إليه ثمنه كاملا وأن له أن يسترده من تحت يد كائن من كان، ووهب المشترى المنقول لزوجته فتملكته بالحيازة وهى حسنة النية بالرغم من وجود هذا الشرط (نقض مدنى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٦ رقم ٣).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٣٥.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٤– وانظر فى هذا المعنى جمال الدين زكى فى رسالته فى حسن النية فى كسب الحقوق ص٢٥٧– ص٢٥٨– محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٣٧– شفيق شحاتة فقرة ٢٢١ ص٢٢٩– عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٦ – عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٣ ص٦٩٢– منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٦.

سبب منشئ لملكية جديدة منبتة الصلة بالملكية القديمة التى كانت للمالك السابق(١). وقد سبق أن عارضنا هذه النظرية، وقلنا فى معارضتها ما يأتى: «كذلك التملك بالحيازة ... يواجه مالكا سابقا، فينقل ملكيته هى ذاتها إلى الحائز، ولا ينشئ ملكية جديدة. ذلك بأن الملكية تتميز بأنها دائمة، وتتأيد فى انتقالها. فما دام الشئ مملوكا وكان باقيا لم يهلك، فان الملكية باقية. وإذا ملك الشئ مالك جديد، فانما يكون ذلك بانتقال الملكية من المالك القديم إلى المالك الجديد، لا بانقضاء الملكية وقيام ملكية جديدة مكانها.. فما دام الشئ باقيا فان الملكية تبقى دائما، والذى يتبدل هو المالك لا الملكية ... ويستخلص مما تقدم أن الالتصاق والحيازة، كالعقد والشفعة، سببان ناقلان للملكية فيما بين الأحياء. كذلك الميراث والوصية سببان ناقلان للملكية، ولكن بسبب الوفاة. وهذه الأسباب الناقلة الملكية جميعا، سواء كان نقل الملكية فيما بين الأحياء أو كان بسبب الوفاة، بعضها ينقل الملكية مع استخلاف المالك الجديد للمالك القديم، وبعضها ينقل الملكية دون استخلاف. فالأسباب التى تنقل الملكية مع الاستخلاف هى العقد والشفعة والميراث والوصية. أما الالتصاق والحيازة، فانهما ينقلان الملكية دون استخلاف. فالذى يميز الالتصاق والحيازة عن غيرهما من الأسباب الناقلة للملكية، ليس أنهما لا ينقلان الملكية، بل هما ينقلانها، ولكن دون استخلاف. وهذا هو الذى يفسر أن المالك الجديد، فى الالتصاق والحيازة، لا يخلف المالك السابق فى ملكيته.. فلا يتقيد بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق»(٢). ونرى من ذلك أن الحيازة لا تنشئ ملكية جديدة كما ذهب القائلون بالنظرية التى نعارضها، بل هى تنقل نفس الملكية من المالك السابق إلى المالك الجديد. ولكن المالك الجديد فى الحيازة لا يخلف المالك السابق، ومن ثم تخلص له الملكية خالية من الأعباء والتكاليف السابقة لأنه ليس بخلف للمالك السابق. وهذا هو الذى يفسر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية مما ذكرناه سابقا من أنه «متى تبين هذان الأثران المتميزان الأثر المكسب والأثر المسقط، أصبحنا فى غنى عن النظرية الفقهية التى تجعل الحيازة مكسبة لملكية جديدة متميزة عن الملكية القديمة. فان هذا القول يصطدم مع ما هو معروف، من أن الملكية حق دائم، وأصبح من الواضح أن الملكية هي هى لم تتغير، وأنها انتقلت بحكم الحيازة، وانتقلت خالصة من التكاليف بحكم الحيازة أيضا»(٣).

---

(١) ومن أنصار هذه النظرية بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٢٢ وفقرة ٢٨٢٤ – مازو فقرة ١٥٣٩.

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢ فى الهامش.

(٣) لذلك لا يخلو من الغرابة أن ينتقد أحد الفقهاء هذه العبارات فيقول: «ومن العسير علينا أن نفهم بالضبط الفكرة القانونية الكامنة وراء هذه العبارات المتناقضة، إذ كيف يكون من الواضح أن الملكية التى انتقلت بحكم الحيازة هى هى لم تتغير، وهى مع ذلك انتقلت خالصة من التكاليف العينية. ثم=

٢- المنقولات المسروقة أو الضائعة

٤٥٣- نص قانوني: تنص المادة ٩٧٧ مدنى على ما يأتى:

«١- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة».

«٢- فإذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه»(١).

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادتين ٨٦- ١١٥/٨٧- ١١٦(٢).

=كيف يسوغ القول إن الملكية انتقلت بالحيازة، مع أن الفرض هو أن من تصرف فى المنقول لم يكن مالكاً له حتى يستطيع أن ينقل ملكيته. أليس من القواعد المنطقية المسلمة أن فاقد الشئ لا يعطيه؟ فكيف يستطيع فاقد الملكية أن ينقلها إلى غيره؟» (محمد على عرفة ٢ فقرة ١١٩ ص٢١٥- ص٢١٦). وقد سبق أن أوضحنا أن الذى ينقل الملكية ليس هو التصرف القانونى لأنه صادر من غير مالك، بل هى الحيازة ذاتها، وذلك بحكم القانون. ثم إن الحيازة تنقل نفس الملكية من المالك إلى الحائز ولكن دون استخلاف. وهذا هو الذى يفسر أنها تنتقل غير مقيدة بالأعباء والتكاليف التى كانت تقيد المالك السابق، لأن الحائز ليس بخلف لهذا المالك.

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص فى المادتين ١٤٢٨ و١٤٢٩ من المشروع التمهيدى وتطابق المادة ١٤٢٨ الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ مدنى كما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد. أما المادة ١٤٢٩ من المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى: «ومع ذلك إذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، جاز له أن يطلب الثمن الذى دفعه ممن يسترد هذا الشئ، وذلك فى ميعاد الثلاث السنوات المنصوص عليها فى المادة السابقة». وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة، هى المادة ١٠٥٢ فى المشروع النهائى، بعد أن عدلت الفقرة الثانية من هذه المادة على وجه جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٤٩، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٢- ص٥١٥).

(٢) **التقنين المدنى السابق** م١١٥/٨٦: يسقط حق الملك فى الشئ المسروق أو الضائع بمضى ثلاث سنين.

م١١٦/٨٧: كل من اشترى مسروقاً أو ضائعاً فى السوق العام أو ممن يتجر فى مثل ذلك الشئ وهو يعتقد ملكية بائعه له، يكون له الحق فى طلب الثمن الذى دفعه من مالك الشئ الطالب استرداده.

(وأحكام التقنين المدنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد).

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩٢٨ – وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨١ – وفى التقنين المدنى العراقى م١١٦٤(١).

ويخلص من هذا النص أن مالك المنقول، إذا لم يخرج المنقول من حيازته بارادته حيث تطبق القاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة وقد سبق تفصيلها، بل خرج المنقول من حيازته بغير إرادته بأن سرق منه أو ضاع، يعامل معاملة أفضل لأن المنقول انتزع من حيازته بالرغم منه. فيجوز له، أولا، أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه ولم يرده. ويجوز له، ثانيا، أن يسترد هذا المنقول أيضا ممن انتقل المنقول إلى حيازته إذا كان هذا الحائز سئ النية. ويجوز له، أخيرا، أن يسترد المنقول من حائز حسن النية ولكن فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع. ويرجع الحائز حسن النية فى هذه الحالة، إذا رد المنقول إلى مالكه، بالضمان على من يجب عليه الضمان. وإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول فى سوق عمومى أو فى ظروف مشابهة، فانه يستطيع أن يمتنع عن رد المنقول إلى مالكه حتى يعجل له المالك الثمن الذى دفعه. ويرجع المالك فى هذه الحالة الأخيرة على المسئول بالثمن الذى عجله للحائز.

فهذه جملة من المسائل نعرض لها تباعا على الوجه الآتى: (١) من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع. (٢) استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه. (٣) استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سئ النية. (٤) استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية، والمدة التى يسترد فيها، ورجوع الحائز حسن النية بالضمان. (٥) متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه. (٦) رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية.

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٩٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٨١ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٤: استثناء من أحكام المادة السابقة، يجوز لمالك المنقول، إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح، فى خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة.

(ويختلف التقنين العراقى عن التقنين المصرى من وجهين: (١) جعل التقنين العراقى خيانة الأمانة فى حكم الضياع أو السرقة أو الغصب، أما التقنين المصرى فيجرى القاعدة العامة فى حالة خيانة الأمانة، بل إن هذه القاعدة العامة لا تجرى عادة ألا فى هذه الحالة. (٢) لم ينص التقنين العراقى على حق الحائز حسن النية، الذى اشترى المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثله، فى استرداد الثمن من المالك مع حبس المنقول حتى يستوفى منه هذا الثمن، وقد نص التقنين المصرى على ذلك).

٤٥٤- من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع: رأينا[١] أن صدر الفقرة الأولى من المادة ٩٧٧ تنص على أنه «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقده أو سرق منه، أن يسترده...». فالمفروض إذن أن هناك منقولا أو سندا لحامله سرق من مالكه أو ضاع منه، فيكون له الحق فى استرداده. وإذا اطلقنا فيما يلى كلمة «المنقول»، فانها تشمل أيضا السند لحامله[٢].

والمقصود بالسرقة هنا أن تكون سرقة بالمعنى المحدد لها فى القانون الجنائى، فلا تدخل خيانة الأمانة ولا النصب[٣]. فمن أودع منقولا لا شخصا ائتمنه عليه، وباع المودع عنده هذا المنقول لحائز حسن النية فارتكب بذلك جريمة خيانة الأمانة، ملك الحائز المنقول وفقا للقاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة. ولا يجوز للمالك استرداده منه، كما كان يسترده لو أن المنقول قد سرق منه أو ضاع، لأن خيانة الأمانة غير السرقة، بل إن خيانة الأمانة هى المجال المألوف لتطبيق القاعدة العامة فى تملك المنقول بالحيازة[٤]. وكما لا تدخل خيانة الأمانة ضمن السرقة، كذلك لا يدخل النصب كما قدمنا، فلو نصب شخص على آخر، وحصل منه على منقول بطريق الاحتيال. ثم باع هذا المنقول لحائز حسن النية، ملك الحائز المنقول، ولا يجوز للمالك استرداده منه كما كان يسترده لو أن المنقول سرق أو ضاع[٥]. وفيما يتعلق بالسرقة، يعتبر المنقول مسروقا حتى لو كان السارق

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣.

(٢) فإذا كان المنقول أوراقاً نقدية billets de banque أو نقوداً معدنية espèces، وجب أن تتعين ذاتيتها على وجه لا يقبل الشك (نقض فرنسى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٩ داللوز الأسبوعى ١٩٣٠- ٣- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص٣٩٠ هامش ٥).

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٠- وانظر هامش ٩ فى مناقشة الخلاف فى شأن النصب وتغليب الرأى القائل بأن النصب لا يأخذ حكم السرقة بل حكم خيانة الأمانة. وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص٢٢٨- ص٢٢٩- إسماعيل غانم ص١٣٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص٤٤٩- حسن كيرة ص١٢٢.

(٤) استئناف مختلط ٨ أبريل سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣١٢- ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص٨٢- ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٠٥- ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٢٣- ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٦١- ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٩- ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١١- ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م٤٧ ص٢٣١- ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص٦٩- وانظر بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٧ فقرة ٨٩٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٠ ص٣٨٩.

(٥) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م١٢ ص٢١٣- ٨ زبريل سنة ١٩١٤ م٢٦ ص٣١٢- ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م٣٨ ص٤٠٥- ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٢٣- ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٦١- ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٩- ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٦٩- وانظر =

غير معروف، وحتى لو كانت السرقة من السرقات التى يعفى القانون من ارتكبها من العقوبة(١). فلو سرق أحد الزوجين من الزوج الآخر منقولا، أو سرق المنقول الأصل من أحد فروعه أو الفرع من أحد أصوله، فان السارق يعفى من العقاب، ولكن المنقول يبقى معتبرا أنه مسروق فى حكم المادة ٩٧٧ مدنى. وينبنى على ذلك أنه لو باع السارق فى هذه الأحوال المنقول لحائز حسن النية، جاز لمالك المنقول أن يسترده من الحائز، ولا يصح الاعتراض على ذلك بأن السرقة لا عقاب عليها(٢).

ويعتبر المنقول ضائعا، ليس فحسب عندما يفقده صاحبه باهمال مباشر أو غير مباشر، بل أيضا ومن باب أولى عندما يخرج من حيازة صاحبه بقوة قاهرة، كأن يكتسحه فيضان أو يضيع فى زحام أو عقب تفتيش أو عند جلاء اضطرارى عن المكان الذى فيه المنقول(٣). وإذا أرسل المنقول إلى عنوان غير صحيح ففقد، عد ضائعا، سواء كان ذلك بخطأ المرسل أو بخطأ أمين النقل(٤).

والذى يكون له الحق فى استرداد المنقول المسروق أو الضائع على الوجه المتقدم الذكر

=أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٤٩- ص-١٥٠ هامش ٨ و٩ - بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة -٣٩ ص-٣٩.

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص-١٥٠- ص١٥١- بودرى وتيسييه فقرة -٩٠٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة -٣٩ ص-٣٩- ولكن إذا صدر حكم ببراءة المتهم من السرقة، فان المنقول لا يعتبر مسروقاً (باريس ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣-١-٦٨٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة -٣٩ ص-٣٩ هامش ٢- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٦- محمد على عرفة ٢ فقرة -١٢ ص٢١٨- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٩ ص٥٩٧- إسماعيل غانم ص١٣٧- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص٦٩٦- منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص٤٤٨- ص٤٤٩- حسن كيرة ص١٢٢.

(٢) ويلحق بحكم السرقة انتزاع المنقول بالقوة بواسطة قوات مسلحة غير شرعية تابعة لحكومة لم يتم الاعتراف بها دبلوماسيا كحكومة شرعية (السين ١٢ ديسمبر سنة ١٩٢٣ داللوز الأسبوعى ١٩٢٤ ص١٥٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة -٣٩ ص-٣٩).

(٣) أو فى أثناء الحرب (نقض فرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٩ Bull. civil ١٩٤٩- ٣٦٢- مازو فقرة ١٥٥٢)- ولكن لا يعتبر شيئاً ضائعاً حيوان جامح، ومن يكبح جماح حيوان لم تسر عليه أحكام الأشياء الضائعة، وإنما يرجع بدعوى الفضالة على صاحب الحيوان. كذلك لا يعتبر حيواناً ضائعاً الدواجن والحيوانات الأليفة إذا ألفت الرجوع إلى المكان المخصص لها، فمن يستولى عليها فى فترة انطلاقها أو يستدرج حمام الأبراج بطرق تدليسية ليستولى عليها يعد فى حكم السارق (أنظر آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها فى الهامش).

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٤٩- بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٦- وريبير وبيكار ٣ فقرة -٣٩ ص-٣٩- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٥ ص٢٢٩- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٦ ص٦٩٦.

هو مالك هذا المنقول. وكذلك يسترده من كان له حق فيه، كالحائز للمنقول حيازة مقرونة بنية التملك، وصاحب حق الانتفاع فى المنقول، والمرتهن للمنقول رهن حيازة. بل يستطيع أن يسترده الشخص الذى أودع عنده فالتزم بالمحافظة عليه(١)، ويكون استرداد المنقول هنا مماثلا لدعوى استرداد حيازة العقار عندما تعطى هذه الدعوى للحائز العرضى(٢).

٤٥٥- استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه: والأصل أن المسترد يسترد المنقول المسروق أو الضائع من أى شخص يكون هذا المنقول فى يده، ولو كان هذا الشخص حائزا عرضيا، وعلى الحائز العرضى أن يدخل فى الخصومة من يحوز المنقول لحسابه(٣). ولا يمنع استرداد المنقول من تحت يد الحائز، أن يتخلى هذا غشا عن الحيازة لشخص آخر، ليتوقى بذلك استرداد المنقول من تحت يده(٤).

فإذا كان المنقول لا يزال باقيا فى يد من سرقه أو من عثر عليه، جاز استرداده من أى منهما فى أى وقت، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم. ولا يمنع الاسترداد، إلا إذا تملك المنقول السارق أو من عثر عليه بالتقادم المكسب الطويل(٥). فإذا بقى أى من هذين حائزا للمنقول بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحيازة خالية من العيوب، وبخاصة من عيب الخفاء وهو عيب كثيرا ما يشوب حيازة السارق لأن هذا يعمد عادة إلى إخفاء الشئ، فان المنقول يتم تملكه بالتقادم المكسب الطويل ولا يجوز استرداده بعد ذلك.

---

(١) ولا يطلب من المسترد أن يثبت ملكيته للمنقول المسروق أو الضائع، بل يكفى أن يثبت أنه كان حائزاً له وقت السرقة أو الضياع، ويثبت فوق ذلك واقعة السرقة أو الضياع. ويجوز له أن يثبت كل ذلك بجميع طرق الإثبات، ويدخل الإثبات بالبينة أو القرائن، لأنه إنما يثبت وقائع مادية (بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٧). والحكم الجنائى الصادر بالإدانة فى سرقة المنقول له قوة مطلقة، ويكون دليلا كافياً على واقعة السرقة (مازو فقرة ١٥٥٢).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٧- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١- نقض فرنسى ٢٨ مارس سنة ١٨٨٨ داللوز ٨٨-١-٢٥٣.

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص٣٩١- نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ١٧٥-٤٩.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص٣٩١- نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٠-١-٢٠١.

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ - بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٥ ص٧٠٤- ص٧٠٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩١ ص٣٩١.

وفيما يتعلق بالشيء الضائع يجب أن تراعى أحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الخاص بالأشياء أو الحيوانات الضائعة، وقد عرضنا له عند الكلام فى اللقطة أو الأشياء الضائعة(١). ويقضى هذا الأمر بأن من يعثر على شئ أو حيوان ضائع يجب أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة فى المدن وأمام العمد فى القرى، ويسلمه(٢). فإذا احتفظ به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه، فى خلال ثلاثة أيام فى المدن وثمانية أيام فى القرى، حرم من حقه فى العشر وقضى عليه بغرامة لا تزيد على مائة قرش، وهذا هو جزاء عدم التبليغ فقط. لكن إذا ثبت أن من عثر على الشئ الضائع قد احتفظ به بنية تملكه، سواء كانت هذه النية معاصرة لوقت عثوره على الشئ أوجدت بعد ذلك، فانه يكون فى حكم السارق. ويستطيع المالك بدعوى الاستحقاق أن يسترد الشئ منه كما يسترده من السارق على ما قدمنا، ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع، أو حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم(٣). ولكن يستطيع من عثر على الشئ، كما يستطيع السارق، أن يتملك المنقول الضائع بالتقادم المكسب الطويل

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢.

(٢) فإذا لم يطالب به مالكه، بيع الشئ فى خلال سنة من تسليمه أو الحيوان فى خلال عشرة أيام، فى المزاد العلنى بواسطة الإدارة، ويصح تقصير الميعاد الذى يتم بعده البيع إذا كان الشئ الضائع يخشى عليه من التلف. ويكون لمن عثر على الشئ الضائع عشر الثمن، وتحتفظ الإدارة بباقى الثمن لحساب المالك مدة ثلاث سنوات، فإذا لم يتقدم المالك فى خلال هذه المدة لتسلمه فانه يؤول إلى الدولة.

ويستطيع من رسا عليه مزاد المنقول الضائع، إذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق، أن يرد هذه الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت الضياع. فإذا لم تنقض هذه المدة، حق للمالك أن يسترد المنقول الضائع بدعوى الاستحقاق، على أن يرد لمن رسا عليه المزاد الثمن الذى دفعه هذا لأنه اشترى المنقول فى المزاد. ويرجع المالك على جهة الإدارة بباقى الثمن الذى أودع لحسابه، بعد استنزال العشر الذى دفع مكافأة لمن عثر على الشئ الضائع. أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١٢ فى آخرها.

(٣) ولكن يبدو أن من عثر على الشئ الضائع لا يلتزم التزاماً شخصياً برده المنقول إلى صاحبه، لأن واقعة العثور على المنقول الضائع لا ترتب التزاماً شخصياً فى ذمة من عثر هذا المنقول بتسليمه إلا إلى الشرطة، وجزاء هذا الالتزام الغرامة كما قدمنا. وهذا بخلاف السارق، فانه يلتزم التزاماً شخصياً برد المسروق إلى صاحبه، وهذا إلى جانب دعوى الاستحقاق التى يستطيع بها المالك أن يسترد المسروق من تحت يده (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٢). ويذهب رأى آخر إلى من عثر على شئ يلتزم التزاماً شخصياً برده إلى صاحبه، حتى لو لم يحتفظ به بنية تملكه، لأن واقعة العثور على الشئ فى ذاتها ترتب فى ذمته هذا الالتزام (بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٥ ص٧٠٥- ٧٠٦- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٤ ص٢٢٨). ونرى أن واقعة العثور فى ذاتها على المنقول لا ترتب التزاماً شخصياً برده، ولكن إذا احتفظ بالمنقول من عثر عليه بنية تملكه، اعتبر فى حكم السارق وارتكب خطأ نحو المالك، معروفاً كان المالك أو غير معروف، والتزم من عثر على المنقول، كما يلتزم السارق، التزاماً شخصياً برد المنقول إلى صاحبه.

إذا ظل حائزا له مدة خمس عشرة سنة، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها، كما سبق القـول.

٤٥٦ – استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سئ النية: فاذا تصرف فى المنقول من سرقه أو عثر عليه، وكان المتصرف إليه سئ النية، أى يعلم أن المتصرف لا يملك المنقول، علم أو لم يعلم أن المنقول مسروق أو ضائع، فان المالك يستطيع أن يسترد المنقول بدعوى الاستحقاق من هذا الحائز سئ النية، كما كان يسترده ممن سرق المنقول أو ممن عثر عليه فيما قدمنا.

وعلى ذلك يستطيع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سئ النية ولو بعد انقضاء ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، بل ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة لأن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم. ولا يمنع الاسترداد إلا أن يتملك الحائز سئ النية المنقول المسروق أو الضائع بالتقادم المكسب الطويل، بأن يبقى حائزا له خمس عشرة سنة وتكون الحيازة مستوفية لشرائطها(١).

وإذا لم يستطع المالك أن يسترد المنقول من الحائز سئ النية بسبب أن هذا قد تملكه بالتقادم المكسب الطويل، فانه يستطيع أن يرجع بدعوى التعويض على من سرق المنقول أو على من عثر عليه إذا كانت هذه الدعوى لم تسقط بالتقادم(٢).

٤٥٧ – استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية مدة الاسترداد – رجوع الحائز حسن النية بالضمان: بقيت حالة ما إذا كان المنقول المسروق أو الضائع قد تلقاه حائز حسن النية، وهى الحالة التى عرضت لها المادة ١/٩٧٧ مدنى فيما رأينا(٣) إذ تقول: «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله، إذا فقد أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة». وفى هذه الحالة وحدها نخرج عن حدود تطبيق القواعد العامة ولذلك وجب النص كما نرى، فى حين أنه فى الحالتين الأوليين، حالة استرداد المنقول ممن سرقه أو ممن عثر عليه وحاله استرداده من حائز سئ النية، لم نفعل إلا أن طبقنا القواعد العامة. وقد كانت القواعد العامة تقضى، فى الحالة الأخيرة التى نحن بصددها وهى حالة استرداد المنقول من حائز حسن النية، بأن المالك لا يجوز له الاسترداد أصلا، لأن المنقول فى يد حائز حسن النية فتملكه

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٣– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٨.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٤.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣.

بالحيازة. ولكن القانون هنا وازن بين مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية، فوجد المصلحة الأولى فى حاجة إلى شئ من الرعاية. فالمالك، عندما يخرج المنقول من يده باختياره إلى شخص يخون الأمانة فيبيع المنقول لحائز حسن النية، يكون قد أخطأ فى أنه أخرج المنقول من يده باختياره واضعا ثقته فى شخص خان هذه الثقة، ومن ثم لا نحمل الحائز حسن النية خطأ المالك(1)، ونجعل هذا الحائز يتملك المنقول بالحيازة، ونمنع المالك من استرداد المنقول. أما إذا خرج المنقول من يد المالك على غير إرادته، بأن سرق منه أو ضاع، فان المالك لا يكون قد أخطأ. ولذلك يراعى القانون مصلحته إلى حد معين. فيجيز له أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية(١)، وبذلك يضحى مصلحة هذا الأخير ويراعى مصلحة المالك. ولكن يضرب للاسترداد أجلا هو ثلاث سنوات لا يستطيع المالك بعد انقضائها أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز، وبذلك يضحى مصلحة المالك ويراعى مصلحة الحائز حسن النية(٢). وفى هذا توازن عادل بين المصلحتين المتعارضتين، مصلحة المالك ومصلحة الحائز حسن النية.

ويستوى أن يكون الحائز حسن النية قد تلقى المنقول مباشرة ممن سرقه أو ممن عثر عليه، أو تلقاه من حائز أو حائزين متعاقبين تلقوه من أحد هذين. والمهم أن يكون هو حسن النية، ولا يهم أن يكون الحائزون المتعاقبون الذين سبقوه حسنى النية أو سيئ

---

(١) وفى العمل لا يرفع المالك دعوى استحقاق على الحائز، لأن بطء الإجراءات فى هذه الدعوى تسمح للحائز باخفاء المنقول. وإنما يلجأ المالك إلى الحجز التحفظى باعتباره مالكاً للمنقول وهو فى يد الغير، وهذه حالة من الحالات التى يجوز فيها توقيع الحجز التحفظى. وإجراءات الحجز التحفظى سريعة، وتتخذ عادة دون علم الحائز؛ فإذا ما وقع الحجز على المنقول أصبح لا يمكن إخفاؤه، وبعد ذلك ترفع دعوى تثبيت الحجز. وفى هذه الدعوى يثار النزاع من حيث الموضوع، فتحل فى العمل محل دعوى الاستحقاق. أنظر فى ذلك كاربونييه ص٢٦٥ – ص٢٦٦.

(٢) نقض جنائى ١٨ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائى ١٢ رقم ٨٧ ص٤٦٨ – استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١١٩ – ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٤٠٥ – ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٢٤٩ – ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م٤٢ ص٥١٨ – ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م٤٨ ص٦٩.

(1) مؤدى نص المادتين ١٠١، ١٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية أن الأشياء التى تضبط اثناء تحقيق الدعاوى الجنائية ولم تكن فى حيازتها فى ذاتها جريمة ترد إلى من كانت فى حيازته وقت ضبطها سواء كانت هذه الحيازة أصيلة بنية التملك أو حيازة مادية لحساب الغير إلا إذا كانت هذه المضبوطات من الأشياء التى وقعت عليها الجريمة أو المتحصلة منها، فانها ترد إلى من فقد حيازتها بالجريمة، يؤيد هذا النظر ما تقضى به المادة ١٠٤ من قانون الاجراءات الجنائية من أن الأمر برد المضبوطات إلى من ضبطت معه لا يمنع أولى الشأن من المطالبة بحقوقهم أمام المحاكم المدنية.
(جلسة ١٩٧٥/٣/١١ الطعن رقم ٥ لسنة ٤٠ق س٢٦ ص٥٤٥)

النية[1]. ويستوى كذلك أن يكون حائز الحساب نفسه أو حائزا عرضيا لحساب غيره إذا كان هذا الغير حسن النية، وفى هذه الحالة الأخيرة يدخل الحائز العرضى الحائز الأصيل خصما فى الدعوى[2].

والمدة التى يستطيع فيها المالك أن يسترد المنقول المسروق أو الضائع من الحائز حسن النية هى ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع[3]. فليس من الضرورى إذن أن يستمر الحائز حسن النية على حيازته للمنقول المسروق أو الضائع مدة ثلاث سنوات، إذ لسنا هنا فى صدد تقادم مكسب مدته ثلاث سنوات. بل يكفى أن يكون قد انقضى على سرقة المنقول أو ضياعه ثلاث سنوات ليمتنع على المالك الاسترداد، حتى لو كان الحائز حسن النية لم تستمر حيازته للمنقول غير سنة واحدة أو حتى غير يوم واحد[4]. وكما أن مدة الثلاث السنوات ليست مدة تقادم مكسب، كذلك ليست هى مدة تقادم مسقط إذ أن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم، بل هى ميعاد سقوط (délai de déchéance). فهى مدة قد حددها القانون لمالك المنقول المسروق أو الضائع ليرفع فى خلالها دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية. وعلى ذلك تسرى هذه المدة على ناقصى الأهلية والمحجورين، أو حتى لو كان المالك أو ورثته محجورا عليهم لصغر السن أو لغير ذلك من أسباب الحجر، وتسرى عليهم دون أن توقف أو تنقطع[5]. وتسرى من وقت السرقة أو

---

(١) ولا يجوز رفع دعوى الاستحقاق إلا على الحائز، أما من تلقى الحائز المنقول منهم فلا يكونون مسئولين إلا عن التعويض إن كان له محل (بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٨).

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٨٩- نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٤ سيريه ٧٥-١-٤٩.

(٣) المادة ١/٩٧٧ مدنى آنفاً فقرة ٤٥٣ - ومدة ثلاث السنوات هذه هى المدة التقليدية التى كان مأخوذاً بها فى القانون الفرنسى القديم، نقلا عن القانون الرومانى (بودرى وتيسييه فقرة ٨٦٦ ص٨٠٦).

(٤) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠ ص٧٠٩ - نقض فرنسى ٥ ديسمبر سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧-١-٢٠١- وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «فإذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً فإن الحائز لا يملكه، بل تبقى دعوى المالك فى الاسترداد قائمة ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. وليس من الضرورى أن تستمر حيازة المنقول المسروق أو الضائع طول هذه المدة، فقد يضيع المنقول ولا يحوزه أحد مدة سنتين، ثم يجده من يبيعه إلى حائز حسن النية، فيبقى هذا حائزاً سنة واحدة حتى تكمل ثلاث السنوات التى تسقط بها دعوى الاسترداد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٤).

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٣ هامش ١- مازو فقرة ١٥٥٣ ص١٢٤٣- كاربونييه ص٢٥٧- كولان وكاپيتان ودى لاموراندييز ١ فقرة ١٢٢٠ ص٩٩٥- شفيق شحاتة فقرة ٢٢٢ ص٢٣٠- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص٢٢٠- عبد المنعم البدراوى فقرة ٥٤٩ ص٥٩٧- إسماعيل غانم ص١٣٨- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٥٨ - =

الضياع حتى لو لم يعلم المالك بالسرقة أو الضياع، وقد تكتمل المدة قبل أن يعلم ذلك فلا تقبل منه دعوى الاستحقاق بالرغم من عدم علمه. ويقع عبء إثبات أن المنقول مسروق أو ضائع على عاتق المالك الذى يطلب استرداد المنقول، فاذا ادعى الحائز حسن النية أن مدة الثلاث السنوات قد انقضت من وقت السرقة أو الضياع فلا يجوز قبول دعوى الاستحقاق بعد انقضائها، فعلى الحائز عبء إثبات ذلك، ويثبت تبعا لهذا تاريخ السرقة أو الضياع(١).

فإذا انقضت مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يرفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية، فقد أصبحت دعوى الاستحقاق غير مقبولة بعد انقضاء هذه المدة. وعلى ذلك يعود الحائز حسن النية إلى الانتفاع بقاعدة تملك المنقول بالحيازة، فيتملك المنقول المسروق أو الضائع على وجه بات دون أن يكون معرضا لدعوى الاستحقاق(٢). وليس للمالك بعد ذلك أن يرجع بشئ على الحائز حسن النية، وله أن يرجع بدعوى المسئولية على من تتحقق مسئوليته، فيرجع على السارق أو على من عثر على الشئ الضائع ولم يرده وعلى كل حائز سئ النية تلقى المنقول من أحد هذين، وذلك كله إذا كانت دعوى المسئولية لم تسقط بالتقادم.

أما إذا رفع المالك دعوى الاستحقاق على الحائز حسن النية فى خلال مدة الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع، فانه يسترد من هذا الحائز المنقول المسروق أو الضائع(٣)، ولا يستطيع هذا الأخير أن يحتج على المالك بأنه تملك المنقول بالحيازة، ما دام المنقول مسروقا أو ضائعا وما دامت دعوى الاستحقاق قد رفعت على الحائز فى خلال الثلاث السنوات من وقت السرقة أو الضياع. وكل ما يستطيعه الحائز حسن النية فى هذه

=منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٧ ص٤٤٩- حسن كيرة ص١٢٢- وانظر عكس ذلك وأن مدة الثلاث السنوات هى مدة تقادم مسقط ولكنها تسرى ضد المحجورين ولا توقف ولا تنقطع بودرى وتيسييه فقرة ٨٩١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤٠.

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠ ص٧٠٩ هامش ١- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٤١- أنظر عكس ذلك وأن المالك يحمل عبء إثبات السرقة أو الضياع وعبء إثبات عدم انقضاء مدة الثلاث السنوات فى الوقت ذاته محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢١ ص٢٢١.

(٢) بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٠- مازو فقرة ١٥٥٣ ص١٢٤٣ - كاربونييه ص٢٥٧.

(٣) فإذا كان الحائز قد استهلك المنقول دون خطأ من جانبه، فانه لا يكون مسئولا عن قيمته ولا عن دفع أى تعويض (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٥). وهناك رأى يذهب إلى أن الحائز يكون مسئولا طبقا لمبدأ الإثراء بلا سبب فقد اغتنى على حساب المالك (لوران ٣٢ فقرة ٥٨٥). ولكن القانون لم يخول للمالك إلا دعوى الاستحقاق، ولم يرتب فى ذمة الحائز أى التزام شخص، وما دامت دعوى الاستحقاق قد أصبحت مستحيلة باستهلاك المنقول، وما دام لا يوجد أى خطأ فى جانب الحائز، فليس للمالك أن يرجع عليه بشئ (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٥).

الحالة، بعد أن يرد المنقول إلى المالك، هو أن يرجع بدعوى الضمان على من تلقى منه المنقول المسروق أو الضائع(١). وتسرى القواعد المقررة فى دعوى الضمان، ويرجع الحائز حسن النية على من تلقى منه المنقول، سواء كان هذا الأخير سئ النية أو حسن النية، فإذا كان سئ النية كانت مسئوليته أشد. على أن للحائز حسن النية، قبل أن يرد المنقول المسروق أو الضائع إلى المالك، أن يحبس هذا المنقول حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه، وذلك فى حالة استثنائية تنتقل الآن إليها.

٤٥٨- متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع متى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه: تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ مدنى، كما رأينا(٢)، على ما يأتى: «فإذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه». ويخلص من هذا النص أن الحائز حسن النية إذا وجد فى مركز خاص يجعله جديرا بالرعاية، بأن يكون حسن نيته مدعوما بملابسات خارجية تجعله يطمئن إلى أنه اشترى المنقول فى ظروف مألوفة تحمل على الاعتقاد بسلامة التعامل، فان القانون يوليه حماية فعالة، حتى ضد مالك المنقول المسروق أو الضائع. فيجعل له الحق فى أن يحبس المنقول، بعد أن يقضى لصالح المالك فى دعوى الاستحقاق باسترداده، فلا يسلمه الحائز للمالك إلا بعد أن يستوفى منه الثمن الذى دفعه فى شراء هذا المنقول(٣)(1). وبذلك يستوفى حقه قبل أن يسلم المنقول، وعلى المالك الذى وفى الثمن

---

(١) أنظر المادة ٢/٢٢٧٩ مدنى فرنسى - ويحرم الحائز من الرجوع على بائعه بدعوى الضمان، إذا تسبب باهماله فى أن يفوت الفرصة على هذا البائع فى أن يرجع بدوره على من يكون مسئولا قبله (بودرى وتيسييه فقرة ٨٩٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص٣٩٦).

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣.

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٣ ص٧١٦.

(1) النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٦٥ من القانون المدنى على أنه «يُعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدى على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم»، وفى المادة ٩٧٧ على أنه «يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نيه فإذا كان من يوجد الشئ المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سوق أو فى مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشئ أن يعجل له الثمن الذى دفعه» يدل على أن حق حائز الشئ المسروق فى أن يطلب ممن يسترده منه أن يعجل له الثمن الذى دفعه رهين بإن يكون هذا الحائز حسن النية، وأن مناط اعتباره كذلك أن يجهل أنه يعتدى بحيازته على حق الغير وألا يكون جهله هذا ناشئا عن خطأ جسيم، وإلا وجب اعتباره سئ النية وامتنع عليه حق المطالبة بتعجيل ما يكون قد دفعه من ثمن.

(جلسة ١٩٨٦/١٢/١٩ الطعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٣ق)

للحائز أن يرجع به على المستول[1]. والظروف الخارجية التى تبرر معاملة الحائز حسن النية هذه المعاملة الخاصة قد ذكرها القانون على سبيل الحصر، وهى أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو فى مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله(1). فهذه الظروف قد حملت المشرع على أن يعيد النظر فى الموازنة بين مصلحة الحائز حسن النية ومصلحة المالك، فيجعل مصلحة الحائز حسن النية، وقد اشترى المنقول فى ظروف بعيدة عن أية شبهة أو ريبة، هى المصلحة الراجحة، وذلك إمعانا فى حماية استقرار التعامل فى المنقول[2].

فيجب إذن أن يكون الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله. وتعتبر بورصة الأوراق المالية سوقا لشراء السندات لحاملها، وكذلك يعتبر سوقا لشراء هذه السندات دكان الصراف (boutique d'un changeur) إذا باعها الصراف لحائز حسن النية، ولكن الصراف نفسه إذا اشترى السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة فى دكانه لا يعتبر أنه اشتراها فى سوق، ويجوز للمالك استرداد هذه السندات منه فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزما بتعجيل ثمنها له[3]. ويستوى فى المزاد العلنى أن يكون مزادا إجباريا أو مزادا اختياريا[4]، كما يستوى أن يكون مزادا قضائيا أو مزادا إداريا. ولا يعتبر المصرف، إذا

---

(١) وهذه قاعدة تقليدية ترجع فى أصلها إلى القانون الفرنسى القديم (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص٣٩٣ وهامش ٣). أما مصلحة المالك فى أن يعجل الثمن للحائز قبل أن يسترد المنقول، فقد تكون رغبته فى استرداد منقوله بالذات ولو بدفع ثمنه، وقد يكون الثمن الذى يعجله للحائز أقل بكثير من قيمة المنقول كما يحدث فى كثير من الأحيان عندما يبيع السارق المسروق، هذا إلى أن للمالك حق الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز سئ النية تلقى المنقول من أيهما بالثمن الذى عجله وبالتعويض (كاربونييه ص٢٥٧).

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص٣٩٣.

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٨٣ ص١٥٢ هامش ١٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤- كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص٩٩٥- وقارن بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٥- وكذكان الصراف بنك الرهونات، فمن رهن منقولا مسروقاً أو ضائعاً فى بنك الرهونات لا يكون قد رهنه فى سوق، ومن ثم لا يجوز للبنك تقاضى مبلغ القرض من المالك المسترد (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٠ ص٩٩٥).

(٤) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص٢٢٢.

(1) القانون يشترط فى الشخص الذى يتجر فى مثل الشئ المسروق أو الضائع فى معنى الفقرة الثانية من المادة ٩٧٧ من القانون المدنى، أن يتجر فيه حقيقة ولا يكفى أن يظهر البائع بمظهر التاجر أو يعتقد المشترى أنه يتعامل مع تاجر.

(جلسة ١٩٥٥/١/١١ الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٢٤ق)

باع سندات لحاملها مسروقة أو ضائعة، ممن يتجر فى مثل هذه الأشياء(١)، إلا إذا كانت هذه السندات أذونات على الخزانة العامة(٢).

فإذا كان الحائز حسن النية قد اشترى المنقول المسروق أو الضائع من سوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله، كان للمالك مع ذلك أن يسترد المنقول بدعوى استحقاق يرفعها على الحائز فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع كما قدمنا، ولكنه لا يستطيع أن يجبر الحائز على تسليم المنقول إليه إلا إذا عجل له الثمن الذى دفعه. والمقصود بالثمن هنا هو المبلغ الذى دفعه الحائز لشراء المنقول، فيدخل الثمن الأصلى للمنقول والمصروفات التى أنفقها الحائز فى شرائه، بل يدخل أيضاً وفقا لنص المادة ١/٩٨٠ مدنى المصروفات الضرورية التى انفقها الحائز على المنقول، وتسرى فى شأن المصروفات النافعة والمصروفات الكمالية أحكام المادة ٢/٩٨٠ و٣ مدنى، ولا يتقاضى الحائز فوائد على هذه المبالغ لأنه انتفع بالمنقول(٣). وواضح من عبارة «يعجل له الثمن الذى دفعه»، وهى العبارة الواردة فى آخر المادة ٢/٩٧٧ مدنى(٤). أن الحائز لا يسلم المنقول للمالك إلا إذا استوفى منه الثمن على النحو المتقدم، أى أن له أن يحبس المنقول فى يده حتى يستوفى الثمن(٥)، وليس فى هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى الحق فى الحبس(٦).

---

(١) ولكن سمسار البورصة يعتبر كذلك، وقد قضى بأن من يشترى سندات مسروقة من سمسار فى البورصة له أن يطلب استرداد الثمن الذى دفعه (استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م١٤ ص٥٥– ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٣٣٦ ص٢١٤). وانظر فى هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص٢٢٣.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٤ ص٣٩٤– وإذا اعتقد الحائز حسن النية أنه اشترى المنقول ممن يتجر فى مثله، ثم اتضح أن البائع ليس فى الواقع من الأمر ممن يتجر فى مثل المنقول المبيع، فالعبرة بالواقع لا بما اعتقده الحائز. ومن ثم لا يعتبر أنه اشترى المنقول ممن يتجر فى مثله بالرغم من أنه كان يعتقد ذلك، فيجوز للمالك أن يسترد منه المنقول فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع دون أن يكون ملزماً بتعجيل الثمن (أنظر فى هذا المعنى بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٣ مكررة – أميان ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ داللوز ٩٦–٢–٤٦٨). وقد قضى بأن الحائز الذى اشترى براميل من وكيل مصنع جعة لا يبيع إلا الجعة ولا يبيع هذا الصنف من البراميل ليس له أن يطالب برد الثمن الذى دفعه (استئناف مختلط ٧ مارس سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٢٢٣).

(٣) بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٦.

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٤٥٣.

(٥) فإذا لم يحبس الحائز المنقول وسلمه للمالك، فانه يفقد ضمان الحبس، ولكنه لا يفقد الحق فى استيفاء الثمن من المالك (مازو فقرة ١٥٥٧).

(٦) وغنى عن البيان أنه إذا كان المنقول المسروق أو الضائع من الأموال العامة، فانه لا يقبل التملك بالحيازة. ومن ثم إذا اشترى حائز حسن النية هذا المنقول فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى =

ويعامل الدائن المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع معاملة مالك المنقول فى كل ما قدمناه. وقد نصت المادة ١١١٨ مدنى على أن «١- الأحكام المتعلقة بالآثار التى تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التى لحاملها تسرى على رهن المنقول. ٢- وبوجه خاص يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن، ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشئ المرهون ...»(١). وعلى ذلك إذا رهن غير المالك المنقول لمرتهن رهن حيازة حسن النية يعتقد أن الراهن هو مالك المنقول، فان للدائن المرتهن أن يتمسك بهذا الرهن وأن يحتج به على مالك المنقول. فإذا كان المنقول مسروقا أو ضائعا، واسترده المالك فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، فانه يسترده خاليا من حق الرهن بالرغم من أن الدائن المرتهن حسن النية. فإذا كان الدائن المرتهن قد ارتهن المنقول من شخص يتعامل فى مثل المنقول، فليس للمالك أن يسترد المنقول خاليا من الرهن إلا بعد أن يعجل للدائن المرتهن الدين الذى له المضمون بالرهن وما يتبع هذا الدين من مصروفات وفوائد، بعد استنزال ما يقابل المدة الباقية لحلول الدين من الفوائد بالسعر القانونى أو بالسعر الاتفاقى بحسب الأحوال(٢).

=مثله، فانه لا يتملكه بالحيازة، وكذلك لا يستطيع أن يطالب بالثمن الذى دفعه (بودرى وتيسييه فقرة ٩١٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٦ ص٣٩٤ - ص٣٩٥).

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٢- أنظر فى امتياز المؤجر المادة ٢/١١٤٣ و٤ مدنى وتنص على ما يأتى: «٢- ويثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة 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 ... ٤- 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 المشترى» (أنظر فى معنى الفقرة الرابعة المادة ٢/٢٢٨٠ مدنى فرنسى التى أضيفت بقانون ١١ يوليه سنة ١٨٩٢)- وانظر أيضاً نصاً مماثلا فى امتياز صاحب الفندق المادة ٢/١١٤٤ مدنى مصرى).

(٢) محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٥٧- وقارن محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٢ ص٢٢٢- أما فى فرنسا فلا يوجد نص مقابل للمادة ١١١٨ مدنى مصرى، فعمد القضاء الفرنسى إلى تطبيق قاعدة تملك المنقول بالحيازة على المرتهن رهن الحيازة، ولكنه لا يطبق عليه المادة ٢٢٨٠ مدنى فرنسى المتعلقة بوجوب رد الثمن إذا كان الشراء فى سوق أو مزاد علنى أو ممن يتجر فى مثل المنقول (نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٨٩٨ سيريه ٩٨-١-٤٨١). وينتقد الفقه الفرنسى القضاء لأنه وقف فى منتصف الطريق، فلا هو امتنع عن تطبيق القاعدة على الدائن المرتهن رهن حيازة، ولا هو طبقها عليه تطبيقاً كاملا (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٨ مكررة وتعليقه فى سيريه ٩٨-١-٤٨١- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٥- وقارن مازو فقرة ١٥٥٦).

٤٥٩- رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية: وإذا عجل المالك للحائز حسن النية الثمن على النحو الذى قدمناه، فانه يرجع بما عجله على سارق المنقول أو على من عثر على المنقول، وذلك على سبيل التعويض عن الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه هذان الأخيران. وليس له أن يرجع على من تلقى المنقول من سارقه أو ممن عثر عليه، أو من حائز تال له، إلا إذا أثبت سوء نيته أو أثبت فى جانبه خطأ، وذلك وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية. فإذا باع سارق المنقول مثلا المنقول لمشتر سئ النية، ثم باع المشترى المنقول لحائز حسن النية فى سوق أو فى مزاد علنى أو كان المشترى يتجر فى مثل هذا المنقول، فان مالك المنقول يجب، قبل أن يسترد المنقول، أن يعجل الثمن للحائز حسن النية. ثم يرجع بما عجله على السارق، وكذلك يجوز له أن يرجع به على المشترى الأول سئ النية الذى اشترى المنقول من السارق وباعه للحائز حسن النية وقبض منه الثمن(١) وهو لا يرجع على هذا المشترى الأول إلا على أساس الخطأ التقصيرى الذى ارتكبه بسوء نيته(٢).

وقد يقع أن سارق المنقول مثلا يبيعه لحائز حسن النية فى سوق أو مزاد علنى أو يكون السارق ممن يتجر فى مثل هذا المنقول، ثم يبيعه الحائز حسن النية لمشتر ثان حسن النية أيضا ولكنه لا يشترى فى الظروف التى تسوغ أن يطلب تعجيل الثمن. ففى هذه الحالة يرفع المالك دعوى الاستحقاق على المشترى الثانى، فلا يكون لهذا الأخير أن يطلب تعجيل الثمن إذ ليس له حق فى ذلك. ولكنه إذا أدخل المشترى الأول خصما ضامنا فى الدعوى، وجب على المالك أن يعجل الثمن لهذا المشترى الأول، ولا يعجل إلا الثمن الذى دفعه المشترى الأول للسارق إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الذى دفعه المشترى الثانى

---

(١) وهذا ما قصدت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما ذكرت أن المالك يرجع على من قبض الثمن، فهى تقول: «على أن هذه الدعوى إذا رفعت فى الميعاد ضد حائز اشترى من سوق عمومية أو من مزاد علنى أو من شخص يتجر فى مثل هذا المنقول، جاز للحائز ألا يرد الشئ حتى يسترد الثمن الذى دفعه، ويرجع المالك على من قبض هذا الثمن» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٤- ص٥١٥).

(٢) فلا يرجع عليه، لا على أساس أنه وفى عنه دينه للحائز حسن النية فحل محله فيه لأن المشترى سئ النية لا يلتزم نحو الحائز حسن النية برد الثمن، ولا على أساس أنه يرجع عليه كما كان يرجع عليه الحائز حسن النية إلا إذا كان ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة (أنظر بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٧ - بلانيول ريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٧ ص٥٩٦- مازو فقرة ١٥٥٨- نقض فرنسى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ٣١-١-٣٢٩- ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٦ جازيت دى باليه ١٩٥٧-١-١٧٠- وانظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٢٣ ص٢٢٦- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٦٣ ص٧٠٠).

للمشترى الأول(١). ثم يرجع المالك على السارق بما عجله من الثمن(٢).

---

(١) بودرى وتيسييه فقرة ٩٠٨.

(٢) هذا وقد صدر فى فرنسا قانون ١٥ يونيه سنة ١٨٧٢ المعدل بقانون ٨ فبراير سنة ١٩٠٢، يضع نظاماً خاصاً يحمى مالك السندات لحاملها إذا فقدها أو سرقت منه. فيمتنع تداول هذه السندات، ويستطيع المالك أن يستردها حتى من الحائز حسن النية دون أن يعجل له الثمن، ويتمكن من قبض فوائد هذه السندات ومن قبض رأس المال، بل ومن الحصول على نسخة أخرى من السند بدلا من السند الذى ضاع أو سرق. أنظر فى هذا القانون بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٩٩- فقرة ٤١١. ولا يوجد فى مصر تشريع مقابل لهذا التشريع، فتخضع السندات لحاملها المسروقة أو الضائعة للقواعد العامة التى سبق تفصيلها، ولأحكام الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ والخاص بالأشياء والحيوانات الضائعة (أنظر آنفاً فقرة ٤٥٥). وانظر استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص٣٧٥- ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ م٤٤ ص٢٣٧- ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص١١١.

وقد صدر أمر عال فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ خاص بالبيوت المالية التى تقرض نقوداً على رهونات (maisons de rrét sur gage) (المعدل بمرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨). وتقضى المادة الأولى منه بعدم جواز إنشاء بيت مالى لتسليف النقود على رهونات بغير إذن الحكومة، وتنظم المواد التالية كيف تصدر الرخصة لبيت التسليف وكيف يجرى القرض وميعاده وشروطه وفوائده وكيف يرد وما إلى ذلك. ثم تنص المادة ١٢ على أنه «إذا حصلت المطالبة برد الشئ المرهون بسبب السرقة أو بأى سبب آخر، وجب على المالك إجراء ما يأتى: أولا- أن يثبت بالطرق القانونية حقه فى الملكية. ثانياً- أن يدفع المبلغ المطلوب من رأس مال وفوائد، ما لم يكن بلغ المسلف وقت التسليف بأن الشئ المرهون لم يكن ملكاً للسلف أو أنه لم يكن جائزاً للمستلف رهنه». وقد قضت محكمة النقض الجنائية بأن التصرف فى الشئ المنقول برهنه رهن حيازة لا يجوز إلا من مالك هذا الشئ. فليس إذن للدائن المرتهن لمنقول أن يرهنه باسمه ضمانا لدين عليه، فان فعل فلا يحتج بالعقد على المالك الحقيقى. غير أنه إن كان هذا المرتهن الأخير حسن النية وقت العقد، أى معتقداً صحة ملكية من تعاقد معه، ففى هذه الحالة يكون على المالك الذى يطالب برد ملكه أن يوفى هذا المرتهن بكل المستحق له من الدين المضمون بالرهن. وأما إذا كان سئ النية، فان الرهن لا يكسبه من الحقوق قبل مالك الشئ المرهون أكثر مما لمدينه الذى تعاقد معه، فلا يلزم المالك إلا بأن يؤدى له قيمة الدين المطلوب منه لدائنه هو والذى يخول المرتهن حبس المرهون حتى الوفاء. ولم يعين القانون طريقة لإثبات سوء نية المرتهن المتعاقد مع غير مالك، بل ترك ذلك للقواعد العامة التى تتيح فى هذه الحالة الإثبات بجميع طرق الإثبات القانونية. تلك هى الأحكام التى تمليها القواعد القانونية العامة بشأن رهن المرتهن للشئ المرهون لديه، والتى تضمنتها المادة ١٢ من لائحة البيوت المالية للتسليف على رهون (نقض جنائى ٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧١ ص٩٠٥). وانظر استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٩٢٨ م٤٠ ص٣٩٥- محمد كامل مرسى ٤ فقرة ٤٧٥ - فقرة ٤٧٧ وكتابه فى التأمينات العينية فقرة ٣٥٩ - هذا وهناك مشروع بقانون قدم إلى مجلس الشعب بالغاء بيوت التسليف على رهونات وإحالة أعمالها على بنوك الائتمان وتنظيم عملية تصفية بيوت التسليف الحالية .

المطلب الثالث

كسب ملكية الثمار

٤٦٠ – نصوص قانونية: تنص المادة ٩٧٨ مدنى على ما يأتى:

«١ – 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 يوما فيوما».

وتنص المادة ٩٧٩ مدنى على ما يأتى:

«يكون الحائز سئ النية مسئولا وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار»(١).

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٠٧/١٤٦(٢).

---

(١) **تاريخ النصوص: م٩٧٨**: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا أن صدر الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى: «وتعتبر الثمار، طبيعية كانت أو استحدثتها يد الإنسان مقبوضة من يوم نقلها...». ووافقت لجنة المراجعة، تحت رقم ١٠٥٣ فى المشروع النهائى، على النص، بعد تعديل صدر الفقرة الثانية على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٥٠، ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٦ ص٥١٧).

م٩٧٩: ورد هذا النص فى المادة ١٤٣١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٥٤ فى المشروع النهائى. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥١، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٧ – ص٥١٨).

(٢) **التقنين المدنى السابق**: م٢٠٧/١٤٦: فإذا أخذ ذلك الشئ مع علمه بعدم استحقاقه له، كان مسئولا عن فقده، وملزماً بفوائده وريعه. والتقنين المدنى السابق يورد قاعدة تملك الحائز للثمار، على أهميتها، بطريقة عرضية محضة، فى مكان يصعب تصور وجودها فيه، وعن طريق الاستنتاج العكسى. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وهذه الأحكام الهامة التى يوردها المشرع فى وضوح تام تراها فى التقنين الحالى (السابق) مخفية فى ثنايا النصوص، تستخلص عن طريق الاستنتاج العكسى فى موضع لا يتصور أن يكون من نطاق وجودها. فالمادة ٢٠٧/١٤٦، وهى تستعرض الحكم فيما إذا أخذ شخص شيئاً ليس له وهو يعلم ذلك، تنص على أنه يكون «مسئولا عن فقده وملزماً بفوائده وريعه». وقد استخلص من هذا النص أن الحائز إذا كان سئ النية يكون مسئولا عن الفوائد والريع، أى عن الثمار. فيستنتج من مفهوم المخالفة أنه إذا كان حسن النية لا يسأل عن =

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى السورى م٩٢٩- ٩٣٠- وفى التقنين المدنى الليبى م٩٨٢ - ٩٨٣- وفى التقنين المدنى العراقى م١١٦٥- ١١٦٦(١).

ويخلص من هذه النصوص أن الحائز يتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية فانه لا يتملكها، بل يجب أن يردها للمالك بعد أن يسترد منه ما أنفقه فى إنتاجها. وعلى ذلك نبحث الحالتين الآتيتين: (١) تملك الحائز للثمار. (٢) عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك.

١- تملك الحائز للثمار

٤٦١- المسائل التى تبحث: المفروض هنا أن الحائز لم يتملك أصل العين لا بالتقادم ولا بالحيازة فى المنقول ولا بأى سبب من أسباب كسب الملكية، ويطالبه المالك برد العين التى يحوزها(٢). فنبحث أولا الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين. ونبحث بعد ذلك، إذا ما رد الحائز العين إلى المالك، ما هى الشروط التى إذا هى توافرت تملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك. ثم نبحث كيف يتملك الحائز الثمار إذا توافرت شروط تملكها. ونبحث أخيرا الأساس القانونى لتملك الحائز للثمار.

=الثمار، ويخلص من كل ذلك أن الحائز حسن النية يملك الثمار بقبضها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٨). وقد أقر القضاء هذا الحكم فى عهد التقنين المدنى السابق (استئناف وطنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص١٩٣- ١٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩- ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص٧٨٤ - استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م٢٥ ص٣٣٠- ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م٢٠ ص٨٢).

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدنى السورى** م٩٢٩- ٩٣٠ (مطابق).

التقنين المدنى الليبى م٩٨٢- ٩٨٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م١١٦٥: يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته.

م١١٦٦: يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار.

(وأحكام التقنين العراقى تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى).

(٢) أما إذا كان الحائز قد تملك العين بالتقادم، فان الأثر الرجعى للتقادم يجعله يملك الثمار من وقت بدء الحيازة، إذ يصبح مالكا من هذا الوقت. ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية، فانه يملك الثمار لا بالحيازة، ولكن باعتباره مالكاً لأصل العين بأثر رجعى مند بدء الحيازة (مازو فقرة ١٥٦٦).

٤٦٢ – الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين: الدعوى المألوفة التى يطالب بها المالك الحائز برد العين التى يحوزها هى دعوى الاستحقاق. والمفروض هنا أن الحائز قد استولى على عين غير مملوكة له بنية تملكها، إما بأن يتلقاها من غير المالك أو بأن يستولى عليها دون سند، أى سواء كان حسن النية أو سيء النية. فان كانت العين منقولا وكان الحائز حسن النية، فقد رأينا أنه يتملك المنقول بمجرد الحيازة على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم، فلا يكون هناك مجال للمالك لا لاسترداد العين ولا لاسترداد ثمارها(١). أما إذا كانت العين عقارا، أو كانت منقولا ولكن الحائز كان سيء النية، فان العين تبقى على ملكية مالكها ما لم يتملكها الحائز بالتقادم القصير فى العقار أو بالتقادم الطويل فى كل من العقار والمنقول. فإذا لم يتملكها الحائز بالتقادم، فان المالك يستردها منه. وهنا تثار مسألة الثمار، وهل يتملكها الحائز أو لا يتملكها.

وليست دعوى الاستحقاق هى الدعوى الوحيدة التى تثار فيها مسألة الثمار، وإن كانت هى الدعوى المألوفة كما قدمنا. فكثيرا ما تثار مسألة الثمار فى الدعوى الشخصية باسترداد ما دفع دون حق، وتنص المادة ١٨٥ مدنى فى هذا الصدد على أنه «١– إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم. ٢– أما إذا كان سيء النية، فانه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها، من الشيء الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية. ٣– وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى».

كذلك تثار مسألة الثمار فيما إذا تلقى الحائز من المالك ملكية العين بعقد باطل أو قابل للإبطال أو قابل للنقض للغبن أو قابل للفسخ أو معلق على شرط فاسخ. فإذا ما اتضح بطلان العقد، أو أبطل، أو نقض للغبن، أو فسخ، أو تحقق الشرط الفسخ(٢)، فان العقد لا

---

(١) على أن هناك حالات لا يتملك فيها الحائز المنقول، ومع ذلك يتملك الثمار بالقبض. من ذلك أن يكون الحائز الأصلى سيء النية ويرثه شخص حسن النية، ويقبض هذا الثمار وهو حسن النية فيتملكها بالقبض، ولكنه لا يتملك أصل العين بالحيازة لأن مورثه كان سيء النية. ومن ذلك أيضاً أن يكون الحائز حسن النية ولكن المنقول يكون مسروقاً أو ضائعاً، فيجوز للمالك أن يسترده فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع، ولكنه لا يسترد ما قبضه الحائز وهو حسن النية من الثمار. انظر فى ذلك مازو فقرة ١٥٦٩.

(٢) انظر فى تحقق الشرط الفاسخ بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٧٩٨ – بودرى وشوفو فقرة ٣٠٣ (ويستند عدم جواز استرداد الثمار إلى أن قبضها يعد من أعمال الإدارة التى لا تتأثر بالأثر الرجعى للفسخ). شفيق شحاتة فقرة ٨٥ ص١١١.

يكون له وجود بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن. ومن ثم يسترد المالك العين من الحائز، وهنا تثار مسألة الثمار، وهل يتملكها الحائز من وقت أن حاز العين إلى وقت ردها إلى المالك أو لا يتملكها(١).

ونرى من ذلك أن تملك الثمار يختلف عن تملك العقار بالتقادم القصير وتملك المنقول بالحيازة. ففي الحالتين الأخيرتين رأينا الحائز يتلقى العين من غير المالك، وهو يعتقد بحسن نية أنه يتلقاها من المالك. أما في الحالة الأولى، وهي حالة تملك الثمار، فقد يتلقى الحائز العين من غير المالك ثم يستردها منه المالك مع الثمار أو بغيرها، أو يتلقاها من المالك نفسه بعقد معيب يزول بأثر رجعي فيسترد المالك العين مع الثمار أيضا أو بغيرها.

٤٦٣- الشروط الواجب توافرها حتى يتملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك: المفروض أن الحائز قد حاز العين بنية تملكها فتوافر في الحيازة عنصراها المادي والمعنوي، وأن الحيازة خالية من العيوب، وقد تقدم الكلام في ذلك. وحتى يتمسك الحائز بتملكه الثمار بقبضها، فلا يردها إلى المالك، في دعوى من الدعاوى التي يطالب فيها المالك الحائز برد العين والتي تقدم ذكرها، يجب أن يكون الحائز حسن النية، ولكن ليس من الواجب أن يكون لديه سبب صحيح. وقد رأينا(٢) الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مدني تقول: «يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية». ولم يذكر النص السبب الصحيح شرطا لتملك الثمار، كما ذكره في تملك العقار بالتقادم المكسب القصير(٣)، وكما ذكره في تملك المنقول بالحيازة(٤).

ونلاحظ منذ الآن تدرج التقنين المدني المصري في اشتراط السبب الصحيح. فهو يتطلبه شرطا مستقلا عن حسن النية، ويلقي عبء إثباته على الحائز، في التقادم المكسب القصير. ويتطلبه كذلك شرطا مستقلا عن حسن النية، ولكن يفترضه ويلقي عبء إثبات

---

(١) أنظر أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٧٦- بودري وشوفو فقرة ٢٩٨- فقرة ٣٠٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨١. مارتي ورينو فقرة ٤٤ ص٥٣- ص٥٤- وقد يرد نص خاص في حالات معينة، فتسري الأحكام التي وردت في هذا النص (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٣، وبوردون النصوص الآتية في التقنين المدني الفرنسي: المواد ٨٥٦ و٩٢٨ و٩٥٨ و٩٦٢ و١٩٨٢ من هذا التقنين).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.

(٣) م٩٦٩ مدني آنفاً فقرة ٤١٧.

(٤) م٩٧٦ مدني آنفاً فقرة ٤٣٥.

العكس على المالك، فى تملك المنقول بالحيازة. ولا يتطلبه أصلا، ويكتفى بشرط حسن النية، فى تملك الثمار(1).

ونتكلم الآن فى اشتراط حسن النية، ثم نتكلم فى عدم اشتراط السبب الصحيح.

٤٦٤ - اشتراط حسن النية: حسن النية هنا يختلف معناه عن المعنى الذى ذكرناه فى التقادم المكسب القصير وفى تملك المنقول بالحيازة. ففى هاتين الحالتين الأخيرتين ذكرنا أن حسن النية هو جهل الحائز بأنه تعامل مع غير المالك، أما علمه بالعيوب الأخرى التى تشوب السند الذى تلقى به العين من غير المالك فلا يؤثر فى حسن نيته. فقد يكون عالما بأن هذا السند قابل للإبطال أو قابل للنقض، ومع ذلك يبقى حسن النية ما دام يعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك لها. أما هنا، فى تملك الثمار، فحسن النية معناه جهل الحائز بعيوب سنده جميعا، أيا كانت هذه العيوب. فقد يكون تعامل مع غير المالك، فإذا جهل ذلك واعتقد أن من تلقى منه العين هو المالك، فهو حسن النية(١)، إذا لم يكن السند تشوبه عيوب أخرى. فان كانت عيوب أخرى تشوبه، وجب أن يكون جاهلا لهذه العيوب أيضا حتى يكون حسن النية. وإذا كان قد تعامل مع المالك، وكان سنده مشوبا بعيب، كأن كان باطلا أو قابلا للإبطال أو قابلا للنقض، وجب أن يكون جاهلا بالعيب حتى يكون حسن النية. فحسن النية فى تملك الثمار معناه إذن أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت هذه الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبه، وأن ملكية العين قد انتقلت

---

(١) ولا يعتبر الحائز سيء النية حتما لمجرد أن من تعامل معه قد اشترط عليه عدم ضمان الاستحقاق، لقد يكون حسن النية بالرغم من وجود هذا الشرط (ديمولومب ٩ فقرة ٣-٦- بودرى وشوفو فقرة ٣٠٥ ص٢١٧). ومن وضع يده على عقار بموجب حكم صدر لصالحه يمكن أن يعتبر وضع يده بنية حسنة حتى فى حالة معارضة واضع اليد المنتزع منه العقار فى تسليمه عند التنفيذ (استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ٢-١٩ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ ص١٦٥).

(1) النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ من القانون المدنى على أن «يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية» يدل على أن مناط كسب الحائز ملكية الثمار أن يكون حسن النية وقت قبضه إياها فإذا اثبت المالك أن الحائز كان يعلم فى أى وقت بعيوب سند حيازته، أو أثبت أنه اعلنه بدعوى بأحقيته أو باسترداده للعين أو ثمارها لم يتملك الحائز الثمار التى يقبضها من وقت علمه بتلك العيوب أو اعلانه بهذه الدعوى إذ يعتبر من هذا الوقت سيء النية، لما كان ذلك، وكان الحكم الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ قد أقام قضاءه برفض طلب إلزام الحائز بالتعويض على أنه كان حسن النية عند إقامته للطابقين محل النزاع لاعتقاده بأن له الحق فى إقامتها استنادا إلى العقد الصادر له - المالك - فان الحكم المطعون فيه إذ قضى مع ذلك بإلزامه بالريع منذ حصول البيع إليه حتى تاريخ الحكم دون التحقق من تاريخ انقطاع حسن النية أو اعلانه بدعوى أحقية المالك أو استرداده للعين أو ثمارها، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٨٨/١/١٢ الطعن رقم ١٦٧٢ لسنة ٥٤ق)

إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا، فأصبح هو المالك للعين، وتبعا لذلك أصبح مالكا للثمار(١)(1).

ولا أهمية للسبب الذى يعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه. فقد يكون هذا السبب تصرفا ناقلا للملكية، كبيع أو وصية، صادرا من غير مالك أو صادرا من المالك. وقد يكون السبب واقعة مادية كالميراث، سواء كان الحائز وارثا فعلا(٢) أو غير وارث ما دام يعتقد أنه وارث. بل قد يكون السبب هو الاستيلاء، وهو سبب يكسب الملكية ابتداء ولا ينقلها. فإذا استولى شخص على مال اعتقد أنه مباح لا مالك له وأنه قد تملكه بالاستيلاء، ثم تبين أن المال له مالك، واسترده المالك من الحائز، جاز لهذا الأخير أن يتمسك بحسن نيته لتملك الثمار. فالمهم إذا كما قدمنا أن يعتقد الحائز أنه يملك العين التى أنتجت الثمار بأى سبب من أسباب كسب الملكية، وأن يعتقد أن هذه الملكية لا شائبة فيها، حتى يكون حسن النية فيتملك الثمار بالقبض.

ولما كان المفروض أن الحائز لم يملك العين التى أنتجت الثمار، فلابد أن يكون قد وقع فى غلط وهو يعتقد أنه ملكها. ولابد أن يكون هذا الغلط مغتفرا (excusable)، فالغلط غير المغتفر (inexecusable) ينفى حسن النية. ويستوى أن يكون الغلط غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون(٢)، ما لم يكن الغلط فى القانون متعلقا بمسألة تعتبر من النظام

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٧٧- ص٣٧٨- مازو فقرة ١٥٧٠- نقض فرنسى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٦٤ سيريه ٦٥-١-١٨- ولا ينفى حسن النية أن يعلم الحائز أن السند الذى يتملك بموجبه العين فى حاجة إلى تصديق المحكمة لأنه صادر من وصى على القاصر، إذ اعتقد أن هذا التصديق سيصدر حتما من المحكمة لأن العقد فى مصلحة القاصر (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ وهامش ١٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص١٨٦).

(٢) ولكن عليه أن يرد الثمار التى قبضها مورثه قبله إذا كان المورث سئ النية، على أن يكون ذلك فى حدود نصيب الوارث فى التركة (شفيق شحاتة فقرة ٨٧). وسيأتى بيان ذلك

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٢١٠ ص٢١٩.

(1) الحائز - وعلى ما جرى به نص المادة ٩٧٨ من القانون المدنى - يتملك الثمار بقبضها إذا كان حسن النية بأن يعتقد أنه يملك العين التى أنتجت الثمار ملكا صحيحا لا تشوبه شائبة وأن ملكية العين قد انتقلت إليه من مالكها انتقالا صحيحا باتا، وكان من المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن حسن النية مفترض دائما لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ألزم الطاعنين باداء ريع الحصة محل النزاع للمطعون ضدها الأولى المالكة عن مدة وضع يدهم ومورثهم عليها بموجب العقد الصادر لهم من مورث المطعون ضدهم من الثانية للأخيرة ودون أن يستظهر سوء نيتهم وقت قبضهم للثمار، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه نقضا جزئيا فى هذا الخصوص.

(جلسة ١٩٨٧/١/١٩ الطعن رقم ١٠٦١ لسنة ٥١ق)

العام، فعند ذلك يكون الغلط غلطا غير مغتفر وينفى حسن النية(١).

ويجب أن يتوافر حسن النية على الوجه الذى بيناه فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار، فاذا توالى قبضه للثمار وجب أن يكون حسن النية فى كل مرة يقبض الثمار فيها(٢). وعلى ذلك إذا تلقى الحائز العين من مورثه، وكان المورث سئ النية والوارث حسن النية، لم يؤثر سوء نية المورث فى حسن نية الوارث. ويتملك الوارث الثمار التى يقبضها بعد موت المورث، ما دام حسن النية وقت قبضها(٣). أما الثمار التى قبضها المورث وهو سئ النية، فهذه يجب ردها للمالك. وإذا لم تكن قد ردت فى حياة المورث كانت دينا على التركة، ولم تخلص التركة للوارث إلا بعد وفاء هذا الدين. وإذا فرضنا العكس وكان المورث حسن النية والوارث سئ النية. فهنا أيضا لا يؤثر حسن نية الوارث. ويتملك المورث الثمار التى يكون قد قبضها ما دام أنه كان حسن النية وقت قبضها، ولا يتملك الوارث الثمار التى يقبضها إذ أنه سئ النية(٤).

والمفروض أن الحائز حسن النية حتى يثبت المالك سوء نيته، إذ أن حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس (م٩٦٥/٣ مدنى)(٥). فإذا كان السند الذى تلقى به الحائز العين يشوبه عيب، لم يكلف الحائز إثبات أنه كان يجهل هذا العيب وقت قبض الثمار، بل على المالك إذا أراد استرداد الثمار أن يثبت هو أن الحائز كان عالما بالعيب وقت القبض. وإذا قضى للمالك بالثمار، وجب أن يذكر الحكم صراحة أن الحائز كان سئ النية

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٧٨- ص٣٧٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص١٨٦- اسماعيل غانم ص١٤١.

(٢) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢٦١- ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م١٣ ص٤٦- ٣٠ مايو سنة ١٩٠٣ م١٥ ص٣٣٠- ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص١٢٢- ١٢ يونيه سنة ١٩٤٦ م٥٩ ص١٩- استئناف وطنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٤١ ص١٦٥- ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧ ص٧٩- شفيق شحاته فقرة ٨٧ ص١١٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٤ ص١٩٤- عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨ ص٣٧- ص٣٨.

فإذا قبض الحائز الثمار مرة وهو حسن النية تملكها، ولا يهم بعد ذلك أن يصبح سئ النية فسوء النية اللاحق لا يؤثر فى تملكه الثمار التى قبضها وهو حسن النية، وإنما يمنعه من تملك الثمار التى يقبضها بعد ذلك وهو سئ النية (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٣- مازو فقرة ١٥٧٠ ص١٢٥٥)

(٣) محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٤ ص١٩٤.

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨١ هامش ٢٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٦ ص١٨٧.

(٥) أنظر عكس ذلك وأن على الحائز أن يثبت حسن نيته بودرى وشوفو فقرة ٣١١.

وقت قبضه إياها(١)(1). وإذا تقدم المالك لإثبات سوء نية الحائز، جاز له أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، لأن سوء النية واقعة مادية فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن(٢)(2). وقد

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص١٨٨- نقض فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ -١ -٢٥٤- ويذهب رأى فى الفقه الفرنسى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص١٨٨- وانظر أيضاً فى الفقه المصرى شفيق شحاته فقرة ٨٦) إلى أن حسن نية الحائز إذا كان يرجع إلى غلط فى الواقع كان مفترضاً وكلف المالك إثبات سوء نية الحائز، أما إذا كان حسن النية يرجع إلى غلط فى القانون فان حسن النية لا يفترض ويجب على الحائز أن يثبت هو أنه وقع فى هذا الغلط - ولكن القضاء الفرنسى لم يساير هذا الرأى، وهو يفترض حسن نية الحائز سواء كان الغلط فى الواقع أو كان فى القانون (نقض فرنسى ١١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ -١ -٢٢٥). ورأى القضاء الفرنسى هو الذى نقف عنده (انظر محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٤ ص١٩٦)، إذ لا محل للتمييز فى افتراض حسن النية بين الغلط فى الواقع والغلط فى القانون، وقد سبق أن استبعدنا هذا التمييز فى حسن النية فى التقادم المكسب القصير (آنفاً فقرة ٤٣٤)، كما استبعدناه فى حسن النية فى تملك المنقول بالحيازة (آنفاً فقرة ٤٤٥ فى آخرها). على أن الأمر محدود الأهمية من الناحية العملية، فالذى يقع فى العمل أن الحائز نفسه هو الذى يبادر إلى إثبات حسن نيته، سواء كان الغلط فى الواقع أو فى القانون، ليثبت أن الغلط كان مغتفراً، وقاضى الموضوع هو الذى يقدر فى النهاية ما إذا كان الحائز حسن النية (انظر آنفاً فقرة ٤٣٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص١٨٨).

(٢) وهى من مسائل الواقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان الحكم مبنيا على أسباب سائغة. وقد قضت محكمة النقض بأن إذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً، وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج، وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض (نقض مدنى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ رقم ١١).

(1) أ- إذ كان من المقرر أن الحائز يعتبر سيئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه برفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق العقار، وحسن النية يفترض دائما فى الحائز حتى يقدم الدليل على العكس.

(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٧٣).

ب- أن تطبيق المادتين ٩٧٨، ٩٧٩ من القانون المدنى يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فان لكل حكما، فالثمرة وهى الريع واجبة الرد إذا كان أخذها حائز سيئ النية والحق فى المطالبة لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى، ايا إذا كان أخذها حائز للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمار.

(جلسة ١٩٨٣/١/٢٠ الطعنان رقما ٢٧٧ و٢٨٢ لسنة ٤٩ق س١/٣٤ ص٢٧١)

(2) مفاد المادتين ٩٧٨، ٩٧٩ من القانون المدنى، أنه يتعين التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيئ =

يلجأ إلى إثبات أن الحائز لم يتخذ الاحتياطات الأولية للتثبت من أن ملكية العين قد انتقلت إليه، ويتخذ من ذلك قرينة على أن الغلط الذى وقع فيه الحائز كان غلطا غير مغتفر فيكون فى حكم سئ النية(١).

٤٦٥- عدم اشتراط السبب الصحيح: رأينا أن التقنين المدنى المصرى (م١/٩٧٨ مدنى)(٢) لم يشترط وجود السبب الصحيح إلى جانب حسن النية حتى يتملك الحائز الثمار، وأن حسن النية وحده يكفى. وعندما حللنا شرط حسن النية(٣)، رأينا أن الحائز يستند عادة فى حسن نيته إلى اعتقاده بوجود سبب قانونى كسب به ملكية العين التى انتجت الثمار ملكية خالصة من كل شائبة. ولكن ذلك ليس معناه أن هذا السبب القانونى يجب أن يكون تصرفا ناقلا للملكية كما هو الأمر فى السبب الصحيح فى كل من التقادم المكسب القصير وتملك المنقول بالحيازة، إذ قد يكون واقعة مادية كالميراث، أو يكون سببا يكسب به الحائز الملكية ابتداء كالاستيلاء. كذلك ليس من الضرورى أن يكون هذا السبب القانونى شرطا مستقلا عن شرط حسن النية، كما يطلب ذلك فى السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير وفى تملك المنقول بالحيازة. بل ليس من الضرورى أن يكون هذا السبب القانونى عنصرا من عناصر حسن النية، كما هو الأمر فى السبب الصحيح الذى يشترطه التقنين المدنى الفرنسى فى تملك الحائز للثمار.

=النية عند بحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها، فإن لكل حكما، فالثمرة وهى الريع تكون واجبة الرد إذا كان أخذ حائزا سئ النية، أما إذا كان أخذها حائزا للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمار، وهو يكون كذلك - على ما تقضى به المادة ٩٦٥ مدنى - إذا كان جاهلا بما يشوب حيازته من عيوب، فإن علم بها أو رفعت عليه الدعوى سواء بأصل الحق أو المطالبة بالثمار فإنه يصبح سئ النية ويلتزم من هذا التاريخ برد الثمار، وهو ما تقضى به المادتان ١٨٥، ٩٦٦ من ذات القانون، وإذ كان ذلك، وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بأن وضع يدها على أطيان النزاع كان بطريق الاستيلاء تحت يد زوجة شقيق المطعون ضده - الخاضعة للقانون ٥٠ لسنة ١٩٦٩ والتى أقرت بملكيتها لها، وكان مؤدى هذا الدفاع حسن نيتها كحائزة للأطيان وما يترتب على ذلك من عدم التزامها برد ثمارها، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمها بالريع بوصفها غاصبة من تاريخ الاستيلاء حتى التسليم الفعلى للمطعون ضده، دون أن يتفهم حقيقة دفاعها ومرماه، مما حجبه عن استظهار ما إذا كانت وقت الاستيلاء على الأطيان جاهلة ما يشوب حيازتها من عيب لعدم ملكية المستولى لديها لها وما إذا كان حسن نيتها قد زايلها بمطالبة المطعون ضده إياها باسترداد أرضه وأثر ذلك كله على التزامها برد الثمار.

(جلسة ١٩٩٨/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٦٦ق)

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٤٥ فى آخرها.

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٣.

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤.

ذلك بأن المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى، عندما تعرف حسن النية فى تملك الحائز للثمار، تقول: «يكون الحائز حسن النية، إذا حاز بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية، وكان يجهل عيوب هذا السند. وينتفى حسن نية الحائز بمجرد أن تصبح هذه العيوب معروفة له». فيشترط التقنين المدنى الفرنسى إذن وجود السبب الصحيح فى تملك الحائز للثمار، ويعرفه بأنه سند ناقل للملكية. ولكنه لا يعتبر السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية، بل يعتبره مندمجا فيه، وعنصرا جوهريا من عناصره، وعلى أساسه يقوم المبرر للقول بتوافر شرط حسن النية(١). وعلى ذلك يجوز أن يكون السبب الصحيح تصرفا باطلا لا وجود له قانونا، أو تصرفا ظنيا لا وجود له فعلا(٢). فإذا كان تصرفا ظنيا لم يفترض وجوده، بل يقع على الحائز عبء إثبات أنه كان عنده من الأسباب المعقولة ما يبرر اعتقاده بوجود هذا التصرف. فيكون هذا استثناء من افتراض حسن النية، إذ يكون على الحائز إثبات حسن نيته بإثبات اعتقاده بوجود التصرف الظنى(٣).

ومع أن السبب الصحيح الذى يشترطه القانون الفرنسى لتملك الحائز الثمار قد آل على هذا النحو إلى أن يندمج فى شرط حسن النية فلا يتميز عنه بوجود مستقل، إلا أنه لا زال شرطا يستند إليه الحائز فى توافر حسن نيته، بل يجب عليه اثباته إذا كان تصرفا ظنيا كما قدمنا. فلا تزال هناك فروق بين القانون المصرى الذى لا يشترط السبب الصحيح أصلا فى تملك الحائز للثمار، وبين القانون الفرنسى الذى يشترط السبب الصحيح وإن كان قد أدمجه فى شرط حسن النية. ونذكر بوجه خاص من هذه الفروق فرقين: (١) لا يزال الحائز، حتى يتملك الثمار فى القانون الفرنسى، فى حاجة إلى الاستناد إلى تصرف ناقل للملكية (titre transltif de propriété) حتى يوجد عنده السبب الصحيح الذى تشترطه صراحة المادة ٥٥٠ مدنى فرنسى كما رأينا. أما فى القانون المصرى، فقد رأينا أن الحائز ليس فى حاجة إلى أن يستند إلى تصرف ناقل للملكية، فأى سبب مكسب للملكية

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٣ ص١٨٥.

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ هامش ١١ وهامش ١٥- بودرى وشوفو فقرة ٣٠١ وفقرة ٣١٠- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٥. فإذا وضع شخص يده على عقار بموجب وصية كان الموصى قد رجع عنها، فهذا السبب الصحيح ظنى، وهو يكفى لتملك الثمار، ولكنه لا يكفى لتملك العقار نفسه بالتقادم القصير (نقض مدنى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٥ رقم ٦٦ ص٢٤٨- استئناف مختلط ١٦ يونيه سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص٣٧٢- شفيق شحاته فقرة ٨٥ ص١١١- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٠).

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٠- بودرى وشوفو فقرة ٣١٥- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٧ ص١٨٨- شفيق شحاته فقرة ٨٦ ص١١٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨ ص٣٧.

يكفى، ومن ثم يكفى السبب المكسب للملكية ابتداء كالاستيلاء، كما يكفى التصرف الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح(١). (٢) إذا استند الحائز فى القانون الفرنسى إلى تصرف قانونى ظنى، وجب عليه إثباته كما قدمنا. أما فى القانون المصرى، فترى أن الحائز لا يطلب منه إثبات السبب الظنى، فان حسن نيته مفترض ويتناول هذا الافتراض حسن النية حتى لو استند فيه الحائز إلى تصرف ظنى(٢).

٤٦٦- كيف يتملك الحائز الثمار: إذا توافرت الحيازة وحسن النية على الوجه الذى قدمناه، تملك الحائز الثمار. وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٧٨ مدنى، كما رأينا(٣)، على ما يأتى: «والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما». وقد قدمنا فى الجزء الثامن من الوسيط(٤) أن الثمار هى كل ما ينتجه الشئ من غلة دورية متجددة، وتتميز الثمار بأمرين: (١) أنها غلة دورية متجددة، أى أنها تتجدد عادة فى أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع. (٢) أنها مع تفرعها عن الشئ لا تمس أصله ولا تنتقص منه، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان. ويجب التفريق بين الثمار (fruits) والمنتجات (produits) فالمنتجات هى كل ما يخرجه الشئ من ثمرات غير متجددة، وتتميز بعكس ما تتميز به الثمار: (١) فهى غير دورية ولا متجددة، بل تخرج من الشئ فى أوقات متقطعة غير منتظمة. (٢) وهى تمس أصل الشئ وتنتقص منه، فالمعادن التى تخرج من المناجم والأحجار التى تخرج من المحاجر والأشجار التى تخرج من الغابات هى فى الأصل منتجات لا ثمار، لأنها تنتقص من المناجم والمحاجر والغابات، وتنتهى إلى أن تنفد بعد وقت يطول أو يقصر. على أنه إذا أعد المنجم أو المحجر أو

---

(١) وينتقد الفقه الفرنسى اشتراط التقنين المدنى الفرنسى أن يكون السند ناقلا للملكية، وكان ينبغى أن يكون السند الكاشف عن الملكية كالقسمة والصلح كافياً (مازو فقرة ١٥٧٣).

(٢) ويعتبر سبباً ظنياً ما يستند إليه الوارث الظاهر حسن النية، فهو يعتقد أنه وارث وهذا سبب لا وجود له، ومع ذلك يكسب الثمار لحسن نيته. وكذلك من يتلقى بالميراث الحيازة من مستأجر أو مودع عنده أو غيرهما ممن حيازته عرضية، إذا اعتقد أن مورثه مالك، لا يستطيع كسب ملكية العين إلا إذا تغيرت صفة حيازته، ولكنه يملك الثمار لحسن نيته (محمد على عرفة فقرة ١٠٥ ص١٩٨). ويعتبر سبباً ظنياً كذلك الاستحقاق فى وقت بناء على تفسير خاطئ لشروط إنهاء الوقف، وقد قضى بأنه إذا تسلم شخص بحسن نية جزءاً من ريع وقف على اعتقاد أنه من المستحقين فيه، ثم صدر بعد ذلك حكم شرعى فسر شروط الوقف بعكس ما كان يعتقده ناظر الوقف والمستحقون فيه، كان المستحق الذى استبعده الحكم الشرعى المذكور مستولياً على الريع بحسن نية (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٦ ص٧٩٣- استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩١ ص٣٩٦).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.

(٤) فقرة ٣٦٣ - فقرة ٣٦٤.

الغابة للاستغلال بحيث يمكن الحصول منها على إيراد دورى متجدد، فأعد المنجم لاستخراج ما به من معادن والمحجر لقطع ما فى جوفه من أحجار والغابة لخير ما تحتويه من أشجار، فان ما ينتج منها فى هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بأصل الشئ. أما إذا لم يعد المنجم أو المحجر أو الغابة للاستغلال، فان المعادن والأحجار والأشجار تعد منتجات لا ثمارا(١). وتعتبر أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة من المنتجات لا من الثمار لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفد بموت صاحب الإيراد وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية، أما أقساط الإيراد الدائم فهذه ثمار لا منتجات لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل، شأنها فى ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات. ويعتبر نتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار، لأنه إذا كان لا ينتقص من الأصل إلا أنه غير دورى(٢).

وبعد أن فرقنا بين الثمار والمنتجات على هذا النحو، يجب القول بأن الذى يتملكه الحائز بالحيازة هى الثمار لا المنتجات. والثمار على أنواع ثلاثة:

١- ثمار طبيعية (fruits naturels)، وهى من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها، كالكلأ والأعشاب التى تنبت فى الأرض دون عمل الإنسان. وهذه يتملكها الحائز بفصلها من الأرض وحيازتها، بشرط أن يكون حسن النية وقت الفصل والحيازة كما سبق القول. ولا يشترط أن يستهلكها أو أن ينقلها من مكانها.

٢- ثمار صناعية أو مستحدثة (fruits industriels)، وهى التى ينتجها عمل الإنسان، كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة للقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز. وهذه كالثمار الطبيعية يتملكها الحائز بفصلها وحيازتها وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة(٣). ولا يشترط هنا أيضا أن يستهلكها، أو أن ينقلها من مكانها.

---

(١) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٤ - وهناك رأى يذهب إلى أنه من الثمار الطبيعية لا من المنتجات (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ ، وقارن استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٤ رقم ٤٩ ص١٠٣). والكنز يملكه صاحب الأرض، فيجب إذن على الحائز رده كله إلى المالك (انظر فى القانون الفرنسى حيث يملك صاحب الأرض نصف الكنز فيجب رده إليه أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٧-ص٣٨٨).

(٣) أما إذا انفصلت لا بفعل الحائز، بل بفعل الغير أو بقوة قاهرة، فان الحائز لا يتملكها، لأن تملك الحائز للثمار يقوم على عمل إرادى صادر منه هو الاستيلاء على الثمار أو حيازتها، وهذا غير متحقق فيما نحن بصدده (شفيق شحاته فقرة ٨٤ ص١٠٩).

٣- ثمار مدنية (fruits civils)، وهى الريع الدورى المتجدد الذى يقبضه مستثمر الشئ من الغير لقاء نقل منفعة الشئ إلى هذا الغير، وذلك كأجور المساكن والأراضى الزراعية(١)، وفوائد الأسهم والسندات ورؤوس الأموال بوجه عام، وما تدفعه مصلحة المناجم والمحاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر. وهذه الثمار المدنية يتملكها الحائز يوما فيوما ولو لم تقبض فعلا، ما دام الحائز باقيا على حسن نيته. فإذا انقطع حسن النية أو انتهت الحيازة، لم يتملك الحائز منها إلا ما كان مستحقا يوم انقطاع حسن النية أو انتهاء الحيازة، فإذا عجل له منها ما يجاوز هذا اليوم استبقى ما كان مستحقا إلى هذا اليوم ورد الباقى إلى المالك(٢).

٤٦٧- الاساس القانونى لتملك الحائز للثمار: يتملك الحائز الثمار بمجرد قبضه لها على النحو الدق قدمناه، ويكون سبب الملكية هنا هى الحيازة المقترنة بحسن النية، وهى حيازة تقع على الشئ الأصلى الذى انتج الثمار ثم على الثمار نفسها بقبضتها. فالحيازة هنا أيضا، كما فى تملك المنقول بالحيازة(٣)، هى سبب الملكية. ولكن لا يجوز اعتبار قاعدة تملك الحائز للثمار تطبيقا لقاعدة تملك المنقول بالحيازة. فالحائز يتملك الثمار لاعتبارات تختلف عن الاعتبارات التى يتملك الحائز من أجلها المنقول، ثم إن كلا من القاعدتين تختلف عن الأخرى فى نطاق تطبيقها، وفى شروط هذا التطبيق(٤).

---

(١) أما نصيب صاحب الأرض فى المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣)، فلا يتملكه الحائز إلا بفصله وحيازته وهو حسن النية وقت الفصل والحيازة.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد: «وتعتبر الثمار مكسوبة من وقت قبضها إذا كانت غير مدنية، فان كانت مدنية فانها تكسب يوماً فيوماً، حتى لو عجلت أو تأخر دفعها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٨).

أما فى القانون الفرنسى، فلا يتملك الحائز الثمار إلا بقبضها، تستوى فى ذلك الثمار الطبيعية والثمار الصناعية والثمار المدنية. فما لم يقبض من الثمار المدنية لا يتملكه الحائز ولو كان ميعاد استحقاقه قد حل، على أن الحائز يعتبر قد قبض الثمار المدنية فيتملكها إذا كان المدين قد أقر بمديونيته نحو الحائز مباشرة أو كان الحائز قد نزل عنها للغير بطريق الحوالة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٦- ص٣٨٧ وهامش ٢٩- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٩- مازو فقرة ١٥٧٧). وإذا تعجل الحائز قبض الثمار المدينة قبل استحقاقها، رد ما تعجله منها قبل استحقاقه (كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٥).

(٣) انظر آنفاً فقرة ٤٥٠.

(٤) انظر عبد الفتاح عبد الباقى فى رسالته فى دور الحيازة فى المنقول ص٣٥٠- ص٣٥٧- شفيق شحاته فقرة ٨٣- محمد على عرفة ٢ فقرة ٤-١ ص١٩٣ هامش ٣- عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٧- حسن كيرة ص١١١- ص١١٢.

أما أن الاعتبارات تختلف، فذلك لأن قاعدة تملك المنقول بالحيازة تقوم على أساس استقرار التعامل فى المنقول كما قدمنا(١)، أما قاعدة تملك الحائز للثمار فتقوم على اعتبارات أخرى. ذلك أن الحائز للعين وهو يعتقد أنها ملكه يجنى ثمارها، وهو يعتقد بداهة أنها مملوكة له. وهو يستهلكها فى العادة، بل هو يرتب حياته على أنها ملكه حتى قبل أن يستهلكها، دون أن يخطر فى باله أنه مسئول عن ردها لأحد. وما دام هو حسن النية وقت أن يقبض الثمار، وما دام جهله أنها غير مملوكة له يقوم على غلط مغتفر، فمن العدل أن يتقدم القانون لحمايته، ويعتبره مالكا لها فعلا، فلا يكون مسئولا عن ردها. وبين المالك للعين الذى تركها فى أيدى الناس حتى وقعت فى يد حائز حسن النية ومن ثم لا يخلو من اللوم، وبين الحائز حسن النية الذى لم يرتكب خطأ فى استهلاكه لثمار يعتقد أنها مملوكة له، الحائز حسن النية لم يرتكب خطأ هو الأولى بالرعاية من المالك للعين الذى يمكن أن ينسب إليه شئ من الخطأ. وقد عرف القانون الرومانى قاعدة تملك الحائز للثمار للاعتبارات التى قدمناها، دون أن يعرف قاعدة تملك المنقول بالحيازة لأنها مبنية على اعتبارات أخرى لم يأخذ بها(٢).

وأما أن نطاق التطبيق يختلف، فذلك من وجهين: (١) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة يتناول المنقول كشئ أصلى (chose principale)، يتملكه الحائز باعتبار أنه هو الأصل لا باعتبار أنه تابع لشئ آخر. أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار فمقصور على الثمار باعتبارها شيئا تابعا (chose accessoire) فالحائز لا يتملك الشئ الأصلى الذى أنتج الثمار، إنما يتملك توابعه وهى الثمار، ولا يتملك من التوابع إلا الثمار فلا يتملك المنتجات. لذلك كانت قاعدة تملك المنقول بالحيازة، وتتناول الشئ الأصلى بما يشتمل عليه من توابع، أشد فى شروطها، من بعض الوجوه، من قاعدة تملك الحائز للثمار وهى القاعدة التى تقتصر على الشئ التابع دون الشئ الأصلى. (٢) نطاق قاعدة تملك المنقول بالحيازة ينحصر فى منقول مادى معين بالذات أو حق عينى فى هذا المنقول، ولا يتناول المجموع من المال، وقد سبق بيان ذلك(٣). أما نطاق قاعدة تملك الحائز للثمار، فيستوى فيها أن يكون الشئ الذى ينتج الثمار شيئا معينا بالذات أو مجموعا من المال، فالوارث الظاهر إذا رد إلى الوارث الحقيقى نصيبه فى التركة يتملك الثمار التى جناها من هذا

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٣٥ فى آخرها.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص١٨٤- كولان وكابيتان ودى لاموراندييز ١ فقرة ١٢٢٧ ص١٠٠٣- مازو فقرة ١٥٦٨- مارتى ورينو فقرة ٤٤ ص٥١- ص٥٢.

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٤٠- فقرة ٤٤٢.

النصيب إذا كان حسن النية(١).

وأما أن الشروط تختلف، فيظهر ذلك إذا قارنا شروط تملك المنقول بالحيازة بشروط تملك الحائز للثمار فى القانون المصرى، فتجد أن هناك فروقا بين القاعدتين أهمها ما يأتى: (١) فى تملك المنقول بالحيازة، يشترط وجود السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية، وإن كان يفترض وجوده. أما فى تملك الحائز للثمار، فلا يشترط وجود السبب الصحيح أصلا، ولو كعنصر من عناصر حسن النية. (٢) فى تملك المنقول بالحيازة، المفروض دائماً أن الحائز قد تعامل مع غير المالك. أما فى تملك الحائز للثمار، فقد يتعامل الحائز مع غير المالك أو مع المالك. (٣) فى تملك المنقول بالحيازة، حسن النية معناه أن الحائز يعتقد أنه تعامل مع المالك، فى حين أنه يكون قد تعامل مع غير المالك. أما فى تملك الحائز للثمار، فحسن النية معناه أن يجهل الحائز عيوب سنده ولو تعامل مع المالك، فيعتقد أن ملكية العين قد خلصت له دون شائبة. (٤) فى تملك المنقول بالحيازة، يكفى أن يتوافر حسن النية وقت بدء الحيازة، فيتملك الحائز المنقول فى الحال، وينتقل المنقول إلى وارثه حتى لو كان هذا سيء النية. أما فى تملك الحائز للثمار، فيجب أن يتوافر حسن النية وقت القبض فى كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار، ولا يكفى أن يكون حسن النية فى الثمار التى يقبضها أولا إذا انقطع حسن النية فيما يقبض بعد ذلك من ثمار، بحيث أن المورث لو كان حسن النية وتملك الثمار بالقبض فان الوارث لا يتملكها إذا كان سيء النية(٢).

٢ - عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك

٤٦٨ - متى لا يتملك الحائز الثمار: قدمنا أن الحائز لا يتملك الثمار إلا إذا كان حسن النية وقت قبضها، وعلى ذلك لا يتملكها فى الأحوال الآتية: (١) إذا كان سيء النية منذ البداية. (٢) إذا كان حسن النية فى أول الأمر، ثم أصبح سيء النية بعد ذلك. (٣) منذ أن يرفع عليه المالك الدعوى بالاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى.

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧٢ ص١٨٤- نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٨٥٩ داللوز ٥٩ -١ -٤٢٢- ١١ يوليه سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦-١-٣١٥.

(٢) انظر فى هذه الفروق فى القانون الفرنسى بودرى وتيسييه فقرة ٨٧٨- كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٢٧.

٤٦٩ – الحالة الأولى – الحائز سيئ النية منذ البداية: إذا كان الحائز، وهو يضع يده على العين التى تنتج الثمار، سيئ النية منذ البداية، كأن ورثها وهو يعلم أنها غير مملوكة لمورثه، أو أخذها بوصية يعلم أن الموصى قد عدل عنها(١)، أو اغتصبها، أو اشتراها من غير مالك وهو يعلم أن البائع لا يملكها، أو اشتراها من مالك بعقد مشوب بعيب وهو يعلم هذا العيب، فانه لا يتملك الثمار بالحيازة ما دام أنه سيئ النية. فإذا رفع المالك دعوى على الحائز سيئ النية يسترد بها العين، فانه يستردها ويسترد معها جميع الثمار التى قبضها الحائز أو التى قصر فى قبضها على ما سنرى(٢).

ولا يمتنع على المالك أن يسترد من الحائز سيئ النية ثمار العين إلا فى أحد الفروض الآتية: (١) إذا تملك الحائز سيئ النية العين بالتقادم الطويل، فانه يكسب تبعا لملكية العين ملكية ثمارها، حتى الثمار التى لم يمض على قبضها مدة خمس عشرة سنة، وذلك بفضل الأثر الرجعى للتملك بالتقادم(٣). (٢) إذا تملك الحائز سيئ النية الثمار بالتقادم الطويل، استقلالا عن أصل العين. فقد لا يتملك الحائز العين نفسها لسبب أو لآخر، كان يتخلى عن حيازتها أو تنزع منه قبل أن تكتمل مدة التقادم، ومع ذلك يكون قد قبض ثمارها ويبقى حائزا للثمار مدة خمس عشرة سنة. فيتملكها بالتقادم الطويل استقلالا عن العين، ويمتنع على المالك استردادها. (٣) إذا سقطت دعوى استرداد الثمار بالتقادم المسقط، فقد تمضى على استحقاق الثمار فى ذمة الحائز مدة خمس عشرة سنة دون أن يتملكها بالتقادم المكسب، فتسقط دعوى استردادها بالتقادم المسقط. وتنص المادة ٢/٣٧٥ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى: «ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيئ النية.. إلا بانقضاء خمس عشرة سنة»(٤).

---

(١) أو أخذها بوصية باطلة وهو يعلم بطلانها (استئناف مصر ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص٥٢٠).

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٧٢.

(٣) وقد قدمنا (آنفاً فقرة ٤١٥) أن الحائز الذى يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها للمالك، حتى لو لم يكن قد تملكها استقلالا بالقبض أو بالتقادم. فإذا قبض الحائز سيئ النية الثمار، فانه لا يتملكها بالقبض لسوء نيته، ولا يتملكها بالتقادم استقلالاً إذا لم يمض على قبضه إياها خمس عشرة سنة. ولكن إذا تملك العين ذاتها بالتقادم فانه لا يرد الثمار للمالك، فقد اعتبر مالكاً للعين وقت سريان التقادم، فتكون العين على ملكه وقت أن أنتجت الثمار، ومن ثم يتملك الثمار باعتباره مالكاً لأصل العين التى أنتجتها.

(٤) أنظر فى ذلك الوسيط ٣ فقرة ٦٠٣.

٤٧٠ - الحالة الثانية - الحائز حسن النية فى أول الأمر ثم أصبح سئ النية بعد ذلك:
رأينا(١) أن المادة ٩٧٩ مدنى تنص على أن يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت أن يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضتها...». فقد يبدأ الحائز حيازته للعين وهو حسن النية، ثم يعلم بعد مدة ما أن العين لم تخلص له ملكيتها، فينقلب إلى حائز سئ النية. وقد يبقى على حسن نيته إلى أن يموت، ويرث العين وارث يعلم أنها غير مملوكة لمورثه فيكون الوارث سئ النية. ولما كان حسن النية فى تملك الحائز للثمار مطلوبا توافره وقت قبض الحائز للثمار وفى كل مرة يقبض فيها هذه الثمار(٢)، فانه متى أصبح سئ النية على الوجه الذى قدمناه لا يستطيع أن يتملك الثمار بالحيازة من وقت أن يصبح سئ النية(٢). والمفروض أن الحائز حسن النية وأنه يبقى مستمرا فى حسن نيته، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز قد أصبح سئ النية فى وقت معين، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق لأن سوء النية واقعة مادية.

وإذا أثبت المالك أن الحائز قد أصبح سئ النية فى وقت معين، فان الثمار التى يكون قد قبضها وهو حسن النية يملكها بالحيازة ولا يردها إلى المالك. أما الثمار التى قبضها أو قصر فى قبضها من الوقت الذى أصبح فيه سئ النية، فانه لا يتملكها بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك. وتسرى، منذ الوقت الذى أصبح فيه الحائز سئ النية، الأحكام التى قدمناها فى الحالة الأولى عندما يكون الحائز سئ النية منذ البداية. فيسترد المالك العين مع جميع الثمار التى قبضها الحائز أو قصر فى قبضها منذ أن أصبح سئ النية، ولا يمتنع على المالك أن يسترد هذه الثمار إلا فى أحد الفروض الثلاثة التى سبق بيانها فى الحالة الأولى(٤).

٤٧١ - الحالة الثالثة - الحائز باق على حسن نيته ولكن المالك رفع عليه الدعوى:
وليست هذه الحالة الثالثة مصرحا بها فى المادة ٩٧٩ مدنى(٥)، ولكن يجب أن تستكمل هذه المادة بنصين آخرين وردت فيهما هذه الحالة بالذات. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٦٦ مدنى على ما يأتى: «ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.
(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٦٤.
(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠.
(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩.
(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.

فى صحيفة الدعوى(1)، ويعد سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره». وتنص المادة ١٨٥ مدنى على أنه «١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم إلا برد ما تسلم. ٢- أما إذا كان سيء النية، فأنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التى جناها، أو التى قصر فى جنيها، من الشيء الذى تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية. ٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى».

والدعوى التى يرفعها المالك على الحائز حسن النية، فيجعله برفعها سيء النية، تتنوع بحسب الأحوال. ويغلب أن تكون دعوى استحقاق يطالب فيها المالك الحائز بالعين وثمارها، ويصح أن تكون دعوى استرداد غير المستحق (م١٨٥ مدنى السابق ذكرها)، كما يصح أن تكون دعوى استرداد الثمار مستقلة عن العين نفسها، وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى(1). وأيا كانت هذه الدعوى، فان رفعها على الحائز حسن النية يجعله فى حكم الحائز سيء النية من وقت رفع الدعوى. ومعنى ذلك أنه لا يتملك الثمار من ذلك الوقت، ويجب عليه ردها للمالك فيما لو كسب هذا الأخير الدعوى. وكذلك يكون الحكم حتى لو لم ترفع الدعوى على الحائز حسن النية ولكن الحائز يكون قد اغتصب الحيازة بالإكراه، فيعامل معاملة الحائز سيء النية، ولا يتملك الثمار بالحيازة ويجب عليه ردها للمالك فيما لو تبين أنه هو غير مالك للعين.

والمفروض هنا أن الحائز حسن النية، عندما رفعت عليه الدعوى أو عندما اغتصب الحيازة بالإكراه، بقى على حسن نيته يعتقد أنه يملك العين بالرغم من رفع الدعوى عليه أو بالرغم من أنه اغتصب الحيازة بالإكراه، وبالرغم من بقائه على حسن نيته فانه يعامل معاملة الحائز سيء النية فلا يتملك الثمار. ولو أنه تبين من رفع الدعوى عليه أنه لا يملك العين، لا ختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الثانية، ولكن الحائز بعد حسن نيته قد أصبح سيء النية، ولما كان هناك محل لتمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الثانية. أو لو أن الحائز

---

(١) انظر فقرة ٤٧٣.

(1) إذ كان من المقرر أن الحائز يعتبر سيء النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته، وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه برفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق العقار، لأن الحكم الذى يصدر فى هذه الدعوى يستند إلى تاريخ رفعها.

(جلسة ١٩٨١/٤/٧ الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٤٧ق س٣٢ ص١٠٧٣)

(جلسة ١٩٦٤/٢/٦ الطعن رقم ٢٣٥ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٢٠٩)

(جلسة ١٩٦٤/٤/٩ الطعن رقم ١٦١ لسنة ٢٩ق س١٥ ص٥١٦)

عندما اغتصب الحيازة بالإكراه كان يعلم أنه غير مالك للعين فاغتصب حيازتها، لاختلطت هذه الحالة الثالثة بالحالة الأولى، ولكان الحائز سئ النية منذ البداية، ولما كان هناك محل لتمييز هذه الحالة الثالثة عن الحالة الأولى.

فالمفروض إذن كما قدمنا أن الحائز بقى على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه، أو كان حسن النية عندما اغتصب الحيازة بالإكراه يعتقد أن العين مملوكة له وأراد أن ينتصف لنفسه بنفسه. فإذا كان اعتقاده بأنه هو المالك للعين صحيحا، كسب دعواه، واستبقى العين وثمارها. ولم يعد هناك محل لإثارة اعتبار سئ النية لمنعه من تملك الثمار، فقد تبين أنه يملك الثمار لا بالحيازة بل لأنه يملك العين نفسها التى أنتجت هذه الثمار. أما إذا كان اعتقاده بأنه هو المالك غير صحيح، فانه يجب عليه أن يرد العين للمالك، وأن يرد له الثمار من وقت رفع الدعوى، على أساس أن الحكم يستند إلى وقت رفع الدعوى. فالحكم عليه برد العين يستند إلى هذا الوقت، ولهذا يرد الثمار من وقت رفع الدعوى بالرغم من أنه بقى حسن النية بعد رفعها(١). ويرد للمالك الثمار من وقت اغتصاب الحيازة بالإكراه، لأنه ما كان ينبغى أن ينتصف لنفسه بنفسه بل كان عليه أن يلجأ إلى الوسائل القانونية لاسترداد ما يعتقد أنه يملكه، والآن وقد تبين أنه غير مالك للعين لم يجز أن يتملك الثمار بحيازة كان الإكراه منشأها ولو كانت مقترنة بحسن النية. وقد سبق أن بسطنا القول فى ذلك، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك(٢).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٤ هامش ٢٤- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨٠ ص١٩٠- ويرد الحائز الثمار من وقت رفع الدعوى عليه فى أول درجة، حتى لو كسب الدعوى ابتدائياً واستئنافياً ولكن نقض الحكم بعد ذلك أو قبل فيه التماس إعادة النظر (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٦ ص٣٨٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن الحائز سئ النية من الوقت الذى يعلم فيه بعيوب سند حيازته له. وهو يعتبر كذلك من تاريخ رفع الدعوى عليه فى خصوص استحقاق الثمار، لأن الحكم الذى يصدر فيها يستند إلى تاريخ رفعها (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص٥٨٧ أرقام ١٢ و١٣ و١٤ - ٦ فبراير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٣٦ ص٢٠٩- استئناف وطنى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص٧٠- ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١ ص٢٧). وقضى بأن من يتصرف له المفلس فى مال التفليسه يصبح سئ النية ويجب عليه رد الثمار من الوقت الذى يطالب فيه السنديك برد المال إلى التفليسة (استئناف مختلط ٣ مارس سنة ١٩١٥ م٢٧ ص١٨٧).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٩٤- وانظر الوسيط ١ فقرة ٨٣٦- وقد كانت بعض الأحكام فى عهد التقنين المدنى السابق تقضي بتملك الحائز للثمار حتى بعد رفع الدعوى، ما دام باقياً على حسن نيته (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص٩١٥). ومنها ما اعتبر الحائز سئ النية من وقت الإنذار وقبل إعلان صحيفة الدعوى (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص٧٨٤). ولكن أغلب الأحكام اعتبرت الحائز سئ النية من وقت رفع الدعوى (استئناف وطنى ٢١ فبراير سنة=

٤٧٢ – الثمار التى يجب ردها للمالك: وتنص المادة ٩٧٨ مدنى، كما رأينا(١)، على أن «يكون الحائز سيئ النية مسئولا 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». ويخلص من هذا النص أنه فى الأحوال التى يجب فيها على الحائز رد الثمار إلى المالك، يلزم الحائز برد الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها. ومن جهة أخرى يجوز له أن يسترد من المالك ما أنفقه فى إنتاج هذه الثمار.

فالحائز يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التى قبضها وهذه يردها عينا إذا كانت لا تزال موجودة فى يده، أو يرد قيمتها وقت قبضها إذا كان قد استهلكها. ويجوز أيضا أن يلزم بدفع فوائد قيمة الثمار بالسعر القانونى من وقت قبضها إلى وقت رد القيمة إلى المالك، وذلك على سبيل التعويض(٢). ويلتزم الحائز فوق ذلك بأن يرد إلى المالك قيمة الثمار التى قصر فى قبضها، أى الثمار التى كان يجنيها المالك لو أن العين كانت فى حيازته، ويقدر قاضى الموضوع قيمة هذه الثمار. وكذلك يلتزم بدفع فوائد هذه القيمة على الوجه الذى سبق ذكره. وعلى ذلك يلتزم الحائز بأن يرد للمالك قيمة الثمار التى جناها من تلقى

=١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص١٣٠– ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص٨٣– استئناف مصر ٢٨ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧ ص٧٨٤– ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ ص٧٩– ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص٥١٨– ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٤١ ص١٣٠– ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص٢١٥– استئناف مختلط ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩١ م٤ ص١٣– ٢٦ أبريل سنة ١٨٩٣ م٥ ص٢٠٢– ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م٧ ص٣١٥– ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ص٣٤٩– ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م١٦ ص١٧١– ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م٢١ ص٨٢– ٣ يونيه سنة ١٩٠٩ م٢١ ص٣٧٤ – ١٦ يونيه سنة ١٩١٠ م٢٢ ص٣٧٢– ٨ مايو سنة ١٩١٧ م٢٩ ص٤٠٥– ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م٣٧ ص٤٣٥– أول مارس سنة ١٩٢٧ م٣٩ ص٢٧٨– ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص٩٣– ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص٨٠– وانظر شفيق شحاتة فقرة ٨٨– محمد على عرفه ٢ فقرة ١٠٧ – عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨ ص٣٨).

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد إلى أن العيب الذى يلحق وضع يده ليس مقصوراً على الجزء المرفوعة به الدعوى، بل إن العيب شامل لجميع العين الذى وضع يده عليها، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذى يخصه، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء فى حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة إلى باقى الأجزاء التى تخص بقية الورثة، وعلم واضع اليد بالعيب الذى يلحق وضع يده من شأنه أن يزيد حسن نيته، ويجعله مسئولا عن ثمرة العين من تاريخ هذا العلم (استئناف مصر ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص٢٢٨).

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٠.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ – شفيق شحاته فقرة ٨٢ ص١٠٥ هامش ١.

الحيازة من الحائز، سواء كان هذا قد جناها بسوء نية أو بحسن نية(١).

وإذا كان الحائز سيء النية يلتزم بأن يرد للمالك الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها على الوجه السالف الذكر، فان المالك من جهة أخرى يلتزم بأن يرد للحائز المصروفات التي أنفقها هذا في إنتاج هذه الثمار(٢)، ويشمل ذلك أجر العمل وقيمة البذر ونفقات الأعمال التي قام بها الحائز للحصول على هذه الثمار. كذلك يرد المالك للحائز مصروفات الصيانة، والتكاليف التي تثقل الثمار من ضرائب ورسوم وغيرها. فالحائز إذن لا يرد للمالك إلا القيمة الصافية للثمار بعد استنزال المصروفات والتكاليف، وإلا أثرى المالك على حساب الحائز(٣).

٤٧٣ - كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سيء النية: والمالك يسترد الثمار من الحائز سيء النية إما مع العين التي انتجت هذه الثمار وهذا هو الغالب، أو مستقلة عن هذه العين.

فيسترد الثمار مع العين بأن يرفع في العادة دعوى استحقاق يطالب الحائز فيها بالعين مع ثمارها. ودعوى الاستحقاق هذه لا تسقط بالتقادم، فللمالك أن يرفعها على الحائز في أي وقت ليسترد بها العين والثمار، ولو بعد انقضاء خمس عشرة سنة من خروج العين من حيازة المالك. وذلك ما لم يكن الحائز قد تملك العين بالتقادم الطويل، فعند ذلك لا يستطيع المالك أن يسترد العين ولا ثمارها(٤). وقد يكون المالك سلم العين للحائز معتقدا أنها ملك هذا الأخير، ويتبين بعد ذلك أن العين غير مملوكة للحائز. فيجوز في هذا الفرض أن يسترد المالك العين من الحائز بدعوى شخصية هي دعوى استرداد غير المستحق. فإذا كان الحائز قد تسلم العين وهو حسن النية معتقدا أنه يملكها، لم يلتزم أن يرد للمالك إلا العين وحدها دون الثمار، لأنه يكون قد تملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية (م١/١٨٥ مدني). أما إذا كان الحائز سيء النية. فانه يلتزم أن يرد للمالك العين والثمار، لأنه لم يتملك الثمار إذ هو سيء النية (م٢/١٨٥ مدني). ويلتزم الحائز على كل حال، ولو كان حسن النية، برد الثمار من يوم أن يرفع عليه المالك دعوى استرداد غير المستحق (م٣/١٨٥ مدني)، وقد سبق ذكر ذلك(٥). وتسقط بالتقادم الدعوى الشخصية باسترداد

---

(١) بودري وتيسييه فقرة ٣٢٧ ص٢٣٢- ص٢٣٣.

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وإذا أصبح الحائز سيء النية، وجب عليه رد الثمار بعد استرداد نفقات إنتاجها، من وقت أن أصبح سيء النية. وقد تقدم أنه يصبح سيء النية حتما من وقت رفع الدعوى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص٥١٨).

(٣) بودري وشوفو فقرة ٣٢٧ ص٢٣٣ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص٣٦٢ - محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص١٩٣.

(٤) انظر آنفاً فقرة ٤٦٩.

(٥) انظر آنفاً فقرة ٤٧١.

غير المستحق، من عين وثمار، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه المالك بحقه فى الاسترداد، وتسقط الدعوى فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم أن يسلم المالك العين للحائز (م١٨٧ مدنى).

ويسترد المالك من الحائز سيء النية الثمار مستقلة عن العين، إذا خرجت العين من حيازة الحائز وبقيت الثمار فى يده. فعند ذلك يستطيع المالك أن يسترد هذه الثمار عينا من الحائز بدعوى استحقاق لأنه هو المالك للثمار، ولا تسقط دعوى الاستحقاق هذه بالتقادم، ولكن يجوز للحائز أن يتملك الثمار بالتقادم المكسب الطويل إذا بقى حائزا لها مدة خمس عشرة سنة، وعند ذلك لا يستطيع المالك أن يستردها. وإذا كان الحائز قد استهلك الثمار، أو كانت الثمار تتمثل فى مبلغ من النقود هو ريع العين، فانها تصبح دينا فى ذمة الحائز للمالك. فيجوز للمالك أن يطلب الحائز بهذا الدين، مع العين إذا كانت باقية فى يد الحائز أو بدونها إذا خرجت من يده. ولا تعتبر الثمار إذا أصبحت دينا فى ذمة الحائز حقا دوريا متجددا كالأجرة يسقط بخمس سنوات، بل لا يسقط هذا الدين إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه بالتقادم المسقط. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ مدنى صراحة على ذلك، إذ تقول: «ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سيء النية... إلا بانقضاء خمس عشرة سنة»(١).

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التزام الحائز برد الثمرات ليس من الحقوق الدورية المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى، ومن ثم فلا تتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً للمادة ٣٧٥ مدنى التى قننت ما كان مقرراً فى ظل القانون المدنى الملغى. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعنة سيئة النية فى وضع يدها على جزء من الأملاك العامة بغير ترخيص ومسئولة بالتالى عن رد الثمرات، وأن التزامها فى هذا الصدد لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة، فلا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١٠٥ ص٧٠٦). وقضت أيضاً بأنه إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطاعنة بريع الأرض التى استولت عليها دون اتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية، فان الوزارة فى هذه الحالة تعتبر فى حكم الحائز سيء النية، ولا يسقط الريع المستحق فى ذمتها إلا بانقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٢/٣٧٥ من القانون المدنى القائم التى قننت ما كان مستقراً عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة فى ظل التقنين الملغى، وذلك على أساس أن التزام الحائز سيء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بخمس سنوات (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ٢٨١ ص١٩٤٣). وانظر أيضاً نقض مدنى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص٢٨٥- استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٣ ص٧٥٩.

وانظر بودرى وتيسييه وشوفو فقرة ٣٢٨- بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٦٤ ص٣٦٢- محمد على عرفة ٢ فقرة ١٠٣ ص١٩٢- عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٥- عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٧٣ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٨٩ ص٤٥٤.

القسم الثانى
الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية
(حق الانتفاع وما يلحق به – حق الارتفاق)

تمهيد

٤٧٤ – حصر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية : قدمنا فى الجزء الثانى من الوسيط [١] أن حق الملكية يتفرع عن حقوق عينية أصلية خمسة ، ذكرها التقنين المدنى. وهى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى، وحق الارتفاق ، وحق الحكر.

ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة فى التقنين المدنى حقوق ثلاثة أخرى. وهى حق المستحق فى الوقف فهو حق عينى غير الحق الشخصى الذى له فى تقاضى الغلة من الناظر ، والحق الذى يرد على الأشياء غير المادية كحق المؤلف وحق المخترع، وحق استغلال المناجم والمحاجر [٢] .

٤٧٥ – الباقى للبحث من هذه الحقوق : وقد سبق بحث حق الحكر عند بحث عقد الإيجار ، فى الجزء السادس من الوسيط . وكذلك سبق بحث حق المؤلف وحق المخترع، وبحث حق استغلال المناجم والمحاجر ، فى الجزء الثامن من الوسيط . أما حق المستحق فى الوقف فهو من مباحث الشريعة الإسلامية ، وقد ألغى على كل حال فيما عدا الوقف الخيرى.

فلم يبق للبحث إذن ، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ، غير حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وغير حق الارتفاق .

ولما كان حق الاستعمال وحق السكنى نوعين خاصين من حق الانتفاع، لذلك نبحث حق الانتفاع ومعه حق الاستعمال وحق السكنى فى الباب الأول من هذا القسم . ونبحث فى الباب الثانى حق الارتفاق .

---

(١) فقرة ١٢٥ ص ٢٢٣ .

(٢) انظر الوسيط ٨ فقرة ١٢٥ ص ٢٢٣ هامش ٢ .

الباب الأول
حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى

الفصل الأول
حق الانتفاع
(Usufruit)

تمهيـد

٤٧٦ – التعريف بحق الانتفاع : لم يورد التقنين المدنى الجديد تعريفا لحق الانتفاع، جريا على عادته فى الإقلال من التعريفات بقدر المستطاع . ولكن التقنين المدنى السابق عرف هذا الحق فى المادة ٤٩/١٣ منه بأنه «هو حق للمنتفع فى استعمال ملك غيره واستغلاله» . وعيب هذا التعريف أنه أوسع مما يجب ، فهو يشمل أى حق للشخص فى الانتفاع بملك غيره واستغلاله، فيدخل حق المنتفع كما يدخل حق المستأجر وحق المحتكر. والانتفاع بملك الغير يكون إما بموجب حق شخصى كما هو الأمر فى حق المستأجر، أو بموجب حق عينى كما هو الأمر فى حق المنتفع وحق المحتكر . فكان الواجب أن يميز حق الانتفاع فى التعريف بأنه حق عينى ، حتى يفارق بذلك حق المحتكر فإنه قد يبقى بعد موت المحتكر فينتقل إلى ورثته وقد يدوم ستين سنة . فكان الواجب أيضا أن يذكر فى تعريف حق الانتفاع هذا المميز الجوهرى ، وهو أنه ينتهى حتما بموت المنتفع (١).

ويعرف الفقه الفرنسى عادة حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة ، على النحو الآتى : حق الانتفاع هو الحق العينى فى الانتفاع بشئ مملوك للغير ، بشرط الاحتفاظ بذات الشئ

---

(١) ويعرف قانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) حق الانتفاع على الوجه الآتى : «الانتفاع هو حق عينى باستعمال شئ يخص الغير وبالتمتع به ، ويسقط هذا الحق حتما بموت المنتفع – ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح أشخاص معنويين» . ويعرفه التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) بما يأتى : «١– الانتفاع هو حق عينى باستعمال شئ يخص الغير واستغلاله . ٢ – ويسقط هذا الحق حتما بموت المنتفع . ٣ – لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص اعتبارى» .

لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع ، الذى يجب أن ينتهى بموت المنتفع [1] . ويشار فى صدد هذا التعريف إلى أنه يميز حق المنتفع عن حق المستأجر بعينية حق المنتفع ، ويميز حق المنتفع عن حق المحتكر بانتهاء حق المنتفع حتما بموته . ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان الحق حق انتفاع ، أو كان حقا عينيا آخر ، أو حقا شخصيا فى الانتفاع بملك الغير [2] .

٤٧٧ - خصائص حق الانتفاع : ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عينى ، وأنه ينتهى حتما بموت المنتفع ، وأنه يقع على شئ غير قابل للاستهلاك[1] .

١ - فحق الانتفاع حق عينى : وبهذا يتميز عن حق المستأجر كما قدمنا ، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة ، ويلزم هذا الأخير بتمكينه من ذلك فيتوسط المؤجر بين المستأجر والعين المؤجرة ، أما المنتفع فله حق عينى يقع مباشرة على الشئ المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشئ . ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر ، بل كل ما على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع فى مباشرة حقه ولا يلتزم نحوه بشئ . فإذا احتاجت العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر ، وسيأتى بيان ذلك . وإذا كان محل حق الانتفاع عقارا، فإن حق الانتفاع يعتبر مالا عقاريا يجوز رهنه رهنا رسميا ، بخلاف ما إذا كانت العين المؤجرة عقارا فإن حق المستأجر وهو حق شخصى لا يعتبر مالا عقاريا بل مالا منقولا لا يجوز رهنه رهنا رسميا . وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه ينزل عن حق عينى لا يقتضى تدخل المالك كما يقتضى تدخله النزول عن حق المستأجر ، إذ يعتبر نزول المستأجر عن حقه الشخصى للغير حوالة حق فتقتضى إعلان المؤجر بها . فإذا ما كانت العين عقارا، فإن نزول المستأجر عن حقه الشخصى للغير يبقى حوالة فلا يجب التسجيل ، أما نزول المنتفع عن حق انتفاعه بالعقار

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧ . وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣١.

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٧.

(1) حق الانتفاع يتقرر للمنتفع من صاحب حق الملكية ومن ثم فهو حق عينى فى الانتفاع بشئ مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذات الشئ لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذى يجب أن ينتهى حتما بموت المنتفع بما لازمه أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة أنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع بل ان انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق الانتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة .

(جلسة ١٩٩٨/٤/١٥ الطعن رقم ٨٥٨٣ لسنة ٦٦ ق)

للغير فإنه يعتبر انتقالا لحق عينى ، فيقتضى التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين (١) .

وإذا كان حق الانتفاع حقا عينيا ، فإنه حق عينى يتميز عن حق الملكية ، بل هو يثقل حق الملكية وينتقص منها . وقد قدمنا أن حق الملكية يشتمل على عناصر ثلاثة ، حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . فحق الانتفاع ، ويشتمل على حق الاستعمال وحق الاستغلال (٢)(2)، يجرد حق الملكية من هذين العنصرين ولا يبقى لها إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف ، ومن ثم تصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع ملكية غير كاملة وتسمى بملكية الرقبة (nue-propriété) . ويتجمع فى المال الواحد حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك ويسمى مالك الرقبة وحق الانتفاع للمنتفع (٣) . ومالك الرقبة والمنتفع ليسا شريكين على الشيوع فى المال ، فالشيوع لا يكون إلا فى حقوق من طبيعة واحدة تتزاحم

---

(١) وللمنتفع فى الدفاع عن حيازته لحقه العينى جميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة ولذلك لم يرد نص خاص فى ذلك ، أما المستأجر فله أيضاً فى الدفاع عن حيازته لحقه الشخصى جميع دعاوى الحيازة ولكن بموجب نص خاص (م ٥٧٥ مدنى) كان لازماً لمد الحيازة إلى الحقوق الشخصية تأثرا بالنظرية المادية للحيازة (انظر آنفاً فقرة ٢٦٧) .

(٢) ومن هذين العنصرين (usus, fructus) تكون اسم حق الانتفاع (usufruit) .

(٣) ولابد أن يكون المنتفع شخصاً آخر غير مالك الرقبة ، فيترتب حق الانتفاع لشخص على مال مملوك لشخص آخر . ولا يقال لمن يملك المال ملكية كاملة إنه يملك كلا من الرقبة وحق الانتفاع ، بل إن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع وإنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة ، وعلى ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الانتفاع مستقلا عن الرقبة، ولا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الانتفاع (اسماعيل غانم ص ٤) . والذى يجوز هو أن ينشئ المالك حق انتفاع على ماله فلا تبقى له إلا الرقبة، أو أن يتصرف فى الرقبة لغيره ويستبقى لنفسه حق الانتفاع .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ .

(1) البين من استعراض نصوص القانون المدنى فى المواد ٩٨٥ إلى ٩٩٥ أنه اعتبر حق الانتفاع من الحقوق العينية ذلك بإدراجه فى باب الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، وهو فى نظر القانون المصرى حق مالى قائم بذاته ولا يعتبر من القيود الواردة على حق الملكية، ومن ثم فإن حق الانتفاع باعتباره من الحقوق العينية يخول صاحب استعمال الشئ واستغلاله بنفسه أو بواسطة غيره دون قيود بشرط ألا يتجاوز حق الرقبة .

(جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ الطعن رقم ٢٦٢٧ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٨٥/٦/٢٧ الطعن رقم ١٣٤٣ لسنة ٤٩ ق)

(جلسة ١٩٦٠/٥/٢٦ الطعن رقم ٢٧ لسنة ٢٧ ق «احوال شخصية»)

على الشئ الواحد . أما طبيعة حق الرقبة فتختلف عن طبيعة حق الانتفاع [٤] ، وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك فى الشيوع ، ويبقى كل منهما محتفظا بحقه متميزا عن حق الآخر دون تزاحم بينهما . ولكن يصح أن تكون الرقبة نفسها أو حق الانتفاع نفسه مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص ، فيجوز عندئذ للشريك على الشيوع فى الرقبة أو فى حق الانتفاع أن يطلب القسمة [١] .

٢ – وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع : فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع ، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة . وهذا بخلاف حق المستأجر ، فهو فى الأصل لا ينتهى بموت المستأجر ، وإذا انتهى فإنما يكون ذلك فى حالات استثنائية (م ٢/٦٠١ و م ٦٠٢ مدنى) . وهذا لا يعنى أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع ، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع . ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل ، فإن حق

---

(١) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٧ – ص ٧٥٨ – وقد يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع فى جزء شائع من تركته ، فيكون للورثة حق الملكية الكاملة pleine propriété فيما يجاوز هذا الجزء الشائع وحق الرقبة فى الجزء الشائع ، ويكون للموصى له حق الانتفاع فى الجزء الشائع . فهناك إذن شيوع بين الورثة والموصى له فيما يتعلق بحق الانتفاع بالتركة جميعها ، إذ أن للورثة ، فيما جاوز الجزء الشائع الموصى بحق الانتفاع به ، حق انتفاع يتضمنه ملكيتهم الكاملة ، فهم إذن شركاء فى الشيوع مع الموصى له فى حق الانتفاع بالتركة جميعها كما سبق القول . وعلى ذلك يستطيع الموصى له أو أى من الورثة أن يطلب قسمة حق الانتفاع الشائع فى جميع التركة . فإذا أمكنت القسمة عيناً ، أفرز جزء من التركة يكون فيه للموصى له حق الانتفاع وللورثة حق الرقبة ، وأفرزت بقية أموال التركة ويكون للورثة حق الملكية الكاملة فيها . أما إذا لم تمكن القسمة عينا ، فهل يجوز بيع كل التركة على سبيل قسمة التصفية licitation ؟ يذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن هذا لا يجوز ، إذ قسمة التصفية هنا تؤدى إلى أن تكون هناك قسمة بين الرقبة وحق الانتفاع وهذا ممتنع قانوناً (لوران ٦ فقرة ٣٦٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ ص ٦٣٤ هامش ١١ – بيدان فى تعليقه فى داللوز ٧٨ – ١ – ١٤٥) . ولكن القضاء الفرنسى لا يأخذ بهذا الرأى ، مراعياً فى ذلك مصلحة الجميع . فبيع التركة بملكيتها الكاملة يكون أربح صفقة من أن يباع جزء شائع من التركة بملكيته الكاملة وأن يباع جزء شائع آخر مثقلا بحق الانتفاع . فإذا طلب الموصى له أو أحد من الورثة بيع التركة جميعها بملكيتها الكاملة على سبيل قسمة التصفية ، أجيب إلى طلبه ولو عارض فى ذلك الآخرون (نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٨٦٣ داللوز ٦٣ – ١ – ٢٨٥ – ٢٥ أغسطس سنة ١٨٧٩ سيريه – ٨٠ – ١ – ١٨١ – ٢٠ يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز ١٩٣٣ – ١ – ١١٣ – ٢١ يونيه سنة ١٩٥٤ جازيت دى باليه ١٩٥٤ – ٢ – ٢٢١) . ويقر رأى آخر فى الفقه الفرنسى ما ذهب إليه القضاء الفرنسى فى ذلك (بودرى وفال فى المواريث ٢ فقرة ٢٨٢٦ – لابيه فى تعليقه فى سيريه ٨٠ – ١ – ١٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦١ ص ٧٥٨ – ص ٧٥٩ – كاربونييه ص ١١٦) .

الانتفاع ينتهى حتما [1]، وذلك بالرغم من أن الأجل لم ينقض . والحكمة فى انتهاء حق الانتفاع حتما بموت المنتفع ، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال ، فلا المنتفع يملك الرقبة حتى يستطيع التصرف فى ملكية المال كاملة ، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مشتريا للرقبة وهى عاطلة عهن حق الانتفاع [1]. فأصبح المال فى وضع اقتصادى غير مرغوب فيه، ولذلك عين المشرع حدا أقصى لهذا الوضع ، وهو حياة المنتفع . فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته بل ينتهى حتما ، فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة ، ويرجع المال إلى وضعه العادى من التداول .

وإذا كان حق الانتفاع يحد من حركة تداول المال كما قدمنا ، فإنه أيضا يحمل فى ذاته عاملا من عوامل الشك وعدم الاستقرار بسبب القاعدة التى نحن بصددها من أنه ينتهى حتما بموت المنتفع . فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أو لم يحدد ، فإه لا يعرف متى ينتهى، إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل والموت لا يعرف موعده على وجه محقق . فتقدير قيمة حق الانتفاع ، عندما يكون هناك محل لذلك ، يصعب البت فيه ، إذ يحول دون ذلك عدم معرفة موعد انقضائه حتى لو كا له أجل محدد ، إذ ينتهى حتما بموت المنتفع ولو قبل انقضاء الأجل كما سبق القول . وقد واجه المشرع هذه الصعوبة فى حالات مختلفة، ففى

---

(١) هذا إلى أن صاحب الانتفاع يسعى بطبيعة الوضع الذى هو فيه إلى أن يستخلص م العين كل ما يستطيع استخلاصه من منفعة دون أن يحاول تحسين العين إذا كان هذا التحسين سيؤول نفعه إلى صاحب الرقبة عند انقضاء حق الانتفاع . وتشتد أضرار حق الانتفاع فى الأرض الزراعية ، ويتلوها فى التأثر بالضرر المبانى والمتاجر والمصانع، ويخف الضرر كثيراً فى الأوراق المالية (كولان وكابيتان ودى لا موراندير ١ فقرة ١٠٥٩ ص ٨٥٧) .

(1) أ – حق الملكية يغاير فى طبيعته وحكمه فى القانون حق الانتفاع ، فحق الملكية هو جماع الحقوق العينية إذ مالك العقار يكون له حق استعمال وحق استغلاله وحق التصرف فيه ، فإذا إنشأ هذا المالك لآخر حقا بالانتفاع فإن هذا الحق يجرد الملكية من عنصرى الاستعمال والاستغلال ولا يبق إلا العنصر الثالث وهو حق التصرف فتصبح الملكية المثقلة بحق الانتفاع هى ملكية الرقبة فيجتمع فى العقار حقان عينيان ، حق الرقبة للمالك وحق الانتفاع للمنتفع ، وهذا الحق بالانتفاع موقوت ينتهى بانتهاء الأجل المعين له، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع وينتهى على أى حال بموت المنتفع وفقا لما تنص به المادة ٩٩٣ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٣ الطعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٥٥ ق و ١٠٩٣ لسنة ٥٣ ق)

ب – نصت المادة ٩٩٣ من القانون المدنى صراحة على أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين وأمام صراحة النص فلا محل للخروج عليه أو تأويله وأمام عموميته فلا محل لتخصيصه ويكون الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون حين قال بسريان هذه الأحكام على جميع الأحوال أيا كان مصدر حق الانتفاع وسواء أكان قد نشأ بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر .

(جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق س ٣١ ص ١٥٣١)

حالتين منها لجأ إلى التحكم لأنه أراد أن يبت فى حق الانتفاع فى الحال . الحالة الأولى إذا نزعت ملكية العقار للمنفعة العامة ، وأريد توزيع التعويض المستحق عن نزع الملكية بين مالك الرقبة والمنتفع ، فعلى القاضى فى هذه الحالة أن يقدر قيمة حق الانتفاع اجتهادا، مراعيا فى ذلك سن المنتفع وحالته الصحية . والحالة الثانية ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الإصلاح الزراعى فى شأن توزيع التعويض المستحق عن الاستيلاء بين مالك الرقبة والمنتفع، ففى هذه الحالة يكون لمالك الرقبة ثلثا التعويض وللمنتفع الثلث الباقى . وفى حالة ثالثة لم يلجأ إلى التحكم ، إذ نص فى المادة ٩٩٤ مدنى على أن «ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشئ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى ما قد يقوم مقامه من عوض» . فإذا قام مقام الشئ تعويض أو مبلغ تأمين مثلا على سبيل الحلول العينى ، كان للمنتفع الفوائد المدة التى يدوم فيها حق الانتفاع ، ويبقى رأس المال دون الفوائد لمالك الرقبة إلى أن ينتهى حق الانتفاع ، فإذا انتهى آلت الفوائد للمالك [١] .

٣ – وحق الانتفاع يقع على شئ غير قابل للاستهلاك : وذلك لأن الشئ بذاته يعود إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع ، فوجب أن يكون باقيا بعد الانتفاع به ، ويعنى ذلك أن يكون شيئاً غير قابل للاستهلاك [٢] .

هذا هو الأصل . غير أنه يقع فى بعض الأحيان أن يوصى شخص لآخر بحق الانتفاع فى جزء من تركته ، وقد تشتمل التركة على أشياء قابلة للاستهلاك ، فإذا أفرزت الأموال التى يستعمل عليها المنتفع حق انتفاعه دخل فى هذه الأموال أشياء قابلة للاستهلاك . فكيف يباشر المنتفع حق انتفاعه على هذه الأشياء ، وهو لا يستطيع الانتفاع بها الا باستهلاكها؟ تجيب على ذلك المادة ٥٨٧ م التقنين المدنى الفرنسى بأنه «إذا شمل حق الانتفاع أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها ، كالنقود والغلال والخمور ، كان للمنتفع الحق فى استهلاكها، بشرط أن يرد مثلها فى الكمية والصفة والجودة» [٣] . ويستخلص من هذا النص أن الذى ينتقل إلى المنتفع فى الشئ القابل للاستهلاك ليس هو

---

(١) أنظر فى ذلك إسماعيل غانم ص ٥ – ص ٦ .

(٢) هذا إلى أن المنتفع ليس له إلا أن يستعمل الشئ وأن يستغله دون أن يستهلكه أو يتصرف فيه ، والشئ القابل للاستهلاك لا يمكن استعماله دون استهلاكه أو التصرف فيه ، ومن ثم لا يكون الشئ القابل للاستهلاك فى الأصل قابلا لأن يترتب عليه حق انتفاع .

(٣) والحل الذى أتى به نص التقنين المدنى الفرنسى لا يمكن تصور غيره ، وهو منقول عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون فى أول الأمر يمنع ترتيب حق الانتفاع على شئ قابل للاستهلاك لأن طبيعة هذا الشئ تستعصى على أن يرد عليه هذا الحق ، ثم تطور القانون فأباح ذلك ، وسمى الحق فى هذه الحالة بشبه حق الانتفاع (quasi-usufruit) . ونقل التقنين المدنى الفرنسى هذا الحكم فى المادة ٥٨٧ سالفة الذكر .

مجرد حق انتفاع ، بل هو حق ملكية كاملة يبيح للمنتفع أن يستهلك الشئ ، على أن يرد مثله أو قيمته عند انتهاء حق الانتفاع [1] . فالمنتفع إذن يصبح مالكا للشئ القابل للاستهلاك ، فلا تكون هناك رقبة تبقى للمالك ، وإنما يكون المالك دائنا للمنتفع بمثل الشئ أو قيمته [2] . وهكذا تتحول الرقبة من حق عينى هو ملك الرقبة ، إلى مجرد دائنية (créance) للمالك فى ذمة المنتفع[3] . وهذا هو الحكم الذى أخذ به فى مصر ، وقد ورد فى شأنه نص صريح ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى : «وللمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع» [4] .

٤٧٨ – الأشياء التى تصلح أن تكون محلا لحق الانتفاع : يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع العقار كالدور والأراضى الزراعية والمناجم والمحاجر ، والمنقول كالآلات والسيارات والمركبات والمواشى والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التى لحاملها والأشياء القابلة لاستهلاك ويترتب على هذه الأشياء الأخيرة شبه حق انتفاع كما سبق القول .

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع ، ليس فحسب الأشياء المادية كالأشياء التى تقدم ذكرها ، بل أيضا الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق المخترع ، والحقوق الشخصية (créances) [5] والإيرادات المرتبة والأسهم والسندات وسائر القيم المنقولة التى ليست

---

(١) ويقرب شبه حق الانتفاع بذلك من حق القرض فى عقد القرض ، ففى الحالتين تنتقل ملكية أشياء قابلة للاستهلاك من شخص إلى آخر على أن يرد هذا الأخير للأول مثلها أو قيمتها . ولكنهما يختلفان فيما يأتى : (أ) ينتهى شبه حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع حتى لو حدد له أجل ولم ينقض ، أما القرض فلا يحل بموت المقترض ولكن بانقضاء الأجل ، ويبقى القرض دينا فى التركة لو مات المقترض قبل حلول الأجل . (ب) القرض لا يكون إلا بعقد أما شبه حق الانتفاع فقد يكون بعقد ولكن يغلب أن يكون بوصية . (جـ) يجب فى شبه حق الانتفاع تقديم كفالة وعمل جرد للأشياء القابلة للاستهلاك (م ٩٩٢ مدنى) ، ولا يجب ذلك فى القرض . أنظر عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢١٨ ص ٢٦٢ – ص ٢٦٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٩ ص ٧٥٦ .

(٣) ويترتب على ذلك أنه فى حين أن المالك فى حق الانتفاع يسترد نفس الشئ عند نهاية الانتفاع، إذا به فى شبه حق الانتفاع ليس إلا دائناً للمنتفع يزاحمه سائر دائنى هذا الأخير (ما زو فقرة ١٦٥٢) .

(٤) أنظر أيضا المادة ٤١/٢٢ من التقنين المدنى السابق ، وكانت تنص على أه «يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تنعدم بالاستعمال ، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع» .

(٥) وترتب حق الانتفاع على الحقوق الشخصية من شأنه أن يترتب حقاً عينياً على حق شخصى، ويحمل على التساؤل عما إذا كان حق الانتفاع حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية ، أو هو حق يتفرع عن الحقوق بوجه عام لا عن حق الملكية فحسب (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٤١٥ – كولان وكاپيتان ودى لام موراندپير ١ فقرة ١٠٦٠ – مارتى ورينو فقرة ٦٤ ص ٨٢) .

لحاملها وسندات القروض التى تعقدها الدولة كقروض الإنتاج وغيرها . بل أن حق الانتفاع نفسه يصلح أن يكون محلا لحق انتفاع يترتب عليه ، فيكون للمنتفع بحق الانتفاع غلة هذا الحق وثماره (١). وكذلك يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع حق الارتفاق بشرط أن يشمل حق الانتفاع العقار المرتفق وحق الارتفاق معاً . فلا يترتب حق انتفاع على حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق (٢).

ويصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع المجموع من المال , (universalité) سواء كان مجموعا قانونيا كالتركات (٣)، أو كان مجموعا فعليا كالمتاجر والقطيع من الغنم (٤). وبوجه عام كل ما يصلح أن يكون محلا لحق الملكية يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع (٥).

وفى جميع الأحوال يصلح الشئ أن يكون محلا لحق الأنتفاع ، حتى لو كان مما يبلى بطول الاستعمال كالأثاث والملابس والسيارات والمركبات .

ولا يتحول حق الانتفاع هنا إلى شبه حق انتفاع ، فهناك فرق واضح بين شئ يبلى بطول الاستعمال وشئ يستهلك فورا بالاستعمال . وعلى ذلك يرد المنتفع ، فيما إذا ورد حق الانتفاع على شئ يبلى بطول الاستعمال ، نفس الشئ فى الحالة التى يكون عليها وقت نهاية حق الانتفاع ، دون أن يكون قد أصابه تلف بخطأ المنتفع (٦).

---

(١) أنظر ما يل يفقرة ٥٠٧ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٩١ .

(٣) والمنتفع بمجموع قانونى من المال universalité de droit ، على خلاف المنتفع بمال مستقل بذاته ، يساهم فى الوفاء بديون المجموع من المال الذى ينتفع به ، فيتحمل فوائد هذه الديون (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٠ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٥) .

(٤) والمنتفع بمجموع فعلى من المال universalité de foit يتميز ، لا بالمساهمة فى الوفاء بالديون ، بل باعمال نظرية الحلول العينى (بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٦).

(٥) وبوجه أعم ، كل شئ مادى أو غير مادى ، تخول حيازته فائدة اقتصادية أو أدبية أو فكرية، يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٦ هامش ٤ مكرر – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٥٨ ص ٧٥٥) .

(٦) أنظر فى هذا المعنى المادة ٥٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى – على أنه يجوز الاتفاق على إلحاق الأشياء التى تبى بطول الاستعمال بالأشياء التى تستهلك فوراً بالاستعمال ، فتنتقل ملكية الأشياء التى تبلى بطول الاستعمال إلى المنتفع ، ويكون له حق التصرف فيها واستهلاكه ، ولا يلزم إلا برد قيمتها أو مثلها عد نهاية حق الانتفاع . فيتحول حق الانتفاع بهذا الشرط إلى شبه حق انتفاع . وقد يكون الشرط ضمنيا فيستفاد مثلا من تقويم الأشياء التى يشملها حق الانتفاع ، إذ التقويم قد يفهم منه أن المالك لا يعلق أهمية كبيرة على أن يسترد الأشياء بذواتها وبحسبه أن يسترد قيمتها ، فيقوم التقويم هنا مقام =

٤٧٩ – ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الانتفاع : أهم ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الانتفاع أنه حذف نصوصا خاصة بالوقف أقحمها التقنين المدنى السابق على النصوص المتعلقة بحق الانتفاع . وبعض هذه النصوص قد بطل العمل بها، كنص المادة ٢٧/١٨ من التقنين المدنى السابق المتعلق بالمسقفات والمستغلات التى تكسب بعقد الإيجارتين ويجوز تأجيرها أو إعطاؤها بالغاروقة ، وكالمواد ٣٥ و ٣٦ و ٤٨ من التقنين المدنى المختلط الخاصة بالأراضى الخراجية . وبعض آخر من هذه النصوص تورد أحكاماً ما فى الوقف غير صحيحة ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٤/١٧ من أنه «يجوز أن يوصى لمحل خيرى تابع لديوان الأوقاف بملك العين ولشخص أو أكثر ورثته على التعاقب بحق الانتفاع ، وحينئذ لا يكون للمحل الخيرى حق الملك التام إلا بعد انقراض الموصى إليهم بحق الانتفاع» (١).

ثم أن التقنين المدنى الجديد رتب موضوع حق الانتفاع ترتيبا منطقيا ، فبدأ ببيان الأسباب التى يكسب بها حق الانتفاع ، ثم قرر ماذا يترتب على كسبه فعدد حقوق المنتفع والتزاماته ، وانتهى بذكر الأسباب التى ينقضى بها حق الانتفاع (٢).

٤٨٠ – الأهمية المحدودة لحق الانتفاع فى مصر وأهميته الكبيرة فى فرنسا : وإذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة فى فرنسا ، فإن ذلك يرجع إلى أن التقنين المدنى الفرنسى

= البيع aestimatio facit venditionem وهذه على كل حال قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للمالك أن يثبت أنه قد عول على استرداد الشئ بذاته لا بقيمته ، وذلك بالرغم من تقويمه فى سند حق الانتفاع (عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٠).

(١) وتقول محكمة النقض فى خصوص هذا النص إنه «من قبيل حق الانتفاع المؤبد الذى حرمه القانون بين الآفراد ، وهو بعينه نظام الوقف الذى أتى به الفقه الإسلامى ، وبحسبه وجدت الأموال الموقوفة ، مع ملاحظة أن محررى القانون اضطروا إلى جعل ملك الرقبة للجهة الخيرية وجعل الملك التام يؤول لها فى النهاية . وسبب اضطرارهم لهذا أنهم لم يريدوا متابعة فقهاء المسلمين على ما قالوه من أن العين الموقوفة تكون على حكم ملك الواقف أو على حكم ملك الله ، بل كان هذا عندهم من قبيل الأمور التى وراء الطبيعة (الميتافيزيقية) والتى لا يأخذون بها فى التشريع . وهم بالبداهة مخطئون ، لأنهم ما داموا قد أقروا نظام الوقف ينبغى لهم أن يأخذوا فيه بأقوال واضعيه ، وإلا فإن عبارتهم فى المادة ١٧ المذكورة تحلل للجهة الخيرية أن تبيع حق الرقبة وأن تبيع الملك التام عند أيلولته إليها بعد انقراض ذرية الموصى لهم ، وهذا مخالف لأصول الوقف كل المخالفة» (نقض مدنى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ محلق مجلة القانون والاقتصاد ٤ رقم ٦٨).

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٠ – ص ٥٣١.

قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع فى مال غيره ، وهذه هى حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى بحقوق الانتفاع القانونية . (usufruits légaux) فالمادة ٣٨٤ مدنى فرنسى تجعل للأب وللأم ، على ترتيب خاص ، حق الانتفاع فى أموال الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة أو حتى يصبحوا مأذونين (émaneipés) إذا تم ذلك قبل بلوغهم سن الثمانية عشرة . والمادة ٧٥٤ مدنى فرنسى تجعل لمن بقى حيا من الوالدين، فيما يرثه من أموال ولده ، حق انتفاع فى المال الذى لا تؤول له ملكيته كاملة . وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة ، فى ١٤ يوليه سنة ١٨٦٦ وفى ٩ مارس ١٨٩١ سنة وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٥ ، حق انتفاع لمن بقى حيا من الزوجين فى بعض أموال الزوج الآخر . فشاع بموجب هذه الأحكام حق الانتفاع فى التعامل ، وتكفل التقنين المدنى الفرنسى بتنظيم هذا الحق تنظيما مفصلا .

أما فى مصر فالأمر يختلف ، إذ لا يوجد فى القانون المصرى حقوق انتفاع قانونية . ويندر فى العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر بعقد أو بوصية ، ومتى كان حق الانتفاع نادرا على هذا النحو فإنه يندر تبعا لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم ما دام أنه ليس موجودا من الأصل . والذى يقع غالبا هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له ، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع فى هذا المال طول حياته . وحتى فى هذا الفرض ، كثيرا ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدى ، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصى التحايل على أحكام الميراث والوصية ، وقد نصت المادة ٩١٧ مدنى صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس . من أجل ذلك لم يسهب التقنين المدنى المصرى ، على خلاف التقنين المدنى الفرنسى ، فى تفصيل أحكام حق الانتفاع ، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية ، ونجاريه فى ذلك .

٤٨١ – خطة البحث : ونبحث حق الانتفاع فى فروع ثلاثة : (١) أسباب كسب حق الانتفاع . (٢) الآثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع . (٣) انتهاء حق الانتفاع .

الفرع الأول
أسباب كسب حق الانتفاع

٤٨٢ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٥ مدنى على ما يأتى :

« ١ – حق الانتفاع يكسب بعمل قانونى أو بالشفعة أو بالتقادم» .

« ٢ – ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد

الحياة وقت الوصية ، كما يجوز للحمل المستكن» (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الأحكام كان معمولا بها دون نص.

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٨٩ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٤٩ – ١٢٥٠ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٣ (٢) .

وقد ساير النص فى أسباب كسب حق الانتفاع أسباب كسب الملكية ، بعد أن حذف من أسباب كسب الملكية ما لا يتفق منها مع طبيعة حق الانتفاع . فالاستيلاء لا يرد على حق الانتفاع ، وكذلك الميراث لأن حق الانتفاع لا يورث إذ ينتهى حتما بموت المنتفع ، وتستعصى طبيعة حق الانتفاع على الالتصاق . فيبقى إذن من أسباب كسب الملكية التى تنطبق على حق الانتفاع الوصية والعقد ، وقد جمعها النص فى كلمة «العمل القانونى» ، والشفعة والتقادم(٣) .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٣٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق فى الفقرة الأولى منه لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، أما الفقرة الثانية فى المشروع التمهيدى فكانت تجرى على الوجه الآتى : «ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين تعينوا» . وقد عدلت لجنة المراجعة هذه الفقرة الثانية بما جعلها مطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت على النص تحت رقم ١٠٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٢ – ص ٥٣٣) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٣٧ – ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان ، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط . (والتقنين السورى مأخوذ من قانون الملكية العقارية اللبنانى . وقد أغفل ذكر التقادم بين أسباب كسب حق الانتفاع، ولم يذكر الشفعة لأنه لم يأخذ بها أصلا) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٨٩ (مطابق ، فيما عدا أن الفقرة الأولى من نص التقنين الليبى تضيف القانون إلى أسباب كسب حق الانتفاع) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٤٩ : يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها ، سواء كانت الأعيان عقاراً أو منقولا .

م ١٢٥٠ : يكسب حق المنفعة بالعقد وبالوصية . ويجوز أيضا أن يحتج الحائز لهذا الحق بالتقادم . (ولا يذكر التقنين العراقى الشفعة بين أسباب كسب حق الانتفاع ، لأنه فى النصوص التى أوردها فى الشفعة لا يجيز أخذ حق الانتفاع بالشفعة) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٣ : ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الأنسان ، ويمكن إنشاؤه إلى أجل أو بشرط . (والقانون اللبنانى كالتقنين السورى لا يذكر بين أسباب كسب حق الانتفاع التقادم ولا الشفعة . والقانون اللبنانى ، بخلاف التقنين السورى ، يأخذ بنظام الشفعة، ويذكر فى نصوص الشفعة جواز كسب حق الانتفاع بهذا السبب) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٢ .

٤٨٣ – كسب حق الانتفاع إبتداء وكسبه انتقالا : وحق الانتفاع ، كحق الملكية ، يمكن كسبه ابتداء وكسبه انتقالا . بل إن حق الانتفاع فى هذا الصدد يتميز عن حق الملكية فى أن الغالب فيه أن يكسب ابتداء لا انتقالها ، فى حين أن الغالب فى حق الملكية أن يكسب انتقالا ولا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء .

فحق الانتفاع يكسب ابتداء بالوصية ، ويكسب انتقالا بالشفعة ، ويكسب ابتداء وانتقالا بالعقد والتقادم .

أما أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ، فذلك لأنه لا يمكن الايصاء بحق انتفاع ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى . فإن حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع، فلا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع لأن هذا الحق يكون قد انتهى بموته، وعلى ذلك لا يكسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية . وإنما يمكن بالوصية إنشاء حق الانتفاع ابتداء ، فيوصى المالك ملكية كاملة للعين بحق الانتفاع بها ، وبذلك ينشئ ابتداء بالوصية حق الانتفاع ولا ينقله .

وأما أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا . فذلك لأن الشفعة إنما تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة . فأخذ حق الانتفاع بالشفعة إنما ينقل هذا الحق للشفيع ، ولا ينشئه .

والعقد تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فالمالك ملكية كاملة للعين ينشئ حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر ، فيكون العقد فى هذه الحالة منشئا لحق الانتفاع ابتداء . ومتى أنشئ حق الانتفاع بأى سبب من أسباب إنشائه ، جاز للمنتفع أن ينقل حقه للغير ببيع أو مقايضة أو هبة ، فيكون العقد فى هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له .

والتقادم كذلك تارة ينشئ حق الانتفاع وهو الغالب ، وطورا ينقل هذا الحق . فقد ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الانتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فيتسطيع أن يكسب حق الانتفاع إذا ظل حائزا إياه خمس سنوات بالتقادم المكسب القصير ، ويكون التقادم فى هذه الحالة قد أنشأ حق الانتفاع ابتداء . وقد يكون هناك حق انتفاع تم إنشاؤه ، ويؤجر المنتفع العين المنتفع بها ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة بنية تملك حق الانتفاع، فيتملكه بالتقادم المكسب الطويل ، فيكون التقادم هنا ناقلا لحق الانتفاع لا منشئا له . ويقوم مقام التقادم المكسب القصير فى العقار الحيازة بحسن نيه فى المنقول ، وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى التقادم باعتباره سببا لكسب حق الانتفاع [1].

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٤٨٧ .

ويخلص مما قدمناه أن هناك أسبابا أربعة لكسب حق الانتفاع : العقد والوصية والشفعة والتقادم ، ويضاف إلى التقادم الحيازة فى المنقول .

٤٨٤ – السبب الأول – العقد : يكون العقد سببا لكسب حق الانتفاع فى حالات ثلاث :

(الحالة الأولى) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الأنشاء (par voie de constitution) ، وهذا طريق مباشر . فيرتب مالك العين ، عقارا كانت العين أو منقولا ، حق انتفاع على العين لمصلحة شخص آخر . ويكون ذلك بعقد منشئ للحق العينى ، وأكثر ما يكون هذا العقد بيعا أو هبة ، وقد يكون مقايضة أو وفاء بمقابل . أما البيع فنادر ، إذ يصعب تقدير قيمة حق الانتفاع وهى موقوفة على حياة المنتفع كما قدمنا ، فيصعب تبعا لذلك تقدير الثمن . وأما المقايضة فأندر ، ولكن يمكن تصور ذلك إذا تقايض شخصان على عينين، فيكون لكل منهما حق الانتفاع فى العين المملوكة للآخر . والهبة أقرب تصورا، فيهب شخص لآخر حق الانتفاع فى عقار أو منقول مملوك للأول ليجد المنتفع بذلك موردا للعيش . فإن كانت الهبة واقعة على عقار وجب أن تكون بورقة رسمية ، ما لم تكن مستترة تحت اسم عقد آخر . وإن كانت واقعة على منقول وجب أيضا أن تكون بورقة رسمية ، ما لم يقبض المنتفع المنقول أو تكون الهبة مستترة تحت اسم عقد آخر . وأيا كان العقد ، بيعا أو هبة أو مقايضة أو غير ذلك ، فإنه يجب تسجيله إذا رتب حق الانتفاع على عقار ، ولا ينشأ حق الانتفاع لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا سجل العقد طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل .

ويحدد العقد مدة لحق الانتفاع ، وينتهى حق الانتفاع حتما بموت المنتفع حتى قبل انقضاء المدة المحددة . فإذا لم يحدد العقد مدة ، عد حق الانتفاع مقررا مدى حياة المنتفع (م ١/٩٩٣ مدنى) . وإذا كان حق الانتفاع مرتبا لمصلحة شخص معنوى ، فقد ورد فى هذا الشأن نص فى التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقضى المادة ٦١٩ من هذا التقنين بأن المدة لا يجوز أن تزيد فى هذه الحالة على ثلاثين سنة . وورد فى كل من التقنين المدنى السورى (م ٩٣٦) وقانون الملكية العقارية اللبنانى (م ٣٢) أنه لا يجوز إنشاء حق الانتفاع لصالح أشخاص معنويين . ولما كان التقنين المدنى المصرى لا يشتمل على مثل هذه النصوص ، وجب القول من جهة إن حق الانتفاع يجوز ترتيبه لصالح شخص معنوى، ومن جهة أخرى إنه لا يوجد حد أقصى لمدة حق الانتفاع فى هذه الحالة . وعلى ذلك يجوز فى القانون المصرى ترتيب حق الانتفاع لصالح شخص معنوى ، ويحدد العقد مدته، فإذا لم تحدد له مدة

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٦ فى الهامش .

بقى طوال بقاء الشخص المعنوى ، ولكن ينتهى حق الانتفاع حتما بانحلال الشخص المعنوى حتى قبل انقضاء المدة المحددة فى العقد .

والعقد الذى أنشأ حق الانتفاع هو الذى يقرر حقوق المنتفع والتزاماته وغير ذلك من الشروط ، على أن يستكمل كل ذلك بالأحكام الواردة فى القانون والتى سيأتى بيانها (م ٩٨٦ مدنى) . ويصح أن ينشئ العقد حق الانتفاع منجزا ، كما يصح أن يعلقه على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، أو أن يقرنه بأجل واقف فلا يبدأ حق الانتفاع إلا فى وقت معين . ويجب أن يكون حق الانتفاع دائما مقترنا بأجل فاسخ ، فإن لم يحدد العقد هذا الأجل كان الأجل الفاسخ هو مدة حياة المنتفع كما سبق القول . ويجوز أن يقترن العقد بشروط وتكاليف (charges)[1] ، وبوجه خاص يجوز جعل حق الانتفاع غير قابل للنزول عنه ولا للحجز عليه ، فيكون حق الانتفاع كحق الملكية مقترنا بشرط مانع من التصرف ، ويراعى فى ذلك نفس الأحكام التى سبق تفصيلها فى حق الملكية (م ٨٢٣ – ٨٢٤ مدنى) [2] .

(الحالة الثانية) يكسب العقد فيها حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de retentuion) ، وهذا طريق غير مباشر . فينقل مالك العين بالعقد الرقبة للغير، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدى حياته فى الغالب . ويكون العقد فى هذه الحالة منشئا لحق الرقبة لا لحق الانتفاع ، وإنما يبرز حق الانتفاع بطريق غير مباشر عن طريق فصل الرقبة عن الملكية الكاملة ، فيكون حق الانتفاع بعد أن انفصلت عنه الرقبة للمالك الأصلى، وتكون الرقبة لمن تصرف له هذا المالك . وقد قدمنا [3] أن هذه الصورة هى التى تتحقق عادة فى العمل فى مصر ، وأنه يقصد بها غالبا التحايل على أحكام الميراث والوصية ، ومن أجل ذلك وضعت المادة ٩١٧ مدنى قرينة قانونية على أن التصرف على هذا النحو يعتبر وصية مستترة ما لم يقم الدليل على العكس . فإن قام الدليل على العكس ، كان الحكم هو ما قدمنا ، وكان العقد هو الذى أنشأ حق الرقبة وبانفصالها عن الملكية الكاملة برز حق الانتفاع [4] . أما إذا لم يقم الدليل على العكس ، فالتصرف فى مجموعه يعتبر وصية،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العقد الذى بموجبه يتسلم شخص أرضاً على أن يردها فى نهاية المدة المتفق عليها ، بما ينشئه فيها من أبنية وغراس دون أى تعويض عنها ، يعتبر عقدا منشأ لحق انتفاع (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٦ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٤٨٠ .

(٤) انظر استئناف مختلط ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧١ – ١٨ يونيه سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٦ .

ويبقى المتصرف مالكا للعين ملكية كاملة مدة حياته ، ويجوز له الرجوع عن التصرف فى أى وقت لأن الوصية يجوز الرجوع فيها . فان مات دون أن يرجع عن الوصية ، آلت العين كاملة للموصى له ، وتسرى سائر أحكام الوصية . وعلى هذا النحو لا تنفصل الرقبة عن الملكية الكاملة ولا يبرز حق الانتفاع فى أى وقت ، لا فى أثناء حياة المتصرف ولا بعد موته . وسواء اعتبر التصرف تصرفا حال الحياة أو اعتبر وصية مستترة ، فإنه إذا وقع على عقار وجب تسجيله طبقا للقواعد المقررة فى التسجيل ، إذ أنه يكون واجب التسجيل فى الحالتين (1).

(الحالة الثالثة) ينقل العقد فيها حق انتفاع ثم إنشاؤه من قبل ، ويكون العقد فى هذه الحالة ناقلا لحق الانتفاع (par voie d'aliénation) لا منشئا له . وسنرى (١)، عند الكلام فى حقوق المنتفع ، أن لهذا الأخير أن يتصرف فى حق الانتفاع بالبيع والهبة وغير ذلك من أنواع التصرف . ولكن ينتهى حق الانتفاع حتما بموت المنتفع الأصلى، أما موت من تصرف له المنتفع الأصلى فلا ينهى الحق بل ينتقل الحق بموت إلى ورثته، وهذه صورة خاصة يورث فيها حق الانتفاع (٢). ويبقى المنتفع الأصلى، بالرغم من نزوله عن حق الانتفاع للغير، ملتزما بجميع التزامات المنتفع . ويعد شخصه هو، لا شخص من تصرف له، محل الاعتبار فى انتهاء حق الانتفاع بالموت، فإذا مات انتهى حق الانتفاع ولو بقى المتصرف له حيا . وسنعود لهذه المسألة عد الكلام فى أعمال التصرف التى تصدر من المنتفع (٣).

---

(١) أنظر ما يلى فقرة ٥٠٥ .

(٢) أنظر إسماعيل غانم ص ١٠ .

(٣) أنظر ما يلى فقرة ٥٠٥ .

(1) أ – الوصية فى التركة تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وإذ كان الأصل أن تنعقد بألفاظ دالة عليها تفيد انشاءها إلا أن المورث قد يبرم تصرفا آخر يستر به نية الايصاء لديه وهو ما حمل المشرع – وفقا لأحكام المادة ٩١٧ من القانون المدنى – إلى إنشاء قرينة قانونية على توافر نية الايصاء فى أى تصرف يجريه المورث لأحد ورثته إذا احتفظ بأية طريقة بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته فإن توافرت أعفت الوارث من اثبات طعنه على تصرفات مورثه وإن لم تتوفر كان للوارث أن يثبت نية الإيصاء لدى المورث بالقرائن القضائية ولمحكمة الموضوع أن تستظهر القرائن الدالة على أن التصرف ليس منجزا وأنه قصد به الايصاء لوارث آخر .

(جلسة ١٩٩١/٧/١٧ الطعن رقم ١٤٥١ سنة ٥٥ ق)

ب – مفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدنى ، أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازته العين المتصرف فيها وثانيهما بحقه فى الانتفاع بها ، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه ، فلا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله ذلك .

(جلسة ١٩٩١/١٢/١ الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ ق).

٤٨٥ – السبب الثانى – الوصية : وينشأ حق الانتفاع ابتداء بالوصية ، وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالوصية الا ابتداء [١] . وكسب حق الانتفاع بالوصية أكثر وقوعا فى العمل من كسبه بالعقد . ويتم ذلك بأحد طريقين : إما بأن يوصى مالك العين بحق الانتفاع بها لشخص معين فتبقى الرقبة للورثة ، وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بالعقد بطريق الإنشاء (par voie de constitution) ، أو بأن يوصى مالك العين بالرقبة لشخص معين فيبقى حق الانتفاع للورثة وهذا يقابل كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) .

وتسرى أحكام الوصية من حيث الشكل ، ومن حيث النصاب الجائز الإيصاء به، ومن حيث انتقال الحق إلى الموصى له ببقائه حيا بعد موت الموصى ، ومن حيث وجوب التسجيل إذا كانت الوصية واقعة على عقار ، ومن حيث سائر أحكام الوصية . وتحدد الوصية مدة حق الانتفاع على التفصيل الذى ذكرناه فى تحديد المدة بالعقد ، وتقرر حقوق المنتفع والتزاماته على أن تستكمل ذلك بالأحكام الواردة فى القانون ، ويصح أن تعلق الوصية حق الانتفاع على شرط فاسخ أو على شرط واقف أو تقرنه بأجل واقف ، كما يصح أن تقرنه بشروط وتكاليف ومنها جعله غير قابل للتصرف فيه ولا للحجز عليه ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه فيما إذا كان سبب كسب حق الانتفاع هو العقد .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٨٥ مدنى ، فيما رأينا ، على ما يأتى : «ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين ، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز للحمل المستكن» – والمفروض أن الموصى يوصى بحق الانتفاع فى العين لشخصين، أو أكثر على التعاقب بحيث إذا انتهى حق انتفاع الأول بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، نشأ حق انتفاع جديد لا صلة له بحق الانتفاع الأول ولا يعتبر استمرارا له لمصلحة الشخص الثانى ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثانى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثانى نشأ حق انتفاع ثالث لا صلة له بحق الانتفاع الثانى لمصلحة الشخص الثالث، وهكذا . وغنى عن البيان أنه كما يمكن الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين على هذا النحو ، يمكن من باب أول الإيصاء بحق الانتفاع لأشخاص مجتمعين فى وقت واحد، فيكون حق الانتفاع شائعا بينهم ، فإذا كانوا ثلاثة مثلا ، وكانت حصصهم متساوية بحسب الوصية، كان لكل منهم حق الانتفاع بثلث العين شائعا فى العين كلها . وينتهى حق الانتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة فى الوصية ، وينتهى حتما بالنسبة إلى الثلث الشائع من العين

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٨٢ .

إذا مات أحد منهم ، فتصبح ورثة الموصى مالكه ملكية كاملة لهذا الثلث ولها ملك الرقبة فى الثلثين الباقيين .

وفى حالة ما إذا كان الإيصاء لأشخاص متعاقبين ، فإن الأول منهم يستقل وحده بحق الانتفاع ولا يشاركه الآخرون فيه ، وذلك إلى أن ينتهى هذا الحق . ثم يعقبه حق الانتفاع الثانى ، فحق الانتفاع الثالث ، وهكذا ، كما سبق القول . فإذا كان الأشخاص المتعاقبون ثلاثة ، كان هناك حقوق انتفاع ثلاثة تتوالى وكل منها مستقل عن الحقين الآخرين ، ويكون كل حق منها مستمدا مباشرة من الوصية التى أنشأته لا من حق الانتفاع الذى سبقه. ويترتب على ذلك أن كلا من هؤلاء الأشخاص الثلاثة الموصى لهم يجب أن يكون ، كما تقول المادة ٢/٩٨٥ مدنى فيما رأينا ، موجودا على قيد الحياة وقت الوصية ، أو فى القليل يجب أن يكون حملا مستكنا فى هذا الوقت إذ تجوز الوصية للحمل المستكن (١). فيكون الموصى قد أوصى بحق الانتفاع مباشرة لكل من هؤلاء الثلاثة وهم موجودون على قيد الحياة وقت أن أوصى ، فأنشأ بذلك ثلاثة حقوق انتفاع مستقلة بعضها عن بعض ، الأول منها منجز، والثانى مقترن بأجل واقف هو انتهاء الأول ، والثالث مقترن أيضا بأجل واقف هو انتهاء الثانى . وتكون ورثة الموصى ، طوال المدة التى تبقى فيها حقوق الانتفاع الثلاثة المتعاقبة، مالكين لرقبة العين ، حتى إذا انتهى حق الانتفاع الثالث والأخير عادت لهم ملكية العين كاملة .

وشروط وجود الموصى لهم على قيد الحياة وقت الوصية شرط أساسى . وهو الذى يميز هذا التصرف عن الوقف . ففى الوقف ينتقل الانتفاع بالعين الموقوفة من مستحق إلى من يليه من المستحقين ، دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف . وهذه هى مزية يختص بها الوقف ، كما يختص فى إنشائه وفى الآثار التى تترتب عليه بأحكام خاصة قررتها الشريعة الإسلامية . أما هنا فنحن فى صدد وصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، فتسرى عليها أحكام الوصية وأحكام حق الانتفاع لا أحكام الوقف . ولو لم يشترط وجود الأشخاص المتعاقبين على قيد

---

(١) وقد كانت المادة ٣٣/١٦ من التقنين المدنى السابق تنص على أنه «لا يعطى ذلك الحق (حق الانتفاع) إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته إن لم يكن له ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة» . فالنص يشترط ألا يعطى حق الانتفاع إلا لشخص موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، فيقع لبس فيما إذا كانت الوصية به تجوز للحمل المستكن وهل يمكن اعتبار الحمل المستكن شخصاً موجوداً على قيد الحياة . فجاء نص المادة ٢/٩٨٥ من التقنين المدنى الجديد حاسماً لهذه المسألة ، إذ قال صراحة إنها تجوز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن (أنظر عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢١٦ ص ٢٥٩).

الحياة وقت الوصية ، لأمكن أن تكون هذه الوصية وقفا، ولأمكن للموصى أن يسلك إلى الوقف عن غير طريقه . ولذلك لا يجوز الإيصاء بحق الانتفاع لشخص معين ، ثم لورثته من بعده دون أن يتعين أشخاص الورثة ودون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، إلا إذا سلك الموصى طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية (١) .

٤٨٦ – السبب الثالث – الشفعة : رأينا عند الكلام فى الشفعة أن المادة ٩٣٦ مدنى تنص على ما يأتى : «يثبت الحق فى الشفعة : (أ) لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه . (ب) للشريك فى الشيوع ، إن بيع شئ من العقار الشائع لأجنبى . (جـ) ...» . ويظهر فى وضوح أن الكلام هنا عن حق انتفاع قائم قد تم إنشاؤه ، فيؤخذ بالشفعة بعد تمام الإنشاء . وتكون الشفعة إذن سببا لكسب حق الانتفاع انتقالا من المنتفع إلى الشفيع ، لا سببا لإنشاء حق الانتفاع ابتداء . وقد قدمنا أن حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا ، والشفعة لا تنشئ حق الانتفاع ، وإنما تنقل حق منتفع إلى منتفع آخر (٢)(1) .

---

(١) وفى الشريعة الإسلامية يشترط فى الموصى له أن يكون معلوماً وأن يكون موجودا عند الوصية إن كان معيناً ، فان لم يكن معينا كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى (أنظر آنفاً فقرة ٧٤) – وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٣ .

وأنظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٨ ص ٦٣٦ – بودرى وشوفو فقرة ١٤٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٦٧ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٨٣ .

(1) أ – مفاد النص فى المادة ٩٨٥ من القانون المدنى أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة.

(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن رقم ١٦٤٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٥٦٥)

ب – مفاد النص فى المادة ١/٩٨٥ من القانون المدنى أن حق الانتفاع يمكن كسبه بالشفعة فى حالة بيعه استقلالا دون الرقبة الملابسة له إذا ما توافرت شروط الأخذ بالشفعة .

النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى – على أن يثبت الحق فى الشفعة .

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس له أو بعضه .

(ب) للشريك فى الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى .

(جـ) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها .

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

(هـ) للجار المالك .

فمالك الرقبة ، إذا بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة ، له أن يأخذ حق الانتفاع المبيع بالشفعة ، ومن ثم تكون الشفعة سببا من أسباب كسب حق الانتفاع . وفى هذا الفرض إذا أخذ مالك الرقبة حق الانتفاع بالشفعة ، اجتمع فى يد شخص واحد الرقبة وحق الانتفاع، فينتهى حق الانتفاع باتحاد الذمة ، ويصبح مالك الرقبة مالكا للعقار ملكية كاملة ، وقد سبق أن فصلنا القول فى ذلك عند الكلام فى الشفعة (١).

وإذا كان حق الانتفاع شائعا بين شخصين ، وباع أحدهما حصته الشائعة لأجنبى، فللشريك الآخر أن يأخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة ، ما لم يأخذها مالك الرقبة إذ هو مقدم فى المرتبة ، وقد سبق بيان تفصيلا عند الكلام فى الشفعة (٢). فإذا لم يتقدم مالك الرقبة لأخذ الحصة الشائعة فى حق الانتفاع بالشفعة ، وأخذها الشريك المشتاع ، كانت الشفعة هنا أيضا سببا لكسب جزء شائع فى حق الانتفاع .

٤٨٧ – السبب الرابع – التقادم : ويقصد بالتقادم هنا التقادم المكسب القصير فى العقار، وتضاف إليه الحيازة فى المنقول ، وكذلك التقادم المكسب الطويل فى العقار والمنقول.

فالتقادم المكسب القصير فى العقار يكسب به حق الانتفاع المترتب على عقار. ويتحقق

والنص فى المادة ٩٣٧ من ذات القانون على أن : «وإذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة السابقة» مفادها أن المشرع فرد حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب الانتفاع ، وتحقيقا لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزاحم الشفعاء – لمالك الرقبة على سائر الشفعاء عند بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها ، وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزاحم إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها ، وإذ قرر المشرع الأفضلية بين الشفعاء عند تزاحمهم وفق ما جرى به النص السالف فإن مؤدى ذلك أن الشفعة فى حق الانتفاع أو فى حق الرقبة مقررة أصلا لسائر الشفعاء المنصوص عليهم لتوفر الحكمة فى تقرير الشفعة لكل منهم وهى المضارة على أن تجرى المفاضلة بينهم عند تزاحمهم .

(جلسة ١٩٨٥/٤/٩ الطعن قم ١٦٤٤ لسنة ٥١ ق س ٣٦ ص ٥٦٥).

جـ – مفاد نص المادتين ٩٣٦ ، ٩٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة – فى بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها فى جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة إذ بدون هذا النص الصريح ما كا ن لمالك الرقبة أن يشفع فى بيع حق الانتفاع إذ هو ليس شريكا شتاعا ولا جارا مالكا ، وتحقيقا لذات الحكمة فقد فضل الشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له فى الشفعة فى بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التى يملكها .

(جلسة ١٩٧٩/١٢/١٣ الطعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٨ ق س ٣٠ ح ٣ ص ٢٦١)

(١) أنظر آنفا فقرة ١٨٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقفرة ١٨١ .

ذلك إذا رتب شخص على عقار لا يملكه حق انتفاع لمصلحة شخص آخر حسن النية ، فإذا بقى هذا الشخص الآخر حائزا لحق الانتفاع خمس سنوات ، فإنه يكسبه بالتقادم القصير، ويكون هذا التقادم إذن سببا فى كسب حق الانتفاع ابتداء ، أى فى إنشاء حق الانتفاع .

وإذا فرض أن هناك منقولا بدلا من العقار ، ورتب عليه غير المالك حق انتفاع لمصلحة شخص آخر ، فحيازة هذا الشخص لحق الانتفاع على المنقول بحسن نية يكسبه حق الانتفاع بمجرد الحيازة ، فتكون الحيازة فى هذا الفرض سبباً لكسب حق الانتفاع ابتداء .

أما كسب حق لانتفاع بالتقادم الطويل فيصعب تصور وقوعه عملا . وإذا حاز شخص عقارا أو منقولا وهو سئ النية ، وبقى حائزا له مدة خمس عشرة سنة ، فهو لا يقف بداهة عند القول بأنه إنما حاز حق انتفاع فحسب ، ما دام الباب أمامه مفتوحاً للقول بأنه حاز حق ملكية كاملة ، وأنه كسب ملكية العقار أو المنقول ، لا حق انتفاع فحسب، بالتقادم الطويل. وتفترض عادة صورة أخرى ، فيها يرتب غير المالك على العقار أو المنقول حق انتفاع لشخص سئ النية ، فيبقى هذا الشخص حائزاً لحق الانتفاع مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب هذا الحق ابتداء بالتقادم الطويل [1] . وهذا الفرض أيضاً بعيد الوقوع فى العمل . ويمكن أن نتصور فرضاً أقرب وقوعاً ، هو أن يؤجر صاحب حق الانتفاع حقه ، ثم يغير المستأجر صفة حيازته لحق الانتفاع الذى استأجره من حيازة عرضية إلى حيازة أصيلة ، ويستمر حائزاً لحق الانتفاع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة ، فيكسب الحق بالتقادم الطويل، ويكون التقادم هنا سبباً لنقل حق الانتفاع لا لإنشائه ، إذ ينتقل هذا الحق من صاحبه الأصلى وهو المؤجر إلى المستأجر الذى كسبه بالتقادم .

٤٨٨ – مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه : وإذا كسب شخص حق الانتفاع بسبب من أسباب كسبه التى سبق بيانها ، فإنه يستطيع أن يطالب بهذا الحق عن طريق دعويين، الأولى عينية والأخرى شخصية .

فالدعوى العينية تكون للمنتفع ضد أى حائز لحق الانتفاع ، سواء كان هذا الحائز هو الذى أعطى حق الانتفاع للمنتفع أو كان وارثاً له ، أو كان من الغير . فالمنتفع يتتبع حق فى أى يد كان هذا الحق ، كما يتبع المالك ملكه . وكما يرفع المالك

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٠ – إسماعيل غانم ص ٨ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢١٦ ص ٢٦٠ .

(١)

دعـوى الملكيـة على أى حـائز وتسـمى دعـواه بدعـوى الاسـتـحـقـاق (action en revendication) ، كذلك يرفع المنتفع دعوى حق الانتفاع على أى حائز وتسمى دعواه بدعوى الأقرار بحق الانتفاع action confessoire d'usufriut (١).

والدعوى الشخصية تعطى للمنتفع إذا كان قد كسب حق الانتفاع بعقد فيطالب من تعاقد معه بدعوى العقد ، أو كسبه بوصية فيطالب الورثة بدعوى الوصية ، أو كسبه بالشفعة فيطالب البائع لحق الانتفاع بدعوى التسليم المستمدة من عقد البيع . والدعوى الشخصية لا تجب الدعوى العينية وإنما توجد إلى جانبها .

ويتسلم المنتفع العين بالحالة التى تكون عليها وقت أن يتسلمها ، وليس له أن يطلب من مالك الرقبة أن يسلمها إياه فى حالة جيدة (٢) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المنتفع مع مالك الرقبة على أن يسلمه العين فى حالة جيدة (٣).

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٢ – وإذا رفع المالك دعوى على الحائز الذى يدعى أن له حق انتفاع على العين ، يتمسك فيها بانكار حق الانتفاع على الحائز ، سميت الدعوى بدعوى إنكار حق الانتفاع action négatoire d'usufruit .

(٢) أنظر المادة ٦٠٠ مدنى فرنسى .

(٣) ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتصرف فى العين لمصلحة خاصة مع الإضرار بمصلحة المنتفع، فلا يجوز له مثلا أن يبيع العقار المنتفع به لإجراء قسمة التصفية (licitation) ، بحيث يتحول حق المنتفع من العقار إلى ما يقابله من الثمن . وإذا تضرر المنتفع من ذلك ولم يقبله ، فإن حق انتفاعه على العقار يبقى بالرغم من البيع (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ هامش ٢ مكرر – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٣) .

(١)

الفرع الثانى
الآثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع

المبحث الأول
آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع

٤٨٩ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٦ مدنى على ما يأتى :

«يراعى فى حقوق المنتفع والتزاماته السند الذى أنشأ حق الانتفاع وكذلك الأحكام المقررة فى المواد الآتية : [١] .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٨/١٩ [٢] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل. وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ . وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥١ . وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل [٣] .

ويفهم من هذا النص أن حقوق المنتفع والتزاماته ، وهذه هى الآثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع بالنسبة إليه ، ترد عادة فى السند الذى أنشأ حق الانتفاع . فترد فى العقد إذا

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦١ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٤ – ص ٥٣٥) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٨/١٩ : تراعى فيما يكون لصاحب حق الانتفاع من الحقوق وما يترتب عليه من الواجبات شروط العقد المترتب عليه حق الانتفاع والأصول المقررة فى المواد الآتية . (وحكم التقنين المدنى السابق يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥١ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

كسب حق الانتفاع بعقد ، أو فى الوصية إذا كسب بوصية ، أو فى عقد البيع المشفوع فيه إذا كسب بالشفعة . أما إذا كسب حق الانتفاع بالتقادم ، فأعمال الحيازة التى أدت إلى التقادم هى التى تحدد مدى حق الانتفاع الذى كسب بهذا السبب .

وإلى جانب ما يرد فى السند ، توجد أحكام قررها القانون تجب مراعاتها ، وأغلب هذه الأحكام لا تعتبر من النظام العام ، فتراعى ما لم يرد فى السند ما يخالفها . وبعضها يعتبر من النظام العام فتجب مراعاته حتما ، ويبطل ما يرد مخالفاً له فى السند . والأصل أن الأحكام التى وردت فى القانون ليست من النظام العام ، فيجوز أن يرد فى السند ما يخالفها ويعمل بما ورد فى السند . أما الأحكام التى تعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفتها ، فطبيعتها تنم عليها وتسهل معرفتها .

ونرجع إلى الأحكام التى وردت فى القانون لتحديد آثار قيام حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع ، وهذه الآثار تتمثل فى حقوق تثبت له ، وفى التزامات تترتب فى ذمته . أما الحقوق التى تثبت له ، فترجع كلها إلى ما له على العين من حق عينى هو حق الانتفاع ، فهى تبين مدى هذا الحق . وأما الالتزامات التى تترتب فى ذمته ، فقد تنشأ من سند حق الانتفاع. والالتزامات التى وردت فى الأحكام التى قررها القانون ، وهى التى تعنينا هنا ، تنشأ من واقعة مادية هى أن رقبة العين المنتفع بها فى يد المنتفع ، فيوجب عليه القانون التزامات تهدف إلى المحافظة على العين والعناية بها حتى ترد إلى صاحبها . فهى إذن التزامات مصدرها القانون، وتترتب فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة .

ونتكلم فى حقوق المنتفع ، ثم فى التزاماته .

المطلب الأول

حقوق المنتفع

٤٩٠ – مدى هذه الحقوق : للمنتفع حق عينى فى العين المنتفع بها هو حق الانتفاع، ومنه تتفرع جميع الحقوق للمنتفع كما قدمنا .

وحق الانتفاع يجزئ حق الملكية . فهذا الحق الأخير يشتمل على عناصر ثلاثة هى الاستعمال والاستغلال والتصرف ، يقتطع منها حق الانتفاع العنصرين الأولين وهما الاستعمال والاستغلال ، ويبقى العنصر الثالث وهو التصرف لمالك الرقبة .

وما للمنتفع من حق استعمال الشئ المنتفع به وحق استغلاله يوليه على الشئ سلطة تخول له أن يقوم بإدارته ، وأن يتصرف فى حق الانتفاع دون حق الرقبة ، وأن يباشر ما يقتضى كل ذلك من الدعاوى (1).

فنتكلم فى حق المنتفع فى استعمال الشئ واستغلاله ، ثم فى مدى سلطة المنتفع على الشئ المنتفع به .

١ – حق المنتفع فى استعمال الشئ واستغلاله

٤٩١ – حق المنتفع فى استعمال الشئ : وللمنتفع الحق فى استعمال الشئ المنتفع به على النحو الذى يستعمل به المالك ملكه ، فقد حل المنتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك فى استعمال الشئ . فله إذن أن يستعمل الشئ فى كل ما أعد له ، وفى كل ما يمكن أن يستعمل فيه . وعلى ذلك يستطيع أن يستعمل الشئ استعمالا شخصياً ، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها (١) . ولكنه ، على خلاف المالك ، لا يستطيع أن يصل فى الاستعمال إلى حد استهلاك الشئ أو إتلافه ، فإنه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع (٢) . ويتقيد المنتفع ، كما يتقيد المالك ، بالقيود التى فرضها القانون فى استعمال الشئ . فلا يجوز أن يفتح مطلا على الجار إلا فى المسافة التى حددها القانون ، ولا أن

---

(١) وإذا كان الشئ المنتفع به أرضاً زراعية ، كان له أن يزرعها بنفسه أو بواسطة غيره ، ولكن هذا يكون استغلال لا استعمالا . وللمنتفع الحق فى الصيد والقنص فى الأرض المنتفع بها هو وغيره ممن يدعوهم لذلك ، ويكون هذا استعمالا . وذلك ما لم يكن المالك قد سبق له إيجار الحق فى الصيد والقنص ، فيجب عندئذ على المنتفع احترام عقد الإيجار، ولكن يكون له الحق فى الأجرة طول مدة الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٨).

(٢) وقد لا يستعمل المنتفع الشئ بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل، كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة فى الدار التى ينتفع بها ، أو يعير السيارة التى له فيها حق الانتفاع . أما إذ نزل عن الاستعمال للغير بمقابل ، فإن هذا يكون استغلالا لا استعمالا (أنظر فى حق الاستعمال المخول للمالك الوسيط ٨ فقرة ٢٩٩) . وقد قدمنا أنه إذا كان الشئ المنتفع به قابلا للاستهلاك كما هو الأمر فى شبه حق الانتفاع ، انتقلت ملكية الشئ إلى المنتفع ، وجاز له استهلاكه والتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧) .

(1) المنتفع وإن جاز له فى القانون أن يحمى حيازته لحق الانتفاع بدعاوى الحيازة إلا أنه يتعين أن يثبت بداءة أن العقار المطلوب دفع العدوان عن حيازته مثقل بحق عينى اكتسبه رافع الدعوى بسبب من الأسباب المقررة بالمادة ٩٨٥ من القانون المدنى لاكتساب حق الانتفاع .

(١٩٨٧/١١/١٦ الطعن قم ٤٥٢ لسنة ٥٤ ق)

يستعمل العقار الذى ينتفع به استعمالا من شأنه أن يضر بالجار ضررا غير مألوف .

وكما يجوز للمنتفع أن يستعمل الشئ ذاته ، يجوز له أيضا أن يستعمل ملحقاته. فله أن يستعمل حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها ، من شرب ومجرى ومسيل ومرو وغير ذلك[1] . وله كذلك أن يستعمل المنقولات الملحقة بالشئ ، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حقه إلى ما يتراكم من الطمى بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض المنتفع بها (alluvion) إذ تصبح الأرض المتكونة من هذا الطمى ملكاً لمالك الأرض (م ٩١٨ مدنى) [2] فيشملها حق الانتفاع . أما طرح النهر والجزائر التى تتكون فى مجراه ، فلا يتناولها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض ، بل تخضع لقوانين خاصة (م ٩٢١ مدنى) [3] .

٤٩٢ – حق المنتفع فى استغلال الشئ : ويخول حق الانتفاع للمنتفع أن يستغل الشئ، والحق فى الاستغلال هو الذى يميز حق الانتفاع عن حق الاستعمال وحق السكنى حيث لا يجوز فيهما للمنتفع أن يستغل الشئ . والاستغلال قد يكون مباشراً ، كأن يزرع المنتفع بنفسه الأرض التى ينتفع بها ويجنى ثمارها . وقد يكون غير مباشر ، عن طريق جعل الغير يجنى ثمار الشئ ويدفع للمنتفع مقابلا لذلك . فالمنتفع بمنزل يؤجره للغير ، فيجنى ثماره فى صورة الأجرة . والمنتفع بأرض زراعية يؤجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضا وهذه هى غلة الأرض . وقد يؤجر المنتفع الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة إليه ، دون أن يقوم هو نفسه بالزراعة[4] . ويرد على الاستغلال، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون

---

(١) وتنص المادة ٩٤٣ من التقنين المدنى السورى على ما يأتى : «للمنتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستمتاعه الذاتى ، أو لصالحه الشخصى . ويكون هذا الحق شاملا شمول حق مالك العقار ، ويدخل فى ذلك استعمال حقوق الارتفاق ، وكذلك حق الصيد والقنص ، ما لم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع» . وتنص المادة ٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى على أن «للمنتفع حق الاستعمال ، أى استعمال العقار لمنفعته الذاتية أو لمصلحته الشخصية . ويذهب هذا الحق إلى الحد الذى يذهب إليه حق صاحب الملك، ويشمل حق استعمال الارتفاق وحق الصيد والقنص ، ما لم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الارتفاق» .

وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٥١٣ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٩٤ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٩٥ – وانظر أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٠ – ص ٦٦١ – بلانيول وريبير وبيكار ٢٣ فقرة ٧٧٥ ص ٧٦٩ .

(٤) وقد يستغل المنتفع المياه المعدنية الموجودة فى الأرض التى ينتفع بها ، بأن يبيعها ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة للأرض . أنظر فى استغلال المالك لملكه الوسيط ٨ فقرة ٣٠٢ .

إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر حتى بعد انتهاء الإيجار فلا يستطيع طلب الإخلاء إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعى من تحديد أجرة الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر فى الأرض . وفى المزارعة لا يجوز للمنتفع أن يأخذ أكثر من نصف المحصول، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل (١).

٤٩٣ – حق المنتفع فى الاستغلال يجعل له الحق فى الثمار – نص قانونى : وقد رأينا مما تقدم أن حق المنتفع فى استغلال الشئ المنتفع به يتفرع عنه حقه فى الحصول على ثماره. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩٨٧ مدنى إذ تقول :

«تكون ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣» (٢) .

---

(١) وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التى يجب أن تزرع قطناً، ويحظر زراعة الأرز إلا فى مناطق معينة . وإذا أراد المنتفع استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استيفاء شروط معينة والحصول على ترخيص إدارى . كذلك إذا أراد المنتفع استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم بها صيدلياً مؤهلا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال . أنظر فى القيود التى ترد على استغلال المالك لملكه الوسيط ٨ فقرة ٣٠٣ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «تكون ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع على قدر مدة انتفاعه، كما أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء حق الانتفاع فهى من حق المالك، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه» . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا جعلها مطابقة لما استقرت عليه فى التقنين المدنى الجديد، وأصبح رقمها ١٠٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب تحت رقم ١٠٥٩ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٥ – ص ٥٣٧).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى .

التقنين المدنى السورى م ٩٤٤ : ١ – للمنتفع الحق بثمار العقار ، أى بالحاصلات الطبيعية أو النقدية التى يغلها العقار فى فترات معينة منتظمة بدون أن تنقص تلك الثمار شيئا من جوهر العقار، ويدخل فى هذه الحاصلات بدل تأجير حق الصيد والقنص. ٢ – ويدخل فى حكم الثمار حاصلات المناجم المكشوفة والمناجم المستورة والمقالع ، إذا كانت هذه الحاصلات عائدة لمالك العقار ، بشرط أن يكون المنجم أو المقلع قد فتح قبل بدء الانتفاع، والأشجار إذا كانت تغل بأجال منتظمة لاستهلاك حطبها أو بيعها .

م ٩٤٥ : ١ – فى بدء الانتفاع وعند نهايته ، يصير توزيع الثمار التى لم تكن قد جمعت بعد أو ما كان منها باقياً بدون جمع بين المنتفع ومالك العقار بنسبة المدة التى كان فيها حق الانتفاع قائما والمدة التى لم يكن قائماً فيها ، مع مراعاة مدة الإنتاج السنوية أو غير السنوية المقابلة للثمار . ٢ – ليس =

وقد سبق أن ميزنا بين الثمار (frnits) والمنتجات (porduits) . فالثمار هى ما ينتجه الشئ من غلة دورية متجددة ، وهى مع تفرعها عن الشئ لا تمس أصله ولا تنتقص منه. والمنتجات هى ما يخرج من الشئ فى أوقات متقطعة غير منتظمة ، فهى على خلاف الثمار غير دورية ولا متجددة ، وتمس أصل الشئ وتنتقص منه [1]. وسبق أيضا أن قسمنا الثمار إلى ثمار طبيعية ، وثمار صناعية أو مستحدثة ، وثمار مدنية [2].

والأصل أن يكون للمنتفع الحق فى الثمار ، لا فى المنتجات . ويكون له الحق فى جميع الثمار ، سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية . ويدخل فى الثمار المدنية، فتكون من حق المنتفع ، فوائد رؤوس الأموال ، سواء نتجت عن قرض ، أو عن إيراد مرتب ، أو عن أسهم أو حصص فى الشركات ، فتكون أرباحها للمنتفع . ويستحق المنتفع الثمار ، كما تقول المادة ٩٨٧ سالفة الذكر «بنسبة مدة انتفاعه» .

فإذا كانت الثمار مدنية ، كان من اليسير حساب ما يستحقه المنتفع من هذه الثمار. ففى أجرة الدار مثلا ، يستحق المنتفع الأجرة شهراً فشهراً إذا كان ميعاد استحقاقها شهرياً. فإذا بدأ حق الانتفاع فى اليوم السادس عشر من الشهر مثلا ، كان ما يستحقه هو أجرة باقى أيام الشهر ثم أجرة الشهور التالية إلى أن ينتهى حق الانتفاع ، فإذا انتهى فى اليوم العاشر من الشهر مثلا ، استحق المنتفع عن هذا الشهر الأخير أجرة عشرة الأيام التى انتهى بانقضائها حقه .

= لمالك العقار على المنتفع ، ولا للمنتفع على مالك العقار، حق استرداد شئ من نفقات الحراثة ، وإنما يحسب له ثمن الأسمدة والبذار التى تكون قد استعملت لتحضير الثمار النائمة على الأرض عند ابتداء الانتفاع أو عند نهايته.

(والتقنين السورى اتبع طريقة معقدة فى توزيع الزرع القائم وقت بداية الانتفاع أو عند نهايته بين المالك والمنتفع).

التقنين المدنى الليبى م ٩٩١ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٢ : للمنتفع أن يستعمل الشئ المنتفع به وتوابعه ، وله أن يستولى على ثماره مدة انتفاعه . وله نتاج المواشى ، وعليه أن يعوض منها ما نفق من الأصل. (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٠ (مطابقة للمادة ٩٤٤ مدنى سورى وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها) .

م ٤١ (مطابقة للمادة ٩٤٥ مدنى سورى وقد أخذت هذه المادة الأخيرة منها).

(وقد أخذ التقنين السورى من القانون اللبنانى ، وما قيل هناك يقال هنا) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٦٦ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ – فقرة ٣٦٤ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٤٦٦ .

أما إذا كانت الثمار طبيعية أو صناعية ، فقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٩٨٧ مدنى سالفة الذكر تنص على أن للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية القائمة عند بدء الانتفاع دون إخلال بالحقوق التى كسبها الغير ، أما الثمار التى تكون قائمة وقت انتهاء الانتفاع فهى من حق المالك ، على أن يوفى كل منهما الآخر ما أنفقه» . وبحسب هذا النص يكون للمنتفع الحق فى الثمار الطبيعية والصناعية ما كان قائما منها فى الأرض وقت بدء الانتفاع، على أن يرد للمالك ما سبق له أن أنفقه فى إنتاج هذه الثمار ، ثم يكون له الحق فيما يتجدد من هذه الثمار طول مدة الانتفاع ، وهو الذى ينفق طبعاً على انتاجها ، فإذا انتهى حق الانتفاع ، وكان فى الأرض زرع قائم وقت انتهاء الحق ، فالزرع للمالك ، وعليه أن يرد للمنتفع ما سبق له أن انفق فى إنتاجه [1] . ولكن المشروع التمهيدى لنص المادة ٩٨٧ مدنى عدل فى لجنة المراجعة ، واستقر نهائيا على ما هو عليه من أن «ثمار الشئ المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه» ، وذلك سواء كانت الثمار مدنية أو صناعية أو طبيعية [2] . فأصبح من المتعين أن تكون الثمار الطبيعية والصناعية مستحقة للمنتفع «بنسبة مدة انتفاعه»[3] . فإذا لم يكن فى الأرض زرع قائم لا وقت بداية حق الانتفاع ولا عند نهايته،

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فلا يجعل المالك يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم فى الأرض وقت بدء حق الانتفاع ، ولا يجعل المنتفع يرجع بما أنفق على إنتاج الزرع القائم فى الأرض وقت انتهاء حق الانتفاع ، فكأنه يجعل ما أنفق المالك قصاصا فيما أنفق المنتفع . وهذا يصح لو أن هناك زرعاً قائماً وقت انتهاء حق الانتفاع بقدر الزرع الذى كان قائما وقت بدء الانتفاع . ولكن يقع كثيراً أن الأمر لا يكون على هذا النحو، فيخسر المالك أو يخسر المنتفع بحسب الأحوال (انظر م ٥٨٥ مدنى فرنسى – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٠ ص ٧٧٤) . أما الثمار المدنية فتكسب يوماً يوماً فى التقنين الفرنسى ، كما هو الأمر فى التقنين المصرى (أنظر م ٥٨٦ مدنى فرنسى) .

(٢) أنظر آنفاً الفقرة فى الهامش .

(٣) وكان نص المشروع التمهيدى يقضى بما قدمناه فى المتن ، ولم يراع ما تقضى به المادة ٢/٩٩٣ مدنى فيما إذا وجد زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع . وقد استدركت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا السهو ، وذكرت أن الثمار إذا كانت طبيعية أو صناعية فللمنتفع «القائم منها وقت بدء الانتفاع ، دون اخلال بحقوق الغير كما إذا كانت الثمار قد ألحقت بالعقار ، على أن يرد إلى مالك الرقبة ما أنفقه . وله أيضاً ما قبض منها طول مدة الانتفاع ، أما القائم عند نهاية الانتفاع فيراعى فيه الحكم الوارد فى المادة ١٢٤٨ فقرة ثانية ، فتترك الأرض للمنتفع أو الورثة إلى حين إدراك الزرع، على أن يدفعوا أجرة المثل عن هذه الفترة من الزمن . ويجب تعديل المادة ١٢٤١ حتى تؤدى هذا المعنى فتستقيم النصوص ، ولا تتعارض المادة ١٢٤١ (م ٩٨٧ مدنى) مع المادة ٢/١٢٤٨ (م ٢/٩٩٣ مدنى)» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ – ص ٥٣٧) . والذى وقع أن لجنة المراجعة عدلت المادة ٩٨٧ مدنى بحيث جعلتها متسقة مع المادة ٢/٩٩٣ مدنى فى حالة الزرع القائم عند نهاية مدة الانتفاع كما تشير المذكرة الإيضاحية ، ولكنها تركت حالة الزرع القائم عند بداية الانتفاع إلى حكم القاعدة العامة وهى استحقاق المنتفع لهذا الزرع «بنسبة مدة انتفاعه» ، ولم تراع ما كان ينبغى من التنسيق بين حكم الزرع القائم=

وتولى المنتفع زراعة الأرض طول مدة الانتفاع ، فهو الذى ينفق على إنتاجه، ويكون الزرع له. وإذا كان فى الأرض زرع قائم عند نهاية حق الانتفاع ، فقد أحالت المادة ٩٧٨٧ مدنى سالفة الذكر فى شأنه إلى المادة ٢/٩٩٣ مدنى وتنص على ما يأتى : «وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن». فالنص يقضى بأن تترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الانتفاع إذا كان فيها زرع قائم ، وذلك إلى أن يدرك الزرع . وفى مقابل ذلك يدفع المنتفع للمالك أجرة مثل الأرض فى الفترة من الزمن ما بين انتهاء حق الانتفاع وإدراك الزرع . ولم يرد نص مماثل فيما إذا كان فى الأرض زرع قائم وقت بداية حق الانتفاع ، وكل ما تقوله المادة ٩٨٧ مدنى فى هذا الفرض أن المنتفع يستحق من هذا الزرع «بنسبة مدة انتفاعه» . وهذا يقتضى أن نحسب المدة التى بقى فيها الزرع فى الأرض ، وهى مدة بعضها سابق على بداية حق الانتفاع وبعضها لاحق، ويكون الزرع شركة فيما بين المالك والمنتفع ، المالك بنسبة المدة السابقة على بداية حق الانتفاع ، والمنتفع بنسبة المدة اللاحقة ، على أن يساهم المنتفع فى تكاليف البذر والمساد والعمل بنسبة مدة انتفاعه [1]. وكان من الخير أن يقاس هذا الفرض الذى نحن بصدده على الفرض الذى يكون فيه زرع فى الأرض قائم عند انتهاء حق الانتفاع ، فتترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، ويدفع المالك للمنتفع فى مقابل ذلك أجرة مثل الأرض فى الفترة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

٤٩٤ – استعراض بعض حالات عملية لحق المنتفع فى الاستغلال : وقبل أن ننتهى من الكلام فى حق المنتفع فى الاستغلال ، نستعرض بعض حالات عملية لهذا الحق ، اثنتان منها ورد فيهما نص فى التقنين المدنى وهما حالتا حق الانتفاع بقطيع من المواشى وحق الانتفاع بعقار عثر فيه على كنز ، واثنتان أخريان لم يرد فيهما نص وهما حالتا حق

= وقت بداية حق الانتفاع وحكم الزرع القائم عند نهاية هذا الحق . وهذا التنسيق كان يقتضى ، فى حالة حكم الزرع القائم وقت بداية حق الانتفاع ، أن تترك الأرض للمالك بالرغم من بداية حق الانتفاع ، وذلك إلى أن يدرك الزرع ، على أن يدفع المالك فى مقابل ذلك للمنتفع أجرة الأرض فى المدة ما بين بداية حق الانتفاع وإدراك الزرع .

(١) عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٨ ص ٢٧١ – اسماعيل غانم ص ١١ – وقارن محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٢٥٠ ص ٢١٩ .

الانتفاع بالمتجر وحق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات [1].

٤٩٥ – حق الانتفاع بقطيع من المواشي : ورد فى حق الانتفاع بقطيع من المواشي نص ، هو العبارة الأخيرة من المادة ٢/٩٩٢ مدني ، وتجرى على الوجه الآتى : «وله (للمنتفع) نتاج المواشي بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ» . وكان التقنين المدنى السابق يشتمل على نص مماثل ، فكانت المادة ٤٢/٢٣ من هذا التقنين تنص على ما يأتى : «الزيادة التى تحصل من نتاج المواشي تكون للمنتفع ، وإنما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية» . ويؤخذ من هذه النصوص أن القطيع من المواشي إذا ترتب عليه حق انتفاع ، وجب أن ينظر إليه كمجموع من المال ذى وجود فعلى (univer salité de fait) كالمتجر ، لا كأفراد من رؤوس الغنم كل فرد منها مستقل عن الأفراد الأخرى (ut singuli) [2] .

ويترتب على ذلك أن المنتفع يكون له ثمار هذا القطيع من المواشي كمجموع، فينتفع بألبانها وبأصوافها وبتسميدها للأرض. ويكون له فوق ذلك نتاج هذا القطيع ، وإذا كان هناك

---

(١) وقد زخرت نصوص التقنين المدنى الفرنسى المتعلقة بحق الانتفاع بكثير من الحالات التى ألفها التعامل فى فرنسا ، ويندر وجودها فى مصر . من ذلك نصوص كثيرة تتعلق بحق الانتفاع بالغابات والأشجار وهى منتشرة فى فرنسا ، ومن ذلك أيضاً نص يتعلق بالمناجم والمحاجر وقد أصبح نادر التطبيق بعد صدور تشريعات خاصة فى فرنسا وفى مصر تنظم استغلال المناجم والمحاجر . ونقف من هذه النصوص عند نص يتعلق بحق الانتفاع بالإيراد المرتب مدى الحياة ، فقد نصت المادة ٥٨٨ مدنى فرنسى على أنه «حق الانتفاع بالايراد المرتب مدى الحياة يجعل الحق للمنتفع فى أن يتقاضى أقساط المرتب فى أثناء المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع ، دون أن يكون ملزماً برد شئ ما» . والحكم الذى أورده هذا النص يحسم إشكالا من الصعب حله . فالمنتفع بالإيراد ينحصر حقه ، طبقا للقواعد العامة ، فى أن يتقاضى فوائد هذا الإيراد مدة بقاء حق الانتفاع . ولما كان الإيراد هو مجموع أقساطه ، وهذا المجموع لا تمكن معرفته إلا عند موت صاحب الإيراد، فكان ينبغي انتظار موت هذا الأخير حتى يعرف مجموع أقساط الإيراد ، وإعطاء المنتفع فوائد هذا المجموع من الأقساط طوال المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع . وليس هذا بالحل العملي؟ لذلك لجأ المشرع الفرنسى إلى شئ من التحكم» وقضى باعطاء المنتفع أقساط المرتب التى حلت وقت بقاء حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ ص ٧٧٠). ولا يوجد فى مصر نص مماثل لنص التقنين المدنى الفرنسى سالف الذكر، ولا يمكن الأخذ بالحل الذى ورد فى التقنين المدنى الفرنسى دون نص . فلا مناص من القول بأن صاحب الإيراد يقبض الأقساط ، ويعطى للمنتفع الفوائد بالسعر القانونى، لا للأقساط التى حلت فحسب ، بل لجميع رأس المال الذى دفع مقابلا للإيراد أو الذى كان يجب دفعه فى حالة ما إذا رتب الإيراد دون مقابل (انظر فى هذا المعنى بوردى وشوفو فقرة ٥٩٧ ص ٣٩٠ – وانظر حلا آخر فى كولان وكاپيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٨١ ص ٨٧٥) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ – بودرى وشوفو فقرة ٧٢٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

خلاف فى الرأى فيما إذاكان نتاج الحيوان يعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات [1]، فإن نص المادة ٢/٩٩٢ مدنى سالف الذكر صريح فى أن نتاج المواشى ، سواء اعتبر من الثمار الطبيعية أو من المنتجات ، يكون للمنتفع . ولكن النتاج لا يخلص له كاملا ، بل عليه أولا أن يعوض منه ما نفق من القطيع بحادث مفاجئ حتى يستكمل القطيع عدده . وهذا يدل على أن النتاج مندمج فى مجموع القطيع ، وأن ما يستحدثة القطيع يعوض ما فقده ، ولا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقى من النتاج بعد إجراء هذا التعويض . ولا يشترط أن يكون التعويض من النتاج الذى يوجد بعد نفوق ما نفق من الأصل ، بل يكون التعويض أيضاً من النتاج الذى وجد قبل ذلك، بل من ثمن هذا النتاج إذا كان المنتفع قد تصرف فيه وقت أن كان أصل القطيع كاملا[2] . أما إذا كان ما نفق من القطيع لم ينفق بحادث مفاجئ ، بل بخطأ الغير، كان هذا الغير هو المسئول عن التعويض . وإذا كان النفوق بخطأ المنتفع نفسه ، كان هذا مسئولا عن التعويض كاملا ولو زاد ما نفق على مقدار النتاج ، ولا يقف التعويض عند حدود مقدار النتاج كما هو الأمر فيما إذا كان النفوق بحادث مفاجئ . وإذا نفق القطيع كله بحادث مفاجئ أو بمرض لا يد للمنتفع فيه ، لم يكن المنتفع ملزماً أن يرد للمالك إلا ما بقى نافعاً بعد نفوق القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها (م ٦١٦ مدنى فرنسى) . وللمنتفع أن يتصرف فى أفراد الماشية إذا أصبحت غير صالحة لما أعدت له من نتاج أو ألبان ، على أن يعوض ما تصرف فيه منها بالنتاج أو ثمنه على النحو الذى قدمناه فى تعويض ما نفق من الماشية بحادث مفاجئ [3].

وإذا كان القطيع من المواشى ملحقاً بأرض زراعية ، وجب أن يعتبر القطيع تابعاً للأرض. وعلى ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشى إلا بعد أن يعوض منها ، ليس فحسب ما نفق من القطيع على النحو المتقدم ، بل أيضاً بعد أن يعزز القطيع بالنتاج بحيث يكون القطيع دائماً صالحاً لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية وما تتطلبه حاجاتها [4] .

٤٩٦ – حق الانتفاع بعقار عثر فيه على كنز : هنا أيضاً ورد نص هو المادة ١/٨٧٢ مدنى ، وتجرى على الوجه الآتى : «الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يكشف ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته» . وقد قدمنا عند الكلام فى الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية ، أنه إذا ترتب على العقار حق انتفاع، وعثر

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٦٦ – الوسيط ٨ فقرة ٣٦٣ وفقرة ٣٦٤ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ وهامش ١٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٧ ص ٨٦٤ – عكس ذلك؛ بودرى وشوقو فقرة ٧٢٤ .

(٣) أوبرى وو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٨٩ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٠ .

شخص على كنز فى العقار ، فإن الكنز لايكون للمنتفع ، إذ الكنز لا يعتبر ثمارا للعقار، بل هو لا يعتبر جزءاً من العقار ، بل هو مال مستقل عنه ، ولا يصله بالعقار إلا أنه مال مدفون أو مخبوء فيه [1] . وعلى ذلك يكون الكنز كله لمالك الرقبة ، حتى لو كان من عثر على الكنز، مصادفة أو بعد بحث ، هو المنتفع نفسه . ذلك أن العثور على الكنز لا يخول من عثر عليه، فى القانون المصرى ، أى حق فى الكنز[2] .

٤٩٧ – حق الانتفاع بالمتجر : ويعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموع من المال ذا وجود فعلى (universalité de fait) ، كما رأينا فى القطيع من الغنم . ذلك أن المتجر لا يتمتع بالشخصية المعنوية ، ولا يكون ذمة مالية مستقلة بل يدخل فى عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم لا يكون لهذا المجموع وجود قانونى ، بل ليس له إلا وجود فعلى كما سبق القول . ويشتمل المتجر كمجموع من المال على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . وقد صدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز بيع المتجر ورهنه كمجموع من المال ، تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى [3] .

ويجوز قياساً على ذلك أن يترتب حق انتفاع على المتجر ، باعتباره مجموعاً من المال. ويقع حق الانتفاع على هذا المجموع ، لا ما يشتمل عليه من العناصر مستقلة بعضها عن بعض، لأن هذه العناصر تفنى فيه ويصبح للمتجر كيان مستقل عن عناصره. فلو كان فى هذه العناصر أشياء قابلة للاستهلاك كالبضائع ، فأنها لا تجعل المتجر كمجموع شيئاً مادياً قابلا للاستهلاك تبعاً لها ، بل هى التى تفنى فى المتجر كما قدمنا ، ويكون المتجر بالرغم من وجود هذه الأشياء فيه مالا غير مادى . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع بالمتجر لا يكن شبه حق انتفاع كما يكون حق الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك ، فلا تنتقل ملكية المتجر إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع فى شبه حق الانتفاع. وعلى ذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه ، وإنما يجوز له أن يبيع حق الانتفاع به فحسب ، ولا يجوز لدائنى المنتفع أن يحجزوا إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، فتبقى رقبة المتجر خارجة عن الحجز ، وإذا أفلس المنتفع فلا يدخل فى التفليسه إلا حق الانتفاع بالمتجر [4] .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦١ .

(٢) انظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ١١ .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ١١١ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ هامش ٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٧ كولان وكابيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٦٦ .

ويكون للمنتفع بالمتجر الحق فى ثماره ، أى فى الحصول على أرباحه (bénéifices)، ولكن يجب عليه أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصصه للتعويض عن استهلاك الآلات وغيرها من المهمات ، إذ هو ملزم بالمحافظة عليها وتجديدها . ويجب أيضاً أن يخصم جزءاً من الأرباح يخصص احتياطياً للمتجر ، ويستخدمه فى التقدم بالمتجر وفى توسيعه ، إذا كان هذا الإجراء الاحتياطى هو ما جرى عليه مالك المتجر (١) .

ويتولى المنتفع بالمتجر إدارته ، وإذا قصر فى ذلك جاز للمالك أن يطلب بيع المتجر (٢) . ويجوز للمنتفع ألا يتولى الإدارة بنفسه ويكلها إلى غيره . بل يجوز له أن يؤجر المتجر ، أو أن يبيع حق انتفاعه به . وإدارة المتجر تتضمن الحق فى بيع البضائع وشراء غيرها لبيعه، كما هو المألوف فى إدارة المتاجر . ولا يرجع ذلك إلى أن المنتفع قد تملك هذه البضائع باعتبارها شيئاً قابلا للاستهلاك ، وإنما يرجع إلى أن بيع البضائع وشراء غيرها لبيعها داخل فى نطاق سلطته فى إدارة المتجر (٣) . ويدخل أيضاً فى نطاق سلطته فى الإدارة أن يتعهد الآلات والمهمات بالصيانة ، وأن يبيع ما أصبح غير صالح منها أو صار قديماً لا يساير حركة التقدم ، وأن يجدد ما يلى من هذه المهمات وأن يشترى ما أصبح المتجر فى حاجة إليه من آلات ومهمات حديثة صالحة .

٤٩٨ – حق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات : السهم فى شركات المساهمة، أو الحصة فى بعض الشركات الأخرى كالشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية وشركات التضامن ، يغل ربعاً يتفاوت بتفاوت أرباح الشركة . أما السند فهو دين على الشركة ، ويكون صاحبه دائناً للشركة بمقدار قيمته الاسمية ، وهو يغل ربحاً ثابتاً هو نسبة مئوية معينة من هذه القيمة الاسمية تعتبر فوائد لرأس المال الذى يمثله السند . فإذا ترتب حق انتفاع على سهم أو حصة أو سند ، كان للمنتفع أن يتقاضى ما يغله السهم أو الحصة من ربح أو ما يدفع للسند من فوائد (٤) .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٩ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٦ ص ٧١٢ – بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨.

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٥٨٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٨ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٢٢ – اسماعيل غانم ص ٨ – كولان وكاپيتان ودى لامور انديير ١ فقرة ١٠٦٦ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع ويحل محلها غيرها بموجب الحلول العينى) – وقارن مازو فقرة ١٦٥٣ (ويذهبون إلى أن المنتفع يبيع البضائع لأنها قابلة للاستهلاك فيملكها كما فى شبه حق الانتفاع) .

(٤) ويلاحظ أن الشركة ، عندما تحدد الأرباح التى توزعها على المساهمين أو على أصحاب الحصص ، تحتجز أو لا من الأرباح الصافية التى حققتها جزءاً تخصصه لاستهلاك الآلات والمهمات ولتجديدها ، ثم تحتجز جزءاً آخر تجعله احتياطيا تواجه به الظروف المختلفة التى تمر بالشركة . وتخصص فى نهاية =

وإذا وزعت الشركة جزءا من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كات تمثل حصة ساهمت بها الشركة فى شركة أخرى، اعتبر هذا جزءا من رأس المال لا من الريع ، ويكون لمالك الرقبة ، وتكون فوائده فقط للمنتفع [1].

وإذا ربح السهم أو السند جائزة ، فهى لمالك الرقبة لأنها تعتبر جزءاً من رأس المال ، وليس للمنتفع إلا فوائدها هذه الجائزة [2].

٢ – مدى سلطة المنتفع على الشئ المنتفع

٤٩٩ – أعمال الإدارة وأعمال التصرف ومباشرة الدعاوى : وحتى يتمكن المنتفع من الانتفاع بالشئ على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم ، فإن له أن يقوم بالنسبة إلى هذا الشئ بأعمال الإدارة اللازمة لهذا الانتفاع [3]. وله أيضاً أن يقوم بأعمال التصرف . ولكن بالنسبة إلى حق الانتفاع وحده دون الرقبة فإنه لا يملكها . وله أخيراً أن يباشر من الدعاوى ما هو متعلق بحق الانتفاع نفسه ، وما هو متعلق بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع .

= الأمر ، طبقاً لنظام الشركة ، الجزء من الأرباح الصافية التى توزعه على المساهمين أو أصحاب الحصص فالعبرة بهذا الجزء الأخير المخصص للتوزيع ، وهو الذى يمكن اعتباره ثماراً . وكما أن المالك لا حق له إلا فى هذا الجزء ، كذلك المنتفع لا يتقاضى إلا هذا الجزء ثماراً للسهم أو الحصة ، شأنه فى ذلك شأن المالك نفسه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩١ ص ٧٨٤) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٢ ص ٧٨٥ – وقد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال ، وتضيف علاوة (prime) على القيمة الأسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم فى الاحتياطيات القديمة للشركة وهى الاحتياطيات التى تكونت من أرباح السنين السابقة . فهذه العلاوة لا تعتبر ريعاً ، بل هى جزء من رأس المال . فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك ، وليس للمنتفع إلا فوائد هذا النصيب (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٣) . كذلك إذا أرادت الشركة زيادة رأس المال ، وأعطت للمساهمين القدامى الأفضلية فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة ، فان هذا الحق يكون لمالك الرقبة دون المنتفع . ولا يجوز للمنتفع أن يكتتب فى الأسهم الجديدة إذا امتنع مالك الرقبة من الاكتتاب فيها ، لأن الحق فى الاكتتاب لا يتصل بالريع وإنما يتصل برأس المال (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٤) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٩٥ .

(٣) ويمكن أن نتصور اقتطاع سلطة الإدارة من المنتفع وابقائها لمالك الرقبة ، ولا يكون للمنتفع إلا غلة الشئ المنتفع به دون أن يتدخل فى إدارة هذا الشئ (انظر فى ذلك كاربونييه ص ١١٥) .

أ – أعمال الإدارة

٥٠٠ – الإيجار : من أهم أعمال الإدارة الإيجار [١]، فللمنتفع أن يؤجر الشئ المنتفع به لاستثماره والحصول على أجرته ، والأجرة هى الثمار المدنية كما سبق القول . وقد نصت المادة ٥٦٠ مدنى على أن الإجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة ، على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالأخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة» [٢]. وقد قدمنا عند الكلام فى الإيجار [٣] أن للمنتفع أن يؤجر الشئ المنتفع به، ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التى يبقى فيها حق الانتفاع قائماً . فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتى عشرة سنة مثلا ، جاز للمنتفع أن يؤجر الشئ لأية مدة ، بشرط ألا تجاوز اثنتى عشرة سنة وألا تجاوز فى الوقت ذاته حياة المنتفع . فيؤجرها لسبع سنوات مثلا ، أو عشر سنوات ، أو اثنتى عشرة سنة ، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات ، وهى الحد الأقصى لمدة الإيجار الذى يعقده من يدير مال غيره (م ٧٠١ مدنى) . ذلك بأن المنتفع لا يدير الشئ المنتفع به نائباً عن الغير ، وإنما يستعمل حقه الأصيل فى الانتفاع . فإذا فرضنا أن المنتفع آجر الشئ لمدة عشر سنوات مثلا ، وبقى حياً هذه المدة ، فإن الإيجار يبقى قائماً إلى انقضاء عشر سنوات . أما إذا مات بعد انقضاء سبع سنوات مثلا ، فإن الإيجار ينتهى بموته لزوال حق الانتفاع بالموت . على أنه إذا أقر مالك الرقبة الإيجار ، مقدماً أو عند موت المنتفع، فإن العقد يبقى قائماً مدة ثلاث السنوات الباقية ، لا بين المستأجر وورثة المنتفع ، بل بين المستأجر ومالك الرقبة الذى يستعيد الملكية الكاملة بموت المنتفع . وإذا انتهى الإيجار بموت المنتفع قبل انقضاء مدته لأن مالك الرقبة لم يقر الإيجار ، لم يحكم على المستأجر بالأخلاء فوراً، بل يجب على المالك أن ينبه عليه بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى. وإذا كانت العين أرضاً زراعية لم يجز انتهاء الإيجار قبل نقل المحصولات ، ولو اقتضى هذا النقل وقتا

---

(١) وقد قضت المادة ٢/٧٠١ مدنى على أنه «يعد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول وبيع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشئ محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله» . وسنقف ، من أعمال الإدارة التى تصدر من المنتفع ، عند الإيجار وبيع المحصول واستيفاء الحقوق وحضور جلسات الجمعيات العامة للشركات . أما الأعمال الأخرى ، فيكفى الإحالة فيها إلى القواعد العامة .

(٢) أما إذا كان المالك قد آجر العين ، فإن الإيجار يسرى فى حق المنتفع إذا كان ثابت التاريخ وسابقاً على بداية حق الانتفاع . وذلك بأن هذا الإيجار يسرى فى حق المشترى (م ٦٠٤ مدنى) ، فأولى أن يسرى فى حق المنتفع . انظر المادة ٩٤٦ مدنى سورى والمادة ٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٣) أنظر الوسيط ٦ فقرة ٣٧ .

أطول من الميعاد المقرر للتنبيه بالأخلاء [1].

٥٠١ – بيع المحصول : لا شك فى أن بيع المحصول وبيعه هو من صميم أعمال الإدارة، بالرغم من أن البيع فى ذاته عمل من أعمال التصرف . فللمنتفع أن يجنى محصول الأرض الزراعية وأن يبيعه ، وأن يقبض ثمنه وهو ملك له. وله أن يبيع الزرع وهو لا يزال قائماً ، حتى لو انقضى حق الانتفاع قبل أن يتمكن جنيه . وفى هذه الحالة تسرى أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدنى ، فيدفع المنتفع أو ورثته أجرة مثل الأرض عن الفترة من الزمن ما بين نهاية حق الانتفاع وبين جنى المحصول لتسليمه للمشترى .

٥٠٢ – استيفاء الحقوق : وللمنتفع أن يستوفى الحقوق التى يكون له حق الانتفاع بها فى مواعيد استحقاقها ، ودياً أو عن طريق القضاء ، وأن يعطى مخالصة بهذه الحقوق. مثل ذلك أن يوصى لشخص بحق الانتفاع بجزء من مجموع التركة ، وتكون للتركة حقوق فى ذمة مدينيها يدخل بعضها فى الجزء الموصى به ، فللمنتفع فى هذه الحالة أن يستوفى هذه الحقوق من مدينى التركة ، وليس للورثة أن يعارضوا فى هذا الاستيفاء ، وتكون المخالصة التى أمضاها المنتفع حجة عليهم . وليس على مدينى التركة أن يستوثقو مما إذا كان المنتفع قد قدم كفيلا للورثة ، فإن هذا أمر لا يعنيهم وإنما يعنى الورثة أنفسهم . وعندما يقبض المنتفع الحق من المدين ، وهو عادة مبلغ من النقود ، يتحول حق الانتفاع إلى شبه حق انتفاع، فيجوز للمنتفع أن يستغله وأن يتصرف فيه وأن يقبض ريعه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الانتفاع . ويجوز للورثة فى هذه الحالة أن يطالبوا المنتفع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال ، وتقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التى يستغل بها المنتفع رأس المال .

وقد يهلك الشئ المنتفع به فيستحق عنه تعويض أو مبلغ تأمين ، وقد تنزع ملكيته فيستحق عنه تعويض عن نزع الملكية . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدنى على أن «ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشئ ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى ما قد يقوم مقامه من عوض» . وعلى ذلك يحل التعويض عن الهلاك أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية حلولا عينياً محل

---

(١) وإذا كان حق الانتفاع مقرراً طول حياة المنتفع ، وآجر هذا الأخير الشئ لمدة سبع سنوات، ومات بعد خمس سنوات ، انتهى الإيجار بموته . وإذا أقر المالك الإيجار بقى قائماً مدة السنتين الباقيتين ، ولكن بينه وبين المستأجر . وإذا لم يقره ، وجب عليه أن ينبه على المستأجر بالأخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ مدنى ، مع مراعاة إمهال المستأجر فى الأرض الزراعية لنقل محصول السنة . هذا ويجوز للمنتفع أن يؤجر العين لمالك الرقبة نفسه ، فإذا مات قبل انقضاء مدة الإيجار انتهى الإيجار باتحاد الذمة ، إذ يجتمع عند المالك صفة المستأجر وصفة المؤجر معاً (الوسيط ٦ فقرة ٣٧) – وغنى عن البيان أن جميع الأحكام المتقدمة قد تأثرت إلى حد بعيد بالتشريعات الحديثة الخاصة بإيجار الأماكن وبإيجار الأماكن وبإيجار الأراضى الزراعية ، وتقضى هذه التشريعات ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة حتى بعد انقضاء مدة الإيجار بحكم القانون .

الشئ المنتفع به ، ويكون للمنتفع حق استثماره إلى نهاية حق الانتفاع ، ورده بعد ذلك إلى المالك . فيكون له إذن استيفاء الحقوق سالفة الذكر من المدينين بها واعطاء مخالصة بها، شأن هذه الحقوق شأن سائر الحقوق التي يستوفيها المنتفع . ويجور للمالك ، تبعاً لذلك ، أن يطالب المنتفع بتقديم كفالة ، كما تقدر المحكمة عند الاقتضاء الطريقة التي يستغل بها المنتفع المبالغ التي قبضها (١) .

٥٠٣ – حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات : ويعتبر حضور جلسة الجمعية العامة للشركة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية من أعمال الإدارة ، حتى لو كان من بين قرارات هذه الجمعية عملا من أعمال التصرف أو كان من بين قراراتها تعديل نظام الشركة . فالمنتفع بالسهم ، لا مالك الرقبة ، هو الذى له حق حضور جلسات الجمعية العامة (٢) .

ب – أعمال التصرف

٥٠٤ – القاعدة العامة : للمنتفع حق عينى على الشئ المنتفع به هو حق الانتفاع، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة . وعلى ذلك يجوز له التصرف فى حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات ، ولا يجوز له أن يتصرف فى الرقبة . والتصرف فى حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالنزول عنه للغير ، أو برهنه ، أو بترتيب حق عينى أصلى عليه فيرتب المنتفع مثلا حق انتفاع على نفس حق انتفاعه . فنستعرض هذه التصرفات المختلفة ، ثم ننتقل إلى عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة .

---

(١) وفيما يتعلق بمبلغ التأمين ، إذاكان المنتفع هو الذى أمن على حق انتفاعه ، فإن مبلغ التأمين يكون من حقه وحده ، ولا يلتزم برد شئ منه للمالك ، أما إذا كان التأمين على ملكية الشئ المنتفع لا على حق الانتفاع وحده ، فإن مبلغ التأمين يكون من حق المالك، على أن يكون للمنتفع الحق فى استثماره على النحو الذى قدمناه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٥) .

(٢) وهذا الحكم متفق عليه فيما إذا كان نظام الشركة يقضى بأن حق الحضور يكون للمنتفع دون المالك ، وفيما إذا كان السهم ليس سهما أسمياً بل هو سهم لحامله. أما إذا كان السهم أسمياً ، ولا يوجد فى نظام الشركة حكم فى المسألة ، فالأمر مختلف فيه. فرأى يذهب إلى أن حق الحضور لا يكون إلا لمالك ، ورأى ثان يذهب إلى أن للمنتفع حق الحضور فى الجمعيات العامة العادية ويحضر المالك فى الجمعيات العامة غير العادية، ورأى ثالث يذهب إلى وجوب حضور كل من المالك والمنتفع فى الجمعيات العادية وغير العادية وإذا اختلفا فالقضاء يفصل فى الأمر . ويبدو أنه إذا سلم بأن حضور جلسات الجمعية العامة هو عمل من أعمال الإدارة ، فإنه يجب القول بأن المنتفع لا المالك هو الذى له حق الحضور فى جميع جلسات الجمعية العامة ، سواء كانت الجمعية العامة عادية أو غير عادية (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٧ ص ٧٩٨ والمراجع التى أشير إليها) .

٥٠٥ – نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير : يجوز للمنتفع أن ينزل عن حق انتفاعه للغير ، معاوضة أو تبرعا ، يجوز له أن يبيعه ، وأن يقايض عليه ، وأن يجعل له حصة فى شركة، وأن ينزل عنه لدائنه مقابلا لوفاء الدين ، وأن يهبه . وتجب مراعاة قواعد التسجيل إذا وقع حق الانتفاع على عقار ، ومراعاة الشكل فى الهبة . ولا يجوز للمنتفع أن يوصى بحق الانتفاع، لأن الوصية تمليك لما بعد الموت وحق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع .

وإذا نزل المنتفع عن حق الانتفاع بوجه من الوجوه المتقدمة ، فإن من تلقى منه الحق يعتبر مالكا لنفس حق الانتفاع الذى ترتب للمنتفع . ويترتب على ذلك أن حق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع لا بموت من تلقى هذا الحق ، وأن المنتفع يبقى ملتزما نحو مالك الرقبة بما يترتب فى ذمته من التزامات شخصية نحوه ولا تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة من تلقى حق الانتفاع . ويكون لهذا الأخير نفس حقوق المنتفع ، إلى أن ينتهى حق الانتفاع بانقضاء مدته أو بموت المنتفع ، لا بموت من تلقى حق الانتفاع كما سبق القول . فإذا مات من تلقى حق الانتفاع قبل موت المنتفع ، وكانت مدة حق الانتفاع لم تنقض ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع ، ويبقى إلى أن ينتهى بانقضاء مدته أو بموت المنتفع . وهذا هو الفرض الذى ينتقل فيه حق الانتفاع بالميراث ، وقد سبقت الإشارة إليه [١] .

وكما يجوز النزول عن حق الانتفاع ، كذلك يجوز الحجز عليه من دائنى المنتفع، وهذا ما لم يشترط عدم النزول عن الحق ، عدم جواز الحجز عليه [٢] .

٥٠٦ – رهن المنتفع لحق الانتفاع : ويجوز أيضا للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا رسمياً إذا كان الحق واقعا على عقار ، ورهن حيازة إذاوقع الحق على عقار أو منقول . ويجوز لدائنى المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الانتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الانتفاع على عقار أو منقول ولم يدفع ثمنه .

والدائن الذى له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق الانتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الانتفاع نفسه ، ولا شأن له بالرقبة . ومن يرسو عليه المزاد لا ينتقل إليه إلا حق الانتفاع ، فليس له إلا حقوق المنتفع إلى أن ينتهى حق الانتفاع . وإذا انتهى حق الانتفاع

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ – وانظر م ٩٤٧ مدنى سورى ، وم ١٢٥٣ مدنى عراقى، و م ٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٢٣ فقرة ٨١٣ .

قبل تنفيذ الدائن عليه برهنه أو اختصاصه أو بامتيازه ، فان الرهن أو الاختصاص أو الامتياز يزول بزوال محله (١).

٥٠٧ – ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع : وقد لا ينزل المنتفع عن حق الانتفاع للغير ، ولكن يقتصر على أن يرتب للغير حق انتفاع على حق انتفاعه هو ، فيكون هناك حقا انتفاع مرتب أحدهما على الآخر (deux usufruits superposés) . ويندر أن يكون هذا الوضع المعقد نتيجة اتفاق ، وإنما يقع فى فرنسا أن يكون حق الانتفاع الذى يرتبه القانون للأب على أموال ولده أو للزوج على أموال الزوجة يشمل ، فيما يشمل من أموال القاصر أو أموال الزوجة ، حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج. وهكذا يترتب حق انتفاع على حق انتفاع .

ولا يكاد يوجد إلا فرق واحد بين النزول عن حق الانتفاع وترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع . ففى الحالتين يحل المتنازل له أو المنتفع الجديد محل المنتفع الأصلى فى جميع حقوقه . ولكن فى حالة النزول عن حق الانتفاع ، إذا مات المتنازل له قبل انتهاء حق الانتفاع الأصلى ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المتنازل له كما سبق القول (٢). أما فى حالة ترتيب حق انتفاع على حق الانتفاع ، فإن حق الانتفاع الثانى المترتب على حق الانتفاع الأصلى ينتهى ، لا فحسب بانتهاء حق الانتفاع الأصلى ، بل أيضا بموت المنتفع الثانى، فلا ينتقل إلى ورثته كما رأيناه ينتقل إلى ورثة المتنازل له (٣).

٥٠٨ – عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة : وإذا كان المنتفع يستطيع التصرف فى حق الانتفاع على النحو الذى بيناه ، فإنه لا يستطيع التصرف فى الرقبة لأنها ليست ملكه. ويترتب على ذلك أنه إذا باع الرقبة ، كان حكم هذا البيع هو حكم بيع الغير لا ينفذ فى حق مالك الرقبة . ويترتب على ذلك أيضا أن المنتفع لا يستطيع النزول عن حق ارتفاق مرتب لمصلحة العقار المنتفع به ، وكل ما يملكه فى هذا الشأن هو أن يتعهد تعهدا شخصيا بألا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٢ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٨٤ وفقرة ٥٠٥ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٥١٣ ص ١١٥٥ – كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٦٤ – وأما فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على حق الانتفاع ، فإن ذلك لا يجوز ، فإن حق الارتفاق فرع عن الملكية لا عن حق الانتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقبة ترتيبه ، ولا يجوز ذلك للمنتفع (بودرى وشوفو فقرة ١٩٠٦ ص ٨٢٧ – وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ ويريان جواز ترتيب حق ينشبه حق الارتفاق على حق الانتفاع بحيث لا يمس هذا الحق بحق مالك الرقبة – وقارن شفيق شحاته فقرة ٩٣ ص ١١٦) .

يستعمل حق الارتفاق هذا ، وهذا التعهد الشخصى لا يلزم مالك الرقبة [1] .

ومع ذلك يجوز للمنتفع أن يتصرف فى الرقبة ، وذلك فى حالة شبه الانتفاع . فقد قدمنا [2] أن المنتفع يصبح فى هذه الحالة مالكا للشئ المنتفع به ملكية كاملة ، فيستطيع أن يتصرف فيه ، على أن يرد مثله أو قيمته عند نهاية حق الانتفاع [3] .

حق مباشرة الدعاوى

٥٠٩ – الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه : يجوز للمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه فيجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الانتفاع (action confessoire d'usufruit) ، وهى الدعوى التى تقابل دعوى الاستحقاق فى الملكية ، وبموجبها يستطيع أن يطالب بالشئ المنتفع به أى حائز له . وكذلك يستطيع أن يرفع دعاوى الحيازة يحمى بها حيازته للعقار المنتفع به [4] ، ويستطيع أن يرفع هذه الدعاوى على مالك الرقبة إذا تعرض له فى حيازته لحق الانتفاع أو انتزع منه الحيازة . ذلك أن المنتفع يعتبر حائزا لحساب نفسه بالنسبة إلى حق الانتفاع وأن كان حائزا عرضيا بالنسبة إلى حق الملكية ، ومن ثم جاز له أن يحمى حيازته لحق الانتفاع بدعاوى الحيازة [5] .

---

(١) كذلك لا يجوز له أن يبيع القيم المنقولة (valeurs mobilières) التى يتضمنها حق الانتفاع ، حتى لو كانت هذه القيم لحاملها . ولا يجوز له أن يحوله سندا اسميا إلى سند لحامله ، فإن هذا التحويل يعتبر من أعمال التصرف (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٠٨ وفقرة ٨١٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٧٧ .

(٣) ويتحقق شبه حق الانتفاع فيما إذا كان الشئ المنتفع به شيئاً قابلا للاستهلاك ، وفيما إذا كان هذا الشئ معداً للبيع كالبضائع ، وفيما إذا كان قد قوم تقويماً قصد به نقل الملكية إلى المنتفع على أن يرد القيمة عند نهاية حق الانتفاع (انظر آنفاً فقرة ٤٧٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١١) .

(٤) والحكم الذى يصدر لصالحه ، فى دعوى الإقرار بحق الانتفاع أو فى دعاوى الحيازة، يجوز لمالك الرقبة أن يحتج به ، أما الحكم الذى يصدر ضده فلا يجوز أن يحتج به على مالك الرقبة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن للمنتفع أن يرفع دعاوى اليد (نقض مدنى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٤١٢ ص ١٠٣٥) – وإذا نجح المنتفع فى دعوى الحيازة التى يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيازة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الانتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك . ويثبت فى الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عرضى بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يتملك هذا الحق بالتقادم. بل يجوز لمالك أن يرفع دعوى الحيازة ليحمى حيازته لحق ملكيته ضد من يتعرض لهذا الحق، ويتمسك فى ذلك بأن المنتفع يحوز حق الملكية نيابة عنه (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣) .

ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود (action en bornage) ودعوى القسمة، ولكن إذا لم يدخل مالك الرقبة خصما فى هاتين الدعوتين فإن الحكم فيهما لا يكون حجة على هذا الأخير (١) .

٥١٠ – الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع : وللمنتفع أن يباشر الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع ، وقد قدمنا أنه يستطيع أن يقاضى المدينين بهذه الحقوق ليطالبهم بها (٢) . وله أن يرفع دعاوى التأمينات لهذه الحقوق من رهن وامتياز وكفالة (٣) ، وكذلك الدعاوى المتصلة بهذه الحقوق كما لو كان الحق ثمن بيع فيرفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء به ، وكما لو تصرف المدين بهذا الحق فى ماله غشا فيرفع الدعوى ، البولصية (٤) .

ولكن المنتفع لا يستطيع رفع دعوى متعلقة بحق لم يكن ضمن الحقوق الداخلة فى حق الانتفاع وقت أن بدأ . فإذا كانت الدعوى مثلا دعوى نقض للغبن أو دعوى إبطال ، ولم يكن المالك قد رفعها وقت أن بدأ حق الانتفاع فلم يتضمنها هذا الحق ، لم يجز للمنتفع أن يرفعها لأن حق الانتفاع لم يشملها . ولكن إذا رفعها المالك ونتج عن رفعها أن نقض بيعا أو أبطله فأرجع المبيع إلى ملك بأثر رجعى ، فإن حق الانتفاع يمتد إلى هذا المبيع فيشمله ، ويعتبر المبيع داخلا ضمن حق الانتفاع منذ بدايته (٥) .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ بودرى وشوفو فقرة ٩٠٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٥ ص ٨٠٣ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٣٣ ص ٢٨٤ – وفى جميع الأحوال إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق مالك الرقبة ومالك حق الانتفاع ، فللغير التى ترفع ضده الدعوى أنى يطلب إدخال من لم يدخل منهما خصما فى الدعوى (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٧٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٠٢ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ – بودرى وشوفو فقرة ٥٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٨ – بودرى وشوفو فقرة ٥٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ ص ٨٠٤ .

(٥) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٠ ص ٦٦٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٦ .

المطلب الثانى
التزامات المنتفع

٥١١ – التزامات أربعة : التزامات المنتفع تترتب فى ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون، فهى إذن التزامات قانونية . وترجع كلها إلى واقعة مادية هى وجود رقبة الشئ المنتفع به فى يد المنتفع ، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردها سالمة ، واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض (١) . وغنى عن البيان أنه قد تترتب فى ذمة المنتفع التزامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية ، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات (٢) .

والالتزامات التى يرتبها القانون فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة أربعة : (١) استعمال الشئ والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة . (٢) صيانة الشئ والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . (٣) حفظ الشئ والمسئولية عن هلاكه . (٤) جرد المنقول وتقديم كفالة به .

١ – استعمال الشئ والانتفاع به بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة

٥١٢ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٨ مدنى على ما يأتى

١ – « على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له ، وأن يديره إدارة حسنة» .

٢ – «وللمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ، فإذا أثبت أن حقوقه فى خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات . فان لم يقدمها المنتفع ،

---

(١) انظر آنفا فقرة ٤٨٩ – وقرب عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٣٦ .

(٢) وتعتبر هذه الالتزامات التزامات عينية ، لأنها نشأت بسبب وجود الرقبة فى يد المنتفع، وتدور كلها حول وجوب المحافظة على العين مراعاة لحق صاحب الرقبة – ويترتب على ذلك أنه يجوز للمنتفع التخلص من هذه الالتزامات إذا هو تخلى عن حقه فى الانتفاع وترك العين المنتفع بها (abandon) ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «تعرض نصوص المواد ... لالتزامات المنتفع ، وهى التزامات تجب فى ذمته لأن فى يده رقبة العين المنتفع بها ، فيستطيع إذن أن يتخلص منها إذا هو تخلى عن حقه فى الانتفاع . وتدور الالتزامات كلها حول وجوب المحافظة على العين ، مراعاة لحق صاحب الرقبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩) .

وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إداراتها . بل له، تبعا لخطورة الحال ، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع ، دون إخلال بحقوق الغير» (١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٩/٢٠(٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى م ٩٤٨ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٤ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٥(٣) .

ونتكلم فى مضمون هذا الالتزام ، ثم فى جزاء الإخلال به .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ما عدا بعض الفروق . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت قم ١٠٦٣ فى المشروع النهائى ، بعد أن أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة «بحالته التى تسلمه عليها» ، وإلى الفقرة الثانية عبارة «أو غير متفق مع طبيعتها» ، فأصبح النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٨ – ص ٥٤٠) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٩/٢٠ : يجب على من له حق الانتفاع أن يستعمل الشئ فيما وضع له .

(٣) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدنى السورى م ٩٤٨ : ١ – على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد ، وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التى يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولا عن الضرر الذى يلحق بمالكها. ٢ – وعليه أيضا أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً ، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . ٣ – وعلى المنتفع فى استعماله العقار واستغلاله أن يعمل وفقا لما اعتاده ملاك العقار السابقون ، ولا سيما فيما يتعلق بالغاية المعدة لها الأبنية ، وطريقة زراعة الأراضى ، واستثمار الأحراج والمقالع . غير أنه يمكنه زراعة الأراضى البور، أو بصورة أعم تحسين طريقة الزراعة .

م ٩٥٧ : ١ – يجوز إسقاط المنتفع من حقه بحكم قضائى بناء على طلب مالك الرقبة، بسبب إساءة المنتفع فى استغلال العقار ، لا سيما إذا أحدث تخريباً فيه أو إذا تركه يخرب لإهماله العناية به . ٢ – وفى هذه الحالة يجوز لدائنى المنتفع أن يتدخلوا فى الدعوى، ويمكنهم أن يعرضوا تولى إصلاح ما تخرب وتقديم ضمانات للمستقبل . ٣ – وللقاضى، حسب خطورة الظروف ، إما أن يحكم باسقاط حق الانتفاع إسقاطاً مطلقاً، وأما أن يأمر بعدم تسليم العقار إلى مالك الرقبة إلا على شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقه مبلغاً معيناً حتى الأجل المحدد لانتهاء حق الانتفاع . (وهذه الأحكام فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى.

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٢ (مطابق)

التقين المدنى العراقى م ١٢٥٤ : ١ – على المنتفع أن يستعمل الشئ بحسب ما أعد له

٢ – (مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٩٨٨ مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٤٤ و م ٥٤ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٨ و ٩٥٧ من التقنين السورى ، وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

٥١٣ – مضمون الالتزام : يتسلم المنتفع الشئ المنتفع به بالحالة التى هو عليها وقت بداية حق الانتفاع ، وليس له أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشئ فى حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهدا خاصا (١) .

ومتى تسلم الشئ على هذه الحالة ، فعليه أن يستعمله وفقا لما أعده له المالك (٢) ، وأن يستثمره على النحو الذى يستثمره به المالك ، وذلك كله وفقا لما أعد له الشئ بحسب طبيعته. وعلى ذلك إذا كان الشئ دارا أعدت للسكنى ، لم يجز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى «بنسيون» أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك (٣)ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه ، أو أن يؤجرها للسكنى. وإذا كان الشئ أرضا زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور ، لم يجز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية للمحصولات العادية كالقطن والقمح والفول ، وأن يقتلع الأشجار المغروسة فى الأرض . ولكن له أن يصلح الأراضى البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها ، ولا يعد هذا تغييرا فى الاستعمال بل هو إصلاح فيه . وإذاكان الشئ متجرا للأقمشة أو مصنعا للزجاج ، لم يجز له أن يغير شيئا من ذلك ، فيجعل المتجر مثلا متجرا للأخشاب أو المصنع مصنعا للمنسوجات . وإذا كان الشئ سندات اسمية ، لم يجز له أن يحولها إلى سندات لحاملها ، فإن فى هذا تغييرا جوهريا فى طبيعة الشئ ، فوق أنه يعد من أعمال التصرف والمنتفع لا يملك أن يقوم بهذه الأعمال (٤) .

ويجب عليه فى جميع الأحوال أن يدير العين إدارة حسنة ، فإذاكانت متجرا مثلا وجب عليه أن يحسن إدارته ، أو كانت أرضا وجب عليه ألا يتركها بوراً أو أن ينهكها بالزراعة . فالعناية التى يجب عليه بذلها فى إدارة الشئ واستغلاله هى عناية الرجل المعتاد . فلا يجوز له أن ينزل عن هذا القدر من العناية ، حتى لو كان هو أو مالك الرقبة ينزل عنها فى إدارة شؤون نفسه (٥) .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٨ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٤٩١ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ نص ٦٧٠ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٥٠٨ .

(٥) مازو فقرة ١٦٨١ ص ١٣٣٢ – وانظر استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ – وقد قضى بأنه إذا ثبت أن المنتفع بقطعة أرض زراعية أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عمق متوسط متر ، فقد استعملها استعمالا غير جائز، وسقط بذلك حقه فى الانتفاع (منوف ١٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٩٣ ص ٧٨٤) .

٥١٤ – جزاء الاخلال بالالتزام : فإذا استعمل المنتفع الشئ استعمالا غير مشروع، بأن استعمله لغير ما أعد له ، أو استعمالا غير متفق مع طبيعته ، ونجم عن هذا الاستعمال خطر على الرقبة ، فلمالك الرقبة أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الاستعمال ، وله أيضا أن يطالبه بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ما عسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها ولكنه استمر فى سوء استعماله ، جاز للمالك أن يطلب من القاضى تسليم العين إلى أمين. يتولى إدارتها ويعطى الغلة للمنتفع .

بل إن للقاضى بناء على طلب المالك ، إذا رأى سوء الاستعمال خطيرا إلى حد يستوجب إجراء أشد ، أن يحكم بإنهاء حق الانتفاع أى باسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيع على المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع . ولكن يجب فى هذه الحالة مراعاة حق الغير ، فإذا كان حق الانتفاع مرهونا مثلا ، احتفظ الدائن المرتهن بحقه. وعلى ذلك ترد العين إلى المالك ، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن ، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدودا على هذا النحو ، لا على حق الملكية ، ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه فى المزاد (١).

٢ – صيانة الشئ والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة

٥١٥ – نص قانونى : تنص المادة ٩٨٩ مدنى على ما يأتى :

« ١ – المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة» .

« ٢ – أما التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فإن كان المنتفع هو الذى قام بالانفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع»(٢) .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٩.

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة، تحت رقم ١٠٦٤ من المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية فى الفقرة الأولى ، فصار النص مطابقاً كل المطابقة لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٩٨٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٠ – ص ٥٤٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق . =

ويخلص من هذا النص أن المنتفع ملتزم بصيانة الشيء المنتفع به[1] ، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة ، وبكل التكاليف المعتادة الأخرى . أما التكاليف غير المعتادة ، كتكاليف الإصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع . فنستعرض الآن كلا من التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة .

٥١٦ – التكاليف المعتادة : لما كان المنتفع ملتزما بصيانة الشيء المنتفع به كما قدمنا، فان تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها ، لأنها من التكاليف المعتادة [2]. ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع ، تكاليف إدارة الشيء المنتفع به ، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار . ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة ، فيتحملها المنتفع وحده ، الضرائب والرسوم المقررة على الشيء المنتفع به ، من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم محلية وضريبة دفاع وضريبة خفر وضريبة إضافية وغير ذلك من أنواع الضرائب الأخرى .

= ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٤٩ : ١ – تكون على عاتق المنتفع الضرائب العقارية المختلفة ، وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار . ٢ – أما التصليحات الكبيرة أي التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية ، فإنها تترتب على مالك الرقبة .

م ٩٥٠ : ١ – إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين باعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه، أو قضاءً وقدراً . ٢ – إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة ، وكان العقار المهدوم كله أو بعضه مؤمناً ، فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع ، استعمال التعويض المدفوع لتجديد بناء العقار أو لترميمه . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٩٣ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ١٢٥٥ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٤٥ – ٤٦ (تكادان تطابقان المادتين ٩٤٩ – ٩٥٠ مدني سوري وهاتان المادتان الأخيرتان مأخوذتان منهما) .

(١) ويعتبر من أعمال الصيانة ، ويعتبر في الوقت ذاته من أعمال الحفظ ، أن يجدد المنتفع قيد الرهون، وأن يقطع التقادم إذا كان حق يشمله الانتفاع مهدداً بالسقوط بالتقادم (أوبري ورو ٢ فقرة ٢٣١ ص ٦٧١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ ص ٨١٥) .

(٢) ويلتزم المنتفع بأعمال الصيانة réparations d'entretien نتيجة لالتزامه بأن ينتفع بالشيء كما ينتفع المالك بملكه . هذا إلى أن أعمال الصيانة من التكاليف التي يقتضيها الحصول على الثمار وتدفع عادة من الريع ، في حين أن الإصلاحات الجسيمة تدفع عادة من رأس المال فتكون على المالك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٤ ص ٨١٧) . وانظر في تحديد أعمال الصيانة وأعمال الإصلاحات الجسيمة المادة ٦٠٦ مدني فرنسي .

ولكن يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون هذه التكاليف المعتادة كلها أو بعضها على الأخير ، وهذا لا يمنع ، فيما يتعلق بالضرائب والرسوم ، أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردها من مالك الرقبة (١) .

٥١٧ – التكاليف غير المعتادة : وهذه كما قدمنا على المالك ، على أن يتحمل المنتفع فوائدها طول مدة الانتفاع . ومن التكاليف غير المعتادة تكاليف الإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذى يتحملها وحده. فإذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلا إلى إصلاحات جسيمة لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، لم يلتزم أحد ، لا المنتفع ولا مالك الرقبة ، بالقيام بهذه الإصلاحات كما سنرى (٢) . ولكن يجوز لمالك الرقبة ، للمحافظة على ملكه ، أن يقوم بها . وفى هذه الحالة تكون التكاليف عليه، وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانونى لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع . ويصح ، عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها ، أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه . وفى هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الإصلاحات ، على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون هنا أيضا قد تحمل فوائدها طول مدة الانتفاع (٣) .

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود ، فهذه يلتزم بهامالك الرقبة ، ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، وإذا قدم المنتفع هذه المصروفات فله الحق فى استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع . وكذلك يعتبر من التكاليف غير المعتادة المبالغ الباقى دفعها من القيمة الأسمية للأسهم التى لم يتم الوفاء بكل قيمتها الأسمية (actions no libérées) ، فهذه على مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طول مدة الانتفاع ، فان قدمها المنتفع محافظة على الأسهم من السقوط فإنه يسترد ما دفعه من المالك عند نهاية حق الانتفاع (٤) .

وإذا كان العقار المنتفع به مثقلا برهن رسمى ، فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة المدين بهذا الدين . فإن لم يدفعه ، ورجع الدائن المرتهن بدعوى الرهن على المنتفع باعتباره حائزا للعقار فيدفع هذا ما على العقار من الدين ، فإنه يرجع بما دفع فورا

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٠ .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٥٣٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤١ .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤١ .

على مالك الرقبة ، ولا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يسترده [1] .

٣ – حفظ الشئ والمسئولية عن هلاكه

٥١٨ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٠ مدنى على ما يأتى :

« ١ – على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله الرجل المعتاد» .

«٢ – وهو مسئول عن هلاك الشئ ولو بسبب أجنبى ، إذا كان قد تأخر عن رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع» .

وتنص المادة ٩٩١ مدنى على ما يأتى :

«إذا هلك الشئ أو تلف ، أو احتاج إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، أو إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظورا ، فعلى المنتفع أن يبادر باخطار المالك . وعليه إخطاره أيضا إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه» [2] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٢ – وإذا كان المنتفع موصى له بحق الانتفاع بجزء من التركة ، فأنه يتحمل من فوائد ديون التركة ما يتناسب مع هذا الجزء الموصى به . فإن دفع الورثة ديون التركة ، فانهم يرجعون على المنتفع بفوائد جزء من هذه الديون يتناسب مع الجزء الموصى به . وإن دفع المنتفع الجزء من الديون الذى يتناسب مع الجزء الموصى به له ، فإنه يرجع على الورثة بما دفع عند نهاية حق الانتفاع . فإذا لم تدفع الورثة الديون، ولم يتقدم المنتفع بدفعها ، بيع من أعيان التركة ما يفى بالديون ، ويكون فى ذلك انتقاص من الجزء من التركة الموصى بحق انتفاعه يتحمله المنتفع (انظر المادة ٦١٢ مدنى فرنسى ، والمواد ٩٥١ – ٩٥٣ من التقنين المدنى السورى ، والمواد ٤٧ – ٤٩ من قانون الملكية العقارية اللبنانى) .

وانظر فيمن يتحمل مصروفات الدعاوى التى تتعلق بحق الانتفاع وبالرقبة المادة ٦١٣ مدنى فرنسى .

(٢) **تاريخ النصوص** : م ٩٩٠ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يشتمل فى آخر الفقرة الثانية على عبارة «حتى لو لم يطلب المالك الرد» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٥ فى المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة «ولو لم يطلب المالك الرد» من آخر الفقرة الثانية . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٢ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٢ – ص ٥٤٤) .

م ٩٩١ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «إذا هلك الشئ أو تلف ، أو احتاج إلى اصلاحات جسيمة مما يجب على المالك القيام به ، أو اتخاذ إجراء يقيه من الخطر لم يكن منظوراً ، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك ، وعليه إخطار المالك أيضاً إذا اغتصب أجنبى حقاً على الشئ» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١٠٦٦ فى المشروع النهائى ، بعد استبدال=

وتقابل النصوص المادة ٤٣/٢٤ من التقنين المدنى السابق [١].

وتقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ١/٩٤٨و٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ٩٩٤ – ٩٩٥ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١/١٢٥٤ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٤٤ [٢].

ونتكلم فيما يأتى : (١) مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ . (٢) أمثلة عن أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها . (٣) القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ .

٥١٩ – مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ : تقول الفقرة الأولى من المادة ٩٩٠ مدنى، كما رأينا [٣]، أنه «على المنتفع أن يبذل من العناية فى حفظ الشئ ما يبذله الشخص المعتاد» . فهناك إذن التزام على المنتفع ، هو أن يقوم بالمحافظة على الشئ . وهو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية ، فيطلب من المنتفع فى القيام بهذا الالتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد ، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا . فالخطأ الذى يسأل عنه

= عبارة «مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته» بعبارة مما يجب على المالك القيام به» ، واستبدال عبارة «إذا استمسك أجنبى بحق يدعيه على الشئ نفسه» بعبارة «إذا أغتصب أجنبى حقاً على الشئ» ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٤ – ص ٥٤٦) .

(١) التقنين المدنى السابق م ٤٣/٢٤ : لا يسأل المنتفع عن ضياع أو تلف الشئ متى كان حاصلا دون تقصير منه .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ١/٩٤٨ ، ٢ : ١ – على المنتفع أن يستغل العقارات كمالك معتن مجتهد . وعليه على الأخص أن يعلم المالك بالتهديدات التى يقدم عليها الغير على العقارات ، وإلا كان مسئولاعن الضرر الذى يلحق بمالكها . ٢ – وعليه أيضا أن يتابع العمل بصكوك التأمين المعقودة سابقاً، وأن يسدد أقساط التأمين المترتبة عليه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٤/٩٩٥م – (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١/١١٥٤ : على المنتفع أن يستعمل الشئ بحسب ما أعد له ، وأن يبذل من العناية فى حفظه ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاكه ولو بغير تعد، إذا كان قد تأخر فى رده إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع (وهذا النص يكاد يطابق المادتين ٩٩٠ و ١/٩٨٨ مدنى مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى : م ١/١٤٤ (تكاد تطابق المادة ١/٩٤٨و٢ مدنى سورى، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٥١٨ .

المنتفع فى حفظ الشئ هو أن ينحرف ، فى المحافظة عليه ، عن السلوك المألوف للشخص المعتاد .

والخطأ هنا لا يفترض فى جانب المنتفع ، بل على مالك الرقبة ، إذا أصاب الشئ تلف، أن يثبت أن هذا التلف قد وقع بخطأ المنتفع ، أى بانحرافه فى المحافظة على الشئ عن سلوك الرجل المعتاد . فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك ، فلا مسئولية على المنتفع . أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المنتفع على هذا النحو ، فإن مسئولية المنتفع عن التعويض تسرى عليها أحكام القواعد العامة . فيكون المنتفع مسئولا عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التى لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشئ أو هلاكه .

ويعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، ومن ثم يعتبر خطأ يكون المنتفع مسئولا عنه ، أن يتأخر المنتفع فى رد الشئ للمالك بعد انتهاء مدة الانتفاع فيهلك الشئ فى يده ولو كان الهلاك بسبب أجنبى (م ٢/٩٩٠ مدنى) . والخطأ الذى يعتد به هنا هو تأخر المنتفع عن رد الشئ إلى المالك ، وقد اقترن الهلاك بهذا الخطأ فيكون المنتفع مسئولا عن تعويض المالك عن الضرر الذى لحق به من جراء هلاك الشئ . وغنى عن البيان أنه يخلص مما تقدم أن المنتفع يلتزم برد الشئ إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع [1] .

٥٢٠ – أمثلة من أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها : ومن أمثلة أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها أن يبادر إلى اخطار مالك الرقبة بكل ما تتعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه ، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية . فإذا انتزع أجنبى الحيازة من المنتفع، أو تعرض الأجنبى له فى حيازته مستمسكا بحق يدعيه على الشئ نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق ، أو تعرض الشئ لخطر لم يكن منظوراً كأن سطت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء موقتا أو خربته غارة جوية ، أو هلك الشئ أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع كأن كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبى أو إلى القدم (vetusté) أو احتاج الشئ إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته ، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع (م ٩٩١ مدنى) . وليس للأخطار شكل خاص، فيصح أن يكون بكتاب أو شفويا ، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام بالأخطار اللازم . فإذا لم

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «على المنتفع أيضاً أن يحافظ على الشئ ، ويبذل من العناية فى ذلك ما يبذله الشخص المعتاد، فان انتهى حق الانتفاع ، وجب عليه الرد . فإذا تأخر الرد وهلك الشئ ، ولو بسبب أجنبى ، كان مسئولا عن الهلاك ، حتى لو كان المالك لم يطالب بالرد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٣) وانظر كاربونييه ص ١١٠ .

يثبت ذلك ، كان مسئولا عن تعويض الضرر الذى يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار .

ومن أمثلة أعمال الحفظ أيضاً ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربحا كبيرا ، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة فى سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه . وكذلك لا يجوز له ، وهو يسكن الدار التى ينتفع بها، أن يتلف الأبواب والنوافذ ، أو أن يلحق بالدار ضررا غير مألوف ، أو ألا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها مما يحتاج إلى عناية فى حفظه .

وإذا كان المالك قد أمن على الشئ ، فإنه يعتبر من أعمال الحفظ أن يجدد المنتفع هذا التأمين ، وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه (١) .

٥٢١ – القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ : ويرد على مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المنتفع مسئولا عن إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب القدم (م ٦٠٧ مدنى فرنسى) . فما دام التهدم لا يرجع إلى خطأ فى جانبه كاهماله فى القيام بأعمال الصيانة ، فهو غير مسئول عنه ، ولا يلزم باعادة البناء . وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسئول عنها ، إلا إذا كانت راجعة إلى خطأه . وإذا كان المنتفع غير ملزم باعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة فى الأحوال التى قدمناها ، فأن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضا بذلك . وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسمية، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التى أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع ، وإذا قام المنتفع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة ، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع (٢) .

(القيد الثانى) يستطيع المنتفع أن يتخلص من إلزامه بحفظ الشئ وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة ، وذلك بالتخلى (abondon) عن حقه فى الانتفاع . فإن هذا الالتزام التزام عينى كما قدمنا ، فإذا تخل عن العين تخلص من الالتزام الذى كانت العين سببا فيه . على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلى ، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل

---

(١) أنظر م ٢/٩٤٨ مدنى سورى و م ١/٤٢ من قانون الملكية العقارية اللبنانى . وانظر كذلك المادة ١٠٤٥ مدنى المانى . أما فى فرنسا فيبدو أن المنتفع لا يلتزم بتجديد عقد التأمين (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٣٢ – مازو فقرة ١٦٨١) .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥١٧ .

ذلك فيلتزم بالقيام به من وقت التخلى ، حتى لو رد الثمار التى قبضها من العين منذ بداية الانتفاع . فقد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمته قبل التخلى ، وليس للتخلى أثر رجعى [1] .

٤ – جرد المنقول وتقديم كفالة به

٥٢٢ – نص قانونى : تنص المادة ٩٩٢ مدنى على ما يأتى :

«١ – إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به ، فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ، ووظف ثمنه فى شراء سندات عامة يستولى المنتفع على أرباحها» .

«٢ – وللمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الإنتفاع . وله نتاج المواشى ، بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ» [2] .

ويقابل النص فى القنين المدنى السابق المواد ٢١–٢٣/٤٠–٤٢ [3] .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٩٣٩ – ٩٤٢ – وفى التقنين المدنى الليبى ٩٩٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٦ – وفى

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ٦٨٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٣٧ ص ٨٢٠ – وقارن أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣١ وهامش ٢٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٤ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٦ – ص ٥٤٨) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢١/٤٠ : إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب حصره بالجرد، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . فإن لم يقدمها بيع المال المذكور، ووضع ثمنه فى أوراق أميرية ، وأعطيت أرباحها إليه .

م ٢٢/٤١ : يجوز للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء التى تنعدم بالاستعمال، إنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع .

م ٢٣/٤٢ : الزيادة التى تحصل من نتاج المواشى تكون للمنتفع بها ، إنما بعد أن يستعوض من النتاج ما نفق من الأصل بآفة سماوية .

(وهذه النصوص جميعاً تتفق مع نص التقنين المدنى الجديد) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٥ – ٣٨(١) .

٥٢٣ – الاقتصار فى هذا الالتزام على المنقول دون العقار : فى ترتيب التزام فى ذمة المنتفع بالجرد (inventaire) وبتقديم كفالة caution يقتصر التقنين المدنى المصرى، كما نرى من النص سالف الذكر ، على المنقول دون العقار . أما العقار فلا يلتزم المنتفع فى شأنه بأن يحرر بياناً (état) عنه ، ولا أن يقدم كفالة به ، وهذا بخلاف التقنين المدنى الفرنسى، فإنه يوجب الجرد فى المنقول وتحرير البيان فى العقار ، ويوجب فى الحالتين على المتفع تقديم كفالة . وقد سار التقنين المدنى المصرى الجديد فى ذلك على سنة التقنين المدنى المصرى السابق ، فقد كان هذا التقنين أيضاً لا يوجب الجرد ولا الكفالة إلا فى المنقول .

ويسرر الخطة التى سار عليها التقنين المدنى المصرى ، السابق والجديد ، أن العقار لا يخشى عليه ، وقل أن يحدث فى ذاتيته أو فى قيمته خلاف . وإذا أراد مالك الرقبة أن يحتاط فيما يتعلق بحالة العقار، فله أن يحرر بياناً بحالته ، ولكن هذا لا يكون التزاماً فى ذمة المنتفع.

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدى السورى م ٩٣٩ ك ١ – يجب على المنتفع قبل مباشرته الانتفاع : (أ) أن ينظم كشفاً بالعقارات (ب) أن يقدم كفيلا قديرا على الدفع . ٢ – على أنه يجوز إعفاءه من هذين الالتزامين بنص السند الذى ينشأ بموجبه حق الانتفاع .

م ٩٤٠ : ١ – يجب تنظيم الكشف بالعقارات بحضور المالك أو بعد أن يدعى إلى ذلك بطريقة قانونية ، ويجب تحريره على الشكل المتبع لدى الكاتب العدل ، على نفقة المنتفع. ٢ – على أنه يجوز للمنتفع أن يتفق ومالك الرقبة ، بشرط أن يكون الطرفان حائزين على أهلية المتعاقد ، على وضع الكشف بالتراضى وبدون نفقة .

م ٩٤١ : إذا قدمت الكفالة متأخرة ، فالثمار التى يكون قد تناولها مالك العقار أثناء هذا التأخير ترد للمنتفع . ٢ – ويجوز أن يستعاض عن الكفالة برهن أو تأمين على أموال تعتبر كافية .

م ٩٤٢ : إذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولا ضمانة أخرى ، فتؤجر العقارات الجارى عليها حق الانتفاع أو تسلم إلى حارس قضائى ، وتؤخذ أجرة الحارس من ثمار العقار .

(وهذه النصوص ، كنصوص قانون الملكية العقارية اللبنانى ، التى هى مصدرها ، لا تتكلم إلا عن حق الانتفاع بالعقار) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٦ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى : م ١٢٥٦ (توافق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٢ مدنى مصرى) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٣٥ – ٣٨ (توافق المواد ٩٣٩ – ٩٣٨ مدنى سورى سالفة الذكر، وهذه المواد الأخيرة مأخوذة منها) .

والأمر مختلف بالنسبة إلى المنقول ، فهو عرضة للضياع ، وقد لا يتيسر التثبت من ذاتيته أو من قيمته ، فأوجب المشرع على المنتفع أن يجرى جرده فى محضر حتى تتعين ذاتيته، مع تقويمه حتى تتحدد قيمته . ثم لما كان من اليسير تبديد المنقول أو ضياعه ، فقد أوجب المشرع المصرى أيضاً على المنتفع أن يقدم كفالة به ، حتى يضمن بذلك حق مالك الرقبة فى استرداده أو استرداد قيمته عند نهاية حق الانتفاع .

٥٢٤ – تحرير محضر جرد بالمنقول : ولم يوجب القانون شكلا خاصاً لمحضر الجرد، على خلاف التقنين المدنى الفرنسى الذى يوجب أن يحرر محضر الجرد فى ورقة رسمية ما لم يعف المنتفع من هذه الرسمية أو يعف من تحرير محضر الجرد أصلا . ففى مصر إذن يجوز تحرير محضر الجرد فى ورقة عرفية ، ويوقع عليه كل من المنتفع ومالك الرقبة ، ويكون هو الدليل الكتابى على ما تسلمه المنتفع من المنقولات وحالة هذه المنقولات وقيمتها . ويجوز إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد فى سند حق الانتفاع ، أى فى العقد أو الوصية التى أنشأت هذه الحق . ولا يعد سكوت مالك الرقبة عن تحرير محضر الجرد بعد تسلم المنتفع للمنقولات إعفاء للمنتفع من تحرير هذا المحضر ، بل يصح أن يطالب مالك الرقبة المنتفع بعد أن يكون هذا قد تسلم المنقولات بتحرير المحضر .

وعدم قيام المنتفع بالتزامه من تحرير محضر الجرد لا يترتب عليه أن يفقد حق انتفاعه، بل كل ما يترتب عليه أنه لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير هذا المحضر. وللمنتفع بعد تحرير محضر الجرد أن يتسلم المنقولات وأن يتسلم ثمارها من بداية حق الانتفاع، فإن حقه لم يسقط فى تقاضى هذه الثمار [١] .

٥٢٥ – تقديم الكفالة بالمنقول : ولا يكفى تحرير محضر جرد للمنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم فى الوقت ذاته لمالك الرقبة كفالة بهذا المنقول . فإذا إضاع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلفه أو ألحق به أى ضرر ، كان الكفيل ضامناً للتعويض الذى يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة . ويجب أن يكون الكفيل مقتدراً ومقيما فى مصر ، ويقوم مقام الكفالة أن يقدم المنتفع رهناً رسمياً أو رهن حيازة [٢] . وإذا كانت السندات المنتفع بها سندات لحاملها ، فان تحويلها إلى سندات أسمية ، تسجل باسم مالك الرقبة بالنسبة إلى الرقبة وباسم المنتفع بالنسبة إلى حق الانتفاع ، يكون ضماناً كافياً ، ويعفى المنتفع من تقديم كفالة [٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٣ .

(٢) وتنص المادة ٧٧٤ مدنى على أنه «إذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً فى مصر . وله أن يقدم ، عوضاً عن الكفيل ، تأمينا عينيا كافياً».

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٦ .

وعدم قيام المنتفع بتقديم كفالة على النحو المتقدم الذكر لا يحرمه من حق الانتفاع، ولكن يمنعه من تسلم المنقولات قبل تقديم الكفالة ، فإذا ما قدمها فإنه يتسلم المنقولات كما يتسلم ثمارها من وقت بداية حق الانتفاع ، على النحو الذى قدماه فى تحرير المحضر. وإذا سلم مالك الرقبة المنقولات قبل أن يقدم المنتفع الكفالة ، فإن هذا لا يعفى المنتفع من تقديم الكفالة فيما بعد ، إلا إذا استخلص من تسليم المنقولات على هذا النحو نزول ضمنى من مالك الرقبة عن الكفالة (١).

ويجوز إعفاء المنتفع من تقديم الكفالة ، إعفاء صريحاً أو ضمنياً . فيرد الإعفاء صراحة فى السند الذى ينشأ حق الانتفاع من عقد أو وصية ، كما يستخلص ضمناً من أن المالك باع العين أو رهنها واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فان سكوت المشترى أو الموهوب له عن اشتراط تقديم الكفالة يستفاد منه أن مالك الرقبة قد نزل عن حقه فى طلب الكفالة (م ٦٠١ مدنى فرنسى) .

وإذا لم يقدم المنتفع الكفالة ولم يعف من تقديمها ، فإنه يجوز لمالك الرقبة أن يطلب بيع المنقولات بالطريقة التى تقررها المحكمة ، وتوظيف ثمنها فى سندات عامة ، أى سندات على الدولة كسندات الدين الموحد أو سندات قرض الانتاج ، لأن هذه السندات توفر لكل من مالك الرقبة والمنتفع قدراً كبيراً من الضمان ، ويكون للمنتفع فى هذه الحالة أرباح هذه السندات طول مدة الانتفاع ، ولا يدخل فى الأرباح ما عسى أن يكسب السند من جائزة، بل الجائزة تكون لمالك الرقبة ، فإذا انتهى حق الانتفاع ، ردت السندات لمالك الرقبة ، وأصبحت ملكيته لها كاملة وله أن يتصرف فيها كما يشاء .

٥٢٦ – الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطيع من المواشى إحالة : وتقول الفقرة الثانية من المادة ٩٩٢ مدنى ، كما رأينا (٢) ، إن «للمنتفع الذى قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه فى الانتفاع. وله نتاج المواشى بعد أن يعوض منها ما نفق من الأصل بحادث مفاجئ». وهذا النص يشير ، فيما يتعلق بالأشياء القابلة للاستهلاك ، إلى شبه حق الانتفاع ، وقد سبق الكلام ذلك ، كما يشير فيما يتعلق بالمواشى إلى الانتفاع بقطيع من المواشى وقد سبق أيضا الكلام فيه ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٣).

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٢٩ ص ٦٤٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٢٥ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٢٢ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٤٧٧ وفقرة ٤٩٥ .

المبحث الثانى

آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة

٥٢٧ – حق التصرف فى الرقبة : لمالك الرقبة أن يتصرف تصرف الملاك فى الرقبة، بحيث لا يكون فى هذا التصرف ضرر يلحق انتفاع المنتفع بالعين . فله أن يبيع الرقبة أو يقايض عليها أو يقدمها حصة فى شركة أو يقدمها مقابلا لوفاء دين فى ذمته أو يهبها أو يوصى بها . وينتقل إلى مالك الرقبة الجديد ، على هذا النحو ، جميع حقوق المالك السابق، وبوجه خاص يصبح مالكاً للعين ملكية كاملة بعد انتهاء حق الانتفاع[١] .

ولمالك الرقبة فى العقار أن يرهنها رهناً رسمياً ، ولدائنيه أن يأخذوا عليها حق اختصاص. وقد يترتب على الرقبة فى العقار والمنقول حق امتياز كما إذا باع مالك العقار أو المنقول حق الرقبة واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع ، فيكون له حق امتياز على الرقبة لاستيفاء الثمن . فإذا ترتب حق من هذه الحقوق على الرقبة ، جاز للدائن أن يبيعها استيفاء لحقه ، فيكون للراسى عليه المزاد نفس حقوق مالك الرقبة الأصلى ، وعلى ذلك يصبح مالكا للعين ملكية كاملة عند انتهاء حق الانتفاع [٢] .

ولمالك رقبة العقار أيضاً أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع [٣] .

٥٢٨ – الحق فى الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثمارا : وإذا كان من المسلم به أن تكون ثمار العين للمنتفع ، فإن ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً يكون لمالك الرقبة، فإذا كان الشئ المنتفع به سنداً أو سهماً وربح جائزة ، فالجائزة لا تعتبر ثمارا وتكون

---

(١) أنظر م ٩٥٨ من التقنين المدنى السورى وم ٥٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٢) وفى التنفيذ على الرقبة لا يدخل المنتفع طرفا فى الإجراءات ، لأن حقه لا يتأثر ولا يضار بهذا التنفيذ (استئناف مختلط ١٦أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥١) . ولايجوز للمنتفع التدخل فى تفليسة تتضمن رقبة العين المنتفع بها ، لأن المنتفع حقه عينى لا يتأثر بالتفليسة ولا يضار بها (استئناف مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٤) .

وإذا باع مالك الرقبة الملكية الكاملة للعين ، لم ينفذ هذا البيع فى حق المنتفع إلا برضاء . وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه، أو أن يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمنتفع فوائده . إلى نهاية حق الانتفاع، أو على أمر آخر يرتضيانه معاً (قارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤٨) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٩٦-١ ص ٨٢٧ .

لمالك الرقبة ويكون للمنتفع فوائد الجائزة [1]. وإذا وزعت الشركة جزءاً من احتياطياتها على المساهمين ، أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمت بها الشركة بها الشركة فى شركة أخرى ، اعتبر هذا جزءا من رأس المال لا من الريع ، فيكون لمالك الرقبة وتكون فوائده للمنتفع . وإذا أصدرت الشركة أسهماً جديدة لزيادة رأس المال ، وأضافت علاوة (prime) على القيمة الأسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم فى الاحتياطيات ، فهذه العلاوة لا تعتبر ريعاً بل هى جزء من رأس المال. فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق مالك الرقبة وللمنتفع الفوائد [2].

٥٢٩ – حق مباشرة الدعاوى التى تتعلق بالرقبة : ولمالك الرقبة أن يباشر الدعاوى التى تتعلق بالرقبة . فله أن يرفع دعوى الاستحقاق ، ودعاوى الحيازة ، ودعوى الإقرار بحق ارتفاق أو إنكاره ، ودعوى القسمة ، ودعوى تعيين الحدود [3].

٢ – علاقة مالك الرقبة بالمنتفع

٥٣٠ – وجود التزامات شخصية فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة : رأينا أن هناك التزامات شخصية تترتب فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ، وهى التزامات نشأت بحكم القانون من واقعة مادية ، هى وجود العين تحت يد المنتفع [4] فهذه الالتزامات تجعل الحق لمالك

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٨ .

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٤٩٨ – وإذا كان ما تنتجه العين مما لا يعتبر ثماراً هو حق مالك الرقبة على النحو الذى قدمناه ، فأولى أن يكون من حق مالك الرقبة ما لم تنتجه العين ولا يعتبر جزءاً منها . فالكنز الذى يعثر عليه فى العقار المنتفع به يكون من حق مالك الرقبة دون المنتفع ، بل إن المنتفع لا يحق له الحصول على الفوائد فى هذه الحالة لأن الكنز مال مستقل عن العقار وليس ناتجاً منه ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٦) .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٧ – بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠ ص ٨٠٣١ – وإذا كانت هناك دعوى تتعلق بالرقبة وحق الانتفاع معا، ودخل المنتفع وحده فيها خصماً ، كان على الخصم الآخر أن يدخل مالك الرقبة خصما فى الدعوى حتى يكون الحكم ساريا فى حقه . أما إذا كانت الدعوى تتعلق بالرقبة وحدها دون حق الانتفاع ، كما إذا تنازع على الرقبة شخصان يسلمان معاً بأن حق الانتفاع لشخص ثالث ، فلا محل فى هذه الحالة – لإدخال المنتفع خصماً فى الدعوى (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٠) – وتبقى مستندات ملكية الدين عند مالك الرقبة ، على شرط أن يمكن المنتفع من استعمالها عند الاقتضاء وتقديمها فى الدعاوى (ديمولومب فقرة ٢١٨ مكررة – بودرى وشومو فقرة ٣٤٣) .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥١١ وما بعدها .

الرقبة فى أن يطالب المنتفع بتنفيذها بمجرد أن يخل بها هذا الأخير ، ولا يجبر مالك الرقبة على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتى يطالب بتنفيذها ، بل إن لمالك الرقبة أن يطلب الحكم باسقاط حق الانتفاع قبل نهايته ، إذا أساء المنتفع استعمال الشئ أو استثماره إلى درجة تعرض الرقبة للخطر (م ٢/٩٨٨ مدنى) (١) . وعلى المنتفع بوجه خاص أن يرد العين للمالك عند نهاية حق الانتفاع .

٥٣١ – لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع : ولما كان المنتفع ، فان له بموجب هذا الحق العينى سلطة مباشرة على العين لا يحتاج فى استعمالها إلى تدخل مالك الرقبة ، كما يحتاج المستأجر الذى ليس له إلا حق شخصى لتدخل المؤجر لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة . وعلى ذلك لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، والمنتفع وشأنه ينتفع بالعين مباشرة طبقاً لما حوله له القانون من حقوق دون حاجة إلى معاونة مالك الرقبة فى ذلك . وقد يرتب المالك على العين حق انتفاع معاوضة، ويلتزم فى العقد بضمان التعرض والاستحقاق ، ولكن الالتزام الذى ترتب هنا فى ذمة مالك الرقبة إنما ترتب بموجب العقد لا بموجب حق الانتفاع (٢) .

٥٣٢ – لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المنتفع : ولا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المنتفع . ولكن ذلك لا يرجع إلى وجود التزام شخصى بالضمان فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ، بل يرجع إلى أن للمنتفع حقاً عينياً لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه ، وشأن مالك الرقبة فى عدم جواز التعدى على حق المنتفع شأن أى شخص آخر (٣) . وعلى ذلك لا يجوز لمالك الرقبة ، دون موافقة المنتفع ، أن يدخل تعديلا فى العين ، كأن يقيم أبنية جديدة أو يعلى البناء الموجود أو يهدم جزءاً منه (٤) ، أو أن يحول سنداً أسمياً إلى سند لحامله (٤) ، أو يبيع العقار المنتفع به ويبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المنتفع حق الانتفاع (٦) .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٥١٤ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٤ ص ٨٣٤ هامش ٢ .

(٣) بازو فقرة ١٦٦١ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص ٦٨٥ – بودرى وشوفو فقرة ٥٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٤ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥ .

(٦) والذى يقطع فى أنه لا يوجد التزام شخصى فى هذا الصدد فى ذمة مالك الرقبة أن هذا الأخير إذا كان له عقار مجاور للعقار المنتفع به ، فان له أن يستعمل حقه ملكيته كاملا فى هذا العقار ، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالمنتفع ، ما دام أنه قد راعى التزامات الجوار فلم يلحق بالمنتفع ضرراً غيرمألوف (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٣ ص٦٨٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٥ ص ٨٣٥) .

٥٣٣ – حق مالك الرقبة استثناء فى تعطيل أو إنقاص حق المنتفع للمحافظة على العين : على أن مالك الرقبة ، إذا كان عليه فى الأصل أن يمتنع عن تعطيل أو إنقاص حق المنتفع شأنه فى ذلك شأن أى شخص آخر ، ليس كأى شخص آخر أجنبياً عن العين، بل هى ملكه ويعنيه أن يحافظ على سلامتها . فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة فى العين ولو لم يوافق المنتفع ، بل ولو حرم المنتفع بذلك من الانتفاع بالعين المدة اللازمة للقيام بهذه الإصلاحات ، وذلك دون أن يكون مالك الرقبة مسئولاعن تعويض المنتفع عن هذه المدة . فالإصلاحات الجسيمة ، وإن لم يكن القيام بها التزاماً فى ذمة مالك الرقبة ، إلا أن القيام بها من حقه حتى يحافظ على سلامة العين (١) .

وإذا كان القيام بالإصلاحات الجسيمة من حق مالك الرقبة ، فأولى أن يكون من حقه إعادة بناء ما تهدم من العين بسبب فجائى أو بسبب القدم ، وقد سبق الكلام فى ذلك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك (٢) .

الفرع الثالث

انتهاء حق الانتفاع

المبحث الأول

الأسباب التى ينتهى بها حق الانتفاع

٥٣٤ – بيان هذه الأسباب: السببان المألوفان لانتهاء حق الانتفاع هما انقضاء الأجل وموت المنتفع . ثم إن حق الانتفاع قد ينتهى بهلاك الشئ ، وبعدم الاستعمال مدة خمس

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥١٧ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٢١ – وانظر فى التأمين على العين المنتفع بها، سواء من جانب مالك الرقبة وحده أو من جانب المنتفع أو كان من جانبهما معاً ، ولمصلحة أى منهما أو لمصلحة الاثنين : بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٥٣ .

وهناك رأى فى الفقه الفرنسى يدعو إلى إيجاد تضامن وتعاون أكبر بين مالكا الرقبة والمنتفع فى خلال مدة الانتفاع ، فيجوز مثلا للمنتفع أن يلزم مالك الرقبة بالقيام بالإصلاحات الجسيمة ، ويكون له الحق فى تقاضى تعويض عن التحسينات والمنشآت التى يستحدثها فى العين المنتفع بها ، ويكون له تحت رقابة القضاء الحق فى تعديل طرق الانتفاع بالعين المنتفع بها وطرق استغلالها (كاربونييه ص١١٥) .

عشرة سنة ، وهذا السببان قد ورد فى شأنهما نص صريح ، يضاف إلى الأسباب الأربعة المتقدمة ثلاثة زسباب أخرى لم يرد فى شأنها نص صريح ، هى تملك حق الانتفاع بالتقادم، والنزول عنه ، واتحاد الذمة . فهذه أسباب سبعة[1] ، نستعرضها على التعاقب .

٥٣٥ – انهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المنتف نص قانونى : تنص المادة ٩٩٣ مدنى على ما يأتى :

«١ – ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقرراً لحياة المنتفع . وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع ، حتى قبل انقضاء الأجل المعين» .

٢ – وإذا كانت الأرض المنتفع بهامشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع بزرع قائم، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة من الزمن» [2] .

---

(١) وهناك أسباب أخرى ، تكفى الإشارة إليها هنا ، فقد ينتهى حق الانتفاع لسقوطه بسوء الاستعمال ، وقد تقدم الكلامفى ذلك (انفاً فقرة ٥١٤) . وقد ينتهى أيضا بفسخ حق المالك الذى رتب الانتفاع ، كما لو كانت ملكيته معلقة على شرط فاسخ ويتحقق الشرط ومن ثم تزول الملكية بأثر رجعى ويزول تبعاً لزوالها ما رتبه المالك من حق الانتفاع، وليس فى هذا إلانطبيق للقواعد العامة . أما شبه حق الانتفاع ، وفيه تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك إلى المنتفع ، فإنه لا ينتهى إلا بانقضاء الأجل وبموت المنتفع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦١) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٤٨ – ص ٥٥٠) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٣٣/١٦ : لا يعطى ذلك الحق إلا لشخص أو أكثر موجود على قيد الحياة وقت الإعطاء ، وينتهى على كل حال بوفاته إن لم يكن ميعاد محدد قبل الوفاة المذكورة . م ٤٦/٢٧ : ينتهى حق الانتفاع بانقضاء الزمن المعين له ، أو بترك المنتفع حقه فيه ، أو بانعدام المال المقرر عليه حق الانتفاع ، أو باستعماله استعمالا غير جائز ، هذا مع مراعاة حقوق الدائنين المرتهنين . (وهذه الأحكام تتفق مع حكام التقنين المدنى الجديد) .

ويقابل النص فى القنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٩٥٤و٢ : ١ – يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله ، أو بموت المنتفع أو بتلف الشئ المنتفع به تلفا كاملا ، ... ٢ – لا يكون لهذا السقوط أثر قانونى إلا بعد ترقين القيد المدون فى السجل العقارى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٧ (مطابق)

=

ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع أما أن يحدد سند إنشائه (العقد أو الوصية) له أجلا، أو ألا يحدد . ففى الحالة الأولى ، ينتهى حق الانتفاع بأحد أمرين : انقضاء الأجل المحدد [1] ، أو موت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المحدد [1] . ونرى من ذلك أن حق الانتفاع لا يورث ، ما دام ينتهى حتما بموت المنتفع . وفى الحالة الثانية ، إذا لم يحدد لحق الانتفاع أجل ، اعتبر هذا الحق مقرراً مدى حياة المنتفع ، وانتهى هنا أيضا بموت المنتفع [2] .

وإذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع ، وكان فى الأرض زرع قائم، فقد قدمنا أن الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق الانتفاع بسبب انقضاء الأجل، أو تترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق بموت المنتفع ، إل يحين إدراك الزرع ، على أن يدفع المنتفع أو ورثته لمالك الرقبة أجرة المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت إدراك الزرع [3] .

٥٣٦ – انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشئ نص قانونى : تنص المادة ٩٩٤ مدنى على ما يأتى :

«١ – ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشئ ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى ما قد يقوم مقامه من عوض» .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٧ (مطابق الفقرة الأولى من المادة ٩٩٣ مصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٥٠ (وتطابق م ١/٩٥٤و٢ سورى سالفة الذكر، والمادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حق الانتفاع ينتهى بانقضاء الأجل وينتهى معه حق من تلقى حق الانتفاع والمنتفع ، وذلك دون حاجة إلى إعذار من المالك أو انذار منه (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٩) .

(٢) وقد قدمنا أنه إذا قرر حق الانتفاع لمصلحة شخص معنوى ، فإنه يدوم ما دام هذا الشخص المعنوى قائماً، ولا ينتهى إلا بانحلال الشخص المعنوى، ما لم يكن قد حدد أجل لحق الانتفاع وانقضى الأجل قبل انحلال الشخص المعنوى (أنظر آنفاً فقرة ٤٨٤) .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ .

(1) الحق بالانتفاع موقوت ينتهى بانتهاء الأجل المعين له ، فإن لم يعين له أجل عد مقررا لحياة المنتفع وينتهى على أى حال بموت المنتفع وفقا لما تقضى به المادة ٩٩٣ من القانون المدنى .

(جلسة ١٩٧٠/٥/٢٨ الطعن رقم ٦٨٥ لسنة ٤٥ ق س ٣١ ص ١٥٣١)

(جلسة ١٩٨١/٢/١٦ س ٣٢ ص ٥٢٣)

(جلسة ١٩٨٧/١٢/٣ الطعنان رقما ١٥٩٨ لسة ٥٥ ق ، ١٠٩٣ لسنة ٥٣ ق)

«٢ – وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشئ إلى أصله. ولكنه إذا أعاده ، رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه ، وفى هذه الحالة تطبق المادة ٩٨٩ الفقرة الثانية» (١) .

ويخلص من هذا النص أنه إذا هلك الشئ المنتفع به هلاكاً كلياً ، انتهى حق الانتفاع لانعدام محله . والهلاك قد يكون مادياً كما إذا احترقت الدار أو انهدمت ، وقد يكون قانونياً كما إذا نزعت ملكية الشئ للمنفعة العامة .

فإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ المنتفع ، ألزم بإعادة الشئ إلى أصله على سبيل التعويض، ويعود حق الانتفاع . وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ مالك الرقبة . أجبر على إعادة الشئ إلى إصله ، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التى فاته فيها الانتفاع. وإذا كان الهلاك يرجع إلى خطأ الغير ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «١ – ينتهى حق الانتفاع بهلاك الشئ، إلا أنه ينتقل من هذا الشئ إلى العوض الذى قام مقامه . ٢ – وإذا لم يكن الهلاك راجعاً إلى خطأ المالك ، فلا يجبر على إعادة الشئ لأصله . ولكنه إذا أعاده ، رجع حق الانتفاع» . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٦٩ فى المشروع النهائى ، بعد تعديله على الوجه الذى استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥١ – ص ٥٥٣) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٦/٢٧ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش) .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣/٩٥٤ : ينتقل حق الانتفاع عند الاقتضاء إلى التعويض المدفوع عن التأمين أو ثمن الاستهلاك لمنفعة عامة (وانظر م ١/٩٥٤ سورى آنفاً فقرة ٥٣٥ فى الهامش) .

م ٩٥٦ : ١ – إذا لم يكن حق الانتفاع جارياً إلا على بناية ، وحدث أن تلفت هذه البناية بحريق أو بحادث آخر ، أو أنها سقطت من القدم ، فلا يحق للمنتفع أن يستغل الأرض ولا مواد البناء . ٢ – ويكون الأمر بالعكس فيما إذا كان الانتفاع يشمل تمام العقار الذى تكون البناية جزءا منه ، ما لم تطبق فى الحالتين المذكورتين الفقرة الثانية من المادة ٩٥٠ .

(وهذه الأحكام تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٨ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٥٨ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٠ (توافق المادة ٩٦٤ مدنى سورى بفقراتها الثلاث ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٥٢ (توافق المادة ٩٥٦ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

المترتب فى ذمة الغير ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة لأن التعويض وهو مبلغ من النقود قابل للاستهلاك . وكذلك الحكم فيما إذا كان الهلاك يرجع إلى نزع ملكية الشئ للمنفعة العامة، فينتقل حق الانتفاع إلى التعويض ، ويكلف المنتفع بتقديم كفالة . وإذا كان الهلاك قضاء وقدراً ، لم يجبر المالك على إعادة الشئ إلى أصله ، ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع للمنتفع ، ويلتزم هذا بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه طول الباقى من مدة حق الانتفاع (م ٢/٩٨٩ مدنى) .

وإذاكان الشئ مؤمناً عليه ، فإن كان التأمين لمصلحة المنتفع وحده كان له قبض مبلغ التأمين ، وكذلك إذا كان التأمين لمصلحة المالك وحده فإن لهذا أيضاً قبض مبلغ التأمين. أما إذاكان التأمين لمصلحة الاثنين معاً ، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى مبلغ التأمين ، ويكون للمنتفع فوائده وللمالك رأس المال(١) .

٥٣٧ – انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال – نص قانونى : تنص المادة ٩٩٥ مدنى على ما يأتى :

«ينتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة» (٢).

ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ، ككل حق عينى آخر عدا حق الملكية، يسقط بالتقادم المسقط ، أى بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . وينقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه (كمستأجر أو مشتر) العين ولو مرة واحدة ، بل ولو انطوت هذه المرة على إساءة فى الاستعمال . وكذلك يوقف التقادم كلما وجد سبب يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المنتفع قاصراً ولى له وليس أو وصى .

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٥ ص ٨٤٣ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب رقم ١٠٦٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٣ – ص ٥٥٦) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية :

التقين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ٩٩٩ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٢٦٠ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال ، عاد الحق إلى مالك الرقبة . وفقد حق الانتفاع بالتقادم المسقط غير كسبه بالتقادم المكسب [1] .

٥٣٨ – انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب : وهنا نفترض أن شخصاً وضع يده على حق الانتفاع ، فكسبه بالتقادم أو بالحيازة . وبهذا يفقد المنتفع الأصلى حقه ، لا بعدم الاستعمال الذى يجب أن يدوم خمس عشرة سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته خمس عشرة سنة ، وقد تكون مدته خمس سنوات ، بل قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة .

ويكسب الغير حق الانتفاع بالتقادم المكسب الطويل ، ومدته خمس عشرة سنة ، إذا حازه شخص سئ النية ، فى كل من العقار والمنقول . ويكسب بالتقادم المكسب القصير، إذا حازه شخص حسن النية وكان مترتباً على عقار . ويكسب بمجرد الحيازة ، إذا كان مترتباً على منقول وكان الحائز حسن النية [2] .

٥٣٩ – انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه : ويجوز للمنتفع أن ينزل عن حقه فى الانتفاع ، فيزول هذا الحق ، وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة . ويقع النزول إما بارادة منفردة تصدر من المنتفع ، أو بتوافق إرادتى المنتفع ومالك الرقبة .

فإذا وقع النزول بارادة المنتفع المنفردة ، فليس هناك شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية . وبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المنتفع وبدون تحفظ من هذا الأخير ، قد يدل تبعاً للظروف التى تحيط بالبيع على أن المنتفع قد نزل نزولا ضمنياً عن حق الانتفاع . ونزول المنتفع عن حقه بارادته المنفردة يسرى دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة، ولا يجوز للمنتفع بعد أن يصدر منه النزول أن يعدل عنه .

وإذا وقع النزول باتفاق بين المنتفع ومالك الرقبة ، فإن هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المنتفع ، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل نزولا عنه لمالك الرقبة ، فلا يشترط أن يكون الاتفاق فى شكل الهبة ، وقد يكون الاتفاق معاوضة ، بأن يعطى مالك الرقبة للمنتفع مقابلا لنزوله عن حق الانتفاع . وسواء كان النزول تبرعاً أو معاوضة ، فهو نزول عن حق الانتفاع ، وليس نقلا لهذا الحق لمالك الرقبة . ذلك بأن مالك الرقبة ليس فى حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع ، بل يكفى أن ينزل المنتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٤.

(٢) ويصح أن يكون الذى يكسب حق الانتفاع بالتقادم هو مالك الرقبة نفسه إذا وضع يده على حق الانتفاع بنية تملكه ، كما يصح أن يضع الغير يده على العين كلها بنية تملكها فيكسب ملكيتها الكاملة ، ويضيع على كل من المنتفع ومالك الرقبة حقه في العين (مازو فقرة ١٦٨٢) .

وإذا كان حق الانتفاع مترتباً على عقار . فإن النزول عنه لا يحتج به على الغير، كدائن مرتهن لحق الانتفاع ، إلا بالتسجيل . فإذا كان الدائن المرتهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل النزول ، فان الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا النزول . ولدائنى المنتفع أن يطعنوا بالدعوى البولصية فى نزول المنتفع عن حقه ، إذا وقع هذا النزول غشا إضرار بحقوقهم (١).

٥٤٠ – انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٥٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «ينتهى حق الانتفاع إذا اجتمعت فى شخص واحد صفتا المنتفع والمالك ، غير أنه لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه» (٢). ويخلص من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهى باتحاد الذمة (consolidation) . ويكون ذلك إما بأن تنتقل ملكية الرقبة إلى المنتفع فيجتمع فى هذا الأخير صفتا المنتفع والمالك ، أو بأن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع هنا أيضاً فى مالك الرقبة صفتا المالك والمنتفع . وفى الحالتين ينتهى حق الانتفاع ، وبانتهائه تثبت الملكية كاملة إما للمنتفع إذا انتقلت إليه الرقبة أو لمالك الرقبة إذا انتقل إليه حق الانتفاع (٣). وإذا انتقلت الرقبة أو حق الانتفاع بسبب زال بأثر رجعى ، كعقد أبطل أو فسخ ، فإن اتحاد الذمة يزول هو أيضاً بأثر رجعى ، ويعود حق الانتفاع إلى الظهور .

---

(١) أنظر م ٩٥٩ مدنى سورى و م ٥٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى – وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٦٦ ص ٨٤٤ – ص ٨٤٥ .

(٢) وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، «لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . وانظر المادة ١٢٥٩ مدنى عراقى .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٥٠ من هذا المشروع : «ينتهى حق الانتفاع كذلك باتحاد الذمة ، بأن يرث المالك المنتفع أو يرث المنتفع المالك ، أو يشترى المالك حق الانتفاع أو يشترى المنتفع حق الرقبة» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش) . ويلاحظ على هذا القول أنه لا يتأتى أن يرث المالك المنتفع ، لأن حق الانتفاع ينتهى حتما بموت المنتفع ، فلا يورث عنه هذا الحق . وإنما تعود ملكية العين كاملة لصاحب الرقبة بموت المنتفع ، لا بسبب اتحاد الذمة، بل لانتهاء حق الانتفاع (بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ ص ٤٧٨) .

والقول بأن اتحاد الذمة يتحقق بانتقال الرقبة إلى المنتفع أو بانتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة هو القول المشهور (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٣٤ ص ٦٩٥ – ص ٦٩٦ وهامش ٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ٧٣٨ – فقرة ٧٣٩) . وهناك رأى يذهب إلى أن اتحاد الذمة لا يتحقق فى شخص مالك الرقبة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا ، اعتبر ذلك نزولا من المنتفع عن حقه فيزول حق الانتفاع ، وترجع الملكية كاملة لمالك الرقبة ، لا بموجب اتحاد الذمة ، بل بموجب زوال حق الانتفاع (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٠) . وهذا الرأى الأخير هو الذى نختاره ، فقد قدمنا أن انتقال حق الانتفاع إلى مالك الرقبة لا يعد انتقالا بل هو نزول عن حق الانتفاع (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٩) .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى تفسيرما جاء فى آخر المادة ١٢٥٠ من المشروع من أن حق الانتهاء لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه ، ما يأتى: «ويلاحظ أن المالك إذا ملك حق الانتفاع بالعقد مثلا ، وكان حق الانتفاع مرهوناً ، فإن الرهن يبقى ولا يتعدى إلى الرقبة . أما إذا كانت الرقبة مرهونة فالأصل أن حق الانتفاع، إذا عاد إلى صاحب الرقبة ، أو إذا ملك المنتفع الرقبة المرهونة ، تعدى الرهن إلى حق الانتفاع، لأن الرقبة هى الأصل وحق الانتفاع تبع لها فيشملها الرهن . وكذلك احتاط المشروع ، فنص على أن حق الانتفاع لا يعد منتهياً إن كان للمالك مصلحة فى بقائه . وتكون له هذه المصلحة إذا كانت الرقبة مرهونة ، فيبقى حق الانتفاع منفصلا عن الرقبة حتى لا يتعدى إليه الرهن» [١] .

المبحث الثانى

ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع

٥٤١ – رد الشئ المنتفع به إلى المالك : يترتب على انتهاء حق الانتفاع ، فى أكثر أسباب انتهاء هذا الحق ، أن تعود ملكية الشئ كاملة إلى المالك ، ويجب فى هذه الحالة على المنتفع أو ورثته رد الشئ إليه . وقد يكون الرد عيناً ، ويغلب أن يكون ذلك فى العقار كالدار والأرض ، أو فى بعض المنقولات كالمتجر والأسهم والسندات . فإذا كان الشئ قابلا للاستهلاك ، فقد قدمنا أن الملكية تنتقل إلى المنتفع ، ويرد إلى المالك مثله أو قيمته .

وإذا هلك الشئ ، كأن احترقت الدار ، فعلى المنتفع أن يثبت أن الحريق لا يرجع إلى خطأ فى جانبه ، وإلا كان مسئولا عن التعويض [٢] .

٥٤٢ – المبالغ التى يستردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع : وقدمنا أن هناك مبالغ قد ينفقها المنتفع على الشئ المنتفع به ، ويستردها من المالك عند نهاية حق الانتفاع ، فيكون بذلك قد تحمل بفوائدها ما دام الانتفاع قائماً . من ذلك تكاليف الإصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، ويقوم هذا الأخير بها ، ويستردها بعد ذلك من المالك [٣] ومن ذلك أيضا نفقات إعادة البناء الذى تهدم بسبب فجائى أو بسبب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٢ فى الهامش .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧١ – فقرة ٨٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٥١٧ .

القدم ، إذا قام المنتفع باعادة البناء فإنه يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الانتفاع[1] .

٥٤٣ – ما يحدثه المنتفع من بناء أو غراس : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «ليس للمنتفع أن يحدث أى بناء أو غراس بغير رضاء المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها»[2] . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، دون أن يبين سبب هذا الحذف .[3] وأمام حذف هذا النص ، لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة .

وهذه تقضى بوجوب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) أن يكون المنتفع قد حصل على ترخيص من مالك الرقبة فى البناء أو الغراس ، وتسرى فى إثبات هذا الترخيص القواعد العامة فى الإثبات . وفى هذا الفرض يعتبر المنتفع قد بنى أو غرس بحسن نية ، فتسرى عليه أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى . ومن ثم يتملك صاحب الرقبة البناء أو الغراس بالالتصاق ، وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس . وللمنتفع إذا شاء أن يطلب نزع البناء أو الغراس من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها ، ولكن ليس لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء أو الغراس. (الفرض الثانى) أن يكون المنتفع قد بنى أو غرس دون الحصول على ترخيص من مالك الرقبة. وهنا يعتبر سيء النية ، وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . فيجوز للمالك أن يطلب إزالة البناء أو الغراس ، وإلا تملك بالالتصاق على أن يدفع أدنى القيمتين، قيمة البناء أو الغراس مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء أو الغراس [4].

---

(١) أنظر آنفا فقر ٥٢١ .

(٢) ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٤٥/٢٦ : لا يجوز للمنتفع أن يبنى بناء أو يغرس غراسا بدون رضاء المالك ، وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو بإقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٣٦ فى الهامش .

(٤) أنظر ما قدمناه آنفا عند الكلام فى الالتصاق فقرة ١٠٦ – وانظر فى القضاء الفرنسى والفقه الفرنسى فى هذه المسألة : أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٠ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ – بودرى وشوفو فقرة ٥٦٩ – فقرة ٥٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩.

الفصل الثانى

حق الاستعمال وحق السكنى

(Usage et Habitation)

٥٤٤ – نصوص قانونية : تنص المادة ٩٩٦ مدنى على ما يأتى : «نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام » .

وتنص المادة ٩٩٧ على ما يأتى :

«لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى ، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى » (١) .

وتنص المادة ٩٩٨ على ما يأتى :

«فيما عدا الأحكام المتقدمة تسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين» .

وتقابل هذه النصوص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٣/١٤(٢) .

---

(١) **تاريخ النص** :

م ٩٩٦ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، فيما عدا بعض فروق لفظية . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧١ فى المشروع النهائى ، بعد إدخال تعديلات لفظية جعلت النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٥ – ص ٥٥٦) .

م ٩٩٧ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٦٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٦ – ص ٥٥٨) .

م ٩٩٨ : ورد هذا النص فى المادة ١٢٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٧٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٩٩٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٨ – ص ٥٥٩) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٢٠/١٤ : ويجوز أن يكون الحق المذكور (حق الانتفاع) أقل مما ذكر على حسب شرط الاتفاق أو شرط التبرع الذى ترتب عليه وجود ذلك ، كأن يكون قاصراً على مجرد الاستعمال الشخص أو حق السكنى .

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المدنى الجديد) .

وتقابل التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى ، ١٠٠٠ – ١٠٠٢ – وفى التقنين المدنى العراقى ١٢٦١ – ١٢٦٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا تقابل (١).

٥٤٥ – التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى : حق الاستعمال هو حق عينى يتقرر لشخص على شئ مملوك لغيره ، ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشئ لنفسه ولأسرته. فهو إذن فرع عن حق الانتفاع ، إذ أن حق الانتفاع يخول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال ، أما هذا الحق فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال ، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته . والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال ، من زوجة وأولاد وأقارب وخدم . وقد يتحدد حق الاستعمال فى وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها ، فيكون حق استعمال مقيداً (droit d'usage restraint) .

أما حق السكنى فهو فرع عن حق الاستعمال ، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى . فمحل حق السكنى إذن يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته، والمقصود بالأسرة هنا هو نفس المقصود بالأسرة فى حق الاستعمال .

وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أهم الحقوق الثلاثة . فإذا تخصص للاستعمال دون الاستغلال ، كان حق استعمال . وإذا تخصص الاستعمال للسكنى دون غيرها من ضروب

---

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٠٠ – ١٠٠٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٦١ : يصح أن يكون تمليك المنفعة قاصراً على الاستعمال أو على السكنى.

م ١٢٦٢ (توافق المادة ٩٩٦ مصرى) .

م ١٢٦٣ (تطابق المادة ٩٩٧ مصرى) .

م ١٢٦٤ : ١ – إذا احتاجت الدار التى تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق باجرائه ، على أن تكون المبانى التى يقيمها ملكا خالصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ – فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللمحكمة أن تؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار فى نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى .

(يطابق هذا النص المادة ١٢٥٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى) .

م ١٢٦٥ (تطابق المادة ٩٩٨ مصرى).

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل . ولكن المادة ٥٣٩ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى تنص على ما يأتى : «من ليس له على الشئ سوى حق الاستعمال الشخصى أو حق السكى أو حق الحبس أو حق التأمين لا يجوز له أن يؤجره» .

الاستعمال، كان هذا هو حق السكنى . ويتضح مما تقدم أن كلا من حق الانتفاع وحق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول ، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى [1] .

٥٤٦ – أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى : وأهم ما يختص به حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الانتفاع من أحكام هو ما تقرره المادة ٩٩٧ مدنى السالف ذكرها من أنه «لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى» . ويقاس على عدم جواز النزول عدم جواز الإيجار . فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته، وبمقدار حاجتهم الشخصية . فلا يجوز لصاحب الحق أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل ، ولا يجوز له أن يؤجره . وإذا نزل عنه للغير أو آجره ، كان النزول أو الإيجار باطلا ، لأنه إنما ينزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للنزول عنه ولا الإيجار [2] .

وقد قدمنا عند الكلام فى عقد الإيجار ، أنه «لما كان تطبيق هذا المبدأين فيه ضيق وحرج، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده ، ويستدير الزمن ، فإذا البيت أصبح لا يليق بسكناهم . وقد ينتقلون من بلد إلى بلد أخر فلا يستطيعون سكنى المنزل ، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم والانتفاع بالأجرة فى استئجار مسكن لهم فى البلد لذى يقيمون فيه . من أجل ذلك أجازت المادة ٩٩٧ مدى النزول عن حق الاستعمال أو حق السكنى إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوى لذلك» [3] .

٥٤٧ – حكم خاص بحق السكنى : وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى

---

(١) أنظر استئناف مختلط ٨ يونيه سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٥٥ .

(٢) أنظر فى رأى آخر يذهب إلى أن صاحب حق السكنى إنما يؤجر العين ذاتها فيكون إيجاره صحيحا ، ولكن لا ينفذ فى حق المالك الذى يكون له أن يسترد العين : منصور مصطفى منصور فى عقدى البيع والإيجار فقرة ١٤٩ ص ٣٤٧ – محمد لبيب شنب فقرة ٩١ – وانظر فى هذه المسألة الوسيط ٦ فقرة ٣٨ – والمسلم به أنه إذا أوصى لشخص بحق سكنى منزل ، فالفتوى على أنه «لا يملك المستحقون للسكنى فى الدار إيجارها ، ولا أحدهم إسكان غيره فى نصيبه بعوض ، ولو ليأخذ هذا العوض ليدفعه أجرة لمحل يسكن فيه» (فتوى شرعية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٥٤ ص ٩٧) .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ٣٨ – وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع فى هذا الصدد : «حق الاستعمال وحق السكنى يتميزان عن حق الانتفاع بأنهما مقصوران على ما يكون صاحب الحق فى حاجة إليه هو وأسرته فلا يجوز له النزول عنهما إلى الغير ، إلا إذا اشترط ذلك صراحة ، أو وجد مبرر قوى لهذا النزول وقد أدخل المشرع بهذا الاستثناء شيئا من المرونة على حق السكنى بنوع خاص ، لأن المبرر القوى كثيراً ما يتحقق فى حق السكنى ، بأن تقدم الدار الموصى بسكناها أو تصبح غير لائقة لسكن المنتفع ، فيكون له فى هذه الحالة أن يؤجرها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ – ص ٥٥٨) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٧ فى الهامش .

يتضمن نصا هو المادة ١٢٥٤ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : «١ – إذا احتاجت الدار الذى تقرر عليها حق السكنى إلى إصلاح ، التزم صاحب هذا الحق باجرائه، على أن تكون المبانى التى يقيمها ملكا خاصا له ينتقل إلى ورثته . ٢ – فإذا امتنع صاحب الحق عن القيام بهذا الإصلاح ، فللقاضى أن يؤجر الدار لشخص آخر يقوم بالإصلاح خصما من الأجرة ، ويرد الدار فى نهاية الإيجار لصاحب حق السكنى» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة، دون بيان لسبب حذفه [١]، فلم يبق إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن المبانى التى يقيمها صاحب حق السكنى فى الدار لإصلاحها ، إذا احتاجت الدار للإصلاح ، يكون لها حكم المبانى التى يقيمها الحائز فى ملك الغير وهو حسن النية ، فتسرى عليها أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدنى [٢].

٥٤٨ – الاحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى: وفيما عدا ما تقدم من الأحكام ، ينطبق على حق الاستعمال وحق السكنى ما سبق بيانه من الأحكام فى حق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى سالفة الذكر) . فأسباب كسب حق الاستعمال وحق السكنى هى العقد والوصية والتقادم ، دون الشفعة لأن الشفعة تقتضى بيع المشفوع فيه والحقان لا يجوز بيعهما . والتزامات صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى هى التزامات المنتفع : استعمال الشئ فيما أعد له ، والقيام بأعمال الصيانة والتكاليف المعتادة ، وحفظ الشئ ، وجرد المنقول وتقديم كفالة عنه فى حالة حق الاستعمال . ولكن لا ينطبق فى حق السكنى أن ينتزع القاضى الدار من يد صاحب الحق ليسلمها لأمين كما يفعل فى حق الانتفاع وفقا لأحكام المادة ٢/٩٨٨ مدنى[٣] . ولا يجوز للدائنين الحجز على هذين الحقين ، لأنهما غير قابلين للحجز ولا للنزول عنهما [٤]. ويتنتهى كل من الحقين ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بموت صاحب الحق وبانقضاء الأجل وبهلاك الشئ وبعدم الاستعمال وبتملك الحق بالتقادم وبالنزول عن الحق وباتحاد الذمة .

---

(٢) وعلى ذلك يتملك صاحب الدار هذه المبانى بالالتصاق ، وعليه أن يدفع لصاحب حق السكنى أدنى القيمتين ، قيمة المواد وأجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الدار بسبب المبانى. ولصاحب حق السكنى إن شاء أن يطلب نزع البناء من الدار على أن يعيدها لأصلها ، ولكن ليس لصاحب الدار أن يطلب إزالة البناء .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٥٩ – كذلك لا يلزم صاحب الاستعمال بنفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من ثمار» (إسماعيل غانم ص ١٧).

(٤) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٩٥ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الشطر الأول من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه

البـاب الثانـى
حق الارتفاق
(Servitude)

تمهيـد

٥٤٩ – التعريف بحق الارتفاق – نص قانونى : ينص الشطر الأول من المادة ١٠١٥ مدنى على ما يأتى :

«الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر» [١] .

ويخلص من هذا التعريف أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق : العقار المرتفق ، والعقار المرتفق به ، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق [1] .

مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشطر الأول) فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٦ (الشطر الأول) ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشطر الأول) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ – ٦٢٥) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٥١/٣٠ : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى . وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود هذا التكليف وعرف البلد . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى الجديد – والمقصود بحق الارتفاق المقرر لمنفعة الميرى حقوق الارتفاق الإدارية : الوسيط ٨ فقرة ٥٨ – وهذه غير حقوق الارتفاق المقررة للأفراد على المال العام ، وسيأتى ذكرها فى الشطر الأخير من المادة ١٠١٥ مدنى) .

ويقابل النص فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٦٠ : ١ – الارتفاق هو تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين جار فى ملكية شخص غير مالك العقار الأول . ٢ – ويقوم هذا التكليف إما بتخويل شخص آخر من مباشرة أعمال تصر فيه فى العقار المفروض عليه التكليف ، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه .

(ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى)

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٨ (الشطر الأول) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧١ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٦ (مطابق للمادة ٩٦ سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(فأولا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق (fonds dominant) وهو العقار الذى تقرر لفائدته حق الارتفاق . ولا يتقرر هذا الحق إلا لفائدة عقار[2] ، ويقرره مالك هذا العقار [1] . ويعتبر هذا الحق تابعا (accessoire) للعقار المرتفق وملحقا

---

(1) حقوق الارتفاق هى خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فتحد من منفعة الأولى وتجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى وهى إن لم تحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنها تنتقص من نطاقها وتوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ س٢٨ ص ١١٥٨)

ب – إن مفاد الفقرة الأولى من المادة ١٠١٥ من القانون المدنى على أن الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره ، أن حق الارتفاق حق عينى عقارى وهو تابع للعقار المرتفق والمرتفق به وينتقل معه إلى أى يد ينتقل إليها العقاران وهو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من أن «مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقررا لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقا شخصية فيكون حقا شخصا لما كان ذلك ، وكان الواقع فى الدعوى وعلى ما بين من تقرير الخبير المقدم صورة رسمية منه إلى محكمة الموضوع والذى استند إليه الحكم المطعون فيه فى قضائه أن المطعون ضدهما اتفقا بموجب عقد اتفاق مؤرخ ١٩٤٨/٤/٢٥ مع ملاك الأرض المجاورة للأطيان ملكهما على انشاء جرة مياه مشتركة وطريق بعرض ١٥٠ سم بجوارها حتى يتسنى لها المرور للوصول إليها لخدمتها وإذ قام أصحاب الأرض المجاورة العقار المرتفق به بالتعدى على اتساع الطريق وذلك باقتطاع كل منهم لجزء الطريق المقابل وأطيانه وضمه إليها مما ترتب عليه ضيق اتساع الطريق إلى ما يقرب من ٩٠ سم بالاضافة إلى وضع مخلفات تطهير المرور المجاورة للمياه له مما تعذر معه وصولهما لأطيانهما لنقل مستلزمات الانتاج والمحاصيل الناتجة منها وإليها ، وإذ كان حق الارتفاق بالمرور من الحقوق العينية وهو تكليف على عقار لفائدة عقار آخر وينتقل هذا الحق إيجابيا مع العقار المرتفق وسلبيا مع العقار المرتفق به إلى أى يد ينتقل إليها هذان العقاران ، فإن الحكم المطعون فيه – بما لمحكمة الموضوع من سلطة تقدير البت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق أى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة وبتأييده الحكم المستأنف بإعادة الطريق موضوع الدعوى إلى الحالة التى كان عليها طبقا للاتفاق سالف البيان وعدم تعرض الطاعنين للمطعون ضدهما فى الانتفاع به يكون متفقا وصحيح القانون فى هذا الخصوص.

(جلسة ٢٠٠١/٧/١١ الطعن رقم ٤٣٥٣ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن قم ٤٢١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٩٠٤)

(2) مفاد نص المادتين ١٠١٥، ١٠٢٣ من القانون المدنى ، أن حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكلف لفائدة الثانى ولا يترتب على ذلك حرمان مالك العقار الخادم من ملكه فيجوز له أن يباشر حقوقه عليه من استعمال واستغلال وتصرف وكل ما يجب عليه هو ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فإذا أخل بهذا الالتزام ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وبالتعويض إن كان له مقتض ، ومؤدى ذلك أن تصرف المالك فى العقار المرتفق به يقع صحيحا ولا يجوز لمالك العقار المرتفق طلب إبطاله أو محو تسجيله ، وإذ التزم الحكم=

بـه، وينتقل معه إلى أى يد ينتقل إليها هذا العقار . ولذلك يزيد حق الارتفاق من قيمة العقار المرتفق ، أيا كان المالك لهذا العقار . وجميع الأسباب التي تنقل ملكية العقار المرتفق من مالك إلى آخر ، من ميراث ووصية وعقد وشفعة وتقادم ، تنقل إلى المالك الجديد مع ملكية العقـار المرتفق حـق الارتفاق (٢) .

(وثانيا) يجب أن يكون هناك عقار مرتفق به (fonds servant) ، وهو العقار الذى تقرر عليه حق الارتفاق ، فحد من منفعته لفائدة العقار المرتفق . وكما أن حق الارتفاق لا يتقرر إلا لفائدة عقار ، فهو أيضا لا يترتب إلا على عقار ، ويرتبه مالك هذا العقار. ومن ثم يكون حق الارتفاق دائما حقا عينيا عقاريا ، فهو عقار حتما . وينتقل حق الارتفاق سلبيا مع العقار المرتفق به إلى أى يد ينتقل إليها هذا العقار ، كما ينتقل إيجابيا مع العقار المرتفق فيما رأينا . ويجب أن يكو العقـار المرتفق به مملوكـا لشخص غيـر الشخص الذى يملك العقـار المرتفق، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (Nemini res sua servit) . يصح أن يكون هناك عقاران مملوكان لشخص واحد، وقد خصص المالك أحد العقارين لتقديم فائدة للعقار لآخر . ولكن تقاضى هذه الفائدة لا يكون استعمالا لحق ارتفاق، وإنما هو استعمال الحق الملكية ، ما دام العقاران مملوكين لشخص واحد. فإذا ما أصبح مالك أحد العقارين غير مالك للعقار الآخر ، فهنا يقوم حق ارتفاق بين العقارين لاختلاف المالك ، ويترتب حق الارتفاق فى هذه الحالة بتخصيص المالك الأصلى كما سنرى (انظر المادة ١٠١٧ مدنى) (١) .

= المطعون فيه هذا النظر وانتهى صحيحا إلى رفض طلب الطاعنة محو تسجيل عقدى البيع اللذين باع المطعون عليه الأول بموجبهما الأرض المشتغلة بحق ارتفاق لفائدة الأرض المملوكة للطاعن فإنه يكون قد صادف صحيح القانون .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٨ الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٥٥٠)

(١) وقد قضى بأن المستأجر لا يستطيع أن يقرر حق ارتفاق لفائدة العقار المؤجر (استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٨) .

(٢) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد رأيناه يتقرر لمصلحة شخص معين لا لمصلحة عقار، ويزول حتما بموت هذا الشخص . ولذلك يسمى عند الرومان بحق الارتفاق الشخصى servitude personelle ، إلى جانب حق الارتفاق الذى يسمى بحق الارتفاق العينى serrvitude réekke أنظر مازو فقرة ١٦٤٦ .

(٣) وهذا بخلاف حق الانتفاع ، فقد يترتب على العقار فيكون عقاراً ، وقد يترتب على المنقول فيكون منقولا .

(وثالثا) يجب أن يقدم العقار المرتفق به للعقار المرتفق فائدة تحد من منفعة العقار الأول [1]. فالعقار المرتفق به يخدم العقار المرتفق ، ومن أجل ذلك سمى العقار الأول بالعقار الخادم وسمى العقار الثانى بالعقار المخدوم . وهذه الخدمة أو هذا التكليف يحدده السند الذى أنشأ حق الارتفاق ، وهو يتنوع بحسب حاجة العقار المرتفق وقابلية العقار المرتفق المرتفق به. وهو فى جميع الأحوال يزيد من فائدة العقار الأول أى من قيمته ، ويحد من منفعة العقار الثانى إذ يجعله مثقلا بتكليف معين . ومن أمثلة هذا التكليف أن يكون العقار المرتفق به ممرا للعقار المرتفق ، أو مورداً للمياه التى تسقيه ، أو مجرى للمياه التى تأتيه للرى، أو مكانا تسيل منه مياه الصرف . فيكون هناك حقوق ارتفاق بالمرور أو بالشرب أو بالمجرى أو بالمسيل، وهذه غير القيود القانونية المتعلقة بالمرور أو بمياه الرى التى سبق بحثها عند الكلام فى حق الملكية.[2] والفرق بين هذه وتلك أن القيود القانونية تستوجب استيفاء شروط معينة ، متى توافرت فإن القانون نفسه هو الذى يرتب تكليفا على عقار لفائدة عقار آخر . أما حقوق

---

(١) ووحدة المالك إنما تمنع من قيام حق الارتفاق إذا كان شخص واحد يملك كلا من العقارين ملكية تامة لا يشاركه فيها أحد . وإلا فإنه يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يملكه اثنان على الشيوع لفائدة عقار آخر يستقل بملكيته أحد هذين الإثنين ، كما يجوز أن يقوم حق ارتفاق على عقار يستقل بملكيته شخص واحد لفائدة عقار آخر يملكه هذا الشخص شائعا مع آخرين (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ – بودرى وشوفو فقرة ٨٠٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٩ ص ٨٧١ – مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٨١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤ .

(1) حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو إن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقه فيحرمه من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة .

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٢٤ لسة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١١٥٨)

ب – حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكلف لفائدة الثانى، وهو إن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه الا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة ، ومع ذلك فقد أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لإستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٩ الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٧ ص ١٥٤٨)

الارتفاق التى نحن بصددها فلا تستوجب توافر هذه الشروط ، ولا يرتبها القانون ، وإنما يرتبها الاتفاق أو غيره من أسباب كسب حق الارتفاق التى سيأتى بيانها . وقد يختلف التكليف فى نوعه عن التكاليف المقررة فى القيود القانونية ، فيوجد مثلا حق ارتفاق بالرؤية (prospect) بموجبه يمتنع مالك العقار المرتفق به من أن يبنى فى عقاره حتى يفسح للعقار المرتفق مجال الرؤية البعيدة التى يتمتع بها . وتوجد أيضا حقوق الارتفاق التى تحد من حق مالك العقار المرتفق به فى البناء عليه كيف شاء . كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته . ويوجد كذلك حق ارتفاق بالتجميل (emellissemevt) يترتب على العقارات المحاذية لطريق عام يراد تجميله ، وبموجبه يترك ملاك هذه العقارات مسافة معينة تفصل بين العقار والطريق العام . ويبينى المالك فى هذه المسافة حوضا يغرس فيه زهورا بقصد تجميل المنظر العام للطريق . ونرى من ذلك أن التكليف الذى يثقل العقار المرتفق به ، كما يقصد به فائدة (utilité) العقار المرتفق وهو الغالب ، قد يقصد به تزيين هذا العقار والزيادة فى رونقه (agrément) كما هو الأمر فى حق الارتفاق بالرؤية وحق الإرتفاق بالتجميل .

ولا يشترط فى الفائدة أن تكون حالة ، بل يصح أن تكون مستقبلة»[1] . ولا تستلزم الفائدة التى يقدمها العقار المرتفق به لعقار المرتفق تلاصق (contiguité) هذين العقارين، بل ولا تجاورهما (voisinage) . فيصبح أن يكون أحدهما بعيدا عن الآخر ، كما إذا ترتب حق ارتفاق باغتراف المياه (puisage d'eau) ، أو باستخراج الأحجار والمواد الأخرى (extraetion des matériaux) لمصلحة عقار على عقار آخر يبعد عنه

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٠ – وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يشتمل على نص هو المادة ١٢٨٧ من هذا المشروع ، تجرى على الوجه الآتى : «١ – يجوز أن يرتب حق الارتفاق لتحقيق فائدة مستقبلة للعقار المرتفق . ٢ – وإذا كان العقار المرتفق أو العقار المرتفق به بناء مزمعاً إقامته أو عقاراً مزمعاً تملكه ، فان الارتفاق لا يتقرر إلا عند تمام البناء أو تحقق الملك» . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص : «الأصل أن تكون الخدمة حالة ، ولكنها قد تكون مستقبلة ، كحق ارتفاق يقرر على بناء مزمع إقامته فيتفق صاحب العقار المرتفق مع صاحب البناء المستقبل على تقرير حق مطل مثلا على هذا البناء عند تمامه ، وكحق ارتفاق يقرر على عقار مزمع تملكه فيتفق صاحب العقار المرتفق مع الشخص الذى سيتملك هذا العقار على أن يكون له حق مرور عليه عند تملكه» . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، تجنباً للتفصيلات. أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ – ص ٦٢٤ فى الهامش.

وقد قضى بأن حق الارتفاق يمكن إنشاؤه فورا لفائدة مقبلة للعقا ,المرتفق (مصر الكلية ٣٠ يونيه سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٤٥ ص ٦٥ – شفيق شحاته فقرة ٣٢٣ ص ٣١٩).

بمسافة طويلة [1].

٥٥٠ – خصائص حق الارتفاق : وقد تبين مما قدمناه أن حق الارتفاق هو حق عينى يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فهو إذن حق عينى عقارى كما سبق القول . ولحق الارتفاق ، إلى جانب هذه الخاصية ، خصائص أخرى أهمها ثلاث : (١) فهو حق تابع (accessoire) . (٢) وهو حق دائم (perpétuel) . (٣) وهو حق غير قابل للتجزئة (indivisile) .

١ – حق الارتفاق حق تابع : تابع للعقار المرتفق فهو من ملحقاته الإيجابية ، ولا ينفصل عن هذا العقار فيما يجرى على العقار من تصرفات . فإذا بيع العقار المرتفق أو وهب أو رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإن التصرف يشمل العقار وحق الارتفاق معاً . كذلك إذا ترتب على العقار حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى ، فإن هذا الحق يمتد أيضا إلى حق الارتفاق . وإذا حجز على العقار ، فان الحجز يشمل العقار وحق الارتفاق. فحق الارتفاق يتبع إذن العقار المرتفق أينما انتقل ، ويجرى عليه ما يجرى على العقار (ambulant cum domino)[٢] .

وكذلك يتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ، على النحو الذى يتبع به العقار المرتفق. فإذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو رتب عليه حق انتفاع أو حق رهن أو جرى عليه أى تصرف آخر ، فإنه يجرى عليه هذا التصرف وهو محمل بحق الارتفاق ، فينتقل إلى المشترى أو الموهوب له أو المنتفع مثلا مثقلا بحق الارتفاق [1].

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩١ – بودرى وشوفو فقرة ٨٠١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٠ – مارتى ورينو فقرة ١٣٩ ص ١٥٨ – نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٩٣٧ داللوز الأسبوعى ١٩٣٧ – ٤٦٩ .

(٢) كذلك لا يمكن التصرف فى حق الارتفاق منفصلا عن العقار المرتفق ، فيبيعه مثلا مالك العقار المرتفق مستقلا عن العقار أو يرهنه أو يحجز عليه الدائنون . والذى يجوز هو أن ينزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق مستقلا لمصلحة مالك العقار المرتفق به، فيزول حق الارتفاق بالنزول عنه . أنظر مازو فقرة ١٧١١ ص ١٣٥٢ .

(1) مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقرر لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقا شخصية فيكون حقا شخصياً ، لما كان ذلك وكان التخصيص من المالك الأصلى من أسباب كسب الارتفاقات ، فإن مجرد اقامة العلاقة الظاهرة بين العقارين وانشاء علاقة تبعية بينهما من شأنه أن يدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ولا يدل على أن التكليف مقرر لفائدة شخص ، كما أن النص على الارتفاق فى عقود الإيجار أو عدم لزومه لزوما ضمنيا للعقار المخدوم لا يغير من طبيعته العينية . =

٢ – وحق الارتفاق حق دائم : والمقصود بدوام حق الارتفاق شئ غير المقصود بدوام حق الملكية . فقد قدمنا أن الملكية حق دائم بمعنى ثلاثة : بمعنى إنه يبقى ما دام الشئ المملوك باقيا فلم يحدد له القانون وقتا معينا لإنقضائه كما حدد لحق الانتفاع مثلا ، وبمعنى أنه حق لا يزول بعدم الاستعمال ، وبمعنى أنه حق لا يجوز أن يقترن بأجل [١] . أما حق الارتفاق ، فإنه لا يتفق فى صفة الدوام مع حق الملكية إلا فى جزء من المعنى الأول .

فحق الارتفاق يختلف مع حق الملكية فى المعنى الثالث ، إذ يجوز أن يقترن حق الارتفاق بأجل واقف أو بأجل فاسخ [٢] . ويختلف مع حق الملكية فى المعنى الثانى ، إذ ينتهى حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (م ١٠٢٧/١ مدنى) [٣] . أما فى المعنى الأول ، فان حق الارتفاق يشترك مع حق الملكية فى جزء من هذا المعنى ، وهذا الجزء المشترك هو الذى دعا إلى القول بأن حق الارتفاق حق دائم . فحق الارتفاق حق دائم بمعنى أن هذا الدوام من طبيعته (de sa natiure) ، فما لم يوقت بأجل فهو دائم كحق الملكية ، إذ هو يتبع حق الملكية فى العقار المرتفق فيدوم بدوامه [٤] . ولكن الدوام فى حق الارتفاق

= الفصل فيما إذا كان الوضع الذى أنشاه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو اخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه الدوام هو ما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .
(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن رقم ٤٢١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٩٠٤)
(جلسة ٢٠٠١/٧/١١ الطعن رقم ٤٣٥٣ لسنة ٦٣ ق)

(١) أنظر فى هذه المعانى الثلاثة الوسيط ٨ فقرة ٣٢٨ – فقرة ٣٣١ .

(٢) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لبداية حق الارتفاق أجلا لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايته أجلا ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ .

(٣) وفى هذا الصدد يتميز حق الملكية عن حق الارتفاق تميزاً واضحاً ، ويتبين ذلك فى فروض من أهمها الطريق المشترك بين مالكين مجاورين لهذا الطريق . فاما أن نقول إن كل مالك يملك نصف الطريق المجاور لملكه ملكية مفرزة وله حق ارتفاق بالمرور على النصف الآخر ، أو نقول إن الطريق بأجمعه مملوك للمالكين معاً ملكية شائعة . ففى القول الأول يوجد حق ارتفاق بالمرور لكل مالك فى نصف الطريق غير المجاور لملكه ، فيزول هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة ، وكذلك ينتهى إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال حق الارتفاق (م ١٠٢٨/١ مدنى) ، ويجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق (م ١٠٢٩ مدنى) . وفى القول الثانى يكون الطريق مملوكا للمالكين معاً ملكية شائعة ، فلا تسقط هذه الملكية بعدم استعمال الطريق مهما طالت مدة عدم الاستعمال ، ولا يزول حق الملكية مهما تغير وضع الأشياء ومهما فقد المرور كل منفعة لكل من العقارين المجاورين (أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٩٧) .

٤) وفى هذا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع ، فقد رأينا أن حق الانتفاع مؤقت دائما ، ويزول حتماً بموت المنتفع .

ليس من جوهره (de son essence) كما هو من جوهر حق الملكية ، فقد رأينا أنه يجوز توقيت حق الارتفاق ولا يجوز توقيت حق الملكية . فإذا قلنا ن حق الإرتفاق حق دائم ، فانما نعنى بذلك أن هذا هو الأصل فيه [1] . ولكن هذا لا يمنع من أن حق الارتفاق ينتهى مستقلا عن حق الملكية بأسباب متعددة ، منها انقضاء الأجل المحدد له وعدم الاستعمال وتغير وضع الأشياء وفقد الارتفاق منفعته للعقار المرتفق .

٣ – وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة : فإذا جزئ العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه (م ١/١٠٢٤ مدنى) . وإذا جزئ العقار المرتفق به ، بقى الارتفاق واقعا على كل جزء منه (م ١/١٠٢٥ مدنى) . وإذا كان هناك عقار مملوك على الشيوع لعدة أشخاص ، لم يجز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع من هذا العقار ، أو لمصلحة جزء شائع منه . بل يكون حق الارتفاق مترتبا على العقار الشائع فى مجموعه ، أو لصالح كل العقار الشائع ، ويجب لذلك انفاق جميع الملاك على الشيوع [2] .

٥٥١ – الأشياء التى تصلح أن تكون محلا للارتفاق : رأينا [3] أن المادة ١/١٠١٥ مدنى تقول إن «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار ...» ، فالشئ الذى يحد حق الارتفاق من منفعته هو الشئ الذى يكون محلا لحق الارتفاق ، ولابد أن يكون عقارا كما هو صريح النص وكما تقدم القول . فلا يصلح المنقول أن يكون محلا لحق الارتفاق ، كما يصلح أن يكون محلا لحق الانتفاع فيما قدمناه . ولما كان استعمال حق الارتفاق هو عن طريق القيام بأعمال مادية ، فالعقار الذى يصلح أن يكون محلا لهذا الحق يجب أن يكون عقارا بطبيعته. ومن ثم لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق الحقوق العينية العقارية ، كحق الانتفاع إذا كان واقعا على عقار ، وكحق الارتفاق ذاته فلا يصلح هذا الحق أن يكون محلا لحق ارتفاق آخر مترتب عليه (servitus servitutis esse non potest) كما يصلح حق الانتفاع أن يكون محلا لحق انتفاع [4] . ولا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق العقارات بالتخصيص مستقلة عن العقار بطبيعته ، إذ هى فى حقيقتها منقول بطبيعته .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٣ – مارتى ورينو ١٤٢ ص ١٦٢ – نقض فرنسى ٢٦ فبراير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ١ – ٤٦٥ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٥٠٧ .

يبقى إذن العقار بطبيعته ، وهو أنواع ثلاثة : الأرض والنبات والمنشآت . ويستبعد القضاء الفرنسى النبات كالزرع والغراس والأشجار ، فلا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق ، لأن بقاءه فى الأرض لا يكون الا لمدة معينة[1] .

فالذى يصلح إذن أن يكون محلا لحق الارتفاق هو الأرض والمنشآت ، وقد عبر عنها التقنين المدنى الفرنسى عند تعريفه لحق الارتفاق فى المادة ٦٣٧ منه بلفظ (héritage)[2] .

فالأرض ، سواء كانت أرضا زراعية أو أرضا فضاء ، وسواء كانت فى المدن أو فى القرى، تصلح أن تكون محلا للارتفاق[3] .

والمبانى والمنشآت تصلح هى أيضا أن تكون محلا لحق الارتفاق ، إذ هى عقار بطبيعته لاندماجها فى الأرض[4] ، ولا تصبح عقاراً إلا إذا شيدت فاندمجت فى الأرض وأصبحت ثابتة مستقرة ، فلا يمكن تحويلها أو نقلها إلا إذا هدمت . ويشمل ذلك المساكن والمكاتب والحوانيت والمخازن والمصانع والجسور والكبارى والسدود والخزانات والقناطر[5] .

وحتى تكون الأرض والمنشآت محلا لحق الارتفاق ، يجب أن تكون قابلة للتعامل فيها، فما لا يجوز التعامل فيه لا يصلح أن يكون محلا لحق الارتفاق . ومع ذلك يصلح المال العام (domaine public) أن يكون محلا لحق الارتفاق ، إن كان ذلك لا يتعارض مع ما خصص له من وجوه الاستعمال للمنفعة العامة . وننتقل الآن إلى بحث هذه المسألة .

٥٥٢ – جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام – نص قانونى : ينص الشطر الأخير من المادة ١٠١٥ مدنى على ما يأتى :

---

(١) نقض فرنسى ٦ أبيل سنة ١٨٤١ داللوز ٤١ – ١ – ٢١٤ – بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢ – وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨١٧ ص ٨٦٧ .

(٢) وكلمة héritage أتت من الكلمة اللاتينية herus ومعناها المالك . فهى ترادف معنى الملكية فى العقار والمنقول ، ولكنها تخصصت للعقار (الأرض والمنشآت) ، لأن المنقول فى القانون الفرنسى القديم لم تكن له قيمة مذكورة (بودرى وشوفو فقرة ٧٩٢) .

(٣) وتشمل الأرض fonds سطحها surface ، دون ما يقام فوق سطح الأرض من مبان ومنشآت أو ينبت من زرع أو يغرس من شجر ، وكذلك تشمل باطنها بعناصره المختلفة من صخور وأحجار وأتربة ورمال وجص ومعادن وغير ذلك (الوسيط ٨ فقرة ٩) .

(٤) وهى قبل تشييدها فى الأرض كانت جملة من مواد البناء وأدواته ، كميات من الطوب والرمل والإسمنت والجير والجبس والخشب والحديد والأحواض والأدوات الصحية وغير ذلك من المواد التى تستعمل فى البناء .

(٥) الوسيط ٨ فقرة ١١ .

«ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام ، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال» (١).

وقدمنا عند الكلام فى الدومين العام أن هذا المال لا يجوز التصرف فيه بما يتعارض مع المنفعة العامة التى تخصص لها . فلا يجوز للشخص الإدارى أن يبيع المال العام أو أن يرهنه أو أن يجرى فيه أى تصرف يتعارض مع تخصيصه ، فإن مثل هذا التصرف من شأنه أن يزيل ملكية الشخص الإدارى للمال العام ، فلا يستطيع بعد ذلك متابعة تخصيصه للمنفعة العامة. على أن هناك أنواعا من التصرف تلائم الأموال العامة ، وهذه غير ممنوعة لأنها لا تتعارض مع تخصيص المال للمنفعة العامة . من ذلك منح التزام بمرفق عام ، فهذا تصرف يرد على مال عام ، وهو جائز لملاءمته لطبيعة المرفق العام . كذلك هناك أموال مخصصة للمنفعة العامة ، وهذا التخصيص فى ذاته يقتضى استغلال الدولة لها ، وذلك كالسكك الحديدية وخطوط التلغراف والتلفون ، فأن تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة يكون فى صورة استغلال يعود عادة بربح على الدولة (٢).

ونضيف هنا أنه يجوز ترتيب حق ارتفاق على المال العام ، إن كان ترتيب هذا الحق لا يتعارض مع الاستعمال الذى خصص له هذا المال ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١٠١٥ مدنى سالفة الذكر (٣) . ويجب التمييز هنا بين فروض ثلاثة : (١) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام متعارضا (inconpatible) مع المنفعة العامة التى خصص لها هذا

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الشطر الأخير من المادة ١/١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١٠٩٩ (الشطر الأخير) فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٦-١ (الشطر الأخير) ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٥ (الشطر الأخير) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٣ - ص ٦٢٥) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٨ (الشطر الأخير) (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى لا مقابل

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٧٤ .

(٣) وقد سبق بيان أنه يجوز ترتيب حقوق ارتفاق لفائدة المال العام . كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع Voierie ، والحقوق المتعلقة بالأعمال الحربية ، وحق الإدارة فى نزع أتربة من الأراضى المجاورة للجسور العامة لحمايتها من غوائل الفيضان (الوسيط ٨ فقرة ٥٨).

المال، كأن يترتب لدار مجاورة لحديقة عامة حق ارتفاق فى إقامة أكشاك أو وضع مقاعد خشبية تختص بها الدار . مثل هذا الارتفاق لا يجوز ترتيبه على المال العام ، لأنه يتعارض مع المنفعة العامة التى خصصت لها الحديقة ، فهى حديقة أعدت للجمهور دون تمييز بين طائفة وأخرى . (٢) أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام مطابقا (conforme) للمنفعة العامة التى خصص لها هذا المال، ومثل هذا الارتفاق لا شك فى جواز ترتيبه على المال العام. من ذلك ما يسمى فى الفقه الإدارى بمنافذ التطرق (aisance de voierie) ، وهى منافع تعود على الأملاك المجاورة للطرق العامة بسبب هذا الجوار ، وتشمل المطل والمسيل والنفاذ[١] . ومن ذلك أيضا ارتفاقات الرى المترتبة على الترع العامة والمصارف العامة ، فهى ارتفاقات مطابقة للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الترع والمصارف [٢]. أن يكون التكليف المراد تقريره على المال العام ليس متعارضا (pas incompatible) مع المنفعة العامة التى خصص لها هذا المال ، وفى هذا الفرض كما فى الفرض السابق يجوز ترتيب حق الارتفاق على المال العام [٣]. من ذلك أن يحصل مالك الدار على ممر تحت الطريق العام (passage souterrain) للوصول إلى داره ، وأن يحصل مالك الأرض التى يفصل بين أجزائها ترعة أو سكة حديدية على حق المرور على «الكوبرى» المقام على الترعة أو على «المزلقان» الذى يخترق السكة الحديدية ، وأن يحصل مالك المقهى المجاورة للطريق العام على حق وضع كراسى ملاصقة لمقهاه فوق الرصيف ، وأن يحصل مالك المبنى المجاور لساحل البحر على حق وضع كشك للاستحمام على هذا الساحل .

وليس هناك اتفاق فى فرنسا على تكييف التكاليف المتقدمة الذكر بأنها حقوق ارتفاق. وكان القضاء الفرنسى يعتبر مدة طويلة منفاذ التطرق حقوق ارتفاق [٤]. ولكنه

---

(١) أنظر Bastid فى مقابل بمجلة القانون العام سنة ١٩٣٠ ص ٦٠٩ وما بعدها .Roigad فى نظرية الحقوق العينية الإدارية رسالة من تولوز سنة ١٩١٤ ص ٣٥ وما بعدها- محمد زهير جرانة فى حق الدولة والأفراد على الأموال العامة سنة ١٩٤٣ ص ٢٣٢ وما بعدها . فالأملاك المجاورة للطريق العام لها حق ارتفاق بالإطلال عليه وبأن يدخل لها منه النور والهواء (استئناف مختلط ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٢) ، لها حق ارتفاق بمسيل المياه فيجوز لها أن تصرف فى الطريق العام مياه الأمطار والمياه المنزلية وفقاً لما تقضى به اللوائح الصحية ، ولها حق ارتفاق بالنفاذ من الطريق العام إلى غيره من الطرق والأماكن .

(٢) فالأراضى الزراعية المجاورة للترع العامة والمصارف العامة لها حق الشرب من هذه الترع، وحق المسيل فى هذه المصارف .

(٣) بودر وشوفو فقرة ٧٩٨ .

(٤) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٦ - ١ - ٢٠٦ - ٣ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢-١-٢٦٤ .

تحت تأثير أوبرى ورو [1] تجنب هذا التكليف وآثر أن يصف هذه الحقوق بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة (sui generis)[2] . أما الفقه الفرنسى ، فقد أخذ يجنح إلى القول بأن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية (servitudes administratives) [3] .

وفى مصر الأمر يختلف ، فقد حسم نص المادة ١٠١٥ مدنى سالف الذكر كل خلاف فى هذه المسألة ، إذ قضى صراحة كما رأينا بأنه «يجوز الارتفاق على مال عام ....» . فلا شك إذن فى أن هذه التكاليف التى تترتب على المال العام والتى تقدم ذكرها هى حقوق ارتفاق إدارية ، بموجب هذا النص الصريح . وحتى فى عهد التقنين المدنى السابق حيث لم يوجد نص مماثل للمادة ١٠١٥ مدنى ، كان جانب من الفقه المصرى يقول بذلك[4] ، كما كان يقول به أيضا جاب من القضاء المصرى [5] .

ويترتب على أن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية نتيجتان هامتان ، أخذ بهما القضاء الفرنسى إذ هو يسلم بأن هذه التكاليف هى حقوق إدارية على كل حال وأن كان يصفها بأنها حقوق ذات طبيعة خاصة : (النتيجة الأولى) لأصحاب حقوق الارتفاق الإدارية هذه أن يحتجوا بها على الغير فيجوز لصاحب الحق أن يطالب الغير بحقه عن طريق دعوى عينية تقابل دعوى الاستحقاق فى حالة حق الملكية ، هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق [6] . كما يجوز له أن يرفع دعاوى الحيازة ، لحماية حيازته لحق الارتفاق [7] . هذا فضلا عن

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٩ ص ٩٩ - ص ١٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٨٧ داللوز ٨٧ - ١ - ٤٨٨ - ٢١ يونيه سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٤ .

(٣) هوريو فى القانون الإدارى الطبعة العاشرة ص ٦٢٢ وهامش ٢ - Rigaud رسالته ص ٢٨٩ وما بعدها وص ٢٠٩ Mestre فى تعليقه فى سيريه ١٩٠٠ - ٢ - ١٠٩ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٨٨ ص ٨٦٩ - وقارن بودرى وشوفو فقرة ٧٩٧ - فقرة ٧٩٨ .

(٤) والفقيه الذى ذهب فى وضوح ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، إلى أن هذه التكاليف هى حقوق ارتفاق إدارية هو الأستاذ محمد زهير جرانة فى كتابه «حق الدولة والأفراد على الأموال العامة» سنة ١٩٤٣ ص ٢٦٥ - ص ٢٦٩ . وانظر مقالا له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٢٤١ .

(٥) نقض مدنى ٢٣ يونيه سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٤٣٤ ص ٢١١ - استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٥ - أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٥ (أسباب الحكم) .

(٦) نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ - ١ - ١٢ - ٢ يونيه سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٥ - ١ - ٤١٨ .

(٧) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٢ - ١ - ٥٠٥ .

جواز مطالبته بالتعويض بموجب دعوى المسئولية التقصيرية[١] أو بموجب ادعائه مدينا فى دعوى مخالفات الطريق العام أو برفعه دعوى المخالفة المباشرة [٢]. (النتيجة الثانية) يجوز لجهة الإدارة ، لدواع من المصلحة العامة ، إلغاء حقوق الإرتفاق الإدارية هذه أو تعديلها، عن طريق تحويل الطريق العام أو إنهاء تخصيصه للمنفعة العامة أو القيام فيه بأشغال عامة[٣]. ولكن يجب فى هذه الحالة تعويض صاحب الحق عن الضرر الذى أصابه من جراء ذلك، ويجوز لجهة الإدارة إذا أنهت تخصيص الطريق العام للمنفعة العامة وباعته أن تلزم المشترى باحترام حقوق الارتفاق التى ترتبت على الطريق أو بتعويض أصحاب هذه الحقوق [٤]. بل يجوز إلغاء القرار الإدارى الذى يلغى هذه الحقوق أو ينقص منها ، إذا كان هذا القرار مخالفا للقانون أو أنطوى على تعسف فى استعمال السلطة [٥].

٥٥٣ – تقسيمات حق الارتفاق : أهم تقسيمات حق الارتفاق ثلاثة : (١) الارتفاق المستمر (continue) والارتفاق غير المستمر (discontinue) (٢) الارتفاق الظاهر (apparente) والارتفاق غير الظاهر (non apparente) (٣) الارتفاق الإيجابى (positive) والارتفاق السلبى (négative)[٦].

---

(١) نقض فرنسى أول مايو سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٣ – ١ – ٣١.

(٢) نقض فرنسى جنائى ٤ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١٤ – ١ – ٧٤.

(٣) نقض فرنسى ٢٥ فبراير سنة ١٨٨٠ داللوز ٨٠ – ١ – ٢٥٥ – مجلس الدولة الفرنسى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ داللوز ١٩٠٢ – ٢ – ٧ – وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مصر ٢ مارس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٦٦ – استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٠ – أول مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٥.

(٤) نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ – ١ – ٥٢ – مجلس الدولة الفرنسى ٨ أغسطس سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٤ – ٣ – ١ – ١٧ يناير سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ – ٣ – ٨٨ – وانظر فى القضاء المصرى : استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٣ – ٢٥ مايو سنة ١٩١٠م ٢٢ ص ٣٤٦ – أول يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٤٦ – ٢١ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢١٦.

(٥) مجلس الدولة الفرنسى ١٢ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩١١ – ٣ – ٩٨ – نقض فرنسى جنائى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٥ – ١ – ١٤٨.

(٦) ويوجد تقسيم رابع كانت له أهمية كبيرة فى القانون الرومانى ، وبعض الأهمية فى القانون الفرنسى القديم . ولكنه فقد أهميته الآن ، بعد أن حل محله تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . وهذا هو تقسيم الارتفاق إلى ارتفاق لفائدة المبانى servitude urbaine ، وارتفاق لفائدة الأراضى servitude rurale . فإذا تقرر ارتفاق لفائدة بناء ، أيا كان هذا البناء فى المدن أو فى القرى، فهو ارتفاق لفائدة المبانى ، وذلك كالمطل ، وأغلب هذه الارتفاقات ارتفاقات مستمرة . أما إذا تقرر الارتفاق لفائدة أرض ، كالشرب والمجرى والمسيل ، فهو ارتفاق لفائدة الأراضى . أنظر المادة ٦٨٧ مدنى فرنسى ، وانظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٨١ وفقرة ١٠٨٢ ص ٨١٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٦.

٥٥٤ – الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر : والارتفاق المستمر هو الارتفاق الذى يستعمل دون تدخل حالى من فعل الإنسان (م ٦٨٨ مدنى فرنسى) . مثل ذلك الارتفاق بعدم البناء (non aedificandi) ، أو بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين (non altius tollendi) ، أو بالرؤية (paospect) أو بالمطل (vue) ، أو بالشرب (acqueduc) أو بالمجرى (pasage d'eau) أو بالمسيل (égout) . فهذه كلها ارتفاقات مستمرة ، ومعنى أنها مستمرة أنها لا تحتاج فى استعمالها إلى تدخل حالى من فعل الإنسان (fait actuel de l'homme) فمنها ما لا يحتاج فى استعماله إلى فعل الإنسان أصلا ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء أو بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين أو بالرؤية ، وسنرى فيما يلى [١] أن هذه الارتفاقات هى أيضا ارتفاقات سلبية . ومنها ما يحتاج فى استعماله إلى فعل الإنسان فى بداية الأمر ، ولكن متى تم هذا الفعل أصبح استعمال الارتفاق فى غير حاجة إلى فعل حالى من الإنسان وقت مباشرة الاستعمال . فالارتفاق بالمطل يحتاج فى بداية الأمر إلى فعل الإنسان ، كإحداث فتحة فى الحائط ، ولكن متى أحدثت هذه الفتحة لم يعد المطل فى حاجة إلى فعل الأنسان ، فمادامت الفتحة موجودة فثم استعمال للارتفاق بالمطل . وكذلك الشرب والمجرى والمسيل ، كل منها فى بداية الأمر فى حاجة إلى حفر مجرى للمياه ، ولكن متى حفر هذا المجرى فالماء يجرى فيه أو يسيل منه دون حاجة إلى فعل الأنسان[٢] .

والارتفاق غير المستمر هو ، كما رأينا ، ما يحتاج فى استعماله إلى التدخل الحالى لفعل الإنسان . مثل ذلك الارتفاق بالمرور (passage) ، والارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، والارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد (extraction de matériaux) ، والارتفاق برعى المواشى (pacage) ، فهذه كلها ارتفاقات غير

---

(١) أنظر فقرة ٥٥٦ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦ – ويتبين من ذلك أن لاستمرار الارتفاق معنى غير استمرار الحيازة ، فالحيازة تكون مستمرة إذا لم تنقطع ، أما الارتفاق فيكون مستمراً إذا لم يحتج فى استعماله إلى تدخل فعلى من عمل الإنسان (مازو فقرة ١٧١٣ ص١٣٥٤) . وعلى ذلك يكون الارتفاق مستمراً حتى لو لم يستعمل على الدوام ، فالشرب مثلا وهو ارتفاق قد لا يستعمل فى كل الأوقات ، ولكنه عندما يستعمل لا يتدخل فى استعماله فعل الإنسان . وصرف مياه المنجم ، تضخها المضخات نهاراً وليلا دون انقطاع ، وهو ارتفاق غير مستمر ، يبقى مستعملا على الدوام ، لكنه فى استعماله يحتاج إلى فعل الإنسان . فالأمر إذن ليس فى دوام الاستعمال أو عدم دوامه حتى يكون الارتفاق مستمراً أو غير مستمر ، بل فى حاجة الاستعمال إلى فعل الإنسان وأن كان لا يدوم فيكون الارتفاق مستمراً ، أو فى حاجته إلى فعل الإنسان وإن كان يدوم فيكون الارتفاق غير مستمر (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٦) .

مستمرة[1] . فالارتفاق غير المستمر يقتضى إذن لاستعماله قيام مالك العقار المرتفق بعمل إيجابى فى العقار المرتفق به : يمر فى الطريق أو يغترف المياه أو يستخرج الأحجار أو يرعى الغنم . فإذا لم يقم بهذا العمل الإيجابى ، فالارتفاق لا يكون مستعملا ولا تظهر فائدته[2] .

وتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر لم يخل من انتقاد الفقه الفرنسى ، ويتشكك بعض الفقهاء فى صلابة التقسيم[3] وفى فائدته . ومهما يكن من أمر ، فإن أهم فائدة لهذا التقسيم، وهى أن الارتفاق المستمر وحده هو الذى يمكن كسبه بالتقادم ، قد نبذها التقنين المدنى المصرى الجديد، ففى هذا التقنين يمكن كسب الارتفاق غير المستمر كالارتفاق بالمرور بالتقادم ما دام ظاهرا كما سنرى (م ١٠١٦/٢ مدنى) .

٥٥٥ – الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر : والارتفاق الظاهر ، كما عرفته المادة ٦٨٩ من التقنين المدنى الفرنسى ، هو ارتفاق ينبئ عن وجوده أعمال خارجية، كباب أو نافذة أو مجرى[4] . والارتفاق غير الظاهر هو ارتفاق ليست له علامة خارجية تنم عن وجوده، وذلك مثلا كالارتفاق بعدم البناء أو الارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين.

ويتبين من ذلك أنه فى حين أن تقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر تقسيم يرجع

---

(١) فالارتفاق بالمرور يقتضى لاستعماله فعل الإنسان ، ولا يكفى الفعل المبدئى الذى عبد الطريق للمرور ، بل يجب أن يمر الإنسان فعلا من الطريق . وإذا فتح طريق للمرور ، فمهما بقى هذا الطريق مفتوحا معبدا فإن هذا لا يكفى لاستعمال حق المرور ، ولا يستعمل هذ الحق إلا إذا قام إنسان فعلا بالمرور من هذا الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٣) . وهذا هو أيضا شأن الارتفاق باغتراف المياه فلابد من أن يغترف الأنسان المياه فعلا ، وشأن الارتفاق باستخراج [redacted] فلابد من أن يستخرجه الأنسان فعلا ، وشأن الارتفاق برعى المواشى فلابد من أن يقوم الأنسان فعلا برعيها .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٧ ص ٨٧٧ . ويبقى الارتفاق غير مستمر حتى لو وضع له علامة ظاهرة تستمر على نحو دائم ، كأن [redacted] صف الطريق الذى يستعمل فى الارتفاق بالمرور ، أو يقام على جانبيه ما يحددهما تحديداً ظاهراً ، أو يفتح له باب يعين بدايته (أوبرى ورو فقرة ٢٤٨ ص ٩٦ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٨ ص ٨٧٧) . وفى هذه الحالة يكون الارتفاق غير مستمر وارتفاقاً ظاهراً فى وقت واحد كما سيأتى .

(٣) فمثلا لا يرى بودرى وشوفو فرقا محسوساً بين ارتفاق مستمر كارتفاق بالمطل بعلامته الظاهرة من نافذة تطل على الجار ، وبين ارتفاق غير مستمر كارتفاق بالمرور بعلامته الظاهرة من باب يعين بداية الطريق ، فكلاهما يحتاج إلى تدخل الإنسان ليطل من النافذة أو ليمر فى الطريق (بودرى وشوفو فقرة ١٠٨٤ ص ٨١٤ وفقرة ١١٠٩) .

(٤) فالظهور فى حق الارتفاق أخص من الظهور فى الحيازة ، إذ أن الحيازة الظاهرة لا يشترط فيها أن تكون لها علامة ظاهرة . فيصح إذن أن حق الارتفاق غير الظاهر ، وهو الذى ليست له علامة ظاهرة ، تكون حيازته مع ذلك حيازة ظاهرة .

إلى طبيعة الارتفاق فى ذاته ، فإن تقسيمه إلى ظاهر وغير ظاهر لا يرجع إلى طبيعة الارتفاق، بل إلى أمر خارجى عارضى هو أن تكون له علامة ظاهرة أو ليست له هذه العلامة . وعلى ذلك قد يكون الارتفاق الواحد ظاهرا إذا دلت على جوده علامة خارجية ، وقد يكون غير ظاهر إذا لم توجد علامة خارجية تدل على وجوده . فالارتفاق بالمرور يكون ظاهرا إذا كان له طريق معين مرصوف أو باب يقام فى بدايته ، ويكون غير ظاهر إذا كان الطريق غير محدد بعلامة خارجية ولا يتميز من سائر الأرض التى يسار فيها . والارتفاق بالشرب يكون ظاهرا إذا كان له مجرى محفور يشق الأرض وتجرى فيه المياه ، ويكون غير ظاهر إذا كان الماء يجرى فى أنابيب مدفونة في باطن الأرض لا تراها الناس (١) . على أن طبيعة الارتفاق قد تساعد على أن يكون ظاهرا فى العادة ، وذلك كالارتفاق بالمطل فإنه يصعب تصور وجود هذا الارتفاق دون علامة ظاهرة تنم عن وجوده كنافذة أو شرفة أو «بلكون» أو أية خارجة أخرى. وقد تقضى طبيعة الارتفاق بأن يكون غير ظاهر دائما ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء (٢) .

ولم يكن تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وغير ظاهر معروفاً أصلا فى القانون الرومانى . وقد بدأ يعرف فى القانون الفرنسى القديم ، وتدرج شيئاً فشيئا ، حتى أصبح شائعا فى القرن الثامن عشر . وكان فقهاء هذا العصر يقابلون ما بين الارتفاقات المستترة الخفية (latentes ou eachées) والارتفاقات المرئية أو الظاهرة (patentes, visibles ou apparentes) ، ولكن التقسيم بقى مع ذلك مختلطا بتقسيم الارتفاق إلى مستمر وغير مستمر . والتقنين المدنى الفرنسى هو الذى ميز فى وضوح ما بين التقسيمين ، وبين أن كلا منهما مستقل عن التقسيم الآخر ، ولا يختلط به . فقد يكون الاتفاق المستمر ظاهرا كالارتفاق بالمطل، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بعدم البناء . وقد يكون الارتفاق غير المستمر ظاهرا كالارتفاق بالمرور إذا كانت له علامة ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق بالمرور إذا لم تكن له علامة ظاهرة وكالارتفاق باغتراف المياه والارتفاق برعى المواشى (٣) .

---

(١) استئناف مختلط ٥ يونيه سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٦ .

(٢) هذا والعلامة الظاهرة التى تنم عن حق الارتفاق قد تكون فى العقار المرتفق كما فى الارتفاق بالمطل، فان النافذة وهى العلامة الظاهرة توجد فى حائط العقار المرتفق . وقد تكون هذه العلامة فى العقار المرتفق به كما فى الارتفاق بالمجرى فان القناة التى تجرى فيها المياه تحفر فى الأرض المرتفق بها ، وكما فى الارتفاق بالمرور فإن العلامة الظاهرة للطريق توجد فى العقار المرتفق به . فيختلف الأمر إذن باختلاف ماهية الارتفاق ، والعلامة الظاهرة توجد حيث يستعمل حق الارتفاق (بودرى وشوفو فقرة ١١٠١ ص ٨٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٣) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٩٩ – مارتى ورينو فقرة ١٤٦ ص ١٦٧ – ص ١٦٨ .

٥٥٦ – الارتفاق الايجابى والارتفاق السلبى : وهنا يرجع التقسيم إلى مضمون حق الارتفاق . فإن كان هذا المضمون يجعل لمالك العقار المرتفق الحق فى القيام بأعمال إيجابية فى العقار المرتفق به ، كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه والارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، فالارتفاق يكون ارتفاقاً إيجابيا . أما إذا كان مضمون حق الارتفاق يقتصر على منع مالك العقار المرتفق به من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى القيام بها لولا وجود حق الارتفاق ، كالارتفاق بعدم البناء والارتفاق بعدم تعلية البناء إلى أزيد من حد معين والارتفاق بالرؤية (prospect) ، فالارتفاق يكون ارتفاقا سلبيا.

والارتفاق الإيجابى إما أن يكون مستمرا كالارتفاق بالشرب أو المجرى أو المسيل ، أو غير مستمر كالارتفاق بالمرور والارتفاق برعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه . وقد يكون ظاهرا كالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا كان للارتفاق علامة خارجية ظاهرة ، وقد يكون غير ظاهر كالارتفاق برعى المواشى والارتفاق باغتراف المياه ، وكالارتفاق بالمرور أو بالشرب إذا لم يكن للارتفاق علامة خارجية ظاهرة .

أما الارتفاق السلبى ، فهو دائما ارتفاق مستمر غير ظاهر [١] .

٥٥٧ – استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق الارتفاق : ونحن فى بحث حق الارتفاق نستبعد من نطاق هذا الحق القيود القانونية الواردة على حق الملكية، وهى التى تسمى فى كثير من الأحيان بحقوق الارتفاق القانونية . ذلك أن حق الارتفاق هو كما رأينا حق يترتب على عقار لفائدة عقار آخر ، فيخرج بكل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق عن النظام المألوف لحق الملكية . فما تقرر من قيود غير القيود التى تعتبر هى التنظيم العام لحق الملكية ، فخرج بالملكية عن حدود هذا التنظيم العام ، فهو حق ارتفاق . أما تلك القيود التى فرضها القانون ، كقيود الجوار والرى والصرف بين الجيران من شرب ومجرى ومسيل ووضع الحدود وحق المرور وحق فتح المطلات والمناور ، هذه القيود التى فرضها القانون والتى تمثل التنظيم العام المألوف لحق الملكية ليست بحقوق ارتفاق [1] . فحق

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٢ .

(1) أ – **يلاحظ أن محكمة النقض اعتبرت قيود البناء حقوق ارتفاق عينية وليست التزامات شخصية** . فقضت محكمة النقض أن النص فى الفقرة الأولى من المادة ١٠١٨ من القانون المدنى على أن «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود» – يدل على أن هذه القيود لا تمثل التزامات شخصية ترد فى عقود البيع ، وانما هى حقوق ارتفاق عينية تتبع العقار وتنتقل معه إلى من آلت إليه ملكيته ، باعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها النص ومن ثم فإن العقار ذاته ينتقل محملا بما له أو عليه من حقوق=

الارتفاق فى معناه الصحيح هوخروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجا عن التنظيم العام المألوف ، بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية (١) . وقد سبق ، عند بحثنا لهذه القيود القانونية ، أن رتبنا نتائج هامة على أن هذه القيود ليست بحقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، وذكرنا النتيجتين الآتيتين :

(النتيجة الأولى) إذا باع شخص عقارا مملوكا له ، وضمن للمشترى خلوه من حقوق ارتفاق، ثم تبين أن هناك قيودا قانونية ترد على العقار المبيع من نحو حق شرب أو مجرى أو مسيل أو من نحو حق مطل أو حق مرور ، فإن هذه القيود لا يضمنها البائع لأنها ليست بحقوق ارتفاق كما قدمنا ، بل هى التنظيم الطبيعى المألوف لحق الملكية . ولم يقصد البائع من ضمانه خلو العقار من حقوق ارتفاق أن يضمن خلو العقار من هذه القيود ، فهى قيود فرضها القانون وعلى المشترى أن يعرف ذلك . وإنما قصد البائع أن يضمن خلو العقار من حق ارتفاق فرضه الاتفاق أو مصدر آخر غير القانون ، وخرج به عن حدود التنظيم العام لحق الملكية . فلو ضمن البائع خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل مثلا ، فهو لا يضمن بذلك خلو المبيع من المطل القانونى إذ أن هذا ليس بحق ارتفاق بل هو قيد قانونى على الملكية . وإنما يضمن للمشترى خلو المبيع من حق ارتفاق بالمطل فرضه الاتفاق أو كسب بالتقادم ، وهو أن يفتح الجار مطلا على مسافة أقل من المسافة القانونية .

(النتيجة الثانية) لا تزول هذه القيود القانونية بعدم الاستعمال ، لأنها قيود دائمة ترد على حق الملكية وتدوم بدوام هذا الحق . ولو كانت هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، لزالت بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فلو أن لمالك عقار حق الشرب من مسقاة فى العقار المجاور وتوافرت الشروط القانونية لوجود هذا الحق ، ولكنه أعرض عن المطالبة به واستعماله مكتفيا بحفر بئر ارتوازية فى أرضه ، وبقى كذلك مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم

= الارتفاق المقررة على العقارات الأخرى وبالتالى فحسب الحكم أن يستقى من مصدر صحيح فى أوراق الدعوى أن العقارين المرتفق والمرتفق به محملان بتلك الحقوق مهما تعدد البائعون أو المشترون .

جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق.

ب – استخلاص الحكم المطعون فيه استخلاصا سائغا من تقرير الخبير أن المالكة الأصلية للأرض التى أقام عليها الطاعن البناء موضوع النزاع ضمنت عقد البيع الصادر منها قيدا يمنع تجاوز ارتفاع البناء حدا معينا – الا يتجاوز ارتفاع البناء خمسة عشر مترا بما يعادل أربعة طوابق – وأن الطاعن خالف هذا القيد ، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا له أصل ثابت فى الاوراق ، فإن النعى عليه بالقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق) .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ – الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

أراد استعمال حقه فى الشرب من مسقاة الجار ، لجاز له ذلك ، ولما صح الاعتراض عليه بأنه لم يستعمل هذا الحق مدة خمس عشرة سنة فسقط الحق بعدم الاستعمال . كذلك لا تكسب هذه القيود بالتقادم المكسب . لأن الإفادة منها تعتبر رخصة من المباحات ، فلا تصلح حيازة مكسبة لارتفاق بالتقادم . فلو أن أرضا محبوسة عن الطريق العام استعمل صاحبها حقه فى المرور من أرض الجار ، وبقى مستعملا لهذا الحق مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، ثم زال انحباس الأرض ، لزال بزواله حق صاحب الأرض فى المرور ، ولم يكن لصاحب الأرض أن يدعى أنه كسب حق المرور القانونى بالتقادم [1] . ولو كان حق المرور ارتفاقيا ، لملكه بالتقادم المكسب [2] .

والفقه ، فى فرنسا وفى مصر ، منقسم فى هذه المسألة .، ففى فرنسا ، يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق قانونية[3] . ويذهب بعض آخر إلى التمييز بين القيود المقررة للمصلحة العامة والمقررة للمصلحة الخاصة وتكون متعلقة بالمياه ووضع الحدود والتحويط والحائط المشترك وهذه كلها قيود قانونية ترد على حق الملكية وليست بحقوق ارتفاق، وبين القيود الأخرى وبخاصة حق المرور فهذه ذات طبيعة مختلطة تجمع بين معنى القيد ومعنى حق الارتفاق [4]، ولكن الغالبية من الفقهاء يذهبون إلى أن كل هذه القيود إنما هى قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق [5]، وفى مصر كذلك ، تذهب القلة من الفقهاء إلى أن هذه القيود القانونية هى حقوق ارتفاق حقيقية [6]، أو إلى أن بعض هذه القيود (ارتفاقات المياه والمرور) تعتبر حقوق ارتفاق عينية حقيقية وبعضها ليست

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٢) أنظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ ص ٦٣٩ – ص ٦٤٠ – إسماعيل غانم ص ٢٣ ص ٢٤ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٨٠٨ ، ومع ذلك أنظر فقرة ١٠٧٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٠٥ ص ٨٨٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٦٧٨ .

(٤) بيدان وفوران ٤ فقرة ٥٦٢ وما بعدها – مارتى ورينو فقرة ١٤٤ وفقرة ١٤٤ مكررة (ويميزان بين التكاليف ذات النفع الخاص وهى حقوق ارتفاق ، والتكاليف ذات النفع العام وليست بحقوق ارتفاق) . كاربونييه ص ١٨٤ . ص ١٨٥ .

(٥) ديمولومب ١١ فقرة ٨ – أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٤ ص ٢٨١ وهامش ١ – جوسران ١ فقرة ١٩٦٨ – دى باج ٥ فقرة ٩٤٢– مازو فقرة ١٧٠٦ وانظر أيضا فقرة ١٣٨٢ – وقرب كولان وكابيتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٠٠٥ ص ٨٠٥ .

(٦) شفيق شحاتة فقرة ٣٣٠ ، ومع ذلك أنظر فقرة ٣٣٠ ص ٣٢٥ وهامش ٣ حيث يورد حكم محكمة استئناف مصر فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٦٨ ص ٣٧٦ فى المعنى العكسى .

إلا مجرد قيود قانونية ترد على حق الملكية [1]. أما الكثرة من الفقهاء فى مصر فتأخذ بالرأى الصحيح ، وتعتبر إن هذه القيود جميعا إنما هى قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست بحقوق ارتفاق ، وهذا هو الرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد وخالف فيه التقنين المدنى السابق [2].

٥٥٨ – ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الارتفاق : أهم ما استحدثه التقنين المدنى الجديد من التعديلات فى هذا الخصوص هو أنه ميز تمييزا واضحا ما بين حق الارتفاق بمعناه الصحيح وهو قيد يخرج بالعقار عن التنظيم العام المألوف فى حق الملكية ، وبين قيود الملكية التى يفرضها القانون وهى قيود تمثل هذا التنظيم العام المألوف ، وذلك على النحو الذى بسطناه فيما تقدم [3].

وأكمل التقنين المدنى الجديد أسباب كسب حق الارتفاق ، فأضاف إلى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلى (م١٠١٧ مدنى) [1]، وكان هذا السبب على أهميته مسكوتا عنه فى التقنين المدنى السابق . واستحدث تعديلا هاما فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ، فلم يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهرا حق يجوز كسبه بالتقادم[2] ، وبذلك استبعد شرط

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقى فقرة ٩١ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٧٨ – منصور مصطفى منصور فقرة ٣٩ ص ٩٦ – ص ٩٧ ، ومع ذلك أنظر ص ٩٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٣٧٣ – محمد على عرفة فقرة ١٨٩ ص ٢٣٩ – ص ٢٤٠ – إسماعيل غانم جزء أول فقرة ٤٤ – عبدالمنعم فرج الصدة ٥٢ – حسن كيرة فقرة ٦٤ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ – كان التقنين المدنى السابق ، ناهجاً فى ذلك نهج التقنين المدنى الفرنسى ، يخلط ما بين حقوق الارتفاق والقيود التى ترد على حق الملكية ، فيعتبر هذه القيود حقوق ارتفاق حقيقية ، ويدرجها مع حقوق الارتفاق التى يرتبها العقد ، كما فعل التقنين المدنى الفرنسى . ولذلك كانت هذه القيود يطلق عليها ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، اسم حقوق الارتفاق القانونية ، وتعتبر حقوق ارتفاق مصدرها القانون بدلا من أن يكون مصدرها العقد .

(1) الفصل فى بيان قصد المالك من الوضع الذى أنشأه وما إذا كان قصد به خدمة شخصية مؤقتة أو بإخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه الدوام ، دفاع قانونى يخالطه واقع ، اقتصار دفاع الطاعن أمام محكمتى الموضوع على كون حديقة النزاع جزء من العين المؤجرة أو إحدى ملحقاتها دون إثارة أى دفع يتعلق بالمادة ١٠١٧ مدنى أمامها، عدم جواز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض .

(جلسة ١٩٩٣/١/٢١ الطعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق)

(2) حقوق الارتفاق ومنها حق الرى ، جواز اكتسابها بالاتفاق أو بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسبة للملكية المقررة بالمادة ٩٦٨ من القانون المدنى فإذا قضت المحكمة بثبوت حق الارتفاق وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال هذه المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . =

الاستمرار ، ونص صراحة على أن حق المرور ، وهو حق ارتفاق غير مستمر ، يجوز كسبه بالتقادم متى كان ظاهرا (م ١٠١٦/٢ مدنى) . وحسم خلافا كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق فى طبيعة القيود التى تفرضها عادة شركات الأراضى على المالك عند إقامة بناء فى الأرض التى اشتراها من الشركة ، فقرر أن هذه القيود تعتبر فى الأصل حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وأن الضرر الذى ينشأ عن مخالفة هذه القيود تمكن المطالبة باصلاحه عينا ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية (م ١٠١٨ مدنى) .

وأدخل مرونة كبيرة فى استعمال حق الارتفاق . فأجاز تعديل هذه الحق أو نقله إلى عقار آخر أو زواله ، إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به دون أن يصيب العقار المرتفق بخسارة جسيمة . وأجاز أيضا إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال هذا الحق ، أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التى كانت له [1] .

٥٥٩ – خطة البحث : ونبحث حق الارتفاق فى فصول ثلاثة : (١) أسباب كسب حق الارتفاق . (٢) الآثار التى تترتب على قيام الارتفاق . (٣) أسباب انتهاء حق الارتفاق.

= جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ الطعن قم ١٨٥ لسنة ٦٠ ق

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن رقم ٢٣٣٨ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ س ٣٢ ص ٢٥٠٢) .

(١) أنظر فى كل ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢١ – ص ٦٢٢ .

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق

٥٦٠ – نص قانونى : تنص المادة ١٠١٦ مدنى على ما يأتى :

١ – «حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث» .

٢ – «ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور» (١) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية : فى التقنين المدنى السورى م ٩٦١ ، ٩٦٢ – وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠١٩ . وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٢ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٧ – ٥٨ (٢) .

ويجب أن نميز تمييزا دقيقا بين كسب حق الارتفاق انتقالا وبين كسبه ابتداء .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٨٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٥ – ص ٦٢٧) .

(٢) **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٦١ : ينتج الارتفاق أما من الوضعية الطبيعية للأماكن ، وإما من التزامات مفروضة بالقانون ، وإما من اتفاقات معقودة بين ملاك العقارات .

م ٩٦٢ : ١ – خلافاً للنصوص المتعلقة بالسجل العقارى تعفى من الشهر حقوق الارتفاق الناتجة عن الوضعية الطبيعية للأماكن وعن الالتزامات المفروضة بالقانون . ٢ – بيد أن الارتفاق المختص بحق المرور العائد لأرض محاطة بأرض أخرى يمكن تحديده بوضوح ، بناء على طلب مالك العقار المرتفق به .

(والتقنين المدنى السورى يجارى قانون الملكية العقارية اللبنانى والتقنين الفرنسى ، ويدخل ضمن حقوق الارتفاق القيود القانونية الواردة على حق الملكية . ولا يورد النص السورى من بين أسباب كسب حق الارتفاق التقادم ولا تخصيص المالك الأصلى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠١٩ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٢ (موافق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٥٧ (مطابقة للمادة ٩٦١ مدنى سورى ، والنص السورى مأخوذ من هذه المادة) .

م ٥٨ (موافقة للمادة ٩٦٢ مدنى سورى ، والنص السورى مأخوذ من هذه المادة) .

٥٦١ – كسب حق الارتفاق انتقالا : وهنا يختلف حق الارتفاق عن حق الانتفاع . فعندما بحثنا حق الانتفاع انتقالا [١]، كان مفروضا أن حق الانتفاع قد تم إنشاؤه وأنه ينتقل استقلالا من شخص إلى شخص آخر . أما حق الارتفاق فلا يتصور ، بعد أن يتم إنشاؤه ، أن ينتقل استقلالا من شخص إلى شخص آخر . وإنما هو ينتقل بالضرورة مع العقار المرتفق وتبعا له ، لأنه حق تابع كما سبق القول [٢] . فكسب حق الارتفاق انتقالا إذن إنما يتم بنفس الأسباب التى يتم بها كسب ملكية العقار المرتفق ، فأيما تنتقل ملكية هذا العقار ينتقل معها حق الارتفاق .

وعلى ذلك لا توجد أسباب خاصة لكسب حق الارتفاق انتقالا ، بل هى نفس الأسباب التى تنتقل بها ملكية العقار المرتفق . فالعقار الذى تقرر لفائدته حق ارتفاق تنتقل ملكيته بالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم ، وقد استبعدنا الاستيلاء لأن الملكية تكسب به ابتداء ، واستبعدنا الالتصاق لأنه لا يتصور فيما نحن بصدده . وكذلك ينتقل حق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار بالأسباب نفسها ، فإذا انتقل العقار بالميراث انتقل معه حق الارتفاق بالميراث أيضا ، أو انتقل بالوصية أو العقد أو الشفعة أو التقادم انتقل معه حق الارتفاق بأى سبب من هذه الأسباب .

ولا يعنينا هنا أن نبحث هذه الأسباب ، فقد سبق بحثها عند الكلام فى أسباب كسب الملكية . والذى يعنينا هو بحث أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لا أسباب كسبه انتقالا .

٥٦٢ – كسب حق الارتفاق ابتداء : والمفروض فى كسب حق الارتفاق ابتداء أن هذا الحق لم ينشأ بعد ، والمقصود هو بحث الأسباب التى تنشئه . فالأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء هى إذن نفس الأسباب التى تنشئ هذا الحق .

وإذا استعرضنا أسباب كسب الملكية لنرى ما ينطبق منها على حق الارتفاق ، وجب استبعاد الاستيلاء والالتصاق لاستحالتهما ، ووجب أيضاً استبعاد الميراث والشفعة لأنهما سببان لكسب حق الارتفاق انتقالا ، لا لكسبه ابتداء . ويبقى بعد ذلك الوصية والعقد – أى التصرف القانونى – والتقادم ، فهذه هى الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء، أى الأسباب التى تنشئه . ويدخل فى هذه الأسباب تخصيص المالك الأصلى ، فسنرى أنه يقوم على اتفاق ضمنى ، أى على تصرف قانونى .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٤٨٣ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٥٠ .

وقد حددت المادة ١٠١٦ مدنى ، بما رأينا [١] ، هذه الأسباب ، فذكرت العمل القانونى (أى التصرف القانونى) والتقادم ، ويجب استكمالها بتخصيص المالك الأصلى وقد ورد فى المادة ١٠١٨ فيما سنرى – غير أن المادة ١٠١٦ ذكرت أيضاً ، إلى جانب هذه الأسباب، الميراث ، وذكرت الميراث هنا غير دقيق لأنه سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا ابتداء [٢] . فالواجب إذن قصر المادة ١٠١٦ على أسباب كسب حق الارتفاق ابتداء ، لأن كسبه انتقالا لا يعنينا كما سبق القول ، وحذف الميراث من بين الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء [٣] .

وتكون الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء إذن ، أو الأسباب التى تنشئ حق الارتفاق ، هى : (١) التصرف القانونى ، أى العقد والوصية . (٢) تخصيص المالك الأصلى، وقد قدما أنه اتفاق ضمنى فيلحق بالتصرف القانونى . (٣) التقادم المكسب .

المبحث الأول

التصرف القانونى

(Acte juridique)

٥٦٣ – مسألتان : نبحث فى هذا الصدد : (١) أنواع التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق . (٢) الحدود التى يقف عندها التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق .

المطلب الأول

أنواع التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق

٥٦٤ – العقد الوصية : التصرف القانون الذى ينشئ حق الارتفاق إما أن يكون اتفاقاً

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ .

(٢) وإذا كان المراد تعداد الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ابتداء ، فإن الميراث لا يدخل ضمن هذه الأسباب ، لأنه كما قدمنا سبب لكسب حق الارتفاق انتقالا لا لكسبه ابتداء . أما إذا كان المراد تعداد جميع الأسباب التى يكسب بها حق الارتفاق ، ابتداء كان ذلك أو انتقالا ، فلماذا لم يورد النص الشفعة ضمن هذه الأسباب ، وهى كالميراث يكسب بها حق الارتفاق انتقالا ؟

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ .

صادراً من الجانبين وهذا هو العقد[1] ، أو أن يكون إرادة منفردة صادرة من جانب واحد وهذه هى الوصية. والعقد هو السبب المألوف لكسب حق الارتفاق ابتداء ، وهو الذى يلجأ إليه عادة مالكا العقار المرتفق والعقار المرتفق به لإنشاء حق ارتفاق على العقار الثانى لفائدة العقار الأول . أما الوصية فنادرة الوقوع . والأسباب الأخرى لإنشاء حق الارتفاق ، وهى تخصيص المالك الأصلى والتقادم ، هى أيضا أقل وقوعاً من العقد .

والوصية تصرف قانونى واحد لا يتنوع ، وتصدر من الموصى وهو مالك العقار المرتفق به، يرتب بموجبها حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، ويكون مالك هذا العقار المرتفق هو الموصى له .

أما العقد الذى ينشئ حق الارتفاق فيتنوع . وهو إما عقد معاوضة أو عقد تبرع . وعلى رأس عقود المعاوضة التى تنشئ حق الارتفاق البيع ، وبه ينشئ مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، فى مقابل ثمن من النقود . ويكون مالك العقار المرتفق به هو البائع ، ومالك العقار المرتفق هو المشترى ، والشئ المبيع هو حق الارتفاق . وقد يكون عقد المعاوضة الذى ينشئ حق الارتفاق مقايضة . فيصح مثلا أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، فى مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق حق ارتفاق على عقاره لفائدة العقار المرتفق به ، فيكون كل من العقارين عقارا مرتفقاً وعقاراً مرتفقاً به . مثل ذلك أن يرتب كل من المالكين حق مرور على عقاره لفائدة العقار الآخر فيكون لكل من العقارين حق ارتفاق بالمرور فى العقار الآخر . ويصح أيضاً أن يرتب مالك العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، فى مقابل أن يرتب مالك العقار المرتفق على هذا العقار أو على عقار آخر يملكه حق انتفاع لمصلحة مالك العقار المرتفق به يدوم طول حياة المنتفع . وقد تكون المقايضة ترتيب حق ارتفاق على عقار ، فى مقابل نقل ملكية عقار أو منقول لصاحب العقار المرتفق به. ومن عقود المعاوضة التى تنشئ حق الارتفاق الوفاء بمقابل ، فيصح أن يرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة حق عقار آخر هو العقار المرتفق ، وفاء لدين فى ذمة

---

(1) النص فى المادة ١٠١٦ من القانون المدنى على أن حق الارتفاق يكسب بعمل قانونى أو بالميراث يدل على أن للافراد أن يتفقوا على انشاء حقوق الارتفاق التى يختارونها وفقا للقانون .

(جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢ الطعن قم ١٧٣٩ لسنة ٥ ق س ٣٥ ص ٢٠٥٦)

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن رقم ٢٣٣٩ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ الطعن رم ١٨٥ لسنة ٦ ق)

(جلسة ٢٠٠١/١١/٧ الطعن رقم ٩٢٩ سنة ٦٣ ق)

صاحب العقار المرتفق به لصاحب العقار المرتفق . وهكذا تتنوع عقود المعاوضة التى تنشئ حق الارتفاق .

أما عقد التبرع الذى ينشئ حق الارتفاق فهو الهبة ، فيرتب صاحب العقار المرتفق به على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر هو العقار المرتفق ، وذلك دون مقابل . فيكون صاحب العقار المرتفق به هو الواهب ، وصاحب العقار المرتفق هو الموهوب له ، والشئ الموهوب هو حق الارتفاق .

وفى كل ما قدمناه يكون التصرف القانونى سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الإنشاء (par voie de consitution) . وقد يكون التصرف القانونى ، كما فى حق الانتفاع ، سبباً لكسب حق الارتفاق بطريق الاحتفاظ بهذا الحق (par voie de rétention) . فيبيع مثلا مالك العقار عقاره لشخص ، ويحتفظ فى عقد البيع بحق ارتفاق يترتب على العقار المبيع لفائدة عقار آخر يملكه البائع .

والتصرف القانونى أيا كان ، عقد معاوضة أو عقد تبرع أو وصية ، ينشئ حق الارتفاق من أى تقسيم كان . فينشئ حق الارتفاق المستمر كحق الشرب ، كما ينشئ حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور . وينشئ حق الارتفاق الظاهر كحق المطل ، كما ينشئ حق الارتفاق غير الظاهر كحق رعى المواشى . وينشئ حق الارتفاق الإيجابى كحق اغتراف المياه. كما ينشئ حق الارتفاق السلبى كالحق فى عدم البناء [1] . أما الأسباب الأخرى التى تنشئ حق الارتفاق ، وهى تخصيص المالك الأصلى والتقادم ، فلا تنشئ من حقوق الارتفاق إلا ما كان ظاهراً ، فلاتنشئ حق الارتفاق غير الظاهر ، ولا تنشئ حق الارتفاق السلبى لأنه يكون دائماً غير ظاهر كما سبق القول [2] .

٥٦٥ – الاحكام الشكلية للتصرف القانونى : وتجب مراعاة الأوضاع الشكلية اللازمة للتصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق . فإذا كان هذا التصرف القانونى وصية أو هبة ، وجب إفراغه فى الشكل الذى يتطلبه القانون . أما إذاكان التصرف عقد معاوضة كالبيع ، فلا يلزم لانعقاده شكل خاص .

وتسرى فى إثبات التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق القواعد العامة المقررة فى الإثبات . فإذا كانت قيمة حق الارتفاق تزيد على خمسمائة جنيه ، فلا يثبت التصرف القانونى إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين . وإذا لم تزد قيمة حق الارتفاق

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٤ ص ٨٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٠ ص ٩٢٨ .
(٢) أنظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

على خمسمائة جنيه ، وهذا نادر ، جاز إثبات التصرف القانونى بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

٥٦٦ – الأحكام الموضوعية للتصرف القانونى : وتسرى القواعد العامة أيضا فى الأحكام الموضوعية التى يخضع لها التصرف القانونى المنشئ لحق الارتفاق .

فإذا كان هذا التصرف وصية ، سرت أحكام الوصية من حيث وجوب توافر شروط الصحة فى الموصى له وفى الموصى به [١] ، ومن حيث جواز رجوع الموصى عن الوصية[٢] ، ورده إياها [٣] ، ومن حيث جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره [٤] ، وتسرى كذلك الأحكام الموضوعية الأخرى .

وإذا كان التصرف المنشئ لحق الارتفاق عقداً ، معاوضة أو تبرعاً ، سرت الأحكام الموضوعية التى تخضع لها عقود المعاوضة أو عقود التبرع ، والمتعاقدان هما من يرتب حق العقار ومن يترتب له هذا الحق .

فمن يرتب حق الارتفاق يجب أن يكون المالك للعقار المرتفق به . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان عقد معاوضة ، أو أهلا للتبرع إذا كان العقد تبرعاً . ويجوز أن يكون مالكاً فى الشيوع للعقار المرتفق به ، وفى هذه الحالة يجب رضاء سائر الملاك فى الشيوع لأنه لا يجوز ترتيب حق ارتفاق على جزء شائع فى العقار ، بل يجب أن يكون حق الارتفاق مترتباً على العقا ر الشائع فى مجموعه ، ويجب لذلك اتفاق جميع الملاك فى الشيوع [٥] . ولما كان حق الارتفاق يجوز تعليقه على شرط كما سيأتى ، فإنه يجوز لشخص أن يرتب حق ارتفاق على عقار لم يملكه بعد ، ويعلق الحق على شرط واقف هو أن يتملك هذا العقار [٦] . كذلك يجوز ترتيب حق الارتفاق على عقار ترتبت عليه حقوق عينية من قبل، كحق ارتفاق سابق أو حتى انتفاع أو حق رهن رسمى . وفى هذه الحالة لا يجوز أن

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٧٤ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٥ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٧٦ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٧٨ .

(٥) أنظر آنفا فقرة ٥٥٠ فى آخرها – وإذا لم يرتب حق الارتفاق إلا أحد الملاك فى الشيوع، فان مصير الحق يتوقف على نتيجة القسمة ، فان وقع العقار كله فى نصيب المالك الذى رتب حق الارتفاق نفذ الحق بفضل الأثر الرجعى للقسمة ، وإلا سقط : بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ فى آخرها فى الهامش – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ .

يضار أصحاب الحقوق العينية السابقة بحق الارتفاق الجديد ؛ إذا كانوا قد قاموا بشهر حقوقهم قبل شهر حق الارتفاق [1] ؛ وإذا كان مالك العقار المرتفق به لا يملك إلا رقبته ، فإن حق الارتفاق الذى يرتبه على العقار لا يجوز أن يضار به صاحب الانتفاع [2] . أما صاحب الانتفاع نفسه ، فلا يملك أن يرتب حق ارتفاق لا على العقار لأنه لا يملك رقبته، ولا على حق الانتفاع لأن حق الارتفاق إنما يترتب على الرقبة [3] . وإذا كان مالك العقار المرتفق به يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض ، وزالت هذه الملكية ، فإن حق الارتفاق يزول بزوالها . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق به ، ولو كان حسن النية، فإن حق الارتفاق الذى يرتبه على العقار لا يكون نافذاً فى حق المالك الحقيقى للعقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملك العقار بالتقادم [4] .

ومن يترتب له حق الارتفاق يجب أن يكون مالكاً للعقار المرتفق . ويجب أن يكون أهلا للتصرف إذا كان قد تلقى حق الارتفاق بعوض ، ولا تشترط فيه أهلية التصرف بل تكفى أهلية التعاقد إذا كان قد تلقى حق الارتفاق تبرعاً . وقد يتم التعاقد باسم مالك العقار المرتفق ويكون ذلك فى الوكالة والفضالة ، أو يتم لمصلحة هذا المالك ويكون ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير وفى التعهد عن الغير [5] . ويجوز أن يكون مالك العقار المرتفق مالكاً له فى الشيوع مع شركاء آخرين ، وفى هذه الحالة لا ينفذ حق الارتفاق إلا برضاء هؤلاء الشركاء الآخرين حتى يتقرر حق الارتفاق لفائدة كل العقار الشائع ، أو إلا إذا وقع العقار الشائع عند

---

(١) فلا يجوز أن يتعارض هذا الحق الأخير مع حق ارتفاق سابق أو مع حق انتفاع ، كما يجوز للدائن المرتهن أن ينفذ على العقار المرهون باعتباره خالياً من حق الارتفاق الذى سجل بعد قيد حقه (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٠ ص ١٠٢ وهامش ٧ و ٨ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ – ص ٨٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١). وانظر فيما يتعلق بترتيب حق ارتفاق على عقار مرهون استئناف مصر ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٣٨ ص ٨٦٨ .

(٢) فإذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع حق صاحب الانتفاع ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الانتفاع (أنظر آنفا فقرة ٥٢٧ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧).

(٣) وكل ما يملك هو أن يرتب فى ذمته التزاماً شخصياً نحو مالك العقار الآخر (أنظر آنفاً فقرة ٥٠٧ فى آخرها فى الهامش – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٧ . وانظر عكس ذلك شفيق شحاتة فقرة ٩٣ ص ١١٦ وفقرة ٣٢٨ ص ٣٢٣ هامش ١) .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٦ ص ٨٢٦ – ولا يجوز من باب أولى للمستأجر أن يرتب على العقار المؤجر حق ارتفاق لمصلحة عقار مجاور مملوك له (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٩) .

(٥) أوبرى ورو فقرة ٢٥٠ ص ١٠٣ – بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥١ ص ٩٢٨ .

القسمة فى نصيب الشريك الذى تعاقد على حق الارتفاق [١] . ويجوز للشخص أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة عقار لم يملكه بعد ، ويكون حق الارتفاق فى هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو أن يتملك الشخص هذا العقار [٢] . ويجوز من باب أولى أن يكون مالك العقار المرتفق ، الذى يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار ، لا يملك إلا رقبة هذا العقار. أما صاحب حق الانتفاع فليست له صفة فى الحصول على حق ارتفاق لفائدة العقار المنتفع به ، وكل ما يملك هو أن يحصل على حق شخصى يكون محله الأعمال المكونة لحق الارتفاق [٣] . وإذا كان مالك العقار المرتفق يملكه ملكية تحت شرط فاسخ أو قابلة للفسخ أو للنقض، وزالت هذه الملكية ، فان حق الارتفاق يزول بزوالها [٤] . أما إذا كان مجرد حائز للعقار المرتفق ، ولو كان حسن النية ، فإنه لا يمكن أن يحصل على حق ارتفاق لفائدة هذا العقار إلا إذا أدت الحيازة إلى تملكه بالتقادم [٥] .

هذا وإذا كسب حق الارتفاق بالتصرف القانونى ، عقدا كان التصرف أو وصية ، فإنه يجوز تعليق حق الارتفاق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ، وتسرى القواعد العامة المتعلقة بالشرط . كما يجوز أن يكون حق الارتفاق مقترفا بأجل فاسخ أو بأجل واقف ، فيترتب لمدة معينة ينتهى بانقضائها ، أو يترتب عند حلول أجل معين ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فيما هو المقصود بأن حق الارتفاق حق دائم [٦] .

٥٦٧ – التسجيل : ولما كان حق الارتفاق هو دائماً حق عينى عقارى، فان التصرف القانونى الذى ينشئه يجب دائما تسجيله .

فإذاكان التصرف القانونى عقداً ، معاوضة كان أو تبرعاً ، فان حق الارتفاق لا ينشأ، لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، إلا بتسجيل العقد. وتسرى جميع قواعد التسجيل المقررة فى هذا الشأن[٧](1) .

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ١٠٩٨ ص ٨٢٨ – وهناك رأى يذهب إلى جواز أن يحصل الحائز على حق ارتفاق لمصلحة العقار الذى يحوزه ، وتطبق عندئذ أحكام الفضالة (شفيق شحاتة فقرة ٣٢٧ ص ٣٢٢) .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠ – ٢ .

(1) حق الارتفاق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . مؤداه . وجوب تسجيل التصرف القانونى المنشئ لهذا الحق سواء كان عقد معاوضة أو من عقود التبرع ، إذا كان لم يسجل فإنه لا ينشئ الحق لا فيما بين طرفيه ولا بالنسبة للغير .
(جلسة ٢٠٠١/١١/٧ الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٦٣ ق) .

(٧) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم ، حيث قضى بأحقية المدعى فى الرى والصرف من=

فإذا كان التصرف القانونى وصية ، وجب أيضاً تسجيلها طبقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى الذى ورد فيه ذكر الوصية بالذات . وجزاء عدم تسجيل الوصية أن حق الارتفاق لا ينشأ ، لا بالنسبة إلى الغير ، ولا فيما الورثة والموصى له بحق الارتفاق [١] .

المطلب الثانى

الحدود التى يقف عندها التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق

٥٦٨ – تطبيق القواعد العامة : بعد أن طبقنا القواعد العامة على التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق فيما يتعلق بطرفيه مالك العقار المرتفق ومالك العقار المرتفق به ، ننتقل الآن إلى تطبيق القواعد العامة على محل التصرف القانونى المنشئ لحق الارتفاق، وهذا المحل هو نفس مضمون حق الارتفاق .

ولما كان مضمون حق الارتفاق هو قيام مالك العقار المرتفق بعمل معين فى العقار المرتفق به فى الارتفاق الإيجابى ، أو امتناع مالك العقار المرتفق به عن القيام بعمل معين فى عقاره فى الارتفاق السلبى، فهذا العمل أو هذا الامتناع عن العمل يجب أن يكون ، طبقاً للقواعد العامة ، مشروعاً ، أى غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب . وقل أن يوجد تطبيق عملى لحق ارتفاق غير مشروع ، وإذا وجد فإن التصرف القانونى الذى أنشأ حق الارتفاق يكون باطلا . فيمكن أن نتصور مثلا أن مالك العقار المرتفق به باع لمالك العقار المرتفق حق ارتفاق بالمرور فى أرضه حاملا معه أشياء مهربة (contrebande) أو مخدرات أو

= مسقى ومصرف معينين استناداً إلى اتفاق غير مسجل محرر بين المدعى عليه وبين ملاك الأطيان الأصليين الذين آلت إليهم الملكية من المدعى ، قد أسس ذلك على أن الحق موضوع هذا الاتفاق ، منشأ كان أو مقرراً ، إن هو إلا من توابع الأطيان ينتقل معها إلى من تؤول إليهم ملكيتها ، وأن هذا الاتفاق يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ممن تؤول إليهم ملكية الأطيان يترتب عليه نشوء الحق مباشرة للمشترط بلا حاجة إلى نقله بطريق الحوالة ، وذلك دون أن يبين الحكم أن المدعى عليه مالك أو غير مالك لمجرى المصرف أو المسقى ، وهل هو صاحب حق فى مياههما أولا ، فأن كان مالكاً أو صاحب حق فهل الاتفاق المذكور منشئ للحق الذى هو محله فيكون تسجيله لازماً لإنشاء الحق بين العاقدين أنفسهم ، أم مقرر له فلا يلزم تسجيله ، أما أن لم يكن مالكاً ولا صاحب حق فيكون هذا الاتفاق مجرد تعهد بعدم التعرض من جانب المدعى عليه فيما ليس له حق فيه ويكون القضاء للمدعى بالحق فى الرى والصرف غير متوقف على وجوده على تسجيله – فهذا الحكم يكون معدوم الأساس ، معجزا محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون (نقض مدنى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٧٠ رقم ٥) .

(١) أنظر فى تفصيل ذلك آنفاً فقرة ٨٦ .

حشيشاً أو أسلحة غير مرخص فيها أو غير ذلك من الأشياء الممنوعة ، فيكون بيع حق الارتفاق فى هذه الحالة باطلا لمخالفة المحل للقانون وللنظام العام [1] .

والذى يقع عادة أن يكون مضمون حق الارتفاق عملا من الأعمال التى تدخل فى نطاق حق الملكية . فاما أن يقوم به مالك العقار المرتفق فى العقار المرتفق به ، كأن يمر فى هذا العقار ، فينتقص من نطاق ملكيته . أو أن يمتنع عن القيام به مالك العقار المرتفق به، كأن يمتنع عن البناء فى أرضه ، فيكون فى هذا أيضاً انتقاص من نطاق ملكيته . والأعمال التى تدخل فى نطاق الملكية ، ويصح أن تكون مضموناً لحق الارتفاق أو محلا له ، كثيرة متنوعة [2] . منها أعمال سبق أن جعلها المشرع ، بشروط معينة ، مضموناً للقيود القانونية التى أوردها على حق الملكية ، فيعمد الأفراد بإرادتهم ، وخارج هذه الشروط إلى جعلها مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية . ومنها أعمال لا شأن لها بمضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، ولكن الأفراد يختارونها ليجعلوها هى أيضاً مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية. ونستعرض كلا من هاتين الطائفتين من الأعمال .

٥٦٩ – تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق ارتفاق إرادية : وقد سبق أن بسطنا ، عند الكلام فى حق الملكية فى الجزء الثامن من الوسيط ، القيود القانونية التى ترد على حق الملكية للمصلحة الخاصة ، وقسمناها إلى حالات ترجع إلى الرأى والصرف من شرب ومجرى ومسيل ، وحالات ترجع إلى التلاصق فى الجوار وتتعلق بوضوع الحدود وحق المرور والمطلات [3] . وقررنا أن التكييف الصحيح لهذه الحالات هى أنها قيود قانونية ترد على حق الملكية ، وليست حقوق ارتفاق حقيقية . فحق الارتفاق الحقيقى هو خروج عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية ، فى حين أن هذه القيود القانونية ليست خروجاً عن التنظيم العام المألوف ، بل هى ذاتها التنظيم العام المألوف لحق الملكية [4] .

ولكن هذه القيود القانونية قد تتحول إلى حقوق ارتفاق حقيقية ، إذا هى خرجت عن التنظيم العام المألوف لحق الملكية . ويكون ذلك بألا تتوافر الشروط التى يتطلبها القانون لفرض هذه القيود ، وبالرغم من ذلك يفرضها الأفراد بارادتهم ، فيخرجون بها عن التنظيم العام المألوف الذى فرضه القانون وجعل له شروطاً لم يراع الأفراد توافرها . ومن أجل ذلك قلنا إن هذه القيود تتحول من قيود قانونية توافرت فيها شروط التنظيم العام المألوف الذى

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ .

(٢) وللأفراد أن يختاروا ما يشاءون منها ، فى حدود القانون والنظام العام والآداب ، فيجعلوها مضموناً أو محلا لحقوق ارتفاق إرادية (أنظر م ٦٨٦ مدنى فرنسى) .

(٣) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٤١ – فقرة ٤٨٢ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٥٧ – وانظر الوسيط ٨ فقرة ٣٩٣ .

وضعه القانون لحق الملكية ، إلى حقوق ارتفاق حقيقية تخرج على هذا التنظيم العام المألوف إذ هى لم تتوافر فيها شروطه . ونستعرض هذه القيود القانونية قيداً قيداً ، لنرى كيف تتحول على هذا النحو من قيود قانونية إلى حقوق ارتفاق حقيقية . فنلم إلماماً سريعاً ، بهذا القصد، بقيود الشرب والمجرى والمسيل ووضع الحدود والمرور والمطل .

أما الشرب ، فحتى يكون قيداً يرد على ملكية صاحب المسقاة وليس بحق ارتفاق، يجب أن يكون صاحب المسقاة قد استوفى حاجته منها لرى أرضه رياً كافياً وفاضت منها مياه بعد ذلك ، وأن تكون أرض الجار مجاورة لأرض صاحب المسقاة ، وأن يكون الجار فى حاجة إل رى أرضه [1] . ويمكن تحويل هذا القيد إلى حق ارتفاق إذا اختل شرط من هذه الشروط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار الحق بحكم القانون فى أن يأخذ ما فاض من مياه المسقاة لرى أرضه . إذ يجوز عندئذ للجار أن يتفق مع صاحب المسقاة فى أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من هذه المسقاة ، بمقابل أو بغير مقابل بحسب ما يتفقان عليه . فإذا كان أرض الجار غير ملاصقة لأرض المسقاة ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة. ومع ذلك إذا اتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من المسقاة، كان هذا الاتفاق وهو تصرف قانونى منشئاً لحق ارتفاق إرادى ، وهو حق ارتفاق حقيقى وليس قيداً قانونياً كما يكون الأمر لو أن شرط التلاصق فى الجوار قد توافر . وبذلك يتحول القيد القانونى بالشرب إلى حق ارتفاق بالشرب ، مصدره التصرف القانونى (الاتفاق) لا القانون . ويكون مضمون حق الارتفاق بالشرب هنا ه نفس مضمون القيد القانونى بالشرب، أو يكون أوسع أو أضيق بحسب ما يحدده الاتفاق . وكذلك الحال لو أن المسقاة لا يفيض منها مياه بعد أن يروى صاحبها أرضه منها رياً كافياً ، فلا يكون للجار الحق بحكم القانون أن يأخذ شيئاً من مياه المسقاة . ومع ذلك يتفق الجار مع صاحب المسقاة على أن يكون له حق ارتفاق بالشرب من المسقاة ، ويكون صاحب المسقاة فى هذا الفرض قد اكتفى برى أرضه رياً جزئياً أو حفر بئر إرتوازياً ليستكمل ريه أو اتخذ غير ذلك من التدابير حتى يتمكن من أن يرتب حق ارتفاق بالشرب على مسقاته لمصلحة جاره .

وأما المجرى والمسيل ، فحتى يكونا قيدين على ملكية مالك الأرض وليسا بحقى ارتفاق، يجب أن يكون الجار الذى يطلبهما من مالك الأرض فى حاجة إلى رى أرضه عن طريق المجرى أو إلى صرف مياهه عن طريق الصرف [2] . ويمكن تحويل هذين القيدين إلى حقى ارتفاق إذا اختل هذا الشرط ، واستتبع ذلك ألا يكون للجار بحكم القانون أن يحصل فى

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٤٤ – فقرة ٤٤٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٢ .

أرض جاره على مجرى أو مصرف . فإذا كان الجار لديه وسيلة أخرى للرى كأن كان يستطيع رى أرضه رياً كافياً عن طريق آبار إرتوازية ، أو كانت لديه وسيلة أخرى للرصف كأن كان يستطيع أن يرصف المياه من طريق اخر ولو كان بعيداً ، لم يعد له عند ذلك أن يطلب حق المجرى أو حق المسيل فى أرض جاره ، ولكنه يستطيع مع ذلك أن يتفق مع مالك الأرض، بمقابل أو بغير مقابل، على أن يكون له فى الأرض حق ارتفاق بالمجرى أو حق ارتفاق بالمسيل . وبذلك يتحول القيد القانونى بالمجرى إلى حق ارتفاق بالمجرى، والقيد القانونى بالمسيل إلى حق ارتفاق بالمسيل ، ومصدر كل من هذين الحقين الاتفاق لا القانون .

وأما وضع الحدود فهو قيد على حق الملكية ، إذ أن كل مالك من المالكين المتلاصقين يجبر على المساهمة فى وضع الحدود ، فتتقيد بذلك حريته فى ملكه بعد أن كان حراً فى تحديد هذا الملك أو عدم تحديده [1] . وكل ما يستطيع المالك أن يطالب به جاره الملاصق بموجب هذا القيد القانونى ، هو أن يشاركه فى إقامة حدود ثابتة بين أرضيهما . فإذا زاد على ذلك ، وطلب من جاره مثلا تحويط أرضه بسلك أو بسور أو بسياج أو بنحو ذلك، لم يجبر الجار على هذا التحويط (م ١/٨١٨ مدنى) [2] . ومع ذلك إذا اتفق الجاران على أن يكون لكل منهما حق ارتفاق على أرض الآخر ، بأن يشتركا فى تحويط أرضيهما دون الاقتصار على وضع حدود ثابتة بينهما ، فيأمنا بذلك فضول الناس وعبث العابثين وسطو اللصوص ، كان هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاق إرادى . وبذلك يتحول القيد القانونى بوضع الحدود الى حق ارتفاق بالتحويط ويكون مصدر حق الارتفاق بالتحويط هو الاتفاق لا القانون، ومضمونه تحويط المالكين لا الاقتصار على وضع الحدود فيما بينهما .

وأما المرور ، فحتى يكون قيداً قانونياً على أرض الجار ، يجب أن تكون أرض المالك المجاور محبوسة عن الطريق العام ، ولا منفذ لها إلا بالمرور من أرض الجار[3] . فإذا فرض أن المالك المجاور قد حصل على حق المرور من أرض الجار ، ثم انفك حبس أرضه ، بأن استحدث مثلا طريق عام بجوارها أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة لها منفذ إلى الطريق العام فانفك بهذا المنفذ حبس أرضه الأولى ، فان حق المرور يفقد السبب فى بقائه ومن ثم يزول . ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق ، بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة . وهذا القيد منوط بانحباس الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور ، فإذا انفك الحبس لم يعد للقيد مبرر ، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه. فإذا طالب هذا الأخير بانهاء حق المرور كان له ذلك ، بعد أن أصبح للأرض التى

---

(١) الوسيط ٨ فقرة ٤٥٦ – فقرة ٤٦٣ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٤ وفقرة ٦٠٩ – فقرة ٦١٠ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٤٦٦ .

كانت محبوسة ممر آخر يؤدى إلى الطريق العام . وإذا رضى ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور ، كان له ذلك أيضاً ، ولكن حق المرور فى هذه الحالة ينقلب من قيد قانونى مصدره القانون إلى حق ارتفاق حقيقى مصدره الاتفاق [1] . كذلك ينقلب القيد القانونى إلى يحق ارتفاق حقيقى إذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد اتفق مع الجار على أن يمر فى موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً ، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر ، أو كانت الأرض غير محبوسة ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور فى أرضه لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر .

وأما المطل ، فإنه إذا كان مطلا مواجها وجب ألا يفتح على مسافة تقل عن متر من حدود ملك الجار ، وإذا كان مطلا منحرفاً قلت المسافة فأصبحت نصف متر بدلا من متر[2] . فإذا استوفى المطل حدود هذه المسافة ، لم يعتبر ، مواجها كان أو منحرفاً ، حق ارتفاق على العقار المجاور ، بل هو قيد من قيود الملكية لمصلحة العقار المجاور . وينقلب هذه القيد إلى حق ارتفاق ، إذا اتفق صاحب المطل مع صاحب العقار المجاور على فتح المطل على مسافة أقل من المسافة القانونية ، فيفتح المطل المواجه على مسافة أقل من متر ، أو المطل المنحرف على مسافة أقل من نصف متر . وفى هذه الحالة يتم الانقلاب من وجهين : يتحول القيد القانونى ومصدره القانونى إلى حق ارتفاق حقيقى ومصدره الاتفاق ، ثم إن القيد القانونى الذى كان مقرراً لمصلحة العقار المجاور ينقلب إلى حق ارتفاق على هذا العقار لا لمصلحته . وإذا تم لصاحب المطل كسب حق الارتفاق بالمطل على هذا الوجه . فليس لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن المطل المفتوح بمسافة متر أو نصف متر بحسب ما يكون المطل مواجها أو منحرفاً ، وذلك حتى يسلم للمطل مسافته القانونية . فإذا التزم صاحب العقار المجاور ترك المسافة القانونية من حد المطل وأقام بناء ، فليس صاحب المطل أن يطالب بهدم البناء ، لأنه لم يكسب إلا حق ارتفاق بالمطل وقد سلم له مطله بمسافته القانونية، دون أن يكسب حق ارتفاق بعدم البناء ، وإذا أقام صاحب العقار المجاور حائطاً فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية ، فانه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا بشرط أن يراعى هو أيضا المسافة القانونية . فإذا كان المطل الأول مفتوحاً فى حائط مقام على الخط الفاصل، كان لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً يبعد عن المطل أى عن الخط الفاصل بمسافة متر، وله فى هذه الحالة أن يفتح مطلا مواجهاً فى حائطه لأن هذا المطل يكون فى هذه الحالة مفتوحاً فى حدود المسافة القانونية فهو يبعد عن الخط الفاصل بمسافة متر [3] .

---

(١) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٧ .

(٢) الوسيط ٨ فقرة ٤٧٥ .

(٣) أنظر فى ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ .

٥٧٠ - اختيار أعمال أخرى غير داخلة فى القيود القانونية الواردة على حق الملكية محلا لحقوق ارتفاق ارادية : وفيما قدمناه بيان بأهم الأعمال التى تصح أن تكون مضموناً لحقوق ارتفاق إرادية ، استعيرت من مضمون القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن حولنا هذه القيود القانونية إلى حقوق ارتفاق إرادية على الوجه الذى بسطناه فيما تقدم . ولكن حقوق الارتفاق الإرادية لا تتقيد ، كما تتقيد القيود القانونية الواردة على حق الملكية، بمضمون معين . بل إن الإرادة حرة تختار ما تشاء من الأعمال مضموناً لحقوق الارتفاق الإرادية ، فى حدود القانون والنظام العام والآداب . ولذلك جاز للأفراد أن يتفقوا على حقوق ارتفاق يكون مضمونها أعمالا غير الأعمال التى سردناها فيما تقدم . ونذكر على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر ، بعض حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها عن طريق التصرف القانونى، فتنشئتها الإرادة ، عقدا كانت أو وصية .

فهناك حقوق ارتفاق إيجابية . ومن أمثلتها حق الارتفاق باغتراف المياه (puisage) ، وحق الارتفاق برعى المواشى (pacage) ، وحق الارتفاق باستخراج الأحجار والمعادن والمواد الأخرى (extraction de matériaux) ، وحق الارتفاق بمسيل مياه المطر والمياه المنزلية (égout des equx pluviales et des eaux menagères) ، وحق الارتفاق بالقاء القمامة (jeter des immondices) ، وحق الارتفاق بالاحتطاب (prende des bios nécessires au chauffage) ، وحق الارتفاق بوضع عوارض من الخشب على الحائط الفاصل (plaeer des poutrs et des solives dans le mur du voisin) ، وحق الارتفاق باختراق عقار الجار لإصلاح منزل أو حائط ملاصق (tour d'éehelle_) وغير ذلك من حقوق الارتفاق [1] .

وهناك حقوق ارتفاق سلبية . ومن أمثلتها حق الارتفاق بعدم البناء (aedificandi) ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين (non altius tollendi) ، وحق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من مساحة رقعة معينة (م ١٠١٨ مدنى) ، وحق الارتفاق بالرؤية (prospect) وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية (non fodiendi) ، وحق الارتفاق بعدم مسئولية مستغل المنجم (concessionnaire d'unemine) عن الأضرار التى تنجم عن استغلاله وتصيب سطح الأرض .

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٥٦٩ .

(٢) ومن ذلك تحميل منزل المالك أو جداره على منزل الجار أو جداره : servitude d'appui oneris ferendi وحق الشفة abreuvage ، والحق فى توصيل حيوانا عقار إل عين أو غدير أو مستنقع مملوك لآخر لتشرب منها ويشتمل هذا حق المرعى pacage et pâturage أنظر فى ذلك محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٣ وفقرة ٤٦٧ وفقرة ٤٦٨ .

وهذا كله إلى جانب حقوق الارتفاق المنتزعة من القيود القانونية الواردة على حق الملكية بعد أن تحولت هذه القيود إلى حقوق ارتفاق حقيقية : حق الارتفاق بالشرب، وحق الارتفاق بالمجرى ، وحق الارتفاق بالمسيل ، وحق الارتفاق بوضع الحدود ، وحق الارتفاق بالمرور ، وحق الارتفاق بالمطل [1].

٥٧١ – قيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانوني في أثناء حق الارتفاق : ومهما يكن من تنوع حقوق الارتفاق الإرادية ، فإن هناك حدوداً يقف عندها التصرف القانوني في إنشاء حق الارتفاق . فإلى جانب القيد الرئيسي العام ، وهو ما اسلفناه من وجوب أن يكون مضمون حق الارتفاق الإرادى مشروعاً أى غير مخالف للقانون ولا النظام العام ولا الآداب ، هناك قيدان أساسيان آخران خاصان بحق الارتفاق تجب إضافتهما إلى هذا القيد الرئيسي العام . وهذان القيدان يمكن استخلاصهما من نفس تعريف حق الارتفاق كما ورد في المادة ١٠١٥ مدني ، فقد رأينا [2] هذا النص يقول : «الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر» . فهناك إذن قيدان أساسيان يتقيد بهما حق الارتفاق بوجه عام ، أيا كان سبب كسب هذا الحق ، وسواء كان هذا السبب هو التصرف القانوني أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم . وهذان القيدان هما : (أولا) يجب أن يكون حق الارتفاق بحيث يحد من منفعة عقار ، فيجب إذن أن يتقرر هذا الحق على عقار، لا أن يفرض على شخص . (ثانياً) ويجب أن يقرر حق الارتفاق لفائدة عقار غير العقار الأول يملكه شخص آخر ، فيجب إذن أن يتقرر هذا الحق لفائدة عقار ، لا لفائدة شخص [3] .

---

(١) أنظر بياناً مستوف بحقوق الارتفاق المتنوعة في بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠ ص ٩١٧ هامش ١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٤٩ .

(٣) وقد كانت حقوق الارتفاق ، في العهد الإقطاعي في فرنسا ، لا تقتصر على أن تكون حقوقاً عينية تفرض على عقار لمصلحة عقار آخر ، بل كانت تجاوز العقار إلى الشخص، فتفرض التزامات شخصية في ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق، وكانت بذلك تجعل ملاك العقارات المرتفق بها طبقة اجتماعية تخضع لسيادة طبقة اجتماعية أخرى هي طائفة ملاك العقارات المرتفقة . وقد هدمت الثورة الفرنسية كل هذه الفروق الطبقية ومحت ما كان عهد الإقطاع قد خلفه من سيادة أرض على أرض ، وهي سيادة تتضمن سيادة طبقة على طبقة . وانتقل إلى التقنين المدني الفرنسي ما قامت به الثورة الفرنسية في هذا السبيل ، فأضاف إلى كلمة servitudes التي كان عهد الإقطاع يقتصر عليها رمزاً لخضوع أرض لسيادة أرض أخرى ، عبارة services fonciers حتى يمحو هذا الرمز ، ونص صراحة في المادة ٦٣٨ منه على أن «حق الارتفاق لا يتضمن البتة استعلاء préeminence عقار على عقار آخر» (انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٠).

وقد بلغ الأمر ، في عهد الإقطاع ، في جعل الارتفاق يتضمن خدمات شخصية ، إلى حد جعل هذا الحق يفرض على صاحب العقار المرتفق به أن يقلب مياه مستنقع حتى يمنع الضفادع من إقلاق نوم السيد المجاور (أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٧ ص ٨١١).

فحق الارتفاق إذن يترتب على عقار لا على شخص ، وينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . هذان هما القيدان الأساسيان اللذان نتولى الآن بحثهما ، وقد وردا صراحة فى المادة ٦٨٦ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ تقول عن التكاليف التى يقررها حق الارتفاق أنها «يجب ألا تكون مفروضة على شخص ولا لمصلحة شخص ، بل يجب أن تفرض على عقار ولمصلحة عقار» (١) .

٥٧٢ – القيد الأول – حق الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص – نص قانونى : فلا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق التزاماً شخصياً يترتب فى ذمة مالك العقار المرتفق به لمصلحة مالك العقار المرتفق ، بل يجب أن يكون هذا المضمون تكليفا عينياً يترتب على العقار المرتفق به، ولا يترتب في ذمة مالكه . ذلك بأن حق الارتفاق إنما هو حق عينى متفرع عن حق الملكية ، فيجب أن يكون جزءاً من حق الملكية يجعل لمالك العقار المرتفق أن يباشر بعض سلطات الملكية على العقار المرتفق به . فحق الارتفاق ، كحق الملكية وكل حق عينى آخر ، سلطة مباشرة يستعملها صاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ذاته دون وساطة مالك العقار ، فلا يترتب فى ذمة هذا المالك أى التزام شخص نحو صاحب حق الارتفاق (٢)(1) . وإذا التزم مالك العقار المرتفق به نحو مالك العقار المرتفق بالتزام شخصى، فإنما يكون ذلك لا بموجب حق الارتفاق ، بل يكون أجنبيا عن هذا الحق ، وبناء على مصدر من مصادر الالتزام ، ولا يلتزم مالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة باعتباره مالكاً لهذا العقار ، بل بصفته الشخصية . ولا ينتقل التزامه إلى من يخلفه فى ملكية العقار المرتفق

---

(١) وهذه عبارة المادة ٦٨٦ مدنى فرنسى الأصلية "prourvu néamoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveus de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds".

وانظر المادة ١/٩٨٧ مدنى سورى ، والمادة ١/٨٤ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٢) فصاحب حق الارتفاق بالمرور مثلا يباشر هذا الحق على أرض الجار مباشرة ، ويمر فيها، دون أن يلتزم الجار نحوه بأى التزام شخصى servitus non in faciendo consistit فلا يطلب من الجار أن يعينه على حق المرور ، أو أن يقوم بأى عمل لتمكينه من ذلك ، وكل ما يطلب من الجار هو ألا يضع أمامه عائقاً يحول بينه وبين المرور . ذلك بأن الجار يجب عليه احترام حق الارتفاق العينى ، شأنه فى ذلك شأن أى شخص آخر، إذ يجب على الناس كافة احترام الحقوق العينية عندما يستعملها أصحابها . أنظر أيضا بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ .

(1) مفاد الفقرة الأولى من المادة ١٠١٥ من القانون المدنى أن مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقرر لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية فيكون حقا شخصيا .

(جلسة ٢٠٠١/٧/١١ الطعن رقم ٤٣٥٣ لسنة ٦٣) .

به، بل ينتقل مع تركته إلى ورثته الشخصيين [1]. ولا يجوز أن يكون هذا الالتزام الشخصى مؤبداً ، فإن الالتزامات الشخصية لا تتأبد ، وهذا دليل آخر على ألا علاقة لهذا الالتزام بحق الارتفاق فإن حق الارتفاق يصح أن يكون مؤبداً [2].

وعلى ذلك لا يجوز أن يكون مضمون حق الارتفاق هو التزام مالك العقار المرتفق به التزاماً شخصياً بخدمة العقار المرتفق ، على أساس أن هذا الالتزام الشخصى ينتقل إلى كل مالك للعقار المرتفق به ، فلا يجوز مثلا أن يكون هذا المضمون التزام مالك الأرض المرتفق بها بحرث الأرض المرتفقه ، أو بتسميدها ، أو بجنى محصولاتها ، أو بتسويق هذه المحصولات، أو بتنقية الدودة والآفات الزراعية الأخرى ، أو نحو ذلك من الالتزامات الشخصية التى وإن أفادت الأرض المرتفقة ، إلا أنها التزامات تترتب فى ذمة شخص ، لا تكاليف تتقرر على عقار [3].

والذى يجوز هو أن يلتزم صاحب العقار المرتفق به بالقيام بعمل ثانوى لا يكون هو أصل مضمون الارتفاق ، بل يكون عملا إضافياً (accessoire) تابعاً له ويقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٢١ مدنى إذ تقول : «لا يلتزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل لمصلحة العقار المرتفق ، إلا أن يكون عملا إضافياً يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف ، ما لم يشترط غير ذلك»[4] . فيجوز

---

(١) فلو انتقلت ملكية العقار إلى شخص آخر ، فإن الالتزام لا ينتقل معه إلا فى الحدود التى قررها القانون لانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص . وفى خارج هذه الحدود يبقى الالتزام فى ذمته الشخصية ولا ينتقل مع العقار ، ويبقى بعد موته فى تركته كما سبق القول .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٩ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤١ ص ٩١٨ .

(٤) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٢٨٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «ولا يجوز أن يلزم مالك العقار المرتفق أن يقوم بأى عمل ، إلا أن عملا إضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف» . وفى لجنة المراجعة استبدلت عبارة «لا يلزم» بعبارة «ولا يجوز أن يلزم» ، وأضيفت عبارة «ما لم يشترط غير ذلك، وأصبح النص رقم ١١٠٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٢ . وفى لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة «لمصلحة العقار المرتفق» بعد عبارة «لا يلزم العقار المرتفق به أن يقوم بأى عمل» ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقم ١٠٢٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٦ – ص ٦٣٨) .

ويلاحظ فى شأن هذا النص ما يأتى : (١) أضافت لجنة المراجعة إليه عبارة «ما لم يشترط غير ذلك» دون أن تذكر سبب هذه الإضافة . وليس للإضافة معنى ، فإن المفروض أن العمل الإضافى الذى يلزم به مالك العقار المرتفق به إنما يلزم به بموجب شرط خاص ، لا أن يلزم به بموجب القانون «ما لم يشترط غير ذلك» . (٢) فصلت لجنة المراجعة النص من مكانه حيث كان فقرة ثانية للمادة ١٢٨٦ من =

يلتزم مالك العقار المرتفق به بأن يتعهد بصيانة الطريق الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمرور، أو بتطهير المصرف الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالمسيل ، أو بصيانة المرورى أو ممر المياه الذى يستعمل فيه حق الارتفاق بالشرب أو حق الارتفاق بالمجرى ، أو يكسر الأحجار أو المواد الأخرى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستخراج الأحجار وغيرها من المواد ، أو بإعداد التيار الكهربائى فى المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق باستمداد الكهرباء [1] . وينتقل هذا الالتزام من ذمة ماك العقار المرتفق به إلى ذمة كل من يخلفه على ملكية هذا العقار [2] . ويلاحظ فى شأن هذا الالتزام أمور ثلاثة : (١) أنه التزام بقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف . (٢) وأن محله ليس هو المضمون الأصلى للارتفاق ، بل هو عمل إضافى تابع لهذا المضمون الأصلى . (٣) وأنه التزام عينى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص منه بالتخلى (abandon) عن هذا العقار [3] .

٥٧٣ – القيد الثانى – حق الارتفاق ينشأ لفائدة لا لفائدة شخص : وكما يجب أن يترتب حق الارتفاق على عقار لا على شخص ، كذلك يجب أن ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص . والمقصود بانشاء حق الارتفاق لفائدة عقار أن يكون هناك ارتباط وثيق بين مضمون

= المشروع التمهيدى وهو المكان المناسب ، إلى مكان أقل مناسبة ، دون أن تذكر السبب فى ذلك . هذا والنص مأخوذ من المادة ١٨٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولم ترد فيها عبارة «ما لم يشترط غير ذلك» (مشروع تنقيح القانون المدنى – المذكرة الإيضاحية جزء ٤ ص ١٣١) . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص : «أما صاحب العقار المرتفق به فلا يلتزم شخصياً بشىء، إلا أن يكون عملا إضافياً يقتضيه استعمال حق الارتفاق على الوجه المألوف ، كاصلاح حق المرور ، وله على كل حال أن يتخلص من هذا الالتزام بتخليه عن ملكية الجزء المرتفق به (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى لا مقابل.

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ – مازو فقرة ١٧٢٢ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ .

(٣) أنظر ما ورد فى الالتزام العينى فى شأن هذا الالتزام : الوسيط ٨ فقرة ١٠٠ . وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٢ ص ٩٢٠ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٧٤ .

الارتفاق وبين الأغراض التى أعد لها العقار ، بحيث يكون من شأن حق الارتفاق أن يزيد فى فائدة العقار أو فى تجميله ، فتكون هناك علاقة rapport de nature بين حق الارتفاق وبين العقار . فإذا لم يوجد هذا الاتصال الوثيق، بل كان التكليف المقرر على العقار المرتفق به إنما قصد به تقديم فائدة شخصية لمالك العقار المرتفق لا صلة لها بهذا العقار الأخير ، لم يجز أن يكون هذا التكليف حق ارتفاق [1] . فإذا كان لمالك العقار الحق فى التنزه فى حديقة جاره وفى قطف الثمار والزهور منها ، فهذا الحق لا صلة له بعقار المالك ، وقد تقرر لفائدة شخص المالك دون عقاره ، بل قد تقرر لفائدته الشخصية حتى لو لم يكن مالكاً لأى عقار . فالحق حق انتفاع أو حق استعمال وليس بحق ارتفاق [2] . أما إذا كان لمالك العقار الحق فى أخذ سباخ وأتربة من أرض جاره لتسميد أرضه ولتسويتها ، فإن هذا الحق متصل اتصالا وثيقاً بعقار المالك وقد تقرر لفائدة هذا العقار دون شخص المالك ، فهو إذن حق ارتفاق لا حق انتفاع .

وقس على ذلك ما إذا تقرر الحق للمالك فى استعمال الملاعب الرياضية المنشأة فى أرض جاره ، أو فى الاستحمام فى بركة السباحة المنشأة فى حديقة الجار ، فإن هذا الحق لا صلة له بأرض المالك وقد تقرر لفائدة المالك شخصياً ، فهو إذن حق استعمال لاحق ارتفاق . أما إذا تقرر حق المالك منزل فى أن يحتطب فى أرض جاره ليجلب منها الأخشاب اللازمة لتدفئة المنزل ، أو فى أن يغترف من أرض جاره المياه اللازمة للحاجات المنزلية من شرب وغسيل ونحو ذلك ، أو فى أن يستمد من أرض جاره الكهرباء اللازمة لإنارة المنزل ، فهذه التكاليف كلها لها صلة وثيقة بالمنزل وقد تقررت لفائدة المنزل ذاته بقطع النظر عمن يسكنه ، فهى إذن حقوق ارتفاق [3] .

٥٧٤ – تطبيقات مختلفة – حالات يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار وأخرى يعتبر فيها منشأ لفائدة شخص : ومن الحالات التى يعتبر فيها الحق منشأ لفائدة عقار ، ومن ثم يكون هناك حق ارتفاق ، أن يقسم المالك أرضه ليبيعها قطعاً بعد أن ينشئ بينها شوارع وميادين يتعهد بإنارتها وصيانتها وكنسها ، ويدرج فى قائمة الشروط أن يكون للمشترين لهذه

---

(١) وكان الرومان يميزون حق الارتفاق عن حق الانتفاع على هذا الأساس . فإذا كان التكليف قد تقرر لمالك العقار المرتفق بصفته مالكا لهذا العقار ، وكان متصلا اتصالا وثيقا بالعقار ويزيد فى فائدته ، فالحق حق ارتفاق . أما إذا كان التكليف قد تقرر لمالك العقار المرتفق لا بصفته مالكاً لهذا العقار بل بصفته الشخصية ، وكان يفيد شخص المالك دون اعتبار لأنه يملك العقار إذ لا صلة بين العقار والتكليف فالحق حق انتفاع . أنظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٤ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٦٤ ص ٨٠٦ .

(٣) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٥ .

القطع الحق فى استعمال هذه الشوارع والميادين للمرور على أن يدفع كل منهم مبلغاً سنوياً يتناسب مع اتساع قطعته وثمنها . ففى هذه الحالة يكون لمشترى القطعة حق ارتفاق بالمرور فى الشوارع والميادين ، وعليه أن يدفع المبلغ الذى يخصه فى نظير صيانة هذه الشوارع والميادين وإنارتها وكنسها [١] . وكذلك إذا تعهد البائع فى عقد بيع قطعة الأرض بألا يبيع القطع الأخرى لمصانع أو لمن يتجرون فى سلع معينة حتى يتيسر بذلك أنشاء حى «بورجوازى» للسكنى ، ففى هذه الحالة يكون لمالك كل قطعة حق ارتفاق على القطع الأخرى – بألا تستعمل هذه القطع لإقامة مصانع أو للإتجار فى هذه السلع [٢] . وإذا تعهد مالك منزل مجاور لمكان معد للعبادة بألا يقيم حفلات راقصة فى منزله ، أمكن اعتبار أن هناك حق ارتفاق لفائدة المكان المعد للعبادة على المنزل المجاور [٣] . وإذا اتفق مستغل المنجم مع من يشترى منه السطح على ألا يكون الأول مسئولا عن الأضرار التى تصيب السطح من جراء استغلال المنجم ، جاز أن يكن هذا الاتفاق منشئاً لحق ارتفاق على السطح لفائدة المنجم [٤] .

وإذا أقيم مصنع فى أرض أعدت خصيصاً للمصنع بحيث لا يمكن فصل المصنع عن الأرض، أو كان المصنع قد أقيم على الأرض لاستغلال ما فى جوفها من مواد ومعادن ، فان المصنع والأرض يصبحان عقاراً غير قابل للتجزئة ، وما يشترط لفائدة المصنع يعتبر مشترطاً لفائدة الأرض . ومن ثم حق ارتفاق مقررا لمصلحة الأرض ما عسى أن يحصل عليه المصنع من مالك أرض مجاورة من تعهد بامداد المصنع بمواد مستخرجة من هذه الأرض المجاورة ، كأتربة تمد مصنعاً للطوب أو للفخار أو للصينى ، أو فحم يمد مصنعاً للزجاج ، أو تيار كهربائى يستمده المصنع من مسقط للمياه مجاور له [٥] . ولكن لا يعتبر حق ارتفاق أن يشترط صاحب المصنع ، وهو يبيع عقاراً مجاوراً لمصنعه . على مشترى هذا العقار ألا يقيم به مصنعا مماثلا لمصنعه ومزاحماً إياه ، فان شرط عدم المزاحمة إنما تقرر لمصلحة

---

(١) نقض فرنسى ٥ فبراير سنة ١٩٣٤ جازيت دى باليه ١٩٣٤ – ١ – ٧٢٤ – ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٨ – جازيت دى باليه ١٩٣٨ – ٢ – ٨٣٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت دى باليه ١٩٣٣ – ٢ – ٤٢– باريس ٦ يونيه سنة ١٩٣٠ جازيت دى تريبنو ١٩٣٠ – ٢ – ١٩١ – وقارن نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٤١٩ – ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٨ – ١ – ٦٥ .

(٣) رويه ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ – ٢ – ١٣٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٠ – ١ – ٢٤١ – رويه ١٤ ديسمبر سة ١٩٣٦ جازيت باليه ١٩٣٧ – ١ – ٤١١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٤٢ وفقرة ٩٤٥ ص ٩٢٣ .

(٥) بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٤ .

المصنع الاستغلالية لا لفائدة الأرض التى أقيم عليها المصنع [1].

ولا يعتبر حق ارتفاق أن يتفق مالك منزل مع مالك أرض على أن يكون لمالك المنزل حق الصيد أو القنص فى الأرض ، إن هذا الحق قد تقرر لمالك المنزل شخصياً ولا صلة له بالمنزل. ومثل مالك المنزل فى الحصول على حق الصيد والقنص فى أرض الغير مثل المالك الذى يحصل على حق استعمال الملاعب الرياضية أو بركة السباحة الموجودة فى أرض الغير ، أو على حق التنزه أو قطف الثمار والزهور فى حديقة الغير ، كل هؤلاء لا يتقرر لعقاراتهم حق ارتفاق ، وإنما يتقرر لهم شخصياً حق انتفاع أو حق استعمال ، وقد يقتصر الانتفاع أو الاستعمال على مجرد حق شخصى (créance) يحصلون عليه عن طريق الإيجار ، وكان يمكن لأى منهم أن يحصل على حق الصيد والقنص دون أن يكون مالكاً لأى عقار [2].

ونرى مما تقدم أن تكليفاً مقرراً على عقار قد يكون حق ارتفاق ، إذا كان هذا التكليف قد تقرر لفائدة عقار آخر لا لفائدة شخصية تعود على مالك هذا العقار . وقد يكون التكليف حق انتفاع ، إذ كان قد تقرر لفائدة الشخص لا لفائدة العقار ، بعقد منشئ للحقوق العينية . وقد يكون التكليف مجرد حق شخصى (créance) ، إذا كان قد تقرر لفائدة الشخص لا لفائدة العقار ، بعقد لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية كعقد الإيجار . فإذا كان التكليف حق ارتفاق ، فإن صاحب هذا الحق يجب أن يكون مالكاً لعقار هو العقار المرتفق ، ويصح أن يكون لحق أبدياً ، وينتقل إلى كل من يملك العقار المرتفق سواء كان خلفاً عاماً أو كان خلفاً خاصاً . وإذا كان التكليف حق انتفاع ، فلا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكاً لعقار، ولا يكون الحق أبديا بل يجب أن ينهى حتماً بموت صاحبه ، ولا ينتقل إلا إلى خلف خاص. وإذا كان التكليف حقاً شخصياً ، فإنه يشترك مع حق الانتفاع فى أنه لا يشترط أن يكون صاحب الحق مالكاً لعقار ، ولا يكون الحق أبدياً ، ولكنه يختلف عنه فى أنه لا ينتهى حتماً بموت صاحبه بل يبقى فى التركة . ويختلف الحق الشخصى عن كل من حق الارتفاق وحق الانتفاع فى أن المدين بالحق الشخصى قد يكون ملتزماً التزاماً أصلياً بعمل إيجابى ، أما مالك العقار المرتفق به أو مالك الرقبة فلا يجوز أن يلتزم التزاماً أصلياً بعمل إيجابى [3].

---

(١) أنظر فى شرط عدم المزاحمة بودرى وشفو فقرة ١٠٧٦ ص ٨٠٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٦ .

(٢) أنظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٧٤ ص ٨٠٨ – مارتى ورينو فقرة ١٤٠ ص ١٦٠ وقارن بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٨ .

(٣) أنظر فى ذلك بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤٩ ، وانظر بودرى وشوفو فقرة ١٠٦ ص ٨١٠.

٥٧٥ – تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار – قيود البناء – نص قانونى : تنص المادة ١٠١٨ مدنى على ما يأتى :

«١ – إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فان هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره» .

«٢ – وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» [(١)] .

وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى القضاء فى عهد التقنين المدنى السابق فى تكييف الطبيعة القانونية لقيود البناء ، وهى قيود ألفت الحكومة وشركات الأراضى ، عندما

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: «إذا فرضت قيود معينة على حق مالك العقار فى أن يبنى كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى أن يرتفع بالبناء أو أن يمد فيه ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة ، هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره. وكل ضرر ينشأ عن مخالفة هذه القيود تجوز باصلاحه عيناً ، إلا إذا تبين أن الحكم بالتعويض جزاء عادل فيه الكفاية» . ووافقت لجنة المراجعة على النص بفقرتيه تحت رقم ١١٠٢ فى المشروع النهائى ، بعد تعديل الفقرة الأولى على الوجه الآتى : «إذا فرضت قيود معينة من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة . هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضى بغيره» . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ١٠٩٩ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استبدلت فى الفقرة الأولى بكلمة «المجاورة» عبارة «التى فرضت لمصلحتها هذه القيود» ، حتى لا يقتصر الأمر على مجرد الجوار وإنما يتناول العقارات التى تقع فى الحى الذى فرضت هذه القيود لمصلحته من حيث التنسيق أو الأوضاع الصحية وما إليها . أما الفقرة الثانية فقد عدلت على الوجه الآتى لأظهار الغرض منها : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . وقد أصبح النص ، بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ١٠١٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٠ – ص ٦٣٣) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٤ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

تجزئ هذه وتلك أراضيها إلى قطع لتبيعها للجمهور ، أن تدرجها ضمن شروط البيع . وتقصد بها أن تنشئ أحياء سكنية على قدر من التنسيق والنظام ومراعاة الشروط الصحية، بحيث يكون السكن فيها مرغوبا فيه . وهذا دون شك قصد محمود ، يحقق مصلحة الجميع. يحقق مصلحة بائع هذه الأراضى ، إذ أن هذه الشروط يكون من شأنها تصقيع الأراضى وارتفاع ثمنها . ويحقق مصلحة المشترين ، إذ يستطيع كل مشتر أن يطمئن إلى أن غيره من المشترين سيتقيد بما يتقيد به هو عندما يبنى أرضه ، فينشأ بسبب ذلك حى صحى متسق يرتاح للإقامة فيه . ويحقق المصلحة العامة ، إذ أن إنشاء هذه الأحياء السكنية الصحية المنسقة على هذا الوجه من شأنه تجميل المدينة التي يوجد فيها هذه الأحياء ، وتوفير المساكن الصالحة لعدد كبير من السكان [1]. ومن أمثلة هذه الشروط ما ألفت الحكومة إدراجه فى عقود بيعها لأراضيها فى أحياء معينة كالزمالك والجيزة ومنشية البكرى ، وكذلك بعض شركات الأراضى كشركة أراضى الجزيرة وشركة المعادى . فيلتزم المشترى بموجب هذه الشروط ألا يبنى على الأرض التى يشتريها سوى منزل واحد مخصص للسكنى ، وألا يتجاوز فى الارتفاع بالمبانى خمسة عشر متراً ، وأن يبعد بالبناء عن حافة الشارع مترين على الأقل ، وعن أى حد من الحدود الفاصلة بينه وبين القطع المجاورة ثلاثة أمتار على الأقل ، وألا يشغل بمسطح البناء الذى يقام على الأرض أكثر من نصف مساحتها ، وأن يراعى شروطاً صحية معينة فى بناء المطابخ ومحلات الغسيل والمراحيض والمواسير المتصلة بها . وتنتهى قائمة هذه الشروط عادة بشرط يجرى على النحو الآتى : «الشروط الموضحة قبل ضرورية وجوهرية للبيع ، وللحكومة الحق فى أى وقت كان فى إجبار المشترى أو من يقوم مقامه باتباع تلك الشروط بوجه الدقة، وإلا وجب هدم ما بناه فى الحال بمصاريف على طرفه» [2].

---

(١) وقد يقال أن العقد الذى يحتوى على هذه القيود والاشتراطات يعتبر من عقود الإذعان، وإذا صح التسليم بأنه فعلا من عقود الإذعان ، فإن مؤدى ذلك أنه يجوز للقاضى تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) – ولما كانت الشروط المألوف إدراجها فى مثل هذه العقود ترمى إلى تحقيق مصلحة الجميع على الوجه الذى بيناه ، فإنه يندر أن يرد بينها شروط تعسفية يصح للقاضي إلغاؤها . ولم يتهيأ لمحكمة النقض أن تبت فى هذه المسألة المعينة ، ولكنها قررت فى أحد أحكامها عدم جواز طرح المسألة لأول مرة أمامها إذا لم يسبق طرحها من قبل أمام محكمة الموضوع . فقضت بأن التمسك بأن قيود البناء الواردة فى عقد البيع الصادر من الشركة المطعون عليها يعتبر من شروط الإذعان التى لا سبيل للمشترى عند توقيعه إلى المناقشة فيها لا يصح التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، ما دام أنه لم يسبق طرحه من قبل أمام محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٩ ص ١٨٤) .

(٢) أنظر نص الشروط الخاصة بالبناء بأراضى الحكومة بالزمالك وغرب البحر الأعمى: محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٦٩ هامش ١ . وانظر فى الخلاف الذى كان قائماً فى القضاء : مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠.

قضت بعض المحاكم ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن هذه الشروط ليست إلا التزامات شخصية ، لا يرتبط بها إلا مشترى الأرض نحو البائع ، وليست حقوق ارتفاق [1] . وينبنى على تكييف هذه الشروط بأنها التزامات شخصية ، لا حقوق ارتفاق عينية ، ما يأتى: (أولا) أن البائع وحده هو الذى يستطيع المطالبة بهذه الالتزامات وهو الذى ارتبط نحوه المشترى فأصبح وحده هو الدائن . ومن ثم لا يستطيع مشترٍ لقطعة أرض أن يطالب بهذه الالتزامات مشترياً لقطعة أرض أخرى ، إذ لا تقوم علاقة بين الاثنين ، وليس أى منهما دائناً للآخر . (ثانياً) والبائع لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ هذه الالتزامات إلا المشترى منه مباشرة فهو الذى ارتبط معه بالعقد ، ولا يستطيع أن يطالب بتنفيذها المشترى من المشترى أو من تسلسل بعد هذا من المشترين ، إلا على أساس أنه خلف خاص للمشترى انتقلت إليه التزامات السلف . ولم يكن التقنين المدنى السابق يسلم بانتقال الالتزام إلى الخلف الخاص. وإذا سلم التقنين المدنى الجديد بانتقال الالتزام إليه ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هذا الخلف عالماً بهذا الالتزام وقت انتقال الأرض إليه (م ١٤٦ مدنى) . فيكفى إذن ، حتى لا ينتقل الالتزام ، أن يعجز البائع عن إثبات علم الخلف الخاص به . (ثالثا) وإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين البائع والمشترى منه مباشرة . فان البائع يكون دائناً عادياً للمشترى . وإذا خالف المشترى الشروط ، فقل أن يستطيع البائع أن يظفر بالتنفيذ العينى للالتزام . ويكفى لذلك أن يرهن المشترى الأرض مثلا ، حتى يقدم الدائن المرتهن على البائع . (رابعا) وما دام البائع هو الدائن وحده بهذه الشروط ، فإنه يستطيع أن يلزم بها مشتريا دون مشترٍ ، وله أن يتفق مع بعض المشترين على ما يخالفها .

ولكن محاكم أخرى قضت بعكس ما تقدم ، وبأن هذه الشروط ليست التزامات شخصية ، بل هى حقوق ارتفاق عينية متبادلة بين جميع القطع المبيعة ، وهى تتبع العقار وتنتقل معه بالبيع إلى كل مشترٍ تال [2] . وقد أيدت محكمة النقض ، فى عهد التقنين

---

(١) محكمة استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماه ١٣ رقم ٢٠٦ ص ٤١١ – مصر الكلية ٣١ مايو سنة ١٩٢٧ مجلة كلية الحقوق ٢ ص ٨٥ – استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ – أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢٨ – ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٥٦ – وقد استند هذا القضاء إلى أن كلمة «ارتفاق» لم ترد بعقود البيع ، ويصعب تأويل سكوت الشركة عن استعمال هذه الكلمة المألوفة الجارية بأنها أرادت مع ذلك تقرير هذا الحق . هذا إلى أن الارتفاقات من المسائل التى لا يجوز التوسع فيها. وقد أباحت الشركة لأحد المشترين ، فى مقابل مبلغ من المال مخالفة هذه الشروط، ولو كان هناك ارتفاق لما صح ذلك ، ولما ملكت الشركة هذا الحق (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٢) .

(٢) استئناف مصر ٨ مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٧ ص ٨١٤ (وقالت المحكمة فى أسباب حكمها أن هذا التعهد الضمنى من جانب البائعة ومن حل محلها بمراعاة الشروط المدونة فى عقود البيع مستفاد فى القضية الحالية منذ مبيع أول قطعة بشروط ما كان فى الإمكان تحقيقها بدقة إلا بتضمينها المبيعات=

المدنى السابق ، هذا الرأى الأخير ، وقضت بأن الاشتراطات التى وضعتها الحكومة فى عقد البيع وصفت فى العقد ذاته بأنها حقوق ارتفاق وقيود (servitudes et restreintes) وهذه القيود والشرائط ، الموصوفة وصفها الحقيقى فى عقد البيع ، مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها نص المادة ٣٠ من التقنين المدنى السابق ، إذ كل قطعة تصبح بموجبها مرتفقاً بها لمنفعة سائر القطع ، تحقيقاً للغرض المنشود ، وهو تشييد دور ذات نظام خاص تتوافر فيها أسباب الراحة والهدوء ، ويتكون منها حى ممتاز يطيب المقام فيه (١) .

وقد حسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف كما قدمنا ، فقرر فى المادة ١٠١٨ مدنى سالفة الذكر أن الأصل فى هذه القيود والاشتراطات أن تكون حقوق ارتفاق على كل عقار لفائدة العقارات الأخرى ، وذلك ما لم يقض الاتفاق بغيره . فهناك إذ قرينة قانونية على أن هذه القيود والاشتراطات هى حقوق ارتفاق ، ولكنها قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس . وتكون الشركة البائعة قد رتبت حقوق ارتفاق على كل قطعة من الأرض لفائدة جميع القطع

= الأخرى . فمنذ هذا الوقت انعقد اتفاق الطرفين الصريح على الأخذ فى تنفيذ تلك الشروط بالتدريج إلى النهاية . فهناك إذن فى صالح أرض المستأنف الحالى من جانب ، وعلى أراضى المستأنف عليهم الثلاثة الآخرين من جانب آخر ، حق ارتفاق بعدم البناء فى منطقة خاصة ، وحق آخر بعدم تجاوز ارتفاع معين فى البناء . ومن شأن هذه الحقوق أن توجد بينهم رابطة قانونية لا نزاع فيها ، تخميها الدعوى العينية ، وتجعل للمستأنف الحق فى رفع هذه الدعوى بطلب الإزالة، وكذلك إذا لزم الحال بمطالبتهم بتعويضات) .

(١) نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٨٧ ص٩٨٧ – ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٨ رقم ١٨ ورقم ١٩) . وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكم النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ – ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧ . وقد استند هذا القضاء إلى أن الشركة كانت ترمى إلى إنشاء حى جميل صحى، وكانت لا تعمل لمصلحتها فحسب ، بل كانت تعمل بوجه خاص لمصلحة جماعة المشترين . ومن المؤكد أن المشترين كانوا يمتنعون عن الشراء لو كانوا يعلمون أن هذه القيود قد قررت فقط لمصلحة البائعة ، وأن حق المطالبة بتنفيذ هذه الشروط لا يكون إلا للشركة وحدها ، وهى الشركة التى إذا تم الغرض الذى من أجله قد انشئت لابد أن تنقضى عاجلا أو آجلا . فالقصد المشترك لجميع المتعاقدين الداخلين فى كل المشتريات التى تمت فى تلك المنطقة ، وهو ترتيب حقوق ارتفاق متبادلة فيما بينهم ، مستفاد ضمنا وبطريقة يقينية من الظروف التى أدت إلى الاتفاقات التى تمت، وكذلك من مجموع العقود العديدة المتشابهة التى أبرمت عن هذه المنطقة وكلها بنماذج مطبوعة ذات صيغة واحدة ، وكذا من العرف الجارى فى مثل هذه الأحوال . ولا يقبل القول بأن هذه الاشتراطات إنما هى تعهدات شخصية ، إذ لو كانت كذلك لما صلحت لتحقيق الغرض المقصود ، ولأدت إلى تجريد مالك الأرض أيا كان من كل سلاح للمدافعة عن حقه ، ولجعلته تحت رحمة البائع الذى قد لا تكون له مصلحة فى وقت ما فى طلب الإزالة ، وهذه النتيجة التى لا يمكن التسليم بها تكفى للدلالة على فساد هذه النظرية (محمد كامل مرسى ٢ فقرة ٤٧٣) .

الأخرى . ففى بيع أول قطعة من هذه القطع ، اتفقت الشركة مع المشترى على ترتيب حقوق الارتفاق هذه على القطعة المبيعة لفائدة جميع القطع الأخرى التى لم تبعها ولا تزال مملوكة لها ، كما رتبت حقوق الارتفاق نفسها على هذه القطع لفائدة القطعة المبيعة . ثم لما باعت القطعة الثانية وهى من ضمن القطع التى تقررت لها وعليها حقوق الارتفاق ، باعتها للمشترى بما لها وعليها من حقوق الارتفاق هذه . ويمكن القول أيضاً بأن الشركة قد اشترطت على كل مشتر باعت له قطعة من الأرض ، لمصلحة جميع الذين سبقوه والذين سيتلونه . حقوق الارتفاق التى تضمنتها هذه الاشتراطات والقيود [1] . وعلى هذا النحو أصبحت كل قطعة محملة بحقوق ارتفاق لفائدة كل قطعة من القطع الأخرى، وأصبح لها فى الوقت ذاته نفس حقوق الارتفاق على كل قطعة من هذه القطع [2] (1) . ويترتب على

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «تعتبر قيود البناء هذه حقوق ارتفاق لفائدة العقارات المجاورة ، وقد تكون مفرغة فى قالب الاشتراط لمصلحة الغير . ومهما يكن من أمر، فإن لأصحاب العقارات المجاورة أن يطالبوا صاحب العقار المرتفق به بهذا الحق . وفى هذا تبسيط للموضوع ، دون حاجة للالتجاء إلى نظرية الاستخلاف فيما إذا كيف هذه القيود بأنها التزامات شخصية تنتقل إلى الخلف الخاص» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

(٢) وقد ساير التقنين المدنى الجديد بهذا النص الحكم الذى كان راجحاً فى عهد التقنين المدنى السابق . والذى أخذت به محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذ كان الحكم المطعون فيه قد استعرض الشروط الواردة بعقد البيع الأصلى الصادرمن الشركة المطعون فيها ، وما نص عليه فى قائمة الشروط الملحقة به من وجوب ترك منطقة فضاء تغرس بالنباتات بعرض ستة أمتار ، ومن أن هذا القيد يعتبر حق ارتفاق مثقل لقطعة الأرض المبيعة ، وأنه فى حالة مخالفة المشترى لهذا القيد يكون للشركة الحق فى هدم ما يجريه المشترى فى هذه المنطقة الممنوع فيها البناء . ثم أشار الحكم إلى أن الشارع فيما استحدثه من نصوص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى الجديد قد أقر اعتبار هذه القيود التى تحد من حق المالك فى البناء حقوق ارتفاق ، فان هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لا يفيد أنه قد طبق القانون الجديد على واقعة الدعوى ، وإنما يدل على أن القانون الجديد قد تلافى مع القانون القديم فى تكييف هذه القيود والاشتراطات . ومن ثم يكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون ، لإعماله أحكام القانون المدنى الجديد على نزاع نشأ من تعاقد أبرم قبل العمل به ، فى غير محله (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤ – وانظر أيضا نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) .

(1) يدل النص الفقرة الأولى من المادة ١٠١٨ من القانون المدنى على أن القيود الواردة بها لا تمثل التزامات شخصية ترد فى عقود البيع ، وإنما هى حقوق ارتفاق عينية تتبع العقار وتنتقل معه إلى كل من آلت إلى ملكيته باعتبارها مقررة لتكاليف مستمرة ينطبق عليها النص ، ومن ثم فإن العقار ذاته ينتقل محملا بما له أو عليه من حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الأخرى ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استخلص من تقرير الخبيرة المندوبة فى الدعوى بأن شركة المعادى – المالكة الأصلية لقطعة الأرض التى أقام عليها الطاعن البناء موضوع النزاع – ضمنت عقد البيع الصادر منها قيدا =

ذلك عكس النتائج التى استخلصناها من تكييف الشروط بأنها التزامات شخصية ، ويخلص من تطبيق المادة ١٠١٨ مدنى سالفة الذكر النتائج الآتية [١] :

أولا – لما كانت كل قطعة محملة بحقوق الارتفاق المشترطة ، فإن أى مشتر، وقد اشترطت هذه الارتفاقات لمصلحة قطعته ، يستطيع أن يطالب أى مشتر آخر بتنفيذ هذه الارتفاقات ، ولا يحتكر البائع وحده حق المطالبة بتنفيذها [1] .

ثانيا – ويستطيع أى مشتر أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات [2] ، ليس فحسب أى مشتر

= يمنع من تجاوز ارتفاع البناء خمسة عشر مترا بما يعادل أربعة طوابق، وأن الطاعن خالف هذا القيد، وإذ كان هذا الاستخلاص سائغا له أصل ثابت فى الأوراق، فإن النعى بالقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠ الطعن رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق).

(١) انظر عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٩٠ – فقرة ٢٠١ – اسماعيل غانم ص ٢٨ .

(1) يدل نص المادة ١/١٠١٨ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن قيود البناء الاتفاقية التى تدرج عادة فى بيوع الأراضى المقسمة وتلزم المشترين لهذه الأراضى بالبناء فى مساحة محددة وعلى نمط معين أو بعدم تجاوز ارتفاع محدد أو غير ذلك تكون منشئة لحقوق ارتفاق متبادلة لفائدة جميع العقارات ولا يجوز باتفاق بين البائع وأحد المشترين دون موافقة الباقين الاعفاء منها كلها أو بعضها إلا أنه إذا ما ألف أغلب ملاك الأراضى مخالفة تلك القيود ودرجوا على ذلك أصبح صاحب العقار المرتفق فى حل من الالتزام بها لانتفاء سبب الالتزام ، لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن أغلب أصحاب العمارات الواقعة بالتقسيم الكائن به أراضى النزاع قد خالفوا القيود الواردة بعقود البيع المبرمة فيما بينهم وبين الشركة المطعون عليها وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع ولم يعن ببحثه وتمحيصه ولم يرد عليه بما يفنده مع أنه دفاع جوهرى يترتب على تحقيقه – إن صح – تغيير وجه الرأى فى الدعوى فإنه يكون فضلا عن اخلاله بحق الدفاع قد عاره قصور مبطل بما يوجب نقضه .

(جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٥٦ ق)

(2) أ – مفاد نص المادة ١/١٠١٨، ٢ من القانون المدنى أن القانون وقد اعتبر قيود البناء الاتفاقية حقوق ارتفاق جعل لمالكى العقارات المرتفقة أن يطالبوا بها مالك العقار المرتفق به وفى حالة مخالفته لتلك القيود فإن الأصل أن يطالبوه بتنفيذها عينا عن طريق طلب الاصلاح العينى للمخالفة غير أن المشرع رأى أنه قد يترتب على ذلك إرهاق صاحب العقار المرتفق به إذا طلب منه إزالة بناء ضخم أقامه مخالفا لما فرض عليه من القيود فأجاز فى هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض إذا وجد القاضى أن هذا اجراء عادل فيه الكفاية وذلك على غرار ما قرر المشرع فى المادة ٢٠٣ فى شأن تنفيذ الالتزام إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، ومتى كان المشرع قد جعل الحكم بالتعويض بديلا عن الحكم بالاصلاح العينى للمخالفة فان القضاء بالتعويض لا يكون إلا حيث يطالب صاحب العقار المرتفق مالك العقار المرتفق به بهذا الإصلاح العينى أما إذا رفعت الدعوى ابتداء من مالك العقار المرتفق به يطلب تمكينه من إقامة بناء مخالف لما فرض عليه من القيود أو تكملة هذا البناء فلا يكون للقاضى أن يصرح له بذلك مقابل=

لقطعة أخرى ، بل أيضاً المشترى من هذا المشترى ، وكذلك المشترى من المشترى الثانى، وهكذا مهما تعاقب المشترون . ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحقوق الارتفاق لفائدة أية قطعة من القطع الأخرى . وكذلك يستطيع مشتر من المشترى ، والمشترى الذى يخلفه مهما تعاقب المشترون ، أن يطالب بتنفيذ الارتفاقات أى مالك لقطعة أخرى. ذلك بأن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر بمالها من حقوق الارتفاق المقررة على أية قطعة من القطع الأخرى .

ثالثا – تجوز المطالبة بتنفيذ الارتفاقات تنفيذاً عينياً ، فإذا أقيم بناء مخالف لما تقرر فى هذه الارتفاقات ، جازت المطالبة بهدمه على نفقة من أقامه ، وبالتعويض إن كان له مقتض. ومع ذلك يجوز للقاضى الاقتصار على الحكم بالتعويض دون الهدم ، إذا رأى من ظروف

= تعويض يدفعه لأصحاب العقارات المقررة هذه العقود لمصلحتها ما داموا هم قد تمسكوا بوجوب احترامها باعتبارها حقوق ارتفاق تبادلية وذلك لما ينطوى عليه هذا القضاء من تصريح بارتكاب مخالفة لما تقع أو باستحالة مخالفة برئ فيها ، ولم يقصد المشرع من إيراد حكم المادة ٢/١٠١٨ من القانون المدنى تخويل القاضى الحق فى مخالفة حقوق الارتفاق هذه وانما كل ما قصده هو عدم ارهاق مالك العقار المرتفق به بازالة المبانى المخالفة لما فرض عليه من قيود فى حالة وقوع هذه المخالفة فعلا قبل أن يرفع الأمر إلى القاضى فإذا لم تطلب هذه الازالة فلا يكون هناك محل للحكم ببديلها وهو التعويض .

(جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥ الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ ق س ٢٧ ص ١١٧٦)

(جلسة ١٩٦٨/٢٩ الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٣٣ ق س ١٩ ص ٤٢٨)

ب – تنص المادة ١٠١٨ من القانون المدنى على أنه «إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التى فرضت لمصلحتها هذه القيود ، وبهذا جعل المشرع لأصحاب العقارات المقررة لفائدتها حقوق الارتفاق التى من هذا النوع أن يطالبوا بها صاحب العقار المرتفق به دون حاجة للالتجاء إلى احكام الاشتراط لمصلحة الغير أو لنظرية الاستخلاف ، فإذا كان الثابت بعقد البيع المسجل الصادر من المالك الأصلى أنه قد نص فيه على أن يترك المشترى على نهاية الحد البحرى للمبيع مساحة فضاء يتعهد بعدم البناء عليها كما تعهد البائع فإن يترك مساحة أخرى ملاصقة لها بغير بناء لتكون المساحتان طريقا خاصا لهما ولأى مشترى آخر للأرض المبيعة أو لجزء من باقى العقار ملك البائع ، فإن هذا النص صريح فى إنشاء حق ارتفاق على هذه المساحة لمصلحة العقار المبيع ولمصلحة العقار الآخر المملوك للبائع ويكون لهذه العقارات جميعا حق ارتفاق بالمرور على الطريق محل النزاع كما يكون ذلك لمشتر قطعة فيها ولمن يخلفه ومهما تعاقد هؤلاء الخلفاء أن يطالب أى مشتر آخر وخلفاءه بتنفيذ ذلك الارتفاق ومنع ما يحول دون الانتفاع به إذ أن كل قطعة تنتقل من مشتر إلى آخر محملة بحق الارتفاق لفائدة أية قطعة أخرى وفى الوقت نفسه بمالها من هذا الحق بمعنى أن لكل عقار منها يعتبر مرتفقا ومرتفقا به فى الوقت ذاته.

(جلسة ١٩٦٨/٥/٩ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩١٤).

القضية ما يبرر ذلك ، كأن كان البناء ضخماً قد تكلف نفقات كثيرة وكانت المخالفة يسيرة لم ينجم عنها ضرر كبير . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدني فيما رأينا : «وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة باصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذ رأت المحكمة ما يبرر ذلك» [١] وقد طبق المشرع بهذا النص ، في نطاق الحقوق العينية ، مبدأ سبق أن قرره في نطاق الحقوق الشخصية ، إذ نص في المادة ٢/٢٠٣ مدني في صدد التنفيذ العيني للحقوق الشخصية : «على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً» [٢] .

رابعا – لا يجوز البائع أن يؤثر مشتريا على مشتر آخر ، فيعفيه من الشروط المقررة أو من بعضها ، ذلك بأن كل قطعة قد أصبحت ، على النحو الذى قدمناه ، مقررا لها أو عليها حقوق الارتفاق التى تتضمنها هذه الشروط . فلا يجوز باتفاق بين البائع واحد المشترين ، دون موافقة الباقى ، الإعفاء من هذه الحقوق كلها أو بعضها . وإنما يجوز ، إذا الف ملاك الأراضى مخالفة الشروط ودرجوا على ذلك مددا طويلة ، أن يفسر ذلك على أنه نزول ضمنى منهم عن حقوق الارتفاق ، أو على أن هذه الحقوق قد انتهت بعدم الاستعمال [٣] .

---

(١) وهذا أمر تقديرى يترك لقاضى الموضوع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالزام الطاعن بازالة المبانى التى استحدثها فى المنطقة المحظورة البناء عليها ، فإنه لا يجدى تمسكه بنص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدنى الجديد ، طالما أن هذا النص يجعل الحكم بالإزالة أو التعويض أمراً تقديرياً لمحكمة الموضوع . وإذا كان الحكم المطعون فيه قرر أن الطاعن لا يناله من الحكم بالإزالة إرهاق أو ضرر جسيم ، فإن هذا يفيد أن الشركة المطعون عليها لم تكن متعسفة فى طلب الإزالة (نقض مدنى ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٩ ص ١٨٤).

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «والأصل المطالبة بتنفيذ هذه القيود عيناً ، ولكن قد يترتب على ذلك إرهاق صاحب العقار المرتفق به، إذا طلب منه إزالة بناء ضخم إقامة مخالفاً لما فرض عليه من القيود . فيجوز فى هذه الحالة الاكتفاء بالتعويض ، إذا وجد القاضى أن هذا جزاء عادل فيه الكفاية . وقد سبق أن قرر المشروع ... هذه القاعدة فى تنفيذ الالتزام إذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين، والآن ينتقل المشروع بالقاعدة من دائرة الحق الشخصى إلى دائرة الحق العينى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع التنازل عن حقوق الارتفاق هذه ممن لم يمنع من التنازل عنها ، سواء كان التنازل صريحاً أو ضمنياً إذا لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة . فمتى استخلصت محكمة الموضوع هذا التنازل، ولو كان ضمنياً، استخلاصا سائغاً من وقائع تؤدى إليه ، فلا معقب على حكمها فى ذلك لتعلق بأمر موضوعى. ولا يجيز القانون الحكم بالتعويض طبقا للفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ مدنى إلا فى الأحوال التى تجوز فيها المطالبة باصلاح الضرر الناتج عن مخالفة القيود المفروضة عيناً ، والتى ترى فيها المحكمة أن فى الحكم بالإصلاح عيناً إرهاقاً لصاحب العقار=

المبحث الثانى

تخصيص المالك الأصلى

(Destination du pére de famille)

٥٧٦ – نص قانونى : تنص المادة ١٠١٧ مدنى على ما يأتى :

١ – «يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى» .

«٢ – ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى ، إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كان مملوكين لملاك مختلفين . ففى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ، ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك» (١) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص (٢) .

= المرتفق به . وإذن فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أنه لا حق للطاعنين فى طلب الإصلاح عيناً لتنازلهما وغيرهما من أصحاب العقارات التى فرضت لمصلحتها تلك القيود فيها ، فإن رفض طلب التعويض لايكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٥ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٥ ص ٩٧) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا كان الجارالملاصق ، بعد أن أهمل عدد كبير من سكان الحى أو أغلب سكانه مراعاة القيود ، قد ارتكب هو أيضا مخالفتين ، فإن جاره يعذر إذا اعتقد أن الجار المخالف قد انضم إلى من سبقوه فى إهمال تلك الحقوق المتبادلة والتنازل عنها . فبنى بعده وارتكب مخالفة أيضا ولو من جنس آخر ، لأن العبرة بوقوع المخالفات لا بنوعها. وإزالة ذلك الجار للمخالفتين اللتين وقعتا منه فيما بعد لا يفيده ، بعد أن ترتب لجاره حق اعتبار أن حقوق الارتفاق قد زالت وبنى منزله فعلا (استئناف مصر ١٢ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٥٠ ص ٩١) .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى قد اشتمل فى الفقرة الثانية على كلمة «بناء» فذكر أن «مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما بناء أو علامة ظاهرة أخرى» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٠٩٨ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت كلمة «بناء» لأن العلاقة الظاهرة التى تدل على حق الارتفاق تشمل البناء ، وقد يكون التخصيص بالبناء أكثر مما يمتد إليه قصد المشرع» ، ووافقت اللجنة على النص بهذا التعديل تحت رقم ١٠١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٧ – ص ٦٣٠) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** – أحكام قضائية تؤيد النص : نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ =

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى لا مقابل – وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٠ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٣ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل (١).

٥٥٧ – كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى وعلى أى أساس يقوم:

ويتبين من نص المادة ١٠١٧ مدنى سالف الذكر أن حق الارتفاق الظاهر يترتب بتخصيص المالك الأصلى ، إذا كان المالك يملك عقارين منفصلين ، وقد جعل أحدهما يخدم الآخر كما لو كان على العقار الأول حق ارتفاق لفائدة العقار الآخر ، وجعل لهذه الخدمة علامة ظاهرة . وإلى هنا لا يمكن أن يقوم حق ارتفاق لأن العقارين مملوكان لمالك واحد (nemini res sua servit) ، ولكن إذا أصبح العقاران مملكين لمالكين مختلفين ، مع بقائهما على هذا الوضع ، فان المفروض أن هذين المالكين المختلفين باستبقائهما هذا الوضع قد أرادا أن يبرز حق الارتفاق إلى الوجود . وقد كان هذا الحق كامنا (servitude causale) فى الوضع السابق للعقارين ، وكان يعطله عن الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد . أما وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين ، فلم يعد هناك ما يمنع من ظهور حق الارتفاق ، فينشأ هذا الحق (servitude formelle, véritable) من وقت اختلاف المالك (1).

= رقم ٤٢ ص ٨١ – استئناف مصر ٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧١ ص ٧٥٤ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٩٦ ص ١٢٤ – استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٤ – ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣١ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ – أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩ – ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٣ – ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٨٠ – ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٦٤ – ١٣ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ – ولكن قارن استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤١ .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٠ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٣ (مطابق – وقد ورد فى نص التقنين العراقى كلمة «بناء») .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(1) من المقرر أن حق الارتفاق بتخصص المالك الأصلى يخرج إلى الوجود طبقا لنص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى – بعد انقضاء ملكية المالك الأصلى للعقارين الخادم والمخدوم وأيلولتهما إلى مالكين مختلفين ويبقى تابعا لمصلحة العقار المرتفق ولا ينفيه إلا أن يتضمن السند الذى ترتب عليه انقضاء ملكية المالك الأصلى للعقارين شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق ، كما أن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين إذ أنه بمثابة السند الذى يبين مدى الارتفاق برسم حدوده .

(جلسة ١٩٨١/٥/٥ الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١٣٧٨)

فإذا كان شخص يملك أرضا وقد بنى فى وسطها منزلا فتح فيه مطلات تطل على الأرض من جميع جوانبها ، فإنه يكون بذلك قد خصص كل جانب من الأرض لخدمة المنزل بفتح هذه المطلات . فإذا باع جانبا من هذه الأرض والمطلات مفتوحة عليها فى غير المسافة القانونية ، فإن المشترى ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمطل الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمطل على الجانب المبيع من الأرض ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك قطعتى أرض متجاورتين فى إحداهما مسقاة ، وقد حفر قناة تأخذ المياه من المسقاة وتوصلها إلى القطعة الأخرى لريها ، فإنه يكون بذلك قد خصص قطعة الأرض التى فيها المسقاة لخدمة القطعة الأخرى . فإذا باع القطعة الأولى وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى القطعة الأخرى ، فإن المشترى ، بارتضائه الشراء والقطعة على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالشرب الذى كان كامنا ، فيكون للقطعة الأخرى التى استبقاها المالك حق ارتفاق بالشرب على القطعة الأولى التى باعها ، وقد نشأ هذا الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض . وإذا كان شخص يملك منزلا ويملك قطعة أرض فضاء مجاورة للمنزل، وقد عبد طريقافى هذه الأرض يمر منه سكان المنزل ليصلوا إلى الطريق العام، ورصف هذا الطريق أو حدده بعلامات ظاهرة ، فإنه يكون بذلك قد خصص الأرض لخدمة المنزل ، بشقه طريقا فى الأرض وجعله مخصصا للمرور . فإذا باع الأرض وهى على هذا الوضع بالنسبة إلى المنزل ، فإن المشترى ، بارتضائه الشراء والأرض على هذا الوضع ، يكون قد ارتضى ضمنا أن يبرز إلى الوجود حق الارتفاق بالمرور الذى كان كامنا . فيكون للمنزل حق ارتفاق بالمرور على الأرض ، وقد نشأ هذا الاتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أى بالوضع السابق الذى هيأه المالك الأصلى وارتضى به المشترى دون أن يعترض [1] .

ويخلص من الفروض التى قدمناها أن حق الارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى، إنما ينشأ بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين للعقارين منذ أن أصبح

---

(١) ومن هنا كانت إرادة المالك الأصلى هى البارزة ، وقد اقترن بها قبول مفترض من جانب المشترى (عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٠) .

هذا وإنشاء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى لم يكن معروفاً فى القانون الرومانى. وبدأ فى القانون الفرنسى القديم ، أن أقره بعض العادات القديمجة فى فرنسا (مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦) .

العقاران مملوكين لمالكين مختلفين . فيكون الأساس الذى يقوم عليه الارتفاق فى هذه الحالة، أى سبب نشوء حق الارتفاق ، هو هذا الاتفاق الضمنى . والاتفاق الضمنى ليس إلا عقدا ، أى تصرفا قانونيا ، فالارتفاق الذى ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إنما ينشأ بموجب تصرف قانونى [1] . ولذلك جعلا الكلام فى تخصيص المالك الأصلى يعقب مباشرة الكلام فى التصرف القانونى كسبب لكسب حق الارتفاق [2] .

٥٧٨ – الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى : ويتبين أيضا مما قدمناه أن هناك شروطا أربعة يجب توافرها حتى يترتب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى : (١) وجود عقارين مملوكين لمالك واحد . (٢) جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر . (٣) وضع علامة ظاهرة لذلك . (٤) صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين . فمتى توافرت هذه الشروط ، نشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، وعدمرتبا لأحد العقارين على العقار الآخر [3] .

وهذه الشروط الأربعة كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ولا تشترط الكتابة لإثباتها . فمن يدعى أن حق ارتفاق ترتب لفائدة عقاره على عقار آخر ، عليه أن يثبت توافر الشروط الأربعة التى تقدم ذكرها . وله أن يثبتها كلها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدنى فى صدرها كما رأينا [4] : «إذا تبين بأى طريق من طرق الإثبات ...» [5] .

ونستعرض الآن الشروط الأربعة على التعاقب .

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٦ ص ٩٤٦ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى : «ويدخل فى الاتفاق الضمنى لكسب حق الارتفاق ما يسمى بتخصيص المالك الأصلى» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٠١٧ مدنى تقضى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب حق ارتفاق عليه كانا مملوكين لمالك واحد ، وأنه فى أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقاً ظاهراً لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، وأن هذه العلاقة استمرت بين العقارين إلى ما بعد انفصال ملكيتيهما ، وذلك ما لم يتضمن التصرف الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطاً صريحا يخالف ذلك (نقض مدنى ٧ فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض ١٨ رم ٤٨ ص ٣١٢) . وانظر مصر مستعجل ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٣١٠ ص ٦٤٠ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

(٥) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٩ .

١ – وجود عقارين مملوكين لمالك واحد

٥٧٩ – عقاران منفصلان لمالك واحد : وهذا هو الفرض الغالب ، فيكون مالك واحد مالكا لعقارين منفصلين : أرضين منفصلتين ، أو بنائين منفصلين ، أو أرض وبناء . وليس من الضرورى أن يكون هذان العقاران متلاصقين ، وإن كان يغلب أن يكون هناك تلاصق. فيصح أن يكون أحد العقارين غيرملاصق للعقار الآخر ، ولكن المالك مع ذلك هيأ أحدهما لخدمة الآخر للمرور مثلا (١) .

٥٨٠ – جزءان من عقار واحد : وليس من الضرورى أن يكون هناك عقاران مستقلان منفصل كل منهما عن الآخر ، بل يصح أن يكون هناك عقار واحد يجزئه مالكه إلى قسمين، ويهيئ أحد القسمين لخدمة القسم الآخر . فإذا كان شخص يملك أرضا زراعية واسعة ، وقد أنشأ فى جانب منها مسقاة لرى كل الأرض ، ثم باع الجزء من الأرض الذى لا توجد فيه المسقاة ، جاز للمشترى أن يتمسك بنشوء حق ارتفاق بالشرب للجزء الذى اشتراه مصدره تخصيص المالك الأصلى . ذلك أن مالك الأرض ، عندما جزأها على هذا النحو وهى كلها تروى من مسقاة واحدة ، يكون قد خصص الجزء الذى فيه المسقاة لخدمة الجزء الآخر. ويكون فى حكم من يملك عقارين منفصلين خصص أحدهما لخدمة الآخر ، وللمشترى أن يتمسك بهذا التخصيص فيكون للجزء الذى اشتراه حق ارتفاق بالشرب على الجزء الآخر ، ما دام المالك لم ينص صراحة فى عقد البيع على غير ذلك (٢) .

٢ – جعل المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر

٥٨١ – جعل أحد العقارين فى وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر : ويجب أن يقوم بين العقارين (أو بين جزأى العقار) وضع يستفاد منه فى وضوح أن أحدهما يخدم الآخر فعلا . فيجعل أحدهما على نحو نهائي ودائم يتحمل تكليفا معينا لفائدة العقار الآخر، بحيث أن الارتفاق ، وإن لم من يبرز وجوده بعد من الناحية القانونية بسبب اتحاد المالك ، يكون مؤديا لمهمته الاقتصادية تأدية تامة (٣) . ففتح مطل لأحد العقارين على العقار الآخر

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٧ – مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٦ – نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٧ – ١ – ٢٩٥ .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٧ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٧ .

فى غير المسافة القانونية يوفر للارتفاق فعلا أن يؤدى مهمته الاقتصادية على وجه كامل نهائى دائم ، وإن لم يكن للارتفاق وجود قانونى بعد . وأخذ المياه بواسطة قناة من مسقاه موجودة فى أحد العقارين لرى العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق الشرب ، وإن لم يتمتع به قانونا بعد . وتعبيد طريق ورصفه فى أحد العقارين لخدمة العقار الآخر يجعل هذا العقار الآخر متمتعا بالفعل بارتفاق المرور ، وإن لم يوجد هذا الارتفاق قانونا بسبب اتحاد المالك . وفى جميع هذه الفروض يظهر فى جلاء ووضوح أن المالك أراد على وجه لا يحتمل الشك إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر خدمة نهائية دائمة ، بحيث أنه لو لا اتحاد المالك لكان هناك ارتفاق قانونى مكان هذا الارتفاق الفعلى . وهو الآن كامن (à l'état latent, servitude causale) فى الوضع القائم ما بين العقارين ، ولا ينتظر إلا أن يختلف المالك لكل من العقارين حتى يبرز ويصبح ارتفاقا قانونيا (servitude formelle, véritable) بعد أن تكاملت له أسبابه[1] .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا كان الوضع الفعلى للعقارين لا يستفاد منه على سبيل اليقين أن المالك الأصلى أراد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على وجه مستقر نهائى دائم ، فان الشرط لا يتوافر ، ولا يعود هناك محل للقول بنشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى . فإذا تبين مثلا أن المالك الأصلى أنما قصد بالوضع الذى أنشأه فيما بين

---

(1) تنص المادة ١٠٧ - ١ من القانون المدنى على أنه يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص المالك الأصلى ، ويكون هناك تخصيص من المالك الأصلى إذا تبين بأى طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينها علاقة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين ، ففى هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى أيدى ملاك مختلفين دون تغيير فى حالتهما ، عد الاتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك .. مما مفاده أن حق الارتفاق – بتخصيص المالك الأصلى – لا ينشأ فى وقت تملك المالك الأصلى للعقارين وجعله أحدهما يخدم الآخر وإقامته بينهما علامة ظاهرة من شأنها أن تنشئ علاقة تبعية بينهما ، وإنما ينشأ هذا الحق من وقت أن يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على هذا الوضع ، إذ فى استيفاء المالكين لهذا الوضع ما يدل على أنهما أرادا أن يبرزا حق الارتفاق إلى الوجود وقد كان ويبطله فى الظهور أن العقارين مملوكان لمالك واحد ، أما وقد أصبحا مملوكين لمالكين مختلفين فلم يعد ما يمنع من ظهوره ، وأن هذا الارتفاق يعتبر بعد انفصال ملكية العقارين مرتبا بينها لها وعليهما بموجب اتفاق ضمنى بين المالكين المختلفين لا يلغيه إلا شرط صريح بان يذكر المالكان صراحة أنهما لا يريدان الابقاء على علاقة التبعية القائمة بين العقارين ومن ثم لا يعتبر شرطا صريحا خلو عقد البيع من النص على شموله حق الارتفاق ، أو تضمن عقد بيع أحد العقارين أن البائع يضمن خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية وظاهرة أو خفية.

(جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٤٧ ق س ٣١ ص ١١٣١)

(جلسة ١٩٨١/١/١٥ الطعن رقم ٦٩٩ لسنة ٤٧ س ٣٢ ص ٢٠٧)

العقارين توفير أسباب الرفاهة لنفسه أو الوفاء بحاجة شخصية له ، ولم يقصد إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار الآخر على سبيل الارتفاق الدائم ، لم يكن هذا كافيا للقول بتوافر هذا الشرط . فقد يكون المالك قد أنشأ ممرا بين منزلين يملكهما ويسكنهما معاً لتيسير التنقل من منزل إلى آخر ، أو يكون قد أنشأ ساحة للألعاب الرياضية فى الأرض التى يملكها مجاوره لمنزله لاستعماله الشخصى هو وذويه ، أو يكون قد أنشأ ممرا فى الأرض التى يملكها مجاورة لمنزله ليعبر منه إلى محل عمله الشخصى . فلا يكون فى هذه الأوضاع ما يستفاد منه أنه قصد إخضاع أحد العقارين لخدمة الآخر على وجه دائم ، إذ أن الظاهر أنه إنما قصد استيفاء خدمة شخصية لنفسه لا للعقار [1] . وعلى نحو مؤقت لا على نحو دائم . وقاضى الموضوع هو الذى يبت ، دون رقابة عليه من محكمة النقض ، فيما إذا كان الوضع الذى أنشأه المالك قد قصد به خدمة شخصية مؤقتة ، أو قصد به إخضاع أحد العقارين لخدمة العقار على وجه دائم [2] .

٥٨٢ - المالك الأصلى للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم : ويجب أن يكون المالك الأصلى للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم ، أو فى القليل يكون قد استبقاه كما هو بعد أن تلقاه قائما [1] . ويتحقق الفرض الأخير فيما إذا سبق للعقارين أن كانا مملوكين لمالكين مختلفين ، وكان حق ارتفاق مقررا لأحدهما على الآخر ، ثم أصبحا

---

(١) استئناف مختلط ١٣ يونيه نة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(1) أ - تنص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى بأن على من يتمسك بأنه اكتسب حق ارتفاق بتخصيص لمالك الأصلى أن يثبت أن العقار المملوك له والعقار الذى يدعى أنه اكتسب عليه حق ارتفاق مملوكين المالك واحد وأنه أثناء اجتماع ملكية العقارين أقام المالك الأصلى علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تعتبر ارتفاقا ظاهرا لو أن العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين وأن هذه العلاقة بين العقارين استمرت إلى ما بعد أنفصال ملكيتهما وذلك ما لم يتضمن التصرف الذى ترتب عليه انفصال ملكية العقارين شرطا صريحا يخالف ذلك .

(جلسة ١٩٦٧/٢/٧ الطعن قم ٢٦٩ لسنة ٣٣ ق س ١٨ ص ٣١٢)

ب - مفاد نص المادة ١٠١٧ من التقنين المدنى - التى عرفت الارتفاق الذى يترتب بتخصيص من المالك الأصلى - أن علاقة التبعية التى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى إلا عندما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ومنذ هذا الوقت فقط ، أما قبل ذلك فإن هذه العلاقة وإن كانت تقوم فعلا إلا أنها لا تعتبر ارتفاقا وذلك لما يتطلبه القانون فى الارتفاق من أن يكون مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدنى) .

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٩٥)

مملوكين لمالك واحد فزال حق الارتفاق باتحاد الذمة ، ومع ذلك استبقى المالك الجديد الوضع الفعلي للارتفاق قائما كما كان [1].

فإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك للعقارين ، أو نائب عنه مفوض فى ذلك، بل أنشأه مستأجر للعقارين أو صاحب حق انتفاع على كل منهما ، فليس هذا بتخصيص المالك ، لأن المالك الأصلى وحده هو الذى يملك إنشاء وضع يترتب عليه نشوء حق ارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر . وهو وحده اذى يمثل مصلحة كل من العقارين [2].

وإذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى هو المالك للعقارين ، ولكنه كان يملك أحدهما أو كليهما بسبب قابل للفسخ أو للإبطال أو للنقض ، ثم فسخت ملكيته أو أبطلت أو نقضت ، فإن الأثر الرجعى لزوال ملكيته على هذا الوجه يجعله غير مالك للعقار أو للعقارين معاً وقت أن أنشأ الوضع الفعلى القائم ، ومن ثم لا يعتد بهذا الوضع [3].

وإذا كان هناك عقاران مملوكان على الشيوع لشريكين ، وكان الشريكان هما اللذان أنشآ الوضع الفعلى القائم ، ثم حصلت القسمة فاختص كل من الشريكين بعقار ، لم يعتد بالوضع الفعلى الذى أنشأه وقت أن كانا مالكين على الشيوع فان الأثر الرجعى للقسمة جعل كلا منهما غير مالك للعقار الذى لم يختص به وقت انشاء الوضع الفعلى، فلم ينشئ هذا الوضع مالك واحد للعقارين معاً . والذى كان يملك إنشاء الوضع الفعلى فى هذه الحالة هو المالك الأصلى للعقارين معاً ، قبل أن تنتقل ملكيتهما إلى الشريكين على الشيوع [4].

٣ – وضع علاقة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلى

٥٨٣ – الارتفاق الظاهر وحده هو الذى يكسب بتخصيص المالك الأصلى : ولا يكسب بتخصيص المالك الأصلى إلا حق الارتفاق الظاهر ، وتنص الفقرة الأولى من المادة

---

(١) ويتحقق أيضا فيما إذا كان الذى أنشأ الوضع الفعلى ليس هو المالك ، بل كان مستأجراً أو كان صاحب حق انتفاع ، ثم رجع العقاران إلى حيازة المالك فاستبقى الوضع الفعلى القائم كما هو .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١١٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ – اسماعيل غانم ص ٣٤.

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ – اسماعيل غانم ص ٣٤.

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٩ – وقارن اسماعيل غانم ص ٣٤ .

١٠١٧ مدنى على ذلك صراحة ، كما رأينا [١] ، إذ تقول : «يجوز فى الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلى» . والارتفاق الظاهر هو ، كما قدمنا [٢] ، ارتفاق ينبئ عن وجوده أعمال خارجية كباب أو نافذة أو مجرى .

ولما كان يشترط أن يكون الارتفاق الذى يكسب بتخصيص المالك الأصلى ارتفاقا ظاهرا كما قدمنا ، أى أن تكون له علامة ظاهرة [1] ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٧ مدنى صراحة ، كما رأينا [٣] ، على أن يكون هناك تخصيص من المالك الأصلى ، إذا تبين ... أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ....» . فالارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إلا إذا كانت له علامة ظاهرة ، كنافذة يفتحها المالك الأصلى فى حائط أحد العقارين فى غير المسافة القانونية لتطل على العقار الآخر فتكون النافذة علامة ظاهرة على الارتفاق بالمطل ، وكقناة يحفرها لتجرى فيها مياه مسقاة منشأة فى أحد العقارين لتروى العقار الآخر فتكون القناة علامة ظاهرة على الارتفاق بالشرب ، وكطريق معبد مرصوف فى أحد العقارين ليكون ممرا للعقار الآخر فيكون هذا الطريق المعبد المرصوف علامة ظاهرة على الارتفاق بالمرور .

٥٨٤ – وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يتملك العقارين مالكان مختلفان: ولا تكفى إقامة العلامة الظاهرة على النحو الذى قدمناه ، بل يجب أيضا أن تبقى هذه العلامة إلى الوقت الذى ينشأ فيه حق الارتفاق قانونا بأن يتملك العقارين مالكان

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٥٧٦ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٧٦ .

(1) مفاد نص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى أن الارتفاق لا ينشأ بتخصيص المالك الأصلى إلا إذا كان ارتفاقا ظاهرا بأن يكون له علامة خارجية ظاهرة تنم عن وجوده على سبيل الجزم واليقين ، وتعلن اعلانا محققا لا يحتمل الشك عن أن المالك الأصلى أنشأ علاقة تبعية بين العقارين على وجه دائم ومستقر وأن تبقى هذه العلامة قائمة حتى وقت انفصال العقارين ، وان كان مجرد وجود ممر بين عقارى الطاعن والمطعون ضده لا يحقق به شرط الظهور الذى استلزمه القانون حتى ولو كان هذا الارتفاق قد بوشر فى علانية من سكان عقار المطعون ضده بإذن المالك الأصلى ، لأن العلامة المادية الظاهرة والماثلة وقت انتقال العقار المرتفق به إلى مالكه هى الطريق الوحيد الذى اختاره المشرع للتدليل على وجود الارتفاق الظاهر . وإذا كانت هذه العلامة يجب أن تظهر فى العقار المرتفق أو العقار المرتفق به حيث يتحدد نطاق استعمال الارتفاق ولا يجوز استخلاص هذا الارتفاق من وجود علامة فى عقار ثالث، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره أن العقار المطعون ضده حق ارتفاق بالمرور على ممر النزاع استنادا إلى الاسباب التى أوردها يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٦٧٦)

مختلفان. ذلك بأن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إنما يقوم ، كما قدمنا [1] ، على أساس أن هناك اتفاقا ضمنيا بين المالكين للعقارين على إنشاء هذا الحق ، وأن العلامة الظاهرة على الوضع الفعلى الذى ترتب عليه حق الارتفاق هى الشاهدة على وجود هذا الاتفاق الضمنى [1] . فقد رآها مالك العقار المرتفق به ظاهرة أمامه ، واستخلص من ظهورها مغزاها ، ولم يعترض على ذلك ، فهو إذن قد رضى رضاء ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره . ولا يسلم هذا المنطق إلا إذا كانت العلامة الظاهرة ظلت باقية إلى الوقت الذى انتقلت فيه ملكية العقار المرتفق به إلى مالك هذا العقار ، فبقيت ماثلة أمامه ، ولم يبد اعتراضا على ما يستخلص من بقائها قائمة [2] .

٥٨٥ – يكفى أن يكون الارتفاق ظاهرا اولا يشترط أن يكون مستمرا : وكل ما يتطلبه التقنين المدنى المصرى الجديد ، لكسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ، أن يكون الارتفاق ظاهرا على النحو الذى قدمناه ، ولا يشترط إلى جانب ذلك أن يكون مستمرا [3] . أما التقنين المدنى الفرنسى فيشتمل على نصين ، أحدهما يتطلب فى الارتفاق أن يكون مستمرا ظاهرا حتى يكسب بتخصيص المالك الأصلى ، والآخر لا يشترط فى الارتفاق إلا أن يكون ظاهرا حتى يمكن كسبه بهذا السبب . فقد نصت المادة ٦٩٢ مدنى فرنسى على أن «تخصيص المالك الأصلى يكون سببا لكسب الارتفاقات المستمرة الظاهرة» .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٨ ص ٩٤٨ .

(٣) وكان القضاء ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، يشترط الظهور والاستمرار (استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣١ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٨١ أول أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣١٩) .

(1) علاقة التبعية التى ينشئها المالك بين العقارين تدل عليها واقعة مادية أجاز المشرع اثباتها بأى طريق من طرق الاثبات ، هى إقامة المالك الأصلى للعقارين علامة ظاهرة تنبئ فى وضوح عن أحد العقارين يخدم الآخر ، بحيث تبدو هذه التبعية مؤدية تأدية تامة للمهمة الاقتصادية للارتفاق الذى لم يبرز وجوده قانونا بسبب اتحاد المالك ، فإذا كان من أقام العلامة الظاهرة ليس هو المالك للعقارين ، فإن استبقاء الأخير للوضع الفعلى القائم كما هو بعد أن تلقاه قائماً يتحقق به قيام التبعية بين العقارين ليخدم أحدهما الآخر، تلك العلامة التى لا تشكل فى حد ذاتها ارتفاقا بالمعنى القانونى المنصوص عليه فى المادة ١٠١٥ من القانون المدني من حيث كونه مرتبا على عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر وانما تظل فى أداء مهمته إلى أن ينشأ من الناحية القانونية عندما يصبح العقاران مملوكين لمالكين مختلفين مع بقائهما على حالهما وذلك على أساس أن العلامة الظاهرة الدالة على تبعية العقارين كانت ماثلة أمام مالك العقار المرتفق به فلم يبد اعتراضا عليها مما يعد رضاء ضمنيا بنشوء حق ارتفاق على عقاره ، وهو لا يشترط لنشوئه أن يكون لازما لزوما ضمنيا للعقار المخدوم .

(جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ الطعن قم ٤٢١ لسنة ٤٥ ق س ٢٩ ص ١٩٠٤).

ثم نصت المادة ٦٩٤ مدنى فرنسى على أنه «إذا تصرف مالك العقارين ، اللذين تقوم بينهما علامة ظاهرة على حق ارتفاق ، فى أحد هذين العقارين دون أن يرد فى العقد اتفاق فى شأن حق الارتفاق ، فان الارتفاق يستمر موجودا إيجابا أو سلبا ، لفائدة العقار المتصرف فيه أو على العقار المتصرف فيه»[١] .

ولم ينقل التقنين المدنى المصرى الجديد عن التقنين المدنى الفرنسى هذين النصين المتعارضين . بل اكتفى بنص واحد هو المادة ١٠١٧ مدنى ، وهى لا تتكلم إلا عن الارتفاق الظاهر ، فيجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلى سواء كان مستمرا أو غير مستمر . فلا يوجد إذن فرق ، فى التقنين المدنى المصرى الجديد ، بين الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ، فكلاهما يكسب بتخصيص المالك الأصلى ما دام ارتفاقا ظاهرا .

٥٨٦ – الارتفاق السلبى لا يكسب بتخصيص المالك الأصلى : ولما كان يشترط فى كسب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى أن يكون الارتفاق ظاهرا كما قدمنا ، فإنه يخلص من ذلك أن الارتفاق السلبى لا يجوز كسبه بهذا السبب . ذلك بأن الارتفاق السلبى يكون دائما ارتفاقا غير ظاهر كما سبق القول[٢] ، ولا يمكن أن توجد له علامة ظاهرة ، ومن ثم لا يجوز كسبه بتخصيص المالك الأصلى .

وعلى ذلك لا يجوز أن يكسب بتخصيص المالك الأصلى حق الارتفاق بعدم البناء ، وحق الارتفاق بعدم تعلية البناء لأزيد من ارتفاع معين ، حق الارتفاق بعدم البناء فى أزيد من

---

(١) وقد اختلفت الآراء ، فى الفقه الفرنسى ، فى الطريقة التى يمكن بها التوفيق بين هذين النصين المتعارضين . والرأى الذى رجح فى كل من القضاء والفقه فى فرنسا هو أن الارتفاق المستمر الظاهر يكسب بتخصيص المالك الأصلى، دون حاجة إلى تقديم السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين . إذ يفترض ، بفضل استمرار الارتفاق وظهوره ، أنه باق بعد الفصل ما بين ملكية العقارين ، وأنه لم يرد فى السند الذى فصل ما بين ملكية العقارين نص يخالف ذلك . فإذا تمسك ذو المصلحة بأن النص المخالف موجود فى السند، فعليه هو أن يثبت ذلك . أما الارتفاق الظاهر غير المستمر فإنه يكسب أيضا بتخصيص المالك الأصلى ، ولكن بشرط تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين وإثبات أنه لم يرد فى هذا السند نص مخالف . ذلك أن الارتفاق الظاهر غير المستمر أضعف فى قوة الاستقرار من الارتفاق الظاهر المستمر ، فلزم تقديم السند الذى يفصل ما بين ملكية العقارين للتثبت من عدم نفيه للارتفاق ، فيكون فى عدم النفى إقرار ضمنى لهذا الحق. انظر فى هذا المسألة أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٩ – ص ١٢٠ وهامش ٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢١ – فقرة ١١٢٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٢ – فقرة ٩٧٤ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٧٥٣ – كولان وكابيتان دى لاموراندير ١ فقرة ١١٢٢ – مازو فقرة ١٧٢١ ص ١٣٥٧ – ص ١٣٥٨ – مارتى ورينو فقرة ١٥٧ ص ١٧٦ – كاربونييه ص ١٧٨ – ١٧٩ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٥٦ .

مساحة رقعة معينة ، وحق الارتفاق بالرؤية ، وحق الارتفاق بعدم الحفر للكشف عن المياه الجوفية ، وغير ذلك من حقوق الارتفاق السلبية[1] .

٤ – صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين

٥٨٧ – كيف يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين : بمجرد أن يصير العقاران، وقد كانا مملوكين لمالك واحد كما قدمنا ، مملوكين لمالكين مختلفين ، ينشأ حق الارتفاق على أحد العقارين لفائدة العقار الآخر ، ويكون سبب نشوئه هو تخصيص المالك الأصلي [2][1]. وقد رضى بهذا التخصيص ، المالك الآخر الذى تعاقد مع المالك الأصلى ، أو المالكان المختلفان اللذان تعاقدا مع المالك الأصلي . والرضاء ضمنى لأن أحدا منهما لم يعترض على هذا التخصيص ، مع ظهوره ومع أنه قاطع فى أن المقصود هو إنشاد هذا الارتفاق. وقد قدمنا [3]. أن تخصيص المالك الأصلى يقوم فى أساسه على اتفاق ضمنى ، فينشأ حق الارتفاق بموجب هذا الاتفاق ، أى بموجب تصرف قانونى .

ويصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، فينشأ حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى، إذا انتقلت ملكية أحد العقارين لشخص غير المالك الأصلى، أو انتقلت ملكية كل

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٧٠ .

(٢) وقد قضى بأن علاقة التبعية التى أوجدها المالك بين العقارين لا تشكل ارتفاقا بالمعنى القانونى إلا عند ما يصبح العقاران مملوكين لشخصين مختلفين ، ومن هذا الوقت فقط. أما قبل ذلك فان هذه العلاقة ، وإن كانت تقوم فعلا ، لا تعتبر ارتفاقاً وذلك لما يتطلبه القانون فى أن يكون مرتباً على عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر (نقض مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ٢١٨ ص ١٣٩٣).

(٣) انظر انفا فقرة ٥٧٧ .

(1) من المقرر أن حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى يخرج إلى الوجود طبقا لنص المادة ١٠١٧ من القانون المدنى – بعد انقضاء ملكية المالك الأصلى للعقارين الخادم والمخدوم وأيلولتهما إلى مالكين مختلفين ويبقى تابعا لمصلحة العقار المرتفق ولا ينفيه إلا أن يتضمن السند الذى ترتب عليه انقضاء ملكية المالك الأصلى للعقارين شرطا صريحا مخالفا لبقاء الارتفاق ، كما أن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين إذ أنه بمثابة السند الذى يبين مدى الاتفاق برسم حدوده.

(جلسة ١٩٨١/٥/٥ الطعن رقم ٨٠١ لسنة ٤٦ ق س ٣٢ ص ١١٣٧٨)

(جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ الطعن رقم ١٠٤ لسنة ٧٤٧ س ٣١ ص ١١٣١)

(جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٣٩٥)

من العقارين لشخصين مختلفين ، وذلك بأى سبب من أسباب انتقال الملكية [1] . فيجوز أن ينقل المالك الأصلى ملكية أحد العقارين (أو ملكية جزء من أجزاء العقار الواحد) لشخص آخر بعقد معاوضة ، كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى ، كالهبة الوصية. ففى جميع هذه الأحوال يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ، المالك الأصلى والشخص الذى انتقلت إليه ملكية العقار الآخر . بل يجوز أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق نزع الملكية جبرا للمنفعة العامة ، أو عن طريق بيعه فى المزاد الجبرى تنفيذا لدين فى ذمة المالك الأصلى [2] . ويجوز أخيرا أن تنتقل ملكية أحد العقارين لشخص آخر عن طريق الشفعة ، أو عن طريق التقادم المكسب [3] .

ويجوز كذلك أن ينقل المالك الأصلى ملكية العقارين معاً إلى مالكين مختلفين ، ما بعقد معاوضة كالبيع والمقايضة والوفاء بمقابل ، أو بتصرف تبرعى كالهبة والوصية . وكذلك يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين إذا مات المالك الأصلى واقتسمت الورثة تركته، فآل العقاران بموجب الميراث والقسمة إلى وارثين كل منهما يختص بعقار من العقارين [4] .

٥٨٨ – عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه : وقد رأينا [5] أن العبارة الأخيرة من المادة ٢/١٠١٧ مدنى تقضى ، عند انتقال العقارين إلى مالكين مختلفين ، بنشوء حق الارتفاق «ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك». والشرط الصريح الذى يقضى بعدم نشوء حق الارتفاق يكون موجودا فى السند الذى جعل العقارين مملوكين لمالكين مختلفين ، كالبيع أو الهبة أو الوصية أو شروط البيع بالمزاد الجبرى أو غير ذلك من الأسباب التى جعلت أحد العقارين مملوكا لمالك آخر ، أو جعلت العقارين معا مملوكين لمالكين مختلفين ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم [6] .

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٢ ص ١١٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٢) نقض فرنسى ١٩ يونيه سنة ١٨٦١ سيريه٦٣ – ١ – ١٣٣ – ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٨ – ١ – ١٧٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٣) انظر فى كسب ملكية أحد العقارين بالتقادم المكسب : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٢ ص ١١٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١١٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٤) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ – ١ – ٣٣٩ – ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٣ – ١ – ١٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٠ .

(٥) انظر آنفا فقرة ٥٧٦ .

(٦) انظر آنفا فقرة ٥٨٧ .

فإذا كان هناك عقاران مملوكان لمالك واحد ، وعبد المالك فى أحد العقارين طريقا ورصفه ليكون ممرا للعقار الآخر ، ثم باع العقار الذى انشأ فيه الطريق المعبد المرصوف لشخص آخر ، فقد قدمنا أنه بهذا البيع ينشأ حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذى استبقاه المالك الأصلى. وليس على المالك الأصلى ، لإثبات نشوء حق الارتفاق لفائدة العقار الذى استبقاه ، أن يفعل أكثر من أن يطلب الرجوع إلى وضع العقارين أحدهما بالنسبة إلى الآخر ، وإلى وجود علامة ظاهرة لحق المرور هى هذا الطريق المعبد المرصوف . فإذا أنكر عليه المشترى للعقار الآخر نشوء حق الارتفاق ، فعلى هذا المشترى أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط صريح يقضى بأنه لا يعتد بهذه العلامة الظاهرة ، وأن المشترى قد اشترى العقار خاليا من حق ارتفاق بالمرور لفائدة العقار الذى استبقاه المالك الأصلى. فإذا لم يقدم المشترى عقد البيع ، أو قدمه ولم يكن فيه هذا الشرط الصريح السالف الذكر ، سلم للمالك الأصلى دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور على العقار المبيع لفائدة العقار الذى استبقاه . وسكوت عقد البيع عن علامة الطريق الظاهرة ، وعدم تعرضه لنفى دلالتها من وجود حق ارتفاق بالمرور ، إقرار من المشترى بأنه قبل قبولا ضمنيا بنشوء حق الارتفاق . وكذلك يكون الحكم لو أن حق الارتفاق الذى نشأ بتخصيص المالك الأصلى هو حق ارتفاق بالمطل ، وقد دلت عليه علامة ظاهرة هى فتح نافذة فى غير المسافة القانونية . فإذا أراد المشترى للعقار المرتفق به نفى وجود هذا الارتفاق ، فعليه أن يقدم عقد البيع ، وأن يثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط ينفى وجود ارتفاق بالمطل . ونرى من ذلك أنه سواء كان الارتفاق الذى نشأ بتخصيص المالك الأصلى ارتفاقا ظاهرا غير مستمر كحق المرور ، أو ارتفاقا ظاهرا مستمرا كحق المطل ، فان الحكم واحد . ففى الحالتين لا يكلف المالك الأصلى بتقديم عقد البيع ، ويبقى على دعواه من نشوء حق ارتفاق بالمرور أو بالمطل ، إلى أن يقدم المشترى عقد البيع ويثبت أنه قد ورد فى هذا العقد شرط صريح مخالف لنشوء حق الارتفاق. وقد قدمنا أن نص المادة ١٠١٧ مدنى لا يفرق فى هذا الحكم بين الارتفاق الظاهر المستمر والارتفاق الظاهر غير المستمر [1].

---

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى فيفرق بين الحالتين ، إذ تقضى المادة ٦٩٢ منه بأن المالك الأصلى لا يحمل عبء الإثبات ولا يكلف بتقديم عقد البيع فى حالة الارتفاق الظاهر المستمر ، فى حين أن المادة ٦٩٤ منه تقضى فى حالة الارتفاق الظاهر غير المستمر بتحميل المالك الأصلى عبء الإثبات وبتكليفه تقديم عقد البيع ليثبت أنه لم يرد فيه شرط صريح ينفى نشوء حق الارتفاق (انظر فقرة ٥٨٥) .

المبحث الثالث
التقـادم المكسـب
(Prescription acquisitive)

٥٨٩ – المسائل التى يثيرها كسب حق الارتفاق بالتقادم : يثير كسب حق الارتفاق بالتقادم مسائل ثلاثا : (١) حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها بالتقادم . (٢) حيازة حق الارتفاق التى تؤدى إلى كسب بالتقادم . (٣) مدة التقادم .

١ – حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها بالتقادم

٥٩٠ – وجـوب أن يكـون حق الارتفاق ظاهرا حتـى يجـوز كسـبه بالتقـادم : قدمنا [١] أن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى تنص على ما يأتى : «ولا يكسب بالتقادم الا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور» . ويؤخذ من هذا النص أنه لا يجوز كسب الارتفاق بالتقادم إلا إذا كان ارتفاقاً ظاهرا [1] . وينبنى على ذلك مـا يأتى : (١) حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم . (٢) حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم . (٣) حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم . يضاف إلى ما تقدم أنه كما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر ، مستمرا كان أو غير مستمر ، بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر .

---

(١) انظر انفا فقرة ٥٦٠ .

(1) أ – حقوق الارتفاق ومنها حق الرى ، جواز اكتسابها بالاتفاق أو بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسبة للملكية المقررة بالمادة ٩٦٨ من القانون المدنى ، فإذا قضت المحكمة بثبوت حق الارتفاق وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال هذه المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون.

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ الطعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن رقم ٢٣٣٩ لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ س ٣٢ ص ٢٥٠٢

ب – حقوق الارتفاق وفقا للمادة ١٠١٩ من القانن المدنى تخضع للقواعد المقررة فى سند انشائها ، وإذ كان سبب انشاء الارتفاق بالتقادم فإن الحيازة التى كانت أساسا للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق .

(جلسة ١٩٨٢/٦/٩ الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٦٩٨)

٥٩١ – حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم : وحق الارتفاق غير الظاهر هو، كما قدمنا [١]، ارتفاق ليست له علامة خارجية تنم عن وجوده ، وذلك كالارتفاق بعدم البناء وكالارتفاق بالمرور إذا لم يكن للطريق الذى يباشر فيه هذا الحق معالم ظاهرة. ونرى من ذلك أن ظهور حق الارتفاق له معنى خاص يختلف فيه عن ظهور الحيازة ، فقد تكون حيازة الارتفاق بالمرور ظاهرة إذا بوشر الارتفاق فى علانية على ملأ من الناس وبخاصة فى مواجهة مالك العقار المرتفق به ، ويكون الارتفاق بالمرور فى الوقت ذاته غير ظاهر إذا لم تكن للطريق معالم ظاهرة كما سبق القول .

وكان المنطق يقضى بأنه فيما يتعلق بالتقادم ، وهو قائم على الحيازة ، لا يعتد بالمعنى الخاص لظهور حق الارتفاق ويكفى الوقوف عند المعنى العام لظهور الحيازة . فحق المرور مثلا، ما دام يباشر بطريقة علنية ، يجوز كسبه بالتقادم إذا توافر فى الحيازة شرط الظهور، حتى لو لم يكن للطريق معالم ظاهرة فلم يكن الارتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص . ولكن التقنين المدنى اشترط مع ذلك أن يكون حق الارتفاق ظاهرا بالمعنى الخاص حتى يجوز كسبه بالتقادم، ولم يكتف بظهور الحيازة بالمعنى العام . وعلى ذلك لا يجوز كسب حق الارتفاق بالمرور بالتقادم إذا لم يكن للطريق معالم ظاهرة ، حتى لو كانت حيازة الارتفاق ظاهرة وتباشر بطريقة علنية [٢] . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التقنين المدنى الجديد ، لما أراد أن يخالف القاعدة التقليدية التى سار عليها التقنين المدنى الفرنسى فى اشتراط الاستمرار والظهور فى حق الارتفاق حتى يمكن كسبه بالتقادم (انظر م ٦٩٠ مدنى فرنسى) ، عدل عن شرط الاستمرار لما فيه من صنعه متكلفة لا مبرر لها ولا يفسرها إلا تقاليد القانون الفرنسى القديم [٣]، ولكنه استبقى شرط الظهور . على أن اشتراط الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق هو أيضا ، كاشتراط الاستمرار ، لا مبرر له ولا يفسره إلا تقاليد

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٥٥٥ .

(٢) ولذلك يكون غير دقيق ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، فقد جاء فيها ما يأتى : «واشترط فى كسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهراً ، وذلك حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨) . وواضح أن هذه العبارة تجعل الخفاء فى الحيازة هو نفس عدم الظهور فى حق الارتفاق ، على ما بين الأمرين من تباين . هذا من الناحية التقليدية . على أن المشرع المصرى قد أراد ، على ما يظهر ، أن يجعل الظهور فى حيازة حق الارتفاق يتميز بوجود معالم ظاهرة ، وهكذا يجب أن يكون الظهور فى حيازة هذا الحق لأن الحق يقتضى ذلك ، كما سيجئ فى المتن.

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٤ .

القانون الفرنسى القديم [1] . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد استبقى مع ذلك شرط الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق ، لأن حق الارتفاق ، حتى يجوز كسبه بالتقادم ، يحسن أن يكون من الظهور بحيث تكون له معالم ظاهرة ، فلا يكفى الظهور بمعناه العام فى الحيازة . فحق الارتفاق يقتضى لما فيه من دقة ولما قد ينطوى عليه من خفاء ، ظهورا أوضح. فلم يكن ظهور حيازة الارتفاق بهذا المعنى ، فى نظر التقنين المدنى المصرى الجديد، إلا تطبيقا خاصا للظهور فى الحيازة بمعناه العام [2] .

٥٩٢ – حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم : فإذا توافر لحق الارتفاق شرط الظهور بالمعنى الخاص ، وتوافر إلى جانب ذلك شرط الاستمرار ، فلا شك فى جواز كسبه بالتقادم ، كما هو الأمر فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٦٩٠ مدنى فرنسى) .

فإذا فتح شخص فى حائط منزله مطلا على أقل من المسافة القانونية من حدود عقار جاره، وظل هذا المطل مفتوحا المدة اللازمة لكسب الحق بالتقادم ؛ فإنه يكسب بالتقادم حق الارتفاق بالمطل [1] . ذلك بأن المطل ارتفاق ظاهر وعلامته الظاهرة هى هذه النافذة المفتوحة على ملك الجار ، وهو فى الوقت ذاته ارتفاق مستمر لا يحتاج فى مباشرته إلى عمل الإنسان كما قدمنا فى تعريف الارتفاق المستمر [3] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ .

(٢) قرب من هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١١٠٨ ص ٨٣٥ – وقارن شفيق شحاته فقرة ٢٣٧ هامش ٢ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٨٥ .

(٣) انظر آنفا فقرة ٥٥٤ .

(1) أ – إذ جاءت النصوص الخاصة ج بوضع قيود مسافة على المطلات عامة دون تفرقة بين باب ونافذة– فإنها تسرى على المطلات جميعا متى أمكن الإطلال منها مباشرة على ملك الجار عند الحد الفاصل بين عقارين ويكون للأخير طلب الحكم بسدها عند عدم مراعاة المسافة القانونية ولو كان العقار المطل عليه أرضا فضاء باعتبار أن فتح المطل فى هذه الحالة اعتداء على الملك ، يترتب على تركه اكتساب المعتدى حق ارتفاق بالمطل يلزم صاحب العقار المطل عليه بمراعاة المسافة القانونية بين المطل وما قد يقيمه من بعد من بناء – وهى نتيجة تتأبى مع النظر القانونى الصحيح .

(جلسة ٢٠٠٢/١/٨ الطعن رقم ٥٨٩٥ لسنة ٦٣ ق)

ب – متى كسب الطاعن بالتقادم الحق فى مطل على الأرض المواجهة لمبانى المطعون عليهما الأولين ، ذلك أن النص فى الفقرة الثانية من القانون المدنى على أنه إذا كسب أحد بالتقادم الحق فى مطل مواجهة لملك الجار على مسافة تقل عن متر فلا يحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها يدل على أن اكتساب حق المطل المواجهة بالتقادم لا يترتب عليه سوى التزام الجار إذا أراد أن يقيم بناء فى ملكه فإن يراعى مسافة متر على الأقل من المطل المكتسب ، فلا يجوز التحدى بأن المطعون عليهما الأولين قد أقاما مبانيها على أملاك الدولة إذ تكون الدولة هى صاحبة المصلحة فى=

فإذا ما كسب صاحب العقار المرتفق بالتقادم حق الارتفاق بالمطل على النحو الذى قدمناه ، كان له الحق فى استبقاد مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو ، وليس للجار وهو صاحب العقار المرتفق به أن يعترض ، حتى لو كان المطل مفتوحا فى حائط على الخط الفاصل بين العقارين . بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمقدار المسافة القانونية ، وذلك حتى لا يسد المطل المكسوب

= أزالة هذا التعدى أو الاتفاق مع المطعون عليهما بشأنه ولا مصلحة للطاعن فى ذلك ما دامت هذه المبانى لم تنتقص من حقه فى المطل أو فى المرور فى الأرض المشتركة، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بمخالفته القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٨٩/٦/٢١ الطعن رقم ٢١٨٣ لسنة ٥٦ ق)

جـ – لما كان من المقرر – فى قضاء محكمة النقض – ان حقوق الارتفاق ومنها حق المطل انما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٧٦ من القانون المدنى القديم والمادة ٩٦٨ من القانون المدنى الحالى وكان المستفاد من أقوال شاهدى المستأنفات (المطعون عليهن) التى تطمئن إليها المحكمة ومن معاينة الخبيرة المنتدبة للعقار المملوك لهن أن فتح النافذتين محل النزاع واستعمال المستأنفات ومورثتهن من قبل لحق المطل على عقار المستأنف عليه (الطاعن) كان ظاهرا هادئا مستمرا مدة خمسة عشر عاما قبل قيام النزاع الراهن وكان البين من الأوراق أن المالك السابق للارض المقام عليها البناء والمستأنف عليه من بعده قعدا عن منازعة المستأنفات فى استعمالهن لحق المطل بعد الحكم على الأول فى الدعوى المستعجلة رقم ..... التى أقمنها عليه بطلب وقف الأعمال الجديدة التى شرع فى اقامتها على تلك الأرض حتى شرع المستأنف عليه فى البناء عليها سنة ١٩٧٦ وهو ما يفصح عن ان استعمال المستأنفات للمطل لم يكن على سبيل التسامح منهما فانهن لذلك يكن قد اكتسبن حق الارتفاق المذكور بالتقادم مما يتعين معه الحكم على المستأنف عليه بازالة جزء البناء الذى أقامه – بالمخالفة لحقهن فى هذا المطل .

(جلسة ١٩٨٦/٦/٤ الطعن رقم ٢٣٣٩ لسنة ٥٤ ق)

د – حقوق الارتفاق – ومنها حق المطل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة لنقض – انما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية المقرر بالمادة ٧٦ من القانون المدنى القديم والمادة ٩٦٨ من القانون المدنى الحالى، فإذا قضت المحكمة بأكتساب حق الارتفاق بالمطل وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد ومظهره ومبدئه واستمراره طوال المدة المكسبة له حتى يتنسى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن قم ٢٣٣٩ص لسنة ٥٤ ق)

(جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠ الطعن رقم ١٤٨٩ لسنة ٥٠ ق س ٣٥ ص ١٥٠٣)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٥١ ق س ٣٢ ص ٢٥٠١)

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٤ الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٥٤ ق س ٣١ ص ٢٠٠٠)

(جلسة ١٩٧٨/١١/٢١ الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٦ ق س ٢٩ ص ١٧٢١)

بالتقادم (م ٢/٨١٩ مدنى) . فإذا أقام الجار حائطا فى ملكه بعد ترك المسافة القانونية، فإنه يجوز له أن يفتح فى هذا الحائط مطلا لأنه يكون مفتوحا فى هذه الحالة فى حدود المسافة القانونية [١] . ويكسب صاحب المطل بالتقادم حق ارتفاق بالمطل فى نطاق الحيازة التى كانت أساسا للتقادم . فمن كسب بالتقادم حق المطل من نافذة واحدة ، لا يحق له أن يفتح نافذة أخرى . ومن كسب مطلا فى الطابق العلوى، لا يحق له أن يفتح مطلا فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل . ومن كسب بالتقادم حق ارتفاق بالمطل، إذا كان لا يستطيع أن يضيف إليه مطلا آخر ، فإنه يستطيع أن يزيد فى سعة المطل الذى كسبه بالتقادم ، لأن القانون لم يقيد سعة الفتحات . وإذا انهدم الحائط المفتوح فيه مطل كسب بالتقادم ، ثم أعيد بناؤه، فإن حق المطل يرجع من جديد بنفس مداه دون زيادة . ولكن إذا بقى الحائط متهدما مدة خمس عشرة سنة ، ثم أعيد بناؤه ، فان حق المطل لا يرجع من جديد، لأنه يكون قد زال بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة [٢] .

٥٩٣ – حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضا كسبه بالتقادم : والتقنين المدنى المصرى الجديد ، كما قدمنا [٣] ، لا يشترط فى حق الارتفاق أن يكون مستمرا حتى يجوز كسبه بالتقادم ، وذلك خلافا للتقنين المدنى الفرنسى الذى يوجب فى حق الارتفاق حتى يجوز كسبه بالتقادم أن يكون مستمرا مطاوعة لتقاليد كان القانون الفرنسى القديم يجرى عليها [٤] . ولم ير المشرع المصرى الأخذ بهذه التقاليد التى لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها فى مصر ، ومن ثم لم يشترط الاستمرار حق يكسب الارتفاق بالتقادم . فحق المرور ، وهو ارتفاق غير مستمر لأنه يحتاج فى استعماله لعمل الإنسان ، يجوز كسبه بالتقادم فى التقنين المدنى المصرى ما دام ارتفاقا ظاهرا ، أى ما دام الطريق الذى يباشر فيه الارتفاق له

---

(١) نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عماً جزء أول ص ١٦٦ رقم ٦ .

(٢) انظر فى كل ذلك الوسيط ٨ فقرة ٤٧٨ ، والمراجع والأحكام المشار إليها هناك .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

(٤) انظر انتقادا للتنقين المدنى الفرنسى فى هذه المسألة فى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٦ ص ٩٣٥ – ص ٩٣٦ – وانظر كيف ذلل القضاء هذه الصعوبة ، فجعل ما يكسب بالتقادم ، ليس هو حق الارتفاق غير المستمر كحق المرور فى طريق معين ، بل حق الملكية الكاملة لهذا الطريق : أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١١٣ – بودرى وشوف فقرة ١١٠٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٧ – نقض فرنسى ٢١ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ – ١ – ٣٦١ – ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٤ جازيت دى باليه ١٩٢٤ – ٢ – ٦٩٥ – ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ J.C.P. ١٩٤٧ – ٩٧٥٤ .

معالم ظاهرة كما سبق القول . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ ، كما رأينا [١] ، إذ تقول : «ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور» [٢] .

فحق المرور إذن يجوز كسبه بالتقادم [٣](1) ، ما دامت معالم الطريق ظاهرة حتى يكون

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٦٠ وفقرة ٥٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : «ولم يشترط الاستمرار بما له من معنى خاص فى حقوق الارتفاق ، أى أن يكون الارتفاق غير محتاج فى استعماله إلى عمل الإنسان . وبذلك أصبح جائزاً أن يملك حق المرور بالتقادم ، خلافا لما يقضى به التقنين الفرنسى اتباع لقاعدة فرنسية تقليدية ، لا مبرر لها ولا معنى للأخذ بها فى مصر» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٢٨ – ص ٦٢٩) .

وكان القضاء فى مصر ، فى عهد التقنين السابق ، يشترط الظهور والاستمرار فى حق الارتفاق لإمكان كسبه بالتقادم ، وذلك دون سند من النصوص واتباعاً للتقنين المدنى الفرنسى (استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٥ – ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣م ٦ ص ٦٨ – ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٤١ – ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٠ – ١٨ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٧٨ – ٧ فبراير سة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٩ – ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٩ – ١٣ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٣ – ٩ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٠١ – ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٤ – ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٨ – ١٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ – ٩ يناير سنة ١٩٢٩م ٤١ ص ٢٣٨ – ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ٢ ٢٥٢ – ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢٨ – ١٥ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١١) . فجاء التقنين المدنى الجديد واضحا فى عدم اشتراط الاستمرار.

(٣) والمفروض هنا أن العقار المرتفق ليس محبوساً عن الطريق العام ، إذ لو كان محبوساً لكان من حق صاحبه أن يمر من الطريق المجاور طبقا للشروط المقررة فى حق المرور القانون باعتباره قيدا على ملكية العقار المجاور ، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى التقادم لكسب حق المرور فى هذه الحالة إذ يكون الحق ثابتاً منذ البداية (اظنر الوسيط ٨ فقرة ٤٦٥ وما بعدها) . أو يكون العقار المرتفق محبوسا عن الطريق العام ، ولكن صاحب هذا العقار يختار ممراً له ، لا فى العقار المجاور بقصد استعمال حق المرور القانونى ، بل فى عقار آخر (أنظر نفاً فقرة ٢٦٨) .

(1) أ – ان النص فى الفقرة الثانية من المادة ٨١٢ من القانون المدنى على أن «إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى اجزء هذا العقار فلا تجوز المطالبة بحق المرور إلا فى هذه الاجزاء» يدل على أنه إذا تصرف مالك الأرض التى لها منفذ إلى الطريق العام فى جزء منها تصرفا قانونيا أدى إلى حبس الجزء الآخر عن هذا الطريق ، فإن حق المرور لا يكون إلا فى الجزء المبيع طالما كان ذلك مستطاعا ، ولو لم يكن المرور فيه أخف ضررا من المرور فى العقارات المجاورة ، لأن الحبس كان بفعل البائع .

(جلسة ٢٠٠٠/٧/١١ الطعن قم ٩٢٩ لسنة ٦٣ ق)

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٥٤٧) =

ارتفاقا ظاهرا كما قدمنا . وغني عن البيان أنه إذا لم يشترط استمرار حق الارتفاق بهذا المعنى الخاص فى حقوق الارتفاق ، أى وجوب تدخل عمل الإنسان فى استعماله ، فإن الاستمرار بالمعنى العام فى الحيازة واجب حتى يكسب حق المرور بالتقادم . فيجب أن يكون صاحب العقار المرتفق مداوما على المرور فى العقار المرتفق به ، وفى الطريق المعد لذلك وهو طريق ظاهر المعالم كما قدمنا . فإذا كان المرور متقطعا غير منتظم ، يستعمل بين الفينة والفينة على فترات متباعدة دون أن يكن لها مواعيد محددة ، فإن المرور فى هذه الحالة يحمل على أنه عمل من أعمال التسامح ، وأعمال التسامح لا تصلح أساسا لكسب الحق بالتقادم لانتقاد عنصر القصد فى الحيازة [1] . وليس يلزم من ذلك أن حق المرور يجب استعماله باستمرار طول الوقت دون أن ينقطع ، فإن هذا أمر مستحيل فوق أنه لا ضرورة له . بل يكفى أن يستعمل حق المرور بطريقة منتظمة ، من وقت إلى آخر ، فى المواعيد التى يحتاج فيها للمرور، على أن يكون استعمال الحق على هذا النحو مضطردا غير منقطع [2] .

٥٩٤ – طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم : وكما يجوز كسب حق الارتفاق الظاهر بالتقادم ، يجوز أيضا أن يكسب بالتقادم طريقة استعماله . ذلك بأن طريقة الاستعمال فرع عن حق الارتفاق نفسه ، وإذا كان الأصل يجوز كسبه بالتقادم فأولى أن يجوز كسب الفرع بنفس السبب .

فإذا كسب شخص بالاتفاق حق ارتفاق بالمطل على عقار جاره بفتح نافذة واحدة فى طابق معين من منزله على مسافة أقل من المسافة القانونية ، جاز له إذا عدل طريقة استعمال الارتفاق ، أن يكسب بالتقادم طريقة الاستعمال المعدلة . فإذا فتح مثلا نافذة أخرى إلى جانب النافذة الأولى ، أو فتح نافذة أخرى فى طابق أعلى أو أسفل ، واستمر على ذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بهذا السبب ما أدخله من التعديل على حق ارتفاقه الأصلى كسبه بالاتفاق .

= ب – لا يشترط حتى تعتبر الارض محبوسة عن الطريق الا يكون لها أى منفذ يؤدى إلى هذا الطريق، بل يكفى لتحقق هذه الحالة وفقا لنص المادة ١/٨١٢ من القانون المدنى أن يكون للأرض ممر إلى الطريق العام ولكنه غير كاف بحيث لا يتيسر لمالكها الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، وهو أمر يستقل قاضى الموضوع بتقديره متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٣٩ ق س ٢٥ ص ١٥٤٧).

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

(٢) وليس يلزم أن تكون العلاقة الظاهرة لحق الارتفاق الذى يكسب بالتقادم من عمل مالك العقار المرتفق نفسه ، فقد تكون من عمل الغير ويستبقيها مالك العقار المرتفق لحساب نفسه بعد أن يعلم بوجودها ، فيكون الارتفاق ظاهراً ويصح كسبه بالتقادم (بودرى وشفو فقرة ١١٠١).

وإذا كسب بالاتفاق حق ارتفاق بالمرور فى عقار جاره على أن يمر مترجلا ، ثم أخذ يمر فى عربة أو يمر معه مواشيه ، وبقى كذلك المدة اللازمة للتقادم ، فإنه يكسب بالتقادم ما أدخله من تعديل فى استعمال حق ارتفاقه الأصلى الذى كسبه بالاتفاق . فيجوز له ، بعد تمام مدة التقادم ، أن يمر فى عربته أو أن يمر مع مواشيه ، دون أن يكون لصاحب العقار المرتفق به حق الاعتراض على ذلك [1] .

٢ – حيازة حق الارتفاق التى تؤدى إلى كسبه بالتقادم

٥٩٥ – الحيازة فى حق الارتفاق كالحيازة فى الملكية : قدمنا [2] أن الحيازة هى وضع مادى ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق . ويستوى فى ذلك حق الملكية ، وهو المقصود من السيطرة الفعلية على الشئ ، وغيره من الحقوق . والسيطرة الفعلية على الحق يكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق . فان كان حق ملكية ، اختلط الحق بالشئ محل الحق ، يقال إن الشخص يسيطر سيطرة فعلية على الشئ نفسه محل الملكية . وإن كان حق ارتفاق ، فان حيازته تكون باستعماله فعلا ، فيمر الحائز فى أرض الجار فى الارتفاق بالمرور، أو يفتح نافذة فى حائطه على مسافة أقل من المسافة القانونية تطل على عقار جاره فى الارتفاق بالمطل .

ومن ذلك نرى أن الشروط العامة للحيازة واحدة ، سواء كانت الحيازة واقعة على حق الملكية أو كانت واقعة على حق الارتفاق . فإن كانت واقعة على حق الارتفاق ، وجب ، حتى تؤدى إلى كسب هذا الحق بالتقادم ، أن تكون بوجه عام مستمرة ظاهرة هادئة غير غامضة [1] .

---

(١) وفى فرنسا يجوز أن يكسب بالتقادم طريقة استعمال حق الارتفاق ، بشرط أن يكون الارتفاق مستمراً ظاهراً ، جرياً على الأصل الذى ساروا عليه (بودرى وشوفو فقرة ١١٠٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥٩) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٥١ .

(1) حقوق الارتفاق ، جواز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسبه للملكية المقررة بالمادة ٩٦٨ من القانون المدنى ، فإذا قضت المحكمة ثبوت حق الارتفاق وجب عليها أن تبين فى حكمها جميع العناصر الواقعية اللازمة لثبوته من وضع اليد وصفته ومظهره واستمرار طوال المدة المكسبة له حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون .

(جلسة ١٩٩٤/٤/١٧ اطعن قم ١٨٥ لسنة ٦٠ ق)

(جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠ الطعن رقم ٢٣٣٩ لسنة ٥٤ ق) =

وكل ما قررناه فى هذا الشأن ، عند الكلام فى النظرية العامة للحيازة [1] ، ينطبق هنا فى حيازة حق الارتفاق [2] . وقد لاحظنا فيما تقدم أن هناك معنى خاصا لحق الارتفاق المستمر ولحق الارتفاق الظاهر ، وهذا المعنى غير مطلوب فى الشرطين العامين للاستمرار والظهور فى الحيازة . فقد تكون حيازة حق الارتفاق مستمرة مع أن حق الارتفاق نفسه غير مستمر ، والعبرة فى هذه الحالة باستمرار الحيازة . فإذا كانت الحيازة مستمرة بالمعنى العام، جاز كسب حق الارتفاق بالتقادم ، حتى لو كان هذا الحق غير مستمر بالمعنى الخاص، وقد تقدم بيان ذلك . وكذلك الظهور فى الحيازة ، غيره فى حق الارتفاق ، ولكن هنا يطلب القانون الظهور بمعناه الخاص فى حق الارتفاق ، أى أن يكون لهذا الحق معالم ظاهرة، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . وقدمنا أن التقنين المدنى الجديد يخلط ما بين الظهور فى حق الارتفاق والظهور فى الحيازة ، ويجعلهما شيئا واحدا هو الظهور فى حق الارتفاق لاعتبارات عملية [3] .

وكذلك ما قررناه من وجوب توافر الحيازة على عنصريها المادى والمعنوى ينطبق هنا فى

= (جلسة ١٩٨٢/٦/٩ الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٦٩٨)

(جلسة ١٩٨١/١٢/٣١ س ٣٢ ص ٢-٢٥)

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حقوق الارتفاق ، ومنها حق الشرب، إنما يجوز اكتسابها بالتقادم إذا ما توافرت أركان وضع اليد المكسب للملكية . فإذا قضت المحكمة باكتساب حق الشرب بالتقادم ، وجب عليها أن تبين فى حكمها العناصر الواقعية اللازمة لثبوته ، من وضع اليد وصفته ومظهره واستمراره طوال المدة المكسبة له ، حتى يتسير لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون . فإذا كان الحكم الذى قضى بثبوت ذلك الحق خالياً من بيان العناصر الواقعية التى تفيد أن مدعيه كان يستعمل الفتحة المتنازع عليها لرى أرضه من مياه الراحة ، وأن استعماله لها فى هذا الغرض كان ظاهراً غير غامض، ومستمرا مدة خمس عشر سنة ، فهذا يكون قصوراً فى التسبيب يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٤) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان المفهوم من الحكم أن النافذة التى قضى استئنافيا بتأييد الحكم الصادر باعادة فتحها ، قد فتحها صاحبها فى الدور الأرضى من منزله على مسافة بضعة سنتيمترات فقط من نهاية ملك جاره ، وأنه فتحها فى فرصة تهدم سور الجار أمامها ، وأن الجار بعد ذلك قد أقام السور وزاد نصف متر فى ارتفاعه حتى حجب النافذة كلها ، ومنع مجال النظر أمامها من أن يمتد إلى ما وراء السور كما كان من قبل ، فهذه الحالة لا يصح وصفها بأنها وضع يد لو استطالت مدته لأكسبت صاحب اليد الحق الذى يدعيه ، وذلك لعدم انتفاء الابهام الذى يكتنفها من ناحية تصرف صاحب النافذة وقت فتحها وبعده ، ولعدم تحقق وصف الهدوء وعدم النزاع من الجار (نقض مدنى ١٨ مارس سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٥ رقم ٥) .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٥٩١ .

حيازة حق الارتفاق ، حتى تؤدى الحيازة إلى كسب هذا الحق بالتقادم [1] . ونقف ، فى العنصر المعنوى للحيازة ، عند ما سبق أن قررناه من انتفاء هذا العنصر فى أعمال التسامح (actes de simple tolérance) وفى اتيان الرخصة من المباحات (actes de pure faculté) [2] ، لنعيد فى إيجاز ما قدمناه فى هذا الشأن مطبقا على حيازة حق الارتفاق .

٥٩٦ – أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسبه بالتقادم : وأكثر ما ترد أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق . فهى تتضمن حيازة مادية لحق الارتفاق ، أى أعمالا تعتبر استعمالا فعليا لهذا الحق . ولكن صاحب العقار المرتفق به لا يحمل هذه الأعمال على محمل الاعتداء على عقاره ، بل يكون قد رخص لجاره فى القيام بها ، ترخيصا صريحا ، أو ترخيصا ضمنيا بالسكوت عليها . فيكون هذا تسامحا منه نحو جاره ، محافظة منه على حسن الجوار . وكذلك الجار الذى يستعمل حق الارتفاق إنما يستعمله لا بقصد الاعتداء على ملك جاره ، بل هو يستعمله بناء على هذا الترخيص الصريح أو الضمنى الصادر له من جاره . فتكون الحيازة هنا قد تجردت عن عنصرها المعنوى وهو عنصر القصد ، ولذلك لا تقوم ، ومن ثم لا تؤدى إلى كسب حق الارتفاق بالتقادم . فإذا أقام الجار بناء فى الحد الفاصل بين أرضه وأرض جاره وكانت الأرض الأخيرة أرضا فضاء ، وفتح الجار نافذة فى الحائط المقام فى الحد الفاصل ، فيغلب أن يترك صاحب الأرض جاره بفتح المطل على سبيل التسامح ، لأن فتح المطل فى هذه الحالة لا يضايقه إذ أن أرضه فضاء فلا يضيره أن يفتح جاره مطلا عليها . وتكون حيازة صاحب المطل قائمة على تسامح من الجار ، فهى حيازة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يكسب حق ارتفاق بالمطل ولو بقى المطل مفتوحا خمس عشرة سنة أو أكثر . وإذا كانت الأرض غير محبوسة عن الطريق العام ، ولكن صاحبها مر فى أرض الجار لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر وأيسر ، وثبت أن الجار قد ترك جاره يمر فى أرضه على سبيل التسامح ، فعند ذلك تكون حيازة هذا الأخير لحق المرور حيازة مادية محضة مجردة من العنصر المعنوى وهو عنصر القصد ، فلا يستطيع أن يكسب حق المرور بالتقادم ولو بقى يمر فى أرض الجار خمس عشرة سنة أو أكثر .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كانت الأعمال التى قام بها الجار قد تحملها منه جاره على سبيل التسامح ، فلا تكسبه هذه الأعمال حق الارتفاق بالتقادم . وينظر القاضى فى ذلك إلى مقدار ما تحدثه هذه الأعمال من مضايقات للجار ، وإلى مقدار ما لهذا الجار من مصلحة فى معارضة هذه الأعمال . فإذا لم تكن هذه الأعمال من شأنها أن تضايق الجار

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٧ وما بعدها .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

كثيراً ، وكان لهذا الجار مصلحة فى عدم معارضتها حفاظا منه على حسن الجوار ، ورعاية منه لما يقوم بينه وبين جاره من علاقة ود لا ينبغي أن يعكر صفاءها ، أمكن أن يستخلص من كل ذلك أن الجار قد احتمل من جاره هذه الأعمال على سبيل التسامح ، وأن هذا الأخير لم يقم بهذه الأعمال اعتداء على حق الجار ولكن لما آنسه من روح التسامح عند هذا الجار»[1] .

٥٩٧ - إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم : وقدمنا [2] . أن الفقرة الأولى من المادة ٩٤٩ مدنى تنص على أنه «لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح.

والعمل الذى يأتيه الشخص على أنه رخصة من المباحات هو محض رخصة يأتيها، وليس لأحد أن يمنعه منها . فلا هو فى إثباتها حاز حق ارتفاق ولو محض حيازة مادية ، ولا هو من باب أولى توافر عنده قصد استعمال حق ارتفاق . ومن ثم لا تقوم الحيازة باتيان هذه الرخصة، لتخلف عنصريها المادى والمعنوى معاً . ففى حين أن أعمال التسامح يقوم بها العنصر المادى للحيازة دون عنصرها المعنوى ، إذا باتيان رخصة من المباحات لا تقوم به الحيازة أصلا ، لا فى عنصرها المعنوى ولا فى عنصرها المادى . فإذا فتح شخص مطلامستوفيا لقيد المسافة، فهو فى ذلك إنما يستعمل رخصة في حدودها القانونية . ومن ثم يجوز لصاحب العقار المجاور أن يقيم حائطاً فى حدود ملكه ، لأن صاحب المطل لم يكسب حق ارتفاق قبل جاره بفتحه المطل، إذ هو لم يأتى فى ذلك إلا برخصة من المباحات . وإذا أقام شخص حائطا على حدود ملكه، وفتح فى هذا الحائط منورا مستوفيا لشروطه ، فهو فى فتحه للمنور إنما أتى رخصة من المباحات ولم يقصد من فتح المنور الاعتداء على حق لأحد ، ولم يقع فعلا أى اعتداء على حق لأحد ، فلا تقوم له حيازة فى هذه الحالة ، ولا يكسب حق ارتفاق قبل الجار . ويجوز للجار ، حتى لو بقى المنور مفتوحا مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ، أن يقيم فى حدود ملكه حائطا يسد به المنور ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يتمسك بأنه كسب حق فتح المنور بالتقادم. كذلك لو أصبح الحائط الذى فتح فيه المنور حائطا مشتركا ، فإنه يجوز للجار الآخر أن يطلب سد المنور بعد أن أصبح الحائط مشتركا ، ولا يجوز لصاحب المنور أن يقول إن المنور بقى مفتوحا خمس عشرة سنة فكسب حق ارتفاق بالتقادم . ونرى من كل ذلك أن إتيان رخصة من المباحات ، كالقيام بعمل من أعمال التسامح ، لا تقوم به حيازة ، ولا يؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم .

---

(١) انظر فى كل ما تقدم آنفا فقرة ٢٦٨ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٨ .

ويجوز أن تنقلب الأعمال التى يستعمل الشخص بواسطتها رخصة من المباحات ، أو التى يقوم بها على سبيل التسامح من الجار ، إلى أعمال حيازة صحيحة تتوافر فيها عنصر الحيازة المادى والمعنوى . فتتغير صفة هذ الأعمال ، وبعد أن كانت أعمالا لا تقوم بها الحيازة ، تصبح أعمالا تتم بها الحيازة فتصير صالحة لأن تؤدى إلى التقادم . مثل ذلك أن يأتى الجار الذى يستعمل الرخصة أو يقوم بأعمال التسامح بعمل مادى يعارض به حق المالك، ويشعره بأنه إنما يجوز حق ارتفاق وأنه يقصد استعماله فتصبح حيازته لهذا الحق حيازة صحيحة قد توافر فيها العنصران المادى والمعنوى . فإذا فتح شخص منورا فى الحائط القائم على حدود ملكه ، ولما أراد جاره أن يبنى حائطا هو الآخر فى حدود ملكه يسد المنور منعه الجار من ذلك ، ورضخ جاره لهذا المنع ، فإن هذا عمل مادى دل به الجار على أنه بفتحه المنور لا يقصد أن يأتى رخصة من المباحات ، بل قصد أن يستعمل حق ارتفاق. ومن ثم إذا ظل على هذه الحال خمس عشرة سنة ، كسب حق ارتفاق بالتقادم ، ولم يستطع جاره أن يسد المنور ، وإذا أصبح الحائط المفتوح فيه المنور حائطا مشتركا لم يجز أيضا سد المنور فقد كسب الجار حق فتحه بالتقادم . وإذا عمد الجار الذى يمر فيه أرض جاره على سبيل التسامح إلى ترصيف المكان الذى يمر فيه وإلى إحاطته بسياج ليختص به وحده ، مما يقطع فى أن نيته قد تحولت من القيام بعمل على سبيل التسامح إلى القيام بعمل من أعمال الحيازة الصحيحة التى توافر فيها عنصراها المادى والمعنوى ، واستمر الوضع على هذا النحو مدة خمس عشرة سنة دون معارضة من الجار ، فإن الحيازة تنتج أثرها وتكسب صاحبها حق ارتفاق بالمرور [1] .

٣ – مدة التقادم

٥٩٨ – مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى : لما كان حق الارتفاق عقارا، وكان كسب العقار بالتقادم إما أن يكون بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير ، فإن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى خرجت على هذه القاعدة العامة إذ جاءت محددة لنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، فهى تقول : «الارتفاقات المستمرة الظاهرة تكسب بالسند أو بالحيازة مدة ثلاثين سنة» . وازاء هذا النص الصريح ، جرى القضاء والفقه فى فرنسا على أن حق الارتفاق لا يكسب إلا بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم ثلاثين سنة كما تصرح المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفة الذكر ، فحق الارتفاق إذن لا يكسب بالتقادم القصير أى بحيازة تدوم ما بين

---

(١) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٢٦٨ .

عشر سنوات وعشرين سنة [1]. ويستند هذا الرأى ، إلى جانب صريح نص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى سالفة الذكر ، إلى الأعمال التحضيرية للتقنين الفرنسى ، حيث يصرح Malleville وهو أحد واضعى هذا التقنين بأنه «بالنسبة إلى كسب حقوق الارتفاق ، لا يقر التقنين المدنى من أنواع التقادم إلا التقادم الطويل ومدته ثلاثون سنة» . هذا إلى حجة منطقية يضيفها أصحاب هذا الرأى ، فيقولون إن السبب فى جواز كسب الملكية ذاتها بالتقادم القصير وعدم جواز كسب حق الارتفاق بهذا النوع من التقادم يرجع إلى أن حيازة الملكية أى حيازة الشئ محل الملكية ، أمر محسوس يمكن التثبت منه أكثر من التثبت من حيازة حق الارتفاق، إذ أن حيازة حق الارتفاق تدق كثيرا ، فلم يرد المشرع الفرنسى إعمال التقادم القصير بالنسبة إليها، ولم يفسح المجال فيها إلا للتقادم الطويل [2].

وينتقد جانب من الفقه الفرنسى هذا الرأى [3]، ويذهب إلى أن المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى، عندما قررت أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، إنما أرادت أن تستبعد قاعدة كانت مقررة فى القانون الفرنسى القديم [4]، وكانت تقضى بأن حق الارتفاق لا يكسب بالتقادم إلا إذا كان مصحوبا بسند . فأراد المشرع الفرنسى أن يعدل عن هذه القاعدة القديمة، وأن يجعل حق الارتفاق يكسب بالتقادم كسائر الحقوق العينية ولو لم يكن مصحوبا بسند . ولم يتمثل وقت وضع المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى إلا حالة ما إذا كان حائزا العقار المرتفق به هو مالكه الحقيقى كما هو الغالب ، فقرر أن من يحور حق ارتفاق على هذا العقار يتملكه بالحيازة مدة ثلاثين سنة ، وعنى بذلك أن حائز حق الارتفاق يتملك هذا الحق بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولم يخطر على باله وقت وضع هذه المادة حالة التقادم القصير، وهى حالة معقدة تقضى أن يكون حائز العقار المرتفق به غير مالكه الحقيقى وقد رتب على هذا العقار حق ارتفاق بموجب الاتفاق ، حتى يقال إنه أراد بنص المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى استبعاد تملك حق العقار فى هذه الحالة بالتقادم القصير . فالمادة ٦٩٠ مدنى فرنسى لا شأن لها إذن بنوع التقادم الذى يكسب به حق الارتفاق ، وكل ما أرادت أن تقوله هو أن حق

---

(١) نقض فرنسى ١٠ ديسمبر سنة ١٨٣٤ داللوز ٣٥ - ١ - ٦٥ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٧٥ سيريه ٧٦ - ١ - ١٠٣ - بيزانسون ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٧ - ٢ - ٢٠٨ - ديمولومب ١٢ فقرة ٧٨١ - لوران ٨ فقرة ١٩٤ - توليه ٣ فقرة ٦٣٠ - ماركاديه تحت المادة ٦٩٠ فقرة ٢ - ديمانت ٢ فقرة ٥٤٦ مكررة - أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ٠١٩ هامش ١ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٣.

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥١ ص ١٠٩ هامش ١ - بودرى وشوفو فقرة ١١١٣ ص ٨٤٢.

(٣) ديرانتون ٥ فقرة ٥٩٣ - ترولون فى التقادم ٢ فقرة ٨٥٦ - بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٩ - جرسران ١ فقرة ١٩٩٦ - مازو فقرة ١٧٢٠ - وانظر مارتى ورينو فقرة ١٥٤ .

(٤) عادات باريس وأورليانس (coûtumes de Pais et d'orléans) .

الارتفاق يكسب بالتقادم دون حاجة إلى سند . ولما كانت المادة ٢٢٦٥ مدنى فرنسى تقرر فى نص عام شامل أن العقار يكسب بالتقادم القصير إذا كان هناك سبب صحيح واقترت الحيازة بحسن النية ، فإن حق الارتفاق كغيره من العقارات يدخل فى عموم هذا النص، ويجوز أن يكسب هو الأخر بالتقادم القصير متى وجد السبب الصحيح وحسن النية . وإذا لم يكن هناك شك فى أن حق الملكية يكسب بالتقادم القصير ، فكيف ينكر على حق الارتفاق، وهو دون حق الملكية مرتبة ، أن يملك هو أيضا بالتقادم القصير [١] .

٥٩٩ – مدة التقادم فى التقنين المدنى المصرى : أما فى التقنين المدنى المصرى، فالمسألة لا تحتمل أى خلاف . فإن الفقرة الثانية من المادة ١٠١٦ مدنى، كما رأينا [٢]، تنص على ما يأتى : «ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة ، بما فيها حق المرور». فلم تنقل ما قررته المادة ٦٩٠ مدنى فرنسى من أن حق الارتفاق يكسب بالحيازة المدة الطويلة ، بل قررت أن حق الارتفاق الظاهرة يكسب بالتقادم اطلاقا ، دون تمييز بين التقادم الطويل والتقادم القصير . فلم يعد هناك محل ، فى القانون المصرى ، للوقوف فى كسب حق الارتفاق على التقادم القصير . بل يجب القول دون أى تردد أن حق الارتفاق ، فى القانون المصرى، يكسب بالتقادم القصير كما يكسب بالتقادم الطويل ، متى كان حق الارتفاق ظاهرا .

فحق الارتفاق الظاهر يكسب إذن بالتقادم الطويل ، أى بحيازة تدوم خمسة عشرة سنة. فإذا حاز شخص على عقار جاره حق ارتفاق ظاهر ليس له كحق مطل أو حق مرور ، واستمر حائزا له مدة خمس عشرة سنة ، وتوافرت فى الحيازة عنصراها المادى والمعنوى وكذلك توافرت شروطها ، فإن الحائز لحق الارتفاق يتملك هذا الحق بالتقادم الطويل [٣][1] .

---

(١) بيدان ٤ فقرة ٧٦٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٦٥ – بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣٧٥٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٥٦٠ .

(1) مفاد المادة ٨١٩ من القانون المدنى ان المطل إذا كان مفتوحا على مسافة أقل من متر وظل على هذا النحو مدة خمسة عشر عاما ، وكانت الحيازة مستوفية لشرائطها وليست على سبيل التسامح ، فإن صاحب المطل يكسب حق ارتفاق بالمطل بالتقادم ويكون له الحق فى استبقاء مطله مفتوحا على أقل من المسافة القانونية كما هو وليس لصاحب العقار المجاور أن يعترض حتى ولو كان المطل مفتوحا فى حائط مقام على الخط الفاصل بين العقارين بل ليس له فى هذه الحالة أن يقيم حائطا فى ملكه إلا بعد أن يبتعد عن الخط الفاصل بمسافة متر وذلك حتى لا يسد المطل المكتسب بالتقادم .

(جلسة ١٩٨٠/١٢/٤ الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٩ ق س ٣١ ص ٢٠٠٠)

(٣) وإذا كان العقار المرتفق به موقوفاً ، كانت مدة التقادم المكسب ثلاثا وثلاثين سنة (استئناف مصر ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٣٩ ص ٢٨٦ – استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٩). =

وحق الارتفاق الظاهر يكسب أيضا بالتقادم القصير ، أى بحيازة تدوم خمس سنوات. فإذا كان حائز العقار المرتفق به لا يملكه ، سواء كان حائزاً بحسن نية أو بسوء نية، ورتب على العقار الذى يحوزه حق ارتفاق بالمطل أو حق ارتفاق بالمرور مثلا ، بموجب اتفاق بينه وبين مالك العقار المرتفق ، فإن هذا الأخير لا يملك حق الارتفاق بهذا الاتفاق، لأن الاتفاق صادر من غير مالك . ولكن إذا كان حسن النية أى يعتقد أنه تعاقد مع المالك ، وحاز حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصريها ولشرائطها ، وكان حق الارتفاق ظاهرا ، ودامت حيازته خمس سنوات ، فإنه يتملك حق الارتفاق بالتقادم القصير [1].

= ولابد من إثبات انقضاء مدة التقادم ، فلا يكفى القول بأن حق الارتفاق قائم منذ زمن بعيد ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اقتصر الحكم الصادر بثبوت حق الارتفاق بالرى من ترعة على القول بأنه تبين من تقرير الخبير أن «الأرض الوقف سواقى ومراوى تأخذ المياه من هذه الترعة ، وأن حالتها تدل على أنها عملت من زمن قديم جداً، فحق الرى إذن من هذه الترعة قد ثبت قانوناً لأرض الوقف منذ كانت هذه الترعة مروى قبل أن توسعها الحكومة» ، فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى خمسة وعشرين عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٢) ، وانظر أيضا نقض مدنى ١٤ مارس سنة ١٩٤٠ نفس المجموعة جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢٤ . وقضت أيضا بأن إذا أسست المحكمة قضاءها بثبوت حق الارتفاق على الحكم الصادر بمنع تعرض المدعى عليه للمدعى فى حق ارتفاق الرى، مع أن هذا الحق لم يثبت بعد وكل ما أثبته الحكم المذكور هو مجرد حيازة ظاهرة على المسقى يحميها القانون دون بحث فى أصل الحق من أساسه ، الأمر الذى كان يتعين معه على المحكمة مراعاة هذا الأساس . وإذا هى لم تفعل ولم تلق بالا إلى مدى الفرق بينهما، مما كان له أثر فى قضائها من حيث تحديد مدة التعرض وتقدير التعويض وتقويم عناصره وانسحاب أثر ذلك التقدير إلى بدء التعرض المدعى به وتحديد مقابله عن مدة سابقة مع منازعة المدعى عليه فى نشوء ملكيته فى تلك المدة، فان حكمها يكون معدوم الأساس القانونى مما يستوجب نقضه (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة جزءأول ص ١٦٩ رقم ٢٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٢٢ - ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠١ .

أما بالنسبة إلى حائز العقار المرتفق به ، فإنه ، إذا كان حسن النية ولديه سبب صحيح، يتملك هذا العقار بالتقادم القصير . فلا يعود هناك محل فى هذه الحالة لحائز حق الارتفاق أن يتمسك بالتقادم القصير ، لأن حائز العقار المرتفق به يكون قد تملك هذا العقار بالتقادم وذلك بأثر رجعى ، فيتبين أنه وقت أن رتب حق الارتفاق على العقار كان يملكه، فيترتب حق الارتفاق بالاتفاق لا بالتقادم . وإذا كان حائز المرتفق به سيء النية، أو لم يكن لديه سبب صحيح ، فإنه لا يتملك العقار إلا بالتقادم الطويل، أى بحيازة تدوم خمس عشرة سنة . وفى هذه الحالة وحدها يكون لحائز حق الارتفاق مصلحة فى أن يتمسك بالتقادم القصير ، إذ أنه يتملك حق الارتفاق بهذا التقادم قبل أن يتملك حائز العقار المرتفق به هذا العقار بالتقادم الطويل، فليس أمام حائز حق الارتفاق إذا أراد استبقاء هذا الحق إلا أن يتمسك بأنه قد تملكه بالتقادم القصير .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على قيام حق الارتفاق

٦٠٠ – نص قانونى : تنص المادة ١٠١٩ مدنى على ما يأتى :

«تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ، ولما جرى به عرف الجهة، وللأحكام الآتية » (١) .

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠ فقرة ٥١/١ فقرة ٢ (٢) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٢/٩٨٧ – وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٢ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٥ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٨٤ (٣) .

ويخلص من هذا النص أن ما ينتجه حق الارتفاق من آثار يبينه عادة سند إنشائه ، من عقد أو وصية .. فما ورد فى العقد أو فى الوصية فى هذا الشأن يجب اتباعه، لأن الإرادة هنا

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٣ – ص ٦٣٤) .

(٢) **التقنين المدنى السابق** م ٣٠ فقرة ثانية/٥١ فقرة ثانية : الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر أو لمنفعة الميرى، وتتبع فيه شروط العقد الذى ترتب عليه وجود ذلك التكليف وعرف البلد . (وحكم التقنين المدنى السابق لايختلف فى مجموعه عن حكم التقنين المدنى الجديد) .

(٣) **التقنين المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٢/٩٨٧ : ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالسند الذى يحدثها ، وإذا لم يكن هناك سند فبالقواعد التالية . (والنص يوافق التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٢ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٥ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٢/٨٤ : ويحدد استعمال هذه الارتفاقات ومداها بالصك الذى يحدثها ، وإذا لم يكن هناك صك فبالقواعد التالية : (والنص يطابق نص التقنين السورى ، والنص الأخير مأخوذ منه ، وهو موافق للتقنين المصرى) .

هى مصدر حق الارتفاق وهى التى تبين مداه وترسم حدوده . وإذا كان حق الارتفاق قد كسب بالتقادم ، فإنه يكسب فى نطاق الحيازة التى كانت أساسا للتقادم . وإذا كسب هذا الحق بتخصيص المالك الأصلى ، فهذا التخصيص هو أساس الاتفاق الضمنى الذى يقوم عليه هذا المصدر ، وهو الذى يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدوده كما فى العقد والوصية .

وإلى جانب ذلك ، تجب مراعاة عرف الجهة ، فيما لا يتعارض مع ما تقدم .

ثم إن هناك أحكاما أوردها القانون ، تكمل هذا وذاك فيما لا يتعارض معهما ، وهذه الأحكام هى التى نتولى بحثها هنا . وبعضها يبين آثار حق الارتفاق بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ، وبعض آخر يبين هذه الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به .

المبحث الأول

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق

٦٠١ – مسألتان : نبحث هذه الآثار : (١) من حيث تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق . (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة للمالك العقار المرتفق .

١ – تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق

٦٠٢ – تحديد مدى حق الارتفاق : قدمنا [١] أن مدى حق الارتفاق يتحدد تبعا للسبب الذى أنشأ هذا الحق .

فإن كان سبب إنشائه العقد أو الوصية ، وجب الرجوع إلى ما يقرره السند فى هذا الشأن . ويفسر القاضى إرادة المتعاقدين أو إرادة الموصى طبقا للقواعد المقررة فى تفسير الإرادة ، وهو فى تفسيره لهذه الإرادة يبت فى مسألة موضوعية ، لا معقب عليه فيها من محكمة النقض [٢] . ويراعى القاضى فى تفسيره للسند ، ليحدد مدى حق الارتفاق ، أن يوفق ما بين فائدة العقار المرتفق وبين إلقاء أقل عبء على العقار المرتفق به ، مع ملاحظة أن يكون

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٠ .

(٢) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ – ١ – ٣٢٤ – ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١ – ١ – ١٠٥ – ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٥٩ داللوز ١٩٧٠ – ٢٠٨ .

التفسير فى مسائل حق الارتفاق تفسيرا ضيقا (١)(1).

وإن كان سبب انشاء الارتفاق تخصيص المالك الأصلى ، فان مدى حق الارتفاق يتحدد بهذا التخصيص ، وهو الذى وقع عليه الاتفاق الضمنى ما بين المالك الأصلى وصاحب العقار الآخر (٢).

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٤ هامش ٢ – ولكن ذلك لا يمنع من أن تفسر عبارات العقد أو الوصية ، فى ارتفاق بالمطل رتبه هذا السند فى عبارات واسعة، بأن هذه العبارة تفيد أن الارتفاق يشمل أيضا ارتفاقاً بعدم البناء ولو فى حدود المسافة القانونية، فينقلب الارتفاق بالمطل على هذا النحو ارتفاقاً بالرؤية (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – نقض فرنسى ٢٩ يونيه سنة ١٨٩١ داللوز ٩٣–١–٣٠) . ويصح أيضا أن يكون مالك العقار المرتفق قد وسع من حق الارتفاق عما كان عليه فى السند أو ضيق منه ، عن طريق التقادم المكسب أو عن طريق عدم الاستعمال (بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥ – مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٧٦ هامش ٦ – نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ داللوز ١٩٥٤ – ١٨٤ : يعتد بالحيازة وتفسير السند) .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ – بلانيول وريبير وبيكر ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥٥– ص ٩٥٦– نقض فرنسى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢–١–١٤٦ .

(1) أ – حقوق الارتفاق وفقا للمادة ١٠١٩ من القانون المدنى تخضع للقواعد المقررة فى سند انشائها ، وإذ كان سبب انشاء الارتفاق بالتقادم فإن الحيازة التى كانت أساسا للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق .

(جلسة ١٩٨٢/٦/٩ الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٩ ق س ٣٣ ص ٦٩٨)

ب – حقوق الارتفاق – وفقا للمادة ١٠١٩ من القانون المدنى – تخضع للقواعد المقررة فى سند انشائها ، وإذ كان ترتيب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى ليس مبنيا على مجرد نية المالك فى الوقت الذى رتب فيه علاقة التبعية بين العقارين بحيث لو انفصلا لكان لأحدهما حق ارتفاق على الآخر – اما مبناه – على ما أوضحته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى – الاتفاق الضمنى الذى انعقد بين المالكين المختلفين للعقارين وقت انفصال ملكيتهما ببناء هذين العقارين بالحالة الواقعة السابقة ، وتحويلها إلى ارتفاق بمعناه القانونى ، ومن ثم فإن نطاق هذا الارتفاق يتحدد بالتخصيص الذى وقع عليه هذا الاتفاق الضمنى بين المالكين ، وهو السند الذى يعين مدى حق الارتفاق ويرسم حدود، واذ كان استدلال الحكم على توسيع نطاق الارتفاق بالمطل وشموله العقارين أربعة أدوار بما استظهره من نية المالك الأصلى هو استدلال غير صحيح اعتمد فيه الحكم على مصدر لا يؤدى إليه ، ذلك لأن تحديد نطاق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى لا يكون بالتحرى عن مكمن اراداته وما انطوت عليه نيته ، ولا يستدل عليه عن طريق الظن بما اضمره هذا المالك ولم يظهره ، وانما يجب الرجوع إلى ذات الوضع الفعلى الذى هيأه المالك الأصلى ، وهو المظهر المادى الذى احاط به مالكا العقارين فى تثبت وتلاقت عليه ارادتهما الضمنية ، ويكون تحديد نطاق الارتفاق بالتعرف على حكم هذا الواقع واعمال هذه الارادة بقدرها ، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن العقار الذى شيده المالك الأصلى بالفعل وانتقل بالقسمة إلى المطعون عليه كان من بدروم ودور أرض ، ومن ثم فلا يمكن القول إلا بان ارادة المالكين الضمنية قد تلاقت عند انفصال العقارين على بقاء حق الارتفاق بالمطل فى هذه الحدود وحدها ، وليس لعقار كان مزمعا تشييده من أربعة أدوار ولم يتم .

(جلسة ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٦٧٦)

وإن كان سبب إنشاء الارتفاق التقادم ، فإن الحيازة التى كانت أساسا للتقادم هى التى تحدد مدى الارتفاق ، وبقدر ما حاز صاحب العقار المرتفق من حق الارتفاق حيازة مستوفية لعنصريها ولشرائطها يكون تحديد مدى حق الارتفاق الذى كسب بالتقادم (tantum prescriptun, quantum possessum) . فإذا كان صاحب العقار المرتفق قد كسب بالتقادم أن يفتح نافذتين على مسافة أقل من المسافة القانونية فى الطابق الأوسط من بنائه ، فبهذا القدر يتحدد مدى حق ارتفاقه بالمطل ، وليس له أن يفتح إلى جانب النافذتين نافذة ثالثة ، ولا أن يسد نافذة من النافذتين ويفتح نافذة بدلا منها فى طابق أعلى أو فى طابق أسفل (١) .

ويلاحظ أنه فى تحديد مدى حق الارتفاق ، أيا كان سبب إنشائه ، يجب أن يتضمن هذا الحق كل ما هو ضرورى لاستعماله . وتنص المادة ٦٩٦ مدنى فرنسى فى هذا المعنى على أنه «إذا رتب حق ارتفاق ، فالمفروض أنه تضمن كل ما هو ضرورى لاستعماله. فالارتفاق باغتراف المياه من عين للغير يتضمن بالضرورة حق المرور» (٢) . والارتفاق بالشرب قد يتضمن حق المجرى ، أى الحق فى حفر مسقاة تجرى منها المياه إلى الأرض المرتفقة. ويجب أن يكون الحق الذى يتضمنه الارتفاق ضروريا لاستعماله ، ولا يكفى أن يكون نافعا. فالارتفاق بالمجرى لا يتضمن ضرورة حق المرور ، حتى لو كان هذا الحق من شأنه أن ييسر استعمال حق الارتفاق . والارتفاق الإضافى يتبع الارتفاق الأصلى فى مصيره ، فإذا انقضى الارتفاق الأصلى ولو بعدم الاستعمال انقضى تبعا له الارتفاق الإضافى . وإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الأصلى المدة الكافية لزواله بعدم الاستعمال ، لم يمنع من زوال أن يستعمل صاحب العقار المرتفق الارتفاق الإضافى وحده (٤) .

٦٠٣ – تجزئة العقار المرتفق فى نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٤ مدنى على ما يأتى:

«١ – إذا جزئ العقار المرتفق ، بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك فى العبء الواقع على العقار المرتفق به» .

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٧ ص ٨٥٩ – وريبير وبيحر ٣ فقرة ٩٧٥ ص ٩٥ – نقض فرنسى ٤ يوليه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٣ – ١ – ٣٥٦.

(٢) أنظر أيضا م ٩٨٨ مدنى سورى ، وم ٨٥ من قانون الملكية العقارية اللبنانى .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ ص ٩٥٦.

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٥ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٦ ص ٨٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٦ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣٠٦ .

«٢ – غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن طلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى» [١] .

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق. وتجزئة العقار تتم بطرق مختلفة . فيجوز أن تتم بقسمة العقار قسمة إفراز ، ويختص كل شريك بجزء مفرز ، وفي هذه الحالة يتعدد حق الارتفاق بتعدد الأجزاء المفرزة ، ويكون لكل جزء مفرز نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، ولكن بشرط ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق الأصلي . وقد تتم تجزئة العقار بأن يباع جزء منه لأجنبي، فيصبح العقار مجزأ إلى قسمين وفي هذه الحالة أيضا يكون لكل جزء منهما نفس حق الارتفاق على العقار المرتفق به ، على ألا يترتب على ذلك أية زيادة في عبء حق الارتفاق. وقد تم تجزئة العقار بأن يرثه أكثر من واحد ، وفي هذه الحالة يبقى حق الارتفاق كما هو ، ولكن يستعمله أشخاص متعددون دون أن يزيدوا في عبئه[٢] . ونرى من ذلك أنه في جميع الأحوال التي يتجزأ فيها العقار ، لا يتغير مدى حق الارتفاق ، حتى لو تجزأ إلى حقوق متعددة ، وحتى لو تعدد من يستعمله . والمهم هو ألا يترتب على تجزئة العقار زيادة في عبء حق الارتفاق ، كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٤ مدني سالفة الذكر : «على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به» . فإذا كان مضمون

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٢٩٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٥ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٣ – ص ٦٤٤) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٩٩١ : ١ – إذا جزئ العقار المرتفق ، يبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائه دون أن يزيد العبء من جراء ذلك على العقار المرتفق به . ٢ – ففي حق المرور يتحتم على جميع الشركاء الملك أن يستعملوه بنفس الوضع .

(والتقنين السوري يوافق التقنين المصري ، غير أنه لم يورد ما يقابل الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٠٢٧ (مطابق)

التقنين المدني العراقي م ١٢٧٩ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٨٨ (مطابقة للمادة ٩٩١ سوري ، ونص المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٢) بودري وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧٠ .

حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الرمل أو مقدار معين من الأحجار من الأرض المرتفق بها، وتجزأ العقار على النحو الذى قدمناه فتجزأ حق الارتفاق إلى حقوق متعددة أو تعدد مستعملوه ، لم يجز أن يكون مجموع ما يؤخذ من الرمل أو من الأحجار من الأرض المرتفق بها بعد تجزئة العقار المرتفق أكثر مما كان يؤخذ قبل تجزئة هذا العقار . وإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين من الأرض المرتفق بها ، وتجزأ العقار المرتفق ، فإن حق المرور بعد هذه التجزئة يجب أن يستعمل دائما فى هذا الموضع المعين دون أن يتعداه [1] .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٤ مدنى سالفة الذكر على ما يأتى : «غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يفيد فى الواقع إلا جزءا من هذه الأجزاء ، فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى» . فإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ الكمية اللازمة من الأسمدة من الأرض المرتفق بها لتسميد كل الأرض المرتفقة ، ثم تجزأت هذه الأرض الأخيرة إلى جزأين متساويين ، فإن كل جزء يختص بنصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل . فإذا كانت الأرض المرتفقة قد جزئت بين شريكين حتى يقيم أحدهما فى الجزء الذى اختص به مصنعا ويستبقى الشريك الآخر أرضه مخصصة للزراعة كما كانت ، فإن حق الارتفاق يبقى بالنسبة إلى هذه الأرض الأخيرة فتأخذ من الأرض المرتفق بها نصف كمية الأسمدة التى كانت تؤخذ من قبل . أما الجزء الذى خصص لبناء المصنع فلم يعد في حاجة إلى السماد لأنه لم يبق أرضا زراعية ، فيكون لمالك العقار المرتفق به فى هذه الحالة أن يطلب زوال حق الارتفاق بالنسبة إلى هذا الجزء [2] .

٦٠٤ – تجزئة العقار المرتفق به – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٥ مدنى على ما يأتى :

«١ – إذا جزئ العقار المرتفق به ، بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه» .

«٢ – غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه» [3] .

---

(١) وتنص المادة ٢/٧٠٠ مدنى فرنسى صراحة على هذا الحكم فتقول : «فمثلا إذا كان حق الارتفاق هو حق مرور ، فان جميع الملاك فى الشيوع أن يستعملوا هذا الحق فى نفس الموضع» (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ – وانظر فيما يتعلق بحق اعتراف المياه بودرى وشوفو فقرة ١١٣٨ ص ٨٧١) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ص ٦٤٦ .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٩ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٦ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٥ (مجموعة الأعمال =

ويخلص من هذا النص أن مدى حق الارتفاق يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق به، كما رأيناه يبقى كما هو عند تجزئة العقار المرتفق . وتتم تجزئة العقار المرتفق به بالطرق نفسها التى تتم بها تجزئة العقار المرتفق ، وقد بينا ذلك فيما تقدم[1] .

فإذا جزئ العقار المرتفق به ، صار كل جزء منه محملا بنفس حق الارتفاق الذى كان العقار كله محملا به من قبل . فإذ كان مضمون حق الارتفاق هو عدم البناء فى الأرض المرتفق بها ، وجزئت هذه الأرض ، فإن كل جزء منها يكون محملا بنفس حق الارتفاق وهو عدم البناء فى هذا الجزء [2] . وإذا كان مضمون حق الارتفاق هو أخذ كمية معينة من الأحجار من محجر هو العقار المرتفق به ، وجزئ هذا المحجر إلى ثلاثة أجزاء متساوية ، فان كل جزء منه يكون محملا بحق ارتفاق هو أن يؤخذ منه ثلث كمية الأحجار التى كانت تؤخذ من قبل من المحجر كله [3] .

وإذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع ولا يمكن استعماله على بعض الأجزاء التى انقسم إليها العقار المرتفق به ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٥ مدنى سالفة الذكر، فلمالك كل جزء من هذه الأجزاء التى لا يمكن استعمال حق الارتفاق عليها أن يطلب زوال حق الارتفاق عن الجزء الذى يملكه ، إذ يصبح حق الارتفاق على هذه الأجزاء فى هذه الحالة غير ذى موضوع . فإذا كان حق الارتفاق هو حق مرور من موضع معين فى الأرض المرتفق بها ، أو حق شرب من مسقاة فى الأرض المرتفق بها ، أو حق اغتراف المياه من عين فى الأرض المرتفق بها ، أى كان حق الارتفاق بوجه عام مركزا فى مكان معين فى الأرض المرتفق بها ، وتجزأت هذه الأرض ، فإن الجزء الذى يقع فيه مكان حق الارتفاق، أى

= التحضيرية ٦ ص ٦٤٥ – ص ٦٤٧).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى لا مقابل .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٨ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٠ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٢ فقرة ٩٧٧ .

(٣) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٠٨ – لوران ٨ فقرة ٢٨٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٧ – وقارن بودرى وشوفو فقرة ١١٣٩ .

الجزء الذى يقع فيه طريق المرور أو المسقاة أو العين ، هو وحده الذى يبقى محملا بحق الارتفاق كاملا كما كان من قبل تجزئة العقار المرتفق به . ولمالك كل جزء آخر من الأجزاء التى لا يقع فيها مكان حق الارتفاق أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذى يملكه ، لأن الحق لا يستعمل ولا يمكن أن يستعمل فى هذا الجزء . ويتفق ملاك الأجزاء المختلفة التى انقسم لها العقار المرتفق به فيما بينهم على تعويض مالك الجزء المرتفق به الذى يقع فيه مكان حق الارتفاق ، والذى تحمل وحده دون سائر الأجزاء عبء هذا الحق .

٦٠٥ – استعمال حق الارتفاق – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٠ مدنى على ما يأتى :

«١ – لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق ، وما يلزم للمحافظة عليه ، وأن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى ينشأ عنه أقل ضرر ممكن» .

«٢ – ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق» [(١)] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، غير أن نص المشروع التمهيدى كان يقسم الفقرة الأولى إلى فقرتين ، تبدأ الفقرة الثانية منهما بعبارة : «إلا أن عليه أن يستعمل حقه على الوجه إلخ إلخ » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٤ فى المشروع النهائى. ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠١ . وفى لجنة مجلس الشيوخ ضمت الفقرتان الأوليان فى فقرة واحدة لارتباط الحكم ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وصار رقمه ١٠٢٠ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٤ – ص ٦٣٦) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٨٩ : لمالك العقار المرتفق الحق فى أن يقيم فى العقار المرتفق به كل المنشآت اللازمة لاستعمال هذا الارتفاق وصيانته .

م ٤/٩٩٢ : وكذلك من له حق ارتفاق لا يمكنه استعماله إلا وفقا لمنطوق سنده ولا يجوز له أن يحدث فى أرضه أو فى العقار المرتفق به أى تعديل من شأنه إرهاق هذا العقار.

(وهذه الأحكام موافقة لأحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٣ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٦ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٦ (مطابقة للمادة ٩٨٩ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

م ٤/٨٩ (مطابقة للمادة ٤/٩٩٢ مدنى سورى، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

ويخلص من هذا النص أن مالك العقار المرتفق ، فى استعماله لحق الارتفاق ، يملك أن يقوم بما هو ضرورى من الأعمال لاستعماله . فإذا كان له حق ارتفاق بالمرور ، وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يقيم جسرا فوق ترعة أو مصرف ، أو كان له حق ارتفاق بالمجرى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يحفر قناة تجرى فيها المياه ، أو كا له حق ارتفاق بالشرب من بئر إرتوازى وكان استعمال هذا الحق يقتضى أن يقيم على البئر مضخة يجلب بها المياه ، كان له أن يقيم الجسر أو يحفر القناة أو يقيم المضخة ، وكل هذه الأعمال ضرورية لاستعمال حق الارتفاق . وكذلك يحق لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى للمحافظة على حق الارتفاق . فإذاكان له حق ارتفاق بالمرور ، كان له أن يعبد الطريق الذى يمر منه ، وأن يرصفه عند الاقتضاء ، وأن يقوم بالإصلاحات اللازمة التى تقتضيها صيانة الطريق [1] . ويجب أن يكون القيام بهذه الأعمال على الوجه الأقل ضررا للعقار المرتفق به ، ولصاحب هذا العقارالأخير أن يحدد ميعاداً معقولا للفراغ منها [2]، ويبقى مالك العقار المرتفق حرا فى أن يقوم بهذه الأعمال أو ألا يقوم بها ، فهذا حقه ليس واجبا عليه . ولكن إذا لم يقم بها ، وتسبب عن ذلك ضرر للعقار المرتفق به من جراء استعمال حق الارتفاق ، كان مالك العقار المرتفق مسئولا عن التعويض [3] .

ومالك العقار المرتفق ، فى استعماله لحق الارتفاق ، يجب عليه من جهة ألا يجاوز حدود هذا الحق ، ويجب عليه من جهة أخرى ، حتى لو لم يجاوز هذه الحدود أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن فلا يسئ استعمال هذا الحق. ونبحث كلا من الواجبين .

فالواجب الأول هو ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق . فلا يحق له أن يجاوز حاجات العقار المرتفق إلى حاجات عقار آخر ، فحق الارتفاق إنما نشأ للوفاء بحاجات عقار معين . وكما لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستوفى حاجات هذا العقار من غير العقار المرتفق به ، كذلك لا يجوز أن يستوفى من العقار المرتفق به حاجات عقار غير العقار المرتفق . ومجاوزة العقار المرتفق إلى

---

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – وبديهى أن مالك العقار المرتفق يقوم بهذه الأعمال جميعاً فى العقار المرتفق به ، بل إن النص (م ١/١٠٢٠ مدنى) لا حاجة له إلا لهذا الغرض ، لأن القيام بأعمال فى العقار المرتفق هو من حق مالك هذا العقار دون حاجة إلى نص على ذلك (بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠).

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩ ص ٨٦٠.

(٣) نقض فرنسى ١٥ مايو سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ – ١ – ٢٩٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٢٩.

عقار آخر ، كمجاوزة العقار المرتفق به إلى غيره من العقارات ، يعتبر فى الحالتين مجاوزة لحدود الاتفاق (١) . كذلك لا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يجاوز حدود حق الارتفاق من حيث مضمون هذا الحق . فإذا كان الارتفاق حق مرور مقصورا على المشى ، لم يجز لمالك العقار المرتفق أن يمر راكبا (٢) ، أو أن تمر معه المواشى (٣) . وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٠ مدنى سالفة الذكر : «ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق» . فإذا تقرر حق ارتفاق بالمرور لفائدة منزل للسكنى ، ثم استعمل جانب من هذا المنزل معهدا أو ناديا أو مستوصفا ، لم يجز أن يترتب على ماجد من حاجات المنزل بسبب وجود المعهد أو النادى أو المستوصف أية زيادة فى عبءالارتفاق . ويجب فى هذه الحالة الاقتصار فى حق المرور على ما كان عليه من قبل ، أو الاتفاق مع مالك العقار

---

(١) على أنه يجوز لمالك العقار المرتفق إذا لم يجاوز حاجة عقاره ، كما لو أخذ كمية المياه اللازمة لرى أرضه من مسقاة العقار المرتفق به ولم يزد عليها ، أن يستعمل المياه التى تتخلف عن رى أرضه فى أغراضه ، كرى أرض مجاورة أو استخدام المياه لحاجات مصنع أقامه بجانب الأرض أو استخدامه كقوة محركة (بودرى وشوفو فقة ١١٣٤ ص ٨٦٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٢ ص ٩٦٢) .

(٢) نقض فرنسى ١٩ مارس سنة ١٨٦١ داللوز ٦١ – ١ – ١٦٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا دفع المدعى عليه الدعوى بأن المدعى ، وإن كان له حق ارتفاق بالصرف ، إلا أنه لم يدع حقه على حالته وقت التعاقد ، بل إنه غير منه بأن أقام نضاحة على أطيانه ليستعين بها على صرف المياه ، فيكون من حق المدعى عليه أن يمنعه من الصرف بوضع سدود فى المصرف – إذا دفع بهذا وتثبت المحكمة أن المدعى هو البادئ باحداث التغيير فى مضمون هذا الحق باقامة النضاحة ، وأن المدعى عليه لم يكن منه إلا أنه وضع سداً فى المصرف أمام أرضه ليحول دون مرور مياه الصرف فيه حتى يحمى أرضه من الضرر الذى يلحقها من جراء ذلك ، كما استظهرت أن المدعى لم يمض على انتفاعه بالتغيير الذى أحدثه إلا فترة وجيزة لا تستأهل حماية وضع اليد ، وبناء على ذلك قضت برفض الدعوى ، فان حكمها يكون مطابقا للقانون (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص١٦٥ رقم ١) .

ويعتبر مجاوزة لمضمون حق الارتفاق أن يغير مالك العقار المرتفق أو أن يطلب تغيير المكان الذى يستعمل فيه هذا الحق دون موافقة مالك العقار المرتفق به ، حتى لو لم يحدث أى ضرر للعقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٣٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٣ – إسماعيل غانم ص ٣٦) . وقد كان المشروع التمهيدى لنص المادة ١٠٢٣ مدنى يتضمن نصاً يجيز المالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان الذى يستعمل فيه حق الارتفاق ، ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة مجلس الشيوخ لأن فيه توسعاً لحق الارتفاق وهو حق يجب أن يبقى فى حدوده الضيقة (أنظر ما يلى ص ١٣٨٠ هامش ١) . وانظر فى عهد التقنين المدنى السابق ، عدم جواز أن يغير مالك العقار المرتفق مكان الارتفاق استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٠٢ – وقارن استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ٦١ ص ٢٥ .

المرتفق به على توسيع حق المرور لمواجهة ما استجد من الحاجات [1] . ووجوب ألا يجاوز مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ، لا من حيث العقار المرتفق ولا من حيث مضمون الحق ، يراعى دون نظر لما إذا كان يترتب على هذه المجاوزة ضرر للعقار المرتفق به . فحتى لو لم يترتب على المجاوزة أى ضرر ، فان المجاوزة فى ذاتها إخلال بواجب مالك العقار المرتفق ، وتستوجب مسئوليته[2] .

والواجب الثانى على مالك العقار المرتفق هو ألا يسىء استعمال حق الارتفاق ، حتى لو لم يجاوز حدود هذا الحق . ولكن يشترط هنا وقوع الضرر ، على خلاف ما قررناه فى مجاوزة حدود حق الارتفاق . فيجب على مالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق على الوجه الذى لا ينشأ عنه إلا أقل ضرر ممكن (م ١/١٠٢٠ مدنى سالفة الذكر) ، فان استعمله على وجه يضر بالعقار المرتفق به ضررا كان يمكن تجنبه لو أنه استعمله على وجه آخر يعود عليه بالفائدة المستحقة ، تحققت مسئوليته . ويترك ذلك لتقدير قاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان مالك العقار المرتفق قد أساء استعمال حق الارتفاق [3] .

وأى إخلال بالواجبين المتقدم ذكرهما من جانب مالك العقار المرتفق جزاؤه إلزامه باعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكذلك التعويض إن كان له مقتض . ويترك بوجه عام لتقدير قاضى الموضوع اختيار الجزاء المناسب وفقا للظروف المختلفة . أما التعويض فلا يطالب به إلا مالك العقار المرتفق نفسه الذى ارتكب المخالفة ، لأنه مترتب فى ذمته كالتزام شخصى. وأما إعادة الحالة إليه ما كانت عليه ، فيطالب بها مالك العقار المرتفق الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة،

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٧ – ص ٨٦٨ – أما إذا تقرر حق الارتفاق بصفة عامة ، وليس بالنظر لاستعمال معين حدد على وجه الدقة ، فإنه تجب مراعاة ، ليس فحسب الحاجات الحالية ، بل أيضا الحاجات المستقبلة التى تستجد فيما بعد (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ ص ٨٦٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٣ ص ٩٦٤ – مارتى ورينو فقرة ١٦٠ ص ١٧٩ – ص ١٨٠ – نقض فرنسى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ – ١ – ٢٩٦) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٣٠ وما بعدها – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨١ ص ٩٦٥ – وانظر فى أملة متنوعة : نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٢–١ – ٣٠٩ – ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٩ Bull.civ ١٩٤٩ ص ١١٨ فقرة ٤٧ – ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٣ جازيت دى باليه ١٩٥٤ – ١ – ١٠٦ – ١٢ يوليه سة ١٩٥٤ Bull, civ. ١٩٥٤ – ١ ص ٢٢٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٤ – مازو فقرة ١٧٢٣ .

وذلك بأنها تكليف عينى ينقل العقار نفسه ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار [1].

٦٠٦ – نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ، نص قانونى:

تنص المادة ١٠٢٢ مدنى على ما يأتى :

«١ – نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ، ما لم يشترط غير ذلك» .

«٢ – فإذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق» .

«٣ – وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة» [2] .

ويخلص من هذا النص أن الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون نفقاتها فى الأصل على مالك العقار المرتفق ، فهو الذى يستفيد من حق الارتفاق ، فيجب عليه تبعا لذلك أن يدفع نفقات هذه الاستفادة . ويتحمل هذه النفقات حتى لو كانت من أعمال اقتضى اجراءها عيب فى العقار المرتفق [3] ، أو اقتضاها تغيير محل الارتفاق بسبب

---

(١) نقض فرنسى ٧ فبراير سنة ١٩٤٩ سيريه ١٩٤٩ – ١ – ١٤٦ – ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ – وانظر عكس ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ – ص ١٣٧ وهامش ٤ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١٠٦ فى المشروع النهائى – ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٣ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٨ – ص ٦٤٠).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٩٩٠ : إن أكلاف المنشآت اللازمة لاستعمال الارتفاق وصيانته هى على عاتق مالك العقار المرتفق .. (وهذا الحكم يوافق حكم التقنين المدنى المصرى).

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٤ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٧٧ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٨٧ (مطابقة للمادة ٩٩٠ مدنى سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠ – ١ – ٣٣ .

تعديل فى الوضع القائم للأشياء [1]. أما إذا كا ن هناك خطأ اقتضى إجراء هذه الأعمال، فنفقتها تكون على من ارتكب هذا الخطأ على سبيل التعويض . فإذا كان الذى ارتكب الخطأ هو مالك العقار المرتفق به كانت نفقتها عليه دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك[2]، وإذا كان هو مالك العقار المرتفق تحمل نفقة هذه الأعمال حتى لو كان هناك اتفاق على أن تكون النفقة على مالك العقار المرتفق به [3].

ولكن القاعدة التى تقضى بأن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق فى نفس السند الذى أنشأ حق الارتفاق أو فى وقت لاحق على أن تكون نفقة الأعمال على مالك العقار المرتفق به . وفى هذه الحالة يكون التزام هذا الأخير بنفقة الأعمال التزاما عينيا (obligation réelle) ، إذ أن سبب الالتزام هنا هو ملكيته للعقار المرتفق به (propter rem) [4]. وينبنى على ذلك أن هذا الالتزام لا ينتقل إلى الورثة الشخصيين لمالك العقار المرتفق به ، بل ينتقل إلى كل من تنتقل إليه ملكية هذا العقار حتى لو كان خلفاً خاصاً . وينبنى على ذلك أيضا ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدنى سالفة الذكر ، أن يكون لمالك العقار المرتفق به أن يتخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن العقار المرتفق به لمالك العقار المرتفق ، يتخلى عنه كله إذا كان حق الارتفاق يتناول كل العقار المرتفق به كالارتفاق باستخراج الأحجار من محجر ، ويتخلى فقط عن الجهة التى يباشر بها حق الارتفاق كالارتفاق بالمرور من طريق معين فيكون التخلى عن هذا الطريق وحده . وهذا هو المقصود من العبارة التى وردت فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٢ مدنى ، وهى «التخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه» [5].

---

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ١١ ديسمبر سنة ١٨٦١ داللوز ٦٢ – ١ – ٧٩.

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص١٢٨ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٨ – نقض فرنسى ٧ ديسمبر سنة ١٨٥٩ داللوز ٦٠–١–٣٣.

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٣٢ ص ٨٦٥ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩ – نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨– ١–٣٦٥.

(٥) ويكون لمالك العقار المرتفق به الحق فى التخلى حتى لو نزل عن هذا الحق ، وحتى لو ظل يدفع النفقات مدة خمس عشرة سنة أو أكثر ثم أراد التخلى بعد ذلك (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٤٣ ص ١٢٦ – بدرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩) . ويصح التخلى للتخلص من النفقات ، حتى ما استحق منها قبل التخلى (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٣ ص ١٢٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٣١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٢٩ ص ٩٥٩).

والتخلى إرادة منفردة تصدر من مالك العقار المرتفق به وحده ، ولا حاجة لقبولها من مالك العقار =

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٠٢٢ مدنى سالفة الذكر : «وإذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين ، كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة» . فإذا كان هناك ارتفاق بالمرور ، وكان الطريق المخصص لمرور ومالك العقار المرتفق يمر منه أيضاً مالك العقار المرتفق به ويعود عليه من المرور فيه قدر متساو للفائدة التى تعود على مالك العقار المرتفق ، كانت نفقة صيانة الطريق مناصفة بين المالكين . وإذا كان الارتفاق هو اغتراف المياه من عين موجودة فى العقار المرتفق به ، وكان مالك هذا العقار الأخير يغترف هو أيضاً من هذه العين ثلاثة أمثال ما يغترفه مالك العقار المرتفق ، فإن نفقة صيانة العين يتحملها كل منهما ، فيتحمل مالك العقار المرتفق به ثلاثة أرباع النفقات، ويتحمل مالك العقار المرتفق الربع الباقى [١] . وفى جميع هذه الأحوال يكون التزام مالك العقار المرتفق به بالمساهمة فى النفقات ليس التزاماً عينياً ، لأنه لا يساهم فى النفقات بسبب ملكيته للعقار المرتفق به كما هوالأمر عند ما يلتزم بالنفقات بموجب اتفاق خاص فيما قدمنا، بل لأنه ينتفع بالأعمال انتفاع مالك العقار المرتفق فيساهم بنسبة ما انتفع . وعلى ذلك لا يجوز له ، كما جاز فى حالة التزامه بالنفقات بموجب اتفاق خاص ، أن يتخلص من المساهمة فى النفقات بالتخلى عن العقار المرتفق به كله أو بعضه .

٢ – الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق

٦٠٧ – دعوى الاقرار بحق الارتفاق : لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action contessoire de servitude) يطلب فيها من مالك العقار المرتفق به ، أو من أى حائز لهذا العقار ، الإقرار له بحق ارتفاقه على العقار المرتفق. ويقدم إثباتا لدعواه الطريقة التى كسب بها حق الارتفاق ، وهى إحدى الطرق التى يكسب بها هذا الحق [٢] ، وقد تقدم بيانها . وهذه الدعوى ، بالنسبة إلى حق الارتفاق ، تقابل دعوى الاستحقاق (action en revendication) بالنسبة إلى حق الملكية .

= المرتفق ، بل يكفى إخطاره بها (نقض فرنسى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٨ – ١ – ٣٦٥ – جرينول ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٣ – ٣٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٧٩ ص ٩٥٩– مارتى ورينو فقرة ١٦٢ ص ١٨٣ .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٣٩ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ .

(٢) انظر فى ذلك بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ هامش ٢ .

ويطلب فيها المدعى تمكينه من استعمال حق ارتفاقه ، كما يطلب المدعى فى دعوى الملكية تسليمه العين محل حق الملكية . ويجوز أيضا للمدعى أن يطلب هدم المنشآت التى أقيمت مخالفة لحق الارتفاق كازالة المبانى فى حالة الارتفاق بعدم البناء [١] ، وكذلك الحكم بغرامة تهديدية (astreintes) لإجبار المدعى عليه على تمكينه من استعمال حق الارتفاق [٢].

٦٠٨ – دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون الفرنسى : وكما أن دعاوى الحيارة تحمى الحيازة بالنسبة إلى حق الملكية ، فمن المسلم به فى القانون الفرنسى أن هذه الدعاوى تحمى الحيازة أيضا بالنسبة إلى حق الارتفاق . فيستطيع مالك العقار المرتفق أن يلجأ إلى دعوى منع التعرض وإلى دعوى وقف الأعمال الجديدة ، إذا توافرت شروط كل من هاتين الدعويين ، لحماية حيازته لحق الارتفاق من أى تعرض يقع على هذه الحيازة ، سواء من مالك العقار المرتفق به أو من الغير . ولكن يشترط فى القانون الفرنسى أن يكون حق الارتفاق ، إذا كان سببه التقادم أو تخصيص المالك الأصلى ، مستمراً وظاهراً ، لأن حق الارتفاق المستمر الظاهر هو وحده الذى يمكن كسبه بالتقادم أو تخصيص المالك الأصلى. فان كان سبب الارتفاق هو السند ، العقد أو الوصية ، جاز الالتجاء إلى دعاوى الحيازة أيا كانت نوع حق الارتفاق ، ولو كان غير مستمر أو كان غير ظاهر ، لأن السند ينفى عن حق الارتفاق أية شبهة من أن تكون حيازته حيازة عرضية [٣].

ويستثنى من دعاوى الحيازة دعوى استرداد الحيازة ، فهذه تفترض أن عملا من أعمال العنف قد وقع على حيازة مادية فانتزعها من صاحبها . ولما كانت حيازة حق الارتفاق لا تكون حيازة مادية ، لذلك لا يجوز لصاحب هذا الحق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة [٤].

---

(١) نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣ . Som ٧٩ – ٤ يناير سنة ١٩٦٣ سيريه ١٩٦٣ – ٢٥٤ – ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ J.C.P. ١٩٦٣ – ٢ – ١٣٦٠٩ – ١٦ مارس سنة ١٩٦٤ جازيت دى باليه ٢٤ – ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٦٤ – ٤ مايو سنة ١٩٦٤ J.C.P. ١٩٦٤ – ٢ – ١٣٧٩٠ – مارتى ورينو فقرة ١٦٥ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٦ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ – مارتى ورينو فقرة ١٦٦ – وهنا يجمع القضاء الفرنسى بعض الشئ بين دعوى الحيازة ودعوى الموضوع (مازو فقرة ١٧٢٤ ص ١٣٦٠) .

(٤) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٧ ص ٩٧٠ .

٦٠٩ – دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون المصرى : أما فى القانون المصرى فالأمر يختلف ، إذ أن هذا القانون لا يشترط أن يكون حق الارتفاق مستمرا حتى يمكن كسبه بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلى . لذلك نرى أن كل حق ارتفاق، ولو كان غير مستمر ، كسب بالتقادم أو بتخصيص المالك الأصلى ، تمكن حماية حيازته بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة . ولا يشترط إلا أن يكون حق الارتفاق ظاهراً، لأن الارتفاقات الظاهرة هى وحدها التى يمكن كسبها بالتقادم وبتخصيص المالك الأصلى (١). فإذا كسب حق الارتفاق بالسند ، العقد أو الوصية ، فإنه تمكن حماية حيازته دائماً بدعوى منع التعرض وبدعوى وقف الأعمال الجديدة ، ولو كان ارتفاقاً غير مستمر ، أو كان ارتفاقاً غير ظاهر (1).

---

(١) أما فى عهد التقنين المدنى السابق ، فقد كان يقضى بأن دعاوى الحيازة لا تحمى إلا حقوق الارتفاق الظاهرة المستمرة (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ م ٧٥ ص ٤٢ – ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٥) .

(1) أ – دعوى الحيازة هى الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته أما دعوى الملكية فهى الدعوى التى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق والبحث فيها يتناول حتما أساس هذا الحق ومشروعيته ، فإذا كان المطعون ضده قد طلب فى دعواه أزالة المبانى التى أقامها الطاعن الممر محل النزاع تأسيسا على أن هذا الممر محمل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له وقد ثار النزاع فى هذه الدعوى بين الطرفين على هذا الارتفاق فإنها على هذه الصورة لا تكون من دعاوى الحيازة وإنما من دعاوى الحق .

(جلسة ١٩٦٨/٥/٩ الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٣٤ ق س ١٩ ص ٩١٤)

ب – الحق فى التعويض لا يترتب إلا حيث يكون هناك إخلال بحق أو مصلحة مالية للمضرور ، فإذا كان الثابت أن المطعون ضده قد أقام دعواه على أساس وجود حق ارتفاق بالرى لأرضه على أرض الطاعنين وذلك عن طريق مسقاة تمر فى أرضهم لدى أطيانه فقاموا بهدم هذه المسقى مما ترتب عليه تلف زراعته وهو ما طالبه بالتعويض عنه فى الدعوى، وكان الطاعنون قد أنكروا على المطعون ضده حق الارتفاق الذى ادعاه فأنه يتعين على محكمة الموضوع التحقق من وجود حق الارتفاق الذى ادعى المطعون ضده الأخلال به حتى يحق له طلب التعويض فإذا أقامت المحكمة قضاءها بالتعويض على ما ذهبت إليه فى الحكم المطعون فيه من أن للمطعون ضده الحق فى إنشاء مجرى على أرض الطاعنين للمادة ٣٣ من القانون المدنى الملغى والمادة التاسعة من لائحة الترع والجسور، والمادة ٨٠٩ من القانون المدنى والمادة ١٦ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ فى شأن الرى والصرف وذلك رغم اختلاف هذا الحق عن حق الارتفاق الذى جعله المدعى أساسا لطلب التعويض وذلك من حيث طبيعتها ومصدرها وكيفية كسبهما فأنها بذلك تكون قد غيرت أساس الدعوى من تلقاء نفسها وبذلك صار حكمها مشوبا بالقصور ومخالفا للقانون .

(جلسة ١٩٦٥/١١/١١ الطعن رقم ٤٠ لسنة ٣١ ق س ١٦ ص ١٠٤٣)

ولا نرى مانعاً من جواز الالتجاء إلى دعوى استرداد الحيازة ، فى الحالات التى يظهر فيها بوضوح أن عملا من أعمال العنف قد انتزع من صاحب حق الارتفاق حيازته لهذا الحق . فإذا كان حق الارتفاق هو ارتفاق بالمطل مثلا ، وأقام مالك العقار المرتفق به حائطا محاذياً للنافذة فسدها سداً تاماً ، فلماذا لا يجوز لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ دعوى استرداد الحيازة فى هذه الحالة وقد انتزعت منه حيازته بعمل من أعمال العنف؟ وكذلك الأمر فى حق الارتفاق بالمرور ، إذا عمد مالك العقار المرتفق به إلى هدم الجسر الذى يباشر عليه حق الارتفاق ، فإنه يجوز فى هذه الحالة لصاحب حق الارتفاق أن يلجأ إلى دعوى استرداد الحيازة بعد أن انتزعت حيازته لحقه بعمل من أعمال العنف .

المبحث الثانى

الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به

٦١٠ – **مسألتان : نبحث هذه الآثار** : (١) من حيث واجبات مالك العقار المرتفق به. (٢) ومن حيث الدعاوى المخولة لمالك هذا العقار .

١ – واجبات مالك العقار المرتفق به

٦١١ – **نص قانونى** : تنص المادة ١٠٢٣ مدنى على ما يأتى :

«١ – لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة . ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم، أو أن يبدل بالوضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعاً آخر» .

«٢ – ومع ذلك إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق» [1] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يتضمن فى الفقرة الثانية عبارة أخيرة تجرى على الوجه الآتى : «ويصح أيضا لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير الموضع المعين =

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ١/٩٩٢ و ٢ و ٣ – وفى التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٦ – وفى التقنين المدنى العراقى م ١/١٢٧٨و٢ – وفى قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٨٩ و ٢ و ٣ (١) .

ويخلص من هذا النص أن واجبات مالك العقار المرتفق به واجبات سلبية محضة . فهو ليس مكلفاً بأى عمل إيجابى ، لأن حق الارتفاق سلطة مباشرة لصاحب هذا الحق على العقار المرتفق به ، يباشرها دون وساطة مالك هذا العقار ودون تدخله . وكل ما يطلب من مالك العقار المرتفق به هو الامتناع عن أى عمل يؤدى إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق ، أو جعله أكثر مشقة (٢) . فإذا أخل بهذا الواجب السلبى ، وأقدم على عمل

= لاستعمال حق الارتفاق ، إذا أثبت أن فى هذا التغيير فائدة محسوسة له دون أن يكون فيه إضرار بالعقار المرتفق به» . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ١١٠٧ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية السابق بيانها ، وذلك حسما للمنازعات ، ولأن فى هذه العبارة توسعة لحق الارتفاق وهو حق ثقيل يجب أن يبقى فى حدوده الضيقة ، وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد، وصار رقمه ١٠٢٣ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٠ – ص ٦٤٣) .

(١) **التقنينات المدنية العربية الأخرى :**

التقنين المدنى السورى م ١/٩٩٢ و ٢و٣ : ١ – لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمى إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة . ٢ – فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن ، أو أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له قديماً . ٣– إنما إذا كان الارتفاق فى مكانه القديم قد أصبح أشد إرهاقاً لمالك العقار المرتفق به، أو كان يمنعه من القيام باصلاحات مفيدة ، فله أن يعرض على صاحب العقار المرتفق مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ، ولايحق لهذا الأخير أن يرفض العرض.

(وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٦ (مطابق).

التقنين المدنى العراقى م ١/١٢٧٨و٢ (مطابق) – ويوجد فى التقنين العراقى فقرة ثالثة لهذه المادة تطابق العبارة الأخيرة من المادة ١٢٩٤ من المشروع التمهيدى من التقنين المدنى المصرى، وهى العبارة التى حذفت فى لجنة مجلس الشيوخ : أنظر آنفاً ص ١٣٨٠ هامش ١) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ١/٨٩ و ٢و٣ (مطابق للمادة ١/٩٩٢و٢و٣ من التقنين السورى وهذا النص الأخير مأخوذ من النص اللبنانى) .

(٢) أنظر مازو فقرة ١٧٢٢ ص ١٣٥٨ .

يؤدى إلى هذه النتيجة ، منع من ذلك ، وأجبر على التعويض إن كان له مقتض . وليس له بوجه خاص أن يغير بارادته وحده الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق ، وذلك ما لم تتوافر شروط معينة بينتها الفقرة الثانية من النص سالف الذكر [١] . وقد يلتزم مالك العقار المرتفق به استثناء بأعمال إيجابية ، وقد ورد مثل لها فى التزامه بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا اشترط عليه ذلك [٢] ، وهناك مثل آخر سبق بيانه هو أن يلتزم بعمل إضافى يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف (م ١٠٢١ مدنى) ، ولكن يجب أن يكون هذا العمل الإيجابى فى جميع الأحوال عملا إضافيا ينزل من استعمال حق الارتفاق منزلة التابع من المتبوع ، وقد تقدم بحث ذلك [٣] . فيبقى إذن مسائل ثلاث نبحثها على التعاقب : (١) امتناع مالك العقار المرتفق به من أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق . (٢) الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الواجب . (٣) إمكان تغيير الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق معينة .

٦١٢ - امتناع مالك العقار المرتفق به على أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق : إذا تقرر حق ارتفاق على العقار المرتفق به أو على موضع معين منه ، فان تقرير هذا الحق لا يحرم مالك العقار المرتفق به من ملكه ، فلا يزال العقار المرتفق به وكل موضع فيه ملكا له ، يباشر عليه حقوق المالك من استعمال واستغلال وتصرف . وكل ما ترتب على حق الارتفاق أنه أوجب على مالك العقار المرتفق به إلا يمس ، فى استعماله لحقوق ملكيته ، بحق الارتفاق [٤] . فإذا كان الارتفاق حق مرور من موضع معين ، فان هذا الموضع يبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله أن يقيم عليه من الأبنية ما يشاء ، بشرط أن يترك مسافة كافية تسمح لصاحب حق الارتفاق بالمرور . ومن باب أولى يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يمر من هذا الموضع المعين كما يمر مالك العقار المرتفق ، بشرط ألا يعوق مرور الأول مرور الثانى . وله كذلك أن يقيم بابا على الطريق ، بشرط أن يسلم مفتاحا لهذا الباب لصاحب حق الارتفاق [٥] . وإذا كان الارتفاق حق مرعى أو حق الاغتراف من عين أو حق احتطاب

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ٢ ٦٤١ - ص ٦٤٢ .

(٢) أنظر آنفا فقرة ٦-٦ .

(٣) أنظر آنفا فقرة ٥٧٢ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٥ وما بعدها - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٤ - ص ٨٧٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ - نقض فرنسى ١٧ فبراير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ - ١ - ١٩٤ .

(٥) نقض فرنسى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ - ١ - ١٨٩ وله بوجه عام أن يحوط ملكه (نقض فرنسى أول مارس سنة ١٩٤٤ J.C.P. ١٩٤٥ الطبعة الحادية عشرة فقرة ٢٩١٤) . إلا إذا كان هذا التحويط يعوق استعمال حق المرور (نقض فرنسى ٢٠ يونيه سنة ١٩٣٢ جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ٢ =

الأشجار ، فإن المرعى والعين والأشجار تبقى ملكا لمالك العقار المرتفق به ، وله هو أيضا أن يرعى مواشيه وأن يغترف المياه من العين وأن يحتطب الأشجار ، وذلك كله بشرط إلا يعوق صاحب حق الارتفاق من رعى مواشيه ومن اغتراف المياه ومن احتطاب الأشجار كما يقضى حق ارتفاقه (١) (أ) .

فكل ما يجب إذن على مالك العقار المرتفق به هو ألا يعوق استعمال حق الارتفاق، فلا يعمل شيئا يؤدى إلى الانتقصا من استعمال هذا الحق ، أو يؤدى إلى جعل هذا الاستعمال أكثر مشقة . وهذا الواجب يقابل واجب مالك العقار المرتفق من استعمال حقه بحيث لا

= – ٥٥٢) . وانظر فى حق المالك للعقار المرتفق به فى حفر أنفاق ومد مواسير تحت الطريق : نقض فرنسى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٣٧ داللوز ١٩٣٨ – ١ – ٦٢ – ١٤ أكتوبر ١٩٦٣ داللوز ١٩٦٣ – ٥١٣.

(١) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٢ ص ٨٧٥ .

(1) أ – مفاد نص المادتين ١٠١٥ ، ١٠٢٣ من القانون المدنى ، ان حق الارتفاق هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى ولا يترتب على ذلك حرمان مالك العقار الخادم من ملكه فيجوز له أن يباشر حقوقه عليه من استعمال واستغلال وتصرف وكل ما يجب عليه هو ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق ، فإذا أخل بهذا الالتزام ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض ان كان له مقتضى .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٨ الطعن قم ٥٧٢ لسنة ٥٣ ق س ٣٨ ص ٥٥٠)

ب – حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلا بتكليف لفائدة الثانى، وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة .

(جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٢ ق س ٢٨ ص ١١٥٨)

جـ – حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعل مثقلا بتكليف لفائدة الثانى، وهو وأن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة ، ومع ذلك أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه إن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر ، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٩ الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٧ ص ١٥٤٨)

يجعل هذا الاستعمال أكثر مشقة على مالك العقار المرتفق به ، أو يزيد فى عبء حق الارتفاق [1] . فإذا كان الارتفاق حق مرور ، لم يجز لمالك العقار المرتفق به أن يزرع الطريق أو أ ن يغرس فيه من الأشجار ما يعوق المرور من الطريق ، أو يجعل المرور أكثر مشقة [2] . وإذا كان الارتفاق حق مرعى ، لم يجز لمالك العقار المرتفق به أن يقلب الأرض أو يحولها إلى أرض للبناء أو يقيم فيها مصنعا ، بحيث تصبح غير صالحة للرعى فيها أو تجعل الرعى عسيرا. [3] وتقدير ذلك متروك لقاضى الموضوع ، فهو الذى يبت فيما إذا كان العمل قد أدى إلى إعاقة استعمال حق الارتفاق ، أى إلى الانتقاص من هذا الاستعمال أو إلى جعله أكثر مشقة ، ناظرا فى ذلك إلى ملابسات كل قضية وإلى الوضع القائم وإلى الشروط الواردة فى سند حق الارتفاق وإلى النية المفترضة للطرفين وإلى الضرر الذى أحاق بمالك العقار المرتفق وإلى غير ذلك من الظروف [4] .

٦١٣ – الجزاء المترتب على إخلال مالك العقار المرتفق به بواجبه : فإذا أخل مالك العقار المرتفق به بواجبه ، وأتى بأعمال تعوق استعمال حق الارتفاق بأن تنتقص من هذا الاستعمال أو تجعله أكثر مشقة ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتض [1] . والتعويض لا يطالب به إلا مالك العقار نفسه الذى ارتكب المخالفة، لأنه مترتب على التزام شخصى فى ذمته . أما إعادة الحالة إلى ما كانت عليه فيطالب بها مالك العقار المرتفق به الذى ارتكب المخالفة وكذلك كل خلف خاص تنتقل إليه ملكية هذا العقار ولو لم يكن هو الذى ارتكب المخالفة . ذلك بأن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه إنما هى تكليف عينى يثقل العقار نفسه ، ويتبعه فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار . وقد قدمنا مثل ذلك فى الجزاء على مخالفة مالك العقار المرتفق لواجبه ، من عدم مجاوزة حدود حق

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ .

(٢) مترز ١٩ يناير سنة ١٨٥٨ داللوز ٥٨ – ٢ – ٢٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٣) نقض فرنسى ٩ مايو سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٧–١–٢٩٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧٢ .

(٤) نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ داللوز ١٩١٢ – ١ – ١١٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٠ ص ٨٧٤ (عند الشك يفسر السند لمصلحة مالك العقار المرتفق به) – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٨ ص ٩٧١ .

(1) إذا أخل مالك العقار المرتفق به بالتزامه وأتى بأعمال تمس بحق الارتفاق ، ألزم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وبالتعويض إن كان له مقتض .

(جلسة ١٩٨٧/٤/٨ الطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٣ س ٣٨ ص ٥٥٠)

الارتفاق ، ومن عدم إساءة استعمال هذا الحق [١].

٦١٤ – إمكان تغيير الموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق : وإذا كان استعمال حق الارتفاق قد تركز فى موضع معين ، كطريق أعد لاستعمال حق المرور ، فإن هذا الموضع الذى عين لاستعمال حق الارتفاق يبقى فى الأصل كما هو دون تغيير . فلا يستطيع مالك العقار المرتفق به أن يغيره بارادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق، كما لا يستطيع مالك العقار المرتفق أن يغيره بارادته وحده دون اتفاق مع مالك العقار المرتفق به. أما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق بتغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق، فأمر مطلق لا يرد عليه أى استثناء [٢]. وأما عدم جواز استقلال مالك العقار المرتفق به بتغيير هذا الموضع الأصلى ، فيرد عليه استثناء نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ مدنى فيما رأينا [٣].

فيجوز لمالك العقار المرتفق به أن طلب تغيير الموضع الأصلى لاستعمال حق الارتفاق، ولو بغير موافقة مالك العقار المرتفق ، إذا كان هذا الموضع قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من إجراء تحسينات فى العقار المرتفق . ويكون الموضع الأصلى قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمجرى حفرت لاستعماله قناة لتوصيل المياه ، ثم أصبحت هذه القناة فى موضعها الأصلى عائقة لتصريف المياه من الأرض المرتفق بها . فعندئذ يحق لمالك العقار المرتفق به أن يطلب نقل المجرى إلى مكان آخر لا يعوق تصريف المياه [٤]. ويكون الارتفاق مانعا من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به إذا كان هذا الارتفاق مثلا ارتفاقا بالمرور ، وأراد مالك العقار المرتفق به أن يقيم أبنية مفيدة لعقاره ولكنها تسد الطريق الذى يستعمل فيه حق المرور.

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٥ فى آخرها . وانظر ديمولومب ١٢ فقرة ٨٩٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٥ .

وهناك رأى يذهب إلى أن الخلف الخاص لمالك العقار المرتفق به لا يكون مسئولا عن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وكل ما يجب عليه هو أن يترك مالك العقار المرتفق يفعل ذلك بنفسه ، ثم يرجع هذا الأخير بالنفقات على مالك العقار المرتفق به ذاته الذى ارتكب المخالفة (لوران ٨ فقرة ٢٧١ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٦ – ص ١٣٧ وهامش ٤ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤١ .

(٢) انظر آنفا فقرة ٦٠٥ فى الهامش .

(٣) انظر آنفا فقرة ٦١١ .

(٤) أنظر فى جواز تغيير الموضع الأصلى للطريق الذى يباشر عليه حق المرور إذا منع هذا الطريق فى حالته الأصلية مالك العقار المرتفق به من أن يحوط ملكه . محكمة إكس ٩ مايو سنة ١٩٥٠ داللوز ١٩٥٠–٥٩٠ .

فعندئذ يحق له أن يطلب نقل الطريق إلى مكا ن آخر ، فيتمكن بذلك من إقامة الأبنية التى يريدها .

وفى جميع الأحوال لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يغير الموضع الأصلى لحق الارتفاق من تلقاء نفسه ، بل يجب عليه أولا أن يفاوض مالك العقار المرتفق فى هذا التغيير، فإن أبى رفع مالك العقار المرتفق به الأمر للقضاء ، ومحكمة الموضوع هى التى تبت فيما إذا كان للتغيير مبرر على النحو الذى قدمناه . ثم إن مالك العقار المرتفق به يجب عليه أن يقدم موضعا آخر ينتقل إليه استعمال حق الارتفاق ، ويجب أن يكون هذا الموضع الآخر يتيسر فيه هذا الاستعمال بالقدر الذى كان ميسورا به فى الموضع السابق ، وقاضى الموضوع هنا أيضا هو الذى يبت فى ذلك [1] . ويصح أن يكون هذا الموضع الآخر فى العقار المرتفق به نفسه، أو فى عقار آخر مملوك لصاحب العقار المرتفق به نفسه ، أو مملوك لأجنبى بشرط أن يوافق الأجنبى على ذلك . وفى جميع هذه الأحوال لا يحق لمالك العقار المرتفق أن يرفض تغيير الموضوع الأصلى ، ما دام قد ثبت أن هذا الموضع الأصلى من شأنه أن يلحق ضررا بالعقار المرتفق به أو أن يمنع عنه فائدة بحيلولته دون إجراء تحسينات فى هذا العقار ، وما دام قد ثبت أن الموضع الجديد لا يلحق أى ضرر بمالك العقار المرتفق بل يبقى استعمال حق الارتفاق ميسورا كما كان من قبل [2] (1) .

---

(١) فيجب إذن ألا يلحق تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق أى ضرر بمالك العقار المرتفق (نقض فرنسى ٩١ أبريل سنة ١٩٤٢ داللوز ١٩٤٢ - ١ - ٢١٢) . وينظر فى وجود الضرر ، لا إلى الوقت الذى أنشئ فيه حق الارتفاق ، بل إلى الوقت الذى يتم فيه تغير الموضوع الأصلى (ديمولومب ٢١ فقرة ٨٩٩ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٦) . وإذا جاز تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق ، فإنه يجوز كذلك ، ومن باب أولى ، تغيير موضوع أى ارتفاق تبعى . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يجب فى حق الارتفاق التبعى أن يكن ضرورياً للانتفاع بحق الارتفاق الأصلى، وبالقدر اللازم لتوافر هذا الانتفاع . وإذا كانت المادة ١٠٢٣ مدنى التى قننت ما كان مقرراً فى ظل القانون المدنى القديم قد أجازت ، فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الاتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب مالك هذا العقار نقل الارتفاق إلى موضع آخر متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق ، فأنه يتأدى من ذلك جواز تعديل حق الارتفاق الأصلى فى الأحوال المبينة بالمادة ١٠٢٣ مدنى سالفة الذكر ، ومن باب أولى جواز تعديل حق الارتفاق التبعى فى تلك الأحوال كذلك (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(1) حق الارتفاق طبقا للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مستقلا بتكليف لفائدة الثانى ، وهو وأن لم يحرم مالك العقار الخادم =

وتكاليف نقل استعمال حق الارتفاق إلى موضع آخر يتحملها مالك العقار المرتفق به ، إذ أن هذا النقل قد تم تحقيقاً لمصلحته . ولا يستحق مالك العقار المرتفق أى تعويض عن هذا النقل ، لأن المفروض أنه لم يصبه من جرائه أى ضرر (١) .

ويستوى ، فى جواز تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق بالشروط المتقدم بيانها، أن يكون سبب الارتفاق التصرف القانونى (العقد أو الوصية) أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم، كما يستوى أن يكون الموضوع الأصلى قد تعين بالارتفاق أو بموجب حكم قضائى (٢) .

ولما كان طلب تغيير الموضع الأصلى لحق الارتفاق رخصة لمالك العقار المرتفق به ، فان حقه فى هذا الطلب لا يسقط بالتقادم ، أى حتى لو مضى على استعمال حق الارتفاق فى موضعه الأصلى خمس عشرة سنة أو أكثر ، لأن الرخص لا تسقط بالتقادم (٣) . وتبقى لمالك العقار المرتفق به هذه الرخصة ، حتى لو كان قد نزل عنها من قبل (٤) .

= من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينتقص أو يجعله أكثر مشقة ، ومع ذلك فقد أجازت له المادة ١٠٢٣ من القانون المدنى فى حالة ما إذا كان الموضع الذى عين أصلا لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر ، متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا به فى وضعه السابق .

(جلسة ١٩٧٦/١١/٩ الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٤٣ ق س ٢٧ ص ١٥٤٨)

(١) نقض فرنسى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ داللوز ٩٣-١-٤٠٨ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٨ هامش ٢ .

(٢) نقض فرنسى ١٦ يوليه سنة ١٨٧٨ داللوز ٧٩-١-١٢٨-١٩ يونيه سنة ١٨٨٢ داللوز ٨٣-١٠-٢٨٨ - ٣٠ فبراير سنة ١٨٨٤ داللوز ٨٤-١-٣٩٢ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٠٤ داللوز ١٩٠٨ - ١ - ٥١٦ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٤ ص ٨٧٧ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩- عبدالمنعم البدراوى فقرجة ٣١٧ ص ٣٦٣ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٤ ص ١٣٩ وهامش ١٣ - بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٨٩ .

(٤) ويعتبر امتناع مالك العقار المرتفق عن الموافقة على تغيير مكان الارتفاق ، حتى لو نزل عن هذه الرخصة من قبل، وحتى بعد انقضاء مدة التقادم ، تعسفاً من هذا المالك فى استعمال حقه ، ما دام لا يلحقه من هذا التغيير أى ضرر ، وما دام التغيير يحقق مصلحة لمالك العقار المرتفق به (بودرى وشوفو فقرة ١١٤٥ - عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٧ص ٣٦٤).

٢ – الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق به

٦١٥ – دعوى إنكار حق الارتفاق : وكما أن لمالك العقار المرتفق دعوى عينية هى دعوى الإقرار بحق الارتفاق (action confe de servitude) يطلب فيها الإقرار بحق ارتفاقه على العقار المرتفق به [١]، كذلك لمالك العقار الذى يدعى الغير أن له عليه حق ارتفاق دعوى عينية هى دعوى إنكار حق الارتفاق (action négatoire de servitude) يطلب فيها الحكم بأن عقاره خال من هذا التكليف [٢].

ويكفى فى دعوى إنكار حق الارتفاق أن يثبت المدعى مالك العقار ملكيته للعقار، وليس عليه أن يثبت أن هذا العقار خال من حق الارتفاق . ذلك بأن المفروض أن الملكية خالية من أى تكليف يثقلها ، ما لم يثبت من يدعى وجود تكليف معين كحق ارتفاق أو حق رهن وجود هذا التكليف . فيجب إذن على من يدعى أن له حق ارتفاق ، ولو أنه هو المدعى عليه فى دعوى إنكار حق الارتفاق ، أن يثبت هو وجود هذا الحق باثبات سبب من أسباب كسبه (التصرف القانونى أو تخصيص المالك الأصلى أو التقادم) ، ما دام صاحب العقار وهو المدعى قد أثبت ملكيته لهذا العقار [٣]، فيقع عبء إثبات حق الارتفاق على من يدعى وجوده ، حتى لو كان قد قضى له بحيازة هذا الحق فى دعوى من دعاوى الحيازة فرفع مالك العقار دعوى إنكار حق الارتفاق [٤].

ويجوز أيضا رفع دعوى إنكار حق الارتفاق ، لا فحسب للمطالبة بالحكم بأن العقار

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٠٧

(٢) نقض فرنسى ٢٣ يونيه سنة ١٨٩٠ داللوز ٩٠–١–٢٨٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ ص ٨٧٩ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ .

(٣) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ وهامش ٤٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ فقرة ١١٤٧ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٣٩ – ص ٥٤٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ – مارتى ورينو فقرة ١٦٧.

وهناك رأى آخر يذهب إلى أن المدعى فى دعوى إنكار حق الارتفاق هو الذى يحمل عبء إثبات أن حق الارتفاق المدعى به لا يوجد ، ولكن الرأى الأول هو الرأى الراجح (أنظر فى هذا المعنى بودرى وشوفو فقرة ١١٤٧) . وأنظر رأيا فى الفقه المصرى يميز بين ما إذا كان المدعى عليه يحوز حق الارتفاق فتكون الحيازة قرينة على ثبوت حق الارتفاق له ويقع عبء إثبات نفى ذلك على المدعى ، وبين ما إذا كان المدعى عليه لا يحوز حق الارتفاق فيكفى أن يثبت المدعى ملكيته ويكون عبء إثبات وجود حق الارتفاق على المدعى عليه : عبدالمنعم البدراوى فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦ – ص ٣٦٧ .

خال من حق الارتفاق أصلا ، بل أيضا للمطالبة بانتقاص حق الارتفاق وإرجاعه إلى حدوده الحقيقية مع التسليم بأن الحق ذاته موجود . وهنا أيضا يقع على صاحب حق الارتفاق عبء إثبات الحدود الحقيقية لهذا الحق ، ولا يكلف صاحب العقار المرتفق به إلا بإثبات ملكيته لهذا العقار ، ويلتزم بما سلم به من حدود أقر بها لحق الارتفاق [1] .

٦١٦ – دعاوى الحيازة : والحائز للعقار يستطيع أيضا أن يرفع دعاوى الحيازة متى توافرت شروطها ، فيحمى بها حيازته للعقار ممن يدعى أن له حق ارتفاق عليه . فإذا رفع الحائز للعقار دعوى منع التعرض أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أو دعوى استرداد الحيازة، قضى له بمنع التعرض ممن يدعى أن له حق ارتفاق ، أو بوقف الأعمال الجديدة التى يقوم بها من يدعى أن له حق ارتفاق ، أو برد حيازة ما انتزعه مدعى حق الارتفاق من حيازة للموضع الذى يستعمل فيه ما يدعيه من حق الارتفاق [2] . وفى جميع دعاوى الحيازة هذه لا يكلف الحائز إلا بإثبات حيازته وبتوافر شروط دعوى الحيازة التى رفعها ، وعلى من يدعى وجود حق ارتفاق على العقار ، يستعمله فعلا فيتعرض لحيازة المدعى أو ينتزع منه الحيازة ، أن يثبت وجود هذا الحق ، وإلا خسر الدعوى وقضى لصالح حائز العقار ، وبذلك يمتنع على مدعى حق الارتفاق أن يكسب هذا الحق بالتقادم [3] .

ولكن يجوز لمدعى حق الارتفاق أن يكتفى باثبات حيازته لهذا الحق فى دعوى من دعاوى الحيازة ، فيقضى له بحيازة الحق . وفى هذه الحالة لا يكون أمام مالك العقار إلا أن يرفع دعوى إنكار حق الارتفاق على من قضى له بحيازة هذا الحق ، حتى يقضى له هو بأن عقاره خال من حق الارتفاق . ولا يكلف مالك العقار ، هنا أيضا ، إلا باثبات ملكيته لهذا العقار ، فيفترض أن العقار خال من حق الارتفاق ، إلى أن يثبت مدعى هذا الحق وجود حقه، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك [4] .

---

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢١٩ ص ٥٤٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٩٠ ص ٩٧٣ .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١١٤٦ – مارتى ورينو فقرة ١٦٧ .

(٣) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٠ ص ٩٧٣ .

(٤) أنظر آنفا فقرة ٦١٥ .

الفصل الثالث
أسباب انتهاء حق الارتفاق

٦١٧ – بيان هذه الأسباب : سبق أن ذكرنا أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يفيد إلا جزءا من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى (م ١٠٢٤ مدنى) . فهذا سبب من أسباب انتهاء حق الارتفاق سبق أن بسطناه [١] ، فلا نعود إليه. وقدمنا كذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه ، فإذا كان الارتفاق لا يستعمل على بعض هذه الأجزاء فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه (م ١٠٢٥ مدنى) . وهذا سبب آخر من أسباب انتهاء حق الارتفاق ، نكتفى بما سبق أن بسطناه فى شأنه [٢] .

وقد ذكر التقنين المدنى ، إلى جانب هذين السببين ، أسبابا أخرى لانتهاء حق الارتفاق هى : (١) انقضاء الأجل . (٢) هلاك أحد العقارين . (٣) اتحاد الذمة . (٤) عدم الاستعمال (التقادم المسقط) . (٥) استحالة استعمال الحق . (٦) انعدام الفائدة من الحق.

ولم يذكر التقنين المدنى سببين آخرين ، اكتفاء بتطبيق القواعد العامة فى شأنهما، وهما: (١) تحقق الشرط الفاسخ ، ويتصل به أى فسخ لملكية صاحب العقار المرتفق به. (٢) نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه [٣] .

فهذه أسباب ثمانية نبحثها على التعاقب .

٦١٨ – انقضاء الأجل – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٦ مدنى على ما يأتى : «تنتهى حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المعين ، وبهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٠٣

(٢) أنظر آنفا فقرة ٦٠٤

(٣) ولا ينتهى حق الارتفاق ، كما ينتهى حق الانتفاع ، بسوء الاستعمال ، إذ ورد فى جواز انتهاء حق الانتفاع بسوء الاستعمال نص خاص (م ٢/٩٨٨ مدنى – وانظر آنفاً فقرة ٥١٤) ، ولم يرد نص مقابل فى شأن حق الارتفاق . فإذا أساء صاحب حق الارتفاق استعمال حقه ، طبقت القواعد العامة وأجبر على الكف عن ذلك مع التعويض إذا كان له محل (أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٣ – بوردى وشوفو فقرة ١١٧٦) .

هلاكا تاما ، وباجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود» [١] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى بانقضاء الأجل المعين لانقضائه . وقد قدمنا أن حق الارتفاق يجوز أن يقترن بأجل فاسخ أو بأجل واقف [٢] . فيجوز الاتفاق إذن، أو النص فى الوصية التى أنشأت حق الارتفاق ، على أن هذا الحق يدوم مدة معينة وينتهى بانقضائها . وهذا أمر نادر ، ويقع عادة إذا رتب حق الارتفاق لفائدة عقار لا يدوم إلا مدة معينة ، كبناء يقيمه المستأجر فى العين المؤجرة [٣] .

أما الأصل فى حق الارتفاق فهو أن يكون دائما كحق الملكية [٤] . ولكن الدوام من طبيعته، بخلاف حق الملكية فالدوام من جوهره . ومعنى ذلك أن ما لم يوقت حق الارتفاق بأجل، فهو دائم دون حاجة إلى النص على دوامه [٥] . أما حق الملكية فهو دائم أبدا ، ولا يجوز النص على توقيته [٦] .

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٠ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٧ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٧ – ص ٦٤٨).

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١/٩٩٣و٢ : ١ – يسقط الارتفاق بالترقين . ٢ – ويتم الترقين بمفعول العقود أو الأحكام .

(والقانون السورى أدخل نظام السجل العينى ، ومن ثم يسقط حق الارتفاق بشطبه من السجل العينى ، ويكون ذلك بناء على اتفاق أو حكم) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٢٩ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨١ (مطابق)

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٩٠ (تطابق المادة ٩٩٣ سورى ، وهذه المادة الأخيرة مأخوذة منها) .

(١) فيجوز أن يرتب مالك العقار على عقاره حق ارتفاق لفائدة عقار آخر ، ويضرب لنهاية هذا الحق أجلا ينتهى عند انقضائه وهذا هو الأجل الفاسخ ، أو يضرب لبدايته أجلا لا ينشأ إلا عند حلوله وهذا هو الأجل الواقف (أنظر آنفاً فقرة ٥٥٠) .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨١ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨.

(٤) أوبرى رور ٣ فقرة ٢٤٧ ص ٩٢ .

(٥) آنفا فقرة ٥٥٠

(٦) آنفا فقرة ٦١٨.

٦١٩ – هلاك أحد العقارين : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا ، على أن حق الارتفاق ينتهى «بهلاك العقار المرتفق به أو العقار المرتفق هلاكا تاما» .

فإذا هلك العقار المرتفق به هلاكا تاما (١) (1) ، بأن كان بناء فانهدم أو احترق ولم يجدد ، فإن حق الارتفاق ينتهى بزوال المحل . فإذا جدد البناء ، عاد حق الارتفاق ، ما لم يكن قد انتهى بعدم الاستعمال كما سنرى فى حالة استحالة استعمال حق الارتفاق (٢) . وكالهلاك نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة ، فينتهى حق الارتفاق المترتب عليه ، ولكن صاحب حق الارتفاق يتقاضى تعويضا عن حق ارتفاقه .

---

(١) أما إذا كان الهلاك جزئياً ، فإن حق الارتفاق يبقى قائماً فيما يتعلق بالجزء الباقى بالقدر الذى يمكن به استعماله . ويرجع ذلك إلى أن حق الارتفاق لا يتجزأ ، فيتحمل به كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به ، فإذا هلك جزء منها بقى على الأجزاء الباقية (أنظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٣ هامش ٨) .

(٢) أنظر ما يلى فقرة ٦٢٢ .

(1) أ – إذ خلص الحكم إلى أن عقار المطعون ضدهم المقرر لصالحه حق الارتفاق قد هدم واعيد بناؤه بوضع أصبح معه فى حالة يمكن معها استعمال هذا الحق وذلك دون أن يبين كيف يستقيم هذا القول الذى انتهى إليه من إمكان استعمال حق الركوب مع خلو الاوراق ومنها تقرير الخبير مما يفيد ذلك وبالتالى يكون قد افترض هذا الأمر افتراضا دون أن يقيم عليه الدليل أو يبين المصدر الذى استقاه منه ومع انكار الطاعنين له لدى محكمة الموضوع بدرجتيها مما يجعل الأسباب التى أقيم عليها بها ثغرة يتطرق منها التخاذل إلى مقومات الحكم بحيث لا يتماسك معها قضاؤه .

(جلسة ١٩٩٩/٢/١٨ الطعن رقم ٣٧٥٤ لسة ٦٢ ق)

ب – اذا كان الحكم المطعون فيه قد عرض إلى مصدر حق الطاعن محل النزاع بقوله أن منشأ هذا الحق هو عقد شرائه للعقار المجاور وقد نص فيه على حق الركوب وانتهى فى تكييفه لهذا الحق من واقع مصدره وما صرحت به هيئة التصرفات بمحكمة مصر الابتدائية الشرعية من اجراء فتحتين فى حوائط الدكان وفتح ثقب فى سقفه ليتمكن المستأجر من سلف الطاعن الوصول إلى شقته بالملك المجاور إلى أنه حق ارتفاق مستندا إلى مبررات ساقها ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها وتب على ذلك انتهاء حق الارتفاق بهدم العقار الخادم طبقا للمادة ١٠٢٦ من القانون المدنى وما قاله الحكم من ذلك صحيح ولا مخالفة فيه للقانون .

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٩ الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٨ ق س ٢٥ ص ١٣٧٣) .

جـ – من المقرر بأنه إذا انهدم العقار القديم وأعيد بناؤه فإن حق الارتفاق بالمطل يعود للعقار الجديد (المادة ٢/١٠٢٨ مدنى) إلا أن هذه العودة يجب أن تقدر بقدرها وأن تتقيد بمضمون الارتفاق الأصلى وإذ كان الثابت أن الارتفاق الأصلى بالمطل لا يجاوز الدور الأرضى من العقار القديم ، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره حق المطل لكافة الطوابق التى تعلو الدور الأرضى من عقار المطعون ضده الجديد يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٧٢/٤/٨ الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٣٧ ق س ٢٣ ص ٦٧٦)

وكذلك ينتهى حق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما ، على النحو الذى قدمناه فى هلاك العقار المرتفق به [1] . ذلك بأن حق الارتفاق يفترض وجود عقارين ، عقارا مرتفقاً به وعقارا مرتفقا ، فإذا هلك أحدهما انتهى حق الارتفاق . ونزع ملكية العقار المرتفق للمنفعة العامة يعتبر فى حكم هلاكه ، فينتهى حق الارتفاق ، بعد أن يكون قد دخل عنصرا من عناصر العقار عند تقدير التعويض .

٦٢٠ – اتحاد الذمة : وتنص المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا [2] ، على أن حق الارتفاق ينتهى «باجتماع العقارين فى يد مالك واحد ، إلا أنه إذا زالت حالة الاجماع هذه زوالا يرجع إثره إلى الماضى فإن حق الارتفاق يعود» . فاجتماع العقارين فى يد مالك واحد يفقد حق الارتفاق قوامه ، فقد قدمنا أنه يجب أن يكون العقار المرتفق به مملوكا لشخص غير الشخص الذى يملك العقار المرتفق ، فلا يقوم حق ارتفاق بين عقارين مملوكين لشخص واحد (Nemini res sua servit) [3] . فإذا ملك صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به، أو ملك صاحب العقار المرتفق به العقار المرتفق ، أصبح العقاران مملوكين لشخص واحد، وانتهى حق الارتفاق باتحاد الذمة . ذلك بأن مالك العقار المرتفق وهو صاحب حق الارتفاق أصبح هو الذى عليه أيضا حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق به فاتحدت الذمة ، وكذلك مالك العقار المرتفق به وهو الذى عليه حق الارتفاق أصبح هو أيضا صاحب حق الارتفاق بتملكه للعقار المرتفق فاتحدت الذمة كذلك . وتتحد الذمة أيضا إذا ملك أجنبى كلا من العقار المرتفق والعقار المرتفق به فى وقت واحد ، إذ يصبح باعتباره مالك العقار المرتفق هو صاحب حق الارتفاق ، وباعتباره مالك العقار المرتفق به هو الذى عليه حق الارتفاق، فتتحد الذمة بذلك [4] .

واجتماع العقارين فى يد مالك واحد على الوجه الذى قدمناه يتم بأى سبب من أسباب كسب الملكية ، كالميراث [5] . والوصية والعقد والشفعة والتقادم . ويصح أيضا أن يتم عن طريق تخلى (abandon) صاحب العقار المرتفق به عن عقاره للتخلص من التزام عينى، كالالتزام بدفع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه إذا وجد شرط

---

(١) ويعود حق الارتفاق إذا أعيد بناء العقار المرتفق (استئناف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٢) .

(٢) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٣) آنفاً فقرة ٥٤٩ – وانظر نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ داللوز ١٩١٧ – ١ – ١٧٥ .

(٤) بودرى وشوفو فقرة ١١٥٣ .

(٥) أنظر فى اتحاد الذمة بالميراث بودرى وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ – ص ٨٨٩.

يقضى بتحميله هذا الالتزام [1]. فعند ذلك تنتقل ملكية العقار المرتفق به إلى صاحب العقار المرتفق بمجرد هذا التخلى ، وتتحد الذمة فى هذا الأخير ، فينتهى حق الارتفاق .

وتقول العبارة الأخيرة من المادة ١٠٢٦ مدنى ، كما رأينا [2] ، ما يأتى : «إلا أنه إذا زالت حالة الاجتماع هذه زوالا يرجع أثره إلى الماضى فان حق الارتفاق يعود» . ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين فرضين : (الفرض الأول) زوال حالة الاجتماع بأثر رجعى، كما إذا اشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق، ثم فسخ البيع أو انفسخ بأثر رجعى . فهنا يعتبر البيع كأن لم يكن ، وكذلك يعتبر اتحاد الذمة المترتب على البيع كأن لم يكن تبعا للبيع ، فيعود حق الارتفاق إلى ما كان عليه [3]. (الفرض الثانى) ، زوال حالة الاجتماع دون أثر رجعى ، كما إذا إشترى صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به ، فاتحدت الذمة وانتهى حق الارتفاق ، ثم باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به الذى سبق أن اشتراه . فهنا يبقى أثر البيع الأول لأنه لم يزل بأثر رجعى ، ويبقى ما ترتب عليه من اتحاد الذمة وانتهاء حق الارتفاق ، فلا يعود حق الارتفاق بعد أن أنتهى [4].

٦٢١ - عدم الاستعمال أو التقادم المسقط - نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٧ مدنى على ما يأتى :

«١ - » تنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة، فإن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثا وثلاثين سنة . وكما يسقط التقادم حق الارتفاق، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها» .

«٢ -» وإذا ملك العقار عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق

---

(١) أنظر آنفا فقرة ٦٠٦ .

(٢) آنفاً فقرة ٦١٨ .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٨. وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ .

(٤) ولكن قد ينشأ مع ذلك حق ارتفاق جديد بتخصيص المالك الأصلى ، إذا أبقى مالك العقار المرتفق بعد شراء العقار المرتفق به الوضع المادى الذى كان عليه العقاران بشرط أن تكون هناك علامة ظاهرة تنم عن هذا الوضع ، فتتوافر بذلك شروط نشوء حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلى إذا أعيد الفصل ما بين العقارين ، بأن باع صاحب العقار المرتفق العقار المرتفق به بعد شرائه (أنفا فقرة ٥٨٧ - وانظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٤ - بودرى وشوفو فقرة ١١٥٤ ص ٨٨٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٧ ص ٩٨١).

يقطع التقادم لمصلحة الباقين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم» [1] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهي بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة [1] ، أو مدة ثلاث وثلاثين سنة إن كان الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة . وعدم الاستعمال (non-ussage) هذا معناه التقادم المسقط ، وسمى بعدم الاستعمال لأنه يسقط الحقوق العينية كحق الارتفاق وحق الانتفاع ، فإذا كان يسقط الحقوق الشخصية فإنه يسمى بالتقادم المسقط (prescription extinctive) . وعلى ذلك إذا بقى صاحب حق الارتفاق لا يستعمل حقه طول هذه المدة ، فإن الحق يسقط بعدم الاستعمال . ويستوى أن يكون عدم الاستعمال اختياريا أو إجباريا ، فإذا منع استعمال الحق قوة قاهرة كما إذا نضب معين العين التى تغترف منها المياه ، أو حال صاحب العقار المرتفق به أو الغير دون استعمال الحق ، فإن مدة التقادم تستمر مع ذلك فى السريان . ويستطيع صاحب حق الارتفاق أن يقطع المدة فى هذه الحالة ، بأن يحصل من صاحب العقار المرتفق به على إقرار بحقه وديا أو قضائيا [2] . وكل حق ارتفاق ، مستمرا كان أو غير مستمر ، ظاهرا أو غير ظاهر ، إيجابيا أو سلبيا ، يسقط بعدم الاستعمال [3] . والمدة المقررة لسقوط حق الارتفاق بعدم الاستعمال هى ،

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا لنص فى المادة ١٢٩٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت قم ١١٠٨ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٤٩ – ص ٦٥١).

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** .

التقنين المدنى السورى لا مقابل

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٠ (مطابق)

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٢ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى لا مقابل .

(٢) بودرى وشوفو فقرة ١٥٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

(٣) أما حق الملكية فلا يسقط بعدم الاستعمال ، ولذلك يدق فى بعض الأحوال معرفة ما إذا كنا أمام حق ارتفاق فيسقط بعدم الاستعمال أو أمام حق ملكية مفرزة أو شائعة فلا يسقط بعدم الاستعمال (بودرى وشوفو فقرة ١١٥٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٥) .

(1) المقرر قانونا بالمادة ١٠٢٧ من القانون المدنى انتهاء حق الارتفاق بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة . (جلسة ١٩٨٣/١١/٣ الطعن رقم ١٢٥٣ لسنة ٥٢ ق س ٣٤ ص ١٥٥٤)

كما قدمنا ، خمس عشرة سنة [1] ، فإن كان حق الارتفاق مقررا لمصلحة عين موقوفة وقفا خيريا فالمدة ثلاث وثلاثون سنة وذلك رعاية لجانب الوقف [2] .

ويبدأ سريان مدة التقادم ، فى الارتفاق غير المستمر ، منذ آخر عمل انقطع بعده صاحب حق الارتفاق عن استعمال حقه [3] . أما فى الارتفاق المستمر ، ويدخل فى ذلك الارتفاق السلبى ، فيبدأ السريان من يوم الاتيان بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق [4] . فإذا كان الارتفاق مطلا ، بدأ سريان المدة من الوقت الذى يبنى فيه صاحب العقار المرتفق به حائطا يسد النافذة ، أو كان ارتفاقا بعدم البناء من الوقت الذى يبدأ فيه صاحب العقار المرتفق به باقامة بناء فى عقاره [5] ، وليس يلزم أن الذى يقوم بالعمل الإيجابى المتعارض مع حق الارتفاق هو صاحب العقار المرتفق به نفسه ، فقد يقوم به الغير ، وقد يقع بقوة قاهرة [6] .

---

(١) أنظر نقض مدنى ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاما جزء أول ص ١٦٥ رقم ٢ .

(٢) أما إذا كان حق الارتفاق مترتباً على أرض موقوفة فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، فإنه يزول بعدم الاستعمال خمس عشرة سنة إذا كان العقار المرتفق عيناً غير موقوفة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠) – وقد يكسب شخص بالتقادم القصير ، أى بخمس سنوات ، ملكية عقار قد ترتب عليه حق ارتفاق . فكسبه لملكية العقار لا يترتب عليه سقوط حق الارتفاق بالتقادم ، لأن حق الارتفاق لا يسقط بالتقادم إلا إذا لم يستعمل مدة خمس عشرة سنة ، وهنا لم يستعمل حق الارتفاق إلا خمس سنوات فقط وهى مدة التقادم القصير التى كسبت به ملكية العقار. وعلى ذلك يكسب الحائز ملكية العقار بالتقادم القصير ، ولكن العقار يبقى محملا بحق الارتفاق إلى أن ينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (أنظر آنفاً فقرة ٤١٥ فى الخامش – وأنظر أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٢٥ ص ١٤٨ وهامش ٢٣ – بودرى وشوفو فقرة ١١٦٥ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٤) .

(٣) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥ – ١ – ٦٢–٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥–١–٢٠ بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ – ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق عبء إثبات آخر عمل انقطع بعده استعمال حقه ، حتى إذا كانت مدة التقادم لم تتم منذ هذا العمل لم يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال (نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٤٥ – ١ – ٢٠ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٧ وهامش ٢١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ – وانظر بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣) .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ وما بعدها بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ – عبدالمنعم البدراوى فقرة ٢٨٣ .

(٥) ويقع على عاتق صاحب العقار المرتفق به عبء إثبات القيام بعمل إيجابى يتعارض مع حق الارتفاق فتسرى من وقت هذا العمل مدة التقادم (بودرى وشوفو فقرة ١١٦٣ ص ٨٩٦ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧) .

(٦) أوبرى درو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٩– بودرى وشوفو فقرة ١١٥٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٩٧ .

وينقطع التقادم ، ويوقف سريانه ، بنفس الأسباب المقررة فى انقطاع التقادم المسقط ووقف سريانه [1] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفة الذكر لى أنه «إذا ملك العقار المرتفق عدة شركاء على الشيوع ، فانتفاع أحدهم بالارتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقيين ، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة سائرهم. فإذا كان العقار المرتفق شائعا بين شركاء متعددين ، فإن بقاء أحد هؤلاء الشركاء دون الباقين منتفعا بحق الارتفاق لا يجعل المدة تسرى فى حقه بداهة ، ويقطع فى الوقت ذاته سريان المدة بالنسبة إلى الباقين ، كذلك قطع أحد شركاء التقادم يقيد الباقين فيقطعه بالنسبة إليهم أيضا ، كما يقع ذلك فيما بين المدينين المتضامنين[2] . وإذا كان بين الشركاء قاصر ليس له نائب ، فان التقادم يوقف بالنسبة إليه ، وكذلك يوقف بالنسبة إلى الآخرين، كما يقع ذلك أيضا فيما بين المدينين المتضامنين [3] . وينتفع سائر الشركاء بانقطاع التقادم أو وقفه بالنسبة إلى أحدهم طول المدة التى يبقى فيها الشيوع قائما . فإذا حصلت القسمة بين الشركاء ، فإن كان العقار قد وقع فى نصيب نفس الشريك الذى انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه ، بقى بداهة منتفعا بانقطاع التقادم أو وقفه . أما إذا وقع العقار فى نصيب شريك غيره، فالأثر الرجعى للقسمة كان يقتضى القول بأن الشريك الذى انقطع التقادم أو وقف بالنسبة إليه أصبح أجنبيا عن العقار ، فيعتبر انقطاع التقادم أو وقفه كأن لم يكن ، ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع أو وقف بالنسبة إلى الشريك الذى وقع فى نصيبه العقار . وعلى هذا الوجه قضت محكمة النقض الفرنسية [4] . ولكن الفقه الفرنسى يذهب ، على العكس من ذلك، إلى أن انقطاع التقادم أو وقفه يصبح نهائيا بالنسبة إلى سائر الشركاء أيا كانت نتيجة القسمة ، ولا يعتد بالأثر الرجعى . وهذا هو الرأى الذى يتمشى مع اطلاق النص ، سواء فى التقنين المدنى الفرنسى (م ٧٠٩ – ٧١٠)، أو فى التقنين المدنى المصرى (م ١٠٢٧/٢) [5] .

فإذا اكتملت مدة التقادم ، سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال . ولا يمنع من سقوطه

---

(١) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٦ – ص ١٤٧ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٦ .

(٢) نقض فرنسى ١٢ يوليه سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ – ١ – ٤٦٨ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٤) نقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٨٤٥ داللوز ٤٦ – ١ – ٢١ – ٢٩ أغسطس سنة ١٨٥٣ سيرية ٥٣ – ١ – ٧٠٧ .

(٥) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٩ ص ٩٨٣ – ص ٩٨٤ .

أن يعود صاحب العقار المرتفق إلى استعمال حق الارتفاق بعد اكتمال مدة التقادم ، إلا إذا لم يعترض صاحب العقار المرتفق به على ذلك وفسر عدم اعتراضه على أنه نزول منه عن حقه فى التمسك بالتقادم [1].

وقد رأينا أن آخر الفقرة الأولى من المادة ١٠٢٧ مدنى سالفة الذكر يقول : «وكما يسقط التقادم حق الارتفاق ، يجوز كذلك بالطريقة ذاتها أن يعدل من الكيفية التى يستعمل بها» . فقد يعمد صاحب حق الارتفاق إلى استعمال حقه استعمالا جزئيا ، ويبقى كذلك خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة بالنسبة إلى الوقف ، فلا يسقط حق الارتفاق سقوطا كليا بعدم الاستعمال ، وإنما ينتقص إلى القدر الذى استعمل . ولكن إذا كان حق الارتفاق غير مستمر ، وجب التمييز بين فرضين : (١) أن يكون صاحب حق الارتفاق قد استعمله استعمالا جزئيا وفقا لحاجاته دون أن يعوقه عن الاستعمال الكلى عائق ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور مشيا على الأقدام أو ركوبا فظل صاحبه يمر مشيا مدة خمس عشرة سنة دون أن تقتضيه الحاجة أن يمر ركوبا . ففى هذا الفرض يعتبر هذا الاستعمال الجزئى بمثابة الاستعمال الكلى إذا لم يقم عائق دون الاستعمال الكلى ولكن صاحب حق الارتفاق لم يحتج إلى هذا الاستعمال ، فيبقى حق الارتفاق كما هو دون أن ينتقص . (٢) أن يكون قد قام عائق مادى دون الاستعمال الكلى ، كأن يكن الطريق قد جعل غير صالح للمرور ركوبا فاضطر صاحب حق المرور أن يمر مشيا على الأقدام مدة خمس عشرة سنة . وفى هذا الفرض ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئى ، ويصبح مقصورا على المرور مشيا على الأقدام دون المرور ركوبا [2] . وكما ينتقص حق الارتفاق بعدم الاستعمال الجزئى عن طريق التقادم المسقط ، يجوز كذلك أن يتسع بالإفراط فى الاستعمال عن طريق التقادم المكسب، فإذا كان صاحب حق المرور مشيا على الأقدام قد استعمل الطريق للمرور ركوبا مدة خمس عشرة سنة ، فإن حق ارتفاقه يكون قد اتسع على هذا الوجه ، فيصبح حق ارتفاق بالمرور مشيا على الأقدام وركوبا فى وقت واحد [3] . وإذا كان قد تعود المرور من طريق آخر غير الطريق الذى خصص له فى الأصل ، وظل يمر من هذا الطريق الآخر مدة خمس عشرة سنة ، فإن كيفية استعمال حق الارتفاق يكون قد تعدل بالتقادم على هذا الوجه ، وأصبح الطريق الآخر هو الذى يستعمل فيه حق المرور دون الطريق الأصلى [4].

---

(١) نقض فرنسى ٧ يوليه سنة ١٨٥٦ داللوز ٥٦-١-٢٨٥-٢٣ يوليه سنة ١٨٦٠ سيريه ٦١-١-٥٢٦ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٣ ص ٩٧٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٥ ص ٩٩٧ .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٠ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد تعديل حال الإمكنة أو طبيعة الأعمال المعدة لضمان استعمال=

٦٢٢ – استحالة استعمال حق الارتفاق – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٨ مدنى على ما يأتى :

« ١ – » ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق» .

« ٢ – » ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، ألا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال»[١] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح استعماله مستحيلا . وتنجم الاستحالة من تغير فى وضع الأشياء ، سواء كان التغير حادثا فى العقار المرتفق به أو فى العقار المرتفق [٢][1] . فإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمطل مثلا ، وهدم المنزل المرتفق فانهدمت

= الارتفاق لا يترتب عليه قانوناً زوال حق الارتفاق ، إذا كان ذلك لم يتناول إلا طريقة الاستعمال فقط ولم يتعدها إلى الحق نفسه (نقض مدنى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٥ رقم ٣) . وانظر فى ذلك أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٦ .

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٠٩ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٩٥١ – ص ٩٥٢) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** : التقنين المدنى السورى م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضى أن يأمر بالترقين إذا كان الارتفاق غير مجد ، أو غير ممكن الأنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣١ (مطابق) .

التقنين المدنى العراقى م ١٢٨٣ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٩٠ (مطابق نص المادة ٣/٩٩٣ سورى ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

(٢) نقض فرنسى أول أبريل سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠ – ١ – ٢٧٠ .

(1) النص فى المادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أنه «١ – ينتهى حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق . ٢ – ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال» إنما يدل فى فقرته الأولى على أن حق الارتفاق ينتهى إذا أصبح من المستحيل استعماله استحالة مطلقة وذلك نتيجة تغير حدث فى العقار=

بهدمه النافذة التى كانت تطل على العقار المرتفق به ، فإن حق الارتفاق ينتهى لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث فى العقار المرتفق [1] . وإذا كان الارتفاق ارتفاقا بالمرور ، ثم انحبس العقار المرتفق به فأصبح لا يمكن الوصول منه إلى الطريق العام ، فإن حق الارتفاق ينتهى كذلك لاستحالة استعماله بسبب تغير حدث فى العقار المرتفق به[2] . والتعبير «بانتهاء حق الارتفاق» «وبعودته إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق» ، ليس بالتعبير الدقيق . والصحيح أن حق الارتفاق لا ينتهى باستحالة استعماله ، بل يوقف استعماله إلى أن تزول هذه الاستحالة . فإذا ما زالت عاد استعماله إلى ما كان عليه ، ولكن حق الارتفاق نفسه يستمر باقيا ، فهو لم يزل حتى يقال أنه يعود [3] . وفى التقنين المدنى الفرنسى تطبيق واضح لذلك ، فقد نصت المادة ٦٦٥ من هذا التقنين على أنه «إذا أعيد بناء حائط مشترك أو منزل ، فإن الارتفاقات التى كانت للحائط المشترك أو للمنزل ، أو كانت عليه ، تستمر بالنسبة إلى الحائط أو المنزل الجديد ، على ألا تكون أكثر مشقة ، وعلى أن تتم إعادة البناء قبل أن تكتمل مدة التقادم» .

ويجب أن تكون استحالة استعمال حق الارتفاق استحالة تامة ، ولا يكفى أن يصبح الارتفاق أكثر مشقة [4] . ويستوى أن ترجع الاستحالة إلى قوة قاهرة ، أو إلى فعل صاحب

= المرتفق (المخدوم) أو فى العقار المرتفق به (الخادم) كهلاك أيهما مثلا على النحو المبين بالمادة ٢٦-١ من ذات القانون وسواء كانت هذه الاستحالة من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو كانت من فعل صاحب العقار المرتفق أو صاحب العقار المرتفق به أو كانت من فعل الغير ، وإذ كان مفاد الفقرة الثانية من نص المادة ١٠٢٨ المشار إليه أن يعود الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق حتى ولو لم تكن الأمور قد عادت إلى وضعها الأصلى تماما ما دامت فى وضع يمكن معه العودة إلى استعمال هذا الحق إلا أنه يلزم فى هذه الحالة ألا يكون الاستعمال أكثر مشقة .

(جلسة ١٩٩٩/٢/١٨ الطعن رقم ٣٧٥٤ لسنة ٦٢ ق)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت من الأوراق أن منزل الطاعن، الذى كان مقرراً لصالحه حق ارتفاق بالمطل ، قد هدم وأعيد بناؤه بوضع أصبح معه لا يحتوى على مطلات أو مناور ، وأصبح فى حالة لا يمكن معها استعمال حق المطل، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أساس زوال ذلك الحق ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٢ ص ٧٨٦) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ .

(٣) أنظر استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٩١ – نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٠ – ١ – ٣٣٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٤) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٠ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٣ .

العقار المرتفق به ، أو إلى فعل صاحب العقار المرتفق ، أو إلى فعل أجنبى [1] . ويعود حق الارتفاق إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق ، كما سبق القول . وليس من الضرورى أن تعود الأشياء إلى وضعها الأصلى تماما ، بل يكفى أن ترجع إلى وضع تمكن معه العودة إلى استعمال حق الارتفاق دون أن يكون هذا الاستعمال أكثر مشقة [2] .

وتقول الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٨ مدنى سالفة الذكر : «ويعود (حق الارتفاق) ... إلا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال» . فإذا بقى استعمال حق الارتفاق مستحيلا مدة خمس عشرة سنة ، أو مدة ثلاث وثلاثين بالنسبة إلى الوقف . فإنه لا يعود ، حتى لو عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعماله . ذلك بأن حق الارتفاق فى هذه الحالة يكون قد انتهى ، ولكن ليس بسبب استحالة استعماله ، ولكن بسبب عدم الاستعمال [3] . وهناك رأى يذهب إلى أن استحالة الاستعمال تكون سببا لوقف التقادم ، ومن ثم يجب ألا يستعمل حق الارتفاق خمس عشرة سنة ، أو ثلاثا وثلاثين سنة ، دون أن تحسب المدة التى استحال فيها استعماله ، حتى يسقط الحق بعدم الاستعمال . وهذا هو الرأى الذى أخذت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين قالت : «فإن عاد العقار المرتفق به إلى حالته الأولى ... عاد حق الارتفاق ، إلا أن يكون قد مضى عل عدم استعماله المدة التى يسقط بها ، ولا يحسب فى هذه المدة الوقت الذى تعذر فيه استعمال (الحق)» [4] . ولكن الرأى الراجح هو عكس ذلك .

٦٢٣ – انعدام الفائدة من حق الارتفاق – نص قانونى : تنص المادة ١٠٢٩ مدنى على ما يأتى :

«لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، إذا فقد الارتفاق كل

---

(١) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٦٥ – فقرة ٩٦٦ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥٠ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ .

(٢) نقض فرنسى ١١ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ – ١ – ٣٤٠ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤١ – بودرى وشوفو فقرة ١١٥١ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩١ ص ٩٧٤ – ص ٩٧٥ .

(٣) إسماعيل غانم ص ٤٢ – وقد ينجم استحالة استعمال حق الارتفاق من هلاك الشئ، وعند ذلك ينتهى حق الارتفاق بالهلاك (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٢) .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٢ – وانظر فى هذا المعنى Toullier ٣ فقرة ٦٩٠ ماركاديه المادة ٧٠٢ والمادة ٧٠٤ Toulier – ٢ ص ٤٦٢ – Solon ص ٥٠٥ .

(٥) ديمولومب ١٢ فقرة ٩٧٩ – ديرانتون ٥ فقرة ٦٥٥ – أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٤٢ هامش ٧ .

منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» [1] .

ويخلص من هذا النص أن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق ، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البته مع العبء الذى يلقيه على العقار المرتفق به [1] . مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب ، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئرا إرتوازية فى أرضه تغنيه ، هى وموارد المياه الأخرى التى عنده دون نظر لحق الشرب، عن هذا الحق الأخير ، أو فى القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذى يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب . ففى هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق ، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق. فقد وازن القانون بين مصلحتين ، مصلحة صاحب العقار المرتفق فى بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة ، ومصلحة صاحب العقار المرتفق به فى زوال الارتفاق وقد أصبحت هى المصلحة الراجحة إذ تفوق كثيرا مصلحة صاحب العقار المرتفق فى بقاء الارتفاق . ولما كانت حقوق الارتفاق تلقى أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها ، فقد

---

(١) **تاريخ النص** : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ١١١٣ فى المشروع النهائى . ورافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١٠ ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣ – ص ٦٥٤) .

ولا مقابل للنص فى التقنين المدنى السابق .

ويقابل فى **التقنينات المدنية العربية الأخرى** :

التقنين المدنى السورى م ٣/٩٩٣ : ويحق للقاضى أن يأمر بالترقين إذا كان لارتفاق غير مجد ، أو كان غير ممكن الإنفاذ .

(والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ١٠٣٢ (مطابق) .

القنين المدنى العراقى م ١٢٨٤ (مطابق) .

قانون الملكية العقارية اللبنانى م ٩٠ (مطابق لنص م ٣/٩٩٣ من التقنين السورى ، وهذا النص الأخير مأخوذ منه) .

(1) مفاد نص المادة ١٠٢٩ من القانون المدنى ان حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذى يلقيه على العقار المرتفق به ، ففى هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق وتحرير عقاره منه ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق .

(جلسة ١٩٩٠/١٠/٢١ الطعن رقم ٥٦ لسنة ٦٩٠ ق)

آثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق فى الحالة التى نحن بصددها ولو اقتضى الأمر ن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضاً مناسبا لمالك العقار المرتفق فى مقابل زوال حقه دون رضائه . فهذا ضرب من استرداد (rachat) حق الارتفاق ، يتم دون رضاء صاحب الحق ، لقيام مصلحة تبرر ذلك . أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق ، فإن مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أى تعويض، إذا لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض منه .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ، عند اختلاف الطرفين ، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة ، فيقضى بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق، ويقدر أيضا التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق أن كان للتعويض محل [1] .

٦٢٤ – تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به : وقد يكون حق الارتفاق معلقا على شرط فاسخ ، فإن حق الارتفاق يجوز تعليقه على الشرط كما يجوز اقترانه بالأجل . وهنا يجب تطبيق القواعد العامة ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ ، زال حق الارتفاق . ولكن لا يكون لزواله أثر رجعى ، فإن طبائع الأشياء تأبى أن تمحى المدة التى بقى فيها حق الارتفاق قائما قبل تحقق الشرط الفاسخ واعتبار هذه المدة كأن لم تكن[2] .

وإذا فسخت ملكية من أنشأ حق الارتفاق للعقار المرتفق به بسبب من أسباب الفسخ، فهنا أيضا يجب تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن من أنشأ حق الارتفاق يعتبر غير مالك للعقار المرتفق به بأثر رجعى . ويتبين أنه كان لا يملك ترتيب حق ارتفاق على عقار لم يكن يوما ما ملكا له . ومن ثم يزول حق الارتفاق ، بزوال ملكية العقار المرتفق به[3] .

ولكن فسخ ملكية صاحب حق الارتفاق للعقار المرتفق لا يزيل حق الارتفاق [4]، لأن

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا النص : «ينتهى حق الارتفاق أخيراً إذا لم تصبح له فائدة ، أو أصبحت فائدته محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به ، كما إذا كان الارتفاق حق مرور وانفتحت للعقار المرتفق سبل أخرى إلى الطريق العام أقرب وأيسر . فيجوز لصاحب العقار المرتفق به ، فى هذه الحالة ، أن يطلب تحرير عقاره من حق الارتفاق ، على أن يدفع تعويضاً مناسباً إذا كان هناك محل لذلك» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٦٥٣) .

(٢) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ .

(٣) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ .

(٤) بيزانسوق ٢٥ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٩٠–٢–٧٧– بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٢ .

اشتراط المالك حق ارتفاق لفائدة عقاره يعتبر من أعمال الإدارة الحسنة التى لا تزول بفسخ ملكية هذا المالك ، ومن ثم يبقى حق الارتفاق هذا تابعا للعقار ، فى أى يد ينتقل إليها هذا العقار بعد الفسخ .

٦٢٥ – نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه : وقد ينزل صاحب حق الارتفاق عن حق بإرادته المنفردة ، فينتهى هذا الحق بالنزول عنه .

والنزول قد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا . فإذا كان ضمنيا ، وجب استخلاصه من وقائع ثابتة يفهم منها حتما معنى النزول[1] . فيعتبر ضمنيا أن يشهد صاحب حق الارتفاق

---

(1) التنازل الصريح هو الذى يصدر من صاحبه فى عبارة واضحة تدل على ذلك ولا تحتمل التأويل ، وإذ كانت العبارة التى وردت فى عقد شراء ملف الطاعن من أن العقار خال من أى حق من حقوق الارتفاق لم تصدر من سلف المطعون ضده – مدعى حق الارتفاق – وكل ما يمكن نسبته إلى ذلك السلف فى هذا الصدد أنه وقع كشاهد على العقد المتضمن لها ، دون أجازة صريحة لما ورد فيه ، وهذا لا يعنى أنه قد تنازل صراحة عن حق الارتفاق المقرر لمنزله على العقار موضوع العقد ، وكان التنازل الضمنى عن حق الارتفاق قد نفاه الحكم – بما له من سلطة تقديرية فى استخلاص القرائن متى كان استخلاصه سائغا – بما قاله من أن عدم اعتراض سلف المطعون ضده على تعدى الطاعن لا يسقط حقه ، وأن ليس فى الاوراق ما يفيد تنازله عن هذا الحق ، وهو منه سائغ ومقبول ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٥/١/٨ الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٤٠ ق س ٢٦ ص ١٤٠)

ب – تحصيل محكمة الموضوع من عقد البيع المسجل المبرم بين الطرفين ومن باقى الاراق ، أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى التنازل عن حق الارتفاق بالمطل المقرر للعقار المبيع للطاعنة على عقارات المطعون عليهم ولم تخرج فى تفسيرها هذا على المعنى الظاهر لعبارة العقد ، وأوضحت الاعتبارات المبررة لذلك ثم اعملت أثر هذا التنازل فى النزاع المطروح لا على أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير واستفادة المطعون عليهم من عقد لم يكونوا طرفا فيه ، وانما على أساس تفسيرها لعقد البيع الذى تستند إليه الطاعنة فى اثبات ملكيتها ، وعلى أن التنازل الذى انطوى عليه ينتج أثره بالارادة المنفردة للمتنازل ولا يحتاج إلى قبول فلا يلزم أن يكون للمتنازل له طرفا فى المحرر المثبت له ، إذا كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة القانون يكون على غير أساس .

(جلسة ١٩٧٠/١/١٥ الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٥ ق س ٢١ ص ١١٢).

جـ – يجوز التنازل عن حقوق الارتفاق ، وقد يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمنياً والقانون لا يشترط لتحققه صورة معينة ، فإذا كان الثابت بتقريرات الحكم المطعون فيه أن الشركة الطاعنة أقامت دعواها بالتعويض والإزالة تأسيسا على أن قيود البناء الوارد فى شروط البيع هى حقوق ارتفاق عينية مقررة على قطعة الأرض محل عقد المطعون عليه لمنفعة باقى القطع فى المنطقة ، واستخلص الحكم تنازل الطاعنة الضمنى عن حقوق الارتفاق المقررة على عقار المطعون عليه بشروط البيع من تجاوزها عن مخالفات كثيرة لقيود البناء المقررة على العقارات الأخرى بالمنطقة ومن تنازل الجيران الملاصقين لعقار المطعون عليه صراحة عن هذه الحقوق ، فإن استخلاص الحكم للتنازل على هذا النحو هو استخلاص سائغ=

على عقد بيع واقع على العقار المرتفق به ، وقد ورد فى شروط البيع أن العقار المبيع خال من أى ارتفاق ، وذلك دون أن يتحفظ صاحب حق الارتفاق . وقد قضت محكمة النقض بأن متى استخلصت محكمة الموضوع التنازل الضمنى استخلاصا سائغا من مقدمات تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، فلا معقب عليها فى ذلك لتعلقه بتقدير موضوعى من سلطتها المطلقة [1] . وقضت أيضا بأن التنازل الضمنى يمكن استخلاصه فى حقوق الارتفاق التبادلية، التى يكون سبب التزام مالك العقار باحترام حق الارتفاق المترتب على عقاره لمصلحة عقار آخر هو التزام مالك هذا العقار الآخر باحترام الارتفاق المقابل لمقرر لمصلحة مالك العقار الأول . فإذا خرج أيهما عن الالتزام المفروض عليه وخالف شروط عقده أو قيوده، فإنه يكون قد أسقط حقه فى ألزام جاره مالك العقار الآخر بتنفيذ التزامه الذى يغدو بلا سبب . ذلك بأن التنازل عن حقوق الارتفاق ، كما يكون صريحا ، يجوز أن يكون ضمنيا، إذ لم يشترط القانون لتحققه صورة معينة [2] . ولكن لا يعتبر نزولا ضمنيا أن يترك صاحب حق الارتفاق أعمالا تتم متعارضة مع حق ارتفاقه ، دون أن يعترض [3] .

ولما كان النزول عن حق الارتفاق إرادة منفردة صادرة من صاحب هذا الحق كما قدمنا، فهو ليس فى حاجة إلى قبول مالك العقار المرتفق به ، وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به[4] . وينتج أثره بصدوره من صاحب العقار المرتفق وإعلانه لصاحب العقار المرتفق به[5] . ولكنه لا يسرى فى

= تؤدى مقدماته إلى النتيجة التى انتهى إليها ويترتب عليه أن يصبح المطعون عليه فى حل من الالتزام بحقوق الارتفاق المقررة على عقاره لانتفاء سبب هذا الالتزام والحكمة منه ، ولا عبرة فى هذا الخصوص بالاسباب التى دعت الشركة إلى التنازل لبعض الملاك عن هذه الارتفاقات .

(جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ الطعن قم ١٠٢ لسنة ٣٤ س ١٨ ص ١٦٦٨)

(١) نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٥٨ .

(٢) نقض مدنى ١٩ أبريل سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ٢٦ رقم٨٧ ص ٥٣٨ – وانظر أيضا نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً الجزء الأول ص ١٦٩ رقم ٢٠ .

(٣) نقض فرنسى ٦ نوفمبر سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩-١-٤٧٣- أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢ هامش ٣.

(٤) استئناف مختلط ١٥ مار س سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٥٤.

(٥) أوبرى ورو ٣ فقرة ٢٥٥ ص ١٥٢ – بودرى وشوفو فقرة ١١٧٣ – بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٩٨ ص ٩٨٢.

حق الغير ، كمشتر للعقار المرتفق ، إلا إذا سجل قبل تسجيل هذا الشراء ، وفقا للقواعد المقررة فى التسجيل [1].

(١) أنظر نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٦٩ رقم ٢١ – وقد قضت محكمة النقض بأن التنازل يعتبر ملزماً للمتنازل بمايمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل له تنطوى على إنكار لهذا التنازل. ولا يمنع من ذلك أن يكون التنازل مما يجب تسجيله ، إذ لا يترتب على عدم التسجيل سوى تراخى زوال الحق العينى المتنازل عنه . فإذا كان الطرفان قد أقاما دعواهما بطلب تعويض عن مخالفة المطعون عليه لقيود البناء ، وذلك بعد أن كانا قد تنازلا عن هذه القيود ضمناً ، مما يعتبر معه هذا الطلب إنكاراً منهما للتنازل الصادر من جانبها ، فان الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذا التنازل ورتب عليه آثاره لا يكون مخالفاً للقانون (نقض مدنى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١١٩ ص ٧٦٨) .

فهـــرس

القسم الأول

أسباب كسب الملكية

تمهيد

صفحة

التقسيم العلمى لأسباب كسب الملكية ٥
التقسيم العملى لأسباب كسب الملكية ٧
خطة البحث ١٠
الباب الأول- كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء
الباب الثانى- كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)
الباب الثالث- كسب الملكية فيما بين الأحياء (الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة)

الباب الأول

كسب الملكية ابتداء عن طريق الاستيلاء

..... ١١
التمييز بين المنقول والعقار ١١
المبحث الأول- الاستيلاء على المنقول ١٢
المنقول الذى لا مالك له ١٢
كيف يتم الاستيلاء على المنقول الذى لا مالك له ١٤
١- المنقول الذى ليس له مالك منذ البداية ١٦
الشئ المشترك ١٦
صيد البر والبحر ١٧
الحيوانات غير الأليفة ٢٠
٢- المنقول الذى كان له مالك ٢١
الأشياء المتروكة ٢١
الكنز ٢٢
اللقطة (الأشياء الضائعة) ٣٠
الأشياء الأثرية ٣٤

التركة التى لا وارث لها ٣٨
المبحث الثانى – الاستيلاء على العقار ٤٢
تحديد الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فتكون ملكاً للدولة ٤٦
عدم جواز الاستيلاء على العقار بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ..... ٤٨
كيفية تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ ثم طبقاً لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ ..... ٥١
تملك الأراضى الصحراوية طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة المحذوفة من المادة ٨٧٤ مدنى ٥٦
حقوق الغير فى الأراضى الصحراوية السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ..... ٦٣

الباب الثانى
كسب الملكية بسبب الوفاة ٦٨
الفصل الأول
الميراث ٦٨
المبحث الأول – تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث ٧١
الشريعة الإسلامية تطبق على جميع المصريين وفى جميع مسائل الميراث. ٧١
١ – تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم ٧٣
قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ..... ٧٣
الأحكام العامة فى الميراث: سبب استحقاق الإرث – ما يستحق من التركة قبل ارث الورثة – الموانع من الإرث ٧٤
الإرث بالفرض (أصحاب الفروض): ٧٥
الأب والجد الصحيح – أولاد الأم – الزوج والزوجة– البنات وبنات الابن – الأخوات الشقيقات والأخوات لأب – الأم والجدة الصحيحة
العول والرد
العصبة بالنفس: البنوة فالأبوة فالأخوة فالعمومة
العصبة بالغير: البنات مع الأبناء– بنات الابن مع أبناء الابن – الأخوات الشقيقات مع الإخوة الأشقاء والأخوات لأب مع الإخوة لأب
العصبة مع الغير: الأخوات الشقيقات أو لأب مع البنات أو بنات الابن

إرث ذوى الأرحام: ٧٩
الصنف الأول: أولاد البنات وأولاد بنات الابن ٧٩
الصنف الثانى: الجد غير الصحيح والجدة غير الصحيحة ٧٩
الصنف الثالث: أبناء الإخوة لأم وأولادهم – وأولاد الأخوات – وبنات الإخوة وأولادهم – وبنات أبناء الإخوة الأشقاء أو لأب – وأولادهن ٧٩
الصنف الرابع: ست طوائف ٧٩
٢ – انتقال التركة من المورث إلى الوارث ٨٠
انتقال حقوق التركة إلى الورثة: ٨٢
أعيان التركة – الحقوق العينية الأصلية إلا ما ينقضى بالموت –
الحقوق العينية التبعية ٨٣
الحقوق غير المالية ٨٣
الحقوق المالية المتصلة بشخص المورث – حق الإجل فى الدين ٨٤
الحقوق المالية التى تتصل بمشيئة المورث لا بما له – الخيارات وحق الأخذ بالشفعة ٨٥
متى تنتقل حقوق التركة إلى الورثة: ٨٧
عند المالكية ٨٧
عند الحنفية ٨٧
عند الشافعية فى المذهب الجديد والحنابلة فى أشهر الروايتين وفى القانون المصرى ٨٧
هل تنتقل ديون التركة إلى الورثة أسوة بحقوقها – مدى نطاق القاعدة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين: ٨٩
فى أية ذمة يبقى دين التركة بعد موت المورث – اختلاف المذاهب الفقهية:
عند الحنفية والشافعية يبقى الدين فى ذمة الميت ويفترض بقاء ذمته ٩١
عند المالكية يتعلق الدين بالتركة نفسها لا بذمة الميت ٩١
بعض الحنابلة يقولون قول الحنفية والشافعية وبعضهم يقولون قول المالكية ٩٢
رأى ثالث عند الحنابلة يذهب إلى أن الدين يتعلق بذمة الوارث فى حدود ما يرث، وهذا الرأى يتفق مع القانون المصرى ٩٢

حكم تصرف الورثة فى أعيان التركة قبل سداد الديون وما يجب من الحماية لحقوق دائنى التركة: ٩٢
الغرض الأساسى فى المذاهب المختلفة هو حماية دائنى التركة
القانون المصرى يحمى حقوق الدائنين عن طريق تثقيل أموال التركة بحق عينى خاضع للشهر
المبحث الثانى– تنظيم حماية دائنى التركة فى القانون المصرى ٩٩
الطريقان اللذان نظمهما القانون: ٩٩
الطريق الأول – طريق الإجراءات الفردية ٩٩
الطريق الثانى – طريق الإجراءات الجماعية ١٠٢
المطلب الأول– طريق الإجراءات الفردية ١٠٣
من يقوم بشهر الدين ١٠٦
كيف يكون شهر الدين ١٠٧
حالة شهر الدين فى خلال سنة من شهر حق الإرث ١٠٩
حالة شهر الدين بعد انقضاء سنة من شهر حق الإرث ١١١
حالة عدم شهر الدين أصلا: ١١٣
الفرض الأول– ألا يكون الوارث قد شهر حق إرثه ١١٣
الفرض الثانى– أن يكون الوارث قد شهر حق إرثه ١٣٣
المطلب الثانى– طريق الإجراءات الجماعية (التصفية الجماعية للتركة) ١١٥
التصفية الجماعية للتركة أمر اختيارى وهو على كل حال أمر استثنائى ١١٥
معنى أن تصفية التركة هى تصفية جماعية ١١٦
مراحل التصفية الجماعية للتركة: مراحل أربع ١١٧
١ – المرحلة الأولى– تعيين مصف للتركة ١١٨
كيف يعين المصفى: ١٢٠
تثبيت وصى التركة ١٢١
تعيين مصف للتركة ١٢٢
قيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفين: ١٢٣
الأثران المترتبان على قيد أمر تعيين المصفى:
لا يجوز التصرف فى أموال التركة ولا استيفاء مالها من ديون ١٢٤
لا يجوز اتخاذ أى إجراء فردى على أموال التركة ١٢٦
كيف تنتهى مهمة المصفى: ١٢٩
تنتهى مهمة المصفى فى الأصل بانتهاء التصفية ١٢٩

تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بتنحيه ١٣٠
تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بموته ١٣٠
تنتهى مهمة المصفى قبل انتهاء التصفية بعزله ١٣٠
٢ – المرحلة الثانية – جرد التركة بما لها وما عليها ١٣١
تسلم المصفى أموال التركة وما يتعلق بأجرة وبنفقات التصفية: ١٣١
تسلم المصفى لأموال التركة ١٣١
تحديد أجر للمصفى ١٣١
نفقات التصفية ١٣٢
مصروفات قسمة أموال التركة ١٣٣
اتخاذ الاحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة: ١٣٣
وضع الأختام على الغرف والقاعات التى تحتوى على الأثاث الفاخر وعلى الخزائن والدواليب التى تحتوى على الأشياء الثمينة ١٣٤
إيداع النقود والأوراق المالية والحلى والجواهر وغيرها فى أحد المصارف
تقدير قيمة هذه الأشياء وإدراجها فى قائمة الجرد ١٣٤
تجهيز الميت وصرف نفقة مؤقتة لمن كان الميت يعولهم من ورثته ١٣٥
تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه ١٣٥
تقدير نفقة مؤقتة للورثة الذين كان المورث يعولهم ١٣٥
إدارة التركة ومسئولية المصفى عن الإدارة ١٣٧
الوسائل التحفظية كقيد الرهن وقطع التقادم وحجز ما للمدين لدى الغير والحجز التحفظى ١٣٧
أعمال الإدارة المألوفة كبيع المحصول وقبض الغلة والديون المستحقة
والنيابة عن التركة فى الدعاوى ١٣٨
مسئولية المصفى هى مسئولية الوكيل المأجور ١٣٨
تكليف دائنى التركة ومدينيها بتقديم بيان عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون: ١٣٩
توجيه تكليف علنى لدائنى التركة ومدينيها ١٣٩
المواعيد الواجب مراعاتها فى هذا التكليف ١٤٠
الطرق المختلفة لنشر هذا التكليف ١٤٠
جرد حقوق التركة وديونها: ١٤٠
وسائل إحصاء ما للتركة من أعيان وحقوق وما عليها من ديون ١٤٢
تقدير قيمة أموال التركة والاستعانة بخبير عند الاقتضاء ١٤٣

عقوبة من استولى غشاً على شئ من اموال التركة ولو كان وارثاً ١٤٣
إعداد قائمة بجرد التركة وإيداعها قلم كتاب المحكمة وإخطار ذوى الشأن بهذا الإيداع ١٤٤
الفصل فى المنازعات المتعلقة بالجرد: ١٤٥
المنازعات فى قائمة الجرد ١٤٦
فحص المحكمة للمنازعات فحصاً مبدئياً ١٤٦
صدور أمر فى شأن هذه المنازعات ١٤٧
٣- المرحلة الثالثة - تسوية ديون التركة ١٤٧
متى توفى ديون التركة ومن أين توفى: ١٤٧
الوفاء بالديون غير المتنازع فيها إذا كانت التركة موسرة والوفاء بالديون الأخرى عند انتهاء النزاع ١٤٨
وفاء الديون من نقود التركة وما يقتضيه المصفى من حقوقها فى ذمة مدينيها ١٤٩
وفاء الديون من الأوراق المالية التى فى التركة ١٥٠
وفاء الديون من منقولات التركة ثم من عقاراتها ١٥١
تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة: ١٥١
تعجيل الدين ذى الفوائد بالتطبيق للمادة ٥٤٤ مدنى ١٥٢
تعجيل الدين الذى لا فوائد له ١٥٢
استبقاء أجل الديون وتوزيعها على الورثة: ١٥٣
توزيع الديون المؤجلة مع أموال التركة بحيث يكون نصيب كل وارث معادلا لصافى حصته من الإرث ١٥٣
جواز ترتيب ضمانات خاصة للدائنين ١٥٤
استبقاء الدائن لتأمينه الخاص ١٥٥
السبب فى إضافة التأمينات التكميلية ١٥٥
جواز تعجيل أحد الورثة لدينه المؤجل ١٥٥
وفاء الديون التى لم تظهر فى قائمة الجرد: ١٥٦
رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة فى أموال التركة التى لا تزال فى أيديهم ١٥٦
رجوع هؤلاء الدائنين على الورثة إذا تصرف هؤلاء فى أموال التركة بموجب إثراء الوارث على حساب الدائن ١٥٧

استبقاء هؤلاء الدائنين حقهم فى الرجوع على أموال التركة التى لا تزال فى أيدى الورثة ١٥٧
تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف ١٥٧
تنفيذ التكاليف التى على التركة كالضرائب ١٥٨
تنفيذ الوصايا فى حدود نصاب الوصية ١٥٨
٤ – المرحلة الرابعة – تسليم أموال التركة للورثة خالية من الديون وقسمة هذه الأموال ١٥٩
تسليم ما بقى من أموال التركة بعد تصفيتها للورثة: ١٥٩
تسليم المحكمة شهادة الإرث للوارث بعد أن يقدم هذا الإعلام الشرعى للوراثة ١٦٠
شهر الوارث حقه فى الإرث عن طريق تسجيل هذه الشهادة ١٦١
جواز تسلم الوارث لكل نصيبه أو بعضه بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ١٦٣
قسمة المصفى للتركة: ١٦٣
طلب الوارث تسلم نصيبه مفرزاً ١٦٣
تجنيب حصة الوارث بالاتفاق مع الورثة ١٦٣
رفع دعوى القسمة إذا تعذر اتفاق الورثة ١٦٣
أحكام خاصة تنفرد بها بعض أموال التركة عند قسمتها: ١٦٥
الأوراق العائلية والأشياء التى تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث المستغل الزراعى أو الصناعى أو التجارى ١٦٥
الديون التى للتركة على مدينيها ١٦٧
قسمة المورث ١٦٨
جواز زيادة نصيب الوارث فى هذه القسمة بمقدار نصاب الوصية ١٦٩
جواز إفراز نصيب بعض الورثة دون بعض ١٧٠
قسمة المورث هى وصية وقسمة ١٧٠
الحالات التى لا تتناول فيها قسمة المورث كل أموال التركة أو كل الورثة أو كل ديون التركة: ١٧١
عدم تناول القسمة كل أموال التركة ١٧١
عدم تناول القسمة كل الورثة ١٧٢
عدم تناول القسمة كل ديون التركة ١٧٣

المبحث الثالث – شهر حق الإرث ١٧٤
خضوع حق الإرث للشهر منذ قانون تنظيم الشهر العقارى ١٧٤
كيف يتم شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى ١٧٦
من يقوم بشهر حق الإرث ١٧٧
المحرر الذى يسجل ١٧٨
عدم دفع رسم عن شهر حق الإرث ١٧٨
جزاء عدم شهر حق الإرث: تنتقل إلى الوارث ملكية نصيبه ولكن لا يجوز شهر تصرفه فى هذا النصيب ١٧٨
قصر الشهر على جزء من عقارات التركة ١٨٠
إجراءات شهر حق الإرث طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى: ١٨٠
طلب شهر حق الإرث ١٨٠
المستندات التى ترفق بطلب شهر حق الإرث ١٨١
عملية الشهر ١٨٣
شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى: ١٨٣
جزاء عدم الشهر هو عدم جواز تصرف الوارث ١٨٣
تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العينى ١٨٤
الفرق ما بين شهر حق الإرث فى قانون السجل العينى وشهره فى قانون تنظيم الشهر العقارى ١٨٤

الفصل الثانى
الوصية

..... ١٨٦
المبحث الأول – تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوصية ١٨٨
قانون الوصية المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذى يسرى على الوصية لجميع المصريين: ١٨٨
قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ومشتملاته ١٨٨
الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية ١٨٩
شكل الوصية وشروط صحتها: ١٨٩
شكل الوصية – أحد أشكال ثلاثة ١٩٠
شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى ١٩٣
شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى له ١٩٣
شروط صحة الوصية بالنسبة إلى الموصى به ١٩٣

رجوع الموصى عن الوصية: ١٩٤
رجوع الموصى صراحة أو دلالة ١٩٤
ما لا يعتبر رجوعاً فى الوصية ١٩٥
قبول الموصى له الوصية ورده إياها: ١٩٥
قبول الموصى له الوصية أو ردها يكون بعد وفاة الموصى ١٩٥
موت الموصى له قبل القبول أو الرد وقيام ورثته مقامه ١٩٥
إبلاغ الموصى له بالوصية باعلان رسمى ومضى ثلاثين يوما على ذلك ١٩٦
الموصى له: ١٩٦
الوصية للمعدوم والوصية بالمنافع لطبقتين والوصية لمن لا يحصون ١٩٦
الوصية لمعينين ١٩٦
الوصية للحمل ١٩٦
الموصى به: ١٩٧
الوصية بالثلث للوارث وغيره ١٩٧
الوصية بسهم شائع فى التركة ٢٠١
الوصية بمنفعة العين ٢٠٢
الوصية بالمرتبات ٢٠٢
الوصية الواجبة: ٢٠٣
متى تكون الوصية الواجبة ٢٠٤
الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ٢٠٤
المبحث الثانى- حماية الورثة من الوصايا المستترة ٢٠٥
حالتان يحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة ٢٠٥
الحالة الأولى- التصرفات التى تصدر من المورث فى مرض الموت: ٢٠٨
الشرط الأول- التصرف الصادر فى مرض الموت: ٢١٠
أى تصرف وليس البيع فقط ٢١٠
عبء إثبات أن التصرف قد صدر فى مرض الموت ٢١١
الشرط الثانى- التصرف مقصود به التبرع: ٢١٤
أكثر ما يقع ذلك فى البيع وقد ورد فيه نص خاص ٢١٤
عبء إثبات أن التصرف مقصود به التبرع ٢١٤
الحالة الثانية- التصرفات التى يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته: ٢١٥

في عهد التقنين المدنى القديم ٢١٨
المشروع التمهيدى والتصرف لغير الوارث ٢١٩
التقنين المدنى الجديد واحتفاظ المورث بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة ٢٢١
القرينة قرينة قانونية غير قاطعة ٢٢٣
وحصن القرينة ٢٢٤
عدم دحض القرينة وبقاؤها قائمة ٢٢٥
المبحث الثالث- شهر الوصية ٢٢٦
خضوع الوصية للشهر منذ قانون الشهر العقارى ٢٢٦
كيف يتم شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى: ٢٢٦
متى تشهر الوصية ٢٢٧
من يقوم بشهر الوصية ٢٢٧
المحرر الذى يسجل ٢٢٨
دفع رسم نسبى عن تسجيل الوصية ٢٢٨
جزاء عدم تسجيل الوصية: عدم انتقال ملكية العقار الموصى به لا بالنسبة إلى الغير ولا بين ذوى الشأن ٢٢٨
إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى ٢٢٩
الصورة الأولى: الموصى له يقوم بتسجل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو المحررة فى ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ٢٢٩
الصورة الثانية: الموصى له يقوم بتسجيل الوصية المكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاؤه ٢٣٠
الصورة الثالثة: الموصى يقوم فى حال حياته بتسجيل الوصية ٢٣٠
الصورة الرابعة: الوصية الواجبة ٢٣١
شهر الوصية فى قانون السجل العينى: ٢٣١
جزاء عدم الشهر هو أن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل إلى الموصى حتى بين ذوى الشأن ٢٣٢
تقديم طلب القيد إلى مأمورية السجل العينى ٢٣٢
الفرق ما بين القيد فى السجل العينى والتسجيل فى قانون تنظيم الشهر العقارى: للقيد حجية مطلقة ٢٣٢

الباب الثالث

كسب الملكية فيما بين الأحياء ٢٣٣

الفصل الأول

الالتصاق ٢٣٣

مقومات الالتصاق وتكييفه القانونى: ٢٣٣
مقومات الالتصاق: الاندماج والتميز واختلاف المالك وانعدام اتفاق سابق ٢٣٣
التكييف القانونى للالتصاق: واقعة مادية مكسبة لملكية جديدة (بخلاف ملكية الثمار فهى نفس الملكية الأصلية) ٢٣٤
ما استحدث التقنين المدنى الجديد من الأحكام فى الالتصاق ٢٣٦
أحوال الالتصاق: ٢٣٧
الالتصاق الطبيعى بالعقار ٢٣٧
الالتصاق الصناعى بالعقار ٢٣٧
التصاق المنقول بالمنقول ٢٣٧
المبحث الأول – الالتصاق الطبيعى بالعقار (التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه) ٢٣٧
فعل مياه البحر والمياه الراكدة كالبحيرات والبرك ٢٤٠
فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى: ٢٤١
شروط تراكم الطمى: طريقة تدريجية غير محسوسة– علو الطمى أعلى منسوب المياه – ملاصقته للأرض المجاورة ٢٤١
حكم الطمى: ملكيته لمالك الأرض المجاورة بطريق الالتصاق ٢٤٢
طرح النهر وأكله: ٢٤٤
قانون رقم ١٠٠ هو القانون المعمول به الآن ٢٤٦
طرح النهر مملوك للدولة ملكية خاصة ويوزع على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى ٢٤٦
تعويض أصحاب أكل النهر تعويضاً نقدياً ٢٤٧
المبحث الثانى– الالتصاق الصناعى بالعقار (التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان) ٢٤٨
مالك الأرض يعتبر مالكاً للمنشآت التى فيها: ٢٤٨
قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ٢٤٩
الدليل العكسى الذى يدحض هذه القرينة ٢٥٢

صور ثلاث لتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق: ٢٥٣
صاحب الأرض هو البانى فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٥٣
صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ٢٥٣
البانى بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره ٢٥٤
المطلب الأول- الصورة الأولى- صاحب الأرض هو البانى فى أرضه بأدوات مملوكة لغيره ٢٥٧
صاحب الأرض حسن النية: ٢٥٨
صاحب الأرض يملك الأدوات بالحيازة ٢٥٨
صاحب الأرض لا يملك الأدوات بالحيازة ٢٥٨
صاحب الأرض سئ النية: ٢٥٩
الفرض الأول- نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيما ٢٥٩
الفرض الثانى- نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضرراً جسيما: ٢٦٠
دعوى الاسترداد ترفع فى ميعاد سنة ٢٦١
دعوى الاسترداد لا ترفع فى ميعاد سنة ٢٦١
وضع منقول فى الأرض غير أدوات البناء ٢٦٢
المطلب الثانى- الصورة الثانية- صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ٢٦٢
١- الأحكام العامة فى الالتصاق فى صورته الثانية: ٢٦٤
البانى سئ النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره: ٢٦٤
العهد الأول فى خلال سنة تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه مالك الأرض بإقامة المنشآت: ٢٦٨
مالك الأرض يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ٢٦٩
مالك الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين: قيمتها مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٢٧٠
العهد الثانى عند انقضاء السنة ٢٧٣
مالك الأرض يتملك المنشآت بالالتصاق بأقل القيمتين ٢٧٤
البانى حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت: ٢٧٤
مالك الأرض يتملك المنشآت بأقل القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ٢٧٤
جواز أن يطلب البانى نزع المنشآت ٢٧٧
جواز أن يطلب صاحب الأرض تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل ٢٧٧

٢ – فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق فى صورته الثانية ٢٨٢
فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للبانى فى البناء ٢٨٢
فرض ما إذا بنى المنتفع فى الأرض المنتفع بها ٢٨٥
فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت ٢٨٧
فرض ما إذا بنى البائع فى الأرض المبنية قبل تسجيل البيع أو بنى المشترى فى هذه الأرض قبل التسجيل ٢٨٨
٣ – أداء التعويض لصاحب المنشآت ٢٩٤
حق صاحب المنشآت فى حبس المنشآت حتى يستوفى التعويض ٢٩٤
حق صاحب الأرض فى تقسيط دفع التعويض ٢٩٦
٤ – فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق ٢٩٨
فرض ما إذا بنى المستأجر فى العين المؤجرة ٢٩٨
فرض ما إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه ٣٠١
فرض ما إذا بنى المحتكر فى الأرض المحتكرة ٣٠٣
٥ – فروض تستبعد أصلا من نطاق أحكام الالتصاق ٣٠٣
فرض ما إذا بنى المالك فى الشيوع فى الأرض الشائعة ٣٠٣
فرض ما إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل ٣٠٥
٦ – فروض تستثنى من أحكام الالتصاق ٣٠٦
فرض ما إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة ٣٠٦
المنشآت الصغيرة المقامة على أرض الغير لا على سبيل الدوام ٣٠٩
المطلب الثالث – الصورة الثالثة – البانى بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره ٣١١
علاقة صاحب المواد بالبانى ٣١٢
علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض ٣١٣
علاقة البانى بصاحب الأرض ٣١٤
المبحث الثالث – التصاق المنقول بالمنقول ٣١٥
شروط التصاق المنقول بالمنقول: ٣١٦
التصاق بين منقول ومنقول ٣١٦
اختلاف المالك ٣١٦
اندماج المنقولين أحدهما فى الآخر ٣١٧
انعدام اتفاق سابق ٣١٧
أحكام التصاق المنقول بالمنقول ٣١٧

توجيهات عامة يسترشد بها القاضى ٣١٨
الضم والخلط أوالمزج والتحويل ٣١٩

الفصل الثانى

العقد ٣٢٠
كسب الملكية بالعقد فى المنقول والعقار ٣٢٠
كسب الملكية بالعقد فى المنقول: ٣٢١
الشئ المعين بالذات ٣٢١
الشئ المعين بنوعه ٣٢٢
كسب الملكية بالعقد فى العقار – وجوب الشهر: ٣٢٣
المراحل التى مر بها انتقال الملكية فى العقار: ٣٢٥
قبل صدور التقنين المدنى القديم ٣٢٥
منذ صدور التقنتين المدنى القديم ٣٢٥
منذ صدور قانون التسجيل ٣٢٦
منذ صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ٣٢٧
نظام السجل العينى ٣٢٧
المبحث الأول– المحررات الواجب شهرها وما يترتب من أثر على الشهر ٣٣١
التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله ٣٣٣
التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى عقارى أصلى ٣٣٣
الدعاوى الخاضعة للشهر ٣٣٣
المطلب الأول– التصرفات والأحكام المتعلقة بانشاء حق عينى عقارى أصلى أو نقله أو تغييره أو زواله ٣٣٣
١ – التصرفات والأحكام الواجبة الشهر ٣٣٣
العقود الواجبة الشهر: ٣٣٣
العقود المنشئة لحق عينى عقارى أصلى (انتفاع أو ارتفاق أو حكر) ٣٣٣
العقود الناقلة لحق عينى عقارى أصلى (البيع والمقايضة والوفاء بمقابل والهبة والشركة) ٣٣٤
العقود المغيرة لحق عينى عقارى أصلى ٣٣٤
العقود المنهية لحق عينى عقارى أصلى ٣٣٤
التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر: ٣٣٤

الوقف ٣٣٥
الوصية ٣٣٥
إنشاء المؤسسة ٣٣٥
التصرفات الإدارية (نزع الملكية للمنفعة العامة- تقسيم الأراضى - ردم البرك والمستنقعات- طرح البحر وأكله) ٣٣٦
الأحكام المنشئة الواجبة الشهر: ٣٣٨
أحكام مرسى المزاد ٣٤٠
الحكم بثبوت الشفعة ٣٤١
٢- ما يترتب على الشهر من أثر ٣٤٢
أولا- التصرف أو الحكم قبل أن يشهر: ٣٤٢
فى قانون الشهر العقارى: ٣٤٢
البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين ٣٤٤
البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا نقل الملكية ٣٤٧
فى قانون السجل العينى: ٣٤٩
البيع غير المقيد لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين المتعاقدين .. ٣٤٩
البيع غير المقيد لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا نقل الملكية ٣٥٠
ثانياً- التصرف أو الحكم بعد أن يشهر ٣٥١
فى قانون الشهر العقارى: ٣٥١
البيع المسجل ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ٣٥٢
ليس لانتقال الملكية أثر رجعى يستند إلى وقت البيع ٣٥٢
الرأى المعارض القائل بأن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً والحجج التى يستند إليها ٣٥٥
البيع المسجل ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ٣٥٩
حسن النية والتسجيل: ٣٥٩
عهد التقنين المدنى السابق ٣٦٠
عهد قانون التسجيل ٣٦٠
عهد قانون الشهر العقارى ٣٦١
فى قانون السجل العينى: ٣٦٣
للقيد حجية مطلقة بخلاف التسجيل وهو لا العقد الذى ينقل الملكية ٣٦٤
البيع المقيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ٣٦٦

لا خلاف فى أنه ليس للقيد أثر رجعى حتى فيما بين المتعاقدين ٣٦٧
البيع المقيد ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين ٣٦٨
القيد لا يفسره سوء النية ولا التواطؤ ٣٦٨
المطلب الثانى- التصرفات والأحكام الكاشفة عن حق عينى عقارى أصلى ٣٦٩
١- التصرفات والأحكام الواجبة الشهر ٣٦٩
العقود الكاشفة الواجبة الشهر: ٣٦٩
عقد القسمة: ٣٦٩
اتفاق الشركاء على البقاء فى الشيوع ٣٧١
دعوى نقض القسمة للغبن ٣٧١
قسمة المهايأة المكانية إذا انقلبت إلى قسمة نهائية ٣٧٢
عقد الصلح: ٣٧٢
الحكم بالتصديق على محضر الصلح ٣٧٣
التصرفات الكاشفة الصادرة من جانب واحد الواجبة الشهر: ٣٧٣
الإقرار للغير بملكية عقار ٣٧٣
إقرار العقد الصادر من الغير ٣٧٤
إجازة العقد القابل للإبطال ٣٧٤
ترك الحق فى التقادم ٣٧٥
الأحكام الكاشفة الواجبة الشهر: ٣٧٥
الحكم الصادر فى القسمة القضائية ٣٧٦
الحكم الاتفاقى ٣٧٦
الحكم بإرساء المزاد على أحد الشركاء فى قسمة التصفية ٣٧٦
الحكم بإرساء المزاد على الحائز للعقار ٣٧٧
٢- ما يترتب على الشهر من أثر ٣٧٧
أولا- التصرف أو الحكم قبل أن يشهر ٣٧٧
فى قانون الشهر العقارى: ٣٧٧
لا يحتج بالقسمة غير المسجلة على الغير ٣٧٩
فى قانون السجل العينى: ٣٨١
القسمة غير المقيدة لا تكون حجة على الغير ٣٨٢
القسمة غير المقيدة لا تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ٣٨٢
ثانياً- التصرف أو الحكم بعد أن يشهر ٣٨٣
فى قانون الشهر العقارى: ٣٨٣

القسمة المسجلة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ٣٨٣
القسمة المسجلة تكون حجة على الغير ٣٨٣
فى قانون السجل العينى: ٣٨٣
القسمة المقيدة تكون حجة على الغير ٣٨٤
القسمة المقيدة تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ٣٨٤
المطلب الثالث- الدعاوى الخاضعة للشهر ٣٨٤
١ - أنواع الدعاوى الخاضعة للشهر ٣٨٤
دعاوى الطعن فى التصرفات واجبة الشهر: ٣٨٦
الدعاوى التى تطعن فى وجود التصرف (بطلان التصرف وصوريته والفسخ والانفساخ والإلغاء) ٣٨٦
الدعاوى التى تطعن فى صحة التصرف (إبطال التصرف ونقض القسمة الرضائية) ٣٨٧
الدعاوى التى تطعن فى نفاذ التصرف (الدعوى البولصية ودعوى عدم نفاذ الوصية أو تصرفات المريض مرض الموت) ٣٨٧
دعاوى صحة التعاقد: ٣٨٧
أنواع مختلفة من دعاوى صحة التعاقد ٣٩٠
دعاوى الاستحقاق: ٣٩١
دعوى استحقاق ملكية العقار ٣٩٢
دعوى الاقرار بحق عينى ٣٩٣
دعوى إنكار الحق العينى ٣٩٣
الدعاوى الخاضعة للشهر فى قانون السجل العينى: ٣٩٣
دعوى الاستحقاق ودعوى الإقرار بحق عينى ودعوى إنكار الحق العينى ٣٩٤
دعوى الطعن ببطلان التصرف وبابطال التصرف ونقض القسمة الرضائية للغبن ٣٩٥
الدعوى البولصية ودعاوى عدم نفاذ الوصية وعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت ٣٩٥
دعاوى الفسخ والانفساخ والالغاء ٣٩٥
٢ - كيف يكون إجراء شهر الدعاوى وما يترتب عليه من أثر ٣٩٦
كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون الشهر العقارى ٣٩٦
التأشير بصحيفة الدعوى أو تسجيلها ٣٩٧
التأشير بمنطوق الحكم النهائى ٣٩٧

كيف يكون إجراء شهر الدعاوى فى قانون السجل العينى ٣٩٩
طلب إضافى هو إجراء التغيير فى بيانات السجل العينى ٣٩٩
التأشير فى السجل العينى بمضمون الطلبات وتقديم شهادة تدل على حصول التأشير ٣٩٩
التأشير فى السجل العينى بمنطوق الحكم النهائى ٤٠٠
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون الشهر العقارى ٤٠٠
المتصرف له شهر التصرف بعد شهر الدعوى ٤٠٠
المتصرف له شهر التصرف قبل شهر الدعوى ٤٠١
ما يترتب على شهر الدعاوى من أثر فى قانون السجل العينى ٤٠٥
التأشير بالحكم النهائى فى خلال خمس سنوات ٤٠٥
التأشير بالحكم النهائى بعد انقضاء خمس سنوات ٤٠٦
المبحث الثانى- إجراءات الشهر ٤٠٧
المطلب الأول- إجراءات الشهر فى قانون الشهر العقارى ٤٠٧
طلب الشهر والتأشير عليه بقبوله للشهر: ٤٠٨
البيانات التى يجب أن يشتمل عليها طلب الشهر ٤٠٨
تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ٤١١
بحث الطلب من الناحية الهندسية ومن الناحية القانونية والتأشير عليه بقبوله للشهر ٤١٢
مشروع المحرر المراد شهره والتأشير عليه بصلاحيته للشهر: ٤١٣
إعداد مشروع المحرر رسمياً كان أو عرفياً (الورق الأزرق والمداد الأسود) من واقع بيانات طلب الشهر ٤١٣
تدوين مشروع المحرر بدفتر أسبقية مشروعات المحررات ٤١٣
بحث مشروع المحرر من ناحية مطابقة البيانات لبيانات طلب الشهر والتأشير عليه بصلاحيته للشهر ٤١٣
توقيع المحرر وعملية التسجيل: ٤١٤
مكتب التوثيق لتوثيق المحرر أو للتصديق على التوقيعات ٤١٤
تقديم المحرر لمكتب الشهر وإعطائه رقما مسلسلا هو رقم الشهر ٤١٥
تدوين المحرر بدفتر الشهر وتسليم صورة فوتوغرافية لصاحب الشأن وإرسال صورة فوتوغرافية للمكتب الرئيسى ٤١٦
التأشير الهامشى: ٤١٦
طلب التأشير الهامشى والبيانات التى يشتمل عليها ٤١٧

تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ٤١٧
إثبات التأشير فى هامش المحرر ٤١٧
المطلب الثانى- إجراءات الشهر فى قانون السجل العينى ٤١٩
تنظم السجل العينى: ٤١٩
سجل عينى لكل قسم مساحى ٤١٩
صحيفة خاصة لكل وحدة عقارية بالسجل العينى ٤٢٠
إثبات الحقوق فى السجل العينى لأول مرة: ٤٢٠
إستخلاص بيانات الصحائف من مصادر معينة ٤٢٠
دعوة أصحاب الشأن للاطلاع على بيانات الوحدة العقارية ٤٢١
طلبات إجراء التغيير أمام اللجنة القضائية فى خلال سنة ٤٢٣
التغيير والتصحيح فى بيانات السجل العينى: ٤٢٣
التغيير فى البيانات ٤٢٣
التصحيح فى البيانات ٤٢٥
إجراءات القيد فى السجل العينى: ٤٢٥
طلب القيد وبياناته ٤٢٦
تدوين الطلب بدفتر أسبقية الطلبات ٤٢٦
رفض طلب إجراء القيد ٤٢٧
القيد فى السجل العينى ٤٢٧
سندات الملكية والشهادات المستخرجة من السجل العينى ٤٢٨

الفصل الثالث

الشفعة ٤٢٩

تمهيد

التعريف بالشفعة وتكييفها القانونى ٤٢٩
التعريف بالشفعة: ٤٢٩
البائع والمشترى والشفيع والعقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه ٤٣٠
التكييف القانونى للشفعة: ٤٣١
الشفعة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى بل هى ليست بحق أصلا ٤٣٢
الشفعة سبب لكسب الحق: واقعة مركبة من صلة مادية بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية ومن بيع عقار

المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ومن إعلان الإخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى ٤٣٢
الشفعة منزلة وسطى بين الرخصة فى التملك والحق فى الملك ٤٣٢
الشفعة متصلة بشخص الشفيع ٤٣٤
لا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة ٤٣٥
لا تنتقل الشفعة بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير ٤٣٥
للشفيع أن ينزل عن الشفعة حتى قبل أن يقوم بها سببها أى قبل البيع .. ٤٣٦
لا تنتقل الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها إلى ورثته:..... ٤٤٤
الخلاف فى الفقه الإسلامى: الحنفية والحنابلة (لا تورث) المالكية والشافعية (تورث) ٤٤٦
الخلاف فى القضاء المصرى: محكمة استئناف مصر بدوائرها المجتمعة (لا تورث) – محكمة النقض (تورث) الخلاف فى الفقه المصرى: جزء من الفقه المصرى (لا تورث) – جزء آخر (تورث) ٤٤٧
ترجيح الرأى الذى يقول بأن الشفعة لا تورث – الحجج التى ترجح هذا الرأى ٤٥٥
التشريعات المتعاقبة فى الشفعة – أنصار الشفعة وخصومها– التضييق فى حق الشفعة فى التقنين المدنى الجديد ٤٥٦
التشريعات المتعاقبة: ٤٥٦
الفقه الإسلامى – التقنين المدنى الوطنى والتقنين المدنى المختلط – قانون الشفعة– التقنين المدنى الجديد ٤٥٦
استبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية: ٤٦٠
أنصار الشفعة وخصومها ٤٦١
الشفعة بسبب الجوار ٤٦١
التضييق فى حق الشفعة – التعديلات التى استحدثها التقنين المدنى الجديد ٤٦١
إيداع الشفيع كل الثمن خزانه المحكمة ٤٦١
نزول الشفيع عن حقه فى الشفعة قبل البيع ٤٦١
التوسع فى منع الأخذ بالشفعة بين الأقارب وبين الأصهار ٤٦١
إسقاط حق الشفعة بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع ٤٦١
تفضيل المشترى الشفيع على شفيع من طبقته ٤٦٢

مباحث ثلاثة: ٤٦٣
شروط الأخذ بالشفعة ٤٦٣
كيفية الأخذ بالشفعة ٤٦٣
آثار الأخذ بالشفعة ٤٦٣
المبحث الأول- شروط الأخذ بالشفعة ٤٦٣
بيع عقار ووجود شفيع ٤٦٣
المطلب الأول- بيع عقار ٤٦٣
١- بيع العقار الأصل فيه جواز الأخذ بالشفعة ٤٦٣
لا شفعة فى المنقول: ٤٦٤
المنقول يرد عليه حق الاسترداد لا حق الشفعة ٤٦٤
لا شفعة فى حصة شائعة فى سفينة ٤٦٤
لا شفعة فى منقول بحسب المآل ٤٦٤
لا شفعة فى عقار بالتخصيص ٤٦٥
الشفعة غير قابلة للتجزئة: ٤٦٥
تعدد الصفقة ٤٦٦
وحدة الصفقة: ٤٦٦
تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع ٤٦٩
تعدد العقارات المبيعة مع وحدة المشترى (الاتصال - التخصيص لعمل واحد أو لطريقة استغلال واحدة) ٤٧١
لا تجوز الشفعة إلا فى عقد البيع ٤٧٦
لا شفعة فى الواقعة المادية كالميراث والالتصاق والتقادم ٤٧٦
لا شفعة فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد كالوصية ٤٧٧
لا شفعة فى عود التبرع كالهبة ٤٧٧
البيع المستتر فى صورة هبة ٤٧٧
الهبة المستترة فى صورة بيع ٤٧٨
التحايل لمنع الأخذ بالشفعة - هبة الشريط من الأرض الملاصق لأرض الشفيع ٤٧٩
لا شفعة فى عقود المعاوضة إلا إذا كان العقد بيعاً: ٤٨٠
لا شفعة فى المقايضة ولو كانت بمعدل ٤٨٠
لا شفعة فى التركة ٤٨٠
لا شفعة فى الوفاء بمقابل ٤٨٠

لا شفعة فى العقود الكاشفة: ٤٨٠
لا شفعة فى القسمة ٤٨٠
لا شفعة فى الصلح ٤٨٠
الشفعة فى عقد البيع: ٤٨٠
البيع الباطل ٤٨٠
البيع الصورى – الشفيع ليس من الغير فى الصورية ٤٨٠
البيع الابتدائى ٤٨٤
البيع المقترن بعربون ٤٨٦
البيع المعلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ٤٨٧
البيع المتقابل فيه ٤٨٨
البيع القابل للإبطال ٤٩٠
عبء إثبات البيع الجائز الأخذ فيه بالشفعة يقع على الشفيع ٤٩٢
جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل: ٤٩٣
قبل صدور قانون التسجيل– يجوز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل منذ صدور قانون التسجيل – رأيان: ٤٩٣
الرأى المرجوح عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا فى البيع المسجل ٤٩٤
الرأى الراجح الذى أخذ به القضاء هو جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل ٤٩٤
التقنين المدنى الجديد – جواز الأخذ بالشفعة فى البيع غير المسجل – ملاحظات: ٤٩٦
ما دامت الشفعة جائزة فى البيع الابتدائى فهى جائزة فى البيع غير المسجل ٤٩٩
لا يشترط ثبوت تاريخ البيع لجواز الأخذ بالشفعة ٤٩٩
بيع العقار المشفوع به للشفيع يجب أن يكون مسجلا ٤٩٩
الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع: ٥٠٠
الحالة الأولى– البيع الثانى صادر بعد تسجيل طلب الأخذ بالشفعة: يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة فى البيع الأول ٥٠١
الحالة الثانية– البيع الثانى صادر قبل تسجيل طلب الأخذ بالشفعة: لا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا فى البيع الثانى: ٥٠١
ما يترتب على ذلك من النتائج ٥٠٤
لا عبرة بتسجيل البيع ٥٠٩

٢ – البيوع التى لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة ٥٠٩
موانع الشفعة غير مسقطاتها– المانع يلغى الشفعة ابتداء والمسقط يلغى الشفعة بعد أن تقوم ٥١١
موانع الشفعة المتعلقة بالبيع والمتناثرة فى تشريعات مختلفة ٥١١
الموانع الثلاث المتعلقة بالبيع والمذكورة فى التقنين المدنى ٥١٢
١ – البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون: ٥١٣
البيع بالمزاد العلنى الجبرى أمام القضاء بناء على طلب الدائنين ٥١٣
البيع بالمزاد العلنى أمام القضاء لعقار شائع لا تمكن قسمته عيناً ٥١٤
بيع الدولة لأملاكها الخاصة بالمزاد العلنى ٥١٤
بيع العقار المحجوز عليه إدارياً لاستيفاء الضرائب ٥١٤
بيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب بالمزاد العلنى ٥١٤
بيع العقار المثقل بتكاليف عينية بيعاً اختيارياً بالمزاد العلنى ٥١٥
ما يخرج من هذا النطاق وتجوز فيه الشفعة ٥١٥
بيع المالك عقاره بيعاً حراً بالمزاد العلنى دون التقيد باجراءات وشروط ٥١٦
بيع المالك عقاره بالمظاريف ٥١٧
٢ – البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة: ٥١٨
بيع الزوج لزوجته أو بيع الزوجة لزوجها ٥١٨
بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لفروعه مهما علوا ٥١٩
بيع المالك لأحد أقاربه من الحواشى لغاية الدرجة الرابعة ٥١٩
بيع المالك لأحد أصهاره لغاية الدرجة الثانية ٥٢٠
٣ – العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة: ٥٢٢
يتناول منع الشفعة الدين الإسلامى وغيره من الأديان المعروفة ٥٢٢
لا يتناول منع الشفعة عقاراً بيع ليكون مدرسة أو ملجأ أو مبرة أو مستشفى أو مصحة أو أية مؤسسة اجتماعية ٥٢٢
المطلب الثانى– وجود شفيع ٥٢٣
١ – من هم الشفعاء ٥٢٣
أ– من تثبت له صفة الشفيع: ٥٢٣
مالك الرقبة: ٥٢٨
مالك الرقبة يشفع فى حق الانتفاع ٥٢٨
الشريك فى الشيوع ٥٣٠
عقار شائع ٥٣٠

بيع أحد الشركاء لحصته الشائعة ٥٣٢
بيع الحصة الشائعة يكون لأجنبى ٥٣٣
المقصود بالعقار الشائع الملكية التامة والرقبة (الشفعة فى جزء شائع فى الرقبة) وحق الانتفاع (الشفعة فى جزء شائع فى حق الانتفاع) ٥٣٥
صاحب حق الانتفاع: ٥٣٧
صاحب حق الانتفاع يشفع فى الرقبة ٥٣٧
مالك الرقبة والمستحكر فى الحكر: ٥٤٠
أرض رتب عليها حق الحكر – صاحب الرقبة يشفع فى حق الحكر والمستحكر يشفع فى الرقبة ٥٤١
ندرة حصول هذا الفرض عملا ٥٤٢
الجار المالك – أحوال ثلاث: ٥٤٣
الحالة الأولى للجوار– المبانى والأراضى المعدة للبناء: ٥٤٧
التلاصق من جهة واحدة ٥٤٧
ما يمنع التلاصق– التحايل لمنع الشفعة ٥٤٨
تحقق التلاصق بأى امتداد مهما صغر ٥٥١
التلاصق الرأسى – ملكية الطبقات ٥٥١
الحالة الثانية للجوار– للأرض المبيعة أو عليها حق ارتفاق لأرض الجار: ٥٥٣
حق ارتفاق أيا كان مصدره وكذلك القيود القانونية على حق الملكية ٥٥٤
حق ارتفاق لمصلحة الأرض المشفوع فيها ولمصلحة أراض أخرى ٥٥٥
نزول المشترى عن حق الارتفاق للشفيع ٥٥٧
الحالة الثالث للجوار– أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل: ٥٥٨
ملاصقة أرض الشفيع للأرض المبيعة من جهتين ٥٥٩
أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة ٥٦١
ب– الشروط الواجب توافرها فى الشفيع: ٥٦٣
الشرط الأول– الشفيع مالك العقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة: ٥٦٤
ملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تسبق البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة: ٥٦٥
إذا كان سند ملكية الشفيع بيعاً وجب أن يكون موجودا وسابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ٥٦٥

ويجب أن يكون هذا البيع مسجلا وأن يكون التسجيل سابقاً على البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة ٥٦٦
ملكية الشفيع للعقار المشفوع به يجب أن تبقى حتى وقت ثبوت حقه فى الشفعة: ٥٦٩
العقار لم يعد صالحاً لأن يشفع به ٥٦٩
ملكية الشفيع غير قائمة- البيع الصورى والبيع الباطل والبيع المعلق على شرط واقف ٥٦٩
سند ملكية الشفيع بيع معلق على شرط فاسخ ٥٧٠
ملكية الشفيع شائعة ٥٧٠
سند ملكية الشفيع بيع قابل للإبطال ٥٧٢
الشرط الثانى- الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة: ٥٧٣
الأخذ بالشفعة من أعمال التصرف فيجب توافر أهلية التصرف فى الشفيع ٥٧٣
الولى والوصى والقيم ٥٧٣
الشرط الثالث- الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه: ٥٧٤
الحالة الأولى- العقار المشفوع فيه يجعل ملكية الشفيع الزراعية تزيد على الحد الأقصى ٥٧٤
الحالة الثانية- الشفيع نائب عن المالك فى بيع العقار المشفوع فيه ٥٧٤
الحالة الثالثة- الشفيع من عمال القضاء والعقود المشفوع فيه متنازع عليه والنزاع من اختصاص الشفيع ٥٧٥
الشرط الرابع- الشفيع ليس بوقف: ٥٧٧
لا شفعة للوقف لا فى العقار المجاور ولا فى الجزء الشائع المملوك ٥٧٨
الشفعة فى الوقف جائزة ٥٧٨
٢ - تعدد الشفعاء وتزاحمهم ٥٧٩
الحالات المختلفة لتزاحم الشفعاء: ٥٨١
الحالة الأولى- تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة ٥٨١
الطبقة الأولى: مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الانتفاع ٥٨٢
الطبقة الثانية: الشريك فى الشيوع فى ملكية تامة أو فى الرقبة أو فى الانتفاع أو فى حق الحكر ٥٨٣
الطبقة الثالثة: صاحب حق الانتفاع عندما يشفع فى الرقبة ٥٨٤

الطبقة الرابعة: مالك الرقبة عندما يشفع فى حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع فى الرقبة ٥٨٤
الطبقة الخامسة: الجار المالك ٥٨٤
الحالة الثانى- تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة ٥٨٥
الشفعاء من طبقة واحدة حتى الطبقة الرابعة يقتسمون بنسبة نصيب كل منهم فى العقار المشفوع به ٥٨٥
عدم تفرق الصفقة عند تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة ٥٨٦
التزاحم فيما بين الجيران (الطبقة الخامسة) عند تعددهم ٥٨٨
الحالة الثالثة- تزاحم الشفعاء مع المشترى وهو شفيع مثلهم: ٥٩٢
تزاحم المشترى مع شفعاء أدنى منه طبقة: ٥٩٩
يفضل المشترى من باب أولى على الشفعاء الأدنى طبقة ٥٩٩
تزاحم المشترى مع شفعاء من نفس طبقته: ٦٠٠
انقسام كل من الفقه والقضاء قبل التقنين المدنى الجديد ٦٠٠
التقنين المدنى الجديد- يفضل المشترى على الشفعاء الذين هم من طبقته ٦٠٠
تزاحم المشترى مع شفعاء أعلى منه طبقة: ٦٠٠
يفضل الشفعاء الأعلى طبقة على الشفيع ٦٠٠
لا يفضل على الجار المشترى الجار الشفيع ولو كانت الشفعة تعود على هذا بمنفعة أكبر ٦٠١
لا يفضل صاحب الطبقة على الجار العادى إذا كان هذا مشترياً ٦٠١
المبحث الثانى- كيفية الأخذ بالشفعة ٦٠٢
المطلب الأول- إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ٦٠٢
الشفعة بالتراضى ٦٠٦
الشفعة بالتقاضى: ٦٠٦
الإنذار الرسمى بوقوع البيع: ٦٠٦
افتتاح إجراءات الشفعة بالإنذار الرسمى يوجهه المشترى أو البائع إلى الشفيع ٦٠٧
الإنذار يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ٦٠٨
البيانات التى يجب أن يشتمل عليها الإنذار ٦٠٨
إعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة: ٦١٢
إعلان الرغبة يوجه إلى كل من المشترى والبائع ٦١٤

إعلان الرغبة يجب أن يكون رسمياً على يد محضر ٦١٦
إعلان الرغبة إرادة منفردة صادرة من الشفيع ٦١٧
الاستغناء عن إعلان الرغبة برفع دعوى الشفعة رأساً ٦١٨
ميعاد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة: ٦١٩
أولا- إنذار الشفيع بوقوع البيع: ٦١٩
خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار إلى الشفيع ٦٢٠
لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع ٦٢٠
حساب ميعاد الخمسة العشر يوماً ٦٢٣
زيادة ميعاد المسافة ٦٢٤
الميعاد ليس مدة تقادم بل مدة سقوط ٦٢٦
ثانياً- لم ينذر الشفيع ولكن سجل عقد البيع: ٦٢٦
أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع ٦٢٦
ميعاد الأربعة الأشهر ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم ٦٢٩
حساب ميعاد الأربعة الأشهر ٦٣٠
حالة أخرى لسقوط حق الشفعة حذفتها لجنة مجلس الشيوخ- سنة من وقت وضع المشترى يده ٦٣٢
ثالثاً- لم ينذر الشفيع ولم يسجل عقد البيع: ٦٣٢
سقوط حق الشفيع بالتقادم المسقط- خمس عشرة سنة ٦٣٢
تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ٦٣٣
تسجيل إعلان الأخذ بالشفعة يجعل هذا الإعلان حجة على الغير ٦٣٣
ليس هناك ميعاد لتسجيل الإعلان ٦٣٤
تسجيل الإعلان قبل صدور البيع يجعل البيع الأول جائزاً الأخذ فيه بالشفعة ٦٣٤
المطلب الثانى- إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها ٦٣٤
١- إيداع الثمن خزانة المحكمة ٦٣٥
تطور التشريع فى شأن إيداع الثمن: ٦٣٧
قانون الشفعة السابق- إظهار الشفيع استعداده لدفع الثمن والملحقات ٦٣٧
المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد- إيداع الشفيع ثلث الثمن ٦٣٨
المشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد- إيداع الشفيع كل الثمن ٦٤٠
المشروع أمام مجلس النواب- عريضة دعوى الشفعة تكون مصحوبة بكل الثمن ٦٤٠

التقنين المدنى الجديد – إيداع كل الثمن الحقيقى خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة ٦٤٠
وقت إيداع الثمن ومكانه: ٦٤٠
المكان خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ٦٤٠
الوقت ثلاثون يوماً من وقت إعلان طلب الشفعة ٦٤١
يجب أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ٦٤٢
ما الذى يجب إيداعه ٦٤٣
كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ٦٤٣
إيداع الثمن المذكور فى عقد البيع ثم إثبات أنه أكبر من الثمن الحقيقى ٦٤٥
إثبات البائع أو المشترى أن الثمن المذكور فى عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى ٦٤٦
إيداع الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع ولو كان أقل من الثمن المذكور فى عقد البيع ٦٤٧
يكفى مجرد الاستعداد لدفع الثمن وملحقاته إذا رفعت دعوى الشفعة فى الوقت الذى كان قانون الشفعة السابق معمولا به ٦٤٩
إيداع كل الثمن ولو كان مؤجلا أو لم يدفع المشترى إلا جزءاً منه فقط: ٦٥٠
الشفيع لا يستفيد من تأجيل الثمن أو تقسيطه بالنسبة إلى المشترى ٦٥٠
ملحقات الثمن: ٦٥٢
ليس واجباً إيداع ملحقات الثمن ٦٥٢
المصروفات الضرورية والنافعة والتعويض عن البناء والغراس: ٦٥٥
ليست واجبة الإيداع من باب أولى ٦٥٥
الجزاء على عدم إيداع الثمن فى الميعاد القانونى: ٦٥٥
سقوط حق الشفيع ٦٥٦
٢ – رفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها ٦٥٧
الخصوم فى دعوى الشفعة: ٦٥٨
المدعى هو الشفيع ٦٥٨
المدعى عليه هو كل من المشترى والبائع ٦٥٩
المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة: ٦٦٣
الاختصاص المحلى – المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه ٦٦٤

الاختصاص النوعي- المحكمة الكلية أو المحكمة الجزئية تبعاً لمقدار الثمن المذكور فى عقد البيع ٦٦٤
رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة ٦٦٤
رفع الدعوى وقيدها فى الميعاد القانونى: ٦٦٦
الميعاد القانونى هو ثلاثون يوماً من يوم إعلان طلب الشفعة ٦٦٦
أعمال ثلاثة يجب أن يتم فى هذا الميعاد: إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة وقيد الدعوى ٦٦٧
القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ المعدل لتقنين المرافعات: ٦٧٠
قيد الدعوى يسبق رفعها ٦٧٠
الجمع بين أحكام التقنين المدنى والأحكام الجديدة فى تقنين المرافعات
حساب ميعاد الثلاثين يوماً ٦٧١
ميعاد الثلاثين يوماً ليس مدة تقادم بل مدة سقوط ٦٧١
عدم رفع الدعوى وقيدها فى الميعاد القانونى يسقط حق الشفيع ٦٧١
الحكم فى دعوى الشفعة على وجه السرعة: ٦٧٤
قبل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢ ..... ٦٧٥
القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢: دعوى الشفعة أصبحت كغيرها من الدعاوى مع توصية بسرعة الفصل فيها ٦٧٥
الخصوم فى استئناف الحكم الصادر فى دعوى الشفعة وفى الطعن فيه بالنقض: ٦٧٧
الاستئناف - لابد من خصوم ثلاثة هم الشفيع والمشترى والبائع ٦٧٨
إعلان المشترى أو البائع فى الميعاد القانونى وإعلان الآخر بعد فوات الميعاد ٦٧٩
النقض- لابد من اختصام الشفيع والمشترى والبائع ٦٨٢
إعلان بعض المطعون عليهم فى الميعاد القانونى وإعلان الآخرين بعد فوات الميعاد ٦٨٣
الحكم النهائى بثبوت الحق فى الشفعة وتسجيله: ٦٨٤
الحكم هو سند ملكية الشفيع ٦٨٥
رأى محكمة النقض من أن السند هو السبب القانونى المنشئ لحق الملكية ٦٨٦
تسجيل الحكم النهائى بثبوت الشفعة ٦٨٧

المبحث الثالث– آثار الأخذ بالشفعة ٦٩٠
المطلب الأول– انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ٦٩١
الشفعة بالتراضى أو بالتقاضى سبب لحلول الشفيع محل المشترى فانتقال الملكية إليه دون المشترى: ٦٩١
التراضى أو التقاضى هو الدليل على أن الشفعة قد استكملت عناصرها ٦٩١
متى استكملت الشفعة عناصرها فقد حل الشفيع محل المشترى وانتقلت إليه الملكية ٦٩١
متى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ومتى يحل الشفيع محل المشترى ٦٩٢
لا خلاف فى أن الملكية لا تنتقل إلى الشفيع إلا بتسجيل سنده ٦٩٣
اختلاف الآراء فى وقت حلول الشفيع محل المشترى: ٦٩٤
وقت تمام البيع المشفوع فيه ٦٩٤
وقت إعلان طلب الشفعة ٦٩٤
وقت رفع دعوى الشفعة ٦٩٥
وقت صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة ٦٩٥
رأى محكمة النقض– وقت صدور الحكم بثبوت الحق فى الشفعة لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع: ٦٩٦
ريع العقار المشفوع فيه من حق المشترى عن المدة السابقة على تاريخ هذا الحكم ٦٩٦
عدم عدول محكمة النقض عن هذا المبدأ حتى بعد صدور التقنين الجديد ووجوب إيداع الشفيع كل الثمن ٦٩٨
الحجج التى استندت إليها محكمة النقض فى القول بأن الحكم بالشفعة منشئ لحق الشفيع: ٧٠٠
الحجة الرئيسية أن الحكم سند ملكية الشفيع أى السبب القانونى لملكية الشفيع ٧٠٠
رد المحكمة على الاعتراضات التى وجهت إلى ما ذهبت إليه من رأى: ٧٠١
أولا– تقييد حق المشترى فى البناء والغراس وفى التصرفات ٧٠١
ثانيا– حلول الشفيع محل المشترى فى حقوقه والتزاماته ٧٠٣
ثالثا– رجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق ٧٠٤
رابعا– الحق فى الشفعة مماثل للحق فى الاسترداد ٧٠٤

خامسا- الأحكام كاشفة عن الحقوق لا منشئة لها ٧٠٤
سادسا- أحكام الفقه الإسلامى ٧٠٥
سابعا- إيداع الشفيع لكل الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ٧٠٥
نظرة تقديرية للحجج التى استندت إليها محكمة النقض: ٧٠٦
الرد على الحجة الرئيسية: لكلمة «السند» معنيان مختلفان ليست حجية الأمر المقضى أحدهما ٧٠٧
«السند» بمعنى السبب القانونى المنشئ للحق ٧٠٩
«السند» بمعنى الدليل المكتوب ٧٠٩
رجوع الشفيع مباشرة على البائع بضمان الاستحقاق معناه أن المشترى قد اختفى من الصفقة منذ البداية وحل محله الشفيع ٧١٠
لا يختفى المشترى من الصفقة منذ البداية إلا إذا استبعدنا أن حكم الشفعة منشئ لا كاشف ٧١١
حكم الشفعة إذن كسائر الأحكام كاشف لا منشئ والسند هنا معناه الدليل المكتوب ٧١٣
وحلول الشفيع محل المشترى يكون منذ إبرام البيع لا منذ صدور الحكم.. ٧١٤
موقف الفقه الإسلامى من المسألة: ٧١٤
فى المذهب الحنفى خلاف ولكن أبا حنيفة يذهب إلى أن قضاء القاضى لا يكون منشئاً لحق الشفيع ٧١٤
فى المذاهب الثلاثة الأخرى قضاء القاضى لا يكون منشئا لحق الشفيع .. ٧١٦
حلول الشفيع محل المشترى من وقت البيع هو الذى يتفق مع طبيعة الشفعة ومع الحلول العملية فيها: ٧١٦
التكييف القانونى لطبيعة الشفعة ٧١٧
الحلول العملية: رجوع الشفيع مباشرة على البائع وحده بجميع التزامات البائع ٧١٨
الأعمال التحضيرية ٧١٨
المذكرة الإيضاحية ٧٢١
الأهمية العملية لرأى محكمة النقض تكاد تكون محصورة فى مسألة الثمار: ٧٢٢
الحلول العملية فيما عدا مسألة الثمار وردت فيها نصوص صريحة ٧٢٢
المطلب الثانى- علاقة الشفيع بالبائع وبالمشترى وبالغير ٧٢٣
١- علاقة الشفيع بالبائع ٧٢٣

التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع ٧٢٥
تسجيل سند الشفيع ٧٢٦
جواز تصرف الشفيع فى العقار المشفوع فيه ٧٢٧
التزام البائع بتسليم العقار المبيع إلى الشفيع- تبعة الهلاك قبل التسليم:... ٧٢٨
سريان أحكام تسليم المبيع ٧٢٨
تبعة هلاك العقار قبل التسليم على البائع لا على الشفيع ٧٢٩
التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع: ٧٣٠
ضمان البائع لتعرضه ٧٣١
ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير ٧٣٣
ضمان الاستحقاق ٧٣٤
التزام البائع بضمان العيوب الخفية للشفيع: ٧٣٥
سريان أحكام التزام البائع بضمان العيوب الخفية للمشترى ٧٣٥
التزام الشفيع بدفع الثمن للبائع- الثمن المؤجل- الفوائد: ٧٣٧
الثمن مودع خزانة المحكمة ٧٣٧
لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى إلا برضاء البائع ٧٣٨
استحقاق البائع للفوائد ٧٤٠
للمشترى ثمرات المبيع وعليه تكاليفه وذلك من وقت تمام البيع ٧٤٢
التزام الشفيع بتسليم العقار المبيع: ٧٤٢
سريان أحكام التزام المشترى بتسلم البيع ٧٤٢
نفقات التسليم على البائع ونفقات التسلم على الشفيع ٧٤٣
٢- علاقة الشفيع بالمشترى ٧٤٣
حق المشترى فى استرداد الثمن من الشفيع واسترداد مصروفات البيع: ٧٤٦
التزام الشفيع بدفع الثمن وفوائده للمشترى طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب- عدم الفسخ وحق التنفيذ والحق فى الحبس ٧٤٦
استرداد المشترى من الشفيع مصروفات البيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب - حق التنفيذ والحق فى الحبس ٧٤٧
حق المشترى فى التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة: ٧٤٨
استرداد المشترى المصروفات الضرورية بأكملها من الشفيع ٧٤٨
سريان أحكام الالتصاق على المصروفات النافعة: ٧٤٩
حق المشترى فى التعويض عن البناء والغراس: ٧٤٩
قبل إعلان طلب الشفعة ٧٥٠

بعد إعلان طلب الشفعة ٧٥١
حق الشفيع فى تسلم العقار المبيع من المشترى – تبعة الهلاك: ٧٥٢
سريان أحكام تسليم البائع للعقار المبيع ٧٥٢
على من تقع تبعة الهلاك: ٧٥٣
الرأى السائد فى الفقه أن تبعة الهلاك على المشترى ٧٥٣
ما يؤخذ على هذا الرأى ٧٥٣
الأولى اعتبار المشترى حائزا حسن النية قبل إعلانه بطلب الشفعة وسئ النية بعد إعلانه بهذا الطلب ٧٥٤
حق الشفيع فى استرداد ثمار العقار المبيع من المشترى: ٧٥٤
رأى محكمة النقض– استحقاق الشفيع للثمار من وقت تسجيل سنده
الرأى المخالف– المشترى حائز حسن النية إلى وقت إعلانه بطلب الشفعة فيتملك الثمار وحائز سئ النية بعد ذلك فيرد الثمار للشفيع– اعتباران ينهضان بهذا الرأى
٣– علاقة الشفيع بالغير ٧٥٨
الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة: ٧٥٩
سريان هذه الحقوق التى شهرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة فى حق الشفيع ٧٦٠
الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة: ٧٦٠
عدم سريان هذه الحقوق التى لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة فى حق الشفيع ٧٦٠
الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة: ٧٦٢
سريان هذه الحقوق التى شهرت قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة فى حق الشفيع ٧٦٣
الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب المشترى بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة: ٧٦٣
عدم سريان هذه الحقوق التى لم تشهر إلا بعد تسجيل إعلان طلب الشفعة فى حق الشفيع ٧٦٣

الفصل الرابع

الحيازة ٧٦٦

تمهيد

التعريف بالحيازة وتكييفها القانونى ٧٦٦
التعريف بالحيازة ٧٦٦
حيازة حق الملكية– حيازة الحقوق الأخرى ٧٦٧
التكييف القانونى للحيازة: ٧٦٧
الحيازة ليست بحق عينى ولا بحق شخصى بل هى ليست بحق أصلا ٧٦٧
الحيازة سبب لكسب الحق: واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تحدث آثاراً قانونية ٧٦٨
تطور الحيازة لتنطبق على جميع الحقوق ٧٦٨
الحيازة فى القانون الرومانى – الحيازة وشبه الحيازة ٧٦٨
بقاء هذا التمييز فى القانون الفرنسى القديم ٧٦٨
تطور الحيازة فى التقنين المدنى الفرنسى: ٧٦٩
القضاء على هذا التمييز ٧٦٩
أموال غير خاضعة للحيازة: الحقوق الشخصية والأموال العامة والمجموع من المال ٧٧٠
تطور الحيازة فى التقنينات الجرمانية ٧٧٠
تأثر هذه التقنينات بالنظرية المادية للحيازة ٧٧٠
مد الحيازة لتشمل الحقوق الشخصية ٧٧٠
ما استحدثه التقنين المدنى الجديد فى موضوع الحيازة: ٧٧٠
إيراد الأحكام العامة للحيازة فى نصوص مستحدثة ٧٧٠
وضع الحيازة فى مكانها بين أسباب كسب الملكية ٧٧٠
تقسيم الموضوع: ٧٧١
الفرع الأول– الحيازة بوجه عام
الفرع الثانى– الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية
الفرع الأول– الحيازة بوجه عام ٧٧١
المبحث الأول– كسب الحيازة وانتقالها وزوالها ٧٧٢
المطلب الأول– كسب الحيازة– الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية ٧٧٢
١– عنصرا الحيازة ٧٧٣
(أ) العنصر المادى– السيطرة المادية ٧٧٣

كيف تتحقق السيطرة المادية ابتداء: ٧٧٣
عدم انتقال السيطرة المادية من الغير ٧٧٥
لا يكفى التمكن من الاستحواذ بل لابد من الاستحواذ الفعلى ٧٧٥
كيف تتحقق السيطرة المادية انتقالا من الغير: ٧٧٦
انتقال السيطرة المادية من شخص إلى آخر ٧٧٦
يكفى التمكن من الاستحواذ ٧٧٧
السيطرة المادية بواسطة الغير: ٧٧٧
الوسيط ليس بحائز ٧٧٧
أمثلة على مباشرة السيطرة المادية بالوساطة ٧٧٩
الوسيط والحائز العرضى ٧٧٩
السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض ٧٨١
السيطرة المادية على الشيوع ٧٨٢
الحائز على الشيوع يقصد استعمال الحق شائعاً مع غيره لا خالصا لنفسه ٧٨٢
الحيازة على الشيوع لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع ٧٨٣
حيازة شخصين لشئ واحد ٧٨٥
استبقاء السيطرة المادية ٧٨٥
استبقاء السيطرة المادية على المنقول ما دام المنقول باقياً فى حوزة الشخص ٧٨٥
استبقاء السيطرة المادية على العقار حتى لو انقطع الشخص عن استعمال العقار ما دام محتفظاً بالعنصر المعنوى ٧٨٥
السيطرة المادية بالواسطة تبقى حتى لو تجرد الوسيط عن الحيازة ما دام أجنبى لم يستول على السيطرة المادية ٧٨٦
تبقى الحيازة مع فقد عنصريها ما دام النائب عن الحائز ناب عنه فى استبقاء العنصرين فى وقت معقول ٧٨٦
(ب) العنصر المعنوى – القصد ٧٨٦
كيف يتحقق عنصر القصد ٧٨٦
النظرية الشخصية فى عنصر القصد: ٧٨٧
قصد الحائز استعمال الحق لحساب نفسه ٧٨٧
وجوب توافر عنصر القصد فى القانون الفرنسى القديم ٧٨٨

انتقال عنصر القصد من القانون الفرنسى القديم إلى التقنين المدنى الفرنسى ٧٨٨
اشتهار النظرية الشخصية تحت اسم سافينى ٧٨٨
النظرية المادية فى عنصر القصد: ٧٨٩
القصد هو نية الحائز القيام بالأعمال المادية لتحقيق سيطرته فالأعمال المادية لتحقيق السيطرة يجب أن تكون أعمالا إرادية قصدية ٧٨٩
الحائز لحساب غيره يعتبر حائزاً إذا لم يكن مجرد تابع وكان يتمتع بشئ من حرية التصرف ٧٨٩
حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيازة حيث لا تحميه النظرية الشخصية ٧٩٠
اشتهار النظرية المادية تحت اسم إهرنج ٧٩٠
موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من النظريتين الشخصية والمادية ٧٩١
المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد: ٧٩٢
أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية ٧٩٤
ولكنه استعار من النظرية المادية أهم نتائجها – مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية ٧٩٥
التقنين المدنى الجديد: ٧٩٧
أخذ مبدئياً بالنظرية الشخصية فأوجب توافر العنصر المعنوى ٧٩٧
مد الحيازة إلى الحقوق الشخصية متأثراً بالنظرية المادية ٧٩٧
ميز بين مجرد الإحراز كما فى إحراز التابع وبين الحيازة ولو لحساب الغير ٧٩٧
حماية حيازة المستأجر بدعاوى الحيازة متأثراً بالنظرية المادية ٧٩٧
ولو أن التقنين المدنى الجديد أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية إلا أنه تأثر كثيراً بالنظرية المادية ٧٩٨
انتفاء عنصر القصد فى إتيان الرخصة من المباحات وفى أعمال التسامح ... ٧٩٨
إتيان الرخصة من المباحات: ٧٩٩
مجرد رخصة فلا يتوافر فيها عنصرا الحيازة ٧٩٩
أمثلة على إتيان الرخصة– فتح منور وفتح مطل مستوف لقيد المسافة ٨٠٠
الرخصة لا تسقط بالتقادم ٨٠١
أعمال التسامح: ٨٠١

أعمال التسامح يتوافر فيها العنصر المادى ولكن لا يتوافر فيها العنصر المعنوى ٨٠٢
أمثلة على أعمال التسامح – مرور على سبيل التسامح وفتح مطل على أرض فضاء على سبيل التسامح ٨٠٢
انقلاب إتيان الرخصة أو أعمال التسامح إلى أعمال حيازة صحيحة ٨٠٤
عنصر القصد يجب أن يوجد عند الحائز شخصياً فلا تجوز النيابة فيه: ٨٠٥
عنصر القصد بخلاف العنصر المادى لا تجوز مباشرته بالواسطة ٨٠٥
ولكن إذا كان الحائز عديم التمييز جاز أن يكون عنصر القصد موجوداً عند نائبه ٨٠٥
الحيازة العرضية أو الحيازة لحساب الغير: ٨٠٦
الفريق الأول– الحائز العرضى الذى ينزل من الحائز الأصلى منزلة التابع من المتبوع ٨٠٧
الفريق الثانى– الحائز العرضى الذى يحوز لحساب غيره ولكن لا يعتبر تابعاً بل يبقى له شئ من حرية التصرف ٨٠٧
أحكام الحيازة العرضية: ٨١٠
الحيازة العرضية لا تحمى بدعاوى الحيازة فيما عدا دعوى استرداد الحيازة ٨١٠
الحيازة العرضية لا تكسب ملكية العين بالتقادم ٨١١
تنتقل الحيازة العرضية دون أن تتغير صفتها من المورث إلى الوارث ٨١٢
الحيازة العرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز أن يحوز لحساب نفسه حيازة أصيلة ٨١٣
الحيازة العرضية لا تفترض بل يفترض فى الحائز لحساب نفسه حيازة أصيلة ٨١٤
تغير صفة الحيازة العرضية وتحولها إلى حيازة أصيلة: ٨١٤
فعل يصدر من الغير– تصرف قانونى ناقل للملكية يتلقاه الحائز العرضى من الغير ٨١٦
فعل يصدر من الحائز العرضى يعارض به حق المالك ٨١٧
٢– عيوب الحيازة ٨٢٢
العيب الأول– عدم الاستمرار أو التقطع ٨٢٤
معنى عدم استمرار الحيازة أو تقطعها ٨٢٤
انتظام الاستعمال يختلف باختلاف طبيعة الشئ ٨٢٥

عدم الاستمرار وغير ذلك من عيوب الحيازة من مسائل الواقع التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض ٨٢٦
عيب عدم الاستمرار عيب مطلق لكل ذى مصلحة أن يتمسك به– زوال هذا العيب ٨٢٨
التمييز بين عدم استمرار الحيازة أو تقطعها وبين انقطاع التقادم ٨٢٩
العيب الثانى– الخفاء أو عدم العلانية ٨٣١
معنى الخفاء أو عدم العلانية ٨٣١
عيب الخفاء أو عدم العلانية عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من أخفيت عنه الحيازة ٨٣٣
زوال عيب الخفاء بظهور الحيازة ٨٣٤
العيب الثالث– الإكراه أو عدم الهدوء ٨٣٤
معنى الإكراه أو عدم الهدوء ٨٣٤
عيب الإكراه أو عدم الهدوء عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من وقع عليه الإكراه ٨٣٨
زوال عيب الإكراه بانقطاع الإكراه ٨٣٨
العيب الرابع– الغموض أو اللبس ٨٣٩
معنى الغموض أو اللبس ٨٣٩
عيب الغموض أو اللبس عيب نسبى لا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه الأمر ٨٤٣
زوال عيب الغموض بانتفاء اللبس ٨٤٤
٣– الحيازة بحسن نية والحيازة بسوء نية ٨٤٥
أهمية التمييز بين حسن النية وسوء النية فى الحيازة ٨٤٧
متى يعتبر الحائز حسن النية ٨٤٨
حسن النية يفترض دائماً ٨٥٠
متى يعتبر الحائز سئ النية ٨٥١
إثبات سوء النية فى الحيازة ٨٥٣
متى يعتبر الحائز سئ النية ولو كان يعتقد أن له حقاً فى الحيازة ٨٥٣
احتفاظ الحيازة بصفتها حتى يقوم الدليل على العكس ٨٥٥
صفة الحيازة بعد انتقالها إلى خلف عام أو إلى خلف خاص ٨٥٦
المطلب الثانى– انتقال الحيازة وزوالها ٨٥٦
١– انتقال الحيازة ٨٥٦

تحديد معنى انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ٨٥٨
(أ) انتقال الحيازة إلى خلف عام ٨٦٠
كيف تنتقل الحيازة إلى خلف عام ٨٦٠
بأية صفة تنتقل الحيازة إلى الخلف العام ٨٦١
ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف العام ٨٦٣
(ب) انتقال الحيازة إلى خلف خاص ٨٦٦
كيف تنتقل الحيازة إلى خلف خاص ٨٦٦
انتقال الحيازة انتقالا ماديا بالتسليم الفعلى ٨٦٧
انتقال الحيازة انتقالا معنوياً بالتسليم الحكمى ٨٦٩
انتقال الحيازة انتقالا رمزيا عن طريق التمكين ٨٧١
صفات الحيازة بعد انتقالها إلى الخلف الخاص ٨٧٣
ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف الخاص ٨٧٥
٢ – زوال الحيازة ٨٨٠
زوال الحيازة بفقد عنصريها المادى والمعنوى ٨٨١
زوال الحيازة بفقد عنصرها المادى وحده ٨٨٢
زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوى وحده ٨٨٥
المبحث الثانى – حماية الحيازة فى ذاتها والعلاقة بين الحيازة والملكية ٨٨٥
المطلب الثانى – حماية الحيازة فى ذاتها – دعاوى الحيازة الثلاث ٨٨٥
خصائص دعاوى الحيازة: ٨٨٥
أولا – دعاوى الحيازة تحمى الحيازة فى ذاتها ٨٨٦
ثانيا – دعاوى الحيازة تحمى حيازة العقار دون حيازة المنقول ٨٨٧
ثالثا – دعاوى الحيازة تحمل طابع الاستعجال ٨٨٩
الأصل التاريخى لدعاوى الحيازة ٨٩١
التمييز بين دعاوى الحيازة الثلاث ومكانها فى التشريع المصرى ٨٩٢
١ – دعوى استرداد الحيازة ٨٩٣
المدعى فى دعوى استرداد الحيازة ٨٩٦
المدعى عليه فى دعوى استرداد الحيازة ٩٠١
المدة التى ترفع فى خلالها دعوى استرداد الحيازة ٩٠٤
ما يحكم به فى دعوى استرداد الحيازة – أحوال أربع ٩٠٦
الحالة الأولى – حيازة المدعى دامت مدة لا تقل عن سنة ٩٠٦

الحالة الثانية– حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولكن الحيازة انتزعت بالقوة ٩٠٧
الحالة الثالثة– حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل ٩٠٨
الحالة الرابعة– حيازة المدعى لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع بالقوة ولكن المدعى عليه يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل ٩٠٩
التكييف القانونى لدعوى استرداد الحيازة ٩١٠
٢– دعوى منع التعرض ٩١٢
المدعى فى دعوى منع التعرض ٩١٤
المدعى عليه فى دعوى منع التعرض ٩١٨
تحديد معنى التعرض الصادر من المدعى عليه ٩١٩
التعرض المادى والتعرض القائم على تصرف قانونى ٩٢٢
التعرض الناجم عن الأشغال العامة ٩٢٤
التعرض الناشئ عن أشغال خاصة رخصت فيها الإدارة ٩٢٦
عدم جواز الالتجاء لدعوى منع التعرض لتنفيذ عقد يربط ما بين المدعى والمدعى عليه ٩٢٦
رفع دعوى منع التعرض على المتعرض نفسه وعلى الغير ٩٢٧
المدة التى ترفع فى خلالها دعوى منع التعرض ٩٢٨
ما يحكم به فى دعوى منع التعرض ٩٣١
٣– دعوى وقف الأعمال الجديدة ٩٣٤
المدعى فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ٩٣٥
المدعى عليه فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ٩٣٦
المدة التى ترفع فى خلالها دعوى وقف الأعمال الجديدة ٩٣٧
ما يحكم به فى دعوى وقف الأعمال الجديدة ٩٣٨
المطلب الثانى– العلاقة بين الحيازة والملكية ٩٤٠
١– دعوى الحيازة ودعوى الملكية ٩٤١
المقابلة ما بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ٩٤١
إثبات الحيازة ٩٤٢
إثبات الملكية ٩٤٣
عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية: ٩٤٦
القاعدة تلزم المدعى ٩٤٧

القاعدة تلزم المدعى عليه ٩٥٢
القاعدة تلزم القاضى ٩٥٣
عدم حجية الحكم الصادر فى دعوى الحيازة بالنسبة إلى دعوى الملكية ٩٥٨
٢ – العلاقة ما بين الحائز والمالك ٩٥٩
ظهور أن الحائز غير مالك ٩٥٩
(أ) استرداد المصروفات ٩٥٩
المصروفات الضرورية ترد بأكملها ٩٦٢
المصروفات النافعة تسرى فى شأنها أحكام الالتصاق ٩٦٢
المصروفات الكمالية لا ترد ٩٦٣
رد المصروفات إلى خلف الحائز ٩٦٤
التيسير على المالك فى الوفاء بما يجب عليه رده من المصروفات ٩٦٤
(ب) مسئولية الحائز عن هلاك العين أو تلفها ٩٦٦
مسئولية الحائز حسن النية ٩٦٧
مسئولية الحائز سيء النية ٩٧٠
الفرع الثانى – الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية ٩٧٢
متى تكون الحيازة سببا لكسب الملكية ٩٧٢
التمييز بين الحيازة بسوء نية والحيازة بحسن نية ٩٧٣
المبحث الأول – الحيازة بسوء نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية – التقادم المكسب الطويل ٩٧٣
التقادم المكسب والتقادم المسقط والفرق بينهما ٩٧٣
القواعد المشتركة فيما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط ٩٧٤
الاعتبارات العملية التى قام عليها التقادم المكسب ٩٧٦
لمحة تاريخية ٩٧٨
تقسيم الموضوع – كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل – إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه ٩٨٠
المطلب الأول – كيف يتحقق التقادم المكسب الطويل ٩٨٠
١ – الحقوق التى يمكن كسبها بالتقادم المكسب الطويل ٩٨٠
الحقوق العينية وحدها دون الحقوق الشخصية هى التى يمكن تملكها بالتقادم ٩٨٢
وجوب أن يكون الحق العينى قابلا للتعامل فيه وقابلا للحيازة: ٩٨٤
الأموال العامة (الدومين العام) ٩٨٦

الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الشخص العام (الدومين الخاص) ٩٨٨
الوقف ٩٩٣
حق الإرث ٩٩٩
خضوع الحق الذى يكسب بالتقادم لحيازة مستوفية لعنصريها وخالية من العيوب ١٠٠٣
٢- مدة التقادم المكسب الطويل ١٠٠٦
مقدار مدة التقادم المكسب الطويل خمس عشرة سنة ولا يجوز الاتفاق على تعديلها ١٠٠٦
كيفية حساب مدة التقادم ١٠٠٨
بدء سريان مدة التقادم: ١٠١٠
بالنسبة إلى الحقوق المعلقة على شرط واقف أو المقترنة بأجل واقف ١٠١٠
بالنسبة إلى الحقوق الاحتمالية ١٠١٢
القرينة على قيام الحيازة ما بين بدء مدة التقادم ونهايتها ١٠١٣
ضم المدد فى حالة تعاقب الحائزين ١٠١٦
٣- وقف التقادم المكسب وانقطاعه ١٠٢٠
أ- وقف التقادم المكسب: ١٠٢٠
يقف التقادم المكسب أيا كانت مدته متى وجد سبب لوقفه ١٠٢٠
القاعدة العامة فى وقت التقادم- القاعدة التقليدية وتقضى بوقف التقادم حيث يتعذر قطع سريانه ١٠٢١
موقفه الفقه الفرنسى والقضاء الفرنسى من القاعدة التقليدية: ١٠٢٣
موقف الفقه الفرنسى ١٠٢٣
موقف القضاء الفرنسى ١٠٢٤
موقف التقنين المدنى المصرى الجديد من القاعدة التقليدية ١٠٢٥
أسباب وقف التقادم التى تتعلق بالشخص ١٠٢٧
أسباب وقف التقادم التى ترجع إلى ظروف مادية اضطرارية ١٠٢٩
الأثر الذى يترتب على وقف التقادم ١٠٣٠
ب- انقطاع التقادم المكسب ١٠٣١
أسباب انقطاع التقادم المكسب ١٠٣١
السبب الأول لانقطاع التقادم المكسب- المطالبة القضائية: ١٠٣٢
رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة ١٠٣٨
بطلان صحيفة الدعوى وترك الخصومة وسقوطها ورفض الدعوى ١٠٤٠

ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية ١٠٤٢
السبب الثانى لانقطاع التقادم المكسب- إقرار الحائز بحق المالك ١٠٤٥
الإقرار الصريح والإقرار الضمنى ١٠٤٧
إثبات الإقرار ١٠٤٨
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب باقرار الحائز بحق المالك ١٠٤٩
السبب الثالث لانقطاع التقادم المكسب- تخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها: ١٠٤٩
انفراد التقادم المكسب دون التقادم المسقط بهذا السبب ١٠٥٠
زوال الحيازة بالتخلى عنها أو بفقد عنصريها أو أحدهما ١٠٥١
انقطاع التقادم لهذا السبب له أثر مطلق فيستفيد منه كل ذى مصلحة ١٠٥٢
ما يترتب على انقطاع التقادم المكسب بتخلى الحائز عن الحيازة أو فقده إياها ١٠٥٢
المطلب الثانى- إعمال التقادم المكسب والآثار التى تترتب عليه ١٠٥٣
١- إعمال التقادم المكسب- التمسك به والنزول عنه ١٠٥٣
أ- وجوب التمسك بالتقادم المكسب والدفع بالتقادم ١٠٥٤
قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب ١٠٥٤
لا تقضى المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل لابد من التمسك به ١٠٥٤
يتمسك بالتقادم المكسب الحائز وكل ذى مصلحة ١٠٥٦
يجوز التمسك بالتقادم المكسب فى أية حالة كانت عليها الدعوى ١٠٥٧
ب- النزول عن التقادم المكسب ١٠٥٩
قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب ١٠٥٩
عدم جواز النزول عن التقادم المكسب مقدماً قبل ثبوت الحق فيه ١٠٥٩
جواز النزول عن التقادم المكسب بعد ثبوت الحق فيه ١٠٦٠
جواز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم مكسب لم يكتمل ١٠٦٤
٢- الآثار التى تترتب على التقادم المكسب ١٠٦٥
التقادم المكسب سبب لكسب الملكية: ١٠٦٥
التقادم المكسب ليس مجرد قرينة بل هو سبب مباشر لكسب الملكية ١٠٦٧
الحائز يكسب الملكية بالتقادم عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ١٠٦٦
التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعى: ١٠٦٧

الحائز الذى يملك العين بالتقادم لا يرد ثمارها حتى لو لم يكسبها بالقبض أو بالتقادم ١٠٦٨
ما يرتبه المالك فى خلال مدة التقادم من حقوق عينية لا يسرى فى حق الحائز ١٠٦٨
ما يرتبه الحائز فى خلال مدة التقادم من حقوق عينية يصبح نافذاً باتاً ١٠٧٠
تخلف التزام طبيعى عن التقادم المكسب ١٠٧٠
آثار هذا الالتزام الطبيعى ١٠٧٠
المبحث الثانى- الحيازة بحسن نية باعتبارها سبباً لكسب الملكية ١٠٧٢
المطلب الأول- كسب ملكية العقار - التقادم المكسب القصير ١٠٧٢
القواعد التى يشترك فيها التقادم المكسب القصير مع التقادم المكسب الطويل ١٠٧٤
القواعد التى ينفرد بها التقادم المكسب القصير ١٠٧٧
١ - السبب الصحيح ١٠٧٨
تحديد معنى السبب الصحيح: ١٠٧٨
تصرف قانونى ناقل للملكية صادر من غير مالك ١٠٧٨
تصرف قانونى ناقل أو منشى لحق عينى قابل لأن يكسب التقادم إذا صدر من غير صاحب هذا الحق ١٠٨٢
سند المتصرف الذى استند إليه فى تصرفه للحائز لا أهمية له ١٠٨٢
ما يعتبر سبباً صحيحاً ١٠٨٢
عقد البيع ١٠٨٢
عقد المقايضة ١٠٨٣
عقد الهبة ١٠٨٣
الوصية بعقار معين بالذات ١٠٨٣
رسو مزاد العقار المحجوز عليه ١٠٨٤
الوفاء بمقابل ١٠٨٤
تقديم الشريك عقاراً حصة له فى الشركة ١٠٨٤
ما لا يعتبر سبباً صحيحاً: ١٠٨٥
الميراث فى عقار معين بالذات ١٠٨٥
الإيجار والعارية والحراسة والوديعة والوكالة وغيرها من العقود التى لا تنقل الملكية ١٠٨٥
القسمة الاختيارية ١٠٨٦

الصلح ١٠٨٦
الحكم القضائى ١٠٨٧
فروض مختلفة فى السبب الصحيح: ١٠٨٨
التصرف القانونى الباطل ١٠٨٨
التصرف القانونى القابل للإبطال ١٠٩٠
التصرف القانونى المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ١٠٩٢
التصرف القانونى الظنى ١٠٩٣
التصرف القانونى غير المسجل ١٠٩٤
السبب الصحيح شرط مستقل عن حسن النية ويقع عبء إثباته على الحائز ١٠٩٧
٢ – حسن النية ١٠٩٨
تحديد معنى حسن النية: ١٠٩٨
الحائز يعتقد أنه يتلقى الملكية من المالك أو الحق من صاحبه ١٠٩٨
الغلط فى الواقع والغلط فى القانون ١١٠٠
علم الحائز بعيوب سند المتصرف ينفى حسن النية: ١١٠١
علم الحائز بأن سند المتصرف باطل أو قابل للإبطال أو قابل للفسخ ١١٠٢
علم الحائز بأن سند المتصرف معلق على شرط فاسخ أو على شرط واقف ١١٠٢
علم الحائز بعيوب السبب الصحيح لا ينفى حسن النية: ١١٠٤
كون السبب الصحيح صادرا من غير مالك يجب ألا يعلم به الحائز ١١٠٤
التصرف الذى لا وجود له كالتصرف الباطل والتصرف الظنى والتصرف الصورى ينعدم معه السبب الصحيح ١١٠٤
علم الحائز بالعيوب الأخرى لا ينفى حسن النية ١١٠٥
الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية: ١١٠٦
الوقت الذى يتلقى فيه الحائز الحق من غير صاحبه– وقت تسجيل البيع ١١٠٦
لا يشترط بقاء حسن النية بعد هذا الوقت ١١٠٦
لا يشترط بقاء حسن النية وقت الحيازة ١١٠٦
إثبات حسن النية: ١١٠٦
حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ١١٠٧
للمالك الحقيقى أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات ١١٠٧

المطلب الثانى- كسب ملكية المنقول - الحيازة فى المنقول سند الملكية ١١٠٨
تملك المنقول بالحيازة أمر يقتضيه سرعة التعامل فى المنقول واستقراره ١١١٠
الأصل التاريخى لقاعدة تملك المنقول بالحيازة ١١١١
القانون الرومانى لا يعرف هذه القاعدة ١١١١
القانون الفرنسى القديم فى عهوده الأولى تأثر بالتقاليد الجرمانية وعرف هذه القاعدة ١١١١
القانون الفرنسى القديم منذ القرن الثالث عشر بدأ يتأثر بالقانون الرومانى ولا يعمل بالقاعدة ١١١١
رجع القانون الفرنسى القديم إلى التقاليد الجرمانية بعد خمسة قرون أى فى القرن الثامن عشر ١١١٢
حيازة المنقول لها دوران- طريق للإثبات وطريق لكسب الملكية ١١١٣
الدور الأول- حيازة المنقول طريق للإثبات: ١١١٤
النزاع بين حائز المنقول ومالكه الذى نقل حيازته ١١١٥
تمسك الحائز بالحيازة قرينة على أن الملكية انتقلت إليه ١١١٥
على مدعى الاستحقاق أن يثبت عدم توافر شروط الحيازة ثم يثبت ملكيته ١١١٦
الدور الثانى- حيازة المنقول سبب لكسب الملكية: ١١١٧
النزاع بين حائز المنقول وغير المالك ١١١٨
الحائز حسن النية ١١١٨
المنقول غير مسروق وغير ضائع ١١١٨
١ - القاعدة العامة- الحيازة فى المنقول سند الملكية ١١١٨
أ- الشروط الواجب توافرها لتطبيق القاعدة: ١١١٩
الشرط الأول- المنقول الذى تنطبق عليه القاعدة: ١١١٩
المنقول المادى يخضع للقاعدة ١١١٩
العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص لا يخضعان للقاعدة ١١٢٠
الحقوق الشخصية لا تخضع للقاعدة ١١٢١
السند لحامله يخضع للقاعدة ١١٢٢
الحقوق العينية على المنقول تخضع للقاعدة ١١٢٣
الشرط الثانى- الحيازة: ١١٢٦
يجب أن تكون الحيازة حيازة حقيقية ١١٢٦
ويجب أن تكون الحيازة حيازة أصيلة ١١٢٧

ويجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب ١١٢٧
الشرط الثالث– السبب الصحيح: ١١٢٨
السبب الصحيح فى التقنين المدنى المصرى شرط مستقل عن شرط حسن النية ١١٢٨
السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة كالسبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير فيما عدا أمرين ١١٣١
الأمران اللذان يختلف فيهما السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة عن السبب الصحيح فى التقادم المكسب القصير: ١١٣١
لا يسجل السبب الصحيح فى تملك المنقول بالحيازة ١١٣١
السبب الصحيح يفترض وجوده فى تملك المنقول بالحيازة ١١٣١
الشرط الرابع– حسن النية: ١١٣٢
معنى حسن النية هنا هو معناه فى التقادم المكسب القصير ١١٣٢
الوقت الذى يجب أن يتوافر فيه حسن النية هو وقت حيازة المنقول لا وقت تلقى الحق ١١٣٣
حسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس ١١٣٤
ب– الآثار التى تترتب على تطبيق القاعدة: ١١٣٥
الأثر المكسب والأثر المسقط ١١٣٥
الأثر المكسب: ١١٣٥
تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعوى الاستحقاق ١١٣٦
تملك المنقول بالحيازة يحول دون دعاوى الإبطال أو الفسخ ١١٣٦
تملك المنقول بالحيازة لا يحول دون الدعاوى الشخصية الناشئة من عيوب السبب الصحيح ١١٣٦
الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المكسب ١١٣٧
نظرية التقادم الفورى ١١٣٧
نظرية القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس النظرية الصحيحة– الحيازة وحدها تكسب حائز المنقول ملكيته بحكم القانون ١١٤٠
الأثر المسقط: ١١٤٢
إسقاط التكاليف والقيود العينية التى تثقل المنقول: ١١٤٢
إسقاط رهن الحيازة ١١٤٢
إسقاط حق الانتفاع ١١٤٣
إسقاط الرهن الرسمى المثقل لعقار بالتخصيص أصبح منقولا بفصله ١١٤٣

إسقاط حق الامتياز ١١٤٣
عدم إسقاط شرط المنع من التصرف ١١٤٣
الأساس القانونى الذى يقوم عليه الأثر المسقط: ١١٤٤
الحيازة وحدها تسقط التكاليف والقيود بحكم القانون ١١٤٤
٢- المنقولات المسروقة أو الضائعة ١١٤٦
من له حق استرداد المنقول المسروق أو الضائع: ١١٤٨
صاحب المنقول المسروق- السرقة لا خيانة الأمانة ولا النصب ١١٤٨
صاحب المنقول الضائع- معنى الضياع ١١٤٩
الحائز للمنقول وصاحب حق الانتفاع فى المنقول والمرتهن رهن حيازة والمودع عنده ١١٥٠
استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن سرقه أو ممن عثر عليه ١١٥٠
استرداد المنقول من السارق ١١٥٠
استرداد المنقول ممن عثر عليه ١١٥٠
استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو سئ النية: ١١٥٢
الحائز سئ النية ولم يتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل ١١٥٢
الحائز سئ النية وتملك المنقول بالتقادم المكسب الطويل- الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول ١١٥٢
استرداد المنقول المسروق أو الضائع ممن تلقاه وهو حسن النية: ١١٥٢
مالك المنقول لم يرفع دعوى الاستحقاق فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ١١٥٥
مالك المنقول رفع دعوى الاستحقاق فى خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ١١٥٥
متى يجوز للحائز حسن النية أن يحبس المنقول المسروق أو الضائع حتى يستوفى من المالك الثمن الذى دفعه: ١١٥٦
الحائز اشترى المنقول المسروق أو الضائع فى سوق عمومية أو فى مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ١١٥٧
وجوب أن يعجل المالك للحائز الثمن الذى دفعه هذا- حق حبس الحائز للمنقول حتى يستوفى الثمن ١١٥٨
المرتهن رهن حيازة لمنقول مسروق أو ضائع ١١٥٩
رجوع المالك بالثمن الذى عجله للحائز حسن النية: ١١٦٠

الرجوع على السارق أو على من عثر على المنقول أو على حائز تال ثبت فى جانبه خطأ ١١٦٠
سارق المنقول يبيعه لحائز حسن النية ليس من حقه أن يطلب تعجيل الثمن ويبيعه هذا الحائز لحائز حسن النية ليس من حقه طلب تعجيل الثمن ١١٦٠
المطلب الثالث- كسب ملكية الثمار ١١٦٢
١ - تملك الحائز للثمار ١١٦٣
الدعاوى التى يمكن أن يطالب بها المالك الحائز برد العين: ١١٦٤
دعوى الاستحقاق ١١٦٤
دعوى استرداد ما دفعه دون حق ١١٦٤
دعوى إلغاء العقد بأثر رجعى ١١٦٥
الشروط الواجب توافرها حتى يتملك الحائز الثمار فلا يردها مع العين إلى المالك: ١١٦٥
قبض الحائز للثمار ١١٦٥
اشتراط حسن النية وعدم اشتراط السبب الصحيح ١١٦٥
اشتراط حسن النية: ١١٦٦
حسن النية هنا معناه اعتقاد الحائز أنه يملك العين التى انتجت الثمار فأصبح مالكاً للثمار ١١٦٦
لا أهمية للسبب الذى اعتقد الحائز أن ملكية العين قد انتقلت إليه بموجبه ١١٦٧
الغلط غير المغتفر ينفى حسن النية ١١٦٧
توافر حسن النية فى الوقت الذى يقبض فيه الحائز الثمار ١١٦٨
حسن النية مفترض حتى يقوم الدليل على العكس ١١٦٨
عدم اشتراط السبب الصحيح: ١١٧٠
عدم اشتراط السبب الصحيح فى التقنين المدنى المصرى ١١٧٠
اشتراط السبب الصحيح فى التقنين المدنى الفرنسى ولكنه لا يستقل عن شرط حسن النية بل يندمج فيه ١١٧١
فرقان بين التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المدنى المصرى ١١٧١
فى القانون الفرنسى يستند الحائز إلى سند ناقل للملكية ولا يستند الحائز إليه فى القانون المصرى ١١٧١

في القانون الفرنسي يثبت الحائز التصرف الظني ولا يثبت الحائز هذا التصرف في القانون المصري ١١٧٢
كيف يتملك الحائز الثمار: ١١٧٢
الفرق بين الثمار والمنتجات ١١٧٢
ثلاثة أنواع للثمار: ١١٧٣
ثمار طبيعية يتملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة ١١٧٣
ثمار صناعية أو مستحدثة يتملكها الحائز بالفصل من الأرض والحيازة كما في الثمار الطبيعية ١١٧٣
ثمار مدنية يتملكها الحائز يوماً فيوماً ولو لم تقبض فعلا ١١٧٤
الأساس القانوني لتملك الحائز للثمار: ١١٧٤
الحيازة وحدها هي سبب تملك الثمار بحكم القانون ١١٧٤
ولكن لا يجوز اعتبار تملك الحائز للثمار تطبيقاً لقاعدة تملك المنقول بالحيازة: ١١٧٤
الاعتبارات تختلف: استقرار التعامل في المنقول وترتيب حائز الثمار حياته على أنها ملكه ١١٧٥
نطاق التطبيق يختلف: المنقول كشئ أصلي والثمار تابعة للشئ الأصلي- المجموع من المال ١١٧٥
الشروط تختلف: السبب الصحيح- التعامل مع المالك أو مع غير المالك - متى يتوافر حسن النية ١١٧٦
٢- عدم تملك الحائز للثمار ووجوب ردها للمالك ١١٧٦
الحالة الأولى - الحائز سئ النية منذ البداية: ١١٧٧
المالك يسترد من الحائز سئ النية ثمار العين ١١٧٧
متى يمتنع على المالك أن يسترد من الحائز سئ النية ثمار العين ١١٧٧
الحالة الثانية- الحائز حسن النية في أول الأمر ثم أصبح سئ النية بعد ذلك: ١١٧٨
حسن النية يجب توافره في كل مرة يقبض فيها الحائز الثمار ١١٧٨
متى أصبح الحائز أو وارثه سئ النية فلا يكسب الثمار بالقبض منذ أن أصبح سئ النية ١١٧٨
الحالة الثالثة- الحائز باق على حسن نيته ولكن المالك رفع عليه الدعوى: ١١٧٨
الحائز بقي على حسن نيته بالرغم من رفع الدعوى عليه ١١٧٩

الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى ١١٨٠
الثمار التى يجوز ردها للمالك ١١٨١
يرد الحائز الثمار التى قبضها والتى قصر فى قبضها ١١٨١
يسترد الحائز المصروفات التى أنفقها فى إنتاج هذه الثمار ١١٨٢
كيف يسترد المالك الثمار من الحائز سئ النية : ١١٨٢
يسترد المالك الثمار مع العين التى أنتجت الثمار ١١٨٢
يسترد المالك الثمار مستقلة عن العين التى أنتجته ١١٨٣

القسم الثاني
الحقوق العينية الأصلية
المتفرعة عن الملكية

(حق الانتفاع وما يتفرع عنه – حق الارتفاق) ١١٨٥

تمهيد

حصر الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية ١١٨٧
الباقي للبحث من هذه الحقوق: ١١٨٧
حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى
حق الارتفاق

الباب الأول
حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ١١٨٨

الفصل الأول
حق الانتفاع ١١٨٨

تمهيد

التعريف بحق الانتفاع ١١٨٨
خصائص حق الانتفاع ١١٨٩
حق الانتفاع حق عيني ١١٨٩
حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع ١١٩١
حق الانتفاع يقع على شيء غير قابل للاستهلاك ١١٩٣
الأشياء التي تصلح أن تكون محلا لحق الانتفاع ١١٩٤
ما أدخله التقنين المدني الجديد من تعديلات على التقنين المدني السابق
في خصوص حق الانتفاع ١١٩٦
الأهمية المحدودة لحق الانتفاع في مصر وأهميته الكبيرة في فرنسا ١١٩٦
خطة البحث: أسباب كسب حق الانتفاع – الآثار التي تترتب على قيام
حق الانتفاع – انتهاء حق الانتفاع ١١٩٧
الفرع الأول– أسباب كسب حق الانتفاع ١١٩٧
كسب حق الانتفاع ابتداء وكسبه انتقالا: ١١٩٩
حق الانتفاع لا يكسب بالوصية إلا ابتداء ١١٩٩
حق الانتفاع لا يكسب بالشفعة إلا انتقالا ١١٩٩

العقد تارة ينشئ حق الانتفاع وطورا ينقله ١١٩٩
التقادم تارة ينشئ حق الانتفاع وطوراً ينقله ١١٩٩
أسباب أربعة لكسب حق الانتفاع ١٢٠٠
السبب الأول- العقد ١٢٠٠
الحالة الأولى- كسب حق الانتفاع بطريق الإنشاء ١٢٠٠
الحالة الثانية- كسب حق الانتفاع بطريق الاحتفاظ بهذا الحق ١٢٠١
الحالة الثالثة- كسب حق الانتفاع بطريق نقل هذا الحق ١٢٠٢
السبب الثانى- الوصية ١٢٠٣
سريان أحكام الوصية ١٢٠٣
الإيصاء لأشخاص متعاقبين ١٢٠٤
السبب الثالث- الشفعة ١٢٠٥
شفعة مالك الرقبة ١٢٠٦
شفعة الشريك فى الشيوع ١٢٠٦
السبب الرابع- التقادم ١٢٠٦
التقادم المكسب القصير ١٢٠٦
الحيازة ١٢٠٧
التقادم المكسب الطويل ١٢٠٧
مطالبة المنتفع بحق الانتفاع بعد كسبه ١٢٠٧
الدعوى العينية ١٢٠٧
الدعوى الشخصية ١٢٠٨
الفرع الثانى- الاثار التى تترتب على قيام حق الانتفاع ١٢٠٩
المبحث الأول- آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى المنتفع ١٢٠٩
المطلب الأول- حقوق المنتفع ١٢١٠
١- حق المنتفع فى استعمال الشئ واستغلاله ١٢١١
حق المنتفع فى استعمال الشئ ١٢١١
حق المنتفع فى استغلال الشئ ١٢١٢
حق المنتفع فى الاستغلال يجعل له الحق فى الثمار ١٢١٣
استعراض بعض حالات عملية لحق المنتفع فى الاستغلال: ١٢١٦
حق الانتفاع بقطيع من المواشى ١٢١٧
حق الانتفاع بعقار عثر فيه على كنز ١٢١٨
حق الانتفاع بالمتجر ١٢١٩

حق الانتفاع بالأسهم والحصص والسندات ١٢٢٠
٢- مدى سلطة المنتفع على الشئ المنتفع به ١٢٢١
أ- أعمال الإدارة: ١٢٢٢
الإيجار ١٢٢٢
بيع المحصول ١٢٢٣
استيفاء الحقوق ١٢٢٣
حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات ١٢٢٤
ب- أعمال التصرف: ١٢٢٤
القاعدة العامة - التصرف فى حق الانتفاع دون الرقبة ١٢٢٤
نزول المنتفع عن حق الانتفاع للغير ١٢٢٥
رهن المنتفع لحق الانتفاع ١٢٢٥
ترتيب حق انتفاع على حق انتفاع ١٢٢٦
عدم جواز تصرف المنتفع فى الرقبة ١٢٢٦
جـ- مباشرة الدعاوى: ١٢٢٧
الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه ١٢٢٧
الدعاوى المتعلقة بالحقوق التى يتضمنها حق الانتفاع ١٢٢٨
المطلب الثانى - التزامات المنتفع ١٢٢٩
١- استعمال الشئ والانتفاع به بحسب ما أعد له وادارته إدارة حسنة ١٢٢٩
مضمون الالتزام ١٢٣١
جزاء الإخلال بالالتزام ١٢٣٢
٢- صيانة الشئ والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة ١٢٣٢
التكاليف المعتادة ١٢٣٣
التكاليف غير المعتادة ١٢٣٤
٣- حفظ الشئ والمسئولية عن هلاكه ١٢٣٥
مدى مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ ١٢٣٦
أمثلة من أعمال الحفظ التى يجب على المنتفع القيام بها ١٢٣٧
القيود الواردة على مسئولية المنتفع عن حفظ الشئ ١٢٣٨
٤- جرد المنقول وتقديم كفالة به ١٢٣٩
الاقتصار فى هذا الالتزام على المنقول دون العقار ١٢٤٠
تحرير محضر جرد بالمنقول ١٢٤١
تقديم الكفالة بالمنقول ١٢٤١

الانتفاع بالأشياء القابلة للاستهلاك والانتفاع بقطيع من المواشى ١٢٤٢
المبحث الثانى– آثار حق الانتفاع بالنسبة إلى مالك الرقبة ١٢٤٣
١ – حقوق مالك الرقبة ١٢٤٣
حق التصرف فى الرقبة ١٢٤٣
الحق فى الحصول على ما تنتجه العين إذا لم يكن ثماراً ١٢٤٣
حق مباشرة الدعاوى التى تعلق بالرقبة ١٢٤٤
٢ – علاقة مالك الرقبة بالمنتفع ١٢٤٤
وجود التزامات شخصية فى ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ١٢٤٤
لا توجد التزامات شخصية فى ذمة مالك الرقبة نحو المنتفع ١٢٤٥
لا يجوز لمالك الرقبة أن يتسبب فى تعطيل أو فى إنقاص حق المنتفع ١٢٤٥
حق مالك الرقبة استثناء فى تعطيل أو إنقاص حق المنتفع للمحافظة على العين ١٢٤٦
الفرع الثالث– انتهاء حق الانتفاع ١٢٤٦
المبحث الأول– الأسباب التى ينتهى بها حق الانتفاع ١٢٤٦
انتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل وبموت المنتفع ١٢٤٧
انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشئ ١٢٤٨
انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال ١٢٥٠
انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب ١٢٥١
انتهاء حق الانتفاع بالنزول عنه ١٢٥١
انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة ١٢٥٢
المبحث الثانى– ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع ١٢٥٣
رد الشئ المنتفع به إلى المالك ١٢٥٣
المبالغ التى يستردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع ١٢٥٣
ما يحدثه المنتفع من بناء أو غراس ١٢٥٤

الفصل الثانى

حق الاستعمال وحق السكنى ١٢٥٥
التعريف بحق الاستعمال وبحق السكنى ١٢٥٦
أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى ١٢٥٧
حكم خاص بحق السكنى ١٢٥٧
الأحكام المشتركة بين حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ١٢٥٨

الباب الثانى
حق الارتفاق ١٢٥٩
تمهيد

التعريف بحق الارتفاق – عناصره الثلاثة: ١٢٥٩
عقار مرتفق ١٢٦٠
عقار مرتفق به ١٢٦١
فائدة تحد من منفعة العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتفق ١٢٦٢
خصائص حق الارتفاق: ١٢٦٤
حق الارتفاق حق تابع ١٢٦٤
حق الارتفاق حق دائم ١٢٦٥
حق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة ١٢٦٦
الأشياء التى تصلح أن تكون محلا للارتفاق: ١٢٦٦
عقار بطبيعته ١٢٦٧
الأرض والمنشآت ١٢٦٧
جواز ترتيب حق الارتفاق على المال العام: ١٢٦٧
ترتيب حق الارتفاق يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها المال ١٢٦٨
ترتيب حق الارتفاق لا يتعارض مع المنفعة العامة التى خصص لها المال ١٢٦٩
تكييف حق الارتفاق على المال العام فى فرنسا ١٢٦٩
تكييف هذا الحق فى مصر – حق ارتفاق إدارى ١٢٧٠
تقسيمات حق الارتفاق: ١٢٧١
الارتفاق المستمر والارتفاق غير المستمر ١٢٧٢
الارتفاق الظاهر والارتفاق غير الظاهر ١٢٧٣
الارتفاق الإيجابى والارتفاق السلبى ١٢٧٥
استبعاد القيود القانونية الواردة على حق الملكية من نطاق حق الارتفاق: ... ١٢٧٥
نتيجتان هامتان: عدم الضمان هذه القيود– لا تزول هذه القيود بعدم الاستعمال ١٢٧٦
انقسام الفقه فى فرنسا وفى مصر ١٢٧٧
ما أدخله التقنين المدنى الجديد من تعديلات على التقنين المدنى السابق فى خصوص حق الارتفاق: ١٢٧٨
التمييز بين حقوق الارتفاق والقيود القانونية التى ترد على حق الملكية ١٢٧٨
إكمال أسباب كسب حق الارتفاق – تخصيص المالك الأصلى ١٢٧٨

كسب حق الارتفاق غير المستمر بالتقادم – حق المرور ١٢٧٩
حسم الخلاف فى طبيعة القيود التى تفرضها عادة شركات الأراضى على المشترين ١٢٧٩
تعديل حق الارتفاق أو نقله أو زواله إذا كان ذلك يدفع الضرر عن العقار المرتفق به ١٢٧٩
إنهاء حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء أو إذا لم يعد للارتفاق المنفعة التى كانت له ١٢٧٩
خطة البحث: أسباب كسب حق الارتفاق – الاثار التى تترتب على قيامه– انتهاؤه ١٢٧٩

الفصل الأول

أسباب كسب حق الارتفاق ١٢٨٠
كسب حق الارتفاق انتقالا ١٢٨١
كسب حق الارتفاق ابتداء: ١٢٨١
التصرف القانونى– تخصيص المالك الأصلى– التقادم المكسب ١٢٨٢
المبحث الأول– التصرف القانونى ١٢٨٢
المطلب الأول– أنواع التصرف القانونى الذى ينشئ حق الارتفاق ١٢٨٢
العقد والوصية ١٢٨٢
الأحكام الشكلية للتصرف القانونى ١٢٨٤
الأحكام الموضوعية للتصرف القانونى ١٢٨٥
التسجيل ١٢٨٧
المطلب الثانى– الحدود التى يقف عندها التصرف القانونى فى إنشاء حق الاتفاق ١٢٨٨
تطبيق القواعد العامة ١٢٨٨
تحويل القيود القانونية الواردة على حق الملكية إلى حقوق ارتفاق إرادية..... ١٢٨٩
اختيار أعمال أخرى غير داخله فى القيود القانونية الواردة على حق الملكية محلا لحقوق ارتفاق إرادية ١٢٩٣
قيدان أساسيان يحدان من قوة التصرف القانونى فى إنشاء حق الارتفاق ... ١٢٩٤
القيد الأول– حق الارتفاق يتقرر على عقار لا على شخص ١٢٩٥
القيد الثانى– حق الارتفاق ينشأ لفائدة عقار لا لفائدة شخص ١٢٩٧
تطبيقات مختلفة ١٢٩٨
تطبيق خاص لحق منشأ لفائدة عقار– قيود البناء ١٣٠١

المبحث الثاني- تخصيص المالك الأصلي ١٣٠٩
كيف يترتب حق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي وعلى أى أساس يقوم ١٣١٠
الشروط الواجب توافرها لترتيب الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ١٣١٢
١ - وجود عقارين مملوكين لمالك واحد ١٣١٣
عقاران منفصلان لمالك واحد ١٣١٣
جزءان من عقار واحد ١٣١٣
٢ - جعل هذا المالك الواحد أحد العقارين يخدم بالفعل العقار الآخر ١٣١٣
جعل أحد العقارين فى وضع يخدم فيه بالفعل العقار الآخر ١٣١٣
المالك الأصلي للعقارين هو الذى أنشأ الوضع الفعلى القائم ١٣١٥
٣- وضع علامة ظاهرة تكشف عن الوضع الفعلى ١٣١٦
الارتفاق الظاهر وحده هو الذى يكسب بتخصيص المالك الأصلي ١٣١٦
وجوب بقاء العلامة الظاهرة إلى وقت أن يتملك العقارين مالكان مختلفان ١٣١٧
يكفى أن يكون الارتفاق ظاهراً ولا يشترط أن يكون مستمراً ١٣١٨
الارتفاق السلبى لا يكسب بتخصيص المالك الأصلي ١٣١٩
٤ - صيرورة العقارين مملوكين لمالكين مختلفين ١٣٢٠
كيف يصير العقاران مملوكين لمالكين مختلفين ١٣٢٠
عدم نشوء حق الارتفاق عند وجود شرط صريح يقضى بعدم نشوئه ١٣٢١
المبحث الثالث- التقادم المكسب ١٣٢٣
١ - حقوق الارتفاق التى يجوز كسبها بالتقادم ١٣٢٣
وجوب أن يكون حق الارتفاق ظاهراً حتى يجوز كسبه بالتقادم ١٣٢٣
حق الارتفاق غير الظاهر لا يجوز كسبه بالتقادم ١٣٢٤
حق الارتفاق الظاهر المستمر يجوز كسبه بالتقادم ١٣٢٥
حق الارتفاق الظاهر غير المستمر يجوز أيضاً كسبه بالتقادم ١٣٢٧
طريقة استعمال حق الارتفاق الظاهر يجوز كسبها بالتقادم ١٣٢٩
٢ - حيازة حق الارتفاق التى تؤدى إلى كسبه بالتقادم ١٣٣٠
الحيازة فى حق الارتفاق كالحيازة فى الملكية ١٣٣٠
أعمال التسامح فى حيازة حق الارتفاق لا تؤدى إلى كسبه بالتقادم ١٣٣٢
إتيان الرخصة من المباحات لا تؤدى إلى كسب حق ارتفاق بالتقادم ١٣٣٣

٣ – مدة التقادم ١٣٣٤
مدة التقادم فى التقنين المدنى الفرنسى ١٣٣٤
مدة التقادم فى التقنين المدنى المصرى ١٣٣٦

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على قيام حق الارتفاق ١٣٣٨
المبحث الأول – الآثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق ١٣٣٩
١ – تحديد مدى حق الارتفاق واستعمال هذا الحق ١٣٣٩
تحديد مدى حق الارتفاق ١٣٣٩
تجزئة العقار المرتفق ١٣٤١
تجزئة العقار المرتفق به ١٣٤٣
استعمال حق الارتفاق: ١٣٤٥
مجاوزة مالك العقار المرتفق حدود حق الارتفاق ١٣٤٦
إساءة مالك العقار المرتفق استعمال حق الارتفاق ١٣٤٨
نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه ١٣٤٩
٢ – الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق ١٣٥١
دعوى الإقرار بحق الارتفاق ١٣٥١
دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون الفرنسى ١٣٥٢
دعاوى الحيازة المتعلقة بحق الارتفاق فى القانون المصرى ١٣٥٣
المبحث الثانى – الاثار بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به ١٣٥٤
١ – واجبات مالك العقار المرتفق به ١٣٥٤
واجبات سلبية محضة ١٣٥٥
امتناع مالك العقار المرتفق به عن أى عمل يعوق استعمال حق الارتفاق ١٣٥٦
٢ – الدعاوى المخولة لمالك العقار المرتفق به ١٣٦٢
دعوى إنكار حق الارتفاق ١٣٦٢
دعاوى الحيازة ١٣٦٣

الفصل الثالث

أسباب انتهاء حق الارتفاق ١٣٦٤
بيان هذه الأسباب: ١٣٦٤

انقضاء الأجل ١٣٦٤
هلاك أحد العقارين ١٣٦٦
اتحاد الذمة ١٣٦٧
عدم الاستعمال أو التقادم المسقط ١٣٦٨
استحالة استعمال حق الارتفاق ١٣٧٣
انعدام الفائدة من حق الارتفاق ١٣٧٥
تحقق الشرط الفاسخ وفسخ ملكية صاحب العقار المرتفق به ١٣٧٧
نزول صاحب حق الارتفاق عن حقه ١٣٧٨