دروس في

أسباب كسب الملكية

الأستاذ الدكتور

حسن حسين البراوي

أستاذ القانون المدني

وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

المحامي بالنقض والإدارية العليا

2025

مِصْرُ الْحَضَارَةُ وَالآثَارُ شَاهِدَةٌ

مِصْرُ السَّمَاحَةُ مِصْرُ الْمَجْدُ مِنْ قِدَمِ

مِصْرُ الْعَزِيزَةُ إِنْ جَارَتْ وَإِنْ عَدَلَتْ

مِصْرُ الْحَبِيبَةُ إِنْ نَزَحَلْ وَإِنْ نُقِمِ

نَحْنُ الضُّيُوفُ عَلَى رَحْبٍ وَمَكْرُمَةٍ

مِنْهَا وَإِنَّا لَحُفَّاظُونَ لِلذِّمَمِ

جِئْنَا حِمَاهَا وَعِشْنَا آمِنِينَ بِهِ

مُمَتَّعِينَ كَأَنَّ الْعَيْشَ فِي حُلُمِ

الشاعر

جبران خليل جبران

رقم الإيداع بدار الكتب: 2023/17643

الترقيم الدولي: 978-977-94-7047-4

جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة. لا يُسمح بإعادة نشر هذا المصنف أو أي جزء منه، أو تخزينه في أي نظام حفظ معلومات، أو نقله بأي شكل من الأشكال أو بأي وسيلة، سواء كانت إلكترونية أو آلية أو بالتصوير أو بالتسجيل أو غير ذلك، دون موافقة خطية مسبقة من المؤلف.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the author.

مقدمة

الحق العيني والحق الشخصي:

يعرف الحق العيني *Droit réel* بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء مادى معين. فالحق العيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بمقتضاها يستطيع صاحب الحق القيام بأعمال تمكنه من الحصول على منفعة متعلقة بهذا الشيء الذي يرد عليه الحق العيني. بينما الحق الشخصي رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما، وهو المدين، تجاه الآخر، وهو الدائن، بالقيام بأداء معين. وقد يتمثل الأداء الذي يلتزم به المدين، فى مواجهة الدائن، بالالتزام بعمل، أو الالتزام بالامتناع عن عمل أو الالتزام بإعطاء.

خصائص الحق العيني:

يتميز الحق العيني بعدة خصائص نجملها في:

1- يتميز الحق العيني أن صاحبه يباشر سلطته عليه مباشرة بغرض الحصول على منافعه مباشرة ودون وساطة شخص آخر. وهذا ما يميز الحق العيني عن الحق الشخصي. فهذا الأخير لا يمكن لصاحبه أن يقتضيه بنفسه وإنما لابد من تدخل شخص آخر هو المدين فى الحق الشخصي. ويرد الحق العيني يرد على شيء مادي وبذلك يخرج عن نطاق الحق العيني الحقوق الذهنية أو المعنوية.

2- لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على شيء، فلابد أن يكون هذا الشيء موجودا حتى يمكن أن يباشر صاحب الحق سلطته عليه، وينبني على ذلك أنه إذا كان الشيء محل الحق غير معين بالذات، فإنه لا يرد عليه الحق العيني ومثال ذلك: من يبيع مائة أردب من القمح بدرجة جودة معينة، فقبل الإفراز وتعيين هذه

الكمية لا يكون للمشترى حقا عينيا . وهو هنا حق الملكية . لأن الحقوق العينية لا ترد إلا على شيء معين بالذات، ومن ثم لا يثبت حق المشترى إلا بالقيام بعملية الإفراز، أما قبل ذلك فلا يكون للمشترى قبل البائع سوى حق شخصي يلزمه القيام بعملية الإفراز.

3- إن الحق العيني وما يخوله لصاحبه من سلطة مباشرة على الشيء يعتبر حقا مطلقا أي يحتج به على الكافة، " أي أن الواجب الذى يقابل الحق يقع هنا على الناس جميعهم بغير تعيين ". بيد أن الواجب العام المفروض على جميع الناس باحترام حق الغير موجود بالنسبة إلى كل أنواع الحقوق، فجميع الحقوق يجب على الكافة احترامها.

4- يخول الحق العيني صاحبه ميزتي التتبع والأولوية. والتتبع يقصد به عدم ضياع الحق لمجرد انتقال الشيء من شخص إلى آخر. ويقصد بميزة الأولوية أو التقدم أن الحق العيني " يخول صاحبه ميزة الأفضلية والأولوية. فى استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له فى المرتبة.

5- الحق العيني دائم لأنه سلطة مباشرة على شيء، ولذلك فانه يبقى ما بقى هذا الشيء موجودا، بيد أن هذا يصدق على الحقوق العينية الأصلية دون الحقوق العينية التبعية والتي ترتبط فى وجودها وبقائها ببقاء الحق المضمون.

6- يمكن اكتساب الحق العيني بالتقادم؛ ذلك لأن الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء؛ ومن ثم من يضع يده على شيء لمدة معينة يحددها القانون مع توافر باقي الشروط اللازمة للتقادم المكسب؛ يتملكه ويكتسب عليه حقا عينيا.

الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية:

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية. والحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التى تقوم مستقلة بذاتها، ولا تستند فى وجودها إلى حق آخر تتبعه وتشمل هذه الحقوق حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه (حق الانتفاع – حق الاستعمال – حق السكنى) وحق الحكر وحقوق الارتفاق. أما الحقوق العينية التبعية فهي لا تنشأ مستقلة بذاتها وإنما تستند فى وجودها إلى حق آخر، فهي تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به. فهي حقوق عينية لأنها تمنح صاحبها سلطة مباشرة على شيء معين، وهي تبعية لأنها لا تنشأ مستقلة بذاتها بل تكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به. وهي تشمل الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وأخيرا حقوق الامتياز.

الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر:

إذا كانت الحقوق الشخصية غير واردة تحت حصر، حيث تملك إرادة الأطراف انشاء ما تشاء من هذه الحقوق متى التزمت حدود النظام العام والآداب، إلا أنه بالنسبة للحقوق العينية ثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحقوق واردة في القانون على سبيل الحصر، فلا يمكن للأفراد انشاء حقوق عينية غير التي نظمها المشرع، أم هي واردة على سبيل المثال وعندئذ يكون بمقدور الأفراد انشاء ما يشاؤون من حقوق عينية أخرى غير تلك التي وردت في القانون. ولقد قيلت عدة آراء فقهية ولكل رأي تبريراته وأدلته، لكن أرجح هذه الآراء أن هذه الحقوق تتعلق بالنظام العام سواء في ذلك الحقوق العينية الأصلية أو الحقوق العينية التبعية. فالهدف من تنظيم الحقوق العينية الأصلية هو ضمان حسن استغلال الأشياء التي تكون الجزء الأكبر من الثروة الاقتصادية للمجتمع ككل، وحتى لا تتركز هذه

الأشياء تحت يد طائفة أو أشخاص بعينهم، فيتدخل المشرع بالتنظيم لحق الملكية حتى يضمن أفضل استغلال لهذه الأشياء يعود بالنفع على المجتمع في عمومه، وفي الخروج على هذا التنظيم والسماح للأفراد بإنشاء حقوق عينية أصلية غير التي نظمها المشرع قد يؤدي إلى وجود حقوق تنقص من السلطات التي خولها القانون للمالك، فيختل ما وضعه المشرع من تنظيم. أما الحقوق العينية التبعية فهي أيضا متعلقة بالنظام العام حيث تهدف إلى تقوية الائتمان بما يضمن حسن سير الاقتصاد الوطني.

مصادر الحقوق العينية:

تقابل مصادر الحقوق العينية مصادر الحقوق الشخصية أو مصادر الالتزام. وتقابل مصادر الالتزام أسباب كسب الملكية. وأسباب كسب الملكية عامة، إذ أنها تشمل الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، ولقد كانت هذه الأسباب واردة في المشروع التمهيدي بعد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية حتى تعم حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، لكن في لجنة المراجعة رؤى أن يتم تقديمها في الترتيب وتأتي بعد حق الملكية مباشرة وقبل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، وسبب ذلك أن هذه الأسباب تنطبق جميعا على حق الملكية، بينما بعضها كالاستيلاء لا ينطبق على الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، لذلك رؤى النص عليها بعد تنظيم حق الملكية مباشرة، ثم قام المشرع بصدد تنظيمه لكل حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية بالنص على ما ينطبق عليه من أسباب.

وبناء على ما تقدم فإن دراسة أسباب كسب الملكية هي دراسة لمصادر الحقوق العينية. ولقد نص المشرع على أسباب كسب الملكية في المواد من 870 مدني إلى 984 مدني.

أسباب كسب الملكية:

نشير بداية إلى أن الملكية التي ندرسها هنا هي الملكية المنصوص عليها في القانون المدني، أي الملكية الخاصة التي تثبت لأشخاص القانون الخاص، أما الملكية العامة التي تثبت للدولة ولأشخاص القانون العام فهذه تدخل في نطاق دراسة القانون الإداري. ونص المشرع على أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني، حيث تناولها في المواد من 870 إلى 984 مدني، وهذه الأسباب هي على الترتيب الذي ذكره المشرع: الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة، الحيازة. وحسبما جرى قضاء محكمة النقض فإن هذه الأسباب واردة في القانون على سبيل الحصر وهى وفقاً للمواد 870 وما بعدها من القانون المدني – الاستيلاء والميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب فضلاً عن أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية وليس من بين هذه الأسباب محاضر التسليم – بناء على حكم مرسي المزاد – سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة. ويلاحظ على هذا التنظيم أنه قد قسم أسباب كسب حق الملكية إلى أسباب منشئة وأسباب ناقلة. أو بعبارة أخرى أسباب يتم بها اكتساب حق الملكية ابتداء، وأسباب يتم بها اكتساب حق الملكية عن طريق الانتقال. ويقصد بكسب الملكية ابتداء الأسباب التي تؤدي إلى أن يكتسب الشخص ملكية شيء لم يكن مملوكا لأحد من قبل في أي لحظة. أما الأسباب الناقلة فيقصد بها الأسباب التي تؤدي لاكتساب الشخص لملكية شيء كان مملوكا من قبل لشخص آخر قبله. والأسباب التي يتم بها اكتساب الملكية ابتداء هي الاستيلاء، أما الأسباب التي يتم بها اكتساب الملكية انتقالا فقد تكون بسبب الوفاة كالميراث والوصية، وقد تكون بين الأحياء كالالتصاق والعقد والشفعة والحيازة.

تحديد نطاق الدراسة:

يلاحظ على أسباب كسب الملكية التي نص عليها أن المشرع نظم بعضها تنظيما شاملا، بينما اقتصر في البعض الآخر على اليسير من النصوص القانونية مع الإحالة إلى مواضع أخرى في القانون المدني والقوانين الخاصة. فالميراث والوصية وبالنظر إلى أنه يتم تنظيمهما بقواعد مستمدة من الشريعة الإسلامية، فقد أحال المشرع بصددهما إلى هذه الأحكام وإلى القوانين الخاصة المنظمة لهما. كذلك فإن العقد ينظمه المشرع تنظيما كاملا حين يتناول مصادر الحقوق الشخصية، فضلا عن تناوله في العقود التي ترد على الملكية وأخصها البيع. وعلى ذلك تخرج كتب الشراح من نطاق دراسة أسباب كسب الملكية الميراث والوصية والعقد.

وفي ضوء ذلك يتحدد نطاق الدراسة بدراسة أسباب كسب الملكية ابتداء حيث ندرس الاستيلاء، ثم دراسة أسباب كسب الملكية انتقالا بين الأحياء حيث ندرس الالتصاق والشفعة والحيازة، ونحيل في العقد إلى ما يتم دراسته في النظرية العامة للالتزامات وإلى ما يتم شرحه في العقود التي ترد على الملكية. أما دراسة أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة وتشمل الميراث والوصية فهذه تنظمها قوانين خاصة، لذلك تخرج من نطاق الدراسة؛ وعليه تكون موضوعات هذا الكتاب على الترتيب التالي: الاستيلاء، الالتصاق، الشفعة، الحيازة.

الباب الأول: الاستيلاء

الباب الثاني: الالتصاق

الباب الثالث: الشفعة

الباب الرابع: الحيازة

الباب الأول

الاستيلاء

تمهيد:

يعرف الاستيلاء بأنه: وضع اليد على شيء مادي لا مالك له، بنية تملكه.

يظهر من هذا التعريف أن الاستيلاء يقوم على عنصرين: العنصر الأول هو وضع اليد بمعنى الاستحواذ على الشيء، بحيث يكون في حيازة واضع اليد، وهذا هو العنصر المادي. والعنصر الثاني هو العنصر المعنوي وهو نية التملك، فلا يكفي أن يضع الشخص يده على شيء مادي غير مملوك لأحد حتى يتملكه بالاستيلاء، وإنما يجب أن يقترن وضع اليد هذا بنية التملك لدى واضع اليد.

يترتب على تحديد الاستيلاء بالمعنى المتقدم نتيجتان:

النتيجة الأولى: لا يتصور الاستيلاء كسبب من أسباب كسب حق الملكية بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، إذ هو يفترض أن يكون الشيء الذي يتم وضع اليد عليه غير مملوك لأحد، بينما تفترض الحقوق المتفرعة عن حق الملكية بداهة وجود حق ملكية أولا حتى يتفرع عنه الحق منه، وغني عن البيان أنه لا يتصور حق ملكية دون مالك.

النتيجة الثانية: إن الاستيلاء لا يتصور بالنسبة للعقارات، حيث يفترض الاستيلاء أن الشيء لا مالك له، والعقارات ليست سائبة لا مالك لها، ولقد ميز المشرع بالنسبة للاستيلاء بين المنقول والعقار، فوضع بالنسبة للمنقول القاعدة الأساسية في الاستيلاء وهي أن من يضع يده على منقول لا مالك له يتملكه.

أما بالنسبة للعقار فإن المادة 874 مدني كانت تنظم الاستيلاء كسبب لكسب ملكية العقار، لكن المشرع بمقتضى قانون رقم 100 لسنة 1964 بشأن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها. الصادر بتاريخ 21-03-1964 نشر بتاريخ 23-03-1964 قد ألغى الفقرة الثالثة من المادة المشارة إليها، إضافة إلى ذلك توجد قوانين تنظم تملك الأراضي الصحراوية (قانون رقم 124 لسنة 1958 الصادر بتاريخ 20-08-1958 نشر بتاريخ 24-08-1958 يعمل به اعتبارا من 24-08-1958 بشأن تنظيم تملك الأراضي الصحراوية. الجريدة الرسمية 24 مكرر (ب)). وبناء على ذلك فقد أصبحت كافة العقارات التي لا مالك لها مملوكة للدولة، ولا يجوز تملكها إلا وفقا للقواعد المنظمة لذلك في القوانين الخاصة، كما لا يجوز تملك الأموال الخاصة للدولة بالتقادم بمقتضى المادة 970 مدني؛ يترتب على تلك القوانين أن الاستيلاء لم يعد ممكنا قانونا على العقارات. وعلى ذلك يقتصر الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية على المنقول دون العقار. وفي ضوء ذلك يقتصر هذا الباب على فصل وحيد نتناول فيه تملك المنقول بالاستيلاء.

فصل وحيد

الاستيلاء على المنقول

تمهيد وتقسيم:

ينص المشرع في المادة 870 مدني على أنه: " من وضع يده على منقول لا مالك له بنيّة تملّكه، ملكه". وتنص المادة 1/871 مدني على أنه: " يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلّى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته". يظهر من هذا

أن المشرع وضع شروطا لتملك المنقول بالاستيلاء، كما أنه عرض للفروض التي يكون فيها المنقول لا مالك له؛ ومن ثم يجوز تملكه بالاستيلاء، وجاء المشرع بعد ذلك في المادة 872 مدني وبين حكم الكنز. وفي ضوء ما تقدم يقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نخصص الأول لبيان شروط تملك المنقول بالاستيلاء، ونفرد الثاني لبيان المنقولات التي يجوز تملكها بالاستيلاء، ليكون المبحث الثالث لبيان حكم الكنز، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: شروط تملك المنقول بالاستيلاء

المبحث الثاني: المنقولات التي لا يجوز تملكها بالاستيلاء

المبحث الثالث: حكم الكنز والأشياء الأثرية

المبحث الأول

شروط تملك المنقولات بالاستيلاء

ثلاثة شروط:

يتضح من نص المادة 870 مدني، والفقرة الأولى من نص المادة 871 مدني سالف الإشارة إليهما أنه يشترط لتملك المنقول بالاستيلاء توافر ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول: الحيازة الفعلية للمنقول

يشترط لاكتساب المنقول بالاستيلاء أن يتم وضع اليد على المنقول فعليا، بمعنى أن يستحوذ الراغب في الملكية على المنقول بحيازته حيازة فعلية، وهذا هو العنصر المادي في الاستيلاء، ويتحقق بأي فعل يصدر من الراغب في الملكية يتمكن به من حيازة المنقول حيازة فعلية، ويتوقف الأمر على حسب طبيعة

المنقول، وتقدر المحكمة ما إذا كان الشخص قد حاز المنقول حيازة فعلية من عدمه وفقا لظروف وملابسات الدعوى.

الشرط الثاني: نية التملك

يشترط ثانيا أن يكون وضع اليد على المنقول بنية تملكه، وهذا هو العنصر المعنوي في الاستيلاء، فإذا وضع الشخص يده على المنقول وتمكن من حيازته حيازة فعلية دون أن تكون لديه نية تملكه فلا يتحقق الاستيلاء كسبب مكسب لملكية المنقول، وعلى ذلك فإن المستأجر والمستعير والمودع لديه، كل هؤلاء يحوزون ما تحت أيديهم حيازة فعلية، فالمستأجر يحوز الشيء المؤجر، والمستعير يحوز الشيء المعار، والمودع لديه يحوز الشيء المودع، لكن لا تتوافر لدى أحدهم نية التملك.

الشرط الثالث: أن ترد الحيازة على منقول مادي

يشترط ثالثا أن ترد الحيازة على منقول مادي، فهذا وحده الذي يمكن الاستحواذ عليه من خلال حيازته حيازة فعلية، وبناء على ذلك يخرج من نطاق الاستيلاء المنقولات المعنوية كالحقوق الذهنية (حقوق المؤلف وبراءات الاختراع والعلامات التجارية) فهذا لا يتصور حيازتها حيازة فعلية. ترتيبا على ذلك فإنه إذا فرض وقام نحات بكسر ما نحته والقى به متخليا عن ملكيته، أو قام مؤلف بكتابة قصة ثم مزق الأوراق التي دون عليها هذه القصة والقى بها، أو قام رسام بتمزيق لوحته والقى به، في كل هذه الفرض إذا جاء شخص ووضع يده على هذه الأشياء فإنه يتملكها بحيازته الفعلية المادية لهذه الأشياء، لكن لا يكون له حقوق مؤلف على ما قام بجمعه، فلا يجوز له إعادة نشرها، وإنما يقتصر حقه فقط على الحيازة المادية لهذه الأشياء.

المبحث الثاني
المنقولات التي يجوز تملكها بالاستيلاء

تقسيم:

المنقولات التي يجوز تملكها بالاستيلاء إما أن تكون منقولات لا مالك لها، وهذا هو الفرض الأول. وإما أن تكون منقولات تخلى عنها مالكها، وهذا هو الفرض الثاني. ويقتضي بيان المنقولات التي يجوز تملكها بالاستيلاء بيان حكم الأشياء الضائعة (اللقطة). وعليه يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول
المنقولات التي لا مالك لها

يندرج تحت المنقولات التي لا مالك لها الأشياء المشتركة، وهي الأشياء التي يشترك فيها جميع الناس، ولا يستأثر بها أحد بعينه، ويدخل في ذلك مياه البحار والأنهار، والهواء الطلق، فهذه الأشياء إذا وضع شخص يده على جزء منها على سبيل الاستئثار، بحيث يستحوذ عليها حيازة فعليه فإنها يتملكها كأن يضع يده على جزء من ماء البحر ليقوم بتحليته، أو يضغط كمية من الهواء الطلق لتعبئتها في أسطوانة.

ويدخل ضمن المنقولات التي لا مالك لها الحيوانات غير الأليفة متى كانت طليقة، وفي ذلك تنص المادة 2/871 مدني بأنه: وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة". ويأخذ نفس الحكم الأسماك في البحار والأنهار. على أنه ليس بلازم في تملك هذه الحيوانات بالصيد أن يضع الصائد يده عليها بالفعل ولكن يكفي أن يكون في مقدوره حيازتها ووضع يده عليها بأن تصبح بحالة يصعب

معها الفرار حتى ولو وقعت في أرض الغير كأن يصيب الصائد الحيوان إصابة مميته، أو إصابة تعجزه عن الحركة، أما إذا لم يكن للإصابة هذا الأثر وكان في مقدور الطير أن يطير، فإنه يكون لمن يصيبه بعد ذلك إصابة تعجزه عن الفرار أن يتملكه بالاستيلاء.

المطلب الثاني

المنقولات التي تخلى عنها مالكها

في الفرض السابق المنقول لا مالك له بداءة، أما في هذا الفرض فإن المنقول له مالك، لكن مالكه تخلى عن ملكيته، فهو شيء متروك، ويعود هذا الشيء المتروك منقولا لا مالك له، فيجوز تملكه بالاستيلاء. ويشترط لوجود هذا الفرض شرطان: الشرط الأول التخلي عن المنقول، والشرط الثاني أن تتجه إرادة المالك إلى النزول عن ملكيته.

ويدخل تحت المنقولات التي تخلى عنها مالكها الحيوانات غير الأليفة إذا أطلقت ولم يتتبعها مالكها فورا أو كف عن تتبعها، إذ تعود منقولات لا مالك لها وجاز لمن يعتقلها بنية تملكه أن يتملكها، ومثال ذلك إذا اعتقل شخص نمرا فإنه يكون على مالكه، فإذا أطلق ولم يتتبعه مالكه فورا أو كف عن تتبعه، عاد منقولا لا مالك له، وفي ذلك تنص المادة 2/871 مدني بأنه:" وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كفّ عن تتبّعه". ونفس الحكم بالنسبة للحيوانات التي يتم ترويضها بحيث تألف العودة إلى أوكارها كالنحل والحمام، فإذا ما فقدت هذه الحيوانات هذه العادة ولم تعد تعود إلى أوكارها عادت لا مالك لها، وعلى ذلك جاء

عجز الفقرة الثانية من المادة السابقة بالنص على أنه:" وما روّض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له.".

ويدخل ضمن المنقولات التي لا مالك له الأشياء المتروكة التي يتخلى أصحابها عنها بنية النزول عن ملكيتها، كبقايا الطعام، والملابس، واللعب، وغيرها مما يلقى به في سلة المهملات، وأيضا ما يتركه ركاب الطائرات والقطارات بنية التخلي عن ملكيته من طعام وأغراض أخرى. هذه المنقولات تصبح لا مالك لها ويجوز تملكها بالاستيلاء متى كانت لدى من يضع يده عليه نية تملكها.

المطلب الثالث

حكم الأشياء الضائعة (اللقطة)

تعريف:

الأشياء الضائعة لا تقع تحت حصر، وتشمل الأمتعة والأغراض في محطات القطارات والمطارات، وكذلك الودائع المتروكة في خزائن المحاكم، والطرود التي لا يتقدم أحد لاستلامها من مكاتب البريد ومنافذ الجمارك، وبصفة عامة كل الأشياء التي تلتقط في الطريق العام دون أن يعرف مالكها. وقد نص المشرع في المادة 873 مدني على أنه: " الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظّمه لوائح خاصة". واللائحة الخاصة التي تنظم الأشياء الضائعة في مصر هي لائحة 19 أكتوبر 1898 بشأن الأشياء الضائعة. وفرضت المادة الأولى من اللائحة المذكورة يجب على كل مأمور مركز أو ضابط أو رئيس نقطة بوليس فى المدن والأقاليم أن يحرر محضرا بما يودع لديه من الأشياء أو الحيوانات الضائعة التى يحصل العثور عليها.

ويبين فى المحضر المذكور: أولا – أوصاف الشيء أو الحيوان.
ثانيا – اسم ولقب وصناعة وبلد المودع الأصلية ومحل اقامته.
ثالثا – أقوال المودع فيما يختص بالمحل والوقت والظروف التى حصل العثور فيها على الشيء أو الحيوان. وإذا حصل بالإيداع المذكور لدى العمدة فيكتفى لذكر هذه البيانات فى دفتره ثم يرسل الشيء المودع الى مأمور المركز التابع هو اليه مع الدفتر والمأمور يحرر المحضر اللازم بذلك.

وإذا كان المودع حيوانا فعلى العمدة حفظه للإجراء حسبما تقتضيه المادة الخامسة مع ارسال الدفتر للمركز لتحرير المحضر بمقتضاه.

المبحث الثالث

الكنز والأشياء الأثرية

نبين في هذا المطلب أولا حكم الكنز، وثانيا حكم الآثار.

أولا: حكم الكنز

يقتضي بيان حكم الكنز بيان تعريفه وشرط اعتبار الشيء كنزا، ثم بعد ذلك بيان لمن تكون ملكية الكنز:

(1) تعريف الكنز وشروط وجوده:

يعرف الكنز بأنه: شيء مدفون أو مخبوء لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، وعلى ذلك يشترط للقول بوجود الكنز:

(أ) يجب أن يكون الشيء المدفون أو المخبوء منقولا، وعلى ذلك فإن العقارات التي توجد مدفونة في الأرض كالأعمدة والقبور لا تعتبر كنز وإنما هي جزء من الأرض التي وجدت بها، وذلك ما لم تكن معتبرة آثار.

(ب) أن يكون المنقول مدفونا أو مخبوءا، وعلى ذلك فإنه إذا وجد منقول ثمين في مكان ظاهر فلا يعتبر كنزا، وإنما يأخذ حكم الأشياء الضائعة. وإن كان المشرع وضع الحكم الغالب وهو أن يكون الكنز مدفونا في عقار، إلا أنه يتصور أن يكون الكنز مدفونا في منقول، كأن تخبأ مجموعة من النقود الورقة داخل كتاب، أو تخبأ مجوهرات ثمينة داخل درج بقطعة أثاث.

(ج) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته للكنز، ويستفاد هذا الشرط صراحة من نص المشرع في الفقرة الأولى من المادة 872 مدني من أنه: الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يُثبت ملكيته له،...".

(2) ملكية الكنز:

بين المشرع لمن تكون ملكية الكنز، حين نص في الفقرة الأولى من المادة 872 سالف الإشارة إليها على أنه: " يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته". ونص في الفقرة الثانية على أنه: " 2- والكنز الذي يُعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته". يظهر من هذا أن ملكية الكنز تكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز، وإذا كان العقار مرتبا عليه حق انتفاع أو حق حكر ووجد كنز فيه، فإن ملكية الكنز تكون لمالك الرقبة، وليس صاحب حق الانتفاع أو المحتكر، فالكنز ليس من الثمار حتى يتملكها هؤلاء. أما إذا كان الكنز قد عثر عليه في عين موقوفة، فإن ملكية الكنز لا تكون لجهة الوقف، بوصفها شخصا اعتباريا، وإنما تكون للواقف إذا كان حيا، أو ورثته حال وفاته. ويلاحظ على تحديد المشرع لمن تثبت ملكية الكنز أمران:

الأمر الأول: إن الأحكام التي حدد بها المشرع لمن تثبت ملكية الكنز تخرج عن احكام الاستيلاء، فالأخير يثبت الملكية لمن يضع يده على المنقول بنية

تملكه، بينما المشرع جعل ملكية الكنز لمالك العقار، وإن كانت ملكية الكنز تستند إلى الاستيلاء لوجب ثبوت الملكية لمن يضع يده عليه بنية تملكه كصاحب حق الانتفاع. وقد اختلف الفقه في تبرير هذا الحكم فالبعض يرى أن ثبوت الكنز لمالك العقار يستند إلى أن الكنز من الملحقات، ولا يستقم هذا الرأي لأن مقتضي هذا أن تكون ملكية الكنز لصاحب حق الانتفاع إذا كان مقرر على العقار حق الانتفاع، وهذا ما لم يقضي به النص. ويذهب جانب آخر إلى أن الكنز يتبع الأرض التي وجد بها، فالكنز من أجزاء العقار التي تشملها ملكية صاحبه؛ لذلك تكون ملكيته لمالك الأرض. بيد أن غالبية الفقه تذهب إلى أن مالك العقار يتملك الكنز استنادا إلى نص القانون.

الأمر الثاني: إن المشرع لم يجعل لمن يعثر على الكنز إذا كان غير المالك أي حق في الكنز، وهذا موقف يحتاج إلى مراجعة من قبل المشرع، فبعض التشريعات تجعل الكنز مناصفة بين مالك العقار ومن وجده، وبعضها تجعل له نسبة أقل، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن في تقرير حق معلوم لمن يعثر على الكنز تشجيع له لأن يعلن عنه، ولا يخفيه عن المالك حتى يستأثر به.

ثانياً: الآثار

لا تعبر الآثار سواء كانت عقارا أم منقولا كنوزا؛ ومن ثم لا تسري عليها الأحكام المنظمة للكنز، وإنما تسري عليها الأحكام الخاصة بها، وفي هذا تنص المادة 873 مدني على أنه: الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظّمه لوائح خاصة". ويكون المشرع قد أحال بذلك إلى قانون حماية الآثار رقم قانون – رقم 117 لسنة 1983 وفقا لآخر تعديل صادر في 18 مارس 2020.

وتعتبر المادة السادسة من القانون جميع الآثار العقارية والمنقولة والأراضي التى اعتبرت أثرية من الأموال العامة.

وتختلف الآثار عن الكنز واللقطة اللذان لا يكونا إلا منقولات، بينما الآثار يمكن أن تكون منقولات أو عقارات، وقد حددت المادة الأولى من قانون الآثار سالف الذكر الشروط التي يجب توافرها لاعتبار الشيء أثراً حين نصت على أنه: " فى تطبيق أحكام هذا القانون يعد أثرًا كل عقار أو منقول متى توافرت فيه الشروط الآتية:

1- أن يكون نتاجًا للحضارة المصرية أو الحضارات المتعاقبة أو نتاجا للفنون أو العلوم أو الآداب أو الأديان التى قامت على أرض مصر منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى ما قبل مائة عام. 2- أن يكون ذا قيمة أثرية أو فنية أو أهمية تاريخية باعتباره مظهرًا من مظاهر الحضارة المصرية أو غيرها من الحضارات الأخرى التى قامت على أرض مصر.

3- أن يكون الأثر قد أنتج أو نشأ على أرض مصر أو له صلة تاريخية بها وتعتبر رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها فى حكم الأثر الذى يتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون".

الباب الثاني

الالتصاق

تعريف وتحديد:

يعرف الالتصاق بأنه اتحاد أو اندماج شيئين مختلفين، مملوكين لشخصين مختلفين اندماجا ماديا بحيث يستحيل فصلهما عن بعضهما، فيتملك مالك الشيء الأصلي الشيء الفرعي بمقتضى القانون أو حكم القاضي. والشيئان قد يكونا منقول، فيلتصق منقول بمنقول، وقد يكونا عقار فيلتصق عقار بعقار، وقد يكون أحدهما منقول والآخر عقار فيلتصق منقول بعقار. وإن كان بعض الفقه يرى أن الشيء الطارئ الملتصق لا يكون إلا منقولا أما الشيء الأصلي الملتصق به، فقد يكون عقاراً وقد يكون منقولا. وإيما كانت وجهة نظر الفقه، فإن الالتصاق قد يكون التصاق بعقار، وقد يكون التصاق بمنقول. وقد يكون الالتصاق بفعل الطبيعة لا دخل لإرادة الانسان فيه، ويسمى بالالتصاق الطبيعي، وقد يحدث الالتصاق بفعل الانسان، ويسمى الالتصاق الصناعي.

وإن كان الفقه يتفق على أن مالك الشيء الأصلي (الملتصق به) يتملك الشيء الفرعي (الطارئ الملتصق) إلا أنه اختلف في تبرير سند هذه الملكية. فيذهب جانب من الفقه إلى أن الالتصاق لا يعد سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية، وإنما هو واقعة تؤدي إلى امتداد الملكية الثابتة على الشيء الأصلي إلى الشيء الفرعي، بحيث تمتد ملكية مالك الشيء الأصلي لتشمل ملكية الشيء الفرعي. بينما تذهب غالبية الفقه مؤيدة من قبل القضاء إلى أن الالتصاق يعد

مصدرا مستقلا من مصادر كسب الملكية، لذلك نص عليه المشرع كمصدر مستقل من مصادر كسب حق الملكية.

ينقسم الالتصاق من حيث طبيعته إلى التصاق طبيعي والتصاق صناعي، وينقسم من حيث طبيعة الشيء الأصلي (الملتصق به) إلى التصاق بعقار والتصاق بمنقول. وفي ضوء ذلك ندرس أولا الالتصاق بالعقار في الفصل الأول، ونخصص الفصل الثاني لبحث الالتصاق بالمنقول.

الفصل الأول

الالتصاق بالعقار

تقسيم:

يقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول الالتصاق الطبيعي، وفي المبحث الثاني الالتصاق الصناعي.

المبحث الأول

الالتصاق الطبيعي

يقصد بالالتصاق الطبيعي الالتصاق الذي يكون بفعل الطبيعة، ولا دخل لإرادة الإنسان فيه، ويتحقق ذلك حين يندمج شيئين مختلفين بفعل الطبيعة، ويحدث هذا في حالة طمي النهر حيث يلتصق الطمي بالأرض المجاورة لمجرى النهر، فيتملك مالك هذه الأخيرة الأرض التي تكونت بفعل طمي النهر بالالتصاق، وفي ذلك تنص المادة 918 مدني بأنه: " الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر

بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاّك المجاورين". وفي مقابل ذلك توجد فروض أخرى تحدث فيها زيادة في الأرض نتيجة لفعل الطبيعة، ومع ذلك لا يكتسب مالك الأرض المجاورة هذه الأرض الزائدة لعدم توافر شروط اكسابها بالالتصاق، ويتحقق ذلك فيما يسمى بـ " طرح النهر وأكله" والأراضي التي ينكشف عنها البحر والبرك.

الفرض الأول: طمي النهر

يقصد بطمي النهر الأرض التي تتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة نتيجة لترسب ما يحمله النهر من طمي على ضفتيه، وحكم الأرض التي تكونت من هذا الطمي أنها تصبح مملوكة لمالك الأرض الذي التصقت به، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 918 مدني سالفة الذكر.

على أنه يشترط لاكتساب ملكية هذه الأرض التي تكونت نتيجة لترسب الطمي ما يلي:

(1) أن تكون هذه الأرض قد تكونت بطريقة تدريجية غير محسوسة، ومعنى أن يكون التكوين بطريقة تدريجية أن يتم عبر فترة زمنية قد تستغرق سنين، ومعنى أن يكون غير محسوس أي أننا لا نلاحظ هذا التكوين في مراحله، وعلى ذلك فإذا تكونت الأرض فجأة نتيجة لاندفاع مياه النهر واقتطاعها جزء من الأرض والقائه في مكان آخر، فإن مالك الأرض الذي التصق به هذا الجزء المقتطع لا يتملكه بالالتصاق، وهذه حالة ما يسمى بطرح النهر وسنبحثها في الفرض الثاني.

على أنه ليس بلازم لحدوث التكوين أن يكون ظاهراً، فقد يكون التكوين غير ظاهر، لكن الأرض التي تكونت يشترط أن تكون ظاهرة، وهي تكون ظاهرة إذا كانت أعلى من منسوب مياه النهر وقت الفيضان العادي.

(2) أن تلتصق الأرض التي تكونت بالأرض التي يريد مالكها أن يتملكها التصاقا حقيقيا، أي يحدث اندماج بينهما ويصبحان شيئا واحدا، فإذا كان هناك فاصل بينهما فلا يتملك مالك الأرض الأصلية الأرض التي تكونت من طمي النهر، وذلك سواء كان الفاصل طبيعيا كأن يظل النهر يجري بين الأرض الأصلية والأرض التي تكونت ولو في حيز ضيق، أو كان الفاصل صناعيا كأن يكون هناك طريق عام يفصل بينهما.

(3) أن يحدث الالتصاق بفعل الطبيعة، فلا يكون لإرادة صاحب الأرض الأصلية دخل فيه، بمعنى أن ترسب الطمي على ضفة النهر والالتصاق بالأرض بفعل الطبيعة، فلو قام مالك الأرض بوضع أخشاب أو حواجز أو ما نحوه لترسب الطمي على أرضه، فإنه لا يتملك ما يتكون من أرض نتيجة لهذا الترسب.

فإذا توافرت الشروط السابقة تملك مالك الأرض ما تكون من أرض تلاصقت بأرضه بالالتصاق؛ ومن ثم يكون له عليها كافة ما يكون للمالك على ملكه، وإذا رغبت الدولة في توسعة النهر إلى ما كان عليه قبل تكوين هذه الأرض الملتصقة، فليس لها أن تقوم بذلك إلا إذا نزعت ملكية مالك الأرض الملتصق بها للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون.

الفرض الثاني: استبعاد ما ينشأ من غير الطمي من زيادات طبيعية من أحكام الالتصاق

يندرج تحت هذا الفرض حالتان:

الحالة الأولى: طرح النهر وأكله

يقصد بطرح النهر الأرض التي يحولها النهر من مكانها، أو ينكشف عنها، أو الجزائر التي تحدث في مجراه، وذلك بطريقة مفاجأة ومحسوسة. فقد يحدث أن تندفع مياه النهر بقوة فتقتطع جزءا من الأرض الواقعة على ضفتيه وتلقى بها إلى مكان آخر، أو في وسط النهر مكونة الجزر. وتسمى الأرض التي تقتطع بأكل النهر، والأرض التي تكونت منه مما ألقى به النهر على ضفتيه أو في وسطه مكونة الجزر بطرح النهر، وتنص المادة 921 مدني على أنه: " الأراضي التي يحوّلها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها".

ويحكم ملكية هذه الأراضي حاليا القانون رقم 192 لسنة 1958 الصادر بتاريخ 1958-10-26 نشر بتاريخ 1958-11-06 يعمل به اعتبارا من 1958-11-06 بشأن طرح النهر وأكله. ونصت المادة الأولى منه على أنه: " كل طرح نهر يكون من الأملاك الخاصة للدولة.

ويكون تخصيصه للمنفعة العامة واعتماد توزيعه وبيعه وفقا للشروط المبينة فى هذا القانون". واعقب ذلك صدور القانون رقم 144 لسنة 2017 بشأن بعض قواعد وإجراءات التصرف في أملاك الدولة الخاصة، ونصت المادة الثانية منه على أنه: " مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم 14 لسنة 2012 بشأن التنمية المتكاملة في شبه جزيرة سيناء، للجهة الإدارية المختصة إزالة التعديات التي تقع على الأراضي الخاضعة لولاياتها بالطريق الإداري على نفقة المخالف، ويجوز لها التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة والخاضعة لولايتها بطريق الاتفاق المباشر لواضع اليد الذي قام بالبناء عليها بالفعل، أو لمن قام باستصلاحها أو باستزراعها

بالفعل، قبل تاريخ العمل بهذا القانون، وذلك بعد موافقة وزارة الدفاع وفق الشروط والقواعد التي تتطلبها شئون الدفاع عن الدولة.

ولا تسري على هذا التصرف أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، إلا فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه.

وذلك كله وفقا للقواعد وبالضوابط والشروط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية".

الحالة الثانية: الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البرك

تنص المادة 919 مدني على أنه: " (1) الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة.

(2) ولا يجوز التعدي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر". وفي صدد ملكية الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البرك يفرق بين فرضين:

الفرض الأول: أن تكون هذه الأراضي مملوكة لأشخاص معينين، ثم تأتي مياه البحر أو النهر أو البرك فتغمرها، ثم تنكشف عنها ثانية، في هذا الفرض تظل هذه الأراضي التي اكشف عنها البحر أو البرك مملوكة لهؤلاء الأشخاص، فتعود على ملاكهم، فملكيتهم لم تزول بفعل الغمر حتى وإن طال الأمد، وحيث أنها ظهرت من جديد بفعل الانكشاف فيستردها أصحابها.

الفرض الثاني: أن تكون الأراضي التي انكشف عنها البحر مملوكة للدولة، كأن ينحسر البحر عن شواطئه وتنكشف عنه هذه الأرض، في هذا الفرض تظل هذه الأرض التي انكشفت على ملكية الدولة.

المبحث الثاني
الالتصاق الصناعي

تمهيد:

يقصد بالالتصاق الصناعي الالتصاق الذي يتحقق بإرادة الإنسان، فإذا كان الالتصاق الطبيعي يحدث بفعل الطبيعة ولا دخل لإرادة الانسان فيه، فإن الالتصاق الصناعي هو الذي يحدث بفعل الإنسان. ويتحقق الالتصاق الصناعي في حالة التصاق منقول بعقار، ولقد وضع المشرع المصري قاعدة مفادها أن كل ما على الأرض يكون مملوكا لمالك الأرض على فرض أن مالك الأرض هو الذي أقام هذه المنشآت؛ وبالتالي يتملكها، وذلك على أساس أن هذا هو الغالب في التعامل، وعلى ذلك جرى نص المادة 1/922 مدني بأنه: " 1- كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له". وإذا جرى هذا الأصل على اطلاقه؛ فلن يكون هناك مجال لإعمال قواعد الالتصاق، لكن الحياة لا تسير دائما وفقا لهذا الغالب، فهناك فروض تخرج عن هذه القاعدة، لذلك يجيز المشرع دحض هذه القرينة التي أقيمت وفقا للغالب، فأجاز إثبات عكس هذه القرينة حيث يجوز أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خوّل أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوّله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملّكها (م 2/922 مدني).

لذلك يتصور من الناحية العملية أن تكون ثمة فروض يقوم فيها بالبناء أو الغراس أو إقامة المنشآت شخص غير مالك الأرض، وفي هذه الحالة يتملك مالك الأرض ما تم اقامته من بناء أو غراس أو منشآت بالالتصاق شريطة أن تتوافر الشروط

التي يتطلبها القانون لذلك، ويتحقق ذلك في حالة أن يتم البناء أو الغراس أو إقامة المنشآت بمواد غير مملوكة لمالك الأرض، وعليه فإن ملكية البناء أو الغراس أو المنشآت بالالتصاق تكون في الفروض التالية: أن يقوم مالك الأرض بالبناء أو الغراس أو إقامة المنشآت بمواد مملوكة لغيره، أو أن يقوم مالك المواد بالبناء أو الغراس أو إقامة المنشآت في أرض غيره، وأخيرا أن يقوم الباني بالبناء في غير أرضه بمواد مملوكة لشخص ثالث. ونبحث كل فرض في مطلب مستقل.

المطلب الأول

المنشآت التي يقيمها صاحب الأرض بمواد مملوكة لغيره

مجال اعمال الالتصاق في هذه الصورة:

تنص المادة 923 مدني على أنه: " 1- يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت.

2- فإذا تملّك 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". يبين النص المتقدم أن مالك الأرض إذا قام بالبناء أو الغراس أو إقامة منشآت في أرضه بمواد مملوكه لغيره، فإنه يتملك ما أقامه من منشآت بالالتصاق، لكن يشترط لتطبيق ذلك:

(1) أن تكون المواد المملوكة للغير التي استخدمها مالك الأرض في البناء أو الغراس أو إقامة المنشآت مما يستخدم في إقامة هذا البناء أو الغراس أو المنشآت، كالأحجار أو الأخشاب أو الزجاج بالنسبة للبناء، أو الشجيرات أو الحديد. وعلى ذلك إذا كان المالك قد أدخل في بنائه مثلا تمثالا أو أثرا مملوكا لغيره، فإنه لا يتملكه بالالتصاق، بل يجب نزعه ورده إلى صاحبه.

(2) أن تندمج المواد المملوكة للغير في البناء بحيث تصبح معا عقارا بطبيعته، أما إذا كانت هذه المواد قد خصصت لخدمة العقار، فإن مالك الأرض لا يتملكها بالالتصاق.

(3) أن تكون المواد مملوكة للغير، يشترط أن تكون هذه المواد التي تم البناء بها مملوكة للغير، وهذا الشرط يجعل تطبيق هذه الصورة نادر الوقوع في العمل، فالغالب أن مالك الأرض يتملك المواد التي يبني بها تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ترتيبا على ذلك فإن هذا الصورة لاكتساب الملكية بالالتصاق لا تتحقق إلا في حالة تخلف شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

فإذا توافرت هذه الشروط وأقام المالك البناء أو الغراس أو المنشآت فإنه يتملك ما أقامه من منشآت بالالتصاق على أساس أن الأرض هي الأصل والمواد هي الفرع، ومن ثم إذا التصق الفرع بالأصل كانت ملكية الشيء بعد الاندماج لمالك الأصل وهو الأرض، لكن هذا لا ينفي حقيقة أن هذه المواد مملوكة للغير، ولهذا الغير حقوق.

حقوق مالك المواد:

منح القانون لمالك المواد حقان:

(1) الحق في استرداد المواد، تجيز المادة 923 مدني سالفة الذكر لمالك المواد أن يستردها على أن ذلك مشروط بتوافر شرطين:

الشرط الأول: أن يكون ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق ذلك بالمنشآت ضرر جسيم. فيشترط ألا يترتب على نزع المواد ضرر جسيم للمنشآت التي أقيمت، وعلى ذلك لو كانت هذه المواد هي عبارة عن أحجار استخدمت في إقامة المنشآت فإن في نزعها ما يلحق ضرر جسيم بالمنشآت حيث سيترتب على ذلك انهيار الأخير، في هذه الحالة لا يجوز لمالك المواد أن يطالب بالإزالة، ويقتصر حقه على المطالبة بالتعويض. ويكون نزع المواد على نفقة مالك الأرض سواء كان حسن النية أم سيئ النية، ويكون لمالك المواد فضلا عن ذلك أن يطالب بالتعويض إن كان له مقتض على أن التعويض هنا يستند إلى قواعد المسئولية التقصيرية إذا أثبت خطأ مالك الأرض أو اهماله.

الشرط الثاني: أن يطالب مالك المواد باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت.

(2) الحق في التعويض: لا يتملك مالك الأرض المواد بلا مقابل وإلا يكون قد أثرى على حساب الغير، لذلك فهو يلتزم بأن يعوض مالك الأرض، ويتمثل التعويض في أمرين:

(أ) قيمة المواد التي التصقت بالأرض: يلتزم مالك الأرض بأن يدفع لمالك المواد قيمتها وقت أن التصقت بالأرض، وذلك إن لم يطالب مالك المواد بنزعها، أو لم يرفع دعوى المطالبة باستردادها خلال سنة من تاريخ علمه باندماج المواد في المنشآت.

(ب) التعويض عن الأضرار: ويكون التعويض هنا سواء طالب مالك المواد استردادها، أم لم يطالب بنزعها، ويكون التعويض استنادا إلى قواعد المسئولية التقصيرية، أي يثبت مالك المواد خطأ أو اهمال مالك الأرض.

المطلب الثاني

المنشآت التي يقيمها شخص بمواد من عنده في أرض غيره

(البناء في ملك الغير)

تقسيم:

يتناول هذا الفرض حالة ما إذا قام شخص بالبناء بمواد مملوكة له في أرض غيره، والمعروفة اختصارا بحالة البناء في ملك الغير. اعطى المشرع في هذه الحالة لمالك الأرض أن يتملك المنشآت بالالتصاق ما لم تتم إزالتها وفقا للأحكام الخاصة بالإزالة، ونظم المشرع هذه الحالة في المواد من 924 إلى 929 مدني. وفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان الباني حسن النية أم سيء النية، كما أنه استلزم شروطا عامة لتطبيق قواعد الالتصاق على هذه الحالة، وبين كيفية أداء التعويض لمالك المواد (الباني). وفي ضوء ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع هي:

الفرع الأول: حالة الباني سيئ النية.

الفرع الثاني: حالة الباني حسن النية.

الفرع الثالث: شروط تطبيق أحكام الالتصاق في حالة البناء في ملك الغير.

الفرع الأول

حالة الباني سيئ النية

- نص القانون:

تناولت هذه الحالة المادة 924 مدني حيث نصت على أنه: " 1- 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 في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

2- 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".

- معنى سوء النية:

يكون الباني سيء النية إذا كان يعلم وقت اقامته للمنشآت أن الأرض ليست مملوكة له، أي يعلم أنه يعتدى على حق غيره، ويتساوى مع هذا العلم الجهل الناشئ عن الخطأ الجسيم. والأصل هو حسن النية، لذلك يكون على مالك الأرض أن يثبت سوء نية مالك المواد(الباني)؛ لأنه يدعى بخلاف الأصل. والوقت الذي يقدر فيه سوء النية هو وقت إقامة المنشآت.

- حكم حالة الباني سيء النية:

إذا أقام شخص بمواد مملوكة له منشآت في أرض غيره، فإنه يكون لمالك الأرض الخيار بين أحد الآمرين:

(1) أن يطلب إزالة المنشآت: نظرا لسوء نية الباني فإن القانون يعطى لمالك الأرض الذي تم الاعتداء على ملكه بغير رضائه أن يطالب الباني سيئ النية بإزالة ما أقامه من منشآت، فخير جزاء لاعتداء الباني هو التنفيذ العيني بإزالة المنشآت. على أن طلبه هذا مقيد بأن يكون خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، ويلزم ذلك أن يكون عالماً بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد أن يوجه إليه طلب إزالتها على نفقته على نحو ما صرح به صدر النص لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضي حتماً وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها؛ ومن ثم فإن ميعاد السنة الذي يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ إلا من اليوم الذي يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها. وتكون الإزالة على نفقة مالك المواد الذي أقام المنشآت. ويكون لمالك الأرض فضلا عن ذلك في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه جراء إقامة المنشآت ثم إزالتها.

(2) أن يطالب باستبقاء المنشآت: لمالك الأرض بدلا من أن يطلب إزالة المنشآت أن يختار استبقاء المنشآت، أو أن تنقضي سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت دون أن يطالب بإزالتها، في هذه الحالة يتملك مالك الأرض المنشآت بالالتصاق، وعليه أن يعوض الباني مالك المواد. وله في سبيل ذلك أن يختار بين أن يدفع قيمة المواد مستحقة الإزالة، أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. وبطبيعة الحال سوف يختار مالك الأرض القيمة الأقل وهي قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أي قيمة الأنقاض مخصوما منها مصاريف الإزالة. ويختلف هذا التعويض عن التعويض في حالة الإثراء بلا سبب، حيث يلتزم المثري برد إحدى القيمتين قيمة الافتقار أو قيمة الإثراء، وبالمقابلة بين التعويض في حالة الاثراء بلا سبب وحالة الباني بسوء نية في أرض غيره نجد أن قيمة ما زاد في

الأرض تمثل قيمة الاثراء، لكن قيمة المنشآت مستحقة الازالة لا تمثل قيمة الافتقار، فقيمة الافتقار تتمثل في قيمة المواد وأجرة العمل التي أنفقت لإقامتها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة 924 مدني على أنه: " 2- 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". وهذا النص ومن ظاهره نص غامض ويحمل تناقضا ينبغي أن يتنزه عنه المشرع؛ ذلك لأنه إذا أخذ بظاهر النص وقيل إن المراد أن يكون لمالك المواد (الباني) أن يطلب نزعها إذا لم يختار مالك الأرض استبقائها، فإن هذا يحمل تناقضا واضحا، ذلك لأن مالك الأرض مخير بين طلب إزالة المنشآت أو الإبقاء عليها، فما معنى القول بأنه إذا لم يختار الإبقاء عليه، أي طلب إزالتها، فإنه يكون لمالك المنشآت (الباني) هو الآخر طلب إزالتها، بينما هو مجبر على الإزالة استجابة لرغبة مالك الأرض في ذلك، فالإزالة هنا واجب على الباني، فلا معنى للقول بأنها حق له. وإذا قيل كما ذهبت إلى ذلك المذكرة الايضاحية وبعض الشراح، بأن المقصود هو أنه إذا لم يختار مالك الأرض الازالة، فإنه يتملك المنشآت بالالتصاق، فإذا امتنع عن دفع المقابل، كان للباني أن يزيل هذه المنشآت، غير أنه يرد على ذلك أن الباني يستوفى التعويض تطبيقا للقواعد العامة، فالإزالة ليست طريقا لاستيفاء التعويض. ويرى البعض أن هذا النص يفهم على أساس أنه إذا لم يحدد مالك الأرض موقفه، فلم يطلب الإزالة، ولم يختر الإبقاء للمنشآت، فإنه يجوز لمن اقام المنشآت أن يطلب إزالتها، شريطة ألا يلحق ضررا بالأرض. وقد يفهم من ذلك أن المشرع أعطى مالك المنشآت المبادأة بأن يطلب نزع المنشآت حتى يجبر مالك الأرض على تحديد موقفه بالخيار بين الازالة أو

الإبقاء، لكن يرد على ذلك أن من حق مالك الأرض أن يستفيد من مدة السنة التي أعطاها له المشرع ليختار بين الازالة أو الإبقاء، فلا يجبر على الاختيار قبل ذلك.

الفرع الثاني
حالة الباني حسن النية

- نص القانون:

تنص المادة 925 مدني على أنه: " 1- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، وإنما يُخيّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

2- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يُرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

- معنى حسن النية:

يقصد بحسن النية أن الباني يجهل أنه يبني في أرض غير أرضه، أو على الأقل يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت. ولا يشترط لحسن النية أن يكون الباني حائزا قانونيا للأرض التي بنى عليها، فحسن النية يتوافر أيضا لدى الحائز العرضي متى كان يعتقد أنه له الحق في إقامة المنشآت، والوقت الذي يعتد فيه بحسن النية هو وقت إقامة المنشآت. وتعد مسألة توافر حسن النية لدى الباني من عدمه مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى أقام قضائه على أسباب سائغة.

- حكم حالة الباني حسن النية

يعد طبيعيا ومنطقيا أن يفرق المشرع بين الباني حسن النية والباني سيئ النية، وتظهر هذه التفرقة في مغايرة أحكام حالة البناء بسوء نية عن حالة البناء بحسن نية. وبخصوص بيان حكم البناء في ملك الغير بحسن نية نجد أن المشرع وضع قاعدة، وأورد على هذه القاعدة استثناءان، ونبين أولا القاعدة فيما يتعلق بحكم الباني حسن النية، وثانيا نتناول الاستثناءان اللذان جاء بهما المشرع على القاعدة.

أولاً: القاعدة في حكم الباني حسن النية

بينت المادة 925 مدني حكم الباني حسن النية، ويظهر من النص أن المشرع عامل الباني حسن النية معاملة أفضل من تلك التي يتلقها الباني سيئ النية سواء من حيث الحق في طلب الازالة، أو من حيث مقدار التعويض الذي يلتزم به مالك الأرض إذا تملك المنشآت.

(1) من حيث الحق في طلب الإزالة: اعطى المشرع الحق في طلب الإزالة في هذه الحالة للباني حسن النية، وهو بذلك يكون قد خرج عن الأصل، فإذا كان الأصل أن لمالك الأرض أن يجبر من يقيم منشآت في أرضه بغير علمه أن يزيلها، إلا أن المشرع رعاية منه لحسن نية الباني خرج عن هذا الأصل وخول الباني أن يطالب بإزالة المنشآت على ألا يترتب على هذا الازالة ضرر بالأرض.

(2) من حيث مقدار التعويض: إذا لم يرغب مالك المنشآت في نزعها، ففي هذه الحالة يتملكها مالك الأرض بالالتصاق، وعليه أن يعوض مالك المنشآت عن ذلك، وهو يُخيّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت. ويلاحظ هنا اتفاق أحكام التعويض الذي يلتزم به مالك الأرض مع أحكام التعويض المنصوص عليها في الاثراء بلا سبب.

ثانياً: استثناءان

إذا كان الأصل أن مالك الأرض، باعتباره مالك الأصل هو من يتملك المنشآت بالالتصاق، إلا أن المشرع خرج عن ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 925 مدني حيث: " 2- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يُرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل". فإذا كانت المنشآت التي أقامها الباني حسن النية جسيمة فإن الأخذ بالقاعدة العامة في الالتصاق قد يوقع مالك الأرض في حرج فهو لا يستطيع أن يطلب الإزالة، وفي ذات الوقت يرهقه التعويض الذي يتعين عليه أن يؤديه لمالك المنشآت، لذلك أعطاه المشرع الحق في أن يطالب بتمليك المنشآت لمن أقامها (الباني) نظير تعويض عادل. ويلاحظ أنه ليس بلازم أن تبلغ جسامة المنشآت حدا يجعل مالك الأرض يستحيل عيه أن يؤدى ما هو مستحق عنها، إنما يكفى أن تبلغ حدا من الجسامة يصبح مرهقا على مالك الأرض أن يؤدى التعويض المستحق عنها، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن مالك المنشآت يتملك هذه المنشآت نظير تعويض عادل، والتعويض العادل لا يعنى أن يلتزم فيه القاضي بالضوابط العامة في تقدير التعويض، وإنما هو ينظر إلى قيمة المواد وأجرة العمل، وقيمة المنشآت مقارنة بقيمة الأرض، ومقدار من عاد من نفع على مالك الأرض نتيجة لإقامة هذه المنشآت، وأخيرا فإن الحق في طلب تملك المنشآت يكون لمالك الأرض ولا يثبت لمالك المنشآت.

الحالة الثانية: نصت عليها المادة 928 مدني حيث تقضى بأنه: " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة،

جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل". هذه الحالة تختلف عن حالة البناء في ملك الغير التي نحن بصددها، فهذه الحالة يبني فيها مالك الأرض في أرضه، لكنه يجور بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، فإذا طبقنا الأحكام العامة في الالتصاق لأفضى إلى نتائج غير مقبولة، إذ مقتضى هذه القواعد إما أن يزيل الباني ما بناه على هذا الجزء الملاصق، وإما أن يتملك مالك الأرض الملاصقة ما بناه الباني، لذلك خرج المشرع عن هذه الأحكام العامة وأجاز للمحكمة متى رأت محلا لذلك أن تجبر مالك الأرض الملاصقة أن ينزل لجاره (الباني) عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل تقدره المحكمة، والمحكمة لا تلتزم في تقديرها لهذا التعويض بالضوابط العامة في تقدير التعويض. وبينت محكمة النقض المقصود بالتعويض العادل حين قضت بأنه: وأن التعويض العادل الذي يمنح لصاحب الأرض مقابل تنازله لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وعلى ما جرى به نص المادة 928 من القانون المدني هو مقابل استبقاء المباني دون إزالة وذلك على شرط أن يكون الجار صاحب البناء حسن النية عند البناء على الجزء الملاصق لأرضه وأن حسن النية يفترض ما لم يقم الدليل على العكس أو تقوم أسباب تحول حتما دون قيام هذا الافتراض".

الفرع الثالث

شروط تطبيق أحكام الالتصاق في حالة البناء في ملك الغير

يشترط لتطبيق القواعد السابقة جملة من الشروط بعضها يتعلق بالباني، وبعضها متعلق بالمنشآت، وبعضها يرجع إلى نص القانون. أما الشروط التي

تتصل بالباني فيشترط أن يكون من أقام المنشآت غير مالك للأرض التي أقام فيها المنشآت، وأن يقيمها لحساب نفسه لا لحساب مالك الأرض، وألا يكون ثمة اتفاق بينه وبين مالك الأرض يحدد مصير هذه المنشآت هذا من ناحية الباني، أما الشروط التي تتعلق بالمنشآت فيشترط أن تكون المنشآت ذات كيان مستقل، وأن تكون قد أقيمت بقصد البقاء على الدوام. أما الشروط التي ترجع إلى نص القانون فيشترط ألا يكون ثمة تنظيم قانوني يبين مصير هذه المنشآت.

الشرط الأول: أن يكون الباني غير مالك للأرض التي يقيم فيها المنشآت

يشترط لتطبيق قواعد الالتصاق وفقا لنص المادتين 924 و925 مدني سالفتي الذكر أول ما يشترط ألا يكون الباني مالكاً للأرض التي قام بالبناء عليها أو الغراس فيها، وهذا الشرط على ما يبدو من وضوحه والتسليم به إلى أن هناك فروض عملية تحتاج إلى مزيد من الايضاح بخصوص تطبيق هذا الشرط وهي:

1- المنشآت التي يقيمها المنتفع في الأرض المنتفع بها

إذا بنى المنتفع أو غرس في الأرض المنتفع بها، فإنه يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان صاحب حق الانتفاع قد حصل على تصريح بإقامة المنشآت من مالك الرقبة، فإنه يكون بانياً بحسن نية وتطبق بشأنه أحكام المادة 925 مدني، فيتملك مالك الرقبة المنشآت على أن يدفع للمنتفع أقل القيمتين قيمة المواد أو قيمة ما زاد من ثمن الأرض. وللمنتفع أن يطلب نزع المنشآت على أن يعيد الأرض إلى أصلها، ولا يكون لمالك الرقبة أن يطلب إزالة المنشآت وهذا منطقي فقد سبق له أن صرح للمنتفع بإقامتها.

الفرض الثاني: إذا كان صاحب حق الانتفاع قد بنى أو غرس في الأرض المنتفع بها دون التصريح له بذلك من مالك الرقبة، فإنه يكون بانياً بسوء نية وتطبق بشأنه أحكام المادة 924 مدني، فيكون لمالك الرقبة أن يطالب بإزالة المنشآت، وله أن يستبقيها وفي هذه الحالة يدفع للمنتفع أقل القيمتين قيمة المواد مستحقة الازالة أو قيمة ما زاد من ثمن الأرض. وأساس معاملة المنتفع في هذا الفرض معاملة الباني سيئ النية، أن المنتفع ملتزم بمقتضى المادة 988 مدني أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمها به، ويترتب على ذلك أنه ليس له أن يغير من الأرض بالبناء عليها أو الغراس فيها، فإن فعل فإنه يكون قد بنى وهو سيئ النية.

2- المنشآت التي يقيمها المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي

قد يحدث أن تزول ملكية مالك الأرض بأثر رجعي إما لإبطال سند ملكيته، وإما لتحقق الشرط الفاسخ، فتصبح المنشآت التي أقامها المالك بعد زوال ملكيته وكأنها منشآت أقيمت في ملك الغير، فما مصيرها. يفرق في هذه الحالة بين ما إذا كان المالك الذي زالت ملكيته وقت إقامته للمنشآت كان حسن النية أم سيء النية، وتطبق بشأنه الأحكام السابقة، فإذا كان سيء النية طبقت عليه المادة 924 مدني، وإذا كان حسن النية طبقت عليه المادة 925 مدني.

3- المنشآت التي يقيمها الشريك في الشيوع على الأرض الشائعة

يكون للشريك في الشيوع حق ملكية على كل الشيء الشائع، وبالتالي فإن إقامة منشآت على الشيء الشائع لا تطبق بصددها قواعد الالتصاق، وإنما تطبق قواعد إدارة المال الشائع، سواء كانت الإدارة المعتادة كزراعة الأرض الشائعة، أو كانت أعمال الإدارة غير المعتادة كالبناء، وعليه فإذا قام الشريك بالبناء أو الغراس على الأرض الشائعة بموافقة أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع

المال الشائع، فإنه يرجع عليهم بقيمة ما أنفقه في سبيل إقامة هذه المنشآت كل بحسب نصيبه. أما إذا كان الشريك قد أقام المنشآت دون موافقة هذه الأغلبية من الشركاء فعليه أن يزيل هذه المنشآت، لا على أساس أنه قام بالبناء في غير ملكه، وإنما على أساس أنه تجاوز سلطاته في إدارته للمال الشائع.

وإذا لم يطالب باقي الشركاء بإزالة المنشآت رغم عدم موافقتهم على اقامتها، واستمرت المنشآت قائمة في الأرض الشائعة إلى أن أجريت قسمة المال الشائع، ووقع الجزء المشغول بالمنشآت التي أقامها الشريك في نصيب شريك آخر، كان لهذا الأخير أن يختار بين أن يستبقي المنشآت، أو أن يطالب الشريك الذي أقامها بإزالتها، فإن اختار استبقائها فعليه أن يعوض من أقامها بأقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في قيمة الأرض طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب، وله أن يختار إزالتها، على أساس أن بناء الشريك لم يكن نافذا في حق الشركاء أثناء قيام الشيوع ويظل غير نافذ في حق الشريك الذي آل إليه الجزء المشغول بالمنشآت بعد القسمة.

4- المنشآت التي يقيمها البائع قبل تسجيل عقد البيع

قد يحدث أن يقوم البائع بعد إبرام عقد البيع وقبل تسجيله بإقامة منشآت في الأرض المبيع، ومثار التساؤل أن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل، ومن ثم فإن البائع لا يزال مالكاً حيث لم تنتقل الملكية بعد إلى المشتري، وعليه فإنه لازال مالكا وما يقوم به من منشآت هو يبني في ملكه ولا تطبق قواعد الالتصاق. لكن محكمة النقض ذهبت إلى أن البائع في هذه الحالة يأخذ حكم ما يقيمه من منشآت حكم الباني سيء النية المنصوص عليه في المادة 925 مدني على أساس أنه يلتزم بمقتضى عقد البيع بأن يسلم المبيع إلى المشتري بالحالة التي

كان عليه وقت البيع دون زيادة أو نقصان، كما أنه يعلم أن ملكيته ستنتقل إلى المشتري عند تمام التسجيل، ومن ثم فهو يشبه الباني سيء النية ويتم معاملته على هذا الأساس. وانتقد جانب من الفقه هذا القضاء على أساس أن من غير المنطقي تشبيه البائع بالباني سيء النية بجامع سوء النية في الحالتين، إذ ثمة فارق أساسي بينهما وهو أن البائع قبل التسجيل يعد بانيا في ملكه، حيث إن الملكية لم تنتقل بعد إلى المشتري، فهي لا تنتقل إلا بالتسجيل. ويكون للمشتري بعد تمام التسجيل أن يطالب البائع بإزالة ما أقامه لا على أساس أنه بانياً في ملك غيره، وإنما على أساس أنه ملتزم بمقتضى عقد البيع بأن يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، وجزاء الاخلال بهذا الالتزام مطالبته بإزالة ما أقامه، وإن لم يطالب المشتري بالإزالة فله أن يطالب بالتعويض إن كان له محل، ويكون للبائع أن يرجع على المشتري طبقا لقواعد الاثراء بلا سبب.

5- المنشآت التي يقمها المشتري قبل تسجيل عقد البيع

إذا فرض وأقام المشتري قبل تسجيل عقد البيع منشآت في الأرض المبيع، فهل يعد بانيا في ملك الغير وتطبق قواعد الالتصاق على أساس أن الملكية لم تنتقل له بعد حيث لم يتم التسجيل. ذهبت محكمة النقض إلى أن المشتري لا يعد بانيا في ملك الغير في هذه الحالة، ذلك لأن عقد البيع غير المسجل يلزم البائع بالتسليم فإذا قام البائع بالوفاء بهذا الالتزام، فإنه يكون للمشتري الانتفاع بالمبيع بجميع وجوه الانتفاع ومن بينها البناء أو الغراس عليه على سبيل البقاء والقرار، ويكون مالكاً له.

بيد أن محكمة النقض في أحكامها الحديثة قد انتهت إلى أنه: ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان عقد البيع غير المسجل يولد في ذمة

البائع التزاماً بتسليم المبيع ويترتب على الوفاء بهذا الالتزام أن يصبح المبيع في حيازة المشتري وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار، إلا أن ملكية المباني لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بشهره، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق".

وتعامل محكمة النقض المشتري الذي قام بالبناء قبل تسجيل عقد البيع معالة الباني حسن النية؛ ومن ثم تطبق عليه أحكام المادة 925 مدني سالفة الذكر.

الشرط الثاني: أن يقيم الباني المنشآت لحساب نفسه

يشترط لتطبيق قواعد الالتصاق السابقة أن يكون الباني قد أقام المنشآت لحساب نفسه لا لحساب مالك الأرض، وعلى ذلك فلو كان الباني فضوليا يقوم بإقامة المنشآت لحساب رب العمل فإنه تطبق بشأنه أحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة 195 مدني. وكذلك الشأن لو أن الباني كان وكيلا عن مالك الأرض وقام بإقامة منشآت فيها فإنه تطبق بشأنه أحكام الوكالة المبرم بينهما، وأحكام الوكالة المنصوص عليها في المادة 703 وما بعدها من القانون المدني، لأن الباني (الوكيل) لا يقيم المنشآت لحساب نفسه وإنما يقيمها لحساب الموكل مالك الأرض ويكون رجوع الباني على مالك الأرض وفقا لأحكام عقد الوكالة والقواعد العامة.

الشرط الثالث: أن تكون للمنشآت كيان متميز بحيث يمكن نزعه على استقلال، وأن تقام بقصد البقاء على الدوام.

يشترط في المنشآت أن يكون لها كيان متميز بحيث يمكن نزعه على استقلال، ويتحقق ذلك في إقامة بناء على الأرض لم يكن موجودا أو إضافة طابق إلى البناء، أو غراس أشجار لم تكن موجودة من قبل. أما التحسينات أو الإصلاحات أو أعمال الحفظ أو الترميمات التي تدخل على البناء أو الغراس فلا تعد من المنشآت متى لم يكن لها كيان متميز، وعلى ذلك فإن دهان المبنى بألوان جديدة، أو طلاء الأبواب والشبابيك، أو تقوية أساس المنزل، أو ترميم السقف، أو اصلاح دورة المياه، أو ابدال الأشجار الجديدة الصالحة بأخرى ميتة. فكل هذه الأعمال لا تخضع لأحكام الالتصاق، وإنما تسري عليها القواعد الخاصة بالمصروفات التي ينفقها الحائز المنصوص عليها في المواد 980، 981، 982 مدني. وتفرق هذه المواد بين ثلاثة أنواع من المصروفات هي: المصروفات الضرورية، والمصروفات النافعة، والمصروفات الكمالية.

ويجب أن تكون المنشآت قد قصد بقائها على الدوام، وفي ذلك تنص المادة 929 مدني على أنه: " المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوي التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاؤها على الدوام، تكون ملكاً لمن أقامها". يظهر من هذا النص أن هذه المنشآت الصغيرة كالأكشاك وما نحوها لا تسري عليها أحكام الالتصاق، وإنما تكون ملكيتها لمن أقامها، سواء كان حسن النية أم سيء النية، وله أن يزيلها حتى ولو طالب مالك الأرض استبقائها، ويكون لماك الأرض أن يطلب إزالتها مع التعويض إن كان له مقتض.

الشرط الرابع: ألا تكون هناك نصوص قانونية تنظم وضع المنشآت

إن أحكام الالتصاق السابق ذكرها يتعطل تطبيقها في بعض الحالات حين ينص المشرع على تنظيم خاص لملكية المنشآت مغاير لأحكام الالتصاق، ومن أمثلة ذلك:

(أ) ما يقيمه المستأجر في العين المؤجرة من منشآت أثناء سريان عقد الايجار، حيث ينظم المشرع هذه الحالة بنص خاص هو نص المادة 592 مدني وينص على أنه: "1- إذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناءً أو غراساً أو غير ذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار، التزم المؤجّر أن يردّ للمستأجر عند انقضاء الإيجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك.

2- فإذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجّر أو رغم معارضته، كان له أيضاً أن يطلب من المستأجر إزالتها. وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذي يصيب العقار من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتض.

3- فإذا اختار المؤجّر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل ردّ إحدى القيمتين المتقدم ذكرهما، جاز للمحكمة أن تنظره إلى أجل للوفاء بها". وتبدو المغايرة بين ما تضمنه النص وأحكام الالتصاق في أن هذا النص الخاص بصدد تطبيق حكمه لا يفرق بين ما إذا كان المستأجر حسن النية أم سيء النية، كما أنه يفرق فيما يتعلق بحق المالك (المؤجر) في استبقاء المنشآت بين ما إذا كانت قد تمت بعلمه أم قام بها المستأجر رغم معارضته، وأيضا مقدار التعويض الذي يلتزم به المؤجر حيث يلتزم بأن أن يردّ للمستأجر إما ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار.

(ب) ما يقيمه المحتكر من منشآت في الأرض المحكرة، حيث ينظم ذلك نص المادة 1010 مدني والتي تنص على أنه: " 1- عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحكر أن يطلب إما إزالة البناء والغراس أو استبقائهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقي الإزالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره.

2- وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع إذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرر الإمهال، وفي هذه الحالة يقدّم المحكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته".

الشرط الخامس: ألا يكون هناك اتفاق خاص بين الباني ومالك الأرض بشأن المنشآت

يشترط أخيرا ألا يكون ثمة اتفاق خاص بين الباني ومالك الأرض يحدد لمن تؤول له ملكية المنشآت؛ ذلك لأن أحكام الالتصاق غير متعلقة بالنظام العام؛ حيث تنص المادة 2/922 مدني على أنه: 2- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خوّل أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوّله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملّكها"؛ وعلى ذلك إذا وجد اتفاق مخالف بين مالك الأرض ومن أقام المنشآت فهذا الاتفاق هو المرجع في تحديد العلاقة بينهما.

فإذا كان الاتفاق بينهما قد اقتصر على مجرد التصريح من مالك الأرض بإقامة المنشآت دون التعرض لملكيتها، فقد بينت المادة 926 الحكم في هذه الحالة حين نصت على أنه: " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة".

فملكية المنشآت تكون لمن أقامها طوال المدة التي تكون الأرض فيها تحت يده، فإذا انتهت المدة ولازالت المنشآت قائمة، طبقت عليها أحكام الالتصاق في حالة ما إذا كان الباني حسن النية. فالترخيص فقط بإقامة المنشآت دون التعرض لبيان مصيرها يؤدي عملا إلى تأجيل تطبيق أحكام الالتصاق دون أن يستبعدها تماما.

والاتفاق بين مالك الأرض والباني قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، واعتبرت محكمة النقض أن المشتري الذي لم يقم بتسجل عقده، إذا أقام منشآت في العقار قبل تسجيله يعتبر مأذونا له من قبل البائع في ذلك إذنا ضمنيا، حيث قضت بأنه: " على ضوء المادة 925 – من القانون المدني – الخاصة بأحكام قواعد الالتصاق مع أن مناط تطبيق هذه القواعد ألا يوجد إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للمباني، أما المشتري بعقد غير مسجل، فإن لديه إذناً ضمنياً من البائع بالانتفاع بالعين ويعتبر البناء الذي يقيمه المشتري عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه على سبيل البقاء والقرار".

كيفية أداء التعويض:

علمنا أن مالك الأرض إذا تملك المنشآت بالالتصاق فإن ذلك يكون مقابل تعويض يدفعه لما أقامها تطبيقا لنصوص المواد 924 إذا كان الباني سيء النية، والمادة 925 إذا كان الباني حسن النية، والمادة 926 في حالة ترخيص مالك الأرض بإقامة المنشآت. كما أن الباني قد يتملك الأرض التي أقام عليها المنشآت في حالة المنشآت الجسيمة التي ترهق مالك الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها تطبيقا لنص المادة 2/925 مدني.

وقد نصت المادة 927 مدني على أنه: " تسري أحكام المادة 982 في أداء التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة". والمقصود بالمواد

الثلاث السابقة هي المواد 924، 925، 926 مدني. أما المادة التي أحال إليها النص فيما يتعلق بكيفية أداء التعويض فهي المادة 982 مدني والتي تقضي بأنه يجوز للقاضي بناء على طلب المدين بالتعويض أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجّل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها.

المطلب الثالث

المنشآت التي يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث

إذا أقام شخص منشآت على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث، وهذه الحالة نصت عليها المادة 930 مدني حيث نصت على أنه: " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت". فيثور بصدد هذا النص البحث عن علاقات ثلاث هي: علاقة مقيم المنشآت بمالك الأرض، وعلاقة مالك المواد بمقيم المنشآت، وعلاقة مالك المواد بمالك الأرض.

(1) علاقة مقيم المنشآت بمالك الأرض

يحكم العلاقة بين من أقام المنشآت ومالك الأرض الأحكام السابق بينها بخصوص البناء أو الغراس في أرض الغير، ويختلف الحكم كما مر بنا على حسب ما إذا كان مقيم المنشآت حسن النية أم سيء النية.

(2) علاقة مالك المواد بكل من مقيم المنشآت ومالك الأرض

لا يستطيع مالك المواد أن يطالب بنزعها حتى وإن لم يترتب على ذلك ضرر بالأرض، ذلك لأنه تعلق حق لمالك الأرض بهذه المواد. أما إذا ازيلت المنشآت بناء على طلب مالك الأرض أو مقيم المنشآت، فإنه يكون لمالك المواد أن يستردها. وإذا بقيت المنشآت بالأرض وتملكها مالك الأرض بالالتصاق فإنه لن يسترد مالك المواد مواده، ويكون له أن يرجع على مقيم المنشآت طبقا لنص المادة 2/923 مدني فيكون له أن يطالب بقيمة المواد مع التعويض إن كان له مقتض، سواء كان مقيم المنشآت حسن النية أم سيء النية.

أما عن علاقة مالك المواد بمالك الأرض، فالأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بينهما، لذلك يكون لمالك المواد أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على مالك الأرض مستعملا حق مدينه مقيم المنشآت تطبيقا للقواعد العامة، إلا أن المادة 930 مدني أعطت مالك المواد دعوى مباشرة يرجع بها على مالك الأرض لكن هذا الرجوع محدد بقيمة ما هو باقي في ذمة مالك الأرض لمقيم المنشآت.

الفصل الثاني

الالتصاق بالمنقول

– **نص وحيد:** تنص المادة 931 مدني على أنه: " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نيّة كل منهما". هذه حالة التصاق منقول بمنقول، وهي حالة قليلة الوقوع في العمل، فغالبا ما يتملك أحد المالكين المنقول الآخر تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وإذا وقعت هذه الحالة فأهميتها محدودة؛ لذلك اختصها المشرع بمادة وحيدة هي نص المادة 931 مدني المشار إليها. وطبقا للنص فإنه إذا توافرت شروط التصاق منقول بمنقول فإن الأحكام التي تطبق عليها متروكة لتقدير المحكمة التي يعرض عليه النزاع وفقا للضوابط التي أشار إليها النص.

شروط التصاق منقول بمنقول:

يشترط لالتصاق منقول بمنقول أن تتوافر الشروط التالية:

(1) أن يلتصق منقول بمنقول: يشترط أن يلتصق منقوق بمنقول، أما إذا التصق منقول بعقار، سواء كان ذلك التصاقا طبيعيا أو صناعيا، فلا تنطبق هذه الحالة.

(2) أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين: فإذا اتحد المنقولات وكان مملوكان لمالك واحد فلا تتوافر عندئذ حالة التصاق منقول بمنقول.

(3) أن يندمج المنقولان معا، بحيث يستحيل فصلهما عن بعضهما دون تلف أحدهما أو كليهما: ويتخذ الاندماج أو الاتحاد احدى الصور الآتية:

– الضم: ويقصد به اتحاد منقولين مع إمكانية فصل كل منهما عن الآخر، ومثال ذلك أن توضع صورة داخل إطار، أو قطعة من الألماس في خاتم.

– الخلط أو المزج: يقصد به خلط منقولين أحدهما بالآخر بحيث يصعب الفصل بينهما، مثال ذلك مزج زيتين مملوكين لشخصين مختلفين.

– التحويل: يقصد به صنع شيء جديد بمادة مملوكة لشخص آخر، كالنجار يصنع من الخشب قطعة أثاث.

(4) ألا يكون هناك اتفاق سابق بين المالكين بشأن المنقولين بعد الالتصاق: فإذا وجد اتفاق بين المالكين المختلفين يحدد من تكون له ملكية المنقولين بعد الالتصاق، وحقوق كل منهما تجاه الآخر، وجب إعمال مثل هذا الاتفاق.

أحكام التصاق المنقول بالمنقول:

ترك المشرع أمر تحديد الأحكام التي تطبق في حالة التصاق منقول بمنقول للقاضي بعد أن وضع له محددات يسترشد بها، حيث يتعين على القاضي أن يحكم مسترشدا بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نيّة كل منهما. وعلى ذلك فقد يحكم بأن يتملك صاحب الشيء الأكبر الشيء الأقل على أن يدفع قيمة هذا الشيء لصاحبه، وقد يحكم للمالك الذي أصابه ضرر أكبر بفقد منقوله أن يستبقي منقوله ويتملك المنقول الآخر، وقد يحكم بملكية المنقولين بعد اتحادهما للمالك الذي يستطيع أن يدفع تعويض للمالك الآخر. وقد لا يرى القاضي مرجحا لتحديد مالك المنقولين بعد اتحادهما فيحكم بأن تكون الملكية مشتركة على الشيوع بين المالكين.

الباب الثالث

الشفعة

تعريف الشفعة وطبيعتها القانونية:

عرف المشرع الشفعة في المادة 935 مدني حين نص على أنه: " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محلّ المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية". يتضح من النص أن الشفعة رخصة وليست حقا، فهي ليس بحق عيني ولا شخصي، وإنما هي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية، بمعنى آخر هي ليست حقا في حد ذاتها، وإنما سببا من أسباب كسب حق الملكية، والانتفاع، والحكر، وفارق بين الحق في ذاته وبين سبب اكتسابه. وتعتنق محكمة النقض هذا التوجه في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة، حيث قضت في أحكامها الحديثة بأنه: " وحيث أن هذا النعي سديد .... ذلك أن النص في المادة 935 من القانون المدني على أن "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية". وما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون تعليقاً على هذه المادة من أن "الشفعة رخصة وليست بحق بل هي سبب من أسباب كسب الملكية" يدل على أن الشفعة ليست حقاً عينياً لأنها لا تعطي للشفيع سلطة مباشرة على العقار المطلوب أخذه بالشفعة إذ هو لم يتملكه بعد وإنما تعطيه فقط سلطة طلب الحلول محل المشتري في عقد البيع، كما إنها ليست حقاً شخصياً وذلك لانعدام الرابطة القانونية أصلاً بين الشفيع وبين طرفي عقد البيع. وعلى ذلك فالشفعة ليست بحق أصلاً وإنما هي سبباً لكسب الحق". ورتبت محكمة النقض على ذلك أنه لما كانت الشفعة

قيدا على حرية التعاقد ورخصة لصيقة بشخص الشفيع – ليدفع بها عن نفسه مضار الجوار أو المشاركة في عقاره الذي يشفع به – ويقع باطلاً تعامله في هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنها إلى غيره لزوال العلة منها في هذه الأحوال التي تأباها طبيعة الشفعة ذاتها.

والشفعة نظام مأخوذ من الفقه الإسلامي، لذلك يتعين على القاضي حين يفسر النصوص المنظمة للشفعة أن يرجع إلى الفقه الإسلامي باعتباره المصدر التاريخي لهذا النصوص، كما أنه وبمقتضى المادة الأولى من القانون المدني عليه أن يلجأ إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود حكم في التشريع أو العرف، وتكون الشريعة الإسلامية في هذه الحالة مصدراً رسمياً، وهو في رجوعه في الحالتين يرجع إلى الفقه الإسلامي دون التقيد بمذهب معين، كما عليه أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي أن تكون متوافقا والأحكام العامة للقانون المدني.

تقدير نظام الشفعة:

تحقق الشفعة منافع اقتصادية واجتماعية لا يمكن جحدها، فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلى تجميع ما تفرق من عناصر الملكية، فيسترد المالك سلطاته كاملة على العقار، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى حسن استغلال العقار اقتصاديا، كما أن في ثبوتها في حالة بيع الشريك على الشيوع حصته لأجنبي يؤدي إلى تجنب دخول شخص أجنبي بين الشركاء وقد يكون سيئ الخلق، كما أنها من ناحية أخرى تؤدي إلى انهاء الشيوع.

لكن وعلى الرغم من هذه المزايا فإن الشفعة نظام لا يخلو من العيوب، فكونها تؤدي إلى أن يتملك الشفيع العقار المبيع جبراً عن المشتري تعد قيداً على حرية التصرف، كما أنها تسمح بممارسات غير أخلاقية حيث قد يساوم الشفيع

المشتري لأجل ألا يطالب بالشفعة، وأيضا فإن حدوث نزاع على الشفعة يؤدي إلى إطالة أمد النزاع أمام القضاء لفترة طويلة مما يجعل ملكية العقار المشفوع فيه غير مستقرة. ولهذه العيوب فإن الشفعة تثبت عند فقهاء الشريعة الإسلامية خلافا للأصل والقياس، فهي تثبت دفعا لضرر بالشفيع لاتصال ملكه بالعقار المبيع.

وإذا كان مبررا ومفهوما أن يكون للشفيع الأخذ بالشفعة في حالة ما إذا كان شريكا على الشيوع أو كان يشفع في الانتفاع أو الرقبة أو الحكر؛ لعلة جمع ما تفرق من الملكية، أو منع دخول الأجنبي بين الشركاء، فإنه غير مبرر نظام الشفعة في حالة الجوار، ولذلك لم يقل بالشفعة للجار من فقهاء الشريعة الإسلامية إلا الحنفية، أما الجمهور فلم يجيزوا الشفعة للجار على سند من أنها تعتبر قيداً على التصرف.

ولقد كانت لهذه العيوب أثرها عند بحث الشفعة وقت اعداد القانون المدني، حيث ثار نقاش مفاده هل يتم الإبقاء عليها أم يتم العدول عنها وعدم الأخذ بها، ولقد استقر الرأي في النهاية وعلى نحو ما ذكرته المذكرة الايضاحية للقانون المدني على الإبقاء على الشفعة " لاعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام أصبح جزءا من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة من جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة".

وإذا كان المشرع قد أبقى على نظام الشفعة إلا أنه عمل من ناحية أخرى على التضييق في الأخذ بها سواء من حيث الموضوع، أو من حيث الإجراءات.

تقسيم:

تفترض الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية أن شخصا باع عقار لآخر، فيأتي شخص ثالث يقال له الشفيع يطالب بأن يحل محل المشتري لتوافر صفة فيه تؤهله لذلك، وهذه هي شروط الأخذ بالشفعة، وسبيل الشفيع في هذا الحلول إجراءات معينة هي إجراءات الشفعة، فإذا ما تم السير في هذه الإجراءات ترتبت على ذلك آثار قانونية تطال كافة المتداخلين في هذه العملية القانونية إلى نهايتها وهذه هي آثار الشفعة.

وفي ضوء ذلك نتناول الشفعة فنبين أسبابها، وشروطها، وإجراءاتها، ومسقطاتها، وأخيرا آثارها، ونخصص لكل موضوع فصل مستقل على النحو التالي:

الفصل الأول: أسباب الشفعة

الفصل الثاني: شروط الشفعة

الفصل الثالث: إجراءات الشفعة

الفصل الرابع: مسقطات الشفعة

الفصل الخامس: آثار الشفعة

الفصل الأول

أسباب الشفعة

تقسيم:

يقصد بأسباب الشفعة الأشخاص الذين يثبت لهم الحق في الأخذ بالشفعة، أي تحديد الشفعاء، ولقد حدد القانون في المادة 936 مدني هؤلاء الأشخاص، بيد أنه يتصور أن يحدث تزاحم بين هؤلاء في الأخذ بالشفعة، لذلك نظم القانون كيفية مواجهة تزاحم الشركاء. وفي ضوء ذلك نتناول في المبحث الأول تحديد الشفعاء، أو بعبارة أخرى من يثبت له الأخذ بالشفعة، ثم نعرض في المبحث الثاني لتزاحم الشفعاء.

المبحث الأول

من يثبت له الحق في الأخذ بالشفعة (الشفعاء)

تحديد:

عينت المادة 936 مدني الأشخاص الذين يجوز لهم الأخذ بالشفعة حيث نصت على أنه: " يثبت الحق في الشفعة:

(أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي.

(ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدّة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل".

ونتناول كل واحد من هؤلاء في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول

مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع

تنص المادة 935 مدني في فقرتها (أ) على أنه: " يثبت الحق في الشفعة: (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه. تفترض هذه الصورة أن هناك عقار محمل بحق انتفاع وباع المنتفع حقه كله أو بعضه لشخص غير مالك الرقبة، فيكون لمالك الرقبة أن يأخذ الحق المبيع بالشفعة. والحكمة من تقرير هذه الحالة هي جمع ما تفرق من حق الملكية. فالمشرع يريد أن يتملك مالك الرقبة الانتفاع فتعود له بذلك الملكية تامة. ويلاحظ أن الشفعة هنا لا تعتبر سببا لكسب حق الملكية، وإنما هي تؤدي إلى كسب حق الانتفاع.

ويثبت لمالك لرقبة الأخذ بالشفعة ولو كان حق الانتفاع لعدة شركاء على الشيوع، فباع أحدهم حصته الشائعة حتى ولو كان المشتري أحد الشركاء، ذلك لأن مالك الرقبة يتزاحم مع الشريك على الشيوع والأفضلية في هذه الحالة تكون لمالك الرقبة على نحو ما سيتضح لنا عند دراسة تزاحم الشركاء.

وإذا تعدد مالكي الرقبة كان لهم مجتمعين أن يأخذوا الحق المبيع بالشفعة فتعود لهم جميعا ملكية المال المبيع تامة. أما إذا تعدد مالكي الرقبة وبيع حق الانتفاع، ورغب أحدهم في أخذه بالشفعة فلا يجوز له أن يشفع إلا بقدر نصيبه في الرقبة فهذا هو الحق الملابس للرقبة. فالمقصود بحق الانتفاع الملابس الحق الذي يقع على ملكية الرقبة التي للشفيع بحيث إذا اجتمع الحقان تنتهي تجزئة الملكية، هذا على فرض أن الصفقة تقبل التجزئة. أما إذا كانت الصفقة لا تقبل التجزئة، بمعنى أن المشتري يتضرر من أخذ أحد مالكي الرقبة بالشفعة دون الآخر على فرض أن مالكي الرقبة اثنان، فيكون له (المشتري) أن يطالب مالك الرقبة الراغب في الأخذ بالشفعة أن يأخذ حق الانتفاع كله، وليس الجزء الملابس لحقه، وإما أن يترك حق الانتفاع كله للمشتري. فإذا أخذ مالك الرقبة كل حق الانتفاع صار مالكا لنصف المال ملكية تامة، ومالكا لحق الانتفاع في النصف الآخر المملوك لشريكه الآخر مالك الرقبة. أما إذا ترك حق الانتفاع كله للمشتري بقى مالكا للرقبة فقط مع شريكه الآخر بعد أن ترك كل منهما الأخذ بالشفعة.

الشفعة في حق الاستعمال وحق السكنى

تنص المادة 998 مدني على أنه: فيما عدا الأحكام المتقدّمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقّين". فالمشرع ينص على سريان الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حقي الاستعمال والسكنى متى كانت تلك الأحكام لا تتعارض مع طبيعتهما، وعليه ففي الحالات التي يجوز فيها النزول عن حقي الاستعمال والسكنى يكون لمالك الرقبة الأخذ بالشفعة إذا بيع الحق الملابس للرقبة من هذين الحقين.

المطلب الثاني

الشريك على الشيوع

تثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي (م 936/ب).

شروط ثبوت صفة الشفيع للشريك على الشيوع:

يشترط لثبوت صفة الشفيع للشريك على الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي ما يلي:

(1) أن يتم البيع لأجنبي: فالعلة من الشفعة في هذه الحالة هي منع دخول شخص أجنبي بين الشركاء؛ وعلى ذلك إذا تم البيع لأحد الشركاء فلا تنطبق هذه الحالة.

(2) أن تكون الملكية الشائعة لازالت قائمة، فإذا تمت القسمة واختص كل شريك بجزء مفرز فلا تثبت له صفة الشفيع باعتباره شريكا على الشيوع، وإنما قد تثبت له بصفته جارا.

(3) تثبت صفة الشفيع في العقار الذي بيع منه شيء لأجنبي، وعلى ذلك فإن الشريك في الجدار الفاصل بين ملكه والعقار المبيع لا يجوز له أن يطالب بالشفعة إذ أنه ليس شريكا على الشيوع في العقار المبيع وإنما هو فقط شريك في الجدار الفاصل بين ملكه والعقار المبيع، بيد هذا لا ينفى أن له أن يطالب بالأخذ بالشفعة إذا توافرت شروط الجوار.

(4) لا تثبت صفة الشفيع للشريك في الشيوع في مجرى ماء يخترق الأطيان المبيعة، ولا للشريك في الشيوع في آلة ري موجودة على العقار المبيع.

إذا توافرت هذه الشروط كان للشريك على الشيوع أن يطالب بالأخذ بالشفعة، والعلة في الأخذ بالشفعة هنا هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء. وإذا تعدد الشركاء كان لهم أن يطالبوا بالأخذ بالشفعة كل بقدر نصيبه.

مدى ثبوت الشفعة للشريك في الانتفاع:

يثور التساؤل حول مدى حق الشريك على الشيوع في حق الانتفاع إذا بيع جزء من حق الانتفاع أو كله أن يطالب بالأخذ بالشفعة، حيث ذهب الفقه في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أنه يجوز للشريك في الانتفاع أن يطالب بالأخذ بالشفعة؛ لأن عبارة الشريك في الشيوع الواردة في المادة 936/ب مدني جاءت عامة؛ ومن ثم فهي تشمل الشريك في الانتفاع والشريك في الملكية، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن العلة من منح الشريك المطالبة بالأخذ بالشفعة هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء، وهذه العلة متحققة سواء كان الشركاء شركاء في الملكية أو شركاء في الانتفاع.

الرأي الثاني: يرى أنه لا يجوز للشريك في الانتفاع أن يطالب بالأخذ بالشفعة، فعبارة النص تقول "للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي" فهي تفيد أن الشركة في ملكية العقار ذاته وليس الشركة في الانتفاع، ولو أن المشرع أراد أن يمنح الشريك في الانتفاع الحق في الأخذ بالشفعة لما اعوزه النص على ذلك، فهو قد نص على ثبوت صفة الشفيع للمنتفع إذا بيع حق الرقبة الملابس (م 936/ج) ونص على ثبوت صفة الشفيع لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس (م 936/أ) فلو كان المشرع يريد منح الشريك على الشيوع في حق الانتفاع الأخذ بالشفعة لنص على ذلك، كما أن الشفعة تعد طريقا استثنائيا لكسب

الملكية، فلا ينبغي التوسع فيه. ومن جانبنا نذهب إلى تأييد الرأي الأول؛ لأن علة ثبوت صفة الشفيع هي منع دخول شخص أجنبي بين الشركاء، وهذه العلة متحققة سواء كنا بصدد شركاء في الملكية، أم شركاء في الانتفاع، كما أن عبارة النص جاءت عامة للشريك على الشيوع، فلم نفرق بين الشيوع في الملكية والشيوع في الانتفاع.

ثبوت الشفعة في الحصة الشائعة المبيعة لا جزء مفرز:

إن ما سبق أن بيناه يفترض أن الشريك يبيع حصته الشائعة في العقار أو جزء منها، لكن التساؤل هل لو قام الشريك ببيع جزء مفرز من العقار قبل القسمة لشخص أجنبي، فهل يكون لأي شريك آخر في الشيوع أن يأخذ بالشفعة هذا الجزء المباع.

ذهب الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أن البيع غير نافذ في حق باقي الشركاء لأنه يمس حقوقهم، وعلى ذلك فإن المشتري لجزء مفرز لا يصبح مالكاً على الشيوع ولا يكون شريكا، وإنما يظل البائع هو الشريك حتى تتم القسمة، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للشريك أن يأخذ بالشفعة الجزء المفرز، وكل ماله أن يطالب بقسمة المال الشائع، فإذا ما وقع الجزء المبيع بجوار حصته هو وتوافرت شروط المطالبة بالشفعة استنادا إلى الجوار كان له ذلك.

الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي مؤيدا بتطبيقات القضاء إلى أن البيع الواقع على التحديد، أي على الحصة المفرزة ينفذ في حق باقي الشركاء قبل القسمة، ويترتب عليه أن يصبح المشتري مالكا على الشيوع لحصة شائعة بقدر الجزء المبيع، وحيث جاء النص عاما يجيز الشفعة للشريك في الشيوع، فهو بذلك يشمل البيع سواء ورد

على حصة شائعة أم ورد على حصة مفرزة. ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك بطريق الغش والتحايل أن يبيع حصته مفرزة ويحرم باقي الشركاء من الأخذ بالشفعة وهذا ما لا يمكن قبوله عقلا وقانونا. فللشريك فى الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، يدل – و على ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أن الحق فى الشفعة يثبت للشريك على الشيوع إذا بيع قدر من العقار الشائع إلى أجنبي سواء كان هذا القدر شائعاً أو مفرزاً. ومن جانبنا نذهب إلى تأييد الرأي الثاني، لأن الأخذ بالرأي الأول يؤدي بنا إلى أن يصبح نص المادة 936/ب مدني لغوا لا معنى له؛ إذ ما على الشريك الذي يريد أن يمنع شركائه الآخرين من الأخذ بالشفعة سوى أن يبيع حصته مفرزة.

المطلب الثالث

صاحب حق الانتفاع

تثبت صفة الشفيع بمقتضى الفقرة (ج) من المادة 936 سالفة الذكر لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، وقد سبق أن رأينا أن المشرع يمنح مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها الأخذ بالشفعة بمقتضى الفقرة (أ) من المادة 936 مدني سالفة الذكر، ففي مقابل ذلك يمنح المشرع صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها. والعلة في ذلك هي تجميع ما تفرق من عناصر الملكية، فيصبح صاحب حق الانتفاع بعد الأخذ بالشفعة مالكا ملكية تامة.

ويشترط لثبوت صفة الشفيع في هذه الحالة أن تكون الرقبة في ذات العقار المقرر عليه حق الانتفاع، وعلى ذلك إذا بيع العقار المجاور للعقار المقرر عليه حق الانتفاع، فلا يكون لصاحب حق الانتفاع أن يطالب بالأخذ بالشفعة.

وإذا تعدد المنتفعون كان لكل منهم أن يأخذ بالشفعة جزء من الرقبة يعادل نصيبه في حق الانتفاع، فهذا هو المقصود بالجزء الملابس لحقه. وحيث إن المشرع نص على أن يسري على حقي الاستعمال والسكنى ما يسري على حق الانتفاع وبما لا يتعارض مع طبيعتهما، فإنه يكون لكل من صاحبي حق الاستعمال والسكنى أن يشفع في ملكية الرقبة الملابسة لحقهما إذا بيعت.

المطلب الرابع

مالك الرقبة وصاحب حق الحكر

تنص المادة 936/د مدني على أن يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة. ووفقا للنص المتقدم إذا بيع الحكر كان لمالك الرقبة أن يأخذه بالشفعة؛ والعلة في ذلك هي تجميع ما تفرق من عناصر حق الملكية بحيث تجتمع عناصر الملكية في يد واحدة. كذلك إذا بيعت الرقبة فإنه يكون للمستحكر أخذها بالشفعة، والعلة هنا هي ذاتها تجميع ما تفرق من حق الملكية، فضلا عن أن هذا يعد وسيلة لانهاء حق الحكر وهو حق غير مرغوب فيه.

وتعد الحالات التي تتناولها الفقرة الرابعة من المادة 936 مدني نادرة، وفي طريقها للاندثار؛ ذلك لأن الحكر ومنذ صدور القانون المدني الحالي لا يترتب إلا على الأرض الموقوفة (م 1012 مدني) فإذا كانت الأرض الموقوفة محكرة وبيع

حق الحكر، فإن الوقف وباعتباره مالك الرقبة لن يأخذ بالشفعة؛ لأن المادة 2/939 تمنع الوقف بصفة عامة من الأخذ بالشفعة. أما إذا كان البيع في الرقبة وهي وقف فسيكون ذلك استبدلا بالأعيان الموقوفة، وهي نادرة. فمن الناحية العملية يقتصر تطبيق أحكام الشفعة على الحكر القائم على أرض غير موقوفة قبل صدور القانون المدني الحالي.

المطلب الخامس

الجار المالك

نصت المادة 936/هـ على أن يثبت الحق في الشفعة: (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدّة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل". يتضح من النص أن الجار المالك يثبت له الأخذ بالشفعة في حالات محددة وبشروط معينة نص عليها المشرع، وعليه فإنه قبل دراسة الحالات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة بسبب الجوار يتعين دراسة الشروط العامة المتطلبة للأخذ بالشفعة بسبب الجوار، وهذه نبينها في الفرع الأول، على أن يكون الثاني لدراسة حالات الأخذ بالشفعة بسبب الجوار.

الفرع الأول

الشروط العامة للأخذ بالشفعة بسبب الجوار

يشترط لتطبيق حالات الأخذ بالشفعة بسبب الجوار المنصوص عليها في الفقرة (هـ) من المادة 936 مدمي شرطان هما:

الشرط الأول: الجوار

معنى الجوار:

يقصد بالجوار كشرط للأخذ بالشفعة أن يكون هناك تلاصق بين العقار المبيع وعقار الجار الذي يرغب فب الأخذ بالشفعة، فمجرد قرب عقار الجار مع العقار المبيع لا يكفي، وإنما لابد أن يكون هناك التصاق مباشر بين العقارين، وعلى ذلك إذا كان هناك فاصل بين العقارين كطريق عام، أو ترعة عامة، أو مصرف عام، فإن هذا يمنع من وجود التلاصق، وبالتالي يمنع من الأخذ بالشفعة لعدم تحقق معنى الجوار. وعلى العكس من ذلك فإن وجود ترعة خاصة، أو طريق خاص، أو مصرف خاص مملوك لأحد الجارين أو كانت ملكيته مشتركة بينهما، فإن ذلك لا يمنع من الأخذ بالشفعة.

ترتيبا على ما سبق فإذا وجدت قطعة أرض يملكها البائع تفصل بين العقار المبيع وعقار الجار، ولا يشملها البيع، فإن هذا يمنع من التلاصق ولا يجيز الأخذ بالشفعة. وقد يقوم البائع متعمدا بترك جزء ضيق من الأرض يفصل بين العقار المبيع وعقار الجار، فهل يمنع هذا الشريط الضيق الذي تركه البائع فاصلا بين العقار المبيع وعقار الجار يمنع من الأخذ بالشفعة على أساس عدم التلاصق بين العقار المبيع وعقار الجار؟

ذهب البعض إلى أن احتفاظ البائع بملكية هذا الجزء من الأرض يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة، على أساس انتفاء التلاصق بين العقارين، حتى وإن تحايل البائع، لأن الشفعة رخصة استثنائية؛ ومن ثم يجوز التحايل لاسقاطها. بينما ذهب فريق آخر إلى أن قيام البائع بترك هذا الجزء ليفوت على الجار الأخذ بالشفعة يعد تحايلا على القانون، والشفعة مقررة بمقتضى نصوص قانونية فلا يجوز التحايل على استبعادها، ومن ثم يجوز الأخذ بالشفعة. ومن جانبنا نذهب إلى تأييد الرأي الثاني لأن الأخذ بغيره يهدر النصوص القانونية المنظمة للشفعة. وذات الحكم يسري في حالة أن يقوم البائع بهبة هذا الجزء للمشتري، وبالتالي يفوت على الجار الأخذ بالشفعة حيث لا تجوز الشفعة في الهبة.

مدى التلاصق:

إذا كنا نشترط أن يكون العقار المبيع ملاصق، بمعنى الاتصال المباشر، لعقار الجار، فما هو مدى هذا التلاصق.

يذهب رأي إلى أن التلاصق يجب أن يكون على امتداد كاف يبرر الأخذ بالشفعة، كأن يكون على امتداد نصف أو ثلثه، والقاضي يقدر ما إذا كان التلاصق يكفي للأخذ بالشفعة من عدمه. لكن محكمة النقض لم تأخذ بهذا الرأي وقضت بأن التلاصق ولو بشبر واحد يكفي. وهذا هو رأي غالبية الشراح، فالنص لا يتطلب سوى مجرد التلاصق في الجوار، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن الفقه الإسلامي الذي استمد منه المشرع التنظيم القانوني للشفعة يقضي وخاصة المذهب الحنفي بأن التلاصق يتحقق ولو امتد لمسافة شبر واحد.

أنواع التلاصق:

قد يكون التلاصق أفقيا كما هو الحال حين تتلاصق أرض الجار مع الأرض المبيعة، وقد يكون التلاصق رأسيا، ويتحقق ذلك في ملكية الطبقات، حيث تتلاصق الطبقة الثانية مع الطبقة التي تعلوها والتي أسفل منها.

الشرط الثاني: أن يكون الجار مالكا

يشترط لتطبيق حالات الأخذ بالشفعة بسبب الجوار أن يكون الجار مالكا للعقار المشفوع، وعلى ذلك إذا لم يكن مالكا فليس له أن يطالب بالشفعة، فصاحب حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، والمستأجر، هؤلاء جميعا لا يجوز لهم المطالبة بالأخذ بالشفعة استنادا إلى الجوار إذا كان العقار المبيع ملاصق للعقار الذي يرد حقهم عليه؛ لأنهم ليسوا بملاك.

ويشترط أن يكون الجار مالكاً سواء كانت ملكيته ملكية تامة، أو كان مالكاً للرقبة فقط، وعلى ذلك فإن المشتري الذي لم يسجل عقده لا يعد مالكا، وبالتالي لا يجوز له المطالبة بالأخذ بالشفعة.

وإذا كان الجار مجموعة ملاك على الشيوع فيجوز لهم مجتمعين المطالبة بالأخذ بالشفعة، ويكون لكل واحد منهم جزء مقابل لنصيبه في العقار المشفوع، ويجوز لأي شريك أن يطالب بالأخذ بالشفعة ولو لم يرغب باقي الشركاء في ذلك. وقد وجد رأي أنه لا يجوز له ذلك على أساس احتمال أن تسفر القسمة على أن يكون نصيبه غير ملاصق للعقار المبيع، لكن الراجح أنه يجوز للشريك أن يشفع في العقار المبيع كله، لأنه بصفته مالكا على الشيوع يعتبر مالكا في كل ذرة من ذرات العقار الشائع فالعبرة بصفته مالكا وقت البيع وإلى حين اتخاذ إجراءات الشفعة.

الفرع الثاني

حالات الأخذ بالشفعة بسبب الجوار

تضمنت الفقرة (هـ) من المادة 936 مدني ثلاث حالات يجوز فيها الأخذ بالشفعة بسبب الجوار، وهي:

الحالة الأولى: إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدّة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

تتعلق هذه الحالة بالشفعة في البناء المجاور أو في الأراضي المعدة للبناء. أما البناء فهو كل ما شيدته يد الانسان واتصل بالأرض اتصال قرار بقطع النظر عنه المادة المكون منها سواء كانت من الطوب أو الحديد أو الخشب أو أي مادة أخرى. أما الأراضي المعدة للبناء فهي الأراضي غير المبنية فعى ولكنها معدة للبناء سواء كانت واقعة في المدن أو القرى، ويرجع بصدد تحديد هذه الأراضي إلى الخرائط المساحية التي تحدد حدود المدن والقرى، فكل الأراضي الداخلة في كردون المدن والقرى تعتبر معدة للبناء حتى لو كان صاحبها قد خصصها مؤقتا لغرض آخر كأن يستغلها للزراعة مثلا. أما الأراضي غبر نطاق المدن والقرى فإنها لا تعتبر معدة للبناء إلا إذا أعدها صاحبها لأن تكون معدة للبناء، كأن يقوم بتقسيمها إلى قطع بينها طرق، فعندئذ تعد معدة للبناء.

في هذه الحالة يشترط المشرع فقط للأخذ بالشفعة شرط الجوار، ولا يشترط أي شرط آخر، فمجرد التلاصق من جهة واحدة يكفي دون تحديد مسافة معينة، فيتحقق التلاصق ولو امتد لمسافة شبر واحد بين العقارين.

ولا صعوبة في تحقق الجوار إذا كان العقارين من الأراضي، حيث تتلاصق الأرض المشفوع فيها بالأرض المشفوع بها. وإذا كان العقاران من المباني فيتحقق التلاصق باتصال البناء المشفوع فيه بالبناء المشفوع به. وقد يتحقق أيضا إذا اتصل البناء المشفوع فيه بالأرض المشفوع بها ومثال ذلك أن يباع منزل موجود في وسط حديقة أو أرض فضاء، فيكون لجار الحديقة أو الأرض الفضاء أن يأخذ المنزل بالشفعة سواء كانت أرض الشفيع أرض فضاء أو كانت حديقة.

وإذا بيع البناء المشفوع فيه استقلالا عن الأرض المقام عليها، فإنه يجوز للجار أن يأخذ بالشفعة بشرط أن يكون عقاره أرضا أو بناء ملاصقا للبناء المبيع من جهة واحدة، وهذا الحكم يواجه حالة ما إذا قام المستأجر بتشييد بناء في الأرض المؤجرة، أو قام المنتفع أو المستحكر بإقامة بناء على الأرض التي يرد عليها حق الانتفاع أو الحكر، وبيع البناء مستقلا عن الأرض، فيجوز لجار الأرض المقام عليها الأخذ بالشفعة.

الحالة الثانية: إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

تتعلق هذه الحالة بالأراضي غير المعدة للبناء، ولا يكفي مجرد الجوار للأخذ بالشفعة، وإنما يشترط المشرع فوق ذلك أن يكون للأرض المبيعة (المشفوع فيها) حق ارتفاق على أرض الجار، أو العكس فحق الارتفاق يكفي للاخذ بالشفعة. والعلة من تقرير الأخذ بالشفعة في هذه الحالة هو القضاء على حق الارتفاق وهو حق غير مرغوب فيه. وينطبق الحكم بقطع النظر عن مصدر حق الارتفاق فقد يكون الاتفاق أو نص القانون. والارتفاق قد يكون ارتفاق بالمرور، أو الشرب، أو الصرف.

وقد يعمد المشتري إلى النزول عن حق الارتفاق المقرر للأرض المبيعة لصالح الشفيع، وبالتالي يقطع على الشفيع الأخذ بالشفعة، ولكن متى ينتج هذا النزول من المشتري أثره. لا خلاف على أنه إذا حدث نزول المشتري عن حق الارتفاق قبل اعلان الشفيع رغبته، فإنه يؤدي إلى تخلف شرط المطالبة بالشفعة. وإذا كان النزول بعد اعلان الشفيع رغبته واخذه العقار بالشفعة، فإن هذا النزول لا أثر له عندئذ.

أما التساؤل حول ما إذا كان نزول المشتري في الفترة ما بين اعلان الشفيع رغبته وبين انتهاء إجراءات الشفعة، فهل ينتج النزول أثره في هذه الحالة ومتى؟.

ذهب جانب من الفقه إلى أن حق الشفيع يثبت بمجرد اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، وأن إجراءات الشفعة ليس لها من أثر في ثبوت حق الشفيع، ومقتضى هذا أن نزول المشتري بعد إعلان الشفيع رغبته لا يؤدي إلى سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. وميزة هذا الرأي أنه يؤدي إلى استقرار المعاملات. ويرى جانب آخر إلى أن نزول المشتري ينتج أثره متى تم قبل تمام إجراءات الشفعة رضاء أو قضاء، إذ يشترط للأخذ بالشفعة توافر شروطها منذ اعلان الشفيع وحتى تمام إجراءات الشفعة. وتوسط فريق ثالث وذهب إلى نزول المشتري ينتج أثره إذا تم قبل رفع دعوى الشفعة، أما بعد رفع دعوى الشفعة فلا يجوز للمشتري أن يغير الحالة التي كانت عليها الدعوى عند رفعها والتي أصبحت أساسا لها. ونعتقد أن الرأي الثاني أولى بالتأييد لأن حق الشفيع لا يثبت بمجرد إعلان رغبته، وإنما من وقت التحقق من توافر شروط الشفعة وهذا يتحقق إما بتسليم المشتري بحق الشفيع وإما بصدور حكم من المحكمة.

الحالة الثالثة: إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

تتحقق هذه الحالة في الأراضي المجاورة غير المعدة للبناء، وغالبا هي الأراضي الزراعية، فلا يكفي فيها مجرد الجوار للأخذ بالشفعة، وإنما يشترط للأخذ بالشفعة فيها:

الشرط الأول: أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين

يشترط أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين من الجهات الأربع الأصلية والتي تستخدم دائما في تعيين حدود الأراضي الزراعية وهي: الجهة البحرية، الجهة القبلية، الجهة الشرقية، الجهة الغربية. فلا يكفي مجرد التلاصق من جهة واحدة فقط، ولو كان في نقطتين من هذه الجهة، بل ولو كان التلاصق على طول الحد كله. ولا يشترط أن يقع التلاصق من جهتين متجاورتين كأن يكون من الجهتين الغربية والقبلية، وإنما يجوز أن يقع من جهتين متقابلتين، كأن يكون من الجهتين الشرقية والغربية، أو البحرية والقبلية. والعبرة في تحديد التلاصق من جهتين بالأرض المشفوع بها (أرض الجار) لا الأرض المشفوع فيها.

ويجب أن يكون التلاصق من جهتين لقطعة أرض واحدة من الأراضي التي يملكها الجار، فإذا كان للجار قطعة أرض مجاورة للأرض المشفوع فيها من جهة، وله قطعة أرض أخري غيرها تجاور الأرض المشفوع فيها من جهة أخرى ما تحقق التلاصق الذي يجيز الأخذ بالشفعة، فالتلاصق يجب أن يقع بين عقارين لا ثلاثة عقارات.

الشرط الثاني: أن تساوي أرض الجار من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل

هذا الشرط كان منصوصا عليه في قانون الشفعة الملغي ووضع لمواجهة حالة تفاقمت آنذاك حيث كان يعمد صغار الملاك إلى شراء قطع أراضي صغيرة وسط أراضي كبيرة، ثم إذا ما بيعت هذه الأراضي يبدؤون في مساومة المشتري حتى لا يأخذوا بالشفعة، فأراد المشرع أن يواجه ذلك باستلزام هذا الشرط، ونقل الشرط إلى القانون المدني الحالي.

والعبرة هي بقيمة أرض الجار الحقيقية وقت البيع لا بالثمن الذي دفعه الجار وقت أن اشترها، لأنه في هذا الوقت يجب أن تتوافر شروط الشفعة. أما بالنشبة للأرض المبيعة فالعبرة بالثمن الحقيقي الذي تم به البيع، بصرف النظر عن الثمن الذي يكون المشتري قد دفعه، فقد يكون أكبر من الثمن الحقيقي لرغبته في أخذ هذا العقار. ولا يعتد بمساحة أي من الأرضين في تطبيق هذا الشرط.

وإذا كانت الأرض المشفوع بها مملوكة على الشيوع لعدة شركاء وطالبوا جميعا بالشفعة، فالعبرة بقيمة الأرض كلها، أما إذا طالب أحدهم فقط بالشفعة، فالعبرة بقيمة نصيبه من هذه الأرض بحيث يجب ألا تقل هذه القيمة وحدها عن نصف ثمن الأرض المبيعة.

المبحث الثاني

تزاحم الشفعاء

تمهيد وتقسيم:

حدد المشرع في المادة 936 مدني من تثبت له صفة الشفيع، بعبارة أخرى من يقوم في حقه سبب الأخذ بالشفعة، لكن وبالنظر إلى تعدد الأشخاص الذين يحق لهم المطالبة بالأخذ بالشفعة فهناك احتمال أن يحدث أن يطالب في ذات الوقت أكثر من شخص الأخذ بالشفعة وتتوافر فيهم جميعا صفة الشفيع، فما الحل في مثل هذه الحالة ؟ تعرف هذه الحالة بتزاحم الشفعاء، ويقصد به مطالبة أكثر من شخص تتوافر فيهم صفة الشفيع الأخذ بالشفعة في العقار المشفوع فيه. عالج المشرع هذه الحالة بالنص عليها في المادة 937 مدني حيث نص على أنه: " 1- إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.

2- وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

3- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضّل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدّمه الذين هم من طبقة أعلى". يظهر من هذا النص أنه يفرق بين فرضين: الأول يتم البيع فيه لشخص لا تتوافر فيه صفة الشفيع، أي التزاحم بين شفعاء ليس من بينهم المشتري، ويتصور التزاحم في هذا الفرض في حالتين الأولى التزاحم بين الشفعاء من طبقات مختلفة، والحالة الثانية هي حالة التزاحم بين

الشفعاء من طبقة واحدة. أما الفرض الثاني فيتزاحم الشفعاء ويكون المشتري واحدا منهم. ونخصص لكل حالة من الحالات الثلاث مطلبا مستقلا على النحو التالي:

المطلب الأول

التزاحم بين الشركاء من طبقات مختلفة

قد يحدث أن يباع العقار المشفوع فيه، ويتقدم للأخذ بالشفعة أكثر من شخص ينتمون إلى طبقات مختلفة، مثال ذلك أن يبيع الشريك في الشيوع حصته الشائعة في حق الانتفاع المقرر على هقار معين لأجني، ويتقدم للأخذ بالشفعة مالك رقبة هذا العقار، والشريك الآخر في حق الانتفاع، والجار، في هذا المثال الشفعاء ينتمون إلى طبقات مختلفة، وتثبت الشفعة لمن ينتمي إلى طبقة أعلى من الشفعاء دون الآخرين. والقانون هو الذي حدد طبقات الشفعاء ورتبها على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 936 مدني التي حددت من هم الشفعاء. وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 1/937 مدني على أنه: " إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة". وبناء عليه تكون الأفضلية في مثالنا لمالك الرقبة حيث أنه يأتي في المرتبة الأولي سابقا على الشريك على الشيوع والجار، فالشريك على الشيوع ينتمي إلى الطبقة الثانية، والجار ينتمي إلى الطبقة الخامسة.

ترتيبا على ذلك فإنه إذا كان الشفعاء ينتمون إلى طبقات مختلفة، فإن الأولوية بينهم تكون على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 936 مدني حيث تكون الأولوية لمالك الرقبة بالنسبة إلى حق الانتفاع الملابس لها، ثم يأتي في المرتبة الثانية الشريك على الشيوع بالنسبة إلى ما يباع من العقار الشائع إلى

أجنبي، وفي المرتبة الثالثة يأتي صاحب حق الانتفاع بالنسبة إلى الرقبة الملابسة له، وفي المرتبة الرابعة يأتي مالك الرقبة في الحكر بالنسبة إلى حق الحكر والمستحكر بالنسبة إلى رقبة الحكر، وأخيرا في المرتبة الخامسة يأتي الجار مع ملاحظة أن الحالات الفرعية الثلاثة للجار المنصوص عليها تأتي كلها في مرتبة واحدة هي المرتبة الخامسة.

المطلب الثاني

تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة

قد يحدث أن يتزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، بمعنى أن يطالب بالشفعة أكثر من شخص تتوافر فيهم جميعا صفة الشفيع وينتمون إلى طبقة واحدة، كأن يكون هناك شركاء على الشيوع في عقار، ويبيع أحدهم حصته لأجنبي فيتقدم باقي الشركاء للمطالبة بالشفعة. بينت الفقرة الثانية من المادة 937 مدني الحكم في هذه الحالة حين نصت على أنه: " وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه". وعلى ذلك فلو فرض وكان العقار المبيع مملوك على الشيوع لثلاثة شركاء، نصيب الأول النصف، ونصيب الثاني الربع، ونصيب الثالث السدس، باع الشريك الثالث حصته وهي السدس لأجنبي، ويطالب كل من الشريكين الأول والثاني بالشفعة، في هذه الحالة يأخذ الشريكين الأول والثاني حصة الشريك الثالث كل بقدر نصيبه، أي توزع عليهم بنسبة 2 إلى 1.

ويلاحظ أن الحكم المتقدم لا يسرى إلا على الطبقات الأربع المنصوص عليها في المادة 936 مدني سالفة الذكر، فهذه هي فقط التي يتصور فيها أن يكون ثمة تزاحم بين الشركاء ينتمون إلى طبقة واحدة، حيث يتصور أن يكون هناك

شركاء في ملكية الرقبة ويتزاحمون في حق الانتفاع الذي باعه المنتفع، أو يكون هناك شركاء على الشيوع في ملكية العقار الشائع ويتزاحمون في الحصة التي باعها شريك لهم لأجنبي، أو يتزاحم شركاء في حق الانتفاع على الرقبة المبيعة. أو يتعدد الشركاء في ملكية الرقبة في الحكر، أو يتعدد المستحكرين حين يشفعون في رقبة الحكر. لم يبقى من طبقات الشفعاء سوى الطبقة الخامسة وهي الجار، فهل يسري الحكم المتقدم إذا حدث تزاحم بين الشفعاء من الطبقة الخامسة أي الجيران، الأمر يحتاج إلى مزيد من التفصيل:

حكم خاص بالجيران:

إن المعيار الذي جاء به المشرع في الفقرة الثانية من المادة 937 مدني لحل التزاحم بين الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة هو استحقاق الشفعة على قدر نصيب كل واحد من الشفعاء، وهذا يفترض أن لكل شفيع نصيب مقدر في العقار المشفوع به يعتبر هو الأساس الذي بناء عليه يقدر مقدار ما يأخذه كل شفيع من العقار المشفوع فيه، هذا المعيار لا يمكن تطبيقه بالنسبة لتعدد الشفعاء من الجيران، إذ أن كل جار يشفع بأرض غير الأرض التي يشفع بها الجار الآخر، فهم ليسوا شركاء في عقار واحد حتى يكون لكل واحد منهم نصيبا مقدراً على أساسه يتحدد مقدار ما يأخذه من العقار المشفوع فيه، لذلك يتعين البحث عن حل لمواجهة مثل هذا التزاحم، لكن قبل بيان هذا الحل نعرض للتطور التاريخي لهذه الحالة:

كان قانون الشفعة الملغي يتضمن نصا يبين الحكم في حالة التزاحم بين الجيران، ونص على هذا الحكم في الفقرة الثانية من المادة 1384 من المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي (المقابلة للمادة 937 مدني)، وكانت هذا الفقرة

تنص على أنه: " فإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. إلا أنه فيما يتعلق بالجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره". وفي لجنة المراجعة رأت اللجنة عدم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار، وحذفت الفقرة (هـ) التي كانت تثبت للجار صفة في الأخذ بالشفعة، وبالتبعية لذلك تم حذف الفقرة الثانية من المادة 1384 من المشروع لعدم الحاجة إليها فلم يعد الجوار من الأسباب التي تجيز المطالبة بالشفعة، لكن مجلس النواب أعاد النص على الجوار كسبب من أساب الشفعة، وتبعه في ذلك مجلس الشيوخ، ولم ينتبه المجلسان إلى إعادة الفقرة الثانية المحذوفة من المادة 1384 وصدرت المادة 937 مدني خاليا من الفقرة المحذوفة، وعليه فإن عدم النص في القانون المدني الحالي على حكم لحالة التزاحم بين الجيران لم يكن سوى سهو من المشرع.

إزاء عدم وجود نص قانوني يبن حكم التزاحم بين الجيران، اختلف الفقه في بيان هذا الحل وفي تأسيسه. فقد يقال بوجوب الأخذ بالحل الذي جاء به المشرع في الفقرة الثانية من المادة 937 مدني حيث إذا تزاحم الشفعاء من الجيران، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه. ولا يخفى أن هذا الحل تواجه صعوبة عملية تتمثل في أن الجيران يشفع كل منهم بعقاره المستقل، فهم ليسوا شركاء في عقار واحد حتى يكون لكل واحد منهم نصيب على أساسه يكون نصيبه من الشفعة. لذلك ذهب رأي ثاني إلى أن هذه الحالة مسكوت عليها؛ ومن ثم تأخذ الحكم الذي كان معمولا به قبل صدور القانون الحالي وهو فيما يتعلق بالتزاحم بين الجيران يقدم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره، ويترك أمر هذا التقدير لقاضي الموضوع ويرى هذا الرأي أنه أكثر عدالة، كما أنه وإن لم ينص القانون المدني الحالي على حكم هذه الحالة فإنه يمكن الأخذ بالحكم الذي نص

عليه قانون الشفعة السابق بوصفه قاعدة من قواعد العدالة، وقد أخذت محكمة النقض بهذا الحكم. غير أنه يرد على هذا الرأي أنه فضل الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره على غيره من الجيران دون سند قانوني، فالجيران جميعا متساوون وتوافرت فيهم جميعا شروط الشفعة؛ ومن ثم فلا يجوز تفضيل بعضهم على بعض دون مسوغ قانوني. وينتهي هذا الرأي إلى أن العقار المبيع يقسم بين جميع الجيران الشفعاء بالتساوي بينهم.

المطلب الثالث

التزاحم بين شفعاء يكون المشتري واحدا منهم

تنص المادة 3/937 مدني على أنه: " فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضّل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدّمه الذين هم من طبقة أعلى". تواجه هذه الحالة فرض أن يكون هناك أكثر من شفيع ومن بينهم مشتري العقار المشفوع فيه، ومثال ذلك أن يبيع أحد الشركاء على الشيوع شيء من المال الشائع لشريك آخر معهم في الشيوع، فالمشتري هنا توافرت فيه صفة الشفيع باعتباره شريكا على الشيوع، إضافة إلى صفته كمشتري للعقار المشفوع فيه، فإذا رغب شريك ثالث في أخذ العقار بالشفعة، فإنه يتزاحم في هذه الحالة مع شريكه في الشيوع المشتري، فلمن تكون الأفضلية.

أجابت عن ذلك المادة 3/937 حين قضت بأن المشتري إذا توافرت فيه صفة الشفيع فإنه يقدم على الشفعاء ممن هم في طبقته أو في طبقة أدنى منه، ولكن يتقدم عليه الشفعاء ممن هم من طبقة أعلى منه. وبتطبيق ذلك على المثال

السابق فإن المشتري سيقدم على الشريك الآخر لأنه في نفس طبقته، وأيضا يقدم لو كان الشفيع في طبقة أقل منه كأن يكون الشفيع الجار مثلا، لكن يقدم على المشتري الشفيع الذي يكون في مرتبة أعلى منه، وعلى ذلك إذا بيع العقار لأحد الجيران وكان هناك شريك مشتاع يرغب في الأخذ بالشفعة، فإنه يتقدم على المشتري، لأن صفة الشفيع للمشتري تثبت باعتباره جار، والجار يأتي في المرتبة الخامسة، بينما الشريك على الشيوع يأتي في المرتبة الثانية.

الفصل الثاني

شروط الشفعة

تمهيد وتقسيم:

يشترط المشرع لثبوت الحق في الشفعة شروطا معينة، بعض هذه الشروط يتصل بالشفيع الراغب في أخذ العقار المبيع بالشفعة، وبعضها يتصل بالمشفوع منه (المشتري)، وأخيرا يتصل بعضها بالمشفوع فيه (المبيع). ولدراسة هذه الشروط نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الشروط التي يجب توافرها في الشفيع

المبحث الثاني: الشروط التي يجب توافرها في التصرف المشفوع

المبحث الثالث: الشروط التي يجب توافرها في المشفوع منه (المشتري)

المبحث الرابع: الشروط التي يجب توافرها في المشفوع فيه (المبيع)

المبحث الأول

الشروط التي يجب توافرها في الشفيع

تقسيم:

يجب أن تتوافر في الشفعاء الذين يحق لهم المطالبة بالشفعة وفقا لنص المادة 936 مدني جملة من الشروط تتمثل في وجوب أن تتوافر صفة الشفيع وقت البيع، وأن تظل هذه الصفة موجودة إلى حين الانتهاء من الأخذ بالشفعة رضاء أو

قضاء، ويجب ألا يكون الشفيع ممنوعا من الأخذ بالشفعة، ونخصص لكل شرط مطلبا مستقلا.

المطلب الأول

يجب أن تثبت صفة الشفيع وقت البيع (وجود حق الشفيع وقت البيع)

يشترط أن يكون الشفيع مالكا للحق الذي يشفع به قبل إبرام البيع، وتثبت للشفيع صفته كشفيع على أساس أنه مالك لحق الرقبة في ملكية عقار، أو صاحب حق انتفاع عليه، أو شريك على الشيوع فيه، أو صاحب حق حكر، أو جار له؛ وبناء على ذلك فإنه يشترط أن يكون حق الشفيع ثابتاً له قبل صدور البيع الذي يشفع فيه، وذلك سواء كان حق الشفيع ملكية مفرزة أم ملكية شائعة، وسواء كان حق الشفيع ملكية رقبة، أو حق انتفاع، أو حق حكر.

فإذا كان الشفيع قد كسب حقه بالميراث، فإنه يشترط أن تكون وفاة المورث سابقة على عقد البيع، لأن حق الشفيع باعتباره وارثاً يثبت بمجرد الوفاة، وبقطع النظر عن أية إجراءات أخرى قد يتطلبها القانون. وإذا كان الشفيع قد كسب حقه بالتقادم، فإنه يشترط أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل ابرام البيع.

وإذا كان الشفيع قد كسب حقه بتصرف قانوني، كأن يشتري الشفيع العقار الذي يشفع به، فإنه يجب أن يكون هذا التصرف قد تم تسجيله، ذلك لأن الحق الذي يشفع به الشفيع هو دائما حقا عينيا عقاريا، والقاعدة وفقا لقانون الشهر العقاري أن التصرف لا ينقل الحق إلا بالتسجيل. والعبرة أن يكون تسجيل التصرف قد تم قبل إبرام البيع؛ وعلى ذلك إذا كان تسجيل حق الشفيع قد تم بعد إبرام البيع، فلا يجوز للشفيع أن يطالب بالشفعة، إذ ليس للتسجيل أثر رجعي وفقا لرأي غالبية

الفقه، وما جرت عليه أحكام محكمة النقض. ولا يغني عن تسجيل التصرف القانوني أن يكون الشفيع قد رفع دعوى صحة هذا التصرف حتى لو تم تسجيل صحيفة هذه الدعوى متى لم يصدر فيها حكم بعد، وإنما يشترط أن يصدر فيها حكم ويتم تسجيل الحكم فعندئذ يكون حق الشفيع ثابتا ويكون له أن يطالب بالشفعة متى كان ذلك قبل البيع.

ترتيباً على ما تقدم فإن البائع الذي باع ملكه ولم يتم التسجيل بعد يكون له أن يطالب بالشفعة إذا بيع العقار المجاور لملكه المبيع وتوافرت باقي شروط الشفعة. أما المشتري فإنه لا يجوز له متى لم يسجل عقده بعد أن يطالب بالشفعة، وهذا هو اتجاه القضاء. وبناء على ذلك إذا قام المشتري بعد تسلمه العقار المبيع، وقبل التسجيل بالبناء عليه، فإنه يتملك البناء دون الأرض المقام عليها، لأن الأخيرة لا تنتقل له ملكيتها إلا بالتسجيل، فلا يجوز له أن يطالب بالشفعة استناداً إلى كونه مالكاً للأرض، بيد أنه يجوز له يطالب بالشفعة استنادا إلى أنه مالك البناء.

المطلب الثاني

يجب أن تظل صفة الشفيع ثابتة حتى تملك العقار المشفوع فيه (المبيع)

لا يكفي أن تثبت الصفة للشفيع وقت البيع، وإنما يشترط أن تظل هذه الصفة ثابتة له حتى تمام تملك العقار المشفوع فيه رضاء بتسليم المشتري له، أو قضاء بصدور حكم لصالحه، بعبارة أخرى لا يكفي أن يكون حق الشفيع موجوداً وقت البيع، إنما يجب أن يظل موجودا إلى حين الانتهاء من الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء، ومتى ظل حق الشفيع قائما إلى حين تملك المبيع، فلا يهم بعد ذلك

زوال سبب الشفعة، حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي، فالمعمول عليه هو أن يكون حق الشفيع موجودا قبل البيع وأن يظل موجودا إلى حين تملك المبيع.

وبناء على ما تقدم إذا تصرف الشفيع في الحق الذي يستند إليه في الأخذ بالشفعة تصرفاً ناقلا قبل تمام الأخذ بالشفعة سقط حقه في الشفعة؛ لزوال سببها. يترتب على ذلك أنه إذا كان الشفيع يستند في طلبه الشفعة إلى كونه مالك مجاور للعقار المشفوع فيه، ثم باع أثناء نظر دعوى الشفعة ملكه، بحيث لم يعد جارا؛ فإنه يكون بذلك قد فقد سبب الأخذ بالشفعة، فيسط حقه في طلبها لزوال سببها. وإذا طالب الشفيع بالشفعة استنادا إلى كونه جار مالك على الشيوع وأثناء نظر الدعوى تمت القسمة، واختص بحصة مفرزة لا تلاصق العقار المشفوع فيه، فإنه يكون قد فقد سبب الشفعة؛ فيسقط حقه فيها لزوال سببها، أما إذا تم الأخذ بالشفعة قبل القسمة فلا يؤثر في حق الشفيع بعد ذلك أن يختص بجزء من العقار الذي شفع به لا يلاصق العقار المشفوع فيه.

وإذا كان حق الشفيع معلقا على شرط فاسخ، وانتهت إجراءات الشفعة بثبوت حق الشفيع رضاء أو قضاء، فلا يؤثر تحقق الشرط الفاسخ في حق الشفيع، حتى ولو كان لتحقق الشرط الفاسخ أثر رجعي، لأن العبرة هي بالفترة بين ابرام البيع وانتهاء إجراءات تملك المبيع، فإن كان حق الشفيع ثابتا قبل ابرام البيع وظل ثابتا وقائما إلى حين تملك المبيع، فإن زوال سبب الشفعة بع ذلك لا يؤثر في ثبوت حق الشفيع في العقار المشفوع فيه.

وإذا كان حق الشفيع قابلا للإبطال، فله أن يطالب بالأخذ بالشفعة، حيث إن التصرف القابل للإبطال تصرف قائم وصحيح غير أنه مهدد بالزوال إذا تمسك

بالإبطال من تقرر له وقضت به المحكمة، فإذا قضي بإبطاله قبل الأخذ بالشفعة رضاء أو قضاء سقط حق الشفيع، ولا تجوز له الشفعة لزوالها سببها. أما إذا طالب بالشفعة وثبتت له رضاء أو قضاء، ثم بعد ذلك قضى بالإبطال فإن ذلك لا يؤثر على حق الشفيع الذي أخذه بالشفعة حتى وإن كان للإبطال أثر رجعي.

أما إذا كان حق الشفيع معلقاً على شرط واقف، أو كان يستند في كسبه لحقه إلى تصرف باطل، فلا يكون له أن يطالب بالشفعة؛ لأنه قبل تحقق الشرط الواقف لم يكن للشفيع حق موجود، وكما هو معلوم يشترط أن يكون حق الشفيع موجودا وثابتا قبل البيع. كما أن التصرف الباطل لا ينشئ حقا للشفيع في الشفعة أو غيرها من الحقوق فهو والعدم سواء، ويكون للمشتري أن يتمسك بالبطلان لأنه صاحب مصلحة في ذلك.

وإذا كان طلب الشفعة يستند إلى الجوار، وحدث أثناء نظر دعوى الشفعة أن زال التلاصق بأي سبب من الأسباب، كأن يتم شق طريق عام، أو مجرى مياه عام يزيل التلاصق الذي كان بين العقار المشفوع بع والعقار المشفوع فيه، فإنه لا يكون للشفيع المطالبة بالشفعة لزول سببها. أما إذا طالب الشفيع بالشفعة وثبتت له رضاء أو قضاء، ثم بعد ذلك زال الجوار فإن ذلك لا يؤثر فيما ثبت للشفيع من حق في العقار المشفوع فيه. كذلك لو كان للشفيع حق ارتفاق على الأرض المبيعة، أو كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرضه، ثم زال حق الارتفاق قبل الانتهاء من إجراءات الشفعة رضاء أو قضاء، سقط حق الشفيع لزوال سبب الشفعة.

المطلب الثالث

يجب ألا يكون الشفيع ممنوعا من الأخذ بالشفعة

يشترط في الشفيع ألا يكون ممنوعا من الأخذ بالشفعة، والمنع من الشفعة قد يكون بإرادة الشخص، وقد يكون بنص القانون. فيكون المنع بإرادة الشخص حين تتوافر له كل شروط الأخذ بالشفعة لكن يتنازل عنها بإرادته. ويعد النزول عن الشفعة من مسقطاتها، وسوف تناوله بالتفصيل عند الحديث عن مسقطات الشفعة.

وقد يكون المنع بنص القانون، ويتحقق ذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الشفيع ممنوعا من شراء العقار المبيع

يترتب على الشفعة أن يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، فالشفيع يصبح هو المشتري، ويترتب على ذلك أنه من يكون ممنوعا من شراء العقار المبيع (المشفوع فيه) لا يجوز له أن يشفع فيه؛ وعليه:

- فإذا كان العقار المبيع من الأراضي الزراعية، وكان في أخذه بالشفعة أن يزيد من مجموع ما يملكه الشفيع عن الحد الأقصى الجائز قانونا تملكه من الأراضي الزراعية، فإنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة.

- ولا تثبت الشفعة للنائب الذي نيط به بيع العقار المبيع تطبيقا لنص المادة 479 مدني؛ والعلة في ذلك الخشية من التحايل على أحكام القانون، فيتواطأ النائب مع شخص ليشتري العقار المبيع، ثم يطالب بعد ذلك بأخذه بالشفعة.

- ويسري الحكم المتقدم على السماسرة والخبراء، حيث لا يجوز لهم أن يشفعوا في العقارات التي عهد إليهم تقديرها؛ لأنهم ممنوعون من شرائها تطبيقا لنص المادة 480 مدني، ومن يمنع عنه الشراء تمنع عنه الشفعة.

– كذلك الشأن بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين، حيث لا يجوز لهم أن يشفعوا في الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، لأنه يمتنع عليهم شراء الحق المتنازع فيه بمقتضى المادة 471 مدني؛ والعلة من المنع هي منع كل ما يثير الشك حول نزاهة القضاء، وقد يثور هذا الشك من خلال السماح بالأخذ بالشفعة، فقد لا يكون البيع سوى وسيلة يتخذها ذوي الشأن لتمكين رجل القضاء من الأخذ بالشفعة.

الحالة الثانية: ألا يكون الشفيع وقفا

نصت المادة 2/939 على أنه: 2– ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة. وهو حكم مأخوذ من الفقه الإسلامي. وعلى ذلك إذا بيع عقار مجاور للعقار الموقوف، أو بيعت حصة شائعة في عقار، وكانت هناك من ضمن الحصص الشائعة في ذات العقار حصة شائعة موقوفة، فلا يجوز في الحالتين للوقف أن يأخذ بالشفعة استنادا إلى الجوار في الحالة الأولى، أو استنادا إلى كونه شريك في الشيوع في الحالة الثانية. لكن تجوز الشفعة من الوقوف، فإذا كان الوقف مشتريا، فإنه تجوز الشفعة في العقار الذي يشتريه.

المبحث الثاني

الشروط الواجب توافرها في التصرف الذي يجيز الشفعة

تمهيد وتقسيم:

تعد الشفعة طريقا استثنائيا لكسب الملكية، لذلك لا ينفتح الباب أمام الشفيع للمطالبة بالشفعة إلا إذا توافرت شروط معينة في التصرف الذي يجيز المطالبة

بالشفعة، وحيث إن المادة 935 مدني تنص على أن: الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محلّ المشتري، فإنه يستفاد من ذلك أن الشفعة لا تكون إلا في البيع، وأن يظل هذا البيع قائما وقت طلب الشفعة، غير أنه في حالات معينة قد نكون أمام عقد بيع صحيح ومع ذلك لا تجوز الشفعة فيه لاعتبارات معينة، وهذه هي البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة، وفي ضوء ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الشفعة لا ترد إلا على البيع

المطلب الثاني: البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

المطلب الأول

الشفعة لا ترد إلا على البيع

الشفعة لا ترد إلا على البيع بالمعنى الدقيق:

طبقا لنص المادة 935 مدني سالف الإشارة إليه فإن الباب لا ينفتح أمام الشفيع للمطالبة بالشفعة إلا إذا كان التصرف الذي تنتقل به ملكية العقار المبيع (المشفوع فيه) إلى المشتري هو بيع؛ والعلة في ذلك أن في البيع لا تكون ثمة مصلحة لدى البائع في أن تنتقل ملكية المبيع إلى شخص بعينه، لذلك يستوى لديه أن ينتقل العقار إلى المشتري أو إلى الشفيع. وقد قصر القانون الشفعة على البيع وحده دون غيره من الوقائع المادية أو التصرفات القانونية التي تنقل الملكية، ويترتب على ذلك أن مسألة تكييف التصرف القانوني وبيان ما إذا كان بيعا فتجوز فيه الشفعة من عدمه من أهم المسائل التي يتعين على القاضي أن يقوم بها، وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية في هذا الشأن وعليها أن تصل إلى التكييف الصحيح في ضوء ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وبصرف النظر عما

يعطيه المتعاقدان من وصف على اتفاقهما. يترتب على ذلك أنه إذا كان ما بين البائع والمشتري هو مجرد مفاوضات لم تنتهي ببيع تام، فإن هذا لا يجيز المطالبة بالشفعة.

ويثير اشتراط أن يكون التصرف بيعا للأخذ بالشفعة العديد من التساؤلات بالنسبة لبعض الفروض ومدى إمكانية الأخذ بالشفعة فيها، من هذه الفروض:

(1) الشفعة في المقايضة

تعرف المقايضة بأنها عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود (م 482 مدني)، وعلى ذلك إذا انتقلت ملكية العقار مقايضة فهل تجوز فيه الشفعة. يجمع الفقه على عدم جواز الشفعة في المقايضة؛ وعلة ذلك أن الملكية في البيع تنتقل في مقابل ثمن نقدي، بينما المقابل في المقايضة هو عين مشخصة لا يقدمها إلا المقايض ويعرضها كبدل، ولذلك لا يجيز القانون الشفعة في المقايضة لأن الشفيع لن يستطيع أن يقدم هذا البدل، وإنما يستطيع أن يقدم الثمن مقابل البيع حيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يحل الشفيع محل المشتري.

على أنه إذا كان البدل في المقايضة في جزء منه عيني وفي الجزء الآخر نقدي، فهل تجوز الشفعة في هذه الحالة، الراجح أننا ننظر إلى قيمة البدل غير النقدي، فإذا كان أكبر من المقابل النقدي، فإن التصرف مقايضة ولا تجوز فيه الشفعة، أما إذا كان المقابل النقدي أكبر من البدل النقدي، فإنه تجوز الشفعة في هذه الحالة، ويلتزم الشفيع أن يدفع القيمة النقدية للمقابل غير النقدي إضافة إلى المقابل النقدي بطبيعة الحال.

(2) الشفعة في العقد الصوري

يستر المتعاقدان – أحيانا – عقدهما الحقيقي بعقد آخر ظاهر مغاير له في الطبيعة القانونية، كأن يستر البيع بالهبة، أو تستر الهبة بالبيع. في الحالة الأولى حين يخفي المتعاقدان عقدهما الحقيقي وهو البيع في صورة الهبة، يكون للشفيع، وباعتباره من الغير بالنسبة لهذه الصورية، أن يتميك بالعقد الحقيقي وهو البيع، وله أن يثبت صورية له بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن. فإذا استطاع الشفيع أن يثبت أن العقد الحقيق هو البيع فيكون له حينئذ المطالبة بالشفعة. أما في الحالة الثانية حين يكون العقد الحقيقي هو الهبة، والعقد الظاهر هو البيع، ويكون للشفيع أن يطالب بالشفعة استنادا إلى عقد البيع الظاهر، حيث أنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذه الصورية، والقاعدة أن الغير في الصورية له أن يتمسك بالعقد الحقيق أو العقد الظاهر على حسب مصلحته، ولا يكون للمشتري أن يثبت أن العقد الحقيقي عقد هبة، طالما كان هذا العقد مستورا ولم يسجل، ولم يعلم الشفيع به فهو حسن النية؛ لذلك لا يكون للمشتري أن يتمسك في مواجهة الشفيع بورقة الضد ولو كانت ثابتة التاريخ يترتب على ذلك أن يكون من حيث الأصل للشفيع أن يأخذ بالشفعة استنادا إلى العقد الظاهر، حيث يعد من الغير بالنسبة للصورية.

بيد أنه يوجد رأي في الفقه يرى أن الشفيع لا يعتبر من الغير بالنسبة للصورية بين البائع والمشتري؛ ومن ثم يكون للمشتري أن يحتج على الشفيع بورقة الضد، حيث إن الشفيع يكسب حقه بالشفعة، والشفعة كسبب لكسب الملكية واقعة مركبة يدخل في تكوينها البيع الذي تطلب فيه الشفعة، فهو إذا لم يكسب حقه

بسبب يغاير العقد الصوري، وإنما كسب حقه بموجب هذا العقد، فلا يعتبر غيرا في هذا الصدد.

لكن غالبية الفقه تذهب إلى أن الشفيع من الغير بالنسبة لعقد البيع الصوري المبرم بين البائع والمشتري؛ وبناء عليه يكون له أن يتمسك بالعقد الحقيقي أو العقد الظاهر على حسب مصلحته ليطالب بالشفعة، وهذا ما استقر عليه قضاء النقض.

بيد أنه يوجد رأي في الفقه يرى أن الشفيع لا يعتبر من الغير بالنسبة للصورية بين البائع والمشتري؛ ومن ثم يكون للمشتري أن يحتج على الشفيع بورقة الضد، حيث إن الشفيع يكسب حقه بالشفعة، والشفعة كسبب لكسب الملكية واقعة مركبة يدخل في تكوينها البيع الذي تطلب فيه الشفعة، فهو إذا لم يكسب حقه بسبب يغابر العقد الصوري، وإنما كسب حقه بموجب هذا العقد، فلا يعتبر غيرا في هذا الصدد.

(3) الشفعة في العقود المقررة

لا تجوز الشفعة في العقود المقررة، لأنها ليست ببيع، وبناء على ذلك لا تجوز الشفعة بسبب القسمة، فلو كان هناك شخصان يمتلكان عقارا على الشيوع، وتمت القسمة بينهما واختص كل واحد منهما بحصة مفرزة، فلا يجوز لجار أحدهما أن يطالب بالشفعة، ذلك لأن حصة الشريك المفرزة لم تؤل إليه عن طريق البيع، فهي ثابتة له قبل القسمة، والقسمة مجرد مقررة وكاشفة لحقه، فلا تجوز الشفعة فيها.

وكذلك الشأن بالنسبة للصلح، فلو أن ثمة نزاع بين اثنين وتم الصلح بينهما وتم الاتفاق على أن يتنازل أحدهما عن ملكية عقار لإتمام الصلح، فإنه لا يجوز الشفعة في هذا العقار؛ وعلة ذلك أن الصلح غير ناقل للملكية، فهو مجرد مقرر له، كما أن الصلح يتطلب واجبات شخصية من الطرفين لا يمكن للشفيع الأجنبي أن يلتزم بها.

(4) الشفعة والوفاء بمقابل

إذا كان الدين مبلغا من النقود وقبل الدائن في استيفاء حقه عقاراً بدلا عن المبلغ النقدي، فإنه لا تجوز الشفعة في هذا العقار؛ لأنه ليس بيعا، وإنما هو تجديد للدين بتغيير محل الالتزام يعقبه في الحال وفاء بالالتزام الجديد، فالوفاء بمقابل وإن يشبه البيع، إلا أن مصلحة المدين الموفي أن تبرأ ذمته مقابل نقل ملكية العقار إلى الدائن.

(5) الشفعة والهبة

تعتبر الهبة من التصرفات التي تنقل الملكية، لكن بلا مقابل؛ وعليه لا تجوز الشفعة في الهبة، ولكن إذا كانت الهبة بعوض مع بقاء نية التبرع، فعندئذ ينظر إلى حقيقة التصرف وقيمة العوض، فإذا كانت قيمة العوض تساوي قيمة الشيء الموهوب أو تقترب من قيمته، فإن هذا التصرف في حقيقته بيع لا هبة؛ ومن ثم تجوز الشفعة فيه. وقد يحدث أن تستخدم الهبة كوسيلة للتحايل على أحكام القانون بهدف حرمان الشفيع من الشفعة، ويحدث ذلك حينما يقوم البائع ببيع العقار للمشتري، وحتى يفوت الفرصة على الجار الشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة، يقوم بهبة الشريط الفاصل بينه وبين عقار الجار إلى المشتري؛ وبذلك لن يستطيع الشفيع أن يطالب بالشفعة في العقار المبيع إذ أن الجزء الذي يفصل بينه وبين

المشتري قد آل إليه عن طريق الهبة لا البيع، ولا تجوز الشفعة في الهبة. وقد سبق أن رأينا أنه لا يجوز هذا التحايل وأنه لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة متى ثبت أن الهبة لهذا الشريط الضيق لم يكن الهدف منها سوى حرمان الشفيع من الشفعة.

(6) الشفعة والتملك بالميراث والوصية والتقادم

يشترط في التصرف الذي به ينفتح الباب أمام الشفيع للمطالبة بالشفعة أن يكون بيعاً، والميراث واقعة تفيد انتقال الملك من المورث إلى الورثة، فلا تجوز فيه الشفعة، وعلى ذلك إذا كان هناك شخصان يمتلكان عقارا على الشيوع، وتوفى أحدهم وانتقلت حصته الشائعة إلى ورثته؛ فلا يجوز أخذ هذه الحصة بالشفعة.

والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع؛ فلا تجوز الشفعة فيها.

وإذا اكتسب شخص ملكية العقار بالتقادم، فلا يجوز أخذ هذا العقار بالشفعة.

(7) الشفعة وعقد الشركة

إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقاراً، فإنه لا تجو الشفعة في هذا العقار؛ لأن الشريك لم يقدم العقار نظير ثمن يحصل عليه، وإنما هو قدم العقار كحصة في رأس مال الشركة بنية أن يقتسم مع باقي الشركاء من تسفر عنه أعمال الشركة من أرباح، ولأن الشركة تعاقدت مع الشريك على أن يقدم هذا العقار بالذات وقد لا ترضى بقيمته بديلا عنه، إذ قد يعيق ذلك الشركة عن تحقيق أغراضها.

(8) الشفعة والتقايل في العقد

يعرف التقايل أو التفاسخ بأنه فسخ العقد بالتراضي، فإذا تم التقايل في عقد البيع فهل تجوز الشفعة فيه. يذهب رأي في الفقه إلى أن التقايل يعتبر بيعاً جديداً؛ ومن ثم يتولد عنه الحق في الشفعة. بينما يذهب الرأي الغالب من الفقه إلى أن التقايل لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه حق في الشفعة، فإذا كان التقايل قبل طلب

الشفعة فإنه يعدل من آثار عقد البيع الأول، ولا يكون هناك مجال للشفعة، أما إذا كان بعد تقديم طلب الشفعة فلا يؤثر في حق الشفيع، والقول بغير ذلك يجعل البائع والمشتري يلجئان إلى التقايل لتفويت الشفعة على الشفيع.

(9) الشفعة والبيع الباطل أو المعلق

يجب أن يكون للبيع وجود قانوني، ذلك لأنه حتى ينفتح الباب أما الشفيع للأخذ بالشفعة يجب أن يكون عقد البيع قائم وصحيح، ولذلك فإن عقد البيع الباطل لا وجود له قانونا؛ ومن ثم فلا مجال للحديث حول مدى جواز الشفعة فيه. إنما التساؤل يثور بالنسبة لعقد البيع القابل للابطال، حيث تجوز الشفعة فيه؛ وعلة ذلك أن البيع القابل للابطال هو بيع صحيح وقائم إلى حين أن يقضى بإبطاله، ولذلك تجوز الشفعة فيه، وإن قضى بإبطاله زالت ملكية الشفيع كما كانت ستزول ملكية المشتري.

والبيع الموقوف قد يكون معلقا على شرط واقف أو على شرط فاسخ، فإذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ فتجوز فيه الشفعة، وإن تحقق الشرط زالت الملكية عن الشفيع كما كانت ستزول عن المشتري. أما إذا كان البيع معلقا على شرط واقف، فالراجح أنه تجوز فيه الشفعة حيث يحل الشفيع محل المشتري.

(10) الشفعة وعقد البيع غير المسجل

إذا كان عقد البيع المشفوع فيه غير مسجل، فهل تجوز فيه الشفعة؟ على الرغم من أن البيع الذي يجيز الشفعة ينصب على حق عقاري، ويجب لذلك أن يتم تسجيله حتى ينتقل الحق العقاري إلى المشتري سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا أن الفقه يرى أنه ليس بلازم أن يكون عقد البيع مسجلا ليقوم حق الشفيع، بل كل ما يلزم هو أن يصدر بيع من مالك العقار المشفوع فيه إلى

المشتري، فالشفعة يقصد بها أن يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع، ولا يقصد بها أن يحل محله في ملكية العقار المبيع، فهذه الملكية ستنتقل لاحقا إلى الشفيع بتسجيل سند أخذه للشفعة، سواء اتفاقا أم حكما، وعلى هذا تسير أحكام القضاء.

المطلب الثاني

البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

هناك بيوع صحيحة يجوز فيها من حيث الأصل الشفعة، لكن لاعتبارات معينة لا تجوز الشفعة في هذه الطائفة من البيوع وهي:

أولا: البيع بالمزاد العلني وفقا للإجراءات التي رسمها القانون

نصت على هذه الحالة المادة 1/939 مدني حيث: 1- لا يجوز الأخذ بالشفعة: (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون". والعلة في عدم جواز الشفعة في البيع الذي يتم بالمزاد العلني أن المزاد العلني يتيح الفرصة للشفيع ولغيره أن يدخل المزاد ويزايد ليحصل على العقار، فإن لم يفعل الشفيع ذلك فإنه يكون قد قصر في حقه، ولا يحق له بعد ذلك أن يطالب بالشفعة، فقد كان الباب مفتوحا أمامه للحصول على العقار من خلال المزاد، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فالهدف من البيع بالمزاد هو الحصول على أعلى ثمن للعقار وذلك من خلال اتاحة الفرصة للجميع لدخول المزاد وفي جواز الشفعة ما يكون من شأنه أن يجعل الأفراد يحجمون على دخول المزاد.

ويشترط أن يكون المزاد علنيا، فهذه العلانية هي التي تفتح الباب أمام الشفيع ليعلم بالمزاد، وبالتالي يدخل فيه إذا رغب في العقار، وعلى ذلك إذا قامت جهة الإدارة بالبيع بمظاريف لا تتحقق معها العلانية، فإن هذا لا يمنع من الشفعة.

ويجب أن يكون البيع وفقا للإجراءات التي رسمها القانون، سواء في ذلك الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات أو في أي قانون آخر. ويستوي بعد ذلك أن يكون البيع جبريا أو اختياريا، وعلى ذلك لا تجوز الشفعة في بيع عقارات المدين ضمانا للوفاء بدين الدائن، ولا تجوز الشفعة في بيع عقارات المفلس، ولا في بيع العقار الشائع لعدم إمكانية قسمته عينا، كما لا تجوز الشفعة في بيع الدولة لأملاكها الخاصة وفقا للإجراءات التي حددتها القوانين المنظمة لذلك.

ثانيا: إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة

لا تجوز الشفعة إذا كان العقار المشفوع فيه سيجعله المشتري محلا لعبادة أو يحلق بمحل عبادة. ويقصد بمحل العبادة الأماكن التي يتعبد فيها اتباع الأديان السماوية المعترف بها قانونا وهي: اليهودية، والمسيحية، والإسلام. وعلى ذلك لا تجوز الشفعة إذا كان العقار سيخصص ليكون مسجداً، أو كنيسة، أو معبدا. أو أن يلحق العقار بمحل عبادة كأن يخصص لتوسعة محل العبادة؛ والعلة في منع الشفعة في هذا البيع هي أن المصلحة التي يسعى إليها المشتري مصلحة عامة تتمثل في تيسير السبيل أمام إقامة الشعائر الدينية، وهذه المصلحة أولى بالرعاية من مصلحة الشفيع في أخذ العقار بالشفعة، فالشفعة ما شرعت أصلا إلا لدفع المضار التي قد تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضرر من دار للعبادة وفي القضاء بالشفعة في هذه الحالة ما ينافي طبيعة العقد وتفويت للأغراض المنشودة منه.

بيد أن المنع يقتصر على البيع الذي يخصص فيه العقار كمحل عبادة أو ملحق بمحل عبادة دون غيره من الأغراض الأخرى حتى ولو كانت تلك الأغراض خيرية وخدمية نافعة للمجتمع كالمدارس والمستشفيات، فهذه تجوز فيها الشفعة، وقد بينت محكمة النقض في حكم حديث لها ذلك حين نصت على أنه: " دار العبادة (في الفقرة الأولى بند (ج) من المادة 939 من القانون المدني) ينصرف إلى كل دور العبادة كالمساجد والكنائس والمعابد وهي المكان الذي يعد خصيصا للعبادة أي للصلاة ويلحق بها ما يلزم لتمكين الأفراد من القيام بها ولا يقاس عليها ما عدا ذلك من الأغراض مهما بلغت من نبل المقصد ونبعت من نزعة دينية تهدف إلى خدمة المصلين أو غيرهم من الطائفة الدينية فإذا كان الغرض من شراء العقار هو إقامة مكتبة دينية أو مدرسة أو معهد ديني أو ملجأ أو مصحة أو دار مناسبات فإن مناط المنع من الشفعة لا يكون متحققا وبالتالي يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع".

ثالثا: البيوع التي نص عليها في قوانين خاصة

إضافة إلى البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة والتي نص عليها المشرع في القانون المدني، هناك بيوع نصت عليها تشريعات خاصة لا يجوز فيها الشفعة من ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون الإصلاح الزراعي، حيث: " لا يجوز أخذ الأطيان المتصرف فيها بحكم المادة السابقة بالشفعة.

ولا يجوز التصرف في الأرض التي ملكت بحكم أحد البندين ب وج من المادة المذكورة إلى المالك الأصلي أو أحد أقاربه لغاية الدرجة الرابعة.

كما لا يجوز التصرف فيها إلا إلى صغار الزرّاع أو خريجي المعاهد الزراعية بشرط مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر فيما عدا شرط انتفاع

القرابة بين المتصرف إليه والمتصرف". وكذلك ما ينص عليه القانون الخاص بتنظيم تأجير أملاك الدولة الخاصة، حيث لا يجوز أخذ العقارات التي تصرفت فيها الدولة طبقا لهذا القانون بالشفعة.

المبحث الثالث

الشروط التي يجب توافرها في المشفوع منه (المشتري)

شرطان:

يشترط حتى يمكن أخذ المبيع من المشتري بالشفعة شرطان:

الشرط الأول: ألا يكون المشتري من الأشخاص الذين نصت عليهم المادة 939/ب مدني والتي تنص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة: (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية". فلا تجوز الشفعة إذا كانت تربط بين المشتري والبائع احدى الصلات المنصوص عليها في النص؛ والعلة في ذلك أن البيع لمن ورد ذكرهم يراعى فيه هذه الصلة، مما يجعل البيع يتم على نحو خاص ما كان يتم عليه لولا هذه الصلة، لذلك لا يقبل أن يحل الشفيع محل المشتري وهو لا تتوافر فيه تلك الاعتبارات التي أملت أن يتم البيع على هذا النحو الخاص. ويرجع في تحديد هذه الصلات التي ذكرها النص إلى نصوص القانون المدني المحددة لدرجة القرابة وتحديدا نصوص المواد من 35 إلى 37 مدني. ترتيبا على ذلك يمنع نص المادة 939/ب مدني:

– البيع الذي يتم بين الأصول والفروع: أي البيع الذي يتم بين الأشخاص الذين تربطهم قرابة مباشرة، ويلاحظ أن النص منع الشفعة بالنسبة لهذه الفئة دون تحديد درجة معينة، فالمنع يشمل البيع الذي يتم للأصل وإن علا أو للفرع وإن نزل.

– البيع الذي يتم بين الزوجين: نظرا لخصوصية العلاقة الزوجية فإذا تم البيع من أحد الزوجين للآخر فلا تجوز الشفعة فيه، ويشترط لذلك أن تكون رابطة الزوجية قائمة، وعلى ذلك فالبيع الذي يتم قبل الزواج أو بعد انفصام عرى الزوجية يجوز فيه الشفعة.

– البيع الذي يتم بين الأقارب: وهو البيع الذي يتم بين أشخاص تجمعهم رابطة الحواشي، ويلاحظ أن المشرع منع الشفعة في هذه الطائفة حتى الدرجة الرابعة.

– البيع الذي يتم بين الأصهار: وهي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج ويلاحظ أن المنع هنا حتى الدرجة الثانية.

الشرط الثاني: ألا تتوافر في المشتري الشروط التي تجعله شفيعاً من طبقة أعلى من الشفيع أو من نفس طبقته

نص على هذا الشرط في المادة 3/937 مدني حيث: " 3- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضّل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدّمه الذين هم من طبقة أعلى". وقد سبقت الإشارة إلى هذا الشرط عند الحديث عن تزاحم الشفعاء، حيث إذا توافرت في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا في مرتبة الشفيع أو أعلى منه، فليس له أن يطالب بالشفعة عندئذ.

المبحث الرابع

الشروط التي يجب توافرها في المشفوع فيه (المبيع)

تحديد:

يجب أن يكون المبيع (المشفوع فيه) عقاراً، كما يجب عدم تجزئة الشفعة، ونشير إلى ذلك بشيء من التفصيل:

يجب أن يكون المبيع عقاراً:

يشترط حتى ينفتح أمام الشفيع الباب للمطالبة بالشفعة أن يرد البيع على عقار، يستفاد ذلك من صراحة نص المادة 935 مدني حيث تنص على أن الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار. لذلك يجب أن يكون المبيع عقاراً، وعلى ذلك فلا شفعة في المنقول، وإنما يوجد للمنقول ما يسمى بحق الاسترداد؛ تطبيقا لذلك إذا باع مالك منزل المنزل لهدمه وبيعه انقاضا، فلا تجوز الشفعة في هذا البيع، لأنه ليس ببيع على عقار، وإنما بيع يرد على منقول بحسب المآل.

والعقار بالتخصيص هو في الأصل منقول رصد لخدمة عقار معين، فإذا بيع على استقلال، فإنه لا تجوز الشفعة فيه، حيث إن البيع لا يرد على عقار وإنما على منقول، أما إذا بيع العقار بالتخصيص مع العقار بطبيعته كوحدة واحدة فعندئذ تجوز الشفعة فيه؛ لأن البيع يرد على عقار.

عدم تجزئة الشفعة:

يقصد بعدم تجزئة الشفعة أن الشفيع يأخذ العقار المبيع كله، فإذا كان يشفع في قطعة أرض فلا يجوز له أن يطالب بالشفعة في جزء منها دون الباقي،

كأن يطالب بالشفعة في نصفها أو ربعها فقط. ويفرق بصدد عدم تجزئة الشفعة بين فرضين:

الفرض الأول: المبيع عقاراً واحداً

حين يكون المبيع عقاراً واحداً فإن عدم تجزئة الشفعة يؤدي إلى وجوب أن يأخذ الشفيع العقار المبيع كله، فلا يقبل منه أن يشفع في جزء منه كالربع أو النصف، وإذا تعدد الشفعاء وكان مقتضى التزاحم بينهم أن يقسم المبيع بينهم، فيجب أن يطالب كل منهم بالشفعة في المبيع كله.

الفرض الثاني: المبيع عدة عقارات

يفرق في هذا الفرض بين حالتين:

الحالة الأولى: العقارات منفصلة في هذه الحالة المبيع عبارة عن عدة عقارات منفصلة غير متصلة، هنا يكون للشفيع أن يشفع في أي عقار منها متى توافرت بالنسبة له شروط الشفعة، فلا يجبر الشفيع على أن يشفع في كل العقارات، والفرض أنها منفصلة غير متصلة. ويلتزم الشفيع بالثمن المقدر للعقار المشفوع فيه، فإذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة لكل العقارات فإن تقدير الثمن الذي يلتزم به الشفيع يكون عن طريق الخبراء بحيث ينظر إلى ما يخص العقار المشفوع فيه نسبة لكل العقارات التي شملها الثمن الإجمالي.

الحالة الثانية: العقارات متصلة، إذا كانت العقارات المبيعة متصلة، أي متلاصقة، فلا يجوز للشفيع أن يشفع في بعضها دون الآخر، وإنما إذا رغب في الشفعة فعليه أن يشفع فيها جميعا. ويسرى الحكم المتقدم لو كانت العقارات منفصلة، لكن المشتري خصصها جميعا لغرض واحد، بحيث تكون الشفعة في بعضها دون البعض الآخر يحول وتحقيق الغرض الذي خصصه المشتري. ومثال ذلك أن تكون

هناك أرض زراعية مخصصة لإنتاج محاصيل يعتمد عليها مصنع لإنتاج العصائر، فعلى الرغم من أن العقارات منفصلة إلا أنها مخصصة لغرض واحد؛ لذلك لا يقبل من الشفيع أن يشفع في بعضها دون البعض الآخر، وإنما عليه أن يشفع فيها جميعا.

ويفترض أن شروط الشفعة قد توافرت في كل العقارات المشفوع فيها، أما إذا توافرت هذه الشروط في بعضها دون البعض الآخر، فلا تجوز الشفعة مطلقا؛ وسبب ذلك أنه لا تجوز الشفعة فيها كلها حيث لم تتوافر شروط الشفعة في بعضها، ولا تجوز الشفعة في العقارات التي توافرت فيها الشروط وحدها؛ لأن معنى ذلك تجزئة للشفعة وهذا غير جائز.

وأخيرا قد يباع العقار لعدة أشخاص حصة كل واحد منهم شائعة، فعندئذ نكون أمام بيع واحد ويكون للشفيع أن يشفع في العقار كله ولا يقبل منه أن يشفع في جزء منه لأن ذلك تجزئة للشفعة وهذا غير جائز. أما إذا بيع العقار لعدة أشخاص لكل منهم جزء مفرز فنكون بصدد عدة بيوع لعدة مشترين، ويجوز للشفيع أن يشفع في أي جزء متى توافرت شروط الشفعة دون البعض الآخر الذي لم تتوافر فيه شروط الشفعة.

الفصل الثالث

إجراءات الشفعة

تمهيد:

إذا توافرت شروط الشفعة التي بينها في الفصل السابق، فقد يسلم المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار بالشفعة، ويثبت حق الشفيع رضاء، ولكن قد لا يسلم المشتري بذلك، وفي هذه الحالة يتعين على الشفيع أن يسلك طريق القضاء إذا ما رغب في أخذ العقار بالشفعة، ولقد وضع المشرع إجراءات معينة في مواعيد محددة يتعين على الشفيع أن يسلكها حتى يحكم له بالشفعة، ولقد سيطرت طبيعة الشفعة وكونها حقا استثنائيا على هذه الإجراءات حيث يتعين القيام بها خلال مدد قصيرة ويترتب على عدم الالتزام بها سقوط حق الشفيع في الشفعة، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية قصد بهذه الإجراءات إضفاء نوع من الجدية على الشفعة وهي وكما سبق القول تعتبر طريقا استثنائيا بما تمثله من قيد على حرية البائع في التصرف. ولقد نص المشرع على هذه الإجراءات في المواد من 940 إلى 944 من القانون المدني. وتتمثل هذه الإجراءات وفقا للنصوص القانونية في ثلاثة مراحل هي: مرحلة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ومرحلة إيداع الثمن خزانة المحكمة، وأخيرا رفع دعوى الشفعة، ونتناول كل مرحلة من هذه المراحل في مبحث مستقل على النحو التالي:

المبحث الأول: إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

المبحث الثاني: إيداع الثمن خزانة المحكمة

المبحث الثالث: رفع دعوى الشفعة

المبحث الأول
إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

أولا: ميعاد اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

إن أول إجراء من إجراءات الأخذ بالشفعة التي نص عليها المشرع هي إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة. ويفرق بصدد ميعاد إعلان الرغبة بين ما إذا كان الشفيع قد تم توجيه انذار إليه من البائع أو المشتري، أم لم يتم توجيه هذا الإنذار إليه.

الفرض الأول: إذا قام البائع أو المشتري بتوجيه انذار إلى الشفيع

تنص المادة 940 مدني على أنه: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك". في هذا الفرض يوجه البائع أو المشتري انذار إلى الشفيع. ودراسة هذا الإنذار تستلزم بيان تعريفه ودوره، وبياناته، وأثره.

(1) تعريف الإنذار والهدف منه:

تعتبر الشفعة قيدا على حرية البائع في التصرف، وبها يحل الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه؛ لذلك فقد يرغب البائع أو المشتري أن يستوضحا موقف الشفيع من الأخذ بالشفعة حتى تستقر الأمور بالنسبة لكل واحد منهما، فيقوما بتوجيه انذار رسمي إلى الشفيع. ويوجه الإنذار من البائع أو المشتري، فلا يلزم أن يوجه من الاثنين معا، والهدف من الإنذار هو علم الشفيع بالبيع علما يقينا حتى يحدد موقفه من الأخذ بالشفعة.

وحددت محكمة النقض طبيعة هذا الإنذار حين نصت على أن: لم يقصد أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً ينعقد بموجبه عقد بين المشتري والشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثاني إذا رد عليه بالقبول وإنما أراد المشرع أن يقضي على كافة ضروب المنازعات التي كانت تثور في شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة لسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة عدم إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدءاً لافتتاح إجراءات الشفعة في حالة إبداء الرغبة خلالها – أما التراضي الذي ينتج أثره في إتمام الشفعة فهو ذلك الذي يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة.

على أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذاره من المشترى أو البائع ولو علم بالبيع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون انتظار وصول الإنذار إليه، إذ ليس فى القانون ما يمنعه من ذلك.

(2) شكل الإنذار:

توجب المادة 940 مدني أن يكون الإنذار رسميا. والانذار الرسمي هو ورقة من أوراق المحضرين؛ فلا يغنى عن الإنذار اعلان الشفيع شفاهه أو كتابة بغير طريق الإنذار الرسمي، أو اعلامه بالبيع بأي وسيلة أخرى كالاتصال التليفوني أو رسالة عبر البريد الالكتروني، أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي، فكل هذه الوسائل لا تغني عن الشكل الذي حدده النص وهو الإنذار الرسمي، ويترتب على عدم مراعاة هذا الشكل سقوط حق الشفيع في الشفعة.

(3) بيانات الإنذار:

نصت على البيانات التي يجب أن يتضمنها الإنذار الموجه من البائع أو من المشتري إلى الشفيع المادة 941 مدني حيث نصت على أنه: " يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:

(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

يقصد بالعقار الجائز أخذه بالشفعة العقار المشفوع فيه، وتتمثل البيانات الكافية في بيان طبيعة العقار وما إذا كان أرض فضاء أم أرض زراعية أم مباني، ومساحته، وحدوده، وكافة ما من شأنه من أن يعين العقار تعينا كافيا.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه". والمقصود بالثمن الثمن الحقيقي الذي بيع به العقار المشفوع فيه، أما المصروفات الرسمية فيقصد بها الرسوم المفروضة من الدولة، أما مصروفات السمسرة فلا تعد من المصروفات الرسمية. أما شروط البيع التى استلزم القانون بيانها فى الإنذار فيقصد بها شروطه الاساسية التى لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة أو لا يقدم. أما اسم ولقب وصناعة وموطن كل من البائع والمشتري فالهدف منه أن الشفيع سيقوم بتوجيه إعلان الرغبة لهما فيجب أن يكون لديه البيانات التي تمكنه من القيام بذلك. ويترتب على عدم تضمين الإنذار هذه البيانات البطلان؛ ومن ثم سقوط حق الشفيع في الشفعة.

(4) أثر الإنذار

يترتب على الإنذار الرسمي إذا كان صحيحا أنه يجب على الشفيع إذا رغب في الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته إلى كل من البائع أو المشتري خلال خمسة

عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وتبدأ هذه المدة من اليوم التالي من تاريخ الإنذار، وتنقضي بنهاية اليوم الخامس عشر، ويزيد على هذه المدة ميعاد مسافة إذا اقتضى الأمر ذلك، ويترتب على عدم قيام الشفيع بإعلان رغبته خلال هذه المدة سقوط حقه في الأخذ بالشفعة.

الفرض الثاني: في حالة عدم انذار البائع أو المشتري للشفيع

قد لا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوجود البيع، فما هو الميعاد الذي يتعين أن يعلن فيه الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، يفرق بين ما إذا عقد البيع قد سجل أم لم يسجل.

(أ) إذا كان عقد البيع قد سجل: إذا فرض ولم يقم كل من البائع أو المشتري بإنذار الشفيع، وكان عقد البيع المشفوع فيه قد سجل، فإن للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م 948/ب مدني). فالمشرع افترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن المشتري قد علم بالبيع بتسجيله، ولكون العلم بواقعة البيع في هذه الحالة ليس إلا علما مفترضا، فقد منح المشرع من له حق الأخذ بالشفعة مدة أكبر لإعلان رغبته، فجعلها أربعة أشهر من يوم تسجيل العقد، كونه يقوم على العلم بحكم القانون، فإذا أعلن رغبته هذه إلى كل من البائع والمشترى، خلال تلك المدة، فقد حفظ حقه من السقوط، وتعين عليه اتباع باقي الإجراءات المنصوص عليها. وتبدأ مدة الأربعة شهور من اليوم التالي لتاريخ التسجيل. وبناء على ذلك إذا كان المشتري قد رفع دعوى بصحة عقد البيع، فإن مدة الأربعة أشهر لا تبدأ من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، وإنما من تاريخ التأشير بالحكم الصادر فيها بصحة البيع لأنه ليس للتسجيل أثر رجعي.

(ب) إذا لم يكن عقد البيع قد سجل، ولم ينذر البائع أو المشتري الشفيع: في هذه الحالة ينقضي حق في إعلان الرغبة بمضي خمس عشرة سنة تطبيقا للقواعد العامة.

ثانيا: الشروط التي يجب توافرها في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

يشترط في إعلان الرغبة من قبل الشفيع للأخذ بالشفعة توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الإعلان رسميا

يشترط أن يكون إعلان الرغبة رسميا، أي بورقة من أوراق المحضرين، وعلى ذلك فلا يعتبر الإعلان رسميا إذا كان شافه أو كتابة أو بخطاب مسجل بعلم الوصول، أو عبر رسالة الكترونية أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي، كل هذه الوسائل لا تجعل الإعلان رسميا. ورتب المشرع البطلان كجزاء على عدم توافر الرسمية في الإعلان (م 1/942 مدني) أي اعتباره كأن لم يكن.

الشرط الثاني: أن يوجه إلى البائع والمشتري

يشترط أن يتم توجيه الإعلان إلى كل من البائع والمشتري، فنص المادة 940 مدني صريح في ذلك حيث يشترط على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري. وبناء على ذلك إذا تم توجيه الإعلان إلى أحدهما دون الآخر كان الإعلان باطلا، وإذا تم الإعلان لأحدهما أولا وأعلن الآخر بعده، فإن الإعلان لا يعتبر قد تم إلا من تاريخ إعلان الأخير.

الشرط الثالث: أن يتم الإعلان خلال المواعيد المحددة

يجب أن يتم الإعلان بالرغبة خلال المواعيد المحددة، وهي خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار المرسل من البائع أو المشتري إلى الشفيع، وفي حالة عدم

وجود الإنذار خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع، وإذ لم يكن هناك إنذار ولم يكن عقد البيع مسجلا ففي خلال خمسة عشر سنة من تاريخ ابرام عقد البيع. ولا يكفي مجرد تسليم الإعلان إلى المحضرين، وإنما يجب وفقا لقانون المرافعات أن يتم تسليم الإعلان إلى كل من البائع والمشتري في المواعيد المحددة. ويترتب على ذلك إذا تم اعلان أحددهما في المواعيد المحددة والآخر بعد انقضائها، فإن الإعلان يكون باطلا ويسقط حق الشفيع في الشفعة.

والمقرر في قضاء محكمة النقض أنه متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشترى – ولو كان قبل إنذاره بالبيع من أيهما – فإن هذا الإعلان ينتج جميع أثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً التي أوجب القانون أن يتم خلاله إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به ورفع دعوى الشفعة وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة وذلك إعمالاً لحكم المادتين 942، 943 من القانون المدني.

ثالثا: تسجيل إعلان الرغبة

نشير بداية إلى أن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لا يعتبر من ضمن الإجراءات، لكن المشرع تطلبه للاحتجاج بالإعلان في مواجهة الغير، يظهر ذلك من نص المادة 1/942 مدني حيث تنص على أنه ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سُجِّل. والمقصود بالغير هنا غير البائع والمشتري، كالغير الذي يتصرف إليه المشتري في العقار المشفوع فيه، أو أي شخص تترتب له حقوق على العقار. ويتم التسجيل في الشهر العقاري التي يقع في دائرته العقار المشفوع فيه.

أثر التسجيل:

يفرق بالنسبة لأثر التسجيل بين التصرفات التي يبرمها المشتري قبل تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، وتلك التي يبرمها المشتري بعد تسجيل الإعلان.

أولا: التصرفات التي يبرمها المشتري قبل تسجيل الإعلان

إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة، فإن هذا التصرف يكون نافذا في حق الشفيع، فإذا كان المشتري قد قاع ببيع العقار لأحد أصوله أو فروعه أو أقاربه حتى الدرجة الرابعة أو أصهاره حتى الدرجة الثانية، فإنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة. وإذا باع المشتري العقار لمشتري ثاني، فإن هذا البيع الثاني هو الذي يعتد به في الأخذ بالشفعة، وفي ذلك تنص المادة 938 مدني على أنه: " إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة 942، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها". ويكون على الشفيع أن يوجه إجراءات الشفعة لأطراف البيع الثاني وهم المشتري الأول (بوصفه بائعا) والمشتري في عقد البيع الثاني، والثمن الذي يتعين على الشفيع أن يودعه خزانة المحكمة هو الثمن المذكور في عقد البيع الثاني، فعقد البيع الثاني ينسخ عقد البيع الأول فيما يتعلق بإجراءات الشفعة، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له، بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني. ويترتب على ذلك أنه إذا باع المشتري جزء من العقار، وأراد الشفيع أن يأخذ العقار كله، فعليه أن يوجه إجراءات

الشفعة إلى البائع الأصلي والمشتري الأصلي والمشتري الثاني، أما إذا رغب في الجزء الذي باعه فقط فيوجه الإجراءات إلى أطراف عقد البيع الثاني، وغذا رغب في الجزء الذي لم يتصرف فيه المشتري فإنه يوجه الإجراءات لأطراف عقد البيع الأول. ويفترض ذلك بطبيعة الحال توافر شروط الأخذ بالشفعة في الجزء الذي يشفع فيه الشفيع. ولا يشترط أن يكون هذا البيع ثابت أو أن يكون الشفيع قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً.

ثانيا: التصرفات التي يبرمها المشتري بعد تسجيل الإعلان

بعد تسجيل الرغبة فإن التصرفات التي يبرمها المشتري لا تعتبر حجة على الشفيع، وفي ذلك تنص المادة 947 مدني على أنه: " لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجّل فيه إعلان الرغبة في الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيّدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار". تطبيقا لذلك فإن البيع الذي يبرمه المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة لا يسري في حق الشفيع، وله أن يستمر في إجراءات الشفعة طبقا لشروط عقد البيع الأول.

المبحث الثاني

إيداع الثمن خزانة المحكمة

نص قانوني:

يعتبر إيداع الثمن المرحلة الثانية من الإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يقوم بها في سبيل الحكم له بالأخذ بالشفعة، ولقد نصت على هذه المرحلة المادة

2/942 مدني حيث تنص على أنه: " 2- وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدّم سقط حق الأخذ بالشفعة".

ما يجب ايداعه:

طبقا للنص المتقدم فإنه يجب على الشفيع أن يقوم بإيداع " كل الثمن "، فلا يقبل من الشفيع أن يودع جزء من الثمن حتى ولو كان هذا الجزء هو ما دفعه المشتري فعلا في العقار المبيع، أنما يجب أن يتم إيداع الثمن كله. ولا يلتزم الشفيع إلا بإيداع الثمن الحقيقي كله، فلا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن، أو غير ذلك من مبالغ تكون مستحقة للمشتري. والثمن الذي يودع هو الثمن الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة البائع والمشتري، ويثير ذلك مسألة بحث الثمن الصوري.

الثمن الصوري:

الأصل أن يكون الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة البائع والمشتري ويلتزم الشفيع بإيداعه كله، لكن قد يدعى الشفيع أن الثمن المذكور في العقد ثمنا صوريا غير حقيقي، وأن الثمن الحقيقي أقل من الثمن المذكور في العقد، فله أن يودع ما يراه ثمنا حقيقيا على أن يثبت صورية الثمن المذكور في العقد، فإن لم يستطع إثبات صورية الثمن سقط حقه في الشفعة، حتى ولو عرض تكملة الثمن إلى الثمن المذكور في العقد؛ لأنه لم يقم بما فرضه عليه القانون من وجوب إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع قبل رفع الدعوى؛ فيسقط حقه في الشفعة حتى ولو قام بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى. لذلك إذا

رغب الشفيع حقيقة في الأخذ بالشفعة فعليه أن يودع الثمن المذكور في العقد حتى وإن اعتقد أنه أكبر من الثمن الحقيقي، ويثبت أثناء نظر الدعوى صورية هذا الثمن، فإن استطاع أن يثبت ذلك فعندئذ يسترد ما دفعه زيادة عن الثمن الحقيقي الذي أثبته، وإن لم يستطع ذلك لم يسقط حقه في الشفعة، وبذلك يكون قد حفظ حقه من السقوط.

أما إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي، فللشفيع وباعتباره من الغير ومتى كان حسن النية أن يودع الثمن المذكور في العقد، ولن يستطيع المشتري أن يثبت صورية هذا الثمن المذكور في العقد في مواجهة الشفيع، حيث إن الشفيع بالنسبة للصورية وعلى ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض يعتبر من الغير، فله أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية.

ميعاد الإيداع:

يجب إيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وحيث إن اعلان الرغبة يوجه إلى كل من البائع والمشتري، فإن حساب الثلاثين يوما تبدأ من تاريخ إعلانهما معا، فإذا تم إعلان أحدهما أولا، والآخر بعده، فيبدأ الميعاد من إعلان الأخير. ويجب أن يكون هذا الإيداع خلال ثلاثين يوما على الأكثر وقبل رفع دعوى الشفعة.

طبيعة الإيداع وأثره:

يتم الإيداع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار، ويعد شرط إيداع الثمن الحقيقي كله شرط ضروري لاستكمال إجراءات الأخذ بالشفعة، يترتب على عدم الالتزام به سقوط حق الشفيع في الشفعة حتى ولو كان البائع قد أعفاه من هذا الالتزام، فهذا شرط متعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته، حيث لا

يتعلق بحق البائع، وإنما يتعلق بكل من يثبت له حق على هذا الثمن المودع خزانة المحكمة حين يتم الفصل في دعوى الشفعة ويصدر فيها حكم نهائي، لذلك يجوز للمحكمة أن تقضي بسقوط حق الشفيع حالة عدم التزامه بهذا الشرط من تلقاء نفسها.

المبحث الثالث

رفع الدعوى وقيدها

نصل إلى المرحلة الثالثة والأخير من إجراءات الأخذ بالشفعة، وهي مرحلة رفع الدعوى وقيدها.

أولا: الخصوم في الدعوى

ترفع دعوى الشفعة من الشفيع، وحيث إن دعوى الشفعة ترمي إلى أخذ العقار بالشفعة، فإنها تعتبر من أعمال التصرف، لذلك يشترط أن يكون الشفيع كامل الأهلية، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة رفع الدعوى نيابة عن الشفيع، إنما يلزم لذلك وكالة خاصة. ولما كانت الشفعة رخصة متصلة بشخص الشفيع فلا يجوز لدائني الشفيع رفع هذه الدعوى نيابة عنه بطريق الدعوى غير المباشرة.

وترفع الدعوى على كل من البائع والمشتري، وإن كان الأصل أن يتم اختصام المشتري، إلا أن القانون يستلزم أن ترفع على كل من البائع والمشتري، حيث إذا قضى للشفيع بالشفعة فإنه سيحل محل المشتري في علاقته مع البائع، فدعوى الشفعة تشمل أطراف العملية القانونية الثلاثة المشتري والبائع والشفيع. وفي حالة تعدد المشترين أو البائعين ترفع علهم جميعا، وفي حالة وفاة البائع أو المشتري يتم

اخصام ورثته من بعده. ويتم رفع الدعوى على البائع والمشتري في كل مراحل الدعوى الابتدائية والاستئنافية وأمام النقض.

ثانيا: المحكمة المختصة بالدعوى

تنص المادة 943 مدني على أن ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار، وبذلك يكون القانون المدني قد حدد المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى الشفعة، ويكون هذا النص واجب الاتباع دون النصوص المنظمة للاختصاص المحلي المنصوص عليها في قانون المرافعات، لتعلقه بالنظام العام. لكن القانون المدني لم يحدد الاختصاص القيمي لدعوى الشفعة، لذلك يكون الرجوع إلى نصوص قانون المرافعات لتحديد هذا الاختصاص تطبيقا للقواعد العامة، وتقدر قيمة الدعوى بالثمن المذكور في عقد البيع المشفوع فيه.

ثالثا: ميعاد رفع الدعوى

حددت المادة 943 مدني ميعاد رفع دعوى الشفعة، حيث ترفع في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة. ويجب أن يتم اعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري، فإذا تم اعلان أحدهما أولا، والآخر ثانية، فيبدأ ميعاد الثلاثين يوما من الإعلان الأخير. وميعاد رفع الدعوى ميعاد حتمي، مما يعني أنه لا يرد عليه الوقف والانقطاع، لكن محكمة النقض قضت بأن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة يترتب عليه انقطاع هذا الميعاد، ذلك لأن مسائل الاختصاص من المسائل الدقيقة.

رابعا: قيد الدعوى

لم يكتف المشرع في هذه المرحلة بمجرد رفع الدعوى، بل استلزم أن يتم قيدها بالجدول. وترفع دعوى الشفعة طبقا للإجراءات المعتادة المنصوص عليها في

قانون المرافعات أي إيداع صحيفها قلم الكتاب، ويتم قيدها بالجدول في يوم إيداع صحيفتها في السجل المعد لذلك. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يقبل رفع الدعوى إلا بعد أن يكون الشفيع قد أودع الثمن خزانة المحكمة.

خامسا: الحكم في الدعوى

تنص المادة 943 مدني على أن يحكم في دعوى الشفعة على وجه السرعة؛ وذلك حتى يستقر المركز القانوني لكل من المشتري والشفيع. وإذا صدر الحكم للشفيع بأخذ العقار بالشفعة كان ذلك سند ملكية الشفيع، لذلك يجب تسجيله وفقا لقواعد الشهر العقاري.

الفصل الرابع

مسقطات الشفعة

تحديد:

يقصد بمسقطات الشفعة الأسباب التي تزيل الحق في الشفعة بعد ثبوته، وهي بذلك تختلف عن موانع الشفعة، فهذه أمور تحول دون قيام الحق في الشفعة أصلا. وقد نصت على مسقطات الشفعة المادة 948 مدني حيث نصت على أنه:

" يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون".

وإضافة إلى النص المتقدم فقد اتضح لنا عند دراستنا لشروط الشفعة أن هناك بعض الأسباب يسقط بها الحق في الشفعة، وهذه الأسباب هي الأحوال الأخرى التي عناها المشرع بالنص عليها في الفقرة (ج) من المادة 948 مدني. وفي ضوء ذلك تسقط الشفعة بالأسباب الآتية:

1- عدم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع (م 940 مدني).

2- عدم إيداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م 2/942 مدني).

3- عدم رفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول خلال ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة (م 943 مدني).

4- انقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م 948 ب). فإذا لم يتم إنذار الشفيع من قبل البائع أو المشتري، ولم يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة من تلقاء نفسه، وكان عقد البيع (المشفوع فيه) مسجلا، فإن حقه في الشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

5- انقضاء خمس عشرة سنة من إبرام عقد البيع المشفوع فيه، تطبيقا للقواعد العامة، ولم يتم انذار الشفيع من قبل البائع أو المشتري، ولم يكن عقد البيع مسجلا، حيث لا يبقى وضع المشتري غير مستقر إلى ما لا نهاية، فيسقط الحق بالشفعة بانقضاء خمس عسرة سنة من تاريخ البيع.

6- زوال ملكية الشفيع قبل صدور الحكم بالشفعة. سبق أن تناولنا أنه يشترط للحكم بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا وأن تظل هذه الملكية قائمة إلى حين الحكم بالشفعة رضاء أو قضاء؛ يترتب على ذلك أن زوال ملكية الشفيع قبل الحكم بالشفعة سقوط الحق في الشفعة.

7- نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة. ولقد نصت على هذا السبب الفقرة (أ) من المادة 948 مدني سالفة الذكر، وحيث لم يسبق تناول هذا السبب؛ لذلك نفرد له مبحثا مستقلا، ثم نعقب ذلك ببيان أثر موت الشفيع على سقوط الحق في الشفعة. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

المبحث الثاني: أثر موت الشفيع على سقوط الحق في الشفعة

المبحث الأول

نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة

تعريفه:

يقصد بالنزول عن الشفعة نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة، وهو قد يتم بإرادة منفردة تصدر من الشفيع يعلن فيها نزوله عن الأخذ بالشفعة، وقد يكون بإرادتين إرادة الشفيع وإرادة البائع أو المشتري، حيث يتفق الشفيع مع البائع على عدم الأخذ بالشفعة كأن يكون الشفيع جارا للبائع ويتفق معه على عدم الأخذ بالشفعة، وقد يكون الاتفاق مع المشتري، حين يرغب المشتري في أن يكون في مأمن من أخذ العقار المبيع منه فيتفق مع الشفيع على نزول الأخير عن حقه في الأخذ بالشفعة. ومتى كان النزول تعبيرا عن الإرادة فيشترط فيه ما يشترط في التعبير عن الإرادة من شروط. وقد يكون النزول مقابل أو بدون مقابل، فقد يكون بمقابل حين يحصل الشفيع على مقابل مادي أو معنوي لنزوله، وقد يكون بلا مقابل في حالة عدم حصوله على مقابل مادي أو معنوي لهذا النزول. ويخضع النزول وباعتباره عملا قانونيا في اثباته للقواعد العامة.

النزول الصريح والنزول الضمني:

نزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة قد يكون نزولا صريحا أو ضمنيا. والنزول الصريح يتحقق بإعلان الشفيع صراحة عدم رغبته في الأخذ بالشفعة سواء كان الإعلان بإرادته المنفردة، أو كان بتلاقي إرادته مع إرادة البائع أو المشتري. أما النزول الضمني فيستفاد من كل موقف أو عمل يصدر من الشفيع يفهم منه أنه غير راغب في الأخذ بالشفعة، وأنه يعترف للمشتري بملكية العقار المشفوع فيه ملكية نهائية مستقرة. ومن التطبيقات القضائية التي يستفاد منها النزول الضمني ما

قضت به محكمة النقض من أنه: النزول الضمني عن الحق فى الأخذ بالشفعة، ذلك هو كل ما يدل على رضا الشفيع بالبيع وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له من شأنه أن يفيد النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة، فإذا ساوم الشفيع المشترى على العقار المشفوع فيه بأن طلب بيعه له بثمن شرائه أو بما يزيد عنه، فإن ذلك يعنى طلب تمليك بعقد جديد من هذا المشترى، و فى ذلك دلالة الرضا به مالكاً بمقتضى البيوع الصادر إليه، كذلك فإن طلب الشفيع من المشترى مقاسمته العقار المشفوع فيه أو إشراكه بالشفعة و رضائه بالمشترى مالكاً، و هذه أمور اعتبرت لهذا السبب من مسقطات الشفعة فى فقه الشريعة الإسلامية التى هي مصدر نظام الشفعة فى القانون المدني. ومن حالات النزول الضمني أن يقوم الشركاء المشتاعون بناء بقصد تمليك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم فى أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم لنصيبه فيها، و هذا هو المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين فى نظام تمليك الطوابق و الشقق. وقيام مالك الأرض بتجزئتها إلى أكثر من قطعتين وعرضها للبيع، يعتبر نزولا منه عن حقه في أخذ إحداها بالشفعة.

بيد أن تراخي الشفيع عن فى اتخاذ إجراءات الشفعة لا يفيد بذاته نزولاً عن حقه فيها، إلا أنه إذا لابست هذا التراخي ظروف يستفاد منها بجلاء رغبة الشفيع عن استعمال حق الشفعة – بإتيانه عملاً أو تصرفاً أو اتخاذه موقفاً لا يدع مع تراخيه هذا – مجالاً للشك فى دلالته على تلك الرغبة فإنه يكون قد نزل بذلك ضمناً عن حقه فى الشفعة وسقط بهذا النزول الضمني حقه فيها عملاً بنص المادة 948 من القانون المدني.

ميعاد النزول:

نص الفقرة (أ) من المادة 948 مدني على أنه يسقط الحق في الشفعة: إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع. فالنزول عن الشفعة جائز في أي وقت وإلى حين إتمام إجراءات الأخذ بالشفعة، وعلى ذلك إذا ثبت الحق في الشفعة رضاء أو قضاء، فإن ملكية العقار المشفوع فيه تثبت للشفيع ولا يقبل منه بعد ذلك أن يتنازل عن الشفعة.

فالتنازل جائز في أي مرحلة من مراحل إجراءات الشفعة فقد يكون قبل إعلان الرغبة أو بعدها، وقد يكون قبل تسجيل الإعلان أو يعده، وقد يكون بعد رفع الدعوى وقيدها، المهم أنه لا يجوز بعد صدور الحكم للشفيع وتسجيل هذا الحكم، بل أكثر من ذلك فإن النص يجيز حتى الزول ولو فبل البيع المشفوع فيه، وغالبا ما يكون ذلك باتفاق بين البائع والشفيع حين يرغب الأول في أن يبع العقار لشخص معين، أو يرغب في توسيع قاعدة الراغبين في شراء العقار حيث يقدم المشتري على الشراء وهو في مأمن من أن يطالب الشفيع بعد البيع بالشفعة، فهو قد تنازل عن حقه هذا قبل البيع.

ويقع غالبا النزول قبل البيع فيما تقوم بشركات وجمعيات تقسيم الأراضي، حيث تضع في عقودها من المشتري بندا يفيدا تنازل المشتري عن حقه في الأخذ بالشفعة في العقارات المجاورة لعقارة إذا رغبت الشركة بعد ذلك في بيعها. والنزول قبل البيع شأنه شأن النزول بعد البيع فقد يكون بمقابل أو بدون مقابل، وقد يكون صريحا أو ضمنيا.

أثر النزول:

يجب أن يفسر النزول عن الشفعة تفسيرا ضيقا فلا يتوسع فيه، فلا يتقيد بالنزول إلا من صدر منه، ولا يستفيد به سوى المتنازل له، فلا يتعدى أثر النزول طرفيه، وعلى ذلك فلا يجوز للغير الذي لم يكن طرفا في اتفاق النزول أن يستفيد منه، تطبيقا لذلك إذا قام المشتري من شركة تقسيم الأراضي ببيع العقار الذي اشتراه، فإن نزوله عن الشفعة في اتفاقه مع الشركة ينحصر أثره في العلاقة بينمها فلا يجوز له (للمشتري) أن يطالب بالشفعة، لكن هذا لا يقيد المشتري منه (المشتري الجديد) حيث يجوز له الأخذ بالشفعة فيما تبيعه الشركة من عقارات مجاورة للعقار المباع له.

ويتقيد الخلف الخاص للشفيع بالنزول عن الشفعة تطبيقا لنص المادة 146 مدني على اعتبار أن هذا النزول مقتضاه الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة، وهذا الالتزام يحد من حرية المتنازل (الشفيع) في مباشرة رخصة من الرخص التي تثبت له بوصفه مالكا، وهو بهذه المثابة يعد قيدا على حرية الانتفاع فيعتبر محدداً للشيء، ومن ثم من مستلزماته، ترتيبا على ذلك ينتقل الالتزام بعدم المطالبة بالشفعة إلى المشتري الثاني إذا كان يعلم به وقت صدور عقد شرائه.

المبحث الثاني

أثر موت الشفيع على سقوط الحق في الشفعة

إذا مات الشفيع قبل قيام سبب الشفعة، أي قبل إبرام البيع المشفوع فيه، فإن حقه في الشفعة لم يكن قد نشأ بعد، ومن ثم فلا مجال للحديث عن انتقاله إلى الورثة. إنما يكون لهؤلاء الورثة الحق في الشفعة إذا أبرم عقد البيع وتوافرت فيهم

شروط الشفعة على النحو السابق بيانه. كذلك لو فرض وثبت الحق في للشفيع رضاء بتسليم المشتري له بها، أو قضاء بصدور حكم نهائي في دعوى الشفعة تم تسجيله، ثم مات الشفيع بعد ذلك فإن العقار المشفوع فيه والذي ثبتت ملكيته للشفيع ينتقل إلى الورثة ضمن عناصر تركته؛ ومن ثم فلا مجال للحديث عن الأخذ بالشفعة. لكن الفرض الذي يثير التساؤل هو ما الحكم إذا مات الشفيع في الفترة بين قيام سبب الشفعة (إبرام البيع) وإلى حين إتمام إجراءات الشفعة رضاء أو قضاء. لم ينص المشرع في القانون المدني على حل لهذا الفرض؛ لذلك وجد اتجاهين في الفقه القانوني:

الاتجاه الأول: يرى أن الشفعة لا تورث؛ ومن ثم يسقط الحق بالشفعة بموت الشفيع، ويسند هذا الرأي في ذلك إلى أنه من شروط الأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا وقت قيام سبب الشفعة (وقت البيع) وإلى حين الحكم بها، والمورث (الشفيع) وإن كان مالكا وقت البيع إلا أنه لم يستمر مالكا إلى حين الحكم بالشفعة، والوارث لم يكن مالكا وقت البيع، فقد كانت الملكية للمورث (الشفيع)؛ وبناء على ذلك يسقط الحق في الشفعة بموت الشفيع. كما أن الشفعة تعد من الرخص والرخصة لا تورث، لتعلقها بشخص صاحبها. وهذا هو رأي الحنفية في الفقه الإسلامي حيث الراجح فى هذا المذهب أن خيار الشفعة لا ينتقل بالإرث لأنه ليس مالاً ولا حقاً متعلقاً بمال بل هو مجرد إرادة ومشيئة للشفيع. والوارث لا يرث مورثه فى إرادته ومشيئاته.

الاتجاه الثاني: يرى أن الشفعة وإن كانت رخصة إلا أنها تلازم العقار المشفوع فيه، فتنتقل معه من المورث إلى الوارث، أي أن لها جانبا ماليا؛ ومن ثم تنتقل إلى الورثة. يترتب على ذلك أن الحق في الشفعة ينتقل إلى الورثة فيجوز لهم

إن لم يكن الشفيع قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة أن يعلنوا رغبتهم للبائع والمشتري، وأن يودعوا الثمن، ويرفعوا الدعوى، والقيام بكل الإجراءات التي يتطلبها القانون للحكم بالشفعة، وإذا كان المورث قد بدأ في بعض هذه الإجراءات فلهم أن يستكملوا ما بدأه مورثهم، فإن كان قد أعلن رغبته قبل موته، فلهم إيداع الثمن واستكمال باقي الإجراءات، وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة النقض حيث من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الشفة من الحقوق التي يجري فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به، ولهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه.

الفصل الخامس

آثار الشفعة

تمهيد وتقسيم:

تناول المشرع آثار الشفعة في المواد من 945 إلى 947 مدني، وأول ما يلاحظ على هذه النصوص هو انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، حيث يحل الأخير محل المشتري، وتنشأ بالتبعية لذلك علاقات قانونية بين أطراف الشفعة، فالشفعة عملية قانونية ثلاثية الأطراف، فهي تطال كل من: الشفيع، البائع، المشتري فتحدد حقوق كل طرف والتزاماته في مواجهة الطرف الآخر في العلاقة القانونية؛ لذلك فإن آثار الشفعة تتحدد أولا ببيان انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، وثانيا ببحث العلاقات القانونية التي تنشأ بين هذه الأطراف الثلاثة وهي: علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقة الشفيع بالمشتري، وعلاقة المشتري بالبائع. وفي ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث نخصص لكل علاقة من هذه العلاقات الثلاث مبحثا مستقلا على أن نسبق ذلك بتناول انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع على النحو التالي:

المبحث الأول: انتقال الملكية من المشتري إلى الشفيع

المبحث الثاني: علاقة الشفيع بالبائع

المبحث الثالث: علاقة الشفيع بالمشتري

المبحث الرابع: علاقة المشتري بالبائع

المبحث الأول

انتقال الملكية من المشتري إلى الشفيع

فكرة حلول الشفيع محل المشتري:

تحكم آثار الشفعة فكرة رئيسية هي أن الشفيع في أخذه للعقار بالشفعة، إنما يحل محل المشتري، وذلك في جميع حقوقه والتزاماته، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 1/945 مدني حيث " يحلّ الشفيع قبل البائع محلّ المشتري في جميع حقوقه والتزاماته". ويترتب على هذا الحلول أن يخرج المشتري من العلمية القانونية، بحيث تصبح العلاقة بين الشفيع والبائع، ويترتب على هذه العلاقة مجموعة من الحقوق والالتزامات لطرفيها، لكن التساؤل الذي أثير في الفقه هو متى تنتقل الملكية من المشتري إلى الشفيع، أو بعبارة أخرى من يحل الأخير محل الأول.

اختلف الفقه في تحديد وقت انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع، ويوجد ثلاثة آراء في هذا الشأن:

الرأي الأول: رأي واضعو المذكرة الايضاحية للقانون المدني، حيث يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من وقت البيع المشفوع فيه، ووفقا لهذا الرأي فإن المشتري يعتبر أنه لم يشتر العقار أصلا، وبالتالي لم يتملكه، وإنما يعتبر الشفيع هو من اشترى العقار وهو من تملكه من وقت إبرام البيع. كما أن الحكم بالشفعة شأنه شأن الأحكام بصفة عامة مقرر، وليس منشئاً.

وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، ذلك لأنه يناقض صراحة نص المادة 947 مدني والتي تقضي بأن البيع الذي يبرمه المشتري قبل إعلان الرغبة في الأخذ

بالشفعة، وكذلك كافة الحقوق العينية التي يرتبها على العقار تسري في مواجهة الشفيع متى كانت صادرة قبل تسجيل الرغبة، إذ لا يستقيم هذا والقول بأن المشتري لم يتملك العقار أصلا، فالفرض حتى يسري التصرف في مواجهة الشفيع أن يكون صادرا من مالك.

الرأي الثاني: يذهب إلى أن الشفيع يحل محل المشتري من الوقت الذي بدأ فيه الشفيع اتخاذ إجراءات الشفعة، فالحلول يكون وقت إعلان الرغبة، أو وقت تسجيل هذا الإعلان، أو على أكثر تقدير وقت رفع دعوى الشفعة. ويستند هذا الرأي أساس إلى نص المدة 947 مدني والتي تقضي بأنه لا سري في مواجهة الشفيع التصرفات التي يجريها المشتري بعد تسجيل إعلان الرغبة. بيد أن هذه الحجة غير مقنعة، فعدم الاحتجاج على الشفيع بما أبرمه المشتري من تصرفات بعد تسجيل إعلان الرغبة مرجعة حماية الشفيع إذا ما ثبتت له الشفعة من أشخاص سيئ النية فهم يتعاملون على عقار يعلمون أن ملكية مالكه (المشتري) مهددة بالزوال ومع ذلك يقدمون على التصرف، فأراد المشرع أن يعاملهم بنقيض مقصدهم، وثمة حالات في القانون مشابه لذلك.

الرأي الثالث: يرى إلى أن التراضي على الشفعة، أو الحكم النهائي بثبوتها هو الذي ينشئ حق الشفيع؛ ومن ثم فإن الشفيع يحل محل المشتري من وقت تسجيل التراضي على الشفعة، أو تسجيل الحكم الصادر بثبوتها، وعليه فيظل المشتري إلى حين حدوث هذا التسجيل للتراضي أو للحكم هو المالك للعقار المشفوع فيه. فالدعوى في الشفعة لا تتعلق بنزاع على الملكية، ولا بإبطال البيع أو فسخه، وإنما تتعلق بوسيلة يستطيع بها أن يكسب الشفيع ملكية العقار بدلا من المشتري، ومقتضى هذا ألا يكسب الشفيع الملكية إلا حين يسلم له المشتري بذلك أو يصدر

حكم بذلك، أما قبل ذلك فإن المشتري يعتبر مالكا للعقار المشفوع فيه شأنه شأن أي مشتر آخر.

وفي بيان موقف محكمة النقض بشأن تحديد وقت حلول الشفيع محل المشتري فقد قضت في أحد أحكامها بأنه: المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لئن كان حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع من قيام المسوغ إلا أن العين المشفوعة لا تصير على ملك الشفيع – في غير حالة التراضي – إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة – إذ أن المشرع عندما نظم أحكام الشفعة في التقنين المدني الحالي انتهى إلى ترك الأمر في تحديد بدء تاريخ ملكية الشفيع إلى ما كان عليه الحكم قبل صدور هذا التشريع فجاء نص المادة 944 منه مطابقاً في هذا الصدد لنص المادة 18 من قانون الشفعة القديم، وهو إذ كان ينص في هذه المادة على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع إنما أراد بالسند السبب القانوني المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية أو حجتها. ومقتضى هذا النظر ولازمه أن العقار المشفوع فيه لا يصير إلى ملك الشفيع إلا بعد هذا الحكم أما قبله فلا، لأن المسبب لا يوجد قبل سببه ولأن ما جعله المشرع من الأحكام منشأ للحقوق لا ينسحب على الماضي. ولا يفيد أن لحكم الشفعة أثراً رجعياً ما جاء في المادة 946 من القانون المدني من أن للمشترى الحق في البناء والغراس في العين المشفوعة، ولا ما جاء في المادة 947 من أنه لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أي بيع صدر من المشترى ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة، لأن المشرع إنما أخذ أحكام هاتين المادتين جملة من فقه الحنفية وهي مخرجة فيه. لا على فكرة الأثر الرجعى، بل على فكرة العدل والبعد عن الجور

والتوفيق بالقدر المستطاع بين ما تعارض من مصلحتي المشترى والشفيع، وكذلك، لا يتعارض القول بتملك الشفيع من وقت الحكم بالشفعة مع ما نص عليه في المادة 1/945 من حلول الشفيع محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته بالنسبة إلى البائع ولا مع ما نص عليه في فقرتها الثالثة من أن الشفيع ليس له في حالة استحقاق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة أن يرجع إلا على البائع – فإن هذا لا يدل على أن الشفيع يحل محل المشترى من وقت طلب الشفعة. وعلى هذا سار قضاء النقض.

المبحث الثاني
علاقة الشفيع بالبائع

بتمام الشفعة رضاء أو قضاء تنشأ علاقة بين الشفيع والبائع، حيث يحل الشفيع محل المشتري في علاقته بالبائع، وهو يحل محله في حقوقه والتزاماته، وبناء على ذلك نبين أولا حقوق الشفيع، وثانيا التزامات الشفيع.

أولا: حقوق الشفيع

إن أول حق يثبت للشفيع في علاقته مع البائع هو حقه في انتقال الملكية له، حيث تنتقل الملكية مباشرة من ذمة البائع إلى ذمة الشفيع دون أن تمر بذمة المشتري، على أن ذلك مشروط بتسجيل التراضي على الشفعة في حالة ثبوت الشفعة رضاء، أو تسجيل الحكم بالشفعة في حالة ثبوتها قضاء. وقد سبق أن بينا الوقت الذي يثبت فيه حق الشفيع.

ويقابل حق الشفيع في انتقال الملكية التزام على البائع بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل هذا الحق، وحيث إن انتقال الملكية يرد على العقار المبيع، والقاعدة

أن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل؛ فعلى البائع أن يسلم ما تحت يده من مستندات تكون لازمة لإنهاء إجراءات تسجيل العقار باسم الشفيع، أو أن يذهب مع الشفيع إلى مكتب الشهر العقاري للتوقيع إذا اقتضى الأمر كذلك، وبعبارة واحدة يتعين على البائع أن يقوم بكل من هو ضروري لأجل نقل الحق إلى الشفيع وأن يكف عن أي عمل من شأنه أن يجعل نقل هذا الحق مستحيلا أو عسيرا.

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري أن تثبت له كل الحقوق باعتباره مشتريا، فيكون له أن يطالب بتسلم المبيع إن كان المشتري لم يتسلمه بعد، وله أن يطالب بضمان التعرض، وضمان العيوب الخفية، وضمان الاستحقاق، ولقد نص المشرع صراحة على التزام البائع في مواجهة الشفيع في المادة 3/945 مدني حيث نص على أنه: " 3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع".

ثانيا: التزامات البائع

إن الالتزام الرئيس الملقى على عاتق الشفيع هو دفع الثمن، ويفرق في هذا الصدد بين ما إذا كانت الشفعة قد ثبتت قضاء أم رضاء. فإذا ثبتت الشفعة قضاء، أي بحكم من المحكمة، فإن مقتضى ذلك أن يكون الشفيع قد مر بكل الإجراءات المنصوص عليها والسابق شرحها قبل رفع الدعوى وصدور الحكم فيها، ومن بينها إيداع الثمن خزانة المحكمة، وبناء على ذلك فليس ثمة التزام جديد على الشفيع بدفع الثمن مرة أخرى فهو قد سبق وأن أودعه خزانة المحكمة، ويكون للبائع أن يحصل عليه من المحكمة إن لم يكن المشتري قد سدده له قبل صدور الحكم في دعوى الشفعة.

أما في حالة ثبوت الشفعة رضاء، فالرفض أن الشفيع لم يدفع الثمن بعد، لذلك عليه عند التراضي على أخذه العقار بالشفعة وتسليم المشتري بذلك أن يسدد للبائع الثمن، وهو يلتزم بسداد الثمن الحقيقي كاملا، فلا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع (م 2/945 مدني). فلا يجوز له أن يسدد جزء منه ويبقى الأخر أو أن يطلب أجلا للسداد، حتى ولو كان عقد البيع المشفوع فيه يمنح المشتري أجلا للسداد أو يقسط عليه الثمن، إلا إذا ارتضى البائع أن تمتد تلك التسهيلات إلى الشفيع.

المبحث الثالث
علاقة الشفيع بالمشتري

التزامات الشفيع

يلتزم الشفيع بأن يرد للمشتري الثمن وملاحقاته، ويلتزم بأن يعوضه عما يكون قد أقامه من بناء أو غراس في العقار قبل صدور الحكم بالشفعة.

1- رد الثمن

إذا كان المشتري قد سدد للبائع ثمن العقار قبل صدور الحكم بالشفعة، فإنه يجب على الشفيع بعد ثبوت حقه في العقار أن يرد للمشتري الثمن الذي سدده للبائع؛ فالثمن مقابل المبيع، ولن يحصل الشفيع على المبيع بدون مقابل، وهو لا يرد الثمن فقط، وإنما يرد الثمن وملاحقاته، كمصاريف التسجيل إن كان عقد البيع قد سجل قبل الحكم، وأجرة السمسار، وأتعاب المحامي.

2- تعويض المشتري عما يكون قد أقامه من بناء أو غراس في العقار

بينت المادة 946 مدني حكم هذه الحالة حين نصت على أنه: " 1- إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

2- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقي البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس". ويفرق النص بين فرضين:

الفرض الأول: إذا قام المشتري بالبناء أو الغراس قبل أن يعلن الشفيع رغبته في الشفعة. في هذا الرفض يكون الخيار للمشتري، لأنه حسن النية لم يكن يعلم برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة، فيكون له أن يختار بين أن يلزم الشفيع المبلغ الذي دفع في مقابل هذا البناء أو الغراس، أو أن يلزمه بمقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس، وبالطبع سيختار المشتري القيمة الأعلى.

الفرض الثاني: إذا قام المشتري بالبناء أو الغراس بعد أن يعلن الشفيع رغبته. في هذا الفرض يكون الخيار للشفيع، لأن المشتري سيئ النية يعلم برغبة الشفيع ومع ذلك يقوم بالبناء أو الغراس في العقار، حيث يكون للشفيع أن يختار بين أن يطالب المشتري بإزالة ما أقامه أو غرسه، أو أن يختار استبقاء البناء أو الغراس، وفي هذه الحالة فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

التزامات المشتري:

يلتزم المشتري في مواجهة الشفيع برد الثمار إذا كان المبيع يدر ثمارا، ويلتزم بتسليم المبيع.

1- رد الثمار

يلتزم المشتري برد الثمار التي جنها من المبيع إن كان المبيع منتجا لثماره، ولقد اختلف الفقه حول الوقت الذي يلتزم فيه المشتري برد الثمار.

فذهب اتجاه أول إلى أن المشتري يلتزم برد الثمار من وقت إعلان الرغبة في الشفعة، لأنه من هذا الوقت يصبح حائزا سيئ النية؛ ومن ثم يلتزم برد الثمار التي قبضها، أما تلك التي قبضها قبل اعلان الرغبة فلا يلتزم بردها، لأنها من حقه، باعتباره حائز حسن النية، والأخير يتملك الثمار بالقبض تطبيقا لنص المادتين 978 و979 مدني.

بينما يذهب الرأي الثاني إلى أن الشفيع يستحق الثمار التي جناها المشتري من يوم إيداع الثمن خزانة المحكمة، على أساس أنه من العدل أن يعوض عن حرمان من الانتفاع بالثمن المودع إلى حين صدور الحكم له باستحقاق الثمار منذ الإيداع.

ويذهب الاتجاه الغالب إلى أن الشفيع يستحق الثمار من وقت صدور الحكم بالشفعة، لأن هذا الحكم هو سند ملكية الشفيع، وبه يحل الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته، وطالما أن الحلول لا يتحقق إلا من يوم صدور الحكم، فإن الشفيع لا يستحق الثمار إلا من هذا الوقت، وقد استقرت محكمة النقض على هذا الرأي.

2- الالتزام بتسليم المبيع

يلتزم المشتري بتسليم المبيع إلى الشفيع إن كان قد تسلمه من البائع قبل ثوت حق الشفيع رضاء أو قضاء. ولا يستند التزام المشتري بتسليم المبيع في ذلك إلى عقد البيع، وإنما يستند إلى حلول الشفيع محل المشتري، يترتب على ذلك أنه إذا هلك المبيع تحت يده المشتري، فإن تبعة الهلاك تحكمها المادتين 983 و984

مدني الخاصتان بهلاك الشيء في يد حائزه، وليس المادة 437 مدني الخاص بتبعة هلاك المبيع.

المبحث الرابع
علاقة البائع بالمشتري

بثبوت حق الشفيع رضاء أو قضاء، يحل الشفيع محل المشتري فلا علاقته بالبائع، ويترتب على ذلك خروج المشتري من العملية القانونية المتعلقة بالبيع.
وعلى ذلك فلا يكون ثمة حقوق للمشتري تجاه البائع، فلا يطالبه بتسليم المبيع، ولا بالضمان. وبالمقابل لا يكون هناك حقوق للبائع تجاه المشتري، فلا يطالبه بالثمن. فالبيع يصبح بين الشفيع والبائع بعد أن كان بين البائع والمشتري.

الباب الرابع

الحيازة

تمهيد وتقسيم:

تشغل الحيازة في نظامنا القانوني مكاناً متميزاً، نظرا لما ترتبه من آثار قانونية هامة في الواقع العملي، لعل أبرزها أنها تعد سبباً من أسباب كسب الملكية، ولا يقتصر دور الحيازة على ذلك، فلها أدوار أخرى سنبينها عند الحديث عن آثار الحيازة؛ لذلك اهتم المشرع بتنظيم الحيازة في القانون المدني وأفرد لها عددا غير قليل من النصوص القانونية (من المادة 949 مدني إلى المادة 984 مدني). ويلاحظ بداية على تلك النصوص أنها وإن وردت في القسم المخصص لاكتساب الملكية إلا أنها تعد بمثابة تنظيم للأحكام العامة للحيازة.

وتقتضي دراسة الحيازة تناول الأحكام العامة لها، من حيث تعريفها، وبيان دورها، والحكمة من حمايتها، والعناصر التي تقوم عليها، والشروط التي يجب توافرها فيها حتى تترتب آثارها القانونية، ومدى إمكانية انتقالها أو فقدها، وأخيرا الآثار القانونية التي تترتب عليها. وفي ضوء هذا التمهيد يقسم هذا الباب إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: التعريف بالحيازة، والحكمة من حمايتها، وتحديد مجالها

الفصل الثاني: عناصر الحيازة وشروطها

الفصل الثالث: انتقال الحيازة وفقدها

الفصل الرابع: آثار الحيازة

الفصل الأول

التعريف بالحيازة، والحكمة من حمايتها، وتحديد مجالها

تقسيم:

توزع الدراسة في هذا الفصل على ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول

التعريف بالحيازة

تعرف الحيازة بأنها: سلطة فعلية لشخص من الأشخاص على شيء مادي، بحيث يظهر عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وذلك بأن يباشر لحساب نفسه الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، سواء استندت هذه السلطة إلى حق أم لم تستند. يظهر من هذا التعريف:

– إن الحيازة سلطة فعلية (واقعية)، فهي ليست بحق عيني أو شخصي، وإنما هي مجرد واقعة مادية بسيطة، يترتب على ذلك أنه عند النظر في مدى توافر عناصر الحيازة يتعين النظر إلى الواقع، فالحيازة سلطة واقعية.

– يباشر الحائز على الشيء الأعمال المادية التي يباشرها المالك على الشيء، أو صاحب الحق العيني الآخر، فإذا كان الحائز يحوز بصفته مالكا فإنه يقوم بكل الأعمال المادية الداخلة في مضمون حق الملكية فله استعماله واستغلاله والتصرف فيه، فإذا كان الشيء عقارا أرضا زراعية مثلا فله زراعتها وتأجيرها أو التصرف فيها بترتيب حق عيني عليها، وإذا كانت الأرض فضاء فله أن يستعملها كملعب،

أو يستغلها كخيمة لإقامة الأفراح، أو يرتب عليها أي حق عيني، وهكذا.. أما إذا كانت الحيازة لحق الانتفاع فإن للحائز استعمال الشيء واستغلاله، دون أن يكون له التصرف فيه. وإن كانت الحيازة لحق الارتفاق فيكون باستعماله، في جملة واحدة يقوم الحائز بكل ما يقوم به المالك أو صاحب الحق العين من أعمال مادية داخلة في مضمون الحق.

– إن الحيازة مجرد سلطة فعلية واقعية على الشيء، وبقطع النظر عما إذا كانت هذه السيطرة تستند إلى حق من الحقوق أم لا تستند. وإن كان الغالب أن تكون هذه السيطرة المادية مستندة إلى حق من الحقوق وعندئذ تكون الحيازة في كنف القانون، لكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون الحيازة غير مستندة إلى حق، ومقتضى هذا أن السارق والغاصب وكل من يعتقد على خلاف الحقيقة أنه مالك قد يكون حائزا من وجهة نظر القانون.

وتبدو هذه النتيجة الأخيرة غريبة وغير مقبولة، إذ كيف يحمي النظام القانوني الحيازة ثبتت لأشخاص لا يستندون فيها إلى حق كالسارق والغاصب ومن يعتقد على خلاف الحقيقة أنه مالك. ووفقا لهذا التعريف فإن الحائز لا يخرج عن فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الحائز هو المالك أو صاحب الحق، وهذا هو الغالب والمألوف، وعندئذ يثور التساؤل لماذا نحمي حيازته، أليس في النظام القانوني ما يكفل حمايته باعتباره صاحب حق.

الفرض الثاني: ألا يكون الحائز مستنداً في حيازته إلى حق من الحقوق، كالسارق أو الغاصب، وفي هذا الفرض يبدو وكأن المشرع يقنن للغصب، لكن ثمة حكمة توخاها المشرع من تنظيمه للحيازة وحمايتها على الرغم من المخاوف السابق، وهذا ما نبينه تفصيلا في المبحث التالي:

المبحث الثاني

الحكمة من تقرير حماية قانونية للحيازة

قد يبدو غريبا ما يقرره النظام القانوني من حماية للحائز على الرغم من أن حيازته في بعض الحالات قد لا تستند إلى حق من الحقوق، ويبدو النظام القانوني وكأنه يقنن للغصب، لكن هذه الغرابة تزول إذا علمنا أن ثمة اعتبارات دفعت بالمشرع – ليس في نظامنا القانوني فحسب بل في غالبية النظم القانونية المقارنة – إلى تقرير هذه الحماية القانونية للحيازة، وتتمثل هذه الاعتبارات في:

1- استقرار الأمن والنظام داخل المجتمع: إن استقرار الأمن والنظام داخل المجتمع يقتضي المحافظة على الأوضاع الواقعية القائمة، وعدم محاولة تغييرها بالقوة حتى لا تحدث فوضى واضطراب داخل المجتمع، فلو سمح لكل من يدعى أنه صاحب حق على شيء أن ينزعه بالقوة من تحت يد حائزه لاختل الأمن وعمت الفوضى؛ لهذا يحمي القانون الحيازة في ذاتها مجردة عن الحق الذي تستند إليه، ولا خوف على حق من يدعي أنه صاحب الحق في ذلك، لأن هذه الحماية مؤقتة، إذ يستطيع صاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء ويطالب بحقه، فإن حكم له بذلك، فله عندئذ أن يسترد الشيء من تحت يد الحائز، وله أن يلجأ إلى السلطات لتمكنه

من ذلك إن رفض الحائز، وإما ألا يحكم له فعندئذ يتعين احترام الحيازة الواقعية والأوضاع القائمة حفاظا على استقرار المجتمع.

2- تعد الحيازة في ذاتها وضع مستقل عن الحق الذي تستند إليه، إلا أن الغالب والمألوف بين الناس ما تكون حيازة الحائز مستندة إلى حق، فالغلب والمألوف أن من يباشر الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق على الشيء يكون هو المالك أو صاحب حق عيني آخر؛ ومن ثم فإن حمايته هي حماية للحق بطريق غير مباشر.

فالحيازة هي مظهر الحق بما تولده من اعتقاد لدى الناس أنها تستند إلى حق، وغالبا ما يطابق هذا المظهر حقيقة الواقع، وتوفير حماية قانونية للحائز تعني توفير حماية قانونية لصاحب الحق بطريق غير مباشر، وبهذا يكون المشرع قد وفر حماية سهلة ميسورة لصاحب الحق، إذ غالبا ما يكون اثبات الحق عسيراً.

3- إن الحفاظ على الاقتصاد الوطني يقتضي تقرير حماية قانونية للحائز، فالمحافظة على الاقتصاد الوطني تقتضي استغلال الأموال وحسن إدارتها وعدم تعطلها، فالحائز النشط الذي يستغل المال ويديره أجدر بالحماية ممن يدعى أنه المالك أو صاحب حق عيني آخر على الشيء، فكأن المشرع يقيم موازنة بين حائز نشط ينهض ويستغل المال وبين مالك مهمل خامل، فيغلب مصلحة الأول على الثاني، ويقرر حماية حيازته حفاظا على الأموال وحركة النشاط الاقتصادي في المجتمع.

المبحث الثالث

مجال الحيازة

يقصد بمجال الحيازة تحديد نطاق تطبيق أحكام الحيازة، ويتحدد مجال الحيازة على النحو التالي:

1- ترد الحيازة على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية

تعرف الحيازة بأنها سلطة فعلية لشخص على شيء مادي، ويفترض هذا أن يوجد شيء حتى يمارس عليه الحائز السلطة الفعلية أي القيام بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، ولا يتحقق ذلك إلا بالنسبة للحقوق العينية دون الحقوق الشخصية؛ ذلك لأن الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء، فالمحل فيها " شيء ". أما الحقوق الشخصية (حق الدائنية) فهي رابطة اقتضاء، والمحل فيها " عمل " وليس شيء، فالحقوق الشخصية تستعصي على فكرة السيطرة المادية، لذلك لا يتصور أن ترد الحيازة عليها.

ويشيع مصطلح " حيازة الديون " مما قد يوحى بإمكانية أن ترد الحيازة على الحقوق الشخصية، بيد أن هذا الأمر غير صحيح فالحيازة تفترض سلطة فعلية على الشيء، فالحيازة غير موافقة لطبيعة الديون. ولا يغير من الحكم المتقدم ما يقرره المشرع في المادة 333 مدني من أن ذمة المدين تبرأ إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته، فهذا من باب التجوز، إذ أراد المشرع أن يقرب الصورة بتشبيه الدائن الظاهر بالحائز لشيء بنية تملكه أو الظهور عليه بمظهر صاحب عيني آخر ودون أن يقصد أن حيازة الدين هي حيازة بالمعنى الذي ندرسه باعتبارها سلطة فعلية على الشيء.

بيد أن البعض يرى أنه إذا كانت الديون لا تتفق وطبيعتها مع فكرة الحيازة، فإن الديون المثبتة في سندات لحمالها تعتبر استثناء من الأصل، إذ يندمج الحق المثبت في السند في السند نفسه كشيء مادي، وعليه تكون حيازة السند هي حيازة للحق نفسه، ومن ثم تطبق عليه أحكام الحيازة. غير أن الحقيقة أن هذه الحالة لا تعتبر استثناء من الأصل، فحيازة السند (الصك) المثبت فيه الدين، هي حيازة لشيء مادي هو السند، وليس حيازة لحق الدائنية المثبت في السند، كل ما في الأمر أن هذه الحيازة قرينة على ملكية الحائز لهذا السند، وأن هذه الملكية بالتبعية لذلك قرينة على أن الحائز مالك السند لحامله هو صاحب حق الدائنية المثبت في السند.

وإن كنت الحيازة تقتصر على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية، فإنها تشمل الحقوق العينية بشقيها الأصلية والتبعية، والذي دعا إلى تأكيد ذلك، ما ذهب إليه البعض من أن الحيازة تقتصر على الحقوق العينية الأصلية دون التبعية، لكن غالبية الفقه تذهب إلى أن الحيازة كما ترد على الحقوق العينية الأصلية، فإنها ترد كذلك على الحقوق العينية التبعية. فترد الحيازة على الحقوق العينة الأصلية حيث يجوز اكتساب حق الملكية بالتقادم، ويجوز اكتساب حق الانتفاع بالتقادم، ويجوز اكتساب حق الارتفاق بالتقادم، وإن كان القانون قد قصر ذلك على الارتفاقات الظاهرة. ويتصور أن ترد الحيازة على الحقوق العينية التبعية، فإذا كان الشيء المرهون رهنا حيازيا غير مملوك للمدين الراهن، فإنه يجوز للدائن المرتهن أن يتملكه بالتقادم متى توافرت الشروط التي وضعها المشرع لذلك.

2- ترد الحيازة على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية

ترد الحيازة على الأشياء المادية دون الأشياء المعنوية؛ وعلة ذلك أن هذه الأشياء المادية هي التي يتصور أن يباشر عليها الحائز الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق؛ تطبيقا لذلك لا تجوز حيازة الحقوق المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والاسم التجاري، ولا حيازة الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف، كما لا ترد الحيازة على مجموع المال كالتركة، أو الذمة المالية، أو المحل التجاري، على أنه بالنسبة للمحل التجاري ما لا تجوز حيازته هو المحل في مجموعه باعتباره يتكون من عناصر مادية ومعنوية، أما إذا انفصلت بعض هذه العناصر المادية عن المحل فإنها تعتبر عندئذ شيئا مادياً مستقلا عن المحل يجوز حيازته.

3- لا ترد الحيازة إلا على الأشياء المادية التي يجوز التعامل فيها

يخرج المشرع أحيانا بعض الأشياء المادية التي تقبل بطبيعتها مباشرة الأعمال المادية عليها من نطاق الحيازة لاعتبارات معينة، من ذلك لا تجوز حيازة الأموال العامة، حيث لا يجوز تملكها بالتقادم، ولا يجوز تملك أموال الدولة الخاصة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بالتقادم.

الفصل الثاني

عناصر الحيازة وشروطها

تمهيد وتقسيم:

تفترض الحيازة لوجودها أن تكون ثمة سلطة فعلية على شيء، وهذه السلطة تعني القيام بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق الذي يحوزه الحائز، وتعتبر هذه السلطة الفعلية هي عنصر الحيازة الأول ويقال له العنصر المادي. ولا يكفي العنصر المادي لقيام الحيازة القانونية، أي الحيازة الحقيقة، وإنما يجب أن يتوافر بجانب العنصر المادي العنصر المعنوي الذي يتمثل في نية الحائز، بمعنى أنه لا يكفي أن يقوم الحائز بالأعمال المادية على الشيء، وإنما يشترط أن تتجه نيته في ذلك بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، بعبارة أخرى يقصد بالركن المعنوي أن يحوز الحائز الشيء لحساب نفسه لا لحساب غيره. وهذان العنصران لازمان لوجود الحيازة وبقائها، يترتب على تخلفهما زوال الحيازة وعدم وجودها.

وتجدر الإشارة إلى أنه كانت هناك نظرية فقهية تكتفي بتوافر العنصر المادي فقط لقيام الحيازة، وهذه هي النظرية المادية، وقال بها الفقهاء الالمان ويتزعمهم الفقيه اهرنج ووفقا لهذه النظرية تثبت الحيازة لكل من يقوم بالأعمال المادية على الشيء وإن لم تتجه نيته بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني على استقلال، فالعنصر المادي لديه يتضمن بالضرورة العنصر المعنوي، فعنصر النية أو القصد في هذه النظرية معناه أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الشخص على الشيء أعمال إرادية قصدية، سواء كان

الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره، أي تثبت الحيازة للحائز وإن كان يحوز لحساب غيره متى كان الحائز يسيطر سيطرة مادية على الشيء وينتفع به؛ وبناء على ذلك يعتبر المستأجر والمستعير والمودع لديه وأمين النقل حائزون. ولقد أخذ بهذه النظرية القانون الألماني والقانون السويسري. وفي مواجهة النظرية المادية وجدت النظرية الشخصية التي يتزعمها الفقيه سافيني لا تكتفي بالعنصر المادي للقول بوجود الحيازة، وإنما تستلزم فوق ذلك أن تتجه نية الحائز للظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، أو بعبارة أخرى يشترط أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الشيء لحساب نفسه لا لحساب غيره، فإن كان الحق الذي يحوز الحائز حق ملكية فيجب أن يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه لحساب نفسه كما يفعل المالك. ووفقا لهذه النظرية إن لم تتوافر هذه النية لدى الحائز، فقدت الحيازة أحد عناصر، ولا تصلح لأن تكون حيازة قانونية؛ وبناء على لن تثبت صفة الحائز في منطق هذه النظرية لكل من المستأجر والمستعير والمودع لديه وأمين النقل، فجميعهم وإن كان يباشر الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق على الشيء إلا أن نيته لم تتجه إلى الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، فهؤلاء لا يحوزن لحسابهم، وإنما يحوزون لحساب الغير المؤجر والمعير والمودع. ولقد أخذت بهذه النظرية القوانين اللاتينية وأخصها القانون الفرنسي.

ولقد اختط مشرعنا موقفا وسطا بين النظريتين، فهو في الأساس يأخذ بالنظرية الشخصية لوجود الحيازة فيشترط توافر العنصرين المادي والمعنوي لوجود الحيازة وبقائها. لكنه في مواضع أخرى اخذ بالنظرية المادية فاكتفى بالعنصر المادي لقيام الحيازة وإن لم يتوافر العنصر المعنوي، يظهر ذلك من منح المشرع

المستأجر دعاوى الحيازة، فعلى الرغم من أن المستأجر يحوز لحساب المؤجر لا لحساب نفسه، إلا أن المشرع يعترف له بحماية حيازته بدعاوى الحيازة.

ينبني على ما تقدم أنه يشترط لوجود الحيازة توافر العنصرين المادي والمعنوي معا، ومتى وجدت الحيازة فإنها لا ترتب آثارها القانونية بمجرد توافر عنصريها، إنما يشترط توافر شروط معينة حتى تترتب الآثار القانونية على الحيازة، بعبارة أخرى يشترط أن تكون الحيازة خالية من العيوب.

في ضوء هذا التمهيد نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: عناصر الحيازة

المبحث الثاني: شروط الحيازة (خلو الحيازة من العيوب)

المبحث الأول

عناصر الحيازة

تتمثل عناصر الحيازة في عنصرين: العنصر المادي والعنصر المعنوي، وهما عنصران لازمان لوجود الحيازة وبقائها، فإذا اجتمع العنصران معا كنا بصدد الحيازة القانونية أو ما يقال لها الحيازة الحقيقية، أما إذا توافر العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي كانت الحيازة عرضية، ونظرا لما يترتب على الحيازة العرضية من آثار قانونية فإننا نفرد لها مطلبا مستقلا بعد أن نتناول عناصر الحيازة القانونية أولا في مطلبين متتاليين نخصص الأول للعنصر المادي، ونفرد الثاني للعنصر المعنوي، ويكون المطلب الثالث لدراسة الحيازة العرضية. وبناء على ذلك تورع الدراسة في هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول

العنصر المادي

أولا: المقصود به:

يقصد بالعنصر المادي في الحيازة مباشرة الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، ولما كانت الحيازة لا ترد إلا على الحقوق العينية بشقيها الأصلية والتبعية، فإن هذه الأعمال تتوقف على حسب طبيعة الحق الذي يحوزه الحائز، فإذا كان الحائز يحوز باعتباره مالكا، فإن العنصر المادي يتحقق متى قام بمباشرة الأعمال المادية الداخلة في مضمون حق الملكية، بمعنى أن يقوم باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه. وإن كان الحق الذي يحوزه الحائز حق انتفاع فيتحقق العنصر المادي متى كان يستعمل الشيء أو يستغله. وإن كان الحق الذي يحوزه الحائز حق ارتفاق فيتحقق العنصر المادي بمباشرة الاعمال المادية التي تمكنه من استعمال هذا الحق، فإن كان الارتفاق بالمرور فيتوافر العنصر المادي بسيطرة الحائز على العقار السيطرة التي تثبت لمن له حق ارتفاق بالمرور، أي يكفيه أن يمر عليه. وإن كان الحق لذي يحوزه الحائز حق عيني تبعي كحق الرهن، فإن العنصر المادي يتحقق متى قام الحائز بالأعمال المادية الداخلة في مضمون حق الرهن، والتي غالبا ما يباشرها الدائن المرتهن.

ويشترط أن تكون الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز ويباشرها على الشيء من الكثرة والأهمية بحيث تكون هذه السلطة الفعلية هي التي يباشرها غالبا المالك أو صاحب الحق العيني وفقا للاستعمال المألوف، أي الاستعمال الذي تعارف عليه الناس، بحيث لا يخالجهم الشك في أن من يقوم بهذه الأعمال هو

المالك أو صحب الحق العيني. وعلى ذلك إن كان الحائز يحوز حق الملكية، واقتصرت الأعمال المادية الصادرة منه على الشيء على التصرف في الشيء، لأن الاقتصار على سلطة التصرف فحسب لا يكون السلطة الفعلية على الشيء، حيث تثبت هذه السلطة لغير الحائز كالوكيل مثلا. وتقدير مدى توافر هذه الأعمال المادية من عدمه هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض، متى أقامت قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله.

وإن كان يشترط لقيام العنصر المادي مباشرة الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، فإنه لا يلزم أن يكون الشيء الذي يظهر عليه الحائز بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني تحت يده، فحق الارتفاق يعتبر قيد استثنائي يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر، وعلى ذلك فإن الاعمال المادية الداخلة في مضمون حق الارتفاق تعتبر – في فرض عدم وجود حق الارتفاق – تعديا على ملكية العقار المرتفق به، لذلك فإن العنصر المادي يتحقق متى شكلت الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز تعديا على عقار مملوك لغيره، وتعود بالنفع على عقاره، كالمرور، أو فتح مطل. ولا يلزم أن يلزم في الأعمال المادية أن يظل الحائز يباشرها باستمرار، فالأمر يتوقف على حسب طبيعة الشيء والحق الذي يحوز الحائز، فمن الأشياء ما تستلزم من الحائز أن يظل يباشر الأعمال المادية باستمرار، فعندئذ يتعين على الحائز الالتزام بذلك، وهناك من الأشياء ما لا يلزم استعمالها باستمرار كأراضي المرعى، وأكشاك الاستحمام المعدة للاستعمال في فصول الصيف فقط.

ثانيا: مدى توافر العنصر المادي فيما يأتيه الشخص من الأعمال المباحة (الرخص)

يقصد الفقه بالأعمال المباحة الرخص، وهي الميزات التي يمنحها القانون للكافة دون تخصيص، فهي نتيجة للحرية الفردية التي يتمتع بها الجميع، فرخصة التنقل في الطرقات العامة، والاستمتاع بالمناظر الطبيعية تعتبر من الأعمال المباحة التي قد يأتيها المرء أو لا يأتيها، وهو حين يأتيها لا يتعدى على حق أحد، وليس لأحد أنه يمنعه منها فهو يستمتع بميزة منحها له القانون، وهو في نفس الوقت لا يتعدى بهذا العمل على حق الغير، ولكل شخص أن يتمتع بهذه الميزات، ولا يمنعه من ذلك تمتع غيره بها.

والسيطرة المادية التي يتوافر بها العنصر المادي هي السيطرة المتعدية على حق الغير، فإن لم تكن هذه السيطرة متعدية فإنها تندرج ضمن الأعمال المباحة (الرخص) ولا يتوافر بها العنصر المادي للحيازة، فالمالك الذي يفتح منورا في ملكه يطل به على أرض الجار الفضاء، لا يعتبر متعديا على أرض الجار؛ لذلك لا يجوز له أن يدعى أنه حائز لحق ارتفاق بالمطل على أرض جاره مهما طالت المدة، ويملك الجار مالك الأرض القضاء أن يبني في أرضه في أي وقت شاء وإن ترتب على ذلك سد المنور؛ ذلك لأن فتح المنور عمل يجيزه القانون ليس فيه تعدى على ملك الجار. وفي ذلك تنص المادة 1/949 مدني على أنه: " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات....".

ثالثا: الحيازة بالواسطة

الأصل أن يقوم الحائز بنفسه بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق والمكونة للعنصر المادي بنفسه، لكن لا يوجد ما يمنع أن يحوز الحائز بواسطة

الغير، بمعنى أن يقوم الغير بالأعمال المادية لحساب الحائز، وليس لحسابه هو، وفي ذلك تنص المادة 1/951 مدني على أنه: " 1- تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة". يظهر من النص إمكانية أن تتم الحيازة بالواسطة، ويفرق في هذا الشأن بين العنصر المعنوي والعنصر المادي.

فالعنصر المعنوي والذي يعني أن تتجه نية الحائز بالظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، أي أن تتجه نية الحائز في قيامها بالأعمال المادية إلى أنه يقوم بذلك لحساب نفسه لا لحساب غيره. هذا العنصر المعنوي يشترط توافره كقاعدة في شخص الحائز، فلا يتصور أن يحوز شخص على غير علم منه بإرادة وقصد الغير. فإذا لم يكن لدى الحائز نية القيام بالأعمال المادية لحساب نفسه، وقام الغير بهذه الأعمال المادية، فلا يتحقق العنصر المعنوي، وإن تحقق العنصر المادي حيث يحوز الغير لحساب الحائز تطبيقا لنص المادة 1/951 سالفة الذكر. بيد أن هذا لا ينفي أن بعض الأشخاص قد لا تكون لديهم إرادة كما هو الحال في الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه، فهؤلاء لا يستطيعون التعبير عن إرادتهم على نحو ما يقتضيه القانون، لذلك يجوز أن ينوب عنهم الغير في هذه الإرادة، وعلى ذلك فهؤلاء يحوزون بواسطة من يمثلهم، وفي هذه الحالة فإن النائب عنهم سيقوم بالأعمال المكونة للعنصرين معا المادي والمعنوي، حيث يقوم بالأعمال المادية وتحل إرادة محل إرادتهم في الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، وفي ذلك تنص المادة 950 مدني على أنه: " يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابةً قانونية".

أما العنصر المادي في الحيازة بالواسطة فيتحقق بكل ما يقوم به الغير من أعمال مادية داخلة في مضمون الحق لحساب الحائز، والأمثلة على السيطرة المادية كثيرة، من ذلك ما ذلك أن يباشر الحائز السيطرة المادية عن طريق خدمه وعماله ومستخدميه، وبصفه عامه أتباعه، فالخادم يسيطر سيطرة مادية على المنقولات لحساب سيده، والسائق يسيطر سيطرة مادية على السيارة لحساب من يعمل لديه، وعمال الزراعة يسيطرون سيطرة مادية على أدوات الزراعة لحساب من يعملون لديهم، ولقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة 950 حين نصت على أن: تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة". بيد أن الفقه يتحفظ، وبحق، على قصر النص على اشتراط أن تكون ثمة علاقة تبعية بين الغير (الوسيط) القائم بالسيطرة المادية وبين الحائز، بحيث يأتمر الأول بأوامر الأخير، فهناك فروض يتصور فيها الحيازة بالواسطة دون أن يكون الوسيط تابعا للحائز كما هو الحال في المستأجر، والمستعير، والمودع لديه، فهؤلاء ليسوا بتابعين للمؤجر أو المعير أو المودع، ومع ذلك يحوزن لحسابهم من خلال سيطرتهم المادية على الشيء المؤجر أو المعار أو المودع.

وتصح الحيازة بالواسطة من النائب أو الوكيل لحساب الموكل، فمع التسليم بأن الوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية لا الأعمال المادية، إلا أن المقصود هنا أن يكون الوكيل قد اشترى شيئا لحساب موكله، ولم يسلمه له بعد، وظل الشيء تحت يد الوكيل، ففي هذه الحالة يكون الوكيل وسيطا يسيطر سيطرة مادية على الشيء لحساب موكله (الحائز). وتبدو أهمية ذلك في حالة ما إذا كان بائع الشيء غير مالك، إذ يجوز للحائز (الموكل) أن يتمسك بقاعدة الحيازة في

المنقول سند الملكية، وتكون حيازته من بدء سيطرة الوكيل على الشيء. كما يتصور أن يكون الوسيط وكيلا في فرض إذا كانت مهمة الوكيل هي إدارة المال نيابة عن الموكل، فسيطرته المادية على الشيء تكون لحساب الحائز وهو الموكل.

وتجوز الحيازة بالواسطة من الشخص المعنوي، فيباشر السيطرة المادية عنه من يمثله وينوب عنه كالمديرين والمفوضين بالتوقيع عنه.

والحيازة بالواسطة لا تفترض، فالأصل أن من يباشر السيطرة المادية على الشيء إنما يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره، وعلى ذلك إن وجدت السيطرة المادية على الشيء من شخص افترض أنه الحائز، فإذا ادعى أحد أن هذا الشخص يحوز بالوساطة عنه، فعليه يقع عبء اثبات ذلك. فإذا استطاع أن يثبت ذلك فإنه يبقى مباشرا لهذا السيطرة بصفته وسيطا، ويفترض أنه مستمر في السيطرة المادية بالواسطة عن غيره، وفي هذا تنص المادة 2/251 على أنه: 2- وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها.

المطلب الثاني

العنصر المعنوي

أولا- المقصود به:

يقصد بالعنصر المعنوي أن تتوافر لدى الحائز نية الظهور على الشيء الذي يحوزه بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، أو بعبارة أخرى أن تتجه نية الحائز في القيام بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق لحساب نفسه لا لحساب غيره. ويعتبر توافر العنصر المعنوي شرطا أساسياً لوجود الحيازة القانونية،

أو ما يقال لها أحيانا الحيازة الحقيقية، تمييزا لها عن الحيازة العرضية التي يتوافر فيها العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي. والعنصر المعنوي المتمثل في نية الحائز هو الذي يبين الحق الذي قصد الحائز أن يحوزه ويظهر عليه بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني. فهذا العنصر هو ما يميز بين الحيازتين القانونية والعرضية، فالحائز القانوني تتجه نيته في القيام بالأعمال المادية لحساب نفسه، بينما الحائز العرضي لا تتوافر لديه هذه النية، فهو لا يقصد القيام بهذه الأعمال لحساب نفسه، وإنما يقوم بها بمقتضى سند يتضمن الاعتراف بالحق العيني لغيره.

ويعتبر العنصر المعنوي متحققا متى اتجهت نية الحائز إلى أن يظهر على الشيء الذي يحوزه بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني أيما كان هذه الحق العيني سواء كان حق انتفاع، أو ارتفاق. ويتوافر العنصر المعنوي وإن كانت نية الحائز غير مشروعة أي سواء كان صاحب حق فيما يحوزه أو ليس له حق، فكما سبق القول لا تلازم بين وجود الحق ووجود الحيازة. وأيضا يتوافر العنصر المعنوي سواء كان الحائز حسن النية يجهل أنه ليس المالك أو صاحب الحق العيني أم كان سيئ النية يعلم أنه ليس صاحب الحق ومع ذلك يتوافر العنصر المعنوي متى اتجهت نيته إلى الظهور على الشيء الذي يحوزه بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني.

ويتوافر العنصر المعنوي حتى لو كانت نية الحائز غير مدركة على وجه التحديد لمدى الحق الذي يحوزه ومشتملاته، فالحائز لمركز تجاري يتكون من عدد من المحلات يتوافر لديه العنصر المعنوي متى اتجهت نيته للظهور على المركز بمظهر المالك حتى وإن كان لا يعلم نشاط بعض المحلات التي يتكون منها المركز التجاري.

ثانيا: الركن المعنوي في الحيازة بالواسطة وحيازة عديم الأهلية

سبق لنا القول بإمكانية القيام بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق بالواسطة، بمعنى أن العنصر المادي في الحيازة يمكن أن يتم بالواسطة (م 951 مدني). فهل يمكن أن يتم العنصر المعنوي بالواسطة، بمعنى أن تتوافر نية الظهور على الشيء بمظهر المالك لدى غير الحائز. الإجابة هي بالنفي، فالعنصر المعنوي يقوم على النية والقصد، وهذا أمر شخصي؛ ومن ثم فيجب أن تتوافر هذه النية وهذا القصد لدى الحائز شخصيا، فلا يتصور أن يحوز الشخص عن طريق إرادة الغير. فالأصل إذن أن يتوافر العنصر المعنوي لدى الحائز شخصيا.

لكن استثناء من هذا الأصل يجوز للنائب عن عديمي الأهلية كالمجنون والمعتوه والصبي غير المميز أن ينوب عنهم في الظهور بمظهر المالك على الشيء أو صاحب الحق العيني، فعديم الأهلية ليس لديه نية وإرادة في نظر القانون؛ لذلك ينوب عنه من يمثله، وقد سبق لنا القول إن عديم الأهلية يحوز ماديا عن طريق نائبه، وهذا يعني أن حيازة عديم الأهلية يتحقق فيها العنصر المادي والمعنوي عن طريق النائب أي الولي أو الوصي أو القيم حسب الأحوال، وهذا ما قررته صراحة المادة 950 مدني حين نصت على أنه: " يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابةً قانونية".

ثالثا: توافر الركن المعنوي بالنسبة للأعمال التي يتحملها الغير على سبيل التسامح

يقصد بهذه الأعمال ما يقوم به الحائز من أعمال مادية تشكل اعتداء على حق الغير، فهذه الأعمال تتضمن حيازة مادية لحق من حقوق الغير، ولكن صاحب الحق لا يحمل هذا الحيازة المادية على محمل الاعتداء، وإنما يحملها على محمل

التسامح والتساهل مع الحائز حفاظا منه على روابط الجيرة أو القرابة أو الصداقة، كذلك فإن من يقوم بهذه الأعمال لا تتجه نيته إلى استعمال الحق بوصفه مالكا أو صاحب حق عيني، إنما تتجه نيته إلى مجرد القيام بأعمال مادية رخص له فيها من قبل صاحب الحق على سبيل التسامح. ويمكن التمثيل لذلك بحالة الجار الذي يقيم حائطا بينه وبين أرض جاره الفضاء ويفتح منورا أو مطلا في هذا الحائط، فغالبا ما يترك صاحب الأرض الفضاء جاره يفتح المنور أو المطل على سبيل التسامح حيث لا يضايقه هذا في الشيء، لكن هذا لا يكسب الجار الذي فتح المنور أو المطل حق ارتفاق بالمطل على جاره ولو بقي المطل مفتوحا لأكثر من خمس عشرة سنة، وذلك لأن حيازة الجار هي حيازة مادية محضة، لكنها ليست حيازة قانونية لتخلف الركن المعنوي. ومن تطبيقات القضاء في ذلك أنه لا يتملك بالتقادم المكسب الطويل من كان يحوز أرضا فضاء لانتفاء نية التملك لديه لأنه كان يحوزها على سبيل التسامح لممارسة الأنشطة الرياضية عليها – لعبة كرة القدم وأن هذا التسامح لا يكسب حقا عليها.

والمقرر – في قضاء محكمة النقض – أن الحيازة المبنية على عمل من أعمال التسامح مهما طالت مدتها لا تكسب صاحبها حقا يعارض حق صاحب الملك في الانتفاع بملكه واستعماله والتصرف فيه، ويكون له إن شاء أبقى عليها وإن شاء أنهاها بغير التزام عليه قبل هذا الحائز أو قيد على إرادته في هذا الخصوص، ويعتبر الحائز غاصبا إذا لم يتخل عن هذه الحيازة عند طلبها. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الأعمال التي قام بها الجار قد تحملها جاره منه على سبيل التسامح من عدمه.

رابعاً: اثبات وجود العنصر المعنوي

يعد وجود العنصر المعنوي هو المميز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية، وكثيرا ما تدق التفرقة بين ما إذا كان الحائز القائم بالأعمال المادية يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره، وقد تعرض المشرع لذلك في الفقرة الثانية من المادة 951 بعد أن قرر إمكانية الحيازة المادية بالواسطة في الفقرة الأولى، جاء في الفقرة الثانية ونص على أنه: " وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه، فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها". ويتضح من هذا النص:

– الغالب والمألوف أن من يباشر الحيازة، أي من يقوم بالسيطرة المادية المكونة للعنصر المادي، إنما يقوم بها لحساب نفسه. فالمشرع افترض أن توافر العنصر المادي قرينة على توافر العنصر المعنوي؛ وبناء على ذلك فإن الحائز الذي ثبتت له السيطرة المادية على الشيء لا يلزم بإثبات أنه الحائز، فالمشرع يفترض أن توافر العنصر المادي فيه قرينة على توافر العنصر المعنوي، ومن ثم قرينة على توافر الحيازة القانونية في حقه، وعلى من ينازعه في ذلك أن ينفي وجود العنصر المعنوي، كأن يثبت أن الحائز يحوز لحساب غيره كونه مستأجرا أو مستعيرا بناء على سند حيازته، ومن ثم يتخلف بالنسبة له الركن المعنوي، ولا تقوم بالنسبة له عندئذ الحيازة القانونية.

– بيد أن قرينة توافر العنصر المادي دليل على توافر العنصر المعنوي التي قررها المشرع تنطبق على حالة الحيازة ابتداء، أما إذا كان الحائز الحالي قد تسلم الشيء من حائز سابق، بحيث تكون حيازته استمرار لحيازة سابقة، فلن تنطبق القرينة السابقة، ويكون الحل الأكثر منطقية أن نفترض الحيازة القانونية لدى الحائز

السابق، ويترتب على ذلك أن يكون من يخلفه في الحيازة (الحائز الحالي) حائزا عرضيا، فإذا ادعى هذا الأخير (الحائز العرضي) أنه هو الحائز القانوني فعليه أن يثبت توافر العنصر المعنوي في حيازته، وهذا ما نص عليه المشرع في عجز المادة 2/951 مدني حين نص على أنه: فإن كانت استمراراً لحيازة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها".

– ويعتبر المشرع توافر العنصر المادي قرينة على توافر العنصر المعنوي في حالة أخرى نص عليها في المادة 963 مدني حيث نص 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". ووفقا لهذا النص فمن يباشر السيطرة المادية يعتبر بصفة مؤقتة هو الحائز القانوني إلى حين أن يثبت أنه يباشر هذه السيطرة المادية لحساب شخص آخر.

المطلب الثالث

الحيازة العرضية

أولا: تعريف الحيازة العرضية وخصائصها

توجد الحيازة بتوافر العنصرين: المادي والمعنوي معا، وتسمى عندئذ بالحيازة القانونية أو الحقيقة، أما إذا توافر العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي كانت الحيازة عرضية، فالحيازة العرضية هي الحيازة التي يكون فيها للحائز السيطرة المادية على الشيء دون أن تتجه نيته إلى الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني. بعبارة أخرى الحيازة العرضية هي الحيازة التي يحوز فيها الحائز لحساب غيره لا لحساب نفسه.

فالحائز العرضي يسيطر على الشيء سيطرة مادية بإذن من صاحب الحق أو بالاتفاق معه كالمستأجر والمستعير والمودع لديه، أو بنص القانون كالولي والوصي والقيم، أو بحكم القضاء. وهذا الاتفاق أو نص القانون أو الحكم القضائي كالحارس القضائي ومصفي الشركة، فالاتفاق أو نص القانون أو الحكم القضائي هو سند حيازة الحائز العرضي، وهو في ذات الوقت دليل على انتفاء العنصر المعنوي لديه، حيث يلتزم الحائز العرضي بمقتضى سنده بأن يرد الشيء الذي يحوزه بعد فترة زمنية، فهو يستعمله ويستغله ولكن يلتزم بالرد بعد فترة يحددها السند، فالالتزام بالرد ينفي عن الحائز العرضي نية الظهور على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني.

والحائزون العارضون طائفتان: **الطائفة الأولى** الأشخاص الذين يحوزون لحساب صاحب الحق ويأتمرن بأوامره، أي الأشخاص الذين تربطهم بصاحب الحق رابطة تبعية، ومثال هؤلاء الخادم، والعامل، والسائق، والطاهي، والوكيل فيما يتعلق بحيازته للشيء الذي اشتراه لحساب الموكل، والولي والوصي والقيم، والمدير أو ممثل الشخص المعنوي في حيازة ماله. فهؤلاء جميعا تثبت لهم السيطرة المادية على الشيء بمقتضى اتفاقهم مع صاحب الحق أو بمقتضى إذن منه، ولكن ليست لديهم النية في أن يحوزه لحساب أنفسهم، وإنما هو يحوزون لحساب صاحب الحق بمقتضى سند حيازتهم.

الطائفة الثانية: تضم الحائزون العارضون الذين لا يرتبطون مع صاحب الحق بعلاقة تبعية، أي لديهم قدر من الحرية والاستقلال في علاقتهم مع الحائز الحقيقي (صاحب الحق)، وهؤلاء على نوعين: الحائزون العرضون لحق عيني كالحائز العرضي لحق الانتفاع، حيث لا يكون تابعا للحائز القانوني (مالك الرقبة).

وصاحب حق الاستعمال والسكنى، وصاحب حق الحكر. ويلاحظ أنه يحدث في هذه الفئة اقتران بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية، بمعنى أن الحائز قد يكون حائزا قانونيا، وفي ذات الوقت حائزا عرضيا، فحائز حق الانتفاع يكون حائزا قانونيا لحق الانتفاع، حيث يحوزه لحساب نفسه، لكنه في الوقت نفسه حائزا عرضيا لحق الملكية، حيث يحوزه لحساب مالك الرقبة.

والنوع الثاني: الحائزون العارضون لحق شخصي كالمستأجر والمستعير والمودع لديه، فهؤلاء لا يرتبطون بعلاقة تبعية مع الحائز القانوني المؤجر والمعير والمودع على الترتيب، فهو لا يحوزون حقا عينيا، وإنما يسيطرون سيطرة مادية على الشيء لحساب الحائز القانوني.

وتتميز الحيازة العرضية بخاصية الاطلاق بمعنى أنها تكون في مواجهة الكافة، فصفة العرضية لا تقتصر على العلاقة بين الحائز العرضي وصاحب الحق (الحائز القانوني) وإنما تكون في مواجهة الكافة، والسبب في ذلك أن الحيازة العرضية هي ليست حيازة قانونية لتخلف الركن المعنوي؛ لذلك لا يتصور أن يظهر الحائز العرضي في مواجهة صاحب الحق أو الغير بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني؛ حيث لم تتجه نيته لأن يحوز لحساب نفسه سواء في مواجهة صاحب الحق أو الغير.

كما تتميز الحيازة العرضية بالدوام، بمعنى أن الحيازة المادية مهما طالت لا تكسب حق الملكية أو الارتفاق بالتقادم الطويل أو القصير، وعلى ذلك إذا كانت العين المؤجرة غير مملوكة للمؤجر، وظل المستأجر واضعا يده عليها لمدة خمس عشرة سنة، فإنه لا يكتسب ملكيتها لا في مواجهة المالك الحقيقي أو في مواجهة

المؤجر، حيث لم يتوافر لديه العنصر المعنوي وإن طالت مدة توافر العنصر المادي.

ثانيا: أهمية التمييز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية

تظهر التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية في أن الأولى توافر فيها العنصرين المادي والمعنوي، بينما الثانية توافر فيها العنصر المادي دون المعنوي، وتستند الحيازة العرضية إلى سند يخول الحائز العرضي السيطرة المادية سواء كان مصدر هذا السند الاتفاق أو نص القانون أو حكم القضاء، لذلك فالحيازة العرضية مركز قانوني يستند إلى العنصر المادي. أما الحيازة القانونية فقد تستند إلى القانون أو لا تستند، فقد مر بنا أن الحائز القانوني قد يكون صاحب حق كالمالك، وقد لا يستند في حيازته إلى حق كالسارق والغاصب.

تتمثل أهمية التمييز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية في:

(1) يحمي القانون الحيازة القانونية بكافة دعاوى الحيازة (دعوى استرداد الحيازة – دعوى منع التعرض – دعوى وقف الأعمال الجديدة). أما الحيازة العرضية فلا يتم حمايتها إلا بدعوى استرداد الحيازة فقط حفاظا على الأمن والاستقرار داخل المجتمع من خلال حماية الوضع القائم، واستثناء يمنح القانون المستأجر الحق في حماية حقه بجميع دعاوى الحيازة بمقتضى نص قانوني.

(2) لا تترتب آثار الحيازة في اكتساب الملكية سواء بالتقادم الطويل أو القصير إلا في حالة وجود الحيازة القانونية، أما الحيازة العرضية فمهما طالت لا تكسب الحق بالتقادم، كما لا تكسب ملكية المنقول بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

ثالثا: تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية

سبق أن بينا التفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية من آثار هامة، وظهر لنا ضعف الآثار التي تترتب على الحيازة العرضية مقارنة بالحيازة القانونية، وقد يحدث أن تتحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية، ولما كانت الحيازة العرضية هي حيازة ينقصها العنصر المعنوي، أي نية الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني على الشيء لدى الحائز، فإن توافر هذا العنصر اجتمع للحيازة العنصرين المادي والمعنوي وأصبحت حيازة قانونية. ولا يتحقق العنصر المعنوي بمجرد أن يغير الحائز نيته بالتحول إلى الحيازة لحساب نفسه بعد أن كان يحوز لحساب الغير، وإلا كان من أيسر الأمور أن يحول الشخص حيازته من عرضية إلى قانونية بمجرد تغيير نيته مع ما يترتب على ذلك من آثار، لذلك نص المشرع في المادة 1/972 مدني على أنه: فلا يستطيع أحد أن يغيّر بنفسه لنفسه سبب حيازته". لكن المشرع رسم طريقين بهما يتم تحول الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية، حيث نص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 972 مدني بأنه: " 2- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيّرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل منه يعتبر معارضة لحق المالك. ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير".

الطريق الأول: تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بفعل من الحائز العرضي يعتبر معارضة لحق المالك وفي مواجهته

إن الطريق الأول الذي رسمه المشرع لتحول الحيازة من عرضية إلى قانونية هو صدور أفعال من الحائز العرضي تعتبر معارضة لحق المالك على أن تتم هذه الأعمال في مواجهة المالك. فإذا كانت الحيازة العرضية ينقصها العنصر

المعنوي، فإن تحولها إلى حيازة قانونية لن يكون بمجرد أن يغير الحائز بنفسه نيته، فالنية أمر داخلي شخصي يخص الحائز؛ ومن ثم لا يمكن الوقوف عليه، ولن يستفاد منه تغيير نية الحائز العرضي؛ لذلك يستلزم المشرع في هذا الطريق أن تصدر من الحائز العرضي أعمال تنم بشكل واضح وجلي لا يحتمل تأويلا على أنه قد غير نيته من أن يحوز لحساب صاحب الحق إلى أنه أصبح يحوز لحساب نفسه، بمعنى أنه لا يكفي أن يظهر الحائز العرضي بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني، وإنما يجب أن تصدر منه أعمال تنكر على المالك حقه، وتتم هذه الأعمال في مواجهة المالك، وأن تكون من الوضوح بشكل يقطع بأن الحائز العرض ينكر على المالك حقه ويدعيه لنفسه.

ولم يحدد المشرع ما هي هذه الأعمال التي تتم في مجابهة المالك وتنكر عليه الحق، ولكن يستفاد مما يقوم بها الحائز العرضي ما إذا كانت هذه الأعمال ترقى لدرجة أنه ينكر بها على المالك حقه ويدعيه لنفسه.

وقد يكون انكار الحائز العرضي لحق المالك في منازعة قضائية كأن يطالب المؤجر المستأجر بالأجرة أو برد العين المؤجرة، فيرد المستأجر على ذلك بعدم التزامه بذلك لكونه مالكا للعين المؤجرة وليس مستأجرا لها. وقد يكون في غير منازعة قضائية كأن يكون في صورة انذار يرسله الحائز إلى المالك يعلمه برفضه دفع لأجرة لأنه صار مالكا للعين المؤجرة. وقد يكون الانكار في تحقيق إداري كأن يدعى المستأجر أنه مالك للعين المؤجرة.

ويلزم أن تكون الأعمال الصادرة من الحائز العرضي قاطعة في أنه ينكر على المالك حقه من خلال صدور أعمال وتصرفات من الحائز تنكر على المالك حقه، أما مجرد عدم تنفيذ الحائز العرضي لالتزاماته المفروضة عليه بمقتضى سند

حيازته العرضية فلا يكفي، وعلى ذلك فإن مجرد عدم دفع المستأجر الأجرة أو عدم رد العين المؤجرة لا يعتبر انكار لحق المالك ما لم يصدر من المستأجر ما ينم عن تحول نيته من الحيازة لحساب المالك إلى الحيازة لحساب نفسه.

ولا يكفي كذلك أن يصدر من الحائز ما يقطع بإنكار حق المالك، متى لم يتم ذلك في مواجهة المالك ومجابهته، فاستقرار المعاملات يقتضي أن يعلم المالك بأن الحائز العرضي الذي كان يحوز لحسابه أصبح يحوز لنفسه، وعلى ذلك إذا كانت الأعمال الصادرة من الحائز العرضي لا يعلم بها المالك ولم تتم في مواجهته فلا تتحول الحيازة إلى حيازة قانونية.

وتبدأ الحيازة بوصفها الجديد منذ صدور الأعمال التي تتضمن انكارا لملك صاحب الحق وفي مجابهته. ويشترط أن تظل تصرفات الحائز بعد هذه الأعمال دالة على تغيير نيته؛ وعلى ذلك فإذا استمر المستأجر في دفع الأجرة بعد انكاره على المؤجر حقه، فإن هذا ينفي تحول نية الحائز العرضي، ويظل يحوز لحساب المؤجر لا لحساب نفسه.

الطريق الثاني: تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية بفعل الغير

الطريق الثاني لتحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية هو صدور فعل من الغير، ويقصد بالغير هنا عير الحائز العرضي، وغير المالك. ويتحقق ذلك إذا تلقى الحائز العرضي من الغير الحق العيني على الشيء الذي يحوزه، بعبارة أخرى تتغير الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية إذا حصل الحائز العرضي على سند من شأنه أن ينقل إليه الملكية لو أنه كان صادرا من مالك الشيء. ومثال ذلك أن يشتري المستأجر العين المؤجرة من شخص يظهر بمظهر وارث المؤجر. فهنا تغيير سند الحائز العرضي فبعد أن كان عقد الايجار، أصبح عقد البيع، وهذا

السند الذي تلقاه الحائز توافر فيه العنصران المادي والمعنوي، وأصبح يحوز لنفسه استنادا إلى هذا السند الجديد بعد أن كان يحوز لغير استنادا إلى سند الحيازة العرضية (عقد الايجار).

وثار نقاش في الفقه حول مدى استلزام حسن نية الحائز، بمعنى هل يشترط لتحول الحيازة وفقا لهذه الحالة أن يكون الحائز العرضي حسن النية أن يعتقد أن من يتقى منه السند الجديد هو مالك الشيء أم يمكن أن تتحول الحيازة رغم علم الحائز العرضي بأن من تلقى منه السند ليس هو المالك، أي رغم سوء نية الحائز العرضي. ذهب رأي إلى جواز أن تتحول الحيازة من عرضية إلى قانونية بفعل الغير حتى ولو كان الحائز العرضي سيئ النية يعلم أنه يتلقى السند من غير مالكه.

غير أن غالبية الفقه مؤيدة بأحكام القضاء تذهب إلى عدم قبول هذا الرأي، ذلك لأنه لو تم التسليم به لكان معنى هذا أننا نسمح للحائز العرضي أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، وهذا فيه مخالفة صريحة لنص المادة 1/972 التي لا تجيز للحائز أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، حيث لن يكون على الحائز سوى أن يتواطأ مع الغير لينقل له السند الجديد على الرغم من كونه غير مالك. كما أن الأخذ بهذا الرأي يهدر كل قيمة للتفرقة بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية إذ يصبح من اليسير على كل حائز عرضي أن يحول حيازته إلى حيازة قانونية بالتواطؤ مع أي شخص على أن ينقل إليه الحق العيني الذي يريد ادعاء اكتسابه بالحيازة بزعم أنه صاحبه.

وإذا تغيرت صفة الحائز العرضي على هذا النحو فأصبح قانونية بعد أن كانت عرضية، فيجب أن يكون مسلك الحائز متوافقا مع هذا التغير، فلا يقبل من

المستأجر بعد أن اشترى العين المؤجر ممن يظهر بمظهر وارث المؤجر أن يظل يدفع الأجرة، فاستمرار تصرفات المستأجر على هذا النحو تجعل تحول حيازته من عرضية إلى قانونية يكتنفها الغموض.

المبحث الثاني

شروط الحيازة (خلو الحيازة من العيوب)

تحديد:

تقوم الحيازة إذا توافر عنصراها المادي والمعنوي، إلا أن وجود الحيازة ليس بكاف لأن تنتج الحيازة آثارها، فحتي تنتج هذه الآثار لابد من توافر شروط معينة. هذه الشروط بعضها عامة يتطلب توافرها في أي حيازة حتى تنتج آثارها، وبعضها خاصة يشترطها المشرع في حالات خاصة على نحو ما سيتضح لنا عند دراسة آثار الحيازة. وحيث أننا نتناول دراسة الأحكام العامة للحيازة فإننا سنقتصر هنا على دراسة الشروط العامة.

وتهيمن على الشروط العامة فكرة مؤداها أن القانون يحمي الحيازة باعتبارها مظهر الحق؛ ومن ثم فإنه يجب أن تكون الظروف المصاحبة للحيازة مؤكدة لهذا المظهر غير متناقضة معه، بعبارة أخرى إذا كان الحائز يظهر على الشيء بمظهر المالك، فإن الظروف المصاحبة للحيازة يجب أن تكون ذاتها المصاحبة للمالك حين يبار سلطاته على الشيء. وهذا يقتضي أن تكون الحيازة هادئة، غير مشوبة بالإكراه، وأن تكون ظاهرة غير خفية غير مشوبة بعيب الخفاء، وأن تكون واضحة جلية لا لبس فيها غير مشوبة بعيب الغموض. نخلص من ذلك

إلى أن عيوب الحيازة هي الاكراه، الخفاء، الغموض، وقد ذكرت المادة 2/949 مدني هذه العيوب. ونخصص لكل عيب مطلبا مستقلا:

المطلب الأول

الاكراه

المقصود به:

يشترط أن تكون الحيازة هادئة، وهي تكون كذلك إذا لم يتم الحصول عليها بالإكراه، فإذا اقترنت الحيازة بالإكراه كانت معيبة. والاكراه الذي يعيب الحيازة هو الاكراه الذي تبدأ به الحيازة، بمعنى أن الحائز يقوم بأعمال الاكراه في سبيل حصوله على الحيازة، أما إذا كان الحائز قد حصل على الحيازة دون اكراه ثم نازعه فيها الغير فأراد أن يرد هذه المنازعة في سبيل احتفاظه بالحيازة، فإن ما يقوم به من أعمال في سبيل الحفاظ على حيازته لا تعتبر اكراها. تطبيقا لذلك فإن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة المكسبة للملكية. والاكراه كعيب في الحيازة قد يكون حسيا أي يتم باستعمال القوة، وقد يكون معنويا أو نفسيا يتمثل في التهديد بالحاق الأذى بالمكره أو غيره، ويلاحظ أن تحديد الاكراه بهذا المعني يقترب من تحديد الاكراه كعيب من عيوب الإرادة بيد أن الاكراه الحسي يكون له دورا أكبر كعيب في الحيازة مقارنة بكونه عيب من عيوب الإرادة. وتعد مسألة تقدير ما إذا كانت الأفعال التي صدرت من الحائز تشكل إكراها من عدمه مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

والاكراه الذي يعيب الحيازة هو الذي يصدر من الحائز، وفي هذا الصدد يفرق بين الاكراه الذي يعيب الحيازة وبين التعرض الذي يصدر من الغير. فالإكراه الذي يعيب الحيازة هو الذي يصدر من الحائز أو نائبه في سبيل حصوله على الحيازة، أما التعرض الصادر من الغير فيتمثل فيما يقوم به الغير من أعمال في سبيل استرداد الحيازة من الحائز، وهذا التعرض لا يعيب الحيازة.

ويتصل الاكراه بالعنصر المادي في الحيازة، إذ يفترض أن يظهر الحائز بمظهر المالك على الشيء، والمالك لا يحتاج للقيام بالأعمال المكونة للاكراه في مباشرته لسلطته على الشيء.

خصائصه:

يتميز الاكراه كعيب في الحيازة بخاصيتين:

- الاكراه عيب مؤقت: ويعني هذا أن الاكراه يزول بزوال الأعمال المكونة له، ويتحقق ذلك بتوقف الحائز عن القيام بالأعمال المكونة للإكراه، وتعتبر الحيازة هادئة منذ اللحظة التي يتوقف فيها الحائز عن مزاولة الأعمال المكونة للإكراه.

- الاكراه عيب نسبي: ويعني هذا أن أثر الاكراه يقتصر على من وقع عليه. أما غيره فتعتبر الحيازة بالنسبة له حيازة هادئة. وعلى ذلك لو قام الحائز الحالي بأعمال إكراه في سبيل الحصول على حيازة عقار من تحت يد حائز سابق يدعي الملكية، فإن ما يقوم به الحائز الحالي من أعمال تشكل اكراها يجعل حيازته معيبة، لكن بالنسبة لشخص ثالث كالمالك الحقيقي فإن هذه الحيازة تعتبر هادئة، وعلى ذلك فيقتصر أثر الاكراه على الحائز السابق باعتبار إن الاكراه وقع عليه. ولقد

نص المشرع على الخاصيتين في المادة 2/949 مدني حيث: " 2- وإذا 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 الذي تزول فيه هذه العيوب.

المطلب الثاني

الخفاء

المقصود به:

يشترط في الحيازة أن تكون ظاهرة غير خفية، فإذا كانت الأعمال المادية التي يسيطر بها الحائز على الشيء تتم خفية كانت الحيازة معيبة بعيب الخفاء. ويتحقق الظهور والعلانية بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق أمام الناس وخاصة أولئك الذين يتعين عليهم العلم بالحيازة، وأساس هذا أن الحيازة هي مظهر الحق، وصاحب الحق يمارس سلطاته علانية أمام الناس دون خفية. ويظهر من هذا أن عيب الخفاء يتصل بالعنصر المادي في الحيازة، فالمالك يباشر سلطاته المادية على الشيء علانية.

ويظهر هذا العيب بشكل واضح بالنسبة للمنقولات فهي بطبيعتها تقبل الخفاء، كأن يحوز السارق أو الغاصب المنقولات خفية. لكن لا يوجد ما يمنع من أن يظهر عيب الخفاء بالنسبة للعقارات، غير أننا نرى أن الأمثلة التي ضربها الفقه للتدليل على ذلك يغلب عليها الافتراض النظري أكثر منها الواقع العملي، من ذلك أن يمر الجار على أرض جاره ليلا متخفيا، فهذا المرور لا يعطيه الحق في ارتفاق

بالمرور مهما طالت مدته، إذ أن حيازته حيازة غير ظاهرة، أو أن يقوم الجار بالحفر أسفل عقاره ليصل إلى باطن أرض الجار وينشئ به سردابا، فحيازته لهذا الأخير مهما طالت لا تخوله أي حق حيث إنها حيازة خفية غير ظاهرة.

ويتحقق عيب الخفاء متى كانت الأعمال المادية التي تتم على الشيء غير ظاهرة، سواء اتجهت نية الحائز إلى إخفاء هذه الأعمال أم لم تتجه. ولا يشترط لقيام عيب الخفاء عدم علم المالك بالحيازة، فالعلانية تتحقق متى كان في مقدور المالك أو الغير أن يعلم بالحيازة، فالعبرة أن تكون الحيازة من الظهور والعلانية بحيث يستطيع المالك أو صاحب الشأن أن يعلم بها.

خصائصه:

يتميز عيب الخفاء بأنه مؤقت ونسبي:

– عيب الخفاء عيب مؤقت بمعنى أنه ينتهي متى باشر الحائز السيطرة المادية على الشيء علانية بحيث تكون هذه المباشرة ظاهرة للجمهور، فتصبح الحيازة غير معيبة منذ لحظة مباشرة السيطرة المادية علانية.

– عيب نسبي بمعنى أن عيب الخفاء لا يحتج به إلا على من خفيت عليه الحيازة.

المطلب الثالث

الغموض

المقصود به:

يقصد بعيب الغموض أو اللبس أن تكون الحيازة غير واضحة بمعنى أنها تحتمل أكثر من تأويل، بعبارة أخرى يثور الشك حول ما إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره، ويتحقق هذا العيب في أكثر من فرض:

- حيازة المال الشائع، حين يحوز الحائز مال على الشيوع يثور الشك حول ما إذا كان يحوز لحساب نفسه، أم يحوز لحساب نفسه وباقي الشركاء على الشيوع.
- حيازة الوارث لأعيان التركة: حين يحوز الوارث أعيان التركة فيثور الشك حول ما إذا كانت هذه الحيازة لحساب نفسه أم لحساب الورثة.
- حين تكون هناك علاقة قانونية ومعيشة مشتركة بين المالك والحائز: فالخادم الذي يحوز منقولات سيده المتوفى، يثور الشك حول حيازته هذه، هل يحوزها على أساس أنها موهوبة له، أم باعتباره غاصبا أم سارقا أم استنادا إلى اعتبار آخر.

وظاهر أن هذا العيب يتصل بالركن المعنوي في الحيازة، إذ أن اللبس والغموض يثور حول ما إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره. ويلاحظ أن عيب الغموض وإن كان يؤثر في العنصر المعنوي إلا أنه لا يعدمه، بمعنى أن وجود العيب يجعل الحيازة غامضة بالنسبة لمن التبس عليه أمر الحيازة، أما غيره فتكون الحيازة بالنسبة له واضحة لا لبس فيها.

خصائصه:

شأنه شأن سائر عيوب الحيازة الأخرى يتميز عيب الغموض بأنه مؤقت ونسبي.

– أما كونه مؤقت فلأن هذا العيب يزول من الوقت الذي يتأكد فيه بما لا يدع مجالا للشك أن الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره عندئذ تكون الحيازة واضحة.

– وعيب الغموض نسبي حيث يقتصر أثر العيب على من التبست عليه الحيازة، فهذا وحده تكون الحيازة بالنسبة له معيبة.

خاتمة المبحث: عدم استمرار الحيازة يعني تخلف العنصر المادي

وجد اتجاه فقهي يرى أنه بالإضافة إلى عيوب الحيازة السابقة فإن هناك عيب رابع يضاف إلى هذه العيوب، وهو عدم استمرار الحيازة. بمعنى أنه يشترط أن يباشر الحائز الأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق بشكل مستمر لا توقف فيه؛ وعلة ذلك أن الحائز يظهر بمظهر المالك، ولما كان المالك يستعمل ملكه طوال الوقت للحصول على أكبر فائدة منه، كذلك الحائز يتعين عليه أن يستمر في مباشرة الأعمال المادية كما يباشرها المالك وعلى حسب طبيعة الشيء، فثمة بعض الأشياء تكون الأعمال المادية عليها موسمية. بيد أن غالبية الفقه ترى، وبحق، أن عدم استمرار الحيازة لا يعد عيبا مستقلا من عيوب الحيازة؛ ذلك لأن عدم استمرار الحيازة يعني أن الحائز لا يقوم بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق، وهذا يعني تخلف العنصر المادي، وبالتالي فالحيازة غير موجودة أصلا. فعدم الاستمرار يعني تخلف الركن المادي للحيازة مما يترتب عليه عدم وجودها، بينما عيوب الحيازة تعني وجود الحيازة لكنها مشوبة بالعيب.

الفصل الثالث

انتقال الحيازة وفقدها

تمهيد:

تكسب الحيازة باجتماع عنصريها المادي والمعنوي. وقد يكسب الشخص الحيازة ابتداء وقد يكسبها انتقالا، أما الحيازة التي تكتسب ابتداء فهي الحيازة التي يكسبها الشخص دون أن يكون قد تلقاها من حائز سابق بمقتضى سند قانوني، كحيازة السارق أو الغاصب، أو حيازة منقول لا مالك له. أما كسب الحيازة انتقالا فيتحقق في حالة انتقال الحيازة بحيث يتلقى السلف حيازته من الخلف، وقد يكون هذا بمقتضى الاتفاق أو نص القانون أو حكم القضاء. ويثير انتقال الحيازة بعض الفروض نتناولها في المبحث الأول. إضافة إلى ذلك فقد تناول المشرع حالات زوال الحيازة، وهذا هو موضوع المبحث الثاني. في ضوء هذا التمهيد تكون موضوعات هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: انتقال الحيازة

المبحث الثاني: زوال الحيازة

المبحث الأول

انتقال الحيازة

تقسيم:

تنتقل الحيازة – شأنها شأن الحقوق – إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص، فالاستخلاف يتحقق في الحيازة كالحقوق. ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

انتقال الحيازة إلى الخلف العام

المبدأ: حيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه

تعد حيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه، وفي ذلك تنص المادة 1/955 مدني على أنه: " تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها،..". والخلف العام هو الوارث أو الموصى له بحصة في التركة بالثلث أو الربع، ويترتب على ذلك:

– إذا كانت حيازة السلف حيازة عرضية، فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف بذات الصفة، فلا يكون للخلف أن يتملك بالتقادم استنادا إلى هذه الحيازة العرضية إلا إذا تغيرت هذه الحيازة إلى حيازة قانونية بإحدى الطريقين المنصوص عليهما في المادة 2/972 مدني.

– إذا كانت حيازة السلف قانونية، فإنها تنتقل إلى الخلف بهذه الصفة؛ وبناء على ذلك يجوز للخلف أن يكتسب الملكية بالتقادم استنادا إلى هذه الحيازة القانونية التي انتقلت إليه من السلف.

– إذا كانت حيازة السلف مشوبة بعيب من عيوب الحيازة بأن كانت غير هادئة أو خفية أو غامضة فإنها تنتقل إلى الخلف بذات الصفة فتبقى حيازة الخلف معيبة إلى أن يزول العيب فعندئذ تصبح حيازة غير معيبة.

– إذا كانت القاعدة أن الحيازة تنتقل من الخلف العام إلى السلف بصفاتها، إلا أن المشرع في المادة 1/955 مدني نص على أنه: إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسّك بحسن نيّته. ومعنى هذا

أنه يجوز للخلف أن يثبت حسن نيته هو – إذا كان سلفه سيئ النية – ليستفيد من بعض آثار الحيازة التي تترتب على حسن نية الحائز كالتقادم الخمسي.

المطلب الثاني

انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص

النص القانوني:

تنص المادة 952 مدني على أنه: " تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة، ولو لم يكن هناك تسلّم مادي للشيء موضوع هذا الحق". فوفقا للنص المتقدم تنتقل الحيازة من الحائز إلى الخلف الخاص (كالمشترى) بالاتفاق وبشرط أن يكون في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الشيء وإن لم يتسلمه مادياً. وإن كان الأصل أن تنتقل الحيازة إلى الخلف الخاص بالتسليم المادي (الحقيقي) للشيء الذي نرد عليه الحيازة، حتى يتمكن الخلف الخاص من السيطرة على الحق الوارد عليه الحيازة، إلا أن هذه السيطرة يمكن أن تتحقق حتى وإن لم يتم التسليم المادي في حالتي التسليم الحكمي والتسليم الرمزي.

التسليم الحكمي:

يقصد بالتسليم الحكمي التسليم الذي يفترض أنه تم حكما وإن لم يتم حقيقة، ويكون ذلك بتغيير صفة الحائز، ويتحقق ذلك في فرضين:

الفرض الأول: تنتقل الحيازة على الرغم من عدم التسليم المادي إذا استمر الحائز واضعا يده على الشيء لحساب من يخلفه في الحيازة. ومثال ذلك أن يقوم الحائز ببيع العقار الذي يحوزه، ويتفق مع المشتري على أن يستمر حائزا للعقار المبيع بصفته مستأجراً، هنا تنتقل الحيازة إلى المشتري (الخلف الخاص) ويبقى الخلف

(الحائز) واضعا يده على الشيء ولكن لحساب سلفه (المشتري) فهو يحوز لحساب غيره بعد أن كان يحوز لحساب نفسه.

الفرض الثاني: تنتقل الحيازة على الرغم من عدم التسليم المادي إذا استمر الخلف واضعا يده على الشيء لحساب نفسه. كأن يشتري المستأجر العين المؤجرة، فتصبح حيازة المستأجر (المشتري) حيازة قانونية حيث يحوز لحساب نفسه، بعد أن كانت حيازته عرضية حين كان يحوز لحساب غيره المؤجر (البائع).

التسليم الرمزي:

يتحقق التسليم الرمزي بتسليم ما يرمز إلى محل الحيازة ويمكن به السيطرة على الشيء سيطرة فعلية دون عائق، ومثال ذلك تسليم مفاتيح المنزل أو المخزن، أو سندات الشحن، أو سندات إيداع البضاعة في المخازن. ولقد نص المشرع في المادة 1/954 على الصورة الغالبة للتسليم الرمزي حين نص على أنه: " 1- تسلّم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها". على أنه يشترط في التسليم الرمزي حتى تنتقل به الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص أن يكون في مقدور الخلف السيطرة الفعلية على الشيء دون عائق، وعلى ذلك إذا سلف الخلف السلف سند إيداع البضاعة، لكنه أمر تابعيه بوضع عوائق تمنع فتح المخزن المودعة فيه البضاعة، فإن التسليم الرمزي هذا لا تنتقل به الحيازة حيث لن يتمكن السلف من السيطرة على البضاعة سيطرة فعلية. وتعد مسألة ما إذا كان التسليم الرمزي ينقل الحيازة من السلف إلى الخلف الخاص مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

وقد يحدث أن يتعارض التسليم الرمزي مع التسليم الحقيقي (المادي) ويحدث هذا حين يقوم الخلف ببيع البضاعة لشخصين على التوالي ويسلك كل

واحد منهما سند إيداع البضاعة، ويتمكن أحدهما من تسلم البضاعة فعليا، بينما يبقى بيد الثاني سند الإيداع فقط، فلمن تكون الأولوية، تعرضت المادة 2/954 مدني لحكم هذه الحالة، ونصت على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة. أما إذا كان من تسلم البضاعة سيئ النية ومن تسلم السند حسن النية، فتكون الأولوية لمن تسلم السند.

حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة:

تعتبر حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة فهي ليست استمرارا لحيازة السلف كما هو الحال في الخلف العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

– قد تكون حيازة السلف عرضية بينما حيازة الخلف الخاص قانونية، كأن يشتري الحائز العين المؤجرة من المستأجر، ويترتب على ذلك أن يكون للخلف الخاص كل ما يكون للحائز القانوني من آثار تترتب على الحيازة القانونية كاكتساب الملكية بالتقادم.

– قد تكون حيازة السلف مشوبة بعيب من عيوب الحيازة، بينما حيازة الخلف غير معيبة إذا زال العيب الذي كان يشوب الحيازة.

– في حالة انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص تكون العبرة في تقدير حسن النية أو سوئها هو نية الخلف وليس السلف.

– على الرغم من أن حيازة الخلف الخاص تعتبر حيازة جديدة، إلا أن المشرع أجاز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر (م 2/955 مدني).

المبحث الثاني
زوال الحيازة

توجد الحيازة بتوفر عنصريها المادي والمعنوي، وتزول الحيازة بزوال عنصريها المادي والمعنوي معا، كما أنها تزول بزوال العنصر المادي وحده وإن بقي العنصر المعنوي، وثار نقاش حول مدى إمكانية أن تزول الحيازة بزوال عنصرها المعنوي وحده. تلك مسائل ثلاث تثار بشأن زوال الحيازة، وقد تناول المشرع زوال الحيازة في المادتين 956 و 957 مدني، ونشير إلى هذه المسائل على النحو التالي:

أولا: زوال الحيازة بزوال عنصريها المادي والمعنوي معا

توجد الحيازة بتوافر عنصريها المادي والمعنوي معا، وتزول الحيازة بزوال عنصريها المادي والمعنوي معا، وهذا حكم منطقي، فكما أن الحيازة لا توجد إلا باجتماع العنصرين، فإنها تزول بزوال العنصرين؛ لذلك لم ينص المشرع عليها. ويتحقق زوال الحيازة بزوال عنصريها المادي والمعنوي معا، ويحدث ذلك في فروض متعددة منها: حالة ما إذا تصرف الحائز في الشيء الذي يحوزه وانتقلت الحيازة من الحائز الحالي إلى الحائز الجديد، وقد يكون ذلك بالاتفاق كأن يبيع الحائز الشيء إلى المشتري ويقوم بتسليمه. وتزول الحيازة أيضا إذا سلم الحائز الشيء إلى المالك تنفيذا لحكم القضاء.

الصورة الثاني: حالة ما إذا تخلى الحائز طواعية عن الشيء بنية تركه، ويتحقق ذلك في الأشياء التي يتخلى عنها حائزيها بنية تركها وعدم الرغبة فيها، وتطبق على هذه الأشياء قواعد الاستيلاء السابق الإشارة إليها.

ثانيا: زوال الحيازة بزوال العنصر المادي

تزول الحيازة بزوال العنصر المادي لها وإن ظل الحائز محتفظا بالعنصر المعنوي. ويكون ذلك إذا فقد الحائز السيطرة الفعلية على الشيء. ولبيان كيف تزول الحيازة بزوال العنصر المادي وحده دون العنصر المعنوي يفرق في هذا الصدد بين المنقول والعقار.

(1) بالنسبة للمنقول:

تزول الحيازة بزوال عنصرها المادي إذا كانت ترد على منقول وتخلّى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى (م 956 مدني). ويتحقق ذلك في حالتين:

1- إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على الشيء، بمعنى أن يسيطر شخص آخر على المنقول لحساب نفسه، كالسارق.

2- إذا فقد الحائز سيطرته على الشيء دون تدخل من جانب أحد بأي طريقة أخرى كأن يضيع المنقول، أو يكون الشيء حيوانا غير أليف ضل من الحائز.

على أنه إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي يعتبر قوة قاهرة؛ فإن ذلك لا يؤدي إلى زوال الحيازة، ومثال ذلك أن يحدث فيضان أو غزو للعدو يجعل الحائز يفقد السيطرة على السيارة التي يحوزها، فإن هذا المانع لا يزيل الحيازة خلال مدة المانع.

(2) بالنسبة للعقار:

تزول الحيازة بزوال عنصرها المادي فقط بالنسبة للعقار حين يفقد الحائز السيطرة الفعلية على العقار بسبب سيطرة غيره على العقار، كأن يغتصب هذا الغير العقار بالإكراه أو يسيطر عليه دون علم الحائز. فزوال الحيازة هنا يقع بغير

إرادة الحائز ويقترن بحيازة جديدة للعقار يكسبها الغير. ولما كان القانون يمنح الحائز دعاوى يحمى بها حيازته، حيث يكون للحائز الذي فقد حيازته الحق في استردادها خلال سنة، وعلى ذلك إذا نشط الحائز ورفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة تبدأ من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية، فإن حيازته تبقى ولا تزول. أما إذا خمل الحائز الأول وانقضت السنة فإن حيازته تزول من يوم فقد السيطرة، حتى وإن ظل يظهر نيته في الاحتفاظ بالحيازة كأن يستمر في دفع الضرائب المفروضة على العقار.

غير أنه لا تزول الحيازة:

– إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي يعتبر قوة قاهرة؛ فذلك لا يؤدى إلى زوال الحيازة. فالمانع الوقتي أمر يحول ومباشرة الحائز لأعمال السيطرة المادية على الشيء، مثال ذلك أن تغمر مياه الفيضان الأرض الزراعية فلا يستطيع الحائز أن يباشر الأعمال المادية على الأرض، أو لا يتمكن الحائز من دخول العقار لاجتياح العدو للمنطقة الموجود بها العقار، ويلاحظ على المانع الوقتي أنه لا يترتب عليه زوال الحيازة، إذ تظل الحيازة قائمة وللحائز أن يستمر في مباشرة الأعمال المادية بعد زوال المانع المؤقت.

– إذا كف الحائز عن السيطرة المادية على الشيء مختارا غير منتويا ترك حيازته، ودون أن تكون هناك حيازة جديد مناقضة لحيازته، بمعنى أن يتوقف الحائز عن سكنى الدار، أو زراعة الأرض لفترة زمنية، أو استعمال السيارة لسفره أو مرضه، ودون أن يصدر منه ما يدل عن تخليه عن الشيء، فإن هذا لا يؤدي إلى فقد العنصر المادي، وبالتالي لا يؤدي إلى زوال الحيازة، بشرط أن يظل الشيء تحت

سيطرته الفعلية، بحيث يستطيع الحائز أن يستأنف مباشرته للأعمال المادية على الشيء دون عائق.

وخلاصة ذلك أن حيازة العقار لا تزول بزوال العنصر المادي وحده غلا إذا كان زوال العنصر المادي ناشئا من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه، ولم يعترض عليها الحائز السابق خلال سنة.

ثالثا: مدى زوال الحيازة بفقد العنصر المعنوي وحده

يذهب جانب من الفقه إلى إمكانية أن تزول الحيازة بزوال العنصر المعنوي وحده، وإن ظل الحائز محتفظا بالسيطرة المادية على الشيء. ويمثلون لذلك بحالة ما إذا باع شخص عينا معينة، لكنه اتفق مع المشتري أن يظل واضعا يده عليه باعتباره مستأجراً، وليس مالكاً، فهو وإن ظل محتفظا بالعنصر المادي، إلا أنه فقد العنصر المعنوي حيث أصبح يحوز لحساب المشتري لا لحساب نفسه؛ ومن ثم تزول الحيازة.

بيد أن هذا الرأي لم يلقى قبولا لدى غالبية الفقه، لأن إمعان النظر في هذا الرأي يظهر أن المستأجر فقد العنصرين المادي والمعنوي معا. أما عن فقده للعنصر المعنوي فهو لا ينوي الظهور بمظهر المالك على الشيء المؤجر – فسند حيازته يعارض ذلك حيث يتعين عليه أن يرد العين في نهاية عقد الايجار باعتباره مستأجرا –. وأما عن فقده للركن المادي فلأنه يباشر الأعمال المادية نيابة عن المؤجر (المشتري) فالحائز هنا هو المشتري وليس المستأجر.

الفصل الرابع

آثار الحيازة

تمهيد وتحديد:

تشغل الحيازة موقعا متميزا في الأنظمة القانونية المعاصرة؛ نظرا لتعدد الآثار القانونية التي تترتب عليها. فالحيازة في ذاتها وباعتباره حالة واقعية تتوافر بتوافر عنصريها المادي والمعنوي يرتب القانون عليها آثار عدة.

– أول هذه الآثار التي تترتب على الحيازة هي أن القانون يوفر لها حماية من خلال دعاوى معينة تسمى في العمل بدعاوى الحيازة، وهي: دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع العرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة. وإن كان لكل دعوى من هذه الدعاوى مجالها الخاص، لكنها جميعا تهدف إلى حماية الحيازة من كل عدوان خارجي، وأهم ما يميز هذه الدعاوى أن أساسها ومبانها هو الحيازة من حيث توافر عنصرها وشروطها؛ ومن ثم فلا محل فيها للتعرض لبحث الملكية. وتتواتر كتب شراح القانون المدني على أن دراسة هذه الدعاوى تدخل في نطاق قانون المرافعات؛ وعليه يخرج الأثر الأول من آثار الحيازة من نطاق دراستنا.

– يتمثل الأثر الثاني للحيازة في دورها في إثبات الحق، فللحيازة دور في إثبات حق الملكية والحقوق العينية؛ ونظرا لأهمية هذا الدور فنتناوله بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

دور الحيازة في اثبات الحق:

يتمثل دور الحيازة في اثبات حق الملكية والحقوق العينية في أنها تعتبر قرينة على ثبوت هذه الحقوق. فالقانون عملا بالغالب والمألوف يفترض أن الحائز مالك للشيء الذي يحوزه أو صاحب الحق العيني على الشيء إلى أن يثبت العكس، وفي ذلك تنص المادة 964 مدني على أنه: " من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس". فالحيازة قرينة على الملكية وغيرها من الحقوق العينية لكنها قرينة بسيطة إذ يجوز اثبات عكسها.

وهذه القرينة لها أهميتها العملية الكبيرة، إذ يستطيع الحائز الذي يدعي ملكية الشيء الذي يحوزه أن يستند إليها ويتخذ دور المدعى عليه في دعوى الملكية، فلا يكلف بإثبات أنه مالك، فما عليه سوى أن يثبت أنه حائز لتقوم القرينة لصالحه، ولولا هذه القرينة لكان عليه أن يثبت أنه المالك، وهذا ليس بالأمر اليسير، ليلقى العبء على الخصم إذا أراد أن يثبت عكس هذه القرينة، فعلى الخصم أن ينفي الملكية عن الحائز. وتبدو أهمية الحيازة في الاثبات في أمرين: الأول أنها تعفي الحائز من اثبات أنه المالك، واثبات هذا ليس بالأمر اليسير. والأمر الثاني إنها تلقي على الخصم عبء اثبات نفي الملكية عن الحائز، وهذا ليس باليسير على الخصم.

بيد أنه يجب أن نلاحظ أنه على الرغم من أهمية هذه القرينة إلا أنه يجوز اثبات عكسها، إذ يجوز للخصم أن يثبت أنه كان مالكا للشيء الذي يحوزه الحائز في يوما ما، فإن أثبت ذلك سقطت القرينة التي كانت لصالح الحائز، ويتعين على الأخير أن يثبت ملكيته للشيء، كأن يثبت أنه على الرغم من أن الملكية كانت للخصم في يوم ما، إلا أنه تملك الشيء بالشراء، أو الهبة، أو التقادم، وهو – أي

الحائز – يقيم الدليل على ذلك وفقا للقواعد العامة في الاثبات. ويشترط لإعمال هذه القرينة الهامة أن تكون الحيازة حيازة قانونية، أي يجتمع لها العنصران المادي والمعنوي، وأن تكون صحيحة غير مشوبة بعيب من عيوب الحيازة، أي تكون هادئة وظاهرة واضحة لا لبس فيها ولا غموض.

ويفترض بمجرد وضع اليد أي السيطرة المادية على الشيء تقوم قرينة على أن من يقوم بالسيطرة المادية ينوي الظهور على الشيء بمظهر المالك، فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية. نخلص من ذلك إلى أنه توجد لدينا قرينتان: الأولى أن الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، بمعنى أن مجرد وضع اليد يعد دليلا على أن الحيازة قانونية، بعبارة أخرى توافر العنصر المادي قرينة على توافر العنصر المعنوي، أي توافر الحيازة القانونية. لتقوم قرينة تالية لذلك مفادها أن الحيازة القانونية قرينة على الملكية.

ودور الحيازة في الاثبات على النحو المتقدم يصدق على العقار والمنقول، غير أن للحيازة دور في الاثبات أكثر أهمية بالنسبة للمنقول، حيث لا تعد الحيازة قرينة على الملكية فحسب، وإنما تعد كذلك قرينة على السبب الصحيح، على نحو ما سيتضح لنا عند دراسة كسب ملكية المنقول بالحيازة.

– أما الأثر الأهم للحيازة فهو دورها في اكتساب الملكية، ويعد هذا الأثر الأهم على الاطلاق حيث يقصر بعض الشراح آثار الحيازة على هذا الأثر، نظرا لأهميته العملية، فالحيازة تؤدي إلى كسب الملكية في العقار والمنقول إذا استمرت لفترة زمنية معينة، وهذا ما يعرف بالتقادم، كما أن الحيازة ومجردة عن شرط المدة تؤدي إلى كسب ملكية المنقول في الحال، وإذا اقترنت بحسن نية فإنها تؤدي إلى أن

يكتسب الحائز الثمار. ونخصص لكل موضوع من هذه الموضوعات الثلاثة مبحثا مستقلا.

– كما أن الحيازة تقوم على أساس أنها مظهر للحق، وبالتالي فهي تقوم سواء استندت إلى حق أم لا تستند، فإذا ثبت أن الحائز لم يكن مالكا، تعين عليه أن يرد الشيء الذي يحوزه إلى مالكه، وكان له أن يسترد المصروفات التي أنفقها على الشيء في حدود معينة، وإذا هلك الشيء في يد الحائز فإنه يسأل عن هذا الهلاك إذا توافرت شروط معينة، هذان موضوعان يندرجان ضمن آثار الحيازة، ونتاولهما معا في مبحث مستقل.

في ضوء ما تقدم يتحدد نطاق آثار الحيازة التي سيتم بحثها في الموضوعات التالية: التقادم المكسب، كسب ملكية المنقول بالحيازة، تملك الحائز للثمار، حق الحائز في استرداد ما أنفقه على الشيء محل الحيازة ومسئوليته عن هلاكه، وعليه توزع الدراسة في هذا الفصل على النحو التالي:

المبحث الأول: التقادم المكسب

المبحث الثاني: كسب ملكية المنقول بالحيازة

المبحث الثالث: تملك الحائز الثمار

المبحث الرابع: حق الحائز في استرداد ما أنفقه على الشيء محل الحيازة ومسئوليته عن هلاكه.

المبحث الأول

التقادم المكسب

تقسيم:

يعتبر التقادم المكسب أهم أثر يترتب على الحيازة، وتقتضي دراسته بيان أساسه، وتبريره، ومجال اعماله، وشروطه، والآثار التي تترتب عليه، وعلى ذلك يقسم هذا المبحث على النحو التالي:

المطلب الأول: أساس التقادم، وتبريره، ومجال اعماله

المطلب الثاني: شروط التقادم

المطلب الثالث: آثار التقادم

المطلب الأول

أساس التقادم، وتبريره، ومجال اعماله

أولا: أساس التقادم

التقادم المكسب والتقادم المسقط:

يقصد بالتقادم مضي مدة من الزمن، والتقادم في حد ذاته مجرداً عن أي ملابسات مصاحبة له لا يترتب عليه أثر قانوني. لكن المشرع في ظروف معينة يجعل منه سببا من أسباب كسب الملكية إذا امتدت الحيازة لفترة زمنية معينة يحددها القانون، وهذا هو التقادم المكسب. وفي ظروف أخرى يكون من شأن مرور الزمن سببا لانقضاء الحق، وهذا هو التقادم المسقط. فالتقادم المكسب قائم على فعل إيجابي يتمثل في حيازة الشيء لفترة زمنية معينة، أما التقادم المسقط فعلى

العكس من ذلك قائم على واقعة سلبية تتمثل في سكوت صاحب الحق عن اقتضاء حقه أو استعماله لفترة زمنية معينة.

ويشترك النوعان (التقادم المكسب والتقادم المسقط) في أنهما يرتبان على مضي الزمن أثرا معينا، هو اكتساب الملكية في الأول، وانقضاء الحق في الثاني. لكنهما يختلفان في عدة وجوه:

– يقتصر أثر التقادم المكسب على الحقوق العينية فقط دون الحقوق الشخصية؛ وعلى ذلك أن التقادم المكسب قوامه الحيازة القانونية بعنصريها المادي والمعنوي، والحقوق الشخصية بطبيعتها لا يتصور حيازتها.

– التقادم المكسب قوامه الحيازة؛ لذلك يلزم لوجوده صدور فعل إيجابي يصدر ممن يتمسك به يتمثل في حيازة الشيء حيازة قانونية لمدة زمنية معينة يحددها القانون. أما التقادم المسقط فلا يقوم فيه من يتمسك به بأي فعل إيجابي أو سلبي، فهو فقط يبقى الوضع على ما هو عليه إلى أن يطالب صاحب الحق بحقه فيدفع هذه المطالبة بانقضاء الحق بالتقادم.

– التقادم المكسب يتم التمسك به في صورة دعوى أو دفع، فقد يرفع الحائز دعوى تثبيت ملكيته استنادا إلى التقادم، وقد يدفع مطالبة الغير له باستحقاق الشيء بتملكه له بالتقادم المكسب. أما التقادم السقط فلا يتم الإفادة منه إلا من خلال دفع، حيث يدفع من يتمسك به مطالبة صاحب الحق بسقوط حقه بالتقادم.

وعلى الرغم من هذه الفروق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط إلا أن المشرع اخضعهما لبعض القواعد الموحدة، من ذلك مدى تعلقهما بالنظام العام فيما يتعلق بمدد التقادم، حيث لا يجوز الاتفاق على مدة تقادم غير التي نص عليها المشرع سواء في التقادم المكسب أو التقادم المسقط. كذلك الشأن فيما يتعلق

بحساب مدة التقادم، وأحكام الوقف والانقطاع التي ترد على التقادم، حيث نص المشرع في الجزء الخاص بالتقادم المكسب على الإحالة إلى هذه الأحكام المنصوص عليها في التقادم المسقط، حيث نص المادة 973 مدني على أنه: " تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسّك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية". وجدير بالذكر أن المشرع نص على هذه الأحكام في المادة 380 مدني وما بعدها.

ثانيا: تبرير التقادم

قد يبدو التقادم للوهلة الأولى أنه نظام غير أخلاقي يتنافى والعدالة التي لا تجيز للشخص أن يثري على حساب غيره دون مسوغ قانوني، حيث يجيز لمن يضع يده على شيء لا يملكه، وهو سيئ النية أي يعلم أنه ليس صاحب حق عليه، يجيز له أن يتملكه إذا استمر واضعا يده عليه لمدة زمنية معينة؛ وفي هذا تقنين للغصب.

لكن هذه النظرة الشخصية للتقادم تتناسى الأهمية الكبرى لهذا النظام الذي جعل جل التشريعات المقارنة تأخذ به، إذ ثمة اعتبارات ودوافع أدت إلى الأخذ بنظام التقادم فالمشرع لم يجيز للمالك اثبات انتفاء خطئه أو نزوله عن حقه.

وقد قيلت عدة آراء في تبرير هذا النظام، من ذلك أن التقادم يقوم على فرض تنازل صاحب الحق عن حقه، بيد أن هذا الرأي قوبل بالرفض، فالتنازل عن الحق لا يفترض، كما أن التنازل يعني أنه بإمكان صاحب الحق أن ينفيه إذا اثبت أنه لم يتنازل ونظام التقادم لا يسمح بهذا. ووجد رأي آخر يرى أن التقادم يقوم على

معاقبة صاحب الحق المهمل في المطالبة بحقه لفترة زمنية طويلة، وليس له أن يتضرر من انقضاء حقه فهو من قصر في حق نفسه، ولم يستعمل ما وفره له القانون من وسائل للحفاظ على حقه والمطالبة به، لكنه سكن وأهمل فلا يلومن إلا نفسه.

ويجمع الشراح على أن تبرير التقادم يكمن في الاعتبارين التاليين:

الاعتبار الأول: استقرار المعاملات وحفظ الأمن داخل المجتمع، فاستقرار المعاملات يستلزم الحفاظ على الأوضاع المستقرة فترة من الزمن، وإن تغييرها قد يؤدي إلى حدوث الاضطراب والفوضى داخل المجتمع. لذلك فإن الأوضاع الواقعية بعد فترة من الزمن ينبغي أن تتحول إلى أوضاع قانونية.

الاعتبار الثاني: للتقادم دور كبير في تسهيل الاثبات بالنسبة لحق الملكية، فلولا نظام التقادم لكان يتعين على من يدعي ملكية شيء أن يثبت سند هذه الملكية، وهذا يستلزم أن يثبت سند ملكية من تلقى عنه هذا الحق، أي يثبت سند ملكية سلفه، لأن السلف لن ينقل له أكثر مما يكون له، تطبيقا لقاعدة أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره أكثر مما يملك، وعلى هذا السلف نفسه أن يثبت سند ملكية سلفه هو، وهكذا هلم جرا إلى أن نصل إلى أول من كسب الملكية ابتداء كالاستيلاء أو الاقطاع من الدولة، ولا شك أن تتبع أصول الملكية على النحو المتقدم يبدو أمر شاقا إن لم يكن مستحيلا؛ وتسهيلا على المالك في اثبات ملكيته كان يتعين الأخذ بنظام التقادم حيث يكفي المالك أن يثبت حيازته هو وأسلافه مدة خمس عشرة سنة وعندئذ يكون له أن يقول أنا المالك، وعلى فرض أني لست مالكا فقد أصبحت مالكا بالتقادم المكسب.

ويشير الفقه إلى أن الحالات التي يؤدي فيها التقادم إلى أن يكتسب شخص ملكية شيء دون أن يكون له الحق في ذلك، أي في حالات الغصب، تعتبر حالات قليلة إذا ما قورنت بالأهمية العملية لنظام التقادم لا تستوجب إلغاء هذا النظام، خاصة أن المشرع وازن بين صاحب حق مهمل وحائز نشط يستغل الشيء ويستعمله ويجعله قيمة منتجة لمصلحته ومصلحة المجتمع، فكان الأخير أولى وأجدر بالحماية من الأول.

طبيعة التقادم المكسب:

على الرغم من الدور الهام للتقادم في اثبات الملكية، لكن لا يعني هذا أنه ينحصر في مجرد كونه طرقا من طرق اثبات الملكية، وإنما هو يعتبر سببا مستقلا من أسباب كسب الملكية. هذه الطبيعة للتقادم المكسب تظهر بجلاء من خلال نص المادة 968 مدني حيث تنص على أنه: من حاز منقولاً 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 يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة". وتواترت أحكام محكمة النقض على أنه المقرر طبقاً لنص المادة 968 من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن وضع اليد المدة الطويلة إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها.

ثالثا: مجال اعمال التقادم المكسب

(1) من حيث الحقوق التي يسري عليها التقادم المكسب

يسري التقادم على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية، وعلة ذلك أن التقادم المكسب قوامه الحيازة، والحقوق الشخصية بطبيعتها لا تقبل الحيازة. وفي

نطاق الحقوق العينية يسري التقادم المكسب على الحقوق العينية الأصلية سواء كانت حق ملكية أو حقوق عينية متفرعة عنه، فيجوز اكتساب الملكية بالتقادم المكسب، ويجوز اكتساب حق الانتفاع بالتقادم (م 985 مدني) وما يسري على الانتفاع يسري على حقي الاستعمال والسكنى؛ ومن ثم يجوز اكتسابهما بالتقادم. كما أن يجوز اكتساب حقوق الارتفاق بالتقادم، مع ملاحظة أن المشرع قصر ذلك على الارتفاقات الظاهرة فهذه هي التي يجوز اكتسابها بالتقادم. أما بالنسبة لحق الحكر، فلا يجوز كسبه بالتقادم حيث إن المشرع قصر حق الحكر على الأراضي الموقوفة، ثم بعد ذلك الغى المشرع الوقف الأهلي، واقتصر الوقف على الوقف الخير، وكان يجوز اكتساب حق الحكر على الوقف الخيري إذا استمرت الحيازة لمدة ثلاث وثلاثين سنة طبقا للمادة 970 مدني قبل تعديلها، واعقب ذلك تعديل هذه المادة الأخيرة بمقتضى قانون رقم 147 لسنة 1957 وبمقتضى هذا التعديل أصبح لا يجوز تملك الأوقاف الخيرة أو كسب أي حق عليها بالتقادم، ومعنى هذا أنه منذ هذا التعديل لم يعد جائزا اكتساب حق الحكر بالتقادم.

(2) من حيث الأشخاص الذين يحق لهم الإفادة من نظام التقادم

يجوز للشخص الطبيعي أن يفيد من نظام التقادم، حيث يكتسب ملكية الشيء بحيازته له مدة زمنية معينة، ولا يشترط في الحائز أهلية معينة، فالتقادم ليس تصرفا قانونيا. وقد سبق أن رأينا أن حيازة غير المميز تكون بواسطة من يمثله.

ويجوز للأشخاص الاعتبارية الإفادة من نظام التقادم، سواء كانت من أشخاص القانون العام كالدولة والمحافظات والهيئات العامة، أو من أشخاص

القانون الخاص كالشركات والجمعيات والوقف، وتكون حيازة الشخص الاعتباري عن طريق ممثليه.

(3) من حيث الأشياء التي يجوز اكتسابها بالتقادم

يسري التقادم المكسب على كل الأشياء القابلة للحيازة، متى كانت أشياء مادية، سواء كانت عقارات أم منقولات. مع ملاحظة أن التقادم المكسب الطويل يسري على العقارات والمنقولات، أما التقادم المكسب القصير (الخمسي) فإنه يسري على العقارات فقط دون المنقولات. ويسري التقادم أيضا على الأشياء التي لا يجوز التصرف فيها لوجود الشرط المانع من التصرف، فالشرط المانع من التصرف وإن أدى إلى عدم التصرف في المال بإرادة مالكه، إلا أنه لا يوجد ما يمنع الغير من إمكانية كسبه بالتقادم على الرغم من إرادة مالكه.

وإذا كانت كل الأشياء المادية التي يجوز حيازتها يمكن اكتساب ملكيتها بالتقادم، فإن هناك أموال لا يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم، وهي:

- المنقولات المعنوية: حيث يصعب حيازتها.

- الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل: وتشمل الأشياء المخصصة للكافة كالهواء والشمس ومياه الأنهار. والأشياء التي تخرج عن نطاق التعامل بنص القانون كالمواد المخدرة، فهذه الأشياء لا يجوز اكتساب ملكيتها بالتقادم.

- أموال الدولة العامة: طبقا لنص المادة 87 مدني فإن الأموال العامة التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص. وسواء كانت عقارات أم منقولات لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملّكها بالتقادم.

- أموال الدولة الخاصة: الأموال المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ملكية خاصة غير قابلة للتملك للتقادم بعد التعديل الذي أدخل على نص المادة 970 مدني بمقتضى قانون رقم 147 لسنة 1957.

- **التقادم وحقوق الإرث:**

تنص المادة 970 مدني على أنه: " في جميع الأحوال لا تكسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة". ويثير هذا النص الغموض والبس. فالمقصود بعبارة حقوق الإرث الواردة في النص نصيب الوارث في التركة، ويكون المقصود بالنص عندئذ أن الوارث إذا سكت عن المطالبة بنصيبه من الإرث لمدة ثلاث وثلاثين سنة من تاريخ وفاة المورث، فإن حقه في الميراث يسقط، وتصبح دعواه غير مقبولة. وهذا يعني أن النص متعلق بالتقادم المسقط وليس التقادم المكسب، وهذا ما ذكرته المذكرة الايضاحية للقانون المدني حيث تذكر أن دعوى الإرث تسقط بثلاث وثلاثين سنة. والتقادم هنا مسقط لا مكسب، لذلك يجب حذف " حقوق الإرث " من هذه المادة وجعل الكلام عنها في التقادم المسقط" وعلى الرغم من هذا بقى النص كما هو.

غير أن التقادم المكسب متصور إذا ورد على عين أو أعيان بذاتها من التركة. وعلى ذلك إذا حاز أحد الورثة أو غيره مالا معينا بالذات من أموال التركة حيازة قانونية صحيحة فإنه يكتسب ملكيته بمضي المدة التي تختلف على حسب ما إذا كانت العين عقارا أم منقولا. وإذا اكتسب الحائز ملكية هذا المال، فلن يستطيع الوارث أن يستردها منه حتى ولو رفع دعوى الإرث قبل انقضاء ثلاث وثلاثين سنة، حيث يستطيع الحائز أن يدفع الدعوى بأنه تملك بالتقادم المكسب.

المطلب الثاني
شروط التقادم المكسب

التقادم الطويل والتقادم القصير (الخمسي)

التقادم نوعان: تقادم طويل يؤدي إلى اكتساب ملكية الشيء إذا استمرت حيازة الشيء خمس عشرة سنة، وتقادم قصير أو ما يقال له التقادم الخمسي ويؤدي إلى اكتساب ملكية العقار إذا استمرت حيازة العقار لمدة خمس سنوات. والفارق بينهما أن التقادم الطويل يسري على العقارات والمنقولات، أما التقادم الخمسي فيسري على العقارات فقط دون المنقولات. غير أن النوعين يشتركان في وجوب أن تكون هناك حيازة، وأن تستمر هذه الحيازة لمدة زمنية معينة هي خمس عشرة سنة بالنسبة للتقادم الطويل، وخمس سنوات بالنسبة للتقادم الخمسي. لكن النوعان يختلفان فيما وراء ذلك حيث يكتفي المشرع لاكتساب الملكية في التقادم الطويل بشرطي الحيازة وأن تستمر الحيازة لمدة زمنية معينة. أما التقادم القصير أو الخمسي فيشترط فضلا عن شرطي الحيازة والمدة أن يكون هناك سبب صحيح وأن يكون الحائز حسن النية. وعلى ذلك توجد شروط مشتركة بين النوعين، وهذا ما نتناوله في الفرع الأول. وثمة شروط خاصة بالتقادم الخمسي، ونخصص لها الفرع الثاني.

الفرع الأول
الشروط المشتركة

شرطان:

يشترط في نوعي التقادم المكسب الطويل والخمسي أن تكون هناك حيازة قانونية، وهذا هو الشرط الأول. ويشترط ثانية أن تستمر الحيازة لمدة زمنية معينة، وهذا هو شرط المدة.

الشرط الأول: شرط الحيازة

يشترط لاكتساب الملكية بالتقادم المكسب الطويل والخمسي أن تكون هناك حيازة قانونية على الشيء أو الحق العيني المراد اكتساب ملكيته. والحيازة المقصودة هنا هي الحيازة القانونية، أي الحيازة التي توافر فيها العنصرين المادي والمعنوي معا. ينبني على ذلك أن الحائز حيازة عرضية كالمستأجر والمستعير والمودع عليه، لا يجوز له أن يكتسب بالتقادم ملكية الشيء المؤجر أو المعار أو المودع؛ حيث إن هؤلاء حيازتهم حيازة عرضية غير قانونية فهو يحوزون لحساب غيرهم. ولكن يجوز لهؤلاء أن يتملكوا بالتقادم إذا تحولت حيازتهم من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية بإحدى الطريقين المنصوص عليهما في الفقرة الثانية من المادة 972 مدني.

ولا يكفي أن توجد حيازة قانونية بالمعنى المتقدم، وإنما يجب أن تكون هذه الحيازة صحيحة صالحة لأن يترتب عليها الآثار القانونية للحيازة، وهي تكون كذلك متى كانت خالية من عيوب الحيازة الاكراه أو الخفاء أو الغموض. وعلى ذلك فإذا كانت الحيازة مشوبة بعيب من هذه العيوب أو بها جميعا فإنها لا تصلح لكسب

الملكية إلا إذا زال العيب، فإذا زال العيب أصبحت الحيازة عندئذ صحيحة صالحة لأن ترتب الآثار القانونية للحيازة وأخصها التملك بالتقادم المكسب.

الشرط الثاني: شرط المدة

يشترط ثانية في نوعي التقادم المكسب أن تستمر الحيازة لمدة زمنية معينة، والعلة من اشتراط هذه المدة هي اتاحة الفرصة أمام المالك الذي وجد شخصا آخر يحوز ما يملكه لأن يتحرك ويطالب بحقه، فإن نشط المالك وطالب بحقه خلال هذه المدة وثبت حقه سقط ادعاء الحائز، أما إذا تقاعس المالك طيلة هذه المدة فإن معنى هذا أن الحائز أولى بالرعاية منه حيث نشط في الحفاظ على الشيء واستعماله وهذا فيه فائدة للحائز وللمجتمع.

وتختلف المدة باختلاف نوعي التقادم المكسب، فهي في التقادم الطويل خمس عشرة سنة، وفي التقادم الخمسي خمس سنوات.

حساب المدة:

تنص المادة 973 مدني على أنه: " تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسّك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، ومع مراعاة الأحكام الآتية". ومعنى هذا النص أن المشرع قد أحال بشأن حساب المدة في التقادم المكسب إلى القواعد المنصوص عليها في التقادم المكسب، ولم تقتصر الإحالة على حساب المدة فقط بل تشمل أيضا وقف التقادم وانقطاعه والتمسّك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة. غير أن المشرع قيد هذه الإحالة بالقدر الذي لا

تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب. وبناء على ذلك نبحث تطبيق هذه القواعد التي أحال لها المشرع على التقادم المكسب على النحو التالي:

القاعدة في حساب مدة التقادم:

تنص المادة 380 مدني على أنه: " تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها". وبتطبيق هذه القاعدة على التقادم المكسب يكون حساب التقادم بالأيام لا بالساعات، والعلة في ذلك أن الحساب بالساعات يقتضي معرفة متى بدأت الحيازة بالضبط وهذه مسألة ليست ميسورة. فالحساب يكون بالأيام ويبدأ الحساب من اليوم التالي لبدء الحيازة، فلا يدخل اليوم الذي بدأت فيه الحيازة في الحساب، لأنه إدخاله يعنى حساب التقادم بالساعات وهذا لا يجوز. ويكتمل التقادم بتمام اليوم الأخير منه، وعلى ذلك فإذا كانت الحيازة قد بدأت في الأول من أكتوبر 2025، فإن التقادم الطويل يكتمل في الأول من أكتوبر 2040، ويكتمل التقادم الخمسي في الأول من أكتوبر 2030. وإذا تصادف آخر يوم في التقادم يوم عطلة امتد التقادم لأول يوم عمل بعد انتهاء العطلة طبقا للقواعد المنظمة للمواعيد المنصوص عليها في قانون المرافعات. وتحسب الأيام بالتقويم الميلادي طبقا لنص المادة 3 مدني.

وقف التقادم:

يقصد بوقف التقادم حدوث عارض يحول وسريان مدة التقادم، مما يترتب عليه وقف سريان التقادم إلى حين زوال هذا العارض، ثم معاودة التقادم سريانه من النقطة التي توقف عندها. فوقف التقادم هو طارئ يشل التقادم، أو بعبارة أخرى يدخل التقادم في مرحلة سبات إلى حين، ويترتب على انتهاء هذا الطارئ أن يعاود التقادم سيرته الأولى من حيث توقف. فإذا كانت مدة التقادم قد بدأت في 2020،

ثم توقفت لعارض في 2025 واستمر لمدة ثلاث سنوات، فمعنى ذلك أن هذا التقادم تكتمل مدته في 2038، ذلك لأن المدة السابقة على التوقف هي خمس سنوات، ومدة التوقف لا تدخل في الحساب، ثم يستأنف التقادم بعدها فنحتاج إلى عشر سنوات أخرى تبدأ بعد زوال العارض أي تبدأ من 2028، وبذلك يكتمل التقادم في 2038.

والحكمة من تقرير وقف التقادم هي مراعاة قواعد العدالة، فكل أسباب وقف التقادم يجمعها أن ظروف حالت والمالك لاتخاذ اجراء يقطع به التقادم ويحافظ به على حقه، لذلك يكون من الظلم أن نجيز استمرار التقادم في حق المالك واحتمال ضياع حقه على الرغم من وجود حائل حال بينه وبين المطالبة بحقه. وما ذلك إلا تطبيق لقاعدة تقليدية تقضي بعدم سريان التقادم في مواجهة من تعذر عليه المطالبة بحقه.

أولا: أسباب وقف التقادم

تنص المادة 382 مدني على أنه: 1- لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذّر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب.

2- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثّله قانوناً".

وتنص المادة 974 مدني على أنه: " أياً كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب لوقفه".

يتضح من النص المتقدم أن أسباب وقف التقادم تقوم في كل مرة يتعذر على الشخص أن يطالب بحقه، ويتعذر على الشخص أن يطالب بحقه لأسباب تتعلق به، أو لطبيعة العلاقة التي تربطه بغير، أو لأسباب مادية.

(1) وقف التقادم لأمر خاص بصاحب الحق يتعلق بأهليته

يوقف التقادم بسبب خاص بصاحب الحق، فلا يسرى على كل أصحاب الحقوق، كما أنه مقصور تطبيقه على نوع معين من التقادم فلا يسرى على كل أنواع التقادم. ونصت على هذا السبب الفقرة الثانية من المادة 382 مدني حيث: ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثّله قانوناً. فنطاق تطبيق النص من حيث الأشخاص ينحصر فقط فيمن ورد ذكرهم وهم: من لا تتوافر فيهم الأهلية، ويشمل كل من اخضعهم القانون لنظام الولاية على المال رعاية لمصالحهم، وتضم الصبي غير المميز، والصبي المميز، والمجنون والمعتوه، والسفيه وذو الغفلة. والغائب وفقا لقانون الولاية على المال. والمحكوم عليه بعقوبة جناية. شريطة ألا يكون لهم نائب قانوني يمثلهم، فإذا كان لهم نائب فلا يقف التقادم بالنسبة لهم، حيث يقوم هذا النائب بالمطالبة بحقوقهم نيابة عنهم. ويقف التقادم لهؤلاء إلى حين أن يتم تعين نائب لهم، أو تكتمل أهليتهم بزوال المانع.

ومن الأسباب المتعلقة بشخص صاحب الحق جهله بأن شخصا آخر قد غصب حقه، شريطة ألا يكون هذا الجهل ناشئا عن إهمال أو تقصير.

(2) وقف التقادم لوجود علاقة معينة بين المالك والحائز

يندرج تحت هذا السبب صورتان:

الأولى: وجود علاقة قرابة أو مصاهرة أو صداقة أو عمل بين المالك والحائز، تجعل من العسير أن يطالب المالك الحائز بالحق، لوجود مانع أدبي يتمثل في الاحترام الزائد، أو الخشية والرهبة، مما يدفع المالك لعدم اللجوء للمطالبة بحقه خشية أن تتأثر هذه العلاقة، من ذلك علاقة الزوج بزوجته، وعلاقة الأب بأبنائه، وعلاقة الخادم بسيده، وعلاقة المعلم بتلميذه. وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تقدير وجود المانع الأدبي وتأثيره على الدائن هي مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، نظراً لأن تقديرها يقوم على معيار شخصي لا موضوعي.

الثانية: علاقة الأصيل بالنائب. الصورة الثانية التي توجد فيها علاقة خاصة بين المالك والحائز هي علاقة الأصيل بالنائب، سواء كانت نيابة قانونية، أو اتفاقية، ومثالها علاقة الوصي أو الولي بالخاضع للوصاية أو الولاية، وعلاقة الوكيل بالموكل، وعلاقة الشخص المعنوي بنائبه، وعلاقة القيم والمحجور عليه. في كل هذه الصور يكون من المتعذر على الدائن أن يطالب بحقه فيقف بالنسبة له التقادم.

(3) وقف التقادم لوجود مانع مادي

قد يقف التقادم لوجود مانع مادي حال بين المالك والمطالبة بحقه، كأن تكون هناك حرب أو اضطرابات أو ثورة تؤدى إلى غلق المحاكم، وعدم تمكن المالك من اتخاذ أي إجراء، أو تعطل المواصلات أو فيضانات تغلق الطرق، بعبارة واحدة كل طارئ يؤدى إلى عدم تمكن المالك من المطالبة بحقه يوقف التقادم.

ونرى أنه يندرج تحت هذا السبب الموانع القانونية التي تحول بين المالك والمطالبة بحقه. ويخضع تقدير وجود المانع الموقف لسريان التقادم إلى محكمة الموضوع.

ثانيا: أثر وقف التقادم

يترتب على وقف التقادم وقف سريانه إلى حين زوال العارض أو الطارئ، فإذا زال العارض استأنف التقادم سريانه من حيث توقف إلى حين أن تكتمل مدته. فالوقف لا يترتب عليه وجود تقادمين، بل هو تقادم واحد اعترضه عارض أوقف سريانه إلى فترة معينة، ثم عاود سريانه بعد زوال العارض، ولا تدخل الفترة التي توقف فيها التقادم في الحساب.

وأثر وقف التقادم نسبي، بمعنى أنه ينحصر أثره على الشخص الذي قام في حقه، فعلى سبيل المثال إذا وقعت الحيازة على مال مملوك على الشيوع، وكان أحد الشركاء قاصرا، ليس لديه من يمثله قانونا، فإن التقادم يقف بالنسبة لهذا الشريك القاصر وحده دون باقي الشركاء. لكن يستثنى من ذلك إذا كان محل الحيازة غير قابل للتجزئة، فيقف التقادم في هذه الحالة بالنسبة لجميع الشركاء، ترتيبا على ذلك إذا كان محل الحيازة حق ارتفاق على أرض شائعة مملوكة لعدد من الشركاء من بينهم شريك قاصر ليس لديه من يمثله قانونا، ففي هذه الحالة يقف التقادم المكسب لحق الارتفاق بالنسبة لجميع الشركاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه وبمقتضى نص المادة 974 مدني سالفت الذكر فإن التقادم المكسب يقف متى وجد سبب الوقف أيا كانت مدة التقادم سواء التقادم

الطويل أو التقادم الخمسي، وهذا على خلاف التقادم المسقط حيث لا يقف إذا كانت مدته لا تزيد على خمس سنوات تطبيقا لنص المادة 2/382 مدني.

انقطاع التقادم:

يقصد بانقطاع التقادم وقف سريان التقادم لسبب معين وعدم سريانه أثناء قيام هذا السبب، ويترتب عليه محو الفترة السابقة على قيام السبب، ويبدأ سريان تقادم جديد. يظهر من ذلك أن انقطاع التقادم على خلاف الوقف، حيث يترتب على انقطاع التقادم محو الفترة السابقة على قيام السبب الذي أدى إلى الانقطاع فلا تدخل في حساب مدة التقادم، ونبدأ مدة تقادم جديد بعد العمل. ويمكن التمثيل لذلك أنه إذا كان التقادم قد بدأ في 2020 فمعنى هذا أنه يكتمل في 2035، فإذا قام المالك بقطع التقادم بالمطالبة بحقه في 2023، انقطع التقادم، والغيت كل الفترة السابقة على الانقطاع، بحيث لو زال الانقطاع احتاج الحائز لاكتساب الملكية بالتقادم مدة جديدة يبدأ سريانها من تاريخ زوال الانقطاع.

أولا: أسباب انقطاع التقادم

أحال المشرع في المادة 973 مدني فيما يتعلق بانقطاع التقادم إلى الأحكام المنظمة لانقطاع التقادم المسقط، وبالقدر الذي لا يتعارض وطبيعة التقادم المكسب. والمواد التي أحال إليها المشرع هي المادة 383 مدني حيث تنص على أنه: " ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسّك بحقه أثناء السير في إحدى

الدعاوى". وأيضا المادة 384 حيث تنص على أنه: " 1- ينقطع التقادم إذا أقرّ المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً.

2- ويعتبر إقراراً ضمنياً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالاً له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين". وإضافة إلى النصين المحال إليها، هناك نص خاص بانقطاع التقادم بالنسبة للتقادم المكسب هو نص المادة 975 مدني حيث تنص على أنه: "

1- ينقطع التقادم المكسب إذا تخلّى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير.

2- غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردّها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد". يظهر من النصوص المتقدمة أنه بالنسبة لأسباب انقطاع التقادم المكسب يفرق بين الانقطاع الطبيعي والانقطاع المدني.

الانقطاع الطبيعي:

يتحقق الانقطاع الطبيعي بزوال الحيازة سواء كان ذلك بفعل الحائز أو بفعل الغير. ويكون زوال الحيازة بفعل إرادي من الحائز، كأن يتصرف في الشيء ويسلمه إلى المتصرف إليه، أو يتخلى عن الشيء دون أن تنصرف نيته إلى التنازل عنه للغير، وإنما تتجه نيته إلى ترك الشيء. ويظهر من هذا أن الحيازة تزول بزوال ركنيها المادي والمعنوي معا. وفي هذا تنص المادة 956 مدني على أنه: " تزول الحيازة إذا تخلّى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى". ومتى زالت الحيازة على النحو المتقدم انقطع التقادم، ولا تحسب الفترة السابقة على زوال الحيازة، فإذا ما عاد الحائز ووضع يده من جديد على الشيء بنية الظهور عليه بمظهر المالك بدأت مدة تقادم جديدة.

وقد تزول الحيازة بفعل الغير، ويفرق في هذا الشأن بين العقار والمنقول.

(1) بالنسبة للمنقول: إذا وردت الحيازة على منقول، واستحوذ الغير على المنقول فعلا، فإن الحيازة تزول عن الحائز، وينقطع التقادم نهائية. ولو فرض واسترد الحائز المنقول ولو بعد أيام قليلة فإنه يبدأ حيازة جديدة وتقادم جديد.

(2) بالنسبة للعقار: إذا وردت الحيازة على عقار، واستحوذ الغير على العقار فعلا، فإن الحيازة تزول عن الحائز حيث تقوم من جانبه حيازة معارضة ومناهضة للحيازة الأولى. إلا أن المشرع أجاز للحائز أن يسترد حيازته خلال سنة من تاريخ فقد للحيازة، فإن استردها خلال هذه السنة أو على الأقل رفع دعوى باستردادها خلال هذه السنة، فلا يعتبر أنه قد فقد الحيازة؛ ومن ثم لا يعتبر التقادم قد انقطع. ويسري الحكم المتقدم سواء كان الغير الذي استحوذ على العقار المالك أو غيره.

ولا يعتبر قعود الحائز عن مباشرة الاعمال المادية للحيازة للانتفاع بالعقار زوال للحيازة، وإنما يجب لتحقق هذا الزوال أن تعترض حيازة الحائز حيازة مناهضة لها من الغير تحول وقيام الحائز بمباشرة الأعمال المادية للحيازة للانتفاع بالعقار.

ولا يعتبر زوال للحيازة كذلك حدوث قوة قاهرة كفيضان يغمر العقار، أو عدوان خارجي، يحول وقيام الحائز بمباشرة الأعمال المادية؛ فهذا مانع وقتي زواله مترقب، وعلى ذلك لا ينقطع التقادم.

ونظرا لأن الحيازة لا تؤدي دورها كسبب لكسب الملكية إلا إذا استمرت طيلة المدة المحددة قانونا، فمقتضى ذلك أن الحائز – وباعتباره المدعي – عليه إثبات أنه حيازته مستمرة طيلة المدة التي يتطلبها القانون، ونظرا لأن هذا الأمر

شاق على الحائز، فأراد المشرع أن يسهل عليه فوضع قرينة قانونية لصالحه، حيث يتعين على الحائز أن يثبت أولا أنه كان حائزا في وقت سابق، ثم يثبت ثانيا أن الحيازة قائمة الآن، لتقوم قرينة قانونية مفادها أن الحيازة مستمرة بين الزمنين، وفي ذلك تنص المادة 971 مدني على أنه: " إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معيّن وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين، ما لم يقم الدليل على العكس". غير أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس، إذ يجوز للخصم أن يثبت عكس هذه القرينة.

الانقطاع المدني:

يقصد بالانقطاع المدني أو ما يقال له الانقطاع الحكمي، زوال أثر الحيازة قانونا مع بقاء الحيازة قائمة من الناحية الفعلية، فالانقطاع المدني هو الذي يقع بحكم القانون. ويشترك التقادم المكسب مع التقادم المسقط في بعض أسباب الانقطاع، وحيث أحال المشرع إلى التقادم المسقط بما يتفق وطبيعة التقادم المكسب (م 973 مدني). وتنحصر أسباب الانقطاع المدني في سببين: المطالبة القضائية، وإقرار الحائز.

1- المطالبة القضائية

تعد المطالبة القضائية هي أقوى دليل على أن المالك لم يهمل في المطالبة بحقه، إذ يعبر بوضوح عن رغبته في المطالبة بحقه من خلالها.

وتتخذ المطالبة القضائية عادة صورة دعوى يرفعها المالك على الحائز باستحقاقه الشيء الذي يحوزه أو بإلزامه برده إليه، وتعتبر الدعوى قد رفعت متى تم إيداع

صحيفتها قلم كتاب المحكمة، وفقا لما تقضى به نصوص قانون المرافعات في هذا الشأن، لكن يمكن تصور أن تكون المطالبة في صورة دفع من المالك، كأن يرفع الحائز على المالك دعوى بإثبات الملكية، فيدفع المالك هذه الدعوى بثبوت الملكية له هو دون الحائز.

ويشترط في الدعوى أن تكون صحيحة وهي تكون كذلك متى رفعت على الحائز، فإذا رفعت على غيره ما انتجت أثرها، وإذا تعدد الحائزون وجهت الدعوى لهم جميعا. وإذا كانت المطالبة في غير موضوع الحق المثار بالنسبة له التقادم، لم تنتج أثرها، علاوة على ذلك ينبغي أن تكون المطالبة بالحق من قبل المالك صريحة وجازمة. ويجب أن تكون المطالبة صحيحة في ذاتها، فلا تكون باطلة لعيب في الشكل، ولا أهمية بعد ذلك إذا كانت قد رفعت أمام محكمة مختصة أو غير مختصة سواء كان الاختصاص محليا أو نوعيا، فمسألة الاختصاص مسألة دقيقة لا ينبغي علم المالك بها.

ويشترط لتحقق المطالبة أن تتخذ شكل الدعوى على نحو ما بينا، وبناء عليه فلا تعد المطالبة قاطعة للتقادم إذا اتخذت احدى الصور الآتية: المطالبة الودية، أو الإنذار الرسمي، أو وضع الأختام، أو التظلم الإداري، فكل هذه الصور لا تقطع التقادم. ويجب أن يكون من شأن المطالبة كسبب لانقطاع التقادم أن يتم السير فيها إلى نهايتها حتى تنتهي بحكم حاسم لموضوع النزاع، فإذا قضى بعدم قبول الدعوى أو بطلانها أو انقضائها، أو سقوطها، أو بترك الخصومة فيها، اعتبرت المطالبة كأن لم تكن، ولا يعتبر التقادم قد انقطع، فكأن المطالبة لم توجه إلى الحائز أصلا.

2- إقرار الحائز بحق المالك

ينقطع التقادم بإقرار الحائز بحق من يسري التقادم ضده، وفي ذلك تنص المادة 384 مدني على أنه: 1- ينقطع التقادم إذا أقرّ المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمنياً.

إقرار الحائز بحق المالك، هو بمثابة نزول عن المدة التي سرت من التقادم قبل الإقرار. والإقرار تصرف إرادي يتم بإرادة الحائز، لذلك لا نحتاج فيه لقبول من المالك. ولا يستلزم القانون شكلاً معيناً في الإقرار فقد يكون كتابة أو شفهيا، غاية ما هناك أن يراعي القواعد العامة فيما يتعلق بإثباته.

والاقرار قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً يستفاد من أي موقف يصدر من الحائز، كأن يقوم بدفع الأجرة للمالك، أو يطالب من المالك إصلاحات معينة العين التي يحوزها.

ثانيا: أثر انقطاع التقادم

تناولت المادة 385 مدني أثر الانقطاع حين نصت على أنه: " 1- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع، وتكون مدته هي مدة التقادم الأول.

2- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار 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. يترتب على انقطاع التقادم وفقا للنص المتقدم أثران:

1- المدة السابقة على الانقطاع تسقط

يترتب على انقطاع التقادم كأثر أول سقوط المدة السابقة على الانقطاع فلا تدخل في حساب مدة التقادم، وتمحو فلا تدخل في الحساب إذا عاود التقادم سريانه من جديد، بل تبدأ مدة تقادم جديدة. وفى ذلك يختلف الانقطاع عن الوقف وفيه تدخل المدة السابقة على الوقف في حساب مدة التقادم إذا عاود سريانه بعد الوقف.

2- بدء تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع

الأثر الثاني الذي يترتب على الانقطاع هو إذا زال سبب الانقطاع بدأ تقادم جديد، لكن ما هي مدة هذا التقادم الجديد، مدة التقادم الجديدة هي ذات مدة التقادم الأول، فالتقادم الجديد يكون مماثلا من حيث مدته للتقادم الأول.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالتقادم الخمسي

تمهيد وتحديد:

اختلاف التقادم الخمسي عن التقادم الطويل

سبق القول إن التقادم المكسب نوعان: التقادم الطويل (العادي)، والتقادم القصير (الخمسي)، ويشترك الاثنان في شرطي الحيازة والمدة، لكنهما يختلفان فيما وراء ذلك، حيث لا يكتفى لاكتساب الملكية بالتقادم القصير (الخمسي) بشرطي الحيازة والمدة فقط، وإنما يلزم فوق ذلك توافر حسن النية لدى الحائز والسبب الصحيح، كما يختلفان أيضا من حيث مقدار المدة المطلوبة في كل منهما، فهي خمس عشرة سنة في التقادم الطويل، وخمس سنوات في التقادم الخمسي، كذلك

يختلفان من حيث مجال التطبيق، فبينما يسري التقادم الطويل على العقارات والمنقولات، نجد التقادم الخمسي لا يسري إلا على العقارات فقط؛ وعلة التفرقة في ذلك أنه في المنقولات إذا توافر لدى الحائز حسن النية والسبب الصحيح فإنه يتملك المنقول في الحال، ولا نكون بحاجة لنظام التقادم؛ نظرا لطبيعة المنقولات وسهولة انتقالها على عكس العقارات.

فلسفة التقادم الخمسي:

يقوم التقادم الخمسي على فكرة معالجة وضع قانوني معين يتصور أن يحدث في التصرفات القانونية، فقد يقوم الشخص بشراء عقار من شخص آخر معتقداً أن الأخير هو مالك العقار، وتنتقل للمشتري حيازة العقار، ثم يكتشف بعد ذلك أن من اشترى منه ليس هو المالك، وأن المالك شخص ثالث غير البائع؛ فمراعاة من المشرع لحسن نية الحائز (المشتري) واستمرار وضع يده على العقار لمدة خمس سنوات، فإنه يكتسب ملكية العقار، وبذلك يبدو التقادم وكأنه يعالج عيبا يتمثل في أن المتصرف لم يكن مالكا.

ووازن المشرع في التقادم الخمسي بين مصلحتي الحائز والمالك، فعول على حسنة نية الحائز واعتقاده أنه اشترى من مالك، والمالك الذي تقاعس عن المطالبة باسترداد ملكه طيلة خمس سنوات دون أن يحول بينه وبين ذلك حائل، فنص على اكتساب الحائز لملكية العقار لحسن نيته واستمرار حيازته لمدة خمس سنوات. يظهر من ذلك أنه يشترط في التقادم الخمسي شرطان: حسن النية والسبب الصحيح، حيث يشترط القانون للتملك بالتقادم الخمسي توافر أمرين معا هما السبب الصحيح وحسن النية فإذا انتفى أحدهما امتنع التملك بهذا التقادم.

الشرط الأول: حسن النية

يشترط للتقادم الخمسي أن تقترن الحيازة بحسن نية، وفي ذلك تنص المادة 1/969 مدني على أنه: " 1- إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات".

المقصود بحسن النية:

عرفت المادة 1/965 مدني حسن النية بنصها على أنه: يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم". فالحائز يكون حسن النية إذا كان غير عالم أن المتصرف ليس بمالك، بعبارة أخرى يجهل الحائز، وقت تلقيه الملكية أو الحق، أن المتصرف غير مالك، ترتيبا على ذلك إذا كان الحائز يعلم أن المتصرف الذي تلقى عنه الحق ليس هو المالك، فإنه يكون سيئ النية، ولا يجوز له التمسك بالتقادم الخمسي.

ويقدر حسن النية بمعيار شخصي، بمعنى أننا ننظر إلى نية الحائز، لا نية الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف التي وجد فيها الحائز، فإذا كان الحائز يعتقد أن المتصرف هو المالك، فهو حسن النية، فالعبرة هي بما يقوم لدى الحائز من اعتقاد في أن المتصرف هو المالك، ويجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما، فإن شابه أدنى شك انتفى حسن النية، فحسن النية الذي يقتضيه التملك بالتقادم الخمسي هو اعتقاد المتصرف إليه اعتقاداً سليماً تاماً حين التصرف أن المتصرف مالك لما يتصرف فيه بحيث إذا شاب هذا الاعتقاد ثمة شك انتفى حسن النية. وعلى ذلك إذا كان الحائز يعلم أن العقار الذي يشتريه محل نزاع أمام القضاء،

فينتفى حسن النية لديه بهذا العلم، وإذا علم الحائز أن المتصرف الذي باع لع العقار لم يسدد كامل ثمنه لمن اشتراه منه، فإن حسن النية ينتفى لديه، أو يعلم بأن المتصرف كان قد اشترى العقار بثمن بخس، ففي كل هذه الفروض ينتفى حسن النية؛ لأن علم الحائز في الفروض المتقدمة ينافى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار. وإذا كان سند المتصرف مشوبا بعيب ينفى وجود الحق أو يهدده بالزوال، كأن يكون هذا السند باطلا أو قابلا للإبطال أو الرجوع، فإن علم الحائز بهذه العيوب ينافي الاعتقاد التام لديه بأن المتصرف هو المالك؛ ومن ثم ينتفى حسن النية لديه.

بيد أن المشرع قيد تقدير حسن النية بمعيار موضوعي، حيث اعتبر الحائز سيئ النية إذا كان اعتقاده أن المتصرف هو المالك ناشئا عن خطأ جسيم. فالشخص الذي يشتري عقار من غير مالكه دون أن يطلع على مستندات الملكية، فلا يجوز له التمسك بأنه يجهل أن المتصرف غير مالك، ذلك لأن هذا الجهل ناشئ عن خطأ جسيم، فالشخص العادي حين يشترى عقار يطالب البائع بالمستندات التي تثبت ملكيته، أو أن يعتقد الحائز أن الشيء الذي اشتراه غير مخصص للمنفعة العامة، فإذا الجهل ناشئ عن خطأ جسيم. فالحائز حسن النية يتحول عملا بالمادة 1/966 مدني إلى حائز سيء النية من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير.

والعبرة في تقدير حسن النية أو سوئها بنية الحائز نفسه، فإذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله (م 2/965 مدني).

وتعتبر مسألة تقدير حسن نية الحائز أو سوئها من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع. بيد أن المشرع نص على حالة يعتبر فيها الحائز سيئ

النية، حيث نص في المادة 2/966 مدني على أنه: ويعدّ سيء النية من اغتصب بالإكراه الحيازة من غيره". ووفقا لهذه الحالة إذا اشترى الحائز عقار من شخص يعتقد أنه هو المالك، وكان هذا العقار في حيازة شخص ثالث غير البائع، فقام الحائز بانتزاع العقار من تحت يده بالقوة، فإنه إذا رجع مالك العقار الحقيقي على الحائز يطالبه باسترداد العقار، فإنه لن يكون بمقدور الحائز (الغاصب) أن يتمسك في مواجهته بحسن نيته وأن لديه سبب صحيح يعطيه الحق في اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، ذلك لأن الحائز رغم أنه اعتقد أن المتصرف هو المالك لكن غصبه للحيازة بالإكراه يجعله سيئ النية؛ ومن ثم يتخلف أحد شروط اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي. وقد يقال إننا لسنا بحاجة لهذا النص، فغصب الحيازة بالإكراه يعيب الحيازة ويجعلها غير هادئة؛ ومن ثم يتخلف شرط الحيازة فلا يجوز التملك بالتقادم. على أنه يرد على ذلك أن عيب الاكراه عيب مؤقت فإن زال أصبحت الحيازة هادئة وصالحة لأن ترتب آثارها القانونية وأخصها اكتساب الملكية بالتقادم. وعندئذ تبدو فائدة نص المادة 2/966 مدني المتقدم، فعلى الرغم من هدوء الحيازة وبراءتها من عيب إلا أن اغتصابها بالإكراه يجعل الحائز سيئ النية؛ ومن ثم لا يجوز له اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي.

الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية:

تنص المادة 2/696 مدني على أنه: " 2- ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلّقي الحق". بناء على النص المتقدم يشترط أن يتوافر حسن النية لدى الحائز وقت تلقيه الحق من المتصرف. فما هو المقصود بوقت تلقى الحق. الفرض هنا أن التصرف صادر إلى الحائز من غير مالك؛ ومن ثم فإن هذا التصرف لن ينقل له الملكية حتى ولو كان مسجلا، وبناء على ذلك يكون وقت تلقى الحق هو الوقت

الذي تنتقل فيه الملكية لو كان التصرف صادرا من مالك. وحيث إن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل، فإن وقت الاعتداد بحسن النية لدى الحائز هو وقت تسجيل التصرف. والعبرة بتوافر حسن النية وقت تسجيل التصرف ولا يؤثر في ذلك علم الحائز بعد التسجيل بأن المتصرف غير مالك أي لا يؤثر في ذلك أن يصبح الحائز بعدها سيئ النية، فالعبرة بحسن نية الحائز وقت التسجيل وإن أصبح سيئ النية بعد ذلك، فإن هذا لا يمنعه من التمسك بالتقادم الخمسي. يترتب على ما تقدم أنه إذا اشترى الحائز العقار معتقدا أنه يشتري من مالك، وظل هذا الاعتقاد قائما لديه إلى حين تسجيل الملكية، ثم انتقلت له حيازة العقار وعلم أن المتصرف ليس هو المالك، فإن هذا العلم لدى الحائز لا يحول وتمسكه بالتقادم الخمسي متى كان حسن النية وقت تسجيل التصرف الصادر إليه من المتصرف.

والعبرة بوقت تلقى الحق من المتصرف لا وقت صدور التصرف إلى الحائز، وعلى ذلك إذا كان الحائز وقت صدور التصرف إليه حسن النية يعتقد أن المتصرف هو المالك، ثم علم بعد صدور التصرف وقبل تسجيله بأن المتصرف غير مالك، فإنه يصبح عندئذ سيئ النية وقت تلقيه الحق، فلا يجوز له التمسك بالتقادم الخمسي.

وينطبق التحديد المتقدم على الوصية، فإذا كانت الوصية قد سجلت حال حياة الموصي، فإن وقت الاعتداد بحسن نية الموصى له هو وقت وفاة الموصي مصرا على وصيته، حيث لا تنفذ الوصية إلا وقت وفاة الموصي مصرا على وصيته، فهذا هو وقت تلقى الحق، أما إن كانت الوصية غير مسجلة، وسجلت بعد وفاة الموصي فإنه يجب أن يكون الموصى له حسن النية وقت التسجيل، فوقت التسجيل هو وقت تلقى الحق.

اثبات حسن النية:

ينص المشرع في المادة 3/965 مدني على أنه: " وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس". وعلى ذلك فإن الحائز حين يتمسك بالتقادم الخمسي لا يطالب بإثبات حسن نيته، فشرط حسن النية مفترض فيه، وهذا هو الأصل. لكن إذا أراد المالك أو صاحب الحق العيني أن يسترد ملكه أو حقه من تحت يد الحائز فعليه أن يثبت سوء نية الحائز، وهو يستطيع أن يثبت سوء نية الحائز بعدة طرق هي:

1. أن يثبت أن الحائز وقت تلقى الحق كان سيئ النية، أي يعلم أن المتصرف ليس هو المالك، بعبارة أخرى يعلم الحائز أن حيازته هي اعتداء على حق الغير.
2. أن يثبت أن الحائز رغم جهله بأن حيازته تمثل اعتداء على حق الغير، إلا أن هذا الجهل ناشئ عن خطأ جسيم.
3. أن يثبت أن الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه.
4. أن يثبت الخصم أنه أعلن الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، فمن هذه اللحظة يصبح الحائز سيء النية.

وجدير بالذكر أن الحيازة تبقى بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م 967 مدني)، وعلى ذلك إذا كانت الحيازة قد بدأت قبل سريان التقادم الخمسي وكانت بسوء نية كما لو وضع شخص يده على عقار يعلم أنه غير مملوك له، ثم اشتراه بعد ذلك وسجل عقد البيع، فتبقى الحيازة كما كانت بسوء نية إلى أن يثبت الحائز عكس ذلك، أي يثبت أنه وقت تسجيل العقد كان يعتقد اعتقاد تاماً أن اشترى من المالك.

وتعد مسألة حسن أو سوء النية من مسائل الواقع التي يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، حيث ينصب الاثبات على وقائع مادية.

الشرط الثاني: السبب الصحيح

عرف المشرع السبب الصحيح في المادة 3/969 مدني بأنه: والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يُراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجّلاً طبقا للقانون". ويرى الفقه أن هذا التعريف منتقد ووجه الانتقاد أنه لم يتضمن ما يفيد أن السبب الصحيح يجب أن يكون من شأنه نقل الحق لو أنه صدر من صاحبه. ويمكن تعريف السبب الصحيح بأنه: تصرف قانوني يصدر من شخص غير صاحب الحق الذي يراد كسبه بالتقادم، إلى الحائز، بصفته خلفا خاصا، ومن شأنه أن ينقل الحق لو أنه صدر من صاحبه. بعبارة أخرى السبب الصحيح هو تصرف قانوني صحيح في ذاته، من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني، لكن يحول دون ذلك صدوره من شخص لا يملك الشيء أو ليس صاحبا للحق العيني.

شروط السبب الصحيح:

يظهر من تعريف السبب الصحيح أنه يشترط لوجوده توافر شروط معينة، هي:

1. أن يكون تصرفا قانونيا.
2. أن يكون التصرف بطبيعته ناقلا للملكية أو غيرها من الحقوق العينية.
3. أن يكون التصرف صادراً من غير مالك الشيء، أو من غير صاحب الحق العيني عليه.
4. أن يكون التصرف حقيقياً وموجوداً.

أولا: أن يكون تصرفاً قانونياً

يشترط في السبب الصحيح أن يكون تصرفاً قانونياً. أي تتجه الإرادة إلى تكوينه، سواء كان ذلك بإرادتين كالبيع والمقايضة، أو كان بإرادة واحدة كالوصية. يترتب على ذلك أن الميراث لا يصلح سببا صحيحا لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، لأن الميراث واقعة مادية، وليس تصرفا قانونيا، ولذلك إذا توفى المورث وحاز أحد الورثة عقار من عقارات التركة لمدة خمس سنوات، ثم اتضح أن هذا العقار غير مملوك للمورث، فلا يجوز للوارث (الحائز) أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي باكتسابه ملكية العقار بالتقادم الخمسي، لتخلف السبب الصحيح لديه، فواقعة الميراث ليست تصرفا قانونيا. على أنه إذا توافر السبب الصحيح لدى المورث وانتقلت الحيازة إلى الوارث، فيجوز للأخير أن يتملك بالتقادم الخمسي، وعلى ذلك إذا اشترى المورث العقار من شخص يعتقد أنه المالك، وحاز العقار، ثم توفى وانتقلت حيازة العقار للوارث، فإنه يجوز للوارث متى كان حسن النية أن يتملك بالتقادم الخمسي، حيث إن حيازته استمرار لحيازة المورث، أي أن السبب الصحيح هنا ليس الميراث، وإنما التصرف القانوني (عقد البيع) الذي تلقى به المورث الحق (العقار) الذي انتقل إلى الوارث.

ثانياً: أن يكون التصرف بطبيعته ناقلا للملكية أو غيرها من الحقوق العينية

يشترط في التصرف القانوني حتى يكون سبباً صحيحاً أن يكون بطبيعته ناقلا للملكية أو غيرها من الحقوق العينية الأخرى على حسب طبيعة الحق الذي يراد كسبه بالتقادم الخمسي، ولذلك تستبعد التصرفات الكاشفة أو المقررة من أن تكون سببا صحيحا، تطبيقا لذلك:

– يصح سببا صحيحا كل تصرف ناقل للملكية، كالبيع والمقايضة، والهبة، والوصية بعقار معين بالذات، والوفاء بمقابل، وتقديم العقار كحصة في رأس مال شركة.

– لا يصلح سببا صحيحا التصرفات القانونية التي لا تنقل الملكية بطبيعتها كالإيجار والعارية والوكالة والوديعة والحراسة، فهذه التصرفات ليس من شأنها أن تنقل الملكية، وإنما تنشئ التزامات شخصية.

– لا يعد سببا صحيحا القسمة، فالقسمة كاشفة وليست ناقلة، وعلى ذلك إذا فرض وقام الشركاء في الشيوع بقسمة العقار المملوك لهم على الشيوع، واختص كل واحد منهم بجزء، ثم اتضح أن هذا العقار لم يكن مملوكا لهم، فلا يجوز لأي منهم أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي، لأن القسمة لا تصلح سبباً صحيحاً، فهي كاشفة عن الحق، وليست ناقلة له.

على أنه عند النظر فيما إذا كانت القسمة تصلح سبباً صحيحاً من عدمه يتعين النظر إلى مصدر الشيوع. فإذا كان الشركاء قد اشتروا العقار من شخص يعتقدون أنه المالك، وتم قسمة العقار فيما بينهم، ثم اتضح أنهم اشتروا من غير مالك، فإنه يجوز لكل منهم أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي، لأن السبب الصحيح في هذه الحالة ليست القسمة، وإنما التصرف القانوني (عقد البيع) الذي انتقلت به الملكية إليهم شريطة أن يكون العقد مسجلا.

– لا يعد سببا صحيحا الصلح، فالصلح كاشف وليس ناقل للحق. فلو فرض أن هناك نزاع بين اثنين على عقار، وتصالحا على أن يكون العقار لأحدهما، ثم اتضح بعد ذلك أن العقار مملوك لشخص ثالث، فإنه لا يجوز لمن اختص بالعقار أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي، لأن الصلح من التصرفات

الكاشفة، وليست الناقلة. أما إذا أعطى أحدهما للآخر عقارا غير متنازع عليه كبدل في الصلح، ثم اتضح أنه غير مالك، فإنه يجوز لمن أخذ العقار أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي، حيث يصلح عقد الصلح كسبب صحيح في هذه الحالة.

- لا تصلح الأحكام القضائية الكاشفة كسبب صحيح، وعلى ذلك إذا صدر حكم قضائي في دعوى استحقاق عقار، واتضح بعد ذلك أن العقار مملوك لشخص ثالث، فلا يجوز لمن صدر الحكم لصالحه أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي استناداً إلى أن الحكم القضائي يعد سبباً صحيحاً، فهذه الحكم مقرر وكاشف وليس ناقل للحق. كذلك لا يعتبر سببا صحيحا الحكم برسو المزاد عندما يباع العقار على الشيوع لعدم قسمته عينا إذا رسى المزاد على أحد الشركاء.

أما الأحكام القضائية الناقلة فإنها تصلح سبباً صحيحاً، ومثال ذلك الحكم برسو المزاد في بيع أموال المدين جبرا عنه لصالح الدائنين، والحكم برسو المزاد في حالة بيع العقار الشائع لعدم قسمته عينا إذا رسى المزاد على أجنبي عن الشركاء، والحكم بالشفعة، في هذه الأحكام إذا اتضح بعد صدور الحكم أن العقار لم يكن مملوكاً للمدين، أو الشركاء، أو من أخذ منه العقار بالشفعة، فإنه يجوز لمن رسى عليه المزاد أو الشفيع التملك بالتقادم في مواجهة المالك الحقيقي، حيث تعد الأحكام الصادرة لصالحهم سبباً صحيحاً.

ثالثاً: أن يكون صادراً من غير مالك أو من غير صاحب الحق العيني عليه.

يشترط في التصرف حتى يعد سببا صحيحا أن يكون صادراً من غير مالك، أو من غير صاحب الحق العيني الذي يراد كسبه بالتقادم، ويستوي أن يكون المتصرف غير مالك سواء لم يكن مالكا في الأصل، أو كان مالكا لكن زالت

ملكيته بأثر رجعي كما لو أبطل سند ملكيته أو تم فسخه. ويستند هذا الشرط إلى الفكرة الرئيسية التي يقوم عليها التقادم الخمسي وهي مواجهة العيب الذي شاب التصرف كونه صادر من غير المالك، أي حماية المتصرف إليه من عدم ملكية المتصرف.

ويثور التساؤل حول مدى اعتبار تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار الشائع سببا صحيحا يجيز التملك بالتقادم الخمسي، في هذا الفرض يقوم أحد الشركاء على الشيوع بالتصرف في جزء مفرز من العقار، ثم يتضح بعد ذلك أن العقار ليس مملوكا للشركاء، فهل يجوز للمتصرف إليه أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بتصرف الشريك له كسبب صحيح يستند إليه في التملك بالتقادم. ترى غالبية الفقه أن تصرف الشريك في جزء مفرز والشيوع لازال قائما يعتبر سبباً صحيحاً، واستقر قضاء النقض على أن تصرف الشريك في جزء مفرز يصلح بذاته سببا صحيحا يجيز للمشتري تملك هذا الجزء بالتقادم الخمسي بقطع النظر عن كون الشريك (البائع) يملك العقار ملكية مفرزة أم ملكية شائعة.

ينبني على اشتراط أن يكون التصرف صادراً من غير مالك، أنه إذا صدر التصرف من المالك فلا يجوز التمسك بالتقادم الخمسي؛ لأنه إذا صدر التصرف من المالك فالأمر لا يخرج عن فرضين: الأول أن يكون تصرف المالك صحيحا ومستوفيا لشروط كونه ناقلا للملكية وعندئذ يتملك المتصرف إليه العقار بناء على هذا التصرف، ولا نكون بحاجة للتقادم. والفرض الثاني أن يكون التصرف باطلا أو غير مستوف لشروط كونه ناقلا للملكية، وفي هذا الفرض لا يعتبر سببا صحيحا، حيث يلزم في السبب الصحيح أن يكون صحيحا في ذاته ومن طبيعته أن ينقل الملكية.

رابعا: أن يكون التصرف حقيقياً وموجوداً

يشترط في التصرف حتى يكون سببا صحيحا إضافة إلى ما سبق بيان أن يكون تصرفاً حقيقياً، لا صورياً ولا ظنياً، وأن يكون موجوداً، لا باطلاً أو قابلا للإبطال، غير معلق على شرط. ونشير بإيجاز لهذه الصور التي لا يصلح فيها التصرف لأن يكون سببا صحيحا:

(أ) التصرف الباطل:

يعتبر التصرف باطلا إذا تخلف ركن من أركان انعقاده (الرضا، المحل، السبب، والشكلية حين يتطلبها القانون لانعقاد التصرف)، أو صدر من شخص عديم الأهلية (الصبي غير المميز، المجنون، المعتوه). وهذا التصرف يعتبر هو والعدم سواء، ولا يرتب القانون عليه أي أثر، وبناء على ذلك إذا كان التصرف الذي صدر للحائز باطلا بطلانا مطلقا، فإنه لا يجوز للحائز أن يستند إلى هذا التصرف في مواجهة المالك الحقيقي باعتباره سببا صحيحا يخوله اكتساب الملكية بالتقادم الخمسي، ويجوز للمالك الحقيقي أن يتمسك ببطلان التصرف الصادر إلى الحائز، حيث له مصلحة في ذلك، ومن المسلم به أن البطلان المطلق يجوز أن يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

(ب) التصرف القابل للإبطال:

يعرف التصرف القابل للإبطال بأنه تصرف صحيح منتج لآثاره، غير أنه مهدد بالزوال إذا تمسك به من له الحق فيه وقضي له بذلك. وهو يتقرر في حالة ما إذا تخلفت شروط صحة التصرف (الأهلية، سلامة الإرادة من العيوب)، أو كان التصرف صادرا من شخص ناقص الأهلية (الصبي المميز، السفيه وذي الغفلة). فإذا فرض وقام قاصر ببيع عقار إلى الحائز، واتضح أن العقار غير مملوك

للقاصر، فإنه يجوز للحائز أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم الخمسي، متى لم يطالب القاصر ببطلان عقد البيع. أما إذا طالب القاصر ببطلان عقد البيع فإن البيع يزول بأثر رجعي ويفقد الحائز السبب الصحيح، فلم يعد السبب الصحيح موجوداً وبالتالي لا يجوز له التمسك بالتقادم الخمسي. على أن الحكم المتقدم مقصور على حالة أن يتمسك القاصر بالإبطال، وعلى ذلك لا يجوز للمالك الحقيقي أن يتمسك ببطلان عقد البيع؛ لأن البطلان النسبي لا يقضي به إلا لمن شرع البطلان لمصلحته.

(ج) التصرف الصوري:

لا يعتبر التصرف الصوري، إذا كانت الصورية مطلقة، سبباً صحيحاً. وعلى ذلك لو فرض أن أبرم عقد بيع صوري، لا يخفي أي عقد حقيقي، واتضح أن العقار مملوك لشخص ثالث غير البائع والمشتري، فإنه لا يجوز للأخير، إذا حاز العقار لمدة خمس سنوات وكان حسن النية، أن يتمسك بالتقادم في مواجهة المالك الحقيقي، وللأخير أن يثبت صورية التصرف الذي يتمسك به الحائز بكل طرق الاثبات.

(د) التصرف الظني:

يكون التصرف ظنيا إذا قام في مخيلة الحائز فقط، ولا وجود له في الواقع، حيث يظن الحائز أن العقار انتقل إليه بتصرف ناقل للملكية، لكن ظنه هذا مجرد وهم غير مطابق للحقيقة، فلا وجود للتصرف القانوني في الواقع. ومثال التصرف الظني أن يعتقد الحائز أن وكيله قد أبرمه، والحقيقة أن ذلك لم يحدث، وصورة ذلك أن يكلف شخص وكيله في شراء عقار، ويضع يده على عقار بحسن نية معتقدا أن هذا العقار الذي اشتراه له وكيله، ولم يكن الوكيل قد اشترى العقار.

(هـ) التصرف المعلق على شرط:

لا يعتبر سببا صحيحا التصرف المعلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط، لأن هذا التصرف لا ينقل الملكية لو كان قد صدر من المالك، أما إذا تحقق الشرط فيصبح التصرف صالحا لأن يكون سببا صحيحا، ولكن من وقت تحقق الشرط فقط، ولا يجوز الاحتجاج بالأثر الرجعي للشرط، فلا يعمل بفكرة الأثر الرجعي للشرط في مجال التملك بالتقادم.

وإذا كان التصرف معلقا على شرط فاسخ، فإنه يصلح سببا صحيحا يجيز التملك بالتقادم، حيث إن التصرف المعلق على شرط فاسخ نافذ منذ نشأته، غير أنه مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط، فإذا تحقق الشرط الفاسخ فمعنى هذا زوال الملكية، واعتبار التصرف كأن لم يكن؛ ومن ثم يزول السبب الصحيح، وتصبح حيازة الحائز غير مستندة إلى سبب صحيح منذ نشأتها، فلا يجوز للحائز أن يتمسك في مواجهة المالك بالتقادم. أما إذا تخلف الشرط الفاسخ، فمعنى هذا أن التصرف أصبح باتا، وتستقر الملكية للحائز.

(و) التصرف غير المسجل:

يشترط أن يكون التصرف مسجلا حتى يكون سببا صحيحا، وعلة ذلك أنه يشترط في التصرف أن يكون من شأنه أن ينقل الملكية لو كان قد صدر من المالك، وحيث إن الملكية في العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل، لذلك يشترط أن يكون التصرف مسجلا. والحقيقة أن هذا الشرط يضيق كثيرا من نطاق تطبيق التقادم الخمسي، حيث إن إدارة الشهر العقاري لا تقوم بالتسجيل إلا بعد أن تتأكد من ملكية المتصرف، ولذلك ينحصر نطاق تطبيق التقادم الخمسي اعمالا لهذا الشرط بالحالات التي يكون التسجيل قد تم فيها عن طريق الخطأ.

اثبات السبب الصحيح

يعد شرط السبب الصحيح شرطا مستقلا عن شرط حسن النية، ومن ثم يتعين اثباته، وإذا كنا رأينا أن حسن النية مفترض، إلا أن السبب الصحيح ليس كذلك، إذ يجب اثباته، ويقع عبء الاثبات على عاتق الحائز، إذ يتعين عليه أن يثبت التصرف القانوني الذي يستند إليه كسبب صحيح لاكتسابه الملكية بالتقادم. ولما كان الاثبات ينصب على تصرف قانوني فإنه يتعين اثباته بالكتابة إذا تجاوز مبلغ خمسمائة جنيه، وبالطبع لن يكون هناك عقار قيمته أقل من هذا المبلغ، وحيث يستلزم المشرع أن يكون التصرف مسجلا، فمقتضى ذلك أن يكون التصرف مكتوبا حتى يمكن تسجيله.

المطلب الثالث

آثار التقادم

تمهيد:

إذا اكتملت مدة التقادم المكسب (الطويل – الخمسي)، بالإضافة إلى الشروط السابق دراستها، ترتب على ذلك اكتساب الحائز لملكية الشيء أو الحق العيني الذي حازه طيلة مدة التقادم. بيد أن اكتسابه لهذا الحق لا يتم تلقائيا، وإنما يتعين أن يتمسك الحائز بالتقادم، كما أن القانون أجاز للحائز أن يتنازل عن حقه في التملك بالتقادم، وأخيرا نبحث الآثار التي تترتب على التمسك بالتقادم، ونتناول كل مسألة في فرع مستقل على النحو التالي:

الفرع الأول: التمسك بالتقادم

الفرع الثاني: النزول عن التقادم

الفرع الثالث: آثار التمسك بالتقادم

الفرع الأول

التمسك بالتقادم

قواعد التقادم المسقط وسريانها على التقادم المكسب:

أحال المشرع في المادة 973 مدني إلى قواعد التقادم المسقط، بحيث تسري تلك القواعد على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسّك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب. وحيث تنص المادة 387 مدني على أنه: " 1- لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسّك به المدين.

2- ويجوز التمسّك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية". وبتطبيق النص المتقدم على التقادم المكسب نخلص إلى:

أولا: لا تقضي المحكمة بالتقادم المكسب من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك

إن الأثر المترتب على اكتمال مدة التقادم المكسب – بالإضافة إلى باقي الشروط التي يتطلبها المشرع في نوعي التقادم المكسب – هو اكتساب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني الذي حازه، غير أن هذا الاكتساب لا يتم تلقائيا، وإنما يجب أن يتمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك، وبناء على ذلك، فإن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها. وتكمن العلة في اشتراط أن يتمسك الحائز بالتقادم في أن نظام التقادم أحيانا قد يقنن للغصب، وذلك حين لا تكون الحيازة مستندة إلى حق، وهذا مناف للأخلاق والدين، وقد يأبى ضمير الحائز أن يتملك

شيء يعلم بأنه ليس له الحق فيه، فأراد المشرع أن يترك الباب مفتوحا أمام الحائز ليتخذ قراره في ضوء ما يمليه عليه ضميره وأخلاقه. ومن مبررات عدم جواز أن تقضي المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها أن تداعيات التقادم المكسب وشروطه وإثباتها يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للمحكمة أن تستخلصها من واقع المستندات، لذلك لابد أن يثيره الخصوم ويكون محلا لمناقشتهم حتى يتبين وجه الحقيقة.

وقد يكون التمسك بالتقادم في صورة دعوى أو دفع، فيكون في صورة دعوى إذا رفع الحائز على الغير دعوى تثبيت ملكيته أو دعوى استحقاق. وقد يكون التمسك في صورة دفع، كأن يطالب المالك الحقيقي الحائز بملكية الشيء فيدفع هذه المطالبة بملكيته للشيء بالتقادم. وقد يكون التمسك صريحا أو ضمنيا، ومثال التمسك الصريح الدعوى أو الدفع الذي يتمسك به الحائز، أما التمسك الضمني فيمكن استخلاصه من كل موقف يدل على تمسك الحائز بالتقادم، كأن يطالب الحائز بالشفعة في العقار المجاور، فمطالبته بالشفعة تعني أن يتمسك بملكيته للعقار بالتقادم.

ثانيا: الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم

بعد أن وضعت المادة 1/387 المبدأ القاضي بعدم جواز أن تقضي المحكمة بالتقادم من تلقاء نفسها، نصت على أنه يجب أن يكون التمسك بالتقادم بناءً على طلب المدين (الحائز في التقادم المكسب) أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسّك به المدين. تطبيقا للنص المتقدم يكون التمسك للتقادم للحائز، أو لخلفه العام حيث لهم مصلحة في التمسك به حيث يدخل الشيء أو الحق في تركة مورثهم. وأيضا للخلف الخاص (المشتري من الحائز) مصلحة في التمسك بالتقادم، فتملك الحائز للعقار يعني إمكانية نقله إلى

المشتري. ونرى في السماح للخلف العام والخاص للحائز بالتمسك بالتقادم خروج على القواعد العامة، ذلك لأن التمسك بالتقادم يعد رخصة مقررة للحائز كونها تتعلق بضميره؛ ومن ثم تقصر القواعد العامة ممارسة هذه الرخصة على من تقررت له أي الحائز، لكن المشرع خرج عن هذه القواعد وسمح لأي شخص له مصلحة في أن يتمسك بالتقادم أن يتمسك به.

ثالثا: يجوز التمسك بالتقادم على أي حالة كانت عليها الدعوى

يكون التمسك بالتقادم أمام القضاء، وعلى ذلك لا يترتب أثر التقادم إذا تم التمسك به في جلسات الصلح بين الحائز والمالك الحقيقي. ويعد الدفع بالتقادم دفعاً موضوعياً، فهو ليس من الدفوع الشكلية التي تسقط بالبدء في الكلام في الموضوع، ولذلك يجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة، كما يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، إذ لا يعد الدفع بالتقادم طلباً جديداً، وإنما هو من أوجه الدفاع، لكن لا يجوز إبداءه لأول مرة أمام محكمة النقض. وعلى من يتمسك بالتقادم أن يحدد نوع التقادم الذي يتمسك به، هل التقادم الطويل، أم التقادم الخمسي، وإذا حصل التمسك بنوع من التقادم، فلا يغني ذلك عن التمسك بالنوع الآخر، فإذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل، وتبين للمحكمة عدم اكتمال المدة، فليس لها أن تبحث في توافر التقادم الخمسي، وينطبق الحكم المتقدم في الحالة العكسية، ويرجع ذلك إلى اختلاف شروط التملك في نوعي التقادم المكسب، بحيث لا يعني التمسك بأحدهما متضمنا التمسك بالآخر.

الفرع الثاني
النزول عن التقادم

النص القانوني:

تنص المادة 388 مدني على أنه: 1- لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عيّنها القانون.

2- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، على أن هذا النزول لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم". في ضوء النص المتقدم نبين مدى جواز التنازل عن التقادم وطبيعته.

أولا: عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه

يثبت الحق في التقادم حين تكتمل مدته، فإذا اكتملت مدته كان للحائز أن يتمسك به، أو يتنازل عنه. وعله ذلك أن المشرع أراد ألا يحجر على الحائز فقد يأبى ضميره حتى بعد اكتمال مدة التقادم أن يتمسك به، لذلك أجاز له التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه. أما قبل ثبوت الحق فيه فلا يجوز النزول عنه؛ كما يجوز النزول عن التقادم بعد اكتمال مدته يجوز النزول عنه أثناء سريانه عما انقضى منها فقط.

ثانيا: طبيعة التنازل عن التقادم

يعتبر التنازل عن التقادم تصرفا إراديا يتم بإرادة الحائز وحده؛ ومن ثم لا نحتاج فيه إلى قبول، ويجب أن تتوافر في الحائز أهلية التصرف. وينتج التنازل أثره متى وصل إلى علم من وجه إليه تطبيقا للقواعد العامة في هذا الشأن.

لم يحدد المشرع شكلا معينا يتعين أن يكون عليه تنازل الحائز عن التمسك بالتقادم، فقد يكون كتابة أو شفاهه، على أن تراعي في الحالة الأخيرة القواعد المتعلقة بالإثبات. وكما يكون التنازل صريحاً، فقد يكون ضمنياً، أي يستفاد من أي موقف يصدر من الحائز يدل على تنازله عن التمسك بالتقادم كأن يطلب من المالك تحرير عقد ايجار له. على أنه يجب الحذر في استخلاص التنازل الضمني، لأن التنازل عن التقادم شأنه شأن التنازل عن أي حق لا يفترض، فالتنازل عن الحقوق لا يفترض، وإذا قام شك في وجود نزول عن التقادم من عدمه، فيجب تفسير ذلك بعدم النزول، فالنزول عن الحق لا يفترض. واستخلاص وتقدير ما صدر من الحائز واعتباره تنازلا عن التقادم من عدمه هي من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع.

الفرع الثالث

آثار التمسك بالتقادم

تتمثل آثار التمسك بالتقادم في اكتساب ملكية الشيء أو الحق العيني الذي وردت عليه الحيازة وتوابعه، ويتم اكتساب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء الحيازة، وأخيرا يكون اكتساب الملكية أو الحق العيني بأثر رجعي.

أولا: اكتساب ملكية الشيء أو الحق العيني الذي وردت عليه الحيازة

يعد التقادم سبباً مستقلاً من أسباب كسب الملكية؛ لذلك فإن أول أثر لاكتمال مدة التقادم هو اكتساب ملكية الشيء أو الحق العيني الذي وردت عليه الحيازة، حيث تقطع نصوص القانون وأحكام القضاء بأن التقادم المكسب يعد سببا مستقلا من أسباب كسب الملكية.

ويتحدد مدى ما يكسبه الحائز بما وردت عليه الحيازة على أساس أن أساس التقادم هو الحيازة وهذه حالة واقعية حيث يظهر فيها الحائز بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني على الشيء، وباكتمال مدة التقادم تتحول الحالة الواقعية إلى حق، فيكون للحائز الذي يحوز الشيء بنية تملكه مالكا باكتمال مدة التقادم، ومن كان حائزا بصفته صاحب حق انتفاع، أو أي حق عيني آخر، يصبح بعد اكتمال مدة التقادم صاحب حق الانتفاع، أو صاحب الحق العيني الآخر. ولا يكتسب الحائز ملكية الشيء أو الحق فقط، إنما يكتسب توابعه، وعلى ذلك إذا كان الحائز يحوز أرضا زراعية وعليها أشجار، بنية تملكها، فإنه يتملك الأرض وما عليها من أشجار. ويتحدد ما يكتسبه الحائز بما وردت عليه الحيازة فقط، فإذا كان الحائز يحوز جزء من العقار، واكتملت مدة التقادم، فإنه يتملك هذا الجزء فقط الذي وردت عليه الحيازة.

ويكتسب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني الآخر بمجرد اكتمال مدة التقادم ودون حاجة لأي إجراء آخر، بما في ذلك الحكم الذي يصدره القاضي بملكية الحائز بناء على تمسكه بالتقادم، فهذا حكم مقرر للملكية أو الحق العيني الذي ثبت للحائز بمجرد اكتمال مدة التقادم.

وبتملك الحائز للشيء أو الحق العيني يكون له كل ما للمالك من سلطات، فله أن يدافع عن حقه، فله أن يرفع دعوى استحقاق على من يغتصب منه حيازة الشيء الذي تملكه بالتقادم، كما له أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك الحقيقي بتملكه الشيء أو الحق العيني بالتقادم.

ثانيا: كسب ملكية الشيء أو الحق العيني بالحالة التي كان عليه وقت بدء الحيازة

يتحدد مدى الحق الذي يكتسبه الحائز بالتقادم المكسب بالحالة التي كان عليها الشيء أو الحق العيني وقت بدء الحيازة، فإذا كان الحائز يحوز حق ارتفاق بالمطل على مسافة معينة، واكتملت مدة التقادم، فإنه يكتسب الحق بالمسافة التي كان عليها وقت بدء الحيازة، فلا يجوز له، بعد اكتمال مدة التقادم، أن يفتح مطلات جديد على ذات الجدار، أو يزيد في مسافة المطل عما كانت عليه وقت بدء الحيازة.

وتنتقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز محملة بما عليها من حقوق كانت عليها وقت بدء الحيازة، فإذا وضع الحائز يده على عقار بنية تملكه، وكان العقار مثقلا بحق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو ارتفاق، واكتملت مدة التقادم، فإن الملكية تنتقل إلى الحائز مثقلة بحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق، ما لم تكن هذه الحقوق الأخير قد سقطت لعدم استعمالها بالتقادم المسقط (خمس عشرة سنة). فإذا كانت هذه الحقوق قد سقطت بالتقادم المسقط، فإن الملكية تثبت للحائز خالصة غير مثقلة بهذه الحقوق، ويجب أن نلاحظ التقادم المكسب للملكية يختلف عن التقادم المسقط للحقوق المشار إليها. فالأول يوجه إلى المالك صاحب الحق، بينما يوجه الثاني إلى صاحب حق الانتفاع، أو الاستعمال، أو السكنى، أو الارتفاق، وقد يختلف توقيت بدء أحدهما عن الآخر، وقد يتحقق وقف أو انقطاع لأحدهما دون الآخر، وقد تكتمل مدة أحدهما قبل الآخر.

وفي التقادم الخمسي لا مجال للحديث عن تقادم الحقوق المتفرعة عن الملكية إلا إذا كان صاحب الحق لم يستعمل هذه الحقوق لمدة عشر سنوات سابقة

على بدء التقادم الخمسي، حيث لا تسقط الحقوق العينية إلا بمرور خمس عشرة سنة.

ثالثا: كسب الملكية أو الحق العيني بأثر رجعي

يترتب على اكتمال مدة التقادم اكتساب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني بالتقادم المكسب، سواء التقادم الطويل أو الخمسي، ويكتسب الحائز هذه الملكية منذ بدء الحيازة، أي أنه يكتسب الملكية بأثر رجعي، فلا يكتسب الحائز الملكية وقت تمسكه بالتقادم، ولا وقت اكتمال مدة التقادم، وإنما يعتبر أنه مالكاً منذ بدء الحيازة، والهدف من الأثر الرجعي هو حماية الأوضاع الظاهرة المستقرة طيلة فترة التقادم، ويترتب على ذلك:

1- يكسب الحائز الثمار التي انتجها الشيء طيلة فترة التقادم، سواء كان الحائز حسن النية أو سيئها، ذلك لأنه يكتسب الثمار ليس بصفته حائزا، وإنما بصفته مالكا، والمالك يتملك ثمار الشيء بقطع النظر عن حسن أو سوء نيته.

2- تسري في مواجهة الحائز الحقوق التي رتبها على الشيء أثناء سريان التقادم. فإذا كان الحائز قد رتب على الشيء الذي يحوزه حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن، فإنه بتمام مدة التقادم يتملك الشيء مثقلا بهذه الحقوق حيث تسري في حقه باعتبارها صادرة منه بصفته مالك، وبالمقابل لا تسري في مواجهة الحائز الحقوق التي يكون قد رتبها المالك الحقيقي على الشيء أثناء سريان التقادم، حيث أنها صادرة من غير مالك.

المبحث الثاني
كسب ملكية المنقول بالحيازة

تمهيد:

" قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز "

تتعدد طرق اكتساب ملكية المنقول، فقد مر بنا أن من يضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه يتملكه في الحال بالاستيلاء (م 780 مدني)، وأن من يضع يده على منقول لمدة خمس عشرة سنة يتملكه بالتقادم الطويل، حيث إن التقادم الطويل يسري على العقارات والمنقولات. يضاف إلى ذلك حالة الحائز الذي يتملك ثمار الشيء الذي يحوزه على نحو ما سنري. لكننا هنا نعرض لتملك المنقول بالحيازة في الحال، أي دون اشتراط أن تستمر الحيازة لمدة زمنية معينة، ولقد نص المشرع على ذلك في المادة 976 مدني حيث: " 1- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصةً منها.

3- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ويقرر هذا النص القاعدة المشهورة " الحيازة في المنقول سند الحائز " ومنها يظهر أن الحيازة في المنقول لا تقتصر على كسب الملكية فحسب، بل تشمل الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والرهن الحيازي، لذلك يرى الفقه أن صياغة هذه القاعدة على النحو المتقدم أكثر دقة من القول: الحيازة في المنقول

سند الملكية". حيث تقتصر الصياغة الأخيرة على حق الملكية فقط، بينما الحيازة في المنقول سند الحائز تعني أن الحيازة في المنقول سند الحائز فيما يدعيه، سواء أكان حق ملكية أم غيره من الحقوق العينية.

ويقصد بهذه القاعدة أن من حاز منقولا تلقاه من شخص آخر بسبب صحيح، وكان حسن النية، فإنه يكتسب ملكية المنقول في الحال، ودون الحاجة لمرور مدة زمنية معينة على بدء هذه الحيازة، بعبارة أخرى حيازة المنقول بحسن نية وسبب صحيح تكسب الحائز ملكية المنقول في الحال.

وتهدف هذه القاعدة إلى حماية من يتعامل في المنقول من غير صاحب الحق فيه، استقرارا للمعاملات، وتدعيما لحركة الاقتصاد في المجتمع. فالمنقولات بطبيعتها سهلة التداول من شخص لآخر ومن مكان لآخر وجرت عادة المتعاملين في المنقولات على عدم تحرير سندات تثبت التصرفات الواردة عليها، ولو تطلبنا من كل من يتعامل على المنقول كالمشتري أو المرتهن أن يتحقق أولا من أن المتصرف هو المالك لترتب على ذلك شل حركة التعامل، ووقوع الأفراد في عنت وحرج؛ لذلك اكتفى المشرع للقول بملكية المنقول أن يكون في حيازة شخص حسن النية مستندا في حيازته إلى سبب صحيح.

ولا يقتصر أثر قاعدة " الحيازة في المنقول سند الحائز " على كونها تكسب ملكية المنقول متى توافرت شروط ذلك، وإنما هي تسقط وتطهر المنقول من التكاليف التي قد تكون عليه. غير أن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناء في حالة ما إذا كان المنقول مسروقاً أو ضائعاً. وبناء على ما تقدم فإننا نقسم هذه المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وفي الثاني الآثار المترتبة على توافر هذه الشروط، أي الآثار

التي تترتب على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وأخيرا الاستثناء الذي يرد على القاعدة في حالة المنقول المسروق أو الضائع.

المطلب الأول: شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

المطلب الثالث: الاستثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

المطلب الأول

شروط تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أربعة شروط هي:

الشرط الأول: الحيازة

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أن يحوز الحائز المنقول حيازة قانونية، سليمة، حقيقية.

فيجب أن تكون الحيازة حيازة قانونية بالمعنى السابق دراسته، أي يتوافر فيها الركنين المادي والمعنوي. وعلى ذلك إذا كانت حيازة المنقول حيازة عرضية كحيازة المستأجر والمستعير فلا تنطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. ويشترط كذلك في الحيازة أن تكون سليمة أي خالية من عيوب الاكراه، والخفاء، والغموض.

ويجب أن تكون الحيازة حقيقية، وهي تكون كذلك إذا كان الحائز يضع يده على المنقول حقيقة وفعلا، يترتب على ذلك أن التسليم الحكمي الذي يتم بتغيير النية فقط لا تتحقق معه الحيازة الحقيقية. فإذا اشترى شخص منقولا وتركه عند البائع على سبيل الإيداع أو الايجار، فإنه لا يجوز للمشتري أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لأنه لم تكن حيازته حيازة حقيقية. كما أن التسليم

الرمزي لا تتحقق معه الحيازة الحقيقة، فإذا اشترى شخص بضاعة ولم يتسلمها، لكنه تسلم سندات إيداع البضاعة في المخازن، فإن هذا لا يكفي لتحقق الحيازة الحقيقية عند بعض الفقه. غير أن رأيا آخر يرى أن تسليم السندات كأنه تسليم للبضاعة، وبالتالي تتحقق الحيازة الحقيقية في حالة التسليم الرمزي، إعمالا لنص المادة 1/954 مدني حيث تنص على أنه: 1- تسلّم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها". والقول بغير ذلك يجعل النص المتقدم عديم الفائدة. على أنه إذا تسلّم شخص هذه المستندات وتسلّم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضاعة (م 2/954 مدني).

الشرط الثاني: أن ترد الحيازة على منقول مادي داخل في دائرة التعامل

تنطبق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على المنقولات دون العقارات، لكنها لا تنطبق على كل المنقولات، حيث يشترط في المنقول الذي تنطبق عليه القاعدة الشروط التالية:

1- يجب أن يكون المنقول ماديا: تنطبق القاعدة على المنقولات المادية، فالمنقولات المعنوية – من حيث الأصل – لا تنطبق عليها القاعدة، حيث يصعب حيازتها كالديون ومجموع المال كالتركة والمحل التجاري، وحقوق المؤلف المعنوية. على أن المشرع استثنى من ذلك الحقوق الثابتة في سندات لحاملها، فعلى الرغم من أنه يصعب حيازتها، إلا أن المشرع استثناها من ذلك وأخضعها لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، على أساس أن هذه الحقوق تندمج في السند المثبت لها، وتنتقل من يد إلى يد دون أي اجراء آخر، وقد نص على هذا الاستثناء في المادة

1/967 حيث: من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته".

2- يجب أن يكون المنقول داخلا في دائرة التعامل: حيث لا ترد الحيازة إلا على منقولات يجيز القانون التعامل فيها، وعلى ذلك فالمنقولات العامة لا تجوز حيازتها، كما لا يجوز تملكها بالتقادم، ومثال ذلك أسلحة الجيش والشرطة، والكتب في المكتبات العامة، والأثاث في دواوين الحكومة، وبعبارة واحد كل المنقولات المخصصة للمنفعة العامة.

بيد أنه قد يكون المنقول ماديا، وداخلا في دائرة التعامل، ومع ذلك لا تنطبق عليه القاعدة، ويتحقق ذلك في:

1- المنقولات التي يخضعها المشرع لإجراءات شهر خاصة: كالسفن والطائرات، فهذه المنقولات لا يجوز حيازتها واكتساب ملكيتها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، والعلة في ذلك أن علة تقرير القاعدة غير منطبقة على هذه المنقولات حيث يخضعها المشرع لنظام الشهر؛ ومن ثم يسهل معرفة التصرفات التي ترد عليه، كما أنها لا تنتقل بسهولة ويسر كما هو الحال بالنسبة لسائر المنقولات الأخرى.

2- المنقولات التي تكون تابعة للعقار: فإذا اشترى شخص منزلا مفروشا معتقدا أن البائع هو المالك، فلا يجوز له أن يتمسك في مواجهة المالك الحقيقي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز بالنسبة للمفروشات الموجودة بالمنزل، لأن حيازته لها لم تكن على استقلال، وإنما كانت تابعة لحيازته للعقار الموجودة فيه، وينطبق الحكم المتقدم على العقارات بالتخصيص.

الشرط الثالث: السبب الصحيح

يشترط لتطبيق القاعدة أن يكون ثمة سبب صحيح تستند إليه الحيازة، ويشترط في السبب الصحيح ما سبق أن اشترطنا بخصوص التقادم الخمسي، فيجب أن يكون تصرفاً قانونياً، صادراً من غير المالك أو صاحب الحق العيني، وأن يكون من شأنه ينقل الحق لو أنه صدر من المالك. على أنه يلاحظ اختلاف اشتراط السبب الصحيح لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز عن اشتراطه في التقادم الخمسي في نقطتين:

الأولى: إن الحائز في التقادم الخمسي عليه أن يثبت وجود السبب الصحيح، أما هنا فلا يشترط ذلك، حيث افترض المشرع وجود السبب الصحيح، حيث نصت المادة 3/976 مدني على أنه: والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". وترجع العلة في ذلك إلى أن الغالب أن يتم التعامل على المنقولات دون إعداد دليل لإثبات ما يرد عليها من تصرفات.
الثانية: إن المشرع يشترط في التقادم الخمسي أن يكون مسجلا، بينما لا يشترط ذلك لتطبيق القاعدة، حيث تنتقل الملكية في المنقول دون تسجيل.

ومن أمثلة السبب الصحيح أن يترك المالك المنقول في يد شخص آخر كالمستأجر والمستعير والمودع لديه، فيقوم المستأجر أو المستعير أو المودع لديه ببيع المنقول ويسلمه إلى المشتري، فيعتبر البيع سبباً صحيحاً للمشتري. ومثال آخر أن يقوم المالك ببيع المنقول، ولا يسلمه إلى المشتري، ويبيعه ثانية لمشتري ثان ويسلمه له، فيعتبر البيع الثاني سبباً صحيحاً للمشتري الثاني. ومثال آخر إذا باع المالك المنقول وسلمه إلى المشتري لكن أبطل سند ملكيته أو فسخه، وبتطبيق الأثر

الرجعي للبطلان أو فسخ يعتبر البيع صادر من غير مالك، ويصلح سبباً صحيحاً للمشتري.

الشرط الرابع: حسن النية

يشترط لتطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أن يكون الحائز حسن النية، ويقصد بحسن النية هنا ذات المعنى الذي سبق لنا بيانه في التقادم الخمسي، أي أن يكون الحائز جاهلا أن حيازته اعتداء على حق الغير، بعبارة أخرى أن يعتقد الحائز اعتقادا تاما أنه المتصرف مالك الشيء الذي تصرف إليه فيه.

ويشترط توافر حسن النية وقت الحيازة، وذلك بخلاف وقت اشتراط حسن النية في التقادم الخمسي حيث يجب أن يتوافر وقت تلقى الحق. يترتب على ذلك أن الحائز إذا كان وقت شرائه للمنقول حسن النية أي يعتقد أن البائع هو المالك، ولم يتسلم المنقول، وعلم بعد ذلك أن البائع ليس هو المالك، فإن تسلم المنقول، فلا تنطبق القاعدة، لأنه وقت الحيازة أصبح سيئ النية، والشرط أن يكون وقت الحيازة حسن النية.

وحسن النية مفترض، فلا يكون على الحائز اثبات حسن نيته، بيد أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، إذ يجوز للخصم أن يثبت أن الحائز وقت الحيازة سيئ النية أي يعلم أن المتصرف له ليس هو المالك.

المطلب الثاني

الآثار التي تترتب على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

إذا توافرت الشروط السابقة ترتب على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز أثران: الأول هو كسب ملكية المنقول في الحال. والثاني تطهير المنقول من كافة التكاليف والقيود العينية.

(1) الأثر المكسب

نصت على هذا الأثر الفقرة الأولى من المادة 976 مدني حيث: من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته. فالنتيجة التي تترتب على توافر شروط قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وبصريح نص المادة سالفة الذكر هي تملك الحائز للمنقول في الحال ودون اشتراط مضي مدة زمنية معينة.

والغالب أن ينصب كسب المنقول بالحيازة على حق الملكية، لكن وبصريح نص الفقرة الأولى من المادة 976 مدني فإن توافر شروط القاعدة لا يقتصر على كسب الملكية بل يشمل الحقوق العينية الأخرى، كحق الانتفاع، والرهن الحيازي. وعلى ذلك فمن يحوز المنقول بنية اكتساب حق انتفاع عليه يكتسبه متى كان حسن النية وتوافر لديه السبب الصحيح. وكذلك لو رتب شخص رهنا حيازيا على منقول لا يملكه، وانتقلت حيازة المرهون إلى المرتهن، فإن يكون للدائن المرتهن متى كان حسن النية أن يتمسك بالرهن في مواجهة مالك المنقول.

ومتى اكتسب الحائز الملكية أو الحق العيني على المنقول، فله أن يحتج بهذه الملكية في مواجهة المالك الحقيقي، فإذا رفع عليه الأخير دعوى استحقاق،

كان له أن يدفعها بتملكه بالحيازة. وإذا نازعه الغير في حيازته أو اغتصبها منه كان له (الحائز) أن يرفع دعوى الاستحقاق ويتمسك في اثبات ملكيته بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. بعبارة موجزة يستطيع الحائز أن يتصرف وكأنه تلقى الحق من صاحبه.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان لمن تصرف له الحائز دعوى شخصية ضد الحائز كدعوى تكملة الثمن أو دعوى الفسخ أو دعوى الابطال، فتبقى هذه الدعوى قائمة، فإذا فرض ورفع المتصرف دعوى على الحائز بإبطال التصرف، وقضي له بذلك، استطاع أن يسترد المنقول من تحت يد الحائز، ولن يجديه فتيلا أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز فهذه تنطبق بالنسبة لدعاوى الفسخ أو الابطال التي تطال سند المتصرف لا سند الحائز نفسه. وعلى ذلك إذا كان المتصرف قد اشترى المنقول قبل بيعه للحائز، وطعن من باع المنقول للمتصرف في ذلك بالإبطال وقضى له به، فإذا رجع الأخير على الحائز يسترد منه المنقول، كان له أن يدفع مطالبته بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

(2) الأثر المسقط (سقوط التكاليف والقيود العينية)

لا يقتصر أثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز على كسب ملكية المنقول أو الحق العيني، إنما لها أثر آخر نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 976 مدني، فبعد أن نصت على الأثر المكسب في الفقرة الأولى، أردفت ذلك بالنص في الفقرة الثانية على أنه: 2- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصةً منها". ويشترط لإعمال الأثر المسقط أن يكون الحائز حسن النية وحسن النية هنا يعنى عدم علمه وقت الحيازة بوجود التكاليف والقيود العينية على

المنقول، وأن يتوافر السبب الصحيح، والسبب الصحيح هنا هو تصرف قانوني ناقل للملكية لم يذكر فيه ما يثقل المنقول من تكاليف حتى ولو كان صادراً من المالك نفسه.

وقد يترتب الأثر المسقط مع الأثر المكسب، وذلك إذا كان السبب صادراً من غير مالك، ومثال ذلك أن يقوم مالك المنقول بترتيب رهن عليه، ثم يقوم الدائن المرتهن بتأجيره، ويسلمه للمستأجر، فيقوم المستأجر ببيعه دون أن يذكر للمشتري أن المنقول مثقلا بالرهن، ويتسلم المشتري المنقول معتقداً أنه يشتري من مالك وأن المنقول غير مثقل بالرهون، فإذا تسلم المشتري المنقول وكان حسن النية، تملكه خاليا من الرهن تطبيقا للقاعدة بأثريها المكسب والمسقط.

كما قد يترتب الأثر المسقط وحده، وذلك في حالة ما إذا تلقى الحائز المنقول من مالكه معتقدا بحسن نية خلو المنقول من التكاليف أو القيود العينية، وكان المنقول مثقلا بهذه التكاليف، فإن الحائز يكسب ملكية المنقول خالصة من التكاليف متى كان يجهل وجود هذه التكاليف والقيود. وفي هذه الحالة فإن الحائز يكسب الملكية بمقتضى التصرف الصادر إليه من المالك، أما التكاليف والقيود العينية فإنها تسقط تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، حيث يكون التصرف الصادر إلى الحائز من المالك سببا صحيحا في خصوص التكليف الوارد على المنقول فحسب، حيث لم يذكر هذا التكليف في سند التصرف، ومن ثم يعتبر المالك قد تصرف في حق لا يملكه.

المطلب الثالث

الاستثناء على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز

(استرداد المنقولات المسروقة أو الضائعة)

أولا: استثناء المنقول المسروق أو الضائع

بعد أن نص المشرع على قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في المادة 976 مدني سالف الذكر. نص في المادة التالية لها على استثناء من هذه القاعدة، ويتمثل الاستثناء في أنه يجوز لمالك المنقول الذي سرق أو ضاع أن يسترده من حائزه خلال مدة معينة، حيث تنص المادة 977 مدني على أنه: " 1- يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه، أن يستردّه ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.

2- فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجّل له الثمن الذي دفعه". فإذا كان المشرع قد غلب في قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز مصلحة الحائز على المالك فما ذلك إلا لأن المنقول قد خرج من تحت يد المالك بإرادته ورضائه، فالمالك قد وضع ثقته في غير محلها حين سلم المنقول لشخص خانه (المستأجر أو المودع لديه) وتصرف فيه للحائز، وبذلك يكون المالك قد ساهم في إيجاد المظهر الكاذب الذي ظهر به من تصرف إلى الحائز، ولما كان الحائز حسن النية اطمئن إلى الظاهر وتعامل عليه، فكان مقتضى ذلك تملكه للمنقول. أما حين يخرج المنقول رغما عن إرادة المالك، أو ضد رغبته كما هو الحال في سرقة المنقول أو ضياعه، وانتقال المنقول إلى حائز حسن النية، فإن المشرع وازن بين مصلحة المالك الذي خرج المنقول

بغير إرادته فسمح له باسترداده بشروط معينة، وبين مصلحة الحائز حسن النية فخوله استرداد ما دفعه ثمنا للمنقول بضوابط معينة، فتلك الموازنة بين المصلحتين هي ما فرضت هذا الاستثناء.

ثانيا: شروط الاسترداد

الشرط الأول: أن يكون المنقول قد سرق من المالك أو ضاع منه

يجب لتطبيق هذا الاستثناء أن يكون المنقول قد سرق من المالك، أو ضاع منه. والسرقة المقصودة هنا هي السرقة المعروفة في قانون العقوبات، أي اختلاس منقول مملوك للغير. وبناء على ذلك فإن خروج المنقول من تحت يد المالك بأي سبب آخر غير السرقة كخيانة الأمانة أو النصب لا يؤدي إلى تطبيق الاستثناء، حيث لا تتحقق العلة من الاستثناء في حالة خيانة الأمانة أو النصب فالمنقول يخرج فيهما بإرادة المالك. ويجوز الاسترداد في جميع حالات السرقة، سواء كانت السرقة معاقبا عليها، أو كان العقاب عليها متوقفا على شكوى من المجني عليه، أو توافر مانع من موانع العقاب لدى السارق.

ويقصد بالضياع فقد المنقول دون قصد، وسواء فقد المنقول بقوة قاهرة كحرب أو فيضان، أو كان راجعا إلى خطأ من المالك، كأن يخطأ المالك في العنوان المرسل إليه المنقول فيضيع. ويقع على من يرغب في الاسترداد عبء اثبات السرقة أو الضياع، وله اثبت ذلك بجميع طرق الاثبات حيث ينصب الاثبات على وقائع مادية.

الشرط الثاني: أن يكون المنقول في يد حائز له حسن النية وبسبب صحيح

لا يكون الاسترداد إلا من حائز حسن النية وبسبب صحيح، فهذا هو الذي يجوز للمالك أن يسترد المنقول من تحت يده. أما من يحوز المنقول غير هذا

الحائز حسن النية فلا شأن له بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ولا بهذا الاستثناء، حيث يجوز للمالك أن يسترد منه المنقول تطبيقا للقواعد العامة. تطبيقا لذلك يجوز للمالك أن يسترد المنقول من تحت يد السارق أو من عثر عليه بدعوى الاستحقاق، وهي دعوى تثبت للمالك بمقتضى القواعد العامة ولا تسقط بالتقادم. ولا يستطيع سارق المنقول أو من عثر على المنقول أن يكتسب ملكيته إلا بالتقادم الطويل.

الشرط الثالث: أن ترفع دعوى الاسترداد خلال ثلاث سنوات

يجب على المسترد حتى يسترد المنقول من تحت يد الحائز حسن النية وبسبب صحيح أن يرفع دعواه بالاسترداد خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة. ومدة الثلاث سنوات ليست مدة تقادم مكسب لصالح الحائز، لأن التقادم يقوم على حيازة ممتدة للمدة التي يحددها القانون، بينما هذه المدة تبدأ من وقت الضياع أو السرقة وليس من وقت بدء الحيازة، فقد لا يكون الحائز قد حاز المنقول إلا أياما قليلة، ومع ذلك يجوز له أن يدفع دعوى الاسترداد إذا كان قد مضى على السرقة أو الضياع أكثر من ثلاث سنوات. كما أنها ليست كذلك مدة تقادم مسقط، حيث أنها غير مستندة إلى إهمال المالك في المطالبة بحقه خلالها، فقد لا يعرف المالك طيلة هذه المدة الحائز الذي استقر المنقول تحت يده.

ومدة الثلاث سنوات هي مدة سقوط، ومن ثم لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع، فهي تسري ضد جميع الأشخاص وفي جميع الحالات. ويجب على المسترد أن يثبت بالإضافة إلى واقعة السرقة أو الضياع أنه رفع دعواه خلال المدة المقررة قانونا، وإذا لم يرفع الدعوى خلالها سقط حقه في الاسترداد، وتعطل

الاستثناء، وطبق حكم القاعدة التي ورد عليها الاستثناء عندئذ، فيصبح الحائز مالكا استنادا إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز.

ثالثا: أثر الاسترداد

إذا توافرت الشروط السابقة كان للمالك أن يسترد المنقول من الحائز، ومعنى هذا أن الأخير فقد المنقول، ولكنه يستحق مقابلا لهذا الفقد، وأمام الحائز طريقان للحصول على هذا المقابل:

الطريق الأول: رجوع الحائز على من تصرف إليه، فإذا كان الحائز قد اشترى المنقول، فيكون له أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق تطبيقا للقواعد العامة.

الطريق الثاني: حصول الحائز على ثمن المنقول من المالك، ولقد نص على ذلك المادة 2/977 مدني حيث: فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجّل له الثمن الذي دفعه". فإذا كان الحائز قد اشترى المنقول بحسن نية من سوق أو مزاد علني أو من تاجر يتاجر في أمثال المنقول، فله أن يطلب من المالك الذي دفعه، ويكون للحائز حبس المنقول إلى حين استيفاء الثمن. ويقع على عاتق الحائز عبء اثبات أنه اشترى المنقول من الأماكن التي حددها النص.

المبحث الثالث

تملك الحائز الثمار

تمهيد:

القاعدة العامة هي أن ثمار الشيء حقا خالصا لمالكه، أو لمن يمنحه المالك حق الانتفاع بالشيء كالمنتفع أو المستأجر. فثمار الشيء تكون من توابعه؛ ومن ثم فهي لمالكه، وفي ذلك تنص المادة 804 مدني على أنه: لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك". وقد مر بنا أن الحائز قد يتملك الشيء بعدة طرق، فقد يتملك العقار أو المنقول بالتقادم الطويل، وقد يتملك العقار بالتقادم الخمسي، وقد يتملك المنقول تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. فإذا تملك الحائز الشيء فإن له الحق في ثماره باعتباره مالكا، ولا مجال للحديث عندئذ عن تملك الحائز للثمار. بيد أن تملك الحائز للشيء بإحدى الطرق الثلاث المشار إليها مرهون بتوافر شروط معينة، فإن لم تتوافر هذه الشروط، فمعنى هذا أن الحائز ليس مالكا، ومن ثم يكون لمالك الشيء أن يسترد ملكه، ومقتضى ذلك أن يسترد المالك مع الشيء ما يكون قد أنتجه الشيء من ثمار ومنتجات تطبيقا لنص المادة 804 مدني سالف الإشارة إليها، لكن المشرع خرج عن ذلك وأورد استثناء أجاز فيه للحائز أن يتملك الثمار التي قبضها أثناء حيازته.

وتقف وراء تملك الحائز للثمار اعتبارات العدالة والإنسانية، فالحائز حين تملك الثمار كان حسن النية يعتقد أنه له الحق في تملك هذه الثمار لكونه مالك الشيء أو صاحب حق عيني يخوله الحق في تملكها، فإن طالبناه بعد ذلك بردها فإننا نوقعه في حرج ونسبب له ضررا إذ غالبا ما يكون قد أنفق هذه الثمار،

فالفرض أنه يعتقد صاحب حق فيها. فالمشرع وكأنه وازن بين مصلحتين مصلحة الحائز حسن النية الذي يعتقد أن له الحق في الثمار، ومصلحة المالك المهمل الذي ترك ملكه تحت يد الحائز، فغلب مصلحة الأول على الأخير، فقضى بتملك الحائز للثمار.

وفارق بين الثمار والمنتجات. فالمنتجات هي ما تنتج عن الشيء بصفة غير منتظمة وتنتقص من أصله، كالأحجار التي تقتطع من المحاجر، أو البترول والمعادن التي تستخرج من باطن الأرض. أما الثمار فهي ما تنتج عن الشيء بصفة دورية ولا تنتقص من أصل الشيء، وهذه التفرقة لا أثر لها بالنسبة للمالك حيث يتملك الثمار والمنتجات. أما الحائز فقد قصر المشرع حقه في تملك الثمار دون المنتجات التي تبقى للمالك.

قد نظم المشرع تملك الجائز للثمار في المادتين 978 و979 مدني، حيث تنص المادة 978 مدني على أنه: 1- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية.

2- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً".

وتنص المادة 979 مدني على أنه: يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصّر في قبضها. غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار". ويظهر من هذه النصوص أن المشرع يقرر قاعدة تملك الحائز حسن النية الثمار في المادة 978 مدني، بينما يتناول مسئولية الحائز سيئ النية عن الثمار التي يقبضها أو يقصر في قبضها. ونتناول كل فرض في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول

قاعدة: تملك الحائز حسن النية الثمار

شروط تطبيق قاعدة تملك الحائز حسن النية الثمار:

يقرر المشرع في المادة 978 مدني قاعدة مفادها تملك الحائز حسن النية ثمار الشى الذي حازه، ويشترط لتطبيق هذه القاعدة توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: حيازة قانونية للشيء الذي يدر الثمار

يجب أن يكون الحائز حاز الشيء الذي يدر الثمار حيازة قانونية، أي يكون قد ظهر على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني الذي يخوله الحق في الثمار كالمنتفع. والحيازة المطلوبة هنا هي الحيازة القانونية أي التي يتوافر فيها الركنان المادي والمعنوي معا. وعلى ذلك فالحائز العرضي كالمستأجر ليس له الحق في تملك الثمار. مع ملاحظة أنه قد يكون تملك الثمار مصدره حق رتبه المالك للغير، كما هو الحال بالنسبة لمستأجر الأرض الزراعية، حيث يكون له أن يحصل على ما تغله الأرض، ومصدر حقه هذا ليس كونه حائزا قانونيا، فهو حائز عرضي، وإنما مصدر حقه عقد الايجار الذي به خوله المالك (المؤجر) الحق في الحصول على غلة الأرض.

الشرط الثانى: يجب أن يكون الحائز حسن النية

يشترط أن يكون الحائز حسن النية حتى يتملك الثمار، ويقصد بحسن النية هنا ذات المعنى الذي رأيناه عند دراسة التقادم الخمسي، أي يكون الحائز معتقدا أن له الحق في تملك الثمار، أي يعتقد أنه مالك الشيء أو صاحب الحق العيني الذي يخوله الحق في تملك الثمار، شريطة ألا يكون اعتقاده هذا قائما على خطأ جسيم،

وألا يكون قد اغتصب حيازة الشيء بالإكراه من غيره، حيث يتنافى هذا وحسن النية.

ويلزم توافر حسن النية وقت قبض الثمار، وذلك على عكس التقادم الخمسي حيث يشترط توافر حسن النية وقت تلقى الحق، وعكس قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حيث يجب توافر حسن النية وقت حيازة المنقول. أما هنا فحسن النية يشترط أن يتوافر وقت قبض الثمار. يترتب على ذلك أن الحائز يتملك الثمار التي قبضها وهو حسن النية غير عالم بأنه ليس له الحق في الثمار، أما إذا علم بأنه ليس له الحق في الثمار فمنذ هذه اللحظة يصبح سيئ النية ولا يكون له الحق في تملك الثمار. وحسن النية مفترض؛ وعليه فلا يطالب الحائز بإثبات حسن نيته، لكن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، حيث يجوز للمالك أن يثبت سوء نية الحائز وقت الثمار، وله اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات حيث ينصب الاثبات على وقائع مادية، وتعتبر مسألة تقدير توافر حسن النية من عدمه من المسائل التي يستقل بها قاضى الموضوع.

ويلاحظ أن المشرع لا يشترط في تملك الحائز للثمار شرط السبب الصحيح كما سبق أن اشترطه في التقادم الخمسي وقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ويرجع ذلك إلى أن السبب الصحيح متضمن في شرط حسن النية، حيث يعني حسن النية أن يعتقد الحائز أنه المالك، أي يعتقد أنه تملك الشيء بسبب من أسباب كسب الملكية، لكن لا يعنى هذا اشتراط توافر السبب الصحيح لتملك الحائز الثمار، فقد يستند الحائز في اعتقاده إلى سبب لا يعتبر سببا صحيحا وفقا لمفهوم السبب الصحيح الذي سبق دراسته، لكون ليس تصرفا قانونيا، وإنما واقعة مادية كالميراث، أو لكون السند باطلا بطلانا مطلقا، أو السند الظني الذي لا يقوم إلا في

مخيلة الحائز وحده. هذه السندات لا تمنع الحائز من تلك الثمار متى كان يعتقد اعتقادا تاما بحسن نية أن هذه السندات تعطيه الحق في تملك الثمار.

الشرط الثالث: قبض الثمار

يشترط لتملك الحائز للثمار أن يكون قد قبضها، وتتوقف طريقة قبض الثمار على نوعية الثمار، حيث تقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع:

1- الثمار الطبيعية: وهي التي تنتج بفعل الطبيعة، وليس لإرادة الانسان دخل فيها، كالكلاء، ونتاج الماشية.

2- الثمار المستحدثة أو الصناعية: وهي التي تكون للإنسان دخل في وجودها كمحصول الأرض الزراعية، وإنتاج المزارع السمكية.

3- الثمار المدنية: وهي الثمار التي تنتج بعمل قانوني كأجرة العقارات، وعوائد المدخرات في البنوك.

وطبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 2/978 سالفة الذكر فإن الثمار الطبيعية والمستحدثة تكون مقبوضة من يوم فصلها عن الأصل بفعل الحائز أو تابعيه. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوم حتى ولو لم يقبضها الحائز فعلا، فالاستحقاق اليومي للثمار المدنية يقوم مقام الانفصال بالنسبة للثمار الطبيعية والمستحدثة. وعلى ذلك لو كان الحائز قد أجر العقار الذي يحوزه لمدة ستة أشهر بإيجار شهري عشرة آلاف جنيه، معتقدا أنه ورث هذا العقار، وبعد ثلاثة أشهر علم بوجود وارث يحجبه، أي أصبح سيئ النية بالنسبة لتملك الثمار، فإنه لن يستحق من قيمة الايجار سوى ثلاثون ألف فقط هي ثمار العقار في الثلاثة أشهر الأولى وقت أن كان حسن النية، وهو يستحقها حتى وإن لم يتسلمها

فعلا من المستأجر، أما أجرة الثلاثة شهور التالية على علمه بوجود من يحجبه في الإرث، فلا يستحقها حتى وإن كان قد قبضها فعلا من المستأجر وعليه ردها.

المطلب الثاني

مسئولية الحائز سيئ النية عن الثمار

بينت المادة 979 مدني مسئولية الحائز سيئ النية حين نصت على أنه: يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصّر في قبضها. والحائز يكون سيئ النية في أكثر من فرض، فقد يكون سيئ النية منذ بداية حيازته للشيء الذي يجب عليه رده، وقد يكون حسن النية في بداية حيازته ولكت يصبح سيئ النية بعد بدأ الحيازة، كأن يعلم بأنه ليس له الحق في تملك الثمار، أي يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير، وأخيرا يكون الحائز سيئ النية منذ أن يعلن المالك الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى التي يرفعها عليه المالك لاسترداد الشيء.

ويسأل الحائز ليس فقط عن الثمار التي قبضها، وإنما تمتد مسئوليته لتشمل الثمار التي قصر في قبضها، ويقصد بها الثمار التي كان يقبضها المالك لو كان الشيء في حيازته.

ومتى أصبح الحائز مسئولا عن الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها، فإنها تشغل ذمته، ولا يسقط هذا الدين بالتقادم الخمسي على أساس أنه من الحقوق الدورية، وإنما يسقط بمضي خمس عشرة سنة تطبيقا لنص المادة 2/375 مدني والتي تنص على أنه لا يسقط الريع المستحق في ذمة الحائز سيء النية، إلا بانقضاء خمس عشرة سنة.

ومتى رد الحائز سيئ النية للمالك الثمار، أو رد قيمتها في حالة تعذر ردها، فإنه يكون على المالك أن يرد للحائز قيمة ما أنفقه في انتاج هذه الثمار، فغالبا ما ينفق الحائز مصروفات في سبيل تحصيل الثمار، كثمن البذور والسماد بالنسبة للأراضي الزراعية، فيكون له أن يرجع على المالك بها. وأساس التزام المالك برد ما أنفقه الحائز حتى لا يثري على حساب الأخير بلا سبب.

المبحث الرابع

حق الحائز في استرداد ما أنفقه على الشيء محل الحيازة ومسئوليته عن هلاكه

تقسيم:

يقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول استرداد المصروفات، وفي الثاني مسئولية الحائز عن الهلاك.

المطلب الأول

استرداد المصروفات

إذا لم تؤد الحيازة إلى كسب الملكية، واسترد المالك الشيء من الحائز، وكان الأخير قد أنفق على الشيء مصروفات وهو في حيازته، فإن له أن يستردها بضوابط معينة نصت عليها المادة 980 مدني. بيد أنه يجب بداية تحديد المقصود بالمصروفات التي ينطبق عليها حكم المادة 980 مدني. فليس المقصود بالمصروفات في نطاق تطبيق المادة 980 مدني ما ينفقه الحائز لإنشاء كيان جديد مستقل، فهذه تخضع لأحكام الالتصاق السابق دراستها حيث تطبق عليها إذ نصبح بصدد حالة البناء في أرض مملوكة للغير. كذلك لا يدخل في نطاق المصروفات التي يشملها نص المادة 980 مدني ما يكون الحائز قد أنفقه لأجل

الحصول على الثمار، فقد رأينا أن هذه تخضع لحكم تملك الحائز للثمار، بعبارة موجزة ما ينفق لإنشاء كيان جديد، أو للاستغلال لا ينطبق عليه حكم النص المذكور. لكن ما ينطبق عليه نص المادة 980 مدني هو المصروفات التي يكون الحائز قد أنفقها للحفاظ على الشيء الذي يحوزه من الهلاك، أو لمنفعته، أو لتحسينه وتجميله. وقد بين المشرع في المادة 980 مدني حكم هذه المصروفات وكيفية استردادها حيث نص على أنه: " 1- على المالك الذي يردّ إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية.

2 -أما المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين 924 و925.

3- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

يظهر من النص المتقدم أن المشرع ينظم كيفية استرداد المصروفات في ضوء نوع هذه المصروفات، وهي وفقا للنص ثلاثة:

1- المصروفات الضرورية: وهي المصروفات التي تنفق على الشيء للحفاظ عليه من الهلاك، كترميم المنزل، أو إصلاح الآلة. وهذه المصروفات يستردها الحائز ممن يسترد منه الشيء، سواء كان الحائز حسن النية أو سيئ النية، والعلة في ذلك أن هذه المصروفات ضرورية إن لم تنفق على الشيء لهلك، ولو كان الشيء في حيازة مالكه لأنفقها عليه.

2- المصروفات النافعة: هي المصروفات التي لا تكون ضرورية للشيء، لكنها نافعة له، كتسميد الأرض الزراعية لرفع انتاجيتها، أو صيانة وتحديث الآلة لرفع إنتاجيتها. وهذه المصروفات تخضع لأحكام المادتين 924 و925 مدني وهما

خاصتان بأحكام الالتصاق، وهذه تفرق بين الحائز حسن النية والحائز سيئ النية على نحو ما مر بنا.

3- المصروفات الكمالية: هي المصروفات التي تنفق على زخرفة الشيء وزينته، كطلاء الجدران وزخرفتها، وتركيب جهاز تتبع بالسيارة. وهذه لا يلتزم المالك بردها للحائز، حيث إن الأخير قد أنفقها لمتعته الشخصية، لكن يجوز للحائز أن ينزعها على أن يعيد الشيء إلى ما كان عليه إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها وعندئذ يدفع قيمتها مستحقة الازالة.

وإذا كان الحائز قد تلقى الشيء الذي استرده المالك من حائز سابق، أي أن الحائز الحالي تلقى الشيء من حائز سابق، وكان الأخير قد أنفق مصروفات على الشيء فللحائز الخلف أن يطالب المالك بهذه المصروفات، وفي ذلك تنص المادة 981 مدني بأنه: إذا تلقّى شخص الحيازة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنه أدّى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات فإن له أن يطالب بها المسترد.

كيفية الوفاء بالمصروفات:

بينت المادة 982 مدني كيفية تنفيذ المالك (المسترد) لالتزامه برد ما أنفقه الحائز من مصروفات حين نصت على أنه: يجوز للقاضي بناءً على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين. وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجّل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها.

المطلب الثاني
مسئولية الحائز عن هلاك الشيء

يفرق المشرع فيما يتعلق بمسئولية الحائز عن هلاك الشيء الذي يحوزه بين ما إذا كان الحائز حسن النية أم سيئ النية.

أولا: الحائز حسن النية

تنص المادة 983 مدني على أنه: " 1- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولاً قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع.

2- ولا يكون الحائز مسئولاً عمّا يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف". الحائز متى كان حسن النية فإنه يتملك الثمار كما سبق أن بينا، وبالإضافة لذلك فإنه بمقتضى النص المتقدم لن يكون مسئولا تجاه من يسترد من الشيء بأي تعويض نشأ بسبب انتفاعه بالشيء، وعلة ذلك أن الحائز حسن النية أي لا يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير، بعبارة أخرى يعتقد أنه مالك الشيء أو صحاب الحق العيني عليه، وعليه سيكون للحائز ما للمالك من حقوق على الشيء، فلا يطالب بتعويض عما يكون قد نشأ بسبب انتفاعه بالشيء.

والحائز متى كان حسن النية لن يكون مسئولا عن هلاك الشيء أو تلفه سواء كان الهلاك بخطأ منه أو بسبب أجنبي. إلا أنه إذا كان الحائز قد عادت عليه منفعة من هذا الهلاك أو التلف، كأن يكون الهلاك أو التلف بخطأ الغير، ورجع الحائز على الغير وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية وحكم له بتعويض، أو

يكون الشيء مؤمن عليه، وهلك والتزمت شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين، في هذه الحالة يكون مبلغ التعويض ومبلغ التأمين للمالك لا للحائز.

ثانيا: الحائز سيئ النية

بينت المادة 984 مدني حكم هذه الحالة حين نصت على أنه: إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يدّ من يستحقه".

إذا كان الحائز سيئ النية فإنه يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف حتى ولو كان الهلاك أو التلف ناشئا عن سبب أجنبي، فمسئولية الحائز تشمل مسئوليته عن خطئه ومسئوليته عن الهلاك أو التلف بسبب أجنبي، والعلة في تشدد المشرع مع الحائز في هذه الحالة أنه سيئ النية، أي يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير، مما كان يتعين عليه أن يرد الشيء إلى صاحبه، إذ ربما لو عاد الشيء لمالكه ما تعرض للهلاك أو التلف، لكنه يستمر في حيازته مع علمه بعدم احقيته في ذلك، فعليه أن يتحمل نتائج ذلك، لذلك كانت مسئولا ليس فقط عن الهلاك أو التلف بخطأ منه، بل أيضا يسأل عن الهلاك أو التلف ولو كان بسبب أجنبي. بيد أن الحائز يستطيع أن يدفع مسئوليته هذا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يدّ من يستحقه (مالكه).

***