بسم الله الرحمن الرحيم

(وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْمًا)(سورة طه – الاية ١١٤)

صدق الله العظيم

المسابقة البحثية لنقابة المحامين فى القانون المدنى لعام ٢٠١٧

عنوان البحث

الحيازة والملكية فى القانون المدنى المصرى وفقا للمستقر عليه فقهاً وقضاءً

عمل الباحث

محمود فاروق محمد حلمى

محام بالنقض والإدارية والدستورية العليا

باحث دكتوراه

ماجستير فى القانون من كلية الحقوق جامعة عين شمس

عضو اتحاد المحامين العرب

عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي

عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع

AL-FAROUK

(كلمة الباحث)

زملائى الاعزاء ،،،،،،،،،، تحية طيبة وبعد

المحامى ليس ألة او ناقل للنصوص القانونية ، فيدفع بها امام منصة القضاءِ ليذكر القضاء الجالس بها ، المحامى قبلِ ان يكون مدافعا عن الحق ، هو ساعياً للفقه القانونى ، فمدركاً له ، فعارفاً به ، ففقيهاً فيه ، وهو بالاضافة الى ماسبق مبدع فى فكره وعمله ، والعلم بالفقه القانونى هوالركن الركين والاساس المتين الذى بدونه لن يكون المحامى ملما بأدوات عمله ومبدعا فيه ، فالمحامون هم رجال القضاء الواقف، فلا قضاء دونهم ، ولا تحقيق للعدالة الا بهم ، فهم من شكل فكر الفقه القانونى للقضاء الجالس ولمن يشتغل بتدريسه ولمن يقوم بمهمة سن وتشريع القوانين ، وهم من اضاف الى الفقه القانونيِ الكثير والكثير ، وسيظل ذلك على الدوام ، فالعلم بالفقه القانونى ليس حكراً على القضاء الجالس أوالمشتغل بتدريسه او من يقوم بمهمة سن وتشريع القوانين ، بل هو الشغل الشاغل لرجال القضاء الواقف ومناط عملهم اليومى ، فأذا عرض عارض من العوارض كان الشغل الشاغل لهم فى التصدى والدفاع لصالح موكليهم ، فيتطور الفقه القانونى بتطور العوارض والمشكلات اليومية التى تعارضهم فى عملهم ، ولا أغالى حين اقول ان المبادى القانونية التى أرستها محاكمنا العليا لم تكن لتظهر الى حيز الوجود لولا اثارتها من رجال القضاء الواقف على منصات القضاء ، كما ان أختلاف أراء الفقهاء فى حل المشاكل الفقهية القانونية وتفسير النصوص القانونية وفهم مراد المشرع من سنها - ما كان ليكون كمادة علمية وبحثية لعمل المشتغلين بتدريس الفقه القانونى - لولا ظهور تلك المشكلات والعوارض فى الواقع العملى اليومى لرجال القضاء الواقف ، كما ان الباعث والدافع لسن وتشريع القوانين او تعديلها او الغائها ما كان ليحدث لولا ما اثاره رجال القضاء الواقف للمشاكل الناتجة من العوارض التى تصيب امن وسلامة المجتمع من جميع النواحى الاجتماعية والامنية والاقتصادية والقانونية والثقافية وغيرها فى ساحات القضاء ، لذا فأن رجال القضاء الواقف بالاضافة الى انهم يحملون لواء الدفاع عن الحق ضد الظلم ، هم ايضا من شكلوا ويشكلون وسيشكلون فكر الفقه القانونى فى الماضى والحاضر والمستقبل ، الذى بدونه لن يتمكن رجال القضاء الجالس وفقهاء القانون والمشرع من مباشرة عملهم

وفى النهاية

ان أخطأت فعلى خطئى

وان اصبت فمن فضل الله

واسأل الله ان ينفعنى وينفعكم بهذا البحث

لكم منى كامل التقدير والاحترام

مقدمـــــة

- الشـيء هـو أكثـر التصـاقا وأشـد ارتباطـا بـالحق العـيني منـه عـن الحـق الشخصـي ، فـالحق العـيني هـو (سـلطة قانونيـة مباشـرة علـى الشـيء محـل الحـق) ، ومـن ثـم يتصـل صـاحب الحـق بالشـيء اتصـالا مباشـرا دون وسـيط ، أمـا الحـق الشخصـي فعلاقتـه تقـوم بـين دائـن ومـدين ، قـد يكـون محلـها شـيئا ، ولكـن الـدائن لا يتصـل بالشـيء اتصـالا مباشـرا ، وإنمـا يتصـل بـه بوسـاطة المـدين ، وهـذا يجعـل الحـق العـيني – بخـلاف الحـق الشخصـي – يتركـز في الشـيء وينصـب عليـه انصـبابا مباشـرا ، والشـيء في نظـر القـانون هـو (مـا يصـلح أن يكـون محـلا للحقـوق الماليـة) ، فشـرط الشـيء إذن أن يكـون غـير خـارج عـن التعامـل ، أي قـابلا للتعامـل فيـه ، وتـنص المـادة (٨١) مـن القـانون المـدني المصـرى في هـذا الصـدد علـى مـا يلـى (١ – كـل شـيء غـير خـارج عـن التعامـل بطبيعتـه أو بحكـم القـانون يصـح أن يكـون محـلا للحقـوق الماليـة ٢ – والأشـياء الـتي تخـرج عـن التعامـل بطبيعتهـا هـي الـتي لا يسـتطيع أحـد أن يسـتأثر بحيازتهـا ، وأمـا الخارجـة بحكـم القـانون فهـي الـتي لا يجيـز القـانون أن تكون محلا للحقوق المالية)(١)

والشـيء فـى القـانون المـدنى المصـرى لابـد ان يكـون مقومـا بالمـال ، ويـدخل بطبيعتـه فـى دائـرة التعامـل بـين الافـراد حتـى يكـون محـلا للحقـوق العينيـة الاصـلية ، والتـى محلـها حـق (الملكيـة) ، والحقـوق المتفرعـة عنـه (كحـق التصـرف ، وحـق الانتفـاع ، وحـق الاسـتغلال ، وحـق الارتفـاق) ، والحقـوق العينيـة الاصـلية تختلـف بطبيعتهـا عـن الحقـوق العينيـة التبعيـة (كـالرهن الرسمـى ، والـرهن الحيـارى ، وحـق التخصـيص ، وحـق الامتيـاز) لأنهـا تتبـع الحـق ولا تنشـئه ، لـذلك اطلـق عليهـا الحقـوق العينيـة التبعيـة ، ولمـا كانـت الملكيـة هـى فـى الاسـاس حـق ، والحـق (وفقـا للنظريـة الحديثـة فـى الفقـه) (هـو الاسـتئثار الـذي يقـره القـانون لشـخص مـن الأشـخاص ، ويكـون لـه بمقتضـاه سـلطة التسـلط علـى شـيء معـين ، أو اقتضـاء أداء معـين مـن شـخص لآخـر) ، فكانـت الملكيـة مصـونة بحمايـة الدسـتور المصـرى ، والقـانون المـدنى المصـرى حصـر أسـباب كسـب الملكيـة فـى سـبعة اسـباب وهـى (الاسـتيلاء ، والوصـية ، والمـيراث ، والعقـود ، والشـفعة ، والالتصـاق ، والحيـازة) ، وبنـاء علـى مـا تقـدم قـد يـتم اكتسـاب الحـق العـيني بالحيـازة وحـدها ، وقـد يحتـاج في بعـض الحـالات إلى شـروط أخـرى أهمهـا مضـى مـدة مـن الـزمن علـى هـذه الحيـازة ، وهـذا مـا يطلـق عليـه اصـطلاح التقـادم المكسـب طبقـا لـنص المـادة (٩٦١) مـن القـانون المـدنى المصـرى والتـى تـنص علـى ان(مـن حـاز عقـار واسـتمر حـائزا لـه سـنة كاملـة ثـم وقـع لـه تعـرض فـى حيازتـه جـاز أن يرفـع خـلال السـنة التاليـه دعـوى بمنـع هـذا التعـرض) ، وواضـح إن العنصـر المشـترك في اكتسـاب الحـق هـو الحيـازة ، فلابـد مـن توافرهـا سـواء كانـت كافيـة وحـدها لاكتسـاب الحـق ، أم كـان مـن الواجـب انضـمام عناصـر أخـرى إليهـا ، لـذلك سنشـرع في البحـث وفقـا لخطـة البحث الآتية :-

---

(١)(د/عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – طبعة ١٩٥٢ – دار النشر للجامعات المصرية - ج ٨ – ص ٤)

(خطـــــة البحـــــث)

(القسم الاول)

مفهوم الحيازة وتعريفها ودورها فى الآثبات

(الباب الاول)

النظرية العامة للحيازة وأركانها

الفصل الاول :- الركن المادى للحيازة

الفصل الثانى :- الركن المعنوى للحيازة

الفصل الثالث :- الفرق بين الحيازة العرضية والحيازة الحقيقة

الفصل الرابع :- تحول الحيازة من حيازة عرضية الى حيازة حقيقة

(الباب الثانى)

كسب الحيازة وفقدها وإثباتها والعلاقة بين الحائز والمالك

الفصل الاول :- كسب الحيازة

الفصل الثانى :- فقد الحيازة

الفصل الثالث :- أثبات الحيازة

الفصل الرابع :- العلاقة بين الحائز والمالك

(القسم الثانى)

حق الملكية بوجه عام

(الباب الاول)

فى التعريف بحق الملكية وخصائصه وعناصره

الفصل الأول :- التعريف بحق الملكية وعناصره

الفصل الثانى :- خصائص حق الملكية

(الباب الثانى)

نطاق حق الملكية

الفصل الأول :- ملكية الشيء بجميع أجزائه

الفصل الثاني :- ملكية الملحقات

المبحث الأول :- تملك الثمار

المبحث الثاني:- أضافة الملحقات للملك أو الالتصاق

المطلب الاول :- التصاق العقار بالعقار - الالتصاق الطبيعي

المطلب الثانى :- التصاق المنقول بالعقار - الالتصاق الصناعى بالعقار

المطلب الثالث :- التصاق المنقول بالمنقول

(الباب الثالث)

القيود التى ترد على حق الملكية

الفصل الاول :- القيود الوارة على حق التصرف

الفصل الثاني :- القيود الواردة على الاستعمال والاستغلال

المبحث الأول :- التزامات الجوار- مضار الجوار غير المألوفة

المبحث الثانى:- القيود الناشئة من التلاصق في الجوار

(الباب الرابع)

بعض صور الملكية

الفصل الأول :- الملكية الشائعة

المبحث الأول :- أستعمال المال الشائع وادارته

المبحث الثانى :- التصرف في المال الشائع

المبحث الثالث :- حق أسترداد الحصة الشائعة

المبحث الرابع :- أنقضاء الشيوع

المبحث الخامس :- الشيوع الاجبارى

الفصل الثانى :- ملكية الأسرة

الفصل الثالث :- ملكية الطبقات

الفصل الرابع :- الملكية الأدبية والفنية

(الباب الخامس)

حماية حق الملكية

AL-FAROUK

(القسم الثالث)

دور الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية

(الباب الأول)

قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك

الفصل الاول :- فى ماهية قاعدة الحيازة فى المنقول .

الفصل الثانى:- شروط تطبيق القاعدة .

الفصل الثالث:- عن آثار قاعدة الحيازة فى المنقول .

المبحث الاول :- قاعدة الحيازة بأثرها المكسب .

المبحث الثانى :- الاثر المسقط لقاعدة الحيازة .

المبحث الثالث :- حكم المنقولات المسروقة .

(الباب الثانى)

تملك الثمار بالحيازة

(نتيجة البحث)

(رأى الباحث)

(تطبيقات قضائية للحيازة والملكية طبقا لاحكام محكمة النقض المدنى المصرية)

(خاتمة)

(المراجع)

AL-FAROUK

(القسم الاول)

(مفهوم الحيازة وتعريفها ودورها في الإثبات)

تعريف و معنى الحيازة فى معجم المعانى الجامع :-

(حِيازة) هى (اسم) و(مصدر) (حازَ) و(فعل)(حازَ) ، فيقال حازَ على يَحوز ، حُزْ ، حَوْزًا وحِيازةً ، فهو حائز ، والمفعول محوز ، ويقال حاز الشَّيءَ أى حاز على الشَّيء (ضمّه وملكَه أى حصل عليه ونالَه) ، وحيازة الرجل هى ما في حَوْزَتِه من مال أو عَقارٍ(٢)

تعريف الحيازة فى اللغة :-

الحيازة (بكسر الحاء) في اللغة هى (مصدر)(حاز) ، وتطلق في اللغة على عدة معان منها :-

أولاً:- بمعنى (الجمع والتجمع) ، يقال لكل مجمع وناحية حوز وحوزة.

ثانياً:- بمعنى (الضم) ، فكل من ضم شيئاً إلى نفسه فقد حازه ، وحوز الدار وحيزها هو ما انضم إليها من المرافق والمنافع.

ثالثاً:- بمعنى (الملك) ، يقال حازه يحوزه إذا ملكه وقبضه واستبد به ، وحُزت الأرض إذا أعلمتها وأحييت حدودها.

رابعاً:- بمعنى (العدول أو الميل إلى جماعة أو قوم واللجوء إليهم) ، ومنه قوله تعالى (وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ)(سورة المائدة الاية ٥١) ، اى صار مائلاً عن جماعة المسلمين فأنحاز وعدل عنهم ، وانحاز القوم أى تركوا مركزهم إلى آخر.

والذي يتناسب من هذه المعاني مع المعنى الاصطلاحي المعنيان الثاني والثالث ، وإن كان بينهما تداخل ، ووجه ذلك أن الشيء الذي وُضعت اليد عليه قد ضُم إلى صاحب اليد فحازه وصار تحت حيازته ، وقد يصير ملكاً له.

تعريف الحيازة فى الفقه الإسلامى :-

للحيازة عند الفقهاء معنيان ، هما:-

المعنى الأول :- إطلاق الحيازة على كل ما يضع الإنسان يده عليه ، ويتصرف فيه سواء كان مالكاً له أو مأذوناً له فيه من مالكه كالمستأجر ، والمستعير ، والمرتهن ، ونحوهم ، وسواء كان بحق ، أو بغير حق والحيازة بهذا المعنى ترادف مصطلح (القبض) ، وبناء على هذا المعنى يمكن تعريف الحيازة اصطلاحاً بأنها (وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه) وهذا المعنى هو الشائع عند عامة الفقهاء – عند الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وبعض المالكية – حيث لم ترد

---

(٢)(- موقع المعانى لكل رسم - المعاجم العربية- مسحوب من الانترنت - http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9)

لفظة الحيازة كمصطلح فقهي له ضوابطه ومعناه الخاص الزائد عن المعنى اللغوي إلا عند فقهاء المالكية ، كما سنبيّنه في المعنى الثاني.

المعنى الثاني :- قصر الحيازة على نوع خاص من أنواعها ، ألا وهي الحيازة بقصد التملك ، وذلك بأن يتصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف المالك

وبناء على هذا المعنى يمكن تعريف الحيازة بأنها (وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه)

وهذا المعنى لم يطلق عليه لفظ (الحيازة) إلا فقهاء المالكية ، وبعض المتأخرين من الحنابلة ، أما باقي المذاهب فقد أطلقت على هذا المعنى لفظ (اليد) ، ويُلاحظ أنه قلّ من الفقهاء من تعرض لتعريف الحيازة ، لذلك فأننا لن نستعرض أقوال ونصوص الفقهاء التي تدل على المعنى المراد ، لان مجال بحثنا ليس تعريف الحيازة في الفقه الاسلامى ، لذلك نستعرض فقط التعريف الراجح للحيازة في الفقه الإسلامي الذي ذكره المالكية في كتبهم وهو (وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه).

ولما كان الانتفاع بالشئ محل الحق العيني الأصلي يتطلب إن يكون هذا الشئ في حيازة صاحبه ، أي تحت سيطرته ، بحيث يمكنه إن يستعمله و يستغله ويتصرف فيه ، فمن يملك الشئ ملكية تامة لابد من إن يحوزه حتى يستطيع الحصول على منافعه ، وصاحب حق الانتفاع لا يمكنه إن يستعمل الشئ محل حقه أو إن يستغله دون إن يكون الشئ في حيازته ، كذلك الأمر بالنسبة لحقوق الاستعمال والسكنى ، وقد جعل القانون للحيازة دورا هاما في مجالين متصلين بالحقوق العينية الأصلية وهو إثبات هذه الحقوق وكسبها.

تعريف الحيازة بمعناها العام في القانون المدنى المصري :-

الحيازة بمعناها العام فى القانون المدنى المصرى هى (وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق) (٣)

دور الحيازة في الإثبات :-

نص القانون المدني في المادة (٩٦٤) منه على أن (من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه ، حتى يقوم الدليل على العكس) ومفاد هذا النص انه يحدد عبء الإثبات في الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية ، إذ يعطى للحائز مركز المدافع المدعى عليه ، بحيث لا يلتزم بإثبات أن حيازته تستند إلى حق على الشئ ، فيكفى منه إثبات أن حيازته مستوفية للشرائط القانونية ، أما غير الحائز فيأخذ مركز المدعى المكلف بإثبات ما يدعى ، فإذا كان يدعى الحق لنفسه فعليه عبء أثبات ما يدعيه ، وإذا كان ينكر الحق على الحائز فعليه إن يثبت ذلك ، ويقال عادة إن المادة(٩٦٤) من القانون المدني المصرى تتضمن قرينة قانونية، إذ تجعل الحيازة قرينه على الملكية أو الحقوق العينية الأخرى (٤) وتكون المادة بهذا المعنى استثناء من القاعدة العامة في الإثبات .

---

(٣)(مسحوب من الانترنت - رسالة دكتوراه / فهد بن على الحسون : - أحكام دعاوى الحيازة في نظام المرافعات الشرعية- http://dr-alhassun.blogspot.com.eg/2015/05/blog-post.html)

(٤)(وقد وردت هذه الفكرة في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني انظر مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٦ - ص ٤٤٧ ، ص ٤٨٣)

ويرى آخرون أن عدم مطالبة الحائز بإثبات حقه ، وافتراض هذا الحق لديه مجرد تطبيق للقاعدة العامة في الإثبات التي تجعل عبء الإثبات على من يدعى خلاف الأصل ، في حين إن من يتمسك بهذا الأصل لا يكون مطالبا بإثباته ، ذلك إن الأصل في الحائز إن يكون هو صاحب الحق ، ولذلك فلا يلتزم الحائز بإثبات وجود حقه ، بل يقع على من يدعى انتفاء حق الحائز إن يثبت ما يدعيه ، فان عجز رفض ادعاؤه دون إن يعنى ذلك إن الحق ثابت للحائز فعلا [٥] .

وتنطبق قاعدة افتراض الحق لدى الحائز على حيازة العقارات والمنقولات على السواء ، ويستفيد منها صاحب الحق الذي يعجز أو يصعب عليه إثبات حقه لو القي عبء الإثبات عليه ، كما لو تسلم شخص شيئا بمقتضى هبة يدوية أو بيع بمقتضى عقد مشافهه ، فمثل هذا الشخص قد يعجز عن إثبات ملكيته للشئ الموهوب له أو المبيع إذا ما تم مطالبته بذلك ، أما لو افترضنا ملكيته لهذا الشئ نتيجة حيازته له ، فانه يقف موقف المدافع ولا يلتزم بإثبات هذه الملكية ، ويقع على خصمه الذي ينكر عليه تلك الملكية إن يثبت ما يدعيه .

دور الحيازة في كسب الحقوق العينية :-

اعتبر القانون الحيازة مصدرا من مصادر كسب هذه الحقوق وبصفة خاصة حق الملكية ، وقد تؤدى حيازة الشئ إلى كسب حق الملكية عليه فورا دون حاجة إلى استمرار الحيازة مدة معينة ، ويتحقق ذلك إذا كان الشئ منقولا لا مالك له (الاستيلاء) ، أو أذا استندت حيازته إلى سبب صحيح وكان الحائز حسن النية - المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصرى.

وقد يشترط لاكتساب الملكية بالحيازة مضى مدة معينة (التقادم المكسب) قد تكون خمس سنوات كما هو الحال بالنسبة لاكتساب الحائز حسن النية ملكية العقار الذي يحوزه مستندا إلى سبب صحيح – المادة (٩٦٩) من القانون المدني المصرى .

وقد تكون خمسة عشر سنة ، وذلك إذا كان الحائز سيئ النية أو لا يستند في حيازته إلى سبب صحيح سواء كان الشئ المحوز منقولا أو عقار - المادة (٩٦٨) من القانون المدنى المصرى ، وسوف نعرض بالتفصيل فى القسم الثالث من هذا البحث دور الحيازة كسبب او كمصدر من مصادر كسب الحقوق العينية

حماية الحيازة في حد ذاتها :-

ونظرا لأهمية النتائج المترتبة على الحيازة ، ولان الاعتداء على الحيازة يشكل تهديد للأمن والسلام داخل المجتمع ، فقد عمد الشارع إلى حماية الحيازة في حد ذاتها ، فأعطى للحائز الذي يشكو من الاعتداء على حيازته ثلاث دعاوى يستطيع إن يقيمها على المعتدى حسب نوع الاعتداء ، وهذه الدعاوى هي :-

١ -دعوى استرداد الحيازة :- وتكون إذا انتزعت الحيازة من صاحبها .

٢ -دعوى منع التعرض :- وترفع إذا تعرض احد للحائز بفعل من شأنه منعه من الاستفادة من الشئ مع بقاء الحيازة للحائز .

دعوى وقف الإعمال الجديدة – وترفع إذا شرع الغير في القيام بأعمال جديدة من شأنها لو تمت إن تهدد حيازة للحائز ، ويستطيع الحائز إن يلجأ إلى أي دعوى من الدعاوى السابقة استنادا إلى مجرد حيازته للشئ دون إن يطالب بإثبات وجود حق له على هذا الشئ ، وبالتالي يستطيع الحائز إن يرفع دعاوى الحيازة ولو لم يكن له أي حق على الشئ .

---

(٥)(د/عبد المنعم فرج الصدة – حق الملكية – الطبعة الثالثة - سنة ١٩٦٧- ص ٧٧٧ - رقم ٣٧٢)

وعلى ذلك إذا أحرز شخص شيئا وحازه بدون حق ، وتوافرت في حيازته الشروط التي يتطلبها القانون لحماية الحيازة ، فلا يكون لمالك الشئ أن يعمد إلى انتزعه من الحائز ، لأنه إن فعل كان للحائز إن يقيم عليه إحدى دعاوى الحيازة لكي يوقف هذا الاعتداء ، فوسيلة المالك لاسترداد الشئ المملوك له هي الدعوى العينية وهى (دعوى الحق ألمسماه بدعوى الاستحقاق) ، وإذا كان هذا الحكم يبدو في نظر البعض غير مقبول ، لما يترتب عليه من توفير حماية للمغتصب ، فيجب إن يلاحظ إن الهدف منه هو توفير الأمن داخل المجتمع ، ومنع الإفراد من الحصول على حقوقهم بأنفسهم ، كما يجب ملاحظة إن الفروض التي يكون فيها الحائز مغتصبا ، هي فروض قليلة إذ الغالب إن يكون الحائز صاحب حق على الشئ المحوز ، فتعمل دعاوى الحيازة على حمايته ، مهيأة له بذلك وسيلة أسهل وأسرع من دعاوى الحق ، وبذلك تعمل دعاوى الحيازة على حماية الملاك عن طريق غير مباشر

AL-FAROUK

(الباب الأول)
(النظريـــــة العامـــــة للحيـــــازة)

تعريـــف الحيـــــازة :-

هـــي وضـــع مـــادي يســـيطر بـــه شـــخص علـــى شـــئ يجـــوز التعامـــل فيـــه ، ســـيطرة فعليـــة معتبـــرا نفســـه صـــاحب الحـــق عليـــه ، ومـــن هـــذا التعريـــف يمكـــن اســـتخلاص خصـــائص الحيازة ما يلي :-

١- الحيـــــازة وضـــــع مـــــادي - فقوامهـــا الســـيطرة الفعليـــة علـــى الشـــئ دون نظـــر إلـــى منشـــأ هـــذه الســـيطرة ، فقـــد تســـتند الســـيطرة علـــى الشـــئ إلـــى حـــق عينـــي عليـــه كحـــق ملكيـــة ، وقـــد لا تســـتند إلـــى حـــق مـــا ، كمـــا فـــي حالـــة ســـارق المنقـــول ، ومغتصـــب العقـــار حيث تتوافر لكل منهما السيطرة الفعلية على الشئ المسروق أو المغتصب .

٢- محـــــل الحيـــــازة شـــيءٍ مـــــادي يجـــــوز التعامـــــل فيـــــه - فـــلا يجـــوز إن تـــرد الحيـــازة علـــى شـــئ خـــارج عـــن دائـــرة التعامـــل ، وينطبـــق ذلـــك علـــى الأشـــياء العامـــة أي الأشـــياء المملوكـــة للدولـــة والمخصصـــة للمنفعـــة العامـــة ، فهـــذه الأشـــياء تخـــرج عـــن مجـــال الحيـــازة بحســـب الأصـــل ، ولـــو حـــدث إن وجـــدت تحـــت الســـيطرة الفعليـــة لشـــخص فلـــن يترتـــب علـــى ذلـــك اى اثـــر قـــانوني ، وقـــد يكـــون الشـــئ داخـــلا فـــي دائـــرة التعامـــل ومـــع ذلـــك لا يجـــوز تملكـــه عـــن طريـــق الحيـــازة ، وهـــذا هـــو حكـــم الأشـــياء المملوكـــة للدولـــة ملكيـــة خاصـــة ، إذ لا تجيـــز – المـــادة (٩٧٠) مـــن القـــانون المـــدني المصـــرى - تملكهـــا عـــن طريـــق الحيـــازة رغـــم جـــواز التعامـــل فيهـــا بصـــفة عامـــة [٦] ، ويجـــب أن يكـــون محـــل الحيـــازة شـــيئا ماديـــا ، فالأشـــياء غيـــر الماديـــة كالإنتـــاج الـــذهني للأدبـــاء والمفكـــرين والاختراعـــات والإلحـــان لا تكـــون محـــلا للحيـــازة ، لأنهـــا لا يمكـــن الســـيطرة عليهـــا ســـيطرة فعليـــة اســـتقلالا عـــن اى حـــق ، كـــذلك لا تـــرد الحيـــازة علـــى الأشـــياء التـــي ينظـــر إليهـــا كمجمـــوع قـــائم بذاتـــه ومســـتقل عـــن العناصـــر الداخلـــة فـــي تكوينـــه ، كالمحـــل التجاري المكون من عناصر مادية ومعنوية وكالتركة في مجموعها

٣- لا تتحقـــق الحيـــــازة إلا بالنسبـــــة للحقـــــوق العينيـــــة – وعلـــى ذلـــك فـــان اتجـــاه إرادة الشـــخص إلـــى كســـب حـــق شخصـــي (حـــق دائنيـــه) والظهـــور بمظهـــر الـــدائن لا يجعـــل منـــه حـــائزاً ، ولـــذلك فـــان مـــا يقـــال عـــادة عـــن حيـــازة الـــديون أو الحقـــوق الشخصـــية قـــول غيـــر دقيـــق [٧] فظهـــور الشـــخص بمظهـــر الـــدائن لا يجعـــل منـــه دائنـــا ظـــاهراً لا حـــائزاً ، وتختلـــف الآثـــار المترتبـــة علـــى الظهـــور بمظهـــر الـــدائن عـــن آثـــار الحيـــازة ' فظهـــور الشـــخص بمظهـــر الـــدائن لا يجعـــل منـــه دائنـــا حقيقيـــا مهمـــا طـــال الـــزمن علـــى هـــذا المظهـــر ، وبالتـــالي فـــلا يكـــون للـــدائن الظـــاهر إن يطالـــب المـــدين بوفـــاء الـــدين إليـــه ، وكـــل مـــا يترتـــب علـــى الظهـــور بمظهـــر الـــدائن انـــه إذا قـــام المـــدين بوفـــاء الـــدين إلـــى الـــدائن الظـــاهر بحســـن النيـــة اى معتقـــدا انـــه الـــدائن الحقيقـــي ، فـــان ذمتـــه تبـــرأ بهـــذا الوفـــاء ، فـــلا يكـــون للـــدائن الحقيقـــي إن يطالبـــه بالوفـــاء لـــه مـــرة أخـــرى ، ولكـــن يكـــون لهـــذا الـــدائن إن يرجـــع على الدائن الظاهر الذي استوفى الدين مطالبا برد ما استوفاه .

وتتطلـــب الحيـــازة تـــوافر عنصـــر أو ركنـــين أساســـين وهمـــا عنصـــر أو ركـــن مـــادي وعنصـــر أو ركـــن معنـــوي ، وســـوف نعـــرض لكـــل عنصـــر او ركـــن فصـــل علـــى النحـــو التالى :-

---

(٦)(نقض مدني في ٩-١١-١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض المدنى المصرى فى ٢٥ عاما – مجموعة ٢٨ - ص ١٦٣٩)

(٧)(المادة ٣٣٣ من القانون المدني ، مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى - مجموعة الإعمال التحضيرية - ج٦ - ص ٤٥٠ - حيث تقول انه تجوز حيازة الحقوق الشخصية)

(الفصل الأول)
(الركـــن المادي للحيـــازة)

العنصـــر المادي للحيـــــازة :-

هـو قيـام الشـخص بإعمـال ماديـة علـى الشـئ مماثلـة للإعمـال التـى يقـوم بهـا صـاحب الحـق العينـي عليـه ، أمـا الإعمـال أو التصـرفات القانونيـة فـلا تكفـى وحـدها لتـوفير العنصـر المـادي للحيـازة ، وعلـى ذلـك فقيـام الشـخص ببيـع الشـئ أو برهنـه أو بتـأجيره كمـا لـو كـان مملوكـا لـه لا يـوفر السـيطرة الماديـة عليـه ، وبالتـالي لا يكفـى لتحقيـق العنصـر المـادي للحيـازة وتختلـف الأعمـال الماديـة بـاختلاف طبيعـة الأشـياء وبـاختلاف الحقـوق العينيـة ذاتهـا ، فـإذا كـان الشـئ أرضـا زراعيـة وكـان الشـخص يعتبـر نفسـه مالكـا لهـذه الأرض فيجـب لاعتبـاره حـائزا لهـا يجـب إن يقـوم بمباشـرة الإعمـال الماديـة التـي يباشـر هـا عـادة مالـك الأرض الزراعيـة كـالحرث وبـذر التقـاوي واقـتلاع الحشـائش وروى الـزرع وتسـميده وأخيـرا حصـد المحصـول أو جنيـه عنـد نضـجه ، وإذا كـان الشـخص يعتبـر نفسـه صـاحب حـق ارتفـاق بـالمرور علـى الأرض فـان العنصـر المـادي للحيـازة يتـوافر إذا كـان يقـوم بـالمرور خـلال موضـع معـين مـن هـذه الأرض فـي الأوقـات التـي يحتـاج فيهـا إلـى هـذه المـرور وقـد يحتـاج تـوفر العنصـر المـادي إلـى إحـراز الشـيء إحـرازا ماديـا ، ويكـون ذلـك أذا تعلـق الأمـر بحيـازة حـق ملكيـة او حـق انتفـاع علـى الشـئ ، إذ لا يمكـن الاسـتفادة مـن الشـئ والحصـول علـى منافعـه إلا بـإحرازه ، وقـد لا يحتـاج وجـود العنصـر المـادي إلـى إحـراز الشـئ ، وذلـك إذا كـان الحـق محـل الحيـازة لا يخـول لصـاحبه الحصـول علـى كـل منـافع الشـئ ، كمـا هـو الأمـر بالنسـبة لحـق الارتفـاق ، فمالـك العقـار المخـدوم لا يحتـاج فـى مباشـرة حقـه الـى احـراز العقـار الخـادم لان حقـه لا يخولـه الحصـول علـى كـل منـافع العقـار، ولـذلك فـلا يشـترط لاعتبـار الشـخص حـائزا لحـق ارتفـاق إن يحـرز العقـار المرتفـق بـه (الخـادم) ، فيكفـى إن يقـوم هـذا الشـخص بالأعمـال التـى يخولهـا لـه حقـه علـى العقـار المملـوك بقاء هذا العقار تحت يد مالكه .

ولا يتطلـب العنصـر المـادي للحيـازة ان يكـون الحـائز واضـعا يـده علـى الشـئ فـى كـل الأوقـات ، فيكفـى إن يقـوم الشـخص باسـتعمال الشـئ كمـا يسـتعمله عـادة صـاحب الحـق عليـه ، اى إن يقـوم بمباشـرة الاعمـال الماديـة علـى الشـئ فـى الاوقـات التـى يلـزم فيهـا القيـام بمثـل هـذه الاعمـال للحصـول علـى منـافع الشـئ ، وبعبـارة أخـرى إن تباشـر هـذه الاعمـال بانتظـام كمـا يباشـرها عـادة صـاحب الحـق ، وتقـدير مـا إذا كـان الشـخص يباشـر الإعمـال الماديـة علـى الشـيئ بانتظـام أم لا ، يتوقـف علـى الحـق موضـوع الحيـازة ، هـل هـو حـق أخـر ؟ كارتفـاق مـثلا ، وعلـى طبيعـة الشـيئ ، هـل هـو عبـارة عن ارض زراعية أم ارض فضاء أم بناء معد للسكنى ، أم سيارة ؟ وهكذا.....

فـإذا كـان الشـيء عبـارة عـن ارض زراعيـة وكـان الشـخص يعتبـر نفسـه مالكـا لـه ، فيجـب إن يباشـر علـى هـذه الأرض الإعمـال الماديـة التـي يباشـرها مالـك الأرض الزراعيـة للحصـول علـى غلتهـا ، فيحرثهـا ويقـوم ببـذر التقـاوي بهـا ويرويهـا ونـزع الحشـائش الضـارة منهـا كـل ذلـك فـي الأوقـات المتعـارف عليهـا لزراعـة كـل محصـول ، ولا يمنـع مـن تـوافر العنصـر المـادي للحيـازة إن تتـرك الأرض بعـد ريهـا مـثلاً عـدة أيـام أو عـدة أسـابيع دون أن يباشـر فيهـا أي عمـل إذا كـان المحصـول المـزروع فيهـا لا يحتـاج إلـى اى عمـل ، إمـا إذا كانـت مباشـرة الاعمـال الماديـة علـى الارض لا تـتم بانتظـام ، وكـان الشـخص يقـوم بحرثهـا واعـدادها لزراعـة محصـول معـين ثـم يتـرك موعـد زراعـة هـذا المحصـول ينقضـى دون إن يزرعـه ، أو كـان الشـخص يقـوم ببـذر

التقاوى ثم يهمل فى ريها حتى تموت ، أو كان يزرع الارض فى بعض المواسم دون مواسم أخرى ، ففي جميع هذه الامثلة التى يترك فيها الشخص الشيء لفترات طويلة دون اى عمل يمارسه عليه رغم ان الانتفاع به يحتاج الى القيام ببعض الإعمال فلا يتوافر العنصر المادي للحيازة ، ولا يعتبر الشخص حائزاً ، ويعبر بعض الشارح عن انتفاء الحيازة لهذا السبب بان الحيازة تكون موجودة ولكنها معيبة بعيب عدم الاستمرار او التقطع [٨] ، والواقع ان القول بوجود الحيازة مع التسليم بعدم ترتيب اثر عليها لوجود عيب بها يعنى فى الواقع ان الحيازة غير موجودة [٩]

الحيازة لا تقوم على الإعمال المباحة :-

ويلاحظ انه يشترط إن تكون السيطرة المادية على الشئ سيطرة متعدية أي تمس بحقوق الغير ، فإذا لم يكن في الإعمال التي يقوم بها الشخص على الشيئ أي مساس بحقوق الغير فأنها لا توفر العنصر المادي للحيازة ، ويتحقق ذلك إذا كانت الإعمال التي يباشرها الشخص مما يرخص له بها القانون ويبيحها له ، وعلى ذلك إذا قام مالك بناء بفتح منور في ملكه ، فان هذا العمل لا يكسبه حق ارتفاق بالمطل علي عقار جاره مهما طال به الزمن ، فيكون للجار إن يبني في ملكه ولو أدي بناؤه إلي سد هذا المنور ، وذلك لان فتح المناور عمل يبيحه القانون ، فمباشرته لا تتضمن إي تعدي علي ملك الجار، كذلك فان مالك البناء الذي يجاور ارض فضاء يتمتع بالضوء والهواء لعدم وجود بناء علي ارض جاره ، ولكن ذلك لا يجعل منه حائزا لحق ارتفاق علي ارض الجار مقتضاه عدم قيام الجار بالبناء علي أرضه لان فعل مالك البناء(التمتع بالضوء والهواء) لا يتضمن إي اعتداء علي ملك جاره، فهو عمل مباح، وفي ذلك تذهب المادة (١/٩٤٩) من القانون المدني المصرى الى ان(لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات)

الحيازة بالواسطة :-

لا يشترط إن يباشر الحائز الاعمال المادية الموفرة للعنصر المادي للحيازة بنفسه فيجوز ان يباشرها بواسطه غيره ، إي بواسطة شخص يقوم بتلك الإعمال باسم الحائز ، ويكون متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة – المادة (١/٩٥١) من القانون المدني المصرى - وهذا هو وضع التابع والنائب عموما [١٠] ، فمن يعهد بسيارته إلي سائق ليقودها ، يعتبر هو الحائز لا السائق ، فهو يباشر سيطرته المادية علي السيارة بواسطه السائق وهو تابع له ، وصاحب العمل الذي يسلم العامل بعض المواد والادوات لاستخدامها في اداء عمله ، تكون حيازة هذه المواد والادوات له ، وليست للعامل ، لان العامل يستخدم هذه الاشياء باسم صاحب العمل ، ويخضع لاوامره وتعليماته فى هذا الاستخدام ، فيكون عبارة عن تابع يباشر صاحب العمل سيطرة على الشئ بواسطته ، وفى حالة تأجير الشئ يعتبر المؤجر حائزا بواسطة المستأجر الواضع يده فعلا على الشئ [١١] .

وجوب انتفاء الإكراه والخفاء عن إعمال الحائز :-

لا يكفى لتوافر العنصر المادى للحيازة ان يباشر الشخص الاعمال المادية التى يباشرها عادة صاحب الحق علي الشئ عندما يريد الحصول علي منافعه ، بل يجب فضلا عن ذلك ان تتم مباشرة هذة الاعمال بهدوء ، وفي علانيه بحيث اذا اقترنت مباشرة هذه الاعمال باكراه او حصلت خفية ، فاننا لا نكون بصدد حيازة يمكن ان يترتب عليها اثر قانوني

---

(٨)(د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ - ص ٨٤٢ - رقم ٢٧٤)
(٩)(مازو - جـ ٢ – طبعة ١٩٥٢ - ص ١١٢٥ - رقم ١٤٣٤)
(١٠)(سواء اكان نائبا قانونيا كالولي ام اتفاقيا كالوكيل ام قضائيا كالحارس القضائي - نقض مدني ٤-٥-١٩٧٨ مجموعه ٢٩- ١١٧١-١١٧١ - والحارس العام - نقض مدني ٣١-٣-١٩٩٤ مجموعه ٤٥-١٢٠-٦٢٧)
(١١)(نقض مدني ٩ يونيه ١٩٧٠ مجموعه ٢١-١٦٠-٩٩٨)

هـــــدوء الحيـــــــازة :-

يجـــب إن تكـــون الحيـــازة هادئـــه وتفقـــد الحيـــازة صـــفه الهـــدوء إذا اقترنـــت بـــإكراه والمقصـــود بـــالإكراه هـــو (إعمـــال العنـــف والقـــوة والتهديـــد التـــي تصـــدر مـــن الحـــائز) [١٢] ، فـــإذا لـــم يصـــدر مـــن الحـــائز شـــئ مـــن هـــذه الاعمـــال فاننـــا لا نكـــون بصـــدد اكـــراه ولـــو حصـــل تعـــرض مـــن الغيـــر للحـــائز واقتـــران هـــذا التعـــرض بأعمـــال عنـــف او تهديـــد صـــدرت مـــن هـــذا الغيـــر ، ولـــذلك فـــأن المنازعـــة القضـــائية فـــي الحيـــازة برفـــع دعـــوي باســـترادادها لا تنفـــي صـــفه الهـــدوء عـــن الحيـــازة ، كـــذلك فـــان مجـــرد حصـــول تصـــرف قـــانوني موضوعه الشيي محل الحيازة لا ينفي صفه الهدوء عنها [١٣]

والإكـــراه الـــذي يعيـــب الحيـــازة هـــو الإكـــراه المعاصـــر لكســـب الحيـــازة ، إمـــا إذا كســـبت الحيـــازة بهـــدوء ولكـــن الحـــائز اضـــطر إلـــي اســـتخدام القـــوة أو التهديـــد للاحتفـــاظ بحيازتـــه فـــي مواجهـــة المتعرضـــين لـــه فـــلا يعيـــب هـــذا الإكـــراه الحيـــازة ، ولا يمنـــع مـــن اعتبارهـــا هادئة [١٤]

وعيب الإكراه عيب مؤقت ونسبي في الوقت ذاته فهو عيب مؤقت بمعني أن الحيازة التي تكسب بالإكراه تكون معيبة ، ولكن هذا العيب يزول إذا أصبحت الحيازة هادئة بعد ذلك بتوقف الحائز عن استعمال إعمال العنف ضد الغير أو التهديد به ، لإمكانه الاحتفاظ بالحيازة دون الالتجاء إلي شئ من ذلك ، وتقدير ما إذا كانت الحيازة التي اقترنت بالإكراه عند كسبها قد ظلت محتفظة بهذا العيب أم تخلت منه مسالة موضوعيه يفصل فيها قاضى الموضوع على ضوء الظروف والملابسات [١٥] ، وإذا أصبحت الحيازة هادئة فإنها تصلح لإنتاج أثارها القانونية ولكن اعتبارا فقط من وقت هدوئها دون اثر رجعي يعود إلي وقت كسبها.

إمـــا إن الإكـــراه عيـــب نســـبي فمعنـــاه إن الحيـــازة لا تعتبـــر معيبـــة بهـــذا العيـــب إلا بالنســـبة لمـــن وقـــع عليـــه الإكـــراه – المـــادة (٢/٩٤٩) مـــن القـــانون المـــدني المصـــرى - إي مـــن اســـتعمل الحـــائز ضـــده إعمـــال العنـــف والتهديـــد فـــي ســـبيل كســـب الحيـــازة ، فـــلا يكـــون للحـــائز إن يتمســـك بحيازتـــه قبـــل هـــذا الشـــخص ، ولكـــن يكـــون لـــه التمســـك بالحيـــازة قبـــل إي شـــخص أخـــر لـــم توجـــه إليـــه إعمـــال العنـــف والتهديـــد ، فـــإذا كـــان الشـــئ مملوكـــا علـــي الشـــيوع وانتـــزاع الحـــائز حيازتـــه مـــن احـــد الشـــركاء بـــالقوة أو تحـــت تـــأثير التهديـــد فـــلا يســـتطيع الحـــائز إن يتمســـك بحيازتـــه فـــي مواجهـــة هـــذا الشـــريك ، ولكـــن يكـــون لـــه التمســـك بهـــذه الحيـــازة قبـــل اي شـــريك اخـــر ، وهـــذه الصـــفه النســـبيه للاكـــراه هـــي التـــي جعلـــت الحيـــازة تتـــوافر رغـــم اقترانهـــا بـــالإكراه ، إذ أنهـــا تصـــلح لإنتـــاج أثارهـــا فـــي مواجهة كل شخص لم يقع الاكراه عليه [١٦] .

علنيـــــة الحيـــــــازة :-

يجـــب إن تكـــون الحيـــازة علنيـــة أو ظـــاهرة ، بـــأن يباشـــر الحـــائز الإعمـــال الماديـــة علـــي الشـــيئ بصـــورة تمكـــن النـــاس ومـــن بيـــنهم المالـــك مـــن إن يعلمـــوا بهـــا ، وان لـــم يعلـــم بهـــا هذا المالك يقينا [١٧] ، فإذا باشر الحائز تلك الإعمال خفية

---

(١٢)(والعبرة بصدور اعمال العنف هى عند بدء الحيازة - نقض مدني في ٢٧-١٢-١٩٩٤ مجموعة ٤٥ – ٣١٩ – ١٧٦١ - نقض مدني في ١٢-٥-١٩٤٩ مجموعه ٢٥سنه ج١ص ٤٤٦رقم ٤)

(١٣)(نقض مدني في ١٧-٢-١٩٩٤ مجموعه ٤٥-٧٧-٣٧١ وفي ٢٧-١٢-١٩٩٤ مجموعه ٤٥-٣١٩-١٧١١- ونقض مدني في ١٩-٤-١٩٦٨ مجموعه ١٩-١٠٦-٧٤١)

(١٤)(نقض مدني ٥٢-٦-١٩٥-مجموعه ١٠-٨٠-٥٢٨ وفي ٧-٦-١٩٨١ مجموعه ٣٢-٣١٤-١٧٥٤)

(١٥)(نقضي مدني ١٧-٦-١٩٦٥ مجموعه ١٦-١٣٢-٧٧٣)

(١٦)(د/ منصورعلى منصور- حق الملكية في القانون المصري – طبعة سنة ١٩٦٥ - ص ٣٩٤- رقم ١٦٦ ، قارن د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ - ص ٤٨٢ - رقم ٢٧٣)

(١٧)(نقض مدني في ٨-٢-١٩٧٣ مجموعه ٢٤ -٣٢-١٧٥ - وفي ١٦-١١-١٩٧٨ مجموعه ٢٩-٣٢٧-١٧٠٦)

، فـان حيازتـه تكـون مشـوبة بعيـب الخفـاء ، ومـن شـان هـذا العيـب إن يمنعهـا مـن إنتـاج أثارهـا ، وغالبـا مـا نصـادف عيـب الخفـاء فـي حيـازة المنقـولات ، إذ يسـهل إخفاؤهـا، فـاللص الـذي يسـرق منقـولا ويخفيـه تعتبـر حيازتـه خفيـه ، إمـا العقـارات فمـن الصـعب إخفـاء حيازتهـا ، ومـع ذلـك فقـد يعمـد الجـار الـذي يريـد اكتسـاب حـق ارتفـاق علـي ارض جـاره بـالمرور فـي هـذه الأرض لـيلا أو فـي الأوقـات التـي يهجـع فيهـا النـاس إلـي الراحـة بحيـث لا يـراه احـد أو يحفـر نفقـا يمـر خـلال تحـت ارض الجـار دون إن توجـد علامـة ظـاهرة تـدل عليـه ، ففـي هـذه الأمثلـة تكـون حيـازة حـق الارتفـاق خفيـه ، وبالتـالي لا تصلح لاكساب الشخص هذا الحق مهما طال عليها الزمن .

وعيـب الخفـاء كعيـب الإكـراه عيـب مؤقـت ونسـبي ، فهـو مؤقـت اذ قـد يحـدث ان يعمـد الحـائز الـذي قضـي زمنـا يباشـر الاعمـال الماديـه علـي الشـئ خفيـه الـي اعـلان حيازتـه ومباشـره هـذه الاعمـال علنـا ، بحيـث يسـتطيع النـاس ادراكهـا فيـزول عيـب الخفـاء مـن هـذا الوقـت ، وتصـبح الحيـازة صـالحه لانتـاج اثارهـا ، كـذلك فـان الخفـاء عيـب نسـبي اذ لا تعتبـر الحيـازة خفيـه الا بالنسـبه لمـن اخفيـت عنـه فـلا يجـوز للحـائز ان يتمسـك بحيازتـه فـي مواجهـة هـذا الشـخص ، ولكـن لـه ان يحـتج بهـذه الحيـازة فـي مواجهـة اي شـخص اخـر لـم تخـف الحيـازة عنـه – المـادة (٢/٩٤٩) مـن القـانون المـدني المصـرى - وتحقـق صـفه العلنيـة أو عـدم تحققهـا مسـاله موضـوعيه يفصـل فيهـا قاضـي الموضـوع علـي ضـوء ظـروف الـدعوي ، وتطبيقـا لـذلك قضـي بـأن (لقاضـي الموضـوع ان يسـتخلص عـدم تـوافر صـفه العلنيـه مـن قيـام الحـائز بتقـديم طلبـات ادخـال الكهربـاء والماء الي المنزل الذي يحوزه مصرحا إن المالك هو شخص آخره غيره) [١٨] .

(الفصل الثانى)

(الركـن المعنوي للحيـازة – النيـة أو القصـد)

لا يكفـى لقيـام الحيـازة وجـود العنصـر المـادى ممـثلا فـى مباشـرة الأعمـال الماديـة التـى يباشـرها صـاحب الحـق علـى الشـئ عـادة ، بـل يجـب أن تقتـرن مباشـرة هـذه الأعمـال بالنيـة أو القصـد ، ولكـن مـا المقصـود بالنيـة ؟ هنـا اختلفـت الآراء ، ويمكـن ردهـا إلـى نظريتين أساسيتين :- هما :-

١- النظريـة الشخصيـة :- وتنسب عادة إلى الفقيه الألماني سافيني Savigny [١٩] ، ومقتضاها أن النية الواجب توافرها لدي الحائز هي التملك ، أو بعبارة أعم نية التصرف كصاحب حق عيني ، فلكي يعتبر الشخص حائزاً لحق ملكية يجب أن تكون لديه نية التملك ، أي أن يعتبر نفسه مالكاً للشئ ، سواء كان هو مالكه حقا أم لا ، وفى حالة ما إذا لم يكن الحائز هو المالك ، فسيان أن يكون مدركاً لذلك ، أي سيئ النية ، أو أن يكون معتقداً أنه المالك أي حسن النية ، ولكي يعتبر الشخص حائز لحق ارتفاق ، يجب أن تكون لديه نية التصرف كصاحب حق الارتفاق ، أي أن يعتبر نفسه صاحب حق ارتفاق على الشيء ، ويعبر عن النية في النظرية الشخصية أحياناً بالقول أنها نية العمل للحساب الخاص ، فلكي يعتبر الشخص حائزاً يجب أن يقوم بالأعمال المادية على الشيء لحسابه الخاص ، أي باعتباره صاحب حق أصيل على الشيء وليس لحساب الغير

---

(١٨)(نقض مدني ١٦-١-١٩٤٧ - مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة - جـ ١ - ص ٤٤٥ - رقم ٢)

(١٩)(في مؤلفه عن الحيازة عام ١٨٠٢ Traite de la possession - د/ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ – ص ٨٠٣ - رقم ٢٦٥)

(٢٠)(في مؤلفه عن Le fondement des interdits possessoires - د/ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ – ص ٨٠٥ - رقم ٢٦٦)

٢- النظريـــة الماديـــة :- وتنسب عادة إلى الفقيه الألماني أهرنج Ihering [٢٠] ، ومقتضاها أن النية المطلوبة هي نية الحيازة أي نية القيام بالأعمال المادية على الشئ بحيث تكون هذه الأعمال أعمالاً إرادية قصديه ، فالنائم لا يحوز الشئ الذي يوضع في يده ، لأن إرادته لم تتجه إلى إمساكه ، فالنية وفقاً ليست عنصراً مستقلاً عن عنصر السيطرة المادية ، بل هي جزء من هذا العنصر تعني وجوب أن تكون هذه السيطرة إرادية ومقصودة.

والـرأي السـائد فـي القـانون المصـري :- هـو ضـرورة تـوافر النيـة بمعناهـا الشخصـي لا المـادي ، أي نيـة التصـرف كصـاحب حـق ، علـى الأقـل فيمـا يتعلـق بالحيـازة كسـبب مـن أسـباب اكتسـاب الحقـوق العينيـة [٢١] ، وذلـك رغـم عـدم الإشـارة إلـى عنصـر النيـة فـي النصـوص ، فقـد ذكـرت مـذكرة المشـروع التمهيـدي للقـانون المـدني صـراحة أنـه يشـترط لتحقـق الحيـازة تـوافر عنصـر معنـوي هـو نيـة اسـتعمال حـق مـن الحقـوق [٢٢] ومتـى كـان الحـائز يحـوز باعتبـاره صـاحب الحـق علـى الشـئ ، فـإن عنصـر النيـة يتـوافر سـواء كـان الحـائز حسـن النيـة لا يعلـم بـأن الشـئ مملـوك لغيـره وأنـه بحيازتـه يتعـدي علـى حـق الغيـر ، أو كـان سـيئ النيـة يعلـم بأنـه يحـوز شـيئاً مملوكـاً لغيـره [٢٣] ، وتسـتخلص هـذه النيـة مـن ظـروف الحـال ، ولـذلك فـإن أمـر استخلاصـها يعتبـر مسـألة موضـوعية ممـا يسـتقل بـه قاضـي الموضـوع دون رقابـة مـن محكمـة الـنقض مـا دامـت العناصر التى استند إليها فى حكمة تفيد عقلا النتيجة التى انتهي اليها [٢٤]

مباشـرة السيطـرة على سبيـل التسامـح :ـ

قـد يباشـر شـخص أعمـالا ماديـة علـى شـئ مملـوك لغيـره دون أن يسـتند فـي ذلـك إلـى أي حـق لا عينـي ولا شخصـي ، أي دون أن يكـون صـاحب حـق انتفـاع وارتفـاق علـى الشـئ ، ودون أن يكـون مسـتأجراً للشـئ أو مسـتعيراً أو مرتهنـاً لـه ، وذلـك تسـامحاً مـن المالـك ، الـذي يسـتطيع أن يمنعـه فـي أي وقـت مـن مباشـرة تلـك الأعمـال ، ومـن المسـلم أن مباشـر السـيطرة فـي مثـل هـذه الظـروف لا يعتبـر حـائزاً للشـئ ، لأن تسـامح المالـك يعتبـر بمثابـة تـرخيص لـه بالقيـام بالأعمـال التـي يباشـرها ، وبالتـالي يكـون المباشـر مسـلطاً علـى الشـيئ مـن قبـل صـاحب الحـق عليـه ، وبالتـالي معترفـاً بهـذا الحـق لـه ، ولا يدعيـه لنفسـه ، وفـى ذلـك تـذهب المـادة (٩٤٩) مـن القـانون المـدني المصرى الى انه (لا تقوم الحيازة على عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح)

فمـثلا علاقـة الأبـوة فـي حالـة وضـع الأب يـده علـى شـيىء مملـوك لابنـه تسـمح باستخلاص أن انتفاع الأب بهذا الشيىء كان من قبيل التسامح [٢٥] .

---

(٢١)(د/ شفيق شحاتة - النظريات العامة للحق العيني – طبعة سنة ١٩٥١- ص١٤٤ - رقم ١٢٤ - نقض مدني في ٢٠ ـ ٤- ١٩٦٧ مجموعة ١٨-١٣٠ – ٨٥ - وفى ١٠-٦-١٩٦٩ مجموعة ٢٠-١٤٣-٩٠٣ - قارن د/ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ – ص ٨١٥ - رقم ٢٧٦ - والواقع انه يجب التفرقة بين الحيازة كوسيلة لاكتساب الحقوق العينية وفيها لابد من توافر نية استعمال الحق ، والحيازة كموضوع للحماية بدعاوي الحيازة وهذه يجوز الاكتفاء فيها بالعنصر المادي - مازو - جـ ٣ - ص ١١١٥ - رقم ١٤٢٦)

(٢٢)(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - جـ٦ - ص ٤٥٠)

(٢٣)(نقض مدني ٢٢ – ٤ – ١٩٨٤ - مجموعة النقض المدنى فى ٢٥ سنة - جـ١ - ص ٤٤٦ - رقم ٨)

(٢٤)(نقض مدنى فى ١٠ – ١٢ – ١٩٢١ - وفى ٥-١٢-١٩٣٥ - مجموعة النقض المدنى فى ٢٥ سنة - جـ ١ - ص٤٤٦ - رقم ٣ و ٩)

(٢٥)(نقض مدني ١١-١-١٩٤٥ - مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة - جـ١ - ص ٤٥٠ - رقم ٣٤)

حيـــازة عديـــم التمييـــز :ـ

الأصـل فـي عنصـر النيـة هـو وجـوب تـوافره لـدى الحـائز شخصـياً ، فـلا يجـوز أن يتحقـق بالواسـطة كالعنصـر المـادي ، ولكـن يسـتثنى مـن ذلـك عـديم التمييـز سـواء كـان صـغيراً أو مجنونـاً ، فـيمكن أن يجـوز شـيئاً عـن طريـق مـن ينـوب عنـه نيابـة قانونيـة كـالولي والوصـي والقـيم ، فيقـوم هـذا النائـب بمباشـرة هـذه الأعمـال الماديـة علـى الشـئ لحسـاب غيـر المميـز أي بقصـد اعتبـار غيـر المميـز صـاحب حـق عليـه – المـادة (٩٥٠) مـن القـانون المـدني المصـرى ، وذلـك لان انتفـاء الإرادة لـدى غيـر المميـز تجعـل مـن المستحيل توافر عنصريها المادي والمعنوي لديه.

وبعـد ان فصـلنا فـى البحـث ركنـى الحيـازة وعنصـريها ، يلـزم لاكتمـال سـياق البحـث فـى النظريـة العامـة للحيـازة التعـرض الـى الفـرق بـين الحيـازة العرضـية والحيـازة الحقيقيـة ، وكيفيـة تحـول الحيـازة العرضـية الـى حيـازة حقيقيـة ، وسـوف نعـرض لـذلك فـى الفصلين الاتيين

(الفصل الثالث)
(التفرقـــة بين الحيـــازة العرضيـــة والحيـــازة الحقيقـــة)

وجـوب انتفـــاء اللبـــس عـــن الحيـــازة :ـ

لا يكفـى لتـوافر العنصـر المعنـوي للحيـازة أن يكـون لـدي الحـائز قصـد ونيـة اعتبـار نفسـه صـاحباً للحـق ، والتصـرف علـى هـذا الأسـاس ، ذلـك أن هـذه النيـة أمـر نفسـي لا يمكـن إدراكـه إلا إذا دل عليـه مظهـر خـارجي ، ويجـب أن يكـون المظهـر الـذي يـدل علـى تـوافر النيـة واضـحاً فـي الدلالـة عليهـا ، أمـا إذا شـاب هـذا المظهـر الغمـوض والشـك حـول مـا إذا كـان الحـائز يحـوز لحسـابه الخـاص معتبـراً نفسـه صـاحب الحـق ، أم يحـوز لحسـاب غيـره ، فـأن الحيـازة تكـون مشـوبة بعيـب اللـبس أو الغمـوض ، ويتحقـق هـذا اللـبس عنـدما يحـوز أحـد المـلاك علـى الشـيوع الشـيئ الشـائع كلـه ويباشـر عليـه الأعمـال الماديـة التـى يباشـرها عـادة مـن يملـك الشـئ ملكيـة مفـرزة ، إذ أن مباشـرة هـذه الأعمـال لا تفيـد بوضـوح مـا إذا كـان الحـائز يباشـرها لحسـاب نفسـه فقـط ، أم لحسـابه ولحسـاب بقيـة الشـركاء علـى الشـيوع ، فيجـب لانتفـاء اللـبس عـن هـذه الحيـازة ان يصـدر مـن الحـائز مـا يـدل بوضـوح أنـه يحـوز لحسـاب نفسـه فقـط ، وانـه ينكر على بقية الملاك أى حق على الشيئ [٢٦].

وتطبيقـاً لـذلك اسـتقر قضـاء محكمـة الـنقض علـى أن (الحصـة الشـائعة تصـح أن تكـون محـلاً لأن يحوزهـا حـائز علـى وجـه التخصـيص والانفـراد بنيـة تملكهـا ، فـإذا اسـتطاع الشـريك فـى العقـار الشـائع أن يحـوز حصـص بـاقي شـركائه حيـازة تقـوم علـى معارضـة حـق هـؤلاء الشـركاء عليهـا ، علـى نحـو لا يتـرك محـلا لشـبهة الغمـوض والخفـاء أو مظنة التسامح ، فإنه يكتسب ملكيتها بالتقادم) [٢٧].

---

(٢٦)(نقض مدني ٧-٢-١٩٦٧ ـ مجموعة ١٨-٤٧-٣٠٦-٢١-٣-١٩٦٨ ـ مجموعة ١٩-٨٧-٥٨٠)

(٢٧)(نقض مدني في ٧-٢-١٩٦٧ مجموعة ٨-٤٧-٣٠٦ ـ وفى ٢١-٣-١٩٦٨ مجموعة ١٩-٧٨-٥٨٠ ـ وفى ٩-٦-١٩٧٠ مجموعة ٢١-١٦٠-٩٩٨ ـ وفى ٢-٢-١٩٧٨ مجموعة ٢٩-٧٧-٣٨٦ ـ وفي ٣-١١-١٩٩٤ مجموعة ٥٤-٢٤٨-١٣١٨- وفى ٧-١٢-١٩٩٤ مجموعة ٤٥-٢٩١-١٥٤٩)

وقد قضي بأن (المرور في أرض فضاء لا يكفي وحدة لتملكها بالحيازة مهما طال أمده ، لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار لا يحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك ، ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها) [٢٨].

وعيب اللبس أو الغموض عيب مؤقت ونسبي بدوره ، فيزول عيب اللبس وتصبح الحيازة سليمة أذا ما صدر عن الحائز ما يدل بوضوح على نيته أن يحوز لنفسه ، وعلى إنكار أي حق للغير ، ومثال أن يطالب الورثة بنصيبهم في الشيئ الذي وضع أحدهم يده عليه فيواجهم بإنكار أي حق لهم على هذا الشيء ، ففي هذا المثال يزول عيب اللبس على الحيازة ، ولكن اعتباراً فقط من تاريخ هذه المواجهة ، كذلك فإن عيب اللبس نسبي ، فوجوده يمنع الحائز من التمسك بحيازته قبل من التبس الأمر عليه ، فلم يعرف ما إذا كان الحائز يحوز لنفسه ، أم لحساب غيره ، أما من كان يعرف نية الحائز جيداً ، بحيث لم يتلبس عليه أم الحيازة ، فلا يستطيع الاستناد إلى عيب اللبس لمنع الحيازة من ترتيب آثارها

- (الباحث) وعلى ذلك فالوارث الذي يحوز شيئاً مملوكاً له مع بقية الورثة على الشيوع لا يستطيع التمسك بحيازته في مواجهة الورثة لأن أمرها التبس عليهم ، ولكنه يستطيع الاحتجاج بها على غير هؤلاء الورثة ، كذلك الزوج الذى يحوز شيئاً مملوكاً لزوجته لا يستطيع التمسك بحيازته في مواجهة الزوجة ، ولكنه يستطيع الاحتجاج بها في مواجهة غيرها .

التفرقة بين الحائز الحقيقي والحائز العرضي :ـ

يترتب على اشتراط توافر عنصر النية لدي الحائز ، أن الشخص الذي يباشر أعمالاً مادية على الشئ ، دون أن تتوافر لديه نية استعمال حق من الحقوق ، أي دون أن يعتبر نفسه صاحب حق عيني على الشئ ، لا يكون حائزاً حقيقياً، بل محرزاً للشيئ أو مجرد حائز عرضي كما جرى الاصطلاح على تسميته ، وينطبق ذلك على الأشخاص الذين يتسلطون على الشئ من قبل صاحب الحق عليه ، بحيث يكونون ملزومين بتقديم حساب اليه عن احرازهم للشيئ ، وبالمحافظة عليه ، ويرده في الموعد المحدد لذلك ، وهذا هو وضع كل من المستاجر والمستعير والمرتهن رهناً حيازياً ، فهؤلاء الأشخاص يباشرون سيطرة مادية على أشياء غير مملوكة لهم (الأشياء المؤجرة أو المعارة أو المرهونة) ولكنهم لا يعتبرون مع ذلك حائزين لهذه الأشياء حيازة حقيقية كاملة ، لانتفاء العنصر المعنوي للحيازة وهو عنصر النية أو القصد ، فهؤلاء الأشخاص يستمدون سلطتهم من أصحاب الحقوق أنفسهم ، فالمستأجر يستمد سلطته من المؤجر ، والمرتهن يستمد سلطته من عقد الرهن الذى وافق عليه الراهن . وهم اذ جميعا يباشرون السيطرة المادية على الشيئ ، لا يعتبرون أنفسهم أصحاباً لحق على الشيئ غير الحق الذى تخوله لهم سنداتهم (عقد الايجار أو العارية أو الرهن) فهم يسيطرون على الأشياء بمقتضي هذه السندات ، ويلتزمون بمقتضاها بالمحافظة على الأشياء الموضوعة تحت سيطرتهم وبردها إلى أصحاب الحق فيها، وهم بذلك يقرون بحقوق أصحابها

---

(٢٨)(نقض مدنى١١-١-١٩٤٥ - مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة - جـ١ - ص ٤٤٦ - رقم ٦)

، ولذلك فمن المسلم أن المستأجر ، والمستعير ، والوكيل [٢٩] ، والمرتهن رهنا حيازياً [٣٠] ، والحابس [٣١] ، والمستحكر [٣٢] لا يعتبرون حائزين حقيقيين ، بل مجرد محرزين ، أو حائزين عرضيين وهم بهذه الصفة لا يستطيعون اكتساب أى حق على الشيئ الذين يباشرون عليه السيطرة المادية ، وكل ما يترتب على حيازتهم العرضية هو إمكان حبسهم للشيء وفقاً للقواعد العامة في الحق في الحبس ، وتمتعهم بحماية دعوي استرداد الحيازة إذا فقدت

المادة (٢/٩٥٨) من القانون المدني المصرى - مع ملاحظة أنه إذا كان الحائز العرضي مستأجراً فإنه يستطيع أن يرفع على المتعرض له جميع دعاوي الحيازة وليس دعوي استرداد الحيازة فقط - المادة (١/٥٧٥) من القانون المدني المصرى - ويعبر عن قاعدة عدم اعتبار الحائزين العرضيين حائزين حقيقيين بأنه لا يجوز لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده طبقا للمادة (١/٩٧٢) من القانون المدني المصرى .

(الفصل الرابع)

(تحول الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة حقيقة)

إذا بدأت الحيازة عرضية كحيازة المستأجر أو المستعير ، فانها تبقي محتفظة بهذه الصفة حتى يقوم الدليل على تغيرها – المادة (٩٦٧) من القانون المدني المصرى - ويقع عبء اثبات هذا التغيير على عاتق الحائز العرضي ذاته ، فيقع عليه أثبات أنه أصبح يباشر الأعمال المادية على الشئ لحسابه الخاص وليس لحساب المؤجر أو المعير ، وانه بات يعتبر نفسه صاحب الحق على الشيئ ، كذلك إذا وضع شخص يده على شيء لحساب غيره ثم توفي ، فإن الحيازة تنتقل إلى ورثته محتفظة بصفتها العرضية ، ولو كانوا يجهلون أن مورثهم كان حائزاً عرضياً [٣٣] فإذا ادعوا أنهم يحوزون لحسابهم الخاص لا لحسابهم الغير ، فعليهم إثبات تغير صفة حيازتهم.

ولكن كيف يستطيع الحائز العرضي اقامة الدليل على اكتساب العنصر المعنوي للحيازة ، وبالتالى أثبات تحول حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة حقيقية؟ لا يكفي لإثبات هذا التحول أن يدعي الشخص تغير نيته ، أى ان لم يعد يقصد أن يحوز لحساب غيره ، بل أصبح قصده أن يحوز لحساب نفسه . ذلك أن تغيير النية وحده أمر نفسي داخلى لا يمكن ادراكه ولا مراقبته ، ولا التأكد من حصوله ولا من وقت حصوله ، وفي ذلك تذهب المادة (١/٩٧٢) من القانون المدني المصرى

---

(٢٩)(نقض مدني في ٢١ -١٢-١٩٣١ مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٤٤٧ رقم ١٤ ، وفى ٢٣-٤-١٩٣٦ المرجع السابق ص ٤٤٧ – رقم ١٥ ، وفي ٦ – ٦ – ١٩٦٣ مجموعة ١٤-١١١-٩٧٢.)

(٣٠)(نقض مدني في ١٣ – ٦ – ١٩٦٧ مجموعة ١٨ – ١٩٠ – ٢٥٢ وفى ١٩ – ٥ – ١٩٨١ مجموعة ٣٢ -٢٧٨ -١٥٣٨)

(٣١)(نقض مدني في ٣٠ - ٣ - ١٩٧٧ مجموعة ٢٨ - ١٤٧ – ٨٣٠)

(٣٢)(نقض مدني في ١٤ – ٣ – ١٩٨١ مجموعة ٣٢ – ١٧١ – ٩٢٠)

(٣٣)(المادة١/٩٥٥ ، وانظر نقض مدني ٢١-٥-١٩٤٢ مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة جـ ١ ص ٤٤٧ رقم ١٢)

الى ان (تتغير صفة الحيازة من عرضية إلى حقيقية بأحد طريقين ، فعل يصدر من الحائز العرضي يعتبر معارضة لحق المالك ، أو فعل يصدر من الغير) ، والمادة (٢/٩٧٢) من القانون المدني المصرى الى ان (... فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة) فكيف إذن تتغير صفة الحيازة؟

أولا ـ تحول الحيازة العرضية إلى حقيقية بفعل الحائز:ـ

يجيز القانون تغير صفة الحيازة من عرضية إلى حقيقية بفعل يصدر من الحائز العرضي ذاته ، ويكون من شأنه التعبير عن توافر النية أو القصد لدي الحائز في اعتبار نفسه صاحباً للحق على الشيئ ، وعاملاً لحساب الغير ، ولذلك فقد اشترط القانون أن يتضمن فعل الحائز معارضة لحق المالك طبقا للمادة (٢/٩٧٢) من القانون المدني المصرى ، وعلى ذلك يجب القول بتغير صفة الحيازة أن يصدر من الحائز فعل يكون واضح الدلالة في إنكار حق المالك وفى نسبه هذا الحق لنفسه ، ويشترط أن يتم هذا الفعل في مواجهة المالك ، وفى ذلك تقول محكمة النقض أنه (يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابي ظاهر يجابه به الحائز حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية ، ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية ـ الحائز العرضي ـ مزمع إنكار الملكية على صاحبها واستئثاره بها دون غيره) [٣٤] ، ومثال الأفعال التي يتحول بها الحائز العرضي إلى حائز حقيقي أن يرفع الحائز العرضي دعوي على المالك مطالباً بتثبيت ملكيته على الشيء ، أو أن يرفع عليه المالك دعوى مطالباً إياه بتثبيت ملكيته على الشيء ، أو أن يرفع عليه المالك دعوى استحقاق ، فيدفع الحائز العرضي هذه الدعوي منكراً حق المالك ومدعياً هذا الحق لنفسه ، ولكن لا يشترط أن يأخذ فعل الحائز صورة دعوى[٣٥] ، فيجوز أن يتم بمجرد إنذار يواجهه الحائز إلى المالك باعتبار الحائز نفسه هو صاحب الحق على الشيء.

أما تغيير النية المجرد الذى لا يقترن بأى مظهر خارجى يتبين منه نية الغصب ، فلا يمكن أن يتم به تغيير صفة الحيازة ، ولذلك فان قيام الحائز العرضي برهن العقار رهنا رسمياً ، لا يغير من صفة الحيازة لأنه لا يؤدى إلى نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن [٣٦].

ولا يكفى لتغير صفة الحيازة إن يمتنع الحائز العرضي عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها عليه سنده الأصلي ، وعلى ذلك فمجرد امتناع المستأجر عن دفع الأجرة إلى المؤجر ، أو عن رد العين المؤجرة إليه عند انتهاء الإيجار ، لا يحول حيازة المستأجر إلى حيازة حقيقية

---

(٣٤)(نقض مدني في ٢٠٤ – ١٩٦٩ مجموعة ٢٠ – ٢٣٦ ، وفى ٢٣ – ١١ – ١٩٧٦ مجموعة ٢٧ – ٣٠٢ – ١٦٢٧ ، وفى ٤ – ١ – ١٩٧٧ مجموعة ٢٨ – ٤٠ – ١٤٧ ، وفى ٢١ – ٢ – ١٩٨٠ مجموعة ٣١ – ١١٢ – ٥٧٣ ، وفى ١٩ – ١٢ – ١٩٨١ مجموعة٣٢ – ١٠٨ – ٥٥٨)

(٣٥)(نقض مدني ٢٨ – ٢ – ١٩٣٥ ، ٢٣-٤-١٩٣٦ مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة الجزء الأول من ٤٤٩ رقم ٢٧ و ٢٨)

(٣٦)(نقض مدني ٢٨-١٢-١٩٦١ مجموعة ١٢-١٤٢-٨٣٩)

، لأن الامتناع عن الوفاء أو الرد قد يكون راجعاً إلى أسباب أخرى غير إنكار حق المؤجر وادعاء المستأجر الحق لنفسه [٣٧] ، ولكن إذا اقترن عدم الوفاء بالالتزامات بإنكار المستأجر لحق المؤجر في ملكية الشئ وادعاء هذه الملكية لنفسه ، فإن ذلك يعتبر فعلاً معارضاً لحق المالك ، وبالتالي يكون كافياً لتحويل الحيازة إلى حيازة حقيقية .

كذلك لا يكفى لتحول الحيازة أن يقوم الحائز العرضي بأعمال لا تدخل ضمن ما يبيحه له سنده ، فقيام المستأجر أو المستعير ببيع هذا الشئ أو بإدخال تغيرات مادية على الشئ ـــ كالبناء في الأرض المؤجرة ـــ دون موافقة المالك [٣٨] ، لا يعتبر وحدة كافياً لتحول الحيازة إلى حيازة حقيقية ، ولكن إذا اقترن هذا البيع أو هذه التغيرات بتصريحات للحائز العرضي في مواجهة المالك ، تتضمن إنكار حق المالك ، وتفيد أن الحائز يعتبر نفسه صاحب الحق على الشئ ، فإن ذلك يكفي لتحول الحيازة إلى حيازة حقيقية ، ويتم تحول الحيازة العرضية إلى حيازة عرضية من وقت صدور فعل الحائز الذي يعتبر معارضة لحق المالك..

ثانياً ــ تحول الحيازة العرضية إلى حقيقية بفعل الغير :ــ

ويقصد بذلك أن يصدر من الغير تصرف قانوني للحائز من شأنه أن يكسبه حقاً عينياً على الشيئ فيما لو صدر من مالك الشئ ، ومثال ذلك أن يبيع شخص من الغير الشيئ فيما لو صدر من مالك الشيئ ، ومثال ذلك أن يبيع شخص من الغير الشيئ إلى الحائز العرضي ، فمن شأن هذا البيع أن ينقل الملكية إلى المشترى كما لو كان صادراً من مالك ، ولذلك فبهذا البيع يكتسب المشترى العنصر المعنوي للحيازة ، وهو قصد اعتبار نفسه صاحب حق على الشئ ، وبالتالي تتحول حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة حقيقية ، وتسمى هذه الحالة تحول الحيازة بتغيير السند ، والغير الذي يصدر عنه التصرف القانوني قد يكون هو مالك الشيئ فعلاً ، وفى هذه الحالة يصبح الحائز العرضي المتصرف إليه حائزاً حقيقياً ومالكا للشيئ في الوقت ذاته . ويتحقق ذلك إذا كان الشخص قد استأجر الشيئ من غير المالك ، ثم اشتراه من مالكه.

وقد يكون الغير شخصاً غير مالك للشئ ، ولكنه الشخص الذي سلط الحائز العرضي عليه ، ومثال ذلك أن يرهن شخص شيئاً غير مملوك له لآخر ويسلمه له ، فيصبح المرتهن بذلك حائزاً عرضياً ثم يقوم الراهن ببيع هذا الشئ إلى المرتهن ، فيتحول المرتهن إلى حائز حقيقي ، لأنه بشرائه الشئ قد اكتسب نية اعتبار نفسه صاحب الحق عليه.

وأخيراً قد يكون هذا الغير ليس مالكاً للشئ ، وليس هو الذى سلط الحائز العرضي عليه ، ومثال ذلك أن يستعير شخص سيارة من آخر ثم يشترى هذه السيارة من شخص ثالث معتقداً أنه هو المالك الحقيقي لها. فى حين أنه ليس كذلك ، ففى هذه الحالة يصبح المستعير حائزاً حقيقياً .

---

(٣٧)(نقض مدني في ٣١-١٠-١٩٣٥ ، ٢٣-٤-١٩٣٦ مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة جـ ١ ص٤٤٩ رقم ٣٠ و ٣١)

(٣٨)(نقض مدني ١٤-٥-١٩٤٢ مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة جـ ١ ص ٤٤٩ رقم ٢٩)

ويتحقق تحول الحائز العرضي إلى حائز حقيقي من وقت صدور فعل أو تصرف الغير ، دون حاجة إلى إعلان هذا التصرف إلى من كانت الحيازة العرضية تتم لحسابه ، فإذا اشترى المستأجر الشيء من غير المؤجر ، فإنه يصبح وقت الشراء حائزاً حقيقياً ، دون أن يلتزم باخطار المؤجر بهذا الشراء [٣٩] ، ويذهب الرأي الغالب في الفقة المصرى إلى وجوب كون الحائز حسن النية ، أى يعتقد ان الغير الذى صدر منه التصرف هو المالك الحقيقي للشيء [٤٠]

وهذا الشرط يفرضه المنطق القانونى وأن لم يرد به نص ، إذ لو أجيز للحائز أن يتمسك بتغير سند حيازته ولو كان سيئ النية ، لكان معني ذلك أن نجيز له تغير صفة حيازته بفعله خفية عن المالك ، إذ يستطيع أن يبرم تصرفاً ناقلاً للملكية مع أي شخص يعرف أنه غير مالك . ويستند إلى هذا التصرف للقول بأنه أصبح حائزاً حقيقياً ، ومن شأن ذلك أن يجعل تغيير الحيازة حاصلاً بفعل الحائز ذاته لا بفعل الغير ، دون اشتراط أن يتم هذا الفعل في مواجهة المالك مما يجعل اشتراط هذه المواجهة لغوا لا قيمة له .

انتهينا من بحث مفهوم الحيازة وتعريفها ودورها فى الاثبات مع بيان ركنيها والتفرقة بين الحيازة العرضية والحيازة الحقيقة وكيفية تحول الاولى الى الاخيرة طبقا للنظرية العامة للحيازة ، لذا وجب علينا فى بحثنا التعرض لكسب الحيازة وفقدها وإثباتها والعلاقة بين الحائز والمالك ، وسوف نعرض لذلك فى الباب الثانى

---

(٣٩)(د/ عبد المنعم فرج الصدة ـ ص ٥٥٥ ـ رقم ٣٥٩)

(٤٠)(د/ محمد على عرفة – حق الملكية – الطبعة الثالثة سن ١٩٥٤ ـجـ٢ ـ رقم ٨٩ ، د/ عبد المنعم البدراوى الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثالثة – سنة ١٩٦٨ـ ص ٥٤٩ ـ رقم ٥٠٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقى ـ دروس الأموال – طبعة سنة ١٩٥٦ـ ص ٤٠٥ ـ رقم ٢٩١ – د/ اسماعيل غانم ـ جـ ٢ ـ موجز في أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول – حق الملكية – طبعة سنة ١٩٧٠ـ ص ١٠٤ ، د/ عبد المنعم فرج الصدة ـحق الملكية – الطبعة الثالثة – طبعة سنة ١٩٦٧ ـ ص ٥٥٤ ـ رقم ٣٥٩ ، د/ منصور على منصور ـ حق الملكية في القانون المصري – طبعة سنة ١٩٦٥ ـ ص ٣٨٦ ـ رقم ١٦٣ ، د/ جميل الشرقاوى ـ دروس في الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول – حق الملكية – طبعة سنة ١٩٧٠ـ ص ٣٢٧ ـ رقم ٨٩ ، وعكس ذلك د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ جـ ٩ ـ ص ٨٣٩ ـ رقم ٢٧٢)

(الباب الثانى)

(كسب الحيازة وفقدها وإثباتها والعلاقة بين الحائز والمالك)

هناك اسباب لكسب الحيازة أقرها القانون وشملها بحمايته ، كما ان الحيازة يمكن فقدها ، ويلزم اثباتها لتكون لها اثر قبل الغير وقبل المالك ، وسوف نعرض الى ما سبق فى الفصول الاتية :-

(الفصل الأول)

(كسب الحيازة)

تكتسب الحيازة باجتماع عنصريها المادي والمعنوي ، وقد يكتسب الشخص الحيازة ابتداء ، أي دون أن تنتقل إليه من شخص آخر بمقتضى القانون أو الاتفاق ، وهذا هو شأن حيازة المغتصب والسارق ، وقد تكتسب الحيازة انتقالاً من الغير ، ويتحقق ذلك بنص القانون كما في حالة وفاة الحائز وانتقال الشيء إلى ورثته ، أو بمقتضى الاتفاق ، كما لو باع الحائز الشيئ وسلمه إلى المشترى . ويتميز اكتساب الحيازة انتقالا عن اكتسابها ابتداء في أنه لا يشترط في حالة الانتقال أن يكون هناك تسلم مادي للشئ ، فيكفي أن تنتقل إلى الشخص السيطرة على الحق الواردة عليه الحيازة – المادة (٩٥٢) من القانون المدني المصرى - [٤١] بحيث يكون في استطاعته أن يباشر الأعمال المادية على الشئ دون عائق ، وتطبيقاً لذلك قضي بأنه يكفي في ثبوت الحيازة قيام الشخص بإنشاء حدود للأرض والمرور فيها ودفع الضرائب المستحقة على الحق دون تسليم مادي ، وهو ما يعرف بالتسليم الحكمي أو بالتسليم الرمزي.

التسليم الحكمى :-

يتحقق التسليم الحكمي بمجرد تغير النية ، وعلى ذلك إذا باع الحائز الشيئ ، واتفق مع المشترى أن يستبقيه لديه فترة من الزمن باعتباره مستأجراً له ، فإن الحيازة تنتقل من البائع إلى المشترى ، فالمشترى يصبح هو الحائز رغم أنه لم يستلم الشيئ مادياً ، وذلك لأنه جمع بين عنصري الحيازة ، فهو يباشر العنصر المادي عن طريق المستأجر (البائع) ، وقد توافر لديه العنصر المعنوي إذ يعتقد نفسه مالكاً للشيئ الذي اشتراه ، وفى ذلك تذهب المادة (١/٩٥٣) من القانون المدني المصرى الى ان (يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي ، إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة)

وهناك صورة أخرى للتسليم الحكمي الذي يتم بمجرد تغيير النية ، ومثالها أن يشترى المستأجر الشيئ المؤجر الموجود من قبل تحت يده ، فبهذا الشراء ، تتوافر لدي المستأجر نية اعتبار نفسه صاحب الحق على الشيئ وبالتالي تصبح مباشرته للأعمال المادية على الشئ لحسابه الخاص لا لحساب المؤجر

---

(٤١)(نقض مدني في ٢٦ – ٤ – ٢٩٧٩ مجموعة ٣٠ العدد الثاني ٢٢٢ – ٢٠٢)

، فيصبح حائزاً حقيقياً بعد أن كان حائزاً عرضياً ، وذلك دون حاجة إلى تسليم مادي لأن الشئ كان تحت يده من قبل الشراء ، وفى ذلك تذهب المادة (٩٥٣) من القانون المدني المصرى الى ان (يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه)

التسليم الرمزى :ـ

يتحقق التسليم الرمزي للشيئ بمجرد تمكين الشخص من السيطرة على الشيئ ولو لم يتسلمه مادياً، ومثال ذلك ان يكون التسليم رمزياً إذا اقتصر الحائز على تسليم خلفه السندات التى تخوله تسلم البضاعة الموجودة لدي أمين نقل ، أو فى مخزن [٤٢] ، اذ يستطيع الخلف عن طريق هذه السندات تسلم البضاعة فعلاً ، فإذا تم التسليم الرمزي ، انتقلت الحيازة إلى المتسلم ، وصار حائزاً حقيقياً ولو لم يتسلم الشئ مادياً ، بشرط أن يكون هذا التسليم قد أدى إلى تسلط الشخص على الشيئ ، ولكن يلاحظ انه إذا حصل التسليم الرمزى لشخص ، وحصل التسليم المادى لشخص غيره ، وكان كلا الشخصين حسن النية ، فإن الحيازة تنتقل إلى من حصل له التسليم المادي – المادة (٢/٩٥٤) [٤٣] من القانون المدني المصرى - وعلى ذلك إذا باع شخص بضاعة معينة لشخصين على التوالي ، وسلم الأول سند الإيداع أو الشحن الذي يخوله استلامها من أمين المخزن أو أمين النقل ، وسلم الثاني البضاعة فعلاً ، فإن الحيازة تنتقل إلى الثاني ، فهو الذي يصبح حائزاً ، بشرط أن يكون حسن النية لا يعلم بسبق البيع الآخر .

احتفاظ الحيازة بصفاتها عند انتقالها إلى الخلف :ـ

تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بصفاتها ، وأهم هذه الصفات هو كونها حقيقية أو عرضية، وكونها مقترنة بحسن النية أو بسوئها ، فإذا كانت الحيازة عرضية وتوفى الحائز ، فإن حيازته تنتقل إلى ورثته ، وتكون حيازة هؤلاء الورثة كذلك عرضية . وإذا كان الحائز سيئ النية ، فإن حيازة الورثة وهي تعتبر امتداداً لحيازة مورثهم تكون كذلك مقترنة بسوء النية .

أما إذا انتقلت الحيازة إلى خلف خاص كمشترى أو موهوب له ، فإنها لا تنتقل بصفاتها ، إذ يبدأ الخلف الخاص حيازة مستقلة عن حيازة سلفه ، ولذلك فقد تكون حيازة السلف عرضية أو مقترنة بسوء نية ، في حين تكون حيازة الخلف الخاص حقيقية ، أو مقترنة بحسن نية ، وتطبيقاً ولذلك قضى (بأن مشترى الشيئ من الدائن المرتهن تكون حيازته حقيقية ، رغم أن حيازة سلفه - الدائن المرتهن - كانت حيازة عرضية).

---

(٤٢)(نقض مدني ١١ – ٥ – ١٩٣٩ - مجموعة النقض المدني في ٢٥ سنة - جـ ١ - ص ٤٤٥ - رقم ١)

(٤٣)(وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة ٩٥٤ / ١ من القانون المدني)

(الفصل الثانى)

(فقـــد الحيـــــازة)

يفقـد الحـائز حيازتـه إذا فقـد العنصـرين المكـونين لهـا أو أحـدهما ، وقـد يفقـد الشـخص الحيـازة دون أن تـؤول إلـى شـخص آخـر ، وقـد يترتـب علـى فقـد الشـخص للحيـازة انتقالهـا إلـى آخـر قـد كسـبها وفقـد الحيـازة قـد يترتـب بـإرادة الشـخص ، كمـا لـو تخلـى عـن سـيطرته الفعليـة علـى الشـيء باختيـاره - المـادة (٩٥٦) مـن القـانون المـدني المصـرى - أو وافـق علـى نقـل هـذه السـيطرة إلـى شـخص آخـر ، كمـا لـو بـاع الشـيئ وسـلمه إلـى المشـترى وفـى هـاتين الحـالتين يفقـد الحـائز عنصـري الحيـازة المـادي والمعنـوي ، فيفقـد الحيـازة ذاتهـا ، وقـد يفقـد الشـخص الحيـازة جبـراً عنـه ، كمـا لـو وردت الحيـازة علـى حيـوان ضـل أو هـرب ، وكـف الحـائز عـن تتبعـه بعـد أن فقـد الأمـل فـي العثـور عليـه ، ولكـن الحيـازة لا تنقضـى إذا كـان مـا حـال دون مباشـرة الحـائز السـيطرة الفعليـة علـى الشـئ مـانع وقتـي – المـادة (١/٩٥٧) مـن القـانون المـدني المصـرى - وعلـى ذلـك لا تنقضـي حيـازة الأرض إذا مـا غمرتهـا ميـاه الفيضـان ، فعـدم تمكـن الحـائز مـن زراعتهـا والانتفـاع بهـا خـلال مـدة انغمارهـا بالمـاء ، يعتبـر مانعـاً وقتيـاً ، كـذلك إذا تعطلـت سـيارة فـي منطقـة معزولـة عـن العمـران ، فاضـطر صـاحبها إلـى تركهـا فتـرة مـن الـزمن ، فـإن حيازتـه لهـا لا تنقضـي لأن فقـد السـيطرة عليهـا أنمـا كـان نتيجـة لمـانع وقتـي. ويعتبـر اسـتحواذ شـخص مـن الغيـر علـى الشـئ دون إرادة حـائزة ، أو دون علمـه مانعـاً وقتيـاً ، فـلا يـؤدى إلـى انقضـاء الحيـازة إلا إذا اسـتمر سـنة كاملـة ، وتحسـب السـنة مـن وقـت هـذا الاسـتحواذ إذا بـدأ علنـاً ، أو مـن وقـت علـم الحائز به إذا بدا خفية - المادة (٢/٩٥٧) من القانون المدني المصرى - [٤٤].

(الفصل الثالث)

(إثبات الحيـــازة)

تثبـت الحيـازة بإثبـات عنصـريها . ولا شـك أنـه يجـوز اثبـات هـذين العنصـرين بجميـع طـرق الاثبـات لتعلـق الأمـر بوقـائع ماديـة ، سـواء فـى ذلـك الأعمـال الماديـة التـى يباشـرها الحـائز ، أو نيـة العمـل لحسـاب الخـاص [٤٥].ويكفـى فـي إثبـات الحيـازة اثبـات عنصـرها المـادى أى اثبـات قيـام الشـخص بمباشـرة الأعمـال الماديـة التـى يباشـرها عـادة صـاحب الحـق علـى الشـيئ فـإذا ثبـت هـذا العنصـر اعتبـرت الحيـازة متحققـة بعنصـريها المـادى والمعنـوي بحيـث لا يكلـف مـدعى الحيـازة اثبـات أنـه يباشر تلك الأعمال لحسابه الخاص

---

(٤٤)(نقض مدنى ١٨ – ٢ – ١٩٥٤ مجموعة ٥ – ٨٤ – ٥٤٢)

(٤٥)(ويقال كذلك أن الحيازة تفقد كذلك إذا فقد الحائز أحد عنصريها المادي أو المعنوي ولو استبقي العنصر الآخر ، ويمثل عادة لفقد العنصر المادي وحدة بحالة سرقة الشئ أو ضياعه (راجع د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري – المرج السابق - ص٩٠٠ رقم ٣١٠) وقد رأينا في المتن أن السرقة والضياع يعتبران من الموانع الوقتية التي لا تؤدي إلى انقضاء الحيازة إلا إذا كف الحائز عن تتبع الشئ أي فقد الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي (راجع د/ منصور على منصور – المرجع السابق - ص ٣٩٢ – ٣٩٣ رقم ١٦٥)- ويمثل لفقد العنصر المعنوي دون العنصر المادي بحالة ما إذا باع الحائز الشئ واتفق مع المشترى على استبقائه عنده كالمستأجر مثلا ((راجع د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري - جـ ٩ - ص ٩٠٢ - رقم ٣١١) ، والواقع أن الحائز يفقد في هذه الصورة العنصرين معاً ، لأنه يباشر الأعمال المادية لحساب المشترى ، فتكون السيطرة المادية على الشئ للمشترى ، وبذلك يكون البائع فقد العنصر المادي والمعنوي معاً . (راجع د/ منصور على منصور – المرجع السابق - ص ٣٦٤ رقم ١٦٥) – راجع الدكتور / محمد لبيب شنب – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثانية – سنة ١٩٩٩ – فقرة ١٤٩ ص ١٧٥)

، فالعنصر المعنوي مفترض ، ذلك أن الأصل فيمن يباشر عملاً على شيئ أنه يفعل ذلك لحسابه الخاص لأن هذا هو الغالب فى العمل ، ولذلك فإن المتمسك بهذا الأصل لا يكلف باثباته ، بل يقع على من يدعى أن محرز الشيئ انما يحرزه لحساب غيره ان يثبت ما يدعيه [٤٦] وقد عبرت عن ذلك المادة (٢/٩٥١) مدني بقولها (عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة أنما يحرزها لنفسه) ، والمادة (٩٦٣) مدني بقولها (إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، الا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)

ولكن افتراض توافر العنصر المعنوي لدي مباشر الحيازة المادية ينتفى إذا كان هذا الأخير قد تسلم الشئ من حائز حقيقي ، اذ يفترض عندئذ أن الحائز الحالى مجرد حائز عرضي لم يتوافر لديه العنصر المعنوي -المادة (٢/٩٥١) من القانون المدني المصرى - ونظراً لأن الأصل هو بقاء الوضع على ما ثبت انه كان عليه في وقت معين حتى يقوم دليل على تغييره ، فإن الحيازة التى يثبت أنها بدأت كاملة أي جامعة لعنصريها تظل معتبر كذلك ومحتفظة بصفتها هذه حتى يثبت صاحب المصلحة أنها تغيرت وأصبحت حيازة ناقصة أو عرضية ، كلك فإن الحيازة التي يثبت أنها بدأت عرضية لم يتوافر فيها سوي العنصر المادي، تظل معتبر كذلك ومحتفظة بصفتها هذه حتى يثبت صاحب المصلحة أنها تغيرت وأصبحت حيازة حقيقية كاملة بالجمع بين العنصرين المادي والمعنوي – المادة (٩٦٧) القانون المدني المصرى ، فمن يتسلم شيئاً باعتباره مستأجراً له تكون حيازته قد بدأت عرضية ، ومن ثم تظل محتفظة بصفتها هذه ، فإذا ادعي المستأجر أن حيازته أصبحت كاملة لتوافر العنصر المعنوي لديه ، فعليه أن يثبت ذلك لأنه يدعى التغيير.

(الفصل الرابع)

(العلاقة بين الحائز والمالك)

إذا لم تؤد الحيازة إلى تملك الشيئ ، سواء لأن هذا الشيئ ، من العقارات وطالب به المالك قبل اكتمال مدة التقادم ، أو لأن الشئ رغم كونه منقولاً إلا أن الحائز لم يتملكه بالحيازة فوراً لسوء نيته ، أو لعدم توافر سبب صحيح لديه ، فإن الحائز يلتزم برد الشيئ إلى صاحب الحق عليه الذي يطالب به . وتختلف أحكام هذا الرد والمسئولية عنه تبعاً لما إذا كان الحائز حسن النية أو سيئها .

الحائز حسن النية :ـ

إذا كان الحائز حسن النية أى يعتقد أن له حق الشيئ يخول له حيازته ، ويجهل أنه يعتدي على حق للغير ، فإنه يلتزم برد الشيئ إلى صاحب الحق عليه بالحالة التى يكون عليها وقت الرد ، ولو كانت غير الحالة التى كان عليها وقت بدء حيازته

---

(٤٦)(فللحائز مثلا أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه على أساس أن هذا العقد يعتبر قرينة على الحيازة ، راجع نقض مدنى ٢٥ – ٦ – ١٩٦٤ مجموعة ١٥ – ١٣٨ – ٩٨٠ ، وفى ٢٨ – ٤ – ١٩٦٦ مجموعة ١٧ – ١٢٩ – ٩٣٨ – راجع الدكتور / محمد لبيب شنب – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثانية – سنة ١٩٩٩ – فقرة ١٥٠ ص ١٧٦)

، فلا يسأل الحائز عما يصيب الشيئ من هلاك أو تلف – المادة (٢/٩٨٣) من القانون المدني المصرى - ويبدو هذا الحكم بدهيا إذا كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي عن الحائز ، ولكن ما الحكم إذا كان الهلاك بسبب فعل الحائز؟

يجب التفرقة بين الحالة التى يحوز فيها الشخص الشيئ باعتباره مالكاً له ، وبين حالة حيازة الشيء استناداً إلى حق عيني آخر كالانتفاع ، ففي الحالة الأولى أي الحالة التى يحوز فيها الشخص باعتباره مالكا له ، لا يسال الحائز عن تلف الشئ أو هلاكه ولو نشأ ذلك عن فعله ، اذ لا يمكن اعتبار هذا الفعل خطا أو تقصيراً من الحائز الذي يحوز الشئ معتقداً أنه مالكه ، تماماً كما لا يمكن اعتبار فعل المالك الحقيقي خطأ أو تقصيراً يوجب مسئوليته ، أما إذا كان الشخص يحوز الشئ باعتباره صاحب حق انتفاع مثلاً ، فإنه يكون مسؤولاً قبل المالك عن التلف أو الهلاك الذي يحدث بفعله ، كما يسأل صاحب حق الانتفاع الحقيقي قبل المالك [٤٧]

على أنه إذا عاد على الحائز فائدة ترتبت على هلاك الشيء أو تلفه ، فإنه يكون ملتزماً برد قيمة هذه الفائدة إلى المالك ، وعلى ذلك إذا كان هلاك الشيء بسبب خطأ شخص من الغير وحصل الحائز من هذا الغير على تعويض عن الهلاك أو التلف الذى أصاب الشيئ ، فإنه يلتزم بدفع هذا التعويض إلى المالك ، كذلك إذا كان الحائز قد أمن على الشيء ضد الهلاك أو التلف ، فلما هلك الشيء دفعت له شركة التأمين التعويض المتفق عليه ، فإنه يلتزم برد هذا التعويض إلى المالك [٤٨] ، بعد خصم الأقساط التى دفعها إلى الشركة .

ولا يلتزم الحائز حسن النية عندما يرد الشيئ إلى مالكه ، بأن يدفع إلى هذا المالك أى تعويض يقابل المنفعة التى حصل عليها من الشيئ خلال مدة وجودة في حيازته – المادة (١/٩٨٣) من القانون المدني المصرى

الحائز سيئ النية :-

إذا كان الحائز سيئ النية فأنه يلتزم بما يلي :-

١- بتعويض المالك على قيمة الشيئ إذا هلك او تلف ولو كان ذلك ناشئاً عن سبب أجنبي :- أى بسبب لا يد للحائز فيه ، ولا يستطيع الحائز أن يتخلص من هذه المسئولية الا إذا أثبت أن الشيئ كان ليهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه - المادة (٩٨٤) من القانون المدني المصرى - ومع ذلك فلو كان الشيئ منقولاً سرقة الحائز ، فأنه يسأل عن هلاكه أو تلفه ولا ترتفع مسئوليته حتى ولو اثبت أن الشيئ كان لابد سيهلك ولو بقي في يد مالكه – المادة (٣/٢٠٧) من القانون المدني المصرى

---

(٤٧) (د/عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية – الطبعة الثالثة – طبعة سنة ١٩٦٧ - ص ٥٤١ - رقم ٣٥٠)

(٤٨)(ويبدو أن الفقه يتجاهل هذه التفرقة ، إذا يذهب فريق من إلى عدم مساءلة الحائز إذا كان حسن النية إطلاقاً (اراجع د/ عبد المنعم فرج الصدة – المرجع السابق - ص ٧٢١ رقم ٤٨٠ - راجع د/ منصور على منصور – المرجع السابق - ص ٤٥٦ رقم ١٩١) - ويذهب فريق آخر إلى مساءلة الحائز حسن النية عن خطئه في جميع الحالات (راجع د/ عبد الرزاق احمد السنهوري- المرجع السابق - جـ ٩ - ص ٩٧٨ - رقم ٣٦١)

٢- بتعويض المالك عن منفعة الشئ [٤٩] :- فإذا تمثلت هذه المنفعة في صورة ثمار جناها الحائز التزم بردها إلى المالك أن كانت باقية عينا ، أو برد قيمتها أن كانت قد استهلكت ، ولا يسقط حق المالك في المطالبة بهذا الثمار إلا بمضي خمس عشرة سنة [٥٠].

حق الحائز في استرداد المصروفات :-

يحدث أن يكون الحائز الملتزم برد الشيئ إلى صاحب الحق عليه ، قد أنفق مصروفات على هذا الشيئ وهو في حيازته فهل يحق له استرداد هذه المصروفات؟ فرق القانون في هذا الشأن بين ثلاثة أنواع من المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية.

١- المصروفات الضرورية :- إذا كانت المصروفات التي أنفقها الحائز ضرورية ، فإنه يكون له الحق في استردادها ، فيلتزم المالك الذي يرد إليه ملكه بأن يؤدى هذه المصروفات إلى الحائز

- المادة (١/٩٨٠) من القانون المدني المصرى - وذلك سواء كان هذا الحائز حسن النية أم سيئها . وتعتبر المصروفات الضرورية إذا كانت لازمة للمحافظة على الشيئ ومنعه من الهلاك أو التلف ، كالنفقات التي تصرف لمنع بناء من السقوط ، أو لعلاج حيوان مريض ، والعلة في إلزام المالك بهذه المصروفات بصفة مطلقة ، انه كان ينفقها لو احتاج إليها الشيئ وهو تحت يده.

٢- المصروفات النافعة :- وهى التي تزيد عن قيمة الشيئ أو من نفعه ، ولكنها لا تكون لازمة لحفظه من الهلاك ، ومثالها حفر قنوات للري والصرف في الأرض الزراعية ، وإدخال الماء والكهرباء في المنزل المحروم منهما وتدريب الحصان على الجري أو القفز ، وتعليم الكلب اقتفاء الأثر ، وقد نص القانون على تطبيق إحكام الالتصاق الواردة في المادتين (٩٢٤ ، ٩٢٥) من القانون المدني المصرى على هذه المصروفات ، وتلك الأحكام كما رأينا تعامل الحائز حسن النية معاملة أفضل من معاملة الحائز سيئ النية .

٣- المصروفات الكمالية :- وهي المصروفات لا تزيد عن قيمة الشئ ذاته أو من منفعته زيادة محسوسة ، ولكنها تنفق في تزيين الشئ وتجميله بما يجعله يروق في حين الحائز شخصياً ، كرسم لوحات زيتية على جدران المنزل ، وغرس زهور على الطريق المؤدية إلى الأرض الزراعية محل الحيازة ، والقاعدة أنه ليس للحائز ان يطالب المالك بهذه المصروفات ، ولكن يكون للحائز إذا أراد أن ينزع ما استحدثه من منشآت كمالية على نفقته ، بشرط أن يعيد الشئ إلى الحالة التى كان عليها قبل استحداثها

---

(٤٩)(مذكرة المشروع التمهيدي - مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٦ - ص ٥٢٨)

(٥٠) (ولم ينص القانون على هذا الحكم مباشرة ، ولكنه يستفاد عن طريق مفهوم المخالفة من نص المادة ١/٩٨٣ التي تقرر أنه إذا كان الحائز حسن النية فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشئ إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع ، راجع الدكتور / محمد لبيب شنب – الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثانية – سنة ١٩٩٩ – فقرة ١٥٣ ص ١٧٩)

، وبتعطل حق الحائز فى نزع المنشآت الكمالية إذا اختار المالك أن يستبقيها ، وفى هذه الحالة يلتزم المالك بأن يدفع إلى الحائز قيمتها مستحقة الإزالة – المادة (٣/٩٨٠) من القانون المدني المصرى.

ويلاحظ أن للحائز استرداد المصروفات الضرورية النافعة (وفقا لقواعد الالتصاق) سواء أكان هو الذى أنفق هذه المصروفات ، أم كان الذى انفقها هو حائز سابق ، واثبت الحائز الحالى الذى يسترد الشئ منه أنه أدى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات – المادة (م٩٨١) من القانون المدني المصرى - وعلى ذلك إذا حاز (أ) شيئاً وانفق عليه المصروفات ضرورية أو نافعة ، وانتقلت حيازة الشيئ بعد ذلك إلى (ب) الذى دفع إلى (أ) قيمة تلك النفقات ، ثم استرد من المالك الحقيقى الشيىء ، فهنا يحق للحائز (ب) أن يسترد من المالك ما أداه إلى (أ) من مصروفات.

كيفية أداء المصروفات :ـ

الأصل أن يؤدى المالك المصروفات إلى الحائز فى ذات الوقت الذى يسترد ملكه منه ، فان لم يفعل ، كان للحائز أن يحبس الشئ عنه حتى يؤدى له ما يستحقه ، ولكن القانون أجاز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بتلك المصروفات ، وبصفة خاصة يجوز للقاضى أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية وأن يلزم المالك بتقديم الضمانات اللازمة – المادة (٩٨٢) من القانون المدني المصرى - [٥١] ، كذلك يدخل في سلطة القاضي أن ينظر المالك إلى أجل ، فلا يلزمه بدفع أي مبلغ في الحال ، وإذا حكم القاضي بتقسيط المصروفات المستحقة على المالك ، أو بتأجيلها ، فان للمالك إذا شاء أن يعجل المبلغ الواجب عليه بعد خصم فوائده محسوبة بالسعر القانوني عن المدة من تاريخ الوفاء إلى ميعاد الاستحقاق .

وبعد ان عرضنا للحيازة فى القسم الاول من هذا البحث ، وانتهينا الى انها تعد سببا من الاسباب السبعة فى اكتساب الملكية والتى وردت حصرا فى القانون المدنى المصرى – كما جاء بمقدمة هذا البحث – لزم علينا التعرض فى هذا البحث للملكية بوجه عام ليتسق استكمال البحث وسنعرض لذلك فى القسم الثانى فى هذا البحث على ان نرجىء بحث الحيازة كسبب من اسباب كسب الملكية الى القسم الثالث من هذا البحث ، وقبل ما سبق سنعرض لبعض تطبيقات قضائية للحيازة فى ضوء احكام محكمة النقض المصرية

---

(٥١)(نقض مدني ١٦ – ١ – ١٩٦٤ مجموعة ١٥ – ١٨ – ٩٢، مذكرة المشروع التمهيدي : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٥٤٢)

(القسم الثانى)

(الملكية بوجه عام)

تعريف و معنى الملكية في معجم المعاني الجامع :-

(مِلكيّة)هى (اسم) و(المِلْكِيَّةُ) هى المِلْكُ أَو التمليك ، و(مُلْك) هى مصدر (ملَكَ) فيقال (مِلْكِيَّةٌ خَاصَّةٌ) اى مَا يَمْلِكُهُ الإِنْسَانُ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، ويقال (مِلْكِيَّةٌ عَامَّةٌ) اى مَا هُوَ فِي مِلْكِ الْعُمُومِ ، يَتَمَتَّعُ بِهِ الْجَمِيعُ وَيَكُونُ خَاضِعاً لِسُلْطَةِ الدَّوْلَةِ ، ويقال ايضا (مِلْكِيَّةٌ مُشْتَرَكَةٌ) اى مِلْكِيَّةٌ مُشَاعَةٌ ، وقد تَقْتَضِي مَصْلَحَةُ الدَّوْلَةِ أَحْيَاناً نَزْعَ المِلْكِيَّةِ الخَاصَّةِ لِصَالِحِ المِلْكِيَّةِ العَامَّةِ [1]

تعريف ومعنى ملكية في قاموس المعجم الوسيط :-

(ملكية) هى نمط من الحكم تكون فيه السلطة المطلقة أو المحدودة بيد ملكة أو ملك أو إمبراطورة أو إمبراطور ، وعادة ما تكون عن طريق الوراثة . لقد أصبحت أغلب الأنظمة الملكية في أوروبا اليوم أنظمة دستورية أو أنظمة ملكية محدودة ، ومعنى ذلك أن السلطة السياسية بيد من ينتخبون أما دور الملوك فجله دور رمزي كالحضور في الاحتفالات الرسمية ، كما تمثل هذه الأنظمة الملكية رمزا قويا للهوية الوطنية في عقول الأفراد ، أما في بعض بلدان إفريقيا والشرق الأوسط وآسيا فلا يزال الملوك يتمتعون بالسلطة المطلقة .

تعريف الملك في اللغة :-

الملك لغة :- هو (احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد والتصرف فيه) ، وملك الشيء ملكاً حازه وانفرد بالتصرف فيه فهو مالك ، والملك هوما يملك ويتصرف فيه (يذكر ويؤنث) وجمعه أملاك ، وقد جاء فى قوله تعالى (وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ)(الاية سورة).

والملكية في اللغة :- هي الملك (بكسر الميم وتسكين اللام) أو التمليك ، فيقال بيدي عقد ملكية هذه الأرض.

تعريف الملك في اصطلاح الفقه الاسلامى :-

لقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة متقاربة في مرماها وإن اختلفت في مبناها ، فمنهم من عرفه بأنه " الاختصاص الحاجز " أي الاختصاص المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه بالتوكيل أو النيابة.

---

(١)(موقع المعانى لكل رسم - المعاجم العربية- مسحوب من الانترنت - https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9)

كما عرفه القرافي من المالكية بأنه " تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ومن اخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة "

وعرفه ايضا ابن تيمية في مجموع الفتاوى بأنه (القدرة على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية)

وقد جاءت هذه التعريفات على اعتبار الوصف، بينما جاء تعريف القدسي في كتاب الحاوي على اعتبار منشأه بأنه (الاختصاص الحاجز) ليشمل جميع ما يمتلكه الشخص من حقوق أو ملكيات.

تعريف الملك فى المعنى العام للقانون المدنى :-

الملك قانوناً جاء في المادة (١٢٥) من مجلة الأحكام العدلية ما نصه (الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع)

وجاء في المادة (١٠١٨) منها ما هو نصه (حق الملكية هو سلطة المالك فى أن يتصرف فى ملكه تصرفا مطلقا عينا ومنفعة واستغلالا وان لمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً)

وعليه سوف نتناول فى هذا القسم من بحثنا أحكام حق الملكية أى حق الملكية بوجه عام ، ونعرض اليه فى عدة ابواب على النحو التالى :-

(الباب الأول)

(التعريف بحق الملكية وخصائصه وعناصره)

سوف نتناول فى بحثنا فى هذا الباب ، التعريف بحق الملكية وخصائصه وعناصره فى عدة فصول على النحو التالى :-

(الفصل الأول)

(التعريف بحق الملكية وعناصره)

تعريف حق الملكية :-

عرفت المجموعة المدنية المصرية حق الملكية فى المادة (٨٠٢) بقولها (لمالك الشيء وحده ، فى حدود القانون ، حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه)

وإكتفى هذا النص فى تعريف حق الملكية بذكر خصائصه وعناصره ، ففى قوله (لمالك الشيء وحده) إشارة إلى أن المكلية حق مقصور على صاحبها لايزاحمه فيه مزاحم ، كما أنه ذكر عناصر الملكية الثلاثة وهى (حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف) ، ثم إن واضعى المجموعة حرصوا أيضاً على عدم النص على أن الملكية حق مطلق ، بل على العكس ذكروا أن سلطات المالك تتقيد بحدود القانون .

وقد كان نص المادة (٨٧٠) فى المشروع المقدم من الحكومة لمجلسى البرلمان يذهب أبعد من ذلك ، فكان يقضى بأن (لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق إستعمال الشىء وإستغلاله والتصرف فيه ،على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق المكلية من وظيفة إجتماعية).

وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى عن فرض واضعى المشروع فى قولها (لم يخلع المشروع على حق المكلية هذه الصفة التى نص عليها التقنين الحالى ، بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن المتغلبة فى التقنيات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية ، فليس هذا الحق مطلقاً لاحد له ، بل هو وظيفة إجتماعية يطلب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل ، أما إذا خرج على هذه الحدود فلا يعتبره القانون مستحقاً لحماية) [٢] .

وقد أقرت لجنة الشئون التشريعية فى مجلس النواب هذا النص ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف العبارة الأخيرة التى تختم نص المادة السابقة . وقد روعى فى حذف هذه العبارة أنها أسهل بالإيضاحات الفقهية ، وأن فى التطبيقات التى أوردها المشروع فى النصوص التالية مايغنى عنها ، وهكذا جاء نص المادة (٨٠٢) خالياً من هذه العبارة .

(الفصل الثانى)

(خصائص حق الملكية)

خصائص الملكية :-

١ -الملكية حق عينى :-

بمعنى أنها تنصب مباشرة على شىء معين ، بل أن الملكية هى أوسع الحقوق العينية جيمعاً فهى تعطى لصاحبها السلطان الكامل على الشىء ، فهو يستعمله ويستغله ويتصرف فيه ، أما سائر الحقوق العينية فهى أضيق منها نطاقاً لأنها ليست سوى مشتقات من حق الملكية تأخذ منه حق الإستعمال أو حق الإستغلال أو بعض عناصر هذين الحقين .

ولما كانت الملكية حقاً عينياً فإنها تكون بالتالى حقاً مطلقاً ، بمعنى أن صاحبها يمكنه الإحتجاج بها ضد الكافة ، ولعل هذا الإحتجاج بالملكية ضد الكافة هومايسميه الشراح بحق (التتبع) فى الملكية .

والملكية حق عينى ، وهى لذلك لاتقع إلا على شىء (مادى) ، أما إذا وقعت على شىء غير مادى لم تكن ملكية بالمعنى الصحيح ، وسنرى أن الملكية على الأشياء (المعنوية أو غير المادية) ليست فى الواقع ملكية بالمعنى الصحيح .

---

(٢) (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ـ الجزء السادس من ١٠)

والملكيــة حــق ، وهــى لهــذا تتميــز عــن الحيــازة أو وضــع اليــد ، فالمالــك لــه حــق قــانونى يخــول لــه ســلطاناً علــى الشــىء ، ولكــن الحيــازة أو وضــع اليــد هــى مجــرد ســلطة فعليــة لايشــترط لوجودهــا أن تســتند إلــى حــق ، وأن رتــب القــانون علــى هــذه الســلطة الفعليــة نتائج قد تصل إلى كسب الملكية ذاتها .

لــم يعــد حــق الملكيــة حقــاً مطلقــاً بــل أن لــه وظيفــة إجتماعيــة ، إذا وصــفت الملكيــة بأنهــا حق مطلق يحتمل هذا معنيين ، هما:-

الأول :- الملكيــة يمكــن أن يحــتج بهــا ضــد الكافــة :- وهــذه صــفة تشــترك فيهــا الملكيــة مــع جميــع الحقــوق العينيــة ، لأن الإحتجــاج بــالحق فــى مواجهــة الكافــة خاصــية مــن خصائص الحق العينى على وجه العموم

الثــانى :- أن للمالــك حــق إســتعمال ملكــه وإســتغلاله كيفمــا يشــاء :- وعلــى النحــو الــذى يريــد ، ولــه أن يســتعمله الإســتعمال الــذى يــرى ، وأن يغيــر فيــه وفــى طريقــة إســتغلاله ، وأن ينشــىء عليــه ماشــاء مــن المنشــآت ، بــل أن لــه أن يعدمــه ، وأن يتركــه بــدون إستعمال ، وليس لأحد أن يعترض على المالك فى كل هذا .

وقــد جــاء التقنــين الفرنســى فــى عــام ١٨٠٤ مشــبعاً بالنزعــة الفرديــة ، فوصــف الملكيــة بأنهــا (حــق مطلــق) علــى إعتبــار أنهــا أكثــر الحقــوق إتصــافاً بالفرديــة وأقواهــا جميعــاً ، ولكــن مقتضــيات الحيــاة فــى المجتمــع أدت إلــى الحــد مــن إطــلاق الملكيــة كمــا حــدث مــن ســائر الحقــوق ، ولــذلك وردت علــى الملكيــة حتــى فــى أكثــر المجتمعــات اخــذاً بالنزعــة الفرديــة بعــض القيــود ، ومــع تقــدم المجتمعــات ودخــول النزعــة الإشــتراكية أخــذت هــذه القيــود تزيــد إلــى حــد أن أصــبح ينظــر إلــى الملكيــة اليــوم فــى التشــريعات الحديثــة علــى أنهــا وظيفــة إجتماعيــة وليســت ذلــك الحــق الفــردى المقــدس ، فللملكيــة وظيفــة يجــب أن تقوم بها لتحقيق الصالح العام للمجتمع .

ويترتب على هذه النظرة الجديدة نتيجتان هما :- [٣]

الاولــى :- أنــه حيــث يتعــارض حــق الملكيــة مــع مصــلحة عامــة ، فالمصــلحة العامــة هــى التــى تقــدم ، فمــا ينبغــى أن تقــف الملكيــة حجــر عثــرة فــى ســبيل تحقيــق المصــلحة العامــة ، ولا يدخل هذا فى وظيفتها الإجتماعية .

الثانيــة :- حيــث يتعــارض حــق المالــك مــع مصــلحة خاصــة هــى أولــى بالرعايــة مــن حــق المالك فإن هذه المصلحة الخاصة هى التى تقدم بعد أن يعوض المالك تعويضاً عادلاً

٢ -حق الملكية مقصور على صاحبه :-

وهــذه صــفة تقليديــة اخــرى فــى حــق الملكيــة . فلكــى ينتفــع المالــك بملكــه يجــب ألا يقيــد فــى ذلــك بحــق آخــر . فهــو يتســلط علــى الشــىء بطريــق مباشــر ، وبحكــم هــذا التســلط يســتطيع التصــرف فيــه ماديــاً وقانونــاً علــى الوجــه الــذى يــراه . وهــذا مــايميز الملكيــة عــن ســائرالحقوق العينيــة . فمــثلاً حــق الإنتفــاع يتقيــد بحــق مالــك الرقبــة ، وحــق الإرتفاق يتقيد هو بالآخر بملكية العقار الخادم وهكذا .

---

(٣)(راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزءالسادس من ١٠و ١١ - ص ٢١)

ولـذلك إذا حـاول أى فـرد الإنتفـاع بالشـىء كـان لمالكـه منعـه مـن ذلـك ودفـع هـذا التعـدى ، ولو كان هذا التعدى بسيطاً .

وتطبيقـاً لـذلك قضـت المحـاكم الفرنسـية بهـدم حـائط مائـل علـى أرض الغيـر [٤] وحكمـت علـى شـركة بإزالـة أسـلاك مـدتها فـوق ملـك خـاص وبـالتعويض عـن ذلـك [٥] وحكمـت أيضاً بعدم جواز لصق الإعلانات على حائط مملوك للغير إلا بإذن المالك .

وقـد كـان مشـروع القـانون المـدنى يتضـمن نصـاً هـو نـص المـادة (٨٧٦) مـن المشـروع النهـائى والمـادة (١١٧٠) مـن المشـروع التمهيـدى يقضـى بأنـه (لـيس للمالـك أن يمنـع الغيـر مـن التـدخل فـى إنتفاعـه بملكـه متـى كـان هـذا التـدخل ضـرورياً لتـوقى خطـر داهـم أشـد كثيـراً مـن الضـرر الـذى يصـيبه مـن التـدخل ، وإنمـا لـه أن يحصل على تعويض عما أصابه من ضرر) .

وكـان هـذا الـنص مقتبسـاً مـن القـانون الألمـانى المـادة (٩٠٤) مـن القـانون المـدنى الألمـانى ، ولكـن هـذا الـنص حـذف فـى مجلـس الشـيوخ ، وقـد إقترحـت لجنـة القـانون المـدنى بهـذا المجلـس حـذف هـذه المـادة لمـا قـد تـؤدى إليـه مـن إنتهـاك حرمـة ملـك الغيـر ومـا قـد تخلقـه مـن مشـاكل لاضـابط لهـا وقـد لا يحمـد عقباهـا ، وقـد رأت اللجنـة حـذف المـادة علـى أسـاس أن النتيجـة العمليـة مـن الـنص تتحقـق فـى الكثـرة الغالبـة مـن الأحـوال دون حاجـة إلـى نـص مـن ناحيـة ، وأن فـى فكـرة التعسـف فـى إسـتعمال الحـق مـا قـد يغنـى عـن أحكـام هـذه المـادة فـى كثيـر مـن الفـروض التـى تقصـر فيهـا المـروءة عن حق الضرورة [٦] .

٣ -<u>حق الملكية حق دائم :-</u>

الملكية بطبيعتها حق دائم ، ويقصد بذلك أنها لاتسقط بعدم الإستعمال ، وهى فى هذا تختلف عن سائر الحقوق العينية التى يلحقها التقادم المسقط ، فدعوى الإسترداد التى تحمى الملكية لا يمكن أن يلحقها التقادم المسقط للدعاوى العينية والشخصية، أما سقوط الدعاوى الشخصية فمبدأ قررته المادة (٣٧٤) من القانون المدنى ، وهى تنص على (أن الإلتزام يتقادم بإنقضاء خمس عشرة سنة)، وفيما يتعلق بالحقوق العينية المتفرعة عن الملكية نجد المادة (٩٩٥) من المجموعة المدنية وهى تنص على (إنتهاء حق الإنتفاع بعدم الإستعمال مدة خمس عشرة سنة)، وهذا النص ينطبق أيضاً على حقى الإستعمال والسكنى بمقتضى نص المادة(٩٩٨) ، وبالنسبة لحقوق الإرتفاق نصت المادة(١٠٢٧) على أن حقوق الإرتفاق تنتهى بعدم إستعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإذا كان الإرتفاق مقرراً لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة ، فالملكية إذن لايمكن أن تسقط بمجرد عدم الإستعمال [٧]

---

(٤)(نقض فرنسى - عرائض - ١٥ يوليه ١٩٠١ ، سيرى ١٩٠٢ –١ – ٢١٧ تعليق naquet عليه ، ونقض فرنسى (مدنى) ٣ يونية ١٩٤١ جازيت دى باليه ١٩٤١ –٢ – ٦٥)

(٥)(محكمة ليل ١٥ نوفمبر ١٨٩٩ ، دالوز ١٩٠٠ – ٢ – ٣٦١)

(٦)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ٣٠)

(٧)(راجع مع ذلك المادة ٩٧٧ / ١ وهى تقرر مدة ٣ سنوات لسقوط دعوى الإسترداد للمنقول أو الضائع من حائزه حسن النية)

، فإذا ترك المالك ملكه بدون إستعمال فإن ذلك لايؤدى إلى حرمانه من ملكه مهما طالت المدة على عدم إستعماله له ، ولايجوز بالتالى لأحد أن يدعى تملكه شيئاً مملوكاً للغير بدعوى أن مالكه تركه بدون إستعمال مدة طويلة، وإنما يستطيع الغير أن يتمسك بحقه قبل المالك إذا قام بعمل مادى هو حيازة الشىء بقصد تملكه ، حيازة مستوفيه للشروط القانونية ، ومضت على هذه الحيازة المدة التى يشرطها القانون ، فعندئذ يتملك الحائز الشىء بسبب من أسباب التملك ، وهوالتقادم المكسب ، فالملكية لايمكن أن يلحقها التقادم المسقط ، ولكن يجوز للغير إكتسابها بالتقادم المكسب ثم هى تنتقل من مالك إلى آخر بأحد الأسباب الناقلة للملكية سواء أكانت أسباباً إختيارية كالعقد أم أسباباً إجبارية كالتقادم، وبغير ذلك لاتزول ملكية المالك على الشىء إلا بهلاكه .

ومع أن الملكية بطبيعتها حق دائم كما تقدم ، إلا أنه من المتصور توقيتها كنتيجة لإقترانها بالشرط الفاسخ ، فالملكية المعلقة على شرط فاسخ هى ملكية مهددة بالزوال إذا تحقق الشرط ، ونعلم أن تحقق الشرط يستند إلى الماضى أى أن له أثراً رجعياً ، ومعنى ذلك أن المالك تحت شرط فاسخ يعتبر كأنه لم يكن مالكاً أصلاً ، فالملكية تحت شرط فاسخ مصيرها إما إلى الإنتقال نهائياً إلى المكتسب متى ثبت تخلف الشرط أو عدم إمكان تحققه، وهى عندئذ تكون ملكية دائمة بدأت منذ التصرف الذى تلقى به المكتسب المال ، وإما أن يكون مصيرها إلى زوال بأثر رجعى فيعتبر إنتقالها كأن لم يكن .

وينتج عن صفة دوام حق الملكية عدم جواز توقيتها فلا يجوز إضافتها إلى أجل ، فلا يصح الإتفاق مثلاً على أن يكتسب المتصرف إليه الشىء لمدة عشر سنوات فقط فإذا إنقضت أعاده إلى مالكه القديم ، إن هذا الإتفاق الذى بتضمن إضافة الملكية إلى أجل فاسخ يتنافى مع طبيعة الملكية ، ومن ثم يكون شرط الإضافة باطلاً ، ويستطيع المتصرف إليه التصرف بدوره فى الشىء أو إعدامه فيصبح حق المتصرف لغواً [٩]، إن مثل هذا الإتفاق لايجوز إلا إذا أمكن حمله على أنه إنشاء لحق إنتفاع ذلك أن حق الإنتفاع هوالذى يقبل بطبيعته التوقيت .

عناصر حق الملكية :-

الملكية هى أوسع الحقوق العينية مدى ، فهى تعطى صاحبها السلطان الكامل على الشىء بكل منافعه . وقد جرى الفقهاء – متبعين فى ذلك التقليد الرومانى – عند مقابلتهم بين الملكية وحق الإنتفاع على تحليل الملكية إلى عناصر ثلاثة (الإستعمال والإستغلال والتصرف) وقد أشارت المادة (٨٠٢) من المجموعة المدنية إلى هذه العناصر الثلاثة حين نصت بان (لمالك الشىء وحده ، فى حدود القانون ، حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه) .

---

(٩)(راجع د/ شفيق شحاتة - نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون - ص ١٥١ - حاشية رقم ١ ، وبلانبول - الجزء الأول - رقم ٢٧٢٦ - ص ٩٠٠ - طبعة ١٩٤٨ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - فقرة ٣٣١ - ص ٥٣٩ ، د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ - ص ٢٧ - وما بعدها ، وعكس ذلك د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون - فقرة ١٥)

(حق الإستعمال) :- يكون بالقيام بأعمال مادية للحصول على منافع الشيء الحسية

(حق الاستغلال) :- هو الحصول على ثمار الشيء التي يكون قابلا لإنتاجها، عن طريق استغلاله بأحد الأعمال القانونية كالإيجار، فللمالك تأجير الأرض او الدار مثلا والحصول على أجرتها التي تعد ثمرة لها، والمالك يملك الثمار جميعا، وهي ما تنتج عن الشيء الأصلي وتتميز بالدورية ودون ان تقتطع من الأصل، فمتى انفصلت الثمار وتميزت عن الشيء كانت مملوكة للمالك بمقتضى ما له من حق الاستغلال ، وسنعرض لحق المالك في تملك الثمارعند التعرض لملحقات الملكية.

(حق التصرف) :- فيراد به أمران :-

(الأول :- هو التصرف في الشيء ماديا بإتلافه أو استهلاكه) :- ويكون بإجراء تغير مادي في الشيء محل الملكية كالبناء في الأرض او اعدام مادة الشيء باستهلاكه

(الثاني :- هو التصرف القانوني):- ويكون بنقل ملكية الشيء أو بتقرير حق عيني علية سواء كان هذا الحق من الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع أو الارتقاء، أو من الحقوق العينية التبعية كالرهن.

ويلاحظ ان التصرف ليس من خصائص حق الملكية وحده، وذلك أن الحقوق المالية تقبل الانتقال في الجملة، ونقلها للغير هو تصرف ولا شك ، على أن المقصود من قول ان المالك يستطيع التصرف في الشيء دون سواه أن الملكية تخول له نقل الانتفاع الكامل بالشيء للغير الامر الذي لا يتهيأ لغيره من أصحاب الحقوق العينية ، وانه وحده الذي يستطيع التصرف فيه ماديا الى حد اهلاكه [١٠].

وينبغي التميز بين(أعمال التصرف) فهي التي يقصد بها نقل الملكية أو انشاء أي حق عيني)، و(أعمال الإدارة) فهي التي يراد بها استغلال الشيء كالإيجار على وجه الخصوص، وهذا التميز يظهر أثره من حيث (الاهلية) ، فأعمال التصرف تستلزم بوجه عام الاهلية الكاملة أي بلوغ سن الرشد. بينما يتساهل المشرع عادة في تحديد الاهلية اللازمة لأعمال الإدارة ، وللتميز أهمية أيضا فيما يتعلق بسلطة الاولياء والنائبين على غيرهم بوجه عام ، ولكن ليس ذلك محل بحثنا على كل حال.

وللمالك كمبدأ عام حق التصرف فيما يملك ، الا ان هناك بعد القيود التي ترد على هذا الحق واستثناءات تدخل على ذلك المبدأ على ما سوف نعرض اليه فهذا البحث

---

(١٠) (راجع بلا نبول وروبير وبكار، شرح القانون المدني الجز الثالث ـ طبعة ١٩٥٢ـ رقم ٢١٨ ـ ص ٢٢٦)

(الباب الثانى)

(نطاق حق الملكية)

تنص المادة (٨٠٣) من القانون المدنى المصرى على أن (١- مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنهم دون ان يهلك او يتلف او يتغير ، ٢- وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً ، ٣- ويجوز بمقتضى القانون او الاتفاق ان تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها او ما تحتها)

وتنص المادة (٨٠٤) من القانون المدنى المصرى ايضا على ان (للمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته مالم لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك)

وهاتان المادتان تحددد نطاق حق الملكية ، فبنيت اولاهما ما يشمله الشيء المملوك، وبنيت الثانية ما يتفرع عنهم ، وعليه سوف نشرع فى بحث نطاق حق الملكية فى الفصول الاتية على النحو التالى :-

(الفصل الأول)

(ملكية الشيء بجميع أجزائه)

يقع حق المالك على الشيء بجميع اجزائه ، أو على حد تعبير المادة (٨٠٣) من القانون المدنى المصرى والتى تنص على ان (كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنهم دون ان يهلك او تلف او يتغير). وبناء على ذلك يشمل حق الملكية جميع الأجزاء المندمجة في الشيء كالبناء الذي يقيمه المالك على الأرض والغراس أيضا.

ويترتب على ذلك أن ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا الى الحد الذي يصلح للاستعمال، وتكون طبقة الهواء التي فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء ، وكذلك حق التعلي وهي حق البناء فوق الارض طبقات بعضها فوق بعض ،وتكون الكنوز وهي تحت سطح الأرض مملوكة لصاحب الأرض.

تأسيسا على هذا المبدأ أورد القانون نصين يقرر أولهما (المادة ١/٨٧٣) (ان الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد ان يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته) ،ويقرر الثاني (المادة ١/٩٢٢) (أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشئات أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له)[١١].

---

(١١) (على ان هذه القرينة قابله لأثبات العكس ، فيجوز أقامه الدليل على ان اجنبيا أقام هذه المنشأة على نفقته ، أو على ان مالك الأرض قد خول اجنبيا تملكها - م٩٢٢ / ٢)

وأشارت المادة (٢/٨٠٣) الى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق، فمثلا يجوز الاتفاق على تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلا عن السطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا النظام العام ، وما حق الحكر والتعلي والمطل الا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح[١٢] ، ومن ذلك أيضا ما نص عليه في قانون المناجم والمحاجر رقم (٨٦ لسنة ١٩٥٦) حيث نصت المادة (٣) منه على أن (يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مواد معدنية في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التي توجد في المحاجر التي تثبت ملكيتها للغير)[١٣].

والمواد المعدنية المقصودة في هذه المادة هي (المعادن وخامتها، والعناصر الكيماوية والاحجار الكريمة وما في حكمها، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في بطنها. وكذلك المياه المعدنية الخارجة من بطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها). ولا تدخل في ذلك الاملاح التبخرية التي تستخرج بطريق التبخير، ويكون الترخيص لاستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة (م١/١) من قانون المناجم والمحاجر، وخامات المحاجر هي (مواد البناء والرصف والاحجار الزخرفية، وخامات المون، والملاط والاحجار الصناعية، والدولوميت، ورمال الزجاج وما يماثلها(م٣/١) من قانون المناجم والمحاجر

وبناء على ذلك يعتبر جميع المواد المعدنية الموجودة في المناجم وخامات المحاجر خارجة عن ملكية الافراد وداخلة في الأشياء العامة، ولا يكون لصاحب الأرض التي بباطنها المناجم أو المحاجر أي حق عليها. وللدولة منح استغلالها لاحد الأشخاص، فلا يكون لصاحب الأرض عندئذ منع صاحب الترخيص من دخول الأرض للكشف عن المناجم أو استغلالها، وكل ما لصاحب الأرض عندئذ هو مطالبة صاحب الترخيص بتعويض عن الاضرار التي تنتج لسطح الأرض أو من حرمانه من الانتفاع بها ، ويلاحظ ان الذي يعتبر ملكا للدولة هي المواد المعدنية وخامات المحاجر، أما المناجم والمحاجر أي باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض، فله ان يستعملها ويستغلها في الأغراض أخرى غير استخراج المعادن والخامات.

وفيما عدا الاستثناءات السابقة التي تفصل فيها ملكية السطح عما تحت الأرض او فوقها لتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها كما نصت المادة (٢/٨٠٣). وقد حكمت المحاكم كما أشرنا من قبل بهدم الحائط المائل على ارض العين وازالة اسلاك مدتها شركة الكهرباء على الأملاك الخاصة. وللمالك إذا امتدت غصون الأشجار فوق ارضة المطالبة بقطعها أو بإزاحتها عن فضاء ملكيه. وكذلك يكون له الحق في طلب قطع الجذور الممتدة من ارض الجار الى ارضه.

---

(١٢)(الاعمال التحضيرية الجزء السادس، ص ١٧ و١٨)

(١٣)(راجع القانون الخاص بالمناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ المنشور في الوقائع المصرية في ١٥ مارس ١٩٥٦. وقد ألغي القانون السابق رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ التي بقيت احكامه سارية بالنسبة لمواد الوقود فقط).

والمادة المذكورة قيدت الملكية في علوها وعمقها بقيد عام وهو (الحد المفيد في التمتع علوا وعمقا). فليس للمالك ان يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو او العمق بحيث لا تكون له أي مصلحة في منعه، والا كان المنع منه تعسفا كمد اسلام التليفون او التلغراف او انابيب المياه على مسافة من العلو او العمق لا تضر بصاحب الأرض.

ويلاحظ أنه فيما يتعلق بملكية الفضاء الذى يعلو الأرض اقترح البعض تقسيم هذا الفضاء الى ثلاث مناطق (فالمنطقة القريبة من الأرض تعتبر مملوكة ملكية خاصة لأصحاب الأراضي - والمنطقة الثانية منطقة مملوكة للدولة وتخضع لسيادتها- والمنطقة الثالثة منطقة حرة) ، وهذا التقسيم كما هو ظاهر مستعار من القواعد الدولية التي تنظم البحار ، ولكنه صعب التطبيق أذ من المتعذر تحديد نطاق كل منطقة من هذه المناطق الثلاث، ثم ان القول بوجود منطقة هوائية حرة فوق إقليم الدولة امر لا يمكن ان تسلم به الدول.

وقد وضعت لنا المجموعة المدنية معيارا معقولا فيما يعد مملوكا من الفضاء الافراد فقررت ملكية الافراد للفضاء (الى الحد المفيد) في التمتع بالملكية. وما زاد على هذا الحد يعتبر مملوكا للدولة وخاضعا لسيادتها. فالدولة كامل السلطان على هذا السلطان على هذا الفضاء ولها بناء على ذلك الحق في تنظيم الملاحة الجوية فيه.

(الفصل الثانى)

(ملكية الملحقات)

ملكية المالك لما يتفرع عن الشيء:-

بعد ان قررت المادة (٨٠٣) أن الملكية تشمل جميع أجزاء الشيء وأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، نصت المادة (٨٠٤) على مبدأ تملك المالك لكل ما يتفرع عن الشيء (لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك).

ومعنى ذلك أن الملكية الشيء تشمل ثماره وما يلحق به من أشياء موجودة به كالعقارات بالتخصيص أو كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقضى طبيعة الأشياء ، وهي تشمل كذلك جميع ما يقام على الأرض من بناء أو غراس ، والتى تعتبر مملوكة لصاحب الشيء مالم يقم الدليل على خلاف ذلك من نص القانون لهذه الملحقات ، ونحن هنا فى معرض بحثنا سوف نعرض لمبدأ تبعية الفرع للأصل ، اى بحث موضوع ملكية تلك الثمار ، واضافة الملحقات للملك(الالتصاق) على اعتبار ان الثمار والملحقات هي مما تمتد اليه الملكية ، وذلك فى عدة مباحث على النحو التالى :-

(المبحث الأول)

(تملك الثمار)

الثمار وأنواعها:-

قد ينتج الشيء أشياء أخرى تتولد عنة وتتميز منه إذا انفصلت ،اما إذا ظلت متصلة به فهي تعتبر من اجزائه. وما ينتج من الشيء يسمى ثمار و الثمار هي (ما ينتج من الشيء بشكل دوري دون ان ينقص من أصله)، فقد تكون منتجات أو حاصلات ، أما المنتجات (أو الحاصلات) فهي تنتج عن الشيء بشكل غير دوري أو على نحو ينقص من أصل الشيء ومثال المنتجات الأحجار المتقطعة من المحاجر والمعادن المستخرجة من المناجم وقسط المرتب مدى الحياة ، قد يكون ثمارا ، وتنقسم الثمار الى ثلاثة أنواع هى كالاتى :-

الثمار المدنية :- وهي ايراد الذي ينتج من الشيء عن طريق استغلاله بإحدى الاعمال القانونية، كأجرة الأراضي والدور وفائدة رؤوس الأموال.

الثمار الطبيعية :- وهي التي ينتجها الشيء بمجهود الطبيعية ككلا المراعي الطبيعية ونتاج المواشي.

الثمار الصناعية او المستحدثة :- وهي ما ينتج من الشيء عن طريق مجهود الانسان كمحصول الأراضي الزراعية والحدائق وصيد البرك المستغلة.

لمن تكون الثمار والمنتجات:-

الاصل ان المالك أن يمتلك كل ما ينتج من الشيء لا فرق في ذلك بين الثمار والمنتجات ، ولهذا فأن التفرقة بين الثمار والمنتجات ليست لها أهمية فيما يتعلق بحق الملكية ، ولكن لها أهمية فيما يخص حق الانتفاع وفى حالة وجود الشيء في يد حائز حسن النية. فالمنتفع يمتلك الثمار دون المنتجات التي تظل من حق المالك لأنها كما قلت تقتطع وتنقص من الشيء الأصلي (مادة ٩٨٧) من القانون المدنى المصرى ، كما ان الحائز حسن النية إذا اجر على رد الشيء لمالكه يكون له الحق في الاحتفاظ بالثمار دون المنتجات (مادة ٩٨٧).

وانما يجوز لغير المالك تملك الثمار. وهذا التملك يكون على حق رتبه المالك للغير واما بناء على مجرد الحيازة ، فالمالك ان يرتب على ملكه حق انتفاع لصالح الغير فيمتلك المنتفع الثمار عند جنيها او فصلها عن أصلها. وكذلك أيضا لصاحب حق الاستعمال ان يستولى على الثمار بالقدر اللازم لسد حاجاته وحاجات اسرته - المادة (٩٩٦) من القانون المدنى المصرى ، وكذلك قد ينزل المالك عن ثمار ملكه للمستأجر والمزارع ، وقد يكتسب الغير الثمار رغما عن المالك، متى كان الغير حائزا للمال بحسن نية.

وسنرجئ البحث في مدى تملك صاحب الانتفاع وصاحب الاستعمال للثمار عند التعرض فى البحث لهذين الحقين ، ونكتفي هنا ببحث تملك الحائز للثمار بصفة عامة الى ان نأتى فى بحثها بصفة اكثر تعمقا فى القسم الثالث من هذا البحث

الحائز سيئ النية ملزم برد الثمار:-

إذا كان الحائز سيئ النية أي مغتصبا فلا يحق له تملك الثمار وانما تظل الثمار حقا للمالك ، وعلى هذا نصت المادة (٩٩٧) من القانون المصرى على ان (يكون الحائز سيئ النية مسؤولا من وقت ان يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير انه يجوز ان يسترد ما أنفقه في انتاج هذه الثمار).

ومن ثم يتضح ان الحائز سيئ النية ملزم برد جميع الثمار، سواء في ذلك الثمار التي قبضها بالفعل وتلك التي قصر في قبضها ، فاذا لم يكن في الأماكن ردها عينا الزم بالتعويض عنها بقيمتها ذلك ان الثمار تكون حقا للمالك ، والحائز ملزم برد الثمار من يوم حيازته بسوء النية، وليس فقط من وقت مطالبة المالك له رسميا.

ويلاحظ ان التزام الحائز سيئ النية برد الثمار لا يسقط بمضي خمس سنوات أي ان لا يدخل في نطاق تطبيق المادة (١/٣٧٥) من القانون المدني المصرى إذا نصت (الفقرة الثانية) من هذه المادة صراحة على (سقوط الريع المستحق في ذمه الحائز سيئ النية بخمسة عشر سنة) ،وهذا هو الرأي الذي استقرت علية احكام المحاكم حتى قبل صدور القانون المدني الجديد [١٤].

فاذا الزم الحائز سيئ النية برد الثمار او بالتعويض عنها كان له الحق في ان يسترد من المالك مقدار ما أنفقه في انتاج هذه الثمار.

الحائز حسن النية بتملك الثمار:-

إذا كان الحائز حسن النية أي لا يعلم ان له الحق في استغلال المال ، فأنه يمتلك الثمار ما دام حسن النية ، وقد قررت هذا الحكم المادة (١/٩٧٨) من القانون المدنى المصرى حيث نصت على ان (يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية).

ومعنى ذلك ان الحائز حسن النية إذا الزم برد الشيء الأصلي لمالكه فأنه لا يلتزم برد الثمار او بالتعويض عن قيمتها ، فمثلا إذا وضع الوارث يده على اعيان التركة معتقدا انه الوارث الوحيد، ثم ظهر وارث اخر يزحمه او يحجبه او موصى له بشيء من اعيان التركة ، الزم برد الشيء، ولكنه يحتفظ بالثمار التي قبضها، وكذلك إذا اشترى شخصا عقارا ثم اتضح ان المتصرف غير مالك ولم يكن هو على علم بذلك فللمالك استرداد المال ولكنه لا يسترد الثمار التي قبضها الحائز وهو حسن النية.

وقاعدة تملك الحائز قاعدة قديمة ترجع الى القانون الروماني، ففي العصر العلمي كان يحق للحائز حسن النية تملك الثمار التي تنفصل عن الشيء، ثم جاء جوستنيان وفرق بين الثمار التي استهلكها الحائز والثمار الباقية في يده

---

(١٤)(راجع استئناف ٧ ديسمبر ١٩٣١ – مجلة المحاماة - العدد ١٢ - ص ٧٥٩ - رقم ٣٧٣ ، ونقض ١٧ فبراير ١٩٣٧ - مجموعة محمود عمر- الجزء الثاني - رقم ٩٦ - ص ٢٨٥)

، فأعطى للحائز الحق في تملك ما استهلك من ثمار والزمه برد الثمار البقية بدون استهلاك.

ولكن القانون الفرنسي والقانون المصري لم يأخذا بهذه التفرقة التي وضعها جوستنيان، وأقرا بحق الحائز في تملك الثمار التي قبضها جميعا ما استهلكه منها وما لم يستهلكه، أي انهما اخذا بحكم القانون الروماني في العصر العلمي.

تبرير تملك الحائز حسن النية للثمار:-

ذهب الشارح فى تبرير هذه القاعدة الى عدة اتجاهات ، وهى كالاتى:-

١- ذهب جانب من الفقه الى ان الحكمة في تملك واضع اليد الثمار ، ان هذه الثمار نتجت بمجهوده وعمله ، فمن العدل ان تظل مملوكة له جزاء هذا العمل وذلك المجهوده، ولكن لو ان هذا القول كان صحيحا لاقتصر حق الحائز عن تملك الثمار المستحدثة أي الصناعية وهي التي نتجت بعمله ومجهوده، دون الثمار الطبيعية او حتى المدنية، ولكن هذه نتيجة لم يأخذ بها القانون، اذ هو لم يفرق الثمار بأنواعها ، فالحائز حسن النية له الحق في تملك الثمار جميعا سواء أكانت طبيعية ام صناعية ام مدنية (مادة ٢/٩٧٨) من القانون المدنى المصرى.

٢- وذهب جانب اخر الى ان من الظلم إلزام الحائز برد الثمار لأنه يكون قد استهلكها، فنحن إذا الزمناه بردها فإنما نعرضه للخراب. ولكن هذا التبرير كان من شأنه كثرة تملك الحائز حسن النية للثمار التي استهلكها فقط دون الثمار التي قبضها ولن يستهلكها ، وهي تفرقة لم يأخذ بها القانون الفرنسي ولا القانون المصري كما قدمنا.

٣- وحاول بعض الفقهاء الى رد تملك الحائز حسن النية الثمار الى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ولكن هذا الرأي تعرض لنقد جانب كبير من الفقهاء فذهبوا الى انه واضح الخطأ لان تملك الثمار يخضع لشروط تختلف عن الشروط اللازمة لتطبيق قاعده الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولان هذه القاعدة تشترط وجود السبب الصحيح، أي يجب ان تستند الحيازة الى سبب حقيقي بحيث لو كان هذا السبب خاليا من العيوب لأصبح الحائز مالكا بمقتضى هذا السبب، كبيع صادر من غير مالك مثلا ، اما في تملك الثمار فيكفي حسن النية، أي يكفي اعتقاد الحائز انه مالك للشيء ولو كان اعتقاده هذا مبنيا على مجرد سند ظني لم يوجد الا في مخيلته.

ومن ناحية اخرى لو كان أساس تملك الحائز حسن النية الثمار هو قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لما فرق القانون بين الثمار والمنتجات ، ولإعطائه الحق في تملك المنتجات أيضا، فهي كالثمار من المنقولات، ومع ذلك فأن الحائز حسن النية لا يمتلك المنتجات(الحاصلات) لأنها كما أسلفنا تعتبر أجزاء مقتطعة من الشيء الأصيل وتنقص منه، وهي لهذا تبقى دائما حقا خالصا للمالك.

ثـم ان الحـائز حسـن النيـة لا يمتلـك الثمـار التـي يقبضـها مقـدما بـل يلتـزم بردهـا او التعـويض عنهـا. ولـو كـان أسـاس تملكـه الثمـار هـو قاعـدة الحيـازة فـي المنقـول سـند الملكية لكن له الحق في تملكها بمجرد حيازتها.

وأخيـرا فـأن قاعـدة الحيـازة فـي المنقـول سـند الملكيـة هـي قاعـدة حدثيـة لا نجـد لهـا أصـلا فـي القـانون الرومـاني، حيـث كانـت حيـازة المنقـولات بحسـن النيـة لا تـؤدى الـى التملـك الا بمضـي مـدة التقـادم شـأن الحيـازة فـي العقـارات، وأن كانـت مـدة التقـادم فـي المنقـول أقصـر منهـا فـي العقـار ، فهـل يمكـن ان يقـال ان هـذه القاعـدة هـي أسـاس لقاعـدة تملـك الحـائز حسـن النيـة الثمـار، وهـذه القاعـدة الاخيـرة ترجـع كمـا قـدمنا الـى القـانون الرومـاني؟ الحقيقـة ان تملـك الحـائز حسـن النيـة الثمـار يمكـن تبريـره باعتبـارات العدالـة والمصـلحة ، ذلـك ان الحـائز يعـول فـي معيشـته علـى الثمـار، ولـه العذر فـي هـذا مـا دام حسـن النيـة. وهـو دائمـا يعـول علـى مـا اسـتهلك مـن ثمـار ومـالم يسـتهلك مـادام علـى حسـن نيتـه. ثـم اننـا اذا وازنـا مصـلحته بمصـلحة المالـك لوجـدنا ان مصـلحته هي ولا شك الراجحة.

شروط تملك الحائز الثمار:-

١ -ان يكون الحائز حسن النية :-

يشـترط ان يكـون الحـائز حسـن النيـة ، ومعنـى ذلـك ان يعتقـد وقـت قـبض الثمـار ان لـه الحـق فـي اسـتغلال الشـيء الـذي ينتجهـا ، كـأن يعتقـد ان هـو المالـك الحقيقـي للشـيء، او ان لـه حقـا فـي الانتفـاع بـه او حقـا فـي اسـتعماله ، وفـى اغلـب الأحيـان يسـتند الحـائز الـى سـند قانونيـا يخـول لـه اسـتغلال الشـيء أي اخـذ ثمراتـه، ولكـن هـذا السـند معيـب فـي الواقـع لصـدوره عـن غيـر مالـك أو مـن غيـر اهـل للتصـرف، او لعـدم اسـتيفائه الشـكل الـذى يشـترطه القـانون، والحـائز يجهـل مـا لحـق السند من عيب [١٥].

- يـرى أسـتاذنا الـدكتور / عبـد المـنعم البـدراوى :- ان السـبب الصـحيح فـي موضـوع تملـك الحـائز للثمـار لـيس شـرطا مسـتقلا عـن حسـن النيـة بـل هـو فقـط مبـرر لحسـن النيـة، بخـلاف الحـال فـي التقـادم المكسـب. ولـذلك لـم يشـترط القـانون لتملـك الحـائز الثمـار سـوى شـرط واحـد وهـو حسـن النيـة ونتيجـة لـذلك يكـون الحـائز حسـن النيـة حتـى ولـو اسـتند فـي حيازتـه الـى سـند باطـل ، وسـواء اكـان بطلانـه بطلانـا نسـبيا ام مطلاقـا مـادام يجهـل سـبب البطلان، ومادام الجهل غير ناشئ عن خطأ جسيم (مادة ١/٩٦٥)

- (الباحـث)(يـتلاحظ ان السـبب الصـحيح شـرط مسـتقل فـى كسـب ملكيـة المنقـول وثمـاره طبقـا لقاعـدة الحيـازة فـى المنقـول سـند التملـك – راجـع القسـم الثالـث مـن هـذا البحـث ، وراى اسـتاذنا الـدكتور/ طلبـه خطـاب فـى مؤلفـة -الحقـوق العينيـة الاصـلية – حـق الملكيـة - فـى القـانون المـدنى المصـرى – طبعـة سـنة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ – لـذلك نخـالف هـذا الـراى لاسـتاذنا الـدكتور / عبـد المـنعم البـدروای فـى مؤلفـه – حـق الملكيـة – الملكيـة بوجـه عـام واسـباب كسـبها – طبعـة سـنة ١٩٩٠) لان الباعـث فـى السـبب الصـحيح قـد لايكـون حسـن النيـة فقـط لان الغالـب عليهـا انهـا امـر خفـى فـى مكنـون الـنفس البشـرية لا يعـول عليهـا الا اذا ظهـرت للعلـن وهـو مـا يجعـل السـبب الصـحيح وحسـن النيـة كـل منهمـا مختلـف عـن الاخر وان كان يلزم اقترانهما معا لتملك الحائز الثمار

---

(١٥)(الا ان يكون الجهل ناشئا عن خطأ جسيم أي من غلط لا يغتفر فأنه لا يعتبر حسن نية - مادة ١/٩٦٥)

أما عن اثبات حسن النية فتحكمه قاعدة مؤداها ان حسن النية مفروض وعلى من يدعى العكس أقامه الدليل على دعواه، (راجع المادة ٢/٩٦٥)، فالحائز لا يكلف اذن بأثبات حسن نيته الا ان يكون مستندا في حيازته الى سند ظني كما أسلفنا أو يكون حسن نيته راجعا الى غلط القانون اذ يجب على الحائز ان يبرر غلطه ما دامت القاعدة ان العلم بالقانون مفروض. اما عن وقت اشتراط حسن النية فيتحدد بوقت قبض الثمار. ومعنى ذلك ان حسن النية لا بد من توافره في كل وقت ويقبض فيه الحائز ثمارا، فاذا حاز المال وهو حسن النية ثم أصبح بعد ذلك بمدة سيئ النية لعلمه بحقيقة الحال، فمن الوقت الذي انقطع فيه حسن نيته لا يحق له تملك الثمار وعلى ان تبقى له بالطبع الثمار التي قبضها والثمار المدنية التي استحقت في الفترة التي كان فيها حسن النية [١٦]. وفى هذا خلاف مع ما هو مقرر في التقادم. اذ القاعدة هناك ان سوء النية طارئ لا يمنع عن التقادم (مادة ٩٦٩) ، وينبني على ذلك أنه إذا توفى الحائز فأن وارثه يمتلك الثمار التي يجنيها إذا كان حسن النية ولو كان المورث سيئ النية. وبالعكس لو كان المورث سيئ النية، ويلزم الوارث برد ما قبضه من ثمار بنفسه ولكنه يحتفظ بالثمار التي قبضها مورثه ، فلا محل اذن في موضوع تملك الثمار لتطبيق قواعد ضم الحيازة أو الخلافة فيها ، وينتهي حسن النية لدى الحائز من الوقت الذي يعلم فيه. ان حيازته اعتداء على حق الغير. وهو يزول على كل حال من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى، والمفروض هنا أنه لم يعلم بذلك من قبل (راجع المادة ٩٩٦). فالحائز حسن النية لا يحق له تملك الثمار اذن من يوم علمه بعيوب حيازته بأي وسيلة كان هذا العلم. وما دام صاحب الحق هو الذي عليه اثبات سوء نية الحائز فأنه يحسن به أن يعلمه بحقيقة الحال، فان لم يفعل اعتبر الحائز على كل حال سيئ النية من يوم اعلانه بصحيفة الدعوى. وبهذا قطع المشرع سبيل التردد أمام القضاء الذي ذهبت بعض أحكامه الى اعفاء الحائز من رد الثمار التي قبضها بعد اعلانه بصحيفة الدعوى إذا كان حسن النية [١٧]. فمن يوم اعلان صحيفة الدعوى للحائز يعامل معاملة الحائز سيئ النية.

٢ -<u>ان يقبض الحائز الثمار بالفعل :-</u>

ويجب أن يقوم الحائز حسن النية بقبض الثمار بالفعل، ومعنى القبض هو جنى الثمار بواسطة الحائز أو أحد أتباعه، أي أن القبض يستلزم عملا اراديا من جانب المالك أو من يعملون لحسابه، وذلك بحيازة الثمار. واشتراط قبض الثمار بالفعل هو السائد في الفقه الفرنسي (٢) وان كان مخالفا لأحكام القانون الروماني الذي كان يعتبر الثمار مملوكة للحائز بمجرد انفصالها. ويطبق الشراح الفرنسيون هذا الحكم ليس فقط على الثمار الطبيعية والمستحدثة ولكن على الثمار المدنية أيضا. فالثمار المدينة التي استحقت اثناء الحيازة ولكن لم يقبضها الجائز بالفعل فتكون حقا للمالك وفى هذا يختلف الحائز عندهم عن المنتفع الذي يكتسب الثمار يوما بيوم، وهم يستثنون حاله اقرار المدين بالثمار للحائز وحوالة الثمار للغير، اذ تعتبر الثمار في هاتين الحالتين في حكم المقبوضة.

---

(١٦)(استئناف مصر ١٢ ابريل ١٩٢٨ - مجلة المحاماة العدد ٨ - رقم ٥٥٣ - ص ٩١٥)

(١٧)(كولان وكابيتان- الجزء الأول- رقم ١٢٢٥ -الطبعة الحادية عشرة ، جوسران - الجزء الأول - رقم ١٤٠٩ ، بلانيول وروبير وبيكار- الجزء الثالث - رقم ١٧٩)

أما القانون المدنى المصري فبعد أن قرر في الفقرة الأولى من المادة ٩٧٨ مبدأ اكتساب الحائز حسن النية الثمار التي يقبضها، أضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة أن (الثمار الطبيعية والمستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما، وبذلك أخضع القانون الحائز حسن النية فيما يتعلق بالثمار المدنية لنفس الأحكام التي أخضع لها صاحب حق الانتفاع (راجع المادة ٩٨٧ بالنسبة لحق الانتفاع). أما الثمار الطبيعية فقد اعتبرها مقبوضة من يوم فصلها.

والحائز حسن النية يتملك الثمار الطبيعية بفصلها، ولا يشترط أن يكون قد استهلكها بالفعل. فالقانون لم يفرق بين الثمار المستهلكة والثمار الباقية.

أما الثمار التي لم يفصلها الحائز عن الأصل فهي مملوكة لمالك الأصل، وانما يجوز للحائز مطالبته بما أنفق في انتاج لهذه الثمار. (مادة ٩٧٩).

(المبحث الثانى)

(أضافة الملحقات للملك أو الالتصاق)

الملكية تمتد إلى ما يلتصق بالشيء المملوك:-

لا تشمل الملكية فقط الشيء بكل ما يعد من عناصره الجوهرية أي بجميع أجزائه، ولكن، على ما رأينا، تمتد الملكية أيضا إلى ملحقات الشيء من ثمار ومنتجات، وهي تمتد أيضا الى ما يلتصق بالشيء المملوك. فالالتصاق وهو سبب من أسباب التملك، من شأنه مد نطاق الملكية لتشمل كل ما يلتصق بالشيء على نحو يستحيل أو يتعذر معه الفصل بدون تلف.

فالقاعدة أن مالك الشيء الأصلي يتملك ما يلتصق به على النحو المتقدم. وقد بسط المشرع أحكام الالتصاق بين أسباب كسب الملكية في (المواد من ٩١٨ إلى ٩٣١) . وقد آثرنا بحث هذه الأحكام هنا على اعتبار أن ملكية الشيء تمتد الى ملحقاته. فالقاعدة أن مالك الأصل يملك الفرع. والالتصاق لا يؤدى الى انشاء ملكية جديدة بل بجعلها تمتد الى ما يكون قد لحق العين من زيادات [١٨].

أحوال الالتصاق:-

قد يكون الالتصاق بفعل الطبيعة فيسمى حينئذ الالتصاق الطبيعي . وهو الحادث بفعل الطبيعة، ودون تدخل من الانسان سواء أكان هو المالك أو سواه. وتلك هي حالة زيادة مساحة الأراضي المجاورة لمجاري المياه نتيجة لما تحمله هذه المياه من طمى يلتصق بتلك الأراضي.

---

(١٨)(راجع د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ٢٢٥ - ص ٣٣٣ و٣٣٤ – وانظر في تكييف الالتصاق على أنه سبب جديد للتملك- د/عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج ٩ - فقرة ٨٩ - ص ٢٤٥)

وقد يكون الالتصاق صناعيا ، وهو ما يحدث بفعل الانسان سواء أكان مالك الأصل أم غيره.

تقسيم حالات الالتصاق :-

١ -حالة التصاق العقار بالعقار :- وهي لا تتحقق الا في صورة الالتصاق الطبيعي الناشئ من فعل المياه [١٩]

٢- حالة التصاق المنقول بالعقار :- وهي احدى صورتي الالتصاق الصناعي، وتكون بالبناء أو الغراس أو بإقامة أعمال انشائية على الأرض والمنقول الذي يلتصق هكذا بالعقار يصبح بعد الالتصاق عقارا بطبيعته •

٣- حالة الالتصاق المنقول بالمنقول :- وذلك إذا اتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين بدون اتفاق بينهما بشكل يستحيل معه الفصل آو يترتب عليه تلف

شروط الالتصاق:-

١ - آن يوجد شيئان ماديان متميزان:-

ولذلك لا يوجد هناك التصاق حيث يجرى على شيء تحسين اصلاح، وانما تطبق حينئذ القواعد الخاصة بالمصروفات المنصوص علبها في المواد (٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢) من المجموعة المدنية المصرية . ولا يهم بعد ذلك أن يكون الشيئان الملتصقان منقولان او عقارين

٢ - أن يكون أحدهما أكبر أهمية من الآخر:-

ذلك أن الالتصاق يفترض وجود شيء اصلى وشيء تابع. وتثور الصعوبة في تحديد أي الشيئين يعتبر اصلا أيهما يعتبر تابعا. وقد يقال ان الاصل هو أكبر الشيئين قيمة. ولكن هذا القول يتعارض مع اعتبار الارض دائما وهي الاصل والبناء وهو التابع ولو زادت قيمته على الارض. ولذلك يبدو أن أصل هو ما لا يتصور وجود الشيء التابع بدونه.

٢ -أن يتحد الشيئان مادياً بشكل يتعذر معه أو يستحيل الفصل بدون تلف :-

فمثلا لا يعتبر الكنز الموجود. في الأرض مما التصق بها، ولذلك كان لمالكه ان عرف له مالك، والا تملكه صاحب الأرض. وكذلك أيضا فان المنقولات التي تخصص لخدمة العقار والمعتبرة عقارات بالتخصيص متى كانت مملوكة للمالك لأتطبق قواعد الالتصاق، فاذا خصص المالك منقولا مملوكا للغير لخدمه عقاره لم يعتبر فعله هذا التصاقا، فالالتصاق يفترض اندماج الشيء التابع ماديا في الشيء الأصلي

---

(٢٠)(ويرى البعض أن هذه صورة من صور التصاق المنقول بالعقار، على اعتبار ان الطمى منقول –د/ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج ٩ - جى ٢٤٥ - هابش ١ ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- ج ٣ - بند ٤٠ ، - د/ عبد المنعم البدروای - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠وقد ساير استاذنا الدكتور / عبد المنعم البروى في التقسيم السابق التقسيم الذي كان منبعا في القانون الروماني على اعتبار ان الطمى كان جزء من عقار وانتقل منها الى عقارات أخرى)

، سواء تم هذا بفعل الطبيعة (كما هو الحال في الطمى أو الطرح) أو بفعل الانسان كالبناء، وسواء حصل الالتصاق بفعل مالك الأصل أو الغير.

٤ ـ ألا يكون الشيئان مملوكين عند التصاقهما لنفس المالك:-

فالالتصاق يفترض اندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين بدون رضا أحد المالكين أو كليهما.

وسوف نتناول حالات الالتصاق سالفة الذكر فى عدة مطالب ، هى كالاتى :-

(المطلب الاول)

(التصاق العقار بالعقار ـ الالتصاق الطبيعى)

صور الالتصاق الطبيعي:-

الالتصاق الطبيعي كما قلنا يراد به حالة زيادة مساحة الأراضي بسبب تجربة المياه من تعديلات فيها. فالالتصاق هنا حصل بفعل الطبيعة ودون تدخل من الانسان. وهذه هي صورة الالتصاق التي يطبق عليها التصاق العقار بالعقار.

والزيادة التي قد تحدث اما أن تأتى بفعل مياه النهر، أو بفعل مياه البحر، أو بفعل مياه راكدة كمياه البحيرات والبرك ، وقد ورد أحكام هذا النوع من الالتصاق بالمجموعة المدنية المصرية في المواد (من ٩١٨ الى٩٢١) وتكملها أحكام القانون رقم (١٠٠لسنة ١٩٦٤) الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، فيما وردت بالباب الثاني منه خاصا بطرح النهر وأكله.

اولا:- طمى النهر :-

نصت المادة (٩١٨) من القانون المدني المصرى على آن (الارض التى تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجيه غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاور).

ويتبين من هذا النص أن الزيادة التدريجية غير المحسوسة التي تتكون مما يرسبه النهر من طمي على جانب الأراضي الواقعة على ضفتيه تكون ملكا لأصحاب هذه الأراضي. بمعنى ان ملكيتهم تمتد اليها.

ويشترط لتطبيق هذا النص الشروط الاتية:-

١ ـ أن تكون الزيادة الناشئة من الطمى زيادة تدريجيه وتكونت بشكل غير محسوس :- **آى أنها نشأت عن الترسيب التدريجي المتكون عاما بعد عام. أما إذا حصلت الزيادة فجأة آى دفعة واحدة بأن حولها النهر من مكانها أو انكشفت عنها مياهه، فأنها تكون مملوكة للدولة ويحكمها القانون الخاص بطرح النهر (راجع المادة ٩٢١والمادة الثانية من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤)**

٢ ـ أن تكون هذه الزيادة قد حصلت بفعل الطبيعة :- **اى بدون تدخل من الانسان بأن كان هذا اعتداء منه على مجرى النهر وكانت الزيادة من حق الدولة. آما إذا**

حصلت بتدخل من الانسان وبقصد تجميع الطمى ، مثل أن يضع المالك على حافة أرضه رؤوسا من الأخشاب أو الأحجار لتجميع الطمى [٢١].

٣ــ أن تتصل هذه الزيادة بالأرض:- أما لو كانت الأرض منفصلة عن الزيادة بطريق عام مثلا فان الزيادة تكون للدولة ذلك أن أساس التملك كما قدمنا هو الالتصاق، والحكم كذلك أيضا في حالة ما إذا كان الماء ما زال يجرى بين الزيادة وأرض المالك [٢٢].

٤ــ أن تظهر هذه الزيادة فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العالى :- أما الأراضي التي تظهر تحت هذا المنسوب فهي معتبرة جزءا من مجرى النهر [٢٣].فاذا التصق الطمى بالأراضي المملوكة للأفراد على النحو المتقدم اكتسب مالك الأرض الزيادة الناشئة. وهو يكتسبها بقوة القانون ودون حاجة الى اجراء معين. ومتى اعتبرت هذه الزيادة مملوكة لصاحب الأرض الملتصقة بها امتنع على الغير التعدي عليها، بل. أمتنع على الدولة نفسها كذلك الاعتداء عليها بتوسيع مجرى النهر مثلا بل يجب عليها ان ارادت شيئا عن ذلك أتباع اجراءات نزع الملكية.فاذا التصقت الزيادة بأرض مملوكة لعدة ملاك تملك كل منهم من هذه الزيادة ما يقابل امتداد ارضه بتصور خط عمودي يقام لجهة النهر من نهاية كل ارض، ويعطى كل مالك الجزء الملتصق بأرضه الواقع بين الخطين المقامين في نهايتي حدود ارضه. ومتى اعتبرت الزيادة جزءا من الارض فأنها تأخذ حكمها. فيمتد اليها الرهن أو الامتياز الذي يقل الارض الاصلية، وتمتد اليها ايضا ملكية الحائز الذي يكسب الأرض الأصلية بالتقادم، حتى ولو لم يكن قد آمضي المدة اللازمة لاكتساب الزيادة منفصلة بالتقادم.

ثانيا:- الارض التى ينكشف عنها البحر والمياه الراكدة والبحيرات والبرك:-

نصت المادة (٩١٩) من المجموعة المدنية المصرية على أن (١ــ الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة ، ٢- ولا يجوز التعدي على أرض البحر الا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى علية البحر).

ويستنتج من هذا النص أن الزيادة الحاصلة بفعل البحر في مساحة الأراضي المجاورة لساحله لا تكون ملكا للأفراد انما هى ملك الدولة.

وهذه الزيادة تنتج بسبب انحسار مياه البحر عن بعض الأراضي، وهي لذلك تختلف عن الزيادة المتكونة من طمى النهر في طبيعتها وف حكمها.

---

(٢١)(استئناف مختلط ١٩ ابريل ١٩٢٩- مجموعة التشريع والقضاء المختلط -٤١ص -٣٤٧ ، ونقض ١٤ مايو ١٩٣٦ – مجلة المحاماة العدد ١٧- رقم ٨١ - ص ١٧١)

(٢٢)(انظر الاحكام المشار اليها في د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - الجزء الثالث - ص ٥٧ في الحاشية – طبعة سنة ١٩٥١)

(٢٣) (مصر الابتدائية ٣ فبراير ١٩٣٥ ، مجلة المحاماة العدد ١٦ - رقم ١٧٦- ص ٣٦٦ ، ونقض ١١ فبراير ١٩٦٠ مجموعة محكمة النقض - الجزء١١ - رقم ٢٢ - ص ١٤٨)

اما اذا طفت مياه البحر على أرض مملوكة ثم انكشف عنها يعد ذلك، رجعت هذه الأرض لصاحبها الذي كان يملكها قبل طغيان المياه عليها. وهذا حكم مفهوم، لأن حرمان صاحب الأرض منها كان بسبب قوة قاهرة، فهو لذلك يستبقى ملكيته عليها، وقد طبق المشرع الحكم السابق أيضا فيما يختص بالبحيرات والبرك.

وقد نصت المادة (٩٢٠) من القانون المدنى المصرى على ان (ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض والا تزول عنهم ملكية ما تطغى عليه هذه المياه).

والمقصود بالبحيرات والبرك في هذا النص ما كان منها مملوكا للدولة بالطبع. فالأراضي الناشئة من انحسار مياهها أو جفافها لا تعتبر مملوكة لملاك الأراضي الملاصقة بل تظل مملوكة للدولة. كما إذا طغت مياه هذه البحيرات والبرك على جزء من الأراضي الملاصقة فيظل هذا الجزء مملوكا لصاحبه.

ثالثا:- طرح النهر :-

(الطرح)(هو الأراضي التي ينتزعها النهر وينقلها من جهة الى أخرى. أو يكون منها جزرا). والطرح يختلف في ذلك عن (الطمى) الذي هو كما أسلفنا (الزيادة التدريجية غير المحسوسة التي تنشأ في مساحة الأراضي المجاورة لمجرى النهر).وقد بينت حكمه المادة (٩٢١) من القانون المدنى المصرى اذ نصت على أن (الأراضي التي يحولها النهر أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها) [٢٤].

فالقانون المدني ترك أمر ملكية طرح النهر والجزر للقوانين الخاصة بها ، وعند صدور المجموعة المدنية المصرية كان طرح النهر خاضعا لأحكام القانون رقم (٤٨ لسنة ١٩٣٢) ، وظل هذا القانون مطبقاً حتى استبدل به القانون رقم (٧٣ لسنة ١٩٥٣) الصادر في ٢٨ فبراير ١٩٥٣ ، وتعاقبت بعد ذلك القوانين فجاء القانون رقم (١٨١ لسنة ١٩٥٧) ثم القانون رقم (١٩٢ لسنة ١٩٥٨) ، وقد آلغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤) الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها. له وهو القانون المعمول به ال ان ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر واكله.

وطبقا لأحكام القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٦٤) المتقدم الذكر يعتبر مملوكا ملكية خاصة للدولة (أراضي طرح النهر، وهي الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه) (م ٢/١) وتقضى المادة (١١) منه على آن يكون طرح النهر من الاملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الادارية المختصة بوزارة الخزانة

---

(٢٤)(ويلاحظ استاذنا الدكتور / عبد المنعم البدروى أن الأراضي التي يتكشف عنها النهر أو تنحسر مياهه عنها هي مملوكة للدولة. وكذلك مجرى النهر المتروك يعتبر من أملاك الدولة الخاصة- د/ عبد المنعم البدروى - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠)

والمحافظات. ويصدر قرار من وزير الاصلاح الزراعى واصلاح الاراضى أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله ومقداره سنويا ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقارى المختص بغير رسوم ويترتب على هذا الايداع اثار الشهر القانونية).

وينص القانون على أن تقوم الادارة بتأجير - أراضى طرح النهر حتى تتمكن من بيعها. ويجرى التأجير في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجرة المثل (مادة ه). ثم تباع هذه الاراضى لصغار الزراع طبقا لأحكام قانون الاصلاح ازراعى (مادة ١/٨) ، ويجوز استثناء بيعها بطريق الممارسة فيحدود خمسة أفدنة لكل متر وفقا لشروط خاصة (مادة ١٠).

ولقد لاحظ الشارع أن أراضى طرح النهر لا تستقر عادة ولا تثبت الا بعد مضى فترة من ظهورها تقدر بسنتين، كما ان بعض هذه الاراضى تغمرها مياه الفيضان ولا تنحسر عنها حتى أول فبراير من كل عام. ولذلك نص على الا توزع اراضى الطرح غير الثابت التى لم يمض على ظهورها سنتان وكذلك الأراضى الواقعة في أسفل ميول الطرح الواطى التى لا تنحسر عنها المياه حتى أول فبراير من كل سنة، وذلك حتى تستقر هذه الأرض وتثبت صلاحيتها للتوزيع طبقا لحالتها على الطبيعة ووضعها الوارد في سجلات قوائم الحصر والمساحة (مادة ٢/٨).

اما أصحاب أكل النهر فأنهم يعوضون تعويضا نقديا بما يعادل خمسين مثلا من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه. فاذا لم تكن قد فرضت ضريبة على هذه الحياض وقت حدوث الأكل أو تعذر تحديد الحوض الذي وقع فيه الأكل، قدر التعويض على أساس الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض آراضى الجزائر الملاصقة للنيل في البلدة الواقع في زمامها الأكل (مادة ١/١٤). ولا يجوز التصرف في حق التعويض عن أكل النهر، ويقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (مادة ٢/١٤).. وذلك حماية لأصحاب أكل النهر من الاستغلال [٢٥].

وتختص اللجنة القضائية للاصلاح الزراعى بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله. وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس ادارة الهيئة العامة للاصلاح الزراعى، وتنفذ بالطريق الادارى (مادة ٢١).

(المطلب الثانى)

(التصاق المنقول بالعقار - الالتصاق الصناعى بالعقار)

متى يكون هناك التصاق المنقول بعقار:-

التصاق المنقول بالعقار يكون اما بالبناء أو الغراس أو باجراء أعمال انشائية فوق سطح الأرض أو بداخلها. والمنقول بالتصاقه، بالأرض على نحو لا يمكن فصله منه بدون تلف يصبح عقارا بطبيعته.

---

(٢٥)(انظرفي اجراءات اعطاء التعويض المواد من ١٥ حتى ١٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ المشار اليه)

والقاعدة أن صاحب الأرض يتملك ما يلتصق بها من منقول على هذا النحو، اذ الأرض هى الاصل فيلحق بها ما يتصل بها من منقول كما تقول القاعدة الرومانية.

ولكن إذا جاز لنا أن نحرم المالك من جزء من ملكه التصق بفعل الطبيعة بملك الغير على النحو الذي رأينا فى الالتصاق الطبيعى. على اعتبار أن هذا الالتصاق لم يحصل بفعل أحد، فان التصاق المنقول لم يحصل بفعل أحد فأن التصاق المنقول بالعقار هو من قبيل الالتصاق الصناعى آى الحاصل بفعل فرد معين. وعلى نفقته. فاذا جاز لنا اعتبار المنقول الملتصق بالأرض جزءا منها ومملوكا لمالكها فانه يجب علينا أيضا ألا نغفل حق مالك المنقول في التعويض، والا أثرى مالك الأرض على حساب الغير بدون سبب قانونى.على أنه على مالك المنقول الذي اتصل بأرض الغير أن يقيم الدليل على ملكيته له، لأن الظاهر يكذبه، فالقاعدة وهذا هو ما نصت عليه المادة(٩٢٢) (أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له. ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في اقامة هذه المنشآت وتملكها). فالقرينة اذن قائمة في جانب ملكية المالك لما عليها من بناء أو غراس أو منشآت ولكنها قرينة قابلة لاثبات العكس. واثبات عكس القرينة القانونية جائز بجميع وسائل الاثبات.

ولكى تطبق قواعد الالتصاق يجب الا يكون هناك اتفاق بين المالك ومن أجرى البناء، فحيثما وجد الاتفاق الصريح أو الضمنى أمتنع التحدى بالقواعد القانونية للالتصاق [٢٦]، وانما وجب اعمال هذا الاتفاق.أما إذا أذن المالك الغير باقامة منشآت ولم يوجد اتفاق بشأن مصيرها، فان المادة (٩٢٦) تقرر آنه (إذا أقام أجنبى 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 ازالتها. ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها آن يؤدى اليه احدى القيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة السابقة) آى آنه يعتبر فى حكم البانى حسن النية على ما سنقدم [٢٧].

ولا تطبق أحكام الالتصاق الا في حالات البناء والغراس والمنشآت المقامة على العقار. أما التحسينات أو الترميمات أو الاصلاحات أو الأعمال التى تفيد منها الارض دون أن تتضمن شيئا مما ذكر كأعمال الرى أو الصرف فلا تنطبق عليها أحكام الالتصاق، وانما تطبق بشأنها القاعدة العامة في الاثراء بلا سبب أو قواعد الفضالة على حسب الأحوال، أو القواعد المقررة لاسترداد الحائز المصروفات طبقا للمواد (٩٨٠ و٩٨١ و٩٨٢٩، مع ملاحظة أن المادة (٩٨٠) قد أحالت ــ بالنسبة للمصروفات النافعة ــ الى قواعد الالتصاق الواردة في المادتين (٩٢٤و٩٢٥) وقد أخرج المشرع من قواعد الالتصاق المنشآت الصغيرة التى لا يقصد بقاؤها على وجه الدوام

---

(٢٦) (نقض ١٢ يناير ١٩٥٠، مجلة المحاماة ـ العدد ٣٠ ـ رقم٤٤٣ ـ ص ٩٨٩ ، ومجموعه محكمة النقض ـ رقم ٤٨ ـ ص ١٦٦ ـ السنة الأولى.)

(٢٧) (مجموعة الاعمال التحضيرية، الجزء السادس ص٢٣٢)

. فقد نصت المادة (٩٢٩) على أن (المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها). وطبيعى أن يكلف مالكها إذا كان معتديا بالازالة والتعويض [٢٨].

أحوال التصاق المنقول بالعقار:-

لمعرفة أحكام التصاق المنقول بالعقار فيجب علينا ان نميز بين حالات ثلاث:-

الحالة الأولى :- البناء والغراس بمواد مملوكة للغير:-

يقصد بهذه الحالة ذلك الفرض الذي يكون البانى ملكا للأرض التى يبنى عليها ولكنه بنى بادوات كلها أو بعضها للغير.وقد تضمنت المادة (٩٢٣) من القانون المدنى الأحكام المنظمة لهذه الحالة اذ تنص على ما يأتى (١ – يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم، أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت ، ٢- فاذا تملك صاحب الأرض المواد، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض ان كان له وجه، أما إذا استرد المواد صاحبها فان نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض).

شروط الالتصاق فى هذه الحالة:-

لما كان الأصل أن كل ما يقام على الأرض من بناء أو غراس أو منشأت يعتبر مملوكا لصاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته، ولكن يجوز اثبات عكس هذه القرينة بكل الطرق، اذ يجوز للغير أن يثبت أن المالك أقام البناء أو الغراس أو المنشآت على أرضه بأدوات مملوكة لهذا الغير، وقد بينت المادة (٩٢٣) سالفة الذكر حكم هذه الحالة.

ولتطبيق الاحكام الواردة فى هذه المادة يشترط ما يأتى:-

١- أن تكون الادوات التى بنى بها المالك مملوكة للغير:- ومعنى هذا أن الادوات – طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولم يكن هناك مجال لتطبيق قواعد الالتصاق ولكن بسبب آخر مستقل وسابق على الالتصاق. فالبانى بأدوات بحكم هذه القاعدة. فالبانى بأدوات الغير بحسن نية يغلب أن يكون مالك لهذه الأدوات بحكم هذه القاعدة. ولهذا كان تطبيق نص المادة (٩٢٣) من الأمور النادرة. وانما يتصور تطبيقه اذا كان البانى لم يتملك هذه الأدوات اما لسوء نيته أو لعدم توافر السبب الصحيح أو لأن المنقولات التى بنى بها كانت مسروقة آو ضائعة، آى فى تلك الحالات التى لا تنطبق فيها قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

---

(٢٨) (بالنسبة للمستأجر نص المادة ٥٩١، وبالنسبة للمحتكر نص المادة ١٠١٠)

٢- أن تتحد الأدوات بالأرض فتصبح عقارا بطبيعته :- فلا يكفى تخصيصها لخدمة العقار أذا لم تلتصق به [٢٩]. وأنما يجوز لمالك الأدوات أستردادها إذا لم تتحد بالعقار وفقا للقواعد العامة في استرداد المنقولات.

٣ - أن تكون المنقولات التى أدخلها المالك فى البناء هى ما يعتبرعرفا من أدوات البناء كالأخشاب والأحجار والحديد وما الى ذلك :- أما اذا كان المالك قد أدخل في بنائه مثلا تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء فلا يتملكه بالالتصاق مطلقا، بل يجب نزعه في أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو بعد السنة الوارد ذكرها في المادة (٩٢٣)، بل ولو أحدث النزع ضررا جسيما للبناء. وهذا بالطبع ما لم يكن البانى قد تملك هذه المنقولات طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو بالتقادم الطويل [٣٠].

حكم الالتصاق في هذه الحالة:-

فرقت المادة (٩٢٣) من القانون المدنى المصرى بين فرضين:-

الفرض الأول:- إذا كان ممكنا نزع هذه الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر الجسيم، فان مالك البناء لا يتملك هذه الأدوات بل يكون لصاحبها الحق في استردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه أنها اندمجت في هذه المنشآت.ومعنى هذا ان حق صاحب الادوات يسقط بمضى سنة من تاريخ علمه بواقعه الالتصاق وهذه المده هى فى لأينا مدة سقوط)[٣١]. فاذا طالب بها قبل هذه المدة وجب نزعها، وتكون نفقة نزعها على صاحب الارض (مادة ٢/٩٢٣).

ويلاحظ أنه لا يمكن استرداد هذه الأدوات الا إذا لم ينتج عن نزعها ضرر جسيم بالمنشآت كأن كان ذلك يقتضي مثلا هدم حائط أو سقف أو ما الى ذلك. أما إذا كانت مثلا أبوابا أو نوافذ أدوات صحية أو بلاطا أو خشب أرضية فانه يجوز نزعها لأن النزع لا يلحق بالبناء ضررا جسيما. والأمر متروك في هذا بالطبع لظروف الحال على حسب ما يستبينه القاضى. ولصاحب الأدوات الحق في التعويض عما اصابه من ضرر [٣٢]. فاذا مضت مدة السنة دون أن يرفع صاحب الادوات دعوى باسترداها تملك صاحب الارض الادوات بالالتصاق واقتصر حق مالك الادوات على التعويض

الفرض الثانى:- هو حيث لا يمكن نزع هذه الادوات دون أن يلحق المنشأت ضرر جسيم وفى هذه الحالة يسقط حق صاحب الادوات فى استردادها.

---

(٢٩)(بلانيول وروبير وبيكار- الأموال رقم ٢٦٤)

(٣٠)(مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء السادس ص ٢٣٠.)

(٣١)(قياسا على مدة الثلاث سنوات التى يسقط حق المالك فى استرداد المنقولات الضائعة او المسروقة، د/ عبد المنعم البدروای - أثر مضى المدة في الالتزام - القاهرة – طبعة سنة ١٩٥٠- ص ٦١)

(٣٢)(وأساس التعويض هو المسئولية التقصيرية، ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل ادماجها وبعد نزعها – د/عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد -ج ٩ - ص ٢٧١)

فاذا سقط حق المالك في استرداد الأدوات، اما لأنه لم يطلب استردادها فى ظرف سنة من تاريخ علمه بالالتصاق ولو كان نزعها لا يترتب عليه ضرر جسيم بالمنشآت ، واماً لأن نزعها يلحق بالمنشآت ضررا جسيما ، فان البناء يكون على حد تعبير المادة (١/٩٢٣) (ملكا خالصا لصاحب الأرض). وعندئذ يقتصر حق صاحبها على مطالبة المالك البانى بقيمتها مع التعويض ان كان له وجه [٣٣].

ويلاحظ أن القانون لم يفرق في كل ما سبق من أحكام بين البانى حسن النية والبانى سيى النية: فحيث يحق لمالك الأدوات استردادها يلزم نزعها على نفقة البانى سواء أكان حسن النية أم سيء النية،وحيث يتملك البانى الأدوات بحكم الالتصاق لم يفرق فيما يجب على البانى أداؤه بين ما اذا كان حسن النية أو سيىء النية . ويلزم ان يراعى القاضى هذه المسألة في تقدير التعويض ٠ فاذا لزم البانى برد الأدوات ونزعها على نفقته كان لصاحبه مطالبة البانى سيى، النية بتعويض عما أصابه من أضرار بسبب حرمانه مدة من أدواته . وكذلك إذا كان البانى سيىء النية وتملك الأدوات حسب القواعد المتقدمة الزم علاوة على دفع قيمتها بالتعويض عما اصاب صاحبها من ضرر أو فات من كسب وفقا للقواعد العامة، والتعويض في الحالين يزيد بطبيعة الحال عما يقضى به في حالة حسن النية.

حق مالك الأدوات فى أستردادها إذا هدم البناء :-

اذا حصل الهدم كان لصاحب الأدوات بمقتضى حكم المادة (١/٩٢٣) استردادها. وهذا لا يكون كما أسلفنا الا فى خلال سنة من علمه بواقعة الالتصاق [٣٤].

اما بعد مضى هذه المدة وحيث يسقط حق المالك فى استردادها فقد اختلف الشراح في حق صاحب الأدوات في استردادها إذا انهدم البناء ولم يكن قد اقتضى التعويض عنها. فذهب البعض الى أن الأدوات أصبحت بحكم القانون مملوكة للبانى، فلا يجوز لصاحبها استردادها، وانما له الحق فقط في التعويض وهذا حكم مخالف لما قرره القانون الرومانى. لان القانون الرومانى لم يكن يعتبر الالتصاق سببا من أسباب الملك بالمعنى الصحيح فى هذه الحالة ، بل كان يجعله مانعا من موانع الاسترداد، فاذا زال هذا المانع عاد حق المالك. أما القانون المدني فقد جعل الالتصاق سببا من أسباب الملك تنتقل به الأدوات بمجرد التصاقها بالأرض الى ملك البانى، فلا يجوز بعد ذلك لصاحبها أن يستردها ٠ وهذا هو الرآى الراجح لدى الشراح الفرنسيين. ويرى البعض الأخذ بقاعدة القانون الرومانى والسماح لصاحب الأدوات باستردادها متى انهدم البناء، اذ أن الالتصاق لم يفقد صاحب الادوات ملكيتها وانما منع من استردادها لتلافى ضرر جسيم يقع بالبانى إذا الزمناه بنزعها من البناء

---

(٣٣)(وتقدر قيمتها وقت اكتسابها - دى باج - الجزء السادس - رقم ٦٠)

(٣٤)(قد قررت المادة هذا الحق إذا لم يكن في نزع الأدوات ضرر جسيم بالمنشأت ، ويرى استاذنا الدكتور / عبد المنعم البدروى بقاء هذا الحق حتى فى الفرض الاخر اذ ما كان البناء قد انهدم لسبب من الاسباب وتميزت تلك الادوات فلا يكون هناك ضرر يلحق البانى من ردها. على أن يكون ذلك في ظرف سنة. د/ عبد المنعم البدروى - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠)

، ويبدو أن الرأى الأول هو الراجح في الفقه المصرى [٣٥].

الحالة الثانية :- البناء والغرأس في أرض الغير:-

تنص المادة(٩٢٤) على ان (١-اذا أقام شخص بمواد من عنده منشأت على ارض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب ازالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه .وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه باقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشأت مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى ثمن الارض بسبب هذه المنشأت.٢- ويجوز لمن اقام المنشأت ان يطلب نزعها ان كان ذلك لا يلحق بالارض ضررا، الا إذا اختار صاحب الارض ان يستبقى المنشأت طبقا لاحكام الفقر السابقة.)

وتنص المادة (٥٢٩) على ان (١- إذا كان من أقام المنشآت المشار اليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في اقامتها، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الازالة، وانما يا يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوى مازاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها. ٢- الا أنه أذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجسامة يرهق. صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك، الارض لمن آقام المنشآت نظير تعويض عادل)

التمييز بين البانى حسن النية والبانى سيىء النية:-

تعرض المادتان السابقتان للصورة الغالبة من صور الالتصاق. الصناعى وهي صورة البناء أو الغراس في أرض الغير، والقاعدة كما أسلفنا أن الأرض تعتبر هى الأصل والبناء هو التابع، فالبناء يؤول. بالتالى. الى مالل الارض بناء على الالتصاق.

وقد فرق القانون بين مركز البانى حسن النيه والبانى سيئ النية ولكن ما المقصود بحسن النية وسوء النية في هذا الخصوص؟

إذا رجعنا الى عبارة النص نجد أن المادة (٩٢٤) لم تذكر عبارة ((سيئ النية)) ولكنها عرفت البانى سيىء النية بأنه (من أقام بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض). والمادة (٩٢٥) التى تبين حكم البناء بحسن النية قررت أن (اذا كان من اقام المنشأت المشار اليها فى المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في اقامتها).

ويتبين من الاعمال التحضيرية آن البانى يكون حسن النبيه إذا كان يعتقد ان له

---

(٣٥)(د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العنينية الاصلية - الجزء الثالث– طبعة سنة ١٩٥١- رقم ٧١ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - فقره ٢٣٨ ص ٢٥١ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج٩ - فقرة ١٠٠ - ص ٢٦٩)

الحق في اقامه هذا البناء، أو يجهل أنه يبنى دون اذن صاحب الأرض [٣٦] أما اذا بنى مع علمه بأنه لا يحق له اقامة هذا البناء كان سيىء النية وعومل معاملة البانى سيىء النية طبقا لاحكام المادة (٩٢٤) .

و اذا بنى باذن صاحب الأرض ولم يتفق على مصير البناء أو المنشآت فان المادة (٩٢٦) تقضى كما أسلفنا بأنه لا يجوز للمالك طلب ازالتها. بل يجب عليه اذا لم يطلب من أقام المنشآت نزعها أن يؤدى اليه قيمة المواد وأجرة العمل، أو أن يدفع مبلغا يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، و معنى ذلك أن حكم هذه الحالة هو حكم البانى بحسن نية تماما .

هذا هو المقصود بحسن النية في خصوص تطبيق المادة (٩٢٥) من المجموعة المدنية كما استبان لنا من الاعمال التحضيرية لهذا النص.

ولما كان حسن النية هو اعتقاد من اقام المنشأت بأن له الحق فى اقامتها، فأننا فى تطبيق نص المادة (٩٢٥) يجب ان نكتفي بمجر هذا الاعتقاد. ولأن حسن النية يتصور وجوده دون وجود السبب الصحيح كما أشرنا الى ذلك عند الكلام فى تملك الحائز حسن نية الثمار. (الباحث)(راجع رآينا كما سبق ان قدمنا فى هذا الشأن)

فالسبب الصحيح هنا ليس شرطا مستقلا عن حسن النية بل هو مجرد عنصر من عناصرها. فلا يهم اذا ان يكون السند باطلا بطلانا مطلقا او نسبيا، ولا ان يكون مجرد سند ظني فالمشتري الذي يبني في ارض موقوفه اشتراها وهو لا يعلم انها موقوفة يعتبير حسن نية [٣٧] . ومن يبني في ارض بور متروكة معتقدا انه يحق له تملكها بالاستيلاء يكون حسن النيه [٣٨]. ويشترط حسن النية وقت البناء. ولا يغير حسن نية الباني علمه فيما بعد انه ليس له حق في أقامة البناء.

أولا: حكم البناء بسوء نية:-

بينيت المادة (٩٢٤) الحكم في حالة ما إذا اقام الشخص منشأت علي ارض للغير بسوء النية.ويخلص من النص ان المالك يستطيع ان يطلب ممن اقام هذه المنشأت ان يزيلها، وتكون ازالتها على نفقة من أقامها. وللمالك الحق علاوة علي هذا في اقتضاء تعويض ممن اقام المنشأت اذا اثبت أنه لحق ضرر من البناء المقام عليها من استغلالها ومن اقامة بناء كأن يعتزم اقامته عليها مثلا، أو ان تكون ازالة البناء قد اضرت بالارض علي وجه ما.

والمالك في استعماله حقه في طلب الازالة لا يتعرض لمسئولية ما، بل ان له الحق في طلب الازالة دون ان يلزم باثبات ان البناء على ارضه قد أضر به علي نحو ما

---

(٣٦) (د/ عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج٩ - فقرة ١٠٤ - ص ٢٨٥ وما بعدها - وفقرة ١٠٥ - و١٠٦ ص ٢٩١ وما بعدها)

(٣٧) (استئناف مصر ١٦يونيو١٩٣٠، مجلة محاماه - العدد١١ - رقم ٣٠٧-ص٣٦٩)

(٣٨) استئناف مختلط ١٢ديسمبر١٩٠١، مجموعة التشريع والقضاء المختلط – الجزء ١٤ - ص٥ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج٩ - فقرة١٠٤ - ص ٢٨٦ - هامش ٤)

فهو في هذا انما يستعمل رخصة خوله اياها القانون، بل انها رخصة ناشئه من حق الملكية ذاته..

فالبناء على ارضه هو اعتداء من الغير علي ملكه، ويحق له طلب ازالة هذا الاعتداء دون ابدا اى مبرر لهذا الطلب. وبلاحظ ان المادة (٩٢٤) بدات بالكلام عن حق المالك فى الازالة، فالازالة هى حقة الطبيعى الاول على ان القانون قد قيد حق المالك فى طلب الازالة بمدة معينة. ان المادة (٩٢٤) تشترط مطالبة المالك البانى باللازالة فى معاد سنة من اليوم الذى يعلم فية اقامة المنشات [٣٩].فاذا مضت سنة دون ان يختار صاحب الارض الازالة ،تملك المنشات بالالتصاق والتزم بتعويض من اقامها على الوجة الذى سنقدمه .

فاذا اختار صاحب الارض ابقاء المنشات او لم يطلب رفعها فى ظرف سنة من يوم علمه باقامتها، تملك المنشات والتزم بتعويض من اقامها.وفى تقدير هذا التعويض يخيار المالك بين قيمتين :قيمة المنشات مستحقة الازالةاو مبلغ يساوى ما زاد فى تمن الارض بسبب هذة المنشات .فان لم يدفع اقل من القيمتين كان للبانى ان يلزمه بالدفع اى استطاع ان ينفذ عليه بها ،الا اذا اختار نزع الادوات المملوكة له ،مادام ذلك لا يلحق بالارض ضررا (٢/٩٢٤)[٤٠] .

وقيمة البناء مستحق الازالة هى قيمتة مهدوما ناقصه اجرة الازالة. والغالب ان تكون هذة القيمة اقل من القيمة التى زادت فى ثمن الارض بسبب هذه المنشات، ولذلك فان الغالب ان يختار المالك القيمة الاولي. ولا يكون هناك محل للبحث على اي حال-عندما يكون الباني سئ النية- في قيمة ما أنفقه في سبيل اقامة المنشات.

ثانيا: حكم البناء بحسن النية:-

عامل القانون الباني حسن النية معاملة أفضل من الباني سئ النية. ويتضح هذا من الاوجه الاتية:

١-لا يجوز للمالك طلب ازالة البناء :- وذلك رعاية من القانون لحسن نيته، ولكن يستطيع من اقام المنشات ان يطلب نزعها اذا لم يترتب علي نزعها ضرر جسيم [٤١] وقد نصت المادة (٩٢٥) علي ذلك اذ نصت على ان

---

(٣٩)(لم تشترط المادة للمطالبة بالازالة ان تكون عن طريق رفع دعوة ، ويرى استاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدراوى ان ابداء الرغبة فى الازالة يكون باى شكل ،والمسالة فى النهاية تكون مسالة اثبات .ويؤكد صحة هذا الراى ما نلاحظ من خلاف نص المادة ٩٢٤ونص المادة ٩٢٣ الخاصة بالبناء لادوات الغير حيث اشترط القانون رفع دعوة باستردادها فى ظرف سنة .اما المادة ٩٢٤فلم يرد فيها ذكر لرفع دعوي - د/ عبد المنعم البدروای - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠)

(٤٠)(مجموعة الاعمال التحضيرية- الجزء السادس - ص٣٣٠، وان كان نص المادة ٣/٩٤٢ يفيد ان الباني لا يستطيع الازالة الا إذا لم يختر صاحب الارض استبقاء المنشات. انظر بهذا المعني - د/ عبد الرزاق احمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - ج٩ - رقم١٠٣ - ص٢٨٣، وقارن د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - بند ٢٣٣ ص٢٤٤ هامش ١)

(٤١)(الاعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص٣٣١)

(إذا كان من اقام المنشات المشار اليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية ان له حق في اقامتها. فلا يكون لصاحب الارض ان يطلب الازالة..هذا ما لم يطلب صاحب المنشات نزعها) .وفي هذا يختلف الباني حسن النية عن الباني سئ النية.فلا يجوز لصاحب الارض طلب ازالة المنشأت وانما للباني نفسه طلب نزعها علي نفقته.

٢- ومتى بقيت المنشات لان من اقامها لم ينزعها، التزم المالك ان يدفع له قيمة المواد واجرة العمل، او ان يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الارض بسبب هذه المنشأت:- وفي هذا الخيار الذي اعطاه القانون لمالك الارض تفضيل للباني حسن النية على الباني سئ النية. فبينما الاول لا يحق له الا اخذ اقل القيمتين من قيمة البناء مستحقا الازالة وقيمة الزيادة في ثمن الارض بسبب البناء، نجد ان الباني حسن النية يحق له اخذ اقل القيمتين من قيمة ما أنفق وقيمة الزيادة . وهذا الحكم الذى أخذ به المشرع بالنسبة للبانى حسن النية هو تطبيق لحكم الاثراء بدون سبب . فالمثرى (وهو هنا صاحب الأرض) يخير بين قيمة افتقار المتسبب في الاثراء (وهو هنا البانى) وقيمة الاثراء (أى ما زاد قيمة الأرض بسبب البناء) . فاذا كانت قيمة المهمات والأدوات وأجرة العمل أى ما أنفقه البانى في البناء هو (١٠٠٠) جنيه مثلا ، ولكن الزيادة في قيمة الأرض الناتجة من البناء هى (٨٠٠) جنيه فقط فان هذا المبلغ الاخير هو الذى يلزم صاحب الأرض بدفعه . والزيادة في القيمة التى يجب التعويل عليها هى الزيادة الناشئه بسبب البناء لا بسبب خارج عن عمل البانى

الوقت الذى يجب الرجوع اليه لتحديد قيمة ما زاد في الأرض بسبب البناء :-

يرى معظم الشراح أن هذه الزيادة التى زادتها الأرض بسبب البناء يجب أن تقدر وقت رفع الدعوى لا وقت البناء . وهذا الحل كان متمشيا مع الحل السائد في دعوى الاثراء حيث كان يذهب القضاء ومعظم الشراح الى أن الاثراء يجب أن يحدد بالرجوع الى وقت رفع الدعوى [٤٢] . و قد آخذ الشراح المصريون بهذا الرآى حتى في ظل القانون الجديد [٤٣] ، مع أن الاثراء وفقا لأحكام القانون المدنى الجديد يقدر بالرجوع الى وقت دخوله في ذمة المثرى لا الى وقت رفع الدعوى [٤٤]. ونحن نسلم بهذا الجدل وان كنا لا نرده الى قواعد الاثراء [٤٥] و الدليل على ذلك أن البناء اذا أنهدم لم يكن من حق الباني أن يقتضى تعويضا - عنه، على خلاف ما قرره القانون الجديد في المادة (١٧٩) من بقاء الالتزام بالتعويض عن الاثراء حتى ولو زال الاثراء فيما بعد.

---

(٤٢)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ص ٣٨٧ و٣٨٨، وقارن للأستاذ /حشمت أبو ستيت - نظريه الالتزام - طبعة بدون - رقم ٥٣٥ و٥٤٠ و٥٤١ و٥٤٩)

(٤٣)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - ص ٣٢٥ - رقم ٢٣٢ ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-الجزء الثالث - رقم ٩٢ - ص ١١٨)

(٤٤)(راجع المادة ١٧٩ مدنى ، / عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – رقم ٨٧١ - وما بعده ص ١١٦٠ - وما بعده ، حيث يعرض رأى القانون الجديد ويبسط الحجج المؤيده له)

(٤٥) بهذا المعنى السنهورى ج ٩ بند ١١٤ص ٢٨٨ المتن و الهامش رقم ٢

فالأصل أن للمالك مطالبة البانى بازالة ما أقامه على أرضه من منشآت ، لأن اقامة هذه المنشآت هو اعتداء على حق الملكية ، وكل اعتداء يجب دفعه ورفع كل مايترتب عليه وهذا بالفعل ما قرره القانون بالنسبة للبانى سيئ النية . وهذا ما كان يجب تقريره أيضا بالنسبة للبانى حسن النية ، - لأن بناءه - ولو بحسن نية - هو أيضا أعتداء على حق المالك . ولكن اعتبارات العدالة وحدها هى التى جعلت المشرع يمنع المالك من إزالة البناء اذا كان البانى حسن النية ، فلا يصح أذن التوسع في هذا الخروج على حق المالك ، ولا يجوز القول بالزامه بالتعويض عن بناء أقامه الغير على أرضه حتى لو أنهدم هذا البناء قبل استرداده الأرض ، والا كان في هذا مكافأة للمعتدى . وعلى هذا الأساس أيضا يجب ألا يلزمه القانون بالتعويض الا في حدود الاثراء الذى دخل ذمته بالفعل وقت أسترداده الأرض بما عليها من بناء [٤٦].

كيفية اقتضاء البانى التعويض :-

اذا استحق البانى تعويضا اصبح دائما لصاحب الأرض بهذا التعويض، ولة الحق في ان يمفذ على العقار اى على الأرض والبناء اذا لم يف المالك به. ويستطيع الباني دائما أن يحبس العقار تحت يده ضمانا لوفاء ألمالك بالتزامه هذا ، وذلك تطبيقا لحكم المادة (٢٤٦).

وفي رأينا أن حق الحبس لا يكون الا للحائز حسن النية دون الحائز سيئ النية . ذلك آن ألحائز سيئ النية يكون قد حصل على الشيء بعمل غير مشروع ٠ والمادة ٢٤٦/ ٢ تستثنى من حق الحبس حالة ما يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع [٤٧] . وهذا هو ما قرره القضاء الفرنسى [٤٨].

ولا يكون لمن اقام المنشأت امتياز عليها لاقتضاء التعويض. لا الامتياز لا يثبت الا بنص القانون ، و مجرد حبس الشيء لا يعطى للحابس اى امتياز عليه (م ١/٢٤٧)[٤٩].

وقد أشارت المادة ٩٢٧ الى طريقة خاصة في دفع التعويض للبانى وذلك باحالتها الى المادة ٩٨٢ . وهذه المادة الأخيرة تقرر أنه يجوز للقاضى أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة، وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام اذا هو عجل ما يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد أستحقاقها [٥٠] .

---

(٤٦)(ويكون الالتزام بالتعويض مصدره القانون - وليس مبدأ الاثراء على حساب الغير- ولذلك يتقادم بخمسة عشر سنه لا بثلاث سنوات - د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج ٩ - فقرة ١٠٤ - ص ٢٨٨)

(٤٧)(راجع راى مخالفً د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ٢٣٦ - ص ٢٤١ ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثالث - رقم١١١ ،، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٢٧١ - ص٤٠٣، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج ٩ - فقرة ١١٠ - ص ٣٠٤)

(٤٨)(راجع الأحكام المشار اليها في بلانيول وتريبير وبيكار - الأموال - رقم ٢٧١ - حاشية رقم ١ و ٢ - ص ٢٦٨)

(٤٩)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج ٩ - بند ١١٠ - ص ٣٠٦)

(٥٠)(وتشير المادة ٩٢٧ الى أن هذا الحكم الخاص بتقسيط التعويض أنما ينصرف الى التعويض المنصوص عليه في المواد الثلاث السابقة (٩٢٤ -٩٢٦) اى التعويض الذى يستحقة صاحب المنشأت سواء للبانى بحسن نية او بسوء نية، وكذلك التعويض الذى يستحقة صاحب الأرض في حالة ما اذا ملك الأرض لصاحب المنشأت حسن النية تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥)

تمليك الأرض للبانى :-

بعد أن بينت المادة (٩٢٥) في فقرتها الأولى حكم البناء في أرض الغير بحسن نية أضافت في فقرتها الثانية حكماً مستحدثا اذ نصت : (الا أنه أذا كانت المنشأت قد بلغت حدا .من الجسامه يرهق صاحب ان يؤدى ما هو مستحق عنه ، كان له ان يطلب تمليك الارض لمن أقام المنشأت نظير تعويض عادل) .

والمفروض في تطبيق هذه المادة أن البانى لم يطلب المنشأت، وطالب بالتعويض وكان التعويض جسيما لدرجة يرهق معها صاحب الأرض إذ أ أداه ، فعندئذ يحق لمالك الأرض ، آن يطلب تمليكها لُلبانى ، و للقاضى متى تحقق من كل ذلك أن يملك الأرض لصاحب البناء جبراً عنه مع التعويض، ولا يستطيع البانى آن يتفادى هذا الا بنزع البناء [٥١] . ووجه العدالة في الحكم ظاهر. ويقتصر تطبيق هذا الحكم على حالة البناء بحسن النية. دون حالة البناء بسوء نية، لانه في هذه الحالة الأخيرة يستطيع مالك الأرض طلب الازالة.

إقامة المنشات بترخيص من المالك:-

وقد طبق القانون احكام البناء بحسن النية على الحالة التي يقيم فيها اجنبى منشأت بمواد من عندة بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض. ففي هذه الحالة اذا لم يبين الاتفاق مصير هذه المشأت ولا حق للبانى او المالك عليها فلا يجوز للبانى طلب ازلتها، انما يجب عليه اذا لم يطلب من أقامها نزعها ، ان يؤدى الية قديمة قيمة المواد واجره العمل او مبلغا يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشأت المادة (٩٢٦)

تعدى المالك البانى بجزء من بنائه على أرض الجار :-

جرى البحث في حالة ما اذا تعدى البانى أثناء بنائه على أرضه حدود ملكه فأقام على أرض الجار جزءا من البناء ووجه البحث آننا لو قلنا بتملك الجار الجزء من البناء المقام على أرضه فقد يكون هذا الجزء مما لا يمكن الانتفاع به ، وقد لا يكون البانى سيىء النية فيلتزم بازالة ما أحدثه .

وقد ذهب بعض الشراح الفرنسيين الى وجوب تطبيق قواعد الالتصاق في هذه الحالة ، فيفرق بين البانى حسن النية والبانى سيىء النية ، ففى الحالة الثانية يجوز لمالك الأرض المعتدى عليها الزام البانى بازالة ، واذا كان البانى حسن النية فان مالك الأرض يتملك الجزء المقام على أرضه مع أدائه التعويض للباني ويكون العقار شائعا بين المالكين أو يكون لمالك الأرض المعتدعليها ملكية الجزء المقام على ارضه [٥٢] ويرى البعض منهم أن قواعد الالتصاق لا تطبق في هذه الحالة.

---

(٥١)(وكانت المحاكم المختلطة تميل الى هذا الحكم من عدم نص القانون عليه. راجع استئناف مختلط - ٨ ابريل ١٩٢٠، مجموعة التشريع والقضاء المختلط - ٣٢ - ص ١٦٤ ، و ٢٦ نوفمبر ١٩٢٩- نفس الجموعة - ٤٢ - ص ٥٢ ، ٢٠ ابريل ١٩١٧ - نفس المجموعة - ٢٨ - ص ٢٦٦)

(٥٢)(راجع جوسيران - الجزء الأول - رقم ١٧٦٤ ، ونقض فرنسى ٢٠ نوفمبر سنه ١٩١٢ ، و نقض فرنسى ١٩ يونيه ١٩٣٤)

ذلك أن قواعد الالتصاق تفترض آن البناء على أرض الغير قد عاد بفائدة على الأرض المقام عليها ، ولا يكون ذلك الا حيث يقام البناء جميعه على أرض الغير . وليس الحال كذلك في الفرض الذى نحن بصدده ٠ ان من يجاوز حدود ملكه ويعتدى بالبناء على جزء من أرض الجار يعتبر فعله اعتداء على ملكية هذا الجار وتعرضا له ، ولذلك فان من حق الجار أن يدفع هذا التعرض ويرد ذلك الاعتداء اما عن طريق رفع دعوى الحيازة آو دعوى الملكيه ، و فى الحالتين سينتهى الامر بتكليف البانى بنزع ما بنى على الجزء من آرض الجار المعتدى عليه . وليس للبانى في سبيل تفادى هذه النتيجة أن يدعى أن مالك الأرض لا مصلحة له في الازالة ، وليس له أن يتمسلك أيضا بحسن نيته [٥٣] .

- وقد عرضت هذه المسألة على القضاء المصرى ٠ والغالب فى أحكامه أنها تميل الى أستبعاد قواعد الالتصاق في هذه الحالة وتقتصر هذه القواعد على الحالة التى يقام فيها بناء بأكمله على أرض الغير . وهى تميل الى إعطاء البانى ملكية الجزء من ارض الجار الذى دخل في البناء ، مقابل تعويض عادل يعطى للجار ويقدر على أساس قيمة هذا الجزء وما يمكن حصوله من ضرر بسبب حرمانه من الجزء المذكور ، وذلك كله في الحالة التى يكون فيها البانى حسن النية، وهي تميل الى عدم الزام البانى بالازالة الا اذا كان سيىء النية [٥٤] .

وقد قنن القانون المدنى الجديد هذا القضاء الذى لم يستند فيه ألى نص في المادة ٩٢٨ التى تقضى بأنه ((أذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة أذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل .

ويلاحظ أنه لتطبيق هذه المادة يشترط شرطان : أولهما أن ألبانى انما يبنى آصلا في ارضه و قد جاوزها الى جزء صغير ملاصق من آرض الجار . والثانى أن تكون هذه المجاوزة من البانى قد وقعت بحسن نية آى على اعتقاد منه بأنه انما بنى فى حدود ملكه ٠

فاذا توافر هذ أن الشرطان جاز للقاضى أن بجبر صاحب هذه الأرض على النزول لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل يراعى فيه القاضى قيمة هذا الجزء وما لحق صاحبه من اضرار بسبب حرمانه منها.

أما اذا لم يتوافر هذان الشرطان بأن كانت المجاوزة كبيرة أو كان البانى سيئ النية فيرى جانب من الفقه انه يحق لصاحب الأرض المعتدى عليها استعمال حقه في دفع هذا الاعتداء والزام البانى بالازالة.

---

(٥٣)(راجع دي باج - الجزء السادس ٦ - رقم ٧٣ - ص ٦٥)

(٥٤)(راجع في ذلك أستئناف مختلط - ٨ أبريل ١٩١٥ ، ومجموعة التشريع و القضاء المختلط -١٧ - ص ٢٦٧ ، و ٢١ نوفمبر ١٩١٨ - المجموعة السابقه - ٣١ - ص ٢٨ ، و ١٨ مايو ١٩٢٦ - نفس المجموعة – ٣٨-ص ٤١١، ٢٣ ابريل ١٩٣١ - نفس المجموعة -٤٣-ص ٣٦٧ ، ١١ ديسمبر ١٩٣٠ - نفس المجموعة – ٤٣-ص ٧٦ ، و ٢٨ ابريل ١٩٣٧ - نفس المجموعة - ص ٢٠٥)

الأشخاص الذين تنطبق عليهم أحكام المادتين (٩٢٤ - ٩٢٥):-

الأصل ان هاتين المادتين تحلان نزعا يقوم بين مالك الأرض وحائزها الذى يقصد تملكها. ولكن عموم النص يسمح مع ذلك بتطبيق. أحكامها في غير هذه الحالة ، ولذلك يمكن تطبيق هذه الأحكام في جميع الحالات التى يبنى فيها شخص على أرض مملوكة للغير ما لم يوجد نص في القانون أو اتفاق ينظم العلاقة بين البانى والمالك على نحوآخر

وهذا هو ما ذهب اليه أحكام القضاء الفرنسى وغالبية الشراح الفرنسيين على الرغم من أن نص المادة (٥٥٥) من المجموعة المدنية الفرنسية يفترض وجود نزاع بين مالك الأرض الذى يستردها وواضع اليد عليها بقصد تملكها ، وهم يسلكون في ذلك احد مسلكين .

١- ذهب البعض الى أن المادة المذكورة عامة ونصها غير مقصور على علاقة المالك بواضع اليد مع نية التملك

٢- وذهب البعض الاخر الى التسليم بأن المادة (٥٥٥) تقتصر على تنظيم هذه العلاقة ولكنهم يعدون حكمها على الحالات الأخرى أخذا بالقياس [٥٥].

فالقضاء الفرنسى يطبق أحكام الالتصاق على كل شخص يبنى في ملك الغير سواء كان حائز بقصد التملك او مجرد حائز عرضى كالمستأجر والمزارع ، أو مالكا تحت شرط فاسخ .

ولاشك أن عموم نص المادتين (٩٣٤-٩٢٥) من المجموعة المدنية المصرية يسمح بالتوسع في تطبيقها على هذه الحالات ، الا حيث يوجد نص في القانون ينظم العلاقة بين البانى ومالك الأرض على نحو آخر . لهذا فأن أحكام هاتين المادتين تنطبقان على الحالأت الآتية :-

١- الحائز بنيه التملك سواء أكان حسن النية او سيئ النية ، وهذا هو الأصل في تطبيق هذين النصين كما رأينا

٢- هذين النصين ينطبقان على حالة فسخ ملكية البانى ، الإ اذا كان يعلم ان ملكيته معرضه للفسخ او وقع الفسخ نتيجه لتقصيره هو ، لانه يعتبر في حكم البانى سيئ النية. اما اذا انفسخ العقد بدون تقصير منه وكأن قد بنى قبل ذلك فانه يعتبر حسن النية [٥٦].

---

(٥٥)(دي باج - المرجع السابق - رقم ٦٨ و ما بعدها، وبلانيول و بيكار - الأموال - رقم ٢٧٥ وما بعدها، وجسران - الجزء الأول - رقم ١٦٧٢)

(٥٦) من هذا الراى أيضا د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ٢٣٥ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد –رقم ٤٧٨ ، استئناف مختلط - ٥ديسمبر ١٩٢٢ - مجموعة التشريع والقضاء المختلط - المجموعة - ٣٥ - ص ٨٠)

٣ــ كذلك تنطبق المادتان (٩٢٤ و٩٢٥) في حالة ابطال سند المالك، بسبب من أسباب البطلان النسبي، كعيوب الرضاء مثلا. ويكون الباني سيئ النية أو حسنها تبعا لما إذا كان يعلم بسبب الابطال أو لا يعلم به، أو كان متسببا فيه أو لم يكن.

٤- والمنتفع الذي يبنى فى الارض التى ينتفع بها يعتبر آيضا بانيا في أرض الغير وتطبق عليه قواعد الالتصاق . وقد كان القانون المدنى الملغى يتضمن نصا هو المادة(٤٥/٢٦) يحرم على المنتفع البناء أو الغراس بدون اذن المالك وعليه أن يثبت ذلك الرضاء بالكتابة أو باقرار المالك أو بامتناعه عن اليمين ، وكان المشروع التمهيدى يتضمن نصا مماثلا ولكن لجنة المراجعة حذفته ، فأصبح بناء المنتفع يخضع للقواعد العامة ، فالأصل أن ليس له البناء بدون تصريح من المالك فان وجد هذا التصريح وبين الاتفاق مصير البناء أعمل هذا الاتفاق فان لم يبين الاتفاق مصير البناء عومل المنتفع معاملة البانى حسن النية طبقا لنص المادة (٩٢٦) . فان لم يوجد اذن بالبناء كان المنتفع في حكم البانى سيىء النية لعلمه أنه لا يحق له البناء ، ما لم تقم لديه أسباب جديه تحمله على الاعتقاد بأن البانى صرح له بالبناء فعند اذ يعامل معامله البانى حسن النية[٥٧].

حالات خاصة للبناء فى أرض الغير :-

قلنا أن أحكام الالتصاق تنطبق الا حيث يوجد نص ينظم العلاقة بين البانى ومالك الأرض على نحو آخر ، كما في الحالات الآتية:

آولا :- و من هذه الحالات حالة المستاجر الذى يبنى فى العين المؤجرة فقد نصت المادة (٩٢٥) على أنه (١- اذا أوجد المستأجر في العين المؤجرة بناء أو غراسا أو غيرذلك من التحسينات مما يزيد في قيمة العقار ، التزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء الايجار ما أنفقه في هذه التحسينات أو ما زاد في قيمة العقار ، ما لم يوجد هناك اتفاق يقضى بغير ذلك .٢ – فأذا كانت تلك التحسينات قد استحدثت دون علم المؤجر او رغما معارضته كان له أيضا أن يطلب من المستأجر أزالتها . وله أن يطلب فوق ذلك تعويضاً عن الضرر الذى يصيب العقار من هذه الازالة. ان كان للتعويض مفتض. ٣ - فاذا اختار المؤجر أن يحتفظ بهذه التحسينات في مقابل رد احدى القيمتين المتقدم ذكرهما ، جاز للمحكمة أن تنظره الى أجل للوفاء بها.)

ويلاحظ أن المادة المذكورة لم تفرق في تقدير التعويض بين المستأجر حسن النية والمستأجر سيئ النية على خلاف ما تقضى به المادة (٩٢٤) ويكمل هذ ا النص نص المادة٩٢٦ الخاص بحالة الترخيص بالبناء دون وجود اتفاق بشأن مصير البناء.

ثانيا :- وقد نظم المشرع حالة آخرى من حالات البناء والغراس هى بناء المشترى آو غراسه في العبن المشفوع فيها . فتنص المادة ٩٤٦ على أنه (١ - اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع آو غرس آشجارا قبل أعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له أما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

---

(٥٧)(بهذا المعنى د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج ٩ -فقرة ١٠٦ -ص ٢٩٤)

٢ - اذا بنى المشترى فى العقار المشفوع آو غرس آشجارا قبل أعلان الرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشترى أن يدفع له أما المبلغ الذى أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.٣ - وأما اذا حصل البناء أو الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة كان للشقيع أن يطلب الازالة . فاذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم الا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.)

ثالثا :- ومن هذه الحالات أيضا حالة المحتكر، فقد نصت المادة(١٠١٠) من المجموعة المدنية المصرية على ان (١ــ عند فسخ العقد أو انتهائه يكون للمحتكر أن يطلب أما أزاله البناء والغراس أو استبقاءهما مقابل دفع أقل قيمتيهما مستحقى الازالة أو البقاء، وهذا كله ما لم يوجد أتفاق يقضى بغيره. ٢ــ وللمحكمة أن تمهل المحكر في الدفع أذا كانت هناك ظروف - أستثنائية تبرر الامهال . وفي هذه الحالة يقدم المحتكر كفالة لضمان الوفاء بما يستحق في ذمته) .

رابعا :- وهناك حالة آخرى من حالات البناء هي بناء المالك على الشيوع في الأرض المشاعة ، وستأتى دراستها عند الكلام في أحكام الملكية الشائعة بالتفصيل

الحالة الثالثة :- البناء أو الغراس في أرض الغير بمواد مملوكة للغير :-

وهذه هى الحالة الثالثة من أحوال التصاق المنقول بالعقار وهى حالة من يبنى ويغرس في أرض مملوكة للغير بمواد مملوكة لشخص ثالث . وهذه حالة جامعة لأحكام الحالتين السابقتين، فيجب أن يطبق فيها أحكام البناء في ملك الغير وأحكام البناء بأدوات الغير . وهذا ما تقرر بالمادة (٩٣٠) اذ نصت على أنه (اذا أقام أجنبى منشأت بمواد مملوكة لغيره ، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها . وانما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبى ، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة هذه المنشات) .

حقوق صاحب الأرض:-

يكون البناء في هذه الحالة مملوكا لصاحب الأرض ، وتسوى العلاقة بين البانى وبين مالك الأرض طبقا لأحكام المادتين (٩٢٤ و٩٢٥) فاذا كان البانى سبئ النية كان لصاحب الارض الخيار بين الزام البانى بإزالة البناء وبين ابقائه بأرضه على التفصيل المتقدم المذكور في المادة ٩٢٤ فاذا كان البانى حسن النية كان صاحب الأرض ملزماً بإبقاء البناء مع تعويض البانى على الوجه المبين في المادة (٩٢٥)

حقوق صاحب الأدوات:-

يلاحظ أولا أنه لا يجوز لصاحب الأدوات المطالبة باستردادها،وذلك بصريح نص المادة (٩٣٠) التى منعته من طلب رد ها و قصرت حقه على مطالبة البانى بالتعويض . وفي هذا خلاف مع ما هو مقرر في المادة(١/٩٢٣) التى تعطى لصاحب الأدوات الحق في أستردادها اذا كان ممكنا نزعها ويبرر هذا الخلاف تعلق حق شخص ثالث بهذه الأدوات وهو صاحب الارض ٠ ويجيز الشراح لصاحب الادوات استردادها فقط في حالة ما إذا ألزم صاحب الأرض البانى بالازالة (وذلك حيث يكون هذا البانى سيىء النية)

، و لعدم تحقق الالتصاق في هذه الحالة [٥٨] .

وانما يقتصر حق صاحب أدوات على مطالبة البانى بالتعويض وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة (٩٢٣) ، وهو يطالبه كما قلنا بقيمة الأدوات وبالتعويض أن كان له وجه حق .وعلاوة على رجوع صاحب الأدوات على البانى بالطرق المعتادة ،يستطيع بصفته دائنا له أن يطالب صاحب الأرض باسم البانى بما يكون مستحقا لهذا الأخير في ذمة صاحب الارض من مبالغ ، ويكون سبيله في هذا هو الدعوى غير المباشرة طبقا لأحكام المادة (٢٣٥).

الا أن القانون أراد أن يجنب صاحب الأدوات خطر مزاحمة دائنى البانى له ، فنص صراحة في المادة (٩٣٠) على حق صاحب الأدوات في رفع الدعوى المباشرة على مالك الارض ليحصل منه على ما يكون مستحقاً له في ذمة البانى ، ولكن بالطبع بقدر ما يكون المالك ملتزماً به قبل البانى .

(المطلب الثالث)

(التصاق المنقول بالمنقول)

صور التصاق المنقول بالمنقول وحكمه :-

قد يتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين دون ارادة احد المالكين أو يلتصقان بشكل يتعذر معه الفصل بدون تلف أو يستحيل ، فيقال عندئذ ان هناك التصاق منقول بمنقول . فالالتصاق يفترض عدم اتفاق صاحبى الشيئين ، آما حيث وجد مثل هذا الاتفاق وجب بالطبع اعماله ، كما هو الحال في عقد الاستصناع .

وهذه الصورة الثالثة من صور الالتصاق نادرة الوقوع ، اذ الغالب أن صاحب أحد المنقولين يتملك المنقول الآخر تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

وليست هناك قاعدة عامة تحكم هذا الالتصاق ، ولذلك قررت المادة ٩٣١ 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 الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما) .

ولم يشأ المشرع المصرى أن يفصل حالات الالتصاق المختلفة كما فعل التشريع الفرنسى مثلا الذى خص هذا الموضوع على ضآلة شأنه بثلاث عشرة مادة (من المادة ٥٦٥ الى ٥٧٧) . وحسنا فعل . فالأمر أذن متروك لذوق القاضى فهو الذى يقدر الحكم الواجب مهتديا بقواعد العدالة وبظروف الطرفين وحسن النية أو سوئها .فقد يرى القاضى أنه من الممكن اعتبار أحد المنقولين أصلا الآخر .تبعا ، فيقضى بالملكية لصاحب الشيء الأصلى مع الزامه بتعويض صاحب الشئ التابع تعويضا يختلف حسب حسن نيته وسوء نية المتسبب فى الالتصاق.

---

(٥٨)(راجع د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-الجزء الثالث - رقم ١٢٣ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ -٢٢٩ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٢٧٢ - ص ٤٠٥)

ومثال ذلك رسام يرسم لوحة زيتية على قماش مملوك للغير ، فالظاهر هنا أن عمل الرسام هو الأصل والقماش هو التابع فيتملك الرسام الصورة في النهاية .وقد تمتزج كميتان من المثليات فيرى القاضى قسمة الخليط بين المالكين كل بحسب نصيبه في الخليط أو المزيج ، أو قد يرى أعطاء الخليط النهائى لمالك الكمية الأكبر مع الزامه بتعويض صاحب الكمية الأقل ،وهكذا .

AL-FAROUK

(الباب الثالث)

(القيود الى ترد على حق الملكية)

تعدد القيود التى ترد على الملكية :-

لم يعد حق الملكية في العصر الحديث حقا مطلقا كما كانت الحال فى العصور الاولى ، بل ان هذا الحق أصبح اليوم مقيدا بقيود كثيرة فتزداد يوما بعد يوم . فالمشرع أصبح يقيد المالك فى استعماله الشئ وأستغلاله له الى حد بعيد . بل أن حق التملك في ذاته أصبح يرد عليه هو الآخر بعض القيود .ولن نستطيع هنا الاحاطة بكل القيود التى ترد على حق الملكية ، وخصوصا تلك القيود المختلفة والمتعددة التى تتضمنها القوانين الخاصة واللوائح . فهذه اللوائح وتلك القوانين هى من الكثرة بدرجة تجعل كل تعداد لها آو حصر معرضا لان يكون ناقصا غير جامع ٠ وانما نكتفى هنا ببحث أهم القيود آى تلك القيود الواردة في المجموعة المدنية المصرية وفى بعض القوانين الأخرى ذات الأهمية الخاصة في نظرنا . ونحيل القارىء في سائر القيود الواردة بالقوانين المختلفة واللوائح الى نصوص هذه أللوائح وتلك القوانين .

والقيود التى ترد على الملكية قد يكون مصدرها القانون وقد يكون مصدرها الاتفاق . فالقيود القانونية هى تلك القيود التى أوردتها ألمجموعة المدنية والقوانين واللوائح ، هى تلك القيود التى تشير اليها المادة (٨٠٦) من المجموعة المدنية حيث تقرر انه (على المالك ان يراعى في استعمال حقه ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة . وعليه ايضا مراعاه الاحكام الآتية) . وهذه الأخيرة التى تشير اليها المادة المذكورة هى الواردة فى المواد من (٨٠٧) الى (٨٢٤)

والقيود القانونية التى ترد على حق الملكية قد يرد بعضها مباشرة للصالح العام . وقد يتقرر بعضها للصالح الخاص.

و قد يكون مصدر القيود التى ترد على الملكية الاتفاق آو أرادة المالك بوجه عام . وهذه القيود التى ترد على الملكية بالاتفاق قد تتنوع ، اذ هى تخضع دائما لمبدأ سلطان الارادة . فليس هناك ما يمنع المالك من أن يقيد نفسه في استعمال ملكه أو حتى في التصرف فيه لمصلحة الغير . فكل حقوق الارتفاق التى مصدرها العقد هى ولا شك قيود اتفاقية ترد على حق الملكية ، ومن أهم هذه القيود أيضا شرط عدم التصرف .

ويمكن النظر الى القيود التى ترد على الملكية من ناحية آخرى ٠ فبعض القيود يرد على حق التصرف ، و بعضها يرد على حق الاستعمال وحق الاستغلال . بل أن من القيود ما يرد على التملك في ذ اته وهذا التقسيم الأخير هو الذى سنتبعه عند بحثنا، لهذه القيود ٠

فنبدأ ببحث القيود التى ترد على التصرف ثم ننتهى ببحث القيود التى ترد على الاستعمال والاستغلال ، وذلك فى عدة فصول ، وهذه القيود هى :-

القيد الاول :- هو المستفاد من القانون رقم (١٥ لسنة ١٩٦٣) الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٦٣وهو خاص بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما في حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى البور والاراضى الصحراوية .

القيد الثانى :- هو القيد الخاص بالحد الأقصى للملكية الزراعية المقرر في قانون الاصلاح الزراعى وهو القانون رقم (١٧٨ للسنة ١٩٥٢) والقوانين المعدلة له وهى القانون رقم (١٢٧ لسنة ١٩٦١) و الذى وضع أقصى لما يملكه الفرد الواحد من أراضي زراعية وما في حكمها من الاراضى البور والاراضى الصحراوية قدره مائة فدان . ثم القانون رقم (٠ ٥ السنة ١٩٦٩) الذى حدد هذا القدر بخمسين فدانا (٥٩) .

(الفصل الاول)

(القيود الواردة على حق التصرف)

تحديد فكرة المنع من التصرف :-

من عناصر الملكية حق التصرف ، وأن حق التصرف يعتبر من الخصائص الأساسية لحق الملكية . بل أن هذه الخصيصة أصبحت تعتبر من النظام العام لما تؤدى اليه من حريه التداول الاموال وضمان بقائها فى يد من يحسن استغلالها والانتفاع بها. فالحياة الاقتصادية تفترض لانتعاشها وازدهارها حرية تداول الاموال اى انتقالها من يد الى يد.

وقد حرص المشرع ألمصرى على كفالة حرية تداول الأموال والتصرف فيها. ولذلك فأنه لم يورد على حق التصرف الاستثناءات يسيرة لها ما يبررها.

وفكرة عدم قابلية الشىء للتصرف تفترض آمرين :-

الأول :- أن الشىء مملوك ملكية خاصة ، ولصاحبه عليه كل ما تخوله الملكية عن سلطات الاستعمال والاستغلال ، ولمالكه استرداده أذا خرج من حيازته.

الثانى :- ان المالك لايستطيع التصرف فى الشئ ولو لمدة مؤقتة خروجا على المقاعدة العامة التى تقضى بأن المالك التصرف فيما يملكه •

وبهذين الأمرين تتميز فكرة عدم قابلية الشىء للتصرف فيه عن بعض الأوضاع الاخرى التى قد تختلط بها على الاقل في الظاهر على النحو الاتى :-

١ ـ الشى الذى لايمكن التصرف فيه يختلف عن الشىء الخارج عن دائرة التعامل . أن الشىء الذى لا يجوز التصرف فيه هو محل لحق ملكية بالفعل . ولكن الشىء الخارج عن دائرة التعامل لايخضع للملكية الخاصة.

---

(٥٩) (ونحيل في هذا الى دروس القانون الزراعى والمؤلفات الموضوعة فيه ، د/ عبد المنعم البدروای – شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الاصلية ـ الطبعة الثانية ـ عام ١٩٦٨ ـ ص ٧٠ وما بعدها . ، و انظر د/ نعمان جمعه ، دروس القانون الزراعى- طبعة سنة ١٩٧٢)

٢- ثم ان الشيء الذى لا يمكن التصرف فيه يختلف عن اشياء التى لا يجوز تملكها بالمتقادم فيكون الشئ غير قابل للتصرف فيه يعنى آن المالك لا يستطيع آن يباشر آى عمل من أعمال التصرف متعلق بهذا الشيء ، ولكن ليس ما يمنع الغير من تملكه . بالتقادم رغم أرادة صاحبه ٠ فالمنع من التصرف لا يقتضى بالضرورة عدم جواز تملك الشيء بالتقادم .

٣- والمنع من التصرف يختلف عن انعدام أهلية التصرف فأذا كان المالك ممنوعا من التصرف فى شيء ما لم يكن له آن يباشر آى عمل من آعمال التصرف بخصوص هذا المال بغض النظر عن أهليته ، لا بنفسه ولا بمن يمثله . أما انعدام أهلية التصرف معناه عدم جواز تصرف الشخص في أمواله الا بعد سن معينة أو بعد أستيفاء شروط خاصة . فالوصى مثلا يستطبع التصرف نيابة عن القاصر عديم الأهلية أو ناقصها . فانعدام الأهلية لا يعنى المنع من التصرف بل يقتضى جواز التصرف بعد استيفاء شروط خاصة أو أتخاذ اجراءات معينة (كاستئذان المحكمة مثلا) وبهذا تتميز فكرة عدم قابلية المال لمتصرف عما سواها .

حالات المنع من التصرف :-

المنع من التصرف لا يقع الا في حالات استثنائية . و لذلك وجب أن يستند هذا المنع الى نص القانون. وقد ضيق واضعو المجموعة المدنية الفرنسية في المنع من التصرف لاعتبار واضعى هذه المجموعة حق التصرف من النظام العام . ولهذا لم تنص هذه المجموعة الا على حالتين اثنتين سمح فيهما بعدم التصرف في الشيء المملوك .

الحالة الأولى :- هى المنصوص عليها في المادة (١٥٥٤) الخاصة بالأموال التى تقدمها المرأة للزوج عند الزواج لتحمل أعباء الزوج والتى تسمى بالمهر (dot) . وهذه الاموال توضع تحت أد أرة الزوج ليستغلها بنفسه . فاذا كان في هذه الأموال عقارات ظلت ملكا للمرأة ، ولكن لم يجز للزوج أو الزوجة أو لهما معا التصرف فيها أو رهنها طوال قيام الزوجية ، الا في حالات استثنائية نص عليها القانون .

الحالة الثانية :- هى الواردة في المادة (٧٩٧) والمواد من (١٠٤٨) الى (١٠٨٤) من المجموعة المدنية الفرنسية . وهذه المواد تجيز للوالدين التبرع لأولادهما بجزء من أموال التركة خارج عن النصاب الشرعى الواجب تركه للورثة ،مع الزام المتبرع لهم بهبة هذه الأموال بدورهم الى أولادهم الموجودين أو الذين سيولدون لهم مستقبلا . وهذا يقتضى بالضرورة منع الأولاد المستفيدين من التبرع من التصرف في هذه الأموال [٦٠] .

ولم يرد في المجموعة المدنية الفرنسية حالات للمنع هن التصرف لخارج هاتين الحالتين [٦١] .

---

(٦٠)(ويسمى هذا بنظام الاستبدال الوراثى المباح substitutions premises)

(٦١)(أجاز القانون الفرنسى الصادر فى ١١ يوليه ١٩٠١ انشاء مايسمى ملكية الاسرة وهى ملكية ولا يجوز التصرف فيها الا بشروط خاصة)

أما القانون المصرى فلم يرد فى نصوصه الحالتان المذكورتان فى القانون الفرنسى ، وانما وردت حالات آخرى استثناء من المبدأ العام. فمن هذه الحالات :-

١- ما تنص عليه المادة (٨٥٣) من المجموعة المدنية عن أنه (لا يجوز لأى شريك أن يتصرف لاجنبى في نصيبه في ملكية الاسرة الا بموافقة الشركاء جميعاً) . وتفصيل ذلك أن المشرع المصرى أستحدث نوعا جديدا من الملكية الشائعة هى ملكية الأسرة ، اذا آجاز لأعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة آن يتفقوا كتابة على أنشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد علن خمس عشرة سنة . وتحقيقاً للغرض المقصود انشاء هذه الملكية حرم القانون على الشريك التصرف في تصيبه لأجنبى عن الأسرة الا اذا وافق على ذلك للشركاء جميعا ، حتى تبقى الملكية مقصورة على أفراد الأسرة بقدر الامكان .فنحن هنا بصدد مانع من التصرف ، ولكنه كما رآينا مانع مؤقت على كل حال ، لأن القانون لم يجز الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة تزيد عن خمس عشر ة سنة . كما أن هذا المانع اقتضته المصلحة ، اذ اشترط القانون لانشاء هذه الملكية أن تجمع الشركاء وحدة العمل أوالمصلحة، وأن يقتضى استغلال المال المشترك وحدة الادراة وان يرغبوا فى بقاء تركة مورثهم وحدة متامسكه حتى يمكن أستغلالها على خير الوجوه .

٢- الحالة المنصوص عليها في المادة (١٦) من قانون الاصلاح الزراعى ، فالأرض الموزعة طبقا لأحكام هذا القانون لا يجوز التصرف فيها قبل الوفاء بثمنها كاملا . ويلاحظ هنا أيضا أن المنع من التصرف مؤقت ، وقصد به تحقيق مصلحة هى هنا مصلحة عامة.

٣- كما ورد فى القانون انه (لا يجوز للمالك ان يعلن من جانبه ان مالا قد خرج عن دائرة التصرف.ولا يجوز هذا الا عن طريق الوقف) . فللمالك أن يقف أمواله فيجعلها بذلك غير قابلة للتصرف فيها . على أن الوقف ، وهو يؤدى الى حبس الأموال عن التداول ، قد بدت للمشرع المصرى أخيرا مساوئه وأضراره . ولذلك آصدر فى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٢ القانون رقم (١٨٠ لسنة ١٩٥٢) بانهاء الوقف الأهلى وبتحريم الوقف الا على الخيرات ، آى جهات البر ٠ فوفقا لنص المادة الأولى من القانون المذكور (لا يجوز الوقف على غير الخيرات) وطبقا لنص المادة الثانية (لا يعتبر منتهيا كل وقف لا يكون مصرفه في ألحال خالصا لجهة من جهات البر) وهكذا أصبحت الأموال الموقوفة على غير جهات البر مملوكة ملكية خاصة للواقف أو المستحقين. على وفق الأحكام التى رسمها هذا القانون ، وتحررت أموال كثيرة من هذا القيد الذى كان يحول دون التصرف فيها بل دون استغلالها الاستغلال الاكمل.

الشرط المانع من التصرف:-

ولكن هل يستطيع الافراد عند انتقال ملكية الشئ بعمل من الأعمال القانونية أن يشترطوا عدم جواز التصرف فيه ؟ أو بعبارة أخرى ما قيمة الشرط المانع من التصرف ؟

تطور هذا الموضوع تطورا يستلفت النظر في القضاء الفرنسى وهو تطور يدلنا على مقدار مرونة القضاء ومسايرته لحاجت المجتمع واستجابته الى رغبات الأفراد المشروعة .

ذهب القضاء الفرنسى فى النصف الأول من القرن التاسع عشرالى تحريم الشرط المانع من التصرف والى اعتباره شرطا باطلا بطلاناً أصليا [٦٢] ، وكانت المحاكم تجرى على هذا الشرط وهو جزء من الاتفاق وما يجريه القانون على الشرط بالمعنى المعروف. أذا كان باطلا لمخالفته النظام العام ٠ آى آنها كانت تجرى عليه حكم المادة (١٧٢)من المجموعة المدنية والمادة (٩٠٠) منها . فاذا اقترن هذا الشرط بمعاوضة كان العمل القانونى باطلا والشرط كذلك . أما اذا أقترن بتبرع كان الشرط باطلا ولكن كان التبرع صحيحا ، الا اذا أستبان للقاضى أن الشرط كان هو الدافع الاساسى الى التبرع [٦٣]

هكذا جرت المحاكم الفرنسية فى النصف الأول من القرن التاسع عشر . ولما كان شرط المنع من التصرف يرد فى الغالب فى التبرعات(الهبات والوصايا) فانها كانت تهدر الشرط و تبقى التبرع صحيحا ونافذا.

أما عن الأسباب التى استند اليها القضاء الفرنسى في أحكامه فهي كثيرة :-

١ــ خشيت المحاكم الفرنسية أذا ما أنتشر شرط المنع من التصرف في الأموال أن يجرهذا الى ما يشبه نظام الاقطاع الذى تحبس فيه الأموال عن التداول وتتركز في أيدى طائفة معينة . و قد قاسى الشعب الفرنسى من مساوىء الاقطاع حيث كانت الثروة العقارية المتركزة في أيدى بعض الأشخاص تجعل لصاحبها من النفوذ السياسى ما لا يتوفر لغيره ، ولذلك خشيت المحاكم الفرنسية آن يؤدى انتشار هذا الشرط - وخصوصا فى المعاملات العقارية - الى الاخلال بمبدأ ألمساواة السياسية الذى كان من أول أسس الثورة الفرنسية.

٢ - المحاكم أستندت الى حجة أقتصادية أن حبس الأموال عن التداول قد بفوت حسن استغلالها . ولا شك أن المصلحة الاقتصادية تقضى بتداول الأموال حتى تصل الى آيدى من يستغلها على خير وجه

٣- شرط منع التصرف مخالف لمبدأ حرية التصرف في الأموال وهذا المبدأ من النظام العام فلا يجوز الخروج عليه الا في تلك الاحوال الاستثنائية التى اجاز فيها المشرع هذا الخروج بنصوص صريحة.

تطور القضاء :-

هذه هى الاعتبارات التى كانت تستند اليها المحاكم في ابطال شروط حظر التصرف . ولكن القضاء الفرنسى تطور بعد ذلك . وكان فاتحة هذا التطور حكما أصدرته محكمة استئناف أنجيه في ١٨٤٢. وتأيد هذا الاتجاه الجديد بحكم صدر من الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فى ١٨٥٩ [٦٤]

---

(٦٢) (نقض فرنسى ٦ يونيه ١٨٥٣)

(٦٣) (قارن المادة ٢٦٦ من المجموعة المدنية المصرية .)

(٦٤)(نقض فرنسى ٣٠ آبريل ١٨٥٨)

وسرعان ما آيدت المحاكم الفرنسية على اختلاف درجاتها هذا التطور الجديد ، فأجازت صحة بعض أشتراطات منع التصرف . وأصبح هذا المبدأ من المبادىء القضائية المستقرة الى لاتقبل الجدل أمام المحاكم .

وقد أخذت المحاكم المصرية هذا القضاء الفرنسى وأقرت ما وضعه من مبادىء ، فأجازت الاشتراطات المانعة من التصرف بنفس الشروط التى استلزمتها المحاكم الفرنسية . بل أنها أصبحت تعتبر هذه الاشتراطات أمرا سائغا ولا تتعرض في قضائها لمناقشة صحتها أو بطلانها (٦٥).

ولكن القضاء لم يجز شرط المنع من التصرف على اطلاقه ، بل فرق بين الشروط المؤيدة فحرمها والشروط المؤقتة فأجازها . واشترط علاوة على ذلك أن تكون هناك مصلحة جدية مشروعة قصد الشرط الى تحقيقها . ذلك أن الأسباب التى دعت القضاء في أول عهده الى أهدار الشرط لا تتحقق اذا أقتصر المنع من التصرف على فترة مؤقتة وكانت هناك مصالح جدية ومشروعة تبرر هذا الشرط .

شروط صحة الشرط المنع من التصرف :-

جاء القانون المدنى الجديد وأقر مذهب القضاء في صحة بعض الاشتراطات المانعة من التصرف . وقد اشترط - وفقا لما جرى عليه القضاء من قبل - أن تكون هذه الاشتراطات مقصورة على مدة معقولة أى مؤقتة وأن تكون مبنية على باعث مشروع . و قد نصت المادة (٨٢٣) على ما يأتى (١ ــ اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال يصح هذا الشرط ما لم يكن مبينا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة.٢ - ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه أو للغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير) ويلخص من هذا النص ان الشرط يصح اذا توافرت شروط ثلاثة:-

أولا :- أن يكون الشرط مضمنا في عقد أو وصية :-

فلا يجوز لشخص أن يعلن بعمل من جانبه أن شيئا من الأشياء المملوكة له أصبح غير قابل للتصرف فيه . والأمر في ذلك مفهوم ، فالمنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز ، ولا يمكن أن يستساغ أن مدينا يستطيع بمجرد اعلان من جانبه ان يخرج بعض اموالة عن سلطان دائنيه . والغالب أن يكون الشرط المانع من التصرف مدرجا في عمل من أعمال التبرع سواء أكان هبة أم وصية ، فبمقتضى هذا الشرط يحبس الواهب أو الوصى المال الموهوب أو الموصى به بين يدى الموهوب له أو الموصى اليه . ولكن ليس هناك ما يمنع من ورود هذا الشرط في أعمال المعاوضة

---

(٦٥)(استئناف مختلط ١٣ مايو ١٩٠٣ ، المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٢ ص ١٥٣ و استئناف اهلى ٢٣ فبراير ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٢ ص. ٣ ٥ ١ و استئناف مصر ٢٠ يناير ١٩٢٣. المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ . و نقض ٢٢ يونيه ١٩٣٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، الجزاء الثانى ، رقم ١٣٢ و ٨ يونيه ١٩٣٩ ، نفس المرجع ، رقم ١٨٨)

فقد يتصور أن يبيع الشخص شيئا للغير شارطا عليه عدم التصرف فيه لمصلحة يراد تحقيقها على الوجه الذى سنرى عند الكلام فى الشرط الثانى [٦٦]. وقد يرد الشرط في التصرفات الواردة على العقار أو على المنقول . على أننا نلاحظ أن الشرط اذا أدرج في تصرف في منقول فانه في الغالب سيكون معدوم القيمة ، لأن المتصرف اليه يستطيع نقله الى مكتسب . حسن النية يجهل هذا الشرط ويستطيع التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول مسند الملكية [٦٧] .

والشرط قد يرد في الأعمال القانونية الصادرة من جانب واحد أو الأعمال القانونية الصادرة من جانبين أى العقود فهو قد يرد في الوصايا كما يرد فى العقود الناقلة للملكية كالبيه والهبة.

ثانيا :- أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع :-

يشترط القضاء كما أسلفنا أن يكون الغرض من المنع تحقيق مصلحة جديه ومشروعة وعلى حد تعبير المادة (٨٢٣) يجب ان يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع. وهذا الشرط هو ما يبرر صحة اشتراط التصرف وينقذه من البطلان ، فهذا هو الباعث المنقذ على حد تعبير الاستاذ جوسران [٦٨]

- (الباحث) نتفق مع راى استاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدروای لان الممنوع من التصرف مالك ،والاصل العام انه يملك التصرف فيما يملكه ، والمنع من التصرف استثناء من هذا الاصل العام فلا يجوز التوسع فيه ، لان من يملك الكل يملك الجزء

---

(٦٦)(وقد يرد المنع في وعد بالبيع ، وفيه يتعهد الواعد بعدم التصرف في العين طوال مدة الوعد . وهذا شرط صحيح لأنه مؤقت ويحقق مصلحة مشروعة للموعود الذى يطمئن الى بقاء العين فى ملك الواعد الى حين اظهار رغبته . انظر د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٣٠٩ - ص ٥٠٨ - هامش ٢ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٠ - ص ١٧٢،عكس ذلك منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤- وقد أختلف في جواز ورود الشرط في عقد الرهن . فمن الفقه من يجيزه ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٨٦ - ص٢٨٧ ، و منهم من لا يجيزه د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ص ٨٠٥ - هامش ٢ ، والمذكرة الايضاحيه - ج ٧ - ص ٢٩ ، وذهب أستاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدروای – فى مؤلفه - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠ – الى الميل الى هذا الرأى على اعتبار أنه توجد مصلحة جدية للدائن المرتهن في هذا المنع وحتى لا يضار نظام الائتمان)

(٦٧)(ويرى استاذنا الدكتور/ عبد الرزاق احمد السنهورى - أن المنقول المشروط عدم التصرف فيه لا يمكن. تملكه طبقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية . وحجته في هذا أن العقد الذى ينقل حيازة المنقول المشروط عدم التصرف فيه يكون باطلا ، والعقد الباطل لا يكون سببا صحيحا - انظر د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٢٢٠ - ص ٥٢٠ ، ويتفق استاذنا الدكتور / عبد المنعم البدروای - مع رأى أستاذنا الدكتور / عبد الرزاق احمد السنهورى - في أن البطلان هنا هو بطلان مطلق . ولكنه يخالفه في تكييف البطلان على هذا النحو، حيث يرى ان الحائز حسن النية يستطيع ان يتمسك بحيازته فيتملك المنقول رغم الشرط ألمانع من التصرف . لانه من غير المنطقى أن نسمح للمشترى من غير المالك أن يتملك وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ولا نجيز هذا للمشترى من مالك ممنوع من التصرف - د/ عبد المنعم البدروای - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠ ،انظر نص المادة ٢/٩٧٦ وانظر فى معنى هذا الرأى د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون –فقرة ١٢٠ - ص ١٨٦)

(٦٨)((josserand, Les mobiles dans les actes jurididues du droit privė, Paris .p277 et suiv et suiv.no 238 1928

ويكون الباعث مشروعا اذا كان قد قصد بالمنع تحقيق أو حماية مصلحة مشروعة . وهذه المصلحة المشروعة التى يحققها الشرط قد تكون مصلحة للمتصرف نفسه ، أو مصلحة للمتصرف اليه . أو مصلحة للغير على النحو الاتى :-

١- يكون الشرط قد قصد به حماية مصلحة مشروعة للمتصرف :- مثال ان يهب شخص الى الغير أحد أمواله مع احتفاظه لنفسه بحق الانتفاع ، ولكنه لا يود الا أن يتعامل مع الموهوب اليه نفسه لا مع أجنبى لا يعرفه . فيشترط في هذه الحالة على الموهوب له عدم التصرف في المال طوال مدة الانتفاع . كما يجوز أيضاً أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الهبة ضمانا للايراد المرتب لمدى حياة الواهب [٦٩] ، أو حتى يستطيع الرجوع فيها طبقا لأحكام المادتين (٥٠٠ و ٥٠١) من المجموعة المدنية ، متى توفر لديه عذر معقول للرجوع . فهو يخشى أن يتصرف الموهوب له في المال الموهوب فيمتنع عليه عندئذ استعمال رخصة العدول ، اذ التصرف مانع من موانع الرجوع في الهبة بحكم المادة (٥٠٢) .

٢- ويكون القصد من الشرط حماية مصلحة مشروعة للمتصرف اليه :- كأن يكون القصد حماية المتصرف اليه من نفسه ، ضد طبشه أو عدم تجربته أو تبذيره ، فيشترط المتصرف عدم جواز للتصرف في المال الموهوب حتى يبلغ الموهوب له سن النضوج .

٣- وتكون المصلحة التى قصد تحقيقها هى مصلحه شخص ثالث:- كأن ينقل المالك ملكية الشيء الى آخر على أن يؤدى ايرادا مدى الحياة الثالث ، وضمانا لأداء المكتسب أقساط الايراد يشترط المتصرف عدم جواز التصرف فى الشيء حتى انتهاء دفع الايراد آى حتى موت صاحب الحق فى الايراد.

فالباعث المشروع وهو الباعث الذى ينظر اليه دائما عند المتصرف وهو المشترط [٧٠] قد يقصد به أذن تحقيق مصلحة للمشترط نفسه أو للمتصرف اليه أو للغير .

فاذا لم يتوافر هذا الباعث المشروع الذى يقصد به تحقيق مصلحة جدية ولو كانت محض مصلحة أدبية كان الشرط باطلا ، فلا يقبل من شخص أن يبيع لآخر عقارا ويشترط عليه عدم التصرف فيه لغير مصلحة ظاهرة .والمصلحة الادبيه تكفى كما هو ظاهر من الامثلة السابقة.

ثالثا :- ان يكون المنع مقصورا على مدة معقولة:-

ومعنى ذلك ان يكون الشرط مؤقتا لا مؤبدا . ذلك ان الاسباب التى جعلت القضاء فى أول عهده يبطل شرط المنع فى التصرف ولا تنهض ضد الشروط المؤقتة وانما هى تصدق فقط على الشروط المؤبدة.

---

(٦٩)(انظر د/ عبد المنعم البدراوى - تكييف البيع المقترن بشرط عدم التصرف وتقرير حق الانتفاع البائع مؤقتا فى عقد البيع - طبعة ١٩٦١ - فقرة ٣٧ – ٤٨ ص ٥٧ – ٧٢)

(٧٠)(راجع د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ٩٨ - ص ١٢٢)

الشرط المانع من التصرف مؤقتا والشرط المانع من التصرف المؤبد :-

المدة المعقولة التى يجب ان يكون الشرط مقصورا عليها طبقا للمادة (٨٢٣) سالفة الذكر يجب أن يترك للقضاء ، فهو الذى يقدر حسب الظروف ما اذا كانت المدة معقولة من عدمه ، ولاشك ان المنع يكون مؤقتا اذا كانت مدته هى مدة حياة المتصرف نفسه او اى شخص ثالث ، اذ حياة الانسان مهما طالت فهى على كل حال مؤقتة بميقات لايعلمه الا الله. وعلى العكس يكون الشرط مؤبدا اذ لم تحدد له مدة فى العمل القانونى.

ولكن هل يكون المنع مؤقتاً اذا تقرر لمدى حياة المتصرف اليه نفسه ؟

ان القضاء الفرنسى قد اطردت أحكامة على اعتبار الشرط المانع من التصرف شرطا مؤبدا اذا اشترط لمدى حياة المتصرف اليه [٧١] اذ أنه يعتبر هذه الحالة في حكم الشرط غير المقترن بمدة.

- ويرى استاذنا الدكتور / عبد المنعم البدراوى - آن الشرط الذى يرد لمدة حياة التصرف اليه يجب اعتباره باطلا . ويرى حقا أن المادة (٨٢٣) في فقرتها الثالثة تنص على أن (المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف اليه) ، ولكن يلاحظ على نصها أنها واردة على سبيل الجواز اذ هى تقرر أن المادة المعقولة ((يجوز)) .. فالأصل أن تقدير المدة المعقولة متروك للقاضى . ويمكن حمل المادة المذكورة على معنى اخر انها لم تقرر صراحة أن الشرط يصح اذا اشترط المنع لمدة حياة المتصرف اليه ، بل قررت أن المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف اليه ، ومعني ذلك أن المدة المشروطة أذا قيدت بمدة معينة من السنين صح الشرط ولو استغرقت هذه السنون بالفعل حياة المتصرف اليه . فالممنوع في نظره هو أن ينص في العقد أو الوصية على حرمان المتصرف اليه مدى حياته من التصرف . ولكن ليس هناك مانع من اعتبار الشرط صحيحا أذا حدده العقد أو الوصية بمدة معقولة ، وان ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف اليه . ويرى ان هذا هو التفسير الصحيح في نظره لنص المادة (٣/٨٢٣) ، وهو الذى يتمشى مع احكام القضاء الذى استعد منها المشرع المصرى هذا النص، بل التى قننها فيه [٧٢].
- (الباحث) ونرى ان المنع من التصرف هو التزام على الصادر منه فأذا كان هناك تأبيد له فأن ذلك يتعارض مع نصوص القانون المدنى الذى يمنع ذلك كأصل عام ويضع اقصى مدة للالتزام

اثر بطلان الشرط المانع من التصرف على التصرف القانونى :-

اقتران الشرط الباطل بالتصرف لا يترتب عليه بطلان التصرف وأن بطل الشرط

---

(٧١) (نقض فرنسى ١٩ مارس ١٨٧٧ ، يناير ١٨٩٩ و باريس ٥ ابريل ١٩٠٥ ، وبياريس ٣٠ ديسمبر ١٩٠١)

(٧٢)(ولم يصادف هذا التفسير قبولا لدى غالبية الفقهاء وهم يرون صحة الشرط حتى لو حددت المدة ابتداء بحياة المتصرف اليه . وعلى كل حال فهم يتركون الأمر في تقدير ما أذا كانت المدة في هذه الحالة معقولة أو غير معقولة الى القاضى . انظر د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١١٣ - ص ١٧٦ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٣٠٧ - ص ٢٩١ - هامش ٣ ، و د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ – ص ٦١)

، ذلك ما لم يتبين أن هذا الشرط كان هو السبب الدافع للالتزام [٧٣].

شرط الاستبدال :-

قد يتخذ شرط المنع من التصرف صورة خاصة تعرف بشرط الاستبدال وبمقتضى هذا الشرط يلتزم المتصرف اليه بعدم التصرف في الشيء الا اذا استبدل به شيئا اخر يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له . ومثل هذا الشرط يكون صحيحا متى قصد به تحقيق مصلحة مشروعة ، لأنه ليس أخطر من شرط عدم التصرف المطلق ، بل هو على العكس أقل منه مدى وشدة . فيجب أذن أعتباره صحيحا من باب أولى ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل كما يقولون [٧٤] .

الآثار المترتبة على الشرط الصحيح المانع من المتصرف :-

متى كان شرط المنع من التصرف صحيحا طبقا لما تقدم ، كان الشيء غير قابل للتصرف فلا يستطيع المكتسب نقل ملكيته للغير بتصرف من التصرفات الناقلة للملك . ولا يجوز له أن يرتب عليه من الحقوق العينية ما يودى الى احتمال اخراجه من ذمته كالرهن مثلا . ولكن الشرط لا يحول دون الايصاء لأن الايصاء تصرف لما بعد الموت ، والمقصود هو المنع من التصرف حال الحياة ، ما لم يكن المتصرف قاصدا من المنع أن يؤول المال الى ورثة المتصرف اليه بالذات .

أما الحقوق العينية الأخرى التى لا تؤدى الى هذه النتيجة فنحن نرى أن شرط المنع من التصرف لا يحول دون تقريرها ، وذلك ما لم يكن المنع واردا صراحة على حق التصرف كله ، أى محظرا أنشاء آى حق عينى على الشيء . فالذى قصد اليه المتصرف من المنع هو ابقاء الشئ فى ملك المتصرف اليه فليس ما يمنع المتصرف اليه – فى رأينا - من أن يقرر على المال حق ارتفاق أو حق انتفاع ما لم يكن المنع قد أمتد الى هذه الحقوق بصريح العقد أو الوصية . فالشرط بحكم كونه استثناء يجب التضييق في تفسيره [٧٥].

ويترتب أيضا على شرط المنع من التصرف عدم جواز الحجز على المال . فهو يخرج بحكم المنع عن سلطان الدائنين

---

(٧٣)أنظر ألمادة ٢٦٦ مدنى فيما يتعلق بالشرط الفاسخ ، وأنظر أيضاً د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ٩٩ - ص ١٢٣ ، وراجع المواد ٢٢٧ و ٢٢٩ و ٢٢٠ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٧٢ و٩٩٠ من المجموعة المدنية الفرنسيه ، وجوسران - المرجع السابق - رقم ٢٢٩ - ص ٢٨٤، و د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٣١٤ - ص ٥١ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة - ٥ ١١ ص - ١٧٧)

(٧٤)(جوسران ، المرجع السابق - رقم ٢٣٠ - ص ٢٨٦)

(٧٥)(في هذا المعنى ، دى باج ، الجزاء الخامس رقم ٩٠٩ ص. ٧٩٣ - وعكس ذلك جوسران الجزء الأول ، رقم ١٨٤٦ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ -رقم ١٠١ - ص ١٢٤- ويرى لوران أن الشرط لا يمنع من أنشاء الحقوق العينية جميعا -الجزء الحادى عشر - رقم ٤٦٧ ، وقارن د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١١٧ - ص ١٨١ ، و انظر د/ جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ – ص ٦٤)

، ذلك أن الحجز يؤدى الى التصرف في العين فاذا كان الحجز ممكنا استطاع المتصرف اليه أن يجعل الشرط لغوا بأن يستدين ثم يترك الدائن ينفذ على الشيء ونزع ملكيته، فالمنع من التصرف ستتبع بالضرورة عدم جواز الحجز وان كان العكس غير صحيح [٧٦].ولكن شرط المنع من التصرف لا يحول دون التملك بالتقادم لان التقادم يتم رغم أرادة مالك الشيء.

الجزاء المترتب على مخالفة الشرط :-

فاذا خالف المكتسب حكم الشرط وتصرف في المال ببيعه أو هبته ، فان الحال لا تخرج عن احد امرين اما واما الا يتضمن الاتفاق مثل هذا الجزاء.

الفرض الأول :- ان يتضمن الاتفاق جزاء يقع على المتصرف اليه اذا خالف الشرط:- يجب اعمال الجزاء المتفق عليه . فيصبح مثلا الاتفاق على أنه اذا خالف المتصرف اليه الشرط يلتزم بتقديم ضمان معين للمتصرف . وقد ايتفق على شرط جزائى يوقع على المتصرف اليه اذا خالف الشرط . وقد يتفق أيضاً على فسخ التصرف اذا خالف المتصرف اليه الشرط ، وبهذا الاتفاق يرفع المتعاقد ان الشرط ألى مرتبة الشرط الفأسخ الصريح [٧٧].

الفرض الثانى :- ان لا يتضمن الاتفاق جزاء يقع على المتصرف اليه اذا خالف الشرط:- ذهبت آراء الشراح في ذلك مذاهب متعددة :-

١- ذهب البعض :- الى أنه في حالة مخالفة الشرط بحق للمتصرف المطالبة بالتعويض النقدى على أساس أن المتصرف له ملزم بالامتناع عن عمل وقد وقعت المخالفة فيترتب على ذلك التزامه بالتعويض هنا يخضع للقواعد التي تحكم الالتزامات.

يعيب هذا الرآى :- آن النتيجه التى يؤدى اليها و هى الحكم بالتعويض ليست هى الجزاء الذى انصرفت الى ترتيبه ادارة اصحاب الشأن مه أذ لا شلك أنهم أنما قصدوا الى جزاء اشد وقصدوا بقاء المال في ذمة المتصرف اليه فترة معلومة من الزمن .

---

(٧٦)(وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أن الشرط يظل ينتج اثره حتى بعد انتهاء مدة المنع من التصرف في مواجهة الدائنين الذين نشأت حقوقهم فى الفترة المنع فهؤلاء لم يعولو على المال المحظور المتصرف فيه وبالتالى لم يعتبر هذا المال بالنسبة لهم داخلا فى ذمه المدين(نقض فرنسى ١١ يونيه ١٩١٢، و٢٠فبراير١٩٣٩ ، و لا يمكننا التسليم بهذا الذى ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية ، لأن الضمان العام للدائنين يقع ليس فقط على الأموال الحاضرة التى يمكن الحجز عليها بل على الأموال المستقبلة التى تدخل في ذمة المدين ، ويجب أن يكون الحال كذلك من بأب أولى بالنسبة للأموال الموجودة في ذمة المدين والتى لا يمكنه التصرف فيها متى زال هذا المنع من التصرف- ويلاحظ ان المنع من العجز الناتج عن المنع من التصرف هو منع مطلق يحتج به على جميع الدائنين سواء من نشأت حقوقهم قبل البيع أو الهبة أو بعدهما . وهذا بخلاف الأمر في حالة اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصلى بالنسبة للأموال الموهوبة أو الموصى بها - م٨٧٤مرافعات - فهذه الأموال لا يجوز حجزهما من دائنى الموهوب له أو الموصى اليه الذين نشأت دينهم قبل الهبة أو الوصية ، لأن هؤلاء لم يعتمدوا وقت أن نشأت حقوقهم على العين الموهوبة أو الموصي بها ، وقد دخلت في ذمة المدين غير قابلة للحجز . أنظر د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة . ٣٢٠ص ٥١٩- هامش ٣)

(٧٧)(وبناء على ذلك اذا وقعت المخالفة بفسخ العقد القائم بين المتصرف والمتصرف اليه ، وامتد أثر الفسخ الى العقد الذى أبرمه المتصرف اليه خروجا على الشرط . وذلك مع ملاحظة القواعد العامة في الفسخ ، ومنها وجوب تسجيل دعاوى الفسخ اذا تعلقت بعقار طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري - راجع المادتين ١٥ و ١٧ - ونصى المادة ١٠٣٤ الخاص بحماية الدائن حسن النية)

٢ - وذهب البعض الاخر :- الى أن جزاء الاخلال بالشرط انما يكون بفسخ التصرف المقترن بهذا الشرط وذلك أساس ان المتصرف اليه اذا خرج على حكم الشرط وتصرف في الشيء فيكون قد خالف أحد شروط العقد ، الأمر الذى يخول الطرف الآخر الحق في فسخه فيفسخ البيع أو الهبة المقترنان بهذا الشرط اذا وقع خروج عليه من جانب المشترى أو الموهوب اليه . و فسخ هذا العقد يترتب عليه زوال التصرف الثاني الذى جاء مخالفا المنع فيعبود المال الى ذمه المتصرف الأول طبقا لقواعد الفسخ [٧٨]

وقد وجه نقد الى هذا الرأى من ناحيتين :-

أولا :- تلاحظ أن الفسخ لا يقع الا في العقود الملزمة للجانبين ، ومن ثم اذا كان التصرف الناقل للملك هو وصية فلا يتصور الفسخ فيها •

ثانيا :- أن هذا الجزاء من ناحية أخرى يجاوز قصد الطرفين لأن المقصود هو بقاء المال في ذمة المتصرف اليه لا عودته الى زمه المتصرف[٧٩].

لهذا استقر رأى القضاء الفرنسى على آن مخالفة الشرط المانع من التصرف يترتب عليها نشوء دعوى ببطلان التصرف المخالف . وليس لمن تلقى المال رغم عدم قابليته للتصرف أن يتأذى من هذا البطلان ، اذ المفروض أن العقد أو التصرف القانونى الذى اقترن به هذا الشرط قد سجل ، وكان في استطاعته أن يعلم به . فالشرط كما قلنا قد يرد في عقد ناقل للملكية ، وهو واجب التسجيل متى كان موضوع العقد عقارا . وقد يرد في وصية ، والوصية كذلك واجبة التسجيل في فرنسا بمرسوم بقانون صادر فى ٣٠ آكتوبر ١٩٣٥ [٨٠]، وفى مصر طبقا لقانون الشهر العقارى الصادر فى ١١ آغسطس ١٩٤٦

.والجزاء وهو البطلان الذى أخذت به المجموعة المدنية المصرية اذ تنص المادة (٨٢٤) على أنه (اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة . فكل تصرف مخالف له يقع باطلا) .

وقد حدت المحاكم الفرنسية من نطاق دعوى البطلان هذه فجرى قضاؤها على ما يأتى :

أن البطلان هنا نسبى لانة مقصور على صاحب المصلحة أيا كان ،سواء كان المتصرف او المتصرف اليه او الغير فاذا كان صاحب المصلحة هو الممنوع من التصرف كان له آن يطلب ابطال التصرف الصادر منه

---

(٧٨)(را جع آويرى ورو - الجزء الحادى عشر - هامش رقم ٧٧ سابعا ، و بارتان - الشروط المستحيلة وغير المشروعة - باريس ١٨٨٢ - ص١٦ وما بعدها ، وتيسييه في تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية صادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣)

(٧٩)(كولان وكابيتان - الجزء الأول - رقم ١٠٣١)

(٨٠)(عدل هذا المرسوم بقانون المادة الأولى من قانون التسجيل الفرنسيه الصادر في ٢٣مارس سنة ١٨٥٥)

ولا يحتج عليه بقواعد الضمان [٨١] . واذا كان المنع من التصرف مشترطا لمصلحة الناقل كان له وحده الحق في طلب البطلان ، ولم يكن للمتصرف اليه هذا الحق . فاذا كان الشرط مقررا لمصلحة الغير كان له طلب البطلان أيضا رغم عدم كونه طرفا في التصرف ويبدو من قضاء المحاكم الفرنسية أيضا أن حق صاحب المصلحة في طلب البطلان هو حق مطلق خاضع لتقديره وحده من غير رقابة ما . واعتبر القضاء الفرنسي طلب البطلان متعلقا بشخص صاحب المصلحة فلا يصح لدائنيه استعماله نيابة عنه [٨٢]

طبيعة البطلان وأساسه على ضوء هذا القضاء ومن له حق التمسك به:-

اختلف الرأى في تكييف هذا القضاء وتأصيله الى الاتى :-

١ - يرى بعض الشراح أن شرط عدم التصرف يطبع الشيء بطابع عيني هو عدم قابليته للتصرف بمعنى ان عدم جواز الصرف ينصب على ذات الشئ فيخرج من دائرة التعامل.

ويلاحظ على هذا الرأى أنه لا يستقيم والقواعد القانونية ولا مع ما جرى عليه قضاء المحاكم.

أولا :- أنه طبع المال بطابع عدم جواز التعامل فيه لا يتأتى الا عن طريق التشريع ولاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كما هو الحال بالنسبة للأموال العامة مثلا ، ولا يجوز أن يترك للأفراد سلطة طبع أى مال بهذا الطابع ليخرجوه عن دائرة التعامل .

ثانيا :- لو صح هذا النظر لترتب عليه البطلان المطلق ، أى لوقع التصرف الذى ينصب على المال باطلا بطلانا أصليا لعدم وقوعه على عين يجوز التعامل فيها . وقد رأينا أنه ينتج من استقراء أحكام القضاء أن البطلان هنا نسبى ، ولا يستطيع أن يتمسك به الا من وضع الشرط لمصلحته .

٢ - و قد ذهب البعض الى آن شرط عدم التصرف يجعل الممنوع من التصرف ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات التى ترد على هذا المال فالشرط المانع من التصرف يترتب عليه انعدام أهلية من نوع معين [٨٣] .وهذا انعدام أهلية غريب لأنه قد لا يكون مقررا لصالح الممنوع من التصرف بل لصالح الناقل نفسه أو الغير ثم أن ان انعدام الأهلية لا يمكن أن ينشأ بارادة الانسان ، لأن مسائل الاهلية من مسائل النظام العام التى ينظمها المشرع وفقا لما تقضى به المصلحة العامة ، ومن ثم فلا يجوز للأشخاص باتفاقاتهم أن ينشئوا نوعا من عدم الأهلية بارادتهم . والغريب في عدم الأهلية هذا أيضا أنه يؤدى الى عدم أمكان المتصرف في المال ليس فقط بواسطة المتصرف اليه وأنما أيضا بواسطة ممثليه ومن ينوبون عنه قانونا •

---

(٨١)(محكمة باريس - ١٤ يونيه ١٨٨٣)

(٨٢)(نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر ١٨٩٣)

(٨٣)(جوسران - الجزء الأول - رقم ١٨٥٠)

٣ ــ وأخيرا يذهب بعض الشراح الى أن المنع من التصرف في الحدود التى بينها القانون لا يطبع المال بطابع معين ٠ و لا يؤدى الى انقاص أهلية المتصرف اليه ، ولكن هذا المنع ليس سوى التزام بامتناع عن عمل مرتبط بالشىء وهو الالتزام صحيح لأنه مؤقت كما رأينا ، فاذا أخل الملتزم بهذا الالتزام أجرينا حكم القواعد العامة . وحكم القواعد العامة هو الفسخ أو المطالبة بتنفيذ الالتزام عينا . ولما كان الفسخ يجاوز قصد المتعاقدين كما أسلفنا وجب أن يقتصر الجزاء على التنفيذ العينى . وتقضى المادة (١١٤٣) من المجموعة المدنية الفرنسية بأنه (يحق للدائن بالتزام بالامتناع أن يطلب إزالة مأ وقع مخالفا للتعهد) ، وهذه المادة تقابل المادة (٣١٢) من المجموعة المدنية وهى تنص على أنه (اذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب أزالة ما وقع مخالفا للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين) . فبطلان التصرف هو محض تطبيق لهذا النص [٨٤].

الحكم فى القانون المصرى : -

المادة (٨٤٢) من المجموعة المدنية المصرية تنص على أن (كل تصرف مخالف لشرط ألمنع من التصرف يقع باطلا)

١- وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على هذا النص ما يأتى (اذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح فان خولف كان التصرف ألمخالف باطلا بطلانا مطالقا لعدم قابلية المأل للتصرف . وقد حسم المشروع قام حول هذه المسألة ، أذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الاصلى ٠ و الذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف اذ له دائما مصلحة في ذلك . ويطلبه كذلك المتصرف له أو الغير اذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمى مصلحة مشروعة لاحد منهما)، وهذة هي القاعدة التي سبق وتقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير .

ويتلاحظ آن نص المادة (٨٢٤) اقتصر على النص على البطلان دون ان يبين طبيعته ثم انه لم يبين الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالبطلان • وقد ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى أن المشروع حسم الخلاف الناشىء في القضاء والفقه حول جزاء مخالفه الشرط فاختار المشروع البطلان دون فسخ التصرف الأصلى ، و قد سبق أن عرضنا لاحكام القضاء انها لم تكن تذهب الى فسخ التصرف بل كانت مستقرة على البطلان ، وزيادة على هذا فأن هذا البطلان الذى ذهب اليه القضاء هو البطلان النسبى لا المطلق . ولكن المذكرة التفسيرية للمشروع قررت أن هذا البطلان مطلق ، وأساسه أن الشرط طبع المال بطابع عدم قابليته للتصرف وقد سبق أن عرضنا هذا الرأى الذى ذهب اليه بعض الفقهاء الفرنسيين والذى تم نقده .

ويسلم بعض الشراح المصريين بما جاء بالمذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى فيعتبرون البطلان مطلقا لا نسبيا حتى لو كان المنع مشروطا لحماية المتصرف اليه

---

(٨٤)(وهذا هو رأى كولان وكابيتان - الجزء الأول - رقم ١٠٣١ وقد اعترض عيه بان الازالة المشار اليها من الازالة المادية.)

. ويستطيع ان يتمسك به من وضع الشرط لصالحه سواء كان المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير أو دائنى أيهم. ويتقرر البطلان بصرف النظر عن حسن نية المتصرف اليه الثانى أو سوء نيته[٨٥].

ولكن القول بالبطلان المطلق لا يتفق مع الغرض المقصود من شرط المنع من التصرف ،فالبطلان المطلق من شأنه أن يجعل لكل ذى مصلحة التمسك به ، ويوجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها ، ولا يقبل الاجازة . في حين أن المنع قد قصد به تحقيق مصلحة مشروعة لشخص معين ، فله وحده أن يتمسك بالبطلان أو ينزل عنه ، ولا يسوغ لغيره التمسك به ، ولا يصح للقاضى أن يقضى به من تلقاء نفسه.

٢ - ويرد البعض الآخر هذا البطلان الى القاعدة المقررة في المادة (٢١٢) بشأن الالتزام بالامتناع . فابطال التصرف المخالف للشرط هو من قبيل التنفيذ العينى ٠ ويمكن التمسك به دائما ضد المتعاقد مع الممنوع من التصرف ، لأن الشرط اذا كان متعلقا بعقار فانة يسجل مع العمل القانونى الناقل للملكية سواء كان عقدا أو وصية ، فلا يستطيع الغير الاحتجاج بحسن نيته ليتفادى البطلان ٠ ولكن لا يجوز توجيه دعوى البطلان ضد من انتقل اليه المنقول وهو حسن النية ، ذلك أن حيازة المنقول بحسن نية سند الملك [٨٦] .

ويبدو لنا هذا الرأي الأخير وهو الذى يتفق مع المبادئ العامة . أما ما ورج في المذكرة التفسيرية للمشورع التمهيدى فهو من قبيل الاجتهاد من جانب واضعها ، وهو اجتهاد قد يخطئه التوفيق . أن طبع المال بطابع عدم جواز التعامل فيه من الأمور الخطيرة التى يجب تركها للمشرع ، ولا يصح آن يترك لارادة الأفراد،فالشرط المانع من التصرف هو التزام بالامتناع متعلق بالعين موضوع التصرف . وبناء على ذلك يكون بطلان التصرف المخالف أساسه التنفيذ العينى لهذا الشرط .

ويترتب على ذلك أن المشترط يستطيع دائما طلب البطلان لأنه هو الدائن أصلا بهذا الالتزام وهو الطرف في التعاقد الذى يستطيع طلب التنفيذ العينى . أما اذا كان الشرط قد وضع لصالح الغير فانه يستطيع أيضا طلب البطلان لأن الاشتراط لمصلحته قد أنشأ له حقا مباشرا من العقد ، وقد أشارت المذكرة التفسيرية كما رأينا الى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير أما المتصرف اليه فلا يجوز له طلب البطلان حسب منطق هذا الرأى ، لأن هو الذى أتى المخالفة المطلوب أزالتها ، حتى لو كان الشرط قد وضع لصالحه . وانما يمكن القول في هذه الحالة التى يكون فيها الشرط لصالح المتصرف اليه بأن حق طلب البطلان يكون للمشترط نفسه اذ أن له مصلحة أدبية في تنفيذ الشروط هذا فضلا عن أنه اذا باع المتصرف اليه المال فهو لا يستطيع طلب بطلان البيع على أساس قاعدة أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض

---

(٨٥)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٣٢٣ - وص ٥٢٤ ، د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-ج ١- فقرة ٤١٤)

(٨٦)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم – ١٠٣ - ص ١٢٩)

٣- وفي النهاية فان بعضا من الفقهاء المصريين ذهبوا الى أنه لا يمكن رد الشرط ألمانع من التصرف الى نظام من النظم القانونية المعروفة ، و آن له كيانا مستقلا ، ويكفى آن يقال انه قيد اتفاقى يعدل من نظام الملكية وأحكامها ، بقصد تحقيق غرض مشروع وسائغ . ويتحدد الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع على ضوء هذا الغرض[٨٧]

(الفصل الثانى)

(القيود الواردة على الاستعمال والاستغلال)

أنواع هذه القيود :-

فرض المشرع كثيرا من القيود على حق المالك في أستعمال ملكه وأستغلاله وبعض هذه القيود قد فرض للمصلحة العامة ، وتقرر البعض منها للمصلحة الخاصة.

والقيود القانونية الواردة على الملكية سواء تقررت لصالح العام أو للصالح الخاص كثيرة ومتنوعة ، ورد بعضها في المجموعة المدنية ، وورد كثيرة منها في قوانين ولوائح خاصة ، ومعظم هذه القيود واردعلى الملكية العقارية نظرا لخطورة وأهمية هذا النوع من الملكية . ومن الصعب الالمام بهذه القيود جميعا ، وخصوصا ما تقرر منها للصالح العام . فهذه القيود الأخيرة نجدها متناثرة في القوانين واللوائح المختلفة ، كقانون نزع الملكية للمنفعة العامة ، وقوانين حماية الآثار ، وقانون المناجم والمحاجر ، وقانون المحال المقلقة للراحة ، وقانون الرى، و قوانين المبانى ، و قانون الاصلاح الزراعى وغيرها [٨٨] .

وانما تقتصر هنا على البحث في القيود المقررة للمصلحة الخاصة وهذه القيود هى الأخرى كثيرة . وقد أشارت المجموعة المدنية الى هذه الطائفة الأخيرة من القيود فى المواد (من ٨٠٧ الى ٨٢٢) ٠ وهذه القيود التى وردت في هذه القيود المواد متنوعة ومتعددة

١ – فبعض هذه القيود اقتضتها التزامات الجوار ، وهى التزامات قررها القضاء المصرى مستلهما فيها الشريعة الاسلامية وقننها المشرع على الوجه الذى قرره القضاء . وهذه الالتزامات هى تلك التى آوجبتها المادة (٨٠٧) من المجموعة المدنية

٢ــ وقد تكون هذه القيود ما سماه التقنين المدنى القديم بحقوق الارتفاق . وقد نقلتها المجموعة المدنية الجديدة من المكان المخصص لحقوق الارتفاق الى مكانها بين القيود القانونية التى ترد على حق الملكية .

---

(٨٧) (ومنهم من يمنع المالك المخالف للشرط من طلب البطلان – د/ حسن كيره - فقرة ٩١ - ص ١ . ٢ ، ومنهم من يعطونه هذا الحق بالانضمام الى المتصرف - د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون ، و انظر د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ – ص ٧٠ ومأ بعدها .)

(٨٨)(د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الأول - من رقم ٢٢٠ الى ٢٥٥ ص ٢٨٧-٣٤٦)

وهذا على حد قول المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى - هو المكان الذى ينبغى آن توضع فيه [٨٩] . وهذه القيود متنوعة ، منها ما يرجع الى الانتفاع بالمياه ، وهى الواردة في المواد (من ٨٠٨ الى ٨١١) ويجب أن تكمل هذه القيود بنصوص قانون صدر آخيرا و حل محل الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ والمعروف بلائحة الترع والجسور ، و هو القانون رقم (٦٨ لسنه ١٩٥٣) الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ و المعروف بقانون الرى و الصرف . ومن هذه القيود أيضا ما يرجع الى حق المرور المقرر بنص المادة (٨١٢) من ألمجموعة المدنية .

وهذه القيود الأخيرة الخاصة بالانتفاع بالمياه و بحق المرور. هى في رأينا ارتفاق بالمعنى الصحيح فهى حقوق ارتفاق قانونية تقررت لصالح بعض العقارات على البعض الاخر وهذة القيود هي وهذه القيود حقوق ارتفاق لأنها تقرر في الواقع تكاليف وأعباء على العقارات المقررة عليها . فحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور كلها حقوق ارتفاق بالمعنى القانونى ٠ فهى ليست مجرد قيد يرد على المال فى أستعمال ملكه ، ولكنها أكثر من ذلك تقرر للغير على العقار تكليفا بالمعنى الصحيح . أن الارض المحملة بهذه التكاليف تتحمل أعمالا يجريها ملاك الاراضى الاخرى من شرب آو مجرى آو مسيل آو مرور ٠

لا يحول دون أعتبارها حقوق ارتفاق كونها مقررة بنص القانون فالعروف آن القانون ، الى جانب التصرف القانونى ، مصدر من مصادر حق الارتفاق ، بل لعل أقدم حقوق الارتفاق ظهورا هى الارتفاقات القانونية . ولا يحول دون اعتبارها حقوق ارتفاق كونها عامة يفرضها القانون متى وجدت الظروف التى تستوجب تقريرها ٠ فليس معنى كونها عامة أنها مقررة على جميع الأراضى ، بل من الممكن المطالبة بتقريرها ، فهى لا توجد بمجرد النص عليها قانونا ، ولكنها لا تنشأ الا اذا طالب بها من يريد تقريرها ، وهو يستطيع ذلك رغما عن إرادة مالك الأرض ، وهذا معنى كونها أرتفاقات قانونية .

وليس أدل على صحة ما رآينا من أن قانون الرى نفسه أعتبر هذه القيود من قبيل حقوق الارتفاق (راجع المادة ١٤ من هذا القانون) [٩٠] ، ونص المادة (٨١٢) من المجموعة المدنية نفسها الخاصة بالمرور تقرر بأن مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام له (حق المرور في الأراضى المجاورة) .

فهذه القيود السابقة الخاصة بالمياه وبالمرور هي ارتفاقات قانونية لأنها تعطى الغير بعض سلطات المالك التى كان له في الأصل أن يستبد ويستقل بها [٩١].

---

(٨٩)(مجموعة الاعمال التحضرية - الجزء السادس – ص٦)

(٩٠) ونصها (تعتبر الأراضى التى تمر فيها مسقاة أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاق لصالح الأراضى الأخرى التى تنتفع بتلك المسقاة أو بذلك المصرف ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك) .

(٩١)(ويرى فريق من الشراح آنها قيود قانونيه و ليست حقوق ارتفاق حقيقية - د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٢٩٣)

أما سائر القيود الواردة في المجموعة المدنية فهى قيود بالمعنى الصحيح لأنها تقيد المالك في استعمال ملكه ، ولكنها لا تعطى لغيره سلطة أجراء أى عمل من الأعمال على عقاره .

٣- ومن القيود القانونية ما يرجع الى التلاصق في الجوار . وقد رتب القانون على هذا التلاصق أن يكون لكل مالك الحق في اجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (مادة ٨١٣) . فاذا وجد حائط مشترك وجب أن يستعمل بحسب الغرض الذى أعد له (ألمواد من ٨٤ الى ٨١٨) ٠ و من القيود المقررة بسبب التلاصق أيضا القيود التى قررها القانون على فتح المظلات (المواد من ٨١٩ الى ٨٢١) ، والمسافات الواجب مراعاتها عند انشاء المصانع والآلات التجارية وجميع المحال المضرة بالجيران طبقا لما ترسمه اللوائح وبالشروط التى تفرضها (المادة ٨٢٢)

وهذه هي القيود التي وردت في المجموعة المدنية على استعمال الملكية وهى قيود كمارأينا مقررة ومباشرة للصالح الخاص وأن تحقق من ورائها في النهاية الصالح العام. وقد استبعدنا من البحث القيود التى تتعلق بأستعمال المياه والانتفاع بها من حق الشرب وحق المسيل وحق المجرى وكذلك المرور . اذ هى على ما رأينا حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح بنص القانون الذى نظم احكامها ، وانه يلزم بحثها بتعمق وليس فى اطار بحث الملكية بوجه عام .

ولذلك سنتناول بالبحث هنا القيود الناشئة من ألتزامات الجوار والقيود الناشئة من التلاصق في الجوار فى عدة مباحث على النحو الاتى :-

(المبحث الأول)

(التزامات الجوار- مضار الجوار غير المألوفة)

المقصود بالتزامات الجوار :-

أن القيود التى فرضها المشرع على حق الملكية سواء في المجموعة المدنية أو في القوانين واللوائح لم ترد على سبيل الحصر . ولذلك فان المحاكم ذهبت الى أن المالك في استعمال ملكه لا يلزم فقط بمراعاة القيود التى نص عليها القانون ، بل هو يلتزم أيضا بعدم استعمال ملكه بطريقة ينتج عنها أضرار زائدة وغير مألوفة بالجار . فلو فرضنا مثلا أن شخصاً أقام مصنعا على أرضه ، وأن روائح مؤذية ودخانا كثيفا تتصاعد من هذا المصنع ، وكانت اقامة المصنع في حى سكنى ، فهل يلزم ملاك المساكن المجاورة بتحمل هذه المضار بحجة أن صاحب المصنع لم يفعل أكثر من أستعمال السلطات المخولة له بواسطة حقه في الملكية؟

لم يتردد القضاء في الإجابة على هذا السؤال بالنفى وقررت أحكام عديدة أن نشاط المالك الذى من شأنه ايذاء جيرانه يجب أن يوضع له حد وأن يرد عليه قيد ، . حتى ولو كان المالك قد احتاط وأستصدر ترخيصاً من الجهات الادارية وفقا لما تقضى به القوانين

فبرغم حصوله على هذا الترخيص الذى يبيح له أقامه المصنع، أجازت المحاكم للجيران الرجوع عليه في التعويض عن الاضرار التي تصيبهم من أدارة المصنع.

هـذا مثـال اسـتقيناه مـن أحكـام القضـاء ويظهـر منـه أن هنـاك قيـد يـرد علـى حـق المالـك في استعمال ملكه، قيدا مقررا لصالح الجيران.

ولنا أن نتساءل هنا عن مدى هذا القيد؟ ، وعن الأساس القانونى الذى بستند اليه؟

لا شـك أن الأسـاس القـانونى لهـذا القيـد أصـبح فـي ظـل المجموعـة المدنيـة الجديـدة هـو ذلـك الالتـزام القـانونى الـذى فرضـته المـادة ٨٠٧ و هـى تقضـى بـأن (علـى المالـك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار).

ولـيس للجـار أن يرجـع علـى جـاره فـي مضـار الجـوار المألوفـة التـى لا يمكـن تجنبهـا ، وأنمـا لـه أن يطلـب أزالـة هـذه المضـار أذا تجـاوزت الحـد المـألوف . علـى أن يراعـى فـي ذلـك العـرف. ، وطبيعـة العقـارات ، وموقـع كـل منهـا بالنسـبة الـى الآخـر ، والغـرض الذى خصصت له •

(ولا يحـول التـرخيص الصـادر مـن الجهـات الإداريـة المختصـة دون اسـتعمال هـذا الحق)

هذا هو القيد الهام الذى فرضه القانون على المالك في أستعمال ملكه لصالح الجار.

وهـذا الـنص الجـوهرى الـذى ورد فـي المجموعـة المدنيـة والـذى جعـل التزامـات الجـوار التزامـات قانونيـة لـم يفعـل سـوى أن قـنن القضـاء ، ذلـك أن القضـاء المصـرى قـرر هـذه الالتزامـات مهتـديا فـي تقريرهـا بالشـريعة الاسـلامية [٩٢] ولـذلك كـان مـن الواجـب عـرض أحكـام هـذا القضـاء والقضـاء الفرنسـى أيضـا لتعـرف الحـدود الواجبـة لتطبيـق هذا النص وأساس هذه الحدود .

التزامات الجوار والتعسف في أستعمال الحق :-

المادة (٨٠٧) من المجموعة المدنية تلزم المالك بعدم ألغلو في استعمال حقه الى حد يضر بالجار متى جاوزت المضار الحق المألوف . فهل يعتبر هذا الالتزام تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق؟

لاشك ان نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية عامة ينبسط نطاقها ليشمل جميع الحقوق الشخصية والعينية. وقد عنى المشرع المصرى بالنص عليها في المادة الخامسة من المجموعة المدنية . فبعد ان قررت المادة الرابعة منها مبدأ مقتضاه ان (من أستعمل حقة أستعمالات مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر) .

وجـاءت المـادة الخامسـة وبينـت متـى يكـون أسـتعمال الحـق غيـر مشـروع . وهـو يكـون كـذلك فـي أحـوال ثـلاث هـى (أ- اذا لـم يقصـد بـه سـوى الاضـرار بـالغير ب- اذا كانـت الصـالح التـى يرمـى الـى تحقيقهـا قليلـه الاهميـة بحيـث لا تتناسـب البتـة مـع مـا يصـيب الغيـر مـن ضـرر بسـببها جـ - اذا كانـت المصـالح التـي ترمـى الـى تحقيقهـا غيـر مشروعة)

---

(٩٢)(الاعمال التحضيرية الجزء السادس ص٣١ ، ولا يصح ان تنكر انة تأثير أيضا في هذا بالقضاء الفرنسي.)

وتطبيق هذه النظرية يفترض ان صاحب الحق انما آتى عملا من الأعمال الداخلة في حدود حقه ونطاقه كما رسمها القانون والعرف ، ولكنه أتى هذه الأعمال بخطأ من جانبه ترتب عليه ضرر الغير ولكن ما صور هذا الخطأ ؟

صور الخطأ في نظرية التعسف في أستعمال الحق :-

لتقدير ما اذا كان المالك يتعسف في استعماله حقه . نفرق بين فرضين هما :-

الفرض الأول :- استعمال الملك بقصد الاضرار بالغير :-

لاشك أن المالك يكون مخطئا في صورة أولى . صورة ما اذا قصد الاضرار بالغير ، وهذه هى الحالة التى يستعمل فيها المالك حقه . دون أن يبغى من وراء ذلك تحقيق نفع خاص له ، بل أبتغاء الاضرار بالغير . وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار المالك متعسفا في استعمال حقه اذا هو أقام على ملكه أعمدة مدببة بقصد مضايقة المناطيد التى تهبط في أرض مجاورة [٩٣] وقضت احدى المحاكم الفرنسية أيضا بمسئولية المالك الذى يدير جهازا كهربائيا بقصد التشويش على أجهزة لا سلكية يبيعها أحد التجار المجاورين جتى لا يتمكن من بيعها [٩٤] و وقضت المحاكم المصرية أيضا بمسئولية المالك الذى يجر حفرا في ارضه أو بناء عليها بقصد مضايقة الجار[٩٥]

ولكن الصعوبة التى عرضت للمحاكم في تحديد قصد الاضرار . لا صعوبة فيما اذا ثبتت أن المالك انما قصد فعلا الاضرار بالغير.

وأن هذا الاضرار كان هو قصده الوحيد من استعمال الحق . ولكن هل يلزم لمساءلته أن يكون استعمال الحق كان القصد « الوحيد » منه هو الاضرار بالغير؟ ان القضاء ذهب – ومعه معظم الشراح - الى آن قصد الاضرار يكفى ولو كان قد اقتران به قصد آخر ثانوى كانت المصلحة التى يبغى الى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الغير . أن استعمال الحق في هذه الحالة يكون استعمالا غير مشروع[٩٦] ويلاحظ أن القضاء اعتبر انعدام المصلحة أو تفاهتها،فى حالة استعمال الحق أستعمالا يضر بالغير ، قرينة على توافر نية الاضرار[٩٧]

الفرض الثانى :- حالة أستعمال المالك بدون قصد الاضرار بالغير :-

١ــ لاشك في مسئولية المالك اذا لم يتبين أن له مصلحة في لأعمال التي أجراها استعمالا لحقه فقد قلنا أن المحاكم تتخذ من انعدام المصلحة قرينة على توافر نية

---

(٩٣)(نقض فرنسى ٣ آغسطس ١٩١٥)

(٩٤)(آميان ٢٢ نوفمبر ١٩٣٢)

(٩٥)(استئناف مختلط ١٧ ابريل ١٩١٩ ـ المجموعة ـ٣١ ـ ص ٢٥٢)

(٩٦) راجع الفقرة ب من المادة الخامسة ، و مازو ـ شرح المسئولية المدنية ـ الجزء الأول ـ رقم ٥٦٧ه صى ٥٣٢)

(٩٧) استئناف مصر ٢٢ ديسمبر ١٩٣٧ ـ المجموعة الرسمية ـ ٣٧ـ ص ٥٣)

الاضرار . والا فما هو القصد الآخر من القيام بهذه الأعمال ، والفرض أن مصلحة المالك منها منتفية [٩٨] ؟ وقد قررت بعض المحاكم هنا أن عمل المالك هو من قبيل الخطأ الجسيم على الأقل أن لم يكن هو العمد بعينه .

بقيت ألحالة التى يكون فيها استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة لصاحبه، وبعد استعمال الحق الغير مشروع عندئذ في حالتين اذا كانت لمصلحة غير مشروعة أو كانت تافهة بحيث لا تتناسب مع ما ينشأ عن ضرر يصيب الغير

٢ـ فتنص الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة على استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة وتعتبرالمصلحة غير مشروعة أذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون أو يتعارض مع النظام العام أو الآداب ، و اذ ا كان هذا المعيار ماديا ظاهرة الا ان النية كثرا ما تكون العله الاساسية لنفى صفة المشروعة عن المصلحة [٩٩]غير المشروعة لا يعتبرها المشرع جديرة بالحماية وبالتالى يسأئك المالك (أو صاحب الحق على وجه عام) اذا هو استعمل ملكه لتحقيق مثل هذه المصلحة متى أصاب الغير ضرر من هذا الاستعمال [١٠٠].

٣ ـ وثمة حالة أخرى هى الواردة في الفقرة (ب) من المادة الخامسة . وهى حالة ما أذا كانت المصلحة التى يستعمل الحق لتحقيقها مصلحة قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمفروض هنا أن يكون التفاوت صارخا بين قيمة المنفعة التى تعود على صاحب الحق و مقدار الضرر الذى يصيب الغير . ويمكننا رد هذه الحالة الى الحالة الواردة في نهاية المادة الخامسة . أن استعمال الحق على هذا الوجه أى مع تفاهة الأغراض وعدم تناسبها مع الأضرار التى تترتب عليه هو في حكم الاغراض غير المشروعة [١٠١] . ونلاحظ من جهة أخرى ما قلناه من أن القضاء يعتبر ضآلة المنفعة قرينة على توافر نية الاضرار ٠ |

ومن تطبيقات هذا المعيار من معايير التعسف ما تنص عليه المادة (٨١٨ / ٢) مدنى من آنه « اليس لمالك الحائط آن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، أن كان هذا يضر بالجار الذى يستتر ملكه بالحائط » .

ونلاحظ في النهاية أن المالك يسأل أذا هو أستعمل ملكه لغرض مشروع ولكن ارتكب اهمالا في هذا الاستعمال ، بأن لم يراع الحيطة الواجبة .

---

(٩٨)(نقض فرنسي ١٠ يونية ١٩٠٢)

(٩٩)(راجع الاعمال التحضيرية- الجزء الأول ـ ص ٢٠٩)

(١٠٠)(ولهذا قضت المحاكم بمسؤلية المالك اذا جعل منزلا للفجور فهويسأل عن الضرر الأدبى الذى يسببه مثل هذا الجوار وعن الضرر المادى الناشىء من نقص قيمة الأملاك المجاورة راجع الأحكام المشار اليها ـ د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية ـ طبعة سنة ١٩٥١ـ الجزء الاول ـ ص ٣٥٢ ـ هامش ٣.)

(١٠١)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـ ص ٩٢)

كمن يقيم مدخنة يتصاعد منها الدخان على ملك الجار دون أن يجعلها مرتفعة بعيدا عنه ، أو دون أن يغير من أتجاهها ، أو كمن يستعمل طريقة خاصة في البناء أو الهدم دون أن يحتاط لعدم خلل الأبنية المجاورة [١٠٢] . وتقوم مسئوليته في هذه الجالة على القواعد العامة في المسئولية التقصيرية ، لا على فكرة التعسف في استعمال الحق .

ويتضح من عرض الصور المختلفة للتعسف في استعمال الحق انة من الممكن ردها جميعا الى فكرة الخطأ الموجب للمسئولية ، لأنه فيها جميعا ينحرف السلوك المألوف للشخص العادى [١٠٣]. فالأساس القانونى لنظرية التعسف في استعمال الحق ليس هو اذن الا المسئولية التقصيرية .فالخطأ في فروض التعسف في استعمال الحق هو خطأ في استعمال هذا الحق. والتعويض المترتب على هذه المسئولية يجوز أن يكون نقدا كما يجوز أن يكون عينا . ذلك أن التعويض العينى جائز في المسئولية التقصيرية ، اذ تنص المادة (٢/١٨١) على أنه « يقدر التعويض بالنقد . على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين يتصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض) . فمن يبنى حائطا ليسد الهواء والنور عن جاره يجوز الزامه بهدمه ويجوز استعمال التهديد المالى في هذا السبيل

حالة تجاوز المضار المألوفة :-

يمكن القول بأن حالات التعسف في استعمال الحق التى ذكرناها يكون فيها المالك قد صدر عن باعث غير جدى ولا مشروع[١٠٤] فاستعمال : الملكية ـــ كاستعمال سائر الحقوق -- انما يجب أن يكون صادرا عن باعث جدى و مشروع ، فاذا أنحرف بها المالك كان فعله خطا يقتضى التعويض كما أسلفنا .

ولكن قد لا يتحقق شيء من ذلك في حالة ما اذا استعمل المالك ملكه بقصد تحقيق مصلحة جدية ومشروعة ، ومع ذلك نشأ من فعله ضرر للجار . لنفرض أن صاحب مصنع أقام مصنعه وقام بكل ما يلزم من الاحتياطات التى يتخذها الرجل الحريص ومع ذلك نشأ ضرر للجيران بسبب اقامة هذا المصنع ، فهل يلزم مع ذلك بالتعويض ؟ .

لا يمكن رد هذه الصورة الى احدى الصور السابقة للتعسف فى استعمال الحق . فصاحب المصنع لا يقصد الاضرار بالغير . ثم انه يقصد تحقيق مصلحة ومصلحة مشروعة .

---

(١٠٢)(استئناف مختلط ـ ١ ديسمبر ١٩١١ ـ المجموعة ـ ٢٥ـ ص ٥٨)

(١٠٣)(راجع د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ـج ١ ـ رقم ٥٦١ ـ ص ٨٤٥ . و على الخصوص رقم ٥٥٨ ص ٨٤٢ ـ نقض مدنى ـ ٢٨ نوفمبر ١٩٤٦ ـ مجموعة محمود عمر ـ جزء٥ ـ رقم ٢٤٤)

(١٠٤)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـ رقم ٧٠ ـ ص ٩٤ و ٩٥)

هـذا الـى أن المصـلحة التـى يبغـى تحقيقهـا لا يمكـن وصـفها بأنهـا قليلـة الأهميـة لا تتناسـب مـع الضـرر الـذى يصـيب الغيـر . وفـوق ذلـك كلـه فانـه لا يمكـن نسـبة أهمـال لـه يجوز أن يسمح بمساءلته على أساس المسئولية التقصيرية [١٠٥]

فـي هـذه الحالـة بالـذات يقيـدنا نـص المـادة (٨٠٧) مـن المجموعـة المدنيـة ، – وهـو نص جديد لم يكن له مقابل في المجموعة المدنية القديمة .

فالمـادة (٨٠٧) تـنص علـى أنـه (١ – علـى المالـك ألا يغلـو فـي اسـتعمال حقـه الـى حـد يضـر بملـك الجـار ، ٢ – ولـيس للجـار أن يرجـع علـى جـاره فـي مضـار الجـوار المألوفـة التـى لا يمكـن تجنبهـا ، وانمـا لـه أن يطلـب إزالـة هـذه المضـار اذا تجـاوزت الحـد المـألوف ، علـى أن يراعـى فـي ذلـك العـرف ، وطبيعـة العقـارات ، وموقـع كـل منهـا بالنسـبة الـى الآخـر ، والغـرض الـذى خصصـت لـه ، ولا يحـول التـرخيص الصـادر مـن الجهات المختصة دون أمستعمال هذا الحق) .

فالقـانون بهـذا الـنص قـد رسـم حـدا لحـق الملكيـة ، والخـروج عليـه يعـد خروجـا علـى حـدود الحـق لا تعسـفا فـي اسـتعماله [١٠٦] والخـروج علـى حـدود الحـق ـــ كـالخروج على حدود الرخص - ليس سوى صورة من صور الخطأ الموجب للمسئولية [١٠٧] .

وقـد ذهـب القضـاء مـن قبـل الـى تقريـر مسـئولية المالـك عـن الاضـرار التـي تجـاوز المضـمار المألوفـة بـين الجيـران . ولكـن القضـاء والشـراح اختلفـوا فـي رد هـذه المسئولية الى أساسها القانونى .

أساس المسئولية في القضاء والفقه الفرنسيين :-

والصـعوبة التـى تعـرض لهـا الفقـه هـى تحديـد هـذا الخطـأ الـذى ارتكبـه المالـك و لاشـك فـي تـوافر هـذا الخطـأ فـي تلـك الحـالات التـى لـم يتخـذ فيهـا ألمالـك الاحتياطـات الكفيلـة بمنـع الضـرر عـن الجـار . ولكـن فـي الحـالات التـي يكـون فيهـا المالـك قـد اتخـذ جميـع هـذه الاحتياطـات ، كيـف يمكـن مـع ذلـك القـول بنسـبة خطـأ اليـه ؟ أن المالـك لـم يكـن فـي استطاعته توقى الأضرار الناشئة للجيران الا بعدم إقامة هذا النوع من الاستغلال.

١ ـ ذهب البعض الى أن القضاء باعتباره الجار مسئولا في هذه الحالات انما أتبع نظرية تحمل التبعة أو مخاطر الملك تحت ستار الخطأ [١٠٨].

---

(١٠٥)(عكس ذلك د/ حسن كيرة ـ فقرة ٩٨ حيث يرى أن هذه الحالة تدخل ضمن نظرية التعسف في استعمال الحق.)

(١٠٦)(راجع د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد –ج ١- رقم ٥٥١- ص ٨٣١ و ما بعدها ـ ج ٨ ـ فقرة ٤٢٧ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـ فقرة ٦٨ ـ ص ٨٦و٨٧ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٥٥ ـ ص ٨٨)

(١٠٧)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج ١ ـ رقم ٥٤٤ ـ ص ٨١٠ ، و د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ – فقرة ٢٧ ـ ص ٩٤ وما بعدها)

(١٠٨) (جوسترأن ـ روح الحقوق ونسبيتها ـ رقم ١٦)

٢ – ولكن كثيرا من الشراح حاولوا تأسيس أحكام القضاء على فكرة الخطأ الثابت وفقا للقاعدة العامة في المسئولية التقصيرية . ولذلك يذهب الأستاذ بيكار الى أن المالك هنا لا يرتكب خطأً لأنه تسبب في الضرر بالغير ، ولكن خطأه هو رفض تعويض من أصابه الضرر [١٠٩] . ولكن لا يخفى ما ينطوى عليه هذا الرأى من مصادرة على المطلوب . أن من يرفض تعويض الغير لا يمكن اعتباره مخطئا الا أذا كان هناك في الأصل خطأ يستند اليه التزامه بالتعويض .

٣ــ وقد ذهب الأستاذ بمسون (Besson) الى القول بأن مسئولية المالك هنا لا تستند الى المسئولية عن الخطأ الشخصى وانما الى المسئولية عن الأشياء المقررة بالمادة ١٣٨٤ في فقرتها الأولى[١١٠] وهى مسئولية عن الخطأ المفترض افتراضا لا يقبل أثبات العكس . ولكن يؤخذ على هذا الرآى أن القضاء استند في أحكامه دائما الى المادة (١٣٨٢) اى انة أعتبر أساس المسئولية هو الخطأ الشخصى الثابت

٤- وأخيرا حاول الفقهاء البحث عن التزام يقع على عاتق ألمالك ويكون الاخلال به هو الخطأ المؤسس لمسئوليته . ان الخطأ كما يعرفه الأستاذ بلانيول هو الاخلال بالتزام سابق [١١١] . ولكن ما هو هذا الالتزام وما مصدره ؟

قال البعض أن هناك التزاما قانونيا ناشئا من الجوار ، وأستندوا في ذلك الى نص المادة (١٣٧٠) من المجموعة المدنية الفرنسية التى تشيرالى أن هناك التزامات قانونية بين الملاك المتجاورين . ولكن المتفق عليه في تفسير هذه العبارة أنها تشير الى تلك الالتزامات التى نص عليها القانون لصالح الجيران والتى تسمى عادة بحقوق الارتفاق القانونية ، وهى التزامات واردة في القانون على سبيل الحصر [١١٢] .

لكن بعض الشراح رأوا أن مجاورة الضار العادية أو المألوفة يعتبر في ذاته فعلا خاطئا . ان الجيران يجب أن يتحملوا المضار والمضايقات العادية فيما بينهم ، ولكن اذا خرج أحدهم عن هذا الحد وباشر نشاطا أصابهم بضرر يجاوز المضار المألوفة كان فعله هذا خطأ في ذاته يستتبع مسئوليته ، لأنه يكون قد خرج عن مسلك الرجل الذى على درجة عادية من الحرص . ولما كان الخطأ هو أساس نظرية التعسف في استعمال الحق فقد ذهب البعض منهم الى اعتبار مسئولية المالك في هذه الحالة قائمة على أساس تلك النظرية .

المسئولية في القضاء والتشريع المصريين:-

القضاء المصرى مستقر على مساءلة المالك عن الأضرار التى تجاوز المضار المألوفة .

---

(١٠٩)(بلانيول وروبير وربيكار ، الأموال رقم ٤٧١)

(١١٠)(Besson, La notion de garde dans la responsabilité du fait (v) êes choses, thèse Dijon 1927, p. 127-128.)

(١١١)(بلانيول . الطبعة الثالثة ١٩٤٩ ، الجزاء الثانى رقم ٩٤٧)

(١١٢)(و هى المنصوص عليها في المادة ٦٤٩ وما بعدها من المجموعة المدنية الفرنسية ، كالالتزام بمراعاة بعض المسافات في غرس الأشجار . وهذا هو الرأى الذى قال به الأستاذ كابيتان في مقال له بالمجلة الانتقادية للتشريع و القضاء . . ١٩ ص ٢٣٩)

و فى ظل القانون القديم قد استندت بعض الأحكام الى قواعد العدل والانصاف ، واستند بعضها الى المادة (٣٨/ ٢) التى تمنع المالك من هدم الحائط الذى يستند به الجار دون عذر قوى . واستندت بعض الأحكام أيضا الى العرف ، فلجأت الى أحكام الشريعة الاسلامية التى تعتبر عرفا للبلد ٠ و بحسب الرآى المختار للفتوى فى الشريعة الاسلامية لا يجوز للمالك أن يباشر في ملكه عملا يترتب عليه ضرر بين بالجار[١١٣]. فكأن هذه الاحكام وجدت لاستعمال الملكية حدا تلمسته في العرف القائم على أساس قواعد الشريعة الاسلامية .

وقد أصبحت الالتزامات الجوارية في ظل القانون المدنى الجديد التزامات قانونية طبقا لنص المادة (٨٠٧) . ان هذه المادة قد وضعت حدا على حق الملكية لا يجوز للمالك أن يجاوزه ، هذا الحد هو المختار المألوفة للجوار التى لا يمكن تجنبها . أما اذا تجاوز المالك هذا الحد بأن غلا في أستعمال ملكه الى حد يضر بالضار ضررا يجاوز المضار المألوفة فانه يكون قد خرج عن حدود حقه ، والخروج عن حدود الحق هو فعل خاطىء يستوجب المسئولية [١١٤].

المقصود بالمضار غير المالوفة :-

ان المالك لا يعد مغاليا في استعمال حقة ، وبالتالي لا يعتبر خارجا على حدود هذا الحق أذا تجاوزت المضار الحد المألوف ، وليس للجار أن يرجع على جاره مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . فما هو معيار التفرقة بين هذين النوعين من المضار ؟

أن المادة (٨٠٧) في فقرتها الثانية أشارت الى اعتبارات يرجع اليها عند تحديد نوع المضار فقالت : (على أن يراعى في ذلك العرف ، وطبيبعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر ، والغرض الذى خصصت له » .

ومعنى هذا أن التفرقة بين المضار المألوفة وغير المألوفة هى مسألة تسبية ، فتحديد المضار يجب آن يراعى فيه كل هذه الاعتبارات جميعا.

فالتسامح بين الجيران أمر ضرورى ، بل هو شرط لازم للحياة في المجتمع ، وهذه حقيقة لا داعى لانكارها ، وخصوصا في الوقت الحاضر حيث زاد الازدحام وزاد النشاط الصناعى والتجارى ، وأصبحت الحياة الآن تقتضى تحمل مضايقات لم يكن يتعرض لها أهل الأجيال السابقة . . قلا يجوز للجار أن يتضرر مما يجب التسامح فيه من مضايقات مألوفة. ولكن اذا زادت هذه المضايقات وخرجت عن المألوف فلا يلزم الجار بتحملها لأن للتسامح حدا يجب الوقوف عنده ، وتحديد ذلك كله أمر متروك لقاضى الموضوع فهو الذى يقدر درجة جسامة هذه المضايقات مستهديا بالاعتبارات التى أشار اليها النص السالف الذكر . فالضرر يكون غير مألوف اذا كان يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية لملكه

---

(١١٣)(راجع د/ محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى – طبعة القاهرة سنة ١٩٥٣- رقم ٢٦٠ و٢٦١ ص ١٨٢وما بعدها)

(١١٤)(بهذا المعنى د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٤٣٧ ، . ويرى البعض تأسيس المسئولية على نظرية التعسف في أستعمال الحق د/ حسن كيرة نقرة ١٠٥)

فتصاعد الدخان أو الروائح الكريهة من مصنع مجاور لمنازل السكنى يعتبر ضررا غير مألوف [١١٥]. وكذلك وجود جراج الاصلاح السيارات في وسط المساكن بما يترتب عليه من أحداث أزعاج للسكان واحتمال خطر الحريق وأرتفاع قسط التأمين على العقارات لهذا السبب [١١٦] ، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية صاحب المصنع مسئولا عما تحدثه آلات المصنع من تشويش على القاطنين في جوار المصنع في الاستماع الى أجهزة الراديو ، لأن الاستماع اليها أصبح من عادات الوقت الحاضر ولأن منع التشويش يمكن اذا زودت آلات المصنع بموانع خاصة [١١٧] . ويلزم كما تقدم مراعاة موقع العقارات وطبيعتها ، فالضار المألوفة فى حى صناعى آو تجارى لاتكون مألوفة فى حى هادى مخصص للسكنى [١١٨]

تطبيقات من القضاء:-

وجرت بعض المحاكم على أنه أذا فتح محل مقلق للراحة في وسط مساكن هادئة كان في هذا ضرر غير مألوف. أما أذا كان المحل المقلق للراحة هو القديم، وقد وجد في ناحية مناسبة له، ثم استحدث بعد ذلك بجواره بناء السكنى الهادئه ،فليس لصاحب هذا البناء ان يتضرر من مجاورة المحل المقلق للراحة ، بل هو يلزم بدفع الضرر عن نفسه [١١٩] ولكن بعض الشراح لا يسلمون بهذا الرأى لأنه ينسى أن الأراضى المجاورة للمصنع حتى قبل البناء عليها قد فقدت جزءا كبيرا من قيمتها نتيجة لبنا المصنع على أرض تجاورها به ولم تسلم به كذلك محكمة النقض الفرنسية [١٢٠] . ولكن من المسلم أن الجار المتظلم اذا كان قد أشترى الأرض المجاورة للمصنع وأقام عليها بناء فليس له أن يشتكى لأنه أشتراها وهو عالم بأنشاء المصنع ، وثمن الأرض قد روعى في تقديره مجاورتها للمصنع بلاشك [١٢١]

---

(١١٥)(نقض فرنسى ٢ يناير سنة ١٩٤٤ و استئناف مصر- ١٧ اكتوبر سنة ١٩٣٠ ، مجلة المحاماة – العدد ٢١- رقم ٣٧٦ - ص ٨٩١ ، واستئناف مختلط ٢٥نوفمبر ١٨٨٠ - المجموعة الرسمية المختلطة ٦- ص ٨)

(١١٦)(نقض فرنسى ٢٧ يناير ١٩٣١)

(١١٧)(نقض فرنسى ٢٩ مايو ١٩٣٧، ١٠ نوفمبر ١٩٤٢)

(١١٨)(محكمة باريس ٢٣ آبريل ١٩٢٨ ، ومحكمة ليون ٢٠ نوفمبر سنه ١٩٢٦)

(١١٩)(استئناف مصر- ٣١ ديسمبر ١٩٢٧- الجموعة الرسمية ٢٩- رقم ١ ٤ - ص ٨٩ ، وراجع الاعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ٣٢)

(١٢٠)(نقض فرنسى ١٨ فبراير ١٩٠٧ ، ٤ ديسمبر ١٩٣٥)

(١٢١)(ولكن الى أى وقت يجب الرجوع لتقدير درجة الضرر؟ لنفرض مثلا أنه عند أنشاء المصنع لم يكن للجيران حق الرجوع على صاحبه بشىء لعدم حلول ضرر لهم ، اذ أن أراضيهم كانت أراضى زراعية لا يضايقها المصنع في شىء . ولكن بعد مدة وبسبب كثرة السكان حول الملاك هذه الأراضى الى أراضى للبناء وأقاموا عليها مبانى بالفعل ، فهل يحق لهم في هذه الحالة الرجوع على صاحب المصنع بشئ ؟ لا شك في ان تقدير معرفة ما اذا كان الضرر مألوف فاحشا أو غير فاحش ، يجب الرجوع فيه الى الوقت الحاضر لا الى وقت أنشاء المصنع . راجع مازو في المسئولية -الجزء الاول -٩٠٣- ص ٥٧٦)

مدى مراعاة الظروف الخاصة بالمضرور :-

ولكن هل يراعى فى تقدير كون الضرر فاحشا آو غير فاحش شخصمن أصابه الضرر؟ ام انه لا يرجع فقط الا الى العرف وطبيعة العقارات وموقعها والغرض الذى حصصت له؟

لاشك عندنا في أن الاعتبارات التى ذكرها النص هى اعتبارات وضعها المشرع ليساعد القاضى في التعرف على طبيعة المضار وتحديدها . وهى واردة فيه على سبيل المثال لا الحصر ، فللقاضى أن يراعى أى اعتبارات أخرى . ولكن ما زال سؤالنا قائما ، هل يمكن أن يدخل في هذه الاعتبارات الاخرى شخص الجار الذى أصابه الضرر ؟ أن الضرر قد يكون عاديا بالنسبة لشخص لأنه يطيقه ويحتمله ، وقد لا يكون عاديا ؛ بالنسبة لشخص آخر مرهف الحس ضعيف الأعصاب معتل الصحة .

أن هذه المسألة مثار خلاف في الفقه . فقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم جواز النظر الى شخص المضار • وفرق البعض ما اذا كانت ظروف هذا الشخص عادية أو غير عادية . وهذه التفرقة الأخيرة هى الاقو ب آلى المعقول . فلو كنا في نطاق المسئولية العادية المبنية على خطأ عمدى آو خطا ناشى ء من اهمال لكان مرتكب هذا الخطأ مسئولا عن الضرر الواقع على المصاب حتى ولو لم يكن الضرر لينشأ لو كان المصاب شخصية آخر. لو كنا بصدد اقامة مسئولية المالك على خطأ عمدى أو اهمال في اتخاذ احتياطات معينة لوجب التسليم بهذا الحكم. ولكن هنا بصدد مالك لم يرتكب خطأ أو اهمالا في استعمال حقه ، بل انه يسال على أساس الخروج عن الحد القانونى للحق وهو تجاوز المضار العادية الضرر كمرضه أو ضعف أعصابه ، وانما يجب أن ينظر فقط الى الغرض الذى خصص له الجار ملكه ، فاذا كان هذا الغرض من الأغراض العادية وكان من شأن المصار منعه من استعمال هذا الملك في هذا التخصيص المعتاد أو مضايقته مضايقة غير مألوفة كان المالك المتسبب مسئولا . وبناء على ذلك يسأل صاحب المصنع عما يقع من مضار فاحشة لصاحب دار من دور العلاج أو الاستشفاء ، أو لصاحب مغسل يضايقه الدخان المتصاعد من المداخن . ويسأل صاحب المصنع عما يحدث لتاجر أجهزة الراديو من ضرر ناشىء من التشويش على أجهزته الامر الذى لا يمكنه من بيعها [١٢٢].

أثر الترخيص الصادر من الادارة على مسئولية المالك :-

ويلاحظ فى النهاية أن الترخيص الصادرمن جهة ألأدارة لا يحول دون استعمال الجار حقة (مادة ٢/٨٠٧) آى أن الترخيص لا يسبغ على فعل المالك وصف الاباحة . فيظل المالك المرخص من الجهات المختصمة مسئولا عن المضار التى تجاوز المضار المألوفة . أن الترخيص من الادارة لازم لتحقيق آغراض عامة معينة ، وحتى تتمكن الادارة من الاشراف والرقابة على بعض أنواع الاستغلال ووسائله . ولا يحول دون مسئولية المالك أن يكون قد استوفي الشروط التى تستلزمها القوانين واللوائح لمباشرة هذا الاستغلال قبل الحصول على الترخيص •

---

(١٢٢)(راجع في هذا الرأى مازو - في المسئولية - الجزء الأول - رقم ٦٠٥ - ص ٥٧٨).

أن القوانين واللوائح تشترط شروطا لحماية الصالح العام فحسب ، وعلى المالك وحده ومن تلقاء نفسه أن يراعى مصلحة الجيران .

ولكن هل يستطيع الجار المضار طلب أزالة مصدر المضايقة أو اغلاقه لو كان مرخصا به من الادارة ؟ لاشك أن جزاء الخروج على الالتزام الوارد فى المادة (٨٠٧) هو التعويض النقدى آو التعويض العينى بازالة المضار ، ولكن ألا يعدل الترخيص الادارى من هذا الجزاء ؟ ألا يجعله حق مقصورا فقط على التعويض النقدى ؟

يذهب الرأى الغالب في القضاء والفقه الفرنسيين الى عدم جواز الحكم على المالك صاحب الترخيص بالازالة أو الاغلاق أو بالتهديدات المالية ، وانما فقط يجب أن يقتصر الحكم على التعويض نقدا [١٢٣] وحجتهم في ذلك عدم جواز المساس بالأمر الادارى الصادر بالترخيص، وبهذا الرأى يأخذ بعض الشراح المصريين [١٢٤] .

على أننا لا نرى ما يمنع المحاكم عن تطبيق جزاء التعويض العينى في هذه الحالة ، ذلك أن موضوع الدعوى في هذه الحالة ليس الطعن في القرار الادارى الآمر بالترخيص ، بل هو مسئولية المالك الذى يجاوز المضمار العادية . كما ان نص المادة (٨٠٧) صريح اذ يقر(ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق).

وهذا الحق الذى تشير اليه هذه العبارة هو الوارد فى نفس المادة حيث.تقرر (انما له فقط أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف) . ثم ان منح الادارة للترخيص يكون دائما على مسئولية المرخص له نفسه.

جزاء الاخلال بالالتزامات الجوارية :-

اذا خرج المالك في استعمال ملكه عن الحدود السابقة كان مسئولا عما يحدث للجار من مضار ، والجزاء هو إزالة الضرر عينا اى التعويض العينى النقدى على حسب الأحوال .

فقد يلزم القاضى المالك باتخاذ احتياطات معينة في سبيل ازالة الضرر كتغيير اتجاه المدخنة مثلا، أو استعمال عوازل للصوت . وقد يقضى بمنع مباشرة النشاط في وقت معين به كما أن له آن يقضى بازالة مصدر الضرر وايقاف نشاط المالك نهائيا . وفي سبيل ذلك يجوز للقاضى الالتجاء الى التهديدات المالية .

على آنه يلاحظ آن القاضى لايقضى بالتنفيذه العينى و خصوصأ بالازالة حيث يكون ذلك مرهقا للمالك ، وذلك تطبيقا لنص المادة(٢٠٣/ ٢) من القانون المدنى

---

(١٢٣)(ديموج -شرح الالتزامات - الجزء الرابع - رقم ٤٨٩و٥٠٠و٧٠٨، ، وبلانيول وريبير وبيكار، في الأموال رقم ٤٧٣،، و نقض فرنسى ٣ يونيه ١٩٢٦)

(١٢٤)(محمد على عرفه الملكية رقم ١٩٦ ص ٢٦٧ وما بعدها – انظر د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٤٤٠ - ص٧١٠ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٢٦٠، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - فقره ٦٨ - ص ٨٨ - هامش ٢.)

التى تقرر آنه اذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق المدين اجاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما به وعندئذ يكتفى القاضى بالتعويض النقدى ٠و اذن يكتفى القاضى بالحكم بالتعويض النقدى اذا بدا له أن الازالة قد تكون ثقيلة الوطأة على المالك ، أو اذا كان الضرر قد حصل في الماضى ، ولن يحدث مستقبلا ويجوز الجمع أيضا بين الجزاءين ، بل أن بعض المحاكم قضت بالجزاءين على سبيل التخيير للمالك .

(المبحث الثانى)

(القيود الناشئة عن التلاصق في الجوار)

بيان قيود التلاصق في الجوار :-

من القيود القانونية التى أوردها المشرع على حق الملكية قيود ترجع الى واقعة التلاصق في الجوار فقد قيد المشرع استعمال حقق الملكية لمصلحة الجارألملاصق ، اذ رتب على هذا التلاصق أن يكون كل مالك الحق في اجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (المادة ٨١٣) . وهذا قيد جديد أوردته المجموعة المدنية الجديدة أخذاً عن المجموعة المدنية الفرنسية ، فاذا وجد حائط فاصل بين بناءين أعتبر حائطا مشتركا حتى يقوم الدليل على العكس (المادة ٨١٧) فأذا كان الحائط مشتركا بين جارين وجب أستعماله بحسب الغرض الذى أعد له ومن غير أن يحول ذلك ؛ دون استعمال الشريك الآخر له (المواد من ٨١٤ الى ٨١٦) • أما إذا لم يكن الحائط الفاصل مشتركا. ، بل كانت ملكيته خالصة لأحد الجارين ، فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجارالذى يستتر ملكه بالحائط (المادة ٢/٨١٨) ومما يترتب على التلاصق أيضا ألا يكون للجار على جاره مطل واجه على مسافة لاتقل عن متر و لا مطل منحرف على مسافة تقل نصف متر (المادتان ٨١٩ و ٨٢٠) ولذلك فأننا سنبحث القيود التى تُرد على الملكية نتيجه التلاصق في الجوار على وفق الترتيب الآتى :-

(أولا :- وضع الحدود)

تنص المادة (٨١٢) من المجموعة المدنية على أن (لكل مالك أن يجبرجاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما) وهذا حكم جديد جاءت به المجموعة المدنية الجديدة ولم يكن له نظير في المجموعة المدنية الملغاة ، ولكن قانون المرافعات عند كلامه عن الدعاوى التى يختص بها قاضى الأمور الجزئية أورد من بينها الدعاوى المتعلقة بتعين الحدود متى كانت الملكية غير متنازع فيها (ألمادة ٢٦ من قانون المرافعات القديم) وقد استنتجت المحاكم المصرية من ذكر المشرع لدعاوى تعيين الحدود في قانون المرافعأت آنه اعترف بموجود الحق في وضع الحدود وان كان لم يذكره فى المجموعة المدنية[١٢٥] .

---

(١٢٥)(استئناف مختلط ـ ١٥ مارس ١٨٩٣ ـ المجموعة ٥ ـ ص ١٦٨ ، و ١٥ يونيه ١٩١٦ ـالمجموعة ٢٨ـ ص ٤٣١ ، و ٣١ مأيو ١٩٢٤ ـ انمجموعه ٣٦ ـ ص ٣٩٦)

وقد احتفظ المشرع ف قانون المرافعات باختصاص القاضى الجزئى بنظر الدعاوى المتعلقة بتعيين الحدود ، اذ نص في المادة (٤٦) منه على أن محكمة المواد الجزئية تختص بالحكم ابتدائيا مهما تكن قيمة الدعوي و انتهائيا اذا لم تجاوز قيمتها خمسين جنيها فى دعاوى تعيين الحدود لذا لم تكن الملكية محل نزاع . وجاءت المجموعة الجديدة فنصت صراحة في المادة (٨١٣) على هذا الالتزام ، ونصها يطابق المادة (٦٤٦) عن المجموعة المدنية الفرنسية .

المقصود بوضع الحدود :-

والمقصود بوضع الحدود هو وضع علامات مادية ظاهرة تبين معالم حدود كل من الملكين ، كوضع فواصل الطوب أو من الحديد بين بعضها البعض مسافات ، فلا يبقى الا مد خطوط مستقيمة بين هذه الفواصل ليبين حد الملكية على وجه الدقة .

ووظيفة القاضى في هذه الدعاوى المتعلقة بتعيين الحدود تنحصر في تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود .و هذه الدعاوى هى من اختصاص قاضى المواد الجزئية بشرط آلا يكون هناك نزاع بين الجارين على الملكية . فاذا تمسك المدعى عليه مثلا بملكية الجزء الذى يدعى خصمه أنه تجاوز حدود ملكه ، مستندا في تملك هذا الجزء الى سبب من أسباب التمليك ، خرج النزاع عن أن يكون مجرد وضع حدود وأصبح نزاعا على الملكية نفسها ، وانقلبت الدعوى إلى دعوى أستحقاق يخضع الاختصاص بها للقواعد العامة ، فلا يختص بها القاضى الجزئى اذا جاوزت قيمتها نصاب اختصاصه العادى به وكذلك الحال أيضا اذا تنازع أحد الطرفين في سند ملكية الآخر . وفي هذه الأحوال يجب على القاضى الجزئى أن يوقف الفصل في دعوى تعيين الحدود حتى تفصل المحكمة المختصة في دعوى الملكية [١٢٦] . ويشترط لرفع دعوى تعيين الحدود آن يكون هناك تلاصق بين الجارين ، وعلى ذلك أذاً فصل بين ملكهما طريق عام أو مجرى عام يكن هناك محل لتعيين الحدود ، أما اذا فصل بينهما طريق خاص أو مسقاة أو مصرف مملوكان لأحدهما تحقق التلاصق وأمكن طلب تعيين الحدود .

على أنه لا يشترط أن تكون الأراضى المتلاصقة من الأراضى الزراعية ، أن نص ألمادة (٨١٣) مطلق وغير مقيد . ولذلك يجوز طلب تعيين الحدود بين الأراضى المعدة للبناء ، وبين المبانى اذا كان التلاصق بينها من جهة تركت فضاء.

وعلى الرغم من آن المادة (٨١٣) قصرت هذا الحق على المالك الا آن الشراح يسلمون بهذا الحق لصاحب الحق العينى كالمنتفع والمحتكر ، لما له من مصلحة فى بيان حدود العقار الذى يستعمل عليه حقه ، و هى مصلحة لا تقل عن مصلحة المالك [١٢٧] .

---

(١٢٦)(راجع د/عبد المنعم الشرقاوى ، شرح المرافعات المدنية والتجارية – طبعة بدون - رقم ١٥٥ ص ٢٣٨، ود/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٣٩ - ص ٣١٨ وما بعدها .)

(١٢٧)(د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-الجزء الأول - ص ٤٥١، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ٤٦٠ - ص ٧٤٨)

ومصاريف وضع الحدود تكون مشتركة بين الجيران على حسب الرؤوس مهما اختلفت مساحات الأراضى ، لأن الفائدة التى تعود من وضع الحدود متساوية بالنسبة للجارين . ولكن اذا اقتضى الأمر مسح الأراضى ذاتها كانت نفقات ذلك على أصحابها بنسبة مساحة الأرض التى يملكها كل منهم.

تعيين آلحدود و التحويط :-

و يجب آن نميز بين تعيين الحدود على الوجه المتقدم والتحويط. فالتحديد يكون كما أسلفنا بوضع علامات ماديه اذا مد خط مستقيم بين كل منها والتى بعدها وقبلها بانت حدود الملك،أما التحويط فيكون ببناء حائط على حدود الملك . ولم يشأ المشرع المصرى آن يعطى الجار الحق فى اجبار جاره على تحويط ملكه ٠ اذ تقضى المادة (٨١٨) في فقرتها الأولى على أنه (ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه) . فالمالك حر في تحويط ملكه أو عدم تحويطه كما يشاء . فاذا أقام الحائط لم يكن ملزما بالنزول عن جزء منه أو من الأرض التى عليها الحائط الجاره

ولم يشأ المشرع المصرى أن يأخذ في هذا الخصوص بأحكام القانون الفرنسى الذى آجاز طلب التحويط الجبرى ق المدن والضواحى (المادة ٦٦٣ من المجموعة المدنية الفرنسية) ، ولكنه أخذ بحكم الشريعة الاسلامية (المادة ٦٩ من مرشد الحيران) . على أنه يلاحظ أن المرسوم بقانون رقم (١٥١ الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧) يوجب على جميع حائزى الأراضى الفضاء والخرائب تسويرها اذا قررت الادارة الصحية وجوب هذا التسوير ، والا قامت الادارة بهذا التسوير على نفقة المالك . وواضح أن هذا الالتزام لم يقرر لمصلحة الجار ، وانما هو مقرر لصالح العام [١٢٨] .

(ثانيا :- الحائط الفاصل والحائط المشترك)

الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة :-

قدمنا أنه يجوز لكل مالك أن يحيط ملكه بحائط ، وفي هذه الحالة يكون هذا الحائط ملكا خاصا له ولا يجوز للجار أن يجبره على النزول عن جزء من هذا الحائط أو من الأرض التى أقيم عليها الحائط ، أو أن يطلب مشاركته فيه [١٢٩] .

ومع ذلك فقد أوردت المادة (٨١٨) في فقرتها الثانية قيدا هاما على هذه الملكية ، اذ قررت « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختار دون عذر قوى ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . ومعنى هذا أن المشرع قد رتب على المالك للحائط التزاما بالامتناع عن الهدم ، خروجا على الأصل العام الذى يقضى بأن للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء تصرفا قانونيا أو ماديا .

---

(١٢٨)(ويجوز التخلص من الالتزام بتسوير الأرض بالتنازل عنها للحكومة بدون مقابل (المادة السادسة من المرسوم بالقانون المذكور) .

(١٢٩)(وذلك على خلاف الحال في القانون الفرنسى - مادة ٦٦١فرنسى).

فمنع هدم هذا المحائط المملوك ملكية خالصة هو قيد هام على حق الملكية ، وهو قيد كان واردا في المجموعة المدنية الملغاة (مادة ٣٨) .

ويشترط لتطبيق هذا النص أن يكون ملك الجار مستترا بالحائط، أى أن يكون مسورا من جهاته الثلاث وأن يكون حده الرابع هو الحائط المملوك الجاره .

ويشترط من ناحية أخرى أن يترتب على هدم الحائط ضرر بالجار ، بأن ينكشفه ملكه من احدى جهاته الأربع ، ولذلك فاذا لم يكن من شأن الهدم الحاق ضرر بالجار لم يجز لهذا الأخير للاعتراض على الهدم

كما اذا كان ملك الجار أيضا فضاء غير مبنية ، ويكون لمالك الحائط هدمه دون حاجة الى اثبات العذر القوى الذى حمله على الهدم .

وأخيرا يجب ألا تكون حاجة المالك الى الهدم ملحة ، أو على حد تعبير المادة (٨١٨) « آلا يكون لديه عذر قوى فى الهدم » ٠ و تقدير الحاجة أو العذر القوى أمر متروك لقاضى الموضوع . والمسألة لا تعدو أن تكون مفاضلة بين مصلحة ألمالك الذى يهدم الحائط والضرر الذى يصح أن يصيب الجار اذا هدم المحائط • فالمادة (٨١٨) فى قرتها الثانية ليست في الواقع الا تطبيقا خاصا لحكم الفقرة (ب) من المادة (٥) من المجموعة المدنية الخاصة بالتعسف في استعمال الحق . ذلك أن استعمال الحق يكون غير مشروع طبقا لهذا النص الأخير اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها [١٢٩] .

ومن أمثلة الأعذار القوية التى تجيز الهدم رغبة المالك في بناء عمارة للاستغلال بدلا من المنزل المخصص لسكنه . أو أيلولة الحائط للسقوط بسبب قدمه ، أو عيب بنائه .

فاذا هدم المالك الجدار في الأحوال التى يبيح له فيها القانون ذلك ، لم يكن ملزما بتعويض الجارعن أى ضرر يحدث له من جراء الهدم ، ولا يكون عليه بعد ذلك أعادة البناء ، أذ أن حق المالك المستتر بالحائط لا يعتبر حق ارتفاق اذ لا يوجد اعتداء ما عن جانب هذا المالك ، فهو ليس له من الحائط سوى الانتفاع السلبى الناشىء من وجوده [١٣٠] . وكذلك الحكم فيما لو انهدم الحائط بحادث جبرى .

ويلاحظ في النهاية أن حق الجار فيما يتعلق بالجدار الفاصل المملوك ملكية خالصة لجاره يقتصر فقط على مجرد الاستتار به . ولذلك فلا يجوز له أن يستند اليه ببناء أو أخشاب أو غير ذلك مما يتضمن أى صورة من صور الاعتداء على الملكية ، والا كان لمالكه الحق في وقف هذا الاعتداء وأزالته والتعويض عنه . ولا يجوز للجار هذا الا بناء على اتفاق مع المالك .

---

(١٢٩)(بل أن ألمحاكم كانت تستند الى نص المادة ٣٨ من المجموعة ألمدنية الملغاة وهو المطابق لنص المادة ٢/٨١٨ في القول بعدم جواز التعسف في استعمال الملكية)

(١٣٠)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـرقم ٣٩٥ـ ص ٣٨٥)

على أن الجار لو قام بأجراء أعمال مادية علي الحائط الفاصل غير المشترك ، كأن وضع فيه عوارض يتسند عليها سقف بنائه أو نحو ذلك ، ومضت على ذلك المدة القانونية ، فان الحائط يصبح مشتركا بالتقادم كما لو كان قد اتفق على ذلك من مبدأ الامر وانما بشرط أن تكون هذه الأعمال قاطعة في اظهار نية التملك لدى الجار حتى تنتفى مظنه التسامح من جانب مالك الحائط[١٣١]

الحائط المشترك :-

الحائط المشترك هو صورة من صور الشيوع في الملكية خاصة بالجدران ، ويكون الحائط مشتركا بهذا المعنى أذا أنشأه الجارأن على حدود ملكهما بنفقات مشتركة أو اذا انشأه احدهما ثم أتفق بعد ذلك بينهما على أن يكون مشتركا . وبهذا يتميز الحائط المشترك عن الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة

ويستطيع آى الجارين اثبات كون الحائط مشتركاً باى سند من السندات المثبتة لهذه الصفة . وهو يستطيع ذلك أيضا بالاستناد الى مضى المدة أو التقادم . فمضى خمس عشرة سنة على استعمال الحائط استعمالا مشتركا يكسب الملكية المشتركة فيه حتى ولو كان في الأصل حائط خاصا أقامه أحد الجارين على نفقته، وذلك تطبيقا لأحكام التقادم المكسب.

على أن المشرع قد وضع قرينة على الاشتراك في الحائط ضمنها نص المادة (٨١٧) ، و هى تقرر آن « الحائط الذى يكون وقت انشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقم دليل على العكس » . ويشترط لقيام هذه القرينة القانونية شرطان : فالشرط الأول يقتضى أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين : فلايكفى أن يكون فاصلا بين أرضين أو أرض وبناء . فالقرينة المذكورة في المادة السابقة لا تقوم أذا كان الحائط فأصلا بين حديقتى البناءين أو بين حديقة احدهما وفناء الاخر.

ويشترط من ناحية أخرى أن يكون الحائط قد فصل بين البناءين منذ انشائه فاذا لم يوجد وقت انشاء الحائط الا بناء واحد ، ثم قام بعد ذلك بناء خر ملاصق استتر بالحائط لإاصح هذا الحائط في وضعه الجديد فاصلا بين بناءين ، فان القرينة القانونية تنتفى ، ويعتبر الحائط جزءا من البناء الأول ومملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء[١٣٢]

فاذا توافر الشرطان المتقدمان قامت القرينة القانونية على أن الحائط مشترك حتى مفرق البناءين أى حتى علو أقل البناءين ارتفاعا ،الى أن يقوم الدليل على العكس ، أما الجزء الذى يعلو المفرق فملكيته خالصة لصاحب البناء الأعلى .

فاذا قامت هذه القرينة على الاشتراك لم يكلف مدعى وجود الاشتراك باقامة دليل آخر، وانما كان على خصمه اقامة الدليل على أن الحائط مملوك له ملكية خالصة . ويمكن أثبات عكس هذه القرينة بوجود سند يثبت ملكية الحائط أو بوجود علامات ظاهرة في أحد الجانبين تثبت أن الجار بنى الحائط أصلا لصالح بنائه وحده .

---

(١٣١)(استئناف مختلط - اول يونيه ١٩٢٢ -المجموعه ٣٤ - ص ٤٤٣ ، واسيوط الابتدائيه ٤ يناير ١٩٢٨ ، مجلة المحاماه - العدد٩ - رقم ٦٩ - ص ١٠٨)

(١٣٢)(مجموعة الأعمال التحضيرية -الجزء السادس - ص٦٤)

أولا : أستعمال الحائط المشترك :-

تنص المادة (٨١٤) على ان ((لمالك الحائط المشترك ان يستعمله بحسب الغرض الذى اعدله، وان يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون ان يحمل الحائط فوق طاقته. فاذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة فنفقة أصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه)

ويتضح من هذا النص الأحكام الآتية فيما يتعلق بأستعمال الحائط المشترك :-

١ ــ اذا كان الحائط مشتركا بين مالكين كان لكل منهما الحق في أستعماله بحسب الغرض الذى أعد له ، وأن يضع فوقه عوارض يسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته (مادة١/٨١٤) فالواجب يقضى على كل من المالكين أن يستعمل الحائط بالقدر الذى يحتمله وفي الحدود التى لا تضر ببناء الغير أو بالحائط المشترك المملوك لهما على وجه الشيوع .

٢ - فاذا احتاج الحائط الى ترميم آو تجديد ، فان كان ذلك بسبب خطأ من آحد الشريكين كان يكون حمله فوق طاقته كان الملتزم وحده بالترميم أو التجديد أما اذا لم يكن ذلك راجعا الى خطأ أحد الشريكين اشتركا فى النفاقات كل بنسبة حصته فى الحائط . فقد نصت المادة (٢/٨١٤) من المجموعة المدنية على أنه (اذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة فنفقة أصلاحه أو تجديده على الشركاء ، كل بنسبة حصته فيه) .

والاشتراك في النفقات على الوجه المتقدم لا يكون الا في النفقات التى تستلزمها مصلحة الشريكين . فاذا احتاج أحدهما الى تقيوية الحائط أو الى هدمه واعادة بنائه لتعلية مبانيه المستندة اليه أو للتعديل فيها كانت نفقات التقوية والهدم والتجديد على عاتاقه وحده ، ولا يكون له الحق في مطالبة شريكه بالمساهمة في شىء منها .

ثانيا :- تعلية الحائط المشترك :-

تنص المادة (٨١٥) من القانون المدنى على ما يأتى (للمالك اذا كانت له مصلحة جدية في تعلية الحائط أن يعليه ، على ألا يلحق يشريكه ضررا بليغا ، وعليه وحده أن يتفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشىء عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته . فاذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية ، فعلى من يرغب من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته ، بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته بقدر الاستطاعة ، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا ، دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق في التعويض)

وتضيف المادة (٨١٦) ما يأتى(للجار الذى لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلى اذا هو دفع نصف ما أنفق عليه. وقيمة نصف الأرض التى يقوم عليها زيادة السمك أن كانت هناك زيادة)

ويتضح من هذين النصين الأحكام الآتية :-

١ــ تجيز المادة (٨١٥)للمالك تعلية الحائط المشترك بشرط أن تكون له مصلحة جدية في تعليته ، وبشرط ألا يكون في التعلية الحاق ضرر بليغ بشريكه . وعلى هذا المالك وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلى ، لأنه هو وحده الذى يفيد من هذه التعلية ، وعليه في هذه الحالة أيضا أن يتخذ من الاحتياطات والأعمال ما يجعل الحائط يتحمل : زيادة العبء الناشىء من التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته

٢ـ فاذا أقتضت التعلية اعادة بناء الحائط كانت نفقة ذلك على الجار الذى له مصلحة في التعلية ، وما زاد في سمك الحائط يكون في ناحيته بقدر الامكان ، والا دفع تعويضا لشريكه عما زاد في سمك الحائط عن ناحية هذا الشريك.

٣ــ ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلى مشتركا ، ولايدفع الشريك تعويضا للشريك الذى قام بالتعلية عن الفرق في القيمة ما بين الحائط القديم والحائط الجديد.

٤ ـ وفيما يتعلق بملكيته ، فأما الجزء المعلى سواء على دون تجديد الحائط او بعد التجديد، فتكون خالصة للشريك الذى قام بالتعلية ، لكن اذا أراد الشريك الآخر أن يكون ذا الجزء مشتركة بينهما ، جاز ذلك . وعليه أن يدفع نصف نفقات التعلية وقيمة نصف الأرض التى تقوم عليها زيادة السمك أذا كانت هناك زيادة من ناحية الشريك الذى قام بالتعلية (المادة ٨١٦) .

كما أن الاشتراك في ملكية الجزء المعلى يجوز أن يكتسب بالتقادم اذا سند الجار الذى لم يشترك في التعلية مبانيه الى هذا الجزء واستمر ذلك مدة التقادم.

(ثالثا :ـ فتح المطلات والمناور)

الفرق بين المناور والمطلات :ـ

(المطلات) هى (فتحات يحدثها المالك فى ملكه للنظر منها الى الخارج ولمرور الهواء)(كالنوافذ والشرفات.)

(المناور) هى (فتحات توجد بقصد أدخال الضوء والهواء لا للنظر منها) ، وقد عرفت المادة (٨٢١) من المجموعة المدنية المناور بأنها (هى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء ونفاذ النور ، دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور).

أباحة فتح المنور دون مسافة :ـ

قلنا أن المادة (٨٢١) عرفت المناور بآنها (هى التى تعلو قاعدتها عن قامة الانسان المعتادة ، ولا يقصد منها الا مرور الهواء ونقاذ النور ، دون أن يستطاع الاطلال منها على العقار المجاور)•

ولم يشترط القانون مراعاة مسافة لفتح المناور ، أذ تقرر المادة (٨٢١) صراحة بأنه « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور » .

ومعنى ذلك أنه يجوز للمالك أن يفتح مناور في ملكه في حائط يبنيه على حافة الحد الفاصل بين ملكه وملك الجار دون ترك مسافة ، ما دام قد روعى فيها أن قاعدتها تعلو قامة الانسان المعتادة ، بحيث لا يمكن الاطلال منها ، وسواء أكانت هذه المناور للتهوية أو لادخال الضوء .

ويلاحظ أن المشرع لم يقيد المناور الا من حيث ارتفاعها عن مستوى أرض الحجرة المقامة فيها وذلك بصرف النظر عن مستوى ارتفاع أرض الجار أو بنائه . وللمالك أن يختار الحجم المناسب لها طولا وعرضا .

ويلاحظ أن المناور التى يمكن الاطلال منها تعتبر مطلا تجب ازالته ، كما اذا كانت نوافذ على السلم يسهل للصاعد عليه أن يرى منها منزل الجار ، لأن القانون قيد المناور علاوة على القيد السابق بعدم المكان الاطلال منها على العقار المجاور (مادة ٨٢١) .

فاذا فتح المالك مناور على الارتفاع القانونى وبشكل لا يمكن منه الاطلال على العقار المجاور ، لم يكن للجار الاعتراض عليها وطلب صدها لانتفاء الضرر منها ٠ وانما يكون له آن يبنى على حدود ملكه مباشرة دون ترك أية مسافة ولو ترتب على هذا البناء سد المنور أو أنعدام الفائدة منه . ويكون له هذا الحق مهما مضت من مدة على أنشاء هذا المنور دون أن يستطيع من فتحه التمسك بالتقادم ، ذلك أن فتح المنور بالشكل القانونى لا يمثل تعديا على ملك الجار ولا يتضمن تكليفا عليه ، ولذلك لا يكتسب الحق في بقائه بمضى المدة مهما طال الزمن عليه . ولهذا أطلق على المناور في فرنسا عبارة (مناور التسامح) فقد نصت المادة (٩٤٩) مدنى على أن الحيازة لاتقوم على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات[١٣٣]

أما أذا كانت المناور قد فتحت دون مراعاة الارتفاع القانونى ، أو بشكل يمكن معه الإطلال منها على العقار الجاور ، فانها تكون أعتداء على حق الجار الذى يجوز له أن يطلب سدها أو تعديلهاعلى وفق الارتفاع القانونى ، لما تنطوى عليه من اعتداء على ملكه . أما اذا سكت على ذلك وانتفت مظنة التسامح من جانيه و مضت مدة خمس عشرة سنة من يوم انشائها أمكن كسب الحق فيها بالتقادم كحقوق . ارتفاق ، شأنها شأن ألمطلات .

تقييد فتح المطلات :-

المطلات كما قلنا هى فتحات يحدثها المالك للنظر منها الى الخارج ولمرور الهواء . وهى على نوعين هما :-.

المطل المواجه :- هو الذى يسمح بالنظر المستقيم على ملك الجار دون حاجة الى التلفت يمينا أو يسارا .

المطل المنحرف -:هو الذى لايسمح بالنظر الى ملك الجار الا بالالتفات الى اليمين أو الى اليسار أو بالانحناء الى الخارج

---

(١٣٣)(بهذا المعنى د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٤٨١ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٩٩ ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-ج ١ - فقرة ٣٨٦)

ولذلك فان الخارجات كبروز الشرفات في (البلكونات أو المشربية) تكون مطلا مواجها بالنسبة للمنازل المواجهة لها من أى ناحية من نواحيها الثلاث ، لأن الناظر يمكنه أن ينظر اليها دون حاجة الى الانحناء للخارج ، وهى تعتبر مطلا منحرفا بالنسبة للعقار الذى تقع واجهته على نفس الخط (١٣٤).

وقد أورد القانون المدنى قيودا على فتح المطلات بنوعيها المواجهة والمنحرفة.فنص المادة (٨١٩) على أنه « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر » ، ونصت المادة (٨٢٠) على أنه لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل » (١٣٥) .

المطلات المواجهة :-

تنص المادة (٨١٩) على أنه ((لا يجوز للجار أن يكون على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذى فيه المطل ، أو من حافة المشربة أو الخارجة » .

فالقانون قد قيد بهذا النص حق المالك في فتح المطلات ، أى أنه قيده في أستعمال ملكه ، ولهذا أعتبرنا هذا النص من بين القيود القانونية المقررة لصالح الجار . ولا يعتبر هذا القيد من قبيل الارتفاق . والذى دعا الى هذا القيد هو ما تحدثه المطلات من مضايقة للعقارات المواجهة .

وقيد المسافة واجب مراعاته مهما كانت طبيعة المطل المواجه أي سواء كان نافذة أو مشربة أو خارجة ، ومهما كانت طبيعة العقار المجاور أى سواء كان بناء أو أرضا ، مسكونا أو غير مسكون ، في المدن أو في القرى وسواء وجدت مطلات مواجهة في العقار المواحة او لم توجد.

وتقاس مسافة المتر كما هو وارد بالنص من ظهر الحائط الذى فيه المطل نافذة او من حافة المشربة او الخارجة.

ولم يعين القانون أرتفاع الفتحات ولا عرضها - فللمالك مطلق الحرية في تعيين مساحة المنافذة التى يريد فتحها .

وقد قلنا أن المطلات التى تنشأ على وفق المسافة القانونية لاتعتبر حقوق ارتفاق لمنفعة العقار الموجودة به ، ذلك أن المالك بفتحها لم يفعل الا استعمال حق ملكيته

---

(١٣٤)(في هذا المعنى أيضا د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٩٦ - ص ١٥٦، وقارن د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد -٧٧٩ هامش ١)

(١٣٥)(يلاحظ أن القواعد الواردة فى المادتين ٨١٩ و . ٨٢ من القانون تنطبق في الحالات التى لا يوجد فيها قانون خاص يحدد مسافات معينة بالنسبة لبعض المبانى . من هذا القبيل مثلا ما ينص عليه قانون تنظيم المبانى القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٦٢ المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣١ في فبر اير ١٩٦٢ و الذى حل محل القانون رقم ٦٥٦ لسنة ١٩٥٤ المنشور فى الوقائع المصرية في ٩ ديسمبر ١٩٥٤ العدد ٩٤ مكررا)

واذا كان القانون قيد انشاءه بأن الزم المالك مراعاة فتحها على بعد معين من ملك الجار ، فما ذلك الا لأنه قيد حق ملكيته من حيث استعمالها ، فهى اذن قيد على استعمال حق الملكيه .

ويترتب على ذلك أن الجار لا يمكنه طلب ازالة المطلات المفتوحة على المسافة القانونية، هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان الجار لايلزم باحترامها لانها لا ترتب على ملكه آى نوع من حقوق الارتقاق . فله آن يبنى في ملكه وعلى حدوده ولو ترتب على هذا البناء حجب هذه المطلات . لأنه انما يستعمل حق ملكيته . ويبقى له الحق في البناء مهما مضى من الزمن بعد احداث هذه المطلات

المطلات المنحرفة :-

ان المطل المنحرف هو الذى لا يمكن النظر منه على ملك الجار الا بالميل يمينا أو يسارا أو بالانحناء الى الخارج . ولم بكن التقنين المدنى القديم يورد قيدا على فتح المطلات المنحرفة ، فكان يجوز للمالك فتحها على أية مسافة من ملك الجار ، وهذا ما جرى عليه قضاء المحاكم [١٣٦].

ولكن التقنين المدنى الجديد قيد فتح المطلات المنحرفة به كما قيد فتح المطلات المواجهه . فتنص المادة (٨٢٠) على آنه (لا يجوز آن يكون للجار مطل منحرف على مسافه تقل عن خمسين سنتيمتر ا من حرفه المطل)

فالمسافة الواجد مراعتها في فتح المطلات المنحرفة هي نصف متر وتحسب هذه المسافة من حرف المطل من ناحية الجار ، بمعنى أنه يجب آن يكون بين حرف المطل المنحرف وملك الجار نصف متر على الأقل .

وانما يزول هذا القيد كما تنص المادة (٨٢٠) أذا كان المطل المنحرف هو في الوقت نفسه مطلا مواجها للطريق العام . فاذا فتح المالك مطلا مواجها على الطريق العام فليس عليه أن يراعى في فتحة الابتعاد مسافة معينة عن ملك الجار الملاصق من أى من جانبى المطل .

المطلات المفتوحة على أقل من المسافة القانونية :-

اذا فتحت المطلات بدون مراعاة المسافة التى يحددها القانون ، كان للجار الحق في المطالبة بازالتها أى بسدها . ذلك أن فتح المطل في أقل من المسافة القانونية مخالفة قانونيه و خروج على القيد القانونى وأزالة المطل ممكنة دائما عن طريق سده .

وللجار أن يطلب الازالة دون حاجة الى اثبات ضرر معين لحقه ، ذلك أن فتح المطل في أقل من المسافة القانونية يعتبر اعتداء على ملكه ، وهو اعتداء يصح آن يتأيد فيرتفع الى درجة الحق اذا سكت عليه الجار المدة القانونية . فمن مصلحة الجار اذن في جميع الأحوال المطالبة بازالة المطل المخالف للقانون حتى لا يكتسب صاحبه حق ارتفاق في مواجهته بمضى المدة

---

(١٣٦)(استئناف مختلط ـ١٢ نوفمبر ١٩١٤ ـ المجموعه ٢٧ ـ ص ٢١٩ ، و ٩ نوفمبر ١٩٣٢ ـ مجموعه ٥ ـ ٣ ـ ص ٢١)

أما اذا فتح المطل في المسافة الممنوعة دون اعتراض من المالك المجاور ومضت خمسة عشر سنة اكتسب المالك حق المطل بالتقادم . و معنى ذلك أن مالك العقار المجاور لا يستطيع بعد مضى هذه المدة طلب سد الفتحات.

وعندئذ نكون بصدد حق ارتفاق بالمطل اكتسب بالتقادم ، وهذا ما يسمى بالمطل الارتفاقى ، تمييزا له عن المطل القانونى المفتوح في المسافة القانونية ، والذى لا ينطوى ـ كما رأينا ـ على معنى الارتفاق ، بل على تقييد في سلطة المالك فحسب .

ولكن هل للجار أن يبنى على حدود ملكه مباشرة ولو ترتب على ذلك جعل المطلات التى اكتسب الحق فيها بمضى المدة معدومة القيمة أو سدها ؟

أثر اكتساب المطل الارتفاقى بالتقادم :-

ذهب البعض الى أن تقادم المطل يترتب عليه حرمان الجار من طلب أزالة المطل المنشأ في المسافة الممنوعة ، ولكن يبقى له الحق في البناء في حدود ملكه ، ولو ترتب على ذلك وسد المطل بالبناء . وقد استندوا في ذلك الى أن صاحب المطل لم يكسب أرتفاقا بعدم ألبناء أو بعدم التعلية [١٣٧] أذ أن هذا الارتفاق – وهو من الارتفاقات غير الظاهرة ـ لا يجوز كسبه بالتقادم ، فهو لا يكسب الا العمل القانوني

ولكن مقتضى هذا الرأى أن يجعل اكتساب المطل بالتقادم لغوا ،مادام الجار يستطيع أن يبنى على حدود ملكه متجاهلا هذا الطبل فيسده . ومعنى هذا أن يكون في أمكان الجار دائما أن يجعل هذا الارتفاق الذى كسبه الغيرعلى ملكه معدوم القيمة .

لهذا لم يجد الرأى السابق قبولا في الفقه والقضاء . فالرأى الغالب فيهما أن اكتساب المطل بالارتفاق يترتب عليه أن يرتد الجار . ببنائه في ملكه بالقدر الذى يكمل المسافة القانونية التى اعتبرها القانون لازمة لاستعمال المطل ، وذلك على طول الحد الواقع فيه المطل [١٣٨] ، حتى يتسنى لمن كسب المطل التمتع به بالنظر والنور والهواء .

وهذا الرأى الأخير هو الذى أخذت به المجموعة المدنية المصرية ، اذ تنص المادة (٢/٨١٩) على أنه (اذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلايحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل) .

المطل المكتسب بالتقادم :- وهو المنشأ على أقل من المسافة القانونية ـ يترتب عليه منع الجار من البناء على مسافة متر على طول الحد المواجه للحائط الذى فتح فيه المطل .

---

(١٣٧)(استئناف مصر ـ ٩ ديسمبر ١٩١٠ـ المجموعة الرسمية ١١ـ رقم ١٨ ـ ص ٦٩ ، ومصر الابتدائية ـ٤ أكتوبر ١٩٢٦ ـ المجموعة الرسمية ٢٨ـ ص ٢٢٧)

(١٣٨)(راجع استئناف مختلط ـ ٩ ابريل ١٩٤٠ـ الجموعة ٢٢ـ ص ٢٢٨ ،والأحكام المشار اليها في د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية ـ طبعة سنة ١٩٥١ـالجزء الأول ـ رقم ٣٨٠ هامش ٣ ـ ص ٤٩٠ ـو هامش ١ ـ ص ٤٩٠)

ومسافة المتر تقاس من ظهر الحائط الذى فيه المطل أو من حافة المشربة أو الخارجة . فاذا كان المطل قد فتح مباشرة على الحد الفاصل بين العقارين وجب على الجار أن يرتد ببنائه مسافة المتر كلها . واذا أراد الجار فتح مطل في حائطه وجب عليه أن يبتعد بحائطه مترا آخر فيكون على مسافة مترين من الخط الفاصل [١٣٩] وأذا فتح المطل على نصف متر فقط من ملك الجار ، وجب على الجار يبنى على مسافة آقل من نصف متر ، و هكذا حتى يتم المسافة القانونية للمطل وهى المتر . ويجب أن يؤخذ بهذه الأحكام أيضا في المطل المنحرف اذا كسب بالتقادم [١٤٠]. ويجب أن نقف عند الحد السابق ولا نتعداه . فلا يترتب على اكتساب المطل بالتقادم. تحمل العقار الجاور بارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية يجاوز الحدود التى أوضحناها . ان الجار يكون له الحق في البناء دائما وفي تعلية بنائه مع مراعاة أن يكون بين البناء المقام أو المعلى والمطل المسافة القانونية على طول الحائط الذى فتح فيه المطل .. ذلك أن الارتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلى هو من الارتفاقات غير الظاهرة التى لا يجوز كسبها بالتقادم (المادة ١٠١٦) [١٤١] .ويلاحظ ان منطق استعمال المطل الذى اكتسب بالتقادم يحدده وضع اليد الذى كان آساسا لهذا التقادم ولذلك لا يجوز لصاحب المطل فتح مطلات أخرى في نفس الطابق أو في الطوابق الأخرى .

المطل المفتوح من قبل المتسامح لا ينقلب الى مطل ارتفاقى بالتقادم :-

على أنه يلاحظ أن اكتساب المطل بالتقادم خاضع للقواعد العامة للتقادم . ويجب أن يتوفر في وضع اليد الشروط اللازمة لكسب الحق بالتقادم ومن هذه الشرو ط أن يتضمن فتح المطل أعتداء على حق الجار المالك وعبئا عليه، فاذا كان فتح هذه المطلات من قبيل التسامح لم يمكن كسبها بمضى المدة

وعلى هذا الأساس قضت المحاكم المصرية بأن فتح مطل على أرض فضاء يعتبر حاصلا من قبيل التسامح، لأنه لا يشعر مالك الأرض بضرر ، وليس في وجوده اعتداء على وضع يده أو انتفاعه بملكه ، فلا يكتسب صفة الارتفاق مهما طالت المدة على فتحه [١٤٢] وفى هذا تقول محكمة النقض المصرية (ان المطل المفتوح على أقل من المسافة القانونية لاعتباره مبدأ لوضع يد على حق ارتفاق بالمطل يكسب بالتقادم

---

(١٣٩)(بهذا المعنى د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ٩٨ - ص ١٥٠ ، وعكس ذلك د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٤٧٨ - ص ٧٨٦)

(١٤٠)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس ٦٨)

(١٤١)(استئناف مختلط - ٢٣ آبريل ١٩١٤ - المجموعه ٢٦ - ص ٣٤٨)

(١٤٢) الاسكندرية الابتدائية ٢٦ نوفمبر ١٩٢٩ ، المحاماة رقم ٢٩٦ ص ٩٢٥ . و مصر الابتدائيه ٢٠ يونيه المحاماة ١٣ رقم ٣٣٧ ص ١٢٥٤ . و طنطا الابتدائيه ٢٨ يونيه ١٩٣٠ : المحاماة ١١ رقم ١٠٣ ص ١٦٩

لابد من انتفاء مظنة العفو من جانب الجار ومن شبهة الاقتصار بالمطل على القدر الذى تركه فاتحة من ملكه فاصلا بينه وبين ملك جاره[١٤٣] .وأعتبر من قبيل التسامح أيضا وجود علاقة قرابة بين مالكى العقارين[١٤٤]. ونلاحظ في النهاية على ان الحق في فتح مطلات في اقل من المسافة القانونية كما يكتسب بالتقادم يصح كسبه أيضا بالارتفاق أو بتخصيص المالك الأصلى

(١٤٣) نقضى ١٨ مارس ١٩٣٧ مجموعه محمود عمر الجزاء الثانى رقم ٤٤ ص ١٣١

(١٤٤) طنطا الابتدائيه ٢٠ نوفمبر ١٩٢٩ : المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٣

(الباب الرابع)

(بعض صور الملكية)

صور الملكية :-

ان الملكية الفردية الخالصة هى الصورة العادية للملكية ، وهى الصورة التى تبدو فيها الملكية بجميع خصائصها .الا أن الملكية قد تتخذ في العمل صورا أخرى متعددة . فهناك الملكية الشائعة حيث تتزاحم على الشيء الواحد حقوق أكثر من مالك . ثم ان هناك صورة ابتدعها التقنين المدنى الجديد هى ملكية الأسرة ،واخذ بها المشرع المصري عن التقنين السويسري والايطالي. ونظمت المجموعة المدنية الجديدة أيضا ملكية الطبقات تنظيما أكثر تفصيلا من القانون المدني القديم . وأخيرا هنالك الملكية ذات المحل المعنوى او التى تسمى عادة بالملكية الأدبية والفنية .وسوف نبحث هذه الصور للملكية في الفصول الاتية :-

(الفصل الأول)

(الملكية الشائعة)

التعريف بالملكية الشائعة :-

تعرف المادة (٨٢٥) من المجموعة المدنية الشيوع بقولها (اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية أذا لم يقم دليل على غير ذلك).

والشيوع هو وضع يكون فيه الحق العينى مملوكا لعدة أشخاص . وكما يكون الشيوع في الملكية يكون في سائر الحقوق العينية الأصلية كالانتفاع مثلا.

والشيوع في الملكية هو صورة من صور الملكية يكون فيها الشئ مملوكا لعدة اشخاص دون ان يتعين نصيب كل منهم ماديا في الشئ، ولكنه يتعين معنويا في الحق نفسه. فحق الملكية ذاته منقسم بين عدة أشخاص لكل منهم فيه نصيب أو حصة كالثلث أو النصف أو الربع ، ولكن الشيء ذاته محل الحق يظل غير منقسم حتى ولو كان بطبيعته قابلا للانقسام . ويترتب على هذا أن حق كل واحد من الشركاء - وهو حق جزئي كما اسلفنا – يقع علي الشئ المشترك جميعه [١٤٥].

فالشيوع يفترض اذن اشتراكا في حق الملكية مع عدم انقسام الشئ. فإذا ما تمت القسمة في اي وقت كان من شأنها انهاء حالة الاشتراك في الملكية فيصبح لكل متقاسم ملكية فردية لا يزاحمه فيها سواه، ويتحول الشئ الي اقسام اي حصص مفرزة ماديا يختص كل شريك باحدها.

---

(١٤٥)(ويلاحظ أن الشيوع كما يزد على الملكية قد يرد على غيرها من الحقوق العينية كحق الإنتفاع)

تمييز الشيوع عما عداه :-

وهذا ما يميز الشيوع عن غيره من صور الملكية التى قد تختلط به . فحيث لا يوجد شىء واحد مملوك على وجه الاشتراك لعدة أشخاص ويملك كل منهم فيه حصة معينة لا يمكن أن يقال ان هناك شيوعا . . .

ولذلك فان ملكية الطبقات ليست ملكية شائعة ، بل هى ملكية فردية مفرزة ، لأن كل مالك يملك طبقة من المنزل لا يشاركه في ملكيتها غيره من الملاك . وانما لا يعد مملوكا على الشيوع من المنزل الا أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك وكذلك الأرض (المادة ٨٥٦).

ولا شيوع أيضا في الحكر لأن البناء مملوك للمحتكر ، والأرض مملوكه للمحكر ، فملكيتهما لا ترد علي شئ واحد.

ولا شيوع أيضا في حالة ما اذا نزل المالك للغير عن حقه في الاستعمال أو الاستغلال كله أو بعضه . فلا شيوع بين المالك والمنتفع ، ولا بين المالك وصاحب الانتفاع ، فحق الملكية ليس هنا مشتركا بين المالك وبينهما.

والملكية الشائعة تختلف أخيرا عن الملكية المشتركة أو الجماعية المعروفة في القوانين الجرمانية . ويراد بالملكية المشتركة (ملكية جماعة من الجماعات يساهم فيها كل شريك بنصيب بقصد تحقيق غرض مشترك يعجز كل واحد منهم عن تحقيقه منفردا) ٠ فهى ملكية واحدة لكل الشركاء مجتمعين ، دون أن تعتبر الجماعة شخصا قانونيا اعتباريا ،ودون أن يكون لكل شريك ملكية خاصة في الشىء ولو شائعة . والملكية المشتركة لا يمكن أن تنشأ الا بارادة الأفراد أى باتفاقهم ، في حين أن الملكية الشائعة يمكن أن تنشأ على رغم الشركاء كما هى الحال بالنسبة للأموال الموروثة مثلا . ومتى قدم كل شريك في الملكية المشتركة نصيبه فقد حقه العيني عليه لينتقل الي الجماعة ، ودون أن تعتبر هذه الجماعة شخصا قانونيا ، وتحول حقه الى مجرد حق في استغلال الشىء وفي الحصول على نصيب من الأرباح الناشئة عنه . ولا يعود للشريك حقه العينى الا بعد قسمة الأموال نتيجة لتصفية الجمعية . وهذا بخلاف الحال في الشيوع حيث يعتبر الشريك مالك أى صاحب حق عينى على الشىء .

والملكية المشتركة صورة للملكية لا ضرورة لها في القانون المصري. فالقانون المصرى يعرف الشيوع بالمعنى المتعارف عليه . وهو قد نظم ملكية الأسرة على أساس قواعد الشيوع (المادة ٨٥٥) . ويعرف من ناحية أخرى الشخص الاعتبارى في تلك الحالات التى يجتمع فيها بعض الأفراد ويخصصون أموالا معينة لتحقيق غرض مشترك ، فهذه الأموال لا تعتبر مملوكة لجماعة الشركاء على الوجه المعروف في الملكية المشتركة ، وانما يتملكها الشخص المعنوى . والقانون المصرى قد أعترف بالشخصية القانونية للشركات المدنية بمجرد تكوينها (المادة ٥٠٥)

وكذلك للجمعيات بمجرد أنشائها (مادة ٥٨) والمؤسسات (مادة ٦٩)[١٤٦].

مصدر الشيوع:-

قد يكون مصدر الشيوع (الارادة) وقد يكون (الواقعة المادية) . فقد يكون مصدر الشيوع أرأديا كأن يشترك شخصان عقارا على وجه الشيوع . وقد يكون مصدر الشيوع عملا قانونيا صادرا من الغير الذى نقل الملكية شائعة الى عدة أشخاص ، كمن يوصى بما له لأشخاص متعددين. وقد يكون مصدر الشيوع واقعة مادية ،كالشيوع الناشئ من موت المالك وانتقال التركة شائعة الي الورثة. ومن هذا القبيل أيضاً اكتساب الملكية الشائعة بالتقادم . فالحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص الانفراد . وكما تقول محكمة النقض المصرية في حكم صادر في ١٠ اكتوبر ١٩٤٦(لا فرق بين حيازة النصيب الشائع وحيازة النصيب المفرز الا من حيث أن حائز النصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة ، أما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين) . والمخالطة ليست عيبا في ذاتها ، وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام . فاذا أتفق المشتاعون ووقف كل منهم في ممارسته لحيازته حصته مراعيا حصة غيره ، كما لو اغتصب اثنان فأكثرعقارا وحازوه شائعا بينهم جاعلين لكل منهم حصة فيه ، جاز أن يتملكوه بالتقادم . سواء اشتركوا في حيازتة المادية ام ناب في الحيازة بعضهم عن بعض هذا ما لم يكن لمالك العقار يد عليه وخلت الحيازة لغاصبيه . أما أذا كان للمالك يد علي العقار. فالفرض ان اجتماع يده مع يد الغير يؤدي الي مخالطة من شأنها ان تجعل يد هذا الغير غامضة. فضلا عن امكان حمل سكوت المالك علي محمل التسامح .ولكن الفرض ينتفي كما تنتفي مظنة التسامح من جانب المالك اذا كان الغير الذي يزاحمه في ملكه قد استطاع ان يحوز حصة شائعة في عقاره حيازة استقرت علي مناهضة حق المالك ومناقضته علي نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض أو منظمة التسامح ، فعندئذ تكون الحيازة صالحة لأن تكون أساسا لتملك الحصة الشائعة المحوزة بالتقادم[١٤٧].

وأساس الحكم المتقدم أن الحيازة الصالحة للتقادم هى الحيازة التى تشابه حيازة المالك . فيكفى لحيازة الحصة الشائعة أن يستعمل الحائز الشيء استعمال الشريك على الشيوع. فتنقلب حيازته هذه الى ملكية شائعة بالتقادم.

ومما سبق يتضح ان سبب الشيوع قد يكون اختياريا كما لو نشأ عن عقد بين المشتاعين، وقد يكون غير اختياري عند انتقال الملكية اليهم بسبب الارث مثلا.

---

(١٤٦)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - ص ١٥٤ - هامش رقم ١ ، وراجع مع ذلك في فائدة فكرة الملكية المشتركة دى باج- الجزء الخامس رقم١١٥٥ و ١١٥٥ مكرر - ص ١٠١٠ وما بعدها،وجوسران الملكية المشتركة في الكتاب المئوى للمجموعة المدنية - ج ١ - ص ٣٥٥)

(١٤٧)(نقض ١٠ أكتوبر ١٩٤٦ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس- رقم ٩٧ - ص١٩٣)

التنظيم القانونى للملكية الشائعة :-

لاشك ان التنظيم القانونى للملكية الشائعة يجب أن يختلف عن تنظيم الملكية الفردية الخالصة ، ومرجع هذا الاختلاف هو ما بين النوعين من خلاف في الطبيعة . فالملكية الفردية الخالصة يقع حق المالك فيها على الشيء كله دون مزاحم، أما في الملكية الشائعة فإن لكل من الشركاء حصة معينة في الحق ذاته، ولكنها لا تقع علي جزء من الشئ معين بالذات بل على الشيء جميعه. وهذه هى الفكرة الأساسية في الملكية الشائعة . ويترتب عليها ما يأتى:

١- للمالك علي الشيوع علي حصته حق ملكية بالمعنى الحقيقي. فهو كما أسلفانا صاحب حق عينى فهو يستطيع ان يتصرف في حصته بمقابل أو بدون مقابل ، وله أن يرهنهما رهنا رسميا ، وأن يطالب باستردادها إذا نازعه فيها الغير.

٢ – أما عن الشيء نفسه فانه يستحيل أن يتقرر لكل من الملاك على الشيوع كل خصائص الملكية الفردية ومكناتها . فان حق كل من المشتاعين مقيد بحقوق الآخرين . فلا يستطيع أحدهم أن يستقل بالتصرف في الشيء بدون موافقة الاخرين ٠ و لهذا كان الشيوع من الأوضاع الغير المرغوبة ، لما يسببه من مشاكل بين الشركاء ، ولأن من شأنه تعويق الحافز الشخصى وتعطيله. ولهذا قيد المشرع المدة التى يصح الاتفاق على البقاء على حالة الشيوع خلالها بدون قسمة فجعلها لا تزيد على خمس سنوات (مادة ٨٣٤). كما حاول المشرع في المجموعة المدنية الجديدة التخفيف من مساوىء الشيوع فلم يجعل الاجماع شرطا أساسيا لادارة المال الشائع أو لاجراء التحسينات عليه أو للتصرف فيه . بل اكتفى في كل ذلك بالأغلبية على أساس قيمة الانصباء (المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) .

وسوف نبحث التنظيم القانونى للشيوع فى عدة مباحث على النحو التالى :-

(المبحث الأول)

(استعمال المال الشائع وادارته)

(أولا :- حق المالك علي الشيوع في استعمال المال)

للمالك حق استعمال الشيء والانتفاع به على الوجه الذى يراه ، فله أن يستعمله الاستعمال المألوف الذى يتفق وطبيعة الشيء ، أو يخرج في استعماله على هذا الوجه المألوف . ولكن نظرا لأن المالك على الشيوع لا يستقل وحده بالشيء ، فان سلطته في استعمال الشيء يجب أن تتقيد بحقوق سائر الشركاء . ولهذا نص القانون في المادة (٨٢٦) على أن (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها، وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها ، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء) .

ومعنى هذا أن الشريك على الشيوع ، ولو أنه يملك حصته ملكا تاما كما تقرر المادة ، الا أنه في استعماله الشيء أو في استغلاله يجب ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، أو الاستعمال والاستغلال يتقيدان بحقوق الشركاء الاخرين . ولذلك يجب على الشريك ان يستعمل الشيء الاستعمال الذى يتفق وطبيعته أى مع

تخصيصه . فاذا كان الشئ المشترك طريقا مثلا أستعمله كل شريك في المرور دون أن يكون لأحد منهم أن يبنى فيه ، لأن ذلك البناء من شأنه تعطيل حقوق الآخرين في أستعماله . واذا كان بحيرة مثلا استطاع كل منهم أن يصطاد فيها . واذا كان بئرا استطاع كل شريك أن يستقى منه . هذا كله اذا كان الشيء يقبل الاستعمال المشترك ، وهو فرض قل أن يتحقق عملا .

استقلال أحد الشركاء بحيازة الشيء أو جزء منه ، قضاء محكمة النقض :-

ولكن اذا لم يكن المال قابلا للاستعمال المشترك فهل يجوز لأحد الشركاء ان يحوز الشئ او جزءا منه ويستعمله؟

لا شك انه يحق للشركاء - في سبيل تنظيم استعمال المال المشترك واستغلاله - أن يتفقوا على قسمته بينهم بهذا القصد . وهذه هى قسمة المهايأة التى نظمتها المجموعة المدنية الجديدة في المواد (من ٨٤٦ الي ٨٤٩)

ولكن هل يجوز لأحد من الشركاء أن يستقل بحيازة المال المشترك أو جزء منه لاستعماله و استغلاله دون اتفاق مع سائر الشركاء على قسمة المهايأة ؟

١ــ لا شك أنه اذا استقل أحد الشركاء بالمال الشائع جميعا واستعمله بنفسه بدون موافقة الشركاء ، جاز لهؤلاء منعه من ذلك وطرده منه . ولهم في سبيل هذا الاستعانة بدعاوى الحيازة ، اذ أن في عمل الشريك تعرضا لهم في حيازتهم أو غصبا لهذه الحيازة . ولهذا قضت محكمة النقض أن (وضع اليد على الحصة الشائعة يحمى بدعاوى وضع اليد . فيكون لكل مالك واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده . فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في الملك المشاع لدفع التعرض الواقع له، أيا كان المتعرض . فإن وقع من بعض الشركاء في العقار الشائع فعل يراد به استئثار مرتكبه وحرمان غيره من الشركاء ، فانه يجوز لهؤلاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض. واذن فاذا كان الحكم قد رفض دعوى منع التعرض بمقولة انه لا يجيز القانون رفعها من الشريك على شريكه في الشيوع ، فانه يكون مخالفا للقانون)[١٤٨] .

٢- فاذا وضع احد الشركاء يده على حصة مفرزة من المال كانت مساوية لنصيبه في الملكية الشائعة فهل يبقى لسائر الشركاء حق الاعتراض عليه أيضا ؟

يبدو من قضاء محكمة النقض المصرية انها أجازت وضع يد الشريك على ما يساوي حصته في الملك الشائع ، فقد قررت في حكم لها صادر فى ٢٥ فبراير١٩٤٣ ما يأتى (اذا كان احد الشركاء على الشيوع واضعا يده علي جزء معين تسهيلا لطريقة الانتفاع فهو يمتلك في هذا الجزء ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ويكون انتفاعه بالباقى مستمدا من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة . وليس من حق احد الشركاء أن ينتزع منه الأرض بحجة أنه معادل له في الحقوق على الأرض

---

(١٤٨)(نقض ٤ مايو ١٩٤٤ - مجموعة محمود عمر- الجزء الرابع - رقم ١٢٢- ص١٣٦ ، و كذلك نقض ١١ مارس ١٩٣٧ - مجموعة محمود عمر - الجزء الثانى - رقم ٤١ - ص ١٠٦)

، بل كل ماله - ان لم يعامل هذه المعادلة بالذات أواذا أراد العدول عنها أن يطلب قسمة الأرض أو يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع . فاذا كان الحكم قد أثبت أن وضع اليد بشروطه القانونية كان لأحد الشركاء على الشيوع فلهذا الشريك ، في سبيل حماية يده الفعلية على العقار من تعرض المشترى من احد شركائه ، أن يرفع دعوى وضع يد ضد المتعرض ، والمشترى وشأنه في اتخاذ ما يراه كفيلا بالمحافظة علي حقوقه [١٤٩] .

وقضت بهذا المعنى أيضا في حكم لها صادر في ٧ مارس ١٩٤٠ اذ قررت (لا نزاع في أن كل مالك على الشيوع له حق الملكية في كل ذرة من العقار المشاع ولا يستطيع شريكه اخراجه منه أو نزع حيازته . وهذا الحق سواء بين الشركاء لا يمتاز به واحد عن الآخر الا اذا كان يستمسك بحق مرده سند آخر غير الملكية المشاعة كالاجارة مثلا) . وبناء علي هذا قضت المحكمة (برفض دعوي أقامها أحد الشركاء علي شريك آخر أجر ما يوازى نصيبه للغير وعلى المستأجر منه وطالب فيها برد الحيازة ، اذ أن النزاع في نظرها هو على طريقة الانتفاع ، ومحله دعوى محاسبة أو دعوى قسمة لا دعوى رد حيازة التى هى من دعاوى وضع اليد [١٥٠]).

تقدير قضاء محكمة النقض :-

هذا ما قررته محكمة النقض . والثابت من مجموع هذا القضاء أنه اذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من العقار معادل لنصيبه (أو حتى اذا أجره) لم يجز لباقى الشركاء الاعتراض على ذلك ، و كل ما لهم هو مطالبته بالمحاسبة عن الانتفاع أو المطالبة بقسمة العقار اذا يرضيهم هذا .

ولكن هذا القضاء محل نظر في رأى بعض الفقهاء ، وعلي الخصوص في ظل المجموعة المدنية الجديدة، ان محكمة النقض تقرر أن كل مالك علي الشيوع له حق الملكية في كل ذرة من العقار المشاع . و أن هذا الحق سواء بين الشركاء لا يمتاز به واحد عن الآخر، وهذا حق، ولكن هل يستقم هذا مع استقلال أحد الشركاء باستعمال جزء من المال المشترك ولو كان مساويا لنصيبه ؟ أن مقتضى هذا القول هو منع الشريك من الاستئثار بجزء مفرز من المال الشائع ، سواء باستعماله أو أستغلالة ، دون موافقة الشركاء الآخرين . فاذا هو فعل ذلك كان لسائر الشركاء حق منع تعرضه هو أو من تلقى الحق عنه ، أو استرداد الحيازة من أيهما . وقد سبق أن رأينا أن محكمة النقض أجازت استعمال دعاوى وضع اليد من شريك في الملك ضد الشريك الآخر [١٥١] .

---

(١٤٩) نقض ٢٥ فبراير ١٩٤٢ مجموعة محمود عمر الجزء الرابع رقم٣١ ص ٦٠

(١٥٠)(نقض في مارس ١٩٤٠ - مجموعة محمود عمر - الجزء الثالث - رقم ٣٧ - ص ٩٩)

(١٥١)(ومن هذا الرأى د/ محمد على عرفة في الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٧٩- ص ٣٧٧ ، ومحكمة سوهاج الكليه ١٠ مارس ١٩٤٠ ، مجلة المحاماه - العدد ٢٠ - رقم ٤٠٢ - ص ٩٧٠)

واذا نظرنا الى الأحكام المنظمة للشيوع كما وردت في المجموعة المدنية الجديدة نرى أن المشرع صدر فيها عن فكرة واحدة هى (تغليب رأى الأغلبية) ، فما يستقر عليه رأى الأغلبية (والمقصود الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء) في أعمال الادارة يكون ملزما للجميع ، وهذه الأغلبية التى تضع النظام الكفيل يحسن الانتفاع بالمال الشائع (مادة ٨٢٨) . فكل خروج من أحد الشركاء على ما تقرره الأغلبية يجب ألا يعتد به [١٥٢] .

قسمة المهايأة :-

اذا لم يتيسر استعمال المال بواسطة الشركاء استعمالا مشتركا أمكنهم قسمته قسمة مهايأة. فقسمة المهايأة ليست قسمة نهائية ، بل هى قسمة أنتفاع لا قسمة ملكية ، ولذلك فهى لا تؤدى الى انهاء الشيوع .

وقد أوردت المجموعة المدنية الجديدة أحكاما لقسمة المهايأة في المواد (من ٨٤٦ الي ٨٤٩) ، و معظم هذه الاحكام مستقى من القضاء المصرى •

والمهايأة أو قسمة المنافع قد تتم باحدى طريقتين : -

١- (المهايأة المكانية) :- فقد يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء. وهذه هى المهايأة المكانية (مادة ٨٤٦) . ويجوز بعد المهايأة أن يستعمل شريك الجزء الذى اختص به بنفسه أو يؤجره للغير.

٢- (المهايأة الزمانية) :- وقد تكون المهايأة أيضا بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، وهذه هى المهايأة الزمانية (مادة ٨٤٧) وأغلب ما تكون في المنقولات .

والمهايأة بنوعيها تخضع من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقدالايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة (المادة ٨٤٨).

وقد نص القانون على أنه لا يجوز أن يتفق على قسمة المهايأة المكانية لمدة تزيد على خمس سنوات ، فاذا اتفق على مدة تزيد عليها وجب أنقاضها . ولكن ليس هناك ما يمنع عند انتهاء مدة السنوات الخمس من الاتفاق على تجديد القسمة لمدة خمس سنوات أخرى ؟ ، اذا انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، أو لم يشترط للمهايأة مدة أصلا ، اعتبرت حاصلة لمدة سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل أنتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد (مادة ١/٨٤٦).

---

(١٥٢)(د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٢٨)

تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بمضى المدة :-

والأصل أن قسمة المهايأة هى قسمة مؤقتة بقصد تنظيم الانتفاع بالمال المشترك ولكن المشرع رأى أن المهايأة المكانية اذا استمرت مدة خمس عشر سنة وجب ان تنقلب الي قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك [١٥٣] . ذلك أن المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في أنهائها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد وصلو اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا لنتائجها ، فان كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم الا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية [١٥٤] ، وقد نصت المادة (٨٤٦ /٢) على هذا الحكم .

وأضافت المادة (٨٤٦/٢) أيضا أنه (اذا حاز الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهيأة) . والمقصود بهذا النص أن حيازة الشريك لجزء مفرز من الأموال المشاعة طوال هذه المدة قرينة على قيام قسمة المهايأة طول هذه المدة ، ولا يكلف باثبات حصول هذه القسمة ولا بتقديم السند المثبت للاتفاق عليها . فاذا قامت هذه القرينة أمكنه أن يستند الي الجزء الأول من النص الذي من شأنه ان يقلب قسمة المهايأة بعد مضى خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية [١٥٥] .

<u>والمفهوم ان الجزء الذى يتملك طبقا لاحكام المادة (٨٤٦/٢) هو المقسوم قسمة مهيأة فقط ، أما الباقى من النصيب على الشيوع فيما عدا الجزء المقسوم فيبقى على الشيوع .</u>

المهايأة التى تسبق القسمة النهائية :-

وفضلا عن قسمة المهايأة التى تتم باتفاق الشركاء ، وهى الصورة العادية لقسمة الانتفاع ، أشارت المادة (٨٤٩) الى حالة خاصة لقسمة المهايأة. فتنص هذه المادة على أنه (١- للشركاء ان يتفقوا أثناء اجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.٢- فاذا تعذر أتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستعانة بخبير اذا اقتضي الامر ذلك.)

---

(١٥٣)(وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدى- مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء السادس- ص ٢٣٩ - أن قسمة المهايأة تنقلب الى قسمة نهائية دون أثر رجعى – ويرى أستاذنا الدكتور/ محمد على عرفه - ان معنى هذا التحفظ ما دام أن كل قسمة نهاية تسرى بأثر رجعى ، ولا يعقل أن يكون المشرع أراد مخالفة القاعدة هنا والا لما أعجزه النص على قصده صراحة -المرجع السابق - رقم ٣٢٤ - ص ٤٥٩، الا ان استاذنا الدكتور / عبد المنعم البدرأوى - يرى أن المذكرة لا تشير الى أثر القسمة النهائية اذ أن هذا الأثر يستند الى الماضى بدون شك ، ولكنها قررت أن تحول قيمة المهايأة الى قسمة نهائية لا يقع من تاريخ بدء المهايأة ولكن من وقت هذا التحول ، فتاريخ القسمة لا أثرها ، وهو الذى لا يستند الى الماضى).

(١٥٤)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ١٣٩)

(١٥٥)(راجع نقض ٤ أبريل ١٩٦٤ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - رقم ٥٩ - ص ١٤٧ - اذ أجازت المحكمة وضع اليد على حصة مفرزة يتملكها الشريك الحائز بمضى المدة بما يترتب على ذلك من انتهاء الشيوع بدون قسمة.)

فقد أجاز القانون أن يتفق الشركاء على هذه القسمة مؤقتا حتى تتم القسمة النهائية اذا خشى من أن تطول اجراءات هذه القسمة النهائية . فاذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى ــ وهو المختص بدعوى القسمة النهائية - أن يأمر بها اذا طلب ذلك أحد الشركاء . وفي هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية .

وتتميز هذه القسمة عن المهايأة العادية فى أنها لا يلزم أن تتم بناء على اتفاق الشركاء جميعا، وفى أنها غير محددة بمدة اذ أنها تظل باقية الى أن تتيسر القسمة النهائية.

(ثانيا :- ادارة المال المشترك - أعمال الادارة المعتادة)

ادارة المال المشترك هو أدق ما يعرض للشركاء علي الشيوع ،لاختلاف اهواء كل منهم ورغباته.لهذا تكفلت المجموعة المدنية الجديدة بوضع قواعد لهذه الادارة من شأنها أن تيسرعليهم القيام بها ، وأن تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف بينهم .

والأصل أن أدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، الا اذا اتفقواعلى توكيل أحدهم في أن ينفرد بالادارة . وعلى هذا نصت المادة (٨٢٧) حين نصت على انه (تكون أدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك) .

ولكن لما كان من غير الميسور أن ينعقد الاجماع في كل مسألة من مسائل الادارة،فقد وضع القانون من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة وعدم تعطيل استغلال المال الشائع ، فنصت المادة (٨٢٨) على ما يلى (١ - ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الادارة المعتادة يكون ملزما للجميع ، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء . فان لم تكن ثمة اغلبية فللمحكمة ، بناء علي طلب احد الشركاء، ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع. ٢ــ وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا ، كما أن لها أن تضع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أم خاصا .٣- واذا تولي احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم).

ويتضح من هذا النص أنه اذا كان الأمر متعلقا بأعمال الأدارة ، كايجار المال الشائع ، فاذا أتفقت الأغلبية (على أساس قيمة الأنصباء) على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الادارة • ولهذه الأغلبية أن تقيد المدير في أدارته بقواعد تضعها ، وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية ، كما تسرى على خلفاء الشركاء سواء أكان الخلف عاما أم خاصا . أما اذا لم يختاروا مديرا ، وتولى أحد الشركاء الأدارة دون اعتراض الباقين (والأصوب دون اعتراض الأغلبية) عد وكيلا عنهم [١٥٦] .

---

(١٥٦)(ولذلك لا تكون اجارته نافذة الا في حدود ثلاث سنوات ، راجع د/ سليمان مرقص في عقد الايجار - رقم ٧٢)

فـاذا لـم يتـول الادارة أحـد ، وجـب أن تكـون الادارة للجميـع ، ولكـن لا يشـترط أن ينعقـد الاجمـاع فيمـا بيـنهم ، بـل مـا يسـتقر عليـه رأى الأغلبيـة (علـى أسـاس قيمـة الأنصـباء دائمـا) يكـون ملزمـا للجميـع بمـا فـيهم الأقليـة التـى خالفـت هـذا الـرأى . ولـيس لهـذه الأقليـة حـق الـتظلم الـى المحكمـة مـا دام الأمـر يتعلـق بـالادارة المعتـادة . فـان لـم تكـن هنـاك أغلبيـة ، وشـلت الادارة بسـبب ذلـك ، كـان لكـل شـريك أن يطلـب مـن المحكمـة المختصـة أن تعـين مـن يـدير المـال الشـائع مـن بـين الشـركاء أو مـن غيـرهم . وتتخـذ المحكمة من الاجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال .

حكم أستقلال أحد الشركاء بالتأجير :-

امـا اذا قـام احـد الشـركاء بالتـأجير ، حيـث لا يكـون لـه الحـق فـي ذلـك وحيـث لا يمكـن اعتبـاره وكـيلا عـن البـاقين ، لـم ينفـذ هـذا الايجـار فـى حـق سـائر الشـركاء سـواء أجـر الشـريك المـال كلـه أو جـزءا منـه ، ولـو كـان هـذا الجـزء معـادلا لحصـته . ويترتـب علـى ذلـك ان لسـائر الشـركاء اعتبـار الايجـار غيـر قـائم بالنسـبة لهـم، واعتبـار المسـتأجر مـن احـدهم متعرضـا اذا كـان قـد حـاز المـال بالفعـل ، واخراجـه مـن العـين دون حاجـة الـى انتظار لنتيجة القسمة (١٥٧) .

وهـذا الحكـم واجـب الاتبـاع سـواء أجـر أحـد الشـركاء المـال أو جـزءا منـه ، وسـواء أجـر جـزءا مفـرزا أو حصـة شـائعة ، حتـى لـو كانـت هـذه الحصـة هـى التـى يملكهـا الشـريك المـؤجر بالفعـل . فعقـد الايجـار فـي هـذه الحـالات جميعـا يكـون غيـر نافـذ فـي مواجهـة سـائر الشـركاء . ذلـك أن الايجـار الصـادر مـن أحـد الشـركاء يقـع فـي جـزء منـه علـى مـا يملكـه الشـريك المـؤجر وفـي جـزء آخـر علـى مـا يملكـه سـواه ، أى أن الايجـار يقـع فـي جزء منه على ملك الغير .

أمـا فيمـا بـين المـؤجر والمسـتأجر فـان العقـد يكـون صـحيحا، فـلا يجـوز لأحـدهما أبطالـه . فـلا يجـوز للمـؤجر ذلـك ولـو بحجـة أعتـراض سـائر شـركائه علـى الاجـارة ، ولا يجـوز للمسـتأجر أن يطلـب ابطالـه بحجـة أن حقـه فـي الانتفـاع مهـدد بـاعتراض سـائر الشـركاء . فـاذا تمكـن المـؤجر مـن أن يسـلم العـين الـى المسـتأجر ولـم يتعـرض لهـذا الأخيـر أحـد فـي أنتفاعـه ، لـم يجـز لـه طلـب الفسـخ مـا دام منتفعـا بـالعين . الا أن حـق المستأجر مهدد بالزوال لاحتمال تعرض المشتاعين له في حيازته كما أسلفنا .

فـان تعـرض للمسـتأجر احـد ولـم يـتمكن مـن الانتفـاع كـان لـه الرجـوع بالضـمان علـى الشريك المؤجر مطالبا بالفسخ أو انقاص الأجر على حسب الاحوال(م ٥٧٢).

فـاذا لـم يتعـرض للمسـتأجر احـد و آثـر سـائر الشـركاء انتظـار نتيجـة القسـمة وقسـم المـال بالفعـل ، نفـذ الايجـار فيمـا وقـع مـن نصـيب المـؤجر ولـم ينفـذ فـي حـق غيـره مـن الشـركاء . فـاذا جـاء الجـزء المـؤجر فـى نصـيب مـن اجـر لـه انتهـي الامـر، امـا اذا جـاء هـذا الجـزء فـي نصـيب احـد الشـركاء الاخـرين انتقـل حـق المسـتأجر الـى الجـزء الـذى آل الـى المـؤجر بطريـق القسـمة . وذلـك تطبيقـا لـنص المـادة (٨٢٦ /٢) وتـنص بأنـه (أذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا

---

(١٥٧)(ومع ذلك فقد سبق أن رأينا محكمة النقض لا تجيز للملاك التعرض لمن أستأجر من أحد الشركاء ما يوازى حصته ، أنظر نقض ٧ مارس ١٩٤٠ - مجموعة محمود عمر - الجزء الثالث - رقم ٢٧- ص ٩٩)

الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف اليه ، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة . الحق في ابطال التصرف) اذ أنه يجب تفسير لفظ « التصرف » الوارد في هذه المادة تفسيرا واسعا يشمل جميع الأعمال القانونية التى تصدرمن المالك على الشيوع [١٥٨].

(ثالثا :- ادارة المال المشترك – أعمال خارجة عن الادارة المعتادة)

لا يجوز لأحد من الشركاء أن يأتى من الأعمال ما يعد خروجا بالمال المشترك عن تخصيصه ، فلا يجوز أن يدخل تعديلات جوهرية عليه حتى لو عاد هذا بالنفع على سائر الشركاء [١٥٩] فلا يجوز لأحدهم مثلا أن يحول المال المشترك من مطعم الى مقهى ، أو الأرض الزراعية الى أرضى البناء .

وبناء على ذلك استقر الفقه ومعظم القضاء على حرمان الشريك من أقامة بناء على الأرض الشائعة دون موافقة سائر الشركاء. فأذا فعل كان عمله هذا تعديا على حقوق سائر الشركاء ، لأن البناء هو من قبيل الأعمال الخارجة عن الادارة المعتادة ، ولا يكون للشريك البانى في هذه الحالة أن يرجع على شركائه بنصيبهم في نفقات البناء الذى أحدثه دون موافقتهم ، وانما يحق لهؤلاء الشركاء طلب أزالة ما بناه الشريك دون حاجة الى انتظار نتيجة القسمة ، فضلا عن الزام البانى بالتعويض عما لحقهم من أضرار بسبب البناء والهدم ، ذلك أن فعل الشريك البانى يعتبر في هذه الحالة اعتداء مباشرا على حق سائر الشركاء ، وحق الشريك في استعمال المال مشروط بعدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء كما تقدم [١٦٠].

ولكن محكمة النقض المصرية خالفت هذا الرأى في حكم لها صادر في ١١ يناير ١٩٤٠ ، اذ قررت في هذا الحكم أن (لكل من الشركاء على الشيوع ملكية حقيقية في حصته الشائعة ، ولذلك فانه اذا تمكن أحدهم من اقامة بناء على جزء من العقار المشترك فانه لا يعد بانيا في ملك غيره و من ثم فان المادة ٦٥- من القانون المدنى لا تكون منطبقة على حالته لتعلقها بحكم البناء في ملك الغير . ولا يغير من ذلك ما للشريك الآخر من حق الملكية على الشيوع في الجزء الذى حصل عليه البناء ، فأن كل ما له هو ان يطالب من اقام البناء بقسمة العقار المملوك لهما على الشيوع ثم يرتب حقه علي ما يظهر من نتيجة القسمة)[١٦١].

---

(١٥٨)(راجع سليمان مرقص ،عقد الايجار - رقم ٧٢ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – ج٦ - فقرة ٥٢ - ص ٦٢ - و هامش ٣ - و ج ٨ - فقرة ٤٩٦ - ص ٨٢٧ - هامش ١ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون –١٢٨- ص ١٩٨)

(١٥٩)(محكمة المنشية الجزئية ٢٣ يناير ١٩٣٤، مجلة المحاماة - العدد ١٦ - رقم ٢٣٣ - ص ٥٣٥).

(١٦٠)(مصر الابتدائية ٢٧ يناير ١٩٣١ ، مجلة المحاماة العدد ١٢ - رقم ٣٢٧ - ص ٦٤٢ ، بنى سويف الابتدائية ٢٢ مايو ١٩٣٢ ، مجلة المحاماة العدد ١٣ - رقم ٢٩٤ - ص ٥٧١ ، و استئناف مصر ٣٠ سبتمبر ١٩٣٦ ، مجلة المحاماة العدد ١٧ - رقم ٣١٧ - ص ٦٦٠)

(١٦١)(١١ يناير ١٩٤٠ - مجموعة محمود عمر - الجزء الثالث - رقم ٢٤ - ص ٥٥)

ولا شك في أن ما ذهبت اليه محكمة النقض يتضمن خروجا على المبدأ الذى يقضى بأنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يغير في المال المشترك أيا كانت صورة هذا التغيير . فللشركاء الاعتراض على اى عمل يقوم به أحدهم خروجا على هذا المبدأ . ولاريب في أن بناء أحدهم على الأرض المشاعة يعد اعتداء على حقوقهم فيحق لهم أزالته (١٦٢)

والمفروض فيما تقدم أن يكون الشركاء قد اعترضوا على البناء . أما اذا لم يعترضوا عليه كان ذلك بمثابة موافقة عليه ، وامتنع عليهم عندئذ طلب الازالة على أن يوفوا ما يناسب حصه كل منهم في نفقات البناء الفعلية وقت اقامته.ويكون الحكم كذلك اذا اقروا فعل الشريك البانى بعد البناء ولو ضمنا ، كأن طالبوا بحصتهم في البناء او ريعه . وهذا ما قررته محكمة النقض في حكم صادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٤٨ (١٦٣) .

الأغلبية اللازمة لأعمال الادارة غير المعتادة :-

و لما كان في منع المشتاع من احداث اى تغيير في المال الشائع أو تعديل في تخصيصه تعطيل للانتفاع به ، فقد نصت المادة (٨٢٩) من المجدموعة المدنية علي انه (١ – للشركاء الذين يملكون على ثلاثة أرباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الي المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. ٢- وللمحكمة عند الرجوع اليها أذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير ، ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تتضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

ويتضح من هذا النص أن المشرع عامل الأعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة معاملة تخالف حكم اعمال الادارة المعتادة ، وذلك لما تنطوى عليه تلك الأعمال من خطورة . فهو لم يكتف بالأغلبية المطلقة ، بل اشترط أغلبية الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الشائع ، ثم انه ألزم الأغلبية باعلان قرارها الى الأقلية قبل القيام بهذه الاعمال ، وللشركاء الذين لم يوافقوا على هذا القرار مهلة شهرين ، فاذا أرادوا مخالفة قرار الأغلبية وجب عليهم أن يرجعوا الى المحكمة خلال هذه المدة . فاذا فاتت هذه المدة دون الالتجاء الى المحكمة كانت القرارات نهائية ونافذة حتى في حق غير الموافقين .

---

(١٦٢)(انظر في هذا المعنى د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٢٨ - ص١٩٥ و ١٩٦ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٠٢ - ص ٨٣٤ و ٨٣٥)

(١٦٣)(وتقرر المحكمة في هذا الحكم أن - الشريك الذى يقيم بناء على العين المشتركة لا يعتبر من الغير في نص المادة ٦٥ من القانون المدنى ، فاذا ما طالب الشريك الآخر بملكيته لحصة في هذا البناء وجب أن يكون ذلك في مقابل ما يناسبها في تكاليف البناء الفعلية وقت اقامته ، اذ أن مطالبته ؛ هذه تفيد أنه اعتمد فعل شريكه ، ومن ثم يكون الشريك البانى في هذه الحالة معتبرا في حكم الوكيل ، نقض ٣٠ديسمبر ١٩٤٨ - مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - رقم ٣٥٩ - ص ٦٩٠ ، وراجع د/ محمد على عرفة - الملكية بوجه عام – طبعة بدون - رقم ٢١٢)

وللمحكمة عند الرجوع اليها أن توافق على قرار الأغلبية أو تلغيه ، ولها في حالة ما أذا اعتمدت قرار الأغلبية أن تأمر باتخاذ التدابير التى تراها مناسبة ، وعلى الخصوص أن تأمر باعطاء المعترض من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض من جراء تنفيذ قرار الأغلبية فيما اذا تبين أن هذا القرار ضار بالمصلحة .

(رابعا :- الاعمال اللازمة لحفظ الشيء)

تنص المادة(٨٣٠) على ان ((لكل شريك في الشيوع الحق في ان تأخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء)) .

أعمال الحفظ يجوز لكل شريك ان يقوم بها دون اشتراط موافقة سائر الشركاء ، بل حتى رغم معارضتهم . ويدخل في أعمال الحفظ الاعمال المادية اللازمة لصيانة الشيء وحفظه ، كالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل فوات موعد جنيها ويدخل فيها أيضا الأعمال القانونية والاجراءات اللازمة للمحافظة على الحق نفسه كرفع دعاوى الحيازة ضد المتعرض أو المغتصب ، وكذلك قطع التقادم السارى لصالح أجنبى عن الشركاء ، والمطالبة بوضع الحدود.فأعمال الصيانة هى من حق كل شريك ، وهو اذا قام بها كان نائبا قانونا عن باقى الشركاء بقدر حصصهم [١٦٤]. ولذلك جاز له الرجوع على كل منهم بما صرفه كل بقدر حصته (المادة ٨٣١) .

الاشتراك في النفقات والتكاليف :-

اذا قام أحد الشركاء ببعض نفقات ادارة المال الشائع أو حفظه وصيانته ، أو قام بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، جاز له الرجوع على سائر الشركاء ، كل بقدر حصته(المادة ٨٣١).

فكل شريك ملزم أذن بتحمل نصيبه من النفقات المشتركة . ولما كان هذا الالتزام من الالتزامات المرتبطة بالشيء أو الالتزامات العينية كما يسميها بعض الشراح ، فمشروع القانون المدنى كان ينص على ان لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته في المال الشائع (المادة ١١٩٩ من المشروع التمهيدى و ٩٠٢ من المشروع النهائى) ٠ و لكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رأت حذف هذا النص ،لا على اعتبار أنه يتضمن حكما يجب استبعاده ، ولكن لأنه حكم يستطيع القضاء أن يستنبطه من القواعد العامه لأنه يتضمن قاعدة أصيلة مؤداها أن الشخص الذى يلتزم بالتزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق[١٦٥]

---

(١٦٤)(ويكفى القول بالنيابة القانونية . وكان القضاء يلجأ الى فكرة الوكالة الضمنية . وتعتبر المذكرة الايضاحية الشريك هذا فضوليا في حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الآخرون على عمله تطبيقا لنص المادة ٨٩ التى تقرر أن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى في أثناء توليه شأنا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا من الآخر - مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ٢٩٥ - ويرى استاذنا الدكتور / شفيق شحاتة – ان القول بالنيابة القانونية أسلم اذ لا يمكن القول بالفضالة اذا اعترض الشركاء على العمل د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١)

(١٦٥)(مجموعة الأعمال التحضيرية -الجزء السادس -ص ٩٣ و ٩٤ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ -رقم ١٤٨ -ص ١٧٠)

ويترتب على هذا التخلى ادخال نصيب الشريك المتخلى في ملك سائر الشركاء . كل بقدر نصيبه في المال الشائع . ولذلك يجب تسجيل سند هذا التخلى اذا كان واردا على حصة فى عقار وفقا لأحكام قانون الشهر العقارى .

(المبحث الثانى)

(التصرف فى المال الشائع)

الصور المختلفة للتصرف في المال الشائع:-

قد يتصرف الشركاء جميعا في المال الشائع ، وهذه الحالة لا تثير صعوبة كبيرة ، وانما تعوض الصعوبة اذا قام أحد الشركاء أو البعض منهم بالتصرف دون موافقة سائر الشركاء .

وقد يقع التصرف في هذه الحالة على حصة المتصرف الشائعة ، كما قد يرد على حصته مفرزة من العقار الشائع ، و اخيرا قد يرد التصرف من جانب أحد الشركاء في المال الشائع جميعه . فما حكم التصرف في كل حالة من هذه الحالات ؟

ان المجموعة المدنية الجديدة قد أوردت أحكاما للتصرف في المال الشائع في المواد ٨٢٦ و ٨٣٢ و ٨٣٣ . ولا شك ان هذه النصوص قد حسمت بعض نواحى الخلاف في هذا الموضوع ، الا أنها مع ذلك لم تقض عليها جميعا كما سيظهر بعد ذلك. و سوف نبحث في موضوع التصرف في المال الشائع على النحو التالى :-

(أولا :- تصرف الشريك فى حصته الشائعة)

صحة تصرف الشريك في حصته الشائعة و نفاذه:-

المالك على الشيوع – كما أسلفنا – يملك حصته الشائعة ملكية تامه ، و له اذن أن يتصرف فيها بنقلها الى الغير أو بانشاء حقوق عينية عليها . ولذلك نصت المادة (٨٢٦) على أن (كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها)

وبناء على ذلك يجوز للمالك المشتاع أن ينقل كل ملكية حصته أو بعضها للغير بالبيع أو الهبة أو المقايضة أو الوصية . و يكون التصرف في هذه الحالة صحيحا ونافذا في حق غيره ، لأن المتصرف قد ورد في نطاق حقه ، ويحل المتصرف اليه محل المتصرف في ملكية الحصة الشائعة، ويصبح شريكاً في المال الشائع . ولكن يلاحظ أن تصرف الشريك في حصته الشائعة في عقار معين بالبيع لأجنبي يخول باقي الشركاء حق المطالبة بأخذ هذه الحصة بالشفعة (المادة ٢/٩٣٠) ، كما يجوز لكل شريك أيضا أن يسترد الحصة الشائعة المبيعة لأجنبي اذا كانت في منقول أو في مجموع من المال وفقا للاجراءات التى بينها القانون في المادة (٨٣٣)

وكما يجوز التصرف في الحصة الشائعة بنقل ملكيتها ، كذلك يجوز للشريك أن يرتب عليها حق انتفاع ، ويكون لصاحب حق الانتفاع في الحصة الشائعة جميع الحقوق التى يخولها هذا الحق

، بما يتلاءم مع الشيوع[١٦٦] ، ولكن لايمكن تقرير حق ارتفاق علي الحصة الشائعة أو تحكيرها ، لأن الارتفاق يقتضى القيام بأعمال مادية على عقار مفرز ، و لأن الحكر يقتضى البناء أو الغراس على العين المحكرة

رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا :-

ويحق للشريك أيضا أن يرهن حصته الشائعة رهنا رسميا . وعندئذ يكون الرهن صحيحا لأن الشريك قد أنشأه في حدود حقه . ولا يصح القول بوجوب توقف الرهن على نتيجة القسمة . ان الرهن الرسمى لا يستلزم الحيازة حتى لنفاذه ضد الغير ، فيجب القول اذن بأن رهن الحصة الشائعة هو رهن صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة الشائعة. فاذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين الراهن بالوفاء ، كان للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها ، حتى ولو لم تكن القسمة قد أجريت بعد . ولا يمكن حرمان الدائن من هذا الحق بمقولة وجوب انتظار نتيجة القسمة [١٦٧].

ولكن قد تقع القسمة بين الشركاء قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن فما مصير الرهن ؟

ان الأمر لا يخرج عن أحد فرضين هما:-

الفرض الأول :- حالة القسمة العينية :- يتحول نصيب الشريك الراهن من حصته شائعة الى نصيب مفرز ، وينتقل الرهن ألى الجزء الذى آل الى المدين الراهن بعد القسمة ، فيصبح محل الحق مفرزا بعد أن كان شائعا . وقد نصت على هذا الحكم المادة (٢/١٠٣٩) حين قررت أنه ((اذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة . . . انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الاصل)).

فالتقنين المدنى الجديد نقل بهذا النص الرهن من الحصة الشائعة الي الحصة المفرزة بقدر الحصة المرهونة .

ولكن المشرع لم يكتف بتقرير هذا المبدأ بل نظم تطبيقه ، فجعل القدر الذى ينتقل اليه الرهن من الأعيان التى وقعت في نصيب الراهن يعين بأمر على عريضة بواسطة القاضى . ثم أنه ألزم الدائن المرتهن بأن يقوم باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه بالقسمة أى ذى شأن كشريك متقاسم أو الراهن نفسه أو دائن آخر .

---

(١٦٦)(في أعمال الادارة المعتادة يؤخذ رأى صاحب حق الانتفاع لا ملك الرقبة . أما في أعمال الادارة غير المعتادة وأعمال التصرف وطلب القسمة ، فيتعد برأى ملك الرقبة دون المنتفع - د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٨١٣ - ص ٨٤٦.)

(١٦٧)(ولا يمكن التسليم بما يذهب اليه البعض من أعطاء الدائن المرتهن حق أبطال الرهن. ان حق الابطال المشار اليه في المادة ٢٦ / ٢ مقصور على حالة التصرف في الحصة المفرزة لا الشائعة ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٨٥ - ص ٣٩٦ ، د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون - رقم ٤٩ - ص٧٣)

ومتى تم هذا القيد الجديد في خلال التسعين يوماً المذكورة تأيدت للرهن نفس المرتبة التى كانت له من تاريخ القيد الأصلى . أما اذا لم يحصل القيد الجديد خلال هذه الفترة ولكن حصل بعد فواتها، فان مرتبة الرهن لا تكون الا من تاريخ القيد الجديد.

وتضيف المادة (٢/١٠٣٩) أن أنتقال الرهن على هذا الوجه لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسم [١٦٨] .

الفرض الثانى :- حصول الشريك على مقابل مالى لحصته :- وحيث لا يختص الشريك الراهن بحصة في الأعيان وانما يأخذ في مقابل نصيبه مبلغا من النقود ، فلم يرد نص في القانون . ولم تتعرض المادة (٢/١٠٣٩) لهذا الموضوع ، أذ أن حكمها مقصور كما بينا على الحالة التى يختص فيها الشريك الراهن ببعض الأعيان التى يشملها الشيوع . ولكن مع ذلك يجمع الفقهاء على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة أيضا. فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنه [١٦٩]. (الباحث)(راجع بند ٤٩ من نتيجة هذا البحث)

رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة :-

لا يوجد ما يحول دون امكان رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازة ، ويكون الرهن في هذه الحالة صحيحا . وهذا الحكم وأن كان محل خلاف في ظل القانون القديم نظرا لأن الحيازة فيه كانت شرطا لصحة العقد، فانه لا يجوز أن يكون موضعا للشك في ظل القانون الجديد الذى يجعل الحيازة شرطا لنفاذ الرهن في حق الغير .

ولكن هل يمكن تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة حتى يكون الرهن نافذا في حق الغير؟

يمكن بوسائل متعددة تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة . فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقى الشركاء على تسليم المال الى أحد الشركاء الذى يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن ، أي بصفته عدلا. فان المادة (١١٠٩) تشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه الطرفان ٠ و يجوز أن يتفق الجميع على تسليم الشيء المرهون كله الى الدائن المرتهن ، فيجوز الشيء فيما يتعلق بالحصة المرهونة باعتباره دائنا مرتهنا ، وفيما يتعلق بسائر الحصص باعتباره وكيلا أو مديراً [١٧٠]

---

(١٦٨)(راجع في هذا د/ عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات- طبعة بدون - رقم ٢٢٤ - ص ٣٢١.)

(١٦٩)(راجع في هذا د/ عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات- طبعة بدون - رقم ٢٢٥ - ص ٣٢٣ ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٨٥ - ص ٣٩٧)

(١٧٠)(راجع د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون - رقم ١١٠- ص ٩٤، د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون - رقم ٣٤٠ ،د/ محمد كامل مرسى - التأمينات العينيه – طبعة بدون - رقم ٢٨٧) .

مصير الرهن بعد القسمة :-

ان المشرع لم ينقل هنا حكما مماثلا لحكم المادة (٢/١٠٣٩) الخاصة بالرهن الرسمي . ولكن مع ذلك يمكننا القول بانتقال الرهن الى حصة الراهن المفرزة بعد القسمة ، وذلك تطبيقا لمبدأ الحلول العينى الذى نص عليه المشرع في المادة (٨٢٦) في باب الشيوع ، فأن هذا النص ينطبق على جميع التصرفات الصادرة من الشريك المشتاع أيا كان هذا التصرف . وبمقتضاه ينتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة ، وان كان النص لا يشير الا الى التصرف في حصة مفرزة ، الا أن المبدأ الذى صدر عنه يسمح بالقول بانتقال الرهن المرتب على الحصة الشائعة الى النصيب المفرز بعد القسمة . ولذلك يبدو أن نص المادة ١٠٣٩ في فقرتها الثانية (وهى الخاصة بالرهن الرسمى) ليس سوى تطبيق للمبدأ المقرر في المادة (٨٢٦) سالفة الذكر [١٧١] (الباحث)(راجع بند ٤٩ من نتيجة هذا البحث)

(ثانياً :- تصرف الشريك في حصة مفرزة)

المادة (٢/٨٢٦) قد بينت حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة فنصت على (واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه ، أذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف) .

ونلاحظ أن النص المذكور يشمل جميع أحوال التصرف لا البيع فقط فهو ينطبق على الهبة والرهن وعلى ترتيب أى حق عينى آخر . ثم أننا نلاحظ من جهة أخرى أنه لم يبين صراحة حكم التصرف الا بعد القسمة ، ولم يذكر حكمه بين العاقدين ولا بالنسبة لسائر الشركاء قبل القسمة . ويجب أن نبين حكم التصرف في الحالين أى قبل وقوع القسمة و بعدها ٠ و نبدأ ببيان حكم التصرف بعد القسمة ، وهو الحكم المذكورصراحة في المادة (٨٢٦/ ٢)

حكم المتصرف في حصة مفرزة بعد القسمة :-

لم يرد في المجموعة المصرية القديمة نص خاص بتصرف الشريك فى الحصة المفرزة ولا في المال الشائع كله ، ولذلك كان يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وعلى الخصوص الى ما هو مقرر من أن القسمة ذات أثر كاشف .

و يؤدي تطبيق هذه القواعد العامه الي انه اذا وقع الشئ موضوع التصرف بعد القسمة في نصيب الشريك المتصرف صح التصرف و نفذ ، لانه يكون قد ورد على مال مملوك للبائع ملكا خالصا . فان لم يقع في نصيب المتصرف أخذ حكم بيع ملك الغير وجاز للمشترى طلب ابطاله .

---

(١٧١)(راجع د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون - رقم ٢٤٠- ص ٢٤٢ ، د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون - رقم ١٠٨ -ص ٩٢ ، وعكس ذلك د/عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات – طبعة بدون - رقم ٤٣٥ - ص ٥٢٠) .

ولكن المشرع في التقنين المدنى الجديد أراد أن يضيق في هذا البطلان حرصا منه علي استقرار المعاملات ، فاورد نص المادة (٢/٨٢٦) سالف الذكر. ويخلص من هذا النص أنه أذا تصرف الشريك المشتاع في حصة مفرزة من المال الشائع ولم تقع هذه الحصة المتصرف فيها في نصيبه عند القسمة فان التصرف لا يكون باطلا، ولكنه ينتقل – من وقت التصرف - الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة . ومعنى هذا أن الجزء الذى وقع بالقسمة في نصيب الشريك المتصرف يحل محل الجزء الذى ورد عليه التصرف أصلا ، ويعتبر التصرف واردا عليه من وقت ابرامه ، فينتقل اليه حق المتصرف اليه بموجب للتصرف ولا يكون له حق على الجزء الذى وقع عليه التصرف في الأصل.و قد أخذ المشرع في ذلك بفكرة الحلول العينى(١٧٢) .

ولم يسمح المشرع للمتصرف اليه بطلب البطلان الا اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة . أما اذا كان يعلم ذلك فليس له الحق في طلب البطلان وينتقل التصرف ، كما قدمنا ، الى الجزء الذى وقع في نصيب المتصرف بعد القسمة.

وظاهر من ذلك أن هذا البطلان لم يؤسسه المشرع على بطلان التصرف في ملك الغير ، لأن بطلان التصرف في ملك الغير يجيز للمتصرف اليه طلب البطلان بغض النظر عن علمه أو عدم علمه بأن الشيء مملوك للغير ،و انما أسس المشرع هذا البطلان علي الغلط .فالمتصرف اليه اذا كان يجهل ان العين شائعة يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشئ ، الامر الذي يسمح له بطلب البطلان علي هذا الأساس .

الصعوبات التى يثيرها تطبيق الحلول العينى :-

وقد أورد المشرع تطبيقا لهذه القاعدة العامة فيما يتعلق بالرهن الرسمى. وجعل هذا الحكم عاما يسرى فى حالة رهن جزء مفرز من العقار أو حصة شائعة فيه على السواء فالمادة (٢/١٠٣٩) تقرر أنه أذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءا مفرزا من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها ، أنتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل . ويعين هذا القدر بأمر على عريضة . ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى انتقل اليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن تسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين.

---

(١٧٢)(ويلاحظ ان حكم المادة ٢/٨٢٦ ينطبق على الرهن الحيازى لكونه نوعا من التصرف والمادة ٢/١٠٣٩ الخاصة بالرهن الرسمى طبقت هذا المبدأ،ولا يعنى هذا عدم تطبيق الحلول العينى على الرهن الحيازى لعدم ورود نص مقابل لهذه المادة الأخيره في باب الرهن الحيازى ، بل الواجب هو الرجوع الى القاعدة العامة الواردة في المادة ٨٢٦/ ٢ - راجع د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون – رقم ٢٤٠ - ص ٣٤٢ ، د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون – رقم ١٠٨ - ص ٩٢ ، د/ محمد كامل مرسى - التأمينات العينيه – طبعة بدون - رقم ١٧ ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون- رقم ٢٨٨ - ص ٤٠٣)

فالمادة (٢/١٠٣٩) لم تكتف بتطبيق المبدأ المقرر فى المادة (٢/٨٢٦)، و أنما نظمته تفصيلا فيما يتعلق بالرهن الرسمى ، ولكن المشرع لم يبين علي العكس الاجراءات التى يجب اتباعها في حالة انتقال حق المتصرف اليه عموما (كالمشترى مثلا لحصة مفرزة) الى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك بطريق القسمة غير ما تصرف فيه بالفعل • ومن الطبيعى الا يقع هذا الانتقال على النصيب بعد القسمة إلا بقدر قيمة الجزء المتصرف فيه أصلا . فاذا كان ما وقع في نصيب الشريك المتصرف بالضبط الجزء المفرز الذي تصرف فيه انتهي الامر دون صعوبة او اشكال .و لكن ضد يزيد الجزء المفرز الذي ورد عليه التصرف او ينقص عن النصيب الذى اختص به الشريك بعد القسمة وهنا تثور الصعوبات في تطبيق مبدأ الحلول العينى الذى وضعته المادة (٢/٨٢٦) و تركته بغير تنظيم .

ثم انه اذا كان التصرف واردا على عقار فهل يلزم اجراء شهر جديد عند تعيين العقار الذى ينتقل اليه التصرف أو لا يلزم ذلك ؟

ان كل هذه المسائل قد تركها المشرع دون تنظيم ،و هذا لا شك قصور كبير فى التشريع ، مع ما لهذه المسائل من أهمية بالغة في العمل .

أما فيما يتعلق بتحديد الجزء من النصيب المفرز الذى ينتقل اليه التصرف بعد القسمة ، فيجب أن يجزى على أساس قيمة الجزء الذى وقع عليه التصرف وقيمة الجزء الذى ينتقل اليه هذا التصرف ، وترتب حقوق الطرفين علي هذا الاساس بالزام أحدهما بدفع فرق القيمة . ويجب الرجوع في تقدير هذه القيمة الى وقت التصرف لا الى وقت القسمة ، لأن حق المتصرف اليه ينتقل الى الجزء المفرز الذى وقع فيه نصيب المتصرف من وقت التصرف لا من وقت القسمة كما تقضى بذلك المادة (٢/٨٢٦). وعند حصول خلاف بين الطرفين في هذا الشأن لا مناص من رفع دعوى عادية لتحديد حقوق كل منهما . ولا يكتفى هنا بمجرد أمر على عريضة من القاضى ، لأن اختصاص القاضى باصدار أوامر على عرائض يجب أن يكون مقصورا على الحالات المبينة في القانون ، ولأننا هنا بصدد نزاع قضائى بالمعني الصحيح[١٧٣].

أما فيما يتعلق بوجوب أجراء تسجيل أو قيد على القدر الذى اختص به المتصرف اليه ، فان بعض الفقهاء - أخذا بالقياس على ما قررته المادة (٢/١٠٣٩) بشأن الرهن الرسمى - يرون وجوب اجراء هذا التسجيل خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطر فيه المتصرف إليه من أى ذى شأن بتسجيل القسمة ، فيكون لهذا التسجيل أثر من وقت تسجيل العقد الأصلى ، ويترتب عليه أن لا تنفذ فى حقه التصرفات التى صدرت من الشريك المتصرف فى الفترة ما بين تسجيل للتصرف وتسجيل أمر (أو حكم) التخصيص[١٧٤].

---

(١٧٣)(عكس ذلك د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٨٨ - ص ٥٠٤ - و هو يقيس في هذا علي المادة ٢/١٠٣٩ ، د/ سليمان مرقص - عقد البيع – طبعة بدون - رقم ٢٧٦ - ص ٢٦٦ و ما بعدها، ويرى استاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدراوى – انه فقط يمكن قياس الرهن الحيازي علي الرهن الرسمي و الاكتفاء بذلك - د/ عبد المنعم البدروای - حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠)

(١٧٤)(د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٣٨ - ص ٢١٠)

واعمال القياس هنا ضرورة ألجأنا اليه قصور المادة (٢/٨٢٦) . وكان الأجدر بالمشرع أن ينظم هذه المسألة الهامة تنظيماً دقيقاً حاسماً لكل شك قاطعا لكل خلاف

وينطبق هذا الحل على جميع التصرفات كالبيع و الرهن الحيازى و الرهن الرسمى

أما اذا لم يقع في نصيب المتصرف شيء من المال الشائع بل أخذ في مقابل حصته مبلغا من النقود فلا ينطبق حكم الحلول الواردة في المادة (٢/٨٢٦) أذا كان التصرف بيعا . أما اذا كان التصرف رهنا أنتقل الرهن الى هذا المبلغ فيكون للدائن المرتهن عليه حق الأولوية .

حكم التصرف فى حصة مفرزة قبل القسمة :-

بينا فيما سبق حكم تصرف الشريك في الحصة المفرزة عند حصول القسمة، هذا الحكم الذى قرره القانون المدنى الجديد فى المادة (٢/٨٢٦) وننتقل الآن الى بيان حكم هذا التصرف قبل وقوع القسمة ٠ وفي بيان حكم هذا التصرف يجب ان نميز بين حكمه فيما بين المتعاقدين و اثره بالنسبة لسائر الشركاء في الملك.

حكم التصرف بين المتعاقدين فى ظل القانون القديم :-

١ ــ الأصل أن الشريك المشتاع لا يجوز له أن يتصرف في حصة مفرزة من الملك الشائع ، لأن حق الشريك لا يقع على جزء معين عن المال بل يقع على المال جميعه دون أن يتحدد هذا الحق مادياً . فسائر الشركاء يزاحمونه في هذا الحق على الشيء ، ولذلك يبدو أن تصرف الشريك في جزء مفرز يعتبر في جزء منه واردا على ملك الغير ، ومن ثم يجوز للمتصرف اليه ان يطالب ببطلانه.

وقد أخذت بعض المحاكم بهذا الرأى [١٧٥]، واشترطت بعض الأحكام آن يكون المشترى غير عالم بحالة الشيوع حتى تقبل دعوى البطلان منه [١٧٦].

٢ـ ولكن معظم الأحكام كان يعلق حكم البيع فيجعله موقوفا على نتيجة القسمة ، فاذا وقع الجزء موضوع التصرف في نصيب المتصرف نفذ البيع بأثر رجعى، والا اعتبر كأن لم يكن . ولذلك لا يجوز للمشترى أن يطلب ابطال هذا البيع قبل القسمة ، ومعنى ذلك أن يتأخر البت في مصير البيع بالنسبة لطرفيه حتى تتم القسمة [١٧٧]

و قد اشارت محكمة النقض ق حكم لها صادر فى ١٦ يونيه ١٩٣٢ الى هذا الخلاف ، وان كان الحكم غير متعلق بتحديد علاقة المتصرف بالمتصرف اليه بل بعلاقة المشترى بسائر الشركاء

---

(١٧٥)(استئناف مختلط ١٢ يناير ١٩٠٥ـ المجموعة ١٧ـ ص ٧٤ ، ٢٠ يونيه ١٩١٢ـ المجموعه ٢٤ ـ ص ٤١٧)

(١٧٦)(استئناف مصر ١٨ فبراير ١٩٣٢ ـ مجلة المحاماة ــ رقم٣٤ـ ص ١٩١ ، ٢٩ ديسمبر ١٩٣٦ ــ المحاماة العدد ١٨ ـرقم ٢٤٠ ـص ٤٥٦.)

(١٧٧)(استئناف مصر ٢٤ ابريل ١٩٤٠ـ مجلة المحاماة العدد ٢١ ـ رقم ٣١ ـ ص ٤٦، استئناف مختلط ١١ نوفمبر ١٩٣٠ ، ٢ مايو ١٩٣٨ ـ المجموعه ٥٠ ـ ص ٣٢١)

اذ قالت (وانه وان اختلف الفقه والقضاء في حكم بيع الشريك جزءا مفرزا من مال مشتاع ، هل يقع صحيحا في حصة البائع منه وباطلا في حصص شركائه.أم يقع موقوفا علي نتيجة القسمة بين جميع الشركاء .فانما وقع اختلافهم هذا فى تقرير حكم هذا العقد بين عاقديه ، فمن ذهب الى اعتباره باطلا جعل للمشترى حق أبطاله من يوم العقد لما فيه من تفريق الصفقة عليه . و من رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشترى سبيلا على البائع الا بالقسمة وبخروج المبيع من حصة بائعه . أما في تقرير حكم العقد في علاقة المشتري مع من يدعي استحقاق المال لنفسه فلا خلاف في انه ....)[١٧٨].

حكم التصرف بين المتعاقدين في ظل القانون المدنى الجديد :-

هذه هى حالة القضاء قبل صدور التقنين المدنى الجديد فهل تتضمن المادة (٨٢٦ / ٢) حكما للتصرف قبل وقوع القسمة ؟

يرى البعض انه يستفاد من نص المادة المذكورة أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الغالب في الفقه والقضاء فاعتبر التصرف موقوفا في الأصل على نتيجة القسمة [١٧٩]. وعلى ذلك لا يكون للمشتوى – قبل القسمة - الحق في طلب ابطال البيع استنادا الى المادة (٤٦٦) من القانون المدني الخاصة ببطلان بيع ملك الغير، لان بيع الحصة المفرزة من المال المشاع لا يمكن اعتباره بيعا لملك الغير.ولكن المشترى ، اذا اتضح ان بائعه لا يملك ما باع ملكية فردية خالصة ، يستطيع ، أذا أمكن اثبات الغلط ، ان يبطل العقد بسبب تعيب الرضاء[١٨٠].

ويرى بعض الشراح أن المادة (٨٢٦) لا تفيد اعتمادها الرأي القائل بعدم جواز الابطال قبل القسمة ، ولكن المشرع قصد بها فقط تقرير مبدأ الحلول العيني علاجا للمضار التى تترتب على الأثر الكاشف للقسمة ، وعلى ذلك يكون بيع الشريك حصة مفرزة حكمه حكم بيع ملك الغير فيجوز للمشترى ابطاله سواء أكان عالما بالشيوع أم غير عالم به [١٨١].

ويرى البعض أن التصرف صحيح منتج لآثاره فيما بين أطرافه على نفس المحل المفرز المتصرف فيه ، باعتباره تصرفا صادرا من مالك، فاذا كان التصرف بيعا اعتبر المشترى متملكا ملكية مفرزة الجزء المفرز المبيع في فترة الشيوع وقبل حصول القسمة من وقت انعقاد البيع أو من تاريخ تسجيله على حسب الأحوال . ومن ثم يحل المشترى محل البائع شريكاً على الشيوع . وان كان البيع غير نافذ في مواجهة باقى الشركاء[١٨٢].

---

(١٧٨)(نقض ١٦ يونيه ١٩٣٢ – مجلة المحاماه العدد ١٣ - رقم ٦٤ - ص ١٦١)

(١٧٩)(د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون ، رقم ٢٨٨ - ص٤٠٣ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - رقم ١٤١ - ص١٦١.)

(١٨٠)(، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١)

(١٨١)(د/ سليمان مرقص - عقد البيع – طبعة بدون - رقم٢٨٧ - ص ٤٦٩و ما بعدها ، و من هذا الراى ايضا د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون –فقرة ١٣٨ - ص ٢٠٨)

(١٨٢)(د/ حسن كيرة - فقرة ١١٨ - ص ٣٧٢ و ما بعدها - ويقترب من هذا الرأى من ناحية ما يتر تب عليه من آثار من الرأى الذى يجعل التصرف موقوفا على نتيجة القسمة)

ويرى أستاذنا الدكتور / عبد المنعم البدراوى فى مؤلفه (- حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠) مع البعض عن الشراح وجوب التمييز بين حالتين:-

الأولى :- اذا كان المشترى يعلم وقت البيع أن البائع لا يملك الحصة المبيعة ملكية مفرزة وقع البيع صحيحا ، بمعنى انه لا يجوز للمشترى قبل القسمة طلب ابطال البيع ، وانما يصبح ملكا على الشيوع بنسبة الجزء الذى اشتراه ، لأنه لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من سلفه وسلفه لم تكن له ملكية مفرزة بل ملكية شائعة [١٨٣].
وما دام يعلم أن المشتري لا يملك سوي حصة شائعة فلا يجوز له أن يتضرر من هذا الحكم ، بل لعله أن يكون هو الحكم الأقرب الى قصد العاقدين تنزيها لارداتهما عن العبث . كذلك لا يكون للمشترى بعد القسمة طلب ابطال البيع ولو لم تقع الحصة المبيعة في نصيب البائع، بل ينتقل حقه الي الحصة التى وقعت في نصيب هذا الاخير كما تقدم [١٨٤].

الثانية :- اذا كان المشترى يجهل وقت البيع أن البائع لا يملك الجزء المبيع ملكية مفرزة ، وقع البيع باطلا بطلانا نسبيا على أساس الغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع وهي كونه مملوكا ملكية مفرزة للبائع لا شائعة . ولذلك يكون للمشترى قبل القسمة أن يطلب ابطال البيع لأنه قصد شراء حصة مفرزة لا حصة شائعة . أما بعد القسمة فيمتنع عليه طلب البطلان اذا وقع الجزء المبيع بعينه في نصيب البائع ، وذلك وفقا لنص المادة (١٢٤) التى تقضى بانه (ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به علي وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. ويبقي بالاخص ملزما بالعقد الذي قصد ابرامه اذا أظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد). أما اذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب المتصرف ،فان حق المشترى (أو المتصرف اليه عموما) في طلب البطلان يظل قائما .

وهذه الأحكام تتمشى مع نص المادة (٢/٨٢٦) ، وعلى الخصوص مع الحكم الوارد في نهايتها والذى يقضى بأن ((للمتصرف اليه، اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في ابطال التصرف)) . وهذا الحكم يجب أن ينطبق قبل القسمة ، وبعد القسمة اذا لم يقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف[١٨٥].

أثر التصرف في حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء :-

أما فيما يتعلق بأثر تصرف الشريك في حصة مفرزة بالنسبة لسائر الشركاء ، فلا يكون لهم طلب ابطال التصرف

---

(١٨٣)(محكمة بنى سويف الكلية ٢٢ مايو ١٩٣٢- المحاماه العدد ١٣ - رقم ٢٩ - ص ٥٧١ - وقد قررت المحكمة أن يد المشترى في هذه الحالة تكون على المشاع)

(١٨٤)(ويرى البعض أن التصرف يكون موقوفا على نتيجة القسمة وذلك فيما بين طرفيه - د/جميل الشرقاوى ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية . الكتاب الأول فى حق الملكية طبعة ١٩٧١ – ص ١٥٨ و ما بعدها .)

(١٨٥)(د/ انور سلطان – شرح عقد البيع - طبعة ١٩٥٢ - رقم ٤١٤ - ص ٤١٢)

، لأننا أسسنا البطلان على الغلط وليس لغير المتعاقد التمسك به ، ولكنا قلنا ان أثر بيع الحصة المفرزة يقتصر على حلول المشترى كشريك على الشيوع محل البائع فيعتبر هو لا البائع شريكا لسائر الشركاء . وعلى هذا النحو يتحدد مركز المشترى بالنسبة لسائر الشركاء . ولذلك يكون للشركاء الحق في طلب الاسترداد لا للحصول على جزء مادى معين من المال الشائع .بل للاعتراف لهم بحقهم شائعا في الحصة المبيعة .

ومع ذلك فان محكمة النقض المصرية رفضت اعطاء الشريك في الشيوع الحق في رفع دعوى الاستحقاق ضد مشترى الحصة المفرزة قبل حصول القسمة ووقوع المبيع في نصيبه . فهى تقرر في الحكم الصادر لها فى ١٦ يونية ١٩٣٢ والسابق الاشارة اليه انه (لا خلاف في انه ليس للمستحق سواء كان شريكا في المال الشائع أو متلقيا ملكه عن شريك فيه أن يدعى استحقاقه في المبيع الا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب ذلك المشتري. وكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقا لأوانه خليقا أن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو رفضه) [١٨٦] وقد أكدت هذا المبدأ في أحكام لاحقة [١٨٧].

وهذا القضاء محل نظرمن بعض الفقهاء فأذهبوا الى القول بانه اذا جاز القول أن سائر الشركاء لايكون لهم الحق في رفع دعوى ابطال البيع الصادر من شريكهم لعدم كونهم طرفاً فيه . إلا أنه يجب أن يعترف لهم بالحق في رفع دعوة الاستحقاق للاعتراف بحقهم الشائع ، وخصوصا اذا علمنا أن بيع المشتاع جزءا محددا من الملك الشائع يصلح لأن يكون سببا صحيحا يتمسك به المشترى بملك ما بيع بوضع اليد عليه خمس سنوات متى توفر لديه حسن النية (على ما قررته محكمة النقض)[١٨٨].

اجازة الشركاء للتصرف :-

ويلاحظ أنه اذا أجاز باقى الشركاء تصرف الشريك البائع أخذت هذه الاجازة حكم القسمة . وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بانه (اذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا ، وتبينت المحكمة من تقرير الخبير الذي ندب في الدعوي أنه بعد أن تصرف أحد الورثة فى جزء محدود من الاطيان عن المورث ثم تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محدودة كذلك تسلم المشترون منهم ما اشتروه وأصبحوا هم جميعا لا يملكون شيئا من هذه الاطيان . ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه اجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحا لأنه كان في حدود القدر الذى يملكه بالميراث

---

(١٨٦) (نقض ١٦ يونية ١٩٣٢ ـ مجموعة محمود عمر ـ الجزء الاول ـ رقم ٥٨ ـ ص ١٣١)

(١٨٧)(نقض ٢٥ ابريل ١٩٤٠ ـ مجموعة محمود عمر ـ الجزء الثالث ـ رقم ٥٤ ـ ص ١٨٩ ، ٣٠ يونيه ١٩٥٥ ـ مجموعه محكمه النقض ـ السنة السادسه ـ رقم ١٨٠ ـ ص ١٣٤ ، ٢٨ يونية ١٩٥٦ ـ مجموعة محكمة النقض ـ السنة السابعة ـ رقم ١٠٧ ـ ص ٧٦٠).

(١٨٨)(نقض ٢٣ ابريل ١٩٤٢ ـ مجموعة عمر ـ الجزء الثالث ـ رقم ١٥٢ ـ ص ٤٢٣ ، ٢٤ مايو ١٩٤٥ ـ مجموعة محمود عمر ـ جزء٤ ـ رقم ٢١٠ـ ص٧٠٠ ـ و الغريب ان بعض الشرائح يؤيدون هذا الحكم مع تأسيسهم البطلان على أساس بيع ملك الغير ـ راجع د/ سليمان مرقص ـ عقد البيع – طبعة بدون ـ. رقم ٢٨٨ـ ص ٤٧٢ ، وانظر فى نفس المعنى نقض مدنى ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ ـ مجموعة محكمة النقض ـ السنة التاسعة ـ رقم ٨٢ ـ ص ٦٥٥)

ولذلك قضت برفض الدعوى فقضاؤها سليم ، ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه . لأن تصرفه هذا ما كان ليرغمهم على قبوله بل كان لهم حق الاعتراض عليه قانونا ، وما داموا قد تابعوه و تصرفوا في أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الورثة على السواء) [١٨٩].

(ثالثا :- التصرف فى المال الشائع كله)

حكم تصرف أحد الشركاء في المال الشائع كله :-

لا يستطيع أحد الشركاء على الشيوع التصرف في المال الشائع جميعه بالبيع أو الرهن مثلا . فان فعل ذلك كان تصرفه واردا على ملك الغير فيما زاد على نصيبه الشائع في المال . وتنطبق هنا أحكام المادة (٤٦٦) فلا يسرى التصرف في مواجهة سائر الشركاء فيما زاد على حصة المتصرف الشائعة، ولهم ان يطلبوا ذلك دون انتظار لنتيجة القسمة ، فلكل شريك أن يطالب باستحقاق نصيبه في مواجهة المتصرف اليه . اذ أن التصرف الصادر من شريكه لا يحتج به عليه ، و يكون للمشتري حق ابطال البيع فيما زاد علي نصيب البائع استنادا الي نص المادة (٤٦٦) [١٩٠] . كما يستطيع أيضا ابطال البيع بالنسبة جميع المال اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة على أساس الغلط [١٩١] او يرجع علي اساس الاستحقاق الجزئى المنصوص عليه فى المادة (٤٤٤) [١٩٢] و يسري هذا الحكم ايضا علي الرهن .

حكم تصرف جميع الشركاء في المال الشائع :-

فاذا صدر التصرف من جميع الشركاء في الملك كان التصرف بالطبع صحيحا و نافذا في حق الجميع ، والمسألة لا تثير أية صعوبة أذا كان هذا التصرف ناقلا لملكية المال الشائع أو كان منشئا لحق انتفاع أو ارتفاق . فعندئذ يبقى الحق للمتصرف اليه أيا كانت نتيجة القسمة [١٩٣] .

---

(١٨٩)(نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤- مجموعة محمود عمر - الجزاء الرابع - رقم ١٧٧ - ص ٦٠٣ ، يلاحظ ان الحكم لم يستبعد دعوى طلب تثبيت النصيب الشائع لذاته وانما لحصول قسمة فعلية ، ثم ان الحكم قد اشار الى أن لسائر الشركاء الاعتراض قانونا على تصرف الشريك فى النصيب المحدد و انما يعتبر تصرفهم بعد ذلك اجازة للتصرف الأول ورضاء بالقسمة.)

(١٩٠)(د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٣٧ ، د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ - فقرة ١٤٣، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - فقرة ٣٠٢ ، د/ انور سلطان - شرح عقد البيع - طبعة ١٩٥٢فقرة ٤١٥)

(١٩١)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ -رقم١٤٣- ص ١٦٥، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٨٩ - ص ٤٠٥ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقره ٥٣٣ - ص ٨٧٨ ويرى آن الجزاء هو الفسخ في حالة ما أذا كان المشترى يعلم أن البائع لا يملك كل البيع خالصاً ، فقرة ٥٣٤)

(١٩٢)(ويرى استاذنا الدكتور/ أنور سلطان - أن هذه الحالة تقترب من حالة الاستحقاق الجزئى الجسيم د/ انور سلطان - شرح عقد البيع - طبعة ١٩٥٢- رقم ٢٥٨و ٤١٥) .

(١٩٣)(د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٣٥ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٠٥ .)

ولكن اذا كان هذا التصرف رهنا رسمياً أو رهن حيازة فما مصيره أذا تمت القسمة ؟

كان منطق القواعد العامة يؤدى الى أنه اذا أفرزت الأنصباء نتيجة القسمة فلن يؤثر هذا بالطبع على الرهن ، ويظل كل من الشركاء متحملا الرهن في نصيبه ، ولكن اذا وقع المال جميعه في نصيب أحد الشركاء فأن الرهن يظل صحيحا فقط في قدر حصته الشائعة ، لأنه لم يرهن أكثر من حصته ولأن رهن غيره من الشركاء باطل لوقوعه على. ما لا يملكون نتيجة للأثر الكاشف للقسمة .

ولكن هذا الحل الذى تمليه القواعد العامة استبعده المشرع بنص صريح فيما يتعلق بالرهن الرسمى . فنصت المادة (١/١٠٣٩) على أنه « بيقى ناقذا الرهن الصادر من جميع الملاك العقار شائع . ايا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته[١٩٤] .

ومعنى ذلك أنه لو اختص أحد الشركاء بكل المال على أثر القسمة أو لأن المال بيع بالمزاد ورسا المزاد عليه فان العقار يظل مع ذلك مثقلا بالرهن . ويتحمل هذا الشريك بالرهن جميعه ، على أن يرجع هو على جميع شركائه السابقين بنصيبهم في الدين [١٩٥] . أما اذا رسا مزاد العقار على غير الشركاء فانه يجب القول بتطهير العقار من الرهن وانتقال حق الدائن المرتهن الى الثمن طبقا لنص المادة (٧٢٣) من قانون المرافعات

ولما كان هذا النص أستثناءا من القواعد العامة ، فانه لا يجوز [١٩٦]القياس عليه ولذلك فهو لا ينطبق على الرهن الحيازى الصادر من جميع الشركاء على الشيوع [١٩٧] وأنما تنطبق بشأنه القواعد العامة التي أشرنا اليها .

وجود أسباب قوية تستدعى التصرف في المال الشائع :-

وقد استحدثت المجموعة المدنية الجديدة حكما جديدا خاصا بالتصرف في المال الشائع ، هو نص المادة (٨٣٢). وتنص هذه المادة على ان (للشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة أرباع المال الشائع ،أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا في ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع خسارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا).

---

(١٩٤)(اخذ المشرع هذا النص عن القانون الفرنسي الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩١٠و الذي اضاف فقرة جديدة الي المادة ٢١٢٥ من المجموعة المدنية)

(١٩٥)(أن لم يكن قد روعى ذلك في القسمة أو في تقدير ثمن العقار) .

(١٩٦)(راجع د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون – ص ٩٥ - حاشية رقم ٢ ، وعكس ذلك د/ محمد كامل مرسى - التأمينات العينيه – طبعة بدون - ص ٦٩ - حاشية رقم ١، و د/عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات – طبعة بدون - ص ٣١٨ -حاشيه رقم ٣ .)

(١٩٧)(راجع د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون – ص ٣٤٦ -حاشيه رقم ١ ، د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون – رقم ١١١ - ص ٦٩ ، د/عبد الفتاح عبد الباقى - التأمينات – طبعة بدون - رقم ٤٣٥ ص ٥٤٠ وما بعدها)

وهكذا سار المشرع في تغليب رأى الاغلبية حتى فيما يتعلق بالتصرف في المال نفسه . ويجب أن يؤخذ التصرف هنا بمعناه القانونى المعروف ، فيدخل فيه التصرفات الناقلة للملك كالبيع والمقايضة ، والتصرفات المنشئة لحقوق عينية أيضا كالرهن [١٩٨] .

والأغلبية المشترطة هنا هى أغلبية ملاك ثلاثة أرباع المال الشائع ، ويجب ان يستند التصرف الى أسباب قوية كأن يكون التصرف في مصلحة الجميع، أو أن يكون استغلال المال في حالته التى هو عليها متعذرا ، أو اذا كان الشركاء في حاجة الى الافتراض لاصلاح المال الشائع أو لادخال تحسينات عليه لزيادة غلته أو جعل أستغلاله ممكنا ، فلهم في هذه الحالة الاخيرة الافتراض ورهن المال الشائع ضمانا للقرض.

ويجب لنفاذ قرار الأغلبية اعلان هذا القرار الى الأقلية . ولغير الموافق على التصرف أن يطعن في القرار في خلال شهرين من يوم اعلانه.فاذا مضت هذه المده دون طعن نفذ التصرف في حق الجميع.

أما اذا طعن البعض في القرار ورأت المحكمة المكان قسمة العقار بدون ضرر بمصالح الشركاء أو رأت تجنيب نصيب المعترض ، قضت بذلك [١٩٩] . أما اذا لم ترى المحكمة ذلك فان عليها أن تراجع قرار الأغلبية ، فاذا هى رأت أن الظروف تبرر التصرف قضت باعتماده ونفذ التصرف في حق الجميع . ولكنها إذا لم تجد من الظروف ما يبرر هذا التصرف قضت بأحقية المعترضين في اعتراضهم ، وبعدم نفاذ التصرف في مواجهتهم . وفي هذه الحالة يجب أن يقتصر أثر التصرف على نصيب من أقره من الشركاء ، ولا يجوز لهؤلاء أن يطعنوا في تصرفهم بالبطلان[٢٠٠].

---

(١٩٨)(د/ محمد على عرفة ـ الملكية بوجه عام – طبعة بدون رقم ٢٨٩ مكررة ص ٤٠٦ ، د/ محمد كامل مرسى ـ التأمينات العينيه – طبعة بدون ـ)

(١٩٩)(ولو لم يطلب أحد الشركاء القسمة- د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٠٩ـ ص ٨٤١ ـ وعكس ذلك د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٣٥ـ ص ٢٠٥)

(٢٠٠)(د/ محمد على عرفه ـ حق الملكية – طبعة بدون ـ رقم ٢٨٩ – مكررة- ص ٤٠٧)

(المبحث الثالث)

(استرداد الحصة الشائعة المبيعة) (٢٠١)

استرداد الحصة الشائعة المبيعة في ظل التقنين القديم :-

كانت المادة(٥٦١/٤٦٢) من التقنين المدنى القديم تنص على أنه (يجوز للشركاء (٢٠٢) في الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير ويقوموا بدفع ثمنها له والمصاريف الضرورية والنافعة).

وهذا الحق الذى أعترفت به المجموعة الملغاة للشركاء مأخوذ عن القانون الفرنسى ، فالمادة (٨٤١) من المجموعة المدنية الفرنسية تنص على أن (لكل ورثة المتوفي أو لأحدهم أن يخرجوا من القسمة كل شخص لم يكن وارثا ، ولو كان قريبا للمتوفى ، نزل له أحد الورثة عن حقه في التركة، وذلك بأن يدفعوا له ثمن الحق المتنازل عنه).

فالقانون الفرنسى يقصر في حق الاسترداد على حالة الشيوع الناشئ من الارث • • ثم انه يقصره على حالة نزول الوارث عن حقه في التركة . فهو لا ينطبق اذن في حالة الشركة في الملك غير الناشئة من الارث ، ولا على تصرف الوارث في مال معين من نصيبه ، أو في حصة شائعة في مال معين بالذات .

وهكذا يبدو ما بين نص المادة (٥٦١/٤٦٢) من التقنين المدنى القديم ونص المادة (٨٤١) من القانون المدنى الفرنسى من خلاف . أن القانون المصرى لم يقصر حق الاسترداد على الشيوع الناشىء من الارث ، ولا حالة بيع الحصة الشائعة في مجموع المال . فلا غرابة اذن أن يثمر الخلاف بشأن هذا الحق في الفقه والقضاء . هل قصد المشرع المصرى بهذا النص شيئا آخر غير الاسترداد المعروف في القانون الفرنسى ، أم على العكس أراد نقل هذا الحق بأحكامه وحدوده المقررة في هذا القانون؟

ومما زاد في هذا الخلاف أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يعطى فضلا عن ذلك للشريك على الشيوع الحق في أخذ الحصة الشائعة المبيعة بالشفعة ، سواء أكان البيع لشريك أم لاجنبى وهو قد وضع للشفعة اجراءات خاصة وفرض لهذه الاجراءات مواعيد معينة ، علي خلاف حق الاسترداد .

اختلاف الفقه والقضاء في أمرهذا الحق :-

لم يكن من الغريب اذن أن يقع الخلاف في الفقه والقضاء حول هذا الحق . فذهب بعض الشراح الى أن حق الاسترداد في القانون المصرى لا يتقيد بما قيدته به المجموعة المدنية الفرنسية . فهو حق لكل الشركاء ايا كان مصدر الشيوع

---

(٢٠١)(راجع بحث د/ محمد على عرفة - في مجلة القانون والاقتصاد - العدد١٨ - ص ١٢١ - ١٥٦.)

(٢٠٢)(وفي النص الفرنسى للشركاء الأصليين) .

، اى سواء أكان مصدره الارث أم سواه كالوصية أو الشراء أو الشركة . ثم أن هذا الحق لا يصح أن يكون مقصورا على نزول المالك عن حصة شائعة في مجموع مشتملات تركة أو شركة ، بل هو يشمل فوق ذلك نزول احد الشركاء عن حصته الشائعة في عين معينة من الأعيان المشتركة [٢٠٣] . وقد استندوا في ذلك الى ما بين نصوص القانون المصرى والقانون الفرنسي، من خلاف في الصياغة . وما يفرق حق الاسترداد عن الحق في الشفعة عند هؤلاء ينحصر في ان الشفعة تكون في حالة البيع لشريك اخر أو لأجنبي اما حق الاسترداد فلا يكون الا اذا كان البيع لاجنبى . ثم ان الشفعة لا تجوز الا في العقار ، على حين يكون حق الاسترداد في العقار وفي المنقول ايضاً . وأخيرا فان الشفعة خاضعة لاجراءات وشروط خاصة نص عليها قانون الشفعة ، وتسقط اذا لم تتبع هذه الشروط والاجراءات في المواعيد المنصوص عليها ، على خلاف حق الاسترداد . ومعنى هذا أنه اذا بيع عقار لأجنبى كان لكل من الشركاء الحق في الأخذ بالشفعة في المواعيد المقررة في قانون الشفعة ، فاذا سقط حق الشريك في الشفعة فأنه يبقى له حق الاسترداد حتى تحصل القسمة . وقد أخذت بعض الأحكام بهذا الرأي [٢٠٤].

وعلى العكس من ذلك ذهبت بعض الأحكام الى قصر هذا الحق على الشيوع الناشى من الارث . وذهب البعض منها الى قصره على حالة بيع الحصة الشائعة في مجموع من المال كتركة او شركة مؤلفة من مجموع حقوق أو أموال ثابتة أو منقولة ، ولا يكون في حصة شائعة عقار معين بالذات [٢٠٥].

حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف :-

وأزاء التضارب في أحكام الدوائر المختلفة لمحكمة الاستئناف عرض الأمر على دوائرها المجتمعة . فقررت في ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢ (أن حق الشفعة وحق الاسترداد المنصوص عليه في - المادة ٦٤٢ من القانون المدنى - حقان مختلف أحدهما عن الآخر تمام الاختلاف من حيث موضوعهما ومحل تطبيقهما ، فان حق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، ويطبق في احوال بيع عقار معين أو حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المبينة في قانون الشفعة . أما حق الاسترداد فانه مأخوذ عن - المادة ٨٤١ من القانون الفرنسى - وقد منحه المشرع للشركاء الأصليين في الملك دون غيرهم في حال الشيوع ، سواء كان ناشئا عن ميراث أو شركة ، حتي باع احد الورثة او الشركاء لأجنبي حصة شائعة في مجموع التركة او الشركة من عقار أو منقول . وكذلك اذا باع احدهم لأجنبي حصة شائعة في عين معنية يصعب على المشتري تسلمها بدون ان يطلع على أسرار التركة أو الشركة . ففي هاتين الحالتين يجوز للشركاء لحين القسمة أن يستردوا الحصة الشائعة التي بيعت) [٢٠٦] .

---

(٢٠٣)(د/ عبد السلام ذهنى - الاموال – طبعة بدون - رقم ٥٥٥ ، د/ محمد كامل مرسى - الشفعه – طبعة بدون - رقم ٤٥٧ و ٤٦٤)

(٢٠٤)(راجع الأحكام المشار اليها في د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى - ص ١٧٣ - حاشية رقم ١ .)

(٢٠٥) راجع الاحكام المشار اليها فى د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- ص ١٧٢ - حاشية رقم ٢.)

(٢٠٦)(الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف ٣٠ نوفمبر ١٩٢٢- مجلة المحاماة العدد ٣ - رقم ٤٠ - ص ٧١ .)

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم وقصرت الاسترداد على الحالتين السابقتين ٠ فهى تقرر فى حكم لها صادر فى ٧ يونيه ١٩٤٤ (أن المادة ٤٦٢ من القانون المدنى أذ قررت حق أسترداد الحصة الشائعة قد جاء نصها عاما غير مقيد . فيدخل في مدلوله كل حصة شائعة ايا كان سبب الشيوع ، سواء أكانت في مجموع من الأموال المشتركة أم في عقار معين منها ، الا أنه لما كانت المحكمة من تقرير الشارع هذا الحق هي حماية الشركاء الاصليين الذين جمعت بينهم القرابة العائلية أو الرغبة الاختيارية من الأجنبى الدخيل عليهم تجنبا لأطلاعه على أحوال التركة أو الشركة لما قد يترتب على تدخله من ارتباك لهم سواء أثناء قيام الشركة أو عند تصفيتها ، لما كانت هذه هى الحكمة من تقرير حق الاسترداد فأنه لا يكون له محل في الحصة الشائعة في العقار المعين التى يتبادر بجلاء وبلا أدنى شك سهولة تسلمها للمشترى الأجنبى دون ذلك الاطلاع أو الارتباك ودون احتمال أشتراكه في القسمة . فاذا كان الحكم قد رفض طلب استرداد الحصص المبيعة الشائعة في عقارات معينة لا لانتفاء تلك الحكمة بل على أساس قصر حق الاسترداد على حالة بيع الشريك حصته كلها أو بعضها شائعة في عموم أموال الشركة فان الحكم المذكور يكون قد خالف القانون في قضائه هذا[٢٠٧]).

الاتجاه الحديث لمحكمة النقض:-

على أن المحكمة قد عدلت في النهاية عن هذا الاتجاه المتسابق ابتداء من حكم لها صادر فى ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ [٢٠٨] ٠ فهى وان أيدت الأتجاه السابق فى عدم قصر حق الاسترداد على الشيوع الناشئ من الارث فجعلته ينبسط الى الشركة بسبب الارث وبغير سبب الارث ، الا أنها ضيقت في محل الاسترداد فقصرته على الحصة الشائعة في مجموع الملك المشترك كله لا الحصة الشائعة في عين معينة في هذا الملك .

وقد أستندت المحكمة في هذا الحكم على المصدر الذى أخذ عنه الشارع المصرى حق الاسترداد وهو التشريع الفرنسى وقالت : (اذا كان ثمة خلاف بين نص القانون المصرى وما يقابله في القانون الفرنسى فسببه أن قصر الاسترداد على الشيوع الناشئ عن الارث كان محلا لنقد قام في فرنسا على أن للشركة كما للتركة أسرارها ومحيطها . وقد وقف المشرع المصري عند هذا النقد وأعتبر به فاتجه الى تعميم حق الاسترداد ليفيد منه الشركاء في الارث و الشركاء في غير الارث على حد سواء).

ثم أضافت المحكمة (والحصة الشائعة التي يجيز هذا النص استردادها هي الحصة الشائعة في مجموع الملك المشترك كله لا الحصة الشائعة في عين معينة من هذا الملك ، لأن حلول أجنبي محل احد الشركاء في جزء شائع في مجموع التركة وهو وحده الذي قدر فيه الشارع الفرنسي ظنة اذاعة أسرار التركة وافساد محيطها .

---

(٢٠٧)(نقض ٧ يونية ١٩٤٩ ـ مجموعة محمود عمر ـ الجزء الرابع ـ رقم ١٥٠ ـ ص ٤١٤ ، نقض ٢٤ مايو ١٩٤٥ ـ نفس المجموعة ـ الجزء الرابع ـ رقم ٢٥٩ ـ ص ٦٩٨ .)

(٢٠٨)(نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ ـ مجموعة محمود عمر ـ الجزء الخامس ـ رقم ١١٠ ـ ص ٢٤٨ .)

ولهذا نيط ثبوت حق الاسترداد في فرنسا ببيع حصة شائعة في مجموع الملك كله ، لا ببيع حصة شائعة في عين معينة منه ، واذا كان هذا هو مناط الاسترداد في فرنسا فهو بذاته مناطه في مصر).

وقد استندت المحكمة أيضا في رفض استرداد الحصة الشائعة في عين معينة بذاتها الى أن القول(بان الجواز لايؤدى الى جواز الاسترداد مع جواز الشفعة كلما كان المبيع حصة شائعة في عقار معين من الملك المشترك ، وهو ما لا يمكن أن يكون الشارع المصرى قد أراده لأنه لم يقيد حق الاسترداد بمثل ما قيد به حق الشافعه من مواعيد و اجراءات ، فاذا أجيز الاسترداد مع جواز الشفعة لترتب على هذا الجواز الاستغناء بالاسترداد عن الشفعة خلاصا من قيودها وفي ذلك تعطيل للأحكام التى لم تضع هذه القيود عبثا وأنما وضعتها بقصد الحض على الإسراع في طلب الشفعة حتى لايضار المشترى بالتأخير في هذا الطلب)

وقد ثبتت أحكام النقض فى هذا الاتجاه [٢٠٨] .

حق الاسترداد فى القانون المدنى الجديد :-

أقر التقنين الجديد هذا الاتجاه الحديث لمحكمة النقض . بعد أن أضاف الشركة في المنقول الشائع أيضا.فتنص المادة(٨٣٣) على انه (١ – للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ اعلانه به ، ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع و المشترى . ويحل المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته اذا عوضه عن كل ما أنفقه . ٢ – واذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبه حصته)

وبهذا النص لم يكتف المشرع باقرار ما استقرت عليه محكمة والنقض في احكامها الحديثة بل انه فصل احكام الاسترداد وبين اجراءاته ومواعيده

ما يجوز استرداده :-

قصر التقنين الجديد حق الاسترداد على شيئين : الحصه فى المنقول الشائع ، والحصة الشائعة في المجموع من المال حتى لو تضمن عقارا . ومثال المجموع من المال التركة والشركة والمتجر .

أما اذا كان البيع حصة شائعة في عقار معين فلا يجوز للشركاء استردادها وفقا لأحكام المادة (٨٣٣) ، وأنما يجوز لهم حق أخذها بالشفعة. وهكذا جعل المشرع الشفعة في العقار معنية عن هذا الحق ، حتى لا تتضارب الحقوق في الميدان الواحد .

---

(٢٠٨)(راجع نقض ١٣ مارس ١٩٤٧- مجموعة محمود عمر - الجزء الخامس - رقم ١٧٠ - ص ٣٨٠ ، ٢٢ مايو ١٩٤٧ نفس المجموعة - جزء ه - رقم ٢٩٧ - ص ٤٤٧ ، ١٩ فبر اير ١٩٤٧ نفس المجموعة - جزء ه - رقم ٢٧٢ - ص ٥٤٦ ، ٣٩ مارس ١٩٤٨ - مجموعة محكمة النقض -٢ - رقم ٩٤ - ص ٥٣١ ، ١٢يونية ٢ ه ١٩- مجموعة محكمة النقض - ٢ - رقم ١٨٨ - ص ١١٩٤ ، ١٦ فبراير ٦ ه ١٩ - نفس الجموعة - ٧ - رقم . ٣ - ص ٢٢٥)

من يجوز لهم الاسترداد :-

يجوز الاسترداد طبقا لنص المادة (٨٣٣) لجميع الشركاء في المنقول الشائع أو في مجموع المال . ولم يرد المشرع التمييز بين شريك أصلى آو شريك عارض [٢٠٩] . فلا يقتصر هذا الحق على الشركاء الأصليين. ف المال كالورثة الأصليين مثلا أو الشركاء المؤسسين للشركة أو المتجر، بل أن هذا الحق يثبت أيضا لمن حل محل هؤلاء لسبب من الأسباب كارث أو وصية أو بيع أو هبة.

وإذا أراد أكثر من شريك أن يسترد الحصة المبيعة كان لكل منهم آن يسترد بنسبة حصته (مادة ٨٣٣). والمهم هو أن تثبت لدى من يريد استعمال حق الاسترداد صفة الاشتراك في الملك وقت بيع الحصة الشائعة التى يريد أستردادها [٢١٠].

ولما كان استعمال هذا الحق هو من قبيل الرخص فلا يكون لدائنى الشريك استعماله عن طريق الحق المخول لهم بالمادة (٢٣٥) (طريق الدعوى غير المباشرة) .

العقود التى تجيز الاسترداد :-

ان نص المادة (٨٣٣) يقصر الاسترداد على حالة واحدة هى بيع أحد الشركاء لاجنبى حصة شائعة بطريق الممارسة

١ــ فيشترط أولا :- أن يكون العقد الصادر من الشريك عقد بيع. وعلى ذلك إذا تصرف الشريك في حصته بغير البيع امتنع على الشركاء استردادها، كما إذا تصرف فيها بطريق المقايضة أو على سبيل الوفاء بمقابل أو آلت للغير بمقتضى عقد صلح؛ كما لا يجوز الاسترداد أيضاً في التبرعات كالهبة والوصية.

٢ - ويشترط ثانيا :-أن يكون هذا البيع قد تم بطريق الممارسة ولذلك فلا استرداد اذا انتقلت الحصى الشائعة الى الغير ببيع المزاد وما على الشريك الذى يرد الحصة المبيعة الا ان يدخل في المزاد كسواه وهذا هو المقرر في الشفعة أيضا (مادة ٩٣٩)[٢١١].

٣- ويشترط ثالثا :- في هذا البيع ان يكون حاصلا لاجنبى عن الشركاء فأذا باع احد الشركاء حصته لشريك فلا يقبل طلب الاسترداد من اى شريك ثالث ، أذ ان حكمة الاسترداد هي منع الاجنبى من التدخل في الشركة. وهذه الحكمة منتفيه في حالة البيع لاحد الشركاء.

---

(٢٠٩) (مجموعة الأعمال التحضيرية - جزء ٦ - ص ٩٨.)

(٢١٠)(أما إذا أصبح شريكا بعد البيع أمتنع عليه بالطبع أستعمال حق الاسترداد.)

(٢١١)(والمقصود هو البيع الذي يتم بالمزاد وفقا لاجراءات رسمها القانون - كما هو الحال فى الشفعة - فيدخل فيه البيع بالزاد الاختيارى ، انظر نقض ١٠ أكتوبر ٥٢ ١٩ - مجموعة محكمة النقض -٤- رقم ٩ -ص ٤٥)

اجراءات الاسترداد :-

لم يتضمن التقنين المدنى الملغى موعدا يلزم الشريك باستعمال. حقه في الاسترداد خلاله أن ذلك أن نص المادة (٥٦١/٤٦٢) كان يجيز الاسترداد حتى تقع القسمة ولا يسقط الحق في الاسترداد الا بتمام القسمة وحصول كل شريك على حصة مفرزة في المال ، والقسمة التى يسقط بها هذا الحق هى القسمة النهائية لا قسمة المايأة .

وهكذا كان المشتري لحصة شائعة يظل مقيدا بحق الاسترداد حتى تتم قسمة المال، ما لم ينزل الشركاء عن هذا الحق قبل ذلك . وهذا النزول، قد يقع صراحة ، كما أنه قد يقع ضمنا متى صدر من الشريك ما يدل على أعترافه بالمشترى شريكا معه أو على رضائه بالبيع الحاصل لاجنبى [٢١٢].

ولكن المشرع في التقنين المدنى الجديد لم يشأ أن يترك أستعمال الحق في الاسترداد مرسلا دون ميعاد يتقيد به ، رغبة منه في ألا يظل مصير المتصرف معلقا مدة طويلة . فنصت المادة (٨٣٣) على وجوب استعمال هذا الحق ((خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشريك بالبيع أو من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى)) •

ومن هذا يتبين أن أستعمال الحق في الاسترداد يجب أن يتم عن طريق اعلان يوجه الى كل من البائع والمشترى ، ويجب أن يوجه هذا الاعلان الى الطرفين لا الى أحدهما فقط . ويلزم أن يوجه هذا الاعلان خلال الثلاثين يوما التالية لاعلان الشريك بالبيع من البائع نفسه أو المشترى [٢١٣] فاذا لم يعلن الشريك بالبيع فان الحق في الاسترداد يسقط أذا أثبت أنه قد مضت مدة ثلاثين يوما من تاريخ علمه به وهذا العلم يمكن اثباته بكل الطرق بالطبع .

فاذا فوت الشريك موعد الثلاثين يوما دون أن يعلن البائع والمشترى برغبته في الاسترداد سقط حقه فيه.

ما لا يشترط من أجراءات :-

هذه هى الاجراء ات التى رسمها القانون لاستعمال الاسترداد ويجب به الوقوف عندها دون استلزام أجراءات آو مواعيد آخرى

---

(٢١٢)(استئناف مختلط - ٥مارس ١٨٩٦ - المجموعة ٨- ص ١٤٨ ، ٢٧ مارس ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١٢ - ص ١٧٥ ، ٢٥ نوفمبر ١٩٣٠ - المجموعة ٢٢ - ص ٣٨ ، ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠- المجموعة ٤٣- ص ١١٣)

(٢١٣)(والعبرة بوصول الاعلان لا بتقديمه لقلم المحضرين - راجع نقض ١٤ آبريل ١٩٤٥- مجموعة محمود عمر- ج ٤ - رقم ٢٣٤ -ص ٦١٦ - فيما يختص بالشفعة)

فالمشرع لم يوجب على طالب الاسترداد رفع دعواه في مدة معينة [٢١٤] . كما انه يلزمه بأيداع الثمن خزانة المحكمة ولا حتى نعرضه عرضا حقيقيا ويكفى ان يظهر رغبته في التعويض المشترى عن كل ما انفقة [٢١٥]

ولكن يلزم دائما توجيه ألاجراءات الى كل من البائع والشترى معا. فيجب أن يعلنا برغبة الشريك في الاسترداد . ويجب أن توجه اليهما معا الدعوى التي يرفعها الشريك، ويجب اختصامها معا في جميع مراحل الدعوى وذلك قياسا على ما هو مقرر في الشفعة.وفي هذا كله تقول محكمة النقض (أن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب استرداد الحصة الشائعة المبيعة، فيتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة . ولكن لما كان هذا الاسترداد. نوعا من الشفعة كانت الدعوى، به خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة. أما ما جاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية فانه ــ أذا كان واردا على خلاف احكام القانون العام من ثم لا يصح القياس لا يطبق على دعوى الاسترداد. و اذا كان فى الاسترداد، كما فى الشفعة يحل المسترد بالنسبة الى البائع محل المشترى في جميع ما كان له من الحقوق وما عليه من الواجبات، ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة عن البائع للمشترى، فانه يكون من اللازم ادخال البائع في دعوى لأسترداد كما يلزم ذلك في دعوى الشفعة. أما الحكم الخاص بوجوب اعلان المشترى والبائع في الميعاد المعين لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسرى لانه حكم استثنائى بل الذى يسرى هنا هو حكم القانون العام) [٢١٦]

وقررت في حكم آخر أيضا [٢١٧] (أن المادة ٤٦٢ من القانون المدنى (المقابلة للمادة ٨٣٣ من القانون الجديدا) لم توجب على طالب الاسترداد أن يعرض الثمن ، خلافا لما هو مقرر في قانون الشفعة [٢١٨] . وهذا يفيد أنه لا يجوز رفض طلب الاسترداد بمقولة أن الثمن الذى عرضه الطالب هو دون الثمن الذى ثبت لدى القضاء أنه الثمن الحقيقى ، الا ان أعرض الطالب عن الاسترداد مقابل هذا الثمن بعد أن تتاح فرصة العلم به . فاذا كان ثمن الحصة المبيعة بقى مختلفا عليه الى أن حسمت محكمة الأستئناف ، هذا الخلاف بحكمها مثبتة فيه الثمن الحقيقى ثم حكمت المحكمة في ذات الوقت برفض طلب الاسترداد لكون الطالب لم يبد استعداده لدفع هذا الثمن ، فانها تكون قد خالفت القانون) .

---

(٢١٤)(ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن ميعاد الثلاثين يوما هو ايضا ميعاد لرفع دعوى الاسترداد - نقض ١٦ فدراير ١٩٥٦-مجموعة محكمه النقض ٧ - رقم ٣٠ - ص ٣٢٥ ، انظر فى ا د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٢٣ - ص ٨٦٢ هامش١ ، عكس ذالك د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٤٤ - ص ٢٢٣)

(٢١٥)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس- ص٦٨)

(٢١٦)(نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٤٥- مجموعة محمود عمر- جزء ٥ - رقم ١٣ - ص ٢٢)

(٢١٧)(نقض ١ ابريل ١٩٤٦- المجموعة السابق - جزء ٥ - رقم ٦٥ - ص ١٥٢)

(٢١٨)(المادة ٩٤٢ من القانون المدنى الجديد توجب ايداع كل الثمن حقيقى الذى حصل به البيع)

عدم قابلية الاسترداد للتجزئة :-

اذا طالب بالاسترداد شريك واحد كان عليه ان يسترد الحصة المبيعة كلها فلا يجوز له ن يطالب بجزء منها وان يترك الجزء الباقى والقول بخلاف ذلك يتنافي مع الحكمة في الاسترداد و هى اخراج الأجنبى وأبعاده عن الشركة

ويسرى هذا الحكم حتى لو كان المبيع جمله حصص لعدة شركات بيعت في نفس الوقت لأجنبى ، فلا يجوز أن يقصر الشريك المسترد طلب الاسترداد على بعض الحصص المبيعة دون البعض .

ويصح ان يطالب بالاسترداد اكثر من شريك ، وفى هذه الحالة سيكون لكل منهم أن يسترد بنسبة حصته في المال المشترك ، فتقسم الحصة المبيعة فيما بينهم لا على أساس الرءوس ولكن على أساس نسبة الحصص •

كيف يتم الاسترداد و آثاره :-

يتم الاسترداد بالتراضى آو التقاضى :-

فاذ أ أعلن المسترد رغبته فى الميعاد واتفق الجميع ، حل المسترد المسترد محل المشترى في جميع ماله وما عليه ، كما هو الحال في الشفعة ويلزم المتسترد بتعويض المشترى عما أنفقه .

أما اذا لم يتم هذا الاتفاق ، رفع الأمر الى المحكمة لتفصل فيه . ويلتزم المسترد بأن يعوض المشترى عن كل ما أنفقه ، فاذا كان قد قام بدفع الثمن أو جزء منه وجب على المسترد أن يؤدى اليه ، والثمن الواجب دفعه هو الثمن الحقيقى . وأذا أدعى المسترد أن الثمن الوارد في العقد ليس هو الثمن الحقيقى كان له أن يثبت ذلك بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة لأنه كان أجنبيا عن العقد الذى تم بين المشترى والبائع . وهو يلتزم فوق ذلك بأن يعوض المشترى عن المصروفات التى أنفقها ، كمصروفات العقد والسمسرة ورسوم التسجيل .

ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشترى في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة من عقد البيع ، ومعنى ذلك أن المشترى يخرج من العقد ليحل محله المسترد ويعتبر العقد. كأنه عقد من الأصل بين المسترد والبائع. وعلى ذلك يلتزم المسترد أمام البائع بالثمن ، ويلتزم البائع قبل المسترد بضمان المبيع ويستفيد المسترد من الأجل الممنوح للمشترى لدفع الثمن[٢١٩]

وينتج من ذلك أن المسترد لا يعتبر أنه تلقى المال عنه ، بل هو يتلقاه من البائع مباشرة . ولذلك لا يضم من المشترى للمسترد الشىء المبيع استحق . ويترتب على ذلك أنه اذا كان المشترى قد دفع الثمن فليبس للمسترد أن يمتنع عن دفعه له بحجة أنه مهدد باستحقاق المبيع ، ولكن يكون للمسترد حق في الضمان تجاه البائع نفسه

---

(٢١٩)(وذلك على خلاف الحال في الشفعة بنص صريح مادة ٩٤٥)

و اذا حوى المجموع من المال الذى حكم باسترداده عقارا فهل يلزم تسجيله ؟ ذهب بعض الشراح الى أن المسترد لا يلزم بتسجيل الطلب أو الحكم الصادر له بالاسترداد ، على خلاف الحال في الشفعة ، وذلك لعدم النص على ذلك ولأن الاسترداد لا يتضمن بذاته تصرفا من المشترى الى المسترد.

ولكن الراجح في الفقه هو قياس الاسترداد. على الشفعة اذ هو نوع منها ولذلك يجب تسجيل حكم الاسترداد في هذه الحالة او التأشير به حتى يعلم الكافة بالتغيير الذي نشأ اى حتى يعلموا يأستبدال المسترد بالمشترى [٢٢٠]. وخصوصا أن المادة ٩ من قانون تنظيم ألشهر العقارى توجب تسجيل جميع الأحكام النهائية المثبتة لتغيير حق من الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات

(المبحث الرابع)

(انقضاء الشيوع)

أسباب أنقضاء الشيوع :-

ينقضى الشيوع باتحاد ألمالك لجميع الأنصباء و انتهأء متعدد الملاك ، فقد يشترى احد الشريكين حصة الآخر أو يستردها ممن اشتراها أستعمالا لحقه في استرداد الحصة المبيعة أو في الشفعة ، كما قد يرث أحدهما الآخر . ففى هذه الحالات ومثيلاتها يستقل أحد الشركاء بكل المال ألْشائع فينتهى الشيوع •

وقد ينتهى الشيوع أيضا بارادة الملاك اذا باعوا المال الشائع جميعا الى آجنبى عنهم ، حتى يتخلصوا من الشيوع •

وأخيرا قد ينقضى الشيوع بالقسمة ، اذ يجوز لكل من الشركاء المشتاعين أن يطلب الخروج من حالة الشيوع مهما مضى من زمن على قيام هذه الحالة .

وقد نظم القانون المدنى الجديد انقضاء الشيوع بالقسمة في المواد (من ٨٣٤ الى ٨٤٥) وقد وضع المشرع اجراءات القسمة وأحكامها في المكان اللائق بها عند. الكلام على انتهاء الملكية الشائعة ، بخلاف التقنين المدنى القديم الذى وضعها في عقد الشركة .

طلب القسمة وما يرد عليه من قيود :-

الأصل ان يكون لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع (مادة ٨٣٣) وهذا الحق مشتق من ذات الشيوع ويتولد منه بأستمرار يمكن مباشرته في اى وقت مضى من الزمن على قيام حالة الشيوع.

---

(٢٢٠)(انظر د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى - رقم ٩٠- ص ١٩٢، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٣٠٢ - ص ٤٢٣ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون –فقرة ١٤٥)

فطلب القسمة لا يمكن آن يسقط بعدم الاستعمال آى أن التقادم المسقط لا يمكن أن يلحقه ، بل أن هذا الحق لا يمكن النزول عنه والا كان هذا . . النزول باطلا ولا يعتد به

على أن الحق في طلب القسمة قد يرد عليه بعض القيود ، وهذه القيود أما أن يكون مصدرها الاتفاق ، أو القانون ، أو طبيعة الشيوع

١ – القيد الاتفاقى على حق طلب القسمة :-

" فيصبح أن يتفق المشتاعون على البقاء في حالة الشيوع مدة معينة ، و مقتضى هذا ألا يكون لأحدهم المطالبة بقسمته قبل أنقضاء هذه ألمدة [٢٢١].

ويقع الاتفاق غالبا بين جميع الشركاء ويجوز مع ذلك أن يجرى بين بعضهم فقط ، فيكون الاتفاق ملزما لهم دون سواهم .

كما يجب أن يكون ذلك القيد واردا في أتفاق ، فالشرط لا يلزم الشركاء الا بارادتهم ، وعلى ذلك أذا ورد في وصية لم يعتد به [٢٢٢]

ويجب أخيرا أن يكون هذا القيد مؤقتا . وقد حدد له المشرع في المادة (٨٣٤) حدا أقصى هو خمس سنوات ، أذ نصت على أنه (لا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين فاذا كان الأجل يجاوز هذه المادة نفذ في حدود. خمس سنوات فقط، وكان باطلا فيما عداها). أو بعبارة آخرى أنقضت المدة الى خمس سنوات [٢٢٣]

ومتى تم الاتفاق على الوجه الذى رأينا وفي هذه الحدود السابقة كان أتفاقا صحيحا ، يلزم بمقتضاه كل من الشركاء بعدم المطالبة بالقسمة . خلال المدة المحددة فيه ، فاذا لم تتحدد فيه مدة اعتبر نافذا لمدة خمس سنوات .

وليس هناك ما يمنع الشركاء بعد أنقضاء المدة المتفق عليها من "الاتفاق مرة أخرى على مدة جديدة تسرى من يوم هذا الاتفاق. الجديد وفى حدود خمس سنوات جديدة

ويترتب على هذا الاتفاق منع طلب القسمة العينية ، كما يمنع طلبه ببيع لعقار لعدم امكان قسمته.

---

(٢٢١)(ويكفي لمباشرة هذا الاتفاق أهلية الادارة دون أهلية التصرف - د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد –فقرة ٣٧٣- ص ٨٨٤)

(٢٢٢) (د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدونرقم ٣٠٥- ص ٤٣٦ و ما بعدها ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى - رقم ٩٧- ص٩٩٩ و ما بعدها ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٤٧ - ص ٢٢٩ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٣٧ - ص ٨٨٧)

(٢٢٣)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ١٠١)

ولا يقتصر أثر الاتفاق على الشركاء الذين عقدوه ، بل أنه يصبح نافذا في حق خلفائهم أيضا . فاذا خلف أجنبى أحد الشركاء في حصته ببيع أو هبة أو ميراث أو وصية أو غير ذلك من أسباب الملك نفذ الاتفاق في مواجهته ، لكون الالتزام متعلقا بالعين ذاتها [٢٢٤] .

ويجوز كما اشرنا ان يقع الاتفاق على عدم القسمه بين بعض الشركاء فقط ، فيكون الاتفاق ملزماً لهم دون سائر الشركاء الذين لم يكونوا طرفا فيه . وينفذ هذا الاتفاق في حق دائنى الشركاء أيضاً . فلا يجوز الدائن أحد هم طلب القسمة خروجا على هذا الانفاق ، وانما له فقط آن يطلب التنفيذ على حصة مدنية شائعة .

٢- القيد القانونى على حق طلب القسمة :-

فمن ذلك مثلا نص المادة (١/٨٥٣) وهو يقضى بأنه ليس للشركاء في ملكية الاسرة ان يطلبوا القسمة مادامت مليكة الاسرة قائمة ٠والاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة خمس عشرة سنة (٨٥٢).

ومن هذا أيضا ما نصت عليه المادة (٤١) من القانون رقم(١١٩ لسنة ١٩٥٢) الخاص بأحكام الولاية على المال فهى تقرر أنه « اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه او بناء على طلب النيابة العامة ان توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرر له جسيما» .

٣- القيد المتعلق بطبيعة الشيوع على حق طلب القسمة :-

فاذا كان المال في حالة شيوع جبرى امتنع على أى الشركاء المطالبة بقسمته . وهنا نجد أن طلب القسمة ليس ممنوعا لمدة معينة كمن هو الشأن في الحالتين السابقتين، بل أن طلب القسمة يكون هنا ممتنعاً دائما . ولهذا تصت المادة (٨٥١) على أنه ليس للشركاء في مال شائع آن يطلبوا قسمته أذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال، ((أنه يجب آن يبيقى دائما على الشيوع » .

ومن قبيل الشيوع الجبرى أيضا الذى يمنع قسمة المال الشائع الشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات ،وهى الأرضى وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع المشار اليها فى الفقرة الأولى من المادة ٨٥٦، فهذه الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة (٢/٨٥٦).

وواضح ان منع القسمة في حالات الشيوع الجبرى انما يرجع الى طبيعة المال ذاته، أذ أنه لا يمكن الانتفاع به الا مع بقائه على حال الشيوع.

---

(٢٢٤)(انظر د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- فقرة ٢٩٧ ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - فقرة ٣١٩ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٤٧ ص ٢٢٧)

طلب القسمة غير مرهون بعدم تضرر الشركاء منها:-

هذه هى القيود التى ترد على حق كل شريك فى طلب القسمة. فاذا لم يكن هناك قيد من هذه القيود كان طلب القسمة رخصة لكل شريك يستعملها فى أى وقت شاء. ولا يمكن اجباره على البقاء فى الشيوع بحجة أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء. ومن جهة أخرى إذا يوجد قيد اتفاقى على طلب القسمة وجب احترامه ولم يستطع أحد الشركاء التحلل منه.

و عند عرض مشروع القانون المدنى الجديد رأى مجلس النواب اضافة فقرة ثانية الى المادة (٩٠٥) من المشروع المقدم للحكومة (وهى المقابلة للمادة ٨٣٤) ، وكانت هذه الفقرة واردة فى المشروع التمهيدى ولكن حذفت فى لجنة المراجعة ، وكان نص هذه الفقرة من شأنه أن يكون للمحكمة ،بناء على طلب احد الشركاء ،ان تامر باستمرار الشيوع ،حتى الى ما بعد الاجل المتفق عليه ، و حتى لو لم يوجد آى اتفاق على البقاء فى الشيوع ،وذلك متى كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ،كما لها أن تأمر بالقسمة فى الحال ، حتى قبل أنقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك . ولكن حذفت هذه الفقرة فى مجلس الشيوخ بناء على اقتراح لجنة القانون المدنى فيه، ولان القاعدة ان الاتفاق قانون المتعاقدين. ولذا لا يصح الخروج عليها الا لسبب يتعلق بالنظام العام، والان من الواجب احترام اتفاقات الشركاء فى هذا الشأن، اذ انة قد تكون لهم ظروف قوية فى البقاء او عدم البقاء فى الشيوع. وهكذا حذفت الفقرة توخيا لاستقرار التعامل [٢٢٥]. ولهذا كله يجب عدم الأخذ بالحكم الذى تضمنته هذه الفقرة المحذوفة [٢٢٦].

القسمة بالتراضى (القسمة الاتفاقية) :-

قد تقع المقسمة بالتراضى تقع بالتقاضى ، وبعبارة أخرى قد تكون القسمة اتفاقية وقد تكون قضائية ، فيجوز أن يتفق الشركاء جميعا على كيفية قسمة المال بينهم . فاذا استحال الاتفاق فيما بينهم جميعا على كيفية اقتسام المال ، استطاع آى منهم أن يطلب اجراء القسمة بواسطة القاضى .

وقد نصت المادة (٨٣٥) على أنه ((للشركاء اذا انعقد اجماعهم آن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون » . فلتمام القسمة بالتراضى يلزم اتفاق الشركاء جميعا على القسمة .

أما اذا كان بينهم قاصر فانه يجب الرجوع فى تحديد ما إذا كان وليه أو وصيه يستطيع أن يتراضى على القسمة الى أحكام القوانين المنظمة لمسائل الولاية على المال . وقد بين هذه الأحكام المرسوم بقانون رقم (١١٩ لسنة ١٩٥٢).

---

(٢٢٥)(مجموعة التحضيرية ـ الجزء السادس ـ ص ١٠٠ وما بعدها.)

(٢٢٦)(ما لم تكن دعوى القسمه قد رفعت على قاصر او محجور عليه أو غائب فللمحكمة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات اذا ثبت آن فى التعجيل بها ضررا جسيما ـ راجع د/ عبد المنعم البدروای ـ حق الملكية ـ الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠ـ بند ١٤٨)

ولا يبدو من هذا القانون أن هناك قيدا ما على سلطة الولى في الاتفاق على القسمة اما بالنسبة للوصى فأن المادة ٤٠ من هذا المرسوم بقاون تنص على ما يأتى (على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضى أذا كانت له مصلحة في ذلك ، فاذا أذنت ألمحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع ، وعلى الموصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال ان تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية).

ومن هذا يبدو أن قسمة ألمال لا يمكن أن تتم بالتراضى اذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية ألا اذا أذنت المحكمة الموصى في ذلك . ولهذه المحكمة أن تعين الأسس التى تجرى عليها القسمة . فاذا تمت القسمة كان على الوصى عرضها على المحكمة التى لها في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية . فوجود القاصر في الشيوع لا يحوله لذا دون تمام القسمة بالتراضى متى روعيت الشروط التى تستلزمها المادة (٤٠) من قانون أحكام الولاية على المال . ولا يكون معنى العبارة الواردة في نهايه المادة (٨٣٥) و التى توجب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون أن يكون من المتعين في هذه الحالة الالتجاء الى القسمة القضائية كما تذهب الى ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدنى [٢٢٧] ، بل أن معناها هو وجوب مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون المنظم لأحكام الولاية على المال . فاتباع اجراءات القسمة القضائية لا يكون الا حيث تأمر بذلك المحكمة التى يستأذنها الوصى في الاتفاق على القسمة .

القسمة الفعلية :-

يلاحظ أنه لا يشترط أن يكتب الاتفاق على القسمة في محرر ، بل جوز أن يستنتج من ظروف الأحوال ، وهذه هى القسمة الفعلية كما تسميها محكمة النقض . وقد قضت هذه المحكمة بأنه اذا تصرف أحد الشركاء في حصة مفرزة ثم تابعه سائر الشركاء بالتصرف في حصص مفرزة أيضا ، فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بالقسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء [٢٢٨]. فالقسمة التى تنهى الشيوع يجوز أن تستخلص من كل عمل يدل على اتجاه أرادة الشركاء جمعا الى أنهاء حالة الشيوع، وللمحكمة أن تستخلص هذه الارادة من ظروف الحال [٢٢٩].

ثم انه يلاحظ من ناحية أخرى ما نصت عليه المادة (٨٤٦) من أنه أذا دامت قسمة المهايأة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية، ما لم يتفق "الشركاء على غير ذلك . واذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهاياة .

---

(٢٢٧)(مجموعة الأعمال التحضيرية -الجزء السادس - ص١٠٥)

(٢٢٨)(نقض ٢١ ديسمبر ١٩٤٤- مجموعه محمود عمر - جزء ٤ - رقم ١٧٧ - ص ٥٠٢)

(٢٢٩)(نقض ٣١ مايو ١٩٥١- مجموعة محكمة النقض - السنة الثانية - رقم ١٤٣- ص ٩٠٥)

القسمة القضائية العينية : -

فاذا اختلف الشركاء على كيفية اقتسام المال الشائع أجريت القسمة بواسطة القضاء.وعلى هذا نصت المادة (٨٣٦) حين تقرر انة (اذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية [٢٣٠]) .

فاذا كان المال يقبل المقسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته جرت قسمته على هذا الوجه . أما اذا لم تمكن قسمة المال عينا ، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون المرافعات . وقد رسم القانون كيفية اجراء القسمة العينية بواسطة المحكمة.

المقرر في المادة (٢/٨٣٦) أن للمحكمة أن تنتدب خبيرا أو أكثر - اذا رأت لذلك وجها – لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا . ويقوم الخبير بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين • فاذا لم يتيسير للخبير تكوين الحصص على آساس أصغر نصيب جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يعين لكل جزءا مفرز من المال الشائع يتعادل مع حصته ، و اذا اقتضى الأمر معدلا نقديا يكمل نصيب بعض الشركاء حدد هذا المعدل (مادة ٨٣٧) ، اذا عينت الحصص بطريق التجنيب أصدرت المحكمة الجزئية حكما بأعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه (مادة ١/٨٣٩) .

أما اذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب (مثل ذلك على تكون أنصبة الشركاء هى النصف والثلث والسادس فيقسم المال سداسا) ، فان القسمة تجرى بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (مادة ٢/٨٣٩) .

واذا ثارت منازعات أمام المحكمة الجزئية : فان كان النزاع متعلقا بتكوين الحصص ، أو كان مما يدخل في اختصاصها بحسب القواعد العامة فصلت فيه (مادة ١/٨٣٨) . أما اذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاصها ، كأن تنازع الشركاء في قدر حصة كل منهم في المال الشائع فادعى أحدهم أن له النصف مثلا فنازعه الشركاء مدعين أن له الثلث فقط ، فصلت المحكمة المختصة في هذا النزاع .اذ هو يدور حول الملكية لا حول القسمة . فان كانت ألمحكمة الجزئية هى المختصة بالفصل فيه حسب القواعد العامة للاختصاص قامت بالفصل فيه ، والا أحالت الخصوم الى المحكمة المختصة [٢٣١] وحددت الجلسة التى يحضرون فيها، ووقفت. دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات (مادة ٢/٨٣٨)

---

(٢٣٠)(وذلك مهما كانت قيمة الأموال المطلوب بيعها .)

(٢٣١)(وليست من الضرورى أن تكون هذه المحكمة المختصة هى المحكمة الابتدائية كما تقرره المادة ٢/٨٣٨ فقد تكون هي دائرة الأحوال الشخصية اذا كان الشيوع مصدره الارث وتنازع الشركاء في نصيب كل منهم في الميراث، ما لم يكن وجه الحكم في المسألة ظاهرا لا أختلاف عليه.)

وجوب تصديق المحكمة أذا كان بين المتقاسمين ناقص الاهلية:-

اذا حكمت المحكمة الجزئية باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه سواء عينت النصيب عن طريق التجنيب ، أو عن طريق تكوين الحصص والاقتراع ، فان هذا الحكم يجب التصديق عليه من المحكمة ، طبقا لنص المادة (٨٤٠)، اذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ، وذلك بعد أن يصبح هذا الحكم نهائيا ، ووفقا لما يقرره القانون على حد تعبير المادة المذكورة .

و بالرجوع الى القانون رقم (١١٩ لسنه ١٩٥٢) الخاص بأحكام الولاية على المال يتضح أن نص المادة ٤٠ منه يقرر أنه في حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة أستئنافية بتكوين الحصص.

فطبقا لهذا النص كلما كان في القسمة شريك قاصر أو من في حكمه كان من الواجب تصديق المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تجرى القسمة على حكم هذه المحكمة باجراء القسمة عينا . وذلك ما لم يكن القاصر ممثلا في دعوى القسمة بوليه ، اذ أن الولى لا يخضع لما يخضع له الوصى أو سواه من قيود ، ولا يحتاج الأمر الى تصديق اذا كان قد طعن في حكم القسمة بواسطة أحد الشركاء فحكمت المحكمة. الابتدائية استئنافيا في دعوى القسمة ، لأن هذه المحكمة هى بعينه المحكمة المختصة بالتصديق.

والحكم السابق وغيره من الأحكام الخاصة. بقسمة مال القاصر- في شأن قسمة مال الغائب والمحجوز عليه ، وذلك بصريح ألمادة (٧١) به من قانون الولاية على المال السالف الذكر .

قسمة التصفية :-

اذا لم تمكن قسمة المال الشائع عينا على الوجه الذى بينا، تمت بطريق بيع الأموال الشائعة وتقسيم ثمنها ويحصل البيع بالطرق المقررة في قانون المرافعات.وقد نصت المادة (٨٤١) على أنه « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها احداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا هذا بالاجماع » . وقد تكفل قانون المرافعات (في المواد من ٧١٨ الى و ٧٢١) ببيان الاجراءات الواجب اتباعها عند بيع العقار لعدم امكان قسمته ، وليس هنا مجال تفصيل هذه الاجراءات ، وانما نكتفى هنا بالاشارة الى أنه الشركاء كما لغيرهم الحق في الدخول في المزاد ، ولهم أيضا كما لسواهم ان يقرروا في خلال الأيام العشرة التالية لرسو المزاد بالزيادة على الثمن بشرط ألا تقل هذه الزيادة عن عشر الثمن .

وهذا الحكم الأخير أصبح مسلما بدون خلاف ، أذ أن المادة (٦٤٧) من قانون المرافعات تعطى حق زيادة العشر لكل شخص ليس ممنوعا من المزايدة .

وقد أحالت المادة (٧٢٢) مرافعات الى هذه المادة عندما قسمت بتطبيق الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب على بيع العقار لعدم امكان قسمته[٢٣٢]

وقد تضمن نص المادة(٨٤١) من المجموعة المدنية حكما جديدا حين قررت أنه يجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع فيشترط اذن اجماع الشركاء ، فاذا خرج واحد منهم على هذا الاجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون أن يقصر على الشركاء.

وفى حالة ما اذا رسا المزاد على احنبى عن الشركاء كان هذا من الشركاء للأجنبى وأخذ حكمه .أما اذا رسا المزاد على أحد الشركاء ، كان رسو المزاد في حكم القسمة ، وترتب على حكم مرسى المزاد جمنع الآثار التى تترتب على حكم القسمة ، وأهمها اعتباره كاشفا لحق الشريك الرأسى عليه المزاد لا منشئا له .

تدخل الدائنين :-

ولما كان دأنتو الشركاء يعنيهم أمر القسمة اذ قد يغبن فيه مدينهم الشريك ، فقد خول لهم القانون حق التدخل في أجراءات القسمة سواء تمت عينا آو بطريق التصفيه ٠ فنصت المادة (١/٨٤٢)على آن « لدائنى كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال أدخال الدائنين المقيد و حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة [٢٣٣]» .

ويتضح من ذلك أنه اذا عارض دائن اى شريك في اجراء القسمة بدون تداخله ، وجب عليه آن يبلغ معار ضته هذه المى كل الشركاء • وله يرسم القانون شكلا خاصاً لهذه المعارضة فيصح آن تقع بأنذار او بخطاب موصى عليه ولكنه اوجب فقط ابلاغ هذه المعارضة جميع الشركاء بما فيهم الشريك المدين. وعندئذ يجب على الشركاء ادخاله الدائن المعارض في الاجراءات، فاذا لم يدخلوه فيها كان له الحق في أن يعتبر القسمة غير نافذة في مواجهته، دون حاجة الى اثبات التواطؤ او الغش٠

وقد ألزم القانون الشركاء بأن يدخلوا أيضا في اجراءات القسمة. جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، وذلك حتى لو لم يعارض هؤلاء، فدعوتهم واجبة في جميع الأحوال. ويترتب على اغفال ادخالهم عدم نفاذ القسمة في حقهم. أما الدائنون الذين يقيدون حقوقهم بعد رفع دعوى القسمة فان القانون لم يلزم الشركاء بادخالهم ولهم ـــ كما للدائنين العاديين -- أن يعارضوا في اجراء القسمة بدون تدخلهم ، فيتعين ادخالهم في الاجراءات .

---

(٢٣٢)(و قد كانت المسألة خلافية في ظل قانون المرافعات القديم . راجع فى هذا د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى -رقم ١٢١ -ص ٢٢٧)

(٢٣٣)(ويلاحظ أن الدائن يستطيع أستعمال حق مدينه في طلب القسمة بناء على الحق المخول له بمقتضى المادة ٢٣٥ متى توافرت شروطها)

وللدائنين المعارضة في اجراء القسمة بغير تدخلهم الى حين تمام القسمة، أما اذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا في حالة الغش (مادة ١/٨٤٢) ، أى اذا أثبتوا أن الشركاء تواطؤوا على الاضرار بحقوقهم

والأحكام السابقة مقصورة على حالة القسمة القضائية. أما أذا لم تتم القسمة أمام القضاء بل تمت بالتراضى لم يجز للدائنين التدخل في القسمة ، وكل ما لهم هو أن يطعنوا في عقد القسمة طبقاً لأحكام الدعوى البولصية [٢٣٤] .

آثار القسمة :- [٢٣٥]

نصت المادة (٨٤٣) على أنه (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه من منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقيمة الحصص) وهذا الحكم يطبق سواء تمت القسمة بالتراضى او بالقضاء ، سواء تمت القسمة عينا أو بطريق التصفية متى رسا مزاد المال على أحد الشركاء . أما اذا رسا المزاد على أجنبى فان أحكام البيع هى التى تصبح واجبة التطبيق . ويتضح من هذا النص ان نتيجة القسمة تنحصر في امرين:-

الأول :- أن المتقاسم يعتبر مالكا للحصة التى آلت اليه ، ليس من وقت القسمة ، ولكن منذ أن تملك في الشيوع .

الثانى :- آن المتقاسم يعتبر أنه لم يملك في أى وقت سوى الحصة التي الت اليه.

وبهذا أراد القانون أن يكون للقسمة أثر رجعى لأنه اعتبرها كاشفة للحق لا ناقلة أو منشئة .وأعتبار القانون القسمة ذات أثر كاشف يخالف القانون الرومانى الذى كان يعتبرها ناقلة للحق ، وهو مخالف أيضا لما هو مقرر في : الشريعة الاسلامية . فالقسمة فيها تعتبر افرازا أو مبادلة ، أذ بمقتضاها يحرز كل واحد من اشركاء نصيبه ويبادل شريكه بما كان له كان من حق شائع في نصيبه.

ولكن المشرع الفرنسى خالف القانون الرومانى واعتبر القسمة مكشفة لاعتبارات متعددة .

---

(٢٣٤)(مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء السادس - ص ٢٠، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-ج ٢ -فقرة ١٢٣، د/ محمد على عرفة – حق الملكية– طبعة بدونفقرة ٢٣٠ ، وعكس ذلك د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٥٣-ص ٢٤٢)

(٢٣٥) راجع في أثر القسمة المراجع الآتية :-

Desserteaux, Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif du partage, thèse, Dijon 1907. Chevallier L'effet déclaratif desconventions et des contrats. thèse. Rennes 1932 : Mouras, L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratré du partage, thèse, Nancy, 1939 ; Veroene Etude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du .partage, thèse. Lille 1946 Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, Paris 1949

ففى القانون الفرنسى القديم كان نظام الاقطاع يفرض على من يحوز أرضا أن يدفع لسيد الاقطاع ضريبية عند نقلها الى الغير ه. فأذا توفى المنتفع واقتسمم ورثته المال المشاع وجب على كل وارث أن يدفع ضريبة على نصيبه نظرا لكون القسمه ناقلة. ولكن رجال القانون أرادوا ان يخففوا على حائز الأرض ، فقالوا ان القسمة لا تعتبر منشئة الحق جديد ولا ناقلة لحق من شخص الى اخر وانما هى مقررة أو كاشفة .

ثم ان في القول بأن القسمة ناقلة ما يؤدى الى تعدد سند ملكية المتقاسم،فيكون مالكا بناء على مصدر الشيوع الاصلى (كالارث مثلا) وكذلك بناء على عقد القسمة (الذى هو بمثابة عقد مقايضة) . أما اذاً اعتبرت القسمة كاشفة أى مقررة ، فان كل متقاسم يتملك حصته الت اليه بناء على سند وأحد هو الارث مثلا وفي تعدد سندات الملك صعوبات قانونية متعددة.

وأخيرا فأن من شأن اعتبار القسمة مقررة القضاء على صعوبات عملية ، فلو كانت القسمة ناقلة لكان معنى هذا أن تنتقل الى كل متقاسم الأجزاء التى تقع في نصيبه محملة بما يكون عليها من حقوق عينية يكون قد قررها غيره من المشتاعين ، فيضطر المتقاسم الى الرجوع على من قرر هذه الحقوق طبقا لأحكام الضمان ، وفي هذا تعقيد . ولكن اذا اعتبرت القسمة مقررة آى كاشفة فان الحصة التى تؤول الى المتقاسم تعتبر آنها آلت اليه. منذ بدء الشيوع وأنها لم تكن مملوكة لغيره من المتقاسمين ، و بالتالى يسقط ما عسى آن يكون غيره قد رتبه عليها من حقوق عينيه

لهذه الأسباب جميعا وبناء على هذه الاعتبارات لجأ المشرع الفرنسي الى الحيلة والمجاز فأعتبر القسمة مقررة للحق اى كاشفة له وجرى في هذا التقنين المدنى المصرى.

ما يترتيب على اعتبار القسمة مقررة :-

ويترتب على اعتبار القسمة مقررة للحق أن يكون لها أثر رجعى فتعتبر الحصة التى آلت الى المتقاسم أنها كانت ملكا خاصا له منذ بدء الشيوع. وعلى ذلك تنفذ التصرفات التى يكون المتقاسم قد أجراها على هذه الحصة أثناء الشيوع ، وتسقط الحقوق التى رتبها غيره عليها [٢٣٦] .

وقد ر آينا آن القانون المدنى الجديد قد خفف من الاثر الرجعى للقسمة في حالة التصرف في عين مفرزة لم تقع في نصيب المتصرف ، أذ قرر نقاذ المتصرف فيما وقع بالفعل في نصيب المتصرف بعد القسمة (المادة ٢/٨٢٦ والمادة ٢/١٠٣٩)

ثم أنه من ناحية آخرى استثنى من الأثر الرجعى للقسمة الرهن الرسمي الذى يقرره جميع الشركاء على عقار شائع اذ نص على ان يبقى الرهن نافذا أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار (٢/١٠٣٩)

---

(٢٣٦)(ولكن ليس معنى هذا أنه يحق للشريك أن يطالب بثمار الحصة عن فترة الشيوع بل ان تلك الثمار من حق الشركاء جميعا- نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٦٥- مجموعة محكمة النقض -السنة السادسة عشر - رقم ١٨٠ - ص ١٤٥)

ويترتب على اعتبار القسمة مقرره أنها لا تعتبر سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى(٢٣٧)

ويترتب كذلك على اعتبارها كاشفة أن تسجيل عقد القسمة العقارية شرط للاحتجاج به على الغير ، اما بين المتقاسمين فهو نافذ دون حاجة تسجيل.

ويلاحظ أن الأثر المقرر للقسمة ليس مقصوراً على القسمة العنية، وأنما هو يترتب أيضا على قسمة التصفية ، متى رسا المزاد على أحد الشركاء ، فاذا بيع العقار لعدم امكان قسمته فرسا المزاد على أحد الشركاء أعتبر هذا الشريك مالكا للعين كلها هذا أن تملك في الشيوع ، ويعتبر الشركاء الآخرون أنهم لم يملكوا فيها.

أما اذا رسا المزاد على أجنبى فلا تكون القسمة مقررة ، بل تكون ناقلة وتكون أحكام البيع هى الواجبة التطبيق ، مع ملاحظة أن حكم رسو المزاد يطهر العين من الرهون التى رتبها الشركاء .

ضمان التقاسمين :-

وبالرغم من أن القسمة لا تعتبر ناقلة للحق بل كاشفة له ، فان المشرع قد رتب عليها التزاما متبادلا بين التقاسمين بالضمان ٠ والضمان كما هو معروف هو الآثار التى تترتب على عقد البيع ، ولكن المشرع آلزم المتقاسمين بالضمان. ليكفل العدالة في القسمة وليحقق المساواة بين المتقاسمين جميعا .

وتنص المادة (٨٤٤) على انه (١ -- يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو أستحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشىء بقيمته وقت القسمة ، فاذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين ٢ - غير آنه لا محل الضمان اذا كان هناك اتفاق صريح يقضى منه في الحالة الخاصة التى نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضا اذا كان الاستحقاق راجعا الى المتقاسم نفسه)٠

ومن هنا النص يبدو ان القانون قد رتب على القسمة ضمان التحرض والاستحقاق كما رتبه على عثر البيع ٠ وكان هذا الحكم مفهوماً في القانون الرومانى حيث كانت القسمة ناقلة شأنها شأن البيع ٠ولكن للقانون المصرى والفرنسى اعتبرا القسمة كاشفة للحق كما أسلفنا ، ولذلك يبدو أن للضمان في القسمة أنما قرره المشرع ليكفل المساواة بين المتقاسمين

---

(٢٣٧)(وقد ذهبت بعض المحاكم الفرنسية في تفسير الأثر المقرر للقسمة ابعد من هذا . فقررت أنه أذا وقف التقادم اثناء الشيوع لصالح جميع الشركاء وبسبب وجود شريك ناقص الأهلية ، فان الشريك البائع لا يستطيع فى القسمة أن يتمسك بهذا الوقف بالنسبة للأموال التى آلت اليه بسبب القسمة –محكمة ديجون ٢٣ فبراير ١٩٢٠ ، نقض ٢ نوفمبر ١٩٤٥ - وهذا القضاء منتقد من معظم الشراح لأنه يتجاهل حالة الشيوع التى كانات موجودة قبل القسمة ، فانه وأن كان للقسمة أثر فانه يجب حصر هذا الأثر في نطاقه الطبيعى ، ويجب ألا يصل بنا الافتراض الى حد أنكار الشيوع الذى كان قائما قبل وقوع القسمة - راجع بيلانيول - الجزء الثالث - رقم ٣١٦٣ فالمقصود بالاثر الرجعى هو حماية المتقاسم من تصرفاته شركائه الصادرة قبل القسمة - راجع فى انتقاد الاثر الرجعى للقسمة د/ منصور مصطفى منصور - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - الطبعة السادسة - سنة ١٩٦٤ - ص ٢١١ و ما بعدها.)

فبمقتضى القسمة يجب ان يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له في المال الشائع من حصة شائعة ٠فاذا اتضح ان أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها او بعضها كان معنى ذلك انة لم يأخذ نصيبه الكامل في الأموال المشتركة، الامر الذي يقتضي تعويضه. والحقيقة أن المال الذى أستحق في يد المتقاسم لم يكن من الواجب ادخاله في القسمة ، أما وقد أدخله الشركاء فيها فان الشريك الذى اختص به يجب آن يعوض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعا ، فالالتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ يجب أن يسود القسمة ، هو مبدأ المساواة .

والالتزام بالضمان يشمل الاستحقاق والتعرض معا. فاذا آل الى التقاسم مال لم يكن مملوكا للشركاء على الشيوع واسترده مالكه رجع المتقاسم على شركائه السابقين بضمان الاستحقاق. وهم يضمنون له أيضا التعرض، لأن التعرض ليس في الواقع الا ادعاء الغير بملكيته للمال الذى آلى للمتقاسم بسبب القسمة، فهو ينبى عن استحقاق محتمل .

ولكن لا محل لضمن العيوب الخفية. فالضمان في القسمة مقصور على التعرض و الاستقاقى .ووجود العيب الخفى لا يعنى سوى ان المال الذى ال الى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته ،ولذلك لا يكون له الا ان يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب العين طبقا لاحكام المادة (٨٥٤) .ومن المقرر أن نقض القسمة بسبب الغبن مقصور فقط على القسمة الحاصلة بالتراضى دون القسمة القضائية . ولا غرابة في ذلك ،فان المشرع قد اسقط ضمان العيوب الخفية ذاته في البيوع القضائية (مادة ٤٥٤).

شروط الضمان:-

لكى يتحقق الضمان في القسمة تشترط الشروط الاتية :-

١- يشترط أولا ان يكون التعرض والاستحقاق راجعين الى سبب سابق على القسمة .ومعنى ذلك ان يكون لمدعى التعرض او الاستحقاق حق ثابت عند القسمة ، بأن كان مالكا لبعض الأموال محل القسمة أو لحصة فيها ، أو كان له عليها حق موجب للضمان [٢٣٨] .

أما إذا كان سبب الاستحقاق لاحقا على القسمة فلا يكون هناك محل للرجوع على المتقاسمين. فاذا أهمل المتقاسم مثلا في قطع التقادم. السارى لصالح الغير بحيث تمت مدته بعد القسمة لم يكن له رجوع على شركائه السابقين. وكذلك إذا أهمل في تجديد قيد رهن ضامن الحق اختص به بمقتضى القسمة

٢- ويشترط أيضا ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه (٢/٨٤٤) ففى هذه الحالة يجب أن يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه ولا يسأل عنها الا نفسه.

---

(٢٣٨)(نقض مدنى ٢٦ ابريل ١٩٦٥- مجموعة محكمة النقض - ١٣- رقم ٧٨-ص ٥٠٦

ومن أمثلة خطأ المتقاسم إهماله في ادخال شركائه السابقين في الدعوى المقامة عليه من مدعى الاستحقاق. في حين أن هؤلاء الشركاء كانت لديهم الوسيلة الأكيدة التى كان من شأنها دفع هذه الدعوى والقضاء برفضها (قارن ألمادة ٣/٤٤٠الخاصة بالبيع). ومن أمثلة الخطأ أيضا عدم تمسك المتقاسم بالتقادم السارى لصلحته [٢٣٩].

٣- ويشترط أخيرا ألا يكون هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء. من الضمان في الحالة الخاصة التى نشأ عنها (٢/٨٤٤) (ولا يكفى لاسقاط حق المتقاسم في الضمان أن يكون عالما وقت القسمة بالسبب. الذى قد يؤدى الى الضمان، وانما يجب أن يتفق صراحة على الاعفاء من الضمان، وأن يذكر سببه. فلا يكفي أن ينص على عدم الضمان بعبارة عامة ، فمثل هذا الشرط العام بعدم الضمان لا يترتب عليه أثر اذ لو كان الأمر على خلاف ذلك لأصبح شرطا مألوفا في عقود القسمة .

ونشير في النهاية الى أن الالتزام بالضمان قائم سواء في المنقول أو العقار ، وفي القسمة التى تتم بالتراضى والقسمة القضائية .

آحكام الضمان :-

١- المتقاسمين ضامنون للتعرض والاستحقاق ٠ و بمقتضى ضمانهم للتعرض يستطيع المتقاسم الذى رفعت عليه دعوى من الغير أن يدخلهم فيها بطريق الضمان الفرعى ، بل أنهم يلتزمون بالتدخل فيها اذ أخطرهم المتقاسم برفعها (راجع المادة ١/٤٤٠ الخاصة - بالبيع) . فاذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى ، و جب عليهم الضمان ، الا اذا أثبتوا أن الحكم الصادر في المدعوى كان نتيجة لتدليس من المتقاسم أو لخطأ جسيم منه (٢/٤٤٠).

٢- اذا حكم للغير بالاستحقاق فعلا كان كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المستحق الضمان ولما كان للقصد دون هذا الضمان هو اعادة المساواة بين المتقاسمين فان قيمة المال المستحق لا تقدر بالرجوع الى وقت الاسترداد وانما بالرجوع الى وقت القسمة - وهذا ما قررته المادة (١/٨٤٤) . وما جرى عليه القضاء الفرنسى .

ولم يبين القانون عناصر التعويض الذى يلزم به المتقاسمون . ولذلك فانا نرى الاخذ بما قرره المشرع بالنسبة لضمان الاستحقاق الناشىء من عقد البيع فان الأحكام التى قررها هناك متفقة مع قواعد العامة في تقدير التعويض ، مع ملاحظة ان قيمة الشئ لا تقدر على اساس القيمة وقت الاسترداد كما هو الحال في البيع ، بل بالرجوع الى القيمة وقت القسمة (راجع المادة ٤٤٣ بخصوص عقد البيع وقارنها بالمادة ٨٤٤ الخاصة بالضمان في القسمة)

ويوزع التعويض على كل حكم الشركاء السابقين بنسبة حصة كل منهم ، مع تحمل مستحق الضمان نفسه جزءا من هذا التعويض بنسبة حصته.

---

(٢٣٩)(بلانيول و روبيير - الجزء الثالث - رقم ٣١٧٨)

فاذا كان آحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين (مادة ١/٨٤٤).

ورجوع المتقاسم على شركائه السابقين مضمون بأمتياز المتقاسم:-

تنص المادة (١١٤٦) على أن (للشركاء الذين اقتسموا منقولا. القسمة وفي استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل ٠ و تكون لامتياز حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم في الر جوع على الاخرين بسبب المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فاذا تزاحم الحقان قدم الأسبق في التاريخ) وتنص ألمادة (١١٤٩) على آن (للشركاء الذين اقتسموا عقارا، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الاخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة .ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد[٢٤٠].)

تقادم الالتزام بالضمان :-

لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان النأشيء من القسمة بين التقاسمين . ولذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة (وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (مادة ٣٧٧)

ولكن من أى وقت تسرى هذه المدة ؟

ذهب بعض الشراح الى أن هذه المدة تبدأ في السريان من وقت وقوع القسمة [٢٤١]

- ويرى استاذ الدكتور/ عبد المنعم البدراوى – فى مؤلفه حق الملكية - الملكية بوجه عام واسباب كسبها – طبعة سنة ١٩٩٠ - بأن سريان تقادم الالتزام بالضمان الناشيء عن القسمة يبدأ من اليوم الذى يثبت فيه الاستحقاق ، وذلك تطبيقا لقاعدة عامة تقضى بأن التقادم لا يبدأ في السريان الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء وفقا لنص المادة (١/٣٨١ ، ٢) [٢٤٢]

نقض القسمة بسبب الغبن:-

قلنا ان القسمة يجب أن تخضع لمبدأ عام هو مبدأ المساواة . ولن تتحقق هذه المساواة اذا تمت القسمة بغبن فاحش على احد المتقاسمين ولذلك حرص المشرع المصرى فى التقنين المدنى الجديد على النص

---

(٢٤٠)(ويرى البعض آنه فيما يتعلق بالتعويض الناشيء عن الاستحقاق . نظرا لما لهذا الدين من صفة أحتمالية أن القيد ليس ضروريا وأن عقد القسمة يكفى لحفظ الامتياز وتعيين مرتبته ، راجع د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون – رقم ٤٠٠ - ص ٥٨٠)

(٢٤١)(د/ محمد على عرفة - الملكية بوجه عام – طبعة بدون - رقم ٣١٩ -ص ٤٥٣ ، د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى - رقم ١٣٣- ص ٢٤٠)

(٢٤٢)(راجع د/ عبد المنعم البدروى - أثر مضى المدة في الالتزام - القاهرة – طبعة سنة ١٩٥٠-بند ٢٦٣ و بند ٢٧٥)

على جواز نقض عقد القسمة بسبب الغبن. في حين أنه اقتصر في البيع على حماية البائع من الغبن اذا كان المبيع عقارا ، وفي حالة واحدة فقط هى الحالة التى يكون فيها البائع شخصا لا تتوافر فيه الأهلية ، فأعطاه دعوى بتكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل .

وتنص المادة (٨٤٥/ ١) على أنه (يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى اذا اثبت احد المتقاسمين انة قد لحقة منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة[٢٤٣].)

وقد قصر المشرع المصرى الحق في نقض القسمة بسبب الغبن على القسمة الحاصلة بالتراضى أى على عقد القسمة ، دون القسمة القضائية اذ أن في تمام هذه القسمة الأخيرة أمام القضاء ما يكفى من ضمانات.

ويشترط لاستعمال الحق في نقض عقد القسمة أن يثبت المتقاسم آنه لحق منها غبن يزيد على الخمس ويرجع في التقدير الى قيمة الشيء وقت القسمة لا الى وقت استعمال هذا الحق أو وقت بدء الشيوع.

ويستطيع المدعى عليه أن يتفادى نقض القسمة اذا هو أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته . ومعنى ذلك أنه اذا أراد الشريك الآخر تفادى نقض القسمة وأعادتها من جديد وجب عليه أن يرفع الغبن كاملا باكمال ما نقص من حصة المتقاسم المغبون ولا يستطيع آن يكتفى باكمال نصيب هذا المتقاسم الى الأربعة الأخماس [٢٤٤]

فاذا لم تكمل حصة المتقاسم على الوجه السابق قضت المحكمة بنقض القسمة . ومعنى هذا الحكم باعتبار القسمة كأن لم تكن . ويترتب على هذا النقض ما يترتب على الفسخ من آثار سواء فيما بين الطرفين . أو بالنسبة للغير ، وتعاد القسمة من جديد.

ونلاحظ في النهاية أن عقد القسمة ، كسائر العقود ، يمكن الطعن فيه لعيب من عيوب الرضا المعروفة تطبيقا للقواعد العامة.

وحتى لا يظل عقد القسمة مهددا أوجب المشرع رفع الدعوى بسبب الغين خلال السنة التالية للقسمة فاذا مضت سقط الحق في الطعن.

تسجيل القسمة:-

اذا كان عقد القسمة واردا على عقار وجب تسجيله للاحتجاج به على الغير . أما فيما بين المتعاقدين كان عقد القسمة ينتج أثره بمجرد تمامه وبدون حاجة الى تسجيل . ذلك أن عقد القسمة هو من العقود المقررة للملكية لا من العقود الناقلة .

---

(٢٤٣) راجع المادة ٨٨٧ وما بعد ها من القانون الفرنسى مع ملاحظة ان المشرع المصرى قصر القسمة بسبب الغبن على القسمة الحاصلة بالتراضى.)

(٢٤٤)(وذلك على خلاف ما هو مقرر في بيع عقار ناقص الأهلية - مادة ٤٢٥)

وقد نصت المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى صراحة على هذا. وعنيت بالنص على وجوب تسجيل القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة، وذلك قطعا لكل شبهة وحسما لما ثار من خلاف حول مسألة تسجيل القسمة لذا كان محلها اموالا موروثة [٢٤٥].

فتسجيل القسمة اجراء لازم اذن للاحتجاج بها على الغير . وهو اجراء قصد به حمايتهم . ولذلك اذا رأى الغير أن مصلحته التمسك بالقسمة و لم تسجل ، فليس للشركاء ان يحتجوا بعدم التسجيل .ولهذا قررت محكمة النقض ((أن عدم تسجيل عقد القسمة لا يمنع غيرالمتقاسمين من التمسك بحصول القسمة وخروج احد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه بذلك حق طلب الشفعة [٢٤٦] وذلك لأن التسجيل أنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم ، لعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم ولا بنقع على من لم يقم به)) [٢٤٧].

واذا كانت القسمة قضائية وجب تسجيل الحكم النهائى بالقسمة أيضا طبقا لنص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى.

(المبحث الخامس)

(الشيوع الاجبارى)

حالات شيوع الاجبارى : -

الشيوع الأجبارى هو نوع من الشيوع معد لان يبقى مؤبدا حيث لا تجوز فيه القسمة ابدا ، وقد نصت عليه المادة (٨٥٠) من المجموعة المدنية حين قررت أنه (ليس للشركاء في مال شائع ان يطلبوا القسمة اذا تبين من آلغرض الذى آعد له هذا المال آنه يجب ن يبقى دائما في الشيوع)

وفي هذا يختلف الشيوع الجبرى عن الشيوع المؤقت فيما اذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة معينة • ويبرر الشيوع الدائم أن الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضي أن يبقى هذا المال دائما على حالة الشيوع. و يمكن آن نميز بين نوعين من الاشياء التى تكون في حال شيوع اجبارى.

١- الشيوع الاجبارى بصفة أصلية :- حيث يكون محل الشيوع أشياء مخصصة لاستعمال جماعة من الافراد كالاسرة مثلا .ومثاله المقابر وأوراق الأسرة ووثائقها والأوسمة وما اليها.

---

(٢٤٥)(قبل صدور هذا القانون كانت المسألة محل خلاف في الفقة و القضاء - راجع في هذا د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى - رقم ١٣٧ - ص ٢٢٤)

(٢٤٦)(لعدم جواره للأرض المشفوع فيها)

(٢٤٧)(نقض ٢٩ يناير ١٩٤٢- مجموعة محمود عمر - جزء ٣ - رقم ١٢٨ - ص ٤٠٩)

٢- الشيوع الاجبارى بصفة تبعية :- اذا كان محله عقارات مخصصة لاستعمال عقارين أو أكثر يتميز كل منها عن الاخر ويملكها ملاك مختلفون. ويدخل في هذا النوع من الشيوع الاجبارى، الطرق والممرات والأفنية والآبار والمساقى والجسور (الكبارى) المخصصة لخدمة عدة عقارات.ومن هذا النوع أيضا الأجزاء المشتركة في المنازل المملوكة طبقاته لعدة ملاك كالأساسات و الفناء والسلالم والأرض المقام عليها المنزل والجدران الرئيسية . وسوف نعرض لدراسة حالة هذه الأجزاء عند الكلام في ملكية الطبقات(راجع المادة ٨٥٦)

وأخيرا تعتبر الحوائط المشتركة من صور الشيوع الاجبارى التبعى. وقد سبق لنا دراسة آحكامها ويلاحظ أن لقاضى الموضوع سلطة تقدير ما أذ أ كان الشيء لازما ضرورة للاستعمال المشترك ، وما اذا كان من شأن القسمة تعطيل الانتفاع به على الوجه الذى آعد له [٢٤٨].

وسنقصر بحثنا هنا على دراسة الشيوع الاجبارى الذى يوجد بصفه تبعيه ، اى حيث يكون محله عقارات مشتركة مخصصة لخدمة عقارات مملوكة لاشخاص مختلفين.

الفرق بين الشيوع الاجبارى وحق الارتفاق :-

يجب عدم الخلط بين هذه الصورة من صور الملكية الشائعة وبين حق الارتفاق المقرر لعقار على عقار الغير . فقد يخول مالك الطريق ، أو البئر مثلا لجيرانه حق أستعمال هذه البئر أو ذلك الطريق لخدمة عقاراتهم ، وعندئذ يكون حق الجيرأن على الطريق أو البئر حق ارتفاق بالمعنى القانوني.

وليس الحال كذلك فى الشيوع الاجبارى ، فالعقار المخصص لاستعمال العقارات المملوكة للمنتفعين به ليس مملوكا لشخص واحد ولكنه مملوك لهم جميعا على الشيوع ، ولكل منهم الحق في الانتفاع به بهذه الصفة .ولهذه التفرقة بين الفرضين السابقين أهمية كبيرة تبدو على وجه الخصوص من النواحى الاتية :-

١ - ان حق الارتفاق ينقضى بعدم أستعماله مدة خمس عشرة سنة (مادة ١٠٢٧/١) على حين آن حق الملاك على الشيوع لا يسقط بعدم الاستعمال ،أى أنه لا يسقط مهما مضت من مدة على عدم استعمال أحد الملاك للشيء المشترك [٢٤٩] .

٢ - تقاضى المادة (١٠٢٣/١) بأن لصاحب العقار المرتفق به الحق في طلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار أو عقار آخر إذا كان الموضع الذى عين أصلا للارتفاق قد اصبح من شانة ان يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعا من احداث تحسينات في العقر المرتفق به . وهذا الحكم المقرر لحكم الارتفاق لا يمكن تطبيقه على الشيوع الاجبارى.

---

(٢٤٨)(بلانيول و ريبير و بيكار - رقم ٢٩٣ ، نقض فرنسى ٢٦ أكتوبر ١٨٨٩)

(٢٤٩)(نقض فرنسى ١٠ مايو سنه ١٩٣٧)

٣- لمالك العقار المرتفق به ان يتحرر من الارتفاق كله او بعضه إذا فقد الار تفاق كل منفعة للعقار المرتفق له غير فائدة محددة.

الفرق بين الشيوع العادى والشيوع الاجبارى:- (م ١٠٢٩)

ويتميز الشيوع الاجبارى عن الشيوع العادى من النواحى الاتية :-

١ - أن القسمة ممكنة دائما في الشيوع العادى، أما في الشيوع الاجبارى فلا يجوز لاحد الشركاء أن يطلب القسمة.

٢- أن حصة الشركاء في الشيوع العادى يجوز النزول عنها والتصرف فيها وتقرير الحقوق العينية عليها. أما حصة الشركاء في الأشياء الشائعة شيوعا أجباريا تبعيا فلا يجوز التصرف فيها أو تقرير الحقوق العينية عليها أو حجزها الا مع العقار الذى تعتبر من ملحقاته وتوابعه.

٣ــ أن حقوق الشركاء في الشيوع الاجبارى أوسع من حقوق الشركاء في الشيوع العادى فلكل من الشركاء في الشيوع الاجبارى الحق في استعمال الشي فيما هو مخصص له بمقضى الاتفاق او بحكم طبيعة الشيء ذاته . وله أكثر من ذلك ، انه يجوز له أن يجرى تعديلات عن الشيء المشترك على نفقته الخاصة بقصد تسهيل استعماله ، وهو لا يقيد في ذلك الا بقيدين : ألا يكون من شأن هذه التعديلات تغيير . تخصيص الشيء ، وألا يكون من شأنها الحاق الضرر بالملاك الآخرين.(راجع المادة ٨٥٧)

فللشريك مثلا في طريق مشترك الحق في تعلية أرضه ، أو في تحويطه بسور من الحديد ، وله الحق في أن يفتح عليه مطلات مواجهة .

ولكن ليس لاى شريك آن يجرى تعديلات فى الشيء المشترك من شأنها تغيير تخصيص الشيء أو الاضرار بحقوق سائر الشركاء . فلا يجوز لأحد الشركاء في طريق مشترك أن يبنى فيه مخزنا ، ولا يجوز لشريك في فناء مشترك أن يقيم فيه بناء.

ثم أن الشريك في الشيء المشترك يتقيد بقيد آخر : فلا يجوز له. أن يستعمل الشيء المشترك لخدمة عقارات أخرى غير تلك العقارات. التى خصص الشيء الشائع لاستعمالها .

٤- يحق لكل شريك في الشيوع الاجبارى ليس فقط اتخاذ الوسائل اللازمة لحفظ الشيء ولو كان ذلك بدون موافقة سائر الشركاء. (كما هو الحال في الشيوع العادى ، مادة ٨٣٠) بل ان له أيضا الحق. في أن يقوم بتجديد الشيء واصلاحه . ذلك لأن الشيوع الاجبارى -على خلاف الشيوع العادى - مفروض على الشركاء بشكل دائم .

٥- ولكن كيف يتم تقسيم مصاريف الحفظ والصيانة الخاصة بالشئ الشائع شيوعا جبريا؟

الملاك فى الشيوع العادى يتحملون هذه النفقات بقدر حصة كل منهم فى المال الشائع (المادة ٨٣١)، ولم يات المشرع بنص يبين حكم هذه النفقات في الشيوع

الاجبارى. ولذلك فان الحكم يجب ان يكون كذلك في الشيوع الجبرى وخصوصا وأن المادة (٨١٤) الخاصة بالحائط المشترك قد قضت هى الأخرى بأن نفقة اصلاحه وتجديده تكون على الشركاء. كل بنسبة حصته فيه [٢٥٠].

وكان من الأوفق أن يقرر المشرع قسمة هذه النفقات فيما بين الشركاء بنسبة قيمة العقارات المستفيدة من الأجزاء الشائعة.

طبيعة حق الشريك فى الشيوع الجبرى :-

قدمنا أن حق كل شريك في الشيوع الجبرى هو حق ملكية، وقلنا انه يجب عدم الخلط بين هذا الحق وبين حق الارتفاق.

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى القول بان الشيوع الجبرى يتضمن ملكية مفرزة لكل من الشركاء مع تحمل هذه الملكية بحق ارتفاق لسائر الشركاء. ومعنى ذلك انه لو كان هناك طريق مشترك بين عقارين وكان اتساعه متر ين ومملوكا لمالكى العقارين مناصفة، فان كلا منهما يكون مالكا لجزء من الطريق الى منتصفه. ولكن لما كان اتساع المتر لا يكفي لاستعمال الطريق في المرور لكل منهما، فانه يكون لكل من الجارين على الجزء المملوك للآخر حق ارتفاق بالمرور. فالشيوع الجبرى في هذا الراى يتضمن ارتفاقا متبدلا.

ولكن القضاء يجرى على خلاف هذا الراى، فيقرر ان لكل من الجيران ملكية شائعة على جميع الطريق او الشيء المشترك المخصص لاستعمالهم جميعا. مراعاتها عند فتح المطلات . ولبيان ذلك نفرض أن هناك طريقا فاصلا بين بنائين وكان هذا الطريق مملوكا لصاحبى البناءين مناصفة . وأراد احدهما آن يفتح في بنائه مطلات على هذا الطريق .فلو اخذنا بالرآى الأول لوجب ان تقاس المسافة القانونية لفتح المطلات من منتصف الطريق ، فلا يجوز فتح المطل الا اذا كانت حافة الحائط التى يراد فتح المطل فيها تبعد عن منتصف الطريق بمسافة متر على الأقل . اما اذا أخذنا بالرآى الثانى فانه يكفى أن فتوجد مسافة المتر بين الحائط المراد فتح المطل فيه وبين حد الطريق من ناحية الجار ، لأن عند هذا الحد الآخر تبدأ ملكية الخالصة [٢٥١].

وقد اعتمدت محكمة النقض المصرية الرأى الثانى فقضت بأن حق لملاك في الشيوع الجبرى هو حق ملكية لا حق ارتفاق . فهى تقرر في حكم لها أنه : اذا كان الثابت من الأوراق أن الشارع المطلوب سد المطلات المفتوحة عليه كان قد أنشأه مالك الأرض في أرضه وأعده لمنفعة مبانى التى تقام فيها على جانبه ، فان هذا الشارع يكون من الملحقات الضرورية لتلك المبانى مخصصا لمنفعتها المشتركة ، وبالتالى فانه يكون مملوكا لأصحابها على الشيوع الجبرى

---

(٢٥٠)(د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١- الجزء الثانى-رقم ١١٥- ص٢٧٧، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - رقم ٢٣٣ - ص ٤٦٨)

(٢٥١)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٥٩٧ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٧٦)

، أى معدا للبقاء مؤبدا ولاتجوزفيه القسمة ومتى كان كذلك فأن المشترين من هذا المالك يكون حقهم على هذا الشارع حق الشريك في الملك على الشيوع ، لا حق ارتفاق فيه . فلهم قانونا الحق فى سد الفتحات التى يحدثها عليه من عداهم من الملاك الاخرين » [٢٥٢].

ويترتب على هذا التكييف الصحيح لحق الشريك في الشيوع الاجبارى تلف الفروق التى آشرنا اليها و التى تميز الشيوع الجبرى عن حق الارتفاق.

(الفصل الثانى)

(ملكية الاسرة)

انشاء ملكية الاسرة:-

أستحدث التقنين المدنى الجديد صورة جديدة للملكية هى ملكية الأسرة و نظمها في المواد (من ٨٥١ الى ٨٥٥) ، وقد أخذها المشرع المصرى.عن التقنين السويسرى (المواد من ٣٣٥ الى ٣٥٩) و عن المشرع الايطالى ، على أن ملكية الأسرة في مصر على حد قول المذكرة الايضاحية [٢٥٣] ــ قائمة بالفعل ، فان كثيرا من الأسرات يبقى في الشيوع بعد موت المورث ، ولا ينقص هذه الملكية الا التنظيم وهذا ما فعله التقنين الجديد.

وتنص المادة (٨٥١) على أنه « لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على أنشاء ملكية الأسرة . وتتكون هذه الملكية من تركة ورثوها وأتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وأما من أى مال آخر مملوك لهم أتفقوا على ادخاله في هذه الملكية » .

ويبدو من هذا النص أنه يشترط لانشاء ملكية الأسرة الشروط الاتية:-

١-ان يكون الشركاء أعضاء في اسرة واحدة فلا يجوز انشاؤها بين أشخاص لا تجمعهم رابطة الأسرة . ولأعضاء الاسرة انشاء ملكية الأسرة مهما كانت درجة قرابتهم فلا يشترط آن يكونوا اخوة ويكفى أن يجمعهم أصل مشترك واحد . ويجب تحديد أعضاء الأسرة الواحدة في ظل المادة التاسعة من المجموعة المدنية وهي تنص على انه: ((تتكون اسرة الشخص من ذوي قرباه ، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك)). ولذلك لايعتبر الاصهار من أعضاء الاسرة [٢٥٤].

---

(٢٥٢) (نقض ٢ نوفمبر ١٩٤٤ - مجموعة محمود عمر- الجزء الرابع - رقم ١٥٤ - ص ٤٣٠)

(٢٥٣)(مجموعة الأعمال التحضيرية- جزء ٦ -ص ١٥٢)

(٢٥٤)(د/ محمد كامل مرسى – الحقوق العينية الاصلية - طبعة سنة ١٩٥١-ج ٢- فقرة ١٥٦ ص٢٧٨ - ويرى البعض دخول الاصهار في معنى الأسرة هنا- د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة١٨٠ _ ويدخل في معنى الأسرة هنا الزوج والزوجة)

٢ – ويشترط أن تجمع هؤلاء الأقارب وحدة مشتركة في العمل أو المصلحة، كما إذا أتفق أعضاء الأسرة على استغلال مال الأسرة استغلالا معينا يقتضي وحدة الادارة، كما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة يمكن استغلالها على خير الوجوه كمتجر او مصنع.

٣- أما عن الأموال التى تتكون منها ملكية الأسرة، فقد تكون على حد تعبير المادة ٨٥١ تركة ورثها أعضاء الأسرة، واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة، أو أموالا آخرى مملوكة لهم، وهذا أقربه الى الشركة ويكون المقصود من استغلال هذه الأموال أستغلالا معينا يقضى وحدة الإدارة.

ويصح أن تكون هذه الأموال عقارية [٢٥٥] أو منقولة، او حقوقا في ذمة الغير، ويصح ان تكون مجموعة من الأموال كمشروع تجارى او صناعى ٠

٤- يشتر ط القانون لانشاء ملكية الاسرة ان يقع الاتفاق عليها كتابة ٠ولم يشترط القانون ان تكون كتابة رسمية فيصح ان تكون الاتفاق عليها بمحرر عرفي٠ ويلاحظ أن الكتابة هنا شرط للانعقاد لا للاثبات [٢٥٦].

٥ – أن يقع الاتفاق لمدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة. فقد نصت المادة ٨٥٢ على أنه: (يجوز الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن له في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل أنقضاء الأجل المتفق عليه أذا وجد مبرر قوى لذلك).

فلا يمكن اذن الاتفاق على انشاء ملكية الاسرة لمدة تجاوز خمس عشرة سنة، فاذا اتفق على بقائها مدة أطول، انقضت المدة الى هذا الحد ٠ ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد انقضائها باتفاق جديد ٠

ومع ذلك فان القانون أجاز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الأذن له في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه، إذا كان هناك مبرر قوى لذلك، كما أذا أقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله الى مقرر آخر، أو احتاج الى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته.

وفى هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادى الذى لا يجوز الاتفاق على البقاء فيه بدون قسمة لمدة تجاوز خمس سنوات.

فاذا لم يتفق على أجل معين لبقاء ملكية الأسرة، كان لكل شريك أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته ق اخراج نصيبه (مادة٢/٨٥٢).

---

(٢٥٥)(وإذا دخلت عقارات في ملكية الأسرة وجب تسجيل الاتفاق تطبيقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقارى ٠)

(٢٥٦)(مجموعة الأعمال التحضيرية- جزء ٦ -ص١٥٢)

التنظيم القانونى لملكية الأسرة:-

وضع القانون المدنى قواعد تنظم ملكية الأسرة سواء من حيث التصرف أو الادارة، ثم انه قبل ذلك منع الشركاء من طلب القسمة. ما دامت ملكية الأسرة قائمة.

١ــ فمن حيث التصرف نصت المادة (١/٨٥٣) بأنه (ليس للشركاء ان يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ولا يجوز لأى شريك ان يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا) [٢٥٧] ٠و معنى هذا ان تصرف الشريك في حصته بدون موافقه جميع الشركاء يقع باطلا، ولا يصح هذا التصرف الا إذا وافق عليه كل الشركاء، فان رفضه أحدهم كان التصرف باطلا [٢٥٨]. وفي هذا تختلف ملكية الأسرة عن الشيوع العادى حيث يجوز لكل شريك التصرف في حصته دون أن يتوقف ذلك على موافقة سائر الشركاء.

ويستطيع الشركاء في ملكية الأسرة طلب بطلان التصرف الصادر من أحدهم للغير دون انتظار لنتيجة القسمة، لان انشاء ملكية اسرة يتضمن شرطا ضمنيا بعدم جواز التصرف في حصة اى شريك ٠

ولكن المادة(٢/٨٥٣) أضافت الحكم الآتى(وإذا تملك اجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الاجنبى شريكا في ملكية الاسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء).

وقد يفهم من هذا النص أن الأجنبى قد يتملك حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك وحده ومعنى ذلك ان تصرف الشريك الاجنبى في نصيبه في ملكية الاسرة ينقل الى الاجنبى ملكية هذا النصيب ولو بدون رضاء سائر الشركاء، فهو اذن ناقد في حق الشركاء دون رضائهم ٠ ويقتصر جزاء المنع من التصرف المنصوص عليه في الفقرة الأولى عن المادة (٨٥٣) على عدم ثبوت الحق للأجنبى في البقاء في ملكية الأسرة محل سلفه الا اذا رضى بذلك سائر الشركاء والا اذا رضى هو بذلك. ويترتب على ذلك أنه يجوز لباقى الشركاء طلب القسمة واخراج نصيب الأجنبى من ملكية الأسرة [٢٥٩].

ويبدو ان هذا التفسير للفقرة الثانية من شانه ان يهدم الحكم الوارد في الفقرة الأولى والذى يمنع الشريك في ملكية الأسرة من التصرف دون رضاء الشركاء جميعا ٠

---

(٢٥٧)(والرهن من قبيل التصرف، ولذلك فان الشريك في ملكية الأسرة لا يستطيع رهن حصته ألا بمرافقة سائر الشركاء - د/ شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون – رقم ٢٧ - ص ٢٥، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٦٤٧ -ص ١٠٥٤ هامش ٣ وعكس ذلك د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون –رقم ٢٢ - ص ٢٨،)

(٢٥٨) (د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون -رقم ٣٣٦ - ص ٤٧٣، ومحمد كامل مرسى، الجزء الثانى، رقم ٩ ٥ ١ ص ٢٨٠، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٦٤٧ ص ١٠٥٥ هامش ١)٠

(٢٥٩) (د/ سليمان مرقص - التأمينات – طبعة بدون –، رقم ٢٢ ص ٢٨ ، د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون. رقم ٣٣٦ - ص ٤٧٣)

على آنه يمكن التوفيق في نظر جانب من الفقه بين الحكمين الواردين فى الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٨٥٣.

ذلك أن الفقرة الثانية حين نصت على أنه (اذا تملك أجنبى عن الأسرة حصة احد الشركاء برضاء هذا الشريك) فانما هى نفترض آن هذا التملك قد جاء على ثر تصرف روعى فيه حكم الفقرة الأولى ، أى تصرف وافق عليه الشركاء جميعا ، فان تصرف الشريك في حصته لا يصح وبالتالى لا ينقل الملكية الى الأجنبى الا اذا وافق عليه جميع الشركاء . فاذا تتم هذا التصرف ووافق عليه الشركاء وتملك الأجنبى حصة أحد الشركاء ، فلا يكون هذا الأجنبى شريكا في ملكية الاسرة الا باتفاق بينه وبين باقى الشركاء ، حتى تظل ملكية الأسرة مقصورة على أفراد الاسرة بقدر الامكان [٢٦٠] فاذا لم يوافق الأجنبى على البقاء في ملكية الأسرة . او لم يوافق على ذلك الشركاء جميعا وجب اخراج حصة هذا الاجنبى من ملكية الاسرة. هذا ويجوز لاحد الشركاء آن يتصرف فى حصته لشريك آخر ولو بدون موافقة الشركاء جميعا.

٢ ــ ولكن هل يترتب على عدم جواز التصرف في ملكية الأسرة بدون موافقة سائر الشركاء عدم جواز الحجز عليها؟ .

سبق أن قدمنا ان المنع من التصرف يستتبع حتما عدم جواز الحجز ، ولكن الظاهر أن المشرع أجاز الحجز على نصيب الشريك في ملكية الأسرة حيث أشارت المادة (٢/٨٥٣) الى أنه يجوز أن يتملك الأجنبى حصة الشريك جبرا عنه . وقد قررت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى أنه يجوز لدائن أحد الشركاء أن ينفذ على نصيب مدينه وأن يبيعه جبرا عنه ، وان كان لا يترتب على ذلك أن يصبح من يتملك النصيب على اثر البيع الجبرى شريكا في ملكية الأسرة الا برضائه وموافقة سائر الشركاء . وهذه ثغرة فتحها المشرع فى نطاق ملكية الأسرة ، اذ يجوز لأحد الشركاء أن يستدين وينفذ الدائن على نصيبه فيصبح شرط عدم التصرف في الحصة بدون رضاء الشركاء جميعا معدوم القيمة عملا [٢٦١] . وكان الأولى بالمشرع أن يحيط هذا النظام الذى استحدثه بضمانات جدية كفيلة بتحقيق الغايات التى حدت بالمشرع الى استحداثه.

أدارة ملكية الأسرة:-

تمتاز ملكية الأسرة في ادارتها بأن أغلبية الشركاء (على أساس الأنصباء) يعينون مديرا من بينهم ، ويصح أن يكون هذا المدير واحد أو أكثر (مادة ١/٨٥٤)

ولكن يلاحظ أن سلطة المدير هنا أوسع بكثير من سلطة المدير في المعتادة .

---

(٢٦٠)(راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ـ جزء ٦ ـ ص ١٥٣ ـ وقد أشارت مذكرة الشروع التمهيدية صراحة الى تملك الأجنبى يكون برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء . انظر د/ عبد الرزاق احمد السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ــ فقرة ٦٤٧ ـ ص ١٠٥٥ ، د/عبد المنعم فرج الصدة ــ نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ــ طبعة بدون ــ فقرة ١٨٢ ـ ص ٢٧٩.)

(٢٦١)(راجع د/ محمد على عرفه ـ حق الملكية ــ طبعة بدون ـرقم ٣٣٦)

فقد نصت المادة (١/٨٥٤) على أن للمدير (أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن به الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك).

آى آن للمدير القيام باعمال الاد ارة المعتادة. و غير المعتادة - وفي هذا تختلف سلطة المدير في ملكية الأسرة عن المدير في المال الشائع . فقد سبق أن رأينا أن التغيير في الغرض الذى أعد له المال الشائع لا يمكن أن يتم الا بموافقة الشركاء المالكين على الأقل لثلاثة أرباع المال الشائع ، وأن للأقلية الاعتراض على هذا القرار أمام المحكمة في خلال شهرين من وقت اعلان القرار للأقلية المعترضة. أما في ملكية الأسرة فان الأغلبية العادية هى التى تختار المدير ، ولهذا المدير مباشرة الاعمال الخارجة عن حدود الغرض الذى أعد له المال ، دون أن يكون للأقلية أن تتظلم من أى عمل من هذه الأعمال ، بل ان الأغلبية نفسها لا يجوز لها أن تعترض على أعمال المدير هذه اذا لم تكن قد سلبته هذه السلطة الواسعة باتفاق خاص . وكل ما للأقلية من حق هو أن تطلب من المحكمة عزل المدير اذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل . ويجوز أيضا للأغلبية أن تعزل المدير ولو اتفق على غير ذلك ، اذ أنه لا يجوز الاتفاق على عدم عزل المدير (مادة ٢/٨٥٤) .

تطبيق قواعد الشيوع والوكالة:-

نصت المادة (٨٥٥) على أنه ((فيما عدا الأحكام السابقة تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة)).

ويبدو من هذا النص أن القانون قد اخضع ملكية الأسرة للقواعد الموضوعة للملكية الشائعة ، وذلك فيما عدا الأحكام الخاضعة الواردة في المواد السابقة .

وينتج من هذا أنه اذا لم يعين مدير لملكية الأسرة خضعت من حيث أدارتها للقواعد التى سبق أن بيناها بالنسبة لادارة المال الشائع [٢٦٢] .

وتخضع ملكية الأسرة من ناحية أخرى لقواعد الوكالة من حيث علاقة المدير بالشركاء وعلاقتهم بالغير أيضا.

---

(٢٦٢)(بهذا المعنى د/ محمد على عرفه - حق الملكية – طبعة بدون - فقرة ٣ ٥ ٣ ، د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد – فقرة ٦٤٨- ص ١٠٥٧ – ١٠٥٨ ، د/عبد المنعم فرج الصدة – نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون – فقرة ١٨٢ - ص ٢٧٨

(الفصل الثالث)

(ملكية الطبقات)

المقصود بملكية الطبقات:-

يقصد بملكية الطبقات نقسيم الدور بين ملاك متعددين يملك كل منهم احدى طبقاتها ملكية خالصة.

وقد تنشأ هذه الصورة من صور الملكية بأسباب متعددة فقد يوصى الأب مثلا أو يهب لكل من أبنائه طبقة من طبقات منزل يملكه ، و قد يبيع مالك المنزل بعض طبقاته للغير فتتوزع ملكية الطبقات بين ملاك متعددين ، ثم ان الشركات قد تلجأ الى بناء منازل متعددة الطبقات والشقق بقصد بيعها طبقة طبقة او شقة شقة .

ملكية الطبقات منتشرة في بعض البلاد كفرنسا وبلجيكا ، الأمر الذى حدا بالشرع هناك الى تنظيم هذه الملكية ، فصدر في فرنسا قانون فى ٢٨ يونيه ١٩٣٨ (٢٦٣) وفى بلجيكا قانون فى ٨ يوليه ١٩٣٤.

أما في مصر فالدور المقسمة بين ملاك متعددين كانت قليلة الوجود الى وقت قريب ولم تكن توجد هذه الصورة تقريبا الا عن طريق القسمة الاختيارية للدار التى ورثها المقتسمون أو اشتروها على الشيوع ،مع انتشار شركات البناء والجمعيات التعاونية لبناء المساكن أخذت تشيع هذه الصورة من صور الملكية ٠

ومع ذلك فان القانون المدنى الملغى قد أورد أحكاما منظمة لملكيات الطبقأت في المادة (٣٤/ ٦٥) وما بعدها . كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية قد عرفوا هذه الصورة من الملكية ونظموها (٢٦٤) .

أما التقنين المدنى الجديد فقد زاد هذه المسألة تفصيلا وهو قد استقى احكامه من نصوص التقنين المدنى الملغى ومن الشريعة الإسلامية ومن احكام القضاء المصرى ومن القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٨

ويلاحظ أن الدار المقسمة الى طبقات أو شقق لا تعتبر مملوكة على الشيوع ، ولكن لكل مالك فيها ملكية خالصة وكاملة للطبقة التى يملكها أو الشقة التى يختص بها ، وهو يستطيع أن يباشر عليها جميع حقوق المالك ، مع مراعاة بعض القيود التى تنشأ من رابطة الجوار الخاصة التى تربطه بسائر الملاك ولكن توجد في نفس الوقت أجزاء من المنزل في حالة شيوع اجبارى ٠

فملكية الطبقات تتضمن ملكيات متعددة ومستقلة ، وملكية شائعة شيوعا اجباريا ٠

---

(٢٦٣) (و وعدلت بعض احكامه بقانون صادر في ٤ فبراير ١٩٤٣)

(٢٦٤)(راجع الأستاذ/ أحمد إبراهيم- المعاملات الشرعية المالية- طبعة بدون -ص ٣٣ وما بعدها ، الاستاذ / محمد أبو زهرة - الملكية في نظرية العقد – طبعة بدون - ص ٨٩ و ما بعدها ،ومرشد الحيران المواد من ٦٤ الى ٦٨)

(أولا :- الأجزاء المشتركة)

بيان الأجزاء المشتركة :-

قلنا ان ملكية الطبقات تشمل إلى جانب الملكية الخالصة المفرزة التى لكل مالك على طبقته أو شقته ، ملكية شائعة شيوعا جبريا بالنسبة للأجزاء المشتركة من الدار . وقد بينت المادة (٨٥٦) هذه الأجزاء المشتركة . "فقررت ما يأتى في فقرتها الأولى (واذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل. والأفنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه).

١ - ويلاحظ أن البيان الوارد في هذه المادة لم يرد على سبيل ، الحصر وانما ورد فقط على سبيل المثال . فالمرجع في تحديد الأجزاء المشتركة هو سند الملك ، فان لم تحدد فيه وجب اعتبار الأرض المقام المنزل عليها وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع مملوكة لجميع أصحاب الطبقات ملكية شائعة . ولذلك فان السلم يعتبر تركة. بين ملاك جميع الطبقات ولو أنه لم يرد له ذكر في المادة ، أذ أنه معد لاستعمال الجميع أسوة بالمصاعد .

ويراد بالجدران الرئيسية الواردة في المادة الجدران الخارجية التى تحيط بالدار والجدران الداخلية المخصصة لمرور مجارى الدخان أو لحمل الأرضيات ، ويدخل فيها أيضا الأسوار . أما الحواجز الفاصلة بين شقتين فتكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين (مادة ٢/٨٥٦).

ويلاحظ بالنسبة لأرضية الشقق والطبقات أن سطحها المصنوع من الخشب أو البلاط هو المملوك لصاحب الطبقة أو الشقة ، أما قواعد. الأرضية نفسها فان المشرع لم يعتبرها مملوكة ملكية مشتركة لمالكى الطبقتين التي هي تحتها وفوقها ولكنه اعتبرها من الأجزاء المشركة بين جميع الملاك، لأن طريق العمارة الحديثة تجعل قواعد الأرضيات جزءا لايتجزأ من جسم البناء ٠

٢– وهذه الأجزاء المشتركة السابق بيانها تعتبر كما قلنا مملوكة لجميع الملاك على وجه الاشتراك، وما دامت هذه الأجزاء قد أعدت للاستعمال المشترك فانه يجب بالضرورة أن تبقى على حال الشيوع الجبرى، ولذلك فهى لا تقبل القسمة أبدا (مادة٢/٨٥٦)٠

٣- أما عن نصيب كل مالك في هذه الأجزاء المشتركة فيجب أن يرجع فيه أولا الى سندات الملك، فهى قد تحدد هذا النصيب. ولكن إذا لم تتعرض هذه السندات لذلك فان نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يكون بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه في الدار أى بنسبة قيمة طبقته أو شقته (مادة٢/٨٥٦) ٠ وطبيعى آن يراعى فى تقدير قيمة الشقة أو الطبقة موقعها ومساحتها. ولا يدخل في الاعتبار ما قد يكون بها من الزينات الداخلية. ومن جهة أخرى يجب أن تميز بين القيمة وبين الثمن الذي قد تكون الشقة أو الطبقة قد بيعت به لأن الثمن كثيرا ما يتوقف على اعتبرات شخصية

٤ ــ ولما كان نصيب كل من الملاك في هذه الأجزاء المشتركة تابعا لملكيته لاحدى طبقات المنزل أو شقته فانه لا يجوز لأحدهم ان يتصرف في هذا النصيب مستقلا عن الطبقة او الشقة التي يملكها (مادة ٨٥٦/٢) ومن جهة أخرى فان التصرف في الشقة أو الطبقة بالبيع أو الرهن يشمل بطبيعة الحال نصيب المتصرف في الأجزاء المشتركة.

ه – ولكن هذ لا يمنع الملاك من أن يتفقوا على أن يخرجوأ بعض الاجزاء من الملكية الشائعة كان يبيعوا الأرض لأحدهم لتصبح بذلك. ملكا خالصا له.

حقوق الملاك بالنسبة للأجزاء المشتركة:-

قدمنا أن حق الملاك في الأجزاء المشتركة هو حق الشريك في الشيوع الاجبارى، ولذلك يكون لملاك الطبقات في تلك الأجزاء ما للشريك في هذا النوع من الشيوع ٠

ولهذا قررت المادة (٨٥٧/١) من المجموعة المدنية أن(كل مالك في سبيل الانتفاع بالجزء الذي يملكه في الدار حر في أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم).

وعلى ذلك يكون من حق كل مالك استعمال الأجزاء المشتركة والانتفاع بها كما لو كانت ملكه الخاص، بشرط ألا يستعملها في غير ما أعدت له وألا يكون في عمله ضرر بشركائه أو تأثير على سلامة البناء. فاذا خرج المالك في استعمال الأجزاء المشتركة عن وظيفتها كان فعله غير جائز، وكان للشركاء أن يطلبوا منع هذا الفعل دون أن يكون عليهم أن يثبتوا أنه قد أضر بهم. أما إذا كان العمل يدخل فيما أعد له الشىء فهذا مباح بشرط ألا يكون فيه ضرر بالبناء، والا فهو ممنوع.

وتطبيقا لذلك لا يجوز لأحد الملاك أن يستعمل السلم في غير ما أعد له، كان يستعمله مثلا في عرض منتجاته أو بضائعه ولو كان مصرحا له بالتجارة. وليس له أن يستعمل الأجزاء المشتركة من الدار لمنفعة عقار آخر مملوك له. ولذلك فقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن الجدران الرئيسية في الدار المقسمة الى طبقات مملوكة لجميع الملاك، ملا يكون لأحدهم استعمال أحد هذه الجدران لمنفعة دار له مجاورة للدار المقسمة ما لم يكن قد اشترى من باقى الملاك نصيبهم فيها لتصبح مشتركة بين الدارين. وكذلك ليس لأحد الملاك أن ينشىء ارتفاقا إذا كان من شأنه ان يحول دون استعمالهم حقوقهم او كان فيه ضرر بالبناء، على أحد الأجزاء المشتركة

ويحق لكل مالك في سبيل استعمال الأجزاء المشتركة أن يقوم بترميمها وصيانتها إذا احتاجت لشىء من ذلك، وله أن يرجع على الملاك الآخرين بنصيب كل منهم في هذه النفقات دون أن يكون لأحدهم الامتناع عن دفع نصيبه بحجة آنه لم تؤخذ موافقته على هذه الأعمال.

التعديل في الأجزاء المشتركة:-

وليس حق المالك في الدور المقسمة مقصورا فقط على استعمال الأجزاء المشتركة على النحو السابق، بل أن له الحق في التعديل في الأجزاء المشتركة حتى يسهل أنتفاعه بهذه الأجزاء.

فتقرر المادة (٢/٨٥٧) على أنه ((لا يجوز اجراء أى تعديل في الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، لا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة، من شانه ان يسهل استعمال تلك الأجزاء، دون أن يغير من تخصيصهاً أو يحق الضرر بالملاك الآخرين)) ٠

ويخلص من هذا النص أنه يحق للمالك أن يحدث تعديلا في الأجزاء المشتركة ولو بدون موافقة سائر الملاك أذا توافرت شروط أربعة:-

(ا) آن يكون ذلك على نفقة الشريك الذى يستقل باحداث التعديل.

(ب) أن يكون التعديل من شانه تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة ٠

(ج) الا بغير التعديل من تخصيص هذه الأجزاء ٠

(د) ألا يحدث ضررا بالملاك الآخرين [٢٦٥].

وتطبيقا لذلك يجوز لمالك احدى الطبقات أن ينشىء في الحائط الاساسى مدخنة، ما دام قد اتخذ من الاحتياطات ما يمنع وقوع ضرر على شركائه أو على البناء ، وله أن ينشىء في طابقه شرفات، وله كذلك أن يوسع نافدته المطلة على الفناء المشترك ما دام لم يترتب على ذلك اى ضرر بمتانة البناء او اى تشويه لرونق المنزل ٠فاذا لم تتوافر الشروط الأربعة السابقة لم يكن لأي من الملاك أن يحدث تعديلا في الاجزاء المشتركة الا بموافقة جميع الملاك.

ولكن يلاحظ أنه إذا كون الملاك اتحادا طبقا لما هو مقرر في المادة (٨٦٢) كان لهذا الاتحاد أن يأذن - بقرار يصدر بالأغلبية حسب قيمة الأنصباء ــ في أجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه وذلك على نفقة من يطلبه من الملاك وبما يضعه الاتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء (مادة ٨٦٥)

الالتزامات والتكاليف المشتركة:-

تنص المادة (٨٥٨) من المجموعة المدنية على ما يأتى(١ ــ على كل مالك أن يشترك في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادراتها وتجديدها، ويكون نصيبه في هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له في الدار ما لم يوجد أتفاق على غيرذلك ٠ ٢ ــ ولا يحق لمالك أن يتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك في التكاليف المتقدمة الذكر).

ويخلص من هذا النص أن كل مالك يجب أن يتحمل نصيبه في تكيف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها ٠ويتحدد النصيب وفقا لاتفاق الملاك ان وجد، فان لم يوجد اتفاق على كيفيه توزيع هذه التكاليف تحمل كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، ذلك أن نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة يكون بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار كمار رآينا (مادة٢/٨٥١).

---

(٢٦٥)(مجموعة الاعمال التحضيرية- جزء ٦ - ص ١٥٩)

وفي سبيل تقسيم التكاليف يجب تقدير قيمة الجزء الذي يملكه كل مالك من الدار بحسب قيمته وقت تقسيم هذه التكاليف ٠ويكون هذا التقدير كما أسلفنا على حسب موقع الشقة ومساحتها ، بغض النظر عما يمكن أن يكون المالك قد أجراه فيها من التحسينات أو التجميلات، لن يكون من العدل أن يتخذ من هذا ذريعة لزيادة نصيب هذا المالك في التكاليف المشتركة.

ويلاحظ أن المساهمة في تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها. وتجديدها وادراتها مفروض على جميع الملاك على الوجه المتقدم، وذلك بصرف النظر عن نسبة انتفاع كل منهم بها. وتطبيقا لذلك تكون تكاليف صيانة السلم في جميع أجزائه على جميع الملاك، ويجب أن يشترك فيها حتى أصحاب الطبقات السفلى وكذلك الحال أيضا بالنسبة لقواعد الأرضيات. ولا يستطيع أحد الملاك أن يتخلص من المساهمة في تكاليف هذه الأجزاء بدعوى أنه لا يستفيد منها أو لا ينتفع بها فنص المادة (١/٨٥٨) صريح في هذا المعنى، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك ٠

وتضيف المادة (٨٥٨) في فقرتها الثانية أنه لا يجوز لأحد الملاك أن. يتخلص من نصيبه في هذه التكاليف، حتى بالتخلى عن نصيبه في الأجزاء المشتركة ٠وهذا الحكم على خلاف القاعدة العامة التى تقاضى بجواز التخلص من الالتزام إذا انبنى على حق عينى، بتخلى صاحبه عنه.

ولكن التخلص من هذا الالتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفرز ونصيبه الشائع معا [٢٦٦] ٠

القرض الذى يقدمه اتحاد الملاك :-

وإذا كون ملاك الطبقات أو الشقق اتحادا، جاز لهذا الاتحاد أن يمنح قرضا لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته. وكل قرض يمنحها الاتحاد لهذا الغرض يكون مضمونا بامتياز على الجزء المفرزالذى يملكه الشريك المقترض وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده (المادة ٨٦٩)٠

وهذه المادة مأخوذة عن نص المادة (١١) من القانون الفرنسى الصادر فى سنة ١٩٣٨ مع اختلاف بينهما، فالقانون الفرنسى يقرر لصالح اتحاد الملاك امتيازا ضد من لم يف منهم بنصيبه في تكاليف الأجزاء المشتركة فاذا دفع الاتحاد لحساب أحد الملاك نصيبه في هذه التكاليف فأن هذا الدين ليكون مضمونا بامتياز للاتحاد على طبقة هذا المالك أو شقته وعلى حصته في الأجزاء المشتركة. أما نص المجموعة المدنية المصرية فهو لا يجعل الامتياز الا للقرض الذي يمنحه اتحاد الملاك لأحد الشركاء ليمكنه من القيام بالتزاماته، والقرض عقد لابد فيه من رضاء الشريك، فاذا كان الشريل سيئ النية فلم يقبل القرض وفى الوقت نفسه رفض الوفاء بنصيبه في التكاليف المشتركة أو كان معسرا، لم يكن أمام الاتحاد الا مقاضاته واستصدار حكم ضده كاى دائن عادى، ولذل فان نص القانون الفرنسى أكثر حماية لاتحاد الملاك من حكم القانون المصرى ٠

---

(٢٦٦)(مجموعة الأحكام التحضيرية- جزء ٦-ص ١٦٢)

(ثانيا:- الملكية المفرزة في الطبقات)

بيان ما يعتبر ملكية مفرزة: -

قلنا ان ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هى الطبقات أو الشقق التى يملكها مفرزة ملاك متعددون، وملكية شائعة شيوعا جبريا على الأجزاء المشتركة.

فلصاحب الطبقة أن يستعملها في كافة وجوه الاستعمال، فله أن يسكنها أو ينشىء فيها متجرا أو غير ذلك، وله أن يستغلها بالتأجير، وله أن يجرى عليها ما يراه من تعديلا أو تحسينات. ثم ان له أن يتصرف فيها بجميع وجوه التصرف من بيع أو هبة أو رهين أو وصية.

وهذه الملكية المفرزة ترد عليها القيود التى ترد على الملكية عموما، سواء كانت هذه القيود مقررة للصالح العام او لمصلحة خاصة ٠وترد عليها على وجه الخصوص القيود الناشئة من الجوار، والتي قررها المشرع المصرى فى المادة (٨٠٧) ٠

ويصح ان يرد على حق كل مالك في التصرف شرط بعدم التصرف ويتحمل مالك كل طبقة جميع التكاليف الخاصة بطبقته ٠

القيود الواردة على حق كل مالك :-

أورد المشرع زيادة على القيود العامة التى سبقت الاشارة اليها قيودا على حق كل مالك من ملاك الطبقات لصالح سائر الملاك، وذلك نظرا لطبيعة هذا النوع من الملكية التى يستند فيها كل جزء مملوك لشخص على جزء مملوك لآخر ٠ فأوجب بعض التزامات على صاحب السفل وأوجب البعض الآخر على صاحب العلو وتتلخص هذه الالتزامات فيما يأتى:-

آولا:- تنص المادة (٨٥٩) على ما يأتى«١ــ على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ٢ -- فاذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضى آن يأمربيع السفل ٠ويجوز على كل حال لقاضى الأمور المستعجلة ان يامر باجراء الترميمات العاجلة».

وينتج من هذا النص ان على صاحب السفل ان يقوم بكل الاعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو ٠ فعليه مثلا ان يقوم بإصلاح الجدران المملوكة له حتى لايسقط العلو المرتكز عليها ٠وهذا الالتزام الايجابى يستطيع صاحب السفل ان يتخلص من بالتخلى عن ملكية السفل، كما هي القاعدة [٢٦٧] ٠

فاذا امتنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو، ولم يتخل عن ملكية السفل، جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفلة كما تقرر المادة (٨٥٩) في فقرتها الأولى، بل أن لصاحب العلو آذا كانت هذه الترميمات عاجلة – أن يلجأ لقاضى الأمور المستعجلة ليستصدر منه أمرا باجرائها.

---

(٢٦٧) (مجموع الأعمال التحضيرية ـجزء٦ـص ١٦٨)

ويلاحظ أن أمر القاضى ببيع السفل عند رفض صاحبه القيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو قد جاء على خلاف القواعد العامة، ثم ان هذه السلطة التى أعطيت للقاضى هى سلطة جوازية. ولذلك فان هذا الحكم الاستثنائى ليس من شأنه استبعاد تطبيق القواعد العامة.

. وتقضى القواعد العامة بأنه في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذالالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا ٠ ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء (المادة ٢٠٩) ٠

وتطبيقا لهذه القواعد العامة يجوز للقاضى أن يصرح لصاحب العلو في أجراء هذه الترميمات على نفقة صاحب السفل، بدلا من ان ياذن ببيع السفل إذا هو راى ذلك ٠

ثانيا:- تقرر المادة (٨٦٠) ما ياتى(١- إذا تهدم البناء وجه على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فاذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل الا إذا طلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه ٢- وفى الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى أو الانتفاع حتى يؤدى ما في ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على اذن في ايجار السفل أو سكناه أستيفاء لحقه)

فالقانون يفرض على صاحب السفل في حالة تهدم البناء لأي سبب التزاما باعادة بنائه، حتى يستطيع صاحب العلو أن يبنى طبقته، وهو لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام الا إذا تخلى عن حق ملكيته كما هى القاعدة، وان كان هذا التخلى نادرا أذ أنه سيفضل بيع السفل. فاذا أمتنع صاحب السفل عن بناء سفله جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل، أى يباع نصيبه في الأرض مع حق القرار عليها. ولكن القاضى لا يجوز له أن يأمر بهذا البيع إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ومعنى ذلك أنه يجوز دائما لصاحب العلو أن يطلب اعادة بناء الطبقة السفلى على نفقة صاحبها، ولا يجوز لصاحب السفل أن يتخلص من اعادة البناء على نفقته وانما يجوز أن يتلخص من ذلك إذا هو تخلى عن حقه كما أسلفنا.

فاذا أعاد صاحب العلو بناء الطبقة السفلى كان له حق الرجوع على مالكها بالنفقات، وليس له ان يرجع عليه بالتعويض الا إذا كان سقوط البناء قد وقع بتعد منه ٠ وفى سبيل اقتضاء صاحب العلو لما أنفق في تجديد بناء السفل أجازت له الفقرة الثانية من المادة (٨٦٠) أن يمنع صاحب السفل من السكنى أو الانتفاع حتى يؤدى ما في ذمته، وأجازت له أيضا آن يحصل على اذن في ايجار السفل أو سكناه أستيفاء لحقه آى حتى يستخلص حقه من آجرته ٠

ويلاحظ أن التزام صاحب السفل باعادة بناء طبقته يجب أن يقصرعلى اعادة البناء بشكل يتحمل الطبقة العليا كما كانت. فلا يجوز لصاحب العلو أن يطلب من صاحب الطبقة السفلى أن يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث طبقات أو أربع إذا لم يكن صاحب العلو يملك الا طريقة واحدة [٢٦٨] ٠

---

(٢٦٨) (استئناف مصر ٢٦ مايو ١٩٣١ – مجلة المحاماة - العدد ١٢ - رقم ١٦٥ - ص ٢١٢)

ثالثـا:- وأخيـرا أوجبـت المـادة (٨٦١) علـى صـاحب العلـو التزامـا بعـدم الزيـادة فـي ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.

والحكمـة فـي هـذا الحكـم ظـاهرة اذ أن فـي زيـادة الارتفـاع زيـادة للعـبء الـذي يتحملـه السـفل، وزيـادة أيضـا لمـا تتحملـه الأجـزاء المشـتركة مـن البنـاء كالأساسـات والحـوائط الرئيسـية، فيجـب أن تمنـع إذا كـان مـن شـأنها الاضـرار بالسـفل أو الاضـرار بـالأجزاء المشتركة أيضا.

ويلتـزم صـاحب العلـو أيضـا بعـدم تحميـل السـقف فـوق طاقتـه. وقـد رأينـا أن قواعـد الأرضـيات قـد اعتبرهـا القـانون المـدنى الجديـد مـن الأجـزاء المشـتركة، وحـق كـل مالـك فـي الانتفـاع بهـا يتقيـد بعـدم الاضـرار بانتفـاع سـائر المـلاك بهـا. أمـا صـيانة قواعـد الأرضـيات فـلا يتحملهـا صـاحب العلـو كمـاً كـان الحـال فـي التقنـين المـدنى الملغـى (مـادة ٥٧/٣٦)، بل يتحملها جميع الملاك لكونها من الأجزاء المشتركة كما ذكرنا ٠

(ثالثا:- أدارة الدور المقسمة)

النظام القانونى لادارة الدور المقسمة :-

وضـع القـانون المـدنى الجديـد نظامـا خاصـا لادارة الـدور المقسـمة الـى طبقـات أو شـقق علـى مثـال مـا جـاء فـي القـانون الفرنسـى الصـادر ٢٨ يونيـة سـنة ١٩٤٨ ٠فأجـاز لمـلاك هـذه الـدور تكـوين أتحـاد فيمـا بيـنهم (المـادة ٨٦٢) وتكـوين هـذا الاتحـاد جـوازى علـى خـلاف مـا يقـرره القـانون الفرنسـى الـذي نـص علـى أن يتكـون هـذا الاتحـاد حتما وبقوة القانون أذا لم توجد لائحة تنص على نظام آخر ٠

فالقـانون الفرنسـي يحـتم علـى مـلاك الـدور المقسـمة ان يضـعوا نظامـا لادارتهـا، والا اعتبـروا بقـوة القـانون مكـونين لنقابـة أو اتحـاد. أمـا القـانون المصـرى فقـد جعـل تكـوين هذا الاتحاد جوازيا.

وتنحصر وظيفة هذا الاتحاد فيما يأتى:

أولا:- للاتحـاد آن يضـيع بموافقـة جميـع الأعضـاء نظامـا لضـامن حسـن الانتفـاع بالعقـار المشـترك وحسـن ادارتـه (المـادة ٨٦٣) ويسـرى هـذا النظـام علـى خلفـاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف خاصا أم عاما (قارن المادة ٢/٨٢٨)٠

ثانيـا:- للاتحـاد أن يتـولى أدارة الأجـزاء المشـتركة علـى خيـر وجـه وذلـك إذا لـم يضـيع الشـركاء لهـذه الادارة لائحـة أو فيمـا لـم تـنص عليـه اللائحـة. وتؤخـذ القـرارات بالأغلبيـة علـى أسـاس الأنصـباء بعـد دعـوة الاعضـاء الـى الاجتمـاع بخطـاب موصـى عليه (مادة٨٦٤)٠

ثالثـا:- للاتحـاد بهـذه الأغلبيـة أن يقـرر الـى جانـب أعمـال الادارة المعتـادة، أعمـال أدارة غيـر معتـادة، كـان يفـرض تأمينـا مشـتركا ضـد الأخطـار التـى تهـدد الشـركاء فـي جملـتهم أو العقـار. ويكـون التـأمين علـى جميـع البنـاء لا علـى الأجـزاء المشـتركة وحـدها، وكـان يـأذن فـي اجـراء أعمـال تترتـب عليهـا زيـادة فـي قيمـة العقـار علـى نفقـة مـن يلـب ذلـك مـن المـلاك. ويضـع الاتحـاد الشـروط اللازمـة لاجـراء هـذه الأعمـال والتعويضـات المترتبة عليها (مادة ٨٦٥).

رابعا:- للاتحاد، بنفس الأغلبية، تعيين مأمور يتولى تنفيذ قراراته وله عزله أيضا [٢٦٩] ويقوم هذا المأمور بتمثيل الاتحاد أمام القضاء، حتى في مخاصمة الملاك إذا أقتضى الأمر، وله أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة، وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذى شأن بتنفيذ هذه الالتزامات (مادة ٨٦٦).

خامسا:- إذا هلك البناء بسبب الحريق أو بسبب آخر، يكون للاتحاد أن ينظر في أمر تجديده، وأن يتخذ قرارا في هذا الشأن بالأغلبية السابق ذكرها ٠

فاذا قرر الاتحاد تجديد البناء خصص ما قد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون اخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة التى تنتقل الى هذا التعويض (مادة ٨٦٨).

سادسا: للاتحاد أن يمنح قروضا لأحد الشركا لتمكينه من القيام بالتزاماته، ويكون هذا القرض مضمونا بامتياز على الجزء المفرز الذى يملكه، وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار. وتحسبه مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده.

(الفصل الرابع)

(الملكية الأدبية والفنية)

الحقوق التى ترد على الأشياء الغير المادية :-

ان الأشياء الغير المادية هي أشياء لا يدركها الحس ٠ وهذه الأشياء هى الافكار والاراء والمخترعات، آى هى نتاج الفكر الانسانى ٠

وقد جرى الاصلاح على تسمية الحق القائم على الافكار ةالاراء ،والتصويرات المختلفة التى هى نتاج الآداب والعلوم والفنون بالملكية الأدبية والفنية ٠

أما الحق الذي يكون محله المخترعات المستحدثة، فقد اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية. ويدخل فيها أيضا الحق الذي يرد على العلامات التجارية.

ومن الأشياء الغير المادية أيضا المحل التجارى، باعتباره مجموعة تتألف من عناصر معنوية ومادية لها كيان مستقل وطبيعة خاصة ٠ ولعل العناصر المعنوية هى الأكثر غلبة في تكوين المحل التجارى، كالاتصال العملاء، والسمعة التجارية وقد آشارت الى الحقوق التى ترد على الاشيا الغير المادة (٨٦) من المجموعة المدنية.

---

(٢٦٩)(فاذا لم تتحقق الأغلبية عين المأمور بأمر يصدر من رئيس المحكمة. الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء وبعد اعلان الملاك الاخرين لسماع اقوالهم ـ مادة ٨٦٦ـ ويعزل المامور بالطريقة عينها ـ مادة ٨٦٧) ٠

حين قررات آن (الحقوق التى ترد على شىء غير مهدى تنظمها قوانين خاصة).وحقوق الملكية الصناعية المتصلة بالمحل التجارى [٢٧٠]وقد اصطلح على تسمية هذه الحقوق بالملكية التجارية ٠

وقد قصد بهذه المادة مجرد التذكير بالحقوق المالية التى ترد عنى شيء غير مادى وهي حقوق الملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية، ولم ير واضعو المجموعة المدنية التعرض لأحكام هذه الحقوق بل فضلوا ترك تنظيمها للقوانين الخاصة [٢٧١]٠

وقد أصدر المشرع المصرى بالفعل بعض القوانين المنظمة لبعض هذه الحقوق، وما زال البعض الاخر ينتظر التنظيم التشريعى الى الان ٠

صدر القانون رقم (٥٧ لسنة ١٩٣٩) الخاص بالعلامات والبيانات التجارية، ثم صدر القانون رقم (١١ لسنة ١٩٤٠) الخاص ببيع ورهن الحال التجارية، ثم صدر القانون رقم (١٣٢ لسنة ١٩٤٩) الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، ثم القانون رقم (٥٥ لسنة ١٩٥١)الخاص بالأسماء التجارية.

ودراسة هذه القوانين الخاصة وما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية والتجارية تدخل في بحث موضوعات القانون التجارى ٠ ولذلك لن نعرض لبحثها هنا ٠ وأنما سنعرض هنا لبحث حقوق المؤلفين وهى ما اصطلح على تسميتها بحقوق الملكية الادبية والفنية.

حماية حق المؤلف في التشريعات الأجنبية:-

أن حماية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والعلمية والفنية. هى حماية حديثة . فقد مضى على الانسانية أحقاب طويلة كانت ثمار العقول نهبا لغير مبتدعيها وغنيمة شائعة للكافة ، لا تجد من التشريع حماية أو رعاية ، الى أن ظهرت بوادر نهضة كبرى في أواسط القرن الثامن عشر تناولت النظم السياسية والاجتماعية بالدراسة والنقل والتحليل ، فبرزت قيمة الفرد وأهميته في حياة المجتمع . وما لبث الحال أن قامت الثورة الفرنسية فأرسلت القواعد الأولى لحقوق الانسان على مبادىء الفردية ، ولذلك حظى حق المؤلف بعناية رجال هذه الثورة ، على أعتبار أن هذا الحق هو مظهر من مظاهر شخصية الفرد وصورة من صورها . ولذلك صدر في فرنسا قانون لحماية حق المؤلف في ٣ يناير ١٧٩١ ، ثم تتابعت القوانين التى مدت نطاق هذه الحماية فى ١٩ يوليه١٧٩٣ و ٥فبراير ١٨١٠ و ٨ آبريل ١٨٥٤ و ١٤ يوليه ١٨٦٦ ، وهذا القانون الأخير هو النافذ حاليا في فرنسا بعد أن عدل وكمل بقوانين صادرة في ١١ مارس ١٩٠٢ و ٩ آبريل ١٩١٠ و ٢٠ مأيو ١٩٢٠ و ١٩ مايو ١٩٢٥ .

---

(٢٧٠)(راجع د/ محسن شقيق - القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - طبعة سنة١٩٥١-ص ٧٤٩ -وما بعدها.)

(٢٧١) (مجموعة الأعمال التحضيرية -الجزء الأول- ص٤٧٥ ومابعدها).

وهذه القوانين القديمة لم تكن لترضى المؤلفين والفنانين لولا ذلك المجهود الضخم الذى بذله القضاء الفرنسى في سبيل الملاءمة بين هذه القوانين القديمة وبين الحاجات الجديدة للحياة في العصر الحاضر .

وفى بلجيكا صدر قانون حماية حقوق اللؤلفين فى ٢٢ مارس ١٨٨٦ على غرار آخر قانون فرنسى ، وفى غيرها من البلاد صدرت قوانين مماثلة حتى استقرت حماية المؤلف في معظم أمم العالم المتمدين .

وقد أخذ موضوع حماية حقوق المؤلف قسطا كبيرا من عناية المؤتمرات والاتفاقيات الدولية . وذلك بقصد تنظيم هذه الحماية في الميدان الدولى. فقد أنشىء فى باريس فى ديسمبر ١٨٧٨ الجمعية الادبية و الفنية الدولية للعمل على حماية حقوق المؤلفين في مختلف الدول . وقد أسفرت جهود هذه الجمعية عن عقد اتفاقية ((برن)) التى أبرمت في ٩ سبتمبر ١٨٨٦ بين كثير من الدول . وأنشىء بمقتضى هذه المعاهدة اتحاد بين الدول الموقعة عليها للعمل على تحقيق الأغراض التى عقدت معاهدة من أجلها ، كما أنشىء مكتب دولى تابع لحكومة الاتحاد السويسرى يسمى مكتب الاتحاد الدولى لحماية المؤلفات الأدبية والفنية.

ثم توالت المؤتمرات الدولية لتعديل بعض أحكام الاتفاقية السابقة ، وهذه المؤتمرات هى مؤتمر باريس الذى أنتهت أعماله في ٤ مايو ١٨٩٦ ، و مؤتمر برلين فى ٣ نوفمبر ١٩٠٨ ، و مؤتمر روما ٣ يونيه ١٩٢٨ ، و آخيرا فى مؤتمر بروكسل فى ٢٦ يونيه ١٩٤٨

حماية حق المؤلف في مصر:-

آما فى مصر فقد ظل المؤلفون لفترة من الزمن محرومين من تشريع مصرى يحمى.حقوقهم وقد أشارت المادة (١٢) من المجموعة المدنية الملغاه الى حقوق. المؤلف بقولها : « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته و حقوق الصانع ف ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص لذلك » . كما أشارت المادة (٨٦) من المجموعة المدنية الجديدة اليها أيضا بقولها : « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » .

وقد جاء قانون العقوبات فى المواد (من ٣٤٨ الى ٣٥١) بنصوص لحماية هذا الحق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليه. ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريع الخاص الذى اشارت اليه

علٰى آن القضاء المصرى لم يقف مكتوفا أزاء هذا الوضع فى ذلك الوقت ، فقرر أن حق المؤلف تحميه قواعد العدالة ومبادىء القانون الطبيعى التى توجب المواد (٣٩) من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية و (١١) من القانون المدنى المختلط الملغى و (٥٢) من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الملغاة. على القاضى آن يحكم بها اذا لم يوجد نص في القانون أو كان النص قاصرا أو غامضا[٢٧٢].

---

(٢٧٢) نقض مدنى ٢٦ آكتوبر ١٩٦١ - مجموعه محكمة النقض ١٢ - رقم ٩٣ - ص ٧٠٣ ، و ٧ يوليه ١٩٦٤ - مجموعه النقض ه ١ - رقم ١٤١ - ص ٩٢٠ - والوقائع ترجع الى ما قبل صدور قانون حماية حق المؤلف) .

علـى أن مصـر قـد سـاهمت فـي المـؤتمرات الدوليـة الخاصـة بحمايـة حقـوق المـؤلفين ، بـل أن الجمعيـة الأدبيـة والفنيـة الدوليـة قـد عقـدت أحـد ـ مؤتمراتهـا فـي القـاهرة فـي ديسـمبر ١٩٢٩ ، وعرضـت مصـر علـى هـذا المـؤتمر مشـروعا لقـانون بحمايـة حقـوق المـؤلفين كانـت قـد وضـعته لجنـة شـكلها الحكومـة المصـرية لهـذا الغـرض وأتمـت وضـعه فـي مـارس ١٩٢٧ ، وهـذا المشـروع يأخـذ بمعظـم المبـادىء التـى قامـت عليهـا اتفاقية برن . ولكن المشروع لم يتخذ الخطوات التشريعية .

وفـى عـام ١٩٥٠ تقـدمت وزارة العـدل الـى البرلمـان بمشـروع قـانون جديـد لحمايـة حـق المؤلـف ولكـن هـذا المشـروع لـم يـتم خطواتـه التشـريعية هـو الآخـر ثـم أعيـد بحـث المشـروع ، وأخيـرا صـدر بالفعـل بالقـانون رقـم (٣٥٤ لسـنة ١٩٥٤)[٢٧٣] ثـم صـدر قانون حماية الملكيه الفكرية رقم (٨٢ لسنة ٢٠٠٢)•

طبيعة حق المؤلف :-

ثـار الجـدل واحتـدم الخـلاف فـي شـأن تحديـد طبيعـة حـق المؤلـف . فقـد جـرى الاصـطلاح علـى أطـلاق اسـم الملكيـة الأدبيـة والفنيـة علـى حـق المؤلـف . وكثيـرا مـا تـردد هـذا الاسـم علـى ألسـنة الشـراح وفـي أحكـام المحـاكم ، بـل أننـا قـد اسـتعملناه عنوانـا لهـذا المبحث . فهل حق المؤلف هو حق ملكية بالمعنى الصحيح ؟

ان تشـبيه حـق المؤلـف بحـق الملكيـة قـد أتـى مـن الاعتقـاد فـي أن كـل مـن ينـتج شـيئا يملـك مـا ينتجـه . فـالمؤلف ينـتج افكـارا او تصـويرات فهـو بالضـرورة يملـك هـذه التصويرات وتلك الافكار.

ولكـن اسـتعمال لفظـة التملـك أو الملكيـة هـو هنـا مـن قبيـل المجـاز . فالأشـياء الماديـة هـى وحـدها التـى يمكـن أن تقبـل بطبيعتهـا لأن تكـون محـلا للملكيـة كمـا نعرفهـا وهـى التـى يصـح أن يحوزهـا شـخص ويسـتأثر بهـا . امـا الافكـار والمعنويـات فـى بطبيعتهـا لا تقبـل الملـك والاسـتئثار. ان الأفكـار متـى أذاعهـا صـاحبها ونشـرها خرجـت منـه لتشـيع فـي المجتمـع ، وبقـدر شـيوعها وذيوعهـا يقـاس مـدى نجـاح صـاحبها . فـالمؤلف لا يقصـد أن تظـل الأفكـار مقصـورة عليـه بـل هـو يقصـد علـى العكـس أن يعتنقهـا أكبـر عـدد من الأفراد.

ثـم ان حـق المؤلـف حـق مؤقـت بطبيعتـه علـى خـلاف الملكيـة التـى يكـون التأييـد فيهـا هـو الأصـل . واذا قيـل أن الملكيـة قـد تكـون فـي بعـض صـورها مؤقتـة ، فـان ذلـك التوقيـت هـو أمـر اسـتثنائى ، بينمـا توقيـت حـق المؤلـف هـو الأصـل والقاعـدة التـى لا أسـتثناء لهـا فحق المؤلف اذن لا يمكن أن يوصف بأنه حق ملكية .

---

(٢٧٣)(منشور في الوقائع المصرية ـ العدد ٤٩ مكرر ـ من السنة ١٢٥ ـ الصادر في يوم الخميس ٢٤ يوليه ١٩٥٤)

وقد ذهب البعض الى اعتبار حق المؤلف نوعا من الحقوق العينية لانه يخول صاحبه القدرة على القايم باعمال معينة بالنسبة الى شيء معين ، وهو يخوله أيضا حق الاستعمال والاستغلال والتصرف كصاحب ألحق العينى على الأشياء المادية سواء بسواء [٢٧٤] ولكن هذا النظر يخالف النظرة التقليدية الى الحق العينى الذى لا يقع الا على الأشياء المادية

ثم أن هذا الحق لا يمكن اعتباره من الحقوق الشخصية كحق الدائن قبل مدينه مثلا ، أنه ليس رابطة بين صاحبه وبين شخص واشخاص معينين ، وليس محله عملا من الاعمال.

ولهذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية ، وتابعها في ذلك معظم الفقها ، الى أن حق المؤلف هو حق من نوع خاص لا يمكن أن يندرج تحت التقسيم التقليدى للحقوق الى شخصية وعينية.ووصفته هذه المحكمة بأنه (احتكار للاستغلال). وقد قررت المحكمة في أحد أحكامها (أن حقوق المؤلف والاحتكار الذى تخوله تسمى خطأ ، سوا في اللغة الجارية أو في لغة القانون ، باسم الملكية ، ان هذه الحقوق تبتعد كثيرا عن الملكية كما عرفها ونظمها التقنين المدنى بالنسبة للمنقولات والعقارات ، فهى تقتصر على اعطاء صاحبها امتياز مقصورا عليه في استغلالها أستغلالا مؤقتا) [٢٧٥] .

تحليل حق الؤلف :-

أن صعوبة تحديد طبيعة حق المؤلف أنما ترجع في الحقيقة الى أن هذا الحق بيتضمن جانبين متميزين ، جانب منهما آدبى آو معنوى يتمثل في حق المؤلف على أفكاره ونتاج عقله ، والجانب الآخر هو جانب مالى يتمثل في حق المؤلف في أستغلال هذا الناتج .

وبمقتضى الحق الأدبى البحت يكون للمؤلف وحده أن يقرر متى يعتبر الفكرة صالحة للنشر ، ثم انها متى نشرت يجب أن تنسب دائما اليه ، كما يجب أيضا أن تبقى الفكرة في الصورة التى أعرب عنها فيها بدون حذف أو تغيير. وهذا الحق هو حق يبقى دائما وأن تنازل المؤلف عن حقه المادى ، و هو يبقى قائما وان انتهى الحق المالى آى ولو أصبح تصنف مالا شائعا مباحا للجميع . وهذا الحق الأدبى لا يدخل في حساب الذمة المالية ، فلا يجوز التصرف فيه ولا يجوز رهنه أو الحجز عليه .

أما الحق المالى فهو الذى يتمثل في امكان استغلال الفكرة، وهذا الحق من الحقوق المالية التى تدخل فى الذمة .فيجوز التصرف فيه ورهنة والحجز عليه .

فحق المؤلف هو حق مزدوج على الوجه الذى رأينا.

---

(٢٧٤)(د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـرقم ١٥٨ ـ ص ١٨٠)

(٢٧٥)(.وراجع في نقد هذه الفكرة د/ شفيق شحاته – شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١ ـرقم ١٦٩ ـص ١٨٢)

على آن البعض من الشراح يذهبون الى أن حق المؤلف لا يمكن ان ينقسم على هذا الوجه وانما هو واحد ، وهم يغلبون في هذا الحق الناحية الأدبية ، فيقولون أن حق المؤلف هو حق أدبى لا حق مالى . ثم أن هذا الحق في نظرهم هو من حقوق الشخصية أى من الحقوق الملازمة لشخصية الانسان . ذلك أن الانتاج الفكرى في ذاته ان هو الا جزء لا ينفصل عن ملكات الانسان العقلية ، ونتاج الفكر ليس سوى امتداد لشخص المفكر والمؤلف.

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية [٢٧٦] بأن حق المؤلف لا يمكن أعتباره بحال من الأحوال حقا من حقوق الشخصية .

مظاهر الحق الادبى للمؤلف:-

قلنا ان حق المؤلف يتضمن جانبا أدبيا أو معنويا ، وهو ما اصطلح على تسميته بالحق الأدبى للمؤلف ، وهذا الحق هو حق شخصى بحت ويقصد به ضمان حماية شخصية المؤلف ولذلك فان هذا ألحق يدخل فى عداد حقوق الشخصية.

ويتضمن هذا الحق الأدبى المظاهر الآتية : الحق في تقرير نشر المصنف أو عدم نشره ، والحق في سحب المصنف بعد نشره ، والحق في أحترام المصنف ، وأخيرا الحق في نسبة المصنف الى صاحبه .

١ ـ فللمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مؤلفه أو عدم نشره فله وحده تقرير متى تعتبر الفكرة صالحة للنشر ، وهو اذا أراد النشر كان حرا في تحديد طريقة هذا النشر .

ولهذا نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون حماية حق الؤلف على آن (للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه وف تعيين طريقة هذا النشر) .

وحق المؤلف هذا هو حق مطلق يخضع لمحض الاعتبارات الشخصية للمؤلف. وقد استخلصت المحاكم من الصفة المطلقة لهذا الحق نتائج هامة : منها أنه أذا التزم فنان بعمل صورة معينة ، كان له الامتناع عن انجازها أو تسليمها حتى لو أظهر العميل قبوله للصورة بالشكل الذى انتهت اليه . وامتناع الفنان عن اتمام الصورة أو تسليمها حق مطلق له ، مع الزامه بالطبع بتعويض المتعاقد معه عن الأضرار المترتبة على امتناعه [٢٧٦] .

٢ ــ ثم ان للمؤلف الحق في سحب مصنفه بعد نشره . ولا يحول عون استعمال هذا الحق أن يكون المؤلف قد تعاقد على نشر مؤلفه « اذ يجوز له دائما سحب مؤلفه من التداول رغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالى ، وذلك اذا طرأت أسباب أدبية خطيرة تدعو لذلك ، فقد يسمع الكاتب مؤلفه متأثرا برأى سيطر عليه ثم يبدو له بعد البحث والتقصى والاطلاع أنت جانب الصواب في رأيه هذا . وقد يكون موضوع المؤلف حطيرا هاما .

---

(٢٧٦)(نقض فرنسى : ١ مايو ١٩٤٥)

(٢٧٧)(نقص فرنسى : ١٤ مارس ١٩٠٠ ، و محكمه السين ١٠ يوليه ١٩٤٦ ، ، و باريس ١٩ مايو ١٩٤٧)

ففى مثل هذه الحالة تنقطع الصلة بين المصنف وواضعه ، هم يعد معبرا عن حقيقة آرائه ، بل لعل في وجوده على هذه الصورة يؤذى سمعته . وفي مثل هذه الأحوال لابد من الاعتراف للمؤلفه. بالحق في سحب مؤلفه من المتداول . على أنه يجب عدم اغفال العقد المبرم بين المؤلف والناشر ، فيلتزم المؤلف بتعويض الناشر تعويضا عادلا.

وقد نصت على هذا الحق ألمادة (٤٢) من القانون الخاص بحق المؤلف حين نصت على أن « للمؤلف وحده اذا طرأت أسباب خطيرة لن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالى . ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدما من آلت حقوق الاستغلال المالى اليه تعويضا عادلا يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة والا زال اثر الحكم)).

٣ - وللمؤلف أيضا الحق في أحترام مصنفه كما وضعه . و معنى ذلك أنه لا يجوز أن يدخل عليه تعديلا أو حذفا. فمن اكتسب مثلا حق استغلال المصنف لا يجوز له أن يجرى شيئا من هذا الا باذن مؤلف نفسه ، ذلك أن المصنف هو انعكاس لشخصية صاحبه : فلايجوز التعديل فيه بدون رضائه آيا كان شكل هذا التعديل ، آى سواء كان لاضاغة أو الحذف آو التغيير ، فيجب على الناشر آن ينشر المصنف كما هو دون تعديل ما ٠ و انما يملك هذا التعديل المؤلف وحده. ولهذا نصت المادة السابعة من قانون حق المؤلف في فقرتها الأولى على أن (للمؤلف وحده ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه)

٤ــ وللمؤلف أخيرا ألحق في أن ينسب مصنفه اليه (المادة ٦/ ١ من القانون) ، ومعنى هذا أن يكون للمؤلف مطلق الحرية في تقرير نشر المصنف حاملا اسمه بدون أسم أو تحت اسم مستعار . وله في جميع هذه الحالات الحق دائما في أن ينتسب المصنف اليه . واذا اتفق على تنازل المؤلف عن حق نسبة المصنف اليه كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته النظام العام ، فمثل هذا الاتفاق فيه اعتداء على حقوق الشخصية . فكل اتفاق في هذا الخصوص يكون باطلا ويستطيع المؤلف نقضه في أى وقت له. فصفة المؤلف لا يمكن النزول عنها أو نقلها أو التخلى عنها نهائيا. وانما يظل دائما للمؤلف الحق في أن يكشف عن أبوته للمصنف ، فيكشف عن أسمه الحقيقى اذا كان قد نشر المصنف تحت اسم مستعار أو بدون اسم . وقد نصت المادة (٢٨) من القانون على أنه (في المصنفات التى تحمل اسما مستعارا أو التى لا تحمل اسم المؤلف يعتبران الناشر لها قد فوض من المؤلف في مباشرة الحقوق المقررة في هذا القانون ، ما لم ينصب المؤلف وكيلا آخر أو يعلن شخصيته ويثبت صفته).

مدى انتقال الحق الادبى الى الورثة:-

تلك هى مظاهر الحق الادبى للمؤلف ٠ و هى تهدف الى استمرار التوافق بين شخصيته و بين آثره الفنى ، كما تحول دون عبث الناشرين بألمؤلفات في سبيل الاستغلال التجارى . وتحرص على توفير الاحترام الواجب لشخصية المؤلف . وحقوق المؤلف الأدبية تنتقل بعد وفاته الى ورثته وذلك بالقدر الذى تقبل به للانتقال ، فللورثة الحق في الدفاع عن شخصية ورثهم ، تلك الشخصية التى بدأت في مؤلفاته ومصنفاته.

لذلك فان حق احترام المصنف وحق نسبة المصنف الى مؤلفه ينتقلان الى الورثة ، فلهم دائما الحق في الاعتراض على آى تعديل يراد ادخاله على المصنف . ولهم الحق أيضا في بقاء المصنف منسبا لمورثهم . وقد نصت المادة (٢/١٩) من القانون على هذا حين نصت على أن (لا لهؤلاء وحدهم - أى للورثة - مباشرة حقوق المؤلف الأخرى المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٧ والمادة ٩) . وهذه الحقوق المنصوص عليها في هذين النصين المشار اليهما هى في جملتها الحقان السابقان .

أما الحق في تقرير نشر المؤلف فليس حقا مطلقا في يد الورثة . فاذا مات المؤلف قبل أن يقوي نشر مصنفه أنتقل حق تقرير النشر الى من يخلفونه . على أنه أذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به . فقد تكون لدى المؤلف اعتبارات خاصة تقتضى الاحتفاظ بالمصنف كسر لا يصح نشره ، فعندئذ يجب على الورثة احترام أرادة المؤلف (راجع المادة ١٩ من القانون) .

وأخيرا فان حق سحب المصنف هو حق مقصور على المؤلف ولا ينتقل الى الورثة . فمتى نشر المؤلف مصنفه لم يجز للورثة سحبه من التعامل بحجة أنه أصبح يتضمن آراء ما كان ليرضى عنها المؤلف أو ظل على الحياة.

خصائص الحق الأدبى للمؤلف:-

حقوق المؤلف الأدبية غير قابلة للتصرف فيها بطبيعتها ، شأنها في ذلك شأن حقوق الشخصية آى الحقوق المتصلة بشخص الانسان.

١ - ويترتب على هذا بطلان كل تصرف يتم بشأنها . وبهذا نصت المادة (٣٨) من قانون حماية المؤلف على أنه (يقع باطلا كل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المواد ١/٥و ١/٧ و ٩ من هذا القانون » . والحقوق المشار اليها في هذه المواد هى الحقوق الأدبية للمؤلف .

٢ – ويترتب على هذا أيضا عدم جواز توقيع الحجز على الحقوق الأدبية، وان كان يجوز الحجز على نسخ المصنف المنشور . ولذلك نصت المادة العاشرة من قانون حماية حق المؤلف على أنه (لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وانما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره ٠ ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه أستهدف نشرها قبل وفاته)[٢٧٨].

٣ــ وقد اهتدى المشرع أيضا بفكرة الصفة الشخصية لحق المؤلف عندما قرر في المادة (٤٠)من القانون على أنه (يعتبر باطلا تصرف المؤلف . في مجموع انتاجه الفكرى المستقبل).

---

(٢٧٨)(والمقصود هنا هو الحق الأدبى والحق المالى أيضا ، اذ أنه حتى بالنسبة لحق الاستغلال المالى فهو مرتبط بارادة المؤلف الذى له وحده تقرير النشر من عدمه، ولذلك لا يجدى "الا" الحجز على النسخ المنشورة من المصنف . وقد أجاز القانون فقط الحجز على حق الإستغلال المالى عند وفاه المؤلف اذا ثبتت بصفة قاطعة أنه أستهدف نشر المصنف.)

٤ – وأخيرا فان الحق الأدبى للمؤلف حق مؤبد لا يسقط بعدم الاستعمال ، و يظل قائما حتى لو سقط حق الاستغلال المالى كما سنرى

الحقوق المالية المؤلف:-

حق المؤلف المادى أو المالى هو حقه في استغلال مصنفاته في أية صورة عن صور الاستغلال . وهذا الحق - كالحق الأدبى - مقصور على المؤلف وحده فلا يملك أحد استغلال المصنف دون أذن سابق من المؤلف أو ممن يخلفه . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون على أن للمؤلف وحده (الحق في استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال ، ولا يجوز مباشرة هذا الحق دون اذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه [٢٧٩])

ويتم نقل المصنف الى الجمهور بطريقين هما :-

أ - النقل المباشر :- هو عرض المصنف علي الجمهور عرضا مباشرا ، كالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى او الاذاعة اللاسلكية للكلم او الصوت او الصور او العرص بواسطه الفانوس السحرى او السينما او نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت بعد وضعه في مكان عام المادة ٦ فقرة آولى من القانون) . ويسمى هذا الحق بحق الأداء العلنى .

ب - النقل غير المباشر :- فيكون عن طريق نسخ صور من المؤلف تكون في متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائى (مادة ٦ فقرة ثانية من القانون).

٥ – ومن الحقوق المالية للمؤلف الحق في ترجمة مؤلفاته أو الاذن بترجمتها ، وكذلك حقه في تحويلها من لون من ألوان الأدب أو الفن الى لون آخر ، أو تلخيصها أو تحويرها ، وعلى وجه العموم كافة صور أظهار المصنفات الموجودة بشكل جديد . وقد نصت المادة السابعة من القانون في فقرتها الثانية على أن للمؤلف وحده الحق في ترجمته الى لغة أخرى ، ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك أو أن يباشر صورة أخرى من الصور المنصوص عليها في المادة الثالثة الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه

مدى حماية الحق المالى للمؤلف - توقيت الحماية :-

بعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المالى . فاذا كان المصنف عملا مشتركا بين مؤلفين أو أكثر ومات أحد المؤلفين بلا وارث فأن نصيبه يؤول ألى المؤلفين المشتركين وخلفهم ، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك (١٨ فقرة أولى من القانون) .

---

(٢٧٩)(نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ - مجموعة محكمة النقض ١٧ -رقم ١٥١ - ص١١١٤)

ومع ذلك يجوز للمؤلف ان يعين اشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى ، ولو جاوز المؤلف في ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية .

وحق الاستغلال ألمالى المقرر للمؤلف موقوت ومحدد باجل نصت عليه المادة (٢٠) من القانون ، وهو طيلة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . وهذا الأجل هو الذى انتهت اليه المعاهدات الدولية وأخذت به أكثر الدول الأوربية . وبعد انقضاء هذه المدة يستطيع أى شخص نشر المصنف واستغلاله دون استئذان الورثة او تعويضهم(٢٨٠).

واذا كان المصنف فوتوغرافيا أو خاصا بالانتاج السينمائى الذى يقتصر على نقل المناظر الطبيعية سقط الحق بعد أنقضاء خمسة عشرعاما منذ تاريخ اول نشر للمصنف .

وتحسب هذه المدة التى حددها المشرع في ألمصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين ٠ و اذا كان صاحب الحقشخصا معنويا عاما او خاصا حسبت له المدة من تاريخ النشر (مادة ٢٠ من القانون).اما المصنفات التى تنشر غفلا من اسم المؤلف او بأسم مستعار فان مدة الحماية تحسب من تاريخ نشرها لأول مرة ، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة (المادة ٢١ من القانون) ٠

<u>ويلاحظ أن الحق الادبى - على خلاف الحق المالى - هو كما قلنا حق دائم لا يسقط حتى بسقوط الحق المالى ٠</u>

<u>القيود التى ترد على الحق المالى للمؤلف:-</u>

جاء القانون الخاص بحماية حق المؤلف بقيود عدة على هذا الحق . وهى قيود يمليها الصالح العام ، لأن للهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا يجوز أن تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق المؤلف ، ذلك أن الأجيال المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات .

١- فقد نصت المادة (٨) من القانون على (انتهاء الحماية المقررة للمؤلف ولمن ترجم مصنفه الى لغة أجنبية بالنسبة لحقهما في ترجمة المصنف الى اللغة العربية اذا مضت خمس سنوات عن تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم دون أن يباشر المؤلف أو المترجم بنفسهما أو بواسطة غيرهما ترجمة المصنف الى اللغة العربية). وفي هذا القيد الزمنى تغليب للصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحثه على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصالح البلاد ، وحتى لا تحرم أن البلاد من ثمار العقول في مختلف الأمم الأخرى .

---

(٢٨٠)(واذا أعيد نشر المصنف بعد أنتهاء مدة حمايته ، وتضمنت الطبعة الجديدة أبتكارا أو ترتيبا جديداً أو اى مجهود ذهنى شخصى كام لناشرها حق ألمؤلف عليها وتمتع بالحماية المقررة - نقض ٨ يونيه ١٩٦٤ محكمة النقض ١٥ - رقم ١٤١- ص ٩٢٠)

٢ــ ومن القيود الواردة على حق ألمؤلف ما نصت عليه المادة (١١) من القانون من حق الغير في ايقاع المصنفات أو تمثيلها أو القائها في اجتماعات خاصة كالاجتماعات العائلية أو اجتماعات الجمعيات أو ألمنتديات أو المدارس، دون تعويض المؤلف . وكذلك نصت المادة ذاتها على حق فرق موسيقى القوات العسكرية وما في حكمها من الفرق النظامية التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى في ايقاع المصنفات. الموسيقيه دون تعويض للمؤلف أيضا ، ما دام لا يحصل في الحالتين رسم أو مقابل مالى من جمهور المستمعين .

٣ــ ومن هذه القيود أيضا حق عمل نسخة واحدة من المصنف للاستعمال الشخصى (المادة ١ من القانون) فلا يجوز للمؤلف منع صاحب هذه النسخة من استمعالها على هذا النحو .

٤ــ ومنها أيضا ما نصت عليه المادة (١٣) من القانون من أباحة التحليلات والاقتباسات القصيرة اذا عملت بقصد النقد والمناقشة أو التثقيف أو الاخبار ما دامت تشير الى المصنف واسم المؤلف اذا كان معروفا .

٥ – ومن هذه القيود حق الجرائد أو المجلات أو النشرات الدورية في نقل المقالات الخاصة بالمناقشات السياسية أو الاقتصادية أو العلمية أو الدينية التى تشغل الرأى العام في وقت معين ، ما دام لم ينص صراحة على حظر النقل (المادة ٢/١٤ من القانون).

٦ــ وأجازت المادة (١٥) من القانون نشر وأذاعة ما يلقى في الجلسات العلنية للهيئات التشريعية أو الادارية أو الاجتماعات العلمية والأدبية والفنية والسياسية والدينية من خطب أو محاضرات أو أحاديث ما دامت موجهة الى العامة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية في حدود القانون ، وذلك كله دون أذن من المؤلف .

ولكن يلاحظ أن المشرع في المادة (١٦) قد احتفظ للمؤلف وحده بالحق في نشر مجموعات خطبه أو مقالاته

٧ - وقد أباحت المادة (١٨)، من القانون نقل مقتطفات قصيرة من بعض المصنفات الى الكتب المعدة للتعليم والى مؤلفات الأدب والتاريخ والعلوم والفنون ، على أن يلتزم الناقل حد الاعتدال فيما ينقل ، ومع حكر المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين.

٨ ــ ومن هذه القيود أيضاً ما نصت عليه المادة (٢٣) من القانون اذ خولت وزير التربية والتعليم الحق في الحلول محل ورثة المتوفي أم عن يخلفه في مباشرة حقوق النشر والاستغلال المالى أذا لم يباشروا هذه الحقوق لعجزهم أو لعدم أهليتهم أو لغير ذلك من الأسباب به متى كان الصالح العام يقتضى نشر المصنف ، فلوزير التربية والتعليم في هذه الحالة أن يطلب الى خلف المؤلف نشره بكتاب موصى عليه مصحوبا بعلم الوصول ، فاذا أنقضت ستة أشهر ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة الحقوق المذكورة بعد استصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة لابتدائية . ولم يغفل المشرع النص على حق الورثة أو الخلف في تعويض عادل.

نقل الحق المالى للمؤلف :-

يجوز للمؤلف أن ينقل حق الاستغلال المالى المقرر له الى الغير . وقد حرص القانون الخاص بحق المؤلف على تنظيم مسألة نقل حقوق المؤلف تنظيما من شأنه اقامة التوازن بين حقوق المؤلفين وحقوق من أل اليهم حق الاستغلال المالى للمؤلف.

. ونصت المادة (٣٧) من القانون على أن للمؤلف أن ينقل الى الغير مباشرة حقوق الاستغلال على أنه يشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، و آن يحدد فيه صراحة و بالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه . وذلك حتى يكون كل من الطرفين على بينة من أمره وحتى لا توضع في العقد نصوص اجمالية غامضة مجحفة بالمؤلف .

والتصرف في حقوق المؤلف المالية على المصنف سواء كان كاملا أو جزئيا يجوز أن يكون على أساس مشاركة نسبية في الايراد الناتج من الاستغلال أو بطريقة جزافية (مادة ٣٩)

هذا ولا يجوز كما أسلفنا للمؤلف أن يتصرف في حقوقه الأدبية (م٣٨)ولا مجموع أنتاجه الفكرى المستقبل .وكل تصرف من هذا القبيل يقع باطلا .

على أن نقل حقوق الاستغلال الى الغير. لا يحول بين المؤلفه وبين المكان طلبه سحب المؤلف من المتداول أو أدخال تعديلات جوهرية عليه ، متى طرأت أسباب خطرة تستدعى ذلك . وهو لا يستطيع ذلك الا بطلب يقدمه للمحكمة الابتدائية ، وهو يلزم بالطبع بتعويض من آلت اليه حقوق الاستغلال المالى مقدما في غضون أجل تحدده المحكمة ، والا زال كل آثر لحكم (م ٤٢) .

وأذا تصرف المؤلف في النسخة الأصلية فليس يتضمن هذا نزولا عن حقه في الاستغلال . وكل ما يترتب على ذلك أنه لا يجوز للمؤلف طلب تمكينه من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كل ما لم يتفق على خلاف ذلك (م٤١) .

بعد أن عرضنا احكام ومظاهر الحق الأدبى للمؤلف وحقه ألمالى ،ننتقل الى البحث في المؤلفات المحمية.

يشترط لوجود حق المؤلق شرطان رئيسيان هما:-

١ــ فيشترط أولا :- أن يكون هناك خلق في عالم الفكر يضيف به المؤلف قدرا جديدا الى ما هو معروف من قبل .

وهذا الشرط يقتضى أن يكون هناك ابتكار فى جانب المؤلف ، فاذا تقتصر مجهود المؤلف على مجرد تجميع ما هو معروفه من قبل فلا يمكن، من يقال أنه أنشأ خلقا جديدا في عالم الفكر [٢٨١] .

---

(٢٨١)(استئناف مصر ١١مارس ١٩٣٧ – مجلة المحاماة- العدد ١٧ - رقم ٥٩٧ - ص ١١٩٦)

على أنه لا يشترط أن تكون الفكرة الجديدة كبيرة القيمة أو ذات أهمية بالغة ، فان كل فكرة وان صغرت تستوجب الحماية .

ولا يشترط أيضا أن تكون الفكرة مبتكرة كل الابتكار أى منقطعة الصلة بالماضى .

والأمر في النهاية متروك لقاضى الموضوع ، فهو الذى يقضى فيما اذا كان العمل يعتبر أو لا يعتبر خلقا جديدا.

٢ - و يشترط ثانيا :- أن تخرج الفكرة الى حيز الوجود أى أن تبدو في شكل مادى . وقد سبق أن قلنا ان للمؤلف الحق في تقرير بلدة اذا كانت فكرته صالحة للخروج الى حايز الوجود المادى او غير صالحة، ثم هو الذى يختار لها الصورة التى تخرج فيها .

وليست هناك صورة معينة يقع الاعراب عن المفكرة فيها . فقد يكون الاعراب عنها بطريق الكتابة أو التصوير أو النحت أو الرسم ، قد يقع الاعراب عنها مشافهة بالخطابة أو المحاضرة .

أمثلة للمصنفات المحمية :-

نصت المادة (١) من القانون الخاص بحماية حق المؤلف على ان (يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ايا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة ألتعبير عنها أو ميتها او الغرض من تصنيفها).

وقد أوردت المادة (٢) من القانون بيانا للمصنفات التى تشملها هذه الحماية وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فذكرت المصنفات المكتوبة ، والمصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو بالألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة ، والمصنفات التى تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب والمواعظ، وما يماثلها ، والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية ، والمصنفات الموسيقية سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها ، والمصنفات السينمائية والفوتوغرافية . والخرائط الجغرافية والمخططات ، والمصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافي أو الطبوغرافيا أو العلوم ، والمصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة ماديا للاخراج ، والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . والمصنفات التى تعد خصيصا أو تذاع بواسطة الاذاعة اللاسلكية والتليفزيون.

وأضافت المادة أن الحماية تشمل بوجه عام مؤلفى المصنفات ألتى يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة.

وتشمل الحماية أيضا عنوان المصنف الا اذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكارى . وقد قصد بهذا الحيلولة دون أنتفاع مؤلف بشهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه .

والمصنفات المبتكرة التى يحميها المشرع غير مقصورة على المصنفات الأصلية بل تشمل المؤلفات المترجمة ، كما تشمل كافة صور اعادة المصنفات الموجودة في شكل جديد ، على ألا يخل ذلك بحقوق . المؤلف الأصلى.

ولهذا نصت المادة الثالثة من القانون على أنه يتمتع بالحماية من قام بترجمة المصنف الى لغة أخرى ، أو بتحويله من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من قام بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه باى صورة تظهره في شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى » .

وقد أضافت المادة نفسها حكما خاصا بالمصنفات الفوتوغرافية يقضى بأن حقوق مؤلف المصنف الفوتوغرافي لا يترتب عليها منع الغير من التقاط صور للشيء المصور، ولو أخذت هذه الصور الجديدة من ذاك المكان، وبصفة عامة في ذات الظروف التى أخذت فيها الصورة الأولى.

أمثلة للمصنفات غير المحمية:-

إذا لم يتوافر الابتكار فلا يحمى واضع المصنف، ولذلك نصت المادة (٤) من القانون على أن (الحماية لا تشمل المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة كمختارات الشعر. والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات). فمثل هذه ألمجموعات ألتى تنتظم عدة مصنفات يسبق نشرها دون مراعاة الاختيار أو الترتيب في وضعها تخرج عن نطاق الحماية. ولا يتصور أن تشملها الحماية الا إذا تميزت عن غيرها بحسبب يرجع الى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية. ويلاحظ في جميع الأحوال أن حقوق أصحاب المصنفات التي تجمع تظل محفوظة.

وفيما يتعلق بمجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية، والأحكام. القضائية وسائر وثائق الرسمية، فأنها لا تدخل بطبيعتها في نطاق المصنفات المحمية، لأنها وثائق عامة تضعها الدولة فلا يستأثر بها فرد دون آخر بل هى حق شائع للجميع. على أن هذه الوثائق تدخل في نطاق المصنفات نحمية إذا جمعت في مجموعة وروعى فى جمعها الاختيار والترتيب بحيث تبدو في صورة مصنف جديد.

وما قدمناه أيضا يصدق على مجموعات المصنفات التى آلت الى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها (المادة الرابعة من القانون).

الاجراءات التى تكفل حماية حق المؤلف:-

إذا وقع اعتداء على حق المؤلف فان هذا الاعتداء يجب أن يزال. كما يجب تعويض المؤلف عن جميع الأضرار التى سببها. ولذلك فان المحاكم تحكم بالتعويض للمؤلف الذى اعتدى على حقه، ثم هى تأمر أيضا بمنع تجدد الاعتداء في المستقبل، وكذلك بسحب المصنفات التى عرضت من السوق وأتلافها.

وقد عنى القانون الخاص بحماية حق المؤلف ببيان الاجراءات التى تكفل حماية حق المؤلف حماية فعلية ودفع أى اعتداء يقع على هذا الحق وقد وردت هذه الاجراءات فى الباب الثالث من القانون الحق. فنظمت المادة (٤٣) الاجراءات التحفظية التى يجوز اتخاذها حفظا لحقوق ذوى الشأن عند وقوع آى اعتداء على حقوقهم وهي:

(أ)أجراءات وصف تفصيلى للمصنف الذى نشرأو آعيد نشره. او عرض بدون أذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام المواد (٦و١/٧) من القانون.

(ب) وقف نشر أو عرض أو صناعة المصنف.

(ج) وتوقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه أو صوره، وكذا على المواد التى تستعمل في اعادة النشر أو في استخراج نسخ منه بشرط ألا تكون هذه المواد صالحة الا لاعادة نشر المصنف المقصود.

(د) وفيما يتعلق بالايقاع والتمثيل والالقاء أو العرض على الجمهور. أجازت المادة لرئيس المحكمة، فضلا عن اجراء الوصف التفصيلى. اثبات هذا الأداء العلنى ومنع أستمرار العرض القائم أو حظره مستقبلا.

(هـ) وأجازت أيضا حصر الايراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز على هذا الايراد في جميع الأحوال.

وتنفذ هذه التدابير بناء على آمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية على عريضة تقدم وتنفذ بالطرق العادية. ولرئيس المحكمة في جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ. وله أيضا أن يفرض على الطالب أيداع كفالة مناسبة.

وحددت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة ميعاد خمس عشرة يوما تلي اتخاذ هذه الاجراءات لرفع أصل النزاع الى المحكمة المختصة، فاذا لم يرفع في هذا الميعاد بطلت هذه الاجراءات وزال كل أثر لها .

وقد نصت المادة (٤٤) من القانون على جواز التظلم من امر الصادر في الحالات السابقة أمام رئيس المحكمة الآمر الذي له أن يقضى ـ بعد سماع أقوال طرفي النزاع ـ بتأييد الأمر أو بالغائه كليا أو جزئيا. وله كذلك تعيين حارس تكون مهمته اعادة أو عرض صناعة أو استخراج نسخ للمصنفه محل النزاع، وأن يأمر بايد اع الناتج من الايراد خزانة المحكمة الى أن تفصل المحكمة المختصة في أصل النزاع.

أما من حيث الجزاء المقرر للاعتداء على حق المؤلف، ففضلا عن المكان بالتعويض الحكم، أجازت المادة ٤٥ من القانون للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه، أن تأمر باتلاف المصنف الذي نشر خروجا على حق المؤلف وكذلك نسخه أو صوره والمواد التى استعملت لاعادة نشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر، وذلك على نفقة المسئول.

ولكن المادة استثنت حالة ما إذا كان حق المولف سينقضى بعد فترة تقل عن سنتين من تاريخ الحكم، فأجازت للمحكمة بدلا من الأمر بالاتلاف أن تأمر بتثبيت الحجز التحفظى على الأشياء وبيعها وفاء لما تقضى به للمؤلف من تعويضات. ولكن يجب على المحكمة في هذه الحالة أن تراعى حقوق المؤلف الأدبية، فاذا رأت أن هذه الحقوق لا سبيل لصيانتها الا عن طريق الاتلاف وجب عليها الحكم به.

وقررت المادة (٤٥) في فقرتها الثانية أنه لا يجوز كذلك الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم إذا كان النزاع المطروح خاصا بترجمة مصنف الى اللغة العربية بالمخالفة لحكم المادة الثامنة. وفي هذه الحالة يجب آن يقتصر الحكم على تثبيت الحجز

التحفظ على المصنف المترجم وفاء لما تقضى به المحكمة للمؤلف من تعويضات.

وجعلت الفقرة الثالثة من المادة (٤٥) الدين الناشىء عن التعويض ممتازا بالنسبة لصافي ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة. ولا يسبق هذا الامتياز في الترتيب سوى أمتياز المصاريف القضائية والمصاريف التى تنقق في حفظ تلك الأشياء أو تحصيل هذه المبالغ.

وقد استثنت المادة (٤٦) المبانى من الأشياء التى يجوز الحجز عليها أو أتلافها أو مصادرتها بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعمارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استعملت بوجه غير مشروع. لما في ذلك من اجحاف شديد بالمخالف، فلايكون أمام المؤلف المعمارى في هذه الحالة الا المطالبة بالتعويض

الجزاءات الجنائية :-

هذا وقد عنى المشرع بالنص على عقوبات جنائية توقع على من يعتدى على حق المؤلف. فقضت المادة(٤٧) باعتبار الجرائم المنصوص عليها فيها جرائم مكونة لجريمة التقليد، وجعلت العقوبة فيها هى الغرامة بحيث لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه ، وفي حالة العود أجيز الحكم بالحبس لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة.لا تزيد على ثلاثمائة جنيه أو بأحدى هاتين العقوبتين. وأجيز للمحكمة ان تقضى في حالة العود أيضا بغلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركاؤهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة او نهائيا.

وفى جميع الأحوال أجيز للمحكمة أن تقضى بمصادرة جميع الأدوات والفسخ المقلدة، كما يجوز لها أن تآمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

تبادل حماية المؤلفات في المجال الدولى:-

و قد عنى المشرع بالنص على مبدأ التبادل فيما يتعلق بحماية المؤلفات فهو يقضى في المادة (٤٩) بأن الحماية تشمل المصنفات التى تنشر لأول مرة في مصر سواء أكان مؤلفوها مصريين أم أجانب. وكذا مصنفات المصريين التي تنشر لأول مرة في الخارج.

أما مصنفات المؤلفين الأجانب التى تنشر لأول مرة في بلد أجنبى فلا يحميها المشرع الا اذا كانت محمية في البلد ،ويشرط ان يشمل هذا البلد الرعايا المصريين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو ألممثلة آو المعروضة لأول مرة في مصر،وأن تمد هذه الحماية الى البلاد التابعة لهذا البلد الأجنبى ، وذلك لأن المصنف العربى قد لا يكون معروفا في دولة أجنبية الا آنه معروفة في البلاد التابعة لها فرؤى اشتراط ان يكون المؤلفون المصريون محميين أيضا في تلك البلاد التابعة للدولة الأجنبية والتى تخضع لهذا السبب لتشريع هذه الدولة .

سريان قانون حماية حق المؤلف في الزمان:-

اما من حيث سريان القانون الجديد الخاص بحماية حق المؤلف في الزمان .فان المادة (٥٠) منه قد قضت بسريان احكامة في كل المصنفات الموجودة وقت العمل به.على انة بالنسبة لحساب مدة حماية المصنفات الموجودة يدخل في حساب هذه المدة الفترة التي انقضت من تاريخ الحادث المحدد لبدء سريان المدة الى تاريخ العمل بهذا القانون، فمثلا إذا كان المؤلف قد توفي قبل صدور القانون بعشر سنوات استمرت حماية حق الورثة لمدة أربعين سنة فقط.

كما أن أحكام هذا القانون تسري على كل الحوادث والاتفاقات التالية لوقت العمل به، ولو كانت متعلقة بمصنفات نشرت أو عرضت أو مثلت لأول مرة قبل ذلك. أما الاتفاقات التى تمت قبل العمل بهذ القانون فلا تسري عليها أحكامه بل تظل خاضعة للأحكام القانونية التى كانت سارية وقت تمامها.

- **(الباحث) :- صدر القانون رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية والغى كل من القوانين الاتية :-**

أ - القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية.

ب -القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية، عدا احكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيميائية المتعلقة بالاغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلية فتلغى اعتبارا من أول يناير سنة ٢٠٠٥.

ت -القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حق المؤلف

(الباب الخامس)

(حماية الملكية)

الوسائل المقررة لحماية الملكية :-

ان القانون قد كفل حماية حق الملكية بوسائل متعددة، وجعل لكل وسيلة غرضا خاصا تهدف اليه وأساسا معينا تقوم عليه.

فهناك دعاوى الحيازة ، و هى دعاوى يستطيع أن يستعملها المالك بصفته حائزا ، وذلك بقصد أسترداد حيازته المفقودة ، أو منع تعرض الغير له في حيازته ، أو وقف أعمال جديدة تهدد الحيازة ، وقد نصت المجموعة المدنية المصرية على أحكام دعاوى الحيازة الثلاث في المواد (من ٨ ٥٩ الى ٩٦٧)

ثم أن المالك يستطيع من ناحية أخرى أن يرفع دعوى بتعويض الضرر الذي يصيبه بسبب الاعتداء على ملكيته تطبيقا لأحكام المسئولية التقصيرية

وللمالك دعوى عينية هى المقررة لحماية الملكية ، وهى دعوى الاسترداد أوالاستحقاق ، ويقصد بها أسترداد المالك الشيء من يد حائزه مستندا الى حقه في ملكية هذا الشئ .

كما أن للمالك أخيرا دعوى عينية آخرى يدافع بها عن ملكه وهى دعوى الانكار وهى دعوى يرفعها المالك ضد من يدعى أن له على الشيء حقا عينيا كحق أنتفاع أو ارتفاق ، ويقصد فى هذا الحق الذى يدعيه الغير على الشيء

وسوف لا تعرض هنا الا لأحكام دعوى الاسترداد (الاستحقاق)

(دعوى الاستحقاق)

(هى دعوى يرفعها شخص مطالبا الحائز لشيء برده مستندا الى أن هذا الشيء مملوك له)

ويتضح من هذا التعريف آن دعوى الاسترداد هى الدعوى التى يرفعها المالك مستندا الى حقه فى ملكية الشيء آى مستندا الى حقه العينى ، وأن القصد منها هو رد الشيء الذى خرج عن حيازة صاحبه بغير رضائه ، أو بعبارة أخرى يقصد بها احترام حق الملكية الذى وقع الاعتداء عليه .

ولذلك يجب تمييز دعوى الاسترداد آو الاستحقاق العينية عن سواها من الدعاوى الأخرى التى تقوم على حق شخصى أو التزام التزم بمقتضاه الحائز للشيء بأن يرده الى الطرف الآخر ، فهى اذن دعاوى رد شخصية ومثالها دعاوى المودع او المؤجر او المعير برد الشئ المودع او المؤجر او المعار ، وهى تقوم على أساس التزام المودع لديه والمستأجر والمستعير برد الشيء ، وهذا الالتزام ناشئ من العقد

وللتمييز بين دعوى الاسترداد العينية وهذه الدعاوى الشخصية أهمية كبيرة تبدو في مسائل متعددة:-

١ ـ فدعوي الاسترداد العينية يمكن رفعها ضد كل حائز للشيء اما دعوى الرد الشخصية فلا يمكن ان توجه الا للمدين شخصيا وعند استحالة تنفيذ المدين التزامه يتحول الالتزام الى تعويض عن التنفيذ

٢ـ ثم ان دعوى الاسترداد تفترض اثبات الملكية من جانب المدعى، في حين آن دعوى الرد الشخصية ـ وفى تقوم على التزام ناشى ء بين المدعى والمدعى عليه ـ لايكلف المدعى فيها الا اثبات رابطه الالتزام وهو امر أيسر بكثير من اثبات حق الملكية ، أذ أنه لا يستلزم سوى اثبات السند المنشى ء للالتزام بالرد

٣ــ وأخيرا قان دعوى الاستحقاق لا يكون محلها الا شيئا ماديا متميزا بذاته، في حين أن دعوى الرد الشخصية يصح أن يكون محلها شيئا من الأشياء المعينة بالنوع فقط، كما هو الحال في عارية الاستهلاك

ثم انه يجب عدم الخلط آيضا بين دعوى الاستحقاق و دعوى البطلان أو الفسخ، فلكل من هذه الدعاوى طبيعتها الخاصة ، حتى في تلك الحالات التى يطلب فيها الاسترداد نتيجة لدعوى البطلان أوالفسخ .

فمثلا اذا رفعت دعوى ببطلان بيع ، واثبت المدعى سبب البطلان وقضت به المحكمة ،كان من شأن القضاء ببطلان أعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل البيع ٠ وليس على المدعى لينجح فى دعوى البطلان أن يثبت ملكيته ، ولكن يكفيه أن يثبت بطلان السند الذى نقل ملكية الشيء حتى يصبح المكتسب (المدعى عليه) حائزا للشئ بدون و جه حق ، وحنى يلتزم برد الشئ الى المدعى

استرداد العقار والمنقول :-

وترفع دعوى الاستحقاق لاسترداد العقار والمنقول على السواء. ولما كانت هذه الدعوى تحمى حق الملكية ، ولما كان حق الملكية كما رأينا حقا دائما ، فان دعوى الاستحقاق لا يمكن أن تسقط بعدم الاستعمال وأنما يصح أن يخيب أثرها اذا توصل الحائز الى اكتساب الشيء بالتقادم ، أو اذا استطاع حائز المنقول أن يتمسك بقاعدة (الحيازة فى المنقول سند الملكية) وفقا لحكم المادة (٩٧٦) من المجموعة المدنية. أما اذا لم يكسب الحائز الملكية بالتقادم ، أو لم يستطع حائز المنقول التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، فانه يلزم يرد الشيء الى مالكه ، مهما مضت من مدة على خروج الشيء من حيازة المدعى المالك

<u>فدعوى الاسترداد لا تسقط أذن بالتقادم في العقار أو المنقول وذلك على خلاف ما هو مقرر فى فرنسا من سقوط دعوى الاسترداد فى المنقول بالتقادم المسقط</u>

ولا نجد في القانون المصرى نصا يتضمن سقوط دعوى الأسترداد بمضى المدة الا نص المادة (٩٧٧) الذى يجيز لمالك المنقول اذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . فمدة الثلاث السنوات المشترط رفع الدعوى خلالها يترتب على فواتها سقوط الحق ق رفع دعوى الاسترداد. ولذلك فان هذه المدة لا تحتسب من وقت حيازة المدعى عليه – اذ لسنا بصدد تقادم مكسب – وانما من وقت خروج الشيء من حيازة المالك بالسرقة أو الضياع.

وسنعرض بالتفصيل فى القسم الثالث من هذا البحث لأحكام استرداد المنقولات ، تلك الأحكام الناشئة من تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. وفيما عدا هذه الأحكام يخضع استرداد المنقول للقواعد التى تحكم استرداد العقار

الخصوم فى دعوى الاستحقاق :-

أن دعوى الاسترداد ترفع من مدعى الملكية على حائز الشيء ، ومن الطبيعى آن يستوثق الدعى قبل رفع الدعوى من آن الدعى عليه حائز بالفعل للشيء الذى يريد استرداده، فالمفروض آن دعوى الاسترداد ترفع من مالك على حائز رفض التخلى عن الشيء لمالكه، الأمر الذي ألجأ هذا المالك الى رفع الدعوى.

وغالبا ما يرفض المدعى عليه (وهو الحائز) رد الشيء لانه يدعى أن الشيء مملوك له، فالغالب أن يكون المدعى عليه حائزا بقصد التملك، اى حائزا للشئ ويستعمل عليه حق ملكية لحسابه الخاص

ولكن ليس معنى هذا آنه يشترط آن ترفع دعوى الاستحقاق على واضع يد أى حائز بقصد التملك ، بل أن الدعوى تكون مقبولة حتى لو وجهت الى حائز مجرد أى حائز عرضى يحوز لحساب الغير . وهذا أمر طبيعي ، لأن رافع الدعوى لا يستطيع أن يتحقق في أول الأمر من صفة الحائز الشيء . ولكن العادة في مثل هذه الحالة أن يدل الحائز المجرد على الحائز القانونى الذى يحوز لحسابه ، وأن يختصمه فى الدعوى و يطلب اخراجه منها [٢٨٢]

ويلاحظ في النهاية أن المدعى عليه. اذا تخلص من الحيازة بنقلها الى الغير ، فان الاسترداد لن يفلح في مواجهته ، وكل ما للمالك هو أن يرجع عليه بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية اذا نزل عن الحيازة للغير غشا منه وأضرارا بالمالك المسترد ، متى أصاب المسترد ضرر من ذلك كان امتنع عليه استرداد الثمار من الحائز الجديد لحسن نيته مثلا .

اثار دعوى الاستحقاق :-

إذا أفلح المسترد في اثبات ملكيته، التزم المدعى عليه برد المال وتوابعه إذا كان الشيء موجودا وكذلك توابعه

اما إذا هلك الشيء آو توابعه فان المدعى عليه يلتزم بالتعويض عنها جميعا

وأخيرا فان من المحتمل ان يكون المدعى عليه قد أنفق مصروفات لحفظ الشئ او تحسينه، فتثور مسالة من يجب عليه تحمل هذه المصروفات

فهذه المسائل جميعا تثيرها دعوى الاستحقاق.

---

(٢٨٢) (راجع مثلا المادة ٥٧٢بالنسبة للمستأجر، والجزء الأخير من المادة ٩٩١ بالنسبة لصاحب حق الانتفاع)٠

على أن مسألة رد الشيء بذاته إذا كان باقيا لا تثير أى صعوبة. ولهذا بقي علينا دراسة مسألتين: مسئولية المدعى عليه عن الهلاك. واسترداد المدعى عليه الصروفات ، اما فيما يتعلق برد ملحقات الشئ ، أى ثمراته ، وفيما يتعلق بالبناء أو الغراس الذى قد يقيمه الحائز في العين فنحن نحيل الى ما سبق ذكره في هذا الموضوع.

مسئولية المدعى عليه حسن النية عن الهلاك :-

فرق القانون في تحديد مسئولية الحائز قبل المالك بين الحائز حسن النية والحائز سيىء النية

ففيما يتعلق بالحائز حسن النية نصت المادة (٩٨٣) على ما يأتى (١- إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء اليه عن آى تعويض بسبب هذا الانتفاع. ٢- ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشئ من هلاك او تلف الا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلال أو التلف).

ويخلص من هذا النص آن الحائز حسن النية لا يسأل عن مقابل انتفاعه بالشيء وذلك قياسا على عدم إلزامه برد الثمار ، وهو لا يسأل أيضا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف حتى ولو كان ذلك بتقصير منه. ذلك أن من يحوز الشيء وهو يعتقد أنه مملوك له لا يكون مطالبا بالمحافظة عليه. فاذا هلك الشيء بتقصير منه أو بغير تقصير فلا يكون ملزما قبل المالك بشيء، وهو لا يرد الى المالك الا ما عاد عليه من فائدة بسبب هذا الهلاك أو التلف ، كالتعويض الذى تقاضاه من المسئول عن التلف مثلا . والتزامه هذا أساسه دعوى الاثراء

على انه يلاحظ ان الحائز حسن النية ينقلب حتما الى حائز سيئ النية متى رفعت عليه دعوى الاسترداد ، وذلك تطبيقا لنص المادة (٢/٩٦٦) وهى تقضى بأن حسن النية يزول من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفة الدعوى .

مسئولية المدعى عليه سيىء النية عن الهلاك :-

أما اذا كان الحائز سيىء النية فانه يكون مسئولا طبقا لنص المادة (٩٨٤) عن هلاك الشئ او تلفه ،ولو كان ناشئا عن حادث مفاجىء ،الا اذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان في يد من يستحقه .

- فالحائز سيىء النية يتحمل تبعة الهلالك ، وهو يتحملها بدون حاجة الى اعذار على انه يستطيع ان يتخلص متن تلك التبعة اذا اثبت ان الشيء كان لا محالة هالكا لو أنه كان في يد صاحبه ، كأن هلك العقار بسبب غرق عام أو زلزال مثلا . وهو يلتزم بالتعويض عن قيمة الشيء وقت هلاكه

ويلاحظ آن الحائز اذا كان قد سرق الشيء فانه يكون مسئولا عن هلاكه حتى اذا تبين أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد المالك ، وذلك تطبيقا لنص المادة (٣/٢٠٧) التى تقرر : (على أن الشيء المسروق إذا هلك او باية صورة كانت فان تبعة الهلاك تقع على السارق)

أسترداد المصروفات :-

فرق المشرع من حيث حق الحائز في استرداد المصروفات بين أنواع المصروفات المختلفة. وهذه قد تكون ضرورية وهى المصروفات اللازمة لحفظ وصيانة الشيء، والتى كان المالك مضطرا الى أنفاقها لو أن الشيء كان باقيا في يده . وقد تكون المصروفات نافعة، وهى التى يترتب عليها زيادة منفعة الشيء دون أن تكون ضرورية ، كالتحسينات التى يدخلها الحائز على الشيء . وقد تكون المصروقات أخيرا كمالية، وهى، مصاريف المزخرف والزينة .

فاذا كانت المصروفات ضرورية كان للحائز الحق في استردادها، سواء أكان حسن النية ام سيئها (١/٩٨٠). ذلك أن هذه المصروفات هى كما آسلفنا لازمة لحفظ الشيء وبقائه، ولو كان الشيء فى يد مالكه لأنفقها.

أما إذا كانت المصروفات نافعة فيجب التمييز بين الحائز حسن النية والحائز سيىء النية على النحو الذي تقدم في المنشآت التى يقيمها البانى فى ارض غيره، آى آنه يطبق بشأنها آحكام المادتين: ٩٢٤و٩٢٥ (المادة ٢/٩٨٠)

فاذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز ان يطالب بشئ منها. ومع ذلك يجوز له ان ينزع ما استحدثته من منشأت على ان يعيد الشئ الى حالته الأولى ،الا اذا اختار المالك ان يابقيها مع دفع قيمتها مستحقة الازالة(مادة ٣/٩٨٠).

هذا كله لو كان المالك يسترد الشيء من الحائز الذي أنفق هذه المصروفات. أما اذا كان يستردها من خلف هذا الحائز، وكان الخلف قد أدى لسلفه ما أنفق من المصروفات ، فان للخلف أن يطالب المالك المسترد مما أداه (المادة ٩٨١) . وان لم يكن له بالطبع مطالبة المسترد بالثمن الذى دفعه [٢٨٣].

وتيسيرا على المالك في الوفاء بما يجب عليه رده للحائز ، أجيز له أن يطلب من القاضى أن يقرر ما يراه مناسبا للوفاء ، كان ينظره الى أجل أو يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية اذا قدم المالك الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام أذا هو عجل مبلغا يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوما منها فوائدها بالسعر القانوني لغاية مواعيد أستحقاقها (م ٩٨٢).

---

(٢٨٣)(ما لم يكن الحائز حائزا لمنقول مسروق أو ضائع وكان قد اشتراه حسن نية في سوق عام أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا المنقول أن يعجل له الثمن الذى دفعة ـ مادة ٩٧٧).

(القسم الثالث)

(الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية)

المسلم فى الفقه القانونى على اتساعه أن الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية ، أو هى طريق من طرق كسبها يقع ضمن عدة طرق فى هذا الشأن ، وقد عبرنا عنها بالسبب او هى مصدر من مصادر الحق العينى كما هى ايضا دليلاً وقرينة على هذا الحق العينى ، ويهمنا فى بحث الحيازة كسبب لكسب الملكية ان نوضح حقيقة هامة الا وهى (أن الحيازة الحقيقية أو القانونية انما تكون كذلك فى حالات محددة وليست على اطلاقها وتقوم كسبب لكسب الملكية على الوجه المتقدم طبقا لما يلى :-

أولاً :- اذا كان الحق موضوع الحيازة يرد على منقول ، فيلزم لذلك ان يكون حائز هذا الشئ – والفرض انه مملوك للغير وهذا غاية فى الاهمية – مالكا له ، فالقاعدة ان الحيازة فى المنقول سند التملك ، ويلزم الانتباه الى ما أوردنا للتو من جملة اعتراضية على مضمون نبهنا الى أهميته ، لذلك فهو يستحق وقفة ، فلو لم يكن المنقول مملوكاً للغير فذلك يعنى انه لا مالك له ، وهذا من شأنه أن يبتعد بنا عن بحث الحيازة كسبب لكسب الملكية ، ونذهب الى بحث الاستيلاء كسبب لكسب الملكية ، وهذا الامر خارج عن نطاق موضوع بحثنا ، لان بحثنا عن الحيازة وليس الاستيلاء

ثانياً :- الشئ محل الحق موضوع الحيازة متمثل فى ثمار صار تملكها بأسباب لا يمكن انكار ان تكون الحيازة من بينها ، ولا أجاوز الحقيقة بكثير لو قلت بل هى أهمها وتأتى فى مقدمتها .

ولعل ما تقدم وما سوف يندرج فيما بعد ، وما قد يقع محسوبا ضمن اثار الحيازة ، ويظل غير كاف لارتواء ظمأ الى كل آثار الحيازة ، ويكفى وصولا الى ذلك - ودون الدخول فى غمار التفاصيل - ان نشير الى اثار اخرى يأتى فى مقدمتها وتتبوأ من الأهمية قدرها الأكبر وغايتها القصوى أثر هام جدا ، الا وهو إن الحيازة القانونية قرينة على ان الحائز هو صاحب الحق ، وغير خاف انها قرينة تكفى الحائز وتغنيه – من حيث أهميتها – عن اقامة الدليل على ثبوت حقه ، إذ يكفى أن يقيم الدليل ابتداء على الحيازة المادية ، مما يفترض معه ثبوت القصد او العنصر المعنوى ، وقد عرضنا لذلك فيما سبق ، وكما سيأتى ان شاء الله سوف نرى المدى الذى تقوم معه الحيازة دليلا على الحق العينى .

ويضاف الى ذلك ومن ضمن اثار الحيازة هو امر حمايتها ، والحماية تكون للحيازة ذاتها ، وعلى ما سبق ان قدمنا بالدعاوى الثلاث المشهورة وهى (دعوى الاسترداد ، ودعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الاعمال الجديدة) ، وغنى عن البيان ان أمر بحثنا فيهم بالاضافة الى انه يتجاوز ما نحن بصدد البحث عن الحيازة والملكية ، الا ان مجال بحث تلك الدعاوى الثلاث هو قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى ، فهذا مجال بحثهم الطبيعى ، وفقا لما ذهب اليه الغالبية الساحقة من الفقه القانونى ، ولذلك وجب ان نعرض فى مجال بحثنا الى بحث

قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، وكذلك بحث تملك الثمار عن طريق الحيازة ، وذلك فى بابين متعاقبين على النحو الاتى :-

(الباب الأول)

(قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك)

ونحن فى مجال البحث عن الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية ، فإننا نركز فى بحثنا هنا على كسب ملكية المنقول عن طريق هذه الحيازة ، وموضوع بحثنا على ما ذكرنا هو قاعدة (الحيازة فى المنقول سند التملك) ، فما المقصود بهذه القاعدة ؟ وما حكمتها ؟ وكيف تنطبق ؟ وما هى الشروط التى يتم التطبيق فى اطارها ؟ ويثور التساؤل ايضا ليشمل نطاق هذه القاعدة خاصة من حيث الاموال التى ترد عليها ، ومن حيث الوقوف على ما يترتب من آثار تكون قد تولدت طبيعيا من قاعدة الحيازة تلك فى تطبيقها ، وعلى هدى ما تقدم وفى ضوئه نقسم بحثنا فى هذا الباب إلى عدة فصول هى :-

الفصل الاول :- فى ماهية قاعدة الحيازة فى المنقول .

الفصل الثانى :- شروط تطبيق القاعدة .

الفصل الثالث :- عن آثار قاعدة الحيازة فى المنقول .

(الفصل الأول)

(ماهية قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك)

فى بيان ماهية قاعدة الحيازة فى المنقول نرى لزاما علينا ان نتناول مقصودها بالتعريف باستظهار أفضل صياغة ثم نعرض لبيان نطاقها .

تعريف القاعدة والصياغة المفضلة :- [1]

من كان حائزاً لمنقول مملوك للغير وظل حائزاً وكان حسن النية فى حيازته صار مالكا له ، ونعتقد أن هذه الصياغة وقد جاءت أكثر دقة للإعراب فى صدق ماهية ومضمون قاعدة (الحيازة فى المنقول سند التملك) ، ولاستجلاء المدى الذى تقوم معه الحيازة وعنده كسبب من أسباب كسب الملكية فانه فى هذا الشأن يكون مستقلا عن غيره من الاسباب مهما كانت طبيعتها

والخلاف بشأن صياغة تلك القاعدة مثار فى الفقه ، لاسيما فيما يخص ما قد يستخدم من ألفاظ تشكل هذه الصياغة ، فهناك من قال (ان الحيازة فى المنقول سند الحائز أو هى سند المالك او هى سند التملك او الملكية) ، ولعل أقرب الصياغات الى الدقة بخصوص محل هذا الخلاف فى الصياغة ، هو ما يلى كلمة (سند) تلك التى توصل او تعبر بصورة مباشرة عن المرجو وهو (التملك او كسب الملكية عن طريق الحيازة).

---

(١)(د/ حسن كيرة -الحقوق العينية الاصلية - رقم ٢٦٧ وما بعدها)

فالحيازة سند التملك او الملكية او المالك ، او ان تكون الصياغة قولا بأن (حيازة المنقول سند الحائز)[٢] يظل معها التساؤل قائماً سنده فى ماذا ؟

صحيح أن القصد الى التملك غير خاف لكنه غير واضح وبصورة مباشرة كما تنبئ الصياغة السابقة ، وعلى كل حال فالعبرة بالمعنى لا باللفظ والمبنى .

نطاق القاعدة :-

يتحدد نطاق القاعدة وأى قاعدة وقوفاً على حالات تطبيقها ، والمجال الذى يمكن فيه إعمال أثرها ، بظهوره والتعويل عليه من خلالها ، واستناداً اليها ، والمألوف ان يجرى تحديد نطاق أى قاعدة فى تطبيقها تأسيساً على النظر الى امر هذا التطبيق من عدة زوايا ، وفيما يخص قاعدتنا هنا فالنظر ينحصر بل ويقتصر على الاموال التى يصح تطبيق القاعدة بشأنها ، ومن ثم يكون جائزاً كسب ملكيتها او أى حق عينى اخر عليها ، هذا مع ملاحظة اننا ابتداء وبحسب الاصل فى مجال الحيازة القانونية الكاملة – والمفترض انها متوافرة عند تحديد النطاق - وانطلاقا من ذلك ، وبالنظر من خلال تلك الزاوية ، فالقاعدة لا تنطبق بما تؤدى اليه من كسب للملكية عن طريق الحيازة التى تعد سبباً مستقلا فى هذا السبيل الا على المنقولات وحدها دون غيرها

والقاعدة اذا يتحدد تطبيقها فى نطاق ما هو منقول من الاموال ، كما إنها تقتصر فى اطار المنقولات على ما هو مادى ، اذ يخضع للقاعدة تطبيقا المنقولات المادية وحدها دون غيرها ، وعلية فمن المنطق اذن القول بامتناع تطبيق القاعدة بالنسبة للعقارات ، وايضا يمتنع تطبيقها حتى بالنسبة للمنقولات ما دامت معنوية ، وننبه هنا دفعا لأي التباس ان تطبيق القاعدة بالنسبة للسندات لحاملها كما ورد فى المادة (١/٩٧٦) من القانون المدنى المصرى ، لا يعد من قبيل الاستثناء على نطاقها - كما سبق تحديده - بحيث يقال ان القاعدة تطبق على منقولات معنوية تتمثل فيما تتضمنه تلك السندات من حقوق دائنيه (وهى امر معنوى) ولكن يجرى تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للسندات المشار اليها باعتبار اندماج ما تتضمنه من حقوق محل هذا الصك كمنقولاً ماديا وليس معنويا

استثناءات على النطاق :-

وقد صار تحديد نطاق قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك بالتعويل على النظر من خلال زاوية معينة ووحيدة تخص طبيعة ما يخضع لها من أموال ، وقد انتهينا الى ان المنقولات المادية تصلح وحدها مجالا لتطبيق تلك القاعدة - ولكن استثناء على ذلك - لا تنطبق تلك القاعدة على بعض المنقولات على الرغم من انها منقولات مادية وهى على النحو التالى :-

---

(٢)(د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية - رقم ٢٦٨ - ص ٤٧٤ - ويرى ان هذه الصياغة هى تعبير – على شمولها – عن امكان كسب اى حق اخر على المنقول غير الملكية ، وذلك عن طريق الحيازة مثل الانتفاع ، اما اى صياغة اخرى فتكون قاصرة على الاحاطة ، وتلك الصياغة ولئن كانت تعتبر شامل لغير الملكية الا انه يتعين النظر ان افترض الشمول هو لامر كسب الملكية على المنقول بالحيازة وذلك واضح بصورة مباشرة ، ولا تعنى الصياغة التى استخدمت مصدر لهذا الا انها مجرد وجهة نظر ليس الا ، وصياغة (سند التملك) وان كانت تفيد كسب الملكية مباشرة ، الا انها تفيد ايضا امكان كسب اى حق عينى اخر من باب اولى ، والحق العينى الأصلي وهو المعنى بأمكان كسبه)

١ -المنقولات التى تعد ملكية عامة :-

المنقولات المملوكة ملكية عامة ، يمتنع حسبما تقضى المادة (١/٨٧) من القانون المدنى المصرى تملكها بالتقادم طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، والقصد من ذلك يتأتى من ان هذه الاموال مخصصة للأغراض والمنفعة العامة ، ومن هنا كان الحكم – وهذا بدهى – بإمتناع حيازتها ، وانطلاقا من ذلك يسهل علينا تبرير عدم خضوع المنقولات المملوكة ملكية عامة لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك مثل الاثار .

٢ -الطائرة والسفينة :-

والسفينة والطائرة من المنقولات المادية ، الا ان الرأى يتجه الى الحكم بعدم اخضاعها استثناء لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك بآثارها المترتبة ، اذ لا تتوافر بشأنها الحكمة من تقرير قاعدة الحيازة سند التملك ، وتتمثل فى حماية اراد المشرع شمول الحائز بها ، وهى امر لا مجال له بالنسبة للسفينة ، وكذا الطائرة ، حيث يسهل الوقوف على أى سند يخص التعامل فيهما ، او يتعلق بما يمكن ان يرد عليهما من حقوق عينية ، وذلك بالرجوع الى سجل السفن والطائرات ، وبصفة عامة يمكننا القول بانه يفلت من تطبيق هذه القاعدة استثناء تلك المنقولات التى نظم المشرع وسيلة لشهر ما يرد عليها من تصرفات

(الفصل الثانى)

(شروط تطبيق القاعدة)

ترتيب على تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك عدة اثار سوف تكون محلاً لبحثنا بعد ، الا ان تحقق هذه الاثار مرهون بتوافر عدة شروط هى مناط تلك القاعدة فى تطبيقها وصولا الى اثارها المرجوة ، وهذه الشروط هى :-

الشرط الأول : توافر الحيازة القانونية لحائز المنقول :-

يجب أن يكون للحائزعلى منقول وفقا للنطاق المحدد حيازة حقيقية ، وهي تكون كذلك بتوافر الركن المادى والركن المعنوي ، فلو تخلف أحدهما لم تعد قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك تصلح كسبب لكسب الملكية ، وتطبيقا لذلك - يمتنع على الحائز العرضي أن يتحصن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز - كما الحال بالنسبة للمرتهن حيازيا على سبيل المثال .

والأصل أن تكون هذه الحيازة الحقيقية خالية من كل عيب . ومن ثم يمتنع على الحائز وحيازته مشوبة بعيب يشوبها أن يتحصن بتلك القاعدة ، اذ لن تنتج اثرها تجاه من قام العيب فى مواجهته نظرا لنسبية عيوب الحيازة بناء على ما سبق ان ذكرنا ، ومهما يكن من امر يترتب على تلك القاعدة أن اثر التمسك بها عند تطبيقها لا يكون الا من تاريخ التحول او التغير بالنسبة للحيازة العرضية ، ومن تاريخ زوال العيب فيما يخص الحيازة المعيبة .

والسؤال هو (ما حكم الحيازة الحكمية والرمزية فيما يخص تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ؟) لا ينازع احد حول عدم كفاية الحيازة الحكمية للتمسك

بقاعدة الحيازة في المنقول سند للتملك [٣] على فرض توافر الشروط الاخرى لتلك القاعدة ، فلو ترك المشترى المبيع - والفرض انه من المنقولات المادية - في يد البائع ايا كان السند على سبيل الايجار او غيره ، يمتنع على الحائز (البائع) التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند التملك ، لان حيازته فوق انها ليست حقيقية هى حكمية تبتعد عن الفعلية .

أما الحيازة الرمزية فالخلاف بشأنها قائم بين الفقهاء ، فيرى جانب يمثل غالبية الفقه أن مثل هذه الحيازة لا تكفي في تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند التملك ، لان التمسك بها وصولا الى اثارها خاصة الاثر المكسب غير كافى لانها حيازة غير واضحة ، ويتعذر ان تكون طريقا لكسب الملكية ، ويأتى ذلك من عدم وضوح مظاهرها ، وعلى حد تعبير البعض [٤] انها لا توفر العلم الكافى للغير ممن يتملك المنقول .

ويرى جانب اخر من الفقه [٥] امكان كفاية الحيازة الرمزية متى كان من شأنها تمكين صاحبها الحائز من السيطرة المادية على المنقول ، مما يفترض معه انه ليس لشخص اخر حيازة فعلية على ذات المنقول يمكن ان تتعارض مع الرمزية ، ومن ثم يكفى توافر شرط الحيازة الرمزية الى جانب مشترى البضاعة المشحونة او المودعة في المخزن ما دام بيد الحائز سند الشحن او الايداع وليس لأحد سيطرة فعلية ولم يتسلم البضاعة أحد .

- ويؤيد هذا الجانب من الفقه استاذنا الدكتور/ طلبه خطاب في مؤلفة (الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية - في القانون المدنى المصرى – طبعة سنة ٢٠٠٢/٢٠٠٣)

- (الباحث) :- ونذهب ايضا مع هذا الجانب من الفقه ، لان الحائز رمزيا لايوجد ما يمنعه من السيطرة المادية على المنقول ، ولان الحائز رمزيا غالبا ما يكون بيده سند حيازته – سند الشحن او الايداع – كما جاء فى المثال السابق ذكره

الشرط الثانى : توافر السبب الصحيح :-

خالف المشرع المصرى نهج المشرع الفرنسى فعمد الى اشتراط شرط السبب الصحيح لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، كشرط مستقل عن شرط حسن النية، والقصد الى السبب الصحيح بشأن تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند التملك هو التصرف القانونى الصادر من غير المالك او من غير صاحب الحق المراد

---

(٣)(د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩)

(٤)(د/ حسام الاهوانى – اسباب كسب الملكية فى القانون المدنى الكويتى – طبعة ١٩٨٧- رقم ٣٧٥ - ص ٤٦٠)

(٥)(د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية -٢٦٩ ص ٤٧٨ – ٤٧٩)

كسبه ، بحيث يكون من شأن التصرف نقل الملكية او الحق كما لو كان قد صدر من المالك او الصاحب الحقيقى لذلك الحق [٦].

مثال ذلك (عقد بيع منقول) فهو يعد سببا صحيحا ، حتى ولو كان البائع غير مالك ، لأنه تصرف قانونى من شأنه ان ينقل الملكية كما لو كان قد صدر من المالك أصلا ، لذا فلابد ان يوجد تصرف قانونى من شأنه نقل الملكية ، اما الواقعة المادية لا تصلح سببا صحيحا فهى ليست تصرفا قانونيا ، فالقسمة بين الشركاء المشتاعين لا تصلح ايضا كسبب صحيح لأنها ليست ناقلة للحق وانما كاشفة له ، وكذلك الاحكام القضائية لا تصلح سببا صحيحا

الشرط الثالث : توافر حسن النية :-

يلزم فوق الحيازة والسبب الصحيح ان يكون الحائز حسن النية حتى يتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، والقصد الى حسن النية ان الحائز على اعتقاد راسخ بانه يتلقى الحق ممن يملك التصرف وهو صاحبه ، والعبرة فى توافر حسن النية على هذا المعنى وهى بوقت بدء الحيازة .

وعن اثبات حسن النية فيفترض وجوده حسبما تقضى نصوص القانون المدنى المصرى فى هذا الشأن الى ان يثبت العكس ، ويقع عبء اثباته على المدعى - وعلى الرغم من ذلك فيما يخص اثبات حسن النية - فان الحائز يكون سئ النية بالرغم من انه لا يعلم بان المتصرف له ليس مالكاً اذا كان عدم علمه اواعتقاده بانه عند تلقى الحق من صاحبه قد نشأ عن خطأ جسيم ينتسب اليه ، وكذلك الامر لو ان الحائز قد تمكن من حيازته بالإكراه

- (الباحث) :- نرى ان تحديد معيار الخطأ الجسيم المنسوب الى الحائز سيء النية يجب ان يحدد بمعيار موضوعى وليس بمعيار شخصى ، اى وفقا لعناية الشخص المعتاد الذى هو من أوسط الناس فلا هو متقد الذكاء خارق الهمة ولا هو بليد الذكاء فاتر الهمة ، او كان من المفترض حتما الا يقع فى مثل ذلك الخطأ الجسيم وفقا لعناية الشخص المعتاد ، طبقا لتعريف الخطأ فى الفقه المصرى وفقا للمعيار الموضوعى بأنه انحراف عن سلوك وعناية الشخص المعتاد

---

(٦)(د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية -رقم ٢٧٠ ص ٤٨٠ - ويتفق السبب الصحيح بشأن قاعدة الحيازة فى معناه فيما يتعلق بالتقادم القصير ، ويتلخص الاختلاف بينهما فيما يأتى :- أ) يشترط شهر السبب الصحيح لحيازة العقار بالنسبة للتقادم - ب) بالنسبة لتملك العقار بالتقادم القصير يجب اثبات السبب الصحيح - اما المنقول فى قاعدة الحيازة - فالحيازة دليل على السبب الصحيح الى ان يثبت العكس)

(الفصل الثالث)

(آثار قاعدة الحيازة فى المنقول)

الاثار على الاجمال :-

يترتب على تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك - والفرض توافر شروط هذا التطبيق - عدة اثار ، وتلك الاثار تتولد كافراز طبيعى من لزوم التطبيق بقوة القانون دونما ارتباط بأي امر اخر ، فلا حاجة لطلب يتقدم به الحائز ، ولا مبرر يعد واجبا وصولاً لتلك الأثار وتحققها .

وهذه الاثار يأتى فى مقدمتها مضمون او مغزى ما استهدف الحائز وابتغاه وهو بسبيل التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، وهذا المضمون لا يتجاوز كسب الملكية او كسب أى حق عينى اخر على المنقول الذى فى حيازة المستفيد من القاعدة وهو الحائز ، وضمن هذه الاثار ، الاثر الاول وهو تحرير المنقول مما يثقله ويرد عليه من اعباء وقيود ، لانه لو نالت تلك القيود والاعباء من هذا الاثر اضحى عديم الجدوى ، ومنطقيا يترتب الاثر الثانى وهو سقوط أى تكليف او قيد او عبء يقيد المالك فى سلطاته وينال منها بناء على الاثر الاول ، ونخصص لكل منهما مبحثا مستقلا ونضيف مبحثا ثالثا نعرض من خلاله حكم استثنائى يخص المنقول المسروق ، على النحو التالى :-

المبحث الاول :- قاعدة الحيازة بأثرها المكسب .

المبحث الثانى:- الاثر المسقط لقاعدة الحيازة .

المبحث الثالث:- حكم المنقولات المسروقة .

(المبحث الأول)

(قاعدة الحيازة بأثرها المكسب)

الحائز يكتسب الحق موضوع الحيازة على الفور :-

يتمثل جوهر الاثر المكسب لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك فى ان الحائز يكتسب فورا الحق الذى فى حيازته ، وحينما نقول انه يكتسب ذلك الحق فوراً ، فالقصد هنا اكتساب الحائز للحق دونما ارتباط بمضى مدة من الزمن على حيازته [٧]

والمرجع فى تبيان الحق الذى اكتسبه الحائز يتحدد بالسبب الصحيح اى بالتصرف القانونى الصادر من غير مالك ، وقد يتمثل موضوع التصرف فى نقل ملكية المنقول ، او فى تقرير انتفاع يرد عليه لحائزه ، وتطبيق القاعدة بتوافر شروطها يذهب بنا الى القول بان الحائز يكتسب بحيازته وعلى ما مثلنا الملكية او الانتفاع .

---

(٧)(د/ محمد لبيب شنب – موجز الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٣ - رقم ١٧٢ - ص ١٧٠)

ويلاحظ ان الاثر المكسب لا ينحصر فى الحقوق العينية الاصلية وما تفرع عنها ليقتصر عليها ، بل ينسحب ايضا ليشمل الحقوق العينية التبعية ، او بعبارة ادق ما يمكن ان يرد منها بحكم القانون على منقول ، والتطبيق النموذجى لما سبق هو الرهن الحيازى ، فالراهن حيازيا لمنقول – والفرض هنا ان الرهن صادر ممن لا يعد مالكا - انما يستطيع ان يكسب المرتهن حيازيا فقط – دون عقد الرهن – حق الرهن حيازيا على ذاك المنقول ، اذا كان المرتهن حيازيا حسن النية يجهل عدم ملكية الراهن للمرهون ، بان اعتقد المرتهن فى الراهن غير المالك انه مالك للمرهون ، ويكون هنا للمرتهن حيازيا ان يحتج بحقه فى مواجهة المالك الحقيقى ، وهذا الحكم بالاثر المكسب اشارت اليه المادة (١/٩٧٦) من القانون المدنى المصرى اذ نصت على (ومن حاز بسبب صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول او سندا لحامله ، فانه يصبح مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته)

ومن النص السابق يتبن لنا ان الأثر الجوهرى لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ماثل فى كسب الحق موضوع الحيازة لحائز الحق فورا ، وعلى من يدعى العكس ان يثبت تخلف شرط واحد من الشروط السابقة كالسبب الصحيح او حسن النية ، والا ظل هذا الحائز محتفظا بحقه وقد تحصن بقاعدة (الحيازة فى المنقول سند التملك)

ويتلاحظ لنا من بحث الأثر الاول (قاعدة الحيازة بأثرها المكسب) ان القاعدة محل البحث لا تنبئ على صياغتها – مهما كانت وتنوعت باختلاف اللفظ – الا بأثرها المكسب دون سواه ، ولا تتضمن ما يشير ولو من بعيد الى الاثر الثانى وهو (الاثر المسقط) ، ومع ذلك لم يغب عن بال المشرع ان ينظم حكم الاثر المسقط للحيازة على غرار المكسب منها خلافا لنهج الفقه وهو بسبيل صياغة القاعدة .

(المبحث الثانى)

(الاثر المسقط لقاعدة الحيازة)

سقوط التكاليف والقيود العينية :-

الاثر المسقط لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك انما يتلخص وبعبارة وجيزة فى تحرير المنقول مما يرد عليه من تكاليف او قيود عينية ليصبح خليا منها ، وعلى هذا الحكم جاءت عبارات المشرع صريحة فى المادة (٢/٩٧٦) من القانون المدنى المصرى والتى نصت على انه (فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز فى اعتباره الشئ خاليا من التكاليف والقيود العينية فانه يكسب الملكية خالصة منها)

ونجد ان المشرع كان واضحا فى النص السابق بحكم الاثر المسقط ، وما يستخلص من هذا النص ، ان ما به من اثر مسقط على المعنى المحدد ، انما يترتب على الحيازة وقرينها غالبا الاثر المكسب لها ، وبالرغم من ذلك ليس هناك ما يمنع من تحقق الاثر المسقط وحده .

فمقتضى الاثر المسقط لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، يذهب بنا الى القول بانتقال ملكية المنقول الى المشترى خاليا من الرهن ، فالاثر المسقط يحرير

المنقول من عبء الرهن ، وسقوطه انما جاء قرين اكتساب المشترى ملكية المنقول ، ليقال ان الملكية قد انتقلت اليه خالصة ، وما ذلك الا للأثر المسقط وتحققه قرين الاثرالمكسب للحيازة.

وهنا يوجد ملاحظة هامة ، اذ المشرع فى النص المشار اليه قد جعل الاثر المسقط مرهون فى تحققه بضرورة توافر السبب الصحيح الى جانب الحائز اضافة الى حسن نيته ، وحسن النية للحائز هنا بشأن الاثر المسقط له معنى مختلف وهو جهل الحائز بأن تكليفا او قيداً عينياً يثقل المنقول ، أى انه كان يعتقد بخلو المنقول منها [٨] وحسن النية للحائز على هذا المعنى السابق يختلف عن معنى النية باعتباره شرط لتطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول بصفة عامة ، ومؤداه ان الحائز كان يجهل عدم ملكية المتصرف للمنقول بان كان يعتقد انه مالكاً له.

أما أن يتحقق الاثر المسقط وحده وفقط ، فذلك يمكن تصوره ويحدث عندما يكتسب حائز المنقول ملكيته بمقتضى تصرف قانونى يصدر عن المالك الحقيقى ، وهنا يأتى دور الحيازة ويستفيد المالك من اسقاط اى تكليف او قيد عينى يثقل المنقول لم يكن الحائز على علم به ، كما لو ان بائع المنقول وهو مالكه الحقيقى قد سكت وأخفى ما يرد على هذا المنقول المبيع – وقد صار المشترى مالكاً إياه – من تكاليف وقيود عينية مثل الرهن ، فالملكية هنا عندما تنتقل الى المشترى تنتقل خالصة من هذا العبء أى الرهن نتيجة الاثر المسقط .

واذا كان تحرير المنقول مما ورد عليه قد جاء نتيجة الاثر المسقط ، فقد لزم التأكيد الى ان انتقال ملكية المنقول الى المشترى قد تتحقق بمقتضى عقد البيع ، وهو سبب صحيح ، ولا شأن لذلك بالاثر المكسب ، اذ لا مجال له هنا ، ونحن بصدد فرض يتحقق فيه الاثر المسقط وحده وفقط .

ويتلاحظ ايضا ان للسبب الصحيح فى هذا الفرض الذى نتناوله مفهوم ومعنى مختلف عما سبق ان عرضنا له ، فالسبب الصحيح هنا عبارة عن تصرف قانونى صدر من المالك كل ما هنالك انه اغفل ان يذكر فيه ما يرد على المنقول المبيع من تكاليف وقيود عينية [٩] وغير خاف ان السبب الصحيح بمفهومه ومعناه سواء باعتباره شرطا لتطبيق قاعدة الحيازة على وجه العموم او باعتباره شرطا لتحقق الاثر المكسب انما يختلف عما سبق لان مؤداه انه تصرف قانونى يصدر من غير مالك ومن شأنه نقل الحق كما لو كان قد صدر من المالك ، ومظهر الاختلاف بين المفهومين يتمثل فى المقام الاول انه تصرف يصدر من مالك فى نطاق الاثر المسقط ومن غير مالك فيما عداه ، وفى المقام الثانى نجد ثمة علاقة للسبب الصحيح بالتكاليف او القيود العينية بالنسبة للأثر المسقط بخلاف ما عداه ولا علاقة له بأى منها .

---

(٨)(فى هذا المعنى :- د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية - رقم٢٧٣ - ص ٤٨٤ ، د/ مصطفى الجمال – نظام الملكية - رقم ١٩٣ ، رقم ١٩٣ - ص ٢٩٧)

(٩)(د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية - رقم ٢٧٤- ص ٤٨٥، ٤٨٦ ، د/حسام الأهوانى – اسباب كسب الملكية فى القانون المدنى الكويتى – طبعة ١٩٨٧- رقم ٢٩٥ - ص ٤٨٣)

(المبحث الثالث)

(حكم المنقول المسروق)

حكم استثنائى على الأصل بالأثر المكسب :-

رأينا الأصل فى نطاق الاثر المكسب لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك انما يتلخص فى اكتساب الحائز للحق شريطة وجود السبب الصحيح وحسن النية علاوة على الحيازة القانونية بطبيعة الحال .

واذا الحائز وقد وضع يده على منقول صار فى حيازته اى تحت سيطرته الفعلية ، ومارس ما يشكل جوهر الحيازة من أعمال مادية بقصد التملك – والفرض هنا ان يكون ما سبق بإرادة المالك واختياره فلا سرقة ولا ضياع - فيصير الحائز مالكا بتطبيق القاعدة المذكورة وقد توافرت شروطها ، وهذا هو الاثر المكسب على ما سبق ان قدمنا ، ويترتب على ذلك بحكم المنطق اذن ان حيازة المنقول عن طريق السرقة او الضياع والفقد انما تأتى بحكم مختلف عن الحكم الاصل بادىء الذكر بشأن الاثر المكسب ، وقد ورد بالمادة (٩٧٧/ ١) من القانون المدنى المصرى بأنه (يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا فقده او سرق منه ان يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع او السرقة) ، والنص السابق يعرض لنا حكم حيازة المنقول المسروق او الضائع او المفقود ، ويظهر الاستثناء – ابتداء على الاقل – فى هذا الحكم ان المشرع منع ان يترتب الاثر المكسب لقاعدة الحيازة فورا بتوافر شروطها [١٠] خروجا على اصل يقضى بذلك ، طالما ان الحائز قد تمكن من حيازة المنقول بطريق السرقة او لأنه ضاع من مالكه الذى فقده .

كل ما هنالك ان المشرع يرشدنا من خلال النص السابق الى التفرقة بين فرضين بشأن تطبيق هذا الحكم الاستثنائى :-

الفرض الاول :- قد تناوله المشرع صراحة عند تصرف السارق فى المنقول الذى قام بسرقته او كان قد عثر عليه ، وكان المشترى المتصرف اليه حسن النية اى يعتقد بان البائع المتصرف هو المالك ، فان تطبيق حكم النص السابق يخول للمالك الحقيقى لهذا المنقول او شخص من سرق منه او فقده او ضاع منه ان يسترده بدعوى استحقاق يتعين ان يرفعها خلال ثلاث سنوات تبدأ فى السريان من تاريخ السرقة او الفقد او الضياع ، ويمكننا ان نتصور الاسترداد وقد تم الاتفاق الودى خلال تلك الفترة ودون لجوء للقضاء .

---

(١٠)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ - رقم ٤٥٣ - ص ١١٥٥ وما بعدها ، د/ عبد المنعم فرج الصده – حق الملكية - رقم ٣٩٤ - ص ٥٥٣ وما بعدها ، د/ حسن كيره – الحقوق العينية الاصلية - رقم ٢٧٥ - ص ٤٨٦ وما بعدها ، د/ مصطفى الجمال – نظام الملكية - رقم ١٩٢ - ص ٢٩٥ ، ٢٩٦)

الفـــرض الثـــانى :- **اذا انقضـــت المـــدة المنصـــوص عليهـــا فـــى المـــادة الســـابقة دون محاولة من صاحب الشأن للاسترداد فان الحائز يصبح مالكاً للمنقول .**

وواضـــح هنـــا ان المشـــرع قـــد عطـــل تحقـــق الاثـــر الفـــورى لقاعـــدة لحيـــازة فـــى المنقـــول ســـند التملـــك رغـــم تـــوافر شـــروطها نظـــرا لســـرقة المنقـــول او ضـــياعه ، ولعـــل الحكمـــة تتمثـــل فـــى ان المشـــرع كمـــا لـــو كـــان قـــد اراد حمايـــة مصـــلحة المالـــك برعايتـــه ، وخـــول لـــه مـــا يتوســـل بـــه الـــى اســـترداد مـــا ســـرق منـــه او مـــا ضـــاع فـــى اطـــار ضـــوابط محـــددة علـــى خـــلاف قاعـــدة الحيـــازة فـــى المنقـــول بأثرهـــا الفـــورى ، ومـــراد المشـــرع هنـــا ايضـــا حمايـــة الحائز دون المالك الذى تخلى بإرادته الحرة عن المنقول

ويلاحـــظ انـــه لـــو تـــم الاســـترداد فلـــيس للحـــائز مطالبـــة المالـــك او المســـترد بـــأى شـــئ ، ولـــيس مـــن ســـبيل امامـــه ســـوى الرجـــوع علـــى مـــن تلقـــى منـــه المنقـــول ، واســـتثناء علـــى ذلـــك اجـــاز المشـــرع للحـــائز مـــن خـــلال نـــص المـــادة (٣/٩٧٧) مـــن القـــانون المـــدنى المصـــرى ان يطالـــب المســـترد بتعجيـــل دفـــع الـــثمن ، واشـــترط الـــنص ان يكـــون هـــذا الحـــائز حســـن النيـــة وقـــام بشـــراء المنقـــول مـــن ســـوق او مـــزاد علنـــى او ممـــن يتجـــر فـــى مثل هذا المنقول .

وحســـبما تقضـــى القواعـــد العامـــة يســـتطيع الحـــائز ســـئ النيـــة كمـــا لـــو تصـــرف الســـارق او مـــن عثـــر علـــى المنقـــول الـــى شـــخص يعلـــم انـــه مســـروق او ضـــائع ومفقـــود مـــن صـــاحبه ، فانـــه يجـــوز للمالـــك ان يســـترد هـــذا المنقـــول مـــن يـــد الحـــائز ، ونظـــرا لســـوء النيـــة ، فالمالـــك يتحـــرر فـــى الاســـترداد مـــن القيـــد الزمنـــى والمتمثـــل فـــى ضـــرورة رفـــع دعـــوى الاســـتحقاق خـــلال ثـــلاث ســـنوات قبـــل مضـــيها ، اذ يمكنـــه رفـــع الـــدعوى فـــى أى وقـــت ، كـــل مـــا هنالـــك ينبغـــى مراعـــاة عـــدم اكتمـــال مـــدة التقـــادم الطويـــل الـــى جانـــب الحـــاز ، وينطبـــق مـــا تقـــدم مـــن احكـــام ، والســـارق او مـــن عثـــر علـــى المنقـــول قـــد احـــتفظ بـــه دون التصـــرف فيه .

ملحوظة بشأن حكم المنقول المسروق او الضاع :-

وتطبيـــق الأحكـــام الســـابقة فـــى الفرضـــين المـــذكورين ، إنمـــا يتطلـــب فـــى المقـــام الاول وجـــود جريمـــة ســـرقة لمنقـــول حســـبما يقضـــى قـــانون العقوبـــات ، وذات الأحكـــام تنطبـــق اذا فقـــد الشـــخص المنقـــول او ضـــاع منـــه أى علـــى معنـــى – وهـــذا المقصـــد فـــى حـــالات التطبيق – ان حيازة المنقول قد ابتعدت عن المالك له جبراً عنه .

(الباب الثانى)

(تملك الثمار بالحيازة)

تعريف الثمار حسب طبيعتها بماهيتها الفعلية والقاعدة العامة بشأنها :-

تعريف الثمار وهو تعريف يرتبط على ما هو مسلم فقها بطبيعة هذه الثمار وبماهيتها ويراد بها (ما يغله الشئ وينتج عنه بصورة دورية منتظمة دون ان يؤدى فصلها عن الشئ الى نقص فى قيمته وجوهره وجوداً) وهى علي أقسام طبقا لحق الملكية في نطاقه ومداه ، وما اذا كانت ملكيه الشئ تمتد نطاقا ومدى لتشمل ما يغله من ثمار تنتج عنه [١١] .

والقاعدة او الحكم بشأن الثمار – على هذا التعريف – وملكيتها تكون لمالك الشئ اذ تمتد ملكيته للشى لتشمل ضمن ما تشمل ما يتولد عنه من ثمار .

تعريف الثمار يبقى هنا مرتبطا بطبيعتها بإضافة الارتباط بالحائز – حكمها :-

والقاعدة بشأن الثمار لمالك الشئ قد تتعطل ، كما لو كان الشئ منقولا ، ولم يتمكن الحائز من تملكه ، لتخلف احد شروط قاعدة الحيازة فى المنقول مثل السبب الصحيح ثم ينجح المالك فى الاسترداد ، وهنا يثار عدة اسئلة ما مصير الثمار التى تولدت عن الشئ أبان حيازته وما حكمها ؟ هل تكون لمن كان المنقول فى حيازته أى الحائز ام تكون من نصيب المالك ؟ ان الاجابة عن هذخ الاسئلة هى موضوع بحثنا للحيازة كسبب لكسب ملكية الثمار ، والثمار لا تختلف فى تعريفها هنا ارتباطاً بطبيعتها وماهيتها متمثلة فيما يتولد عن الشئ بصورة دورية ومتجددة ومنتظمة وفصلها او اقتطاعه لا يؤدى الى انتقاص من الشئ فى جوهره ، فالثمار هى الثمار كل ما هنالك ان تعريف الثمار على هذا الوجه انما يضاف اليه فيما نحن بسبيل بحثه الان – الحيازة سببا لكسب ملكية الثمار – عنصر يخص وضعها القانونى ، وعليه اذا تكون القاعدة بشأن حكم الثمار هى تصور الوضع القانونى لها بأنها ملحقة بالشئ وجودا فى حيازة المالك وتحت سيطرته ، اما هنا فالأمر يختلف – حيث العنصر المضاف – والثمار فى يد حائز وهو شخص يختلف عن مالك الشئ ، والفرض ان مالك المنقول قد استرده من الحائز وصار بحيازته بالاضافة الى ما يتولد من ثمار فى وقت لاحق ، فنبحث هنا وضع الثمار فى يد الحائز والشئ أى المنقول فى يد مالكه ، بعد فشل الحائز فى تملكه بالحيازة .

الثمار بتعريفها الثانى ملك للحائز :

ان القاعدة العامة بشأن تلك الثمار وكونها لمالك الشئ ، تعارض العدالة وتحقيقها خاصة تجاه حائز حسن النية ، فالقاعدة تعالج الثمار فى وضع تولدت فيه

---

(١١)(د/ طلبة خطاب – الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية فى القانون المدنى المصرى – طبعة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ـص ٧٠ وما بعدها ، ص ١٨٨ وما بعدها)

والشئ فى يد مالكه [١٢] وهى لاتتناسب وتتماشى فى تطبيقها وتحقيق العدل فيها وقد تولدت فى يد شخص اخر هو الحائز قبل ان يعود الشئ الى حيازة المالك الحقيقى ، ولذا نجد المشرع وقد اجاز للحائز تملك الثمار [١٣] تبعا لما يأتى من نصوص اذ نصت المادة (٩٧٨) من القانون المدنى المصرى على (١- يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية - ٢- والثمار الطبيعية او المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها اما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوم).

اما المادة (٩٧٩) من القانون المدنى المصرى فيجرى نصها على النحو التالى على (يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت ان يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها غير انه يحوز ان يسترد ما أنفقه فى انتاج هذه الثمار)

مناط كسب ملكية الثمار (حسن نية الحائز) :

ان القصد الى بحث هذه المسألة انما يتمثل فى الوقوف على ما يضبط الحيازة من احكام كسبب او طريق الى تملك الثمار بالحيازة ولا يمكننا اغفال الحيازة الحقيقية وضرورة وجودها وصولا الى هذا الى القصد . وكما قدمنا ان الحيازة القانونية لشئ بعنصرين هما دعامتها الركن المادى والركن المعنوى ومن ثم فالحائز العرضى مثل المستأجر لا يتملك الثمار بالحيازة او ، اى ان حيازة المستأجر لا تعد على وضعها العرضى طريق لهذا المستأجر باعتباره حائزا الى تملك الثمار ، وانما يتمثل الطريق فى العقد الذى يربطه بالمالك وخول له الانتفاع يجعل الحصول على الثمار هى الجوهر ، وعقد الايجار يستوى فى محله ان يكون عقارا او منقولاً .

ويلزم فوق كل ماسبق وقبله توافر حسن النية لدى الحائز ، ومعنى حسن النية فى عبارة وجيزة (عدم علم الحائز بانه يعتدى على الغير) اذ الجهل بما ينبغى علمه يجسد مضمون حسن النية ، الا اذا كان الجهل قد نشأ عن خطأ جسيم [١٤] والحيازة الحقيقية وحسن النية كان المشرع صريحا باشتراط مناطها فى المادة (١/٩٧٨) من القانون المدنى المصرى على ما سبق ان قدمنا .

والوقت الذى يكون محلا للاعتبار لتحديد زمن توافر حسن النية ، طبقا للسائد فى الفقه القانونى [١٥] هو ان العبرة فى توافر حسن النية فى زمنه هى (بوقت قبض الثمار) أى بتوافره فى لحظة لاحقة على بدء الحيازة ، والعبارة الاخيرة تعبر عن مضمون القبض ،حيث القصد حيازة الثمار ، وهى تعد حيازة كسبب لكسب ملكية الثمار ، والحائز قد توافر الى جانبه حسن النية ، تتحقق

---

(١٢)(د/ عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - رقم ٤٥ – ص٦٥ - العدالة اساس تملك الحائز للثمار)

(١٣) د/عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - جـ٩ - رقم ٤٦٠ -ص١١٧٣ وما بعدها ، د/محمد لبيب شنب – موجز الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٣- رقم ١٧٧ ، ١٧٥ وما بعدها)

(١٤)(د/ حسن كيرة - الحقوق العينية الاصلية – رقم ٢٢٦ – ص ٤٧٠ ويرى ان حسن النية هواعتقاد الحائز فى استغلال الشيىء والحصول على ثمن بيعه)

(١٥)(د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – الجزء٩ – رقم ٢٦٨ – ص ١١٨٨)

حيازته للثمار بانفصالها عن الشئ الذى تتولد عنه ، وهذا مقصود القبض بصفة عامة ،وبعبارة اخرى (بتملك الحائز الثمار لحسن نيته بان كان لا يعلم بانه يعتدى على حق الغير) وانما يجهل ذلك وليس سبب الجهل خطأ جسيم منه بالاضافة الى قبضه تلك الثمار ، ويأتى بحيازته لها انفصالا عن اصلها وعلى كل حال فالقبض بحكمه بتغير حسب نوع الثمار .

وتطبيقا لكل ما تقدم يمتنع على الحائز العرضى ان يتملك الثمار بالحيازة ، وبذات القدر لا يجوز للحائز ان يسلك نهج الحيازة وصولا لتملك الثمار وهو على علم بانه يعتدى على حق الغير ولا يجهل ، فمثلا – اذا كان الحائز قد ابتاع شيئا من شخص ليس هو المالك الحقيقى – فأن امتناع تملك الحائز بعد بدء الحيازة بالرغم من انها قانونية هنا يأتى من انه يعتدى على حق الغير ، لان المتصرف غير مالك ، وعلة الامتناع تكمن ولا شك فى تخلف قيد سبق ان اشارنا اليه يخص وقت اعتبار حسن النية وفى توافره حيث يلزم حسن نية الحائز وقت القبض [١٦] أى فى وقت لاحق على بدء الحيازة .

ونذكر هنا حكم المادة (١/٩٧٨) من القانون المدنى المصرى ، وكان المشرع صريحا فيه بشأن ضرورة حسن نية الحائز فى كسب ملكيته الثمار .

وفى اثبات حسن النية يكفينا قولا – تجنبا للتكرار – بان القاعدة هى ان حسن النية يفترض وجوده حتى يقوم الدليل على العكس ، وقد اشار الى هذا الحكم بشأن اثبات حسن النية بصفة عامة نص المادة (٣/٩٦٥) من القانون المدنى المصرى.

وهناك وجهة نظر فى الفقه المصرى ذهب أصحابها [١٧] الى التوسع فى تحديد معنى حسن النية ، او طبقا لما جاء فى الفقه ان الامر من قبيل التشدد فى تحديد المعنى وليس التوسع فيه.

وحسن النية بحسب وجهة النظر هذه لم يقتصر بشأن تحديد معناها على ارتباط بين اعتقاد الحائز وبين مجرد ملكية المتصرف ، وانما هو توسع ليضيف الى سند هذه الملكية عنصرا فى الارتباط المذكور ، وحاصل الامر ان يكون المراد بحسن النية اعتقاد الحائز بان المتصرف مالك ولا شائبة بعيب يلحق سند الملكية اذ يجهل تعامله مع غير مالك ، او ما يعيب سند الملكية، وفى الحقيقية فان وجهة النظر هذه انما جاءت استجابة لموقف المشرع فى فرنسا ، فقد جاءت المادة (٥٥٠) من القانون المدنى الفرنسى بحكم يقضى (بان حسن النية لا يتوافر الا مع جهل الحائز عيوب سنده) .

---

(١٦)(د/ محمد لبيب شنب – موجز الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٣- رقم ١٢٧٨ - ص ١٧٥، د/حسام الاهوانى – اسباب كسب الملكية فى القانون المدنى الكويتى – طبعة ١٩٨٧- رقم ٤١٤ -، ص ٥٠٨ والمذكرة الايضاحية للتقنين المدنى فى هذا الصدد : يجب ان يكون الحائز حسن النية وقت قبض الثمار او وقت الحصد فى المنفعة)

(١٧)(د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ - رقم ٤٦٥ ، ص ١١٨١ ، د/ محمد كامل مرسى – ج ١ – الطبعة ٣ سنة ١٩٢٣- رقم ٤٩٠ ، ص ٤٧٨ ، د/ محمد على عمران – الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٩- ص ٢٠١)

- وفى تقدير هذا الجانب من الفقه يرى استاذنا الدكتور/ طلبه خطاب فى مؤلفة (الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية - فى القانون المدنى المصرى – طبعة سنة ٢٠٠٢/٢٠٠٣) ان هذا التوسع فى معنى حسن النية يصح ان يرد عليه تحفظ ، لان المألوف فى معنى حسن النية وتحديده انما يكون وبحسبان حقوق الغير ومدى المساس بها من جانب من يقدرضرورة توافر حسن النية لدي الحائز ، فالاعتبار يكون لمجرد حقوق الغير اما سندها فلا يعتد به ، وعلى ما يبدو فالرأى السابق قد تأثر فيما قال به بالتوسع فى معنى حسن النية طبقا لما جاء بنص المادة (٥٥٠) من القانون المدنى الفرنسى ، والتى تقضى بان (يكون الحائز حسن النية اذا كانت حيازته بنية التملك بموجب سند ناقل للملكية يجهل ما به من عيوب ، ويزول حسن النية بمجرد ان تصبح هذه العيوب معروفة للحائز) ، ولعل فى هذا النص بتحديد معنى حسن النية السند للرأى محل التقدير ، وهو معنى ليس فى نصوص القانون المدنى المصرى بخصوص حسن النية عامة وتملك الثمار بالحيازة خاصة ما يطبق على هذا المدى من السعة . (١٨)

- (الباحث) نرى ان ضابط تحديد معيار حسن النية يجب ان يحدد بمعيار لايخالف الاصل العام وهو براءة الذمة المفترضة ، اى ان حسن نية الحائز مفترض مع لزوم توافر(السبب الصحيح المقترن بالقبض للثمار بمفهومه المتقدم ذكره) بالاضافة الى توافر حسن النية بمفهوم (عدم علم الحائز بانه يعتدى على حق الغير أو انه يجهل ذلك وليس سبب الجهل خطأ جسيم طبقا للمعيار الموضوعى فى تحديد الخطأ الجسيم كما قدمنا) ، واجتماع ما سبق يعد ضابط ومعيار صحيح فى رأينا للتوسع فى مفهوم حسن النية فى هذا الصدد ، وليس عن جهل الحائز بالعيوب التى بسند نقل ملكيته ، لان هناك نوع من الجهل غير مغتفر ، وهو الجهل بشىء كان من المفترض حتما علم الشخص المعتاد به - وفقا للمعيار الموضوعى - او كان من الواجب القانونى عليه ان يعلم به ، فمسايرة الفقه المصرى لنهج التوسع فى مفهوم حسن النية من زوايا جهل الحائز بعيوب سند نقل ملكيته للثمار كما جاء بحكم المادة (٥٥٠) من القانون المدنى الفرنسى يأتى فى رأينا فى غير محله لقصور ضابط تحديد معيار الجهل ، وقصر الجهل على العيوب التى بسند نقل ملكية الثمار للحائز ، فى حين ان حسن النية كأصل عام مفترض وعلى من يدعى العكس ان يثبته

أثار توافر المناط والحكم فى تملك الثمار بأساسه :-

بالحيازة الحقيقية الى جانب الحائز علاوة على حسن نيته بالمعنى الذى تحدد سلفا ، يتملك الحائز الثمار التى تنتج الشئ ، وهذا الحكم الإجمالي انما يحتاج الى تفصيل فى ضوء نص المادة (٩٧٩) من القانون المدنى المصرى ، ويختلف الحكم تبعا لنوع الثمار ، والثمار تتنوع على النحو التالى :-

---

(١٨)(اورد المشرع حكم فى المادة ١/٩٦٦ مدنى بخصوص حسن النية يقضى بما يأتى " لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذى يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير " ولئن كان لهذا النص من دلالة تفيد بشأن مقصود حسن النية فإنها دلالة تؤكد ان حسن النية يتحدد فى معناه قولا بان الحائز لا يعلم بانه يعتدى على حق الغير بقطع النظر عما يشوب سند هذا الحق من عيوب ولذا كان تحفظنا على التوسع فى معنى حسن النية ليشمل عيوب سند الحق وهو فى نظرنا فى حكم الحجة الحاسمة لصالح التحفظ)

أ – ثمار طبيعية :- وتستحدث بفعل الطبيعة دونما تدخل الانسان مثل الكلأ والعشب ،والحكم بشأنها ان الحائز يتملكها بفصلها من الارض وحيازته إياها شريطة ان يكون حسن النية بطبيعة الحال .

ب – ثمار صناعية او مستحدثة :- هى تلك التى تستحدث بفعل الانسان مثل المحاصيل وغيرها ، وهذه لا تختلف عن حكم سابقتها حيث ان الحائز يتملكها بفصلها قرين حيازته مع حسن النية .

ج – ثمار مدنية :- وتتمثل فى الايراد – الذى يكون نقديا – او الريع الناتج عن الاستغلال والاستثمار ، مثال ذلك الاجرة المستحقة عن الايجار ،وهذه تختلف بحكم تملكها اذ الحائز يتملكها ليس بفصلها لانها لا تقبل بحكم طبيعتها ، وانما بقبضها يوم بيوم فهذه الثمار تعتبر مقبوضة يوما فيوما على حد تعبير المشرع فى المادة (٢/٩٧٨) من القانون المدنى المصرى مدنى ، والحائز يتملكها ايضا على هذا النحو أى يوم فيوما ولو لم يقبضها بالفعل .

اما عن حكم التملك بأساسه القانونى الواضح انه ، ولئن كان تملك الحائز للثمار يتأتى عن طريق القبض وبجرده ، فالقول بأن الحيازة قرين حسن النية تعد سبباً للتملك انما هو فى غنى عن البيان [١٩] .

ويذهب الفقه الى انه مهما يكن من أمر فلا يمكن القول بأن قاعدة تملك الثمار تتأسس او تنبنى على قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك كما قدمنا فيما سبق ، ، فهناك نقطتين هما موقع اختلاف بين القاعدتين ، وتتمثل النقطة الاولى فى اختلاف اعتبارات تملك المنقول بالقاعدة الاولى عن نظريتها بتملك الثمار فى الثانية ، اما النقطة الثانية فتظهر نطاق القاعدتين فى تملك المنقول وتملك الثمار [٢٠]

- ويتفق استاذنا الدكتور/ طلبه خطاب فى مؤلفة (الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية - فى القانون المدنى المصرى – طبعة سنة ٢٠٠٢/٢٠٠٣) مع ما ذهب اليه الفقه فيما سبق ، ويضيف نقطة اخرى للاختلاف تتعلق بالسبب الصحيح اذ يعد شرط فى قاعدة الحيازة فى المنقول ، بينما لا يلزم فى تملك الثمار ، ويكون الامر كذلك لاعتبارات تتمثل فى العمل على استقرار المعاملات فى المجتمع بالنسبة لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، ويتمثل ذلك فى فكرة العدالة ايضا فيما يخص قاعدة تملك الثمار .

اما عن النطاق فانه يمتد بالنسبة للأولى – الحيازة فى المنقول – ليشمل كل منقول ، واذ تشمل كل منقول ، فذلك يتأتى باعتباره شيئا اصليا لا يتعدى كونه شيئا ماديا معينا بالذات ، اما الثانية – تملك الثمار – فإنها تتحدد بالثمار ، وتنحصر فيها باعتبارها شيئا تابعا وليس اصليا ، وفوق ذلك فليس ضروريا بان يكون ماديا .

---

(١٩)(د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى – ج ٩ - رقم ٤٦٦ - ص ١١٠٦ ، د/ حسن كيره - الحقوق العينية الاصلية – رقم ٢٦١ - ص ٤٧٢)

(٢٠)(د/ عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى – ج ٩ - رقم ٤٦٦ - ص ١١٠٦ ، د/ حسن كيره - الحقوق العينية الاصلية – رقم ٢٦٦ ص ٤٧١ – ٤٧٢ ، وفى الفقه الفرنسى مارتى ورينو – القانون المدنى – ج ٢ الاموال – باريس طبعة ١٩٦٥ - رقم ٤٤ ص ٥١)

❖ ويضيف استاذنا الدكتور/ طلبه خطاب فى مؤلفة السابق ، ما يتعلق بشروط القاعدتين فى أن توافر السبب الصحيح ضرورة لأعمال الاولى من القاعدتين دون الثانية [٢١] ، ويكفى الحيازة قرين القبض وحسن النية ، وقد عبرعنهما بالمناط بخصوص شروط الاولى السبب الصحيح علاوة على حسن النية والحيازة .

تخلف شروط تملك الحائز للثمار وآثاره بين امتناع التملك وزواله :-

لو تخلف شرط مما سبق بشأن تملك الحائز الثمار ، فاليقين بان الحكم هو يمتنع على هذا الحائز تملك الثمار تلك ، ويلاحظ ان الفرض الشائع والحائز لم يتملك الثمار يتأتى وهو سئ النية ابتداء منذ البداية ، والفقه فى جانب منه يدرج هذا الفرض ضمن فروض يلتزم فيها الحائز برد ما تملك من ثمار الى مالك الشئ ، واذ كان ذلك يفترض أصلاً توافر الشروط ، اذ لا تملك ومن ثم لا التزام برد الا مع وجودها أصلاً ، وعلى كل حال فالحائز لم يتملك الثمار لسوء نيته منذ البداية ، ويتلاحظ انه لو رفع المالك دعوى استرداد الشئ على الحائز ، كان متعينا على الاخير رد الشئ بثماره التى قبضها وتلك التى قصر فى قبضها ، اذا كان قد تمتنع على الحائز التملك جزاء تخلف الشروط ، ويثور سؤال متى يزول حق الحائز فى تملك الثمار ؟ وقبل الاجابة فى المسألة المعروضة يلزم افتراض توافر شروط التملك اذ لا زوال لعدم ، وعليه فى الاجابة هناك حالتين ينتهى فيهما حق الحائز فى كسب الثمار ، وهما:-

الحالة الاولى :- وفيها حسن نية الحائز هذا يفترض توافرها قبلا بطبيعة الحال ، عندئذ يصير الحائز سئ النية ، ويزول حسن النية كصفة فى الحيازة تؤثر فى ترتيب آثارها القانونية من الوقت الذى يصير فيه هذا الحائز على علم بأن حيازته اعتداء على حق الغير (١/٩٦٦) من القانون المدنى من الوقت الذى يثبت فيه أن الحائز سئ النية ، وعبء الاثبات على عاتق المالك وبشتى الطرق فانه – أى الحائز لا يتملك الثمار - ليس هذا فحسب بل يلتزم بردها للمالك إذ يرد إليه كل ما قبض أو قصر فى قبضه من وقت ثبوت سوء نيته ، أما ما تولد من ثمار والحائز لما يزل حسن النية ، فليس هناك من شك فى أنه يتملكها بتوافر الشروط الأخرى ، وإلى هذا الحكم بعدم التملك والالتزام بالرد تنص المادة (٩٧٩) من القانون المدنى المصرى على ان (يكون الحائز سئ النية مسئولا من وقت ان يصبح سئ النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر فى قبضها) [٢٢]

الحالة الثانية :- وفيها يقوم المالك بإعلان الحائز بعيوب حيازته ، حيث يرفع المالك علي الحائز اما دعوي استحقاق بالعين وثمارها ، واما دعوي استرداد للثمار ، ويتلاحظ الي ان رفع الدعوي واعلان الحائز بعيوب حيازته انما يتأتي والحائز لما يزل حسن النيه ، وقد ذهبت الى هذا الماده (٩٦٦) من القانون المدني المصرى والتى تنص على ان (ويزول حسن النيه من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في صحيفه الدعوي) ومؤدي ذلك ، ومهما كانت الدعوي، فإن رفعها يجعل الحائز سئ النية ومن وقت رفعها

---

(٢١)(د/محمد على عمران – الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٩- ص ٢٠٢ ، د/ عبد المنعم فرج الصده - حق الملكية - رقم ٤١٠ - ص ٥٦٣)

(٢٢)(الا فى حالات لا يلتزم فيها الحائز بالرد على الرغم من سوء نيته منذ البداية اذ ملكها بالتقادم الطويل تبعا لتملك الشئ الذى تولدت عنه بهذا الطريق او اذا تكلها بالتقادم استقلالا عن الشئ او اذا سقطت دعوى الالك باستردادها بفوات خمس عشرة سنة - د/ عبد الرزاق أحمد السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى - جـ ٩ - رقم ٤٦٩ - ص ١١٨٩)

، وهـذا يقتضـي عـدم تملـك الثمـار منـذ ذلـك الوقـت ، ويلتـزم هـذا الحـائز بـرد الثمـار للمالـك فيمـا لـو كسـب الاخيـر دعـواه بالاسـتحقاق او الاسـترداد ، ويـتلاحظ ان سـوء النيـه يتـأتى وصـفا للحـائز فـي حيازتـه بـإعلان الـدعوي علـي مضـمونه ، فمـؤدى ذلـك انه لا التزام علي هذا الحائز برد ما قبض وهو حسن النية

استرداد الحائز للمصروفات وقد فقد حقه في الثمار بردها :-

رأينـا كيـف ان الجـزاء المترتـب علـي عـدم اسـتجماع شـروط تملـك الحـائز للثمـار ، يتمثـل فـي التـزام الاخيـر بـرد هـذه الثمـار للمالـك ، وغالبـا مـا يحـدث ذلـك فـي اطـار حـالتين عرضـنا لهمـا سـابقا ، حيـث يـزول حـق الحـائز فـي كسـب الثمـار لا سـيما اذا كـان سـوء النيـة او بعبـارة ادق لـو صـار سـيئ النيـة وهـذا يفتـرض بطبيعـة الحـال زوال حسـن نيتـه ، حيـث انـه الطـابع الـذي يهـيمن ابتـداء ، ازاء ذلـك فقـد عـلاج المشـرع فرضـا يكـون فيـه هـذا الحـائز وقـد اسـترد المالـك الثمـار منـه ، قـد قـام بانفـاق بعـض المصـروفات فـي سـبيل انتـاج هـذه الثمـار ، فأوضـح المشـرع حكـم هـذه الحالـة فـي عجـز نـص المـادة (٩٧٩) مـن القـانون المـدنى المصـرى يخـص مسـئولية الحـائز سـيئ النيـة عـن الثمـار التـي يقبضـها او يقصـر فـي قبضـها علـي نحـو مـا فصـلنا فـنص علـى ان (..غيـر انـه يجـوز ان يسـترد مـا انفقـه فـي انتـاج هـذه الثمـار) ، فـالنص هنـا يطالعنـا بحكـم علـي وضـوح غيـر منقـوص ، وقـد اجـاز للحـائز الـذي رد الثمـار الـي المالـك لسـبب موجـب لـذلك ان يسـترد مـا انفـق مـن مصـروفات فـي انتـاج هـذه الثمـار ، اذ يتعـين علـي المالـك المسـترد للثمـار ان يـؤدي للحـائز مـا انفـق ، ويمكـن تأسـيس التـزام المالـك بـإداء المصـروفات تلـك علـي قاعـدة الاثـراء بـلا سـبب فـى هـذا الصـدد [٢٣] وإزاء ذلـك فـإن اخـلال المالـك بالتزامـه بـرد المصـروفات يعـد مـن قبيـل الاثـراء بـلا سـبب حيـث يكـون قـد أثرى بقدر افتقار الحائز وفى حدود ما انفق الأخير .

(٢٣) (د/ محمد لبيب شنب – موجز الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٣ـ رقم ١٨٠ ـ ص ١٧٩)

نتيجة البحث

١ - الحيازة هى مصدر من مصادر كسب الحقوق العينية الاصلية وبصفة خاصة حق الملكية

٢ -الحيازة هى (وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق)

٣ -القانون يحمى الحيازة بدعاوى الحيازة الثلاث

٤ - خصائص الحيازة هى وضع مادى للحائز اى سيطرة فعلية له على الشيىء محل الحيازة ، ومحل الحيازة يلزم ان يكون شىء مادى يجوز التعامل فيه ، والحيازة لاتكون الا بالنسبة للحقوق العينية سواء كانت اصلية ويمتد اثرها ايضا الى الحقوق العينية التبعية

٥ - اركان الحيازة او عنصريها هما الركن المادى اى قيام الشخص بإعمال مادية على الشئ مماثلة للإعمال التي يقوم بها صاحب الحق العيني عليه ، والركن المعنوى أي نية التصرف كصاحب حق على الشىء محل الحيازة

٦ -الحيازة اذا فقدت احد ركنيها انتفت ولا يعتد بها قانونا

٧ -الحيازة لا تقوم على المجاملة او المسامحة من جانب مالك الشىء

٨ -الحيازة يمكن ان تنشأ بواسطة شخص يقوم باعمال باسم الحائز ، وحيازة عديم التمييز تصح بواسطة النائب عنه قانونا كالولى او الوصى او القيم

٩ -يجب إن تكون الحيازة هادئه ، وتفقد الحيازة صفه الهدوء إذا اقترنت بإكراه ، والإكراه الذي يعيب الحيازة هو الإكراه المعاصر لكسب الحيازة ، وعيب الإكراه عيب مؤقت ونسبي في الوقت ذاته

١٠ -يجب إن تكون الحيازة علنية أو ظاهرة ، وذلك بأن يباشر الحائز الإعمال المادية علي الشئ بصورة تمكن الناس ومن بينهم المالك من إن يعلموا بها ، وتفقد الحيازة صفة العلنية اذا شابها عيب الخفاء ، وهو عيب مؤقت ونسبي في الوقت ذاته

١١ -اذا اكتملت الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى فهى حيازة حقيقية ، اما اذا شابها عيب اللبس او الغموض ، وهو عيب مؤقت ونسبى ايضا تكون حيازة عرضية

❖ (الباحث) وعلى ذلك فالوارث الذي يحوز شيئاً مملوكاً له مع بقية الورثة على الشيوع لا يستطيع التمسك بحيازته في مواجهة الورثة لأن أمرها التبس عليهم ، ولكنه يستطيع الاحتجاج على غير هؤلاء الورثة ، كذلك الزوج الذى يحوز شيئا مملوكا لزوجته لا يستطيع التمسك بحيازته في مواجهة الزوجة ، ولكنه يستطيع الاحتجاج بها في مواجهة غيرها

١٢ -الشخص الذي يباشر أعمالاً مادية على الشي ، دون أن تتوافر لديه نية استعمال حق من الحقوق ، أي دون أن يعتبر نفسه صاحب حق عينى على الشئ ، لا يكون حائزا حقيقيا بل حائز عرضيا ، وهذا هو المعيار فى التفرقة بين الحائز الحقيقي والحائز العرضي

١٣ -تتحول الحيازة العرضية الى حقيقية بفعل يصدر من الحائز العرضي ذاته ، ويكون من شأنه التعبير عن توافر النية أو القصد لدي الحائز في اعتبار نفسه صاحبا للحق على الشئ ، وعاملا لحسابه لا لحساب الغير ، او ان يصدر من الغير تصرف قانوني للحائز من شأنه أن يكسبه حقا عينيا على الشئ فيما لو صدر من مالكه

١٤ -اكتساب الحيازة يكون بتحقق عنصريها المادى والمعنوى وطرق ذلك بالتسليم الحكمى ، ويتحقق بتغير نية الحائز فى اعتبار نفسه مالكا للشيء ، او بالتسليم الرمزى وهو تمكن الشخص من السيطرة على الشئ ولو لم يتسلمه ماديا

١٥ -انتقال الحيازة الى الخلف العام تكون بذات صفاتها سواء كانت حقيقية او عرضية ، لانها امتداد لحيازة سلفهم ، اما انتقال الحيازة الى الخلف الخاص فلا تنتقل بذات صفاتها التى كانت عليها ، لان الخلف الخاص يبدأ حيازة جديدة مستقله عن حيازة سلفه

١٦ -فقد الحيازة قد تترتب بإرادة الشخص ، كما لو تخلى عن سيطرته الفعلية على الشيء باختياره ، وقد يفقد الشخص الحيازة جبرا عنه ، ولاتنقضى الحيازة نتيجة لمانع وقتى ، ويفقد الحائز حيازته إذا فقد العنصرين المكونين لها أو أحدهما

١٧ -الحيازة فى اثباتها تخالف الاصل العام فى قواعد قانون الاثبات ، فحائز الشيء يفترض انه مالكه طبقا للقانون ، فالحائز غير مكلف بأثبات ما يدعيه ، وتثبت الحيازة بإثبات عنصريها . ويجوز اثبات هذين العنصرين بجميع طرق الاثبات ، لتعلق الأمر بوقائع مادية ، سواء فى ذلك الأعمال المادية التى يباشرها الحائز ، أو نية العمل لحسابه الخاص

١٨ -الحائز حسن النية اذا فقد حيازته يرد محل الحيازة الى المالك كأصل عام ، اما اذا كان سيىء النية فيلتزم بتعويض المالك على قيمة الشيئ إذا هلك او تلف ، ولو كان ذلك ناشئا عن سبب أجنبي ، كما يلتزم الحائز بتعويض المالك عن منفعة الشئ اذا كان سيىء النية اما اذا كان حسن النية فلا يلتزم بذلك ، وللحائز استرداد المصروفات التى انفقها على الشيء محل الحيازة من مالكه سواء كانت مصرفات ضرورية او نافعة دون المصرفات الكمالية كأصل عام ، ويحق للحائز حبس الشيء تحت يدة لاجبار المالك على السداد

١٩ -عناصر الملكية ثلاثة هى (الاستعمال والاستغلال والتصرف) وخصائصها (هى حق عينى – هى مقصورة على صاحبها – وهى حق دائم) والملكية ليست مطلقة بل اذا تعارضت مع مصلحة عامة او مصلحة خاصة أولى بالرعاية فلا تقدم الملكية عليهما

٢٠ -فملكية الشيء يتحدد نطاقها بكل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنهم دون ان يهلك او تلف او يتغير ، كما أن الملكية تشمل جميع أجزاء الشيء وأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا ، كما وان لمالك الشيء كأصل عام الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص او اتفاق يخالف ذلك

٢١ -قد ينتج الشيء أشياء أخرى تتولد عنة وتتميز منه إذا انفصلت وهى تسمى ثمار وتنقسم الى ثلاثة انواع (ثمار مدنية – ثمار طبيعية – ثمار مستحدثة)

٢٢ -والحائز سيىء النية ملزم برد ثمار الشىء المحوز كأصل عام ، والحائز حسن النية يتملك ثمار الشىء المحوز بالطريق الذى رسمه القانون (توافر حسن النية – قبض الثمار)

٢٣ -وتمتد الملكية الى ما يلتصق بالشىء فتسمى الالتصاق (التصاق طبيعى – التصاق صناعى) ، حالاته (التصاق العقار بالعقار – التصاق المنقول بالعقار – التصاق المنقول بالمنقول) ، وشروطه (أن بوجد شىئان ماديان متميزان - أن يكون أحدهما أكبر أهمية من الآخر - أن يتحد الشيئان ماديا بشكل يتعذر معه أو يستحيل الفصل بدون تلف - ألا يكون الشيئان مملوكين عند التصاقهما لنفس المالك)

٢٤ -ومن صور الالتصاق الطبيعى فى حالة التصاق العقار بالعقار(طمى النهر- الارض التى ينكشف عنها البحر والمياه الراكدة والبحيرات والبرك – طرح النهر) ، ويتم اكتساب الملكية بالطريق الذى رسمه القانون كما اوضحنا فى البحث

٢٥ -التصاق المنقول بالعقار يكون اما بالبناء أو الغراس أو باجراء أعمال انشائية فوق سطح الأرض أو بداخلها ، والمنقول بالتصاقه بالأرض على نحو لا يمكن فصله منه بدون تلف يصبح عقارا بطبيعته ، وتكون مملوكة لمالك الارض او العقار ، واحوال الالتصاق هى (البناء والغراس بمواد مملوكة للغير - البناء والغرأس في أرض الغير- البناء أو الغراس في أرض الغير بمواد مملوكة للغير) ولكل حالة من تلك الاحوال شروط رسمها القانون يلزم مراعاتها لاكتساب الملكية كما اوضحنا فى البحث

٢٦ -قد يتحد منقولان مملوكان لشخصين مختلفين دون ارادة احد المالكين أو يلتصقان بشكل يتعذر معه الفصل بدون تلف أو يستحيل ، فيقال عندئذ ان هناك التصاق منقول بمنقول . فالالتصاق يفترض عدم اتفاق صاحبى الشيئين ، أما حيث وجد مثل هذا الاتفاق وجب بالطبع اعماله ، وليست هناك قاعدة عامة تحكم هذا الالتصاق ، ولذلك قررت المادة ٩٣١ 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 الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما)

٢٧ -القيود التى ترد على الملكية تتلخص فى قيدين هما:-

القيد الاول :- المستفاد من القانون رقم (١٥ لسنة ١٩٦٣) الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٣ ، وهو خاص بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما في حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والأراضى البور و الاراضى الصحراوية

القيد الثانى :- هو القيد الخاص بالحد الأقصى للملكية الزراعية المقرر في قانون الاصلاح الزراعى ، وهو القانون رقم (١٧٨ للسنة ١٩٥٢) والقوانين المعدلة له ، وهى القانون رقم (١٢٧ لسنة ١٩٦١) و الذى وضع أقصى لما يملكه الفرد الواحد من أراضي زراعية وما في حكمها من الاراضى البور والاراضى الصحراوية قدره مائة فدان ، ثم القانون رقم (٥٠ السنة ١٩٦٩) الذى حدد هذا القدر بخمسين فدانا

٢٨ -القيود الواردة على حق التصرف عنصر من عناصر الملكية والواردة فى القانون المدنى المصرى هى ماجاء بالمادة (٨٥٣) من القانون المدنى المصرى ، والمادة (١٦) من قانون الاصلاح الزراعى ، وما كان يجرى العمل به قبل صدور القانون رقم (١٨٠ لسنة ١٩٥٢) بأنهاء الوقف الاهلى وقصره على الخيرات

٢٩ -شروط صحة الشرط المانع من التصرف هى (أن يكون الشرط مضمنا في عقد أو وصية - أن يكون الشرط مبنيا على باعث مشروع - ان يكون المنع مقصورا على مدة معقولة)

❖ (الباحث) نتفق مع راى استاذنا الدكتور/ عبد المنعم البدروای لان الممنوع من التصرف مالك ، والاصل العام انه يملك التصرف فيما يملكه ، والمنع من التصرف استثناء من هذا الاصل العام فلا يجوز التوسع فيه ، لان من يملك الكل يملك الجزء

٣٠ -وهناك شرط مانع من التصرف بصفة مؤقتة وشرط مانع من التصرف بصفة مؤبدة ، ويثور تساؤل فى الفقه هل يكون المنع مؤقتا اذا تقرر لمدى حياة المتصرف اليه نفسه ؟

❖ (الباحث) ونرى ان المنع من التصرف هو التزام على الصادر منه فأذا كان هناك تأبيد له فأن ذلك يتعارض مع نصوص القانون المدنى الذى يمنع ذلك كأصل عام ويضع اقصى مدة للالتزام

٣١ -اقتران الشرط المانع من التصرف الباطل بالتصرف لا يترتب عليه بطلان التصرف وأن بطل الشرط ، ذلك ما لم يتبين أن هذا الشرط كان هو السبب الدافع للالتزام

٣٢ -قد يتخذ شرط المنع من التصرف صورة خاصة تعرف بشرط الاستبدال وبمقتضى هذا الشرط يلتزم المتصرف اليه بعدم التصرف في الشيء الا اذا استبدل به شيئا اخر يقوم مقامه ويحل محله فيما هو معد له ، ومثل هذا الشرط يكون صحيحا متى قصد به تحقيق مصلحة مشروعة ، لأنه ليس أخطر من شرط عدم التصرف المطلق ، بل هو على العكس أقل منه مدى وشدة ، فيجب أذن اعتباره صحيحا من باب أولى ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل كما يقولون

٣٣ - هناك قيود فرضها المشرع على حق الملكية سواء في المجموعة المدنية أو في القوانين واللوائح ، ولكنها لم ترد على سبيل الحصر ، ولذلك فان المحاكم ذهبت الى أن المالك في استعمال ملكه لا يلزم فقط بمراعاة القيود

التى نص عليها القانون ، بل هو يلتزم أيضا بعدم استعمال ملكه بطريقة ينتج عنها أضرار زائدة وغير مألوفة بالجار

٣٤ -لتقدير ما اذا كان المالك يتعسف في استعماله حقه يجب الا يكون استعمال الملك بقصد الاضرار بالغير ، والا يكون فيها استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة لصاحبه غير مشروعة أو كانت تافهة بحيث لا تتناسب مع ما ينشأ عن ضرر يصيب الغير

٣٥ -ذهب القضاء الى تقرير مسئولية المالك عند استعمال ملكه بطريقة جدية ومشروعة عن الاضرار التي تجاوز المضمار المألوفة بين الجيران ، ولكن القضاء والفقه اختلفوا في رد هذه المسئولية الى أساسها القانونى ، وقد استقر القضاء المصرى على مساءلة المالك عن الأضرار التى تجاوز المضار المألوفة – المادة (٨٠٧) من القانون المدنى المصرى

٣٦ من القيود القانونية التى أوردها المشرع على حق الملكية قيود ترجع الى واقعة التلاصق في الجوار فقد قصد المشرع استعمال حقق الملكية لمصلحة الجار المتلاصق ، اذ رتب على هذا التلاصق أن يكون كل مالك الحق في اجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (المادة ٨١٣) ، ووظيفة القاضى في هذه الدعاوى المتعلقة بتعيين الحدود تنحصر في تطبيق مستندات الملكية على الطبيعة ووضع علامات مادية للحدود ، و هذه الدعاوى هى من اختصاص قاضى المواد الجزئية بشرط ألا يكون هناك نزاع بين الجارين على الملكية

٣٧ – هناك فرق بين تعيين الحدود والتحويط. فالتحديد يكون بضع علامات ماديه اذا مد خط مستقيم بين كل منها والتى بعدها وقبلها بانت حدود الملك، أما التحويط فيكون ببناء حائط على حدود الملك . ولم يشأ المشرع المصرى أن يعطى الجار الحق فى اجبار جاره على تحويط ملكه - المادة (١/٨١٨) من القانون المدنى المصرى

٣٨ – لكل مالك أن يحيط ملكه بحائط ، وفي هذه الحالة يكون هذا الحائط ملكا خاصا له ولا يجوز للجار أن يجبره على النزول عن جزء من هذا الحائط أو من الأرض التى أقيم عليها الحائط ، أو أن يطلب مشاركته فيه

٣٩ -الحائط المشترك هو صورة من صور الشيوع في الملكية خاصة بالجدران ، ويكون الحائط مشتركا أذا أنشئه الجاران على حدود ملكهما بنفقات مشتركة أو اذا انشائه احدهما ثم أتفق بعد ذلك بينهما على أن يكون مشتركا ، وبهذا يتميز الحائط المشترك عن الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة ، ورسم القانون شروط تعلية واستعمال الحائط المشترك كما اوضحنا بالبحث

٤٠ -المطلات هى (فتحات يحدثها المالك في ملكه للنظر منها الى الخارج ولمرور الهواء)(كالنوافذ والشرفات) و المناور هى (فتحات توجد بقصد أدخال الضوء والهواء لا للنظر منها) ، ولم يشترط القانون مراعاة مسافة لفتح المناور ، أذ تقرر المادة (٨٢١) من القانون المدنى المصرى صراحة بأنه « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور » ، وقد أورد القانون المدنى قيودا على فتح المطلات بنوعيها المواجهة والمنحرفة.فنص المادة ٨١٩ على أنه « لا يجوز

للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر » ، ونصت المادة ٨٢٠ على أنه لا يجوز أن يكون للجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المطل »

٤١ -اختلف الفقه فى اكتساب المطل بالارتفاق بالتقادم ، الا ان الرأى الغالب فى الفقه ذهب الى اكتساب المطل بالارتفاق يترتب عليه أن يرتد الجار . ببنائه في ملكه بالقدر الذى يكمل المسافة القانونية التى اعتبرها القانون لازمة لاستعمال المطل ، وذلك على طول الحد الواقع فيه المطل، حتى يتسنى لمن كسب المطل التمتع به بالنظر والنور والهواء ، وهذا الرأى الأخير هو الذى أخذت به المجموعة المدنية المصرية ، اذ تنص الفقرة الثانية من المادة (٨١٩) على أنه (اذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على مسافة تقل عن متر ، فلايحق لهذا الجار أن يبنى على أقل من متر يقاس بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذى فتح فيه المطل) ، ولكن المطل المفتوح من قبل المتسامح لا ينقلب الى مطل ارتفاقى بالتقادم ، وفى هذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية

٤٢ -الشيوع هو وضع يكون فيه الحق العينى مملوكا لعدة أشخاص . وكما يكون الشيوع في الملكية يكون في سائر الحقوق العينية الأصلية كالانتفاع مثلا ، وملكية الطبقات ليست ملكية شائعة ، بل هى ملكية فردية مفرزة ، لأن كل مالك يملك طبقة من المنزل لا يشاركه في ملكيتها غيره من الملاك ، وانما لا يعد مملوكا على الشيوع من المنزل الا أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع الملاك وكذلك الأرض - المادة (٨٥٦) من القانون المدنى المصرى ، ولا شيوع أيضا في الحكر لأن البناء مملوك للمحتكر ، والأرض مملوكه للمحكر ، فملكيتهما لا ترد علي شئ واحد ، ولا شيوع أيضا في حالة ما اذا نزل المالك للغير عن حقه في الاستعمال أو الاستغلال كله أو بعضه . فلا شيوع بين المالك والمنتفع ، ولا بين المالك وصاحب الانتفاع ، فحق الملكية ليس هنا مشتركا بين المالك وبينهما ، وقد يكون مصدر الشيوع الارادة وقد يكون الواقعة المادية

٤٣ -الشريك على الشيوع ، ولو أنه يملك حصته ملكا تاما ، الا أنه في استعماله الشيء أو في استغلاله يجب ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء ، فالاستعمال والاستغلال بواسطته يتقيدان بحقوق الشركاء الاخرين ، ولذلك يجب على الشريك ان يستعمل الشيء الاستعمال الذى يتفق وطبيعته أى مع تخصيصه ، اذا استقل أحد الشركاء بالمال الشائع جميعه واستعمله بنفسه بدون موافقة الشركاء ، جاز لهؤلاء منعه من ذلك وطرده منه . ولهم في سبيل هذا الاستعانة بدعاوى الحيازة ، اذ أن في عمل الشريك تعرضا لهم في حيازتهم أو غصبا لهذه الحيازة ، وفى هذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية ، واذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من العقار معادل لنصيبه (أو حتى اذا أجره) لم يجز لباقى الشركاء الاعتراض على ذلك ، وكل ما لهم هو مطالبته بالمحاسبة عن الانتفاع أو المطالبة بقسمة العقار اذا يرضيهم هذا ، وفى هذا استقر قضاء محكمة النقض المصرية ، وان كان هذا القضاء محل نقد من الفقه كما هو موضح بالبحث

٤٤ -اذا لم يتيسر استعمال المال بواسطة الشركاء استعمالا مشتركا أمكنهم قسمته قسمة مهايأة، فقسمة المهايأة ليست قسمة نهائية ، بل هى قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، ولذلك فهى لا تؤدى الى انهاء الشيوع ، وهى قد تتم باحدى طريقتين : -

(المهايأة المكانية) :- وفيها يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء (مادة ٨٤٦) من القانون المدنى المصرى ، ويجوز بعد المهايأة أن يستعمل الشريك الجزء الذى اختص به بنفسه أو يؤجره للغير.

(المهايأة الزمانية) :- وفيها يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، (مادة ٨٤٧) من القانون المدنى المصرى ، وأغلب ما تكون في المنقولات .

والمهايأة بنوعيها تخضع من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم وطرق الاثبات ، لأحكام عقد الايجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة (المادة ٨٤٨) من القانون المدنى المصرى ، وقسمة المهايأة هى قسمة مؤقتة بقصد تنظيم الانتفاع بالمال المشترك ، ولكن المشرع رأى أن المهايأة المكانية اذا استمرت مدة خمس عشر سنة وجب ان تنقلب الي قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك

٤٥ -الأصل أن أدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ، الا اذا اتفقوا على توكيل أحدهم في أن ينفرد بالادارة ، ولكن لما كان من غير الميسور أن ينعقد الاجماع في كل مسألة من مسائل الادارة ، فقد وضع القانون من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة وعدم تعطيل استغلال المال الشائع المادة (٨٢٨) من القانون المدنى المصرى ، ولا يجوز لأحد من الشركاء أن يأتى من الأعمال ما يعد خروجا بالمال المشترك عن تخصيصه ، فلا يجوز أن يدخل تعديلات جوهرية عليه حتى لو عاد هذا بالنفع على سائر الشركاء ، لان ما سبق يعد من الاعمال الخارجة عن الادارة المعتادة ، الا ان محكمة النقض المصرية قد خرجت على هذا المبدأ الذى يقضى بأنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يغير في المال المشترك أيا كانت صورة هذا التغيير فى قضاء لها ، لان هذا القضاء من محكمة النقض المصرية يتعارض مع حق مقرر للشركاء فى الاعتراض على اى عمل يقوم به أحدهم خروجا على هذا المبدأ ، الا انها عادت مرة اخرى واستقرت على هذا المبدأ الا انها اشترطت معارضة الشركاء على الشيوع والا عد ذلك موافقة منهم

٤٦ -عامل المشرع الأعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة معاملة تخالف حكم اعمال الادارة المعتادة ، وذلك لما تنطوى عليه تلك الأعمال من خطورة ، فهو لم يكتف بالأغلبية المطلقة ، بل اشترط أغلبية الشركاء المالكين

لثلاثة أرباع المال الشائع ، ثم انه ألزم الأغلبية باعلان قرارها الى الأقلية قبل القيام بهذه الاعمال ، وللشركاء الذين لم يوافقوا على هذا القرار مهلة شهرين ، فاذا أرادوا مخالفة قرار الأغلبية ، وجب عليهم أن يرجعوا الى المحكمة خلال هذه المدة ، فاذا انقضت هذه المدة دون الالتجاء الى المحكمة كانت القرارات نهائية ونافذة حتى في حق غير الموافقين

٤٧ -أعمال الحفظ للمال الشائع يجوز لكل شريك ان يقوم بها دون اشتراط موافقة سائر الشركاء ، بل حتى رغم معارضتهم ، ويدخل في أعمال الحفظ الاعمال المادية اللازمة لصيانة الشيء وحفظه ، كالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل فوات موعد جنيها ، ويدخل فيها أيضا الأعمال القانونية والاجراءات اللازمة للمحافظة على الحق نفسه كرفع دعاوى الحيازة ضد المتعرض أو المغتصب ، وكذلك قطع التقادم السارى لصالح أجنبى عن الشركاء ، والمطالبة بوضع الحدود ، وأعمال الصيانة هى من حق كل شريك ، وهو اذا قام بها كان نائبا قانونا عن باقى الشركاء بقدر حصصهم. ولذلك جاز له الرجوع على كل منهم بما صرفه كل بقدر حصته المادة (٨٣١) من القانون المدنى المصرى ، وعاليه فكل شريك ملزم أذن بتحمل نصيبه من النفقات المشتركة

٤٨ -لا يمكن تقرير حق ارتفاق علي الحصة الشائعة أو تحكيرها ، لأن الارتفاق يقتضى القيام بأعمال مادية على عقار مفرز ، و لأن الحكر يقتضى البناء أو الغراس على العين المحكرة

٤٩ -رهن الحصة الشائعة رهنا رسميا هو رهن صحيح ونافذ في حق جميع الشركاء شأنه شأن بيع الحصة الشائعة، فاذا حل أجل الدين المضمون بالرهن ولم يقم المدين الراهن بالوفاء ، كان للدائن المرتهن أن يطلب التنفيذ على الحصة الشائعة المرهونة وبيعها ، حتى ولو لم تكن القسمة قد أجريت بعد ، واذا تمت القسمة قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن يتحول نصيب الشريك الراهن من حصته شائعة الى نصيب مفرز ، وينتقل الرهن ألى الجزء الذى آل الى المدين الراهن بعد القسمة العينية ، وحيث لا يختص الشريك الراهن بحصة في الأعيان ، و انما يأخذ في مقابل نصيبه مبلغا من النقود ، فلم يرد نص في القانون لتلك الحالة ، ولم تتعرض المادة (٢/١٠٣٩) من القانون المدنى المصرى لهذا الموضوع ، أذ أن حكمها مقصور كما بينا على الحالة التى يختص فيها الشريك الراهن ببعض الأعيان التى يشملها الشيوع ، ولكن مع ذلك يجمع الفقهاء على تطبيق مبدأ الحلول على هذه الحالة أيضا، فيكون للدائن المرتهن الحق في أن يستوفي دينه من هذا المقابل بالأولوية المقررة له وفقا لدرجة رهنه

❖ (الباحث) ونرى قياس القسمة غير العينية (المالية) على حالة هلاك المرهون كما ذهب أستاذنا الدكتور / السيد عيد نايل – فى مؤلفه (أحكام الضمان العينى والشخصى والمركز القانونى للكفيل – طبعة ٢٠١٠/٢٠١١) فى انه لا داعى اطلاقا للقول بالحلول العينى فى هذا الفرض ، ذلك انه اذا كان حق الدائن المرتهن رهنا رسميا مستحق الاداء وقت

القسمة غير العينية (المالية) فانه يستوفى هذا الحق من المبلغ المترتب فى ذمة الشريك الراهن بسبب تلك القسمة غير العينية ، ويتم هذا الاستيفاء بمقتضى الرهن الرسمى ذاته وبالتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، ومن ثم لا يحل الحق الشخصى (الحق فى مبلغ النقود) محل العقار المرهون ، وإذا كان حق الدائن المرتهن غير مستحق الاداء وقت القسمة فان القسمة غير العينية للعقار المرهون تسقط أجل هذا الحق ، فيصبح مستحق الاداء تطبيقا لنص المادة (٢٧٣) من القانون المدنى المصرى ، والتى تقرر سقوط الاجل فى حالة اضعاف التأمينات ، فاذا لم يقدم المدين (الشريك) للدائن تأمينا اخر يستطيع الدائن ان يتمسك بسقوط الاجل ويستوفى حقه فورا من المبلغ المستحق للراهن بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة

٥٠ -لا يوجد ما يحول دون امكان رهن الشريك حصته الشائعة رهن حيازيا ، ويكون الرهن في هذه الحالة صحيحا ، ويمكن بوسائل متعددة تحقيق الحيازة بالنسبة للحصة الشائعة ، فيجوز أن يتفق الراهن والمرتهن وباقى الشركاء على تسليم المال الى أحد الشركاء الذى يقبل حيازة الحصة المرهونة نيابة عن المرتهن ، أي بصفته عدلا او تسليمها للمرتهن

٥١ -للشريك على الشيوع التصرف فى حصة مفرزة من المال الشائع ويختلف حكم هذا التصرف ما اذا كان قبل القسمة للمال الشائع او بعدها ، ويختلف اثر هذا التصرف سواء بين المتعاقدين وبينهما وبين باقى الشركاء على الشيوع

٥٢ -لا يستطيع أحد الشركاء على الشيوع التصرف في المال الشائع جميعه بالبيع أو الرهن مثلا . فان فعل ذلك كان تصرفه واردا على ملك الغير فيما زاد على نصيبه الشائع في المال ، فاذا صدر التصرف من جميع الشركاء في الملك كان التصرف بالطبع صحيحا و نافذا في حق الجميع ، ولكن لاغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع ان يتصرفوا فيه بالبيع كله اذا وجدت اسباب قوية لذلك ، وقد نظم القانون المدنى المصرى تلك الحالة

٥٣ -اتجهت حديثا محكمة النقض المصرية على عدم قصر حق الاسترداد للحصة المبيعة علي الشيوع الناشئ من الارث فجعلته ينبسط الى الشركة بسبب الارث وبغير سبب الارث ، الا أنها ضيقت في محل الاسترداد فقصرته على الحصة الشائعة في مجموع الملك المشترك كله لا الحصة الشائعة في عين معينة في هذا الملك ، وقصر القانون المدنى حق الاسترداد على شيئين هما (الحصه فى المنقول الشائع - والحصة الشائعة في المجموع من المال حتى لو تضمن عقارا) ، وهناك شروط واجراءات رسمها القانون لهذا الاسترداد

٥٤ -ينقضى الشيوع باتحاد المالك لجميع الأنصبة و انتهاء تعدد الملاك ، فقد يشترى احد الشريكين حصة الآخر أو يستردها ممن اشتراها استعمالا لحقه في استرداد الحصة المبيعة أو في الشفعة ، كما قد يرث أحدهما الآخر . ففى هذه الحالات ومثيلاتها يستقل أحد الشركاء بكل المال الشائع

فى نتهى الشيوع ، وقد ينتهى الشيوع أيضا بارادة الملاك اذا باعوا المال الشائع جميعا الى آجنبى عنهم حتى ى تخلصوا من الشيوع ، وأخيرا قد ينقضى الشيوع بالقسمة ، اذ يجوز لكل من الشركاء المشتاعين أن يطلب الخروج من حالة الشيوع مهما مضى من زمن على قيام هذه الحالة .

٥٥ -هناك قيود اتفاقية وقانونية ومتعلقة بطبيعة الشيوع ترد على حق طلب القسمة ، وهناك قسمة اتفاقية وقسمة فعلية وقسمة قضائية (عينية – تصفية) ، ويترتب على اعتبار القسمة مقررة للحق أن يكون لها أثر رجعى ، فتعتبر الحصة التى آلت الى المتقاسم أنها كانت ملكا خاصا له منذ بدء الشيوع ، وعلى ذلك تنفذ التصرفات التى يكون المتقاسم قد أجراها على هذه الحصة أثناء الشيوع ، وتسقط الحقوق التى رتبها غيره عليها ، وبالرغم من أن القسمة لا تعتبر ناقلة للحق بل كاشفة له ، فان المشرع قد رتب على ها التزاما متبادلا بين التقاسمين بالضمان ، والضمان كما هو معروف هو الآثار، التى تترتب على عقد البيع ، ولكن المشرع آلزم المتقاسمين بالضمان، ليكفل العدالة في القسمة وليحقق المساواة بين المتقاسمين جميعا ، وضمان المتقاسمين له شروط واحكام رسمها القانون كما اوضحنا بالبحث

٥٦ -ورجوع المتقاسم على شركائه السابقين مضمون بأمتياز المتقاسم ، لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان النأشيء من القسمة بين التقاسمين . ولذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة (وهى تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة) المادة (٣٧٧) من القانون المدنى المصرى ، وتسجيل القسمة اجراء لازم اذن للاحتجاج بها على الغير ، وهو اجراء قصد به حمايتهم ، ولذلك اذا رأى الغير أن مصلحته التمسك بالقسمة ولم تسجل ، فليس للشركاء ان يحتجوا بعدم التسجيل، واذا كانت القسمة قضائية وجب تسجيل الحكم النهائى بالقسمة أيضا طبقا لنص المادة العاشرة من قانون تنظيم الشهر العقارى.

٥٧ -الشيوع الأجبارى هو نوع من الشيوع معد لان يبقى مؤبدا حيث لا تجوز فيه القسمة ابدا ، ويختلف الشيوع الجبرى عن الشيوع المؤقت فيما اذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة معينة ، والشيوع الاجبارى قد يكون (بصفة أصلية) حيث يكون محل الشيوع أشياء مخصصة لاستعمال جماعة من الافراد كالاسرة مثلا ، وقد يكون (بصفة تبعية)اذا كان محله عقارات مخصصة لاستعمال عقارى ن أو أكثر يتميز كل منها عن الاخر ويملكها ملاك مختلفون ، يجب عدم الخلط بين الشيوع الأجبارى وبين حق الارتفاق المقرر لعقار على عقار الغير

٥٨ -وضع القانون المدنى قواعد تنظم ملكية الأسرة سواء من حيث التصرف أو الادارة، ثم انه قبل ذلك منع الشركاء من طلب القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، و يترتب على ملكية الاسرة عدم جواز التصرف في ملكية الأسرة بدون موافقة سائر الشركاء ، ولما كان المنع من التصرف يستتبع حتما عدم جواز الحجز ، ولكن الظاهر أن المشرع أجاز الحجز على نصيب الشريك في ملكية الأسرة حين أشارت المادة (٢/٨٥٣) من القانون المدنى

المصرى الى أنه يجوز أن يتملك الأجنبى حصة الشريك جبرا عنه ، وقد قررت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى أنه يجوز لدائن أحد الشركاء أن ينفذ على نصيب مدينه وأن يبيعه جبرا عنه ، وان كان لا يترتب على ذلك أن يصبح من يتملك النصيب على اثر البيع الجبرى شريكا في ملكية الأسرة الا برضائه وموافقة سائر الشركاء ، وهذه ثغرة فتحها المشرع في نطاق ملكية الأسرة ، اذ يجوز لأحد الشركاء أن يستدين وينفذ الدائن على نصيبه فى صبح شرط عدم التصرف في الحصة بدون رضاء الشركاء جميعا معدوم القيمة عملا المادة (٢٦١) من القانون المدنى المصرى ، وكان الأولى بالمشرع أن يحوط هذا النظام الذى استحدثه بضمانات جدية كفيلة بتحقيق الغايات التى حدت بالمشرع الى استحداثه، تمتاز ملكية الأسرة في ادارتها بأن أغلبية الشركاء (على أساس الأنصباء) يعينون مديرا من بينهم ، ويصح أن يكون هذا المدير واحد أو أكثر المادة (١/٨٥٤) من القانون المدنى المصرى ، ونصت المادة (٨٥٥) من القانون المدنى المصرى على أنه (فيما عدا الأحكام السابقة تطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة)

٥٩ -ملكية الطبقات هى تقسيم الدور بين ملاك متعددين يملك كل منهم احدى طبقاتها ملكية خالصة ، وتشمل ملكية الطبقات إلى جانب الملكية الخالصة المفرزة التى لكل مالك على طبقته أو شقته ، ملكية شائعة شيوعا جبريا بالنسبة للأجزاء المشتركة من الدار ، ويحق للمالك أن يحدث تعديلا في الأجزاء المشتركة ولو بدون موافقة سائر الملاك أذا توافرت شروط أربعة هى (أن يكون ذلك على نفقة الشريك الذى يستقل باحداث التعديل - أن يكون التعديل من شانه تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة - الا يغير التعديل تخصيص هذه الأجزاء - ألا يحدث ضررا بالملاك الآخرين) ، المساهمة في تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها وادراتها مفروض على جميع الملاك على فى ملكية الطبقات ، وذلك بصرف النظر عن نسبة انتفاع كل منهم بها. وتطبيقا لذلك تكون تكاليف صيانة السلم في جميع أجزائه على جميع الملاك، ويجب أن يشترك فيها حتى أصحاب الطبقات السفلى ، وكذلك الحال أيضا بالنسبة لقواعد الأرضيات، ولا يستطيع أحد الملاك أن يتخلص من المساهمة في تكاليف هذه الأجزاء بدعوى أنه لا يستفيد منها أو لا ينتفع بها فنص المادة (١/٨٥٨) من القانون المدنى المصرى صريح في هذا المعنى ، مالم يوجد اتفاق على غير ذلك

٦٠ -ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هى الطبقات أو الشقق التى يملكها مفرزة ملاك متعددون ، وهذه الملكية المفرزة ترد عليها القيود التى ترد على الملكية عموما، سواء كانت هذه القيود مقررة للصالح العام او لمصلحة خاصة ، و ترد عليها على وجه الخصوص القيود الناشئة من الجوار ، والتي قررها المشرع المصرى فى المادة(٨٠٧) من القانون المدنى المصرى ، كما أن هناك قيود واردة على كل مالك بحسب موقع وحدته من الدار نظمها القانون المدنى المصرى فى بعض مواده ، وقد وضع القانون نظام

قانونيا لادارة الدور المقسمة بملكية الطبقات كان اخرها صدور قانون اتحاد الشاغلين رقم (١١٩ لسنة ٢٠٠٨)

٦١ -الأشياء الغير المادية هي أشياء لا يدركها الحس ، وهذه الأشياء هي الافكار والاراء والمخترعات، أي هي نتاج الفكر الانساني ، وقد جرى الاصلاح على تسمية الحق القائم على الافكار ةالاراء ،والتصويرات المختلفة التي هي نتاج الآداب والعلوم والفنون بالملكية الأدبية والفنية ، أما الحق الذي يكون محله المخترعات المستحدثة، فقد اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية، ويدخل فيها أيضا الحق الذي يرد على العلامات التجارية، وقد صدر القانون رقم (٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) لحماية حق المؤلف ، وحق المؤلف هو حق مزدوج له طبيعة مالية وطبيعة ادبية ومعنوية ، كما وان حق المؤلف ينتقل الى ورثته ، وقد جاء القانون الخاص بحماية حق المؤلف بقيود عدة على هذا الحق ، وهي قيود يمليها الصالح العام ، لأن للهيئة الاجتماعية حقا في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري ، فلا يجوز أن تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق المؤلف ، و يجوز للمؤلف أن ينقل حق الاستغلال المالى المقرر له الى الغير ، وإذا وقع اعتداء على حق المؤلف فان هذا الاعتداء يجب أن يزال. كما يجب تعويض المؤلف عن جميع الأضرار التي سببها. ولذلك فان المحاكم تحكم بالتعويض للمؤلف الذى اعتدى على حقه، ثم هي تأمر أيضا بمنع تجدد الاعتداء في المستقبل، وكذلك بسحب المصنفات التي عرضت من السوق وأتلافها وهناك ايضا جزاء جنائى اذا تم هذا الاعتداء

٦٢ -صدر القانون رقم (٨٢ لسنة ٢٠٠٢) لحماية الملكية الفكرية والغى القانون رقم لقانون رقم (٥٧ لسنة ١٩٣٩) بشأن العلامات والبيانات التجارية. والقانون رقم (١٣٢ لسنة ١٩٤٩) بشأن براءات الاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية، عدا احكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيميائية المتعلقة بالاغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلية فتلغى اعتبارا من أول يناير سنة ٢٠٠٥ ، والقانون رقم (٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) بشأن حق المؤلف

٦٣ -القانون قد كفل حماية حق الملكية بوسائل متعددة، وجعل لكل وسيلة غرضا خاصا تهدف اليه وأساسا معينا تقوم عليه ، فهناك دعاوى الحيازة ، وهناك دعوى عينية هي المقررة لحماية الملكية ، وهي دعوى الاسترداد أو الاستحقاق ، ويقصد بها أسترداد المالك الشيء من يد حائزه مستندا الى حقه في ملكية هذا الشئ ، ودعوى الاستحقاق هي دعوى يرفعها شخص مطالبا الحائز لشيء برده مستندا الى أن هذا الشيء مملوك له ، يجب تمييز دعوى الاسترداد آو الاستحقاق العينية عن سواها من الدعاوى الأخرى التي تقوم على حق شخصي أو التزام التزم بمقتضاه الحائز للشيء بأن يرده الى الطرف الآخر مثل دعاوى المودع او المؤجر او المعير برد الشئ المودع او المؤجر او المعار ، وترفع دعوى الاستحقاق لاسترداد العقار والمنقول على السواء ، ولا نجد في القانون المصرى نصا يتضمن سقوط دعوى الأسترداد بمضى المدة الا نص المادة (٩٧٧) من القانون المدنى المصرى ، الذى يجيز لمالك المنقول اذا فقده أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزا له

بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، فمدة الثلاث السنوات المشترط رفع الدعوى خلالها ى ترتب على فواتها سقوط الحق فى رفع دعوى الاسترداد، ولذلك فان هذه المدة لا تحتسب من وقت حيازة المدعى عليه – اذ لسنا بصدد تقادم مكسب – وانما من وقت خروج الشىء من حيازة المالك بالسرقة أو الضياع، دعوى الاسترداد ترفع من مدعى الملكية على حائز الشىء ، وإذا أفلح المسترد في اثبات ملكيته، التزم المدعى عليه برد المال وتوابعه إذا كان الشىء موجودا وكذلك توابعه ،اما إذا هلك الشىء آو توابعه فان المدعى عليه ى لتزم بالتعوى ض عنها جميعا ،وقد يكون المدعى عليه قد أنفق مصروفات لحفظ الشئ او تحسينه فنظم القانون ماسبق كما اوضحنا بالبحث

٦٤ -قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك يمتنع تطبيقها على العقارات والمنقولات المعنوية ، وما هو ملكية عامة وايضا الطائرات والسفن لان لها احكام خاصة فى القانون ، واستثناء من هذا المنع تطبق تلك القاعدة على السندات لحاملها

٦٥ -شروط تطبيق قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، هى وجود حيازة قانونية الى جانب حائز المنقول ، فلا تكفى الحيازة الحكمية او الرمزية للمنقول

❖ (الباحث) نذهب مع جانب من الفقه فى امكان كفاية الحيازة الرمزية متى كان من شأنها تمكين صاحبها (الحائز) من السيطرة المادية على المنقول ، لان الحائز رمزيا لا يوجد ما يمنعه من السيطرة المادية على المنقول ، ولانه ايضا غالبا ما يكون بيده سند حيازته

ويلزم توافر السبب الصحيح بمفهوم تصرف قانونى صادر من غير المالك فينقل الشىء الى حيازة الحائز كما لو كان صادرا من مالكه ، ويلزم ايضا توافر حسن نية الحائز بمفهوم ان يعتقد اعتقاد راسخ انه يتلقى الحق ممن يملك التصرف فيه وهو صاحبه ، دون ان يقع الحائز فى خطأ جسيم

❖ (الباحث) نرى ان تحديد معيار الخطأ الجسيم المنسوب الى الحائز سىء النية يجب ان يحدد بمعيار موضوعى ، وليس بمعيار شخصى ، اى وفقا لعناية الشخص المعتاد الذى هو من أوسط الناس فلا هو متقد الذكاء خارق الهمة ولا هو بليد الذكاء فاتر الهمة ، او ان يكون من المفترض حتما الا يقع فى مثل ذلك الخطأ الجسيم وفقا لعناية الشخص المعتاد

٦٦ -اثار قاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك ، ان للحيازة اثر فورى مكسب للتملك فى المنقول كاصل عام ، كما ان لتلك القاعدة اثر مسقط ، وهو تحرير المنقول محل الحيازة من التكليف والقيود العينية ليصبح خاليا منها ، وهذ الاثر المسقط يجب ان يقترن بالسبب الصحيح وحسن النية التى مفهومها هنا هو جهل الحائز بخلو المنقول من القيود والتكاليف ، وينطبق ذات الامر على السبب الصحيح بمفهوم انه تصرف قانونى صدر من المالك ، ولكن كل ما هنالك انه اغفل ان يذكر فيه ما يرد على المنقول المبيع من تكاليف وقيود عينية

٦٧ -ضياع المنقول او فقده او سرقته من مالكه لايطبق الاثر الفورى لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك خروجا على الاصل العام فى ذلك ، ويتعطل تطبيق هذا الاثر الفورى المكسب لتملك المنقول ، اذا استرد المالك المنقول ، او انقضت المادة المنصوص عليها فى المادة (٩٧٧) من القانون المدنى المصرى ، ومناع تطبيق كل ما سبق ان تكون حيازة المنقول قد خرجت جبرا عن المالك

٦٨ -يتملك الحائز ثمار المنقول بتوافر عناصر الحيازة وشروطها بصفة عامة مع اقتران حسن نيته وقت قبضها ، وهناك اتجاه فى الفقه المصرى لمسايرة نهج الفقه الفرنسى بشأن تحديد معنى واسع لمفهوم حسن النية

❖ (الباحث) نرى ان ضابط تحديد معيار حسن النية يجب ان يحدد بمعيار لا يخالف الاصل العام ، وهو براءة الذمة المفترضة كأصل عام ، فتكون حسن نية الحائز مفترضة كاصل عام ، فاذا اقتران بها ضوابط (توافر السبب الصحيح والمقترن بقبض الثمار به بالمفهوم السابق ذكره) ، مع الضابط العام لحسن النية وهو(عدم علم الحائز بانه يعتدى على حق الغير أو انه يجهل ذلك دون ان يقع فى خطأ جسيم طبقا للمعيار الموضوعى فى تحديد الخطأ الجسيم كما قدمنا) ، فأن ما سبق يكون معيار منضبط وكافى لتحديد معيار حسن النية ، لان جهل الحائز بالعيوب التى بسند نقل ملكيته ، معيار خاطىء فى ضبط التوسع لمفهوم حسن النية هنا ، لان هناك نوع من الجهل غير مغتفر ، وهو الجهل بشىء كان من المفترض حتما علم الشخص المعتاد به - وفقا للمعيار الموضوعى - او كان من الواجب القانونى على الحائز ان يعلم به ، وعليه تكون مسايرة الفقه المصرى لنهج التوسع فى مفهوم حسن النية من زاوية جهل الحائز بعيوب سند نقل ملكيته للثمار كما جاء بحكم المادة (٥٥٠) من القانون المدنى الفرنسى يأتى فى رأينا فى غير محله لقصور ضابط تحديد معيار الجهل ، وقصر الجهل على العيوب التى بسند نقل ملكية الثمار للحائز ، فى حين ان مفهوم حسن النية وفقا لضوبطنا التى قدمناها واسع بالاضافة كأصل عام حسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس ان يثبته

٦٩ -يختلف حكم واثر تملك الحائز للثمار الناتجة عن المنقول بأختلاف طبيعة تلك الثمار اذا كانت طبيعية او مستحدثة او مدنية طبقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند التملك

٧٠ -اذا تخلف شرط من شروط تملك ثمار المنقول يمتنع على الحائز تملك الثمار ، كما يزول حق الحائز فى تملك الثمار اذا زال حسن النية للحائز ، واذا قام المالك بإعلان الحائز بعيوب حيازته ورفع دعوي استحقاق للعين وثمارها واستردهم

٧١ -للحائز الذي رد الثمار الي المالك لسبب موجب لذلك ان يسترد ما انفق من مصروفات في انتاج هذه الثمار من المالك

رأى الباحث

المشرع المصري وضع شروط وقواعد قانونية ملزمة لحماية الحيازة تنفيذا لمبدأ عام ، إلا وهو حماية الوضع الظاهر لاستقرار وحماية المعاملات بين الإفراد في المجتمع ، إلا أننا نرى في الواقع العملي إن قواعد وشروط الحيازة الواردة في التقنين المدني المصري قد تكون باب لبعض ضعاف النفوس من الإفراد في المجتمع لاستخدمها كوسيلة لسلب حقوق الآخرين ، الذين حالت ظروف معينة بمنعهم من مباشرة حقوقهم على الشيىء محل الحيازة ، ففي الواقع العملي مثلا وجدنا بعض محترفي بسط الحيازة بالقوة على أراضى وعقارات أفراد آخرين قد حالت ظروفهم عن متابعة مالهم من حقوق وملكيات ، وذلك ليس عن إهمال منهم في مباشرة حقوقهم أو حمايتها أو تنازل عنها ، ولكن لأمور أخرى كدواعي السفر مثلا خارج القطر المصري للبحث عن الرزق أو العمل ، فيأتي من يستولى على ما لهم من حقوق وملكيات بدعاوى وضع اليد والحيازة ، والحصول على إحكام من القضاء بثبوت وضع اليد في غيبة من أصحاب الحق ، أو استصدار قرارات من النيابة العامة بالحيازة لهم بناء على تحريات قد يجريها لصالحهم بعض أصحاب الذمم الخربة من موظفى السلطة العامة أو شهود تم استمالتهم بطريق أو بأخر ، ثم يقومون بعد ذلك بالتصرف في الشىء المحوز إلى شخص أخر بالبيع ، ويظل صاحب الحق يلهث في ساحات القضاء بين دعاوى الحق ودعاوى الحيازة في ظل نظام قضائي يتسم ببطء شديد يكاد يكون هو الظلم بعينه ، ولم يتجرأ ضعافي النفوس سألفى الذكر على العقارات و المنقولات المملوكة للإفراد بل إن الأمر قد استفحل وتعدى نطاق ما سبق إلى اغتصاب أراضى الدولة الخاصة عن طريق وضع اليد عليها بالمخالفة للقانون ، فتجرأ هؤلاء على أموال الدولة ، لذا نرى إن المشرع المصري يجب إن يتدخل وبسرعة لتعديل التقنين المدني المصري بشأن قواعد الحيازة بما يتواءم مع ما يحدث في الواقع العملي من إساءة استخدام تلك القواعد ، ونرى إن تنفيذ ما سبق لا يكون غريبا على التشريع المصري الذي فعل أمر مشابه تماما بإنشاء محاكم الأسرة المتخصصة بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٠ ، وجعل لها خبراء فنيين مثل الاخصائين الاجتماعين ، ومكاتب تسوية المنازعات الأسرية ، وجعل كل المنازعات الأسرية تنظر تحت مظلة منصة قضائية واحدة ، وجعل لها نيابة متخصصة ، وانشىء ايضا المحاكم الاقتصادية بالقانون رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨ ، وجعل لها خبراء اقتصادين مستقلين ملحقين بها ، ونرى إن حماية حقوق واموال وملكيات الإفراد في المجتمع هي أولى وأوجب أيضا ، ونرى يكون ذلك على النحو الاتى :-

١ - أنشاء نيابات مدنية متخصصة بكل محكمة جزئية تصدر قرارات ملزمة على وجه السرعة في منازعات الحيازة ، على إن يكون بها كوادر فنية متخصصة ومتدربة ، ويجوز لتلك النيابات المتخصصة انتداب قضاة تحقيق لها من القضاء المدني لمباشرة أعمال التحقيق في منازعات الحيازة ، بعيدا عن نظام التحريات والاستيفاء الذي يتم حاليا بمعرفة موظفى السلطة العامة من البوليس كأمناء الشرطة ، والصولات ، وشيخ الحارة لفساد هذا النظام

٢ -إلحاق كوادر من الخبراء الفنيين المتخصصين بتلك النيابات تمدها بالمعلومات الفنية اللازمة لعملها على إلا تتجوز مدة عمل الخبير أكثر من أسبوعين ، ويرفع تقريره إلى النيابة المدنية المختصة فور الانتهاء منه في خلال مدة زمنية قدرها ٤٨ ساعة

٣ -انشاء وحدة تنفيذ للقرارات الصادرة من النيابات المدنية المختصة لتفيذ ما عسى ان يصدر منها لقرارات الحيازة ، كل حسب الاختصاص الجغرافى لكل نيابة مدنية مختصة بنظر منازعات الحيازة ، على ان تتولى تلك الوحدة مهمة اعلان واخطار ذوى الشأن بالقرارات المراد تنفيذها دون تدخل من اصحاب المصلحة ، و إلحاق كوادر متخصصة من الشرطة لتنفيذ ما عسى ان يصدر من قرارات ملزمة من تلك النيابات المدنية في خلال ٤٨ ساعة من تاريخ صدور القرار لتنفيذ ما يصدر منها من قرارات بالقوة الجبرية

٤ -يكون التظلم من القرارات الصادرة من النيابات المدنية في خلال مدة عشرة أيام من تاريخ صدور القرار الصادر بشأن منازعة الحيازة ، وتشكل في كل محكمة ابتدائية تتبع المحكمة الجزئية التي بها تلك النيابات المتخصصة دوائر مدنية مشكلة بهيئة استئنافية برئاسة قاضى رئيس محكمة بدرجة مستشار ، ليصير التظلم من قرارات الحيازة امامها للفصل في موضوع التظلم بحكم واجب النفاذ بقوة القانون بمجرد صدوره

٥ -إنشاء قاعدة بيانات معلوماتية الكترونية تمد تلك النيابات المتخصصة بالمعلومات اللازمة من الجهات الإدارية المختصة مثل المجالس المحلية بالإحياء ومكاتب الشهر العقاري التي تدخل في الاختصاص الجغرافي لتلك النيابات ، وأدارات المرور ، وحصر جميع أملاك الدولة العامة والخاصة فى النطاق الجغرافى لكل محافظة للتسهل على عضو النيابة المدنية المختصة الحصول على المعلومات الخاصة بمنازعات الحيازة خصوصا بالنسبة للعقارات والاراضى التي تتبع الدولة لتلافى صدور قرارات بالحيازة بشأنها ، وان يكون من اختصاص تلك النيابات المدنية أحالة المخالفين للقانون إلى النيابة العامة إذا ما تضمنت المنازعة في الحيازة شق جنائي ، مع أنشاء صحيفة حالة مدنية شخصية لكل واحد من محترفي استعمال السطوة والسيطرة والبلطجة في الاستيلاء على أملاك الغير لتميزهم عن غيرهم في منازعات الحيازة المدنية ، ولامداد تلك النيابات المدنية المتخصصة بالمعلومات عنهم فى منازعات الحيازة

٦ -انشاء قاعدة بيانات معلوماتية الكترونية بكل نيابة مدنية متخصصة يدون فيها قرارات الحيازة الصادرة بشأن كل منازعة وما تم فيها سواء بالاصدار أو الالغاء او التعديل لتلك القرارات

٧ -اذا صدر حكم نهائى حائز لحجية الامر المقضى به بشأن اى دعوى من دعاوى الاستحقاق يقدمه صاحب المصلحة للنيابة المدنية المختصة بشأن منازعات الحيازة ، للعمل به وتنفيذه بمعرفة تلك النيابات المدنية المتخصصة ، ويضم الى قاعدة البيانات المعلوماتية الخاصة بها

٨ -تعميم تطبيق قانون السجل العينى رقم (١٤٢ لسنة ١٩٦٤) بنظام السجل العينى على العقارات كما هو مطبق على الاراضى الزراعية ، بأنشاء صحيفة عقارية لكل عقار سواء كان ارض او مبنى ، لكون قانون الشهر العقارى والتوثيق رقم (١١٤ لسنة ١٩٤٦) بشأن الشهر العقاري غير مسعف وغير عملى فى حماية الحيازة طبقا للواقع العملى

٩ - اخراج جميع النصوص المتعلقة بقواعد الحيازة فى القانون المدنى المصرى وتنظمها فى تقنين مستقل يسمى بقانون الحيازة ، وتعديل ما يلزم تعديله من قواعد لتتوائم مع الواقع العملى

وبذلك فى رأينا نكون قد تلافينا كثيرا من السلبيات التى تتسم بها قواعد تنظيم شروط الحيازة فى التقنين المدنى المصرى

AL-FAROUK

{{ تطبيقات قضائية للحيازة طبقا لاحكام محكمة النقض المدنى المصرية }}

الحائز سئ النية

==========

إن الحائز حسن النية يتحول عملاً بالمادة ١/٩٦٦ من هذا القانون (القانون المدنى) إلى حائز سئ النية من الوقت الذى يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على حق الغير .

(الطعن رقم ٣٤٨٥ لسنة ٧١ ق – جلسة ٢٠٠٢/١٠/٢٢)

==========

الحكم الصادر فى دعوى الحيازة

==========

الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الملك لإختلاف الموضوع فى الدعويين ، لا يغير من ذلك ما يقوله الطاعنون من أن الحكم بمنع تعرض مصلحة الأملاك لهم فى أرض النزاع قد أقام قضاءه على أساس أن هذه الأرض من الأموال الخاصة المملوكة للدولة و أن مورثهم و هم من بعده وضعوا اليد عليها مدة تزيد على الخمسين عاما قبل العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى ينص على عدم جواز تملك أملاك الدولة الخاصة أو كسب حق عينى عليها بالتقادم ذلك أن هذا القول من الحكم لم يكن للفصل فى أصل الحق و إنما للبحث فى توافر الحيازة بشروطها القانونية أو عدم توافرها ، لأن قاضى الحيازة ممنوع من التعرض للملكية و من بناء حكمه على أساس ثبوتها أو نفيها ، و كل ما يقرره فى شأنها لا يحوز أية حجية لدى المحكمة التى يعرض عليها النزاع فى أصل الحق و من ثم لا تتقيد به تلك المحكمة

(الطعن رقم ٠٧٥٠ لسنة ٤٣ مكتب فنى ٢٩ صفحة رقم ٦٦ بتاريخ ٠٣-٠١-١٩٧٨)

==========

من المقرر أن الأحكام التى تصدر فى دعاوى الحيازة بصفة عامة ليست حجة فى دعوى المطالبة بالحق لإختلاف الموضوع و السبب ، بما مفاده أن القضاء فى دعاوى الحيازة يرمى إلى تحديد مركز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر و إذ كان من المحتمل أن يقضى فى أصل الحق بما يخالف الحكم الصادر فى دعوى الحيازة و بعد تنفيذه ، فإن الحكم الصادر فى دعوى الحيازة أنما يجرى تنفيذه على مسئولية طالب التنفيذ فتترتب مسئوليته إذا ما ثبت فيما بعد بحكم نهائى من محكمة الموضوع أن الحق لم يكن فى جانبه متى كان سيء النية ، و هو يعتبر كذلك منذ إعلانه بصحيفة الدعوى الموضوعية ، لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف

بالحضور لسماع الحكم فى الدعوى المذكورة فيعتبر بمثابة إعلان له بعيوب حيازته مما يزول به حسن النية طبقا للمادة ٩٦٦ من القانون المدنى .

(الطعن رقم ٠١٢٩ لسنة ٤٧ مكتب فنى ٣٢ صفحة رقم ٣٧٧ بتاريخ ٢٨-٠١-١٩٨١)

==========

الحيازة المكسبة للملكية

==========

التقادم المكسب للملكية . م ٩٦٨ مدنى - شرطه - توافر الحيازة لدى الحائز بعنصريها المادى والمعنوى - مقتضاه القيام بأعمال مادية ظاهرة لا تحتمل الخفاء أو اللبس فى معارضة حق المالك بحيث يستطيع العلم بها - اقترانها بإكراه أو حصولها خفية أو كان بها لبس لا يكون لها أثر إلا من وقت زوال هذه العيوب م ٢/٩٤٩ مدنى احتفاظ الحيازة بالصفة التى بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على العكس

(الطعن رقم ٣١٩٥ لسنة ٦٣ ق – جلسة ٢٠٠١/٢/٨)

==========

وقوع أرض النزاع على الحدود بين أرض الطاعن والمطعون ضدهما وعدم وجود حدائد تفصل بينهما وسهولة إدخال الجار لها خفية فى حيازته - أثره - عدم صلاحيتها للتملك بالتقادم المكسب . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعن بالريع والتسليم معتدا بهذه الحيازة رغم أنها معيبة بالخفاء - خطأ .

(الطعن رقم ٣١٩٥ لسنة ٦٣ ق – جلسة ٢٠٠١/٢/٨)

==========

المفاضلة بين الحيازتين

==========

النص فى المادة ٩٥٩ من القانون المدنى على أن " الحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ " يدل على أن مناط تفضيل الحيازة متى تعادلت سندات الخصوم هى سبقها فى التاريخ سواء كان سندها سابقا على سند الحيازة الأخرى أو لاحقا له

(الطعن رقم ٥٨٨ لسنة ٧٢ ق – جلسة ٢٠٠٣/٢/٦)

==========

النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ من القانون المدنى على أن " إذا لم يكن من فقد الحيازة قد انقضت على حيازته سنة وقت فقدها ، فلا يجوز أن يسترد الحيازة إلا من شخص لا يستند إلى حيازة أحق بالتفضيل – والحيازة الأحق بالتفضيل هى الحيازة التى تقوم على سند قانونى – فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم ، كانت الحيازة الأحق هى الأسبق فى التاريخ " – يدل على أن المشرع وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى ، فإذا قامت كل من الحيازتين على سند قانونى فضلت الحيازة الأسبق فى التاريخ سواء كان سندها سابقاً على سند الحيازة الأخرى أو لاحقاً له – وإذا لم تقم أى من الحيازتين على سند قانونى فإن الحيازة الأسبق فى التاريخ هى التى تفضل – وإذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانونى ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل فضلت الحيازة التى تقوم على سند قانونى سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقة لها .

(الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٦٤ ق – جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٥)

==========

دعاوى الحيازة

==========

ليس للمحكمة المطروحة عليها دعوى الملكية والتى فصل فيها من محكمة أول درجة على هذا الأساس أن تفصل فيها على أنها دعوى وضع يد لاختلاف الدعويين اختلافا جوهريا فى أركانهما و شروطهما و لما فى ذلك من إهدار لحقوق طرفى الخصومة ، وإذن فمتى كان المدعى قد أسس دعواه على ثبوت حق الارتفاق الذى خصصه المالك الأصلى البائع لطرفى الخصومة لمصلحة أطيانه ، و كان مفهوم هذا التحديد الذى تمسك به أمام المحكمة الاستئنافية و أصر عليه فى دفاعه أنه يطالب بملكية هذا الحق ، و كان الحكم قد غير أساس الدعوى من تلقاء نفسه و عرض لها على أنها دعوى وضع يد و قضى فيها على هذا الأساس الذى ابتدعه فانه يكون قد خالف القانون لتجاوز المحكمة سلطتها على الدعوى المطروحة عليها .

(الطعن رقم ٠٢٩١ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٤٢٩ بتاريخ ٠٦-٠١-١٩٥٥)

==========

الأساس الأصلى لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية ، فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية و فحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس يستخلص منها القاضى كل ما كان متعلقا بالحيازة و صفتها و بشرط أن لايكون الرجوع إلى مستندات الملك مقصودا لتحرى الحق ، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى و المدعى عليه و قاضى الدعوى فلا يجوز للمدعى أن يجمع فى دعوى الحيازة بينها و بين المطالبة بالحق و لا يجوز للمدعى عليه أن يدفعها بالاستناد إلى الحق و لا أن يقيم القاضى حكمه على أساس ثبوت الحق أو نفيه . و إذن فإنه يكون من غير

المقبول فحص مستندات ملكية الخصوم فى دعاوى الحيازة والبت فى شأنها بالصحة أو بالتزوير لما فى ذلك من المساس بالحق وجودا و عدما .

(لطعن رقم ٠٠٢٧ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ١٢٤٥ بتاريخ ١٦-٠٦-١٩٥٥)

==========

دعوى استرداد الحيازة

==========

إن دعوى إسترداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوع هى دعوى بتحويل الحقوق و الإلتزامات فيما بين البائع والمشترى إلى ما بين البائع و المسترد ، فتزول صلة البائع بالمشترى و تحل محلها صلة البائع بالمسترد ، و يعتبر المبيع كأنه بيع مباشرة إلى المسترد ، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابله للتجزئة ويجب إختصام البائع والمشترى فيها فى كافة مراحل التقاضى بما فيها مرحلة الطعن بطريق النقض . وإذن فمتى كان الثابت بالأوراق أن المطعون عليها بوصفها مستردة قد إختصمت فى مرحلتى التقاضى الابتدائيه والاستئنافية الطاعنين بوصفهما مشتريين والبائعين لهما وصدر الحكم النهائى فى الدعوى على هذا الأساس قاضيا بأحقيتها فى إسترداد الحصتين المبيعتين مما كان يتعين معه على الطاعنين إختصام هذين البائعين فى مرحلة الطعن بطريق النقض . أما و أنهما لم يختصما فيه سوى المطعون عليها ، وذلك على الرغم مما هو ثابت بتقريره من أن مناط النعى فيه على الحكم المطعون فيه هو حق الإسترداد غير القابل للتجزئة ، ومن أن الطاعنين قرراه بعد تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد الذى تنص المادة ٨٣٣ منه على أن دعوى إسترداد الحصة المبيعة على الشيوع توجه إلى كل من البائع والمشترى ، فان الطعن يكون باطلا إذ لايتصور بحسب الوضع الذى إنتهت به الدعوى أن يكون حق الإسترداد باقيا بالنسبة إلى البائعين وغير قائم بالنسبة إلى المشترين وللمحكمة وفقا للمادة ٤٢٩ مرافعات أن تقرر من تلقاء نفسها بناء على ما تقدم ببطلان الطعن لعدم إختصام من يجب إختصامه فيه

(الطعن رقم ٠٠٤٩ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ٢٢١ بتاريخ ١٨-١٢-١٩٥٢)

==========

لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوبا باعتداء أو تعد على شخص الحائز أو غيره بل يكفى أن يثبت الحكم أن المغتصب وعماله قد استولوا على العقار ولم يقو خفير الحائز على رد اعتدائهم .

(لطعن رقم ٠١٩١ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ١٣٩٢ بتاريخ ٢٠-١٠-١٩٥٥)

==========

دعوى حق الملكية ودعوى الحيازة

المقصود بدعوى أصل الحق التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها و بين دعاوى الحيازة - هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها .

(الطعن رقم ٠٣٥٧ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٧ صفحة رقم ٥١٧ بتاريخ ١٢-٠٤-١٩٥٦)

النص فى المادة ٤٨/١ من قانون المرافعات السابق على أنه " لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق و إلا سقط إدعاؤه بالحيازة " يدل على أنه لايجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة و دعوى أصل الحق ، يستوى فى ذلك أن يطالب فى دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية ، وذلك لإعتبارات قدرها المشرع هى إستكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق ، ويبقى هذا المنع قائما ما دامت دعوى الحيازة منظورة وإلا سقط حق المدعى فى الإدعاء بالحيازة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أنه كان يتعذر على الشركة المطعون عليها الثانية [المدعية فى دعوى الحيازة] أن ترفع دعوى الملكية طوال المدة التى نظرت فيها دعوى الحيازة بسبب عدم جواز الجمع بين الدعويين مما يعتبر مانعا يوقف سريان التقادم المكسب للملكية ، عملا بحكم المادة ٣٨٢/١ من القانون المدنى ، فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون .

(الطعن رقم ٠٤٦٣ لسنة ٣٨ مكتب فنى ٢٥ صفحة رقم ١١٨٥ بتاريخ ٠٥-١١-١٩٧٤)

دعوى منع التعرض

ثبوت أن أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة وأن المطعون ضده الأول طلب شرائها من إدارة الأموال المستردة وأن المطعون ضدهما طلبا شراءها من الهيئة العامة للإصلاح الزراعى وعدم زعم أيهما أن حيازتهما لها انتزعت منهما بالقوة أو بالغصب أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس - أثره - عدم قبول دعواهما بطلب استرداد الحيازة ومنع التعرض - القضاء برد حيازتهما للأرض وبمنع تعرض الطاعنة لهما - مخالفة القانون وخطأ فى تطبيقه .

(الطعن رقم ٢٣٦٩ لسنة ٦٨ ق – جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠)

رفع دعوى منع التعرض – شرطه – توافر نية التملك لدى رافعها – لازمة – وجوب أن يكون العقار المرفوعة بشأنه مما يجوز تملكه بالتقادم – مؤداه – عدم جواز رفعها بشأن الأموال العامة أو الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة أو المؤسسات العامة أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الأوقاف الخيرية التى لا يجوز كسب أى وقف عينى عليها أو الأراضى الصحراوية التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية – أثره – التزام المحكمة بالتحقق من طبيعة الأراضى التى رفعت بشأنها الدعوى – ثبوت أنها من الأموال العمة أو الخاصة أو الأراضى الصحراوية السالف ذكرها وجوب القضاء بعدم قبول الدعوى .

القاعدة :

ينبغى لمن يستهدف حماية وضع يده بدعوى منع التعرض أن تتوافر لديه نية التملك باعتبارها ركنا أساسيا فى هذه الدعوى يميزها عن دعوى استرداد لحيازة – ولازم ذلك أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم أى ليس من الأموال العامة التى لا يصح أن تكون محلا لحق خاص ، أو من الأموال الخاصة المملوكة للدولة ، أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، أو للوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو الهيئات العامة وشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما ، أو للأوقاف الخيرية التى منع المشرع تملكها أو كسب أى حق عينى عليها بالتقادم عملا بالمادة ٩٧٠ من القانون المدنى المعدلة بالقوانين أرقام ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، ٣٩ لسنة ١٩٥٩ ، ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ما لم يثبت أن طالب الحماية كسب الحق العينى قبل نفاذها – كذلك فإن النص فى المادة الثانية والثامنة من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ بشأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة على تخويل رئيس الجمهورية سلطة تحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها ، ووضع القواعد الخاصة بهذه المناطق ، وفى المادة العاشرة من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ على حظر وضع اليد أو التعدى على تلك الأراضى ، وعلى أن يكون لوزير الدفاع سلطة إزالته بالطريق الإدارى بالنسبة للأراضى التى تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية – لازمة وجوب تحقق المحكمة من طبيعة الأرض التى رفعت بشأنها دعوى منع التعرض أو استرداد الحيازة فإذا ثبت لها أنها من الأموال العامة أو من الأموال الخاصة السالف ذكرها أو من الأراضى الصحراوية التى لا يجوز تملكها أو وضع اليد عليها – قضت بعدم قبول الدعوى ، وإذا ثبت لها أنها لا تندرج فى أى منها فصلت فى الدعوى تاركة للخصوم المنازعة فى الملك فيما بعد .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٧١ ق – جلسة ٢٠٠٣/٦/٢٤)

==========

{{ تطبيقات قضائية للملكية طبقا لقضاء النقض المدنى المصرى }}

ورود اسباب كسب الملكية على سبيل الحصر

إذا كانت أرض النزاع قد حولها النهر من مكانها ثم إنكشف عنها فى مرحلة تالية فإنها تخضع لأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ – الذى أظهر الطرح فى ظله – و الذى ينص فى المادة ١١ منه على أن أرضى طِرح النهر تكون من الأموال الخاصة و فى المادة ١٤ على أن أصحاب أكل النهر يعوضون نقدا لا عينا ، و فى المادة ١٥ على أن يقدم صاحب أكل النهر طلب التعويض إلى المحافظة الكائن فى دائرتها الأكل . و من ثم فإن أطيان النزاع إن كان نزع الملكية كأرض النهر وغير موجودة فى الطبيعة ثم فى الفترة التالية لتسجيل هذا التنبيه طرحها النهر و ظهرت ثانية على الطبيعة ، فإنه لا يحق للمدين المنفذ عليه و لا للطاعنة الصادر لها حكم مرسى المزاد إمتلاكها قانونا . لما كان ذلك ، و كانت الطاعنة لم تدع أن أرض النزاع قد تكونت من طمى جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة فتكون ملكا للملاك المتجاورين حسبما تنص على ذلك المادة ٩١٨ من القانون المدنى ، فإن الحكم المطعون فِيه إذ خلص إلى أن الطاعنة لا تملك تلك الأرض لعدم إشتمال حكم مرسى المزاد عليها مرتبا على ذلك قضاءه برفض دعواها بتثبيت الملكية ، يكون قد إلتزم صحيح القانون .

(الطعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٤٧ مكتب فنى ٣١ صفحة رقم ١٨٧٢بتاريخ ٢٦-٠٦-١٩٨٠)

أسباب كسب الملكية واردة فى القانون على سبيل الحصر و هى وفقاً للمواد ٨٧٠ و ما بعدها من القانون المدنى – الإستيلاء و الميراث و الوصية و العقد و الشفعة و التقادم المكسب فضلا عن أحكام رسو المزاد فى البيوع الجبرية و ليس من بين هذه الأسباب محاضر التسليم – بناء على حكم مرسى المزاد – سوء أكانت مسجلة أم غير مسجلة .

(الطعن رقم ١٠٧٧ لسنة ٤٧ مكتب فنى ٣١ صفحة رقم ١٨٧٢بتاريخ ٢٦-٠٦-١٩٨٠)

ماهية دعوى الملكية

إذا كانت الدعوى قد رفعت من الحكومة "المطعون ضدها " بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها بإعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة .

(الطعن رقم ٠٢١٥ لسنة ٣٣ مكتب فنى ١٨ صفحة رقم ٨٧٩ بتاريخ ٢٧-٠٤-١٩٦٧)

اثبات الملكية

تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتهما لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته و بطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . كذلك لا يكفى أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطيان المتنازع عليها ، و أنها من ذلك تكون ملكا لهما من غير بيان هذه المستندات و كيفية إفادتها هذه الملكية . و إذن فمتى كان الحكم

إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين – المطعون عليهما – للأطيان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه – الطاعن – لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطيان إلى المدعيين من آخر كان قد إشتراها فى حين أنهما ليسا من ورثته ، و لم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى و إخوته ، و لا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين – متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه .

(الطعن رقم ٠١٤٢ لسنة ١٨ مكتب فنى ٠٢ صفحة رقم ٣٤١ بتاريخ ١٥-٠٢-١٩٥١)

متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعن التى طلب فيها تثبيت ملكيته لأطيان تأسيسا على أنه تملكها بوضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية قد استند فى تقريره عجز الطاعن عن إثبات دعواه إلى جملة قرائن منها ما استخلصه من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير باذن من المحكمة وفقا للمادة ٢٢٨ من قانون المرافعات – القديم و كان الطاعن لم يوجه لدى محكمة الموضوع طعنا إلى التحقيق الذى أجراه هذا الخبير و كان مبنى ما نعاه الطاعن على الحكم أنه إذ أقام قضاءه على أقوال شهود لم تسمعهم المحكمة ولم يحلفوا يمينا أمامها عملا بالمادتين ٢١٠ ، ١٨٣ من قانون المرافعات – القديم – قد عاره بطلان جوهرى ، فإن الطعن يكون على غير أساس متعين الرفض .

(الطعن رقم ٠٠٦٠ لسنة ١٩ مكتب فنى ٠٢ صفحة رقم ٢٣٨ بتاريخ ١١-٠١-١٩٥١)

حقوق المالك

أحكام الملكية

مادة ٨٠٢ :

انه وان كانت الملكية حقاً دائما لا يسقط أبدا عن المالك ، الا ان من حق الغير كسب هذه الملكية اذا توافرت له الحيازة الصحيحة بالشرائط التي استلزمها القانون .

(نقض . جلسة ١٩٧٠/٥/١٢ . مجموعة المكتب الفني . السنة ٢١ . ص ٨٠٣)

الأصل ان لمالك الشئ وحده . في حدود القانون . حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، مراعياً في ذلك ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة عملا بالمادتين ٨٠٢ و ٨٠٦ من القانون المدني ، مما مؤداه أم يكون للمالك أن يؤجر الأماكن التي يملكها وان يطلب اخلاء المكان المؤجر اذا انتهت المدة المتفق عليه ، او قام سبب لفسخ عقد الايجار وأن يختار مستأجره ، وأن يستعمل العين في أي وجه مشروع يراه ، غير ان المشرع رأي بمناسبة أزمة الاسكان تقييد حق المؤجر في طلب الاخلاء لانتهاء المدة المتفق عليها او فسخ العقد الذي نشأ صحيحا ولم يبطل او ينفسخ بقوة القانون اثناء مدته الا للأسباب التي نص عليها في المادة ٣١ منن القانون رقم ٤٩

لسنة ١٩٧٧ الذي يحكم واقعة الدعوي لتعلقه بالنظام العام فيما أورده من نصوص آمره فتسري بأثر فوري علي آثار العقود حتي ولو كانت قد أبرمت قبل سريان القانون .

(نقض . جلسة ١٤/٥/١٩٨٠ . الطعنان ١٢١٣ /١٣٩٤ لسنة ٤٩ ق)

مادة ٨٠٣ :

ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متي كان لا يوجد اتفاق علي خلاف ذلك .

(نقض . جلسة ٣/١١/١٩٥٥ . مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية فى ٢٥ عاما . جزء ٢ . ص ٩٩٠)

اذ نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ الخاص بالمناجم والمحاجر علي ان : " يعتبر من أموال الدولة ما يوجد من مولد معدنية بالمناجم والأراضي المصرية والمياه الاقليمية ..." فقد دلت علي ان ما يعتبر ملكا للدولة هو تلك المولد المعدنية دون الأماكن التي تستخرج منها ، وله حق استعمالها والافادة منها في غير الأوجه المتعلقة باستخراج او استغلال كا يوجد بها من مواد معدنية ، وبما لا يتعارض مع ما يكون مخولا للغير من حق البحث او الكشف بها عن تلك المواد او من امتياز استغلالها ، وعلي ألا يؤدي عمل المرخص له الي الأضرار بالسطح ، فاذا نجم عن عمله أي ضرر بسطح الأرض او حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم المرخص له بتعويضه عنهما . واذ كان الاتفاق موضوع النزاع قد انصب علي مقابل اشغال السطح ، فانه يكون قد ورد علي ما يجوز التعامل فيه قانونا ، ويكون النعي علي الحكم بهذا السبب علي غير أساس .

(نقض . جلسة ٢٠/١٢/١٩٧٣ . مجموعة المكتب الفني . السنة ٢٤ . ص ١٣٣١)

مادة ٨٠٤ :

إذ كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها ، ما لم يثبت غير ذلك ، و لمالك الشىء – عملاً بالمادة ٨٠٤ من القانون المدنى – الحق فى كل ثماره و منتجاته و ملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك ، و كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الأرض موضوع النزاع أرض زراعية عليها حظيرة و آلة رى ، و تقدر قيمة آلة الرى بمبلغ ٤٠٠ جنيه ، و قد أقام المطعون عليه دعواه بطلب تثبيت ملكيته للأرض المذكورة بما عليها و كف منازعة الطاعنين له فيها ، و قد تناضل الخصوم فى ذلك ، و إذ أغفل الحكم المطعون فيه تقدير قيمة الدعوى بقيمة الأرض و ما عليها على النحو سالف البيان فيما يتعلق بنصاب الإستئناف ، و قدر قيمة الدعوى بقيمة الأرض وحدها دون ما عليها مما كان محلا للمنازعة و رتب على ذلك قضاءه بعدم جواز الإستئناف ، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٥٨٢ لسنة ٥٢ ق ، جلسة ٢/٣/١٩٨٣)

مادة ٨٠٥ :

١ ـ اذا كانت الحكومة قد استولت علي عقار جبراً علي صاحبه بدون اتباع اجراءات قانون نزع الملكية ورفع صاحب العقار دعوي يطالب بقيمته وقت رفع الدعوي ، فان الحكم بتقدير ثمن العقار بقيمته وقت الاستيلاء دون وقت رفع الدعوي يكون غير صحيح في القانون . ذلك أن استيلاء الحكومة علي العقار جبرا عن صاحبه دون اتخاذ الاجراءات لتي يوجهها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، وليس من شأنه ان ينقل بذاته ملكية العقار للغاصب . ويستتبع هذا النظر ان صاحب هذا العقار يظل محتفظاً بملكيته رغم هذا الاستيلاء ، ويكون له الحق في استرداد هذه الملكية الي ان يصدر مرسوم بنزع ملكية العقار المذكور او يستحيل رده اليه او اذا اختار هو المطالبة بالتعويض عنه . وفي الحالتين الأخيرتين يكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المتضرر من أي عمل غير مشروع ، له ان يطالبق بتعويض الضرر ، سواء في ذلك ما كان قائما وقت الغصب او ما تفاقم من ضرر بعد ذلك الي تاريخ الحكم .

(نقض ـ جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ ـ مجموعة المكتب الفني ـ السنة ٨ ـ ص ٧٨٣)

مفاد نص المادة ١٧ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع الملكية للمنفعة العامة ان السلطة التي خولها القانون للمحافظ في الاستيلاء المؤقت علي العقارات في الأحوال الطارئة او المستعجلة هي سلطة استثنائية مقيدة بقيام حالة الضرورة التي تبرر هذا الاستيلاء ، وقد ترك القانون للمحافظ تقدير قيام هذه الحالة ولو لم يصرح لخ بتفويض غيره في اصدار قرارات الاستيلاء المؤقت في الأحوال التي أجاز له فيها هذا الاستيلاء ، فلا يجوز لذلك للمحافظ أن ينيب غيره في اصدار تلك القرارات ، وأن تنص عليه المادة ١٨ من القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ من وجوب تحديد مدة الاستيلاء المؤقت علي العقارات ـ سواء كان الاستيلاء بقرار من الوزير المختص او من المحافظ ـ بحيث لا تجاوز المدة ثلاث سنوات من تاريخ الاستيلاء الفعلي ، يقتضي ان يكون قرار الاستيلاء حتي يكون بيد صاحب الشأن والعقار سند يمكن ان يعتمد عليه في مطالبة جهة الادارة باعادة العقار اليه في نهاية المدة المحددة للاستيلاء بالحالة التي كان عليها وقت الاستيلاء يؤيد هذا النظر ان القانون استوجب في حالة حصول الاستيلاء المؤقت ، بقرار من الوزير المختص ، أن ينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية ، وهذا النشر لا يكون الا اذا كان القرار مكتوبا ووجوب صدور قرار المحافظ كتابة لا يتنافي مع قيام حالة الضرورة التي تستلزم اصداره لأن اقتضاء تحرير القرار لا يؤدي الي تأخير حصول الاستيلاء ، وللملكية حرمة ، وقد نصت المادة ٨٠٥ من القانون المدني علي انه لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الأحوال التي يقررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ، ومن ثم فان القرار الصادر من رئيس مجلس المدينة بالاستيلاء علي العقار ، ولو كان قد صدر بموافقة المحافظ شفويا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده من صفته الإدارية ويسقط عنه الحصانة المقررة للقرارات الادارية ويعدو معه الاستيلاء علي العقار غصبا واعتداء ماديا تختص المحاكم القضائية بنظر طلبات التعويض عنه .

(نقض ـ جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ ـ مجموعة المكتب الفنى ـ السنة ٢٠ ـ ص ٦٦٨)

مقتضي نص المادة ١٤ من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارت للمنفعة العامة ، أن المشرع رسم اجراءات خاصة للطعن علي قرارات لجان المعارضات التي تصدرها في شا، تعويضات نزع الملكية للمنفعة العامة . وحدد ولاية المحكمة الابتدائية فجعلها مقصورة علي النظر في هذه الطعون تأسيسا علي انها ليست هيئة مختصة بتقدير التعويض ابتداء ، وانما هي هيئة تنظر في طعن في قرار اصدرته احدي اللجان المشار اليها . واذ رتب المشرع علي ذلك اعتبار الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية بتقدير التعويض حكما انتهائيا ، فان مؤدي ذلك في نطاق هذا الذي

رسمه المشرع وحدد مداه ورتبه عليه ، ان يكون الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائيى في الطعن في قرار اللجنة المطروح عليها غير قابل للاستئناف .

(نقض . جلسة ١٩٧٠/٢/٢٤ – مجموعة المكتب الفنى . السنة ٢١ . ص ٢٩٥)

دعوى الملكية

إذا كانت الدعوى قد رفعت من الحكومة " المطعون ضدها " بقصد تقرير حقها على الأرض المتنازع عليها باعتبارها من أموال الدولة العامة وأنه بذلك يكون وضع يد الطاعنين عليها غير مشروع فإن هذه الدعوى تكون دعوى ملكية لا دعوى حيازة .

(الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٣ ق ، جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

المقصود بدعوى أصل الحق التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها وبين دعاوى الحيازة – هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها .

(الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٢٢ ق ، جلسة ١٩٥٦/٤/١٢)

اثبات وضع اليد

وضع اليد المكسب للملكية بمضى المدة الطويلة من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ٠٢١ لسنة ٣١ مكتب فنى ١٦ صفحة رقم ١٠٠١بتاريخ ٠٩-١١-١٩٦٥)

النعى على الحكم بأنه أخطأ فى تطبيق القانون ، إذ هو لم يعتبر أن وجود قنطرة للصرف تتوافر فيها شروط وضع اليد القانونية من ظهور و إستمرار و هدوء و نية التملك - هـذا النعى يكون فى غير محله متى كان الحكم قد أثبت أخذا بتقرير الخبير أن هذه القنطرة قد هدمت من زمن بعيد

(الطعن رقم ٠٠٠٤ لسنة ١٩ مكتب فنى ٠٢ صفحة رقم ٢١٩ بتاريخ ٠٤-٠١-١٩٥١)

إن مجرد المنازعة القضائية لا ينفى قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة . فإذا إعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لإكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع

عليه الدعوى بإسترداد حيازة العين ثم رفع الدعوى بإستحقاقها فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٠١٤٢ لسنة ١٧ مجموعة عمر ٥ع صفحة رقم ٧٦٥ بتاريخ ١٢-٠٥-١٩٤٩)

اثر النزول عن التقادم

إستخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع و لا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الإستخلاص سائغا فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إستخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء الدفع بالتقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم فإن هذا الإستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون و لا تكون مجادلة الطاعن فى هذا الخصوص إلا جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض

(الطعن رقم ٠٢٧٩ لسنة ٢٧ مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ١١٣٤بتاريخ ١٣-١٢-١٩٦٢)

الإلتزام لا ينقضى بمجرد إكتمال مدة التقادم بل يظل إلتزاماً مدنياً واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمه ، فإذا إنقضى الإلتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه إلتزام طبيعى فى ذمة المدين . و لما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن إكتملت مدته و قبل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بإنقضاء الدين بالتقادم ، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الإلتزام مدنيا و يلزم الطاعنين بأداء الدين و لا يتخلف عنه إلتزام طبيعى .

(الطعن رقم ٠٣٤٩ لسنة ٣٩ مكتب فنى ٢٦ صفحة رقم ٤٢٩ بتاريخ ١٨-٠٢-١٩٧٥)

عدم جواز الاتفاق على مخالفة مدد التقادم

اذ تقضى المادة ٣٨٨/١ من القانون المدنى بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ، فإنه لا يجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ، ويحظر كل تعديل إتفاقى فى مدة التقادم المقررة بالقانون .

(الطعن رقم ٠٥٢٤ لسنة ٣٥ مكتب فنى ٢١ صفحة رقم ٢٢٧ بتاريخ ٠٣-٠٢-١٩٧٠)

الاجراء القاطع للتقادم

==========

المدة المنصوص عليها فى المادة العاشرة من القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ الخاص باصابات العمال هى

بطبيعتها من المواعيد التى لاتخضع لقواعد الإنقطاع المقررة للتقادم إذ يفرض القانون على ذوى الشأن إتخاذ إجراءات معينة فى خلالها و إلا سقط حقهم فيها . و إذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم قبول الدعوى التى رفعتها الطاعنة بطلب التعويض عن وفاة مورثها الذى كان يشتغل عاملا عند المطعون عليه أقام القضاء على أن الدعوى لم ترفع فى خلال الستة شهور التالية لحدوث الوفاة ، فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بمخالفة القانون لعدم تطبيقه قواعد الإنقطاع الخاصه بالتقادم .

(الطعن رقم ٠٣٢٣ لسنة ٢٠ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ٣٣٩ بتاريخ ٠٨-٠١-١٩٥٣)

==========

متى كان الحكم المطعون فيه إذ لم يعتبر الخطاب الموصى عليه المرسل من مصلحة الضرائب إلى الممول قاطعا لمدة التقادم أقام قضاءه على أن التقادم وفقا لنص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى لاينقطع إلا بالمطالبة القضائية أو بالتنبيه أو بالحجز وأن الخطاب الموصى عليه لايعتبر تنبيها بالدفع ، ذلك لأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ حددت فى المادة ٤٨ ما يعتبر تنبيها فى التشريع الضرائبى فقالت إن تسديد الضريبة بالكامل واجب من تاريخ تسليم التنبيه بصدور الورد إلى الممول على النموذج رقم ٤ ضرائب ولم تبلغ مصلحة الضرائب هذا النموذج للشركة المطعون عليها إلا بعد أن انقضت مدة العشر سنين التى لم يكن من شأن الخطاب الموصى عليه قطعها ، ولئن قررت المادة ٩٦ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن الاعلان المرسل بخطاب موصى عليه مع علم الوصول يكون له قوة الاعلان الذى يتم عادة بالطرق القانونية فان المقصود هو تسهيل مأمورية مصلحة الضرائب فى كافة إعلاناتها بهذا الطريق بدلا من إعلانها على يد محضر ولكن يجب قبل ذلك أن يستوفى هذا الاعلان شكله الذى حدده القانون ، ومادام القانون قد افترض أن التنبيه لايكون إلا بصدور الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب فان اجراء آخر لايحل محله وكل ما فى الأمر أن المادة ٩٦ أجازت إرسال هذا التنبيه بالكتاب الموصى عليه بعلم الوصول ، إذ قرر الحكم ذلك فانه لم يخالف القانون .

(الطعن رقم ٠٣٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ١٢١١بتاريخ ٢٥-٠٦-١٩٥٣)

==========

إعلان أحد نظار الوقف بصحيفة الدعوى المرفوعة من دائن الوقف بالمطالبة بدينه يقطع تقادم الدين ، لتوجيهها إلى من يملك بالإنفراد وفاء الدين عن الوقف.

(الطعن رقم ٠١٩٢ لسنة ١٧ مجموعة عمر ٥ع صفحة رقم ٧٣٩ بتاريخ ١٧-٠٣-١٩٤٩)

==========

التقادم الثلاثى

==========

متى كانت مبالغ المعاش التى استولى عليها الطاعن قد دفعت و نشأ الحق فى إستردادها فى ظل القانون المدنى الملغى واستمر هذا الحق قائما إلى تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد فإن الدعوى باستردادها لا تسقط إلا بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء هذا الحق ، أى المدتين أقصر .

(الطعن رقم ٥٣٨ لسنة ٢٥ مكتب فنى ١٢ صفحة رقم ٤٣٧ بتاريخ ٠٤-٠٥-١٩٦١)

إذ إستحدثت المادة ١٧٢/١ من القانون المدنى مدة تقادم تسقط بمقتضاها دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرر بحدوث الضرر و بالشخص المسئول عنه ، و كان النص على هذا التقادم يعد بهذه المثابة من القوانين الموضوعية المتصلة بأصل الحق ، فإنه يحكمه فيما يتعلق بسريانه من حيث الزمان عند التنازع بينه و بين قانون سابق المادة الثامنة من القانون المدنى التى تقضى بسريان مدة التقادم الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد إذا كان قد قرر مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم ما لم يكن الباقى منها أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، و ذلك دون الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون المرافعات السابق التى تقضى بعدم سريان القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .

(الطعن رقم ٠١٣٦ لسنة ٣٥ مكتب فنى ٢٠ صفحة رقم ١١٣٤بتاريخ ٢١-١٠-١٩٦٩)

التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم إستثنائى خاص بدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، فلا يسرى على الإلتزامات التى تنشأ مباشرة من القانون و إنما يسرى فى شأن تقادم هذه الإلتزامات التقادم العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٤ من القانون المدنى ما لم يوجد نص خاص يقضى بتقادم آخر .

(الطعن رقم ٠٢٦٧ لسنة ٣٥ مكتب فنى ٢٠ صفحة رقم ٩١٤ بتاريخ ١٢-٠٦-١٩٦٩)

التقادم الحولى

التقادم المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى . وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات . يقوم على قرينة الوفاء ، وهى " مظنة " رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه وهى يمين الإستيثاق وأوجب " على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا " بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ . وهو لايقتصر على دعاوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل . لايقوم على هذه المظنة ولكن على إعتبارات من المصلحة العامة هى ملاءمة إستقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل سواء ، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الإستيثاق لإختلاف العلة التى يقوم عليها ويدور معها ، وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى " هو تقادم عام ومطلق لم يقيده الشارع بأى إجراء آخر كتوجيه يمين الإستيثاق أو غيرها " فإنه لايكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٠٣٣٥ لسنة ٣١ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ١٠٢ بتاريخ ١٢-٠١-١٩٦٦)

التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى يقوم على قرينة الوفاء ، و هى " مظنة " رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه – هى يمين الإستيثاق – و أوجب " على من يتمسك بأن الحق تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا " بينما لا يقوم التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ على تلك القرينة . و إذ كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن أنكر على المطعون ضدها حقها فى فروق الأجر مما لا محل معه لإعمال حكم المادة ٣٧٨ من القانون المدنى و كان الحكم المطعون فيه قد إلتزم هذا النظر و أعمل حكم المادة ٣٧٥ من ذلك القانون ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا و يكون النعى على غير أساس .

(الطعن رقم ٠٢٧٩ لسنة ٣٨ مكتب فنى ٢٥ صفحة رقم ٩٣٥ بتاريخ ٢٥-٠٥-١٩٧٤)

النص فى المادتين ٦٩٨ ، ٣٨٣ من القانون المدنى يدل – و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة –على أن دعوى المطالبة بالتعويض عن الفصل التعسفى تسقط بإنقضاء سنة تبدأ من وقت إنتهاء العقد بإعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل ، و أن هذه المدة هى مدة تقادم يرد عليها الو قف و الإنقطاع ، و أن رفع دعوى التعويض أمام محكمة غير مختصة بقطع مدة التقادم .

(الطعن رقم ٠٦١٠ لسنة ٤٤ مكتب فنى ٣١ صفحة رقم ٦٦ بتاريخ ٠١-٠١-١٩٨٠)

التقادم الخمسى

إذا كان الحكم المطعون فيه قد اشترط لإمكان التملك بالتقادم الخمسى أن يكون واضع اليد الذى اشترى من غير مالك حسن النية وقت تلقى الحق ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون و ليس فيما أوردته المادتان ٧ و ١٢ من قانون التسجيل رقم ١٩ لسنة ١٩٢٣ مايغير من هذا النظر .

(الطعن رقم ٠٢٨٦ لسنة ٢٠ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٤٣ بتاريخ ١٥-١٠-١٩٥٣)

لا يصح اعتبار عقد القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة وفقا للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مقررة للحق لا منشئة له ، ويشترط فى السبب الصحيح أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لا تقريره .

(الطعن رقم ٠٠٥٧ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٨١٩ بتاريخ ٢٩-٠٤-١٩٥٤)

لا يجوز التمسك بكسب ملكية الحق بالتقادم الخمسى مع السبب الصحيح و حسن النية إلا إذا كان التصرف صادرا من غير مالك ، فإذا كان المتصرف إليه قد تلقى الحق من المالك فلا يجديه التمسك بهذا السبب .

(الطعن رقم ٠١٩١ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٥٤٧ بتاريخ ٢٧-٠١-١٩٥٥)

التقادم الصرفى

بناء التقادم المصرفى المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة على قرينة الوفاء مشروط بعدم وجود ما ينفى هذه القرينة ، و تقدير ما إذا كان المدين قد صدر منه ما ينقض قرينة الوفاء هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ٠٠٣٠ لسنة ٣٠ مكتب فنى ١٥ صفحة رقم ١٠٨٢بتاريخ ٢٦-١١-١٩٦٤)

متى كانت المطعون ضدها - وارثة المدين - قد تنازلت عن الدفع بالجهالة و اقتصرت على التمسك بالدفع بتقادم الدين و انتهت إلى استعدادها لحلف اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة فان - الدائنة - إذا لم تطلب توجيه اليمين فى هذه الحالة و قضت المحكمة بسقوط الديون بالتقادم فلا وجه لتعييب حكمها فى هذا الخصوص .

(الطعن رقم ٠٠٣٠ لسنة ٣٠ مكتب فنى ١٥ صفحة رقم ١٠٨٢بتاريخ ٢٦-١١-١٩٦٤)

تقدير ما ينقض قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الصرفى . هو على ما جرى به قضاء محكمة النقض من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(الطعن رقم ٠٢٢٧ لسنة ٣١ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ٦١٨ بتاريخ ٢٢-٠٣-١٩٦٦)

الدفاع بالتقادم الصرفى دفع موضوع يدفع به المدين فى الورقة التجارية مطالبة الدائن بحق تنشئة هذه الورقة ، فلا يقبل من الطاعن و هو المستفيد - و ليس المدين - أن يتمسك بهذا الدفع .

(الطعن رقم ١٦٧٥ لسنة ٥٦ مكتب فنى ٤١ صفحة رقم ٥٩٧ بتاريخ ٣٠-١٠-١٩٩٠)

التقادم الطويل

الأساس التشريعى للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد . فالقول بأن تمسك البائع بإكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه و إنتقال ملكيته إلى المشترى يعتبر تعرضاً من جانبه لا يتفق و واجب الضمان المفروض عليه قانوناً هو قول مخالف للقانون . و إذن فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه على مجرد أن ضمان البائع إستحقاق المبيع مانع له من إكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طالت

مدتِه ، و لم يبحث فى هل وضع يد البائع فى هذه الحالة إستوفى الشروط القانونية التى تجعله سببا مشروعا للتملك أو لم يستوفها ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون و تعين نقضه .

(الطعن رقم ٠١٧٥ لسنة ١٧ مكتب فنى ٠١ صفحة رقم ٦٩ بتاريخ ٠٨-١٢-١٩٤٩)

متى كان مدار النزاع هو التملك بوضع اليد وليس المفاضلة بين عقدين صادرين من بائع واحد أحدهما مسجل والآخر غير مسجل ، وكان الحكم إذ قضى بتثبيت ملكية المطعون عليهم للأطيان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على ما إستخلصه من وضع يدهم عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية ، و كان مبنى ما نعته الطاعنة على هذا الحكم من قصور أنه أغفل الرد على ما أثارته من أن عقد المطعون عليهم غير مسجل وأن الملكية لم تنتقل إليهم بل بقيت للبائع لهم حتى إنتقلت منه إليها بتسجيل عقد البيع الصادر لها منه قبل إنقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ عقد المطعون عليهم - فإن الطعن يكون على غير أساس ، ذلك أن التملك بوضع اليد هى واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكون بذاتها سببا للتملك و تسرى على الكافة .

(الطعن رقم ٠٠٠٨ لسنة ١٩ مكتب فنى ٠٢ صفحة رقم ١٣٤ بتاريخ ٠٧-١٢-١٩٥٠)

متى كان الحكم إذ قضى بتثبيت ملكية المطعون عليها إلى مقدار معين من الأطيان قد أقيم فى أساسه على تقرير الخبير الذى ندبته المحكمة لتطبيق مستندات الطرفين وبيان ما تركه مورثهما من أطيان ونصيب المطعون عليها فيها وعلى أن الطاعن قد عجز عن إثبات إدعائه بأنه كسب ملكية هذا المقدار بوضع اليد المدة الطويله المكسبة للملكية ، فإن هذه الأسباب تكفى لحمل الحكم ولا يعيبه ورود تقرير فيه . بفرض خطئه . لاتأثير له على سند ملكية المطعون عليها .

(الطعن رقم ٠٣٦٧ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ٣٤٤ بتاريخ ٠٨-٠١-١٩٥٣)

إن كل ما اشترطه القانون لكسب الملكية بوضع اليد هو ثبوت قيامه مستوفيا لشرائطة مدة خمسة عشر عاما يستوى أن تكون كلها فى وضع يد مدعى الملكية أو فى وضع يد سلفه أو بالاشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتيهما عن الخمسة عشر عاما دون حاجة لبيان مدة وضع يد كل واحد منهما و بغير حاجة الى النظر فى عقود ملكيتهم و لا يهم أن تكون هذه العقود مسجلة أم غير مسجلة رسمية أم عرفية كما لايهم ان تقدم هذه العقود الى المحكمة أول لا تقدم لسبب أو لآخر .

(الطعن رقم ٠١١٧ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ١٤٨٧بتاريخ ١٧-١١-١٩٥٥)

إنه و إن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبدا ذلك أن العقد الباطل يظل معدوما فلا ينقلب مع الزمن صحيحا و إنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة ، أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع و الدفوع لاتتقادم . فإذا كان الحكم قد إنتهى إلى بطلان سند الدين بطلانا مطلقا فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانونا و هى

عدم تقادم الدفع بهذا البطلان بغير حاجة للإشارة إلى ذلك صراحة أو للرد على ما يتمسك به الدائن فى هذا الصدد .

(الطعن رقم ٠٩٠ لسنة ٢٣ مكتب فنى ٠٨ صفحة رقم ٤٠٤ بتاريخ ١١-٠٤-١٩٥٧)

التقادم المسقط

متى كان الحكم قد استخلص بالأدلة السائغة التى أوردها أن حقيقة الدعوى هى المطالبة بالتعويضات مقابل مافات المشترى من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع و تسليم المبيع و ليست مطالبة برد وديعة و أن الحق محل الدعوى مما يخضع للتقادم المسقط شأن سائر الحقوق العادية و أن هذا التقادم قد تم فإنه يكون فى غير محله النعى على هذا الحكم بمخالفة القانون .

(الطعن رقم ٠٢٣٠ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٢٩٠ بتاريخ ١٦-١٢-١٩٥٤)

القول بأن التقادم المسقط لحق الحكومة فى المطالبة بدين الضريبة لا يبدأ إلا من وقت علم مصلحة الضرائب عن طريق الشركة المطعون عليها بالإيرادات الخاضعة للضريبة أى من وقت ورود القرارت المفروض على المطعون عليها تقديمها هذا القول مردود بأن المادة ٩ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ إذ أوجبت على كل شركة أو منشأة أن تقدم إلى مصلحة الضرائب القرارات التى تصدرها الجمعية العمومية وكذلك القرارات التى تصدر من مجلس الإدارة خاصة بتوزيع الأرباح وذلك فى ميعاد ثلاثين يوما من تاريخ صدورها لم ترفع عن عاتق مصلحة الضرائب واجب حصر الممولين وفحص حالاتهم لتقدير أرباحهم أو إيراداتهم ثم ربط الضريبة عليهم عملا بالفقرة الثالثة من المادة ١١ من القانون المذكور الأمر الذى لايمكن أن يستفاد منه أن الشارع إذ أوجب إخطار مصلحة الضرائب بقرارات توزيع الأرباح قصد أن يجعل من هذا الإخطار مبدأ لسقوط الحق فى اقتضاء الضريبة . إذ هو لايعدو أن يكون إعلاما بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة ، أما تحقق وجودها فانه كان قد تم من قبل بوضعها تحت تصرف المساهمين .

(الطعن رقم ٠٣٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ١٢١١بتاريخ ٢٥-٠٦-١٩٥٣)

لم ينسخ القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ نص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى فيما تضمنه من تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق بثلاث سنوات وإن كانت المادة الثانية من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ قد نصت على مبدأ سريان هذا التقادم وبذلك تكون مدة تقادم الحق فى إسترداد هذه الضرائب والرسوم باقية على أصلها ولم يعدلها القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ .

(الطعن رقم ٠٠٩٢ لسنة ٣٢ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ٦٠٧ بتاريخ ١٧-٠٣-١٩٦٦)

إذا قضى الحكم المطعون فيه قبل الوزارة الطاعنة بريع الأرض التى إستولت عليها دون إتباع الإجراءات التى يوجبها قانون نزع الملكية فإن الوزارة فى هذه الحالة فى حكم الحائز سىء النية

ولا يسقط الريع المستحق فى ذمتها إلا بإنقضاء خمس عشرة سنة طبقاً لما تنص عليه المادة ٣٧٥/٢ من القانون المدنى القائم التى قننت ما كان مستقرا عليه وجرى به قضاء هذه المحكمة فى ظل التقنين الملغى وذلك على أساس أن إلتزام الحائز سىء النية برد الثمرات لا يعتبر من قبيل الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بمضى خمس سنوات .

(الطعن رقم ٠٣٥١ لسنة ٣٢ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ١٩٤٣بتاريخ ١٥-١٢-١٩٦٦)

حدد المشرع فى المادة ٣٧٦ من القانون المدنى مدة تقادم حقوق أصحاب المهن الحرة و منهم المحامون بخمس سنوات ، ثم نص فى المادة ٣٧٩ على أن يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المشار إليها من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم و لو إستمروا يؤدون تقدمات أخرى ، و علة ذلك على ما جاء بالأعمال التحضيرية أن الديون التى يرد عليها التقادم المذكور تترتب فى الغالب على عقود تقتضى نشاطا مستمرا أو متجددا ، يجعل كل دين منها قائما بذاته رغم إستمرار نشاط الدائن و تجدده ، فيسقط بإنقضاء مدة التقادم متى إكتملت ذاتيته ، و أصبح مستحق الأداء ، و ذلك ما لم يثبت قيام إرتباط بينها يجعلها كلا غير قابل للتجزئة . و إذ كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بالأسباب السائغة التى أوردها ، و التى ليست محل نعى من الطاعن إلى أن القضايا التى باشرها الطاعن لصالح الوقف لا يمكن أن تعتبر كلا لا يقبل التجزئة ، و أن الأتعاب المستحقة من كل منها تعتبر دينا قائما بذاته ، يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات من تاريخ إنتهاء العمل فى كل منها على حدة و كان ما أورده الحكم فى هذا الصدد يتضمن الرد المسقط لدفاع الطاعن بخصوص قيام المانع الأدبى فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(الطعن رقم ٠٣٤٣ لسنة ٣٧ مكتب فنى ٢٤ صفحة رقم ٩٨٨ بتاريخ ٢٨-٠٦-١٩٧٣)

التقادم المكسب

جرى قضاء هذه المحكمة بأن وضع اليد على عقار مبيع على الشيوع يصلح لأن يكون سبباً لكسب الملكية متى توافرت شروطه . و إذن فمتى كان الطاعن ينعى بالقصور على الحكم المطعون فيه لعدم رده على ما دفع به من أنه لايحق لمورث الفريق الثانى من المطعون عليهم أن يكسب الملكية بالتقادم الخمسى لأن البيع الصادر له كان على الشيوع ، و كان يبين من الحكم أنه إعتمد فى قضائه على أن مورث الفريق الثانى من المطعون عليهم وضع يده مدة خمس سنوات على الأطيان محل النزاع و أن الطاعن لم يدع وضع يده عليها و إنما سلم بوضع يد خصمه ، فيكون الحكم قد أثبت وضع اليد المؤدى إلى كسب الملكية ، و فى هذا الرد الضمنى الكافى على نعى الطاعن فى هذا الخصوص .

(الطعن رقم ٠١٤٤ لسنة ٢٠ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ١٠٩ بتاريخ ٢٠-١١-١٩٥٢)

لا فرق فى حكم المادة ٨٤ من القانون المدنى القديم بين نوعى التقادم المكسب للملكية سواء أكان بمضى خمس سنوات أو بمضى مدة أطول بل يسرى على التقادم المكسب اطلاقا .

(الطعن رقم ٠١١٩ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٩٣٦ بتاريخ ١٠-٠٦-١٩٥٤)

قيام واضع اليد بطريق النيابة عن غيره بهدم المبانى المقامة فى العين و إقامتها من جديد لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب وضع يده ومجابهة للمالك بالسبب الجديد ، و لا يترتب على وضع اليد كسب الحائز بتلك الصفة ملكية العقار بالتقادم مهما طال الزمن .

(الطعن رقم ٠٣٢٧ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٨٧١ بتاريخ ٣١-٠٣-١٩٥٥)

يجوز للوقف أن يتمسك بالتقادم المكسب شأنه فى ذلك شأن الأفراد ، ذلك أن الحكمة التى أقيم عليها هذا التقادم فى القانون المدنى هى أن الملك و إن كان لا يزول عن صاحبه بعدم وضع يده عليه مهما طال الترك إلا أن وضع اليد المستوفى للشروط القانونية يعتبر قرينة على شرعية الملك ، و هى قرينة قانونية بسيطة يصح دحضها و لكن إذا تطاول عليها الزمن المدة التى حددها القانون ارتفعت إلى مصاف القرائن القاطعة التى لا تقبل نقضا .

(الطعن رقم ٠٤٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٧٩٦ بتاريخ ١٠-٠٣-١٩٥٥)

للوقف أن يضم إلى مدة وضع يده مدة وضع يد سلفه.

(الطعن رقم ٠٤٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٧٩٦ بتاريخ ١٠-٠٣-١٩٥٥)

القضاء بالملك لواضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يحتاج إلى استظهار السبب المشروع الذى يستند إليه فى وضع يده .

(الطعن رقم ٠٤٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٧٩٦ بتاريخ ١٠-٠٣-١٩٥٥)

التملك بالتقادم

الحائز العرضى كالدائن المرتهن وإن كان لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته ، إما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك ، إلا أن هذه القاعدة لا تسرى فى حق خلفه الخاص كالمشترى من الدائن المرتهن ، لأنه فى هذه الحالة إنما يبدأ حيازة جديدة تختلف عن الحيازة العرضية التى كانت للبائع له

(الطعن رقم ٠٤٥١ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٥٤٢ بتاريخ ١٨-٠٢-١٩٥٤)

ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين إذا إستطاع أن يحوز هذه الحصة حيازة تقوم على معارضة حق المالك لها على

نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض و الخفاء أو مظنة التسامح و إستمرت هذه الحيازة دون إنقطاع خمس عشرة سنة .

(الطعن رقم ٠٣٣٢ لسنة ٣٤ مكتب فنى ١٩ صفحة رقم ٥٨٠ بتاريخ ٢١-٠٣-١٩٦٨)

ليس فى القانون - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما يحرم على الوارث أن يتملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة ، إذ هو فى ذلك كأى شخص أجنبى عن التركة يتملك بالتقادم ، متى إستوفى وضع يده الشرائط الواردة فى القانون

(الطعن رقم ٠٣٢٨ لسنة ٣٦ مكتب فنى ٢٢ صفحة رقم ٢٨٢ بتاريخ ١١-٠٣-١٩٧١)

الحائز العرضى لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير ، و إما بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك .

(الطعن رقم ٠٣٨٤ لسنة ٣٧ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ١٤٥٠بتاريخ ٢١-١٢-١٩٧٢)

الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها ، فإن مجرد إقامتها لا يعتبر بذاته تغييرا لسبب الحيازة و معارضة لحق المالك بسبب جديد ، بل إن القانون يرتب للمالك الحق فى أن يطلب إستبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها فى ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها .

(الطعن رقم ٠٣٨٤ لسنة ٣٧ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ١٤٥٠بتاريخ ٢١-١٢-١٩٧٢)

إنتقال الحيازة بالميراث لا يمكن إعتباره مغيراً للسبب ، لأن الحيازة تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذى يخلف مورثه فى إلتزامه بالرد بعد إنتهاء السبب الوقتى لحيازته العرضية ، و لا يكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن و لو كان يجهل أصلها أو سببها . ما لم تصحب هذه الحيازة مجابهة صريحة ظاهرة .

(الطعن رقم ٠٣٨٤ لسنة ٣٧ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ١٤٥٠بتاريخ ٢١-١٢-١٩٧٢)

متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إستخلص من إقرار مورث الطاعنين بمحضر الصلح أو التعهد اللاحق بتنفيذه أنه كان حائزا لأطيان النزاع بطريق النيابة عن أصحابها ، و هى صفة تحول دون إكتساب الملك بالتقادم . و كانت الحيازة لا تتغير صفتها بالإنتقال إلى الخلف العام ، أو بإقامة منشآت لا تصاحبها مجابهة صريحة ظاهرة فى معارضة حق الأصيل فى الملك ، فإن الحكم إذ قضى برفض الدعوى بإكتساب الملك بالتقادم ، و لم يتعرض لما أورده الخبير فى تقريره عن طول مدة الحيازة ، و إقامة المنشآت فى الأطيان محل النزاع ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٠٣٨٤ لسنة ٣٧ مكتب فنى ٢٣ صفحة رقم ١٤٥٠بتاريخ ٢١-١٢-١٩٧٢)

التملك بوضع اليد

لايغير ذلك أن يكون وضع يد المشترى وفاء على العقار المتنازع عليه كان بموجب محضر تسليم نفاذا لحكم صادر فى الدعوى التى رفعها والقاضى بفسخ عقد الايجار الصادر منه إلى البائع والتسليم ، متى كان أساس هذا الحكم هو عقد الايجار المبنى على عقد البيع الوفائى الذى قضى ببطلانه . ومن ثم فانه يكون غير صحيح فى القانون ماقررته المحكمة من أن المشترى وفاء جابه البائع بنية التملك فى الدعوى المشار إليها كما يكون وضع يد المشترى على العقار موضوع الدعوى غير مقترن منذ بدايته بنيه التملك و إنما هو وضع يد عارض بسبب الرهن و لا يكسبه الملكية مهما طال الزمن وفقا للمادة ٧٩ من القانون المدنى القديم و يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض طلب البائع تسليم العين موضوع الدعوى قد أخطأ فى تطبيق القانون و يتعين نقضه .

(الطعن رقم ٠١٧٦ لسنة ٢٠ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ٦ بتاريخ ١٦-١٠-١٩٥٢)

لا يجوز الاعتداد فى اثبات وضع اليد بالحكم الصادر من محكمة الاشكال فى هذا الصدد ، ذلك لأن هذا القضاء بوصفه قضاء مستعجلا لا يتعرض للملكية و ليس من حقه الا أن يتحسسها بالقدر اللازم للفصل فى الطلب الوقتى المستعجل الذى يطلب منه و يقضى فيه بما لا يمس الموضوع .

(الطعن رقم ٠١١٧ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ١٤٨٧بتاريخ ١٧-١١-١٩٥٥)

تأجير ناظر الوقف للأطيان المملوكة للوقف هو عمل من الأعمال القانونية و هو لا يكفى لتوافر الركن المادى لحيازة الجزء المتنازع عليه من هذه الأطيان بل يجب لتوافره وضع اليد الفعلى على هذا الجزء . فإذا كان الثابت من تقرير الخبير على ما جاء بأسباب الحكم أن شخصا آخر غير مستأجر تلك الأطيان هو واضع اليد ماديا على الجزء المتنازع عليه و أنه لم يكن يدفع عنه إيجارا لناظر الوقف و لا للمستأجر منه فإن القول بأن ناظر الوقف كان يضع يده على هذا الجزء لمجرد أنه يدخل فيما كان يؤجره للغير دون الثبت من وضع اليد الفعلى هو إستدلال غير سائغ قانونا إذ العبرة بوضع اليد الفعلى لا بمجرد تصرف قانونى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة .

(الطعن رقم ٠٨٩ لسنة ٢٣ مكتب فنى ٠٨ صفحة رقم ٢٢٥ بتاريخ ١٤-٠٣-١٩٥٧)

متى كانت محكمة الموضوع قد أوضحت فى أسباب حكمها أنه لم تكن لمدعى الحيازة و لا لمورثه حيازة مقترنة بنية التملك مستندة فيما استندت إليه إلى أن المورث كان يستأجر أرض النزاع فإن فى هذا ما يعتبر ردا ضمنيا على ما يتمسك به مدعى الحيازة من تملكه تلك الأرض بالتقادم الطويل و بالتقادم القصير مع السبب الصحيح و حسن النية .

(الطعن رقم ٠١٢٨ لسنة ٢٤ مكتب فنى ٠٩ صفحة رقم ٦٢٠ بتاريخ ٢٤-٠٦-١٩٥٨)

لا شأن لنصوص الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ الخاص بتقرير الشروط التى تعطى بموجبها الأراضى غير المنزرعة ـ التى تعتبر ملكا للدولة ـ و المادتين ٨ و ٥٧ من التقنين المدنى الملغى بإمكان تملك هذه الأراضى بالتقادم إذا إقتصرت نصوص الأمر العالى سالف الذكر على بيان الشروط التى تعطى بها الحكومة تلك الأراضى لمن يستصلحونها حتى تنتفع الدولة بما تفرضه عليها من الضريبة من بعد ، فهى إنما تنظم حالة نقل ملكية تلك الأراضى من الدولة إلى الأفراد بطريق التعاقد ، و أما المادة ٥٧ من القانون المدنى القديم التى تنص على أنه لا يجوز وضع اليد على الأراضى الغير منزرعة المملوكة شرعا " للميرى" إلا بإذن الحكومة فإنها لا تعنى بوضع اليد سوى وضع اليد المجرد عن المدة و المعروف فى إصطلاح القانون بالإستيلاء الذى يترتب عليه التملك الفورى و ليس وضع اليد المملك بمضى المدة . و يؤكد هذا النظر أولا ـ أن المشرع فى القانون المدنى القديم أورد ضمن أسباب كسب الملكية وضع اليد ، و مضى المدة الطويلة بإعتبار كلا منهما سببا مستقلا عن الآخر وأن لكل منهما أحكاما خاصة و قد وردت فى المادة ٥٧ سالفة الذكر ضمن أحكام الباب الخاص بالتملك بوضع اليد . ثانيا ـ أن إقتضاء الحصول على إذن الحكومة فى حالة التملك بالتقادم ـ كما يشترط الأمر العالى فى وضع اليد ـ إنما يتعارض مع ما يوجبه القانون على من يريد التملك بهذا السبب من أن يظهر بمظهر المالك طوال المدة التى يتطلبها القانون لوضع يده ، و من ثم فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على توافر الشروط القانونية فى وضع يد المطعون عليه و سلفه مما تجعله بذاته سببا للتملك فلا تثريب على الحكم إن لم يستظهر الشروط التى يتطلبها الأمر العالى سالف الذكر أو تتطلبها المادتان ٨ و ٥٧ من القانون المدنى القديم

(الطعن رقم ٠١٢٢ لسنة ٢٧ مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ٩٨١ بتاريخ ٠٨-١١-١٩٦٢)

الحيازة فى المنقول

لما كانت الحيازة فى المنقول دليلا على الملكية فان ثمة قرينة قانونية تقوم لمصلحة الحائز من مجرد حيازته للمنقول على وجود السبب الصحيح و حسن النية إلا إذا ثبت عكس ذلك . و إذن فمتى كان الثابت أن المنقولات المتنازع عليها كانت فى حيازة زوجة الطاعن قبل وفاتها عن طريق الوهبة و ظلت فى منزل الزوجية إلى أن وقع عليها الحجز من المطعون عليه الأول ، و كانا لحم المطعون فيه إذ قضى بعدم أحقية الطاعن فى نصيبه فى هذه المنقولات أقام قضاءه على أنها مملوكة للمطعون عليه الأول لأنه شرط الاحتفاظ بملكيتها حتى يوفى إليه ثمنها كاملا وأن له أن يستردها تحت يد كائن من كان دون أن يعتد بقرينة الحيازة التى ثبت توافرها لمورثة الطاعن قبل وفاتها فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٠٠٥٦ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٤٨٢ بتاريخ ٠٤-٠٢-١٩٥٤)

متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما قرره من ثبوت قيام عقد بين الطاعنة والمطعون ضده الأول " مستغل الكتاب " بصفته الشخصية لابصفته نائبا عن المطعون ضده الثانى " المؤلف" من مقتضاه إلزام الطاعنة بتوزيع نسخ الكتاب الذى تسلمته من المطعون ضده الأول وأن ترد إليه ما تبقى منه بغير توزيع وكان الظاهر أن مقصود الحكم من إستناده إلى قاعدة الحيازة

فى المنقول سند الملكية هو أن المطعون ضده الأول كان حائزاً لنسخ الكتاب المطبوعة بإعتبارها منقولاً ماديا يجوز حيازته لاحيازة حق المؤلف عليها فإن الحكم لايكون قد حالف القانون .

(الطعن رقم ٠٣٥٦ لسنة ٣٢ مكتب فنى ١٧ صفحة رقم ١١١٤بتاريخ ١٢-٠٥-١٩٦٦)

بيع المحل التجارى بمحتوياته و مقوماته بما فى ذلك حق الإيجار يعتبر بيع منقول و تسرى فى شأنه الماده ٩٧٦/١ من التقنين المدنى التى تنص على أن من حاز منقولاً بسبب صحيح و توافرت لديه حسن النية وقت حيازته يصبح مالكا له.

(الطعن رقم ١٤٢٤ لسنة ٤٧ مكتب فنى ٣٠ صفحة رقم ٤٨٢ بتاريخ ٠٥-٠٢-١٩٧٩)

المقرر بحكم المادتين ٢٠٤ و ٩٣٢ من القانون المدنى أن ملكية المنقول المعين بذاته تنتقل إلى المشترى بمجرد التعاقد و دون توقف على تسليمه إليه ، مما مؤداه و على نحو ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٩٣٢ أنه إذا قام بائع هذا المنقول بعد ذلك ببيعه مرة أخرى إلى مشتر ثان فإن الملكية تبقى مع هذا للمشترى الأول إلا أن يكون البائع قد قام بتسليم المنقول إلى المشترى الثانى ، و كان هذا الأخير حسن النية و لا يعلم بسبق التصرف فى المنقول إلى المشترى الأول ، فإن الملكية تنتقل فى هذه الحالة إلى المشترى الثانى لا عن طريق العقد بل عن طريق الحيازة و هى فى المنقول سند ملكية الحائز ، لما كان ذلك ، و كان الثابت بالعقد موضوع التداعى أن المطعون عليه الثانى باع المنقولات المبينة إلى المطعون عليه الأول على أن يتم تسليمها إليه عند دفع باقى الثمن فى موعد غايته ١/٤/١٩٧٦ و كان الثابت بالعقد الصادر من المطعون عليه الثانى ذاته إلى الطاعنة بتاريخ ٢٨/١/١٩٧٦ أنه باع إليها المنقولات عينها و أقر بقبض ثمنها و قام بتسليمها إليها ، و إذ خلت الأوراق مما يدل على علم الطاعنة بالتصرف السابق الحاصل للمطعون عليه الأول ، فإنها تكون قد إكتسبت ملكية هذه المنقولات عن طريق الحيازة المقترنة بحسن النية .

(الطعن رقم ٠٢٩٣ لسنة ٤٩ مكتب فنى ٣١ صفحة رقم ١٠٩٣بتاريخ ١٢-٠٤-١٩٨٠)

إذ كانت ملكية المنقول تنتقل إلى المشترى بمجرد تمام البيع و كان بيع ثمار الحدائق واقع على منقول مآلا و كان من آثار عقد الإيجار إستحقاق المستأجر لمنفعة العين المؤجرة - فيمتلك الثمرات خلال مدة العقد .

(الطعن رقم ٠٤٣٦ لسنة ٤٨ مكتب فنى ٣٢ صفحة رقم ٢٢٤٦بتاريخ ٠٨-١٢-١٩٨١)

الدفع بالتقادم

التقادم فى الضرائب و الرسوم لا يقوم على قرينه الوفاء و إنما يقوم على عدمإرهاق المدين و إثقال كاهله بتراكم الديون عليه ، و إذن فليس فى القانون ما يمنع من التمسك بتقادم الرسوم المطالب بها رغم المنازعه فى الإلتزام بها و لامتناع عن دفعها .

(الطعن رقم ٠١١١ لسنة ٢٥ مكتب فنى ١٠ صفحة رقم ٧٢٢ بتاريخ ٠٣-١٢-١٩٥٩)

الدفع بالتقادم لايتعلق بالنظام العام و ينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام . و لا يغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه و أحكامه .

(الطعن رقم ٠٥٣١ لسنة ٢٦ مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ٧٠٦ بتاريخ ٢٤-٠٥-١٩٦٢)

مفاد نصوص المواد ٣٧٤ و ٣٧٥ و ٣٧٧ من القانون المدنى التى بينت مدد التقادم و مبدأ سريانه و أسباب الوقف و الإنقطاع ، إن القانون المدنى ـ فى خصوم التقادم ـ لم يجتزىء فيما بينه من حالات التقادم بحالات خاصة بالأفراد بل تناول حالات أخرى تعتبر من روابط القانون العام كما هو الحال فى المرتبات و المهايا و الأجور و المعاشات المستحقة للموظفين و الضرائب و الرسوم ، و من ثم فإن الأصل أن ديون الدولة قبل الغير و ديون الغير قبل الدولة تخضع لقواعد التقادم الواردة فى القانون المدنى ما لم يوجد تشريع خاص يقضى بغير ذلك . و لما كانت المادة ٣٨٧ من القانون المدنى بما تنص عليه من أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به من كل ذى مصلحة ، قد أتت بحكم عام و دلت على أن التقادم لا يعتبر متعلقا بالنظام العام و كان لم يصدر تشريع على خلاف هذا الأصل فإن الطاعنة [وزارة المالية] إذ لم تتمسك بالتقادم أمام محكمة الموضوع فلا يصح لها - سواء كان تكييف المبلغ المطالب به بأنه تعويض أو مرتب - أن تتمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٠٠٢٥ لسنة ٢٧ مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ١٠٧٨بتاريخ ٢٩-١١-١٩٦٢)

متى تمسك الطاعن - فى إعتراضه على قائمة شروط البيع - أمام المحكمة الإبتدائية بسقوط الدين بالتقادم فإن ذلك مما يدخل الفوائد فى عموم إعتراضه بإعتبارها من ملحقات الدين وبالتالى ينتقل النزاع بشأن سقوطها بالتقادم إلى محكمة الإستئناف .

(الطعن رقم ٠٠٠٢ لسنة ٣٠ مكتب فنى ١٦ صفحة رقم ١١٥٢بتاريخ ٣٠-١١-١٩٦٥)

الفرق بين دعاوى الملكية و دعاوى الحيازة

المقصود بدعوى أصل الحق التى نص فى المادة ٤٨ من قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بينها و بين دعاوى الحيازة - هو دعوى الملكية أو أى حق آخر متفرع منها .

(الطعن رقم ٠٣٥٧ لسنة ٢٢ مكتب فنى ٠٧ صفحة رقم ٥١٧ بتاريخ ١٢-٠٤-١٩٥٦)

النص فى المادة ٤٨/١ من قانون المرافعات السابق على أنه " لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق و إلا سقط إدعاؤه بالحيازة " يدل على أنه لايجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة و دعوى أصل الحق ، يستوى فى ذلك أن يطالب فى دعوى الحيازة ذاتها بموضوع الحق أو أن يرفع دعوى الحيازة مستقلة عن دعوى الملكية ، وذلك لإعتبارات قدرها المشرع هى إستكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق ، ويبقى هذا المنع قائما ما دامت دعوى الحيازة منظورة وإلا سقط حق المدعى فى الإدعاء بالحيازة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أنه كان يتعذر على الشركة المطعون عليها الثانية [المدعية فى دعوى الحيازة] أن ترفع دعوى الملكية طوال المدة التى نظرت فيها دعوى الحيازة بسببٍ عدم جواز الجمع بين الدعويين مما يعتبر مانعا يوقف سريان التقادم المكسب للملكية ، عملا بحكم المادة ٣٨٢/١ من القانون المدنى ، فإنه يكون قد إلتزم صحيح القانون .

(الطعن رقم ٠٤٦٣ لسنة ٣٨ مكتب فنى ٢٥ صفحة رقم ١١٨٥بتاريخ ٠٥-١١-١٩٧٤)

من المقرر وفقاً لصريح الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون الإثبات أنه لا يجوز أن يجمع المدعى فى دعوى الحيازة بينها و بين المطالبة بالحق و إلا سقط إدعاؤه بالحيازة ، و هذا السقوط مرده أن إلتجاء المدعى لرفع الدعوى بأصل الحق حين يقع إعتداء على حيازته يعد تسليما ضمنيا بحيازة خصمه و تنازلا عن الحماية التى قررها القانون لها بما يستتبع أن يكون هذا السقوط مترتبا على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق و لو أعقبه ترك الخصومة فيها ، ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع من بعد رفع دعوى أصل الحق فحينئذ يجوز للحائز أن يرفع دعوى الحيازة مع قيام الدعوى بأصل الحق .

(الطعن رقم ٠١٦١ لسنة ٤٩ مكتب فنى ٣٣ صفحة رقم ١١٠٨بتاريخ ٠٢-١٢-١٩٨٢)

بدء سريان مدة التقادم

يبدأ ميعاد تقادم دعوى مسئولية أمين النقل وفقا لنص المادة ١٠٤ من قانون التجارة من اليوم الذى كان يجب أن يتم فيه النقل .

(الطعن رقم ٠١٢٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٥ صفحة رقم ٤٠٢ بتاريخ ٠٧-٠١-١٩٥٤)

لما كانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تنص على أنه "" يسقط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات "" وقد عدلت مدة السقوط إلى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ١٩٣٨ ، ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧. وكان لم يرد فى هذا النص تحديد لمبدأ مدة سقوط الحق فى المطالبة بدين الضريبة فانه يتعين . وفقا للأحكام العامة للقانون . أن لا تبتدىء مدة سقوط الحق فى المطالبة بهذا الدين إلا من تاريخ وجوبه فى ذمة المدين . فاذا كان وجوبه مؤجلا أو معلقا على شرط فميعاد سقوطه بالتقادم إنما يبدأ من يوم حلول الأجل أو تحقق الشرط . ولما كان الممول لايعتبر مدينا للخزانة العامة إلا من اللحظة التى تتولد فيها الواقعة المنشئة لها إذ من هذه اللحظة تشتغل بها ذمته

ويجوز مطالبته بها قضاءا ، و كانت الواقعة المنشئة للضريبة تولد مع ميلاد الايراد الخاضع لها و هى فى خصوص الضريبة على ايرادات القيم المنقولة ، وضع الإيراد تحت تصرف صاحب الشأن إذ وضع الربح المحمل بالضريبة تحت تصرف الممول هو وحده الذى يجعل الدين واجبا فى ذمته ومستحق الأداء للخزانة العامة ، و لا عبرة فى هذا المقام بالتواريخ التى تصدر فيها قرارات التوزيع إذا لم يقترن بها وضع الإيراد تحت تصرف صاحبه ، و كذلك لا عبرة بالتاريخ الذى يتم فيه قبض ذلك الإيراد فعلا إذا لم يطابق تاريخ وضعه تحت تصرفه . لأنه فى الحالة الأولى لا يكون الإيراد فى متناول صاحبه وفى الحالة الثانية يكون الإيراد فى متناول صاحبه من يوم وضعه تحت تصرفه ، ولا عبرة بتاريخ قبضه فعلا ، لما كان ذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه من أن الضريبة المتنازع فيها تستحق من تاريخ قرار الجمعية العمومية للشركة المطعون عليها بتوزيع حصص الأرباح للمساهمين وإن كان صحيحا فيما يختص بالمبلغ الذى قررت الجمعيه العمومية توزيعه من تاريخ هذا القرار إلا أنه مخالف للقانون فيما يختص بالمبلغ الذى قررت الجمعية العمومية توزيعه على المساهمين ابتداء من تاريخ لاحق وهو التاريخ الذى يعتبر فيه هذا المبلغ موضوعا تحت تصرف المساهمين مما كان يتعين معه على المحكمة أن تجعله مبدأ لميعاد التقادم المسقط لحق المطالبة ومن ثم يتعين نقض الحكم فى هذا الخصوص .

(الطعن رقم ٠٣٠٥ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ١٢١١بتاريخ ٢٥-٠٦-١٩٥٣)

التقادم المسقط لحق الممول فى المطالبة برد المبالغ التى حصلتها منه مصلحة الضرائب بغير حق وفقا لنص المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ لا يبدأ إلا من تاريخ إعلانه بالضريبة التى ربطت عليه إذ من هذا التاريخ فقط يتحقق علمه بمبلغ الضريبة الواجب عليه أداؤها و مقدار ما أخذ منه بغير حق .

(الطعن رقم ٠٤٠٩ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ١٢٣٦بتاريخ ٢٥-٠٦-١٩٥٣)

إن مدة سقوط الحق فى المطالبة بالدين تبدأ من تاريخ وجوب أدائه على المدين و إذا كان وجوبه مؤجلا أو معلقا على شرط فسقوطه بالتقادم تبدأ مدته عند حلول الأجل أو تحقيق الشرط ، فدين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر و ضامنيه فى تاريخ إنتهاء العقد تبدأ مدة التقادم بالنسبة له من اليوم التالى لذلك التاريخ . و لا يؤثر فى هذا تعطل المؤجر " وزارة الأوقاف " الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكنا من المطالبة بالدين لعدم معرفته حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة منعته عن المطالبة بالدين .

(الطعن رقم ٠٠٧١ لسنة ٠٧ مجموعة عمر ٢ع صفحة رقم ٢٧٣ بتاريخ ٠٣-٠٢-١٩٣٨)

وقف سريان التقادم

النزاع على عقد أمام القضاء من شأنه وقف سريان التقادم على الإلتزامات المترتبة على هذا العقد لا إنقطاعه متى كان لم يتوافر سبب من أسباب الإنقطاع القانونية . إلا أن الحكم و إن كان قد أخطأ إذ إعتبر مدة النزاع فى العقد أمام القضاء قاطعة للتقادم لا واقفه له فإن هذا الخطأ لايضيره إذا كانت النتيجة التى إنتهى إليها صحيحة تطبيقا لأحكام وقف التقادم .

(الطعن رقم ٠٣٢٧ لسنة ٢٠ مكتب فنى ٠٤ صفحة رقم ٣٧٥ بتاريخ ٢٢-٠١-١٩٥٣)

الدعوى التى يرفعها الغير بطلب استرداد الشىء المبيع لا تعتبر سببا قانونيا لوقف التقادم الخاص بحق المشترى فى التضمينات مقابل ما فاته من ربح بسبب عدم تنفيذ عقد البيع .

(الطعن رقم ٠٢٣٠ لسنة ٢١ مكتب فنى ٠٦ صفحة رقم ٢٩٠ بتاريخ ١٦-١٢-١٩٥٤)

قيام النزاع على الملكية لايعتبر مانعاً من سريان التقادم بالنسبة للتعويض الذى يرجع به المالك الحقيقى على البائع لملكه عند عدم إمكان إسترداد المبيع من المشترى لأن هذا النزاع لم يكن ليخول دون المطالبة به و لو بطلب إحتياطى فى الدعوى الملكية ، فضلا عن أن دين التعويض يستحق من الوقت الذى يتحقق فيه الضرر بالبيع و لا يمنع من هذا النظر إحتمال وقف دعوى التعويض حتى يفصل فى النزاع على الملك .

(الطعن رقم ٠٢٥٦ لسنة ٢٦ مكتب فنى ١٣ صفحة رقم ٥٠٦ بتاريخ ٢٦-٠٤-١٩٦٢)

مؤدى المواد الأولى والثانية والسادسة عشر من الأمر العسكرى رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ أن الشارع أراد وقف جميع مواعيد سقوط الحق وجميع مواعيد الإجراءات التى سرت أو تسرى ضد "المعتقلين والمراقبين" مادامت أموالهم موضوعة تحت الحراسة بحيث لا تجرى هذه المواعيد أو تنفتح فى حقهم خلال فترة الحراسة وبحيث تعود فتستأنف سيرها أو تبدأ بمجرد زوال سبب الوقف طبقا للأحكام المقررة فى القانون . ولا وجه للقول بأن المادة السادسة عشر إنما أريد بها مد مواعيد سقوط الحق ومواعيد الإجراءات خلال فترة الحراسة وبالنسبة للحراس وحدهم لا بالنسبة للأشخاص الموضوعين تحت الحراسة ، إذ هو تخصيص للنص بغير مخصص وليس له مايبرره وفى السوابق التشريعيه المماثلة - الأوامر العسكريه والقرارات الوزارية المكمة لها - بالنسبة للرعايا الإيطاليين وغيرهم الذين وضعوا تحت الحراسة فى ظروف متشابهة ما ينفيه - وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على أنها رفعت فى أول يونيه سنة ١٩٥٧ بينما قرار اللجنة كان قد أعلن إلى الحارس العام فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٧ ، ومؤدى ذلك إنه أجرى ميعاد سقوط الحق فى رفع الدعوى من تاريخ إعلان قرار اللجنه للحارس ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(الطعن رقم ٠٤٥٣ لسنة ٢٩ مكتب فنى ١٦ صفحة رقم ٢٣٩ بتاريخ ٠٣-٠٣-١٩٦٥)

لا يجوز تملك اموال الدولة بالتقادم

وضع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لا يكسب الملكية ما لم يقع بعد زول صفة المال العام عنها . و إذ كانت محكمة الإستئناف - بمالها من سلطة موضوعية فى تقدير الدليل - قد إستخلصت مما ورد بتقرير الخبير أن الأطيان محل النزاع قد إستقرت و أصبحت ثابتة منذ ... مما مؤداه صفة المال العام عنها من هذا التاريخ و كان الحكم المطعون فيه قد إستظهر من أقوال شاهدى المطعون عليه و أحد شهود الطاعن أن والد المطعون عليه وضع اليد على الأطيان من قديم الزمان حتى توفى سنة ... فإستمر المطعون عليه فى وضع اليد عليها وضعا مستوفيا كافة شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة قبل أن يتعرض له الطاعن أو يعكر عليه حيازته ، فإن النعى عليه بالفساد فى الإستدلال و مخالفة الثابت فى الأوراق لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع بلا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه .

(الطعن رقم ٠١٨٤ لسنة ٣٨ مكتب فنى ٢٥ صفحة رقم ١٧٤ بتاريخ ١٧-٠١-١٩٧٤)

النص بالفقرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدنى - بعد تعديلها بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ - على أن " لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الإعتبارية العامة و كذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى بالتقادم " و النص بذات الفقرة بعد إستبدالها بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ على أن " لا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الإعتبارية العامة و كذلك أموال الوحدات الإقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة و شركات القطاع العام غير التابعة لأيهما و الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عينى على هذه الأموال بالتقادم " يدل على أن المشرع أراد بالتعديل الأول للفقرة الثانية من المادة ٩٧٠ من القانون المدنى ، حماية الأموال الخاصة المملوكة للدولة و للأشخاص العامة الأخرى ، إقليمية كانت أو مصلحية ، حتى تكون تلك الأموال فى مأمن من تملكها بالتقادم ، أما أموال الوحدات الإقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة أو شركات القطاع العام غير التابعة لأيهما فقد ظلت بمنأى عن هذا الخطر ، و ظل من الجائز تملكها و كسب أى حق عليها بالتقادم حتى أسبغ عليها المشرع تلك الحماية بالقانون ٥٥ لسنة ١٩٧٠ و المعمول به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية بتاريخ ١٣-٨-١٩٧٠ ، و إذ لم يكن لهذا القانون أثر رجعى فإنه متى كسب الأفراد ملكية تلك الأموال بالتقادم قبل نفاذه ، فإنها تبقى مملوكة لهم ، و إذ كان ذلك و كان تأميم الشركة المطعون ضدها الأخير بقرار رئيس الجمهورية رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأميم بعض الشركات و المنشآت ثم إتباعها لمؤسسة عامة لا ينفى عنها شخصيتها الإعتبارية و كيانها المستقل عن شخصية الدولة أو المؤسسة العامة و لا يمس شكلها القانونى الذى كان لها قبل التأميم ، فلا تمثل جهازا إداريا و لا تعتبر من أشخاص القانون العام ، بل تظل رغم ملكية الدولة لها شخصا من أشخاص القانون الخاص ، مما مؤداه أن أموال تلك الشركة كانت مما يجوز تملكه بالتقادم بعد العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ و إلى أن عمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ، و كان الحكم المطعون فه قد رفض ما تمسك به الطاعن من أنه تملك أطيان المطعون ضدها الأخيرة بالتقادم الطويل الذى إكتملت مدته قبل العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠ ، على أساس أن مدة التقادم لم تكتمل للطاعن قبل العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ ، حال أن دفاع الطاعن يقوم على أن حيازته و سلفه قد إمتدت منذ سنة ١٩٥٢ و حتى سنة ١٩٧٣ فإنه يكون قد خالف القانون و أخطأ فى تطبيقه .

(الطعن رقم ١٧٤٦ لسنة ٥٠ مكتب فنى ٣٢ صفحة رقم ٢٥١٨بتاريخ ٣١-١٢-١٩٨١)

إن القانون إذ أخرج الأملاك العامة من دائرة المعاملات بنصه على عدم جواز تملكها بوضع اليد أو بيعها أو التصرف فيها إلا بقانون أو أمر إنما جعل هذه الحصانة لتلك الأملاك طالما هى مخصصة للمنفعة العامة . فإذا ما زال هذا التخصيص لسبب من الأسباب خرجت بذلك عن دائرة الأملاك العامة و دخلت فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ، و يصح إذن تملكها بوضع اليد المدة المكسبة للملك . و إذن فوضع اليد على أرض جبانة يكسب الملكية متى كان قد وقع بعد زوال تخصيص الجبانة للدفن و إندثار معالمها و آثارها .

(الطعن رقم ٠٠١٧ لسنة ٠٩ مجموعة عمر ٣ع صفحة رقم ١٢ بتاريخ ٢٣-١١-١٩٣٩)

AL-FAROUK

خاتمة

تعمل الحيازة على استقرار المعاملات بين الإفراد في المجتمع ، فهي تحمى الوضع الظاهر ، الذي يستمد قوته من الشكل العلني للحيازة واستمرارها ودوامها ، فهي قد تكون أحد أسباب كسب الملكية وفقا للقواعد والشروط التي رسمها القانون في ذلك الشأن ، فتؤدى إلى استقرار المراكز القانونية للإفراد في المجتمع ، فلا يجوز حماية حق لشخص تركه وأهمله لعقود من الزمن ، وإهدار حماية آخرين استمروا واستقروا في حماية هذا الحق لعقود من الزمن ، فإنشاء الحقوق واكتسابها وداوم حمايتها يعزز حماية المراكز القانونية للإفراد في المجتمع ، مما يسهم في نمائه وازدهاره ، وينعكس ذلك بالطبع على النواحي الاقتصادية والاجتماعية في المجتمع التي تنعم بحماية الدستور لها دون تميز بين حق وأخر في ظل تساوى المراكز القانونية للإفراد في المجتمع ، لذا وجبت حماية الحيازة ، كما وان ذلك ينسجم بشكل أو بأخر مع مبدأ عام ارتكن إليه المشرع المصري وهو الأخذ بنظرية الإرادة الباطن في التعامل بين الإفراد ، فالفرد الذي يهمل حقه ويتركه لعقود زمنية طويلة لا يستدل من هذا التصرف سوى انه تنازل عن حقه وفقا للشروط التي رسمها القانون في ذلك الشأن ، فحماية الثروات في المجتمع من التبديد والهلاك خصوصا العقارات والمنقولات أمر واجب لنماء المجتمع وازدهاره وهو ما ينعكس على الحياة العامة للإفراد ، لذا عنى المشرع بحماية الحيازة وتقنينها وفقا لنصوص أمرة واجبة الاحترام والإلزام

تم بفضل الله وحمده

الباحث

محمود فاروق محمد حلمى

(المراجع)

أولا :- المراجع الفقهية القانونية باللغة العربية :-

١ - الدكتور / إسماعيل غانم

الجزء الأول - الحقوق العينية الأصلية – حق الملكية - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٢

الجزء الثاني – موجز في أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول – حق الملكية – طبعة سنة ١٩٧٠

٢ - الدكتور / جميل الشرقاوي

دروس في الحقوق العينية الأصلية – الكتاب الأول – حق الملكية – طبعة سنة ١٩٧٠

دروس فى الحقوق العينية الأصلية - الكتاب الأول - حق الملكية - طبعة ١٩٧١

٣ - الدكتور / شفيق شحاتة

النظريات العامة للحق العيني – طبعة سنة ١٩٥١

شرح القانون المدنى الجديد فى الاموال – طبعة القاهرة سنة ١٩٥١

نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون

النظرية العامة للتأمين العينى – طبعة بدون

٤ - الدكتور / عبد الرازق أحمد السنهوري

الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الثامن (حق الملكية) طبعة سنة ١٩٦٧ – الجزء التاسع (أسباب كسب الملكية والحقوق المتفرعة عنها) طبعة سنة ١٩٥١

الوسيط فى شرح القانون المدنى – دار النشر للجامعات المصرية - الجزء الثامن– طبعة ١٩٥٢

٥ - الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي

دروس الأموال – طبعة سنة ١٩٥٦

التأمينات – طبعة بدون

٦ - الدكتور / عبد المنعم البدروای

الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثالثة – سنة ١٩٦٨

حق الملكية (الملكية بوجه عام واسباب كسبها) – المطبعة العربية الحديثة – طبعة سنة ١٩٩٠

أثر مضى المدة في الالتزام - القاهرة – طبعة سنة ١٩٥٠

شرح القانون المدنى فى الحقوق العينية الاصلية - الطبعة الثانية - عام ١٩٦٨

تكييف البيع المقترن بشرط عدم التصرف وتقرير حق الانتفاع البائع مؤقتا فى عقد البيع - طبعة ١٩٦١

٧ - الدكتور / عبد المنعم فرج الصده

حق الملكية – الطبعة الثالثة – طبعة سنة ١٩٦٧

الحقوق العينية الأصلية – طبعة سنة ١٩٨٢

نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد – طبعة بدون

٨ - الدكتور / محمد على عرفه –

حق الملكية – الطبعة الثالثة – سنة ١٩٥٤

حق الملكية – طبعة بدون

الملكية بوجه عام – طبعة بدون

أسباب كسب الملكية – طبعة سنة ١٩٥٥

بحث في مجلة القانون والاقتصاد - العدد١٨

٩ - الدكتور / منصور على منصور

حق الملكية في القانون المصري – طبعة سنة ١٩٦٥

بحث فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - الطبعة السادسة - سنة ١٩٦٤ - ص ٢١١ و ما بعدها
١٠- الدكتور / محمد لبيب شنب –
الوجيز في الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الثانية – سنة ١٩٩٩
موجز الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٣
١١- الدكتور/ حسن كيرة
الحقوق العينية الاصلية - طبعة بدون
١٢- الدكتور/ حسام الاهوائى
اسباب كسب الملكية فى القانون المدنى الكويتى – طبعة ١٩٨٧
١٣- الدكتور/ مصطفى الجمال
نظام الملكية – طبعة بدون
١٤- الدكتور/ طلبة خطاب
الحقوق العينية الاصلية – حق الملكية فى القانون المدنى المصرى – طبعة ٢٠٠٢/٢٠٠٣
١٥- الدكتور/ محمد كامل مرسى
الحقوق العينية الاصلية - الجزء الثالث – طبعة سنة ١٩٥١
الجزء الاول – الطبعة الثالثة - سنة ١٩٢٣
التأمينات الع ينية – طبعة بدون -
١٦- الدكتور/ محمد على عمران
الحقوق العينية الاصلية – طبعة ١٩٧٩
١٧- الدكتور / سليمان مرقص
عقد الايجار طبعة بدون
التأمينات – طبعة بدون
عقد البيع – طبعة بدون
١٨- الدكتور / نعمان جمعة
دروس القانون الزراعي- طبعة سنة ١٩٧٢
١٩- الدكتور / محمد يوسف موسى
الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي – طبعة القاهرة سنة ١٩٥٣
٢٠- الدكتور / عبد المنعم الشرقاوى
شرح المرافعات المدنية والتجارية – طبعة بدون
٢١- الدكتور / انور سلطان
شرح عقد البيع - طبعة ١٩٥٢
٢٢- الدكتور / محسن شفيق
القانون التجارى المصرى - الجزء الأول - طبعة سنة١٩٥١
٢٣- الاستاذ / حشمت ابو ستيت
نظريه الالتزام - طبعة بدون
٢٤- الاستاذ / احمد ابراهيم
المعاملات الشرعية المالية- طبعة بدون
٢٥- الاستاذ / محمد ابو زهرة
الملكية في نظرية العقد – طبعة بدون
٢٦- الدكتور/ السيد عيد نايل
أحكام الضمان العينى والشخصى والمركز القانونى للكفيل – طبعة ٢٠١٠/٢٠١١
٢٧- محمد قدرى باشا
مرشد الحيران لمعرفة احوال الانسان فى المعاملات الشرعية – طبعة ١٨٩٠/٩/١٠

ثانيا :- المراجع الفقهية القانونية باللغة الفرنسية :-

١ - مارتى ورينو – القانون المدنى – الجزء الثانى - الاموال – باريس طبعة ١٩٦٥
٢ - أهرنج Ihering - في مؤلفه عن Le fondement des interdits possessoires
٣ - سافيني Savigny - في مؤلفه عن الحيازة عام ١٨٠٢ Traite de la possession
٤ - Planiol et Ripert : Traite pratique de Droit Civil farncais,2eme ealit.,t.3,Les Biens , par picard , 1952 مازو
٥ - كولان وكابيتان- الجزء الأول- رقم ١٢٢٥ -الطبعة الحادية عشرة
٦ - جوسران - الجزء الأول - رقم ١٤٠٩
٧ - ، بلانيول وروبير وبيكار- شرح القانون المدني - الجزء الثالث - طبعة ١٩٥٢
٨ - بلانيول وروبير وربيكار – الأموال
٩ - بلانىول - الطبعة الثالثة - الجزء الثانى – سنة ١٩٤٩
١٠ - ديموج -شرح الالتزامات - الجزء الرابع
١١ -جوسران الملكية المشتركة في الكتاب المئوى للمجموعة المدنىة – الجزء الاول
١٢ -جوسران - روح الحقوق ونسبيتها
١٣ -بارتان - الشروط المستحيلة وغير المشروعة - باريس ١٨٨٢
١٤ -تيسييه في تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية صادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠٣
١٥ -آوىرى ورو - الجزء الحادى عشر
١٦ -دى باج - الجزء السادس
١٧ -المجموعة المدنية الفرنسىه
١٨ _ مازو -في المسئولية -الجزء الأول
١٩ _ في اثر القسمة المراجع الآتية :-

Desserteaux, Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif du partage, thèse, Dijon 1907. Chevallier L'effet déclaratif desconventions et des contrats. thèse. Rennes 1932 : Mouras, L'action du droit fiscal sur l'effet déclaratré du partage, thèse, Nancy, 1939 ; Veroene Etude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage, thèse. Lille 1946 Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif, Paris 1949

٢٠ - josserand, Les mobiles dans les actes jurididues du droit privė, Paris 1928 no 238 et suiv et suiv.p277.

٢١ - Besson, La notion de garde dans la responsabilité du fait (v) ês choses, thèse Dijon 1927, p. 127-128.

ثالثا :- المراجع القانونية والقضائية :-

١ - القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨المعدل بالقرار بقانون رقم ١٠٦ لسنة ٢٠١١
٢ - مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري - مجموعة الأعمال التحضيرية
٣ - مجموعة أحكام محكمة النقض المدني المصرية في ٢٥ سنة
٤ - مجموعة محمود عمر لاحكام محكمة النقض المدنى المصرية
٥ - مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض المدنى المصرية

٦ – مجموعة التشريع والقضاء المختلط
٧ – مجلة المحاماة اعداد لسنوات مختلفة
٨ – مجموعة احكام محكمة النقض الفرنسية

رابعا :- مسحوب من الانترنت :-

١ -(موقع المعانى لكل رسم – المعاجم العربية- مسحوب من الانترنت – http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9)
٢ -(موقع المعانى لكل رسم – المعاجم العربية- مسحوب من الانترنت – https://www.almaany.com/ar/dict/ar-/ar/%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9)
٣ -(مسحوب من الانترنت – رسالة دكتوراه / فهد بن على الحسون : – أحكام دعاوى الحيازة في نظام المرافعات الشرعية- http://dr-alhassun.blogspot.com.eg/2015/05/blog-post.html)

AL-FAROUK