

الحقوق العينية الأصلية والتبعية

دكتور

عباس مصطفى عباس

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة جنوب الوادي

دكتور

خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق – جامعة أسيوط

2023/2022

مقدمة

لقد حاولتُ قدر توفيق الله لي أن أيسر على طلاب العلم فهم الحقوق العينية بنوعيتها الأصلية منها والتبعية ، فعمدتُ إلى شرحها بأسلوب سهل وبسيط يعتمد على لغة واضحة ومحددة حتى يسهل على من يطالعها فهم عباراتها دون عناء أو مشقة ، ومن لطائف القدر أن كان الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو الذي يعالج الحقوق العينية التبعية هو أول باكورة مؤلفاتي بعد حصولي على درجة الدكتوراة (١) وقد درسته لطلاب الفرقة الرابعة عام ١٩٩٨م بكلية الحقوق جامعة أسيوط ، ثم بعد ما يقارب ربع قرن وبالتحديد بعد اثنتي وعشرين سنة كاملة شرعت في كتابة الجزء الأول من هذه الحقوق العينية والذي يعنى بمعالجة أهم وأبرز الحقوق العينية الأصلية ألا وهو حق الملكية (لأن ما يسري عليه من أحكام أو قواعد يسري أيضاً على باقي الحقوق العينية الأصلية المنفرعة منه) لتكتمل بذلك مهمة تأليف فكرة الحقوق العينية بجناحيها الأصلي منها والتبعية .

ولا أنكرُ عظيم فضل الله عز وجل عليّ الذي شرفني بالانشغال خلال هذه السنين الطويلة التي جاءت بين فترتي تأليف هذين الكتابين بتأليف العديد من البحوث المتخصصة التي أعانني الله من خلالها على الترقية لدرجة أستاذ مساعد ، ثم إلى درجة أستاذ ، هذا إلى جانب ما عكفتُ على تأليفه من كتب قانونية عامة سواء في ظلال القانون المدني البحريني أو في ظلال القانون المدني المصري ، ولم يزل عطاء الله لنا ممدوداً ما حيننا نعان من خلاله على مواجهة معترك حياتنا الدنيا ، عساها أن تكون لنا خير زاد إلى حياتنا الأبقى والأبقى وهي الحياة الآخرة ، ويتواصل هذا العطاء الإلهي لنا ولكل الخلق إلى أن نلقاه وبعد أن نلقاه فلا يتوقف مدده أبداً .

(١) فقد حصلت على درجة الدكتوراه ، بعد سفري إلى فرنسا في بعثة إشراف مشترك إلى كلية الحقوق جامعة رن Rennes لمدة سنتين وثلاثة أشهر ، وناقشت في تاريخ ١٩٩٦/١٢/٢م من كلية الحقوق جامعة أسيوط ، وعينت مدرساً بالكلية بقرار مجلس الجامعة في ١٩٩٧/١/١٧م .

مبحث تمهيدي

ماهية الحقوق العينية

لقد ظل فقه القانون على تقسيمه التقليدي للحقوق لفترة طويلة من الزمن منذ عنايته بدراسة الحقوق المالية وحتى نهاية القرن الثامن عشر فلم يزل خلالها يقسم هذه الحقوق إلى حقوق شخصية وحقوق عينية ، ظنا منه أن هذا التقسيم التقليدي يستوعب من وجهة نظره جميع أنواع الحقوق المالية المعروفة في واقع الحياة، إلى أن فوجئ على إثر التطور الإنساني في مستهل القرن التاسع عشر بظهور نوع جديد من الحقوق يرد على النتاج الفكري أو الذهني للإنسان يشذ على هذا التقسيم التقليدي المعروف للحقوق المالية.

وقد تعذر على الفقهاء إدراج هذا النوع الجديد في عداد الحقوق الشخصية ، نظراً لأن الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين توجب على أحدهما وهو المدين القيام بأداء معين في مواجهة الدائن هذا الأداء قد يتمثل في عمل معين يؤديه الدائن أو الامتناع عن عمل معين لصالح هذا الدائن أو التزام بإعطاء (أي بنقل أو إنشاء حق عيني ، وذلك من خلال قيامه أثناء العقد أو بعد إبرامه بما يلزم من إجراء أو شكل لنقل أو إنشاء هذا الحق العيني) ، وهذا لا وجود له في الحق الذهني، وفي نفس الوقت تعذر عليهم إدراجه ضمن الحقوق العينية نظراً لأن الحق العيني يرد على شيء مادي معين بالذات بعكس الحق الذهني فهو يرد على شيء معنوي غير حسي (أي غيرمادي) ، الأمر الذي أوجب عليهم الاعتراف بهذه الحقوق بوصفها نوعاً جديداً من أنواع الحقوق المالية يضاف إلى التقسيم التقليدي المعروف لها ، ألا وهي الحقوق الذهنية .

ويمكنني تعريف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على عين محددة بالذات تتيح له مباشرة ما هو مقرر له قانوناً بموجب هذا الحق ، سواء كان حقاً عينياً أصلياً أم كان حقاً عينياً تبعياً .

وهو يختلف عن الحق الشخصي الذي يمثل رابطة قانونية تربط بين شخصين أحدهما يسمى الدائن والآخر يسمى المدين تملي على المدين منهما أداء معيناً في مواجهة دائنه (٢) ، وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصي تمييزاً له عن الحق العيني نظراً لأن صاحب هذا الحق وهو الدائن لا يستطيع أن يستوفي حقه مباشرة دون تدخل شخصي من جانب المدين ليمنه من الحصول عليه ، بعكس الحق العيني الذي تكون لصاحبه سلطة مباشرة يستمدتها من القانون على محل حقه على نحو يمكنه من السيطرة عليه والاستئثار بمنافعه دون أن يحتاج إلى تدخل المدين شخصياً لتمكينه من ذلك .

وجدير بالذكر أن الحق العيني الأصلي قد سمي حقاً عينياً لوروده على عين معينة بالذات (عقاراً كانت أم منقولاً) ، كما سُمي هذا الحق العيني حقاً أصلياً لأنه حق قائم بأصله وذاته في نشأته ووجوده ، دون أن يرتبط في وجوده أو زواله بوجود حق آخر شخصي يضمه أو يرتكز عليه في وجوده وزواله ، فهو حق مستقل بنفسه لا يتأثر في وجوده أو زواله بغيره من الحقوق الأخرى ، بخلاف الحق العيني التبعية ، فهو حق عيني لورود على محل مادي معين ، لكنه حق تابع في وجوده وزواله بوجود حق شخصي ضامن له ، يبقى ببقائه ويزول بزواله ، فيدور معه إذن وجوداً وعدمياً .

والحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية قد وردت في القانون على سبيل الحصر والتعيين وليست على البيان والتمثيل، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على حق عيني أصلي أو تبعية جديد لم يرد به نص في القانون .

وتتجلى الحقوق العينية الأصلية في حق الملكية والحقوق المتفرعة منه مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر ، وسأعكف في هذا الكتاب على شرح واحد من أهم وأبرز هذه الحقوق العينية الأصلية ألا وهو حق الملكية.

(٢) ويراعى أن طرفي الرابطة القانونية إن كانت عقداً ملزماً للجانبين تبادل الطرفان صفتي الدائن والمدين في مواجهة بعضهما البعض ، في حين أنه إذا كان العقد ملزماً لجانب كان أحدهما فقط مدينياً والآخر دائناً .

حق الملكية

تمهيد:

لا غرو أن يكون حق الملكية هو أهم وأبرز الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق، وكيف لا وتجتمع لهذا الحق كل السلطات والصلاحيات التي يمكن أن يتيحها حق ما من الحقوق العينية الأصلية لصاحبه، بل إن باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى تتولد وتتفرع عن هذا الحق الكبير، مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق، بحيث لا يوجد هذا الحق إلا إذا اقتطع لغير صاحب حق الملكية جزءاً من صلاحياته أو سلطاته على محل حقه .

وسنعرض في هذا الباب الأحكام العامة لحق الملكية لنقف على معنى هذا الحق ووظيفته وخصائصه وإثباته في فصل أول ، ثم نعرف حدود نطاقه المعنوي منه والمادي في فصل ثانٍ ، ثم نشرح أنواع هذه الملكية سواء كانت مفرزة أو شائعة في فصل ثالثٍ ، ثم نبين ما قد ترد عليه من قيود قانونية أو اتفاقية في فصل رابع ، ثم ندرس أسباب كسب الملكية (الاستيلاء - الميراث والوصية -الالتصاق - العقد - الشفعة - الحيازة) في فصل خامس ، وأخيراً نتناول ما قرره القانون من وسائل قانونية لازمة لحماية حق الملكية (دعوى الاستحقاق - ضوابط نزع الملكية -دعوى صحة التعاقد - الشهر العقاري).

الفصل الأول : ماهية حق الملكية (تعريف حق الملكية - وظيفته - خصائصه ، إثباته) .

الفصل الثاني : نطاق حق الملكية (النطاق المعنوي لحق الملكية- النطاق المادي لحق الملكية)

الفصل الثالث : أنواع الملكية (الملكية المفرزة - الملكية الشائعة) .

الفصل الرابع : القيود التي ترد على حق الملكية (قيود قانونية - القيود الإرادية) .

الفصل الخامس : أسباب كسب الملكية (الاستيلاء - الميراث والوصية -الالتصاق - العقد - الشفعة - الحيازة) .

الفصل السادس : وسائل حماية حق الملكية (دعوى الاستحقاق - ضوابط نزع الملكية - دعوى صحة التعاقد - الشهر العقاري) .

الفصل الأول

ماهية حق الملكية

المبحث الأول

تعريف حق الملكية

أولاً : المعنى اللغوي للملكية .

جاء في المعجم اللغوي بشأن معنى كلمة ملكية أنه : مَلَكَ يَمْلِكُ وَيَمْلِكُ ، مُلْكًا ، فهو مَالِكٌ والجمع : مَلَكَ مُلُكٌ، ومُملَكٌ ، والمفعول مَمْلُوكٌ ، مَلَكَ الشَّيْءَ: استولى عليه وكان في قدرته أن يتصرف فيه بما يريد، تمكن منه مَلَكَ ضَيْعَةً، مَلَكَ عَلَى الْقَوْمِ : استولى عَلَيْهِمْ ، ملك غرائزه: سيطر وتغلب عليها، كتبها، مَلَكَ نَفْسَهُ /ملك زمام نفسه: تحكَّم فيها، قدر على حبسها ، المِلْكِيَّةُ :المِلْكُ أو التملك ، مِلْكِيَّةٌ خَاصَّةٌ : مَا يَمْلِكُهُ الْإِنْسَانُ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، مِلْكِيَّةٌ عَامَّةٌ : مَا هُوَ فِي مِلْكِ الْعُمُومِ، يَنْتَمِعُ بِهِ الْجَمِيعُ وَيَكُونُ خَاضِعًا لِسُلْطَةِ الدَّوْلَةِ (٣) .

ويظهر مما سبق أن حق الملكية يعني حق السيطرة والاستيلاء على الأشياء وحقه في ملك زمام أمرها والتحكم فيها ، وحقه في الاستئثار بمنافعها .

ثانياً : المعنى الاصطلاحي لحق الملكية .

لم يشأ واضع القانون المدني المصري الحالي تعريف حق الملكية تاركاً هذه المهمة للفقهاء (فهذا من صميم دوره واختصاصه) مكتفياً ببيان عناصر أو سلطات ذلك الحق من استعمال واستغلال وتصرف ، حيث نصت المادة ٨٠٢ منه على أن " لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ،

(٣) انظر في ذلك إلى معجم المعاني الجامع ، وموقعه على الإنترنت هو : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9/>

حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " (٤) ، بعكس القانون المدني المصري القديم الذي عرف هذا الحق قائلاً في المادة ٢٧/١١ منه " الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة " ، وهو تعريف مطابق للتعريف الوارد في القانون المدني الفرنسي ، كل ما هنالك أن المادة ٥٤٤ منه أضافت عبارة " شريطة ألا يستعمله استعمالاً محظوراً وفقاً للقواعد (٥) .

وتتلاقى تعريفات الفقهاء حول هذا الحق حول حقيقة ومضمون هذا الحق في عبارات قريبة أو مقارنة المبني مطابقة أو مسددة المعنى ، فمنهم من عرفه بأنه " الحق العيني الذي يجعل لصاحبه الحصول على كل منافع الشيء المملوك سواء أكان ذلك باستعماله أو استغلاله أو التصرف فيه " (٦) ، ومنهم من عرفه بأنه " حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه بكل التصرفات في حدود القانون " ، يمكنني في ضوء كل ما سبق تعريف حق الملكية *propriété* Droit de بأنه سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين وحده دون غيره على شيء محدد تمكنه من حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون " .

ويظهر لي من التعريفات سالفة الذكر أن حق الملكية هو أقوى الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق وأوسعها مضمونا ونطاقا حيث يخول لمالك الشيء جميع السلطات التي يمكن أن تباشر على الشيء محل الملكية ، فله وحده سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه (م٨٠٢ مدني) ، وقد قصدت من تقييد سلطات المالك في تعريفي لحق الملكية لإبراز دوران هذا السلطات في فلك القانون فتؤدي دورها ووظيفتها في المجتمع الذي توجد به ، فيكون حق الملكية حقاً مقيداً غير مطلق في سلطاته ، على خلاف ما كان له من وصف الإطلاق عن القيد في القانون المدني القديم الذي كانت روحه متشربة لفكر المذهب الفردي بتطرفه للملكية بوصفها حقاً مطلقاً عن القيود ، سواء لمصلحة عامة أو مصلحة خاصة .

(٤) وهو عين ما نصت عليه المادة ٧٦٩ مدني بحريني بقولها " لملك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، في حدود القانون " ، ونصت عليه المادة ٨١٠ مدني كويتي بقولها " لملك الشيء أن يستعمله وأن يستغله وأن يتصرف فيه ، في حدود القانون " .

(٥) (L article 544 de droit civil Francais dispose que " La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la maniere la plus absolue pourvu qu' on n' en fasse pas un usage prohibe par les reglements " .
(٦) انظر في ذلك : جميل الشراوي " الحقوق العينية الأصلية " ص ١٦ ، طبعة عام ١٩٧٤م ، بدون دار نشر .

المبحث الثاني

الوظيفة الاجتماعية للملكية

لقد صدر القانون المدني المصري القديم مشبعاً بروح الفكري الفردي الذي كان يكرس لطلاقاً حقوق الأفراد وحررياتهم (ومنها حق الملكية) ، وذلك بوصفها حقوقاً طبيعية تثبت لهم باعتباراً بشراً دون أدنى تدخل من جانب الدولة أو القانون ، بل ونادى أنصار هذا الفكر بضرورة تسخير الدولة والقانون معاً لرعاية وحماية هذه الحقوق وتلك الحريات ، وعدم جواز تدخل الدولة لتقييدها إلا بالقدر اللازم لفض التنازع أو التعارض بينها (٧) .

ولم يكن مأمولاً في ظل هيمنة الفكر الفردي على روح القانون المدني المصري القديم أن تلعب الملكية أي دور اجتماعي لخدمة المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة الأجدر بالرعاية أو الأولى بالعناية ، فمثلاً إذا أرادت الدولة توسعة مدرسة أو مستشفى ، وليس من سبيل أمامها سوى قطعة أرض فضاء مجاورة لها مملوكة لأحد الأفراد ، فعليها أن تبذل مساعيها لإقناع صاحبها ببيعها لها بالسعر الذي يتراضيا عليه معاً ، فإن رفض مبدأ التعاقد أصلاً فلا تملك الدولة إجباره عليه ، وإذا وافق على مبدأ التعاقد ، فليس من سلطان يجاوز سلطان أي طرف آخر من أطراف القانون الخاص ، فتخضع بنود العقد وشروطه لمبدأ المساومة بين الطرفين إلى ينتهيا إلى صياغة عقد تعبر بنوده عن الإرادة المشتركة للطرفين ، ولا يستطيع القاضي أن يتدخل فيفرض على جار حق ارتفاق بالمرور على أرض جاره بغير رضاه ، حتى وإن كانت أرض هذا الأخير حابسة لأرضه عن الطريق العام ، وعلى صاحب الأرض المحبوسة إن لم يفلح في إقناع جاره بالسماح له بالمرور أن يتخذ لنفسه سبيلاً في الهواء يصله بالطريق العام ، إلى أن كشف واقع الحياة بكل أشكاله وصوره (سواء أكان الواقع السياسي أو الواقع الاقتصادي أو الواقع الاجتماعي ومنه واقع الحياة القانونية في التعامل بين الأفراد) لكل ذي عينين أن مغارم الفكر الفردي فاقت بكثير ما حققه لهم من مزايا ومغانم (٨) .

(٧) راجع في فلسفة أو أيولوجية الفكر الفردي مؤلفانا " الوسيط في مبادئ القانون " ص ٦٦ : ٦٧ ، طبعة عام ٢٠٢٠ م .
(٨) للوقوف تفصيلاً على مزايا وعيوب الفكر الفردي راجع مؤلفنا " الوسيط في مبادئ القانون " ص ٦٩ : ٧٢ ، طبعة عام ٢٠٢٠ م .

ولما صدر القانون المدني الحالي تبنى أيولوجية الفكر الاشتراكي الذي يدور في فلك المصلحة العامة ويسخر الدولة والأفراد ومصالحهم الخاصة لخدمتها ، ولم يعد ينظر إلى حق الملكية بوصفه حقاً مطلقاً ، وإنما هو حق خاص ذو وظيفة اجتماعية ، وأن الملكية الخاصة مع الاعتراف بوجودها ووجوب حمايتها ليست مطلقة الحرية وفق مشيئة أصحابها وإنما يتولى القانون أمر تنظيمها وتحديد كيفية أدائها لدورها ووظيفتها الاجتماعية في المجتمع، فلم يعد صاحبها حراً في أن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها تبعاً لهواه ومشيئته بطريقة مطلقة قد تتجم عنها أضرارٌ بالمجتمع سواء في مصلحته العامة أو مصلحة خاصة بأفراده ، بل تفرض الدولة عليه في ممارسته لسلطاتها عدداً من الضوابط والقيود التي تضمن إسهامها في تحقيق النفع العام والنفع الخاص داخل في المجتمع، كأن يفرض القانون مثلاً حداً أقصى للملكية الزراعية للفرد ، أو أن يقرر القانون بعض الحقوق عليها مراعاة للجوار بين الملاك، أو أن يوجب عدم التعسف في استعمال المالك لسلطاته على ما يملكه، وقد لا يقف الأمر عند هذا الحد بل قد يتجاوزه إلى حد السماح للدولة بحققها في انتزاع الملكية الخاصة مقابل تعويض عادل إذا اقتضت المصلحة العامة نزع هذه الملكية (٩).

المبحث الثالث

خصائص حق الملكية

يتميزُ حقُ الملكية بعدد من الخصائص أهمها:-

أولاً : حق الملكية حق عيني أصلي : يمثل حق الملكية أهم وأبرز الحقوق العينية الأصلية جميعها ، وكيف لا وهو يوفر لصاحبه جميع السلطات والصلاحيات التي يمكن أن يوفر حق عيني أصلي لصاحبه ، بل وإن جميع الحقوق العينية الأصلية الأخرى تنفرع منه وتستمد صلاحياتها وسلطاتها من صلاحياته وسلطاته ، وهو حق عيني لأنه سلطة مباشرة ترد على عين معينة بالذات عقاراً كانت أو منقولاً ١٠، بخلاف الحق الشخصي الذي يمثل رابطة بين

(٩) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ شمس الدين الوكيل "مبادئ القانون" ص ٤٨ ، ٤٩ ، الطبعة الأولى، عام ١٩٦٨م، منشأة المعارف بالإسكندرية ، حمدي عبد الرحمن: "مبادئ القانون" ص ١١ ، الطبعة الأولى، عام ١٩٧٥م، دار الفكر العربي ، خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ٧٨ .

(١٠) وفي ذلك يقول أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار " ولا يرد الحق العيني إلا على شيء معين بالذات ، سواء كان هذا الشيء منقولاً أو عقاراً (راجع مؤلفه " شرح أحكام حق الملكية " ص ٥ ، طبعة عام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ، مطبعة النسر الذهبي للطباعة بالقاهرة .

شخص وآخر ، تفرض على المدين منهما أداءً معيناً لصالح الدائن ، وهو حق أصلي ، لأنه قائم بذاته ، ومستقل في وجوده عن غيره ، فهو ليس تابعاً في وجوده وزواله بوجود حق آخر أو زواله ، بعكس الحق العيني التبعي فوجوده ابتداءً تبع لوجود حق آخر شخصي يضمنه ، ويبقى ببقائه ويزول بزواله ، مثل حق الرهن الذي يوجد ابتداءً لضمان الدين وينتهي ويزول بزواله وانقضائه (١١) .

ثانياً : حق الملكية حق دائم:

يتميز حق الملكية بأنه حق دائمٌ، فهو يدومُ بدوام الشيء محل الملكية، ولا ينالُ من ديمومته وبقائه تغييرُ الملاك أو تعاقبهم عليه، إذ أنه لا يزولُ إلا بزوال الشيء محل الملكية وهلاكه. غير أن هذا المعنى لا يصدق إلا على العقار وحده، نظراً لأن المنقول إذا ما تخلّى عنه صاحبه أضحي بغير مالك حتى يستولي عليه غيره.

ويتميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية وعن جميع الحقوق الشخصية بأنه حق باقٍ لا ينتهي بعدم الاستعمال ، أي بالتقادم المسقط . فلو فرضنا أن شخصاً هجر منزله لفترة زمنية أيا كانت مدتها فإنه لا يترتبُ على ذلك الهجر سقوطُ حقه عليه ، بل يظلُ مالكاً له رغم عدم استعماله له .

بيد أنه قد يجري على هذا الحق التقادمُ المكسبُ ، أي يكتسب الشخص ملكيته بوضع اليد عليه المدة المكسبة للملك ، وبناءً عليه إذا وضع شخصٌ يده على منزلٍ مملوكٍ لغيره بنية تملكه مدة التقادم المكسب أصبح هو المالك لهذا المنزل وزالت ملكية المالك الأول، على أساس أن الملكية الجديدة هي الملكية الأولى بالتقدير والتفضيل لأنها تتفقُ مع الوضع الظاهر وتساعدُ على تحقيق الاستقرار الاجتماعي من وجهة نظر كثير من الفقهاء (١٢) .

والذي أعتقده أن تمكين واضع اليد على العقار مدة معينة من تملكه لهذا العقار المملوك لشخص آخر غيره بحجة أن هذا الأخير قد ترك له ماله وأهمل في حيازته له طوال مدة حيازة

(١١) انظر في ذلك المعنى : عبد المنعم البدر اوي ص ١٩ ، سعيد عبد السلام " حق الملكية فقهاً وقضاءً " ص ١٣ ، طبعة عام ١٩٩٤م ، محمد حسين عبد العال " حق الملكية في القانون المدني المصري " ص ١١ ، بدون تاريخ نشر ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، شحاتة غريب شلقامي ، ص ١٠ .
(١٢) نعمان جمعة " المدخل للعلوم القانونية "، ص ٣٤٦ ، طبعة عام ١٩٧٧م ، بدون دار نشر .

واضع اليد لهذا المال ، أمرٌ يصدق عليه وصف الإعانة على الغضب والظلم، ولا يصح بحالٍ من الأحوال تبريره بأي علة أو مبررات، مثل الزعم الذي يساق لتبرير التقادم بحجة أنه خيرٌ عقاب للمالك المهمل الذي يترك ملكه لغيره ليكسب ملكيته بمضي المدة هو حرمانه من هذا الملك، فهو إدعاءٌ مردودٌ على صاحبه ، ذلك أن العقابَ ليس غايةً في حد ذاته وإنما هو وسيلةٌ وأداةٌ لإصلاح المجتمع وتقويم سلوكيات أفرادِهِ، لذا كان من الواجب أن يتناسب حجمُ هذا العقاب مع قدر الخطأ والتقصير المرصود له ، ولا أظن مطلقاً أن المالك المهمل مهما بلغ إهماله وتقصيره في الحفاظ على ملكه من ذاك الغضب الحاصل له عن طريق وضع اليد لكسب ملكيته يستحق عقلاً ومنطقاً أن يجري حرمانه تماماً من خالص حقه وملكه عليه مع إباحة كسبه قانوناً في نفس الوقت ملكاً سائغاً لآخر غصباً، وكيفينا في إبراز شناعة هذا الوضع الجائر ما قاله سيد الخلق سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم " لا يقطع رجل حق امرئ مسلم بيمينه إلا حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار" فقال رجلٌ من القوم : يا رسول الله وإن كان شيئاً يسيراً ؟ فقال صلى الله عليه وسلم " وإن كان سواكاً من أراك" (١٣) فهذا حال من غصب شيئاً بيمينه (أي بقسمه وحلفه كذباً) من أرض غيره، فكيف بمن غصب الأرض كلها واستحل مال غيره كاملاً (١٤) .

كما يرى معظم الفقهاء أن التقادم نظام يملية اعتبار عملي متعلق بالمصلحة العامة يتمثل في كونه ضرورة لازمة للمحافظة على استقرار المعاملات، وأن غيابه وإنكاره يهدد هذا الاستقرار داخل المجتمع (١٥) ومن ثم فهو نظام أساسي من نظم الأمن الاجتماعي، ويبرهن البعض على مصداقية تصورهم لهذا الاعتبار قائلاً "ولنا أن نتصور مدى ما يسود المجتمع من اضطراب وتزعزع في المعاملات إذا ما كان في مقدور الدائن أن يطالب بحق مضت عليه مئات السنين، فكيف يدفع ورثة المدين مطالبته ورثة الدائن بتلك الحقوق، وكيف لهم إثبات وفاء

(١٣) رواه الإمام ابن ماجه في سننه ، ج ٢ ، رقم الحديث ٢٣٢٤ ، ص ٧٧٩ .
(١٤) فلا ينكر أحد أن أكل أموال الناس بالباطل أيا كانت صورته حراماً شرعاً ، عملاً بالنهي الوارد في قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (آية رقم ٢٩ من سورة النساء) وتزداد الحرمة لمن يدعم سبيل ذلك بالحلف الكاذب كما جاء في هذا الحديث النبوي الشريف .
(١٥) أنظر في هذا المعنى إلى كل من أ.د/ أنور سلطان الموجز في النظرية العامة للتزام، الجزء الثاني، "أحكام الالتزام"، بند ١٣٩، ص ١١٧، طبعة ١٩٦٤ - ١٩٦٥م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.
بند ٤٥٢، ص ٣٨٨ عبد المنعم البدر اوي " النظرية العامة للتزامات في القانون المدني المصري"، الجزء الثاني، "أحكام الالتزام"، بند ١٢، ص ٢٣، طبعة عام ١٩٧٥م ، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة بالقاهرة)
بند ٤٠٢، ص ٤٢٦، أ.د/ حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ص ٣٥٤، طبعة عام ١٩٩٦م، دار أبو المجد للطباعة ص ٥٢٣، أ.د/ توفيق حسن فرج " النظرية العامة للتزامات " ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، ص ٢٦٤ ، طبعة عام ١٩٨٥م .

مورثهم بديونه، فلا يمكن إلزام المدين بالاحتفاظ بإيصالات السداد والمخالصات والمستندات إلى ما لا نهاية بحيث يتوارث على الحفاظ عليها الخلف بعد السلف" (١٦).

وأعتقد من جانبي أن الاعتبار سالف الذكر وإن كان جدير بالرعاية والاهتمام إلا أنه لا ينبغي أن يبنى على المفسد، صحيح أن استقرار المعاملات مصلحة عامة أساسية لكن لا يجوز أن تنشأ على أشلاء الحقوق، فنسمح بتضييع هذه الحقوق وإسقاطها (أو إسقاط الحق في المطالبة بها) لا لشيء إلا لمجرد عدم استعمالها من قبل ذويها - باستثناء حق الملكية فهو لا يسقط بعدم الاستعمال - أو عدم مطالبتهم بها حيال مدينهم وتقادم العهد على ذلك كما أنه لا يتولد عن إقرار التقادم استقرار في المجتمع ولا يترتب على إنكاره اضطراب أو زعزعة كما توهم أنصار هذا الرأي بل العكس هو الصحيح ذلك إن إقرار التقادم من شأنه أن يبيث بذور الحقد والشقاق في نفوس أصحاب الحقوق في مواجهة مستلبيها أو منكريها ممن يتمسكون بهذا النظام، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الاضطراب والنزاع على نحو يهدد الأمن المدني والاستقرار الاجتماعي داخل المجتمع، ناهيك عن الآثار الأخلاقية السيئة التي يغرسها هذا مثل النظام في نفوس الأفراد من تجرأ على أكل أموال الناس بالباطل وتطاول سافر على حقوق الناس دون وجه حق، متحصنين في تطاولهم وتجروهم بمبررات واهية واعتبارات مزعومة يركز عليها نظام التقادم ، وأخيراً لم يعد الاحتفاظ بالإيصالات ومخالصات السداد أمراً شاقاً اليوم كما كان يعتقد أنصار هذا الرأي لاسيما مع تنوع وتطور الوسائل المتاحة لحفظها في العصر الحديث (١٧) .

ثالثاً : حق الملكية حق جامع ومانع:

ويرجع وصفه بأنه حق جامع إلى كونه يتيح للمالك كافة السلطات التي يمكن مباشرتها على الشيء محل الملكية، حيث يكون للمالك حق استعمال الشيء الذي يملكه واستغلاله والتصرف فيه (سواء أكان هذا التصرف تصرفاً مادياً أم تصرفاً قانونياً)، وهذه السلطات بصورها الثلاثة تمكن المالك من استفاد كل مزايا الشيء ومنافعه ، أما عن وصف حق الملكية بأنه حق مانع نظراً لأنه يجعل للمالك وحده حق الاستئثار بمنافع الشيء ومزاياه، فله وحده استعمال الشيء

(١٦) أ.د/ حسام الدين الأهواني ص ٥٢٣ .
(١٧) راجع مؤلفنا " الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات " ص ٤٣٩ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط .

واستغلاله والتصرف فيه (م ٨٠٢ مدني (١٨))، وإذا اعتدى عليه غيره وحال دونه وممارسة إحدى هذه السلطات الثلاث، كان من حقه أن يدفع هذا الاعتداء ، كما له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الاعتداء .

ويترتب على كون هذا الحق حقاً جامعاً مانعاً خلوص هذا الملكية تامة وخالصة لصاحبها ، وعلى من يدعي ثبوت أي حق عيني له عليها ، سواء كان حقاً عينياً أصلياً (مثل حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الارتفاق أو حق الحكر) أو حقاً عينياً تبعياً (مثل حق الرهن أو حق الاختصاص أو حق الامتياز) فعليه أن يقدم الدليل المثبت لما يدعيه في ضوء القواعد العامة في الإثبات ، تأسيساً على أنه يدعي أمراً على خلاف الأصل (١٩) .

كما يترتب على ذلك أنه إذا تقرر لغير المالك حق عيني أصلي آخر مثل حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق السكنى ، فهو أمر عارض وموقوت بمدة معينة ، ثم يخلص حق الملكية بعد انتهائها لصاحب هذا الحق ويزول وينتهي ما سواه من الحقوق المترفة منه (٢٠) .

رابعاً : حق الملكية حق مقيد نو وظيفة اجتماعية:

لم يعد حق الملكية حقاً مطلقاً عن القيد كما كان الوضع قديماً في ظل المذهب الفردي، حيث كان للمالك على ملكه سلطات مطلقة، ولم يكن بمقدور واضع القانون آنذاك أن يتدخل لتقييدها أو الحد منها سواء تحقيقاً للمصلحة العامة أو الخاصة، بيد أنه مع أفول الفكر الفردي وانتشار الفكر الاشتراكي أضحت الملكية ملكيةً موجهةً لخدمة الاقتصاد القومي تؤدي دوراً ذا وظيفة اجتماعية في المجتمع، وأضحى لواضع القانون حق التدخل للحد من غلواء إطلاقها من القيود فيفرض عليها عدداً من القيود التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة مثل وضع حد أقصى للملكية الزراعية والأراضي البور والصحراوية أو تلك القيود التي تنشأ تحقيق بعض المصالح الخاصة بوصفها هي الأولى بالرعاية والأجدر بالحماية من غيرها مثل مصلحة

(١٨) تنص المادة ٨٠٢ مدني أن "مالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه".

(١٩) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ص ٣٠ ، شوقي صلاح ص ١٣٤ .

(٢٠) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ص ٣٠ .

الملاك المجاورين التي أملت على واضع القانون تقدير بعض الحقوق لهم على أراضي جيرانهم مثل حق المرور وحق الشرب وحق وضع العلامات بين الأملاك المجاورة (٢١).

ولعل من دلائل التقييد لحق الملكية لضمان أدائه الدور الاجتماعي المأمول فيه ، أنه يرخص قانوناً في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مع تعويض صاحبها تعويضاً عادلاً يخضع لتقدير القضاء ، كما يجري تقييد المالك في استعماله لملكه بألا يضر بجاره ضرراً غير مألوف ، كما أصبح مسموحاً لمن مصلحة خاصة أولى بالرعاية وأجدر بالحماية أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه الخاص مقيداً هذا الانتفاع لصالحه ، مثل ما يرخص به القانون للمالك المجاور في استعمال مسقى أو مصرف جارهم لخدمة ملكه (٢٢) .

ولا جرم أن قيام حق الملكية بدوره الاجتماعي على النحو سالف الذكر يجد أساسه القانوني في أوجبه الدستور عليه من عبء اجتماعي مكلف به في محيط الحياة الاجتماعية ، لاسيما وأن حق الملكية ذاته يدين بالفضل بعد الله عز وجل في نشأته ووجوده واستمراره للمجتمع الذي نبت وترعرع فيه واحتتمى في رحاب ظلاله الوارفة (٢٣) ، وقد أبرز دستور ١٩٧١م هذه الوظيفة صراحة ، حيث نصت المادة ٣٢ منه على أنه " الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية..... " ، وأظهر دستور ٢٠١٢م صراحة هذا الدور الاجتماعي لحق الملكية في المادة ٢٤ منه بقولها " الملكية الخاصة مصونة، تؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني دون انحراف أو احتكار " ، في حين لم يذكر الدستور الحالي هذه الوظيفة صراحة (دستور ٢٠١٤م) مكتفياً بالإشارة إليها المادة ٣٦ منه عند حديثه عن الوظيفة الاجتماعية للقطاع الخاص بقولها " تعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص لأداء مسؤوليته الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني والمجتمع " .

(٢١) انظر في نفس المعنى: د./ حمدي عطيفي "دروس في مبادئ القانون"، الجزء الثاني ، نظرية الحق ، ص ٢٣ ، طبعة عام ١٩٩٥م.

(٢٢) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، ص ٣٧ ، ٣٨ .
(٢٣) انظر في نفس المعنى: محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، في حق الملكية، ١٩٥٤، ص ١٨٦؛ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٢١ ، شوقي صلاح ص ١٣٨ .

خامساً : حق الملكية حق يحتج به قبل الكافة .

لا جرم أن الملكية الخاصة ملكية مصانة لها حرمتها قبل الكافة ، سواء كان شخصاً عاماً ذا نفوذ وسيادة (سواء كان دولة أو مؤسسة عامة تعاملت بوصفها شخصاً صاحب سلطان وسيادة) أو شخصاً خاصاً من أشخاص القانون الخاص(سواء كان دولة أو مؤسسة عامة)تعاملت بوصفها شخصاً عادياً أو شركة أو مؤسسة خاصة أو فرداً عادياً) فلا يجوز لأحد أن يمس هذه الملكية كلها أو في أي جزء منها إلا بمسوغ قانوني مشروع ، إذ تنص المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤م " الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون " (٢٤) .

المبحث الرابع

إثبات الملكية

أولاً : من هو المكلف بعبء إثبات الملكية

يجب على من يدعي أمراً معيناً على خلاف الثابت (أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً) أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، فإن أفلح حكم القاضي له ، ما لم يثبت خصمه عكسه ، وإن عجز رفض القاضي إدعاءه دون أن يطالب خصمه بشيء . ومن ثم يكون المدعي بصفة عامة هو المكلف قانوناً بمهمة الإثبات . فمن هو المدعي إذن ؟

المدعي هو من يدعي شيئاً يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً ، ولا يلزم أن يكون المدعي هو من رفع الدعوى (وإن كان هذا هو الغالب) ، فقد يكون أيضاً هو من

(٢٤) إذ تنص المادة ٢٤ من دستور ٢٠١٢م على أنه " الملكية الخاصة مصونة، تؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني دون انحراف أو احتكار، وحق الإرث فيها مكفول. ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي؛ ولا تنتزع إلا للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل يُدفع مقدماً " .

رفعت عليه الدعوى ، تأسيساً على أن مراكز الخصوم قد تتغير أثناء سير الدعوى على نحو يسمح بتبادلهم مركزي المدعى والمدعى عليه ، ومن ثم يصدق وصف المدعى على كل شخص يدعى على غيره شيئاً معيناً أو يدفع دعوى غيره بدفع معين ، مادام أنه صار بدعواه أو بدفعه يدعى على ذلك الغير أمراً يخالف به الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً .

فالثابت أصلاً هو ما يثبت بحسب الوضع الغالب والمألوف في الأمور ، بصورة يترجح معها موافقته للحقيقة والواقع ، فعلى سبيل المثال نقول أن الأصل في الإنسان أنه بريء الذمة في مواجهة غيره ، لأن هذا هو الأصل الموافق لواقع الحياة ، إلى أن يثبت عكس ذلك ، ولذا فإنه يجب على من يدعى مديونية شخص معين له أن يقدم الدليل القانوني المثبت لذلك ، فإن عجز عن توفير هذا الدليل رفض القاضي إدعاءه ، دون أن يحق له مطالبة المدعى عليه بشيء من الإثبات ، ومن ثم ليس له أن يطالبه بنفي هذه المديونية أصلاً أو بإثبات انقضائها بأي سبب من أسباب الانقضاء ، فإن أفلح المدعى في إثبات ما ادعاه صارت مديونية المدعى عليه بعد ذلك هي الثابتة عرضاً ، وانتقلت إليه مهمة الإثبات ليثبت عدم مديونيته أصلاً لهذا المدعى ، أو يثبت رغم سبق وجود هذه المديونية أداءه لهذا الدين أو انقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء (سواء تمثل ذلك في انقضائه بالوفاء وهذا هو المعتاد أم بغير الوفاء كما لو انقضى بالإبراء أو المقاصة أو غيرهما من هذه الأسباب) ، ولذا تنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ م) على أنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " (٢٥) .

فالثابت عرضاً هو ما جاء عارضاً أو حادثاً (أي على نحو عارض أو مؤقت) ليخالف الأصل الثابت أصلاً وفق مألوف الأمور وطبائع الأشياء ، على إثر نجاح المدعى في إثبات ما يناهضه ، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات من على عاتقه إلى عاتق المدعى عليه ، ليدحض ما أفلح المدعى في إثباته في مواجهته .

(٢٥) هذه المادة تعادل المادة الأولى من قانون الإثبات البحريني (وهو القانون الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م).

أما الثابت فرضاً فهو ما يثبتته القانون على سبيل الفرض أو القياس من أمور مجهولة مرتكزاً في هذا الافتراض أو القياس على أمارات أو علامات نابغة من أمور معلومة تدل عليها ، وعندئذ تنشأ لصالح من جرى له هذا الفرض أو القياس أمانة قانونية تعفيه من واجب الإثبات الذي كان واقعاً علي عاتقه ، وتلقي به في ذات الوقت على كاهل خصمه ، فعلى سبيل المثال يفترض القانون فيمن ثبت سداده لقسط من الأقساط الواجبة عليه سداده للأقساط السابقة عليه ، فواقعة الوفاء بالقسط بوصفها واقعة معلومة تصلح أمانة تدلل على الوفاء بما سبقها من الأقساط ، نظراً لأن الدائن لا يقبل عادة الوفاء له بقسط لاحق قبل أن يستوفي ما سبقه من الأقساط ، ولهذا تنص المادة ٥٨٧ مدني مصري على أن " الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك " (٢٦) .

فالقريئة القانونية تعني افتراض القانون لأمر معين مجهول بناء على أمر آخر معلوم يدل عليه ، وهي على نوعين : قرينة قانونية بسيطة ، وهي القرينة القانونية التي يفترضها القانون افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ومن ثم يجوز لمن كان مضمون القرينة في غير صالحه أن يثبت ما يخالفه ، فمثلاً إذا كان القانون قد اعتبر أن وصول التعبير عن الإرادة إلى علم من وجه إليه قرينة على اتصال علمه به ، على نحو يعفيه من إقامة الدليل على تحقق علمه بهذا التعبير ، وينتقل عبء الإثبات بموجب هذه القرينة إلى من وجه إليه التعبير لينفي حصول علمه بهذا التعبير على الرغم من وصوله إليه (٢٧) ، كما لو أثبت أنه كان مسافراً عند وصول هذا التعبير أو أنه كان مريضاً بالمستشفى على نحو حال دونه واتصال علمه به (٢٨) .

وقريئة قانونية قاطعة وهي التي يفترضها القانون افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، ومن ثم لا يجوز لمن كان فحوى هذه القرينة في غير صالحه أن يثبت خلافه أو يقيم الدليل على ما يناقضه ، فعلى سبيل المثال حينما افترض القانون عند تهدم البناء كلياً أو جزئياً ثبوت الخطأ في حق حارسه الفعلي ، جعله افتراضاً غير قابل لإثبات عكسه ، ومن ثم لم يجز لهذا الحارس

(٢٦) هذه المادة تعادل المادة ٥٣٥ من القانون المدني البحريني .
(٢٧) إذ تنص المادة ٩١ من القانون المدني المصري " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك " . هذه المادة تعادل المادة ٣٣ مدني بحريني .
(٢٨) وينبغي مراعاة أن من تتوافر لصالحه قرينة قانونية لا يعفى كليةً من الإثبات ، إذ يبقى ملتزماً بإثبات هذه القرينة ، حتى يجري إغاؤه من إثبات ما دلت عليه هذه القرينة من مضمون .

أن ينفي خطأه بإثبات أن البناء جديد وأنه خالٍ من العيوب ، وأنه لم يقصر في اتخاذ ما كان يلزم للبناء من أعمال الترميم والصيانة ، أو يثبت أن السبب غير معلوم ، وإنما يلزمه إذا أراد الإفلات من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي (والسبب الأجنبي هو كل سبب منبت الصلة عن المسئول سواء كان متمثلاً في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، أم كان متمثلاً في خطأ الغير ، أم كان متمثلاً في خطأ المضرور نفسه) وكذلك الحال في بقية أنواع الحراسات الأخرى مثل حراسة الحيوان ، وحراسة الأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة والآلات الميكانيكية ، إذ أن خطأ الحارس فيها مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وليس له من سبيل لنفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي (٢٩) .

وأخيراً فإن الثابت ظاهراً لا يكف صاحبه بالإثبات ، تأسيساً على أن هذا الظاهر يدعم موقفه ويجعل الحق في جانبه ، فيكفيه بذلك مؤنة الإثبات ويلقيها من ثم على عاتق من يدعي خلاف هذا الظاهر ، وبناء على ما سبق فإن حائز الشئ هو من يظهر عليه بمظهر المالك له ، وعلى من يدعي خلاف هذا الظاهر عبء إقامة الدليل على ملكيته للشئ محل الحياة الثابتة لغيره ، فإن عجز عن ذلك رفض إدعائه ولم يطلب ممن يتمسك بهذا الظاهر شيء ، فلا يكف بتقديم أي دليل على ملكيته الثابتة له بحسب الظاهر .

وإذا كان الإثبات يمثل - كما سبق أن رأينا - واجباً على عاتق المدعي ، فإنه يعتبر في نفس الوقت حقاً له ، بوصفه يشكل تدعيماً لادعائه وسبيلاً للوصول إلى الحماية القانونية المنشودة للحق الذي يدعيه ، ولذا ينبغي على القاضي تمكين المدعي من ممارسة حقه في الادعاء كاملاً ، بالسماح له بتقديم الأدلة التي تؤيد ادعائه على النحو الذي يقدر عليه ، من غير أن يبخسه منه شيئاً أو يحرمه من ممارسته ، وإلا كان حكمه معيباً لإخلاله بحق المدعي في الدفاع عن حقه الذي يدعيه ، على نحو يخصص له في الطعن عليه بالنقض أمام محكمة التمييز لمخالفته بذلك أحكام القانون .

(٢٩) إذ تنص المادة ١٧٦ مدني مصري على أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه"، كما تنص المادة ١٧٧ مدني مصري على أن "حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهدام جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه الى اهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه"، كما تنص المادة ١٧٨ مدني مصري على أن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاص" هذه المادة تعادل المادة ١٧٥ مدني بحريني، ..

بيد أنه وإن كان للمدعي الحق في الإثبات إلا أنه لا يجوز له بصفة عامة أن يصطنع دليلاً لنفسه فيستند في ادعائه على أقواله أو مذكراته أو يمينه أو أي عمل آخر من أعماله من أجل أن يلزم به غيره ، وصدق الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم إذ يقول مبيناً لنا خطورة أن يعطى المدعون بادعاءاتهم فيسمح لهم بالاستناد على ما يقدمونه لأنفسهم من أدلة في عبارات ناطقة في البيان والدلالة ، " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على من ادعى واليمين على المدعى عليه " (٣٠) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلاً ضد خصمه ، وأنه لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً يحتج به على الغير " (٣١) .

غير أنه يراعى أنه قد يخرج واضح القانون على هذا المبدأ على سبيل الاستثناء فيجوز للشخص أن يحتج فيما يدعيه بدليل يصنعه بنفسه ، مثال ذلك ما رخص فيه القانون للتاجر من احتجاج بدفاتره التجارية لإثبات ما يكون قد ورد له لعملائه من أشياء (حتى وإن كانت هذه الدفاتر لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل ، فتحتاج من ثم إلى أن يجري تدعيمها بيمين متممة مثلاً بوجهها القاضي لأي من الخصمين لتنهض دليلاً كاملاً في إثبات ما يجوز إثباته بالبينة أو شهادة الشهود) أو حقه في التمسك بهذه الدفاتر بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات للاحتجاج بها في مواجهة غيره من التجار شريطة أن تكون دفاتر منتظمة ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧ إثبات مصري بقولها " دفاتر التجار لا تكون حجة علي غير التجار غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلي أي من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة " ، " وتكون دفاتر التجار حجة علي هؤلاء التجار ، ولكن اذا كان هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه " (٣٢) .

(٢٠) رواه الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما .
(٢١) نقض منني مصري ١٣/٢/١٩٦٩ م .
(٢٢) هذه المادة تعادل المادة ١٦ إثبات بحريني .

وينبغي مراعاة أنه لا يجوز إلزام أي خصم على تقديم دليل ضد نفسه بصفة عامة ، نظراً لأن تقديم الدليل من الخصم يمثل تعبيراً عن ممارسة حقه في الإثبات ، ومن غير المقبول إجباره على استعمال حقه بطريقة تضره ، هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك على سبيل الاستثناء (٣٣) .

وإذا كان للمدعي كامل الحق في تقديم الدليل المؤيد لادعائه ، فإن للمدعى عليه أيضاً كامل الحق في دحض هذا الدليل ، ويتعين على القاضي تمكين المدعى عليه من مجابهة المدعي فيما يدعيه عليه من حق ، ومناقشته في كل دليل يركز عليه في إثبات ادعائه ، بل والسماح له في عرض الدليل الذي ينقض دليل المدعي في ادعائه ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٦٩ من قانون الإثبات المصري بقولها " الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فينفيها بهذا الطريق " (٣٤) .

وفي خصوص إثبات الملكية فإنها لا تخرج عن إطار هذه القواعد ، فمن يدعي أمراً خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو ظاهراً ، عليه عبء إثبات ما يدعيه .

وبناء عليه إذا كان المال في حيازة مالكه ، كانت حيازته الظاهرة سنداً لملكيته ، ولا يطالب بتقديم ما يدل على ملكيته له ، وإنما يقع على من يدعي حقاً على هذا المال سواء أكان حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأخرى ، فعليه أن يقدم الدليل المثبت لما يدعيه ، وإلا رفض القاضي ادعائه ، دون أن يطالب من يتمسك بالثابت أصلاً أو ظاهراً بتقديم أي دليل ، لكن إذا أفلح المدعي في إثبات ما كان يدعيه على المال من حق ملكية مثلاً صار الظاهر معه وانتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فإن فشل في نفي الثابت عرضاً حكم لصالح خصمه الذي صار الدليل الظاهر مؤيداً له (٣٥) .

(٣٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١١ .
(٣٤) هذه المادة تعادل المادة ٧٠ من قانون الإثبات البحريني .
(٣٥) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ١٧ ، ص ٤١ ، ٤٢ .

ثانياً : محل الإثبات في الملكية .

إن الإثبات في الملكية لا على حق الملكية ذاته ولا على الملكية ذاتها ، إنما يرد على أسباب كسب هذا الملكية أو كسب هذا الحق أياً كان ، سواء أكان هو العقد أو التقادم أو الوصية ، وبناء عليه فإن من أراد إثبات ملكية عقار ، فعليه أن يقدم سند ملكيته لهذا العقار ، سواء بتقديم العقد الذي اشترى به هذا العقار ، فإن كان غير حائز لهذا العقار وكان العقار في حيازة شخص آخر كان له رفع دعوى استحقاق على حائز هذا العقار دون وجه حق ، وقدم للقاضي سند ملكيته لهذا المال ، أما إذا كان غير حائز لهذا العقار ونازعه شخص دون مسوغ قانوني له في تلك المنازعة ، جاز للمالك الحائز صد منازعته من خلال إحدى دعاوى الحيازة حسب نوع المنازعة ، بحيث إذا باشر أي عمل من أعمال الاعتداء على هذا المال المملوك والحائز له ، فله رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ، وإن كانت هذه الأعمال تبدأ بعد ولكن هم بالشروع فيها كان له رفع دعوى منع التعرض ، وإن كان قد باشر الاعتداء فعلاً واستولى استيلاءً على المال ، كان له رفع دعوى استرداد الحيازة (٣٦) .

ثالثاً : طرق إثبات الملكية .

لا جرم أن لإثبات الملكية طرقاً متعددة ، منها ما هو قطعي ، ومنها ما هو ظني ، فالسجل العيني والتقادم هما من طرق الإثبات القطعية ، في حين أن سندات التمليك والقرائن من طرق الإثبات الظنية ، وقد نصت المادة ١٤٢ من قانون السجل العيني على أن " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل " .

وإذا كان اعتبار السجل العيني دليلاً قطعياً في إثبات الملكية له ما يبرره واقعياً وقانونياً ، لأنه يجري التثبت بدقة متناهية من كافة البيانات المثبتة في دفاتره على نحو متصل لتعاقب سندات ملكية الملاك المتعاقبين على هذا المال من أولهم إلى آخرهم ، فليس من مبرر من منطق أو عقل أو دين للاعتراف بالتقادم المكسب بوصفه سبباً من أسباب كسب الملكية ، وبوصفه سبباً

(٣٦) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ١٦ ، ص ٤١ .

قطعيّاً مقدماً على كل ما سواه من الأدلة الأخرى باستثناء ما كان ثابتاً في السجل العيني ، نظراً لكونه شكلاً ظاهراً من أشكال الغصب وأكل أموال الناس بالباطل .

ومن البديهي عند تعارض أدلة إثبات الملكية ، أن نقدم الدليل القطعي على الدليل الظني ، وعند انتفاء الدليل القطعي ووجود تعارض بين الأدلة الظنية المثبتة للملكية ، فعندئذ قد يكون الترجيح بينها مرتبطاً بتوزيع عبء الإثبات في فروض معينة ، أو مرتبطاً بمن يكون لديه سند أفضل من سند آخر أو من معه قرائن أفضل من غيرها في فروض ثانية ، وبناء عليه (٣٧) :

يقدم من يتمسك بالسجل العيني في إثبات ملكيته على غيره من الأدلة .

يقدم من يتمسك بالتقادم فيما هو غير ثابت بالسجل العيني على غيره من الأدلة .

يقدم من لديه سند صحيح على من لديه سند غير صحيح ، ومن لديه سند صادر من مالك على من لديه سند صادر من غيرمالك .

يفضل من لديه سند مسجل على من لديه سند غير مسجل ، فإن كان السندان مسجلين كان أسبقهما في ثبوت التاريخ هو المقدم .

إذا لم يكن للمتازعين أي سند على ملكيتهما ، كان الحائز منهما مقدماً على غير الحائز ، تأسيساً على أن الحياة قرينة على الملكية .

إذا لم يكن للحائز سند ، كان مفضلاً عليه من بيده سند صادر من مالك ، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل .

إذا كان للحائز سند صادر من غير مالك ، ولم يكن لخصمه سند صادر من مالك ، ولكن كان لديه شهادة الضريبة العقارية كان الأخير مفضلاً لكون الظاهر عندئذ مؤيداً له .

وفي خصوص أدلة إثبات ملكية المنقول ، فإن القاعدة العامة أن الحياة قرينة على ملكية الحائز لما يحوزه ، بل وقرينة على وجود السبب الصحيح مع توافر حسن النية ما لم يثبت عكس

(٣٧) انظر في ذلك المعنى : عبد الناصر العطار ، ص ٤٨ .

ذلك ، فإذا نازعَ الحائزُ شخصاً آخر لم يكفه تقديم سند لملكيته للمنقول ، وإنما يجب عليه أيضاً أن يطعن في الحيازة أو يطعن في السبب الصحيح لحيازته أو يثبت سوء نية هذا الحائز .

إذ تنص المادة ٩٧٦ مدني مصري على أنه " ١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " .

٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها " . ٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يَقم الدليل على عكس ذلك " .

الفصل الثاني

نطاق حق الملكية

يتحدد نطاق حق الملكية بالنظر إلى ما يتيح هذا الحق من سلطات وصلاحيات ، من استعمال واستغلال وتصرف والتي تمثل النطاق المعنوي لهذا الحق ، وبالنظر إلى ما يرد عليه هذا الحق من محل مادي بكل أشكاله وصوره ، والذي يمثل النطاق المادي لهذا الحق .

المبحث الأول

النطاق المعنوي لحق الملكية

لقد أوضح القانون صراحة النطاق المعنوي لهذا الحق ، متيحاً من خلاله للمالك على ملكه أقصى ما يمكن جنيته والحصول عليه من حق عيني ، فجمع له بين يديه سلطة استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه ، حتى صار وبحق حقاً جامعاً لكل الصلاحيات والسلطات المتصورة له في هذه السلطات الثلاث ، سلطة الاستعمال ، سلطة الاستغلال ، سلطة التصرف ، حيث نصت المادة ٨٠٢ مدني مصري على أنه " لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه .

واستعمال الشيء: يكون بالإفادة منه مباشرة والحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات أو ثمار على إثر استعماله له ، ودون أن يؤدي ذلك إلى المساس بأصله وجوهره، فاستعمال الأرض الزراعية يتحقق من خلال زراعتها وقطف ثمارها ، واستعمال المنزل يتحقق بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الأرض الفضاء يكون بالبناء عليها (٣٨).

وللمالك الحرية الكاملة في استعمال الشيء المملوك له أو عدم استعماله ، ولا يسقط حقه عليه لعدم استعماله ، كما لا يمكن محاسبته عن ذلك بصفة عامة ، هذا ما لم ينص القانون على

(٣٨) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/توفيق حسن فرج ص ١٨٥، أ.د/حسن كبره بند ٢٢٧، ص ٤٦١، أ.د/القطر بند ٢١٣، ص ٤٣٣، أ.د/عبد الحي حجازي "نظرية الحق في القانون المدني" ص ٦٠، ٦١، بدون تاريخ نشر ، الناشر مكتبة وهبة ، أ.د/محمد حسام لطفى - المرجع السابق ص ٣٣، د./حمدي عطيفي ص ٢٠ .

غير ذلك ، كما لو حظر القانون في ظل أزمة طاحنة للمساكن ترك الملاك شققهم دون استعمال أو استغلال أو حظر ترك الأرض الزراعية دون زراعة حتى لا تتعرض للتصحر أو تصبح أرضاً بوراً ، وإذا استعمله فله أن يستعمله بكل أوجه الاستعمال التي يتيحها له هذا الشيء المملوك له ، سواء كان استعمالاً مألوفاً بحسب ما أعد له أو كان استعمالاً غير مألوف ، بل وله ذلك حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال إهلاك المال أو إتلافه ، فهناك من الناس في بعض الدول غير العربية من يستعمل الكلاب في عمليات نقل الأشخاص أو البضائع ، وهذا بطبيعة الحال يخالف ما أعد له هذا الحيوان وليس استعمالاً مألوفاً بين عموم الناس .

والأصل أن للإنسان الحرية الكاملة في تحديد أوجه الاستعمال التي يريدها من المال الذي يملكه ، من غير أن يتدخل القانون فيحظر عليه أحد هذه الوجوه ، هذا ما لم تقتض المصلحة العامة حظر أحد أوجه الاستعمال أو فرض وجه معين من وجوها من أجل مصلحة المجتمع ، مثال ذلك أن تحظر الدولة بناء مساكن في منطقة صناعية أو تحظر بناء مصانع في منطقة سكنية أو تحظر بناء مساكن أو مصانع في مناطق معينة لعدم وجود أي خدمات عامة بها أو تحظر بناء مساكن على أراضي زراعية أو توجه الملاك إلى زراعة محاصيل معينة دون أخرى حسب ما تتطلبه المصلحة العامة في المجتمع .

أما استغلال الشيء فيكون بالإفادة منه بطريق غير مباشر وذلك بالحصول على غلته أو ثماره عند استعمال الغير له ، دون أي مساس بأصله أو جوهره.

وأرى مع آخرين أن معنى الاستغلال يقتصر على الاستغلال غير المباشر والذي يتحقق باستعمال غير المالك للشيء المملوك في مقابل أجر معين يدفعه له ، أما الاستغلال المباشر للمال من قبل صاحبه فهو من قبيل الاستعمال وليس من قبيل الاستغلال (٣٩) .

ويقصد بالثمار كل ما يتولد عن الشيء بصفة دورية ومنتجدة دون أن يمس أصله وجوهره. وهذه الثمار نوعان: ثمار مادية، وثمار مدنية.

(٣٩) انظر في ذلك : البيراوي بند ١٤ ، احمد سلامة بند ٣٢

والثمار المادية إما أن تكون بفعل الطبيعة دون أي تدخل من جانب الإنسان مثل نتاج الحيوان، ولذا فهي تُسمى بالثمار الطبيعية، وإما أن تكون بفعل الإنسان مثل المحصولات الزراعية وهي تسمى بالثمار الصناعية أو الثمار المستحدثة نظراً لمساهمة الإنسان في استخراجها واستحداثها.

أما الثمار المدنية أو القانونية فهي ما يخله الشيء من ريع أو دخل نقدي في مقابل انتفاع الغير به، مثل الأجرة التي يحصل عليها مالك الشقة نتيجة لتأجيرها لغيره، والفوائد التي يحصل عليها مالك الأسهم أو السندات.

أما التصرف في الشيء - والذي يمثل أقوى سلطات المالك على ملكه - فهو يعنى التسلط على رقبته أو على كيانه ووجوده بحيث يملك هو دون غيره التحكم في مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفاداً كلياً أو جزئياً. وهذا التصرف قد يكون تصرفاً مادياً بإفناء الشيء والقضاء على مادته عن طريق استهلاكه أو إتلافه أو بإحداث تغيير جوهري فيه على نحو يؤدي إلى قلب وظيفته والغرض منه، مثل هدم منزل أو تحويله من مسكن عائلي إلى فندق أو تصنيع المواد الأولية إلى منتجات، وقد يكون تصرفاً قانونياً بالنزول عن ملكيته للغير بمقابل (مثل بيعه له) أو بغير مقابل (بالتبرع به بعقد هبة) أو تقرير حق عيني أصلي آخر (مثل تقرير حق انتفاع على هذه الشيء) أو حق عيني تبعي (مثل رهنه رهناً رسمياً إن كان عقاراً أو رهنه رهناً حيازياً سواء كان عقاراً أو منقولاً) (٤٠).

ويستطيع المالك التصرف في ملكه كله أو في جزء منه كبيعه نصف ملكه أو نسبة أخرى أقل أو أكثر ، فيصير المال الذي كان مملوكاً له ملكية مفرزة يصبح بعد تصرفه في جزء منه مملوكاً بينهما ملكية شائعة ، كما أن له أن يتصرف في عنصر واحد من عناصر الملكية ، كمن يتصرف لغيره في حق الاستعمال أو حق السكنى أو حق الانتفاع فيبقى له حق الرقبة ، كما يستطيع أن يرتب لغيره حق رهن ، سواء كان رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً (٤١) .

وتجدر الإشارة إلى أن ملكية الشيء قد تكون خالصةً لشخص واحد فينفرد بمباشرة كافة السلطات الثلاث سالفة الذكر (أي سلطه استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه) وعندئذ تعد

(٤٠) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ حسن كيره بند ٢٣٧، أ.د/ توفيق حسن فرج ص ١٨٥، د. محمد سعد خليفة ص ١٦٤، د. حمدي عطيفي ص ٢٢ .
(٤١) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٥ ، ص ١٦ .

ملكيتة ملكية مفرزة، وقد يشاركه في ملكية هذا الشيء أشخاص آخرون، بحيث يملك كل واحد منهم حصة شائعة فيه فتسمى الملكية عندئذ بالملكية الشائعة ، ويكون للشريك على الشيوع حق استعمال واستغلال حصته الشائعة وله حق التصرف فيها ، ولا يجوز له أن يتصرف في المال الشائع كله أو في جزء مفرز منه، فمثل هذا التصرف من حق جميع الشركاء أو الأغلبية الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل (م ٨٣٢ مدني)، ويرخص القانون للشريك على الشيوع الحق في طلب إنهاء حالة الشيوع بقسمة المال الشائع ، هذا ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق (م ٨٣٤ مدني).

المبحث الثاني

النطاق المادي للملكية

يدخل في النطاق المادي لحق الملكية الشيء ذاته بجميع أجزائه وعناصره الجوهرية ، سواء ما كان منها جزءاً من جزئيات هذا الشيء مما لا ينفصل أو ينفك عنه ، أو كان منفصلاً أو مستقلاً عنه مما جرى العمل على اعتباره من ملحقاته ، فضلاً عما يغله هذا الشيء من ثمار وما يستخرج منه من منتجات .

ولا تثار أي مشكلة في تحديد محل حق الملكية في المنقول ، لأن طبيعة المنقول ذاته بوصفه مالاً له كيان مستقل أو منفصل عن غيره ، بحيث لا يختلط بغيره من المنقولات ، وإذا كان محل حق الملكية عقاراً ، نظرنا إلى طبيعة هذا العقار ، فإن كان بناءً كان داخلياً في محل ملكية البناء جميع أجزاء هذا البناء مما لا ينفك أو ينفصل عنه إلا بتلف أو هلاك ، فيشمل البناء أرضه وأعمدته وحوائطه وسلمه ومصعده وسقفه ، وإن كان العقار أرض فضاء شمل حق ملكيتها سطحها وما فوقها من علو وما تحتها من سفلى إلى الحد المفيد في التمتع به علواً أو عمقاً ، وبذلك يفترض فيمن يملك أرضاً أن يكون مالكاً لما فوقها من علو وما تحتها من سفلى ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك .

ولعل هذا هو عين ما نصت عليه صراحة المادتان ٨٠٣ ، ٨٠٤ مدني مصري ، حيث نصت المادة ٨٠٣ على أنه " ١- مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن

فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير.
٢- وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها ، علواً أو عمقا.
٣- ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها " (٤٢) .

ونصت ٨٠٤ مدني مصري على أنه " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك " (٤٣) .

أولاً : ملكية سطح الأرض .

إن أول شيء يرد عليه حق ملكية أي أرض هو سطحها ، ويتحدد سطح أي أرض بالأفدنة والقراريط والأسهم ، أو بالأمتار المربعة أو الأذرع المربعة ، ويتم تحديد حدود الأراضي المتجاورة بطريق الاتفاق بين ملاك تلك الأراضي ، فإن تعذر الاتفاق بينهم ، أمكن لأي جار جبر جاره على تعيين هذه الحدود عن طريق رفع دعوى قضائية تسمى " دعوى تعيين الحدود " ، وهي دعوى عينية عقارية تدخل في اختصاص القاضي الجزئي الواقعة في دائرته الأراضي المتلاصقة بغض النظر عن قيمتها (٤٤) ، لكن ليس جبره على أكثر من ذلك ، كأن يطالبه بتسوير أرضه بسور معين حولها أو تحويطها بحوائط مختلفة من جوانبها .

وهذه الدعوى (أي دعوى تعيين الحدود بين الأملاك المتجاورة) لتعلقها بالتلاصق بين أملاك الجيران فهي لا تسقط بالتقادم ، لكن إعادة تعيين هذه الحدود التي طمست تتقادم بمضي خمس عشرة سنة ، ومن ثم إذا أريد تعيين الحدود تعين رفع جديدة لذلك ، وعندئذ قد تختلف هذه الحدود عن الحدود السابقة بسبب اكتساب أحد الملاك المجاورين مساحات جديدة دخلت على

(٤٢) وهو ما نصت عليه المادة ٧٧١ مدني بحريني بقولها " ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك " ، ونصت عليه المادة ٨١٢ مدني كويتي " ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها إلى الحد المفيد في التمتع بها وفقاً للمألوف ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك " .

(٤٣) وهو ما نصت عليه المادة ٧٧٠ مدني بحريني بقولها " ملكية الشيء تشمل أجزاءه ، وثماره ، ومنتجاته ، وملحقاته ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك " ، ونصت عليه المادة ٨١١ مدني كويتي " ملكية الشيء تشمل أجزاءه ، وثماره ، ومنتجاته ، وملحقاته ، ما لم يوجد نص أو تصرف قانوني يخالف ذلك " .

(٤٤) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٧ ، ص ٢٣ ، نقض مدني مصري ، ١٩٨٤/١١/٦ م ، طعن رقم ١٥٧ ، س ٥١ ق .

أرض بسبب ميراث أو شراء أو تقادم (وإن كنت أرى عدم جواز التقادم بوصفه غصباً وأكلاً للحقوق بالباطل) .

ويتم وضع علامات ظاهرة بين الأراضي المتجاورة مثل قطع من الحديد للفصل بين حدودها ، ويكون محضر التحديد المنفق عليه بين الملاك المتجاورين ملزماً لمن وقع عليه منهم ، ما لم يطعن فيه مثل طعنه في أي عقد ، كما يكون ملزماً هذا المحضر إذا صدقت عليه المحكمة ولم يطعن في حكمها ، أو طعن فيه أمام المحكمة ثم صار الحكم نهائياً (٤٥) .

ويجري توزيع نفقات هذه الدعوى بين الملاك المتجاورين بحسب عدد القطع المجاورة ، حيث تنص المادة ٨١٣ مدني مصري على ذلك بقولها " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما " (٤٦) ، أما نفقات مسح هذه الأراضي ، فتوزع بين الملاك بحسب مساحة كل قطعة على حده وليس على أساس عدد القطع (٤٧) .

ويكون للمالك على سطح أرضه كافة السلطات التي يخولها له حق الملكية فيستعملها (كأن يغرس فيها غرساً إن كانت أرضاً زراعية أو يبني عليها داراً أو مصنعاً أو فندقاً أو مخزناً إن كانت أرض فضاء) أو يستغلها (بأن يؤجرها لغيره مقابل أجره معينة) أو يتصرف فيها (ببيعها أو التبرع بها) .

ثانياً : ملكية العلو .

لا جرم أن من يملك أرضاً يملك إلى جانب سطحها ما فوقها من علو إلى الحد المفيد في التمتع به ، مع مراعاة أن ملكيته لهذا العلو لا تعني ملكيته للهواء الموجود فيه ، فالهواء فوق الأرض لا يملكه أحد إلا الله الواحد الأحد ، لأنه بحسب طبيعته مما يستعصي على سيطرة البشر عليها (فهو من الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحسب طبيعته ، لأنه لا يقدر أحد البشر على

(٤٥) انظر في ذلك إلى : عبد الناصر العطار ، بند ٧ ، ص ٢٣ .
(٤٦) وهذه المادة تعادل المادة ٨١٣ مدني كويتي إذ تنص على أنه " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد مناصفة بينهما " .

(٤٧) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٧ ، ص ٢٤ .

الاستحواز عليه أو السيطرة والاستئثار به لمنع الناس منه) ، وإنما تعني ملكيته للحيز المكاني الذي يعلو فوق سطح أرضه ، أو الفراغ أو الارتفاع الذي يوازي حدود سطح أرضه ، فهو وحده الذي يستطيع أن يبني فيه أو يغرس غرساً ، ويستطيع إذا بنى فيه أن يصل إلى الارتفاع الذي يراه محققاً لمنفعته ، ولا يقيد به في ذلك أحد ، فيكون ملكاً خالصاً له لا يزاحمه فيه أحد ، بل ويستطيع منع غيره من مزاحمته له ، كأن يطلب عدم الصيد من فوق علوه حتى ولو كان يطلق الرصاص أو يصوب السهام أو يرمي بالنبلة من داخل أرضه ، أو يطلب من الجار عدم الميل ببنائه داخل حدود أرضه أو يطلب تقليم وقص فروع الأشجار التي تتمايل على علو أرضه .

بيد أن حدود ملكيته للعلو فوق أرضه تتحدد في ضوء القدر المفيد في انتفاعه بما فوق أرضه ، ومن ثم فإن القدر المجاوز لحاجته والمفيد له في الانتفاع به ، والذي قد يتفق عليه بين الملاك المجاورين أو يحدده القاضي عند الاختلاف بينهم ، يكون ملكاً مشاعاً بين الملاك المجاورين دون أن ينفرد به أحدهم ، ويمكن أن توضع فيه أسلاك الكهرباء أو تحلق في رحاب علوه الطائرات .

وتقوم قرينة قانونية بسيطة يفترض بموجبها فيمن يملك سطح أرض أنه مالك أيضاً لما فوقها من علو للقدر الذي يفيد في الانتفاع به ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يجري بموجبه فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها من علو ، إذ يجوز أن يكون مالك سطح الأرض شخصاً ، ويكون ملك ما فوقها من علو ثابتاً لشخص آخر ، فيكون له من ثم حق التعلّي .

ثالثاً : ملكية السفلى .

إن مالك الأرض لا يملك سطحها وما فوقها من علو إلى القدر المفيد له في التمتع به ، وإنما يشمل أيضاً ما تحتها من سفلى إلى العمق الذي يفيد في التمتع به ، فله أن يغرس فيها من زروع أو يحفر بها من حفر لمد أساسات بها للبناء عليها أو عمل أنفاق أو يأخذ ما من تربة ، وليس لغيره أن يزاحمه في هذا السفلى إلى القدر المفيد له في التمتع به وفق ما يجري عليه العرف (سواء كان شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً أو شخصاً طبيعياً) ، وإلا كان معتدياً يرد

عليه اعتدائه بصدده عنه ومنعه إياه وإزالة ما وقع منه (كما لو حفر شخص في سفل عمق جاره وهو يحفر لعمل أساسات عمارته ، فيحكم بتغطية وطمس هذه الحفر) ، مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك أو تعويضه عما تعذر إزالته من مظاهر الاعتداء على سفل عمق جاره (كما لو مد شخص أساسات عمارته في عمق سفل جاره وتم اكتشاف ذلك بعد تمام البناء ، إذ يتعذر التنفيذ العيني الجبري لرد الاعتداء ، ولا يكون من سبيل سوى التعويض النقدي بديلاً عنه) .

ومن دلائل ملكية صاحب الأرض لما تحت أرضه من سفل أنه عثر شخص على كنز مدفون أو مخبوء في أرض مملوكة لغيره (والكنز هو منقول ثمين معثور عليه مدفوناً تحت الأرض ، لأنه لو كان ظاهراً فوق الأرض لكان منقولاً ضائعاً أو مفقوداً وليس كنزاً (٤٨)) ، كانت ملكية هذا الكنز لمالك هذه الأرض أو مالك رقبته (إذا كان في الأرض صاحب حق انتفاع) وليس لشخص من عثر على هذا الكنز ، وكذلك الحال إذا عثر على هذا الكنز في أرض موقوفة ، فيكون ملكاً للواقف وورثته من بعده ، وتلك قرينة قانونية بسيطة نص عليها القانون ، ما لم يقدّم الدليل على عكسها ، كما لو ثبت أن شخصاً محدداً هو مالك هذا الكنز وهو الذي خبأه أو دفنه في أرض غيره ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٧٢ مدني مصري بقولها " ١- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته" ، " 2- والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته " .

وقد ذهب واضع القانون المدني البحريني (ومن قبله القانون المدني الكويتي (٤٩)) إلى أنه إذا لم تثبت ملكية الخمس في الكنز المدفون أو المخبوء لمن عثر عليه إذا كان شخصاً آخر غير مالك الأرض أو غير مالك رقبة الأرض التي كان مدفوناً أو مخبوءاً فيها ذلك الكنز ، مادام لم يثبت شخص ثالث غيرهما ملكيته له ، حيث نصت المادة ٨٤٦ مدني بحريني على أن "

(٤٨) انظر في ذلك المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ٩ ، ص ٢٥ .
(٤٩) وهو عين ما نصت عليه المادة ٨٧٧ مدني كويتي بقولها " الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفاً وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة ٨٧٩ " .

الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفاً ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة (٨٤٨) .

وينبغي مراعاة أن ملكية صاحب الأرض لما تحته من سفلى ليست مطلقة ، أي لا نهاية لها من هذا العمق ، إنما تقف في عمقها عند الحد المفيد له في التمتع به ، أما ما جاوز ذلك فليس له من حق عليه ، ومن ثم لا يجوز له أن يمنع غيره من أن ينتفع بهذا العمق متى كانت له مصلحة في ذلك ، كما لو أرادت الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام أو الخاص التفتيش في بواطن من الأرض عميقة عمقاً يجاوز القدر المفيد لملاك الأراضي في الانتفاع به بحثاً عن معادن أو أرادت الدولة بنفسها أو عن طريق من تفوضه في ذلك البحث عن آثار قديمة في بواطن الأرض (٥٠) ، شريطة ألا يضر بمالك الأرض سواء في سطحها أو في عمقها حتى القدر المفيد له ، وإلا كان من حقه الرجوع بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه على من تسبب فيه .

وتجب مراعاة أن أي أثر من الآثار هو ملك خاص بالدولة سواء وجد أو عثر عليه في ظاهر أو باطن أملاك عامة أو خاصة بالدولة ، أو عثر عليه في ظاهر أو باطن أي أملاك خاصة بالأفراد (٥١) ، ويجب على من وجده أو عثر عليه أن يحافظ عليه وتسليمه سريعاً للدولة ، حتى لا يعد حائزاً للأثر دون ترخيص مما يؤدي إلى تعريض نفسه للمساءلة الجنائية (٥٢) .

رابعاً : ملكية الثمار .

ثمار الشيء هي ما يغله هذا الشيء بصفة دورية متعاقبة (سواء كانت متساوية أو متقاربة أو متباعدة) دون أن يمس ذلك من أصله وجوهره ، ويستفاد من هذا التعريف أن ما يغله الشيء لا يعد من قبيل الثمار إلا بتوافر هذين الشرطين :

(٥٠) وقد قصر القانون على شركات القطاع العام مهمة البحث والتنقيب عن المعادن بموجب القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٢ م .

(٥١) حيث تنص المادة ٦ من قانون حماية الآثار (قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣م) على أنه " تعتبر جميع الآثار من الأموال العامة - عدا ما كان وفقاً - ولا يجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها إلا في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات المنفذة له " .

(٥٢) حيث تنص المادة ٤٣ من قانون حماية الآثار المصري على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سنتين وبغرامه لا تقل عن مائة

جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيهه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من : هـ - اقتنى أثراً وتصرف فيه على خلاف ما يقضي به القانون " .

الشرط الأول : التجدد بشكل دوري : أي يتتابع انتاجه لها على فترات متتالية سواء كانت متساوية او متقاربة أو حتى متباعدة ، دون انقطاع أو انفصال .

الشرط الثاني : ألا ينقص انتاجه لها من أصله أو ذاته : بحيث لا يترتب على انتاجه لها إلى الاقطاع من هذا الشيء أو المساس بأصله أو جوهره .

وثمار الشيء على أنواع ثلاثة : ثمار طبيعية ، وهي التي تتولد بالشيء بسبب العوامل الطبيعية أو المناخية دون تدخل من جانب الإنسان في وجودها ، مثل الكلاً والعشب ، وثمار صناعية ، وهي التي تتولد عن الشيء بسبب تدخل الإنسان باستخدامه إحدى وسائل انتاجها ، مثل المحاصيل الزراعية والفواكه بأنواعها المختلفة ، وثمار مدنية : وهي ما يدره أو يغله الشيء من مقابل نقدي بسبب استغلال الغير له ، مثل أجرة العين المؤجرة (سواء كانت سكناً أو أرضاً زراعية) (٥٣) .

خامساً : ملكية المنتجات .

ومنتجات الشيء هي ما يغله هذا الشيء بشكل غير دوري أو على نحو منقصر من أصله أو جوهره أو هي ما ينتجه الشيء بشكل غير متجدد ، بحيث يمس أصله أو ذاته .مثل ما يستخرج من المناجم من معادن وما يستخرج من المحاجر من أحجار .

ولا تظهر قيمة التفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته في خصوص حق الملكية ، لأن لمالك الشيء ملكية ثماره ومنتجاته ، بينما تتجلى هذه التفرقة حينما تتوزع سلطات الملكية ، فحينما يملك شخص رقبة المال ويكون لآخر حق انتفاع بهذا المال ، تكون الثمار ملكاً خالصاً للمنتفع ، في حين تكون لمالك الرقبة ملكية المنتجات ، كما تظهر قيمة هذه التفرقة في خصوص الحيابة بحسن نية لمن لا يملك هذا الشيء ، حيث تخلص ملكية الثمار للحائز للمال بحسن النية وقت قطفها ، حتى لو تبين أنه لم يكن مالكاً لها وقت القطف (٥٤) وفي خصوص ملكية الثمار لمن

(٥٣) انظر في ذلك : أحمد شوقي عبد الرحمن " الحقوق العينية الأصلية " ، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة منه " ، ص ٢٠ ، طبعة عام ٢٠٠٤م ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، شحاتة غريب شلقامي ، ص ٢٢ .

(٥٤) حيث تنص المادة ١/٩٧٨ مدني مصري على أنه " يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية " ،

كان مالكا لها وقت القطف ، حيث تبقى له هذه الثمار ولا يلتزم بردها لمن أصبح مالكا لها بعد القطف حتى ولو زالت عن هذا القاطف ملكيته لهذا المال بعد ذلك بأثر رجعي (٥٥) .

سادساً : ملكية الملحقات .

وملحقات الشيء هو كل ما أعد لاستعماله أو الانتفاع به مما لا يعد جزءاً من مكوناته أو ثماره أو منتجاته ، وفق طبيعته أو العرف الجاري بشأنه أو الاتفاق الحاصل في خصوصه ، فالأرض الزراعية مثلاً يعد من ملحقاتها حقوق الارتفاق المقررة لها ، وأدوات الفلاحة والزراعة والأسطبل ، كما أن من ملحقات الفندق حديقته والأثاث الموجود به وأدوات المطبخ وكراسي المطعم فيه ، وبعد أيضاً من ملحقات السيارة المشتراة رخصة هذه السيارة وإطارها الاحتياطي وعقد التأمين المبرم بشأنها ، كل هذا ما لم يجر الاتفاق على ما يخالفه .

الفصل الرابع

قيود حق الملكية

لم يعد من المقبول في ظلل الفكر الاشتراكي الذي سيطرت فلسفته وأيدلوجيته على روح نصوص القانون المدني المصري الحالي أن يكون حق الملكية حقاً مطلقاً يباشر المالك سلطاته عليه دون تقييد ، بل أضحي حقاً مقيداً يباشر المالك عليه سلطاته الثلاث بلا إطلاق ، بحيث يجري تقييده قانوناً من تارة أجل المصلحة العامة وتارة أخرى من أجل المصلحة الخاصة متى أولى بالرعاية وأجدر بالحماية من مصلحة المالك في تقييد ملكه ، كما أن القانون يسمح لإرادة الأفراد أن تتجه إلى تقييد ملكياتهم الخاصة بقيود اتفاقية تتلاقى أرائهم بشأنها .

المبحث الأول

القيود القانونية

لقد حرص واضع القانون المدني المصري على تفعيل ما أوجبه الدستور على حق الملكية من دور اجتماعي في المجتمع الذي ينشأ في ظلالة الوارفة ، ليكون فاعلاً في خدمة مصالح المجتمع العامة وخدمة مصالح الأفراد الخاصة متى كانت هذه الأخيرة أجدر بالرعاية وأولى بالعناية من المصلحة الخاصة لحق الملكية ذاته ، وهي قيود عديدة منها ما يقتضيه مبدأ حسن الجوار بين الجيران مما أوجب أن يفرض على كل جار أن يتجنب أن يوقع بجاره ضرراً غير مألوف ، ومنها ما يفرضه تنظيم عمليات الري والصرف الزراعي بين الأراضي الزراعية (مثل حق الشرب ، وحق المجرى ، وحق الصرف) ، ومنها ما توجهه واقعة انحباس أرض عن الطريق العام ولا يمكن أن تتصل به إلا بتقرير حق ارتفاق بالمرور على الأرض الحابسة لصالح الأرض المحبوسة لضمان اتصالها بالطريق العام (حق المرور) ، وأخيراً منها أملت واقعة التلاصق بين الأملاك المجاورة ففرضت فتح مطلات أو مناور بين هذه الأملاك ، وذلك على التفصيل الآتي :

المطلب الأول

مضار الجوار غير المألوفة

لا جرم أن أي ضرر يحدثه المرء بغيره شرعاً وقانوناً ، يكوناً ضامناً له في مواجهة المضرور ويكون مسئولاً عن تعويضه عن هذا الضرر ، وتلك قاعدة عامة صارت من المسلمات في الشرائع السماوية والوضعية على حد سواء ، ثم أن حقوق الجيرة بلغت في الأعراف مبلغاً عظيماً ، وزادت قيمتها وارتفعت حرارتها في الشرائع السماوية ، حتى كادت في الشريعة الإسلامية أن سبباً من أسباب التوارث بين الجيران ، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديثه الشريف الذي رواه عنه عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما " ما زال جبريلُ يوصيني بالجارِ حتَّى ظننتُ أنه سيورثُه " (٥٦) ، وروته السيدة عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ " ما زال يُوصيني جبريلُ بالجارِ، حتَّى ظننتُ أنه سيورثُه " (٥٧) .

وتقديراً لما ينبغي أن يكون بين الجيران من أواصر الود وروابط الحب (فالجار القريب أقرب لجاره من قريبه البعيد) حرص القضاء في مصر في ظل التقنين المدني القديم على أعمال وتطبيق مبدأ التسامح بين الجيران في خصوص ما يحدث بينهم من مضار الجوار المألوفة هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فقد عمد إلى تحميل هؤلاء الجيران في نفس الوقت المسؤولية المدنية كاملة عن مضار الجوار غير المألوفة ، وذلك على الرغم من غياب النص القانوني الخاص المقرر لذلك ، وولعل هذا الاتجاه القضائي يمثل - من وجهة نظري - تطبيقاً عملياً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية (وبالتحديد وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ، تأسيساً على أن المالك الذي يستعمل ملكه استعمالاً يلحق بجاره ضرراً غير مألوف يعد متعسفاً في استعمال هذا الحق أو يعد مرتكباً لسلوك غير مشروع مخالف لسلوك المالك المعتاد وفقاً لمعيار الشخص المعتاد ، مما يعد في كلا الحالين مرتكباً لخطأ تقصيري موجب لمسئوليته) ، وأخذاً بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل مصدراً من مصادر القانون ، ومن ثم يتعين على القاضي

(٥٦) أخرجه أبو داود (٥١٥٢)، والترمذي (١٩٤٣)، وأحمد (٦٤٩٦) ،
(٥٧) أخرجه البخاري ، رقم الحديث ٦٠١٤ ، وأخرجه مسلم ، رقم الحديث ٢٦٢٤ .

الاحتكام إليها في خصوص تلك المضار عند غياب النص التشريعي أو العرفي الذي يمكن أن يطبقه في هذا الشأن .

ولما صدر القانون المدني المصري الحالي نص صراحة على حظر غلو الجار في استعمال ملكه على نحو يضر

فنصت المادة ٨٠٧ منه على أنه " ١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار" . " ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منه بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له . ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " (٥٨) .

ويستفاد من هذا النص أنه يلزم لمسئولية الجار عن مضار الجوار غير المألوفة أن يتوافر هذان الشرطان :

أولاً : الشرط الأول : الغلو في استعمال حق الملكية .

إن أول شرط يطلب ههنا لتحقيق مسئولية الجار عن مضار الجوار غير المألوفة في ضوء النص القانوني سالف الذكر أن يثبت ابتداءً غلو المالك في استعمال ملكه ، والغلو لغة (٥٩) واصطلاحاً يعني مجاوزة الحد ، وغلو الجار في استعمال حقه - من وجهة نظري - يعد مظهراً من مظاهره المجاوزة والتطرف في مباشرة حق الملكية ، وتلك صورة من صور الخطأ التقصيري وتطبيقاً من تطبيقاته (٦٠) ، فهو سلوكٌ يصدق عليه وصف الخطأ التقصيري ومعناه

(٥٨) لم يرد نص في أحكام الملكية بشأن مضار الجوار غير المألوفة بين الجيران لا في القانون المدني البحريني ولا القانون المدني الكويتي ، لأنهما اعتبرا من يلحق بغيره عموماً جاراً كان أو غير جار ضرراً غير مألوف عند استعماله لحقه بعد متعسفاً في استعمال الحق ، على نحو يوجب مسئوليته المدنية عن هذا التعسف ، ومعروف في كل التشريعات والقوانين الحديثة أن التعسف في استعمال الحق هو أحد تطبيقات الخطأ التقصيري وصوره ، لكن يحمى للقانون المدني البحريني والقانون المدني الكويتي أنهما عدا الضرر غير المألوف صورة من صور التعسف في استعمال الحق ، بعكس القانون المدني المصري الذي يرى معظم الفقه المصري أنه بإيراده نصاً لمضار الجوار غير المألوفة الناتجة عن الغلو في استعمال حق الملكية يكون قد أسس لنظرية جديدة هي نظرية مضار الجوار غير المألوفة ، معتقدين خطأ أنه يكفي لمسئولية الجار حصول ضرر غير مألوف عند استعمال المالك لحق الملكية ولو لم يصدر منه خطأ ، وهذا تصور مغلوط ، لأن الاستعمال العادي والمألوف للحق لا يمكن أن يولد أضراراً فاحشة أو بليغة أو غير مألوفة عادة .

(٥٩) وقد جاء في معجم المعاني الجامع أن الغلو من غلا ، ويقال : غلا في الأمر أي تشدد فيه حتى جاوز الحد وأفرط ، ويقال أيضاً : كلامه فيه غلو: فيه مبالغة (وموقعه على الإنترنت : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%BA%D9%84%D9%88/>)

(٦٠) انظر في اعتبار مجاوزة حدود الحقوق والحريات هو من قبيل الخطأ التقصيري في مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام في القانون المدني المصري " ، ص ٢٥٨ وما بعدها ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط .

، لأن الخطأ التقصيري معناه أن يباشر المرء سلوكاً يتحقق فيه معنى التعدي أو الانحراف مخالفاً به نهي القانون له عن مضارة الغير بأي قدر من الضرر (سواء كان يسيراً أو جسيماً) مع إدراكه لهذا النهي (٦١).

ومن ثم لا داعي لتأسيس نظرية جديدة للقول بمسئولية الجار عن مضار الجوار غير المألوفة ، بحجة أن فكرة الخطأ التقصيري لا تستوعبها أو بحجة أنها مسئولية موضوعية (٦٢) تتحقق بمجرد ثبوت الضرر غير المألوف ولو لم يرتكب المالك الجار أي خطأ (٦٣) ، وكأنهم لا يرون في الغلو والمغالاة والمبالغة لا يصدق عليها وصف الخطأ ومعناه ، وهذا تصور لا يستقيم مع حقيقة معنى الغلو كما سبق أن رأينا (٦٤) ،

حيث يرى معظم الفقه المصري أن مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة لجيرانه هي مسئولية ناجمة عن إتيان هذا المالك لأفعال مشروعة ، وهي مسئولية مستقلة وقائمة بذاتها بعيداً عن حالات التعسف في استعمال الحق بوصفها أعمالاً غير مشروعة (٦٥) ، وقد فاتهم في مسلكهم هذا أن الغلو في استعمال الحق هو في حد ذاته غير مشروع حتى وإن أحدث ضرراً يسيراً ، ومن باب أولى إذا كان الضرر بليغاً أو فاحشاً غير مألوف ، ومن ثم كان من الطبيعي أن يجري إدخاله في صور التعسف في استعمال الحق مثلما فعل القانون المدني الكويتي والقانون المدني البحريني كما سنرى لاحقاً .

كما أننا نستطيع ، دون حاجة إلى وضع نظرية جديدة لمضار الجوار غير المألوفة ، أن نحاسب الجار المغالي في استعمال حقه على نحو يضر بجاره ضرراً غير مألوف في ضوء

(٦١) راجع معنى الخطأ التقصيري وما يعد من تطبيقاته وصوره في مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام في القانون المدني المصري " ، ص ٢٤٧ وما بعدها ، طبعة عام ٢٠٢٠م .

(٦٢) انظر في ذلك : محمد حسين عبدالعال ، ص ٣٨ ، إذ يقول في ذلك " إن المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسئولية موضوعية لا تقوم على فكرة الخطأ ، إذ الفرض هنا أن المالك قد اتخذ الاحتياطات اللازمة ولم يرتكب خطأ أو إهمالاً في استعمال حقه ، ولكنه يسأل إذا استغل ملكه على نحو يلحق ضرراً غير مألوف بجيرانه " .

(٦٣) وإني لأعجب من تأسيس المسئولية عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس فكرة المسئولية الموضوعية ، وكان المادة ٨٠٧ مني قد صيغت على هذا النحو " أن من استعمل ملكه استعمالاً مشروعاً فأضر بغيره رغم ذلك ضرراً غير مألوفاً كان مسؤولاً عن جبر هذا الضرر " ، ونسوا أنها اشترطت في هذا الاستعمال وصفاً غير مشروع ألا وهو وصف الغلو ، أي التطرف والمبالغة والتشدد ومجاوزة الحد ، وهي أوصاف يتحقق مع أحدها معنى التعدي والانحراف في السلوك بوصفه الركن المادي في معنى الخطأ التقصيري .

(٦٤) أنا لست ضد أن يسأل الجار عن ضرر جاره غير المألوف ، حتى وإن انتفى في سلوكه معنى الخطأ ، لأنني أؤمن أن مقام الجار أكبر من ذلك كله ، لكنني ضد من لا ينظر إلى الغلو في استعمال الحق على أنه استعمال عادي ومألوف ، ومن ثم لا يصدق عليه وصف الخطأ ،

(٦٥) انظر في ذلك : السنهوري ، ج ٨ ، ص ٤٣٧ ، إسماعيل غانم ، ص ١٣١ ، عبد المنعم البراوي ، ص ١٢٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٦ ، أحمد سلامة ، ١١٥ ، محمد لبيب شنب ، ٢٢٩ ، توفيق حسن فرج ، ص ١٤٧ ، نزيه المهدي " الملكية في النظام الاشتراكي " ص ٦٨٢ ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ١٩٧١م ، مصطفى الجمال " نظام الملكية " ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، محمد حسين عبدالعال ، ص ٣٥ ، شحاتة غريب شلقامي ، ص ٣٦ ، ٣٧ .

نظرية التعسف في استعمال الحق ، لأن من يغالي أو يتطرف أو يبالغ في ممارسة سلطات حق ملكيته هو متعسف دون أدنى شك في استعماله لهذا الحق ، ولعل هذا المسلك الحميد قد انتهجه كل من واضع القانون المدني الكويتي وواضع القانون المدني البحريني ، حيث أضافا صورة رابعة للتعسف في استعمال الحق ، ألا وهي إلحاق ضرر بالغير ضرراً فاحشاً أو بليغاً غير مألوف ، حيث تنص المادة ٢٨ مدني بحريني على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

" أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. " ب) إذا كانت المصالح أو المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. " ج) إذا كانت المصالح أو المصلحة التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. " د) إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً بليغاً غير مألوف " (٦٦) .

ومن ثم فإنني أرى مع بعض الفقه المصري أن نص المادة ٨٠٧ مدني مصري ما هو إلا تطبيق من تطبيقات التعسف في استعمال الحق ، كان ينبغي أن يعده واضع القانون صورة من صورة التعسف في استعمال الحق ، لاسيما وأن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان يتضمن هذه الصورة بقوله إن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا كان من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف ، وإذا كان النص سالف الذكر لم يتضمن تلك الصورة ، فإن هذا لم يكن منه من منطلق عدوله عن عدها صورة من صور التعسف وإنما بسبب أنه أورد تلك الصورة في موضعها الرئيسي بين أحكام حق الملكية (٦٧) .

(٦٦) وهو عين ما نصت عليه المادة ٣٠ مدني كويتي بقولها " يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. وبوجه خاص: أ- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة. ب- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. ج- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الضرر الذي يلحق بالغير. د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف " .

(٦٧) انظر في ذلك إلى : حسن كيرة ، ص ١٤٤ ، أنور سلطان " التعسف في استعمال حق الملكية " ، مجلة الحقوق ، س ١٧ ، العدد الأول ، مارس ١٩٧٤م ، ص ١٢٠ .

ثانياً : الشرط الثاني : حصول ضرر غير مألوف للجار من جراء هذا الغلو .

وأرى أن الضرر غير المألوف (بحسب تسمية واضع القانون المدني المصري له أو الضرر الفاحش بحسب تسمية القانون المدني الكويتي له أو الضرر البليغ بحسب تسمية القانون المدني البحريني له) هو الضرر غير المعتاد أو الضرر الفاحش الذي لا يتسامح فيه بين الجيران أو الضرر لا يطيقه الجيران فيما بينهم ، وهو معيار من يتيح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في أعمال تقييمه لما يعد من قبيل الأضرار المألوفة وما يعد من قبيل الأضرار غير المألوفة ، من غير أن يخضع في ذلك التقدير لرقابة محكمة النقض ، تأسيساً على كونه يعد مسألة موضوعية تستقل المحكمة بتقديرها متى أقامت قضاءها على أسباب منطقية أو مستساغة .

ويراعى وجوب إدخال بعض الاعتبارات الواقعية التي نص عليها القانون عند تقدير ما يعد من الأضرار غير المألوفة فيجري حظره ومحاسبة الجار عليه ، وما لا يعد من قبيل هذه بحيث يدخل في الأضرار المألوفة فيتسامح فيه ولا يسأل الجار قانوناً عنه ، مثل العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل عقار بالنسبة للآخر ، والغرض المخصص له العقار ، فعلى سبيل المثال يجري العرف على أن ما يتحمله أهل البادية (أهل الريف) من مضار الجوار لا يتحمله أهل الحضر (أهل المدينة) ، وأن ما يتحمله الجيران من ضجيج في الأعياد والأفراح والمآتم لا يتحملونه في الظروف العادية ، كما أن طبيعة العقارات تلعب دوراً بارزاً فليست العمارات المبنية عيادات ومكاتب إدارية مثل العمارات المبنية شققاً سكنية ، كما يسهم التباعد أو التقارب بين العمارات في تصنيف المضار ، فليست العمارات المتباعدة في مضارها كالعمارات المتقاربة أو المتلاصقة ، كما يؤثر الغرض المخصص له العقار على وصف المضار ، فالضجة التي تحدث بين السكان لا تحدث من قبل المرضى ، فليست العمارة السكنية كالمستوصف الطبي والمستشفى الطبية ، وفتح ملهى ليلي في عمارة إدارية ، ليس كفتحه في عمارة سكنية .

وجدير بالذكر أن هذه الاعتبارات سألها الذكر التي أوجب القانون الاستهداء بها عند تقدير طبيعة المضار الواقعة بين الجيران ، قد وردت على سبيل التبيين والتمثيل وليس على سبيل

الحصر والتعيين ، ومن ثم يمكن إدخال اعتبارات أخرى (٦٨) ، مثل المستوى الاجتماعي (الثقافي والحضاري) بين سكان العمارات ، ففتح محل حلاقة أو مخبز في عمارة شعبية وحي شعبي قد يمثل ضرراً مألوفاً ، بل وقد لا يمثل ضرراً أصلاً ، وربما قد يعد من قبيل النفع للسكان ، إلا أنه قد يعد ضرراً بيغاً غير مالوف في عمارة فارهة في حي راقٍ يسكنه الوزراء والسفراء ، وفتح موقف للسيارات وسط حي شعبي يعد ضرراً مألوفاً ، في حين فتح هذا الموقف في وسط اجتماعي راقٍ يعد ضرراً غير مألوف .

ويثار التساؤل هنا حول أثر أسبقية التملك أو الاستغلال على وصف الضرر بين الجيران بوصفه ضرراً مألوفاً أو ضرراً غير مألوف ، كما لو أن شخصاً بنى مصنعاً في أرض فضاء ثم جاء من بعده آخرون فبنوا مساكن بجواره ، فهل لهم أن يتضرروا من ضجيج مصنعه أو دخانه ، ويرجعون عليه بدعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أم أن أسبقية تملكه واستغلاله تعفيه من هذه المسؤولية ، وكذلك الحال إذا جاء شخص وبنى مصنعاً ملهى ليلي ساهر وسط عمارات سكنية هادئة ، فتضرر السكان من ضجيج مصنعه ودخانه أو من صخب الملهى وضجيجه المدوي ، فهل للسكان الحق في الرجوع عليه بالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة أم لا ؟

نظراً لغياب النص القانوني الحاكم لهذه المسألة ، فقد ثار جدل بين الفقه حول الرأي الناظم لها ، فذهب رأي إلى أن العبرة هنا بالأسبقية ولو كانت أسبقية فردية ، فمن سبق إلى بناء مصنع في مكان معين ليس فيه سكان يأمن من رجوع من يبني مساكن بعده ويتضرر من وجود ذلك المصنع بسبب دخانه وضجيج آلاته ومحركاته ، حتى وإن أضحى المكان حياً سكنياً ، تأسيساً على أن الضرر المتولد عن هذا المصنع كان عادياً ومألوفاً قبل وجودهم سكاناً في هذا المكان وقد رضوا به عند اختيارهم السكن فيه مع وجود هذا الضرر ، فقد أولى به أن يدفع الضرر عن نفسه ابتداءً وكان بوسع ذلك ، ومن ثم ليس لهم التضرر منه وقد رضيه عند بنائه للسكن بجوار هذا المصنع (٦٩) .

(٦٨) انظر في ذلك المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ٢٦ ، ص ٥٦ ، محمد لبيب شنب ، ص ٢٣٩ ، حسن كيرة ، ص ١٤٨ ، محمد حسين عبد العال ، ص ٣٧ .
(٦٩) انظر في ذلك : العطار ، بند ٢٦ ، ص ٥٩ .

وهنا أود لفت الانتباه إلى أنه حتى مع وجود أسبقية تملك أو استغلال المصنع على وجود مساكن الجيران والتي تعفيه من المسؤولية على نحو ما رأينا آنفاً ، إلا أنه إذا زاد حجم الضوضاء أو اشتد قدر الدخان أو ظهر تلوث جديد لم يكن موجوداً من قبل وقت بناء المساكن ، ولكنه ظهر بعد ذلك ، أي بعد سكن هؤلاء السكان بجوار هذا المصنع القديم ، فإن من حق هؤلاء أن يتضرروا من تلك الزيادة ، ويرجعوا عليه بالمسؤولية عن هذه الزيادة بوصفه تمثل ضرراً بليغاً غير مألوف .

وقد اعترض البعض على تغليب الأسبقية ولو كانت فردية في تأثيرها على وصف الضرر بأنه مألوف أو غير مألوف ، بحجة أن اعتمادها هنا معياراً للتمييز بين هذين الضررين ، سيكون من شأنه أن يجعل من سبق في مباشرة استغلال معين سيملي إرادته على اللاحقين عليه ، فيسيطر بمفرده على مستقبل المكان ووجهة أغراضه ، ويجعلهم جميعاً بين خيارين لا ثالث لهما ، إما أن يجعلوا وجهتهم في نوع الاستغلال كوجهته فينبوا بجوار المصنع مصانع مماثلة أو يبنوا بجوار المصنع مساكن ويتحملوا الضجيج والدخان من غير تضرر منه ، وتلك نتيجة لا يمكن التسليم بها (٧٠) .

في حين يذهب رأي ثان إلى أن العبرة ليست بالأسبقية وحدها إلا أن تكون أسبقية جماعية ، بحيث تضي على المكان طابعاً معيناً ، فالأسبقية لفرد أو أفراد قلائل لا قيمة لها ، فلا تحرم الجار من الرجوع على جاره بمضار الجوار غير المألوفة ، ومن ثم ليس لمن بنى مسكناً وسط منطقة منتشرة بها المصانع أن يتضرر من ضجيج ودخان هذه المصانع ، على أساس أن هذه الأسبقية الجماعية تجعل الضرر الحاصل لمن يتضرر منها ضرراً مألوفاً (٧١) .

وذهب رأي ثالث إلى التفرقة بين ما إذا كان إذا كان المصنع تجاوره أرض فضاء أم تجاوره مباني سكنية ، ففي الحالة ليس لصاحب الأرض الفضاء التي بناها سكناً أن يتضرر من جيرة المصنع ، لأنه روعي في ثمن بيعها له مجاورتها للمصنع ، بعكس الحال إذا جاورته مساكن إذ

(٧٠) انظر في ذلك : حسن كبيرة ، ص ١٥١ ، مصطفى الجمال ، ص ٢١٠ .
(٧١) انظر في ذلك : السنهوري ، ج ٨ ، بند ٤٣١ ، الصدة ، بند ٥٨ ، منصور ، ٢٣ ، جميل الشرقاوي ، ص ٧٩ ، أحمد سلامة ، ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، إسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، حسن كبيرة ، ص ٦٨ ، محمد لبيب شنب ، ص ٢٣١ .

يمكن لمن يتضرر من جيرة المصنع الرجوع على صاحبه في مضار الجوار غير المألوفة (٧٢)

وقد تعرض هذا الرأي للنقد لأنه يجري تفرقة بين أرضين بلا مبرر على نحو يتيح لبائع الأرض المجاورة للمصنع الحق في الرجوع على صاحب المصنع بالفرق بين الثمن الحقيقي لأرضه وما جرى إنزاله من ثمنها بسبب مجاورتها لهذا المصنع (٧٣) .

ويترجح من وجهة نظري ذلك الرأي الذي يقيم اعتباراً للأسبوعية ولو كانت فردية ، لأنها تحقق العدالة والإنصاف ، فصاحب المصنع الذي سبق في بناء مصنعه قبل أن يبني آخريه في نفس المكان ، لا يسأل عن الضجيج والدخان اللذين يخرجان من مصنعه وكانا موجودين قبل قيام الآخريين بمسكنه في نفس المكان ، حتى ولو صار المكان بمرور الوقت حياً سكنياً ، كما أن صاحب المسكن ولو كان فرداً واحداً إذا كانت له الأسبوعية في بناء سكنه في مكان ثم بنى آخر مصنعاً من بعده ، من حقه قانوناً أن يتضرر من ضجيج هذا المصنع ودخانه بوصفه يمثل ضرراً غير مألوف حتى ولو صار المكان حياً صناعياً ، هذا فضلاً عن إن التعويل على الأسبوعية الجماعية سيعطل الفصل في القضايا المعروضة على القضاء بشأن دعاوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة لحين ظهور ووضوح هذه الأسبوعية الجماعية ، واخيراً فإن الاعتماد على هذه الأسبوعية سيعطل حركة النشاط ، لأنه سيجبر من يعزم على بناء مصنع ألا يفتحه إلا في منطقة صناعية وقد يتعذر عليه وجوده فيه ، ناهيك عن ارتفاع أسعار المصانع على إثر ذلك لكثرة الطلب وقلة العرض ، وإذا أراد أن يبينه في منطقة جديدة خالية من السكان ، فإنه سيخشى أن يمتد إليها العمران وتصطبغ بالصبغة السكانية قبل أن تصطبغ بالصبغة الصناعية (٧٤) .

وجدير بالذكر أن سبق حصول المسئول عن مضار الجوار غير المألوفة على ترخيص إداري بمباشرة العمل محدث هذا الضرر غير المألوف ، لا أثر له في قيام المسؤولية المدنية على محدث هذه المضار ، ومطالبته بالتعويض عن هذه الأضرار ، لكنها تعفيه من الخضوع

(٧٢) انظر في ذلك : عبد المنعم البدر اوي ، بند ٨٢ .

(٧٣) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٢٦ ، ص ٥٩ .

(٧٤) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٢٦ ، ص 58 ، ٥٩ .

للمسئولية الجنائية أو الإدارية بشأن العمل المرخص له فيه ، فمن يفتح ملهى ليلياً مرخصاً له قانوناً في فتحه إياه يضر بجيرانه ضرراً غير مألوف لا يحصنه الترخيص الإداري الممنوح له من جهة الإدارة من مسؤليته المدنية تجاه المضررين من ضرر هذا الملهى الليلي .

وهذا ما نصت عليه المادة ٨٠٧ مدني مصري بقولها ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق " .

المطلب الثاني

القيود المتعلقة بالري والصرف الزراعي

أولاً : حق الشرب :

المعنى اللغوي للشرب : والشربُ مَوْرِدُ الماءِ . والجمع : أشْرَابٌ (٧٥) .

المعنى الاصطلاحي لحق الشرب : ويقصد بحق الشرب حق مالك الأرض المجاورة لمسقاة خاصة أو المجاورة لأرض منشيء هذه المسقاة في ري أرضه من مسقاة جاره نظير اشتراكه معه في نفقات صيانتها بحسب نسبة مساحة أرض كل منهما .

والمسقاة الخاصة هي " مجرى الماء الذي يُعد لمرور الماء فيه لري الأرض ينشئه ويقوم بصيانتها صاحب الأرض ، أما الترع العامة فلا شأن لحق الشرب بها، حيث تقوم الدولة بإنشائها وصيانتها، ويكون الانتفاع بالمياه منها عاماً وفقاً للنظام الذي يحدده قانون الري والصرف وتشرف عليه وزارة الري " (٧٦) .

ولقد نظمت المادة ٨٠٨ مدني مصري هذا الحق بقولها " ١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها " . " ٢ - ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف، إلا بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين في

(٧٥) انظر في ذلك إلى معجم المعاني الجامع على الإنترنت : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%B1%D8%A8/>

(٧٦) انظر في ذلك : شوقي صلاح ، ص ١٧٩ .

هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها " (٧٧) .

كما نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الري والصرف أنه " لأصحاب الأراضي التي تنتفع بمسقاة واحدة مملوكة لهم أخذ المياه منها بنسبة مساحة ما يملكه كل منهم من الأراضي المذكورة، ويفصل مفتش الري بقرار نهائي في كل نزاع ينشأ بشأن كيفية استعمال هذا الحق "، ونصت المادة ١٦ من نفس القانون على أنه " إذا رأى أحد ملاك الأقطان أنه يستحيل أو يتعذر عليه ري أرضه رياً كافياً أو صرفها صرفاً كافياً إلا بإنشاء مسقاة أو مصرف موجود في أرض الغير وتعذر عليه التراضي مع أصحاب الأراضي ذوى الشأن أو وكلائهم الرسميين فيرفع شكواه لمفتش الري ليأمر بإجراء التحقيق فيها...".

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في حق الشرب أن " القاعدة أن من أنشأ مسقاة على نفقته الخاصة طبقاً للوائح المتعلقة بذلك كان مالكا لها، وكان له وحده حق استعمالها، على أنه إذا استوفي حاجته منها وبقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضي الملاك المجاورين، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم في حاجة إليه، على أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها... " (٧٨) .

ويبين لنا من النصوص السابقة أن أحكام حق الشرب تنتظم في القواعد الآتية :

أن من ينشئ مسقاة خاصة بأرضه لري أرضه وأرض ملاكه المجاورين له (سواء أكانوا ملاكاً مجاورين للمسقاة الخاصة أو ملاكاً مجاورين لأرض منشيء المسقاة) يكون هو وحده المالك لها نظراً لكونها تمر بأرضه ، رغم اشتراك هؤلاء الملاك المجاورين له في نفقات إنشاء وصيانة هذه المسقاة ، ونظراً لكون منشيء هذه المسقاة هو المالك لمروها بأرضه يأخذ حاجيته منها أولاً قبل غيره يسقي أرضه من مياهها أولاً قبل هؤلاء الملاك المجاورين له ، ثم من بعده هو يسقي هؤلاء الملاك المجاورين أراضيهم منها بعد ذلك .

(٧٧) ليس لهذه المادة ما يقابلها في القانون المدني البحريني أو الكويتي .
(٧٨) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٦ ، ص ٤٤ .

ويعيب رأي في الفقه على النص القانوني سالف الذكر حينما فرض على الملاك المجاورين الاشتراك في نفقات إنشاء هذه المسقاة الخاصة بجارهم ، رغم أنه لا يعدهم ملاكاً لها ، إنما تبقى ملكاً خالصاً لمنشئها ومن تمر بأرضه ، وارتأى صحة اشتراكهم فقط مع منشيء المسقاة في نفقات صيانتها ، كل بحسب مساحة أرضه (٧٩) أما أنا فأميل من جانبي إلى ما ذهب إليه النص القانوني من اشتراك الجميع ليس فقط في نفقات صيانة المسقاة ، بل وفي نفقات الإنشاء ، حتى نشجع الجميع سواء مالك المسقاة (وهذا أظهر في جانبه لأن المسقاة تمثل قيماً عليه في ملكه من أجل ملاكه المجاورين) أو الملاك المجاورين على التعاون المشترك المحمود فيما بينهم على تحمل عبء هذه المسقاة الخاصة كلياً من بدايتها (أي في نشأتها) أو طوال مدة الانتفاع بها ، أي من أجل ضمان استمرار صلاحيتها للانتفاع بها (أي فيما يلزم من نفقات إصلاحها وصيانتها) ، ومادام أن هذه المسقاة ينتفع بها الجميع لذا وجب اشتراكهم جميعهم في منشأها أو تعهدها بالصيانة ، ولا أرى مطعناً في تمييز منشيء المسقاة رغم هذا العبء المشترك (كل بحسب مساحة أرضه) بين الجميع في نفقات النشأة والصيانة في أن يقوم بري أرضه أولاً ، لأن هذا أمر طبيعي نظراً لأن مياه هذه المسقاة تمر أولاً بأرضه فلزم ريبها أولاً قبل غيرها .

إن للملاك المجاورين للمسقاة وللمجاورين لأرض منشيء المسقاة حق الشرب من هذه المسقاة الخاصة لري أرضهم منها ، مادام ليس لها مورد مياه غيرها ، نظير اشتراكهم في نفقات إنشائها وصيانتها .

لم يختلف الفقه حول ثبوت حق الشرب للمالك المجاورة أرضه للمسقاة الخاصة مباشرة ، أما من جاورت أرضه أرض منشيء المسقاة ولم تجاور المسقاة نفسها ، فقد اختلف الفقه حول ثبوت حق الشرب لأرضه ، فذهب رأي في الفقه إلى عدم ثبوت حق الشرب له بحجة أن حق الشرب قيد على حق المالك في الانتفاع بمسقاته الخاصة ، وهو استثناء لا يجوز التوسع في تفسيره ٨٠ ، في حين ذهب رأي الجمهور إلى ثبوت حق الشرب له ، تأسيساً على أن حق الشرب من

(٧٩) عبد الناصر العطار ، بند ٣١ ، ٧١ .
(٨٠) انظر في ذلك : محمد كامل مرسي " شرح القانون المدني الجديد " ، " الحقوق العينية الأصلية " ، ج ١ ، بند ٢٩٢ ، طبعة عام ١٩٤٩ م ، حسن كيرة " الموجز في أحكام القانون المدني " ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٤١ ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، محمد على عرفة " شرح القانون المدني الجديد " ، حق الملكية ، ج ١ ، فقرة ٢٠٨ ، طبعة عام ١٩٥٤ م .

المسقاة الخاصة هو حق يثبت بسبب الجوار فيما يفيض عن حاجة مالك المسقاة من مياه ، فيكون عاماً للملاك المجاورين الذين هم في حاجة لهذه المياه لري أراضيهم من هذه المسقاة الخاصة لعدم وجود مورد مياه آخر غيرها (٨١) .

ويراعى ثبوت هذا الحق لمن هو في حاجة إليه (أي لمن ليس لهم مورد مياه سواه) من الملاك المجاورين أو أصحاب الحقوق العينية الأخرى مثل صاحب حق الانتفاع وصاحب حق الاستعمال وحق الحكر وحق الرهن الحيازي ، وذلك لما لهم من سلطة مباشرة على الأرض محل الحق العيني ، أما أصحاب الحقوق الشخصية مثل المستأجر ، فعليهم طلب ذلك مباشرة من صاحب الحق العيني (٨٢) أو طلبه من صاحب المسقاة الخاصة بطريق الدعوى غير المباشرة (أي عن طريق استعماله اسم صاحب الحق العيني ولحسابه) .

ويتأكد ثبوت الحاجة إلى المسقاة الخاصة في حالتين : الحالة الأولى : إذا لم يكن له من مورد للمياه سواها . الحالة الثانية : إذا كان لها مورد مياه لري الأرض لكنه غير كافٍ لتمام الري ٨٣

٨٣

وإذا تعدد الملاك المجاورون الذين هم بحاجة إلى ري أراضيهم من المسقاة تم البدء بالأرض التي تكون حاجتها للري أشد ، وعند التنازع يجري الالتجاء إلى تفتيش الري لحسم النزاع بينهم ، وإذا تعددت المساقى الخاصة المجاورة لأرض من بحاجة إلى مياهها ، كان له أن يختار أي مسقاة أو أكثر شريطة ألا يتعسف في استعمال الحق ، وإلا تعين الرجوع إلى تفتيش الري ثم للمحكمة لتحديد هذه المسقاة الخاصة (٨٤) .

ويشترك في نفقات إنشاء وصيانة هذه المسقاة الخاصة جميع من ينتفع بها سواء صاحب المسقاة أو الملاك المجاورين ، وعند التنازع يمكن بناء على طلب أحدهم إجبار من لا يدفع نصيبه (كل بحسب مساحة أرضه) عن طريق تفتيش الري أو المحكمة ، حيث تنص المادة

(٨١) انظر في ذلك : السنهوري ، ج ٨ ، بند ٤٤٦ ، إسماعيل غانم ، بند ٥١ ، الصدة ، بند ٦٦ ، العطار ، بند ٣١ ، ص ٧٤ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٧ ، أنور طلبة " الوسيط في القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، ص ٢٨ ، طبعة عام ١٩٨٨ م .

(٨٢) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٣١ ، ص ٧٤ .

(٨٣) انظر في ذلك : شوقي صلاح ، ص ١٨٠ .

(٨٤) ويراعى أن هذه المحكمة - وفق قانون الري والصرف رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١م الذي حل محل القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٣م - هي المحكمة الإدارية (انظر في ذلك : انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٣١ ، ص ٧٥ هامش ٦٥) .

٨١١ مدني مصري " إذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالإصلاحات الضرورية ، جاز إلزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أي واحد منهم " .

ثانياً : حق المجرى .

يمكنني تعريف حق المجرى بأنه هو حق الأرض البعيدة عن مورد المياه في شق ممر أو مجرى بأرض الجار لوصلها بهذا المورد نظير تعويض عادل .

حيث يثبت لصاحب الأرض البعيدة عن مورد المياه الحق في شق ممر أو مجرى بأرض غيره لعبور المياه من منبعها (سواء كان مورداً عاماً كترعة أو نهر أو مورداً خاصاً كمسقاة خاصة) حتى تصل إلى أرضه لري هذه الأرض ، مقابل أن يعوضه عن ذلك تعويضاً عادلاً .

ونظراً لأن حق المجرى يمثل قيداً على ملكية الجار الذي يشق المجرى أو الممر بأرضه ، لذا لا يجوز شقه في أرضه إلا إذا كانت أرض الجار بعيدة عن مورد المياه ، بحيث لا يوجد بجوارها مورد مياه أصلاً ، أو يوجد مورد مياه بجوارها لكنه غير كافٍ لري أرضه ، (٨٥) ، كما يجب تعويض صاحب الأرض الذي شق مجرى الماء في أرضه تعويضاً عادلاً ، يجبر أي ضرر له من جراء حق المجرى ، بحيث يشمل تعويضه عن الجزء الذي جرى شقه من الأرض ليكون مجرى للمياه حتى تعبر في أرضه حتى تصل إلى أرض الجار البعيدة ، فضلاً عما يلحق بباقي أجزاء الأرض الأخرى من مضار بسبب حق المجرى (٨٦) .

ويقع على عاتق صاحب حق المجرى وحده نفقات إنشائه في أرض جاره ونفقات صيانته ، ويكون له أفضلية أن يسقي أرضه أولاً من مياه هذا المجرى ، ولذا تنص المادة ٨١٠ مدني مصري على أنه " إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر " . وإذا أراد صاحب الأرض الذي شق فيها المجرى ري أرضه كان له ذلك ،

(٨٥) وكان القانون المدني المصري القديم لا يسمح للجار بحق المجرى إلا إذا تعين هذا الحق لتوفير القدر اللازم للأرض ، ثم توسع القانون المدني الحالي وجعله متاحاً ليس فقط لمن لا تصلها مياه أصلاً ، بل ومن تصلها مياه ولكنها غير كافية لري هذه الأرض (انظر في ذلك : العطار ، بند ٣٢ ، ص ٧٦) .
(٨٦) انظر في ذلك : محمد حسين عبد العال ، ص ٤٤ ، شحاتة غريب شلقامي ص ٤٧ ، شوقي صلاح ، ص ١٨٢ .

لكن بعد صاحب حق المجرى ، وعندئذ يشتركان سوياً في نفقات الإنشاء والصيانة كل بقدر مساحة أرضه مقارنة بمساحة أرض الآخر ، ما لم يتفقاً على غير ذلك (٨٧) .

ثالثاً : حق المسيل أو الصرف .

إن حق الصرف أو المسيل هو حق تصريف المياه الزائدة عن حاجة الأرض سواء مباشرة في مصرف خاص أو بطريق غير مباشر عبر أرض الجار في مصرف عمومي .

وبذلك يتم الصرف على نوعين :

الصرف المباشر . وهذا النوع من الصرف يفترض أن ثمة مصرفاً خاصاً مملوك لشخص صاحب أرض ، يستعمله وحده في صرف المياه الزائدة بأرضه فيه ، وله ملاك مجاورون له ليس لديهم مصرف خاص سواء أكانوا مجاورين للمصرف الخاص ذاته أم مجاورين لأرض منشيء المصرف ، ويحتاجون لمصرفه الخاص لتصريف مياه أراضيهم الزائدة بأرضه ، وهنا يرخص القانون لهؤلاء في استعمال هذا المصرف (بوصفه يمثل قيلاً قانونياً على ملكية المصرف الخاص ، والمفروض أن يكون لصاحبه وحده استعماله دون غيره لكن يتدخل القانون لدفع حق الملكية لأداء دور اجتماعي في المجتمع لأجل مصلحة خاصة أولى بالرعاية وأجد بالحماية يسمح للملاك المجاورين في استعمال هذا المصرف الخاص)، سواء بطريق الاتفاق والتراضي مع الجار مالك المصرف الخاص أو حتى جبراً عنه من خلال إلزامه به من قبل جهة تفتيش الري والصرف أو المحكمة المختصة ، وذلك نظير اشتراكهم مع هذا المالك في نفقات إنشاء وصيانة هذا المصرف كل بقدر مساحة أرضه .

ويراعى أن ملكية هذا المصرف تبقى خالصة لمالكة ، ويكون للجيران فقط مجرد الانتفاع به في التصريف بعد فراغ المالك من عملية التصريف لأرضه أولاً ، حيث تكون له الأولوية عليهم جميعاً في التصريف ثم الأرض الأشد حاجة إلى التصريف من بين هؤلاء الجيران الملاك .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٨٠٨ مدني مصري بقولها " ١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً طبقاً للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها " . " ٢ - ومع ذلك يجوز

(٨٧) انظر في ذلك : عبد الناصر العطار ، بند ٣٢ ، ص ٧٧ .

للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما تحتاجه أراضيهم من ري أو صرف، إلا بعد أن يكون مالك المسقاة أو الصرف قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها " .

الصرف غير المباشر . وهذا النوع من الصرف يفترض عدم وجود مصرف خاص أو عام يجري فيه الصرف مباشرة من الأرض التي بها مياه زائدة إلى ذلك المصرف ، إنما يحتاج الأمر إلى شق ممر أو مجرى أو معبر صرف بأرض جار معين قريب من ذلك المصرف لصالح تلك الأراضي البعيدة عن هذا المصرف لتمرر بها حتى تصل إلى ذلك المصرف العمومي أو الخاص .

وهنا يفرض القانون على صاحب الأرض القريبة من المصرف السماح لجيرانه الملاك المجاورين لأرضه والبعيدين عن المصرف ، والذين هم في حاجة إلى الصرف في ذلك المصرف ، بشق ممر يجري بأرضه لمرور مياه الصرف بأرضه حتى تصل في النهاية إلى المصرف العمومي أو الخاص ، نظير تعويضه عادلاً عن الجزء الذي استغل بأرضه وجرى شقه ممرّاً أو معبراً تعبر منه إلى المصرف ، وعن أي مضار أخرى يسببها مرور تلك المياه بهذه الأرض .

وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٨١٠ مدني مصري على أنه " إذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها سواء كان ذلك ناشئاً عن عدم التطهير أم عن سوء حالة الجسور ، فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضاً كافياً عما أصابه من ضرر " .

المطلب الثالث

القيود المتعلقة بالمرور

حق المرور

أولاً : تعريف حق المرور : يمكنني تعريف هذا الحق بأنه حق يقرره القانون لمالك الأرض المحبوسة بالمرور على أرض حابسة لربطها بالطريق العام لضمان استعمالها واستغلالها على الوجه المألوف نظير تعويضه تعويضاً عادلاً عن المنفعة التي تفوته بسبب هذا المرور .

ثانياً : أهمية حق المرور : لا جرم أنه من الطبيعي أن يحرص المرء على أن يستأثر بأرضه ، فينفرد بمباشرة كل سلطات المالك على ما يملك من استعمال واستغلال وتصرف ، ويمنع كل من عداه من مزاحمته في أي وجه من وجوه الانتفاع بهذه الأرض ، ولو حتى بمجرد المرور فيها .

بيد أنه قد تكون هناك أرض محبوسة عن الطريق العام مملوكة لشخص يتعذر عليه استغلالها أو يشق عليه هذا الاستغلال ، ما لم يعترف له بحق المرور على أرض جاره للوصول إلى الطريق العام .

وعندئذ تتعارض مصلحة مالك الأرض الحابسة والذي يريد خلوص الانتفاع له بكامل ملكه دون قيد يفرض عليه حق ارتفاق بالمرور على أرضه ، ومصلحة صاحب الأرض المحبوسة الذي يفوته الانتفاع بأرضه أو يشق عليه هذا الانتفاع بسبب انحباسه عن الطريق العام ، وهنا نستطيع أن نقول أن مصلحة صاحب الأرض الحابسة تبدو قليلة القيمة والأهمية إذا ما قورنت بمصلحة صاحب الأرض المحبوسة ، فتكون هذه الأخيرة أولى بالرعاية وأجدر بالعناية من مصلحة صاحب الأرض الحابسة أو بمعنى آخر فإن ضرر مالك الأرض الحابسة يبدو هيناً إذا ما حُرِمَ من جزءٍ من أرضه نتيجة لتقرير حق المرور عليه لصاحب الأرض المحبوسة الذي سيحرم أو سيرهق في استغلاله لأرضه بسبب انحباسها عن الطريق العام ، لا سيما وأنه يجري تعويض صاحب تلك الأرض المحبوسة عن الضرر الذي يصيبه بسبب فرض حقوق المرور على أرضه .

ونظراً لأهمية هذا الحق فقد حرص واضع القانون المدني المصري على وضع أحكاماً خاصة منظمة - بقدر واف من التفصيل - لهذا الحق ، حيث نصت المادة ٨١٢ مدني مصري على أن " ١ - مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف، ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك في نظير تعويض عادل. ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضوع منه يتحقق فيه ذلك " . ٢ - على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور في هذه الأجزاء" (٨٨) .

ثالثاً : شروط تقرير حق المرور : يلزم لمنح مالك الأرض المحبوسة حق المرور قانوناً بأرض جاره الحابسة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول: وجود انحباس لأرض معينة عن الطريق العام . يلزم لتقرير حق المرور على أرض الجار ثبوت انحباس الأرض المجاورة لها عن الطريق العام انحباساً كلياً أو جزئياً .

ويتحقق الانحباس الكلي عندما تكون الأرض بكل أجزائها (أي بوصفها وحدة عقارية) محاطة بالأراضي المجاورة لها ، بحيث تتعدم على إثر ذلك كل وسيلة يمكن أن تصلها بالطريق العام غير المرور على أرض الجار ، وهذا ما يسمى الانحباس التام (٨٩) أو الانحباس الحقيقي (٩٠) .

ويتحقق الانحباس الجزئي عندما يكون الممر الذي يوصل الأرض المحبوسة بالطريق العام غير كاف لاستعمالها واستغلالها على الوجه المألوف ، وقد أبرز واضع القانون المدني المصري

(٨٨) ومما يؤخذ على واضع القانون المدني البحريني ، أنه لم يضع أحكاماً خاصة لمنظمة ل المرور - رغم أهميته الحيوية - مكتفياً بمجرد الإشارة إليه في معرض حديثه عن الارتفاقات الظاهرة التي يمكن اكتسابها بمرور الزمان (التقدم) ، حيث نصت المادة ٩٢٨ مدني بحريني على أنه " حق الارتفاق يكسب بتصرف قانوني أو بالميراث ولا يكسب بالتقدم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور " .

(٨٩) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ توفيق حسن فرج " الحقوق العينية الأصلية " ، بند ٧٧ ، ص ١٧٤ ، ١٧٥ ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية ، بدون تاريخ نشر .

(٩٠) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الحميد عثمان محمد " المفيد في شرح القانون المدني البحريني " ج ٥ ، أحكام حق الملكية ، بند ٧٨ ، ص ٩٦ ، ٩٧ ، مطبعة جامعة البحرين ، طبعة عام ٢٠٠٥ م .

معيار عدم الكفاية في الممر الموجود أصلاً بقوله " إذا كان لا يتيسر له (أي لمالك الأرض المحبوسة) الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة " ، كما لو كان هذا الممر ضيقاً فيجعل الحركة عليه أصلاً شاقة أو لا يسمح بمرور الدواب أو السيارات ، وإنما يسمح فقط لمرور الأشخاص ، مما يفرض على مالك الأرض المحبوسة نفقات باهظة في سبيل تكليف أشخاص بنقل منتجات أرضه على أعناقهم .

وعلى أية حال فإن تقدير كفاية الممر القائم أو عدم كفايته أمر يخضع لتقدير محكمة الموضوع تجريه في ضوء ظروف كل أرض محبوسة بالنظر إلى أوجه الانتفاع بها ، وتلك مسألة نسبية تختلف من أرض إلى أخرى تبعاً لوجه استغلالها ، فقد يكفي في أرض معينة مجرد تقرير حق المرور سيراً على الأقدام ، وقد تتطلب أرض أخرى ممرًا واسعاً يسمح بمرور دواب وسيارات إلى جانب مرور الأشخاص .

ويراعى أنه إذا كان تقرير حق المرور لأرض على أخرى يدور وجوداً وعدمًا تبعاً لحاجة أو عدم حاجة الأرض المحبوسة إلى هذا الحق ، فكذلك أيضاً نجد أن قدر أو حجم هذا الممر الذي يمنح قانوناً للأرض المحبوسة يتأثر بالقدر المناسب أو الملائم لاستغلال تلك الأرض المحبوسة على الوجه المألوف لها عادة ، فقد تحتاج إلى ممر واسع إذا كانت أرضاً زراعية ، في حين أنه إذا تغير وجه استغلالها إلى السكنى وليس للزراعة ، تغير على إثر ذلك قدر هذا الممر وحجمه على إثر ذلك التغيير في وجه الاستغلال .

ولكي يبقى حق المرور قائماً لا يزول ، يلزم ضرورة استمرار تحقق هذا الانحباس الكلي أو الجزئي ، لأنه إذا زال الانحباس الكلي أو الجزئي بعد سبق وجوده زال على إثر ذلك حق المرور الذي كان مقرراً للأرض المحبوسة على الأرض الحابسة ، كما لو اشترى صاحب الأرض المحبوسة أرضاً مجاورة لأرضه أوصلته بالطريق العام أو قامت الدولة بإيجاد ممرات معلقة كانت سبباً في إيصال الأراضي التي كانت محبوسة من قبل عن الطريق العام ، مما يسر لمالكها أو ملاكها أوجه استغلالها على الوجه المألوف لها .

الشرط الثاني : ألا يكون انحباس الأرض المحبوسة بسلوك مالكها . وهذا شرط منطقي ، إذ ليس من المقبول عقلاً أن يتسبب مالك الأرض بسلوكه في انحباس أرضه عن الطريق العام ، ثم يريد بعد ذلك أن يحصل على ممر له في أراضي مجاورة لأرضه .

ويستوي بعد ذلك أن يكون سلوك المالك عملاً مادياً ، كما لو أنه بنى على الجزء المتصل من أرضه بالطريق العام دون أن يترك ممرًا فحبس الجزء الباقي من هذه الأرض عن هذا الطريق ، أو أن يكون عملاً قانونياً (أي تصرفاً إرادياً) كما لو تنازل عن حق ارتفاق بالمرور كان مقررًا له سلفاً بطريق الاتفاق مع أحد جيرانه ، أو أن يكون هذا السلوك متمثلاً في مجرد الإهمال أو التقصير من جانبه في استعمال حق المرور المقرر له اتفاقاً المدة المسقطه له بالتقادم (٩١) (أي اكتفى باتخاذ سلوك سلبي محض) .

ويعد من مظاهر الانحباس الإرادي ذلك الانحباس الذي يحدث لعقار كان متصلاً بالطريق العام ثم جرت تجزئة هذا العقار بناء على تصرف قانوني أجراه مالك هذا العقار ، سواء كان هذا التصرف ناقلاً للملكية على أجزائها مثل البيع أو الهبة أو كاشفاً لهذه الملكية مفرزاً لها بعد أن كانت على الشيوع مثل القسمة ، مما أدى إلى انحباس بعض أجزائه ، وكان في الإمكان إيجاد ممر كاف للأجزاء المحبوسة ، ففي هذه الفروض لا يجوز طلب تقرير حق المرور إلا على هذه الأجزاء ، ومن ثم لا يجوز لواحد من ملاك أي جزء من هذه الأجزاء أن يطلب مروراً على أرض مجاورة لهذا العقار الذي جرت تجزئته ، وهذا أمر منطقي تقادياً لأي محاولات للتواطؤ بين الملاك لإيجاد حالة الانحباس ثم المطالبة من بعد ذلك بحق المرور لأجزائهم على الأراضي المجاورة لهم .

ولذا تنص المادة ٢/٨١٢ مدني مصري على أنه " على أنه إذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئاً عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانوني، وكان من المستطاع إيجاد ممر كاف في أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور في هذه الأجزاء " .

(١) انظر في ذلك المعنى " أ.د/ محمد شكري سرور " موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري " بند ٤٠٩، ص ٢٦٠ ، ٢٦١ ، طبعة عام ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

وبناء عليه ينبغي أن يحصل الانحباس لسبب أجنبي عن مالك الأرض المحبوسة ، كما لو حصل الانحباس بسبب القوة القاهرة على إثر حصول الفيضانات والزلازل أو بسبب الغير كما لو أغلقت إحدى جهات الإدارة العامة في الدولة ممراً كان يصل الأرض المحبوسة بالطريق العام .

الشرط الثالث : لزوم حق المرور لاستغلال الأرض المحبوسة .

يتعين لكي يتقرر على أرض الجار حق بالمرور عليها لمالك أرض مجاورة لها أن تكون هذه الأرض المحبوسة عن الطريق العام يتعذر استغلالها على الوجه المألوف والمعتاد إلا بعد تقرير حق المرور لمالكها على تلك الأرض المتصلة بالطريق العام ، فتكون ثمة ضرورة أو مبرر قوي لتقرير هذا الحق .

ذلك أن تقرير حق المرور على أرضٍ ما لا ينفك عنه إحداث ضرر بصاحب تلك الأرض ، نظراً لما يترتب عليه من حرمان صاحب هذه الأرض من الانتفاع بالجزء الذي يتقرر عليه حق المرور لصاحب الأرض المحبوسة ، ولذا ينبغي أن تكون ثمة ضرورة تملّي التضحية بضرره هذا دفعاً لضرر أشد سيصيب صاحب الضرر المحبوسة إذا حرم من حق المرور على أرض جاره فيتعذر عليه استغلال أرضه على الوجه المناسب لما أعدت له بحسب طبيعتها (٩٢) .

فحق المرور قيّد قانوني يفرضه القانون على أرض مالك الأرض الحابسة فيحرمه من جزء من أرضه مراعاة لمصلحة صاحب الأرض المحبوسة ، ولذا يلزم أن تكون ثمة ضرورة تستوجب فرض هذا القيد وإلا تعذر فرضه (٩٣) .

رابعاً : أحكام حق المرور .

يتجلى واضحاً من نصوص القانون المنظمة لحق المرور أنه يخضع للأحكام الآتية :

(٩٢) ذلك أنه وإن كان من مصلحة أي مالك لأرض معينة مصلحة ظاهرة في أن ينتفع بكامل أرضه من غير أن يحرم من أي جزء منها ولو لصالح غيره من الجيران ، إلا أن هذه المصلحة تبدو مرجوحة إذا ما قورنت بمصلحة الجار الذي يحتاج إلى المرور على أرض جاره ليصل أرضه بالطريق العام فيتسنى له استغلالها والانتفاع بها على الوجه الملائم لما أعدت له ، حيث تبدو مصلحة هذا الجار صاحب الأرض المحبوسة راجحة على مصلحة مالك الأرض الحابسة .

(٩٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الحميد عثمان محمد - المرجع السابق - بند ٧٨ ، ص ٩٨ ، ٩٩ .

ثبوت حق المرور بقوة القانون:

إذا توفرت شروط تقرير حق المرور سالفه الذكر ثبت لمالك الأرض المحبوسة حق ارتفاع بالمرور على أرض جاره الحابسة لأرضه بقوة القانون ، فلا يحتاج من ثم إلى اتفاق أو حكم قضائي لثبوته له ، بيد أنه إذا نازعه في وجوده أو ثبوته فاضطره إلى الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق كان حكم القاضي أو هذا الاتفاق كاشفاً أو مقررأ لهذا الحق وليس منشأً له .

ويستمر حق المرور ثابتاً وقائماً ما دامت حالة الانحباس الكلي أو الجزئي ثابتة ومستمرة ، ويزول ايضاً هذا الحق بزوالها ، فهو يدور معها وجوداً وعدماً .

ويثبت هذا الحق بقوة القانون بمجرد توافر شروط تقريره حتى من قبل أن يجري تعيين مكان المرور الذي يمثل محلاً للحق (أي قبل تعيين الموضع الذي يباشر عليه حق المرور) أو تحديد طريقة أو شكل مباشرته على المحل الذي يرد عليه .

صاحب الحق في حق المرور:

يثبت حق المرور لمن له على الأرض المحبوسة حق ملكية (أي لمالك تلك الأرض) أو لمن له عليها حق عيني أصلي آخر غير حق الملكية مثل صاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق الحكر .

ومن ثم لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية المرتبطة بالأرض المحبوسة مثل المستأجر أو المستعير أو المزارع ، نظراً لأن حقوق هؤلاء ذات طابع شخصي لا ترد على الأرض وإنما تتولد لأصحابها مباشرة في نمة مالك الأرض (٩٤) وبناء عليه يمكن للمستأجر الرجوع مباشرة على مؤجره مالك الأرض المحبوسة لتقرير حق مرور له لصالح الأرض المستأجرة حتى يتسنى له استغلالها على الوجه المألوف لها في ضوء ما أعدت له من منفعة ،

(٩٤) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني " ، حق الملكية ، بند ٤٦٦ ، ص ٧٥٧ ، طبعة عام ١٩٦٧م ، دار إحياء التراث العربي ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، أ.د/ محمد حسين منصور " الحقوق العينية الأصلية " ص ٥١ ، ٥٢ ، طبعة عام ٢٠٠٣م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية .

لأن المؤجر ملتزم قانوناً بموجب عقد الإيجار بتسليمه الأرض المؤجرة في حالة صالحة لاستيفاء المنفعة المقصودة منها بحسب الاتفاق أو طبيعة تلك الأرض (٩٥) .

تعيين محل حق المرور وطريقة مباشرته:

إذا كان حق المرور لمالك الأرض المحبوسة يتقرر بقوة القانون ، فإن تعيين محل هذا الحق وطريقة ممارسته يجري تنظيمهما ابتداءً بطريق التراضي بالاتفاق بين مالك الأرض المحبوسة ومالك الأرض الحابسة ، فإن تنازعا واختلافا كان من حق صاحب الأرض المحبوسة الالتجاء إلى القضاء ليفصل بينهما في هذا الشأن وفق القواعد القانونية المنظمة لهذا الحق ، والتي من أبرزها التزام القاضي بأن يراعي عند تعدد الأراضي المجاورة للأرض المحبوسة ، تقرير حق المرور لها على الأرض التي يلحقها ضرراً أخف من بين هذه الأراضي ، فيختار على سبيل المثال تطبيقاً لذلك تقرير حق المرور على أرض فضاء بدلاً من الأرض الزراعية ، وإذا لم تتعدد الأراضي المجاورة للأرض المحبوسة ولم يكن بجوارها سوى أرض واحدة لكن تعددت المواضع التي يمكن تقرير حق المرور عليها تعيين على القاضي أن يختار الموضع الذي يتولد عنه أخف الأضرار ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٨١٢ مدني مصري بقولها " ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً وفي موضوع منه يتحقق فيه ذلك " .

كما يلزم تحديد طريقة أو شكل ممارسة مالك الأرض المحبوسة لحق المرور اتفاقاً أو قضاءً ، وعادة ما يجري مباشرة هذا الحق عن طريق المرور على سطح الأرض الحابسة ، غير أن ذلك لا يمنع من ممارسة هذا الحق فوق سطح الأرض المحبوسة في شكل قناطر أو كباري أو جسور معلقة أو حتى تحت سطح الأرض من خلال حفر أنفاق وذلك كله في ضوء ما تحتاجه الأرض المحبوسة من أشكال أو طرق للمرور تتناغم مع متطلبات استغلالها على الوجه المناسب (٩٦) .

(٩٥) إذ تنص المادة ٥٦٤ مدني مصري على أنه " يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين " ، وهذه المادة تعادل المادة ٥٢١ مدني بحريني والتي تنص على ذلك بقولها " يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة ، وفقاً لما تم الاتفاق عليه أو لطبيعة المأجور " ، ونصت عليه المادة ٥٦٩ مدني كويتي " يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وملحقاته في حالة يصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة " .
(٩٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد سعد خليفة ، د/ حمدي محمد عطيفي " الملكية والتأمينات العينية " ص ٦٦ ، بدون تاريخ نشر أو دار نشر .

التعويض عن حق المرور (مقابل حق المرور):

إن من أبسط معاني العدالة أن يجري تعويض مالك الأرض الحابسة عن حرمانه من كامل الانتفاع بملكه على إثر فرض حق مرور على أرضه لصالح مالك الأرض المحبوسة .

وينبغي أن يكون هذا التعويض عادلاً ، وعدالة هذا التعويض تقتضي أن يكون جابراً للضرر الذي أصابه من جراء فرض حق المرور على أرضه ، بغض النظر عن قدر المنفعة (قل أو كثر) الذي عادت على مالك الأرض المحبوسة بعد اتصالها بالطريق العام (٩٧) .

ومما تجدر ملاحظته أن دفع هذا التعويض من جانب مالك الأرض المحبوسة لا يعني أنه أصبح مالكا للموضع الذي يجري عليه المرور (الممر) بل يبقى هذا الممر على ملك صاحبه ، ويكون التعويض مجرد مقابل نقدي للمرور فقط على أرض الجار ، وليس ثمناً لهذا الموضع محل المرور .

ومما يؤكد هذا المعنى أنه إذا اتصلت الأرض المحبوسة بالطريق العام بعد فترة من تقرير حق المرور ، كان من حق صاحب تلك الأرض أن يسترد من مقدار التعويض الذي دفعه لمالك الأرض الحابسة ما يوازي ما لم يقع من أضرار ، هذا فضلاً عن أنه إذا اقتضت الضرورة توسيع الممر المقرر للأرض المحبوسة وجب تعويض صاحب الأرض الحابسة عن هذه التوسعة لجبر الضرر المتولد عنها (٩٨) .

وإذا لم يتفق الطرفان (مالك الأرض الحابسة ومالك الأرض المحبوسة) على قدر ذلك التعويض العادل الذي يجبر ضرر مالك الأرض الحابسة ، تولى القاضي أمر تقديره ، وحدد أيضاً طريقة دفعه سواء جملة (أي دفعة واحدة) أو على أقساط ، وبمقدور مالك الأرض الحابسة بعد تقدير قدر التعويض اتفاقاً أو قضاءً منع مالك الأرض المحبوسة من المرور على أرضه حتى يوفه

(٩٧) انظر في نفس المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ص ٨٠ .

(٩٨) انظر في ذلك المعنى : أ.د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - بند ٧٩ ، ص ١٨٢ ، أ.د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٥٦ ، ٥٧ .

هذا التعويض أو يوفه ما تبقى مستحقاً له عنده من أفساط حلت آجالها ، وذلك في ضوء القواعد العامة لاستعمال الحق في الحبس (٩٩) .

وإذا لم يجر تقدير هذا التعويض اتفاقاً أو قضاءً ، وسكت مالك الأرض الحابسة عن المطالبة به سقط حقه في رفع دعوى المطالبة به بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ ثبوت الحق في المطالبة به ، أي من تاريخ ممارسة مالك الأرض المحبوسة لحقه في المرور على أرضه ، أما إذا جرى تقدير ذلك التعويض اتفاقاً أو قضاءً فقد صار ديناً مستحقاً لمالك الأرض الحابسة في ذمة صاحب الأرض المحبوسة ، وعندئذ يسقط حقه في المطالبة به بالتقدم بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاق هذا التعويض (١٠٠) .

المطلب الرابع

القيود الناشئة عن التلاصق في الجوار

المطلات والمناور

إذا كان الأصل العام أن لمالك الأرض أن يبني عليها البناء الذي يريده وبالصورة التي تحقق له النفع المنشود من ورائه ، دون أن يسمح لغيره بتقييد سلطته في وجوه الانتفاع ، إلا أن للجوار حقوقاً متبادلة لا يمكن تجاهلها أو التغافل عنها ، حتى يتسنى لكل جار أن يتمتع بسلطاته على ملكه دون ضرر يصيبه أو إضرار منه بجاره ، وصدق النبي الكريم إذ يقول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " (١٠١) .

ولكي يتحقق للمالك كمال الانتفاع بملكه فإنه يحتاج إلى فتح فتحات في ملكه تطل على ملك جاره للنظر من خلالها على خارج ملكه ولدخول الهواء والضوء إليه ، هذه الفتحات إما أن تكون من قبيل المطلات أو من قبيل المناور .

(٩٩) انظر في ذلك المعنى : أ.د / اسماعيل غانم " الحقوق العينية الأصلية " ، ج ١ ، حق الملكية ، بند ٥٨ ، طبعة عام ١٩٦١ م .
(١٠٠) انظر في نفس المعنى : أ.د/ نبيل إبراهيم سعد - المرجع السابق - ص ٨٠ .

(١٠١) الراوي : أبو سعيد الخدري | المحدث : ابن حجر العسقلاني | المصدر : التلخيص الحبير ، الصفحة أو الرقم | 4/1577 : خلاصة حكم المحدث :
وروي مرسلًا |

أولاً : **تقييد فتح المطلات** . المطل هو عبارة عن فتحة يحدثها المالك في جدار بنائه للإطلال والنظر منها على الخارج ولدخول الضوء والهواء منها إلى ملكه ، مثل النوافذ والأبواب والشرفات والمشربيات ، وهي على نوعين :

مطلات مواجهة أو مستقيمة . يقصد بالمطل المواجه أو المستقيم هو تلك الفتحة التي تسمح للجار بالنظر أو الإطلال منها على ملك جاره دون حاجة إلى الانحناء إلى الخارج ودون الالتفات يمناً أو يسرة .

وفي خصوص هذا المطل المواجه أو المستقيم يجب ألا تقل المسافة بين المطل والحد الفاصل بين ملك الجار الآخر عن ١٥٠ سم وإلا أمكن سده مع التعويض حتى ولو لم يثبت أي ضرر .
مطلات منحرفة أو جانبية : هي الفتحات التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار بصورة مباشرة وإنما تحتاج لذلك إلى الالتفات يمناً أو يسرة أو الانحناء إلى الخارج .

ويتعين في هذا النوع من المطلات أن تراعى مسافة بين المطل وحدود ملك الجار لا تقل عن مترين .

ويتعين الالتزام بهذه المسافات في المطلات أياً كانت الأغراض المخصصة لأمالك الجيران ما دامت تمثل أملاكاً خاصة ، ومن ثم لا يلتزم المالك بمراعاة هذه المسافات إذا كان المطل مفتوحاً على الطريق العام .

وينبغي على كل جار عند فتحه مطلاً أن يراعى هذه المسافة استقلاً عن جاره ، فكل واحد يتقيد بقيد المسافة بين مظهره والحدود الفاصلة بملك جاره الآخر .

جزاء مخالفة المسافة بين المطلات:

إن مخالفة المسافة بين المطلات جزاؤها السد والإغلاق بوصفه جزاءً وفقاً لفتح هذه المطلات ، حتى ولو لم يثبت أي ضرر من جراء ذلك ، وبغض النظر عن الغرض المخصص له أملاك الجار الخاصة .

ويراعى أنه إذا فُتِحَ مطلٌّ على ملك الجار على نحو مخالف لأحكام المسافة القانونية المطلوبة لجار فاتح هذا المثل فإنه يكسب حق ارتفاع بالمطل على ملك جاره بالتقادم أي بمرور خمس عشرة سنة على فتحه لهذا المثل ، متى كان فعله هذا يحمل معنى التعدي على جاره بتحميله عبئاً بالمطل عليه دون وجه حق ودون مراعاة المسافة القانونية ، ويحمل في نفس الوقت معنى الإهمال والتقصير من جانب الجار المعتدى عليه الذي سكت عن طلب الحماية القانونية على إثر اعتداء جاره عليه ، وبمرور هذه المدة مع توافر هذا السكوت يسقط حقه في طلب غلق هذا المثل أو سده ، إذ يحمل سلوكه السلبي على محمل التنازل عن طلب هذه الحماية ، مع التزام هذا الجار إذا أراد فتح مطل على جاره المعتدي كاسب حق المثل المخالف بالتقادم فعليه أن يلتزم بمراعاة المسافة القانونية وإلا عرض نفسه للمساءلة القانونية إذا تضرر جاره من خرقه لها ، ما لم يكتسب هو الآخر بطريق التقادم هذا المثل المخالف مثل جاره . واني لأعجب من منطلق القانون في إباحته التقادم عموماً مع ما يمثله من غضب وأكل لحقوق الناس بالباطل (١٠٢) ، وفي اعترافه بحق من فتح مطلاً مخالفاً ظاهراً به على جاره مدة طويلة من الزمن بكسبه إياه بالتقادم على وجه الخصوص (١٠٣) ، مع ما يمثله ذلك من مخالفة صارخة للذوق والدين والعرف في التعامل بين الجيران باسم القانون ، والغريب أننا أمة رسول الذوق والخلق مع الناس جميعاً ومع الجيران خصوصاً ، فهذا هو رسول الله صلى الله عليه وسلم يجعل من مجرد شعور الجار بالخوف وعدم الأمان من جاره حتى ولو لم يؤذ به بالفعل سبباً في نقصان إيمانه ، بل وسبباً في حرمانه من دخول الجنة ، فقد روي عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **والله لا يؤمن والله لا يؤمن والله لا يؤمن** قالوا وما ذلك يا رسول الله قال **جارٌ لا يؤمن جاره بوائقه قالوا يا رسول الله وما بوائقه قال شره** " (١٠٤) ، كما

(١٠٢) لمزيد من الشرح والتفصيل حول ما ساقه فقهاء القانون من مبررات لإقرار التقادم سواء لكسب الحق (أي التقادم المكسب) أو لسقوطه (أي التقادم المسقط) وردودي عليهم مفتداً للتقادم وحججه ، راجع مؤلفنا " الوسيط في أحكام الالتزام وإثباته " ص ٤٣٦ : ٤٤١ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسبيوط .

(١٠٣) ويراعى أنه من الناحية القانونية إذا ثبت أن سكوت الجار على خرق جاره للمسافة القانونية المطلوبة قانوناً في المثل مبنياً على التسامح والعمو الجاري بين الجيران ، فعندئذ لا يكسب الجار المعتدي حق ارتفاع بالمطل على ملك جاره مهما طال الزمان ، ويمكن للجار المعتدى عليه أن يطلب غلقه أو سده في أي وقت .

(١٠٤) الراوي : أبو هريرة | المحدث : الهيتمي | المصدر : مجمع الزوائد الصفحة أو الرقم | 8/171 : خلاصة حكم المحدث : رجاله رجال الصحيح .

روي عن سيدنا أبي هريرة أيضا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يدخلُ الجنةَ مَنْ لا يَأْمَنُ جَارَهُ بوائِقَهُ " (١٠٥) .

ثانياً : إباحة فتح المناور . هي الفتحات التي يحدثها المالك في ملكه ليمسح بدخول الضوء والهواء إليه دون أن تسمح له بالإطلال على ملك جاره نظراً لارتفاعها عن قامة الإنسان المعتاد .

وبناء عليه فإن الفتحة التي يحدثها المالك في ملكه إن كانت في حدود قامة الإنسان العادي أو المعتاد فهي مطل وليست منوراً ، أما إذا تجاوزت حدود قامة الإنسان العادي أو المعتاد الواقف على أرض الحجرة دون أن يستخدم شيئاً ما للوقوف عليه ، فعندئذ تعد هذه الفتحة منوراً وليست مطلاً .

ويراعى أن الإنسان العادي أو المعتاد هو شخص من أوساط الناس طولاً ، فهو ليس بالقصير قصراً بيناً ولا بالطويل طولاً بيناً ، وكان بين هذا وذاك قواماً أي وسطاً .

وجدير بالذكر أنه في خصوص فتح المنور - بعكس المطل - لا يلتزم المالك عن فتحه إياه بمراعاة مسافة قانونية معينة بين المنور وملك جاره ، وذلك نظراً لانتفاء مظاهر الأذى فيه ، لاسيما وأنه يجاوز في ارتفاعه حدود القامة المعتادة للإنسان العادي على نحو لا يسمح للجار بالإطلال على جاره وكشف ستره وعورته داخل ملكه .

وينبغي أن يراعى في المنور حتى يُعْفَى محدثه من شرط المسافة القانونية التي تتطلب في المطل ، أن يكون المنور على ارتفاع يجاوز حدود القامة المعتادة للشخص المعتاد ، بحيث يكون الهدف من فتحه مجرد السماح للهواء أو الضوء بالدخول للتهوية أو الإضاءة ، هذا فضلاً عن ضرورة ألا يستعمل هذا المنور استعمالاً يضر بالجار ، كما لو استعمله الجار لكشف ستر جاره وليس بهدف دخول الهواء أو الضوء .

وقد قضت محكمة النقض المصرية " إن مفاد نص المواد ٨١٩ ، ٨٢٠ ، ٨٢١ من القانون المدني يدل على أن المشرع حرص على تقييد حق المالك في فتح مطلات على ملك الجار رعاية لحرمة

(١٠٥) رواه مسلم في صحيحه ، الرقم أو الصفحة ٤٦ ، ورواه الألباني في صحيح الأدب المفرد ، الرقم أو الصفحة ٨٩ .

الجوار فحظر أن يكون للجار على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن متر، أو أن يكون له مطل منحرف على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً ويرتفع قيد المسافة عن كل مطل يفتح على طريق عام حتى ولو أمكن اعتباره في نفس الوقت من المطلات المنحرفة بالنسبة إلى ملك الجار، ولا يسرى هذا الحظر على المناور وهي تلك الفتحات التي تعلو قاعدتها عن قامة الإنسان المعتادة وأعدت لنفاذ النور والهواء دون الإطلال منها على العقار المجاور، وكانت مخالفة المالك لحظر فتح مطل على عقار جاره سواء أكان المطل مواجهاً أم منحرفاً تعد من مسائل القانون التي تنبسط إليها رقابة محكمة النقض فإنه يجب على الحكم المثبت لحصول هذه المخالفة والقاضي بإزالة المطلات أو بسدها أن يعرض لشروط تلك المخالفة فيبين بما فيه الكفاية ماهية الفتحات، التي أنشأها الجار المخالف وما إذا كان ينطبق عليها وصف المطل المواجه أو المنحرف ومقدار المسافة التي تفصله عن عقار الجار، فإذا خلا الحكم مما يفيد بحث هذه الأمور فإن ذلك يعد قصوراً في تسبيب الحكم يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون " (١٠٦) .

ثالثاً : الحائط الفاصل:

لا جرم أن تلاصق المباني المملوكة لأكثر من شخص تثير مسألة تحديد ملكية الحائط المشترك الفاصل بين مبنيين مملوكين لشخصين مختلفين ، هل هذا الحائط مملوك لهما ملكية مشتركة أم أنه مملوك لأحدهما ملكية خاصة ؟

لا جرم أن الحكم وليد الإثبات ، ومن يدعي أمراً ما عليه أن يقيم الدليل على صحة إدعائه ، وإلا رفض هذا الإدعاء .

والأصل العام أن تكون ملكية الحائط الفاصل بين مبنيين مملوكين لشخصين مختلفين ملكية مشتركة بينهما ، ويحدث هذا في فرضين :

الفرض الأول : عند إثبات الملكية المشتركة لصاحب البناءين عليه . وعندئذ يمارس المالكان على هذا الحائط سلطات المالك بما لا يضر بحق أحدهما عليه .

(١٠٦) نقض مدني مصري الطعن رقم ١١٣٤٥ لسنة ٨٧ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٩/٦/١٧ م .

الفرض الثاني : إذا تعذر الإثبات على من يدعي ملكيته للحائط ملكية خاصة . فعندئذ تبقى الملكية على حالها كملكية مشتركة ، إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك .

❖ ويراعى أنه يلزم لاعتبار الحائط الفاصل مملوكاً للمالكين في البناءين ملكية مشتركة ،
توافر الشروط الآتية :

أن يكون هناك بناءان مملوكين لشخصين مختلفين .

أن يكون هناك حائط فاصل بين بناءين وليس بين أرض وبناء ، وليس بين أرضين .

أن يكون الحائط فاصلاً بين هذين البناءين منذ إنشائه .

أن يتعذر على أحدهما إثبات ملكيته الخاصة على هذا الحائط .

وبثبوت هذه الشروط تكون ملكية هذا الحائط ملكية مشتركة ، ويخضع المالكان في مباشرة سلطات ملكيتهم على هذا الحائط الفاصل لأحكام الملكية الشائعة سواء من حيث إدارتها أو الانتفاع بها .

وإذا احتاج الحائط إلى إعادة بناء أو تجديد أو إصلاح كانت نفقاته عليهما ، كل بحسب نسبة حصته فيه أو بالتساوي إذا كانت نسب حصة كل واحد منهما متساوية مع الأخرى ، وينطبق نفس الحكم في خصوص توزيع نفقات تعلية هذا الحائط ، هذا ما لم يتبين أن هذه التعلية تقتضيها مصلحة أحد الشركاء دون الآخر ، فعندئذ تجري على نفقة هذا الشريك وحده فقط .

ويستطيع كل مالك التخلص من كل هذه النفقات بتخليه عن نصيبه في ملكية هذا الحائط والانتفاع به للشريك الآخر .

وتثبت الملكية الخاصة للحائط الفاصل لأحد المالكين إذا استطاع إقامة الدليل على ملكيته له ملكية خاصة ، وعندئذ يباشر عليه وحده كل سلطات المالك على ملكه فيستعمله ويستغله ويتصرف فيه سواء أكان هذا التصرف تصرفاً ناقلاً للملكية أو تصرفاً مادياً .

بيد أنه يجب أن يراعي هذا المالك ملكية خاصة للحائط الفاصل القيد العام الذي يرد على استعمال كل الحقوق وهو عدم التعسف في استعمال الحق ، هذا إلى جانب التزامه بمراعاة القيد الخاص الذي أورده القانون على سلطة المالك لحائط فاصل ملكية خاصة عند لجوئه إلى هدم هذا الحائط هدماً اختيارياً .

شروط حرمان المالك من هدم الحائط الفاصل المملوك له ملكية خاصة

يحرم المالك للحائط الفاصل ملكية خاصة من هدمه عند توافر الشروط الآتية :

❖ أن يكون حائطاً فاصلاً بين بناءين مملوكين لشخصين مختلفين مع خلوص ملكية هذا الفاصل لأحدهما دون الآخر .

أن يكون بناء الجار مستتراً بهذا الحائط الفاصل .

أن يكون من شأن الهدم الإضرار بالجار المستتر به .

انعدام العذر القوي المبرر للهدم .

ويخضع تقدير ذلك للسلطة التقديرية للمحكمة التي توازن عادة بين قدر أو الضررين وتضحي بالضرر الأخف دفعا للضرر الأشد .

وينبغي التنويه إلى أن حق الجار في حرمان جاره المالك للحائط الفاصل من هدمه يثبت له حينما يكون الهدف من هذا الحرمان هو مجرد الاستتار به ، من غير أن يكون له الحق في الإفادة منه في وجوه أخرى من وجوه الانتفاع ، والتي ينبغي أن تبقى خالصة على وجه الاستثناء والانفراد لمالك هذا الحائط الفاصل ملكية خاصة .

المبحث الثاني

القيود الاتفاقية

الشرط المانع من التصرف

أولاً : موقف الفقه والقضاء من شرط المنع من التصرف

لم يكن غريباً أن يلقي هذا الشرط صدوداً ونفوراً من الأوساط الفقهية والقضائية بسبب ما يترتب على وجوده من حرمان أو تقييد للمالك في أهم وأبرز سلطاته على ملكه بل وأخطرها وأعظمها على الإطلاق ألا وهي سلطة التصرف فيما يملك ، ذلك أن وجود هذا الشرط من شأنه أن يحرم المالك من سلطة التصرف في ملكه ويفرغ حق الملكية من جوهره ومضمونه لسلبه أبرز سلطاته التي تعطيه قيمته الاقتصادية ألا وهي سلطة التصرف ، هذا فضلاً عما يسببه وجود هذا الشرط من ضرر كبير بالمصلحة العامة على إثر حبسه هذا المال عن التداول الذي يمثل عصب حركة الحياة الاقتصادية ، الأمر الذي حدا بالفقه والقضاء في فرنسا في بادئ الأمر إلى اتخاذ موقف معادٍ من هذا الشرط وتبني فكرة المناداة ببطلان هذا الشرط بطلاناً مطلقاً بغض النظر عن كونه مؤقتاً أو مؤبداً وبصرف النظر عن البواعث المشروعة التي أملت اشتراطه ، ثم عدلاً بعد فترة من الزمن عن موقفهما المضاد لهذا الشرط وتبنياً فكرة المناداة بمشروعيتها طالما أنه لمدة موقوتة ولباعث قوي أو جدي مشروع .

وقد شايح القضاء المصري القضاء الفرنسي في آخر تطور موقفه من هذا الشرط ، فذهب إلى القول بصحة هذا الشرط تلبية للاعتبارات العملية التي أملتته وتقديراً للبواعث المشروعة المنشودة من وراء اشتراطه ، لاسيما وأنه يجري تطبيقه لفترة موقوته وليس مؤبداً ، ثم صدر القانون المدني المصري الحالي متبنياً الاتجاه المؤيد لوجود هذا الشرط متى كان مؤقتاً ولباعث مشروع في المادة ٨٢٣ منه فنصت على أنه " - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

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

والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير " (١٠٧) .

ثانياً : التفرقة بين شرط المنع من التصرف والبيع مع شرط احتفاظ البائع بملكية المبيع

يبدو جلياً وواضحاً ذلك التشابه بين شرط المنع من التصرف الوارد في التصرف وبين البيع المقترن بشرط احتفاظ البائع بملكية المبيع من حيث الأثر ، حيث يمنع فيهما المتصرف إليه من التصرف بالمخالفة لهما ، غير أنه يبقى رغم ذلك الفرق أكثر وضوحاً وجلاءً ، نظراً لأنه وإن كان التصرف الناقل لملكية شيء معين متضمناً شرط منع المتصرف إليه من التصرف إلا أنه ينقل إليه ملكية الشيء الممنوع من التصرف فيه بكل عناصر الملكية وسلطاتها من استعمال واستغلال وتصرف ، في حين أن البيع المقترن بشرط احتفاظ البائع بملكية المبيع هو بيع معلق على شرط واقف ألا وهو الوفاء بكامل الثمن ، وبناء عليه تبقى ملكية المبيع رغم البيع في ذمة البائع ولا تنتقل إلى ذمة المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن ، ولا يغير من هذه الحقيقة أن يجري تسليم المبيع للمشتري ليتمكن من استعماله واستغلاله ، إذ لم تزل الملكية ثابتة للبائع ولا تنتقل إلى المشتري إلا بسداد كامل الثمن ، فإذا جرى السداد به كانلاً انتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعي من تاريخ الاشتراط وليس من تاريخ السداد إعمالاً لفكرة الأثر الرجعي للشرط الواقف .

(١٠٧) إذ تنص المادة ٧٧٤ من قانوني بحريني على هذا الشرط بقولها " إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف ، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة " ، وهو عين ما نصت عليه المادة ٨١٥ من قانوني كويتي .

ثالثاً : معنى الشرط المانع من التصرف وشروط صحته

معنى شرط المنع من التصرف .

يمكنني تعريف شرط المنع من التصرف بأنه ذلك الشرط الوارد في تصرف إرادي (أي تصرف قانوني سواء كان من جانب واحد أي بإرادة منفردة كما في الوصية أو من جانبين كما في عقد البيع أو الهبة أو غيرها) ليمنع أو يقيد من سلطة التصرف في ملكية شيء معين أو أي حق عيني آخر غيره يرد عليه لمدة موقوتة ولباعث مشروع .

❖ شروط صحة شرط المنع من التصرف .

يلزم لصحة اشتراط المنع من التصرف توفر الشروط الآتية :

ورود هذا الشرط في تصرف إرادي .

لا يعتد بهذا الشرط إلا إذا ورد في تصرف إرادي (١٠٨) سواء كان هذا التصرف من جانبين أي كان عقداً أم كان من جانب واحد أي بإرادة منفردة مثل الوصية .

ويغلب ورود هذا الشرط في عقود التبرع مثل الهبات والوصايا ، تأسيساً على أن المتبرع في مركز قوة يوفر له صلاحية اشتراط مثل هذا الشرط على المتبرع له والذي لا يجد هو الآخر أي امتعاض من إيراد هذا الشرط والذي عادة ما يتغيا المتبرع الصالح الخاص للمتبرع له ، بيد أن ذلك لا يمنع من ورود مثل هذا الشرط في عقود المعاوضة ، كما لو اتفق البائع على المشتري على عدم التصرف في المبيع حتى يستوفي كامل الثمن .

كما أن الغالب الأعم أن يرد هذا الشرط في التصرف الناقل لملكية الشيء إلى المتصرف إليه ، لكن هذا لا يمنع من وروده في تصرفات أخرى غير ناقلة للملك ، كما لو ورد في عقد رهن ، حينما يشترط الدائن المرتهن على الراهن في عقد الرهن ألا يتصرف الراهن في العقار المرهون حتى يتم الوفاء بكامل الدين ، كما لو ورد مثل هذا الشرط في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، وذلك عندما يشترط الموعود له على الواعد ألا يتصرف في المال الموعود به طوال مدة الوعد .

(١٠٨) ويقصد بالتصرف الإرادي ذلك التصرف الذي يكون للإرادة دخل في نشأته وفيما يترتب عليه من آثار قانونية ناجمة عنه .

ويراعى أنه قد يرد هذا الشرط أياً كان نوع المال المشترط منع التصرف فيه ، أي سواء كان عقاراً أو منقولاً ، بيد أنه في خصوص المنقول قد يتعطل إعمال أثر هذا الشرط بسبب التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز .

وجدير بالذكر أن هذا الشرط لا يجوز ورود إلا بشأن تصرف معين صادر من الشخص لصالح غيره ، سواء من جانبيين أو من جانب واحد ، ومن ثم لا يجوز اشتراطه استقلالاً عن أي تصرف يصدر عنه ، فليس من حق المالك أن يقرر لنفسه بفسه هذا الشرط ليمنع نفسه من التصرف في مال معين من أمواله ، لما ينجم عن ذلك من ضرر بليغ بدائنيه ، لأن من شأن إباحة هذا الشرط له أن يحرم دائنوه من الحجز والتنفيذ على المال الممنوع من التصرف فيه بوصفه أثراً قانونياً لشرط المنع من التصرف فيه ، الأمر الذي يفتح باباً للتحايل والتهرب من سداد الديون من خلال هذا الشرط .

أن يكون المنع من التصرف لباعث مشروع .

وذلك يقتضي أن يكون المنع لمقاصد مشروعة تمليها مصلحة المتصرف أو مصلحة المتصرف له أو مصلحة الغير ، وذلك حتى نحرم أو نقيد المالك أو صاحب الحق العيني الآخر من سلطة التصرف في حقه ، وحتى لا يصطدم هذا الشرط مع فكرة النظام العام (١٠٩) .

ولعل من أمثلة الشرط الذي يتغيا مصلحة مشروعة للمتصرف ، أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع حتى يستوفي منه كامل الثمن ، أو أن يشترط الواهب ، المحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالمال الموهوب طيلة عمره ، على الموهوب له ألا يتصرف فيه مدة انتفاعه به مخافة أن يتصرف الموهوب له في ملكية الرقبة إلى آخر يتضرر منه الواهب .

ومن أمثلة الشرط الذي يقصد من ورائه رعاية مصلحة المتصرف له أن يتبرع أب لإبنه بعمارة مشترطاً عليه عدم التصرف فيه مدة معينة حتى ينضج عقله ويتزن سلوكه مخافة أن يبدد الابن هذا المال الموهوب له بطيشه وتهوره .

(١٠٩) ويقصد بفكرة النظام أنها تعبير عن معنى معنوي معبر عن جملة المصالح الأساسية التي يرتكز عليها بنيان أي مجتمع من المجتمعات ، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية .

ومن أمثلة الشرط الذي ينشد المتصرف فيه مصلحة الغير أن يتبرع شخص لآخر بعقار مشروطاً عليه أن يدفع ثمنه إيراداً مرتباً لیتيم أو لأرملة فقيرة مدى حياة أيهما ، ويشترط عليه ألا يتصرف في هذا العقار طوال حياة هذا الیتيم أو تلك الأرملة ، حتى إذا أدخل الموهوب له بالتزامه بدفع الإيراد المرتب المتفق عليه ، وجد الیتيم أو الأرملة العقار الذي يمكن التنفيذ عليه لاستيفاء حقوقه من ثمن بيعه بالمزاد العلني .

وجدير بالذكر أن واضع القانون المدني البحريني (ومن قبله واضع القانون المدني الكوتي) قد اشترط في الباعث وصف القوة ولم يشترط وصف المشروعية ، فقال " ولباعث قوي) وهذا الوصف أراه أفضل من استعمال وصف المشروعية لتجنب حصول المنع من التصرف لأسباب تافهة ولو كانت فيها مصلحة مشروعة للمشتري من أجله المنع ، إذ ينبغي لإباحة المنع من التصرف أن تكون هناك مبررات وبواعث قوية تبرر ذلك التقييد ، أما وصف المشروعية فهو وصف لازم في كل حال وفي أي شرط أو بند ولو لم يجر اشتراطه صراحة في العقد حتى لا يصطدم بفكرة النظام العام .

ج- أن يكون المنع من التصرف لمدة معقولة .

إذ ليس من المقبول أن يكون المنع مؤبداً لما فيه من تجريد لحق من يد صاحبه ، وهذا ما لا يجوز أصلاً ، كما أن تأبيده يجعل هذا الشرط مجاوزاً لقدر الحاجة التي دعت أصلاً إلى إباحته خروجاً على الأصل العام الذي لا يرخص في الحرمان أو التقييد من سلطان صاحب الحق على حقه في التصرف فيه ، وفي ذلك ضرر بصاحب الحق بسبب حرمانه من التصرف في حقه ، وضرر بالمجتمع ككل لحرمانه من حركة تداول هذا المال الممنوع التصرف فيه في السوق .

ويخضع تقدير مدى معقولية أو عدم معقولية مدة المنع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في ضوء الحاجة أو المصلحة التي دعت إلى هذا وما تقتضيه من مدة لبلوغها دون إفراط حتى لا يضر صاحب الحق بغير مبرر من سلطة التصرف في حقه ودون تفريط تحقيقاً للمصلحة المشروعة المنشودة من وراء هذا المنع .

وقد أجازت المادة ٣/٨٢٣ مدني مصري صراحة استغراق مدة المنع كل حياة المتصرف أو المتصرف له أو الغير من غير أن يخرجها هذا الاستغراق من وصف المعقولية ، إذ تقول في ذلك " والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير " (١١٠) .

فإذا توافرت الشروط سالفة الذكر صح شرط المنع من التصرف ، وحرمت المتصرف من التصرف في المال المشروط منعه من التصرف فيه خلال مدة المنع ، بحيث إذا خالف هذا الشرط وتصرف في المال ، كان من حق ذي المصلحة طلب إبطاله ، فهو بطلان مقرر لمصلحة من جرى اشتراط هذا الشرط تحقيقاً لمصلحته ، ومن ثم فهو ليس بطلاناً مطلقاً ، وإن كان من الفقه من رأى أن العقد المخالف لهذا الشرط يبطل بطلاناً مطلقاً واستند في ذلك على ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري من إشارة إلى أن البطلان ههنا هو بطلان مطلق نظراً لعدم قابلية المال للتصرف مع وجود هذا الشرط .

أما إذا تخلفت هذه الشروط كلها أو واحد منها لم يصح هذا الشرط ، ويعتبر كأن لم يكن ، ولا يؤثر ذلك بصفة عامة على صحة التصرف نفسه الذي جاء فيه مثل هذا الشرط غير الصحيح ، فيبقى صحيحاً رغم بطلان هذا الشرط ، هذا ما لم يتبين أن وجود شرط المنع من التصرف كان هو الدافع إلى إبرام التصرف ذاته ، فعندئذ يبطل الشرط والتصرف معاً إعمالاً لأحكام نظرية البطلان الجزئي للتصرف (١١١) .

وينبغي مراعاة أن أثر الشرط المانع من التصرف مقصور على منع التصرف الإرادي في المال الممنوع من التصرف ، ومن ثم يمكن أن تنتقل ملكية المال الممنوع من التصرف فيه لأسباب غير إرادية ، مثال ذلك انتقال ملكية المال الممنوع مالكة من التصرف فيه عند موته إلى ورثته بطريق الميراث أو انتقاله إلى ملك من كسب ملكيته بطريق التقادم ، فهذا الشرط لا يخرج المال من دائرة التعامل برمته ، ولكن يقتصر أثره على منع التصرف فيه تصرفاً إرادياً .

(١١٠) ليس لهذه ما يقابلها في القانون المدني الكويتي أو القانون المدني البحريني .
(١١١) إذ تنص المادة ١٤٣ مدني مصري على أنه " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله " .

وقد يرد هذا الشرط في ذات التصرف الذي تلقى فيه المتصرف له حق الملكية أو الحق العيني الآخر ، وقد يرد في اتفاق لاحق عليه فيكون هذا الاتفاق الأخير بمثابة تعديل يرد عليه بناء على الإرادة المشتركة لطرفي الاتفاق ، وعندئذ يجب اتخاذ إجراءات التسجيل اللازمة بشأن هذا الاتفاق إذا كان المنع قد ورد بشأن عقار حتى يمكن الاحتجاج بهذا الاتفاق .

خامساً : نطاق شرط المنع من التصرف

الأصل العام : أن تتولى الإرادة المنشئة لشرط المنع من التصرف تحديد نطاقه ، ببيان ما يتمتع على المتصرف إليه من تصرف سواء أكان هذا التصرف الممنوع ناقلاً للملك مثل البيع أو مرتباً لحق عيني آخر مثل حق الرهن أو حق الانتفاع .

بيد أنه إذا ورد الشرط دون تحديد لنطاق المنع فيه ، فعندئذ يجري البحث عن تحديد لهذا النطاق في ضوء الغاية أو الحكمة المنشودة من وراء هذا الشرط ، وهي تقتضي بدهاءة منع المشترط عليه من التصرف في ملكية العين الممنوع من التصرف فيها كلياً أو جزئياً ، وسواء كان ذلك بعوض أو بغير عوض ، كما تقتضي عدم جواز رهنها نظراً لما يؤدي إليه الرهن من تصرف في العين المرهونة انتهاءً إذا عجز المدين عن سداد الدين ، لأنه سيكون من حق الدائن المرتهن الحجز عليها وبيعها بالمزاد العلني ليستوفي حقه من ثمن بيعها مفضلاً في ذلك على سائر الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة .

هل يشمل نطاق المنع ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على العين الممنوع من التصرف فيها ؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن المنع يشملهما لأنهما يمثلان نوعاً من التصرف الجزئي في العين ، والمنع يقتضي المنع من التصرف مطلقاً كلياً كان أو جزئياً ، في حين يرى جانب آخر أن المنع في هذا الفرض لا يشمل هذين الحقين ، لأن ترتيبهما لا يؤدي إلى إخراج ملكية العين من الذمة المالية للمتصرف إليه .

وفي اعتقادي أن حدود المنع يقف عند حد التصرف الناقل للملكية مثل البيع أو التصرف المؤدي إلى نقل الملكية (مثل حق الرهن) أم غير ذلك من التصرفات فلا يشملها المنع إلا إذا

وردت صراحة في شرط المنع ، فعندئذ يشملها المنع ، ما دام أن هناك مصلحة جدية مشروعة تقتضيها .

هل تدخل الوصية في نطاق المنع ؟

يرى جانب من الفقه عدم دخول الوصية في نطاق المنع لأنها وإن كانت تعد تصرفاً إلا أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، إذ يرتبط انتقال الملكية فيها بحصول واقعة طبيعية ألا وهي الموت ، لذا لا ينبغي ألا يشملها المنع ، في حين يرى البعض الآخر أن الوصية من التصرفات التي تؤدي إلى نقل الملكية متى حصلت فيها الوفاة ، ومن ثم يجب أن يشملها المنع تحقيقاً للغاية المنشودة من وراء المنع ، لاسيما إذا كان الشرط مقررًا لمصلحة المتصرف أو مصلحة الغير .

وأعتقد من جانبي أنه لا مانع من جواز الوصية إذا كان شرط المنع من التصرف مقررًا لمصلحة المتصرف إليه ، إذ أن له أن يتنازل عن مصلحته بالإيضاء بالعين التي كان ممنوعاً من التصرف فيها لاسيما وأن انتقال ملكيتها لا يتم فور التصرف وإنما مرتبط بواقعة غير إرادية وهي واقعة الموت ، لكن إذا كان الشرط مقررًا لمصلحة المتصرف أو الغير ، فلا تجوز الوصية من المتصرف إليه إلا إذا أجازها أحدهما باعتباره صاحب المصلحة في الشرط المانع وله أن يتنازل عنه .

هل أعمال الإدارة تدخل في نطاق المنع ؟

إن أعمال الإدارة أعمال تستهدف إدارة المال واستثماره والمحافظة عليه ، دون أن تؤدي إلى التصرف فيه أو إخراجه من ملك صاحبه ، ولا ينبغي لذلك أن يشملها نطاق المنع من التصرف ، هذا ما لم ينص صراحة على عدم جواز بعضها مثل التأجير ، فعندئذ لا يجوز التأجير ما دام أن ثمة مصلحة جدية مشروعة تقتضي ذلك المنع .

ولا تدخل قسمة المال الشائع في نطاق المنع تأسيساً على كونها من قبيل التصرفات الكاشفة عن الملك وليس من قبيل التصرفات الناقلة للملك .

هل الأعمال المادية تدخل في نطاق المنع ؟

لا جرم أن شرط المنع من التصرف لا يقتصر على التصرف القانوني فحسب بل ويشمل أيضاً التصرف المادي ، لأن التصرف المادي يؤدي إلى تفويت أو ضياع المصلحة المنشودة من وراء المنع مثل التصرف القانوني سواء بسواء ، ومن ثم لا يجوز للمتصرف إليه هدم العين الممنوع من التصرف فيها إذا كانت بناءً ، كما لا يجوز له تغييرها أو تغيير الغرض المخصصة له متى كان ذلك من شأنه أن يمس قيمتها الاقتصادية ، كما لو جرى تحويل حديقة غناء إلى مجمع للقمامة أو تحويل عمارة سكنية أو فندق إلى مخازن للمخلفات .

هل يجوز الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه ؟

لا شك أن القول بصحة شرط المنع من التصرف في مال معين قانوناً يقتضي القول لزاماً بعدم جواز الحجز عليه ، لأن الحجز يؤدي إلى التصرف في المال المحجوز عليه ببيعه في المزاد العلني وتوزيع ثمنه بين الدائنين قسمة غرماء ، ومن ثم فإن الحجز يخالف شرط المنع من التصرف ويصطدم به فلا يجوز .

وأعتقد أنه لا مانع من إيقاع الحجز لدين على المتصرف إليه حينما يكون الشرط المانع من التصرف مقررراً لمصلحته ، وعدم جواز إيقاعه إذا كان مقررراً لمصلحة المتصرف أو الغير إلا إذا ثبت إجازة أحدهما لإيقاع هذا الحجز .

وينبغي على صاحب المصلحة في شرط المنع من التصرف دفع قرار الحجز على المال الممنوع من التصرف فيه بإثبات وجود شرط المنع للحيلولة دون إيقاع الحجز عليه .

مدى جواز الاحتجاج بشرط المنع من التصرف في مواجهة الغير ؟

إذ تصرف المشتري عليه في المال الممنوع من التصرف فيه ، فهل يحتج بالشرط المانع على الغير ، أي من صدر له المخالف للشرط أم لا ؟

لا جرم أن الغير لا يحتج عليه بهذا الشرط المانع من التصرف إلا إذا توافر لديه العلم به ، وذلك عن طريق إخطاره بالشرط بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو بورقة رسمية أو بأي

طريقة أخرى تساعد صاحب المصلحة في إثبات علم الغير بالشرط ، إذ لا يلزم في الإخطار شكل معين أو ثبتت إمكانية علمه بهذا الشرط من خلال شهر التصرف الوارد به الشرط في مكتب التوثيق والتسجيل حينما يكون المال الممنوع من التصرف فيه عقاراً ، وكان شرط المنع قد ورد في التصرف الناقل لملكية المال الممنوع من التصرف فيه، وإن كان الشرط قد ورد في اتفاق لاحق على التصرف الناقل لهذا المال وجب تسجيل هذا الاتفاق المتضمن لهذا الشرط حتى يحتج به على الغير .

بل إنه إذا ثبت علم الغير بوسائله الخاصة بالشرط المانع دون إخطار ، ورغم ذلك أقدم على التعامل مع المشتري عليه المنع من التصرف بإبرام تصرف ناقل لملكية هذا المال ، فإنه يحتج على ذلك الغير بهذا الشرط ويكون التصرف المخالف باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة من تقرر الشرط المانع لصالحه .

أما إذا ثبت عدم علم الغير بهذا الشرط المانع من التصرف ولا إمكانية علمه بهذا الشرط لم يجز الاحتجاج به عليه ، ومن ثم يكون التصرف الصادر له والمخالف لشرط المنع من التصرف صحيحاً ومنتجاً لآثاره على الرغم من مخالفته لشرط المنع من التصرف .

سادساً : الطبيعة القانونية لشرط المنع من التصرف .

لقد اختلف الفقه حول طبيعة شرط المنع من التصرف ، فذهب رأي من الفقه إلى أنه يمثل انتقاصاً من أهلية المتصرف إليه في التصرف في المال الممنوع من التصرف فيه ، لكن هذا الرأي محل نظر لأن نقص الأهلية مناطه التمييز لدى الشخص ، وهو يرتبط بشخص الإنسان بالنظر إلى عمره ، ولا علاقة له بالتصرفات في ذاتها ، فنقص الأهلية لا يمنع صاحبه من مباشرة التصرفات في ذاتها ، إنما يمنعه فقط من مباشرتها بنفسه ، ومن ثم يستطيع أن يباشرها عن طريق نائبه القانوني ، بخلاف شرط المنع من التصرف فهو يمنع على المشتري عليه التصرف في ذاته ، ولذا فهو منع موضوعي يرتبط بالمال الممنوع من التصرف فيه .

في حين ذهب رأي ثانٍ إلى أنه شرط يتضمن خروج المال الممنوع من التصرف فيه من دائرة التعامل . وهذا رأي منتقد لأن هذا المال رغم الشرط لا يخرج عن دائرة التعامل ، بل يبقى على

ملك المتصرف إليه ، وقد يحدث أن تنتقل ملكيته بأسباب غير إرادية وذلك عن طريق الميراث أو التقادم والاستملاك ، كما يمكن استثمار هذا المال واستغلاله عن طريق تأجيره رغم وجود الشرط ، وأخيراً فإن الشيء يخرج عن دائرة التعامل إما بطبيعته وإما بنص القانون فقط ، ولا يمكن أن يكون للإرادة دخل في ذلك .

وذهب رأي ثالث إلى أن هذا الشرط يتضمن إنشاء التزام بامتناع عن عمل على عائق المشترط عليه هو عدم التصرف في المال الممنوع من التصرف فيه . وهذا الرأي محل نظر أيضاً لأنه من شأن التسليم به أن يكون جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف هو فسخ التصرف الأصلي وعودة المال إلى المتصرف ، وهذا يخالف طبيعة الجزاء المقرر عند مخالفة الشرط ، حيث يبطل التصرف المخالف دون أن يمتد البطلان إلى التصرف الأصلي ، هذا فضلاً عن هذا الرأي لا يمكن قبوله حينما يكون الشرط المانع مقررًا لمصلحة المتصرف إليه ، لأنه من غير المقبول أن يكون الالتزام بالامتناع عن التصرف مقررًا لمصلحة الملتزم به ، وإنما الطبيعي أن يكون مقررًا لمصلحة الملتزم له .

وذهب رأي رابع إلى أن هذا الشرط يتضمن تكليفاً عينياً يرد على العين ذاتها لا على شخص المشترط عليه ، فيجعلها عيناً غير قابلة للتصرف فيها .

ويؤخذ على هذا الرأي أن فكرة التكليف العيني أصلاً غامضة تفتقر إلى الوضوح ، هذا فضلاً عن أنها لا تكون متصورة في الفرض الذي يكون فيه المنع من التصرف مقررًا لمصلحة المالك نفسه (المتصرف إليه) ، إذ لا يتصور أن يرد العبء على المال لصالح صاحبه ، هذا فضلاً عن أنه حتى لو فرضنا مثل هذا التصور ، فإنه لا يكون عندئذ ثمة مانع يحول دون اعتبار تصرف المالك بالمخالفة لشرط المنع المقرر لصالحه تصرفاً صحيحاً ، تأسيساً على أنه بصدور هذا التصرف منه يكون قد تنازل ضمناً عن العبء أو التكليف الذي يقرر لصالحه .

وأرى مع رأي خامس أن هذا الشرط ، بوصفه قيداً على سلطات المالك في التصرف في العين التي يملكها ، يمثل تعديلاً في النظام العادي للملكية بمقتضى الإرادة المخولة قانوناً صلاحية

هذا التقييد أو هو نظام قانوني مستقل يسمح للإرادة بتقييد سلطة التصرف في الملك لمدة موقوتة ولباعث مشروع .

سابعاً : جزاء مخالفة شرط المنع من التصرف .

إذا صدر تصرف مخالف لشرط المنع من التصرف ، فما هو جزاؤه في القانون ؟

موقف القانون المدني المصري

يبدو واضحاً من ظاهر نص القانون المدني المصري المبين لحكم هذا التصرف أنه يكون باطلاً ، ومثل هذا اللفظ إذا ورد في نص قانوني أو حكم قضائي أو في كتابة فقهية متخصصة يصرف مباشرة إلى البطلان المطلق وليس البطلان النسبي ، حيث نصت المادة ٨٢٤ مدني مصري على ذلك بقولها " إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً " ، ولعل هذا الحكم هو ما ذكرته صراحة وأكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني بقولها " إذا كان الشرط صحيحاً وخوف كان التصرف المخالف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف " (١١٢) .

بيد أنه من الملاحظ أن هذا البطلان نظراً لكونه لا يمكن طلبه إلا من ذي المصلحة سواء أكان هو المشترك لشرط المنع من التصرف أو المشترك عليه أو الغير ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، كما أنه يزول بإجازة من له مصلحة فيه ، يتعذر عده من قبيل البطلان المطلق ، كما أنه يتعذر في نفس الوقت عده من قبيل البطلان النسبي ، لأن البطلان النسبي يتقرر لمصلحة أحد طرفي العقد فقط ولا يتقرر لمصلحة الغير ، في حين أن البطلان ههنا قد يتقرر لمصلحة المشترك ، وقد يتقرر لمصلحة الغير وكلاهما ليس طرفاً في التصرف المخالف بل يعدا من الأغيار بالنسبة له ، كما أن البطلان النسبي يزول بإجازة من له مصلحة في طلب البطلان ، في حين أنه قد لا تكفي إجازة من اشترط الشرط لصالحه لزوال هذا البطلان في بعض الفروض كما لو اشترط هذا الشرط لصالح قاصر له ولي مسرف أو لصالح

(١١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٧٧ .

شخص راشد ليست لديه خبرة كافية ، فهنا لا تكفي إجازة مثل هذا الولي المسرف أو هذا الراشد ناقص الخبرة ، بل لابد من إجازة المشتراط لتحقيق الغاية المنشودة من وراء هذا الشرط ، ولذا يستقر الرأي لدى غالبية الفقهاء أن هذا البطلان هو بطلان من نوع خاص تطبق عليه أحكام البطلان بالقدر الذي تتحقق الغاية المنشودة من وراء شرط المنع من التصرف (١١٣) .

ما هي مدة تقادم دعوى طلب إبطال التصرف المخالف للشرط ؟

نظراً لعدم وجود نص خاص يحدد مدة معينة لسقوط دعوى المطالبة ببطلان التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف ، فإن هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة في التقادم فتسري عليها من حيث مدة سقوطها أحكام التقادم العادي أو الطويل والذي مدته خمسة عشرة عاماً ، وبناء عليه فإن حق ذي المصلحة في التمسك ببطلان هذا التصرف المخالف لشرط المنع من التصرف يسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ العلم بهذا التصرف المخالف بما لا يزيد عن خمسة عشر عاماً من تاريخ إبرام التصرف ذاته المخالف لشرط المنع من التصرف .

ولذا تنص المادة ٣٧٤ مدني مصري على أنه " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية " ، وتنص المادة ٣٦٥ مدني بحريني " لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية " ، وتنص المادة ٤٣٨ مدني كويتي " لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية " ، وتنص المادة ٤٢٩ مدني عراقي على أنه " الدعوى بالالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه أحكام خاصة " .

(١١٣) انظر في نفس المعنى : أ.د/ إسماعيل غانم " الحقوق العينية الأصلية " ج ١ ، حق الملكية ، ص ٩٠ ، ٩١ ، أ.د/ منصور مصطفى منصور " حق الملكية في القانون المدني المصري " ص ١١٦ ، طبعة ١٩٦٥ م ، أ.د/ عبد الناصر توفيق العطار " شرح أحكام حق الملكية " ص ٩١ ، طبعة عام ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م ، النسر الذهبي للطباعة والنشر بالقاهرة ، محمد لبيب شنب " موجز الحقوق العينية الأصلية " ص ٢٦٨ ، طبعة ١٩٧٤ م ، .

الفصل الخامس

الملكية الشائعة

تمهيد وتقسيم

مما يؤخذ على واضع القانون المدني المصري أنه عند معالجته للشيوع لم يتكلم إلا عن الملكية الشائعة ، ولم يشر ولو في مادة واحدة عن تصور الشيوع في باقي الحقوق العينية الأخرى ، بعكس القانون المدني البحريني (مقتدياً في ذلك بواضع القانون المدني الكويتي) الذي أبرز الشيوع بوصفه نظاماً قانونياً في كل الحقوق العينية عند تعدد أصحاب هذه أي من هذه الحقوق واختصاص كل واحد منهم بحصة شائعة فيه غير مفرزة ولم يقصر نصوصه فقط على الشيوع في حق الملكية أو ما يسمى بالملكية الشائعة .

يمثل الشيوع حالة قانونية ناتجة عن تعدد أصحاب الحق العيني على شيء معين دون أن تكون لأي واحد منهم حصة مفرزة فيه، ومن ثم تكون لكل واحد منهم حصة شائعة في هذا الشيء الذي لهم عليه هذا الحق العيني .

وكما يتصور الشيوع في الحقوق العينية الأصلية فإنه يتصور أيضاً في الحقوق العينية التبعية مثل حق الرهن مادام قد تعدد أصحاب هذا الحق من غير أن يتعلق حق أي واحد منهم بجزء مفرز في هذا المال محل هذا الحق .

بيد أنه حتى في التشريعات التي عالجت الشيوع في كل الحقوق العينية ، نجد أن معظم النصوص القانونية الواردة للشيوع فيها جاءت شارحة للشيوع في حق الملكية أو ما يسمى بالملكية الشائعة ، تأسيساً على أنها الصورة الغالبة والأكثر انتشاراً في الواقع لفكرة الشيوع ، وإن كان ذلك لا يمنع من سريان أحكام هذه النصوص على حالات الشيوع في الحقوق العينية الأخرى (سواء كانت أصلية أو تبعية) ما دام أن هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه الحقوق أو مع ما يقرره القانون بشأن هذه الحقوق.

المبحث الأول

الملكية الشائعة والملكية المفزرة

تكون ملكية الشيء ملكية شائعة إذا ملكه إثنان فأكثر دون أن تكون لأحدهما أو لأحدهم حصة مفزرة فيه (١١٤) ، فالشريك في المال الشائع وإن ملك نسبة أو حصة معينة في المال الشائع مثل النصف أو الثلث أو الربع أو غيرهم ، إلا أن هذه النسبة أو تلك الحصة غير واردة على جزء معين مفرز من هذا المال ، وإنما هي شائعة في كل ذرة من ذراته أو جزئية من جزئياته ، فهو يملك في المال كله ما يوازي نسبة حصته الشائعة فيه دون أن تتركز هذه الحصة في جزء محدد منه .

أما الملكية المفزرة فهي تفترض وحدة المالك على الشيء بحيث لا يزلحاه في ملكيته لهذا الشيء أحد ، وهي تمثل الوضع الغالب أو الأصل العام في الملكية الفردية أو الملكية الخاصة (١١٥) .

المبحث الثاني

الملكية الفردية والملكية الجماعية أو المشتركة

لا جرم أن الملكية سواء كانت ملكية مفزرة أو ملكية شائعة لهما من قبيل الملكية الفردية ، وليست من قبيل الملكية الجماعية أو المشتركة ، لأن المالك في الملكية الفردية سواء كانت مفزرة أو شائعة ، يملك وحده الشيء المملوك له ملكية مفزرة أو يملك وحده حصته الشائعة في المال الشائع ملكية تامة ، بخلاف الحال في الملكية الجماعية أو المشتركة ، حيث لا يملك فيها واحد من جماعة الملاك وحده الشيء المملوك ولا حصة فيه مفزرة أو شائعة ، وإنما يشتركون

(١١٤) إذ تنص المادة ٨٢٥ مدني مصري على أنه " إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً غير مفزرة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك " . ليس لهذه المادة ما يقابلها في القانون المدني البحريني أو القانون المدني الكويتي .
(١١٥) انظر في نفس المعنى : أ.د/توفيق حسن فرج - المرجع السابق - بند ١٠٣ ، ص ٢١٥ ، أ.د/محمد سعد خليفة ، د/حمدي محمد عطيفي " الملكية والتأمينات العينية " ص ٨٢ ، بدون تاريخ نشر .

جميعهم في ملكية كل المال ، من غير أن يخص أحدهم بجزء مفرز فيه أو بحصة شائعة منه (١١٦) .

فالشريك في الملكية الجماعية أو المشتركة إذا قدم نصيبه فيها فقد حقه العيني عليه ، وذاب نصيبه مع أنصاء باقي الشركاء ليثبت الحق العيني عليها كلها لمجموع الشركاء ، من غير أن يختص أحدهم بمفرده بجزء مفرز أو نصيب شائع فيه (١١٧) .

وجدير بالذكر أن ملكية الطبقات ليست ملكية شائعة ولا ملكية جماعية أو مشتركة ، إنما هي ملكية مفرزة ، فكل شريك في البناء المكون من عدة طبقات يملك طبقة ملكية مفرزة ، أي خالصة له دون أن يزاحمه فيها أحد من باقي شركاء البناء ، لكن تبقى الأرض المقام عليها البناء والأجزاء المعدة للاستعمال المشترك في هذا البناء على الشيوع بين ملاك الطبقات ، أي يملكونها فيما بينهم ملكية شائعة (١١٨) .

ولا يتصور الشيوع بين صاحب حق القرار ومالك الأرض ، لأن ملكية الأرض تكون منفصلة عن ملكية ما يجري بناؤه عليها من قبل صاحب حق القرار (١١٩) .

كما لا يتصور الشيوع إلا في الحق الواحد عند تعدد أصحابه من غير أن تكون لأحدهم حصة مفرزة فيه ، ومن ثم لا يتصور قيام الشيوع عند تعدد الحقوق مع اختصاص كل واحد منهما أو منهم بواحد منهما أو منهم ، فلا يتصور قيام الشيوع بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، على نحو يسمح بأن يصير حق الملكية شائعاً بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع أو حق الاستعمال ، وإنما يتصور قيام الشيوع بين عدة أشخاص في واحد من هذه الحقوق ، فيشترك اثنان أو أكثر على الشيوع في ملكية الرقبة أو في حق الانتفاع أو في حق الاستعمال (١٢٠) .

(١١٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد شكري " موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري " بند ٤٨٩ ، ص ٣٠٧ ، طبعة عام ٢٠٠٠ م ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر فيصل الجيزة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

(١١٧) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٨٠ .

(١١٨) انظر في نفس المعنى : أ.د/ عبد الحميد عثمان محمد - المرجع السابق - بند ١١٨ ، ص ١٤٠ .

(١١٩) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٧٩ .

(١٢٠) انظر في نفس المعنى : أ.د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٧٩ .

وإذا كان الشيوع في الملكية يفترض تعدد الملاك للشيء الواحد من غير أن يكون لأي منهم حصة مفرزة فيه ، إلا أنه لا يوجد حد أقصى لهذه التعددية ، فقد يكون الشيوع بين اثنين أو بين أكثر من اثنين أياً كان عددهم ، والأصل أن تتساوى حصص من تعدد الملاك على الشيوع ما لم يقر الدليل على عكس ذلك .

وجدير بالذكر أن الشيوع في الملكية (أي الملكية الشائعة) ينشأ بما تنشأ به الملكية عموماً (١٢١) ، فقد ينشأ عن طريق واقعة مادية ، مثال ذلك أن يحوز عدد من الأشخاص شيئاً معيناً من عقار أو منقول مدة معينة من الزمن مكتسبة لملكيته (أي بطريق التقادم المكسب) ، وقد ينشأ الشيوع عن طريق الإرث وهذا الوضع الغالب في نشأة الشيوع ، ذلك أنه عندما يموت شخص يخلفه ورثته في ماله فيصيرون على إثر ذلك ملاكاً على الشيوع لهذا المال بحسب نصيب كل واحد منهم إلى أن تجري قسمته بينهم اتفاقاً أو قضاءً ، وقد ينشأ الشيوع عن طريق التصرف القانوني أو الإرادي ، سواء كان تصرفاً من جانب واحد (أي ينشأ بإرادة واحدة) كما هو الحال في الوصية عندما يوصي شخص لاثنتين فأكثر بمال معين له على الشيوع بينهما أو بينهما ، أم كان التصرف من جانبين (أي ينشأ بإرادتين مثل العقد أو الاتفاق) كما لو اشترى اثنان أو أكثر مالاً معيناً (منقولاً أو عقاراً) على الشيوع بينهما أو بينهم .

وكما أن الشيوع قد ينشأ بناء على واقعة مادية أو تصرف قانوني ، فإنه قد ينقضي أو يزول بذات السبب ، فقد ينقضي بسبب واقعة مادية مثال ذلك أن يحوز المال الشائع شخص واحد مدة معينة من الزمن بنية تملكه بطريق التقادم ، وقد ينقضي بناء على تصرف قانوني ، مثال ذلك أن يبيع جميع الشركاء حصصهم الشائعة إلى أحدهم فيخلص له المال الشائع كله ويصير مالاً له ملكية مفرزة أو أن يتفق جميع الشركاء أو تتفق الأغلبية التي ينص عليها القانون على بيع المال الشائع كله لشخص واحد فيتملكه هذا الشخص على إثر شرائه له ملكية مفرزة . (١٢٢)

(١٢١) إذ ليس للملكية الشائعة أسباب أو مصادر خاصة لكسبها تغير أسباب ومصادر كسب الملكية المفرزة ، فهما معاً ينشأن بسبب أسباب أو مصادر واحدة .

(١٢٢) انظر في نفس المعنى : أ.د/ توفيق حسن فرج - المرجع السابق - بند ١٠٣ ، ص ٢١٧ ، ٢١٨ .

المطلب الأول

الانتفاع بالمال الشائع

إنه وإن كان الأصل العام أن يثبت للشركاء مجتمعين حق الانتفاع بالمال الشائع كله ، إلا أن ذلك لا يحرم كل شريك مشتت من الانتفاع على وجه الانفراد بحصته الشائعة بما لا يتعارض مع انتفاع باقي الشركاء بحصصهم الشائعة في ذات المال .

الفرع الأول

الانتفاع الفردي بالمال الشائع

لقد نصت المادة ١/٨٢٦ مدني مصري على أن " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستغلها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء " (١٢٥) .

يفهم من هذا النص أنه يثبت للشريك المشتت منفرداً حق الانتفاع بالمال الشائع ، بيد أنه يتقيد في انتفاعه به بهذين القيدين : -

القيد الأول : أن يقتصر انتفاعه بالمال الشائع على قدر نسبة حصته الشائعة فيه . ومن ثم لا يجوز له أن يحصل من ثماره إلا على القدر الموازي لقدر حصته فيه دون زيادة .

القيد الثاني : ألا يضر في انتفاعه بالمال الشائع بحقوق باقي الشركاء المشتتات في انتفاعهم بهذا المال في حدود حصصهم الشائعة فيه .

ولا تثار أدنى مشكلة إذا كانت طبيعة المال الشائع تسمح لكل شريك أن ينفرد باستعمال المال الشائع في حدود حصته دون أن يضر بحقوق باقي الشركاء أو يتعارض مع حقهم في استعماله في حدود حصصهم ، غير أن هذا فرض نادر الحدوث ، إذ عادة ما تصطدم مصلحة كل شريك في الانتفاع منفرداً بالمال الشائع بمصالح باقي الشركاء في الانتفاع مثله بهذا المال على

(١٢٥) وهذا ما نصت عليه المادة ٧٧٨/أ مدني بحريني بقولها " أ) لكل شريك الحق في استعمال الشيء الشائع واستغلاله بقدر حصته وبمراعاة حقوق شركائه " .

قدر أنصباهم ، ومن ثم كان من الضروري اتفاق الشركاء على تنظيم معين لانتفاعهم بالمال الشائع يحقق مصالح الشركاء دون الإضرار ببعضهم البعض ، لا سيما إذا كان الانتفاع الفردي للشريك بهذا المال يقتضي استئثاره به كله أو بجزء منه (١٢٦) .

وإذا ثبت قيام الشريك منفرداً باستعمال المال الشائع واستغلاله من شأنه أن يضر بحقوق باقي الشركاء فلا يكون عمله نافذاً في حق باقي الشركاء ، ويحق لهم - من ثم - الاعتراض عليه ، ويحدث ذلك حينما يكون هذا الاستعمال أو ذاك الاستغلال متعارضاً مع طبيعة المال الشائع أو مخالفاً للغاية التي أعد لها أو يعوق أو يمنع حق باقي الشركاء في استعمال هذا المال أو استغلاله (١٢٧) .

وبناء عليه فإنه إذا انفرد شريك بتأجير المال الشائع كله أو بتأجير جزء مفرز منه ، حتى وإن كان هذا الجزء المفرز معادلاً لحصته الشائعة فيه ، فلا ينفذ هذا الإيجار في حق باقي الشركاء ، لأن الشريك المؤجر لا يملك المال الشائع كله ولا يملك جزءاً مفرزاً فيه حتى يصح منه تأجير المال الشائع كله أو أي جزء مفرز فيه (١٢٨) .

الفرع الثاني

الانتفاع الجماعي بالمال الشائع

لا جرم أن المال الشائع كله ملك شائع لجميع الشركاء ، ومن ثم يكون من سلطتهم مجتمعين توجيه إدارة المال الشائع والانتفاع به وفق ما يتفقوا عليه جميعهم ، ويكون قرارهم في هذا الشأن حجة على جميع الشركاء ، حتى بعد قسمة هذا المال الشائعة قسمة نهائية ، ومن ثم يكون قرار جميع الشركاء برهن جزء من المال الشائع أو تأجيره نافذاً في حق جميع الشركاء بما فيهم الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفرز الذي جرى تأجيره إلى أن يتم سداد الدين المضمون بالرهن أو تنتهي مدة الإيجار المتفق عليها .

(١٢٦) انظر في نفس المعنى : أ.د/محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٨٣ .

(١٢٧) انظر في نفس المعنى : أ.د/محمد سعد خليفة ، د/حمدي محمد عطيفي - المرجع السابق - ص ٨٦ .

(١٢٨) انظر في نفس المعنى : أ.د/عبد الحميد عثمان محمد - المرجع السابق - بند ١٢١ ، ص ١٤٤ .

ومن الطبيعي أن تقع نفقات إدارة هذا المال الشائع والانتفاع به على عاتق جميع الشركاء على الشيوع ، كل بقدر نسبة حصته في المال الشائع ، ويجوز للشريك الذي لا يريد المشاركة في تحمل نصيب حصته في هذه التكاليف أن يتخلص من هذا النصيب المقرر عليه عن طريق التخلي عن حصته الشائعة في هذا المال ، وعندئذ تبرأ ذمته بهذا التخلي ولا يجوز لأحد الشركاء مطالبته بهذه التكاليف ، وتؤول حصة هذا الشريك إلى باقي الشركاء كل بقدر نسبة حصته في المال الشائع .

الفرع الثالث

قسمة المهايأة

(قسمة المهايأة من صور الانتفاع المؤقت بالمال الشائع)

إن قسمة المال الشائع بين الشركاء قسمة مهايأة ، تعني اتجاه إرادة جميع الشركاء إلى اقتسام هذا المال فيما بينهم قسمة مؤقتة تمهيداً وتهيأة إلى حين قسمته فيما قسمة نهائية ، فينتفقا جميعاً فيما بينهم على إحدى صورتين : ١- الصور الأولى : إما أن تتلاقى إراداتهم جميعاً على أن يتناوب جميع الشركاء على الانتفاع بالمال الشائع كله مدة معينة من الزمن (متساوية إن كانت حصصهم الشائعة في المال الشائع متساوية ومتباينة إن كانت هذه الحصص مختلفة وبالقدر الذي يتناسب مع هذا الاختلاف) وهذه الصورة من الاتفاق تسمى قسمة مهايأة زمانية ، وهذه الصورة نصت عليها المادة ١/٨٤٦ مدني مصري بقولها " في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء " (١٢٩) ، وإما أن ينفقوا على أن يأخذ كل شريك جزء مفرز من المال الشائع يوازي حصته الشائعة فيه لينتفع وحده به دون أن يشاركه فيه أحد من باقي الشركاء ، وهذه تسمى قسمة مهايأة مكانية ، وهذه الصورة نصت عليها المادة ٨٤٧ مدني مصري بقولها " تكون قسمة المهايأة أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته " (١٣٠) .

(١٢٩) وهو عين ما نصت عليه المادة ٨٠٤/أ مدني بحريني ، والمادة ١/٨٣٤ مدني كويتي .
(١٣٠) وهو عين ما نصت عليه المادة ٨٠٥ مدني مصري ، والمادة ٨٣٥ مدني كويتي .

ويراعى في الصورتين عدم جواز الاتفاق على مدة تزيد على خمس سنوات ، فإن زادت في الاتفاق عن هذه المدة أُنقصت إليها دون زيادة ، وذلك حتى لا يبقى الشيوخ فترة طويلة ، لكن ليس هناك يمنع من تجديد هذه المدة قبل انتهائها .

وإذا لم يتفق للقسمة المكانية أو الزمانية على مدة أو اتفق على مدة بشأنها وانتهت ولم يتفق على تجديدها ، جرى تجديدها لمدة سنة قابلة للتجديد ، ما لم يتقدم أحد الشركاء بطلب عدم تجديدها قبل الثلاثة أشهر الأخيرة من تلك السنة .

وإذا ظلت القسمة المكانية وحدها مستمرة مدة خمس عشرة سنة تحولت بقوة القانون من اليوم التالي لانتهاء هذه المدة إلى قسمة نهائية ، لأن بقاء المال الشائع مقسماً مفرزاً قسمة مؤقتة طوال كل هذه المدة يكشف عن ارتضاء ضمناً لقسمة على النحو قسمة نهائية ، هذا ما لم يتفقوا سلفاً قبل انتهاء هذه المدة على عدم جواز هذا التحول ، لكن إذا انتهت المدة ولم يسبق اتفاقهم على عدم التحول تحولت القسمة المكانية المؤقتة إلى قسمة نهائية بقوة القانون ، ولم يجز اتفاقهم على منع حصول هذا التحول .

وأرى أن إيقاع هذا التحول على هذا النحو أمر منتقد لسببين : السبب الأول أنه يرتكز في حكمه بهذا التحول على افتراض أنه وقد مر كل هذا الزمان على هذه القسمة المكانية المؤقتة للمال الشائع أنهم قد ارتضوها قسمة نهائية تقع بقوة القانون فيما بينهم ، وهذا افتراض يكذبه الواقع في أغلب الأحيان ، فقد يرضى بعض الورثة بهذه القسمة رضاء المقهور في وجه المستبد الظالم ، السبب الثاني : أن القانون قد أوجد حلاً عادلاً بجناحين لا ثالث لهما ، أن تجري قسمة المال الشائع قسمة نهائية إما بالاتفاق أو بالقضاء ، فلماذا نلجأ إلى غيرهما والظلم قد يسيطر على ما سواهما (١٣١) .

وإذا حاز أحد الشركاء جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، ولو دون اتفاق منه باقي الشركاء على ذلك ، اعتبر بعد مضي هذه المدة من الحيابة أن حيازته تستند إلى قسمة

(١٣١) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ٤٨ ، ص ١١٢ ، إذ يقول سيادته " وتحول قسمة المهابة المكانية إلى قسمة نهائية لمجرد استمرارها خمس عشرة سنة ، حكم مخالف للشريعة الإسلامية ، لأن استمرار هذه القسمة هذه المدة قد لا يكون لاستمرار الشركاء إلى نتائجها ورضاهم بها ، وإنما قد يكون لاستبداد بعضهم بحصته ، وحرص الباقين على ما بأيديهم خشية أن تضيع حقوقهم كلها مع عدم رضاهم عن استبداد غيرهم بما تحت أيديهم ، فتعين أن تتم القسمة النهائية رضاء أو قضاء " .

مؤقتة ، وتتحول من ثم بقوة القانون إلى قسمة نهائية في خصوص هذا الجزء المفرز الذي كان يحوزه ، هذا ما لم يثبت عكس ذلك ، كما لو ثبت أنه كان يحوزه على سبيل التسامح مراعاة لظروف حاجته (وهذا التسامح بطبيعة الحال لا يكسبه ملكاً لما كان يحوزه بالتقادم) أو بإثبات وجود اتفاق بينهم على ألا تنقلب قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية ولو زادت عن خمس عشرة سنة .

وحتى يحتج بهذا التحول في مواجهة الغير يجب مراعاة قواعد التسجيل إن كانت القسمة التي تحولت ترد على عقار ، فيجري تحرير ورقة بمرور خمس عشرة سنة على قسمة المهايأة المكانية ويوقع عليها جميع الشركاء ثم يتم تسجيلها بالشهر العقاري (١٣٢) .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٤٦ مدني مصري بقولها " ١- في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين . فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المنفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد .

٢- وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزاء مفزراً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " (١٣٣) .

وتطبيقاً لذلك قضي بأن " قسمة المهايأة المكانية إذا استمرت خمس عشرة سنة انقلبت بحكم القانون إلى قسمة نهائية فإنها لا تسري في حق مشتري الحصة الشائعة في العقار إلا إذا سجلت هذه القسمة النهائية و كان تسجيلها سابقاً على تسجيل عقد المشتري و لا يغير من هذا أن القسمة هنا

(١٣٢) انظر في ذلك : العطار ، بند ٤٨ ، ص ١١١ ، البراوي ، ص ١٥٥ ، محمد حسين عبد العال ، ص ٦٨ .
(١٣٣) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٠٤ مدني بحريني بقولها " أ) للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة منافع المال الشائع مهايأة بأن ينتفع كل منهم بجزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع مدة معينة متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء . ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات يجوز تجديدها باتفاق آخر مستقل " . ب) فإذا لم يتفق على مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد .
ج) وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفزراً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٢٤ مدني كويتي .

وقعت بحكم القانون إذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٦٤ توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق في ذلك بين القسمة التي تتم بالاتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون " (١٣٤) .

وبطبيعة الحال لا يتصور هذا التحول في قسمة المهايأة الزمانية ، لأن الواحد من هؤلاء الشركاء في تلك القسمة ينفرد وحده دون باقي الشركاء بالانتفاع بالمال الشائع كله طوال المدة المتفق عليها ، ومن ثم لا يتصور عقلاً ومنطقاً أن يؤول إليه كل هذا المال الشائع وحده دون الباقين .

ونظراً لأن هذه القسمة قسمة مؤقتة تتعلق بإدارة المال الشائع والانتفاع به ، فقد نص القانون صراحة على أن تسري على أحكام هذه القسمة أحكام عقد الإيجار بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة القسمة ، ومن ثم تسري عليها أحكام عقد الإيجار لاسيما ما يتعلق منها بالاحتجاج بالقسمة في مواجهة الغير فلا يحتج بهذه القسمة على الغير مثل الإيجار إلا إذا كانت ثابتة التاريخ (أي ثابت تاريخها ثبوتاً قطعياً أو يقينياً ، ومن بينه الثبوت الرسمي) ، وكذلك فيما يتعلق بأهلية المتقاسمين فيكفي لصحة هذه القسمة مثل الإيجار أن يكون المتقاسمون على الأقل ناقصي الأهلية أو تتم هذه القسمة عن طريق النائب القانوني عنهم ، وأيضاً فيما يتعلق بحقوق المتقاسمين والتزاماتهم ، بحيث يكون الشريك المتقاسم المنتفع بالمال الشائع كله في قسمة المهايأة الزمانية مثلاً في مركز المستأجر وباقي الشركاء في مركز المؤجر بالنسبة له ، بحيث يلتزموا في مواجهته بتمكينه من الانتفاع بهذا المال ويضمان تعرضهم الشخصي له ، والتعرض القانوني الصادر له من الغير وبضمان العيوب الخفية ، ويلتزموا في مواجهته بإجراء الترميمات الضرورية في المال الشائع إن كان داراً أو منزلاً ، في حين يلتزم هذا الشريك بالمحافظة على المال الشائع والانتفاع به فيما أعد له بتكاليف الترميمات التأجيرية ، وبرده بعد انتهاء مدة هذه القسمة ، أما ما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة مما يكون من أحكام الإيجار ، فلا يسري عليها ، ومن ثم لا يطالب الشريك في صورتها القسمة بدفع أجره عن انتفاعه بالمال الشائع ، لأنه شريك ومالك وليس مستأجراً.

(١٣٤) نقض مدني مصري طعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٦١ قضائية جلسة ٢٠٠٨/٦/٨ م ، مكتب فنى (سنة ٥٩ - قاعدة ١١٢ - صفحة ٦٤٠) .

وقد أشار القانون إلى ثبوت حق الشركاء مجتمعين ، وهم في طريقهم إلى إجراء القسمة النهائية للمال الشائع ، والذي قد تطول مدة إجراءاتها بسبب الاختلاف فيما بينهم بشأن خطواتها وكيفية اتمام توزيع المال الشائع بينهم ، في إمكانية الاتفاق على تقسيمه بينهم قسمة مهैयाة مكانية ، بحيث ينتفع كل واحد منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع لحين الفراغ من إجراءات قسمته بينهم قسمة نهائية ، وعندئذ تظل هذه القسمة نافذة بينهم إلى حين تمام القسمة النهائية مهما طالت هذه المدة السابقة على القسمة النهائية ، أي حتى وإن زادت عن خمس عشرة سنة ، فإذا تعذر مثل هذا الاتفاق ، جاز لأحدهم أن يلجأ إلى القاضي الجزئي ليأمر بإجرائها ، وله أن يستعين بالخبرة القضائية في سبيل إتمامها إذا رأى الحاجة إلى ذلك .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٤٨ مدني مصري بقولها " ١- للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهैयाة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية" . " ٢- فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهैयाة ، جاز للقاضي الجزئي إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها، بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك " (١٣٥) .

الفرع الرابع

إدارة المال الشائع

لا جرم أن المال الشائع مال مشترك ، وهو رغم كونه يمثل حصصاً متعددة بعدد الشركاء أصحاب تلك الحصص إلا أنه شيء واحد وليس أشياء متعددة ، وللشركاء جميعهم أن ينتفعوا بهذا المال ، من خلال ما وضعه القانون من قواعد منظمة لإدارتهم إياه بقصد الانتفاع المشترك به ، وهنا ينبغي التنويه بأن هذه الإدارة تثبت لحق الشركاء مجتمعين أو المدير المعين من قبل جميع الشركاء (مادام مفوضاً من قبل الجميع في كل أعمال الإدارة) أياً كانت طبيعتها ، أي سواء كانت من قبيل أعمال الإدارة المعتادة أو من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة (ويراعى أنه إذا لم يحدد للمدير المعين من قبل جميع الشركاء نوع الإدارة التي يملك مباشرتها نيابة عنهم

(١٣٥) وهذا عين ما نصت عليه ٨٠٦ مدني بحريني ، والمادة ٨٤٥ مدني كويتي .

اقتصرت هذه النيابة على أعمال الإدارة المعتادة فقط ، ولا يجوز له مباشرة أي عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة إلا بعد استصدار قرار بالموافقة على هذا العمل من جميع الشركاء أو من الأغلبية الخاصة المألقة لثلاثة أرباع المال الشائع على الأقل .

فإذا لم يجتمع كل الشركاء على إدارة المال الشائع بجميع أعماله بأنفسهم ، ولم يكن ثمة مدير مفوضاً في مباشرة جميع أعمال الإدارة المعتادة منها وغير المعتادة نيابة عن جميع الشركاء ، فإن نوع الأغلبية اللازمة لمباشرة أعمال إدارة المال الشائع تختلف تبعاً لنوع هذه الأعمال ، حيث يكتفى في أعمال الإدارة المعتادة بتوافر الأغلبية المطلقة أو العادية ، في حين يلزم لمباشرة أعمال الإدارة غير المعتادة تقديراً لخطورتها وشدة تأثيرها على المال الشائع نفسه أو على نوع الانتفاع به أن تتوافر أغلبية خاصة ، فلا تكفي فيها الأغلبية المطلقة أو العادية ، ألا وهي أغلبية ثلاثة أرباع رأس هذا المال الشائع ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

أولاً : الإدارة المعتادة للمال الشائع :

يقصد بالإدارة المعتادة للمال الشائع تلك الأعمال اللازمة لحفظ هذا المال والانتفاع به من غير أن تحتوي على إحداث أي تغيير جوهري فيه أو في نوع الانتفاع المخصص له ، مثل زراعة الأرض وشراء ما يلزم لها بذور أو أسمدة لزراعة الأرض وبيع محاصيلها وقبض أثمانها ، أو تأجيرها للغير بدلاً من زراعتها وقبض هذه الأجرة المدفوعة عنها .

ومن الطبيعي أن يثبت حق الإدارة المعتادة للمال الشائع للشركاء مجتمعين ، فتصدر عندئذ قرارات الشركاء بالإجماع بشأن هذه الأعمال ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٢٧ مدني مصري بقولها " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

بيد أنه نظراً لتعذر توافر الإجماع عادة بين الشركاء في شأن إدارتهم لهذا المال الشائع ، نظراً لاحتمالية اختلاف وجهات نظرهم بشأن هذه الأعمال ، فإنه يكتفى في خصوص هذه الإدارة بتوافر الأغلبية المطلقة أو العادية في المال الشائع، وهي أغلبية تعتمد على قيمة الحصص وليس على أساس عدد الشركاء ، وهي تعني من يملكون ما زاد عن نصف قيمة رأس المال

(وبالتحديد من يملكون ٥١% من قيمة رأس المال الشائع) ، سواء أكانت هذه الأغلبية يمثلها شريكاً واحداً أو عدد معين من الشركاء ، وهذه الأغلبية لها أن تتولى الإدارة المعتادة لهذا المال بنفسها ، وعندئذ تكون قراراتها نافذة في حق الشركاء جميعهم بما فيهم الأقلية التي لم توافق على قرار هذه الأغلبية ، كما تكون نافذة في حق الخلف العام أو الخاص لكل الشركاء ، كما أن لهذه الأغلبية أن تضع نظاماً معيناً لإدارة هذا المال وتعين مديراً ينفذ هذا النظام الذي رسمته له ، كما أن لها أن تعين مديراً يتولى حسب رؤيته إدارة هذا المال سواء أكان هذا المدير من بين الشركاء أو من غير الشركاء.

وليس للأقلية أن تعترض على قرار هذه الأغلبية أو تتظلم منه ، ما دام قد خلا من مظاهر التعسف في استعمال الحق ، أما إذا كان هذا القرار منطوياً على أي مظهر من مظاهر التعسف في استعمال الحق فلائي من الشركاء أن يطعن على هذا القرار أمام المحكمة .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٢٨ مدني مصري بقولها " ١- ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة فإن لم تكن ثمة أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع" . ٢- وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً " . ٣- وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم " (١٣٦) .

وإذا لم تتوافر هذه الأغلبية المطلقة لإدارة هذا المال ، فلا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد وحده بإدارة هذا المال ، ويكون له عند الضرورة الحق في الالتجاء إلى المحكمة لاتخاذ ما يلزم من تدابير يتطلبها حسن الانتفاع بالمال الشائع أو المحافظة عليه ، فتعين مديراً لهذا الغرض أو

(١٣٦) إذ تنص المادة ٧٨٠ مدني بحريني على أنه " أ- لأغلبية الشركاء ، على أساس قيمة الحصص ، أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديراً يقوم بهذه الأعمال . ولها أن تضع نظاماً للإدارة " . ب - ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً " ، وتنص المادة ٨٢١ مدني كويتي على أنه " لأغلبية الشركاء ، على أساس قيمة الحصص ، أن تقوم بأعمال الإدارة المعتادة ، ولها أن تعين من الشركاء أو من غيرهم مديراً يقوم بهذه الأعمال ، ولها أن تضع نظاماً للإدارة . ٢- ويسري ما تتخذه الأغلبية على جميع الشركاء وخلفائهم سواء كان الخلف عاماً أو خاصاً " .

تكلف به أحد الشركاء ، وإذا حدث أن انفرد أحد الشركاء وحده بإدارة المال الشائع كان من حق الباقيين أن يعترضوا على هذا العمل الذي قام ، بل ولهم الحق في طلب إزالته ، هذا ما لم يسكتوا عن الاعتراض عليه فيما قام به من عمل فيحمل ذلك على محمل الموافقة الضمنية على قيامه به ، فيعامل عندئذ معاملة الأصيل عن نفسه والوكيل عن باقي الشركاء ، فينفذ عمله في حق جميع الشركاء (١٣٧) .

وهذا عين ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها قضت فيه بأنه من " المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن مفاد نص المادتين ٨٢٧ ، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء ، فإذا لم تكن هناك أغلبية ولم يعين مديراً للمال الشائع وصدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً بين المؤجر والمستأجر إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقره صراحة أو ضمناً ، كما أنه لا ينفذ في حصة الشريك المؤجر إذ هو لا يستطيع تسليم هذه الحصة مفرزة للمستأجر ما دام لم تتم قسمة المال الشائع ولو قسمة مهايأة باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير ، فيحق لباقي الشركاء الذين اعترضوا أن يطلبوا إخراج المستأجر من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون أن يجبروا على انتظار نتيجة القسمة " (١٣٨) .

ثانياً : الإدارة غير المعتادة للمال الشائع : يقصد بالإدارة غير المعتادة تلك الأعمال التي تتطوي على إحداث تغيير جوهري في المال الشائع أو تعديل أساسي في نوع الانتفاع المخصص له دون التصرف فيه مادياً أو قانونياً ، مثال ذلك القيام بالبناء على أرض مملوكة على الشيوخ أو تحويل عمارة سكنية إلى فندق أو تحويل مقهى إلى مطعم أو دار سينما إلى دار مسرح أو تحويل أرض زراعية لزراعة المحاصيل العادية إلى مشاتل للزهور والورود أو إلى أرض لزراعة الفواكه أو ، ونظراً لخطورة مثل هذه الأعمال وتأثيرها على المال الشائع أو على

(١٣٧) إذ تنص المادة ٧٨١ مدني بحريني على أنه "إذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها في المادة السابقة ، فللمحكمة بناء على طلب أي شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع " ، كما تنص المادة ٨٢٢ مدني كويتي على أنه " إذا لم تتوفر الأغلبية المنصوص عليها في المادة السابقة ، فللمحكمة بناء على طلب أي شريك أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة أو المصلحة ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع " .

(١٣٨) نقض مدني مصري الطعن رقم ٣٤٧٢ لسنة ٧٨ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠١٩/٦/٢٠ م .

نوع الانتفاع المخصص له ، فلا يملك هذا الأعمال إلا الشركاء جميعهم أو أغلبية خاصة من هؤلاء الشركاء هي أغلبية من يملكون ثلاث أربع المال الشائع على الأقل من الشركاء سواء أكانت هذه الأغلبية يمثلها شريك واحد أو عدد من الشركاء ، حيث لا تكفي الأغلبية المطلقة أو العادية لمباشرة أي عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة (١٣٩) .

وقد عمد واضع القانون في سبيل سعيه إلى حماية حقوق الأقلية من الشركاء في مواجهة هذه الأغلبية الخاصة إلى إلزام هذه الأغلبية عند اتخاذ قرار منها بشأن أي عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة أن يعلن هذه الأقلية بهذا القرار ، فلا ينفذ في حقهم ابتداءً حتى يجري هذا الإعلان بأي وسيلة ويمضي وقت معين قدره واضع القانون بشهرين (وأرى أن هذه المدة طويلة يجب تعديلها بالإنقاص منها لتكون يومين أو ثلاثة بما لا يزيد عن أسبوع ، فزمان تحديد المدة بالشهرين يختلف عن زماننا الآن الذي يتاح فيه التواصل بين الشركان بسبب وسائل التواصل التكنولوجي الحديثة في ثوان معدودات ، فتتحقق الحكمة من مدة الإعلان) ، فلا يلزم في الإعلان شكل خاص فيجوز حصوله بكافة الطرق ، لكن يبقى على هذه الأغلبية الخاصة التي تدعي إجراءه تقديم الدليل المثبت لحصوله في مواجهة هذه الأقلية ، وعادة ما تحرص هذه الأغلبية على توفير الدليل الكتابي المثبت لحصول الإعلان فتجريه بورقة رسمية أو خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، فإذا حصل هذا الإعلان ومضت مدة الشهرين دون أن يتظلم أحد من هذه الأقلية صار القرار نافذاً في حق الجميع بما فيهم الأقلية ، أما إذا تظلم أي من الشركاء الأقلية من هذا القرار بعريضة رفعها إلى المحكمة المختصة خلال هذين الشهرين من تاريخ حصول الإعلان لا ينفذ القرار في حق الأقلية تريباً لموقف المحكمة من الطعن فيه ، وللمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسباً تجاه هذا التظلم ، ولا يخرج موقف المحكمة بشأن التظلم من قرار الأغلبية الخاصة عن أحد أمرين إما أن تصادق على هذا القرار فينفذ عندئذ في حق الجميع بما فيهم الأقلية من الشركاء في المال الشائع وخلفهم العام وخلفهم الخاص ، غير أنه يجب مراعاة أن مصادقة المحكمة على قرار هذه الأغلبية ونفاذ هذا القرار من ثم في حق

(١٣٩) ويراعى هنا أن هذه الأغلبية الخاصة قد يمثلها شريك واحد أو عدد من الشركاء في ظل القانون المدني المصري أو القانون المدني البحريني ، في حين نص القانون المدني الكويتي صراحة إلى أنه لا يجوز أن تكون هذه الأغلبية ممثلة في شريك واحد مهما ملك من نسبة في المال الشائع ، حيث نصت المادة ٨٢٨ منه على ذلك بقولها " في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف ، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال " .

الأقلية لا يمنعها من أن تحكم المحكمة بالتعويض للمتضرر من الشركاء الأقلية من قرار هذه الأغلبية الخاصة ، بل ولها أن تفرض على هذه الأغلبية الخاصة تقديم ضمان كافٍ (كفالة شخصية أو عينية) يضمن للشريك المتضرر من قرار الأغلبية الخاصة الحصول على مبلغ التعويض المحكوم له به عن الضرر الذي حاق به على إثر نفاذ قرارهذه الأغلبية الخاصة في حقه .

وإما أن تلغيه فيزول هذا القرار ويزول كل أثر ترتب عليه ، وتقع نفقات هذه الإزالة على هذه الغلبية الخاصة ومن وافقها من الشركاء في هذه القرار ، وإذا تعذرت الإزالة أو صارت مستحيلة كان للمحكمة أن تتخذ من التدابير ما تراه ضرورياً في هذا الشأن ، كما أن لها الحق في أن تعوض من أضرار من الأقلية من جراء قرار الأغلبية .

وللأغلبية الخاصة الحق في تعيين مدير ينوب عنها في إدارة المال الشائع ، وتكون له صلاحية ما يفوضونه في هذه الأعمال سواء كانت معتادة أو غير معتادة ، فإذا لم تعين له نوعية الأعمال المفوض فيها ، فلا يكون له من الأعمال إلا أعمال الإدارة المعتادة فقط ، وعليه إذا أراد مباشرة أي عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة أن يستصدر قراراً بذلك من جميع الشركاء أو من تلك الأغلبية الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع ، فإذا باشر عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة دون أن يكون مفوضاً كان فضولياً في عمله هذا وكان عمله غير نافذ في حق الشركاء ما لم يقره جميعهم أو أغليبتهم الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع (سواء كان العمل من أعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة) أو يقره أغبيبتهم العادية أو المطلقة (هذا إذا كان العمل من أعمال الإدارة المعتادة) ، فإذا أقره من له صلاحية الإقرار كان نافذاً في حق الجميع بأثر رجعي من تاريخ مباشرة هذا العمل وليس من تاريخ صدور الإقرار .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٢٩ مدني مصري بقولها " - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقتالإعلان.

" ٢ - وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات".

وإذا قام أحد الشركاء بمباشرة عمل من أعمال الإدارة المعتادة دون الرجوع إلى الباقيين ولم يعترض عليه هؤلاء الباقيون رغم علمهم بهذا العمل قامت قرينة قانونية لصالح هذا الشريك على اعتباره وكيلاً عنهم في مباشره هذه الأعمال ، فيعد فيما جاوز نصيبه من المال الشائع وكيلاً عن باقي الشركاء ويعد أصيلاً عن نفسه في حدود نصيبه في هذا المال الشائع ، واعتبر سكوتهم عن الاعتراض عليه في إتيانه هذا العمل بمثابة موافقة ضمنية على تعيينه وكيلاً عنهم في مباشرته له ، ويبقى وكيلاً عنهم في الإدارة المعتادة للمال مستقبلاً ولا يجوز عزله إلا بموافقة جميع الشركاء أو أغلبيتهم سواء كانت أغلبية مطلقة (أو عادية) أو أغلبية خاصة . وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣/٨٢٨ مدني مصري بقولها " وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم".

وجدير بالذكر أن نفقات إدارة هذا المال وحفظه والضرائب والرسوم المقررة بشأنه وتلك التكاليف الواجبة عليه تقع على عاتق جميع الشركاء ، ويجري توزيعها عليهم بحسب النسب التي يرتضونها بالاتفاق فيما بينهم ، فإذا لم يتفقوا أو تنازعو واختلفوا حول نسب توزيعها عليهم وجب توزيعها فيما بينهم بحسب نسبة ما يملكونه من حصص في المال الشائع ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٨٣١ مدني مصري " نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " (١٤٠) .

فإذا تخلف أحد الشركاء عن دفع نصيبه في نفقات حفظ وإدارة المال الشائع ، جاز لهم الرجوع بهذا النصيب عليه في ماله ، هذا ما لم يتخل الشريك عن حصته في هذا المال ، نظراً لأن

(١٤٠) إذ تنص عليه المادة ٧٨٥ مدني بحريني على أنه " نفقات حفظ الشيء الشائع وإدارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته ، ما لم يتفق الشركاء جميعاً على غيره أو يقضي القانون بخلافه " ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني كويتي " نفقات حفظ المال الشائع وإدارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته ، ما لم يتفق الشركاء جميعاً على غيره أو يقض القانون بخلافه " .

التزام الشريك بهذه النفقات التزام عيني مرتبط بحصته في ملكية عين المال الشائع ، فيزول هذا الالتزام بتخليه عن حصته أو نسبة ملكيته فيه ، ومن ثم بمقدور الشريك أن الشريك من عبء التزامه في هذه النفقات بالتخلي عن حصته فيه ، وبذلك تؤول حصته بقوة القانون إلى باقي الشركاء ويجري توزيعها عليهم بحسب قيمة حصص هؤلاء الشركاء في المال الشائع ، ثم يجري توزيع هذه النفقات على باقي الشركاء ، كل بقدر نسبة حصته في المال الشائع مقارنة بحصص الباقين بعد استبعاد نصيب المتخلي والذي جرى أصلاً توزيعه بين هؤلاء الشركاء (١٤١).

الفرع الخامس

التصرف في المال الشائع

لا جرم أن المالك لشيء ما له صلاحية التصرف فيه ، وهنا يعد المال الشائع ملكاً للشركاء على الشيوع ، ومن ثم فمن الطبيعي أن تكون لهم جميعهم صلاحية التصرف فيه كلياً أو جزئياً بأي نوع من أنواع التصرف ، بيد قد يتعذر أن تتلاقى وجهات نظر جميع الشركاء فلا يتحقق هذا الإجماع المطلوب من قبل الشركاء من أجل التصرف في هذا المال ، فمن يملكه غيرهم جميعهم ؟ هل تملكه الأغلبية العادية أو المطلقة أم تملكه بعد الأغلبية الخاصة فقط ؟ وإذا كانت من تملك التصرف في المال هي الأغلبية الخاصة التي تملك الإدارة المعتادة للمال ، فما حكم تصرف الشريك الفرد في هذا المال الشائع ؟ وإذا كان الشريك في المال الشائع لا يملك منه سوى حصة شائعة فيه ، فهو يملك حصته الشائعة ويحق له - من ثم - التصرف فيها لشريك أو لغير شريك ، لكنه لا يملك أي جزء مفرز فيه ولو كان معادلاً لحصته الشائعة ، كما أنه من باب أولى لا يملك كل المال الشائعة ، وهنا يثار التساؤل حول حكم تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع ، وحكم تصرفه في كل المال الشائع ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

(١٤١) انظر في ذلك المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ٤٧ ، ص ١٠٦ ، ١٠٧ .

أولاً : حكم تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع كله أو جزء منه .

لا جرم أن للشركاء مجتمعين بوصفهم ملاكاً للمال الشائع ، أن يتصرفوا فيه بكل أنواع التصرف ، سواء كان معاوضة أو على سبيل التبرع ، وسواء كان تصرفاً عينياً أصلياً (سواء كان نقل حق ملكية أو ترتيب حق انتفاع) أم كان تصرفاً عينياً تبعياً (مثل ترتيب حق رهن حيازي أو حق رهن رسمي) ، ويعتبر هذا التصرف نافذاً في حق جميع الشركاء ، أي كانت نتيجة قسمة هذا المال بعد ذلك أو نتيجة بيعه لتعذر إجراء قسمته ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١/١٠٣٩ مدني مصري " ١- يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " (١٤٢) .

ثانياً : حكم تصرف الأغلبية الخاصة في المال الشائع كله أو جزء منه .

لقد راعى القانون واقع الحال بالنسبة للشركاء في المال الشائع ، فرخص للأغلبية الخاصة المالكة لثلاث أرباع رأس المال الشائع (١٤٣) ، في ظل تعذر توافر إجماع الشركاء في كثير من الأحيان ، أن تتخذ قراراً بالتصرف في هذا المال الشائع كلياً أو جزئياً ، شريطة أن تكون ثمة أسباب قوية تملي على هذه الأغلبية إجراء هذا التصرف ، وعندئذ يجب على هذه الأغلبية الخاصة إعلان الأقلية بهذا القرار بالوسيلة التي تعينهم على إثبات حصوله ، فليس ثمة شكل خاص لهذا الإعلان ، ولذا تحرص الأغلبية الخاصة على توفير الدليل الكتابي المثبت لحصوله ، ويثبت لأي شريك من هذه الأقلية التظلم من هذا القرار خلال مدة شهرين من تاريخ إعلانه به (وأرى أن مدة الشهرين تزيد عن الحاجة فيكفي أسبوعاً واحداً فقط ، في ظل التطور التكنولوجي في وسائل الإعلان والتواصل بين الشركاء) بعريضة يتقدم بها إلى المحكمة المختصة ، ولا يكون القرار نافذاً في حق هذه الأقلية إلا إذا مضت مدة الشهرين على إعلانهم به دون أن

(١٤٢) إذ تنص المادة ٩٥٠ مدني بحريني على أنه " يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " ، وتنص المادة ٩٧٩ مدني كويتي على أنه " يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " .

(١٤٣) ويراعى ههنا أن هذه الأغلبية الخاصة قد يمثلها شريك واحد أو عدد من الشركاء في ظل القانون المدني المصري أو القانون المدني البحريني ، في حين نص القانون المدني الكويتي صراحة إلى أنه لا يجوز أن تكون هذه الأغلبية ممثلة في شريك واحد مهما ملك من نسبة في المال الشائع ، حيث نصت المادة ٨٢٨ منه على ذلك بقولها " في الحالات التي ينص فيها القانون على حق أغلبية الشركاء في الإدارة غير المعتادة أو التصرف ، لا تتوفر الأغلبية في شريك واحد مهما بلغت حصته في المال " ..

يعترضوا عليه ، أما إذا اعترض أحد شركاء الأقلية على هذا القرار فعرض الأمر على المحكمة ، فإن قدرت المحكمة وجود أسباب قوية تبرر قرار الأغلبية بالتصرف ، نظرت إلى إمكانية قسمة المال قسمة عينية بين الشركاء قضت بإجراء القسمة بينهم ووزعت هذا المال الشائع عينا بينهم من تلقاء نفسها ولو لم يطلب ذلك أحد الشركاء ، أما إذا تعذرت القسمة فرأت أنها ضارة بمصلحة الشركاء ، نظرت إلى قرار الأغلبية فإن رأته واجباً أقرته وصار نافذاً في حق هذه الأقلية ، وتولت هذه الأغلبية أمر تنفيذه في حق جميع الشركاء بوصفها أصيلة عن نفسها (أي عن شركاء هذه الأغلبية) ونائبة عن الباقيين (أي شركاء الأقلية) ، وإن لم تره المحكمة واجباً ألغته واعتبر على إثر ذلك كأن لم يكن ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٣٢ مدني مصري بقولها " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قرارتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " (١٤٤) .

وجدير بالذكر أن هذه الأغلبية الخاصة حينما تتصرف في أي جزء من المال الشائع دون الرجوع فيه إلى الأقلية التي تمثل باقي الشركاء ، فإنها تباشر في تصرفها هذا عملاً قانونياً بالإصالة نفسها وبوصفها نائبة في نفس الوقت عن الأقلية التي تمثل باقي الشركاء ، وهذا المعنى هو ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها ، حيث قضت بأن " تصرف أغلبية الشركاء في المال الشائع دون الرجوع إلى الأقلية تباشره الأغلبية أصالة عن نفسها ونائبة عن الأقلية ... " ١٤٥

(١٤٤) إذ تنص المادة ٧٨٦ مدني بحريني على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون مظروف ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار ، وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه " ، كما تنص على ذلك المادة ٨٢٧ مدني كويتي على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم بكتابة ، ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار ، وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه " .

(١٤٥) نقض مدني مصري ٣١٤٤ لسنة ٨٨ قضائية جلسة ٢٧/١/٢٠٢٠ م .

ثالثاً : حكم تصرف الشريك في المال الشائع .

يتخذ تصرف الشريك منفرداً في المال الشائع عدة صور ، فقد يتصرف هذا الشريك في حصته الشائعة فقط ، وقد يتصرف في جزء مفرز من هذا المال الشائع ، وقد يتصرف في المال الشائع كله ، فما حكم هذه التصرفات الصادرة من هذا الشريك ؟ سنجيب تباعاً على هذه الأسئلة الثلاثة على التفصيل الآتي :

حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة .

لا جرم أن الشريك في المال الشائع مالك لحصته ملكية تامة ، وله وحده سلطة التصرف فيها كلياً أو جزئياً ، ويكون تصرفه فيها نافذاً في حق جميع الشركاء ، سواء كان المتصرف له شريكاً أو غير شريك ، ولا يحتاج الأمر إلى مراعاة إجراء معين أو شكل خاص ، فلا يطالب قانوناً بإعلان الشركاء بهذا التصرف قبل أو بعد إبرامه ، باستثناء ما قد يلزم من تسجيل إذا كان التصرف ناقلاً للملكية ووارداً على عقار ، أو ما يلزم من قيد إذا كان التصرف مرتباً لحق عيني تبعي مثل حق الرهن الرسمي .

وبطبيعة الحال يحل المتصرف له محل الشريك المتصرف بحسب طبيعة الحق محل التصرف ، وبصير له في مواجهة باقي الشركاء صلاحيات الحق الذي جرى نقله إليه مثل حق الملكية أو حق الانتفاع ، فيثبت له حق الاشتراك في إدارة المال والانتفاع به ، كما يشارك جميع الشركاء أو أغليبيتهم الخاصة في التصرف في المال الشائع أو في جزء منه ، ويكون له عند القسمة ملكية الجزء المفرز الذي يقع في نصيب الشريك بائع الحصة الشائعة إن كان حقه حق ملكية ، أو يحل حق الانتفاع المقرر له حلوياً عينياً على الجزء المفرز الذي آل إلى مالك رقبة الحصة الشائع فينتفع به مدة الانتفاع المتفق عليه إن كان حقه المقرر له على الحصة الشائعة حق انتفاع .

أما إذا كان التصرف الذي أجراه الشريك على حصته الشائعة هو ترتيب حق رهن ، مثل حق الرهن الرسمي ، فعندئذ ينفذ هذا الرهن في حق باقي الشركاء بمجرد انعقاده في ورقة رسمية ، ويكون من حق الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين وعدم قيام المدين الراهن بسداد قيمة الدين

التفويض بحقه على تلك الحصة الشائعة وبيعها - من ثم - بالمزاد العلني ليستوفي دينه من ثمن بيعها ، ويحل الراسي عليه المزاد محل الشريك الشريك الراهن في مواجهة باقي الشركاء .

ثبوت حق الشركاء في طلب الشفعة في العقار أو استرداد الحصة في المنقول أو مجموع المال

يحرص القانون في تنظيمه لممارسة الحقوق (العامة منها أو الخاصة) على إيجاد قدر لازم من التوازن المعقول بين المصالح المتعارضة ، ولهذا لما أتاح للشريك في المال الشائع الحرية الكاملة في التصرف في حصته الشائعة ، على نحو مؤدٍ إلى إقحام شخص جديد قد لا يروق للباقيين وجوده شريكاً بينهم ، هذا إذا بيعت الحصة لغير الشركاء ، أتاح للباقيين من الشركاء في العقار الشائع الحق في طلب الشفعة فيه وأخذ نصيب الحصة الشائعة في العقار الشائع جبراً عن البائع والمشتري

بذات الثمن الذي بيعت به هذه الحصة، وهذا ما سندرسه تفصيلاً عند معالجة الشفعة بوصفها أحد أسباب الملكية ، كما أتاح في بيع الشريك لحصته الشائعة في المنقول أو في المجموع من المال لباقي الشركاء الحق في طلب الاسترداد ، هذا ما سنعرض له تفصيلاً دقيقاً لنعرف شروط طلب الاسترداد وإجراءاته وآثاره ، على النحو الآتي :

شروط طلب استرداد الحصة الشائعة .

لقد نصت المادة ٨٣٣ مدني مصري على أنه " ١ - للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ، ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه ."

" وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته " (١٤٦) .

(١٤٦) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧٨٩ مدني بحريني بقولها " أ) للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بالبيع بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون

❖ ويستفاد من هذا النص أنه لكي يثبت لباقي الشركاء في الحق طلب الاسترداد للحصة الشائعة يجب توفر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون ثمة بيع حقيقي صحيح لحصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال .

فيلزم لثبوت حق الاسترداد أن يكون تصرف الشريك في الحصة الشائعة في شكل عقد بيع ، ومن ثم لا يثبت حق الاسترداد إذا كانت التصرف الصادر عن الشريك قد تم في غير البيع ، حيث لا استرداد في غير البيع ، كما لو كان التصرف في صورة عقد مقايضة أو عقد هبة أو في شكل تصرف انفرادي مضاف إلى ما بعد الموت أي وصية ، كما يلزم في البيع أن يكون بيعاً حقيقياً وليس بيعاً صورياً ، لأن البيع الصوري إن كان صورياً صورية مطلقاً (١٤٧) ، فهو بيع معدوم لا وجود له في الحقيقة والواقع وإن كان في الظاهر في صورة بيع إلا أنه في الحقيقة لا وجود ، وعادة ما يحتفظ البائع بورقة ضد تشهد من الطرفين بعدم وجود بيع أصلاً ، ومن ثم فلا أثر له ، وإن كان البيع بيعاً صورياً صورية نسبية فهو إما أنه بيع يخفي هبة ، وعندئذ بمجرد ثبوت الصورية يكون العقد الحقيقي هو عقد الهبة وليس عقد البيع ولا استرداد في الهبة ، وإما أنه بيع في الظاهر بثمن أقل أو أزيد عن الثمن المذكور في البيع الحقيقي ، وهنا وإن كان من الجائز لباقي الشركاء طلب الاسترداد إلا أنهم قد يترددوا في هذا الطلب لصعوبة إثباتهم للثمن الحقيقي لهذا البيع ، وقد تكون الصورية في السبب فيكون السبب الظاهر للبيع مشروعاً والسبب الحقيقي غير مشروع ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب ، وأخيراً قد تكون الصورية النسبية في اسم من اشترى الحصة الشائعة ١٤٨ ، وفيها لا يحرم باقي الشركاء من طلب الاسترداد على أساس أنه لا يهمهم شخص من اشترى تلك الحصة مادام أنه أجنبي عن الشركاء .

مظروف ، ويتم الاسترداد بكتاب مسجل يعلم الوصول بدون مظروف يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه " . " ب) وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته " . وقد خلا القانون المدني الكويتي من نص مماثل لهذا النص .

(١٤٧) لمزيد من التفصيل حول الصورية المطلقة راجع مؤلفنا " الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات " ، ص ٢٢٦ ، طبعة عام ٢٠٢٠ م ، مطبعة بداري بأسبوط .

(١٤٨) لمزيد من البيان حول الصورية النسبية راجع مؤلفنا السابق ، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

كما يلزم في البيع أن يكون بيعاً صحيحاً وليس بيعاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لأن هذا البيع بيع لم ينشأ أصلاً أو نشأ باطلاً ، ومن ثم فهو بيع معدوم لا أثر له ، فلا يتصور فيه - من ثم - طلب الاسترداد أصلاً لأنه بيع غير موجود أصلاً .

وأخيراً يلزم في هذا البيع الحقيقي والصحيح أن يكون وارداً على حصة شائعة في منقول أو في مجموع من المال ، أي يضم عقارات ومنقولات ، فإن كان المبيع حصة شائعة في عقار أو بيع عقار استقلالاً كان موجوداً في مجموع من المال ، فلا مجال لطلب الاسترداد ، وإنما المقام مقام طلب الشفعة .

الشرط الثاني : أن يتم البيع بطريق الممارسة أو بطريق الاختيار.

حيث لا مجال لطلب الاسترداد إذا بيعت الحصة جبراً بطريق المزاد العلني ، إذ كان في مقدورهم الدخول في المزاد لو كانت لديهم رغبة في تلك الحصة ، فإذا سكتوا عن الدخول في المزاد العلني الذي بيعت فيه تلك الحصة يحمل على موافقتهم ضمناً على ما يسفر عنه هذا البيع من حلول الراسي عليه المزاد محل الشريك في حصته الشائعة ، ومن ثم ليس لهم أن يتضرروا من شراكة الأجنبي الذي رسا عليه المزاد لهم في هذا المال الشائع .

الشرط الثالث : أن يتم البيع لأجنبي عن الشركاء .

نظراً لأن الحكمة من تقرير حق باقي الشركاء في طلب استرداد الحصة الشائعة تكمن في توقي شراكتهم لأجنبي قد لا يروق لهم ، فلا يتصور طلب الاسترداد إذا تم البيع لأحد الشركاء ، وإنما يلزم أن يتم البيع لأجنبي عن هؤلاء الشركاء ، وإذا تعدد المشترون للحصة الشائعة من الأجانب ، جاز لباقي الشركاء توجيه طلب الاسترداد في وجه من لا يرغبون في شراكتهم منهم دون من يرتضونه أن يكون بينهم شريكاً لراحتهم له مثلاً .

الشرط الرابع : أن يكون طالب الاسترداد من الشركاء .

لقد قرر القانون طلب الاسترداد لدفع الضر المحتمل وقوعه للشركاء عند بيع شريكهم حصته الشائعة لأجنبي عنهم ، لذا يجب أن يكون طلب الاسترداد مقدماً لصالح مجموع باقي الشركاء

بحيث توزع بينهم الحصة الشائعة المستردة بحسب نسبة حصة كل واحد منهم أو مقدماً باسم أحد الشركاء فقط ، إذا عزف الباقيون عن هذا الطلب ، وقد تتعدد الطلبات المقدمة للاسترداد من أكثر من شريك على استقلال عن الباقيين ، عندئذ يجري الاسترداد لكل المتقدمين بحسب نسبة حصته بالنسبة للباقيين من طالبي الاسترداد .

الشرط الخامس : أن يقدم طلب الاسترداد خلال المدة المقررة قانوناً لذلك الطلب .

إذ يتعين تقديم طلب الاسترداد خلال الموعد القانوني المحدد له ، وهو خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا البيع أو علم الشركاء به بأي وسيلة من وسائل العلم ، وإلا سقط حق الشركاء في طلب الاسترداد ، وذلك حتى لا يبقى مصير هذا البيع مهدداً بالزوال لمدة أكثر من ذلك ، وإن كنت أرى ضرورة إنقاص هذه المدة لتكون مدة أسبوع على الأكثر من تاريخ الإعلان أو العلم بهذا البيع بأي وسيلة من وسائل العلم ، لأن ملابسات البيوع في ظل حياتنا المعاصرة تغيرت عن وقت سن النص القانوني المنظم لهذه المدة ، ووسائل الإعلان وسبل العلم صارت أكثر سهولة وتطوراً عن ذي قبل .

الشرط السادس : أن يتم تقديم هذا الطلب قبل قسمة المال الشائع .

لقد قيد النص صراحة حق طالب الاسترداد من الشركاء في المال الشائع عند بيع أحد حصته الشائعة فيه ، أن يقدم هذا الطلب قبل القسمة ، وهو قيد منطقي لأنه بتمام القسمة تزول حالة الشيوخ ، وتنتفي من ثم الحكمة من تقرير طلب حق الاسترداد .

إجراءات طلب استرداد الحصة الشائعة وآثاره:

بادئ ذي بدء نقرر إن إجراءات طلب الاسترداد لتختلف بحسب ما إذا كان الاسترداد سيتم بطريق التراضي أم أنه سيجري بطريق التقاضي ، فإن كان سيجري الاسترداد بطريق التراضي فإنه يلزم أن يقدم طالب الاسترداد (سواء كان شريكاً واحداً أو مجموع باقي الشركاء) طلباً إلى كل من البائع والمشتري يعلنهما فيه برغبته في استرداد الحصة الشائعة بذات شروط بيعها واستعداده الكامل في دفع ثمن البيع ومصرفاته كاملة للمشتري إن كان قد سبق له أن دفع الثمن أو للبائع إذا كان لم يدفعه بعد ، كما لو كان مؤجلاً مثلاً ، فإن رفض البائع والمشتري

سبيل التراضي على الاسترداد قدم طلب الاسترداد إلى المحكمة المختصة لتتولى النظر في هذا الطلب والفصل فيه في ضوء شروطه المقررة له قانوناً ، ويلزم في كلا الحالين تقديم هذا الطلب اتفاقاً أو قضاءً خلال مدة الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشركاء بهذا البيع ، فإن لم يتم هذا الإعلان ، ففي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علم الشركاء أو الشريك بهذا البيع ، ولذا يتصور أن تختلف هذه المدة من شريك لآخر بحسب اختلاف تاريخ إعلانه بهذا البيع أو اختلاف تاريخ علمه به ، والأمر رهين الإثبات في جميع الأحوال .

وإذا مضت مدة الثلاثون يوماً من تاريخ الإعلان أو تاريخ العلم بالبيع ، سقط الحق في طلب الاسترداد واستقر البيع نهائياً لمن جرى له من الأجنب ، وصار واحداً من الشركاء على الشيوع بموجب هذا البيع وحل حلوياً شخصياً محل البائع في شراكته لباقي الشركاء على الشيوع بنسبة حصته المشتره .

أما إذا جرى تقديم الطلب في الميعاد وتم التراضي على الاسترداد أو حكمت به المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء حل الشريك المسترد محل المشتري حلوياً شخصياً في تلك الحصة المستردة مقابل أن يدفع له الثمن وكل ملحقات الثمن من مصروفات العقد ومصروفات حفظ الحصة ، إن كان قد سبق أن دفع ذلك سلفاً للبائع وإلا التزم بدفعها للشريك البائع إن كان لم يدفعها له المشتري بعد .

وتقوم علاقة مباشرة بين الشريك البائع والشريك المسترد بأثر رجعي وكأن البيع قد تم ابتداءً بينهما ، ومن ثم لا ينشأ بينهما عقد بيع جديد ، إنما يحل الشريك المسترد بقوة القانون حلوياً شخصياً محل المشتري في مواجهة الشريك البائع .

وبحصول هذا الاسترداد على هذا النحو تتقضي بذلك علاقة المشتري الأجنبي بالشريك البائع بأثر رجعي ، وتزول من ثم آثار العقد الذي سبق إبرامه بينهما ، فلا يطالب أحدهما الآخر بشيء .

ويراعى أنه لا توجد أية علاقة قانونية تربط بين المشتري الأجنبي للحصة الشائعة ابتداءً وبين الشريك المسترد لتلك الحصة ، فلا يعتبر الأخير خلفاً خاصاً للأول ، لأنه لم يتلق عنه ملكية

الحصة المستردة ، وإنما يعد خلفاً خاصاً للشريك البائع ، ويعد وكأنه قد تلقاها بأثر رجعي منه بموجب حله قانوناً حلوياً شخصياً محل الأجنبي المشتري في مواجهة البائع ، لكن يبقى ملتزماً بأن يدفع لهذا المشتري ثمن الحصة الشائعة ومصرفاتها التي أنفقها عليها وعلى عقد شرائها .

حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع .

إذا حدث أن تصرف الشريك في جزء مفرز في المال الشائع ، فما هو حكم هذا التصرف ؟

بادئ ذي بدء ينبغي أن نقرر أن قيام الشريك في المال الشائع ببيع جزء مفرز في المال الشائع ، يكون قد اعتدى على حقوق باقي الشركاء في مسألتين ، المسألة الأولى أنه أفرز جزءاً من المال الشائع وهذا لا يملكه أحدٌ منفرداً من الشركاء بل لابد للإفراز من تراضي جميع الشركاء على قسمة هذا المال وإفرازه أو يتم ذلك عن طريق القضاء إن تعذرت هذه القسمة رضاً ، أما المسألة الثانية أنه في خصوص الجزء المفرز الذي قام ببيعه لا يملكه كله وإنما يملك فيه قدرًا شائعاً يوازي نصيب حصته الشائعة فيه ، أما الباقي منه فهو ملك لباقي الشركاء على الشيوع ، كل بقدر نسبة حصته فيه .

وبناء عليه فإنه يثار التساؤل حول حكم التصرف الصادر من الشريك على الشيوع لجزء مفرز في المال الشائع بالنسبة لباقي الشركاء ، وما هو حكم تصرفه في علاقته بالمتصرف له سواء قبل القسمة أو بعدها ، مع مراعاة أن تصرفه هذا يعد تصرفاً فيما يملك في خصوص ما يملكه هو في هذا الجزء المفرز من نصيب شائع يوازي قدر حصته فيه ، كما يعد في نفس الوقت تصرفاً فيما لا يملك في خصوص ما باعه هذا الشريك للمشتري من أجزاء شائعة هي مملوكة لباقي الشركاء وتمثل بالنسبة لهم أنصباؤهم الشائعة في هذا الجزء المفرز ؟

حكم تصرف الشريك في الجزء المفرز في علاقته بباقي الشركاء في المال الشائع .

نظراً لأن الشريك في المال الشائع في تصرفه في الجزء المفرز من المال الشائع لا يملك إلا جزءاً شائعاً فيه ، فلا يملك باقي الأجزاء الشائعة في هذا المفرز ، بل هو لا يملك أصلاً إفراز أي جزء في المال الشائع بغير التراضي مع باقي الشركاء أو عن طريق القضاء ، ومن ثم لا يكون تصرفه فيما جاوز قدر حصته الشائعة في هذا الجزء المفرز نافذاً في حق الشركاء ولا

يحتج به في مواجهتهم إلا إذا أقره جميع الشركاء أو أقرته أغليبيتهم الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع ، فإذا حصل إقرار بشأنه ممن يملكه على النحو السابق صار نافذاً في حق جميع الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها ، أيا كانت نتيجة هذه القسمة .

وبناء عليه لا يكتسب المتصرف له قبل إقرار هذا التصرف أي حق في المال الشائع في مواجهة باقي الشركاء ، فلا يحل محل الشريك ، بل ويبقى الشريك رغم هذا التصرف هو صاحب الحق في الاشتراك في إدارة المال الشائع وفي التصرف فيه مع باقي الشركاء ، ولا يكون - من ثم - للمتصرف إليه أي حق في مشاركة باقي الشركاء في إدارة المال الشائع أو الانتفاع به أو التصرف فيه.

كما يحق لباقي الشركاء رفع دعوى استحقاق على كل من المتصرف والمتصرف له لتثبيت حقوقهم على تلك الأجزاء الشائعة من هذا الجزء المفرز المتصرف فيه ، دون حاجة إلى انتظار حصول القسمة بطريق التراضي أو بطريق التقاضي .

أما إذا حصل إقرار للتصرف من قبل من يملكه (أي من جميع الشركاء أو أغليبيتهم الخاصة) صار التصرف نافذاً في حق باقي الشركاء ، أيا كانت نتيجة قسمة المال الشائع بعد ذلك ، فيأخذ هذا التصرف حكم التصرف الصادر من جميع الشركاء أو أغليبيتهم الخاصة في جزء مفرز من المال الشائع .

حكم تصرف الشريك في الجزء المفرز في علاقته بالمتصرف له .

إن تصرف الشريك الشائع في جزء مفرز هو تصرف فيما يملك في حدود نصيبه الشائع فيه الموازي لحصته الشائعة ، وتصرفاً فيما لا يملك فيما جاوز قدر ما يملكه من نصيب شائع مملوك على الشيوع لباقي الشركاء ، ومن ثم فإنه قبل إجراء قسمة هذا المال الشائع ووفقاً للقواعد العامة في العقود تسري على هذا التصرف أحكام بيع ملك الغير فيما جاوز فيه التصرف النصيب الشائع المملوك للشريك المتصرف ، ويكون التصرف صحيحاً بين طرفيه غير نافذ في حق باقي الشركاء وقابلاً للإبطال لمصلحة المشتري الذي وقع في غلط جوهري فكان يجهل عدم ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز ، فإن كان المتصرف إليه على علم

بعدم ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز الذي باعه له ، لم يسقط حق المشتري المتصرف له في طلب الإبطال ، بل يبقى له هذا الحق وفق أحكام بيع الغير .

إذا تمت القسمة ووقع الجزء المفرز الذي تم بيعه للمتصرف ، ولم يكن قد طلب إبطال التصرف ، سقط حقه في طلب الإبطال ، نظراً للأثر الكاشف للقسمة والتي بموجبها يعتبر الشريك المتصرف وكأنه باع ما يملك لا من تاريخ القسمة ولكن بأثر رجعي من تاريخ إبرام التصرف .

وإذا وقع بعد القسمة في الشريك المتصرف جزء آخر مفرز في ذات المال الشائع غير الجزء المفرز الذي تم بيعه ، فعندئذ لو طبقنا القواعد العامة لاعتبرنا أن تصرفه هو بيع لملك الغير في كل أجزائه ، حيث يعتبر الشريك البائع في ضوء الأثر الكاشف للقسمة وكأنه باع ما لا يملك مطلقاً ، بدخول هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر غيره ، ومن ثم يكون من حق المتصرف له طلب إبطال العقد وفقاً لأحكام بيع ملك الغير ، كما أن له طلب فسخ العقد لعجز الشريك المتصرف عن تنفيذ العقد بنقل ملكية الجزء المفرز إليه ، ولا يجوز للمتصرف أن يلزمه بجزء مفرز آخر آل إليه بطريق القسمة ، لولا أن واضع القانون تدخل بنص صريح وقضى بصحة التصرف وسقوط حق المتصرف له في طلب الإبطال إذا كان يعلم بعدم ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز ، وانتقل حق المتصرف له بأثر رجعي من تاريخ التصرف من على الجزء المفرز المتصرف فيه من المال الشائع إلى الجزء المفرز الذي آل إلى هذا الشريك المتصرف بموجب القسمة ، بحيث يحل هذا النصيب المفرز الذي أسفرت عنه القسمة للشريك المتصرف حلوياً عينياً محل النصيب المفرز المتصرف فيه ، أما إذا ثبت أن المتصرف له كان يجهل عدم ملكية الشريك المتصرف للجزء المفرز فيبقى له حقه في طلب الإبطال للغلط الجوهري وفق القواعد العامة لعيب الغلط .

وهذا ما نصت عليه المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري بقولها " وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف

إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة الحق في إبطال التصرف " (١٤٩) .

أما إذا وقع في نصيب الشريك المتصرف بعد القسمة جزء مفرز آخر في غير ذات المال الشائع المتصرف فيه ، كما لو باع شريك على الشيوع في مجموع من المال يضم أرضاً زراعية ومنقولات وعمارة ، وباع هذا الشريك جزءاً مفرزاً من الأرض الزراعية ، ثم بعد القسمة وقع في نصيب جزء مفرز في العمارة ، فهنا لا تنطبق على التصرف حكم المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري ، لأن حكمها ورد على سبيل الاستثناء في حالة وقوع نصيب مفرز غير الجزء الذي جرى تصرف فيه الشريك في ذات المال الشائع ، فلا يمد حكمه لغير هذا الفرض (حينما يقع في نصيب الشريك المتصرف جزء مفرز في غير ذات المال الشائع الصادر في شأنه التصرف) لأن الاستثناء يمتنع القياس عليه كما يمتنع التوسع في تفسيره ، ومن ثم يكون تصرف الشريك في هذا الجزء المفرز بعد حصول القسمة ووقوع نصيب الشريك المتصرف في جزء مفرز غير المال الذي صدر التصرف في جزء مفرز منه ، تصرفاً في ملك الغير ، ومن ثم يثبت للمتصرف له الحق في طلب الإبطال وفقاً للقواعد العامة في الغلط الجوهري أو وفقاً لقواعد بيع ملك الغير أو يطلب فسخ العقد وفقاً للقواعد العامة في الفسخ .

ويستثنى من ذلك ما أورده القانون بشأن عقد الرهن الرسمي ، حيث نص صراحة على أنه إذا رهن أحد الشركاء على الشيوع جزءاً مفرزاً من مال شائع ، ثم وقع في نصيبه بعد القسمة جزء مفرز في مال آخر غيره انتقل رهن بمرتبته إلى الجزء المفرز الذي آل إليه ، إذ تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري على أنه " وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل ، ويعين هذا القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخرطه فيها أي ذي شأن بتسجيل

القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين " (١٥٠) .

ولا ينبغي القياس على ما أورده القانون بشأن الرهن ، لأنه استثناء من حكم القاعدة العامة ، وال استثناء لا يجوز أصلاً القياس عليه ، هذا فضلاً أن الدائن المرتهن في الرهن يهيمه الضمان ولا يهيمه المال محل الضمان ما دام يغطي قيمه دينه ، بعكس المشتري المتصرف إليه في جزء مفرز ، فهو محل اعتبار لديه ، ولا يغني عنه غيره في مال آخر ، ومن ثم فلو جاز القياس هنا - وهو أصلاً غير جائز - لقلنا أنه قياس مع الفارق .

حكم تصرف الشريك في المال الشائع كله .

لا جرم أن الشريك في المال الشائع لا يملك إلا حصة شائعة فيه ، أما باقي الحصص فهي غير مملوكة له ، وإنما هي ملك لباقي الشركاء كل بقدر حصته في هذا المال ، فإذا باع الشريك على الشيوع المال الشائع كله ، فقد باع ما يملك في حدود حصته وباع ما لا يملك فيما جاوز هذه الحصة ودخل في حصص باقي شركائه ، ومن ثم يعد تصرفه تصرفاً فيما يملك في حدود حصته ، فيخلفه المشتري في قدر نصيبه في هذا المال ، أي في حصته الشائعة ، ويكون شريكاً بناء على ذلك في المال الشائع مع باقي الشركاء ، فيكون له حق الاشتراك في إدارته والانتفاع به مع الباقيين في حدود حصته ، كما يكون من حقه الاشتراك مع الباقيين في التصرف في هذا المال تصرفاً أو جزئياً سواء عن طريق قرار يصدر عن الشركاء بالإجماع أو بقرار يصدر عن الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع .

أما حكم تصرفه فيما جاوز قدر حصته الشائعة ودخل في حصص باقي الشركاء فيكون تصرفاً في ملك غيره ، فتسري عليه أحكام بيع ملك الغير ، فينعقد صحيحاً بين طرفيه ، على أن يكون للمتصرف إليه الحق في طلب الإبطال للغلط أو لجهله بعدم ملكية الشريك المتصرف لكل المال الشائع محل البيع ، بل وله حتى وإن كان يعلم عدم ملكية الشريك البائع لما جاوز حصته من

(١٥٠) وقد نصت على ذات الحكم في خصوص رهن الحصة الشائعة المادة ٩٥١/أ مني بحريني على أنه "إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار كلها أو بعضها ، فإن الرهن يتقل بعد القسمة ما يقع في نصيب الراهن أو جزء مما يقع في نصيبه يعادل في قيمته الحصة المرهونة . ويعين هذا الجزء بأمر من المحكمة بناء على عريضة تقدم إليها " ، وتنص عليه المادة ١/٩٨٠ مني كويتي إذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في عقار كلها أو بعضها ، فإن الرهن يتقل بعد القسمة ما يقع في نصيب الراهن أو جزء مما يقع في نصيبه يعادل في قيمته الحصة المرهونة . ويعين هذا الجزء بأمر على عريضة " .

حصص باقي الشركاء الحق في طلب الفسخ لعجزه عن تنفيذ التزامه بنقل ملكية باقي حصص المال الشائع الي لا يملكها ويملكها باقي الشركاء ، لكن لا يكون هذا التصرف نافذاً في حق باقي الشركاء ، بل يكون غير سارٍ في حقهم ، فلا يحتج بهذا التصرف عليهم في خصوص حصصهم ، ويمكنهم تجاهل هذا التصرف وكأنه غير موجود ، حيث لا يرتب هذا التصرف أي حق للمشتري في مواجهتهم ، ومن ثم لا يملك أن يمارس معهم أيّاً من حقوق الشراكة في المال الشائع إلا في حدود حصة الشريك البائع لحصته الشائعة فيه والتي حل محله فيها في مواجهة باقي الشركاء ، ويكون لهؤلاء الأخيرين الحق في رفع دعوى استحقاق لتثبيت حصصهم في هذا المال الشائع ، ومنع اعتداء المشتري على أي منها وإلا عد غاصباً لها .

وللباقين من الشركاء الحق في إقرار أو إجازة بيع الشريك على الشيوع للمال الشائع كله ، فيصبح العقد صحيحاً نافذاً في حقهم ، وتنتقل إلى المشتري ملكية هذا المال بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد مع الشريك البائع وليس من تاريخ الإقرار أو الإجازة ، لأن سيكون لأيهما أثر رجعي من تاريخ العقد .

الفرع السادس

انقضاء الشيوع بالقسمة

تنقضي حالة الشيوع لأسباب عديدة ، فقد تنقضي بشراء أحد الشركاء لكل المال الشائع أو وقد تنقضي بالميراث ، كما لو مات مجموعة من الأخوة ولم يكن من وارث غير والدهم ، وقد تنقضي بالتقادم ، كما لو وضع شخص يده على مال شائع المدة الطويلة (أي خمس عشرة سنة) فيكسب ملكيته بالتقادم ، وقد تنقضي بطريق القسمة ، وهذه القسمة قد تكون مؤقتة (سواء كانت مهاية مكانية أو مهاية زمانية) وقد تكون نهائية ، وهذه الأخيرة قد تكون كلية فنتهي الشيوع في جميع الأموال وبالنسبة لكل الشركاء ، وقد تكون جزئية تقتصر على بعض المال الشائع وليس كله أو تجري لبعض الشركاء دون البعض الآخر ، وقد تكون عينية يختص فيها كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع ، وقد تكون بطريق التصفية ، إذا بيع المال الشائع بطريق المزاد ورسا على أحد الشركاء ، ففي هذا الفرض يعد المزاد قسمة كاشفة لنصيب الشريك

المتقاسم الراسي عليه المزداد ، بعكس الحال إذا رسا المزداد على أجنبي ، إذ يمثل المزداد بيعاً بالنسبة له .

أولاً : صاحب الحق في طلب القسمة

إن طلب القسمة حق ثابت ومقرر لكل شريك في المال الشائع ، سواء أكان شريكاً منذ البداية ، أي منذ نشأة هذا المال الشائع ، أم صار شريكاً بعد قيام حالة الشيوخ بسبب الشراء أو الإرث أو غير ذلك ، وهو لا يسقط بعدم الاستعمال أو بمرور الزمان ، إذ يبقى هذا الحق قائماً ومستمراً ما بقيت حالة الشيوخ ، حتى يعان كل شريك على التخلص من مساويء الشيوخ في المال .

ويثبت هذا الحق لدائني أي من الشركاء في المال الشائع طالما كان من حق الشريك المدين هذا الطلب ولكنه سكت عن استعماله ، فعندئذ يجوز لدائنيه رفع دعوى لطلب القسمة القضائية ، وذلك عن طريق استعمالهم حق مدينهم برفع دعوى في القانون تسمى الدعوى غير المباشرة (١٥١) متى توافرت شروطها .

❖ **بيد أنه يحظر على الشريك في المال الشائع طلب القسمة ، ويلزم بالبقاء على الشيوخ في أي من الحالات الثلاث الآتية :**

الحالة الأولى : إذا كان ثمة اتفاق على حظر هذا الطلب في كل المال الشائع بعضه لمدة معينة لا تزيد عن خمس سنوات ، وعندئذ يجب على الشريك احترام هذا الاتفاق ، كما ينفذ هذا الاتفاق في حق الخلف العام أو الخلف الخاص حتى ولو يكن على علم به ، وإذا اتفق على هذا الحظر لمدة غير معينة أو مدة معينة لكن زائدة عن خمس سنوات لم يسر هذا الاتفاق في حق الشريك أو خلفه العام أو الخاص إلا لمدة خمس سنوات فقط ، ما لم يتبين أن الشركاء ما كانوا ليقبلوا هذا الاتفاق إلا لمدة تزيد على الخمس سنوات ، فعندئذ يبطل الاتفاق كله وفقاً لنظرية

(١٥١) يمكنني تعريف هذه الدعوى بأنها "وسيلة قانونية ترخص لأي دائن له حق موجود غير متنازع فيه استعمال اسم مدينه للمطالبة بحقوقه الجائز استعمالها، إذا ما تقاعس المدين عن ذلك على نحو مؤد إلى إعساره أو زيادة إعساره"(راجع مؤلفنا بعنوان " الوسيط في أحكام الالتزام والإثبات " ص ١٨٤ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط) .

الانتقاص الجزئي للعقد ، وإذا انتهت مدة الحظر لمدة خمس سنوات جاز الاتفاق على تجديدها مرة أخرى أو لمرات أخر ، شريطة ألا تزيد كل مرة عن خمس سنوات .

الحالة الثانية : فعند وجود نص قانوني يحظر على الشريك هذا الطلب ، كما الحال في الأجزاء المشتركة في ملكية الشقق وفي حالات الشيوخ الإجباري ، ولهذا نصت المادة ٨٥٠ مدني مصري على أنه " ليس للشركاء في مال أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوخ " (١٥٢) ، كما أنه قد ينص القانون على وقف طلب القسمة لحين توافر شروط معينة ينص عليها ، مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤١ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٤م بقولها " إذا رفعت دعوى علي القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء علي طلب من ينوب عنه أو بناء علي طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضرراً جسيماً .

الحالة الثالثة : إذا رأت المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن قسمة المال الشائع كلياً أو جزئياً ضارة بمصالح الشركاء ، فعندئذ تصدر أمراً للشركاء ابتداءً بالبقاء على الشيوخ المدة التي تراها أو بالاستمرار فيه رغم حلول أجل انتهائه إلى المدة التي تقدرها في ضوء ما تقتضيه مصلحة الشركاء ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧٩٠ب/ مدني بحريني بقولها " مع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء في الشيوخ مدة تحددها أو بالاستمرار فيه إلى أجل لاحق للأجل المشروط وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك " (١٥٣) .

(١٥٢) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٨٠٨ مدني بحريني بقولها " إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعاً ، فليس للشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع ذلك الغرض " ، ونصت عليه المادة ٨٤٧ مدني كويتي بقولها " إذا تبين من الغرض الذي أعد له المال الشائع أنه يجب أن يبقى شائعاً ، فليس للشريك أن يطلب قسمته ولا أن يتصرف في حصته تصرفاً يتعارض مع ذلك الغرض " .

(١٥٣) إذ تنص المادة ٢/٨٣٠ مدني كويتي على أنه " ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بالبقاء في الشيوخ مدة تحددها أو فيه إلى أجل لاحق للأجل المشروط وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقسمة قبل انقضاء الأجل المشروط إذا وجد سبب قوي يبرر ذلك. وإذا كان القانون المدني المصري لم ينص على هذه الحالة ، إلا أن غيابها لا يمنع قضاء المحكمة بها تأسيساً على أن ذلك داخل في

وينبغي أن يتقيد طالب القسمة في ممارسته لحقه في تقديم هذا الطلب بالقيود العام الوارد على سلطة كل صاحب حق (سواء كان عاماً أو خاصاً) عند استعمال لحقه بألا يتعسف في استعماله له على نحو ضار بباقي الشركاء على الشروع بأي صورة من صورة التعسف وإلا كان مرتكباً لخطأ تقصيري (أي سلوك ضار غير مشروع) يبرر لباقي الشركاء رفض طلبه بإيقاع القسمة رضاً ، كما يبرر للمحكمة رفض طلبه لإيقاعها قضاءً ، كما لو أنه طلبها في وقت غير مناسب ، كما لو كانت القسمة لا تتم إلا بالتصفية والأسعار في السوق منخفضة انخفاضاً شديداً يضر بباقي الشركاء إذا بيعت في ذلك التوقيت ورغم ذلك هو يصر على هذا الطلب ولا يكثر بمضارة الباقيين من الشركاء .

وقد نظمت المادة ٨٣٤ مدني مصري طلب القسمة بقولها " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه " (١٥٤) .

ثانياً : القسمة الرضائية أو الاتفاقية:

طلب القسمة الاتفاقية وشروط إيقاعها

يجوز للشركاء إذا انعقد إجماعهم (وهنا لا يكفي لقسمة هذا المال الشائع رضاً توافر الأغلبية المطلقة أو العادية المالكة لما زاد عن نصف المال الشائع زائد واحد على الأقل ، بل ولا تكفي لإيقاع هذه القسمة الرضائية أن توافق عليها الأغلبية الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع ، بل لابد من تحقق الإجماع من كل الشركاء دون استثناء يذكر ، بحيث لا يعترض عليها أحد الشركاء وإن صغر أو قل قدر نصيبه الشائع في هذا المال) أن يتفقوا على قسمة المال الشائع

نطاق سلطة المحكمة التقديرية التي لها أن تؤخر أو ترجئ إيقاع القسمة مثلما أن لها الحق في التعجيل بإيقاعها قبل الأجل المضروب لها إذا كانت أسباب قوية تبرر هذا المسلك أو ذلك ، في ضوء المصلحة المشتركة للشركاء في المال الشائع .

(١٥٤) إذ تنص المادة ٧٩٠/أ مدني بحريني على أنه " لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى نص في القانون أو بمقتضى تصرف قانوني . ولا يجوز الإجماع على البقاء في الشروع بمقتضى تصرف قانوني إلى أجل يجاوز خمس سنين . فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة سرى الإجماع في حق الشريك وفي حق من يخلفه " ، وتنص المادة ١/٨٣٠ مدني كويتي على أنه " لكل شريك أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشروع بمقتضى القانون أو التصرف ، ولا يجوز الإجماع على البقاء في الشروع بمقتضى التصرف القانوني إلى أجل يجاوز خمس سنين . فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة سرى الإجماع في حق الشريك ومن يخلفه " .

لإنهاء حالة الشبوع بينهم ، سواء كان إنهاءً كلياً (أي يرد على كل المال الشائع أو الأموال الشائعة) أو إنهاءً جزياً (أي يرد على جزء معين من هذا المال الشائع أو على مال واحد من الأموال الشائعة) سواء انصرفت إرادتهم الجماعية إلى القسمة العينية بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز في المال الشائع أو الأموال الشائعة يوازي حصته الشائعة فيه أو فيهم ، أو انصرفت إلى القسمة بطريق التصفية من خلال بيع هذا المال الشائع أو الأموال الشائعة بالمزاد وتقسيم ثمنه أو أثمانهم فيما بينهم بحسب القدر النقدي الموازي لقدر حصته الشائعة فيه أو فيهم ، وتسري على هذا الاتفاق القواعد العامة في العقود ، فيلزم فيه ما يلزم في أي عقد من شروط لصحة الرضاء والمحل والسبب .

ونظراً لأن قسمة المال تمثل صورة من صور التصرف في المال ، لذا يلزم أن تتوافر لدى الشريك الأهلية الكاملة ، ومن ثم إذا كان بين الشركاء عديم أهلية أو ناقص أهلية أو غائب ، وجب تقديم الطلب من نائبه القانوني وصياً كان أو قيماً أو وكيلاً بعد استئذان المحكمة ابتداءً ثم تقديم عقد القسمة بعد الاتفاق عليه انتهاءً للتصديق عليه انتهاءً ، ولا يسري هذا القيد بالنسبة للولي ، فله توجيه طلب القسمة ابتداءً إلى باقي الشركاء ، كما لا يلزمه تقديم عقد القسمة انتهاءً إلى المحكمة للتصديق عليه .

ويجب أن يكون الرضاء خالياً من أي عيب من عيوب الرضاء من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، وإلا كانت القسمة قابلة للإبطال بسبب هذا العيب ، هذا مع مراعاة ما أورده القانون من حكم خاص بنقض هذه القسمة لوجود غبن فيها ولو لم يكن ناتجاً عن استغلال ، وهو ما سنعرضه لاحقاً .

وهذا هو عين ما نصت عليه ٨٣٥ مدني مصري بقولها " للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون " (١٥٥) .

(١٥٥) إذ تنص المادة ٧٩١ مدني بحريني بقولها " أ - للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . " ب - فإذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب أو مفقود وجب مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون في هذا الشأن " ، كما تنص المادة ٨٣١ مدني كويتي على أنه " للشركاء جميعاً أن يتفقوا على قسمة المال الشائع بالطريقة التي يرونها ما لم يقض نص بغيره . ٢ - ولا يجوز إجراء القسمة بالاتفاق إذا كان أحد الشركاء غير كامل الأهلية ما لم يكن له ولي ، وكذلك إذا كان أحدهم غائبا أو مفقودا وثبتت غيبته أو فقده .

ونصت عليه المادة ٨٤٠ مدني مصري بقولها " إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، وذلك وفقاً لما يقرره القانون " (١٥٦) .

وكما يجوز إيقاع القسمة بطريق بالإرادة الصريحة ، يمكن أن تقع أيضاً بطريق الإرادة الضمنية للشركاء ، كما لو قام شريك بالإنفراد لنفسه بجزء مفرز من المال الشائع يوزي حصته الشائعة فيه أو بتصرفه في ذلك الجزء المفرز ، ثم تبعه الباقيون وقلدوه في سلوكهم وقام كل واحد منهم باختصاص نفسه بجزء مفرز في المال الشائع يوزي حصته الشائعة فيه أو بتصرفه فيه ، وعندئذ تتحقق القسمة الرضائية فتتكامل في بنائها وهنا ضمناً باختصاص آخر شريك بآخر جزء مفرز في المال الشائع أو تصرفه في آخر جزء مفرز فيه .

كما يجوز أن يتفق بعض الشركاء على إيقاع القسمة الرضائية بهذا الاتفاق المبدئي فيما بين بعض الشركاء ويجعلوا هذا الاتفاق المبدئي بين بعضهم دعوة أو عرض أو إيجاب موجه للباقيين فإن قبلوه تمت القسمة بموافقتهم عليه ، وإن رفضوه زال أثر هذا الاتفاق المبدئي واعتبر كأن لم يكن ، هذا كما يجوز لبعض الشركاء إبرام اتفاق نهائي بينهم على قسمة المال الشائع بينهم رضاً وجعل رضاء الباقيين شرطاً واقفاً بحيث لا توجد القسمة ولا تقع إلا بموافقتهم وإلا اعتبر الاتفاق على هذه القسمة بين البعض كأن لم لا من تاريخ الرفض من الباقيين ولكن بأثر رجعي من تاريخ الاتفاق ، ويتفق على أن توجد القسمة بهذا الاتفاق عليها من بعض الشركاء ويجعل رضاء الباقيين شرطاً فاسخاً لهذه القسمة ، فتعتبر كأن لم تكن إذا رفضوا هذه القسمة رغم وجودها وترتيبها لآثارها قبل ذلك ، وتستقر بصورة نهائية وغير مهددة بالزوال إذا لم يرفضوها خلال مدة معينة من إعلامهم بها أو بقبولهم إياها قبلاً صريحاً فيؤكد بصورة نهائية تحقق الشرط الفاسخ .

(١٥٦) ليس لهذا النص ما يقابله في القانون المدني البحريني أو الكويتي ، لكن هذا لا يمنع من العمل به ، لأن ما يلزم رأي المحكمة لإبرامه من العقود لصالح عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب ، يلزم عرضه عليها للتصديق عليه رعاية لأي من هؤلاء .

نقض القسمة الرضائية للغبن

تنص المادة ٨٤٥ مدني مصري على أنه " ١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة. " ٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة. وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته " (١٥٧) .

وواضح من ظاهر نص هذه المادة أن الطعن في القسمة بالغبن الفاحش لا يكون إلا في القسمة الاتفاقية ، مما يخرج القسمة القضائية من نطاق الحماية إذا ما تعرض الشريك لغبن فاحش في نصيبه في هذه على إثر حصولها ، تأسيساً على أن المحكمة تحرص فيها عادة على تحقيق العدالة في إجراء هذه القسمة القضائية بين الشركاء ، وتستعين في إجراءاتها بالخبراء ، على نحو يترجح معه ألا يغبن أحد المتقاسمين في نصيبه غبناً فاحشاً يزيد عن الخمس ، وهذا ظن صحيح لكنه ليس مؤكداً ، وقليل الحدوث لكنه ليس معدوماً ، وكان ينبغي مع احتمالية وقوع هذا الغبن الفاحش في القسمة ولو كانت قضائية أن يفتح المجال لكل من يدعي من الشركاء وقوع غبن فاحش في نصيبه بعد القسمة يزيد عن خمس القيمة أن يطلب نقض هذا القسمة سواء كانت اتفاقية أم قضائية ، ويقع على من يدعي ذلك الغبن عبء إثبات ما يدعيه وإلا رفض إدعاؤه ، ثم لماذا نبقى على قسمة فيها مثل هذا الغبن الفاحش أياً كانت طبيعتها ، أي سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، ولذا أنصح بتعديل النص ليسع الغبن الفاحش الزائد عن الخمس في القسمتين اتفاقية كانت أو قضائية .

لقد أورد واضع القانون في النص سالف الذكر أحكاماً خاصة لنقض القسمة الاتفاقية للغبن مميزاً إياها عن بقية العقود الأخرى ، فأجاز ابتداءً لأي شريك متقاسم (ولخلفه العام ، ولدائن

(١٥٧) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٧٩٢ مدني بحريني بقولها " أ) للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة . ب) لا تسمع دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة " . ج) وللمدعى عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من نصيبه " ، وتنص عليه المادة ٨٣٢ مدني كويتي بقولها " للمتقاسم الحق في طلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، ويكون التقدير حسب قيم الأشياء وقت القسمة. ٢- وتسقط دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة. ٣- وللمدعى عليه أن يمنع الإبطال إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من نصيبه " .

هذا الشريك عن طريق الدعوى غير المباشرة) يقع في غبن في قسمة رضائية أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بطلب نقض لهذه القسمة بسبب هذا الغبن الفاحش ، فليس كل غبن يتعرض له الشريك المتقاسم يبرر له طلب نقض القسمة ، وإنما لابد أن يكون غبناً فاحشاً ، وقد قدره واضع القانون بقدر معين وهو ذلك الغبن الذي يزيد عن خمس القيمة .

وهنا يكفي حصول هذا الغبن بذلك القدر بمجرد هذا الشريك المتقاسم ولو لم يكن هذا الغبن ناتجاً عن استغلال له من جانب باقي الشركاء أو أحدهم ، ولا شك أن هذا الحكم ههنا يمثل خروجاً على القواعد العامة في العقود ، حيث لا يجوز عادة وفق هذه القواعد الطعن في أي عقد من العقود بسبب الغبن وحده ، حتى وإن كان هذا الغبن فاحشاً (بحيث يكون ثمة اختلال فادح بين الالتزامات المتبادلة) بصفة عامة إلا إذا كان هذا الغبن ناتجاً عن استغلال من جانب الطرف الآخر للطرف الذي وقع في الغبن .

ويجب مراعاة تقديم طلب نقض القسمة الاتفاقية خلال مدة سنة من تاريخ اتمامها (وأرى أن هذه المدة هي مدة طويلة ، ولذا أقترح إنقاصها إلى شهر أو شهرين على الأكثر ، حتى تستقر المراكز القانونية للشركاء بعد حصول القسمة ، ولا تبقى مهددة بالزوال بعد ذلك) فإذا لم يقدم الطلب خلال هذه المدة سقط الحق في طلب تقديمه ، وصارت القسمة ملزمة وناذرة في حق الشركاء ، ولم يجز له تقديم طلب بعد ذلك بحجة عدم علمه بالغبن إلا بعد هذه المدة ، ومدة السنة هذه هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ، ومن ثم فهي لا تقبل وقفاً ولا انقطاعاً .

ويجب ههنا إثبات وجود غبن فاحش ، بأن يكون نصيب المتقاسم المتضرر من القسمة يقل نصيبه عن نصيب غيره من باقي الشركاء بقدر يزيد عن خمس القيمة ، ويستطيع القاضي الاستعانة بخبير في تقدير حصص المتقاسمين وتقدير قدر الغبن الموجود في نصيب الطاعن في هذه القسمة بالغبن الفاحش ، بحيث إذا ثبت لها وجود هذا الغبن الفاحش قضت بنقض القسمة واعتبارها - من ثم - كأن لم تكن فيعود الشركاء إلى ما كانوا عليه من حالة الشروع السابقة على حصول القسمة ، وتزول بأثر رجعي أي تصرفات سبق أن صدرت عن الشركاء في أنصباؤهم التي حصلوا عليها بموجب هذه القسمة الرضائية ، ويراعى أن العبرة في التقدير

لقيمة حصة المغبون وقيمة حصص الشركاء الباقين وقت إتمام القسمة الاتفاقية وليس وقت الطعن فيها بالغبن ولا وقت إجراء التقدير بسبب هذا الطعن .

ويثبت الحق في توقي نقض هذه القسمة الاتفاقية لباقي شركاء الشريك المتقاسم المغبون مجتمعين أو متفرقين ، كما يثبت هذا الحق لدائني هؤلاء الشركاء باستعمال حقوق مدينيهم عن طريق الدعوى غير المباشرة ، ويتم ذلك التوقي عن طريق عرض فكرة إكمال نصيب الشريك المتقاسم المغبون إلى الحد الذي يرفع عنه مقدار الغبن الحاصل له في نصيبه كلياً ، وذلك حتى يتساوى نصيبه مع نصيب باقي الشركاء ، ويمكن للمحكمة أن تستعين بخبير ليقرر القدر اللازم لرفع الغبن كله من نصيب الشريك المتقاسم المغبون ، ولا يكتفى فقط بمجرد رفع قدر الفحش أو الجسامة عن الغبن فيجعله في حدود الخمس ، مثلما هو معمول به في الحالات الاستثنائية التي أجاز فيها القانون الطعن في العقد بالغبن وحده ، كما هو الحال في حالة الغبن الحاصل في بيع عقار مملوك لناقص الأهلية ، حيث يمكن لمشتري هذا العقار أن يتوقى دعوى الطعن في عقد شرائه بالغبن الزائد عن خمس ثمن مثله ، بأن يرد للقاصر ما زاد عن خمس القيمة ، فيجعل الغبن في حدود الخمس فقط ، تأسيساً على أن هذا الغبن الذي يكون في حدود الخمس يمثل القدر المتجاوز عنه والمسموح بوجوده في هذا العقد .

وإذا عرض باقي الشركاء مجتمعين إكمال نصيب الشريك المتقاسم المغبون ودفعه أحدهم بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن الباقين واختلفوا في توزيعه عليهم تولت المحكمة مهمة هذا التوزيع بناء على طلب من دفع أو غيره من ذوي المصلحة ، لكن إذا عرض فكرة الإكمال لم يوافق عليها إلا البعض فقط فعندئذ لا يلزم بالدع إلا من وافق ولا يلتزم من لم يعرض هذه الفكرة بشيء في مواجهة الشريك المتقاسم .

ثالثاً : القسمة القضائية

من له حق رفع دعوى القسمة القضائية .

تكون القسمة قضائية متى تمت عن طريق القضاء ، سواء أحصل إجراؤها قضاءً ابتداءً بسبب تعذر إجماع الشركاء على اتمامها بطريق التراضي أم حصل ذلك انتهاءً عند عرض طلب

القسمة الاتفاقية على المحكمة فلم تأذن بإجرائها اتفاقاً عن طريق النائب القانوني غير الولي (مثل الوصي أو القيم أو الوكيل) بسبب وجود شريك عديم الأهلية أو ناقصها أو غائب أو أذنت المحكمة بإجرائها ولكن رفضت المصادقة عليها ورأت إجراءها بنفسها .

وترفع هذه الدعوى من أحد الشركاء في المال الشائع أو خلفه العام ، كما يمكن رفعها من دائن الشريك عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وترفع هذه الدعوى على باقي الشركاء في المال الشائع ، وإذا رفعت على بعضهم وجب إدخال الباقيين أو تدخلهم حتى يكون الحكم الصادر بالقسمة حجة على كل الشركاء .

كما يجب إدخال الدائنين الذين لهم حقوق مقيدة قبل رفع الدعوى سواء عارضوا في إجراء القسمة عن طريق القضاء دون تدخلهم أو لم يعارضوا في ذلك ، أما الدائنون الذين لهم حقوق مقيدة بعد رفع الدعوى ، فهؤلاء يجب إدخالهم في الدعوى إذا عارضوا في إجراء القسمة القضائية دون تدخلهم ووجهوا معارضتهم هذه لكل الشركاء ، فإذا جرى إدخال من يجب إدخاله كان الحكم الصادر في الدعوى بالقسمة نافذاً في حقهم

أما الدائن العادي الذي لم يعارض في إجراء القسمة دون تدخله فلا يجب إدخاله في الدعوى ، وإذا لم يتدخل فليس له أن يطعن فيها إلا بسبب حصول الغش فيها وبشرط إثبات حصوله فعلاً .

المحكمة المختصة بدعوى القسمة وكيفية الفصل فيها

ترفع دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة من قبل الشريك الذي يريد إنهاء حالة الشروع عن طريق القضاء ، ويتم تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام هذه المحكمة ، وذلك أياً كانت قيمة هذه الدعوى ، أي حتى ولو كانت قيمة دعوى القسمة تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية ، على أن يقتصر نظر المحكمة على إجراءات القسمة وطرقها وكيفية إتمامها ، دون البحث في المنازعات الخاصة بملكية المال الشائع .

بيد أنه إذا أثير أثناء نظر المحكمة الجزئية لدعوى القسمة نزاعٌ حول ملكية المال الشائع ، فعندئذ يتعين على هذه المحكمة إذا كان النظر في هذا النزاع والفصل فيه مما يخرج عن

اختصاصها القيمي ويدخل في الاختصاص القيمي محكمة الابتدائية (مع مراعاة أن نصاب الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية هو ما زاد على أربعين ألف جنيه (١٥٨) .

وتتم قسمة المال الشائع سواء كانت اتفاقية أو قضائية إما أن تكون عينية بحيث يجري تقسيم المال الشائع إلى أجزاء مفرزة بما يوازي الحصة الشائعة في هذا المال ، وللمحكمة أن تستعين بمن تشاء من الخبراء لقسمة هذا المال قسمة عينية ، سواء بتقسيمها حصصاً متساوية على أساس أصغر نصيب للشركاء ، بحيث لو كان عدد الشركاء هو أربعة لواحد منهم نصف هذا المال شائعاً ولثان الربع ولثالث والرابع لكل واحد منهما الثمن ، فعندئذ يقسم هذا المال إلى ثمانية أجزاء متساوية تمهيداً لإجراء القرعة بينهم ، بحيث يأخذ من له النصف أربعة أجزاء ، ويأخذ من له الربع جزئين ، ويأخذ كل واحد من الثالث والرابع جزءاً مفرزاً من هذا المال ، ويسري نفس التوزيع إذا كانت حصة الشركاء على الشيوع موزعة إلى النصف والثالث والسادس ، فعندئذ نعتمد في التقسيم أصغر نصيب بحيث يقسم المال الشائع إلى أجزاء متساوية وعددها ستة أجزاء ، تمهيداً لإجراء القرعة بحيث يأخذ من النصف ثلاثة أجزاء ، ويأخذ من له الثلث جزئين ، ويأخذ من له السادس جزءاً واحداً .

بيد أنه قد يتعذر تقسيم المال الشائعة إلى حصص متساوية على أساس أصغر الأنصباء ، الأمر الذي يتعذر معه تحقيق المساواة الكاملة بين الأجزاء المفرزة أو المجزئة تقسيم المال الشائع ، على نحو لا يعين في تحقيق العدالة المرجوة في التوزيع بين الشركاء بحسب قدر حصصهم الشائعة في المال الشائع ، فعندئذ تتم عملية التوزيع لا على أساس السداد والمساواة الكاملة بين هذه الأجزاء المفرزة ، وإنما يتم توزيع المال الشائع إلى أجزاء مفرزة متقاربة (أي على أساس المقاربة والتقريب) ، بحيث يجنب لكل شريك جزء مفرز من هذا المال الشائع ، مع تعويض من يجيئ النقص في نصيبه مقارنة بغيره بنصيب غيره من الشركاء بمعدل نقدي يعوض له هذا النقص ، فمثلاً إذا كان المنزل المملوك على الشيوع لاثنتين من الشركاء حصصاً شائعة متساوية مكوناً من طابقين في كل طابق شقة ، ورأت المحكمة عدم عدالة القرعة بين هذين الشريكين لو اكتفت بإعطاء كل شريك طابق وأجرت قرعة بينهما في هذا الشأن ، نظراً

(١٥٨) وقد تم تعديل النصاب ليكون على هذا القدر بموجب القانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧م بتعديل بعض أحكام قانون المرافعات المدنية و التجارية و قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية الجريدة الرسمية - العدد ٢٢ مكرر في ٦ يونيو سنة ٢٠٠٧م ، وقد جرى العمل بهذا القانون في ١٠/١٠/٢٠٠٧م .

لوجود تفاوت بين قيم هذين الطابقين ، فعندئذ يجري تجنيب طابق لكل واحد مع تعويض من كانت قيمة طابقه أقل من الآخر بمعدل نقدي يجبر نصيبه ، فلو فرضنا مثلاً أن قيمة الطابق الأرضي أو الأول يساوي ٤٠٠ ألف جنيه ، في حين أن الطابق الثاني في المنزل (أي الأول علوي) يساوي ٦٠٠ ألف جنيه ، فعندئذ نأخذ من نصيب الأخير مائة ألف ونعطيها للشريك الذي جنب له الطابق الأرضي ، وبذلك تتحقق العدالة في القسمة بين الشريكين .

ويراعى أنه لا يتم الالتجاء إلى طريق التجنيب إلا إذا تعذر الالتجاء إلى طريق القرعة ، وفي كلتا الحالتين تصدر المحكمة الجزئية المختصة حكماً بإعطاء كل شريك هذا الجزء المفروض الذي وقع نصيبه ، ويجب أن تصادق المحكمة الابتدائية على حكم المحكمة الجزئية بعد صيرورته حكماً نهائياً ، إذا كان من بين الشركاء شريك غائب أو عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن نائبه القانوني ولياً .

وإذا تعذرت قسمة المال الشائع أصلاً ، كما لو كان مالياً لا يقبل القسمة أو التجزئة بحسب طبيعته ، مثل السيارة المملوكة للشيوخ لعدد من الشركاء ، أو شقة سكنية مملوكة على الشيوخ لمجموعة من الشركاء (سواء كانوا أخوة أو أصدقاء أو غرباء) أو كان المال قابلاً للقسمة والتجزئة بحسب أصله وطبيعته لكنه يترتب على قسمته إنقاص كبير في قيمته ، فعندئذ تجري قسمته بطريق التصفية ، فيتم بيعه بالمزاد العلني ثم يوزع الثمن الراسي عليه المزاد بين الشركاء بحسب قدر أنصبتهم في هذا المال الشائع ، والأصل في بيع الأشياء بالمزاد العلني أن يكون الدخول في المزاد متاحاً لكل أحد يرغب في الدخول فيه سواء كان شريكاً أو غير شريك ، بيد أنه يجوز للشركاء الاتفاق فيما بينهم بالإجماع على أن يجري قصر المزايدة في هذا البيع على الشركاء وحدهم ، بحيث يرسو المزاد على واحد من هؤلاء الشركاء ، أما في الفرض الأول والذي يمثل الصورة المعتادة في البيع بالمزاد العلني فقد يرسو المزاد على شريك وقد يرسو على أجنبي عن الشركاء ، فإذا رسا المزاد على شريك سرت على رسو المزاد عليه أحكام القسمة وترتبت عليه آثارها ، في حين أنه إذا رسا المزاد على أجنبي سرت على رسو المزاد عليه أحكام البيع (١٥٩) ، وإن كان من الفقه من يرى أنه في كلا الحالين تسري أحكام البيع وترتبت عليه آثاره

(١٥٩) انظر في ذلك : العطار ، بند ٦٥ ، ص ١٤٦ ، كيره ، ص ٢١٠ ، البراوي ، ص ٢٢٠ .

سواء رسا المزاد على شريك أو على أجنبي ، تأسيساً على أن رسو المزاد في الحالين يعد بيعاً فتسري عليه أحكام البيع ، أما توزيع الثمن الذي رسا عليه المزاد فهو قسمة بطريق التصفية فتسري عليه آثار القسمة (١٦٠) .

آثار القسمة القضائية

يترتب على القسمة القضائية زوال حالة الشيوخ بين الشركاء واختصاص كل شريك بجزء مفرز من هذا المال وتملكه له واستثنائه به دون غيره ، وفي نفس الوقت زوال ما كان من حق شائع في باقي الأجزاء المفرزة من هذا المال والتي صارت ملكاً خالصاً لمن وقعت في أنصبتهم من باقي الشركاء بأثر رجعي ، وهذا يبرز لنا الأثر الكاشف لهذه القسمة ، فضلاً عن الأثر الرجعي لها ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

الأثر الكاشف للقسمة .

القسمة ليست تصرفاً منشئاً أو ناقلاً للملك إلى المتقاسمين ، أي لا توجد هذا الملك للمتقاسم ابتداءً ، بخلاف عقد البيع فهو تصرف ناقل للملك من البائع إلى المشتري أو تصرف منشئ لهذا الملك ، لأنه هو الذي يوجد له وينشئه له من جديد بعد أن كان معدوماً أو عدماً بالنسبة له قبل هذا البيع ، والقسمة لها أثر كاشف حيث كشفت بعد تمامها عن ملكية كل شريك ملكية مفرزة لذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة وكأنه كان له هذا الجزء منذ بداية الشيوخ وليس من تاريخ القسمة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٤٣ مدني مصري بقولها " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوخ وأنه لم يملك غيرها شيئاً في بقية الحصص " (١٦١) .

(١٦٠) انظر في ذلك : الجمال ، ص ١٨٧ ، محمد حسين عبد العال ، ص ١٠٠ .

(١٦١) إذ تنص المادة ٧٩٩ مدني بحريني على ذلك بقولها " يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة .

وتكون ملكيته خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقاً للقانون " ، كما تنص المادة ٨٣٨ مدني كويتي على أنه " يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة . وتكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقاً للقانون " .

ويترتب على كون القسمة تصرفاً كاشفاً للملك وليس منشئاً أو ناقلاً له الآثار الآتية :

لا يعد الشريك المتقاسم خلفاً خاصاً لباقي الشركاء المتقاسمين ، لأنه لم يتلق ملكيته لنصيبه عنهم ، إنما كشفت القسمة له عن هذا النصيب وكأنه كان ملكاً خالصاً له منذ البداية وليس من تاريخ القسمة .

لا يحتج على الشريك في نصيبه المفرز الذي آل إليه بطريق القسمة بما رتبته عليه أي شريك آخر من باقي الشركاء من حقوق عينية أصلية أو تبعية ، وتعتبر وكأنها صدرت من غيرمالك ، فتسري عليها أحكام بيع ملك الغير ، وبذلك يخلص هذا الجزء المفرز للشريك مطهراً أي حقوق للغير كان قد رتبها أحد الشركاء قبل حصول القسمة .

ولا يستثنى من ذلك سوى الرهن الذي رتبته الشركاء بالإجماع على المال الشائع قبل القسمة ، فيظل حجة على الشريك في نصيبه المفرز (في كل من مصر والكويت والبحرين) أو رتبته الأغلبية الخاصة المالكة لثلاثة أرباع المال الشائع وفقاً للصلاحيات القانونية المقررة لها قبل القسمة (في الكويت والبحرين فقط) .

يحتج بالقسمة العقارية بين المتقاسمين ولو لم تكن مسجلة ، لأنها كاشفة وليست منشئة أو ناقلة للملك ، فالتصرفات العقارية الناقلة للملك أو الكاشفة له لا يحتج بها قبل الأطراف ولا بالنسبة للغير إلا إذا كانت مسجلة ، لكن لا يحتج بالقسمة العقارية في مواجهة الغير إلا إذا كانت مسجلة مثلها في ذلك مثل التصرفات العقارية الناقلة للملك أو المنشئة له ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦م بقولها " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير. ويسرى هذا الحكم على القسمة ولو كان محلها أموالاً موروثاً " .

لا تصلح القسمة سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم القصير ، نظراً لأن السبب الصحيح هو التصرف القانوني الناقل للملك متى صدر من مالك ، والقسمة ليست تصرفاً ناقلاً للملك أو منشئاً له ، بل هي تصرف كاشف له ، وفي نفس الوقت لا تصلح القسمة

أيضاً سبباً صحيحاً للتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز ، ومن ثم إذا وضع شخص يده على شيء بلا سند بنية تملكه ثم توفي عن أبناء فاقتموا هذا الشيء فيما بينهم (منقولاً كان أو عقاراً) ، فلا يجوز لهم تملكه بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز إن كان منقولاً ، ولا بالتقادم الخمسي القصير مع وجود السبب الصحيح ، لأنه لم يكن مع مورثهم أي سند أصلاً ، كما لا تصلح القسمة التي جرت بينهم سبباً صحيحاً ، لأنها تصرف كاشف وليست تصرفاً منشئاً أو ناقلاً للملك .

الأثر الرجعي للقسمة .

لا جرم أن التسليم بالأثر الكاشف للقسمة على النحو الذي رأينا ، يستلزم في نفس الوقت الاعتراف لها بالأثر الرجعي ، حيث يعتبر كل شريك اختص بنصيب مفرز في المال الشائع بعد القسمة مالكاً له وحده دون باقي الشركاء لا من تاريخ حصول القسمة ولكن بأثر رجعي من بدء الشراكة في المال الشائع ، وبناء عليه تعتبر التصرفات التي صدرت باقي الشركاء في هذا الجزء المفرز قبل القسمة وكأنها صدرت من غير مالك فتسري عليها أحكام بيع ملك الغير .

بيد أنه على الرغم من ذلك قد يتدخل القانون فيعطل تطبيق هذا الأثر الرجعي للقسمة أو يخالف ما يترتب عليه من نتائج ، ويتجلى في الأمور الآتية :

لا يحصل الشريك المتقاسم على ثمار نصيبه المفرز الذي آل إليه بالقسمة بأثر رجعي وإنما يحصل عليها بأثر فوري مباشر من تاريخ إتمام القسمة ، ومن ثم تبقى الثمار المقبوضة قبل القسمة عن هذا الجزء المفرز وغيره من الأجزاء المفرزة في أيدي من قبضها من الشركاء بحسب قدر حصصهم الشائعة في المال الشائع ولا يطالب أحد منهم بالرد .

يبقى نافذاً في حق الشريك المتقاسم في نصيبه المفرز الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع في عقار شائع أياً كانت نتيجة القسمة ، لأن هذا الرهن صادر عنه وعن غيره من الشركاء وهو ضامن لتصرفه بالرهن الصادر عنه وعن غيره من الشركاء ، ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، فيحتج - من ثم - عليه بهذا الرهن ، وهذا ما نصت عليه المادة

١/١٠٣٩ مدني مصري (١٦٢) ، وأضافت المادة ٧٩٩ من القانون المدني البحريني (١٦٣) ،
والمادة ٨٣٨ من القانون المدني الكويتي (١٦٤) إلى جانب نفاذ الرهن الصادر من جميع
الشركاء نفاذ الرهن الصادر من الأغلبية الخاصة للشركاء (وهي الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع
المال الشائع) أيضاً .

يعتد بوقت القسمة وليس بوقت بدء الشروع في دعوى نقض القسمة الاتفاقية للغبن الفاحش
(ونؤمل في تعديل النص القانوني ليجيز ب ظل هذا النقض حتى في القسمة القضائية ، لأنه وإن
كانت العدالة غالباً ما تتحقق في هذه القسمة على نحو يرتفع معها حصول الغبن الفاحش ، فإن
حصوله ولو كان نادراً جديراً بأن يرخص للمتضرر منه طلب رفعه دفعاً للظلم الذي قد يقع
عليه) عند تقدير قيمة نصيب المتقاسم المغبون مقارنة بقيم أنصباة باقي الشركاء المتقاسمين .

ج- الالتزام بضمان التعرض وضمان الاستحقاق

ليس من العدالة في شيء أن تجري القسمة بين الشركاء على الشروع في مال شائع ، ويختص
كل واحد بجزء مفرز من هذا المال ، فتخلص لمعظم الشركاء أنصباؤهم المفرزة دون أن يتعرض
لهم فيها أحد أو يستحق منها شيء لأحد ، ويواجه أحدهم أو بعضهم تعرضاً أو استحقاقاً دون
أن يضمه في ذلك التعرض أو ذاك الاستحقاق الباقون من الشركاء ، لذلك تدخل واضع القانون
ففرض على عاتق المتقاسمين التزاماً بضمان التعرض أو الاستحقاق الذي يتعرض له أي شريك
متقاسم في نصيبه المفرز الذي آل إليه بسبب القسمة ، فيعوضونه عن ذلك تعويضاً يجبر
ضرره الذي أصابه من جراء ذلك ، حتى تتحقق العدالة والمساواة بين المتقاسمين ، حيث نصت

(١٦١) إذ تنص هذه المادة على أنه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " . وهو عين ما نصت عليه ٩٥٠ مدني بحريني على أنه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " ، ونصت عليه المادة ٩٧٩ مدني كويتي على ذلك بقولها " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " .

(١٦٢) إذ تنص هذه المادة على أنه " يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة وتكون ملكيته خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقاً للقانون " .

(١٦٤) إذ تنص هذه المادة على أنه " يعتبر المتقاسم مالكا وحده للنصيب المفرز الذي اختص به في القسمة. وتكون ملكيته له خالصة من كل حق رتبة غيره من الشركاء ما لم يكن الحق قد تقرر بإجماع الشركاء أو بأغليبيتهم وفقاً للقانون " .

المادة ٨٤٤ مدني مصري على أنه " ١ - يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين " . ٢ - غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه " (١٦٥) .

فما هو المقصود بهذا الالتزام ، وما هو نطاقه ، وما هي شروطه ، وما هي الآثار المترتبة عليه ؟

معنى الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق .

يقصد بهذا الالتزام أن يلتزم الشركاء المتقاسمون بأن يضمنوا لكل شريك متقاسم حصل على نصيب مفرز بموجب القسمة التعرض الشخصي الحاصل له فيه من باقي الشركاء والتعرض القانوني الحاصل من الغير .

نطاق الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق .

لقد قصر القانون صراحة التزام المتقاسمين في مواجهة بعضهم البعض ضمان التعرض أو ضمان الاستحقاق الذي يقع لأي متقاسم منه في نصيبه المفرز الذي آل إليه بالقسمة ، ومن ثم لا يمتد الضمان - وفق ظاهر النص - ليشمل ما قد يظهر في نصيب الشريك المتقاسم من

(١٦٥) إذ تنص المادة ٨٠١ مدني بحريني على أنه " أ - يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة " . " ب - فإذا استحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير . فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعاً وقت الاستحقاق " . " ويكون كل متقاسم ملزماً بنسبة حصته ، فإذا كان أحدهم معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين " ، وتنص المادة ٨٤٠ مدني كويتي على أنه " يضمن كل متقاسم للآخر ما يقع في النصيب الذي اختص به من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة . ٢ - فإذا استحق نصيب المتقاسم كله أو بعضه ، كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة إذا كان ذلك ممكناً دون ضرر لباقي المتقاسمين أو للغير . فإن لم يطلب الفسخ أو تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بمقدار ما نقص من نصيبه على أساس قيمة الأموال المقسومة جميعاً وقت الاستحقاق . ويكون كل متقاسم ملزماً بنسبة حصته ، فإذا كان أحدهم معسراً وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين .

عيب خفي ، تأسيساً على أنه إذا كان معروفاً لدى الشركاء في الشروع بوجود جزء معيب فيه ، فإنه سيكون معلوماً لديهم أنه سيقع هذا الجزء المعيب حتماً في نصيب أحدهم عند القسمة فيكونوا قد رضوا بهذه النتيجة بلا ضمان أو أنهم قد راعوا وجود ذلك العيب عند القسمة ، ولا يبقى لمن وقع في نصيبه هذا الجزء المعيب المعلوم لهم جميعاً إلا أن يرجع على الباقيين بطلب نقض القسمة للغبن الفاحش إذا كان وجود هذا العيب في نصيب جعل قيمة هذا النصيب تقل عن أنصباة الباقيين بما يزيد عن الخمس أو يرجع عليهم بدعوى إبطال القسمة للغلط الجوهري الذي وقع فيه بشأن نصيبه فيها لاسيما إذا كانت قسمة اتفاقية (١٦٦) .

ويضمن الشريك المتقاسم لباقي الشركاء المتقاسمين تعرضه الشخصي سواء كان تعرضاً مادياً أم كان تعرضاً قانونياً يدعي فيه بوجود حق له على هذا النصيب لسبب سابق على وقوع القسمة ، كما يضمن فقط التعرض القانوني الصادر من الغير لسبب قانوني سابق على القسمة ، ومن ثم لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير (سواء كان ذلك الغير هو واحد من الشركاء المتقاسمين أم كان أجنبياً عنهم) ، لأن أي شريك متقاسم غير مسئول قانوناً عن الفعل المادي الصادر عن غيره ، وبمقدور الشريك المتقاسم بما له من حق ملكية على نصيبه المفرز بعد القسمة أن يرده بالوسائل القانونية المتاحة له من خلال دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة إن كان ذلك الغير قد سلبها منه ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، سواء وقع من شريك متقاسم أو وقع من غير أجنبي عن الشركاء المتقاسمين .

ويلتزم كل شريك متقاسم ، إذا فشل في صد التعرض الملتزم بضمانه في مواجهة أي من الشركاء المتقاسمين ، فكان من شأن ذلك أن كسب الغير الحق الذي كان يدعيه على النصيب المفرز الذي آل إلى الشريك المتقاسم بالقسمة ، بضمان استحقاق الغير لذلك النصيب المفرز كلياً أو جزئياً ، ويلتزم من ثم هو وباقي الشركاء المتقاسمين بتعويضه عنه تعويضاً كاملاً بما يجبر ضرره ، على أن يجري تقدير قدر هذا التعويض بقيمة نصيبه المفرز هذا وقت القسمة وليس وقت تقدير هذا التعويض ، لأنه الوقت الذي ينبغي أن تكون فيه أنصباة الشركاء

(١٦٦) انظر في نفس المعنى: العطار ، بند ٧١ ، ص ١٥٧ ، هامش ٤٩ ، حيث يقول سيادته " ولا ضمان للعيوب الخفية في القسمة ، لأن المتقاسم لا ينقل لشركائه أنصبتهم حتى يضمن عيوبها بخلاف البائع ، كما يراعى عادة العيب في القسمة عند تقدير قيمة المال الشائع ، فإذا أغفلت مراعاته أمكن الطعن في القسمة بالغبن إذا توافرت شروطه " .

المتقاسمين متساوية ، ويوزع هذا التعويض الذي يدفع لهذا الشريك على جميع الشركاء بما فيهم مستحق الضمان نفسه ، كلٌ بقدر حصته في المال الشائع قبل قسمته ، وإذا كان من بين الشركاء المتقاسمين معسرٌ جرى توزيع نصيبه على الباقيين من الشركاء المتقاسمين غير المعسرين بما فيهم مستحق التعويض نفسه .

وجدير بالذكر أن النص سالف الذكر قصر هذا الضمان على ما يكون من تعرض صدر عن الشريك سواء كان تعرضاً مادياً (شريطة أن يكون قد صدر منه شخصياً) أم كان تعرضاً قانونياً (أي يستند إلى حق له يدعيه عليه سواء صدر هذا التعرض منه أو من الغير) شريطة أن يكون سببه سابقاً على القسمة ، ومن ثم فإنه يفهم من إشارة النص أن التعرض أو الاستحقاق الذي يحدث لسبب لاحق على القسمة لا يضمنه الشريك المتقاسم ، أنه يكون بمقدور الشريك المتقاسم - في ضوء هذا المعنى - أن يضع يده بعد القسمة على نصيب غيره من الشركاء المتقاسمين فيتملكه بالتقادم مثله في ذلك مثل أي شخص آخر أجنبي عن هؤلاء الشركاء المتقاسمين (١٦٧) .

لكنني لست مع هذا الرأي وبذلك يبقى الشريك المتقاسم ضامناً لفعله الشخصي سواء كان سابقاً على القسمة أو لاحقاً لها ، لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض مطلقاً ، وبذلك يكون ضامناً لتعرضه الشخصي مادياً كان أو قانونياً ، كما يكون ضامناً لتعرض الغير له تعرضاً قانونياً لفعل صادر عنه ولو كان لاحقاً على حصول القسمة ، لأنه مادام أن هذا التعرض القانوني الصادر عن الغير كان بسبب فعل الشريك المتقاسم كان بمثابة تعرض شخصي مادي صادر عن ذلك الشريك المتقاسم فيضمنه سواء كان سابقاً على القسمة أو لاحقاً لها ، هذا مع مراعاة أنه في التعرض الحاصل قبل القسمة ينبغي أن نميز بين التعرض المادي الحاصل من الشريك المتقاسم شخصياً فهو ضامنه قبل القسمة أو بعدها ، أما التعرض المادي الحاصل من غيره من الشركاء قبل القسمة أو بعدها فلا يضمنه إلا إذا كان بفعله الشخصي لأنه سيكون متواطئاً مع ذلك الغير في اعتدائه على شريكه المتقاسم ومرتكباً لفعل محظور عليه ، لأن من وجب عليه الضمان لم يجز له التعرض مطلقاً وأياً كان نوع التعرض ، لأنه عمل

(١٦٧) عبد الرزاق السنهوري ، بند ٥٨٩ ، جميل الشراوي ، بند ٥٤ ، إسماعيل غانم ، بند ١٣٥ .

غير مشروع يصدر عن الشخص فتتعقد مسؤوليته عنه وحده دون غيره من باقي الشركاء ، فهي مسئولية عن فعل شخصي فتكون ذات طابع شخصي فلا يضمن فيها أحدٌ غيره ولو كان شريكاً معه ، أما تعرض الغير المادي الذي لا تواطؤ فيه من الشريك المتقاسم ولا تحريض ، فهذا غير مسئول عنه ، ويجب على الشريك صده بوسائله القانونية المقررة له فذ هذا الشأن ، وبعد حصول القسمة يظل الشريك المتقاسم ضامناً لتعرضه الشخصي سواء كان مادياً كان أو قانونياً ، كما يضمن تعرض الغير له سواء كان تعرضاً مادياً بفعله الشخصي (أي بتحريض منه أو تواطؤ معه) أم تعرضاً قانونياً بسبب حق يديه صادر عن ذلك الشريك المتقاسم ، تأسيساً على أن مثل هذا التعرض القانوني الصادر من الشريك المتقاسم بعد القسمة يمثل بمثابة تعرض مادي صادر عن الشريك المتقاسم شخصياً ، وهنا تقع تبعة هذا الضمان على الشريك المتقاسم شخصياً لأن مسؤوليته عنه مسئولية شخصية وليست تضامنية مع باقي الشركاء ، لهذا رأينا واضع القانون المدني الكويتي وواضع القانون المدني البحريني ينصان على هذا المعنى صراحة ، بل وقضيا ببطلان أي اتفاق يخالف ذلك ، لأن التعرض المستند للفعل الشخصي للشريك فيه سوء نية منه وهو سلوك غير مشروع يجافي مقتضيات حسن النية في تنفيذ القسمة بينه وبين الشركاء المتقاسمين ، فيتحمل نتيجته وحده ، حيث تنص المادة ٨٠٢ مدني بحريني على أنه " يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله ، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدراً وقت الاستحقاق ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " ، وتنص المادة ٨٤١ مدني كويتي على ذلك بقولها " يضمن المتقاسم ما يقع لغيره من المتقاسمين من تعرض أو استحقاق لسبب لاحق للقسمة يرجع إلى فعله ، ويلتزم بتعويض مستحق الضمان عما نقص من نصيبه مقدراً وقت الاستحقاق ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

بيد أنه لا محل لالتزام الشركاء المتقاسمين بضمان التعرض أو الاستحقاق في مواجهة الشريك المتقاسم المتعرض له في حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان هناك اتفاق صريح على الإعفاء من هذا الضمان أو ذلك . وهذا يعني عدم كفاية الإدعاء بوجود إعفاء ضمني ، حيث يجب أن يكون الاتفاق على هذا الإعفاء

صريحاً ، كما يلزم أن يكون يكون مبيناً في الاتفاق الصريح على الإعفاء حالة خاصة أو عدة حالات خاصة محددة بدقة من صور هذا الإعفاء ، فلا يجوز أن يرد الإعفاء من هذا الضمان عاماً أو مطلقاً في كل الحالات وإلا كان باطلاً .

الحالة الثانية : إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً إلى خطأ الشريك المتقاسم نفسه ، كما لو أنه لم يخبر باقي الشركاء المتقاسمين بدعوى الغير بالمطالبة بحق له على نصيبه المفرز الذي آل إليه بالقسمة ، فكسب القضية ، ولو أخبرهم لقدموا ما لديهم من مستندات دامغة تدحض دعوى ذلك الغير .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢/٨٤٤ مدني مصري بقولها " غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، ويمتنع الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه " (١٦٨) .

ويسقط حق الشريك المتقاسم في الرجوع على الباقيين بضمان التعرض والاستحقاق بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ حصول الاستحقاق ، باعتباره الوقت الذي يصبح فيه التزام الشركاء المتقاسمين مستحق الأداء (١٦٩) ، تطبيقاً لنص المادة ١/٣٨١ مدني مصري والتي تنص على أنه " لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي أصبح فيه الدين مستحق الأداء (١٧٠) .

(١٦٨) إذ تنص المادة ٨٠٣ مدني بحريني على ذلك المعنى بقولها " مع عدم الإخلال بما تقضي به المادة السابقة لا يكون للضمان محل إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها أو كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه " ، وتنص عليه المادة ٨٤٢ مدني كويتي بقولها " مع عدم الإخلال بما تقضي به المادة السابقة لا يكون للضمان محل إذا وجد اتفاق صريح على الإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها أو كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه " .

(١٦٩) انظر في ذلك : العطار ، بند ٧١ ، ص ١٥٩ ، هامش ٥٣ ، الببراوي ، بند ١٦٢ ، حسن كيرة ، بند ١٢٣ ، أحمد سلامة ، بند ١٤٧ ، محمد حسين عبد العال ، ص ١٠٧ ، شحاتة غريب ، ص ١٠٠ ، هامش ٢٦٢ .

(١٧٠) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣٧٢/أ مدني بحريني بقولها " لا يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " ، ونصت عليه المادة ١/٤٤٥ مدني كويتي " لا يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

الفصل الخامس

أسباب كسب الملكية

لا جرم أن حق الإنسان في التملك هو أحد الحقوق العامة التي حرصت الدساتير على التأكيد عليها ورعايتها (١٧١) ، وتتنوع أسباب كسب الملكية أو مصادر حق التملك إلى عدة أنواع أوردها واضع القانون على سبيل الحصر والتعيين ممثلة في الاستيلاء والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة ، والميراث ، والوصية ، وقد قسم الفقهاء هذه الأنواع إلى تقسيمات مختلفة تتنوع بتنوع الأساس الذي يعول عليه في إجراء هذا التقسيم أو ذاك ، فهناك تقسيم لها إلى أسباب منشئة للملك وذلك حينما يكون هذا السبب سبباً في وجوده لصاحبه وإنشائه له دون يتلقاه من أحد مثل الاستيلاء ، وأخرى ناقلة له ، أي حينما يكون هذا السبب ناقلاً لحق الملكية من مالك سابق إلى مالك لاحق مثل الميراث والوصية والشفعة والعقد والحيازة والالتصاق .

مع مراعاة أن هذه التصرفات الناقلة للملك قد تتم عند الوفاء مثل الميراث والوصية ، ومنها ما يجري بين الأحياء مثل العقد والشفعة والحيازة والاستيلاء والالتصاق .

ومن هذه التقسيمات ما يعول في إجراء على كونها تقوم على تصرفات قانونية مثل العقد والوصية ، أو تقوم على وقائع مادية مثل الاستيلاء والحيازة والشفعة والالتصاق والميراث .

وقد جرت العادة في كليات الحقوق على معالجة وشرح نظام الميراث والوصية ضمن مقررات الشريعة الإسلامية ، لاسيما وأنها يخضعان في جزئياتهما وتفصيلاتها لقواعد مستمدة من مصادر تلك الشريعة الإسلامية الغراء ، ولذا فإننا نحيل في شأنهما إلى هذه المقررات الشرعية التي درجت على تناولهما بالبيان والتفصيل ، كما درجت العادة أيضاً على دراسة العقد بكل عناصر تكوينه وقواعده ومبادئه التي تحكمه في الفرقة الثانية بكلية الحقوق ، ثم معالجة أهم

(١٧١) إذ تنص المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٤ على أن " الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون " .

وأبرز أنواع العقود مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد التأمين في سنة دراسية لطلاب الفرقة الثالثة بكلية الحقوق ، لذا فإننا نحيل بشأن العقد إلى المقررات الدراسية التي عالجتة .

ولذا فإنني سأقصر دراستي على بعض أسباب كسب الملكية الأخرى التي درجت مقررات أسباب كسب الملكية على معالجته وتدرسه لطلاب الفرقة الرابعة بكلية الحقوق ، مثل الاستيلاء والالتصاق والشفعة والحيازة ، وذلك على التفصيل الآتي :

المبحث الأول

الاستيلاء

يقصد بالاستيلاء بوصفه سبباً من أسباب كسب الملك أن يضع الشخص يده على مال ليس مملوكاً لأحد بنية تملكه ، فيصبح بمجرد توافر هذا المعنى مالكاً له ، فالاستيلاء لا يتصور ابتداءً إلا على مال ليس مملوكاً لأحد ، ومن ثم فهو لا يتصور إلا في المنقولات ، لأن العقارات التي لا مالك تصير بنص القانون ملكاً خاصاً للدولة ، ومن ثم لا يجوز أن يرد بشأنها الاستيلاء بوصفه سبباً من أسباب كسب الملك . والاستيلاء بهذا المعنى يقوم على عنصرين : عنصر مادي وهو مجرد وضع اليد على المال ، دون اشتراط مضي زمن معين على وضعها مثلما يشترط في كسب الملك بالتقادم ، والتي تمثل الواقعة المادية الخارجية في الاستيلاء (١٧٢) ، وعنصر نفسي أو معنوي يتمثل في توافر النية أو القصد في تملك المال غير المملوك لأحد من جانب الشخص لحظة وضع يده على هذا المال .

(١٧٢) انظر في ذلك : جميل الشرقاوي ، ص ٢٤٧ ، شحاتة غريب شلقامي ، ص ١١٣ ، جلال محمد إبراهيم ونبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٩١ ، شوقي صلاح ، ص ١٥ .

المطلب الأول

عدم ورود الاستيلاء على العقارات

لم يعد متصوراً ورود الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية على العقارات ، لأنه لا يرد إلا على مال غير مملوك لأحد ، ووجود عقارات غير مملوكة لأحد لم تعد موجود في ظل قاعدة قانونية تقرر ملكية الدولة ملكية لأية عقارات ليست مملوكة لأحد في المجتمع ، حيث تنص المادة ٨٧١ مدني مصري على أنه " ١- الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة " . " ٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح " (١٧٣) .

وكان مباحاً فقط في ظل القانون المدني المصري تملك الشخص للعقارات بالاستيلاء عليها في حالة وحيدة إذا كانت أرضاً مواتاً ، وقام الشخص بإحيائها أياً كانت صورة هذا الإحياء ، أي سواء كان بزراعتها أو الغراس فيها أو بالبناء عليها إن كانت أرض فضاء ، فإذا تملكها وجب عليه ألا يتوقف عن استعمالها ، وإلا فقد ملكيتها إذا لم يستعملها خمس سنوات متتابة خلال خمس عشرة سنة من تاريخ تملكها بالإحياء ، حيث كانت تنص المادة ٣/٨٧١ مدني مصري على أنه " إلا أنه إذا زرع مصري أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك " (١٧٤) .

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤م وألغي على إثر صدوره العمل بهذه الفقرة الثالثة من ٣/٨٧١ مدني مصري ، حيث ألغت المادة ٨٦ من هذا القانون صراحة العمل بالفقرة الثالثة من القانون المدني المصري ، ثم أضحى - بموجب نص المادة الثانية من هذا القانون - أي عقار أياً كانت طبيعته غير مملوك لأحد ملكاً خاصاً للدولة ، حيث نصت صراحة على أنه

(١٧٣) إذ تنص المادة ٨٤٧ مدني بحريني على أنه " كل عقار لا مالك له يكون ملكاً للدولة " وتنص المادة ٨٧٨ مدني كويتي على أنه " كل عقار لا مالك له يكون ملكاً للدولة " .

(١٧٤) لم يرد في القانون المدني البحريني أو القانون المدني الكويتي نص مماثل لهذا النص .

" لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع اليد بأية صفة كانت على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة التي تسري عليها أحكام هذا القانون إلا وفقاً لهذه الأحكام " .

ثم صدر القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ بشأن الأراضي الصحراوية فنصت المادة العاشرة منه على أنه " يحظر على أي شخص طبيعي أو معنوي أن يحوز أو يضع اليد أو يتعدى على أي جزء من الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون ، وفيما عدا ما تقوم به القوات المسلحة تنفيذاً لخطة الدفاع عن الدولة يحظر إجراء أية أعمال أو إقامة أية منشآت أو غراس أو اشغال بأي وجه من الوجوه إلا بإذن الهيئة. ويقع باطلاً كل تصرف أو تقرير لأي حق عيني أصلي أو تبعي أو تأجير أو تمكين بأي صورة من الصور على تلك الأراضي يتم بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولا يجوز شهره ولكل ذي شأن التمسك بالبطلان أو طلب الحكم به وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويزال وضع اليد المخالف بالطريق الإداري بقرار من الوزير المختص بناء على طلب رئيس الهيئة المختصة ، وبقرار من وزير الدفاع بالنسبة للأراضي التي تشغلها القوات المسلحة كمناطق عسكرية، ويتحمل واضع اليد تكاليف إزالة البناء أو المزروعات أو المغروسات القائمة بالأرض وغيرها من الأعمال المخالفة، وللهيئة أو للقوات المسلحة بحسب الأحوال استبقاء ما ترى استبقاؤه منها واعتباره ملكاً للدولة " .

كما صدر القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١ في شأن بعض الأحكام المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة محدداً الأوضاع والإجراءات الخاصة بإدارة أو استغلال أو التصرف في تلك الأراضي الصحراوية الخاضعة للقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ (١٧٥) .

ونصت المادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩١م على أنه " تكون إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي الصحراوية الخاضعة لأحكام القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨١ في شأن الأراضي الصحراوية وفقاً للأوضاع والإجراءات الآتية:

أ- يصدر رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء بناء على عرض وزير الدفاع قراراً بتحديد المناطق الاستراتيجية ذات الأهمية العسكرية من الأراضي الصحراوية التي لا يجوز تملكها، ويتضمن القرار بيان القواعد الخاصة بهذه المناطق.

(١٧٥) راجع في ذلك : شوقي صلاح ، ص ٢٦ .

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

"وتنشأ هيئة عامة تسمى "الهيئة العامة للتنمية السياحية" يصدر بتنظيمها قرار من رئيس الجمهورية، وتتولى إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض إقامة المناطق السياحية " .

"وتتولى الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض الاستصلاح والاستزراع، كما تتولى هيئة المجتمعات العمرانية الجديدة إدارة واستغلال والتصرف في الأراضي التي تخصص لأغراض إقامة المجتمعات العمرانية الجديدة " .

" وتمارس كل هيئة من الهيئات المشار إليها سلطات المالك في كل ما يتعلق بالأماكن التي يعهد إليها بها، وتباشر مهامها في شأنها بالتنسيق مع وزارة الدفاع وبمراعاة ما تقرره من شروط وقواعد تتطلبها شؤون الدفاع عن الدولة " .

المطلب الثاني

الاستيلاء على المنقول

إن أي شخص يضع يده على منقول غير مملوك لأحد بنية تملكه يصبح بمجرد وضع يده عليه دون حاجة إلى اشتراط مضي مدة زمنية معينة مالكا لهذا المنقول ، وهذا ما نصت عليه المادة ٨٧٠ مدني مصري بقولها " من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ، ملكه " (١٧٦) .
وهنا يثار التساؤل حول متى يعد المنقول غير مملوك لأحد ، بحيث يمكن لمن يضع يده عليه أن يملكه ؟

(١٧٦) وهذا عين ما نصت عليه المادة ٨٤٤ مدني بحريني " من وضع يده على منقول مباح بنية تملكه ملكه " ونصت عليه المادة ٨٧٥ مدني كويتي " من حاز منقولا مباحا بنية تملكه ملكه " .

ويعد الشيء غير مملوك لأحد إذا لم يكن له مالك من الناس ابتداءً ، سواء كان ذلك راجعاً إلى عدم سبق سيطرة أحد عليه من الناس بنية تملكه رغم قابليته للتملك مثل الحيوانات الأليفة أو السائمة أي التي لا مرعى لها فتتطلق لترعى في المراعي العامة لأنه لا مالك لها فكانت ملكاً مباحاً لكل من يضع يده فيحنو عليها ويضمها إلى مرعاه فيصير مالكا لها ، هذا مع مراعاة أنه إذا تملكها بعد وضع يده عليها ثم أطلقها بعد ذلك صارت لا مالك لها ، أم كان ذلك راجعاً إلى كونها من المال الذي يخرج عن دائرة التعامل عليه بحسب طبيعته التي تستعصي على أن يستأثر بها أحد الناس ، بحيث إذا استطاع أحد الناس أن يسيطر على جزء يسير أو كثير منه كان له أن يستولي عليه فيتملكه ، مثل الهواء يستحيل أن يسيطر عليه أحد ، لكن رغم ذلك يجوز للإنسان إذا أخضع قدراً من الهواء لسيطرته الفعلية وحازه على سبيل الاشتتار به عن غيره من الناس أن يملكه ويتعامل عليه بكل صور التعامل ، وكذلك الحال من يأتي بأجهزة حديثة تمتص أشعة الشمس ويسيطر على هذه الأشعة ويعيد بثها للناس عبر مواسير لاستخدامها في أغراض التسخين والتدفئة ، يستطيع أن يملك هذا القدر من تلك الأشعة ويتعامل عليها مع غيره من الناس ، وكذلك من يجري عمليات تنقية لبعض مياه الآبار أو الأنهار أو البحار ويدخل عليها عمليات تطهير وتكرير وتعدين ، ويدخلها تحت استنواذه وسيطرته ويجري لها معالجات كيميائية ويزودها ببعض المواد المعدنية ، يمكن أن يملكها ويبيعها في زجاجات أو عبوات بلاستيكية لجمهور المستهلكين .

وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة ٢/٨٧٢ مدني مصري على أنه " وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له " .

كما يعد الشيء غير مملوك لأحد ، إذا كان هذا الشيء ابتداءً كان مملوكاً لأحد ثم تركه صاحبه وتخلّى عنه بقصد التنازل عن ملكيته له ، وهنا يصبح المال لا مالك له ، ويستطيع أن يملكه أول من يضع يده عليه ، مثال ذلك ما يتخلّى عنه أصحابه من أثاث قديم وأجهزة

كهربائية قديمة وسيارات قديمة متهاكلة أو بها حوادث فيتركونها فترات طويلة في عرض الطريق

وهنا قد تدق مشكلة على نحو يختلط فيه بعض صور الشيء المتروك ، بشيء آخر مختلف عنه ألا وهو ما يسمى بالشيء الضائع أو التائه أو المفقود ، والذي يبدو في ظاهره وكأنه شيء متروك لا مالك له ولا صاحب أي مباح بعد تركه والتنازل عنه مسموحاً ومباحاً لكل من يضع يده عليه قبل غيره أن يملكه بمجرد استيلائه عليه ، لكنه في الحقيقة له صاحب أو مالك معروف ، لكنه ضاع منه أو فقده صاحبه ه ذافي مكان معين أو غير معين فتاه كلٌ منهما عن الآخر، لكنه لم يثبت أن تخلى عنه صاحبه ، بل العكس هو الصحيح بدليل أنه لم يزل منذ فقده له يبحث عنه رغباً في أن يعود عليه ، فكيف نفرق في هذا المقام بين هذا الشيء المتروك أو المتخلى عنه وبين الشيء الضائع أو التائه ؟

لا شك أن الحكم وليد الإثبات فمن يدعي أمراً على خلاف الظاهر عليه عبء إثبات ما يدعيه ، ومن ثم فإن من يدعي أن منقولاً ما بين يدي شخص آخر غيره هو من الأشياء الضائعة أو المفقودة له ويريد أن يلزمه برده إليه وليس من الأشياء المتروكة أو المتخلى عنها فعليه أن يقيم الدليل على صحة ذلك الادعاء وإلا رفض إدعاؤه دون أن يطالب من يتحصن بالوضع الظاهر بشيء ، فإن أفلح في ذلك حكم له بحقه على هذا المنقول ، ما لم يثبت الطرف الآخر ولعل مما يستعان به في مقام التمييز بين هذا النوع أو ذلك قيمة هذا المنقول أو جدته أو قدمه ، وبناء عليه فإنه إذا كان هذا المنقول ذا قيمة نقدية عالية كما لو كان من الماس أو الذهب أو الفضة أو غيرهم من المنقولات الثمينة فظروف الحال وملابساته تدل على أنه شيء مفقود وضائع فتسري عليه من ثم أحكام المفقودات ، بعكس الحال إذا ما كان هذا المنقول من المنقولات ذات القيمة البسيطة مثل المأكولات أو الملابس أو المشروبات أو غيرهم .

أولاً : ما هو حكم الاستيلاء على الأشياء الضائعة ؟

إن الشيء الضائع أو التائه أو المفقود هو شيء كان في ملك صاحبه ، ثم فقده أو ضاع منه أو تاه عنه من غير أن يتخلى عن ملكيته ، بل هو يريد أن يسترده إن وجده إلى حيازته

وسيطرته ، وقد أحال القانون المدني المصري في شأن تنظيم اللقطة أو الشيء المفقود على ما يصدر في شأنها مستقبلاً من لوائح خاصة ، فنصت المادة ٨٧٣ مدني على أنه " الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة " .

ويفرض القانون على من عثر على شيء ضائع أو حيوان تائه أن يرده إلى صاحبه إذا كان يعرفه ، وإلا وجب عليه تسليمه خلال ثلاثة أيام من عثوره عليه إلى أقرب مركز شرطة إن كان في المدينة أو يسلمه خلال ثمانية أيام إلى العمدة إن كان في القرى ، فإذا لم يتم بعملية التسليم خلال أي من المدتين السابقتين عد سارقاً قانوناً ويحرم من العشر ويجري عقابه بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين إذا حبس هذا المال بنية تملكه أو بالغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه إذا لم يكن حبسه للمال بعد المدة المقررة قانوناً للتسليم بنية تملكه وإنما لسبب آخر غيره .

ويجري الاحتفاظ بهذا المال المفقود تحت يد الجهة التي استلمته ويبقى بين يديها مدة سنة كاملة ، فإذا لم يطلبه مالكه خلال هذه المدة ، جرى بيع هذا الشيء بالمزاد العلني بمعرفة جهة الإدارة خلال عشرة أيام من انتهاء مدة السنة ، ويجوز تقصير هذه المدة إن خيف على هذا المال من التلف ، ويكون لمن عثر على هذا الشيء عشر قيمته وتحتفظ جهة الإدارة بالباقي من الثمن لديها لحساب مالك هذا الشيء لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بيعه ، فإن طلبه من يثبت ملكيته له أخذه ، وإن مضت هذه المدة دون أن يطلبه أحد آلت ملكيته إلى الدولة .

وجدير بالذكر أن هذه الأحكام سألفة الذكر قد وردت مفصلة في الأمر العالي الصادر في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨م والذي نص على أنه " من يعثر على شيء أو حيوان ضائع؛ فإنه يجب عليه أن يبلغ عنه أمام أقرب نقطة للشرطة في المَدُن وأمام العُمَد في القُرَى، وأن يُسَلِّمَهُ، فإذا لم يُطالب به مالكه ببيع الشيء في خلال سنةٍ من تسليمه، أو الحيوان في خلال عشرة أيام، في المزاد العلني بواسطة الإدارة، ويصح تقصير الميعاد الذي يتم فيه البيع إذا كان الشيء الضائع يُخشى عليه من التلف، ويكون لمن عثر على الشيء الضائع عُشر الثَمَن، وتحتفظ الإدارة بالباقي لحساب المالك مدة ثلاث سنوات، فإذا لم يَتَقَدَّم المالك في خلال هذه المدة لتسلمه فإنه يؤول إلى الدولة، أما إذا احتفظ من عثر على الشيء الضائع به ولم يبلغ عنه ولم يسلمه في خلال ثلاثة أيام في المدن، وثمانية أيام في القرى؛ فإنه يُحرَم من حَقِّه في العُشر، ويُحكَم عليه

بغرامة، وإذا احتفظ به بنية تملكه فإنه يُعدُّ سارقاً -بالاصطلاح القانوني الذي يوسع من مفهوم السرقة عن المفهوم الشرعي" (١٧٧) .

كما نصت المادة ٣٢١ مكرراً عقوبات على أن " كل من عثر على شيء أو حيوان فاقد ولم يرده إلى صاحبه متى تيسر ذلك، أو لم يسلمه إلى مقر الشرطة أو جهة الإدارة خلال ثلاثة أيام، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين إذا احتبسه بنية تملكه، أما إذا احتبسه بعد انقضاء تلك الفترة بغير نية التملك فتكون العقوبة الغرامة التي لا تجاوز مائة جنيه ."

ثانياً : ما هو حكم الاستيلاء على الكنز ؟

الكنز هو منقول ثمين مدفون أو مخبوء في عقار أو منقول ، ولا يعرف له مالك بحسب الظاهر ، ولا يثبت حق الاستيلاء على الكنز قانوناً لمن عثر ليطملكه بمجرد وضع يده عليه . وهنا يطرح التساؤل نفسه لمن تكون ملكية هذا الكنز ؟ وهل من حق على الكنز ذاته لمن يعثر عليه كنصفه أو ثلثه أو ربعه أو خمسة أو سدسه أو عشره ، أم أن له مجرد نسبة نقدية من قيمته أو مكافأة مالية تقدرها جهة الإدارة نظير عثوره على الكنز وأمانته في رده لمن له حق قانوني عليه ؟

لا جرم أن من يدعي ملكيته لهذا الكنز عليه تقديم الدليل المثبت لصحة إدعائه ، فإن أثبت ذلك كان مالكا له ، ويجب على من عثر عليه أو وجده أن يسلمه له ، وإن لم يثبت أحد ملكيته لهذا الكنز فقد افترض واضع القانون المدني المصري افتراضاً قانونياً بسيطاً (أي يقبل إثبات العكس) مؤداه أن هذا الكنز يكون ملكاً خالصاً لمالك العقار أو المنقول المدفون فيه أو المخبوء به هذا الكنز ، كما أنه إذا وجد الكنز في أرض موقوفة ، فهو مالك للواقف أو ورثته وليس ملكاً للوقف ولا للمستفيد من هذا الوقف، إذ تنص المادة ٨٧٢ مدني مصري على أنه " ١ - الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه

(١٧٧) انظر في ذلك : عبد الرزاق أحمد السهوري، تحديث أحمد مدحت المراغي، الوسيط، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص ٣٢ ، جميل الشرقاوي ، ص

الكنز أو لمالك رقبته " .

" ٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكا خالصا للواقف ولورثته " .

ويجب مراعاة أن هذا الكنز لا بد أن يكون منقولاً ، ومن ثم فلا يصدق وصف الكنز على العقارات ، سواء كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص ، وبناء عليه لا يصدق وصف الكنز على ما يجري العثور عليه من المقابر الأثرية أو البيوت القديمة المدفونة تحت الأرض، وكذلك ما يجري العثور عليه مدفوناً أو مخبوءاً من المنقولات التي تتصل بالأرض اتصال قرار فيصدق عليها وصف العقار بالتخصيص مثل الأعمدة والأحجار والرخام ، كما لا يصدق وصف الكنز ما يجري العثور عليه من المنقولات الثمينة على سطح الأرض أو ظاهرها وليس مخبوءاً أو مدفوناً في باطنها ، مثل الماس والذهب والفضة الأحجار الكريمة التي يجري العثور عليها بظاهر الأرض مفقودة أو ضائعة من أصحابها .

ومما يؤسف له أن واضع القانون المصري لم يكن موقفاً حينما لم يجعل لمن يعثر على الكنز المدفون أو مخبوء أي حق ، وأوجب عليه عقب عثوره عليه أن يرده إلى صاحبه أو صاحب العقار أو المنقول الذي وجد به الكنز أو إلى واقف الأرض الموقوفة ، من غير أن يعترف له بأي حق عليه أو حتى يقرر له بشأنه مكافأة مالية عن أمانته في الكشف عنه بعد العثور عليه ، ولعل هذا الموقف المنتقد الذي انتهجه واضع القانون المدني المصري قد يدفع بعض من يعثر على الكنز إلى سرقة والاستيلاء عليه ، بعكس الحال لو أنه شجعه على الإفصاح عن وجود هذا الكنز لصاحبه أو لجهة الإدارة فيجعل له قدرًا معيناً من ذات الكنز كنصف أو ثلث أو ربع أو عشر أو خمس ، أو حتى قدرًا نقدياً معيناً من قيمته المادية ، أسوة بالقانون المدني الفرنسي الذي جعل الكنز ذاته مناصفة بين مالك العقار وشخص من يعثر عليه (١٧٨) ، أو حتى أسوة بالقانون المدني البحريني (١٧٩) والقانون المدني الكويتي (١٨٠) حيث جعل لمن يعثر على

(١٧٨) انظر في ذلك : شحاتة غريب شلقامي ، ص ١١٧ .

(١٧٩) إذ تنص المادة ٨٤٦ مدني بحريني " الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفاً ، وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة (٨٤٨)

(١٨٠) إذ تنص المادة ٨٧٧ مدني كويتي على أن " الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون خمسه لمن يعثر عليه والباقي لمالك الشيء الذي وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته أو للواقف أو ورثته إذا كان الشيء الذي وجد فيه موقوفاً وذلك مع مراعاة ما تقضي به المادة ٨٧٩ " .

الكنز خمسه، وهذا اتجاه محمود يحقق نوعاً من العدالة المتوازنة بين مالك الكنز ومن يعثر عليه .

ويذهب رأي في الفقه (١٨١) - نوّيه - إلى أن تقرير مكافأة لمن يعثر على هذا الكنز يجد أساسه في قاعدة يقترحها ألا وهي قاعدة الغنم بالغنم وهي قاعدة وإن لم ينص عليها واضع القانون المدني المصري، إلا أنه يرى أنه يتسنى للقضاء أن يحكم بها باعتبارها مستخلصة من المقاصد العامة لتطبيقات قانونية عديدة ، مثل ما جاء في الأمر العالي الصادر في عام ١٩٨٩م بتقرير قدر العشر من قيمة الشيء المفقود أو الضائع لمن عثر عليه ، والمكافأة التي تعطى لمن عثر أو أرشد على أثر أو موقع به آثار وفق المادة ٢٣ من القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٠ المعدل للقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن حماية الآثار (١٨٢) ، وتلك التي تعطى لمن ساهم بأي دور إيجابي في ضبط أسلحة أو ذخائر مفرقات في حوزة الجناة بموجب المادة لمادة ٣١ " ج " من المرسوم بقانون رقم ٦ لسنة ٢٠١٢ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن الأسلحة والذخائر (١٨٣) ، ولمن ساهم في الكشف عن الجرائم الجمركية وفق ١٣١ من القرار بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن قانون الجمارك (١٨٤) .

ويؤكد صاحب هذا الرأي أساس فكرته قائلاً " وفكرة الغنم بالغنم التي نطرحها في هذا السياق إنما تركز على سند قانوني منطقي مقتضاه أنه : إذا كان الفعل الضار يترتب المسؤولية والتعويض فإن المنطق العكسي يصبح مقبولاً؛ أي أن الفعل النافع يترتب نفعاً يتمثل في الحق في المشاركة في الغنم الناتج عنه، فإذا كان للضرر شروط تترتب عليها المسؤولية، فتصبح فكرة المشاركة في

(١٨١) شوقي صلاح ، ص ٢٠، ١٩ .

(١٨٢) حيث تنص هذه المادة على أن " على كل شخص يعثر على أثر عقاري أو موقع به شواهد أثرية غير مسجل أن يبلغ المجلس به، ويعتبر الأثر أو الموقع ملكاً للدولة وعلى المجلس أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة عليه، وله خلال ثلاثة أشهر إمارف هذا الأثر الموجود في ملك الأفراد، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لنزع ملكية الأرض التي وجد فيها أو بقاته في مكانه مع تسجيله طبقاً لأحكام هذا القانون، ولا يدخل في تقدير قيمة الأرض المنزوع ملكيتها قيمة ما بها من آثار، وللمجلس أن يمنح من أرشد عن الأثر أو الموقع المكافأة التي تحددها اللجنة الدائمة المختصة " .

(١٨٣) حيث تنص هذه المادة على أن " يتم صرف مكافأة مالية بقرار يصدر من وزير الداخلية لكل من ساهم بدور إيجابي أدى إلى ضبط أسلحة أو ذخائر أو مفرقات بحوزة الجناة " .

(١٨٤) إذ تنص هذه المادة على أنه " تحدد بقرار من رئيس الجمهورية القواعد التي تتبع في توزيع مبالغ التعويضات والغرامات وقيم الأشياء المصادرة على المرشدين ومن قاموا بضبط الجريمة أو عاونوا في اكتشافها أو ضبطها أو في استيفاء الإجراءات المتصلة بها، وعلى صناديق التعاون الاجتماعي والادخار والصندوق المشترك والأندية الرياضية الخاصة بموظفي الجمارك " .

الغرم نتيجة الفعل النافع مقبولة وفق ضوابطها، حيث تمثل الوجه الآخر للمسئولية عن الفعل الضار" (١٨٥) .

ثالثاً : عدم جواز الاستيلاء على الأشياء الأثرية أو المحميات الطبيعية

تمثل الآثار المصرية ثروة قومية يجب على الدولة حمايتها والمحافظة عليها ، فهي تراث إنساني ذو طابع حضاري من الأملاك العامة للدولة ، ولذا يجب على الدولة بكل أجهزتها ووسائلها التصدي لأية محاولات لسرقتها أو تهريبها إلى الخارج أو تداولها والتعامل عليها ، بوصفها جرائم جنائية لا تسقط بمضي المدة أي بالتقادم ، وقد حرص الدستور المصري على تأكيد هذا المعنى فنصت المادة ٤٩ من دستور ٢٠١٤م على أن " تلتزم الدولة بحماية الآثار والحفاظ عليها، ورعاية مناطقها وصيانتها، وترميمها، واسترداد ما استولي عليه منها، وتنظيم التفتيش عنها والإشراف عليه. ويحظر إهداء أو مبادلة أي شيء منها. والاعتداء عليها والاتجار فيها جريمة لا تسقط بالتقادم " .

وقد نصت المادة الأولى من قانون حماية الآثار (١٨٦) على أنه " فى تطبيق أحكام هذا القانون يعد أثرًا كل عقار أو منقول متى توافرت فيه الشروط الآتية: ١- أن يكون نتاجًا للحضارة المصرية أو الحضارات المتعاقبة أو نتاجًا للفنون أو العلوم أو الآداب أو الأديان التى قامت على أرض مصر منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى ما قبل مائة عام.

٢- أن يكون ذا قيمة أثرية أو فنية أو أهمية تاريخية باعتباره مظهرًا من مظاهر الحضارة المصرية أو غيرها من الحضارات الأخرى التى قامت على أرض مصر. ٣- أن يكون الأثر قد أنتج أو نشأ على أرض مصر أو له صلة تاريخية بها. وتعتبر رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها فى حكم الأثر الذى يتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون " .

(١٨٥) شوقي صلاح ، ص ٢٠ .

وتعتبر الآثار المصرية أيا كانت طبيعتها أو نوعها من الأملاك العامة للدولة فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتسابها بالتقادم ، وهذا ما نصت عليه المادة ٦ من قانون حماية الآثار بقولها " تعتبر من الأموال العامة جميع الآثار العقارية والمنقولة والأراضي التي أعتبرت أثرية عدا ما كان وقفًا أو ملكًا خاصًا فيجوز تملكه وحيازته والتصرف فيه في الأحوال والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية".

ويتولى المجلس الأعلى للآثار إدارة كل ما يتعلق بشئون الآثار ، وفي ذلك تنص المادة الخامسة من قانون حماية الآثار على أنه " مع مراعاة حكم المادة ٣٢ من هذا القانون، يختص المجلس دون غيره بشئون الآثار وكل ما يتعلق بها سواء كانت من متاحفه أو مخازنه وفي المواقع والمناطق الأثرية أو فوق سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الداخلية أو الإقليمية المصرية أو أى أثر عثر عليه بطريق المصادفة، وكذلك البحث والتنقيب في الأراضي حتى لو كانت مملوكة للغير، أو أى نشاط ثقافى أو سياحى أو دعائى أو ترويجى يتعلق بشئون الآثار يقام على المواقع الأثرية أو فى داخل حرم الأثر. وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون ممارسة هذه الأنشطة وبما يحقق تأهيل وتأمين المنطقة الأثرية".

ولقد حظر القانون الاتجار في هذه الآثار ، وقد نصت المادة الثامنة من هذا القانون على أنه " يحظر الاتجار فى الآثار. وفى حالات الملكية الخاصة وفقاً لأحكام هذا القانون أو الحيازة القائمة قانوناً وقت العمل بهذا القانون أو التى تنشأ وفقاً لأحكامه لا يجوز لمالك أو حائز الأثر التصرف فيه للغير أو إتلافه أو تركه، إلا بموافقة كتابية من المجلس، خلال ستين يوماً على الأقل، وذلك وفقاً للإجراءات والشروط والضوابط التى يصدر بها قرار من الوزير، وإلا كان العمل غير مشروع .

" وفى جميع الأحوال يشترط ألا يترتب على العمل المشار إليه فى الفقرة السابقة إخراج الأثر من البلاد بأية صورة كانت " .

" ويكون للمجلس فى جميع الأحوال أولوية الحصول على الأثر من مالكة أو حائزه مقابل تعويض عادل " .

" وعلى كل من يملك قطعاً أثرية وفقاً لأحكام هذا القانون أن يخطر بها المجلس خلال ستة أشهر تبدأ من أول مارس سنة ٢٠١٠، على أن يلتزم بالمحافظة عليها حتى يقوم المجلس بتسجيلها "

" ويجوز للمجلس استرداد القطع الأثرية التي لدى الملاك أو الحائزين أو الآثار المنتزعة من عناصر معمارية والموجودة لديهم متى توافرت مصلحة قومية في ذلك يقدرها مجلس الإدارة، وذلك بناءً على عرض اللجنة الدائمة المختصة مقابل تعويض عادل " .

وقد قرر القانون عقوبات جنائية مشددة على كل سرق أثراً أو هربه أو ارتكب أية أعمال ضارة به ، وفي ذلك تنص المادة ٤١ من قانون حماية الآثار على أنه " يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مليون جنيه كل من قام بتهريب أثر إلى خارج الجمهورية مع علمه بذلك، ويحكم في هذه الحالة بمصادرة الأثر محل الجريمة وكذلك الأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فيها لصالح المجلس".

كما تنص المادة ٤٢ من ذات القانون على أن " يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على خمسمائة ألف جنيه كل من سرق أثراً أو جزءاً من أثر سواء أكان الأثر من الآثار المسجلة المملوكة للدولة أم المعدة للتسجيل أو المستخرجة من الحفائر الأثرية للمجلس أو من أعمال البعثات والهيئات والجامعات المصرح لها بالتنقيب بقصد التهريب. وتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على سبع سنين كل من قام بإخفاء الأثر أو جزء منه بقصد التهريب. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأثر والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة في الجريمة لصالح المجلس.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من قام بالآتي:

(1) هدم أو أثلف عمداً أثراً منقولاً أو ثابتاً أو شوهه أو غير معالمه أو فصل جزءاً منه عمداً.

(2) أجرى أعمال الحفر بقصد الحصول على الآثار دون ترخيص.

وتكون العقوبة في الحالات السابقة السجن والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مائتين وخمسين ألف جنيه إذا كان الفاعل من العاملين بالمجلس أو من مسؤولي أو

موظفى أو عمال بعثات الحفائر أو من المقاولين المتعاقدين مع المجلس أو من عمالهم. كما تنص المادة ٤٣ من ذات القانون على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على مائة ألف جنيه كل من قام بالآتى:

١- نقل بغير إذن كتابى صادر من المجلس أثرا مملوكا للدولة أو مسجلا أو نزعه عمدا من مكانه.

٢- حول المبانى أو الأراضى الأثرية أو جزء منها إلى مسكن أو حظيرة أو مخزن أو مصنع أو زرعها، أو أعتها للزراعة أو غرس فيها أشجارا أو اتخذها جرنا أو شق بها مصارف أو مساقى أو أقام بها أية إشغالات أخرى أو اعتدى عليها بأية صورة كانت بدون ترخيص طبقاً لأحكام هذا القانون.

٣- زيف أثرا بقصد الاحتيال".

كما تنص المادة ٤٤ من ذات القانون على أن "يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها فى المادة (٤٣) من هذا القانون أو بإحدهما كل من خالف حكماً من أحكام المواد (٦) و(٨) و(١٣) و(١٧) و(٢٠) من هذا القانون وفى جميع الأحوال يحكم بمصادرة الأثر محل الجريمة والأجهزة والأدوات والآلات والسيارات المستخدمة فيها لصالح المجلس".

كما تنص المادة ٤٥ على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

١- وضع على الأثر إعلانات أو لوحات للدعاية.

٢- كتب أو نقش على الأثر أو وضع دهانات عليه.

٣- شوه أو أتلف بطريق الخطأ أثراً عقارياً أو منقولاً أو فصل جزء منه.

٤- استولى على أنقاض أو رمال أو مواد أخرى من موقع أثرى أو أراضى أثرية بدون

ترخيص من المجلس، أو تجاوز شروط الترخيص الممنوح له فى المحاجر وأضاف إلى الأرض أو الموقع الأثرى رمال أو نفايات أو مواداً أخرى.

وفى جميع الأحوال يحكم بإلزام الجانى بالتعويض عن الأضرار التى تنشأ عن المخالفة".

المبحث الثاني

الالتصاق

أولاً : تعريف الالتصاق .

لم يتطرق واضع القانون لتعريف الالتصاق تاركاً هذه المهمة للفقهاء ، مخالفاً بذلك مسلك واضع القانون المدني الفرنسي الذي عرف الالتصاق المشرع الفرنسي أورد تعريفاً له في المادة 546 من التقنين المدني الفرنسي قائلاً " مالك الشيء سواء كان عقاراً أو منقولاً يعطيه الحق في كل ما يحتويه الشيء وما يلحق به سواءً طبيعياً أو اصطناعياً وهذا ما يسمى بحق الإلحاق " (١٨٧) .

وذهب رأي في الفقه إلى أن " الالتصاق هو اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر ، ومملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج " (١٨٨) .

ويعرفه رأي ثانٍ قائلاً " يقصد بالالتصاق كسب من أسباب كسب الملكية اندماج شيئين أو أكثر اندماجاً يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف " (١٨٩) .

ويعرفه رأي ثالث بأنه " اندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، مملوكين لشخصين مختلفين على نحو يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف ودون أن يوجد اتفاق على هذا الاندماج، ويترتب على هذا الاندماج أن يمتلك مالك أحد الشيئين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضي " (١٩٠) .

(^{١٨٧}) L'article 546 de la loi du 17/01/1804, promulguée le 06/02/1804, portant code civil français,) stipule que: « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce s'appelle qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit droit d'accession ».

(^{١٨٨}) عبد الرزاق السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني " الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، ص ٢٤٤ ، طبعة عام ١٩٥٢م ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، عبد الحميد الشواربي " الحقوق العينية الأصلية " ، " الفقه ، القضاء ، صيغ الدعاوى " ، ص ٧٧١ ، الكتاب الثامن ، دار المعارف بالأسكندرية ، دون تاريخ نشر .

(^{١٨٩}) يوسف محمد عبيدات ، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص ١٢٤ ، ط ١ ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١١ م .

(^{١٩٠}) علي هادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، " الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية ، حق الملكية، الحقوق المنقولة عن حق الملكية"، ص ٨٤ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011 م .

ويمكننا تعريفه بأنه اندماج شيئين مختلفين مملوكين لشخصين مختلفين ، أحدهما أصلي قديم والآخر تابع طارئ أو حادث بفعل الطبيعة أو الإنسان ، فيندمج الشيء الحادث في الشيء الأصلي لتعذر الفصل بينهما ويصير مالك الشيء الأصلي مالكاً لهما قانوناً (١٩١) .

ويمثل الالتصاق واقعة مادية يترتب على إثرها اندماج شيئين مختلفين مملوكين لشخصين مختلفين بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان دون أن يتفقا على هذا الاندماج ، فيصير على إثرها مالك الشيء الأصلي مالكاً للشيء الذي اندمج فيه بقوة القانون .

ثانياً : شروط الالتصاق .

يتعين في الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية توافر الشروط الآتية (١٩٢) :

١- **الشرط الأول** : أن يكون هناك شيئان مختلفين ، سواء كانا عقارين أو منقولين ، أحدهما أصلي قديم والآخر حادث طارئ منفصل عنه ومختلف معه ، ومن ثم لا تسري قواعد الالتصاق على ما يتولد عن الشيء مثل الثمار الشيء أو ما يعد جزءاً لا ينفصل عنه مثل منتجاته ، لأنها غير منفصلة عن هذا الشيء ، بل هي داخلة فيه سواء بوصفها من متولداته أو بوصفها جزءاً من أجزائه ، بل تسري عليهما قواعد وأحكام الملكية ، فملكية الثمار أو ملكية المنتجات ليست ملكية جديدة ، بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء ، كما لا تمثل الإصلاحات أو التحسينات التي يجريها الحائز في ملك غيره شيئاً متميزاً أو مختلفاً عن هذا الشيء محل الإصلاح أو التحسين ، ومن ثم لا تسري عليها أحكام الالتصاق (١٩٣) .

٢- **الشرط الثاني** : أن يكون هذا الشيئان مملوكين لشخصين مختلفين ، فلا تسري قواعد الالتصاق إذا كان الشيئان مملوكين لشخص واحد ، كما لو بنى شخص بناءً على أرضه ، وإنما يتصور الالتصاق ، حينما تكون الأرض مملوكة لشخص والبناء أو الغراس مملوك لشخص آخر غيره ، وقد يكون المالك للشيء الملتصق بغيره شخصاً

(١٩١) انظر في ذلك : شحاتة غريب شلقامي ، ص ١٢٣ ، شوقي صلاح ، ص ٢٧ .

(١٩٢) انظر في ذلك : محمد حسين عبد العال ، ص ١٠٩ .

(١٩٣) انظر في ذلك : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، تحديث أحمد مدحت المراغي ، الوسيط ، الجزء التاسع ، مرجع سابق ، ص ٢٣١ ، شوقي صلاح ، ص

طبيعياً كما في المثال السابق أو شخصاً معنوياً ولو كان دولة ، مثال ذلك طمي النهر الذي يلتصق بملك صاحب الأرض المجاورة له ، أما إذا كان هذا الطمي غير مملوك لأحد فهنا لا تسري عليه قواعد الالتصاق إنما يمكن أن تسري عليه قواعد الاستيلاء إذا وضع مالك الأرض المجاورة للطي يده عليه بنية تملكه ١٩٤ .

٣-**الشرط الثالث** : أن يندمج الشيئان اندماجاً مادياً سواء بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، بحيث يتعذر فصلهما إلا بضرر أو تلف . وبناء عليه إذا تيسر الفصل بين الشيئين دون تلف أو ضرر ، رجع كل شيء منهما إلى أصله وإلى مالكة الأصلي .

٤-**الشرط الرابع** : ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين على هذا الاندماج .فإن وجد هذا الاتفاق سرت عليه أحكامه وليست أحكام الالتصاق .

فإذا توافرت هذه الشروط وأضحى الشيئان بحصول الاندماج بينهما شيئاً واحداً غير قابل للانفصال إلا بضرر أو تلف ، صار هذا الشيء الواحد مملوكاً لشخص واحد ملكية مفرزة ، ألا وهو صاحب الشيء الأصلي ، وليس لصاحب الشيء التابع أو الطارئ أو الشيء الحادث الملتصق بالشيء الأصلي ، كما لا يصير الشيء بعد الاندماج أو الالتصاق مملوكاً للمالكين معاً على الشيوع بحسب نسبة ما يمثله نصيب كل واحد من هذين الشيئين قبل الاندماج ، وذلك تجنباً لمضار الشيوع ، وتحقيقاً لفكرة العدالة التي توجب جعل الغلبة في الالتصاق للشيء الأصلي على الشيء التبعية ، مع تعويض صاحب الشيء التبعية عن هذا الشيء الملتصق تعويضاً عادلاً يجبر ضرره .

ثالثاً : صور الالتصاق .

وقد يحدث الالتصاق بعقار أو بمنقول سواء كان حاصلًا بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، وقد نظم القانون المدني المصري أحكام الالتصاق بالعقار في المواد من ٩١٨ : ٩٣٠ منه (١٩٥) ، في حين نظم أحكام الالتصاق بالمنقول في المادة ٩٣١ منه (١٩٦) .

(١٩٤) السنهوري " الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، ص ٢٤٤ ، الطبعة الثالثة الجديد، المجلد الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998 م .

(١٩٥) تقابل هذه المواد سالفه الذكر المواد من ٨٨٠ : ٨٨٦ من القانون المدني الكويتي ، والمواد من ٨٤٩ : ٨٥٥ من القانون المدني البحريني .

(١٩٦) وهذه المادة تقابل المادة ٨٨٢ من القانون المدني الكويتي ، والمادة ٨٥٦ من القانون المدني البحريني .

١ - الالتصاق بالعقار .

إن الالتصاق بالعقار قد يكون بفعل الطبيعة فيسمى بالالتصاق الطبيعي ، وقد يكون بتدخل من الإنسان فيسمى بالالتصاق الصناعي ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

أ- الالتصاق الطبيعي بالعقار .

يتخذ الالتصاق الطبيعي بالعقار صوراً ثلاث ، واحدة فقط هي التي يصلح فيها الالتصاق سبباً لكسب الملك ، وهي الحالة التي تزيد فيها مساحة الأرض بسبب ما يجلبه النهر عليها بصورة تدريجية غير محسوسة من طمي يتراكم عليها ، أما الصورة الثانية والتي يحول فيها النهر أرضاً أو يكشف عنها وهي لم تزل جزءاً من مجراه ، والجزر أو الجزائر التي تتكون من مجراه ، فهذه من أملاك الدولة الخاصة ولا يسري عليها الالتصاق ، والصورة الثالثة وهي تتمثل في الأراضي التي تكشف عنها مياه البحر أو المحيطات أو البرك ، فهذه لا تسري عليها أحكام الالتصاق ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

- تملك طمي النهر بالالتصاق .

إن ملاك الأراضي المجاورة لضفاف الأنهار كما أنهم قد يتعرضوا لنقص في مساحة أراضيهم إذا ارتفع منسوب المياه في تلك الأنهار وابتلع جزءاً أو أجزاء منها فيغرموا ، فإن من العدالة أيضاً أنه إذا جلب النهر من الطمي قدرماً معيناً منه على ضفافه بصورة تدريجية تتزايد يوماً بعد يوم وتتراكم مترسبة بجوار تلك الأراضي المجاورة فإن ما يتكون من هذا الطمي مفترشاً من أرض جديدة يلتصق بالأرض أو الأراضي المجاورة لتلك الضفاف سواء كانت مملوكة لشخص واحد أو عدة أشخاص .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩١٨ مدني مصري على أن " الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين " (١٩٧) .

- عدم تملك طرح النهر بالالتصاق .

من المتصور على إثر حدث فيضان شديد في نهر أن يتحول جزء من أرض من مكانه إلى مكان آخر ، وقد يهبط منسوب المياه في نهر فيكشف عن أرض تمثل جزءاً من مجراه ، وقد يحدث أن تتكون في وسط النهر جزر أو جزائر ترتفع عن أعلى منسوب لمياه ذلك النهر ، فمثل هذه الأراضي الجديدة والتي تسمى بطرح النهر لا يسري بشأنها الالتصاق ، وإنما تسري عليها في خصوص ملكيتها أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤م الخاص بتنظيم إيجار العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهي في ضوء المادة ١١ من هذا القانون فإن هذه الأراضي سألقة الذكر التي يصدق عليها وصف طرح البحر تعد مملوكة للدولة ملكية خاصة ١٩٨، هذا مع مراعاة التزام الدولة بتعويض أصحاب الأراضي المجاورة للنهر تعويضاً عادلاً عما يأكل النهر من أجزاء في أراضيهم المجاورة لضفاف هذا النهر عملاً بنص المادة ١٤ من هذا القانون (١٩٩) .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٢١ مدني مصري بقولها " الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها " .

(١٩٧) ليس لهذا النص ما يقابله في القانون المدني البحريني أو القانون المدني الكويتي .
(١٩٨) إذ تنص هذه المادة على أن " يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة- وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظات ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنوياً ويودع هذا القرار مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية " .
(١٩٩) إذ تنص هذه المادة على أن " تلتزم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي نيابة عن الحكومة تعويض أكل النهر الذي يتم حصره بما يعادل خمسين مثل الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه فإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل فيكون تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل " . " ولا يجوز التصرف في حق التعويض عن أكل النهر ويقع باطلاً كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم " .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩١٩ مدني مصري بقولها " ١- الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة" .
" ٢- ولا يجوز التعدي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر .

- عدم تملك الأراضي التي يكشف عنها البحر أو المحيط أو المياه الراكدة في البرك بالالتصاق .

من الطبيعي أن الأراضي التي يكشف عنها البحر هي جزء من هذا البحر ، لا يجوز لمالك أرض مجاورة لها أن يملكها بالالتصاق ، وهي من أملاك الدولة العامة ، ولا يجوز لأحد أن يتعدى على أرض البحر التي تمثل جزءاً أصيلاً منه ، أما ما طغى عليه البحر من أراضٍ مجاورة له ، فلا مانع من إعادة الحقوق لأصحابها فيسترد ملاك تلك الأراضي ما جرفه البحر إليه من أراضيهم أو يرجعون على الدولة بالتعويض العادل عما يتعذر رده من طغيان البحر عليهم في جزء أو أجزاء من أراضيهم المجاورة له .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩١٩ مدني مصري بقولها " ١- الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة" .
" ٢- ولا يجوز التعدي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر" .

هذا بالإضافة إلى أنه يتمتع على ملاك الأراضي المجاورة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك تملك ما تكشف عنه هذه المياه من أراضٍ بالالتصاق ، فهي تعد من الأموال مملوكة للدولة ، بيد أنه يبقى لملاك هذه الأراضي حقوق الملكية على الأراضي التي طغت عليها تلك المياه في البحيرات والبرك .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٢٠ مدني مصري بقولها " ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك ، لا يملكون ما تتكشف عنه هذه المياه من أراض ولا تزول عنهم ملكية ما تغطي عليه هذه المياه " .

ب - الالتصاق الصناعي بال عقار .

يتحقق الالتصاق الصناعي بالعقار حينما يجري إدماج ما جرى غرسه من غراس أو بناؤه من بناء بفعل الإنسان إلى ملكية صاحب الأرض التي عليها الغراس أو البناء .

إذ يفترض قانوناً أن ما على الأرض من غراس أو ما عليها من بناء هو من عمل صاحب تلك الأرض وأجراه بنفسه أو عن طريق آخر بوصفه نائباً عنه على نفقته من ماله الخاص به ، ومن ثم يفترض ملكيته لهذا البناء أو ذلك الغراس إلى جانب ملكيته لتلك الأرض ، هذا ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك ، بإثبات أن مالك الغراس أو البناء شخص آخر غير مالك تلك الأرض التي عليها الغراس أو البناء .

إذ تنص المادة ١/٩٢٢ مدني مصري على أنه " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له " (٢٠٠) .

ذلك أن القرينة القانونية سالفة الذكر هي قرينة بسيطة ، أي يمكن إثبات عكسها ، بإثبات أن مالك الأرض هو شخص آخر غير مالك المنشآت ، فإذا ثبت وجود منشآت أو مبانٍ بنيت على أرض شخص بغير مملوكة لصاحب الأرض ودون تحويل منه بذلك ، سرت قواعد الالتصاق على هذه المنشآت وتلك المباني ، فيتملكها صاحب الأرض نظير تعويض عادل يدفعه لصاحب هذه المنشآت أو المباني .

(٢٠٠) وهو عين ما تنص عليه المادة ٨٤٩ مدني بحريني على أنه " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس ، يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " ، وتنص عليه المادة ٨٨٠ مدني كويتي بقولها " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو منشآت أخرى أو غراس ، يعتبر من عمل مالك الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " .

وجدير بالذكر إن وجود أبنية أو منشآت على أرض شخص معين يثير عدة فروض ، ينبغي أن نطرحها ابتداءً فرضاً فرضاً لنرى ما هي الحلول القانونية التي تحكمها انتهاءً ، وذلك كله على التفصيل الآتي :

الفرض الأول : إقامة مبانٍ أو منشآت أو غرس غراس من قبل مالك الأرض بمواد مملوكة له .

لا تثار أدنى مشكلة في هذا الفرض من أي نوع ، باستثناء أن يلتزم هذا الباني أو ذاك الغارس والمالك في نفس الوقت للأرض التي عليها البناء أو الغراس بالقواعد القانونية التي تفرضها قوانين البناء والتعمير في هذا الشأن ، لأن مالك الأرض هو نفسه مالك المباني أو المنشآت أو الغرس وقد بناها أو غرسها بمواد مملوكة له ملكية خاصة ، فتسري هنا أحكام الملكية الخاصة المفترزة له سواء في خصوص الأرض أو في شأن ما جرى بناؤه عليها من مبانٍ أو منشآت أو غراس .

الفرض الثاني : إقامة مبانٍ أو منشآت من قبل مالك الأرض بمواد مملوكة لغيره .

يثير هذا الفرض مشكلة مؤداها أن مالك الأرض قد قام بحسن نية أو سوء نية باستعمال مواد بناء أو غرس ليست مملوكة له إنما مملوكة لشخص آخر غيره (مثل الحديد والأسمت وخبث وزلط ورمل) أو مواد غرس (كبنور أو أسمدة) فاندمجت والتصقت بالأرض ، فهنا ننظر هل يمكن النزع دون ضرر جسيم يصيب مالك الأرض في هذه المنشآت أو المباني أو الغرس أم أنه يستحيل النزع أو يتعذر حصوله إلا بضرر جسيم يصيب صاحب الأرض ، فإن أمكن النزع دون ضرر جسيم يصيب صاحب الأرض ، جرى النزع على نفقة صاحب الأرض وحسابه لاسيما إذا طلبه صاحب البناء أو الغراس خلال سنة من تاريخ علمه بذلك (ومدة السنة هذه مدة سقوط وليست مدة وقف ، ومن ثم فهي لا تقبل وقفاً ولا انقطاعاً) ، أما إن استحال النزع أو تعذر حصوله إلا بضرر جسيم أو أمكن حصوله لكن لم يطلبه صاحب الحق فيه ، تملك صاحب الأرض ما عليها من غراس أو بناء وفق قواعد الالتصاق مع التزامه بتعويض صاحب هذه المواد عن هذه المواد تعويضاً عادلاً سواء كان

حسن النية أو سيئها ، فضلاً عن التزامه بتعويضه عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك وفق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا كان سيء النية ، أي كان يعلم أن مواد البناء أو الغرس لم تكن ملكاً له ، وإنما كانت مملوكة لغيره .

الفرض الثالث : إقامة مبانٍ أو منشآت من قبل أجنبي على أرض غيره بمواد مملوكة له .

يثير الفرض هنا مشكلة شخص قام ببناء مبنى أو منشأة على أرض مملوكة لغيره بمواد مملوكة للبانى شخصياً ، فما هو الحل القانوني بشأن هذا الغرس أو تلك المباني أو المنشآت ؟

هنا لا بد أن نفرق في هذا الفرض بين عدة صور :

١- الصورة الأولى : حصول الباني على ترخيص من مالك الأرض بالبناء مع الاتفاق معه على أن يمتلك هذا الباني وحده ما يبنيه على تلك الأرض من مبانٍ أو منشآت ، سواء كان ذلك بمقابل أو غير مقابل . وفي هذه الصورة تبقى الأرض وما تحتها ملكاً لصاحب الأرض ، وتكون المباني والمنشآت التي عليها ملكاً خالصاً للبانى ، فإذا زالت المباني أو المنشآت بعد ذلك لسبب أجنبي عن مالك الأرض زال حق الباني على تلك الأرض وخلصت الأرض وسطحها أو علوها لصاحب هذه الأرض .

٢- الصورة الثانية : حصول الباني على ترخيص من مالك الأرض بالبناء على أرضه بمواد مملوكة لهذا الباني ، دون الاتفاق فيما بينهما على مصير ملكية تلك المباني ، فعندئذ لا يجوز لمالك الأرض أن يطلب إزالة هذه المباني ، ويملكها على إثر اتصالها بالأرض اتصال قرار مالك هذه الأرض وفق قواعد الالتصاق على أن يلتزم مالك بتعويض هذا الباني عن هذه المباني أو المنشآت بإحدى هاتين القيمتين : إما قيمة ما تكبده في البناء وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المباني والمنشآت ، هذا إذا لم يطلب صاحب هذه المنشآت نزعها .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٢٦ مدني مصري بقولها " إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك

إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها، ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة " .

٣- الصورة الثالثة : بناء الشخص مباني أو منشآت على ملك غيره بمواد مملوكة له دون ترخيص له بذلك .

إن الحل القانوني لهذه المشكلة يتأثر بمدى ثبوت حسن نية أو سوء نية الباني لهذه المباني أو المنشآت وقت البناء ، أو بمعنى آخر هل كان يعتقد أنه يبني في ملكه ثم تبين له عكس ذلك ، أم أنه كان يعرف منذ البداية أنه لا يملك الأرض التي يبني بها بناءه ، هذا مع مراعاة أن الأصل العام هو افتراض حسن النية فيه إلى أن يثبت العكس ، ومن ثم يقع على من يدعي سوء النية عبء إثبات سوء النية ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ؟.

أ- الاحتمال الأول : إذا كان الباني أو الغارس حسن النية ، فإنه تقديراً لحسن نيته يكون له الحق في طلب إزالة هذا الغراس أو ذلك البناء على نفقته وحسابه ، شريطة ألا يترتب على ذلك ضررٌ جسيم بمالك الأرض ، وله هذا الطلب خلال سنة من تاريخ علمه بعدم ملكيته للأرض التي غرس فيها أو بنى عليها .

فإذا لم يطلب ذلك أو طلبه وكان فيه ضررٌ جسيمٌ بمالك الأرض ، تملك صاحب الأرض هذا الغرس أو تلك المباني والمنشآت وفق قواعد الالتصاق ، ويكون لمالك الأرض الخيار بين أن يدفع للغراس أو الباني قيمة ما تكبده في الغرس أو البناء أو قيمة ما زاد في ثمن أرضه من جراء الغرس أو البناء .

بيد أنه عند تطبيق الحكم سالف الذكر يتجب مراعاة هذين القيدين :

- القيد الأول : إذا كانت قيمة ما جرى غرسه أو بناؤه من مبانٍ أو منشآت يبلغ حداً من الجسامة على نحو يزيد عن طاقة مالك الأرض فيتعذر عليه معه أن يعرضه عنه نظير تملكه إياه وفق قواعد الالتصاق ، جاز لمالك الأرض وحده أن يطلب من المحكمة الحكم بتملك الغراس أو الباني ملكية الغراس أو البناء

نظير تعويض عادل يدفعه عن ذلك لمالك الأرض ، ومن ثم ليس للغارس أو الباني هذا الطلب ، ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، إنما لابد أن يطلبه ابتداء مالك الأرض وحده .

- القيد الثاني : إذا قام شخص بحسن نية وهو يبني في أرضه بشغل جزء من أرض جاره الملاصقة لأرضه ، جاز للمحكمة بناء على طلب الجار الباني الحكم بتملكه الجزء الذي شغله بالبناء من ملك جاره رغماً عنه نظير دفع تعويض عادل له يعوضه عن ملكية هذا الجزء من أرضه الذي جرى عليه البناء .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٢٥ مدني مصري بقولها "١- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب المنشآت نزعها" . "٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " (٢٠١) .

ب- الاحتمال الثاني : إذا ثبت أن الغارس أو الباني سيء النية ، أي كان يعلم قبل أو أثناء الغرس أو البناء ، أنه لا يملك الأرض محل الغرس أو البناء ، فعندئذ يكون لمالك الخيار بين أمرين :

- الأمر الأول : أن يطلب إزالة الغرس أو البناء . وهنا تجري الإزالة متى كانت ممكنة على نفقة وحساب الباني أو الغارس ، مع كامل التزامه بتعويض صاحب

(٢٠١) إذ تنص المادة ٨٥٢ مدني بحريني على أنه " أ) إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض غيره بتخصيص من المالك أو كان معتقداً بحسن نية أن له الحق في إحداثها ، فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدثت فيها ، وهذا ما لم يطلب من أحدث البناء أو الغراس أو المنشآت نزع ما استحدثته وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً . " ب) ومع ذلك فإذا كانت المستحدثات قد بلغت حداً من الجسامه بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل " ، كما تنص المادة ٨٨٣ مدني كويتي " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض غيره بتخصيص من المالك أو كان معتقداً بحسن نية أن له الحق في إحداثها ، فلا يجوز لمالك الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يكون له الخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب ما استحدثت فيها . هذا ما لم يطلب من أحدث المنشآت أو الغراس نزع ما استحدثته وكان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً . ٢- ومع ذلك ، فإذا كانت المستحدثات قد بلغت حداً من الجسامه بحيث يرهق مالك الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أحدثها بمقابل عادل " .

الأرض عن جميع الأضرار المادية والأدبية التي أصابته من جراء هذا الاعتداء على ملكه بوصفه عملاً غير مشروع وفق قواعد المسؤولية التقصيرية ، شريطة أن يطلب ذلك خلال سنة من تاريخ علمه بالغرسة أو البناء على ملكه .

- الأمر الثاني : استبقاء الغراس أو المباني . إذا اختار مالك الأرض استبقاء الغراس أو المباني أو لم يطلب الإزالة خلال مدة السنة سالفة الذكر أو طلبها ولكن لم تكن ممكنة ، تملك مالك الأرض هذا الغراس أو تلك المباني أو المنشآت وفق قواعد الالتصاق ، وكان له الخيار بين أن يعرض الغراس أو الباني تعويضاً عادلاً عن قيمة هذه الغراس أو تلك المباني مستحقة الإزالة (أي يدفع له قيمة هذا الغراس بعد النزع أو قيمة تلك المباني أنقاصاً مخصوصاً من أيهما ما كان يلزم لها من مصروفات لإزالتها لو أنه تمت هذه الإزالة) أو يدفع له قيمة ما زاد في قيمة ثمن أرضه بسبب هذا الغراس أو هذا البناء .

فإذا لم يستعمل مالك الأرض الخيار سالف الذكر فلم يطلب استبقاء الغراس أو البناء أو استعمله وطلب هذا الاستبقاء لكنه لم يعرض الغراس أو الباني بأي من القيمتين سالفتي الذكر ، كان للغراس أو الباني طلب إزالة هذا الغراس أو هذا البناء على نفقته وحسابه مادام أن ذلك لا يلحق ضرراً جسيماً بمالك الأرض .

وهو عين ما نصت عليه المادة ٩٢٤ مدني مصري بقولها " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاه صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت" .

" ٢- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقي المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة " (٢٠٢) .

(٢٠٢) إذ تنص المادة ٨٥١ مدني بحريني على أنه " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه ليس له الحق في إحدائها ، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحدائها ، فإن لم يطلب الإزالة ، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها من قيمة الأرض " ، وتنص المادة ٨٨٢ مدني كويتي على أنه " إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى ، بمواد من عنده ، على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره وأنه

الفرض الرابع : إقامة مبانٍ أو منشآت أو غرس غراس من قبل أجنبي على أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث .

يثير هذا الفرض مشكلة مؤداها أن شخصاً قام بالغرس أو بالبناء على أرض مملوكة لشخص ثانٍ بمواد غرس أو بناء مملوكة لشخص ثالث ، فهنا ما هي الحلول القانونية في هذا الفرض في مواجهة هؤلاء الأشخاص الثلاثة .

إنه في إطار العلاقة القانونية بين الغارس أو الباني وبين مالك الأرض ، فإن حلولها القانونية لتتوقف على مدى حسن نيته أو سوء نيته ، أي علمه أو جهله وقت الغرس أو البناء بحقيقة ملكية الأرض لشخص ثانٍ ، كما سبق أن رأينا آنفاً ، أما في إطار علاقة الغارس أو الباني بمالك مواد الغرس أو البناء ففي جميع الأحوال سواء كان حسن النية أو سيئها يلتزم بتعويضه عن هذه المواد ، هذا إلى جانب تعويضه عن الأضرار المادية والدبية التي لحقت من جراء الاعتداء على ماله إذا كان سيء النية .

وفي إطار علاقة مالك مواد الغرس أو البناء بمالك الأرض لم يكن جائزاً قانوناً كأصل عام أن يرجع مالك مواد الغرس أو البناء مباشرة ليطالبه بإزالتها من أرضه حتى وإن كانت ممكنة الإزالة دون ضرر بمالك الأرض ، كما لا يمكنه أن يطالبه بقيمة هذه المواد مما عليه مستحق لصالح الغارس أو الباني ، وإنما يطلب ذلك منه عن طريق الدعوى غير المباشرة فيرفعها عليه باسم ولحساب الباني أو الغارس ، غير أن القانون نص صراحة ورخص له في الرجوع مباشرة على مالك الأرض بدعوى مباشرة باسمه هو ولحسابه ليطالبه بما في ذمته من مال لصالح الغارس أو الباني ليستوفي حقه من هذا المال .

ليس له الحق في إحداثها ، أو كان جهله بذلك ناشئاً عن خطأ جسيم ، كان لمالك الأرض أن يطلب إزالة المستحدثات على نفقة من أحدثها مع التعويض إن كان له وجه وذلك خلال سنة من وقت علمه بإحداثها. فإن لم يطلب الإزالة ، أو طلب استبقاء المستحدثات التزم بدفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع ما زاد بسببها في قيمة الأرض " .

وهذ هو عين ما نصت عليه المادة ٩٣٠ مدني مصري على أنه " اذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها. وانما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باقي في ذمته تلك المنشآت " .

ولا جرم أنه إذا أزيل الغرس أو البناء عادت أنقاضاً إلى مالكيها ، فهو أولى الناس بها بوصفه صاحب الحق فيها ، وكان له إلى جانب ذلك الحق في أن يطلب تعويضه عن الفرق بين قيمتها هذه وبين قيمتها الحقيقية قبل الغرس أو البناء .

٢ - الالتصاق بالمنقول .

إن التصاق منقول بمنقول يفترض وجود منقولين مختلفين مملوكين لشخصين مختلفين ، فيختلطاً ببعضهما دون اتفاق على ذلك بين المالكين لهما ، ويتعذر فصلهما عن بعضهما البعض دون ضرر جسيم بينهما ، ولم تتوافر لأيهما قاعدة الحياة في المنقول سند الحائز ، كما لو اختلطت كمية من القمح مملوكة لشخص بكمية أخرى مملوكة لشخص آخر ، وذابت كمية من الذهب مملوكة لشخص تاجر ذهب في كمية أخرى مملوكة لتاجر آخر بعد تعرضهما للتسخين تحت درجات حرارة عالية أو ذابت لوحات رسم ورقية في يد شخص رسام فصارت لوحات فنية رائعة بعد الرسم عليها ، اختلطت كمية من الدقيق مملوكة لشخص بكمية أخرى مملوكة لشخص آخر وصارت خبزاً أو فطيراً أو غيرهما من المطعومات ، فما هل الحل القانوني في مثل هذه الفروض ونظائرها أو أشباهها؟ .

لا جرم أنه مع تعذر الفصل بين المنقولين بعد الاندماج أو الاتحاد ، تطبق قواعد الالتصاق وهنا وتحكم المحكمة لصالح أحد المالكين لهذين المنقولين ، وهنا يثار التساؤل حول معيار التفضيل بين هذين المالكين ؟

لقد وضع القانون للمحكمة بعض المعايير التي تستطيع أن تسترشد بها في الحكم لصالح أحد مالكي المنقولين بالالتصاق منها : معيار العدالة ، التي تملي على القاضي أن يحكم بالالتصاق لصالح مالك المنقول الأعلى قيمة عن الأقل قيمة فيحكم لصالح الرسام وليس

لمالك اللوحات الورقية ، ومنها معيار الضرر الحاصل فيحكم لصالح من سيلحقه ضررٌ أشد في مواجهة من سيصيبه ضرر أخف ، ومعيار حالة الطرفين ، فيحكم لمالك المنقول الفقير في مواجهة مالك المنقول الغني ، ومعيار حسن النية فيحكم لصالح مالك المنقول حسن النية في مواجهة مالك المنقول سيء النية .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٣١ مدني مصري بقولها " إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما " (٢٠٣) .

(٢٠٣) إذ تنص المادة ٨٥٦ مدني بحريني على أنه " إذا التصقت منقولات لملاك مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الأطراف وحسن أو سوء نية كل منهم " ، كما تنص المادة ٨٨٧ مدني كويتي على أنه " إذا التصقت منقولات لملاك مختلفين ، بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ، ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الأطراف وحسن أو سوء نية كل منهم " .

المبحث الرابع

الشفعة

المطلب الأول

ماهية الشفعة

أولاً : المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفعة .

شَفَعَ /شَفَعَ فِي يَشْفَعُ ، شُفْعَةً ، فهو شافع ، والمفعول مَشْفُوع ، شَفَعَ الْعَدَدَ : صَيَّرَهُ رَوْجاً كَانِ وَاحِداً فَشَفَعْتُهُ بِأَخْرَ : أَي ضَمَمْتُ مِثْلَهُ إِلَيْهِ ، قَرَنْتُهُ بِهِ ، شَفَعَتِ الشَّاةُ: فِي بَطْنِهَا جَنِينٌ وَلَهَا وَلَدٌ آخَرَ يَتَّبِعُهَا ، شَفَعَ أَخَاهُ /شَفَعَ جَارَهُ: جَعَلَهُمَا أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِمَا بِشِرَاءِ عَقَارٍ أَوْ مَلِكٍ يَرِغِبُ فِي بَيْعِهِ ، شَفَعَ الْبَصْرَ الْأَشْبَاحَ : رَأَاهَا شَيْنَيْنِ ، شَفَعَ فِي الدَّارِ: طَلَبَهَا بِحَقِّ الشُّفْعَةِ ، شَفَعَ الشَّيْءَ شَفَعَ شَفْعًا :ضَمُّ مِثْلُهُ إِلَيْهِ ، شَفَعَ الرَّكْعَةَ: أَتَى عَلَيْهَا بِأُخْرَى . (٢٠٤) .

وفي الاصطلاح الفقهي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية : هي حق تملك العقار المبيع جبراً عن المشتري، بما قام عليه، من ثمن وتكاليف (أي النفقات التي أنفقها) لدفع ضرر الشريك الدخيل أو الجوار. وهذا عند الحنفية (٢٠٥)؛ لأن الشفعة تثبت عندهم بسبب الشراكة في العقار ، أي للشريك في العقار ، كما تثبت بسبب الجيرة في العقار، أي للجار في العقار .

وعرفها الجمهور غير الحنفية: بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه، من عقار، بثمنه أو قيمته، بصيغة. وبعبارة أخرى: هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعوض (٢٠٦). وهذا لأن الشفعة لا تثبت إلا بسبب الشراكة في العقار حق للشريك فقط دون الجار في العقار عند الجمهور.

(٢٠٤) راجع في ذلك معجم المعاني الجامع وموقعه على الإنترنت : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%B4%D9%81%D8%B9%D8%A9/>

(٢٠٥) الدر المختار: ١٥٢/٥، تكملة الفتح: ٧/٤٠٦، تبين الحقائق: ٢٣٩/٥، اللباب: ١٠٦/٢. (٢٠٦) الشرح الصغير: ٣/٦٢٠، الشرح الكبير: ٣/٤٧٣، مغني المحتاج: ٢/٢٩٦، كشاف القاض: ٤/١٩٦، المعنى: ٢٨٤/٥.

ويلاحظ أن المذاهب الأربعة حصروا الشفعة في العقار. أما المذهب الظاهري فقد أجازها أصحاب هذا المذهب في المنقول أيضاً ، كالحیوان ونحوه (٢٠٧) .

وقد عرفها رأي في الفقه الإسلامي المعاصر بأنها تعني " تملك المشفوع فيه جبراً عن المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات " (٢٠٨) .

ولم يختلف معناها في اصطلاح فقه القانون الوضعي عن معناها في الفقه الإسلامي ، فقد عرفها رأي أول بأنها " حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبراً عن المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات " (٢٠٩) ، وعرفها رأي ثانٍ بأنها " الحق الثابت لكل من يملك مع آخرين على الشياح عقارات أو حقوقاً عقارية في أن يأخذ الحصة المبيعة بدلا من مشتريها بعد أدائه المبلغ المؤدي في شرائها وكذا مبلغ ما أدخل عليها من تحسينات وما أدّى عنها من مصاريف لازمة للعقد " (٢١٠) ، وأمیل إلى من عرفها على أنها " رخصة أو مكنة تجيز لشخص بسبب مركز قانوني خاص به أن يحل محل مشتري العقار في تملكه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن " (٢١١) ، وقد عرفها القانون المدني المصري بأنها " الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية " ٢١٢ .

ثانياً : مشروعية الشفعة .

أما في خصوص مشروعية الشفعة في الإسلام ، فقد وردت عدة أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤكد شرعيتها لدفع الضر عن الشركاء أو الجيران إذا دخل عليهم مشتر قد لا يحسن شراكتهم أو جبرتهم فيتضررون منه ، نذكر من هذه الأحاديث ما رواه

(٢٠٧) المحلى: ١٠١/٩٠١، ١٥٩٤.

(٢٠٨) سيد سابق في كتابه " فقه السنة " ، ص ٢١٥ ، ج ٣ ، طبعة عام ١٩٧٧م ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان .
(٢٠٩) محمد الجندي " الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة مع القانونين المصري والعراقي ، ص ٧ ، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية السنة التاسعة العدد الأول ، القسم الأول عام ١٩٨٥م .
(٢١٠) حنا بدوي " موسوعة القضايا العقارية (الشفعة) ، جزء خامس ، ص ٧ ، الطبعة الثانية عام ٢٠١١م ، منشورات زين الحقوقية والأدبية ، بيروت - لبنان .

(٢١١) محمد لبيب شنب ، محمد زهرة " الحقوق العينية الأصلية " .
(٢١٢) في حين أن بعض القوانين تصف طلب الشفعة بوصف الحق مثل القانون المدني البحريني ، حيث عرفتها قائلةً إن " كويتي الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية " ، والقانون المدني الكويتي ، حيث عرفت المادة ٨٩١ منه الشفعة قائلةً إن " الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية " .

الإمام البخاري في صحيحه عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ قَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا لَمْ يُقَسِّمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وَصُرِّقَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ" (٢١٣) ، وروى الإمام مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد رضي الله عنهما أنه قال : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ شِرْكَةٍ لَمْ تُقَسِّمْ، رِبْعَةً، أَوْ حَائِطٍ، لَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ " (٢١٤) ، كما روى الإمام مسلم في صحيحه عن سيدنا جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رضي الله عنهما قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : مَنْ كَانَ لَهُ شَرِيكٌ فِي رِبْعَةٍ ، أَوْ نَخْلٍ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ رَضِيَ أَخَذَ ، وَإِنْ كَرِهَ تَرَكَ " (٢١٥) ، كما روى الإمام أبو داود في سننه وغيره عن سمرة بن جندب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الجَارِ أَوْ الأَرْضِ " (٢١٦) كما روى الإمام أبو داود في سننه عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنه قال " الجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيفُهَا وَاحِدًا (٢١٧) .

ومنها حديث أبي رافع والشريد بن سويد: « الجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ " (٢١٨) أي أحق بقربه وبشفعته؛ لأن السقب أو الصقب: ما قرب من الدار ، الصَّقْبُ :المجاوِرُ (وصف بالمصدر) الجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ :بما يليه ويقرب منه، يقولونها في الشُّفْعَةِ مصدر صِقَبَ مُجاوِرِ الجَارِ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ [حديث]: الجار أحق بما يليه ويقرب منه (٢١٩) .

وقد نقل ابن المنذر إجماع العلماء على مشروعية الشفعة ، أجمع الفقهاء على مشروعيتها وجوازها، ولم يخالف في ذلك إلا أبي بكر ابن الأصم، حيث رأى أَنَّ القول بمشروعيتها يفضي إلى الإضرار بأصحاب الأملاك؛ فالمشتري سيمتنع عن الشراء عندما يعلم أَنَّ لشريك البائع

(٢١٣) رواه البخاري في صحيحه ، رقم الحديث ٢١٦٥ .

(٢١٤) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، رقم الحديث ١٦٠٨ .

(٢١٥) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، رقم الحديث ٣١١٧ .

(٢١٦) أخرجه أبو داود (٣٥١٧) واللفظ له، والترمذي (١٣٦٨)، وأحمد (٢٠١٤٠) .

(٢١٧) أخرجه أبو داود (٣٥١٨)، والنسائي في ((السنن الكبرى)) (١١٧١٤)، والترمذي (١٣٦٩) .

(٢١٨) رواه الألباني في صحيح الجامع ، رقم الحديث ٣١٠٤ .

(٢١٩) معجم المعاني الجامع ، وموقعه على الإنترنت : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%A7%D9%84%D8%B5%D9%82%D8%A8/>

الذي اشترى منه الحق في تملك ما اشتراه منه جبراً عنه ، لكن العلماء ردوا على هذا الاعتراض بأنه مخالف لما صحّ به الخبر في أمر جوازها، وأنّ الواقع يثبت خلاف ما ذهب إليه ابن الأصمّ؛ فالمُشاهد أنّ الشركاء يبيعون لغير شركائهم (٢٢٠) .

هذا فضلاً عن أن المنطق والعقل يؤيدان أن يكون للجار في العقار أو للشريك في العقار طلب الشفعة فيكون له حق التقدم على المشتري الأجنبي في تملك هذا العقار المبيع لدفع الضرر المظنون من جبرته أو شراسته مقابل تعويض هذا المشتري عن الثمن والمصروفات .

وقد رخص القانون في الشفعة في العقار لكل من الجار أو الشريك عند توافر شروط معينة ينص عليها .

ثالثاً : الحكمة من الشفعة .

إن الحكمة من الشفعة لتتجلى واضحة عند معرفة صاحب الحق فيها ، فعندئذ تتضح الغاية من إثباتها له ، وهي تثبت في القانون المدني المصري بسبب الجيرة (أي للجار) أو بسبب الشراكة (أي للشريك) في العقار ، ومن ثم فإن الحكمة من تقرير الشفعة للجار تتمثل في دفع مظان الإضرار المحتملة به من احتمال حصول جيرة له من مشتري قد لا يروق للجار جبرته الجديدة له بسبب عدم توافر حسن العشرة والجيرة فيه ، وهنا قد يقال أتقرر الشفعة للجار مع ما فيها من ضرر يقيني بالمشتري بحرمانه من العقار المبيع وما بها من ضرر يقيني بالبائع بتقييد حريته في التعاقد مع من يريد في إمضاء التعاقد معه ، من أجل دفع ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع ، فنقول إن سوء عشرة أو جيرة المشتري إن حصلت ولو كانت محتملة يعظم خطرهما ويتزايد ضررها على ما يترتب على تقرير الشفعة من أضرار حاصلة بطرفي عقد البيع ، الأمر الذي يبرر ارتكاب ضرر أخف ولو كان يقينياً لدفع ضرر أشد ولو كان محتملاً أو مظنون الحدوث .

كما تتجلى الحكمة من وراء تقرير الشفعة في حالة الشراكة في العقار في دفع مضار الشروع في هذا العقار ، وذلك حينما يكون الهدف من شأن تقرير الشفعة إنهاء حالة الشروع

(٢٢٠) انظر في ذلك : المغني لابن قدامة ، ج ٥ ، ص ٢٤٨ .

كليةً ، أو تجنب التعددية لأكثر من اثنين إذا كان من شأن تقرير الشفعة الحيلولة دون الزيادة على هذا القدر من التعددية ، هذا بالإضافة إلى أنه في حالة الملكية الناقصة فإن تقرير حق الشفعة فيها يحول دون تجزئة هذا المال ويساعد على جمع شتاته بتجميع باقي أجزائه التي كانت منفصلة عنه ، وذلك حينما يضم مالك الرقبة حق الانتفاع بطريق الشفعة ، أو العكس أي حينما يضم صاحب الانتفاع ملكية الرقبة بطريق الشفعة ، ناهيك عن مضار الشراكة والجيرة بين صاحبي الحقين المجزيين .

رابعاً : طبيعة الشفعة .

لقد اختلفت مذاهب فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للشفعة ، فمنهم من ذهب إلى أنها حق عيني لأنه يتولد عن حق عيني ثابت لمالك العقار المشفوع به ، فهو الذي يجعل لمالك هذا العقار هذا الحق على العقار المشفوع فيه ، وهذا الرأي مردود عليه بأن الحقوق العينية لا يملك تقريرها أحد إلا القانون ، وقد أوردها القانون على سبيل الحصر ، في حين ذهب رأي ثان إلى أن الشفعة هي حق شخصي ، بمعنى حق مرتبط بشخص الشفيع ، وليس بمعنى الحق الشخصي أي حق الدائنية المقابل للحق العيني ، ومن ثم لا تجوز حالته ، ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه ، ولكن هذا الرأي أيضاً مردود عليه ، لأن الشفعة وإن كانت متصلة بشخص الشفيع ، إلا أنها تنتقل إلى الورثة ، نظراً لارتباطها أيضاً بالعقار المشفوع به ، واتخذ رأي ثالث موقفاً وسطاً بين الرأيين السابقين ، فنظر إلى الشفعة على أنها مجرد رخصة تنشأ على إثر المركز القانوني الذي تهيأ للجار أو الشريك على إثر شراسته أو جيرته للعقار المبيع فتبرر له طلبه شفعة ليحل محل المشتري ولو جبراً عنه في مقابل تعويضه عن الثمن والمصروفات . وهذا ما صرحت به المادة ٩٣٥ مدني سالف الذكر وأكدت عليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بقولها إن الشفعة هي رخصة ولا يمكن أن تكون حقاً ، لأنها هي سبب لكسب الحق (٢١١) .

(٢١١) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ، ج ٦ ، ص ٣٥٠ .

خامساً : خصائص الشفعة .

تتميز الشفعة بمجموعة من الخصائص الآتية :

١- الشفعة ليست حقاً بل هي رخصة استثنائية متصلة بشخص الشفيع وبالعقار المشفوع

به. فلا تعد الشفعة حقاً للشفيع ، إنما هي مجرد رخصة ، والسبب في ذلك أن الحق يثبت لصاحبه ابتداء حتى قبل أن يطلبه ، بخلاف الرخصة فهي تتعلق بحق غير موجود لصاحبها ولا يوجد هذا الحق إلا بعد استعمال هذه الرخصة ، وهذا هو الحاصل في الشفعة فليس للشفيع حق على المال المشفوع فيه قبل طلب الشفعة ، ولا يوجد له أي حق عليه إلا بعد طلب الشفعة وتمكينه من الحصول على العقار المشفوع فيه من المشتري بعد دفعه الثمن والمصروفات ، وهي رخصة استثنائية لأنها أجازت على سبيل الاستثناء بوصفها قيماً على حرية التعاقد ، إذ بمقدور البائع بحسب الأصل أن يبيع لمن يشاء شريكاً كان أو أجنبياً عن الشركاء ، جاراً كان أو غير جار ، لكن من أجل دفع الضرر المحتمل من شراكة أو جيرة المشتري الذي قد يكون غير محسن لمتطلبات الشراكة أو الجوار فيضر بمن يشركه أو يجاوره ، جاز على الاستثناء توكيلاً لهذا الضرر للشفيع إذا تهيأ له مركز قانوني معين فكان شريكاً في ذات العقار المبيع أو جاراً لهذا العقار المبيع ، أن يأخذ هذا العقار المبيع من المشتري ولو جبراً عنه مقابل تعويضه عن ذلك بدفع الثمن له والمصروفات ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره .

وهي متصلة بشخص الشفيع لأنه هو وحده الذي يقدر حاجته للشفعة لدفع الضرر عنه أو عدم حاجته إليها إذا لم ير ضرراً في عدم طلبها ، فالمعيار معيار ذاتي شخصي حسب كل حالة تنهياً فيها أسباب طلب الشفعة ، وليس معياراً موضوعياً عاماً . ويترتب على هذا الوصف الذي تتسم به الشفعة النتائج الآتية :

أ- للشفيع أن يأخذ بالشفعة أو يتركها فلا يأخذ بها ، فله إن شاء أخذ العقار المشفوع فيه ولو جبراً عن المشتري ، كما أن له أن يتنازل عن هذه الرخصة صراحة أو ضمناً كما لو قبل الوساطة في بيع العقار المشفوع فيه للغير .

ب-عدم جواز حوالة الشفعة للغير ، لأن الحوالة تكون للحق ، والشفعة ليست حقاً لا عينياً ولا شخصياً حتى يمكن حوالاته للغير بموجب عقد حوالة الحق .

ج-عدم جواز طلب الدائنين للشفعة نيابة عن مدينهم الشفيع إذا سكت هو عن المطالبة بها على نحو مضر بهم ، من خلال رفعهم دعوى غير مباشرة باسم ولحساب مدينهم الشفيع ، لأنها مجرد رخصة ، والرخص لا يمكن للدائن استعمالها نيابة عن المدين بعكس الخيارات التي تتعلق بحقوق موجودة وثابتة للمدين حتى قبل استعمال الخيار ، ولذا يجوز للدائن ان ينوب عن مدينه في استعماله له بطريق الدعوى غير المباشرة إذا قعد عن المطالبة بحقه في الخيار الثابت لمدينه (٢٢٢) .

د- تنتقل الشفعة للورثة رغم اتصالها بشخص الشفيع ، وهذا يرجع إلى أن الشفعة ترتبط أيضاً بالعقار المشفوع به أكثر من ارتباطها بشخص الشفيع ، ، بل إن ارتباطها بشخص الشفيع يرجع إلى ارتباطها بالعقار المشفوع فيه لدفع الضرر المحتمل حصوله لصاحب الحق على هذا العقار ، ومن ثم يحق للوارث طلب الشفعة أيضاً لأنه يخلف مورثه في العقار المشفوع به ، متى أعلن هذا الوارث عن رغبته في طلب الشفعة في المواعيد المحددة قانوناً لذلك .

ولعل هذا هو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة هو من الحقوق التي يجرى فيها التوارث، وهو حق غير قابل للتجزئة، يثبت لكل وارث إذا انفرد به، ولهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه ، وذلك على أساس أنه حق من الحقوق المالية التي يخلف فيها الوارث سلفه (٢٢٣) .

٢- الشفعة غير قابلة للتجزئة .

فالشفيع له أن يأخذ العقار المشفوع فيه كله أو يتركه كله ، فليس من حقه أخذ بعضه وترك بعضه حتى تتحقق له الحكمة من إثبات الشفعة له ، وحتى لا يضر بالمشتري إذا فرق عليه ما اشتراه جملةً فيشتت عليه بيعته ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها قائله إن "

(٢٢٢) لمزيد من البيان حول استعمال الدائن خيارات مدينه وعدم استعمال رخصه راجع للكاتب مؤلفه الموسوم بهذا العنوان " الوسيط في أحكام الائتزام والإثبات" ص ١٩٥ ، ١٩٦ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسيوط .
(٢٢٣) نقض مدني مصري طعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ س ٣٢ ص ٦١١ .

قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضر المشتري بتبعض الصفقة ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثالث باع للطاعة قطعة أرض مساحتها... وأن المطعون عليهما الأول والثاني أعلنوا رغبتهما في أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما في أخذ المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سويا الثمن ، فإنه لا يكون ثمة تبعض للصفقة على المشتري الطاعة أو تجزئة للشفعة " (٢٢٤) .

٣- الشفعة لا ترد إلا في بيع العقار . لا ترد الشفعة إلا في العقارات ، فهي لا ترد في المنقولات ، لأن للمنقولات نظاماً موازياً لنظام الشفعة تحت مسمى نظام الاسترداد ، حيث يرخص - كما سبق أن رأينا آنفاً - في المال الشائع إذا باع أي شريك حصته الشائعة لأجنبي جاز للشركاء مجتمعين أو لأحدهم إذا عزف الباقي عنها طلب استرداد هذا الحصة المباعة من المشتري لها بعد دفع ثمنها والمصروفات .

المطلب الثاني

شروط الشفعة

يلزم لثبوت الشفعة شرطان أساسيان :

أولاً : الشرط الأول : بيع عقار لغير الشفيع .

لا بد أن يكون هناك بيع ، حيث لا شفعة في غير البيوع ، فمن يتصرف في عقار له تصرفاً قانونياً غير البيع ، لا تكون ثمة شفعة فيه ، سواء كان هذا التصرف معاوضة مثل المقايضة أم كان تبرعاً مثل الهبة ، كما أنه يلزم في عقد البيع أن يكون بيعاً صحيحاً ، حيث لا شفعة في البيع الباطل ، لأنه بيع معدوم ، ولا تترتب عليه أي آثار العقد الصحيح حتى يتصور حلول الشفيع فيه محل المشتري حلوياً شخصياً ، بيد أنه إذا كان البيع قابلاً للإبطال ، فإن قابليته للإبطال لا تحول دون طلب الشفعة في العقار المبيع في هذا العقد ، فإذا قضي ببطلانه بناء على طلب ذي المصلحة فيه زالت آثاره واعتبر كأن لم تكن بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد

وليس من تاريخ طلب البطلان أو الحكم به ، وزالت على إثر ذلك بطريق التبعية الشفعة التي جرت بشأن العقار المبيع المشفوع فيه ، كذلك الحال إذا كان البيع صحيحاً ثم جرى فسخه اتفاقاً أو قضاءً ووقع هذا الفسخ بسبب إخلال أحد العاقدين بالتزاماته العقدية ، زالت آثار هذا العقد بأثر رجعي وزالت معها الشفعة في العقار المبيع محل هذا العقد .

كما يلزم أن يكون هذا البيع بيعاً جدياً أو حقيقياً ، وكان ينبغي ألا تكون ثمة شفعة في البيع الصوري صورية مطلقة ، تأسيساً على أنه بيع معدوم ليس له وجود في الحقيقة والواقع ، إلا أن حماية الغير في الصورية ولو كانت صورية العقد فيه صورية مطلقة تملي علينا أن نرخص للشفيع في طلب الشفعة في العقار المبيع مادام أنه حسن النية لا يعلم بحقيقة الصورية ، والأصل حسن نيته وعلى من يدعي عكس ذلك إقامة الدليل على ما يدعيه بكافة طرق الإثبات على اعتبار أنها مسألة مادية يمكن إثباته بثبوت الطرق ، كما أنه من حق الشفيع طلب الشفع في البيع الصوري صورية نسبية مراعاة أيضاً لحسن نيته (٢٢٥) .

ويجب أن يرد البيع على عقار وليس على منقول ، فكما سبق أن رأينا لا ترد الشفعة في بيع المنقول ، إنما يوجد نظام موازي للشفعة عند بيع حصة شائعة أو مفرزة في منقول مملوك على الشيوع ، ألا وهو نظام الاسترداد ، فيرخص لباقي الشركاء مجتمعين أو منفردين طلب استرداد الحصة المباعة ولو جبراً عن المشتري مقابل تعويضه عن الثمن والمصروفات .

وإذا كان العقد عقد بيع لعقار جازت فيه الشفعة سواء كان عقد بيع هذا العقار عقداً مسجلاً أو غير مسجل ، لأن التصرف في ذاته حتى قبل تسجيله يرتب التزاماً شخصياً على عاتق البائع باتخاذ ما يلزم لتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري ، حتى وإن علق القانون الانتقال الفعلي للملكية على اتمام إجراءات التسجيل ، وسواء كان هذا العقد عقد بيع ابتدائي أو عقد بيع نهائي نظراً لأن العقد الابتدائي مثل العقد النهائي عقد تام بات ويبقى بينوده هو

(٢٢٥) انظر في ذلك المعنى : إسماعيل غانم ، ص ٨٨ ، ٨٩ ، محمد علي عرفة ، بند ٣٥٨ ، وإن كان هناك من يرى عدم جواز الشفعة في البيع الصوري صورية نسبية كما لو كان ثمة بيع يستتر هبة ، تأسيساً على أن العبرة هنا بالعقد الحقيقي وهو عقد الهبة ، ولا تجوز الشفعة في الهبة ، لاسيما وأنه يرى صاحب ذلك الرأي ، أن الشفيع لا يصدق عليه وصف الغير في هذا العقد حتى يرخص له في التمسك بالعقد الظاهر الصوري وهو عقد البيع ، لأن الغير في الصورية - من وجهة نظره - مقصور على من كان دائناً لأحد طرفي العقد أو خلفاً خاصاً لأيهما ، والشفيع لا يصدق عليه أي من هذين الوصفين (راجع في ذلك أستاذنا الدكتور عبد الناصر العطار ، بند ٩١ ، ص ١٩٨ ، ١٩٩) وأنا أرى أن الغير ههنا يصدق على الشفيع ، لأن وصف الغير في الصورية من وجهة نظري يصدق على كل من ليس طرفاً فيها ولا خلفاً عاماً ولا خلفاً خاصاً لأي من طرفيها ، ومن ثم يصدق على دائني أي من طرفي الصورية ويصدق على الشفيع وغيره من الأعيان .

القانون الخاص لعلاقة طرفي العقد ، ما لم ينسخ العقد النهائي العقد الابتدائي بوصفه يمثل الإرادة المشتركة الجديدة لطرفي العقد ، كما تجوز الشفعة في بيع العقار ولو كان بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، لأن البيع المعلق على شرط فاسخ هو بيع موجود وناقل للملكية للمشتري ، لكنه مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط الفاسخ ، فإذا ما تحقق هذا الشرط زالت الملكية فيه بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ تحقق الشرط وزالت معها الشفعة بطريق التبعية بأثر رجعي ، لكن لا تجوز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف لأن البيع المعلق على شرط واقف وإن لم يكن عدماً فهو بيع غير موجود والملكية فيه ليست معدومة وليست موجودة في نفس الوقت فهي ملكية محتملة أو قابلة للوجود أو ممكنة الوجود ، ولاتصير موجودة إلا عند تحقق هذا الشرط الواقف ، فإذا تحقق الشرط الواقف وجد البيع وانتقلت الملكية فيه فعلياً إلى المشتري ، ومن ثم جاز عندها طلب الشفعة في هذا البيع .

بيد أنه ثمة بيوع لا يجوز فيها طلب الشفعة ، فما هي هذه البيوع ؟

لا تجوز الشفعة بصريح نص القانون في بعض البيوع ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/٩٣٩ مدني مصري بقولها " لا يجوز الأخذ بالشفعة : (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون .

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .
(ج) إذا كان العقد قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة " (٢٦) .

ويستفاد من هذا النص أنه لا يجوز طلب الشفعة في أي من البيوع الآتية :

١- البيع بالمزاد العلني وفق الإجراءات القانونية المرسومة له . وقد حرص القانون على منع

الشفعة في هذا البيع بالذات أن يتوافر فيه هذا الوصفان أن يكون بيعاً بالمزاد العلني ، ومن

(٢٦) إذ تنص المادة ٨٦٢ مدني بحريني على أنه " لا شفعة : (أ) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب للدرجة الثانية . (ج) إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمناً ، وقت البيع أو قبله ، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع . (د) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة " ، كما تنص المادة ١/٨٩٣ مدني كويتي على أنه " لا شفعة : (أ) إذا تم البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون . (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأقارب للدرجة الثانية . (ج) إذا أظهر الشفيع إرادته صراحة أو ضمناً ، وقت البيع أو قبله ، في أنه لا يرغب في الشراء بالشروط التي تم بها البيع " .

ثم تثبت شفعة في البيوع التي تتم بطريق الممارسة أو بطريق مزاد غير علني ، كما لو تمت بطريق تقديم المظاريف ، كما يلزم أن يجري المزاد العلني وفق إجراءاته القانونية المرسومة له ، سواء في قانون المرافعات أو قانون الحجز الإداري أو غيرهما من القوانين التي تنظم البيع بالمزاد العلني ، لأن علانية هذا البيع وخضوع إتمامه للإجراءات القانونية المقررة له تتيح للشفيع وغيره أن يشارك فيه ، وفي نفس الوقت فإن حرمان الشفعة فيه سيشجع المزايدين على الوصول بالثمن من قبل المزايدين إلى السعر المناسب للعقار المبيع ، بعكس الحال إذا أجازت فيه الشفعة لأحجم كثير من المزايدين عن الدخول في المزاد مخافة طلبه الشفعة بعد رسو المزاد عليهم .

٢- البيع بين الزوجين أو بين الأقارب نسباً حتى الدرجة الرابعة أو مصاهرةً حتى الدرجة

الثانية . لقد حرص واضع القانون هنا على إعلاء اعتبارات صلة الزوجية أو صلة القرابة نسباً حتى الدرجة الرابعة ومصاهرة حتى الدرجة الثانية التي قد تجعل للثمن المحدد في مثل البيوع واقعاً تحت تأثير وهج الصلة الأدبية التي تربط بين هؤلاء في البيوع التي تتم بينهم ، فلم يجر الشفعة فيها على اعتبارات الجيرة أو الشراكة التي أملت الاعتراف للشفيع بطلب الشفعة دفعاً للضرر الناجم حرمانه من حقه في طلبه ، ولم يكن واضع القانون موفقاً في ذلك فالمشتري ولو كان زوجاً أو قريباً للبايع لا ينبغي تفضيله على الشفيع ، لأن مصلحة المشتري الذي سيحرم من المحاباة في الثمن الذي روعيت في تحديده الصلة الأدبية بينه وبين المشتري ، هي منفعة مادية ، ومعروف شرعاً وقانوناً أن دفع المضرة أو المفسدة مقدم على جلب المصلحة أو المنفعة ، هذا بالإضافة إلى أنه إذا ثبت أن ثمة محاباة في الثمن قد جرت للمشتري تقديراً لصلته الزوجية أو قرابته به نسباً أو مصاهرة ، فيمكن ردها للمشتري الذي أضر من جراء الشفعة فيعوض عما نقص في الثمن عن ثمن المثل ، لكن ليس مقبولاً أن يحرم الشفيع في هذا النوع من البيوع .

٣- بيع العقار ليكون محل عبادة أو يلحق بهذا المحل . لقد أحسن واضع القانون صنعاً

حينما أخرج العقار الذي يجري بيعه ليكون داراً للعبادة سواء كان مسجداً للمسلمين أو كنسية للنصارى أو معبداً لليهود ، أو ملحقاً بأي من دور العبادة هذه كما لو بيع البيت المبيع ليصير داراً ملحقاً بأي من دور العبادة سألقة الذكر لأي غرض من أغراضها الدينية

، سواء من المناسبات الاجتماعية التابعة لها مثل مناسبات الزواج والوفاة أو جعلها مركزاً لتحفيظ القرآن الكريم أو لتدريس أي من علوم ودراسات القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة أو غيرهما من علوم الشريعة الإسلامية أو الشريعة اليهودية أو النصرانية ، فلم يجز طلب الشفعة فيها ، تقديراً لهذه المحال التي تحظى بقدسية في نفوس الجميع وتشجيعاً في نفس الوقت على كفالة وضمان تخصيصها لتلك الأغراض الدينية المشروعة التي تعلق اعتباراتها فوق اعتبارات الشفعة والحكم المنشودة من وراء تقريرها .

وهنا يلزم أن يكون هذا الغرض سالف الذكر من وراء بيع هذا العقار المبيع غرضاً حقيقياً ، وليس غرضاً صورياً لإثناء الشفيع أو حرمانه من طلب الشفعة ، وذلك حتى لا يتخذ هذا الاستثناء حيلة أو ذريعة لحرمان الشفيع من طلب الشفعة ، فيذكر صورياً أن الغرض من الدار المبيعة هو تخصيصها لتكون محل عبادة أو ملحقة بمحل العبادة على خلاف الحقيقة ، مع مراعاة أن الأصل العام أن يكون الغرض الظاهر المكتوب في العقد الظاهر هو الغرض الحقيقي ، وعلى من يدعي صورته عبء إثبات ما يدعيه ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، تأسيساً على أن التحايل غشّ وعملٌ غير مشروع ، فيجوز من ثم إثباته بكافة طرق الإثبات .

وقد زاد القانون المدني البحريني ومن قبله القانون المدني الكويتي حالة رابعة لا يجوز فيها طلب الشفعة ، وهي الحالة التي يظهر فيها الشفيع تنازله الصريح أو الضمني عن طلب الشفعة ، فليس بعد هذا التنازل الواضح والجلي الذي عبر عنه صراحة أو ضمناً ، أن يعود وبطلبها ، حيث يكون بتنازله الذي أظهره قبل البيع أو أثناء حصوله أو بعد حصوله يكون قد أسقط حقه في طلب الشفعة .

ثانياً : الشرط الثاني : وجود شفيع بسبب الجيرة أو الشراكة . من الطبيعي لا مجال للشفعة إلا إذا كان هناك مركز قانوني لشخص معين يسمى الشفيع تهيأت له أسباب الشفعة ، فمن هو ذلك الشفيع الذي يمثل صاحب الحق في طلب الشفعة ؟ وإذا وجد الشفيع بوجود سبب ثبوت الشفعة له ، فما هي الشروط التي يجب ان تتوافر في هذا الشفيع ؟

١- من هو ذلك الشفيع صاحب الحق في طلب الشفعة ؟

لقد بينت المادة ٩٣٦ مدني مصري من هم الشفعة ، حيث نصت على أنه " يثبت الحق في الشفعة :

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه.
- (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي
- (ج) لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
- (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.
- (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية :

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

٢- إذا كان للأرض المبيعة ارتفاع على أرض الجار، أو كان حق الارتفاع الجار على الأرض المبيعة.

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

يستفاد من هذا النص أن الشفعة مرتبون حسب الترتيب الآتي :

أ- **مالك الرقبة** . إن المرء حينما يكون مالكا لعقار ما ملكية تامة ، يكون له عليه كل سلطات المالك على هذا العقار سواء سلطة الاستعمال أو سلطة الاستغلال أو سلطة التصرف ، فإذا تنازل لشخص آخر عن سلطتي الاستعمال والاستغلال مقررًا له حق انتفاع على هذا العقار ، بقيت له على العقار ملكية رقبته ، أي التصرف فيه ، وسمي مالك الرقبة ، وصار للشخص الآخر صاحب حق الانتفاع سلطتي الاستعمال والاستغلال ، فإذا أراد صاحب حق الانتفاع التصرف في حقه قبل انقضائه (بانتهاء مدته أو بأي سبب آخر من أسباب الانقضاء) ، تعين عليه أخلاقاً عرضه على مالك الرقبة ، فإذا لم يعرضه عليه ، كان من حقه طلبه شفعة ولو رغماً عن المشتري ليضم حق الانتفاع إلى ملكية الرقبة وتعود الملكية بعد ان كانت ناقصة بغياب حق الانتفاع تصير ملكية تامة .

ويراعى أن ما يسري على حق الانتفاع يسري على حق الاستعمال أو حق السكنى ، بحيث إذا توافر المبرر القوي لتصرف صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى في حقه ، كان لمالك الرقبة الحق في ضم أي من هذين الحقين ليجمع ما تفرق أو تشتتت من سلطات ملكيته لتصير من بعد هذا الضم بطريق الشفعة ملكية تامة .

ب- الشريك في العقار الشائع . إذا كان ثمة شركاء في عقار شائع لكل واحد منهم حصة شائعة فيه ، فباع أحدهم حصته الشائع في هذا العقار لأجنبي عن الشركاء ، جاز لهم مجتمعين أو منفردين أن يأخذوا هذه الحصة شفعة من المشتري لهذه الحصة ولو جبراً عنه ، توفيقاً لحصول أي ضرر محتمل يقع لهم بسبب دخول هذا المشتري لأجنبي عليهم في شراكة هذا المال الشائع ، وهنا يلزم حتى يثبت للشريك على الشيوخ وصف الشفيع وبحق له طلب الشفعة توافر هذه الشروط الاتية :

- الشرط الأول : أن يكون هناك عقار شائع . وهذا يعني أنه لا بد ابتداءً أن يكون ثمة عقار مملوك لعدة أشخاص ملكية شائعة ، حتى يتصور أن يكون ثمة شريك على الشيوخ يرخص له في طلب الشفعة في أي حصة شائعة يجري بيعها في هذا العقار لأجنبي ، فهذا أمر منطقي ، ومن ثم إذا كان العقار الشائع قد جرت قسمته سواء كانت هذه القسمة قسمة قضائية أو اتفاقية ، واختص كل شريك على إثر ذلك بجزر مفرز فيه ، لم يعد أيهم شريكاً في هذا العقار بعد أن جرت قسمته وانتهت بهذه القسمة حالة الشيوخ ، بل صار كل واحد منهم مالكاً لنصيبه ملكية مفرزة ، ومن ثم لا يرخص له من بعد ذلك إذا باع أحد المتقاسمين نصيبه المفرز أن يطلب الشفعة فيه بسبب الشراكة على الشيوخ ، لأن الشيوخ قد زال وانقضى بحصول القسمة ، لكن ليس ثمة مانع من طلبه الشفعة لسبب آخر إذا توافر لديه هذا السبب ، كما لو تحقق بين نصيب هؤلاء المتقاسمين وصف الجيرة ، إذ يجوز للمالك الجار طلب الشفعة في عقار جاره إذا بيع لأجنبي ليدفع بها عن نفسه مضرة جيرة هذا الأجنبي له .

- الشرط الثاني : أن يتحقق له وصف الشريك في هذا العقار الشائع المتصرف في

جزء منه .حتى يرخص قانوناً للشريك في العقار الشائع طلب الشفعة أن يكون له ابتداءً وصف الشريك في العقار الشائع بتحقيق وصف المالك على الشيوع لحصة شائعة في هذا العقار ، أي أن يكون مالكاً قانوناً لحصته التي يستشفع بها (أي يطلب الشفعة بها) ، وبناء عليه لا يرخص للشريك الذي اشترى حصة شائعة في عقار شائع إذا لم يكن قد سجل بعد عقد شرائها ، أن يطلب بها حصة شائعة أخرى جرى بيعها لأجنبي عن الشركاء بطريق الشفعة ، لأنه قبل أن يسجل حصته الشائعة لم يعد بعد مالكاً لهذه الحصة المشفوع بها ، ومن ثم لا يصدق عليه وصف المالك لهذه الحصة بعد إلى أن يجري تسجيلها أولاً له في الشهر العقاري فيصير على إثر ذلك مالكاً حقيقياً قانوناً لحصة شائعة في هذا العقار الشائع ، ويرخص له من ثم في طلب الشفعة في أي حصة شائعة يجري بيعها من هذا العقار الشائع .

وإذا تحقق له وصف الشريك المالك لحصة شائعة في العقار الشائع ، جاز له من ثم طلب الشفعة في بيع أي حصة شائعة فيه سواء كانت شركته في هذا العقار الشائع واردة على كل عناصر ملكية هذا العقار (أي ترد على حق ملكيته) أم كانت شركته على الشيوع مقصورة فقط على حق متفرع من حق الملكية ، كما لو كانت هذه الشراكة مقصورة على حق الانتفاع فقط ، حيث تتوافر الحكمة في كلا الحالين من تقرير الحق في طلب الشفعة بدفع الضرر المحتمل حدوثه بسبب دخول المشتري الأجنبي على باقي الشركاء في هذا العقار الشائع .

كما يراعى أنه لا يصدق وصف الشريك في العقار الشائع لمشتري جزء مفرز فيه ، على نحو يرخص له في طلب الشفعة عند بيع حصة شائعة فيه من أحد الشركاء إلا إذا كان قد اشترى هذا الجزء المفرز من جميع الشركاء أو من الأغلبية المالكة لثلثي هذا العقار ولم يتظلم أحد الشركاء من هذا البيع أو تظلم أحدهم وأمضت المحكمة المختصة هذا التصرف ، وقام هذا المشتري من بعد بتسجيل هذا البيع الصادر له ، أما إذا كان قد اشترى هذا الجزء المفرز من أحد الشركاء في هذا العقار الشائع لم يعد شريكاً على الشيوع في ذلك

العقار ، لأن عقد شرائه لن يكون نافذاً في حق الشركاء إلا إذا أقره جميعهم ، ويكفيهم أن يتمسكوا بعدم نفاذه حتى لا يحتج بهم عليه ، سواء جرى تسجيل هذا العقد أو لم يسجل .

- الشرط الثالث : أن يتم بيع الحصة الشائعة أو المفززة لأجنبي عن الشركاء . يلزم

حتى يرخص للشريك في العقار الشائع في طلب الشفعة لابد أن يجري بيع جزء معين في هذا العقار لأجنبي ، وهذا الجزء المتصرف فيه من العقار الشائع قد يكون عبارة عن حصة شائعة فيه ، وقد يكون جزءاً مفزراً منه ، فإذا باع أحد الشركاء حصة شائعة في العقار الشائع لأجنبي عن الشركاء ، فبيعه صحيح ونافذ في حق باقي الشركاء ، لأنه باع ما يملكه من حصة شائعة في هذا العقار ، لكنه بعد هذا البيع سيصير المشتري الأجنبي واحداً من الشركاء على الشيوع في هذا العقار ، فعندئذ تظهر الحكمة من تقرير الشفعة في الشراكة في المال الشائع واضحة وجلية في هذا البيع ، فيرخص لأي شريك في طلب الشفعة ولو جبراً عن هذا المشتري الأجنبي مقابل تعويضه عن ذلك بدفع الثمن والمصروفات ، حتى لا يدخل على باقي الشركاء مشتر أجنبي قد لا يأمنوا بوائقه وشروره فجاز لأي من الشركاء في طلب الشفعة لدفع هذه المضرة المحتملة عنهم .

وإذا باع أحد الشركاء لأجنبي حصة مفززة من هذا العقار الشائع ، فغالبية الفقهاء ترى أن هذا البيع غير نافذ في حق الباقيين إلا إذا أقره مجتمعين أو أقرته الأغلبية الخاصة المالكة لثلاثي هذا العقار الشائع ، ومن ثم ليس ثمة حاجة لطلب الشفعة ، لأنه لن يزاحمهم في الشراكة وعقد شرائه غير نافذ في حقهم ويكفيهم التمسك في مواجهته بعدم النفاذ أو عدم السريان حتى يتخلصوا من مزاحمته لهم ، في حين يرى بعض الفقهاء أن القانون وقد قرر الشفعة للشريك في العقار الشائع عند وقوع تصرف في شيء من هذا العقار لأجنبي عنهم جاء النص عاماً ومطلقاً سواء كان التصرف وارداً على حصة شائعة فيه أو حصة مفززة منه ، فيحمل المطلق على إطلاقه والعام على عمومه دون تمييز أو تفرقة .

وبطبيعة الحال تنتفي الحكمة من طلب الشفعة إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لواحد من باقي الشركاء ، وهنا في مثل هذا البيع لا يجوز لواحد من هؤلاء الشركاء

طلب الشفعة ، وذلك لانقضاء الحكمة من تقرير الشفعة عند البيع لواحد من الشركاء ، لأنه في مثل هذا البيع لن يدخل على الشركاء من ليس منهم ، ومن ثم لم يجز لأحد أن يتضرر من مثل هذا البيع .

ج- صاحب حق الانتفاع . إذا باع مالك رقبة العقار هذه الرقبة كلها أو جزء منها لأجنبي ، كان من حق صاحب حق الانتفاع الملابس حقه لتلك الرقبة طلب الشفعة في هذا الجزء المبيع من الرقبة أو في كل الرقبة ولو جبراً عن المشتري مقابل تعويضه عن الثمن والمصروفات ، ليجمع ما تفرق من هذا العقار ويضم إلى حق انتفاعه على هذا العقار كل أو بعض رقبته الملابس له ، ليصير بعد هذا الضم مالكا للعقار كله ملكية تامة رقبة وانتفاعاً على السواء .

ويراعى أنه يسري ما هو مقرر من حق لصاحب حق الانتفاع في طلب الشفعة عند بيع الرقبة لصالح صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى عند بيع الرقبة الملابس لحقه بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعة أي من هذين الحقين ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٩٨ مدني مصري بقولها " فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين " (٢٢٧) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية " إن مؤدى النص في المادة ٩٣٦ / ٣ من القانون المدني على أن يثبت الحق في الشفعة أ ب ج - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها أن المشرع قرر حق الشفعة لكل من مالك الرقبة ولصاحب حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة وبرد الرقبة إلى صاحب حق الانتفاع وتحقيقاً لذات الحكمة فقد جعل المشرع الأفضلية عند تزامن الشفعا لمالك الرقبة على سائر الشفعا عند بيع حق الانتفاع الملابس للرقبة التي يملكها وكذلك لمالك حق الانتفاع عند التزام إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها " ٢٢٨

(٢٢٧) حيث تنص المادة ٩٢٦٤ مدني على أنه " فيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين " ، وتنص المادة ٩٥٧ مدني كويتي على أنه " فيما عدا الأحكام المتقدمة ، تسري الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين " .

(٢٢٨) نقض مدني مصري الطعن رقم ٣٣٢٦ لسنة ٥٨ قضائية ، جلسة بتاريخ ٢٠٠٩/١/١٤ م ، مكتب فني (سنة ٦٠ - قاعدة ٢٦ - صفحة ١٦٩) .

د- مالك الرقبة والمحكر في الحكر . لقد أثبت القانون الحق في طلب الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع حق الحكر ليجمع ما تفرق من حق الملكية ، ولا مجال لمزاحمته من قبل أحد سواه ، كما أثبتت للمحكر عند بيع الرقبة كلها أو بعضها حق طلبها شفعة ، لكن تأتي مرتبته بعد مرتبة الشريك على الشيوع في ملكية الرقبة ، حيث نصت المادة ٩٣٦/د مدني مصري على أنه " يثبت الحق في الشفعة :

د / لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة " .

بيد أن واقع الحياة يشهد بندرة حصول الشفعة في أي من هذين الفرضين ، لأن مالك الرقبة إذا كان هوالوقف لم يجز له طلب الشفعة أصلاً لأنه ممنوع من ذلك قانوناً ، فلا شفعة للوقف ، عملاً بنص المادة ٢/٩٣٩ مدني التي تنص على أنه " ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة " ، كما أن المحكر لا شفعة له في ملكية الرقبة إذا كان الحكر قائماً وموجوداً على أرض موقوفة إلا في حالة الاستبدال (٢٢٩).

هـ- الجار المالك . لقد أحسن واضع القانون المدني المصري صنعا حينما أثبت الشفعة بسبب الجوار ، ولم يقصر على الشراكة في الشيوع ، مثلما فعلت بعض القوانين مثل القانون المدني الكويتي والقانون المدني البحريني ، لأن الجار يتضرر من جيرة المشتري له عند شرائه العقار المجاور له مثلما يتضرر الشريك في العقار الشائع من دخول مشتري الحصة الشائعة على باقي الشركاء ، وهنا فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هل طلب الشفعة يثبت لمطلق الجار ، أم أنه لا بد من توافر أوصاف معينة في هذا الجار ، ما هي هذه الأوصاف اللازمة في الجار حتى يثبت له حق طلب الشفعة ؟ ثم ما هي الحالات التي يرخص فيها لهذا الجار المتصف بهذه الأوصاف ؟ وإذا ثبتت الشفعة للجار المتصف بتلك الصفات في تلك الحالات ، فهل هناك شروط معينة يلزم توافرها في الجار ذي الوصف المطلوب في تلك الحالات ، أم بغير شروط ؟

يلزم في الجار صاحب الحق في طلب الشفعة أن يتوفر له وصفان : وصف التلاصق ، ووصف الملك .

(٢٢٩) انظر في ذلك المعنى : عبد المنعم البدر اوي " الحقوق العينية الأصلية " ، بند ٢٤٠ ، ص ٣٤٤ ، طبعة عام ١٩٧٣م ، المطبعة العربية الحديثة العباسية ، القاهرة ، عبد العزيز عامر " دروس في الملكية " بند ١٦٤ ، ص ٢١١ ، طبعة عام ١٩٦٧م ، دار النهضة أ

أما وصف التلاصق فهو وصف جوهرى لطلب الشفعة ، بحيث يثبت الحق في طلبها عند ثبوته ، وينتفي الحق في طلبها بانتفائه ، وهو يعني أن يكون العقار المشفوع به ملاصقاً للعقار المشفوع فيه ، بحيث لا يفصل بينهما فاصل أصلاً ، أو كان بينهما فاصل للشفيع له فيه ملك أياً كانت طبيعة هذا الفاصل (أي سواء كان عقاراً أو ترعة أو مصرفاً أو طريقاً مادام فيه ملك للشفيع) ، وأياً كانت طبيعة هذه الملكية (أي سواء كانت ملكية الشفيع للفاصل ملكية مفرزة أم كانت ملكية شائعة أو مشتركة بينه وبين البائع أو الغير) ، أما إذا كان بينهما فاصل مملوك لغير الشفيع ملكية مفرزة أو شائعة فلا يتحقق التلاصق بين العقارين ، سواء كان ذلك الغير هو البائع أو دولة أو غيرهما ، ومن ثم ينتفي التلاصق بين العقارين عند وجود فاصل عقاري مملوك للغير كأرض مملوكة للغير ملكية عامة أو خاصة أو ترعة مملوكة للغير ملكية عامة أو خاصة أو مصرف مملوك للغير ملكية عامة أو خاصة (٢٣٠) .

ولا شك التلاصق واقعة مادية تثبت بالمعاينة وبجميع طرق الإثبات ، وينبغي توافره وقت البيع ويستمر وجوده وقت طلب الشفعة ، ولا يزول وصف التلاصق بالتحايل الذي يحدث لمنع ثبوته بالتواطؤ بين البائع والمشتري ، كما لو احتفظ البائع بجزء يسير من العقار المبيع لتبقى على ملكه أو يهبها من بعد للمشتري ليمنع بها الشفعة ، لأن هذا غش وتحايل والغش يفسد التصرف ، وهذا ما استقر عليه غالب الفقه (٢٣١) وأخذت به محكمة النقض المصرية (٢٣٢) ، وإن كان من الفقه من ذهب إلى سقوط الحق في طلب في هذه الحالة ، تأسيساً على أن الشفعة رخصة استثنائية فتسقط ولو بالحيلة (٢٣٣) .

ولا يشترط في التلاصق قدرٌ معينٌ ، فيكفي لتحقيقه أي قدر قل ذلك التلاصق أو كثر ولو بشبر واحد أو في جزء يسير (٢٣٤) ، فلا يلزم كما ذهب البعض أن يكون هذا التلاصق ممتداً على

(٢٣٠) راجع في نفس المعنى : العطار ، بند ٩٥ ، ص ٢١٨ ، الببراوي ، بند ٢٤٨ ، ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ ، عبد العزيز عامر ، بند ١٦٩ ، ص ٢١٦ .

(٢٣١) راجع في ذلك : محمد كامل مرسي ، ج ٣ ، بند ٢٤٢ ، ص ٢٤٧ ، محمد علي عرفة ، بند ٢٤٩ ، الببراوي ، بند ٢٤٩ ، ص ٣٥٤ ، منصور ، فقرة ١٣٣ ، الصدة ، فقرة ٢٨٨ .

(٢٣٢) نقض مدني مصري ١٩٤٥/٥/١٧ مجموعة القواعد القانونية ٤ ، رقم ٢٥٤ . نقض مدني مصري ١٩٥٣/٣/٢٦ مجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٠٦ ، ص ٦٧٨ .

(٢٣٣) راجع في ذلك : عبد العزيز عامر ، بند ١٦٩ ، ص ٢١٦ ، الببراوي ، بند ٢٥٠ ، ص ٣٥٤ ، ٣٥٥ .

(٢٣٤) راجع في ذلك : الببراوي ، بند ٢٥٠ ، ص ٣٥٥ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، بند ٢٥٥ ، ٣٤٨ ، إسماعيل غانم ، ص ٧١ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ١٣٣ .

امتداد العقارين بقدر تراه المحكمة كافياً لتبرير طلب الشفعة ، بحيث إذا كان موجوداً في أجزاء يسيرة أو في بعض النقط فلا يحقق التلاصق بالمعنى القانوني (٢٣٥) .

ومما تنبغي مراعاته أن هذا التلاصق قد يكون أفقياً وقد يكون رأسياً ، وبناء عليه تثبت الشفعة لمالك الشقة أو الطبقة عند بيع الشقة أو الطبقة الملاصقة لها أفقياً أو رأسياً (٢٣٦) .

ووصف الملكية وصف ثان لازم في الجار الملاصق حتى يتسنى له طلب الشفعة وهو يستلزم أن يكون الجار الملاصق للعقار المشفوع فيه مالكا للعقار المشفوع به سواء كانت ملكيته له ملكية مفرزة أو ملكية شائعة أو ملكية رقبة ، ومن ثم لا تثبت الشفعة للجار غير المالك مثل المشتري لعقار بعقد غير مسجل أو بعقد معلق على شرط واقف أو صاحب حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو صاحب حق شخصي مثل المستأجر (٢٣٧) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " المقرر على ما جرى به قضاء محكمة النقض أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة، فإذا كان الشفيع قد تلقى ملكية العقار الذي يشفع به بمقتضى تصرف ناقل الملكية أو منشئ لها مما يوجب القانون تسجيله كي يقوم بهذا التسجيل حق الملكية للمتصرف إليه، وجب أن يكون تسجيل هذا التصرف قد تم فعلا قبل صدور البيع الذي يريد الشفيع أن يشفع فيه، ولا يترتب على هذا التسجيل أثره وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض إلا من تاريخ حصوله فلا ينسحب إلى الماضي " (٢٣٨)

ويراعى أنه إذا توافر للجار وصفا التلاصق والملك كان من حقه طلب الشفعة في أي من الحالات الثلاث الآتية :

- الحالة الأولى : إذا كان العقاران من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء . يلزم

لثبوت الحق في طلب الشفعة بين العقارين أن يكونا من المباني ، والمبني أو البناء هو كل ما يشيده الإنسان من وحدات متماسكة متصلة بالأرض اتصال قرار بحيث

(٢٣٥) راجع في ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، بند ٢٥٥ ، ص ٣٤٨ ، إسماعيل غانم ، ص ٧١ ، منصور مصطفى منصور ، فقرة ٣٣ ، نقض مندي مصري ١٩٥٤/٤/١م ، مجموعة أحكام النقض ، ج ٥ ، رقم ١١٠ ، ص ٣٧٤ .

(٢٣٦) العطار ، بند ٩٥ مكرر (٥) ، ص ٢١٩ ، وكتابه الآخر " تملك الشقق والطبقات " ، بند ١٣ ، طبعة عام ١٩٩٠ م .

(٢٣٧) راجع في ذلك : العطار ، بند ٩٥ مكرر ٥ ، ص ٢١٩ .

(٢٣٨) نقض مندي مصري الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٦٩ قضائية جلسة بتاريخ ٢٩/٢/١٩٩٩ م ، مكتب فني (سنة ٥٠ - قاعدة ٢٤٧ - صفحة ١٢٥٥) .

يتعذر فصلها عن الأرض دون تلف ، وذلك أياً كانت المواد المستعملة في تشييدها (سواء كانت من الطين أو الحجر أو الخشب أو غيرهم من مواد البناء) ، وأياً كانت مواقعها من الأرض (أي سواء كانت على سطح الأرض أو في باطنها) ، وأياً كان الغرض من تشييدها (سواء للسكنى فيها مثل المنازل أو لتخزين البضائع مثل المخازن أو لإيواء الدواب مثل الحظائر) وأياً كانت مدد بقائها متصلة بالأرض (ومن ثم فإن المنشآت التي تشيد لمدد مؤقتة لإقامة المعارض فيها يصدق عليها وصف البناء مادامت متصلة بالأرض اتصال قرار ولا يمكن فصلها منها دون تلف) وسواء اكتمل تشييدها أم لازالت في مراحل الإعداد لاكتمال هذا التشييد.

ومن ثم لا يعد من قبيل الأبنية الخيام والأكشاك التي يستعملها البدو الرحل أو المسافرون خلال رحلاتهم السياحية أو يستعملها المقاولون والمهندسون خلال أعمال البناء والتشييد ، لأنها غير متصلة بالأرض اتصال قرار أو لأنه يمكن فصلها عن الأرض دون تلف رغم اتصالها بها ، كما لا يصدق وصف البناء على الأرض ذاتها ، كما لا يعد العقار بالتخصيص (٢٣٩) بناءً (٢٤٠) .

أما الأراضي المعدة للبناء فهي الأراضي التي تدخل في حدود المدينة أو القرية فتكون بين حدود الكتلة السكنية بأيهما حتى وإن مزروعة أو غير مهيئة للبناء عليها بعد ، أما الأراضي التي تقع خارج حدود المدينة أو القرية بعيداً عن نطاق الكتلة السكنية لأيهما ، فلا تكون أرض بناء إلا إذا جرى إعدادها فعلياً للبناء عليها بإدخالها في الكتلة السكنية وتقسيمها قطعاً وشوارع (٢٤١) ، فإنه إذا كان العقاران من المباني أو الأراضي المعدة للبناء فيكفي لثبوت الحق الشفعة بينهما مجرد التلاصق بينهما ولو من جهة واحدة في أي موضع ولأي مسافة كثرت أو صغرت .

(٢٣٩) والعقار بالتخصيص L'immeuble par destination هو في حقيقته منقول يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله. إذ يضيف القانون عليه وصف العقار حكماً على سبيل الافتراض والحيلة ليجري عليه أحكام العقار الحقيقي الذي رصد هذا المنقول لخدمته أو استغلاله من جانب مالك العقار ، فيضمن بذلك بقاءه مرصوداً للغرض الذي أضفي من أجله وصف العقار عليه، ويتجنب مخاطر إقصائه عن هذا الغرض نتيجة لتطبيق أحكام المنقول عليه (انظر في ذلك إلى مؤلفنا " الوسيط في مبادئ القانون" ص ٦٨٠ ، ٦٨١).

(٢٤٠) راجع مؤلفنا " الوسيط في مصادر الالتزام " ، دراسة تحليلية في ظل القانون المدني المصري ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، طبعة ٢٠٢٠ م ، مطبعة بداري بأسبوط .
(٢٤١) راجع في ذلك : العطار ، بند ٩٥ مكرر ٥ ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .

الحالة الثانية : إذا كان العقاران أو أحدهما من الأراضي غير المعدة للبناء مع وجود ارتفاع ، فعندئذ تثبت الشفعة بينهما بتوافر شرطين : أحدهما أن يكون ثمة تلاصق بين العقارين المتجاورين ولو من جهة واحدة . والآخر : أن يكون ثمة ارتفاع مقررأ على أحد العقارين لخدمة الآخر ، أيا كان نوع هذا الارتفاع (أي سواء ارتفاعاً بالمرور أو حق شرب أو حق مجرى أو حق صرف) وأيا كان مصدره (أي سواء كان مصدره الاتفاق أو مصدره القانون) ، وسواء ينتفع به العقاران وحدهما أم تنتفع به عقارات أخرى غيرهما .

ويراعى ههنا ضرورة أن يكون هذا الارتفاع موجوداً عند بيع العقار المشفوع فيه ، هذا مع وجوب استمرار وجوده حتى يتم أخذ العقار المبيع شفعة ، لاسيما إذا كان الارتفاع مقررأ لمصلحة العقار الشفيع ، أما إذا كان الارتفاع مقررأ لمصلحة العقار المبيع (أي المشفوع فيه) فعندئذ نفرق بين فرضين : الفرض الأول : إذا تنازل المشتري عن هذا الارتفاع وسجل هذا التنازل قبل إعلان الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة ، لم يجز طلب الشفعة لعدم وجود الارتفاع المبرر لطلب الشفعة إلى جانب وصف التلاصق ، بخلاف الحال إذا أعلن الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة ، قبل تسجيل المشتري للسند المثبت لتنازله عن طلب الشفعة ، فعندئذ يحتفظ الشفيع بحقه في طلب الشفعة ولم يسقط حقه بهذا التنازل غير المسجل .

الحالة الثالثة : إذا كان العقاران من غير المباني ، كما أنهما ليسا من الأراضي المعدة للبناء وليس بينهما ارتفاع لصالح أحد العقارين ، فعندئذ لا تثبت بينهما إلا بتوافر هذين الشرطين :

الشرط الأول : أن يتحقق التلاصق بين العقارين من جهتين وليس من جهة واحدة .

الشرط الثاني : أن تكون قيمة أرض الشفيع تساوي على الأقل نصف ثمن الأرض المباعة والمشفوع بها وقت طلب الشفعة . وذلك لضمان جدية سعي الشفيع إلى طلب الشفعة ، وعدم استغلال هذه الرخصة لمجرد ابتزاز أموال من قبل المشتري نظير تنازله عن طلب الشفعة وهو لا يريد لها أصلاً حقيقةً وواقعاً .

فالعبرة إذن بقيمة أرض الشفيع وقت بيع العقار المشفوع فيه ، وليست بمساحته ، ومن ثم يثبت له الحق في طلب الشفعة إذا كانت قيمة عقار الشفيع تعادل نصف ثمن العقار المشفوع فيه في عقد

البيع فأكثر بغض النظر عن مساحته .

ويجب مراعاة أن تتوفر في الشفيع الأهلية القانونية لطلب الشفعة ، وهذا يقتضي أن يكون كامل الأهلية إذا طلبها بنفسه لنفسه ، وذلك قياساً على إبرامه عقد شراء ، لأن الشفيع يحتل في شفيعته مركز المشتري في عقد البيع ، وعند ثبوت الشفعة له يحل محله ، وإذا طلب الشفعة كامل الأهلية بطريق النيابة وجب أن تصدر للنائب الاتفاقي وكالة خاصة ليرخص له في طلب الشفعة نيابة عن الأصيل الشفيع ، ولا تجزئ الوكالة العامة ، وإذا كان الشفيع ناقص الأهلية أو عديمها جاز لنائبه القانوني طلبها بعد استئذان المحكمة ، وإذا كان الشفيع شخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً جاز لنائبه القانوني طلبها نيابة عنه لحسابه .

كما يلزم ألا يكون طالب الشفعة ممنوعاً من طلبها ، وبناء عليه يتمتع على الوقف طلب الشفعة ، لأن القانون حظر على الوقف طلب الشفعة ، كما يحظر على القضاة أو أعضاء النيابة أو المحامين أو كتبة المحكمة أو المحضرين أن يطلبوا شفعة أي عقار متنازع عليه ، متى كان هذا النزاع داخلياً في اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها أعمالهم ، وذلك قياساً على حظر شرائهم لمثل هذا العقار والذي أورده المادة ٤٧١ مدني مصري بقولها " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً " ، وكذلك أيضاً يحظر على من يكلف ببيع شئ نيابة عن غيره أي كانت طبيعة نيابته (أي سواء كانت نيابة اتفاقيه أو قانونية أو قضائية) أن يطلبه شفعةً ، ما لم يرخص له القضاء في ذلك وبشرط ما تورده القوانين من أحكام في هذا الشأن ، وذلك قياساً على حظر شرائه مثل هذا العقار لاتحادهما في العلة والذي نصت عليه المادة ٤٧٩ مدني مصري بقولها " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيظ به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى " .

ما الحكم إذا تزامم الشفعاء ؟

إذا تزامم الشفعاء على طلب الشفعة ، ننظر هل هم من طبقات مختلفة أم من طبقة واحدة ، فإن كانوا من طبقات مختلفة أو مراتب متنوعة ، كانت الأولوية بينهم لصاحب المرتبة الأعلى على صاحب المرتبة الأدنى أو أصحاب المراتب الأدنى ، وبناء عليه يأتي في المقدمة مالك الرقبة ثم الشريك في الشروع ثم صاحب حق الانتفاع ، ثم مالك الرقبة في الحكر والمستحكر عند بيع الرقبة ، ثم الجار المالك .

ولا يجوز لشفيع في مرتبة أدنى أو غيره من أصحاب المراتب الأدنى أن يتقدم لطلب الشفعة إذا سبقه في طلبها أو تزامم معه في طلبها صاحب مرتبة أعلى ، وبناء عليه إذا بيعت ملكية رقبة كان صاحب حق الانتفاع مقدماً على الجار المالك لمالك الرقبة ، وإذا باع شريك في الرقبة حصته الشائعة فيها ، ثبتت الشفعة للشريك في الرقبة ولصاحب حق الانتفاع وللجار ، لكن تكون الأولوية عند التزامم للشريك في ملكية الرقبة ثم لصاحب حق الانتفاع ثم للجار المالك ، وهذا عين تنص المادة ٩٣٧ / ١ مدني مصريبقولها " إذا تزامم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة " .

أما إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة أو مرتبة واحدة ، فإن استحقاق كل شفيع منهم في العقار المشفوع فيه يكون بقدر نصيبه في العقار المشفوع به ، وهذا أمر متصور عند اشتراك هؤلاء الشركاء المتزاممين في الملكية التامة للعقار المشفوع به أو حينما يكونوا شركاء في ملكية الرقبة أو حق الانتفاع أو حق الحكر ، فيكون لكل شريك في شفعة العقار المشفوع فيه بقدر نصيبه أو حصته في العقار المشفوع به ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٣٧ / ٢ بقولها "

وإذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه " .

بيد أن هذا النص يتعذر تطبيقه إذا كان التزامم بين عدة جيران ، لأنهم لا يستشفعون بعقار واحد حتى نطبق حكم هذا النص عليهم فنعطي كل واحد منهم من هذا العقار المشفوع فيه ما يوازي قدر نصيبه في العقار المشفوع به ، وإنما يملك كل جار منهم عقاراً مختلفاً ومتميزاً عن جاره الآخر أو

جيرانه الآخرين ، وهنا يثار التساؤل هل نطبق نفس القاعدة السابقة أسوة بباقي الشفعاء الآخرين من غير الجيران تحقيقاً للعدالة والمساواة بين جميع أبناء الطبقة الواحدة في التوزيع ، أم أن أنصبتهم في هذا العقار المشفوع لابد أن تكون مختلفاً فيما بينهم ، وفي هذا الفرض الأخير ما هو المعيار المعتمد في التمييز بينهم هل تكون العبرة بمساحة كل عقار أم تكون العبرة بقيمته حتى وإن كان أقل مساحة من غيره ؟

ذهب رأي أول إلى أن الحل الذي جاء به القانون بالنسبة لأبناء الطبقة الواحدة من غير الجيران لم يزل تطبيقه ممكناً عند تزامم الجيران ، وذلك من خلال توزيع العقار المشفوع فيه بينهم نصيب كل منهم (٢٤٢) أو بحسب قيمة عقار كل شفيح منهم (٢٤٣) .

في حين ذهب رأي ثان إلى أنه يجب توزيع العقار المشفوع فيه بين الجيران الشفعاء بالتساوي دون أدنى تمييز بينهم في قدر ما يأخذه كل واحد منهم شفعة ، وذلك تحقيقاً للعدل بينهم ، هذا إلى جانب أنه مع اختلاف عقار كل جار منهم عن باقي الجيران يتعذر توزيع العقار المشفوع فيه بينهم بقدر نصيبه في العقار المشفوع به ، لذا تعين اللجوء إلى الحل البديل وهو التوزيع بين الجيران الشفعاء بالتساوي دون أي تمييز بينهم في القدر أو النصيب الذي يأخذه شفعة (٢٤٤) .

وذهب رأي ثالث إلى أن الجار الذي تعود على عقاره المشفوع به منفعة أكبر من وراء الشفعة في العقار المشفوع به يفضل على غيره من باقي الجيران ، فيأخذ العقار المشفوع فيه وحده دون الباقين ، لاسيما وأن هذا الحل يتناغم مع ما كان يجري عليه العرف ويحقق في نفس الوقت معنى العدالة بين الجيران (٢٤٥) ، هذا فضلا أن المادة ٢/٧ من قانون الشفعة الملغي كانت تنص على حكم خاص بالجيران تقول فيه " وإذا تعدد الجيران يقدم كل من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره " لكن القانون المدني الجديد لما صدر لم ينقل ذلك الحكم ، وهذا كان راجعاً إلى أن مشروع هذا القانون الذي كان مقوماً للبرلمان كان خالياً من شفعة الجار أصلاً فكان طبيعياً ألا يتضمن هذا الحكم الخاص بالتزامم بين الجيران الشفعاء ، لكن رأى مجلس النواب إقرار الشفعة للجار

(٢٤٢) محمد كامل مرسي ، ج ٣ ، ص ٢٦٩ .

(٢٤٣) راجع في ذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ، بند ٢٦٣ ، ص ٣٦٩ ، حسن كيرة ، بند ٣٢٣ ، ص ٥٧٠ ، ٥٧١ .

(٢٤٤) راجع في ذلك : منصور مصطفى منصور ، ص ٣٢٨ ، محمد لبيب شنب ، ص ٩٣ ،

(٢٤٥) راجع في ذلك : إسماعيل غانم ، ص ٧٤ ، محمد علي عرفة ، ج ٢ ، بند ٢٥٠ ، محمد حسين عبد العال ، ص ١٤٢ .

ونسى أن يورد الحكم الخاص بتزاحم الجيران الذي كان موجوداً في قانون الشفعة الملغي ، ولما صدر القانون المدني المصري جاءت المادة ٩٣٧ بحد عام للتزاحم بين الشفعاء ولم تورد حكماً خاصاً بالشفعاء الجيران ، ولذا ليس من مانع يحول دون تبني هذا الحكم الذي كان موجوداً قديماً نظراً لعدالته ، وسكوت القانون المدني الجديد عن بيان بشأنه (٢٤٦) ، غير أن هذا الرأي سرعان ما ما تعرض للنقد لأنه وهو يجعل الأفضلية في الشفعة بين الشفعاء الجيران لمن تعود عليه منفعة أكبر من بينهم حرم الباقيين بعده من الأخذ بها رغم أنهم جميعهم من مرتبة واحدة في الشفعة وتحقق فيهم جميعهم سببها (٢٤٧) .

وذهب رأي رابع إلى أن يجري توزيع العقار المشفوع فيه بين الشفعاء الجيران جميعهم دون إقصاء لواحد منهم ، ولكن في نفس الوقت لا يجري التوزيع بينهم بأنصباء متساوية وإنما بأنصباء متفاوتة ومختلفة بحسب قدر المنفعة التي تعود على عقار كل واحد منهم من جراء هذه الشفعة (٢٤٨) .

وهذا الرأي الأخير هو ما أميل إليه لاسيما وأنه مع اتباعه والأخذ به يتحقق معنى العدل والعدالة في آن واحد ، لأنه حينما نسوي بين جميع الجيران في إثبات الشفعة لهم دون إقصاء لأحد منهم ، طالما قد تحقق فيهم جميعاً سبب استحقاقها وهو الجوار فإنه يتحقق بذلك العدل بينهم ، كما أنه حينما نراعي ظروف كل جار من هؤلاء الجيران ، فنجعل قدر نصيبه في الشفعة على قدر منفعته من ورائها ، فهذا من شأنه أن يحقق العدالة بينهم .

وبراعى أنه إذا توافرت في مشتري العقار المشفوع فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فإنه يتقدم على من يكون من طبقة أدنى منه من الشفعاء ، كما أنه يتقدم أيضاً على من يكون من طبقته من الشفعاء نظراً لأنه قد زاد عليه بوصفه مشترياً ، لكن يتقدم على هذا المشتري الشفيع من يكون من مرتبة أعلى منه من الشفعاء ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣/٩٣٧ مدني مصري بقولها " فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعاً بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى . "

(٢٤٦) راجع في ذلك: البيراوي ، بند ٢٧٠ ، ص ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، عبد العزيز عامر ، بند ١٧٢ ، ص ٢٢٥ .

(٢٤٧) راجع في ذلك: العطار ، بند ٩٩ ، ص ٢٢٨ .

(٢٤٨) العطار ، بند ٩٩ ، ص ٢٢٨ .

المطلب الثالث

إجراءات الشفعة

قد يحدث أن يسلم البائع والمشتري ، بعد إتمام البيع وعلمهما برغبة الشفيع في الأخذ بالشفعة ، بحق الشفيع فيها فيتم التراضي بينهم على إعطائه العقار شفعةً ، وعندئذ يثبت للشفيع الملك ههنا بالتراضي ، لكن الغالب أن يحصل الشفيع على حقه في الشفعة جبراً عن طريق القضاء ، وعندئذ يتعين عليه إذا سلك طريق التقاضي للحصول على حقه في الشفعة أن يلتزم بمراعاة مجموعة من الإجراءات القانونية ، هذه الإجراءات تتمثل في إعلان رغبته في طلب الشفعة في موعد معين وبشكل معين ومع مراعاة شروط معينة فيه ، وإلا سقط الحق في الشفعة ، وهي على التفصيل الآتي :

أولاً : إعلان الرغبة في طلب الشفعة . إن إعلان الشفيع رغبته في طلب الشفعة قد يقع بمجرد علمه بوسائله الخاصة ببيع العقار المشفوع فيه ، وقد يحدث ذلك بعد أن يقوم البائع أو المشتري بإنذار هذا الشفيع بالبيع إنذاراً رسمياً ، فما هي أحكام هذا الإنذار الموجه للشفيع من أي من طرفي البيع ؟ وما هي أحكام إعلان الشفيع رغبته في طلب الشفعة إلى كلٍ من طرفي البيع ؟

١- إنذار البائع أو المشتري للشفيع بالبيع إنذاراً رسمياً .

لكي يسري الميعاد القانوني الذي يتعين على الشفيع فيه إبداء الرغبة في طلب الشفعة وإلا سقط حقه في طلبها ، يجب على البائع أو المشتري أن يقوم بإنذار الشفيع إنذاراً رسمياً ، أي على يد محضر ، فلا يجزيء من ثم الإنذار كما لا يكفي المكتوب سواء كان عادياً أو مسجلاً ، كما يجب أن يكون الإنذار الرسمي محتوياً على كافة البيانات اللازمة لإحاطة الشفيع علماً بكل ما يتصل بعقد البيع من بيانات ومعلومات جوهرية ، حتى يمضي في باقي إجراءات طلب الشفعة أو يتنازل عنها أو حتى يعزف عن المضي قدماً في متابعة إجراءات طلبها ، هذه البيانات تتمثل في الآتي :

أ- بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً ، بذكر جميع أوصافه الجوهرية التي تنفي الجهالة عنه مثل طبيعته أو نوعه (بناء كان أو أرضاً وسواء كان أرض فضاء أو أرض زراعية) وموقعه ومساحته وحدوده .

ب- اسم ولقب وصناعة وموطن كل من البائع والمشتري حتى يتسنى للشفيع توجيه إعلان رغبته في طلب الشفعة إلى أيهما .

ت- ثمن البيع ومصروفاته الرسمية مثل رسوم التوثيق والتسجيل إذا كان قد جرى تسجيله .

فإذا لم يجر إنذار الشفيع أصلاً لم يسر بعد ميعاد سقوط حقه في طلب الشفعة ، وإذا جرى إنذاره لكن لم يستوف الإنذار أي شرط من شروطه ، كما لو كان إنذاراً غير رسمي أو لم يتضمن بيانات كافية بشأن شروط البيع من ثمن أو مبيع ، كان الإنذار باطلاً واعتبر كأن لم يكن .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٤١ مدني مصري بقولها " يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية وإلا كان باطلاً:
(أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.

(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه " .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " الإنذار الرسمي الموجه من البائع أو المشتري للشفيع لإعلامه بالبيع . لزومه لبدء سريان ميعاد إعلانه الرغبة في الشفعة . اعتباره من أوراق المحضرين . وجوب تضمنه بيانات جوهرية وإلا كان باطلاً . التزام المحضر بتسليمه إلى المعلن إليه أو في موطنه . جواز تسليمه لوكيله أو من يعمل في خدمته أو أحد أقاربه أو أصحابه في حال عدم وجوده متى كان أيهم مقيماً معه وإثبات ذلك بورقة الإعلان . وقوع عبء التحرى عن موطن المعلن إليه على عاتق طالب الإعلان . عجزه عن ذلك . عدم

اعتباره قوة قاهرة . للمعلن إليه إثبات أن مكان الإعلان ليس موطناً له بكافة طرق الإثبات دون سلوك سبيل الطعن بالتزوير على ما أثبتته المحضر من انتقاله إلى موطنه " (٢٤٩) .

٢- إعلان الشفيع رغبته في طلب الشفعة. إن إعلان الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة هو إجراء قانوني لازم لابد من توجيهه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري بصورة رسمية ، أي من خلال ورقة من أوراق المحضرين ، فلا يجزيء ههنا الخطاب الشفوي ولا الخطاب المكتوب سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، فإذا لم يوجه الإعلان إلا لواحد منهما دون الآخر أو وجه للبائع والمشتري لكن كان غير رسمي ، كان الإعلان باطلاً ، ولا يعتد به ، بحيث إذا مضت المدة القانونية التي يتعين فيها تقديم الإعلان الرسمي خلالها سقط حق الشفيع في طلب الشفعة .

ويراعى أنه إذا عجل الشفيع على إثر إنذاره رسمياً برفع دعوى طلب الشفعة وأعلن البائع والمشتري رسمياً بصحيفة هذه الدعوى خلال مدة الخمسة عشرة يوماً من تاريخ الإنذار ، قام ذلك مقام الإعلان الرسمي عن الرغبة في طلب الشفعة ، حيث يمثل إعلان طرفي البيع بصحيفة الدعوى في حد ذاته إعلاناً رسمياً بطلبه الشفعة ، هذا فضلاً عن أنه لا يلزم قانوناً وجود فاصل زمني بين إعلان الرغبة في طلب الشفعة وبين رفع دعوى لطلبها ، ولذا يجوز للشفيع مزجها في إجراء واحد من خلال رفع دعوى الشفعة (٢٥٠) .

ويجب أن يعلن الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً بحصول البيع من البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه في طلب الشفعة إن لم يلتزم بإعلان رغبته خلالها ، مع مراعاة أن اليوم الأول الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي لا يدخل في ضوء القواعد العامة في حساب هذه المدة ، ويزاد إلى هذا الميعاد القانوني مدة مسافة تقدر بحسب المسافة بين محل الشفيع ومحل العقار المشفوع فيه أو محل البائع حسب الأحوال .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٤٠ مدني مصري بقولها " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ

(٢٤٩) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧٢٢٦ لسنة ٦٤ قضائية جلسة بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٤ م ، مكتب فنى (سنة ٥٥ - قاعدة ١٢١ - صفحة ٦٥٩) .
(٢٥٠) راجع في نفس المعنى : البدرابي ، بند ٢٩٤ ، ص ٣٩٢ .

الإذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك " .

فإذا مضى الميعاد القانوني سالف الذكر ولم يعلن الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة خلالها سقط حقه في طلبه ، بيد أنه لا يسقط حق الشفيع رغم فوات الميعاد القانوني سالف الذكر ، إذا كان قد تم تسجيل عقد البيع ولم يجر إذار الشفيع بالبيع إلا بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع .

ولا يعتد بإعلان الرغبة في طلب الشفعة في حق الغير إلا إذا جرى تسجيله في مكتب التوثيق الكائن بدائرة الشهر العقاري الكائن به محل العقار المشفوع فيه ، وليس لتسجيل هذا الإعلان موعد معين ، فيمكن إجراؤه في أي وقت بعد حصوله ، غير أن مصلحة الشفيع تقتضي سرعة إجرائه ليرتب أثره في حق الغير ، بحيث لا ينفذ في حق الشفيع أي تصرف يصدر عن المشتري بعد هذا التاريخ .

فبمجرد تسجيل هذا الإعلان لا يسري في حق الشفيع أي تصرف يصدر عنه في العقار المشفوع فيه ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ١/٩٤٢ مدني مصري " ١ - إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل " .

ثانياً : إيداع ثمن البيع خزانة المحكمة .

لا يجزيء الشفيع في سعيه لطلب الشفعة مجرد إعلان رغبته في طلبها إلى كل من البائع والمشتري ، إنما يتعين على الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع خزانة المحكمة إيداعاً فعلياً ، ومن ثم لا يكفي مجرد عرضه الثمن عليهم عرضاً ودياً أو حتى عرضاً قانونياً (أي من خلال موظف مختص) وإنما لابد من تحقق الإيداع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه .

ولا تثار أدنى مشكلة في ذهن الشفيع حول حقيقة الثمن الذي تم به البيع إذا كان الشفيع نفسه قد وقف على حقيقة الثمن بوسائله الخاصة ولم يلجأ طرفا العقد إلى الصورية لإخفاء حقيقة الثمن وذكر ثمن صوري مغالى فيه بقصد إثناء الشفيع عن طلب الشفعة ، أو كان قد جرى

إنذار الشفيع بالبيع إنذاراً رسمياً من قبل البائع أو المشتري ، حيث يرد ثمن البيع ضمن البيانات الجوهرية لهذا الإنذار ، ويتعين على الشفيع أن يحتاط فيودع ثمن البيع الحقيقي أو يودع الثمن الصوري لأنه مادام ليس ثمة دليل على صوريته يعد ثمناً حقيقياً إلى أن يثبت العكس ، لأنه إذا جازف الشفيع ولم يكن يعلم بالثمن الحقيقي أو كان يدعي صورية الثمن المذكور فأودع ثمناً أقل من الثمن الحقيقي ، تحمل وحده تبعة هذه المجازفة وسقط على إثر ذلك حقه في طلب الشفعة ، لأنه لم يودع ثمن البيع ، وله إثبات صورية الثمن بكافة طرق الإثبات بوصفه غيراً بالنسبة لعقد البيع ، فيعتبر العقد بالنسبة له واقعة مادية جائزة للإثبات بأي وسيلة من وسائل الإثبات بما فيها البيينة والقرائن .

ويكفي الشفيع إيداع الثمن وحده دون أن يطالب بإيداع ملحقات الثمن ، لأن واضع القانون المدني لم يفرض عليه سوى إيداع الثمن ، بعكس قانون الشفعة الملغي فقد كان يفرض على الشفيع إيداع الثمن وملحقاته ، وحسنا ما فعل واضع القانون لأن هذه الملحقات تختلف من عقد إلى آخر ، ويصعب على الشفيع أن يخمنها إذا لم يعلن بها في الإنذار الرسمي ، كما أن منها ما قد يستحق أو يدفع بعد حصول الإنذار بالبيع والإعلان عن الرغبة في طلب الشفعة ، ومن ثم قد يصعب الوقوف على هذه الملحقات ، لذا يكتفى فقط بإيداع الثمن ضماناً لجدية الشفيع في طلب الشفعة ، ولا داعي لإيداعه الملحقات .

ويجب أن يتم هذا الإيداع خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة ، هذا إذا كان قد أعلن الطرفين في آن واحد ، أما إذا تأخر الشفيع في إعلان أحدهما عن إعلان الآخر ، فيجب حساب الثلاثين يوماً من تاريخ آخر إعلان أجره الشفيع لأي من طرفي العقد .

وإذا لم يتم الإيداع خلال هذا الموعد لثمن البيع في خزانة المحكمة سقط حق الشفيع في طلب الشفعة ، ولا يشفع له في هذا الجزاء القانوني أن يدعي أن البائع أو المشتري أو هما معا قد وافق أحدهما و الإثتان على إعفائه من الإيداع (٢٥١) .

(٢٥١) راجع في ذلك المعنى : البراوي ، بند ٢٩٩ ، ص ٢٩٦ ، نقض مدني مصري ١٩٥٣/١٢/٣١ مجموعة محكمة النقض ٥ ، رقم ٥٥ ، ص ٣٥٦ .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٢/٩٤٢ مدني مصري بقولها " وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة " .

ثالثاً : رفع دعوى الشفعة .

لا يكفي الشفيع أن يعلن عن رغبته في طلب الشفعة وأن يودع ثمن البيع خزانة المحكمة ، وإنما يلزم أن يقوم هو بنفسه مادام كامل الأهلية أو عن طريق نائبه القانوني أو نائبه الاتفاقي (وهنا تلزم الوكالة الخاصة ولا تجزيء الوكالة العامة) برفع دعوى الشفعة وقيدها في الجدول في ذات الوقت (٢٥٢) ، ولا يجوز رفعها من قبل دائنيه بطريق غير مباشر ، أي باسم وحساب مدينهم الشفيع عن طريق الدعوى غير المباشرة ، لأن الشفعة رخصة وليست خياراً حتى يرخص للدائنين في استعمال نيابة عنهم ، وهي ترفع على كل من البائع والمشتري معاً ، نظراً لأن الشفعة بعد ثبوتها والحكم بها للشفيع توجد مركزاً قانونياً للشفيع يحتل فيه الشفيع مركز المشتري في مواجهة البائع لذا وجب إعلانهما بالرغبة في طلب الشفعة ورفع الدعوى عليهما معاً ، وإلا كانت غير مقبولة ، وإذا تعدد البائعون أو تعدد المشترون وجب رفع الدعوى عليهم جميعهم دون استثناء ، وإذا حدثت وفاة لأحدهم من البائعين أو المشتريين تعين رفع الدعوى على خلفه العام (مثل الورثة) ، ويجب رفعها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في طلب الشفعة ، وهو ميعاد سقوط لا يقبل وقفاً ولا انقطاعاً ، ورغم ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة يقطع التقادم ، تأسيساً على أن مسائل اختصاص المحاكم من المسائل الدقيقة التي يصعب على الخصوم استيعابها (٢٥٣) ، وعندئذ تصدر المحكمة حكمها بعدم الاختصاص وتحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة ، ويتعين على تلك المحكمة المحالة إليها دعوى الشفعة نظرها ولو لم تكن مختصة (م ١٠٩ ، ١١٠ قانون المرافعات المدنية أو التجارية المصري) .

(٢٥٢) وفي ضوء قانون المرافعات المصري يجري رفع الدعوى وقيدها في نفس الوقت ، إذ تنص المادة ٦٧ منه في فقرتها الأولى على أنه " يقيد قلم الكتاب الدعوى في يوم تقديم الصحيفة في السجل الخاص بذلك بعد أن يثبت في حضور المدعي ، أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها في أصل الصحيفة وصورها " .

(٢٥٣)

وهذا كله هو عين ما نصت عليه المادة ٩٤٣ مدني مصري بقولها " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتفيد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة السابقة وإلا سقط الحق فيها ويحكم في الدعوى على وجه السرعة " .
وجدير بالذكر أنه لا يقبل رفع دعوى الشفعة إلا بعد التثبت من إيداع الشفيع ثمن البيع خزانة المحكمة^{٢٥٤}

وإذا صدر حكم نهائي من المحكمة بثبوت الشفعة للشفيع كان هذا الحكم سنداً لملكية هذا الشفيع للعقار المشفوع فيه ، شريطة مراعاته لقواعد التسجيل التي يفرضها القانون في مثل هذه البيوع وما يرد عليها شفعة ، وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٤٤ مدني مصري بقولها " الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل " .

رأينا سلفاً أنه إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بعد أن جرى إعلانه رسمياً هو والبائع من الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة وتسجيل هذا الإعلان ، حيث لا يعتبر هذا التصرف نافذاً في حق الشفيع ، ومن ثم يستطيع الشفيع أن يتجاهل التصرف ويستمر في دعوى الشفعة ويستطيع أن يحصل على حكم بثبوت الشفعة له ، وإذا احتج المشتري الأول أو الثاني بعقد البيع الصادر للمشتري الثاني من المشتري الأول رد الشفيع عليهما بعدم النفاذ وأصدرت المحكمة بعد التثبت من صدوره بعد إعلان الرغبة في طلب الشفعة وتسجيلها بعدم نفاذ هذا التصرف في حق الشفيع ثم حكمت له بعد التثبت من حقه في الشفعة بالحكم له بالشفعة .

لكن قد يحدث أن يجري بيع العقار المشفوع فيه دون أن ينذر رسمياً بهذا البيع ، فلم يعلن الشفيع - من ثم - عن رغبته في طلب الشفعة ، ثم تصرف المشتري الأول في العقار المبيع إلى مشترٍ ثانٍ ، أو كان الشفيع قد أعلن عن رغبته في طلب الشفعة لكن لم يتم بتسجيل هذا الإعلان قبل صدور البيع الثاني لهذا العقار ، فعندئذ يتعين على الشفيع إذا أراد طلب الشفعة

(٢٥٤) راجع في ذلك : العطار ، بند ١٠٨ ، ص ٢٤٥ ، نقض مدني مصري ١٩٧٠/١٢/١٠ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ، ص ١٢٢٧ .

توجيه إجراءات طلبها في مواجهة طرفي البيع الثاني وهما المشتري في البيع الأول والمشتري في البيع الثاني ، ولا يوجهها تجاه البائع الأول ، كما أن عليه أن يعول على شروط البيع الثاني وليس على شروط البيع الأول عند إيداعه الثمن .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٣٨ مدني مصري بقولها " إذا اشترى شخصٌ عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها " .

وإذا حدث أن باع المشتري الثاني جزءاً من العقار المشفوع فيه ، وأراد الشفيع طلب الشفعة في هذا الجزء وحده ، تعين على الشفيع توجيه إجراءات طلب الشفعة إلى طرفي البيع الثاني وحدهما دون البائع الأول في البيع الأول ، وجرى الاحتكام إلى شروط البيع الثاني وليس إلى شروط البيع الأول ، بعكس الحال لو أن الشفيع أراد طلب الشفعة في العقار كله ، فعندئذ يتعين عليه توجيه إجراءات الشفعة كاملة إلى طرفي البيعين الأول والثاني ، فيحتكم إلى البيع الأول في خصوص ما لم يتصرف فيه المشتري الأول ، وتوجه إجراءات الشفعة إلى طرفي البيع الأول بشأنه ، ويحتكم إلى البيع الثاني في خصوص ما تصرف فيه المشتري الأول ، وتوجه إجراءات الشفعة لطرفيه وهما المشتري الأول والمشتري الثاني (٢٥٥) .

(٢٥٥) راجع في ذلك المعنى : البراوي ، بند ٣٠٣ ، ص ٤٠٠ .

المطلب الرابع

آثار الشفعة

أولاً : انتقال الملكية إلى الشفيع .

لا جرم أن الشفعة قد تثبت رضاءً بتسليم كل من البائع والمشتري بحق الشفيع والاتفاق معه على نقل ملكية العقار المشفوع بذات ثمن بيعه في عقد البيع ، وقد يتم قضاءً ، بصدور حكم نهائي مثبت لحق الشفيع في أخذ هذا العقار شفعةً ، وفي كلا الحالين وإن كان التراضي على الشفعة أو الحكم النهائي يمثل السند القانوني المثبت لحق الشفيع على العقار المشفوع فيه إلا أنه في الملكية العقارية لا تنتقل الملكية إلا بعد تسجيل السند المثبت للملك فيها ، ولهذا يتعين على الشفيع تسجيل الاتفاق على الشفعة أو الحكم النهائي المثبت لها حتى تنتقل إليه ملكية العقار المشفوع .

ثانياً : حلول الشفيع محل المشتري . يترتب على ثبوت الشفعة رضاءً أم قضاءً حلول الشفيع حلولاً شخصياً محل المشتري في كل حقوق بيع العقار والتزاماته كأصل عام ، لا يفسخ العقد بهذا الحل بل يبقى قائماً وتتحول آثاره من المشتري إلى الشفيع ، وبناء عليه إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن بعد إلى البائع يلتزم الشفيع بدفعه إلى البائع ، وإذا كان المشتري قد جرى تاجيل الثمن له بعض الوقت ، فقد كان من المفروض وفق القواعد العامة في الحلول الشخصي أن يستفيد من هذا الجل الذي كان ممنوحاً للمشتري الذي حل محل في الوفاء بهذا الثمن لولا ورد نص صريح في القانون يحرم الشفيع من الاستفادة من هذا الأجل وعليه من ثم الوفاء به في الحال للبائع ما لم يرض البائع بإرادته المفردة منحه ذات الأجل الذي كان ممنوحاً للمشتري أو أجلاً آخر أطول أو أقصر منه .

أما إذا كان الثمن قد سبق للمشتري أن وفاه للبائع قبل ذلك ، تعين على الشفيع دفعه للمشتري وليس للبائع .

ويلتزم البائع تجاه الشفيع بكل التزامات عقد البيع فيضمن العيوب الخفية ويضمن تعرضه الشخصي بنوعيه المادي والقانوني ، كما يضمن تعرض الغير متى كان تعرضاً قانونياً ، بحيث

إذا استحق العقار الشفيع كلياً أو جزئياً للغير ، كان للشفيع الحق في الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي حسب الأحوال .

وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٩٤٥ مدني مصري بقولها " ١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.

٢- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.

٣- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة ، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع " .

ثالثاً : حكم التصرف أو الغرس من المشتري في العقار المشفوع فيه .

إن تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه قد يكون تصرفاً مادياً وقد يكون تصرفاً قانونياً ، فما هو حكم القانون في هذين النوعين من التصرفات ؟

١- حكم التصرف المادي .

إذا تصرف المشتري تصرفاً مادياً فغرس في العقار المشفوع فيه غرساً أو بنى فيه بناءً ، فعندئذٍ نفرق ههنا بين هذين الفرضين :

أ- الفرض الأول : أن يتم ذلك قبل إعلان الشفيع عن رغبته في طلب الشفعة إعلاناً رسمياً لكل من البائع والمشتري وتسجيله لهذا الإعلان ، كان الشفيع ملزماً بما يختاره المشتري من هذين الخيارين ، إما تعويضه نقدياً عما أنفقه من مال في سبيل هذا الغرس أو هذا البناء ، وإما أن يعرضه عما زاد في قيمة العقار المشفوع فيه بسبب هذا الغرس أو البناء .

ب- الفرض الثاني : أن يتم ذلك بعد إعلان الشفيع رغبته في طلب الشفعة وتسجيله ، كان للشفيع الحق في طلب الإزالة على نفقة المشتري ، فإن اختار الشفيع إبقاء البناء أو الغراس لم يلزم إلا بتعويض المشتري عن أدوات البناء وتكاليفه من أجره العمال والبنائين ، أو قيمة البذور المغروسة ونفقات غرسها وتعهدتها .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٤٦ مدني مصري بقولها " ١- إذا بنى المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره

المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس .

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

٢- حكم التصرف القانوني .

إذا تصرف المشتري تصرفاً قانونياً كبيع أو رهن أو تقرر على عقاره المشفوع فيه حق اختصاص بحكم قضائي أو تقرر عليه حق امتياز بقوة القانون فرقنا أيضاً بين فرضين :

أ- الفرض الأول .

إذا حدث ذلك قبل تسجيل إعلان الرغبة في طلب الشفعة ، كان تصرفه صحيحاً وناظراً في حق الشفيع ، شريطة أن يكون قد جرى شهر التصرف سواء بتسجيله إن كان التصرف بيعاً وبقيده إن كان رهناً .

ب- الفرض الثاني .

إذا حدث ذلك بعد تسجيل إعلان الرغبة في طلب الشفعة ، لم يكن هذا التصرف رغم صحته (لصدوره من مالك للعقار المشفوع فيه) نافذاً في حق الشفيع ، وكان من حق من أضير من جراء عدم رجوع تصرفه في حق الشفيع الرجوع على المشتري المتصرف بضمان الاستحقاق الكلي أو الجزئي إن كان حقه الذي أضير فيه حق ملكية ، أو طلب ضمان عيني آخر أو سداد الدين في الحال إن كان له حق رهن ، ويكون لدائني المشتري المقيدة حقوقهم حق امتياز على ما يثبت للمشتري من حق في استرداد ثمن العقار المبيع بسبب الشفعة .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٤٧ مدني مصري بقولها " لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان

الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدین ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار " .

المطلب الخامس

مسقطات الشفعة

يسقط حق الشفيع في الشفعة بواحد من هذه الأسباب الآتية :

أولاً : نزول الشفيع عن طلب الشفعة .

لا جرم أن أخذ الشفيع بالشفعة بسبب الشراكة في المال الشائع أو بسبب الجوار هو مجرد رخصة استثنائية مقررة له قانوناً ، إن شاء أخذ بها (وعليه عند طلبها أن تتوافر فيه شروطها ، وتتقي فيه موانعها ، مع التزامه بما يلزم لها من إجراءات قانونية) ، وإن شاء تنازل عنها صراحةً أو ضمناً ، وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

ثانياً : عدم إظهار الرغبة في طلب الشفعة في ميعادها القانوني .

إذا رغب الشفيع في الأخذ بالشفعة ، فعليه أن يطلبها في ميعادها القانوني ، وميعادها القانوني اللازم طلبه خلالها يختلف بحسب هذه الفروض الثلاثة :

١- **الفرض الأول :** إذا لم يجر إنذار الشفيع بالبيع من جانب البائع أو المشتري إنذاراً رسمياً ، ولم يتم في نفس الوقت تسجيل عقد بيع العقار المشفوع فيه في مكتب الشهر العقاري ، فإن له أن يطلب الشفعة فيه في أي وقت دون أن يكون ثمة موعد معين يجب طلب الشفعة فيه ، وإن كان عليه أن يعجل بطلبها قبل أن يتصرف فيها المشتري إلى غيره ، فإن تصرف فيها لغيره ، وجب على الشفيع إعلان رغبته في طلب الشفعة للمشتري الثاني وللمشتري الأول ، ويلتزم على إثر حلوله محل المشتري الثاني بشروط وبنود البيع الثاني وليس البيع الأول .

٢- **الفرض الثاني** : إذا جرى إنذار الشفيع بالبيع من جانب المشتري أو من جانب البائع إنذاراً رسمياً ، تعين على الشفيع طلب الشفعة خلال الخمسة عشر يوماً اللاحقة لتاريخ الإنذار ، وإلا سقط حقه في طلبها .

٣- **الفرض الثالث** : إذا كان قد تم تسجيل عقد البيع ، فإن حق الشفيع في طلب الشفعة يسقط بمضي أربعة أشهر من تاريخ هذا التسجيل .

ثالثاً : عدم إيداع الثمن خزانة المحكمة .

إذا لم يتم الشفيع بإيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة التي يقع بدائرتها هذا العقار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع رغبته في طلب الشفعة ، سقط حقه في طلب الشفعة .

رابعاً : عدم رفع وقيد دعوى الشفعة في الميعاد .

إذا لم يتم الشفيع برفع دعوى طلب الشفعة وقيدها في الجدول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان عن رغبته في طلب الشفعة أمام المحكمة المختصة (وهي المحكمة التي يقع بدائرتها العقار المشفوع فيه) سقط حقه في طلب الشفعة .

خامساً : زوال أحد شروط الشفعة .

لا يكفي فقط للأخذ بالشفعة ، مجرد توافر شروط الحصول عليها ، بل لابد أن يستمر توافر هذه الشروط ، وبناء عليه إذا حدث قبل صدور حكم نهائي بالشفعة أن زال أحد شروط الأخذ بالشفعة ، بعد أن أعلن الشفيع عن رغبته في طلبها ، سقط حقه في طلب الشفعة ، كما لو أنه بعد طلبها زالت ملكيته للعقار المشفوع به أو جعل هذا العقار دار عبادة أو مرفقاً من مرفقاتها .

وهذا عين ما نصت عليه المادة ٩٤٨ مدني مصري بقولها "

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :

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

- (ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.
(ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

المبحث الخامس

الحيازة

أولاً : تعريف الحيازة .

حَازَ /حَازَ عَلَى يَحُوزُ ، حُزٌ ، حَوَازًا وَحِيَازَةً ، فَهُوَ حَائِزٌ ، وَالْمَفْعُولُ مَحْزُوزٌ حَازَ الشَّيْءَ /حَازَ عَلَى الشَّيْءِ : ضَمَّهُ وَمَلَكَهُ ، حَصَلَ عَلَيْهِ وَنَالَهُ حَازَ عَقَارًا / مَالًا ، حَازَتِ الْمَرْأَةُ طِفْلَهَا إِلَى صَدْرِهَا : ضَمَّتْهُ إِلَيْهَا ، حَازَ الدَّوَابَّ حَوَازًا : سَاقَهَا بِرَفْقٍ (٢٥٦) ، حَازَ الشَّيْءَ : مَلَكَهُ وَضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ ، وَحَازَ الشَّيْءَ : جَمَعَهُ ، حَازَ الدَّوَابَّ : سَاقَهَا سَوَاقًا شَدِيدًا ، حَازَ الدَّوَابَّ : سَاقَهَا إِلَى الْمَاءِ ، حَازَ الْحَاكِمُ الْمَلِكَ : اسْتَبَدَّ بِهِ " (٢٥٧) .

ولا يختلف معنى الحيازة اصطلاحاً عن معناها اللغوي فهي تعني ممارسة شخص ما (سواء بنفسه أو عن طريق شخص آخر ينوب عنه) سيطرته المادية على شيء معين بالذات والظهور عليه بوصفه صاحب حق عيني عليه ، سواء كان ذلك الظهور مطابقاً للحقيقة والواقع فكان فعلاً وصدقاً هو مالك لهذا الشيء الذي يحوزه أو له عليه حق عيني آخر غير حق الملكية ، أم أنه ليس كذلك فكان مجرد مغتصب للشيء ويريد كسب حق عيني عليه بطريق الحيازة أو وضع اليد (٢٥٨) .

(٢٥٦) راجع في ذلك معجم المعاني الجامع ، وموقعه على الإنترنت : [https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%B9%D9%86%D9%89-%D8%AD%D8%A7%D8%B2-%D9%8A%D8%AD%D9%88%D8%B2-%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9/?c=%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D8%AF](https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%B9%D9%86%D9%89-%D8%AD%D8%A7%D8%B2-%D9%8A%D8%AD%D9%88%D8%B2-%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9/)
(٢٥٧) راجع في ذلك معجم الرائد ، وموقعه على الإنترنت : <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%B9%D9%86%D9%89-%D8%AD%D8%A7%D8%B2-%D9%8A%D8%AD%D9%88%D8%B2-%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%B2%D8%A9/?c=%D8%A7%D9%84%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D8%AF>
(٢٥٨) انظر في نفس المعنى : العطار ، بند ١١٥ ، ص ٢٥٤ ، عبد العزيز عامر ، بند ٢٠١ ، ص ٢٤٧ .

وقد عرفتھا المادة ٩٠٥ من القانون المدني الكويتي بقولھا " الحيازة هي سيطرة شخص ، بنفسه أو بواسطة غيره ، على شيء مادي ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق " (٢٥٩) .

ثانياً : أهمية الحيازة .

يولي القانون الحيازة أهمية كبيرة في المجتمع ، فهي لا تمثل مجرد واقع ظاهر ثابت لمن يحوز شيئاً ما حيازة مادية ، وإنما تمثل قيمة أساسية في النظام القانوني في المجتمع ، وكيف لا ؟ وهي يعول عليها قانوناً في الاعتراف لمن يباشرها بوصف المالك لهذا الشيء المادي الذي يحوزه (أي المسيطر عليه) إلى أن يثبت العكس ، فهي قرينة على الملكية ، ويكفي الحائز أن يتحصن بها ويستند إليها ، وعلى من يدعي خلاف ما دلت عليه هذه الحيازة عبء إثبات ما يدعيه ، حيث تنص المادة ٩٦٤ مدني مصري على أنه " من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس " . كما أن الحيازة قد تمثل أساساً لكسب الملك ، فمن يضع يده على مال مملوك لغيره مجابهاً بحيازته صاحب الحق فيه يمكن أن يكتسب ملكية هذا العقار بالتقادم ، إذا ظلت حيازته له مدة التقادم الطويل المكسب للملكية ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٦٨ مدني مصري بقولھا " من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة. " ، كما أنه يعترف لمن كان حائزاً لشيء ما بحسن نية بحقه في الاحتفاظ لنفسه بثمار هذا الشيء ولا يلزمه بردها لصاحب الحق على هذا الشيء ، ما دام أنه كان حسن النية وقت القبض (٢٦٠) .

(٢٥٩) وهو ما نصت عليه المادة ٨٧٤ مدني بحريني بقولھا " الحيازة هي سيطرة شخص ، بنفسه أو بواسطة غيره ، على شيء مادي ، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق.

(٢٦٠) انظر في نفس المعنى : عبد المنعم البدر اوي ، بند ٣٢٣ ، ص ٤٢٠ .

ثالثاً : الحكمة من حماية الحيازة .

لا جرم أن حماية الحيازة في ذاتها مجردة حتى عن الحق الذي يدعمها أمر يقتضيه المنطق والعقل ، لأنه يفترض فيمن يباشر هذه الحيازة أنه يستند في حيازته إلى حق قانوني يدعم له حيازته هذه إلى أن يثبت العكس ، سواء أكان بوصفه صاحب حق عيني فتثبت له بموجبه الحيازة القانونية على الشيء محل الحيازة مثل المالك أم بوصفه صاحب حق شخصي فتثبت له بموجبه الحيازة العرضية على ذلك الشيء مثل المستأجر ، هذا إلى جانب أن حماية الحيازة في ذاتها أمر يقتضيه الصالح العام في المجتمع من زاويتين : إحداهما ذات طابع اجتماعي مؤداها أن الناس يثقوا عادة في الأوضاع الظاهرة ويطمئنوا إلى صحتها وسلامة سندها ، فمن كان حائزاً لشيء في الظاهر وثق الناس فيه واطمأنوا إلى حيازته ، لذا وجب حمايتها تدعيماً لهذه الثقة فيها ، وأخرهما ذات طابع أمني ، حيث تقتضي موجبات حفظ النظام والأمن والاستقرار في المجتمع حماية الحيازة الظاهرة بوصفها تمثل العنوان الظاهر للحقيقة في حياة الناس ، وهي في كلتا الحالتين حقيقة مظنونة ومفترضة (أي غير قطعية) إلى أن يثبت عكس ذلك بحكم قضائي قطعي يضحى هو العنوان الحاسم والأكيد لتلك الحقيقة ، ويد الحائز على محل الحيازة يد واجبة الاحترام والحماية ، ولا يجوز استعمال العنف تجاهها ولو كان ذلك العنف مباشراً من قبل صاحب الحقيقي على هذا الشيء محل الحيازة ، إذ عليه أن يبقى على احترامه للحيازة الظاهرة ويلجأ إلى القضاء لإثبات حقه المعارض لها والمثبت لتعدي الحائز في حيازته على حقه ، وليس له أن يقوم بنفسه لنفسه بانتزاع الشيء من يد حائزه ، ويحمي القانون الحيازة في ذاتها حفاظاً على الأمن العام الذي يتأثر صفوه بمباشرة أي مظهر من مظاهر العنف لانتزاع الحيازة من يد الحائز (٢٦١) .

(٢٦١) انظر في نفس المعنى : عبد العزيز عامر ، بند ٢٠٣ ، ص ٢٤٨ ، عبد المنعم البدر اوي ، بند ٣٢٤ ، ص ٤٢٢ .

رابعاً : عناصر الحيابة .

تتحقق الحيابة بمباشرة الحائز بنفسه أو بواسطة غيره الأعمال المادية التي تظهره بمظهر صاحب الحق العيني الوارد على الشيء محل الحيابة ، ومن ثم تقوم الحيابة على عنصرين أساسيين هما :

١- عنصر مادي يتمثل في وضع اليد على الشيء محل الحيابة من خلال مباشرة الأعمال

المادية التي تمكنه من تحقيق السيطرة المادية أو الفعلية على هذا الشيء ، وفق ما تقتضيه طبيعة الأشياء ، وبحسب طبيعة الحق الذي للحائز على الشيء المحوز ، فالأعمال المادية التي تباشر على المنقول تختلف عن تلك الأعمال التي تباشر على العقار ، بل إن الأعمال المادية على أي منهما تختلف باختلاف نوع هذا المنقول أو هذا العقار محل الحيابة ، كما أن الأعمال المادية تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الحائز على الشيء محل الحيابة ، فما يثبت من أعمال مادية لمن له حق ملكية على هذا الشيء يختلف عما يثبت من الأعمال المادية لمن له عليه فقط مجرد حق انتفاع أو غيره من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية مثل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق وحق الحكر ، ومن له حق عيني أصلي على شيء معين يختلف فيما له من أعمال مادية عما له عليه فقط مجرد حق عيني تبعي (٢٦٢) .

يراعى ضرورة استمرار وضع اليد على الشيء محل الحيابة دون انقطاع ، وهذا يقتضي أن يستمر الحائز في مباشرة الأعمال المادية بصورة منتظمة أو على فترات متقاربة بحسب طبيعة الشيء محل الحيابة ، فإن كان محل الحيابة داراً دائمة للسكنى تعين سكناه على الدوام أو على فترات منتظمة على الأقل ، وإن كان مصيفاً للتصيف فقط فيكفي سكناه في الصيف فقط ، وإن كان مشتمى للشتاء فقط فيكفي سكناه في الشتاء فقط (٢٦٣) .

والأصل العام أن يباشر الحائز الظاهر هذه الأعمال المادية المكونة للركن المادي للحيابة بنفسه لنفسه (أي لحساب نفسه) ، فتسمى الحيابة عندئذ حيابة بالأصالة ، لكن لا مانع أن تتم

(٢٦٢) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ١١٥ مكرر ١ ، ص ٢٥٤ .
(٢٦٣) انظر في نفس المعنى : عبد المنعم البدر اوي ، بند ٣٢٩ ، ص ٤٢٧ .

مباشرتها من خلال هذا الحائز الظاهر لحساب نفسه وغيره شائعة كما هو الحال في الشبوع فتسمى حيازة على الشبوع ، وقد يباشر الحائز الظاهر هذه الأعمال المادية لحساب غيره ، كما هو الحائز في حيازة التابع أو النائب (سواء كان ولياً أو وصياً أو وكيلاً) أو المستأجر أو المستعير ، فتسمى الحيازة ههنا بالحيازة العرضية أو الحيازة بالواسطة ، لأن الحائز هنا يباشر الحيازة (أو الأعمال المادية المكونة للركن المادية) لحساب الأصيل أو صاحب الحق العيني على الشيء محل الحيازة ، وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٩٥٠ مدني مصري على أنه " ويجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية " (٢٦٤) ، ونصت المادة ١/٩٥١ مدني مصري على أنه " تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة " (٢٦٥) .

بيد أنه ينبغي مراعاة أن الأصل في الحيازة أنها تجري لحساب من يباشرها ، وعلى من يدعي خلاف ذلك عليه إثبات وساطة حيازة الحائز الظاهر ، وأنه حائز عرضي وليس حائزاً قانونياً أو أصيلاً ، فالحيازة بالواسطة لا تفترض ، وإنما تفترض الحيازة بالأصالة ، لكن إذا ثبتت الحيازة بالواسطة أو الحيازة العرضية ، كانت الحيازة الظاهرة لحساب الأصيل سواء كان يعلم بذلك أو لا يعلم ، وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢/٩٥١ مدني مصري على أنه " وعند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه " .

ولا يتحقق الركن المادي للحيازة إلا بمباشرة الحائز تلك الأعمال المادية التي تظهره بوصفه صاحب حق عيني على المال محل الحيازة ، ومن ثم فلا تجزئ التصرفات القانونية في توفير هذا الركن ، لأن من يتصرف في المال محل الحيازة بالبيع أو غيره قد يكون حائزاً بالفعل لهذا المال وقد لا يكون ، ولذا فإنه لا يبرهن هذا التصرف على وجود معنى الركن المادي للحيازة أو لا يكفي في إثبات وضع اليد (٢٦٦) .

(٢٦٤) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٧٧ مدني بحريني بقولها " يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانوناً " ، ونصت عليه المادة ٩٠٩ مدني كويتي " يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانوناً .

(٢٦٥) وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٨٧٦ مدني بحريني بقولها " تكون الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء باسم الحائز " ، ونصت عليه المادة ٩٠٨ مدني كويتي بقولها " تكون الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشر السيطرة على الشيء باسم الحائز " .

(٢٦٦) انظر في نفس المعنى : عبد المنعم البراوي ، بند ٣٢٩ ، ص ٤٢٧ .

وأخيراً قد تكون حيازة الشخص امتداداً لحيازة سلفه ، سواء كان هذا الشخص خلفاً عاماً مثل الوارث الذي يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة مورثه ، أو خلفاً خاصاً مثل المشتري الذي يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه البائع ، وتسمى الحيازة حينئذ بالحيازة بالاستخلاف (٢٦٧) .

٢- عنصر معنوي : يتمثل في الظهور على الشيء بمظهر صاحب الحق ، وهذا العنصر يقتضي أن تكون الأعمال المادية مباشرة لحساب النفس ، أي لحساب صاحب الحق العيني على الشيء محل الحيازة ، وليس لحساب الغير .

ولا يتوافر هذا العنصر في حق من يباشر هذه الحيازة الظاهرة (أي من يضع يده على المال محل الحيازة) فيأتي الأعمال المادية المكونة للحيازة إلا سبيل الظن والافتراض ، إذ يفترض فيه أنه يباشر هذه الحيازة لحساب نفسه وليس لحساب غيره ، لكن يزول هذا الافتراض ويتلاشى إذا أثبت الحائز الأصل أو الحقيقي أن الحائز الظاهر هو حائز عرضي لحقه العيني مثل الملكية أو غيره من الحقوق العينية الأخرى ، وأنه هو الحائز القانوني أو الأصل للحق العيني المدعى به على المال محل الحيازة ، كما لو أثبت المالك للشيء أنه حائز القانوني أما الشخص المباشر لأعمال الحيازة في الظاهر فهو حائز عرضي بوصفه مستأجراً أو مستعيراً ، فتكون هنا الحيازة القانونية لشخص والحيازة العرضية لشخص آخر ، وقد يحدث أن تجتمع لشخص واحد حيازتان مختلفتان مثل من له حق عيني أصلي على شيء غير حق الملكية فهو يحوز حقه العيني الأصلي مثل حق الانتفاع أو غيره حيازة قانونية ويحوز حق الملكية حيازة عرضية لحساب مالك الرقبة .

كما أن من يحوز شيئاً معتدياً فيه على حق صاحب الشيء محل الحيازة من غير أن يكون له أي حق عيني أو شخصي يبرر له حيازته الظاهرة عليه ، أو كان له حق عيني أصلي غير حق الملكية أو حق عيني تبعي أو حق شخصي ويريد أن يعتدي على حق الملكية الثابت لغيره ، يجب عليه قانوناً مجابهة المالك بنيته في الظهور على هذا الشيء بمظهر المالك له ، ليجعل حيازته ابتداءً حيازة لحساب نفسه أو يحول حيازته العرضية بهذه المجابهة إلى حيازة قانونية .

(٢٦٧) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ١١٥ مكرر ١ ، ص ٢٥٦ .

ولا يتحقق الركن المعنوي للحيازة بناء على أعمال مادية يباشرها الشخص ويتحملها صاحب الحق على سبيل التسامح ، كمن يدق خيمة في أرض مملوكة لجاره فيتركه الجار صاحب الأرض على سبيل التسامح تقديراً لظروف هدم بيته ، ولذا تنص المادة ١/٩٤٩ مدني مصري على أنه " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح " (٢٦٨) .

والأصل أن يتوافر الركن المعنوي في الحيازة لدى الحائز شخصياً ، فلا ينوب عنه غيره فيها ، بيد أنه إذا كان الشخص غير مميز أو كان مجنوناً أو معتوهاً ، أو كان شخصاً معنوياً ، ناب عنه في ركني الحيازة شخص النائب عنه ، سواء كان ولياً أو وصياً أو قياً أو وكيلاً (٢٦٩) .

خامساً : تغير صفة الحيازة من حيازة عرضية أو بالواسطة إلى حيازة قانونية .

بادئ ذي بدء فإن الحيازة تكون حيازة عرضية إذا لم يتوافر فيها لدى الحائز سوى الركن المادي ، فإذا توافر الركن المعنوي ابتداءً في نفس الوقت مع توافر الركن المادي أو توافر هذا الركن المعنوي بعده انتهاءً صارت الحيازة حيازة قانونية ، مع مراعاة أن الركن المعنوي يفترض عند وجود الركن المادي ، إلى أن يثبت العكس ، لكن الركن المادي لا يفترض أبداً .

وتنص المادة ٩٧٢ مدني مصري على أنه " ١- ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة .

٢- ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بفعل يعتبر معارضة لحق المالك . ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير " (٢٧٠) .

(٢٦٨) إذ تنص المادة ٨٧٥ مدني بحريني على أنه " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح " ، وتنص المادة ٩٠٧ مدني كويتي على أنه " لا تقوم الحيازة بعمل يأتيه الشخص على أنه من المباحات أو بعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح " .

(٢٦٩) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ١١٥ مكرر ٢ ، ص ٢٥٦ .

(٢٧٠) إذ تنص المادة ٨٧٨ مدني بحريني على أنه " ليس لمن يحوز باسم غيره أن يغير لنفسه صفة حيازته ، ولكن تتغير هذه الصفة إما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه . ولا تبدأ الحيازة بصفحتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير " ، وتنص عليه

ويستفاد من هذا النص أن الأصل العام أن الحائز العرضي أياً كان هذا الحائز (أي سواء كان تابعاً أو نائباً أو مستأجراً أو مستعيراً أو صاحب حق انتفاع بالنسبة لحيازته ملكية الرقبة) ليس في مقدوره أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، وإلا لم تعد ثمة فواصل بين الحيازتين ، وصار من الميسور له تغيير سبب حيازته في أي وقت بنفسه لنفسه من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية .

بيد أنه يمكن للحائز العرضي تغيير وصف حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية بأحد طريقين :

١- الطريق الأول : فعل الغير ، المتمثل في تصرف قانوني يصدر عن ذلك الغير ينقل الملكية إليه ، كما لو باع ذلك الغير الشقة المؤجرة إلى المستأجر موهماً إياه أنه المالك الحقيقي لتلك الشقة ، مع توافر حسن النية في جانب المستأجر ، أما إذا كان المستأجر سيء النية ، أي يعلم عدم ملكية الغير للشقة المؤجرة ، فلا تتغير صفة الحيازة بفعل الغير ، وإلا جاز للمستأجر أن يتواطأ مع أي شخص غير المؤجر لبيعه الشقة المؤجرة ، فيغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، وهذا غير جائز قانوناً .

وعندئذ يتعين لتغيير صفة الحيازة بفعل الغير ثبوت هذين الأمرين : أ- الأمر الأول :ثبوت التصرف القانوني أو السند القانوني الناقل للملكية والصادر من غير المالك ، وعندئذ يقع على عاتق الحائز إثبات هذا التصرف ، وعليه أن يتقيد في إثباته بالقواعد العامة في الإثبات ، فيطالب بتقديم الدليل الكتابي المثبت لهذا التصرف إذا زادت قيمته عن نصاب الإثبات بالبينة أو إثباته بما يقوم مقامها في الحالات الاستثنائية من تقديم الدليل الكتابي .

ب- الأمر الثاني : ثبوت حسن نية ، والأصل العام افتراض حسن النية في هذا الحائز ، ومن ثم فهو لا يطالب بإثبات حسن نيته ، وإنما يقع على عاتق من يدعي سوء نية الحائز ، إثبات سوء نيته ، وله إثبات ذلك بكافة الطرق باعتبارها واقعة مادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

المادة ٩١٠ مندي كويتي " ليس لمن يحوز باسم غيره أن يغير بنفسه لنفسه صفة حيازته ، ولكن تتغير هذه الصفة إما بفعل الغير أما بفعل من الحائز يعتبر معارضة لحق من كان يحوز باسمه ، ولا تبدأ الحيازة بصفتها الجديدة إلا من وقت الفعل الذي أحدث التغيير " .

٢- الطريق الثاني : فعل الحائز : وهذا يقتضي قانوناً أن يصدر عن الحائز فعلٌ ظاهرٌ وصريحٌ يدل دلالة قاطعة لا شك فيها أن الحائز مجابه للمالك في حيازته القانونية ومعارض له معارضة ظاهرة وقاطعة لحقه الذي له عليه وهو حق الملكية وأنه عازم على الاستنثار به لحساب نفسه والافراد به دونه .

وهنا يجب على الحائز إثبات هذه الواقعة التي تعبر عن فعله هذا ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، بوصفها وقائع مادية ، والوقائع المادية لا يتقيدُ في إثباتها بدليل معين ، ومن ثم يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البيينة والقرائن ، ولا يلزم إثباتها بدليل معين مثل الكتابة أو الإقرار أو اليمين الحاسمة .

وينبغي على الحائز الذي تغيرت صفة حيازته بفعل الغير أو فعل الحائز من حيازة عرضية إلى حيازة قانونية على نحو ما رأينا ألا يأتي سلوكاً يخالف مقتضى هذا التغيير في وصف حيازته ، وإلا عادت حيازته إلى وصفها العرضي بسلوكه المخالف لهذا التغيير الذي طرأ عليها ، فلو كان الحائز مستأجراً وتغيرت صفة حيازته بفعله أو فعل الغير ، فيجب عليه أن يظهر على العين المؤجرة بمظهر المالك لها ويبقى مستمراً على هذا السلوك ، فيمتنع من ثم عن دفع الأجرة ويباشر عليها كل سلطات المالك على ملكه ، أما إذا عاد وقام بدفع الأجرة من جديد بعد التغيير وكان على علم ودراية بما يفعل ولم يكن مكرهاً ولا غالطاً في سلوكه هذا كان دفعه الأجرة سبباً في الاعتراف الضمني بحيازته العرضية للعين المؤجرة وأنه يحوزها لحساب المؤجر وليس لحساب نفسه (٢٧١) .

وبراعى أن حساب مدة التقادم المكسب لا يبدأ إلا من تاريخ تغير صفة الحيازة ، سواء أكان هذا التغيير بفعل الحائز أو بفعل الغير .

سادساً : عيوب الحيازة .

لا شك أن الحيازة قرينة على الحق ، وصاحب الحق يحصل على حقه في هدوء ويستعمله في علانية ويفصح عنه في وضوح دون أي لبس أو غموض ، فإذا حدث أن تغير وصفٌ من أوصاف هذه الحيازة على إثر ما لحقها من أي من عيوب الحيازة ، كما لو صارت الحيازة مشوبة بعيب الإكراه أو عيب الخفاء أو عيب اللبس أو الغموض ، فإنه لا يكون لها

(٢٧١) انظر في نفس المعنى : شحاتة غريب شلقامي ، ص ١٧٥ .

من أثر في مواجهة من مورس عليه هذا الإكراه أو أخفيت عنه هذه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلى الوقت الذي يزول عنها أي من هذه العيوب سالفه الذكر ، ولذا تنص المادة ٩٤٩ / ٢ مدني مصري على أنه " وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " (٢٧٢) .

والأصل في الحيازة أن تكون هادئة وواضحة ، وعلى من يدعي أنها مشوبة بعيب الإكراه أو عيب الخفاء أو عيب الغموض عبء إثبات ما يدعيه ، فإذا ثبت عيبٌ من هذه العيوب لم يحتج بهذه الحيازة المعيبة على مورس في حقه هذا العيب ، لكن لا مانع من الاحتجاج بالحيازة على غيره ممن كانت سليمة من أي من هذه العيوب ، فالعيب له طابع نسبي يقتصر أثره على من كانت الحيازة بالنسبة له مشوبة بأحد عيوب الحيازة دون غيره من اصحاب الحق .

ولا مراء في أن سلامة الحيازة من العيوب أو فسادها بأحد هذه العيوب مسألة من مسائل الواقع يجري إثباتها أمامها المحكمة ، ويفترض في الحيازة سلامتها من العيوب ، إلى أن يثبت العكس ، وتقدير ذلك كله مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تقدره حسبما يترأى لها دون ان تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى اقامت قضاها فيها على أسباب سائغة تبرر ما خلصت إليه بشأنها .

١- عيب الإكراه .

ويقصد بعيب الإكراه أن يباشر الحائز أعمالاً مادية أو تهديداً معنوياً في مواجهة صاحب الحق لانتزاع الحيازة منه رغماً عنه أو حمله على التخلي عنها ، ولا شك أن الحيازة المشوبة بعيب الإكراه لا تصلح لكسب الحق بناء عليها ، ولا تستحق أي حماية قانونية لها ، فإذا هدأت الحيازة ابتداءً أو صارت هادئة بعد زوال عيب الإكراه عنها ،

(٢٧٢) إذ تنص المادة ٨٧٩ مدني بحريني على أنه " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس أمرها عليه ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " ، وتنص المادة ٩١١ مدني كويتي على أنه " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس ، فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس أمرها عليه ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " .

صارت هذه الحيازة صالحة لكسب الحقوق بموجبها ، وأضحت جديرة بالحماية القانونية المقررة لها .

وإذا انتزعت الحيازة من صاحبها ، ولم يستردها صاحبها خلال سنة من تاريخ انتزاعها ، استقرت هادئة للحائز من تاريخ انتهاء مدة السنة ، وصارت صالحة لبدء سريان التقادم وكسب الحق بالتقادم بموجبها .

والأصل هدوء الحيازة وسلامتها من عيب الإكراه ، هذا ما لم يثبت عكس ذلك ، ويخضع تقديراً ذلك كله لمطلق تقدير محكمة الموضوع بلا أي رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها فيها على أسباب تيرر ما انتهت إليه بطريقة سائغة ومقبولة .

٢- عيب الخفاء .

ويقصد بخفاء الحيازة عدم ظهورها أو عدم علانيتها ، وهو عيب يلحق الحيازة في ركنها المادي ، وهو يعني استتار الأعمال المادية وعدم كشفها أو ظهورها في مواجهة صاحب الحق ، فالحيازة المستترة التي لا تظهر بوضوح في العلانية لا يحتج بها في مواجهة صاحب الحق ، ولا يكون لها من أثر في كسب الحق ، فمن يزرع على سبيل الاستتار أمثراً من أرض جاره دون أن يظهر سيطرته المادية على تلك الأمتار المملوكة لجاره ، لا يحتج بحيازته لها لأنها مشوية بعيب الخفاء وعدم العلانية ، بعكس الحال من يظهر أعماله المادية على تلك الأمتار ، ويباشرها في علانية ظاهرة تكون حيازته ذات حجية في مواجهة صاحب الحق ، سواء علم بها أو لم يعلم .

ويراعى أن عيب الخفاء عيب مؤقت يمكن أن يزول متى كشف الحائز عن أعماله المادية التي كانت مستترة ، وذلك من تاريخ ظهورها أو علانيتها ، وهو عيب نسبي يحتج به على من خفيت عليه الحيازة دون سواه ممن كانت الحيازة في حقهم ظاهرة أو في علانية .

٣- عيب اللبس أو الغموض .

ويقصد بعيب اللبس أو الغموض في الحيازة أن نية الحائز العرضي غامضة في مباشرته للأعمال المادية ، بحيث لا يتكشف منها لمن يحتج عليه بهذه الحيازة بحقيقة

قصده من وراء هذه الحيازة ، هل يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره ، بحيث إذا كشف الحائز عن حقيقة قصده وأنه يحوز الشيء لحسابه الشخصي وليس لحساب غيره ، كانت الحيازة صالحة لكسب الحق بموجبها ، ويحتج بها على هذا الحائز .

وتقدير غموض الحيازة أو وضوحها مسألة واقعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع دون أي رقابة عليها من محكمة النقض ، متى كان قضاؤها فيها مبرراً أو مستساغاً فيما خلصت إليه بشأنها .

سابعاً : انتقال الحيازة .

نظراً لأن شخصية الخلف العام (٢٧٣) ليست شخصية مستقلة عن شخصية سلفه ، بل يمثل امتداداً لشخصية سلفه ، فهما يمثلان شخصية قانونية واحدة ، وبناء على ذلك لا يبدأ الخلف في مباشرة حيازة جديدة ومستقلة عن حيازة سلفه عند وضع يده على مال مملوك لغيره ، بل يضم إلى حيازته حيازة سلفه بذات أوصافها أو صفاتها التي بدأت بها عند سلفه ، هذا ما لم يثبت تغييرها في يد الخلف العام عما بدأت عليه وهي في يد سلفه ، كما لو أثبت الخلف العام ، أنه رغم أن حيازة سلفه كانت بسوء نية إلا أن حيازته هو كانت بحسن نية ، أي مغايرة ومختلفة عن حيازة سلفه لذا تنص المادة ١/٩٥٥ مدني مصري على أنه " تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها ، على أنه إذا كان السلف سئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته " (٢٧٤) .

أما بالنسبة للخلف الخاص (٢٧٥) فهو لا يمثل شخص سلفه ولا يمثل امتداداً لشخصيته، وإنما هو يعد شخصية مستقلة عنه يمثل بها نفسه ، وله - من ثم - حيازته المستقلة عن حيازة سلفه ، الأمر الذي يجعل لها أوصافها الخاصة بها ، على نحو يميزها عن حيازة سلفه وما كانت عليه هذه الحيازة من أوصاف خاصة لا تنتقل إلى من يخلفه خلافة خاصة ، لأن الخلف الخاص يستمد حيازته من سنده هو وليس من سند سلفه ، ورغم ذلك أجاز

(٢٧٣) ويقصد بالخلف العام كل من يخلف غيره في كل يترك من مال أو في حصة شائعة في هذا المال ، مثل الوارث أو الموصى له بحصة شائعة في هذا المال (راجع في ذلك : خالد جمال أحمد حسن " الوسيط في مصادر الالتزام " ص ١٣٢ ، طبعة عام ٢٠٢٠م ، مطبعة بداري بأسبوط) .

(٢٧٤) إذ تنص المادة ٨٨٥ مدني بحريني على أنه " تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها . على أنه إذا كان السلف سئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته " ، وتنص المادة ٩١٧ مدني كويتي على أنه " تنتقل الحيازة للخلف العام بصفاتها. على أنه إذا كان السلف سئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته " .

(٢٧٥) ويقصد بالخلف الخاص هو كل من يخلف غيره في عين محددة بالذات أو حق عيني يرد على تلك العين ، مثل المشتري والدائن المرتهن والموصى له ابتداءً بمال معين أو عين محددة (راجع في ذلك : د/ خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ١٤٢) .

القانون للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ، وذلك تحقيقاً لمصلحته كما لو أنه أراد أن يتمسك بالتقادم ، ولذا تنص المادة ٢/٩٥٥ مدني مصري على أنه " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " (٢٧٦) .

بيد أنه حتى يتسنى للخلف الخاص التمسك بفكرة ضم حيازة سلفه إلى حيازته عند تمسكه بالتقادم ، ينبغي ألا يحتج بهذا الضم في مواجهة المتصرف له أو في مواجهة خلف من تصرف له ، هذا ما لم يكن تصرف هذا الأخير صورياً صورية مطلقاً ، فعندئذ يكون في حكم العدم فلا يصلح أصلاً لنقل أي حق (٢٧٧) .

ويراعى أنه يلزم لأجل ضم الخلف الخاص حيازة سلف ، أن يكون الخلف حائزاً ، وألا يكون السلف مالكاً للعقار وقت انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص ، كما يلزم عند تمسك الخلف الخاص بكسب الملكية بالتقادم الخمسي أن يكون هو وسلفه حسني النية (٢٧٨) .

ثامناً : زوال الحيازة .

تزول الحيازة بزوال ركنها المادي أو زوال ركنها المعنوي أو بزوال الركنين معاً ، وقد نظم القانون المدني المصري زوال الحيازة في مادتين متتاليتين هما : ٩٥٦ ، ٩٥٧ ، حيث نصت المادة الأولى منهما وهي المادة ٩٥٦ على أن " تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى " ، كما نصت المادة ٩٥٧ على أنه " ١- لا تنقضي الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي " . " ٢- ولكن الحيازة تنقضي إذا استمر هذا المانع سنة كاملة ، وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه . وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة . إذا بدأت علنا . أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية " .

ويستفاد من هذين النصين أن الحيازة تزول بأحد طريقين :

(٢٧٦) إذ تنص المادة ٨٨٩ مدني بحريني على أنه " يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " ، وتنص المادة ٩٢١ مدني كويتي على أنه " يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " .

(٢٧٧) انظر في نفس المعنى : عبد الناصر العطار ، بند ١١٨ ، ص ٢٦٠ .

(٢٧٨) انظر في نفس المعنى : عبد المنعم البراوي ، بند ٣٤٧ ، ص ٤٦١ ، عبد الناصر العطار ، بند ١١٨ ، ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

١- الطريق الأول : التخلي : وهو سلوك إرادي يصدر عن الحائز شخصياً بإرادته المنفردة ، سواء كانت صريحة أو ضمنية .

٢- الطريق الثاني : فقد الحائز السيطرة على الشيء بأي طريق كانت ، ويتحقق ذلك في أي من هذه الصور الثلاث الآتية :

أ- الصورة الأولى : فقد الحائز السيطرة على الشيء لسبب مشروع سواء أكان مختاراً في هذا بناء تصرف قانوني من جانب واحد أو من جانبين ألزمه بتسليم الشيء إلى المتصرف له ، أم كان مجبراً على هذا كما لو كان فقد هذه السيطرة بموجب حكم قضائي ملزم له بذلك .

ب- الصورة الثانية : فقد الحائز السيطرة لسبب غير مشروع ، كما لو أن شخصاً انتزع العقار من يد حائزه أو أخذه منه خلسة ، ولم يسترده الحائز أو يطلب رده خلال سنة من تاريخ الانتزاع أو خلال سنة من تاريخ علمه بأخذه منه خلسة .

ت- الصورة الثالثة : إذا ضاع المنقول أو سرق أو هرب الحيوان وكف صاحبه عن البحث عنه لفقده الأمل في العثور عليه .

وجدير بالذكر أنه إذا وجد مانع مادي مؤقت أياً كانت طبيعته مثل الحرب أو الزلزال أو الفيضان أو الوباء حال دون الحائز ومباشرة السيطرة الفعلية على الشيء المحوز ، فإن هذا المانع لا يؤثر في وجود الحيابة ولا يقطعها ولا يؤدي إلى زوالها ، بل يستطيع الحائز فور زوال المانع أن يعاود مباشرة سيطرته المادية على الشيء من غير أن يؤثر هذا المانع في وجودها واستمرارها .

تاسعاً : كسب الملكية بالحيابة .

كنت أمل ألا يرخص القانون في كسب الملك بطريق الحيابة إلا مع توافر السبب الصحيح وثبوت حسن نية الحائز ، بحيث لا يعين القانون أحداً على ألا ياكل أموال الناس بالباطل ، على نحو يضر بالفرد نفسه (المعتدي على ملك غيره) بإعانتته على التجروء على الحرام وأكله للسحت ، ويضر بالمعتدى عليه بحرمانه من حقه دون مبرر مشروع لهذا الحرمان وعدم إعانتته على المحافظة على حقه دون مساس من أحد غيره ، ويضر بالمجتمع كله

لأنه سيعين على شيوع روح الظلم والكرهية والعداء بين أبناء المجتمع ، ويعين على انهيار المبادئ الأخلاقية في المجتمع .

ولننظر ولنحلل أحكام كسب الملك بطريق الحيازة لنقف على ما كان مصطدماً منها مع قواعد الدين الأخلاق فندعو إلى تعديله وتغييره ، ونرى ما كان متناغماً مع قواعد الدين منها فنؤيده وندعم تطبيقه على الأفراد في المجتمع .

ومما يؤسف له أن الكثيرين يخلطون بين قاعدة " الحيازة في المنقول بمجرد سند للحائز " ، وقاعدة " الحيازة في المنقول مع السبب الصحيح سند للحائز " ، وهذا ما سأوضحه تباعاً فيما يلي :

١- قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

ما هو معنى قاعدة أن الحيازة في المنقول سند الحائز ؟ وهل هذه القاعدة تتناغم مع قواعد الدين والأخلاق أم لا مع التعليل لهذا أو ذاك ؟ وما هي شروط تطبيق تلك القاعدة ؟

أرى أن معنى هذه القاعدة أن الحيازة بمجرد سند ، أي حتى ولو لم يكن لها سبب صحيح هي سندٌ ظاهرٌ للحائز على وجود المال بين يديه منقولاً كان أو عقاراً ، والظهور عليه بمظهر صاحب الحق بما يدعيه عليه من حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأخرى أو الحقوق الشخصية ، وبكفيه أن يتمسك بحيازته هذه تجاه من يعارضه فيها ، ولا يطالب بتقديم دليل على السند الصحيح المبرر لحيازته ، وبكفيه أن يتمسك بها بوصفها تمثل الوضع الظاهر الداعم له ، ويقع على من يدعي خلاف ما أثبتته الحيازة الظاهرة من قرينة بسيطة على أحقية الحائز بما يدعيه من حق على هذا المال عبء إثبات ما يدعيه بتقديم الدليل المثبت لحقه الذي يدعيه على هذا المال على نحو مثبت لفساد القرينة المستمدة من ظاهر الحيازة الثابتة للحائز ، فإن أفجح في ذلك الإدعاء زالت حجية هذه القرينة وصارت الحيازة معيبة ولا سند لها ، وأصبح الظاهر الذي كان مؤيداً للحائز في حيازته مؤيداً لخصمه الذي ثبت بحكم قضائي صار عنوان الحقيقة مؤيداً لهذا الخصم ، أما إذا فشل خصم الحائز في إثبات حقه على المال المحوز رفض ادعاؤه ، دون أن يطالب الحائز

بشيء ، إذ تكفيه الحيازة الفعلية الثابتة له قرينة وسنداً لما يدعيه من حق عليه دون أن يطالب بدليل آخر أو سند آخر غير مجرد هذه الحيازة .

ولذا نصت المادة ٣/٩٧٦ مدني مصري على أن " والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك " .

وأرى أن هذه القاعدة في مؤداها لا تصطدم مطلقاً مع قواعد الدين أو قواعد الأخلاق لأن احترام الوضع الظاهر الثابت لأي شخص فيما هو موجود بين يديه من أموال أمر محمود يؤيده الشرع والأخلاق ، بل وتجب على الدولة حمايته حفظاً للحقوق الظاهرة ، ومن ثم يعامل معاملة صاحب الحق إلى أن يثبت عكس ذلك .

ويجب على من يدعي عكس الثابت ظاهراً من هذه الحيازة عبء إثبات ما يدعيه وإلا رفض إدعاؤه ، دون أن يطالب الحائز بشيء غير تمسكه بمقتضى هذا الثابت له ظاهراً ، ما لم يلجأ خصمه إلى توجيه اليمين الحاسمة إليه ، فعندئذ تجب عليه اليمين فإن أداها حكم القاضي لصالحه وإن نكل عن حلفها أو ردها على خصمه فحلفها خصمه حكم القاضي لصالح خصم الحائز وصار الحق له ، ولذا فقد روي عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " البيّنة على المدّعي ، واليمين على المدّعي عليه " (٢٧٩) ، كما روي عنه أيضاً أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو يُعطى الناسُ بدعواهم لادّعى قومٌ دماءَ قومٍ وأموالهم ، ولكنّ البيّنة على المدّعي ، واليمين على من أنكر " ٢٨٠

بيد أنه يلزم من أجل تطبيق هذه القاعدة وإعمال حكمها التأكد أولاً من استيفاء الحيازة لأركانها وأوصافها ، وذلك بتوافر ركنيها المادي والمعنوي ، وتوافر أوصافها من هدوء وظهور ووضوح .

(٢٧٩) رواه البيهقي في السنن الكبرى ، حديث رقم ٢١٢٠٣ ، كما رواه أيضاً في السنن الصغرى ، حديث رقم ٣٣٨٧ ، كما أخرجه الترمذي في سننه ، رقم الحديث : (١٣٤١) ، والدارقطني في سننه ، رقم الحديث : ٤٣١١ .
(٢٨٠) رواه الإمام النووي في الأربعين النووية ، رقم الصفحة أو الحديث ٣٣ .

٢- قاعدة الحيازة في المنقول مع السبب الصحيح سندُ الحائز .

لقد نص واضع القانون المدني المصري على هذه القاعدة في المادة ١/٩٧٦ مدني مصري على أنه " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " (٢٨١) .

إن هذه القاعدة تعني أن القانون يحمي كل شخص حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله بناء على سند صحيح صادر عن غير مالك وكان حسن النية وقت تلقيه إياه أو كما يحمي أي شخص يتلقى منقولاً بسبب صحيح من مالك زالت ملكيته بعد ذلك بأثر رجعي بسبب بطلان أو فسخ سند ملكيته ، مادام كان وقت تلقيه هذه المنقول حسن النية فلم يكن يعلم بما كان يهدد سند ملكية مالك المنقول .

وهذه القاعدة في مؤداها تقرر حماية قانونية لوضع ظاهر ، يحوز فيه الشخص حيازة فعلية منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله ، وكان مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح ، سواء كان هذا السبب هو عبارة عن تصرف قانوني صادر من مالك زالت ملكيته أو صادر من غير مالك أصلاً ، مادام أن الحائز كان حسن النية وقت تلقيه هذه الحيازة بسببها الصحيح ، وما دام أن هذا المنقول ليس منقولاً مسروقاً أو ضائعاً ، فتسمح له بالاحتجاج بحيازته بحسن نية مع توافر السبب الصحيح لهذه الحيازة في مواجهة المالك الحقيقي لهذا المنقول ، وهي بذلك لا تصطدم - مثل القاعدة السابقة - مع قواعد الدين أو قواعد الأخلاق ، نظراً لما في حماية الأوضاع الظاهرة من رعاية للنظام والأمن في المجتمع ، فضلاً عن تتاغمها مع المنطق والعقل اللذين يمليان تدعيم ورعاية الوضع الظاهر بوصفه يمثل عنواناً ظاهراً للحق إلى أن يثبت عكس ذلك كما سبق أن بينا .

وبترتب على هذه القاعدة سالفة الذكر أثران : أثر مكسب ، وأثر مسقط ، أما الأثر المكسب فهو أن الحائز الذي تلقى بسبب صحيح من غير مالكة حقاً عينياً على المنقول مثل حق الملكية ، فإنه يكسب هذا الحق في مواجهة مالكة متي كان حسن النية ، وأما الأثر المسقط

(٢٨١) إذ تنص المادة ١/٩٠٦ مدني مصري على أنه "من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته " ، ونصت عليه المادة ١/٩٣٧ مدني كويتي على أنه من حاز بسبب صحيح منقولاً أو سنداً لحامله، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، وكان حسن النية وقت حيازته، أصبح صاحب الحق من وقت الحيازة " .

فمؤداه أنه لو أن هذا المنقول قبل حيازة الحائز وتلقيه لحق الملكية عليه كان مرهوناً رهن حيازة أو محملاً بامتياز ، فإنه متى كان الحائز حسن النية لا يعلم بهذا الرهن أو الامتياز ، فإنه يخلص لهذا الحائز مطهراً مما كان عليه من رهن أو امتياز ، وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٢/٩٧٦ مدني مصري بقولها " - فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية، فإنه يكسب الملكية خالصة منها " ٢٨٢ .

وجدير بالذكر أن هذه القاعدة لا تسري على المنقولات المادية التي يمكن تملكها بالتقادم ، فلا تسري على المنقولات غير المادية الأوراق التجارية وسندات الديون التي لا تنتقل الحقوق فيها إلا بالحوالة أو التظهير ، كما لا تسري على الحقوق المعنوية مثل الحق الذهني أو الأدبي للمؤلف ، أما الحق المالي للمؤلف مثل نسخ المصنفات الفنية والأدبية فهذه تخضع للقاعدة ، كما لا تسري القاعدة على المنقولات المملوكة للدولة سواء كانت تمثل أموالاً عامة أو أموالاً خاصة ، لأنها في كلتا الحالتين هي أموال غير جائز تملكها بالتقادم ، كما لا تسري القاعدة على العقارات بالتخصيص ، لأنها تأخذ حكم العقار ولا تعد منقولةً ، إلا إذا جرى فصلها عن العقار وتم بيعها استقلالاً عنه من غير مالكة لشخص حازها بحسن النية ، فعندئذ تسري عليها القاعدة ، وأخيراً لا تسري القاعدة على بعض المنقولات التي خصها القانون بأحكام خاصة لنقل وقيود ملكيتها مثل الطائرات والسفن ، ولا تسري على المنقولات المكونة لمجموعة من المال مثل التركة والمحل التجاري لأنه يتعذر إخضاعها للحيازة في جملتها ، هذا ما لم يتم ورود الحيازة على منقول معين بين التركة أو في المحل التجاري ، فعندئذ تسري عليه القاعدة (٢٨٣) .

ويستثنى من تطبيق هذه القاعدة حالة المنقول أو السند لحامله إذا كان قد فقد أو سرق من صاحبه ، فلصاحبه أن يسترده من حائزه ولو كان حسن النية ، إذا طلبه منه خلال ثلاث

(٢٨٢) إذ تنص المادة ٩٠٦ ب مدني مصري على أنه " فإذا كان حُسن النية والسبب الصحيح قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها " ، وتنص عليه المادة ٢/٩٣٧ مدني كويتي بأنه " فإذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية كسب الحق خالصاً منها " .

(٢٨٣) انظر في ذلك المعنى : محمد حسين عبد العال ، ص ٢٤٠ .

سنوات من وقت الفقد أو الضياع ، وفي ذلك تنص المادة ١/٩٧٧ مدني مصري على أنه " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة " (٢٨٤) .

والحكمة من هذا الاستثناء تكمن في أن هذا المنقول أو السند لحامله قد خرج من حيازة صاحبه دون إرادة منه ، لذا جاز له استرداده من حائزته ولو كان حسن النية ، ويراعى عند الاسترداد في هذا الفرض أنه لا يرجع الحائز حسن النية على صاحب المنقول أو السند لحامله بشيء إنما يرجع على من تلقى المنقول منه بما دفعه فيه ، لكن إذا كان هذا الحائز حسن النية قد اشترى المنقول في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، وتلك فروض يغلب فيها الظن بعدم كون المنقول أو السند لحامله ضائعاً أو مسروقاً ، فعندئذ يكون من حقه أن يحبسه عن مالكه حتى يرد له ما دفعه مقابل الحصول عليه ، ثم يكون لهذا المالك الحق في الرجوع على السارق أو العاثر على المنقول أو السند بعد الفقد أو الضياع بما دفعه للحائز ، هذا ما نصت عليه المادة ٢/٩٧٧ مدني مصري بقولها " فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه ممن يتجر في مثله ، فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يعجل له الثمن الذي دفعه " (٢٨٥) .

ويثبت للحائز سواء كان حسن النية أو سيء النية أن يرجع على المالك عند الاسترداد بما أنفقه عليه من مصروفات ضرورية ، ولذا نصت المادة ١/٩٨٠ مدني مصري على أنه " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية " (٢٨٦) ، أما الذي أنفقه الحائز على المنقول من مصروفات نافعة فإنه يسري

(٢٨٤) إذ تنص المادة ١/٩٠٨ مدني بحريني على أنه " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة " ، ونصت عليه المادة ١/٩٣٩ مدني كويتي على أنه " يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله أو لصاحب الحق العيني عليه ، إذا فقده أو سرق منه ، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة " .

(٢٨٥) إذ تنص المادة ١/٩٠٨ مدني بحريني على أنه " فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه " ، وتنص المادة ٢/٩٣٩ مدني كويتي على أنه " فإذا كان الحائز قد اشترى الشيء في سوق أو مزاد علني أو ممن يتجر في مثله ، فله أن يطلب ممن يسترده أن يعجل له الثمن الذي دفعه " .

(٢٨٦) إذ تنص المادة ١/٨٩٩ مدني بحريني على أنه " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية " ، وتنص المادة ١/٩٣١ مدني كويتي على أنه " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية .

عليها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدني مصري ، ولذا نصت ٢/٩٨٠ مدني مصري على أنه " أما المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ ."

وقد نصت المادة ٩٢٤ مدني مصري على أنه " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت" .

" ٢- ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق الأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة".

وقد نصت المادة ٩٢٥ مدني مصري على أنه " ١- إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب المنشآت نزعها " . " ٢- إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " .

٣- كسب الملكية بالحيازة والتقادم أو مرور الزمان.

مما يؤسف له في ظل مجتمع عربي مسلم أن يقر قانونها الذي يلتزم بدستور يجعل في مادته الثانية من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء المصدر الرئيسي (كما هو في مصر) أو مصدراً رئيسياً للتشريع (كما في البحرين والكويت وغيرهما من الدول العربية) ، للشخص بأن يحوز ملك غيره رغماً عنه فيتملكه بهذه الحيازة الصائلة إذا مضت عليها فترة من الزمن ، طالت تلك الفترة (ستين سنة أو ثلاثة وثلاثين سنة أو خمس عشرة سنة) أم قصرت (خمس سنوات مع توافر السبب الصحيح) ، وبذلك يصير التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الحقوق قانوناً .

ونظراً لأن الحيابة لا ترد - كما سبق أن رأينا - إلا على الأشياء المادية ، فإن التقادم المكسب لا يرد إلا على الحقوق العينية ، ومن ثم فهو لا يرد على الحقوق الشخصية ، لأنها حقوق لا يمكن حيازتها لعدم ورودها على أشياء مادية ، وبذلك يرد التقادم المكسب على معظم الحقوق العينية مثل حق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق ، لكنه لا يرد على حق الحكر ، لأن حق الحكر لا يرد إلا على الأموال الموقوفة ، والوقف لا يجوز تملكه بالتقادم .

وبذلك يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط ، حيث يرد التقادم المسقط على جميع الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية أو حتى ذهنية ، باستثناء حق الملكية فهو حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال مهما مضى من الزمان على ذلك .
فما هي مبررات التقادم سواء كان مكسباً (أي تكسب به الحقوق) أو مسقطاً (أي تسقط به الحقوق) ، وما هي الردود التي يمكن أن توجه إلى القائلين بفكرة التقادم ؟
أ- مبررات التقادم .

لقد كانت القاعدة العامة في القانون الروماني أن التقادم أو الزمن ليس من طرق كسب الحق أو من طرق زواله وذلك باعتبارها قاعدة أساسية تملئها القواعد الدينية أو المبادئ الأخلاقية، ثم ما لبثت هذه القاعدة أن تغير مضمونها بعد مراحل وتطورت متلاحقة داخل هذا القانون واعترف القانون البريتوري La loi pretorien بناء على اعتبارات عملية بالتقادم المكسب كوسيلة لكسب الحقوق وبالتقادم المسقط كوسيلة لانقضاء وزوال الحقوق والالتزامات.

وقد عمدت التقنيات المدنية الحديثة (مثل القانون المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري والتقنين المدني البحريني) إلى الأخذ بنظام التقادم بنوعيه (أي سواء كان تقادماً مكسباً أو تقادماً مسقطاً) نقلاً عن القانون الروماني، وذلك تغليبا لبعض الاعتبارات العملية التي تبرر هذا النظام على اعتبارات الأخلاق وقواعد العدالة. فما هي تلك الاعتبارات العملية، وما هي الردود التي يمكن توجيهها إليها.

١ - الاعتبار العملي الأول:-

يرى معظم الفقهاء أن التقادم نظام يمليه اعتبار عملي متعلق بالمصلحة العامة يتمثل في كونه ضرورة لازمة للمحافظة على استقرار المعاملات، وأن غيابه وإنكاره يهدد هذا الاستقرار داخل المجتمع. ومن ثم فهو نظام أساسي من نظم الأمن الاجتماعي^(٢٨٧).

ويبرهن البعض على مصداقية تصورهم لهذا الاعتبار قائلًا "ولنا أن نتصور مدى ما يسود المجتمع من اضطراب وتزعزع في المعاملات إذا ما كان في مقدور الدائن أن يطالب بحق مضت عليه مئات السنين، فكيف يدفع ورثة المدين مطالبة ورثة الدائن بتلك الحقوق، وكيف لهم إثبات وفاء مورثهم بديونه، فلا يمكن إلزام المدين بالاحتفاظ بإيصالات السداد والمخالصات والمستندات إلى ما لا نهاية بحيث يتوارث على الحفاظ عليها الخلف بعد السلف"^(٢٨٨).

وأعتقد من جانبي أن الاعتبار سالف الذكر وإن كان جدير بالرعاية والاهتمام إلا أنه لا ينبغي أن يبنى على المفاسد، صحيح أن استقرار المعاملات مصلحة عامة أساسية لكن لا يجوز أن تنشأ على أشلاء الحقوق، فنسمح بتضييع هذه الحقوق وإسقاطها (أو إسقاط الحق في المطالبة بها) لا لشيء إلا لمجرد عدم استعمالها من قبل ذويها - باستثناء حق الملكية فهو لا يسقط بعدم الاستعمال- أو عدم مطالبتهم بها حيال مدينهم وتقادم العهد على ذلك كما أنه لا يتولد عن إقرار التقادم استقرار في المجتمع ولا يترتب على إنكاره اضطراب أو زعزعة كما توهم أنصار هذا الرأي بل العكس هو الصحيح ذلك إن إقرار التقادم من شأنه أن يبيث بذور الحقد والشقاق في نفوس أصحاب الحقوق في مواجهة مستلبيها أو منكريها ممن يتمسكون بهذا النظام، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى الاضطراب والنزاع على نحو يهدد الأمن المدني والاستقرار الاجتماعي داخل المجتمع، ناهيك عن الآثار الأخلاقية السيئة التي يغرسها هذا مثل النظام في نفوس الأفراد من تجرأ على أكل أموال الناس بالباطل وتناول سافر على حقوق الناس دون وجه حق، متحصنين في تناولهم وتجروهم بمبررات واهية واعتبارات مزعومة يرتكز عليها نظام التقادم.

^(٢٨٧) اظر في هذا المعنى إلى كل من أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٥٢، ص ٣٨٨، أ.د/ عبد المنعم البيراوي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٦، أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٢٣، أ.د/ توفيق حسن فرج، ص ٢٦٤.

^(٢٨٨) أ.د/ حسام الدين الأهواني، ص ٥٢٣.

وأخيراً لم يعد الاحتفاظ بالإيصالات ومخالصات السداد أمراً شاقاً اليوم كما كان يعتقد أنصار هذا الرأي لاسيما مع تنوع وتطور الوسائل المتاحة لحفظها في العصر الحديث.

١- الأعتبار العملي الثاني:-

يرى بعض الفقهاء أن نظام التقادم المسقط يرتكز على قرينة الوفاء Une presumption du paiement ، حيث يفترض مع مرور الزمن وتقدم العهد على الدين وفاء المدين به خاصة وأن الغالب في الدائن أنه لا يسكت عن المطالبة بحقه فترة طويلة ولذا كان طبيعياً أن يحمل هذا السكوت بعد انقضاء مثل هذه الفترة الزمنية على استيفائه له (٢٨٩) .

هذا الرأي مع وجاهته محل نظر لأن افتراض الوفاء كأساس يرتكز عليه التقادم ينبغي أن يتلشى مع ثبوت عدم الوفاء، إذ لا يتصور إقرار التقادم مع التيقن من عدم الوفاء، وهذا- للأسف الشديد- ما ينادي به أنصار هذا الرأي، إذ يرون إقرار التقادم المسقط حتى وإن اعترف المدين بعدم وفائه بالدين، وهذا ما لا يؤيده منطق ولا عقل ولا دين، وكيف نرخص لمدين بحرمان دائن من حقه رغم اعتراف المدين بعدم وفائه، لا لشيء إلا لتقدم العهد على المطالبة بهذا الحق، ناهيك عن الآثار السيئة الخطيرة التي تتولد عن شيوع مثل هذا المسلك اللأخلاقي في محيط التعامل على الأفراد في دنياهم وأخراهم ويكفيها في مقام الترهيب من أكل أموال الناس بالباطل أن نتدبر بعض الأدلة الشرعية الواردة في هذا الشأن نذكر منها على سبيل المثال قول النبي صلى الله عليه وسلم " لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم" (٢٩٠) وقوله أيضاً " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه" (٢٩١) وقول الله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم" (٢٩٢)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا يقتطع رجل حق امرئ مسلم بيمينه إلا حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار" فقال رجل من القوم: يا رسول الله وإن كان شيئاً يسيراً؟

(٢٨٩) انظر في عرض ذلك إلى كل من: أ.د/ عبد المنعم البردوي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٥، ص ٤٢٥، أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٥٢، ص ٣٨٨، ويقتررب من الاعتبار العملي المتمثل في قرينه الوفاء قول البعض بأن التقادم المسقط يقوم على أساس قرينة الإبراء من قبل الدائن بحيث يفترض بأن الدائن وقد سكت عن المطالبة بحقه خلال مدة التقادم أنه قد تنازل عنه وأبرأ المدين منه (أ.د/ عبد المنعم البردوي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٥) بيد أن هذا القول محل نظر أيضاً لأنه يصطدم بتلك القاعدة التي تقضي بأن "النزول عن الحق أمر لا يفترض".

(٢٩٠) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للخطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ج ٢، ص ٤١٧، ٣٦١.

(٢٩١) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، تحقيق محمد عبد القادر عطا ج ٦، ص ١٠٠، طبعة).

(٢٩٢) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

فقال صلى الله عليه وسلم " وإن كان سواكا من آراك" (٢٩٣)، وقوله " من أخذ أموال الناس يريد أداءها أدى الله عنه، ومن أخذ أموال الناس يريد إتلافها أتلفه الله" (٢٩٤).

٢- الإعتبار العملي الثالث:

يرى البعض أن إقرار الوفاء يرجع من وجهة نظرهم ليس فقط إلى قرينة الوفاء سالفة الذكر بل أيضا إلى الرغبة في منع تراكم الديون على المدين مما قد يؤدي إلى تكليفه بما يجاوز طاقته. ولكل واحد من هذين الاعتبارين أثر في مدى حق المدين في التمسك بالتقادم بحيث لا يمكن أن يستغني عن أحدهما بالآخر، لأنه لو كان أساس التقادم هو قرينة الوفاء فقط لما كان في مقدور المدين التمسك به إذا كان قد اعترف بعدم الوفاء أو بدأ بإنكار مديونيته، أما إذا كان أساس التقادم أيضا هو منع تراكم الديون عليه فسيكون في استطاعته التمسك بالتقادم حتى بعد إقراره بوجود الدين في ذمته (٢٩٥).

واعتقد من جانبي أن هذا الرأي أيضا محل نظر لأنه إذا جاز بناء التقادم على قرينة الوفاء باعتبارها قرينة بسيطة Presomption simple يمكن دحضها وإثبات عكسها) فإنه لا يتقبل بناء التقادم على أساس منع تراكم الديون على المدين، فهي غاية لا تبرر من وجهة نظري - بأي حال من الأحوال إقرار التقادم كوسيلة غير مشروعة في إسقاط الحقوق، ذلك أن المدين الذي يهمل في وفاء ديونه حتى تتراكم عليه شخص يستحق الشدة والمؤاخدة ولا يستحق الرأفة واللين، ومن ثم لا يلومن إلا نفسه.

٣- الإعتبار العملي الرابع:-

قد يرى في التقادم أنه خير وسيلة يجازى بها صاحب الحق على إهماله في استعمال حقه أو عدم المطالبة به في مواجهة مدينه.

(٢٩٣) رواه ابن ماجة في سننه، ج٢، رقم الحديث ٢٣٢٤، ص ٧٧٩.

(٢٩٤) مسند أحمد بن حنبل، ج٢، ص ٣٦١، ٤١٧.

(٢٩٥) انظر في عرض ذلك إلى كل من: أ.د/ عبد المنعم البراوي، بند ٤٠٢، ص ٤٢٥، ٤٢٥، أ.د/ أنور سلطان، بند ٤٥٢، ص ٣٨٨.

وأعتقد أن هذا التصور مع وجاهته محل نظر لأنه إذا صح اعتبار الدائن المهمل في استعمال حقه أو مطالبته به شخصا مستحقا للجزاء والعقاب، فإن هذا الجزاء ينبغي أن يتناسب مع حجم إهماله ودرجة تقصيره ولا سيما وأن الجزاء (سواء في هذا المقام أو بصفة عامة) ليس هدفاً أو غاية في حد ذاته وإنما هو أداة للإصلاح والتقويم ومهما بلغ تقصير صاحب الحق فليس من المقبول أن نصل بالجزاء إلى حد حرمانه من حقه^(٢٩٦) بل والاعتراف لغيره بانتزاعه منه رغماً عنه فيصير الجزاء بدلاً من صيرورته أداة إصلاح وتقويم للسلوك وسيلة تساعد على أعمال الغضب والنهب بين الأفراد.

ولعله وقد ظهر لنا من خلال الانتقادات السابقة الذكر عدم ارتقاء مبررات التقادم إلى الدرجة التي تستأهل إقراره كسبب من أسباب كسب الحقوق أو إسقاطها، ومن ثم فإننا نؤيد ما اتجه إليه الرأي السائد في الفقه الإسلامي من أن اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة ويكفي في مقام إبراز مساوئه أن يصير من خلاله الغاصب أو السارق لشيء ما مالكا له بعد حيازته لما غصب أو سرق مدة معينة، وأنه يحول بين الحق وصاحبه لتركه المطالبة به بعد مدة من الزمن في حين أن مضي الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقاً أو يسقط حقاً^(٢٩٧).

ب - أنواع التقادم المكسب .

- التمسك بالتقادم المكسب الطويل .

تنص المادة ٩٦٨ مدني مصري على أنه " من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له ، أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة " إن كسب الشخص أي حق عيني أصلي (سواء كان حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى) على مال مملوك لغيره بالتقادم الطويل ، يقتضي توافر

^(٢٩٦) بل إنه لو أجزى حرمان المرء من حقه كعقاب وجزاء لإهماله، رغم قسوة الجزاء وشدته فكان من الضروري رصده للمصلحة العامة فتتملكه الدولة وتجنده للمنفعة العامة، ولا ينبغي أن نجعل من هذا العقاب مكافأة للغاصب على غصبه أو للجاحد للحق على مجودة لهذا الحق في مواجهة صاحبه فنشجع بذلك على شيوع وانتشار أعمال الغضب والنهب بين الأفراد فتنتكس بذلك الخلاق ويتلاشى على إثر ذلك حجم وجودها في ميدان التعامل.

^(٢٩٧) انظر في ذلك إلى فضيلة الشيخ على الخفيف " الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية" معهد البحوث والدراسات العربية، ص ١٦٦، ١٦٧، طبعة عام ١٩٦٨ م .

أميرين : الأمر الأول : وهو ثبوت الحياة على هذا المال ، وذلك يستوجب أن يسيطر الشخص على هذا المال (عقاراً كان أو منقولاً) سيطرة مادية بنية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق ، وأن تكون هذه الحياة مستوفية لأوصافها القانونية ، وذلك بأن تكون هادئة وظاهرة وواضحة .

الأمر الثاني : مرور مدة معينة من الزمن هي خمس عشرة سنة كاملة بلا انقطاع ، وتحسب هذه المدة بالتقويم الميلادي بحسب الأيام وليس بحسب الساعات ، ويبدأ حسابها من تاريخ اليوم التالي لبدء ممارسة الشخص الحياة الفعلية على هذا المال بأوصافها القانونية ، ويقع على عاتق الحائز عبء إثبات هذين الأمرين ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، بوصفها تمثل وقائع مادية يجوز إثباتها بأي وسيلة ، دون أن يلزم في إثباتها دليل بعينه .

ولكي يبسر القانون على الحائز مهمة إثبات استمرار هذه الحياة طوال هذه المدة ، فقد قرر له قرينة قانونية مؤداها أنه إذا كانت الحياة ثابتة للشخص في وقت معين في الماضي على مال معين لغيره ، ثم لم تنزل حيازته لهذا المال ثابتة له في الحال ، ومضت مدة خمس عشرة سنة على الفترة ما بين هذين الزمنين ، قامت لصالح هذا الحائز قرينة قانونية تشهد له بوجود حيازته لهذا المال واستمرارها بغير انقطاع في الفترة ما بين هذين الوقتين ، ويكتسب هذا الحائز - من ثم - ملكية هذا المال بالتقادم الطويل ، ولذا نصت المادة ٩٧١ مدني مصري على أنه " إذا ثبت قيام الحياة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالاً، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ، ما لم يقيم الدليل على العكس " .

ويراعى أنه يكفي توافر الحياة خلال هذه المدة ، بغض النظر عن حسن نية الحائز أو سوء نيته ، فيستطيع الحائز ولو كان سيئ النية أن يكسب الحق العيني الأصلي على مال غيره متى اكتملت مدة التقادم .

ويراعى أن مدة التقادم الطويل في القانون المدني البحريني تختلف عن مدته في القانون المدني المصري ، فهي في القانون المدني البحريني قدرها ستون عاماً كاملة لأجل كسب حق الملكية على العقار ، وهي خمس عشرة سنة كاملة لكسب أي حق عيني أصلي على المنقول وأي حق عيني أصلي آخر غير حق الملكية على العقار ، هذا مراعاة عدم جواز كسب أي حق عيني أصلي على عقار (سواء كان حق ملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية) متى جرى تسجيل عقد شراء أو بيع هذا العقار بالسجل العقاري ، وكأن تسجيل عقد التصرف في العقار يحصنه من كسب ملكيته أو غيرها من الحقوق العينية الأصلية الأخرى غيرالملكية بالتقادم الطويل ، ولذا نصت المادة ٩٠٣ مدني بحريني على أن " من حاز عقارا كان له أن يكسب ملكيته إذا استمرت حيازته له دون انقطاع سنتين سنة ، وتكون المدة خمس عشرة سنة بالنسبة للمنقول والحق العيني غير الملكية " . ولا يسري هذا الحكم على ملكية العقار وأي حق عيني آخر مسجل بالسجل العقاري " .

ويتفق القانون المدني الكويتي في مدة التقادم المكسب الطويل مع القانون المدني المصري ، فيجعلها خمس عشرة سنة كاملة ، وهذا ما نصت عليه المادة ٩٣٥ منه بقولها " من حاز عقارا أو منقولا، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلا على الحق، ويحكم له به، إذا أنكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه " .

ويراعى أن حقوق الميراث لا تكتسب بالتقادم إلا بمضي مدة خاصة زائدة عن مدة التقادم الطويل وهي ثلاثة وثلاثين عاماً ميلادية كاملة ، ولذا تنص المادة ١/٩٧٠ مدني مصري على أنه " في جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة " .

التمسك بالتقادم المكسب القصير .

لقد نظمت المادة ٩٦٩ مدني مصري التقادم المكسب القصير فنصت على أنه " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات " (٢٩٨) .

ويظهر واضحاً من هذا النص أنه يلزم لكسب أي حق عيني عقاري بالتقادم القصير أن تتوافر الشروط الآتية : الشرط الأول : ثبوت الحيازة بركنيها المادي والمعنوي ، وبأوصافها القانونية اللازمة فيها من هدوء وعلانية ووضوح ، وأن ترد هذه الحيازة على عقار ، وذلك نظراً لعدم جواز ورود هذا التقادم المكسب القصير على المنقول .

الشرط الثاني : توافر السبب الصحيح الناقل للملك إلى الحائز ، وهذا يقتضي أن يكون الحائز قد تلقى حقه العيني العقاري بناء على تصرف قانوني ناقل للملك صادر من غير صاحبه مثل البيع أو الهبة أو الوصية ، فضلاً عن ضرورة كون هذا التصرف مسجلاً ، لأن الملكية لا تنتقل في العقارات إلا بالتسجيل حتى وإن صدرت من مالك ، فالتصرف غير المسجل لا ينشئ ملكاً ولا ينقله ، إنما يقتصر على ترتيب التزامات شخصية على عاتق المتصرف في مواجهة المتصرف له ، من أبرزها التزام المتصرف باتخاذ ما يلزم من إجراءات لنقل الملكية أو غيره من الحقوق العينية العقارية إلى المتصرف له .

وبناء على ما سبق لا يتحقق معنى السبب الصحيح فيما لا يعد تصرفاً قانونياً ناقلاً للملك مثل الوقائع المادية ولو أكسبت المرء حقاً عينياً عقارياً مثل الميراث (كمن يحوز عقاراً معتقداً وراثته له من غير مورثه) ، والتصرف القانوني المعدوم (مثل التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً أو التصرف الصوري صورية مطلقه فهو عقد معدوم لا وجود له أصلاً) والتصرف القانوني الكاشف مثل القسمة والصلح ، وكذلك الأحكام القضائية فهي لا تنقل ملكاً باستثناء حكم مرسى المزاد فهو ينقل الملك للراسي عليه المزاد (٢٩٩) .

(٢٩٨)
(٢٩٩) انظر في نفس المعنى : العطار ، بند ١٢٧ ، ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

وبطبيعة الحال يلزم أن يكون التصرف القانوني الناقل للملك صادراً من غير مالك حتى يمكن الكسب به بطريق التقادم ، لأنه إذا صدر التصرف الناقل للملك من صاحب الحق فيه وهو المالك أو نائبه ، كان مكسباً للحق العقاري بهذا التصرف فور تسجيله دون حاجة إلى التقادم القصير (٣٠٠) .

وإذا صدر التصرف من شريك على الشيوخ في جزء مفرز أو حتى في العقار الشائع كله لمشتري ، كان تصرفه هذا في حدود حصته الشائعة تصرفاً فيما يملك ، أما ما جاوز قدر هذه الحصة فيعد تصرفاً فيما لا يملك ، ومن ثم يصلح هذا التصرف فيما جاوز قدر حصته الشائعة أن يكون سبباً صحيحاً يكسب به هذا المشتري بالتقادم القصير أي حق عيني عقاري متى توافرت لهذا المشتري بقية شروط الخرى لكسب الحق بهذا النوع من التقادم (٣٠١) .

وجدير بالذكر أن كسب الملك بالحيازة أو ومع توافر السبب الصحيح ، وإن كان يفترض فيها عموماً من مجرد ثبوت الحيازة ثبوت السبب الصحيح إلا أنه في خصوص كسب الملك بالتقادم القصير ، فإنه لا يفترض توافر السبب الصحيح ، بل يقع على عاتق من يتمسك به عبء إثبات توافره ، وعندئذ يتقيد في إثباته بالقواعد العامة في الإثبات ، فتلزمه الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما جاوز نصاب الإثبات بالبينة .

ويراعى أنه إذا تمسك الشخص في كسب الملك بالتقادم القصير لم يجز له ذلك إلا في حدود التصرف القانوني الناقل للملك على العقار محل هذا التصرف ، بحيث لا يشمل ما يجاوز هذا العقار محل هذا التصرف ، ومن ثم إذا اشترى الشخص من غير مالك بيتاً تجاوره حديقة أو أرض فضاء ثم وضع يده على هذا البيت والحديقة المجاورة أو الأرض الفضاء ، لم يملك عندئذ بالتقادم القصير إلا البيت وحده ولم يملك به الحديقة أو الأرض الفضاء المجاورة ، وإنما له قانوناً أن يملكها (هذه الحديقة أو تلك الأرض الفضاء) بطريق التقادم الطويل ومدته خمسة عشرة عاماً (٣٠٢) .

(٣٠٠) نقض مدني مصري ٢٨ مارس ١٩٦٣ م ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٤ ، ص ٢٩٨ .

(٣٠١) نقض مدني مصري ١٦ أكتوبر ١٩٥٨ م ، مجموعة أحكام النقض ، س ٩ ، ص ٦٥٥ ، العطار ، بند ١٢٧ ، ص ٣٠١ .

(٣٠٢) انظر في نفس المعنى : العطار ، بند ١٢٧ ، ص ٣٠١ .

الشرط الثالث : مرور مدة التقادم القصير كاملة وقدرها خمس سنوات من تاريخ ثبوت الحيابة الفعلية .

الشرط الرابع : أن يكون الحائز حسن النية وقت تلقيه الحق العيني على العقار . ولذا فقد نصت المادة ٢/٩٦٩ مدني مصري على أنه " ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق " ، وذلك يعني ضرورة ثبوت حسن نيته وقت تسجيل هذا التصرف الناقل للملكية إليه ، وليس وقت صدور هذا التصرف ولا وقت بدء الحيابة على هذا العقار ، لأن الحق العيني العقاري لا ينتقل إليه إلا بالتسجيل ، وإذا توافر حسن عند التسجيل فلا يلزم استمراره بعد ذلك ، كما لو ثبت علمه بعد تسجيل التصرف أنه تلقى هذا الحق العيني العقاري من غير صاحب الحق فيه .

والأصل في الحائز أن يكون حسن النية ، ويقع على من يدعي عكس ذلك عبء إثبات ما يدعيه ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، دون أن يلزمه في ذلك دليل بعينه ، نظراً لأن سوء النية يقوم على وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ولذا نصت المادة ٣/٩٦٥ مدني مصري على أن " وحسن النية يفترض دائماً ما لم يقم الدليل على العكس " (٣٠٣) .

ونظراً لأن الخلف العام يمثل امتداداً لشخص سلفه ، وليس شخصية قانونية مستقلة عنه ، فهما يكونان شخصية قانونية واحدة ، ولذا يرخص له في أن يضم إلى مدة حيازته مدة حيازة سلفه ، وعندئذ لا يلزم توافر حسن النية في جانبهما معاً ، مادام أن السلف كان حسن النية وقت تلقيه الحيابة ، في حين أنه إذا أراد الخلف الخاص أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه ، جاز له ذلك رغم أن كل واحد منهما يمثل شخصية قانونية مستقلة عن الآخر ، شريطة أن يكون السلف وخلفه الخاص حسني النية ، فلا يكفي فقط توافرها في جانب السلف وحده دون خلفه الخاص ، بل يلزم أن يكون كل واحد منهما حسن النية وقت تلقيه الحق ممن تصرف له .

(٣٠٣) إذ تنص المادة ٨٨٢/ج مدني بحريني على أنه " وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " ، وتنص عليه المادة ٢/٩١٤ مدني كويتي على أنه " وحسن النية مفترض إلى أن يثبت العكس ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " .

ث - انقطاع التقادم المكسب .

يمكن تعريف انقطاع التقادم المكسب بأنه إزالة أو محو ما مضى من مدة لتقادم بسبب مباشرة إجراء معين مثل تخلي الحائز عن الحياة أو بفقدائها ولو بفعل من الغير أو بإقرار الحائز بحق صاحب الشيء المحوز ، وقد نصت المادة ٩٧٥ مدني مصري على أن " ١ - ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن الحياة أو فقدها ولو بفعل الغير . " ٢ - غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحياة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد " .

ويستفاد من ذلك النص أن التقادم المكسب ينقطع بأي من الأسباب الآتية :

- السبب الأول : التخلي عن الحياة . فإذا تخلى الحائز عن الحياة بإرادته انقطع التقادم بهذا التخلي .
- السبب الثاني : فقد الحياة بفعل الغير ، كما لو أن شخصاً ما انتزعها منه عنوة لحساب نفسه .
- وفي كلا الحالتين ينقطع التقادم بهذا التخلي أو ذلك الفقد ، وتزول على إثره مدة التقادم السابقة على هذا التخلي أو ذلك الفقد ، ، والانقطاع ههنا يكون مطلق الأثر يتمسك به كل ذي مصلحة ، فإذا استرد الحائز الحياة بعد هذا التخلي أو بعد هذا الفقد بدأت حياة جديدة بمدة جديدة تبدأ من تاريخ الاسترداد دون أن تحسب المدة السابقة على التخلي أو الفقد إلا إذا جرى الاسترداد أو رفعت دعوى به خلال سنة من تاريخ التخلي أو الفقد ، وتحقق الاسترداد فعلياً على إثر ذلك .
- السبب الثالث : انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية من قبل صاحب الحق الذي ترد عليه الحياة أو ما يقوم مقام هذه المطالبة من إجراء قانوني يطالب فيه صاحب الحق بحقه من يد الحائز أمام قضاء مختص أو غير مختص ، كما لو تقدم بطلب عارض في دعوى قضائية . وهنا لا يتمسك بهذا الانقطاع إلا من قام بهذه المطالبة من بين أصحاب الحق المتعددين ، فهو إجراء نسبي الأثر .

- السبب الرابع : إقرار الحائز بحق صاحب الشيء المحوز سواء أكان إقراراً صريحاً أو ضمناً ، لأنه بحصول هذا الإقرار تفقد حيازة الحائز ركنها المعنوي فلم يعد يحوز لحساب نفسه ، وإنما صار يحوز لحساب من أقر له بالحق على الشيء المحوز ، وهنا لا يمكن أن تجزئ تلك الحيازة في كسب الحق مع حصول هذا الإقرار ، وهذا الإقرار هو تصرف قانوني بإرادة منفردة ينبغي أن يكون الحائز المقر أهلاً لمباشرته قانوناً ، وإلا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب انعدام أو نقص أهلية الحائز المقر .

ج- وقف التقادم المكسب .

يمكن تعريف وقف التقادم المكسب Suspension de la prescription بأنه تعطيل سير هذا التقادم بعد بدئه طوال مدة وجود المانع المادي (مثل الحرب أو الفيضان أو الزلزال) أو المانع الأدبي (مثل علاقة الزوجية أو علاقة العمل بين الحائز وصاحب الحق) الذي يتعذر معه على صاحب الحق المطالبة بحقه في مواجهة الحائز ، مع حساب المدة السابقة على وجود سبب الوقف والمدة اللاحقة عليه .

ولذا نصت المادة ٩٧٤ مدني مصري على أنه " أياً كانت مدة التقادم المكسب فإنه يقف متى وجد سبب الوقف " .

ح- آثار التقادم المكسب .

لا يرتب التقادم سواء مكسباً أو مسقطاً أثره (سواء في كسب الحق أو سقوطه) من تلقاء نفسه بمجرد توافر شروطه ، سواء كان تقادماً أو قصيراً ، إنما لابد من تمسك صاحب الحق بهذا التقادم وبأثره المترتب عليه ، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، وهذا أمر محمود ، حتى يترك فسحة للحائز في أن يتراجع عن الكسب بالتقادم رغم توافر شروط هذا التقادم عن التمسك به مخافة الوقوع في الحرام بأكل أموال الناس بالباطل ، لكنه مما يؤسف له أن جعل حق التمسك بهذا التقادم في يد الحائز وضميره وحده بل أتاحه لكل ذي مصلحة في أن يتمسك به مثل دائني الحائز ، حتى ولو رجع الحائز إلى ربه وضميره ولم

يشأ أن يتمسك هو شخصياً به ، وهذا أمر مذموم ، فكان ينبغي على واضع القانون إن لم يحرم التقادم بوصفه أحد صور الغصب ، فعلى الأقل يجعله ذا طابع شخصي مقصوراً في التمسك به على الحائز الذي باشر الحيازة وأكمل مدة التقادم الطويل أو القصير وشي محل الحق في حيازته .

ويمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، لكن لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنه من الدفوع الموضوعية التي لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام تلك المحكمة .

وبراعى أن للتقادم عند ثبوته والتمسك به أثراً رجعياً ، فيعد الحائز مالكاً للحق الذي حاز محله من تاريخ بدء الحيازة وليس من تاريخ اكتمال مدة التقادم ، وبناء عليه يسري في حق الحائز ما سبق أن صدر من تصرف قانوني في المال محل الحيازة قبل اكتمال مدة التقادم ويعد وكأنه صدر من مالك ، وفي نفس الوقت لا يسري في حقه ما رتبته صاحب المال من حقوق عينية وهو في حيازته ، لكن تسري في حق الحائز الحقوق العينية التي كانت مرتبة قبل بدء الحيازة ، هذا ما لم تسقط هذه الحقوق بالتقادم الطويل لعدم الاستعمال أو كان الحائز حسن النية يعتقد خلو المال هذه الحقوق والتكاليف ، كما يثبت للحائز ثمار الشيء محل الحيازة من وقت بدء هذه الحيازة ، بوصفه مالكاً للشيء محل الحيازة فيعد مالكاً أيضاً لثماره ، سواء كان حسن النية أو سيء النية .

ولا يجوز للحائز النزول عن التمسك بالتقادم في التقادم قبل اكتمال مدته ، كما لا يجوز الاتفاق على تعديل أحكام التقادم سواء بإطالة مدته أو تقصيرها ، لكن إذا ثبت للحائز الحق في التمسك بالتقادم باكتمال مدته وتوافر بقية شروطه ، جاز له النزول عن التمسك به ، وسرى هذا التنازل في حقه بمجرد صدوره منه دون حاجة إلى قبول من جانب صاحب الحق الأصلي ، لأنه تصرف إرادي من جانب واحد يؤتي أثره بمجرد صدوره من صاحب الحق فيه وهو الحائز مادام أنه يملك أهلية هذا النزول ، شريطة ألا يكون قد صدر منه إضراراً بدائنيه وإلا جاز لهم الطعن على هذا النزول بدعوى عدم نفاذ التصرف ، حتى لا يسري هذا النزول في حقهم .

الوجيز

في

التأمينات العينية في ظل القانون المدني المصري

د خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني

ووكيل كلية الحقوق جامعة أسيوط سابقاً

طبعة عام ١٤٤١ هـ - ٢٠٢٠ م

مقدمة

لا جرم أن الحقوق العينية تنقسم إلى قسمين كبيرين : القسم الأول هو الحقوق العينية الأصلية (مثل حق الملكية ، والحقوق المتفرعة منه مثل حق الانتفاع وحق الاستغلال وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق) ، وهذا القسم يركز على بيان كنه وحقيقة الحق العيني الأصلي بوصفه حقاً قائماً بذاته ، يستند في وجوده إلى أصله وذاته عند وروده على الشيء الذي يمثل محلاً له ، دون أن يرتبط في وجوده بوجود حق آخر غيره ، ولذا سُمي بالحق العيني الأصلي .

أما القسم الثاني فهو الخاص بالحقوق العينية التبعية (مثل حق الرهن الرسمي ، وحق الرهن الحيازي ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز) فهو يركز على بيان حقيقة وكنه هذا الحق العيني التبعية بوصفه حقاً يرد على شيء معين بالذات ضماناً لحق آخر غيره يرتبط في وجوده وعدمه بوجود هذا الحق وعدمه ، ولذا فهو ليس حقاً عينياً أصلياً قائماً بأصله وذاته ، إنما هو حقٌ عيني تبعية ، لأنه يتبع غيره في وجوده وعدمه وليس قائماً بأصله وذاته ، ولذا سُمي بالحق العيني التبعية .

وسنقصر دراستنا في هذا الكتاب على القسم الثاني من الحقوق العينية ألا وهي الحقوق العينية التبعية فقط ، تاركين عرض دراسة القسم الأول لكتاب آخر بحول الله وطوله ، والله الموفق والمستعان به في كل شيء .

مبحث تمهيدي

عجز الضمان العام وقوة الضمان الخاص

أولاً : عدم كفاية التأمين أو الضمان العام:

لا يتعلق حق الدائن العادي أو صاحب الحق الشخصي أياً كان مصدره بمال معين بالذات من أموال مدينه، وإنما يتعلق حقه مع غيره من الدائنين بجميع عناصر الذمة المالية لهذا المدين (٣٠٤) .

فأموال المدين جميعها تمثل الضمان العام المقرر قانوناً لحماية حقوق دائنيه، إذ تنص المادة ١/٢٣٤ من التقنين المدني المصري على هذا المعنى بقولها إن "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه". ومن ثم فمن حق الدائن إذا لم يبادر مدينه بالوفاء بديونه طواعيةً واختياراً، أن يلجأ إلى السلطات العامة لتصره على هذا المدين في صورة التنفيذ الجبري على جميع أمواله التي تمثل ضماناً عاماً للوفاء بحقوقه وحقوق غيره من الدائنين، وهذا ما قرره واضع القانون في المادة ١/١٩٩ من التقنين المدني المصري بقوله "ينفذ الالتزام جبراً على المدين (٣٠٥).

وقد يبدو للناظر لأول وهلة أن في منح الدائن ضماناً عاماً يرد على جميع أموال مدينه، وإعطائه الحق في التنفيذ عليها جبراً عنه، إذا امتنع المدين عن الوفاء بحقوقه أو تأخر في ذلك، حمايةً كافيةً تسمح لهذا الدائن بتأمين حقه في استيفاء ديونه كاملة غير منقوصة، إلا أن الحقيقة على خلاف ذلك (٣٠٦).

(٣٠٤) انظر في نفس المعنى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي "التأمينات الشخصية والعينية" ص ١٥، الطبعة الثالثة عام ١٩٧٩م، مطبعة دار الشعب بالقاهرة .

(٣٠٥) انظر في ذلك: أ.د/ سمير تناغو "التأمينات الشخصية والعينية" ص ٥ طبعة عام ١٩٧٥م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٣٠٦) أ.د/ سمير تناغو "التأمينات الشخصية والعينية" ص ٥، طبعة عام ١٩٧٠م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

فالضمان العام لا يحقق عادةً غاية الدائن في تأمين حقوقه وذلك للأسباب الآتية:-

١- إن وجود الضمان العام في ذاته بوصفه تأميناً يقرره القانون لحماية حق الدائن واستفادته منه، مرهونٌ بأن يكون ثمة أموال مملوكة للمدين يمكن أن يرد عليها هذا الضمان، ومن ثم يتصور عدم وجود هذا الضمان أصلاً إذا ثبت فراغ الذمة المالية للمدين.

٢- إن هذا الضمان العام- حتى على فرض وجوده فعلاً لثبوت ملاءة الذمة المالية للمدين ووجود أموال مملوكة له يمكن أن يرد عليها- نظراً لعدم تعلقه بمال معين من أموال المدين ووروده من ثم على جميع أمواله، فإنه لا يغفل يد المدين عن التصرف في هذه الأموال تصرفاً قد ينسف هذا الضمان كله أو ينقصه، الأمر الذي قد يؤدي إلى زوال أو عدم كفاية أموال المدين في الوفاء بحق الدائن عند اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري بشأنها (٣٠٧).

وإذا كان القانون قد جعل بين يد الدائن وسائل قانونية متعددة بهدف المحافظة على الضمان العام المقرر له، ودفعت محاولات المدين لإنقاص هذا الضمان أو الحد من زيادته عن طريق الدعاوى الثلاث- الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصة، ودعوى الصورية- وغيرها من الوسائل الأخرى (مثل وضع الأختام على أمواله أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو إفلاسه أو التدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه أو استعمال الحق في الحبس أو طلب شهر إعسار المدين)، إلا أن هذه الوسائل قد لا تكفي في المحافظة على الضمان العام للدائنين، ومن ثم قد لا تغلح في منع المدين من التصرف في أمواله بما يضر بمصلحة دائنيه رغم ما تسببه للدائن من مشقة وعناء في سبيل اتخاذها (٣٠٨).

٣- إن مثل هذا الضمان يشترك فيه جميع الدائنين، ذلك أن الدائنين العاديين جميعهم متساوون في المرتبة، فليس ثمة أفضلية لأحدهم على غيره تبعاً لأسبقية نشوء دينه أو لأسبقية تاريخ حلوله، ومن ثم فإنه إذا كانت مكونات ذمة المدين المالية أو عناصر الضمان العام عاجزة عن الوفاء

(٣٠٧) انظر في نفس المعنى أ.د/ عبد الرزاق السنهوري، ج ١، طبعة عام ١٩٧٠م، دار النهضة العربية، أ.د/ توفيق حسن فرج " التأمينات الشخصية والعينية"، ص ٢، طبعة عام ١٩٨٤م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية.

(٣٠٨) انظر في ذلك المعنى: أ.د/ شمس الدين الوكيل " الموجز في نظرية التأمينات" ص ٢٣، طبعة ١٩٦٦م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

بمجموع حقوق الدائنين كاملة، اقتسموا الموجود منها فيما بينهم قسمة غرماء أي يجري توزيع هذا القدر غير الكافي في تغطية جميع ديون الدائنين فيما بينهم بحسب نسبة دين كل واحد منهم، ومن ثم فإن هذا الضمان العام يعجز عن تأمين حقوق الدائنين للوفاء بها كاملة (٣٠٩).

ولعل هذه الأسباب الثلاثة سألقة الذكر، والتي كشفت لنا عن مواطن الضعف وأوجه القصور في التأمين العام أو الضمان المشترك، أبرزت لنا - في المقابل - الحاجة الماسة إلى وجود تأمين أو ضمان خاص (التأمين الشخصي والتأمين العيني) بوصفه ضماناً كافياً لحماية حق الدائن جنباً إلى جنب مع التأمين أو الضمان العام، حتى يتسنى لكل دائن استيفاء حقوقه كاملة من مال المدين أو مال غيره (محل التأمين الخاص) من غير أن يزاحمه فيه أحد من الدائنين العاديين أو التاليين له في المرتبة عند اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري على هذا المال.

ثانياً: فكرة التأمين أو الضمان الخاص وفائدتها:

تتخذ فكرة التأمين أو الضمان الخاص في واقع الحياة إحدى صورتين: أولاهما تتمثل في إيجاد أكثر من شخص يستطيع الدائن أن يطالبه بذات الدين، بحيث إنه إذا عجز الدائن عن الحصول على حقه من مدينه، كان له الحق في الرجوع على شخص أو أشخاص آخرين للمطالبة بحقه أو بما لم يستوفه من ذلك الحق، وهي ما تعرف بالتأمينات الشخصية *les sûretés personnelles* (مثل الكفالة والتضامن بين المدينين وعدم انقسام الدين بين المدينين والإنابة الناقصة (٣١٠) والاشتراط لمصلحة الغير).

وتمثل الكفالة الصورة المثلى للتأمينات الشخصية، والتي يترتب عليها أن تضاف إلى ذمة المدين ذمة شخص الكفيل بحيث يستطيع الدائن إذا لم يتمكن من اقتضاء حقه من مدينه أن يطالب الكفيل أو الضامن بالوفاء بهذا الحق (٣١١).

(٣٠٩) انظر في ذلك إلى كل من أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٦، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ١٢، أ.د/ نبيل إبراهيم سعد "التأمينات العينية والشخصية" ص ١٠، ١١، طبعة عام ١٩٨٢م، منشأة المعارف بالإسكندرية، أ.د/ همام محمد محمود زهران "التأمينات العينية والشخصية"، ص ١٨، طبعة عام ٢٠٠٢م، منشأة المعارف بالإسكندرية.

(٣١٠) وتعتبر الإنابة الناقصة أيضاً تأميناً شخصياً لمصلحة الدائن، إذ يترتب عليها أن يصير أمام الدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، بحيث إذا أعسر المدين وعجز بذلك عن وفاء دينه أمكن للدائن اقتضاء حقه من الشخص المناب (أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٢٦).

وثانيهما تتمثل في صورة تخصيص مال معين بالذات مملوك لشخص المدين أو لشخص آخر غيره سواء أكان عقارا أو منقولاً لضمان الوفاء بحق الدائن بحيث يمكن للدائن إذا لم يوفه المدين حقه طوعاً واختياراً، أن ينفذ بحقه على هذا المال محل الضمان متتبعا إياه في يد أي شخص ليستوفي حقه منه أولاً متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وهي ما تعرف بالتأمينات العينية (مثل الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز).

وللتأمين الخاص فائدة مزدوجة، حيث تتحقق من ورائه مصلحة كل من الدائن والمدين على السواء، وتتجلى مصلحة الدائن ظاهرة في ضمان حصوله على حقه، فيمكنه من استيفاء دينه كاملاً من أي شخص من الأشخاص المسؤولين عن الوفاء به إذا كان التأمين شخصياً، أو من حصيلة ثمن بيع المال أو العين الضامنة (سواء أكانت عقاراً أم منقولاً) دون أن يزاحمه في ذلك أحد الدائنين العاديين أو الدائنين التاليين له في المرتبة إذا كان التأمين عينياً.

كما تبدو مصلحة المدين نفسه - من التأمين أو الضمان الخاص - واضحة فيما يحققه له من ثقة كبيرة في نفس الدائن فيمنحه ائتمانه، إذ يندر في المجتمع الآن أن يمنح شخص (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً مثل البنك أو شركة تمويل) قروضاً أو ائتمانات (صغيرة أو كبيرة) لغيره من الأشخاص (سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً معنوية مثل الشركات أو المؤسسات الاقتصادية) لتمويل مشروعاتهم الاستثمارية، دون أن يحصل على كافة التأمينات أو الضمانات الخاصة شخصية كانت أو عينية لضمان سداد هذه القروض والائتمانات في مواعيدها المحددة.

وليس بخافٍ علينا ما للائتمان - الذي تساعد التأمينات أو الضمانات الخاصة على انتشاره - من دور كبير في إثراء الحياة الاقتصادية في المجتمعات عموماً ورفع معدلات النمو الاقتصادي فيها .

(٣١١) انظر في نفس المعنى أ.د/ همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ٢٠، أ.د/ سمير تناغو " التأمينات الشخصية والعينية" ص ٩، طبعة عام ١٩٧٥م، منشأة المعارف بالإسكندرية .

ثالثاً: المفاضلة بين نوعي التأمين أو الضمان الخاص:

لا جرم أن التأمين أو الضمان الخاص بنوعيه الشخصي والعيني يبعث في نفس الدائن الثقة والطمأنينة ضد خطر الخوف من ضياع حقه وعدم استيفائه.

ففي التأمين الشخصي تضاف إلى ذمه المدين المالية بكل مكوناتها، ذمة مالية جديدة بجميع عناصرها لشخص آخر مسئول عن الوفاء بالدين وضامن لهذا الوفاء.

كما أنه في التأمين العيني تُخصَّصُ لضمان الوفاء بحق الدائن إحدى الأعيان المملوكة للمدين أو لشخص آخر غيره، بحيث ينشأ للدائن عليها حقٌّ خاصٌّ يخول له ميزة تتبع هذه العين تحت يد أي شخص فينتقي بذلك خطر محاولة التصرف فيها لإقصائها من ضمانه، كما يخول له أيضاً ميزة التقدم على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمنها عند بيعها بالمزاد، فينتقي بذلك خطر مزاحمة هؤلاء الدائنين له عند التنفيذ بحقه على العين محل الضمان.

بيد أننا إذا أردنا أن نجري مقارنة بين نوعي التأمين أو الضمان الخاص لنتعرف على أفضلية أي منهما في ضمان وتوكيد حق الدائن وإعانتته على استيفاء حقه كاملاً، وجدنا أن التأمين العيني يَفْضَلُ التأمين الشخصي في هذا المقام.

ذلك أن التأمين الشخصي وإن بدا أكثر رحابة وسعة من التأمين العيني في المحل الذي يرد عليه، على أساس أنه يرد على جميع عناصر الذمة المالية لشخص الضامن فيضيف بذلك إلى جوار جميع مكونات الذمة المالية للمدين - والتي تمثل الضمان العام لهذا الدائن ولغيره من الدائنين - ضماناً آخر جديداً يرد على ذمة مالية جديدة لشخص الضامن بكل عناصرها ومكوناتها، فلا يرد من ثم مقصوراً على عين محددة بالذات من بين أعيان الضامن كما هو الحال في التأمين العيني، إلا أن الدائن مع وجود هذا التأمين الشخصي قد يتعرض لنفس المخاطر التي يتعرض لها في مواجهة مدينه، فقد لا يجد الدائن أموالاً في ذمة الكفيل لينفذ عليها بحقه أو يجد أموالاً قليلة لا تكفي للوفاء بهذا الحق أو تكفي ولكن يزاحمه فيها دائنو الكفيل، بعكس الحال في التأمين العيني حيث يراعى فيه منذ البداية قبل ترتيبه على مال معين بالذات أن يكون هذا المال كافياً في الوفاء

بحق الدائن، كما أن للدائن الحق في طلب تأمين آخر إذا هبطت قيمة المال الوارد عليه هذا التأمين العيني لسبب أجنبي عن المدين وإلا سقط أجل الدين والتزم المدين بالوفاء به فوراً (م ٢/٢٧٣ مدني مصري (٣١٢)).

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن التأمين العيني هو التأمين الأقدر على تحقيق الهدف المقصود من التأمين الخاص وهو ضمان حصول الدائن على حقه كاملاً، إلا أن ذلك لا يعني أن ننكر الدور المتعاضم للتأمين الشخصي - لاسيما الكفالة - في تدعيم الائتمان وتشجيعه، لاسيما وقد أخذت البنوك والمصارف على عاتقها - في العصر الحديث - مهمة الاضطلاع بكفالة المدينين مقابل عمولة تحددها، مما أعاد في نفوس الدائنين (سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً معنويين) الثقة في هذا النوع من التأمين، هذا بالإضافة إلى سهولة إتمام إجراءاته وعدم تطلبه وجود مال معين بالذات مملوك للضامن يرد عليه، حيث يرد على جميع عناصر ذمته المالية دون اشتراط تخصيص مال معين أو عين معينة من أموال الضامن وأعيانه.

(٣١٢) حيث ذكرت هذه المادة في فقرتها الثانية حالة من حالات سقوط أجل الدين بقولها " إذا أضعف بفعله الى حد كبير ما أعطي للدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان اضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لارادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً " .

خطة الكتاب

خطة الكتاب

سنقصر دراستنا في هذا الكتاب على نوع واحد من نوعي التأمين أو الضمان الخاص، ألا وهو التأمينات العينية، على أن نرجئ دراسة النوع الثاني من التأمين الخاص، وهو التأمينات الشخصية في مؤلف آخر بمشيئة الله تعالى.

وسنقسم هذا الكتاب إلى أبواب خمسة نبدأها بباب تمهيدي نتعرف فيه على ماهية التأمين العيني فنتكلم عن تعريفه وخصائصه وأنواعه.

ثم نعرض في الأبواب الأربعة الأخرى بالشرح والتفصيل أنواع التأمينات العينية الأربعة في التقنين المدني المصري وهي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحق الامتياز، كل في باب مستقل خاص به.

وبناء عليه ستتم هذه الدراسة على النحو الآتي :

الباب الأول: ماهية التأمين العيني (باب تمهيدي) .

الباب الثاني: الرهن الرسمي .

الباب الثالث: حق الاختصاص .

الباب الرابع: الرهن الحيازي .

الباب الخامس: حقوق الامتياز .

خاتمة الكتاب .

الباب الأول

ماهية التأمين العيني (باب تمهيدي)

تمهيد

سننتاول في هذا الباب التمهيدي ماهية التأمين العيني لنقف على حقيقة مدلوله ومعناه وأهم ما يتسم به من خصائص ومميزات، ثم نبين تقسيماته المختلفة في الفقه، وأخيرا نبين أنواع التأمينات العينية في التقنين المدني المصري، وذلك كل في فصل خاص به.

الفصل الأول: تعريف وخصائص التأمين العيني.

الفصل الثاني: تطور نظم التأمينات العينية.

الفصل الثالث: التقسيمات المختلفة للتأمينات العينية.

الفصل الرابع: أنواع التأمينات العينية في التقنين المدني المصري.

الفصل الأول

تعريف وخصائص التأمين العيني

الفصل الأول

تعريف وخصائص التأمين العيني

المبحث الأول

تعريف التأمين العيني

يعرف البعض التأمين العيني بأنه "حق عيني يترتب للدائن على مال معين، فيخول له استيفاء حقه من ثمن هذا المال مقدماً على سائر الدائنين (٣١٣)"، ويعرفه البعض الآخر بأنه "سلطة لدائن على شئ معين تخول له أن يستوفي حقه من ثمن هذا الشئ أو أي مقابل نقدي آخر له بالأولوية على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة" (٣١٤).

ويمكننا تعريفه بأنه "حق عيني يرد على مال معين لضمان حق الدائن يخول له تتبع هذا المال في يد أي شخص واستيفاء حقه من ثمنه أو من أي مقابل نقدي آخر متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة".

ولعل هذا التعريف يبرز ميزة أساسية يحققها التأمين العيني لصالح الدائن ألا وهي ميزة التتبع، والتي أغفل التعريفان السابقان الإشارة إليها.

(٣١٣) أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٤٦.

(٣١٤) أ.د/ محمد لبيب شنب "دروس في التأمينات العينية والشخصية" ص ٩، طبعة عام ١٩٧٥، الناشر دار النهضة العربية.

المبحث الثاني

خصائص التأمين العيني

يبدو لنا من جماع التعريفات السابقة أن للتأمين العيني خصائص ومميزات معينة تتمثل في الأمور الآتية:.

المطلب الأول: التأمين العيني حق عيني.

المطلب الثاني : التأمين العيني حق عيني تبعي.

المطلب الثالث: التبعية والتقدم هما جوهر التأمين العيني.

المطلب الأول

التأمين العيني حق عيني.

. التأمينُ العينيُّ حقٌّ عيني، فهو حقٌّ لأنه عبارة عن سلطة مقررّة لشخص بهدف حماية مصلحة معينة يحميها القانون، وهو حقٌّ عيني لأنه يرد على مالٍ معين أو شئٍ معين ولا يرد على عمل ولا امتناع عن عمل (٣١٥).

ولم ينازع الفقه المصري في عينية التأمين العيني إلا فقيه واحد أنكر عليه صفته العينية، على أساس أن الأصل- من وجهة نظره- في الحق العيني أن يجعل للشخص سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من الاستئثار بمنافعه، ويحصر معنى الاستئثار بمنافع الشئ في الاستعمال والاستغلال والتصرف (٣١٦) ، وهذا ما لا يتيح التأمين العيني، ولذلك فهو يرى أن التأمين العيني مجرد "وصف يلحق الالتزام فتتأثر به أحكامه كما تتأثر أحكامه إذا ما لحقه وصف الشرط أو الأجل، وإذا كان الالتزام في الأصل يحدث أثره في نمة المدين باعتبارها مجموعة من المال

(٣١٥) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٩ ، ١٠ .

(٣١٦) أ.د/ شفيق شحاتة "النظرية العامة للتأمين العيني" ص١٣، الطبعة الثالثة عام ١٩٥٥ م .

مخصصة لوفاء الديون أيا كانت، وعلى أن يتقاسم الدائنون فيما بينهم ما يجدونه في ذمة مدينهم عند التنفيذ، فإن الالتزام المؤمن يحدث أثره في بعض هذه الأموال على صورة خاصة، بحيث إن الالتزام المصحوب بالتأمين العيني لن يقتصر أثره على ذلك الضمان العام بل يتجاوزه إلى ما هو أدعى لطمأنينة الدائن، ذلك أن بعض أموال المدين تصبح بسبب هذا الوصف عبارة عن ذمة مستقلة لا أثر فيها لحق الدائنين العاديين".

خلاصة هذا الرأي أن التأمين العيني ليس حقاً عينياً، إنما مجرد وصف خاص من أوصاف الالتزام يحدث أثره فقط في بعض أموال المدين وينشئ منها ذمة مالية مستقلة مخصصة للوفاء بحق الدائن صاحب التأمين العيني دون أن يزاحمه فيها أحد الدائنين، تختلف عن الذمة المالية التي تتكون من مجموع أموال المدين - عدا ما خُصصَ منها لضمان حق صاحب التأمين العيني - والتي تمثل الضمان العام لسائر الدائنين فيتناسمونها فيما بينهم قسمة غرماء ، أي بحسب نسبة كل دين منها مقارنة بباقي الديون .

ولا شك أن هذا الرأي محل نظر للأسباب الآتية:-

- ١- إن مناط عينية الحق في محله وليست في مضمونه، ويعد التأمين العيني حقاً عينياً لأن محله شئ معين أو مال معين وليس محله عملاً أو امتناعاً عن عمل.
- ٢- إننا حتى ولو سلمنا بما يقوله صاحب هذا الرأي واعتبرنا أن التأمين العيني وصف في الالتزام، فإن هذا لا يعني بالضرورة أنه لا يعتبر حقاً عينياً، وإنما يُقال إن ضمان الالتزام بإنشاء حق عيني تبعي يجعله موصوفاً (أي يجعل الالتزام موصوفاً).
- ٣- إننا إذا سلمنا أيضاً بأن الحق العيني يجب أن يمكن صاحبه من الاستئثار بمنافعه، فهل لا تعد سلطة الدائن صاحب التأمين العيني في الحصول على حقه من المقابل النقدي للشئ محل التأمين متقدماً على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة، من قبيل الاستئثار بمنافع الشئ محل التأمين، الأمر الذي يوجب التسليم له بأنه حق عيني (٣١٧).

(٣١٧) أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٣.

المطلب الثاني

التأمين العيني حق عيني تبعي.

إنه وإن كانت الحقوق العينية حقوقاً تخول لأصحابها سلطات مباشرة على أشياء مادية معينة بالذات إلا أنها ليست صنفاً واحداً، بل هي صنفان كبيران مختلفان، أولهما الحقوق العينية الأصلية، وثانيهما الحقوق العينية التبعية.

ولعل العنصر المميز بين هذين النوعين يتمثل في أن الحقوق العينية الأصلية هي حقوق مستقلة بنفسها وقائمة بذاتها لا يرتبط وجودها بوجود غيرها من الحقوق، في حين أن الحقوق العينية التبعية هي حقوق مرتبطة في وجودها وعدمها بغيرها من الحقوق فهي تنشأ ضمناً لحقوق شخصية وتأميناً للحصول عليها وتزول وتنقضي بزوالها وانقضائها .

ويعد التأمين العيني من قبيل الحقوق العينية التبعية، على أساس أنه ينشأ مرتبطاً بحق شخصي ضمناً له وتأميناً لحصول الدائن على حقه، فوجوده ليس وجوداً مستقلاً بنفسه مثل الحق العيني الأصلي، وإنما وجوده تابعٌ لوجود هذا الحق، ولذلك فهو يدور معه وجوداً وعدمًا، فلا ينشأ التأمين العيني إلا إذا وُجدَ الحق الشخصي، كما أنه ينقضي بانقضائه لأي سبب من أسباب الانقضاء، إذ أنه بانقضاء الحق الشخصي تنتفي علة وجود التأمين العيني.

وإذا انتقل الحق الشخصي من الدائن لشخص آخر كما هو الحال في حوالة الحق انتقل معه التأمين العيني الضامن له، وهذا ما قرره المادة ٣٠٧ من التقنين المدني المصري الحالي إذ تنص على أن "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، كما تعتبر شاملة لما حلَّ من فوائد وأقساط" (٣١٨).

(٣١٨) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق-ص٩.

المطلب الثالث

المتبع والتقدم هما جوهر التأمين العيني

من المعلوم أن للدائن العادي ضماناً عاماً يرد على مجموع عناصر أو مكونات الذمة المالية للمدين، بيد أن هذا الضمان العام - كما رأينا فيما سبق - مع رحابة وسعة محله الذي يرد عليه ليس كافياً في تحقيق الأمان والضمان لحق الدائن، فقد لا يجد الدائن لدى المدين أموالاً أو يجدُ أموالاً قليلةً عند اتخاذه لإجراءات التنفيذ الجبري، لأن هذا الضمان لا يغلُ يد المدين عن التصرف في أمواله وقد لا يفلح الدائن في الإبقاء على عناصر الضمان العام رغم ما يقرره له القانون من وسائل قانونية للمحافظة عليه (مثل الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرف، ونظام شهر الإعسار، ووضع الأختام على التركة... إلخ)، هذا بالإضافة إلى أننا لو فرضنا أن الدائن عند التنفيذ بحقه وجد أموالاً كثيرةً لدى مدينه فإنه لا ينفرد بها وحده حتى يستوفي منها كامل حقه، بل يكون عرضةً لمزاحمة غيره من الدائنين فيقتسمون معه ثمن بيعها بالمزاد فيما بينهم قسمة غرماء (أي يأخذ كل واحد منهم من ثمنها ما يناسب نسبة دينه أو حقه لدى المدين).

لذلك فقد بات اللجوء إلى التأمين أو الضمان الخاص أمراً حتمياً بهدف الحفاظ على حقوق الدائن من المخاطر المهددة للضمان العام والتي قد تؤدي بها وتقودها إلى الضياع في كثير من الأحيان.

ويعد التأمين العيني - بوصفه أحد نوعي التأمين أو الضمان الخاص - من أنجع الوسائل وأكثرها فعالية في حماية حقوق الدائن وحفظها من جملة المخاطر التي قد تصيبه إذا ما اكتفى بمجرد الضمان العام المقرر له ولغيره من سائر الدائنين.

ففي التأمين العيني تخصص إحدى الأعيان المملوكة للمدين ذاته أو لشخص آخره غيره (الكفيل العيني) لضمان الوفاء بحق الدائن، وهذا التخصيص وإن كان لا يخرج المال محل الضمان من ملك صاحبه، إذ يظل هذا المال داخلياً في نطاق عناصر الذمة المالية لهذا المدين أو الكفيل بحيث يمثل في مجموعه عناصر الضمان العام لسائر الدائنين فيكون لأي دائن أن ينفذ عليه بحقه، إلا أن التأمين العيني يجعل للدائن العيني حقوقاً وميزاتٍ يتسامى بها على سائر

الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عند التنفيذ على هذا المال، فيكون له الحق في تتبعه في يد أي شخص وبيعه بالمزاد لاستيفاء حقه منه أولاً بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين الخاصين التاليين له في المرتبة.

فيبدو بذلك التأمين العيني وكأنه يخرج هذا المال محل التأمين من الذمة المالية للمدين أو الكفيل العيني لينشئ منها ذمة ماليةً مستقلةً مخصصةً لضمان حق الدائن العيني وتأمين حصوله عليه كاملاً دون مزاحمته من أحد الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

فالتأمين العيني يمنح الدائن العيني ميزتين جوهريتين يضمن من خلالهما استيفاء حقه كاملاً ألا وهما ميزة التتبع *droit de suite* وميزة التقدم *droit de préférence*.

فمن خلال ميزة التتبع يحق له (أي للدائن العيني) أن يتتبع المال محل التأمين لينفذ عليه بحقه تحت يد أي شخص، فيتقي بها خطر محاولات المدين لإقصاء هذا المال من دائرة الضمان العيني المقرر له، ومن خلال ميزة التقدم يحق له أن ينفذ على ثمن بيع المال محل الضمان بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، فيتقي بها خطر مزاحمة هؤلاء الدائنين له عند التنفيذ بحقه على المال المخصص لضمانه.

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن الدائن العيني بوصفه في الأصل صاحب حق شخصي (أي كان مجرد دائن عادي قبل أن يخصص له مال معين من أموال المدين ضماناً خاصاً لحقه) فإن له إلى جانب ضمانه الخاص (أي الضمان العيني) ضماناً عاماً يرد على جميع مكونات الذمة المالية للمدين يشترك فيه مع سائر الدائنين ليقتسمونها فيما بينهم قسمة غرماء (أي تقسم بينهم كلٌ بحسب نسبة دينه).

ومن ثم فإنه ولئن كان الدائن العيني عادة ما يفضل البدء بالتنفيذ على المال محل التأمين العيني ليؤمن مزاحمة باقي الدائنين العاديين أو التاليين له، إلا أنه ليس ثمة مانع يحول دونه واتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين الأخرى غير المخصصة للوفاء بحقه العيني، وعند ذلك يزاحمه باقي الدائنين في أثمان بيعها بالمزاد ويقتسمونها فيما بينهم قسمة غرماء أي بحسب قيمة دين كل واحد منهم.

الفصل الثاني

تطور نظم التأمينات العينية

لقد كانت التأمينات الشخصية أسبق في الظهور من التأمينات العينية، ويعزى ذلك إلى الظروف الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات القديمة، حيث كان يتعذر تنظيم الائتمان العيني نظراً لأن المنقولات كانت قليلة القيمة، والعقارات تحظى بمكانة خاصة في نفوس الأفراد، فلم يكن شيئاً مقبولاً أن يُفَرِّطَ شخصٌ في ملكيتها أو حتى في حيازتها مع شيوع الاعتقاد بأن مكانة كل أسرة مرتبطة بما تملكه من عقارات، وأن هذه العقارات تدخل في الملكية الجماعية أو المشتركة للأسرة أو العائلة وليس الفرد إلا مجرد نائب عن الأسرة في استغلالها والانتفاع بها لصالحهم جميعاً (٣١٩).

في ذات الوقت الذي أتاحت فيه قوة أواصر التضامن الاجتماعي الذبوع والانتشار للتأمينات الشخصية، فالفرد في الأسرة أو القبيلة يتنافس مع غيره في المبادرة إلى كفالة من يحتاج إلى كفالته لضمان ما عليه من ديون أو لتيسير فرصة حصوله على الائتمان، بل كان الرئيس السياسي للأسرة أو القبيلة يسارع إلى كفالة الأشخاص المقيمين في دائرته الانتخابية (٣٢٠).

واستمر الوضع على الذبوع والانتشار لنظم الائتمان الشخصي إلى أن تطورت ظروف المجتمع القديم فاستقلت ملكية الأفراد للعقارات عن أسره وجماعاتهم وتوطدت الملكية الفردية، وارتفعت قيمة الثروات المنقولة، مما أتاح المجال رحباً لظهور التأمينات العينية، بل واحتلالها مركز الريادة في مجال التأمينات أو الضمانات الخاصة، وتفوقها من ثم على التأمينات الشخصية نظراً لما تحقّقه من ثقة وطمأنينة للدائن في الحصول على حقه كاملاً أكثر من التأمينات الشخصية، إذ أنها تجنبه مخاطر إفسار المسؤولين عن الوفاء نيابة عن المدين وفقاً لنظام التأمين الشخصي بما نتيجته له من ميزات لا يشاركه فيها غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ألا وهي ميزتا التتبع والتقدم.

(٣١٩) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ٢١، أ.د/ سمير تناغو- المرجع السابق- ص ١٠.

(٣٢٠) أ.د/ سمير تناغو- المرجع السابق- ص ١٠.

وجدير بالذكر أن نظم التأمينات العينية قد مرت بمراحل مختلفة من مراحل التطور القانوني إلى أن استقر لها الوضع القانوني الحالي بوصفها حقوقاً عينية تبعية.

فقد كانت الصورة الأولى التي ظهرت فكرة التأمينات العينية في ثوبها تتمثل في أن يقوم المدين بنقل ملكية المال محل التأمين العيني إلى الدائن، على أن يتعهد الدائن بإعادة نقل ملكية هذا المال إلى المدين إذا قام بالوفاء بالدين في الأجل المحدد له، ويصبح الدائن بمقتضى هذه الصورة مالكا للمال محل الضمان بحيث يحق له بيعه واستيفاء حقه من ثمنه متقدماً على سائر الدائنين إذا لم يف المدين بالدين في الموعد المضروب له، ويطلق الفقه على هذه الصورة اصطلاحاً "التصرف التأميني".

ولا يخفى على اللبيب أن يدرك بجلاء أن صورة التأمين العيني هذه رغم ما بها من حماية بالغة الكمال في حماية حق الدائن وتأمينه، إلا أنها في المقابل تنطوي على مضار بالغة الخطورة بشخص المدين، إذ أنها تجرده تماماً من ملكية هذا المال وحيازته فتحرمه من استعماله واستغلاله، وفي ذات الوقت لا تقرر له حماية كافية في مواجهة دائنه، إذ ليس له من صور الحماية في مواجهة هذا الدائن إلا مجرد حق شخصي تحميه دعوى شخصية في المطالبة برد هذا المال عند الوفاء بدينه، وفي الحصول على تعويض إذا ما أصاب العين ضرراً وهي في حيازته، وفي استرداد ما زاد من ثمن العين عن مبلغ الدين إذا ما بيعت لعدم وفائه بالدين.

ولذلك فقد حاول فقهاء الرومان الحد من غلواء هذه الصورة وشدة إجحافها بشخص المدين، ففتفتت أذهانهم عن وسيلة قانونية للإبقاء على حيازة المدين للمال محل الضمان، قوامها أن يقرر لهذا المدين عقد إيجار أو عارية ليتمكن من استعمال المال واستغلاله، على أن تظل ملكية الرقبة خالصة للدائن ضماناً لما له من ديون في ذمة مدينه.

بيد أن هذه الوسيلة - رغم أنها أتاحت للمدين الإبقاء على حيازة المال محل الضمان حتى لا يحرم منافعه - إلا أنها لم تكن كافية في تخفيف وطأة هذه الصورة - التي تعرف بالتصرف التأميني - نظراً لأن التأمين العيني في هذه الصورة كان يستغرق انتماء المدين بالنسبة للمال محل

الضمان، فيفقد المدين بذلك قدرته على إعادة رهن هذا المال للحصول على ائتمان جديد من شخص آخر أو أشخاص آخرين.

ثم بحث الرومان عن صورة جديدة للتأمين العيني تختلف عن صورة التصرف التأميني حتى اهتموا إلى ما يعرف برهن الحيازة، حيث تظل فيها ملكية المال محل الضمان للمدين وتنتقل الحيازة إلى الدائن ليحبس عنه هذا المال كوسيلة لحمله على الوفاء في الأجل المضروب له حتى يتمكن من استرداده بعد الوفاء.

ولم يكن في مقدور الدائن أن يبيع هذا المال إذا نكص المدين عن الوفاء ولا أن يسترده إذا فقد حيازته لأي سبب من الأسباب، ولكن بمرور الوقت أُدرج في عقد التأمين العيني بندٌ يملك به الدائن المال محل الضمان إذا لم يف المدين بحق الدائن عند حلول أجله فأضحى عقد الرهن بمثابة تصرف معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء، ثم رُوي إلغاء مثل هذا البند لخطورته على المدين، ليحل محله بند آخر يحق للدائن بمقتضاه شراء المال محل الضمان بثمن عادل تجري فيه مقاصةً بين هذا الثمن وما له من حق في ذمة المدين، كما أُعطي للدائن الحق في رفع دعاوى وضع اليد لحماية حيازته ضد كل من المدين والغير (٣٢١).

بيد أنه وإن كانت هذه الصورة الجديدة للتأمين العيني (رهن الحيازة) وإن كانت أخف وطأة وفداحة من التصرف التأميني الذي يجرد المدين تماما من ملكية هذا المال ويحرمه من منافعه، إلا أنها تتطوي على مثالب وعيوب فادحة بالمدين، لأنها وإن لم تجرده من ملكية المال محل التأمين إلا أنها تحرمه من منافعه، كما أن الدائن يملك المال عند حلول الأجل دون سداد الدين، هذا فضلا عن أن المدين لا يمكنه استعمال هذا المال مرة أخرى للحصول على ائتمان جديد.

لذلك فقد أفرز التطور في القانون الروماني صورة جديدة للتأمين العيني تعرف باسم الرهن دون حيازة بدأ ظهورها في عقود إيجار الأراضي الزراعية ثم انتقلت من بعد إلى عقود إيجار المساكن حيث كان يتم تخصيص أدوات الزراعة أو المنقولات الموجودة في المساكن لضمان حق المؤجر، وبصير الدائن بهذا التخصيص مالكا لها وإن ظلت في حيازة المدين بحيث يحق للدائن

(٣٢١) أنظر في نفس المعنى: أ.د./ جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٤٨.

أن يمنع خروج أي منها من العين المؤجرة، وأن يتتبعها في يد أي شخص ويتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن بيعها.

ولا شك في أن هذه الصورة الجديدة للتأمين العيني تحقق مصلحة كل من الدائن والمدين على حد سواء، فالدائن له على المال محل التأمين ميزات لا يشاركه فيها أحد ألا وهي ميزتا التتبع والتقدم، الأمر الذي يكفل له الحصول على حقه، كما أن المدين لم يحرم من حيازة المال المرهون مما أتاح له فرصة استعماله واستغلاله، هذا بالإضافة إلى أنه لم يحرم من الاستفادة من ائتمان المال المرهون حيث أُتيح له أن يعيد رهنه من جديد بهدف الحصول على ائتمان جديد طالما أن قيمته تفوق قيمة حق الدائن الأول.

ويذهب رأي في الفقه المصري إلى أن حقوق الامتياز كانت أسبق في الظهور من الرهن دون حيازة، حيث كان القانون الروماني أو البريتور يمنح حقوق الامتياز لبعض الدائنين أو لبعض الحقوق فيجعل أولويات خاصة لهؤلاء الدائنين أو لأصحاب هذه الحقوق عند التنفيذ على أموال المدين فيحصل هؤلاء الدائنون أو أصحاب هذه الحقوق على حقوقهم من حصيلة بيع هذه الأموال قبل الدائنين العاديين (٣٢٢).

(٣٢٢) أ.د/ عبدالحميد بدوي "نمو فكرة الامتياز" ص ٩ رسالة دكتوراه ١٩١٢ جرينوبل Grenoble مشار إليه لدى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٥٣، ١٢٥.

الفصل الثالث

التقسيمات المختلفة للتأمينات العينية

تمهيد:

لقد قسمَ الفقهاء التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية إلى تقسيمات متعددة، يختلف كل تقسيم منها عن الآخر تبعا لاختلاف الأساس المعول عليه في إجراء التقسيم أو بحسب الزاوية التي ينظر إليها عند إجرائه.

فمن حيث مصدر هذه التأمينات فإنها تنقسم إلى أنواع ثلاثة هي التأمينات الاتفاقية، والتأمينات القانونية، والتأمينات القضائية.

ومن حيث طبيعة المال محل التأمينات العينية فإنها تنقسم إلى تأمينات عقارية وتأمينات منقولة.

وأخيرا فإنه إذا كان الأساس المتبع في التقسيم يركز على عنصر حيازة المال محل التأمين العيني، فإنه يمكن تقسيمها إلى تأمينات حيازية وتأمينات غير حيازية.

المبحث الأول

تقسيم التأمينات العينية من حيث المصدر

تتقسم التأمينات العينية من حيث النظر إلى مصدرها إلى ثلاثة أنواع هي كالآتي :-

المطلب الأول

التأمينات الاتفاقية

وهي التأمينات التي تنشأ عن اتفاق أو عقد يبرم بين الدائن المرتهن (أي صاحب الحق الشخصي الذي يتقرر الرهن لضمان الوفاء بدينه) والمدين الراهن (الذي يخصص إحدى أعيانه لتأمين حق الدائن).

وقد يكون الراهن شخصاً غير المدين يخصص مالاً معيناً من أمواله لضمان الوفاء بحق الدائن في مواجهة هذا المدين، ويطلق على الراهن عندئذ اصطلاح الكفيل العيني .

ولعل من أمثلة هذا النوع من التأمينات عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي، فكلاهما مصدره العقد أو الاتفاق المبرم بين الدائن المرتهن والراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً، وإن كان عقد الرهن الرسمي يتميز عن عقد الرهن الحيازي بأنه عقدٌ شكلي لا ينعقد إلا باستيفاء الشكل المطلوب قانوناً فيه والمتمثل في ضرورة إفراغه في ورقة رسمية بخلاف عقد الرهن الحيازي فهو عقد رضائي لا يلزم لانعقاده شكلٌ معينٌ .

المطلب الثاني

التأمينات القضائية

وهي التي تنشأ بموجب حكم قضائي، حيث يمكن لكل دائن بيده حكم قضائي واجب النفاذ صادر في موضوع الدعوى، أن يلجأ إلى القاضي طالبا منه توقيع اختصاص له على عقار مملوك لمدينه ضماناً للوفاء بدينه المحكوم به. ويعد حق الاختصاص المثل الوحيد لهذا النوع من التأمينات القضائية.

المطلب الثالث

التأمينات القانونية

وهي التأمينات التي تنشأ بمقتضى نص في القانون، وليس بموجب عقد أو حكم من القضاء، ومثال هذا النوع من التأمينات حقوق الامتياز.

والامتياز هو عبارة عن أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته، وهو قد يكون امتيازاً عاماً يرد على كل أموال المدين وقد يكون امتيازاً خاصاً يرد على عقار أو منقول معين مملوك لهذا المدين.

وكما أن القانون هو المصدر المنشئ لهذا النوع من التأمينات فهو أيضاً الذي يحدد نوع الامتياز ويبين مرتبته.

المبحث الثاني

تقسيم التأمينات العينية من حيث طبيعة المال محل التأمين

تتقسم التأمينات العينية من حيث طبيعة المال محل التأمين إلى نوعين اثنين هما: التأمينات العقارية والتأمينات المنقولة.

المطلب الأول

التأمينات العقارية

ويقصد بها التأمينات التي ترد على العقارات أو تكون محالها عقارات ، ولعل من قبيل التأمينات العقارية الرهن الرسمي وحق الاختصاص، فكلاهما في القانون المصري بحسب الأصل لا يردان إلا على عقارات، ومن ثم لا يتصور بصفة عامة أن يكون محل حق الرهن الرسمي منقولاً ، إلا على سبيل الاستثناء وبنص قانوني خاص ، كما لا يتصور مطلقاً ورود حق الاختصاص على غير العقار ، فلا يرد من ثم على منقول.

حيث يفهم من نص المادة ١٠٣٥/١ من التقنين المدني المصري بعد حظرها ورود الرهن الرسمي على غير العقار ، جواز أو إمكانية ورود حق الرهن الرسمي على المنقول شريطة أن يوجد نص قانوني يقضي بذلك، حيث تنص على أنه "لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" وقد أُجيز قانوناً رهن بعض المنقولات على سبيل الاستثناء مثال ذلك ما نص عليه القانون رقم ٢٦ لعام ١٩٧٦م من جواز رهن الطائرات، كما أجاز القانون رقم ٣٥ لعام ١٩٥١م رهن السفن البحرية.

كما أن الرهن الحيازي قد يكون من قبيل التأمين العقاري وذلك إذا كان وارداً على عقار، لأن هذا الرهن قد يرد على عقار وقد يرد على منقول.

وكذلك قد تعتبر حقوق الامتياز الخاصة من قبيل التأمينات العقارية إذا وردت على عقارات، لأنها قد ترد على عقارات وقد ترد على منقولات.

المطلب الثاني

التأمينات المنقولة

ويقصد بها التأمينات الواردة على المنقولات أو التي تكون محالها منقولات.

وقد يعد الرهن الحيازي من قبيل التأمينات المنقولة وذلك متى ورد على منقول، على أساس أن هذا الرهن قد يرد على المنقول وقد يرد على العقار ، بل قد رأينا سابقاً في بعض الفروض الاستثنائية ورود حق الرهن الرسمي على بعض المنقولات ، مما يجعله في مثل هذه الفروض من قبيل التأمينات المنقولة .

كما أن حقوق الامتياز الخاصة قد تعد من صور التأمينات المنقولة إذا كانت محالها منقولات مملوكة للمدين، لأن هذه الحقوق قد ترد على المنقولات وقد ترد على العقارات.

المطلب الثالث

التأمينات المختلطة

وجدير بالذكر إن من التأمينات العينية نوعاً يرد على جميع أموال المدين، فتكون محالها كل مكونات الذمة المالية للمدين بما تحويه من منقولات وعقارات، ألا وهي حقوق الامتياز العامة، ولذلك يمكن عدها حقوقاً أو تأمينات مختلطة أي عقارية ومنقولة في آن واحد .

المبحث الثالث

تقسيم التأمينات العينية تبعاً لحيازة محالها

تنقسم التأمينات العينية بحسب حيازة الدائن العيني للمال أو العين محل هذه التأمينات إلى تأمينات حيازية وتأمينات غير حيازية أو طليقة.

المطلب الأول

التأمينات الحيازية

وتكون التأمينات حيازية إذا كان من شأن قيامها أن تنتقل الأموال محال هذه التأمينات من حيازة مالكيها الراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً، لتصبح في حيازة الدائن المرتهن أو حيازة شخص ثالث ينوب عن طرفي عقد الرهن في حيازة المال المرهون المحافظة عليه وإدارته واستثماره .

ويمثل حق الرهن الحيازي النوع الوحيد للتأمينات الحيازية فهو التأمين العيني الوحيد الذي يلتزم فيه الراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً بنقل حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان لينوب عنهما في حيازة المال المرهون .

المطلب الأول

التأمينات غير الحيازية أو الطليقة

أما التأمينات غير الحيازية أو الطليقة فهي تأمينات لا يترتب على نشأتها وقيامها خروج الأموال المحملة بهذه التأمينات من حيازة أصحابها، بل تظل ثابتة لهم هذه الحيازة رغم وجود هذه التأمينات.

وتعد التأمينات العينية باستثناء الرهن الحيازي (الذي يتولى فيه الدائن أو الأجنبي الذي يختاره طرفا الرهن حيازة المال المرهون) من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطليقة ، حيث يبقى المال المرهون في حيازة المدين ولا تنتقل إلى الدائن أو إلى أجنبي يختار طرفا الرهن لغرض

الحيازة في أي من التأمينات العينية الأخرى سوى الرهن الحيازي (أي في كل من الرهن الرسمي أو حق الاختصاص أو حقوق الامتياز) .

الفصل الرابع

أنواع التأمينات العينية في التقنين المدني المصري

لقد قسّم التقنين المدني المصري الحالي التأمينات العينية في الكتاب الرابع منه إلى أربعة أنواع في أبواب أربعة، فتناول في كل باب منهم نوعاً من هذه الأنواع .

هذه الأنواع الأربعة للتأمينات العينية أوردها التقنين المدني المصري على الترتيب الآتي:-

المبحث الأول

الرهن الرسمي

عرفت المادة ١٠٣٠ من التقنين المدني المصري الحالي الرهن الرسمي بأنه "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"^(٣٢٣).

فالرهن الرسمي من التأمينات العينية الاتفاقية، أي أن مصدره هو العقد أو الاتفاق المبرم بين الدائن المرتهن والراهن الذي قد يكون هو نفسه المدين أو شخصا آخر قَدّم هذا الرهن لصالح المدين لضمان حق الدائن الذي في ذمته، ويسمى هذا الشخص بالكفيل العيني، كما يعد من قبيل التأمينات العقارية لأنه لا يرد في الأصل إلا على عقار هذا ما لم ينص القانون على غير ذلك (م ١٠٣٥ مدني مصري).

وعقدُ الرهن الرسمي كما يبدو ظاهرا من اسمه عقدٌ شكلي يجب إفراغه في ورقة رسمية، حيث لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ١٠٣١ مدني مصري).

^(٣٢٣) انظر في نقد هذا التعريف في موضعه من هذا الكتاب حيث رأينا إن واضع القانون في هذه المادة عرف عقد الرهن الرسمي في حين أنه كان من المفروض عليه تعريف حق الرهن الرسمي الذي يتولد عن هذا العقد.

وبعدُ الرهنُ الرسمي من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطليقة، إذ يظلُّ العقارُ المرهونُ في حيازة صاحبه يستأثر بمنافعه فيستعمله أو يستغله دون أن ينتقل إلى حيازة الدائن المرتهن بعكس الرهن الحيازي.

ويطلق على هذا الرهن اصطلاح الرهن دون حيازة تمييزاً له عن الرهن الحيازي، كما كان يسميه التقنين المدني القديم باسم الرهن العقاري، وهي تسمية لا تميزه عن غيره مثل الرهن الحيازي لأن الأخير كما يرد على المنقول يرد أيضاً على العقار، وكان البعض يسميه بالرهن التأميني وهي تسمية معيبة لأنها لا تميزه عن غيره من الرهون الأخرى، تأسيساً على أن الهدف من جميع الرهون واحدٌ وهو تأمينُ حصول الدائن على حقه .

وجدير بالذكر أن الرهن الرسمي رغم ما يحققه من مزايا لمصلحة المدين، نظراً لما تحققه حيازته للعقار المرهون من قدرة على استعماله واستغلاله، إلا أنه لا يخلو من الإضرار بمصلحة الغير الذي قد يجهل نتيجة لبقاء الحيازة في يد المدين الراهن أن العقار مثقلٌ بالرهون فيُقدّم على التعامل عليه، لذلك فقد أوجب القانون شهر هذا الرهن عن طريق قيده بأحد مكاتب الشهر العقاري في السجلات المعدة لذلك ليتحقق للأغيار العلم بالحقوق المثقل بها العقار، الأمر الذي يدفع عنهم مضار الجهل بها، فلا يحتج بالرهن الرسمي على الغير إلا إذا تمّ شهره بالقيود في مكتب الشهر العقاري .

وللدائن المرتهن بمقتضى حقه العيني الوارد على العقار أن ينتبعه في يد أي شخص وأن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

المبحث الثاني

حق الاختصاص

تنص المادة ١٠٨٥ من التقنين المدني المصري على أنه "يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين، أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات".

ويبدو واضحاً من هذا النص أن تقرير حق الاختصاص على عقار أو أكثر من عقارات المدين لا يكون بموجب عقد أو اتفاق ، وإنما يتم بناء على أمر يصدر عن القاضي المختص قانوناً بذلك (وهو رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار أو العقارات التي يريد الدائن الاختصاص بها بين عقارات مدينه وفقاً للمادة ١٠٨٩ مدني مصري) ومن ثم فهو يعد من قبيل التأمينات القضائية.

ولا يرد هذا الحق (أي حق الاختصاص) إلا على عقار فلا يرد على منقول ، وفي ذلك تنص المادة ١٠٨٨ مدني مصري على أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمزاد العلني"، ومن ثم يعد حق الاختصاص من قبيل التأمينات العينية العقارية.

كما يعد حق الاختصاص من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطليقة مثل الرهن الرسمي، فلا يخرج العقار المقرر عليه حق الاختصاص من حيازة المدين بل تظل حيازته ثابتة له.

ولا يسري حق الاختصاص في مواجهة الغير مثل الرهن الرسمي إلا إذا تم شهره بقيد الأمر القضائي الصادر بتقريره بمكتب الشهر العقاري (حيث تنص المادة ١٠٩٥ مدني مصري على أن..... يسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من الأحكام وبخاصة ما يتعلق بالقيد وتجديده ومحوه.....).

المبحث الثالث

الرهن الحيازي

عرفت المادة ١٠٩٦ من التقنين المدني المصري الحالي الرهن الحيازي بأنه "عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

ويتضح لنا من التعريف السابق أن الرهن الحيازي من قبيل التأمينات الاتفاقية، أي أن مصدره العقد المبرم بين الدائن وشخص الراهن سواء أكان هو نفسه المدين أم شخصا آخر قدم المال محل التأمين لضمان حق الدائن في ذمة المدين.

كما أن الرهن الحيازي (على خلاف الرهن الرسمي الذي لا يرد في الأصل إلا على عقار ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك) قد يرد على المنقول كما يرد على العقار، وهو بذلك قد يكون من قبيل التأمينات المنقولة وذلك متى كان المال محل الرهن منقولاً، وقد يكون من قبيل التأمينات العقارية إذا كان المال محل الرهن عقاراً.

ويختلف الرهن الحيازي حسبما يبدو ظاهراً من مسماه عن الرهن الرسمي في أنه يقتضي انتقال محل الرهن سواء أكان عقاراً أم منقولاً من حيازة الراهن (سواء أكان هو شخص المدين أم كان شخصاً آخر مثل الكفيل العيني) إلى حيازة الدائن المرتهن أو حيازة الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان لهذا الغرض.

ويمثل الرهن الحيازي النموذج الوحيد للتأمينات الحيازية، حيث تعد جميع التأمينات الأخرى (مثل الرهن الرسمي وحق الاختصاص وحق الامتياز) من قبيل التأمينات غير الحيازية أو التأمينات الطليقة.

وتجدر الإشارة إلى أن الرهن الحيازي مثل غيره من رهون يُكسبُ الدائن المرتهن ميزتي التتبع والتقدم، فله أن يتتبع العقار أو المنقول محل الرهن في يد أي شخص لينفذ عليه بحقه

فيستوفيه من ثمن بيعه بالمزاد العلني متقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

بيد أنه لا يحتج بهذا الرهن على الغير إلا اذا تم قيده بأحد مكاتب الشهر العقاري إذا كان المرهون عقاراً أو تم تحريره في ورقة ثابتة التاريخ إذا كان المرهون منقولاً.

المبحث الرابع

حقوق الامتياز

تنص المادة ١١٣٠ من التقنين المدني المصري على أن "الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاةً منه لصفته، ولا يكون للحق امتيازاً إلا بمقتضى نص في القانون".

فالامتياز عبارة عن أولوية يمنحها القانون لبعض الحقوق تحقيقاً لمصلحة معينة أو مراعاة لاعتبارات العدالة، ومن ثم ينشأ حق الامتياز بموجب نص في القانون فهو من قبيل التأمينات القانونية، بمعنى أن مصدره هو القانون وليس العقد أو أمر القاضي .

وتتنوع حقوق الامتياز إلى نوعين هما حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة.

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع عناصر الذمة المالية للمدين بكل ما تحويه من عقارات ومنقولات (حيث تنص المادة ١١٣٢ مدني مصري على أن "ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار.....) ومن ثم فهي تعد من قبيل التأمينات المختلطة، أي العقارية والمنقولة في آن واحد لأنها ترد على العقارات والمنقولات معا فتستغرق كل أموال المدين أيا كانت طبيعتها.

أما حقوق الامتياز الخاصة فهي ترد إما على عقار معين من عقارات المدين، وعند ذلك تعد من قبيل التأمينات العقارية أو ترد على منقول معين من منقولاته ، وفي هذه الحالة تعد من قبيل التأمينات المنقولة (حيث تنص المادة ١١٣٢ مدني مصري على ذلك بقولها "..... أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين").

وتتفق حقوق الامتياز جميعها العامة منها والخاصة في أنها من قبيل التأمينات العينية غير الحيازية أو الطليقة ، فالدائن الذي له حق امتياز لا يحوز المال محل الحق بل يبقى هذا المال في حيازة صاحبه المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن حقوق الامتياز العامة (أي التي ترد على جميع أموال المدين سواء أكانت منقولاتٍ أو عقاراتٍ) لا يجبُ فيها الشهرُ ولا يثبتُ فيها للدائن حقُ التتبع وذلك عملاً بنص المادة ٢/١١٣٤ من التقنين المدني المصري (٣٢٤) بعكس الحال بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقارات فيجبُ فيها الشهرُ بقيدِها في أحد مكاتب الشهر العقاري ويثبت للدائن فيها حق التتبع (٣٢٥).

(٣٢٤) حيث تنص المادة ٢/١١٣٤ على أنه "ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة....".

(٣٢٥) حيث تنص المادة ١/١١٣٤ من القانون رقم ١١٣٤ لسنة ١٩٤٤ على أن "تسري على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيود وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو".

الباب الثاني

عقد الرهن الرسمي

لعل دراسة عقد الرهن الرسمي تملي علينا أن نقف على مدلول هذا العقد وخصائصه وتمييزه عن الحق الناشئ عنه وهو حق الرهن الرسمي، ثم نتعرض لكيفية انعقاده وقيده، والآثار المتولدة عن هذا العقد، وكيفية انقضائه، وذلك كلُّ في فصل خاص به.

خطة البحث:

الفصل الأول: التمييز بين عقد الرهن الرسمي وحق الرهن الرسمي .

الفصل الثاني: انعقاد عقد الرهن الرسمي.

الفصل الثالث: قيد حق الرهن الرسمي.

الفصل الرابع: آثار عقد الرهن الرسمي.

الفصل الخامس: انقضاء حق الرهن الرسمي.

الفصل الأول

التمييز بين عقد الرهن الرسمي وحق الرهن الرسمي

تمهيد

لئن كانت العادة قد جرت على إطلاق لفظ الرهن الرسمي للتعبير عن معانٍ مختلفة، فأستعمل للتعبير عن العقد بوصفه المصدر المنشئ لحق الرهن الرسمي، وللتعبير أيضاً عن الرهن الرسمي ذاته بوصفه حقاً عينياً تبعياً متولداً عن هذا العقد - وهذا ما أشارت إليه المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها "يطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد" (٣٢٦) - بل إنه قد يستعمل للتعبير عن العقار الوارد عليه الحق، إلا أن ذلك ليس مبرراً للخلط بين عقد الرهن الرسمي بوصفه المصدر الذي يتولد عنه حق الرهن الرسمي وبين حق الرهن الرسمي ذاته بوصفه حقاً عينياً تبعياً ناشئاً عن هذا العقد.

لذلك باتّ لزماً علينا أن نحدد ماهية وحقيقة كل واحد منهما لنقف على مدلوله الصحيح ومعناه الحقيقي الذي يناسب لفظه ومبناه، وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول

تعريف عقد الرهن الرسمي وبيان خصائصه

المطلب الأول

تعريف عقد الرهن الرسمي

لقد عرفت المادة ١٠٣٠ من التقنين المدني المصري عقد الرهن الرسمي قائلةً "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون".

(٣٢٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧، ص ١٠.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إن مؤدى نصوص المواد ١٠٣٠ ، ١٠٤٣ ، ١٠٥٢ مدنى أن الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون ، فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن المرتهن ويعطى لهذا الأخير حقاً عينياً عقارياً على العقار المخصص لوفاء الدين بجميع ما ينتج عن هذا الحق من مزايا وضمانة عينية كما يعطى له حق التتبع في يد من تنتقل إليه ملكية العقار المرهون ، والراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له ويحتفظ بحقه في التصرف فيه ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن ، ويستوى في ذلك أن يتصرف الراهن في كل العقار المرهون أو في جزء منه فقط ، فإذا باعه أجزاء متفرقة إلى عدد من المشتريين فللدائن المرتهن أن يتتبع كل جزء من العقار في يد من اشتراه كما يتتبع كل العقار في يد المشتري ، كما يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أياً كان ، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ، فقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام ، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلاً " (٣٢٧) .

ويؤخذ على التعريف السابق المآخذ الآتية:

١- إنه قد عرّف عقد الرهن الرسمى رغم أن المطلوب كان تعريف حق الرهن الرسمى، حيث ورد هذا التعريف في الباب الأول تحت عنوان "الرهن الرسمى" وهذا الباب متفرع من الكتاب الرابع المعنون باسم "الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، الأمر الذي كان يستوجب على واضع القانون أن يتصدى لتعريف حق الرهن الرسمى بوصفه أحد الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية (٣٢٨).

٢- إن هذا التعريف لم يبرز خاصية جوهرية في حق الرهن الرسمى تميزه عن حق الرهن الحيازي ألا وهي أنه رهن دون حيازة، فهو من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطليقة، فالدائن

(٣٢٧) نقض مدني مصري الطعن رقم ٩٣٥٢ لسنة ٦٦ قضائية جلسة بتاريخ ٢٠٠٩/٧/٧ م، مكتب فني (سنة ٦٠ - قاعدة ١٣١ - صفحة ٧٨٢) .

(٣٢٨) انظر في نفس المعنى: د/ محمد سعد خليفة "الوجيز في التأمينات العينية" ص ١٥، طبعة عام ١٩٩٧م.

المرتهن لا يحوز في الرهن الرسمي العقار الذي يرد عليه حق الرهن - بخلاف الحال في الرهن الحيازي - بل يظل هذا العقار في حيازة مالكة الراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً (٣٢٩).

٣- إن هذا التعريف قد اقتصر على ذكر ثمن العقار بوصفه المحل الذي ينتقل إليه حق الدائن المرتهن لينفذ عليه استيفاءً لدينه، ولم يشر إلى ما قد يقوم مقام ثمن العقار من مقابل نقدي آخر مثل مبلغ التأمين أو مبلغ التعويض الذي يحكم به على من تسبب في هلاك العقار المرهون أو مبلغ التعويض العادل الذي تدفعه الدولة عند نزعها ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، ولا شك أن هذا الإغفال يشكل قصوراً وعبثاً في التعريف الذي ينبغي أن يتسم بالكمال والشمول إلى جانب وصفي الدقة والوضوح (٣٣٠) ولا يشفع لوضع القانون - من وجهة نظري - في هذا القصور تداركه إياه في مواضع أخر نص فيها على أن حق الدائن المرتهن في عقد الرهن الرسمي يستوفيه من ثمن بيع العقار أو ما يقوم مقامه من مقابل نقدي آخر (حيث تنص المادة ١٠٤٩ مدني مصري على أنه "إذا هلك العقار المرهون لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة"، كما تنص المادة ١٠٥٦ مدني مصري على أن "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار.....) إذ ينبغي في التعريف أن يكون مكتمل البيان في عرض الأمور الجوهرية في الشئ محل التعريف حتى يكون جامعاً مانعاً وإلا كان مشوباً بالقصور.

(٣٢٩) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٧، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١٦.

(٣٣٠) انظر في نفس المعنى: أ.د/ مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٧، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٧ هامش ٢، وتجدر الإشارة إلى أن من الفقه من يرى أن هذا الانتقاد مبالغ فيه، على أساس أن واضع القانون لم يحدد الثمن بأنه ثمن بيع العقار بالمزاد العلني، ولكن أطلق اصطلاح الثمن، وهو ما يرادف القيمة النقدية للعقار المرهون سواء كان ثمن بيع العقار بالمزاد العلني أو غير ذلك، هذا بالإضافة إلى أن واضع القانون قد أفصح عن قصده من لفظ الثمن بأنه يشمل أي مقابل نقدي آخر في غير النص الذي ورد به تعريف الرهن، وذلك في المادة ١٠٥٦ مدني مصري. (انظر في ذلك: أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ١٢٦، ١٢٧، وقرب ذلك: أ.د/ عبدالرزاق السنهوري "الوسيط" ج ١، ص ٢٧٠، هامش ٢).

ونميل من جانبنا إلى تعريف عقد الرهن الرسمي بأنه "عقد بين الدائن والراهن (سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً) يفرغ في ورقة رسمية يكسب به الدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار معين ضماناً لدينه من غير أن يحوزه" (٣٣١) .

المطلب الثاني

خصائص عقد الرهن الرسمي

يستفاد من التعريف آنف البيان أن عقد الرهن الرسمي يتسم بالخصائص الآتية:-

١- إن هذا العقد من العقود الشكلية، فلا يكفي التراضي بمجرد لقيام هذا العقد بل يتعين إفراغه في ورقة رسمية ، حيث تنص المادة ١٠٣٠ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " .

ولا شك في أن تطلب إفراغ هذا العقد في شكل خاص هو الرسمية يمثل خروجاً على المبدأ العام في نشأة العقود في القانون المصري وغيره من القوانين الحديثة، ألا وهو مبدأ الرضائية، الذي يفيد بأن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين (م ٨٩ مدنى مصري (٣٣٢)).

٢- إن عقد الرهن الرسمي هو من عقود الضمان، على أساس أن القصد من إبرامه تأمين حصول الدائن المرتهن على حقه في مواجهة مدينه (٣٣٣).

٣- إن هذا العقد من العقود الملزمة لجانب واحد، نظراً لأنه لا يرتب أية التزامات على عاتق الدائن المرتهن، في حين أنه يرتب على عاتق الراهن التزاماً بضمان سلامة الرهن (٣٣٤).

(٣٣١) وقريب من هذا التعريف ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور/ عبدالناصر العطار المرجع السابق -ص ٧ وما بعدها، حيث يقول "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار مخصص لوفاء دينه دون أن يحوزه" وإن كان هذا التعريف لم يشر إلى صفة الرسمية في العقد والتي تعد من أهم خصائصه. (٣٣٢) إذ تنص هذه المادة على أن " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " .

(٣٣٣) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق-ص ١٩ .

(٣٣٤) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق-ص ١٩ .

٤- إن هذا العقد عقد معاوضة بحسب الأصل، على أساس أن المدين لا يرضى بإبرام هذا العقد تبرعاً منه، ولكن مقابل الحصول على ائتمان الدائن بإقراضه أو بالبيع له نسيئةً أو بمد أجل الدين، ويظهر هذا واضحاً حينما يتزامن إبرام هذا العقد مع نشوء الدين، بل إنه حتى في الحالات التي ينشأ فيها عقد الرهن الرسمي في فترة زمنية لاحقة على نشوء الدين، فعادة ما يكون رضاً الراهن بالرهن تنفيذاً لتعهد سابقٍ التزم به في مواجهة الدائن (٣٣٥) .

٤- إن هذا العقد يرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً على عقارٍ معينٍ مملوكٍ للراهن (سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً) دون أن يجعل له الحق في حيازته، حيث تظل الحيازة ثابتةً للراهن، وهذا ما يميز عقد الرهن الرسمي عن عقد الرهن الحيازي.

المبحث الثاني

تعريف حق الرهن الرسمي وبيان خصائصه

المطلب الأول

تعريف حق الرهن الرسمي

يعرف البعض حق الرهن الرسمي بأنه "سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد رسمي على عقار معين تخوله أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون".

ويعرفه البعض الآخر بأنه "حق عيني تبغي ينشأ بمقتضى عقد رسمي ويتقرر ضمانا لدين على عقار مملوك للمدين أو غيره، ويكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي وأن يتتبع العقار في أي يد يكون".

ويبدو لي أن هذين التعريفين السابقين وإن كانا قد أبرزتا غالبية خصائص هذا الحق ومميزاته، إلا أنهما قد غفلا عن الإشارة إلى خاصية جوهرية لهذا الحق، ألا وهي خاصية عدم حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون والتي تمثل عنصرا مميزا لحق الرهن الرسمي - بوصفه رهنا دون حيازة - عن حق الرهن الحيازي .

لذلك أرى تعريف حق الرهن الرسمي بأنه "حق عيني تبغي متولد عن عقد رسمي يرد على عقار معين مملوك للراهن - مديناً كان أو كفيلاً - ضمانا لحق الدائن دون أن يحوزه، ويخول له تتبع العقار في أي يد يكون واستيفاء حقه من ثمن هذا العقار أو أي مقابل نقدي آخر متقدماً على غيره من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة،"، ويمكننا أن نوجز هذا التعريف دون إخلال، فنعرّف حق الرهن الرسمي "حق عيني تبغي متولد عن عقد رسمي على عقار معين مملوك للمدين أو غيره ضمانا لحق الدائن دون أن يحوزه" على أساس أن المتبقي من التعريف السابق يتعلق بميزتي التتبع والتقدم، وهاتان الميزتان لا تتفكان عن حق الرهن الرسمي بوصفه حقاً عينياً

تبعياً ، فهما من خصائص الحق العيني التبعي ، ومن ثم فإن عدم ذكرهما في التعريف لا ينال من ثبوتهما في حق الرهن الرسمي.

المطلب الثاني

خصائص حق الرهن الرسمي

يبدو لنا من جماع التعريفات الثلاثة سالفة الذكر أن هذا الحق يتسم بجملة الخصائص والمميزات الآتية:-

أولاً: إن هذا الحق من قبيل التأمينات الاتفاقية، بمعنى أن مصدره هو العقد أو الاتفاق المبرم بين الدائن المرتهن والراهن مالك العقار سواء أكان هو شخص المدين ذاته أم أنه شخص آخر خصص عقارا له لضمان حق الدائن في ذمة المدين، على أن يراعى ضرورة إفراغ هذا العقد أو الاتفاق في ورقة رسمية (مادة ١٠٣٠ مدني مصري).

ثانياً: إن هذا الحق من قبيل التأمينات العقارية، على أساس أنه بحسب الأصل لا يرد إلا على العقارات ما لم يقض القانون بغير ذلك (مادة ١٠٣٥ مدني مصري).

ثالثاً: إن هذا الحق يعد من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطلبية، حيث لا يترتب على نشوئه -بخلاف حق الرهن الحيازي- انتقال حيازة العقار المرهون من الراهن إلى الدائن المرتهن، بل يحتفظ الراهن -مديناً كان أو كفيلاً عينياً- بحيازة العقار المرهون.

رابعاً: يخول هذا الحق للدائن المرتهن سلطتي التقدم والتتبع، بحيث يتمكن بموجب هذا الحق من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري على العقار المرهون في يد الراهن إذا كان لم يخرج من ملكيته، أما إذا كانت ملكية هذا العقار قد انتقلت إلى شخص آخر فللدائن المرتهن أن يتتبعه ويحجز عليه تحت يد هذا الشخص، ليستوفي حقه في كلتا الحالتين من ثمن بيع هذا العقار بالمزاد أو من أي مقابل نقدي آخر يحل محله (مثل التعويض الذي يدفعه من كان سبباً في هلاك العقار المرهون أو تلفه ، ومثل مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه، أو ومثل

المقابل العادل الذي تدفعه الدولة عند انتزاعها ملكية العقار المرهون للمصلحة العامة) بالأولوية والتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

الفصل الثاني

انعقاد الرهن الرسمي

إن عقد الرهن الرسمي من العقود الشكلية، أي أن الشكل ركنٌ لازمٌ في العقد لنشأته وقيامه، فلا ينعقد إلا إذا أُفرغ في الشكل الخاص به ألا وهو الرسمية، وفي ذلك تقول المادة ١٠٣١ مدني مصري " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية".

بيد أنه إلى جانب هذا الشكل الذي يمثلُ ركناً في هذا العقد ، فإن ثمة شروطاً موضوعية عامة ينبغي توافرها ابتداءً قبل استيفاء هذا الشكل في هذا العقد مثله مثل غيره من العقود ، إذ يجب إلى جانب توافر الإيجاب والقبول اللذين يعبران عن إرادتين متطابقتين لطرفي العقد ، أن يردَّ العقدُ على محل معين أو قابلٍ للتعيين، وأن يكونَ له سببٌ مشروعٌ .

نخلص مما سبق أن لهذا العقد (عقد الرهن الرسمي) شروطاً موضوعيةً وشروطاً شكليةً ينبغي توافرها لانعقاده صحيحاً، سنتناولها بالشرح والتفصيل، كلٌّ في مبحث خاص به، وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول: الشروط الموضوعية.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية

لا يشذ عقدُ الرهن الرسمي بصفة عامة عن غيره من العقود إذ يلزم لنشأته وقيامه صحيحاً ما يلزمُ في غيره من العقود، ولذلك فهو يخضعُ للقواعد العامة في العقود سواء في أركانه (من رضا ومحل وسبب)، أو شروطه مثل اشتراطُ أن يكون الرضاءُ صحيحاً غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة (مثل عيب الغلط وعيب التدليس وعيب الإكراه وعيب الاستغلال) واشتراطُ أن يكون المحلُ معيناً أو قابلاً للتعيين، واشتراطُ أن يكون السببُ موجوداً ومشروعاً.

بيد أن ذلك لا ينفي أن لهذا العقد إلى جانب أحكامه العامة التي لا تخرج عن الأحكام العامة في جميع العقود، أحكامه الخاصة التي تتناسب مع طبيعته منها ما يتصل بطرفي العقد (الراهن والدائن المرتهن) ومنها يتصل بالعقار المرهون محل العقد، ومنها ما يتصل بالحق الشخصي أو الدين الذي أنشئ حق الرهن لضمان الوفاء به.

خطة البحث:

المطلب الأول : طرفا عقد الرهن.

المطلب الثاني : العقار المرهون.

المطلب الثالث : الحق الشخصي أو الدين المضمون بالرهن.

المطلب الأول

طرفا عقد الرهن

إن عقد الرهن الرسمي ينشأ بين طرفين هما الراهن والدائن المرتهن ، وذلك على

التفصيل الآتي :

أولاً: الراهن:

الغالب أن يكون الراهن هو شخص المدين، على أساس أنه أولى الناس مصلحة في إنشاء هذا العقد للحصول على ائتمان الدائن أو لمد أجل الدين الذي عليه لهذا الدائن أو لتنفيذ تعهد سابق عليه بتقديم رهن لصالح الدائن، فيرتب لهذا الدائن بمقتضى هذا العقد حقاً عينياً تبعياً على عقار مملوك له لضمان الوفاء بدينه، ويسمى المدين عادة بالراهن أو بالمدين الراهن.

بيد أنه ليس هناك ما يمنع- من الناحية القانونية- أي شخص غير المدين من التقدم بترتيب رهن على عقار مملوك له ضماناً لحق الدائن في ذمة المدين، ويسمى هذا الشخص بالكفيل العيني .

فقد أجاز القانون أن يصدر الرهن من المدين نفسه- وهذا هو الغالب- كما أجاز أيضاً أن يصدر من غيره، فقد نصت المادة ١٠٣٢/١ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها "يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين، كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين".

وبناء عليه ينعقد عقد الرهن بين طرفيه : هما المرتهن- وهو في كل الأحوال شخصاً واحداً هو الدائن الذي يرغب في الحصول على حق عيني على عقار معين مملوك للمدين أو لغيره ضماناً لدينه- وبين الراهن الذي قد يكون هو نفسه المدين أو شخصاً آخر غيره يُسمى بالكفيل العيني .

والراهن سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً ينبغي أن يكون رضاً وإنشاء الرهن صحيحاً غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة (مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال).

أهلية الراهن

لقد عني واضع القانون بأهلية الراهن فنص على وجوب أن يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون (حيث تنص المادة ٢/١٠٣٢ على أنه "..... يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار وأهلاً للتصرف فيه) ذلك أن الرهن الرسمي يعدُّ بالنسبة للراهن من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، لأنه وإن لم يخرج العقار من ذمة الراهن إلا أنه يثقل هذا العقار بما ينقص من صلاحيته باعتباره عنصراً من عناصر الائتمان فيحدُّ من قدرة الراهن على الاقتراض، ومن ثم يعد تصرفاً جزئياً في العقار (٣٣٦).

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن الرهن يعدُّ من أعمال التصرف بالنسبة للراهن، فإن التساؤل الذي يفرض نفسه يدور حول معرفة ما إذا كان الرهن يعد من قبيل التصرفات الضارة ضرراً محضاً أم من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي منا أن نفرق بين فرضين:-

١- الفرض الأول: أن يكون الراهن هو المدين، وفي هذه الحالة يعدُّ الرهن بالنسبة له من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، تأسيساً على أن المدين لا يقدم الرهن إلا مقابل حصوله على ائتمان الدائن أو لمد أجل دين له عليه أو لتنفيذ تعهد سابق بتقديم الرهن، ومن ثم يعد الرهن الصادر عن المدين صحيحاً إذا كان كامل الأهلية، وقابلاً للإبطال إذا كان ناقص الأهلية، وباطلاً إذا كان عديم الأهلية.

٢- الفرض الثاني: أن يكون الراهن شخصاً غير المدين، وفي هذه الحالة يعدُّ الرهن بالنسبة له - بحسب الأصل - من قبيل التصرفات الضارة ضرراً محضاً، إذ يعدُّ الراهن في هذه الحالة

(٣٣٦) أ.د/ منصور مصطفى منصور- المرجع السابق-ص٢٠، أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق-ص١٤، أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق-ص١٦٩، د/ محمد سعد خليفة- المرجع السابق-ص٢١، ويترتب على ذلك أنه لا يصح الرهن الصادر من الصبي الذي بلغ الثامنة عشرة وأذن له بإدارة أمواله ومنها العقار، بيد أن من الفقهاء من ذهب إلى جواز صدور الرهن من هذا الصبي المأذون له بالإدارة إذا كان الرهن مما تقتضيه الإدارة، فله أن يرهن أمواله ضماناً للوفاء بالتزاماته الناتجة من إدارة أمواله (انظر في ذلك: أ.د/ شفيق شحاتة- المرجع السابق - ص٧٤، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي "التأمينات الشخصية والعينية" ص٢٩٥ هامش ١، الطبعة الثانية عام ١٩٥٤ م .
ونؤيد من جانبنا وجهة النظر القائلة بأن نية واضع القانون لم تتصرف إطلاقاً إلى الإذن لمثل هذا الصبي بمباشرة أعمال التصرف مثل بيع العقار ورهنه وإنما المقصود هو مباشرة التصرفات الملحقة بأعمال الإدارة مثل شراء الأسمدة والبذور وبيع المحصول أو رهنه" (انظر في ذلك أ.د/ محمد علي إمام "التأمينات الشخصية والعينية" ص٢٣٥).

متبرعاً برهنه، ومن ثم يكون تصرفه صحيحاً إذا كان كامل الأهلية وباطلاً إذا كان الراهن ناقص الأهلية أو عديمها من باب أولى.

بيد أنه إذا كان الراهن الكفيل العيني قد حصل على مقابل لرهنه، فإن تصرفه في عقاره بالرهن يعد من قبيل المعاوضات، ومن ثم يعد الرهن بالنسبة له من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيصح منه إذا كان كامل الأهلية، ويكون الرهن قابلاً للإبطال إذا كان ناقص الأهلية، ويبطل إذا كان عديم الأهلية.

الولاية والوصاية والوكالة عن الراهن:

الأصل العام أنه لا يجوز للولي أو الوصي رهن عقار المشمول برعايته إلا بأذن المحكمة، باستثناء الأب الذي له أن يرهن عقار ولده إذا لم تتجاوز قيمته ثلاثمائة جنيه، كما أن له رهن عقار ولده أياً كانت قيمته إذا كان هذا العقار قد آل إلى الولد عن طريق التبرع منه، وبشرط أن يكون هذا الرهن ضماناً لدين على الولد فحسب لا على غيره (٣٣٧).

وإذا كان الرهن قد صدر عن وكيل الراهن فينبغي أن تكون وكالته خاصة (٣٣٨)، كما يجب أيضاً أن تكون الوكالة رسمية، تأسيساً على أن عقد الرهن الرسمي - كما سبق أن رأينا - عقدٌ شكلي ولذا يجب أن يتوافر في الوكالة بإبرامه نفس الشكل الخاص به ألا وهو الرسمية (٣٣٩).

ثانياً: الدائن المرتهن

إن المرتهن في كافة الأحوال هو دائنٌ يرغب في ترتيب حق عيني له على عقار مملوك لمدينه أو لغيره ضماناً لدينه وتأميناً للوفاء به إليه في الأجل المضروب له.

(٣٣٧) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق-ص١٤٠٥.

(٣٣٨) حيث تنص المادة ١/٧٠٢ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاة".

(٣٣٩) حيث تنص المادة ٧٠٠ من ذات التقنين على ذلك بقولها "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ويعدُّ عقدُ الرهن بالنسبة للدائن المرتهن من قبيل التصرفات النافعة نفعاً محضاً وفقاً للرأي الغالب في الفقه فيكفي فيه التمييزُ ، وبناء عليه يصحُّ الارتهانُ من الصبي المميز أو المحجور عليه لسفه أو غفلة، بينما يبطلُ الارتهانُ الصادرُ شخصياً للصبي غير المميز أو المجنون أو المعتوه ، لأنَّ العقدَ يقتضي الإرادةَ ولا إرادةً لعديمي الأهلية، ويمكن للولي أو الوصي أو القيم قبولَ الرهن الرسمي لصالح المشمول برعايته بغير استئذان من المحكمة على أساس أن الارتهانَ من الأعمال النافعة نفعاً محضاً (٣٤٠).

بيد أن من الفقهاء من ذهب إلى أن الرهنَ الرسمي - مثل الرهن الحيازي - يعدُّ من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة للدائن المرتهن، على أساس أن الارتهانَ يمثلُ استيفاءً للدين من وجه، ولا يستوفي الدين إلا من توافرت فيه أهلية المعاوضة، ومن ثم ينبغي أن تتوافر في الدائن المرتهن أهلية التصرفات الدائرة بين النفع والضرر حتى يصح الارتهان منه، وبناء على ذلك يكون الرهنُ قابلاً للإبطال إذا كان المرتهنُ صبيّاً مميزاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، وباطلاً إذا كان عديمَ الأهلية (أي كان صبيّاً غير مميز أو مجنون أو معتوه) (٣٤١) ، وهذا الرأي مردودٌ عليه بأن الرهنَ الرسمي في حقيقته استيثاقٌ ولا يتضمن استيفاءً للدين على خلاف الرهن الحيازي (٣٤٢) .

وتجدُرُ الإشارةُ إلى أنه وفقاً للقواعد العامة في البطلان يمكنُ لكل ذي مصلحة أن يتمسكَ ببطلان الرهن مثل الراهن وخلفه العام والخاص ودائنيه كما تقضي به المحكمةُ من تلقاء نفسها، أما بالنسبة للرهن القابل للإبطال فيتمسكُ به فقط من تقررَ الإبطال لمصلحته مثل الراهن عند بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيِّه أو القيم عليه، ويسقطُ الحقُّ في طلب الإبطال بإقرار الرهن ممن له الحق في طلبه أو بمضي ثلاث سنوات من تاريخ اليوم الذي زال فيه نقص أهلية الراهن، وإذا سقطَ طلبُ الإبطال بالإقرار أو بالتقادم أصبح الرهنُ صحيحاً بأثر رجعي منذ نشوئه .

(٣٤٠) انظر في ذلك إلى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق-ص١٦٩، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي- المرجع السابق-ص٢٩٥، أ.د/ محمد علي إمام- المرجع السابق-ص٢٣٤، أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق-ص١٣، أ.د/ منصور مصطفى منصور- المرجع السابق-ص١٩، أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق-ص٢٠، د/ محمد سعد خليفة- المرجع السابق-ص٢٢.

(٣٤١) أ.د/ شفيق شحاتة- المرجع السابق-ص٧٥، أ.د/ سمير تناعو- المرجع السابق-ص١٦٩.

(٣٤٢) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق-ص١٣ هامش ٣.

وجديرٌ بالملاحظة أنه نظراً لأنه يكفي في المرتهن أن تتوافر فيه أهلية التعاقد (أي أن يكون صبيهاً مميزاً) لإبرام عقد الرهن، على أساس أن الارتهان من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، فإنه يجوزُ للوكيل وكالة عامةً أن يُبرمَ هذا العقدُ لصالح موكله، ولا يشترطُ من ثم أن تكون هناك وكالة خاصة بذلك.

المطلب الثاني

العقار المرهون (محل الرهن)

يُشترطُ في محل الرهن الرسمي عددٌ من الشروط ينبغي توافرها، حيث يلزم أن يرد الرهن على عقار بحسب الأصل، وأن يكون هذا العقار مما يصح التعاملُ فيه وبيعه بالمزاد العلني، كما ينبغي أن يكون موجوداً وقت الرهن، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً، وأخيراً يتعين أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن.

وسنعرض - بمشيئة الله تعالى - لهذه الشروط بالشرح والتفصيل على النحو الآتي:

أولاً : الشرط الأول: أن يكون محل الرهن عقاراً

١- الأصل العام: قصر الرهن الرسمي على العقارات: لا يجيزُ التقنين المدني المصري - بحسب الأصل - ورود الرهن الرسمي على غير العقار ، حيث تنص المادة ١٠٣٥/١ على ذلك بقولها " لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".
والمقصود بالعقار الذي يجوزُ رهناً رسمياً المال العقاري، وهو كلُّ حق عيني يرد على عقار (حيث يعتبر وفقاً لنص المادة ٨٣ مدني مصري مالياً عقارياً كل حق عيني يقع على عقار) ومن ثم يجوزُ رهناً ملكية أرض أو رهناً ملكية بناء، ويجوزُ رهناً الأرض مع رهن البناء المقام عليها أو رهن أحدهما دون الآخر سواء كانا لمالك واحد أو كان مالك الأرض غير مالك البناء (٣٤٣) .

(٣٤٣) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ.د/ عبدالناصر العطار ص١٧، أ.د/ محمود جمال الدين زكي ص٢٠٠، أ.د/ لبيب شنب ص٢٣، أ.د/ محمد كامل مرسي "الموجز في التأمينات الشخصية والعينية" فقرة ١٦٠، الطبعة الثانية ١٩٤١.

ولا يجوز للمالك ملكية تامة أن يرهن الرقبة وحدها أو الانتفاع وحده، لأن رهن الرقبة يستتبع رهن الانتفاع ما دام أنهما (أي الرقبة والانتفاع) خالصان لشخص واحد، ولا يظهر حق الانتفاع مستقلاً عن الرقبة إلا إذا كان ثابتاً لشخص آخر غير مالك الرقبة، وبناء عليه يجوز للمالك أن يرهن الرقبة وحدها إذا كان حق الانتفاع ثابتاً لشخص آخر، فإذا ما انقضى الانتفاع عاد إلى مالك الرقبة فيمتد الرهن إليه بوصفه من تابع الرقبة، ويجوز للمنتفع بعقار أن يرهن حق الانتفاع (بوصفه مالا عقارياً أي حق عيني وارد على عقار) فإذا آلت إليه الرقبة بعد الرهن، فإنه لا يمتد إليها الرهن، لأن الرقبة ليست من تابعه ويظل الرهن على حق الانتفاع وحده، ولا ينقضي إلا بانقضاء مدة هذا الحق أو بموت المنتفع (٣٤٤) .

ولا يقتصر الرهن على العقار المرهون فحسب بل يمتد ليشمل أيضاً ما يعد من ملحقاته.

ملحقات العقار المرهون:

تنص المادة ١٠٣٦ من التقنين المدني المصري الحالي على أن "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليها في المادة ١١٤٨".

يستفاد من النص سالف الذكر أن لطرفي عقد الرهن الرسمي (المرتهن والراهن) أن يتفقا فيما بينهما على ما يشمله الرهن من ملحقات العقار المرهون وما لا يشمله، فإذا وجد اتفاق بينهما في هذا الصدد وجب إعماله وتنفيذه وإلا وجب تطبيق حكم القانون المنصوص عليه في هذه المادة، بحيث يشمل الرهن العقار وجميع ملحقاته التي تعد عقاراً.

ولقد أورد القانون في المادة ١٠٣٦ أمثلة لما يعد من ملحقات العقار المرهون ومشمولاته والتي تشتمل على الأمور الآتية:-

(٣٤٤) انظر في هذا المعنى إلى: أ. د/ محمد كامل مرسي "الحقوق العينية التبعية" بند ١٦، طبعة عام ١٩٥١ م، أ/ شفيق شحاته -المرجع السابق- ص٣٣، أ. د/ سليمان مرقس "التأمينات العينية" بند ٩٧، طبعة عام ١٩٥٩ م، أ. د/ محمود جمال الدين زكي -المرجع السابق- ص٢٠١، ٢٠٢، أ. د/ محمد لبيب شنب -المرجع السابق- ص ٢٣، أ. د/ عبدالناصر العطار -المرجع السابق- ص١٧، د/ محمد سعد خليفة -المرجع السابق- ص٢٨، ٢٩.

أ- حقوق الارتفاق

ويقصدُ بها حقوق الارتفاق المقررة لصالح العقار المرهون على عقار آخر مجاور أو عقارات أخرى مجاورة، كما لو كان لهذا العقار حق المرور على أرض الجار، فمثلُ هذا الحق وغيره من حقوق الارتفاق الأخرى يجري تقريرها لخدمة العقار المرهون (أي لاستعماله واستغلاله)، ومن ثم فهي تلحق به فيشملها رهن هذا العقار، سواء أكانت مقررة قبل الرهن أم نشأت بعد إبرامه.

ب- العقارات بالتخصيص

يقصد بها المنقولات التي يضعها المالك في عقاره رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله (م ٢/٨٢ مدني مصري (٣٤٥)) مثل أثاث الفندق وأدوات الزراعة وآلات المصنع... إلخ.

فمثل هذه العقارات تلحقُ بالعقار المرهون سواء تم رسدُها لخدمة العقار المرهون قبل الرهن أو بعده وذلك دون حاجة إلى نص صريح في العقد، وتظل من ملحقات العقار المرهون ما بقيت لها صفتها العقارية، فإن زالت عنها تلك الصفةُ بفصلها عن العقار المرهون ولم يعترض الدائنُ المرتهنُ على ذلك أو تصرفَ فيها الراهنُ لشخصٍ حازها بحسن نية زال عنها الرهنُ.

ويجوزُ الاتفاقُ بين الراهن والمرتهن على استبعاد العقارات بالتخصيص كلها أو بعضها من الرهن أو استبعاد ما يرصدُ منها بعد إبرامه، بشرط أن يكون هذا الاتفاقُ صريحاً، على أساس أنه يمثلُ خلافاً للأصل (٣٤٦) ، ويقع على من يدعي وجودَ اتفاقٍ من هذا النوع عبءُ إثباته وفقاً للقواعد العامة (٣٤٧) .

(٣٤٥) حيث تنص المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني المصري على أنه "ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله".

(٣٤٦) نقض ١٣ مايو عام ١٩٥٤ - مجموعة الأحكام - س ٥، ص ٨٥١.

(٣٤٧) نقض ١٤ مايو عام ١٩٥٤ - مجموعة الأحكام - س ٥، ص ٤٢٠.

ج- الإنشاءات والتحسينات التي تعود بمنفعة على المالك

يقصدُ بها جميعُ ما يطرأُ على العقار المرهون من تحسينات أو زيادات سواء بفعل الطبيعة- مثل زيادة مساحة الأرض المرهونة على إثر تراكم طمي النهر بجوارها- أو فعل الإنسان مثل الأبنية والإنشاءات التي يجريها مالكُ العقار المرهون أو الأشجار التي يغرسها فيه.

فمثل هذه التحسينات والزيادات تعد من ملحقات العقار المرهون فيشملها الرهن بقوة القانون، ما لم يوجد اتفاقٌ بين طرفي الرهن يقضي بغير ذلك، وعلى من يدعي وجود اتفاق من هذا النوع عبءُ إثبات ما يدعيه.

وجدير بالذكر أن هذه التحسينات والزيادات يشملها الرهن طالما أنها تعودُ على مالك العقار المرهون بالمنفعة مهما زادت قيمتها، بل حتى ولو جاوزت قيمتها قيمةَ العقار المرهون ذاته.

ويمتدُ حقُ الدائن المرتهن إلى هذه التحسينات والإنشاءات الجديدة بنفس مرتبة الرهن- بصفة عامة- حتى ولو أقيمت بعد نشأة الرهن وقيدته بفترة طويلة (٣٤٨)، ومن ثم تحسب الأسبقية لحق المرتهن على هذه التحسينات والإنشاءات من تاريخ قيد الرهن دون حاجة إلى إجراءات قيد جديد بالنسبة لها.

ولقد كان من مقتضى ذلك الحكم وتطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأن العبرة في التأمينات العينية الواردة على عقار بالأسبقية في القيد، أن يتأخر حقُ المقاول أو المهندس على حق المرتهن بالنسبة لهذه التحسينات (لأن الامتياز المقرر للمقاول أو المهندس على الإنشاءات والتحسينات التي يقيمها لصاحب العقار المرهون ضماناً لحقوقه امتيازٌ عقاريٌّ يجبُ فيه القيدُ وتحسبُ مرتبته من تاريخ القيد، وبالطبع سيتأخرُ قيدُ حقه عن تاريخ قيد الرهن) لولا أن واضع القانون قد تدخلَ على سبيل الاستثناء بموجب نص قانوني صريح أوجبَ فيه عدمَ إخلال امتداد حق الدائن المرتهن على هذه التحسينات والإنشاءات بالامتياز المقرر للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين في ذمة صاحب العقار المرهون بشأن التحسينات والإنشاءات التي أجريَتْ

(٣٤٨) انظر في ذلك إلى: أ.د/ عبد الرزاق السنهوري "الوسيط، ج١٠، ص٣٥٩، أ.د/ شمس الدين الوكيل "نظرية التأمينات في القانون المدني" ص١٦٣، ط ١٩٥٩م، أ.د/ منصور مصطفى منصور ص٣١، أ.د/ العطار ص٤٤، أ.د/ تناغو ص١٥٦.

في العقار، ومن ثم يتقدم حق المهندس أو المقاول رغم تأخر قيده على حق الدائن المرتهن رغم أنه سابق في القيد (على أساس أن القانون قد جعل حق الدائن المرتهن يمتد ليشمل إلى جانب العقار المرهون جميع ما يضاف إليه من تحسينات وإنشاءات تعود بمنفعة على المالك بنفس مرتبة الرهن، أي تحسب أسبقية حقه عليها من تاريخ قيد الرهن وليس من تاريخ الامتداد).

د- ثمار العقار المرهون من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية:

إن ثمار العقار المرهون إما أن تكون ثماراً طبيعية تنشأ بقدرة الخالق العظيم سبحانه وتعالى دون أدنى تدخل من جانب البشر مثل الكلاً أو تكون ثماراً مستحدثة تنشأ بفعل الإنسان مثل المحاصيل الزراعية التي تظهر على الأشجار بعد غرسها وسقيها من جانب المزارع .

والأصل العام أن ثمار العقار المرهون لا تعد من ملحقاته ومن ثم لا يشملها الرهن لسببين: أولهما أن هذه الثمار لا تعد عقاراً ويتجلى ذلك ظاهراً في الثمار المدنية مثل أجرة العقار المرهون، كما يظهر أيضاً في الثمار المادية بمجرد فصلها من الأرض (فمثل هذه الثمار وإن كانت تعد جزءاً من الأرض يزول عنها هذا الوصف وتصير منقولاً فتخرج من الرهن الذي لا يرد إلا عقار) فمن يوم قبض هذه الثمار تعد منقولاً فتخرج من الرهن الرسمي الذي لا يرد على المنقولات، وثانيهما أن ثمار العقار المرهون تعد ملكاً للراهن في الرهن الرسمي ولا يتعلق بها حق الدائن المرتهن، لأن الرهن الرسمي لا يجرى الراهن من حيازة العقار المرهون، بل تظل له حيازته ويحتفظ بحق استعماله واستغلاله وجني ثماره، الأمر الذي لا يجعل للمرتهن في الرهن الرسمي حقاً على هذه الثمار، فيحق للراهن أن يتصرف فيها للغير دون أن يخشى ذلك الغير من تتبع المرتهن له، كما يمكن لجميع الدائنين الحجز على هذه الثمار بعد فصلها عن الأرض المرهونة لاستيفاء حقوقهم منها واقتسامها فيما بينهم قسمة غرماء، على أساس أنها تدخل في عناصر الضمان العام المقرر لهم.

بيد أن واضع القانون قد ارتأى أن هذه الثمار وإن كانت في الأصل ملكاً خالصاً للراهن وليس للدائن المرتهن فيها حق طالما انفصلت عن العقار المرهون، إلا أنها تتعلق بحق الدائن المرتهن فيشمّلها الرهن (فتخرج بذلك عن دائرة الضمان العام لجميع الدائنين لتدخل في دائرة

الضمان الخاص للدائن المرتهن لهذا العقار) من وقت معين ألا وهو تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، وهو الوقت الذي يشرع فيه الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون، فمنذ ذلك الوقت تلحق الثمار بالعقار المرهون ويمتد إليها حق الدائن المرتهن.

وفي ذلك تنص المادة ١٠٣٧ مدني مصري على أن "يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة التي أعقبت التسجيل ، ويجري في توزيع هذه الغلة ما يجري في توزيع ثمن العقار".

ولعل الحكمة من إلحاق الثمار بالعقار المرهون منذ هذا التاريخ تكمن في رغبة واضع القانون في دفع ما قد يعود على الدائن المرتهن من ضرر بسبب طول المدة التي تستغرقها إجراءات التنفيذ (٣٤٩)، لاسيما حينما يعمد أحد الدائنين العاديين عند تنفيذه على أموال الراهن، إلى العمل على إطالة مدة التنفيذ حتى تظل ثمار العقار المرهون داخلة ضمن عناصر الضمان العام ولا يمتد إليها حق الدائن المرتهن لهذا العقار.

وتطبيقاً للنص سالف الذكر يحق للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون ومن ثماره التي يغلها عن المدة التالية لتسجيل تنبيه نزع الملكية، متقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، أما بالنسبة للثمار التي يغلها العقار المرهون في المدة السابقة على تسجيل تنبيه نزع الملكية فهي خالصة للراهن يتصرف فيها كيفما يشاء فلا يتعلق بها حق الدائن المرتهن بمقتضى حق الرهن، وتدخل من ثم في الضمان العام المقرر لجميع الدائنين بما فيهم المرتهن نفسه يقتسمونها فيما بينهم قسمة غرماء.

وجدير بالملاحظة أنه وإن كان من الميسور فصل الثمار المدنية التي يتعلق بها حق الدائن المرتهن فيشملها الرهن بوصفها من ملحقاته وهي التي تستحق بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، عن الثمار التي تسبق هذا التاريخ والتي تكون خالصة للراهن وتدخل في الضمان العام لسائر دائنيه، على أساس أن الثمار المدنية تعتبر مقبوضة يوماً بيوم (وفقاً للمادة ٢/٩٧٨ مدني مصري)، فيسهل تحديد ما يتعلق به حق الدائن المرتهن وما يخرج عن نطاق الرهن المقرر له، إلا أنه يتعذر

(٣٤٩) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص٤٦.

تحديد ما يتعلق به حق الدائن المرتهن في الثمار الطبيعية أو المستحدثة، لأنها لا تعتبر مقبوضة إلا من يوم فصلها عن الأرض المرهونة (وفقا للمادة ٢/٩٧٨ مدني مصري).

ومن ثم لو فرضنا أن الدائن المرتهن قد قام بتسجيل تنبيه نزع الملكية بعد زراعة الأرض وقبل جنى المحصول، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام يدور حول معرفة ما إذا كان حق الدائن المرتهن يتعلق بالمحصول كله أو الثمار كلها على أساس أنه قد تم قبضها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، أم أنه لا يتعلق حق الدائن المرتهن بالثمار إلا بقدر المدة التي بقيت فيها بالأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية؟

لقد ثار خلاف في الفقه حول هذا الموضوع فذهب رأي مرجوح إلى أن حق الدائن المرتهن يتعلق بالمحصول كله بدعوى أن قبض هذا المحصول قد تم بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (٣٥٠) ، في حين يذهب الرأي الراجح في الفقه (وهو يمثل رأي غالبية الفقهاء) إلى أن حق الدائن المرتهن لا يتعلق بالثمار إلا بقدر معين يتناسب مع مدة بقائها في الأرض بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية، ومن ثم لو أن محصول الأرض المرهونة قد بقي في الأرض ستة أشهر وتم تسجيل تنبيه نزع الملكية بعد ثلاثة أشهر من زراعته، فعند ذلك لا يتعلق حق الدائن المرتهن إلا بنصف المحصول فقط، على أساس أنه هو المقدار الذي يوازي مدة بقاء الثمار بالأرض المرهونة من وقت تعلق حق الدائن المرتهن بها (أي من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية) (٣٥١)، وهذا هو ما يتفق مع النص القانوني سالف الذكر (المادة ١٠٣٧ مدني مصري) لفظا ومعنى، إذ أنها تقصر حق الدائن المرتهن على ما يغله العقار المرهون من ثمار وإيراد عن المدة التي تعقب تسجيل تنبيه نزع الملكية، ومن ثم فإن ما يغله من ثمار وإيراد عن المدة السابقة على هذا التسجيل فلا يشمل الرهن.

(٣٥٠) أ.د/ محمد حامد فهمي "تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية" ص ٣٣٩، الطبعة الثالثة بدون تاريخ نشر، أ.د/ شفيق شحاتة -المرجع السابق- فقرة ١٢٦.

(٣٥١) أ.د/ محمود جمال الدين زكي -المرجع السابق- ص ٢٠٨، أ.د/ عبدالناصر العطار -المرجع السابق- ص ٤٦، ٤٧، أ.د/ رمزي سيف "قواعد تنفيذ الأحكام والعقود الرسمية" فقرة ٣٨٧، الطبعة الثالثة، أ.د/ منصور مصطفى منصور -المرجع السابق- ص ٢٣، أ.د/ سليمان مرقس -المرجع السابق- ص ٥٣، أ.د/ عبدالرزاق السنهوري ج ١٠، ص ٣٦٥، أ.د/ سمير تناغو -المرجع السابق- ص ١٦٠، ١٦١.

٢- الاستثناء: جواز رهن بعض المنقولات:

وفقا لصريح نص المادة ١/١٠٣٥ من التقنين المدني المصري- كما سبق أن رأينا- أن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات، ومن ثم لا يتصور- بصفة عامة- وروده على المنقولات، على أساس أن المنقول نظرا لسهولة نقله وسرعة تداوله لا يمكن إخضاعه لنظام الشهر في ظل إمكانية اكتساب ملكيته وفقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، لأننا لو أجزنا رهن المنقول رسميا وأخضعناه لنظام الشهر مع احتفاظ الراهن بحيازته لتعرض الدائن المرتهن لخطر حقيقي، إذ يمكن للراهن إخفاء المنقول أو نقل حيازته والتصرف فيه لشخص حسن النية لا يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحق الرهن في مواجهته، إذ يمكن للحائز دفع احتجاج الدائن المرتهن بتمسكه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ذلك أن أساس الاعتراف بالحق على المنقول هو الحيازة وليس الشهر (٣٥٢).

ويرجع البعض عدم إجازة القانون المدني المصري ورود الرهن الرسمي على المنقول إلى اعتبارات تاريخية موروثة عن القانون الفرنسي، على أساس أن طبيعة الرهن الرسمي لا تتأبى أن ترد على المنقولات، ولا يوجد بها ما يستوجب قصره على العقارات دون المنقولات، بدليل أن القانون ذاته لم يستبعد تماما إمكان ورود الرهن الرسمي على المنقولات، إذ أنه بعد أن نص في صدر المادة ١/١٠٣٥ مدني مصري على أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، عاد وقرر في آخر المادة إمكانية تصور وروده على المنقول بقوله ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك (٣٥٣).

ويجوز على سبيل الاستثناء بموجب نص قانوني صريح رهن بعض المنقولات رهنا رسميا، من ذلك ما نص عليه القانون رقم ١١ لعام ١٩٤٠م من جواز رهن المحل التجاري رهنا رسميا، وما نص عليه القانون رقم ٣٥ لعام ١٩٥١م من جواز رهن السفن البحرية رهنا رسميا، وكذلك ما نص عليه القانون رقم ٢٦ لعام ١٩٧٦م من جواز رهن الطائرات رهنا رسميا.

(٣٥٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/ عبدالناصر العطار ص ١٨، أ.د/ سمير تناعو ص ١٤٢، أ.د/ منصور مصطفى منصور ص ٢٢.

(٣٥٣) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٢.

وتكمن الحكمة في هذا الاستثناء أن هذه المنقولات لها نظام لشهرها، كما أنها لا تخضع لقاعدة الحياة في المنقول سند الحائز، ومن ثم يمكن المحافظة على حقوق الدائن المرتهن وحقوق الغير على هذه المنقولات، ويقع باطلا كل رهن رسمي يرد على منقول في غير الأحوال المنصوص عليها قانوناً^(٣٥٤).

ثانياً : الشرط الثاني: يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني:

تنص المادة ٢/١٠٣٥ مدني مصري على أنه "ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني....".

يستفاد من هذا النص ضرورة أن يكون العقار المرهون من العقارات التي يصح التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني (٣٥٥)، على أساس أن العقار الذي يفتقر إلى مثل هذا الشرط يعجز عن تحقيق الضمان المقصود من رهنه، بل إنه يفقد صلاحيته لأن يكون محلاً لأي تعامل.

ذلك أن الدائن المرتهن يستهدف من وراء رهن العقار لصالحه أن يضمن الحصول على حقه في ذمة المدين، بحيث يمكنه إذا لم يف المدين بدينه اختياراً في الميعاد المحدد لذلك، أن يحجز على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني ليستوفي حقه من ثمنه متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ومن ثم إذا كان العقار لا يصح التعامل عليه وبيعه بالمزاد العلني فلا فائدة من رهنه.

وتطبيقاً لذلك لا يجوز رهن العقارات المملوكة للدولة ملكية عامة، والعقارات الموقوفة، فمثل هذه العقارات لا يجوز التعامل عليها، كما لا يجوز رهن حق الارتفاق مستقلاً عن العقار المخدوم إذ لا يجوز بيعه مستقلاً عنه، كما لا يجوز رهن حق الاستعمال أو حق السكنى، لأن هذين الحقين لا يجوز التصرف فيهما للغير بحسب الأصل (إذ تنص المادة ٩٩٧ مدني مصري على أنه " لا

(٣٥٤) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ١٩، أ.د/ سمير تناغو- المرجع السابق- ص ١٤٣.

(٣٥٥) ينتقد البعض- وبحق صياغة هذا النص الذي قد يفهم منه أنه يتطلب في العقار المرهون أن يتوافر فيه شرطان أحدهما أن يكون جائز التعامل فيه وثانيهما أن يكون جائز بيعه بالمزاد العلني، في حين أنه كان يكفي أن ينص على الشرط الثاني لأن جواز بيع العقار المرهون بالمزاد العلني يستلزم جواز التعامل فيه، ولذلك فعندما عرض المشروع التمهيدي لنص المادة ١٠٨٨ مدني مصري فيما يتعلق بحق الاختصاص، وكانت تنص على أنه لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات جائز التعامل فيها وبيعها بالمزاد العلني، حذفت عبارة "جائز التعامل فيها" اكتفاءً بكون هذه العقارات جائزاً بيعها بالمزاد العلني، ولا حاجة من ثم للتزيد بإضافة شرط جواز التعامل عليها (انظر في ذلك أ.د/ منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٣).

يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي".

ولقد ثار خلافٌ في الفقه حول جواز أو عدم جواز رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه، فمن الفقهاء من يذهب إلى عدم جواز رهن مثل هذا العقار على أساس أن بيع العقار بالمزاد العلني سيفوت الغرض المقصود من هذا الشرط، كما لو كان المنع مقصوداً به تحقيق مصلحة مشروعة للشخص الممنوع من التصرف (٣٥٦).

في حين يرى أغلب الفقهاء ضرورة النظر إلى الحكمة أو الغاية من تقرير شرط المنع من التصرف، فإن انتفى التعارض بينها وبين رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه فلا مانع من رهنه، كما لو اشترط البائع على مشتري العقار عدم التصرف فيه حتى يضمن استيفاء باقي الثمن، ويتفادى تتبع العقار في يد الغير المتصرف إليه إذا أراد التنفيذ على العقار بمقتضى امتياز البائع، فمثل هذا الشرط لا يحول دون قابلية هذا العقار للبيع بالمزاد ومن ثم لا يمنع رهنه، لأن الدائن المرتهن إذا نفذ على العقار المرهون وباعه بالمزاد العلني يترتب على تسجيله لحكم مرسى المزاد تطهير العقار من جميع الحقوق المقيدة عليه بما فيها امتياز البائع، ومن ثم لا يتعارض وجود هذا الشرط مع رهن العقار المشروط عدم التصرف فيه (٣٥٧).

ثالثاً : الشرط الثالث: أن يكون العقار المرهون موجوداً:

لقد كان من مقتضى القواعد العامة في محل الالتزام جواز رهن المال القابل للوجود في المستقبل إذا لم يكن موجوداً بالفعل، حيث تنص المادة ١/١٣١ مدني مصري على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً".

بيد أن القانون في خصوص عقد الرهن خرج على القواعد العامة ولم يكتف بقابلية المال محل الرهن للوجود، بل أوجب ضرورة وجوده فعلاً، ورتب على ذلك بطلان رهن المال المستقبل.

(٣٥٦) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٤، أ.د/ شفيق شحاتة- المرجع السابق- ص ٢٨، أ.د/ عبدالفتاح عبدالبقي- المرجع السابق- ص ٣١٣، أ.د/ سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٣٦.

(٣٥٧) أ.د/ منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص ٢٤، أ.د/ شمس الدين الوكيل- المرجع السابق- ص ١٥٦، أ.د/ سمير تناغو- المرجع السابق- ص ١٦٢.

حكم رهن المال المستقبل

لم يجر القانون - خروجاً على القواعد العامة - رهن المال المستقبل ورتب البطلان جزاءً لرهنه حيث نصت المادة ٢/١٠٣٣ مدني مصري على ذلك بقولها "ويقع باطلا رهن المال المستقبل".

ويقصد بالمال المستقبل ذلك الشيء الذي ليس له وجود مادي وقت نشوء الرهن مع احتمال وجوده بعد ذلك (٣٥٨).

ويتخذ رهن المال المستقبل في الواقع إحدى صورتين (٣٥٩):

١- قد يرد رهن المال المستقبل على عقار غير موجود وقت الرهن، ولكن قد يوجد بعد ذلك في المستقبل، سواء تم تعيين هذا العقار في العقد أو لم يعين، مثل رهن شقة لم يتم بناؤها.

٢- وقد يرد رهن المال المستقبل على ما عسى أن يملكه الراهن مستقبلاً من عقارات موجودة وقت الرهن دون تحديد لها، مثل رهن ما عسى أن يرثه أو يشتريه شخص من عقارات.

وجدير بالذكر أنه وإن بدا رهن المال المستقبل - في صورتيه السابقتين - قريباً من رهن ملك الغير من زاوية أن محل الرهن فيهما غير مملوك للراهن، إلا أنهما يفترقان في أمور أخرى، فمن ناحية يلزم في رهن ملك الغير أن يكون محل الرهن موجوداً ومعيناً، في حين أن رهن المال المستقبل قد يفتقر إلى أحد هذين الوصفين (وصف الوجود، ووصف التعيين) أو لكليهما معاً، هذا بالإضافة إلى اختلاف الجزاء أو الأثر القانوني الذي يترتب على كل منهما، إذ يرتب القانون البطلان جزاءً على رهن المال المستقبل، في حين يجعل رهن ملك الغير قابلاً للإبطال على ما سنرى في موضعه (٣٦٠).

(٣٥٨) انظر في نفس المعنى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٥.

(٣٥٩) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٩، ٢٠.

(٣٦٠) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٠.

الحكمة من بطلان رهن المال المستقبلي:

لقد أشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني إلى أن علة بطلان رهن المال المستقبلي تكمن في تعارضه مع مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون أي عدم تعيينه تعييناً دقيقاً (٣٦١)، وهذا القول كما يرى البعض - وبحق - يفترض عدم امكانية تعيين المال المستقبلي، وهذا غير صحيح لأن المال المستقبلي وإن لم يكن موجوداً وقت الرهن إلا أنه يمكن تعيينه بدقة، فالشخص الذي يشتري شقةً على الرسم يمكنه من خلال هذا الرسم أن يعين الشقةً تعييناً دقيقاً، فبيّن موقع البناء الذي ستكون فيه الشقة وحدود هذه الشقة وأوصافها (٣٦٢) .

ولذلك نرجح مع البعض القول بأن الحكمة في بطلان رهن المال المستقبلي تكمن في رغبة واضع القانون في تحقيق الحماية لطرفي الرهن بصفة عامة بدرء المنازعات التي قد تحدث بسبب ذلك الرهن في المستقبل، وحماية المدين الراهن بصفة خاصة من الوقوع فريسة في أيدي المرابين إذا أُجيز رهن المال المستقبلي، لأنه سيلجأ في سبيل الحصول على الأموال التي يحتاجها إلى رهن كل ما عسى أن يمتلكه من عقارات في المستقبل بطريق الإرث أو الشراء (٣٦٣) .

وينتقد جانب من الفقه مسلك واضع القانون في الحكم ببطلان رهن المال المستقبلي ويرونه متعارضاً مع متطلبات الحياة في المجتمعات الحديثة، لأنه سيكون - من وجهة نظرهم - حجر عثرة في مواجهة الأشخاص الذين يحتاجون إلى قروض أو ائتمانات ولا يملكون عقارات موجودة بالفعل لرهنها ضماناً للوفاء بها، فمن يريد شراء شقة في بناء لم يقم بعد وليس لديه المقدم المطلوب دفعه لشرائها، يستطيع لو أُبيح رهن المال المستقبلي أن يقترض بضمان الشقة فيرهنها للمقرض ويحصل على المبلغ المطلوب مقدماً لها (٣٦٤) .

(٣٦١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٧، ص ١٤٠١٥.

(٣٦٢) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٦.

(٣٦٣) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ٢٠، أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٦.

(٣٦٤) أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٦، ٢٧ والمراجع التي أشار إليها.

وأعتقد من جانبي أن إباحة رهن المال المستقبل سيكون وسيلة سهلة للخداع يستغلها كثير من الأشخاص طمعاً في الحصول على قروض من المصارف أو من غيرهم دون أن يقدموا ضمانات كافية للوفاء بها، لأنها عادة ما ستكون ضمانات وهمية، لاسيما في ظل خراب الذمم لدى عدد غير قليل من الناس، مما يثير الكثير من المنازعات بين هؤلاء الأفراد في المستقبل.

٤ - الشرط الرابع: أن يكون العقار المرهون معيناً تعييناً دقيقاً

لم يقنع واضع القانون في مجال الرهن بما تقرره القواعد العامة بالنسبة لمحل الالتزام من الاكتفاء في محل الالتزام بأن يكون قابلاً للتعيين، بل أوجب تعيين محل الرهن تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا وقع الرهن باطلاً.

حيث تنص المادة ٢/١٠٣٥ مدني مصري على أنه "... وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً " .

يستفاد من النص سالف الذكر وجوب تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً على النحو

الآتي:-

أ- أن يتم تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته، فيذكر ما إذا كان العقار المرهون أرضاً زراعيةً أو أرضاً مبنيةً أو أرضاً فضاءً ومساحة هذه الأرض، كما ينبغي إن كان أرضاً مبنيةً أن يبين ما إذا كان عمارة أو شقة أو مصنعا.

ب- أن يتم تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً من حيث موقعه، وذلك بأن يذكر إذا كان العقار أرضاً زراعيةً اسم المنطقة أو القرية الموجودة بها واسم الحوض الذي تقع فيه، ورقم هذه الأرض بين الأراضي الزراعية المجاورة، أما إذا كان العقار المرهون بناءً كمنزل أو شقة فيتعين ذكر اسم الحي أو المربع الذي يوجد به هذا البناء واسم الشارع الذي يضمه، هذا بالإضافة إلى ضرورة بيان رقمه وحدوده.

وجملة القول أنه ينبغي أن يكون تعيين طبيعة العقار المرهون وموقعه كافياً في تمييزه عن غيره من العقارات، وتلك مسألة تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

ج- أن يرد تعيين العقار المرهون في عقد الرهن ذاته أو في ورقة رسمية أخرى تلحق به.

ولقد رتب القانونُ البطلانَ جزاءً على عدم مراعاة أحد عناصر تعيين العقار المرهون سالفه الذكر، فإذا أُبطلَ الرهنُ لعدم مراعاة أحد هذه العناصر سقطَ أجلُ الدين بفعل المدين الراهن وكان للدائن الخيار بين مطالبة مدينه بالوفاء فوراً أو بتقديم تأمين آخر وفقاً للقواعد العامة (٣٦٥).

ويعبر الفقه عن وجوب تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً بمبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون، كما يعبر عن وجوب تعيين الدين المضمون بالرهن تعييناً دقيقاً بمبدأ وجوب تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون، ويمثلُ كلُّ واحدٍ من هذين المبدأين أحدَ شقي مبدأ من أهم المبادئ في نظام الرهن الرسمي ألا وهو مبدأ تخصيص الرهن، والذي يعني ضرورة أن يكون الرهنُ وارداً على عقارٍ أو عقاراتٍ معينةً بالذات من وقت العقد، وأن يكون مقصوراً على ضمان دينٍ معينٍ بالذات محدد المقدار، وإلا كان العقدُ باطلاً بطلاناً مطلقاً (٣٦٦).

وتكمنُ الحكمةُ من إيجاد مبدأ تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون وتشديد العقاب على مخالفته فيما ينطوي عليه هذا المبدأ من فائدةٍ كبيرةٍ لكل من الراهن والمرتهن والغير، ذلك أن تعيين العقار المرهون تعييناً دقيقاً يساعد كل من الراهن والمرتهن على حسن تقدير قيمة العقار المرهون، فلا يرهنُ الراهنُ من عقاراته ما تزيدُ قيمته على مبلغ الدين، ولا يقبلُ المرتهنُ رهنَ عقارٍ تقلُّ قيمته عن تغطية قدر الدين كاملاً، هذا إلى جانب أن الغيرَ تتحققُ مصلحته من هذا التعيين إذ يتمكن من خلاله من معرفة ما تم رهنه من بين عقارات الراهن فلا يُقدِّم على التعامل مع الراهن وهو على جهالة بالحقوق الواردة على ما يملكه من عقارات (٣٦٧).

(٣٦٥) حيث تنص المادة ٢/٢٧٣ مدني مصري على أن يسقط حق المدين في الأجل: "إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أُعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين.....".

(٣٦٦) انظر في ذلك إلى: أ.د/ منصور مصطفى منصور ص ٢٤، أ.د/ محمد لبيب شنب ص ٢٨، أ.د/ عبدالناصر العطار ص ٢١.

(٣٦٧) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ.د/ منصور مصطفى منصور ص ٢٥، أ.د/ محمد لبيب شنب ص ٢٨.

٥- الشرط الخامس: أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن:

نظراً لأن الرهن يمثل تصرفاً جزئياً في العقار المرهون فإنه ينبغي حتى يكون منتجاً لآثاره أن يكون الراهن (سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً) مالكاً للعقار المرهون.

ولعل هذا هو ما أكدته المادة ١٠٣٢ من التقنين المدني المصري الحالي، إذ أنها بعد أن أجازت في فقرتها الأولى صدور الرهن من المدين نفسه أو من شخص آخر يقدم الرهن لمصلحة المدين (م ١/١٠٣٢ مدني مصري)، أوجبت في فقرتها الثانية أن يكون الراهن في كلتا الحالتين مالكا للعقار المرهون (م ٢/١٠٣٢ مدني مصري).

أما إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإنه تسري على رهنه الأحكام الخاصة برهن ملك الغير المنصوص عليها في المادة ١٠٣٣ من التقنين المدني المصري الحالي .

غير أنه لا يلزم في ملكية هذا الراهن أن تكون خالصة، بل يمكن أن تكون أيضاً ملكية شائعة، ولا يشترط أن تكون باثة فمن المتصور أيضاً أن تكون ملكية محتملة بتعليقها على شرط واقف، كما لا يتعين أن تكون مؤكدة، إذ يمكن أيضاً أن تكون مهددة ببطلان أو فسخ السند الناقل لها (٣٦٨)، وهذا ما سنعرضه تباعاً على التفصيل الآتي :

أولاً: الرهن الصادر على ملكية شائعة:

يعد العقار مملوكاً على الشيوع إذا كان مملوكاً لأكثر من شخص دون أن يختص أي واحد منهم بجزء مفرز فيه، بحيث يمتد حق كل واحد منهم إلى كل جزئية من جزيئات العقار بنسبة حصته الشائعة فيه، دون أن يتعلق بجزء معين مفرز في هذا العقار، فالورثة لعقار معين هم ملائق له على الشيوع بحيث ينسحب حق كل وارث منهم على كل جزء من أجزاء هذا العقار بحسب نصيبه في الإرث، دون أن يتعلق هذا الحق بجزء مفرز فيه أو نصيب معين منه إلى أن تتم القسمة النهائية .

(٣٦٨) انظر في هذا المعنى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق-ص ١٧١، ١٧٠، أ.د/ عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ٢٣.

وإذا أردنا أن نجري تصوراً لما قد يرد على العقار المملوك على الشيوع من فروض وصور رهنه، فإن أول هذه الفروض هو أن يصدر هذا الرهن من جميع الشركاء بوصفهم ملاكاً لهذا العقار ويحق لهم التصرف فيه برهنه أو حتى بيعه، كما يتصور أن يرهن أحد الشركاء حصته الشائعة في هذا العقار بوصفه مالكا لها ملكية تامة فيحق له أن يتصرف فيها بما لا يلحق الضرر بحقوق باقي الشركاء (م ١/٨٢٦)، كما قد يحدث أن يرهن أحد الشركاء على الشيوع جزءاً مفرزاً في العقار المملوك على الشيوع أو أن يرهن كل هذا العقار، على الرغم من أنه لا يملك في كلتا الحالتين رهن مثل هذا العقار، ولذلك يثار التساؤل حول حكم هذه الفروض المختلفة لرهن العقار الشائع، والتي سنبينها على التفصيل الآتي:

١ - الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع:

يعدُّ الرهنُ الصادرُ من جميع الشركاء على الشيوع رهنًا صحيحاً ونافاذاً في حق جميع الشركاء، فهو رهنٌ توافر فيه شرطُ ملكية الراهن للعقار المرهون المنصوص عليه في المادة ٢/١٠٣٢ مدني مصري، كما يعدُّ الرهنُ الصادرُ من الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع صحيحاً ونافاذاً أيضاً في حق جميع الشركاء متى كان لهذا الرهن أسبابه أو مبرراته القوية ولم يعترض عليه باقي الشركاء بعد إعلانهم به أو اعترضوا عليه خلال شهرين من إعلانهم بقرار الأغلبية بالرهن ولكن قدرت المحكمة أن قسمة العقار الشائع ضارةً بمصالح الشركاء وأن رهن العقار كان تصرفاً واجباً (م ٨٣٢ مدني مصري).

أثر قسمة العقار الشائع على الرهن الصادر من جميع الشركاء أو ممن يملكون ثلاثة أرباعه :

من الطبيعي أن يثار التساؤل حول مصير الرهن الصادر من جميع الشركاء أو أغليبتهم الخاصة إذا ما انتهت حالة الشيوع على العقار المرهون بقسمته.

ذلك أن حالة الشيوع تمثلُ وضعاً مؤقتاً يزولُ عادةً بعد مدة معينة بقسمة العقار الشائع قسمةً عينيةً يختصُ فيها كلُّ شريكٍ بجزءٍ مفرزٍ أو قسمةً تصفيةً يحصلُ فيها كلُّ شريكٍ على جزءٍ من ثمنٍ بيعِ العقار يوازي حصته الشائعة فيه.

وتنص المادة ١/١٠٣٩ من التقنين المدني المصري الحالي على أن "يبقى نافذاً الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع، أي كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته".

يستفاد من هذا النص أنه لا أثر لقسمة العقار الشائع على صحة الرهن الصادر من جميع الشركاء أي كان نوع هذه القسمة (سواء أكانت قسمة عينية أم قسمة تصفية) وأيما كانت النتيجة المترتبة على هذه القسمة.

ويأخذ الرهن الصادر من أغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع حكم الرهن الصادر من جميع الشركاء فيبقى نافذاً بعد القسمة أيما كانت طبيعتها وأيما كانت النتائج المترتبة عليها، طالما قد توافرت فيه شروط صحته ونفاذه قانوناً في حق باقي الشركاء (المنصوص عليها في المادة ٨٣٢ مدني مصري) (٣٦٩) .

ومن ثم إذا تمت قسمة المال الشائع قسمة عينية فأخذ كل شريك جزءاً مفرزاً موازياً لحصته الشائعة فيه، انتقل إليه حقه على هذا الجزء المفرز مثقلاً بالرهن، إذ يظل العقار كله رغم قسمته ضامناً لكل الدين وفقاً لمبدأ عدم جواز تجزئة الرهن.

وكذلك الحال إذا وقع العقار الشائع كله بموجب القسمة في نصيب واحد فقط من الشركاء على الشيوع (وهذا الفرض يمكن تصويره في حالة ما إذا كان المال الشائع يضم أكثر من عقار وقام جميع الشركاء برهن أحد هذه العقارات، ثم بعد قسمة المال الشائع كله وقع العقار المرهون من نصيب أحدهم) الذين اشتركوا في رهنه، إذ يبقى الرهن صحيحاً وناظراً في مواجهة هذا الشريك على الرغم من أنه قد أصبح مالكا لهذا العقار المرهون ملكية مفرزة.

فلقد كان من مقتضى القواعد العامة ألا يكون الرهن صحيحاً وناظراً في حق هذا الشريك الذي ملك العقار المرهون ملكية مفرزة إلا بنسبة حصته التي كانت شائعة فيه قبل القسمة، على أساس أنه لم يرهن غير هذه الحصة ولأن للقسمة أثراً كاشفاً ظهر به أن الشركاء الآخرين قد رهنوا

(٣٦٩) انظر في هذا المعنى: أ.د/ عبد الرزاق السنهوري . الوسيط ج١٠ ص ٣٢٧، ٣٢٨، أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٢٢.

ملك غيرهم، فلا ينفذ رهنهم في حق الشريك فيما زاد عن مقدار حصته الشائعة قبل القسمة إلا إذا أقره بوصفه المالك الحقيقي له، لولا أن القانون تدخل صراحةً ففوضى على خلاف القواعد العامة ببقاء الرهن الصادر عن جميع الشركاء صحيحاً ونافاً أياً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار الشائع، ومن ثم فإن الشريك وإن كانت قد انتقلت إليه ملكية العقار المرهون فأصبح مالكا له ملكية مفرزة بعد إجراء القسمة إلا أنها تبقى ملكيةً محملةً بالرهن الصادر عن جميع الشركاء . (٣٧٠)

أما إذا تمت قسمة العقار الشائع بطريقة التصفية لتعذر إجراء القسمة عيناً فتم بيعه بعد الرهن (أي رهنه من جميع الشركاء) لأحد الشركاء ظل الرهن صحيحاً ونافاً مثل حكم قسمته عيناً ووقوعه في نصيب أحد الشركاء، وإذا بيع العقار بعد رهنه إلى مشترٍ من غير الشركاء، ظل الرهن صحيحاً ونافاً وانتقل العقار إلى هذا المشتري مثقلاً بالرهن^(٣٧١)، غير أنه إذا قام الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون وبيع العقار بالمزاد العلني لعدم إمكان قسمته، فإنه عملاً بمقتضى المادة ٤٥٠ مرافعات يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع أو التأشير به وفقاً للمادة ٤٤٨ مرافعات تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهن الرسمية والحيازية التي أعلن أصحابها بإيداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته طبقاً للمادتين ٤١٧، ٤٢٦ مرافعات ولا يبقى لهم إلا حقهم على الثمن الذي رسا به المزاد (٣٧٢) .

٢- رهن الشريك على الشيوع ل حصته الشائعة:

إذا رهنَ الشريكُ على الشيوع حصته الشائعة في العقار الشائع كان رهنه صحيحاً ونافاً، إذ أنه يملك هذه الحصة ملكيةً تامةً ويحقُّ له من ثمَّ التصرفُ فيها بكافة أنواع التصرفات ومنها الرهن، بما لا يُلحقُ ضرراً بحقوق باقي الشركاء (م ١/٨٢٦ مدني مصري).

(٣٧٠) انظر في هذا المعنى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٧٣، ١٧٢، أ.د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق- ص ٣٢، ٣٣، أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣٦.

(٣٧١) أ.د/ عبد الناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣٧ والمراجع التي أشار إليها سيادته.

(٣٧٢) أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣٧.

فإذا حلَّ أجلُ الدين المضمون برهن هذه الحصة الشائعة ولم تكن حالةُ الشيوخ على العقار قد انتهت بالقسمة، كان للدائن المرتهن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على هذه الحصة ويبيعها بالمزاد العلني ليستوفي حقه من الثمن الذي يرسو به المزاد، وعند ذلك تنتقل ملكية هذه الحصة إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد ويصبحُ شريكاً على الشيوخ في هذا العقار بمقدار هذه الحصة. أما إذا تمت قسمة العقار الشائع والحصة الشائعة فيه لا زالت مرهونة ولم يتخذ الدائن إجراءات التنفيذ عليها، ففي هذه الحالة ينبغي التمييز بين الفروض الآتية:

أ- الفرض الأول: أن يحصل الشريك الراهن بمقتضى القسمة على جزء مفرز من العقار مساو لحصته الشائعة المرهونة، فعند ذلك يصبح الرهن واقعاً على هذا الجزء المفرز ويتعلق به حق الدائن بعد إن كان متعلقاً بحصة شائعة في العقار، ويحق له أن يتخذ إجراءات التنفيذ على هذا الجزء المفرز دون غيره من أجزاء العقار إذا لم يوفه الشريك الراهن حقه في الأجل المضروب له.

ب- الفرض الثاني: أن يختص الراهن بجزء مفرز يزيد عن مقدار حصته الشائعة المرهونة أو يؤول إليه العقار الشائع كله، ففي هذا الفرض يتعلق حق الدائن المرتهن بقدر يوازي قيمة الحصة الشائعة في هذا الجزء المفرز أو في العقار الذي آلت ملكيته للراهن.

ج- الفرض الثالث: أن يقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر أو جزء من عقار آخر غير العقار الذي رهن الشريك حصته الشائعة فيه، ففي هذا الفرض ينتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة الحصة الشائعة المرهونة، ويتم تعيين هذا القدر بأمر على عريضة يصدره القاضي بناء على طلب الدائن المرتهن (وفقاً للمادة ١٠٣٩/٢ مدني مصري).

ورغبة في حماية الغير وإعلامه بانتقال الرهن بمرتبته على النحو السابق فقد أوجب القانون على الدائن المرتهن أن يجري قيداً جديداً للرهن يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من تاريخ إخطاره بتسجيل القسمة، وإذا تأخر الدائن المرتهن عن إجراء هذا القيد في الموعد سالف الذكر، فإن مرتبة الرهن تحسب من تاريخ إجراء القيد الجديد وليس من تاريخ القيد الأول للرهن (م ١٠٣٩/٢ مدني مصري).

وجدير بالملاحظة أن القانون لم يجز إضرار انتقال الرهن بمرتبته على النحو سالف الذكر، بالرهن الصادر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين، ومن ثم تكون مرتبتهما أسبق عليه حتى ولو كان قيد أي منهما قد جاء لاحقاً على قيد الشريك للرهن الصادر منه.

د- الفرض الرابع: إذا اختص الشريك الراهن بمنقول بعد إجراء قسمة المال الشائع، ولم يقع في نصيبه أي جزء مفرز من أجزاء العقار الذي رهن حصته الشائعة فيه ولا عقار آخر، في هذا الفرض يثار التساؤل حول جواز أو عدم جواز انتقال الرهن ليرد على هذا المنقول، لاسيما وأن الرهن الرسمي لا يجوز أن يرد إلا على العقارات دون المنقولات بحسب الأصل؟

لقد ثار خلافاً في الفقه حول هذه المسألة، فذهب رأي إلى عدم جواز انتقال الرهن إلى المنقول في هذه الحالة، فينقضي الرهن لعدم جواز ورود الرهن الرسمي إلا على العقارات وفقاً للقواعد العامة في هذا الرهن ويترتب على انقضاء الرهن سقوط أجل الدين ما لم يقدم الشريك الراهن تأميناً آخر كافياً (٣٧٣) (على أساس أن ضياع التأمين في هذه الحالة لم يكن بفعل الشريك الراهن، ومن ثم يحق له تفادي سقوط أجل دينه بتقديم ضمان آخر كاف)، وذهب رأي آخر إلى القول بانتقال الرهن الرسمي - الذي كان وارداً على حصة الشريك الراهن الشائعة في العقار - ليرد على المنقول الذي اختص به بعد إجراء القسمة، على أساس أن القانون لم يستبعد ورود الرهن الرسمي على المنقولات كلية، بل أجازه إذا ورد به نص يقره (م ١/١٠٣٥ مدني مصري)، هذا بالإضافة إلى أن نص المادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري التي تقرر انتقال الرهن يصلح سنداً لورود الرهن الرسمي على المنقول الذي اختص به الراهن بمقتضى القسمة (٣٧٤)، ويذهب رأي ثالث - نرجحه - إلى القول بانتقال الرهن إلى المنقول على أن يتحول الرهن من رهن رسمي إلى رهن حيازي، على أساس أن واضع القانون وقد نصَّ على الحلول العيني إذا أسفرت القسمة عن اختصاص الراهن بعقار آخر فمن باب أولى يقوم هذا الحلول العيني إذا أسفرت القسمة عن

(٣٧٣) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط. ج١٠، ص ٢٣٠، ٢٣١، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ١١٢ هامش ٢،

(٣٧٤) أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٥.

اختصاص الرهن بمنقول حتى لا يفقد الدائن رهنه، ومن ثم يكون للدائن أن يطالب بحيازة هذا المنقول (٣٧٥).

هـ - الفرض الخامس: إذا أسفرت القسمة عن إعطاء الشريك الرهن مبلغاً من النقود، ففي هذا الفرض نفرق بين أمرين:

أولهما: إذا كان حق الدائن مستحق الأداء وقت القسمة، فإن له بموجب عقد الرهن ذاته أن يستوفي حقه من هذه النقود متقدماً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة دون حاجة إلى القول بانتقال الرهن إلى هذه النقود، كما هو الحال تماماً إذا بيع العقار المرهون بالمزاد العلني بناء على طلب الدائن المرتهن، حيث يكون لهذا الدائن الحق في استيفاء حقه من الثمن الذي رسا به المزاد بمقتضى حق الرهن ذاته ولا يقال بانتقال حق الرهن من العقار إلى الثمن.

ثانيهما: إذا لم يكن حق الدائن حال الأداء وقت القسمة، فإن إجراء القسمة وعدم حصول الشريك الرهن على العقار المرهون فيه حصته الشائعة أو على جزء مفرز مساو لقيمة هذه الحصة يمثل إضعافاً للتأمين الذي عوّل عليه الدائن المرتهن في منح الرهن ائتمانه، فيترتب عليه - من ثم - سقوط أجل الدين وثبوت حق المرتهن في استيفاء حقه من هذه النقود بمقتضى حق الرهن ما لم يقدم له الشريك الرهن تأميناً آخر كافياً (٣٧٦).

ويميل البعض في الفقه المصري إلى القول بانتقال حق المرتهن إلى المبلغ النقدي الذي آل إلى الرهن، تطبيقاً لقاعدة الحلول العيني التي طبقها التقنين المدني الجديد على رهن الأبنية المقامة على أرض الغير، ورهن الحصة الشائعة أو الجزء المفرز إذا وقع في نصيبه أعيان أخرى غير التي رهنها، وهلاك العقار المرهون أو تلفه، ويكون للدائن المرتهن قياساً على هذه الحالات أن يستوفي حقه من هذا المبلغ بالتقدم وفقاً لمرتبته، ويؤكد أصحاب هذا الرأي منطقهم بما جاء في المادة ١٠٥٦ مدني مصري والتي تقضي بأن "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين

(٣٧٥) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٩ والمراجع التي أشار إليها سيادته.

(٣٧٦) انظر في نفس المعنى إلى كل من: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٣٥، ٣٦، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٩، ٤٠.

العاديين من ثمن العقار أو من المال الذي حل محل هذا العقار....." فجاء لفظ المال الذي يرد عليه الحلول في هذه المادة مطلقاً فيشمل النقود وغيرها (٣٧٧) .

وهذا الرأي محل نظر لأن القول بانتقال الرهن ليرد على النقود معناه الاعتراف بوجود هذا الحق، وهذا لا يتحقق في ظل الأثر الكاشف للقسمة الذي يجعل رهن الشريك ولو لحصته الشائعة رهناً وارداً على ملك غيره بأيلولة العقار كله إلى أحد الشركاء الآخرين غير الراهن، كما لا يتصور القول بانتقال الرهن ليرد على نقود في ظل عدم ورود الرهن الرسمي إلا على عقار، هذا بالإضافة إلى أن الاحتجاج بالمادة ١٠٥٦ مدني مصري سالف الذكر يعد احتجاجاً في غير محله لأن تطبيقها يقتضي أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون حتى يمكن الاعتراف للمرتهن بميزة التقدم على غيره من الدائنين بحسب مرتبة رهنه، والراهن لا يعد في الحقيقة مالكا للعقار المرهون أو لحصة شائعة فيه وفقاً للأثر الكاشف للقسمة (٣٧٨) .

٣- رهن أحد الشركاء على الشيوع لجزء مفرز:

لا يملك الشريك في عقار مملوك على الشيوع سوى حصة شائعة فيه، فلا يتعلق حقه بجزء مفرز في هذا العقار، وإنما ينتشر حقه في كل جزئية من جزيئات هذا العقار دون أن يتركز في جزء معين بالذات، ومن ثم لا يحق له التصرف في أي جزء مفرز من هذا العقار بالبيع أو بالرهن ولو كان مساوياً لحصته الشائعة.

وتطبيقاً لذلك يعد رهن الشريك لجزء مفرز في العقار الشائع رهناً لملك الغير لأنه لا يملك هذا الجزء المفرز في هذا العقار بل يملكه هو وباقي الشركاء على الشيوع، ومن ثم لا ينفذ هذا الرهن في حق باقي الشركاء، إلا إذا أقره جميع الشركاء أو الأغلبية المالكة لثلاثة أرباع هذا العقار وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٨٣٢ من التقنين المدني المصري.

(٣٧٧) أ.د/ شمس الدين الوكيل "نظرية التأمينات في القانون المدني الجديد" ص ٩٩، ج١ طبعة عام ١٩٥٦، أ.د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- ج١، ١٠١، فقرة ١٤٦، ١٤٧، أ.د/ عبدالفتاح عبد الباقي "التأمينات الشخصية والعينية- ص٢٢٠، طبعة عام ١٩٥٠ م .

(٣٧٨) انظر في ذلك إلى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٧٧، ١٧٨، أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ٤٠.

بيد أن هذا الرهن يعد صحيحاً وناظراً في العلاقة بين الشريك الراهن والدائن المرتهن، ويحق لهذا الدائن أن يطلب إبطال الرهن للغلط إذا كان يجهل أن هذا الجزء المفروز غير مملوك للراهن وفقاً لأحكام المادة ٨٢٦ مدني مصري، ويطالب المدين بالوفاء بالدين فوراً إذا لم يقبل مبادرة المدين الراهن بتقديم ضمان آخر كاف، تطبيقاً لأحكام المادة ٢/٢٧٣ مدني مصري.

أما إذا كان الدائن المرتهن على علم بعدم ملكية الشريك الراهن للجزء المفروز محل الرهن، فليس من حقه طلب إبطال الرهن وعليه أن ينتظر ما سوف تسفر عنه القسمة على ما سنرى.

أثر القسمة على هذا الرهن:

إذا ظل الرهن قائماً إلى وقت إجراء قسمة العقار الشائع الذي رهن الشريك حصة مفروزة فيه، فإن أثر هذه القسمة على الرهن يختلف باختلاف الفروض الآتية:-

أ- الفرض الأول: إذا وقع في نصيب الشريك الراهن - بموجب القسمة - ذات الجزء المفروز الذي سبق له رهنه، ففي هذا الفرض يستقر الرهن صحيحاً باتاً، لأنه وفقاً للأثر الكاشف للقسمة يعد الرهن صحيحاً وناظراً من وقت نشوئه لصدوره من مالك، ومن ثم لا يحق للدائن المرتهن طلب إبطال الرهن.

ب- الفرض الثاني: أن يختص الشريك الراهن بجزء مفروز آخر من نفس العقار المرهون، ففي هذا الفرض ينتقل حق الرهن على هذا الجزء المفروز بنفس مرتبة الرهن دون حاجة إلى استصدار أمر على عريضة لتعيين القدر الذي انتقل إليه الرهن أو إجراء قيد جديد، على أن يكون للدائن المرتهن الحق في طلب إبطال الرهن إذا كان يجهل ملكية الراهن للجزء المفروز المرهون.

وبعد هذا الحكم تطبيقاً لنص المادة ٢/٨٢٦ مدني مصري حيث تنص على أنه "وإذا كان التصرف منصباً على جزء مفروز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفروزة الحق في إبطال التصرف".

ج- الفرض الثالث: أن يقع في نصيب الشريك الراهن عقار آخر أو جزء مفرز من هذا

العقار، ففي هذا الفرض ينتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذا العقار أو الجزء المفرز منه يعادل قيمة الجزء المفرز المرهون بشرط أن يستصدر الدائن المرتهن أمراً على عريضة من القاضي لتحديد هذا القدر، وأن يجري قيماً جديداً له خلال تسعين يوماً من تاريخ إخطاره من أي ذي شأن بتسجيل القسمة، وإلا احتسبت مرتبة الرهن من تاريخ القيد الجديد إذا تم بعد هذه المدة.

وبعد هذا الحكم تطبيقاً لنص المادة ٢/١٠٣٩ مدني مصري حيث تقضي بأنه "وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفزراً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة...".

د- الفرض الرابع: إذا اختص الشريك الراهن بمنقول عند قسمة المال الشائع، ففي هذا

الفرض ينتقل الرهن - وفقاً للرأي الذي رجحناه بشأن رهن الشريك حصته الشائعة- ليرد على المنقول بشرط أن يتحول هذا الرهن الرسمي إلى رهن حيازي فيحق للدائن المرتهن طلب هذا المنقول لحيازته.

هـ- الفرض الخامس: إذا اختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود بموجب القسمة، ففي هذه

الحالة -وفقاً للرأي الذي رجحناه بشأن رهن الشريك لحصته الشائعة- فإن للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من هذه النقود بموجب عقد الرهن ذاته- دون حاجة إلى القول بانتقال حق الرهن إليها - متقدماً في ذلك على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة بشرط أن يكون دينه قد حلّ أجل استحقاقه، أما إذا كان الدين لم يحل بعد أجل استحقاقه فله أن يستوفيه من هذه النقود ما لم يبادره المدين بتقديم تأمين آخر كاف.

٤ - رهن الشريك للعقار الشائع كله:

لا يملك الشريك في عقار شائع سوى حصة شائعة فيه، ومن ثم ليس من حقه التصرف في هذا العقار بالبيع أو الرهن إلا في حدود حصته الشائعة، على أساس أن ما زاد عن مقدار حصته في العقار الشائع يعد مملوكا لباقي الشركاء فلا يجوز له التصرف فيه.

ولذلك فإنه إذا قام الشريك برهن العقار الشائع كله فيعد رهنه صحيحاً ونافاً في حق باقي الشركاء في حدود مقدار حصته الشائعة فقط، أما ما زاد عن هذه الحصة فيعد رهنه له رهنًا لملك غيره فتسري عليه الأحكام الخاصة برهن ملك الغير - المنصوص عليها في المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري - فلا ينفذ في حق باقي الشركاء إلا إذا أقره.

ويكون من حق الدائن المرتهن طلب إبطال الرهن في العقار كله للغلط إذا كان يجهل أن الشريك الراهن لا يملك في هذا العقار المرهون إلا حصة شائعة فيه فقط، كما أن له أن يطلب إبطال الرهن فيما جاوز قدر الحصة الشائعة سواء علم بأن العقار مملوكا على الشيوع وليس للراهن سوى حصة شائعة فيه أو لم يعلم بذلك، ويقوم طلب الإبطال في هذه الحالة لا على أساس الغلط ولكن على أساس وقوع الرهن فيما جاوز حصة الشريك في ملك الغير (٣٧٩).

فإذا تمت قسمة العقار الشائع بعد رهنه من أحد الشركاء، فإن حكم هذا الرهن ومصيره يختلف باختلاف الآثار والنتائج المترتبة على هذه القسمة وفق الفروض الآتية:-

أ - الفرض الأول: إذا اختص الشريك الراهن بموجب القسمة بالعقار كله، ففي هذا الفرض يستقر الرهن صحيحا باتا، لأنه وفقا للأثر الكاشف للقسمة يعد الشريك الراهن وكأنه كان مالكا لهذا العقار منذ إنشاء الرهن، ومن ثم يسقط حق الدائن المرتهن في طلب الإبطال وفقا للأحكام الخاصة برهن ملك الغير.

(٣٧٩) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٤٢، أ. د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ١٩٧، أ. د/ شفيق شحاتة - المرجع السابق - ص ٤٨.

ب-الفرض الثاني: إذا اختص الشريك الراهن بعقار آخر غير العقار المرهون ففي هذا الفرض ينتقل الرهن بمرتبته إلى هذا العقار وفقا لأحكام المادة ١٠٣٩ مدني مصري ، غير أن للدائن المرتهن الحق في طلب الإبطال للغلط إذا كان يجهل ملكية العقار المرهون للشريك الراهن.

ج- الفرض الثالث: إذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز من العقار المرهون ففي هذا الفرض يستقر الرهن فيه، على أن يكون للدائن المرتهن حق التمسك بسقوط أجل الدين ومطالبة المدين بالوفاء به فوراً - فقد ضَعُفَ تَأْمِينُهُ بفعل الراهن على إثر القسمة ولم يبق لضمان دينه من العقار المرهون غير جزء مفرز فيه - ما لم يؤثر هذا الدائن مطالبة المدين بتكملة الضمان (م ٢/٢٧٣ مدني مصري).

د- الفرض الرابع: إذا اختص الشريك الراهن بجزء مفرز في عقار آخر غير العقار المرهون، ففي هذا الفرض ينتقل الرهن إليه وفقا لأحكام المادة ٢/١٠٣٩ مدني، على أن يكون للدائن المرتهن الخيار بين المطالبة بأداء الدين فوراً لسقوط أجله نتيجة لإضعاف الضمان بفعل الشريك الراهن أو المطالبة بتكملة التأمين، على النحو الذي رأينا في الفرض الثالث.

هـ- الفرض الخامس: إذا اختص الشريك الراهن بمنقول، ففي هذا الفرض نرجح القول بانتقال الرهن إليه على أن يتحول الرهن من رهن رسمي - حيث لا يرد الرهن الرسمي إلا عقار وفقا للقواعد العامة في هذا الرهن - إلى رهن حيازي ويحق للدائن المرتهن طلب هذا المنقول لحيازته.

و- الفرض السادس : إذا اختص الشريك بمبلغ من النقود ، فنرى في هذا الفرض أن للدائن المرتهن بموجب حق الرهن ذاته أن يستوفي حقه من هذه النقود متقدما على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، قياساً على ما يخوله له حق الرهن ذاته عند بيع العقار المرهون بالمزاد العلني في استيفاء دينه من ثمن بيع هذا العقار بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ومن ثم ليس ثمة داع للقول بانتقال حق الرهن ليرد على هذه النقود، نظراً لأن الرهن الرسمي لا يرد إلا على العقارات.

٥ - رهن الأجزاء المشتركة في ملكية الشقق والطبقات:

لا جرم أن ملاك الطبقات أو الشقق في كل بناء من الأبنية مثل العمارة أو المنزل هم شركاء في ملكية الأرض المقام عليها البناء، وملكية الأجزاء المشتركة في هذا البناء مثل أساساته وجدرانه الرئيسية، وما أُعد منها للاستعمال المشترك مثل المداخل والممرات والمصاعد والأسطح...إلخ، إلى جانب ملكية كل واحد منهم للأجزاء المفردة من الشقة أو الطبقة ملكية خاصة (م ١/٨٥٦ مدني مصري).

وتعد هذه الأجزاء المشتركة في الشقق والطبقات تابعة للأجزاء المفردة لا تتفك عنها مطلقاً، وبناء عليه إذا تصرف مالك الشقة أو الطبقة فيما يملكه منها من أجزاء مفردة ببيعها أو رهنها، شَمِلَ التصرف سواء كان بيعاً أو رهناً ما يوازي قدر أو نصيب الأجزاء المفردة من الأجزاء المشتركة، فلا يجوز التصرف في الأجزاء المشتركة بالبيع أو الرهن استقلالاً عن الأجزاء المفردة.

وبعد هذا الحكم تطبيقاً لنص المادة ٢/٨٥٦ من التقنين المدني المصري إذ تنص على أنه "وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار، وليس لمالك أن يتصرف في نصيبه هذا مستقلاً عن الجزء الذي يملكه".

ثانياً: الرهن الواقع على ملكية محتملة

إذا كان القانون قد أوجب في الرهن للعقار -سواء أكان مديناً أم كفيلًا عينياً- أن يكون مالكاً لهذا العقار (وفقاً للمادة ٢/١٠٣٢ مدني مصري)، إلا أنه ليس في نصوص القانون ما يستلزم في ملكية الرهن أن تكون ملكية باتة، بل يجوز أن تكون ملكيته للعقار المرهون ملكية محتملة.

وتكون ملكية الرهن محتملة إذا كانت معلقة على شرط واقف، فالمالك لعقار تحت شرط واقف لا تثبت له ملكية هذا العقار إلا إذا تحقق الشرط، فإن تحقق الشرط اعتبر الرهن صحيحاً صادراً من مالك للعقار من يوم إنشائه وفقاً لفكرة الأثر الرجعي، أما إذا تخلف هذا الشرط زال الرهن تبعاً لزوال سند ملكية الرهن، وبعد الرهن منذ صدوره واقفاً على ملك الغير، لأن زوال ملكية الرهن بأثر رجعي يستوجب زوال ما قد رتبته على العقار من حقوق لأن فاقد الشيء لا يعطيه، ومن

ثم تسرى على هذا الرهن الأحكام الخاصة برهن ملك الغير المنصوص عليها في المادة ١٠٣٣ من التقنين المدني المصري (٣٨٠).

ثالثاً: الرهن الواقع على ملكية مهددة بالزوال:

تعد ملكية الشخص لشيء ما ملكيةً غير مؤكدة أو مهددة بالزوال إذا كان يعتري سند ملكيته له خطرٌ ما يتهده في المستقبل - على مظنة الوقوع أو عدمه - فيؤدي إلى زوال هذه الملكية (كما لو كانت معلقة على شرط فاسخ فتتحقق الشرط) أو إبطالها (نظراً لنقص أهلية العاقد الآخر أو لوقوعه في عيب من عيوب الإرادة) أو فسخها (نظراً لإخلال هذا المالك بالتزاماته في مواجهة العاقد الآخر) وقد لا يتحقق هذا الخطر فتستقر ملكيته وتصبح ملكيةً مؤكدةً بصورة نهائية.

فللشخص الذي انتقلت إليه ملكية عقار بسند ملكية مهدد بالزوال أو الإبطال أو الفسخ أن يتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف (أي سواء بالبيع أو بالرهن) وذلك بوصفه مالكا له وقت هذا التصرف، طالما أن هذا الخطر الذي يتهده لم يتحقق بعد، أما إذا وقع هذا الخطر فتتحقق الشرط الفاسخ أو أبطل العقد أو فسخ، وكان المالك قد رهن هذا العقار، ففي هذا الفرض يزول سند ملكية الراهن ويزول معه الرهن تبعاً له وفقاً للقواعد العامة، ويعدُّ الرهنُ صادراً من غير مالك منذ نشوئه تطبيقاً للقواعد العامة في أثر الزوال أو الإبطال أو الفسخ، وتسرى على هذا الرهن الأحكام الخاصة برهن ملك الغير والمنصوص عليها في المادة ١٠٣٣ / ١ من التقنين المدني المصري .

بيد أن القانون قد خرج على مقتضى هذه القواعد العامة سائلة الذكر حمايةً للدائن المرتهن حسن النية، الذي كان يجهل ما كان يعتري سند ملكية الراهن من مخاطر قد تؤدي إلى زواله أو إبطاله أو فسحه في المستقبل، فأقدم بحسن نية على منح المدين ائتمانه لقاء ما رتبه أو سيرتبه له الراهن (سواء أكان هو نفسه المدين أم كان شخصاً آخر قدَّم الرهن لمصلحة المدين) من حق عيني على عقار من عقاراته ضماناً لدينه، معتقداً أن للراهن ملكية هذا العقار المرهون، وأن هذه الملكية ملكيةً باتة ومؤكدة لا يتهدها خطر الزوال أو الإبطال أو الفسخ، فنصَّ صراحةً - على

(٣٨٠) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ محمود جمال الدين زكي- المرجع السابق- ص ١٧٩، أ.د/ شمس الدين الوكيل- المرجع السابق- فقرة ٤١، أ.د/ عبدالناصر العطار- المرجع السابق- ص ٣٠، ٣١، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي- المرجع السابق- فقرة ٢٢٠.

سبيل الاستثناء- على أن يبقى هذا الرهن صحيحاً وناظراً رغم زوال ملكية الراهن أو إبطالها أو فسخها، في المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني المصري ، وذلك على التفصيل الآتي :

ما هي شروط حماية المرتهن عند زوال ملكية الراهن بأثر رجعي؟

تنص المادة ١٠٣٤ من التقنين المدني المصري على أن "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن".

ويظهر واضحاً من النص السالف ذكره أن الدائن المرتهن إذا أراد أن يستفيد من الحماية المقررة في المادة ١٠٣٤- الواردة على سبيل الاستثناء خروجاً على فكرة الأثر الرجعي لزوال الملكية أو إبطالها أو فسخها- أن يثبت توافر الشروط الآتية:-

أ- الشرط الأول: أن يصدر الرهن من مالك للعقار المرهون وقت الرهن:

ينبغي على الدائن المرتهن إذا أراد أن يتمسك ببقاء الرهن الصادر لصالحه تطبيقاً للحماية المقررة في المادة ١٠٣٤ مدني مصري ، أن يثبت صدور هذا الرهن من مالك، وبهذا يتميز هذا الفرض عن رهن ملك الغير الذي يصدر من غير مالك وقت إبرامه (٣٨١).

كما ينبغي أن تكون ملكية الراهن ثابتة بسند حقيقي، وبذلك يتميز هذا الفرض عن رهن المالك بسند صوري أو رهن المالك الظاهر، على أساس أن ملكية الراهن وإن كانت زائلة إلا أنها ليست صورية أو عديمة السند (٣٨٢).

ويلزم أيضاً إذا كان الراهن غير مالك وقت نشوء الرهن، كما لو كان حائزاً بلا سند أو بسند باطل بطلاناً مطلقاً، فليس من حقه أن يتمسك بالحماية التي قررها القانون في المادة سالفه الذكر

(٣٨١) أ/د/ سمير تناغو - المرجع السابق- ص ١٧٨، أ/د/ العطار - المرجع السابق- ص ٢٨.

(٣٨٢) يعتقد البعض أن الراهن إذا زالت ملكيته فهو مالك ظاهر، ومن ثم فإن تصحيح العقد الصادر من مثل هذا الشخص يمثل تطبيقاً من تطبيقات نظرية المالك الظاهر، فمتى كان الدائن المرتهن حسن النية تمتع بالحماية الواردة في المادة ١٠٣٤ ، لأنه يكون قد تعامل مع شخص يوحي السند الذي بيده بأنه يملك التصرف" [أ/د/ شفيق شحاتة- المرجع السابق- ص ٨٦] وهذا الرأي محل نظر على أساس أن الراهن في مثل هذه الحالة ليس مجرد مالك ظاهر لا يملك سنداً لملكته أصلاً أو يملك سنداً صورياً، إنما هو مالك حقيقي يملك سنداً حقيقياً من وقت الرهن، غاية الأمر أنه سند يتهدده خطر في المستقبل قد يؤدي إلى زواله (قرب ذلك: أ/د/ سمير تناغو- المرجع السابق- ص ١٧٩ هامش ١) .

حتى ولو كان حسن النية (أى يجهل أن الحائز لا سند له فى حيازته أو أن سنده باطل بطلانا مطلقا(٣٨٣).

وكذلك أيضا إذا لم يكن الراهن مالكا للعقار المرهون وقت الرهن ثم أصبح بعد الرهن مالكا له، مثل من اشترى عقارا بعقد غير مسجل ثم رهنه قبل التسجيل وبعد ذلك زالت ملكيته بأثر رجعي، ففي هذه الحالة لا يعد الراهن مالكا للعقار وقت نشوء الرهن، ومن ثم لا يتمتع الدائن المرتهن بالحماية ولو كان حسن النية(٣٨٤) ، كما ينطبق نفس الحكم السابق إذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط واقف وقت الرهن، ثم بعد أن تحقق الشرط واستقرت ملكيته زالت عنه لأي سبب من أسباب زوالها على أساس أن الراهن لم يكن مالكا وقت نشوء الرهن.

ب- الشرط الثانى: أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت الرهن:

ذلك أن القانون ما خرج على مقتضى القواعد العامة التي توجب ترتيب الأثر الرجعي لزوال ملكية الراهن أو إبطالها أو فسخها، بزوال الرهن المرتكز على هذه الملكية، إلا رغبة فى حماية الدائن المرتهن حسن النية الذي منح الراهن انتمانه معتقداً عن جهالة مشروعة (وأقصد بجهالته المشروعة أى أن له مبررا مقبولا فيها حيث إنه لم يعلم ولم يكن بوسعه أن يعلم مع بذله عناية الرجل المعتاد ما كان يحيط سند الراهن من مخاطر تهدده بالزوال أو الإبطال أو الفسخ أو الرجوع فيه - رغم صحة السند وعدم صوريته- فى المستقبل) أن ملكية الراهن باتة ومؤكدة لا يشوبها شئ قد ينال منها فيجعلها عرضة للزوال أو الانهدام.

ومن ثم إذا كان الدائن المرتهن سيئ النية يعلم وقت العقد أن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي أو كان فى مقدوره أن يعلم بذلك لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد، فليس من حقه أن يتمسك ببقاء رهنه إذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعي.

(٣٨٣) ويعتقد البعض أن الحماية المقررة فى المادة ١٠٣٤ سالفه الذكر تنطبق فى حالة إذا كان المالك لديه سند باطل بطلانا مطلقا، تأسيسا على اعتبار هذه المادة تمثل تطبيقا لفكرة المالك الظاهر [أ.د/ عبدالباسط جمبوع] "نظرية الأوضاع الظاهرة" ص ٣٥٠، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة عام ١٩٥٥م وهذا الرأى لا يمكن التسليم به لأن الراهن إذا كان سند ملكيته باطلا بطلانا مطلقا لا يعد مالكا حقيقيا، فالعقد الذي تلقى بموجبه هذا العقار عقد معدوم. إذن لا يعد الراهن مالكا أصلا للعقار ولا يملك من ثم رهنه، والحماية الواردة فى المادة ١٠٣٤ مدني مصري مقصورة على صدور الرهن من مالك حقيقي لديه سند صحيح وقت الرهن وإن كان مشوبا بما قد يهدده بالزوال أو الإبطال أو الفسخ فى المستقبل

(٣٨٤) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٨.

ولا جرم أن الأصل في الرهن أن يكون حسن النية، لأن حسن النية أمر مفترض، وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه، وعلى أيه حال فإن تقدير حسن نية الدائن المرتهن أو سوء نيته أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة(٣٨٥).

بيد أن القانون قد أقام قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس فينتفي معها حسن نية الدائن المرتهن، بمقتضى المادتين ١٥، ١٧ من قانون الشهر العقاري، مفادها أنه إذا كان ثمة خطر يهدد ملكية الرهن بالزوال أو الإبطال أو الفسخ أو الرجوع، ثم قام صاحب المصلحة (وهو من تلقى عنه الرهن ملكية العقار المرهون) برفع دعوى للمطالبة بزوال هذه الملكية أو إبطالها أو فسخها أو بالرجوع فيها، ثم قام بالتأشير في هامش سجل سند الرهن بما يفيد ذلك، فإن المرتهن الذي يتلقى الرهن بعد تاريخ هذا التأشير يعد سيئ النية، على أساس أنه كان في مقدوره أن يعلم مضمون الخطر الذي يهدد ملكية الرهن بالزوال من مجرد الإطلاع على سجل سند ملكيته (٣٨٦)، أما إذا كان الدائن المرتهن قد تلقى حق الرهن وأجرى قيده قبل تسجيل صاحب المصلحة لدعواه أو التأشير عليها في سجل سند ملكية الرهن، فعند ذلك يعد رهنه نافذاً في حقه طالما أنه حسن النية (أي يجهل جهلاً مشروعاً أن ملكية الرهن مهددة بالزوال بأثر رجعي)(٣٨٧) .

ج- الشرط الثالث: زوال ملكية الرهن بأثر رجعي:

ينبغي حتى يتسنى للمرتهن التمسك بالحماية المقررة قانوناً حدوث الخطر الذي كان يهدد ملكية الرهن بالزوال كأن تكون ملكية الرهن معلقة على شرط فاسخ ثم يتحقق الشرط الفاسخ بعد الرهن، أو أن يكون العقد الذي تلقى الرهن ملكية العقار بمقتضاه قابلاً للإبطال لنقص أهلية من

(٣٨٥) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٣٨٦) حيث تنص المادة ١/١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه "يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى البطلان أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تُسجَل تلك الدعاوى".

وتنص المادة ١٧ من نفس القانون على أنه "يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون، يكون حجه على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما".

(٣٨٧) انظر في نفس المعنى: أ.د/ العطار - المرجع السابق - ص ٢٩، ٣٠، أ.د/ تناغو - المرجع السابق - ص ١٨٠.

تعاقد معه أو لوقوعه في أحد عيوب الإرادة، فيطلب من تقرر الإبطال لصالحه إبطال العقد فيصدر القاضي حكماً بالإبطال، أو أن يكون الراهن قد اشترى العقار ولم يوف البائع ثمنه كاملاً فطلب البائع من المحكمة فسخ العقد لإخلال الراهن بوصفه مديناً في مواجهته بالتزامه بدفع الثمن، فحكمت له المحكمة بالفسخ أو كان سند ملكية الراهن عقد هبة رجع فيها الواهب بعد الرهن في الأحوال المباحة قانوناً للرجوع (٣٨٨) وصدر حكم قضائي بذلك، أو غير ذلك من الأمثلة الأخرى التي تزول فيها ملكية الراهن بأثر رجعي رغم أنها كانت ثابتة له وقت إنشاء الرهن.

فإذا توافرت جميع الشروط الثلاثة سالفة الذكر ترتب على ذلك بقاء الرهن نافذاً في حق المالك الحقيقي للعقار المرهون رغم زوال ملكية الراهن بأثر رجعي، بحيث يستطيع أن ينفذ على العقار المرهون ليستوفي حقه من ثمن بيعه بالمزاد متقدماً على سائر دائني المالك الأصلي للعقار المرهون العاديين والتاليين له ف المرتبة، خروجاً على القواعد العامة في الأثر الرجعي لزوال ملكية الراهن والتي كانت تستوجب زوال الرهن تبعاً لزوالها.

رهن المباني أو المنشآت المقامة على أرض الغير:

إنه وإن كان الأصل أن مالك الأرض يعد مالكا لكل ما عليها من أبنية أو منشآت - وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١/٩٢٢ مدني مصري - إلا إنه ليس ثمة مانع يحول دون أن يكون مالك سطح الأرض شخصاً آخر غير مالك المباني أو المنشآت المقامة عليها، فقد رخص القانون بذلك في المادة ٣/٨٠٣ مدني مصري بقولها "ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها".

فكثيراً ما نرى شركات الاستثمار العقاري تقوم ببناء العمارات والمنشآت ثم تملكها للأشخاص شققاً أو طبقات مع احتفاظها بملكية الأرض المقامة عليها، وقد يحدث أن تخول هذه

(٣٨٨) تنص المادة ٥٠١ من التقنين المدني المصري على هذه الأحوال بقولها "يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة: - أ- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه. ب- أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير". ج- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي".

الشركات للأشخاص حق البناء على أرضها، وتملك ما يقيمونه من ثم من أبنية أو منشآت عليها، وفي كلا الحالتين يكون مالك المباني غير مالك الأرض (٣٨٩).

فصاحب البناء المقام على أرض الغير يعد مالكا له - بموجب الاتفاق المبرم بينه وبين صاحب الأرض - ومن ثم يحق له أن يمارس عليه جميع سلطات المالك فيما يملك فيستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه بالبيع أو الرهن.

ولقد كان من مقتضى ملكية الباني لما أقامه من مباني أو منشآت ألا يحتاج لنص خاص يصرح له بالحق في رهنه، على أساس أن الرهن يمثل أحد مظاهر التصرف التي يملكها بوصفه مالكا لهذه المباني أو المنشآت، لولا أن ملكيته لها عادة ما تكون ملكيته مؤقتة تزول بأحد هذين السببين:

أ - أن تنتقضي المدة المحددة لملكية الباني لهذه المنشآت والمباني، ويطلب صاحب الأرض نزعها فيقوم الباني بهدمها والحصول على أنقاضها أو يملكها صاحب الأرض بعد انقضاء هذه المدة بموجب الاتفاق المبرم فيما بينهما أو بمقتضى أحكام القانون الخاصة بالالتصاق، فيدفع للباني قيمة المباني التي أجزاها على أرضه (م ٢/٩٢٣ مدني مصري).

ب - انهدام هذه المباني أو المنشآت ولو قبل انتهاء المدة المحددة لملكيتها، إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بانقضاء ملكية الباني بمضي المدة المحددة لملكيتها أو بالانهدام أيهما أقرب.

لذلك فقد حرص واضع القانون على النص صراحة على جواز رهن المباني أو المنشآت المقامة على أرض الغير من مالكاها، تأكيدا لحقه في الرهن رغم ملكيته المؤقتة لها ولتحديد مصير الرهن إذا ما انقضت ملكيته بالانهدام هذه المباني أو المنشآت أو بأيلولة ملكيتها إلى صاحب الأرض وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق.

(٣٨٩) حيث تنص المادة ٢/٩٢٢ مدني مصري على أنه "ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد حوّل أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو حوّل الحق في إقامة المنشآت وتملكها" بعد أن وضعت القاعدة العامة في فقرتها الأولى بقولها "كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له".

فقد نصت المادة ١٠٣٨ مدني مصري على أن "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هُدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقا لأحكام الخاصة بالالتصاق".

وواضح من هذا النص أنه يتعرض فقط لمصير الرهن إذا انقضت ملكية الباني الراهن لما بناه على أرض غيره، ومن ثم فإن مصير الرهن وحكمه خلال المدة المحددة لبقاء ملكية الباني الراهن للمباني والمنشآت التي أقامها يخضع للقواعد العامة في رهن المالك لما يملكه.

وتطبيقا لذلك فإنه اذا حل أجل الدين المضمون برهن هذه المباني والمنشآت خلال مدة تملك الباني الراهن لها، يكون من حق الدائن المرتهن - وفقا للقواعد العامة في الرهن - أن يتخذ إجراءات التنفيذ عليها وبيعها في المزاد، على أن يراعى أن الراسى عليه المزاد يتلقى ملكية المباني أو المنشآت المرهونة بعد بيعها بالمزاد بنفس وصفها كملكية مؤقتة، فمن غير المتصور أن يكون له أكثر مما كان للباني الراهن، ومن ثم تنقضي هذه الملكية بذات الأسباب التي كانت ستتقضي بها لو بقيت في ملك الراهن (٣٩٠) .

أما إذا انقضت ملكية الباني الراهن سواء بانهدام البناء أو بتملك صاحب الأرض للمباني وفقا لأحكام الخاصة بالالتصاق، فإن للدائن المرتهن - وفقا لأحكام المادة ١٠٣٨ سالفه الذكر - حق التقدم في استيفاء دينه من ثمن الأنقاض إذا انهدم البناء أو من التعويض الذي يستحقه الباني الراهن في مواجهة مالك الأرض نتيجة آيلولة المباني له وفقا لأحكام الخاصة بالالتصاق.

وليس من حق الدائن المرتهن تتبع المباني المرهونة في يد مالك الأرض، إذا ما انتقلت إليه ملكيتها بمقتضى الاتفاق أو بموجب القانون (وفقا لقواعد الالتصاق)، على أساس أن الدائن المرتهن قد ارتهن ملكية مؤقتة فلا يكون له من السلطات ما يتجاوز ما كان للراهن وقت الرهن وإلا ترتب على الرهن الإضرار بمالك الأرض (٣٩١) .

(٣٩٠) انظر في نفس المعنى: أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٤٤، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٢.

(٣٩١) أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٤٤.

وجدير بالذكر أنه إذا أقام شخص بناءً على أرض مملوكة لغيره دون اتفاق معه على ذلك، وتملك مالك الأرض هذا البناء وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق (٣٩٢)، وكان الباني قد رهن البناء فإن رهنه يعد رهناً لملك غيره تسرى عليه الأحكام الخاصة برهن ملك الغير، فلا ينفذ هذا الرهن في حق مالك الأرض إلا بإقراره (٣٩٣).

رابعاً: الرهن الواقع على ملك الغير:

١ - تعريف رهن ملك الغير:

إذا رهن المرء عقاراً لا يملكه باسمه وحسابه دون أن تثبت له ولاية التصرف فيه بمقتضى أحكام القوامة أو الوصاية أو الولاية، كان رهنه رهناً لملك غيره (٣٩٤).

ومن ثم يمكننا تعريف رهن ملك الغير بأنه "الرهن الذي يجريه الراهن باسمه ولحسابه على عقار موجود ومعين وقت الرهن ليس مملوكاً له، بل مملوكاً لغيره دون أن تكون له ولاية في التصرف فيه باسم ذلك الغير".

وبناء على هذا التعريف يخرج عن رهن ملك الغير رهن المال المستقبلي، على أساس أن هذين الرهنين وإن تشابها معاً في عدم ملكية الراهن في كل منهما للعقار المرهون وقت الرهن، إلا أنهما يختلفان فيما بينهما في أمور شتى، فمن ناحية نجد أن العقار المرهون في رهن ملك الغير عقار موجود ومعين وقت الرهن بخلاف الحال في رهن المال المستقبلي فهو رهن يقع على عقار غير موجود أو غير معين وقت الرهن، ومن ناحية أخرى فإن رهن المال المستقبلي يعد رهناً باطلاً بطلاناً مطلقاً، في حين يعد رهن ملك الغير رهناً قابلاً للإبطال من نوع خاص وفقاً لأحكام التقنين المدني المصري الجديد، كما يخرج بناءً على هذا التعريف عن رهن ملك الغير الرهن الذي يجريه

(٣٩٢) تنص المادة ١/٩٢٤ مدني مصري على أنه "إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا (أي لصاحب الأرض) أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت".

(٣٩٣) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٢.

(٣٩٤) انظر في نفس المعنى: أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ١٧٠.

الراهن على ملك غيره بما له من ولاية في التصرف وفقا لأحكام القوامة أو الوصاية أو الولاية وفي حدود هذه الأحكام.

٢ - حكم رهن ملك الغير:

يجدر بنا قبل أن نبين حكم هذا الرهن في ظل أحكام التقنين المدني المصري الجديد، أن نوضح حكمه في ظل أحكام التقنين المدني القديم، ومن قبل ذلك كله نشير إلى حكمه في ظل أحكام التقنين المدني الفرنسي، لاسيما وأن موقف الفقه والقضاء المصري في ظل أحكام التقنين المدني القديم من هذا الرهن قد جاء تقليدياً وتبعاً للرأي السائد في فرنسا.

أ - حكم رهن ملك الغير في ظل أحكام التقنين المدني الفرنسي:

على الرغم من صدور المجموعة المدنية الفرنسية خاليةً من نص صريح يبين حكم رهن ملك الغير، إلا أن رأي الفقه والقضاء الفرنسيين مستقرٌّ على بطلان هذا الرهن بطلاناً مطلقاً، على أساس أن ملكية الراهن للعقار المرهون ليست مجرد شرط شخصي للأهلية، بل هي شرط لازم لوجود الرهن قانوناً بحيث يترتب على تخلفه أن يصير الرهن غير مستجمع للضمانات التي يجب أن تتوفر في التأمين المتولد عنه، ويلحقه تبعاً لذلك عيب جوهري جزاؤه البطلان المطلق، هذا بالإضافة إلى أن تحريم الرهن الوارد على الأموال المستقبلية لعموم عباراته في المادة ٢/٢١٢٩ مدني فرنسي - والتي تقضي ببطلانه بطلاناً مطلقاً - يتسع ليشمل إلى جانب الرهن الذي يكون محله الأموال التي تؤول إلى الراهن في المستقبل بغير تحديد لها، الرهن الذي يكون محله عقاراً غير مملوك للراهن وقت الرهن (٣٩٥).

وبذلك يختلف رهن ملك الغير في فرنسا عن بيع ملك الغير، فيجعلون رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً، في حين يعد بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً نسبياً، وحجتهم في ذلك أن الرهن يمس الائتمان ومن ثم فهو يتعلق بالمصلحة العامة، بعكس البيع الذي لا يتصل إلا بالمصالح الخاصة للأفراد (٣٩٦).

(٣٩٥) د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٩٠.
(٣٩٦) د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ١٩١.

ب- حكم رهن ملك الغير في ظل أحكام التقنين المدني المصري القديم:

لم تتعرض أحكام التقنين المدني المصري القديم لحكم رهن ملك الغير مما أثار الخلاف بشأنه بين الفقه والقضاء، واستقر الرأي على بطلان رهن ملك الغير بطلانا مطلقا بوصفه يمثل أحد صور رهن المال المستقبل، والذي تقضي نصوص هذا التقنين ببطلانه بطلانا مطلقا (في المادة ٥٦٣ من التقنين الوطني، والمادة ٦٨٧ من التقنين المختلط).

ولا شك أن الفقه والقضاء المصريين متأثران في حكمهما على رهن ملك الغير بما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الفرنسيين بشأن هذا الرهن.

ج- حكم رهن ملك الغير في ظل أحكام التقنين المدني المصري الجديد:

تنص المادة ١/١٠٣٣ من التقنين المدني المصري الجديد على أنه "إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن".

بداية ينبغي التنويه إلى أن واضع هذا التقنين وإن لم يفصح صراحة عن وصف العقد (فلم يحدد ما إذا كان باطلا أو قابلا للإبطال) إلا أن مضمونه ليكشف بجلاء عن رفضه لفكرة بطلان هذا العقد بطلانا مطلقا كحكم ساد في الفقه والقضاء المصريين في ظل أحكام التقنين المدني القديم بشأن رهن ملك الغير.

ويستفاد من نص المادة ١/١٠٣٣ سالف الذكر الأحكام الآتية:

أ- إن رهن ملك الغير بالنسبة لمالك العقار المرهون عقد موقوف على إرادته ، أي عقد غير نافذ في حق هذا المالك الأصلي للعقار إلى أن يقره، وهذا أمر طبيعي تقتضيه القواعد العامة بوصفه أجنبياً عن العقد، فإذا لم يقره عدّ العقد كأن لم يكن بالنسبة له فلا يسري في حقه.

أما إذا أقرّ المالك الحقيقي عقد الرهن فإنه يترتب على هذا الإقرار نشوء الرهن صحيحاً وناظراً في حقه، ومن ثم يسقط حق الدائن المرتهن في طلب إبطال عقد الرهن.

ويتطلب القانون أن يصدر إقرار المالك الحقيقي لعقد الرهن في ورقة رسمية، على أساس أن عقد الرهن الرسمي لا ينشأ أصلاً إلا إذا أُفرغ في ورقة رسمية (م ١/١٠٣١ مدني مصري) والإقرار الصادر من المالك الحقيقي ينشئ عقد الرهن صحيحاً وناظراً في حقه، لذا يجب إفرغ هذا الإقرار في ورقة رسمية، هذا بالإضافة إلى أن اشتراط رسمية الإقرارات فيه درءٌ للجوء الأفراد إلى رهن ملك الغير كوسيلة للتحايل على الرسمية الواجبة قانوناً في هذا العقد.

ويظهر جلياً من روح النص القانوني سالف الذكر أنه ليس لإقرار المالك الحقيقي لرهن الغير لعقاره أثر رجعي، بدليل أن النص يشير إلى أن عقد الرهن لا يصبح صحيحاً في حقه إلا إذا أقره في شكل رسمي، ومن ثم لا يكون له من أثر في مواجهة المالك الحقيقي للعقار المرهون قبل صدور هذا الإقرار.

ولا جرم أن في انتفاء الأثر الرجعي للإقرار الصادر من المالك الحقيقي ضماناً وحماية جوهرية للغير الذي كسب من هذا المالك حقا على العقار قبل إقراره للرهن الواقع على ملكه فلا يضر من هذا الإقرار (٣٩٧).

ب- أما بالنسبة لطرفي عقد الرهن فالعقد صحيح وناظراً في حقهما ، غير أنه يكون قابلاً للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن، فيحق له طلب إبطال عقد الرهن سواء أكان حسن النية لا يعلم بعدم ملكية الراهن للعقار المرهون أم كان سيئ النية يعلم بأن الراهن غير مالك لهذا العقار، غير أنه إذا كان حسن النية فإن له إلى جانب الحق في طلب الإبطال حق المطالبة بالتعويض، إذا كان ثمة ضررٌ قد لحقه من جراء ذلك ، هذا بالإضافة إلى أنه لا يسقط حقه في المطالبة بالإبطال إلا بمرور خمسة عشر سنة تبدأ من تاريخ العقد، أما إذا كان عالماً بعدم ملكية الراهن للعقار المرهون فإن حقه في طلب الإبطال يسقط بمرور ثلاث سنوات من تاريخ علمه بذلك (٣٩٨) .

(٣٩٧) انظر في نفس المعنى إلى: د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٤١، ٤٢، د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٤، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٣٣.

(٣٩٨) انظر في نفس المعنى: د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٣٨.

كما يزولُ حقُ الدائنِ المرتهنِ في طلبِ إبطالِ العقدِ - وفقاً للقواعد العامة - بإجازته إياه صراحةً أو ضمناً قبل إقرار المالك الحقيقي للعقد، وعندئذ يصبحُ عقدُ الرهن صحيحاً بين طرفيه غير نافذٍ في حق المالك الحقيقي إلى أن يقره بورقة رسمية، وليس من حق الراهن طلب إبطال رهن ملك الغير، كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (٣٩٩) .

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن إجازة الدائن المرتهن لعقد الرهن الرسمي صراحةً أو ضمناً وإن أصبح بها هذا العقد صحيحاً بين طرفيه، إلا أن حق الرهن الرسمي بوصفه حقاً عينياً تبعياً ناشئاً عن هذا العقد لا ينشأ إلا بإقرار المالك الحقيقي للعقد بورقة رسمية ومن تاريخ هذا الإقرار أو بانتقال ملكية العقار المرهون إلى الرهن ومن تاريخ هذا الانتقال .

فإذا ما انتقلت ملكية العقار المرهون للراهن ترتب على ذلك - مثلما رأينا في الإقرار الرسمي الصادر من المالك الحقيقي للعقار المرهون - نشوء حق الرهن الرسمي من تاريخ هذا الانتقال، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد، ويجب على الدائن المرتهن قيده رهنه منذ هذا التاريخ إذ ليس لانتقال الملكية أثر رجعي - كما هو الحال أيضاً في الإقرار الصادر من المالك - ومن ثم تحسب مرتبة هذا الرهن من تاريخ إجراء القيد الجديد، حتى ولو كان الدائن المرتهن قد سبق له أن قيد رهنه قبل ذلك (٤٠٠) .

تحليل وتأصيل حكم رهن ملك الغير في ضوء أحكام المادة ١٠٣٣/١ مدني مصري :

لقد أشارت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري إلى أن واضع القانون قد أراد بالأحكام التي وردت في المادة ١٠٣٣ توحيد الحكم فيما بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغير رهناً رسمياً ورهن ملك الغير رهناً حيازياً لوحدة العلة وتحقيقاً لاتساق التشريع، فأجاز في هذه الفروض الثلاثة أن يجيز العقد من تقرر البطلان لمصلحته (وهو المشتري أو الدائن المرتهن) كما يجيزه إقرار المالك الحقيقي (مع مراعاة أن يكون الإقرار رسمياً في الرهن الرسمي) أو انتقال الملكية إلى

(٣٩٩) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٥ .

(٤٠٠) انظر في نفس المعنى: د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٣٩ .

البائع أو الراهن، الأمر الذي يفيد أن واضع القانون قد قصد في هذه المادة -كما تقول المذكرة الايضاحية- أن "الرهن يكون باطلا بطلانا نسبياً" (٤٠١) .

والحقيقة أن ما جاء من أحكام في المادة ١/١٠٣٣ من التقنين المدني الجديد يخالف أحكام البطلان النسبي، لأن المعروف وفقاً للقواعد العامة في البطلان النسبي أن العقد القابل للإبطال عقدٌ صحيحٌ بين طرفيه من وقت إبرامه ومنتجٌ لكافة الآثار المترتبة عليه إلى أن يقضى ببطلانه من المحكمة بناء على طلب الإبطال المقدم ممن تقرر البطلان لصالحه، في حين أن رهن ملك الغير لا ينتج آثاره فينشأ عنه حق الرهن الرسمي إلا من تاريخ إقرار المالك الحقيقي لهذا الرهن بورقة رسمية أو تاريخ انتقال ملكية العقار المرهون إلى الراهن.

كما لا تستقيم هذه الأحكام الخاصة برهن ملك الغير مع أحكام البطلان المطلق، ذلك أن العقد الباطل لا تصححه الإجازة، في حين أن رهن ملك الغير تصححه الإجازة الصادرة من الدائن المرتهن في إطار العلاقة بينه وبين الراهن ويرتب هذا الرهن آثاره من تاريخ الإقرار الصادر من المالك الحقيقي أو تملك الراهن للعقار المرهون، كما أن العقد الباطل يمكن أن يتمسك به كل ذي مصلحة وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، في حين أن رهن ملك الغير لا يجوز أن يتمسك بطلب إبطاله إلا الدائن المرتهن فليس من حق الراهن التمسك بهذا الإبطال، هذا بالإضافة إلى أن المحكمة لا تقضي به من تلقاء نفسها ولكن بناء على طلب من تقرر الإبطال لصالحه وهو الدائن المرتهن فقط.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن رهن ملك الغير باطل في الأصل بطلانا مطلقا لاستحالة محله استحالة مطلقة، إذ يستحيل على الراهن وهو غير مالك للعقار محل الرهن أن ينشئ عليه حق رهن لصالح دائنيه، ومع ذلك يتحول هذا العقد الباطل إلى وعد بالرهن إذا لم يتمسك الدائن المرتهن بالبطلان، وإلا وجب الحكم ببطلانه لأن تمسكه بالبطلان يفيد عدم انصراف نيته إلى الوعد بالرهن بوصفه عقداً جديداً يتحول إليه العقد الباطل (٤٠٢).

(٤٠١) انظر في ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧، ص ١٤.

(٤٠٢) أ.د/ سليمان مرقس- المرجع السابق- بند ٤٣، ص ٦٦، ٦٧.

والحقيقة أن هذا الرأي يصعب التسليم به للأسباب الآتية:

أ- إن اعتبار رهن ملك الغير باطلاً بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله استحالة مطلقة، قولٌ يفتقر إلى الدقة من زاويتين أولاهما أنه لا يتناغم مع أحكام رهن ملك الغير الواردة في المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري، وصفه بالبطلان المطلق، ذلك أن العقد الباطل عقد معدوم لا ينتج أثراً في مواجهة طرفيه ولا تصححه الإجازة مطلقاً، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب كل ذي مصلحة، بعكس الحال في رهن ملك الغير فهو عقد تصححه إجازة الدائن المرتهن أو المالك الحقيقي، كما تترتب عليه كافة آثاره إذا أقره المالك الحقيقي إقراراً رسمياً أو انتقلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون، ولا يجوز لغير الدائن التمسك بهذا الإبطال، كما لا تقضي به المحكمة إلا بناء على طلب هذا الدائن فقط، وثانيهما إن استحالة قيام الراهن بترتيب حق الرهن على ملك غيره ليست استحالة مطلقة، وإنما هي استحالة نسبية بدليل إمكانية تحقق ذلك فعلاً في إحدى هاتين الحالتين: الحالة الأولى إذا أقر المالك الحقيقي رهن الغير لملكه إقراراً رسمياً فيترتب على ذلك أن ينفذ الرهن في حقه وينشأ حق الرهن الرسمي لصالح الدائن المرتهن، فإنه وإن استحال على الراهن أن ينشئ حق الرهن لعدم ملكيته للعقار محل الرهن إلا أنه لم يستحل ذلك على غيره وهو المالك، والحالة الثانية: إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن لأي سبب من الأسباب كشرائه لهذا العقار من صاحبه أو أيلولته إليه بطريق الإرث، ترتب على ذلك نشوء حق الرهن لصالح الدائن من هذا التاريخ، وبذلك لا يستقيم القول بأنه يستحيل على الراهن ترتيب حق الرهن استحالة مطلقة إذ يمكن له ذلك بانتقال ملكية العقار المرهون إليه من ماله الحقيقي.

ب- إنه لا يمكن قبول فكرة تحول عقد رهن ملك الغير من عقد باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة محله - كما يرى صاحب هذا الرأي - إلى وعد بالرهن بوصفه عقداً جديداً إلا إذا انصرفت إليه حقيقةً وفعلاً إرادة كل من الراهن والدائن المرتهن لا افتراضاً وتصوراً، ومن ثم فمن غير المقبول الاستدلال على انصراف نية الدائن المرتهن إلى هذا العقد الجديد - أي الوعد بالرهن الرسمي الذي يتحول إليه العقد الباطل - من مجرد عدم تمسكه بالبطلان، ونفي هذا الاستدلال إذا تمسك بالبطلان، فمثل هذا القول مبني على الافتراض والتصوير المحض وهذا لا يمكن التعويل عليه في

مجال التعبير عن الإرادة، هذا بالإضافة إلى أن صاحب هذا الرأي لا يقيم وزناً لنية الراهن وإرادته التي يجب أن تتصرف فعلاً إلى هذا العقد الجديد لتتلاقى مع نية الدائن المرتهن وإرادته (٤٠٣) .

وذهب رأي آخر إلى أن عقد رهن ملك الغير ليس عقداً باطلاً أو قابلاً للأبطال، إنما هو عقد موقوف غير نافذ في حق المالك الحقيقي للعقار المرهون إلا إذا أقره، بحيث يتوقف أثره على هذا الإقرار، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك، وإذا لم يقره فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (٤٠٤) .

وهذا الرأي - مع وجاهته - محل نظر، إذ يصعب في ظل الأحكام الواردة في التقنين المدني الجديد بشأن رهن ملك الغير، أن نجري تطبيق فكرة العقد الموقوف على هذا الرهن مع وجود مظاهر التباين والاختلاف فيما بينهما، ذلك أن العقد الموقوف لا يرتب أثراً من آثاره إلا إذا أجاز المالك الحقيقي، فهو الوحيد الذي يملك حق إجازة هذا العقد، في حين أنه في رهن ملك الغير تصحح هذا العقد إجازة الدائن المرتهن إلى جانب إجازة المالك الحقيقي، هذا بالإضافة إلى أن للإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في العقد الموقوف أثراً رجعياً فينتج العقد أثره بمقتضاها من تاريخ إبرامه، بخلاف الإجازة أو الإقرار الصادر من المالك الحقيقي في رهن ملك الغير، فلا ينتج الإقرار آثاره فيرتب حق الرهن الرسمي للدائن المرتهن إلا من تاريخ صدوره رسمياً من هذا المالك، ومن ثم ليس له أثر رجعي.

وذهب رأي ثالث إلى أن رهن ملك الغير يمثل وعداً بالرهن بين طرفيه (أي الدائن المرتهن والراهن) متى استوفى شروط الوعد بالعقد (المنصوص عليها في المادة ١٠١ مدني مصري (٤٠٥))، وإلا عدَّ عقداً غير مسمى إذا لم يستوف هذه الشروط، ويعتبر في نفس الوقت عقداً موقوفاً بالنسبة للغير أي المالك الحقيقي للعقار المرهون (٤٠٦) .

(٤٠٣) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٦، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ٣٤، ٣٥.

(٤٠٤) أ.د/ شفيق شحاتة - المرجع السابق - فقرة ٩٢، ٩٣.

(٤٠٥) حيث تنص المادة ١٠١ من التقنين المدني المصري على هذه الشروط (أي شروط الوعد بالعقد) بقولها: - "الاتفاق الذي يُعدُّ بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عُينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

ولا يسلم هذا الرأي من النقد من زاويتين: أولاًهما أنه يفترض صحة رهن ملك الغير في العلاقة بين الراهن والمرتهن منذ إبرامه بوصفه وعدا بالرهن أو عقداً غير مسمى، وهذا ما يتعارض مع حكم هذا الرهن في غضون النص القانوني المنظم له (أي وفقاً لحكم المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري) والذي يعده عقداً غير صحيح قابل للإبطال لمصلحة الدائن المرتهن، لا يصح إلا إذا أجازته الدائن المرتهن ولا يترتب آثاره بين طرفيه إلا إذا أقره المالك الحقيقي إقراراً رسمياً أو انتقلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون، وثانيهما أنه يعتبر هذا الرهن عقداً موقوفاً بالنسبة للغير أي المالك الحقيقي للعقار المرهون، وهذا ما رفضناه لتعارض أحكام العقد الموقوف مع هذا الرهن الواردة في المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري (٤٠٧).

ونميل من جانبنا إلى أن رهن ملك الغير يعتبر وفقاً للأحكام الخاصة به والواردة في المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري عقداً قابلاً للإبطال لا يصح بين طرفيه إلا إذا أجازته الدائن المرتهن، ولا يترتب آثاره فينشأ عنه حق الرهن وينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره إقراراً رسمياً أو انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن، غير أن قابلية هذا الرهن للإبطال جاءت مغايرة لأحكام البطلان النسبي وأحكام البطلان المطلق، لذلك يعد هذا البطلان بطلاناً من نوع خاص أنشأه نص المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري .

خامساً: الرهن الواقع على الملكية الظاهرة:

المالك الظاهر هو شخصٌ يظهرُ أمامَ الناسِ بمظهر المالك لمال معين على خلاف الحقيقة والواقع، فالمالك الظاهر وإن بدا للناس ظاهراً أنه المالك لهذا المال إلا إن القانون والواقع يثبتانها لشخص آخر غيره.

ولعل من أمثلة المالك الظاهر المالك بسند صوري، والمالك باسم مستعار، والوارث الظاهر، فكل واحد من هؤلاء الثلاثة أو غيرهم وإن بدا للناس أنه المالك إلا أن القانون والواقع يكذبان هذا الوضع الظاهر، ويثبتان الملكية الحقيقية لشخص آخر غيره.

٢- "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد".

(٤٠٦) أ.د/ أحمد سلامة- المرجع السابق-ص ١١٠: ١١٣.

(٤٠٧) راجع نقد الرأي القائل بوصف رهن ملك الغير بأنه عقد موقوف في موضعه من هذا الكتاب.

ومن ثم إذا رهن أي من هؤلاء عقاراً يظهر عليه بمظهر المالك له، اعتبر رهناً لملك الغير وفقاً للقواعد العامة، لأنه غير مالك قانوناً لهذا العقار، إذ يتعين في الرهن أن يكون مالكاً للعقار المرهون (وفقاً للمادة ١٠٣٢ / ٢ مدني مصري) وما دام أنه ليس مالكا لهذا العقار وجب تطبيق الأحكام الخاصة برهن ملك الغير على رهنه فلا ينفذ في حق المالك الحقيقي. إلا إذا أقره إقراراً رسمياً، أو آلت ملكية العقار المرهون إلى الراهن.

بيد أنه حمايةً للأوضاع الظاهرة وتدعيماً للثقة في التعامل فقد رؤي - على سبيل الاستثناء وخروجاً على مقتضى القواعد العامة في الرهن - ضرورة الاعتراف بصحة هذا الرهن ونفاذه في حق المالك الحقيقي للعقار المرهون لصالح الدائن المرتهن حسن النية الذي إطمأن إلى هذا الوضع الظاهر وأقدم على التعامل ثقة فيه دون علم بأن الراهن غير مالك للعقار المرهون.

١ - المالك بسند صوري:

يقصد بالصورية أن يصطنع المتعاقدان عقداً كاذباً لإخفاء حقيقة العلاقات القانونية القائمة بينهما والمدرجة في عقد آخر مستتر يسمى في الاصطلاح "بورقة الضد". كما لو باع شخص عقاراً مملوكاً له لآخر بمقتضى عقد بيع صوري يخفي عقداً حقيقياً (وهو ما يُعرفُ بورقة الضد) يعترف فيه المشتري بأن البيع ليس حقيقياً وأن ملكية العقار لا زالت ثابتة للبائع.

فالمشتري بموجب هذا السند الصوري يظهر أمام الناس بمظهر المالك الحقيقي لهذا العقار، فإذا رهن هذا العقار لدائن حسن النية لم يعلم بصورية سند الراهن، كان رهنه صحيحاً ونافذاً - على خلاف القواعد العامة التي كانت تقتضي اعتبار رهنه رهناً لملك الغير - في حق المالك الحقيقي لهذا العقار، ويمثل هذا الحكم تطبيقاً لنص ١/٢٤٤ من التقنين المدني المصري الذي يقضي بأنه "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، ومن ثم يكفي الدائن المرتهن لصحة رهنه ونفاذه في حق المالك الحقيقي أن يثبت حسن نيته.

ولم يقنع واضع القانون في مجال حمايته للأوضاع الظاهرة عند حد تقرير صحة رهن المالك بسند صوري ونفاذه في حق المالك الحقيقي، بل اتجه إلى أبعد من ذلك فقرر تفضيل الرهن الصادر من هذا المالك الظاهر بموجب سند صوري، على الرهن الصادر من المالك الحقيقي عند التعارض، تقديراً لحسن نية الدائن المرتهن وحمايةً لثقتة المودعة في ملكيته الظاهرة، إذ تنص المادة ٢/٢٤٤ مدني مصري على ما يفيد ذلك بقولها "وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين" (٤٠٨).

٢ - المالك باسم مستعار:

يلجأ المرء إلى التعاقد باسم مستعار عندما تكون له مصلحة في إخفاء اسمه عن المتعاقد الآخر، فيقدم بدلاً منه شخصاً ثالثاً ليتعامل معه باسمه وكأنه الطرف الأصيل في العقد المراد إبرامه (٤٠٩)، كما لو اتفق شخص مع وكيله على أن يشتري من شخص ثالث عقاراً باسم الوكيل، فيظهر الوكيل أمام الناس بمظهر المالك في حين أن المالك الحقيقي هو الموكل. فإذا حدث أن رهن المالك باسم مستعار هذا العقار لدائن حسن النية يجهل حقيقة الوضع، فإنه وإن كان من مقتضى القواعد العامة في الرهن أن يُعَدَّ رهنه رهنًا لملك الغير فلا ينفذ في حق المالك الحقيقي إلا إذا أقره إقراراً رسمياً أو آلت إلى الراهن ملكية العقار المرهون، إلا أن الفقه يميل إلى اعتبار هذا الرهن صحيحاً وناظراً في حق المالك الحقيقي تقديراً لحسن نية الدائن المرتهن وإعمالاً لقاعدة الغلط الشائع يولد الحق، بل إن الفقه يذهب إلى أبعد من ذلك فيرى تفضيل الرهن الصادر من المالك باسم مستعار على الرهن الصادر من المالك الحقيقي لذات العقار عند التعارض بين دائني كل منهما قياساً على المالك بسند صوري (٤١٠).

(٤٠٨) انظر في نفس المعنى إلى: أ. د. سمير تناغو - المرجع السابق - ص ١٧٦، أ. د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٥٠، أ. د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٤.

(٤٠٩) فقد حدث فعلاً في فرنسا أن بعض الجمعيات الدينية غير المصرح لها بممارسة نشاطها قد استترت تحت اسم شركات مدنية، وظهرت هذه الشركات بمظهر المالك لتلك العقارات الخاصة بهذه الجمعيات، وقام ممثلوها بترتيب رهون على العقارات المذكورة، ففضى القضاء الفرنسي بصحة هذه الرهون حماية للدائنين المرتهنين حسن النية وحمايةً للائتمان العقاري، على الرغم من صدور هذه الرهون من مالك غير حقيقي [انظر في ذلك إلى: أ. د. عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ١٠ ص ٣١٢، أ. د. تناغو - المرجع السابق - ص ١٧٦، ١٧٧].

(٤١٠) انظر في ذلك إلى: أ. د. عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٣٥ والمراجع التي أشار إليها سيادته.

٣ - الوارث الظاهر :

قد يحدث أن يُتَوَفَّى شخصٌ فيظهرُ أحدُ أقاربه أمام الناس بمظهر الوارث الوحيد الذي يخلفه في أمواله على خلاف الحقيقة نظراً لوجود وارثٍ آخر يحجبُ الأولَ عن الإرث ويمثلُ إذن الوارثَ الوحيدَ لمورثه والمالك الحقيقي لما خَلَّفَه بعد موته من أموال.

فإذا حدثَ أن رهنَ الوارث الظاهر أحد عقارات التركة لدائن حسن النية يجهلُ حقيقةَ حجب الرهن بوارثٍ آخر وعدم ملكيته للعقار المرهون تبعاً لذلك، فمن الفقه من يرى أنه لا أثر لهذا الرهن في مواجهة الوارث الحقيقي فلا ينفذ في حقه إلا إذا أقرّه أو آلت ملكية العقار المرهون إلى الرهن، على أساس أنه رهن صادر من غير مالك (٤١١) ، ويرى البعض الآخر اعتبار الرهن الصادر من الوارث الظاهر صحيحاً وناظراً في حق الوارث الحقيقي إعمالاً لمبدأ "الغلط الشائع يولد الحق" الذي يحمي الثقة المشروعة، لاسيما وأن واضح القانون قد أفصح في التقنين المدني المصري الجديد عن رغبته وحرصه في حماية الأوضاع الظاهرة في غير مرة، فقد قرر حماية الدائن الذي يتعامل بحسن نية مع المالك بسند صوري، كما أفصح عن هذا الاتجاه بشأن النيابة الظاهرة فأوجب الحماية لمن يتعامل مع شخص انقضت نيابته وظل رغم ذلك ظاهراً أمامه بمظهر النائب فأضاف أثر التصرف الصادر من النائب إلى الأصيل أو خلفائه رغم انقضاء نيابته (إذ تنص المادة ١٠٧ مدني مصري على أنه "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما يضاف إلى الأصيل أو خلفائه") كما اعتبر من قبيل الوفاء الصحيح بالدين (أي وفاءً ينفذ في حق الدائن الحقيقي) الوفاء الذي يقدمه المدين بحسن نية إلى الدائن الظاهر (أي من يظهر أمام الناس بمظهر الدائن الحقيقي) مثل الوارث الظاهر الذي تشير كل الظروف على أنه الوارث الوحيد فيستوفي ديون مورثه، والمحال إليه الحق الذي أبطلت حوالبته بعد أن دفع إليه المدين دين الدائن (٤١٢).

(٤١١) انظر في ذلك إلى: أ.د/ عز الدين عبدالله "حماية خاصة بالدائن المرتهن المصري"، رسالة دكتوراه، ص ٢٩٦، مشار إليها لدى أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٥٠، وقرب ذلك: أ.د/ محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٢٤٩، أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٧٤.

(٤١٢) انظر في ذلك إلى: أ.د/ عبدالباسط جميعي - المرجع السابق - ص ١٤٢، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ١٣٠، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٥٠، ٥١، أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق ص ٣٥، ٣٤، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ١٧٧، ١٧٨.

وجدير بالملاحظة أن اتجاه القانون في بعض تطبيقات حماية الأوضاع الظاهرة، وميل كل من الفقه والقضاء في التطبيقات الأخرى إلى القول بصحة الرهن الواقعة على الملكية الظاهرة في أي صورة من صورها (أي سواء كان الرهن صادرا من مالك بسند صوري أو من مالك باسم مستعار أو من وارث ظاهر) ونفاذها في حق المالك الحقيقي، بل وتفضيلها في بعض الأحيان عند التعارض مع رهن صادرة من المالك الحقيقي، هو من قبيل الاستثناء الذي يمثل خروجاً على القواعد العامة (والتي كان من مقتضى تطبيقها أن تُعد هذه الرهون رهونا لملك الأغيار تجري عليها الأحكام الواردة في المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري الخاصة برهن ملك الغير) تقديراً لحسن نية هؤلاء الدائنين المرتهنين وحماية للثقة التي أودعوها في هذه الأوضاع الظاهرة التي تشهد بأن المالك الظاهر هو المالك الحقيقي للعقار المرهون على خلاف الحقيقة، ومن ثم فإنه إذا ثبت سوء نيتهم فلا مناص من تطبيق القواعد العامة على الرهن الصادرة لصالحهم لانتفاء علة الاستثناء وحكمته.

الفصل الثالث

آثار عقد الرهن الرسمي

تمهيد:

إنه متى نشأ عقدُ الرهن الرسمي صحيحاً بين طرفيه، مستوفياً كافة شروطه الموضوعية والشكلية سالفة الذكر، ترتبت عليه آثاره مباشرة في إطار العلاقة بين الدائن المرتهن والراهن، غير أن واضع القانون لم يشأ أن يجعل آثار هذا العقد نافذة في حق الغير -رغبةً في حمايته بتوفير وسيلة العلم الكافية له بما يثقل العقار من حقوق قبل التعامل عليه- إلا إذا تمَّ شهر حق الرهن الرسمي المتولد عن العقد بطريق القيد بمكتب الشهر العقاري الكائن في دائرة اختصاصه العقار المرهون، ولذا سنتناول آثار الرهن فيما بين العاقدين، ثم آثاره في مواجهة الغير، كلُّ في مبحث مستقل به.

المبحث الأول: آثار الرهن فيما بين العاقدين.

المبحث الثاني: آثار الرهن في مواجهة الغير.

المبحث الأول

آثار عقد الرهن فيما بين العاقدين

تمهيد:

يترتب على انعقاد الرهن الرسمي صحيحاً (أي مستوفياً كافة شروطه الموضوعية والشكلية) نشوء حق الرهن الرسمي لصالح الدائن المرتهن على عقار معين مملوك للراهن (سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً).

وإذا نظرنا إلى عقد الرهن الرسمي ذاته وجدناه من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث يلزم الراهن وحده - دون أن يلزم الدائن المرتهن بأية التزامات في مواجهة الراهن - بعدد من الالتزامات

لصالح الدائن المرتهن، حيث يلزمه بضمان سلامة الرهن، ويقيدُ سلطاته بوصفه مالكا للعقار المرهون بما لا يمس حق الرهن.

وسنتناول في هذا المبحث -بمشيئة الله تعالى- نشوء حق الرهن بوصفه أثراً فورياً ومباشراً لإبرام عقد الرهن دون حاجة إلى تدخل الراهن لتنفيذه أو ترتيبه، ثم نتكلم عن الالتزامات الملقاة على عاتق الراهن بموجب عقد الرهن، ثم نبين أثر نشوء حق الرهن للدائن المرتهن على سلطات الراهن في العقار المرهون، وأخيراً نستعرض سلطات الدائن المرتهن التي يكفلها له حق الرهن الرسمي الناشئ عن العقد، كلٌّ في مطلب خاص به.

المطلب الأول

نشوء حق الرهن الرسمي

يمثل نشوء حق الرهن الرسمي جوهر عقد الرهن وغايته، فهو الغرض الأساسي من إبرام هذا العقد بوصفه تأميناً عينياً لضمان استيفاء الدائن لحقه كاملاً من ثمن العقار المرهون، إذا نكص المدين عن الوفاء به في الأجل المضروب له.

ووفقاً للرأى الراجح في الفقه يعد نشوء هذا الحق حكماً لعقد الرهن وأثراً مباشراً يترتب عليه القانون على عقد الرهن دون حاجة إلى ترتيبه أو تنفيذه من جانب الراهن، إذ أنه بمجرد إبرام العقد صحيحاً بين طرفيه ينشأ عنه بقوة القانون حق الرهن لصالح الدائن المرتهن^(٤١٣)، ومن ثم ليس صحيحاً أن يُقال بأن الرهن بمجرد انعقاده يترتب التزاماً على عاتق الراهن بإعطاء حق الرهن لصالح المرتهن، يتعين عليه تنفيذه فور العقد^(٤١٤)، ذلك أن حق الرهن ليس التزاماً ناشئاً عن العقد حتى يحتاج إيقاعه وترتيبه إلى تنفيذ من جانب الراهن، إنما هو حكمٌ للعقد وأثرٌ مباشرٌ له يترتب عليه بقوة القانون فور انعقاده صحيحاً بين طرفيه، دون حاجة إلى أي تدخل أو إجراء من قبل الراهن.

^(٤١٣) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - بند ٤٤، ص ٥٥، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - بند ٤٦، ص ٨٩ هامش ١.

^(٤١٤) أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٦٢، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ١٣٨، ص ٢٦٠.

ولعل السببَ في اختلاف الرأيين السابقين رغم اتفاقهما على نشوء حق الرهن الرسمي فور انعقاد العقد، يرجع إلى تأثر الرأي الأخير بما كان سائداً في القانون الروماني من اعتقاد في أن العقدَ يُعدُّ مصدرًا للحقوق الشخصية أو الالتزامات فقط، ولا يُعدُّ مصدرًا للحقوق العينية، في حين يرى أنصارُ الرأي الراجح أن العقد كما يعد مصدرًا للحقوق الشخصية، فإنه يمكن أن يكون مصدرًا للحقوق العينية أيضا (٤١٥).

لذلك يتفق أنصارُ الرأيين السابقين مع معظم الفقهاء على أن حق الدائن المرتهن (أي حق الرهن الرسمي) ينشأ بمجرد انعقاد العقد نافذاً في حق طرفي عقد الرهن دون حاجة إلى القيد لِنفاذه في حقهما، ولكنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بشهره بطريق القيد بمكتب الشهر العقاري الواقع في دائرته العقار المرهون، ومن تاريخ إجراء هذا القيد على وجه الدقة (٤١٦)، وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بقولها "ويستخلص من مجموع هذه الأحكام (أي الأحكام العامة المنظمة لعقد الرهن الرسمي) أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد" (٤١٧).

بيد أنه على الرغم من وضوح فكرة نشوء حق الرهن الرسمي بوصفه أثرًا مباشرًا وفورياً يرتبه عقد الرهن الرسمي بمجرد انعقاده، ولو لم يتم قيد حق الرهن بعد، إلا أن من الفقه من يرى أن واقعة القيد هي الواقعة القانونية التي تنشئ حق الرهن الرسمي سواء فيما بين العاقدين أو في مواجهة الغير، فهي - من وجهة نظره - المصدر الحقيقي المنشئ لحق الرهن، وأن عقد الرهن وإن انعقد بين طرفيه إلا أنه لا يرتب حق الرهن، ويقتصر أثره على مجرد إنشاء التزامات شخصية على عاتق الراهن (٤١٨).

(٤١٥) أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٥٦.

(٤١٦) أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ٢ ص ٧٧٢، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي - المرجع السابق - ص ٢٩٤، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ١٢٧، ص ٢٤٤، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٢٦، أ.د/ محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٣٢٤، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - بند ٣٠، ص ٦١، أ.د/ لبيب شنب - المرجع السابق - بند ٤٥، ص ٥٦، ٥٧، أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٢٠.

(٤١٧) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٧، ص ٤.

(٤١٨) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ شفيق شحاتة - المرجع السابق - ص ٤٦، ٤٧، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٦٤.

المطلب الثاني

التزامات الراهن

أولاً: التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

تنص المادة ١٠٤٧ من التقنين المدني الجديد على أن "يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية وأن يرجع على الراهن بما ينفق في ذلك".

ويُقصد بالتزام الراهن بضمان سلامة الرهن أن يلتزم - كما يلتزم البائع - بضمان التعرض والاستحقاق، ومن ثم يضمن الراهن تعرضه الشخصي لحق المرتهن سواء كان تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً، كما يلتزم بضمان التعرض القانوني فقط الصادر من الغير دون أن يلتزم بضمان تعرضه المادي.

ففيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي يتعين على الراهن الامتناع عن ممارسة أي عمل مادي يمس حق الرهن، فلا يجوز له القيام بهدم المنزل المرهون كله أو بعضه أو نزع ما به من أبواب ونوافذ أو يقوم بفصل العقارات بالتخصيص عن العقار المرهون، كما يحظر عليه مباشرة أي عمل قانوني يضر بحق الرهن، فلا يجوز للراهن قبل قيد الرهن أن يبيع العقار المرهون إلى شخص يقوم بشهر عقده بطريق التسجيل، لأن من شأن هذا التصرف ألا يجعل الرهن نافذاً في حق المشتري، كما لا يجوز له أيضاً قبل قيد الرهن أن يرهنه مرة أخرى لدائن آخر يسبق الأول في قيد رهنه، إذ يترتب على ذلك ألا يكون الرهن الأول نافذاً في حق الدائن المرتهن الثاني ويتأخر عليه في المرتبة.

وإذا كان القانون قد مكّن الدائن المرتهن من الحيلولة دون قيام الراهن بإتيان أي عمل من الأعمال التي قد تمس سلامة رهنه، وذلك عن طريق الاعتراض مقدماً على هذا العمل بتقديم طلب إلى القاضي بمنعه من هذا العمل، إلا أنه رغبة في تفادي العنت والتعسف من جانب الدائن

المرتهن لم يجز اعتراضه إلا إذا كان من شأن هذا العمل أن ينقص ضمان الدائن المرتهن إنقاصاً كبيراً، ومن ثم يمتنع عليه مثل هذا الاعتراض إذا خلا عمل الراهن من هذا الوصف.

كما حوّل القانون للدائن المرتهن - في المادة سالفة الذكر - في حالة الاستعجال أن يتخذ الوسائل التحفظية اللازمة لحفظ سلامة رهنه ويرجع على الراهن بما ينفقه في سبيل هذا الغرض، ومن ثمّ يمكن للدائن المرتهن القيام بإصلاح البناء المرهون إذا آل إلى السقوط وأهمّل الراهن ترميمه، كما يمكنه طلب تعيين حارس على العقار المرهون إذا خشي قيام الراهن بنزع أجزاء منه وبيعها، ويرجع في جميع الأحوال على الراهن بما ينفقه من مصروفات في سبيل ذلك (٤١٩).

أما فيما يتعلق بالتعرض الصادر من الغير، فالراهن لا يضمن منه سوى التعرض القانوني، أي التعرض الذي يأتيه الغير بناء على ما يدّعيه على العقار المرهون من حق يكون من شأن ثبوت وجوده وصحته حرمان الدائن المرتهن من الضمان أو نقصان قيمة هذا الضمان، كأن يدّعي الغير أنه المالك الحقيقي للعقار المرهون، وأن الرهن قد صدر من غير مالك، فمثل هذا الإدعاء لو ثبتت صحته لترتب على ذلك عدم نشوء حق الرهن (أي الضمان) لصدور الرهن من غير مالك، وكذلك الحال إذا ادّعى الغير أن له على العقار المرهون حق انتفاع أو حق ارتفاق، فإن من شأن ثبوت صحة هذا الإدعاء الإضرار بحق الدائن المرتهن لاسيما إذا كان الرهن قد تمّ على أساس عدم وجود أي من هذه الحقوق، أو أن يدّعي شخصاً أنه المالك للمنقولات المخصصة لخدمة العقار، في حين ورد في العقد أنها مملوكة للراهن وأنها مرصودة لخدمة العقار، ومن ثم تعد عقارات بالتخصيص فيشملها رهن العقار المرصودة لخدمته بوصفها من ملحقاته، فلو ثبت صحة إدعاء الغير لأضرار المرتهن في حقه من جراء ذلك، فكل مظاهر التعرض القانوني سالفة الذكر يتعين على الراهن دفعها وإبطال أو دحض مزاعم الغير فيها، وإلا كان مخلاً بالتزامه بسلامة الرهن مما قد يؤدي إلى سقوط أجل الدين ما لم يطلب الدائن المرتهن تقديم تأمين آخر أو تكملة التأمين وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢/٢٧٣ مدني مصري .

(٤١٩) انظر في هذا المعنى إلى: أ. د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق- ص ٦٦، أ. د/ لبيب شنب - المرجع السابق- ص ٦١، أ. د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق- ٩٠.

أما التعرض المادي لحق الدائن المرتهن من جانب الغير كما لو شرع شخصاً في إتلاف أو تخريب العقار المرهون، فلا يلتزم الراهن بضمانه، إنما يقع على عاتق المرتهن مسؤولية دفع مظاهر هذا التعرض بالوسائل القانونية المتاحة، غير أن ذلك لا ينفى عن الراهن التزامه بإخطار المرتهن بما يقع على العقار المرهون من تعرض مادي صادر من الغير، على أساس أنه الحائز للعقار المرهون (٤٢٠).

ضمان هلاك العقار المرهون أو تلفه:

لقد عالجت المادة ١٠٤٨ مدني مصري أثر هلاك العقار المرهون أو تلفه على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، فنصت على أنه:

١- "إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً".

٢- "إذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وفي الحالة الأخيرة إذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق إلا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منها الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين".

٣- "وفي جميع الأحوال إذا وقعت أعمالٌ من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كافٍ للضمان، كان للدائن أن يطلب إلى القاضي وقف هذه الأعمال وإتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر".

يظهر لنا من نص المادة سالفة الذكر أنه يضع أحكاماً مختلفةً لمعالجة ثلاث حالات: هي حالة هلاك أو تلف العقار المرهون بفعل الراهن، وحالة هلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبي، وحالة وقوع أعمال تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف، وذلك على التفصيل الآتي:-

(٤٢٠) انظر في هذا المعنى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٦٣.

أولاً: الحالة الأولى: هلاك أو تلف العقار المرهون بفعل الراهن:

إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كأن يقوم بهدم البناء المرهون أو تخريبه، عُدّ مَخْلًا بالتزامه بضمان سلامة الرهن، وتعرض لجزاء يتمثل في تخيير الدائن المرتهن بين أمرين: إما أن يطلب من الراهن تقديم تأمين آخر كافٍ أو يطالبه بالوفاء بالدين فوراً قبل حلول أجله (أي يتمسك بسقوط أجل الدين).

ولعل هذا التخيير الذي منحتة المادة ١/١٠٤٨ للدائن المرتهن يمثل تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢/٢٧٣ مدني مصري .

وجدير بالملاحظة أنه إذا اختار الدائن المرتهن استيفاء حقه فوراً، فإنه يستوفي هذا الحق كاملاً دون أن يخصم منه أية فوائد عن الفترة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين، على أن يراعى إذا كان ثمة اتفاق على فوائد للدين، أن يتوقف سريانها بمجرد الوفاء بالدين، فلا يكون للدائن حق في المطالبة بما كان سيستحقه منها عن الفترة ما بين تاريخ الوفاء الفعلي بالدين إلى الأجل الأصلي المحدد للوفاء بالدين.

ثانياً: الحالة الثانية: هلاك أو تلف العقار المرهون بسبب أجنبي:

إذا حدث الهلاك أو التلف للعقار المرهون بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه ، كما لو أنهدم البناء المرهون بقوة قاهرة مثل الزلزال أو الفيضان، ولم يكن هذا البناء مؤمناً عليه فلم يستحق عنه الراهن شيئاً، ولم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين الراهن مخيراً بين أمرين:

١- الأمر الأول: أن يقدم تأميناً آخر كافياً.

٢- الأمر الثاني: أن يوفي الدين فوراً، وإذا اختار الراهن الوفاء بالدين فوراً وكان الدين منتجاً لفوائد بحكم الاتفاق أو بنص القانون، فإن سريان هذه الفوائد يقف من وقت الوفاء.

وفي هذه الحالة لا يستحق الدائن المرتهن من دينه إلا ما يعادل قيمته منقوصاً منها فائدة عن المدة ما بين تاريخ الوفاء الفعلي وتاريخ حلول أجل الدين، تحتسب بالسعر القانوني (أي بنسبة ٤% في المسائل المدنية، ٥% في المسائل التجارية)، بحيث إنه إذا كان مقدار الدين ١٠٠٠٠ جنيه واختار الراهن الوفاء به فوراً، وكان ذلك قبل حلول أجل

الدين بسنة كاملة، كان للمدين أن يخصم من هذا الدين مبلغ ٤٠٠ جنيه، تمثل قيمة الفائدة محسوبة بسعر ٤% عن سنة كاملة (هذا على فرض أن الدين قد نشأ عن علاقة مدنية)، وبذلك لا يلتزم الراهن إلا بدفع مبلغ ٩٦٠٠ جنيه فقط (م ٢/١٠٤٨ مدني مصري).

وإذا كان الراهن كفيلاً عينياً وهلك العقار المرهون بسبب أجنبي، ثبت له وللمدين الخيار سالف الذكر، فإذا اختار الكفيل الوفاء بالدين فوراً وفاه للمرتهن منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة بما بين تاريخ الوفاء الفعلي إلى تاريخ حلول الدين، وكان له حق الرجوع على المدين بمبلغ الدين كاملاً في الموعد المحدد أصلاً لاستحقاق الدين.

وأعتقد من جانبي أن منح الراهن (سواء أكان مديناً أم كفيلاً عينياً) إذا ما اختار الوفاء بالدين فوراً أن يستتزل من أصل الدين إذا لم يكن له فوائد مبلغاً من المال بوصفه فائدة ربوية محسوبة بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء الفعلي بالدين والموعد الأصلي لاستحقاق الدين، لا يخلو من ظلم بين الدائن المرتهن الذي منح مدينه أجلاً تبرعاً منه، فمن غير المقبول إذا ما سقط أجل الدين بسبب أجنبي لا يد له فيه أن يُضار من جراء ذلك فينتقص من حقه بلا مبرر، وكان من مقتضى الإنصاف لكل من الدائن والمدين على حد سواء، أن يُجعل للمدين الخيار فقط بين تقديم تأمين آخر كاف أو الوفاء بالدين الذي كان مضموناً بالرهن كاملاً دون أن يُنتقص منه شيء.

ولا شك أن مثل هذا الحل يحقق الإنصاف للدائن الذي فقد رهنه بهلاك العقار المرهون أو تلفه لسبب أجنبي، لأنه في كلا الخيارين اللذين يمنحان للراهن لا يُنتقص من حقه شيء، لأنه إما أن يختار الراهن تقديم تأمين آخر كاف أو أن يوفه بدينه كاملاً دون نقصان، كما أنه يحقق الإنصاف للمدين (سواء أكان هو الراهن أم كان الراهن شخصاً آخر غيره) بمنحه الخيار بين الوفاء فوراً أو تقديم تأمين آخر كاف هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مثل هذا الحل يدرأ عنه ظلمه للدائن المرتهن في حقه وهذا إنصاف للمدين أيضاً عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً" فقال رجل: يا رسول الله أنصره إذا كان مظلوماً أرايت إن كان ظالماً كيف أنصره؟ قال: "تحجزه -أو تمنعه- من الظلم فإن ذلك نصره" (٤٢١)، لاسيما وقد نهى

رسول الله عن انتقاص حقوق الناس فقال صلى الله عليه وسلم: "من اقتطع حقَّ امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار، وحرَّم عليه الجنة"، فقال رجل: وإن كان شيئاً يسيراً يا رسول الله؟ فقال: "وإن كان قضييباً من أرّك" (٤٢٢) .

ثالثاً: الحالة الثالثة: وقوع أعمال تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف:

وفقاً لنص المادة ٣/١٠٤٨ مدني مصري فإن من حق الدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف الأعمال المادية التي من شأنها أن تُعَرِّضَ العقار المرهون للهلاك أو التلف سواء أكانت صادرة من الراهن نفسه أم من غيره كما لو صدرت هذه الأعمال من شخص يسكن في البناء المرهون أو من أحد جيران هذا البناء، كما أن للدائن أن يتخذ من الوسائل التحفظية - مثل طلب تعيين حارس على العقار المرهون - ما يدرأ به الضرر عن حق رهنه وإضعاف تأمينه.

انتقال الرهن إلى المستحق عن هلاك العقار المرهون أو تلفه:

قد يحدث أن يهلك العقار المرهون أو يتلف لسبب أجنبي لا يد للراهن فيه، ويُستبدل به مالٌ آخر كما لو أتلَّفَ الغيرُ العقارَ المرهونَ أو هدمه فَحُكِمَ عليه بتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، أو كان العقارُ المرهونُ مؤمناً عليه فاستحقَّ الراهنُ مبلغَ التأمين المتفق عليه مع شركة التأمين، أو كانت الدولةُ قد انتزعتُ ملكيةَ العقار المرهون للمنفعة العامة ودفعت للراهن تعويضاً عادلاً، أو هلك البناء المرهون بفعل الزلازل أو الفيضانات فدفعت الدولةُ أو إحدى المؤسسات الاجتماعية تعويضاً للراهن على سبيل المساعدة أو قام الراهن ببيع البناء المرهون أنقاصاً إلى مشترٍ بعد انهدامه لسبب أجنبي لا يد له فيه، ولم يقبض الثمن بعد من المشتري، ففي جميع الحالات سألقة الذكر ينتقل الرهن بمرتبته إلى هذا المال الذي أُستبدل به العقار المرهون، فهذا ما نصت عليه المادة ١٠٤٩ من التقنين المدني الجديد بقولها "إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي

(٤٢١) رواه الإمام البخاري (انظر إلى "رياض الصالحين" للإمام النووي، حققه وخرَّج أحاديثه/ عبد العزيز رباح، أحمد يوسف، وراجعته الشيخ شعيب الأرنؤوط، حديث رقم ٢٣٧، ص ١٢٨.

(٤٢٢) رواه الإمام مسلم (انظر إلى "رياض الصالحين" حديث رقم ٢١٤، ١٢٢، والأراك نوع من الشجر يصنع منه السواك، والمقصود وإن كان شيئاً يسيراً تافها فلا يحل بغير طيب من نفس صاحبه.

سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يُقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة".

ويُراعى أن انتقال حق الرهن بمرتبته إلى المال الذي ترتب على إثر هلاك العقار المرهون أو تلفه، أياً كانت صورة هذا المال - على النحو الذي رأيناه سابقاً - يتم وفقاً لنظرية الحلول العيني، بمعنى أن يحل هذا المأل حلوياً عينياً محل هذا العقار، غاية ما هنالك أن الرهن ينقلب في هذه الحالة إلى رهن حيازي لهذا المال، وعند ذلك ينبغي على الدائن المرتهن إذا أراد أن يحتفظ بحقه على هذا المال المستحق عن الهلاك أو التلف إخطار المسئول بحق رهنه وبطالبه بعدم الوفاء به للراهن (٤٢٣) .

لا يتخلى الراهن في الرهن الرسمي - بخلاف الرهن الحيازي - عن حيازة العقار المرهون، كما أنه لا يفقد ملكية هذا العقار - وكذلك الحال في الرهن الحيازي - ولذلك تظل للراهن كافة سلطات المالك على ملكه فيحق له استعماله واستغلاله والتصرف فيه بما لا يمس سلامة الرهن، فيمتنع عليه ممارسة أي عمل أو تقصير يكون من شأنه إنقاص ضمان المرتهن إنقاصاً كبيراً.

وبناء عليه سنعرض أثر الرهن الرسمي على سلطات الراهن على العقار المرهون سواء في التصرف فيه أو في استعماله أو استغلاله، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: أثر الرهن على سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون:

تنص المادة ١٠٤٣ من التقنين المدني المصري الحالي على أنه "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

ويستفاد من هذا النص الأحكام الآتية:-

١ - إن إجازة هذا النص للراهن أن يتصرف في العقار المرهون تفترض أن يكون الرهن نافذاً في حق الغير، وذلك يقتضي أن يكون الرهن قد تمّ قيده قبل صدور التصرف من جانب الراهن، على

(٤٢٣) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٦٨، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٩٥، مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧، ص ٥٤، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١٤١.

أساس أن صدور أي تصرف مادي أو قانوني من جانب الراهن قبل إتمام قيد الرهن يعد من قبيل التعرض الشخصي الذي يمس سلامة الرهن فيضمنه الراهن وفقا لأحكام المادة ١٠٤٧ مدني سالفه الذكر.

٢- إنه متى تم قيد الرهن جاز للراهن أن يباشر على العقار المرهون كافة التصرفات القانونية، دون أن يعد ذلك مساسا بسلامة الرهن (أي بحق الدائن المرتهن)، فيجوز له بعد قيد الرهن أن يبيع العقار المرهون أو أن يهبه أو يقايض به أو أن يتقدم به بوصفه حصة في شركة أو يرتب عليه حق انتفاع أو ارتفاق أو حكر، نظرا لأن هذه التصرفات لا تتال من حق الدائن المرتهن، لأنها لا تنقص من قيمة العقار المرهون من ناحية، كما أنها لا تحرم الدائن المرتهن من سلطتي التتبع والتقدم اللتين يكفلانها له حق الرهن، فيستطيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد المتصرف إليه لينفذ عليه بحقه مستوفيا إياه من ثمن العقار المرهون بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

كما يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون تصرفاً جزئياً بإعادة رهنه - بعد قيد الرهن الأول - ثانية أو ثالثة لشخص آخر أو لأشخاص آخرين، دون أن تشكل هذه الرهون اللاحقة أي مساس بالرهن الأول بوصفه الرهن المفضل على الرهون اللاحقة عليه لكونه الأسبق في القيد، على أساس أن لكل رهن مرتبته الخاصة به والتي تتحدد لا بحسب أسبقية نشوء الرهن في حق طرفيه ولكن بحسب أسبقية نشوئه ونفاذه في حق الغير وذلك تبعا لأسبقية قيده، وما دام أن الرهن الأول قد تم قيده أولاً، فإن مرتبته تسبق جميع الرهون التالية له في القيد، الأمر الذي يجعل للدائن المرتهن صاحب الرهن الأسبق في القيد الأولوية في استيفاء حقه بالتقدم على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة (أي أصحاب الرهون المقيدة بعد قيد رهنه)، ومن ثم لا يكون من شأن هذه الرهون إضعاف حق الدائن المرتهن الأول أو إنقاصه بما يمس سلامة رهنه (٤٢٤).

(٤٢٤) ولعل هذا هو ما أوضحتها المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها "لا يفقد الراهن في الرهن الرسمي ملكية العقار المرهون ولا حق التصرف فيه. فهو يستطيع أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه. ولكن الملكية تنتقل منقولة بالرهن، ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة. وكذلك يستطيع الراهن أن يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن. ولهذا (أي للدائن المرتهن) أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق - ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر، رسميا كان أو حيازيا، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص، بل يجوز أن يرتب على العقار حق امتياز كما لو دخل في أعيان قُسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم، ولكن حق الرهن الأول يتقدم على كافة هذه الحقوق" [انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٧، ص ٣٩].

ولقد ثار خلاف في الفقه حول جواز أو حظر الاتفاق على منع الراهن من التصرف في العقار المرهون، فذهب معظم الفقهاء إلى حظر مثل هذا الاتفاق بين الراهن والمرتهن، على أساس أن سلطة الراهن على العقار المرهون من النظام العام فلا يجوز من ثمّ حرمانه منها بمقتضى اتفاق بينه وبين المرتهن، فضلا عن أنه يُخشى لو أُجيز مثل هذا الاتفاق أن يضحى من الشروط الدارجة في عقود الرهن فيضار بذلك الائتمان العقاري، فالمصلحة التي يستهدفها المرتهن من الاتفاق على منع الراهن من التصرف في العقار المرهون تتمثل في تجنيبه إجراءات تتبع العقار في يد الغير وهي لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق الراهن من تقييد سلطته في التصرف في ملكه، وهذا ما ذهب إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بشأن نص المادة ١٠٤٣ مدني بقولها " ... وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالألا يتصرف في العقار المرهون" (٤٢٥)، في حين يرى البعض الآخر - وهو ما نرجحه - أنه ليس ثمة مانع قانوني يحول دون صحة هذا الاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن، لاسيما وأن القانون يجيز صراحة أن يتضمن العقد شرطا يقضي بمنع التصرف في المال محل التصرف متى كان لباعث مشروع ولمدة معقولة في المادة ٨٢٣ مدني (٤٢٦)، وهذا ما يحدث في عقد الرهن حيث يستهدف المرتهن من وراء هذا الاتفاق حرمان الراهن من التصرف في العقار المرهون لمدة معقولة ولمصلحة مشروعة هي تفادي إجراءات تتبع العقار في يد الغير وما تتطلبه من أوقات ونفقات، ولن يضار نظام الائتمان من جراء هذا الشرط، لأن إجازة الاتفاق على منع الراهن من التصرف في العقار المرهون ستشجع الأفراد على منح ائتماناتهم لغيرهم لما في هذا الشرط من حسن ضمان وتوثيق لحفظ حقوقهم وتجنبيهم لكثير من المشاق والمتاعب وراء تتبع العقار في أيدي الأغيار،

(٤٢٥) حيث تنص المادة ١/٨٢٣ مدني مصري على أنه "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة".

(٤٢٦) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧ ص ٣٩، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقى - المرجع السابق - ص ٣٩٣، أ.د/ محمد كامل مرسي - المرجع السابق - ص ١٢١، ١٢٢، أ.د/ اسماعيل غانم "الحقوق العينية الأصلية" ص ٥٦، ٥٧، أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٣٩، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ص ٧٤، ٧٥، أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج١٠ ص ٣٩٨، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ٨٣، ص ٢٠٦.

هذا بالإضافة إلى أن هذا المسلك هو ما تلجأ إليه عادة بيوت الائتمان العقاري - مثل المصارف والمؤسسات المختلفة (٤٢٧) .

وإذا كان الراهن غير ممنوع من التصرف في العقار المرهون بمقتضى اتفاق بينه وبين المرتهن، فهل يجوز له أن يتصرف في هذا العقار مجزئاً فبيعه أجزاء إلى عدة مشتريين أم لا؟

اختلف الفقه في ذلك فذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى القول بحرمان الراهن من حق بيع عقاره المرهون مجزئاً، لما في ذلك من احتمال إكراه الدائن المرتهن على قبض قيمة دينه مجزئاً بالتطهير وإجباره أيضاً على مقاضاة عدة مشتريين ومباشرة إجراءات التنفيذ في مواجهتهم جميعاً مع ما في ذلك من إرهاب شديد له، وأجازوا للمرتهن الحق في مطالبة الراهن بالدين فوراً قبل حلول الأجل إذا أقدم على مثل هذه البيوع، تأسيساً على أن ذلك ينقص تأمينات الدائن ويضعفها (٤٢٨) ، في حين يصف معظم الفقهاء في مصر هذا الرأي بالتطرف في حماية الدائن المرتهن دون سند له من القانون، لأن الرهن لا يحرم الراهن من التصرف في العقار المرهون، ومن ثم لا معنى لعقابه إذا ما استعمل حقه في التصرف في هذا العقار بتقرير سقوط الأجل وإلزامه بالوفاء فوراً بحق المرتهن (٤٢٩) ، ولا يشفع - من وجهة نظري - في القول بحرمان الراهن من التصرف في العقار المرهون مجزئاً مجرد التخوف من إضعاف هذا التصرف من قيمة العقار المرهون إضعافاً كبيراً، نظراً لأن الراهن ضامن - بمقتضى التزامه بضمان سلامة الرهن - لأي تصرف قانوني - سواء كان التصرف ببيع العقار كله دفعه واحدة أو بيعه أجزاء - يكون من شأنه إنقاص الرهن إنقاصاً كبيراً، كما أن الدائن المرتهن إذا كان سيرهق من جراء تعدد إجراءات التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة المشتريين لهذه الأجزاء من العقار، فإن ذلك لا يقارن بالضرر الذي سيصيب المدين إذا ما سلب الحق في التصرف في هذا العقار مجزئاً.

(٤٢٧) انظر في ذلك: أ.د/ محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٣١٨، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٤٩ هامش ٢، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٩٦.

(٤٢٨) انظر في عرض هذا الرأي إلى: د/ وديع فرج "أثر الرهن الرسمي في حقوق مالك العقار المرهون" مجلة القانون والاقتصاد" ص ٧، ص ١٨١.

(٤٢٩) أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي - المرجع السابق - ص ٣٩٣، أ.د/ محمد علي إمام - المرجع السابق - ص ٣١٨، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ١٤٠، ص ٢٦٢، أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ١٠، فقرة ١٧٤.

٣- يحق للراهن أن يتصرف في العقارات بالتخصيص الملحقة بالعقار المرهون (أي المنقولات المخصصة لخدمة هذا العقار) ما لم يوجد اتفاق يمنعه من ذلك، ولم يكن من شأن هذا التصرف إنقاص الضمان إنقاصاً كبيراً، على أن يكون من حق المرتهن أن يعترض على هذا التصرف إذا أدى إلى إضعاف تأمينه بصورة كبيرة (م ١٠٤٧ مدني مصري)، فيجوز له أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال أو يطلب تعيين حارس لها، كما أن من حقه استردادها ممن حازها بسوء نية أو ينفذ على ثمنها بالتقدم على غيره من الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وسائر الدائنين العاديين إذا كان الحائز حسن النية ولم يزل الثمن تحت يده لم يدفعه بعد للراهن (٤٣٠).

٤- يحق للراهن أن يباشر على العقار المرهون أعمال التصرف المادي، طالما أنها لا تضعف الرهن ولا تنقص منه نقصاناً كبيراً، كأن يبني على الأرض المرهونة أو يقيم طابقاً جديداً فوق البناء المرهون أو يحدث فيها بعض التعديلات أو التحسينات التي تُجَمِّلُ العمارة المرهونة، أما إذا كان من شأن هذه الأعمال المساس بسلامة الرهن وإضعافه إضعافاً كبيراً كما لو شرع الراهن في هدم العقار المرهون كله أو بعضه أو تركه يتخرب، فمن حق الدائن المرتهن الاعتراض عليها قبل إجرائها أو المطالبة بتقديم تأمين آخر كاف أو الوفاء بالدين فوراً إذا تم إجراؤها، والأمر متروك لتقدير القاضي يقضي فيها بحسب مساسها أو عدم مساسها بسلامة الرهن (٤٣١).

ثانياً: أثر الرهن على سلطة الراهن في استعمال واستغلال العقار المرهون.

تنص المادة ١٠٤٤ مدني مصري على أن "للاهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار".

فكما أن الراهن مع وجود الرهن الرسمي يحتفظ بسلطة التصرف في العقار المرهون، فإنه - كما تقول المذكرة الإيضاحية - يستبقي كذلك عنصري الملكية الآخرين، وهما حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وله من ثم أن يستعمل العقار المرهون بنفسه فيسكنه إن كان داراً، ويزرعه ويجني

(٤٣٠) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق ص ٩٧، ٩٨، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٤٩ هامش ٢.

(٤٣١) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٧٣، أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٦٠، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٩٩، د/ وديع فرج - المرجع السابق - مجلة القانون والاقتصاد، س٧، ص ١٨٥.

ثماره إن كان أرضا زراعية، وله أن يستغله فيؤجره لغيره ويقبض لنفسه أجرته (٤٣٢) ، ويظل للراهن الحق في جني ثمار استعماله للعقار المرهون أو استغلاله له، والتصرف فيها كيفما شاء إلى أن تُلحَقَ بالعقار المرهون فتدخل في الرهن ليتعلق بها حق الدائن المرتهن بوصفها من ملحقات العقار المرهون، وذلك من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية، فمنذ هذا التاريخ يتصل حق الدائن المرتهن بثمار استعمال أو استغلال العقار المرهون.

وجدير بالذكر أن القانون قد قيّد حق الراهن في تأجير العقار المرهون وفي قبض أجرته، رغبةً في حماية الدائن المرتهن، وذلك على التفصيل الآتي:-

١ - مدى نفاذ الإيجار في حق الدائن المرتهن:

لقد نظمت المادة ١٠٤٥ مدني مصري حق الراهن في تأجير العقار المرهون، فنصت على ما يلي:

١- "الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة، فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلا في أعمال الإدارة الحسنة".

٢- "وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن".

ويستفاد من هذا النص الأحكام الآتية:

أ- إذا كان الإيجار الصادر من الراهن ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإنه ينفذ في حق الدائن المرتهن في كل مدته إذا لم تتجاوز هذه المدة تسع سنوات، أما إذا تجاوزت مدته تسع سنوات، فإنه لا ينفذ في كل مدته هذه إلا إذا كان مسجلا قبل قيد الرهن، ومن ثم إذا لم يكن الإيجار مسجلا قبل قيد الرهن فإنه لا ينفذ إلا لمدة تسع سنوات فقط، نظرا لأن الرهن إذا زادت

(٤٣٢) انظر في هذا المعنى مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٧، ص٤١.

مدته على تسع سنوات فإنه يكون أقرب إلى إعمال التصرف منها إلى إعمال الإدارة، ويجب من ثمّ لنفاذه في حق الدائن المرتهن لكل هذه المدة أن يكون مسجلاً قبل قيد الرهن ليتاح له العلم به، وإلا لم ينفذ في حقه إلا لمدة تسع سنوات فقط، تحسب من تاريخ سريان عقد الإيجار (٤٣٣) وليس من تاريخ تسجيل تنبيه نزع الملكية (٤٣٤) ولا من تاريخ القيد (٤٣٥) .

ب- أما إذا كان الإيجار الصادر من الراهن غير ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، سواء انعقد الإيجار قبل هذا التسجيل أو بعده، فإنه لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة.

وإذا كان النص سالف الذكر لم يفصح فيه واضعُه عن مدلول الإدارة الحسنة، إلا أن الرأي الغالب على صعيد الفقه والقضاء مستقرٌّ على أنه يلزم لاعتبار الإيجار من أعمال الإدارة الحسنة أن يكون بأجرة المثل أو أكثر، كما ينبغي إبرامه لمدة لا تزيد عن المدة العادية، وهي تختلف باختلاف الظروف ويقدرها القاضي تبعاً لما يحدث عادة في تأجير عقار مماثل للعقار المرهون، مثل مدة السنة في المباني والثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، كما يلزم ألا تعجل فيه الأجرة إلا في الحدود المألوفة مثل أجرة شهر في المباني أو أجرة سنة في الأراضي الزراعية (٤٣٦) .

وينبغي أن يكون ماثلاً في الزهن أن نفاذ الإيجار المسجل أياً كانت مدته (أي حتى ولو زادت على تسع سنوات) أو الثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لمدة لا تزيد على تسع سنوات أو الداخل في أعمال الإدارة الحسنة ولو لم يكن ثابت التاريخ، مشروط بتوافر حسن النية، ومن ثمّ فإنه إذا ثبت وجود تواطؤ بين الراهن والمستأجر للإضرار بالدائن المرتهن، كما لو حررا عقد الإيجار بأجرة بخسة، فإن من حق المرتهن الطعن في الإيجار بدعوى عدم نفاذ التصرف إذا

(٤٣٣) أ.د/ السنهوري ج ١٠، ص ٤٠٦، ٤٠٧، أ.د/ العطار ص ١٠٠.

(٤٣٤) أ.د/ البدرابي ص ١٣٣.

(٤٣٥) أ.د/ محمود جمال الدين زكي ص ٢٧٠.

(٤٣٦) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ١٠، ص ٤٨٠، أ.د/ الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٤١، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٧٧، أ.د/ العطار - المرجع السابق - ص ١٠٠، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٢٧١.

توافرت شروطها، فإن لم تتوافر شروطها كان له أن يتمسك بقاعدة الغش يفسد كل التصرفات حتى لا ينفذ هذا الإيجار في حقه (٤٣٧) .

٢ - مدى نفاذ المخالصة بالأجرة المعجلة والحوالة بها مقدما في حق المرتهن:

تنص المادة ١٠٤٦ مدني مصري على أنه:

١ - "لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك، نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية".

٢ - "أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة الحكم الوارد في الفقرة السابقة".

كما أجازت المادة ٤٠٩ مرافعات الاحتجاج بالمخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها "متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات واجبة الشهر، فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها إلا لمدة سنة"، كما أوجبت المادة ١١ من قانون الشهر العقاري تسجيل المخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما وإلا كانت غير نافذة في حق الغير فيما زاد على أجرة ثلاث سنوات.

يستفاد من النصوص السابقة أنه ينبغي أن نميز بين هذين الفرضين:-

الفرض الأول:

أن تكون المخالصة بالأجرة المعجلة أو الحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإنها تنفذ في هذه الحالة في حق الدائن المرتهن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة عن أجرة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تنفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن.

(٤٣٧) أ.د/ العطار - المرجع السابق - ص ١٠١.

الفرض الثاني:

أن تكون المخالصة بالأجرة المعجلة أو الحوالة بها غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، فإنه طبقاً لنص المادة ١/١٠٤٦ تعتبر غير نافذة أصلاً في حق الدائن المرتهن، ولكن حكم هذه المادة يعد منسوخاً بنص المادة ٤٠٩ مرافعات - على اعتبار أن قانون المرافعات قد صدر بعد صدور القانون المدني - والتي تقضي باعتبار المخالصات عن الأجرة المعجلة أو الحوالة بها نافذة في حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل تنبيه نوع الملكية لمدة سنة كاملة، ولو لم تكن ثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل (أي قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية).

المطلب الثالث

سلطات الدائن المرتهن

بادئ ذي بدء ينبغي التنويه إلى أن الدائن المرتهن يملك التنفيذ على العقار المرهون بحقه إذا حلَّ أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء به اختياراً، أما قبل حلول أجل الوفاء بهذا الدين فليس له من سلطة سوى الاعتراض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه المساس بسلامة رهنه، واتخاذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، كما أن له أن يطلب من القاضى وقف الأعمال التي من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع مثل هذا الضرر.

أولاً: التنفيذ على العقار المرهون عند حلول أجل الدين:

لقد نظمت المادتان ١٠٥٠، ١٠٥١ من التقنين المدني المصري الحالي حق الدائن المرتهن بوصفه صاحب حق عيني تبعي في التنفيذ على العقار المرهون، فتناولت المادة ١٠٥١ منه التنفيذ على العقار المرهون في يد المدين إذا كان هو نفسه الراهن، في حين تناولت المادة ١٠٥٠ منه التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الكفيل العيني، أي حينما يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين، ولذلك سنميز بين التنفيذ على العقار المرهون إذا كان الراهن هو نفسه المدين، وبين حالة ما إذا كان الراهن كفيلاً عينياً.

١ - الحالة الأولى: التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة المدين الراهن.

تنص المادة ١٠٥١ مدني مصري على أنه "للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات".

ويستفاد من هذا النص أنه إذا حلَّ أجل استحقاق الدين ولم يقم المدين بالوفاء به اختياراً، وجب على الدائن المرتهن أن ينبهه إلى ذلك، فإذا وفاه دينه انقضى الرهن بانقضاء الدين المضمون به، أما إذا امتنع عن الوفاء أو تأخر فيه رغم التنبيه عليه بعد حلول أجله، كان من حق الدائن المرتهن التنفيذ على العقار المرهون لبيعه بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمنه.

ولا يحتاج الدائن المرتهن في سبيل ذلك إلى استصدار حكم من القضاء ليجري التنفيذ بمقتضاه، لأن عقد الرهن الرسمي هو في ذاته سند تنفيذي يمكن من خلاله اتمام التنفيذ مباشرة، على أن يتم التنفيذ في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات، ليستوفي حقه من ثمن بيع العقار المرهون بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

وإلى جانب حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المملوك للراهن، فإن له أيضاً الحق في التنفيذ على أموال المدين الأخرى بوصفها تمثل ضماناً عاماً له ولسائر الدائنين العاديين، وذلك سواء أكان ذلك قبل التنفيذ على العقار المرهون أم بعد التنفيذ عليه لاسيما إذا لم يكف ثمن العقار المرهون بعد بيعه بالمزاد للوفاء بحقه كاملاً، نظراً لأن الدائن المرتهن قبل أن يصير صاحب حق عيني تبعي بالارتهان (ألا وهو حق الرهن)، فهو دائن صاحب حق شخصي (أي دائن عادي) ولا تزول عنه بالارتهان هذه الصفة، ومن ثم يجتمع له نوعان من الضمان: أفضلهما الضمان الخاص الذي يردُّ على عقار مخصوص من عقارات مدينه لا يزاحمه فيه أحدُ الدائنين العاديين أو أحدُ الدائنين التاليين له في المرتبة، أما النوع الثاني فهو الضمان العام الذي يردُّ على جميع أموال المدين الأخرى، يشتركُ فيه الدائنُ المرتهنُ مع سائر الدائنين العاديين وغيرهم من الدائنين يقتسمونه فيما بينهم قسمةً غرماء أي بنسبة قيمة حق كل واحد منهم.

وليس من حق المدين الراهن إذا اختار الدائن المرتهن البدء بالتنفيذ على جميع أموال المدين الأخرى بمقتضى ضمانه العام أن يطلب منه الرجوع أولاً على العقار المخصص لضمان

حق رهنه - وهذا ما كان يُلزم به المرتهن في ظل التقنين المدني القديم (٤٣٨) - وإن كان الغالب أن ينفذ المرتهن أولاً على العقار المرهون حتى يتفادى مزاحمة الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن بيع العقار المرهون، ولا يلجأ إلى التنفيذ على أموال المدين الأخرى إلا إذا كان ثمن بيع العقار المرهون غير كاف في الوفاء بحقه كاملاً، وعندئذ يزاحمه في ثمن بيع هذه الأموال سائر الدائنين يقتسمونه فيما بينهم قسمة غرماء.

٢- الحالة الثانية: التنفيذ على العقار المرهون في مواجهة الكفيل العيني:

إذا حلَّ أجل الدين وكان الراهن كفيلاً عينياً - أي شخصاً آخر غير المدين خصص أحد عقاراته المملوكة له لضمان حق الدائن المرتهن - وامتنع المدين عن الوفاء بالدين رغم قيام الدائن المرتهن بالتنبيه عليه بالوفاء، كان الدائن المرتهن بالخيار بين التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء حقه من ثمنه دون أن يزاحمه في ذلك أحد دائني الكفيل العيني العاديين أو الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، أو التنفيذ على أموال المدين التي تمثل ضماناً عاماً له ولسائر الدائنين فيزاحمونه في اقتسام ثمن بيعها فيحصل كل واحد منهم من هذا الثمن بحسب قيمة دينه.

وليس من حق الكفيل العيني - بحسب الأصل - إذا ما اختار الدائن المرتهن البدء أولاً بالتنفيذ على العقار المرهون أن يطلب منه البدء بأموال المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

وإذا نفذ الدائن المرتهن على العقار المرهون ولم يكف ثمنه للوفاء بكامل حقه، كان من حقه التنفيذ على أموال المدين وبيعها بالمزاد ليقتسم مع سائر الدائنين ثمن بيعها قسمة غرماء ، أي بحسب نسبة كل دين من هذه الديون ، ولكن ليس من حقه أن يُنفذ على أموال الكفيل العيني الأخرى سوى العقار المرهون، نظراً لأن الكفيل العيني غير مسئول عن الدين إلا في حدود ما رهنه لضمانه من عقار، ولعل هذا هو ما أكدته المادة ١٠٥٠ مدني مصري بقولها "إذا كان الراهن

(٤٣٨) حيث كانت تنص المادة ٤٨٩ من التقنين المدني المُلغى على أنه "لا يجوز للدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف، وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقفية".

شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رُهِنَ من هذا المال ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وتجدر الإشارة إلى أنه انطلاقاً من تبعية التزام الكفيل العيني لالتزام المدين، فإنه من حق الكفيل العيني أن يتمسك بدفوع المدين قبل الدائن المرتهن والتي تؤدي إلى انقضاء التزام المدين فينقضي تبعاً له التزام الكفيل، مثل الدفع بالوفاء أو بالمقاصة (٤٣٩) .

كما يمكن للكفيل العيني أن يتفادى إجراءات التنفيذ ضده بالتخلي عن العقار المرهون كما يتخلى عنه حائزه، وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٠٥١ مدني بقولها "وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

ثانياً: كيفية التنفيذ على العقار المرهون:

إذا أراد الدائن المرتهن أن يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون، فإنه لا يتميز عن الدائنين العاديين في كيفية التنفيذ على هذا العقار وطريقة إيقاعه، إذ ينبغي عليه أن يلتزم في استيفائه لهذا الحق بمراعاة الأوضاع المقررة في قانون المرافعات، فيقوم بإعلان التنبيه بنزع الملكية إلى الراهن سواء أكان هو نفسه المدين أم شخصاً آخر غيره (مثل الكفيل العيني)، وتسجيل التنبيه باسم هذا الراهن، ثم يودع قائمة شروط البيع ويتبع الإجراءات المحددة لإتمام هذا البيع وتوزيع حصيلته، وتعد القاعدة التي توجب اتباع الأوضاع المقررة في قانون المرافعات عند التنفيذ على العقار المرهون من النظام العام (٤٤٠) .

وتطبيقاً لذلك فقد أبطلت المادة ١٠٥٢ من التقنين المدني المصري الحالي اتفاق الدائن المرتهن مع الراهن قبل حلول أجل الدين على تملك المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء

(٤٣٩) أ.د/ العطار - المرجع السابق - ص ١٠٦.

(٤٤٠) انظر في ذلك المعنى إلى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٧٤.

بالدين، أو اتفاقهما على أن يتم بيع العقار المرهون دون الالتزام بمراعاة الإجراءات المقررة في قانون المرافعات، إذ تنص على أن:

١- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن".

٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه".

١ - شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين:

هو شرطٌ يُدرجُ في عقد الرهن ذاته أو في اتفاق لاحق عليه، يتفقُ فيه الدائنُ المرتهن مع الراهن (سواء أكان هو نفسه المدين أم كفيلاً عينياً) قبل حلول أجل الدين ، على أن يمتلك الدائن المرتهن العقار المرهون وفاءً بحقه- وغالباً ما تكون قيمة العقار المرهون أكبر من قيمة الدين - إذا لم يوفه المدين به في الأجل المضروب له.

ويعدُّ مثل هذا الاتفاقُ باطلاً بطلاناً مطلقاً وفقاً لصريح نص المادة ١٠٥٢ / ١ مدني مصري ، وعلّة ذلك البطلان أن موافقة الراهن على هذا الشرط غالباً ما تكون اضطراريةً لتمكين نفسه أو تمكين المدين عندما يكون الراهنُ كفيلاً عينياً من الحصول على ائتمان الدائن، على أمل أن تتحسن الظروف المالية للراهن فيقدر في المستقبل على سداد دين الدائن عند حلول أجله، ولكن قد يحدث أن يخيب ظنُّه فيعجز الراهنُ عن الوفاء لسوء ظروفه أو لتراكم فوائد الدين المتفق عليها على كاهله فيتملك الدائنُ المرتهن العقارَ المرهون مقابل الدين الذي عادة ما يكون زهيداً مقارنةً بالقيمة الحقيقية لهذا العقار.

وجدير بالذكر أن بطلان هذا الشرط لا ينالُ - بصفة عامة - من صحة عقد الرهن ذاته، فيبطلُ الشرطُ وحده ويظلُّ الرهنُ صحيحاً ويكون للدائن المرتهن التنفيذُ على العقار المرهون ببيعه في المزاد وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، هذا ما لم يتضح أن وجود هذا الشرط هو الدافع لإقدام الدائن المرتهن على إبرام عقد الرهن بحيث إنه لم يكن ليقبل العقد بدونه

فيبطل العقد والشرطُ معا إعمالاً لنظرية البطلان الجزئي أو الانتقاص الجزئي للعقد المنصوص عليها في المادة ١٤٣ مدني مصري (٤٤١) ،وهو بطلانٌ مطلقٌ، لكل ذي مصلحة أن يتمسكَ به، كما تقضي به المحكمةُ من تلقاء نفسها ولا يصحُّ النزولُ عنه، كما لا تصحُّه الإجازةُ (٤٤٢) ويُقاس على شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون، شرط تملكه أيضا لمال آخر مملوك للراهن وفاءً للدين، فيبطل مثل هذا الشرط، وتطبيقاً لذلك فقد قضت إحدى المحاكم المصرية (محكمة أسيوط الجزئية) ببطلان الشرط الذي يقضي بأن عينا أخرى مملوكة للراهن تصبح ملكاً للدائن المرتهن إذا اتضح أن العين المرهونة له ليست ملكاً للراهن (٤٤٣) ، كما يقاس عليه أيضا شرطُ حصول الدائن المرتهن على ثمن بيع العقار المرهون بالمزاد ولو زاد عن قيمة الدين المضمون بالرهن، إذ تتوافر في مثل هذه الشروط ذات العلة التي من أجلها أُبطل القانونُ شرطَ تملك الدائن للعقار المرهون عند عدم الوفاء آنف البيان (٤٤٤) .

بيد أنه إذا حلَّ أجلُ الدين زالتْ شبهةُ استغلال الدائن المرتهن للراهن في حمله على قبول هذا الشرط، إذ يكون في مقدور الراهن أن يتخذ القرار الأصلاح له دون أية ضغوط فيوازن بين بيع العقار بالمزاد لسداد دين الدائن وفقا للإجراءات القانونية المرسومة لذلك، بما يقتضيه هذا البيع من إجراءات ووقت ومصروفات يتكبدها هذا الراهن ، وبين أن يتنازل للدائن المرتهن عن العقار المرهون مقابل الدين أو لقاء ثمن أكبر أو أقل، لذلك كله فقد أجاز القانون للراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن عند حلول أجل الدين كله أو قسط منه على أن يتنازل له عن العقار المرهون فيتملكه المرتهن مقابل الدين أو مقابل ثمن أكبر أو ثمن أقل حسب الظروف، إذ قد يكون ذلك في مصلحة الراهن ليجنب نفسه مشاق البيع بالمزاد العلني المادية منها أو المعنوية.

٢ - شرط الطريق الممهد Clause de voie parée

(٤٤١) إذ تنص المادة ١٤٣ مدني مصري على أنه "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد معه".

(٤٤٢) انظر في ذلك المعنى إلى: أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٠٧.

(٤٤٣) محكمة أسيوط الجزئية ٢٩/ ٢/ ١٩٢٧ - المحاماة - ٧ - ٤٥١ - ٧٤٦. مشار إليه لدى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٧٤ هامش ٧٠.

(٤٤٤) انظر في ذلك : أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٠٧.

هو شرطٌ يدرجُ في عقد الرهن ذاته أو في اتفاق لاحق عليه، يتفقُ فيه الدائنُ المرتهن قبل حلول أجل الوفاء بدينه، مع الراهن سواء أكان هو نفسه المدين أم كان شخصاً آخر غيره (مثل الكفيل العيني) على أن يكون من حق الدائن المرتهن بيع العقار المرهون دون اتباع الإجراءات المقررة في قانون المرافعات مستغلاً في ذلك حاجة الراهن إلى تمكين نفسه من الحصول على ائتمانه أو تمكين المدين من ذلك إذا كان الراهنُ كفيلاً عينياً فيستلبه موافقته على هذا الشرط.

وبعد هذا الشرطُ باطلاً بطلاناً مطلقاً مثله في ذلك مثل شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون على النحو سالف الذكر، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا تصححه الإجازة، كما لا يصح النزول عنه، ذلك أن القاعدة التي تقضي باتمام التنفيذ على العقار المرهون وفقاً للأوضاع المقررة في قانون المرافعات من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

والحكمة من هذا البطلان أن الدائن المرتهن في هذا الشرط يستغل رغبة الراهن في الحصول على ائتمانه لنفسه أو للمدين إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فيستلبه رضاه به ليحرمه من بيعه بالمزاد وفقاً للإجراءات المرسومة قانوناً والتي تستهدف حماية الراهن لتصل بثمنه إلى أقصى سعر ممكن متناسب مع قيمته الحقيقية، ويضطره إلى الموافقة على أن يبيعه هذا العقار - إذا لم يوف المدين بالدين عند حلول أجل استحقاقه - بغير مزاد علني أو بمزاد يجري دون تدخل المحكمة، فيقبل الراهن ذلك تحت ضغط الحاجة أملاً في أن يتمكن المدين من الوفاء في المستقبل بالدين عند حلول أجله، ثم تخيب توقعاته فيعجز المدين عن الوفاء لظروفه السيئة أو لتضخم الدين بالفوائد المتفق عليها، فيقوم الدائن ببيع العقار المرهون دون اتباع للإجراءات والأوضاع المقررة في القانون لحماية مصلحة الراهن.

وينبغي أن يكون ماثلاً في ذهن أن بطلان هذا الشرط لا ينال - بصفة عامة - من صحة عقد الرهن ذاته، لذلك يبطل الشرط وحده ويظل الرهن صحيحاً يخول للدائن المرتهن الحق في التنفيذ على العقار المرهون ببيعه في المزاد وفقاً للإجراءات المرسومة في قانون المرافعات هذا ما لم يظهر أن وجود هذا الشرط كان هو الدافع وراء قبول الدائن المرتهن

للرهن وأنه لولا وجوده ما قَبِلَ إبرام هذا العقد، فعندئذ يبطل الشرط والعقد معا وفقا لنظرية انتقاص العقد المنصوص عليها في المادة ١٤٣ مدني مصري سالفه الذكر (٤٤٥) .

بيد أنه إذا حلَّ أجل الدين تتلاشى مظان الاستغلال من جانب الدائن المرتهن للراهن، بحيث يملك الراهن قراره المعبر عن رضائه الحر والكامل عن مثل هذا الشرط إيجابا أو سلبا، فقد يُقدَّر أن في رضائه بهذا الشرط تحقيقا لمصلحته الخاصة فيقبل على أن يبيع المرتهن العقار المرهون بغير مزاد أو في مزاد علني دون تدخل من جانب المحكمة إذا لم يوفه المدين حقه رغم حلول أجله، لما في ذلك من تجنيبه مصروفات بيع العقار بالمزاد تحت إشراف المحكمة ووفقا للإجراءات المقررة لذلك قانوناً.

وإذا كانت المادة ٢/١٠٥٢ مدني مصري لم تشر صراحة إلى صحة هذا الشرط إذا تمَّ الاتفاق عليه بعد حلول أجل الدين أو قسط من هذا الدين، كما فعلت صراحة بالنسبة لشرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون بناء على تنازل الراهن له بعد حلول أجل الدين، إلا أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي قد صرحت بجوازه إذا حلَّ أجل استحقاق الدين أو

(٤٤٥) مجموعة الأعمال التحضيرية: ج٧، ص ٦٢.

الفصل الخامس

انقضاء حق الرهن الرسمي

تمهيد:

من المعروف لنا أن حق الرهن حق عيني تبعي، فهو لا يتقرر لذاته، بل ينشأ لضمان الوفاء بحق شخصي (دين أو التزام)، وما دام أن نشوء حق الرهن مرتبط بوجود الحق الشخصي، لذلك فهو يدور معه وجوداً وهدماً، ولذا من الطبيعي أن ينقضي حق الرهن بانقضاء الدين الذي نشأ لضمان الوفاء به أيا كان سبب الانقضاء، فهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٠٤٢/١ مدني إذ تقول لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

بيد أنه قد يحدث في بعض الأحوال أن ينقضي الرهن رغم بقاء الدين الذي كان مضموناً به قائماً، فيستمر وجود الدين رغم انقضاء الرهن.

وبناء على ما سبق فإن حق الرهن قد ينقضي بصفة تبعية، أي تبعاً لانقضاء الدين المضمون به، وقد يحدث أن ينقضي بصفة أصلية أي استقلالاً عن الدين فيزول الرهن رغم استمرار وجود الدين ليبقى الرهن بلا ضمان.

وسنعرض - بمشيئة الله تعالى - لهذين النوعين من أنواع انقضاء حق الرهن كل في مبحث خاص به، وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول

انقضاء الرهن بصفة تبعية

من الطبيعي أن ينقضي حق الرهن بالتبعية لانقضاء الدين المضمون به، إذ أن حق الرهن ما نشأ إلا لضمان الوفاء به، ومن ثم فمن غير المتصور أن يبقى حق الرهن وقد انقضى الدين المضمون به لأي سبب من أسباب الانقضاء، وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ١٠٨٢ مدني بقولها "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".

ولا شك أن ربط المادة السابقة وجود حق الرهن أو انقضائه أو عودته بعد زواله بوجود الدين أو انقضائه أو عودته بعد زواله، لا يعدو عن كونه تطبيقاً لمبدأ تبعية الرهن للدين المضمون به وجوداً وعدمياً الذي قرره المادة ١٠٤٢ / ١ مدني بقولها "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

بيد أنه ينبغي أن يراعى عند تطبيق قاعدة انقضاء حق الرهن بالتبعية لانقضاء الدين المضمون به لأي سبب من أسباب الانقضاء، أن يكون انقضاء الدين انقضاءً كلياً وليس انقضاءً جزئياً، على أساس أنه إذا انقضى جزء فقط من الدين فلا يؤدي ذلك إلى انقضاء الرهن بل يبقى الرهن كله قائماً تطبيقاً لمبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة، على أساس أن كل جزء من الدين مضمون بالعقار كله، كما أن كل جزء من العقار ضامن لكل الدين (م ١٠٤١ مدني مصري (٤٤٦)).

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا انقضى الدين لأي سبب من الأسباب (كما لو انقضى بالوفاء) فانقضى الرهن تبعاً له، ثم زال سبب الانقضاء بعد ذلك، كما لو أبطل الوفاء لنقص أهلية الموفي أو لعدم ملكيته للشئ الذي وفى به (م ٣٢٥ مدني (٤٤٧))، فعندئذ يعود الدين مرة أخرى لزوال

(٤٤٦) إذ تنص هذه المادة على أنه "كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك.

(٤٤٧) تنص المادة ١/٣٢٥ مدني على أن "يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي مالكا للشئ الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه".

سبب انقضائه ويعود الرهن تبعاً له، على أن يراعى في عودة الرهن ألا تخل بحقوق الغير حسن النية التي كسبها في الفترة ما بين انقضاء حق الرهن وعودته، كما لو كان هذا الغير قد كسب على العقار حق ملكية أو أي حق عيني آخر ولم يكن يعلم بما يهدد سبب الانقضاء من زوال، ففي هذه الحالة لا يحتج عليه بعودة الرهن.

وأسباب انقضاء الدين التي يترتب على تحقق أحدها انقضاء الرهن تبعاً لها كثيرة ومتعددة، فقد ينقضي الدين بالوفاء (على أن يُراعى أن المقصود بالوفاء هنا الوفاء البسيط، لأن الوفاء مع الحل لا يؤدي إلى انقضاء الرهن، إذ يحل الموفي محل الدائن في الرهن ويحتل مرتبته في رجوعه على المدين مادة ٣٢٩ مدني - (٤٤٨)) أو بالتجديد أي بتغيير محل الالتزام أو الدين أو بتغيير الدائن أو تغيير المدين (إذ يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه، وأن ينشأ مكانه التزامٌ جديدٌ، ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا باتفاق أو نص في القانون - م ٣٥٦، م ٣٥٧ مدني) أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو باستحالة التنفيذ أو بالتقادم.

(٤٤٨) تنص المادة ٣٢٩ مدني على أن "من حلّ قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع، ويكون هذا الحل بالقدر الذي أداه من ماله من حلّ محل الدائن".

المبحث الثاني

انقضاء حق الرهن بصفة أصلية

رأينا فيما سبق أن حق الرهن ينقضي تبعا لانقضاء الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء، وهنا نعرض أسباب انقضاء حق الرهن بصفة أصلية، أي استقلالاً عن الدين المضمون به، بحيث ينقضي حق الرهن بأحد هذه الأسباب حتى ولو كان الدين المضمون به لا يزال قائماً كله أو بعضه.

وتجدر الإشارة إلى أن واضع القانون في تنظيمه لانقضاء حق الرهن الرسمي بصفة أصلية لم يذكر سوى سببين فقط من أسباب انقضائه بصفة أصلية استقلالاً عن الدين المضمون به، وهما تطهير العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني في المادتين ١٠٨٣ ، ١٠٨٤ مدني، فأغفل بذلك أسباب أخرى تقتضيها القواعد العامة (٤٤٩) ، لذلك سنعرض لهذه الأسباب على ضوء ما جاء في الأحكام الخاصة بحق الرهن الرسمي في المادتين السابقتين، وعلى ضوء المبادئ العامة في القانون المدني، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً: انقضاء حق الرهن بتطهير العقار المرهون:

إذا اختار حائز العقار المرهون تطهيره، فعرض على الدائنين أصحاب الحقوق المقيدة قبل اكتساب حقه مبلغاً من المال مقابل تطهيره، وقبله هؤلاء الدائنون وكفلاء حقوقهم، ترتب على ذلك تطهير العقار من كافة الحقوق المقيدة عليه بما فيها حق الرهن، بمجرد أن يدفع الحائز لهؤلاء الدائنين المبلغ الذي قوّم به العقار أو عند إيداعه خزانة المحكمة (م ١٠٧٠ مدني)، وذلك بغض النظر عن استيفاء هؤلاء الدائنين لحقوقهم كاملة أو ناقصة أو كان من منهم من لم يستوف حقه أصلاً.

(٤٤٩) ولقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي ينص على أربعة أسباب أخرى - إلى جانب التطهير وبيع العقار بالمزاد العلني - هي النزول عن الرهن واتحاد الذمة والهلاك والتقدم في المواد من ١٥٠٧ إلى ١٥١٠ مدني المشروع، فحذفت لجنة المراجعة نصوص المواد من ١٥٠٧ إلى ١٥٠٩، وأبقت فقط على نص المادة ١٥١٠ الخاص بانقضاء حق الرهن بالتقدم، بيد أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ رأت استبعاد النص الخاص بالتقدم أيضاً اكتفاءً بالقواعد العامة في القانون المدني، حيث يتم اخضاع هذه الأسباب العامة كلها لأحكامها.

ولقد حرصت المادة ١٠٨٣ مدني أيضا على تأكيد انقضاء حق الرهن الرسمي نهائيا باتمام الحائز لإجراءات التطهير، حتى لو حدث أن زال بأي سبب من الأسباب سند ملكية الحائز، على أساس أن التطهير عمل مادي لا يؤثر فيه الفسخ، ومن ثم إذا اشترى شخص عقاراً مرهوناً ثم أراد أن يطهره من الرهن حتى لا يباشر الدائن المرتهن إجراءات نزع ملكية هذا العقار تحت يده، وبعد أن قام بالتطهير ودفع للدائنين المبلغ الذي قوّم به العقار مقابل تطهيره أو أودعه خزانة المحكمة أبطل عقد شرائه أو فسخ لأي سبب من أسباب الإبطال أو الفسخ، فعادت بذلك ملكية العقار إلى المدين البائع، فعندئذ يعود العقار إلى البائع المدين مطهراً من حق الرهن ولا يعود الرهن مرة أخرى حتى ولو كان الدائن لم يستوف من الحائز كل حقه لانخفاض قيمة عرض التطهير عن قيمة دينه، ويكون في هذه الحالة من حق الحائز الرجوع على البائع المدين بدعوى الإثراء بلا سبب لاسترداد ما دفعه للدائن، كما أن له حق الرجوع عليه بدعوى الضمان وفي ذلك تنص المادة ١٠٨٣ على أنه "إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائياً، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار".

ثانياً: انقضاء حق الرهن ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني:

إذا نفدَّ الدائنون أصحاب الحقوق المقيدة على العقار المرهون تحت يد مالكة السابق (سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً) أو يد الحائز المالك الجديد أو الحارس الذي سلّم إليه العقار المرهون عند تخلي الحائز عن حيازته العرضية، وتمّ بيع هذا العقار بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً لبيعه، ترتب على تسجيل حكم رسو المزاد وإيداع الثمن الذي رسا به المزاد خزانة المحكمة أو دفعه إلى هؤلاء الدائنين، تطهير العقار من كافة الحقوق المقيدة عليه حتى ولو كان الثمن الذي رسا به المزاد غير كاف لسداد ديون الدائنين جميعاً.

ولعل هذا هو ما أكدته المادة ١٠٨٤ مدني بقولها "إذا بيع العقار المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلّم إليه العقار عند التخلي، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

ثالثاً: انقضاء حق الرهن بالنزول عنه:

إنه وإن كان القانون لم يرد به نص يجيز النزول عن حق الرهن (٤٥٠) ، إلا أن النزول عنه أمر مُسلَّم به وفقاً للقواعد العامة، على أساس أن حق الرهن حقٌ مقررٌ لمصلحة الدائن المرتهن، لذلك من الطبيعي أن يكون له حق النزول عنه فينقضي حق الرهن بهذا النزول رغم بقاء الدين الذي نشأ حق الرهن لضمان الوفاء به.

وجدير بالملاحظة أن النزول عن حق الرهن كسبب من أسباب انقضاء حق الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن، ففي الأخير يبقى حق الرهن قائماً لا يزول، غاية ما هنالك أن الدائن يتنازل عن مرتبة رهنه فقط بوصفه دائناً متقدماً لصالح دائن آخر ذي مرتبة متأخرة.

ويتم النزول عن حق الرهن بإرادة الدائن المرتهن وحده دون حاجة إلى قبول الراهن وإن كان يلزم لمحو القيد بعد انقضاء الرهن بالنزول، تقرير رسمي من الدائن أو حكم نهائي (م ٤٥ من قانون الشهر العقاري)، ويستوى بعد ذلك أن يصدر هذا التنازل عن حق الرهن من جانب الدائن صراحةً أو ضمناً، ولا يلزم في التنازل الصريح إفراغه في ورقة رسمية.

وجدير بالذكر أنه على الرغم من أن تنازل المرتهن عن حق الرهن لا يمس أصل الدين، إذ يبقى الدين قائماً دون أن يتأثر بهذا التنازل، إلا أنه نظراً لأن التنازل عن حق الرهن يضعف من فرص استيفاء الدين، فيصبح بذلك عارياً من الضمان الذي يكفل للدائن مهمة استيفائه في الأجل المضروب له، فإنه يترجح القول باشتراط توافر أهلية الإبراء من الدين لدى الدائن المرتهن لصحة تنازله عن حق الرهن، بأن يكون أهلاً للقيام بالأعمال الضارة ضرراً محضاً، هذا إذا كان التنازل بدون عوض، أما إذا كان تنازل المرتهن عن حق الرهن بعوض فعندئذ يكفي أن تتوافر لديه أهلية المعاوضات (٤٥١) .

(٤٥٠) وجدير بالذكر أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي كان ينص على النزول عن حق الرهن كسبب من أسباب انقضائه، في المادة ١٥٠٧ منه بقولها "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن الرسمي صراحةً أو ضمناً، وفي كل الأحوال لا يجوز للدائن أن يتنازل عن الرهن إذا لم تتوافر فيه الأهلية في إبراء ذمة المدين من الدين" ثم حُذفت هذا النص بمعرفة لجنة المراجعة.

(٤٥١) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/مصطفى منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ١٥١، أ.د/محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٤، أ.د/محمود جمال الدين زكي - بند ١٩٠، ص ٣٣٠، أ.د/عبدالناصر العطار - المرجع السابق - بند ٨١، ص ١٦٠، أ.د/سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٠٣.

رابعاً: انقضاء حق الرهن باتحاد الذمة

نظراً لأن حق الرهن يفترض أن يتقرر لشخص صاحب حق شخصي غير مالك للعقار المرهون، فمن غير المتصور أن يقرر مالك العقار رهناً لصالح شخصه، لذلك فإنه من الطبيعي إذا اجتمعت في شخص واحد صفتا صاحب حق الرهن ومالك العقار المرهون، أن ينقضي حق الرهن، كما هو الحال في انقضاء الدين باجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد.

فاتحاد الذمة كسبب لانقضاء حق الرهن يتحقق إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بأي سبب من أسباب كسب الملكية أو انتقل حق الرهن الرسمي إلى مالك العقار، كما لو ارتهن أبناء عقاراً مملوكاً لوالدهم ثم مات الأب بعد ذلك فورثه الأبناء أو اشترى هؤلاء الأبناء العقار من أبيهم شراءً اختيارياً أو كان قد انتقل إلى الأب كمالك للعقار المرهون حق الرهن الرسمي بطريق الميراث لموت أبنائه.

بيد أنه إذا زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة مما أدى إلى انقضاء حق الرهن، وكان لهذا الزوال أثر رجعي، عاد حق الرهن مرة أخرى، ولأجل ذلك يتجه الفقه إلى تصوير اتحاد الذمة على أنه لا يعد سبباً من أسباب انقضاء حق الرهن، وإنما يعد مانعاً طبيعياً من موانع استعمال السلطات التي يخولها حق الرهن، فإذا زال هذا المانع بأثر رجعي أصبح استعمال هذا الحق ممكناً، كما لو فُسخ العقد الذي انتقلت به ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن أو أبطل، فعندئذ تعتبر ملكية العقار المرهون كأن لم تنتقل من قبل إلى الدائن المرتهن ويعود حق الرهن وكأنه لم ينقض.

ولعل هذا هو ما كانت تنص عليه صراحة المادة ١٠٥٨ من المشروع التمهيدي قبل حذفها بمعرفة لجنة المراجعة، فقد جاء فيها ما يلي:-

"١- ينقضى الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي".

"٢- ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب انتقال الحق وكان لزواله أثر رجعي".

خامساً: انقضاء حق الرهن الرسمي بهلاك العقار المرهون:

إذا هلك العقار المرهون هلاكاً كلياً، ولم يتولد عن هذا الهلاك نشوء أي حق مالي لصالح الراهن، ترتب على ذلك انقضاء حق الرهن لزوال محله بالهلاك، كما لو كان العقار المرهون عبارة عن مبنى أو عمارة مملوكة الراهن، وكانت الأرض المقام عليها المبنى أو العمارة مملوكة لغيره فأصابها حريقٌ ولم يستحق الراهن أية مبالغ عن هذا الهلاك كتعويض أو تأمين.

أما إذا هلك العقار المرهون هلاكاً جزئياً كما لو كان أرضاً مملوكة للراهن وبها مبنى معين فاحترق المبنى، فعندئذ ينقضي الرهن بالنسبة للمبنى الذي احترق، ويبقى على الجزء الذي لم يهلك، فيكون هذا الجزء ضامناً لكل الدين تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الرهن.

وجدير بالذكر أنه إذا هلك العقار المرهون هلاكاً كلياً وتولد عن هذا الهلاك نشوء حق مالي للراهن، كما لو هلك العقار المرهون هلاكاً مادياً بفعل الزلازل فاستحق مبلغ التأمين أو هلك هلاكاً قانونياً بنزع ملكيته من قبل الدولة للمنفعة العامة فاستحق الراهن ثمناً عادلاً أو أهلكه أحد الأشخاص فحكم عليه بالتعويض لصالح الراهن، في هذه الأحوال جميعها ينقضي حق الرهن الرسمي بالهلاك ولا ينتقل إلى الحق المالي، على أساس أن حق الرهن الرسمي لا يرد إلا عقار، غير أنه يكون للدائن المرتهن التقدم بحقه على هذا المال الذي آل إلى الراهن بسبب الهلاك بحسب مرتبة رهنه ليستوفي حقه من ثمنه قبل الدائنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين.

حق الرهن الرسمي لا ينقضي بالتقادم:

إن حق الرهن الرسمي لا ينقضي بالتقادم بصفة أصلية، أي استقلالاً عن الدين المضمون به، ولكن ينقضى به بصفة تبعية إذا انقضى الدين بالتقادم.

ومن ثمّ ليس من حق الراهن أو الحائز أن يتمسك بالتقادم المسقط في مواجهة الدائن المرتهن إلا تبعاً للتقادم المسقط للدين، وذلك على أساس أن الدائن المرتهن في الرهن الرسمي لا يحوز العقار المرهون، وما دام أنه يقوم بتجديد قيد الرهن خلال المدة المحددة قانوناً (أي خلال عشر سنوات من آخر قيد) فلا محل لسقوط رهنه.

الباب الثالث

حق الاختصاص Droit d'affectation

الباب الثالث

حق الاختصاص Droit d'affectation

تمهيد :

وسنقسم - بمشيئة الله تعالى - الدراسة في هذا الباب إلى فصول أربعة : نخصص الفصل الأول لماهية حق الاختصاص لنقف على معناه وما يتسم به من خصائص ، ثم نبين ما له من مزايا وما يشوبه من عيوب ، ثم نخصص الفصل الثاني لشروط طلب حق الاختصاص، ونبيِّن في الفصل الثالث إجراءات الحصول على حق الاختصاص، وأخيرا نوضح آثار حق الاختصاص وانقضاءه، وذلك على النحو الآتي:-

الفصل الأول: ماهية حق الاختصاص .

الفصل الثاني : شروط الحصول على حق الاختصاص.

الفصل الثاني: إجراءات الحصول على حق الاختصاص.

الفصل الثالث: آثار حق الاختصاص وإنقاصه وانقضاءه.

الفصل الأول

ماهية حق الاختصاص

المبحث الأول

تعريف حق الاختصاص

لم يورد واضع التقنين المدني تعريفاً لحق الاختصاص في النصوص التي نظمت هذا الحق، فما كان من الفقه إلا أن تصدى لهذه المهمة، فوضع الفقهاء تعريفات مختلفة لهذا الحق تكشف عن مدلوله وتبرز خصائصه، نورد بعض هذه التعريفات، ثم نُثَبِّعُها بتعريف لنا رغبة في الإسهام في كشف دلالة هذا الحق وإبراز خصائصه.

فقد عرفه البعض بأنه "حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر بالتزام المدين بالدين، يخول للدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون" (٤٥٢).

ويبدو لي أن هذا الرأي وإن كان قد أبرز من هذا الحق بعض خصائصه، إلا أنه أغفل بعضها الآخر، إذ أنه لم يكشف لنا عن خاصيته بوصفه تأميناً قضائياً المصدر، حيث يتقرر بأمر على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار أو العقارات المطلوب تقرير هذا الحق عليها، وتلك خاصية جوهرية تميزه عن غيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى التي يكون مصدرها الاتفاق مثل حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي، أو يكون مصدرها القانون مثل حقوق الامتياز، في ذات الوقت الذي مال فيه إلى إبراز ميزتي التبعية والتقدم في هذا الحق مع أنهما لازمتان له ولغيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى بصفة عامة، ولم يكن الأمر يحتاج إلى هذا التوسع في التعريف، لاسيما وقد ترك خاصية جوهرية في هذا الحق كما سبق أن رأينا.

(٤٥٢) د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٥٥.

ويعرفه البعض الآخر بأنه "سلطة تثبت لدائن بناء على أمر من المحكمة على عقار معين تخوله أن يستوفي حقه من ثمن هذا العقار أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون" (٤٥٣) .

ويؤخذ على هذا التعريف رغم أنه تدارك جانب القصور الذي أعتور التعريف السابق عليه حيث أبرز خاصيته بوصفه تأميناً قضائي المصدر ، أنه جعل من هذا الحق حقا يمكن أن يثبت لأي دائن ولو لم يكن بيده حكم واجب التنفيذ يلزم المدين بدينه، وهذا ما يتعارض مع النصوص القانونية المنظمة لهذا الحق، والمفروض في التعريف أن يكون جامعاً ومانعاً.

ويعجبني في هذا المقام ما ذهب إليه البعض من أن هذا الحق هو "حق عيني تبغي على عقار أو أكثر من عقارات المدين، يأمر به رئيس المحكمة المختصة بناء على طلب دائن محكوم له بدينه" (٤٥٤) حيث يبرز معظم خصائص هذا الحق.

وأرى من جانبي تعريف هذا الحق بأنه "حق عيني تبغي يرد على عقار معين أو أكثر من عقارات المدين بأمر من القاضي المختص لصالح دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بدينه".

(٤٥٣) أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١١٧ .

(٤٥٤) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٤ .

المبحث الثاني

خصائص حق الاختصاص

يبدو لنا من جماع التعريفات السابقة لهذا الحق أنه يتسم بالخصائص الآتية:-

١- إن حق الاختصاص هو حق عيني تبعي، أي أنه لا يوجد مستقلاً لذاته، إنما يرتبط وجوداً وعدمياً بوجود الحق الشخصي الذي يضمه ، وهذا ما يميزه عن الحق العيني الأصلي الذي يوجد مستقلاً لذاته فلا يرتبط بوجود حق آخر.

٢- إن حق الاختصاص لا يتقرر إلا بأمر من القضاء فهو من قبيل التأمينات القضائية، بمعنى أنه تأمين عيني تبعي مصدره القضاء، حيث يتقرر بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها العقار المراد الاختصاص به بناء على طلب الدائن، وهذا ما يميزه عن غيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى التي تجد مصدرها في الاتفاق أو العقد مثل حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي، أو تجد مصدرها في نصوص القانون مثل حقوق الامتياز.

٣- إن هذا الحق لا يرد إلا على عقار فهو من قبيل التأمينات العقارية مثله في ذلك مثل حق الرهن الرسمي، وهذا ما يميزه عن بعض الحقوق العينية التبعية الأخرى التي قد ترد على منقولات وقد ترد على عقارات مثل حق الرهن الحيازي، وحقوق الامتياز العامة.

٣- إن هذا الحق بوصفه حقاً عينياً تبعياً يخول صاحبه مباشرة سلطتي أو ميزتي التتبع والتقدم، بحيث يكون من حقه أن يتتبع العقار الذي اختص به تحت يد أي شخص والتنفيذ عليه بحقه متقدماً في ذلك على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

المبحث الثالث

مزايا حق الاختصاص وعيوبه

لا شك أن منح الدائن حق اختصاص على عقار معين من عقارات مدينه يحقق له مصلحته، حيث يضمن له هذا الحق الوفاء بدينه في المستقبل، كما يحميه من مخاطر تصرف المدين في أمواله بما يمس حق اختصاصه، وذلك من خلال ما يوفره هذا الاختصاص لصاحبه (باعتباره حقاً عينياً تبعياً) من ميزات تتمثل في ميزتي التقدم والتتبع، كما أن تقرير مثل هذا الحق للدائن يحقق في نفس الوقت مصلحة المدين ذاته حيث يكفل له الاحتفاظ بأمواله حتى يتمكن من الوفاء، بدلا من أن ينفذ عليها هذا الدائن بموجب الحكم واجب التنفيذ الصادر لصالحه في مواجهة مدينه، فيشجع هذا الدائن في إرجاء التنفيذ بمقتضى الحكم الذي معه.

بيد أنه يؤخذ على التنظيم القانوني لهذا الحق أنه يصطدم بمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، نظرا لأنه يعطى للدائن العادي الذي بيده حكم واجب التنفيذ الحق في الحصول على تأمين عيني على عقار معين من عقارات المدين أو أكثر مفضلا في ذلك على غيره من الدائنين العاديين، لا لشيء إلا لأنه سبقهم في الحصول على حكم قضائي بدينه، لاسيما وأن التأخير في الحصول على مثل هذا الحكم عادة ما يكون لأسباب لا دخل لإرادة الدائن فيها(١).

هذا بالإضافة إلى أن تقرير مثل هذا الحق - من وجهة نظر البعض - لا يضيف جديدا للدائن فلا يحقق له فائدة تذكر، وذلك على أساس أن الدائن الذي بيده حكم واجب النفاذ يستطيع أن يشرع في التنفيذ على أموال المدين بالتبنيه عليه بالوفاء وتسجيل هذا التبنيه فلا تنفذ تصرفات المدين بعد ذلك في حقه، ونظام الاختصاص لا يعطيه شيئا أكثر من ذلك(٢).

- وجدير بالذكر أن واضع التقنين قد نظم حق الاختصاص في الباب الثاني من الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، في المواد من ١٠٨٥ إلى ١٠٩٥، خصَّصَ الفصل الأول لإنشاء حق الاختصاص، وتناول في الفصل الثاني آثار هذا الحق وإنقاصه وانقضاءه.

(١) أنظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ١٥٥، أ.د/ عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٤.

(٢) أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - فقرة ٢٠٢، ص ٣٠٩، ٣١٠.

الفصل الثاني

شروط الحصول على حق الاختصاص

تمهيد:

لقد أفصحت نصوص التقنين المدني الحالي عن الشروط الواجب توافرها للحصول على حق الاختصاص، فنصت المادة ١٠٨٥ مدني على أنه "١- يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في موضوع الدعوى يلزم المدين بشئ معين، أن يحصل متى كان حسن النية على حق اختصاص بعقارات مدينه، ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات".

"٢- ولا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة".

فكشفت هذه المادة عن ضرورة توافر شروط معينة للحصول على هذا الحق، منها ما يتعلق بالحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه، ومنها ما يتعلق بالوقت أو الموعد الذي يجوز أخذ الاختصاص فيه، ومنها ما يتعلق بالدائن طالب الاختصاص بأحد عقارات مدينه.

كما نصت المادة ١٠٨٨ مدني على أنه "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، وجائز بيعها بالمزاد العلني" فأوضحت أيضا أن ثمة شروطاً يلزم توافرها في العقار أو العقارات المراد أخذ الاختصاص عليها.

ولذلك سنقسم هذا الفصل إلى المباحث الأربعة الآتية:-

المبحث الأول: شروط الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه.

المبحث الثاني: شروط العقار الذي يتقرر عليه حق الاختصاص.

المبحث الأول

شروط الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه

يستفاد من نص المادة ١/١٠٨٥ مدني ضرورة أن يتوافر في الحكم الذي بيد الدائن ويريد الحصول بموجبه على اختصاص بعقار معين أو أكثر من عقارات مدينه الشروط الآتية:-
أولاً: أن يكون بيد الدائن حكم.

ثانياً: أن يكون الحكم واجب التنفيذ.

ثالثاً: أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى.

رابعاً: أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشئ معين.

واليك تفصيل هذه الشروط على النحو الآتي:

أولاً: الشرط الأول: أن يكون بيد الدائن حكم:

ينبغي على الدائن إذا ما أراد الحصول على حق اختصاص على أحد عقارات مدينه أن يسعى إلى الحصول على حكم قضائي يلزم المدين بأداء دينه، إذ أن حق الاختصاص لا يتقرر إلا إذا كان بيد الدائن حكم، فوجود هذا الحكم القضائي لصالح الدائن ضد مدينه هو الذي يبرر تفضيل هذا الدائن على غيره من الدائنين بمنحه حق الاختصاص لضمان الوفاء بدينه والخروج بذلك على قاعدة المساواة بين الدائنين.

ومن ثم لا يجوز أخذ حق اختصاص بمقتضى سند رسمي أو عرفي، كما أنه لا يجوز تقريره بناء على أمر ولائي أصدرته المحكمة بمقتضى سلطتها الولائية، إلا إذا أجاز القانون ذلك بنص خاص، كما هو الحال بالنسبة للأمر الصادر للمحامي بتقدير أتعابه (م ٤٩ من قانون المحاماة)، إذ المقصود بالحكم الذي يؤخذ حق الاختصاص بناءً عليه هو ما تصدره المحكمة بمقتضى سلطتها القضائية، سواء أكانت محكمة مدنية أم جنائية قضت للدائن بالتعويض عن عمل

غير مشروع أم كانت محكمة أحوال شخصية قضت له بالنفقة، وعندئذ يكون الاختصاص لضمان الوفاء بالتعويض أو النفقة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان بيد الدائن حكم قضائي صادر من محكمة أجنبية، فلا يجوز أخذ اختصاص به إلا إذا أصبح واجب التنفيذ، كما أنه لا يجوز أخذ اختصاص بمقتضى قرار المحكمين إلا إذا أضحى واجب التنفيذ، تطبيقاً لنص المادة ١٠٨٦ مدني إذ تقول "لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ".

ولقد أُثير الخلاف في ظل التقنين المدني القديم حول جواز طلب الاختصاص بمقتضى الأحكام التي تصدر بالتصديق على الصلح أو الاتفاق الذي يتم بين الخصوم، نظراً للشك حول طبيعتها كأحكام قضائية، فقد ذهب البعض أن مثل هذه الأحكام لا يصدق عليها وصف الأحكام القضائية، على أساس أن القضاة لا يفصلون بها في خصومات قضائية، إنما يثبتون بها ما اتفق عليه الخصوم أو تصالحوها بشأنه، في حين ذهب البعض الآخر، -يؤيدهم في ذلك القضاء- إلى جواز ترتيب الاختصاص بمقتضى هذه الأحكام مراعاة للاعتبارات العملية التي تقرر عدم لزوم معاودة اللجوء إلى القضاء من جديد لاستصدار حكم قضائي بالدين بعد أن أصدرت المحكمة حكماً من قبل بالتصديق على الاتفاق أو الصلح الذي يلزم المدين بهذا الدين، ثم صدر القانون المدني الجديد بنص قانوني يُقرُّ بهذا الرأي الأخير، في المادة ١٠٨٧ منه جاء فيها "يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحاً أو اتفاقاً تمَّ بين الخصوم..." (٤٥٥) .

ثانياً: الشرط الثاني: أن يكون الحكم واجب التنفيذ:

لا يكفي مطلق الحكم لتقرير حق الاختصاص بمقتضاه، إنما يلزم أن يكون الحكم واجب التنفيذ، سواء أكان وجوب تنفيذه راجعاً إلى صيرورته نهائياً أم لأنه أصبح مشمولاً بالإنفاذ المعجل.

(٤٥٥) ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني القديم تعليقها على هذا الخلاف الذي ثار حول صلاحية الأحكام التي تصدرها المحكمة بالتصديق على الصلح أو الاتفاق الذي تمَّ بين الخصوم، قائلة ".... أما الحكم الذي يثبت صلحاً فهو يتراوح بين الحكم والسند الرسمي، ولذلك كان الحق في أخذ اختصاص بمقتضاه محلاً للنظر، فقطع المشروع الشك في هذه المسألة وقرر جواز أخذ اختصاص بمقتضاه مجارياً في ذلك القضاء المصري....." (مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٧، ص ١٦٣).

فالحكم القضائي يضحى واجب التنفيذ إذا كان نهائياً، أي لايقبل الطعن فيه بالطرق العادية (أي بالمعارضة أو الاستئناف) أو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل رغم قبوله للطعن فيه بهذه الطرق.

وينبغي التنويه إلى أن هذا الشرط شرطاً مستحدثاً بالتقنين المدني الجديد، حيث كان التقنين المدني القديم يجيز أخذ الاختصاص ولو كان الحكم ابتدائياً جائزاً الطعن عليه بالاستئناف أو كان غيابياً جائزاً الطعن عليه بالمعارضة، فإذا ما ألغى هذا الحكم على إثر الطعن فيه بهذه الطرق العادية ترتب عليه زوال حق الاختصاص الذي تقرر بمقتضاه، فجاء نص المادة ١٠٨٥ من التقنين المدني الجديد فاشتراط أن يكون الحكم الذي بيد الدائنين طالب الاختصاص بأحد عقارات مدينه واجب التنفيذ (٤٥٦) .

ولقد انتقد رأي في الفقه مسلك واضع التقنين الجديد حينما اشترط في الحكم الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه أن يكون واجب التنفيذ، خلافاً لما كان سائداً في ظل التقنين المدني القديم، وارتأى أن واضع التقنين المدني الجديد بهذا التعديل قد "قضى على أهم ميزة لحق الاختصاص، ذلك أنه بعد أن نظمَ التقنين الجديد حماية دائني الشخص الذي شُهرَ إعساره بأن جعل تصرفات هذا الشخص في أمواله والاختصاصات التي تؤخذ على هذه الأموال بعد شهر إعساره غير نافذة في

دائنيه السابقين على شهر الإعسار، اقتصرت فائدة الاختصاص على الحالة التي لا يكون المدين فيها معسراً، وفي هذه الحالة لا تكون لمزية التقدم التي تترتب على حق الاختصاص فائدة تذكر ما دام المفروض أن أموال المدين تفي بجميع ديونه، وإنما تظهر

أهمية الاختصاص في ميزة التتبع إذ يجد فيها الدائن ما يغنيه عن الطعن في تصرفات المدين بالدعوى البوليصية، فإذا اشترط لأخذ الاختصاص والانتفاع بميزة التتبع أن يكون الحكم الذي حصل عليه الدائن واجب التنفيذ، لم تعد للاختصاص أية ميزة عملية، لأن الدائن الذي يملك التنفيذ يستطيع أن يستغني عن أخذ

(٤٥٦) وتجدر الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي كان ينص في المادة ١٥١١ منه على جواز أخذ الاختصاص بمقتضى حكم قضائي سواء أكان حكماً حضورياً أو غيابياً، ابتدائياً أو نهائياً، أخذاً في ذلك بما كانت عليه نصوص التقنين المدني القديم، ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت النص بحيث أصبح يشترط ضرورة أن يكون الحكم واجب التنفيذ.

الاختصاص، وذلك بالتنبيه على المدين بالوفاء وتسجيل هذا التنبيه، فيمنع نفاذ تصرفات المدين في حقه، ثم ينتهي صاحب هذا الرأي إلى القول بأن التعديل الذي استحدث في التقنين المدني الجديد، كانت الغاية من ورائه مراعاة مصلحة المدين وليس ضمان حق الدائن (٤٥٧) .

ونرى مع جانب كبير من الفقه أن واضع التقنين المدني الجديد قد كان موفقاً حينما اشترط في الحكم الذي يراد الحصول على اختصاص بمقتضاه، أن يكون واجب التنفيذ، ذلك أن حق الاختصاص إذا نُظر إليه بوصفه وسيلة لتأمين حق الدائن فقط، دون النظر إلى مصلحة المدين أيضاً لم يكن ثمة داع لمنح الدائن حق الحصول عليه، هذا بالإضافة إلى أن اشتراط كون الحكم واجب التنفيذ يقلل من التصارع بين الدائنين العاديين لطلب حق الاختصاص، والذي يحدث إذا ما اكتفى بمجرد أن يكون بيد الدائن حكم قضائي ولو كان يقبل الطعن فيه بالطرق العادية، كما أنه ليس صحيحاً أن التنظيم القانوني لحق الاختصاص في ظل أحكام التقنين المدني الجديد يحقق مصلحة المدين وحده، لما في منحه للدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ من أثر في إرجاء التنفيذ حتى تتيسر ظروف المدين فيقدر على الوفاء بدلاً من التنفيذ الجبري عليها في الحال بمقتضى الحكم واجب التنفيذ من جانب الدائن، ولا يخلو التنفيذ الجبري من مشقة للدائن ومن ثم فإن هذا التنظيم - إلى جانب تحقيقه لمصلحة المدين على ما رأينا - يحقق أيضاً مصلحة أخرى للدائن، إذ أنه بمنحه هذا الحق يصير دائناً عينياً (أي صاحب حق عيني تبعي ألا وهو حق الاختصاص) له تأمين خاص على عقار معين من عقارات مدينه، بعد أن كان مجرد دائن عادٍ، الأمر الذي يضمن له الوفاء بحقه في المستقبل.

(٤٥٧) أ. د/ سليمان مرفس - المرجع السابق - ص ٣٠٩، ٣١٠.

ثالثاً: الشرط الثالث: أن يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى:

ينبغي في الحكم الذي يريد الدائن أخذ الاختصاص بموجبه على أحد عقارات مدينه، أن يكون صادراً في موضوع الدعوى كله أو في جزء منه، ومن ثم لا يجوز أخذ اختصاص بموجب الأحكام التحضيرية أو الأحكام التمهيديّة، نظراً لأنها لا تفصل في موضوع الدعوى، وإنما تتعلق بتسيير هذه الدعوى والتحقيق فيها، مثل الحكم الصادر بنذب خبير أو توجيه اليمين، كما أن الحكم الصادر بصحة التوقيع لا يجوز الحصول على اختصاص بمقتضاه لأنه لا يتعرض لموضوع الورقة الموقع عليها، وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة ١٠٨٧ مدني على أنه "..... لا يجوز الحصول على اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع".

رابعاً: الشرط الرابع: أن يكون الحكم ملزماً للمدين بشئ معين:

يلزم في الحكم الذي يتقرر الاختصاص بناءً عليه، أن يكون ملزماً للمدين بشئ معين، كأن يلزمه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء عمل معين أو الامتناع عن عمل معين، إذ أن تقرير حق الاختصاص في هذه الحالة يضمن ما يستحقه الدائن من تعويض بسبب إخلال المدين.

وإذا كان الحكم الذي بيد الدائن يلزم المدين بشئ معين فيجوز الاختصاص بمقتضاه ولو كان الحكم وقتياً مثل الحكم بتقرير نفقة وقتية، ولا يلزم في محل الإلزام أن يكون محدداً، ومن ثم يمكن أخذ الاختصاص بموجب حكم قضى بالتعويض، حتى ولو لم يحدد مقدار هذا التعويض، وإذا صدر الحكم برفض الدعوى وإلزام الخصم بالمصاريف، فيجوز أخذ اختصاص بمقتضاه لضمان الوفاء بهذه المصاريف.

أما إذا كان الحكم رغم صدوره في موضوع الدعوى إلا أنه لا يلزم المدين بشئ معين ، مثل الحكم الصادر برفض الدعوى فقط دون أن يلزم الخصم بالمصاريف، فلا يجوز تقرير الاختصاص بموجبه، نظراً لأن مثل هذا الحكم لا يقرر التزاماً معيناً يحتاج إلى تأمين خاص لضمان الوفاء به.

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الذي يصدر بإلزام المدين بتقديم حساب لصالح دائنه، يعد من قبيل الحكم الملزم بشئ معين، ومن ثم يصح أن يؤخذ اختصاص بمقتضاه لضمان التعويض الذي يحكم به عند إخلال المدين بتقديم الحساب الذ ألزم به، غير أنه إذا قدّم المدين الحساب الذي ألزمه

الحكم بتقديمه، فهل يضمن الاختصاص أيضا المبالغ التي يظهر من نتيجة الحساب وجودها في ذمة المدين أم لا؟.

لقد ثار خلاف حول هذه المسألة، فذهب البعض إلى أن حق الاختصاص لا يضمن إلا محل الالتزام الوارد بالحكم الذي أخذ الاختصاص بموجبه أو التعويض عن عدم وفاء الالتزام، ومن ثم فإنه إذا كان الحكم قد اقتصر على إلزام المدين بتقديم حساب فلا يضمن الاختصاص إلا التعويض الذي يحكم به نتيجة عدم تقديم الحساب، دون أن يضمن صافي الحساب، على أساس أن الالتزام بدفع صافي الحساب أو رصيده التزمَّ يختلف عن الالتزام بتقديم الحساب (٤٥٨)، في حين ذهب البعض الآخر إلى امتداد الاختصاص ليضمن إلى جانب التعويض الذي يُقضى به لعدم تقديم الحساب، المبالغ التي يسفر عنها هذا الحساب أيضا، على أساس أن الغرض من طلب الحساب هو الحصول على المبالغ التي تتجم عنه (٤٥٩)، وهذا ما نميل إليه مراعاة للاعتبارات العملية التي لا تحتم على الدائن أن يعاود الالتجاء إلى القضاء من جديد لاستصدار حكم يلزم مدينه برصيد الحساب، بعد أن حصل على حكم من قبل يلزمه بتقديم هذا الحساب، لاسيما وأن الغاية من وراء الحكم الأول الصادر بإلزام المدين بتقديم الحساب لا تكتمل إلا بإلزامه بما يسفر عنه هذا الحساب من مبالغ لصالح دائئه.

(٤٥٨) أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٦٠، ١٦١، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي - المرجع السابق - ص ٥٠٤، أ.د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣١٤، أ.د/ محمد على امام - المرجع السابق - ص ٤٣٠، أ.د/ محمد كامل مرسى - المرجع السابق - ص ٣١٨، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٦٨.

(٤٥٩) أو برى ورو، ج٣ فقرة ٢٦٥، كولان وكابيتان، ج٢ فقرة ١٧٣٤، بودان وفوران مشار إليه لدى أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣١٦.

المبحث الثاني

شروط العقار الذي يتقرر عليه حق الاختصاص

عرفنا فيما سبق أن حق الاختصاص لا يرد إلا على عقار، ولذلك فهو لا يكون إلا من قبيل التأمينات العقارية، فلا يرد على المنقول مطلقاً، وهو بذلك يتشابه مع الرهن الرسمي فهو أيضاً بحسب الأصل لا يرد إلا على عقار، بيد أنه قد يحدث - على سبيل الاستثناء أن يرد الرهن الرسمي على بعض المنقولات كما سبق أن رأينا (٤٦٠) .

ويشترط في العقار الذي يرد عليه حق الاختصاص شروطاً معينة حددتها المادة ١٠٨٨ مدني بقولها "لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق، وجائز بيعها بالمزاد العلني".

ويستفاد من هذا النص أن هذه الشروط هي كالآتي:-

أولاً: الشرط الأول: أن يكون العقار محل الاختصاص معيناً:

يتفق حق الاختصاص مع حق الرهن الرسمي في وجوب تعيين العقار الذي يرد عليه أيّ منهما تعييناً دقيقاً، وإنه إلى جانب اشتراط المادة ١٠٨٨ مدني سالفه الذكر وجوب تعيين العقار الذي يرد عليه حق الاختصاص، فقد أوجبت المادة ١٠٨٩ مدني ذلك أيضاً، حيث ألزمت طالب الاختصاص بأن يذكر في العريضة عدداً من البيانات، من بينها تعيين العقار أو العقارات المراد تقرير الاختصاص بها تعييناً دقيقاً مع بيان مواقعها.

ثانياً : الشرط الثاني: أن يكون العقار مملوكاً للمدين:

يجب أن يكون العقار المراد الاختصاص به مملوكاً للمدين، فلا يجوز أن يأمر القاضي بتقرير حق اختصاص للدائن على عقار مملوك لغير المدين، حتى ولو كان ذلك برضاء هذا الغير، ويلزم أن تتحقق ملكية المدين للعقار وقت صدور الأمر من القاضي المختص بتقرير حق

(٤٦٠) انظر في جواز ورود الرهن الرسمي على بعض المنقولات في موضعه من هذا الكتاب .

الاختصاص عليه، وأن تستمر هذه الملكية ثابتة له إلى وقت قيد هذا الحق، وذلك على خلاف ما صرحت به المادة ١٠٨٨ مدني حيث اشترطت ملكية المدين للعقار المراد الاختصاص به وقت قيد هذا الحق، وهذه صياغة معيبة لأن المقام هنا مقام بحث عن شروط إنشاء حق الاختصاص وليس المقام مقام بحث عن شروط قيد هذا الحق، لذلك يلزم أن تثبت ملكية المدين للعقار وقت إصدار الأمر بترتيب هذا الحق من جانب القاضي المختص، فلا يكفي أن تتحقق هذه الملكية وقت إجراء القيد كما جاء في النص سالف الذكر، ولعل هذا هو ما أخذت به محكمة النقض فقد قررت أن مناط صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوكاً للمدين وقت صدوره، وأن حق الاختصاص يقع باطلاً إذا ورد على عقار غير مملوك للمدين (٤٦١).

ثالثاً: الشرط الثالث: أن يكون العقار جائزاً ببيعه بالمزاد العلني:

يجب أن يكون العقار المراد أخذ اختصاصٍ عليه جائزاً ببيعه بالمزاد العلني وذلك حتى يتسنى للدائن صاحب حق الاختصاص أن ينفذ على العقار إذا لم يوفه المدين دينه في الأجل المضروب له، وفي ذلك يتفق حق الاختصاص مع حق الرهن الرسمي وغيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى.

ويكون العقار جائزاً ببيعه بالمزاد العلني إذا كان من الممكن الحجز عليه وبيعه استقلاً، أي دون ارتباط ببيع عقار آخر.

(٤٦١) نقض مدني ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ - مجموعة النقض المدني - ٤٥٦ - ٣٦٤ مشار إليه لدى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٢٤.

الفصل الثاني

إجراءات الحصول على حق الاختصاص

لا يتقرر حق الاختصاص بناء على اتفاق أو عقد بين الدائن والمدين، كما هو الحال في حق الرهن الرسمي أو حق الرهن الحيازي، كما لا يتقرر بقوة القانون كما هو الحال في حقوق الامتياز، إنما يصدر بأمر من القاضي المختص بناء على طلب الدائن بعد اتباع إجراءات معينة.

وتبدأ إجراءات الحصول على حق الاختصاص بتقديم الدائن عريضة إلى القاضي المختص مشتملة على بيانات معينة ومصحوبة بالأوراق والمستندات التي تلزم لتمكين القاضي من التحقق من توافر شروط أخذ الاختصاص، ليصدر القاضي أمره إما بإعطاء الاختصاص أو برفض ذلك، وفي كلا الحالين يمكن التظلم من قراره، وذلك على التفصيل الآتي:-

المبحث الأول: تقديم طلب الحصول على حق الاختصاص.

المبحث الثاني: الفصل في طلب الاختصاص.

المبحث الأول

تقديم طلب الحصول على حق الاختصاص

يتعين على الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ ضد مدينه ويريد الاختصاص بعقاره أن يتقدم بعريضة يطلب فيها ذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار المراد أخذ الاختصاص عليه، فإذا كانت العقارات أو أجزاء العقار تقع في دوائر اختصاص أكثر من محكمة، وجب تقديم طلب إلى كل رئيس محكمة ابتدائية من هذه المحاكم (م ١٠٨٩ / ١ مدني)، على أن يراعى ضرورة أن يرفق بالعريضة المقدم بها طلب أخذ الاختصاص، صورة رسمية من الحكم واجب التنفيذ أو شهادة من قلم كتاب المحكمة مدون فيها منطوق هذا الحكم (تيسيراً على الدائن طالب الاختصاص، لأنه قد يتعذر عليه الحصول على صورة رسمية من الحكم فور صدوره، في حين يسهل عليه أن يتحصل على شهادة من قلم الكتاب يدون بها منطوق هذا الحكم على وجه السرعة بما يقطع على المدين محاولاته لإقصاء عقاراته من عناصر ذمته المالية بالتصرف فيها

حتى لا يأخذ هذا الدائن اختصاصاً بها) وذلك حتى يتسنى للقاضي العلم بتوافر الشروط اللازم توافرها بشأن هذا الحكم الذي يطلب الدائن الاختصاص بمقتضاه.

ولقد أوجب القانون في المادة ١٠٨٩ / ٢ مدني ضرورة أن تشمل العريضة على البيانات

الآتية:-

١- اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الأصلي، والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة.

٢- اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه.

٣- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته.

٤- مقدار الدين، فإذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة الابتدائية تقديره مؤقتاً وعيّن المبلغ الذي يؤخذ به حق الاختصاص.

ولا شك أن لهذا البيان أهمية عظمى في طلب الحصول على حق الاختصاص، ذلك أنه على ضوءه يُقيّم القاضي المختص ما يتناسب مع مقدار هذا الدين من اختصاص بعقار أو بأكثر أو بأقل من عقارات المدين، فقد يغالي الدائن في طلبه فيريد الحصول على اختصاص بعقار أو أكثر من عقار في حين أنه لضالة مقدار دينه قد يكتفي القاضي بعقار واحد أو بجزء من عقار.

٥- تعيين العقار أو العقارات المراد الاختصاص بها تعييناً دقيقاً، مع بيان مواقعها وتقديم الأوراق والمستندات الدالة على قيمتها.

ولا جرم أن تقديم المستندات والأوراق الدالة على قيمة العقار أو العقارات المراد أخذ الاختصاص بها يسمح للقاضي بإجراء موازنة عادلة بين مقدار الدين وقيمة هذا العقار أو هذه العقارات المراد الاختصاص بها، ثم يصدر القاضي أمره محققاً مصلحة كل من الدائن والمدين بما لا يضر بأحدهما على حساب الآخر (٤٦٢).

(٤٦٢) وقد يقول قائل أن هذه المستندات والأوراق التي تكشف عن قيمة العقار أو العقارات المراد الاختصاص بها، مقدمة من جانب الدائن، وهو في هذا المقام ظنين فقد يأتي بما يحقق مصلحته من مستندات على نحو يعطي لهذا العقار أو تلك العقارات قيمة لا تتناسب البتة مع قيمتها الحقيقية، وقد لا يتورع في أن يتقدم

المبحث الثاني

الفصل في طلب الاختصاص

إذا قَدَّمَ الدائنُ طالبُ الاختصاص عريضةً متضمنةً ما يجب أن تشتمل عليه قانوناً من بيانات، تولى رئيس المحكمة الابتدائية المختص الفصل في طلب الدائن بمقتضى سلطته الولائية، فيقبل هذا الطلب ويصدر أمره بمنحه الاختصاص المطلوب أو يرفضه حسبما يتراءى له تبعاً لتوافر أو عدم توافر الشروط القانونية اللازمة لإنشاء أو ترتيب حق الاختصاص، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: قبول طلب الاختصاص

إذا ارتأى القاضي المختص إجابة الدائن طالب الاختصاص في طلبه بعد تأكده من توافر كافة الشروط القانونية اللازمة لمنحه هذا الحق، أصدر أمره بمنحه الاختصاص مدوناً هذا الأمر في ذيل العريضة (م ١٠٩٠ / ١ مدني).

ويجب على القاضي إذا رأى إجابة طالب الاختصاص بمنحه الحق الذي يطلبه، أن يراعى قبل إصدار أمره عنصر التوازن والتناسب بين مقدار الدين الصادر به الحكم واجب التنفيذ وقيمة العقار أو العقارات التي يتقرر عليها حق الاختصاص على وجه التقريب، بحيث يجعل حق الاختصاص مقصوراً على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من أحدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد - وإن كان النص القانوني الذي يلزم المدين بدفع فوائد للدين يعد نصاً غير دستوري لتعارضه مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تمثل المصدر الرئيسي للتشريع وفقاً للمادة الثانية من الدستور الحالي، بحيث يمكن للمدين أن يطعن عليه بعدم الدستورية - والمصروفات المستحقة للدائن طالب الاختصاص (م ٢/١٠٩٠ مدني).

بمستندات عارية من الصدق في التقدير، - ولا شك أن لجوء الدائن إلى مثل هذا السلوك يجعله أتماً شرعاً، لما فيه من غش وكذب، زيادة على ما يترتب على ذلك من ضرر بالمدين الذي تُنقلُ عقاراته بديون تقل كثيراً عن قيمة هذه العقارات، فيحرمه من إعادة رهنها مثلاً للحصول على الائتمانات والقروض التي يحتاجها لا سيما إذا كان دين صاحب حق الاختصاص يستغرق كل أو معظم قيم هذه العقارات- بيد أن هذا القول مردود من أكثر من زاوية، فمن ناحية يملك القاضي الذي تُعْرَضُ عليه مثل هذه المستندات سلطات تقديرية واسعة النطاق حيال هذه المستندات، سواء في التأكد من صدقها عن طريق الاستعانة بالخبراء أو في الحكم عليها ليأخذ بها أو يعزف عنها، بل إن القانون يوجب عليه أن يوازن بين مقدار الدين وقيمة العقار أو العقارات المراد الاختصاص بها على وجه التقريب، فيُفَصِّرُ الاختصاص على بعض العقارات أو على عقار واحد أو جزء من عقار، إذ رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد المستحقة للدائن طالب الاختصاص (م ٢ / ١٠٩٠ مدني)، ومن ناحية أخرى فمن حق المدين أن يتظلم من الأمر الصادر بمنح الدائن حق الاختصاص على عقاره ليرفع عنه الظلم إن كان للظلم ما يبرره.

ويوجب القانون على قلم كتاب المحكمة التي أصدر رئيسها أمراً بالاختصاص، إعلان المدين بهذا الأمر في نفس اليوم الذي يصدر فيه (م ١٠٩١ مدني) حتى يتسنى له العلم بهذا الأمر فيتظلم منه إن كان له وجه لهذا التظلم، لاسيما وأن أمر القاضي بالاختصاص يصدر على عريضة أي في غير مواجهة المدين.

كما أوجب القانون أيضا ضرورة أن يقوم قلم كتاب المحكمة الصادر من رئيسها الأمر بالاختصاص، بالتأشير بالأمر على صورة الحكم أو بالشهادة المدون بها منطوق الحكم، وأن يخطر أيضا قلم كتاب المحكمة الصادر عنها الحكم المأخوذ بمقتضاه حق الاختصاص، بالأمر بالاختصاص للتأشير به على كل صورة من الحكم أو شهادة بمنطوقه يسلمها للدائن (م ١٠٩١ مدني)، وذلك تفادياً لخطر سوء نية الدائن الذي قد يعتمد أحيانا إلى معاودة استخراج صورة رسمية أخرى للحكم أو شهادة أخرى بمنطوقه ليحصل مرة أخرى بموجب ذلك على اختصاص آخر على عقارات المدين، لاسيما وأن القاضي المختص قد يجهل حين نظره في طلب الاختصاص الجديد سبق حصول الدائن على اختصاص لضمان نفس الدين بمقتضى ذات الحكم واجب التنفيذ.

ثانياً: رفض طلب الاختصاص:

قد يحدث أن يرفض رئيس المحكمة الابتدائية المختصة طلب الدائن بالحصول على حق اختصاص على عقار أو أكثر من عقارات مدينه، وذلك إذا ارتأى تخلف شروط طلب أخذ الاختصاص الخاصة بالحكم أو العقار أو غيرهما على النحو سالف الذكر، فيكون من حق الدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية، وهذا النوع من الرفض يمكن أن نصفه - من وجهة نظري - بالرفض ابتداءً.

وقد يحدث أن يأمر رئيس المحكمة بالاختصاص للدائن، ثم بعد أن يتظلم المدين إليه من هذا الأمر يرى لانتفاء حق الدائن في أخذ الاختصاص العدول عن ذلك، فيصدر أمراً بإلغاء الأمر الذي سبق أن أصدره بمنح هذا الدائن حق الاختصاص، ويحدث ذلك في بعض الأحوال عندما يفلح المدين في أن يثبت لرئيس المحكمة في تظلمه أنه قد وفى الدين المحكوم به للدائن مثلاً أو

أن يثبت له أن العقار الذي تقرر الاختصاص عليه لصالح دائنه ليس مملوكا له وإنما يحوزه فقط حيازةً عرضيةً، أو يقدم غيرها من الأدلة التي ينتفي معها حق الدائن في أخذ الاختصاص .

وفي جميع الأحوال سالفه الذكر ينتهي الأمر إلى رفض طلب الدائن في أخذ الاختصاص، إذ أنه بإلغاء الأمر الذي منحه هذا الحق يعتبر الاختصاص كأن لم يكن، على أن يراعى في حالة قيام الدائن بقيد حق الاختصاص بمجرد منحه إياه، أن يتم التأشير بإلغاء أمر الاختصاص على هامش القيد (م ١٠٩٢ / ٢ مدني)، فيكون مصير طلبه النهائية هو الرفض، ولذلك أرى تسميته بالرفض انتهاءً، وفي هذه الصورة من الرفض يحق للدائن التظلم من ذلك إلى المحكمة الابتدائية.

ولقد أشارت المادة ١٠٩٣ مدني إلى حق التظلم من أمر القاضى المختص في هذين النوعين من الرفض بقولها "إذا رفض رئيس المحكمة طلب الاختصاص المقدم من الدائن، سواء كان الرفض من بادئ الأمر أو بعد تظلم المدين، جاز للدائن أن يتظلم من أمر الرفض إلى المحكمة الابتدائية".

الباب الرابع

حق الرهن الحيادي

الباب الرابع

حق الرهن الحيازي

تمهيد

سُنِّسَ هذا الباب - بمشيئة الله تعالى - إلى فصول أربعة، نخصص الفصل الأول للتعريف بكل من عقد الرهن الحيازي، وحق الرهن الناشئ عنه، وما يتسم به كل منهما من خصائص، ثم نتناول في الفصل الثاني ما يلزم لإنشاء عقد الرهن الحيازي من شروط موضوعية بوصفه عقداً رضائياً، وبعد ذلك نعرض في الفصل الثالث آثار عقد الرهن الحيازي سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير، وأخيراً نمر مروراً سريعاً على أسباب انقضاء حق الرهن الحيازي في الفصل الرابع والأخير وذلك النحو الآتي:

الفصل الأول: التعريف بعقد الرهن الحيازي وحق الرهن الناشئ عنه مع بيان خصائص كل منهما.

الفصل الثاني: انعقاد عقد الرهن الحيازي.

الفصل الثالث: آثار عقد الرهن الحيازي.

الفصل الرابع: انقضاء حق الرهن الحيازي.

الفصل الأول

التعريف بعقد الرهن الحيازي وحق الرهن الناشئ عنه

مع بيان خصائص كل منهما

المبحث الأول

تعريف عقد الرهن الحيازي وبيان خصائصه

أولاً: تعريف عقد الرهن الحيازي:

لقد عرفت المادة ١٠٩٦ مدني عقد الرهن الحيازي بقولها "الرهن الرسمي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

ويؤخذ على التعريف السابق - رغم إبرازه لجوانب رئيسة من خصائص هذا العقد وما يتولد عنه من حق - المآخذ الآتية:-

١- إغفال التعريف لخاصية جوهرية تميز عقد الرهن الحيازي عن عقد الرهن الرسمي، ألا وهي خاصيته بوصفه عقداً ملزماً للجانبين، فهو لم يكشف إلا عن التزام الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه الطرفان لإدارة المال لحساب كل من الراهن والمرتهن، دون أن يشير إلى أية التزامات على عاتق المرتهن مثل التزامه بالمحافظة على الشيء المرهون والتزامه باستعماله واستغلاله لحساب الراهن.

على أساس أنه إذا كان الرهن الرسمي من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يرتب التزامات على عاتق الدائن المرتهن في حين يرتب التزامات على عاتق الراهن مثل التزامه بضمان سلامة الرهن، فإن عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين، نظراً لأنه يرتب التزامات على عاتق كل من الراهن والمرتهن، فيلزم الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى

الشخص الذي يعين لحيازة المرهون وإدارته، كما يلزمه بضمان سلامة الرهن ونفاذه، كما أنه يلزم الدائن المرتهن - فى المقابل - بالمحافظة على الشئ المرهون وحيازته، كما يلزمه أيضا بإدارة الشئ المرهون وبيده إلى الراهن إذا استوفى كامل حقه (م ١١٠٧ مدني).

٢- إن هذا التعريف قد اقتصر على ذكر ثمن الشئ بوصفه محلاً ينتقل إليه حق الدائن المرتهن لينفذ عليه لاستيفاء دينه منه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ولم يشر إلى ما قد يقوم مقام ثمن الشئ المرهون من مقابل نقدي آخر يمكن أن ينتقل إليه حق المرتهن مثل مبلغ التأمين، أو التعويض الذي يحكم به على من تسبب في هلاك الشئ المرهون أو تلفه.

٣- يعيب البعض - وبحق - على التعريف السابق تزيده في إبراز ميزة التبع والتقدم في حق الرهن المتولد عن العقد، في حين أنه كان يمكن الاستغناء عن ذكرهما بالإشارة إلى أن هذا العقد يرتب حقاً عينياً تبعياً، ذلك أن هاتين الميزتين من لوازم الحق العيني التبعي بصفة عامة، وحق الرهن بصفة خاصة ومن ثم فهما ميزتان يتمتع بهما الدائن المرتهن رهن حيازة بوصفه صاحب حق عيني تبعي (٤٦٣).

ثانياً: خصائص عقد الرهن الحيازي:

يظهر لنا من خلال التعريف السابق، وما أوردنا بشأنه من ملاحظات، أن عقد الرهن الحيازي يتسم بالخصائص الآتية:-

١- إن عقد الرهن الحيازي عقد رضائي، أي ينعقد بمجرد التراضي بين الدائن المرتهن والراهن، إذ أن القانون لم يشترط شكلاً معيناً لانعقاده، وتلك خاصية تميز هذا العقد عن عقد الرهن الرسمي الذي يعد من العقود الشكلية، حيث لا ينعقد عقد الرهن الرسمي إلا إذا أُفرغ في ورقة رسمية (م ١/١٠٣١ مدني).

(٤٦٣) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ٩١، ص ١٨٢، ١٨٣.

٢- إن عقد الرهن الحيازي من عقود الضمان، وهو في هذه الخاصية يتشابه مع عقد الرهن الرسمي، على أساس أن الغرض منهما هو ضمان وتأمين الوفاء بدين أو التزام معين لصالح الدائن المرتهن.

٣- إن عقد الرهن الحيازي من العقود الملزمة للجانبين، فهو يرتب التزامات على عاتق طرفي العقد على حد سواء، فيلزم الراهن بتسليم الشيء المرهون ويلزمه أيضا بضمان سلامة الرهن ونفاذه، كما أنه يلزم المرتهن - في نفس الوقت - بعدد من الالتزامات، حيث يلزمه بالمحافظة على الشيء المرهون، ويلزمه باستثماره ورده إلى الراهن عند استيفائه كامل حقه، وتلك خاصية تميز عقد الرهن الحيازي عن عقد الرهن الرسمي الذي يعد من العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لا يرتب هذا العقد أية التزامات على عاتق الدائن المرتهن.

بيد أنه ينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن الدائن المرتهن رهن حيازة لا يلتزم بالمحافظة على الشيء المرهون وباستثماره ورده إلى الراهن، إلا إذا كان الشيء المرهون قد سُلّم إليه، أما إذا تمّ الاتفاق بين الراهن والمرتهن على أن يتم تسليم الشيء المرهون إلى شخص آخر يعينه لحيازة هذا الشيء واستثماره، فعندئذ يلتزم هذا الشخص بهذه الالتزامات وليس الدائن المرتهن.

٤- يرى البعض أن عقد الرهن الحيازي من عقود المعاوضات بحسب الأصل، على أساس أن الغالب فيه أن الراهن لا يوافق على إبرام هذا العقد إلا في مقابل رضا الدائن على منحه ائتمانه وذلك بمنحه ديناً موجلاً أو مد أجل دين موجود من قبل (٤٦٤)، بيد أننا لا نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه، نظراً لأنه - كما يرى البعض ويحق - ليس في هذا العقد معاوضة، لأن الأجل زمان ووقت، والزمان أو الوقت ليس بمال، ومن ثم لا تجوز معاوضته بمال، ولذا يعد هذا العقد من عقود التوثيق أو الضمان (٤٦٥).

ثالثاً : مزايا ومثالب عقد الرهن الحيازي:

(٤٦٤) أ. د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٣٨.

(٤٦٥) انظر في ذلك إلى: أ. د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٨٢ هامش ١.

إن لعقد الرهن الحيازي مزاياه وعيوبه نذكرها على النحو الآتي:-

١- مزايا عقد الرهن الحيازي:

يمكن القول بأن عقد الرهن الحيازي يحقق مصالح جميع ذوي الشأن في هذا العقد، حتى أن الغير الذي ليس طرفاً في العقد ويضار من إبرامه لا يخلو هذا العقد من جانب النفع له، ومن ثم لا تقتصر منافعه على طرفي العقد فقط، بل تعمُ وتشمل كل من الراهن (سواء كان مديناً أو كفيلاً عينياً) والمرتهن والغير.

أما عن تحقيقه لمصلحة الدائن المرتهن فظاهرة الواضح، فإنه إلى جانب أن هذا العقد يرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً تبعياً على الشيء المرهون يضمن بموجبه استيفاء كامل حقه من ثمن هذا الشيء المرهون أو من أي مقابل نقدي آخر يحل محله، فإنه يخوله حق حبس هذا الشيء فيحوزه ويقوم باستثماره ليخصم من ثماره أصل دينه وملحقاته والمصروفات التي ينفقها في إدارته.

أما عن فائدته بالنسبة للراهن فينبغي التفرقة بين ما إذا كان الراهن هو المدين نفسه أو كان شخصاً آخر غيره أي كان كفيلاً عينياً، فإذا كان الراهن هو المدين نفسه فتبدو فائدة هذا العقد بالنسبة له جليةً وواضحةً في تمكينه من الحصول على الائتمان الذي ينشده من الدائن (سواء تمثل هذا الائتمان في منحه ديناً مؤجلاً أو حتى مد أجل له عن دين موجود في ذمته من قبل)، لاسيما وقد ندرُ في زماننا أن يتحصل أحدٌ على قرض من آخر دون تقديم تأمين أو ضمان عيني، أما إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فتبدو فائدة هذا العقد بالنسبة له إن كانت الكفالة بعبء، في ذلك العوض الذي يتحصل عليه من المدين، وإن كانت الكفالة تبرعيةً فتتجلى الفائدة في الجزاء الأوفى الذي يُوفى له من رب المدين - المولى سبحانه وتعالى - وأعتقد أنه أعظمُ وأبقى وإن بدا من وجهة نظر البعض غُرمًا لا غُنماً، لاسيما وأن القرض عند الله أفضلُ من الصدقة (٤٦٦).

(٤٦٦) فقد روي عن سيدنا أنس بن مالك أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة قال لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة " رواه ابن ماجة في سننه، ج ٢، كتاب الصدقات، باب القرض، رقم الحديث ٢٤٣١، ص ٨١٢، دار الريان للتراث.

كما أن هذا العقد يحقق مصلحةً مشتركةً لكل من الراهن والمرتهن حيث يتم إبرامه بعقد عرفي دون حاجة إلى رسميات (٤٦٧) ، إذ لا يلزم فيه - بوصفه عقداً رضائياً - شكلاً معيناً، بخلاف عقد الرهن الرسمي الذي لا ينعقد إلا إذا أُفرغ في ورقة رسمية.

أما بالنسبة للغير الذي ليس طرفاً في هذا العقد، ويضار في مصلحته من جرائه مثل الدائن العادي ، فتبدو مصلحته في هذا العقد في إتاحة العلم له بالحق العيني التبعي المتولد عنه وهو حق الرهن الحيازي من خلال حيازة المرتهن للشئ محل الرهن.

٢- عيوب عقد الرهن الحيازي:

على الرغم من جملة المزايا التي تتحقق من وراء هذا العقد لكل ذوي الشأن على النحو الذي رأيناه، إلا أنه لا يكاد يخلو من المعاييب والمثالب، نظراً لأنه يقتضي خروج الشئ المرهون من حيازة مالكة لتنتقل إلى الدائن المرتهن أو الشخص الذي يعينه لهذا الغرض، فيحرم الراهن من حق استعمال هذا الشئ واستغلاله بنفسه، ويثبت ذلك الحق لشخص آخر غيره قد لا يحسن القيام به أصلاً أو على الأقل لا يجيده مثل مالكة (٤٦٨) .

(٤٦٧) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٨٣.

(٤٦٨) أنظر في هذا المعنى إلى أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ١٨٣.

المبحث الثاني

تعريف حق الرهن الحيازي وبيان خصائصه

أولاً: تعريف حق الرهن الحيازي:

يعرف البعضُ حق الرهن الحيازي بأنه "سلطةٌ تثبت للدائن بمقتضى عقد على شئٍ معين تخوله أن يحبس هذا الشئٍ لحين استيفاء حقه، وأن يستوفي حقه من ثمن هذا الشئٍ أو من أي مقابل نقدي له بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد يكون" (١)

ويؤخذ على هذا التعريف تزيده في إبراز خاصيتي التتبع والتقدم، رغم أنها من لوازم الحق العيني التبعي، لذلك كان من الممكن الاستغناء عن ذكرهما في التعريف اكتفاءً بأنها من مقتضيات حق الرهن الحيازي بوصفه حقاً عينياً تبعياً.

وأرى تعريف هذا الحق بأنه "حق عيني تبعي ينشأ للدائن بمقتضى العقد على شئٍ معين مملوك للمدين أو الغير، يخول له حبسه لإدارته واستثماره لحين استيفاء حقه".

ثانياً: خصائص حق الرهن الحيازي:

يبرز لنا من التعريفين السابقين أن لهذا الحق عدداً من الخصائص التي يتسم بها، يمكن تلخيصها فيما يلي:-

١- إن حق الرهن الحيازي حقٌ عيني تبعي ، إذ لا ينشأ بوصفه حقاً قائماً بذاته دون أن يرتبط في وجوده ونشأته بحق آخر، إنما ينشأ بالتبعية لضمان حق آخر وهو الحق الشخصي الذي في ذمة المدين كالتزام أو دين بحيث يدور معه وجوداً وعدماً، وهو بذلك يختلف عن الحق العيني الأصلي الذي يعدُّ حقاً قائماً بذاته دون أن يرتبط في وجوده بحق آخر غيره كحق الملكية مثلاً.

(١) أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - بند ١٢٩، ص ١٣٥.

٢- إن حق الرهن الحيازي من قبيل التأمينات العينية الاتفاقية، فمصدره وأساسه هو العقد أو الاتفاق الذي ينشأ بين الراهن والمرتهن، وهو بذلك يتفق مع عقد الرهن الرسمي، ويختلف مع حق الاختصاص الذي مصدره القضاء، ويختلف مع حق الامتياز الذي مصدره القانون.

٣- إن حق الرهن الحيازي مثل غيره من الحقوق العينية التبعية يخول للمرتهن ميزتي التقدم والتتبع.

٤- إن حق الرهن الحيازي هو من التأمينات العقارية أو التأمينات المنقولة حسب ما يرد عليه ، فقد يرد على عقار فتكون له الطبيعة العقارية وقد يرد على منقول فتكون له الطبيعة المنقولة ، بخلاف حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، فهما من التأمينات العقارية ، ذلك أن حق الرهن الرسمي لا يرد بصفة عامة إلا على عقار، ولا يرد على المنقول إلا استثناءً بموجب نص في القانون، كما أن حق الاختصاص لا يرد إلا على العقار، فلا يرد على المنقول مطلقاً، وبذلك يتشابه حق الرهن الحيازي مع حقوق الامتياز التي هي من التأمينات العقارية أو التأمينات المنقولة ، لأنها قد ترد على العقار وقد ترد على المنقول.

٥- إن حق الرهن الحيازي هو الحق العيني التبعية الوحيد الذي يمثل التأمينات الحيازية، إذ يستتبع هذا الحق تجريد الراهن من حيازة الشيء المرهون ونقلها إلى المرتهن أو إلى شخص آخر، ليمارس عليه حقه في حبه لإدارته واستثماره لحين استيفاء الدائن دينه كاملاً.

فجميع الحقوق العينية التبعية عدا حق الرهن الحيازي (مثل حق الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز) لا تقتضى تجريد الراهن من حيازة محال هذه الحقوق، بل يحتفظ بحيازتها إلى جانب احتفاظه بملكيتها، ولذلك تعد من قبيل التأمينات غير الحيازية أو الطليقة.

الفصل الثاني

انعقاد عقد الرهن الحيازي

ينعقد الرهن الحيازي بوصفه عقداً رضائياً بمجرد أن يتبادل الراهن والمرتهن التعبير عن إرادتهما تعبيراً متطابقاً (م ٨٩ مدني) فلا يلزم فيه ضرورة مراعاة شكل خاص أو اتباع إجراءات معينة، إذ يكفي التراضي بمجرد قيام العقد.

وجدير بالملاحظة أن واضع القانون قد أحال في المادة ١٠٩٨ مدني إلى بعض أحكام عقد الرهن الرسمي لتنظيم أركان عقد الرهن الحيازي، حيث نصت المادة ١٠٩٨ مدني على أن "تسري على الرهن الحيازي أحكام المادة ١٠٣٣ وأحكام المواد من ١٠٤٠ إلى ١٠٤٢ المتعلقة بالرهن الرسمي".

ومن ثم تُطبَّق المادة ١٠٣٣ مدني الخاصة برهن ملك الغير ورهن المال المستقبل والواردة بشأن حق الرهن الرسمي، على رهن ملك الغير رهناً حيازياً ورهن المال المستقبل رهناً حيازياً، على التفصيل الذي سبق أن عرضناه آنفاً (٤٦٩).

كما تسري أحكام المواد ١٠٤٠، ١٠٤٢ مدني (وهي تتعلق بضرورة تخصيص الرهن الرسمي من حيث الدين المضمون به، ومبدأ عدم تجزئة الرهن الرسمي، ومبدأ تبعية الرهن الرسمي للدين المضمون به، وما يترتب على ذلك من حق الكفيل العيني في التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين ولو نزل المدين عن هذا الحق)، على حق الرهن الحيازي حيث لم يورد واضع القانون في انعقاد الرهن الحيازي غير نصوص ثلاثة فقط، وهم نص المادة ١٠٩٦ مدني تناول فيه تعريف عقد الرهن الحيازي، ونص المادة ١٠٩٧ مدني أوضح فيه أن حق الرهن لا يرد إلا على ما يمكن بيعه استقلالا من المنقولات أو العقارات، ونص المادة ١٠٩٨ مدني وهو كما سبق أن رأينا يحيل إلى أحكام عقد الرهن الرسمي في تنظيم أركان عقد الرهن الحيازي (٤٧٠).

(٤٦٩) انظر في حكم رهن ملك الغير ورهن المال المستقبل في موضعهما من هذا الكتاب .

(٤٧٠) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٣٤ ص ٣٣٧، ٣٣٨.

الفصل الثالث

آثار عقد الرهن الحيازي

تمهيد:

إنه بمجرد انعقاد عقد الرهن الحيازي ينشأ عنه بقوة القانون حقٌ عيني تبقي لصالح الدائن المرتهن ضماناً لدينه في ذمة المدين ألا وهو حق الرهن، كما يترتب هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل من الراهن والمرتهن بوصفه عقداً ملزماً للجانبين، حيث يلزم الراهن بتسليم الشيء المرهون، كما يلزمه بضمان سلامة الرهن ونفاذه، وفي نفس الوقت يلزم الدائن المرتهن في المقابل بالمحافظة على الشيء المرهون، وبإدارته واستثماره لحساب الراهن، ثم يردّه إلى الراهن عند انقضاء الرهن.

ولا ينفذ حق الرهن الحيازي المتولد عن العقد في حق الغير إلا بتوافر شرطين: أولهما أن تنتقل حيازة الشيء المرهون (سواء أكان عقاراً أو منقولاً) من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، وثانيهما هو القيد بالنسبة للعقار، وإثبات التاريخ بالنسبة للمنقول.

وسنُفَصِّلُ - بمشيئة الله تعالى - ما أجملناه سابقاً بشأن آثار عقد الرهن الحيازي في مباحث ثلاثة، نتناول في المبحث الأول نشوء حق الرهن الحيازي، ونتكلم في الفصل الثاني عن آثار عقد الرهن الحيازي في مواجهة المتعاقدين، ونعرض في الفصل الثالث لآثاره في مواجهة الغير، وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول: نشوء حق الرهن الحيازي.

المبحث الثاني: آثار عقد الرهن الحيازي بالنسبة للمتعاقدين.

المبحث الثالث: آثار عقد الرهن الحيازي بالنسبة للغير.

المبحث الأول

نشوء حق الرهن الحيازي

إن الهدف أو الغرض من إبرام عقد الرهن الحيازي يتمثل في ترتيب حق عيني تبقي للمرتهن على الشيء محل الرهن، يخول له الحق في حبسه لحين استيفاء حقه، والتنفيذ عليه لاستيفاء هذا الحق بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من ثمن الشيء المرهون أو أي مقابل نقدي آخر يحل محل هذا الثمن.

وينشأ حق الرهن الحيازي لصالح الدائن المرتهن فور إبرام العقد، دون أن يتأخر نشوؤه إلى وقت تسليم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى الأجنبي الذي يعينه المتعاقدان أو إلى وقت اتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير مثل القيد بالنسبة للعقارات وإثبات التاريخ بالنسبة للمنقولات، وذلك بشرط أن يكون هذا الشيء المرهون معيناً بذاته وقت إبرام العقد، ومملوكاً للراهن (٤٧١) .

ولعل هذا هو عين ما أكدته المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الجديد بقولها: "قبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين، ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه بوصفه دائناً مرتهنناً لا باعتباره دائناً عادياً، ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم" (٤٧٢) .

فحق الرهن الحيازي وإن كان ينشأ نافذاً بين المتعاقدين بمجرد إبرامه متى توافرت فيه شروط صحة انعقاده، دون إبطاء أو تأخير، إلا أنه لا يكون نافذاً في حق الغير إلا بعد تسليم الشيء المرهون وإجراء القيد إذا كان المرهون عقاراً أو إثبات التاريخ إن كان المرهون منقولاً.

(٤٧١) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - بند ١٧٧، ص ١٦٥، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٣٥، ص ٣٣٩.

(٤٧٢) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٧، ص ٢٠٠).

المبحث الثاني

آثار عقد الرهن الحيازي بالنسبة للمتعاقدین

إنه على خلاف الرهن الرسمي الذي يعد عقداً ملزماً لجانب واحد فقط وهو الراهن، دون أن يلزم المرتهن بأية التزامات في مواجهة الراهن، نجد أن عقد الرهن الحيازي بوصفه عقداً ملزماً للجانبين، يرتب التزامات على عاتق الراهن والمرتهن على السواء، فما هي هذه الالتزامات؟

أولاً: التزامات الراهن:

يرتب عقد الرهن الحيازي التزامات على عاتق الراهن تتمثل في هذين الالتزامين: أولهما التزامه بتسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان، وثانيهما التزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه، وذلك على التفصيل الآتي:-

١- التزام الراهن بتسليم الشيء المرهون:

تنص المادة ١٠٩٩ مدني على هذا الالتزام بقولها "١- على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه".

٢- ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع".

أ- طبيعة التسليم:

نظراً لأن عقد الرهن الحيازي كما يبدو واضحاً من مسماه يخول المرتهن سلطة حيازة الشيء المرهون -بخلاف عقد الرهن الرسمي حيث تبقى للراهن حيازة الشيء المرهون- لذلك يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى الشخص الذي يعينه العاقدان لاستلامه ويعد التسليم أثراً من آثار عقد الرهن الحيازي في ظل التقنين المدني الجديد، وليس ركناً من أركان العقد كما كان عليه الحال في ظل التقنين المدني القديم، حيث لم يكن عقد الرهن لينعقد بدون تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى الأجنبي المعين لاستلامه من جانب طرفي العقد، فكان عقد الرهن

الحيازي عقداً عينياً لا يتم انعقاده إلا بالتسليم، أما في ظل التقنين المدني الجديد فقد أضحى هذا العقد عقداً رضائياً ينعقد بمجرد التراضي بين طرفيه بحيث يترتب عليه نشوء حق الرهن الحيازي صحيحاً وناظراً بين عاقيه فور انعقاده ولو لم يتم تسليم المرهون بعد، على أن يلتزم الراهن بالتسليم بوصفه أحد الالتزامات التي يترتبها عقد الرهن على عاتقه في مواجهة المرتهن، بحيث يُجبر على تنفيذه إن لم ينفذه اختياراً (٤٧٣) .

ب- أهمية التسليم:

وتجدر الإشارة إلى أن للتسليم دوراً بالغ الأثر في عقد الرهن الحيازي، فهو إلى جانب كونه التزاماً وأثراً من التزامات هذا العقد وآثاره، فإنه يمكن المرتهن من حيازة المرهون، فينفذ حق رهنه في مواجهة الغير -ذلك أن حيازته للشئ المرهون تمثل شرطاً لازماً لنفاذ حق رهنه في مواجهة الغير، وإن كان هذا الحق يعدُ نافذاً في مواجهة الراهن ولو لم تنتقل حيازة المرهون إليه بمجرد إبرام العقد- كما تساعده هذه الحيازة على استثمار الشئ المرهون استثماراً كاملاً وخصم الغلة مما يستحقه من حق في ذمة المدين (٤٧٤) .

ج- إلى من يكون التسليم:

وفقاً لصريح نص المادة ١٠٩٦، ونص المادة ١/١٠٩٩ من التقنين المدني الجديد يكون تسليم الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه العاقدان (أي الراهن والمرتهن) لاستلامه (٤٧٥) .

(٤٧٣) انظر في نفس المعنى: أ.د./ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - بند ١٥٧، ص ١٥٠.

(٤٧٤) انظر في نفس المعنى: أ.د./ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٨٩، ١٩٠.

(٤٧٥) يلاحظ أن المادة ١٠٩٦ مدني تطلق اصطلاح "أجنبي" على الشخص الذي يتسلم الشئ المرهون باتفاق طرفي عقد الرهن، في حين تطلق عليه المادة ١٩٩٠ مدني اصطلاح "الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه"، ولقد كان نص المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يطلق على هذا الأجنبي اصطلاح "العدل" بعد تعديله في لجنة المراجعة، غير أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت عن هذا الاصطلاح واستعملت بدلاً منه لفظ "الأجنبي" بناء على اقتراح الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري الذي برزَ اقتراحه بأنه "وإن كان التعبير بالعدل اصطلاح شرعي، إلا أنه يعطى فكرة عن شروط يجب توافرها فيمن يودع عنده المال، وهذا ليس المطلوب إنما الغرض هو أن يكون شخصاً آخر" (انظر في ذلك إلى مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٧، ص ١٩٤). وأعتقد من جانبي أنه كان من الأفضل الإبقاء على اصطلاح "العدل" لما تحمله هذه التسمية من معاني الإنصاف والأمانة التي ينبغي أن يتحلى بها شخص من يتسلم الشئ المرهون باتفاق الراهن والمرتهن على ذلك، وإذا كان قد تمّ العدول عن هذا الاصطلاح مخافة أن يفهم منه أنه يلزم فيمن يختار لاستلام الشئ المرهون أن تتوافر فيه الشروط الخاصة بالعدل في الفقه الإسلامي، لذا تمّ الاكتفاء بلفظ الأجنبي حتى يفهم أن المطلوب أي شخص آخر غير المرتهن، فإن هذا مما يتجافى مع حقيقة الواقع لأن الراهن والمرتهن حينما يتفقا على شخص ما ليتولى استلام الشئ المرهون وحيازته ليتمكن من إدارته لا يختاران أي شخص،

د - أحكام التسليم:

لقد اكتفى القانون في معرض التنظيم القانوني لالتزام الراهن بالتسليم على تحديد شخص من يجري تنفيذ هذا الالتزام في مواجهته (م ١/١٠٩٩ مدني)، ثم بعد ذلك أحال على أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع لتنظيم كيفية تنفيذ الراهن لالتزامه بالتسليم في عقد الرهن الحيازي، حيث تنص المادة ٢/١٠٩٩ مدني على ذلك بقولها "ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع".

وتطبيقاً لذلك يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون وملحقاته، إلى الدائن المرتهن أو العدل (حيث فضل تسمية الشخص الآخر الذي قد يتفق بين الراهن والمرتهن على التسليم له بهذا الاصطلاح، لما في اصطلاح "العدل" من إشعار بما ينبغي أن يكون عليه من أمانة وإنصاف لطرفي العقد، وهي تسمية مستقاة من الفقه الإسلامي، وكان مأخوذاً بها في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد ولكن تم العدول عنها (٤٧٦)) بالحالة التي كان عليها وقت الرهن (وفقاً للمادة ٤٣١ مدني (٤٧٧))، ويتم التسليم في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإذا لم يكن ثمة اتفاق بشأن زمان ومكان التسليم، فيكون التسليم واجبا فور التعاقد وفي مكان وجود الشيء المرهون وقت التعاقد إن كان معيناً بالذات، أو في موطن الراهن إن كان معيناً بالنوع.

ويتحقق التسليم بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام أن الراهن قد أعلمه بذلك (وفقاً للمادة ١/٤٣٥ مدني (٤٧٨))، على أن يراعى أن هذا النوع من التسليم الذي يطلق عليه اصطلاح التسليم القانوني وإن كان يبرئ ذمة الراهن من التزامه بالتسليم، إلا أنه لا يكفي لنفاذ حق

إنما يحرصان على أن تتوافر فيه دواعي الثقة والأمانة والقدرة على حسن استثمار الشيء المرهون، بما لا يقل عن الشروط الخاصة باصطلاح العدل في الفقه الإسلامي.

(٤٧٦) انظر في بيان ذلك إلى موضعه لاحقاً في هذا الكتاب .

(٤٧٧) حيث تنص المادة ٤٣١ مدني على أنه "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

(٤٧٨) حيث تنص المادة ١/٤٣٥ مدني على أن "يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً ما دام أن البائع قد أعلمه بذلك".

الرهن في مواجهة الغير، والذي يلزم فيه انتقال الحيازة فعلاً بحيث يستولي المرتهن أو العدل على المرهون استيلاءً مادياً.

وقد يكون التسليمُ تسليمًا حكماً فيتحقق بمجرد التراضي على تغيير النية في الحيازة، وذلك يحدث حينما يكون الشيء المرهون في حيازة المرتهن أو العدل أصلاً لسبب آخر غير الرهن، كما لو كان معه على سبيل العارية أو الوديعة ثم ارتهنه المرتهن فعندئذ يكفي لتحقيق التسليم أن تتغير نية المرتهن أو العدل من حيازته للشيء على سبيل الوديعة أو العارية إلى حيازته على سبيل الرهن في عقد رهن حيازي (وفقاً للمادة ٢/٤٣٥ مدني) (٤٧٩).

وقد يكون التسليم تسليمًا رمزياً، ويتحقق ذلك بتسليم المرتهن أو العدل الوسيلة التي تمكنه من استلام الشيء المرهون استلاماً فعلياً، كأن يسلمه مفتاح المخزن الموجود به الشيء المرهون أو يسلمه سند إيداع أو شحن البضائع المرهونة (٤٨٠).

هـ - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم:

إذا لم يحم الرهنُ بتنفيذ التزامه بتسليم الشيء المرهون إلى المرتهن أو إلى العدل، جاز للمرتهن أن يجبره على التنفيذ العيني وفقاً للقواعد العامة متى كان التنفيذ ممكناً، أما إذا تعذر التنفيذ العيني فمن حق الدائن المرتهن أن يطلب فسخ عقد الرهن والتمسك بسقوط أجل الدين مع التعويض إن كان لذلك مقتضى.

٢ - التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه:

تنص المادة ١١٠١ مدني على هذا الالتزام بقولها "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه

(٤٧٩) إذ تنص المادة ٢/٤٣٥ مدني على أنه "ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع بسبب آخر غير الملكية".

(٤٨٠) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٢١، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٤١، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ١٩٠، د/ محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٢٥٨، ٢٥٩.

المستمدة من العقد، وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون".

ويؤخذ من هذا النص أن الراهن يلتزم في مواجهة الدائن المرتهن رهناً حيازياً بضمان سلامة الرهن، كما أنه يلتزم في مواجهته بضمان نفاذ الرهن في حق الغير، وذلك على التفصيل الآتي:-

أ- التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

أعتقد من جانبي أن لتنفيذ الراهن التزامه بضمان سلامة الرهن شقين أو وجهين، أحدهما إيجابي والآخر سلبي، فأما الشق الإيجابي في تنفيذه لهذا الالتزام فيستوجب عليه المحافظة على الشيء المرهون إلى أن يتم تسليمه إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي يعينه العاقدان (أي الراهن والمرتهن) لاستلام هذا الشيء المرهون، بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد.

وأما الشق السلبي في تنفيذ الراهن لالتزامه بضمان سلامة الرهن، فيقتضي منه أن يمتنع عن تخريب الشيء المرهون قبل تسليمه إلى المرتهن أو إلى العدل، وعن القيام بأية محاولات لإتلاف هذا الشيء أو سلب حيازته بعد التسليم.

ولقد رَحَّصَ القانون للدائن المرتهن أن يتخذ، في حالة الاستعجال، كافة الوسائل اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون، على نفقة الراهن، وذلك متى كان هذا الشيء لا يزال في يد الراهن، كما لو استبقاه الراهن تحت يده بصفته مستأجراً له شريطة أن يتم شهر هذا الإيجار أو يؤشر به على هامش القيد إذا تمَّ التأجير له بعد قيد الرهن (ذلك أن الرهن الحيازي لا ينفذ في حق الغير طالما أن الشيء المرهون قد بقي في حيازة الراهن باستثناء حالة تأجيله له، بشرط أن يذكر الإيجار في قائمة القيد أو يؤشر به على هامش القيد إذا تمَّ بعد الرهن)، إذ يستطيع الدائن المرتهن أن يقوم بإصلاح البناء المرهون إذا آل إلى السقوط وأهمل الراهن في ترميمه وصيانته، وتكون نفقة هذا الإصلاح على حساب الراهن (٤٨١) .

(٤٨١) انظر في نفس المعنى أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٥١، ١٥٢.

ب - التزام الراهن بضمان نفاذ الرهن:

يلتزم الراهن في مواجهة المرتهن - إلى جانب التزامه بضمان سلامة الرهن - بضمان نفاذ الرهن في حق الغير، وتنفيذ المرتهن لهذا الإلتزام له مظهران أو صورتان إحداهما إيجابية والأخرى سلبية.

فأما الصورة الإيجابية لتنفيذ هذا الإلتزام فتتعلق على الراهن القيام بكل الأعمال التي تلزم من جانبه لجعل الرهن نافذاً في حق الغير، مثل قيامه بتقديم كافة المستندات اللازمة لإجراء القيد والتصديق على توقيعه إن كان الشئ المرهون عقاراً، وتحرير عقد الرهن كتابياً في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعيّن المرهونة بياناً كافياً، إن كان الشئ المرهون منقولاً (م ١١ مدني) (٤٨٢) .

وأما الصورة السلبية لتنفيذ الراهن التزامه بضمان نفاذ الرهن، فتوجب عليه أن يتمتع عن أي تصرف قانوني في الشئ المرهون يضر بحق الدائن المرتهن ويمنع نفاذه في حق الغير، كأن يبيع العقار المرهون أو يرهنه بعد الرهن الأول ويسجل المشتري عقده أو يقيد المرتهن الثاني رهنه قبل قيد المرتهن الأول، أو أن يتصرف في المنقول بالبيع أو الرهن إلى شخص حسن النية قبل تسليمه إلى الدائن المرتهن ويمكن المتصرف إليه من حيازة الشئ المرهون، إذ يترتب على تصرفه تفضيل المتصرف إليه على الدائن المرتهن.

ج - أثر هلاك المرهون أو تلفه على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن:

بادئ ذي بدء يجدر بنا قبل الخوض في أثر هلاك المرهون أو تلفه على التزام الراهن بضمان سلامة، أن نشير إلى نقطتين جوهريتين: أولاهما أن التزام الراهن بضمان سلامة الرهن لا ينتهي بتسليمه الشئ المرهون للدائن المرتهن أو للعدل، إنما يظل هذا الإلتزام قائماً وموجوداً بعد التسليم، بحيث يعد مخرلاً بهذا الإلتزام إذا حاول إتلاف المرهون أو سلب حيازته بعد تسليمه، وثانيهما أنه بمجرد أن يتسلم الدائن المرتهن أو العدل الشئ المرهون من الراهن يصير ملتزماً

(٤٨٢) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٩١.

بالمحافظة عليه، ومكلفاً بأن يبذل في حفظه وصيانته عناية لا تقل عن عناية الشخص المعتاد ، بحيث يعد مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك راجعٌ إلى سببٍ أجنبي لا يد له فيه، وإلا كان من حق الراهن أن يرجع عليه بالتعويض إن كان لذلك مقتضى.

نعود بعد ذلك إلى الحديث الخاص بالتساؤل حول أثر هلاك المرهون أو تلفه على التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، ومن ثم على حق الدائن المرتهن في الرجوع عليه بدعوى الضمان؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تستوجب علينا أن نفرق بين ما إذا كان قد ترتب على هلاك المرهون أو تلفه نشوء حق مالي محل الشيء المرهون لصالح الراهن أم لا، وذلك على التفصيل الآتي:-

الحالة الأولى: أن يتولد عن هلاك المرهون أو تلفه حقٌ مالي للراهن مثل مبلغ التأمين الذي تدفعه شركة تأمين أو التعويض الذي يدفعه الشخص المتسبب بخطئه في هلاك المال المرهون أو تلفه أو الثمن الذي تدفعه الدولة مقابل نزعها ملكية العقار للمنفعة العامة (إن كان المرهون عقاراً) أو الثمن الذي بيع به المنقول المرهون إلى مشترٍ حسن النية أو المساعدة المالية التي تدفعها إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة أو الخاصة عند حدوث الهلاك أو التلف بسبب الزلزال أو الفيضانات أو غيرهما من الكوارث الطبيعية، ففي أي من فروض هذه الحالة ينتقل حق الدائن المرتهن - سواء حصل الهلاك أو التلف قبل التسليم أو بعده - بمرتبته إلى هذا الحق المالي، عملاً بمقتضى نص المادة ٢/١١٠٢ مدني (ولعل هذا هو نفس الحكم الذي قرره المادة ١٠٤٩ مدني بشأن الرهن الرسمي).

الحالة الثانية: إذا لم يتولد عن هلاك المرهون أو تلفه ترتب أي حق مالي للراهن، وكان الهلاك أو التلف راجعاً إلى خطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة مثل الزلزال أو الفيضان أو الحريق الذي ترتب عليه الهلاك أو التلف، فعندئذ يكون الراهن ضامناً لذلك الهلاك أو التلف في مواجهة المرتهن، سواء حدث الهلاك أو التلف قبل التسليم أو بعده، تطبيقاً لنص المادة ١/١١٠٢ مدني إذ تقول في ذلك "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه، إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة".

بيد أن حق الدائن المرتهن عند رجوعه على الراهن بالضمان يختلف مداه بحسب ما إذا كان الهلاك أو التلف راجعا إلى خطأ الراهن أو إلى القوة القاهرة، وذلك على التفصيل الآتي:-

الفرض الأول:

إذا كان الهلاك أو التلف بفعل من الراهن عندئذ يكون للدائن المرتهن الخيار بين أمرين: إما أن يطلب من الراهن تقديم تأمين آخر كافٍ، وإما إن يطالبه بالوفاء بحقه فوراً متمسكاً بسقوط أجل هذا الحق أو الدين.

الفرض الثاني:

أما إذا كان الهلاك أو التلف راجعا إلى القوة القاهرة ولم يقبل الدائن المرتهن بقاء دينه بلا تأمين، فعندئذ يكون الخيار للمدين الراهن الخيار بين أمرين: إما أن يقدم تأميناً آخر كافياً، وإما أن يفي بالدين فوراً.

غير أنه إذا اختار المدين الراهن الوفاء بالدين فوراً، فإنه لا يلتزم بوفاء كل الدين وإنما يخصم منه مبلغاً من المال يساوي قيمة الفائدة محسوبة بالسعر القانوني عن المدة من تاريخ الوفاء الفعلي بالدين إلى التاريخ الأصلي للدين، وهذا الخصم محل نظر^(٤٨٣)، وذلك كله يُعدُّ تطبيقاً لنص المادة ١٠٤٨ مدنى الخاصة بالرهن الرسمي التي أحالت إليها المادة ٢/١١٠٢ مدنى الخاصة بالرهن الحيازي.

ثانياً: التزامات الدائن المرتهن رهناً حيازياً:

نظراً لطبيعة عقد الرهن الحيازي بوصفه عقداً ملزماً للجانبين فإنه لا يترتب التزامات على عاتق الراهن وحده، وإنما يترتب أيضاً التزامات على عاتق الدائن المرتهن، وذلك على خلاف الرهن الرسمي الذي لا يترتب أية التزامات مطلقاً على عاتق الدائن المرتهن.

حيث يلتزم الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي بعدة التزامات في مواجهة الراهن، هذه الالتزامات هي:-

(٤٨٣) انظر في نقد مثل هذا الخصم في موضعه من هذا الكتاب.

١- التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون وصيانته.

٢- التزام المرتهن بإدارة الشيء المرهون واستثماره.

٣- التزام المرتهن برد الشيء المرهون عند انقضاء الرهن.

على أن يُراعى أنه إذا وجد اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن على أن يُسَلَّم المرهون إلى شخص آخر يطلق عليه في الفقه الإسلامي اصطلاح "العدل"، كان هو المسئول عن هذه الالتزامات سالفه الذكر في مواجهة الراهن.

وها نحن نُفَصِّلُ ما أجملناه من التزامات على عاتق المرتهن في مواجهة الراهن، والتي يرتبها عقد الرهن الحيازي، وذلك على النحو الآتي:-

١- التزام المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون:

يلتزم الدائن المرتهن بمقتضى عقد الرهن بالمحافظة على الشيء المرهون بمجرد أن تنتقل إليه حيازته في مواجهة الراهن، ذلك أن الراهن حينما يقوم بتسليمه الشيء المرهون لا يتخلى بذلك عن ملكيته له (أي عن حيازته القانونية) ولكنه يتخلى له مؤقتاً عن الحيازة العرضية لهذا الشيء المرهون تمكيناً له من ممارسة حق الحبس عليه لحين استيفائه للدين، وإدارته واستثماره ليخضم الربح الناتج عن الاستثمار من الدين المستحق له، هذا فضلاً عما للحيازة من دور بالغ الأثر بالنسبة للمرتهن، إذ تمثل شرطاً لازماً لنفاذ حق رهنه في مواجهة الغير.

ولما كانت حيازة المرتهن للشيء المرهون حيازة عرضية مؤقتة، وأن مردها إلى الزوال عند انقضاء الرهن، وأن الراهن لا يزال هو المالك للمرهون رغم وجوده في حوزة المرتهن، لذلك كان من الطبيعي أن يلتزم المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون في مواجهة الراهن بمقتضى عقد الرهن المبرم بينهما، ليبقى على حالته التي كان عليها وقت استلامه له، فيتخذ كافة الأعمال اللازمة لحفظه وصيانته ومنع تعرضه للهلاك أو التلف، بما يتناسب مع طبيعة الشيء المرهون، فإن كان المرهون داراً تعهدها بأعمال النظافة والصيانة والترميم ليبقى على جمال منظرها ويحفظ عليها جدرانها وأساساتها ويمنع تعرضها للسقوط أو التشقق، وإن كان المرهون أرضاً زراعية تعهدها

بالرعاية والعناية من خلال حرثها وإزالة الأشواك والحشائش الضارة بها وصرف المياه الذائدة عنها، وتوضيح ما انطمس من معالم حدودها بين الأراضى المجاورة لها، وإن كان المرهون حيوانا تعهده بألوان العناية والرعاية التي يحتاجها من تغذية وعلاج.

وجدير بالذكر أنه مما يدخل في أعمال الحفظ والصيانة الواجبة على عاتق الدائن المرتهن، أن يتولى دفع الضرائب والتكاليف المفروضة على الشئ المرهون، فيدفع مثلا ضريبة الأطيان إن كا المرهون أرضا زراعية، ويدفع ضريبة المباني إن كان المرهون بناءً (م ١/١١١٦ مدني).

ويكون من حق الدائن المرتهن أن يستنزل قيمة الأموال التي أنفقها في أعمال الحفظ والصيانة على الشئ المرهون من ثماره التي يغلها أو من ثمن بيعه بالمزاد العلني بنفس مرتبة رهنه إذا تمَّ بيعه بالمزاد أو يرجع بها على الراهن إذا لم يكف ثمن البيع بالمزاد للوفاء بها إلى جانب الدين.

مقدار العناية المطلوبة في المحافظة على المرهون:

لقد أوجب القانون على المرتهن صراحة أن يبذل في حفظ الشئ المرهون وصيانتته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ١١٠٣ مدني) وكان من مقتضى ذلك النص أن يكون التزام المرتهن التزاما ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق غاية أو نتيجة، بحيث يكفي المرتهن أن ينفي التقصير عن نفسه بإثبات بذل العناية الواجبة عليه، إذا ما ادعى عليه الراهن أنه قد قصرَ في التزامه بالمحافظة على الشئ المرهون، لولا أن القانون قد ألقى على عاتقه مهمة إثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى هلاك الشئ المرهون أو تلفه تحت يده، بحيث لا يكتفى منه بنفي التقصير من جانبه عن طريق إثبات بذله عناية الشخص المعتاد.

ولقد أدى التعارض بين ما يستفاد من أول النص القانوني الوارد بالمادة ١١٠٣ مدني وبين ما يستفاد منه آخره إلى اختلاف الفقه حول طبيعة التزام المرتهن في المحافظة على الشئ المرهون هل هو التزام ببذل عناية أم أنه التزام بتحقيق غاية، إذ تنص هذه المادة على أنه "إذا تسلّم الدائن المرتهن الشئ المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانتته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه".

لذلك فقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أنه بمقتضى هذا النص يصير التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون وصيانته التزاما بتحقيق نتيجة بحيث إنه لا يُعفى من المسؤولية بمجرد إثبات أنه قد بذل عناية الشخص المعتاد، إنما يجب عليه إثبات أن الهلاك أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي (٤٨٤)، غير أنني أرى مع جانب من الفقه أن التزام الدائن المرتهن في المحافظة على الشيء المرهون التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية، ذلك أن النص سالف الذكر وقد استوجب على المرتهن أن يبذل في حفظ المرهون وصيانته عناية الشخص المعتاد، فإنه بذلك يكون قد قنع منه ببذل هذه العناية المطلوبة ولو هلك المرهون أو تلف، ولا يغير من طبيعة هذا الالتزام بوصفه التزاماً ببذل عناية تشدّد النص في مطالبة المرتهن بإثبات أن الهلاك كان راجعاً لسبب لا يد له فيه، نظراً لأن المرتهن إذا أثبت أنه لم يقصر في حفظ المرهون وصيانته وأنه بذل عناية الشخص المعتاد فهذا يفيد في حد ذاته أن الهلاك أو التلف راجع إلى سبب أجنبي، هذا بالإضافة إلى أن الالتزام لا يكون التزاماً بنتيجة بالمعنى القاطع إلا إذا تحمّل فيه الشخص تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، والمسلم به قانوناً في خصوص عقد الرهن الحيازي أن المرتهن لا يضمن القوة القاهرة إنما يضمنها الراهن، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١/١١٠٢ مدني بقولها "يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة القاهرة" (٤٨٥) .

٢ - التزام المرتهن بإدارة المرهون واستثماره:

إنه لمن الطبيعي أن يلتزم الدائن المرتهن بإدارة الشيء المرهون واستثماره، إلى جانب التزامه بالمحافظة عليه، طالما أنه يحوز المرهون ويحبسه عن مالكه ضماناً لدينه، لاسيما وأن إدارة المرهون واستثماره من جانب المرتهن وإن كانت تحقق مصلحة الراهن حيث لا يتعطل المرهون الذي يملكه بسبب الرهن فلا يُحرّم منافعهم وثماره، فإنه أيضاً يحقق مصلحة المرتهن إذ يتمكن من خلال هذه الثمار المتولدة عن إدارة المرهون واستثماره من استيفاء حقه منها فيستنزل منها الأموال التي ينفقها في حفظ المرهون ثم مصروفات وفوائد الدين ثم أصل الدين (م ٣/١١٠٤ مدني).

(٤٨٤) انظر في ذلك إلى: أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٥١٣، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٠٠، أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٥٦، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٣٣.

(٤٨٥) انظر في ذلك إلى: أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج ١٠، بند ٥٥٨، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٣٨، ص ٣٤٧، ٣٤٨.

ويقصد بالتزام المرتهن بإدارة المرهون واستثماره أن يباشر الأعمال اللازمة للحصول على ثمار هذا الشيء المرهون أو غلته بما يتناسب مع طبيعة المرهون والغرض الذي أُعد له، فإن كان أرضاً زراعية التزم بزراعتها وجنى محصولها أو بتأجيرها لمن يزرعها وتحصيل أجرتها من المستأجر وإن كان منزلاً استعمله بالسكنى فيه أو أجره لغيره وحصل الأجرة عنه.

على أن يراعى أن الدائن المرتهن إذ يتولى إدارة الشيء المرهون واستثماره إنما يعمل في ذلك لحساب الراهن بوصفه هو المالك للشيء المرهون ومن ثم كان من الواجب أن تعود إليه منافعه، بيد أنه نظراً لأن الراهن مدين للمرتهن بأصل الدين وفوائده وملحقاته، فإن من حق المرتهن أن يخصم من هذه الثمار ما له من حقوق في ذمة المدين، فيبدأ أولاً بخصم المبالغ التي أنفقها في حفظ المرهون وصيانته، ثم يخصم مصروفات الدين وفوائده، ثم يخصم أخيراً أصل الدين إن بقي من الثمار فائض (م ٣/١١٠٤ مدني).

ولقد خص واضع القانون فوائد الدين بشيء من التفصيل عند خصمها من ثمار الشيء المرهون، فنظّم إجراء المقابلة بين فوائد الدين وثمار المرهون بما لا يخرج عن أحد هذه الفروض الثلاثة الآتية (٤٨٦) :-

أ- الفرض الأول:

أن يتم الاتفاق بين الراهن والمرتهن على سعر محدد للفائدة، فعندئذ يكون الاتفاق صحيحاً بما لا يزيد على ٧% وهو الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية (م ٢٢٧ مدني) وتجري المقاصة بين الثمار والفوائد.

(٤٨٦) إذ تنص المادة ١١٠٥ مدني على ذلك بقولها "١- إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيرادات واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد، كان هذا الاتفاق نافذاً في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية".
"٢- فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتنا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة حسبت الفائدة على أساس السعر القانوني دون أن تتجاوز قيمة الثمار...". وأعتقد من جاني أن النص على الإلزام بنفع فوائد ربوية يعد نصاً غير دستوري منذ أن أضحى الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بموجب نص دستور عام ١٩٧١م في المادة الثانية منه بعد تعديلها عام ١٩٨٠م، ولم تزل هي المصدر الرئيسي للتشريع في دستور عام ٢٠١٤م.

الفرض الثاني:

ألا يتفق على سعر الفائدة ولكن يتفق على أن تُجَعَلَ الثمار مقابل الفوائد، وفي هذا الفرض يصح الاتفاق بشرط ألا يزيد قدر ما يحصل عليه من الثمار عن سعر الفائدة، بحيث إذا زادت الثمار عن ٧% فلا يستحق المرتهن من الثمار إلا ما يقابل ٧% من الدين، أو بمعنى آخر أنه يستحق عن الدين أقل القيمتين ما يقابل ٧% عن الدين من هذه الثمار أو الثمار كلها إذا قلت عن ٧% من الدين.

ج- الفرض الثالث:

ألا يوجد اتفاق بين الراهن والمرتهن على سعر الفائدة، ولا يُتَّفَقُ على أن تُجَعَلَ الثمار مقابل الفوائد، وفي هذا الفرض يستحق المرتهن الفائدة القانونية عن الدين وهي ٤% في المسائل المدنية، ٥% في المسائل التجارية بما لا يزيد على قيمة الثمار، بحيث إذا قلت الثمار عن الفائدة القانونية فلا يأخذ غير الثمار.

والغالب أن ثمار الشيء المرهون لا تكفي إلا لسداد فوائد الدين، إذ لا يتصور أن يتبقى منها فائض حتى يمكن للدائن المرتهن أن يخصم منها مصروفات الدين ثم أصله (أي أصل الدين).

ويؤخذ على واضع القانون تزيده بالنص صراحة في المادة ٢/١١٠٥ مدني على ما يفيد حرمان الدائن المرتهن من حق المطالبة بالوفاء بدينه إذا لم يكن معين الأجل، إلا عن طريق استنزاله من قيمة الثمار، إذ يقول "..... فإذا لم يعينا ميعادا لحلول الدين المضمون، فلا يجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار، دون إخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أي وقت أراد".

ذلك أن الدائن المرتهن لا يملك أصلاً المطالبة بالوفاء بدينه طالما أنه لم يحدد بعد موعد استحقاقه ولا يمكنه اتخاذ إجراءات التنفيذ إلا إذا كان دينه مستحق الأداء حالا، أما قبل ذلك فليس له إلا أن يخصم حقه من الثمار إذا انتج الشيء المرهون ثماراً، ويكون له حق اللجوء إلى القاضي لتحديد أجل دينه، على أن يراعي القاضي عند تحديده لهذا الأجل موارد المدين الحالية والمستقبلية، ولعل هذا هو ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني بقولها "..... فإذا لم يكن للثمار فائضٌ

وكان الدين غير محدد الأجل، فيحدد القاضي أجلا للحلول - بناء على طلب الدائن - مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية، ومقتضياً عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزاماته" (٤٨٧) (٤٨٧).

مقدار العناية الواجبة من المرتهن في إدارة المرهون واستثماره:

ينبغي على الدائن المرتهن أن يبذل من العناية في إدارة المرهون واستثماره ما يبذله الشخص المعتاد، فيتولى القيام بكافة الأعمال التي يقوم بها شخصٌ معتادٌ في إدارة واستثمار أمواله الخاصة، ويمتنع في نفس الوقت عن إتيان الأعمال التي يمتنع عنها شخصٌ معتادٌ في إدارة واستثمار أمواله الخاصة.

وتطبيقاً لذلك يجب على المرتهن مثلاً إذا كان المرهون عمارة سكنية أن يقوم بتأجيرها وتحصيل أجزائها، ويمتنع عليه أن يتركها مهجورة ومعطلة عن الاستغلال، على أساس أنه المسلك الطبيعي الذي ينتهجه شخصٌ معتادٌ في إدارة واستثمار عمارة يملكها.

ويعد من قبيل العناية الواجبة على المرتهن أن يسارع إلى إخطار الراهن بكل أمر يستوجب تدخله، كما لو اقتضى الأمر إجراء تغيير في طريقة استغلال الشئ المرهون، كأن يريد تحويل عمارة سكنية إلى فندق مثلاً.

ولعل هذا كله يعد تطبيقاً لنص المادة ١/١١٠٦ مدني إذ تقول "يتولى الدائن المرتهن إدارة الشئ المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشئ المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله".

جزاء إخلال المرتهن بالتزامه بإدارة المرهون واستثماره:

على الرغم من أن إدارة المرتهن للشئ المرهون واستثماره له يحققان مصلحة كل من الراهن والمرتهن على حد سواء، كما سبق أن رأينا، إلا أن إلزام المرتهن باستثمار الشئ المرهون لا يعد

(٤٨٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج-٧، ص ٣٢٠.

من النظام العام، فقد أجاز القانون صراحة الاتفاق على إعفاء المرتهن من هذا الالتزام (حيث تنص المادة ٢/١١٠٤ مدني على ذلك بقولها "وعليه - أي على الدائن المرتهن - أن يستثمره استثماراً كاملاً، ما لم يتفق على غير ذلك")، كما أن طبيعة الشيء المرهون قد تعفي الدائن من الالتزام باستثماره، كما لو كان الشيء المرهون مبلغاً من النقود (٤٨٨).

أما إذا انتفى وجود اتفاق يعفي المرتهن من استثمار الشيء المرهون، ولم تكن طبيعة المرهون تعفيه من هذا الالتزام، وجب عليه تنفيذ التزامه بإدارة المرهون واستثماره في مواجهة الراهن، بحيث يكون من حق الراهن أن يرجع بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه من جراء امتناعه عن استثمار الشيء المرهون أو عدم بذله عناية الشخص المعتاد في هذا الاستثمار، فحرمه ذلك من ثمار المرهون أو أدى إلى قلة هذه الثمار الناتجة عنه.

بل أن القانون أتاح للراهن أن يتفادى سوء استثمار المرتهن للشيء المرهون، إذا ما لاحظ عليه عند انتقال حيازة المرهون إليه أنه يسيئ استعمال حق إدارته أو يديره إدارة سيئة أو يرتكب إهمالاً جسيماً في إدارته، بأن يختار أحد هذين الأمرين:-

أ- الأمر الأول:

أن يطلب وضع الشيء المرهون تحت الحراسة، ليتولى الحارس إدارة المرهون واستثماره لحساب كل من المرتهن والراهن.

ب- الأمر الثاني:

أن يطلب استرداد الشيء المرهون مقابل أن يرد للمرتهن ما عليه في ذمته. غير أنه إذا اختار الراهن الوفاء بدين الدائن المرتهن في وقت لم يحن فيه أجل استحقاقه ولم يكن الدين منتجاً لفوائد فلا يدفع له الدين كله ولكن يخصم منه مبلغاً من المال يعادل قيمة الفائدة بالسعر القانوني عن الفترة ما بين تاريخ الوفاء الفعلي للدين والتاريخ الأصلي المحدد للوفاء به.

(٤٨٨) أ. د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٥٧.

إذ تنص المادة ٢/١١٠٦ مدني على ذلك بقولها "فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق (أي حق إدارة الشيء المرهون) أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالا جسيما، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو يسترده مقابل دفع ما عليه، وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسرى عليه فائدة ولم يكن قد حلَّ أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين".

وأعتقد من جانبي أن منح الراهن حق استنزال مبلغ من المال من الدين كفائدة عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين، إذا اختار استرداد المرهون وسداد دين المرتهن، لا يخلو من الظلم للمرتهن الذي منح المدين أجلا لدينه تبرعا منه وتفضلا، فليس من العدل أن يكون جزاء إحسانه على المدين أن يُنْقَصَ من أصل دينه مبلغ من المال كفائدة عن الفترة التي عجلَّ فيها المدين بالوفاء بالدين الذي في ذمته للدائن المرتهن قبل حلول أجله .

ولا يصح تبرير موقف واضع القانون بما يقوله البعض بأنه افترض عند عدم وجود فوائد للدين مذكورة في العقد أن أصل الدين يتضمنها مما يبرر استنزالها إذا تمَّ التعجيل بالوفاء بالدين قبل حلول أجله (٤٨٩) ، لأن هذا محض افتراض والأحكام ينبغي أن تُبنى على الحقيقة والواقع وليس على الافتراض والخيال، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنه لم يعد جائزا أصلا الالتزام بدفع الفوائد، حيث باتت النصوص التي تجيز أخذ الفوائد أو دفعها نصوصا غير دستورية بعد أن صارت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع بنص الدستور المصري قديماً (أي في دستور عام ١٩٧١م بعد تعديله في عام ١٩٨٠م ، وفي دستور عام ٢٠١٢م) وحديثاً (أي في دستور عام ٢٠١٤م) .

٣- التزام المرتهن برد الشيء المرهون:

يلتزم الدائن المرتهن برد الشيء المرهون إلى الراهن عند انقضاء حق الرهن المقرر عليه أيا كان سبب الانقضاء، أي سواء أكان انقضاء هذا الحق مرده إلى انقضاء الدين المضمون به (أي

(٤٨٩) أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٦٠.

بالتبعية لانقضاء الدين) أم كان انقضاء هذا الحق يرجع إلى نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن أو باتحاد الذمة أو غيرهما من أسباب انقضاء حق الرهن استقلالا عن الدين المضمون به (أي انقضاءً أصليا بغض النظر عن انقضاء الدين المضمون به).

ذلك أن حيازة الدائن المرتهن للشئ المرهون حيازة عرضية مؤقتة مآلها إلى الزوال إذا انقضى حق الرهن المقرر له عليه انقضاء تبعا أو أصليا، ومن ثم كان طبيعياً أن يلتزم برده إلى مالكة.

ويعتبر التزام المرتهن بالرد - كما يرى البعض وبحق - التزاماً تعاقدياً ينشأ عن عقد الرهن ذاته، إلا أنه التزام معلق على شرط هو استيفاء الدائن المرتهن كامل ما له من حق ذمة المدين (٤٩٠).

ولقد نصَّ القانون على هذا الالتزام في المادة ١١٠٧ مدني فجاء فيها "يرد الدائن الشئ المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات".

وقد رأينا فيما سبق أن الدائن المرتهن قد يجبر على الرد قبل حلول أجل دينه إذا ما أساء استعمال حقه في إدارة الشئ المرهون أو أداره إدارة سيئة أو ارتكب إهمالا جسيما في إدارته، واختار الراهن وضع الشئ المرهون تحت الحراسة (وفي هذه الحالة يرد المرهون إلى الحارس الذي يديره ويستثمره لحساب كل من الراهن والمرتهن، ولا ينقضي بذلك حق الدائن المرتهن على المرهون) أو اختار الراهن وفاء الدين الذي عليه مقابل استرداده للشئ المرهون، وعندئذ ينقضي حق الرهن بالتبعية لانقضاء الدين بالوفاء، وذلك تطبيقاً للمادة ١١٠٦ / ٢ مدني.

ويتحقق رد المرتهن للشئ المرهون إلى الراهن بوضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن الراهن من حيازته دون عائق، وينبغي أن يكون المرهون وقت رده على ذات الحالة التي كان عليها عند تسليمه للدائن المرتهن، وإلا كان الدائن المرتهن مسئولاً مسؤولية عقدية تجاه الراهن عما أصاب

(٤٩٠) أ.د/ عبدالرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج١٠، ص ٥٣٠، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٢٥.

المرهون من هلاك أو تلف وهو في حيازته، ما لم يثبت الدائن المرتهن أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، إذ لا يكفي قانونا ليدفع المسؤولية العقدية عن هلاك المرهون أو تلفه أن يثبت عدم تقصيره أو يثبت أنه قد بذل في حفظه وصيانته ما يبذله الشخص المعتاد، وذلك كله يعد تطبيقاً لنص المادة ١١٠٣ مدني، وقد سبق لنا انتقاد طابع التشدد الذي تضمنته هذه المادة في معاملة المرتهن عن هلاك المرهون أو تلفه دون تقصير من جانبه في حفظه وصيانته (٤٩١).

وإذا حدث أن انقضى حق الرهن انقضاء تبعياً أو انقضاء أصلياً، وامتنع الدائن المرتهن عن رد الشيء المرهون إلى الراهن رغم ذلك، كان من حق الراهن أن يجبره على الرد بإحدى دعويين:-

أ- الدعوى الأولى:

دعوى شخصية تستند إلى حق شخصي ينشأ عن عقد الرهن ذاته الذي يوجب على المرتهن رد المرهون إلى الراهن عند انقضاء حق رهنه، ويجب على الراهن رفع هذه الدعوى خلال خمس عشرة سنة من تاريخ انقضاء الرهن وإلا سقطت بالتقادم، وهي مدة التقادم العادية بالنسبة للحقوق الشخصية.

ب- الدعوى الثانية:

دعوى عينية تستند إلى ملكية الراهن للشيء المرهون ألا وهي دعوى الاستحقاق، ومثل هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم مهما كان تأخر الراهن في إقامتها (٤٩٢).

(٤٩١) انظر انتقادنا لهذا المسلك التشريع والرأي الفقهي الذي أيد هذا المسك في موضعه من هذا الكتاب.

(٤٩٢) انظر في هذا المعنى إلى: أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - بند ١٧٦، ص ١٦٤، أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - بند ١٢٣، ص ٢٤٠، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٥٣، أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢١١، ٢١٢، أ.د/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند ١٦٢، ص ٤١١.

المبحث الثاني

آثار عقد الرهن الحيازي بالنسبة للغير

تمهيد:

لا جرم أنه ليس بالمستغرب أن يكون عقد الرهن الحيازي بوصفه عقداً رضائياً منتجاً لآثاره بين طرفيه بمجرد إبرامه بينهما، دون حاجة إلى إفراغه في شكل خاص أو أن تتضمنه ورقة مكتوبة، فينشأ عنه حق الرهن لصالح الدائن المرتهن نافذاً في مواجهة الراهن وخلفه العام فور انعقاده ولو لم يتم تسليم المرهون بعد إلى المرتهن أو العدل الذي يعينه المتعاقدان لحيازة الشيء المرهون.

بيد أن واضع القانون لم يشأ أن يجعل هذا الحق المتولد عن عقد الرهن الحيازي رغم نشوئه نافذاً في حق طرفي العقد بمجرد إبرام العقد - نافذاً في حق الغير، إلا توافرت لديهم وسائل العلم، حماية لهم من مغبة الإقدام على التعامل مع الراهن في هذا الشيء المرهون دون علم بما يتقله من حق لهذا الدائن، لاسيما وأن هذا الحق العيني التبعي يخول صاحبه ميزتين يضار من جرائهما كل من ترتب له حق عيني أصلي أو تبعي أو حتى كان دائناً عادياً إذا أصبح هذا الحق نافذاً في حقهم، ألا وهما ميزتا التتبع والتقدم.

لذلك فقد وضع القانون شرطاً عاماً لنفاذ حق الرهن الحيازي في مواجهة الغير ألا وهو شرط الحيازة (م ١١٠٩ مدني) كما أوجب أيضاً شروطاً أخرى خاصة تختلف باختلاف طبيعة أو ماهية الشيء المرهون.

ويجدر بي قبل التعرض للشرط العام والشروط الخاصة لنفاذ الرهن في حق الغير، أن نُذَكِّر بما سبق أن بيّناه في عقد الرهن الرسمي، بأن الغير هو كل من ليس طرفاً في عقد الرهن ولا خلفاً لأحد طرفيه ويضار في حق خاص له من وجود حق الرهن الحيازي على شيء معين مملوك للراهن، وبذلك يصدق معنى الغير على كل من يكتسب على الشيء المرهون حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً، كما يشمل الدائن العادي للراهن أيضاً.

شروط نفاذ حق الرهن الحيازي في مواجهة الغير:

يظهر لنا مما سبق أن هناك شرطاً عاماً أو مشتركاً لنفاذ حق الرهن الحيازي في مواجهة الغير أياً كانت طبيعة الشيء المرهون، ألا وهو شرط الحيازة، كما أنه بالإضافة إلى هذا الشرط العام توجد شروط خاصة أخرى تختلف تبعاً لطبيعة أو ماهية الشيء المرهون، وهذا ما نفضله على النحو الآتي:-

أولاً: الشرط العام أو المشترك (الحيازة):

١ - الأصل العام:

وجوب انتقال الحيازة إلى المرتهن أو العدل بوصفه شرطاً لازماً لنفاذ الرهن في حق الغير، فلا ينفذ حق الرهن الحيازي أياً كانت طبيعة الشيء المرهون الوارد عليه هذا الحق في مواجهة الغير إلا إذا انتقلت حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي يعينه العاقدان، سواء أكان المرهون عقاراً أم منقولاً أم ديناً.

فحيازة الدائن المرتهن أو العدل للشيء المرهون شرطاً مشتركاً في كل صور عقد الرهن الحيازي لنفاذ حق الرهن المتولد عنه في حق الغير، حيث تنص المادة (١/١١٠٩ مدني) على ذلك صراحة بقولها "يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان".

٢ - الاستثناء:

الأصل العام أن حق الرهن الحيازي بصفة عامة وحق الرهن الحيازي العقاري بصفة خاصة لا ينفذ في حق الغير إلا إذا انتقلت الحيازة إلى الدائن المرتهن أو العدل، إلا أنه أستثناءً من هذا الأصل أجاز القانون في الرهن الحيازي العقاري أن يؤجر المرتهن العقار المرهون بعد الرهن للراهن دون أن تمنع حيازة الراهن لهذا العقار من نفاذ حق الرهن في مواجهة الغير، ذلك أنه قد تقتضي مصلحة كل من الراهن والمرتهن بقاء العقار المرهون في يد الراهن ليتولى بنفسه استغلال

المرهون على سبيل الإيجار، لاسيما إذا كان المرتهن لا يحسن هذا الاستغلال، كما لو كان العقار المرهون أرضاً زراعية والراهن يعمل في حرفة الزراعة في حين يعمل المرتهن في مهنة أخرى.

بيد أن القانون لم يشأ في هذا الاستثناء أن يحرم الغير من وسيلة العلم باستمرار الرهن الحيازي رغم وجود العقار المرهون في يد الراهن، فاستعاض عن الحيابة بوصفها وسيلة عامة في إعلام الغير بحق الرهن الحيازي وشرطاً لازماً لنفاذه في حقه - بوسيلة أخرى ألا وهي وجوب شهر الإيجار، حيث أوجب القانون ذكر هذا الإيجار في قيد الرهن إذا تمّ الاتفاق على التأجير للراهن في عقد الرهن الحيازي ذاته، أو أن يؤشر بهذا الإيجار بهامش قيد الرهن إذا تمّ الاتفاق على الإيجار بعد عقد الرهن الحيازي، وبذلك يتسنى للغير العلم بأن وجود المرهون في يد الراهن لا يعنى انقضاء حق الرهن، وأنه لا يزال محملاً بحق الرهن، وأن صفة الراهن في الحيابة بعد الرهن ترجع إلى استنجاهه للمرهون من المرتهن ليتولى بنفسه استغلاله بدلاً من المرتهن.

وفي ذلك كله تنص المادة ١١١٥ مدني على أنه "يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير، فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته، أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمنياً".

٣ - الحكمة من اشتراط الحيابة لنفاذ الرهن في حق الغير:

يميل جانب من الفقه إلى تأييد موقف واضع في اشتراطه انتقال الحيابة إلى الدائن المرتهن أو إلى العدل في رهن المنقول، ومعارضته في اشتراطها في رهن العقار كشرط لازم لنفاذ الرهن في حق الغير، على أساس ان الحكمة من شرط الحيابة في رهن المنقول واضحة وجلية، حيث يعتبر نقل الحيابة في رهن المنقول الوسيلة الوحيدة لإعلام الغير به، نظراً لأن بقاء المنقول في يد الراهن يحول دون الغير والعلم بالرهن فيُقدّم على التعامل معه معتقداً في أن هذا المنقول غير مرهون، الأمر الذي يهدد حقه الذي يكسبه على المنقول إذا لم يستطع الاستفادة من قاعدة "الحيابة في المنقول سند الحائز"، في حين أن الحكمة من اشتراط الحيابة في العقار غير واضحة، على أساس أن القانون لم يكثف لنفاذ الرهن الحيازي

العقارى بانتقال الحيازة بل تتطلب أيضاً قيد هذا الرهن، ومن ثم يبدو دور الحيازة كوسيلة للشهر ضئيلاً إن لم يكن معدوماً، لذلك يرى أنصار هذا الرأى أنه كان أحرى بوضع القانون أن يكتفي بالقيد كما هو الحال في الرهن الرسمي (٤٩٣).

وأعتقد من جانبى أن حيازة المرتهن للمرهون وإن تعاضم دورها في رهن المنقول عنه في رهن العقار إلا أنها ذات أهمية كبيرة في رهن المنقول والعقار على حد سواء، بل وفي كل صور الرهن الحيازي، فضلاً عن أنها تمكن المرتهن من حسن استغلال المرهون بالطريقة التي تحقق مصلحته بما لا يتعارض مع طبيعة المرهون وما أُعد له ليخضم من ثماره مصروفات الدين ثم أصل هذا الدين، فإنها تمثل أيضاً ضماناً قويةً للدائن المرتهن عند اجتماعها مع القيد في رهن العقار أو ثبوت التاريخ في رهن المنقول ضد تصرف الراهن في المرهون على نحو يضر به - حيث لا يمكن إنكار عنصر الطمأنينة التي يشعر بها المرتهن حينما يكون المرهون في حيازته إلى أن يستوفي كامل حقه - لأنها تزيد من مقدار الضمان الذي يحققه مجرد القيد وحده في رهن العقار أو ثبوت التاريخ في رهن المنقول.

٤ - إلى من تنتقل حيازة المرهون:

إنه وإن كان الغالب أن تنتقل الحيازة إلى الدائن المرتهن ليتولى بنفسه ممارسة حقه في حبس المرهون إلى حين استيفاء كامل حقه، فضلاً عن توليه إدارة المرهون واستثماره ليخضم من غلته مصروفات الدين ثم أصل هذا الدين، إلا أنه من الجائز قانوناً (وفقاً للمادتين ١٠٩٦، ١١٠٩ مدني) أن يتفق الراهن والمرتهن على أن ينوب عنهما شخص ثالث في حيازة المرهون لإدارته واستثماره بفضل تسميته باسم العدل - لما في هذا الاصطلاح من إشعار بمعاني الثقة والإنصاف الواجب توافرها فيمن يقوم بدور النائب عن الراهن والمرتهن في عقد الرهن الحيازي، وهي تسمية مأخوذة من الفقه الإسلامي - ولا شك أن حيازة المرهون عن طريق العدل تحقق مصلحة الدائن إذ يتمكن من خلالها من التخلص من الالتزامات التي يربتها عقد الرهن على عاتقه لصالح الراهن (وهي الالتزام بحفظ المرهون وصيانته، والالتزام بإدارة المرهون واستثماره، والالتزام برد المرهون عند

(٤٩٣) أ.د/ منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢١٧، أ.د/ محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ١٧٠، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٣٥٥، أ.د/ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٨٢.

انقضاء حق الرهن)، كما تحقق مصلحة الراهن أيضاً إذ تتيح له فرصة رهن الشيء الواحد ضمناً لأكثر من دين، بحيث ينوب هذا العدل عن الدائنين المرتهنين وعن الراهن في استغلال المرهون، لاسيما وأن القانون يجيز صراحة أن يكون الشيء المرهون ضمناً لعدة ديون (م ١/١١٠٩ مدني).

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة تعدد رهون الواردة على شيء واحد، يجوز للراهن أن يتفق مع المرتهن على أن يتولى أحدهم حيازة المرهون بصفته مرتهناً وعدلاً، ولكن لا يجوز أن يكون الراهن عدلاً لأن رجوع المرهون إلى الراهن يؤدي بصفة عامة إلى انقضاء حق الرهن (٤٩٤).

٥ - شروط الحيازة اللازمة لنفاذ حق الرهن في مواجهة الغير:

يجب أن تتوفر في الحيازة (كشروط عام أو مشترك في كل صور عقد الرهن الحيازي لنفاذ حق الرهن الناشئ عنه في مواجهة الغير، أيًا كانت طبيعة الشيء المرهون) أوصاف وشروط معينة لتؤدي دورها كوسيلة لشهر حق الرهن وإعلام هذا الغير به، هذه الشروط تتمثل في هذين الشرطين:-

أ - الشرط الأول: أن تكون حيازة ظاهرة:

ويقصد بظهور حيازة الدائن المرتهن أو العدل -كما يرى البعض وبحق- أن يظهر وضع يده بفعل يستدل منه الغير على أن الأشياء المرهونة لم تبقى جزءاً من مال الراهن الخالي من الحقوق أو غير المثقل بها (٤٩٥).

وهذا يقتضي أن يخرج الشيء المرهون من حيازة الراهن، ويدخل فعلاً في حيازة المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من السيطرة على المرهون سيطرةً فعليةً فيقدر على ممارسة كافة الحقوق والسلطات التي يخولها حق الرهن للدائن، كما يتمكن من تنفيذ جميع الالتزامات التي يربتها عقد الرهن لصالح الراهن (مثل الالتزام بحفظ المرهون وصيانته، والالتزام بإدارته واستثماره، والالتزام برده عند انقضاء حق الرهن) سواء تحققت له هذه السيطرة الفعلية عن طريق الاستيلاء المادي

(٤٩٤) أ.د/ عبدالناصر العطار - المرجع السابق - ص ٢٠٦ طبعة عام ١٩٨٠م.

(٤٩٥) أ.د/ محمد كامل مرسي "الوجيز في التأمينات العينية" - فقرة ١٥٩، مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور/ محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - فقرة ٢٣٤، ص ٣٨٣.

على الشيء المرهون ذاته، كما لو كان داراً فسكنها المرتهن أو أجرها لغيره، أو عن طريق الاستيلاء المادي على الوسيلة التي تحقق له الحيابة الفعلية الظاهرة، كما لو كان الشيء المرهون سيارة فاستلم فعلاً مفاتيحها ورخصة تسييرها أو كان بضاعةً فاستلم سندَ شحنها.

ومن ثم لا يكفي لتوافر وصف الظهور في الحيابة قيام الراهن بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن أو العدل، ما دام لم يثبت استلامه له فعلاً بحيث ينفرد دون الراهن بالسيطرة الفعلية عليه، على أساس أن وضع الراهن للمرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل وإن عدّ تسليمًا قانونياً يبرئ ذمته من التزامه بالتسليم إلا أنه لا يكفي في ظهور الحيابة كشرط لازم لنفاذ حق الرهن في مواجهة الغير، مادام لم يثبت فعلاً استلامه للمرهون على نحو يمكنه من السيطرة عليه سيطرةً فعليةً أو حقيقيةً.

ب - الشرط الثاني: أن تكون حيابة مستمرة:

لا يكفي مجرد الحيابة الظاهرة لنفاذ حق الرهن في مواجهة الغير، بل يلزم أيضاً إلى جانب اتصاف هذه الحيابة بصفة الظهور -على النحو سالف الذكر- أن تتصف بصفة الاستمرار، فتظل ثابتة للدائن المرتهن أو العدل إلى أن ينقضي حق الرهن، دون أن يعود الشيء المرهون إلى حيابة الراهن كأصل عام (باستثناء حالة قيام المرتهن بتأجير المرهون للراهن إذا كان عقاراً المشار إليها وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ١١١٥ مدني)(٤٩٦).

ولا يقدح في ثبوت وصف الاستمرار لحيابة الدائن المرتهن أو العدل قيامه بتأجير الشيء المرهون إلى شخص ما -عدا الراهن- إذ تظل الحيابة القانونية لحق الرهن ثابتة له ولا يكون للمستأجر سوى حيابة عرضية لهذا الحق، فلا تؤثر هذه الحيابة العرضية في نفاذ حق رهنه في مواجهة الغير.

بيد أنه إذا رجع الشيء المرهون إلى يد الراهن، عدّ ذلك قرينة قانونية بسيطة على انقضاء حق الرهن، ما لم يثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان لسبب لم يقصد به انقضاء حق الرهن، كأن

(٤٩٦) انظر في ذلك إلى موضعه من هذا الكتاب

يثبت أنه أرجعه له لإصلاحه أو أن يثبت أن الراهن قد استلبه منه عنوةً أو خلسةً، حيث تنص المادة ٢/١١١٠ مدني على ذلك بقولها "وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة".

ثانياً: الشرط الخاص حسب طبيعة الشيء المرهون:

لا يكفي لنفاذ حق الرهن الحيازي في مواجهة الغير توافر حيازة ظاهرة ومستمرة للدائن المرتهن أو العدل، إنما يلزم إلى جانب هذا الشرط العام في كل صور الرهن الحيازي أن يتوافر شرطٌ خاصٌ إضافي تختلف ماهيته تبعاً لطبيعة الشيء المرهون، أي بحسب ما إذا كان عقاراً أو منقولاً أو ديناً، وذلك على التفصيل الآتي:-

١- فإذا كان الشيء المرهون عقاراً وجب إلى جانب شرط الحيازة قيده في مكتب الشهر العقاري الكائن بدائرته هذا العقار -كما هو الحال في الرهن الرسمي- وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٤ مدني بقولها "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".

فاجتماعُ القيد والحيازة شرطان لازمان معاً لبدء نفاذ الرهن الحيازي العقاري في حق الغير بحيث إذا تأخر أحدهما عن الآخر فلا يبدأ وقت النفاذ إلا من تاريخ اجتماعه مع الآخر، ويبدأ حساب مرتبة الرهن منذ هذا التاريخ، على أن يراعى أن القيد يكون لحق الرهن وليس لعقد الرهن كما ذكرت المادة سالفه الذكر.

٢- أما إذا كان الشيء المرهون منقولاً مادياً، فينبغي تدوينُ العقد في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً، إلى جانب شرط الحيازة بأوصافها سالفه الذكر، ولا يبدأ نفاذُ رهن المنقول إلا باجتماع هذين الشرطين معاً، ويبدأ حساب مرتبة الرهن من هذا التاريخ.

ولعل هذا هو ما نصت عليه صراحة المادة إذ تقولُ "يشترطُ لنفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يُبينُ فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن".

٣- وإذا كان الشيء المرهون ديناً، فعندئذ ينبغي أن نفرق بين رهن الديون العادية، ورهن الديون الثابتة في السندات الأسمية والسندات الإذنية والسندات لحاملها.

فإذا كان الشيء المرهون ديناً عادياً فإن الرهن لا ينفذ في حق المدين إلا من تاريخ إعلانه به أو قبوله له، كما أنه لا ينفذ في حق الغير إلا إذا كان إعلان المدين أو قبوله له ثابت التاريخ، إلى جانب حياة الدائن المرتهن لسند الدين المرهون، وتحسب مرتبة الرهن من تاريخ ثبوت قبول المدين للرهن أو إعلانه به أو بمعنى آخر من تاريخ نفاذه في حق المدين.

ولعل هذا هو ما نصت عليه المادة ١١٢٣ مدني بقولها:
"١- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥" (٤٩٧) .

"٢- ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحياة المرتهن لسند الدين المرهون، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول".

أما إذا كان المرهون سنداً اسماً، فإن رهنه يتم بموجب تنازل يؤشر به على الصك نفسه ويذكر فيه أنه على وجه الضمان، ثم يتم قيد ذلك في سجلات المؤسسة التي أصدرت الصك، ويبدأ نفاذ رهن هذا السند الإذني في مواجهة الغير من تاريخ إجراء هذا القيد، ويتم تحديد مرتبة الدائن المرتهن منذ هذا التاريخ دون حاجة إلى إعلان المدين أو انتظار لقبوله.

أما إذا كان الشيء المرهون سنداً لحامله، فإنه يعامل معاملة المنقول المادي، فيلزم تدوين هذا السند، وذلك تطبيقاً لنص المادة ١/١١١٨ مدني إذ تقول في ذلك "الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حياة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول".

(٤٩٧) حيث تنص المادة ٣٠٥ مدني على أنه "لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا قبلها المدين أو أعلن بها على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ".

الفصل الرابع

انقضاء حق الرهن الحيازي

الفصل الرابع

انقضاء حق الرهن الحيازي

لا تختلف أسباب انقضاء حق الرهن الحيازي عن أسباب انقضاء حق الرهن الرسمي، ومن ثم ينقضي حق الرهن الحيازي مثل حق الرهن الرسمي تبعاً لانقضاء الدين المضمون بأي سبب من أسباب الانقضاء (سواء أكان سبب انقضاء الدين هو الوفاء أم التجديد أم المقاصة أم اتحاد الذمة أم استحالة التنفيذ أم بالتقادم) على أساس أن حق الرهن في كل منهما يدور مع الدين المضمون بأيٍّ منهما وجوداً وعدمًا^(٤٩٨)، كما ينقضي حق الرهن الحيازي انقضاءً أصلياً (أي استقلالاً عن الدين ورغم بقاءه وعدم انقضائه) بنزول الدائن المرتهن عن حق الرهن صراحة (بتخليه اختياراً عن الشيء المرهون) أو ضمناً (بموافقته على قيام الراهن بالتصرف في الشيء المرهون دون تحفظ) أو باتحاد الذمة (أي اجتماع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد المرتهن) أو بهلاك المرهون أو تلفه (على أن يراعى أنه إذا ترتب للراهن عن هذا الهلاك أو التلف نشوء حق مالي لصالحه، أن ينتقل حق الدائن المرتهن بنفس مرتبة رهنه على هذا الحق المالي ليستوفي حقه منه بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة) أو ببيع الشيء المرهون في المزاد العلني (حيث يترتب على تسجيل حكم رسو المزاد وإيداع الثمن الذي رسا به المزاد خزانة المحكمة أو تسليمه إلى الدائنين، تطهير الشيء المرهون من كافة الحقوق المقيدة عليه بما فيها حق الرهن الحيازي)، أو التطهير إذا كان الشيء المرهون عقاراً مثقلاً بحق عيني تبقي آخر مثل حق الرهن الرسمي أو حق الاختصاص أو حق الامتياز إلى جانب حق الرهن

^(٤٩٨) حيث تنص المادة ١١١٢ مدني على أن "ينقضي حق الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته" وهو نفس معنى النص الوارد بشأن الرهن الرسمي في المادة ١٠٨٢ مدني، كما نص القانون على أسباب انقضاء حق الرهن الحيازي انقضاءً أصلياً في المادة ١١١٣ بقوله "ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:-

"أ - إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين، ويجوز أن يستفاد التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، على أنه إذا كان الرهن مثقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره".

"ب - إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد".

"ج - إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون".

الحيازي، فيترتب على قيام حائز هذا العقار المرهون بإتخاذ إجراءات التطهير لهذا العقار أن يتطهر العقار من كافة الحقوق العينية التبعية الواردة عليه بما فيها حق الرهن الحيازي، لكن لا يجوز -من وجهة نظر البعض- تطهير العقار من الرهن الحيازي وحده، على أساس أن المالك الجديد للعقار المرهون رهن حيازة لا يعد حائزاً له حيازة قانونية في نظر البعض (٤٩٩) أو لأن واضع القانون لم ينظم تطهير العقار من الرهن الحيازي وحده، ولم يورد إحالة في ذلك إلى المواد المنظمة لتطهير العقار من الرهن الرسمي في نظر البعض الآخر (٥٠٠) .

وأرى من جانبي أن هذا الرأي مع وجاهته محل نظر للأسباب الآتية:-

أولاً: إن التذرع في القول بحرمان المالك الجديد أو حائز العقار المرهون رهن حيازي (على أن يراعى أن المقصود بحائز العقار المرهون هو كل من انتقلت إليه بأى سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسئولاً مسئولاً شخصية عن الدين المضمون بالرهن ولو لم يكن حائزاً للعقار حيازة فعلية - م ٢/١٠٦٠ مدني- على أساس أن الحيازة ثابتة للمرتهن أو العدل في الرهن الحيازي) من حق طلب تطهير هذا العقار من حق الرهن الحيازي، بأنه لا يحوز العقار المرهون حيازة قانونية، لا يسلم من الخلط بين الحيازة القانونية لحق الملكية والحيازة القانونية لحق الرهن، فالحيازة القانونية لحق الملكية أو أى حق عيني آخر قابل للرهن، تثبت فقط للراهن كمالك وكل من يتلقى عنه حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية الأصلية القابلة للرهن، ولا يثبت للمرتهن أو العدل على حق ملكية العقار المرهون غير حيازة عرضية تمكينا له من ممارسة الحقوق التي يخولها له حق الرهن، وبين الحيازة القانونية لحق الرهن وهذه تثبت فقط للدائن المرتهن أو العدل، وهذه الحيازة لا تنال من الحيازة القانونية لحق الملكية الثابتة للراهن كمالك أو الحائز القانوني لحق الملكية.

(٤٩٩) أ.د/ محمد علي إمام -المرجع السابق- فقرة ٣٩٩، أ.د/ عبدالفتاح عبدالباقي -المرجع السابق- فقرة ٥١٣، أ.د/ منصور مصطفى منصور -المرجع السابق- ص ٢٣٢، أ.د/ محمد نبيب شنب -المرجع السابق- ص ١٨٥.

(٥٠٠) أ.د/ محمود جمال الدين زكي -المرجع السابق- بند ٢٧٤، ص ٤٢١.

ومن ثم يكون من حق الحائز القانوني لحق الملكية مثل مشتري العقار المرهون رهن حيازي بعقد سجل بعد قيد الرهن وانتقال الحيازة إلى المرتهن أو العدل وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية الحق في إجراء التطهير طالما أنه يصدق عليه وصف الحائز القانوني لملكية العقار المرهون.

٢ - إنه وإن كان صحيحاً أن النصوص القانونية المنظمة لحق الرهن الحيازي قد خلت من تنظيم حق تطهير العقار المرهون رهنأ حيازياً أو إحالة ذلك التنظيم إلى الأحكام الخاصة بتطهير العقار المرهون رهنأ رسمياً، إلا أن ذلك لا يمنع -من وجهة نظري- من القياس على حق المرتهن رهنأ رسمياً في إجراء التطهير، لاسيما وأن معظم الفقه يسلم بأنه إذا اتخذ حائز العقار المرهون رهنأ رسمياً إجراءات تطهير العقار المرهون وقام بإيداع قيمة عرض التطهير خزانة المحكمة أو دفعه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته، تطهرَّ العقار من حق الرهن الرسمي وكافة الحقوق العينية التبعية الأخرى بما فيها الرهن الحيازي، هذا بالإضافة إلى أن ترتيب أي حق عيني تبعي (أي سواء كان رهنأ رسمياً أو حيازياً أو حق اختصاص أو امتياز) على شئ معين (أي عقار في الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي أو منقول في الرهن الحيازي) ليس هدفاً في ذاته، إنما هو وسيلة لضمان حصول الدائن على حقه، وما دام أن تطهير العقار المرهون في الرهن الرسمي أو الحيازي يحقق نفس الغاية للدائن المرتهن، حيث يحرص الحائز طالب التطهير على عرض قيمة مساوية أو مقاربة للقيمة الحقيقية للعقار ليكون عرضه أدهى إلى القبول من جانب الدائن المرتهن، فلماذا يقصر هذا الحق على حائز العقار المرهون رهنأ رسمياً ويحرم منه الحائز إذا كان العقار مرهونأ رهنأ حيازياً.

وأخيراً يمكن أن ينقضي حق الرهن الحيازي بفسخ العقد الناشئ عنه، إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته، على أساس أن عقد الرهن الحيازي عقد ملزم للجانبين، فإذا مازال عقد الرهن الحيازي بالفسخ انقضى حق الرهن المتولد عنه بالتبعية.

ولعل انقضاء حق الرهن الحيازي بفسخ عقد الرهن الحيازي الناشئ عنه يمثل الصورة الوحيدة التي تميزه عن حق الرهن الرسمي، باعتبار أن حق الرهن الرسمي لا ينقضي بهذه الصورة نظراً لأن عقد الرهن الرسمي المتولد عنه هذا الحق ليس إلا عقداً ملزماً لجانب واحد وليس ملزماً لجانبين.

الباب الخامس

حق الامتياز

الباب الخامس

حق الامتياز

تمهيد وتقسيم:

لقد أفرد واضع القانون المدني المصري الباب الرابع منه "وهو الباب الأخير من الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية التبعية" لتنظيم حقوق الامتياز، وقسمَ هذا الباب إلى فصلين متناولا في الفصل الأول الأحكام العامة لحقوق الامتياز، ومخصصا الفصل الثاني لبيان أنواع الحقوق الممتازة وما يتعلق بها من أحكام.

وسوف نقسم الدراسة في هذا الباب - بمشيئة الله تعالى - إلى فصلين اثنين نتناول في الفصل الأول الأحكام العامة لحقوق الامتياز، ونستعرض في الفصل الثاني أنواع الحقوق الممتازة بحيث نذكر كل نوع منها على حده لإيضاح ما يختص به كل واحد منها من أحكام، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول : الأحكام العامة لحقوق الامتياز.

الفصل الثاني : أنواع الحقوق الممتازة.

الفصل الأول

الأحكام العامة لحقوق الامتياز

تمهيد وتقسيم:

لقد اختص واضع القانون الأحكام العامة لحقوق الامتياز بفصل مستقل "ألا وهو الفصل الأول" من الباب الرابع المنظم لحقوق الامتياز، وذلك في المواد من ١١٣٠ وحتى المادة ١١٣٦ من التقنين المدني، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عن الأهمية الكبرى لإفراد واضع القانون الأحكام العامة لحقوق الامتياز بفصل مستقل، معربة عن ذلك بقولها "هذه الأحكام هي التي تجعل من حقوق الامتياز موضوعاً متماسكاً تتنظمه فكرة منسجمة متناسقة"^(٥٠١).

وقد احتوت هذه الأحكام العامة لحقوق الامتياز على تعريف لحق الامتياز لتمييزه عما سواه من الحقوق العينية التبعية الأخرى (كحق الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي على حد سواء، وحق الاختصاص) هذا بالإضافة إلى احتوائها على تقسيم حقوق الامتياز لحقوق عامة ترد على جميع أموال المدين، وحقوق خاصة ترد على بعض أموال المدين، مع التمييز في نطاق حقوق الامتياز الخاصة بين ما يرد منها على المنقول وما يرد منها على العقار، وتضمنت أخيراً بياناً لآثار حقوق الامتياز العامة والخاصة وكيفية انقضائها.

لذا فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل - بمشيئة الله تعالى - إلى مباحث ثلاثة، نتناول في المبحث الأول تعريف حق الامتياز مع بيان خصائصه، ثم نعرض في المبحث الثاني تقسيم حقوق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة، ونذكر في المبحث الثالث والأخير آثار هذه الحقوق وكيفية انقضائها، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول : تعريف حق الامتياز وخصائصه.

المبحث الثاني : تقسيم حقوق الامتياز.

المبحث الثالث : آثار حقوق الامتياز وكيفية انقضائها.

(٥٠١) المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري، ج٧، ص٢٨٢.

المبحث الأول

تعريف حق الامتياز وبيان خصائصه

المطلب الأول

تعريف حق الامتياز

عَرَّفَت المادة ١/١١٣٠ من التقنين المدني المصري حق الامتياز بأنه "أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته"^(٥٠٢).

ملاحظات حول هذا التعريف:

يجدر بنا أن نبدي بعض الملاحظات حول هذا التعريف فيما يلي:

أولاً: إن واضع القانون قد ألمح لنا في تعريفه لهذا الحق بفكرة لا ينفرد بها حق الامتياز Droit de Privilège عما سواه من التأمينات الأخرى مفادها أنه أولوية أو أفضلية Une Préférence تثبت لحق ما بين الحقوق، ذلك أن كل تأمين أيا كانت طبيعته لا يدعو عن كونه أولوية يثبتها لصاحبه خروجاً على القاعدة العامة التي تقضى بمبدأ المساواة بين الدائنين، غير أنه يتميز حق الامتياز عن بقية التأمينات.

وقد عرفته المادة ١/١١٠٩ من التقنين المدني السوري بذات التعريف قائلة "الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته"، كما جاء نفس التعريف في التقنين المدني الليبي فعرفته المادة ١/١١٣٤ قائلة "الامتياز أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته الأخرى رغم

(٥٠٢) وقرب ذلك عرفته المادة ١/١٣٦١ من التقنين المدني العراقي قائلة "الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون"، وقد عاب بعض الفقه العراقي على صياغة هذا النص قائلاً "إن القانون لا يقرر الأولوية مراعاة منه لسبب الدين أو مصدره بل مراعاة لصفته. وهذا المعنى تظهره بوضوح الفقرة الأولى من المادة (١١٣٠) من القانون المدني المصري التي عرفت حق الامتياز بأنه "أولوية يقرها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته". ولذلك نرى أنه من الأفضل أن تستبدل بعبارة "السبب هذا الدين" عبارة "الصفة هذا الدين" إيثراً للاصطلاح الذي جرى عليه الفقه والقضاء في بناء الامتياز على صفة الدين. "وهذا في اعتقادنا ما يتفق والتحليل القانوني الصحيح لحق الامتياز" (انظر في ذلك إلى: أ.د/ محمد طه البشير "الوجيز في الحقوق العينية التبعية" ص ٢٥٩، الطبعة الثانية لعام ١٩٧١، مطبعة العاني ببغداد).

وقد أشار الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن لجنة مجلس الشيوخ قد استبدلت عبارة "مراعاة منه لسببه" بعبارة "مراعاة منه لصفته" إيثراً للاصطلاح الذي جرى عليه الفقه والقضاء في بناء الامتياز على صفة الدين (انظر في ذلك = إلى "الوسيط في شرح القانون المدني" الجزء العشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية) بند رقم ٦٥٧، ص ٩١٨، هامش رقم (١)، طبعة عام ١٩٧٠م، دار النهضة العربية، وبذلك يحتمل أن يكون واضع القانون العراقي قد أخذ بالصياغة التي وردت بالمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري قبل مراجعتها من لجنة المراجعة بمجلس الشيوخ واستبدال كلمة "السببه" بكلمة "لصفته".

أنه يمثل أولوية مثلهم بأنه أولوية مصدرها القانون فهو الذي يتدخل لتقريرها، وبذلك يشذ عن التأمينات الأخرى، فحق الرهن بنوعيه (سواء أكان رهنا رسمياً أم رهنا حيازياً) يمثل أولوية يقرها العقد، وحق الاختصاص تثبت به أولوية لصاحبه بمقتضى أمر يصدره القاضي بناء على طلب الدائن الذي بيده حكم قضائي واجب التنفيذ^(٥٠٣).

ثانياً: إن القانون حينما يتدخل فيقرر أولوية لحق معين من الحقوق فإنه يراعي في ذلك صفة أو طبيعة ذلك الحق *Qualité ou nature de ce droit*، حيث تتوافر بعض الاعتبارات التي تملى على واضع القانون ضرورة التدخل بنصوص قانونية آمرة لتفضيل بعض الديون على غيرها من الديون، فلا يجعل استيفاءها خاضعاً لمبدأ المساواة بين الديون *Un principe de l'égalité entre des créances* في الوفاء، ولا يترك في نفس الوقت أمر تفضيلها على غيرها من الديون خاضعاً لاحتمال حدوث اتفاق بني الأفراد على هذا التفضيل.

وهذه الاعتبارات قد تكون اعتبارات المصلحة العامة *Considérations de l'intérêt public* والتي راعاها واضع القانون في تقرير امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، وقد تكون اعتبارات إنسانية *Considerations humaines* كما هو الشأن في الامتياز المقرر لأجور الخدم والعمال والكتابة ضماناً لحقوقهم في مواجهة رب العمل نظراً لأهمية هذه الأجور في معيشة أصحابها الدائنين بها، وقد تكون اعتبارات منطقية أو عقلية *Considerations logiques ou raisonnée* كما هو الشأن في الامتياز المقرر لبائع العقار أو بائع المنقول على العقار أو المنقول في ذمة المشتري، لذا فإن العقل والمنطق ليمليان تقرير امتياز له على هذا الشيء المبيع الذي أدخله في ذمة المشتري، وعلى أية حال فإنه في كل مرة يتدخل واضع القانون ليقرر امتيازاً لحق ما من الحقوق إلا وتجد حكمة ظاهرة *Une fin claire* هي التي أملت عليه هذا التدخل لتفضيل هذا الحق على ما سواه من الحقوق^(٥٠٤).

^(٥٠٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ سمير تناغو "التأمينات الشخصية والعينية" بند ١٤٨، ص ٣٨٠، طبعة عام ١٩٧٥م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
^(٥٠٤) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق - بند ٦٥٧، ص ٩١٩، أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٤٨، ص ٣٨١، أ.د/ محمد لبيب شنب "دروس في التأمينات العينية والشخصية" بند ٢٠٩، ص ١٨٩ - ١٩٠، طبعة عام ١٩٧٣م، دار النهضة العربية بالقاهرة، أ.د/ محمد طه البشير - المرجع السابق - بند ٣٠٠، ص ٢٦١.

ثالثاً: إن الممتاز Le privilégié هو الحق وليس صاحبه الدائن به، بمعنى أن الذي يبرر منح الامتياز من قبل القانون هو طبيعة الحق وصفته وليس صفة الدائن بهذا الحق، ولعل هذا هو ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها "يؤخذ من تعريف حق الامتياز أن الحق هو الممتاز لا الدائن، وذلك لأن الامتياز يرجع إلى طبيعة الحق، والقانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقتضي طبيعتها أن تكون ممتازة، كما يعين مرتبة هذا الامتياز"^(٥٠٥).

ولعل مما يؤكد ارتباط تقرير الامتياز من قبل القانون بصفة الحق أو طبيعته وليس بصفة الدائن صاحب هذا الحق أن الدين يظل ممتازاً ولولحاً في هذا الحق دائن آخر محل الدائن الأصلي بمقتضى حوالة أو بناء على وفاء مع الحلول^(٥٠٦).

بيد أن هذا الارتباط سالف الذكر لا ينبغي أن يدفعنا إلى الفصل التام أو المطلق La séparation complète ou absolue بين تقرير الامتياز وصفة الدائن، لاسيما وأن لصفة الدائن تأثيراً كبيراً Une grande influence في صفة الدين وطبيعته، فمثلاً عندما يكون الدائن هو الدولة فإن صفته هذه تؤثر في صفة الدين فتجعله متعلقاً بالمصلحة العامة، وكذلك الحال عندما يكون الدائن أجيراً فإن صفته هذه هي التي تطبع دينه بطابع إنساني واجتماعي فتحدو بوضع القانون إلى تقرير امتياز لدينه فيفضل على ما سواه من الديون الأخرى^(٥٠٧).

رابعاً: إن مفاد الامتياز الذي يقرره القانون لحق ما من الحقوق أن يتقدم هذا الحق الممتاز على سائر الحقوق الأخرى التي يتقدمها هذا الحق، وأن هذا التقدم يتقرر بناء على نص في القانون مراعيّاً في ذلك صفة الحق المتقدم^(٥٠٨).

خامساً: أنه مما يؤخذ على تعريف القانون لحق الامتياز إغفاله عن إبراز ميزة التتبع Droit de suite في هذا الحق كصفة لازمة فيه بوصفه حقاً عينياً Un droit réel، على أساس أن حق الامتياز لا يمنح صاحبه وحسب أولوية على غيره من أصحاب الحقوق الأخرى مراعاة لصفة حقه، بل يمنحه إلى جانب ذلك ميزة التتبع بحيث يثبت له الحق في تتبع المال المثقل بهذا الحق تحت

^(٥٠٥) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني، ج٧، ص٢٨٦.
^(٥٠٦) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ٦٥٧، ص٩٢٠، أ.د/توفيق حسن فرج "التأمينات الشخصية والعينية" بند ٢٨٥، ص٢٦٠، طبعة عام ١٩٨٤م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية.
^(٥٠٧) أ.د/ سمير تناغو - المرجع السابق - بند ١٤٨، ص٣٨١.
^(٥٠٨) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - بند ٦٥٧، ص٩١٩.

يد أي شخص تنتقل إليه ملكيته، وهذا عام في حقوق الامتياز باستثناء حقوق الامتياز العامة التي يتمتع فيها التتبع لكونها واردة على جميع أموال المدين.

بيد أن من الفقه من يميل إلى غض الطرف عن هذا الإغفال ويلتمس لواضع القانون العذر في ذلك قائلاً "إن بقاء التعريف على نحو ما جاء به المشرع دون أن يشار فيه إلى أن الامتياز يخول حق التتبع، يجعل هذا التعريف التشريعي يشمل جميع حقوق الامتياز، إذ أن من بين حقوق الامتياز وهي حقوق الامتياز العامة ما لا يخول حق التتبع"^(٥٠٩).

المطلب الثاني

خصائص حق الامتياز

يتسم حق الامتياز بعدد من الخصائص والمميزات الآتية:

أولاً: حق الامتياز حق عيني:

بالرغم من محاولات التشكيك في عينية حقوق الامتياز من جانب بعض الفقهاء في كل من فرنسا ومصر، لاسيما حقوق الامتياز العامة نظراً لورودها على جميع أموال المدين وعدم تعلقها بمال معين بالذات من أمواله، إلا أن أغلب الفقهاء الفرنسيين والمصريين يميلون إلى اعتبار حقوق الامتياز حقوقاً عينية سواء أكانت هذه الحقوق حقوقاً عامة أم حقوقاً خاصة، وسواء أكانت واردة على عقار أم واردة على منقول.

ففي مصر لا محل للمنازعة أو التشكيك في كون حق الامتياز حقاً عينياً لسببين: أولهما: أن واضع القانون المدني قد نظم هذا الحق في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي تولى فيه تنظيم الحقوق العينية التبعية أو ما تسمى بالتأمينات العينية، ثانيهما: أن حقوق الامتياز تخول أصحابها كافة مزايا الحقوق العينية والمتمثلة في ميزتي التقدم والتتبع، فميزة التقدم تمنحها جميع حقوق الامتياز، وميزة التتبع تمنحها حقوق الامتياز الخاصة دون حقوق الامتياز العامة، أما في فرنسا

(٥٠٩) د/توفيق فرج - المرجع السابق - بند ٢٨٥، ص ٢٦٠.

فيعتبر حق الامتياز حقاً عينياً - وفقاً للرأي الراجح - يخول صاحبه ما تخوله إياه سائر الحقوق العينية من مزيتي التقدم والتتبع^(٥١٠).

ثانياً: حق الامتياز حق تبعي:

فحق الامتياز لا ينشأ قائماً بذاته إنما ينشأ تابعاً لحق شخصي لضمان الوفاء به، فهو يستلزم لوجوده وجود التزام أصلي يضمنه، وهو بذلك يتشابه مع كافة الحقوق العينية التبعية التي ما تنشأ إلا لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية، وبالتالي فإن حق الامتياز كغيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى يدور مع الحق الشخصي الذي تقرر لضمانه من حيث الوجود والعدم فلا يوجد إلا بوجوده كما ينقضي ويزول بانقضائه وزواله.

ثالثاً: حق الامتياز تأمين قانوني:

يمثل حق الامتياز النموذج الوحيد والفريد للتأمينات العينية التي يعد القانون مصدراً لها، فالقانون هو الذي يقرر حق الامتياز وهو الذي يحدد في نفس الوقت مرتبته بين الحقوق الأخرى.

وبذلك يختلف حق الامتياز عن غيره من التأمينات العينية الأخرى، فمن هذه التأمينات من يعد العقد أو الاتفاق بين الأفراد مصدراً لنشأتها كما هو الحال بالنسبة لحق الرهن الرسمي الذي يمثل عقد الرهن الرسمي مصدراً له، وكذلك الحال بالنسبة لحق الرهن الحيازي الذي يمثل عقد الرهن

(٥١٠) فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى نفي الصفة العينية عن حقوق الامتياز كلها واعتبار الامتياز مجرد وصف يلحق الحق الشخصي كالأجل والشرط والتضامن، فهو وصف من شأنه أن يؤمن للدائن استيفاء حقه، وحجة هذا الرأي في ذلك أن حقوق الامتياز وغيره من الحقوق العينية الأخرى لا تعتبر من وجهة نظرة حقوقاً عينية لأنها لا تنطوي على عنصر من عناصر الحق العيني والمتمثلة في عناصر الاستعمال والاستغلال والتصرف (أ.د/ شفيق شحاتة " النظرية العامة للتأمين العيني" رقم ١٢، ص ١٠:١٢، طبعة عام ١٩٥٣) ومن الفقه الفرنسي من يرى نفي الصفة العينية عن حقوق الامتياز جميعها ويعتبرها مجرد صفات تلتصق بالحقوق الشخصية فتكفل الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين (انظر في ذلك إلى: روبينو في مؤلفة "الامتياز على الديون" رسالة دكتوراه، ص ١٢٣ وما بعدها، جامعة بوردو عام ١٩٥٠)، ومن الفقه المصري من ينفي الصفة العينية عن حقوق الامتياز العامة ويثبتها لحقوق الامتياز الخاصة فيقول عن حق الامتياز العام ليس بحق عيني لأنه لا يرد على مال معين بالذات، وكذلك الحال بالنسبة للامتياز على الديون لأنه يرد على حقوق شخصية، أما كل حقوق الامتياز الخاصة على عقار أو على منقول فتكسب الدائن حقوقاً عينية (أ.د/ شمس الدين الوكيل "نظرية التأمينات في القانون المدني" فقرة ٢١٠، ص ٥٦٧، هامش، أ.د/ سمير تناغور رقم ١٥٢، ص ٢١٩، أ.د/ محمد لبيب شنب رقم ٢٠٨، ص ١٨٩).

في حين يرى الرأي الراجح عينية حقوق الامتياز كلها العامة منها والخاصة (حيث يقول أ.د/ السنهوري "وفي مصر يذهب أغلب الفقهاء المصريين إلى أن

حقوق الامتياز كلها، عامة وخاصة، على عقار وعلى منقول حقوق عينية" - المرجع السابق - فقرة ٦٥٩، ص ٩٢٣) ويقول أ.د/ سليمان مرقس "لا محل في القانون المصري للمنازعة في أن الامتياز حق عيني، حيث نص عليه المشرع في الباب الرابع من الكتاب الرابع الذي نظم فيه حقوق العينية التبعية" انظر في مؤلفه "التأمينات العينية" بند ٣٢٨، ص ٥١٨ هامش ١، وفي نفس المعنى "أ.د/ محمد كامل مرسي" الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية" فقرة ٢٨٠، طبعة عام ١٩٥١.

الحيازي مصدرا له، ومن التأمينات العينية ما يتقرر بأمر من القاضي كما هو الحال بالنسبة لحق الاختصاص.

ويترتب على كون الامتياز من قبيل التأمينات القانونية (أي التي يمثل القانون مصدرا لها) الآثار الآتية:

- عدم جواز القول بوجود امتياز لحق ما من الحقوق لم ينص القانون صراحة على تقرير امتياز له، فلا امتياز لحق إلا بنص في القانون.

- عدم جواز اتفاق الأفراد على تقرير حق امتياز لحق لم يجعل له القانون هذا الحق.

إن حقوق الامتياز المقررة في القانون قد وردت على سبيل الحصر والتعيين فلا يجوز التوسع في تفسير النصوص الواردة بشأنها، كما لا يجوز القياس عليها.

غير أن واضع القانون لم يحصر حقوق الامتياز جميعها في الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني المنظم لحقوق الامتياز، حيث توجد حقوق امتياز أخرى مقررة في مواضع أخرى سواء بالقانون المدني أو بقوانين خاصة أخرى، وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة ١١٣٧ بقولها "الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة"، مثال ذلك امتياز المقاول من الباطن والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل (م ٦٦٢ مدني) وامتياز القروض التي يمنحها اتحاد ملاك البناء الواحد لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته على الجزء المفزر الذي يملكه (م ١/٨٦٩ مدني)، امتياز أتعاب المحامي (م ١١٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨) وامتياز الوكيل بالعمولة (م ٨٥ تجاري) وامتياز المبالغ المستحقة للعامل قبل صاحب العمل (م ٨ من قانون العمل رقم ٩١ لعام ١٩٥٩م).

رابعاً: حق الامتياز غير قابل للتجزئة:

يعتبر حق الامتياز - كأصل عام - حقا غير قابل للتجزئة كغيره من التأمينات العينية، بمعنى أن كل جزء من المال المحمل بالامتياز يعد ضامنا للحق الممتاز كله، وأن كل جزء من الحق الممتاز يعد مضمونا بكل المال الذي يرد عليه الامتياز، بحيث يبقى الامتياز على الشيء المثقل به إلى

أن ينقضي الدين المضمون به كاملاً هذا ما لم يتفق على غير ذلك، أو كان هناك سبب يدعو إلى هذه التجزئة كما لو نشأ الامتياز على حصة شائعة من العقار المملوك كله للمدين ثم باع المدين جزءاً مفرزاً من هذا العقار، فعندئذ لا يجوز للدائن أن يدعى الامتياز على الجزء المباع مادام أن الباقي من العقار لا يقل عن مقدار الحصة الشائعة التي يرد عليها الامتياز، وكذلك الحال إذا شمل البيع منقولات وعقارات بثمن واحد فإن الامتياز يتجزأ بحيث لا يضمن امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول كل الثمن، وإنما يتعين قصر الامتياز العقاري على ما يقابل العقار وقصر امتياز المنقول على ما يقابل المنقول، وذلك نظراً لوجود امتيازين مستقلين أحدهما على المنقول والآخر على العقار^(٥١١).

خامساً: الامتياز صفة للحق:

يختلف حق الامتياز عن الحقوق العينية التبعية الأخرى في أن الممتاز فيه هو الحق وليس صاحب الحق، إذ يتدخل واضع القانون لتقرير الامتياز لحق ما من الحقوق مراعيًا في ذلك صفة الحق وطبيعته لا صفة وشخصية الدائن، بحيث يصير حقا ممتازا كل حق تتوافر فيه الصفة المؤهلة قانوناً لاعتباره حقا ممتازا أي كانت شخصية الدائن، بل وتظل له صفته كحق ممتاز قانوناً ولو تغير شخص الدائن بموجب حوالة أو بناء على وفاء مع الحلول^(٥١٢).

هذا بعكس الحقوق العينية التبعية الأخرى فالممتاز فيها هو الدائن لا الحق، فالدائن الذي يتفق مع مدينه (أو الراهن إذا كان شخصا آخر غير المدين) على أن يكون له حق رهن رسمي على عقار أو حق رهن حيازي على عقار أو منقول، يصير دائنًا ممتازًا مفضلًا على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، فالامتياز أو التفضيل أو الأولوية هنا وصف يلحق الدائن لا الدين، وهذا الوصف لا يرجع لصفة الدين (بدليل أن أي دين يمكن ضمانه برهن رسمي أو حيازي)، وإنما يرجع إلى اتفاق الدائن مع الراهن (سواء أكان الراهن هو المدين نفسه أم شخصا آخر قرر الرهن لصالح الدائن) على هذا التفضيل بموجب عقد الرهن، وكذلك الحال في حق

(٥١١) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٢٨٦، ص ٢٦٣، ٢٦٤.
(٥١٢) على أن يراعى أن صفة الدائن قد يكون لها تأثير على صفة الدين، فالدائن إذا كان هو الدولة فإن صفته هذه تؤثر في صفة الدين من حيث تعلقه بالمصلحة العامة، والدائن إذا كان أجيرا فإن صفته هي التي تطبع الدين بطابعه الاجتماعي والإنساني (أ.د/ سمير تناعو بند ٤٨، ص ٣٨١) مما لا يصح معه أن نتجاهل بالكلية تأثير صفة الدائن على صفة الدين فتكون سببا في اكتسابه صفة الدين الممتاز.

الاختصاص فالممتاز فيه هو الدائن لا الحق أو الدين الذي تقرر له الاختصاص، فأَيّ دين يمكن الحصول على اختصاص لضمانه متى توافرت له شروط منح الاختصاص قانوناً، والأولوية التي تثبت للدائن صاحب حق الاختصاص تجعله مفضلاً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وهذا لا يرجع إلى صفة دينه أو حقه، وإنما يرجع إلى حصوله على حق الاختصاص بأمر القاضي^(٥١٣).

سادساً: الامتياز يمنح ميزة التقدم وقد يمنح ميزة التتبع:

يتشابه حق الامتياز مع سائر التأمينات العينية الأخرى في كونه يمنح صاحبه ميزة التقدم Un droit de préférence لاستيفاء حقه كاملاً من ثمن بيع المال المثقل به مفضلاً على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

أما بالنسبة لميزة التتبع فهي لا تثبت إلا لأصحاب حقوق الامتياز الخاصة نظراً لكون هذه الحقوق ترد على أموال معينة بالذات سواء أكانت عقارات أم منقولات مما يسهل لأصحابها القدرة على تتبعها تحت يد من تنتقل إليه للحصول على حقوقهم من أثمان بيعها، أما حقوق الامتياز العامة فنظراً لورودها على جميع أموال المدين ولا تتعلق بمال أو أموال معينة بالذات يمكن تتبعها فلا تثبت بشأنها ميزة التتبع، بالتالي فإن هذه الحقوق لا تخول أصحابها سوى أفضلية التقدم، لاستيفاء حقوقهم من أثمان الأموال الموجودة في ذمة المدين وقت التنفيذ، على سائر الدائنين المتأخرين في المرتبة، بحيث لا يكون لهم حق تتبع الأموال التي خرجت من ذمة المدين وانتقلت ملكيتها إلى الأغيار.

وقد حرص واضع القانون على أن ينص صراحة على عدم ثبوت حق التتبع بالنسبة لحقوق الامتياز العامة (م ٢/١١٣٤ مدني).

(٥١٣) انظر في نفس المعنى إلى كل منك أ/د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٥٨، ص ٩٢٢، أ/د/ توفيق حسن فرج بند ٢٨٦، ص ٢٦٢، أ/د/ محمد طه البشير بند ٣٠٠، ص ٢٦١.

سابعاً: الامتياز يرد على العقار أو المنقول أو مجموع أموال المدين:

يختلف حق الامتياز عن بقية التأمينات العينية الأخرى من حيث مدى أو نطاق المحل الذي يرد عليه، فقد يرد حق الامتياز على عقار معين من عقارات المدين فيكون من قبيل التأمينات العقارية وقد يرد على منقول معين من منقولات المدين فيكون من قبيل التأمينات المنقولة، وفي هاتين الحالتين يكون الامتياز من قبيل حقوق الامتياز الخاصة لوروده على مال معين بالذات من أموال المدين سواء أكان عقاراً أم منقولاً، وقد يرد على جميع أموال المدين بما فيها من منقولات وعقارات فيكون حق الامتياز في هذه الحالة من قبيل التأمينات المختلطة ويعد من قبيل حقوق الامتياز العامة.

هذا بخلاف التأمينات العينية الأخرى حيث لا يرد الرهن الرسمي إلا عقار - كأصل عام - ما لم يوجد نص قانوني خاص يقضى بغير ذلك، وبالتالي فهو يعد من قبيل التأمينات العقارية، ولا يرد حق الاختصاص مطلقاً إلا على عقار فهو يعد أيضاً من قبيل التأمينات العقارية، أما بالنسبة لحق الرهن الحيازي فهو إما أن يرد على عقار أو عقارات معينة فقط فيكون من قبيل التأمينات العقارية، وإما أن يرد على منقول أو منقولات معينة فقط فيكون من قبيل التأمينات المنقولة، وبالتالي لا يتصور وروده على منقولات وعقارات في آن واحد، بخلاف حقوق الامتياز العامة التي تشمل جميع أموال المدين عقارات ومنقولات.

ومما ينبغي الانتباه إليه أن حق الامتياز أياً كان محله (أي سواء ورد على عقار أو منقول أو، على عقار ومنقول في آن واحد) لا تنتقل فيه حيازة المال المثقل به الحق إلى الدائن الممتاز، وهو بذلك يتشابه مع حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، ويعتبرون جميعهم من قبيل التأمينات غير الحيازية، بخلاف حق الرهن الحيازي حيث تنتقل فيه حيازة المال الوارد عليه حق الرهن إلى الدائن المرتهن أو العدل الذي ينوب عن الدائن المرتهن في حيازة المال المرتهن سواء أكان عقاراً أم منقولاً، فهو يعد وحده من بين التأمينات العينية جميعها من قبيل التأمينات الحيازية^(٥١٤).

(٥١٤) انظر في نفس المعنى: أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٢٨٦، ص ٢٦٣.

المبحث الثاني

تقسيم حقوق الامتياز

تنقسم حقوق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة وذلك بحسب المحل الذي ترد عليه هذه الحقوق، إذ أنها تعد من قبيل حقوق الامتياز العامة إذا وردت على كافة عناصر الذمة المالية للمدين بمنقولاتها وعقاراتها دون أن تتعلق بمال معين بالذات من أمواله، وتكون من قبيل حقوق الامتياز الخاصة إذا وردت على مال معين بالذات من أموال المدين كمنقول معين بالذات من منقولاته أو عقار معين بالذات من جملة عقاراته^(٥١٥).

وسوف نستعرض - بمشيئة الله تعالى - الأحكام الخاصة بكل من حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة بشيء من التفصيل لنقف على ما بينهما من مظاهر الاختلاف والتباين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

حقوق الامتياز العامة

أولاً: ورود حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين وقت التنفيذ:

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين بما تضمه من منقولات وعقارات، فلا تتعلق بمال معين بالذات دون سواه من بين أموال المدين، وإنما تتعلق بكل أمواله التي تمثل عناصر ذمته المالية.

وبالتالي فإن ميزة التقدم أو الأولوية التي يمنحها حق الامتياز العام لا يختص وعاؤها بمال معين بالذات من أموال المدين، وإنما يدخل فيه كل عناصر ذمة المدين المالية لحظة التنفيذ، بغض النظر عما كانت عليه ذمة المدين المالية وقت نشوء حق الامتياز العام، ومن ثم يدخل في وعاء الأفضلية كل ما هو موجود وقت التنفيذ حتى وإن لم يكن موجوداً وقت نشوء الحق الممتاز، كما

^(٥١٥) إذ تنص المادة ١١٣٢ من التقنين المدني المصري على أقسام حقوق الامتياز بقولها "ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين".

يخرج من وعاء الأفضلية كل ما خرج من ذمة المدين ودخل في ذمة الغير قبل التنفيذ ولو كانت موجودة وقت نشوء الحق الممتاز^(٥١٦).

ثانياً: تخول حقوق الامتياز العامة ميزة التقدم دون ميزة التتبع:

تخول حقوق الامتياز العامة لأصحابها ميزة التقدم، لاستيفاء حقوقهم من أثمان بيع أموال المدين الموجودة وقت التنفيذ، مفضلين على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين لهم في المرتبة، دون أن تخول لهم ميزة التتبع على الأموال التي خرجت من ذمة المدين في الفترة ما بين نشوء الامتياز إلى وقت التنفيذ، وذلك نظراً لعدم تعلق حقوق الامتياز العامة بمال معين بالذات من أموال المدين تغل بشأنه يده عن التصرف فيه بالإضرار بالدائنين الممتازين، وبالتالي يمكن للمدين المحملة أمواله بامتياز أو امتيازات عامة أن يتصرف في أي عنصر من عناصر ذمته المالية فينقضي عنها حق الامتياز بمجرد خروجها من ذمة المدين ولا يكون للدائن امتياز إلا على الأموال الموجودة وقت التنفيذ بحقه.

ولعل خلو حقوق الامتياز العامة من مزية التتبع التي تمنحها سائر التأمينات العينية الأخرى إلى جانب ميزة التقدم قد دعا بعض الفقهاء إلى اعتبارها مجرد وصف يلحق بالدين يخول صاحبه ميزة التقدم على غيره من الدائنين عند استيفاء حقه وإنكار صفته كحق عيني تبعي^(٥١٧).

ثالثاً: حقوق الامتياز العامة لا يجب فيها الشهر:

نظراً لاقتصار أثر حقوق الامتياز العامة على منح أصحابها ميزة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين لهم في المرتبة، دون أن تخول لهم ميزة التتبع لما يخرج من ذمة المدين من أموال بعد نشوئها، فإن هذه الميزة (أي ميزة التقدم أو الأولوية) تثبت لأصحاب حقوق الامتياز العامة دون حاجة إلى شهر هذه الحقوق حتى وإن كانت الأموال التي ترد عليها هذه الحقوق أموالاً عقارية، وهذا ما أكدته المادة ٢/١١٣٤ مدني صراحة بقولها "ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً لا يجب فيها الشهر ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضاً في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة...".

^(٥١٦) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٢٢٨، ص ٢٦٤.

^(٥١٧) أ.د/ سمير تناغو بند ١٥٩، ص ٣٨٩، أ.د/ شمس الدين الوكيل ص ٥٦٦.

رابعاً: مرتبة حقوق الامتياز العامة:

حدد القانون صراحة مرتبة حقوق الامتياز العامة فجعلها أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده، أما فيما بينها فيتقدم الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة على حقوق الامتياز العامة الأخرى (م ١١٣٤/٢ مدني).

المطلب الثاني

حقوق الامتياز الخاصة

على خلاف حقوق الامتياز العامة التي ترد على جميع أموال المدين بما تحويه من منقولات وعقارات، فإن حقوق الامتياز الخاصة إما أن ترد على منقول معين أو منقولات معينة بالذات مملوكة للمدين، أو ترد على عقار معين أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين، وتتباين الأحكام الخاصة لحقوق الامتياز الخاصة تبعاً للمحل الذي ترد عليه، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: حقوق الامتياز الخاصة المنقولة:

قد ترد حقوق الامتياز الخاصة على منقول واحد معين بالذات من منقولات المدين كما هو الحال في امتياز بائع المنقول، وقد ترد على عدة منقولات معينة بالذات من منقولات المدين كورود امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، وورود امتياز صاحب الفندق على أمتعة نزيل الفندق.

تخول حقوق الامتياز الخاصة المنقولة لأصحابها ميزتي التقدم والنتبع فيكون للدائن الحق في التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة لاستيفاء حقه من ثمن المنقول المحمل بالامتياز، هذا بالإضافة إلى ما له من ضمان عام على أموال المدين الأخرى بوصفة دائناً عادياً^(٥١٨) حيث يتزاحم في هذا الضمان العام مع الدائنين العاديين بحيث يجرى تقسيمه بينهم

^(٥١٨) فالضمان أو التأمين الخاص يكسب الدائن وصفاً جديداً كدائن ممتاز إلى جانب وصفه العادي كدائن عادي بحيث ينفرد بالمال المنقول بالحق العيني التبعية المقرر له دون سواه من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة فيستوفى حقه منه مقدماً عليهم، وإذا تبقى له جانب من الدين لم يستوفه بعد زاحم الدائنين جميعهم في الرجوع بالباقي له على جميع أموال المدين الأخرى التي تمثل ضماناً عاماً لسائر الدائنين.

قسمة غرماء (أي يوزع بينهم بالتساوي كلٌ بنسبة دينه)، كما أن لصاحب الحق الممتاز حق تتبع المنقول المثقل به حقه في يد أي شخص ليستوفي حقه منه بالأولوية على غيره، غير أن حق التتبع وإن كان ثابتاً للدائن الممتاز من الناحية القانونية إلا أنه من الناحية العملية قد يتعطل إعماله وتنفيذه في مواجهة حائز المنقول إذا تمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز، حيث يمتنع على صاحب الامتياز الوارد على منقول أن يتتبعه ويحتج به في مواجهة من حاز المنقول بسند صحيح وكان حسن النية وقت تلقيه لحق عليه بحيث كان يجهل وقتئذ وجود حق امتياز عليه (م ١/١١٣٣ مدني^(٥١٩)).

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل إن القانون قد اعتبر في حكم حائز المنقول بما يمنع من الاحتجاج في مواجهته بحق الامتياز متى كان حسن النية أي يجهل وجود هذا الحق على المنقول كلاماً من^(٥٢٠):

- مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة بالعين المؤجرة، بحيث لو حدث أن اشترى المستأجر منقولا لم يدفع ثمنه للبائع وأدخله في العين المؤجرة لم يجز لبائع المنقول الذي له عليه حق امتياز أن يحتج بحقه في مواجهة المؤجر متى كان المؤجر حسن النية يجهل وجود هذا الامتياز.

- صاحب الفندق بالنسبة للأمتعة التي يودعها النزلاء بفندقه، فلو حدث أن اشترى نزيل الفندق منقولا ولم يدفع ثمنه ثم أدخله معه بالفندق وكان صاحب الفندق يجهل وجود امتياز لبائع هذا المنقول لم يجز للبائع الاحتجاج في مواجهته بحقه على المنقول.

ونرى مع البعض أن عدم قدرة الدائن الممتاز على ممارسة حقه في تتبع المنقول في يد حائزة حسن النية نظراً لتمسكه بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز لا يقدر في عينية حقه الوارد على هذا المنقول، لأن للدائن الذي له حق امتياز على منقول حق تتبع هذا المنقول في يد الحائز من الناحية القانونية، غاية ما هنالك أن واضع القانون عطل حقه في الاحتجاج بميزة التتبع في مواجهة الحائز حسن النية أي الذي كان يجهل وقت تلقي حقه على المنقول وجود امتياز عليه،

^(٥١٩) إذ تنص المادة ١/١١٣٣ من التقنين المدني المصري على أنه "لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية".
^(٥٢٠) تنص المادة ٢/١١٣٣ من التقنين المدني على أنه "ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها التزلاء في فندقه".

وبالتالي يمكن للدائن الاحتجاج بحقه في مواجهة الحائز سيئ النية (أي الذي كان يعلم وقت تلقي حقه على المنقول بوجود امتياز عليه)^(٥٢١).

ونظرا لما قد يكتنف حق الامتياز الوارد على المنقول من مخاطر يفوت على إثرها حق الدائن في تتبعه في يد من تنتقل إليه ملكيته إذا ما تصرف فيه المدين لحائز حسن النية (أي يجهل وقت تلقيه لحقه على المنقول وجود امتياز عليه) فقد رخص القانون للدائن الذي يخشى لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحقه أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ٣/١١٣٣ مدني)^(٥٢٢).

ثانيا: حقوق الامتياز الخاصة العقارية:

ترد حقوق الامتياز الخاصة العقارية على عقار أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين، كامتياز بائع العقار، وامتياز المقاول والمهندس المعماري، وامتياز المتقاسم في العقار.

وتشبه حقوق الامتياز الخاصة العقارية حق الرهن الرسمي سواء من حيث أحكام القيد والتطهير، وما يترتب على القيد من آثار، وما يتصل به من تجديد ومحو، ويكاد لا يختلفان فيما بينهما إلا من حيث المصدر فقط، حيث إن مصدرها هو القانون، في حين أن مصدر الرهن الرسمي هو عقد الرهن الرسمي المبرم بين الدائن المرتهن والراهن.

ولعل هذا ما أكدته المادة ١/١١٣٤ مدني بقولها " تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو".

ولا جدال في أن حق الامتياز الخاص على العقار متى تم قيده أمكن لصاحبه إلى جانب حقه في التقدم، أن يتتبع العقار المثقل بالحق في مواجهة حائزه الذي تنتقل إليه ملكية العقار المثقل بالامتياز أو ينتقل إليه حق عيني آخر قابل للرهن.

(٥٢١) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٢٩٢، ٢٦٧.
(٥٢٢) إذ تنص المادة ٣/١١٣٣ على ذلك بقولها "وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

المبحث الثالث

آثار حقوق الامتياز وكيفية انقضاءها

تمهيد:

سنعالج-بمشيئة الله تعالى- في هذا المبحث نشوء حقوق الامتياز والآثار المترتبة عليها وكيفية وطرق انقضائها وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: نشوء حقوق الامتياز:

تنشأ حقوق الامتياز - كقاعدة عامة - بمجرد ثبوت الدين الذي يقرر القانون منحة الامتياز دون حاجة إلى اتخاذ إجراء آخر سواء في مواجهة المدين أو في مواجهة الغير.

ويستثنى من هذه القاعدة العامة حقوق الامتياز الخاصة العقارية حيث لا تسرى هذه الحقوق في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد، مثلها في ذلك مثل الحقوق العينية التبعية الأخرى كحق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي متى ورد على عقار، وحق الاختصاص^(٥٢٣).

حيث تنقسم حقوق الامتياز من حيث خضوعها للشهر بطريق القيد إلى طائفتين:

أولاهما لا يجب فيها الشهر وهي تضم حقوق الامتياز العامة حتى وإن كانت واردة على عقار، وحقوق الامتياز العقارية الضامنة للمبالغ المستحقة للخزانة العامة (م ٢/١١٣٤ مدني)^(٥٢٤)، وحقوق الامتياز الخاصة المنقولة، وثانيهما يجب فيها الشهر بطريق القيد وهي حقوق الامتياز الخاصة العقارية، حيث تسرى عليها أحكام الرهن الرسمي من حيث وجوب قيدها للاحتجاج بها في مواجهة الغير، وتأخذ مرتبتها بين الحقوق العينية التبعية الأخرى من تاريخ قيدها^(٥٢٥).

^(٥٢٣) انظر في نفس المعنى: أ.د/ محمد طه البشير بند ٣٠٨، ص ٢٦٧.
^(٥٢٤) حيث تنص المادة ٢/١١٣٤ من التقنين المدني المصري على ذلك بقولها "ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا لا يجب فيها الشهر، ولا يثبت فيها حق التتبع، ولا حاجة للشهر أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة.....".
^(٥٢٥) انظر في نفس المعنى: أ.د توفيق حسن فرج بند ٢٩٥، ص ٢٦٨، ٢٦٩.

ثانياً: آثار حقوق الامتياز:

لا جدال في أن حق الامتياز حق عيني، وبالتالي فهو يمنح صاحبه بمجرد نشأته ميزتي التقدم والتتبع كقاعدة عامة، فيكون للدائن الممتاز الحق في تتبع المال المثقل به الحق في يد أي شخص واستيفاء حقه من ثمن بيعه بالمزاد العلني بالتقدم على من سواه من الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة.

بيد أنه يرد على هذه القاعدة العامة استثناءان:

١ - الاستثناء الأول:

وهو استثناء قانوني Une exception juridique حيث ينص القانون صراحة على عدم ثبوت حق التتبع في حقوق الامتياز العامة (م ١١٣٤/٢ مدني).

٢ - الاستثناء الثاني:

وهو استثناء واقعي أو عملي Une exception de fait ou pratique وهو يتعلق بحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول، حيث إنه وإن كان من الثابت قانوناً أن للدائن الذي له حق امتياز على منقول الحق في تتبعه في يد أي شخص ليستوفي حقه من ثمن بيعه بالأولوية على غيره، إلا أنه قد يتعطل استعماله لهذا الحق في مواجهة من يجوز هذا المنقول بحسن نية Avec bonne foi، أي لم يكن يعلم وقت تلقيه لحقه على هذا المنقول بأنه مثقل بحق ممتاز للدائن.

والأصل العام أن القانون كما يقرر الامتياز هو أيضاً الذي يحدد مرتبته، وإذا لم ينص القانون صراحة على مرتبة حق ممتاز كانت مرتبته متأخرة على مرتبة كل امتياز منصوص على مرتبته (م ١/١١٣١ مدني).

وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك (م ٢/١١٣١ مدني).

والأصل العام أن يباشر الدائن الممتاز حق الأولوية على ثمن بيع المال المثقل به حق الامتياز، غير أنه إذا هلك هذا المال واستحق عنه المدين مبلغا من المال كتعويض أو تأمين كان للدائن أن يباشر حق التقدم على هذا المبلغ فيستوفي حقه من هذا المبلغ بالتقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

ولقد نصَّ القانون على أن يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء المثقل بهذا الحق أو تلقه (م ١١٣٥ مدني)، ونكتفي في هذا المقام بالإحالة إلى الرهن الرسمي^(٥٢٦).

ثالثاً: كيفية انقضاء حقوق الامتياز:

تنص المادة ١١٣٦ من التقنين المدني المصري على أن " ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحيازة ووفقاً لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص خاص يقضى بغير ذلك".

وتفادياً للتكرار نكتفي بالإحالة على التفصيل الذي أوردناه بشأن انقضاء حق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازي^(٥٢٧).

^(٥٢٦) انظر بالتفصيل لضمان هلاك العقار المرهون أو تلقه ص ٢٢٤-٢٥٠ من هذا الكتاب.
^(٥٢٧) انظر في عرض انقضاء حق الرهن الرسمي من صفحة ٣٥٩ حتى صفحة ٣٦٨، وانقضاء حق الرهن الحيازي من صفحة ٤٨٣ حتى صفحة ٤٨٧.

الفصل الثاني

أنواع الحقوق الممتازة

تمهيد وتقسيم:

لم يعرض واضع القانون المصري كل أنواع الحقوق الممتازة في الموضع المخصص لها بالفصل الثاني من الباب الرابع (حيث يحمل الفصل الثاني عنوان "أنواع الحقوق الممتازة" من الباب الذي يحمل عنوان "حقوق الامتياز") للكتاب الرابع الذي يحمل عنوان "الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية"، بل عرض بعض الحقوق الممتازة في مواضع أخرى داخل المجموعة المدنية مثل امتياز القروض التي يمنحها اتحاد ملاك الطبقات للشركاء لتمكينهم من تنفيذ التزاماتهم (م ٨٦٩ مدني)، كما عرض بعض الحقوق الممتازة في المجموعة التجارية مثال ذلك امتياز الوكيل بالعمولة على البضائع المرسلة أو المسلمة إليه أو المودعة عنده لضمان الوفاء له بحقوقه في مواجهة العميل (م ٨٥ تجاري)، كما عرض واضع القانون المصري بعض الحقوق الممتازة في قوانين خاصة مثل امتياز أتعاب المحامي على كل ما يؤول لموكله من أموال نتيجة للدعوى موضوع الوكالة (م ١١٧ من قانون المحاماة رقم ٦١ لعام ١٩٦٨ م).

وقد أشارت المادة ١١٣٧ مدني إلى أن الحقوق الممتازة هي الحقوق الواردة في الفصل الثاني من الباب الرابع الخاص بحقوق الامتياز (والتي جاءت في المواد من ١١٣٧ حتى المادة ١١٤٩ مدني)، هذا بالإضافة إلى الحقوق الممتازة التي وردت في مواضع أخرى سواء بالمجموعة المدنية والتجارية أو في قوانين خاصة، وفي ذلك تقول "الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة".

وقد يحدث أن يحدد القانون مرتبة الحقوق الممتازة في ذات النصوص الخاصة التي تقررها، وإذا لم يحدد القانون مرتبة الامتياز الذي ينص عليه فإن مرتبة هذا الامتياز تكون متأخرة عن كل امتياز ورد في الباب الرابع المخصص لحقوق الامتياز (م ١١٣١ مدني)^(٥٢٨).

^(٥٢٨) حيث تنص المادة ١/١١٣١ مدني على ذلك بقولها "مرتبة الامتياز يحددها القانون فإذا لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه كان هذا الحق متأخرا في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب".

وسنقصر نطاق دراستنا على أنواع حقوق الامتياز التي أوردها واضع القانون المدني في الفصل الثاني من الباب المخصص لها والتي قسمها إلى طائفتين:

أولاهما طائفة حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول، وثانيهما حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول: حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول.

المبحث الثاني: حقوق الامتياز الخاصة على عقار.

المبحث الأول

حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول

بيان هذه الحقوق ومراتبها:

لقد أورد واضع التقنين المدني المصري هذه الحقوق في عدة مواد تبدأ بالمادة ١١٣٨ وتنتهي بالمادة ١١٤٦ ، وأجرى بينهم أولوية وتفضيلا عند التزاحم على هذه المراتب.

أولا : المرتبة الأولى : امتياز المصروفات القضائية، مبينا أحكامه في المادة ١١٣٨ بفقرتيها.

ثانيا : المرتبة الثانية : امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، مبينا أحكامه في المادة ١١٣٩ بفقرتيها.

ثالثا : المرتبة الثالثة : امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه، مبينا أحكامه في المادة ١١٤٠ بفقرتيها.

رابعا : المرتبة الرابعة : حقوق الامتياز العامة، مبينا أحكامه في المادة ١١٤١ بفقرتيها.

خامسا : المرتبة الخامسة : امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة، مبينا أحكامه في المادة ١١٤٢ بفقراتها الثلاث.

سادسا : المرتبة السادسة : امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق مع إعطائهما مرتبة واحدة، بيد أنه عند تزامهما يقدم الأسبق في التاريخ، هذا ما لم يكن أحدهما غير نافذ في حق الآخر، وقد بين واضع القانون أحكامهما في المادتين ١١٤٣، ١١٤٤ بفقراتهما المختلفة.

سابعا : المرتبة السابعة : امتياز بائع المنقول والمتقاسم فيه، وقد جعلهما القانون في مرتبة واحدة، بيد أنه عند تزامهما يقدم الأسبق منهما في التاريخ، وقد بين واضع القانون أحكامهما في المادتين ١١٤٥، ١١٤٦ منه بفقرتيهما.

وسوف نعرض - بمشيئة الله تعالى - لهذه الطائفة من الحقوق الممتازة تباعاً بذات ترتيب مراتبها ودرجاتها في التقنين المدني المصري على التفصيل الآتي:

المطلب الأول

امتياز المصروفات القضائية

النص القانوني:

لقد نظمت المادة ١١٣٨ من التقنين المدني هذا الامتياز بقولها:

"١- المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال".

"٢- وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات في مصلحتهم، وتتقدم المصروفات التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع".

ومن خلال هذا النص القانوني نود إلقاء الضوء حول حقيقة وماهية المصروفات القضائية التي تحظى بهذا الامتياز، فضلا عن تحديد طبيعة هذا الامتياز بين حقوق الامتياز، هذا إلى جانب بيان محل هذا الامتياز ومرتبته بين حقوق الامتياز الأخرى، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً : ماهية المصروفات القضائية:

يقصد بالمصروفات القضائية تلك المبالغ التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، كنفقات الحجز التحفظية، والحراسة، والحجز التنفيذي، وإجراءات نزع الملكية، وإجراءات التوزيع، وأتعاب المحامين، ونفقات الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية)^(٥٢٩).

ويستفاد من هذا التعريف أن المبالغ التي يضمنها الامتياز ينبغي أن تتوفر فيها الشروط الآتية:

أن تكون هذه المبالغ قد أنفقت على إجراءات لازمة لحفظ أموال المدين وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين. على أن يراعى عدم انصراف معنى الحفظ المقصود في غضون هذه المادة سالفة الذكر إلى المحافظة المادية لأموال المدين من مظاهر التلف أو الهلاك، ذلك أن مصروفات هذه المحافظة المادية يضمنها امتياز آخر وهو امتياز الحفظ والترميم، وإنما ينصرف إلى المحافظة القانونية لأموال المدين للحفاظ عليها وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين، ومن ثمَّ يضمن هذا الامتياز مصروفات الحجز التحفظية والحجز التنفيذية وإجراءات نزع الملكية ودعوى الحراسة ومصروفات كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية.

أن تتفق هذه المبالغ بشأن إجراءات قضائية يفرضها القانون.

وبالتالي لا يضمن هذا الامتياز مصروفات التصفية الودية لأموال المدين التي يقوم بها أحد الدائنين دون ترخيص من الباقيين، كما لا يضمن مصروفات القسمة الرضائية^(٥٣٠)، غير أنه لا يلزم لضمان الامتياز للمصروفات أن يجرى إنفاؤها في دعوى أمام القضاء، بل تكون مضمونة ولو كانت قد أنفقت عن إجراءات سابقة على رفع الدعوى أمام القضاء كمصروفات جرد أموال المدين ووضع الأختام عليها، كما تعتبر مضمونة ولو لم تتفق أمام القضاء بل أمام أعوانه كالمحضرين والخبراء أو الحراس القضائيين أو المصفيين للتركت^(٥٣١)،

^(٥٢٩) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٧١، ص ٩٤٣، أ.د/ محمد لبيب شنب بند ٢١٥، ص ١٩٥.

^(٥٣٠) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٧٢، ص ٩٤٦، أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣٠٢، ص ٢٧٦.

^(٥٣١) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣٠٢، ص ٢٧٧.

أن يجرى إنفاق هذه المبالغ لمصلحة جميع الدائنين. وبالتالي فإن ما ينفق من أموال لصالح أحد الدائنين فقط لا يضمنه هذا الامتياز كالمصرفات التي ينفقها دائن للحصول على حكم بإثبات حقه في نمة المدين، وإذا أنفقت المصرفات لمصلحة بعض الدائنين دون الباقيين فإن الامتياز لا يكون نافذا إلا في حق من عادت عليه هذه المصرفات بالفائدة كما هو الحال بالنسبة لمصرفات إدارة الشركة التي ينفقها المصفي ومصرفات إدارة التفليسة وأتعاب السنديك عن هذه الإدارة، حيث يستفيد منها فقط الدائنون العاديون ولا يستفيد منها من كان دينه مضمونا برهن على مال معين من أعيان الشركة أو أموال المفلس^(٥٣٢).

ويتولى القاضي مسألة تقدير ما إذا كانت المصرفات القضائية قد أنفقت لحفظ أموال المدين وبيعها وفي مصلحة جميع الدائنين أم لا^(٥٣٣).

ثانياً: طبيعة الامتياز:

لقد أورد القانون المصري امتياز المصرفات القضائية ضمن طائفة حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة على منقول دون أن يحدد بصورة دقيقة طبيعته ونوعه، وذلك بعكس القانون الفرنسي الذي عده من قبيل حقوق الامتياز العامة^(٥٣٤).

ويذهب أغلب الفقه المصري إلى أن هذا الامتياز هو امتياز خاص على منقول حتى وإن أنفقت المصرفات بصدد التنفيذ على عقار، على أساس أن الامتياز يرد في كافة الأحوال على ثمن البيع وهو مبلغ من النقود^(٥٣٥). وهذا الرأي مع وجاهته محل نظر لأنه لو صح مذهبهم لاعتبرنا الرهن الرسمي رهنا لمنقول، على أساس أن حق الدائن المرتهن في الأفضلية يرد في نهاية المطاف على المقابل النقدي للعقار وليس على العقار ذاته، وهذا ما لم يقل به أحد.

ولذلك نرى مع آخرين أن طبيعة هذا الامتياز تتحدد بحسب طبيعة المال الذي أنفقت المصرفات في إجراءات حفظه وبيعه وتوزيع ثمنه، وبالتالي يكون امتياز عاما إذا تعلقت الإجراءات بكل أموال

^(٥٣٢) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣٠٢، ٢٧٧.

^(٥٣٣) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٧٢، ص ٩٤٦، هامش ٦، فقد أشار سيادته إلى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة قضت فيه بأنه ليس من اختصاص القضاء المستعجل الفصل فيما يعتبر مصرفات قضائية لازمة وممتازة وما لا يعتبر كذلك (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٤٤).

^(٥٣٤) أ.د/ سمير تناعو بند ١٥٧، ص ٣٩٧.

^(٥٣٥) أ.د/ منصور مصطفى منصور ص ٧٣، أ.د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٧٣، ص ٩٤٦، ٩٤٧، أ.د/ محمد علي إمام ص ٥٢١، أ.د/ الوكيل ص ٥٢٢، أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٥٠، أ.د توفيق حسن فرج بند ٣٠٣، ص ٢٧٧.

المدين بما تشمله من عقار ومنقول كمصرفات دعوى الإفلاس، ويكون امتيازاً خاصاً عقارياً إذا تعلق الأمر ببيع عقار معين بالذات، ويكون امتيازاً خاصاً منقولاً إذا تعلق الأمر ببيع منقول معين بالذات^(٥٣٦).

ثالثاً: محل الامتياز:

يميل معظم الفقهاء إلى القول بأن الامتياز يرد على الثمن الذي يرسو به المزاد من بيع أموال المدين^(٥٣٧)، غير أن الصحيح أن يقال أن هذا الامتياز قد يرد على عقار أو على منقول أو على مجموع أموال المدين من العقارات والمنقولات، وذلك بطبيعة المال الذي أنفقت المصرفات القضائية في حفظه أو بيعه أو توزيع ثمنه، لأنه لو صح القول بورود امتياز المصرفات القضائية على الثمن الذي يرسو به المزاد لجاز القول بورود الرهن الرسمي أو حق الاختصاص على الثمن الذي يرسو به المزاد باعتباره يمثل المقابل النقدي لبيع العقار المرهون أو العقار محل الاختصاص وهذا ما لا يجيز أحد القول به^(٥٣٨).

رابعاً: مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز المصرفات القضائية المرتبة الأولى بين جميع حقوق الامتياز أي كانت طبيعتها، فلا يتقدمه أو يعادله أي امتياز آخر، سواء أكان الدائن به هو المحكمة نفسها أم أحد المأمورين القضائيين أم أحد الدائنين أم غيرهم.

وتستوفي هذه المصرفات قبل أي حق آخر ولو كان حقاً ممتازاً أو مضموناً برهن، فيقوم من أنفق هذه المصرفات باستيفائها فقط أولاً قبل استيفاء حقه الذي أراد الحصول عليه وراء تلك المصرفات، فالمصرفات القضائية تستوفي أولاً قبل حقوق أي دائن من الدائنين الذين أنفقت المصرفات لمصلحتهم أي كانت مراتب حقوقهم.

ويراعي عند التزاحم بين المصرفات القضائية تقديم المصرفات التي أنفقت في حفظ أموال المدين وبيعها على مصرفات إجراءات توزيع المقابل النقدي لهذه الأموال بين الدائنين

^(٥٣٦) أ.د/ سمير تناغو بند ١٥٧، ص ٣٩٨، أ.د/ شفيق شحاتة فقرة ٢٥٦.
^(٥٣٧) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري بند ٦٧٣، ص ٩٤٧، أ.د/ منصور مصطفى منصور ص ٧٣، أ.د/ محمد لبيب شنب بند ٢١٦، ص ١٩٦.
^(٥٣٨) أ.د/ تناغو بند ١٥٧، ص ٣٩٨، أ.د/ شفيق شحاتة بند ٢٥٦، ص ٢٢٢.

(م/١١٣٨/٢ مدني)، على أن يتساوى الدائنون بمصروفات الحفظ والبيع فيما بينهم ثم يتساوى الدائنون بمصروفات التوزيع.

وتكمن الحكمة من تقديم هذا الامتياز على ما سواه من الامتيازات والتأمينات العينية الأخرى في أن هذه المصروفات قد أفاد منها جميع الدائنين الذين يحتج عليهم بهذا الامتياز، وذلك فمن العدل أن تستوفي أولاً، وفي هذا ما يشجع على القيام بالأعمال التي تعود بالنفع والفائدة على سائر الدائنين^(٥٣٩).

المطلب الثاني

امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

* النص القانوني:

لقد نظمت المادة نظمت المادة ١١٣٩ من التقنين المصري هذا الامتياز بقولها:

"١- المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والأوامر الصادرة في هذا الشأن".

"٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي عدا المصروفات القضائية".

أولاً: ماهية هذا الحق الممتاز:

تعتبر - وفقاً للمادة سالفة الذكر - كافة المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وغيرها حقوقاً ممتازة، شريطة أن تقرر لها ذلك القوانين والأوامر المنشئة لها.

(٥٣٩) أ.د./توفيق فرج بند ٢٠٤، ص ٢٧٨.

وبالتالي لا تكون المبالغ المستحقة للخزانة العامة مضمونة بحق امتياز لمجرد نص المادة ١١٣٩ مدني على ذلك، إنما يجب أن تنص التشريعات الخاصة المنشئة لحق الخزانة العامة على هذه المبالغ على كونها مضمونة بحق امتياز^(٥٤٠).

ويلاحظ أن القوانين والأوامر التي تقرر حق امتياز للمبالغ المستحقة لخزانة العامة كثيرة ومتعددة منها القانون الخاص بضريبة الأطنان، والقانون الخاص بضريبة المباني، والقانون الخاص بالضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل.....إلخ^(٥٤١).

ويرجع منح الامتياز للمبالغ المستحقة للخزانة العامة إلى اعتبارات المصلحة العامة التي تستوجب تقرير الأولوية للدولة في استيفاء حقوقها قبل الأفراد حتى يتسنى لها القيام بمهامها ووظائفها، حيث تمثل هذه المبالغ جزءا حيويا من إيرادات الدولة^(٥٤٢).

ثانيا: طبيعة الامتياز:

إن طبيعة امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة تتحدد بحسب طبيعة المحل الذي يرد عليه، فقد يكون امتياز عاما متى كان واردا على كل أموال المدين من عقار ومنقول دون تحديد كما هو الحال في الضريبة العامة علي الإيراد، وقد يكون امتياز خاصا عقاريا إذا كان واردا على عقار معين أو عقارات معينة للمدين كالضريبة على الأراضي أو المباني، وقد يكون امتياز خاصا منقولاً متى كان واردا على منقول معين للمدين كما هو الحال في المبالغ المستحقة للدولة كرسوم جمركية على البضائع والسلع المستوردة^(٥٤٣).

^(٥٤٠) أ.د/ محمد لبيب شنب بند ٢١٨، ص ١٩٧.

^(٥٤١) أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣٠٦، ص ٢٧٨.

^(٥٤٢) انظر في نفس المعنى: أ.د/سمير تناعو بند ١٥٨، ص ٤٠٣، أ.د/توفيق حسن فرج بند ٣٠٦، ص ٢٧٩.

^(٥٤٣) انظر في هذا المعنى: أ.د/عبدالرزاق السنهوري، بند ٦٧٧، ص ٩٥١، أ.د/محمد لبيب شنب بند ٢١٩، ص ١٩٧، أ.د/توفيق حسن فرج، بند ٣٠٧، ص ٢٧٩، أ.د/سمير تناعو بند ١٥٨، ص ٤٠٣، ٤٠٤.

وبالتالي فإن محل الامتياز هنا ليس ثابتا فقد تكون كل أموال المدين من منقولات وعقارات محلا لهذا الامتياز، وقد يتحدد هذا المحل بعقار أو عقارات معينة للمدين أو بمنقول أو منقولات معينة من منقولات هذا المدين^(٥٤٤).

ثالثا: مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية، فيكون للدولة حق استيفاء هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز بالأولوية على سائر أصحاب الحقوق الأخرى - عدا أصحاب امتياز المصروفات القضائية - ولو كانت حقوقهم ممتازة أو مضمونة بأي حق عيني تبقي آخر أيا كان تاريخ قيده.

يخول هذا الامتياز للدولة الحق في تتبع الأموال المثقلة بهذا الامتياز بالأولوية على سائر أصحاب الحقوق الأخرى_ عدا أصحاب امتياز المصروفات القضائية_ ولو كانت حقوقهم ممتازة أو مضمونة بأي حق عيني تبقي آخر أيا كان تاريخ قيده، ويراعى أنه إذا قام بسداد هذه المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم شخص غير المدين بها، فإنه يحل محل الخزانة العامة في امتيازها بنفس مرتبته^(٥٤٥).

ويخول هذا الامتياز للدولة الحق في تتبع الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت للتنفيذ عليها بحقها عملا بصريح نص المادة ٢/١١٣٩ مدني. غير أن التساؤل الذي يفرض نفسه على الفور يدور حول ما إذا كان حق التتبع يثبت للدولة في استيفاء المبالغ المستحقة لخزانتها العامة سواء كان الامتياز واردا على كل أموال المدين أو كان واردا على عقار أو منقول معين؟. ذهب بعض الفقهاء إلى ثبوت حق التتبع للدولة في هذا الامتياز في جميع الحالات سواء كان واردا على كل أموال المدين أو على عقار أو منقول معين، وذلك استنادا إلى عموم نص المادة ٢/١١٣٩

^(٥٤٤) انظر في هذا المعنى: أ.د/عبدالرزاق السنهوري، بند ٦٧٧، ص ٩٥١، أ.د/محمد لبيب شنب بند ٢١٩، ص ١٩٧، أ.د/توفيق حسن فرج، بند ٣٠٧، ص ٢٧٩، أ.د/سمير تناعو ١٥٨، ص ٤٠٣، ٤٠٤.

^(٥٤٥) أ.د/عبدالرزاق السنهوري بند ٦٧٨، ص ٩٥١، استئناف مختلط ٢١ يناير سنة ١٩٣٠-المحكمة ١٠-رقم ٣٩٩، ص ٧٩٤.

مدني التي تنص على ذلك بقولها "تستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر....." (٥٤٦).

في حين يذهب رأي - نؤيده - إلي عدم ثبوت سلطة التتبع للخزانة العامة إلا إذا كان الامتياز خاصا واردا على عقار أو منقول، هذا مع مراعاة أن حقها في تتبع المنقول قد يتعطل في مواجهة حائزه إذا كان حسن النية وقت تملكه (بحيث كان يجهل وجود امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة على هذا المنقول)، إذ يتمتع الاحتجاج بحق الامتياز في مواجهة حائز المنقول حسن النية (م ١/١١٣ مدني (٥٤٧)، وبالتالي فلا تثبت سلطة التتبع إذا كان الامتياز عاما يرد على كل أموال المدين، فلا تملك الدولة تتبع ما خرج من ذمة المدين قبل التنفيذ بحقها، ولا يكون لها سوى سلطة الأولوية على ما يكون موجودا في ذمته وقت التنفيذ (٥٤٨).

المطلب الثالث

امتياز مصروفات حفظ وترميم المنقول

النص القانوني:

لقد نظمت المادة ١١٤٠ من التقنين المدني المصري الجديد (٤) هذا الامتياز قائلا:

"١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه كله."

"٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها."

وجدير بالملاحظة أن التقنين المدني المصري القديم كان يجعل هذا الامتياز ممتدا ليشمل ما يصرف لحفظ الشيء وترميمه سواء أكان منقولا أم عقارا، بخلاف التقنين المدني الجديد فقد قصر هذا الامتياز على ما يصرف لحفظ المنقول وترميمه فقط دون العقار، إذ تنص النادة ٦٠٣ من

(٥٤٦) انظر في ذلك إلى: أ.د/سليمان مرقس رقم ٢٤٠، ص ٥٤٢، أ.د/عبدالقحاح عبدالباقى بند رقم ٣٦١، ص ٣٥٤، أ.د/أحمد سلامة بند ٢٨٦، ص ٤٢٤، أ.د/منصور مصطفى منصور بند ١٥٣، ص ٢٧٥.

(٥٤٧) حيث تنص المادة ١/١١٣٣ مدني على ذلك بقولها "لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية".

(٥٤٨) أ.د/شمس الدين الوكيل ص ٥٩٦، أ.د/محمد لبيب شنب بند ٢٢٠، ص ١٩٨، أ.د/سمير تناغو بند ١٥٨، ص ٤٠٥، ٤٠٦.

التقنين المدني القديم على هذا الامتياز بقولها " المبالغ المستحقة في مقابلة ما صرف لصيانة الشيء تكون مقدمة على ما عداها من الديون، ويكون بين تلك المصاريف في المنقولات بعكس ترتيب تواريخ صرفها".

ولعل مما يخفف من حدة انتقاد مسلك واضع التقنين المدني الجديد في قصر هذا الامتياز على ما يصرف لحفظ المنقول وترميمه فقط دون العقار، أنه قرر امتياز آخر يضمن مصروفات حفظ وترميم العقار بل وتحسينه أيضا في المادة ١١٤٨ مدني، وإن كان قد قصره من حيث الأشخاص فلا يستفيد منه إلا المقاولون والمهندسون والمعماريون، بحيث لا يضمن هذا الامتياز ما يصرفه غيرهم من مصروفات لحفظ العقار وترميمه.

أولاً: ماهية الحق الممتاز:

تعد دينا ممتازا أو حقا ممتازا كافة المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول حفظا ماديا من مظاهر الهلاك أو التلف، وفيما يلزم له من ترميم. ويرجع منح الامتياز لهذه المبالغ أنه لولا صرفها على المنقول لتعرض للهلاك أو التلف، لذا كان من أدنى قواعد العدالة أن يعطي منفقها أو لوية على غيره في استيفائها من ثمن بيع هذا المنقول.

ويلزم في المصروفات التي يضمنها هذا الامتياز أن تكون من المصروفات الضرورية Les dépenses nécessaires التي بدونها يتعرض المنقول لأي مظهر من ظواهر الهلاك أو التلف بحسب طبيعة المنقول، ومن ثم لا يضمن هذا الامتياز المصروفات النافعة أو الكمالية Les dépenses utiles ou luxueuses التي تصرف لا لحفظ المنقول وترميمه ولكن لتحسين أداء المنقول وتزيينه، فمثلا إذا كان المنقول سيارة Les freins de la voiture فإن هذا الامتياز يضمن أجر الميكانيكي الذي قام بإصلاح فرامل السيارة أو ما يلزم فيها لاستعمال لما أعدت له، ولا يضمن أجر الشخص الذي يقوم بتركيب جهاز تبريد بها أو تركيب جهاز لزيادة أو تحسين صوت المذياع الموجود بالسيارة، على أساس أن مصاريف إصلاح فرامل السيارة تعد من

المصروفات الضرورية، بعكس الحال فإن مصاريف تركيب جهاز تبريد أو جهاز تحسين لصوت المذياع يعد من قبيل المصروفات النافعة أو الكمالية^(٥٤٩).

وينبغي لفت الانتباه إلي أنه لكي يضمن هذا الامتياز مصروفات الحفظ والترميم فلا بد أن يكون الشيء الذي أنفقت عليه هذه المصروفات منقولاً لا عقاراً.

ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ما يعد من المصروفات الضرورية التي تلزم لحفظ المنقول وترميمه فيضمنه الامتياز، وما لا يعد كذلك فلا يدخل في الضمان، باعتبار أن ذلك من مسائل الواقع التي ينفرد القاضي بالفصل فيها على ضوء ظروف الواقع وملابساته، والتي من أهمها طبيعة المنقول الذي أجرى الإنفاق لحفظه وترميمه، فضلاً عن الغرض الذي أعد له هذا المنقول^(٥٥٠).

ثانياً: طبيعة الامتياز ومحلّه:

يعتبر هذا الامتياز من قبيل الامتيازات الخاصة الواردة على منقول وذلك لوروده على المنقول الذي أجريت المصروفات لحفظه وترميمه للحيلولة دون هلاكه أو تلفه، وبالتالي يعد المنقول محلاً له.

ثالثاً: مرتبة الامتياز:

يحتل امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، وإذا تزامم الدائنون بمصروفات حفظ المنقول وترميمه فيما بينهم كانت الأولوية للمصروفات التي أنفقت مؤخراً على المنقول، على أساس أنها كانت سبباً في حفظ المنقول من مظاهر الهلاك أو التلف، وأنه لولا إنفاقها لما بقي لامتياز المصروفات السابقة عليها محل ترد عليه بحيث يمكن لأصحابها استيفاؤها من ثمن بيعه بالمزاد العلني، وفي ذلك تشجيع وتحفيز لمن ينفق آخر مصروفات لحفظ المنقول وترميمه^(٥٥١). وجدير بالملاحظة أنه إذا كان المنقول في حيازة من قام بحفظه وترميمه، فإن له الحق في أن يحسبه لحين استيفاء حقه في

^(٥٤٩) انظر في نفس المعنى: أ.د/عبدالرزاق السنهوري بند ٦٨١، ص ٩٥٤، أ.د/محمد لبيب بند ٢٢١، ص ١٩٩.

^(٥٥٠) د/عبدالرزاق السنهوري بند ٦٨١، ص ٩٥٤، أ.د/محمد لبيب شنب بند ٢٢١، ص ١٩٩.

^(٥٥١) انظر في نفس المعنى: أ.د/توفيق حسن فرج بند ٣١٢، ص ٢٨١، أ.د/سمير تناغو بند ١٥٩، ص ٤٠٩.

مصرفات حفظه وترميمه (م ١٤٦ مدني^(٥٥٢)). كما أن له الحق في تتبعه في أية يد كانت إن لم يقع في حيازة حسن النية، حيث يقدم حق الحائز حسن النية على أي حق ممتاز يرد على المنقول (م ١/١١٣٣ مدني).

المطلب الرابع

حقوق الامتياز العامة

* النص القانوني:

تنص المادة ١١٤١ من التقنين المدني المصري على أنه:

١- يكون للحقوق الآتية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

- "المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن السنة الأشهر الأخيرة".

- "المبالغ المستحقة عما تمّ توريده للمدين ولمن يعوله من مآكل وملبس في السنة الأشهر الأخيرة".

- "النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن السنة الأشهر الأخيرة".

٢- وتستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصرفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصرفات الحفظ والترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها".

ويتضح لنا من النص سالف الذكر أنه توجد أنواع ثلاثة من الحقوق يقرر لها القانون امتياز عاما يرد على كل أموال المدين بما فيها من منقولات وعقارات، ألا وهي حقوق الأجراء وحقوق الموردين وحقوق النفقة، وقد سوى القانون بين هذه الحقوق جميعها سواء من حيث المحل (حيث ترد على

^(٥٥٢) حيث تنص المادة ٢٤٦ مدني على الحق في الحبس بقولها:

"١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به أو مادام الدائن لم يقدم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا"

"٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصرفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع".

جميع أموال المدين) أو من حيث المرتبة (فجميعها يحتل المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ وترميم المنقول) أو من حيث الآثار (حيث يكون لكل صاحب حق منهم أولوية استيفاء حقه بالأولية على جميع الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عن الستة أشهر الأخيرة، وعند تزام أصحاب هذه الحقوق الثلاثة فيما بينهم على ثمن بيع أموال المنقول يوزع الثمن بينهم بحسب نسبة حق كل منهم).

ونظرا لتشابه أحكام هذه الأنواع الثلاثة من الحقوق في محل الامتياز المقرر لها ومرتبته على النحو سالف الذكر فسوف نكتفي ببيان ماهية كل نوع منهم على حده ونتناول عرض محل ومرتبة الامتياز المقرر لهم على نحو مجمل، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: امتياز المبالغ المستحقة للأجراء:

لقد قرر القانون امتيازاً عاماً يرد على جميع أموال المدين للمبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر، وذلك رغبة في ضمان حصول العامل على أجره من رب العمل، لاسيما وأنه يمثل له في معظم الأحيان مصدر رزقه الوحيد، مما يجنبه مغبة التزام مع الدائنين العاديين عند التنفيذ على أموال المدين.

ويثبت هذا الامتياز لكل أجير، أي لكل شخص يتقاضى أجراً نظيراً للقيام بعمل، حيث عمدت المادة ١١٤١/١/أ بعد أن ذكرت أمثلة للأجراء كالخدم والكتابة والعمال، إلى إطلاق الامتياز لكل أجير أياً كان كانت تسميته، وبالتالي لا يلزم أن أياً يكون الأجير عاملاً يرتبط مع غيره بعقد عمل حتى يستفيد من هذا الامتياز، وإنما يثبت هذا الامتياز لكل من يتقاضى عن عمله أجراً ولو لم تكن هناك علاقة عمل كالوكيل بأجره فهو لا يرتبط مع موكله بعقد عمل^(٥٥٣).

ويقتصر نطاق الامتياز على ما يستحق للعامل من أجور أو رواتب، وبالتالي لا يمتد ليشمل ما يثبت للعامل الأجير من حقوق أخرى كحقه في التعويضات التي يستحقها أثناء عمله وحقه في مكافأة نهاية الخدمة، كما لا يضمن هذا الامتياز كل الأجر المستحق للعامل أو الأجير، ولكن

^(٥٥٣) أ/د/توفيق حسن فرج بند ٣١٥، ص ٢٨٣. ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يشترط لتمتع الدائن بهذا الامتياز أن يرتبط برب العمل بعقد يقتضي منه أن يعمل لحسابه وتحت إشرافه وإدارته مقابل أجر. وعلى ذلك لا يتمتع بامتياز الأجراء من يعمل لحساب غيره مستقلاً، أي دون تربطه بهذا الغير رابطة تبعية كالمقاول [أ/د/محمد لبيب شنب، بند ٢٢٥، ص ٢٠١، ٢٠٢].

يضمن فقط من الأجر ما يستحق للأجير أو العامل عن الستة أشهر الأخيرة، ويقصد بها الستة أشهر السابقة على تحقق الأمر الذي أدى إلى تسوية حقوق العامل أو إنهاء العلاقة القانونية معه.

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون العمل (رقم ١١٦ لعام ١٩٨١م) قد قرر في المادة الخامسة منه امتيازاً عاماً يرد على جميع أموال المدين لكافة المبالغ المستحقة للعمال الخاضعين لأحكام قانون العمل سواء أكانت أجوراً أم تعويضات أم مكافآت، وأياً كانت قيمة هذه المبالغ أو تواريخ استحقاقها، بعكس المادة ١١٤١ مدني التي قصرت نطاق الامتياز على الأجور فقط دون حقوق الأجراء الأخرى، وعلى ما يستحق من الأجور عن الستة أشهر الأخيرة.

ونظراً لأن النص الوارد بقانون العمل يعد نصاً خاصاً جاء لاحقاً للنص العام الوارد بالمادة ١١٤١ مدني في فقرتها الأولى، فإنه يعمل به بالنسبة للعمال الخاضعين لقانون العمل فيما يتعارض فيه مع النص العام الوارد بالقانون المدني، ويجري سريان النص العام في القانون المدني بالنسبة للأجراء الذين لا يخضعون لأحكام قانون العمل كخدم المنازل والوكيل بأجر^(٥٥٤).

ثانياً: امتياز المبالغ المستحقة للموردين:

لقد قررت المادة ١/١١٤١ ب امتيازاً عاماً يرد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات لضمان المبالغ المستحقة للموردين عما قاموا بتوريده من مأكّل وملبس للمدين ولمن يعولهم، وذلك رغبة في تمكين المدين من الحصول على متطلبات حياته الضرورية نسيئة وتشجيع المورد على إعانة المدين بمنحه حاجاته الأساسية دون تخوف على حقوقه وقد جعل له القانون امتيازاً عاماً يرد على كل أموال المدين على نحو يجنبه مغبة التزام مع الدائنين العاديين عند التنفيذ عليها.

وبالتالي لا يضمن الامتياز ما يشتريه المدين لنفسه أو لمن يعوله من أشياء أخرى غير المأكّل والملبس، بل إن الامتياز لا يضمن أثمان ما تم توريده للمدين أو لمن يعوله لا لسد حاجاته أو من يعولهم ولكن للاتجار فيه.

(٥٥٤) أ.د/توفيق حسن فرج بند ٣١٥، ص ٢٨٣.

ويقتصر نطاق الامتياز على ضمان حقوق الموردين عما تم توريده من مأكّل وملبس عن الستة أشهر الأخيرة، وبالتالي لا يضمن الامتياز ما يستحق للمورد عن مدة سابقة حيث يكون دين المورد بالنسبة لها دينا عاديا يتزاحم فيه مع الدائنين العاديين عند التنفيذ على أموال المدين.

ثالثا: امتياز حقوق النفقة:

لقد قررت المادة ١/١١٤١ ج امتيازاً عاماً يرد على جميع أموال المدين لديون النفقة المستحقة على المدين تجاه أقاربه، وذلك رغبة في ضمان العيش لأصحاب ديون النفقة، لاسيما وأنها عادة ما تمثل المصدر الوحيد لمعيشتهم اليومية.

ويضمن هذا الامتياز ديون النفقة التي تثبت بسبب القرابة أياً كان مستحقها وأياً كان المدين بها، وبالتالي يدخل في هذا الامتياز دين نفقة الزوجة على زوجها، ودين نفقة الفرع على أصله كدين نفقة الأبناء على أبيهم أو جدهم عند عدم وجود الأب، ودين نفقة الأصل على فرعه كدين نفقة الأب على ابنه ونفقة الجد على حفيده عند عدم وجود الأب أو العم، ويخرج عن نطاق هذا الامتياز ما يستحق من نفقة على المدين لسبب آخر غير القرابة كالنفقة التي تتقرر للمضروب في مواجهة المسئول عن إصابته^(٥٥٥).

ويراعي أن القانون قد قصر نطاق الامتياز على بعض المبالغ المستحقة عن نفقة الأقارب وذلك عن مدة الستة أشهر الأخيرة، بحيث تعد ديون النفقة المستحقة عن المدة السابقة على هذه الأشهر الستة ديوناً عادية يتزاحم فيها أصحابها مع الدائنين العاديين عند التنفيذ على أموال المدين.

* محل حقوق الامتياز العامة:

ترد حقوق الامتياز العامة بأنواعها الثلاثة (والمتمثلة في امتياز المبالغ المستحقة للأجراء، والمبالغ المستحقة للموردين، وحقوق النفقة) على جميع أموال المدين بما تحويه من منقولات وعقارات (م ١/١١٤١ مدني)، ونظراً لأنها امتيازات عامة فلا يلزم فيها الشهر ولو كان محلها عقاراً (م ٢/١١٣٤).

(٥٥٥) انظر في هذا المعنى: أ.د/محمد لبيب بند ٢٣٣، ص ٢٠٥.

* مرتبة حقوق الامتياز العامة:

تحتل حقوق الامتياز العامة بأنواعها الثلاثة المرتبة الرابعة بحيث يجري استيفاؤها بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات حفظ المنقول وتزيمه، من ثمن بيع أموال المدين في الحدود المسموح بها قانونا (أي عما يستحق منها على المدين عن الستة أشهر الأخيرة فقط).

وإذا حدث تزامن بين أصحاب حقوق الامتياز العامة بأنواعها الثلاثة سالفه الذكر، تم توزيع ثمن بيع أموال المدين عليهم بنسبة دين كل منهم بالأولوية على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين لهم في المرتبة.

ولا تخول هذه الامتيازات العامة لأصحابها سوى سلطة التقدم أو الأولوية، وبالتالي فإن ما يخرج من ذمة المدين من أموال قبل التنفيذ عليها لا يثبت لهم فيه سلطة تتبعه (م ٢/١١٣٤ مدني).

المطلب الخامس

امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة في مقابل الآلات الزراعية

النص القانوني:

تنص المادة ١١٤٢ من التقنين المدني المصري على هذا الامتياز بقولها:

"١- المبالغ المنصرفة في البذور والسماذ وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد، يكون لها امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه وتكون لها جميعا مرتبة واحدة".

"٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المحصول مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر".

"٣- وكذلك يكون للمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة حق امتياز في نفس المرتبة على هذه الآلات".

ويبدو واضحا من هذا النص أنه يتضمن نوعين من الحقوق الممتازة يحتلان نفس المرتبة وهما امتياز مصروفات الزراعة، وامتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة. وتكمن الحكمة في تقرير هذا الامتياز إلى رغبة واضع القانون في تمكين المزارع من الحصول على الائتمان اللازم لمصروفات زراعته وما يلزم لها من آلات زراعية، هذا فضلا عن رغبته في تشجيع الأفراد على منح الائتمان للمزارع في أعمال زراعته بتفضيلهم عما سواهم من الدائنين العاديين والدائنين التاليين لهم في المرتبة، لما لائتمانهم من دور في خروج المحصول إلى الوجود^(٥٥٦).

* أولاً: ماهية امتياز مصروفات الزراعة:

يضمن هذا الامتياز جميع المبالغ المستحقة عن بيع البذور بكل أنواعها، وعن بيع السماد وما عداه من المواد اللازمة لتخصيب الأرض وتحسين تربتها وكل ما يستحق عن بيع المواد اللازمة لمقاومة الحشرات من مبيدات وغيرها.

وينبغي عن لفت الانتباه إلى أن بائع هذه المواد سألقة الذكر له امتياز آخر باعتباره بائعا لمواد منقولة، إلا أن مصلحته في أن يتمسك بالامتياز المقرر له كبائع لمواد لازمة للزراعة أولى وأفضل من الامتياز الآخر، وذلك نظرا لأن امتياز مصروفات الزراعة يحتل المرتبة الخامسة في حين أن امتياز بائع المنقول يقع في المرتبة السابعة، هذا فضلا عن أن تمسكه بامتيازه كبائع يستلزم احتفاظ المنقول بذاتيته، وهذا ما لا يمكن تحققه في هذه المواد نظرا لاختلاطها مباشرة بالتربة^(٥٥٧).

كما يضمن هذا الامتياز المبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد كأجور العمال (مع مراعاة أن العامل ليس من مصلحته أن يتمسك بامتياز مصروفات الزراعة لأن أجر العامل مضمون بامتياز آخر أسبق في المرتبة من هذا الامتياز حيث يقع في المرتبة الرابعة، هذا ما لم يتمكن من الاستفادة من امتياز أجر العامل لأي سبب من الأسباب فله التمسك بامتياز مصروفات الزراعة) وأجور الآلات المستعملة في أعمال الري وجني المحاصيل الزراعية. ويثبت الامتياز لمن يستحق

^(٥٥٦) انظر في نفس المعنى إلى: أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣١٨، ص ٢٨٥، أ.د/ محمد لبيب شنب بند ٢٣٧، ص ٢٠٦، أ.د/ سمير تناعو بند ١٦١، ص ٤١٦.

^(٥٥٧) أ.د/ منصور مصطفى منصور بند ١٦٠، ص ٢٨٦، أ.د/ سمير تناعو بند ١٦١، ص ٤١٧، أ.د/ توفيق حسن فرج بند ٣١٩، ص ٢٨٦.

هذه المصروفات سواء لأنه دفعها لغيره أو لأنه قد قام بأعمال الزراعة (من حرث وري) والحصاد بنفسه فاستحقها كمقابل لعمله^(٥٥٨).

ويرد هذا الامتياز على محصول الأرض الذي أنفقت هذه المصروفات في زراعته ونتاجه أيا كانت المدة التي استغرقها بالأرض، وأيا ما كان صاحب هذا المحصول (أي سواء أكان هو مالك الأرض أم مستأجرها أم صاحب حق انتفاع عليها)، على أن يراعي قصر الامتياز على المحصول الذي أنفقت عليه المصروفات دون غيره، بحيث إذا كانت المبالغ قد أنفقت على عدة محاصيل كان كل محصول ضامنا للمبالغ المصروفة بحسب نسبة ما خصه منها^(٥٥٩).

ويحتل امتياز مصروفات الزراعة المرتبة الخامسة بعد امتياز المصروفات العامة، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة، ومصروفات حفظ المنقول وترميمه، وحقوق الامتياز العامة، فيخول لصاحبه ميزة التقدم على سائر الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن بيع المحصول المثقل بامتياز، كما له حق تتبع المحصول إذا تم نقله من الأرض التي انجته ما لم يصطدم ذلك بحق حائز حسن النية، حيث لا يحتج بحق الامتياز في مواجهته (م ١/١١٣٣ مدني).

وجدير بالملاحظة أنه إذا كانت الأرض التي أنفق على محصولها هذه المصروفات أرضا مرهونة وتم تسجيل تنبيه نزع الملكية فألحقت الثمار بها، فإن ذلك لا يؤدي إلى الإضرار بحق الدائن الممتاز صاحب مصروفات الزراعة، وذلك نظرا لأن قاعدة إلحاق الثمار بالأرض المرهونة كأثر قانوني لتسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية قد قصد من ورائها تفضيل حق الدائن المرتهن على حق المدين الراهن نفسه على هذه الثمار، وتفضليه أيضا على سائر الدائنين العاديين، ولم يقصد منها - وفقا للرأي الراجح في الفقه - تفضليه على أصحاب الحقوق الممتازة الواردة على هذه الثمار، وبالتالي يظل ثابتا لصاحب مصروفات الزراعة الحق في استيفاء حقه كاملا بحسب مرتبته من ثمن هذه الثمار^(٥٦٠).

^(٥٥٨) أ/د/ محمد لبيب شنب بند ٢٣٧، ص ٢٠٦، أ/د/ منصور مصطفى منصور بند ١٦٠، ص ٢٨٦.

^(٥٥٩) أ/د/ توفيق حسن فرج، بند ٣١٩، ص ٢٨٧.

^(٥٦٠) انظر في نفس المعنى: أ/د/ توفيق حسن فرج بند ٣١٩، ص ٢٨٧، أ/د/ شمس الدين الوكيل، ص ٦٢١، أ/د/ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧، أ/د/ سمير تناغو بند ١٦١، ص ٤١٨.

* ثانياً: ماهية امتياز مقابل آلات الزراعة:

يضمن هذا الامتياز كافة المبالغ التي دفعت كمقابل لآلات الزراعة وذلك أياً كانت طبيعة هذا المقابل أي سواء أكان ثمناً لبيعها أم أجراً لإصلاحها وتحسينها، وأياً كانت طبيعة هذه الآلات (أي سواء أكانت آلات حرث أم آلات ري أم آلات جني وحصاد)، وذلك نظراً لورود النص القانوني المقرر لهذا الامتياز بصيغة عامة مطلقة دون تخصيص أو تقييد (م ١١٤٢/٣).

وجدير بالملاحظة أن هذه المبالغ التي تدفع كمقابل لآلات الزراعة مضمونة بامتيازات أخرى، فالمبالغ التي تدفع ثمناً لآلات الزراعة مضمونة أيضاً بامتياز بائع المنقول، إلا أن من مصلحة البائع أن يتمسك بامتياز مقابل آلات الزراعة باعتباره ذا مرتبة خامسة بدلاً من امتياز بائع المنقول كامتياز ذي مرتبة متأخرة، إذ يحتل المرتبة السابعة، أما بالنسبة للمبالغ التي تدفع كمقابل لإصلاح آلات الزراعة فيضمنها أيضاً امتياز حفظ المنقول وترميمه وهو في المرتبة الثالثة فيكون من مصلحة الدائن التمسك بهذا الامتياز بدلاً من امتياز مقابل آلات الزراعة، أما المبالغ التي تدفع لتحسين آلات الزراعة فلا يضمنها سوى هذا الامتياز، فلا يشمل امتياز حفظ المنقول وترميمه مصروفات تحسين المنقول.

ويرد هذا الامتياز على الآلات الزراعية التي استحققت المبالغ عنها سواء في شرائها أو في إصلاحها أو في تحسينها، وله ذات مرتبة مصروفات الزراعة، فكلاهما يحتلان المرتبة الخامسة، غير أن ذلك لا يعنى تزامهما لاختلاف المحل الذي يرد عليه كل واحد منهما، فامتياز مصروفات الزراعة يرد على المحصول الذي أنفقت هذه المصروفات في إنتاجه، وامتياز مقابل الآلات يرد على الآلات ذاتها دون غيرها.