

إلا على عقار . ودعوى رهن الحيازة ودعوى حقوق الامتياز المرفوعة على حائز العقار تكون دعوى عقارية ، إذا وقع حق الرهن الحيازي أو حق الامتياز على عقار .

وتعتبر دعوى الحيازة - دعوى منع التعرض ودعوى استرداد الحيازة ودعوى وقف الأعمال الجديدة - دعوى عقارية ، لأنها تحمي حيازة العقار . ولذلك جعل الاختصاص فيها ، كما في سائر الدعاوى العقارية ، للمحكمة الكائن في دائرتها العقار .

١٠٥ - **دعوى الشفعة** : دعوى الشفعة هي الدعوى التي يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه . والمطالبة بحق الملكية على عقار تقوم على أسباب مختلفة ، فقد يطالب شخص بحق الملكية مستنداً إلى عقد أو إلى ميراث أو إلى وصية ، كذلك الشفيع يطالب بحق الملكية مستنداً إلى حق الأخذ بالشفعة . ومن ثم كانت دعوى الشفعة ، في رأينا ، دعوى عقارية .

وهناك رأى يذهب إلى عكس ذلك ويعتبر دعوى الشفعة دعوى منقولة ، فيقول الأستاذ محمد على عرفة في هذا المعنى : « فالشفيع يستند في طلب الشفعة إلى حق خاص خوله إياه القانون . وهذا الحق وإن يكن من طبيعة خاصة ، إلا أنه لا يمكن أن يقال بأنه حق عيني ، إذ لا سلطان لشفيع على العقار المشفوع فيه حتى يقضى بحقه في أخذه بالشفعة . وبذلك تستبعد دعوى الشفعة بطريق الاستقصاء من نطاق العقارات ، فتكون منقولة طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة ٨٣ (١) » .

والذي نراه أن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه . فهو لا يطالب بالشفعة وإلا كانت الشفعة حقاً مستقلاً عن حق الملكية . وقد كان اعتبار الشفعة حقاً هو الذي حير بعض الفقهاء ، ودفعهم إلى التساؤل هل الشفعة حق عيني أو حق شخصي . وقد بينا (٢) أن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي ، وإنما هي - كالعقد - سبب من أسباب كسب الملكية . وإذا كانت المناقشة لا تجوز في اعتبار العقد حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، كذلك لا تجوز المناقشة

(١) محمد على عرفة فقه : ٩١ .

(٢) انظر الوسيط ١ فقرة ٢٣ في الهامش .

في اعتبار الشفعة هذا أو ذاك . ومتى وضعنا المسألة هذا الوضع الصحيح ،  
 وقلنا إن الشفيع إنما يطالب بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من أسباب كسب  
 الملكية هو الشفعة ، تبين في وضوح أن الشفعة دعوى يطالب فيها المدعى  
 بملكية عقار ، فهي إذن دعوى عقارية .

ومن ثم ترفع دعوى الشفعة أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع  
 فيه ، كما هو صريح نص المادة ٩٤٣ مدني . وقد قيل في لجنة مجلس الشيوخ ،  
 دفاعا عن استبقاء هذا الحكم بالرغم من أنه من أحكام قانون المرافعات ، إنه  
 أريد به دفع الشبهة فيما إذا كانت دعوى الشفعة تعتبر دعوى شخصية أو دعوى  
 عقارية<sup>(١)</sup> . فهي إذن دعوى عقارية بصريح النص .

## § ٢ - الحقوق والدعاوى المنقولة

### ١٠٦ - كل الحقوق والدعاوى التي ليست عقارية تكون منقولة :

وكل الحقوق والدعاوى التي لا تكون عقارية على الوجه الذي بسطناه فيما  
 تقدم تكون منقولة . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مدني كما رأينا :  
 « ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية » . فالأصل إذن ، في  
 الحقوق والدعاوى ، أن تكون منقولة ، ما لم تكن حقوقا عينية واقعة على عقار  
 أو دعاوى تتعلق بحق عيني على عقار فتكون عقارية .

فتكون إذن منقولة الحقوق العينية التي تقع على منقول ، أما تلك التي  
 تقع على عقار فتعتبر عقارية كما سبق القول . وتكون كذلك منقولة جميع  
 الحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، منقولا كان أو عقارا أو عملا أو امتناعا  
 عن عمل . ويعتبر منقولا بوجه خاص الإيرادات المؤبدة والموقته ، والأسهم  
 والحصص في الشركات ، والمتاجر ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء  
 غير المادية .

وتعتبر الدعوى منقولة إذا لم تكن دعوى عقارية على الوجه الذي بسطناه  
 فيما تقدم ، فيدخل في الدعاوى المنقولة ، دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة  
 التوقيع ، ودعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ودعوى الفسخ والإبطال والرجوع ،  
 ونستعرض الحقوق والدعاوى المنقولة على الترتيب المتقدم الذكر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٢٩ .

١٠٧ - الحقوق العينية التي تقع على منقول : تعتبر جميع الحقوق العينية التي تقع على منقول أموالا منقولة ، سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية ، وسواء كان المنقول منقولا بطبيعته أو منقولا بحسب المال . فالحقوق العينية الأصلية التي تقع على منقول ، فتعتبر منقولا ، هي أولا حق الملكية . وحق الملكية يختلط بالمنقول ، كما رأيناه يختلط بال عقار ، فيخيل في النظر السطحي أن حق الملكية على منقول هو المنقول ذاته . والصحيح أن حق الملكية غير الشيء المنقول ، فحق الملكية شيء معنوي في حين أن المنقول محل الحق شيء مادي ، ومن ثم يعتبر حق الملكية على منقول حقا أو مالا منقولا ، لاشيئا منقولا . وبعد حق الملكية تأتي الحقوق العينية الأصلية المترعة عنه والتي يمكن أن تقع على منقول ، وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا وقعا على منقول فيعتبران من الأموال المنقولة . أما حق السكنى وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، فقد رأينا أنها لا تقع إلا على عقار ، ومن ثم تكون هذه الحقوق دائما أموالا عقارية كما قلنا .

بقيت الحقوق العينية التبعية ، وهذه أيضا تكون أموالا منقولة إذا وقعت على منقول . فحق رهن الحيازة وحقوق الامتياز تكون أموالا منقولة إذا وقعت على منقول . أما حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص فهذان لا يقعان إلا على عقار ، ومن ثم لا يكونان إلا أموالا عقارية كما سبق القول .

١٠٨ - الحقوق الشخصية أيا كان محلها : والحقوق الشخصية ، أيا كان محلها ، تعتبر أموالا منقولة . والحق الشخصي يكون محله إما إعطاء شيء منقول أو عقار ، أو عملا ويدخل فيه تسليم منقول أو عقار ، أو امتناعا عن عمل .

وظاهر أن الحق الشخصي إذا كان محله إعطاء شيء منقول ، أي التزاما بنقل ملكية منقول أو بنقل حق عيني عليه . كالاتزام بنقل ملكية عشرة قناطر من التطن مثلا ، فإنه يعتبر مالا منقولا .

فإذا كان محل الحق الشخصي عقارا ، كالاتزام بنقل ملكية عقار في بيع غير مسجل ، فإن الحق يكون حقا شخصيا متعلقا بعقار ، ويكون

مالا منقولاً . والقانون الفرنسي على غير هذا الحكم ، فعنده أن الحق الشخصي المتعلق بعقار يكون مالا عقارياً . والسبب في ذلك عدم صراحة النصوص في التقنين المدني الفرنسي ، فالمادة ٥٢٦ مدني فرنسي تجعل الحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، والمادة ٥٢٩ مدني فرنسي تجعل الحق الشخصي المتعلق بمنقول مالا منقولاً ، وقد أغفلت هذه النصوص الحق الشخصي المتعلق بعقار فافتتح باب الاجتهاد فيه ، والرأي السائد هناك أنه مال عقاري (١) . أما التقنين المدني المصري فنصوصه أكثر صراحة ، إذ هو قد اعتبر في المادة ١/٨٣ مدني الحق العيني الواقع على عقار مالا عقارياً ، واعتبر في المادة ٢/٨٣ مدني ما عداه ذلك من الحقوق - ويدخل فيها الحق الشخصي سواء تعلق بمنقول أو بعقار - مالا منقولاً (٢) . ويكثر في القانون المصري أن يوجد الحق الشخصي المتعلق بعقار ، وخير مثال له الالتزام بنقل ملكية العقار المتولد عن عقد البيع غير المسجل . ففي هذا المثال يكون الالتزام مالا منقولاً دون شك ، وذلك بالرغم من أن الالتزام إذا نفذ بتسجيل عقد البيع فإن المشتري يؤول إليه حق ملكية على عقار أي حق عقاري (٣) .

(١) بودري وشوفو فقرة ١٠٩ - ديمولومب ٩ فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٧٦ - بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٤ ص ٩٦ .

(٢) محمد علي عرفة فقرة ٨٦ - وكان مقتضى أن يكون الحق الشخصي المتعلق بعقار مالا منقولاً أن تكون الدعوى المتعلقة بهذا الحق هي أيضا دعوى منقولة لا دعوى عقارية ، فتكون إذن من اختصاص محكمة المدعى عليه لا من اختصاص محكمة العقار . ومع ذلك فإن المادة ٢/٥٦ من افعات تنص على ما يأتي : « وفي الدعاوى الشخصية العقارية يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه » . وكان الواجب أن تكون الدعوى ، وهي منقولة ، من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها ( انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٨٧ ) . ولكن نصوص تقنين المرافعات لم تنسق مع نصوص التقنين المدني ، فوقع هذا التناقض .

(٣) أما في فرنسا فيندر أن يوجد مثل الحق الشخصي يتعلق بعقار ، لأن البيع غير المسجل هناك ينقل ملكية العقار المعين بالذات في الحال فيما بين المتعاقدين ، فلا تكون هناك فترة من الوقت يقوم فيها الحق الشخصي المتعلق بالعقار حتى يقال إن هذا الحق الشخصي يعتبر مالا عقارياً وذلك قبل انتقال الملكية . فلا يبقى إلا أن نترض أن التزاماً بنقل ملكية عقار نشأ دون أن تنتقل الملكية في الحال ، كما لو باع شخص أنت متر من أرض ذات مساحة أوسع . فلا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلا بعد فرز الأرض المبيعة ، وقبل ذلك يقوم التزام بنقل ملكية عقار دون أن تنتقل الملكية . ويكون هذا الالتزام في فرنسا مالا عقارياً ، أما في مصر فقد رأينا أنه يعتبر مالا منقولاً .

والحق الشخصي إذا كان محله تسليم شيء فإنه يكون مالا منقولاً ، حتى لو كان الشيء الواجب التسليم عقاراً ، ومن باب أولى لو كان هذا الشيء منقولاً . فالمستأجر لعقار أو لمنقول ، حقه الشخصي قبل المؤجر في تسليم العين المؤجرة يعتبر حقا منقولاً .

وإذا كان محل الحق الشخصي عملاً كان الحق منقولاً ، حتى لو كان مال هذا العمل أن يخلص لصاحب الحق ملكية عقار . فالمقاول الذي يلتزم ببناء منزل قد التزم بعمل ، فيكون هذا الالتزام مالا منقولاً ، ولو أن تنفيذ الالتزام يؤدي إلى قيام منزل وهو عقار تخلص ملكيته لرب العمل<sup>(١)</sup> .

وإذا كان محل الحق الشخصي امتناعاً عن عمل ، كحق صاحب المتجر في عدم منافسة البائع له ، كان هذا الحق هو أيضاً منقولاً .

١٠٩ - الإيرادات المؤبقة المؤقتة : تقدم بحث الإيرادات المؤبقة أو الدخل الدائم في الجزء الخامس من الوسيط<sup>(٢)</sup> . ورأينا أن الصورة الغالبة في الدخل الدائم هي ما تعقده الدولة من قروض داخلية ، فتعقد الدولة قرضاً في صورة سندات تصدرها متساوية في قيمها الاسمية . فيكتب المقرض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الاسمية لهذا السند على أن يتقاضى منها دخلاً سنوياً هو الفائدة التي تحدد الدولة معرها .

وسبق أيضاً أن بحثنا الإيراد المؤقت أو المرتب مدى الحياة في الجزء السابع من الوسيط<sup>(٣)</sup> . ورأينا أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتباً دورياً مدى الحياة بعوض أو بغير عوض ، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية . ورأينا كذلك أن المرتب مدى الحياة ، على خلاف المرتب الدائم ، لا يبقى إلا مدى حياة من رتب الإيراد على حياته ، فإذا مات هذا انقضى المرتب . وفي جميع الأحوال يكون المستحق للمرتب دائناً للملتزم بالمرتب بحق شخصي ، محله عادة مبلغ من النقود .

وهذه المسائل قد سبق بحثها بالتفصيل ، فلا نعيد بحثها هنا . وإنما أشرنا

(١) بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٤ ص ٩٧ .

(٢) فقرة ٣١٩ وما بعدها .

(٣) فقرة ٥١٦ وما بعدها .

إليها هذه الإشارة الموجزة لنقرر أن الحق الشخصي الثابت لصاحب الدخل الدائم ، أو الثابت للمستحق للمرتب مدى الحياة ، إنما هو مال منقول ، شأنه في ذلك شأن مائر الحقوق الشخصية .

وهذه المسألة على وضوحها لم تكن على هذا القدر من البساطة في القانون الفرنسي القديم ، فقد كان هذا القانون يعتبر الدخل الدائم مالا عقاريا لأهميته ، إذ كانت صفة العقار أو المنقول تتوقف في بعض الحالات على أهمية المال (١) . فأراد التقنين المدني الفرنسي أن يرد الأمور إلى وضعها الصحيح ، وأن يعتبر كل إيراد ، سواء كان دائما أو مرتبا مدى الحياة ، مالا منقولا . فنص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة ٥٢٩ منه على أن « يعتبر أيضا منقولا ، بحكم تعيين القانون ، الإيرادات الدائمة والإيرادات مدى الحياة ، سواء كانت مستحقة على الدولة أو على الأفراد » .

١١٠ - الأسهم والحصص في الشركات : نصيب الشريك في شركات الأموال ( الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم ) بحسب الأسهم (actions) ، أما نصيب الشريك في شركات الأشخاص (شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات المدنية ) فيحسب بالحصص (intérêts) .

ولو لم تكن الشركة شخصا معنويا ، لكان مالها مملوكا مباشرة للشركاء ، ولكان للشريك حق ملكية في الشيوع على هذا المال بقدر نصيبه . ولكان يترتب على ذلك أن حق الملكية هذا وهو حق عيني إذا وقع على منقول للشركة يكون مالا منقولا ، أو وقع على عقار يكون مالا عقاريا . وتكون النتيجة المترتبة على ذلك أن الأسهم والحصص تكون أموالا منقولة أو أموالا عقارية بحسب طبيعة مال الشركة ، فما وقع منها على منقول يكون منقولا ، وما وقع منها على عقار يكون عقارا (٢) .

ولكن الشركات جميعا ، التجارية والمدنية ، لها شخصية معنوية مستقلة

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٣ .

(٢) وهذا هو الحكم في شركات المحاصة ، إذ ليست لهذه الشركات شخصية معنوية ، فيعتبر

مال الشركة ، عقارا كان أو منقولا ، مملوكا مباشرة للشركاء .

عن شخصية الشركاء . وهذه الشخصية من شأنها أن تغير من طبيعة الأسهم والحصص . ذلك أن مال الشركة لا يكون مملوكا للشركاء ، وإنما ملكه ذلك الشخص المعنوي الذي تتمثل فيه الشركة ، ويكون بالنسبة إلى الشركة عقارا أو منقولا بحسب طبيعته على التفصيل الذي بسطناه فيما تقدم . أما الشركاء فليس لهم حق ملكية على مال الشركة ، وإنما يملكون أسهما أو حصصا تمثل أنصبتهم في أرباح الشركة وفي خسائرها مادامت الشركة قائمة ، وتمثل أنصبتهم في مال الشركة بعد حلها وضرورة هذا المال مملوكا مباشرة للشركاء . وهذه الأسهم والحصص ليست إلا حقوقا شخصية للشريك قبل الشركة ، ومادامت حقوقا شخصية فهي أموال منقولة ، حتى لو كانت أموال الشركة كلها أموالا عقارية .

ويترتب على أن السهم أو الحصة في الشركة هو حق شخصي منقول نتائج نذكر منها :

- ١ - أن صاحب السهم أو الحصة إذا تصرف فيه ، فإنما هو يتصرف في منقول لا في عقار . ويراعى ذلك في تحديد أهليته للتصرف ، أو في تحديد مدى ولايته إذا كان وليا على صاحب السهم أو الحصة .
- ٢ - تم هبة الأسهم والحصص بالقبض ، دون حاجة إلى ورقة رسمية ، لأن الأسهم والحصص أموال منقولة لا أموال عقارية .
- ٣ - يستطيع الولي أن يشتري أسهما أو حصصا من شركات يكون فيها محجوره شريكا ، دون أن يعتبر متعاقدا مع محجوره بما يستتبع ذلك من إجراءات قررها القانون ، لأنه إنما يتعاقد مع الشركة لا مع المحجور .
- ٤ - الأسهم والحصص لا يحجز عليها حجز العقار ولو كانت أموال الشركة عقارا ، وإنما يحجز عليها حجز ما للمدين لدى الغير ، أو حجز المنقول إذا كانت لحاملها .
- ٥ - إذا أوصى شخص لشخص آخر بمنقولاته ، دخل في هذه المنقولات ما عسى أن يكون للموصى من أسهم وحصص في الشركات .
- ٦ - إذا كان في مال الشركة عقار ، لم يجز للشريك أن يرهنه رهنا رسميا كما لا يجوز لدائنه أن يأخذ عليه حق اختصاص . والشركة وحدها هي التي تستطيع رهن العقار ويستطيع دائنها أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، لأن

العقار مملوك للشركة لا للشريك . وليس للشريك إلا حق شخصي منقول ، لا يجوز رهنه رهنا رسميا ولا يجوز أخذ حق اختصاص عليه (١) .

١١١ — التاجر : يعتبر المتجر (fonds de commerce) مجموعة من المال (universalité) تشمل على عناصر مختلفة ، منها المادى كالبضائع والأثاث والمهمات ، ومنها غير المادى كالحق فى الإيجار وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والعلامة التجارية وبراءات الاختراع . ومجموع هذا كله ، ويشمل ملكيات غير مادية من صناعية وأدبية وفنية ، يمكن أن يطلق عليه الملكية التجارية .

وقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا ، قبل صدور قانونى أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ ، أن المتجر وحدة قائمة بذاتها ، مستقلة عن عناصرها المادية وغير المادية ، وتفى فيها هذه العناصر حتى ليصبح المتجر مالا ذاكيان مستقل ، وهو مال منقول غير مادية (٢) . فأجاز بيع المتجر فى مجموعه بما يشتمل عليه من عناصر ، كما أجاز رهنه على هذا النحو . ثم أتت تشريعات أول مارس سنة ١٨٩٨ و١٧ مارس سنة ١٩٠٩ تؤكد هذا المعنى .

وفى مصر صدر قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها ، وهو يجيز كما فى فرنسا بيع المتجر ورهنه ، تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية لهذا القانون : « ولئن ساغ أن يخضع المحل التجارى لنفس الأحكام التى تسرى على الأموال المنقولة الأخرى قبل أن تبدو فى البلاد بوادر نهضتها التجارية والصناعية ، فإن الظروف المتصلة بهذه النهضة قد اقتضت تغييراً كلياً فى الفكرة المعروفة عن المحل التجارى ، حيث أصبح يعتبر مجموعة قانونية تشمل عدا المقومات المادية مقومات غير

(١) انظر فى هذه النتائج بودرى وشرفو فقرة ١٣٧ - فقرة ١٣٨ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١٥ .

(٢) ريبير فى القانون التجارى فقرة ٤٥٢ وما بعدها - إسكارا فى القانون التجارى فقرة ٢٤٩ وما بعدها - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - نقض فرنسى ١٣ مارس سنة ١٨٨٨ دالوز ٨٨ - ١ - ٣٥١ - باريس ٧ أغسطس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٤٣٧ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ٢ - ١٩٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ٢٠ - ٩٧ .



مادية لها المكان الأول في المعاملات ، وهي العنران والاسم التجارى والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج ، وما إلى ذلك من حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة بالمحل . ولما كانت أحكام التشريع الحالى لا تساعد على نمو النهضة التجارية والصناعية ، وتقف حجر عثرة في سبيل التسليف الصناعى الذى يعتبر من أهم العوامل في نمو الصناعة ، بل هو من مقومات حياتها وازدهارها ، فقد روى ضرورة تعديل التشريع الحالى بما يكفل :

( ١ ) تنظيم حق امتياز البائع ودعوى الفسخ المترتبة على عدم دفع الثمن صيانة لحق البائع ، مع المحافظة على حقوق الدائنين الآخرين . ( ٢ ) إباحة رهن المحل وما يشتمل عليه من مهمات وآلات رهنا تأمينيا تبقى معه في حيازة صاحبها ، اقتداء بما سارت عليه الشرائع الأجنبية الحديثة ( فرنسا - بلجيكا - اليونان ) . ويرمى المشروع المرافق إلى تحقيق هذين الغرضين .

ونرى من ذلك أن المتجر في مصر ، كما هو في فرنسا ، يعتبر مجموعا يشتمل على عناصر مادية وعناصر غير مادية . ولما كان الحق هنا حقا عينيا يقع على مجموع من المال أى على شيء غير مادي ، فإنه يصبح مالا منقولاً . ذلك أن المال العقارى يجب أن يكون حقا عينيا يقع على عقار مادي ، وما عدا ذلك فهو منقول كما سبق القول . فالمتجر إذن يعتبر مالا منقولاً غير مادي .

وهو كمنقول غير مادي لا يخضع للقاعدة التى تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، لأن هذه القاعدة لا تخضع لها إلا المنقولات المادية . وهو أيضاً ، خلافاً للمنقولات المادية ، يمكن رهنه دون أن تنتقل حيازته من مالكه إلى الدائن المرهن . وهذه الخاصية من أهم خصائصه ، ومن أجلها بوجه خاص وضع تشريع سنة ١٩٤٠ في مصر تيسيراً للائتمان التجارى والصناعى كما ورد في المذكرة التفسيرية على ما رأينا . ولكن المتجر ، كمنقول ، لا يجوز أن يتقرر عليه حقوق ارتفاق ولا تقبل في شأنه دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، فكل هذا لا يجوز إلا في العقار (١) .

هذا ومع أن المتجر مجموع من المال ، إلا أن هذا المجموع لا يتمتع

بالشخصية المعنوية . فهو في ملك صاحبه كجموع منقول غير مادي ، ولكنه لا يكون ذمة مالية مستقلة ، بل يدخل في عموم الذمة المالية لصاحب المتجر . ومن ثم فجميع الدائنين الشخصيين لصاحب المتجر التنفيذ على المتجر ، حتى لو لم يكونوا دائنين للمتجر بالذات (١) .

**١١٢ - الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية :** سنعرض بالتفصيل للأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها ، وعندئذ نكيف حق المؤلف والفنان والمخترع ونحو ذلك لنرى أي نوع من الحقوق هو . وأيا كانت طبيعة هذا الحق ، فإنه في جميع الأحوال يقع على شيء غير مادي ، ومن ثم يكون مالا منقولاً ، شأنه في ذلك شأن المتجر فيما قدمناه . ذلك أنه حتى يكون عقاراً يجب أن يكون حقاً عينياً واقعاً على عقار ، وهو لا يقع على عقار بل على شيء غير مادي كما قدمنا ، ومادام ليس عقاراً فهو إذن منقول (٢) .

ويؤيد ذلك ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمادة ٨٣ ملني ، فقد جاء فيها ما يأتي : « يعتبر مالا منقولاً جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول بما في ذلك حق ملكية المنقول ، والحقوق الشخصية المتعلقة بعقار ، والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أي حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية وماشابهها » (٣) .

**١١٣ - الدعاوى المنقولة - دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة**

**التوقيع - دعوى نكحة التمهيد بسبب الفبن :** أما الدعاوى المنقولة فهي الدعاوى غير المتعلقة بحق عيني على عقار ، ذلك أن الدعاوى المتعلقة بحق

(١) انظر في هذا المعنى ريبير في القانون التجاري فقرة ٤٥٢ - إسكارا في القانون التجاري فقرة ٢٥٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٠٨ ص ١١٢ - وانظر مع ذلك في أن للمتجر شخصية معنوية Valéry في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٠٢ ص ٢٠٩ - ص ٣٠١ Papp في الطبيعة القانونية للمتجر رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ - Crémieu في المتجر كجموعة قانونية في لمة المتاجر سنة ١٩٣٥ ص ٣١١ - تعليق شوفو في المتجر كذمة مالية بالتخصيص دالوز الأسبوعي سنة ١٩٣٩ Chr. ص ٩٧

(٢) انظر في هذا المعنى بلانيول وبيير وبيكار ٣ فقرة ١٠٩ ص ١١٣ - محمد علي عرفة

فقرة ١٠٤ ص ١٢٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٠ - ص ٤٧١ .

هي على عقار هي دعاوى عقارية كما قدمنا<sup>(١)</sup> ، فكل ما عداها تكون دعاوى منقولة .

فالدعوى المتعلقة بحق عيني على منقول ، بما في ذلك حق الملكية ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الاستحقاق للمنقول ، ودعاوى حق الانتفاع وحق الاستعمال إذا كان الحق يقع على منقول . كذلك تكون دعوى منقولة دعوى رهن الحيازة على المنقول ، ودعوى حق الامتياز على المنقول .

والدعوى المتعلقة بحق شخصي ، سواء تعلق الحق بعقار أو بمنقول ، تكون دعوى منقولة . وعلى ذلك تكون دعوى منقولة دعوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية أو بنقل حق عيني ، سواء تعلق ذلك بمنقول أو بعقار ، ودعوى الالتزام بتسليم منقول أو بتسليم عقار ، ودعوى الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ومن أمثلة دعاوى الالتزام الشخصي بنقل ملكية عقار دعوى صحة التعاقد في بيع العقار ، فهذه تكون دعوى منقولة ولو أن البيع يقع على عقار . ذلك أن دعوى صحة التعاقد تقوم على الأساس القانوني الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاما يتمكن المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عينا وتسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ العيني ( م ٢١٠ مدني ) . فدعوى صحة التعاقد إذن هي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً في عقد بيع صحيح نافذ<sup>(٢)</sup> . وإذا كانت دعوى صحة التعاقد دعوى منقولة ، فمن باب أولى تكون دعوى صحة التوقيع دعوى منقولة . ذلك أن المشتري في دعوى التوقيع يقتصر على المطالبة بأن يقر البائع بأن ورقة البيع العرفية هي بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه<sup>(٣)</sup> ، فهي ليست بدعوى حق عيني على عقار ،

(١) انظر آفا فقرة ١٠٤ .

(٢) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٨٨ هامش ٢ - وقد نص قانون تنظيم الشهر العقاري ( م ٢/١٥ ) على أنه « يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حفرق عينية عقارية » . ويترتب هل تسجيلها « أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداءً من تاريخ تسجيل الدعوى » .

(٣) الوسيط ٤ فقرة ٢٧٥ ص ٤٩٧ .

ومن ثم تكون دعوى منقولة . ويترتب على ذلك أن كلا من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تكون من اختصاص محكمة المدعى عليه ، لا من اختصاص محكمة العقار (١) .

وكذلك تعتبر دعوى منقولة دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، ولو أن المبيع يكون دائماً في هذه الدعوى عقاراً مملوكاً لغير كامل الأهلية . ذلك أن البائع في هذه الدعوى إنما يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمبيع ، فهو يطالب بمبلغ من النقود ، ودعاوى المطالبة بمبالغ من النقود تكون دائماً دعاوى منقولة (٢) .

### ١١٤ - دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع : في هذه الدعاوى

لا يطالب المدعى بحق شخصي ولا بحق عيني ، وإنما هو يطالب بفسخ عقد كبيع عقار لم يدفع فيه الثمن ، أو بإبطال عقد يقع على عقار بسبب نقص الأهلية أو عيب في الرضاء ، أو بالرجوع في عقد كالرجوع في عقد هبة عقار حين يمكن الرجوع . وقد ورد في شأن هذه الدعاوى نص غامض في التقنين المدني الفرنسي ، يقضى بأن « الدعاوى التي ترمى إلى استرداد عقار » (les actions qui tendent à revendiquer un immeuble) تكون دعاوى عقارية ( م ٥٢٦ مدني فرنسي ) . ويفسر هذا النص في فرنسا بأن المقصود منه هو دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع في عقود واقعة على عقار (٣) .

أما في التقنين المدني المصري ، فهذه الدعاوى ليست دعاوى عقارية لأنها لا تتعلق بحق عيني واقع على عقار ، فلا مناص لإذن من اعتبارها دعاوى

(١) هذا وقد ورد في الوسيط ٤ فقرة ٢٧٤ ص ٤٩٠ هامش ٢ ما يأتي : « ودعوى صحة

التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع فيها العقار كالدعاوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعاوى الشخصية ( م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ ) . وقد جرينا في هذا القول على حكم تقنين المرافعات ( م ٢/٥٦ ) وعلى حكم القضاء قبل صدور التقنين المدني الجديد . والصحيح أنه بعد صدور التقنين المدني الجديد ، وهو متعارض مع تقنين المرافعات كما قدمنا ، أصبحت دعوى صحة التعاقد من اختصاص محكمة المدعى عليه وحدها دون محكمة العقار ( انظر في هذا المعنى محمد علي عرفة فقرة ٨٨ ص ١١٠ )

(٢) محمد كامل مرسي ١ ص ٩٢ - محمد علي عرفة فقرة ٨٩ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٩٥ ص ٩٨ - ص ٩٩ .

منقولة طبقاً لنص المادة ٢/٨٣ مدني<sup>(١)</sup> . وإذا كان القضاء المصري قد تردد في عهد التقنين المدني القديم<sup>(٢)</sup> . فلا مجال للتردد في ظل التنين المدني الجديد، ففيه نص صريح يقضي بأن جميع الدعاوى التي لا يطالب فيها بحق عيني على عقار تكون دعاوى منقولة ( م ٢/٨٣ مدني ) .

## المبحث الثاني

### الحق العيني

#### المطلب الأول

##### خصائص الحق العيني

### ١١٥ - خصائص الحق العيني زرع إلى أنه هذا الحق هو سلطنة

مباشرة للشخص على شيء معين : قدما أن الحق العيني هو سلطنة مباشرة للشخص على شيء معين ، ومن هذا الوضع نستمد أهم خصائص الحق العيني :  
١ - فلأن الحق العيني هو سلطنة مباشرة للشخص على شيء معين ، كان محل الحق العيني هو البارز في حين أن المدين بالحق العيني يختفى :

٢ - ولأن الحق سلطنة على الشيء ، أمكن لصاحبه التخلي عن الشيء إذا أراد التخلص من الالتزامات العينية الواجبة عليه بحكم ملكيته للشيء .

( ١ ) انظر في هذا المعنى محمد عل عرفة فقرة ٩٠ - وقارن محمد كامل حرسى ١ ص ٩١

وص ٩٢ .

( ٢ ) فقد قضت محكمة استئناف مصر ، في عهد التقنين المدني القديم ، بأن الدعوى التي يطلب فيها فسخ عقد بيع أو الحكم ببقاء أن هي دعوى عينية شخصية يجوز رفعها أمام المحكمة التي في دائرتها للمعار المبيع ( استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٢ ص ١٣٦ ) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن الدعوى المقامة ببطان عقد بيع عقار ما وبحو ما يترتب عليه من تسجيلات هي دعوى عينية يجب رفعها إلى المحكمة الكائن في دائرة اختصاصها محل المعار المذكور ( استئناف أسيوط ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٤٣٢ ) . وقضت أيضاً بأن الطلب ببطان عقود البيع يستند إلى حقين ، أحدهما شخصي مستفاد من العقود المطلوب بطلانها ، والثاني هني أساسه الحق العيني للذي يترده رافع الدعوى كنتيجة لانحلال تلك العقود ( استئناف أسيوط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٨ رقم ٣٠٥ ص ٦٢٣ ) .

٣ - ولأن الحق سلطة على الشيء ، أمكن أن تقوم الحيابة المادية في الحقوق العينية .

٤ - وهذه السلطة على الشيء تمكن صاحب الحق العيني من تتبعه في أي يد كان الشيء .

٥ - وكذلك تمكن هذه السلطة صاحب الحق العيني من التقدم على غيره في الشيء محل الحق .

ونستعرض تباعا هذه الخصائص الخمس ، وهي من أهم خصائص الحق العيني .

١١٦ - محل الحق العيني هو البارز أما المبرين بالحق فمختفى : سبق أن قررنا (١) أن المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين ، إذ لا مدين في الحق العيني كما قدمنا ، بل هو تعيين الشيء محل الحق إذ لا يمكن أن يترتب حق عيني إلا على شيء معين بالذات . أما المهم في الحق الشخصي فليس تعيين الشيء محل الحق إذ يجوز أن يتعلق الحق الشخصي بشيء غير معين إذا كان قابلا للتعيين ، وإنما المهم في الحق الشخصي هو تعيين المدين إذ لا يقوم حق شخصي إلا بمدين يترتب في ذمته الالتزام . ولما كان تعيين المحل هو أمر جوهرى في الحق العيني ، فإنه لا يتصور قيام حق عيني دون أن يتعين محله . ومن ثم لا يمكن أن نتصور مالكا شيء مستقبل ، أو لشيء غير معين بالذات على أن يعين فيما بعد . وكل ما يمكن تصوره في هذا الصدد أن يكون الشخص دائما - لا مالكا - بشيء مستقبل أو بشيء غير معين بالذات ، ففي الدائنة ( أى في الحق الشخصي ) لا يهم أن يكون المحل معين بالذات وإنما المهم أن يكون المدين هو المعين بالذات (٢) ، وهذا على خلاف الحق العيني فيما قدمناه . كذلك يختلط الحق العيني بمحله المعين بالذات ، ويشاركه في قيامه كيانا مستقلا واجب الاحترام على الناس كافة ، فهو حق مطلق يحتاج به على الجميع (erga omnes) . وهذا بخلاف الحق الشخصي فهو حق نسبي إذ هو رابطة بين شخصين ، فلا يحتاج به في الأصل إلا على هذين الشخصين (٣)

(١) انظر آتفا فقرة ٩٩ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٣ - كاربونييه ص ٣٦ .

(٣) كاربونييه ص ٣٦ .

١١٧ - التخلي عن الشيء في الحق العيني : وإذا أصبح صاحب الحق العيني ملتزماً بالتزامات عينية بسبب هذا الحق العيني ، فإنه يستطيع التخلي (déguepissement, délaissement) عن حقه فيتمخلص بذلك من هذه الالتزامات العينية<sup>(١)</sup> ، في حين أن هذه الالتزامات العينية لو كانت التزامات شخصية لم يكن يستطيع أن يتمخلص منها حتى بالتخلي . ذلك أن الالتزام الشخصي رابطة فيما بين شخصين ، فالمدين لا يستطيع أن يتمخلص من هذه الرابطة إلا برضاء الدائن ولو تخلى عن الشيء الذي يتعلق به الالتزام الشخصي . أما الحق العيني فسلطة للشخص على الشيء ، فيجوز لصاحب هذه السلطة أن يتخلي عنها بإرادته وحده ، ومتى تخلى عنها فقد زال سبب وجوب الالتزام العينية ، ومن ثم يتمخلص منها<sup>(٢)</sup> كما سبق القول .

١١٨ - الحيابة في الحق العيني : والحق العيني قابل للحيابة المادية ، وبخاصة حق الملكية ، إذ يجوز صاحب الحق الشيء محل الحق حيابة مادية وتكون هذه الحيابة هي عنوان السلطة القانونية التي يباشرها صاحب الحق على الشيء . ومن أجل ذلك أمكن أن يتملك الشخص الحق العيني بالتقادم ، فإن هذا الحق قابل للحيابة المادية ، فتي انتضت المدة اللازمة للتقادم كسب الحائز الحق . أما الحق الشخصي فهو رابطة ما بين شخصين ، فحيابته إذا أمكن تصورهما ، فإنها تصور على نحو آخر غير النحو الذي تصور عليه الحيابة المادية للحق العيني . ذلك أن حيابة الحق الشخصي إنما تكون لا بموجب حيابة مادية حقيقية ، بل بموجب أن يظهر الشخص مظهر صاحب الحق الشخصي فيستعمله كما لو كان هو صاحبه حقيقة . ومن ثم لا يتملك الحق الشخصي بالتقادم ، فإن التقادم يقتضى حيابة مادية<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر آنفا فقرة ١٠٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٦ .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٧ - وقد سبق لنا تعليلاً لعدم إمكان كسب الحق الشخصي بالتقادم تعليلاً آخر في الجزء الأول من الوسيط ، فقلنا : وبلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحيابة ، وهي التي يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالحيابة ترد على

## ١١٩ - التتبع في الحق العيني : صاحب الحق العيني يتبعه ، ليس في

يد المالك فحسب ، بل أيضاً في يد أى شخص آخر انتقلت إليه الملكية من

المالك ، وهذا ما يسمى بحق التتبع (droit de suite)

ففيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، لا يتصور أن يتتبع حق الملكية في يد

من انتقل إليه هذا الحق ، إلا إذا قيل إن حق التتبع يستعمل هنا إذا انتقلت

حيازة الشيء ، لا ملكيته ، فعند ذلك يستعمل المالك حق تتبعه تحت يد من

انتقلت إليه الحيازة (١) . ولكن استرداد المالك الشيء من تحت يد الحائز ليس

في الواقع من الأمر استعمالاً لحق التتبع ، بل هو استعمال مباشر لحق الملكية

ذاته في صورة دعوى الاستحقاق المألوفة . وإنما يظهر حق التتبع فيما عدا حق

الملكية من الحقوق العينية الأصلية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق . فإذا كان

لشخص حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فإنه يستطيع أن يستغل حقه العيني ،

لا تحت يد مالك العين فحسب أى مالك الرقبة أو مالك العقار المرتفق به ،

بل أيضاً تحت يد من تنتقل إليه ملكية العين من هذين . فيتتبع صاحب حق

الانتفاع أو حق الارتفاق حقه تحت يد مشترى الرقبة في حالة حق الانتفاع ،

أو تحت يد مشترى العقار المرتفق به في حالة حق الارتفاق .

ويظهر حق التتبع في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية كحق الرهن

وحق الامتياز . فالدائن المرتهن أو ذو الحق الممتاز يستطيع أن ينفذ على العين

المرهونة أو العين محل الامتياز ، ليس فحسب وهي تحت يد مالك العين ،

بل أيضاً إذا انتقلت ملكية العين إلى مالك آخر وهي تحت يد المالك الجديد .

فهو يتتبع العين تحت يد أى شخص انتقلت إليه ملكيتها ، في حين أنه لو كان

دائناً عادياً لا رهن له ولا امتياز لما أمكنه أن يتتبع العين إذا خرجت من ملكية

صاحبها ، إذ تكون بذلك قد خرجت من ملكية المدين ، أى خرجت من

للضمان العام للدائن .

= كل من الحقين (قارن نظرية المقدم للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب في

تتبع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد

أغفلت الصناعة القانونية . وهي لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك ، كما نرى

في نظرية الوارث الظاهر وفي الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته ، ( الوسيط ١ طبعة

أولى فقرة ٦ ص ١٠٦ هامش ١) .

(١) انظر في هذا المعنى كاربونييه ص ٣٦ - ص ٣٧ .



١٢٠ - **التقدم في الحق العيني** : وصاحب الحق العيني يتقدم أيضاً بحقه على من عداه من أصحاب الحقوق العينية ممن هم أنزل منه مرتبة وعلى أصحاب الحقوق الشخصية إطلاقاً ، وهذا ما يسمى بحق التقدم (droit de préférence) . فإذا ما اشترى شخص من شخص آخر عينا وأعسر البائع ، فإن المشتري وهو مالك العين أى صاحب حق عيني عليها يستأثر بالعين وحده ويستردها ، متقدماً في ذلك على دائي البائع الشخصيين ممن ليس لهم حق عيني على العين المباعة ، إذ خرجت العين بالبيع من ضمانهم العام<sup>(١)</sup> . وإذا ترتب لشخص حق انتفاع على عقار مملوك لغيره ، وبعد تسجيل هذا الحق ترتب مالك العقار حق انتفاع آخر أو حق ارتفاق على العقار ، فإن صاحب حق الانتفاع الأول يتقدم على صاحب حق الانتفاع الثانى أو على صاحب حق الارتفاق لأنهما أنزل منه في المرتبة .

ويظهر حق التقدم ، كما يظهر حق التبعية ، في وضوح أكبر في الحقوق العينية التبعية . فالدائن المرتهن يتقدم ، في التنفيذ على العين المرهونة وهى في يد الراهن ، على أى دائن شخصى للراهن وعلى أى دائن ذى حق عيني تبعى ( دائن مرتهن آخر أو دائن له حق امتياز ) متأخر عنه في المرتبة . فإذا انتقلت العين المرهونة من ملكية راهنها إلى ملكية شخص آخر ، وعليها عدة رهون متوالية ، فإن الدائن المرتهن الأول يستعمل أولاً حق التبعية للتنفيذ على العين وهى في يد المالك الجديد على النحو الذى قدمناه ، ثم يستعمل حق التقدم فيتقاضى حقه من العين المرهونة قبل الدائنين المرتهنين المتأخرين عنه في المرتبة .

( ١ ) كاربونيه ص ٣٧ - وقارن إسماعيل غانم في رسالته في الذمة المالية ص ٩٦ - ص ٩٧ ويورد المثل الآتى في استعمال المالك لحق التقدم : يبيع العين غير مالكتها ، ويملكها المشتري إما بالتقادم القبضى في العقار ، أو بالحيازة في المنقول ، أو يكون البائع هو الوارث الظاهر . فيتقدم المالك الحقيقى في هذه الأحوال على سائر دائي البائع في الثمن الذى يكون في ذمة المشتري ( إسماعيل غانم في الذمة المالية ص ٩٧ ) . وقد رد على ذلك بأن المالك هنا لا يباشر حق التقدم ، وإنما الثمن قد حل محل أمين حلولا عينها ، وبذلك من أن يسترد المالك العين ذاتها يسترد الثمن الذى حل محلها .

## الطلب الثاني

الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر  
تقسيمها ومفردات كل قسم

### ١٢١ - مفرد في فرنسا فيما إذا كانت الحقوق العينية المذكورة

على سبيل الحصر : هناك خلاف في الرأي في فرنسا ، فبعض الفقهاء يذهب إلى أن الحقوق العينية غير المذكورة على سبيل الحصر وأنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غير التي ذكرها القانون بموجب اتفاق خاص ، وبعض آخر يذهب إلى العكس من ذلك ويقول إن الحقوق العينية المبينة في القانون المذكورة على سبيل الحصر فلا يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى غيرها باتفاق خاص . ويلاحظ أن القائلين بأن الحقوق العينية غير المذكورة على سبيل الحصر يوردون على رأيهم هذا من التحفظات ما يجعل النتيجة العملية لهذا الرأي جد محدودة ، فيقتربون كثيراً من الرأي التامثل بأن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر .

### ١٢٢ - الرأي الأول في فرنسا - الحقوق العينية غير المذكورة

على سبيل الحصر : يذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية التي ذكرها القانون ليست هي كل الحقوق العينية الممكنة ، بل إنه يمكن إنشاء حقوق عينية أخرى باتفاقات خاصة ، كما يمكن باتفاقات خاصة كذلك إدخال تعديلات على الحقوق العينية التي ذكرها القانون<sup>(١)</sup> . وكل هذا إنما يكون في حدود النظام العام والآداب ، فلا يجوز بوجه خاص إعادة الحقوق العينية التي كانت سائدة في العهود الإقطاعية ، فهذه قد قضت عليها الثورة الفرنسية إلى غير رجعة ، والاتفاق على إعادتها يعتبر مخالفاً للنظام العام<sup>(٢)</sup> .

(١) والنقطة الإيطالية يذهب إلى هذا الرأي (Franchetti : Archivio giuridico vol.

VII p.p. 201 - 232, 369 - 408)

(٢) ومن الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي بودرى وشرفو فقرة ١٩٣ - بلانيول وبيير

وبيكار ٣ فقرة ٤٨ - بنكاز ٥ فقرة ٩٧ ص ١٧٧ وما بعدها - مارتى ورينو فقرة ٨ - بيير

في لمة التعليم العالي البورجونيّة سنة ١٨٩٧ ص ١٨٤ - ص ١٨٨ . بيير في استعمال حق الملكية

رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ ص ١٧٨ - برسيرو وتالير في الإفلاس ١ ص ١١٤ .

على أن القائلين بهذا الرأي يحددون كثيراً من إطلاق رأيهم بما يبلون من مخفضات . فيذكرون أنه يتعذر الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يكون مستحدثاً استحداثاً تاماً ، ولاصلة له بحق عيني معروف من قبلي . ذلك أن الحق العيني من شأنه أن يحتاج به على الكافة ، فلا بد من شهره لتكون له هذه الحجية . فإذا كان الحق العيني مستحدثاً استحداثاً تاماً ، تعذر شهره من الناحية العملية . لذلك لا يتوقع إنشاء حقوق عينية جديدة ، وكل ما يمكن وقوعه هو أن يدخل الاتفاق شيئاً من التحوير على الحقوق العينية المعروفة ، فيتفق المتعاقدان على توسيع حق عيني معروف أو على تضييقه<sup>(١)</sup> .

### ١٢٣ - الرأي الثاني في فرنسا - الحقوق العينية المذكورة على

سبيل الحصر: ويذهب هذا الرأي إلى أن الحقوق العينية يعينها القانون ، ولا يمكن باتفاق خاص الزيادة عليها أو التعديل فيها<sup>(٢)</sup> . وذلك لسببين : أولهما أن الحق العيني بطبيعته حجة على الناس كافة ، فلا يجوز أن ينشئ الاتفاق ، وهو بطبيعته مقصور الحجية على طرفيه ، حقاً عينياً يكون حجة على الكافة . والسبب الثاني أن الحقوق العينية وعلى رأسها حق الملكية ، وكذلك تنريع حقوق عينية من حق الملكية ، سواء كانت حقوقاً أصلية أو حقوقاً تبعية ، كل هذا يعتبر من النظام العام إذ يقوم عليه الائتمان الاقتصادي القومي . فالقانون وحده هو الذي يحدد ذلك ، ويحدد للملكية مداها ، ويضع لها قيودها ، ويفرع منها ما يرى تفريعه من الحقوق العينية . ولا شأن لإرادة الأفراد في ذلك ،

(١) انظر في هذا المعنى پلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٤٨ ص ٥٥ - مارك ورينو

فقرة ٨ .

(٢) والفقهاء الألمان يذهب إلى هذا الرأي (Endemann : Lehrbuch des bürgerlichen

Rechts II, 1905 p. 47) . وتنص المادة ٢٠٥٢ من التقنين المدني الأرجنتيني صراحة على أن

الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر .

ولعل المشرع الفرنسي الحديث قد أراد حسم هذا الخلاف ، عندما أصدر قانون أول بونيه

سنة ١٩٢٤ القاضي بيريان التشريع المدني الفرنسي على الأضرار والثورين ، إذ قرر أن الحقوق

العينية المقاربية هي وحدها التي ينص عليها القانون الفرنسي :

(Les seuls droits réels immobiliers sont ceux que prévoit la loi française)

انظر السهورى وحشمت أبو ستيت في أصول القانون سنة ١٩٤١ فقرة ٣٨٤ ص ٣٤٠ .

وإذا سيطر سلطان الإرادة في منطقة العقود والحقوق الشخصية ، ففي الحقوق العينية لا سلطان للإرادة ، ولا مجال للاتفاقات الخاصة بين الأفراد (١) .

## ١٢٤ - في مصر الإجماع منفر على أنه الحقوق العينية مذكورة

على سبيل المحصر : أما في مصر فالفقه يجمع على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حقوق أخرى غير التي ذكرها القانون (٢) . ويورد الفقه المصري الحجج الآتية للتدليل على صحة ما ذهب إليه :

أولا - لمس المشرع المصري ، في التقنين المدني القديم ، العيوب التي تشوب نص التقنين المدني الفرنسي ، فأراد تلافيا . ومن ثم أكل تعداد الحقوق العينية في نص المادة ١٩/٥ ، وصدر هذه المادة بعبارة توحى بأنه أراد أن يحسم الخلاف في هذا الشأن ، فقال : « تقبل الأموال أن يترتب عليها حقوق متنوعة بالنسبة للمتنعين بها . وهذه الحقوق هي : أولا - حق الملكية . ثانيا - حق الانتفاع . ثالثا - حق الارتفاق بعقار الغير . رابعا - حق الامتياز وحق رهن العقار وحق اختصاص الدائن بعقار مدينه كله أو بعضه لحصوله

(١) ومن أئفهاء الذين يقولون بهذا الرأي : أوبري ورو وبارتان ٢ فقرة ١٧٢ ص ٧١ وهامش ١ (رابعا) - بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٦٠٦ وفقرة ٣٧٨٨ - چرسران ١ فقرة ١٣٣٧ - بيدان وفواران فقرة ٧٠ - مازو ٢ فقرة ١٢٨٧ ص ١٠٥٣ .

(٢) نقول إن الفقه في مصر قد انمقد إجماعه على أن الحقوق العينية مذكورة على سبيل المحصر . وقد تجاوزنا فيما قررناه عن رأي ظل وحيداً في الفقه المصري ، هو رأي الأستاذ عبد المعطى خيال ، إذ هو يذهب إلى أن الحقوق العينية كالحقوق الشخصية غير محصورة ، ويقول في هذا المعنى : « والذي نراه هو أن الحقوق العينية ليست محصورة في القانون ، وأنه يجوز للعاقدين إنشاء حقوق عينية غير المذكورة فيه . وذلك أن الحق العيني سلطة تنصب مباشرة على مال . وقد تكون كاملة شاملة كحق الملكية ، وقد تكون محدودة أضيق من ذلك نطاقا . وليس ثمة ما يمنع من تجزئة تلك السلطة الكاملة إلى غير الأوضاع التي ذكرها القانون ونظمها ، لعدم مخالفة ذلك للنظام العام ولا لحسن الآداب . أما القول بأن الحق العيني يفرض التزاما على الكافة باحترامه ، وأنه لا وجود لهذا الالتزام إلا في الصور التي ذكرها القانون ، فقول مردود لأنه يستند إلى التصور الشخصي للحق العيني وهو تصور غير سليم . ثم إن القانون قد أوجب حماية حق الملكية ، والحقوق العينية الأخرى التي يمكن أن ينشئها الأفراد تكون حتماً متفرعة منه . والحماية المقررة للكامل تنسحب بداهة على كل جزء من أجزاء هذا الكل ، وهكذا تكون الحقوق الفرعية واجبة الاحترام ... » ( عبد المعطى خيال في الأموال - لم يتم - رقم ٩٥ ص ٨٢ - ص ٨٣ ) .

على دينه وحق الحبس . ويقول الأستاذ محمد على عرفة تعقيباً على ذلك : « ويكنى - في اعتقادنا - مجرد النظرة العابرة في صياغة النصوص ، لنخرج بنتيجة قاطعة هي أن الحقوق العينية قد وردت في تشريعنا على سبيل الحصر لا على سبيل المثال . وبالرغم من أن المشرع لم يورد في التتئين الحديد نصاً مقابلاً للمادتين ١٩/٥ من القانون المدني القديم ، فليس ثمة ما يدعو إلى الاعتقاد بأنه أراد الخروج على الوضع القديم ،<sup>(١)</sup> .

ثانياً - أن الحق العيني ، خلافاً للحق الشخصي ، يحتاج به على الكافة ولا يقتصر أثره على طرفي التعاقد . ولا يمكن إخضاع الكافة لاتفاق ينشئ حقاً عينياً لم ينص عليه القانون ، لأن هذا الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره لا بالنسبة إلى طرفيه<sup>(٢)</sup> .

ويأخذ بعض الفقهاء على هذه الحجة أن الحق الشخصي كالحق العيني فيما يتعلق بالاحتجاج به على الغير ، إذ يوجد في مقابل كل منهما واجب على الكافة باحترام الحق ، ولم يقل أحد إن إمكان الاحتجاج بالحق الشخصي على الكافة من شأنه أن يمنع الأفراد من الاتفاق على ما يشاؤون من حقوق شخصية<sup>(٣)</sup> .

(١) محمد على عرفة فقرة ١٨ ص ٣٠ - ص ٣١ .

(٢) شفيق شحاته فقرة ١٦ ص ٣٠ - ويقول رداً على الأستاذ عبد المعطى خيال فيما سبق أن أوردناه عنه : « وقد قالوا أخيراً إن هذه الحقوق العينية يمكن الاحتجاج بها على الغير لأنها متفرعة عن حق الملكية ، والغير مطالب أصلاً باحترام حق الملكية ، فلأن يطالب باحترام الحقوق المتفرعة عنه أولى . وفي هذا الاستدلال مغالطة يجب الكشف عنها . إن الذي يطلب من الكافة هو احترام حق الملكية الذي يكون مقرراً لشخص معين على صورته الكاملة . وإذا ما اقتطع جزء من هذا الحق لمصلحة شخص آخر ، وجب أن يتخذ هذا الاقتطاع صورة من الصور التي رسمها القانون . وذلك لأن الأجزاء المقتطعة ، متى أصبحت حقوقاً مستقلة ، تكون هي الأخرى نافذة في حق الكافة ومقررة لأفراد معينين . ولن يطلب بعد ذلك من الكافة احترام حق الملكية إلا على هذه الصورة الهزأة ، وباعتباره حقاً مبتوراً لاحقاً كاملاً . وإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يقال إن الناس يلتزمون باحترام الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ولو لم تكن متفرعة مع أحكام القانون لمجرد أنها أجزاء من حق الملكية الواجب احترامه ! إن احترام حق الملكية في هذه الصورة لا يقتضى منهم سوى عدم الاعتراف بالحقوق التي تولدت عنه ولم تكن نافذة في حقهم . هم مكلفون في هذه الصورة باعتبار حق الملكية باقياً على ذمة المالك ، ولا يمكن في مواجهتهم الاحتجاج بالحقوق المتفرعة عنه التي لم تصب في الغالب القانوني الموضوع لها ، ( شفيق شحاته فقرة ١٦ ص ٣١ - ص ٣٢ ) .

(٣) منصور مصطفي منصور في نظرية الحق ص ٦٤ - إسماعيل عني في النظرية العامة للحق

ولكن هذا الاعتراض غير محاسم . فأصحاب الحجة المتقدمة لا يكتفون في إيراد حججهم بالقول إن الحق العيني يحتاج به على الكافة ، بل هم يضيفون إلى ذلك — وهذا هو الأهم — أن الاتفاق بطبيعته لا ينتج أثره إلا بالنسبة إلى طرفيه . فالاتفاق على إنشاء حق شخصي ، إذا اقتصر أثره على الدائن والمدين ، فلاضير من ذلك فإن الحق الشخصي رابطة شخصية ما بين الطرفين ، فإذا لم تكن هذه الرابطة نافذة في حق الغير فليس على الغير احترامها . أما الاتفاق على إنشاء حق عيني جديد غير الحقوق التي ذكرها القانون ، فإنه اتفاق مقصور أثره على طرفي الاتفاق ، ومع ذلك يراد به أن ينشئ حقا يمتد أثره إلى الكافة سواء علمه الناس أو جهلوه . وإذا قيل إن الناس يفرض علمهم بالحق العيني إذ أن الاتفاق الذي أنشأ هذا الحق لا بد من تسجيله أو من قيده ، أمكنت الإجابة على ذلك بأن التسجيل أو التقييد لا يرد إلا على الحقوق العينية الأصلية أو التبعية التي عرفها القانون وحددها .

ثالثا — أن ترتيب الحقوق العينية الأصلية والتبعية وتعيين آثارها أمر يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يكون الاتفاق على ترتيب حقوق عينية جديدة مخالفا للنظام العام فلا يجوز . ذلك أنه بالنسبة إلى الحقوق الأصلية ، يعتبر الحق العيني المتفرع عن الملكية اقتطاعا لبعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر ، وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا إذ هي تؤدي إلى سوء استغلال الثروة . أما بالنسبة إلى الحقوق لتبعية ، ويعنينا منها الرهن بنوعيه فهو الذي ينشأ بالاتفاق ، فهذا قد وضع له المشرع قواعد للتوفيق بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير ، وكلها قيود تتعلق بالنظام العام ، إذ هي تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي (١) ، فيكون الاتفاق على إنشاء حق عيني تبعى دون مراعاة

(١) ويقول الأستاذ إسماعيل غانم في هذا الصدد : « بالنسبة للحقوق الأصلية ، إن إنشاء حق عيني لم ينص عليه المشرع يعني اقتطاع بعض سلطات المالك وتقريرها لشخص آخر على رجة يختلف عما تتضمنه الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التي عني المشرع بالنص عليها . وتجزئة السلطات على الشيء بين عدة أشخاص ليست من الأمور المرغوب فيها اقتصاديا ، إذ هي تؤدي إلى إساءة استغلال الثروات . ولذلك نرى المشرع قد نظم الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية تنظيما من شأنه أن يقلل من هذا الخطر ... والاتفاق على إنشاء حق عيني جديد يؤدي إلى توزيع السلطات =

هذه القيود اتفاقا باطلا لمخالفته للنظام العام<sup>(١)</sup> .  
والحق أن المشرع ، عندما نظم الحقوق العينية ، إنما نظمها حقا حقا ،  
وأحصاها إحصاء استقصاء لا إحصاء تمثيل . فهو قد اقتطع أولا من حق الملكية  
سائر الحقوق الأصلية المتفرعة عنه ، وقدها على القالب الذي أراده ورآه  
متفقا مع المصلحة العامة . فبدأ بحق الانتفاع ، وهو أوسع الحقوق العينية  
الأصلية بعد الملكية ، إذ جعل للمنتفع جميع حقوق المالك فيما عدا الرقبة ،  
ولكنه أراد تقييد هذا الحق حتى لا يختلط بالملكية ، فجعله موقوتا حتما بحياة  
المنتفع ، فإذا مات هذا رجع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة والتأمت الملكية  
بجزئها كما كانت من قبل . ثم عمد إلى حق الانتفاع هذا ، فضيق فيه على إحدى  
صورتين . الصورة الأولى هي حق الاستعمال ، وهو حق الانتفاع منقوصا  
منه حق التصرف في الحق ، فلا يجوز لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل الحق  
إلا بنفسه ، ولا يصح أن ينزل عنه للغير . والصورة الثانية هي حق السكنى ،  
وجعله كحق الاستعمال لا يجوز النزول عنه ، وزاد في التضييق بأن جعل حق  
السكنى مقصورا على عقار صالح للسكنى كما يستفاد من الاسم نفسه . ووقف  
المشرع عند ذلك فلم يجوز أن يقتطع من حق الملكية ، باتفاق خاص بين

على الشيء على وجه يختلف عز الوجه الذي ارتفاه المشرع ، وهو بهذا الوصف اتفاق باطل لمخالفته  
للنظام العام - أما الحقوق العينية الثبوية ، فلا يعينها هنا ، ونحن بصدد بيان مدى حرية الأفراد  
في الاتفاق على إنشاء حقوق عينية لم ينص عليها القانون ، إلا حق الرهن بنوعيه ، فهو وحده الذي  
ينشأ بالاتفاق . وقد رأينا أن المشرع قد وضع عدة قواعد لتنظيمه ترمى إلى التوفيق بين مصلحة الدائن  
المرتهن ومصلحة الراهن ومصلحة الغير وكلها تضع قيودا وشروطا متعلقة بالنظام العام ، إذ هي  
تمس الائتمان وهو دعامة النظام الاقتصادي القائم . ولذلك فإن الاتفاق على إنشاء حق عيني تبني  
دون مراعاة هذه القيود أو الشروط اتفاق باطل . لمخالفته للنظام العام ( إسماعيل غانم في النظرية  
العامة للحق ص ٤٨ - ص ٤٩ ) .

( ١ ) انظر في الفقه المصري وهو يقول بأن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر :  
السنهوري وحشمت أبو ستيت في أصول القاناون سنة ١٩٤١ فقرة ٢٨٤ - محمد على عرفة فقرة  
١٦ - فقرة ٢١ - محمد كامل مرسي ١ فقرة ١٩٦ - شفيق شحاته فقرة ١٦ - عبد المنعم البدر اوى  
فقرة ٤ - حسن كيرة فقرة ١٥ ص ٤٨ - ص ٥٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤ - سليمان  
مرقس في المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥ - إسماعيل غانم في النظرية  
العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ٤٧ - ص ٥٠ - منصور مصطفى منصور في المدخل للعلوم القانونية  
سنة ١٩٦٢ ص ٦٣ - ص ٦٦ - عبد الحى حجازى في نظرية الحق ص ٦٩ - ص ٧٠ -  
عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦ - أحمد سلامة في نظرية الحق ص ٣١٥ .

الأفراد ، حق انتفاع بالشيء دون أن يكون هذا الحق حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى . ولو فعل ، لتعددت حقوق الانتفاع بالشيء إلى غير حصر ، وليس هذا في مصلحة نظام الملكية واستقرارها . ثم أورد المشرع حق الحكر ، وقرأ استقاه من الفقه الإسلامى ، وصاغه بحسب قواعده . وهو حق عينى معروف فى مصر منذ القديم ، مارسته الناس فى معاملاتهم فأصبح مألوفاً . ومع ذلك فقد ضيق المشرع منه بقدر الاستطاعة ، وقصره من وقت العمل بالتقنين المدنى الجديد على الأراضى الموقوفة (م ١٠١٢ مدنى) . فلم يعد من الممكن ، باتفاق خاص ، بعد العمل بالتقنين الجديد ، إنشاء حق حكر على أرض غير موقوفة ، وهذا قاطع فى أن الحقوق العينية إنما وردت على سبيل الحصر . وقد كان مشروع التقنين المدنى الجديد ينظم حقاً عينياً آخر قريباً من حق الحكر ، هو حق القرار (١) . وقد رأت لجنة مجلس الشيوخ ، وأقرها البرلمان على ما رأته ، أن تحذف حق القرار هذا (٢) . أرى ، بعد أن حذف حق القرار من المشروع ، لو أن الأفراد أردوا أن ينشئوه باتفاقاتهم الخاصة ، أيجوز لهم ذلك ؟ لاشك فى أن هذا لا يجوز (٣) ، وهذا دليل آخر قاطع فى أن الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر ، ولا يجوز باتفاق

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تبريراً لاستحداث هذا الحق ، ما يأتى : « استحدث المشروع حق القرار لمواجهة حالة خاصة ، فقد يحتاج شخص للانتفاع بأرض مدة طويلة ، يبنى فيها أو يفرس ، ولا يكفيه فى ذلك أن يستأجر الأرض فإن حق المستأجر لا يكفل له القدر الكاف من الاستقرار . ولا يريد صاحب الأرض أن يحكرها ، فإن الحكر تصرف خطير لا يبرره إلا أن الأرض مخربة والحكر هو الوسيلة إلى استصلاحها . فيختار الطرفان عقد القرار ليكون وسطاً بين الإيجار والحكر ، وليترتب للمتفع بالأرض حق عينى لمدة طويلة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١)

(٢) وجاء فى محضر لجنة لمس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : « تليت المواد الخاصة بحق القرار فاعترض عليها ، ورؤى أن حق القرار حق جديد على المصريين ، ولا يوجد ما يبرره فى البيئة المصرية ، وينفى عنه حق الحكر والإيجار ... وبعد مناقشة رؤى حذف المواد الخاصة بحق القرار ، تفادياً من وضع أحكام مختلفة لصور متقاربة ، ولأن نظام الحكر فى مصر يواجه بعض الحاجة والإجارة الطويلة بما تتضمنه من شروط تواجه الباقى . وإذا وجدت بعض مصلحة فهى سيرة ، لا تتطلب استبقاء أحكام هذا الحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٦٠ هامش ١) .

(٣) قارن سليمان مرقس فى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٥٢ فقرة ٣٥٥ ص ٤٩٥



خاص إنشاء حق عيني جديد . وتأتي بعد ذلك حقوق الارتفاق . وقد قضت المادة ١٠١٩ مدني بأن « تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها . . » ، فأعطى القانون للاتفاق ما بين الأفراد هنا مجالا واسعا في تقرير حقوق الارتفاق وفي تحديد القواعد التي تخضع لها هذه الحقوق . ولعل هذا الباب هو أوسع باب تدخل منه الاتفاقات الخاصة على الحقوق العينية ، إذ استطاع إنشاء حقوق ارتفاق متنوعة غير محصورة بموجب اتفاق خاص . ومع ذلك فإن إنشاء حقوق ارتفاق بموجب اتفاقات خاصة خاضع دائما للقواعد الأساسية التي تحكم حقوق الارتفاق . ولا يجوز باتفاق خاص مخالفة هذه القواعد . وأول هذه القواعد أن حق الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره بملكه شخص آخر ( م ١٠١٥ / ١ مدني ) . فلا يجوز إذن أن يتقرر حق ارتفاق لمصلحة شخص لا لمصلحة عقار . وإلا كان هذا حق انتفاع ووجب خضوعه لقواعد حق الانتفاع . وأهمها أن يكون حقا موقوتا حتما بحياة المنتفع . ومن القواعد الأساسية في حقوق الارتفاق أن « لملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كنه أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق . أو لم تبق له غير فائدة محددة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » ( م ١٠٢٩ مدني ) .

وكذلك فعل المشرع في الحقوق العينية التبعية . فهذه أيضاً نظمها وحصرها في حقوق معينة لا تجوز الزيادة عليها باتفاق خاص . فحق الاختصاص إنما يكون بحكم قضائي لا باتفاق . وحقوق الامتياز إنما تنشأ بنصوص قانونية ولا يجوز إنشاؤها باتفاق . بقي الرهن الرسمي ورهن الحيازة . وهذان ينشآن باتفاق خاص ، ولكن على النحو الذي حدده القانون وبموجب القواعد التي وضعها لذلك . وكل هذا يعتبر من النظام العام . لأنه ينظم الائتمان الاقتصادي ، فإذا حرم القانون مثلا أن يرد رهن الحيازة على عقار وقصر هذا الحق على المنقول . لم يجز باتفاق خاص ترتيب رهن حيازة على العقار . وهذا دليل قاطع في أن الحقوق العينية التبعية إنما وردت على سبيل الحصر ، فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق جديد . وقد حرم القانون فعلا بيع الوفاء . لأنه العادة يسر رهنا ويخالف في الوقت ذاته أحكام الرهن ، فلا يجوز باتفاق

خاص العودة إلى بيع وفاء ، وكل اتفاق على بيع وفائي يكون باطلا لمخالفته للنظام العام (١) .

ومن ذلك يتبين في وضوح أن الحقوق العينية - أصلية كانت أو تبعية - قد ذكرها القانون على سبيل الحصر . فلا يجوز باتفاق خاص إنشاء حق عيني جديد ، ولا التعديل من أحكام الحقوق العينية الموجودة إذ أن هذه الأحكام تعتبر من النظام العام .

### ١٢٥ - تقسيم الحقوق العينية إلى أصلية وتبعية ومفردات كل قسم :

ولما كانت الحقوق العينية المذكورة على سبيل الحصر على النحو الذي قدمناه ، لم يبق إذن إلا تعداد هذه الحقوق حقا حقا . وقبل ذلك نقسمها قسمين : حقوقا عينية أصلية وحقوقا عينية تبعية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا التقسيم : « جمع المشروع في القسم الثاني منه الحقوق العينية الأصلية والتبعية ، ثم قسمها بين كتابين ، للأصلية كتاب وللتبعية كتاب آخر ، لأن لكل من هذين النوعين من الحقوق مميزات خاصة . فالحقوق الأصلية قائمة بذاتها لا تحتاج في قيامها إلى شخص آخر تستند إليه ، وهي حقوق يغلب فيها اللوام ، بل إن حق الملكية وهو الحق الذي تنفرع عنه كل الحقوق الأصلية هو حق دائم لا يزول . أما الحقوق التبعية فلا تقوم بذاتها ، بل تستند في قيامها إلى حق شخصي تضمن وفاءه ، ومن أجل هذا دعيت بالتأمينات العينية . وهي حقوق موقته تزول بزوال الدين الذي تكفله ، والديون لا يجوز تأييدها . وتتميز الحقوق التبعية أخيراً بأنها تخول صاحبها التقدم والتبعية ، وهذان لا يظهران في الحقوق الأصلية بالوضوح الذي نراه في الحقوق التبعية على أن صفة العينية هي التي تجمع بين الحقوق الأصلية والحقوق التبعية . فهذه الحقوق جميعا تشترك في معنى واحد ، هو أن كل حق منها إذا حلل تكشف عن ملطه يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين . وقد فصل التقنين الحالي ( الإقديم ) ما بين الحقوق الأصلية ، فجعلها في الكتاب الأول بعد أن ضم لها تقسيم الأموال ، والحقوق

( ١ ) وبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد الحق في الحبس دنا ، وكان حقا عينيا في التقنين المدنى القديم ، لا يجوز باتفاق خاص إعطاء صفة العينية لهذا الدفع .

التبعية ، فجعلها في الكتاب الأخير بعنوان حقوق الدائنين بعد أن فصل عنها رهن الحيازة (١) .

ومفردات الحقوق العينية الأصلية هي أولا حق الملكية ، وهو الأصل وعنه تنفرع صائر الحقوق العينية الأصلية ، بل تنفرع عنه أيضاً جميع الحقوق العينية التبعية . وينفرع عن حق الملكية حقوق عينية أصلية خمسة : حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق ، وحق الحكر (٢) .

أما مفردات الحقوق العينية التبعية - أو التأمينات العينية - فهي حق الرهن الرسمي ، وحق الاختصاص ، وحق رهن الحيازة ، وحقوق الامتياز . وقد وزعنا الحقوق العينية على الأجزاء الثلاثة الباقية من الوسيط . فخصصنا الجزئين الثامن والتاسع للحقوق العينية الأصلية : أفردنا هذا الجزء الثامن لحق الملكية ، ومفرد الجزء التاسع لأبواب كسب الملكية وللحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية . بقيت الحقوق العينية التبعية ومعها عقد الكفالة ، أي التأمينات الشخصية والعينية ، ومنخصص لها الجزء العاشر .

## الفرع الثاني

### الذمة المالية والحلول العينية

١٢٦ - معنى الذمة المالية والحلول العيني : الذمة المالية هي ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظورا إليها كلها كمجموع . وتشمل الأموال جميع الحقوق المالية ، ويدخل في ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصية التي

( ١ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣ .

( ٢ ) ويضاف إلى هذه الحقوق العينية الخمسة المذكورة في التقنين المدني الحقوق الثلاثة الآتية : ١ - حق المستحق في الوفاء ، فهو حق عيني غير الحق الشخصي الذي له في تناقض الفلّة من الناظر ( انظر في هذا المعنى استئناف مصر ٢٩ فبراير سنة ١٩٣٦ إلى المحاماة ١٦ رقم ٣٣٧ ص ٧١٦ ) . وهو من مباحث أثرية الإسلامية ، وقد ألقى على كل حال فيما عدا الوفاء الحبري . ٢ - الحق الذي يرد على الأشياء غير المادية ، كحق المزارع وحق المخترع ، وقد تنازلت تشريعات خاصة منبجتها فيما يلى . ٣ - حق استغلال المناجم والمخارج ، ومنبجتها فيما يلى .

وانظر في الحقوق العينية الأصلية وتبويبها في التقنين المدني القديم وعيوب هذا التبريد = المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤ .

بسطناها فيما تقدم ، والحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية التي منبسطها فيما يلي . فالذمة المالية تتصل إذن اتصالاً وثيقاً بالحقوق العينية والحقوق الشخصية التي سبق تفصيل القول فيها ، إذ هي تنتظم في مجموع واحد كل هذه الحقوق ، بل تنتظم أيضاً كما قلنا الحقوق المالية التي ترد على الأشياء غير المادية وهي ما يدعى عادة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية .

وتتصل بالذمة المالية فكرة الحلول العيني . والحلول العيني معناه إجمالاً أن يخل مال محل مال آخر في النظام القانوني الذي يخضع له هذا المال الآخر . ويرجع ذلك ، في غير الأحوال التي نص عليها القانون أو الاتفاق ، إلى الفكرتين اللتين تقوم عليهما الذمة المالية فيما سنرى ، وهما فكرة مجموع المال وفكرة تخصيص المال لغرض معين . ومن هنا أمكن أن تتصل نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية ، وقد عالج أوبري ورو النظريتين معا في مكان واحد ، وتبعهما الفقه الفرنسي في ذلك (١) .

ونستعرض كلا من النظريتين .

## المبحث الأول

### الذمة المالية (\*)

( Le patrimoine )

#### ١٢٧ - النظرية التقليدية وقدمها : وضع النظرية التقليدية في الذمة

(١) ينتقد بعض الفقهاء ربط نظرية الحلول العيني بنظرية الذمة المالية (حسن كبيرة فقرة ٤١) ، ولكن أي مكان آخر لنظرية الحلول العيني هو أيضاً محل للنظر . ومهما يكن من أمر فإن الاتصال ما بين نظرية الذمة المالية ونظرية الحلول العيني ، عن طريق فكرتي المجموع من المال والتخصيص ، يشفع في التمسك بالترتيب التقليدي .

(٥) مراجع : أوبري ورو وإيمان ٩ فقرة ٥٧٣ - فقرة ٥٨٣ - بيدان وقه اران ٤ ص ١٢ - ص ٤٤ - بلانيول ورييروبيكار ٣ فقرة ١٥ - فقرة ٣٥ - كاربونييه ص ١ - ص ٩ . رسائل وأبحاث : Jalla رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Plastara رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ - Cazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ - Gazin رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ - Rimpler رسالة من باريس سنة ١٩١٠ - Laborde-Lacoste رسالة من بوردو سنة ١٩١٦ - Gary رسالة من بوردو سنة ١٩٢١ - Merovsch في المجلة لفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٦ ص ٨١١ وما بعدها - إلباعيل قائم رسالة من باريس سنة ١٩٥١ (طبعت في سنة ١٩٥٧) .

المالية الفقهاء المعروفان أوبرى ورو ، وقد وضعها نظرية مجردة (abstraite) قامت على المنطق المحض . وكانت قوية في بنائها المنطقي إلى درجة استرعت نظر الفقهاء في فرنسا ، وكسبت شهرة كبيرة في الفقه القانوني . ولكنها كانت ، وهي تقوم على المنطق المحض ، لا تبالى بما يعترض طريقها من قواعد قانونية وضعية تتعارض معها وتنقضها . لذلك كثر ناقدوها ، بل ووصل نقدها إلى حد محاولة هدمها من الأساس .

ونبدأ بعرض هذه النظرية التقليدية كما بسطها أوبرى ورو ، ثم ننقل إلى ما قبل في نقدها .

## المطلب الأول

### النظرية التقليدية في الذمة المالية

١٢٨ - العناصر التي تتكون منها الذمة المالية : قدمنا أن الذمة المالية هي ما للشخص وما عليه من حقوق وديون منظورا إليها ك مجموع . ويلاحظ أن الحقوق والديون التي تتكون منها الذمة المالية يجب أن تكون ذات قيمة مالية إذ نحن هنا في صدد المال ، ولا شأن للذمة المالية بالحقوق التي تتعلق بالشخص دون ماله .

وعلى ذلك يخرج من الذمة المالية الحقوق والواجبات ذات الصفة السياسية ، وهي التي تدخل في القانون العام لا في القانون الخاص . وهذه هي ما عرف بتسميته بحقوق الإنسان (droits de l'homme) : حق الإنسان في الحياة ، وحقوقه في الحريات العامة ، وما يستتبع هذه الحقوق من واجبات تقابلها<sup>(١)</sup> . وهذه الحقوق والواجبات ليست لها قيمة مالية ، وذلك ما لم يقع اعتداء عليها ، فعند ذلك يتمثل جزاء الاعتداء في عقوبة جنائية وهذه لا تدخل أيضاً في الذمة المالية ، أو في تعويض مالي وهذا التعويض هو الذي يدخل في الذمة المالية لأن له قيمة مالية .

ويخرج كذلك من الذمة المالية الولاية على النفس ، فولاية الزوج وولاية

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣٠٨ .

الأب وإن كانتا تدخلان في نطاق القانون الخاص ، إلا أنهما تخرجان من الذمة المالية إذ ليست لها قيمة مالية .

ويخرج أيضاً من الذمة المالية دعاوى الحالة المدنية (actions d'état) (civil) ، كدعوى الزوجية ودعوى البتة ودعاوى النسب بوجه عام . وهذه للدعاوى في ذاتها ليست لها قيمة مالية ، فلا تدخل في الذمة المالية ، ولكن إذا تفرغ عنها حقوق مالية كالحق في الإرث والحق في التفتحة فإن هذه الحقوق تدخل في الذمة المالية<sup>(١)</sup> .

ويستخلص من ذلك أن العناصر التي تتكون منها الذمة المالية هي الحقوق والديون ذات القيمة المالية ، كما قدمنا . ومن ثم يدخل في الذمة المالية جميع الحقوق العينية الأصاية والتسعة ، كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن<sup>(٢)</sup> . ويدخل في الذمة المالية أيضاً الحقوق الشخصية أو الالتزامات فهي قيمة مالية إيجابية من حيث إنها حقوق ، وقيمة مالية سلبية من حيث إنها التزامات<sup>(٣)</sup> . ويدخل في الذمة المالية أخيراً الحقوق المالية الواقعة على الأشياء غير المادية ، كحق المؤلف وحق الفنان ، وسيأتى تفصيلها فيما يلي . أما الحق الأدبي للمؤلف فحق غير ذي قيمة مالية فلا يدخل في الذمة المالية ، فاذا

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١٠ - ولكن يدخل في الذمة المالية الأشياء ذات القيمة التذكارية للأسرة ، كالصور الفوتوغرافية والمحفوظات والرسائل . ولكنها لا تكون محلاً للقسمة بين الورثة ، ما لم تكن ذات قيمة مالية كبيرة كالمجوهرات والأثاث ذى القيمة الفنية (بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٥٣٥ - نقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٣٨-١-٨٤) . ويدخل في الذمة المالية أيضاً الأشياء التي لا يجوز الحجز عليها ، لأنها تكون محلاً للملكية . أما قدرة الإنسان على العمل في ذاتها ، أى بصرف النظر عما يمكن أن تنقله من قيمة مالية ، فلا تدخل في الذمة المالية (كاربونييه ص ٢ - ص ٣) .

(٢) ويدخل في الذمة المالية أيضاً مجرد الرخص أو الخيارات ، كخيار الشفعة وحق المالك في إقامة بناء على أرضه وحق الشريك في طلب القسمة (نقض مدنى ٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة صر ٢ رقم ١٨٩ ص ٥٧٥ - شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .

(٣) أما الواجب العام الذي يتحمله كل شخص في احترام الحقوق العينية فلا يدخل في الذمة المالية ، لأن هذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الصحيح . فالناحية الإيجابية للذمة تشمل إذن الحقوق العينية والشخصية جميعها ، أما الناحية السلبية فلا تشمل سوى الالتزامات الشخصية (شفيق شحاتة فقرة ٤ ص ٤) .

ما اعتدى عليه ووجب التعويض أصبح التعويض ذا قيمة مالية ودخل في  
الذمة المالية .

ولما كانت الذمة المالية تتكون من حقوق وديون ، فإن الحقوق هي  
التي تمثل القيمة الإيجابية (actif) للذمة المالية ، وتمثل الديون القيمة السلبية  
(passif) لها .

وهناك فكرتان رئيسيتان في الذمة المالية : (١) اندماج عناصر الذمة  
المالية في مجموع من المال . (٢) اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها .

### § ١ - الذمة المالية مجموع من المال

١٢٩ - اندماج عناصر الذمة المالية في مجموع من المال : وعناصر  
الذمة المالية ، من حقوق وديون مالية على النحو الذي بسطنا ، لا ينظر إليها ،  
هند تصور الذمة المالية ، على أنها عناصر منفصلة بعضها عن بعض اكل عنصر منها  
منها ذاتيته وكيانه الخاص به ، بل ينظر إليها على أنها جميعا مندمجة في كل  
لا يتجزأ . فتفنى ذاتية هذه العناصر في المجموع الذي تكوّن ، وتصبح كلها  
مجموعا من المال (universalité) . ولا تدخل هذه العناصر في هذا  
المجموع ، بعد أن ذابت فيه ، إلا باعتبار أنها قيم مالية ماثية يحل بعضها محل  
بعض في المجموع الشامل . وبذلك يفصل مجموع المال الذي هو الذمة  
المالية عن كل من العناصر المادية التي تكوّن ، ويقوم بذاته وحدة مجردة  
(entité abstraite) لها كيانه المستقل عن كيان كل عنصر من عناصرها .  
وعندما ننظر إلى الذمة المالية باعتبارها مجموعا من المال منفصلا بكيانه  
الذاتي عن كل عنصر من عناصره ، نرى في وضوح أن كل التغييرات التي  
تطرأ على هذه العناصر ، والتي يكون من شأنها أن تزيد أو تنقص في القيمة  
الإيجابية أو في القيمة السلبية ، لا أثر لها في كيان الذمة المالية ذاته الذي هو  
منفصل عنها . فقد تزول الحقوق ويحل محلها حقوق أخرى ، وقد تنقضي  
الديون وتجدها مكانها ديون أخرى ، وقد تزيد القيمة الإيجابية على القيمة  
السلبية ، بل قد تزيد القيمة السلبية على القيمة الإيجابية ، وتبقى الذمة المالية  
هي هي ، على حالها لا تتغير . بل إنه قد لا توجد لا حقوق ولا ديون أصلا ،  
ومع ذلك تقوم الذمة المالية منفصلة عن وجود الحقوق والديون وعن انعدامها

فالطفل يوم يولد وليس له مال أصلاً لا من ميراث ولا من وصية ، تكون له مع ذلك ذمة مالية<sup>(١)</sup> كما سيأتى .

وهذا الاندماج فى مجموع من المال على النحو الذى بسطناه يفسر ثلاثاً من المسائل الهامة : (أولاً) هذا المجموع من المال الذى هو الذمة المالية هو الضمان العام للدائنين . (ثانياً) ينتقل هذا المجموع من المال ، حقوقاً وديوناً ، بالموت من المورث إلى الوارث . (ثالثاً) تصلح فكرة المجموع من المال أساساً لنظرية الحلول العينية .

ونتناول بالبحث كلا من هذه المسائل الثلاث :

### ١٣٠ - السان الأولى - الذمة المالية هي الضمان العام للدائنين :

تفسر نظرية الذمة المالية أن أموال المدين جميعاً ، الحاضر منها والمستقبل ، ما وجد منها وقت نشوء الدين وما يوجد بعد نشوئه ، ضامنة لجميع ديونه دون تمييز بين دين ودين . أو كما يقال عادة إن الذمة المالية هي الضمان العام لجميع الدائنين (Le patrimoine est le gage commun de tous les créanciers) ، أو بعبارة أدق إن القيمة الإيجابية للذمة المالية هي ضمان للقيمة السلبية .

والذى ينفذ عليه الدائن ويبيعه على مدينه لاستيفاء الدين ليس هو الذمة نفسها ، فإن هذه غير قابلة للحجز ولا للبيع كما سيأتى . وإنما ينفذ على عناصر الذمة الإيجابية ، مالا بعد آخر ، منظوراً إلى هذا المال باعتباره عنصراً من عناصر الذمة المالية التى تضمن الدين . ويستوى فى ذلك المال الذى وجد وقت نشوء الدين وبقي فى الذمة المالية إلى وقت التنفيذ ، والمال الذى وجد بعد نشوء الدين وبقي إلى وقت التنفيذ . ولا يقال إن هذا المال الأخير لم يكن موجوداً وقت نشوء الدين فلا يضمه إذ لم يعتمد عليه الدائن ، ذلك أن الضامن للدين هو الذمة المالية أى هذا المجموع من المال الذى تبنى فيه عناصره كما قدمنا ، فسواء وجد المال وقت نشوء الدين أو جده بعده ، فهو فى الحالين

(١) كولان وكايتان ودى لاموراندير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ - والحمل المستكن له هو الآخر ذمة مالية ، فإنه يجوز أن يوصى له بمال معين فتكون له حقوق مالية ، وتوجد له بذلك ذمة مالية (شذيق شحاتة فقرة ٤ ص ٥) .



عنصر من عناصر النمة المالية وبهذا الوصف يعتبر ضامنا للدين . وعلى العكس من ذلك لا يضمن الدين المال الذى يكون قد خرج من النمة المالية وقت التنفيذ ، حتى لو كان موجودا وقت نشوء الدين . ذلك أن هذا المال ، وقت التنفيذ ، لم يكن عنصراً من عناصر النمة المالية فلا يضمن الدين ، حتى لو كان الدائن قد اعتمد عليه وقت نشوء الدين ، إذ ضمان الدائن إنما هو النمة المالية بما تشتمل عليه من عناصر وقت التنفيذ لا وقت نشوء الدين . وبذلك تكون عناصر النمة المالية بمثابة الأشياء المثلية (choses fungibles) ما خرج منها يحل محله ما امتجد .

على أن خروج المال من النمة المالية ، ما كان منه موجودا وقت نشوء الدين وما جدَّ بعد ذلك ، مشروط بعدم تعمد المدين الإضرار بحقوق الدائن ، وإلا كان للدائن الدعوى البولصية يضعها القانون بين يديه فيجعل تصرف المدين في المال غشا غير نافذ في حقه ، ويعتبر المال باقيا في النمة المالية فيستطيع الدائن التنفيذ عليه .

وكون النمة المالية ضمانا عاما (gage commum) للدائنين لا يعنى أن للدائن حقا عينيا على الأموال التى تشتمل عليها النمة المالية ، فكلمة «الضمان» (gage) هنا ليست مستعملة بمعناها الفنى ولا تعنى أن للدائن العادى رهنا على أموال المدين ، بل معناها أن للدائن أن ينفذ على أموال مدينه لامتياز حقه . ويتساوى الدائنون جميعا في ذلك ، فلا يتقدم الدائن السابق على الدائن اللاحق ، حتى في الأموال التى وجدت في النمة المالية وقت نشوء حق الدائن الأول وقبل نشوء حق الدائن الثانى . ولا يتقدم الدائن اللاحق على الدائن السابق ، حتى في الأموال التى لم تكن موجودة في النمة المالية وقت نشوء حق الدائن السابق ولو جدت قبل نشوء حق الدائن اللاحق . وإنما يتقدم دائن على دائن آخر تبعا لما له من ضمان عينى على مال معين من أموال المدين ، كرهن أو اختصاص أو امتياز ، ويكون تقدمه في هذا المال وحده (١).

( ١ ) انظر في كل ما تقدم أوبرى وروولمان ٩ فقرة ٥٧٩ ص ٣٢٨ - ص ٣٢٩ -

كولان وكايتان ونى لاسورانديير ١ فقرة ١٢٩ .

١٣١ - المسألة الثانية - انتقال حقوق المورث وديونه إلى الوارث :  
الأصل في القانون الفرنسي ، وهو القانون الذي ابتدعت فيه نظرية الذمة المالية ، أن الدين لا ينتقل من مدين إلى مدين آخر ، وإذا كانت حوالة الحق جائزة فإن حوالة الدين لا تجوز . ومع ذلك فإن الدين ينتقل ، بالوفاة لا فيما بين الأحياء ، من ذمة المورث إلى ذمة الوارث . ويفسر ذلك عادة بنظرية الذمة المالية . فالمورث تقوم ذمته المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، منفصلة عنه بعد أن مات . فلا بد من إسناد هذه الذمة المالية إلى شخص غير المورث ، وهذا الشخص لا يمكن إلا أن يكون هو الوارث ، فهو الذي تستمر شخصية مورثه فيه ، وهو الذي يملك تركته . وعلى ذلك تنتقل الذمة المالية للمورث بمجرد موته إلى الوارث ، فتنقل إلى هذا حقوق المورث وديونه جميعاً في وقت واحد . وبذلك أمكن تصور انتقال الدين في القانون الفرنسي من مدين إلى مدين آخر ، أي من المورث إلى الوارث ، بفضل نظرية الذمة المالية<sup>(١)</sup> . وهذا لا يمنع الوارث بطبيعة الحال ، وبخاصة عندما يرى أن ديون المورث تربي على حقوقه ، أن يرفض الإرث ، أو أن يقبله بشرط فصل التركة عن ذمته المالية الأصلية (sous bénéfice d'inventaire) فيصبح بذلك ، غير مسئول عن ديون التركة إلا بمقدار ما تشتمل عليه من حقوق ، وكالوارث ، وهو الذي تنتقل إليه حقوق المورث وديونه بموجب القانون ، الموصى له بمجموع التركة أو بجزء شائع في هذا المجموع (ayant cause à titre universel) ، فإن هذا أيضاً في بعض الأحوال تنتقل إليه حقوق

(١) أما في مصر فقواعد الشريعة الإسلامية تقضى ، كما هو معروف ، بالأثر التركة إلا بعد سداد الديون . ويفسر ذلك عادة بأن ديون الميت لا تنتقل إلى ورثته ، بل تبقى في التركة إلى أن تسدد ، والصافي من التركة بعد ذلك هو الذي يملكه الورثة . ومع ذلك فهناك آراء في الفقه الإسلامي ، جديرة بالاعتبار ، تذهب إلى أنه بمجرد وفاة المورث تنتقل تركته من حقوق وديون إلى ورثته ، فتصبح أموال التركة مملوكة للورثة ، كما يصبح هؤلاء مسئولين عن ديون التركة ولكن في حدود الأموال التي آلت إليهم . فيكون وضع الورثة في الشريعة الإسلامية كوضع الورثة في القانون الفرنسي عندما يقبلون التركة بشرط الجرد (sans bénéfice d'inventaire) . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٢٦ - فقرة ٣٥ .

الموصى وتنتقل إليه ديونه بنسبة هذه الحقوق ، بموجب الوصية أى بموجب إرادة الوصى<sup>(١)</sup> .

### ١٣٢ - المسألة الثالثة - صلاحية فكرة المجموع من المال أساساً

لنظرية الحلول العيني : يذهب بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى أن فكرة المجموع من المال تصلح أيضاً أساساً لنظرية الحلول العيني في بعض تطبيقاتها ، فقد يجمع للشخص إلى جانب ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى ، وهذا على خلاف ما تقضى به النظرية التقليدية في النعمة المالية من أن الشخص لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة لا تتعدد . ويأتون على ذلك بأمثلة مختلفة منها النعمة المالية للمفقود فهذه بعد مدة معينة تضاف إلى الورثة ، فإذا ما ظهر المفقود بعد ذلك استرد ذمته المالية منهم . ومنها التركة التى يستولى عليها الوارث الظاهر وتضاف إلى ذمته الأصلية ، ثم يظهر الوارث الحقيقي فيسترد التركة من الوارث الظاهر . ومنها التركة التى قبلها الورثة في القانون الفرنسى بشرط الجرد ، فهذه ذمة مالية تضاف إلى النعمة الأصلية للوارث وتبقى منفصلة عنها إلى أن تصنى من الديون .

ففي هذه الأحوال وأمثالها ، حيث يوجد مجموع من المال هو عبارة عن ذمة مالية أضيفت إلى النعمة المالية الأصلية ، تصبح النعمة المالية المضافة ذمة قائمة بذاتها منفصلة عن النعمة المالية الأصلية . وهذا يفسر بعض تطبيقات الحلول العيني ، فأى مال يخرج من إحدى الذمتين - الأصاية أو المضافة - ويدخل في مقابله مال آخر ، فإن المال الذى دخل يحل حلالاً عينياً محل المال الذى خرج ، وذلك في نطاق النعمة المالية التى خرج المال منها ودخل المال إليها ، وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام في الحلول العيني .

(١) انظر في كل ما تقدم أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٨٢ ص ٢٤٣ و ص ٢٤٥ - و فقرة ٥٨٢ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٨ .

ويتقرر على استمرار شخصية المورث في شخصية الوارث أن تنتقل جميع الديون إلى الوارث ، ويصبح السند القابل للتنفيذ في حق المورث نافذاً في حق الوارث ، وتضاف حيازة المورث إلى حيازة الوارث .

(٢) انظر بوجه خاص بلانيول وريبير وبيكار فقرة ١٥ ص ٢٠ و فقرة ٢٣ - فقرة ٢٤ .

## ٢٥ - الذمة المالية وشخصية صاحبها

١٣٣ - انما الذمة المالية في شخصية صاحبها : يقيم أوبرى ورو الذمة المالية على الشخصية ذاتها . فعندهما أن هذا المجموع من الحقوق والديون الذي هو الذمة المالية لم يبق كوحدة فبنت فيها عناصرها فاستغرقتا جميعا ، إلا لأن الذمة المالية قد اندمجت في شخصية صاحبها ، وأصبحت امتدادا لهذه الشخصية وصورة منطبعة منها . فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد ، كذلك الذمة المالية وحدة لا تتجزأ . ويقول أوبرى ورو في هذا الصدد : « فكرة الذمة المالية تستخلص منطقيا من فكرة الشخصية ... فالذمة المالية هي مظهر الشخصية ، وهي التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصا<sup>(١)</sup> . ويقولان أيضاً : « الذمة المالية ، في أعلى معانيها ، هي شخصية الإنسان ذاتها ، منظورا إليها في علاقاتها بالأشياء الخارجية التي يباشر الشخص أو صيابه حقوقا عليها<sup>(٢)</sup> .

ولما كانت الذمة المالية هي مجموع من حقوق وديون ، ولما كان الحق لا بد أن يستند إلى شخص يملكه وكذلك الدين لا بد أن يستند إلى شخص يكون ملتزما به ، فالذمة المالية لا بد إذن أن تستند إلى شخص يملك ما تشتمل عليه من حقوق ويلتزم بما تشتمل عليه من ديون . بل إن الذمة المالية تندمج اندماجا تاما في هذا الشخص فلا تنفصل عنه . وقد قدمنا أن الذمة المالية تكون قائمة حتى لو زادت الديون على الحقوق ، بل حتى لو لم تكن هناك في وقت ما لا حقوق ولا ديون<sup>(٣)</sup> . فجرد الصلاحية لأن يكسب الشخص

(١) L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité . . . Le patrimoine est l'émanation de la personnalité, et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle<sup>\*</sup>. (أوبرى ورو ٩ فقرة ٢٧٤) .

(٢) « . . . le patrimoine est, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets externes sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer<sup>\*</sup>. (أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ٦) .

(٣) قارن إسماعيل غانم في الذمة فقرة ٦٢ ص ١١٤ - ص ١١٥ .

حقوقا ولو لم يكسبها بالفعل ، ولأن يلتزم بديون واو لم يلتزم بدين ما ، مجرد  
 للصلاحيه هذه هي النعمة المالية . وهذا مما يقرب النعمة المالية في الفقه الفرنسي  
 من أهلية الوجوب في الفقه الإسلامي (١) .

ويترتب على انتماج النعمة المالية في الشخصية نتائج ثلاث : (١) الشخص  
 وحده هو الذي تكون له ذمة مالية ، وكل شخص له حتما ذمة مالية . (٢) النعمة  
 المالية لا تنفصل عن صاحبها . (٣) لكل شخص ذمة مالية ، فلا تتجزأ النعمة  
 المالية ولا تتعدد (٢) .

### ١٣٤ - النتيجة الأولى - الشخص ومده هو الذي تكون له ذمة

مالية وكل شخص له مدها ذمة مالية : والشخص هنا إما أن يكون شخصا  
 طبيعيا ، أو شخصا معنويا . ومواء كان طبيعيا أو معنويا ، فهو وحده  
 الذي تكون له ذمة مالية . ذلك أن النعمة المالية هي مجموع الحقوق والديون ،  
 والحقوق والديون يجب أن تستند إلى شخص طبيعي أو معنوي يكون مالكا لها  
 أو ملتزما بها كما سبق القول . ومن ثم لا يمكن أن تستند النعمة المالية إلا إلى  
 للشخص ، فهو وحده الذي تكون له ذمة مالية .

ومادام الشخص يكون دائما صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ،  
 وما دامت الذمة المالية هي الصلاحيه لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات كما  
 قلنا ، فينتج من ذلك أن الشخص بموجب صلاحيته لأن تكون له حقوق  
 وعليه واجبات ، تكون له حتما ذمة مالية . وليس يلزم لوجود النعمة المالية  
 وجود الحقوق والواجبات فعلا ، فقد قلنا أن الشخص في وقت معين قد  
 لا تكون له حقوق أصلا ولم يست عليه ديون بتاتا ، وهذا لا يمنع من أن تكون  
 له ذمة مالية في ذلك الوقت المعين بالذات (٣) .

(١) انظر نظرية الذمة في الفقه الإسلامي في الجزء الأول من مصادر الحق في الفقه الإسلامي

للمؤلف ص ١٦ - ص ١٧ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ هامش ١ .

(٣) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ -

كولان وكابيتان ودي لامورانديير ١ فقرة ١٢٨ ص ١١٠ - وانظر أيضا فقرة ١٢٩ .

١٣٥ - النتيجة الثانية - الزمة المالية لا تنفصل عن صاحبها : مادامت الزمة المالية مندمجة في الشخصية ، فهي لا تفارقها ولا تنفصل عنها . يجوز بطبيعة الحال للشخص أن يتصرف في حقوقه التي تشمل عليها ذمته المالية ، ولكنه يتصرف في هذه الحقوق حقا حقا باعتبار أن كل حق قائم بذاته ، لا باعتباره عنصراً من العناصر التي فُتت في الزمة المالية . وهو إذا تصرف في حق من هذه الحقوق ، فليس معنى هذا أنه تصرف في ذمته المالية ، بل إن هذه الزمة لا تنفصل عن صاحبها كما قدمنا ، وإن نقصت بعض الحقوق التي تشمل عليها أو زالت كل هذه الحقوق<sup>(١)</sup> . فلا يجوز إذن للشخص أن يتصرف في ذمته المالية كمجموع من المال ، بل ولا في جزء شائع فيها كأن يتصرف في نصفها أو في ربعها . ومن ثم فإن التعامل في تركة مستقبلية ، والتركة المستقبلية هي الزمة المالية منظوراً إليها بعد الوفاة ، غير جائز ، لأسباب ترجع إلى حماية المورث وترجع كذلك إلى عدم جواز التصرف في الزمة المالية كمجموع من المال<sup>(٢)</sup> .

ونتيجة أخرى يستخلصها أوبري ورو من عدم قابلية الزمة المالية للانفصال عن صاحبها أن الشخص إذا وهب جميع أمواله أو جزءاً شائعاً في جميع أمواله ، فإن ديون الواهب ، أو جزءاً منها مقابلاً للجزء الشائع الموهوب ، لا تنتقل إلى الموهوب له . ذلك أن الواهب ، وهو يهب جميع أمواله أو جزءاً شائعاً في جميع أمواله ، لا يهب ذمته المالية نفسها أو جزءاً منها ، وإلا لانتقلت إلى الموهوب له الديون مع الحقوق ، وهذا ما لا يستطيع أن يفعله لأن الزمة المالية لا تقبل الانفصال عن صاحبها . فهو إذن يهب أمواله مالا مالا باعتبار أن كل مال قائم بذاته لا عنصر قد فنى في الزمة المالية ، والموهوب له يعتبر خلفاً خاصاً لكل مال معين بالذات من هذه الأموال ، ولا يعتبر خلفاً عاماً لمجموع من الأموال كما هو الأمر بالنسبة إلى الوارث الذي يرث الأموال والديون في وقت واحد<sup>(٣)</sup> .

(١) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٣ ص ٣٠٧ - بلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٦ ص ٢١٠ .

(٢) أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٧ - ٢ ص ٣٥٠ .

(٣) بلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٨ .

### ١٣٦ - النتيجة الثالثة - لكل شخص ذمة مالية واحدة فلا تجزأ

الذمة المالية ولا تتعدد : ذلك أن الذمة المالية تندمج في الشخصية ، فتستعبر منها خصائصها . والشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . وقد رأينا أن الذمة المالية تنصب فيها جميع الحتموق وجميع الديون ، فتصبح هذه جميعا كلالا ينجزأ<sup>(١)</sup> . وقد سبق أن قررنا أن كل شخص له حتما ذمة مالية ، والآن نقرر أن الشخص الواحد لا تكون له إلا ذمة مالية واحدة . ولا يمكن للشخص أن يجزئ هذه الذمة إلى ذمم متفرقة ، كما لا يجوز له أن يضيف إلى ذمته المالية الأصلية ذمة مالية أخرى مع بقاء الذمتين منفصلتين إحداهما عن الأخرى فتتعدد بذلك الذمة المالية .

ويعد أوبرى ورو وجود ذمة مالية مضافة إلى جانب الذمة المالية الأصلية - وقد وردت نصوص تشريعية تقضى بذلك وأتينا ببعض الأمثلة على الذمة المالية المضافة<sup>(٢)</sup> - أمراً استثنائياً . وفي غير هذه الحالات الاستثنائية لا يجوز للشخص ، حال حياته ، أن يجزئ ذمته المالية ، فيجعل بعض الدائنين يختصون بجزء منها والدائنين الآخرين يختصون بالجزء الآخر<sup>(٣)</sup> .

### المطلب الثاني

فقد النظرية التقليدية في الذمة المالية

### ١٣٧ - نوهاه من النقر : بقيت نظرية أوبرى ورو التقليدية في الذمة

المالية سائدة في الفقه الفرنسي مدة طويلة ، وقد أجمع هذا الفقه على أن هذه النظرية قد قامت على منطق محكم الحلقات ، وأنها من أقوى النظريات الفقهية بناء وحسن سبك .

ولكن الفقه أخذ بعد ذلك يعيد النظر فيما كان قد اعتاد أن يسلم به دون تمحيص ، لا سيما في المسائل التي يفرضها منطق النظرية ولكنها تخالف الأحكام

(١) أوبرى ورو ٩ فقرة ٣٧٩ ص ٣٦٧ وفقرة ٥٨٣ ص ٣٧٦ وما بعدها - بلانيول

ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ ص ٢٤ هامش ٤ .

(٢) انظر آنفا فقرة ١٣٢ .

(٣) أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٥ ص ٣١١ - ص ٣١٢ .

للتشريعية الصريحة . فأخذ فريق من الفقهاء في نقد النظرية في بعض جزئياتها والتحويل في هذه الجزئيات ، دون مساس بجوهر النظرية . ولكن فقهاء آخرين ذهبوا إلى أبعد من ذلك ، وهاجموا النظرية في جوهرها ، وذهبوا إلى أنها نظرية فاسدة في أساسها إذ تقوم على منطق يخافى الواقع ، دون أن يقوم مبرر يشفع في بقائها في ثوب من هذا المنطق المصطنع .  
ونورد موجزاً لآراء كل من الفريقين .

### ١٤٠ - الفريق الأول

١٣٨ - **نقد النظرية في بعض جزئياتها** : هذا الفريق يعتمد بوجه خاص إلى النعي على النظرية التقليدية المبالغية في المنطق المجرد ، وإلصاق الذمة المالية بالشخص حتى اختلطت به وكادا يصبحان شيئاً واحداً . ثم يزحزح الذمة المالية عن الشخصية ليقمها على فكرة التخصيص لغرض معين (affectation à un but déterminé) ، وبذلك يتمكن من القول بجواز تعدد الذمة المالية وبجواز انفصالها عن صاحبها . ولكنه مع ذلك يني الذمة المالية مستندة إلى الشخص ، فلا يجوز أن تقوم دون صاحب تستند إليه فهذه مسائل متعددة ، نعرض لها واحدة بعد الأخرى .

١٣٩ - **المبالغة في ربط الذمة المالية بالشخصية** : يقول نقاد النظرية التقليدية إنها نظرية ذات صبغة مصطنعة ، تقوم على منطق مجرد مغرق في التجريد . فهي تبالغ في ربط الذمة المالية بالشخصية إلى حد أن تخلط بينهما ، وإلى حد أن تجعل من الذمة المالية مجرد الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا هو عين الشخصية . وهذا الخلط ما بين الذمة المالية والشخصية يجب تجنبه ، فإنه من جهة يخلع على الذمة المالية خصائص لا تتفق مع الأحكام القانونية المسلم بها ، ومن جهة أخرى يؤدي إلى نتائج يحسن تفاديها وقد تفادتها فعلا كثير من الشرائع (١) .

١٤٠ - **والأولى إدخال فكرة التخصيص لفرصه معين فيصبح الحق وظيفة اجتماعية أكثر من سلطة في يد الشخص** : وكان الأولى أن

(١) بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فترة ١٧ .



تجعل الرابطة التي تجمع ما بين عناصر الذمة المالية ليست هي الشخص الذي تستند إليه هذه الذمة ، بل الغرض المشترك الذي خصصت له هذه العناصر . وإذا كان صحيحاً أن النظرية التقليدية على حق فيما ذهبت إليه من أن الأموال إنما ينظر إليها القانون باعتبارها مرتبطة بالغايات التي يسعى إليها الشخص ، فتقوم صلة وثيقة ما بين الذمة المالية والشخص ، إلا أن هذه الغايات مختلفة متنوعة . فقسرها جميعاً على غاية موحدة ، ترد إليها كل الغايات دون تمييز بين غاية وغاية ، ينطوي على كثير من العنت ويجافي الحقائق الواقعة (١) .

وما دامت الغايات متعددة ، فإنه من الممكن أن يقطع مجموع من الأموال من الذمة المالية الأصلية ويخصص لغاية معينة ، فيكون هذا المجموع بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات ذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية الأصلية . فالغاية إذن ، وليس الشخص ، هي التي تربط ما بين العناصر المختلفة للذمة المالية ، وهذا هو الاتجاه الحديث الذي يسير صوبه القانون في الوقت الحاضر (٢) . ومن ثم تصبح الحقوق مرتبطة بالغايات التي أعطيت من أجلها ، وبصبح الحق وظيفة تحقق غاية اجتماعية ، أكثر منه سلطة يعطى زمامها ليد شخص معين (٣) .

١٤١ - جواز تعدد الذمة المالية : وأول ما يترتب على التراخي في ربط الذمة المالية بالشخصية ، وإدخال فكرة التخصيص لغاية معينة ، أن إحدى النتائج الهامة للنظرية التقليدية ، وهي أن الذمة المالية لا تتجزأ ولا تتعدد ، لا تصبح نتيجة سليمة . فهي لم تكن سليمة إلا لأننا أدمجنا الذمة المالية في الشخصية ، فشاركنا تلك خصائص هذه . ولما كانت الشخصية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد ، كذلك تكون الذمة المالية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد . ولكن ذلك يخالف الواقع ، ويتعارض مع المسلم به من تعدد الذمة المالية في كثير من الأحوال كما سنرى .

لذلك كان في إدخال فكرة التخصيص لغاية معينة أكبر معين على القول

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١٧ ص ٢٢ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٥ - ص ٢٦ .

(٣) انظر كولان وكويتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣٥ ص ١١٧ - ص ١١٨ .

بتعدد الذمة المالية ، إذ يقع كثيراً أن يتخصص مجموع من أموال الشخص لغاية معينة فيستقل هذا المجموع عن الذمة المالية الأصلية ، ويصبح هو نفسه ذمة مالية أخرى ، وبذلك تتعدد الذمة المالية .

ومن أمثلة تعدد الذمة المالية قبول الوارث للتركة بشرط الجرد أو طلب الدائنين فصل التركة عن الذمة المالية لاوارث في القانون الفرنسي . ففي هذه الحالة يكون للوارث ذمة المالية الأصلية ، وذمة مالية أخرى هي التركة التي انتقلت إليه بما لها من حقوق وما عليها من ديون ، وقد انفصلت عن ذمة المالية الأصلية . وهذا وضع يضاهي وضع الوارث في الشريعة الإسلامية ، فالوارث تنتقل إليه ملكية أموال التركة كما تنتقل إليه الديون في بعض المذاهب الفقهية ، ومع ذلك تبقى التركة منفصلة عن ذمة الوارث الأصلية إلى أن تسدد ديونها كما سبق القول<sup>(١)</sup> ، وبذلك تتعدد ذمة الوارث في الشريعة الإسلامية كما تعددت في القانون الفرنسي .

كذلك إذا وهب شخص شخصاً آخر أو وصى له بمال ، على أن يخصص هذا المال لغرض معين ، فإن المال الموهوب أو الموصى به ينفصل عن الذمة الأصلية للموهوب له أو الموصى له ، فتتعدد الذمة .

وإذا ترك مجهز السفينة السفينة والأجرة في مقابل ما ترتب عليه من التزامات بسبب تجهيز السفينة ، فإن ثروة البحر (fortune de mer) هذه تصبح ذمة مالية منفصلة عن ذمة المجهز الأصلية .

وفي النظام المالي للزواج في القانون الفرنسي ، يكون مهر الزوجة (dot) ذمة مالية منفصلة عن ذمتها الأصلية ، ويكون ما دخل من مالها في الأموال المشتركة بينها وبين الزوج (communauté) ذمة مالية منفصلة كذلك عن الذمة الأصلية . وليس لهذا نظير في الشريعة الإسلامية .

ففي هذه الأحوال وأمثالها<sup>(٢)</sup> ، تتعدد الذمة المالية ، وتقوم ذمة مالية أخرى غير الذمة المالية الأصلية منفصلة عنها . ويكون لهذه الذمة المالية حقوقها

(١) انظر آتفا فقرة ١٣١ في الهامش .

(٢) انظر آتفا فقرة ١٣٢ .

التي تستغل بها وديونها التي تترتب عليها وحدها ، شأنها في ذلك شأن النعمة المالية الأصلية<sup>(١)</sup> .

## ١٤٢ - جواز انتقال الزمة المالية من صاحبها إلى الغير حال الحياة :

ونتيجة أخرى من النتائج الهامة في النظرية التقليدية ، لا نستقيم إلا إذا أدرجنا النعمة المالية في الشخصية إدماجا تاما ، فلا يجوز انتقال النعمة المالية وانفكاكها عن شخص صاحبها مادام حيا ، ومن ثم لا يجوز انتقال النعمة المالية إلى الغير حال الحياة . أما إذا جعلنا الصلة ما بين النعمة المالية والشخصية صلة مترسخة ، وأقمنا النعمة المالية على فكرة التخصيص لغاية معينة ، فإنه يمكن انفكاك النعمة عن صاحبها في حال حياته ، ويمكن تبعا لذلك أن يتصرف الشخص في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، فينقلها في حال الحياة إلى شخص آخر .

والفرق بين الحالتين أنه إذا لم نجز نقل النعمة المالية في حال الحياة ، فإنه يترتب على ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يتصرف في ماله في حال الحياة إلا إلى خلف خاص ، فينقل الحقوق دون الديون ، ولا يتصرف إلا في حقوق معينة . فإذا وهب شخص جزءا كبيرا من أماله ، بل إذا وهبها كلها ، فإن الموهوب له لا تنتقل إليه ديون الواهب بغير اتفاق خاص ، وبأخذ أموال الواهب خالصة من الديون . أما إذا أحزنا نقل النعمة المالية في حال الحياة ، فإنه يجوز للشخص أن يتصرف في ذمته المالية ، كلها أو بعضها ، إلى خلف عام ، فننتقل إلى هذا الخلف الحقوق والديون جميعا لأن المجموع من المال هو الذي انتقل .

ولا شك في أن إباحة التصرف في النعمة المالية ، بما تشتمل عليه من حقوق وديون ، حال الحياة ، من شأنه تيسير التعامل . وهذا لا يكون إلا إذا تراخت الصلة ما بين النعمة المالية والشخص ، وقامت فكرة التخصيص لغاية معينة كما سبق القول . على أنه بالرغم من أن النظرية التقليدية للنعمة المالية لا تزال هي السائدة في فرنسا ، وكان من مقتضاها عدم جواز التصرف في النعمة المالية حال الحياة ، فإن هذا التصرف أجازته مع ذلك التقنين المدني الفرنسي وأجازته القضاء الفرنسي في بعض حالات استثنائية نذكرها فيما يلي :

(١) بلانزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٠ .

١ - أجاز التمنين المدني الفرنسي ( م ١٠٨٢ - ١٠٨٦ وم ١٠٩٣ ) هبة الأموال الحاضرة والمستقبلية في عقد الزواج المالى ، ويترتب على هذه الهبة أن يكون الموهوب له مسئولاً عن الديون . ولاشك في أن هذا تصرف حال الحياة يقع على الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٢ - أجاز التمنين المدني الفرنسي ( م ١٠٧٥ وما بعدها ) قسمة المورث لأمواله الحاضرة بين ورثته عن طريق الهبة . وفي هذه الحالة يحتمل القضاء الفرنسي للورثة بالديون<sup>(١)</sup> . ولاشك في أن هذا أيضاً تصرف حال الحياة يقع على جزء من الذمة المالية كمجموع من حقوق وديون .

٣ - يعتبر القضاء الفرنسي أنه إذا وهب الشخص كل أمواله أو جزءاً كبيراً منها ، فالمفروض أن هناك اتفاقاً ضمناً على أن يتحمل الموهوب له ديون الواهب أو جزءاً منها يتناسب مع قيمة الأموال الموهوبة<sup>(٢)</sup> . ولاشك في أن القضاء في هذه الحالة أجاز التصرف في الذمة المالية أو في جزء منها حال الحياة ، بدليل أنه أوجب على الموهوب له دفع الديون .

٤ - أجاز القانون الفرنسي الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٠٩ في شأن بيع المتجر (fonds de commerce) لدائني البائع استيفاء حقوقهم من الثمن المستحق في ذمة مشتري المتجر . فجعل القانون بذلك من المتجر شبه ذمة مالية قائمة بذاتها ، إذ جعل لدائنيه حقاً مباشراً على ثمن المتجر وقد حل الثمن محل المتجر باعتباره مجموعاً من المال ، وانتقل حق الدائنين من المتجر إلى ثمنه . وفي مصر نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على ما يأتي : « للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى ، أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها ، إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد » . وقد جاء في المذكرة التفسيرية للقانون : « وأجازت المادة ٢٥ للدائنين السابقين على قيد الرهن أن يطالبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها . وهذا مبدأ جديد ، فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين إلا إذا كانت

(١) نقض فرنسى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٢ سيريه ٩٣ - ١ - ١٢٧ .

(٢) نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٥٤ دالوز ٥٥ - ٢ - ١١١ - تولوز ٢٩ يناير

سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١١ - جرينوبل ١٢ مايو سنة ١٨٨٢ سيريه ٨٢ - ٢ - ٤٤٠ .

محلا لوفائه . ومعنى ذلك أنه ، من ناحية حلول الأجل ، اعتبر القانون نحل التجارى محلا لوفاء الديون الخاصة به ، وهذا ما يجعل ، من هذه الناحية وحدها ، المحل التجارى وحدة قائمة بذاتها تكون محلا للوفاء بديونها ، بحيث إذا ضعفت هذه الوحدة بقيد رهن عليها ، حلت الديون الموجلة .

على أن الحالات المتقدمة هي حالات استثنائية ، ولا تزال القاعدة العامة فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى أنه لا يجوز التصرف فيما بين الأحياء فى الذمة المالية ، وذلك ترتيبا على اندماج الذمة المالية فى الشخص (١) .

### ١٤٣ - بقاء الزمة المالية مع ذلك مرتبطة بالشخص فلا تقوم ذمة

عالية دونه صاحب تستند إليه : ومع ذلك يحرص هذا الفريق الأول من النقاد ، وهم لا ينقدون النظرية التقليدية إلا فى بعض جزئياتها ، على أن يستبقوا النظرية فى أساسها ، من حيث مجموع المال (patrimoine universalité) ومن حيث الارتباط بالشخصية (patrimoine personnalité) .

فلا تزال الذمة المالية فى نظرهم مجموعا من المال تبنى فيه عناصره من حقوق وديون ، ويفسرون بهذا الأساس الضمان العام للدائنين وانتقال التركة بما تشتمل عليه من حقوق وديون من المورث إلى الوارث .

ولا تزال الذمة المالية ، فى نظرهم ، مرتبطة بشخص يكون هو صاحبها وتستند إليه . ولا يتصورون قيام ذمة مالية دون شخص ترتبط به ، ولا يذهبون إلى الحد الذى ذهب إليه القانون الألمانى من جعل الذمة المالية تقوم دون أن تستند لا إلى شخص طبيعى ولا إلى شخص معنوى (٢) .

(١) وفى القانون المصرى لا يتحمل الموهوب له بدين الواهب ، إلا إذا اشترط الواهب عليه ذلك عوضا عن الهبة (م ١/٤٩٩ مدنى) .

هذا وقد تحورت التقنيات الجرمانية - التقنين المدنى الألمانى والتقنين المدنى السويسرى - من هذا الضيق الذى لا مبرر له ، وخرجا على النظرية التقليدية فى الذمة المالية ، وأجازا تصرف الأشخاص فى ذمتهم المالية حال حياتهم .

(٢) دلازبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١ ص ٢٦ - ص ٢٧ - كاربونيه ص ٨ : ويشير كاربونيه إلى فروع أخرى جديدة يمكن أن تفتح عنها فظرية الذمة المالية ، منها الضريبة على رأس المال وعدم إجبار المدين على الكشف عن عناصر ذمتهم المالية وتمييز بين رأس المال والريع والندرة على العمل . هل هى عنصر من عناصر الذمة المالية (كاربونيه ص ٨ - ص ٩) .

## § ٢ - الفريق الثاني

١٤٤ - نقد النظرية في أساسها : أما الفريق الثاني من نقاد النظرية التقليدية ، فلا يكتفون بنقد النظرية في بعض جزئياتها ، بل هم يهدفون إلى هدم النظرية في أساسها . ويمثل هذا الفريق تمثيلاً عادلاً الأستاذ إسماعيل غانم في رسالته التي وضعها في الذمة المالية<sup>(١)</sup> . وقد سبقه إلى نقدها فقهاء آخرون في رسائل وضعوها لذلك<sup>(٢)</sup> ، ولكن هؤلاء النقاد لا يزالون يتفقون مع النظرية التقليدية في أن الذمة المالية هي مجموع من المال مستقل عن العناصر التي يشتمل عليها .

ويتناول الأستاذ إسماعيل غانم النظرية التقليدية في الفكرتين اللتين تقوم عليهما ، المجموع من المال والاندماج في الشخصية ، وينكر على كل منهما فائدتها في استخلاص النتائج التي تستخلص منها عادة ، ويعلل هذه النتائج بأسباب أخرى بعيدة عن النظرية التقليدية . وعلى ذلك لا تعود للنظرية التقليدية أية فائدة في نظره ، فتهدم في أساسها .  
ونتابعه في كل من الفكرتين .

١٤٥ - فكرة المجموع من المال : هذه الفكرة تستخلص منها النظرية التقليدية ، كما قدمنا ، نتائج ثلاثاً : الضمان العام للدائنين وانتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون والحلول العيني .  
أما الضمان العام للدائنين فيمكن تفسيره دون الالتجاء إلى فكرة المجموع من المال . ويمكن في ذلك أن نلجأ إلى تحليل الالتزام إلى عنصريه ، المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) ، وتمتد جنود هذا التحليل إلى القانون

(١) باريس سنة ١٩٥١ (وقد طبعت في القاهرة في سنة ١٩٥٧) .

(٢) انظر مثلاً Jalla رسالة من باريس سنة ١٩٠٢ ص ٨٥ وما بعدها - Plasters

رسالة من باريس سنة ١٩٠٣ - Oazelles رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ ص ٣٦٧ وما بعدها -

Oazim رسالة من ديجون سنة ١٩١٠ - Raynaud رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ ص ١٧٤ وما بعدها .

انظر جني في طريقة التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ ١ ققرة ٦٧ ص ١٤١ وما بعدها -

Perceron في تصفية ديون التركة في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٥ ص ٥٤٣ -

ص ٥٤٧ - Marevach في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٦ ص ٨١١ ما بعدها .

الروماني ، ليتركز في النظريات الجرمانية ، دون أن يلتقي رواجاً في  
 الفقه الفرنسي . والمديونية تتعلق بالعمل أو الامتناع عن العمل الواجب على  
 المدين نحو الدائن ، فهي رابطة بين شخصين . والمسئولية تتعلق بقدرة الدائن  
 على اقتضاء هذا الواجب من المدين جبراً عليه ، فهي أيضاً رابطة بين شخصين .  
 وبموجب عنصر المسئولية هذا يصل الدائن إلى أموال مدينه للتنفيذ عليها ،  
 ولكن من خلال شخص المدين . فشخص المدين إذن هو الذي يتوسط بين ماله  
 وبين الدائن : والدائن إنما ينفذ الدين على المدين ذاته ومن خلاله يصل  
 إلى ماله . وكان الدائن في القديم ينفذ الدين على شخص المدين فعلاً أي على  
 جسمه ، فيقتله أو يسترقه أو يبيعه . ثم تهذب القانون شيئاً فشيئاً ، حتى صار  
 الدائن ، وهو ينفذ الدين دائماً على المدين ذاته ، لا ينفذه على شخص  
 المدين ، وإنما ينفذه على ماله ولكن من خلال شخصه . ومن ثم تكون أموال  
 المدين الموجودة وقت التنفيذ ، منظوراً إليها على اعتبار أن كل مال منها قائم  
 بذاته لا مندمج في مجموع من المال ، مشثولة عن ديونه . ولما كان الدائن يستطيع  
 أن يصل إلى أي مال يكون مملوكاً للمدين من خلال شخص هذا الأخير مادام  
 المال مملوكاً له وقت التنفيذ ، فالعبرة إذن بملكية المال للمدين وقت التنفيذ  
 لا وقت نشوء الدين . فللدائن سبيل على المال المملوك لدائنه وقت التنفيذ ،  
 ولو لم يكن مملوكاً له وقت نشوء الدين وإنما استجد بعد ذلك . ولا سبيل  
 للدائن على المال الذي كان مملوكاً لمدينه وقت نشوء الدين ، مادام قد خرج  
 عن ملكه وقت التنفيذ . ذلك أن عنصر المسئولية لا يجعل للدائن حقاً على مال  
 معين للمدين ، ولكن يجعل له حقاً على شخص المدين ، ومن خلال شخصه  
 ينفذ على ماله الذي يكون مملوكاً له وقت التنفيذ . وعلى هذا النحو نصل إلى  
 نفس النتيجة التي يراد الوصول إليها عن طريق النظرية التقليدية في اللزمة المالية  
 باعتبارها مجموعاً من المال ، ولا نكون في حاجة إلى تصوير أموال المدين  
 مندمجة كلها في مجموع معنوي لا وجود له في الواقع . ويتيسر لنا بذلك أن  
 نقرر القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين ضامنة لديونه ، دون الالتجاء  
 إلى فكرة المجموع من المال التي تقول بها النظرية التقليدية (١) .

(١) إسماعيل غانم رسالته في اللزمة المالية فقرة ١٧ ص ٢٩ و فقرة ١٨ ص ٣٥ - ص ٣٦ .

وأما انتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون ، فهذه النتيجة أيضاً لا يحتاج فيها الأستاذ إسماعيل غانم إلى الالتجاء لفكرة المجموع من المال التي تقوم عليها النظرية التقليدية للذمة المالية . وعنده أنه يكفي لتبرير ذلك أن نقول إن ديون الميت لا يجوز أن تنقضى دون وفاء ، وإلا انهدم ركن الائتمان في التعامل وضاعت ثقة الدائنين في مدينهم . فيجب إذن أن تبقى هذه الديون قائمة بعد موت المدين ، ولما كان لا بد لكل دين من مدين يتحمل به ، فمن ذا الذي يتحمل ديون الميت بعد موته ؟ لا شك في أن العدالة تقضى بأن المدين في هذه الحالة يجب أن يكون هو الوارث ، لا لأنه تستمر في شخصيته شخصية المورث كما تقول النظرية التقليدية ، بل لأنه هو الذي تلتقى أموال مورثه دون مقابل ، فمن العدل إذن أن يتحمل أيضاً ديونه . فانتقال دين المورث إلى الوارث إنما يرجع إلى اعتبارات تمت للعدالة وللثقة في التعامل ولفكرة المدين ذاته إذ لا بد من أن يكون لكل دين مدين . ومن ثم لا نكون هنا أيضاً في حاجة إلى فكرة المجموع من المال التي تقول بها نظرية الذمة المالية لتبرير أن الدين ينتقل من المورث إلى الوارث<sup>(١)</sup> .

بقي الحلول العيني . ويقول أنصار النظرية التقليدية إن الحلول العيني مبني على فكرة المجموع من المال ، فهذه الفكرة تؤدي إلى جعل العناصر التي يشتمل عليها المجموع بمثابة أشياء مثلية يحل بعضها محل بعض . فإذا خرج مال معين من هذا المجموع ودخل بدلا منه مال آخر ، حل هذا المال الآخر محل المال الأول حلولا عينيا . ويستعرض الأستاذ إسماعيل غانم الفروض التي قيل إن الحلول العيني فيها يتحقق في المجموعات من الأموال ، فلا يرى لها شانا عمليا هاما ، والخلاف فيها جد محتدم . ففي الدعوى التي يرفعها الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر ليسترد منه التركة ، إذا كان الوارث الظاهر قد باع مالا للتركة واشترى بثمنه مالا آخر ، فهناك خلاف في الرأي ، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الوارث الظاهر لا يرد هذا المال الآخر بموجب فكرة الحلول العيني ، ولكن يرد ثمن المال الذي خرج من التركة بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب<sup>(٢)</sup> .

(١) إسماعيل غانم رساله في الذمة المالية فقرة ٣٦ .

(٢) بودرى وقال في الميراث ١ فقرة ٩٢٥ من ٧٠٢ .



ومهما يكن من أمر ، فقل أن يعرض في العمل هذا الفرض ، ولا توجد أحكام قضائية في هذه المسألة . وفي دعوى استرداد المفقود بعد ظهوره حيا لأمواله من حائزها ، فهناك رأى يذهب إلى أن الحائز إذا كان قد باع مالا منها واشترى به مالا آخر ، فإنما يفعل ذلك باعتباره نائبا نيابة قانونية عن المفقود ، فيسترد المفقود هذا المال الآخر بموجب أحكام النيابة لا بموجب أحكام الحلول العيني . وهذا الفرض أيضاً قل أن يعرض في العمل ، فمن النادر جداً أن يظهر المفقود بعد أربعين عاماً من غيابه ، ولا توجد هنا أيضاً أحكام قضائية . وفي دعوى استرداد الواهب من تركة الموهوب له ما وهبه إياه ، نرى نص التقنين المدني الفرنسي ( م ٢/٧٤٧ ) صريحاً في أن الخاضع للاسترداد هو العين الموهوبة ذاتها وليس في هذا حلول عيني ، أو ثمنها الذي لا يزال مستحقاً في فمة المشتري وهذا يمكن تفسيره لا بالحلول العيني بل برغبة المشرع في تمكين الواهب عند المطالبة بالثمن من فسخ البيع إذا لم يدفعه المشتري . ويخلص الأستاذ إسماعيل غانم من هذا الاستعراض إلى القول بأن الحلول العيني لا يقوم أصلاً على فكرة المجموع من المال ، وإنما يقوم على فكرة التخصيص لفرض معين . فإذا خصص مال ، سواء كان داخلياً في مجموع أو كان منفرداً ، لفرض معين ، فإن هذا المال يكون خاضعاً لقواعد قانونية خاصة لتحقيق الفرض الذي خصص له المال . فإذا بيع هذا المال أو هلك ، وحل محله الثمن أو التعويض أو مبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية أو غير ذلك من البدل ، أو حل محله شيء آخر اشترى بالبدل ، فإن الذي حل محل المال يكون مخصصاً لنفس الفرض الذي كان المال مخصصاً له ، وتسرى عليه القواعد القانونية الخاصة التي كانت تسرى على المال الأول ، فالحلول العيني إذن يقوم على أساس الخضوع لنظام قانوني خاص وعلى أساس فكرة التخصيص لا على أساس المجموع من المال . ويرى الأستاذ إسماعيل غانم تقديم فكرة الخضوع لنظام قانوني ، في الحلول العيني ، على فكرة التخصيص ، فالمال أساساً يخضع لنظام قانوني خاص حتى يحقق الفرض الذي خصص له<sup>(١)</sup> . فالحلول العيني إذن لا شأن له بفكرة المجموع من المال ، ومن ثم لا محل لإقحام هذه الفكرة عليه .

## ١٤٦ - فكرة الاندماج في الشخصية : وبهاجم الأستاذ إسماعيل غانم

أهم نتيجتين تستخلصان من اندماج الذمة المالية في الشخصية : عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص وعدم جواز تجزئتها أو تعددها .

أما عدم قابلية الذمة المالية للانفصال عن الشخص ، أى عدم قابلية الذمة المالية للتصرف فيها فيما بين الأحياء ، فيستخلص منها أوبرى ورو بطلان التصرف في التركة المستقبلية وعدم انتقال الديون إلى مشتري جميع الأموال الحاضرة المملوكة للبائع . والتصرف في التركة المستقبلية بصوره أوبرى ورو أنه تصرف فيما بين الأحياء في الذمة المالية ، ولكن الأستاذ إسماعيل غانم يعارض هذا التصوير ، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ ولا ينتج أثراً إلا بعد الموت فهو إذن ليس تصرفاً فيما بين الأحياء ، وبطلانه يرجع إلى اعتبارات معروفة لا شأن لها بالتصرف في الذمة المالية . ومشتري الأموال الحاضرة المملوكة للبائع إنما اشترى أموالاً معينة ولم يشتر ذمة مالية ، والأصل في هذه الحالة عدم انتقال الديون إلا إذا اشترط خلاف ذلك ، فلا علاقة إذن لهذه المسألة بمسألة التصرف في الذمة المالية . ويستخلص الأستاذ إسماعيل غانم من ذلك أنه لا ترتب نتائج عملية على القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها فيما بين الأحياء ، ومن ثم لا حاجة للقول باندماج الذمة المالية في الشخصية للتوصل بذلك إلى القول بأن الذمة المالية لا يجوز التصرف فيها في حال الحياة (١) .

وأما عدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها ، فهذه هي أضعف نقطة في النظرية التقليدية ، لأن الذمة المالية قد تتجزأ وقد تتعدد بحسب ما يخضع له المال من نظام قانوني خاص . ويعدد الأستاذ إسماعيل غانم الأمثلة ، ويبدأ بالقانون التجاري . ففي هذا القانون ، تتجزأ الذمة المالية إذا تخلى صاحب السفينة عنها للدائنين ، فعند ذلك تنفصل السفينة عن سائر أمواله ، وتتجزأ ذمته المالية إلى ذمتين . وتتعدد الذمة المالية إذا كسب المفلس ، قبل إقفال التخليصة ، مالا من عمله أو من تجارة جديدة يباشرها ، فيكون المال الذي كسبه ذمة مالية مستقلة عن ذمته المالية الأصلية التي خضعت للتخليصة . وفي القانون المدني ، تتعدد ذمة الوارث المالية ، إذ يندرج إلى ذمته الأصلية ذمة

(١) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ٧٠ .

المورث (أى تركته) ، وذلك عند ما يقبل الوارث الميراث بشرط الحرد في القانون الفرنسى ، وعندما يعين مصف لآركة فى القانون المصرى . وتتعد ذمة الموهوب له إذا كانت الهبة مقترنة بشرط عدم التصرف فى الأموال الموهوبة ، فهذه الأموال التى لا يجوز التصرف فيها تكون ذمة مالية منفصلة عن الذمة الأصلية للموهوب له . كذلك تتعدد ذمة الموهوب له أو الموصى له ، فى القانون الفرنسى ، إذا وهب أو أوصى له بمال بشرط نقل ملكيته إلى الغير (م ١٠٤٨ - ١٠٥٠ مدنى فرنسى : substitutions permises) . وتتعدد الذمة كذلك إذا وهب المال أو أوصى له به بشرط استخدامه لأغراض خيرية معينة (fondation) . والنظام المالى للزواج ، فى القانون الفرنسى ، قد يجرى الذمة المالية . فى نظام الاشتراك فى الأموال (régime de communauté) ، تنفصل الأموال المشتركة (biens communs) عن الأموال الخاصة بكل زوج (biens propres) . وفى نظام الدوطة (régime dotal) تنفصل أموال اللدوطة (bien dotaux) عن الأموال الخاصة بالزوجة (biens paraphernaux) . فالذمة المالية إذن تتجزأ وتتعدد ، وذلك عن طريق تخصيص القانون أموالاً معينة لأغراض خاصة وإخضاع هذه الأموال لنظام قانونى خاص يحقق الغرض الذى خصص له المال . وليس الشخص حراً بإرادته وحده أن يجرى ذمته المالية أو يعددها على هذا النحو ، بل لابد من تدخل القانون فى ذلك ، فهو الذى يضع النظام الخاص للأموال التى خصصت لأغراض معينة (١) .

وإذ هدمت النتيجةتان الرئيسيتان المستخلصتان من اندماج الذمة المالية فى الشخصية - عدم جواز التصرف فى الذمة المالية فى حال الحياة وعدم جواز تجزئة الذمة المالية أو تعددها - فقد انهدم الأساس نفسه الذى قامت عليه النتيجةتان ، وهو اندماج الذمة المالية فى الشخصية (٢) . وقد عارض الأستاذ

(١) إسمايل غانم رساك فى الذمة المالية فقرة ١٠٠ .

(٢) إسمايل غانم رساك فى الذمة المالية فقرة ١٠١ ص ١٧٥ .

إسما عيل غانم من قبل ، كما رأينا ، فكرة المجموع من المال ، فلا تقوم الذمة للمالية إذن في رأيه على أى أساس (١) .

١٤٧ - إلى أى حد يمكن القول بهدم النظرية التقليدية في الذمة المالية :  
ومهما يكن من شأن الاعتراضات التي وجهت إلى النظرية التقليدية للذمة المالية ، فليس من اليسر القول بأن هذه النظرية قد هدمت نهائياً . فهي ، في نظرنا ، لا تزال قائمة في أحد شقها وهو الشق الخاص بفكرة المجموع من المال . أما الشق الآخر الخاص بفكرة الاندماج في الشخصية ، فهنا يمكن القول بأن النظرية التقليدية أصبحت غير قائمة .

١٤٨ - بقاء النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة المجموع من المال :  
لا تزال فكرة اندماج أموال المدين وديونه في مجموع معنوي مستقل عن الأموال التي يشتمل عليها فكرة متجة ، ولا تزال هي الفكرة السائدة حتى اليوم . والمعول الذي أريد هدمها به هو الالتجاء إلى فكرة أخرى ، فكرة تقسيم الالتزام إلى عنصرين عنصر المديونية وعنصر المسؤولية . وليست هذه الفكرة الأخيرة بأبسط ولا أفضل من فكرة المجموع المعنوي . هذا إلى أن كلا من الفقه الفرنسي والفقه المصري لم يتقبل فكرة المديونية والمسؤولية بالرجابة التي تقبل بها فكرة المجموع المعنوي . ولا يمكن القول بأن فكرة المديونية والمسؤولية قد استقرت في الفقه الفرنسي ولا في الفقه المصري ، حتى تمكن الاستعاضة بها عن فكرة استقرت وتمكنت في كل من الفقهاء ، وكاد يكون التسليم بها من الأمور البديهية . ففكرة المديونية والمسؤولية فكرة مصدرها

(١) وهو يقول في هذا المعنى : « والنتيجة التي يمكن استخلاصها من كل ذلك هي أن الذمة المالية ليست إلا مجرد لفظ تنحصر فائدته في اختصاره . فبدلاً من أن نقول : مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في وقت معين ، يمكن أن نقول : الذمة المالية للشخص » (إسما عيل غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٣١ - ص ١٣٢) .

انظر أيضاً في تأييد هذا الرأي : منصور مصطفى منصور في الحلول المعنى فقرة ٢٢ ص ٣٤ وقرة ٣٤ ص ٣٦ هامش ٢ - شمس الدين الوكيل في النظرية العامة للحق ص ١٥٦ وما بعدها وفي نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ فقرة ٨ .

وانظر في وجوب استبقاء نظرية الذمة المالية واستخلاص بدأ الضمان العام للدائنين ومبدأ انتقال التركة بالرفاة من هذه النظرية : حسن كبيرة فقرة ١٠ ص ٢٦ - ص ٢٢ .

الفقه الألماني ، وكان لها في كل من فرنسا ومصر طرافة الشيء الجديد . ولكن لم يقدر لها التمكن والاستقرار ، وقد سلم بذلك الأستاذ إسماعيل غانم نفسه (١) . ويوجد ، إلى جانب ذلك ، سببان آخران يدعوان إلى التمسك بفكرة المجموع من المال وعدم الاستعاضة عنها بفكرة المديونية والمسئولية .

أما السبب الأول فيرجع إلى أن فكرة المجموع من المال هي الفكرة التي يقوم عليها تقسيم الخلف إلى خلف عام وخلف خاص ، وهو تقسيم بالغ الأهمية . فالخلف العام هو من انتقل إليه المجموع المعنوي من المال بما يشتمل عليه من حقوق وديون . أو انتقلت إليه حصة من هذا المجموع . أما الخلف الخاص فهو من انتقل إليه مال معين بالذات لا مجموع معنوي من المال ، دون أن تنتقل إليه الديون إلا بشروط معينة . والفرق كبير بين الخلف العام والخلف الخاص كما هو معروف ، فإذا هدمت فكرة المجموع المعنوي فعلى أى أساس يقوم إذن التمييز بين الخلف العام والخلف الخاص ؟

وأما السبب الثاني فيرجع إلى أن فكرة المجموع المعنوي ، وهي الفكرة التي قامت عليها القاعدة التي تمنح بأن أموال المدين ضامنة لديونه . لا تزال هي خير تفسير للدعوى غير المباشرة وللدعوى البولصية والدعوى الصورية ، وهي دعوى أهميتها لا تنكر . فالدائن يكون له حق ضمان عام على أموال مدينه ، وهذا الضمان العام هو الذي يسوغ أن ينوب الدائن عن مدينه نيابة قانونية فيرفع باسمه الدعوى غير المباشرة ، وأن يجعل تصرف مدينه القائم على الغش أو على الصورية غير نافذ في حقه ليرجع المال الذي تصرف فيه المدين إلى ضمانه العام (٢) .

( ١ ) إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٤ ص ٢٣ .

( ٢ ) ولا يبيح الأستاذ إسماعيل غانم أهمية لقيام الدعوى الثلاث على مبدأ أن أموال المدين ضمان عام للدائنين ويقتصر في إحدى حواشي رسالته على أن يقول : « ونكاد نكون في غير حاجة إلى القول بأن الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية وغيرها من الإجراءات التحفظية المختلفة لا تقتضى أصلاً قيام فكرة المجموع من المال . ففى مباشرة هذه الدعوى أو القيام بهذه الإجراءات لا يفعل الدائن أكثر من التمهيد لاستعمال حقه في الحجز ، فتتصل هذه الدعوى والإجراءات بعلاقة المسئولية » ( إسماعيل غانم رسالته في الذمة المالية فقرة ١٧ ص ٣٠ هامش ١ ) . وقد سبق لنا أن رددنا هذه الدعوى الثلاث إلى فكرة الضمان العام للدائنين ، فقلنا في الجزء -

## ١٤٩ - انهزام النظرية التقليدية فيما يتعلق بفكرة الاندماج في

**الشخصية:** ولكن يمكن القول ، كما قلنا ، إن النظرية التقليدية في اللزمة المالية قد انهضت فيما يتعلق بفكرة الاندماج في الشخصية . فهذا المجموع المعنوي من أموال المدين وديونه شيء مستقل عن شخصه ، وقد ينفصل عنه (١) . والنتيجتان الرئيسيتان اللتان أراد أوبري ورو استخلاصهما من

= الثاني من الوسيط : « وهذه الطرق ترد جميعها إلى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره... أما الدعاوى الثلاث فهي الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية . ففي الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ، وبذلك يحافظ على ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه بعد ذلك . وفي الثانية - الدعوى البولصية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين إذا عمد هذا إلى التصرف في ماله إضراراً بحق الدائن ، فيظن الدائن في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال إلى الضمان العام تمهيداً للتنفيذ عليه . وفي الثالثة - دعوى الصورية - يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضاً إذا عمد هذا إلى التظاهر بالتصرف في ماله فيخرجه من الضمان العام بتصرف صوري ، فيظن الدائن في هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته ، ويستبق بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيداً للتنفيذ بحقه . فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبق في ضمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البولصية ، وإما أن يستبق ما لم يخرج إلا ظاهراً بدعوى الصورية . ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضمان العام للدائنين » ( الوسيط ٢ فقرة ٥٢٦ ص ٩٤٠ - ص ٩٤١ ) .

(١) ويقول الأستاذ شفيق شحاته في هذا المعنى : « فليست اللزمة المالية صفة من صفات الشخص كما قال أوبري ورو ومن تبعهما من أنصار النظرية التقليدية . وعلى ذلك يجب استبعاد جميع النتائج التي ترتبها المدرسة القديمة على ذلك التكييف القانوني الخاطئ . أما أن اللزمة المالية ليست وصفاً للشخص ففهوم حتماً من قولنا إنها مجموعة من الحقوق . والغريب أن فقهاء المدرسة التقليدية يعرفونها كذلك ، ثم ينحرفون عن هذا التعريف فيقولون إن اللزمة مجرد معنى في الذهن (abstraction) وإنها الوعاء الذي تستقر فيه الحقوق والالتزامات ، وإن الوعاء قد يوجد دون أن توجد حقوق أو التزامات ، وعلى ذلك تكون اللزمة وصفاً اعتبارياً لاصفاً بالشخص... أما أنها الوعاء الذي ينتظم الحقوق والالتزامات لا هذه الحقوق والالتزامات بعينها ، فإن هذا الوصف يؤدي بنا إلى الخلط بين فكرة اللزمة وفكرة الشخصية أو أهلية الوجوب . وقد خلط الفقهاء الإسلاميون فعلاً بين هاتين الفكرتين . فهم يقولون إن اللزمة ظرف يستقر فيه الوجوب . وقد عرفها العزيز عبد السلام ( من فقهاء الشافعية ) بأنها تقدير أن الإنسان يصلح للالتزام والإلزام من غير تحقق له . فاللزمة وأهلية للوجوب عندهم شيء واحد ، ولذلك يقولون إن الإنسان يولد وله =

فكرة الاندماج في الشخصية ليستا صحيحتين كما تبين مما تقدم . فالنمة المالية قد تنفصل عن صاحبها في حال حياته ، كما أنها قد تتجزأ وقد تتعدد ، فلا محل إذن للقول باندماج النمة المالية في شخص صاحبها . بل إننا نرى ، بالرغم من الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، أن النمة للمالية ، كما تنفصل عن صاحبها ، قد لا تستند إلى شخص ما . فيقوم مجموع من المال ذمة مالية ، لا لشخص طبيعي أو معنوي ، بل يكون مجموع المال هو ذاته الشخص المعنوي . ويتميز عن الأشخاص الطبيعية المألوفة بأنه ليس مجموعا من الأشخاص الطبيعية اندمجت في شخص معنوي ، بل هو مجموع من المال أصبح هو نفسه شخصا معنويا . وخير الأمثلة لذلك نجدها في الوقف ، وفي المؤسسات ، وفي التركة قبل سداد الديون في رأى من يقول بأنها في ملك المورث حتى تسدد الديون<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثاني

### الحلول العيني<sup>(\*)</sup>

(La subrogation réelle)

#### ١٥٠ - ماهر الحلول العيني : الحلول العيني بوجه عام يكون بخروج

= ذمة صالحة للوجوب له وعليه بخلاف مائر الحيوانات ، مما أدى بالبعض إلى القول بأن الذمة أمر لا معنى له ولا حاجة إليه في الشرع ، وأنه من مخترعات الفقهاء يعمرون به عن وجوب الحكم على المكلف بشوته في ذمته ( من التلويح ) هـ ( شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٠ - ص ١١ ) .

( ١ ) شفيق شحاتة فقرة ٦ ص ١٢ - قارن مع ذلك حسن كبيرة فقرة ٩ ص ٢٣ - ٢٤ .

( هـ ) مراجع : أوبرى ورو وإسمان ٩ فقرة ٥٧٦ - بلانيول وريبير ريبكار فقرة ٢٦ -

فقرة ٣٥ - بيدان وفواران ٤ - بنكاز تكله بودرى جزء ٣ فقرة ٣٤٥ وما بعدها .

رسائل : Masseron رسالة من بورددو سنة ١٨٧٦ - Paulmier رسالة من باريس

سنة ١٨٨٢ - Stora رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - Aurange رسالة من جرينوبل سنة

١٩١٠ - Magnillat رسالة من ليون سنة ١٩١٢ - Henry رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ -

Bornet رسالة من ليل سنة ١٩٢١ - منصور مصطفى منصور رسالة ( بالبرية ) من القاهرة

سنة ١٩٥٣ ( وطبعت في سنة ١٩٥٦ ) .

أبحاث : ديموج في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ ص ٢٣٦ وما بعدها و ص ٢٩٥ وما بعدها

و ص ٣٤٦ وما بعدها - والمجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٢ ص ١٨٣ وما بعدها - كاپيتان

في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩١٩ ص ٣٨٥ - ص ٤١٦ - Cerban في المجلة الفصلية

لقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٤٧ - ص ٦٤ .

مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة بدلا من المال الذي خرج ، فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسرى عليه نفس النظام القانوني الذي كان سارياً على المال القديم .

وقد وضع أوبري ورو نظرة تقليدية في الحلول العيني ألحقها بنظريته في الذمة المالية ، إذ أوجب أن يكون الحلول العيني دائماً في مجموع معنى من المال ، وبذلك تتلاقى نظرية الذمة المالية بنظرية الحلول العيني . وقد أخذ الفقه أخيراً ينتقد النظرية التقليدية في الحلول العيني ، ويقول بنظرية حديثة . فنتناول بالبحث النظرية التقليدية ، ثم النظرية الحديثة .

## المطلب الأول

النظرية التقليدية في الحلول العيني

§ ١ - بسط النظرية التقليدية

١٥١ - شروط الحلول العيني : يجب ، لتحقيق الحلول العيني ، توافر

شروط ثلاثة :

الشرط الأول - أن يكون هناك شخص واحد له مجموعان من المال أو أكثر . مثل ذلك الوارث الظاهر ، له مجموع المال الذي يملكه أصلاً ومجموع المال أو التركة التي وضع يده عليها دون حق . ومثل ذلك أيضاً الوارث بشرط الحرد في القانون الفرنسي ، له مجموعه الأصلي والتركة التي قبها بشرط الحرد . ومثل ذلك أخيراً المرأة المتزوجة في القانون الفرنسي ، قد يكون لها مجموع من المال يمثل اللوطة (biens dotaux) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens paraphernaux) ، كما قد يكون لها مجموع من المال يمثل المال المشترك بينها وبين زوجها (biens communs) ومجموع آخر يمثل مالها الخاص (biens propres) .

الشرط الثاني - أن يخرج مال معين ، في أحاد هذين المجموعين أو هذه المجموعات ، من ذمة الشخص . ويكون خروج المال إما بتصرف قانوني كما إذا باع الشخص هذا المال أو قابض عليه أو نزعته منه ملكيته ، أو بعمل مادي



كما إذا هلك المال بتعد فيكون المتعدى مسئولاً عن التعويض أو تكون شركة للتأمين مسئولة عن دفع مبلغ التأمين .

الشرط الثالث - أن يدخل مال جديد في ذمة نفس الشخص بدلا من المال الأول . مثل ذلك أن يدخل ثمن المال القديم أو ما يشتري بهذا الثمن في ذمة الشخص ، أو يدخل عوض المفايضة ، أو يدخل التعويض عن نزع الملكية أو عن التعدى ، أو مبلغ التأمين ، أو ما يشتري بشيء من ذلك ، في ذمة الشخص .

١٥٢ - أثر الحلول العيني : محل المال الجديد محل المال القديم في نفس المجموع الذى خرج منه المال القديم دون المجموع الآخر ، ويكسب المال الجديد الصفة القانونية التى كانت للمال القديم . ويكون هذا على سبيل المجاز القانونى (fiction légale) ، وبموجب هذا المجاز تنتقل إلى المال الجديد الصفة القانونية (qualité juridique) التى كانت للمال القديم .

وتستعين النظرية التقليدية بقاعدتين تستعيرهما من أقوال المحشين (glossateurs) فى القانون الرومانى . بموجب القاعدة الأولى ، كل مال يدخل فى مجموع قانونى من الأموال محل بحكم القانون محل المال الذى خرج ، وهذا يفضل مماثل عناصر اللزمة المالية (fungibilité des éléments du patrimoine) ، فالمال الذى دخل مماثل للمال الذى خرج . وبموجب القاعدة الثانية ، لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون إلا فى مجموع من المال ، أما بالنسبة إلى مال معين بالذات فيجب لتحقيق الحلول العيني نص فى القانون أو اتفاق خوى الشأن .

## ٢٤ - انتقاد النظرية التقليدية

١٥٣ - أسس مبررة قامت عليها النظرية التقليدية : يمكن القول بأن النظرية التقليدية تقوم على أسس ثلاثة : ( ١ ) الأصل التاريخى ، إذ هى تنسب إلى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، ومنزى أن هذه النسبة غير صحيحة . ( ٢ ) التمييز بين المجموع من المال حيث يتحقق الحلول العيني

بحكم القانون ، والمال المنفرد بذاته حيث لا يتحقق الحلول العيني إلا بموجب القانون أو الإرادة . وسنرى أن هذا التمييز أيضاً لا يقوم على أساس . ( ٣ ) كسب المال الحديده الصفة القانونية التي كانت للمال القديم وذلك على سبيل المحاز القانوني . وسنرى ألا محل للقول بالمحاز القانوني في الحلول العيني .

### ١٥٤ - الأصل التاريخي - عدم صحة نسبة النظرية التقليدية إلى القانون

الروماني والقانون الفرنسي القديم : تتلخص النظرية التقليدية في قاعدتين . أولاهما تقضي بأن الحلول العيني يتحقق بحكم القانون في المجموع من المال ، والأخرى تقضي بأن المال المنفرد بذاته لا يتحقق فيه الحلول العيني إلا بنص أو اتفاق . وتنسب القاعدة الأولى إلى القانون الروماني ، أما القاعدة الأخرى فنسب إلى القانون الفرنسي القديم .

فقد قيل إن القانون الروماني كان يقضي بتحقق الحلول العيني بحكم القانون في دعوى الإرث (petitio hereditatis) وفي الإحلال العهدي (substitution) (fidéicommissaire) . ففي دعوى الإرث ، قيل بأن ثمن الشيء المبيع من الشركة محل محامه ، وكذلك محل الشيء الذي اشترى بنتود من الشركة محل هذه النقود . ثم قيل إن هذا الحكم الخاص بالشركة عمم بعد ذلك على كل مجموع آخر من المال ، استناداً إلى نص في الموسوعة . ولكن المتابع لأحكام القانون الروماني في هذه المسألة لا يلبث أن يتبين أن الرجوع إنما يكون بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة ، لا بموجب الحلول العيني . أما الإحلال العهدي فصورته أن يكلف شخص شخصاً آخر قد تلى ما لا من تركته ، ويسمى المكلف (grevé) ، بأن يرد هذا المال عند وفاته إلى شخص ثالث يسمى المستحق العهدي (appelé) . فإذا تصرف المكلف في بعض ما تلقاه من المان واشترى بثمنه مالا آخر ، وجب عليه أن يرد هذا المال الآخر عند وفاته إلى المستحق العهدي ، وبذلك يكون الثمن قد حل محل المال الذي باعه المكلف ، وحل الشيء الذي اشتراه محل الثمن . وهذا لا شك حلول عيني ، ولكن لا شأن له بمجموع المال ، فقد يكون الشيء المعهود برده شيئاً منفرداً بذاته لا مجرعا من المال ، فإذا بيع واشترى بثمنه شيء آخر حل هذا الشيء الآخر محل الشيء الأول . ويتبين من ذلك أن القانون الروماني كان لا يعرف الحلول العيني

في المجموع من المال ، فدعوى الإرث بعيدة عن أن تقرر هذه القاعدة ، والإحلال العيني ، يقرر حلولاً عيانياً -اصلاً- حلولاً في مجموع من المال . وإنما هم المحشون (glossateurs) الذين نسبوا إلى القانون الروماني ما ليس منه .

أما القاعدة الثانية التي تقضى بأن في الشيء المنفرد بذاته لا يكون هناك حلول عيني إلا بنص أو اتفاق . فقد خرج القانون الفرنسي القديم عليها ، وترسع في الحلول العيني أنقره فيما لم يرد به نص ولا اتفاق - وليس إذن صحيحاً ما قيل من أن هذه القاعدة قد ألزمتها القانون الفرنسي القديم .

### ١٥٥ - التمييز بين المبرع من ائال وائال المنفرد بزانه نظيفوم

على أساس : سمي النقه الفرنسي التقليدي الحلول العيني في مجموع من المال بالحلول العام ، والحلول العيني في مال منفرد بذاته بالحلول الخاص . والتطبيقات التي توردهما النظرية التقليدية للحلول العام ليست صحيحة ، فهي إما أن تكون تطبيقات خاطئة ، أو هي تطبيقات للحلول الخاص لا للحلول العام . فلا يوجد إذن تطبيقي صحيح للحلول العام ، ومن ثم يصبح التمييز بين الحلول العام والحلول الخاص لا يقوم على أساس .

فن التطبيقات الخاطئة للحلول العام حالة رجوع الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر ، فيسترد الوارث الحقيقي من الوارث الظاهر ما حصل عليه هذا الأخير من مقابل لبعض أمراال التركة . وقد قيل في هذه الحالة إن المقابل الذي دخل التركة قد حل حلولاً عيانياً محل المال الذي خرج منها . ولكن الصحيح أنه يجب التمييز بين فرضين . فإما أن يكون الوارث الظاهر قد كسب المقابل تعريضاً عن عمل غير مشروع أو من نزع الملكية ، فالمقابل يكون من حق الوارث الحقيقي ، لا بحكم الحلول العيني . بل بحكم أن هذا الوارث هو المالك الحقيقي الذي اعتدى على ملكه أو نزع ملكيته . وإما أن يكسب الوارث الظاهر المقابل بموجب تصرف قانوني ، فيكون أساس الرد إلى الوارث الحقيقي الإثراء بلا سبب إذا كان الوارث الظاهر حسن النية ، أو العمل غير المشروع إذا كان سيئ النية ، وليس الأساس على كل حال الحلول العيني . ومن التطبيقات الخاطئة أيضاً حالة بيع التركة . فقد قيل إن بائع

التركة ، إذا كان قد باع من قبل شيئا مما اشتملت عليه ، يلتزم بأن يرد للمشتري ما حصل عليه من مقابل ، أى ثمن ما يبيع من أموال التركة والأموال التى اشترى بنقود متحصلة منها والأموال التى كسبت مقايضة على أموال التركة ومبالغ التعويض ومبالغ التأمين التى تستحق عن هلاك الأموال الموروثة ، وذلك كله على أساس الحلول العيني . والصحيح أن أساس الرد هنا هو إرادة المتعاقدين المفترضة لا الحلول العيني . ذلك أنه إذا كانت بعض الأموال قد تبدلت فى التركة المبيعة فالقانون يفترض أن المشتري يعلم بحدوث هذه التبدلات وأنه قبل شراء أموال البدل (١) . ومن التطبيقات الخاطئة أخيراً حالة التصرف فى المجموعات المادية ، كمكتبة أو قطع ، فلو باع شخص مكتبة أو قطيعاً من الغنم ، وقبل التسليم إلى المشتري تصرف فى بعض الكتب أو فى أفراد القطيع معاوضة ، فقد قيل إن المقابل يحل محل الأصل فى المجموع المادى ويجب تسليمه للمشتري ، على أساس الحلول العيني . والصحيح أنه لا محل للحلول العيني ، ويجب القول بأن بائع المكتبة أو القطيع لا يحق له التصرف بعد أن باع ، وإذا تصرف فإن تصرفه يكون صادراً من غير مالك . ولا ينفذ فى حق المشتري .

بقيت التطبيقات التى هى فى الواقع تطبيقات للحلول الخاص للحلول العام . ففى حالة أموال المفقود فى يد الوارث إذا تصرف الوارث فى بعضها بمقابل ، فإن هذا المقابل يحل حلولا عينيا محل المال المتصرف فيه . ولكن لسنا فى حاجة هنا إلى اشتراط أن يكون ذلك فى مجموع من المال ، ولا يتغير الحكم لو نظرنا إلى المال المتصرف فيه منفرداً بذاته لا عنصراً فى مجموع . فإن المقابل يحل محله حلولا عينيا فى جميع الأحوال . وبذلك يكون هذا التطبيق إنما هو تطبيق للحلول الخاص لا للحلول العام . وكذلك الأمر فى حالة قبول التركة بشرط الجرد . فما خرج من أموال هذه التركة يحل مقابله محله . ومناط تحقيق الحلول هنا هو خضوع الأموال لنظام قانونى خاص ، فلا أهمية لوصف

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور فى هذا الصدد : « وما يقطع بأن أساس الرد ليس الحلول أن البائع يلتزم برد ثمن ما باعه من أموال التركة ولو كان قد قبضه ، وبالتالي اختلط بباقي أمواله ، مع أن المسلم أنه يلتزم لتحقيق الحلول أن يكون المال المستبدل محتفظاً بذاتيته المتميزة وهو شرط متخلف فى هذا الفرض » (منصور مصطفي منصور فى الحلول العيني فقرة ٣٧ ص ٥٣) .

هذه الأموال بأنها مجموع . ويكون الحلول هنا أيضاً حلولاً خاصاً ، لا حلولاً عاماً .

١٥٦ - **دوكل للقول بالجاز القانوني** : وتصف النظرية التقليدية الحلول العيني بأنه مجاز قانوني ، وترتب على ذلك نتيجة المنطقية وهي عدم جواز التوسع في تفسير النصوص المقررة للحلول العيني .

وواقع أن الحلول العيني ليس مجازاً ، ومعناه في جميع الأحوال إعطاء المال المستبدل حكماً قانونياً ما كان ليأخذه بحسب القواعد العامة . وهذه المخالفة للقواعد العامة لا تكفي وحدها لوصف الحلول العيني بأنه مجاز قانوني . وإنما يكون الحلول العيني مجازاً قانونياً إذا هو افترض للشيء طبيعة تخالف طبيعته ، فافترض المنقول عقاراً مثلاً . ولكن الحلول العيني لا يفترض المنقول عقاراً ، وإنما يبقيه منقولاً كما هو ، وإن كان يعطيه حكماً يخالف القواعد العامة ، فأين هذا من الجاز ؟

وإذا أمكن رد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة ، اتنى عن الحلول ، لا وصف الجاز فحسب ، بل أيضاً وصف أنه استثناء لا يجوز التوسع فيه ، ورد أحوال الحلول العيني إلى قاعدة عامة هو ما تكفلت به النظرية الحديثة .

### المطلب الثاني

النظرية الحديثة في الحلول العيني

١٥٨ - بسط النظرية الحديثة

١٥٧ - **التارة للحلول العيني - الحلول العيني ليس مجازاً قانونياً :**

ترد النظرية الحديثة أحوال الحلول العيني بحكم القانون إلى حالتين : ( الحالة الأولى ) عندما يكون هناك مجموع من المال واجب الرد ، وتراد معرفة العناصر التي يشتمل عليها هذا المجموع لتكون محلاً للرد . في هذه الحالة إذا خرج أحد هذه العناصر من المجموع قبل الرد ، وكان له مقابل ، فإن هذا المقابل يحل بحكم القانون محل المال الذي خرج ويجب رده ضمن سائر عناصر المجموع . ( الحالة الثانية ) إذا كان هناك شيء خصص لغرض معين ، ثم خرج من

ملك صاحبه بمقابل . فإن هذا المقابل محل بحكم القانون محل الشيء في نفس الغرض الذي كان الشيء مخصصا له من قبل . وفي غير هاتين الحالتين لا يتحقق الحلول العيني بحكم القانون ، وإنما يتحقق بموجب نص خاص أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

وليس الحلول العيني مجازا قانونيا . فهو لا يخلع على الشيء المستبدل طبيعة أخرى غير طبيعته ولا يغير من تكييفه القانوني . وإنما يقتصر على جعل هذا الشيء خاضعا للرد ضمن عناصر المجموع في الحالة الأولى ، وعلى تخصيصه لنفس الغرض الذي كان الشيء المستبدل به مخصصا له من قبل في الحالة الثانية (١) .

### ١٥٨ - الحالة الأولى - مجموع من المال واجب الرد : يكون هناك

حلول عيني بحكم القانون في المجموع من المال واجب الرد . ويتحقق ذلك في فروض مختلفة ، منها التركة تحت يد الوارث الظاهر إذا وجب ردها إلى الوارث الحقيقي ، ومنها بيع الوارث للتركة عندما يجب تسليمها للمشتري ، ومنها أموال المنقود إذا وجب ردها إليه عند ظهوره حيا . فإذا أخرج المطلوب منه الرد من مجموع المال الذي تحت يده شيئا بمقابل ، فإن هذا المقابل محل بحكم القانون محل هذا الشيء ويجب رده مع سائر الأشياء التي يشتمل عليها المجموع . مثل ذلك أن يبيع الوارث الظاهر من أعيان التركة التي تحت يده شيئا ، ويقبض الثمن ، ثم يشتري بالثمن شيئا آخر ، فإن الثمن في هذا الفرض محل بحكم القانون محل الشيء المبيع ، ثم محل الشيء المشتري محل الثمن بحكم القانون أيضاً ، وإذا طالب الوارث الحقيقي الوارث الظاهر برد التركة ، وجب على هذا الأخير أن يردها إليه ويشمل الرد الشيء المشتري الذي حل محل الثمن . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع الوارث التركة ، وقبل تسليمها للمشتري يهلك أحد أعيانها خطأ الغير فيتقاضى الوارث تعويضاً ، أو يهلك بغير خطأ فيتقاضى الوارث مبلغ تأمين مستحقاً بعتد تأمين ، فيحل بحكم القانون التعويض أو مبلغ التأمين محل العين التي هلكت . وعندما يطالب مشتري التركة البائع بتسليمها ، يجب على هذا الأخير أن يسلم فيها يسلم التعويض أو مبلغ التأمين ، أو الشيء الذي اشتراه بالتعويض أو مبلغ التأمين ، إلى المشتري . ومثل ذلك أخيراً

(١) بلايول وريبير وبكار فقرة ٢٩ ص ٣٤ .

إذا نزع ملكية عين من أموال المفقود للمنفعة العامة ، واستولى الوارث واضع اليد على التعويض المستحق ، فإن هذا التعويض محل بحكم القانون محل العين التي نزع ملكيتها . وإذا ظهر المفقود ، فإنه يسترد من الوارث فيما يسترد هذا التعويض ، أو ما عسى أن يكون الوارث قد اشتراه بهذا التعويض ونرى من ذلك أن الشيء يخرج من مجموع المال واجب الرد بطرق مختلفة . فقد يخرج بتصرف قانوني ، كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو الشيء الذي اشترى بالثمن أو بدل المقايضة محل الشيء الأصلي . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ويجب ، حتى يتحقق الحلول العيني بحكم القانون في هذه الحالة ، أن يكون الواجب الرد هو مجموع من المال ، لا شيء منفرد بذاته . فإذا كان الشيء الواجب الرد شيئاً منفرداً بذاته ، فإن المقابل لا يحل محله حلولاً عينياً بحكم القانون ، ويجب حتى يكون هناك حلول عيني أن يكون ذلك بموجب نص خاص (١) أو بناء على اتفاق ذوى الشأن .

### ١٥٩ - الحان الثانية - شيء فخصه افرصه معين : إذا خصص

شيء لغرض معين ، فإنه ينظر إليه باعتباره قيمة مالية بصرف النظر عن ذاتيته المادية . ويترتب على ذلك أنه إذا وقع ما يستوجب استغلال هذه القيمة المالية في شيء آخر يستبدل بالشيء الأول ، أو ما يجعل هذا الاستغلال نافعا ، واستبدل بالشيء الأول صاحبه شيئاً آخر ، فإن هذا الشيء الآخر محل قانوناً محل الشيء الأول ، ويكون مخصصاً لنفس الغرض الذي كان الشيء الأول مخصصاً له ذلك أن الغرض الذي خصص له الشيء الأول لا يزال قائماً ، فيبقى ويصبح الشيء الآخر مخصصاً له بدلاً من الشيء الأول . ونرى من ذلك أن الذاتية المادية للشيء غير مقصودة لذاتها في التخصيص للغرض ، والعبارة بالقيمة المالية . فإذا تجسمت هذه القيمة في شيء مادي آخر ، كان من الطبيعي أن يبقى الغرض قائماً ومتصلاً بالشيء الجديد الذي تجسمت فيه القيمة المالية ،

(١) انظر أمثلة للنص الخاص : م ٥٧٥/٢ تجارى فرنسى ، وم ٢٨١ تجارى مصرى ، وم ٣٧ من قانون ١٣ يولييه سنة ١٩٢٠ في فرنسا الخاص بمقت التأمين .

ومن ثم يصبح هذا الشيء الحديد مخصصاً لهذا الغرض (١) . والذي يعتد به في هذه الحالة هو فكرة التخصيص (affectation) ، لا فكرة الأصل (origine) التي اعتد بها في الحالة الأولى .

والأمثلة على ذلك كثيرة متنوعة . منها أن يهب شخص شخصاً آخر مالا أو يوصى له به ، على أن يخصص هذا المال لعمل معين من أعمال البر والإحسان . فهذا المال قد يخصص لغرض معين ، فإذا باعه الموهوب له أو الموصى له به واشترى بثمنه مالا آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل بحكم القانون محل المال الأول ، ويصير مخصصاً لعمل البر الذي كان المال الأول مخصصاً له . ومن ذلك أيضاً الوقف في الشريعة الإسلامية ، فالمال الموقوف قد رصد لجهة خيرية لا تقطع ، فهو إذن مخصص لغرض معين . فإذا استبدلت بالعين الموقوفة عين أخرى ، حلت العين الأخرى بحكم القانون محل العين الموقوفة ، وصارت وقفاً على الجهة الخيرية نفسها دون حاجة إلى إشهاد جديد بالوقف . ومن ذلك أيضاً ملكية الأسرة ، فإذا اتفق أعضاء الأسرة الواحدة على تخصيص أموال معينة لتكون ملكاً للأسرة (م ٨٥١ مدني) ، فقد خصصت هذه الأموال لغرض معين . فإذا بيعت عين من هذه الأموال واشترى بثمنها عين أخرى ، فقد حلت هذه العين الأخرى بحكم القانون محل العين الأولى ، وأصبحت داخلة في ملك الأسرة . ومن ذلك أيضاً المال الشائع المتفق على بقائه في الشيوع لمدة معينة ، فقد خصص هذا المال لغرض معين ومن أجل ذلك اتفق على بقائه في الشيوع . فإذا نزع ملكية هذا المال للمنفعة العامة أو هلك ، واشترى بالتعويض مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل قانوناً محل المال الأول ، ويصبح مثله باقياً في الشيوع . ومن ذلك أيضاً المال المرهون ، فإنه يصبح يرهنه مخصصاً لغرض معين هو تأمين الدين . فإذا هلك هذا المال بخطأ الغير أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، فإن التعويض (أو مبلغ التأمين إذا كان المال مؤمناً عليه) يحل بحكم القانون محل المال المرهون ، ويصبح مثله محملاً بنفسه للتأمين .

(١) وفي هذا ضرب من التناسخ ، فإن القيمة المالية ، التي كانت حالة في شيء ما في معين بالذات ، حلت الآن في شيء ما في آخر ، كما قيل في تناسخ الأرواح من أنها تنتقل من جسم إلى جسم آخر .



ورى من ذلك أن الشيء في هذه الحالة الثانية يخرج ويحل محله شيء جديد ، على النحو الذي رأيناه في الحالة الأولى . فقد يخرج بتصرف قانوني كبيع أو مقايضة ، فيحل الثمن أو البديل محله . وقد يخرج بواقعة مادية كالهلاك ، فيحل التعويض أو مبلغ التأمين محله . وقد يخرج بنزع الملكية ، فيحل التعويض كذلك محله .

ومعنى أن محل الشيء الجديد حلولا عينيا محل الشيء القديم ، أنه يخضع لنفس النظام القانوني الذي كان الشيء القديم خاضعا له بحكم تخصيصه للغرض المعين الذي كان مخصصا له . فيصبح الشيء الجديد مثلا خاضعا لنظام الوقف كما كان الشيء القديم ، أو يصبح جزءا من ملكية الأسرة ، أو يصبح باقيا في الشبوع ، أو يصبح محلا للتأمين العيني ، إلى غير ذلك من النظم القانونية المختلفة التي كانت الأشياء القديمة خاضعة لها . وقد قدمنا<sup>(١)</sup> أن الحلول العينية ليس مجازا قانونيا ، فهو لا يغير من طبيعة المال ولا يعدل من وضعه القانوني ، وإنما يجعل الشيء الجديد خاضعا لنفس النظام القانوني الذي كان الشيء القديم خاضعا له .

## ١٦٠ - رد مالي الحلول العيني إلى مائة وامدة هي مائة الخضوع

نظام قانوني معين : ومن أجل ذلك أخذ بعض الفقهاء المحدثين<sup>(٢)</sup> بفكرة مبسطة في الحلول العيني . فعند هؤلاء الفقهاء لا توجد إلا حالة واحدة في الحلول العيني تضم الحالين المتقدمتي الذكر . فحيث يخضع المال ، سواء كان مجموعا من المال أو كان مالا منفردا بذاته ، لنظام قانوني خاص بسبب تخصيصه لغرض معين ، فإن بدل هذا المال محل بحكم القانون محله ، فيخصص لنفس الغرض ، ويخضع لنفس النظام القانوني الخاص . يستوى في ذلك المجموع من المال الواجب الرد فإن هذا المجموع مخصص للرد وخاضع لنظام قانوني خاص ، والمال المنفرد بذاته فهو أيضاً مخصص لغرض معين وخاضع لنظام

(١) انظر آنفا فقرة ١٥٧ .

(٢) نظرا إيمان في الأسبوع القضائي ١٩٢٨ ص ٦٦ - دي باج ٥ فقرة ٣٩٤ وما بعدها -

ييدان وفواران ٤ فقرة ٢ ؛ وما بعدها - منصور مصطفي منصور في رسالتك في الحلول العيني -

إسماعيل غانم في رسالتك في الذمة المالية فقرة ٥٨ .

قانونى خاص . فتتلاقى الحالتان إذن فى حالة واحدة ، هى حالة الخضوع لنظام قانونى خاص بسبب التخصيص لغرض معين .  
ويظهر التخصيص كما قدمنا منذ خضوع المال لنظام قانونى خاص ، أى لمركز قانونى مختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له الأموال بصفة عامة . ويقول الأستاذ منصور مصطفى منصور فى هذا الصدد : « ويظهر التخصيص إذا خضع المال لمركز قانونى مختلف عن المركز القانونى الذى تخضع له باقى أموال الذمة . فقد يكون المال غير جائز التصرف فيه ، أو غير جائز التصرف فيه إلا بقيود معينة كالحصول على إذن شخص آخر . وقد تكون منفعة المال لغير مالكة . وقد يكون المالك هو صاحب الحق فى التصرف أو فى الإدارة على خلاف الأصل ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر الذى بلغ السادسة عشرة فى القانون المصرى والزوجة فى القانون الفرنسى بالنسبة للأموال المكتسبة من العمل الخاص . وقد يكون لبعض الدائنين على المال حقوق تقتضى تمييزهم ، على خلاف الأصل ، عن باقى الدائنين ، وهو ما يتحقق بالنسبة للتأمينات العينية جميعاً . بل إن الحق قد يكون لشخص لا يعتبر دائناً للمالك المال الذى يرد عليه ، كما هى الحال بالنسبة لحق الدائن المرتهن لعقار غير مملوك لمدينه . ففى هذه الأحوال نجد أن للمال مركزاً قانونياً خاصاً ، وبذلك يعتبر مخصصاً بالمعنى الذى يناط به الحلول العينية» (١) .

## § ٢ - تطبيقات للحلول العينية فى القانون المدنى المصرى

### ١٦١ - عدم وضع قاعدة عامة للحلول العينية فى القانون المدنى

المصرى : لا يوجد فى القانون المدنى المصرى قاعدة عامة للحلول العينية ، وقل أن توجد هذه القاعدة العامة فى قوانين البلاد الأخرى (٢) .

(١) منصور مصطفى منصور فى رسالته فى الحلول العينية ص ١٣١ - وانظر فى شروط الحلول العينية نفس المرجع ص ١٢٦ - ص ١٣٢ و ص ١٤١ - ص ١٥٤ - حسن كبيرة فقرة ٤٤ .

(٢) فلا توجد إلا تطبيقات متناثرة للحلول العينية فى التقنين المدنى الفرنسى ، وكذلك الحال فى التقنين المدنى الإيطالى والتقنين المدنى الأسبانى والتقنين المدنى البرتغالى والتقنين المدنى السويسرى . ولا توجد قاعدة عامة فى الحلول العينية إلا فى التقنين المدنى الألمانى : انظر المواد ١٣٧٠ و ١٤٧٣ و ١٥٢٤ و ٢٠٤١ و ٢١١١ و ٢٣٧٤ من هذا التقنين ( بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥ ) .

ولم يخن الوقت بعد لوضع قاعدة تشريعية عامة في الحلول العيني ، والأولى أن تترك هذه المسألة للفقهاء والقضاء حتى يتم تطورها ، وتصبح قابلة لأن يتوبها تشريع مستقر ثابت .

ومع ذلك فإن التقنين المدني المصري قد اشتمل على طائفة من النصوص تقرر الحلول للعيني في كثير من الحالات ، وهذا التقنين هو من أكثر للتقنينات تعميماً للقواعد التي تقرر الحلول العيني (١) .

فنبداً بعرض النصوص الواردة في التقنين المدني المصري مقررة للحلول للعيني ، ثم نعرض لتطبيقات أخرى للحلول العيني لم يرد في شأنها نص .

### ١٦٢ - نصوص في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العيني :

هناك طوائف ثلاث من النصوص في التقنين المدني المصري تقرر الحلول العيني : ( الطائفة الأولى ) وهي أهمها وأكثرها ، وتقرر انتقال التأمينات العينية من العين التي كانت مثقلة بهذه التأمينات إلى العوض الذي حل محلها حينئذ محل هذه العين . وهذا للعوض قد يكون الثمن ، أو التعويض من التلف ، أو مبلغ التأمين ، أو التعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة ، أو أي عوض آخر محل العين .

(١) ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور في هذا الصدد : « وبالرغم من تقدم الدراسات نسبياً في هذا الصدد ، فتمتد أن الوقت لم يخن بعد لتقرير نظرية الحلول العيني تقريراً تشريعياً . ولذلك نجد الائتانون المدني - وهو من أحدث القوانين - يسلك نفس السبيل في تجنب وضع نظرية عامة شاملة لكل صور الحلول العيني ، وهو مسلك موفق . كما وفق المشرع المصري أيضاً إذ ذهب أكثر من غيره إلى التعميم عند وضعه للقواعد التي تقرر الحلول العيني في بعض صور التخصيص . فنجده مثلاً يقرر حلول ما يستبدل بالأموال المحملة بتأمينات عينية محلها ، أيا كان التأمين العيني ، وأيا كان المقابل . كما أنه يقرر حلول كل ما يستبدل بالأموال المحملة بحق التأمين محلها . إلا أنه مع ذلك لم يذهب إلى هذا الحد من التعميم في صور أخرى . فنجده مثلاً يقرر حلول الثمن محل المال المحبوس إذا بيع نخشية الهلاك أو التلف ( م ٢/٢٤٧ ) دون أن يتعرض لصور الأخرى التي يتحقق فيها استبدال مال بالمال المحبوس ، وتقتضى حماية من له الحق في الحبس انتقال حقه إلى المال المستبدل كما لو كنا بصدد تعويض عن هلال المال المحبوس . بل إنه سكت سكوتاً تاماً في بعض صور التخصيص ، فلم يتعرض لحكم الأموال التي تستبدل بالأموال التي اشترط عدم جواز التصرف فيها والأموال المكونة للنزعة مثلاً » ( منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ١٧٥ - ص ٢٧٦ )

ونبدأ بالمادة ١٠٥٦ مدني ، وهي تقرر المبدأ العام في الرهن الرسمي ،  
 فننص على أن « يستوفى الدائنون المرهونون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من  
 ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة  
 كل منهم ، ولو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد » . وتطبيقاً لذلك تنص  
 المادة ١٠٤٩ مدني على أنه « إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان ،  
 انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين  
 أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة » . وتطبيقاً لذلك أيضاً  
 تنص المادة ٢/١٠٣٩ مدني على ما يأتي : « 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 بأمر على  
 عريضة ... » . وأورد التقنين المدني أيضاً تطبيقاً خاصاً برهن المباني القائمة  
 على أرض الغير رهناً رسمياً ، فنصت المادة ١٠٣٨ مدني على أنه « يجوز لمالك  
 المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن  
 حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقراض إذا هدمت المباني ، ومن  
 التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة  
 بالالتصاق » .

هذا فيما يتعلق بالرهن الرسمي . وأما فيما يتعلق بحق الاختصاص ، فقد  
 نصت المادة ١٠٩٥ مدني على أن « يكون للدائن الذي حصل على حق  
 الاختصاص نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي ، ويسرى  
 على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، وبخاصة ما يتعلق  
 بالقيد وتجديده ومحوه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه ، وذلك كله مع عدم  
 الإخلال بما ورد من أحكام خاصة » . ولم يرد في شأن حق الاختصاص أحكام  
 خاصة تتعارض مع النصوص التي سبق أن ذكرناها في انتقال الرهن الرسمي  
 إلى عوض العقار المرهون ، ومن ثم فإن هذه النصوص تنطبق على حق  
 الاختصاص انطباقاً على حق الرهن الرسمي .

وفيما يتعلق برهن الحيازة نصت المادة ٢/١١٠٢ مدني على ما يأتي :  
 « وتسرى على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك

الشيء المرهون رهنا رسمياً أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون إلى ما حل محله من حقوق . وهذا نص عام ينقل أحكام الحلول العيني في الرهن الرسمي إلى رهن الحيازة . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١١١٩ مدني على أنه « ١ - إذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقوم بدله ، جاز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق . ٢ - ويفصل للقاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه » . ثم ورد تطبيق خاص فيما يتعلق بالدين المرهون رهن حيازة ، فنصت المادة ١/١١٢٨ مدني على أنه « إذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، فلا يجوز للمدين أن يوفى الدين إلا للمرتهن والراهن معاً ، ولكل من هذين أن يطلب إلى المدين إيداع ما يؤول إليه ، وينتقل حق الرهن إلى ما تم إيداعه » .

وفيما يتعلق بحقوق الامتياز على عقار ، نصت المادة ١/١١٣٤ مدني على أن « تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق .. » . ومن ثم تطبيق النصوص الخاصة بالحلول العيني في الرهن الرسمي والتي سبق ذكرها ، على حقوق الامتياز على عقار . وقد أكدت ذلك المادة ١٠٣٥ مدني حين نصت على أن « يسرى على الامتياز ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه » .

وفي عقد التأمين من الحريق ، طبقت المادة ١/٧٧٠ مدني الحلول العيني على مبلغ التأمين ، فنصت على أنه « إذا كان الشيء المؤمن عليه مثقلاً برهن حيازي أو رهن تأميني أو غير ذلك من التأمينات العينية ، انتقلت هذه الحقوق إلى التعويض المستحق للمدين بمقتضى عقد التأمين » .

وفي الشفعة ، طبقت المادة ٩٤٧ مدني الحلول العيني ، فنقلت التأمينات العينية من العقار المشفوع فيه إلى ما حل محله من الثمن ، إذ نصت على أنه « لا يسرى في حق الشفع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صلر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضلعه » .

إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي يجعل فيه إعلان الرغبة في الشفعة .  
ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري  
من ثمن العقار، (١) .

( الطائفة الثانية ) وهي خاصة بالحق في الحبس ، فهو ينتقل من الشيء  
إلى ثمنه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ٣/٢٤٧ مدني في هذا المعنى  
على ما يأتي : « وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الملاك أو التلف ، فللمحابس  
أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة  
١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه ، (٢) .

( الطائفة الثالثة ) وهي خاصة بحق الانتفاع ، فينتقل هذا الحق من الشيء  
إلى عوضه بحكم الحلول العيني . وقد نصت المادة ١/٩٩٤ مدني في هذا  
المعنى على ما يأتي : « ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء ، إلا أنه ينتقل من هذا  
الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض ، (٣) .

### ١٦٣ - تطبيقات أخرى للحلول العيني في القانون المدني المصري

لم يرد في شأنها نص : وليست النصوص التي أوردناها فيما تقدم هي كل  
تطبيقات الحلول العيني في القانون المدني المصري ، فهناك تطبيقات أخرى لم  
يرد في شأنها نص ، ولكن تسرى عليها القاعدة العامة في الحلول العيني التي  
تقررها النظرية الحديثة فيما قدمنا . ونذكر من هذه التطبيقات ما يأتي :

١ - الأموال الموقوفة : لم يرد في هذا الشأن نص في التقنين المدني ،

سوى أن المادة ٣/٥٢ نصت على اعتبار الوقف شخصاً معنوياً . أما قانون  
الوقف فقد نص صراحة في المادة ١٤ منه على أن العقار أو المنقول الذي يشتري  
بأموال بدل العين الموقوفة « يحل محل العين الموقوفة » ، وهذا هو الاستبدال

( ١ ) انظر في هذه الطائفة الأولى من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفي  
منصور في الحلول العيني ص ٢١١ - ص ٢٣٥ - حن كيرة ص ١٣٩ - ص ١٤٣ - وقارن  
إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨ ص ١٢٣ هامش ١ .

( ٢ ) انظر في هذه الطائفة الثانية من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفي  
منصور في الحلول العيني ص ٢٤٥ - ص ٢٥٣ .

( ٣ ) انظر في هذه الطائفة الثالثة من النصوص وما عرض له الفقه بشأنها : منصور مصطفي  
منصور في الحلول العيني ص ٢٥٤ - ص ٢٦٦ .

المعروف في نظام الوقف . وكلامنا هنا مقصور على الوقف الخيري ، بعد إلغاء للوقف الأهلي . فأركان البذل ، كالثمن والتعويض ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، تحل بحكم القانون حلولا عينيا محل العين الموقوفة . وما يشترى بأموال البذل من عقار أو منقول محل هو أيضاً بحكم القانون محل أموال البذل ، ويصبح موقوفاً بمجرد الشراء . ذلك أن العين الموقوفة ابتداءً قد خضعت لمركز قانوني خاص يقضي بعدم جواز التصرف فيها وبصرف غلتها لجهة معينة ، إذ أنها خصصت لغرض معين . ومن ثم فإن العين التي تشتري بدلا منها تحل محلها حلولا عينيا بحكم القانون ، فتصبح وقفاً على نفس الجهة<sup>(١)</sup> . ولا حاجة لإشهاد بوقف جديد حتى تصبح العين المشتراة موقوفة ، بل إن مجرد الشراء يجعلها وقفاً كما سبق القول .

٢ - أموال المؤسسة : أموال المؤسسة ، كالأموال الموقوفة ، مملوكة لشخص معنوي ، وهي مثلها خاضعة لمركز قانوني خاص لأنها مخصصة لغرض معين هو عمل من أعمال البر أو النفع العام . وقد نصت المادة ٦٩ مدني في هذا المعنى على أن « المؤسسة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال ، مدة غير

(١) انظر في هذا المعنى منصور مصطفي منصور في الحلول المعنى ص ١٧٧ - ص ١٨٣ - وقد قيل إن مال البذل إنما يخضع للقواعد الخاصة التي كان يخضع لها المال المبدل لا لأنه حل محله ، بل مجرد أنه مملوك للوقف إذ الوقف شخص معنوي ( إسماعيل غانم في الذمة المالية ص ١٠٥ هامش ٢ ) . ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور في الإجابة على هذا الاعتراض : « وهو قول مردود ، إذ لا يمكن قبوله إلا إذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن يمتلك أموالاً أخرى غير الأموال الموقوفة ، أو كان الأصل أن ما يملكه يعتبر موقوفاً بحيث يثبت له هذا الوصف بمجرد تملك هذا الشخص له . ونرى أن كلا الأمرين غير صحيح . فالشخص المعنوي قد يملك أموالاً غير الأموال الموقوفة ، كأموال الغلة قبل توزيعها على المستحقين ، والأموال التي تكتسب بفاضل الغلة سواء قصد استغلالها أو كانت لازمة لاستغلال الأموال الموقوفة كآلات الزراعة والمواشي .. الخ . ومن ذاهية أخرى فإن المال لا يعتبر وقفاً مجرد أنه مملوك لجهة الوقف ، ذلك أن مناط اعتبار المال وقفاً هو حصول الإشهاد على ذلك وضبطه بالمحكمة الشرعية . فالأصل الذي تخضع له أموال الشخص المعنوي هو الحرية لا الحبس ، وهو ما يدعو إلى الحاجة إلى الحلول المعنى حتى يخضع مال البذل للمركز الخاص . وأخيراً فإن المراكز الخاصة قد تعدد لتعدد الأغراض التي يراد تحقيقها من الأموال الموقوفة في يد نفس الشخص المعنوي ، بحيث يجب دائماً الاحتفاظ بالفصل بين طوائف الأموال المخصصة لأغراض مختلفة ، فقد يقف شخص عدة أموال بعضها لتحقيق غرض معين والبعض الآخر لتحقيق أغراض أخرى » ( منصور مصطفي منصور في الحلول المعنى ص ١٧٩ - ص ١٨٠ ) .

معينة ، لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد إلى أى ربح مادى . وليس الوقف في الواقع من الأمر إلا مؤسسة تخضع للأحكام المعروفة في الشريعة الإسلامية . ويجوز الاستبدال في أموال المؤسسة كما يجوز الاستبدال في الأموال الموقوفة ، ويتحقق الحلول العيني في المؤسسة كما يتحقق في الوقف . فإذا استبدل بمال للمؤسسة مال آخر ، فإن هذا المال الآخر يحل حلالا حينها محل المال الأول ، ويخضع للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له أموال المؤسسة ، ويصبح محصا للأغراض التي كان المال الأول مخصصا لها<sup>(١)</sup> . وكالاستبدال الاختياري تبديل أموال المؤسسة جبرا ، كما لو نزع ملكيتها للمنفعة العامة ، أو هلكت بتعد ووجب التعويض ، أو تلفت وكان مؤننا عليها فاستحق مبلغ التأمين<sup>(٢)</sup> .

٣ - ملكية الأسرة : تنص المادة ٨٥١ مدني على أن « لأعضاء الأسرة الواحدة ، الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على إدخاله في هذه الملكية » . وتنص المادة ١/٨٥٣ مدني على أنه « ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لأى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا » . وتنص المادة ١/٨٥٤ مدني على أن « للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر ، وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أهد له المال المشترك ما يحسن به طرق الانتفاع بهذا المال ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك » . ونرى من هذه النصوص أن ملكية الأسرة مال شائع بين أفراد الأسرة ، وقد خصص لغرض معين يرجع إلى

(١) ولا يعترض هنا ، كما لا يعترض في الوقف ، بأن المؤسسة شخص معنوي فالمال الذي يستبدل ويدخل في ملكها يصبح خاضعا لنظامها ، لا بحكم الحلول العيني ، بل بحكم أنه أصبح مالا مملوكا للمؤسسة . والرد على هذا الاعتراض هو نفس الرد على الاعتراض الذي رأيناه في الوقف ( انظر منصور مصطنق منصور في الحلول العيني ص ١٨٥ ) .

(٢) انظر في هذه المسألة منصور مصطنق منصور في الحلول العيني ص ١٨٤ - ص ١٨٩



وحدة العمل أو المصلحة التي تجمع ما بين أفراد الأسرة ، وأخضع المركز قانوني خاص يكفل تحقيق هذا الغرض . ويقضى هذا المركز القانوني بأنه لا يجوز للشركاء أن يطلبوا القسمة مادامت ملكية الأسرة قائمة ، ولا يجوز لشريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبي إلا بموافقة الشركاء جميعا ، ويعين من بين أفراد الأسرة مدير لهذا المال له سلطة واسعة في إدارته لتحسين طرق الانتفاع به . فهذه شروط الحلول العيني كلها متوافرة . ويترتب على ذلك أنه إذا أبدلت بعين من مال الأسرة عين أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو نزع ملكية أو عقد تأمين أو غير ذلك ، فإن هذه العين الأخرى تحمل محل العين الأولى حلولا عينيا بحكم القانون ، وتصبح مثلها جزءاً من مال الأسرة ، مخصصة لنفس الغرض ، وخاضعة للمركز القانوني الخاص الذي تخضع له سائر أموال الأسرة (١) .

٤ - الأموال التي لا يجوز التصرف فيها : قد تكون هناك أموال

لا يجوز التصرف فيها ، فتخضع لمركز قانوني خاص تحقيقاً لغرض معين . من ذلك ما نصت عليه المادة ٨٢٣ مدني من أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ثم نصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً » . كذلك يكون المال غير جائز التصرف فيه بحكم القانون بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية (م ٦١٦ مرافعات) ،

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ٢٠٥ - ص ٢١٠ - ويقول في النجاة : « فإذا صح ما ذهبنا إليه بالنسبة لملكية الأسرة ، فإنه يسرى أيضاً في الشيوع العادي إذا اتفق على البقاء في الشيوع مدة معينة ، وحيث لا يجوز طلب القسمة خلال هذه المدة . فإذا استعمل بمال من الأموال المملوكة على الشيوع والتي تلام بطبيعتها لاستغلال الأموال الأخرى بالآخر ، فإنه المال المستبدل يدخل بقوة القانون في الأموال الشائعة ، ويسرى بالنسبة إليه الاتفاق على البقاء في الشيوع إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها » ( منصور مصطفي منصور في الحلول العيني فقرة ١٢٢ ص ٢١٠ ) .

إذ يصبح مخصصا لوفاء الدين وخاضعا لمركز قانوني خاص . ففي هذه الحالة وفي الحالة المتقدمة ، يكون المال غير الحائز التصرف فيه مستوفيا لشروط الحلول العيني ، فهو مال خاضع لمركز قانوني خاص إذ لا يجوز التصرف فيه ، وكل تصرف يقع باطلا لأن عدم التصرف يعتبر تكليفا عينا يتصل بذات المال . ثم هو مخصص لتحقيق غرض معين ، قد يكون حماية ، صيانة ، مشروعة لمشروط عدم التصرف أو لمن تصرف له هذا المشروط أو للغير ، وقد يكون وفاء دين ينفذ به على المال . فإذا أبدل بهذا المال مال آخر عن طريق التبديل الحبري ، كأن هلك هذا المال أو نزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو حتى عن طريق التصرف القانوني كأن أذن القاضي في التصرف فيه بالرغم من عدم جواز التصرف لضرورة أو مصلحة كأن كان آيلا للنهدم وأريد بيعه أنقاضا أو كان قليل المنفعة ويمكن استغلال قيمته بطريقة أفضل ، فإن المال الآخر يخل محل المال الممنوع التصرف فيه حلولا عينا بحكم القانون ، ويصبح خاضعا لنفس المركز القانوني الخاص فيصير هو أيضاً غير قابل للتصرف فيه ، تحقيقا لنفس الغرض الذي كان المال الأول مخصصا له (١) .

٥ - أموال القاصر من كسبه الخاص : تنص المادة ١/٦٣ من قانون

الولاية على المال ( المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ) على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر بحدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته » (٢) . فكسب القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمله هو مال خاضع لمركز قانوني خاص ، يتميز به عن مائر أموال القاصر . ففي حين

( ١ ) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ١٩٠ - ص ٢٠١ .

( ٢ ) انظر أيضاً المادة ٦١ من قانون الولاية على المال ، وتنص على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وكذلك تنص المادة ٦٠ من نفس القانون على أنه « إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بنير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق » . وقد يؤذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم بعض أمواله لإدارتها على وجه معين ، وقد يؤذن له في الاتجار ببعض ماله ( انظر المواد ٥٤ - ٥٩ من قانون الولاية على المال ) .

لا يستطيع القاصر التصرف في سائر أمواله أو إدارتها إلا بإذن الولي أو الوصي وفي حدود مقررة ، إذا به يستطيع الإدارة والتصرف دون إذن من أحد في كسبه من عمله الخاص . ويستطيع أن يلتزم التزاما صحيحا في حدود هذا المال . وهذا المركز القانوني الخاص الذي أخضع له كسب القاصر من عمله يراد به تحقيق غرض خصص له هذا الكسب ، هو تشجيع القاصر على الكسب ما أمكنه ذلك وتدريبه في الوقت ذاته على التعامل في مال لم يقطعته من رأس ماله وإنما حصل عليه من عمله . ومن ثم تكون شروط الحلول العيني متوافرة ، ويرتب على ذلك أنه لو أبدل بمال من كسب القاصر الخاص مال آخر ، سواء كان ذلك بتصرف القاصر أو بهلاك المال أو ينزع ملكيته أو بغير ذلك من الأسباب ، فإن المال الآخر يحل بحكم القانون حلولا عينيا محل المال الأول ، ويخضع لنفس المركز القانوني الخاص . وعلى ذلك يعتبر المال الآخر في حكم المال الذي كسبه القاصر من عمله ، وتسرى عليه أحكامه ، فيستطيع إدارته والتصرف فيه دون إذن ، تحقيقا لنفس الغرض الذي خصص له كسب القاصر (١) .

٦ - أموال الشركة : إذا كانت الشركة غير مدينة ، فلا شك في أن

ملكيتها تنتقل بموت المورث إلى الورثة ، وتختلط أموالها بأموالهم الشخصية ، فلا تتعدد ذممهم المالية ، ولا يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني . أما إذا كانت الشركة مدينة ، ولو بديون لا تستغرقها ، فهناك مبدأان يبدو في الظاهر أنهما متعارضان . المبدأ الأول يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، والمبدأ الثاني يقضي بانتقال ملكية أموال الشركة إلى الورثة بمجرد موت المورث . ووجه التعارض هو أنه ما دمنا قد سلمنا بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، فكيف تنتقل ملكية أموال الشركة إلى الورثة بمجرد موت المورث وقبل سداد الدين ؟ هذا التعارض ظاهري كما قدمنا . فإن المعنى المقصود من المبدأ القائل بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، هو أن دائني الشركة يستوفون حقوقهم أولا من أموال الشركة ، مقدمين في ذلك على دائني الورثة ، ومقدمين على الورثة أنفسهم . فلا يخلص هؤلاء ملكية أموال الشركة إلا بعد أن يستوفى دائنوها حقوقهم . ولكن ملكية هذه الأموال تنتقل - طبقا لبعض المذاهب في الفقه الإسلامي -

(١) انظر في هذه المسألة منصور مصطفي منصور في الحلول العيني ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ .

إلى الورثة بمجرد موت مورثهم ، على أن تكون محملة بديون الشركة فيصبح للورثة مالكن لأعيان الشركة بمجرد موت مورثهم ، ولكن هذه الأعيان تكون محملة بحق عيني - أقرب إلى أن يكون حق امتياز - لمصلحة دائني الشركة ، يستطيعون بموجبه أن يتقدموا في استيفاء حقوقهم من أموال الشركة على دائني الورثة ، ويستطيعون بموجبه أيضاً أن يستوفوا حقوقهم بالرغم من أن ملكية أموال الشركة قد انتقلت إلى الورثة ، كما يستوفى الدائن صاحب حق الامتياز حقه من المال المحمل بالضمان وهو في ملك المدين . وبذلك يتيسر التوفيق بين المبدئين المتعارضين ظاهراً ، وتنقل أموال الشركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، ومع ذلك لا تكون هناك شركة إلا بعد سداد الدين أي أن دائني الشركة يتقدمون في استيفاء حقوقهم على دائني الورثة وعلى الورثة أنفسهم (١) . ويترتب على ذلك أن الوارث ، بعد انتقال الشركة إلى ملكه ، يجمع بينها وبين ماله الخاص ، فتكون له ذمتان ماليتان منفصلتان مادامت ديون الشركة لم تستوف . ومن ثم يكون هناك مجال لإعمال الحلول العيني ، فهناك إلى جانب أموال الوارث للشخصية مال يخضع لمركز قانوني خاص هو مال الشركة ، ويقضى هذا المركز القانوني الخاص بأن يكون مال الشركة مخصصاً لوفاء دائنيها ، وبأن يكون هؤلاء الدائنون مقدمين في ذلك على دائني الوارث . وبذلك تتوافر شروط الحلول العيني ، فإذا أبدل بعين من أعيان الشركة عن أخرى ، بسبب تصرف قانوني أو هلاك أو تلف أو نزع ملكية للمنفعة العامة أو غير ذلك ، فإن العين الأخرى تحل بحكم القانون حلولا عينياً محل العين الأولى ، وتخضع لنفس النظام القانوني الخاص ، وتكون مخصصة لنفس الغرض أي لوفاء ديون الشركة . ويكون للوارث في الشريعة الإسلامية أشبه ما يكون بالوارث في القانون الفرنسي الذي قبل الميراث بشرط الحرد ، فهذا الوارث أيضاً له ذمتان ماليتان ، ويتحقق الحلول العيني إذا أبدل بمال من الشركة التي قبلها بشرط الحرد مال آخر . ويستوى ، فيما قدمناه في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أن تكون الشركة قد خضعت لإجراءات التصفية أو لم تخضع لها (٢) . ففي الحالتين يتحقق

(١) انظر في هذا المعنى شفيق شحاته ص ١٢ - ص ١٣ - إسماعيل غانم في الذمة المالية  
فقرة ٢٦ - فقرة ٣٥ - منصور مصطلح منصور في المثلون العيني ص ٢٤٠ .  
(٢) منصور مصطلح منصور في الحلول العيني ص ٢٤١ - ص ٢٤٣ - وانظر في المسألة  
تدريس المرجع ص ٢٣٦ - ص ٢٤٤ - وقارن إسماعيل غانم فيما قدمناه من أنه يرى أن تعدد الذمة  
لا يكون إلا إذا بين مصف الشركة ( انظر آنفاً فقرة ١٤٦ ) .

- لمول العيني في أموال التركة على الوجه الذي بسطناه (١) .

( ١ ) وهناك تطبيقات أخرى للحلول العيني أقل أهمية ، نجدتها متناثرة في الفقه والقضاء . ففي الفقه مثلاً لا يستطيع الدائن رفع الدعوى البولصية ضد خلف الخلف إذا تلقى هذا حقه بموض وكان حسن النية ، فيقتصر الدائن دعواه على المدين والخلف وينفذ بحقه على المقابل الذي أخذه هذا الأخير . والمقابل الذي ينفذ عليه الدائن بحقه قد حل محل الحق الذي كان ضماناً للدائن ، وهذا نوع من الحلول العيني ( انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٣٩ ص ٨١٣ هامش ١ - منصور مصطلح منصور في الحلول العيني ص ٢٨٢ ) - وفي القضاء قضت محكمة النقض بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها يأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي إلى انفساخ هذا العقد ، ولا يسوغ في ذاته الفسخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن هلاك الشيء المبيع هو زواله من الوجود بتموماته الطبيعية بسبب آفة سادية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقفي قصد به صيانة الشيء المبيع من الهلاك ، وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها ، وهو الذي ينصرف إليه أثر البيع ( نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ ) .

وهناك تطبيقات للحلول العيني خاصة بالقانون الفرنسي . منها أن المفقود يسترد عند ظهوره حيا ثمن الأموال التي تصرف فيها وارثه والأموال التي كسبت بالثمن الذي بيعت به أمواله ( م ١٣٢ مدني فرنسي - أما في مصر فأحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق ، ولا يسترد المفقود إلا الأعيان بذاتها من ماله التي توجد بيد الوارث ) . ومنها ما يتحقق من حلول عيني في النظم المالية المختلفة للزواج : في أموال الدوطة ، وفي الأموال المشتركة بين الزوج والزوجة ، وفي الأموال الخاصة بكل من الزوجين ، وفي كسب الزوجة من عملها الخاص ( biens réservés ) . ومنها رجوع الواهب في تركة الميت بما ورثه إياه ( succession anormale, retour successoral ) .

# الباب الثاني

## الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها

١٦٤ - الحق غير المادي والشيء غير المادي - نص قانوني : يقال في بعض الأحيان إن الحق يكون إما مادياً (corporel) ، أو غير مادي (incorporel) . وهذا القول لا أساس له ، ذلك لأن الحق يكون دائماً غير مادي . والمادي هو الشيء محل الحق ، أما الحق فهو معنوي ، أي يقوم في الفكر مجرداً غير محسوس . وكل من الحق العيني والحق الشخصي - وهما الحقان اللذان يقعان على الشيء المادي - هو معنوي ، ولا يمكن أن يكون مادياً . فحق الملكية معنوي يقع على شيء مادي ، وكذلك الحقوق العينية الأخرى أصلية كانت أو تبعية ، كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الامتياز . والحقوق الشخصية جميعها ، سواء كان محلها نقل حق عيني أو كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، معنوية لا مادية ، وإن كانت تتعلق بأشياء مادية . ويرجع إلى القانون الروماني القول بالحق المادي ، أي الخلط بين الحق ومحلّه . فقد كان فقهاء الرومان يميزون حق الملكية عن سائر الحقوق من عينية وشخصية ، إذ كان حق الملكية يفارق سائر الحقوق بأنه يعطى صاحبه أوسع السلطات على الشيء الذي يقع عليه ، فيستغرق الحق الشيء في نظر هؤلاء الفقهاء . ومن ثم سهل عليهم أن يخلطوا ما بين حق الملكية وهو غير مادي كما قلنا كسائر الحقوق ، وبين الشيء وهو مادي دائماً . وترتب على هذا الخلط بين الحق ومحلّه أن كسب حق الملكية في نظرهم طبيعة للشيء ، فصار هو أيضاً مادياً مثله . ومن هنا استطاع النقلة الرومان أن يقسم الحقوق إلى مادية وهذا هو حق الملكية على الترتيب الذي بسطنا ، وإلى غير مادية وهذا هي الحقوق جميعاً من عينية وشخصية ما عدا حق الملكية . والصحيح هو ما قلنا

من أن جميع الحقوق ، ويدخل فيها حق الملكية ، غير مادية ، أى لا تدرك إلا بالفكر ، وليس لها جسم محسوس تتمثل فيه كما تتمثل الأشياء المادية في أجسام محسوسة .

وإذا كان التقسيم ما بين مادي وغير مادي لا يرد على الحقوق لأنها كلها غير مادية ، فإنه يرد على الأشياء ، فمنها المادي (corporel) وهو الغالب ومنها غير المادي (intellectuel) . وقد كانت الأشياء المادية وتقسيماتها والحقوق التي ترد عليها محل البحث في الباب الأول . أما هنا في الباب الثاني ، فمحل البحث هو الأشياء غير المادية والحقوق التي ترد عليها . والحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية هي من باب أولى غير مادية ، وعلى ذلك تكون كل الحقوق غير مادية ، سواء وقعت على شيء مادي أو على شيء غير مادي . والشئ غير المادي هو شيء لا يدرك بالحوس ، وإنما يدرك بالفكر . وأكثر الأشياء غير المادية هي نتاج الذهن ، ولذلك أمكنت تسميتها بالأشياء الذهنية (choses intellectuelles) ، وأمكن أن تسمى الحقوق التي ترد عليها بالحقوق الذهنية (droits intellectuels) . وننظر الآن ما هي الحقوق التي ترد على الأشياء غير المادية ، وكثرتها الغالبة تنظمها تشريعات خاصة ، وقد نصت المادة ٨٦ مدني على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :  
 « الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي » . وفي لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتي « الأموال التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » ، وأصبح رقمه ٨٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب تحت رقم ٨٨ . وفي لجنة الشيوخ تقدم اقتراح من بعض مستشاري محكمة النقض بتعديل النص على الوجه الآتي : « الملكية الأدبية والفنية والصناعية تنظمها قوانين خاصة » ، ورأوا في الوقت ذاته أن المشروع هو الفرصة المناسبة لتنظيم هذه الملكية فلك لتنظيم المرتقب من سنة ١٨٨٣ . فرد مندوب الحكومة بأن الحقوق التي ترد على شيء غير مادي لا تقتصر على هذه الأنواع الثلاثة من الملكية ، وإنما تجاوزها إلى أنواع أخرى كلكية المحل التجاري بوصفه مجموعها من الحقوق وللديون التي صدرت تشريعات خاصة تنظم المعاملات المتعلقة بها ، ولو أخذ بالاقتراح لقصر النص عن الإعراب من دلالته . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أبعاد جهة توضع فيها أحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية هي لقانون المدني ، ولم يسك أي من القوانين الحديثة السبل المقترح ، لأن تنظيم هذا النوع من الملكية ليس مجرد مسألة داخلية ، بل إن لهذا -

## ١٦٥ - الحقوق التي نرد على الأشياء غير المادية : أكثر هذه

الحقوق كما قدمنا هي حقوق ذهنية . والحقوق الذهنية هي حق المؤلف (droit d'auteur) وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية (droits littéraires et artistiques) ، والحقوق المتعلقة بالرسالة (droits sur les lettres missives) وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل (droit d'inventeur) ، وحق المخترع (propriété des lettres missives) ، وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية (propriété industrielle) .  
ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعا أنها حقوق ذهنية كما قدمنا ، فهي نتاج الذهن وخلقته وابتكاره ، وتولى بحماها في هذا الباب .

ونترك حقوقا أخرى ترد على أشياء غير مادية هي الحقوق التي يتكون منها المتجر (fonds de commerce)<sup>(١)</sup> ، وقد اصطلح على تسميتها هي وسندات

---

= النظام جانبا دوليا هو الذي تحت نظر من ارتبط من الدول باتفاقية جنيف التي عقدت في هذا الشأن ولم تر مصر الانضمام إليها . وإزاء هذه الاعتبارات التي راعتها التقنينات المدنية بوجه عام في إغفال تنظيم هذه الملكية ، وإزاء ما هو معلوم من تشعب الأحكام الخاصة بهذا التنظيم ودقة المسائل التي تثيرها ولاسيما في المرحلة الراهنة من حياة الثقافة في مصر ، لا يسع الحكومة إلا أن تترجو اللجنة لإقرار مسلك المشرع في مجرد الإحالة إلى تشريع خاص . وقد قررت لجنة مجلس الشيوخ عدم الأخذ بالاقترح المقدم ، وبقاء المادة على أصلها مع استبدال كلمة « الحقوق » بكلمة « الأموال » لأن الأولى أدق في بيان المقصود . وأصبح رقم المادة ٨٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٤٧٥ - ص ٤٧٧ ) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق المادة ١٢ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي :  
« يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين المدني المختلط .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية : التقنين المدني السوري م ٨٩ (مطابق) - التقنين المدني الليبي م ٨٦ (مطابق) . التقنين المدني العراقي م ٧٠ وتجري على الوجه الآتي : ١ - الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ، كحقوق المؤلف والمخترع والفنان . ٢ - ويتبع في حقوق المؤلفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الأموال المعنوية أحكام للقوانين الخاصة « - قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

( ١ ) ويتكون المتجر من عناصر مادية كالبضائع والمهمات ، وعناصر معنوية أهمها ما يأتي :  
الحق في العملاء (droit à la clientèle) ، والحق في الإيجار (droit au bail) ، والسعة التجارية أو الصقع (achalandage) ، والاسم التجاري (nom commercial) والعنوان التجاري (raison sociale) ، والشارة أو السيماء (enseigne) .



التداول التجارية (titres négociables)<sup>(١)</sup> بالملكية التجارية (propriété commerciale) ، لأن هذه الحقوق والسندات هي من صميم مباحث القانون التجارى .

ونفرد الفصل الأول من هذا الباب لحق المؤلف لأهميته . ونعرض فى الفصل الثانى للحقوق المتعلقة بالرسالة ، ثم لحق المخترع فى إيجاز إذ هو أدخل فى مباحث القانون التجارى<sup>(٢)</sup> .

وقبل ذلك نقول كلمة فى طبيعة هذه الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية ، وهل هى حقوق ملكية كما يطلق عليها عادة ، أو هى حقوق تختلف بطبيعتها عن حق الملكية .

١٦٦ - طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية : اشتد الجدل فى تكييف طبيعة الحقوق الذهنية التى ترد على الأشياء غير المادية . فقد بلغ التحمس بفريق أن عدوا حق المؤلف ، للاحق ملكية فحسب ، بل هو من أقدس حقوق الملكية<sup>(٣)</sup> . وملكية الإنسان لتتاج ذهنه وتفكيره ولببتكراته العقلية ، كما يقول هذا الفريق ، هى الملكية التى تتصل بالصميم من نفسه ، وتتجسم فيها شخصيته . وهى أولى كثير الحماية من الملكية المادية ، التى تقتضى حتماً أن يستحوذ الإنسان على أشياء مادية قد لا تكون من صنع يده ولا من نتاج عقله . وكان هذا التحمس ضرورياً حتى يستلزم فى الأذهان أن

(١) وسندات التداول التجارية نوعان : النوع الأول هو الأوراق المالية (valeurs mobilières) ، وهى الأسهم والسندات وسندات قروض الدولة . والنوع الثانى هو الأوراق التجارية (effets de commerce) ، وهى الكيالات والسندات الإذنية والشيكات .

(٢) ويوجد أخيراً ما اصطلح على تسميته بالملكية العلمية (propriété scientifique) ، وهى حق يقع على الفكر المجرد ، دون أو قبل أن يتخذ لباساً مادياً من كتاب أو تصوير أو صوت أو حركة ، إذ يصبح بعد اتخاذ هذا الثوب ملكية أدبية أو فنية أو صناعية - انظر فى الملكية العلمية : Vigneron رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Suzanne Maudier رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ - Nette رسالة من نانسى سنة ١٩٢٥ - Robia رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - Vivante فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢٤ ص ١٠٤ - Roublor فى الأسبوع القضاى سنة ١٩٢٥ ص ٢٠١ - Olagnier فى حق العلماء سنة ١٩٢٨ .

(٣) يؤثر عن لامارتين قوله عن حق المؤلف : (la plus sainte des propriétés)

نتاج الفكر ، وهو شيء غير مادي يخرج عن العالم المحسوس فلا تحويه اليد ولا تتعلق به الحيازة ، يمكن أن يكون كالشيء المادي محلاً للملكية . وترددت أصدااء هذه الدعاية في جميع النواحي ، حتى نجحت في خلع وصف الملكية على حق المؤلف وحق المخترع ، فأصبح الفقه ، بل والتشريع نفسه ، يتحدث عن الملكية الأدبية والفنية والصناعية . وعندما أصدر المشرع الفرنسي قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ليحل محل التشريعات التي سبقته في حق المؤلف والمخترع ، وصف هذا الحق بأنه « حق ملكية معنوية مانع ونافذ بالنسبة إلى الناس كافة » (droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous) (١) .

ووقف في وجه هذا الفريق المتحمس فريق آخر ينكر على حق المؤلف والمخترع أن يكون حق ملكية ، ويتحمس هو أيضاً في هذا الإنكار (٢) . وإذا كان المقصود بعبارة « الملكية الأدبية والفنية والصناعية » هو تأكيد أن حق المؤلف والمخترع يستحق الحماية كما يستحقها حق المالك ، فهذا صحيح . وهذا هو المعنى الذي قصد إليه أولاً ، عندما استعملت هذه العبارة للدعاية والكفاح في سبيل حماية حق المؤلف . أما إذا كان المقصود أن حق المؤلف والمخترع هو حق ملكية حقيقي ، وأن الحق إذا وقع على شيء غير مادي لا يختلف في طبيعته عما إذا وقع على شيء مادي ، فهذا أمر في حاجة إلى إمعان في النظر .

ذلك أن الشيء غير المادي هو شيء لا يدخل في عالم الحس ولا يدرك إلا بالفكر المجرد ، فهو حتماً يختلف في طبيعته عن الشيء المادي الذي يدرك بالحس وله جسم يتمثل فيه . فإذا خطونا خطوة أخرى ، وتصورنا أن هذا

(١) أما في مصر ، فإن قانون حماية المؤلف (رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) قد يجنب عدداً أن يصف حق المؤلف بأنه حق ملكية ، مؤثراً عدم الخوض في هذه المسألة التي يجدر تركها للفقه والقضاء يسيران فيها مقتضيات التطور . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور : « وقد رؤى في المشروع المطروح ... عدم التقييد بنظرية معينة ، وعدم إيراد نص لتعريف طبيعة حق المؤلف القانونية ، عل أن يترك ذلك لاجتهاد القضاء ورجال الفقه ، وخاصة وأن مثل هذه النظريات تخضع لتطور دائم متصل بتطور الجماعة الإنسانية ذاتها » .

(٢) انظر Ch. Renouard و P. J. Proudhon وقد أشير إليهما في بلانبول وريبير وهيكار ٣ ص ٢٧٧ هامش ١ .

للشيء غير المادى هو الفكرة من خلق الذهن وابتكاره ، أدركنا المدى الواسع للذى يفصل ما بين عالم الفكر وعالم المادة . فالمادة توثق ثمارها بالاستحواذ عليها ، والاستثمار بها . أما للفكر فعلى التقيض من ذلك ، يوثق ثماره بالانتشار لا بالاستثمار ، وبالانتقال من شخص إلى آخر بحيث يمتد إلى أكبر مجموع ممكن من الناس يقتنعون به ويستقر في أذهانهم ، وعندئذ يمكن القول بأن الفكر قد أتى حقا ثماره . صحيح أن الفكر يحتاج إلى مجهود عقلى ، والمجهود العقلى لا شك فى أنه عمل مضمّن شاق . ولكن جزاء المجهود ليس حتما هو الملكية ، بل إن جزاءه هو الأجر ، شأنه فى ذلك شأن أى عمل آخر مادى أو فكري . ولا أحد ينكر على المؤلف أو على المخترع حقه فى الجزاء المالى على عمله ، ولكن هذا الجزاء ليس هو الملكية التى تتنافى طبيعتها مع طبيعة الفكر ، بل هو الحق المالى للمؤلف أو المخترع فى احتكاره استثمار فكره مادام حيا ولمدة معقولة بعد وفاته .

وتتنافى طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر من ناحيتين : (الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها ، ومن ثم فقد وجب تقييد نتاج الفكر بهذا الاعتبار الأساسى ، فيوجد إلى جانب الحق المالى للمؤلف الحق الأدبى . وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف ، حتى بعد أن يبيع حقه المالى للناشر ، أن يعيد النظر فى فكره . وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره ، بل وله أن يتلغه بعد أن يعرض الناشر ، وبذلك يستطيع أن يرجع بإرادته وحده فيما سبق له إجراؤه من التصرف . أما من يتصرف فى شيء مادى تصرفا باتا ، فليس له بإرادته وحده أن يرجع فى هذا التصرف ، ولو فى مقابل تعويض<sup>(١)</sup> . (والناحية الثانية) أن الفكر كما قدمنا حياته فى انتشاره لا فى الاستثمار به ، وإذا كان صاحب الفكر هو الذى ابتدع نتاج فكره ، فالإنسانية شريكة له من وجهين . وجه تقضى به المصلحة العامة ، إذ لا تتقدم الإنسانية إلا بفضل انتشار الفكر . ووجه آخر يرجع إلى أن صاحب الفكر مدين على نحوها للإنسانية ، ففكره ليس إلا حلقة فى سلسلة ، تسبقها

(١) والحق الأدبى للمؤلف على النمو للذى بطناه ، ليس حق ملكية ، أو حقا عينيا ، بل هو حق من حقوق الشخصية ، يجب تمييزه بدقة عن الحق المالى الذى نجحنا هنا وحده لتبيين طبيعته (انظر مايل فقرة ٢٢٢) .

حلقات وتتلوها حلقات . فهو إذا كان قد أعان من لحقه ، فقد استعان بمن سبقه . ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقا مؤبدا كما هو شأن الملكية المادية . وإذا كانت الملكية المادية لا تستعصى على التأبید بل هي تقتضيه كما سنرى ، فإن الحق في نتاج الفكر لا يجوز أن يكون مؤبدا بل لا بد فيه من التوقيت .

من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استثنائي مؤبد ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت . وقد أحسنت محكمة النقض الفرنسية عندما نفت ، منذ عهد بعيد ، عن حق المؤلف صفة الملكية ، وكيفته بأنه « حق امتياز احتكاري لاستثمار مؤقت » (privilège exclusif d'une exploitation temporaire) (١) .

وإذا اعترض على هذا القول بأنه أقرب إلى الوصف منه إلى التكييف ، وبأنه لا يحال حق المؤلف ولا ينفذ إلى طبيعته ، أمكن أن يضاف إلى ما قالته محكمة النقض أن حق المؤلف هو أولا حق كسائر الحقوق . وخصيصة أنه يقع على شيء غير مادي ، وهذا يقتضى مطاوعته لطبيعة الأشياء غير المادية ، ويتعد به عن أن يكون حق ملكية . ولكن ذلك لا يمنع من أنه يشارك الحق العيني الأصلي في خصائصه ، فهو سلطة تنصب مباشرة على شيء معين ، وإن كان شيئا غير مادي ، وهذه السلطة نافذة في حق الناس كافة (٢) .

(١) نقض فرنسي ٢٥ يولييه سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٨ - ١ - ١٧ - ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٥ . وأكثر الفقهاء في فرنسا من هذا الرأي : دييوا فقرة ٢٣٢ - فقرة ٢٣٣ وفقرة ٢٥٩ وما بعدها - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٧٤ ص ٥٧٨ ومع ذلك انظر فقرة ٥٦٤ - روبييه في حق الملكية الصناعية ١ فقرة ٢١ ، ومقاله في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٥ ص ٣٨٢ - بيدان وفواران ٤ فقرة ١٦١ ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٣٤٥٠ وفقرة ٣٤٧٤ - جوليوي لامورانديير ١ فقرة ٥٥ وفقرة ١٤٧٦ - وقارب كاربونييه ٢ ص ٢٨١ - ٢٨٢ .

وهناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية : جوسران ١ فقرة ١٥٢٧ - بنكاز ٥ فقرة ٣٨٨ - مارك وريينو ٢ فقرة ٤٢٩ - *Mozzearbos* في حق المخترع رسالة من مونيليه سنة ١٩٦١ .

(٢) وحق المؤلف أو المخترع هو ، في الواقع من الأمر ، أقرب إلى حق الانتفاع منه إلى حق الملكية ، لولا أنه يبقى بعد موت صاحبه لمدة موقوتة .

ويخلص من ذلك أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي (١) .

( ١ ) وقد انقسم الفقه في مصر في هذه المسألة . ففريق يذهب إلى أن حق المؤلف أو المخترع هو حق ملكية حقيقية إذ أن فيه مقومات حق الملكية . وإذا نقصه التأييد فلا يوجد ما يمنع في نظر هذا الفريق من أن يكون حق الملكية غير مؤبد : محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٩٠ - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٧٣ - ص ٧٥ - منصور مصطوف منصور في المدخل للعلوم القانونية ص ١٠٠ - ص ١٠١ - عبد المنعم فرج الصدة في حق الملكية فقرة ١٩٣ - وفريق آخر يذهب إلى أن هذا الحق ليس بحق ملكية ، ولكنه احتكار للاستغلال في الجانب المالى وحق من حقوق الشخصية في الجانب الأدبي : محمد على عرفة فقرة ٣٧٦ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨٩ والمدخل في القانون الخاص فقرة ٢٧٠ - حسن كبيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٦ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية ص ٤٩٣ - رسالة عبد المنعم الطنامل في الحق الأدبي للمؤلف ص ١٣ - ص ١٩ - وانظر أيضاً شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٦٣ ( ويبدو أنه يذهب إلى أن حق المؤلف ليس حق ملكية ، ولكنه حق عيني معنوي في جانبه المالى ، وحق من حقوق الشخصية في جانبه الأدبي ) .

انظر في القضاء المصرى استئناف مختلط ٣ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٩٤ ( ويذهب الحكم إلى أن حق المؤلف هو حق احتكار للاستغلال على مذهب محكمة النقض الفرنسية ) . ولكن الكثرة من الأحكام تستعمل عبارة « الملكية الأدبية والفنية » : استئناف مصر ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٥ - ١١ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣١ ص ٦٦٧ - مصر الكلية ٢ يونيه سنة ١٩٣٩ المحاماة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ - مصر الكلية (مستعجل) ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ٥٨ ص ١١٣ - استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٦٣ - ٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٧ . وقد كان التقنين المدنى الوطنى السابق (م ١٢) يصرح بأن حق المؤلف أو المخترع حق ملكية ، فيقول : « يكون الحكم فيما يتعلق بحق المؤلف في ملكية مؤلفاته ، وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته ، على حسب القانون الخاص بذلك » . ولكن التقنين المدنى الجديد تجنب وصف حق المؤلف أو المخترع بأنه حق ملكية ، واقتصر في المادة ٨٦ منه كما رأينا على أن يقول : « الحقوق التى ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

# الفصل الأول

## حق المؤلف (\*)

### (الملكية الأدبية والفنية)

#### ١٦٧ - التاريخ التشريعي لحماية حق المؤلف : لم يكن حق المؤلف

(٥) مراجع : Renouard في حقوق المؤلف في الآداب والعلوم والفنون (جزءان)

سنة ١٨٢٨ - سنة ١٨٢٩ - Worms في الملكية الأدبية (جزءان) سنة ١٨٧٨ - Delalande في الملكية الأدبية والفنية ١٨٨٠ - Lyon-Caen et Delalain في التشريعات الفرنسية والأجنبية المتعلقة بحق الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٨٨٩ - سنة ١٨٩٠ - Masse في الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ - Pouillet في الملكية الأدبية والفنية الطبعة الثالثة (Maillard et Clars سنة ١٩٠٨) وتكلمه Taillefer et Claro (سنة ١٩١٨) - Pérussau رسالة من باريس سنة ١٩١٢ - Benoit Joly في الحماية التانوية للملكية الفنية سنة ١٩١٤ - Bry في الملكية الصناعية والأدبية والفنية الطبعة الثالثة سنة ١٩١٤ - Stolfi في الملكية الأدبية والفنية (جزءان) سنة ١٩١٦ وسنة ١٩٢٥ - Chartier في حقوق الموسيقى على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - Orente في الحماية القانونية للأعمال الدراماتيكية رسالة من باريس سنة ١٩٢٥ - Hainneville في حقوق المؤلف على عمله رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - Piola-Caselli في حق المؤلف سنة ١٩٢٧ - Rault في عقد النشر في القانون الفرنسي سنة ١٩٢٧ - Myres رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ - Olignier في حق المؤلف (جزءان) سنة ١٩٣٤ - Michaelidis-Nuaros في الحق الأدبي للمؤلف سنة ١٩٣٥ - Poirier في حق المؤلف سنة ١٩٣٦ - Escarra, Rault et Napp في النظرية الفرنسية في حق المؤلف سنة ١٩٣٧ - Christea رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - Cheorgiu-Verfu في الحق الأدبي رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ - عبد المنعم الطنطا في الحق الأدبي للمؤلف (بالفرنسية) رسالة من باريس سنة ١٩٤٣ - Desbois في حق المؤلف سنة ١٩٥٠ وفي أنسيكلوبيدي دالوز جزء ٤ لفظ Savatier-Prop. Lit. Art. في الحق في الفن والآداب سنة ١٩٥٣ - Raynaud في حق المؤلف وعقد تحويل مصنفه رسالة من بروكسل سنة ١٩٥٥ .

محمد كامل مرسى ٢ فقرة ١٨٥ - فقرة ٢١١ - شفيق شحاته فقرة ١٥٧ - فقرة ١٧٥ - محمد علي عرفة فقرة ٣٧١ - فقرة ٣٩٧ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٨٦ - فقرة ٢٠٤ مكررة - إسماعيل غانم في النظرية العامة للحق ص ٥١ - ص ٧٥ - حسن كيرة في أصول القانون فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - سليمان مرقس في المدخل للعلوم القانونية الطبعة الرابعة فقرة ٢٥٣ - فقرة ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور في نظرية الحق ص ٦٦ - ص ١٠١ - عبد المنعم فريج الصدة فقرة ١٩٠ - فقرة ٢٣٦ .

بموجب القانون القديم ، وإنما ظهر وجه الحاجة إلى الحماية بعد اختراع المطبعة التي أمكن بها طبع الآلاف من النسخ للمصنف الواحد ، مما جعل المؤلف يرجو من وراء عمله الفكري ربحاً مادياً كبيراً . ولكن القانون ترك المؤلف دون حماية أحقاباً طويلة ، فكانت الثمار المادية لجهوده الفكرية تنهاها الناس . حلّى أن المؤلف ، في عهد الملكية في فرنسا قبل الثورة ، كان يحصل على إذن (lettre de chancellerie) في طبع كتابه ، فكانت حمايته تأتي عن طريق هذا الترخيص الملكي (concession royale) الذي كان يصدر به نسخ مصنفه أو مخطّتها . ثم جاءت الثورة الفرنسية ، فعنى رجالها بإصدار التشريعات التي تحمي حق المؤلف<sup>(١)</sup> . وكان أول تشريع صدر في هذا الشأن هو قانون ١٣ يناير سنة ١٧٩١ ، وقد اقتصر على حماية مؤلفي المسرحيات ، فجعل للمؤلف وحده الحق في نشر مسرحيته طول حياته ، ثم لورثته مدة خمس سنوات بعد موته . ثم صدر قانون ١٩ يولييه سنة ١٧٩٢ ، بمد الحماية إلى جميع المصنفات الأدبية والفنية ، وبطيل مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى عشر سنوات . وقد أُطيلت هذه المدة إلى عشرين سنة بذكريتو ٥ فبراير سنة ١٨١٠ ، مع جعل أرملة المؤلف تتمتع بحقه طول حياتها إذا كان النظام المالي للزواج يعطيها هذا الحق . ثم جعل قانون ٨ أبريل سنة ١٨٥٤ هذا الحق للأرملة دون حاجة لشرط في النظام المالي للزواج ، وأطال في الوقت ذاته مدة الحماية بعد موت المؤلف إلى ثلاثين سنة . وحدد قانون ١٤ يولييه سنة ١٨٦٦ حقوق وريثة المؤلف وخلفائه ، وأطال مدة الحماية إلى خمسين سنة . وتلى ذلك تشريعات تفصيلية : قانون ١١ مارس سنة ١٩٠٢ وقانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ وقانون ٢٠ مايو سنة ١٩٢٠ وقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ وقانون ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٤ . وقد صدر أخيراً قانون ١١ مارس سنة ١٩٥٧ ، وهو قانون جامع شامل في حق المؤلف ، حل محل ما سبقه من التشريعات المتناثرة التي أسلفنا ذكرها .

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر اشتدت الحركة الدولية التي تطالب بحماية حق المؤلف ، وانتهى الأمر إلى إنشاء الجمعية الأدبية والفنية في

(١) كانت فرنسا هي البادرة بحماية حق المؤلف ، ثم تلتها إنجلترا في عام ١٨١٠ ، ثم أمريكا

شهر ديسمبر من سنة ١٨٧٨ في باريس (١) . وقد تمكنت هذه الجمعية من عقد معاهدة برن في ١٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ بين كثير من الدول لحماية حق المؤلف (٢) ، وأنشئ اتحاد بين الدول التي أبرمت المعاهدة للعمل على تحقيق أغراضها ، كما أنشئ مكتب دولي يتبع حكومة الاتحاد السويسري سمي بمكتب الاتحاد الدولي لحماية المؤلفات الأدبية والفنية . وتوالت المؤتمرات الدولية بعد ذلك لتوسيع نطاق حماية حق المؤلف ، فعقد مؤتمر في باريس سنة ١٨٩٦ ، وثنان في برلين سنة ١٩٠٨ ، وثالث في روما سنة ١٩٢٨ ، ورابع في بروكسل سنة ١٩٤٨ . ثم تقدمت مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة ، فنظمت عقد اتفاق عالمي وقعت عليه في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ دول كثيرة ، لم تكن مصر من بينها . وقد نص في هذا الاتفاق على أنه لا يؤثر بأي وجه في اتفاقية برن ، ولا في انضمام أية دولة إلى الاتحاد الدولي الذي أنشأته هذه الاتفاقية . وفي خصوص مدة الحماية ، وضع اتفاق اليونسكو مبدأ هو أنه لا يجوز أن تقل مدة الحماية عن طول حياة المؤلف وخمس وعشرين سنة بعد موته . أما بالنسبة إلى الترجمة ، فقد نص الاتفاق على أنه إذا مضى سبع سنوات على تاريخ أول نشر للمصنف دون أن يقوم المؤلف بترجمته إلى اللغة القومية لإحدى دول الاتفاق ، جاز لأي شخص من رعايا تلك الدولة أن يقوم بتلك الترجمة بعد اتباع إجراءات معينة ، مع تعويض المؤلف تعويضاً عادلاً (٣) .

(١) وكان للخطاب التاريخي الذي ألقاه فيكتور هيجو في الحفل الختامى لمؤتمر الكتاب الذي عقد في باريس عام ١٨٧٨ أثره الفعال في إنشاء هذه الجمعية الدولية ، وقد أنشئت لرعاية حق المؤلف دولياً والدفاع عنه بجميع الطرق .

(٢) وقد أكلت معاهدة برن في باريس في ٤ مايو سنة ١٨٩٦ ، وعدلت في برلين في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ، وفي روما في ٢ يونيو سنة ١٩٢٨ ، وفي بروكسل في ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨ . ولم تنضم إليها مصر حتى الآن . وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٧ من هذه المعاهدة : « تشمل الحماية التي تكفلها هذه المعاهدة مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته » . وجاء في المادة ٨ : « يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميمهم هذه المعاهدة طوال حياتهم بحقوقهم مثل المصنف الأصلي ، وبحق مطلق في ترجمة أو إجازة ترجمة مصنفاتهم » .

(٣) وهذا ما جله بالمادة ٥ من اتفاقية اليونسكو لحماية حقوق المؤلفين في خصوص حق الترجمة : « ١ - يشمل حق المؤلف الحق المطلق في عمل أو نشر أو إجازة عمل أو نشر تراجم المصنف الذي تنطبق عليه الحماية المقررة في هذه الاتفاقية . ٢ - ومع ذلك فنحن كل دولة متعاقدة أن تضع -



أما في مصر ، فقد كان التقنين المدني الوطني السابق ينص ، كما رأينا ، في المادة ١٢ منه على أن « يكون الحق فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته وحقوق الصانع في ملكية مصنوعاته على حسب القانون المخصوص بذلك » . ولم يكن لهذا النص مقابل في التقنين الماني المختلط . وردد التقنين المدني الجديد صدى التقنين المدني الوطني السابق ، فنص ، كما رأينا ، في المادة ٨٦ منه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وورد في تقنين العقوبات نصوص لحماية هذه الحقوق ، تفرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها . ولكن هذه النصوص ظلت معطلة لعدم صدور التشريعات الخاصة بحماية حق المؤلف . على أن القضاء المصري أخذ بحمي هذه الحقوق بموجب قواعد العدل ومبادئ القانون الطبيعي ( م ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة وم ١١ من التقنين المدني المختلط وم ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة )<sup>(١)</sup> . وفي الوقت ذاته أسهمت مصر - كما تقول

= في قانونها الداخلي قيوداً بالنسبة إلى ترجمة المصنفات وفقاً للأحكام التالية: إذا انقضت سبع سنوات من تاريخ أول نشر لمصنف ولم تنشر ترجمة لهذا المصنف باللغة القومية أو بإحدى اللغات القومية السائدة في الدولة المتعاقدة بواسطة صاحب الحق في الترجمة أو من أجاز فيها ، فلكل شخص تابع لهذه الدولة أن يلجأ إلى الجهات المختصة في الدولة ويطلب منها رخصة - غير قاصرة عليه وحده - لترجمة المصنف إلى اللغة القومية التي لم يترجم إليها . ولا تمنح هذه الرخصة إلا إذا أثبت بالطرق المتبعة في الدولة أنه طلب إلى صاحب الحق في الترجمة الإذن له في ترجمة المصنف ونشره ، وأنه لم يستطع الوصول إلى صاحب الحق أو أخذ إجازته بالرغم مما بذل من جهد ... يجب أن يقرر التشريع الداخلي الإجراءات الكفيلة بأن ينال صاحب الحق في الترجمة أجراً مناسباً مقابل ذلك مع ضمان دفعه وإرساله ، وكذلك وجوب إجراء الترجمة بدقة . . .

ومن المؤتمرات التي عقدها اليونسكو من أجل حماية حق المؤلف مؤتمر روما الذي عقد في أكتوبر سنة ١٩٦١ ، وقد قرر حق المؤدى في الأداء ، بعد معارضة شديدة قامت على أساس أن المؤدى لم يبتدع شيئاً . وقد قضت المادة ٢ من الاتفاقية التي وضعت في هذا الشأن . يمنع تسجيل الأداء الشخصي للفنان وإذاعته مباشرة بدون الموافقة الصريحة أو الترخيص لمن يذويه ، ويعتبر في حكم الأداء المباشر الأداء الذي يتم بواسطة الإذاعة الإسلكية مباشرة ، ولا تنسى هذه الحماية قبل انتهاء السنة العاشرة التالية لتلك التي حصل فيها الأداء . وقررت المادة ٣ من الاتفاقية المذكورة حق المسجل في الترخيص أو في حظر نقل التسجيل الصوتي الذي قام به ، ويشمل النقل أيضاً نقل التسجيل الصوتي عن طريق الإذاعة ، ومدة الحماية عشر سنوات تلي السنة التي حصل فيها التسجيل . ( انظر مرسوم الاتفاقية في كتاب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ١١١ - ص ١١٥ )

( ١ ) استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٥٥ م ١٧ ص ١٤٠ - ١٦ مايو سنة ١٩٥٦ =

المذكورة الإيضاحية لقانون حماية المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ - « في الموترات،  
الدولية التي عقدت لتنظيم حقوق المؤلفين . ذلك أن لجنة التعاون الفكري،  
في عتبة الأمم قررت في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٣ أن تدعو إلى الانضمام إلى

= م ١٨ ص ٢٦٦ - استئناف وطني ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ المحامة ٤ رقم ٦٢٨ من ٨٣٣ - مصر  
البرطية ٢ يونيو سنة ١٩٢٩ المحامة ٩ رقم ٦٠١ ص ١١١٠ .

وقد فسدت محكمة النقض بأنه إذ نص الشارع في المادة ١٢ من القانون المدني القديم على أن  
« يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف في ملكية مؤلفاته على حسب القانون المخصوص بذلك » ،  
وإذ جاء قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ بخصوص في المواد ٣٥٨ و ٣٤٩  
و ٣٥٠ لحماية هذه الحقوق عن طريق فرض عقوبات جنائية على من يعتدى عليها ، فإن ذلك يدل  
على أنه قد اعترف بحق المؤلف على مصنفاته ، ووصف هذا الحق بأنه حق ملكية مع ما في هذا  
الوصف من تجوز . وإذ كان التشريع الخاص بتنظيم حماية هذا الحق والتي أشارت إليه النصوص  
التشريع لم يصدر إلا في سنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، مما أدى إلى تعطيل نصوص  
قانون العقوبات في هذا الشأن ، فإن هذا لا ينفى اعتراف الشارع بحق المؤلف - وللمؤلف وحده  
الحق في استغلال مصنفه ماليا بالطريقة التي يراها ، فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه ،  
وإلا كان عمله عدوانا على الحق الذي اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالا به ، وبالتالي عملا غير  
مشروع وخطأ يستوجب ميسولية فاعلة عن تعويض الضرر الناشئ عنه طبقا للمادة ١٥١ من القانون  
المدني القديم ( نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢ ) .  
وقضت أيضاً بأنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد حماية  
حق الاستغلال المالي المقرر للمؤلف ، إلا أن الرأي كان مستقراً على أن هذه الحماية تظل للمؤلف  
طيلة حياته على الأقل ( نقض مدني ٧ يولييه سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٤١  
ص ٩٢٠ ) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه بالرغم من قصور المادة ١٢ مدني وعن عدم وجود القانون  
الخاص الذي تحيل إليه هذه المادة ، فإن نصها صريح في اعتراف الشارع بحقوق المؤلف في ملكية  
مؤلفاته . ولا ينقص من شأن هذا الاعتراف كونه مقرونا بالإحالة إلى القانون الخاص ، لأن هذا  
القانون كما يذكر النص للمربي المادة ليس إلا بشأن ما يتعلق بالحقوق أو كما يذكر للنص الفرنسي  
ما هو إلا لتنظيم الحق (la prop. lit. est réglée) ، وبديهي أن تنظيم الحق لا يتعارض في شيء مع  
وجوده ، بل إن تنظيم الشيء فرع عن وجوده . وتقرير المادة المذكورة حق المؤلف صراحة ،  
فإنها تمنى القضاء الأهل عن الالتجاء إلى القانون الطبيعي أو مبادئه للعدل توصلنا إلى تقريره كما  
فعلت المحاكم المختلطة التي ليس لديها مقابل المادة ١٢ . ومتى اعترف الشارع بحق وجبت له الحماية ،  
فالحماية والحق متلازمان . ولا يستطيع للقضاء أن يوقت حق المؤلف دون نص تشريعي ، فليس  
أمامه إلا أن يقرر أن حق المؤلف ينتقل بالإرث كثيره ويبقى مورثة أبداً إلا بدين ، فهذا هو المر  
القانوني الوحيد الممكن الذي يحول بين القضاء وبين الاضيات من سلطة المشرع (استئناف مصر ١١  
مارس سنة ١٩٣٧ المحامة ١٧ رقم ٥٩٧ ص ١١٩٦) .

اتفاقية برن جميع الدول التي لم تنضم إليها بعد . وقد وافق مجلس عصبة الأمم على هذا القرار في ٩ سبتمبر سنة ١٩٢٤ . فوجهت الأمانة العامة للعصبة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٥ دعوة إلى مصر للانضمام إلى هذه الاتفاقية . وقد لقيت هذه الدعوة عناية من الحكومة المصرية ، فألفت في شهر أغسطس من هذا العام لجنة لبحث هذا الموضوع وتقرير الشروط التي يجب مراعاتها عند انضمام مصر إلى هذه الاتفاقية . وقد أتمت هذه اللجنة مهمتها ، وقدمت في ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٥ تقريراً جاء به : إن المادة ٢٥ من الاتفاقية تحتم وجود تشريع وطني في موضوع حماية حقوق المؤلفين ، ولما كان هذا التشريع غير موجود في مصر . فقد اضطرت المحاكم المختلطة دفاعاً عن الملكية الأدبية إلى الالتجاء إلى المادة ٣٤ من لائحة ترتيبها ( القديمة ) وإلى المادة ١١ من القانون الملغى المختلط ( وتنص كلتا المادتين على تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند عدم وجود نص في القانون أو عدم كفايته أو غموضه ) . غير أن تلك الحماية . التي لا سند لها إلا أحكام القضاء ، لا تغني عن حماية تستند إلى تشريع خاص يتموعد ثابتة وحدود معينة . وانتهت في ختام تقريرها إلى القول بأن التأليف وإن لم يبلغ في مصر الدرجة المرجوة من الذبوع والانتشار ، إلا أن الاعتبار الدولية تدعو وحدها لسن القوانين اللازمة لحماية المؤلفات . وقد أخذت الحكومة وقتئذ في وضع تشريع لحماية حقوق المؤلفين ، وأنفت لهذا الغرض لجنة في شهر فبراير سنة ١٩٢٦ ، وقد انتهت من وضع المشروع في أول مارس سنة ١٩٢٧ . ولكنها وقفت عند هذا الحد ، فلم يستأنف المشروع خطواته التشريعية . وقد دعيت مصر بعد ذلك للاشتراك في مؤتمر روما .. الذي عقد في ٧ مايو سنة ١٩٢٨ لإعادة النظر في اتفاقية برن ، فلبت هذه الدعوة ، وأوفدت مندوبين عنها للاشتراك في هذا المؤتمر اشتركا مقصورياً على تتبع أعماله والاشتراك في مناقشاته ، دون الارتباط بشيء باسم الحكومة المصرية . وقد قدم الوفد تقريراً ضمنه التعديلات التي أدخلها المؤتمر على معاهدة برلين . كذلك دعيت للاشتراك في المؤتمر الذي عقدته الجمعية الأدبية والفنية الدولية في مدينة بلجراد في ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٢٨ ، فلبت الدعوة واشتركت في أعمال هذا المؤتمر . وقد أعرب رئيسه وأعضاؤه عن أملهم في أن يصدر قريباً التشريع المصري الخاص بحماية حقوق المؤلفين ، وألاً يتأخر انضمام مصر إلى معاهدة

برن . كما أبدى الرئيس رغبته في انعقاد المؤتمر اللاحق للجمعية في مدينة القاهرة ، وقد تحققت هذه الرغبة فعقد هذا المؤتمر بالقاهرة في شهر ديسمبر سنة ١٩٢٩ . وعرضت الحكومة المصرية على المؤتمر مشروع القانون سالف الذكر ، وقد وصفه رئيس المنوبين المصريين بأنه يأخذ بأحدث المبادئ القانونية مع مراعاة تقدم العلوم واختراع الوسائل الحديثة لنشر الأخبار . فأجاب على ذلك رئيس المؤتمر قائلاً إن المشروع مطابق لجميع المبادئ التي بنى عليها اتفاق برلين سنة ١٩٠٨ فيما عدا نقطتين : ( الأولى ) مدة حفظ حقوق التأليف التي جعلت في المشروع طيلة حياة المؤلف وثلاثين سنة بعد وفاته ، في حين أنها في اتفاق برلين مدة حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته . ( الثانية ) مدة حفظ حق الترجمة حيث جعلت في المشروع عشر سنوات بعد نشر المؤلف ، بدلا من المدة التي تضمنها اتفاق برلين وهي مدى حياة المؤلف وخمسون سنة بعد وفاته أي مدة حماية المؤلف نفسه . وأضاف رئيس المؤتمر إلى ذلك قوله : إن المشروع المصرى مطابق لمشروع القانون النموذجي الذي وضعتة الجمعية الدولية الأدبية والفنية مع شيء من التوسع <sup>(١)</sup> .

وبقي المشروع على حاله دون أن يسن قانونا مدة طويلة ، وضعت في أثنائها اللجنة القانونية لجامعة الدول العربية في سنة ١٩٤٨ مشروعا لحماية حق المؤلف ، أوصى مجلس الجامعة الحكومات العربية باتخاذ قانونا لكل منها <sup>(٢)</sup> .

( ١ ) ثم تقول المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف بعد ذلك ما يأتي : « وفي أثناء مفاوضات مؤتمر مونترية لإلغاء الامتيازات الأجنبية ، رغب مندوب إيطاليا إلى الدول المشتركة في المفاوضات أن تطلب إلى الحكومة المصرية : أولا - أن تسن قانونا يحمي حماية فعلية ما للراعي الأجنبي من حقوق التأليف . ثانيا - أن تكفل هذه الحماية بتمويلات جارية تدخلها في القانون الجنائي المصري الجديد . ثالثا - أن تشترك في اتفاقية برن التي أعيد النظر فيها في مدينة روما . وقد انضم إليه في هذه الرغبة مندوب فرنسا . فأجاب المفاوض المصرى على ذلك قائلا : إن الحكومة المصرية لم يفتها الاهتمام بتلك المسألة الخاصة بحقوق التأليف ، وذلك لمصلحة المؤلفين الأجانب ولمصلحة المؤلفين المصريين مآ » .

( ٢ ) وتقتضى المادة ٢٣ من مشروع جامعة الدول العربية بأن يتقضى حق الورثة في استغلال مصنف مورثهم بعد مرور ثلاثين سنة على وفاة المؤلف . وتقتضى المادة ٢٧ من هذا المشروع بأن الورثة الذين لهم حق الاستغلال هم : أولا - زوج المؤلف وفروعه . ثانيا - أصوله . ثالثا - إخوته ولا يجوز لأفراد فريق من هؤلاء مباشرة هذه الحقوق إلا بعد انقراض الفريق الذي يسبقه ، وتقسم =

وأخيراً في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ ، صدر بالمشروع قانون حماية حق المؤلفين ونم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو قانون ، كما تقول مذكرته الإيضاحية ، ويكفل حقوق المؤلفين ، ويأخذ في هذا الصدد بأحدث المبادئ التي تضمنتها المعاهدات الدولية التي سلفت الإشارة إليها ، فضلاً عن مبادئ التشريعات الحديثة في الدول الأوروبية . وتوفق أحكامه بين حقوق المؤلفين وحقوق أئمة الإيجازية ، كما توفق بين حقوق المؤلفين وحقوق الناشرين . وتبين مدى حق المؤلف ، وتظامر هذا الحق ، كما تورد تفصيلاً جملة غير مانع لأنواع المؤلفات والمصنفات التي تدعى عليها الحماية . وهذا هو القانون المعمول به في الوقت الحاضر .

وقد أعد مشروع جديد لحماية حق المؤلف . لا يزال مشروعاً حتى اليوم . وقد جاء في مذكرته الإيضاحية ، بيانا لأسباب إعداده ولما يمحض على القانون المعمول به وقت طويل ، ما يأتي : « ولقد كان من الطبيعي ، بمناسبة مراجعة التشريعات القائمة مراجعة شاملة بقصد الملاءمة بين أحكامها والتطورات الاشتراكية في مجتمعنا ، أن يعاد النظر في التشريع المنظم لحماية حق المؤلف في الجمهورية العربية المتحدة . ولذا فقد أعد هذا المشروع المرافق ، وهو يتضمن من المبادئ ما يتفق في مجمله مع أحدث المبادئ التي انتهت المؤتمرات الدولية السابقة الإشارة إليها إلى إقرارها ، وما تضمنه مشروع الجامعة العربية . على أن هذا المشروع الجديد لا يتضمن جديداً . إلا في مسائل قليلة أهمها : ( ١ ) جعل مدة الحماية بعد موت المؤلف خمسا وعشرين سنة بدلا من خمسين ( وخمس سنوات بدلا من خمس عشرة سنة فيما يتعلق بنقل المناظر نقلا آليا ) . ولعل هذا التعديل هو أهم ما جاء بالمشروع ، ولعله هو الغرض

---

= الفلة بين المستحقين بالنسوة فيما بينهم . ولا تسرى وصية المؤلف على زوجه فرعه فيما زاد على الثلث . وتقضى المادة ١١ من نفس المشروع بأن يسقط حق المؤلف في ترجمة مصنعه إلى اللغة العربية إذا لم يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى عشر سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، وتجاوز ترجمة المصنفات إلى اللغة العربية بعد مرور سنة من تاريخ طلب الترخيص في ترجمتها من المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة دون قيامها ، وفي هذه الحالة يعرض المؤلف أو من آل إليه حق الترجمة تعريفا عادلا . ( انظر نصوص هذا المشروع كاملة في كتاب حق المؤلف العربي للأستاذ مصطفى عبد الرحمن ص ٧٨ - ص ٩٠ ) .

الأساسى من وضع المشروع ، وإن كان تعديلا يتسم بالرجوع إلى الوراثة في حماية حق المؤلف ، وهو على كل حال ليس من الاشتراكية فى شىء . (٢) حذف المشروع من قانون سنة ١٩٥٤ النص الذى يسمح للمؤلف أن يوصى بحق استغلاله لمن يشاء من الورثة أو غير الورثة دون أن يتقيد فى ذلك بنصاب الوصية . (٣) شدد المشروع العقوبة الجنائية التى تحمى حق المؤلف ، فجعلها الغرامة من ٢٠ جنيتها إلى ٥٠٠ ، وهى فى القانون الحالى الغرامة من ١٠ جنديات إلى ١٠٠ . (٤) استحدث المشروع نصا موقفا لحماية المؤلف فيما يتعلق بالاتفاق الذى يبرمه مع الناشر ، فأجاز ، إذا اتضح أن هذا الاتفاق كان مجحفا بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد ، أن يقضى للمؤلف زيادة على ما اتفق عليه بجزء من الربح الصافى الذى ينجم عن استغلال المصنف . (٥) استحدث نصا فيما يتعلق بحق المؤلف فى نشر رسائله ، ولكنه جاء نصا غير شامل للحقوق التى ترد على الرسالة . وتوجد فى المشروع ، إلى جانب هذه التعديلات ، تعديلات أخرى تفصيلية غير هامة وتعديلات لفظية محضة . وسنتناول فى أثناء شرحنا للقانون الحالى ، قانون سنة ١٩٥٤ ، كل ما استحدث المشروع من التعديلات : حتى يكون الشرح شاملا للمشروع فيما إذا قدر له أن يصبح قانونا .

١٦٨ — كلمة البحث : وننتقل إلى شرح أحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ ، وهو القانون المعمول به الآن فى حماية حق المؤلف . وبعد أن نحدد فى الفرع الأول ماهى المصنفات المحمية ومن يعتبر مؤلفا لها ، نعرض فى الفرع الثانى لحقوق المؤلف وطرق حمايتها .

## الفرع الأول .

المصنفات المحمية وهؤلؤها

١٦٩ — المصنف والمؤلف : نبين أولا ما هو المصنف (oeuvre) الذى يضى عليه القانون حمايته . ثم نحدد من يعتبر مؤلفا (auteur) لهذا المصنف حتى يتمتع بهذه الحماية .

## المبحث الأول

### المصنف

١٧٠ - الأساس الذي تقوم عليه الحماية هو الابتكار بنقض النظر عن

قيمتها : تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية المؤلف على ما يأتي : « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة الثانية من نفس القانون على ما يأتي : « وتشمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . ويتبين من هذه النصوص أن المصنف ، حتى يتمتع مؤلفه بحماية القانون ، يجب أن يستوفي ركنا شكليا وركنا موضوعيا .

أما الركن الشكلي فهو أن يكون المصنف قد أفرغ في صورة مادية يبرز فيها إلى الوجود ويكون معداً للنشر ، لأن يكون مجرد فكرة يعوزها الإطار الذي تتجسم فيه . فيجب إذن أن يكون مظهر التعبير عن الفكرة قد بلغ الغاية من الوضع المستقر ، فتكون أصول المصنف المكتوب مثلا ليست مجرد مشروع لا يزال قيد النظر والتنقيح والتغيير والتبديل ، بل يجب أن تكون هذه الأصول قد أخذت وضعها النهائي وأصبحت معدة للطبع والنشر . ولا يهم بعد ذلك نوع المصنف ، ولا طريقة التعبير عنه ، فإن طرق التعبير عن المصنفات تتعدد بحسب نوعها . فمنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الكتابة ، وهذا هو شأن المصنفات الأدبية والعلمية ، وهي تستوفي ركنها الشكلي بمجرد أن تصبح الأصول المعدة للطبع قد بلغت مرحلتها النهائية ولبست الثوب الذي تظهر فيه للجمهور . ومن المصنفات ما يكون مظهر التعبير عنه هو الصوت ، وهذا هو شأن المصنفات الموسيقية والمصنفات التي تلقى شفويا كالمحاضرات والخطب

(١) وقد نقل المشروع الجديد المادة ١/١ كما هي ، وأنتقل نص المادة ٢/٢ .

والمواعظ . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الرسم أو التصوير ، وهذا هو شأن المصنفات الداخلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو العمارة والمصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية . ومنها ما يكون مظهر التعبير عنه هو الحركة ، وهذا هو شأن المصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات كالتمثيل والرقص والألعاب وتكون معدة مادياً للإخراج . ومن هنا جاءت الفقرة الثانية من المادة ٢ من قانون حماية حق المؤلف تجمل ما سبق تفصيله ، فتقول كما رأينا : « وتشمل الحماية بوجه عام المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة » (١) . أما الفكرة التي لم تلبس ثوبها النهائي ، فهذه تبقى مجرد فكرة لا يتولى القانون حمايتها . ولكل شخص أن يتناولها ، مؤيداً أو مفنداً ، على أن ينسبها لصاحبها . وأما الركن الموضوعي فهو أن يكون المصنف قد انطوى على شيء من الابتكار ، بحيث يستبين أن المؤلف قد خلع عليه شيئاً من شخصيته . فالابتكار هو الأساس الذي تقوم عليه حماية القانون ، وهو الثمن الذي تشتري به هذه الحماية . والمصنف الذي يكون مجرد ترديد لمصنف سابق . دون أن يكون فيه أثر للابتكار ودون أن يحمل طابع شخصية المؤلف ، لا يدخل في حماية القانون . وليس من الضروري أن يكون الابتكار ذا قيمة جديدة ، فأى ابتكار مهما تكن قيمته يكفي ، وتقول المادة ١/١ من قانون حماية حق المؤلف كما رأينا : « أياً كان نوع هذه المصنفات ... أو أهميتها » . وكذلك ليس من الضروري أن يستحدث الابتكار جديداً ، فالجدة لا تشترط في الابتكار ، ويكفي أن يرضى المؤلف على فكرة ولو كانت قديمة شخصيته ، وأن تتميز بطابعه ، حتى يكون هناك ابتكار يحميه القانون . وتتولى المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف : « والحكيم في كون المصنف مبتكراً أو غير مبتكر يرجع لتقدير القضاء » (٢) .

(١) ولا مقابل لهذا النص في المشروع الجديد كما قدمنا ، ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في صدد المادة الأولى منه : « وتوضح المادة أن هذه الحماية تشمل كل مصنف أياً كان مظهر التعبير عنه ، أي سواء كانت العنصر المادية التي يبرز فيها إلى الوجود هي الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحفر أو النحت أو النقش أو النجارة أو الحركة » .

(٢) وليس للناسي ، و تقديره لتوافر شرط الابتكار ، أن يقدر القيمة العلمية أو الفنية -



وقد قلنا أن نوع المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو الغرض من تصنيفها لا يهم ، فيدخل في حماية القانون أى نوع من المصنفات ، أيا كانت طريقة التعبير عنه ، وأيا كان الغرض من تصنيفه . ويمكن تقسيم المصنفات التى يحمىها القانون إلى أنواع ثلاثة : المصنفات الأدبية والعلمية (oeuvres littéraires et scientifiques) والمصنفات الفنية (oeuvres artistiques) ، والمصنفات الموسيقية (oeuvres musicales) . ذلك أن المصنفات الأدبية والعلمية إنما يكون تأثيرها واقعا على العقل والتفكير ، فى حين أن كلا من المصنفات الفنية والمصنفات الموسيقية يتجه تأثيرها المباشر إلى الحس والشعور . وتختلف المصنفات الفنية عن المصنفات الموسيقية فى أن الأولى لابد أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه كالمصور يرسم اللوحة والنحات يصنع التمثال ، فى حين أن المصنفات الموسيقية يجوز أن يقوم بتنفيذها المؤلف نفسه أو يقوم بها غير المؤلف . وتتناول بالبحث هذه الأنواع الثلاثة من المصنفات .

## المطلب الأول

### المصنفات الأدبية والعلمية

١٧١ - أمثلة للمصنفات الأدبية والعلمية وردت فى القانون :  
أوردت المادة ١/٢ من قانون حماية حق المؤلف ، على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر<sup>(١)</sup> ، أمثلة للمصنفات المحمية على مختلف أنواعها . وذكر النص من أمثلة المصنفات الأدبية والعلمية ما يأتى :

١ - المصنفات المكتوبة ، وهذه تشمل جميع المصنفات التى تصل إلى الجمهور عن طريق الكتاب ، فيدخل فيها المصنفات الأدبية والتاريخية والجغرافية

= للمصنف ، فقد ينطوى كتاب على الابتكار حتى لو كان هذا الكتاب من الكتب المدرسية ، أو حتى لو كان الكتاب لا يقرأه إلا العامة . (استثناءات تلتط ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٥٧) -  
إسماعيل غانم فى النظرية العامة للحق ص ٥٧ - منصور محطى منصور فى المدخل للعلوم القانونية ص ٧١ .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون فى هذا الصدد : « وأوردت المادة الثانية بياناً للمصنفات التى تشتملها هذه الحماية ، وذلك على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر .  
والمادة ١/٢ مطابقة للمادة ٢ من المشروع الجديد .

والفلسفية والاجتماعية والقانونية والطبية والهندسية والزراعية والرياضية والكيمائية والفيزيائية والجيولوجية ودواوين الشعر والأزجال وجميع المصنفات المتعلقة بمختلف فروع الآداب والعلوم . ويدخل فيها أيضاً المصنفات في تاريخ الفنون المختلفة وفي تاريخ الموسيقى ، أما الفنون والموسيقى ذاتها فهذه هي المصنفات الفنية والموسيقية التي سيأتى ذكرها .

٢ - المصنفات التي تلقى شفويًا ، كالمحاضرات والخطب والمواظع وما يماثلها . ويراد بذلك ما لم يعد من قبل مكتوبًا ، وإلا دخل في المصنفات المكتوبة ويكون إلقاؤها بعد كتابتها هو نقلها إلى الجمهور مباشرة بطريق التلاوة العلنية ، وسيأتى أن التلاوة العلنية هي طريق من طرق النشر . ويفهم من ذلك أن المصنفات التي تلقى شفويًا ولا تدخل في المصنفات المكتوبة هي المحاضرات والخطب والمواظع ودروس الأساتذة والندوات التي تدور فيها المناقشات المختلفة وما إلى ذلك ، بشرط أن يكون كل ذلك مرتجلًا لم يكتب من قبل ، فيكون اللباس المادى الأول الذى أبرز فيه المصنف هو الكلام لا الكتابة ، ويكون الكلام هو الشكل الذى تجسم فيه المصنف وهو في الوقت ذاته طريق النشر الذى اختاره المؤلف . وعلى ذلك تشمل الحماية هذه المصنفات ، فلا يجوز مثلاً جمع المحاضرات أو الدروس التي ألقاها أحد الأساتذة ، أو المواظع التي ألقاها أحد الوعاظ ، ونشرها دون إذن المؤلف .

٣ - المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية . وهذه مصنفات تكون في الأصل مكتوبة ، فتدخل في عموم المصنفات المكتوبة . وإنما خصها المشرع بالذكر إبرازاً لأهميتها ، ولأنها كثيرة التداول في الحياة العملية . والمصنفات المسرحية تشمل كل أنواع المسرحيات ، من تراجم إلى دراما إلى كوميدي إلى فودفيل إلى غير ذلك من أنواع المسرحيات . وتتجسم في مصنفات مكتوبة كما قدمنا ، فتشملها الحماية . ومن ثم لا يجوز لأحد نشرها على الجمهور - والنشر هنا يكون بطريق التمثيل المسرحي كما سيأتى - إلا بإذن المؤلف . والمسرحيات الموسيقية تشمل الأوبرا والأوبرا كوميك والأوبريت وغير ذلك من المسرحيات الموسيقية . وهي تتكون من عنصرين : أحدهما المسرحية نفسها ، أى الكلام الذى تشتمل عليه المسرحية ، وتدخل في نوع المصنفات

الأدبية التي نحن في صدد بحثها . والعنصر الثاني الوسيطى التي تقترن بالكلام ، وهذه أيضاً تحمى باعتبارها من المصنفات الموسيقية وسيأتى بيانها . والمصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية غير الروايات والقصص ، ولكنها جميعاً تشملها الحماية متى تجسدت فى الكتابة باعتبارها من المصنفات الأدبية ، فلا يجوز نشرها على الجمهور بغير إذن المؤلف . وقد نصت ، تطبيقاً لذلك ، المادة ١/١٤ من قانون حماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل ... الروايات المسلسلة والقصص الصغيرة التي تنشر فى الصحف والنشرات الدورية الأخرى بدون موافقة مؤلفها » .

٤ - المصنفات السينمائية . وسرى أن هذه المصنفات تتركب من عدة مصنفات داخلية ، وفق فيما بينها حتى أصبحت مصنفات سينمائية . ففيها المصنف الأدبى الذى وضع فى شكل يجعله ملائماً للقرن السينمائى ، وفيها السيناريو وهى الفكرة المكتوبة للإذاعة بطريق السينما ، وفيها الحوار الذى وضع على ألسنة الممثلين السينمائيين ، وفيها الموسيقى إذا وضعت خصيصاً للمصنف السينمائى ، وفيها الإخراج إذا قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف السينمائى ، وفيها غير ذلك مما سيأتى ذكره . وهذا كله مزيج من مصنفات أدبية ومصنفات فنية ومصنفات موسيقية ، ينتهى إلى أفلام سينمائية معدة للنشر عن طريق الإذاعة السينمائية . ولا يجوز نشرها إلا بإذن من مؤلفها ، وسيأتى بيان من هم هؤلاء المؤلفون (١) .

٥ - المصنفات التي تعد خصيصاً أو تذاع بواسطة الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون . وهذه كلها مصنفات مكتوبة ، أعدت للإذاعة عن طريق الراديو ( الإذاعة اللاسلكية ) أو عن طريق التلفزيون . وهى مصنفات متنوعة ، فمنها الأحاديث والقصص والمسرحيات والموسيقى والأغاني والأخبار والتعليقات والخطب والمحاضرات وغير ذلك مما نسمعه عادة عن طريق الراديو أو نراه عن طريق التلفزيون . فهى خليط من مصنفات أدبية وعلمية ومصنفات موسيقية ومصنفات فنية ، وكلها تشملها الحماية فلا يجوز نشرها أو إذاعتها إلا بإذن من المؤلف .

١٧٢ - عنوان المصنف : وقد نصت المادة ٣/٢ - من قانون حماية حق المؤلف على ما يأتي : « وتشمل الحماية كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ، ولم يكن لفظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف » (١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون سالف الذكر : « كما تضمنت (المادة ٢) النص على امتداد الحماية إلى عنوان المصنف ، إلا إذا كان العنوان عبارة تدل على موضوع المصنف وليست متميزة بطابع ابتكاري . وقد قصد بهذا النص أن يكون حائلاً دون انتفاع مصنف من شهرة مصنف آخر بانتحال عنوانه » . فيشترط إذن في عنوان المصنف ، حتى تشملها الحماية ، أن يكون متميزاً بطابع ابتكاري . وأكثر عناوين المصنفات في العصور الحديثة ليست متميزة بهذا الطابع الابتكاري ، وليست إلا ألفاظاً جارياً للدلالة على موضوع المصنف ، فلا تشملها الحماية . فإذا وضع مؤلف مصنفاً في التاريخ مثلاً ، وأسماه « تاريخ أوروبا في العصور الوسطى » ، أو مصنفاً في القانون وأسماه « النظرية العامة للالتزام » ، أو مصنفاً في الرياضيات وأسماه « حساب المثلثات » ، إلى غير ذلك من العناوين التي قصد بها أن تدل على موضوع المصنف دون أن يكون للعنوان طابع ابتكاري ، جاز لأي مؤلف آخر أن يكتب في نفس الموضوع متخذاً نفس العنوان ، ويتميز مصنفه عن المصنف السابق ، لا بالعنوان فهو واحد في المصنفين ، ولكن باسم المؤلف ، وقد يتميز أيضاً باسم الناشر وتاريخ النشر ، ثم يتميز أخيراً بالطابع الابتكاري الذي أضفاه المؤلف على عرض المسائل التي يشتمل عليها المصنف . أما إذا اختار المؤلف لمصنفه عنواناً يحمل طابع الابتكار ، كأن أسماه « مرشد الحيران » ، أو اختار صاحب المجلة لمجلته عنوان « مصر المعاصرة » ، أو « مجلة القانون والاقتصاد » أو « الرسالة » أو « الثقافة » ، أو صاحب الجريدة لجريدته عنوان « الأهرام » أو « الأخبار » ، أو حامت سلسلة من المصنفات عنواناً مبتكراً كسلسلة المصنفات المعروفة بعنوان « اقرأ » ، أو حملت أغنية عنواناً خاصاً بها كعنوان « أنت

(١) لم يرد في المشروع الجديد نص يقابل هذا النص . ولكن يمكن القول إن عنوان المصنف هو جزء منه لا يتجزأ ، فنسحب الحماية التي تشمل المصنف إلى عنوانه إذا توافر فيه شرط الابتكار . عل أن نظرية المزاحة غير المشروعة تكني لحماية عنوان المصنف ، بل هي أكثر ملامسة لهذه الحماية ، وسرى أن للقضاء الفرنسي استند إلى هذه النظرية .