

في كل ما أهد له هذا الشيء ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه .  
 فيستطيع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً . فإذا كان للشيء منزلاً  
 كان له أن يسكنه ، أو سيارة كان له أن يركبها ، أو ملابس كان له أن  
 يرتديها ، أو مجوهرات كان له أن يحملها . وقد يصل في الاستعمال إلى  
 أبعد حد ، فيستهلك الشيء ، كما إذا كان طعاماً فياكله ، أو حديقة  
 فياكل ثمرها . واستهلاك الشيء على هذا النحو قد يوصف بأنه تصرف  
 مادي فيه ، ويطلق اصطلاح (jus abutendi) عادة على كل من التصرف  
 المادي والتصرف القانوني<sup>(١)</sup> . ولكننا نفضل أن نقصر التصرف ، فيما سيأتي ،  
 على التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية . وقد لا يستعمل  
 لملك الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعاً دون مقابل ، كما إذا  
 دعا الغير للصيد والقتل في أرضه ، أو استضاف الغير مدة من الزمن ،  
 أو أنشأ ملجأً أو مصحة أو مستشفى على وجه التبرع دون أن يقصد استغلال  
 شيء من ذلك .

ويعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في  
 ملكه ، كما إذا رمم منزله ، أو أعاد بناءه بعد أن كاد ينهدم ، أو سوى  
 الأرض الزراعية لجعلها صالحة للزراعة ، أو حفر الترعة والمصارف في  
 الأرض الزراعية ، أو سور الأرض أو أقام حوائط على جوانبها أو حفر  
 خنادق على حدودها ، أو أصلح السيارة أو قام بتزيينها أو تشجيرها .

ويتميز استعمال المالك من استعمال غير المالك كالمستضع والمستاجر والمرهن  
 رهن حيازة ، في أن المالك قد يصل في استعمال الشيء إلى حد إتلافه إذا أراد  
 ذلك . فله أن يقلع الأشجار ، ويهدم المباني ، ويتلف السيارة ، ولا حد لسلطته  
 في ذلك إلا ما يفرضه القانون عليه من قيود وإلا أن يحجز عليه لسفه أو لمرض

(١) وعلى ذلك فالشيء القابل للاستهلاك - واستعماله يكون باستهلاكه - يختلط فيه الاستعمال  
 والتصرف ويعتبران شيئاً واحداً (مارق ورينو فقرة ٤٠ ص ٤٨) . وسواء جارينا هذا  
 الرأي أو ميزنا بين التصرف المادي والتصرف القانوني ، فإن التفرقة يختلط فيها دائماً الاستعمال  
 بالتصرف ويصبحان شيئاً واحداً ، لأن التفرقة إنما يكون استعمالها بصرفها عن التصرف فيها  
 تصرفاً قانونياً .

عقل . أما المنتفع والمستأجر والمرتهن حيازة فهو لاء لا يجوز لهم في استعمالهم للشيء أن يتلفوه ، بل يجب عليهم أن يحافظوا عليه حتى يردوه سليما للمالك .

٣٠٠ - **قيود الاستعمال**: ولكن المالك نفسه يتقيد مع ذلك ، في استعماله للشيء ، بالقيود التي فرضها القانون كما سبق القول . مثل ذلك أنه لا يجوز للمالك أن يفتح مطلا على جاره إلا على مسافة معينة حددها القانون ، وليس له أن يقيم بناء خارجا عن نخط التنظيم ، وليس له أن يستعمل ماكه استعمالا من شأنه أن يضر بالحار ضررا غير مألوف .

ولكن يبقى مع ذلك فرق بين المالك و غير المالك ، حتى في القيود التي يفرضها القانون . فالأصل في المالك أن كل استعمال ، أيا كان ، مباح له ، إلا استعمالا يحرمه القانون ، أي أن الأصل هو الإباحة والتحرير هو الاستثناء . أما غير المالك كالمستضع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة ، فالأصل في هؤلاء أن كل استعمال محرم عليهم إلا ما أباحه القانون ، أي أن الأصل هو التحريم والإباحة هي الاستثناء .

٣٠١ - **عديم الاستعمال لأب استعمال هو للمالك**: وكما أن للمالك أن يستعمل ملكه كما يشاء ، كذلك له ألا يستعمله . فإذا كان له منزل فإن له ألا يسكنه ، وأن يتركه خاليا دون أن يوجره ، إلا إذا تدخل القانون وفرض حل الملاك لإسكان منازلهم إذا لم يسكنوها بأنفسهم<sup>(١)</sup> . وإذا كان للمالك سيارة فإن له ألا يركبها ، ولا يدع غيره يستعملها بأجر أو بغير أجر ، وإذا كان له أن يتلف السيارة فأولى أن يتركها دون استعمال . وإذا كان له أرض زراعية فإن له ألا يزرعها ، وألا يملكها لغيره لزراعتها بأجر أو بغير أجر ، إلا إذا فرض القانون عليه شيئا من ذلك<sup>(٢)</sup> . ذلك أن في طبيعة الإنسان من حب

(١) وقد نصت المادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ على أنه لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستجارها مستأجر بالأجرة القانونية .

(٢) وقد صدرت في فرنسا ، في خلال الحرب العالمية الثانية ، سلسلة من القوانين بحجب المالك على استغلال أرضه : قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ أغسطس سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ - قانون ٢٧ مايو سنة ١٩٤١ - قانون ٩ مارس سنة ١٩٤١ - قانون ١٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ - قانون ١٩ أبريل سنة ١٩٤٢ - قانون ٢٣ مايو سنة ١٩٤٣ - قانون ٢٢ مايو سنة ١٩٤٤ - انظر بلانيول وريبر وبولانجيح ١ فقرة ٢٧٠٩ وفقرة ٣٠٢١ .

الكسب ما يكفي لدفعه إلى استغلال ملكه أو استعماله ، دون حاجة في الكثرة الغالبة من الأحوال إلى تدخّل المشرع .

وللمالك أن يترك ملكه ، وهذا ما يسمى بالتارك (abandon) . فإذا كان الشيء منقولاً وتركه المالك ، فإنه يصبح مالا لا مالك له ، ويستطيع أي شخص أن يستولى عليه فيتملكه بالاستيلاء . وإذا كان الشيء عقاراً فإن للمالك أن يتركه ، وبخاصة إذا أراد التخلص بتركه من التزام عيني مفروض على العقار ، وذلك دون أن يفقد ملكيته إلى أن يتملكه شخص آخر . مثل ذلك أن يخلى الحائز للعقار المرهون حتى يتخلص من دعوى الرهن ، وهذه التخليّة (délaissement) تجعل إجراءات نزع الملكية لا توجه إلى الحائز ، بل إلى حارس يعين لهذا الغرض .

٣٠٢ - ٢ . الاستغفال: وينحول حق الملكية صاحبه ، إلى جانب

استعمال الشيء ، استغلاله .

والاستغلال قد يكون استغلالاً مباشراً . مثل ذلك أن يزرع الأرض مالكها ، ويجني ثمارها . والصيد والقتل ، وقد اعتبرناهما استعمالاً للملك ، يمكن أيضاً اعتبارهما استغلالاً مباشراً . ومالك السيارة يستغل سيارته استغلالاً مباشراً ، إذا خصصها لركوب الجمهور واستعملها كتاكسي . وقد يستغل مالك المحجر محجره باستخراج الأحجار منه بنفسه ، فيكون استغلالاً مباشراً . وقد يكون الاستغلال استغلالاً غير مباشر . والاستغلال غير المباشر يكون عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء ويدفع مقابل الثمار للمالك . والمالك يقوم ، في استغلاله للشيء استغلالاً غير مباشر ، بعمل قانوني من أعمال الإدارة . فمالك المنزل يوجره للغير ، فيجني ثماره المدنية في صورة الأجرة . ومالك الأرض الزراعية يوجرها لمن يزرعها ، ويقبض الأجرة هو أيضاً وهذه هي غلة الأرض . وقد يوجر المالك الأرض الزراعية مزارعة ، فيحصل على جزء من المحصول هو غلة الأرض بالنسبة إليه ، دون أن يقوم نفسه بالزراعة . وقد يستغل المالك المياه المعدنية الموجودة في أرضه ، بأن يبيعها للناس ويقبض ثمنها ويعتبر هذا الثمن غلة ملكه . وقد يستغل صاحب السيارة سيارته بتأجيرها إلى سائق يستعملها لركوب الجمهور ، والمال الذي يقبضه من السائق هو غلة السيارة .

والاستغلال يمتد إلى جميع ما يمتد إليه نطاق حق الملكية . وسنرى أن هذا للنطاق يشمل الثمار والمنتجات ، كما يشمل للعلو والعمق . فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية ، والثمار المدنية هي التي يتمثل فيها الاستغلال . وللمالك أن يستغل العلو ، فيؤجره مثلا لمن يبني فيه ويتقاضى أجره من مالك هذا البناء . كما له أن يستغل العمق ، كما في حالة المناجم والمحاجر مع مراعاة التشريعات التي صدرت في هذا الشأن .

٣٠٣ - قيود الاستغلال : ويرد على الاستغلال ، كما يرد على الاستعمال ، قيود يفرضها القانون . من ذلك ما يفرضه قانون إيجار الأماكن من تعيين حد أقصى للأجرة التي يتقاضاها المالك من المستأجر ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر في العين حتى بعد انتهاء الإيجار ، فلا يستطيع طلب إخلاء العين إلا لأسباب معينة حددها القانون . ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح للزراعي من تحديد أجره الأرض الزراعية بسبعة أمثال الضريبة ، ومن ضرورة استبقاء المستأجر للأرض في جزء منها . وفي المزارعة لا يجوز للمالك أن يأخذ أكثر من نصف المحصول ، ويجب أن يبقى للمزارع نصف المحصول على الأقل . وقد يضع القانون قيودا على زراعة الأرض ، فيحدد مثلا المساحة التي يجب أن تزرع قطنا ، ويحظر زراعة الأرز إلا في مناطق معينة . وإذا أراد المالك استغلال محل مقلق للراحة أو ضار بالصحة ، وجب عليه استبقاء شروط معينة والحصول على ترخيص إداري . كذلك إذا أراد المالك استغلال صيدلية ، وجب عليه أن يقيم فيها صيدليا مؤملا ، إلى غير ذلك من قيود متنوعة ترد على الاستغلال .

٣٠٤ - عدم الاستغلال للاستغلال للمالك - إهانة : وقد قدمنا في الاستعمال أن عدم الاستعمال يعدل الاستعمال ، كلاهما حق للمالك . كذلك عدم الاستغلال يعدل الاستغلال ، كلاهما حق للمالك . فيجوز للمالك أن يدع أرضه بورا لا يزرعها ولا يؤجرها للغير ، كما يجوز له أن يبني منزله خاليا لا يسكنه ولا يؤجره للغير ليسكنه ، وذلك كله ما لم يفرض عليه القانون أن يقوم باستغلال ملكه ، كأن يجبره على إيجار منزله الخالي ، أو يفرض عليه زراعة أرضه . حتى يساهم في تدبير الأثرات في أثناء الحروب أو في الأزمات

التموينية . وقد سبق أن بينا ذلك فيما يتعلق بالاستهلاك ، فنحيل هنا إلى ما قدمناه هناك<sup>(١)</sup> .

## المطلب الثاني

### التصرف

#### والشروط الإرادية المانعة من التصرف

٣٠٥ - المفهوم بالتصرف معناه المضمون : قدمنا<sup>(٢)</sup> أن الرأى السائد هو استعمال تعبيره التصرف ، بمعنى واعم ، فيشمل التصرف القانوني والتصرف المادى ، ويدخل فى التصرف المادى استهلاك الشيء وإتلافه . ولكننا أدخلنا التصرف المادى فى نطاق استعمال الشيء ، وامتدقينا للتصرف معناه المؤلف ، وهو التصرف القانونى الذى ينقل الملكية أو حقا عيذا آخر . فأعمال التصرف هنا تقابل أعمال الإدارة فيما يتعلق بالاستغلال . ومن ثم يكون العنصر الثالث لحق الملكية هو التصرف ، فيجوز للمالك أن يتصرف فى ملكه بجميع أنواع التصرفات .

يجوز له أن ينقل ملكية الشيء الذى يملكه إلى غيره ، بالبيع أو الهبة أو الشركة أو القرض أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية . ونقل الملكية على هذا الوجه هو أومع ضروب التصرف الذى يستطيع المالك أن يقوم بها ، فإنه إذا نقل الملكية لا يستبقى من ملكه شيئا ، ويصبح غيره هو المالك ، وقد يتقاضى مقابلا لذلك كما فى البيع والشركة والقرض ، وقد لا يتقاضى مقابلا كما فى الهبة ، ويصح أن ينقل جزءا من ملكية الشيء ، كأن يبيع نصف المنزل أو نصف الأرض ، فيصبح غير مالك للجزء الذى نقل ملكيته للغير .

كذلك يجوز للمالك ، دون أن ينقل الملكية كلها أو بعضها ، أن ينقل عنصرا أو أكثر من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية بعد استبعاد هذا العنصر . فله مثلا أن يرتب على المنزل المملوك له حق انتفاع (usufruit) ، فينقل بذلك إلى المنتفع عنصرى الاستعمال والاستغلال ، ويستبقى الرقبة وحق

(١) انظر آتفا فقرة ٣٠١ .

(٢) انظر آتفا فقرة ٢٩٩ .

التصرف فيها . وله أن ينقل حق الاستعمال وحده ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق إلا استعمال الشيء بنفسه . وله أن يخصص الاستعمال بالسكنى فينقل إلى الغير حق السكنى ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق أن يستعمل المنزل إلا لسكناه هو وأسرته . وله أن يرتب على العقار المملوك له حق الارتفاق ، ويستبقى ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق هذا . ويجوز للمالك كذلك أن يرتب على العقار المملوك له حق رهن رسمي ، فيستبقى ملكية العقار خالصة له ولكنها مقيدة بحق الرهن ، وهذا الحق ينحول للدائن المرتهن عند حلول الدين أن يبيع العقار على مالكة جبراً ويستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزداد متقدماً في ذلك على سائر الدائنين الذين هم دونه في المرتبة . ويجوز للمالك أيضاً أن يرتب على العين المملوكة حق رهن حيازة ، فيستبقى ملكية العين ولكنه ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن الذي ينوب عنه في الاستعمال والاستغلال . ويكون للدائن المرتهن رهن حيازة ، كما للدائن المرتهن رهناً رسمياً ، أن يبيع العين جبراً على مالكة عند حلول الدين ، وأن يستوفى حقه من الثمن الذي رسا به المزداد في الترتيب الذي ينحوله إياه القانون .

ويختلف التصرف في الملكية نفسها عن التصرف في عنصر من عناصرها في أن التصرف في الملكية ينقلها من المالك إلى غيره ، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية . أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية ، فإنه لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره ، بل يستبقى المالك ملكه ، وهو في الكثرة الغالبة يسترد العنصر الذي تصرف فيه ، بلا سبب جديد ، بل بمجرد انقضاء حق الغير . فالمالك ، إذا رتب على العين المملوكة له حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق رهن ، يسترد العنصر الذي نقله إلى المنتفع أو صاحب حق الاستعمال أو صاحب حق السكنى بموت هؤلاء أو بانقضاء أجل حقوقهم ، ويسترد العنصر الذي نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين . وهو في غير حاجة لسبب جديد لاسترداد العنصر الذي نقله بالتصرف (١) . أما حق الارتفاق

(١) وهناك فرق بين تصرف المالك في عنصر الانتفاع بترتيب لغيره حق الانتفاع في ملكه ، وبين تصرف المنتفع في حق انتفاعه بعد أن يرتب له هذا الحق . فالمالك يترتب بالمنتفع ، وهو خلفه الخاص ، حتى يموت أو حتى ينتهي حق انتفاعه ، فيعود للمالك حق الانتفاع من تلقاء نفسه .

فقد يكون دائما درام الملكية فلا يسرده المالك ، وقد يكون موقتا أجل نزول بانقضاء الأجل وتعود للإك ملكيته كاملة .

ويلاحظ أن غير المالك من أصحاب الموقوف يستطيع هو أيضاً أن يتصرف في حقه ، فيستطيع المنتفع أن يتصرف في حق الانتفاع ( دون صاحب حق الاستعمال وصاحب حق السكنى فهذان لا يستطيعان التصرف في حقهما ) ، ويستطيع الدائن المرهن أن يحول حقه المضمون بالرهن فينتقل الرهن بالحوالة إلى الدائن الجديد . ولكن تصرف المالك يختلف عن تصرف غيره من أصحاب الحقوق الأخرى في أن المالك يستطيع أن يتصرف في رقة الشيء ذاتها (١) ، أما صاحب حق الانتفاع مثلا فلا يستطيع أن يتصرف إلا في حق انتفاعه ولا يستطيع أن يتصرف في الرقة .

وكما أن المالك يستطيع أن يتصرف في الشيء على النحو الذي بسطناه فيما تقدم ، كذلك يستطيع ألا يتصرف . ولكن القانون قد يفرض قيودا على التصرف كما سنرى ، وقد يفرض قيودا على عدم التصرف كما في نزاع الملكية جبراً على صاحبها وفي التأميم .

### ٣٠٦ - قيود يفرضها القانون على التصرف : قد يفرض القانون

قيودا موقته على حق المالك في التصرف في ملكيته ، ومادام القيد موقتا فهو لا ينزع نهائيا حقه في التصرف ، ويبقى مالكا . مثل ذلك ملكية الأسرة ، وتقضى المادة ٨٥٣ مدني بأنه لا يجوز لأي شريك في ملكية الأسرة أن يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة إلا بموافقة الشركاء جميعا . وهذا القيد موقت من عدة وجوه . فهو أولا مقيد بالأجل الذي يتفق عليه لبقاء ملكية الأسرة ، ولا يجوز أن يزيد على خمس عشرة سنة ( م ١/٨٥٢ مدني ) . وهو ثانيا مقيد بمدة ستة أشهر فقط إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل معين ، إذ يستطيع الشريك بعد انقضاء هذه المدة لإخراج نصيبه من ملكية الأسرة ،

= لا بسبب جديد كما قلنا . أما المنتفع فإذا تصرف في حق انتفاعه بالبيع مثلا ، فإن المشتري لحق الانتفاع يكون خلفا خاصا للمنتفع لا للمالك ، ولا ينتهي حق الانتفاع بموت المشتري ولكنه ينتهي بموت المنتفع ( حسن كبيرة فقرة ٥٨ ص ١٨٢ هامش ٣ ) .

( ١ ) - حسن كبيرة فقرة ٥٨ ص ١٨١ - ص ١٨٢ - إلهابيل غانم فقرة ٢٦ .

والتصرف فيه بعد ذلك ( م ٢/٨٥٢ ملني ) . وهو أخيراً مقيد بجواز أن يتصرف الشريك في نصيبه لأجنبي بغير موافقة الشركاء ، على ألا يبنى هذا النصيب مندمجاً في منكية الأمرة ( م ٢/٨٥٣ ملني ) . ومثل ذلك أيضاً قانون الإصلاح الزراعي ، فهو يغفل يد الفلاح عن التصرف في الأرض التي وزعت عليه قبل أن يوفى جميع أقساط ثمنها ( م ١٦ من قانون الإصلاح الزراعي ) ، والتي كما نرى قيد موقت . وفي الشفعة فرض القانون ضرباً من ضروب عدم التصرف إلا لشخص معين هو الشفيع ، إذا طلب الشفعة واستوفى شرائطها . وفي قانون خمسة الأقدنة لم يمنع القانون المالك من التصرف في ملكه ، وإنما منع الدائنين من الحجز على هذا المالك ، فمنعهم بذلك من نزع الملكية جبراً على صاحبها<sup>(١)</sup> .

أما إذا كان المانع من التصرف الذي فرضه القانون منعا دائماً غير موقت ، كما في الأموال الموقوفة ، فإن حق الملكية يفقد عنصراً أساسياً من عناصره ، ومن ثم لا يمكن وصفه بأنه حق ملكية . فحق المستحق في الوقف ليس حق ملكية ، وإن كان حقاً عينياً ، وهذا غير حقه الشخصي في تقاضى استحقاقه من الناظر .

٣٠٧ - الشروط الإرادية المانعة من التصرف<sup>(\*)</sup> : وهناك شروط إرادية تمنع من التصرف (clauses d'inaliénabilité) . وهذه لا يفرضها القانون كما في الأمثلة السابقة ، بل يفرضها الاتفاق وهو عقد صادر من الجانبين ، أو تفرضها الوصية وهي إرادة منفردة صادرة من جانب واحد ، ومن ثم مميّنة هذه الشروط بالشروط الإرادية المانعة من التصرف . وهي أيضاً تمنع من التصرف منعا موقتا ، فتصح لأنها لا تسلب حق الملكية

(١) انظر كذلك في القانون الفرنسي المال الذي تقدمه الزوجة « دوطه » ، فهذا المال لا يجوز التصرف فيه مادامت الزوجية قائمة . وكذلك هبة المال أو الوصية به لشخص حل أن يتخله هذا بعد موته لأولاده ، في نظام الاستبدال الوراثي المباح (substitutions permises) ، هو منع من التصرف في المال طول حياة الموهوب له أو الوصي له ، حتى يتسنى انتقال المال للأولاد .

د مراجع : Barthe في الشروط المنسوبة والشروط غير المشروعة سنة ١٨٨٥ - Saigeol في الشروط المانع من التصرف رسالة من بوردو سنة ١٨٩٦ - Bretonneau في الشروط المانعة من التصرف رسالة من باريس سنة ١٨٩٦ - رسالة من جنينويل سنة ١٩١٠ - Le Poux في الشروط المانعة من التصرف سنة ١٩٢٠ .

عنصرأ أساسيا من عناصره ملبا دائما<sup>(١)</sup> . ومتى استوفت شرائط صحتها ، فإنه يترتب على قيامها بحجة أن يكون كل تصرف يصدر من المالك ، محذفا للشرط المانع من التصرف في المدة التي يقوم فيها هذا الشرط ، تصرفا باطلاه فتتكلّم في مسألتين : (١) متى يصح الشرط المانع من التصرف . (٢) الجزء الذي يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف .

## ١٥ - متى يصح الشرط المانع من التصرف

٣٠٨ - نص قانوني : تنص المادة ٨٢٣ مدني على ما يأتي :

١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة .

٢ - ويكون للباعث مشروعا 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 الغير<sup>(١)</sup> .

(١) ويذهب مع ذلك بعض الفقهاء في فرنسا إلى تحكّة القضاء الفرنسي في إباحة الشرط المانع من التصرف ( لوران ٦ فقرة ١٠٣ و ١١ و فقرة ٤٦٠ - هيك ٤ فقرة ٧٦ و ٦ فقرة ٦٣ ديقرجيه في تعليقه على تولىه ٧ فقرة ٤٨٨ - بودري وشوفو فقرة ٥٠٦ ) . أما في مصر فإن اقتراح لا القضاء وحده ، قد تدخل وأباح للشرط المانع بشروط معينة ، فلم يعد هناك شك في صحة الشرط المانع .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال أو بمنع الإيضاء به ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصورا على مدة معقولة . ٢ - ويكون للباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف ، أو للمتصرف إليه ، أو للغير . ٣ - وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير . وفي لجنة المراجعة عدل النص ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التفتين المدني الجديد ، وصار رقمه ٨٩٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٢ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٢ ( مجلة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٣ - ص ٧٥ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن القضاء في عهد هذا التقنين ، كان يجري على أحكام النص (١) .  
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٧٧٨ - التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني للعراق ، ولا في قانون الملكية العقارية اللبناني (٢) .

**٣٠٩ - المنصرفات التي تتضمن الشرط المانع من التصرف : وبفهم من النص مالف الذكر أن الأصل هو تحريم الشرط المانع من التصرف ، لسببين أحدهما قانوني والآخر اقتصادي . أما السبب القانوني فلأن من أخص عناصر الملكية هو أن يكون للمالك حق التصرف في ملكه ، فإذا منع من ذلك حرم من أخص عناصر حقه ، فلا يكون حقه عند ذلك حق ملكية كما رأينا في حق المستحق في الوقف . أما السبب الاقتصادي فلأن تداول الأموال من**

( ١ ) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيلي : « عرض المشروع لشرط المانع من التصرف في نصين ... لا نظير لهما في التقنين الحال ( السابق ) . وقد قن المشروع أحكام القضاء المصري في هذا الموضوع ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ ) - انظر قضا مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٢ ص ٤٠١ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣ - محكمة الاستئناف ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ الهامة ٧ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٧ مايو سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ٢٥ ص ٦٥ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٩٩ ص ١٥٣ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ الهامة ٢ رقم ٦٣ ص ٢٠٧ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٨ رقم ٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٣٢٣ ص ٧١١ - ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشرط المانع ، حتى لو كان مسجلا ، لا يعوق الدائن من أخذ حق اختصاصه على العقار المنوع التصرف فيه ومن التنفيذ على هذا العقار ( استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩٢ ) .

( ٢ ) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٨ ( مطابق ) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٢ ( مطابق ) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل ( ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة ) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل ( ولكن أحكام النص تنفق مع القواعد العامة - انظر

في هذه المسألة في القانون اللبناني حسن كبيرة في الحقوق البينية الأصلية و القانون المدني اللبناني

المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ١٢٩ - ص ١٥٦ ) .

الأمر الهامة التي تجب ملاحظتها ، ومنع المال من التداول بتحريم التصرف فيه أمر خطير من الناحية الاقتصادية ، فلا يجوز هذا المنع إلا لمسوغ قوى .  
 للملك تعتبر القاعدة التأسيسية بجواز التصرف في المال من النظام العام ، وكل شرط يخالفها يكون شرطاً مخالفاً للنظام العام . وقد سار القضاء الفرنسي قديماً على هذا النحو ، فحرم كل شرط يمنع التصرف في المال (١) . ولكنه منذ منتصف القرن التاسع عشر أخذ يميز بين شرط مانع من التصرف منعا أبدياً وهذا أبقاه على حكم التحريم ، وشرط مانع من التصرف منعا مؤقتاً لمسوغ مشروع وهذا حلله ، وتوالت أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى حتى أصبحت قضاء مستقراً لا يتزعزع (٢) . وسار القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق على سنة القضاء الفرنسي حتى أصبحت القاعدة مستقرة هي أيضاً في مصر ، ومن ثم فنما التقنين المدني الجديد في نصوص تشريعية هي التي تنولى الآن شرحها .

ويلاحظ بادئ ذي بدء أن الشرط المانع من التصرف في المال يرد في تصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني يكون إما عقداً أو وصية ، وتقول الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدني مألفة الذكر : « إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال . . . » . والوصية أمرها واضح ، فهي تصرف قانوني من جانب واحد على سبيل التبرع ، فيوصي الشخص بمال

( ١ ) ليون ٧ أغسطس سنة ١٨٣٥ دالوز ٣٦ - ٢ - ٨٢ - باريس ١١ مارس سنة ١٨٣٦

دالوز ٣٦ - ٢ - ٨٣ .

( ٢ ) وكان أول حكم صدر في هذا المعنى في القضاء الفرنسي حكم محكمة أنجيه في ٢٩ يونيه سنة ١٨٤٢ ( سيريه ٤٢ - ٢ - ٤٠٠ ) . ثم أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا المبدأ في ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ ( دالوز ٥٨ - ١ - ١٥٤ ) . وأخذت أحكام محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك تتوالى في هذا المعنى : نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٣١ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٨ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٣٣ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١ - ٢٢ - انظر بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٣ . وصدر أخيراً في فرنسا قانون ٤ يناير سنة ١٩٥٥ خاصاً بالشهر العقاري يؤكد هذا المعنى ، إذ قضت المادة ٢٨ من هذا القانون بوجوب تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التي تتضمن شروطاً مانعة مؤقتة ( انظر مارتى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - كاربونيه ص ٩٦ ) .

للموصى له ويشترط عليه في الوصية ألا يتصرف في هذا المال لأحد ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقنة كما سيأتي . وأما العقد فالغالب أن يكون من عقود التبرع ، هبة صريحة أو هبة مستترة في عقد بيع<sup>(١)</sup> ، وقد يكون من عقود المعاوضة كأن يكون عقد بيع جدي . فهب الشخص أو يبيع مالا ، ويشترط على المتصرف له ألا يتصرف في هذا المال ، لمصلحة مشروعة ولمدة موقنة . والغالب أن يكون التصرف المتضمن للشرط المانع تصرفا ينقل ملكية المال مع اشتراط عدم جواز التصرف فيه . ولكنه قد ينقل حق انتفاع لا حق ملكية ، مع اشتراط عدم جواز التصرف في حق الانتفاع هذا . وقد ينشئ مجرد التزام دون أن ينقل ملكية أو حق انتفاع ، والمثل البارز في هذا الصدد أن أن يتعهد شخص لآخر بترتيب إيراد له لدى حياته ، ويكون قد قصد بذلك أن يوفر له أسباب المعيشة طول حياته فيشترط في تعهده عدم جواز التصرف في هذا الإيراد<sup>(٢)</sup> .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « فالشرط المانع قد يرد في وصية أو في عقد ، ويكون العقد في الغالب هبة أو هبة مستترة في بيع » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧٦ ) .

(٢) أوبرى ورد وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٦ ثالثا - بلانيرول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٣ .

وقد يأخذ الشرط المانع الصورة الآتية : يتبرع المتصرف بمبلغ من المال للمتصرف له ، ويشترط عليه أن يشتري بهذا المبلغ عقارا (remploi) لا يجوز له التصرف فيه . وقد يتبرع المتصرف بعقار ، ويقصر الشرط المانع على أن المتصرف له إذا باع العقار فعليه أن يشتري بالثمن عقارا آخر ، يكون هو أيضاً غير جائز التصرف فيه إلا بشرط الاستبدال هذا .

وقد يرد الشرط المانع في الوعد بالبيع ، فيشترط الموعود له بالبيع على الواعد ألا يتصرف في العين الموعود ببيعها طول مدة الوعد . فهذا شرط مانع صحيح ، إذ جمع بين التوقيت وبين قيام مصلحة مشروعة للموعود له لأن هذا الأخير يطمئن ، بفضل هذا الشرط ، إلى بقاء العين في ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء ( إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - عكس ذلك منصور مصطفى منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٤ ) . ويلاحظ أنه يجوز لدائى الواعد ، في هذا الفرض ، الطعن في الشرط المانع بالداء.

البوصية إذا توافقت شروطها . أما اشتراط الدائى المرتهن على الرهن ألا يتصرف في العين المرهونة مادام الرهن قائما ، فيوجد خلاف في صحته . انظر في معنى عدم صحة الشرط المانع في هذا الفرض : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٧ ص ٣٩ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٩ - -

فالشرط المانع من التصرف الذي تتضمنه أمثال هذه التصرفات لا يصح ، طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٨٢٣ مدني سائلة الذكر : « إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقتصراً على مدة معقولة » . فهناك إذن أمران لا بد من اجتماعهما حتى يصح الشرط المانع من التصرف : الباعث المشروع والمدة المعقولة . وكل منهما معيار مرن يساير الملبسات الخاصة بكل قضية من الأقضية التي تعرض على المحاكم ، فيكون القاضي أوسع حرية في التقدير ، ويتسنى له أن يعطى لكل حالة حكمها المناسب .

### (١) الباعث المشروع

٣١٠ - متى يكون الباعث مشروعاً : تقول الفقرة الثانية من المادة ٨٢٣ مدني سائلة الذكر : « ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير » . فالمفروض إذن ، حتى يكون الباعث مشروعاً ، والشرط المانع صحيحاً ، أن يكون المتصرف قد قصد بالشرط المانع الذي ضمنه العقد أو الوصية حماية

---

- ص ٨٠ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٧ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ - منصور مصطفي منصور فقرة ٤٤ ص ١٠٢ - ص ١٠٣ وفي التأمينات العينية ص ٧٥ . وانظر في معنى صحة الشرط : محمد حل عرفة فقرة ٢٧٨ - مد علي إمام في التأمينات فقرة ٢١٤ ص ٣١٨ - شمس الدين الوكيل في التأمينات ص ٢٤٩ هامش ٢ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - وزي أن مصلحة الرهن في استبقاء حريته في التصرف في العقار المرهون بالرغم من رهنه - وهذا أساس من الأسس التي يقوم عليها الرهن - ترجح مصلحة الدائن المرتهن في أن يتجنب إجراءات التطهير . ومن ثم يكون الشرط المانع في هذا الفرض غير صحيح ، إذ لا تقوم به مصلحة مشروعة راجحة .

ولا خلاف في أنه لا يجوز للمالك بإرادته المفردة أن يمنع نفسه من التصرف في ملكه ، لأن الشرط المانع يجب أن يتضمنه عقد أو وصية ، ولأن الإرادة المفردة لا يكون لها أثر إلا بموجب نص تشريعي ، ولأنه لو صح الشرط المانع في هذا الفرض لاستلزم أن يكون المال غير قابل للعجز عليه فيتحايل المالك عن هذا الطريق في الانتقاص من حق الضمان العام لعدائين ( شفيق شحاتة فقرة ١٠٠ ص ١٢٤ - عبد المنعم البيروني فقرة ٦٨ - إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٨ - حسن كبيرة فقرة ٨٦ ص ٢٨٧ - ص ٢٨٨ - منصور مصطفي منصور فقرة ٤٤ ص ١٠١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٤٠٢ ص ٥١٦ ) .

مصلحة مشروعة له هو ، أو مصلحة مشروعة لمن تصرف له ، أو مصلحة مشروعة لأجنبي أى للغير (١) .

### ٣١١ - مصلحة مشروعة للمتصرف : قد تكون هناك مصلحة مشروعة

للمتصرف يريد حمايتها عن طريق الشرط المانع . مثل ذلك أن يكون المتصرف قد وهب منزلاً لأحد من ذويه ، واشترط لنفسه حق الانتفاع أو حق السكنى طول حياته ، ولا يريد أن تكون له علاقة في شأن حقه هذا إلا مع من تصرف له . فيعمد إلى تضمين هبته شرطاً مانعاً من التصرف في المنزل ، حتى يطمئن إلى أنه في استعمال حق انتفاعه بالمنزل أو حقه في سكناه لن تكون له علاقة إلا بالموهوب له ، إذ يصبح غير جائز لهذا أن يتصرف في المنزل طول حياة الواهب . ومثل ذلك أيضاً أن يهب شخصاً لآخر عقاراً ويشترط على الموهوب له أن يرتب له إيرادات مدى الحياة ، ولما كان يخشى أن يتصرف الموهوب له في العقار فيفقد المصدر الأصلي الذي يوفى منه الإيراد المرتب ، فإنه يعمد إلى تضمين الهبة شرطاً يمنع الموهوب له من التصرف في العقار . ويصح أيضاً أن يبيع شخصاً لآخر عقاراً بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة ، ويشترط على المشتري عدم التصرف في العقار مدى حياة البائع ، أو يبيع العقار بثمن مقسط لمدة خمس سنوات مثلاً ويشترط على المشتري ألا يتصرف في العقار حتى يوفى بجميع أقساط الثمن . وقد يبيع شخص جزءاً مفروضاً من عقاره لآخر ، ويشترط على المشتري عدم جواز التصرف حتى يقتصر الجوار على المشتري دون شخص أجنبي آخر (٢) . كذلك قد يهب شخص عقاراً لآخر ويرتبه رهناً رسمياً في الوقت ذاته لحق له في ذمة الموهوب له ، فيشترط على الموهوب له ألا يتصرف في العقار المرهون حتى لا يتعرض للدائن المرتهن لخطر التطهير فيما إذا تصرف الموهوب له في العقار لشخص آخر ، وهذا في رأى من يقول بصحة الشرط المانع في هذا الفرض (٣) .

(١) وكما تكون المصلحة المشروعة للمتصرف حمايتها مصلحة مادية ، كذلك يجوز أن تكون مصلحة أدبية ، كما إذا قصد المتصرف بالشرط المانع ألا يقتحم أجنبي نطاق أملاك أسرته ( نقض فرنسي ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٧٦ - مارك ورينو فقرة ٥٦ ص ٦٩ ) .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ *inaliénabilité* فقرة ٣٣ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ٣٠٩ ص ٥٠٨ هامش ٢ .

هذه وأمثالها<sup>(١)</sup> مصالحي مشروعة للمتصرف ، يصح له أن يجمها بأن  
يضمن تصرفه شرطا مانعا من التصرف على النحو الذي بيناه<sup>(٢)</sup> .

٣١٢ - مصلحة مشروعة للمتصرف له : وكثيراً ما تتحقق هذه المصلحة  
للمتصرف له في إذا وهب شخص أو وصى لآخر بعقار ، ولما كان يعرف أن  
المتبرع له سبب التدبير ويخشى عليه أن يضيع سفها العقار المتبرع له به ،  
فيعمد إلى تضمين تبرعه شرطا بعدم جواز التصرف في هذا العقار<sup>(٣)</sup> . وقد  
يهب المتصرف العقار لشخص صغير في السن تنقصه الخبرة والتجارب ،  
فيشترط عليه عدم جواز التصرف في العقار حتى يصل إلى سن معينة يكون  
عند بلوغها قد أنضجته التجارب وحصل على الخبرة اللازمة . وقد يهب  
المتصرف العقار لقاصر له ولي يخشى من إسرافه ، فيشترط عدم جواز  
التصرف في العقار حتى يبلغ القاصر سن الرشد فيتسلم العقار ، ويعهد في الوقت  
ذاته إلى أمين يتولى إدارة العقار وصره ريعه على تعليم القاصر حتى يبلغ سن  
الرشد<sup>(٤)</sup> . وقد لا يمنع المتصرف المتصرف له من التصرف ، ولكن يشترط عليه

(١) انظر نقض فرنسي ٢٠ أبريل سنة ١٨٥٨ دالوز ٥٨ - ٢ - ١٥٤ - ٢٩  
أبريل سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٨ - ١ - ١٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٨ -  
١ - ١٧٦ .

(٢) انظر في أن البيع المقترن بشرط عدم جواز التصرف يعتبر بيما جديا لأرصية ، وأن  
الكشف عن نية المتعاقدين في هذا الشأن مسألة موضوعية : نقض مدني ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة  
المكتب الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب  
الفني في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة المكتب الفني  
في خمسة وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في  
خمس وعشرين عاما جزء أول ص ٣٤٩ .

وانظر في أن شرط عدم التصرف إذا تضمنته الهبة ووقت بحياة الواهبة لمصلحة مشروعة لها  
يكون شرطا صحيحا : نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين  
عاما جزء ٢ ص ١١٩١ ، وأن البيع بشرط عدم التصرف بيع صحيح : استئناف مصر ٣١ ديسمبر  
سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٧١١ .

(٣) نقض فرنسي ١١ يولييه سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨-١-٦٢-١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز  
١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤١ - ٢٢ - ٤ مايو سنة ١٩٤٣  
جازيت دي باليه ١٩٤٣ - ٢ - ٢٢ - أوبري ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٤ -  
ص ١٩٥ .

(٤) نقض فرنسي ٣٠ مايو سنة ١٨٨١ سيويه ٨٣ - ١ - ١٤٩ - أوريان ١٢ يولييه  
سنة ١٨٩٥ سيويه ٩٥ - ٢ - ٢٤٤ - أوبري ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ .

الاستبدال (remploi) . فإذا باع المتصرف له العقار الموهوب وجب عليه أن يشتري بثمنه عقاراً آخر ، ويبني هذا العقار الآخر على هذا الشرط إذا باعه الموهوب له اشتري بثمنه عقاراً آخر ، وهكذا . والاشترط على هذا لنحو يجمع إلى مزية النظر لمصلحة الموهوب نه حتى لا ينسج العين الموهوبة مزية إطلاق يده في التصرف ، فقد يرى عقاراً أفضل فيبيع العقار للموهوب ليشتريه ٥

### ٣١٣ - مصلحة مشروعة للغير : وقد تكون المصلحة المشروعة خاصة

بأجنبي ، فبب شخص عقاراً لآخر وبشترط عليه أن يرتب إيراد الأجنبي طول حياته ، وبشترط في الوقت ذاته ألا يتصرف في العقار الموهوب مادام صاحب الإيراد حيا حتى يكفل له ضمناً لإيراده (١) . كذلك قد يكون للأجنبي حق انتفاع أو حق سكنى في العقار الموهوب ، فيشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في العقار . وقد لا يشترط الواهب عدم التصرف ، وبقتصر على أن يشترط على الموهوب له ، إذا أراد هذا بيع العقار ، أن يعرضه أولاً بالأفضلية على شخص معين ، فإن قبل هذا الأخير شراؤه تعين على الموهوب له أن يبيعه إياه . فهذا شرط ليس مانعاً من التصرف ، ولكنه على كل حال مقيد لحرية المتصرف له في التصرف لمن يريد (٢) .

### ٣١٤ - حكم التصرف الذي يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث

مشروع : فإذا كان الشرط المانع ليس له باعث مشروع ، ولم تكن هناك مصلحة مشروعة تراد حمايتها به لا للمتصرف ولا للمتصرف له ولا للغير ، كان الشرط المانع باطلاً . فإذا وهب شخص عقاراً لآخر واشترط عليه عدم التصرف فيه ، ليمنعه بذلك من القيام بمشروع طامى أو بعمل من أعمال الخير يعلم الواهب أن الموهوب له يحرص على تحقيقه وقد يبيع العقار الموهوب في سبيل ذلك ، كان الباعث هنا غير مشروع . فهو لا يحقق مصلحة مشروعة

(١) نفض فرنسى ١٢ يولية سنة ١٨٦٥ دالوز ٦٥ - ١ - ٤٧٥ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ .

(٢) أوبرى ورو ، بارنان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٩ وهاش ٤٠ خامسا .

لا للواهب ولا للموهوب له ولا للغير ، ومن ثم يكون الشرط باطلا .  
والمفروض أن للشرط المانع باعثا مشروعاً ، إلى أن يثبت المتصرف له أن  
للباعث غير مشروع .

ثم ينظر بعد ذلك في مصير التبرع نفسه ، فإن كان هذا الشرط المانع هو  
الدافع إلى التبرع ، كان التبرع باطلاً هو أيضاً بطلان الشرط المانع . أما إذا  
لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع . فإن التبرع يبني قائماً مع بطلان  
الشرط المانع . ومن ثم يجوز للموهوب له مخالفة الشرط المانع والتصرف في  
العقار الموهوب . وليس في هذه الأحكام إلا تطبيق للقواعد العامة . وتقول  
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويكون التصرف  
الذى اشتمل على هذا الشرط ( الباطل ) باطلاً أيضاً إذا كان الشرط المانع هو  
الدافع إلى هذا التصرف . أما إذا كان التصرف تبرعاً ، ولم يكن الشرط المانع  
هو الدافع ، صح التبرع ولغا الشرط<sup>(١)</sup> .

### ( ب ) المدة المعقولة

#### ٣١٥ - المنع الدائم والمنع الموقت : يجب التمييز كما قدمنا بين المنع الدائم

(interdiction perpétuelle) والمنع الموقت (interdiction temporaire) .  
فلكى يكون الشرط المانع صحيحاً . يجب ألا يكون مانعاً من التصرف  
منعاً دائماً . إذ تخرج العين بهذا المنع من دائرة التعامل بتاتا ، وهذا أمر  
مخالف للنظام العام . ولا يجوز إلا بنص في القانون كما هي الحال في الوقف .

( ١ ) موعة الأعمان التحضيرية ٦ ص ٧٦ - وانظر شفيق شحاتة فقرة ٩٩ - إسماعيل  
غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - عبد المنعم فرج العدة فقرة ١١٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ٥٥ -  
عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧١ .

ومن الفقهاء من يذهب إلى بطلان التصرف المتضمن للشرط المانع غير المشروع في جميع الأحوال  
( محمد على عرفة فقرة ٢٧٧ ) ، مستنداً في ذلك إلى أن الشرط المانع غير مشروع وقد علق عليه  
التصرف ( م ٢٦٦ مدني ) . وواضح أن الشرط المانع فيما نحن بصدده ليس شرطاً ( condition ) ،  
وإنما هو تكليف ( charge ) يدخل في بنية التصرف ذاته ، فيلغو وحده إذا لم يكن هو الدافع  
إلى التبرع ( انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ هامش ١ ) .

ومن ثم يكون الشرط المانع منعاً دائماً شرطاً باطلاً<sup>(١)</sup>، بلغو ويبقى التصرف المسمى تضمن الشرط ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التصرف فيبطل كل من الشرط والتصرف .

ويشترط إذن لصحة الشرط المانع أن يكون المنع موقفاً ، ولمدة معقولة . فإذا طالت مدة المنع ، وأصبحت بالنسبة إلى ظروف القضية وملاساتها مدة غير معقولة ، فإن المنع الموقت يكون في هذه الحالة في حكم المنع الدائم<sup>(٢)</sup>، ومن ثم يكون الشرط المانع باطلاً بالرغم من توقيته . ومعرفة ما إذا كانت مدة المنع المحددة طويلة إلى حد أن تكون مدة غير معقولة فيبطل الشرط من مسائل الواقع ، يبت فيها قاضي الموضوع ولا معقب عليه من محكمة النقض<sup>(٣)</sup>. وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٨٥٣ مدني سالف الذكر على ما يأتي :

« والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف ، أو المتصرف إليه ، أو الغير » .

**٣١٦ - الشرط المانع مدى حياة المتصرف :** في أكثر الأمثلة التي قدمناها لتحقيق مصلحة مشروعة للمتصرف تبرر الشرط المانع<sup>(٤)</sup> ، نرى أن للشرط المانع يجب أن نحدد له مدة تستغرق حياة المتصرف وتكون مع ذلك مدة معقولة . فإذا كان المتصرف قد اشترط لنفسه إيراداً مدى الحياة ، أو حق انتفاع أو حق سكنى مدى الحياة ، أو الامتياز من أن يقتصر الجوار على

(١) نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٨٦٨ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٠٩ - ١٠ نوفمبر سنة ١٨٩٦ دالوز ٩٧ - ١ - ٥١ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ١ - ٤٧ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ - ٥ يناير سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٣ - ٥ - ٥٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩٣٣ دالوز الأسبوعي ١٩٣٣ - ٤٧٧ - ٤ مايو سنة ١٩٤٣ جازيت دي پاليه ١٩٤٣ - ٢ - ٣٢ - ١٦ فبراير سنة ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٣ - ٢٨٢ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولكن لا يصح تأييد الشرط ، ولا جعله لمدة طويلة تجاوز الحاجة التي دعت إليه ، ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ ) .

(٣) بلانيول روبيير ريبكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٢ .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٣١١ .

شخص المتصرف له ، فن الطبيعي في هذه الفروض أن يجعل الشرط المانع قائما لمدة تستغرق حياته ، وتكون المدة في هذه الحالة مدة معقولة ، ومن ثم يكون الشرط صحيحا . لكن هناك فروض أخرى - بيع عقار بضمن مقسط أو بيع عقار برهنه البائع - لا يكون فيها مبرر لأن تستغرق مدة المانع حياة المتصرف ، ويكفي في حالة بيع عقار بضمن مقسط أن تكون مدة المانع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالإقساط جميعها . وفي حالة بيع عقار برهنه البائع أن تكون مدة المانع هي المدة التي يوفى فيها المشتري بالدين المكفول بالرهن حتى يأمن البائع شر التطهير فيما إذا باع المشتري العقار قبل وفاء الدين .

وإذا حددت للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف أو مدة أخرى معقولة . ومات المتصرف له قبل انقضاء هذه المدة ، فإن العين تنتقل إلى ورثته مثقلة بالشرط المانع ، فلا يجوز لهؤلاء أن يتصرفوا فيها حتى تنقضى المدة المحددة .

**٣١٧ - الشرط المانع مدى حياة المتصرف إليه :** وقد يقتضى الأمر أن يحدد للشرط المانع مدة تستغرق حياة المتصرف له كما إذا كان هذا معروفا بسوء التدبير فيحرم عليه المتصرف أن يتصرف في العين الموهوبة طول مدة حياته ، حتى إذا مات انتقلت العين إلى ورثته غير مثقلة بالشرط المانع ، ويجوز للورثة عندئذ التصرف في العين . وتكون المدة في هذه الحالة ، بالرغم من استغراقها لحياة المتصرف له : مدة معقولة . ومن ثم يكون الشرط المانع صحيحا (١) .

(١) هذا في مصر نص صريح . إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ٨٢٣ مدني كما رأينا : «المدة الممقولة يجوز أن تستغرق حياة ... المتصرف إليه ...» أما في فرنسا ، حيث أحكام الشرط المانع هي من عمل القضاء دون أن ترد فيها لصوص تشريعية ، فقد استقرت أحكام القضاء الفرنسي هل أنه لا يجوز أن تستغرق المدة في الشرط المانع حياة المتصرف إليه (نقض فرنسي ١٩ مارس سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٩ - ١ - ٤٥٥ - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٧ سيريه ١٩٠٠ - ١ - ٤٩٩ - ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٥٢٢ - ١٦ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥ - ١ - ١٢٦ - وانظر بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٤ ص ٢٢٢) .

ويذهب بعض الفقهاء في مصر إلى اعتبار الشرط المانع مدى حياة المتصرف له باطلا ، ولكن يجوز تحديد مدة معقولة وإن ظهر فيما بعد أن هذه المدة قد استغرقت بالفعل حياة المتصرف إليه (عبد المنعم البدر أوى فقرة ٧٠ ص ٩١) . وظاهر أن هذا الرأي لا سند له أمام صراحة النص ، =

فإذا لم يكن هناك مقتضى لأن تستغرق المدة حياة المتصرف له ، لم يجوز الوصول بالمدة إلى هذا الحد . مثل ذلك أن يكون المتصرف له قليل الخبرة والتجربة نظراً لصغر سنه أو يكون قاصراً . فيكفي في هذه الحالة تحديد مدة معقولة يستوفى في أثنائها الخبرة اللازمة ، أو تحديد مدة يسبق سن الرشد عند انقضائها . فإذا طالت المدة عن هذا الحد . كان الشرط باطلاً ، لأن المدة إذ ذاك تصبح مدة غير معقولة .

وإذا حدد للشرط المانع مدة معقولة على النحو الذى أسلفناه . ومات المتصرف قبل انقضاء هذه المدة . فإن الشرط المانع يبقى مع ذلك قائماً إلى أن تنتضى المدة . ويحل وريثة المتصرف محله بعد موته في طلب بطلان التصرف المخالف للشرط المانع فيما إذا اقتضى الأمر ذلك .

### ٣١٨ - الشرط المانع مدى حياة الغير : وإذا كان الشرط المانع

يحقق مصلحة مشروعة للغير . فقد تحدد له مدة معقولة تستغرق حياة هذا للغير . وهذا واضح فيما قدمناه من الأمثلة (١) . فإذا اشترط الواهب على الموهوب له إيرادا يرتبه للغير مدى حياته ، أو حق انتفاع أو حق سكنى يلبوم مادام الغير على قيد الحياة ، فإن المدة المعقولة للمنع من التصرف قد تستغرق في هذه الحالة حياة الغير (٢) .

وإذا مات المتصرف له قبل موت الغير أى قبل انتهاء المدة المعقولة . انتقلت العين إلى وريثة المتصرف له مثقاة بالشرط المانع : فلا يجوز لهؤلاء التصرف فيها مادام الغير حياً .

### ٣١٩ - حكم التصرف الذى يتضمن شرطاً مانعاً مدته غير معقولة -

إمكانه : فإذا كان الشرط المانع مدته غير معقولة ، كان باطلاً كما قدمنا . ثم ينظر بعد ذلك إلى مصير التبرع نفسه . فإن كان الشرط المانع هو الدافع إلى

- فنص التقنين المدنى المصرى صريح كما رأينا في إباحة الشرط المانع حتى لو كانت مدته قد حددت ابتداء بحياة المتصرف له ( إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٧٧ هامش ١ - حسن كبيرة فقرة ٨٩ ص ٢٩١ هامش ٢ ) .

( ١ ) انظر آنفاً فقرة ٣١٢ .

( ٢ ) مارتى ورينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ هامش ١ .

التبرع ، بطل التبرع هو أيضاً . أما إذا لم يكن الشرط المانع هو الدافع إلى التبرع ، فإن التبرع يبقى قائماً مع بطلان الشرط المانع (١) ، أو كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي « صح التبرع ولو الشرط » (٢) . وقد سبق أن بسطنا ذلك في حكم التصرف الذي يتضمن شرطاً مانعاً ليس له باعث مشروع (٣) ، فحيل هنا إلى ما قدمناه هناك .

## § ٢ - الجزء الذي يترتب على قيام الشرط المانع من التصرف

٣٢٠ - ما يترتب على قيام الشرط المانع من أهمام : إذا قام الشرط المانع صحيحاً ، أى كان لباعث مشروع ولمدة معقولة على النحو الذي بسطناه ، ترتب على ذلك أن يمتنع التصرف في العين المتبرع بها طول المدة التي حددت في الشرط المانع .  
فلا يجوز للمتصرف له أن يتصرف في العين بأى نوع من أنواع التصرفات (٤) .

( ١ ) وقد قضى بأنه إذا حزم البائع على المشتري منه التصرف في العين المبيعة تحريماً موقفاً ، كان الشرط جائزاً ، سواء كان التصرف بعوض أو بغير عوض . أما إذا كان تحريم التصرف بصفة مؤبدة ، كان الشرط باطلاً ، ولا يبنى عليه بطلان العقد إلا إذا كان هذا الشرط في مقابل الالتزام التي التزم بها الطرف الآخر ( طنطا الكلية : يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ - وانظر أيضاً بنى سويف الكلية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٠٩ ص ١٨٨ ) .  
وإذا كان الشرط المانع مؤبداً أو لمدة غير معقولة ، فهل يجوز للقاضي إبقاء الشرط مع إنقاص مدته إلى ما يقدر أنه الحد المعقول ، مستنداً في ذلك إلى المادة ١٤٣ مدني التي تقضى بانتقاص العقد إذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه دون الشق الآخر ؟ يصعب التسليم للقاضي بهذا المدى الواسع في السلطة التقديرية ، فإنه في الحالات الأخرى التي يجري فيها إنقاص في العقد يكون القانون قد رسم له حداً أقصى لا تجوز مجاوزته ، كما إذا أنقص الفوائد إلى ٧ ٪ أو مدة البقاء في الشيوع إلى خمس سنوات . أما هنا فليس أمام القاضي حد أقصى فرضه القانون حتى يلتزمه ، فالأسلم أن يبطل الشرط المانع بدلاً من أن يحدد له مدة يقدرها مدة معقولة ثم يقدر في الوقت ذاته أن المتصرف كان يرضاه عند إبرام التصرف . انظر في هذا المعنى إسماعيل غانم فقرة ٣٨ ص ٨١ - ص ٨٢ و ص ٨٢ هامش ١ - وقارن عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٢ ص ١٧١ .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٦ .

( ٣ ) انظر آنفاً فقرة ٣١٤ .

( ٤ ) وهذا ما لم يقتصر الشرط على المنع من نقل الملكية دون غيره من التصرفات ( جوسران

١ فقرة ١٨٦٤ - شفيق شحاتة فقرة ١٠١ - حسن كيزة فقرة ٩١ ص ٢٩٢ - إسماعيل غانم فقرة ١ ص ٨٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٤ ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور -



له بأن يشترى بثمنها عيناً أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) . كما قد يكون الشرط المانع مفصلاً على وجوب عرض العين ، عند الرغبة في التصرف فيها ، على شخص معين بالأفضلية على غيره ، فيجب قبل التصرف في العين لشخص آخر أن تعرض العين على هذا الشخص المعين حتى إذا رغب في شرائها كانت له الأفضلية على غيره ، وقد تقدم بيان ذلك (٢) .

وحتى يكون الشرط المانع في العقار نافذاً في حق الغير ، أى في حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط ، يجب تسجيل الشرط المانع . ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الأصلي الذى نقل العين مثقلة بالشرط ، فيذكر في تسجيل التصرف الأصلي ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع . ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير ، فإذا وقع تصرف للغير مخالف للشرط المانع ، كان التصرف باطلاً كما سنرى وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان .

ومتى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها (inaliénable) بحكم الشرط المانع ، أصبحت أيضاً غير قابلة للحجز عليها (insaisissable) ، فإن المنع من التصرف يقتضى المنع من الحجز . ولو أن الحجز كان جائزاً لأمكن التحايل على شرط المنع من التصرف ، بأن يقترض المالك مالا ويدع الدائن بحجز على العين ويقتضى حقه منها ، فيكون المالك قد تصرف في العين على هذا النحو بطريق غير مباشر (٣) .

(١) انظر آفا فقرة ٣١٢ .

(٢) انظر آفا فقرة ٣١٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يونيو سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٤٢ - ٢٠ فبراير

سنة ١٩٣٩ D. C. ١٩٤١ - ٢٢ - أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ ص ١٩٨ - بلانيول

وربيير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ .

هذا ويلاحظ أن اشتراط عدم جواز الحجز بطريق أصل يختلف عن عدم جواز الحجز المترتب على عدم جواز التصرف . ففي عدم جواز الحجز بطريق أصل تنص المادة ٤٨٧ مرافعات على أن لا يباح والأشياء الموهوبة أو الموصى بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها لا يجوز حجزها من دائن الموهوب له أو الموصى له الذين نشأ دينهم قبل ائتمانه أو الوصية إلا لدين نفقة مقررة وبالنسبة المبنية في المادة السابقة (البيع) . ويؤخذ من ذلك أن عدم جواز الحجز لا يكون نافذاً إلا في حال الدائنين السابقين على ائتمانه أو الوصية ، لأن هؤلاء الدائنين لم يتمتعوا وقت أن

ولكن العين غير القابلة للتصرف فيها تكون مع ذلك قابلة للتملك بالتقادم .  
 فإذا كانت عقاراً . كما هو الغالب . كانت قابلة للتملك بالتقادم الطويل دون  
 التقادم الحسنى . لأن التقادم الحسنى يقتضى وجود السبب الصحيح وهو  
 التصرف الناقل للملكية . ومثل هذا التصرف في العين غير قابلة للتصرف فيها  
 يكون باطلاً كما سبى . فلا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً . وإذا كانت العين  
 منقولة . وهذا نادر . فإنها تقبل التملك بالتقادم الطويل . ولكنها لا تقبل  
 التملك بالحيازة لأن قاعدة الحيازة في المنقول تقتضى السبب الصحيح أى تصرفاً  
 ناقلاً للملكية المنقول . ومثل هذا التصرف في المنقول غير القابل للتصرف فيه  
 يكون باطلاً . فلا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً (١) . وقد جاء في المذكرة  
 الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « والمال الذى منع  
 التصرف فيه قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم » (٢) .

### ٣٢١ - حكم التصرف المخالف للشرط المانع - القضاء الفرنسى :

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى أن الشرط المانع الذى يتضمنه التصرف يكون  
 الجزاء على مخالفته فسخ هذا التصرف تطبيقاً للقواعد العامة فى الفسخ . فقد  
 تعهد المتصرف له بالأب يتصرف فى العين . فترتب فى ذمته التزام بالامتناع عن  
 عمل ، وقد أحل هذا الالتزام . فىكون جزاء هذا الإخلال هو فسخ التصرف

« نشأت حقوقهم على العين الموهوبة أو الموصى بها ، وقد دخلت هذه العين فى ذمة المدين غير قابلة  
 للحجز عليها . أما إذا كان عدم جواز الحجز مرتباً على عدم جواز التصرف ، فإنه يكون نافذاً  
 فى حق جميع الدائنين ، سواء كانوا سابقين على الهبة أو الوصية أو كانوا لاحقين لها ( نقض فرنسى  
 ١٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ١١٢ - ٢٧ يوليه سنة ١٨٦٣ دالوز ٦٤ - ١ -  
 ٩٤ : ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٦٤ سيريه ٦٥ - ١ - ٩ - ٢٣ مارس سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٨ -  
 ١ - ٤١٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ ) . بل إن الدائنين اللاحقين للهبة أو الوصية ،  
 إذا كانت حقوقهم قد نشأت فى أثناء المدة المعقولة المحددة للشرط المانع ، لا يجوز لهم الحجز على العين  
 حتى بعد انقضاء هذه المدة ( نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٤٢ -  
 ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٩ D. C. ١٩٤١ - ٢٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٣٠ - بلانيول  
 وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٨٧٧ - كبلان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٦٠٣١  
 ص ٨٣١ ) .

( ١ ) انظر فى هذا المعنى محمد على عرفه فقرة ٢٨٠ ص ٢٦٦ .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ .

الأصلى . ومن ثم تعود العين إلى ملك المتصرف ، ويسقط تبعاً لذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف إليه<sup>(١)</sup> .  
ولكن القضاء الفرنسي لم يقف عند تطبيق القواعد العامة في هذه المسألة ، فقد أجاز أن يطلب المتصرف (أو ذو المصلحة المشروعة) ، لافسخ التصرف الصادر منه ، بل إبقاءه والافتصار على إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع<sup>(٢)</sup> . فيجوز إبطال كل تصرف مخالف للشرط المانع<sup>(٣)</sup> ، وكذلك إبطال كل رهن يصدر من المتصرف له إذ يكون هذا الرهن مخالفاً للشرط المانع<sup>(٤)</sup> . وكذلك إبطال كل نزول من جانب المتصرف له عن الرهن الذى يكفل ما تلقاه بالهبة أو الوصية من إيراد مرتب<sup>(٥)</sup> . بل إن الإبطال يتناول ما ترتب على العين من رهن قانونى أو رهن قضائى<sup>(٦)</sup> . ولا يكون المتصرف له الذى صدر منه التصرف المخالف للشرط المانع مسئولاً عن هذا التصرف الأخير ، ومن ثم لا يجب عليه الضمان<sup>(٧)</sup> .

والذى يطلب الإبطال هو من تقرر الشرط المانع لمصلحته . فإذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة الواهب ، فالواهب وحده دون الموهوب له هو الذى يطلب الإبطال<sup>(٨)</sup> . أما إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحة

(١) سافاتييه ١ فقرة ٦٥٢ .

(٢) نقض فرنسى ٩ مارس سنة ١٨٦٨ سيريه ٦٨ - ١ - ٢٠٤ - باريس ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ - ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - تولوز ١٦ يناير سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ - ٢ - ١٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ١١ يولييه سنة ١٨٧٧ سيريه ٧٧ - ١ - ٤٤٣ - ٢٠ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩١١ - ١ - ١٥٠ .

(٤) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - باريس ٩ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٢٠٤ - روان ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٢٦ .

(٥) يموج ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ٢ - ٢٨٢ .

(٦) دريه ٢ يه نيه سنة ١٨٩٢ تحت حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٥ - ١ - ٢٧٦ .

(٧) باريس ١٤ يه نيه سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ٢ - ١٧١ .

(٨) نقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٨٩٣ دالوز ٩٤ - ١ - ٥٦٦ .

الموهوب له أو لمصلحة أجنبي ، فإن الموهوب له أو الأجنبي . دون الواهب ، هو الذى يطلب الإبطال (١) .

وينفذ الإبطال فى حق من تلتى التصرف المخالف للشرط المانع ، حتى لو كان هذا حسن النية لا يعلم بهذا الشرط (٢) . وقد قدمنا أنه يجب تسجيل للشرط المانع ، ففى سجل كان نافداً فى حق من تلتى التصرف .

### ٣٢٢ - الاعتراضات الموجهة للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد :

لو أن القضاء الفرنسى اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، مادام لا يوجد نص خاص ، لوجب أن يقضى بفسخ التصرف الأصيل الذى تضمن الشرط المانع على أساس أن المتصرف له لم يقم بالتزامه من الامتناع عن التصرف فى العين . ولكن هذا الجزاء يجاوز فى كثير من الأحيان الغرض الذى قصد إليه المتصرف من الشرط المانع ، فهو لم يرد إذا خولف هذا الشرط أن يحرم المتصرف له من العين ، بل كل ما أراد هو أن تبقى العين له دون أن يتصرف فيها لأحد . لذلك ترك القضاء الفرنسى التصرف الأصيل قائماً ، واقتصر على إبطال التصرف للذى صدر مخالفاً للشرط المانع . فعلى أى أساس يقوم هذا القضاء ؟

قيل إن الشرط المانع يرتب التزاماً فى ذمة المتصرف له بالامتناع عن عمل ، أى بالامتناع عن التصرف فى العين ؛ فإذا أخل الملتزم بهذا الالتزام وتصرف فى العين ، جاز أن يكون الجزاء على الإخلال بالالتزام هو التعويض العيني ، أى إبطال التصرف الذى صدر مخالفاً للشرط المانع . وهذا ما تقضى به المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى ، فهى تقرر أن الدائن فى الالتزام بالامتناع عن عمل من حقه أن يطلب إزالة ما تم مخالفاً لهذا الالتزام (a la droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit) (٣) . ولكن هذا القول مردود بأن المقصود بعبارة « الإزالة »

(١) نقض فرنسى ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٣٥٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٣٣٧ - ١٦ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٧ - بيزانسون ١٤ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٣ - ٢ - ١١٠ - باريس ١٤ يونيو سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ - ٢ - ١٨١ .

(٢) باريس ٢٥ مايو سنة ١٩٠٢ جازيت دى تريبينو ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠٢ .

(٣) كولان وكايتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣٠ - وانظر أيضاً فى

هذا المعنى تفهيق شحاتة فقرة ١٠٢ ص ١٢٩ - عبد المنعم تليدراوى فقرة ٧٧ ص ٩٩ .

(soit détruit) الواردة في آخر المادة ١١٤٣ مدني فرنسي هو الهدم المادي . لا لإبطال التصرف المخالف للالتزام بالامتناع (١) .

وقيل إن الشرط المانع إنما يجعل المتصرف له ناقص الأهلية : فلا يملك التصرف في العين تصرفاً صحيحاً ، بل يكون نصر فله قابلاً للإبطال (٢) . وهذا القول مردود أيضاً بأن نقص الأهلية إنما يحدده القانون ، ولا يجوز للشخص بإرادته أن يجعل نفسه ناقص الأهلية (٣) . ولو سلمنا جدلاً بأن المتصرف له يصبح بالشرط المانع ناقص الأهلية ، لكان هو وحده الذي يطلب إبطال التصرف الصادر منه مخالفاً للشرط المانع . ولما جاز أن يطلبه المتصرف أو الغير . وقد رأينا أن القضاء الفرنسي يسلم بأن لأي من هذين طلب الإبطال متى كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته .

وقيل إن الشرط المانع إنما يقع على العين ذاتها فيجعلها غير قابلة للتصرف فيها ، في حدود المصاحبة التي تقرر الشرط المانع لحمايتها (٤) . ويرد على هذا القول بما يأتي : (١) إن القول بأن الشرط المانع يجعل العين غير قابلة للتصرف فيها لا يتفق مع القول بأن التصرف المخالف للشرط المانع إنما يكون قابلاً للإبطال . فمتى كانت العين غير قابلة للتصرف فيها ، ترتب على ذلك في منطق القانون أن يكون كل تصرف فيها باطلاً ، لا قابلاً للإبطال . (٢) وحتى مع التسليم جدلاً بالقابلية للإبطال (أي بالبطلان النسبي) ، فإن أسباب القابلية للإبطال طبقاً للقواعد العامة محددة على سبيل الحصر ، فهي ترجع إما لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء . فلا يستطيع إذن الطرفان باتفاق بينهما ، ودون نص خاص في القانون مجزئاً ذلك . أن يخلقاً سبباً آخر للقابلية للإبطال . (٣) ثم إن القول بالقابلية للإبطال لا يسبغ إلا للمتصرف له . وهو من تقرررت القابلية للإبطال لمصلحته . أن يطلب الإبطال . وهذا يجعل الشرط المانع ليست له قيمة عملية ، فإن المتصرف له لن يطلب إبطال تصرف صادر منه هو ، فيعرض نفسه للرجوع عليه بالضمان ورد الثمن الذي قبضه ، وهو

(١) انظر في هذا المعنى پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ ص ٢٢٧ هامش ٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى چوسران ١ فقرة ١٨٥٠ .

(٣) مارتى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

(٤) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٨ - مارتى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ .

حريص على أن يستبقى التمن (١) . (٤) وإذا أراد القضاء الفرنسي أن يتحول من البطلان النسبي إلى البطلان المطلق . فإنه يصادف نفس العقبة إذ أن البطلان المطلق يفترض أن العين غير قابلة للتصرف فيها كما قدمنا ، وعدم قابلية العين للتصرف فيها أمر لا يصح أن تنشئه إرادة الطرفين ، بل لا بد فيه من نص تشريعي ، وهذا النص التشريعي غير موجود في القانون الفرنسي (٢) . والواقع أن القضاء الفرنسي قضاء اجتهادي محض . ينقصه النص التشريعي الذي يستند إليه . وهو في الوقت ذاته قضاء لا يخلو من التناقض . فهو يتم دون نص الأساس للبطلان المطلق ، ثم يستخلص منه . دون نص كذلك . البطلان النسبي . هذا من الناحية النظرية . ومن الناحية العملية . هو قضاء لا يني بالحاجات العملية ، فهو لا يسمح للمتصرف أن يطالب بإبطال التصرف الصادر من المتصرف له مخالفا للشرط المانع ، والمتصرف له لن يطلب بإبطال التصرف الصادر منه كما قدمنا . وبذلك يتجرد الشرط المانع من كل قيمة عملية .

ويتبين من كل ذلك أن المسألة في حاجة إلى نص تشريعي يضع الأمور في نصابها . وهذا النص التشريعي قد وجد في التقنين المدني المصري .

### ٣٢٣ - البطلان في التقنين المصري بطول مطلق - نص تشريعي :

لم يشأ التقنين المدني المصري أن يسكت عن تحديد مصير التصرف الذي يقع مخالفا للشرط المانع ، ، فنصت المادة ٨٢٤ مدني على ما يأتي :

« إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة . فكل تصرف مخالف له يقع باطلا » (٣) .

(١) كولان وكاڤيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٠٣١ ص ٨٣١ .

(٢) أوبرى ورو وبارتان ١١ فقرة ٦٩٢ هامش ٣٧ سابعا .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٩٥ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٨٩٤ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٨٢٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٥ - ص ٧٧ ) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن بعض أحكام القضاء المصري ، في عهد

التقنين المدني السابق ، كانت تقضى بالبطلان المطلق على الوجه المنصوص عليه في المادة ٨٢٤ -

ويحسن . قبل تناول النص . أن نبين أولاً التكييف القانوني للشرط المانع . فهل هذا الشرط يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له يمنعه من التصرف في العين . أو هو شرط يجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها<sup>(١)</sup> ؟ اختار التقنين المدني المصري التكييف الثاني ، فجعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها . ويترتب على ذلك بطلان أى تصرف يقع مخالفاً للشرط المانع بطلاناً مطلقاً . وهذه نتيجة منطقية . بل هي نتيجة بديهية ، لجعل العين غير قابلة للتصرف فيها . ولما كان ذلك يحتاج إلى نص تشريعي ، فقد أورد التقنين المدني هذا النص في المادة ٨٢٤ مدني سالفه الذكر ، حيث صرح كما رأينا بأن كل تصرف مخالف للشرط المانع « يقع باطلاً » . ولاشك في أن التصرف الباطل ، في لغة التقنين المدني المصري . هو التصرف الباطل بطلاناً مطلقاً ولاشئ غير ذلك . أما إذا كان التقنين يريد البطلان النسبي ، فإنه يستعمل دائماً لأداء هذا المعنى عبارة « قابل للإبطال » .

فالتصرف المخالف للشرط المانع هو إذن ، في التقنين المدني المصري ، تصرف باطل بطلاناً مطلقاً بصريح النص . وهذا الحكم فيه مزيتان يتفوق بهما على القضاء الفرنسي :

( المزية الأولى ) أنه يتفق مع جعل العين ذاتها غير قابلة للتصرف فيها ، فجزاء التصرف في عين غير قابلة للتصرف فيها هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي . أما لو جعل الشرط المانع يقتصر على ترتيب التزام شخصي في ذمة المتصرف له بالامتناع عن التصرف . لكان جزاء التصرف المخالف ليس هو

== من التقنين المدني الجديد : استئناف مصر ١٣ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ٢ رقم ٦٤ ص ٢١٠ - ٢٠ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ١٠٩ ص ١٦٢ - طنطا ٦ يناير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٥٣٩ ص ٨٦٤ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٩ ( مطابق ) .

التقنين المدني الليبي م ٨٣٣ ( مطابق ) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

( ١ ) انظر مناقشة هذه المسألة في بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٧٦ .

للبطلان المطلق . ولا هو البطلان النسبي . بل هو فسخ التصرف الأصلي . ولم يرد التقنين المدني المصري أن يجاوز ما قصد إليه المتصرف من إيراد الشرط المانع ، فهو لم يقصد عند مخالفة الشرط فسخ التصرف الأصلي ، بل إبقاء هذا التصرف قائما مع إلغاء ما صدر من المتصرف له من تصرف مخالف للشرط المانع ، وقد سقت الإشارة إلى ذلك .

( المزية الثمانية ) عالج التقنين المدني المصري بالحكم الذي أورده -

للبطلان المطلق - عيبا وقع فيه القضاء الفرنسي عندما اتجه إلى البطلان النسبي . فالبطلان المطلق يسمح للمتصرف . ولكل ذي شأن ، أن يطلب بطلان التصرف المخالف للشرط . حتى لو كان الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف له وحده<sup>(١)</sup> . فأصبح للشرط المانع بذلك قيمة عملية تؤدي إلى إسقاط كل تصرف يصدر مخالفا لهذا الشرط ، سواء تقرر الشرط لمصلحة المتصرف أو لمصلحة المتصرف له أو لمصلحة الغير . فالبطلان المطلق يستطع أن يتمسك به كل ذي مصلحة ، بل ويتمسك به من تلقى التصرف المخالف للشرط وهو الذي تعاقد مع المتصرف له . فتمى صدر من المتصرف له تصرف مخالف للشرط المانع إلى شخص معين ، كان لكل من طرفي التصرف المخالف للشرط يتمسك بالبطلان . وكان كذلك للمتصرف وله دائما . صاحبة أدبية في عدم مخالفة للشرط المانع الذي فرضه ، ولا غير إذا تقرر الشرط المانع لمصاحته ، يتمسك بالبطلان .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « وإذا

توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما ، فالشرط المانع من التصرف صحيح . فإن خولف . كان التصرف المخالف باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف . وقد حسم المشروع بهذا الحكم خلافاً قام حول هذه المسألة ، إذ كان القضاء مترددا بين بطلان التصرف المخالف أو فسخ التصرف الأصلي .

( ١ ) وحتى لو كان من تعامل مع المتصرف له في التصرف المخالف للشرط المانع حسن النية ، أي لا يعلم بالشرط المانع ، متى كان هذا الشرط قد تضمنه تسجيل التصرف الأصلي . وبهذا يقول القضاء والفقه في فرنسا ( باريس ٢٥ ماي سنة ١٩٠١ جازيت دي تريبيون ١٤ سبتمبر سنة ١٩٠١ - كولان وكاينتان ودي لاوردانديير ١ فقرة ١٠٢١ ص ٨٢٠ - وانظر بلانيول وريبير وبولانچيه ١ فقرة ٢٨٧٥ - ماونى وريينو فقرة ٥٦ ص ٧٠ - ص ٧١ ) .

والذى يطلب بطلان التصرف المخالف هو المتصرف ، إذ له دائماً مصلحة في ذلك . ويطلب كذلك المتصرف له أو الغير ، إذا كان الشرط المانع أريد به أن يحمي مصلحة مشروعة لأحد منهما (١) . وهذه هي القاعدة التي سبق تقريرها في الاشتراط لمصلحة الغير (٢) .

( ١ ) يلاحظ أنه فيما يتعلق بالمتصرف له يجوز له دائماً طلب بطلان التصرف المخالف لشرط المانع ، حتى لو كان هذا الشرط قد تقرر لمصلحة المتصرف أو لمصلحة الغير دون مصلحته هو ، لأنه أحد طرفي التصرف الباطل . فالمتصرف له ، كالتصرف ، يجوز له دائماً طلب البطلان . وهذا بخلاف الغير ، فلا يجوز له طلب البطلان إلا إذا كان الشرط المانع قد تقرر لمصلحته ، وذلك حتى تكون له مصلحة توجب له وهو من الغير طلب بطلان التصرف . وعلى هذا الوجه يجب أن تفهم المذكرة الإيضاحية .

والمشترى من المتصرف له هو الطرف الآخر في التصرف الباطل ، ومن حقه كما قدمنا أن يطلب هو أيضاً البطلان . وليس هذا غريباً في منطق البطلان المطلق ، وهو بعد لا يخلو من فائدة للمشترى إذ يستطيع أن يبادر إلى طلب البطلان ، فلا يطالب بأشأن إذا كان لم يدفعه ، أو يسترده إذا كان قد دفعه . قارن شفيق شحاتة فقرة ١٠٢ .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٧٧ - وقد تضاربت الآراء في الفقه المصري في هذه المسألة :

فقد ذهب الأستاذ شفيق شحاتة إلى أن « الاتفاق على المنع من التصرف يتولد عنه فقط التزام بالامتناع عن عمل هو التصرف ... فإذا تصرف الملتزم بعدم التصرف فإنه يكون قد أخيل بالتزامه . » ولذلك فإننا نرى أن المتصرف يستطيع أن يطلب إبطال التصرف كطريق من طرق التنفيذ المعنى « ( شفيق شحاتة فقرة ١٠٣ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ - وانظر أيضاً في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٧٧ ص ٩٩ ) .

ويقول الأستاذ إسماعيل غانم : « وتثور الصعوبة بصدد تحديد أحكام هذا البطلان . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أنه إذا خولف الشرط ، كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم قابلية المال للتصرف . ولكن مقتضى البطلان المطلق أن يكون لكل ذي مصلحة التمسك به ، والمحاكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة ( م ١٤١ ) . وتلك نتائج لا تستقيم مع الفرض المقصود من الشرط المانع ، وهى حماية مصلحة خاصة لشخص معين . فيجب - على الأقل حيث يكون الشرط المانع مقراً للمصلحة شخص آخر غير المالك ( المشترط أو الغير ) - أن يكون هو صاحب الشأن الأول في الانتفاع بتلك الحماية ، فيجب أن يتوقف الحكم بالبطلان على مطالبته به ، ويكون له أن يتنازل عن حقه في الإبطال بإجازة المتصرف المخالف . ولكن ليس معنى ذلك أن أحكام البطلان النسبي منطبقة انطباقاً تاماً . فالبطلان النسبي طبقاً للقواعد العامة إنما يقرر لمصلحة أحد المتعاقدين ، في حين أن الشرط المانع قد يكون مقراً لحماية المشترط أو الغير وهو ليس طرفاً في التصرف المخالف . وإذا كان الشرط المانع مقراً لحماية المالك نفسه من رعونته أو تذييره ، فإن تطبيق أحكام البطلان النسبي تطبيقاً كاملاً يقتضى قصر طلب بطلان التصرف المخالف على المالك وتحويله حتى -

# المبحث الثاني

## خصائص حق الملكية

٣٢٤ - **فدائمن ثلاث لمن الملكية** : يقال عادة إن حق الملكية له خصائص ثلاث : (١) فهو حق جامع (total) . (٢) وهو حق مانع

= الإجازة ، وذلك كفيل بتجريد الشرط من قيمة العملية . ولذلك يتعين في هذه الحالة تخويل المشترط حق طلب الإبطال بناء على ماله من مصلحة أدبية ، وبالتالي فلا تكفي إجازة المالك لكي يصبح التصرف المخالف في مأن من الإبطال بل يجب أن تنضم إلى إجازة المشترط « ( إسماعيل غانم فقرة ٤١ ص ٩٠ ) - وانظر أيضاً قريباً من هذا المعنى : حسن كبيرة فقرة ٩١ ص ٢٠١ و ص ٢٠٤ - ص ٣٠٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١١٣ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٤٩ ص ١١٦ .

ويقول الأستاذ محمد علي عرفة : « الواقع أن اشتراط المنع من التصرف في ذاته لم يجر على حكم القواعد العامة ، فلا محل إذن لمحاولة إسناد الجزاء المترتب على مخالفته إلى أساس من المبادئ المقررة في القانون . وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد هو أن القضاء قد أباح للأئمه اد الخروج على النظام القانوني للملكية ، فأباح اشتراط المنع من التصرف في الأموال ، وذلك من شأنه أن تصبح هذه الأموال مثقلة بتكليف عيني (charge réelle) ، فتخرج عن دائرة التعامل ، وهو ما يؤدي إلى بطلان كل تصرف فيها على خلاف مقتضى هذا التكليف « ( محمد علي عرفة فقرة ٢٨١ ص ٣٦٩ ) . ثم يقول في موضع آخر : « قرر المشرع في المادة ٨٢٤ ... وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية ... والواقع أن المشرع لم يحسم بهذا الحكم ذلك الخلاف فحسب . فقد انقضى ذلك الخلاف بما استقر عليه القضاء الفرنسي من تقرير بطلان التصرف المخالف ، ولكنه رد البطلان إلى أساسه القانوني السليم أيضاً ، بأن قرر بطلاناً مطلقاً : لا نسبياً كما ذهب إليه القضاء الفرنسي « ( محمد علي عرفة فقرة ٢٨٢ ص ٣٧٠ ) . ونحن نؤيد الأستاذ محمد علي عرفة فيما ذهب إليه تأييداً تاماً ، ولا نتوقف إلا في شيء واحد هو قوله « فتخرج عن دائرة التعامل » . فحق رأينا أن المال المنوع التصرف فيه لم يخرج عن دائرة التعامل ، إلا إذا أريد بالتعامل التصرف ، فهو مال خرج عن دائرة التصرف دون أن يخرج عن دائرة التعامل ، إذ هو لا يزال قابلاً للتعامل فيه فيما لا يتعارض مع الغرض من الشرط المانع ، فيجوز إيجاره وتوارثه وتملكه بالتقادم ونزع ملكيته لمنفعة العامة وما إلى ذلك ( انظر في هذا المعنى منصور مصطفى منصور فقرة ٤٧ ص ١١١ - ص ١١٢ ) .

انظر أيضاً في معنى البطلان المطلق : محمد كامل مرسي ١ فقرة ٤١٤ - عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١١٨ ص ١٦٤ - ص ١٦٧ - جميل الشراوى في ٠ سانه في تبطلان فقرة ٤٠ ص ١١٢ - ص ١١٤ .

(exclusif) . (٢) وهو حق دائم (perpétuel) . وكان يقال قديماً إن الملكية حق منقطع (absoy) . وقد رأينا (١) أن الملكية على العكس من ذلك حق مقيد ، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون ، وأن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية .

ونعالج الخاصيتين الأوليين - الملكية حق جامع مانع - في مطلب ،  
وتفرد للخاصية الثالثة - الملكية حق دائم - مطلباً ثانياً لأهميتها .

### المطلب الأول

#### الملكية حق جامع مانع

٣٢٥ - الملكية من جامع : قدمنا أن الملكية حق يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء ، فهي تحول المالك الانتفاع بالشيء (jus utendi) ، واستغلاله (jus fruendi) ، والتصرف فيه (jus abutendi) . وليس لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعاً ، بل لا يكون له إلا بعضها . ثم إن المالك أن يصنع بملكه ما يشاء ، إلا ما منع منه القانون . فالأصل في الملكية الإباحة ، والتحریم هو الاستثناء . ولا بد في الاستثناء من نص . وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره (٢) . ومن ثم كانت الملكية حقاً جامعاً (plena in re potestas) .  
ويتربن على أن الملكية حق جامع أمران :

( الأمر الأول ) أن الأصل في حق المالك أن يكون جامعاً لكل السلطات ، ولا يكلف المالك إلا بإثبات ملكه طبقاً للطرق المقررة قانوناً . ومن يدعى أن له حقاً في ملك الغير ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، أو يدعى أن هناك قيوداً تقرر لمصلحته على ملك الغير كتهيبام شرط مانع من التصرف ، فعليه هو ، لا على المالك ، يقع عبء الإثبات . ذلك أن المفروض هو أن المالك يجمع كل السلطات ، فإلم يثبت أحد أن القانون أو الاتفاق خول له بعضها بقينا على حكم الأصل ، واعتبرنا الملكية جامعة أي خالية من أي قيد (٣) .

( ١ ) انظر أنها فقرة ٢٩٧ .

( ٢ ) أليكسكوبيد ، دالوز ٤ لفظ Propriété فقرة ٣٦ .

( ٣ ) أوربي وزو وبارتان ٢ فقرة ١٩٠ ص ٢٤٨ - بودري وشوفو فقرة ٢٠٢ .

(والأمر الثاني) أن أى حق بضرع عن الملكية يكون عادة موقتا . فحق الانتفاع وما يلحقه من حق الاستعمال وحق السكنى هى بالضرورة حقوق موقته ، ولا يجوز أن تجاوز مدتها حياة أصحابها . وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقا موقته ، وإذا لم تحدد لها مدة فإن هناك أسبابا معينة ذكرها القانون لانقضائها مباني بيانها عند الكلام فى حقوق الارتفاق ( انظر المواد ١٠٢٣ - ١٠٢٩ مدنى ) . وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة ، اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة ( م ٩٩٩ مدنى ) . وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتما بانقضاء الحقوق الشخصية التى تكفلها . ومتى تقرر أن الحقوق المتضرعة عن الملكية هى حقوق موقته على النحو الذى رأيناه ، فإن أى حق منها متى استوفى مدته ، ارتد حتما وبمحكم القانون إلى الملكية ، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتضرع عنه . ذلك أن الملكية حق جامع شامل كما قدمنا ، فإليه يعود جميع ما تضرع عنه من حقوق بعد أن تستنفد هذه الحقوق مدة بقائها . فإذا استنفد حق الانتفاع مثلا مدة بقائه ، ارتد إلى الرقبة ، وعادت الملكية كاملة وكانت قبل ذلك ناقصة بقيام حق الانتفاع منفصلا عنها .

**٣٢٦ - الملكية من موانع :** ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره ، فلا يجوز لأحد أن يشاركه فى ملكه ، أو أن يتدخل فى شؤون ملكيته . وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للمادة ٨٠٢ مدنى كان يجرى على الوجه الآتى : « لملك الشيء ، اادام ملتزما حدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به ، وأن يتصرف فيه ، دون أى تدخل من جانب الغير... » . وقد عدل النص فى لجنة المراجعة ، فأصبح يجرى على الوجه الآتى : « لملك الشيء وحده... »<sup>(١)</sup> ، فحل لفظ « وحده » محل عبارة « دون أى تدخل من الغير » ، دون تغيير فى المعنى . وتأكيذا لمعنى أن الملكية حق مانع لا يجوز معه أن يتدخل الغير فى انتفاع المالك بملكه ، حذف فى لجنة مجلس المشيوخ من مشروع التثمين المدنى عندما كانت تنظره نصا ( م ١١٧٠ من المشروع التمهيدى ) كان يجرى على الوجه الآتى : « إذا تدخل الغير فى انتفاع

(١) انظر أيضا لفترة ٢٩٦ فى الماشر .

المالك بملكه ، وكان هذا التدخل ضرورياً لتوثيق خطر داهم هو أشد كبراً من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل . فليس لذلك أن يمنع ذلك ، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر<sup>(١)</sup> . وقامت اللجنة في تقريرها : اقترح حذف المادة ... لما قد تؤدي إليه من انتهاك حرمة ملك الغير ، وما قد تخلقه من مشاكل لا ضابط لها ولا تحمد عقبائها . وقد رأت اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، ولكن على أساس أن النتيجة العمالية من النص تتمحق في الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إلى نص من ناحية . وأن في فكرة التعسف في استعمال الحق ما قد يغني عن أحكام هذه المادة في كثير من الفروض التي تقتصر فيها المروءة عن قضاء حق الضرورة<sup>(٢)</sup> .

( ١ ) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ( ١ ) يضع هذا النص مبدأ عاماً يقيد من حق الملكية تقييداً أساسياً ، سترد له تطبيقات كثيرة فيما بعد . والمبدأ مقتبس من التقنين الألماني ، وفيه وزن صحيح لجميع المصالح المشروعة . فإن الغير قد يجد نفسه مضطراً إلى التدخل في انتفاع المالك بملكه ، حتى يتوق ضرراً هو أشد بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من هذا التدخل . لذلك وجب اختيار أهون الضررين ، فيتحمل المالك الضرر الأخف حتى يدرك عن الغير الضرر الأشد . ولا يترك المالك بعد ذلك دون تعويض ، بل يعرض تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر . وما حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور إلا تطبيقات لهذا المبدأ . ( ٢ ) ويلاحظ أن التقنين الألماني عبر عن هذا المعنى بنص ذكر فيه أنه لا يجوز للمالك أن يمنع الغير من استعمال ملكه ، أما المشروع فقد استعمل تعبيراً أوسع فذكر « تدخل الغير في انتفاع المالك بملكه » . والتعبير بالتدخل في انتفاع المالك ينطوي تحته الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، كما تنطوي تحته حالة الضرورة ، وقد سبق ذكر هاتين الحالتين في العمل غير المشروع « ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ ) .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩ - ص ٣٠ في الهامش - وقد قضى بأن للمالك للبناء ، في سبيل إصلاحه وترميمه ، أن يستعين بملك الجار ، كأن يضع فيه سلماً أو نحو ذلك مما يستعان به في ترميم للبناء مادام تعديه على ملك الجار خفيفاً وموقوتاً ، على أن يكون للجار الحق في الحصول على تعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي ( استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ٢٩٩ ) . وقد نصت المادة ١٦٨ مدنى على أن « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره ، فلا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » . ولكن من جهة أخرى قضى بأن ترخيص مصلحة التنظيم بإحداث بناء لا يقلل من حق الجار الملاصق في المعارضة في أن يقيم هذا البناء مستنداً على عقاره هو ، ولو لم يكن ذلك مهدداً لسلامة برانيه ( استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٣٩ ص ٦٦٩ ) .

وقد حذفت لجنة لمس الشيوخ أيضاً نصاً ( م ١١٧٩ من المشروع التمهيدى ) كان يجرى على =

وليس قصر الملكية على المالك خاصة بنق الملكية وحده ، بل إن كل حق آخر ، عينيا كان الحق أو شخصياً . مقصور على صاحبه . ولكن القصر في حق الملكية أكثر بروزاً من القصر في غيره من الحقوق ، لأن حق الملكية هو أوسع الحقوق نطاقاً فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثراً .  
ويترتب على أن الملكية حق مانع أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكاً لشخصين في وقت واحد . يجوز أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لشخصين على الشيوع ، ولكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله . بل يملك جزءاً منه شائعاً . ويجوز أن يملك البناء أشخاص متعددون ، ولكن كلا من هؤلاء الأشخاص يملك طبقة أو أكثر من طبقات هذا البناء . دون أن يملك كل منهم البناء كله . ولو أمكن تصور أن يملك شخصان كل الشيء بحيث يملك كل منهما كل الشيء في وقت واحد ، على نحو ما نراه في الحق الشخصي عندما يكون له دائتان متضامتان فيملك كل منهما الحق كله بالنسبة إلى المدين ، لما كانت الملكية حقاً مانعاً . إذ هي لم تمنع أن يوجد إلى جانب مالك الشيء مالك آخر يملك في وقت واحد نفس الشيء وكل الشيء (١) .

**٣٢٧ - ما يرد من القيود على أن الملكية هي جامع مانع : وإذا قلنا إن الملكية حق جامع مانع ، فإن هذا هو الأصل . ولكن يرد على هذا الأصل استثناءات كثيرة . من شأنها أن تقيد من شمول حق الملكية ومن قصرها على المالك .**

فهناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء . بل وتبيح

= الوجه الآتي : « على كل مالك أن يأذن . في نظير تعويض عادل إذا اقتضى الحال ، لكل شخص ذي مصلحة بأن يدخل ملكه أو يبرقيه ، كما تبينت ضرورة ذلك الإجراء للقيام بأعمال ترميمية أو إنشائية لذلك الشخص ، أو لاستعادة أشياء ضائعة . أو لتحقيق أية مصلحة مشروعة أخرى ، بشرط ألا يصيب المالك من وراء ذلك ضرر بليغ » . كما حذفت لجنة المراجعة نصاً ( م ١١٨٠ من المشروع التمهيدى ) كان يجرى على الوجه الآتي : « على مالك الأرض الواقعة على الطريق العام ، إذا أصبح المرور في الطريق متعذراً ، أن يسمح بمرور الجمهور في أرضه ، بشرط أن يكون المرور بالقدر المقبول ، فإذا نشأ عن ذلك ضرر وجب على الجهة الإدارية القائمة على شؤون الطرق انمالة أن تعوض المالك إذا اقتضى الحال ذلك » . انظر مجموعة الأعمال التشريعية ٦ ص ٤٨ - ص ٥٠ - وسنعود إلى هذين النصين عند الكلام في قيود الملكية ( انظر ما يلي صفحة ٤٦٥ في الخامس ) .

( ١ ) انظر بودرى وشرفو نسخة ٢٠١ .

تدخل الغير في ذلك . من ذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب واعبرى والمسيل والمرور ، وما يفرضه على الجار في ألاّ يتجاوز مضار الجوار المألوفة . وفي مراعاة مسافة معينة في نزع مظل على جاره . ومباني بيان ذلك تفصيلا عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .

ومن ذلك جواز نزع الملكية جبرا على صاحبها للمنفعة العامة ، بعد أن يدفع للمالك مقدما تعويض عادل .

ومن ذلك ما هو مقرر من أن للملكية وظيفة اجتماعية ، يفرض على المالك القيام بها .

ومن ذلك حق الشفعة وحق الاسترداد ، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي .

ومن ذلك ما أعطى للمستأجر ، سواء كان مستأجر الأماكن أو مستأجر الأراضي الزراعية ، من حقوق واسعة تقيد من سطات المالك وتلزمه ألاّ يتجاوز في تحديد الأجرة حدا معينا . وفي ألا يخرج المستأجر من ملكه بعد انتهاء الإيجار .

ومن ذلك التسعير الجبري ، وفيه يجبر المالك على بيع سلعته بثمن لا يتجاوز حدا معينا .

ومن ذلك ما استحدث أخيراً من تأميم المشروعات الخاصة ، فتزع ملكيتها جبرا على أصحابها ، وبعد أن كانت جزءاً من القطاع الخاص تصبح تابعة للقطاع العام .

ومن ذلك ما يفرضه قانون الإصلاح الزراعي من ألا يتجاوز الملكية الزراعية أو الحيازة حداً معينا .

وسنعرض لهذه القيود تفصيلا عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية .

## المطلب الثاني

### الملكية حق دائم (\*)

#### ٣٢٨ - الملكية من دأم بالنسبة إلى الشيء المملوك لربانسة إلى

شخص المالك : وإذا قلنا إن الملكية حق دائم ، فإنما نقصد أها حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، لا بالنسبة إلى شخص المالك . ذلك أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقيا ، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء أى بهلاكه . فهي إذن حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك ، فإدام هذا الشيء باقيا لم يهلك فهي دائمة لا تزول .

ولكن شخص المالك لا يبقى واحدا على الدوام ، فكثيراً ما تنتقل الملكية من شخص إلى آخر ، فيتغير شخص المالك حتى لو كان هذا المالك شخصاً معنوياً . فإذا كان شخصاً طبيعياً ، فالملكية لا شك منتقلة إلى شخص آخر بعد وقت محدود لا يجاوز عمر المالك ، وإذا مات هذا انتقلت الملكية إلى وارثه أو إلى من أوصى له بالملك . ولكن تغير شخص المالك لا يعنى عدم دوام الملكية ، فالملكية باقية هي بعينها حتى لو انتقلت إلى شخص آخر ، وانتقال الملكية لا يعنى زوالها . ويقال في هذا المعنى عادة إن الملكية تتأبد بانتقالها (La propriété se perpétue en se transmettant) (١) .

وللدوام حق الملكية على النحو الذى بيناه معان ثلاثة ، المعينان الأولان لا خلاف فيهما ، والمعنى الثالث وحده هو محل الخلاف .

#### ٣٢٩ - المعنى الأول لدوام هو الملكية - الملكية بطبيعتها غير

موقته : وأول معنى يفيد دوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير

(٥) مراجع : Chauffardel في دوام حق الملكية رسالة من إكس سنة ١٩٢٣ - Aulagnon

في دوام الملكية المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٣ .

(١) بيدان وفواران : فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - مرقرة ١٣٤٨ .

وانظر في دفع الاعتراضات الواردة على انتقال حق الملكية والفائلة بأن حق الملكية يزول عند انتقاله ، وينشأ حق ملكية جديد لمن خلف المالك الأصلي : مازق وريشو فقرة ٤٨ - بلانيول وريويير وبرالانجيه فقرة ٢٧٢٦ وفقرة ٢٨٥٩ .

موقت . وقد قدمنا أن الحقوق الأخرى غير حق الملكية تكون بطبيعتها موقنة ، أو يمكن أن تكون موقنة . فالحق الشخصي لا يمكن أن يكون دائما ، ولا بد من انقضائه في وقت ما ، تبعاً لما يرد عليه من أسباب الانقضاء . والحقوق العينية غير حق ملكية . كحق الانتفاع وحق الحكر وحق الرهن والاحتفاظ والامتياز ، كلها حقوق موقنة على الوجه الذي بسطناه . وكذلك حقوق الارتفاق يمكن أن تكون موقنة ، وحتى لو لم يحدد لها أجل هناك أسباب ذكرها القانون تنقضي بها . وقد سبق بيان كل ذلك<sup>(١)</sup> . فهذه الحقوق جميعاً تزول قبل أن يزول الشيء الذي ترتب عليه ، وليس من الضروري أن تبقى بقاء هذا الشيء . أما حق الملكية فيختلف عن كل هذه الحقوق في أنه يبقى مادام الشيء المملوك باقياً ، وفي أن القانون لم يحدد له وقتاً معيناً لانقضائه . فهو حق دائم ، وإذا انتقل إلى شخص آخر فإنه يتأبد بهذا الانتقال كما سبق القول<sup>(٢)</sup> .

وفي حين أن أسباب كسب الملكية ، كمصادر الالتزام ، أسباب متعددة يعنى القانون بتنظيمها عناية تامة ، إذا بأسباب زوال حق الملكية ، على خلاف أسباب انقضائه الالتزام ، تنحصر في رأينا في هلاك الشيء المملوك . فالملكية إذن حق دائم ، مادام الشيء المملوك قائماً .

#### ( ١ ) انظر آنفاً فقرة ٣٢٥

( ٢ ) انظر آنفاً فقرة ٣٢٨ - وقد أخذ على هذا المعنى أنه بقية من بقايا الخلط ما بين حق الملكية والشيء المملوك ، فحق الملكية يستغرق كل سلطة على الشيء حتى أنه يمتزج به ويتجد فيه ، ويصبح حق الملكية هو الشيء نفسه ، ومن ثم يدوم دوام الشيء ( إسماعيل غانم فقرة ٢٦ - منصور ، مصطلح منصور فقرة ٧ ص ١٧ ) . وفي رأينا أن هذا المعنى في دوام الملكية لا يأتي من اختلاط الملكية بالشيء على النحو الذي كان الرومان يذهبون إليه ، وإنما يأتي من أن الملكية كحق متميز عن الشيء المملوك هو الأصل الذي تنفرع عنه سائر الحقوق العينية . وإذا كان الشيء له وجه قانوني فنصوان وجوده هو أن يقوم عليه حق الملكية . ويبقى هذا الحق قائماً على سبيل الدوام ، وإذا تفرعت عنه حقوق أخرى فصير هذه الحقوق إلى الزوال ، فإذا ما زالت عدد حق الملكية كاملاً كما كان ، وبقي دائماً دون أن ينتقص من دوامه تنفرع بعض الحقوق عنه . فإذا ما زال الوجه القانوني للشيء ، هلكه في العقار والمنقول ، أو بالتحلل عنه في المنقول حيث ينقلب الوجود القانوني إلى وجود فعلي ، زال حق الملكية . فحق الملكية إذن مرتبط ، لا بالوجود الفعلي للشيء ، بل بوجوده القانوني . قرب من المعنى الذي نقول به حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٠ - ص ١٦٣ ، وقارن منصور ، مصطلح منصور فقرة ٧ ص ١٧ - ص ١٩ .

### ٣٣٠ - المعنى الثاني لدوام حق الملكية - الملكية لا تزول بعدم

**الاستعمال :** والمعنى الثاني لدوام حق الملكية هو أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال (non-usage) . وحق الملكية . دون استئجار الأخرى . هو الذى يتميز بهذه الخاصية . فالحقوق الشخصية تنقضى بالتقادم المسقط ، وتنقضى بانقضائها الحقوق العينية التبعية ( التأمينات العينية ) التى تضمها . وكذلك تزول الحقوق العينية الأصلية - فيما عدا حق الملكية - بعدم الاستعمال فحق الانتفاع ( وكذلك حق الاستعمال وحق السكنى ) . تزول جميعا بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . كما هو صريح النص ( م ٩٩٥ مدنى وم ٩٩٨ مدنى ) . وحق الحكر ينتهى بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة ، إلا إذا كان موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة ( م ١٠١١ مدنى ) . وتنتهى حقوق الارتفاق بعدم استعمالها مدة خمس عشرة سنة ، فإن كان الارتفاق مقررأ لمصلحة عين موقوفة كانت المدة ثلاثاً وثلاثين سنة ( م ١/١٠٢٧ مدنى ) . أما حق الملكية ، فهو وحده الذى لم يرد فى شأنه نص يقضى بزواله بعدم الاستعمال . وذلك أمر طبيعى ، إذ حق الملكية حق دائم يبقى ما بقى الشيء المملوك ، والمالك حر فى أن يستعمل ملكه أو ألا يستعمله ، ومهما طال مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول (١) .

( ١ ) ويذهب بعض الفقهاء إلى أن بقاء الملكية مهما طال مدة عدم الاستعمال ، وإن كان هذا هو القانون الوضعى . لا يقوم على أساس من جوهر الملكية ، وأنه من المرغوب فيه أن يتقرر تشرعياً إسقاط حق المالك ، على الأقل فيما يتعلق بملكية وسائل الإنتاج ، إذا لم يستعمل ملكه مدة معينة . وأيلولة حق الملكية للدولة تمثياً مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية ( إسماعيل غانم فقرة ٢٧ ص ٥٥ - ص ٥٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ - ص ٢٢ ) .

ونحن نرى ، على العكس من ذلك ، أن عدم سقوط الملكية بعدم الاستعمال يقوم على أساس من جوهر الملكية . فادامت الملكية تدوم مادام الوجود القانونى للشيء المملوك، ومادام المالك له أن يستعمل الشيء أو ألا يستعمله ، وأن يستغله وألا يستغله، فإن طبيعة الملكية تقتضى إذن أن هذا الحق لا يزول بعدم الاستعمال . وإذا كانت الحقوق الشخصية تزول بالتقادم المسقط ، فذلك لأن هناك مديناً من حقه أن يطمئن إلى ما استقر عليه ورضمه بعد تمام مدة التقادم ، ولأن الدائن تلحق به نظرة الإهمال إذا هو لم يطالب بحقه بعد حلوله إلى أن تنقضى مدة التقادم . وإذا كانت الحقوق العينية الأخرى غير حق الملكية تسقط بعدم الاستعمال، فذلك لأنها حقوق مقتطعة من حق الملكية =

وإدام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال . فإن الدعوى التي تخميه ،  
وهي دعوى الاستحقاق . لا تسقط هي أيضاً بالتقادم (١) . ولا يتصور أن  
يكون الحق نفسه غير قابلي للسقوط بالتقادم . وتنتسب مع ذلك بالتقادم الدعوى  
التي يطلب بها هذا الحق (٢) .

وإذا كان حق الملكية لا يسقط بالتقادم المسقط ، فإن هذا لا يمنع من  
كسبه بالتقادم المكسب (٣) . فإذا وضع شخص يده على مال مملوك لغيره ،

= مقيدة لهذا الحق ، وهناك مالك من حقه أن يطعن إلى ما استقر عليه وضعه من تحرير ملكيته  
وزوال ما اقتطع منها بعد تمام مدة عدم الاستعمال . أما حق الملكية ذاته ، فإن عدم استعماله موكول  
إلى إرادة المالك ، ولا يوجد أحد من الأفراد يتأذى من عدم استعمال المالك للملكه . إذ لا يوجد  
أحد يكون قد اضأن إلى ما استقر عليه من وضع بسبب عدم استعمال المالك للملكه . إلا إذا كان  
شخصاً قد حاز الشيء المملوك ، فإنه عندئذ يكسبه بالتقادم المكسب . وإذا قيل إن المجتمع يتأذى  
من عدم استعمال المالك للملكه . فهذه حجة لا يجوز تميمها ، والأولى ترك أمرها إلى المشرع  
الذي ينوب عن المجتمع ، فهو الذي يقدر في حالات خاصة متى يتأذى المجتمع فيقضى بتشريع استثنائي  
أن الملكية تسقط من المالك بعدم الاستعمال ، وتزول إلى الدولة . ولا يكون ذلك كما قدمنا إلا على  
سبيل الاستثناء وفي حالات خاصة ، منها ما كانت المادة ٢/٨٧ مدني تسمى به من رجوع  
الملكية إلى الدولة إذا كف المالك عن استعمال الأرض غير المزروعة مدة خمس سنوات متتابعة  
خلال السنوات الخمس العشرة التالية للتملك (وقد أُلغى هذا النص بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) ،  
ومنها ما تقضى به المادة ٣/١٤ من قانون الإصلاح الزراعي من إسقاط الملكية عن وزعت عليه  
الأرض إذا لم يعن بزراعتها في خلال خمس سنوات من تاريخ إبرام عقد التوزيع النهائي (قارن  
منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٠ هامش ٢) . ويقرب من هاتين الحالتين ما تقضى به  
المادة ١١ من قانون إيجار الأماكـن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ من أنه لا يجوز إبقاء المساكن المعدة  
للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالأجرة القانونية .  
فهنا لا يؤول الملك إلى الدولة ، ولكن المالك يجبر على إيجار ملكه (الوسيط : فقرة ٦٨٧) .  
انظر في هذا المعنى حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٧٠ - ص ١٧٢ - محمد علي عرفه فقرة ١٦٠  
ص ٢٠٠ - ص ٢٠١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤ ص ٢٣ - ص ٢٤ - محمد كامل  
مرسى ١ فقرة ٢٠٣ ص ٢٧٢ .

(١) نقض فرنسي ١٢ يوليـه سنة ١٩٠٥ دالـوز ١٩٠٧ - ١ - ١٤١ - ١٠ مايو سنة  
١٩٣٧ دالـوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٣٤٦ - السين أول يونيه سنة ١٩٤٩ دالـوز ١٩٤٩ .  
[ ٣٣٥٠ - مازو فقرة ١٣٤٩ ص ١١٠١ .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - مارتى وريينو فقرة ٩٩ -  
فقرة ٥٠ .

(٣) استئناف نـتلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٢٨ - ١٢ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨  
ص ١٦٥ - ١١ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٢ - ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٩١ -  
٢٥ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٧ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠ .

وانقضت مدة التقادم الطويلة أو القصيرة بحسب الأحوال ، فإن منكية المال تزول عن المالك وتنتقل إلى واضع اليد . ولكن ذلك لا يعنى ، كما هو ظاهر ، أن الملكية زالت بالتقادم . ذلك أن زوال الملكية عن المالك الأصلي لم يأت عن طريق فقدته للملكية بالتقادم المنته . بل أتى عن طريق التقادم المكسب ففقد المالك الأصلي حق ملكيته لأن غيره قد كسب هذا الحق . ولا يختلف المنقول عن العقار في شيء مما تقدم ، فكلاهما لا يزول بالتقادم المسقط ، وكلاهما يكسب بالتقادم المكسب (١) . غير أن المنقول يختص بحكم في هذا الصدد ينفرد به عن العقار ، فقد نصت المادة ١/٨٧١ مدني على أن « يصبح المنقول لا مالك له ، إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته . » فالتخلي عن المنقول (abandon) يزيل ملكيته ، ويصبح المنقول لا مالك له إلى أن يملكه شخص آخر بطريق الاستيلاء . ولم يرد مثل هذا النص في العقار ، فالتخلي إذن عن العقار (délaissement) ، كما إذا تخلى الحائز للعقار المرهون عن العقار أو تخلى من يثقل عقاره حق عيني أو تكليف عيني للتخلص من هذا الحق أو التكليف ، لا يفقد المالك ملكيته ، بل يبقى العقار على ملكه إلى أن يكسب الملكية أحد غيره بطريق من طرق كسب الملكية (٢) .

( ١ ) ويكسب المنقول بالحيازة بموجب القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، إذا كان الحائز حسن النية ومع سبب صحيح . فإن لم تتوافر هذه الشروط ، ملك الحائز المنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة . أما إذا توافرت الشروط ، ولكن المنقول كان مسروقاً أو ضائعاً ، فإن المالك يستطيع أن يسترده من الحائز حسن النية في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، بشرط أن يعجل للحائز الثمن الذي دفعه إذا كان قد اشترى المنقول بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو اشتراه من يتجر في مثله ( م ٩٧٧ مدني ) . ومدة ثلاث السنوات التي يجب أن يسترد المالك في خلالها المنقول من الحائز ليست مدة تقادم ، بل هي ميعاد إسقاط (délai de déchéance) .

( ٢ ) انظر في هذا المعنى - من كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٨ - ص ١٧٠ - وانظر عكس ذلك وأنه إذا تخلى المالك عن العقار بقصد النزول عن ملكيته انتقلت الملكية إلى الدولة ، استناداً إلى المادة ١/٨٧٤ مدني التي تقضى بأن الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ دامش ٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ - وانظر في فقد هذا الرأي الأخير ، وفي أن المادة ١/٨٧٤ مدني تتكلم عن طائفة معينة من المقارنات هي الأراضي غير المزروعة ، أي الأراضي الصحراوية الخارجة عن الزمام وهي أراض لم تكن في وقت ما مملوكة لأي فرد : منصور مصطفي منصور فقرة ٧ ص ١٨ هامش ٢ .

ومهما يكن من أمر . فإن نحل ماك المنقول عنه وفقده بذلك الملكيته لا يفيد أن حق الملكية في المنقول حق غير دائم . فهو حق دائم إلى أن ينزل عنه صاحبه ، والنزول عن الحق لا يصحح أن يعتبر توقيتنا له (١) .

أما في فرنسا . فيتوهم خلاف فيما إذا كانت دعوى الاستحقاق في المنقول تسقط بالتقادم (٢) ، ولا شأن لنا بهذا الخلاف في مصر .

### ٣٣١ - المعنى الثالث لدوام حق الملكية - الملكية لا يجوز أن

تقرر بأجل : وإذا كانت الملكية حقا دائما يبقى ما بقي الشيء المملوك على ما قدمنا . فالنتيجة المنطقية لذلك هي أنه لا يجوز أن تقرن الملكية بأجل ، فاسخ أو واقف . وإلا كانت الملكية موقته (٣) . فإذا اشترى شخص مالا ، حدد في عقد الشراء أجلا فاسخا تنهى ملكيته للشيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل ، فإن ذلك لا يجوز ، لأن ملكية المشتري تكون في هذه الحالة ملكية موقته بالأجل الفاسخ . والذي يجوز هو أن يرتب المالك الأصلي على الشيء حق انتفاع لغيره مقترنا بأجل فاسخ . فيبقى حق الانتفاع إلى أن ينقضى الأجل . فإذا ما انقضى زال حق الانتفاع وعادت الملكية كاملة للمالك الأصلي . ولا شيء يمنع من ذلك . فإن حق الانتفاع حق موقت بطبيعته . ويجوز أن يحدد له أجل فاسخ . وهو على كل حال لا بد منقضى بموت صاحب حق الانتفاع . كذلك لا يجوز أن تقرن الملكية بأجل واقف ، فلا يجوز أن يشتري شخص من آخر شيئا على ألا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين ، لأنه إذا اقترنت ملكية المشتري بأجل

(١) وقد قدمنا ( انظر آتفا فقرة ٣٢٩ في الهامش ) أن ترك المنقول ، إذا أبقى وجوده الفعلي ، فإنه يزِيل وجوده القانوني . فالملكية تزول بزوال الوجود القانوني للشيء المملوك ، وتبقى ببقاء وجوده القانوني . وعلى هذا المعنى ينبغي فهم دوام حق الملكية . ويستوى في ذلك المقار والمنقول . انظر عكس ذلك ، وأن ملكية المنقول تكون ملكية موقته بسبب جه از ترك المنقول : إسماعيل غانم فقرة ٢٦ ص ٥٣ - ص ٥٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣ ص ٢٠ - حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٩ - ص ١٧٠ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ١٨ - ص ١٩ .

(٢) پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - پلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٨٥١ - مارتى وريينو فقرة ٤٩ ص ٦٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٦١ .

واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف . والذي يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين ، فيكون الالتزام بنقل الملكية ، لاحق للملكية ذاته ، هو المؤجل . ولا تكون ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة ، وإنما هي ملكية دائمة يستطيع أن يتصرف فيها إلى مشر آخر لنتقل إليه ، ويكون البائع عند ذلك قد أدخل بالتزامه نحو المشتري الأول . ويلتزم بالتعويض لا بنقل الملكية ، إلا إذا أمكن الطعن في التصرف الثاني بالدعوى البولصية .

وهذا المعنى الثالث لدوام حق الملكية ، بخلاف المعنيين السابقين ، ليس محل اتفاق لا في مصر<sup>(١)</sup> ولا في فرنسا<sup>(٢)</sup> . بل هناك من يقول بجواز أن تقرر الملكية بأجل فتكون ملكية مؤقتة (temporaire) .

ولكن الذي يدعونا إلى تأكيد هذا المعنى الثالث - عدم جواز اقتران الملكية بأجل - هو أن هذا المعنى ليس إلا نتيجة حتمية للقول بأن الملكية حق دائم ، ويتنافى مع دوام حق الملكية أن تكون مقترنة بأجل<sup>(٣)</sup> . ثم إن اقتران الملكية بأجل يتنافر تنافراً تاماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها . ويكفي أن نفترض ملكية مقترنة بأجل لمدة سنة مثلاً ، فهذه الملكية المؤقتة لمدة

(١) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : شفيق شحاتة فقرة ١٣٢ ص ١٥١ هامش ١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣ ص ٢٥ - المراف في الوسيط ٣ فقرة ٦١ ص ٩٦ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : إسماعيل غانم فقرة ٢٨ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ - حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢ - ص ٢٥ .

(٢) انظر فيمن يقول بأن الملكية لا يجوز أن تقرر بأجل : بلانيون وريبير وبولانچيه فقرة ٢٧٢٦ - فقرة ٢٧٢٧ - مازو فقرة ١٣٤٨ - وانظر فيمن يقول بأن الملكية يجوز أن تقرر بأجل : بيدان وفواران ؛ فقرة ٢٨٤ ص ٣٠٤ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٢ ص ٢٢٢ .

(٣) والمقصود بالملكية المقترنة بأجل - وهي غير جائزة - أن تكون الملكية مؤقتة بمدة معينة إذا انقضت عادت الملكية من تلقاء نفسها - لا بسبب جديد - إلى المالك الأصلي . ولا يقال هنا إن الملكية قد انتقلت بمودتها إلى المالك الأمرى فتأيدت بانتقالها ، لأن المراد من تأييد الملكية بانتقالها أن تكون الملكية قد انتقلت إلى الغير بسبب من الأسباب المعروفة لكسب الملكية ، وليس انقضاء الأجل من بينها (قارن حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٤ - ص ١٦٥ - منصور مصطفى منصور فقرة ٧ ص ٢٢) .

سنة تتنافر مع ما يشتمل عليه حق الملكية من عناصر . فمن أخص عناصر الملكية أنه يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه ، بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه ، ويتعين إذن أن نعطي هذه السلطات للمالك الشيء مدة سنة . فإذا تصرف هذا المالك في الشيء أو استهلكه أو أتلفه في خلال السنة التي يكون فيها مالكا . فكيف يمكن إذن تصور رجوع الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء السنة ! ليس أمامنا هنا إلا أحد طريقين : فإما أن نقول بعدم جواز التصرف أو الاستهلاك أو الإتلاف حتى يعود الشيء سليما إلى مالكه الأصلي بعد انقضاء السنة . وفي هذه الحالة لا تكون الملكية الموقفة في حقيقتها إلا حق انتفاع لا يجوز لصاحبه أن يتصرف في الرقبة أو أن يستهلك الشيء أو يتلفه . ويعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد زوال حق الانتفاع أي بعد انقضاء السنة . وإما أن نقول بجواز التصرف والاستهلاك والإتلاف . وفي هذه الحالة لا تكون الملكية موقفة . بل هي ملكية دائمة تصرف فيها صاحبها أو استهلك الشيء المملوك أو أتلفه . ومن ثم لا يعود الشيء إلى صاحبه الأصلي بعد انقضاء السنة . ولو أننا حللنا هذه الحالة الأخيرة تحليلا دقيقاً ، لتبين أن المالك لمدة سنة هو في الواقع من الأمر مالك ملكية دائمة . وقد وعد بإعادة الملكية إلى صاحبها الأصلي بعد انقضاء سنة . فإن قام بالوعد انتقلت الملكية إلى صاحبها الأصلي بعقد جديد . وإن أخل بالوعد لم يكن مسئولاً إلا عن التعويض .

يتبين مما تقدم أن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل . والقائلون بجواز اقتران الملكية بأجل يقدمون سنداً لقولهم الحجج الآتية (١) .

( ١ ) لا خلاف في أن الملكية قد تقترن بشرط فاسخ . فإذا تحقق الشرط بعد مدة معينة انفسخت الملكية وزالت بعد هذه المدة . فتكون قبل ذلك ملكية موقفة . ويظهر في وضوح ضعف هذه الحجة . فالملكية المعلقة على شرط فاسخ ليست ملكية موقفة . ذلك أنه من الحائز ألا يتحقق الشرط الفاسخ - بخلاف الأجل الفاسخ فلا بد من حلوله - فتكون الملكية في هذه الحالة دائمة . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ . فإن الملكية تنفسخ بأثر رجعي . وتعتبر كأنها

( ١ ) انظر في بعض هذه الحجج بلايول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢١٣ ص ٢٢٢ - وفي

تفنيدها: بلايول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٢٦ - فقرة ٢٧٢٧ - مارو فقرة ١٣٤٨ .

لم تقم أصلاً ، فلا تكون ملكية موقته ، والفرق واضح بين ملكية موقته وملكية غير موجودة (١) .

( ٢ ) ويقال أيضاً إن هناك نوعاً من الملكية الموقته ، أهي الملكية الأدبية الفنية والصناعية . فقد حدد لها القانون آجالاً معينة . لا يتجاوز خمسين سنة بعد موت المالك . وظاهر أن هذه الحجة هي أيضاً لا تستقيم ، فقد قدمنا أن الحقوق الذهنية التي ترد على الأشياء غير المادية ليست بحقوق ملكية ، وقلنا في هذا الصدد « من أجل ذلك يجب أن ننفي عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية ، فالملكية حق استثنائي مؤقت ، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت » (٢) . وانتهينا إلى « أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية ، بل هو حق عيني أصلي يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة ، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي » (٣) .

( ٣ ) ويقال كذلك إن هناك ملكية موقته إذا حرر عقد بيع ابتدائي وحدد أجل معين لإمضاء عقد البيع النهائي وتسجيله ، فلكية البائع تدوم إلى انقضاء الأجل المعين وإمضاء العقد النهائي وتسجيله . ومن ثم تكون ملكية موقته . ويسهل الرد على هذه الحجة بأن عقد البيع الابتدائي غير المسجل لم مجرد البائع من ملكيته ، بل أبقاها ملكية دائمة مقترنة بالتزام بنقلها إلى المشتري عند حلول الأجل المعين . فالموئجل ليس هو الملكية ذاتها بل هو الالتزام بنقلها . ويقطع في صحة ذلك . وفي أن البائع ملكيته دائمة لا موقته في خلال الأجل المعين ، أنه يستطيع أن يتصرف في الشيء المبوع في خلال الأجل ببيعته مرة أخرى إلى مشتري ثانٍ ، وإذا سجل هذا المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ،

( ١ ) ويلاحظ أن الملكية المطلقة على شرط فاسخ لا تعتبر ملكية موقته ، لا لأن لتحقق للشرط أو لتخلفه أثراً رجعياً ، بل لأن الشرط أمر غير محقق الوقوع . فحتى لو لم يكن للشرط أثر رجعي ، فإن المالك تحت شرط فاسخ لا يمكن اعتباره مالكا ملكية موقته ، إذ يحتمل ألا يتحقق الشرط فتبقى ملكيته دائمة . والممنوع في نظرنا هو أن تكون الملكية موقته على وجه التحقيق ، أما إذا كانت موقته على وجه الاحتمال فالحظر في توقيت الملكية لا يقوم ، إذ يجب على المالك في هذه الحالة الأخيرة أن يحافظ على العين حتى يستطيع ردها إلى من يملكها فيها إذا انتهت ملكيته هو ( قارن شفيق شحاتة ص ١٥٢ - ص ١٥٣ في الهامش ) .

( ٢ ) انظر آنفاً فقرة ١٦٦ .

( ٣ ) انظر آنفاً فقرة ١٦٦ في آخر ما .

انتقلت الملكية إلى المشتري الثاني دون المشتري الأول . أما إذا لم يتصرف البائع مرة أخرى وأمضى عقد البيع النهائي وسجل هذا العقد ، سواء كان ذلك عند حلول الأجل المعين أو قبله أو بعده ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري . فليست العبرة إذن بحلول الأجل . بل بإمضاء العقد النهائي وتسجيل هذا العقد . ولو كانت ملكية البائع موقفة بالأجل تبقى ببقائه وتزول بزواله . لكان مجرد حلول الأجل سبباً في نقل الملكية إلى المشتري ، دون حاجة إلى إمضاء العقد النهائي وتسجيله (١) .

( ٤ ) ويقال أخيراً إن هناك ملكية موقفة في الصورة الآتية : يأذن المؤجر للمستأجر في إقامة مبان في العين المؤجرة ، على أن تكون هذه المباني عند نهاية الإيجار ملكاً للمؤجر ، في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فتكون ملكية المستأجر للمباني ملكية موقفة تبنى مدة الإيجار . فإذا انقضت هذه المدة آلت ملكية المباني إلى المؤجر . وهذا تحليل غير سليم للوضع المفروض . والصحيح أنه مادام من المؤكد أن ملكية المباني تكون للمؤجر ، سواء كان ذلك في مقابل تعويض أو بلا تعويض . فإن المؤجر يعتبر منذ إقامة المباني مالكا لها في الحال . وتبقى ملكيته دائمة في خلال مدة الإيجار وبعد انقضاء هذه المدة . أما المستأجر فليست له على المباني لا ملكية دائمة ولا ملكية موقفة . بل هو غير مالك أصلاً . وإنما يكون له حق الانتفاع بالمباني كما ينتفع بالعين المؤجرة ، وذلك بموجب عقد الإيجار . وما ورد فيه من الشروط في خصوص المباني . وعلى المؤجر ، وقد ملك المباني فور إقامتها . أن يدفع تعويضاً للمستأجر عند نهاية الإيجار إذا اشترط المستأجر عليه ذلك ، وإلا فلا تعويض . وقد سبق أن قررنا ذلك في الجزء السادس من الوسيط في خصوص عقد الإيجار ، فقلنا في هذا المعنى ما يأتي : « في الحالة الأولى - البناء أو الغراس يبق حتماً في الأرض ملكاً للمؤجر - يكون هذا البناء أو الغراس ملكاً للمؤجر من وقت إنشائه ، ولا يكون للمستأجر بالنسبة إليه إلا حق شخصي يحوله الانتفاع به انتفاعه بالعين المؤجرة نفسها . ويكون البناء أو الغراس عقاراً واحداً مملوكاً لشخص واحد هو المؤجر ، فله أن يردنه رهناً رسمياً : وإذا باعه وجب

( ١ ) انظر في هذا المعنى مازو فقرة ١٣٩٤ - وانظر بودري وشوفو فقرة ٢٢٩ ص ١٧٥ .

التسجيل . وإذا توقع عليه حجز كان حجزاً عقارياً لا حجزاً منقولاً . والمؤجر هو الذي يدفع الضريبة المفروضة عليه (١) . ويرتب على ما قدمناه أن المستأجر لا ينتفع بالمباني التي أقامها في العين المؤجرة إلا انتفاعه بالعين المؤجرة ذاتها ، ولا يكون له عليها حق ملكية كما قدمنا . فإذا لم يحافظ المستأجر على المباني ويبدل في ذلك عناية الرجل المعتاد . كان مسئولاً عن تقصيره أو عمله غير المشروع تجاه المؤجر ومن عسى أن تنتقل إليه الملكية من المؤجر من خلف خاص كمشترى أو خلف عام كوارث . وتأيداً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر في الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكاً للمؤجر . ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع . فتنقل بحكم القانون إلى المشتري . وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (٢) .

(١) الوسيط ٦ فقرة ٣٣ : ص ٦٢٧ - ص ٦٢٨ - وانظر استئناف مخطوط ٢٨ مايه

سنة ١٩٢٧ - ٣٩ ص ٥١٢

(٢) نقض من ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣ .

وقد فرصت في الحالة التي نحن بصددنا أن البناء يكون مصيره حتماً البقاء في الأرض ملكاً للمؤجر . أما ما يفرضه أنصار جواز اقتران الملكية بالأجل ( انظر إسماعيل غانم فقرة ٢٨ ص ٥٨ - عبد الغنى فرج الصفة فقرة ١٥ ص ٢٣ - حسن كيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ - عبد الفتاح عبد الساتى فقرة ٥٦ ص ٧٦ - منصور مصطفي منصور فقرة ٧ ص ٢٥ ) فحالة أخرى ، ليست الملكية فيها مقترنة بأجل . بل هي معلقة على شرط . فهم يفترضون أن المؤجر اتفق مع المستأجر على أنه إذا ظل البناء قائماً عند انتهاء الإيجار لم يهدمه المستأجر ، فإن ملكيته تزول للمؤجر في مقابل تعويض . ومعنى ذلك أن الخيار يكون للمستأجر ، إن شاء هدم البناء قبل انتهاء الإيجار ، وإن شاء أبقاه إلى نهاية الإيجار فتزول ملكيته عندئذ للمؤجر في مقابل تعويض . فيكون المؤجر في هذه الحالة ، طول مدة الإيجار . مالكاً تحت شرط واقف . هو ألا يهدم المستأجر البناء قبل نهاية الإيجار . فإذا تحقق الشرط ولم يهدم المستأجر البناء ، اعتبر المؤجر مالكا له بأثر رجعي من وقت إقامته في العين المؤجرة ويدفع التعويض المتفق عليه . فلا توجد إذن ملكية مؤقتة في هذه الحالة ، بل هي ملكية معلقة على شرط واقف بالنسبة إلى المؤجر . ومعلقة على شرط فاسخ بالنسبة إلى المستأجر . والملكية المعلقة على شرط تجوز كما قدمنا . وذلك بخلاف الملكية المقترنة بأجل فهي لا تجوز . انظر الوسيط ٦ فقرة ٣٣ : ص ٦٢٨ - ص ٦٢٩ .

ولما كان البناء يعد عقاراً مدة استقراره في الأرض يملكه المستأجر ملكية معلقة على شرط

فاسخ . فقد قضت المادة ١٠٣٨ مدني بأنه يجوز للمالك المباني القائمة على أرض الغير - وهو المستأجر -

## الفرع الثاني

### الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية (\*)

٣٣٢ - ما ورد في الأعمال التحضيرية في شأن الوظيفة الاجتماعية

حق الملكية : نذكر هنا أهم ما ورد في الأعمال التحضيرية دالاً على أن التقنين

- في حالتنا - أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأبناس إذا هدمت المباني ، ومن التمويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبق المباني . فالمستأجر هدم البناء إنما يرهن ملكية معلقة على شرط فاسخ ، لا ملكية مقترنة بأجل . وإذا اختار المستأجر هدم البناء صار للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأبناس ، أما إذا اختار بقاء البناء فإن ملكيته تزول إلى المذجر في مقابل تمويض ، ويجعل هذا التمويض محل البناء حلولا عينيا ومن ثم يستوفى الدائن المرتهن حقه منه متقدما على غيره من الدائنين . قارن في الرأي المخالف : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥ ص ٢٣ - ص ٢٤ - منصور مصطن منصور فقرة ٧ ص ٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٦ ص ٧٦ هامش ١ و ٢ . وانظر أيضاً حسن كبيرة فقرة ٥٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٨ ( وهو يسلم بأن ملكية المستأجر في الحالة التي نحن بصدها ملكية مقترنة بأجل ، ولكنه يذهب إلى أن هذا التوقيت لا ينتصر في قليل أو كثير من صفة الدوام الملازمة لحق الملكية ، ويجرى على القاعدة التي يقول بها من أن الملكية المقترنة بأجل هي ملكية دائمة ) . وقارن شمس الدين التوكيل في نظرية التأسيسات الطبعة الثانية فقرة ٤٨ ( وهو ، في صدد الكلام في رهن المباني القائمة على أرض الغير وحكم المادة ١٠٣٨ مدني ، يبدو أن يعتبر أن ملكية المستأجر للمباني هي ملكية مؤقتة ، لكنه لا يبين ما إذا كانت هذه الملكية مقترنة بأجل أو معلقة على شرط ) .

(د) مراجع : Landry في الفائدة الاجتماعية للملكية الفردية سنة ١٩٠١ - Deguit في الحق

الاجتماعي والحق الفردي طبعة ثانية سنة ١٩١١ ص ١٧ وما بعدها - في التنويرات العامة لقانون الحاص منذ تقنين ناپليون سنة ١٩١٢ - Traucrod Rothe في وجود الملكية سنة ١٩٢٠ - Renard et Trotsbau في الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة سنة ١٩٢٠ - Cornill في المسألة القانونية للملكية الخاصة سنة ١٩٢١ - Coete-Floret في الطبيعة القانونية لحق الملكية وفقاً لتقنين المدني ومنذ التقنين المدني رسالة من مونيليه سنة ١٩٢٥ - Monnier من الملكية الرأسالية إلى الملكية الإنسانية سنة ١٩٢٦ - Vizioz في الأشخاص والملكية سنة ١٩٢٩ - Josserand في تشكل (configuration) حق الملكية في النظام القانوني الجديد ( ضمن دراسات Sugyama سنة ١٩٤٠ ص ٩٥ وما بعدها ) - Oonnard في الملكية في الفقه وفي التاريخ سنة ١٩٤٢ - Rouast في تطور حق الملكية ( ضمن دراسات هنري كاپيتان سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها ) - Salleron ست دراسات في الملكية الجماعية سنة ١٩٤٧ - Savatier من القانون المدني إلى القانون العام سنة ١٩٥٠ ص ٤٠ وما بعدها - Jausse في الملكية ونظام الأولوال في الحضارات الغربية سنة ١٩٥٣ - Challeye في تاريخ الملكية سنة ١٩٥٨ - Ferrotjans في فكرة الملكية الاجتماعية سنة ١٩٦٢ .

المدنى الحالى ، فى إيرادها الأحكام الخاصة بحق الملكية . أقام هذا الحق على أساس أن له وظيفة اجتماعية يجب على المالك أن يؤديها .

فى المادة ٨٠٢ مدنى التى سبق إيرادها (١) ، كان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « لملك الشيء ، مادام ملتزما بحدود القانون ، أن يستعمله ، وأن ينتفع به . وأن يتصرف فيه . دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص هذه المادة ما يأتى : « جمع هذا التعريف عناصر الملكية الثلاثة ، وهى حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف . ونوقى أن يصف الملكية بأنها حق مطلق كما فعل التقنين الحالى ( السابق ) م ١١ فقرة ٢٧/١ : بل صرح بأن للملكية وظيفة اجتماعية ، كما فعل المشروع الإبطال ( وقد أصبح منذ عهد قريب التقنين الإبطالى الجديد... ) » (٢) .

وجاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . فى النظرة العامة لحق الملكية ، ما يأتى :

« لم يخلع المشروع على حق الملكية هذه الصفة المطلقة التى نص عليها التقنين الحالى ( السابق ) . بل نبذها إلى فكرة أخرى هى الآن الفكرة المتغلبة فى التقنينات الجديدة ، وهى التى تمثل النزعة الحديثة فى تطور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لا حد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطالب إلى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون مادام يفعل ، أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً لحمايته . ويترتب على ذلك نتيجتان :

١- حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هى التى تقدم ، فما ينبغى أن تقف الملكية حجر عثرة فى سبيل تحقيق المصلحة للعامة ، ولا يتدخل هذا فى وظيفتها الاجتماعية . مثل ذلك ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذى يصلح للاستعمال حلواً أو عمقاً . غير أنه ليس

( ١ ) انظر آنفاً فقرة ٢٩٧

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ .

للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . فلو اقتضت المصلحة العامة أن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الأرض أو تحبها لا تسبب للمالك ضرراً ، فليس له أن يحول دون هذه الأعمال بدعوى أن حرمة ملكيته قد خرقت . مثل ذلك أيضاً أنه يجوز أن يحرم المالك من ملكه للمصلحة العامة في مقابل تعويض يدفع إليه مقدماً . ومثل ذلك أخيراً أنه يجب على المالك أن يراعى ما تقضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة .

« ب - حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك . فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد القيد الذي يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة . بل للمصلحة الخاصة . وهذه هي النزعة الحديثة التي جاراها المشروع . ويظهر أثرها في أمرين :

١ - يطلب من المالك أن يتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضرراً غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبى . وتطبيقاً لذلك يجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المأوفة . وتطبيق ذلك أيضاً ١٠ أوجه للقانون على صاحب الحائط وصاحب العلو من الالتزامات السلبية لمصلحة جاره .

٢ - يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة ، هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا تنتقل من الدائرة السلبية ، وهي مجرد امتناع المالك عن القيام بعمل معين ، إلى الدائرة الإيجابية ، وهي قيام الغير بأعمال معينة تتعارض مع حق المالك أو إجبار المالك على القيام بأعمال معينة . وتطبيقاً لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج إليه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوهم فيه ، ... وفي الملكية الشائعة يحى المشروع الأغلبية من الشركاء ضد نعت الأقلية ، ويذهب في ذلك إلى حد بعيد حتى ليجز للأغلبية أن تنصرف في المال المشاع جميعه رغم معارضة الأقلية ، إذا امتدت في ذلك إلى أسباب قوية وكانت قسمة المال الشائع ضارة

بمصالح الشركاء . وكذلك الحال إذا انهدم السفل ، فإن لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على إعادة بنائه ، وعلى صاحب السفل أن يقوم بالأعمال اللازمة لحفظه . وفي هذه الحالة الأخيرة نرى المالك يجبر على القيام بأعمال معينة ، وهذا هو أبلغ مظاهر التدخل في حق الملكية<sup>(١)</sup> .

وجاء في محضر الجلسة السادسة والثلاثين من لجنة مجلس الشيوخ في خصوص المادة ٨٠٢ ملغى ، ما يأتي : « فتليت المادة ... وقام عليها اعتراض من ... من ناحية التعبير فيها بأن حق الملكية وظيفة اجتماعية . وقال .. إن في هذا التعبير تصويراً للمذهب فلسفي . فرد ... على هذا الاعتراض بأن هذه الصفة هي المتغلبة في التقنيات الجديدة ، وهي التي تمثل الزعة الحديثة في تصور حق الملكية . فليس هذا الحق مطلقاً لاحد له ، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب إلى المالك القيام بها ، ويحميه القانون مادام يفعل . أما إذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقاً للحماية . ريثرتب على ذلك نتيجتان : ( ١ ) حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة . فالمصلحة العامة هي التي تقدم . ( ٢ ) حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذه المصلحة هي التي تقدم بعد أن يعرض المالك تعويضاً هادلاً<sup>(٢)</sup> . وقد قررت اللجنة على أثر ذلك الموافقة على المادة ، على أن تعود إليها للنظر في هذا التعبير الجديد .

ثم جاء في محضر الجلسة الثانية والخمسين لنفس اللجنة ( لجنة مجلس شيوخ ) ما يأتي : « تليت المادة ... ورأت اللجنة حذف عبارة « على أن يكون ذلك متفقاً مع المالحق الملكية من وظيفة اجتماعية . لأنها أشكل بالإيضاحات الفقهية . وإن في التطبيقات التي أوردتها المشرع ما يغني عنها<sup>(٣)</sup> .

ويتبين مما نقلناه عن مجموعة الأعمال التحضيرية أن التقنين المدني الحالي قد جعل للملكية وظيفة اجتماعية تقوم بها . وقد ظهر ذلك ظهوراً واضحاً في كثير من الأحكام والتطبيقات التي أوردتها بل هو قد صرح بالوظيفة

( ١ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٠ - ص ١٢ .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

( ٣ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٥ .

الاجتماعية التي لحق الملكية في المشروع التمهيدى ، وإذا كانت هذه العبارة الصريحة قد حذفت في لجنة مجلس الشيوخ ، فلم يكن ذلك عدولا عما قرره المشروع التمهيدى في هذا الشأن . بل لأن اللجنة قد رأت هذا التعبير « أشكل بالإيضاحات الفقهية » . ونوهت بأن « في التطبيقات التي أوردها المشروع ما يغنى عنها » .

على أنه إذا كان قد ورد في المناقشات والعبارات التي أوردها في هذا الصدد أن « الملكية وظيفة اجتماعية » ، فليس المقصود من ذلك تقرير أن الملكية ليست إلا وظيفة اجتماعية . فهي وظيفة اجتماعية (fonction sociale) ، وحق ذاتى أو فردى (droit subjectif, individuel) ، في وقت معاً . وإنما أريد إبراز الوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، لأنها هي الشيء الجديد الذى أتى به التقنين المدنى الحالى مخالفاً في ذلك التقنين المدنى السابق<sup>(١)</sup> .

فالملكية إذن حق ذاتى ، ولها وظيفة اجتماعية<sup>(٢)</sup> . وهذا ما نتولى بيانه في

( ١ ) وينبه كثير من الفقهاء إلى أن الملكية ليست وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية . فيقول كولان وكايتان ودى لاموراندير في هذا المعنى : « ليست الملكية وظيفة اجتماعية ، بل إن لها وظيفة اجتماعية تقوم بها » ( جزء أول فقرة ٩٦١ ص ٧٧٣ ) . وانظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ١١ - Nerson في أنسيكلوبيدى دالوز ٤ لفظ *propriété* فقرة ٣ ص ٢٨١ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٧٠٥ - ريبير في اضمحلال القانون سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٢ . ويقول الأستاذ منصور مصطفي منصور : « إلا أنه يجب ألا نذهب إلى حد القول إن الملكية أصبحت الآن وظيفة اجتماعية ، كما يقول البعض . فإذا جاز هذا التعبير في لغة المصلحين الاجتماعيين ورجال السياسة ، فيحسن تجنبه في لغة القانون ، إذ يتضمن وصف الملكية بأنها وظيفة إنكاراً لتكررة الحق ذاتها . إن مركز المالك يختلف اختلافاً جوهرياً عن مركز الموظف ، فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة ، أما مصلحة الجماعة فتتحقق بطريق غير مباشر . أما الموظف ، فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة ولتحقيق مصلحة الجماعة بطريق مباشر . وهذا فالتعبير الصحيح أن يقال إن للملكية وظيفة اجتماعية » ( منصور مصطفي منصور فقرة ٦ ص ١٤ - ص ١٥ ) .

( ٢ ) ولذلك كان المشروع التمهيدى لا يذكر أن الملكية وظيفة اجتماعية ، بل يشير إلى « حق الملكية من وظيفة اجتماعية » ( انظر آنفاً ص ٥٤٦ ) . فملكية إذن لها جانبان ، جانب فردى وجانب اجتماعي ، ولا يكتمل لنا فهم الملكية فهما صحيحاً إلا إذا اعتبرنا كلا من الجانبين ( انظر في هذا المعنى Rouast في تطور حق الملكية ، ضمن دراسات جماعة هنرى كايتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٥٥ وما بعدها ) .

مبحث أول . وفي المبحث الثاني نميز بين مناطق مختلفة في حق الملكية فليست مناطق الملكية سواء فيما يقوم به هذا الحق من وظيفة اجتماعية .

## المبحث الأول

الملكية حق ذاتي ولها وظيفة اجتماعية

١ § - الملكية حق ذاتي

٣٣٣ - الملكية من ذاتي في عناصره وخصائصه : الملكية حق ذاتي

كسائر الحقوق ، بل هي أكثر الحقوق عناصر . وأشملها خصائص .  
فالملكية حق ذاتي في عناصره . وقد قدمنا أن المالك له سلطة ذاتية على الشيء الذي يملكه . وسلطته على الشيء هي أوسع السلطات . فله أن يستعمل الشيء في شؤونه الخاصة . ويستعمله على الوجه الذي يقدر أنه نافع له . وله أن يستغل الشيء إرضاء لمصالحه الشخصية . ووفاء بحاجاته الذاتية . وله أن يتصرف في الشيء بجميع أنواع التصرفات . فله أن ينتقل ملكيته إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وله أن يرتب حقوقا متنوعة على الشيء . من حق انتفاع إلى حق ارتفاق إلى حق رهن إلى غير ذلك من الحقوق . وله أن يغير من معالم الشيء ، وأن يزيد عليه . وأن ينتقص منه . بل له أن يسهلكه وأن يتلفه وأن يعدمه . كل ذلك سعيا وراء مصالحه الشخصية ، ووفاء بحاجاته الخاصة . فالملكية إذن ، كسائر الحقوق . حق ذاتي من حيث عناصره ، بل هو أكثر الحقوق الذاتية عناصر كما سبق القول .

والملكية حق ذاتي في خصائصه . وقد قدمنا أن الملكية حق جامع ، فيجمع المالك في يده جميع السلطات على الشيء على النحو الذي رأيناه . ومن المالك تستمد كل سلطة على الشيء . وما لم يثبت أجنبي أنه استمد سلطة معينة بموجب إرادة المالك أو بموجب حكم القانون . فهذه السلطة للمالك لا لأحد غيره . وقدّمنا أن الملكية حق مانع . فيستأثر المالك بالشيء وحده . وليس لأحد أن يشاركه فيه . وهذه الذاتية في حق الملكية تعتبر من مقوماته ، وخصائصه البارزة . فإذا كان الشيء المملوك أرضا فضاء ، كان للمالك أن

يسورها وأن يمنع دخول الغير فيها . حتى نولم يتسببه من دخول الغير مسرور . ولا يجوز لأحد أن يشارك المالك بغير إذنه في استعمال الشيء ، أو في استغلاله ، أو في التصرف فيه (١) . والملكية ثباتاً حق دائم . وتتميز الملكية بالدوام عن أى حق ذاتي آخر . فكل حق - عينياً كان أو شخصياً - هو حق موقت أو يمكن أن يكون موقفاً . وذلك فيما عدا حق الملكية فإنه يدوم مادام الشيء المملوك . وهذا وحده كاف لطبع الملكية بطابع ذاتي ، إذ يستطيع المالك ، ومن بعده خلفاؤه . أن يستأثروا بالشيء المملوك . ويبقون مستأثرين به ، إلى أن يهلك الشيء أو يتلف . ومن ثم كانت دعوى الاستحقاق غير قابلة للسموط بالتقادم ، وكذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل . وقد سبق بيان ذلك :

### ٣٣٤ - الملكية هو ذاتي في نطاقه : ونطاق الملكية يتسع ، حتى

ليشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وإذا كانت الملكية كما قدمنا أكثر الحقوق الذاتية عناصر وأشملها خصائص ، فهي أيضاً أوسعها نطاقاً . ولا تقتصر على هذا القدر من العلو والعمق ، بل هي أيضاً تتناول مع الشيء المملوك كل ما ينتجه هذا الشيء من ثمار ومنتجات كما سنرى . بل إن مالك الأرض يملك بالالتصاق كل ما اتصل بها من مبانٍ وغراس . ويستأثر إلى أوسع مدى بحقه الذاتي في ملكه .

وهكذا يمتد حق المالك ، فيتناول الأرض في سطحها طولاً وعرضاً ، وفي حيزها علواً وعمقا ، ويشمل كل ما يتصل بالأرض من ملحقات ، وما تخرجه من ثمار ومنتجات . وهذا أقصى ما يصل إليه الحق في اتساع نطاقه .

### ٣٣٥ - الملكية هو ذاتي في صميمه : ويحمي القانون المالك حماية شاملة ،

فيمنع الغير من الاعتداء على ملكه ، ويضع في يده سلاحاً قوياً في دعوى الاستحقاق يسترد بموجبها ملكه من تحت يد أى حائر لها ، غاصبا كان أو غير غاصب .

ولا يجوز نزع الملكية جبراً على صاحبها إلا بشروط . أهمها أن يقوم مبرر قانوني لذلك ، وأن يعرض المالك مقدماً عن ملكه . ومنسبب كل ذلك تفصيلاً فيما سيأتي .

٣٣٦ - الملكية الذاتية ثمرة العمل ومجزأته الخاص : وإذا كان المالك ستأثر بما يملكه ، ويمجوزه لمصلحته الخاصة وللوفاء بواجباته الشخصية ، فما ذلك إلا لأنه في الأصل قد بذل جهوداً في العمل ، وكانت الملكية هي ثمرة هذه الجهود ، والأجر على هذا العمل . ومتى ثبتت الملكية لصاحبها ، وجب أن تثبت له بجميع عناصرها من استعمال واستغلال وتصرف ، وبجميع خصائصها فتكون جامعة مانعة دائماً .

فللمالك إذن أن يتصرف في الشيء حال حياته ، وينتقل الشيء إلى ورثته بعد وفاته . وإذا كان يبدو أن الوارث لم يبذل جهداً في تملكه للشيء الموروث ، فإن الميراث ينظر إليه لا على أنه جزاء للوارث ، بل هو جزاء للمورث . ذلك أن المورث إذا كان لم يتصرف في الشيء وهو حي وهذا حقه ، فإنه أراد بذلك أن ينتقل الشيء إلى وارثه بعد وفاته وهذا حقه أيضاً ، بل هذا هو جزاؤه على عمله . ولا ضير من أن ينتقل الشيء إلى وارث قد لا يستحقه ، فإن هذا الوارث إذا كان حسن التدبير فما ورثه يكون عوناً له فلا يكون حالة على المجتمع ، وإذا كان سيئ التدبير فإنه لا يلبث أن يضيع ما ورثه . وفي بعض الحالات تكون الورثة ، وبخاصة الزوجة والأولاد ، قد ساهموا في الجهود التي بنى المورث في الحصول على ماكه .

فالملكية الذاتية إذن هي ثمرة العمل ، وهي جزاؤه الحق<sup>(١)</sup> .

٣٣٧ - الملكية الذاتية أقوى حافز على العمل وغير ضوارة الاستقلال

الخاصي : ولا يجوز الاقتصار في النظر إلى الملكية الذاتية على أنها جزاء ، فهي ، قبل أن تكون جزاء على العمل ، أقوى حافز عليه . ذلك أن الإنسان بطبعه قد ركب فيه من حب الذات ما يجعله أقوى ما يكون نشاطاً وإقبالاً على العمل عندما يعلم أن لعمله جزاء يستأثر به لنفسه ، ولا يشاركه فيه غيره . وليس الأمر هنا أمر ملوك يمدح أو يذم ، بل هو أمر الواقع المشاهد ، وليس لنا بد من استخلاص نتائجه . فالنشاط الفردي ، وهو من الأهمس القوية التي

(١) انظر مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ .

يقوم عليها المجتمع ، لا بد له من حافز ، وأقوى حافز له هي المصلحة المادية ، وأبرز صور المصلحة المادية هي الملكية الذاتية .

ثم إن الملكية الذاتية لا تقتصر على أن تكون أقوى حافز على العمل ، بل هي أيضاً خير ضمان للاستقلال الشخصي . فمن لا يملك شيئاً يفقد استقلاله ، ويكون عبداً لمن ملك . ومهمة الدولة ليست في أن تأنى الملكية الذاتية وتكون هي المالكة لكل شيء ، فيصبح الناس جميعاً عبيداً لها . بل مهمتها على العكس من ذلك هي أن تجعل الملكية الذاتية في متناول كل من يعمل . فتكون الملكية الذاتية أفضل جزاء على العمل ، وأقوى حافز عليه ، وخير ضمان للاستقلال والحرية (١) .

## ٢٥ - للملكية وظيفة اجتماعية

### ٣٣٨ - الأساس الذي تقوم عليه الوظيفة الاجتماعية للملكية : وإذا

كان حق الملكية حقاً ذاتياً على النحو الذي بسطناه ، فإن لهذا الحق وظيفة اجتماعية يجب أن يقوم بها . وقد وقف التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ عند ذاتية حق الملكية ، وأغفل كثيراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التي لهذا الحق . ولكن المذاهب الاشتراكية التي بدأت تنتشر طوال القرن التاسع عشر ،

(١) وتقول الأستاذة مازو ، في هذا المعنى : « الملكية الذاتية هي التي يقوم عليها استقلال الإنسان وحرية . فمن لا يملك شيئاً لنفسه يكون تابلاً تبية تامة للآخرين ، ويصبح من « البروليتاريا » ، مستعبداً للدولة إذا كانت الدولة هي التي تملك كل شيء ، أو مستعبداً لمن يملكون إذا كان هؤلاء هم الذين يستحوذون على الثروة . فمن الضروري إذن أن يستطيع كل فرد الحصول على مال يكون له وحده ، وشيوعية المال ، إذ تحرم الإنسان من ذلك ، تحوله إلى عبد رقيق للدولة . ومن هنا ندرك أن ديباجة الدستور الصادر في ٤ أكتوبر سنة ١٩٥٨ ( الدستور الفرنسي ) تحيل على « إعلان حقوق الإنسان » الصادر في سنة ١٧٨٩ ، وهذا الإعلان يقرر حرمة الملكية الذاتية . وندرك كذلك أن « الإعلان العالمي لحقوق الإنسان » الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ يقول في المادة ١٧ من : « كل شخص ، سواء كان وحده أو بين الجماعة ، له الحق في أن يتملك ، ولا يجوز حرمان أحد من ملكه تحكماً واعتسافاً ... والملكية الذاتية هي الكفيل ، في ميدان النشاط الاقتصادي ، بأجود ما يكون من الإنتاج . ولا يجب الإنسان نشاطه كاملاً للعمل إلا ليكفل لنفسه ، وليكفل بالأخص لأولاده من بعده ، قدرأ من الثروة يكون من شأنه الارتفاع بمستوى معيشته . ولن نجد ، في أي نظام من نظم التسخير في العمل ، بديلاً من هذا الحافز للنشاط الإنساني » ( مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٤ ) .

وأخذت تنفذ إلى صميم النظم الاجتماعية والاقتصادية والقانونية . ووصلت إلى الأوج من انتشارها في القرن العشرين . ما لبثت أن أبرزت جانب الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية . وكان ذلك بطبيعة الحال على حساب جانب الذاتية في هذا الحق .

ولا شك في أن الملكية حق ذاتي وحق اجتماعي في وقت واحد . أما أنها حق ذاتي . فقد تقدم القول في ذلك ، وأما أنها حق اجتماعي فيهنص أساسا لذلك أمران : (١) مبدأ التضامن الاجتماعي ، فإن هذا المبدأ يقضي بوجوب التعاون في المجتمع . والملكية من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون ، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه ، كما هو الواقع ، عضواً في المجتمع الذي يعيش فيه ، يأخذ منه ويعطيه . (٢) على أن المالك ، إذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول ، مدين أيضاً للمجتمع بما كسب . فليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك ، بل إن المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة في جهود المالك حتى يحصل هذا على ما أصبح مالكا له . ومساهمة المجتمع في جهود المالك هي على نفس مستوى مساهمة الأسرة أولعها تزيد ، فإذا كانت مساهمة الأسرة هي أحد مبررات الميراث ، فلا شك في أن مساهمة المجتمع تبرر هي الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية<sup>(١)</sup> .

(١) وقد كان الأستاذ Duguit هو الذي صاغ نظرية الملكية كوظيفة اجتماعية ووضعها الحديث (كاربونيه ص ٨٧) . ففي كتابه في الاتجاهات العامة في القانون الخاص منذ تقنين نابليون ، قرر أن الملكية ليست حقاً بل هي وظيفة اجتماعية ، وعلى المالك أن يقوم بالوظيفة الاجتماعية التي لحق الملكية ، وإلا فإن القانون لا يحمي . وتشتمل وظيفة الملكية على عنصرين : العنصر الأول هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة ، في استعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة ، فيوسع من مجالات نشاطه المادي والمعنوي . والعنصر الثاني هو ما على المالك من واجب وما له من سلطة في استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع ، فيساهم في تقدم الجماعة . انظر أيضاً في هذا الصدد محمد علي عرفة فقرة ١٥٠ ص ١٨٧ - ص ١٨٨ .

وتقول الأستاذة مازو في هذا المعنى : « إذا كان حق الملكية يجب أن يكون ذاتياً ، فإن استعماله يجب أن يكون اجتماعياً . ومعنى ذلك أن على المالك أن يقيم في اعتباره وزناً لمصالح الغير ويستطيع المشرع أن يرغمه على أن يفعل إذا كان قد نسي . وهذا هو الذي يبرر القيود التي تحد من إطلاق حق الملكية ، ويبرر فرض الضرائب على الإيراد وعلى رأس المال . والتميز بين نصيب الجماعة يعود إليها ، وهي المساهمة الإيجابية في الأعمال التي تدخل في دائرة المصلحة العامة » (مازو فقرة ١٣٠٤ ص ١٠٦٥) .

ومتقتضى أن تكبرن للملكية وظيفة اجتماعية هو أن يقيد حق الملكية .  
لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً للمصلحة الخاصة .

٣٣٩ - تفسير من الملكية للمصلحة العامة : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى كما رأينا (١) : « حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة ، فالمصلحة العامة هي التي تقدم ، فما ينبغي أن تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة . ولا يدخل هذا في وظائفها الاجتماعية » .  
وقد رأينا (٢) أن نطاق الملكية يتسع حتى يشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . وليس معنى ذلك أن مالك الأرض يسوغ له أن يمنع أى عمل يقام به للمصلحة العامة فوق سطح الأرض أو تحتها ، كمرور الأسلاك المعدة للمواصلات التلغرافية أو التلغرافية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ومواسير المياه والغاز ( انظر القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ ) . وبوجه عام ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض . وقد نصت النقرة الثانية من المادة ٨٠٣ مدنى على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا » .  
أما المناجم التي توجد تحت الأرض فهي مملوكة للدولة لا لصاحب الأرض ، وقد نظم أحكامها قانون خاص سيأتى بيانه .

وقد تصل المصلحة العامة في التعارض مع حق المالك إلى حد أن تلغى هذا الحق . وقد أجاز القانون فعلا نزع الملكية للمنفعة العامة بشروط وقيود سيأتى بيانها .

كذلك قد تقتضى المصلحة العامة تأميم الملك ونقله إلى الدولة : كما وقع ذلك في شأن البنوك وشركات التأمين والشركات الصناعية ، فلا يجوز أن يقف حق الملكية حائلا دون ذلك .

ثم إن هناك كثيراً من القيود ترد على حق الملكية . قررتها القوانين واللوائح لمصلحة عامة اقتضتها . وقد فرضت المادة ٨٠٦ مدنى « على المالك أن يراعى في استعماله ما تقتضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة

( ١ ) انظر آفا فقرة ٢٢٢ .

( ٢ ) انظر آفا فقرة ٢٢٤ .

العامة ... . ومن أهم هذه القيود حقوق الارتفاق الإدارية ، كحقوق التطرق المتعلقة بالشوارع وهى الارتفاقات التى يتحمل بها الملاك الذين توجد أملاكهم على جانبي الطريق العام كتقرير خط التنظيم وعدم البناء من غير رخصة وهدم الأبنية المختلفة أو الآيلة للسقوط ، واختراق السعنة بجارى المياه كحق الحكومة فى قلع الأشجار المفروسة فى الجسور وميول الترع العامة إذا كانت هذه الأشجار تعوق سير المياه فى الترع أو تعطل الملاحة فيها أو تمنع السير على جسورها . ومن هذه القيود أيضاً ما تقرر لمصلحة الأمن العام أو الصحة العامة ، كالقيود التى تجب مراعاتها فى إنشاء العزب والزرائب ، أو المحال العامة ، أو المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، أو إقامة الآلات الرافعة ، أو تركيب الآلات البخارية ، أو إحداث الحفر أو البرك . ومن هذه القيود ما تقرر لمصلحة الزراعة ، كالقيود الخاصة بوقاية القطن والمحاصيل الأخرى ، ومنع زراعة القطن فى أكثر من مساحة معينة . ومنها ما تقرر للمصلحة الحربية ، كإنشاء مناطق خطر حول القلاع . ومنها ما وضع لحفظ الثروة القومية وإنعاشها ، كالقيود الخاصة بالمناجم وحماية الآثار التاريخية . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى القيود التى ترد على حق الملكية (١) .

٣٤٠ - **تقييد من الملكية للمصلحة الخاصة** : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، كما رأينا (٢) ، فى هذا الصدد : « حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هى أولى بالرعاية من حق المالك ، فإن هذها المصلحة الخاصة هى التى تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضاً عادلاً . وهنا نجد القيد الذى يرد على حق الملكية قد تقرر ، لا للمصلحة العامة ، بل للمصلحة الخاصة » . وهذا المظهر من تقييد حق الملكية للمصلحة الخاصة هو أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعى ، ولكون الملكية لها وظيفة اجتماعية يجب عليها أن تؤدىها . فالمبدأ الأساسى إذن هو أنه حيث تتعارض مصلحة المالك مع مصلحة خاصة لأجنبى ، فليس من الضرورى أن تقدم مصلحة المالك ، وقد كان من الضرورى تقديمها لو أن الملكية حق ذاتى فحسب . ولكن الملكية لها وظيفة

(١) انظر ما يلى فقرة ٢٩٦ - فقرة ٤٠٠

(٢) انظر آنفاً فقرة ٣٣٢ .

اجتماعية ، وهذه الوظيفة تقضى بأنه يجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة الأجنبي ، فإن كانت مصلحة الأجنبي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، وجب تقديم مصلحة الأجنبي مع تعويض المالك التعويض العادل . وبذلك تكون الملكية قد أدت وظيفتها الاجتماعية على خير وجه يتنقى به التضامن الاجتماعي .

وإذا رجحت مصلحة الأجنبي على مصلحة المالك ، فأقل ما يطلب من المالك أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بالجار . وقد يجاوز الأمر الأعمال السلبية من المالك ، إلى أعمال إيجابية من الجار . بل قد يصل الأمر إلى حد أن يقتضى من المالك نفسه أن يقوم بأعمال إيجابية لمصلحة الغير ، وهذه هي أبلغ مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، وبها يكون التضامن الاجتماعي قد بلغ الذروة في التقييد من سلطان المالك .

٣٤١ - أعمال سلبية من المالك : الأمثلة كثيرة على الأعمال السلبية التي تقتضى من المالك حتى يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وسنعرض لها تفصيلاً عند الكلام في القيود التي ترد على حق الملكية . ونجزم هنا بإيراد بعض الأمثلة :

١ - يجب على المالك أن يمتنع عن استعمال ملكه بحيث يضر بالجار ضرراً فاحشاً ، وإذا جاز للمالك أن يطأ من جاره أن يتحمل مضار الجوار المألوفة . فليس له أن يحملة المضار غير المألوفة للجوار . وفي هذا المعنى تقول المادة ٨٠٧ مدني : ١ - على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى في ذلك العرف . وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

٢ - ذلك الحائط أن يتصرف في حائطه كما يشاء ، فله أن يرممه إذا احتاج إلى الترميم ، وله أن يعدل في طريقه بنائه ، وله أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ويعيد بناءه ، بل له أن يهدمه ثم لا يعيد بناءه . ولا يجبر على النزول

عن جزء من حائطه لجاره الملاصق ، إلا في حالة خاصة نصت عليها المادة ٨١٦ مدني . ومع ذلك إذا كان الجار يستتر بالحائط . امتنع على صاحب الحائط هدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان المدم يضر بالجار . وتنص المادة ٨١٨ مدني في هذا الصدد على أنه « ١ - ليس جاز أن يجبر جاره عن تحويط ملكه . ولا على النزول عن جزء من حائط أو من الأرض التي عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة ٨١٦ . ٢ - ومع ذلك فليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى ، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط » .

٣ - في ملكية الطبقات حيث يوجد علو ومفل ، يجوز لكل من مالك العلو والسفل أن يتصرف في ملكه كما يشاء ، فيعدل من بنائه . ويزيد فيه أو ينقص منه ، ويعليه إذا كان يحتمل الإثلاء . ومع ذلك يجب على صاحب العلو أن يمتنع عن إعلاء علوه ، إذا كان هذا الإعلاء يحمل السفلى ثقلاً جسيماً بحيث يضر به . وتنص المادة ٨٦١ مدني على هذا الحكم فتقول : « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

٣٤٢ - أعمال إجبارية من الغير : وقد تقتضى الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية أن يتدخل الغير تدخلاً إجبارياً في انتفاع المالك بملكه ، ليتوقى ضرراً أشد بكثير من الضرر الذي يصيب المالك من التدخل ، على أن يعرض المالك للتعويض العادل . وقد طبق هذا المبدأ تطبيقات بعيدة المدى . نذكر منها ما يأتي :

١ - لمالك المسقاة أو المصرف أن ينتفع بمسقاته أو مصرفه ، وأن يستقل بهذا الانتفاع فلا يشاركه فيه أحد . ومع ذلك يجوز للجار أن يأخذ ماء من المسقاة ( حق الشرب ) لرى أرضه . أو يصرف ماءه في المصرف ( حق الصرف ) ، بعد أن يكون المالك قد امتوى حاجته من مسقاته أو مصرفه . وتنص المادة ٨٠٨ مدني على هذا الحكم على الوجه الآتي : « ١ - من أنشأ مسقاة أو مصرفاً خصوصياً . طبقاً للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها . ٢ - ومع ذلك يجوز للملاك الجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما يحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف

تقد استوفى حاجته منها . وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشاركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها بنسبة مساحة أراضيهم التي تنفع منها .

٢ - مالك الأرض حر في التصرف في ملكه كما يشاء . وله أن يمنع غيره من الانتفاع بالأرض . ومع ذلك يجوز للجار أن يجبر المالك على أن تمر بأرضه المياه الكافية لرى أرض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، أو أن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من أرض الجار لتصب في أقرب مصرف عام (حق المسيل) . بشرط تعويض المالك تعويضاً عادلاً . وتنص المادة ٧٠٩ مدني على هذا الحكم بما يأتي : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لدى الأراضي البعيدة عن مورد المياه ، وكذلك مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي ، بشرط أن يعرض عن ذلك تعويضاً عادلاً » .

٣ - لمالك الأرض أن يمنع جاره من المرور بأرضه . ومع ذلك إذا كانت أرض الجار محبوسة عن الطريق العام ، فإن للجار حق المرور في أرض جاره بالاندر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف . وذلك في نظير تعويض عادل . وهذا ما يسمى بحق المرور . وقد نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٨١٢ مدني على الوجه الآتي : « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام ، أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف . إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنقطة باهظة أو مشقة كبيرة . له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقار اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت الأرض محبوسة عن الطريق العام . وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرراً ، وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » .

٣٤٣ - أعمال إيجابية من المالك : وهنا تصل الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية إلى أبعد غاياتها ، فيجبر المالك على أن يقوم بأعمال إيجابية لمصاحبة الغير . ونذكر على سبيل المثال ما يأتي :

١ - في ملكية الطبقات ، يجبر صاحب السفلى على أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العاو . وتنص المادة ٨٥٩ مدني في هذا الصدد

على ما يأتي : ١ - على صاحب السفل أن يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. ٢ - فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل ، ويجوز في كل حال للقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بإجراء الترميمات العاجلة . بل يصل الأمر ، في اقتضاء أعمال إيجابية من المالك للوفاء بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، إلى حد أنه إذا انهدمت الطبقتان - العلو والسفل معاً - أجبر صاحب السفل على إعادة بناء سفله ، حتى يتمكن صاحب العلو من بناء علوه هو أيضاً . وقد أوردت المادة ٨٦٠ مدني هذا الحكم على الوجه الآتي : ١ - إذا انهدم البناء ، وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله . فإذا امتنع ، جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل ، إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه . ٢ - وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته ، ويجوز له أيضاً أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه .

٢ - في الملكية على الشيوع ، تجبر أقلية الشركاء على الموافقة على ما تقرره الأغلبية في شأن إدارة المال الشائع . وتقول المادة ٨٢٨ مدني في هذا المعنى : ١ - ما يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع ، وتحتسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة . فإن لم تكن ثمة أغلبية ، فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع . ٢ - وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً ، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً ، سواء أكان الخلف عاماً أم كان خاصاً . ٣ - وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة ، دون اعتراض من الباقين ، عد وكيلاً عنهم .

وليس الأمر مقصوراً على أعمال الإدارة المعتادة ، بل يجاء ذلك إلى ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة . تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من تغييرات أساسية وتبديل في الغرض الذي أعد له المال الشائع . وتورد المادة ٨٢٩ مدني هذه الأحكام فيما يأتي :

١٥ - للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا ، في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال ، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . ٣ - وللمحكمة عند الرجوع إليها ، إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية ، أن تقرز مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير . ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات .

بل إن الأمر يجاوز حدود الإدارة المعتادة وغير المعتادة ، ويصل إلى حد التصرف في المال الشائع . فتجبر أقلية الشركاء على الموافقة ، تحت رقابة المحكمة ، على ما تقرره الأغلبية من التصرف في المال الشائع ، إذا استندت هذه الأغلبية في قرارها إلى أسباب قوية . وتنص المادة ٨٣٢ ملني على هذا الحكم على الوجه الآتي : « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه ، إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان . وللمحكمة ، عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقررتبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً » .

٣ - وقد جعلت التشريعات الاستثنائية الخاصة بالإيجار ، نظراً لأزمة المساكن ، للمستأجر حقوقاً واسعة إزاء المالك ، بحيث يكاد المستأجر يصبح شريكاً للمالك في ملكه . وأجبرت المالك على قبول أنواع شتى من تدخل المستأجر ، وبخاصة في تعيين حد أقصى للأجرة ، وفي ترك المستأجر يبنى بالعين المؤجرة ، حتى بعد انقضاء مدة الإيجار ، المدة التي يراها . ويستوى في ذلك إيجار الأماكن وإيجار الأراضي الزراعية . وقد دعا ذلك الفقهاء في فرنسا ، ويشتمل القانون الفرنسي على تشريعات مماثلة ، أن يروا أن المالك قد أصبح اليوم إزاء المستأجر غير خالص الملكية ، بل هو لا يملك على داره أو أرضه إلا ما كان يسمى في العصور الوسطى بالملكية المشرفة (domaine

(éminent) يتقاضى بموجبها أجراً زهيداً ، أما الملكية الحقيقية أو الملكية النافعة (domaines utile) فهي للمستأجر (١) .

## المبحث الثاني

التمييز بين مناطق مختلفة في الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

٣٤٤ - المناطق المختلفة في الملكية وتفاوتها بالنسبة إلى الوظيفة الاجتماعية :  
هنا نخرج قليلاً عن دائرة الثمانون إلى دائرة الاجتماع والاقتصاد ، ولذلك نوجز القول .

ونبدأ بملاحظة هامة . فكثيراً ما يختلط عند البحث حق الملكية في ذاته وموئ توزيع الثروة ، وهما أمران مستقلان أحدهما عن الآخر كل الاستقلال . وكثيراً ما يتخذ من سوء توزيع الثروة في المجتمع ، واستثناء طبقة قليلة العدد بالقدر الأكبر من ثروة البلاد ، حجة للتدليل على عدم مشروعية حق الملكية ، وكأن إلغاء هذا الحق هو الذي يكفل حسن توزيع الثروة . وواضح أن إلغاء حق الملكية هو إلغاء للثروة نفسها ، فلا يعود هناك محل للنظر في حسن توزيع الثروة أو في سوء توزيعها . وواضح أن حق الملكية لا يمس من عدالته أن يكون توزيع الثروة غير عادل ، فإذا ما كان توزيع الثروة غير عادل وجب عندئذ إصلاح نظام توزيع الثروة دون المساس بحق الملكية .

وعند النظر في الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية ، يحسن التمييز بين مناطق ثلاث : منطقة الاستهلاك ، ومنطقة الخدمات العامة ، ومنطقة الإنتاج .  
ففي منطقة الاستهلاك تكاد الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تختفي ، وتكاد ملكية الاستهلاك تتمحض حقاً ذاتياً ليس للمجتمع ولا للدواة شأن به ، والشأن كل الشأن هو للمالك المستهلك .

(١) انظر في هذا المعنى مارك وارينو فقرة ٣٦ ص ٤١ - مازو فقرة ١٣٠٢ ص ١٠٦٣ - وقد عرف في فرنسا ، ما عرف في مصر ، ما يسمى « دخل الرجل » ، أي مبلغ من المال يأخذه المستأجر لقاء تركه المكان المأجر لمن يتخلف فيه ويسمى في فرنسا « pas de porte » . وهو عمل معاقب عليه جنائياً في فرنسا وفي مصر ، ولكنه مع ذلك ، في فرنسا وفي مصر ، واسع الشيوع في التعامل . انظر في فرنسا مازو فقرة ١٣٠٢ ص ١٠٦٣ .

أما في منطقة الخدمات العامة ، كالتعليم والصحة والمرافق العامة ، فالأمر على التقيض من ذلك . والملكية في هذه المنطقة تتميز بطابعها الاجتماعي ، وتبرز الوظيفة الاجتماعية للملكية للخدمات العامة كل البروز ، ويكون للدولة فيها الشأن الأكبر ، ونتاجهم المجال الأوسع .

بقيت منطقة الإنتاج ، وهذه هي المنطقة التي يطول فيها النقاش والجدل . ومهما يكن من اختلاف الرأي في هذه المسألة الشائكة ، فلا بد من التسليم أن حق الملكية في منطقة الإنتاج لها وظيفة اجتماعية بارزة ، بل إن الوظيفة الاجتماعية ترجع الصبغة الذاتية في ملكية الإنتاج . وإذا وجب أن يكون للنشاط الفردي في الإنتاج دور هام ، فإن لنشاط الدولة دورا رئيسيا كذلك .  
ونتعقب هذه المناطق الثلاث ، فنقول كلمة في منطقتي الاستهلاك والخدمات العامة وهما طرفا تقيض كما قدمنا ، ثم نعرض لمنطقة الإنتاج .

### § ١ - منطقة الاستهلاك ومنطقة الخدمات العامة

٣٤٥ - **منطقة الاستهلاك** : قدمنا أن الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية في منطقة الاستهلاك ، لا تكاد تظهر . وتشمل هذه المنطقة جميع الأموال المملوكة للشخص للوفاء بحاجاته الخاصة . ويدخل في ذلك نفقات المعيشة ، وما يحتاج إليه الفرد من مأكول ومشرب ، وكسوة وملبس ، وبيت السكنى ، والأثاث والمنقولات الأخرى التي يستخدمها لاستعماله الخاص ، وما يكسبه بعمله من دخل ، وما يدبره بحسن تبصره من ادخار . والملكية هنا هي حق ذاتي ، لا يكاد يكون الوظيفة الاجتماعية شأن بها . ومن حق مالك هذه الأشياء أن يستأثر بها ، وأن يمنع عنها الاعتداء من أي جانب ، جانب الأفراد أو جانب الدولة . وله أن يتصرف فيها بجميع التصرفات ، وأن يستهلكها على الوجه الذي يريد ، فإن الغرض من هذه الأموال هو الاستهلاك ، وتنقل منه بعد الموت إلى ورثته .

وهذه الحقائق مسلم بها من الجميع . لا يكاد يخالف فيها أحد . وتقرها أشد المذاهب الاشتراكية تطرفا . ويدخل في ذلك المذهب الشيوعي نفسه ، ويسمى بالملكية الشخصية (propriété personnelle) . فقد نصت المادة

العاشرة من دستور الاتحاد السوفيتي الصادر في ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٦ على ما يأتي : « حق الملكية الشخصية للمواطنين ، في دخلهم وادخارهم ، وفي منزل السكني وما يتبعه من اقتصاد منزلي ، وفي الأشياء التي تنتمي بالحاجات المنزلية ، وفي الأشياء المخصصة للاستهلاك وللحاجات الشخصية ، وكذلك الحق في انتقال الملكية الشخصية للمواطنين عن طريق الميراث ، كل هذا يحميه القانون » (١) .

٣٤٦ — منطقة الخدمات العامة : والملكية في هذه المنطقة تتميز بأنها ليست ملكية استهلاك واستعمال شخصي كما هو الأمر في منطقة الاستهلاك ، وليست ملكية استغلال كما هو الأمر في منطقة الإنتاج ، بل هي ملكية أعدت لتوزيع الخدمات العامة على أفراد الشعب ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر. ويدخل في هذه المنطقة الصحة العامة ، والتعليم ونشر الثقافة ، والتأمينات الاجتماعية بمختلف أنواعها من تأمين من العجز والمرض والشيخوخة ، إلى تأمين من البطالة ، إلى تأمين من الإصابات ، وما إلى ذلك من أنواع التأمين. كما يدخل فيها المرافق العامة من ماء ونور وغاز وطرق مواسلات وغير ذلك. وتنظيم الخدمات العامة وتوزيعها على الأفراد يحسن أن يكون على أساس محلي لا على أساس مركزي ، فيتولى كل إقليم الوفاء بحاجات سكانه ، وهو أبصر بها وأقدر على تنظيمها .

والملكية التي تكفل هذه الخدمات ، على خلاف ملكية الاستهلاك ، وظيفتها الاجتماعية بارزة بروزا واضحا كما سبق القول . بل إنه يحسن أن تتولى الدولة والأشخاص العامة الإقليمية أداء هذه الخدمات ، ويحل نشاطها في هذه المنطقة محل النشاط الفردي . ذلك أن النشاط الفردي لا بد له من حافظ ، وخير حافظ له هو الربح المادي . وأكثر الخدمات العامة ، إذا توخى القائمون بها حسن أدائها وعدالة توزيعها ، لا تدر ربحا بل تعود على موزعها بالخسارة .

(١) David et Hazard في القانون السوفيتي سنة ١٩٥٤ جزء ٢ ص ٥ وما بعدها -

Arminjoz, Baron Nolde et M. Wolff في القاموس المقارن جزء ٣ سنة ١٩٥٢ فقرة

٨٩٦ وفقرة ٩١٨ - أنسيكلوبيدي دالتونز لفظ Propriété فقرة ٣ .

وانظر مارتى ورينه فقرة ٣٧ ص ٤٤ .

فتعليم أفراد الشعب نفقاته باهظة . دع أنه من المرغوب فيه أن يكون التعليم مجانيا . فمن حق جميع أفراد الشعب ، الأغنياء والفقراء على السواء ، أن يتعلموا وأن يصلوا في التعليم إلى أقصى مرحلة يستطيع أن يبلغها الفرد بمواهبه العقلية . وكذلك الخدمات الصحية العامة والمستشفيات يجب أن تكون في متناول أفراد الشعب . مجازا أو بأجر زهيد . وهذا هو أيضاً شأن التأمينات الاجتماعية والمرافق العامة ، يجب أن تؤدي لجميع أفراد الشعب بأقل ما يمكن من النفقات . ومن أجل ذلك يكون من المرغوب فيه أن يحل محل النشاط الفردي في منطقة الخدمات العامة نشاط الدولة ، فهي وحدها القادرة على بذل النشاط اللازم دون معنى وراء الكسب .

وقد يكون هناك مجال محدود للنشاط الفردي ، في منطقة الخدمات العامة ، إلى جانب نشاط الدولة . فقد تؤسس مستشفيات ومدارس خاصة ، إلى جانب مستشفيات الدولة ومدارسها . ولكن الملكية في حدود هذا النشاط الفردي تكاد تكون وظيفة اجتماعية محضة . ويجب أن تبسط الدولة رقابتها على هذا النشاط حتى لا يكون الربح المادي هو رائده الأول ، بل يحسن أن يكون القائم بهذا النشاط جمعيات وهيئات خيرية تركز جهودها لخدمة المجتمع .

## § ٢ - منطقة الإنتاج

٣٤٧ - الإنتاج بسوده بوجه عام النشاط الفردي : وفي منطقة الإنتاج يحتدم الخلاف بين المذاهب الاشتراكية والمذاهب الفردية . ففي المذاهب الاشتراكية يجب أن تكون وسائل الإنتاج جميعها ملكا للدولة ، ويحل في منطقة الإنتاج نشاط الدولة محل النشاط الفردي .

ولما كان الإنتاج خاضعا لقوانين اقتصادية صادقة لا يمكن الإفلات منها ، فليس بمجدٍ إغفال هذه القوانين . ومن أهمها أن يكون للإنتاج حافز من الربح المادي ، ولا يتوافر ذلك إلا للنشاط الفردي .

لا شك في أن لنشاط الدولة مجالا واسعا للعمل في منطقة الإنتاج ، ولكن هذا المجال إنما يكون في الميادين التي لا يستطيع النشاط الفردي أن يقوم بأعبائها على وجه مرضي . فكثير من الصناعات الناشئة ، وبخاصة الصناعات الثقيلة ،

وكثير من المشروعات التي لا بد منها لقيام الاقتصاد القومي على أسس سليمة وهي غير مجزية اقتصادياً ، يرجح فيها نشاط الدولة على النشاط الفردي ، ومن الخبير أن يحل فيها القطاع العام محل القطاع الخاص . ولكن يجب السير بحذر وتبصر في تأميم هذه المشروعات ، فلا يمتد التأميم إلى المشروعات التي نجحت واستقرت بفضل النشاط الفردي .

والزراعة هي أوسع المجالات وأفسح الميادين للنشاط الفردي ، وقد دلت التجارب على أن النشاط الفردي في الزراعة يرجح كثيراً نشاط الدولة . ولا شأن لنا هنا بحسن توزيع الأرض على العاملين فيها ، فهذه مسألة عدالة اجتماعية وليست مسألة اقتصادية . والمشرع كفيل بسن القوانين التي تكفل هذه العدالة ، فيعين حداً أقصى للملكية الزراعية على الوجه الذي يراه عادلاً . ولكن ذلك لا يمنع من أن يكون النشاط الفردي في الزراعة ، في أي نظام يختاره المشرع لتوزيع الأرض ، هو العامل الرئيسي في قيام الزراعة على أسس اقتصادية سليمة .

والصناعة كذلك مجال واسع للنشاط الفردي ، وقد يختلط بالنشاط الفردي هنا نشاط الدولة على الوجه الذي بيناه .

والتجارة ، وهي الوسيلة لإيصال السلعة من المنتج إلى المستهلك ، في أشد الحاجة إلى التنظيم ، ولا بد لها من حافز هو حافز الربح المادي . ولذلك يجب أن يسود فيها النشاط الفردي بوجه عام ، وقد يكمله في بعض النواحي نشاط للدولة .

### ٣٤٨ - مظاهر الوظيفة الاجتماعية للملكية في منطقة الإنتاج : ومهما

يقم من خلاف في ضرورة النشاط الفردي في منطقة الإنتاج ، فن المسلم به أن الملكية الفردية في هذه المنطقة لها وظيفة اجتماعية بارزة . فالمنتج المالك يجب أن يعتبر ملكيته وسيلة ، لا لخدمة منفعة الشخصية فحسب ، بل هي أيضاً وسيلة لخدمة المجتمع ، والمجتمع شريك له في هذه الملكية . والدولة هي التي تمثل المجتمع ، فهي الشريكة في ملكية الإنتاج .

وتتمثل هذه الشركة بوجه خاص في أمرين : (الأمر الأول) أن يكون للدولة حق التوجيه والرقابة على النشاط الفردي في منطقة الإنتاج . فجوادة الإنتاج ،

وحسن خدمته للاقتصاد القومي ، وتجنب الاستغلال وهو آفة الإنتاج الفردي ، كل هذا لا بد له من رقيب ، ونحير رقيب هو المأولة . للدولة حق التخطيط للنشاط الفردي ، وقد تلجأ في بعض الحالات إلى التأميم إذا تطلب ذلك حسن نظام الاقتصاد القومي . بشرط التعويض العادل مقدما لمن تنزع ملكيته . (والأمر الثاني) أن يكون للمجتمع حصة معلومة في ملكية الإنتاج . ينتج منها على الخدمات العامة . وهذه الحصة هي الضرائب المختلفة التي تتقاضاها الدولة من المنتجين والعاملين . على أن يكون المدول ممثلا تمثيلا صحيحا في حكومة ديمقراطية .

### ٣٤٩ - العدالة الاجتماعية في التوزيع بين رأس المال والعمل -

**الملكية المروية و ملكية المشروع :** ويجب أن يقوم البناء الاقتصادي على أساس من العدالة في التوزيع . فالمشروع الإنتاجي ليس ملكا خالصا لصاحبه ، بل يشترك معه فيه العاملون في المشروع . ويجب توزيع الربح بنسبة عادلة بين المالك والعاملين ، وهذا ما يسمى بملكية المشروع ، ويقابله الملكية الفردية . فصاحب المصنع مثلا هو صاحب رأس المال ، وفي الوقت ذاته هو الذي يدير المشروع . وأرباح المصنع يجب أن توزع توزيعا عادلا بين رأس المال والعمل ، فيتقاضى صاحب المصنع من الأرباح حصة تمثل فوائد رأس المال . أما بقية الأرباح فيجب توزيعها بينه وبين مائر العاملين في المشروع ، كل بقدر أهمية عمله . ومن ثم يكون للعاملين في المشروع حصة في أرباح المصنع توزع عليهم توزيعا عادلا ، وهذا إلى جانب الأجور التي يتقاضونها . ذلك لأنهم ساهموا في الإنتاج وفي تسيير المشروع . ولأن الأرباح قد نتجت لا عن رأس المال فحسب ، بل أيضاً عن العمل . فهي أرباح ، لا للملكية رأس المال ، بل للملكية المشروع (١) .

(١) انظر في ملكية المشروع : Rouast في نظرية حق الملكية ، ضمن دراسات جامعة هنري كاييتان جزء أول سنة ١٩٤٥ ص ٤٥ وما بعدها - جزء ٢ سنة ١٩٤٦ ص ١١٨ - ص ١١٩ - Durand في الفكرة القانونية للمشروع ، ضمن دراسات جامعة هنري كاييتان جزء ٣ سنة ١٩٤٧ ص ٤٥ - Durand et Jaussaud في قانون العمل جزء أول سنة ١٩٤٧ فقرة ٣٣٥ وما بعدها - Saint-Alary في الفكرة -

## الفصل الثاني

### نطاق حق الملكية ووسائل حمايته

### الفرع الأول

#### نطاق حق الملكية

٣٥٠ - مدى من الملكية : يملك المالك الشيء أصلاً وفرعاً . يملكه أصلاً ، فتناول الملكية الشيء ذاته أى عناصره الجوهرية ، فإذا كان الشيء أرضاً شملت الملكية سطح الأرض وما فوقها وما تحتها . ويملكه فرعاً ، فتناول الملكية ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات .

## المبحث الأول

### شمول الملكية الشيء ذاته - الأرض وما فوقها وما تحتها

- ٣٥١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٣ مدني على ما يأتي :
- ١ - مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية ، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير .
- ٢ - وملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً .
- ٣ - ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها<sup>(١)</sup> .

= القانونية للمشروع الزراعي في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٥٠ ص ١٢٦ وما بعدها - كولا، وكابيتان ودى لامورانديير ١ - فترة ٩٦١ - كاريونيه ص ٨٨ - Nersoa في أنسيكلوبيدى دالوز ؛ لفظ Propriété فقرة ٣ ص ٢٨١ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٢ من المشروع التيمبي على الوجه

الآتي : «١- من يملك الشيء يملك كل ما يعد بحكم تعريف من عناصره الجوهرية . بحيث لا يمكن =

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كانت مسؤولة بها دون نص (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٦٩ - وفي التقنين المدني الليبي م ١١٢ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٤٩ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣ (٢) .

- فصله عنه دون أن يهلك أو يتغير . ٢- ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً أو عمقا ، غير أنه ليس لملك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه . ٣- يجوز بناء على نص القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها . وفي لجنة المراجعة أجريت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٨٧١ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهي « غير أنه ليس لملك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو للعمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له وهو مفهوم من صدر الفقرة » . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل ، وأصبح رقم المادة ٨٧٠ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الأولى عبارة « بحكم العرف » لأن العرف ليس هو المرجع الأول في تحديد العناصر الجوهرية ، بل يرجع في ذلك أولاً إلى طبيعة الأشياء ثم إلى العرف بعد ذلك . وقد أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٨٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته بلجته ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٦ - ص ١٩ ) .

( ١ ) نفض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ - بنى مزار

٢٥ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٤٥٠ ص ٩٢١ .

( ٢ ) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٦٩ ( مطابق ) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٢ ( مطابق - فيما عدا أن الفقرة الثانية تنهى بالعبارة الآتية :

« ذلك دون الإخلال بأحكام القانون الخاص بالمهاجر والمناجم » .

التقنين المدني العراقي م ١٠٤٩ ( موافق ) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٣ : تشمل ملكية الأرض ملكية ما فوق السطح وما تحته ،

وعليه فإن لملك الأرض أن يفرس فيها ما يشاء من الأغراس وأن يبني ما يشاء من الأبنية ، وأن

يجري فيها حفريات إلى أي عمق شاء ، وأن يستخرج من هذه الحفريات كل ما يمكن أن تنتجها ،

ضمن التقيدات الناتجة عن القوانين والقرارات والأنظمة . ( وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام

التقنين المصري - انظر في نطاق حق الملكية في القانون اللبناني : حسن كبيرة في الحقوق العينية

الأصلية في القانون المدني اللبناني المقارن مذكرات على الآلة الكاتبة سنة ١٩٦٥ ص ٨٩ -

ص ٩٨ ) .

ويتبين من النص المتقدم الذكر أن مالك الشيء يملك كل ما بعد من عناصره الجوهرية . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « فالشيء المملوك يشمل حق الملكية فيه جميع أجزائه المكونة له ، والجزئية أيها أن يكون الجزء مندمجا في الكل ، بحيث لو فصل منه لهلك الشيء أو تلف أو تغيره<sup>(١)</sup> . فإذا كان الشيء منقولاً سهلاً التعرف على ذاته وأجزائه ، فالسيارة أو الكتاب مثلا يمكن نقله من مكان إلى آخر ، وينتقل بطبيعة الحال بجميع أجزائه ، ومن ثم يمكن تحديد هذه الأجزاء<sup>(٢)</sup> . أما إذا كان عقارا<sup>(٣)</sup> ، فإن كان بناء فإن تماسك أجزاء البناء تحصر هذه الأجزاء . بقي ما إذا كان للعقار أرضا ، وملكية الأرض - كما تناول المادة ٢/٨٠٣ مدني مألوفة الذكر - تشمل ما فوقها وما تحتها ، أي الأرض علوا وعمقا . وقد يوجد في باطن الأرض ( أي العمق ) مناجم أو محاجر تحوي مواد معدنية أو خامات ، وهذه لا تكون مملوكة لصاحب الأرض بل هي ملك الدولة ، ولها أحكام خاصة تكفل ببيانها قانون المناجم والمحاجر .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الأرض علوا وعمقا . (٢) المواد المعدنية والخامات في المناجم والمحاجر .

### § ١ - الأرض علوا وعمقا

٣٥٢ - مالك سطح الأرض يعتبر مالكا للعلو والعمق : الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها (dessus) أي للعلو (hanteur) ، ولما تحتها (dessous) أي للعمق (profondeur) . وقد أكدت هذا المعنى المادة ١/٩٢٢ مدني إذ تقوله : « كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ، ويكون مملوكا له . »

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ .

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٠ .

(٣) انظر فيما يعتبر أجزاء من العقار ( أي عناصره الجوهرية ) ، أرضا كان أو نباتا أو مباني أو منشآت : آتفا فقرة ٩ - فقرة ١١ .

ولكن هذه التربة قابلة لإثبات العكس . فيجوز أن ينضم الدليل : في مواجهة صاحب سطح الأرض ، على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن ينضم الدليل على أن مالك الأرض قد حول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو حوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها ( م ٩٢٢ / ٢ مدني ) . وقد تقرر المادة ٨٠٣ / ٣ مدني كما رأينا أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد : « وقد أشار المشروع إلى جواز فصل ملكية سطح الأرض عن ملكية ما فوقها وعن ملكية ما تحتها ، ويكون ذلك بناء على تشريعات خاصة أو بمقتضى الاتفاق . ومثل التشريعات الخاصة قانون المناجم يفصل ملكيتها عن ملكية الأرض ... ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ، ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام . وما حق القرار وحق الحكم وحق التعليل إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح (١) . وكما يجوز فصل العلو أو العمق عن السطح باتفاق ، يجوز هذا الفصل أيضاً بوصية ، أي بإرادة منفردة . فالفصل يكون إما بقانون أو بتصرف قانوني ، سواء كانه التصرف اتفاقاً أو وصية (٢) .

والعكس غير صحيح . فلكية العلو أو العمق لا تقوم قرينة على ملكية السطح ، فمالك العلو أو العمق ، إذا ادعى ملكية السطح ، عليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من المقتضى قانوناً أن كل من ملك أرضاً صار مالكا ما فوقها وما تحتها أيضاً ، إلا إذا ظهر من سند الملكية أنها لا تتضمن كل ذلك ( نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٣ ص ٢١٦ ) . وقضت أيضاً بأن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ، متى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك ( نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً جزء ٢ ص ٩٩٠ ) .

وقضت محكمة النقض الفرنسية أن ما تحت الأرض يجوز أن يكون وحده مستقلاً محلاً للزراعة الملكية للمنظمة العامة ( نقض فرنسي أول أغسطس سنة ١٨٦٦ دلتوز ٦٦ - ١ - ٣٠٥ ) .

وعلى من يدعى أنه يملك العلو أو العمق منفصلاً عن السطح عبء إثبات ذلك في مواجهة مالك السطح ( بلانويل وريبير وبيكار ٣ فترة ٢٥٣ ص ٢٥٤ - مارتى ورييه فترة ١٠٤ ) .

(٣) أوبري ورو ٢ فترة ١٩٢ ص ٢٦٧ - بودري وشوفو فترة ٣٣١ ص ٢٣٥ -

٣٥٣ - العلو: وملكية العلو هي التي تسمح لصاحب السطح أن يقيم

فوق الأرض منشآت أو يغرس فيها أو يزرعها ، كذلك تمكن له من النور والهواء<sup>(١)</sup> . وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه . فإذا امتد الشجر أو الزرع في الأرض المجاورة ، وتفرعت أغصانه حتى احتلت جزءاً من العلو المجاور ، كان للمالك هذا العلو أن يطلب من جاره قطع ما امتد من الشجر أو الزرع إلى علوه . وليس لصاحب الشجر أو الزرع أن يمنع عن ذلك بدعوى أن هذا الامتداد لم يحدث ضرراً للجار ، فمجرد الامتداد إلى العلو يكون ضرراً كافياً<sup>(٢)</sup> . كذلك إذا صاد الجار وهو في أرضه طيراً في أرض جاره ، كان هذا اعتداء على علو الجار<sup>(٣)</sup> .

ولا يفهم من ذلك أنه لا يوجد حد للملكية العلو ، فقد صرحت المادة ٢/٨٠٣ مدني كما رأينا بأن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجري على الوجه الآتي : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد الذي يصلح للاستعمال علواً وعمقا ، غير أنه ليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة في منعه » .

= ص ٢٣٦ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢ ص ٢٥٤ - نقض فرنسي ٢٥ يونيو سنة ١٩٤١ جازيت دي پاليه ١٩٤١ - ٢ - ٩٨ .

( ١ ) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وتكون طبقة الهواء وهي فوق السطح مملوكة لصاحب الأرض بالقدر الذي يمكن به تملك الهواء ، وكذلك حق التعل وهو حق البناء فوق الأرض طبقات بعضها فوق بعض » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ ) . وللمالك أن يعلو بالبناء العدد الذي يشاء من الطبقات ، في حدود القنين والواحد الخاصة بالبناء .

( ٢ ) وقد قضى بأنه يسوغ للمالك الذي تمتد على أرضه أشجار جاره أن يلزم ذلك الجار بتقليم فروع هذه الأشجار التي تحجب عن أرضه الشمس فتسبب ضرراً لزرعته . وإذا كان الضرر ناشئاً عن امتداد جذور تلك الأشجار في أرضه ، فله أن يقطع تلك الجذور الممتدة بأرضه دون التجاء إلى الجار . أما طلب إزالة الأشجار فغير ممكن ، لأنه يحرم المالك من حرية التصرف في ملكه بما يريد ، الأمر الذي يتناقض مع حق الملك ( لفظاً الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ) .

( ٣ ) نقض فرنسي جنائي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥١ جازيت دي پاليه ١٩٥٨ - ١ - ٩٩ -

مازو فقرة ١٣٥٨ - وإذا أعل الجار حائطه بحيث أصبح الجزء العل من المثل مائلاً يشغل جزءاً من علو جاره ، كان هذا اعتداء يبرر إزالة الجزء المائل من الحائط ( نقض فرنسي ١٥ يوليو سنة ١٩٠١ واللوز ١٩٠٢ - ١ - ٥٢ - بودري وشوفرو فقرة ٣٢١ ص ٢٣٥ ) .

وقد حذفت اللجنة التشريعية لمجلس النواب العبارة الأخيرة « غير أنه ليس للمالك أن عارض ... » ، وذلك « لأن هذا الإيضاح لا ضرورة له . وهو مفهوم من صدر الفقرة « (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « على أن المادة ١١٦٣ ( من المشروع التمهيدى ) أوردت قيـدا على حق المالك فى العلو والعمق ، فليس للمالك أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العلو أو العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه . فإذا اضطرت مصلحة التلغرافات إلى إيصال أسلاكها فوق سطح الأرض أو شركة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح ، على مسافة من العلو أو العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفا فى استعمال حق الملكية « (٢) .

ويستخلص من ذلك أمران بالغا الأهمية من الناحية العملية .  
 ( الأمر الأول ) لا يجوز للمالك أن يمنع مرور الأسلاك الكهربائية أو التلغرافية أو التليفونية فوق أرضه ، إذا كان مرور هذه الأسلاك لا يحدث له ضررا . وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بإنشاء الخطوط الكهربائية وحمائها ، تأكيداً لهذا الحكم . على أن « كل مالك لعقار أو واطع اليد عليه ملزم بأن يتحمل فوق العتد إذا كان مبنيا ، وفوقه أو تحته ، إذا كان أرضا . مرور الأسلاك المعدة للتواصلات التلغرافية أو التليفونية أو المعدة للإضاءة أو لنقل القوى الكهربائية ، سواء كانت هذه الأسلاك مملوكة للدولة أو لإحدى السلطات العامة أو لصاحب الترام باستغلال مرفق عام مرخص له بذلك قانونا . وهو كذلك ملزم بأن يقبل تنفيذ جميع الأعمال اللازمة لوضع هذه الأسلاك أو لصيانتها . وإذا كان بالأرض بناء . فلا يجوز وضع الأسلاك إلا فى خارج الحوائط أو الواجهات أو فوق الأسقف أو الأسطح ، وبكيفية يمكن معها الوصول إليها من الخارج أو بطريق السلم دون اختراق أجزاء العقار المخصصة للسكنى ، وبطريقة لا تعرض ملامة الغير للخطر » . وجاء فى المادة ٢ من نفس القانون أنه « إذا لم يقبل المالك كتابة

( ١ ) انظر آتفا ص ٥٦٨ هامش ١ .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨ .

وضع الأسلاك ، لم يبرز وضعها إلا بمتنضي قرار يصدر من الوزير المختص .  
ويتضمن هذا القرار وصف الأعمال التي يراد إجراؤها ، وبيان تفصيليا عن  
كل أرض أو بناء يراد تنفيذ الأعمال فيه .

( والأمر الثاني ) لا يجوز للمالك أن يمنع تخليق الطائرات في أثناء طيرانها  
فوق أرضه ، فهي تخلق على مسافة من العلو بحيث لا تحدث له ضررا ،  
وصوت أزيزها وهي طائرة في الجو لا يعتبر ضررا كافيا لطلب منعها ،  
وإلا تعطلت الملاحة الجوية . ولما كان الفضاء الجوي تحت سيادة الدولة ،  
فقد صدر المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٥ بشأن الملاحة الجوية ينص في تلمادة  
الأولى منه على أن « للدولة كامل السيادة المطلقة على الفضاء الجوي الذي يعلو  
أراضيها . وتشمل كلمة ( أراضي ) المياه الإقليمية » . وتنص المادة الثانية  
على أن « تنظم الملاحة الجوية بمراسيم » . وصدر في يوم صدور هذا  
القانون ( ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ ) مرسوم بتنظيم الملاحة الجوية ، وهو يقضى  
بأنه لا يجوز لأية طائرة أن تطير فوق الأراضي المصرية أو أن تهبط عليها دون  
أن تحصل مقدما على ترخيص بذلك من وزير المواصلات ، وتشمل كلمة  
« طائرة » كل البالونات المقيدة أو الطليقة والمناطيد والطائرات والمطبات  
والمحلقات ، وكذلك جميع الأجهزة التي تستطيع أن ترتفع أو تسير في الهواء (١) .

( ١ ) وذهب بعض الفقهاء إلى تقسيم الفضاء الجوي أقساما ثلاثة : القسم الأول وهو أقرب  
الأقسام إلى الأرض ويكون مملوكا ملكية خاصة لصاحب الأرض ، والقسم الثاني وهو الذي يعلو  
القسم الأول ويكن خاصا بسيادة الدولة ، والقسم الثالث وهو الذي يعلو القسم الثاني ويكون  
حررا لا يخضع للملكية خاصة ولا لسيادة الدولة ( Marignac ) في مجلة القانون الدولي  
العام سنة ١٩١٤ ص ٢٠٥ - Fricotelle رسالة من باريس - عكس ذلك Hamel  
في حوليات القانون التجاري سنة ١٩٢٥ ص ٨ ) . ويصعب التسام بهذا التقسيم ، إذ أن حدود كل  
قسم وأين تنتهي في الجو لا يمكن تبيينها بالوضوح الذي نتيبته في التقسيم المائل بالنسبة إلى البحر .  
وقد صدر في فرنسا قانون ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ ينظم الملاحة الجوية ، وقد أصبح هذا القانون بعد  
ذلك في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ تقنيننا للملاحة الجوية المدنية والتجارية . ويطلق القانون حرية  
الملاحة في الجو وتخليق الطائرات فوق أراضي الأفراد ، بشرط ألا يكون ذلك من شأنه تعطيل  
استعمال حق الملكية . ويمكن القول بأن هناك حق ارتفاق على أراضي الأفراد بموجبه يكون  
للطائرات حق التحليق فوق هذه الأراضي Juglart في القانون الجوي فقرة ١٥٣ وما بعدها -  
بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٢ ) ، وإن كان حق الارتفاق يكون على عقار لمصلحة -

ولا يجوز للمالك أن يقيم في أرضه أسلاكاً أو منشآت أخرى منعدماً بذلك الإضرار بالملاحة الجوية ، وإلا كان هذا تعسفاً في استعمال حق الملكية (١) .

**٣٥٤ - العمق :** وملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيم فوق الأرض ، وأن تمتد جنود أشجاره ، ومغروساته وزراعته إلى الأعماق التي تتطلبها . وله أن يقوم بحفريات في أرضه (٢) ، وأن يحفر مراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه ، فإذا وجد غرس الجار قد امتد إلى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجنود الممتدة (٣) .

وهناك رأى يذهب إلى أنه يترتب على أن العمق مملوك لصاحب الأرض أن الكنز المدفون أو الخبوء تحت الأرض يكون ملكاً له ، وقد نصت المادة ٨٧٢ مدني في هذا الصدد على أن ١ - الكنز المدفون أو الخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له ، يكون للمالك العقار الذي وجد فيه الكنز

- مفار آخر . ويجب أن يكون التحليق فوق أراضي الأفراد بطريقة لا ينجم عنها خطر . وفي مرسوم المادة ٢٤ من القرار الوزاري رقم ١٥ لسنة ١٩٤٢ الصادر من وزير الحربية على أنه « لا يجوز لآلية طائرة أن تطير طيراناً منخفضاً أو بطريقة ينجم عنها خطر للأشخاص أو للحيوان أو للممتلكات ، أو ينجم عنها دُعر للإنسان أو دُعر أو نفور للحيوان أو الطيور في المناطق المقررة للصيد » .

(١) انظر مازو فقرة ١٣٦٠ - وانظر في التشريعات الفرنسية المختلفة التي تفرض قيوداً هل ملك الأراضي من نواح متعددة مارتى ورينو فقرة ١٠١ ص ١٢٧ .

(٢) الحفريات الأثرية نظماً للتعاون كما سنرى .

(٣) وفي فرنسا تقضى المادة ٦٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي بأن يكون للجار أن يقطع بنفسه الجنود الممتدة إلى باطن أرضه ، وهذا بخلاف ما إذا كانت أغصان الأشجار قد امتدت إلى علو الجار فلا يكون للجار في هذه الحالة قطع هذه الأغصان بنفسه بل يجب عليه أن يلجأ إلى القضاء في ذلك . والسبب في هذا التمييز ، على ما يظهر ، أن الجار يكون عرضة ، في حالة امتداد الجنود إلى باطن أرضه ، لأن يقطعها وهو يحفر في أرضه دون أن يدري ، فأراد المشرع الفرنسي أن يجنب الجار المسؤولية دون أن يكلفه بإثبات عدم علمه ( كولان وكابيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٦٦ ص ٧٧٦ ) . ولا محل لهذا التمييز في مصر إذ لا يوجد نص يقابل المادة ٦٧٣ / ١ و ٢ مدني فرنسي ، فالحالتين للجار أن يطالب بقطع الشجر ولا يقوم بقطعه بنفسه حتى له امتداد الجنود إلى باطن الأرض ، إلا إذا كان ذلك دون قصد ( شفيق شحاتة فقرة ٧٤ ص ٩٩ - حسن كبيرة ص ١٨٧ هامش ١ - ومع ذلك انظر طنطا الكلية ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٦ رقم ٣٠٤ ص ٤٣٥ ، أنفا ص ٥٧٢ هامش ٢ ) .

أو لملك رقبته . ٢ - والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتكون الكنوز .. وهى تحت السطح مملوكة كذلك لصاحب الأرض . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين يقرر فى أولهما .. أن للكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لملك العقار أو لملك رقبته ، (١) .

ولا يفهم هنا أيضاً أنه لا يوجد حد لملكية العمق ، فالملك له هذه الملكية إلى الحد المفيد فى التمتع بها . وليس له أن يعارض فيما يقام من عمل على مسافة من العمق بحيث لا تكون له أية مصلحة فى منعه ، فإذا اضطرت مصلحة المياه إلى إيصال أنابيبها تحت السطح على مسافة من العمق لا تضر بصاحب الأرض ، فليس للمالك أن يمنع هذه الأعمال ، وإلا كان المنع تعسفاً فى استعمال حق الملكية (٢) .

وأهم قيد يرد على ملكية العمق هو القيد المستخلص من قانون المناجم والمحاجر ، وهو قانون يجعل المواد المعدنية بالمناجم وخامات المحاجر فى باطن الأرض ملكا للدولة ، لا لصاحب الأرض .

## § ٢ - المواد المعدنية والخامات فى المناجم والمحاجر

٣٥٥ - قانون المناجم والمحاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ : أول قانون صدر فى مصر فى شأن المناجم والمحاجر كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ . ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ يلغى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ ويحل محله . وأدخل بعد ذلك تعديل شامل على أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، فصدر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يلغيه ويحل محله ، فيما عدا مواد الوقود فقد فصلت عن المواد الخاصة بالمناجم ، والمحاجر وبقيت أحكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ سارية بالنسبة إلى مواد الوقود وحدها . واستثنيت الأملاح التبخرية من تطبيق أحكام القانون رقم ٨٦

( ١ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ - والصحيح أن ملكية الكنز تكون لصاحب الأرض بحكم القانون وحده ، كما سيبنى . عند الكلام فى الاستيلاء فى الجزء التاسع من الوسيط .  
( ٢ ) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

لسنة ١٩٥٦ ، إذ أن هذه الأملاح لا تعتبر من مواد الثروة المعدنية لدخول حصر الصناعة فيها ، وهذا ما نصمته فعلا القانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ .  
فالقانون المعمول به الآن في شأن المناجم والمهاجر هو القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ . وقد نشر في الوقائع المصرية في ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ وعمل به من هذا التاريخ . وسنبين في إيجاز أحكام هذا القانون فيما يتعلق بحقوق الدولة وحقوق مالك الأرض في المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر .

### ٣٥٦ - المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر تعتبر من أموال

الدولة : لما كانت المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر توجد في باطن الأرض ، فقد كانت قبل صدور التشريعات المشار إليها ملكا لصاحب الأرض . ولكن لما كانت هذه المواد تعتبر من دعائم الثروة التي يقوم عليها الاقتصاد القومي في البلاد ، فقد وجب تنظيمها بتشريعات خاصة توفق بقدر الإمكان ما بين حقوق مالك الأرض ومراعاة جانب الاقتصاد القومي . واستغلال المناجم والمهاجر ليس من الأمور الهينة ، ولا يستطيعه مالك الأرض منفردا ، بل لا يستطيعه ملاك الأراضي المتلاصقة إذا نقصتهم رؤوس الأموال الضخمة التي يقتضيها هذا الاستغلال والخبرة الفنية العالية التي لا تتوافر عادة إلا لدى الشركات القوية المتخصصة .

لذلك كان من أهم نصوص قانون المناجم والمهاجر رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ للنص الذي يتضى باعتبار المواد المعدنية بالمناجم وخامات المهاجر ملكا للدولة ، فنزع بذلك عن أصحاب الأراضي التي يوجد في باطنها هذه المواد ملكيتهم إياها . إذ نصت المادة ٣ من قانون المناجم والمهاجر على أن « يعتبر من أموال للدولة ما يوجد من مواد معدنية بالمناجم في الأراضي المصرية والمياه الإقليمية ، وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المهاجر هذا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التي توجد في المهاجر التي تثبت ملكيتها للغير» (١) .

(١) انظر في فرنسا أن الدولة لا تمك المناجم إلا من وقت إعطاء التزام بها ، وأن المناجم إل ذلك الوقت تبقى ملكا لصاحب الأرض : پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣١ - أما في مصر فنظام أن الدولة تمك المواد المعدنية وخامات المهاجر ، فهذه المواد والخامات تعتبر من أموال الدولة بصريح النص . ولذلك تكون عقود استغلالها هي عقود التزام ، (concession) كما هو -

والمواد المعدنية هي « المعادن وخاماتها ، والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما في حكمها ، والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في باطنها ، وكذلك المياه المعدنية الخارجية من باطن الأرض إذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها . ولا تدخل في ذلك الأملاح التبخرية التي تستخرج بطريق التبخير ، ويكون الترخيص باستغلالها بقرار من وزير التجارة والصناعة » ( م ١ / ١ قانون المناجم والمحاجر) .

ويجب التمييز بين المواد المعدنية الموجودة بالمناجم ، والمناجم ذاتها وهي باطن الأرض الذي توجد فيه هذه المواد . فالذي أصبح ملكا للدولة هي المواد المعدنية ، أما المناجم أى باطن الأرض فتظل مملوكة لصاحب الأرض على حكم الأصل إن كان للأرض صاحب ، فله أن يستعملها ويستغلها في أغراض أخرى غير استخراج المعادن

وخامات المحاجر هي « مواد البناء والرصف ، والأحجار الزخرفية ، وخامات المون ، والملاط ، والأحجار الصناعية ، والدولوميت ، ورمال الزجاج ، وما عائلها » ( م ٣ / ١ قانون المناجم والمحاجر ) . ويجب التمييز هنا أيضاً بين هذه الخامات وهي وحدها التي أصبحت ملكا للدولة ، وبين المحاجر أى باطن الأرض الذي يحتوى على هذه الخامات وهذا بقى على حاله مما وكلا لصاحب الأرض إن كان لها صاحب . على أن من خامات المحاجر ما بقى هو أيضاً على حاله مملوكا لصاحب الأرض ، وهذه هي مواد البناء من الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، كما هو صريح نص المادة الثالثة من قانون المناجم والمحاجر فيما رأيناه .

### ٣٥٧ - الكسف والبحث والاستغلال فيما يتعلق بالمواد المعدنية

بالتامم - مفقود مالك الأرض : ولما كانت المواد المعدنية بالمناجم هي ملك الدولة كما قدمنا ، فقد أبيع - حتى سنة ١٩٦٣ - لمن يملك الومائل اللازمة من شركات وجمعيات ومؤسسات وديانات وأفراد أن يكشفوا عن هذه

= الأثرى سائر الأموال العامة . وتكون علاقة الدولة بالمستغل هي علاقتها بالملتزم . أما علاقة مالك الأرض بكل من الدولة والملتزم وطبيعة حقوقه وهل هي حقوق شخصية أو عينية ، وإذا كانت هينة فن أى نوع هي ، فهذا هو محل البحث فيما يلي .

المعادن . طبقا لإجراءات ووفقا لنظام رسمه قانون المناجم والمحاجر . فقد جعل هذا القانون لهذه العملية مراحل ثلاثا : الكشف والبحث والاستغلال .

( فالمرحلة الأولى ) هي مرحلة الكشف : « ويراد بالكشف عن المواد المعدنية اختبار سطح الأرض أو باطنها بجميع الوسائل ، وعلى الأخص الوسائل الجيولوجية والحيوفيزيكية التي تؤدي إلى التعرف على المعادن من خواصها الطبيعية والمغناطيسية أو الكهربائية أو غيرها . أو عمل حفر اختبار أو ثقب للتحقق من وجود أو احتمال وجود مواد معدنية » ( م ١/٢ قانون المناجم والمحاجر ) . ولكل شركة أو هيئة أو فرد حرية الكشف عن المواد المعدنية . وتعد مصلحة المناجم والمحاجر سجلات لتبديد أسماء الكاشفين .

( والمرحلة الثانية ) هي مرحلة البحث : فن كشف عن خام من خامات المواد المعدنية عليه أن يبلغ عنه مصلحة المناجم والمحاجر ، وعلى هذه المصاحبة أن تسجل له حق الكشف . ويكون للكاشف حق الأولوية في الحصول على ترخيص في البحث عن هذا المعدن . بشرط أن يتقدم بطاب الترخيص خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إعلانه المصاحبة عن الكشف . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتقدم الكاشف بطلب الحصول على ترخيص في البحث : كانت الأولوية وفقا لأسبقية القيد في سجل أعد للطلبات التي ترد على مصاحبة المناجم والمحاجر للترخيص في البحث عن المواد المعدنية<sup>(١)</sup> . ويشترط لمنح ترخيص في البحث أن تتوافر لدى الطالب الكفاية الفنية اللازمة لهذا الغرض . وأن يلتزم بإنفاق ما تستلزمه أعمال البحث على الوجه الذي توافق عليه مصلحة المناجم والمحاجر . ويصدر الترخيص من وزير الصناعة ، طبقا لأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب . ويجوز تجديدها بشرط ألا تزيد المدة أصلا وتجديداً على أربع سنوات . ويحصل من كل ترخيص في البحث إيجار سنوي بواقع خمسة وعشرين جنبا عن كل كيلو مترين مربعين من مساحة البحث . ويعتبر كل جزء من هذه الوحدات وحدة كاهلة .

( ١ ) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي في الحصول على تراخيص البحث ، إذا لم ينسحب تجديده الأولوية على هذا الوجه . كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على عقود الاستغلال عن طريق المزايدة ، إذا تساوت العروض . وعلى الأجنبي الذي منح ترخيصا في البحث ، أو أبرم معه عقد استغلال ، أن يتخذ له في جمهورية مصر مرطبا ، وأن يحتفظ في هذا الوطن بالدفاتر والمستندات الخاصة بأعمال البحث والاستغلال .

( والمرحلة الثالثة ) هي مرحلة الاستغلال : ويكون للمرخص له في البحث في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال عن كل المساحة المرخص له في البحث فيها أو في بعضها ، ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة . ويشترط لإصدار عقد استغلال معدن ما في مساحة معينة أن يسبقه ترخيص في البحث عن ذلك المعدن في تلك المساحة وأن يثبت المرخص له في البحث وجود الخام الممكن تشغيله<sup>(١)</sup> . ويصدر عقد الاستغلال مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار من مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بحيث لا تتجاوز ثلاثين عاماً ، ويجدد العقد للمدة التي يحددها المستغل بشرط ألا تتجاوز مدة ثلاثين عاماً أخرى . ويجوز بالاتفاق بين الوزارة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك بالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد إذا أوقف الاستغلال لمدة ثلاث سنوات متتالية على الأقل ولم يقم المستغل من جانبه بالتغلب على الأسباب التي يحصل بمقتضاها على إعفائه من التزامات التشغيل ، أو إذا أوقف الاستغلال دون الحصول على هذا الإعفاء كتابة ، وذلك بناء على اقتراح مصلحة المناجم والمهاجر وموافقة وزير الصناعة<sup>(٢)</sup> . ويؤدى المستغل ، علاوة على حصة الحكومة في الاستغلال ، إلى مصلحة المناجم والمهاجر مقدماً كل سنة

( ١ ) واستثناء من هذه الأحكام يجوز إصدار عقد الاستغلال ، دون ترخيص سابق في البحث ، في المساحات التي يتبين لمصلحة المناجم والمهاجر وجود المعدن فيها بكيات تسمح باستغلاله . وتدرج مصلحة المناجم والمهاجر في سجل خاص كل ما هو معروف لها من هذه المساحات ، ويباح الاطلاع على هذا السجل في كل وقت . وي طرح في مزايده عامة ما ترى المصلحة طرحه منها وما يقدم عنه طلبات للاستغلال ، وفي هذه الحالة تحصل المزايدة خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب ، فإذا لم يتقدم أحد للمزايدة منح عقد الاستغلال للأسبق من مقدمى الطلبات .

( ٢ ) والمستغل أو لصاحب حق الاستغلال أن يطلب من وزير الصناعة ترخيصاً أو أكثر ، على سبيل الحماية ، طبقاً للأنموذج يصدر به قرار من مجلس الوزراء ، عن مساحة ملائمة للمساحة التي يستغلها أو يطلب استغلالها ، بشرط ألا يزيد مجموع مساحة الحماية على مساحة الاستغلال وأن تكون مساحة الحماية المطلوبة خالية من أى حق للغير عليها . وتكون تراخيص الحماية للمدة التي يحددها الطالب ، بحيث لا تتجاوز مدة الاستغلال ، ويؤدى المرخص له إيجاراً سنوياً عن مساحة الحماية بواقع عشرة في المائة الإيجار المقرر لمساحة الاستغلال . ويجوز ترخيص الحماية المرخص له حق للقيام بأعمال البحث ، وله في أثناء سريان مدة الترخيص حق الحصول على عقد استغلال في مساحة الحماية كلها أو بعضها .

بصفة إيجار من كل هكتار أو جزء من الهكتار من مساحة الاستغلال مبلغ خمسة جنيهات على ألا يقل الإيجار عن أربعين جنيهاً في السنة (١) .

وقد احتفظ قانون المناجم والمهاجر بحقوق المالك الأرض التي توجد المناجم في باطنها . إن وجد . فنصت المادة ١٥ من هذا القانون على أن « يعني مالك السطح الذي يبلغ عن وجود خامات معدنية في أرضه من قيد اسمه في سجل الكاشفين المشار إليه في المادة ٧ . ويكون له حق الأولوية على الغير في البحث والاستغلال متى طلب ذلك . ويتمتع ترخيص البحث أو عقد الاستغلال بغير مزايدة . ويعنى في حالة البحث أو الاستغلال من الإيجار المنصوص عليه في المادتين ١١ و ٢١ إذا قام بالبحث أو الاستغلال بنفسه . ويسقط حق مالك السطح في البحث أو الاستغلال . إذا أخطرت مصلحة المناجم والمهاجر بكتاب موصى عليه مع علم الوصول بوجوب طلب الترخيص في البحث أو عقد الاستغلال خلال ثلاثة أشهر وانقضى هذا الميعاد دون أن يتقدم بالطلب . وفي حالة الترخيص في الاستغلال للغير . يكون لمالك السطح الحق في نصف الإيجار من مصلحة المناجم والمهاجر . ويتبين من ذلك أن مالك الأرض له الأولوية في البحث عن المواد المعدنية في أرضه وفي استغلالها . ولا يؤدي إيجارها إلا عن البحث ولا عن الاستغلال . وله أن يستعمل حق الأولوية هذا في خلال ثلاثة أشهر من وقت إخطاره باستعماله . وإذا منح الترخيص في الاستغلال للغير . كان لمالك الأرض الحصول على نصف الإيجار الذي يدفعه المستغل (٢) . وقضت كذلك المادة ٢٣ من قانون المناجم والمهاجر بأن على من يقوم بأعمال الكشف . وعلى المرخص له في البحث في أرض الغير . أن تمتنع عن أي عمل من شأنه الإضرار بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه . فإذا ترتب على عمله أي ضرر بسطح الأرض أو حرمان المالك من الانتفاع بملكه التزم بالتعويض . وتتولى تقدير التعويض . بناء على طلب صاحب الشأن . لجنة تشكل بقرار من وزير الصناعة . وتمثل فيها مصلحة

(١) انظر في حق المستغل في فرنسا هو حق عيني قائم بذاته . وليس حقاً شخصياً أو حق

مكتسب . بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٥٣٤ ص ٥٣٨ .

(٢) وفي فرنسا هناك الأرض الحق في جمع (redevance trefoncière) يحدده مرسوم

الائتراء (decret de concession) . انظر صيغته وأنه إيراد دائم : بلانيول وريبير وبيكار

فقرة ٥٤٤ - و نظراً لثقل ص ٥٧٧ هامش ١ .

المناجم والمحاجر وغرفة المناجم والمحاجر والبترول الصناعية والجهات الحكومية المختصة . وتجوز المعارضة في قرار اللجنة ، طبقاً للأوضاع المقررة في القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بنزع ملكية العقارات للمنفعة العامة أو التحسين .

### ٣٥٨ - تراخيص استغلال المحاجر - مفروض مالك الأرضه : تكون

الأولوية في الحصول على تراخيص استغلال المحاجر لمن سبق إلى تقديم طلب بذلك<sup>(١)</sup> . ويصدر عقد الاستغلال بقرار من وزير الصناعة ، مطابقاً للأنموذج الموضوع له والصادر به قرار مجلس الوزراء ، وللمدة التي يحددها الطالب بشرط ألا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاثين . ويجوز تجديد العقد مرتين ، بحيث لا يتجاوز المدة في كل مرة خمس عشرة سنة . ويجوز بالاتفاق بين وزارة الصناعة والمستغل تجديد العقد بعد ذلك لمدة أخرى وبالشروط التي يتفق عليها ، وفي هذه الحالة يكون التجديد بقانون . ويجوز إلغاء العقد ، إذا أوقف العمل في المحجر مدة تزيد على تسعين يوماً دون إذن كتابي من مصلحة المناجم والمحاجر . وتؤدي إتاوة ، أداها عشرون ملياً وأقصاها ستمائة مليم عن كل متر مكعب من الأحجار ، في نهاية كل ستة أشهر مباشرة ( انظر م ٢٧ من قانون المناجم والمحاجر )<sup>(٢)</sup> . ويؤدي المرخص له مقدماً لإيجاراً سنوياً تحدده لجنة يصدر بتشكيلها قرار من وزير الصناعة . وفي حالة عدم قبول المرخص له الإيجار المحدد بطرح استغلال المحجر في مزايده عامة على أساس الإيجار الذي حددته اللجنة . وللجنة أن تقرر الاكتفاء بالإيجار دون الإتاوة عن كل محجر ترى أن حالته تستوجب ذلك ، كما لها أن تخفض الإيجار إذا رأت ما يسوغ ذلك . أما المحاجر التي تقرر عليها إتاوة وإيجار ، فيحصل عنها أكبر القيمتين . ويجوز للجنة أن تعيد النظر تقدير الإيجار في أثناء سريان مدة العقد بالنسبة إلى

(١) وتكون الأولوية للمصري على الأجنبي إذا لم يتيسر تحديد الأولوية على هذا النحو ، كما تكون للمصري الأولوية في الحصول على هذه التراخيص عن طريق المزايدة إذا تساوت العروض .  
(٢) وقد كانت هناك إتاوة مفروضة على استغلال المواد المستخرجة من المناجم ، ولكنها ألغيت بالقانون الأخير للمناجم والمحاجر ( رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ) ، إلا فيما يتعلق بخامات الوقود التي بقيت محكومة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، « وذلك اكتفاء بالضرية المقررة بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٣٩ والقوانين المعدلة له ، وقد تقرر هذا الإلغاء جرياً على سياسة تشجيع صناعة التعدين في مصر » ( المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ ) .

تعود التي مدتها عشر سنوات على الأقل . إذا رأت المصلحة ذلك أو بناء على طلب المرخص له ، وبشرط إبداء أسباب جدية . وبعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على تقدير اللجنة السابق<sup>(١)</sup> . وإذا لم يتم المرخص له بنقل الكميات التي استخرجها من الحجر حتى نهاية مدة العقد ، آلت ملكية المواد الباقية إلى الحكومة ، ما لم يقدم المرخص له خلال الخمسة عشر يوما السابقة على تاريخ انتهاء العقد طلبا لحفظ حقه في نقل هذه المواد في المدة التي تحددها له المصلحة . وبشرط أداء مبلغ يوازي مثل الإتاوة المقررة عن تلك المواد .

أما الحقوق التي احتفظ بها القانون (م ٣٢ قانون المناجم والمحاجر) للمالك الأرض التي يوجد بها الحجر إن وجد . فهي الترخيص لهذا المالك في أن يستخرج من الحجر ما يحتاج إليه من مواد البناء بقصد استعماله الخاص دون استغلالها . مع إعفائه من الإيجار والإتاوة<sup>(٢)</sup> . ويكون للمالك الأولوية على الغير في الحصول على الترخيص في الاستغلال من الأرض المملوكة له . وفي هذه الحالة يعني من الإيجار دون الإتاوة . ويسقط حقه إذا بلغ بوجوب أن يطلب الترخيص خلال شهرين وانقضى الميعاد دون طلب . وفي هذه الحالة يجوز

(١) انظر م ٢٨ من قانون المناجم والمحاجر . وتضمن المادة ٣٠ من هذا القانون على أنه « في عقود استغلال الحجر التي تبرم مدة ستة يجوز للمستغل . قبل انتهاء هذه المدة وبعد انقضاء مدة لا تقل عن ستة شهور من تاريخ ابتداء العقد أو تجديده . أن يستبدل بالحجر حجرا آخر من نوعه في المنطقة ذاتها ، بالشروط المنصوص عليها في العقد ولمدة الباقية منه ، إذا ثبت للمصلحة ما يبرر هذا الاستبدال . وبشرط أن يقوم طالب الاستبدال بأداء كل ما هو مستحق عليه من إتاوات عن المواد التي استخرجها من الحجر المراد استبداله قبل استلام الحجر الجديد . ويكون الاستبدال مرة واحدة فقط . ويجوز إيجار الحجر الجديد على الوجه الذي في المادة ٢٨ . فإذا زاد هذا الإيجار على الإيجار القديم التزم المستغل بأداء الفرق بين القيمتين في الأجل الذي تحدده المصلحة ، وإلا سقط حقه في الاستبدال . وإذا قل الإيجار الجديد عن القديم ، فليس له المطالبة بالفرق » .

(٢) يبدو أن المقصود بمواد البناء هنا المواد غير التي استثنيت في المادة ٣ من قانون المناجم والمحاجر . أو غير الأحجار الجيرية والرملية والرمال ، إذ أن هذه المواد الأخيرة تعتبر ملكا لسحب الأرض كما سبق القول (انظر آنفا فقرة ٣٥٦) . فلا يسر لإعفائه من الإيجار والإتاوة على شيء هو مملوك له . وإنما يعني من الإيجار والإتاوة فيما هو غير مملوك له من مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات المون إلخ . ( انظر المادة ٣/١ من قانون المناجم والمحاجر ) -

قارن إسماعيل غانم فقرة ٣٣ ص ٦٧ هامش ١ .

للترخيص لتغير في استغلال المحجر . ويكون لصاحب الأرض الحق في الحصول على نصف الإيجار .

**٣٥٩ - أحكام مشتركة للمناجم والمهاجر :** تنص المادة ٥٠ من قانون المناجم على أنه « يجوز أن يرخص بقانون لوزير التجارة والصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمهاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة بشروط خاصة استثناء من أحكام هذا القانون ، وتحدد هذه الشروط في القانون الصادر بالترخيص » .

وتنص المادة ٣٦ على أن « ترخص مصلحة المناجم والمهاجر ، لأغراض تشغيل المناجم والمهاجر . بإنشاء الطرق العامة ، أو مد خطوط السكك الحديدية أو خطوط الأسلاك الهوائية والكهربائية والتلفونات ، أو بإنشاء المطارات أو خطوط الأنابيب أو المراسي وما يتبعها كأحواض التسيب وغيرها ، وذلك بالاتفاق مع المصالح المختلفة . وما يلزم من الأراضي غير المملوكة للحكومة لهذه الأعمال تنزع ملكيته ، طبقاً لأحكام القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه ( قانون نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة وللتحسين ) . وتعتبر الأراضي اللازمة لهذه الأغراض من الأموال العامة » .

وتنص المادة ٥ على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادة ١١٤٥ من القانون المدني ( امتياز بائع المنقول ) لا يجوز الحجز على الآلات ووسائل النقل والجر وغيرها المحصنة لاستغلال المناجم والمهاجر ، مادام هذا التخصيص قائماً » .

**٣٦٠ - القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ :** وقد صدر أخيراً القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ ، ونشر في الجريدة الرسمية في العدد الصادر في ١٨ أغسطس سنة ١٩٦٣ . ويقضى في أهم أحكامه بما يأتي :

- م ١ - تنهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم ، وكذلك عقود استغلال الحبس والرمال البيضاء ، الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص
- م ٢ - تؤمم الأصول المستخدمة في الاستغلال ، وتؤول ملكيتها إلى الدولة
- م ٢ - يرخص لوزير الصناعة في إسناد استغلال المناجم والمهاجر المشار لها إلى شركات القطاع العام .

ويتبين من هذه الأحكام أنه فيما يتعلق بالمناجم لم يعد لشركات القطاع الخاص ، مصرية كانت أو أجنبية ، ولا للأفراد المصريين أو الأجانب ، الحق في الحصول على ترخيص في البحث أو في عقد للاستغلال . ولا يجوز لغير شركات القطاع العام الحصول على شيء من ذلك . وهذا هو الحكم أيضا فيما يتعلق بالمحاجر في شأن استغلال الجبس والرمال البيضاء . أما في شأن الحامات الأخرى للمحاجر غير الجبس الرمال البيضاء فلا يزال جائزاً منح عقود استغلال للأفراد ولشركات القطاع الخاص . ولكن يبدو أن المادة ٥٠ من قانون المناجم والمحاجر ، وهي التي تقضي بجواز الترخيص بقانون لوزير الصناعة في أن يعهد بالبحث عن المواد المعدنية واستغلال المناجم والمحاجر إلى شركة أو جمعية أو مؤسسة ، ولو كانت تابعة للقطاع الخاص أو كانت أجنبية : بشروط خاصة ، لا يزال معمولاً بها<sup>(١)</sup> .

## المبحث الثاني

### امتداد الملكية إلى الملحقات والثمار والمنتجات

٣٦١ - نص قانوني : تنص المادة ٨٠٤ مدني على ما يأتي :

« للمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته . ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك<sup>(٢)</sup> . »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨/١١<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٥٩ - ويلاحظ أن الواجب صدور قانون في الأحوال المذكورة في المادة ٥٠ المشار إليها ، فيعتبر هذا القانون استثناء من أحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١١٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٨٧٢ في المشروع النهائي ، ثم مجلس النواب تحت رقم ٨٧١ ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٨٠٤ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٠ - ص ٢١ ) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٢٨/١١ : الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه ، والتصرف فيه بطريقة مطلقة ، ويكون بها للمالك الحق في جميع ثمرات ما يملكه سواء كانت طبيعية أو عارضية ، وفي كافة ما دونها له : ( ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٧٧٠ - وفي التقنين المدني الليبي م ٨١٣ - وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢ (١) .

ويتبين من النص سالف الذكر أن الملكية لا تقتصر فحسب على الشيء ذاته . بل هي تمتد أيضاً إلى ما يلحق بالشيء وما يتفرع عنه . فتمتد إلى الملحقات (accessoires) والثمار (fruits) والمنتجات (produits) .

**٣٦٢ - الملحقات :** جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

« تشمل الملكية ، عدا الشيء المملوك نفسه بكامل أجزائه ، ما يتفرع عن الشيء وهو أنواع ثلاثة : ( أ ) الملحقات (accessoires) ، وهي كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء ، طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين ، كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص . ( ب ) ... ( ج ) ... وهذا كله ما لم يوجد اتفاق مخالف . فقد يتفق المتعاقدان على أن ملكية الشيء تنفصل عن ملكية ملحقاته أو منتجاته . أو يوجد نص في القانون يقضى بغير ما تقدم كالنص الذي يجعل الثمار للحائز حسن النية دون المالك ، (٢) .

وتوجد نصوص متناثرة في التقنين المدني تبين في أماكن مختلفة ما هو المقصود بالملحقات . نذكر منها النصين الآتيين :

( أولاً ) نص المادة ١٠٣٦ مدني المتعلق بالرهن الرسمي ، ويقضى بأن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً . وتشمل بوجه

( ١ ) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٧٧٠ ( مطابق ) .

التقنين المدني الليبي م ٨١٣ ( مطابق ) .

التقنين المدني العراقي م ١٠٤٨ : الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً

فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً ، فينتفع بالعين المملوكة وبفاتها وثمارها ونتائجها ، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة . ( وأحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١٢ : إن ملكية عقاراً ما تخول صاحبها الحق في جميع ما ينتج

العقار . وفيما يتحد به عرضاً : سواء أكان ذلك الاتحاد أو الإنتاج طبيعياً أو اصطناعياً . ( وأحكام القانون اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ) .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التفسيرية ٦ ص ٢٠ - ص ٢١ .

خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالنخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ...» .

(ثانياً) نص المادة ٤٣٢ مدني التعلق بالبيع ، ويقضى بأن « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

وقد سبق أن بينا ، عند الكلام في البيع (١) . الفرق بين أصل الشيء وملحقاته . فالشيء يشتمل على أجزائه . وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . وأجزاء الدار - التي هي الأصل - تشتمل على الأرض والبناء القائم والسلم والردهات والخديقة إن وجدت . ونماء الشيء يدخل في أصله لا في ملحقاته . فنماء الحيوان أي كبره ما بين البيع والتسليم داخل في أصله . أما ملحقات الشيء فهي شيء غير الأصل والنماء . لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته . وهي ليست متولدة من الأصل كما تتولد الثمار والمنتجات ، بل هي شيء مستقل عن الأصل غير متولد عنه . ولكنه أعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل وملحقاً به . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشى وآلات لزراعة أرضه ، فلها لا تعتبر من الملحقات . وكون الشيء يعتبر من ملحقات شيء آخر أو لا يعتبر يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاغل والنشاط من الملحقات . وقد يوجد اتفاق - أو تصرف قانوني كوصية - باعتبار شيء من الملحقات ، فعندئذ يجب اعتباره كذلك .

وكذلك سبق أن أوردنا . عند الكلام في البيع (٢) ، تطبيقات مختلفة لما يعتبر من الملحقات . فإذا كان الشيء أرضاً زراعية . دخل في الملحقات حقوق الارتفاق . والمواشى والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالنخصيص ، وكذلك المخازن وزرابي المواشى وبيوت الفلاحين . وإذا كان الشيء داراً ، ألحقت بها الأفران المثبتة في المطابخ والبنواريات المثبتة في الحمامات

(١) الوسيط ٤ ، فقرة ٣٠٢ .

(٢) الوسيط ٤ ، فقرة ٣٠٣ .

وأجهزة الإضاءة والتسخين وتكييف الهواء وما إلى ذلك . أما الأبواب والشبابيك والشرفات والمصاعد ، فهذه تعتبر أجزاء من الدار لا ملحقات لها (١) . وإذا كان الشيء مصنعا ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات ، والمنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان الشيء حيوانا ، دخل في ملحقاته الصوف الشعر ولو كان هيباً للجزر ، أما نتاج الحيوان فيعد من المنتجات لا من الملحقات . وإذا كان الشيء سيارة ، فإن عجلاتها وأجهزة الإدارة فيها تعتبر من أجزائها فهي أصل ، أما العدد والآلات المعدة لإصلاح السيارة ولتسييرها ، وكذلك الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها . وإذا كان الشيء أسهما ومستندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) تعتبر من الثمرات لا من الملحقات ، وإذا ربح السند جائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته . وإذا كان الشيء منقولاً آخر ، دخل في ملحقاته الصندوق الذي يحتويه إن وجد ومستند ملكيته .

٣٦٣ — الثمار : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : (ج) الثمرات (fruits) وهي كل ما ينتجه الشيء من غلة متجددة . وقد تكون الغلة طبيعية (naturel) كالزروع الذي يخرج في الأرض من تلقاء نفسه ، أو صناعية (industriel) كالمحصول الذي يكون من عمل الطبيعة والإنسان ، أو مدنية (civil) كأجرة الأراضي والمساكن (٢) .

والذي يميز الثمار أمران : (١) أنها غلة دورية متجددة ، أي أنها تتجدد عادة في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع . (٢) أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله ولا تنقص منه ، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان .

وهي ، كما تقول المذكرة الإيضاحية ، أنواع ثلاثة : (١) ثمار طبيعية وهي من عمل الطبيعة لا دخل للإنسان فيها ، كالكلأ والأعشاب التي تنبت في الأرض دون عمل الإنسان . ومن الفقهاء من يعتبر نتاج الحيوان . لا مر

(١) انظر في أجزاء البناء المكلمة له آنفاً فقرة ١١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١

المنتجات . بل من الثمار الطبيعية<sup>(١)</sup> . (٢) ثمار صناعية ، وهي التي ينتجها عمل الإنسان . كالمزروعات وفواكه البساتين وخشب الأشجار إذا كانت معدة لقطع على وجه دورى منتظم وعسل النحل وحرير دودة القز . (٣) ثمار مدنية . وهي الربيع الدورى المتجدد الذي يقبضه المالك من استثماره للشيء ، أى يقبضه من الغير لقاء نقل منفعة الشيء إلى هذا الغير ، وذلك كأجر المساكن والأراضي الزراعية<sup>(٢)</sup> . وفوائد الأسهم والسندات وروؤوس الأموال بوجه عام . وما تدفعه مصلحة المناجم والمهاجر لصاحب الأرض من الإيجار لقاء استغلال المنجم أو المحجر .

والأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء . إلا إذا نص القانون على غير ذلك . كما نص على جعل الثمار للحائز حسن النية .

### ٣٦٤ - المنتجات : جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

(ب) المنتجات (produits) . وهي كل ما يخرج الشيء من ثمرات غير متجددة ، كما هو الأمر في المناجم والمهاجر<sup>(٣)</sup> .

وتتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار : ( ١ ) فهي غير دورية ولا متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة غير منتظمة . ( ٢ ) وهي تمس أصل الشيء وتنتقص منه ، فالمعادن التي تخرج من المناجم ، والأحجار التي تخرج من المهاجر ، تنتهى بعد وقت طويل أو قصير إلى أن تنفذ . ومن ثم كانت هذه المعادن والأحجار منتجات لا ثمارا<sup>(٤)</sup> . وتعتبر أقساط الإيراد

( ١ ) أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٥ - كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ - إسماعيل غانم فقرة ٣٥ ص ٦٩ - شفيق شحاتة فقرة ٧٨ ص ١٠١ - محمد كامل مرسى ١ فقرة ٢١٥ ص ٢٨٤ - وانظر م ٥٨٣ مدنى فرنسى .

( ٢ ) أما نصيب صاحب الأرض في المزارعة فيعتبر من الثمار الصناعية (ديرانتون ٤ فقرة ٥٣٢ - توليه ٣ فقرة ٤٠٠ - ديمو لومب ١٠ فقرة ٣٨٦ - أوبرى ورو ٢ فقرة ١٩٢ هامش ٢٤) .

( ٣ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١ .

( ٤ ) عل أنه إذا أعد الشيء إعدادا خاصا من شأنه تمكين المالك من الحصول على إيراد دورى متجدد ، فإن ما ينتج من الشيء في هذه المواعيد الدورية يعتبر ثمارا ، ولو كان من شأنه المساس إلى حد ما بجوهر الشيء . ( أوبرى ورو ٢ فقرات ١٩٢ ص ٢٦٩ - پلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٧٧٦ - بيدان ٤ فقرة ٣٢٠ كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ٩٧٦ ص ٧٨٤ ) . من-

المرتب لدى الحياة من المنتجات لا من الثمار . لأنها تنتقص من الأصل إلى أن ينفذ بموت صاحب الإيراد . وذلك بالرغم من أن الأقساط دورية متجددة . أما أقساط الإيراد الدائم . فهذه ثمار لا منتجات . لأنها دورية متجددة ولا تنتقص من الأصل . شأنها في ذلك شأن فوائد رؤوس الأموال والأسهم والسندات . وفي رأينا أن إنتاج الحيوان من المنتجات لا من الثمار . لأنها إذا كانت لا تنتقص من الأصل إلا أنها غير دورية (١) .

والتمييز بين الثمار والمنتجات على النحو الذي بيناه ليست له أهمية عملية بالنسبة إلى مالك الشيء نفسه . فهذا يملك الثمار والمنتجات دون أى تمييز . وإنما تظهر الأهمية العملية للتمييز إذا انتقل الشيء إلى يد غير المالك . ويقع ذلك في فرضين : (أولاً) إذا انتقل الشيء إلى يد حائز . فإن الحائز إذا كان حسن النية يكسب الثمار دون المنتجات . وإذا كان سيئ النية لم يكسب هذه ولا تلك . وتنص المادة ٩٧٨ مدني في هذا المعنى على أن « ١ - يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها . أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً » . ثم تنص المادة ٩٧٩ مدني على أن « يكون الحائز سيئ النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيئ النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها . غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار » . (ثانياً) إذا انتقل الشيء إلى يد منتفع (usufruitier) ، فإن المنتفع يكون من حقه ثمار الشيء دون منتجاته . وقد نصت المادة ٩٨٧ مدني في هذا المعنى على أن « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه . مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدني على ما يأتي : « وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو هوت المنتفع

= ذلك إعداد الأرض لقطع ما في جوفها من أحجار ، أو إعداد الغابة لقطع ما بها من أشجار ، بصفة دورية . فإذا تقرر لشخص حق انتفاع على الأرض أو الغابة بعد أن أعدت ذلك الإعداد ، كان المنتفع أن يقطع الأشجار أو الأشجار بوصفها ثماراً بموجب حقه في الاستغلال . أما إذا لم تكن الأحجار أو الأشجار قد أعدت للقطع قبل نشوء حق الانتفاع ، فإنها تعتبر منتجات ، فيكون قطعها تصرفاً لا استغلالاً ، فلا يجوز لغير المالك القيام به (إسماعيل خانم فقرة ٣٥ ص ٧٠) (١) فإذن رأياً آخر في أنها من الثمار الطبيعية لا من المنتجات آنفاً فقرة ٣٦٣

بزرع قائم . تراكمت الأرض للمنضع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع ، على أن يدفعوا أجره الأرض عن هذه الفترة من الزرع (١) .

## الفرع الثاني

### وسائل حماية حق الملكية

٣٦٥ - دعوى الاستحقاق وعدم جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها

الإبسط : تتمثل وسائل حماية حق الملكية في أمرين : (١) تقرر بحق الملكية دعوى تحميها ، وهذه هي دعوى الاستحقاق . (٢) لا يجوز أن يحرم أحد ملكه ولا يجوز نزع ملكيته جبراً عنه إلا بشروط .

## المبحث الأول

### دعوى الاستحقاق

(L'action en revendication)

٣٦٦ - دعوى الاستحقاق بوجه عام وسائر الإثبات :- نلقي نظرة

عامة على دعوى الاستحقاق ، ولما كان أبرز مسألة في هذه الدعوى هي مسألة إثبات الملكية فنفرد هذه المسألة ببحث خاص .

### ١ § - دعوى الاستحقاق بوجه عام

٣٦٧ - محل دعوى الاستحقاق : دعوى الاستحقاق هي التي يكون

محلها المطالبة بملكية الشيء ، عقاراً كان أو منقولاً . فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية ، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رنح هذه الدعوى على الغير (٢) .

(١) انظر في ذلك بلانويول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٥ ص ٢٥٦

(٢) وقد يطالب الشخص بإثبات ملكيته لشيء ، لاني دعوى الاستحقاق فحسب ، بل في أحوال أخرى ، كما إذا أصاب الشيء تلف وعند ذلك يكلف من يطلب التعويض بإثبات ملكيته لهذا =

وهي لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك . فهي إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعى رد الشيء إليه . فالموَجَّر إذا رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة ، والمعبَّر إذا رفع دعوى على المستعير برد الشيء المعار ، والمودَع إذا رفع دعوى على المودَع عنده برد الشيء المودَع ، والمشتري إذا رفع دعوى على البائع بمسليم الشيء المبيع ، والراهن حيازة إذا رفع دعوى على الدائن المرتهن برد العين المرهونة ، كل هؤلاء لا يرفعون دعاوى استحقاق ، وإنما يرفعون دعاوى شخصية قائمة على التزامات نشأت من عقود الإيجار والعارية والوديعة والبيع ورهن الحيازة . فليسوا إذن في حاجة إلى إثبات الملكية ، بل كل ما يطلب منهم هو لإثبات العقد الذي أنشأ التزاما برد الشيء<sup>(١)</sup> . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى برد الحيازة لا الملك ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى حيازة لا دعوى استحقاق . ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعى بحق عيني آخر غير حق الملكية ، كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار ، بحق عيني (action confessoire) ، وإذا رفعها المالك على من يتمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الإنكار لحق عيني (action négatoire) وهي في

---

= الشيء ، وكما إذا نزع ملكية عقار للمنفعة العامة فيكلف من يدعى ملكية هذا العقار ليقاضي التعويض عنه بإثبات ملكيته له ( كولان وكاپيتان ودى لامورانديير ١ فقرة ١٣٠٧ ) .

( ١ ) كذلك دعوى فسخ البيع واسترداد المبيع ، أو دعوى الرجوع في الهبة واسترداد الشيء الموهوب ، ليست بدعوى استحقاق ، لأنها دعوى شخصية لا دعوى عينية ، وكل من المشتري والموهوب له يرد الشيء ، بعد فسخ البيع أو الرجوع في الهبة ، بناء على التزام شخصي في ذاته هو رد غير المنتحق .

وهناك فروق بين دعوى الاستحقاق ودعاوى الاسترداد ، منها : ( أ ) دعوى الاستحقاق ترفع ضد حائز الشيء ، أما دعاوى الاسترداد فترفع ضد مدين بالذات . ( ب ) دعوى الاستحقاق لا يكون محلها إلا شيئا ماديا معين بالذات ، أما دعاوى الاسترداد فيمكن أن يكون محلها نقودا أو شيئا غير معين بالذات . ( ج ) يطلب في دعوى الاستحقاق إثبات الملكية ، أما في دعاوى الاسترداد فيطلب إثبات مصدر الالتزام بالرد . انظر في ذلك عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٠٦ ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩ .

الحالتين ليست بدعوى استحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية .

فدعوى الاستحقاق إذن هي . كما قلنا ، الدعوى البينية التي يطالب فيها المدعى بالملكية .

٣٦٨ - طرفاء الدعوى : المدعى في دعوى الاستحقاق هو من يطالب بملكية الشيء ، والمدعى عليه يكون عادة هو الحائز لهذا الشيء (١) . وهذا الوضع المألوف يرجع إلى أن المالك لا يطالب عادة بملكية شيء هو في حيازته وتحت يده ، وإنما يطالب بملكيته عندما يخرج من حيازته إلى حيازة شخص آخر ، فعندئذ يرفع على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بالملكية ورد الشيء إليه . وقد كان في المشروع التمهيدى للتقنين المدني نص صريح بهذا المعنى يقضى بأن «مالك الشيء أن يسرده ممن يكون قد حازه أو أحرزه دون حق...» ، فحذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة » (٢) .

وبصح ، في بعض الأحوال ، أن يكون المدعى هو نفسه الحائز للشيء ، ويرفع دعوى منع التعرض في الملكية على من يتعرض له فيها . ولكن المألوف في هذا الفرض ، إذا كانت حيازة المدعى للشيء قد توافرت فيها شرائط الحيازة ، أن يقتصر على التمسك بالحيازة ، فلا يرفع دعوى منع التعرض في الملكية بل دعوى منع التعرض في الحيازة . ومع ذلك قد يفسر إلى رفع دعوى منع

( ١ ) فإذا كان الحائز للشيء لم يستوف شروط الحيازة ، وبخاصة إذا كان يجوز الشيء بالنيابة عن غيره كالمستأجر والمستعير والمودع عنده والمرتهن رهن حيازة ، جاز له ، كما جاز للمدعى ، أن يدخل الحائز ( المؤجر أو المير أو المودع أو الرهن رهن حيازة ) خصماً ثالثاً في دعوى الاستحقاق . وللعائن حيازة عارضة عند ذلك أن يطلب إخراجه من الدعوى .

وليس من الضروري أن يكون الحائز حسن نية ليكون مدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فالحائز سيء النية يكون أيضاً مدعى عليه وإن كانت الحيازة بسوء نية لا تقوم في هذه الحالة قرينة على الملكية . ونرى من ذلك أن الحيازة ، حتى تكون قرينة على الملكية ، يجب أن تكون بحسن نية ، ويستوى أن تكون الحيازة بحسن نية أو بسوء نية ليكون الحائز هو المدعى عليه في دعوى الاستحقاق . ولكن من الناحية العملية يفرص في الحائز ، بادئ ذي بدء ، أنه حسن نية ، فإذا أقام المدعى دعوى الاستحقاق وأثبت الملكية ، كان له أن يثبت أيضاً أن الحائز كان في حيازته سيء النية ( انظر حازو فقرة ١٤٦٨ ) .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ - ص ٢٣ .

التعرض في الملكية إذا لم تكن حيازته قد استوفت شرائطها أو لم تستكمل مدتها طبقاً للقواعد المقررة في دعاوى الحيازة ، أو انقضت المدة التي يجوز في خلالها رفع دعوى الحيازة . وقد يلجأ الحائز أيضاً ، وإن كان هذا نادراً ، إلى دعوى منع التعرض في الملكية مع إمكانه رفع دعوى الحيازة ، إذا رغب أن يتعجل حسم النزاع بشأن الملكية مع من يتعرض له فيها ، إما لأن أدلة الملكية متوافرة تحت يده حالا ويخشى من فقدها أو فقد بعضها فيما إذا اكتفى برفع دعوى الحيازة ، أو لأي سبب آخر يرى معه الخير في التعجيل ومجاورة دعوى الملكية على الفور (١) . ولكن المألوف كما قدمنا هو غير ذلك ، فدعوى الحيازة ، إذا توافرت شرائطها ومددها ، أيسر بكثير من دعوى الملكية ، فتكون عادة هي المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية . ويكتفى الحائز برفع دعوى منع التعرض في الحيازة أو دعوى استرداد الحيازة ، حتى إذا استقرت الحيازة في يده أحرز الشيء وانتفع به انتفاع المالك . وتربص بعد ذلك حتى إذا رأى من ينازعه في الملكية وقد رفع دعوى الاستحقاق عليه ، كان - وهو الحائز للشيء - المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فلا يكلف بإثبات ملكيته (٢) والذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعى (٣)

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ .

(٢) استئناف نخلط ١٥ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٣ - ١٢ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٧٨ - ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٣٥٤ ص ١٦٨ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٤ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ - ١٨ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٦ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٣ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١٥ - وإذا انتزعت الحيازة من الحائز ، ولم يسترددها في أمواجه للقانوني ، لم يستطع أن يتسك بهذه الحيازة السابقة لإعفائه من عبء إثبات الملكية (استئناف نخلط ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥) .

(٣) ويكلف المدعى بإثبات ملكيته هو ، لا بإثبات عدم ملكية المدعى عليه . فإذا عبز المدعى عليه عن إثبات ملكيته ، لم يكن هذا سبباً في الحكم بالملكية للمدعى مادام هذا لم يثبت ملكيته . وقد قضت محكمة النقض بأن من الخطأ أن تنفل المحكمة بحث سنة ملكية المدعى للألمانيان ونسب ملكية المدعى عليه لها ، فإن الوضع السليم قانوناً هو تحقيق ملكية المدعى ، فإن ثبت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه ، أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقته فيما طلبه (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٩ موعة المكتب الفني في خمسة وعشرين -

وما دام المؤلف هو أن يكون الحائز لشيء هو المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ، فقد يرفع المطالب بالملكية هذه الدعوى على الحائز (١) ، فيعد بعد إعلانه بالدعوى ، إلى التخلي عن الحيازة ، أو يتخلى عنها قبل الإعلان وهو صبي النية أى يعلم أن الإعلان بالدعوى وشيك الوصول إليه . ويكون غرض الحائز من تخليه عن الحيازة أن يربك المدعى ، وأن يدفع دعوى الاستحقاق بانعدام صفته كمدعى عليه في هذه الدعوى إذ أنه لا يجوز الشيء المدعى بملكيته . فإذا أثبت المدعى أن المدعى عليه كان يحوز الشيء ، وأنه تخلى عن الحيازة بعد الإعلان أو قبل الإعلان وهو صبي النية ، حكم انقاضي على المدعى عليه بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المدعى بعد أن يثبت هذا ملكيته لإياه ، أو أن يوفي قيمته إلى المدعى مع التعويض إن كان له محل . وإذا استطاع المالك بعد ذلك أن يكشف عن الحائز الجديد للشيء المدعى بملكيته ، جاز له أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق . فإذا ما أثبت ملكيته تجاه الحائز

= عام ٢ ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتثبيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيساً على أن هذه الأرض لا تدخل في مستندات تملكه ولا هو تملكها بوضع اليد ، وكان هذا القضاء مقاماً على أسباب مؤدية إليه ، فلا يجدى المدعى ما يبناه على هذا الحكم في خصوص تحدته عن ملكية المدعى عليه ( نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٩٩٣) . وقضت أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التي يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأي سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بطلاناً وبطريق الزوم ثبوت ملكيتها للمدعيين . كذلك لا يكفي أن يقرر الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطنان المتنازع عليها ، وأنها من ذلك تكون ملكاً لها ، من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية . وإذن فتي كان الحكم إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطنان قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطنان بأى من عقدي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطنان إلى المدعيين من آخر كان قد اشتراها في حين أنها ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد التهمة المبرم بين هذا المشتري وإخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً مستوجب النقض ( نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٩٩٣) - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢٨ - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني في خمسة وعشرين عاماً ص ٢٨ .

(١) حتى لو كان الحائز يحوز لحساب غيره . إذ عليه في هذه الحالة أن يعلن أم هذا الأمر حتى يخله المدعى خصماً في الدعوى ( بودري وشوفو فقرة ٢٢٣ - أوبري ورو فقرة ٢١٩ ص ٥٢٧ - ص ٥٢٨ - بلانبول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٣٥٥ ص ٣٥١ )

الجديد واسترد الشيء ، كان عليه أن يرد للحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، واستئزال التعويض الذي يستحقه عن الضرر الذي أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء<sup>(١)</sup> . وليس في كل ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وقد كان المشروع التمهيدى للتعنين الملنى يتضمن نصاً يورد هذه الأحكام ، فكانت المادة ١١٦٧ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتى : ١ - يجوز أن ترفع دعوى الاستحقاق على من تخلى من تلقاء نفسه عن حيازته للشيء وكان ذلك بعد إعلانه بالدعوى ، وعلى من تخلى قبل الإعلان إذا كان سبب النية - ٢ - وعند ذلك يكون المدعى عليه في دعوى الاستحقاق ملزماً أن يستعيد للشيء على نفقته ليرده إلى المالك ، فإذا لم يستطع فعله أن يرفيه قيمته مع التعويض إذا كان له محل . ٣ - على أنه يجوز للمالك أن يسترد الشيء من الحائز الجديد . فإذا ما استرده كان ملزماً أن يرد إلى الحائز الأول ما عسى أن يكون قد استوفاه منه مقابل الشيء ، بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة « اكتفاء بالقواعد العامة »<sup>(٢)</sup> .

( ١ ) ومن ذلك أن يمنع على المالك أن يسترد الثمار من حائز جديد حسن النية ( عبد المزم

البدراوى فقرة ٢٠٨ ) .

( ٢ ) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢ - ص ٢٣ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا النص : « والأصل في دعوى الاستحقاق أن ترفع على الحائز ، فهو المدعى عليه دائماً في هذه الدعوى . عل أنه قد يتحايّل فيتخل عن الحيازة ، سواء كان ذلك بعد إعلانه بدعوى الاستحقاق أو قبل إعلانه ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يدفع الدعوى بأنه غير ذى صفة فيها لتخليه عن الحيازة ، بل يبقى مدعى عليه . وفي هذا توسع في دعوى الاستحقاق ، نقل عن المشروع الإيطالى ( م ٢/٢١ و ٣ و ٤ ) . عل أن الدعوى في هذا الفرض تكون أقرب إلى الدعوى الشخصية منها إلى الدعوى العينية . فإن المتخل عن الحيازة يحكم بإلزامه أن يستعيد الشيء على نفقته ليرده إلى المالك في مهاد يحدده الحكم ، وإلا ألزم بدفع مبلغ يحدده الحكم أيضاً على سبيل التعويض . وظاهر أن هذا التزام مبنى على العمل غير المشروع الذى أتى به المتخل عن الحيازة . وقد يتفق أن المالك به أن يستوفى التعويض يعرف الحائز ، فيرفع عليه دعوى الاستحقاق ويسترد منه ملكه ، وعليه في هذه الحالة أن يرد للمتخل عن الحيازة ما استوفاه من التعويض بعد استئزال ما يكون قد طرأ على الشيء من نقص في قيمته ، وبعد استئزال التعويض الذى يستحقه عن الضرر الذى أصابه من حرمانه الانتفاع بالشيء . عل أنه لا يوجد ما يمنع المتخل عن الحيازة ، إذا رفعت عليه دعوى الاستحقاق على الوجه الذى تقدم ، أن يدخل الحائز خصماً ثالثاً في الدعوى ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤ - ص ٢٥ ) .