

عن عقارات المورث مستخرجه من دفاتر للتكليف وعوائد المباني ، وذلك للثبوت من أن العقارات الميينة في الطاب ، سواء كانت أرضا زراعية أو مباني ، هي بذاتها التي كان المورث يملكها حال حياته وظلت على ملكه إلى يوم وفاته ، لإمكان مطابقتها على مستندات ملكيته . (٤) مستندات ملكية المورث ، لأن شهر حق الإرث يتوقف على مدى صلاحية هذه المستندات لإثبات ملكية المورث . ومستندات الملكية هي نفس ما أوجب المشرع تقديمه عند بحث طلب الشهر بوجه عام (م ٢٢ سادسا من قانون الشهر العقاري) ، وقد حددت المادة ٢٣ من قانون الشهر العقاري على سبيل الحصر المحررات التي تقبل مستندات للملكية في الشهر بوجه عام . فاذا تعذر على طالب شهر حق الإرث تقديم هذه المحررات لأنه قد يكون دائما للتركة أو موصى له أو وارثا لا يتمكن من الحصول على هذه المحررات ، جاز الإكتفاء بكشوف رسمية من دفاتر التكليف ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وقد أجاز المشرع على هذا النحو إثبات ملكية المورث لعقارات التركة ، إذا كان سند ملكيته لها هو وضع اليد عليها ابتداء من سنة ١٩٢٣ لغاية تاريخ الوفاة . وليس هذا مبنياً على التقادم المكسب للملكية (١) ، بل هو مبني على أن القانون يفترض أن المورث تلقى حق الملكية قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ بعقد غير مسجل وفي وقت كانت الملكية فيه تنتقل بمجرد التراضي ، ولا يستطيع طالب الشهر تقديم هذا العقد غير المسجل فاكتفى القانون في إثباته بإثبات أن العقارات كانت مكلفة باسم المورث قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ واستمرت كذلك إلى تاريخ الوفاة ، أي أن المورث كان واضعا اليد عليها طوال هذه المدة (٢) .

(١) يدل على ذلك أن مدة وضع يد المورث على عقارات التركة من سنة ١٩٢٣ إلى تاريخ الوفاة قد تكون في بعض الفروض أكثر من خمس عشرة سنة ، وفي فروض أخرى أقل . فاذا كان تاريخ وفاة المورث هو سنة ١٩٦٠ ، وحب أن تقدم كشوف التكليف عن ٣٨ سنة ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٦٠ . وإذا كان تاريخ الوفاة هو سنة ١٩٣٢ ، وأراد الورثة باختيارهم شهر حق الإرث بعد سنة ١٩٤٧ ، وجب أن يقدموا كشوف التكليف عن عشر سنوات فقط ، أي من سنة ١٩٢٣ إلى سنة ١٩٣٢ (محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعلا ص ٤١٣) .

(٢) محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعلا ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

وإذا كان أصل ملكية المورث هو الميراث ، وجب أن يقرن الطلب بالسند المثبت لهذا الميراث كإعلام شرعى أو حكم . (٥) شهادة من مصلحة الضرائب برسم الأبلولة المستحق وما دفع منه (١) . فقد يحدث أن أحد الورثة هو الذى يقوم بشهر حق الإرث ، ويسدد الضريبة المستحقة عليه بالنسبة إلى نصيبه فى التركة ، فتسلمه مصلحة الضرائب شهادة بذلك . وفى هذه الحالة يشهر حق الإرث ، مع التأشير على الشهر بأنه غير صالح إلا فيما يتعلق بالوارث الذى قدم ما يفيد دفعه للضريبة . فإذا ما أراد وارث آخر أن يتصرف ، مستفيدا فى ذلك من قيام الوارث الأول بشهر حق الإرث ، كلفه المكتب المختص بتقديم ما يفيد دفع باقى الضريبة أو على الأقل دفع الجزء من الضريبة المستحق عليه (٢) .

ثالثاً - عملية الشهر : فإذا تقدم طلب الشهر مع المستندات المشار إليها ، بحيث الطلب وأشر عليه بالقبول للشهر طبقاً للإجراءات المتبعة فى بحث طلبات الشهر بوجه عام . وعند ذلك يقوم طالب الشهر بتحرير قائمة مجرد عقارات التركة المطلوب إجراء الشهر عنها ، ويقدم للمأمورية المختصة هذه القائمة ومعها صورة طلب الشهر المؤشر عليه بالقبول للشهر والمستندات السابق تقديمها مع الطلب فتؤشر المأمورية على قائمة الجرد وعلى السند المثبت لحق الإرث بما يفيد صلاحيتها للشهر ، بعد التثبت من اشتغال قائمة الجرد على جميع البيانات الموضحة فى صورة الطلب المؤشر عليه بالقبول للشهر . فسند الإرث وقائمة الجرد هما اللذان يشهران بعد كتابتهما على الورق الأزرق الخاص ، أما المستندات فترفق على اعتبار أنها مؤيدة للشهر ، وتكون جزءاً متمماً له . وإذا تسلم الطالب سند الإرث والقائمة مؤشراً عليها بالصلاحية للشهر ، قدم القائمة إلى مكتب تثويق نتصديق على توقيعه فيها . ثم يقدم سند الإرث والقائمة المنصديق على التوقيع فيها إلى مكتب الشهر المختص لإجراء عملية الشهر النهائى ، طبقاً لأحكام المادتين ٣١ و ٣٢ من قانون الشهر العقارى .

(١) وقد نفذ قانون الضريبة على التركات ابتداء من ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٤ ، فإذا كان المورث قد مات قبل هذا التاريخ لم تطلب هذه الشهادة لأن التركة لا تكون خاضعة للضريبة
(٢) محمود شوقى فى الشهر العقارى علماً وعملاً ص ٤١٥ - ص ٤١٦ .

٧١ - شهر من الإرث في قانونه السجل العيني : وقد قدمنا (١)

أنه صدر بعد قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ قانون قانون السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ . وسرى عند الكلام فى العقد كسب الملكية أن قانون السجل العيني لا يطبق إلا فى الأقسام المساحية التى يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل ، وأن قانون تنظيم الشهر العقارى يستمر العمل به فى المناطق التى لا يطبق نظام السجل العيني بها . ولما كان لم يصدر إلى اليوم قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه نظام السجل العيني ، فان قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به فى جميع أنحاء البلاد . وقد بسطنا أحكامه فيما تقدم بالنسبة إلى شهر حق الإرث .

ونورد هنا النص الخاص بشهر حق الإرث فى قانون السجل العيني ، فقد نصت المادة ٣٠ من هذا القانون على ما يأتى : « يجب قيد حق الإرث ، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية ، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التى يجب أن تتضمن نصيب كل وارث ، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف فى حق من هذه الحقوق . ويكون قيد حق الإرث فى خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني . وتبدأ مدة الخمس السنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار . والقرار المشار إليه فى المادة الثانية من قانون الإصدار هو قرار وزير العدل بتعيين الأقسام المساحية التى يسرى عليها نظام السجل العيني ، ويحدد هذا القرار تاريخ سريانه على أن يكون هذا التاريخ لاحقاً لنسور القرار بمدة ستة أشهر على الأقل . فتبدأ إذن مدة سريان الخمس السنوات المشار إليها فى النص ، بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة ، من تاريخ سريان قرار وزير العدل على قسم من الأقسام المساحية يكون فيه المورث قد مات قبل سريان هذا القرار .

ويبدو أنه ، حتى في قانون السجل العيني ، تنتقل ملكية عقارات التركة إلى الوارث بمجرد وفاة المورث ، ولا يتوقف انتقال الملكية على قيد حق الإرث في السجل العيني . ذلك أن المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سألقة الذكر تقول : « وإلي أن يتم هذا القيد لا يجوز لوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق » . فجزاء عدم القيد إذن ليس هو عدم انتقال الحق إلى الوارث ، بل هو عدم جواز تصرف الوارث في هذا الحق بعد أن يكون قد انتقل إليه .

وتنص المادة ٤٦ من قانون السجل العيني على أن « تقدم طلبات القيد إلى مأمورية السجل العيني التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ، وفقا للإجراءات والأوضاع المشار إليها باللائحة التنفيذية » . وهذه اللائحة التنفيذية ، يصدر بها قرار من وزير العدل ، وهذا القرار لم يصدر إلى اليوم .

وبمقارنة المادة ٣٠ من قانون السجل العيني سألقة الذكر بالمادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري المتعلقة بشهر حق الإرث والتي سبق ذكرها ، يتبين أن نظام شهر حق الإرث في قانون السجل العيني يقرب كثيرا من نظام شهر هذا الحق في قانون تنظيم الشهر العقاري ، وقد بحثنا تفصيلا هذا النظام الأخير . وأهم الفروق ما بين النظامين هو ما يأتي :

(١) جعل قانون الشهر العقاري جزاء عدم تسجيل حق الإرث هو عدم جواز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في عقارات التركة ، فتصرف الوارث يكون إذن جائزا والذي لا يجوز هو شهر هذا التصرف . أما قانون السجل العيني فيجعل الجزاء هو عدم جواز التصرف في عقارات التركة ، فغير الجائز إذن هو التصرف ذاته لا مجرد شهر التصرف ، وهذا جزاء أشد . (٢) ينص قانون الشهر العقاري على أن شهر حق الإرث في أى وقت يكون بدون رسم ، في حين أن قانون السجل العيني يجعل فيها حق الإرث بدون رسم إذا تم هذا القيد في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث ، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني ، وفي هذا حث للوارث على المبادرة إلى

قيد حق الإرث حتى لا يتراخى القيد إلى ما بعد الخمس السنوات فيضطر إلى دفع الرسم . (٣) أجاز قانون الشهر العقارى قصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، وقد سبق بيان ذلك (١) . أما قانون السجل العيني فلم ينص على هذه الرخصة ، ويبدو أنه يتطلب أن يقيد الوارث حق الإرث بالنسبة إلى جميع عقارات التركة ، وإلا لم يجز التصرف فى أى عقار منها ، حتى بالنسبة إلى نصيبه فى هذا العقار وحتى لو قيد حق الإرث بالنسبة إلى هذا العقار . (٤) التسجيل فى قانون الشهر العقارى ليست له حجة مطلقة ، أما القيد فى السجل العيني فله هذه الحجة ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني فى هذا الصدد على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه ، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الفصل الثانى

الوصية

(Testament)

٧٢ - نص قانونى : تنص المادة ٩١٥ مدنى على ما يأتى :

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » (٢) .

(١) أنظر آنفاً ص ١٩٨ - ص ١٩٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه

الآتى : « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص التشريعية المستمدة منها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٨٦ فى المشروع النهائى ، بعد حذف العبارة الأخيرة وهى « وذلك فيما لم يرد بشأنه أحكام خاصة » . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٨٤ . وفى لجنة مجلس الشيوخ استفيض عن عبارة « النصوص التشريعية المستمدة منها » بعبارة « والقوانين الصادرة فى شأنها » ، لأن المراد هو التشريعات التى تصدر فى شأن الوصية ، وأصبح رقم المادة ٩١٥ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدك بلجته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٥) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن هذا التقنين كان يشتمل على نص (م ٥٥ فترة أولى / ٧٨ فترة أولى) يعرض لأحكام القانون الدولي الخاص في الوصية ، ويقرر أن القانون الواجب التطبيق في هذه المسألة هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصى بجنسيته (١) .

ويقابل النص التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٧٦ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩١٩ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢/٢٢٨ وم ٢٣١ (٢)

(١) التقنين المدني السابق م فقرة أولى / ٧٨ فقرة أولى : وكذلك تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال المختصة بالملة (قانون الدولة) التابع لها الموصى .

ويتبين من هذا النص أن المعنى المقصود هو أن الوصية تسرى عليها أحكام قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصى بجنسيته ، فيكون في صدد قاعدة من قواعد الإسناد تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص لا في نطاق القانون الداخلي . ويكون المقابل لهذا النص هو المادة ١/١٧ من التقنين المدني الجديد وتجري على الوجه الآتي : يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى لو من صدر منه التصرف وقت موته . وقد صدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ يعدل نص المادة ٥٥ مدني أهل بما يجعله واضحاً في هذا المعنى ، وصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ينص على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » (أنظر آنفاً ص ٧٥ هامش ١ - محمد كامل مرسي ه فقرة ٧) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٦ : ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة . ٣ - لا يمنح الأجنبي حق الاستفادة من الوصية المقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تمنح مثل ذلك للسوريين . التقنين المدني الليبي م ٩١٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٨ : ١ - يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به . ٢ - وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة .

قانون الملكية المقارية اللبناني م ٢٢٨ : يكسب حق القيد في السجل العقاري بالطرق الآتية : (١) . . . (٢) بالهبة بين الأحياء وبالوصية . (٣) . . م ٢٣١ : لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة المقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل السوريين واللبنانيين هذا الحق . وتخضع تركة الأجنبي المقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده .

ويثبت من النص سالف الذكر أنه يقرر مبدأ عاما جوهريا، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها . ويستوى في ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية . وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هي التي تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين (١) » .

ثم تقول المذكرة الإيضاحية أيضا : « وعرض المشروع لمسألتين في الوصية على جانب كبير من الأهمية : المسألة الأولى التصرف الصادر في مرض الموت ، وقد اعتبر كل عمل قانونى يصدر من شخص في مرض الموت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية . والمسألة الثانية التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، وقد جعل هذا التصرف تسرى عليه هو أيضا أحكام الوصية (٢) » . والمسألتان المشار إليهما في المذكرة الإيضاحية يحققان حماية الورثة من الوصايا المستترة .

ثم إن قانون تنظيم الشهر العقارى ، ومن بعده قانون السجل العيني ، عالج كل منها نقصا خطيرا كان في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فأصبح الآن واجبا شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن . ويخلص مما تقدم أن المسائل التي يجب بحثها في الوصية هي : (١) تطبيق أحكام الشريعة في الوصية . (٢) حماية الورثة من الوصايا المستترة . (٣) شهر الوصية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ - وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصا هو المادة ١٣٤٩ منه يجرى على لوجه الآتى : « وتسرى على الوصية ، من حيث الشكل ومن حيث الجزاء الذى يترتب على مخالفته ، الأحكام الخاصة التي توضع لذلك » . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ أن قانون الوصية يشتمل على أحكامها من حيث الشكل ومن حيث الموضوع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٣ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٢ .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الوصية

٧٣ - قانون الوصية المحتمر من الشريعة الإسلامية هو الذي يسرى

على الوصية : كانت المحاكم الشرعية تطبق في الوصية أحكام المذهب الحنفي في أرجح أقواله ، وكانت هذه الأحكام غير مقننة . وقد قننت في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، كما قننت أحكام الميراث في قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، ولنفس الأسباب (١) . وصار هذا القانون هو الذي يسرى على الوصية ، ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . فوصية غير المسلم من المصريين تسرى عليها أحكام الشريعة الإسلامية قبل أن تقنن ، ثم قانون الوصية بعد تقنين هذه الأحكام ، وقد استقر القضاء على ذلك حتى قبل صدور قانون الوصية (٢) .

ويشتمل قانون الوصية على بابين : (الباب الأول) في أحكام عامة ، وينتظم فصولا ثلاثة : الفصل الأول في تعريف الوصية وركنها وشروطها ، والفصل الثاني في الرجوع عن الوصية ، والفصل الثالث في قبول الوصية

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٤ - وقد قضت محكمة النقض بأن وصية غير المسلم ، كوصية المسلم ، لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكماً ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ، ولا تجوز لو ارث إلا باجازه باق الورثة (نقض مدنى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) . وقضت أيضاً بأن الميراث عموماً ، ومنها الوصية ، هي وحدة واحدة ، وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة (نقض مدنى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤) .

وقد تدخل المشرع في الأمر ، بعد صدور هذا الحكم الأخير ، فأصدر في سنة ١٩٤٤ قانونين رقم ٢٥ ورقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ اللذين سبقت الإشارة إليها (أنظر آتفاً ص ٢٠٦ هامش ١) ، فنص في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قانون الوصية وأحكام الشريعة الإسلامية هي قانون البلد فيما يتعلق بالوصايا فتسرى على المسلمين وغير المسلمين » . وعُدل بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ المادتين ٥٤ و ٥٥ مدنى وطنى قديم فاستبدل بعبارة « الأحوال الشخصية المختصة بالبلد » عبارة « قانون البلد » .

وردها . (والباب الثاني) في أحكام الوصية ، وينتظم فصولا سبعة :
 الفصل الأول في الموصى له ، والفصل الثاني في الموصى به ، والفصل
 الثالث في الوصية بالمنافع ، والفصل الرابع في الوصية بالمرتببات ، والفصل
 الخامس في أحكام الزيادة في الموصى به ، والفصل السادس في الوصية
 الواجبة ، والفصل السابع في تراحم الوصايا .

ولا نعرض لشرح ما اشتملت عليه هذه الأبواب والفصول من الأحكام ،
 فهي من مباحث الفقه الإسلامى . ولكننا نستعرض هنا في إيجاز تام ، كما
 استعرضنا في الميراث ، الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها قانون الوصية .
 فنعرض للمسائل الآتية : (١) شكل الوصية وشروط صحتها (م ١ - ١٧ من
 قانون الوصية) . (٢) رجوع الموصى عن الوصية (م ١٨ - ١٩ من قانون
 الوصية) . (٣) قبول الموصى له للوصية ورده إياها (م ٢٠ - ٢٥ من قانون
 الوصية) . (٤) الموصى له (م ٢٦ - ٣٦ من قانون الوصية) . (٥) الموصى
 به (م ٣٧ - ٧٥ من قانون الوصية) . (٦) الوصية الواجبة (م ٧٦ - ٧٩
 من قانون الوصية) .

٧٤ - شكل الوصية وشروط صحتها : تنص المادة الأولى من قانون

الوصية على أن « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .
 ونرى من ذلك أن الوصية استثناء من الحكم القاضى ببطلان التعامل في التركة
 المستقبلية ، إذ هي تعامل من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، وقد
 أجزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية .

وتعرض المادة الثانية من قانون الوصية لصيغة الوصية وشكلها ، فنص
 على أن « تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما
 انعقدت الوصية بإشارته المفهومة . ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية
 أو الرجوع القولى عنها ، بعد وفاة الموصى ، في الحوادث السابقة على سنة
 ١٩١١ الإفرنجية . إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على
 صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الإفرنجية فلا تسمع
 فيها دعوى ما ذكر ، بعد وفاة الموصى ، إلا إذا وجدت أوراق رسمية
 أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ،

أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها .
والذى يعنينا من هذا النص هو شكل الوصية ، وقد جعل القانون الجزاء على الإخلال به هو عدم سماع الدعوى كما هو المألوف في أحكام الشريعة الإسلامية .
ويخلص من النص أن الوصية ، منذ سنة ١٩١١ ، يجب أن تتخذ أحد أشكال ثلاثة : (١) تحرر بها ورقة رسمية . (٢) تحرر بها ورقة عرفية يصدق فيها على إمضاء الموصي أو ختمه . (٣) تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصي وموقع عليها بامضائه (١) .

وهناك شروط لصحة الوصية ، بعضها في الموصي وبعضها في الموصى له وبعضها في الموصى به . فيشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع ، على

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر أن مورثة الطاعنين تمسك في دفاعها بأن المحرر إن لم يكن ائهاراً بوقف فهو وصية ، ورد على هذا الدفاع بأن المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تشترط في الوصية أن يصدر بها إلهاد رسي أو يحمر بها عقد حرفي يصدق فيه على إمضاء الموصي بخطه وموقع عليها بامضائه ، فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة ، ولم يتحقق شيء من ذلك ، ولم تتقدم المدعية بما يدل على وجود وصية ، فإن الحكم يكون قد خالف ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الوصية بقولها : «... إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك تدل على ما ذكر ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها» . وقد تحجب بهذه المخالفة عن مواجهة دفاع الطاعنين من أن المحرر المتنازع عليه مكتوب جميعه بخط المتوفى وعليه إمضاه وتحقيقه ، وهو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى في الدعوى (نقض مدنى ٢٠ مارس سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٠ ص ٣٢٧) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا يكتفى أن يوقع الموصى على الوصية بخطه وبصمة إلهامه ويضمها في مطروف منلق ويودع المطروف بمكتب التوثيق (نقض مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١١٩ ص ٨٧٧) .

وشكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار ، وليس ركناً في الوصية ، فلواقرت النورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا سمعت الدعوى ونفى بالوصية . وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً ، والكتابة المطلوبة ، على مختلف أنواعها ، ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانقضاء الوصية ، فهى وحدها الأدلة التى لا يقبل غيرها في الإثبات . وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية ، كما رأينا ، على أن «تتمعد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعمدت الوصية بإشارته المنهية» .

أنه إذا كان مهجوراً عليه لثمة أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة جازت وصيته باذن المحكمة . وبشترط فى الوصى أنه أن يكون معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً . فإن لم يكن معيناً كالوصية لأولاد فلان فلا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى (١) . وتصح الوصية مع اختلاف الدين والملة . وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلاد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلاد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى . وبشترط فى الموصى به أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى . وأن يكون متقوماً عند الموصى إن كان مالا . وأن يكون موجوداً عند الوصية فى ملك الموصى إن كان معيناً بالذات (٢) . وتصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه . وتكون لازمة بوفاة الموصى . فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية (٣) . وتبطل الوصية بخون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت (٤) . وبموت الموصى له

(١) وتصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والنسبات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير (م ٧ من قانون الوصية) . وتصح الوصية بجهة معينة من جهات البر متوجداً مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية (م ٨ من قانون الوصية) .

(٢) وإذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها شيئاً لا يستقل بنفسه كالترمة والتجصيص ، كانت العين كلها وصية . وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء . شارك الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة الزيادة قائمة . وإذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالها الأولى ولومع تغيير معالمها ، كانت العين بحالتها الجديدة وصية . وإن أعاد البناء على وجه آخر ، اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له فى جميع العين . وإذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين ماركة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً ، اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . أنظر فى كل ذلك المواد ٧١ و ٧٢ و ٧٥ من قانون الوصية .

(٣) م ١٣ من قانون الوصية ، وهذه هى قسمة المورث التى سبق بيانها (أنظر آنفاً فقرة ٦٦ - فقرة ٦٧) .

(٤) فقد لا يمكن الوصى الرجوع عن وصية لولا إحياء طبق الأصل ، فسراعاة حقه أبعث الوصية (المذكورة الإيضاحية لقانون الوصية) .

قبل موت الموصى ، وبهلاك الموصى به إذا كان معيناً وهلك قبل قبول الموصى له . ولا تبطل بالحجر على الموصى للسنة أو الغنلة^(١)

٧٥ - رجوع الموصى عن الوصية : ويجوز للموصى الرجوع عن

الوصية كلها أو بعضها ، صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقربنة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به^(٢) .

ولا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها (إنكارها) ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، كل ذلك إلا إذا دلت قربنة على أن الموصى يقصد به الرجوع عن الوصية .

٧٦ - قبول الموصى له للوصية ورده بإفائها : ولا تلزم الوصية

إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة . ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول . وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر ، لزم الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد . وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون ، لزم بالنسبة إلى من قبلوا وبطلت بالنسبة إلى من ردوا . وإذا قبل الموصى له الوصية على النحو المتقدم ، استحق الموصى به من وقت الموت^(٣) ، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد

(١) ويمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى (م ١٧ من قانون الوصية) .

(٢) ويعتبر تصرف الموصى في الموصى به رجوعاً عن الوصية ، حتى لو كان هذا التصرف قبلاً للفسخ وفسخ ، أو قابلاً للإبطال وأبطل ، أو كان باطلاً .

(٣) الوصية إذن إرادة منفردة تصدر من موصى . وليست بعقد بين الموصى والموصى له ، وإلا لاستحق الموصى له الموصى به من وقت القبول لا من وقت موت الموصى .

الموت . وتكون زوائد الموصى به بعد وفاة الموصى : من وقت وفاة الموصى إلى وقت قبول الوصية ، ملكا للموصى له لأنها أثناء ملكه . ولا تعتبر وصية فلا تدخل في حساب خروج الوصية من التمسك . وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

وإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصى ، بطلت الوصية فيما رد ، أما الرد قبل وفاة الموصى فلا يبطل الوصية^(١) .

ولا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور موت الموصى . ومع ذلك تبطل الوصية إذا ابلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له ، بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف ، عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول . وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية أو ردها ، قام ورثته مقامه في ذلك^(٢) .

٧٧ - الموصى له : تصح الوصية للمعدوم ، وتصح الوصية بالمنافع لطبقتين ، وتصح الوصية لمن لا يحصون كطلبة الجامعة ويختص بها المحتاجون منهم^(٣) . وإذا كانت الوصية لمعينين ، فمن كان غير أهل للوصية منهم عند موت الموصى يعود نصيبه في الوصية إلى التركة . وتصح الوصية للحمل في الحالتين الآتيتين : (١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد الحمل حيا لتلثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الوصية .

(١) وإذا رد الموصى الوصية بعد أن قلها . وقبل منه ذلك أحد من الورثة : انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم يبطل رده (م ٢٤ من قانون الوصية) .

(٢) أما عند الخفية فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو الشيء الموصى به ذاته ، لأن الوصية عندهم تتم بالإيجاب مع اليأس من أن يردها الموصى له ، فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرده فقد تحقق اليأس من الرد ، واعتبر الموصى به ملكاً للموصى له . ودخل في تركته ، فينتقل مع سائر حقوق التركة إلى الوراث . وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة فالذي ينتقل إلى ورثة الموصى له هو حق قبول الوصية . إذ الوصية عندهم لا تتم إلا بقبولها من الموصى له بعد موت الموصى . فإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية انتقل حق القبول أو الرد إلى ورثته ، وبهذا أخذ قانون الوصية . أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ص ٦٤ .

(٣) انظر في كل ذلك المواد ٢٦ - ٣٠ من قانون الوصية .

(١) إن لم يشر الموصي بوجود الحمل ، وولد الحمل حيا لمائتين وسبعين يوماً فأقل من رقت الوصية . ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد الحمل حيا لثلاثمائة وخمسة وستين يوماً فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة . وإذا كانت الوصية لحمل من معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبة الحمل من ذلك المعين . وإذا مات الموصي قبل انفصال الحمل ، أوقفت غلة الموصي به إن كانت له غلة حتى ينفصل الحمل حيا فتكون له ، وإلا كانت لورثة الموصي . وإذا جاءت الحامل ، في وقت واحد أو في وقتين بينها أقل من ستة أشهر ، بولدين حين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك . وإن انفصل أحدهم غير حي ، استحق الحي منهم كل الوصية . وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة ، كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع .

٧٨ - الموصى به: وتصح الوصية بالثلث (١) للوارث (٢) وغيره ،

(١) ولا يدخل في حساب الثلث المصروفات التي يحكم بها على التركة لمصلحة الموصى له إذا نوزع في صحة الوصية ، ولا فوائد التأخير عن مبلغ الوصية من وقت المطالبة للقضائية بهذا المبلغ (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٤ ص ٨٢٧) .

(٢) ولم تكن الوصية تجوز للوارث إلا بإجازة سائر الورثة . وقد قضى بأنه إذا اشترط الورثة حين توقيعهم بإجازة الوصية على سندها الصادر من المورث لأحدهم أن يبقى السند لدى أمين متفق عليه ، وألا يسلم لمن صدر له إلا برضائهم ، فهذه الإجازة تقع باطله لاقرانها بما يبطل مفعولها ، وهو عدم تمكين الصادر له السند من الانتفاع به إلا بمشيئتهم (نقض مدني ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٧) . ثم صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فأجاز الوصية للوارث بالقدر الذي تجوز به لغير الوارث . ومن ثم تنفذ الوصية للوارث في ثلث التركة من غير إجازة سائر الورثة إذ مات الموصي وقت نفاذ قانون الوصية ، حتى لو كانت الوصية قد صدرت قبل ذلك (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٢٤٤ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤ - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . أما إذ مات الموصي قبل نفاذ قانون الوصية ، فلا تنفذ الوصية للوارث من غير إجازة سائر الورثة (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٩ رقم ٤٣ ، ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ١ - ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ نفس مجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٤ - ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٣ رقم ٢ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٤) .

وتنفذ من غير إجازة الورثة^(١) . وتصح بما زاد على الثلث . ولا تنفذ في الزيادة^(٢) إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه^(٣) . وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له

(١) انظر في أن الموصى ، حتى في حدود ثلث التركة ، بتقيد بعدم التمسك في استعمال حق الإيصاء : حسن كيرة ص ٢١ - ص ٢٢ .

(٢) وقد كان الشروع التهدي للثنتين المدنى يشمل على نص هو المادة ١٣٥٢ مندوتجرى على الوجه الآتى : « إذا جاوزت الوصية في العقار القدر الذى يجوز الإيصاء به ، فإن إبطال الوصية فيما زاد على هذا القدر لا يضر بحق الغير إذا كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذا المقار » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في صدد هذا النص : « لما كان من الواجب حماية الغير حسن النية الذى يكسب حقاً عينياً على ما يجاوز القدر الذى يجوز الإيصاء به ، كما إذا صدرت وصية بنصف التركة ، ورتب الموصى له رهنًا على كل الموصى به ، ولم تجز الورثة الوصية فأنقصت إلى الثلث . فإن سدس التركة يرجع إلى الورثة محملاً بالرهن وهم يرجعون على الموصى له . . . ويلاحظ أن إنقاص الوصية إلى القدر الجائز لا يعتبر إبطالا أو فسخا ، بل هو عدم نفاذ في حق الورثة . فوجب إذن أن يكون هناك نص خاص لحماية الغير حسن النية في هذه الحالة ، إذ هي لا تدخل في حالات الإبطال أو الفسخ التى وردت فيها نصوص أخرى » . وقد وافقت لجنة المراجعة على هذا النص ، ولكن مجلس النواب حذفه اكتفاء بالمادة ١٠٣٤ مدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠ فى هامش) .

أما المادة ١٠٣٤ مدنى الذى أريد الاكتفاء بها فنص على أنه « يبق قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إنقاره أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . وهذا النص ، وإن كان يشمل كل أسباب زوال الملكية إذ يقول « أو زواله لأى سبب آخر » ، فيدخل عدم نفاذ الوصية في حق الورثة ، إلا أنه متصور على حماية الدائن المرتهن دون غير من كسب حقاً عينياً آخر على العقار . والنص الشامل في هذا الصدد هو ما جاء في قانون تنظيم الشهر العقارى (م ١٥ - ١٧) ، إذ يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الفرض منها الطعن في التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، فتدخل إذن دعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة . ويترتب على هذا التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم موثر به طبق القانون يكون حجة على من رتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ التأشير ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير . أنظر أيضاً المادة ٧٨؛ مدنى وهى خاصة ببيع المريض مرض الموت ، وتقضى بأنه لا تسرى أحكام هذا البيع (وهى في جملتها أحكام الوصية) إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بموضع حقاً عينياً على العين المبيعة .

(٣) ولا تصح الإجازة حال حياة الموصى ، ولا يعتد بها إلا إذا صدرت بعد موته تطبيقاً للشريعة الإسلامية (استئناف مصر ١١ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٨ رقم ٢٥٠ ص ٧٤) . وإذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تنى بالوصايا ، أو لم يجزوها وكان الثلث لا يبق بها ، قسمت التركة أو الثلث بحسب الأحوال بين الوصايا بالمعاصرة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بين نصيبه إلا من هذه العيين (م ٨٠ من قانون الوصية) .

بكل ماله أو بعضه . من غير توقف على إجازة الخزانة العامة لأنها لا تعتبر وارثاً . وتصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين . ولا تنفذ إلا براءة ذمته منه وذلك في ثلث التركة ، فان برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . وإذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به ، كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين (١) .

وتصح الوصية بسهم شائع في التركة ، كربع التركة أو ثلثها (٢) ،

(١) انظر آنفاً ص ١٧٥ هامش ١ - وفي حساب خروج الوصية من الثلث لا يدخل تمام الموصى به الحادث بعد موت الموصى . فهذا التمام ملك خالص للموصى له كما قدمنا (انظر آنفاً فقرة ٧٦) . ويملك الموصى له التمام بمجرد موت الموصى ، حتى قبل تسجيل الوصية حين يكون الموصى به لا يزال ملكاً للورثة ، إذ الوصية غير المسجلة ترتب التزاماً في ذمة الورثة بتسليم المقار الموصى به بمجرد موت الموصى ، ومقتضى هذا الالتزام أن يكون للموصى له ثمار الموصى به وعليه نفقته من وقت موت الموصى . والوصية غير المسجلة في ذلك كالببيع غير المسجل . نرى البيع يكون « للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً (م ٤٥٨ / ٣ مدني) . انظر في ذلك إسماعيل غانم ص ١٤٦ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ ص ٧٩٤ - حسن كيرة ص ١٧ - ص ١٨ و ص ١٩ - ص ٢٠ .

ومن رأينا أن تسجيل الوصية ، كتسجيل البيع ، له أثر رجعي في العلاقة ما بين الموصى له والورثة . وبهذا الأثر الرجعي نعلل أن يكون تمام الموصى به للموصى له من وقت موت الموصى حتى قبل تسجيل الوصية ، إذ بتسجيل الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له ويستند انتقالها إلى موت الموصى لا إلى وقت التسجيل ، وذلك فقط في العلاقة فيما بين الموصى له والورثة كما قدمنا . أما بالنسبة إلى الغير ، فلا شك في أن تسجيل الوصية لا ينقل ملكية الموصى به إلا من وقت التسجيل . انظر ما قدمناه في هذه المسألة في عقد البيع الوسيط ٤ فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٦ .

(٢) ويلاحظ أن الموصى له بسهم شائع في التركة لا يستحق هذا السهم إلا بعد سداد ديون التركة ، فيكون مستولاً عن هذه الديون بنسبة سهمه الشائع . وتنص المادة ٤٤ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب ، استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » . وانظر أيضاً المادة ٤٥ من قانون الوصية .

وذلك في حدود الثلث على ما سبق القول . ويعتبر الموصى له في هذه الحالة خلفاً عاماً للموصى . شأنه في ذلك شأن الورثة (١) .

وتصح الوصية بمنفعة العين ، فإذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به ، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه ، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها . وإذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة وآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة . وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة ، استحق الموصى له المنفعة مدة حياته في جميع هذه الأحوال ، وذلك بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من

(١) وتجوز الوصية بمثل نصيب وارث معين ، وتنص المادة ٤٠ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » . فيزداد سهم هذا الوارث على سهام فريضة التركة ، ويكون نصيبه للموصى له ، والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم . كذلك تجوز الوصية بنصيب وارث غير معين ، وتنص المادة ٤١ من قانون الوصية في هذا الصدد على أنه « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه ، استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين » . وتنص المادة ٤٢ من قانون الوصية على أنه « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو بمثل نصيبه سواء أعيان الموصى الوارث أم لم يعينه ، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها . ويقسم الثلث بينهما بالمخاصة إذا تناق عن الوصيتين . وإذا كانت الوصية بقدر محدود من الثنود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع ، قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة » . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص وبربع التركة لشخص آخر ، قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بين الوصيتين إن لم يسعهما ولم تجز الورثة . وعلى ذلك إذا ترك الموصى ابنين كانت الفريضة سهمين اثنين ، يزداد عليهما سهم الموصى له كأنه لا وصية لغيره فيكون له الثلث . وتكون الوصيتان ثلثاً وربماً ، فهما أكثر من ثلث التركة . فإذا لم يجز الابنان الزائد على الثلث ، كان الثلث بين الموصى لهما ، أربعة سهام لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع . وإذا كان ، بدل الوصية بالسهم الشائع ، وصية بعين من أعيان التركة أو بدراهم مرسلة ، قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة . وقدرت الوصية بالنصيب كذلك ، وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق .

وفاة الموصى . وإذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين ، قدرت الوصية بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها . فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين ، قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة . وإذا كانت الوصية بحق من الحقوق . قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه . وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها ، وباسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

وتصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة . فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم تجز الورثة الزيادة ، يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى تنهى المدة ، أو إلى أن يموت الموصى له . ويجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية . فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع ، رد الباقي لورثة الموصى . ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص (١) .

٧٩ - الوصية الواجبة: وإذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات

في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته . وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث . بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه

(١) وإذا تزاحت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم ، أو انقضت جهة من

الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبها لورثة الموصى (م ٨٢ من قانون الوصية) .

لوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات . ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا . على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً ترتيب الطبقات .

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر . وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه . ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب ، من باقى الثلث . فإن ضاق عن ذلك ، فنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فإذا لم يوص الميت إلى من وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم ، استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى الثلث التركة إن وفى . وإلا فنه ومما أوصى به لغيرهم . وفى هذه الحالة الأخيرة والحالة السابقة عليها ، يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمخاصة (١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية فى صدد الوصية الواجبة ما يأتى « وضعت : هذه المواد (٧٦ - ٧٩) لتلافى حالة كثرت منها الشكوى ، وهى حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالفرق والهدى والحرق ، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث ، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عياله بقوتهم وأحب شئ إلى نفسه أن يوص لهم بشئ من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد تضمنت المادة ٧٦ أنهم إذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم أخذ أراخدة بمثل نصيب أصلهم ، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث - وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأبى وإن نزلت طبقاتهم والأصل يحجب فرعه دون فرع غيره . ويقسم نصيب كل أصل وهو ابن الميت أو بنته على من يوجد من فروعه قسمة ميراث ، كما لو كان أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين - ولا يحد فى قسمة تركة أولاد الميت الذين ماتوا فى حياته ولم يعقبوا أو اعتبوا من لا يستحق فى الوصية . فو حلت الميت الماتة وبنته وبنت بنت ماتت فى حياته وابن ابن مات أبوه وجدته فى حياته أيضاً غير مرتين وكان له ابن مات فى حياته ولم يعقب أو أعقب أولاد بنت ، قسمت التركة -

المبحث الثاني

حماية الورثة من الوصايا المستترة

٨٠ - حاله بحمى فبهما الوارث من الوصايا المستترة : نص

التقنين المدني على حالتين يحمى فيهما الوارث (١) من الوصايا

بين أولاد الميت الأحياء والأموال الذين لهم من يستحق الوصية . وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهما قسمة الميراث ، لبنت ثلث يعطى لبنتها بالتساوي ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ولو أن أباه مات قبل جده - والقول برجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ، ومن هؤلاء سيد بن المسيب والحسن البصرى وطاوس والإمام أحمد وداود الطبرى وإسحاق بن راهوية وابن حزم . والأصل في هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » . والقول باعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ، ورواية في مذهب الإمام أحمد . وقصر الأتارب غير الوارثين على الأحفاد وبالترتيب المبين في المادة ٧٦ ، وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث متى على مذهب ابن حزم . . . فالجزء الواجب إخراجه يجوز في مذهب ابن حزم أن يحدده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر . كذلك يجوز في مذهب أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر ، وحينئذ يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في المادة ، ويأمر باعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقى حياً (م ٧٦) . . . فاذا نقصوا أحداً ما وجب له أو لم يوصوا له بشيء ، ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (م ٧٧) . وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وماروى عن طاوس . . .

(٣) وغنى عن البيان أن القانون ، كما يحمى الوارث من الوصايا المستترة ، يحمى أيضاً الدائن . وللدائن ، كما للوارث ، مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل إن مصلحته في ذلك ترجح مصلحة الوارث . وذلك أنه متى ثبت أن التصرف هو في حقيقته وصية ، فإنه لا يسرى أصلاً في حق الدائن إذ الديون تقدم على الوصايا ، في حين أنه يسرى في حق الوارث فيما لا يجاوز ثلث التركة . ومن أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما سيجب من حق الوارث في الطعن في تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة .

أما في حياة الموصى ، فلا تحول الوصية ، حتى لو كانت مسجلة ، دون تنفيذ دائن الموصى على المقار الموصى به ، إذ أن هذا المقار لا يزال في ملك الموصى مادام حياً ، ولولوى مصراً على الوصية ولم يرجع عنها .

المستتر (١): (الحالة الأولى) التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت (٢)، تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت وتسرى عليها أحكام الوصية، وبذلك يحمي القانون الورثة من هذه التصرفات إذ يكشف عن حقيقتها ويحيطها بقيود الوصية. (الحالة الثانية) التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته. إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، فتحمي الورثة منها بأن تحاط هي أيضا بقيود الوصية (٣).

(١) ويعتبر الوارث، في الوصايا المستتر وفي كل تصرف يصدر من المورث وينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يخلق حقه من القانون لا من المورث، ومن ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خفياً للمورث ولا تسرى في حقه. وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه وإن كان الوارث محل محل مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي تركته وفي الالتزامات التي عليها، إلا أن القانون قد جعل للمورث حقوقاً خاصة لا يرثها عن مورثه، بل تنشأ بحكم القانون. وهذه الحقوق تجعل الوارث غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوق الوارث هذه التي أُنشئت به الشريعة رغماً من إرادة المورث. ومتى كان الوارث يتلق حقه في الإرث بحكم القانون (الشريعة) وكان له أن يدفع كل اعتداء عن ذلك الحق الشرعي، فلا يصح مع هذا أن يقال بأن الوارث يلزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقه الشخصي. ولا أن يقال إن الوارث يعتبر خلفاً لمورثه بالنسبة إلى تلك التصرفات التي تمس حقوق الوارث الخاصة (استئناف مصر ١٤ يونيو سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ١٦٦). وانظر أيضاً استئناف مصر ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٩ ص ٥٧٨.

(٢) أما إذا صدر التصرف في غير مرض الموت، فإنه يكون صحيحاً نافذاً في حق الورثة، ولو تصرف المورث في كل ماله متبرعاً. وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بألا تنقيد التصرفات إلا ابتداء من مرض الموت، أما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ما لم تكن تصرفاته مشوبة بعيب من العيوب (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ١٨). وانظر أيضاً في هذا المعنى نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٠ - استئناف أسوط ١٠ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٤٤٥ ص ٨٨٤ - استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٨ - ٢١ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٤١.

(٣) وتكييف وصف المقدم بأنه وصية يبق في اختصاص المحكمة التي تنظر في موضوع العقد. وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية، وإنما كان قائماً حول تعريف نية التصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية، فلا شأن بلجهة الأحوال الشخصية به، بل الشأن فيه بلجهة القضاء العادي. فإذا كان من المسلم أن المقدم موضوع الدعوى صدر من المورث لصالح المتسك به، ولكن قام النزاع حول وصف هذا المقدم قانوناً. فاستمرت المحكمة الأوصاف التي يعبر عنها انطباقها عليه، ثم استخلصت من ظروف الدعوى وأدلتها أنه وصية، فإنها لا تكون قد خرجت في ذلك عن حدود اختصاصها (نقض مدني ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ١٣٧ رقم ٢٤).

٨١ - الحازن الأولي - التصرفات التي تصدر من المورث في

مرضه الموت - نص قانوني : تنص المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي :

« ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف » .

« ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا » .

« ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٠ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٧ في مشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٨) .

ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام التي يقرها النص كان القضاء يأخذ بها .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٧ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٠٩ : ١ - كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض

الموت مقصوداً به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له . ٢ - ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث ، وكذلك الكفالة في مرض الموت .

م ١١١٠ : ليس لأحد أن يؤدي دين أحد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم . ولكن له أن يؤدي ثمن المال الذي اشتراه أو القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً .

م ١١١١ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بدين لوارث أو لغير وارث ، فإن جاء إقراره على سبيل التملك كان بحكم الوصية ، وإن جاء على سبيل الإخبار أو كان إقراراً بقبض أمانة له أو استهلاك أمانة عنده ثبتت بغير إقراره ، نفذ الإقرار في جميع ماله ولولم تجز الورثة ، وتصديق الورثة لإقراره في حياة المورث ملزم لهم . ٢ - ولا يستحق المقر

فالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت ، (١) ، ويكون مقصوداً به التبرع . يعتبره القانون وصية مستتره ، وتسرى عليه أحكام الوصية . وبذلك تحسب الورثة . إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه (٢) . وهذا هو حكم الوصية كما قدمنا . وحتى تسرى أحكام الوصية يجب . كما هو ظاهر من النص ، أن يتوافر في التصرف شرطان : (١) أن يكون تصرفاً صادراً في مرض الموت . (٢) وأن يكون مقصوداً به التبرع .

٨٢ - الشرط الأول - التصرف صادر في مرضه الموت : سبق ،

عند الكلام في البيع ، أن بحثنا البيع الصادر في مرض الموت ، ورأينا أن أحكام

= ما أقره المريض وفقاً لأحكام الفقرة السابقة إلا بعد أن تزدى ديون الصحة . ويعتبر في حكم ديون الصحة الديون التي ثبتت في ذمة المريض وقت المرض بغير إقراره فتؤدي هي أيضاً مع ديون الصحة قبل الديون التي ثبتت بإقرار المريض في وقت مرضه .

م ١١١٢ : ١ - إذا أقر شخص في مرض موته بأنه استوفى ديناً له في ذمة أحد ، فإن كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حالة صحة الدائن نفذ الإقرار في حق غرماء الصحة . أما إذا كان الدين قد ثبت في ذمة المدين حال مرض الدائن ، فلا ينفذ الإقرار في حق هؤلاء الغرماء . ٢ - وإذا أقر بأنه كفل حال صحته ديناً لأحد ، نفذ إقراره في جميع ماله ولكن بعد أن توفي ديون الصحة وما في حكمها من الديون .

(والتقنين العراقي يقنن أحكام الشريعة الإسلامية في تصرفات المريض مرض الموت) .

قانون الملكية العقارية اللبناني لا مقابل .

(١) أنظر في تحديد معنى مرض الموت والرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي مفسرة بقضاء المحاكم : الوسيط ؛ فقرة ١٧٥ - فقرة ١٨٢ .

(٢) ولا يكون ذلك كله إلا بعد موت المريض ، فقبل موته لا حق للوارث في الطعن في التصرف . وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر ، إلا بعد وفاة المورث . كما أن المريض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا اتسبى بموت صاحبه ، مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقيق هذه النتيجة . ومن ثم فإدام المتصرف كان ما يزال حياً ، فإنه لا يقبل من الوارث أية منازعة في العقود الملقونة عليها تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفى وصايا (نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٦٦ ص ٢٩٥) . أما المورث نفسه إذا تصرف وهو يعتقد أنه في مرض الموت ، ثم شنئ ، فله أن يطعن في التصرف إما بالصورية وبأن حقيقته وصية وقد عدل عنها ، أو في التليل بالغلط إذا كان بيع حياً منجزاً ، وذلك على أساس أنه وقع في غلط في البيع إذ كان الدافع له على التصرف اعتقاده أنه كان في مرض الموت .

الوصية نسرى عليه . أما هنا فالنص عام ولا يقتصر على البيع ، بل هو يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيا كانت النسبة التي أعطيت لهذا التصرف . ومن ثم يدخل ، إلى جانب البيع ، الهبة والإقرار والإبراء وخر ذلك من التصرفات . فاذا وهب المورث عيناً ، أو أقربدين عليه (١) ، أو أبرأ مدينأله ، وصدر التصرف والمورث في مرض الموت ، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية . فلا تنفذ الهبة ولا الإقرار بالدين ولا الإبراء من الدين إلا في ثلث التركة ، مالم تجز الورثة ما يجاوز الثلث في كل ذلك . وعبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البينة والقرائن ، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية (٢) . فيستطيعون إثبات مرض الموت بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود والقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار الحاصل في مرض الموت لغير وارث على سبيل التبرع يصح اعتباره في حكم الوصية ، فينفذ في ثلث التركة (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٧) .

(٢) وتمي أثبتت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأصبحوا من الغير في هذا التصرف ، فلا يسرى في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه . أما إذا كان التصرف سورياً سورياً مطلقاً وطمن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مسترة ، فان الورثة لا يعتبرون في هذه الحالة من الغير ، وإنما يستملون حقهم من مورثهم ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات . وقد قضت محكمة النقض بأن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر ، إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه ، وإن كان ظاهره بيعاً منجزاً ، إلا أنه في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية . لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة ، حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث . أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه سورياً سورياً مطلقاً ، فان حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمد من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٢٧ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢٢ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ ص ٨٢٤ - ١٣ يناير سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ١٧ رقم ١٧ ص ١٢٣ .

الأدلة (١) . وتقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر : « ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً » . والمقصود بالسند هنا هو سند التصرف الصادر من المورث ، فإذا حمل تاريخاً عرفياً من شأنه أن يجعل التصرف صادراً في وقت سابق على مرض الموت ، كان هذا التاريخ حجة على الورثة . ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمداً وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضاً مرض الموت ، فقدم التاريخ ليخفي هذه الحقيقة . ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق وتدخل فيها البينة والقرائن بالرغم من أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب ، لأن تقديم التاريخ على هذا النحو غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (٢) . ومن هذا نرى أن عبارة النص غير دقيقة ، إذ جئنا نقول إنه لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وقد رأينا أن التاريخ ، حتى لو لم يكن ثابتاً ، يحتاج به على الورثة ، وإنما يكون لهم إثبات العكس كما قدمنا . وقد سبق أن استظهرنا عدم دقة النص عند الكلام في التاريخ الثابت في الأوراق العرفية في الجزء الثاني من الوسيط ، فقائنا في هذا الصدد : « فالأصل أن الوارث يحتاج عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن

(١) ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيويميز (استئناف واني أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل انعقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلًا تاماً (استئناف وطني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد حرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد اطمئن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الخاتمة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وانظر في إثبات مرض الموت الوسيط ٤ فقرة ١٨٠ .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٦ - ١٢ فبراير سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٤ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٧ - ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٨ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٥ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٠ .

إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونص التفتين الحديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : ولا يحتج على الورثة بتاريخه إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . وهي عبارة غير صحيحة على إطلاقها . إن أريد بها - كما هو ظاهر العبارة - أن التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح . ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ» (١) .

٨٣ - الشرط الثاني التصرف مقصود به التبرع : ويجب أيضاً

أن يكون التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع . ذلك أنه من المحتمل ، وإن كان هذا نادراً ، أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً . وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع . فان كان الثمن للمحابة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة ، وتسرى عليه أحكام البيع لأحكام الوصية . أما إذا كان في الثمن محابة ، فهذه المحابة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية . وقد نصت المادة ٤٧٧ مدني على أنه : « ١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع ، فان البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها البيع ذاته . ٢ - أما

(١) الرسيذ ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٩ - ص ٢١٠ - وانظر في تفصيل هذه المسألة

نفس المرجع فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢ .

إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكلمة الثلثين .

وعبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع لا يقع على الورثة كما يقع العبء عليهم في إثبات أن التصرف صدر في مرض الموت . وإنما يقع هنا على من صدر له التصرف . ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن هذا التصرف إنما قصد به التبرع . فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ، ويندر أن يكون في تصرفه والموت مائل أمام عينيه قد قصد المعاوضة . على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث . فإذا أثبت ذلك ، وكان في التصرف مع ذلك محاباة له ، فإن هذه المحاباة وحدها هي التي تسرى عليها أحكام الوصية كما سبق القول .

٨٤ - المادة الثانية - التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحبابة

العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته - نص قانوني : تنص المادة ٩٢٧ من نص على ما يأتي .

و إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحبابة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يتم دليل يخالف ذلك (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما ائتمرن عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٨٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٦ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٩ - ص ٣٠١) .

ولامقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن كثيراً من أحكام القضاء كان يقضى بهذا المعنى على أساس القرينة القضائية .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٧٨ (مطابق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢١ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي لا مقابل .

قانون الملكية المقارن اللبناني لا مقابل .

وهنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته ، بل صدر وهو في صحته . ولكن المورث لم يطلق التصرف . بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين : حيازة العين وحقه في الانتفاع بها مدى حياته . فاذا باع المورث مثلاً داراً لأحد ورثته ، واحتفظ بحيازتها للدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته ، اقترب هذا التصرف كثيراً من الوصية . صحيح أن التصرف لم يصدر في مرض الموت ، ولكن احتفاظ المورث بحيازة الدار وبالانتفاع بها طول حياته . بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ، بل ولا يحوزها ، إلا عند موت المورث . كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لافي منزلة المشتري . فالموصى له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ، ولا ينتفع بها ، إلا عند موت المورث (١) .

وقد كان القضاء . في عهد التقنين المدني القديم . يجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية (٢) ، لاسيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة

(١) ومتى تبين أن البيع حقيقته وصية مستترة ، كان مندماً بوصفه بيعاً ، فلا يكون لتسجيله أثر ، ولا يرد عليه التقادم . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان اختم المطعون فيه قد انتهى . إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية ، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية ، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً ، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفى وصية . ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة ١٤٠ من . ولا يقدر في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتناقض مع إمكان إجازة التصرف من الورثة ، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً ، وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفي هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣) - والأدق أن يقال ، في رأينا ، ألا وجود للبيع أصلاً فهو مندوم ، لا أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً . ذلك لأن البيع الذي يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليها جميع أحكام الوصية ، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له .

(٢) ولكن القضاء كان حراً في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، إذ كانت مجرد قرينة قضائية . وقد قضت محكمة النقض بأنه كان من المقرر في ظل القانون الملغى أن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات . فعليه الإثبات كان على من يطعن في التصرف ، ولم يكن احتفاظ البائع بحقه في الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته سوى مجرد قرينة قضائية يتوسل بها الطاعن إلى إثبات دعواه . والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ ، لأنها كسائر القرائن القضائية تخضع نطلقاً لتقديره (نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) .

طول حياة البائع . وصحب ذلك عدم تسجيل عقد البيع (١) .

وقد وضع المشروع التمهيدي لنص المادة ٩١٧ مدني سالفه الذكر في وقت كانت الوصية للوارث فيه محظورة . وكان الناس يتحايلون على هذا الحظر بستر وصاياهم في صورة بيع يحتفظون فيها بحيازة العين ويحتج الانتفاع بها مدى الحياة . وقد تضاربت أحكام القضاء في تكييف التصرف على هذا النحو . هل هو تصرف منجز (بيع أو هبة) أو وصية مستترة (٢) . فحسم المشروع هذا الخلاف بأن قرر أن هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يتم دليل على غير ذلك . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع : « كثيرا ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الإبضاء لوارثه ، إلى وصية يسترها في شكل تصرف آخر . كبيع أو هبة . ويستنظ في هذا التصرف بحيازة العين ويحتج في الانتفاع بها ، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة ،

(١) نقض مدني ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ - أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ - ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - استئناف مصر ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩ ص ١٢ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢٥٠ ص ٣٢٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ . المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٢٧ ص ١٧٢ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩٣ ص ٢٠٩ - استئناف أسبوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٢٤ ص ٦٣٥ - ومع ذلك أنظر نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٥٠ رقم ٣٧ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٤ - ٨ مارس سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٢ - ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ - ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ - استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١٤٣ ص ٢٩١ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٥٥٦ ص ٩١٧ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٤ ص ١٠٩٠ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٤٤١ ص ٨٧٥ .

(٢) أنظر في هذه الأحكام المتضاربة نظرية العقدة للدولت فقرة ٨٢٧ ص ٩٢٩ - ص ٩٣٢ ، وفي الضوابط التي استخلصت من هذه الأحكام نفس المرجع فقرة ٨٢٧ ص ٩٣٣ .

أو من أى طريق آخر . وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً ، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخلت فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ، ما لم يقيم دليل على غير ذلك . وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقاً على الواقع ، وترك الباب مفتوحاً لإثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة . ويلاحظ أنه إذا فتح باب الوصية للوارث قلت المنازعات كثيراً فى هذا الشأن ، ولم تعد الناس فى حاجة للاحتيال وتسمية الوصية الصادرة للوارث باسم آخر « (١) . وقد فتح باب الوصية فعلاً للوارث ، فى الفترة ما بين وضع المشروع التمهيدى والمراحل التشريعية التالية للتقنين المدنى ، إذ أجاز قانون الوصية الصادر فى سنة ١٩٤٦ كما رأينا الوصية للوارث . ومع ذلك بقي نص المشروع التمهيدى على حاله ، واستقر نصاً من نصوص التقنين المدنى (٢) .

وقد عرض هذا النص لتصرف المورث « لأحد ورثته » ، لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له . فإذا تصرف المورث لغير الوارث بأن باع مثلاً له داراً واحتفظ بمجازتها وبحق الانتفا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠١ .

(٢) وقد حاولنا تبرير ذلك فى الجزء الأول من الوسيط إذ قررنا « ويبرر من القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يودى فى الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل فى تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كره أحكام الوصية تضييق عن الإيصال للوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القاء ليصح وصاياها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجز أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية للوارث فيما لا على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث . فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات أسماؤها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة (الوسيط ١ طبعة أولى فقرة ٣٨٨ فى أسفل ص ٥٩٨) .

والمواقع من الأمر أن الوصية المستترة لا يزال لها محل حتى بعد أن جازت الوصية للوارث فالوصية للوارث لا تنفذ بغير إجازة باقى الورثة إلا فى ثلث التركة ويقع أن المورث لا يكون له ابن يرثه . فنبجاً إلى الوصية المستترة حتى يعطى لبنته أولزوجته كل ما ولا يفتع بوصية سافرة لا تنفذ إلا فى ثلث التركة .

بها طول حياته ، ألا يجوز في هذا الفرض أعمال القرينة القانونية التي وردت في النص واعتبار التصرف وصية حتى يتوهم الدليل على العكس ؟ لا شك في أن هناك ظروفاً تدفع المورث إلى الإيضاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة ، كما لو كان ورثته من غير الأقربين وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي يؤثر معها أن يوصى له بكل ماله أو بأكثره ، فيلجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة . ونرى أن الاحتفاظ بحيازة العين وبحق الانتفاع مدى الحياة ، في التصرف لغير الوارث ، إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة مطاوعة لحرفية النص . فلا أقل من اعتباره قرينة قضائية . وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قرينة قضائية ، فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس .

وقد جعل النص من احتفاظ المورث في تصرفه بحيازة العين بأية طريقة كانت وبحقته في الانتفاع بها مدى الحياة قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة (١) . ويحتفظ المورث بحيازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة

(١) وهذا لا يمنع من قيام قرائن قضائية على أن التصرف وصية مستترة فيؤخذ بها ، إذ يجوز للطعن في هذه الحالة إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات بما في ذلك القرائن القضائية ، وليس من الضروري قيام هذه القرينة القانونية . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً في ماله ينحجر به المورث عن التصرف بالوصية ، لوارث آخر . وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر في الوجود ، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث . وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث في كل ما يظن به على تصرفات المورث الماسة بحقته ، وتنطبق عليه كما تنطبق على الأجنبي عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث ، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات . فإذا كان مدار النزاع أن المدعى عليهم في الطعن يظنون على السند الذي تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائي من المورث أخرجه في صيغته نخرج تصرف إقراري بقصد إنشاء وصية للطاعنة مع أنها من ورثته الذين لا يصلح الإيضاء لهم إلا بأجازة سائر الورثة ، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه وصية لم يجزها سائر الورثة ، فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند ، فلا تريب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردتها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذ قضى للمطعون عليه بنصيبها الشرعي في =

بطرق مختلفة . والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه

العقارات موضوع النزاع لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه لما كان للوارث أن يثبت طعنه في العقد الذي قصد به الإضرار بحقه في الإرث بأي طريق من طرق الإثبات المقبولة قانوناً، كان للحكم أن يستخلص عدم جدية الثمن الوارد في العقد من القرائن القائمة في الدعوى ، ولو أدى ذلك إلى إهداره إقرار التصرف في العقد بأنه قبض الثمن بطريق المقاصة وفاء لدين قال إنه في ذمته لمورث المستترين (نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٧) . وانظر أيضاً في نفس المعنى نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٤ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٣٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٣ رقم ٢٩ - ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠١ رقم ٢١ - ١١ مايو سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٥١ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٠٠٢ رقم ٢٣ - ٢١ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ص ٨٢٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ - ٨٤ - ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ رقم ١٢٧ ص ٩٨١ - ٩ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ص ١٥ رقم ١٠ ص ٤٣ .

وانظر في تصرفات كيفت بأنها وصايا مسترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك : نقض مدني ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٩ (حصلت المحكمة فهم الواقع في الدعوى من دليل مقبول ينتج عقلاً وذكرت القرائن التي استدلت بها على أن البيع حقيقته وصية مسترة) - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٦ (القرائن هي عدم تسجيل العقد ، وعدم دفع الثمن ، وبقاء المقدم في حوزة المتصرف حتى وفاته) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١٠ (المقار لم يخرج من حيازة المتصرف طول حياته ، ولم يدفع ثمن عن التصرف ، والمقدم لم يسجل) - ١١ مارس سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ١١ (ورقة ضد بنفس تاريخ السند تضمنت تعهد المشتري بعدم المساس بملكية الأطيان طول حياة والديه البائمين له ، ثم بعد وفاتها يكون لأخواته نصيب معين في الأطيان - عدم دفع شيء من الثمن - سبب البيع هو استكمال الابن النصاب القانوني للمودية) - أول ابريل سنة ١٩٤٣ (نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٥) (قصد المتصرف أن يختص بعض أولاده . ون غيرهم بكل ما يترك من عقار ومنقول - لم يسجل سند التصرف واحتفظ به المتصرف طول حياته - التصرف بغير عوض - سند مائل لسند التصرف محرر في نفس اليوم ولكن لم يبين فيه الثمن) - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٨ (بقاء المقدم في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة - عدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من خمس سنوات - بقاء المورث متمتعاً بكل مظاهر الملكية : التأجير باسمه وبوصفه مالاً كدفع الديون المقاربة - فقر المتصرف له) - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ١٩ (المتصرف له لم يدفع ثمناً - المقدم وجد في خزانة المتصرف بعد وفاته - قبض -

حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة : مع منع المشتري من التصرف

أرباح السنوات التي استحققت بعد صدور العقد) - أول يونية سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢١ (باعت الزوجة لزوجها أرضاً ولكنها تصرفت بعد موته في حصة أكبر مما ترثه من الزوج ، ثم تصرفت في حصة أخرى مما دل على أنها لم تعتد بالبيع الذي صدر منها لزوجها) - ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٣ (زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه - لم تسجل العقود - استمرت الزوجة واضعة يدها ظاهرة بمظهر المالك - عدم دفع ثمن) - ٦ مارس سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٧ رقم ٢٥ (صدر العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إيتراً له على بناته - احتفاظ الأب بحق الانتفاع طول حياته - نفس الثمن) - ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٦ رقم ٢٢ (عدم دفع ثمن البيع - منع المشتريين من التصرف طول حياة البائع وعدم إلزامهما بدفع الأموال) - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٥ رقم ١٥ (المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يفسد ثمنها ، وظل واضعاً يده حتى الوفاة ، واحتفظ بعقد البيع دون تسجيل) - هذا ولا يمكن مجرد الطعن في التصرف لإهدار حججته ، بل يجب على الطاعن أن يقيم الدليل بأى طريق من طرق الإثبات على أن التصرف حقيقته وصية : أنظر نقض مدني ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٩٣ ص ١٢٣٥).

وانظر في تصرفات لم تكيف بأنها وصايا مستترة لعدم قيام فرائض قضائية كافية تثبت ذلك : نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء ٢ ص ١٢٠٨ رقم ٣٥ (حررت والدة لابنها سنداً بدين يستحق الوفاة وقت الطلب وسلته إياه ، ووجد السند بمنزل الابن عند حصر تركته) - أول فبراير سنة ١٩٤٥ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٨ رقم ٢٧ (بييع منجز ووضع المشتري يده على المبيع ونص في العقد على أن له حق التصرف فيه - التزام البائع بالضمان - سجل العقد قبل وفاة البائع) - ١١ مارس سنة ١٩٤٨ نفس المجموعة جزء ٢ ص ١٢٠٤ رقم ٨ (حرر المورث السند قبل الوفاة بنحو عشر سنوات ، وسلمه للصادر لها ، ونص فيه على سريان الفوائد) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٣٣ (بيع منجز من والد لأولاده ، واشترط فيما بعد وجوب موافقة البائع على تصرف الأولاد في البيع وذلك على أثر رفع الأولاد على أبيهم دعوى بصحة اتفاقه ، وكان ذلك تفادياً للاستمرار في التقاضي) - ٤ أبريل سنة ١٩٥٣ نفس المجموعة جزء أول ص ٣٤٩ رقم ٢٩ (تسلم المشتري العقد الابتدائي وشرع في التسجيل) - ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ (أبيح لوارث الإثبات بجميع الطرق فم يستطع تقديم الدليل على أن التصرف وصية) - ١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ (عجز المدعى عن ثبوت تجيز التصرف فاعتبر بيعاً أروبة مستورة) - ٢٤ يونية سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم ١٢٨ ص ٨٠٨ (لا يمكن إثبات أن المشتري ابن البائع وكان يقوم بمعاونة والده في زراعة الأرض حتى وفاته وأن عقد البيع لم يسجل).

في الرقبة . وبذلك يبقى حائزاً للعين باعتباره متفعلاً لا مالكا ، ويبقى حائزاً لها مدى حياته . دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة (١) . ويصح ، للاحتفاظ بنجاسة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة ، أن يلبأ إلى طريقة أخرى وإن كانت غير مألوفة . وذلك بأن يستأجر العين مدة حياته من المشتري ، بأجرة يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئاً (٢) . وقد علمنا عند الكلام في عقد الإيجار أن الإيجار لمدة حياة المستأجر جائز (٣) ، وأن الإيجار صحيح حتى لو نزل المؤجر عن الأجرة بعد أن ثبتت له في ذمة المستأجر (٤) ، جر فأولى أن يكون صحيحاً لو أعطى المؤجر للمستأجر مخالصة بالأجرة المستحقة عن مدة الإيجار بأكملها . ويتمكن المورث بهذه الطريقة من أن يستبقى حيازة العين في يده وأن ينتفع بالعين مدى حياته . وذلك بموجب عقد الإيجار . أما مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني فلا يكفي لقيام القرينة القانونية ، إذ لا يكون زمام الانتفاع بالعين في هذه الحالة في يد المتصرف ، بل يكون موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه ، فيستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد (٥) .

(١) ويبدو أن احتفاظ المورث بحق الانتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية ، فهو يتضمن اشتراط الانتفاع بالعين مدى الحياة واستبقاء الحيازة في يده بصفته متفعلاً . وقد يضيف إلى ذلك عدم تسجيله للبيع وتصرفه في العين تصرف الملاك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة ودعمها .

(٢) وعليه و هذه الحالة أن يسجل عقد الإيجار لاحتمال أن تزيد مدته على تسع سنوات ، وكذلك المخالصة بالأجرة لاحتمال أن تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، وذلك حتى يكون كل من عقد الإيجار والمخالصة نافذاً في حق الغير .

(٣) الوسيط ٦ فقرة ١١٦ ص ١٤٥ .

(٤) الوسيط ٦ فقرة ١٢٨ ص ١٦٥ هامش ٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة ٩١٧ مدني هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريد منه . ويكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف في العين ، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر مماثل . ومن ثم لا يكفي لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف ، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقرراً =

والاحتفاظ بمجازة العين وبالانتفاع بها مدى الحياة^(١) ، وإن قام
قربة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ، ليس بالقربة الطاعة .
بل يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحض هذه القربة بإثبات العكس^(٢) ،
ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة . فيصح أن يثبت المشتري من

لذا الغير . كما لا يكون أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته ، دون أن يكون
مستنداً في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله حقاً في الانتفاع . ومفاد ما تنص عليه المادة
٩١٧ مدني هو أن القربة التي تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين ، أولهما هو احتفاظ
المتصرف بمجازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها ، على أن يكون
الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائفة إلى أن
حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ،
ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه ، فإن الحكم يكون قد نفي احتفاظ المورث
بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته ، مما تنتج به القربة القانونية الواردة في
المادة ٩١٧ مدني (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤
ص ٥٧٩) . وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ يونيو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض ١٦ رقم
١٢٨ ص ٨٠٨ .

وإذا كان مجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكتفي لقيام القربة القانونية ،
فانه يجوز للمحكمة مع ذلك أن تستخلص من قربة قضائية لا قربة قانونية (إسماعيل غانم
ص ٣٢ و ص ٣٣ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٨ ص ٨١٤) .

(١) ويقع عبء إثبات ذلك على الوارث أو الدائن ، فعليه أن يثبت أن المورث قد احتفظ
بمجازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة ، فتقوم القربة . ويصح أن يظن المورث نفسه
في التصرف الصادر منه على أساس أنه وصية وقد رجح فيها ، فيقع عليه هو أيضاً عبء إثبات
قيام القربة القانونية . ولما كانت هذه القربة القانونية قد استحدثها التقنين المدني الجديد ،
فإنها لا تكون ذات أثر رجعي ، ولا تسري على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥
أكتوبر سنة ١٩٤٩ (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٩) . وقد قضت محكمة النقض في هذا
المعنى بأن القاعدة الواردة بالمادة ٩١٧ مدني مستحدثة ولم يكن لها نظير في التقنين المدني ،
والقربة التي استحدثتها هذه المادة ، لا تصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، لا يجوز إعمالها
بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم (نقض مدني
١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣) . ولكن يجوز لتقاضى
أن يتخذ منها ، في هذه التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالتقنين المدني الجديد ، مجرد قربة
قضائية .

(٢) نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ -

١٤ مايو سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ .

المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزة مستترة في صورة البيع ، وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت . وذلك بأن يثبت مثلاً أن البيع قد سجل وقد نقل له التكليف ، وأن البائع قد نزل عن شرط المنع من التصرف ، وأن احتفاظ البائع بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد باشر البائع الحيازة نيابة عنه باعتباره ولياً ، وأن احتفاظ البائع بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

فإذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية باثبات عكسها على النحو سالف الذكر ، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسرى عليه أحكام الوصية ، بل يعتبر بيعاً منجزاً أو هبة منجزة وتسرى عليه أحكام البيع أو الهبة (١) . وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة باثبات العكس ، وهذا هو الغالب في العمل ، بقيت القرينة قائمة ، واعتبر التصرف وصية مستترة تسرى عليها أحكام الوصية (٢) . ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها ، ولا تسرى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن استظهرت أقوال الشهود إثباتاً ونفياً ، واستعرضت شروط التعاقد ، قدرت بسلطتها الموضوعية أن المقدم جدي لا صورية فيه ، ورأت أن الادعاء بذلك لا تسبح به ظروف التعاقد ولا مركز الطرفين ، ثم استطردت إلى دفاع الطاعنين المتضمن عدم مقدرة الابن على الشراء وأن المقدم غير منجز بسبب عدم وضع يد المشتري وأنه وصية عملاً بالمادة ٩١٧ مدني ، فردت عليه واعتبرت للأسباب السائفة التي أوردتها أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تملك الابن الأطلين موضوع التصرف في الحال ، وإن تراخي تسليمها إلى ما بعد الوفاء بالثمن ، فإن النمي على حكمها المطعون فيه بالقصور وبمخالفة القانون يكون على غير أساس (نقض مدني ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام للنقض ١١ ص ٤٣٢) .

(٢) وحق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وبأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث ، سواء لأن التصرف قد صدر في مرض الموت أولقيام قرائن قانونية أو قضائية على أنه وصية مستترة ، حق خاص مصدره القانون ، وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة عليه ، إذ بعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث (نقض مدني ٢١٢ يونيو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام للنقض ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤) . وانظر أيضاً نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام للنقض ١٥ رقم ٨٤ ص ٥٢٥ .

في حق دائني التركة أصلاً بل يقدم - حتى الدائن على حق الموصى له . ويجوز للموصى في حال حياته أن يعدل عن الوصية ، فتسقط بالعدول عنها ، وكذلك تسقط إذا مات الموصى له قبل موت الموصى (١) .

المبحث الثالث

شهر الوصية

٨٥ - مشروع الوصية للشهر منقذاتونه تنظيم الشهر العقارى :
 قدمنا (٢) أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ لم يجعل الوصية بالعقار خاضعة للتسجيل ، إذ أن التصرفات التي تُنضمها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . وقد كان عدم إخضاع الوصية وحق الإرث للشهر نقصاً واضحاً في قانون التسجيل ، إذ أن ذلك كان يقطع حلقات تسلسل الملكية العقارية كما سبق القول (٣) .

وقد تلافى هذا النقص قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعمول به منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ ولا يزال معمول به حتى اليوم ، إذ أخضع كلا من الوصية بالعقار وحق الإرث للشهر .

فالوصية إذن ، كحق الإرث ، لا تخضع للشهر إلا بموجب قانون تنظيم الشهر العقارى ، أى منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ . وعلى ذلك فالوصية الصادرة من شخص توفي قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ لا تخضع للشهر .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن التصرف المقصود في المادة ٩١٧ مدني هو ما يرد على ملكية العين أو على حق عيني فيها . أما الإقرار المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالنفاذ الرقفي الأهمى ، وهي تقضى بأن يعتبر إقرار الواقف بإشهاد رسمي بتلق العوض أوبشيو الحق فيه حجة على ذوي الشأن جميعاً متى صدر في خلال الثلاثين يوماً التالية للفعل بالقانون ، فانما ينصب على تلق العوض . ومن ثم لا يعتبر هذا الإقرار تصرفاً في معنى المادة ٩١٧ مدني ولا يخضع لحكمها (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٤٠ ص ٢٧٠) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وتسمى على هذه الوصية ، من حيث عدم خضوعها للشهر ، أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ ، فتنقل بها ملكية العقار الموصى به من الموصى إلى الموصى له وقت وفاة الموصى دون حاجة إلى التسجيل .

٨٦ - كيف يتم شهر الوصية طبقا لقانون تنظيم الشهر العقارى :

تنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى على ما يأتى : « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . ونرى من ذلك أن قانون تنظيم الشهر العقارى قد نص صراحة على وجوب شهر الوصية بعقار ، باعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصى إلى الموصى له . وقد ذكر الوصية بالذات من بين التصرفات التى يجب شهرها ، حتى يزيل كل لبس فى هذه المسألة . فقد قدمنا أن قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٣ لم يكن يخضع الوصية للشهر ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فى حين أن التصرفات التى تخضع للتسجيل طبقا لهذا القانون هى التصرفات فيما بين الأحياء . فأطلق قانون تنظيم الشهر العقارى لفظ « التصرفات » ولم يقيد بها بأنها التصرفات فيما بين الأحياء ، ثم عاد فذكر الوصية بالذات كما قدمنا إمعانا منه فى التأكيد بأن الوصية تخضع للشهر .

وتشهر الوصية بطريق التسجيل ، كما هو صريح النص . وتشهر بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له إياها ، إذ فى ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائى من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له . أما شهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصى فسيعرض عملية التسجيل للنقض إذا رجع الموصى عن الوصية ، إذ يجب عند ذاك التأشير على هامش التسجيل برجوع الموصى . كذلك يكون الأمر إذا شهرت الوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له إياها ، فقد يردها الموصى له وعند ذلك يجب التأشير على

هامش التسجيل بالرد . ومع ذلك يجوز للموصي أن يسجل الوصية باختياره بعد صدورها وقبل وفاته حتى يؤكد وجودها ويعلمه ، فإذا لم يرش على هامش التسجيل برجوع الموصي عنها أو يرد الموصي له إياها ، بقي التسجيل نافذ المفعول وانتقلت الملكية إلى الموصي له عند وفاة الموصي (١) .

والذي يقوم بتسجيل الوصية هو الموصي له بعد وفاة الموصي ، وقد يقوم بتسجيلها الموصي في حياته كما قدمنا

والمحرر الذي يسجل هو السند المثبت للوصية . أى الورقة الرسمية التي حررت لإثبات الوصية ، أو الورقة العرفية المصدق فيها على إمضاء الموصي ، أو الورقة العرفية المكتوبة كلها بخط الموصي والموقع عليها بامضائه . وقد يقوم نزاع في شأن الوصية ، فيستصدر الموصي له حكماً نهائياً بصحتها ، ويقوم بتسجيل هذا الحكم .

ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية ، هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصي به وقت التسجيل . ويتم التسجيل في مكتب الشهر الذي يوجد العقار الموصي به في دائرته .

وجزاء عدم تسجيل الوصية هو ، كما تقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري سالفة الذكر ، أن ملكية العقار الموصي به لا تنتقل لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهي لا تنتقل بين ذوى الشأن ، فتبقى في التركة عند الورثة ، ولا تنتقل إلى الموصي له (٢) . وهي لا تنتقل بالنسبة إلى الغير ، فلو أن الورثة رتبوا على العقار الموصي به حقا عينيا وسجل هذا الحق قبل تسجيل الوصية ، لم يجز الاحتجاج بالوصية على من ترتب له الحق العيني وقام بتسجيله . وقد قدمنا عند الكلام في شهر حق الإرث أن الموصي له إذا أشر بالوصية على هامش تسجيل حق الإرث في خلال السنة التالية لهذا التسجيل ، كان له أن يسجل الوصية في خلال هذه السنة .

(١) قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٠١ ص ٦٥٠ - وسرى أنه إذا توفي الموصي تقدم الموصي له بالمستندات المثبتة لوفاته ولقبوله هو للوصية ، فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك و هامش تسجيل الوصية (أنظر مايل فقرة ٨٧) .

(٢) ويرتب على ذلك أن الموصي له لا يستطيع التصرف في العقار الموصي به قبل تسجيل الوصية .

فاذا قام بالتسجيل في خلال هذه المدة ، كان له أن يحتج بالوصية على من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به : ولو سجل هذا الأخير حقه العيني قبل تسجيل الوصية (١) . أما إذا سجل الموصى له الوصية بعد انقضاء هذه المدة ، فالعبرة بتاريخ التسجيل ، ولا يحتج الموصى له بالوصية إلا إذا كان تسجيله سابقا على تسجيل من ترتب له حق عيني على العقار الموصى به (٢) .

وتقول المادة ٩ من قانون الشهر العقاري سالفه الذكر أيضا إن الوصية غير المسجلة لا يكون لها من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصي على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة إذ هم الذين يمثلون التركة . ويسجل صحيفة الدعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى .

٨٧ - إجراءات شهر الوصية طبقا لقانونه تنظيم الشهر العقاري :

نستعرض هنا أربع صور ، يختلف بعضها عن بعض في إجراءات الشهر . ففي الصورة الأولى تكون الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية مصدق فيها على إمضاء أو ختم الموصى ، ويقوم بتسجيلها الموصى له بعد وفاة الموصى وبعد أن يكون الموصى له قد قبلها . وفي الصورة الثانية تكون الوصية في وضع الصورة الأولى ، ولكنها تكون محررة في ورقة عرفية مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه . وفي الصورة الثالثة يقوم الموصى نفسه في حالة حياته بتسجيل الوصية ، سواء كانت الوصية موثقة في ورقة رسمية أو محررة في ورقة عرفية . أما الصورة الرابعة ، فهي صورة الوصية الواجبة التي سبق بيانها (٣) .

(١) إسماعيل غانم ص ١٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٩٤ ص ٧٤٠ وفقرة ٥٣٣ ص ٧٩٧ - ص ٧٩٨ - حسن كيرة ص ٤٢ .

(٢) قارن محمد كامل مرسى ٦ فقرة ٥٧ ص ٧٩ - ص ٨٠ - محمد على عرفة في مقال له في الجديد في نظام الشهر العقاري مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٨ ص ٥٦٧ - ص ٥٦٨ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

١ - فى الصورة الأولى حيث يقدم الموصى له بعد وفاة الموصى بتسجيل الوصية الموثقة فى ورقة رسمية أو محررة فى ورقة عرفية مصلق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه ، وهذه هى الصورة الغالبة ، يقدم الموصى له إلى مكتب الشهر المختص ، وهو المكتب الكائن فى دائرته العقار الموصى به ، الورقة الرسمية أو الورقة العرفية محررة على الورق الأزرق . ويرفق بالوصية المستند المثبت لوفاة الموصى وإلخصار إرثه فى ورثته ، وكذلك إقرارا بقبوله هو للوصية . ربعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل الوصية وتصويرها وإخطار الجهات المختصة ، ويرسل صورة من الوصية للمحافظة الكائن فى دائرتها العقار الموصى به لنقل التكليف الخاص بهذا العقار من اسم الموصى لاسم الموصى له .

٢ - وفى الصورة الثانية ، التى هى كالصورة الأولى ولكن الوصية فيها محررة فى ورقة عرفية بيضاء مكتوبة كلها بخط الموصى وعليها إمضاءه ، قد يستطيع الموصى له . أن يتفق مع ورثة الموصى على تحرير ورقة يوقعون عليها جميعا بقبول الموصى له للوصية وإقرارها من ورثة الموصى . وفى هذه الحالة تحرر قائمة جرد لشهر حق الإرث على الورق الأزرق ، وتتضمن القائمة بيانا خاصا بالوصية وبيانا آخر خاصا بحق الإرث . ويقدم الموصى له لمكتب الشهر الكائن فى دائرته العقار الموصى به الوصية مرفقا بها قائمة الجرد والورقة الموقع عليها منه بقبول الوصية ومن الورثة بإقرارها . وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات ، ثم التوقيع على قائمة الجرد من الموصى له والورثة بمكتب الشهر المختص ، يتم تسجيل الوصية مع تسجيل حق الإرث مرة واحدة . ثم يصور سند الوصية وسند الإرث وقائمة الجرد ، وتخطر الجهات المختصة ، وكذلك تخطر المحافظة المختصة لنقل التكليف من اسم المورث لاسم الموصى له بالقدر الموصى به ، ولإسم الورثة بالقدر الباقى بعد الوصية .

وإذا لم يستطع الموصى له الاتفاق مع الورثة . فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة فى مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها . ويسجل

عريضة الدعوى ، كما يوشر بمضمونها على هامش تسجيل حق الإرث .
وعليه ، عند صدور الحكم بصحة الوصية ونفاذها ، أن يوشر به على هامش
تسجيل عريضة الدعوى . وبذلك يتم تسجيل الوصية ، وتنتقل ملكية العقار
الموصى به إلى الموصى بهذا التسجيل ، ولكن من يوم وفاة الموصى لا من
يوم التسجيل .

٣ - وفي الصورة الثالثة حيث يقوم الموصى نفسه في حالة حياته
بتسجيل الوصية ، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرتة العقار الموصى
به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه . وبعد استيفاء
مراحل الشهر التمهيديّة من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر
الوصية ، يقوم مكتب الشهر بتسجيل هذا المحرر . ولكنه يتمتع عن التأشير
عليه بخاتم ناقل للتكليف ، لأن الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة
الموصى . فاذا ما توفي الموصى ، تقدم الموصى له بالمستندات المثبتة لوفاة
ولقبوله هو للوصية . فيقوم مكتب الشهر بالتأشير بذلك في هامش تسجيل
الوصية وباخطار الجهات المختصة ، وكذلك باخطار المحافظة المختصّة لتقوم
بنقل التكليف لاسم الموصى له (١) .

٤ - وفي الصورة الرابعة وهي صورة الوصية الواجبة ، إذا وجد
أصحاب وصية واجبة وقد سبق بيان من هم (٢) ، يبدأ بتحديد نصيبهم
في قائمة الجرد الخاصة بشهر حق الإرث ، وما يتبقى يكون تركة لباقي
الورثة يوزع بينهم بحسب أنصبتهم في الميراث ويبين ذلك في قائمة الجرد .

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : وكان الأصل أن يحصل الموثق عند توثيق الوصية
أو التصديق على التوقيع عليها رسوم انتقال كاملة . . ، شأنها في ذلك شأن باقي المحررات
الخاضعة للشهر . ولكن رأى المكتب الرئيسي ، نظراً لإمكان عدول الموصى عن وصيته حال
حياته ، أن يكتفى بتحصيل رسم التصديق أو رسم التوثيق . . فاذا تمت الوصية بوفاة الموصى
وقبول الموصى له صراحة أو ضمناً ، كلف بأداء رسوم انتقال الملكية . . ومع ذلك فلا مانع
من تحصيل جميع رسوم الشهر إذا ما رغب الموصى في ذلك ، إذ قد يكون غرضه أداء الرسم مقدماً
نيابة عن الموصى له ، توفيراً لما قد يكلفه هذا من أعباء مالية (محمود شوق في الشهر العقاري
جلداً وعلا ص ٢٨١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٧٩ .

ويقدم الإعلام الشرعي المثبت لوفاء المورث وانحصار إرثه في ورثته أو ما يقوم مقام هذا الإعلام لمكتب الشهر المختص . ومعه قائمة الجرد . وذلك بعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدي من طلبات ومشروعات . فيقوم المكتب بتسجيل شهادة الإرث وقائمة الجرد وتصويرهما . وإرسال الصور للجهات المختصة : ومنها المحافظة المختصة لتقوم بنقل التكليف لاسم أصحاب الوصية الواجبة وورثة المورث (١) . ولا يستحق على شهر الوصية الواجبة أو الحكم المثبت لها أى رسم نسبي على انتقال الملكية ، إذ أن أصحاب الوصية الواجبة ملحقون بالورثة ، فلا يدفعون إلا رسم التصوير ورسم الحفظ (٢) .

٨٨ - شهر الوصية في قانون السجل العيني : وقد قدمنا أن قانون

السجل العيني رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ لا يطبق إلا في الأقسام المساحية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل . وأنه إلى اليوم لم يصدر قرار بتعيين أى قسم مساحى يسرى عليه هذا النظام . ولذلك فإن قانون تنظيم الشهر العقارى لا يزال هو القانون المعمول به في جميع أنحاء البلاد (٣) .

ونورد هنا النص الخاص بشهر الوصية في قانون السجل العيني ، وهو مماثل لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى التي أسلفنا ذكرها (٤) ، فنص المادة ٢٦ من قانون السجل العيني على ما يأتي : « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب قيدها

(١) ويقول الدكتور محمود شوق : « وإذا كان الإعلام الشرعي خلوا من ذكر أصحاب الوصية الواجبة ، وجب عليهم استصدار حكم شرعي باستحقاقهم . وهذا الحكم يخضع لشهر بطريق التسجيل والتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل حق الإرث ، الذي يجب أن يبادر إلى تسجيله أصحاب الحق في الوصية الواجبة محافظة على حقوقهم ، والتأشير على هامش بصحيفة الدعوى المقامة ثابتات أحقيتهم لتصيبهم في التركة » (محمود شوق في الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٣) .

(٢) أنظر في إجراءات شهر الوصية طبقاً لقانون الشهر العقارى محمود شوق في الشهر العقارى علماً وعلاص ٢٨٠ - ص ٢٨٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٧١ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٨٦ .

في السجل العيني . ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » . وقد نص قانون السجل العيني . كما نص قانون تنظيم الشهر العقارى . صراحة على وجوب شهر الوصية .

ويتم قيد الوصية في قانون السجل العيني بطريقة مماثلة للطريقة التي يتم بها تسجيلها في قانون الشهر العقارى . من حيث الوقت الذى يتم فيه القيد . وتعيين من يقوم بالقيد . والمحرز الذى يقيد . وجزاء عدم القيد ، وقد بسطنا ذلك فيما تقدم ١١٥ .

وأهم فرق بين القانونين هو أن التسجيل في قانون الشهر العقارى ليست له حجية مطلقة . أما القيد في السجل العيني فله هذه الحجية ، وقد نصت المادة ٣٧ من قانون السجل العيني على أن « يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه . ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل » .

الباب الثالث

كسب الملكية

فيما بين الأحياء

الفصل الأول

الاتصاق

٨٩ - مفومات الاتصاق وشكيفة القانونى : الاتصاق هو اندماج

أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر . ومملوكين لمالكين مختلفين . دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج .

ويجب فى الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين . دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما . فالكثر المدفون فى الأرض لا يعتبر ملتصقا بها . إذ يمكن فصله عن الأرض دون تلف يالحق بأى منها . وإذا كان صاحب الأرض يملك الكثر فى القانون المصرى . فانه لا يتملكه بسبب الاتصاق ولكن بحكم القانون (١) .

ويجب أن يكون الشيطان متميزين أحدهما عن الآخر . فالإصلاحات أو التحسينات التى يجريها الحائز فى ملك غيره لا تعتبر شيئا متميزا عن الشيء الذى يجرى فيه الإصلاح أو التحسين . ومن ثم لا تسرى عليها أحكام الاتصاق . بل تسرى عليها أحكام المصروفات (م ٩٨٠ مدنى) (٢) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١١ - عيد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢ ص ٤١ .

(٢) بلابول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٢ - عيد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢ ص ٤١ - ونقضى المادة ٩٨٠ مدنى فى المصروفات الضرورية بأن يرد لها المالك كلها للعائز . وفى المصروفات الكالية بأن يكون للمالك الخيار بين المطالبة بتزعمها أو دفع قيمتها مستحقة الإزالة . أما فى المصروفات النافعة ، فتحيل المادة ٩٨٠ مدنى على أحكام الاتصاق ، وتميز بين الحائز حسن النية والحائز من النية طبقاً لهذا الاحكام

كذلك الثمار التي تتولد من الشيء . سواء كانت ثمارا طبيعية أو مستحدثة أو مدنية . ليست متميزة عن الشيء -متقلة عنه بل هي متوادة منه ، ولذلك لا تسرى عليها أحكام الالتصاق . بل تسرى عليها أحكام الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩ مدني) . وكالثمار المنتجات . إذ منتجات الشيء جزء منه . وليست شيئا مستقلا عنه .

ويجب أن يكون الشيطان مملوكين للمالكين مختلفين . فلو أقام شخص بماله بناء في أرضه لم يملك البناء بالالتصاق ، وإنما يملكه من الأصل إذ أقامه بماله . وإذا وجد في أحوال الالتصاق ، كما سنرى ، حالة يبدو فيها لأول وهلة أن أحد الشيطانين غير مملوك لأحد . وهي حالة الأرض التي تتكون من طمي النهر إذ قد يقال إن الطمي لا يملكه أحد . فالصحيح أن الطمي قبل أن يملكه المالك المجاور بالالتصاق كان ملكا عاما فهو ملك الدولة (١) . وقد تحول إلى ملك خاص وتملكه المالك المجاور بالالتصاق . ولو كان الطمي غير مملوك لأحد ، لوجب القول بأن المالك المجاور يملكه بالاستيلاء لا بالالتصاق .

ويجب أخيرا ألا يكون هناك اتفاق بين المالكين السابقين سابق على الاندماج ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها . وأدمج فيها مادة من عنده فأصبحنا شيئا واحدا . ملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقابلة لا بالالتصاق ، لسبق وجود اتفاق بين المالكين .

والالتصاق ، على هذا النحو ، هو واقعة مادية تكون سببا لكسب الملكية . فاندماج أحد الشيطانين في الشيء الآخر ، وهذه هي الواقعة المادية . تكسب ملكية أحد الشيطانين للمالك الشيء الآخر . ذلك أن الشيطانين بهذا الاندماج قد أصبحا شيئا واحدا . إذ يتعذر الفصل فيما بينهما دون تلف كما سبق القول . ولما لم يكن هناك اتفاق سابق بين المالكين على من منهما يملك هذا الشيء بعد الاندماج . فقد كان يمكن القول إن الشيء يكون

(١) وقد قدمت في الجزء الثامن من الوسيط أن الأملاك العامة يثبت فيها للدولة حق ملكية

مملوكا لهما على الشيوع ، كل بنسبة قيمة الشيء الذي كان يملكه مفرزا . ولكن هذا الحل غير مناسب من الناحية الاقتصادية في أكثر الأحوال ، ولذلك تدخل القانون فأسند ملكية الشيء كاملا بعد الاندماج إلى أحد المالكين ، إلا في حالات استثنائية أوجب فيها الفصل فيما بين الشئيين ولو أدى هذا الفصل إلى إتلاف أحدهما . واختار من المالكين مالك الشيء الأصلي فجعله مالكا للشيء التابع الذي اندمج في الشيء الأصلي ، على أن يعرض مالك الشيء التابع عن فقد ملكيته . وهذا هو الحل المعقول ، فمالك الأصل هو الذي يملك التابع (١) . بقي أن نعرف كيف ميز القانون بين الشيء الأصلي والشيء التابع . لم نقم هناك صعوبة في أهم صور الالتصاق وهي صور الالتصاق بالعقار . فهذه الصور كما سنرى ، يلتصق فيها منقول (٢) بالأرض . فاعتبرت الأرض هي الشيء الأصلي في جميع هذه الصور ، حتى لو كانت أقل قيمة من المنقول الذي التصق بها ، كما لو أقيم بناء ضخم على أرض قيمتها أقل بكثير من قيمة البناء . أما في صور الالتصاق

(١) وإذا كان الشيء الأصلي محلا يمتد حق الانتفاع أو يمتد حق ارتفاق أو كان له حق ارتفاق ، فإنه عندما يندمج فيه التابع يمتد إلى التابع حق الانتفاع أو حق الارتفاق سلباً كان أو إيجابياً ، لأن الأصل والتابع يصبحان شيئاً واحداً (شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٤ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤)

(٢) والمألوف أن يقسم الالتصاق بالعقار إلى حالتين : حالة التصاق عقار بعقار في التصاق الطمي بالأرض المجاورة . وحالة التصاق منقول بعقار في التصاق المنشآت بالأرض . فتكون هناك أحوال ثلاث للالتصاق : التصاق عقار بعقار ، والتصاق منقول بعقار . والتصاق منقول بمنقول (أنظر في هذا المعنى محمد علي عرفة ٢ فقرة ٢٧ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ ص ٢٣٣ - عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١) .

والصحيح أن حالة التصاق الطمي بالأرض المجاورة لا تمدد أن تكون حالة التصاق منقول بعقار ، فالطمي قبل أن يلتصق بالأرض المجاورة وهو في حالة تراكبه قد تحول من عقار إلى منقول ، ثم التصق بالأرض فأصبح عقاراً بطبيعته ، شأنه في ذلك شأن مواد البناء كانت منقولا ولما شيد بها البناء على الأرض أصبحت عقاراً (أنظر في هذا المعنى عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٩ ص ٢٩١ - محمد كامل مرسي ٣ فقرة ٤٠ - إسماعيل غانم ص ٥٢ - منصور مصطفى منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨١ هامش ١ - حسن كبيرة ص ٥٨) . فلا يكون هناك إذن إلا حالتان للالتصاق : (١) التصاق منقول بعقار ، وهذا الالتصاق إما أن يكون التصاقاً طبيعياً بفعل المياه وهو التصاق الطمي بالأرض ، أو التصاقاً متناعياً بفعل الإنسان وهو التصاق المنشآت بالأرض . (٢) التصاق منقول بمنقول . وعن ذلك يكون الشيء الذي التصق بغيره ، وأصبح مملوكاً بسبب الالتصاق منقولا على الدوام .

بالمنفوق وهي صور نادرة . فقد ترك القانون الأمر فيها للمحكمة «مسترشدة بقواعد العدالة . ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث . وحالة الطرفين . وحسن نية كل منهما » (م ٩٣١ مدني) . فاذا استطاع القاضى أن يميز الشيء الأصلي من الشيء التابع . ولم تحل قواعد العدالة أو الظروف المحيطة بالمالكين ، وبخاصة ظرف سوء النية . دون أن يجعل مالك الشيء الأصلي هو المالك للشيء التابع ، فعل ذلك . وقد يجعل ، عند عدم استطاعة التمييز بين الأصل والتبع . الشيء مملوكا على الشيوع للمالكين معا .

فالقاعدة إذن أن مالك الشيء الأصلي هو الذى يملك الشيء التابع ، ويملكه بسبب واقعة مادية هي واقعة الالتصاق . ولا يجوز الخلط ، كما قدمنا ، بين تملك المالك للثمار المتولدة من الشيء وتملكه للشيء التابع بسبب الالتصاق . فلكية الثمار ليست ملكية جديدة . بل هي ملكية متفرعة عن ملكية الشيء الذى تولدت منه الثمار . فيمتد حق الملكية من الشيء إلى ثماره . أما الملكية بسبب الالتصاق فلكية جديدة مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي . كسبت بموجب سبب مستقل قائم بذاته هو الالتصاق . فالمالك بالالتصاق قد كسب . بسبب جديد ، ملكية جديدة . أما مالك الثمار فلم يملكها بسبب جديد بل ملكها بموجب ملكيته الأصلية ، وهذه الملكية الأصلية ذاتها هي التى جعلته مالكا للثمار ، إذ امتدت من الشيء إلى الثمار التى تولدت منه (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى أوبرى درو ٢ فقرة ١٩٢ ص ٢٦٠ هامش ١ وفقرة ٢٠٢ ص ٣٤٨ هامش ١ - جوران ١ فقرة ١٦٥٠ - مازو فقرة ١٥٨٩ - بلانيول وزيبير ويكار ٣ فقرة ٢٤٩ وفقرة ٢٥٦ ص ٢٥٦ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٣٩ ص ٤٩ هامش ١ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٢٥ ص ٤٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٠ ص ٣٦٤ - منصور مصطفي منصور فقرة ١١٣ ص ٢٨٢ - حسن كبيرة ص ٥٧ - ص ٥٨ - وانظر عكس ذلك وأن الالتصاق ليس سبباً لكسب ملكية جديدة . وإنما هو واقعة تؤدي إلى إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي ، فيمتد حق الملكية من الشيء الأصلي إلى الشيء التابع كما يمتد إلى الملحقات من ثمار وغيرها : ديمولومب ٩ فقرة ٥٧٣ - بيداق وفراران فقرة ٣٣٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٥٨ - بلانيول وزيبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٣٠ - شفيق شحاته فقرة ٢٢٥ - عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٠٨ ص ٢٩٠ - عبد المنعم البدروى فقرة ٣٠ ص ٤٠ - وانظر في هذه المسألة أنسيكلوبيدى دالور ١ لفظ accession فقرة ٢ - فقرة ٤ .

٩٠ - ما - نخرت التقنين المدني الجديد من النظام في الالتصاق :

لم يستحدث التقنين المدني الجديد في الالتصاق إلا قليلا من الأحكام. وقد نقل أكثر أحكام الالتصاق عن التقنين المدني السابق. وتبسط منه في الأحكام المتعلقة بتملك المنشآت القائمة على الأرض بسبب الالتصاق. فيز بين صور ثلاث : فقد يقيم صاحب الأرض منشآت عليها بمواد مملوكة لغيره ، وقد يقيم صاحب المواد منشآت على أرض مملوكة لغيره ، وقد يقيم شخص منشآت بمواد مملوكة لغيره على أرض هي أيضا مملوكة للغير. وصدر التقنين الجديد هذه الصور الثلاث بنص لا مقابل له في التقنين السابق، إذ قضى بأن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه أقامه على نفقته. ويكون مملوكا له. وجعل هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس. فقد يقيم أجنبي الدليل على أنه هو الذي قام بالمنشآت على نفقته بترخيص من صاحب الأرض أو بدون ترخيص. أو أن المنشآت التي أقامها صاحب الأرض انتقلت ملكيتها إلى الأجنبي (م ٩٢٢ مدني).

وأهم ما استحدث التقنين المدني الجديد من الأحكام هو ما يأتي :

- ١ - أجاز للقاضي. عند الحكم بالتعويض للبناء في أرض الغير ، أن يجعل وفاء التعويض له على أقساط دورية (م ٩٢٧ مدني).
- ٢ - عكس في حالة استثنائية أحكام الالتصاق ، فجعل صاحب البناء هو الذي يملك الأرض. وذلك فيما إذا كان المالك الذي يقيم بناء في ملكه قد جاز بحسن نية على جزء صغير من الأرض المجاورة ، فيجير صاحب الأرض المجاورة على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء الصغير من الأرض المشغول ببناء الجار. وذلك في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني)
- ٣ - لم يعمل أحكام الالتصاق في حالة المنشآت الصغيرة التي تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام ، كالأكشاك والخوانيت والمآوى. فهذه تكون ملكا لمن أقامها. ولا يملكها صاحب الأرض بالالتصاق (م ٩٢٩ مدني) (١).

(١) أنظر في كل ذلك المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية

٩١ - أهوال الالتصاق : وقد جعل التقنين المدني للالتصاق أحولا

ثلاثا :

(الحالة الأولى) حالة الالتصاق الطبيعي بالعقار (accession naturelle)

وهي حالة التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه .

(الحالة الثانية) حالة الالتصاق الصناعي بالعقار (accession artificielle) .

وهي حالة التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان .

(الحالة الثالثة) حالة التصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الأول.

الالتصاق الطبيعي بالعقار

(التصاق المنقول بالأرض بفعل المياه)

٩٢ - نصوص قانونية : تنص المادة ٩١٨ مدني على ما يأتي :

« الأرض التي تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسومة

تكون ملكا للملاك المجاورين » .

وتنص المادة ٩١٩ مدني على ما يأتي :

« ١ - الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكا للدولة » .

« ٢ - ولا يجوز التعدي على أرض البحر ، إلا إذا كان ذلك لإعادة

حدود الملك الذي طغى عليه البحر » .

وتنص المادة ٩٢٠ مدني على ما يأتي :

« ملك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة ، كرياض البحيرات والبرك ،

لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراضي ، ولا تزول عنهم ملكية

ما تظفي عليه هذه المياه » .

وتنص المادة ٩٢١ مدني على ما يأتي :

« الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها ، والجزائر

التي تتكون في مجراه ، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها (١) ونقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق م ٦٠-٦٣/٨٤-٨٨ (٢٥).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٩٢٢-٩٢٥ - وفي

(١) تاريخ النصوص :

م ٩١٨ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٠ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٧ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٤ - ص ٣٠٥) .

م ٩١٩ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩١ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٨ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

م ٩٢٠ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٢ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٨٩ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٧ - ص ٣٠٨) .

م ٩٢١ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٣ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٠ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٠٩ - ص ٣١٠) .

(٢) التقنين المدني السابق :

م ٨٤/٦٠ : ما يحدث من ضي الأنهار على التدرج يكون ملكاً لملك الأرض التي على ساحل النهر .

م ٦٢/٢ : وأما الأراضي التي ينكشف عنها البحر المالح فتكون ملكاً للديري .

م ٨٨/٦٣ : لا يجوز التمدد على أرض البحر إلا لإعادة حدود المالك إلى ما كانت عليه .

م ٦٢/١ : الطين الذي يحدث في البحيرات يكون ملكاً لأصحابها .

م ٨٥/٦١ : أما الأراضي التي يحوها نهر بقوة جريانه والجزائر التي تتكون فيه

فيتبع فيه منطوق اللائحة الصادر في سنة ١٢٧٤ (٢٤ ذي الحجة ١٢٧٤ هجرية) .

(ونصوص التقنين المدني السابق تتفق في أحكامها مع نصوص التقنين المدني الجديد) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٦ - وى قانون الملكية العقارية
اللبناني المواد ٢٠٦ - ٢١١ (١) .

وينبئ من هذه النصوص أن الالتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون
بفعل مياه البحر أو بفعل مياه راكدة في البحيرات والبرك ، وليس في هذه
الحالة مجال للتملك بالالتصاق . وقد يكون بفعل مياه النهر عن طريق تراكم
الطمي ، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكاً لصاحب الأرض
المجاورة . وفي هذه الحالة وحدها يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ،
إذ يملك صاحب الأرض المجاورة الأرض التي تكونت من الطمي بسبب

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٧٩ : إن الطمي
أى التراب الذي يتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على الأرض المجاورة لجري ماء ، يكون
ملكاً هذه الأرض (توافق المادة ٩١٨ مصرى) .
م ٨٨٠ : إن الأراضي التي تتحول عن أماكنها بسبب حادث وقع قضاءً إلى أرض
أوطاً منها ، يجوز لمالكها ، إذا كان من الممكن معرفتها ، أن يطالب بها في أثناء السنة التي
تلى الحادث ، وإذا انقضت السنة ولم يدع بها سقط حقه في الادعاء .
م ٨٨١ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة التي تتكون بصورة طبيعية في مجرى الأنهار
أو مجارى المياه ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٢ : إن الجزر الكبيرة والصغيرة والطمى التي تتكون في داخل البحيرات
وكذلك طمس البحيرات والبحر . هي جزء من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٣ : إن الأراضي المكتسبة من البحر أو البحيرات أو القردان أو المستنقعات
بدون ترخيص مسبق لمكتشفها ، تكون جزءاً من أملاك الدولة الخاصة .
م ٨٨٤ : ١ - إذا اتخذ نهر كبير أو صغير مجرى جديداً بتركه مجراه القديم ، فيه
لأصحاب العقارات المجاورة الحصول على ملكية المجرى القديم ، كل واحد في القسم الذي يكو
أمام أرضه حتى خط منقوض في وسط النهر . ٢ - يحدد ثمن المجرى القديم خبراء يعين
رئيس المحكمة البدائية المدنية في منطقة العقار . ٣ - يوزع الثمن الحاصل من هذا البيع بعه
تعمييض على أصحاب الأراضي التي أشغلتها المجرى الجديد بنسبة قيمة ماخسر كل واحد من
من الأراضي .

(وهذه المواد تقابل المواد ٩١٩ - ٩٢١ مصرى) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٢ - ٩٢٥ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٣ - ١١١٥ (توافق المواد ٩١٨ - ٩٢٠ مصرى) .

م ١١١٦ (توافق م ٨٨٤ سوريا) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢٠٦ - ٢١١ (توافق المواد ٨٧٩ - ٨٨٤ سوريا) .

الالتصاق . وقد يحول النهر أرضاً من مكانها إلى مكان آخر ، أو ينكشف عنها ، أو يكون جزراً في مجراه . وهذا ما يسمى بطرح النهر ، فهذه الأراضي جميعاً تخضع لقوانين خاصة ولا تسرى عليها أحكام الالتصاق . فنبحث كلا من هذه الحالات الثلاث .

٩٣ - فمن مياه البحر والمياه الرامدة والبحيرات والبرك : رأينا أن المادة ٩١٩ مدني تقضي بأن البحر إذا انحسر عن شاطئه وانكشف عن أرض . فهذه الأرض تكون من أملاك الدولة الخاصة (١) . وقد قدمنا في الجزء الثامن من الوسيط أن شواطئ البحر تعتبر من الأملاك العامة ، ولكن الأراضي التي تتكون من طمي البحر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر (les lais et relais de la mer) هي من أملاك الدولة الخاصة لا من أملاكها العامة ، فيجوز للدولة التصرف فيها (٢) .

ومن جهة أخرى إذا طغى البحر على الأراضي المجاورة لشواطئه فغمرها بالمياه . فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها . وليس من شأن طغيان البحر وهو قوة قاهرة أن ينفقهم هذه الملكية . ويجوز لهم أن يعملوا على إعادة حدود أراضيهم التي طغت عليها مياه البحر . ولكن فيما عدا ذلك لا يجوز لهم التعدي على أرض البحر : لا على شواطئه لأنها من أملاك الدولة العامة . ولا على الأرض التي ينحسر عنها أو يكونها طميه لأنها من أملاك الدولة الخاصة كما قدمنا .

وكالبحر البحيرات والبرك والمستنقعات . وقد رأينا أنها من الأملاك العامة للدولة (٣) . وتقضي المادة ٩٢٠ مدني سالف الذكر أن ملاك الأراضي

(١) ويمكن تعليل ذلك بأن شاطئ البحر هو من أملاك الدولة العامة . فكون الدولة هي المالك المجاور (propriétaire riverain) للبحر ، أما المالك المجاور لشاطئ البحر فإنه ليس مالكاً مجاوراً للبحر نفسه (بودري وشوفو فقرة ٣٩٤) . وقبل صدور القانونين المدني السابق (أي قبل عهد الإصلاح القضائي ، كانت الأرض التي ينكشف عنها البحر تعتبر أرضاً لا مالك لها فكان يمكن تملكها بالاستيلاء بالالتصاق) استثناف مخطئ ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٦ .

(٢) أنظر الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٩ .

(٣) الوسيط ٨ فقرة ٥٣ ص ١١٨ - وقد تكون البركة أو المستنقع علوناً للأفراد ملكية خاصة ، فن هذه الحالة يملك صاحب البركة أو المستنقع ما ينكشف من أرض ولا يفتد منكية ما غير من أرض . وهذا يعني لأن نفس البركة أو المستنقع مملوك له .

المجاورة لمجارى هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه من أراضى فالأراضى التى تنكشف عنها هذه المجارى هى إذن من أملاك الدولة الخاص كالأراضى التى ينكشف عنها البحر فيما قدمنا . كذلك إذا نمرت مجارى هذه المياه الراكدة الأراضى المجاورة : فإن ملك هذه الأراضى لا يفقدو ملكيتها ، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه . فحكم المياه الراكدة إذن كحكم مياه البحر ، وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيد فى هذا الصدد : « والالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبر يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها . أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد ، فإن هذا الأرض تكون ملكاً للدولة . فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر » (١) .

٩٤ - فعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمى (alluvion) : رأينا (٢) أن المادة ٩١٨ مدنى تنص على أن « الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين » ويستخلص من هذا النص أنه بشرط فى تراكم الطمى بفعل مياه النهر يكون الطمى قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة (excessivement et imperceptiblement) (٣) ، فيجب إذن أن يتراكم الطمى على ضفة الأرض وبجانب الأرض المجاورة (٤) متدرجاً فى خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى غير محسوس (٥) . أما إذا حول النهر فجأة ، بفعل قوة الفيضان غير العادى أرضاً من مكانها إلى مكان آخر . فليس هذا تراكم الطمى التدريجى :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٩٢ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٢٧

ص ٢٢٢ .

(٤) أوبجانب جزيرة أصبحت هى نفسها ملكاً خاصاً لأحد الأفراد (استئناف ٢

٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٢) .

(٥) أما الطمى الذى يتكون من المصارف ويتخلف فيها بسبب هدم تطهيرها طويلة ، فهذه لا يجوز ملك الأرض المجاورة أن يتسلقها بالالتصاق ، بل يرجع الحكم لملكيتها إلى القواعد العامة (استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ الهامة ١ رقم ١٥ ص ٣٨

المحسوس (alluvion) وإنما هو طرح النهر (avulsion) . ولا تكون الأرض المنتزعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الالتصاق . وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة بها كما سيجيء . وإذا كان يشترط في تراكم الطمي أن يكون غير فجائي . فإن هذا لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائياً . فقد يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة ولكنه يكون مغطى بالماء غير ظاهر . ثم يزيد تراكم الطمي فتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء . وتصبح مملوكة للملاك المجاورين بطريق الالتصاق (١) . ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر (٢) . وإلا بقيت جزءاً من مجرى النهر . وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً (٣) فلا يعتد بتغطية المياه للأرض في أثناء الفيضانات غير العادية . ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها (٤) ، أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتي النهر (٥) . ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة لصفحة

(١) استئناف مختلط ٨ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٢ .

(٢) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٣ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط أن تكون الأرض الملتصقة نتيجة للطمى

قد بلغت من الارتفاع حداً يمازى منسوب ارتفاع المياه في وقت الفيضان العادي (نقض مدني ١١ فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢٢ ص ١٤٨) . وانظر استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٢ - عبد المنعم البدراري فقرة ٣٥ ص ٤٣ - حسن كيرة ص ٦١ .

(٤) ولو بتحول سير المياه دون أن يترك النيل مجراه (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٠) . وإذا ادعت الحكومة أن الزيادة هي طرح النهر فيكون هذا . وليس تراكم طمي فيكون للجوار ، فعليها هي عبء الإثبات (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٨ ص ١٠٨) .

(٥) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥١ - ص ٣٥٢ - بودري وشوفو فقرة ٣٨٢ - بلانيزول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٢ - نقض فرنسي ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ داللو ٩٦ - ١ - ١١٨ .

ولكن لا يجوز أن تكون هذه الأعمال قد قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في عملية تراكم الطمي . كأن يضع رؤوساً من الأحجار أو الأخشاب في مجرى النهر تسدده

النهر . فاذا حال بينها وبين ضفة النهر جسر مجرى عام (١) أو كانت المياه لا تزال تجري بينها وبين ضفة النهر . فإنها لا تخضع لأحكام الالتصاق (٢) ومتى توافرت الشروط المتقدمة الذكر . فان الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً للمالك الأرض المجاورة لها وذلك بطريق الالتصاق . وهذا هي الصورة الوحيدة للتملك بالالتصاق بفعل المياه كما سبق القول . ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بصفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة . فأصبحت بالالتصاق ملكاً خاصاً للمالك الأرض المجاورة ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة . وعلى ذلك يكون الالتصاق ونقل الشيء من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض المجاورة دون تعويض (٤) ، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يتملك فيها صاحب الشيء الأصلي بالالتصاق الشيء التابع دون أن يبدى تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع (٥) .

= على تجميع الطمي . فان هذا يكون تعدياً على مجرى النهر وللإدارة أن تمنعه ، ويكون الطمي هنا ملكاً للدولة (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ من ٣٥١ هامش ٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٣ ص ٥٤١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٢٨ ص ٢٣٧ - عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٢١٢ ص ١٩٤ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٦ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٨٤ حسن كيرة ص ٥٧ - نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩ استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١٠ ص ٣٤٧) .

(١) نقض مدني ١٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٣ ص ١١٠٩
(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٠ - ص ٣٥١ - وقد قضى بأنه يشترط في النهر أن يظهر فوق أعلى منسوب لمجرى النهر وقت فيضانه العادي ، وأن يكون ملتصقاً بأرض المالك على ساحل النهر . وأن يتكون بالتدرج وبطريقة غير محسوسة دون أن يكون لأهل الحكومة دخل في تكوينه (مصر الكلية ٢٣ مارس سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٧٦ ص ٣٩٦)
(٣) أنظر آنفاً فقرة ٨٩ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن للزيادة التي تحدث من طمي الأنهار على التربة تكون ملكاً للمالك الأرض التي على الساحل ، فاذا وضع المالك يده على تلك الزيادة ونازعته المحكمة في ملكيتها بدعوى أنه استأجرها بمقد وقمه ، فلا يكون ذلك سبباً حرامانه من ملكيتها القائم متى تبينت المحكمة أن أحوالاً اضطرارية اقتضت ذلك التوقيع . ومن ثم يجب الحكم للملك بصراف النظر عن توقيعه عقد الإيجار (استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الر ٢٧ رقم ١١٦ ص ١٨٧) .

(٥) وإذا أرادت الحكومة أن تظهر النهر بإزالة ما يتراكم من الطمي على ضفتيه فان كان الطمي قد تكون أرضاً وأصبح ملكاً خاصاً لصاحب الأرض المجاورة ، لم تدع الحكومة أن تزِيل هذه الأرض بدعوى أنها كانت طمياً قبل ذلك وكان مملوكاً لها ، بل عليها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية . أما إذا كان الطمي لم يتكون بعد ، فان الحكومة تدع أن تزِيله قبل أن يكتمل تكوينه (محمد كامل مرسى ٣ رقم ٤٤ ص ٥٧ - عبد المنعم البدر فقرة ٣٥ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٢ ص ٣٦٧ - منصور مصطفى منصور فقرة ١ ص ٢٨٤ - حسن كيرة ص ٦١) .

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر . واختلف ملاكها . تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه . أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين متعامدين على جهة النهر من نهايتي كل أرض (١) .

٩٥ - طرح النهر وأكرو : رأينا (٢) أن المادة ٩٢١ مدني تنص على أن « الأراضي التي يحولها النهر من مكانها . أو ينكشف عنها . والجزائر التي تتكون في مجراه . تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها » . ويستخلص من هذا النص أن النهر . في أوقات فيضانه الشديد . قد يحول جزءا من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر . في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة . وقد يكشف النهر عن أرض كانت جزءا من مجراه . ويغمر أرضا أخرى فتتحول مجرى له . وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزرا ترتفع عن أعلى منسوب المياه . فتظهر أرضا في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات . وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا من مكانها والقذف بها في وسط المجرى . فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزرا في مجرى النهر وهذه العمليات جميعا - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه وهذا ما يسمى بطرح النهر . واختفاء أرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل وهذا ما يسمى بأكل النهر .

(١) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٣ ص ٣٥٤ - ص ٣٥٥ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٥٨ ص ٢٥٩ - ومتى تملك صاحب الأرض الملاصقة الطمي على النحو سالف الذكر . فإن هذا الجزء يعتبر جزءا لا يتجزأ من أرضه . وتمتد إليه الحالة القانونية التي للأرض الأصلية . فإذا كانت هذه الأرض مثقلة برهن أو امتياز أو حق ارتفاق أو حق انتفاع أو بتكليف عين آخر ، امتد هذا التكليف إلى الطمي . وإذا كان صاحب الأرض الأصلية في طريقه إلى تملكها بالتقادم ثم تملكها بهذا السبب ، فإنه يملك معها الطمي حتى ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إلى هذا الطمي (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ - عبد انعم البداروي فقرة ٣٥ ص ٤٤) .
وإذا بيعت الأرض تحت شرط واقف . وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فهذه الزيادة عند تحقق الشرط تكون للمشتري دون زيادة في الثمن . وكذلك إذا بيعت الأرض تحت شرط فاسخ ، وقبل تحقق الشرط حدثت الزيادة ، فإن الأرض عند تحقق الشرط تعود بالزيادة التي انتصفت بها لبايع دون مقابل (محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٤٥ ص ٤١) .
(٢) أنظر آه ٩٢ فقرة ٩٢ .

وتنقض المادة ٩٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن ملكية الأراضي التي يشتمل عليها طرح النهر تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها . وهذه القوانين الخاصة تسري أيضا ، بطريق التلازم ، على أكل النهر . وقد تعاقبت هذه القوانين الخاصة ، يأتي قانون بعد آخر بلغيه ويحل محله . وأولها اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هجرية (سنة ١٨٥٨ ميلادية) (١) . وتلاها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (٢) . ثم تلاه القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ،

(١) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام اللائحة السعيدية ، بأن تعتبر أطيان الجزائر (طرح البحر) عملاً ينص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وينص اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤ هـ مملوكة أصلاً للحكومة ، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمواد . وإذن فإن الحكم المطعون فيه ، إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه هذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك ، يكون قافاً أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكن حملته (نقض مدني ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفني لأحكام النقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٠) .

وقضى أيضاً ، تطبيقاً لللائحة السعيدية ، بأن الخرق في مطالبة الحكومة بقيد أكل البحر في المكلفات ينشأ من التاريخ الذي يقع فيه أكل البحر ، ويسقط بمضي ١٥ سنة (استئناف أسيوط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٤١ ص ٢٣١) وقضى ، تطبيقاً لنفس اللائحة . بأنه وإن كانت المادة ١٤ من اللائحة السعيدية قضت بأن الأطيان الناتجة من طرح البحر يستوفى منها الملاك من أهل البلاد المجاورة لتلك الأطيان ماسبق أن أكله البحر من أطيانهم ما يباع ما يكون زائداً لأهالي تلك البلاد وبطريق المزاد . إلا أن هذا النص لا يمنع الحكومة من تأجير تلك الزيادة بدل بيعها . فإن إعطاء الحكومة الخرق في بيع تلك الأطيان بعد استيفائها عجز أطيان الأهالي معناه أن هذه الزيادة تعتبر ملكاً للحكومة ، ومنى كانت الملكية مقرر للحكومة فإنه كما يكون لها بيعها يكون لها تأجيرها (استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٢ ص ١٦٩) .

أنظر في نصوص اللائحة السعيدية محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٥٠ ص ٦٥١ هامش ١ (٢) وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، بأن القول بأنه إذا صدر قرار من وزير المالية بتوزيع طرح البحر مخالفاً لنصوص القانون رقم ٨ لسنة ١٩٣٢ وجب على المحاكم عدم الاعتداد به مخالفة نص المادة ٩ من الدستور التي تنص على أن لا ينزع من أحد ملكه إلا للمنفعة العامة وبشرط تمويضه عنه تمويضاً عادلاً ، هذا القول مردود بأن الأطيان التي يطنى عليها البحر تزول ملكيتها قانوناً بمجرد أكل البحر . وبأن أطيان طرح البحر لا تعتبر مملوكة لمن أكل البحر من أطيانهم إلا بعد توزيعها عليهم من المورث التي تعتبر المالكة قانوناً لأحكام طرح بمجرد ظهورها . وعلى ذلك لا يكون قرار وزير المالية بالتوزيع متضمناً نزع ملكة أي شخص من ملكه (نقض مدني ١٦ ديسمبر مجموع

ثم القانون رقم ١٨١ لسنة ١٩٥٧ ، فالقانون رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٨ (١) وقد ألغى هذا القانون الأخير بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ الخاص بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها ، وهو القانون المعمول به الآن ، وقد أفرد الباب الثاني منه للأحكام الخاصة بطرح النهر

المكتب الفنى لأحكام النقص في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٣ رقم ٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى صار توزيع طرح البحر على أربابه شيوعاً فيما بينهم بمقتضى قرار وزير المالية طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، كان هذا القرار سناً بملكية الشركاء ومصدراً للشيوع فيما بينهم . ولا تكون هناك صلة لهذه الملكية بملكيتهم التي أكلها البحر ، والطرح الجديد يصبح منذ ظهوره ملكاً للدولة حتى يوزع على أربابه طبقاً لشروط القانون (نقض مدني ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤١) . وقضت كذلك بأن تعتبر أراضي طرح البحر ، وفقاً لنصوص المادتين ٢ و ١٠ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ ، من أملاك الدولة التي توزع بقرار من وزير المالية غير قابل للمعارضة في . ويعتبر هذا القرار سناً للملكية له قوة العقد الرسمي . وهذه النصوص إنما تسرى على أراضي « الميرى » الخاصة المتخلفة عن طرح البحر ، ولا شأن لها بالأماكن العامة . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفي تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر ، لوقوعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف ، فإنها لا تكون مجالا لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ، ولا قرار من جهة الإدارة باضافتها إلى الملك الخاص للأفراد . وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ، ويكون من حق جهة الإدارة المدول عنه (نقض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٥ ص ٧٠٦) .

(١) وكانت القاعدة المتبعة منذ الإلحقة السعيدية هي أن الحكومة تقوم بتوزيع طرح النهر على أصحاب أكل النهر . وظلت هذه القاعدة معمولاً بها مع اختلاف في تفصيلات التنظيم إلى أن صدر قانون سنة ١٩٥٧ ، فاستحدث هذا القانون قاعدة جديدة هي تمويض أصحاب الأكل تمويضاً فقيدياً لا تمويضاً عينياً . وبقيت هذه القاعدة الجديدة معمولاً بها في قانون سنة ١٩٥٨ ، وأنشئت بموجب المادة ٥ من هذا القانون « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » تتولى بيع أراضي الطرح بعد فترة انتقالية تؤجر فيها هذه الأراضي لصغار الفلاحين . ومن ثمن بيع هذه الأراضي يموض أصحاب الأراضي المأكولة ، ومقدار التمويض هو خمسون مثلاً من ضريبة الأطنان .

وقد ألغيت « مؤسسة صندوق طرح النهر وأكله » بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٨٣ لسنة ١٩٦٢ ، وأحيلت أعمالها على الإدارة العامة للأماكن وطرح النهر . ثم أدمجت هذه الإدارة في الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بقرار من رئيس الجمهورية رقم ١٥٨٦ لسنة ١٩٦٣ ، وأصبح لمجلس إدارة الهيئة الاختصاصات التي كانت مقررة لمجلس إدارة صندوق طرح النهر وأكله .

وأكله ، فتتفقد عنده وحده ، وتستعرض في إنجاز هذه الأحكام (١) .

يعتبر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ مملوكاً للدولة ملكية خاصة « أراضي طرح النهر ، وهي الأراضي الواقعة بين جسر نهر النيل وفرعيه التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها والجزائر التي تتكون في مجراه » (م ٢-١) . وتفصل المادة ١١ من نفس القانون هذا الحكم ، فتتضمن على أن « يكون طرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة . وتتولى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حصر مقدار طرح النهر وأكله في كل سنة ، وذلك بعد عمل المساحة بالاشتراك مع الجهات الإدارية المختصة بوزارة الخزانة والمحافظة . ويصدر قرار من وزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أو من ينيبه بتحديد تاريخ حدوث طرح النهر وأكله وحصر مقداره سنوياً ، ويودع هذا القرار في مكتب الشهر العقاري المختص بغير رسوم . ويترتب على هذا الإيداع آثار الشهر القانونية » (٢) . وتبدأ الإدارة بتأجير أراضي الطرح إلى أن تتمكن من بيعها ، ويكون التأجير طبقاً لأحكام المادة ٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتؤجر في حدود سبعة أمثال الضريبة الأصلية المقدرة لها أو على أساس أجره المثل . ثم تباع هذه الأراضي طبقاً للأحكام المقررة في التصرف في الأراضي الزراعية بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، فتوزع على صغار الفلاحين طبقاً لأحكام قانون

(١) وقد ألغى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ (م ٨٦) أيضاً قرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٨٥ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالشروط والأوضاع اللازمة لبيع طرح النهر لصغار المزارعين .
 (٢) وقد قدمنا أنه قبل صدور قانون سنة ١٩٥٧ كانت القاعدة المتبعة هي توزيع أراضي طرح النهر توزيعاً عينياً على أصحاب أكل النهر ، ويتم التوزيع بنسبة تتعادل بين ما أكل وما طرح . ويصدر بالتوزيع قرار من وزارة المالية . ويجب تسجيل هذا القرار ، ويترتب على تسجيله نقل الملكية لمن وزع الطرح عليهم وإمكان التصرف في الأراضي الموزعة . وتسجيل القرار غير واجب قبل نفاذ قانون الشهر العقاري ، فإن هذا القانون هو الذي أوجب تسجيل تصرفات الإدارة التي تتناول حقوقاً عينية عقارية ، وليس له أثر رجعي . ولا أثر رجعي كذلك للقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٣ ، وتنص المادة العاشرة منه على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ، ويكون سنداً له قوة العقد الرسمي ، ويسجل بنون رسم (تنقص مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفني لأحكام التقض في ٢٥ عاماً جزء أول ص ٣٠٤ رقم ٢٤) .

الإصلاح الزراعي (م ١/٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) (١) . ولا يدخل في الأراضي التي توزع أراضي طرح النهر غير اثبات التي لم يمض على ظهورها سنتان ، وكذلك الأراضي الواقعة في أسنل مبول الطرح النواطي التي لا تنحسر عنها المياه حتى أو شهر فبراير من كل سنة ، وذلك حتى تستقر هذه الأراضي وتثبت صلاحيتها للتوزيع وفقاً لحالتها على الطبيعة ووصفها الوارد في سجلات قوائم الحصر والمساحة (م ٢/٨ من قانون سنة ١٩٦٤) (٢) . ويعوض أصحاب أكل النهر تعويضاً نقدياً ، بما يعادل خمسين مثلاً من الضريبة العقارية المفروضة على الحياض الواقع بها أكل النهر وقت حدوثه . وإذا لم تكن هذه الحياض قد ربطت عليها ضريبة وقت صدور الأكل أو إذا تعذر تحديد الحوض الواقع فيه الأكل ، كان تقدير التعويض على أساس متوسط الضريبة المفروضة وقت الأكل على حياض أراضي الجزائر الملاصقة للبلدة الواقع في زمامها الأكل (م ١/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) (٣) . ولا يجوز التصرف في حق التعويض عن أكل النهر ، ويقع باطلاً كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحكم (م ٢/١٤ من قانون سنة ١٩٦٤) . وترفع الضرائب العقارية عن الأراضي التي يأكلها النهر ابتداء من أول شهر يناير التالي لتاريخ حدوث الأكل ، وتربط على أراضي طرح النهر التي توزع أو تباع الضريبة العامة للحوض الذي تقع فيه ابتداء من أول يناير التالي لتاريخ تسليمها إلى المتصرف إليه فيها (م ٢٠ من قانون سنة ١٩٦٤) .

(١) ويجوز على سبيل الاستثناء ، طبقاً لأحكام المادة ١٠ من قانون سنة ١٩٦٤ ، بيع أراضي الطرح بطريق الممارسة في حدود خمسة أفدنة لكل مقرر ، إلى طوائف معينة حدتها المادة ١٠ المذكورة . وتحدد اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٦٤ مراتب الأولوية في الشراء بين هذه الطوائف ، والشروط الواجب توافرها في المتصرف إليهم ، وقواعد تقدير ثمن الأراضي المتصرف فيها ، وشروط أداء هذا الثمن ومدته وفوائده ، وسائر أحكام البيع الأخرى .

(٢) وتنص المادة ١٣ من قانون سنة ١٩٦٤ على أن «لوزير الإصلاح الزراعي وإصلاح الأراضي أن يصدر قراراً بتخصيص طرح النهر المتصل بمراسي للمعادى المقررة أو بمواقع الموارد أو للأزمام لمشروع عام لمنفعة تلك المراسي أو الموارد أو هذا المشروع العام ، بناء على طلب الوزارة المختصة . وإذا أُبطل المرسوم أو المورد أو المشروع العام ، جاز التصرف في هذا الطرح طبقاً لأحكام هذا القانون » .

(٣) انظر في إجراءات إعطاء التعويض لأصحاب أكل النهر المواد ١٥ - ١٨ من قانون

وتختص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي بالفصل في المنازعات المتعلقة بتوزيع طرح النهر والتعويض عن أكله . وتكون القرارات الصادرة من هذه اللجنة نهائية وغير قابلة لأي طعن بعد التصديق عليها من مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي ، وتنفذ بالطريق الإداري (م ٢١ من قانون سنة ١٩٦٤) .

المبحث الثاني

الالتصاق الصناعي بالعقار (التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان)

٩٦ - مالك الأرض يعتبر مالكا للمنشآت التي فيها - نص قانونه :

تنص المادة ٩٢٢ مدني على ما يأتي :

١ - كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكا له .

٢ - ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظية ، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي في الفقرة الثانية ورد فيه عبارة « على الأرض » بدلا من عبارة « كانت قائمة » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٤ في المشروع النهائي ، بعد تعديلات لفظية . ووافق مجلس النواب على النص تحت رقم ٩٩١ . وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة « على الأرض » الواردة في الفقرة الثانية « لأن المنشآت قد تكون على الأرض أو تحتها » ، فصار النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، ووافقت عليه اللجنة تحت رقم ٩٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله بلجته (مجموعه الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١١ - ص ٣١٣) . ولا مقابل للنص في التقنين المدني السابق ، ولكن جرت بعض الأحكام على هذا المبدأ (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٨٨٦ (موافق) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٦ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٧ (موافق) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ١١٣ (موافق) .

ويتبين من النص المتقدم ، في فقرته الأولى ، أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى (١) يعتبر من عمل صاحب الأرض . وأنه هو الذى أنشأه على نفقته ، ومن ثم يكون مملوكا له . وتستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام في حق الملكية في الجزء الثامن من الوسيط ، وتقرره المادة ٢/٨٠٣ مدنى إذ تقول : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها ، علوا أو عمقا » . وتقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص الأخير : « ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علوا وما تحته عمقا إلى الحد الذى يصلح للاستعمال . . . وتأسيسا على هذا المبدأ أورد المشروع نصين . . . يقرر في الثانى أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض ، أقامه على نفقته ويكون مملوكا له » (٢) . وعلى ذلك إذا قامت منشآت فوق الأرض أو تحتها ، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذى أقامها على نفقته ، ولا يجوز في خصومة بينه وبين شخص آخر يدعى ملكية هذه المنشآت أن يطالب باقامة الدليل على ذلك . كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيم فيها منشآت ، وقدم الدليل على ملكيته للأرض ، فهذا الدليل وحده يكفي لافتراض أنه يملك المنشآت أيضا دون أن يطالب باقامة دليل غير الدليل الذى قدمه على ملكيته للأرض .

(١) ومثل المنشآت الأخرى غير البناء والغراس أن تقام في الأرض آلات أو مضخات أو أحواض تلتصق بها وتصبح عقارا بطبيعته ، ويمكن نزعها من الأرض وإعادة الأرض إلى أصلها . وكذلك المنشآت التى تقام فوق الأرض المنشآت التى تستحدث تحتها ، كالأنفاق والمواسير والبراديب وما إليها . ولا تدخل في المنشآت المحاصيل الزراعية السنوية ، لأن مصيرها للحصاد فلا تبقى في الأرض على سبيل الاستقرار والدوام . وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالمنشآت هو البناء والغراس الحادث في الأرض على سبيل الدوام ، فلا تدخل المحاصيل الزراعية السنوية لما لها من نهاية معلومة (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٩٠ ص ٦٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٧ - ص ١٨ .

ويتبين كذلك من النص سالف الذكر ، في فقرته الثانية ، أن القرينة القانونية التي أقامتها الفقرة الأولى على النحو المتقدم قرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز للخصم الذي يدعى ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له ، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض (١) . ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيا كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البينة والقرائن ، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما إذا ادعى أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته . أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله ملكية المنشآت أو ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية ، أي بالكتابة أو بما يقوم مقامها فيما تجاوز قيمته عشرة جنبيات .

ونرى من ذلك أن الدليل العكسي الذي يقدمه من يدعى ملكية المنشآت إما أن يكون تصرفا قانونيا أو واقعة مادية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة ، كمثل للتصرف القانوني ، أن يقيم أجنبي الدليل على أن صاحب الأرض قد خوله ملكية المنشآت . ويتحقق ذلك إذا أثبت الأجنبي أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي الأبنية القائمة فوق سطح الأرض أو المشيدة تحت السطح ، بطريق الشراء أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية . كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقا بينه وبين صاحب الأرض ينحوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها ، فيكون هو لا صاحب الأرض الذي أقام المنشآت على نفقته وتملكها بموجب هذا الاتفاق . وتنص المادة ٨٠٣/٣ مدني تأكيدا لذلك : « ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا

(١) نفض مدني ٥ مايو سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النفض ١٧ رقم ١٣٨ ص ١٠١٩ .

الصدد : « ويجوز بالاتفاق تملك ما فوق السطح أو ما تحته مستقلاً عن السطح نفسه ولا يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام . وما . . . حتى الحكر وحق التعلی إلا ضروب مختلفة من ملكية ما فوق السطح » (١) . ويلاحظ أنه إذا تملك الأجنبي المنشآت المتقامة في الأرض بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ، فإنه لا يكون هناك مجال لإعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها كما يقول النص . ولا يحق لصاحب الأرض أن يطالب بملكية المنشآت عن طريق الالتصاق على خلاف الاتفاق الذي تم بينه وبين صاحب المنشآت . وأجازت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ مدني سالفه الذكر صراحة أيضاً ، كمثل للواقعة المادية . أن يقيم الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض . ولكن هنا يقوم الالتصاق سبباً لكسب الملكية ، ومتى أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، فإن صاحب الأرض يمتلك المنشآت بالالتصاق (٢) في مقابل دفع تعويض للأجنبي .

٩٧ - صور تملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق :
وإذا أقام الأجنبي الدليل على أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته ، أو أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت لأن الأجنبي هو الذي كان يملك المواد التي أقيمت المنشآت بها ، فلا يخلو ذلك من أن يكون في إحدى صور ثلاث :

الصورة الأولى : أن يكون صاحب الأرض هو الذي أقام المنشآت في أرضه بأدوات مملوكة للأجنبي ، فيكون صاحب الأرض هو الباني (٣) بأدوات غيره .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ملكية الأرض تستتبع ملكية ما يقيم على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ ص ٥٤٥) .

(٣) نقول « الباني » تقييماً للفرض الراجع ، فقد تكون المنشآت غراساً أو شيئاً آخر غير البناء والغراس كما سبق القول ، ولكن الغالب أن تكون المنشآت بناء . والأحكام التي سنورد هنا في شأن البناء تسري على الغراس والمنشآت الأخرى .

الصورة الثانية : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة له ، فىكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره .
الصورة الثالثة : أن يكون الأجنبي هو الذى أقام المنشآت فى الأرض بمواد مملوكة لشخص ثالث ، فىكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « بعد أن قررت المادة . . قرينة فى صالح مالك الأرض هى أنه مالك لما فوقها وما تحته ، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى والأرض ليست له . فإذا أقام الدليل على أن صاحب الأرض هو غير صاحب المنشآت ، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة : إما أن يكون صاحب الأرض هو البانى بأدوات غيره ، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره ، وإما أن يكون البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره » (١) . وفى هذه الصور الثلاث جميعاً يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق ، سواء كان هو الذى بنى بمواد غيره فى أرضه ، أو كان البانى أجنبياً قد بنى فى أرضه بمواد مملوكة للأجنبي أو مملوكة لشخص ثالث . وفى جميع الأحوال يجب على صاحب الأرض ، فى مقابل تملكه للمنشآت ، أن يعرض صاحبها وفقاً للأحكام التى سيأتى بيانها ، وهى أحكام تقوم فى أساسها على مبدأ الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٩ - ص ٣٣٠ .

(٢) ويستوى فى كل ذلك أن تكون الأرض ملكاً أو وقفاً ، وقد ألقى الوقف على غير الخيرات بموجب المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، ولكن بقى الوقف على الخيرات . وقد قضت محكمة النقض بأن النزاع فيما زاده واضح اليد فى الأرض الموقوفة من مثل بناء أو شجر هونزاع فى أمر مدنى محض خاضع لأحكام القانون المدنى لا لأحكام الشريعة الإسلامية (نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٥٦) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا بنى شخص فى أرض موقوفة وهو يعتقد أنها ملكه لأنها آلت إليه بطريق الشراء من تملكها كذلك بالشراء ، اعتبر بناؤه حاصلًا دون غش بالمعنى الوارد فى المادة ٦٥ مدنى (استئناف مصر ١٦ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٠٧ ص ٣٦٩ - وانظر أيضاً استئناف وطنى ٢١ يناير سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٤ ص ٨٤) . وقضى بأن للواقف البانى فى ملك الوقف حق التصرف فى بنائه ، كما له حق القرار . ولا حق بلهجة الرقف سواء

وقبل أن نعرض بالتفصيل لكل من الصور الثلاث التي قدمناها لكسب صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق ، نذكر أنه يجب لتحقيق الالتصاق سببا لكسب ملكية المنشآت أن تكون هذه المنشآت قد اندمجت في الأرض

= في خيار إبقاء المبنى ودفع قيمتها مستحقة الهدم أو ما زاد من ثمن العقار الموقوف بسبب إنشائها ، أو في طلب إزالتها إذ هذا الحق يكون للوقف في بعض الصور في حالة ما إذا كان الباني غير الواقف (استئناف مصر ٦ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٨ ص ٥٣٦) . وإذا أقيمت المنشآت في أرض الوقف من ناظر الوقف أو من أحد المستحقين ، فإنه يرجع في ذلك إلى قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وإلى أحكام الشريعة الإسلامية ، لأن الأمر يكون متعلقاً بنظام الوقف نفسه . وقد قضت محكمة النقض بأن بناء الناظرة من مالها الخاص في عين موقوفة هي المستحقة الوحيدة لها طول حياتها لا تحكمه قواعد القانون المدني ، بل إن قواعد الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذا الصدد (نقض مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٠٧) . ففيما يتعلق بناظر الوقف ، إذا احتاجت أعيان الوقف إلى العمارة - ويدخل في العمارة أن تبنى في الأرض بيوت تستغل وتصبح في حكم الدور الموقوفة : محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ ص ٩٢٤ - فإن أحكام المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الوقف هي التي تسرى . وتنص المادة ٥٤ من هذا القانون على أن « يحتجز الناظر كل سنة ٢,٥٪ من صافي ريع مبانى الوقف يخصص لعمارتها ويودع ما يحتجز خزانة المحكمة ، ويجوز استغلاله إلى أن يجين وقت العمارة ، ولا يكون الاستغلال والصرف إلا بأذن من المحكمة - أما الأراضي الزراعية فلا يحتجز الناظر من صافي ريعها إلا ما يأمر القاضي باحتجازه ، للصرف على إصلاحها أو لإنشاء وتجديد المباني والآلات اللازمة لإدارتها أو للصرف على عمارة المباني الموقوفة التي شرط الصرف عليها من هذا الريع بناء على طلب ذوى الشأن . وللناظر ولكل مستحق ، إذا رأى أن المصلحة في إلغاء الأمر بالاحتجاز أو تعديله ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة لتقرر ما ترى فيه المصلحة . وتطبق هذه الأحكام ما لم يكن للواقف شرط يخالفه » . وتنص المادة ٥٥ من نفس القانون على أنه « مع مراعاة أحكام المادة السابقة ، إذا احتاجت أعيان الوقف كلها أو بعضها لعمارة تزيد نفعها على خسر فاضل غلة الوقف في سنة ، ولم يرض المستحقون بتقديم العمارة على الصرف ، شرط الواقف تقديم العمارة أو لم بشرطه ، وجب على الناظر عرض الأمر على المحكمة لتأمر ، بعد سماع أقوال المستحقين ، بصرف جزء من الغلة للقيام بالعمارة أو احتجاز جميع ما تحتاج إليه العمارة أو باستخدام الاحتياطي المبين في المادة السابقة كله أو بعضه . وتتبع هذه الأحكام في الصرف على إنشاء ما ينشئ ريع الوقف عملاً بشرط الواقف . ومع مراعاة أحكام المادة ١٨ ، يجوز للمحكمة أن تبيع بعض أعيان الوقف لعمارة باقيه بدون رجوع في غلته ، متى رأت المصلحة في ذلك » . أنظر في شرح هذه النصوص محمد أحمد فرج السهوري في قانون الوقف جزء ٢ سنة ١٩٤٩ فقرة ٦٩٦ - فقرة ٧١٨ ص ٩٢٣ - ص ٩٣٦ - أما فيما يتعلق بعمارة المستحقين لتوقف ، فلم يعد بعد إلغاء الوقف الأهل مستحق إلا الخيرات الموقوفة عليها .

اندماجا تاما وأصبحت بهذا الاندماج عقارا بطبيعته . أما مجرد وضع منقول في أرض الغير دون أن يندمج في الأرض فيصبح عقارا بطبيعته ، فلا يكفي لأن يملك صاحب الأرض المنقول بالالتصاق . وحتى لو خصص صاحب الأرض المنقول لخدمة الأرض أو استغلالها ، فان هذا لا يكفي أيضا لجعل المنقول عقارا بالتخصيص ، إذ يجب ليكون المنقول عتارا بالتخصيص أن يكون مالك الأرض هو مالك المنقول ، وهنا قد اختلف المالك . فيستطيع إذن صاحب المنقول أن يسترده من صاحب الأرض ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يدعى ملكيته بطريق الالتصاق . وذلك ما لم يكن صاحب الأرض حسن النية في حيازته للمنقول ، فعندئذ يملك المنقول بالحيازة ، وعندئذ يجوز أن يكون المنقول عقارا بالتخصيص لاتحاد المالك . ولكن إذا كان صاحب الأرض قد تملك المنقول هنا ، فانما يملكه بالحيازة كما قدمنا لا بالالتصاق ، لأن المنقول لم يصبح عقارا بطبيعته (١) .

ويجب أيضا ، حتى يتحقق التملك بالالتصاق ، ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت . فاذا وجد اتفاق صريح أو ضمني ، امتنع التحدى بقواعد الالتصاق (٢) .

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - بودرى وشوفو فقرة ٣٥٠ - بلانيول وريبير وبولانجه فقرة ٢٩٦٣ - كولان وكايتان ودي لاموراندير ١ فقرة ١١٤٣ - مارق ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - ويذهب رأى في الفقه الفرنسى إلى أن المنشآت إذا اندمجت في الأرض فأصبحت عقارا بطبيعته ، ولكن صاحب المنشآت هدمها قبل قيام النزاع بينه وبين صاحب الأرض ، فان صاحب الأرض لا يملك المنشآت في هذه الحالة ، وليس له أن يطالب بقيمتها بحجة أنها هدمت وهى على ملكه بل يطالب بتعويض الضرر الذى أصاب الأرض من جراء هدم المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٣ - بودرى وشوفو فقرة ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٤ - وانظر أيضا نقض فرنسى ١٦ فبراير سنة ١٨٥٧ داللو ٥٧ - ١ - ١٢٠ - أنسيكلويدى داللو ١ لفظ Construction فقرة ٣٦) . وهذا الرأى محل للنظر ، فان المنشآت متى اندمجت في الأرض وأصبحت عقارا بطبيعته ، تملكها صاحب الأرض ، سواء كان ذلك بعد قيام النزاع أو قبل قيامه . فاذا هدمت ، فانه يبدو أنها تهدم وهى على ملك صاحب الأرض . وله أن يطالب بقيمتها على أساس أنها هدمت وهى على ملكه ، وعليه أن يدفع التعويض المستحق لصاحب المنشآت طبقاً لقواعد الالتصاق (انظر مايلي فقرة ١٠٠) .

(٢) نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٨ ص ١٦٦ .

رفقت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كان عقد الاتفاق المبرم بين الحارس على الوفاء وبين المستأجر =

المطلب الاول

الصورة الأولى - صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره

٩٨ - نص قانونى : تنص المادة ٩٢٣ مدنى على ما يأتى :

« ١ - يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما أحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره ، إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم ، أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى باستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت . »

« ٢ - فإذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه . أما إذا استرد المواد صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض » (١) .

ويقابل هذا النص المادة ٦٤ من التقنين المدنى الوطنى السابق (٢) .

صريحاً فى أن الحراسة ملزمة بدفع جميع المصروفات التى صرفت فى الإنشاء والتجديد بالوقف حسب تقديرها بواسطة خير فى وقت إنشائها ، فانه يكون من المتعين على المحكمة أن تأخذ بأحكام هذا العقد دون نظر إلى ما زاد فى قيمة الأرض ولا إلى ارتفاع أسعار المهتمات والأدوات وقت رفع الدعوى ، إذ العقد قانون المتعاقدين (نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية (مستجبل) بأنه ليس فى المواد الخاصة بالالتصاق أحكام متعلقة بالنظام العام ، ففى وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية بشأن أحوال الالتصاق ، فان أحكام العقد هى التى تكون مناط تحديد علاقة الطرفين أحدهما بالآخر (اسكندرية مستجبل ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٦٢ ص ٧٧٣) . وانظراً استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٥٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق

لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٥ فى المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٢ ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٩٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

(٢) التقنين المدنى الوطنى السابق م ٦٤ : إذا جدد مالك الأرض أبنية أو غراساً أو غير

ذلك من الأعمال بمهات وأدوات كانت ملكاً لغيره ، وجب عليه دفع قيمة المهات والأدوات المذكورة للمالكها ، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا فعل ذلك بطريق الغش والتدليس . ولا يسوغ للمالك المهات أن يتزعمها من محل وضعها .

(وأحكام التقنين المدنى الوطنى السابق تتفق فى مجموعها مع أحكام التقنين المدنى الجديد ، ولكن التقنين المدنى الوطنى لا يميز بين ما إذا كانت المواد يمكن نزعها من الأرض أو كان لا يمكن نزعها دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم ، ويصرح أن التعويض لا يكون واجباً إلا فى حالة الغش والتدليس) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري م ٨٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي م ٩٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي م ١١١٨ - وفي قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٤ (١) .

ويخلص من هذا النص أن صاحب الأرض إذا بنى بأدوات غيره يملك المنشآت التي بناها على التفصيل الذي سنذكره ، وعليه أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكية الأدوات التي فقدها . على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية ، أو كان سيء النية ، ثم إن الذي يملكه صاحب الأرض بالاتصاق هي أدوات البناء ، أما غير أدوات البناء كتمثال يدججه في البناء فإنه لا يملكه بالاتصاق . ونفصل الآن ما أحملناه .

٩٩ - صاحب الأرض حسن النية : إذا كان صاحب الأرض ، وهو يبنى بأدوات غيره ، حسن النية أى يعتقد أن هذه الأدوات هي ملك له ، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلا بالحيازة . وعلى ذلك لا يكون في حاجة إلى أن يملكها بالاتصاق ، ويكون قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة له ، فتكون المنشآت ملكا له ، وتسرى عليها أحكام الحيازة لا أحكام الاتصاق (٢) وقد يكون صاحب الأرض معتقدا أن الأدوات مملوكة له فيتوافر عنده حسن النية ، ولكن لا يتوافر عنده السبب الصحيح ، كما لو كان حائزا للأدوات بسبب ظنى لا وجود له ، أو تكون الأدوات مسروقة أو ضائعة . فعندئذ لا تتوافر شروط القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، ولا يملك صاحب الأرض الأدوات بالحيازة . ويكون في هذه الحالة قد بنى في أرضه بأدوات مملوكة لغيره بالرغم من حسن نيته ، فاذا

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري	م ٨٨٧ (موافق) .
التقنين المدني الليبي	م ٩٢٧ (مطابق) .
التقنين المدني العراقي	م ١١١٨ (موافق) .
قانون الملكية العقارية اللبناني	م ٢١٤ (موافق) .

(٢) بلا نيول ك ريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٥ ص ٢٦٤ - كولان وكابيتان ودى لا موراندير

ما أقام المنشآت تملكها لا بالحيازة بل بالالتصاق ، ويستوى في ذلك هو
وصاحب الأرض سيء النية (١) .

١٠٠ - صاحب الأرض سيء النية : أمه إذا كان صاحب الأرض
سيء النية بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، أو كان حسن النية
ولكن لم يتوافر عنده السبب الصحيح ليمتلك الأدوات بالحيازة على النحو
الذي قدمناه ، فإنه يجب التمييز بين فرضين (٢) .

(الفرض الأول) ألا يكون ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت
ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون هذه الأدوات طوباً أو جيراً أو جبساً أو دهاناً
أو نحو ذلك ، وهذا هو الفرض الخالب . وفي هذا الفرض يملك صاحب
الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته ،
وسبب كسب الملكية هنا هو الالتصاق . ومتى تملك صاحب الأرض الأدوات
بالالتصاق على هذا النحو ، فإنه لا يفقد ملكيتها إلا بسبب جديد من أسباب
نقل الملكية . وعلى ذلك لو هدمت المنشآت بعد أن اندمجت في الأرض ،

(١) محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٧ ص ٦٦ .

(٢) ولم يكن التقنين المدني الوطني السابق يميز بين هذين الفرضين ، بل كان صاحب
الأرض يملك الأدوات فيما معاً في مقابل دفع القيمة والتعويض أما في التقنين المدني الجديد ،
فسرى أن لصاحب الأدوات نزعها من الأرض في خلال سنة إذا كان نزع الأدوات لا يلحق
ضرراً بصاحب الأرض ، وإلا فلا يجوز له نزعها ويكتفى بأخذ قيمتها مع التعويض إن كان
له محل (انظر آتياً ص ٢٦٧ هامش ٢) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى
في هذا الصدد : « وهذا الحكم (حكم التقنين المدني الجديد) يختلف عن حكم التقنين الحال
(السابق) في أن هذا التقنين لا يميز ما إذا كان نزع المواد يلحق ضرراً بالأرض أولاً يلحق ،
فإن الحالتين يملك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها مع التعويض إن كان له محل ، ولا يجوز
لصاحب المواد أن يطلب نزعها في أى حال . وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة فيه أظهر
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

(٣) وكذلك إذا لم يكن ممكناً نزع الأدوات دون أن يلحق الأرض نفسها ضرر جسيم ،
وإن كان الضرر الجسيم الذي يلحق الأرض غير وارد في النص . ويمكن تخريج ذلك على
مبدأ التعسف في استعمال الحق ، فإن صاحب الأدوات يتصرف في استعمال حقه في المطالبة
بنزع الأدوات إذا كان نزعها يلحق بالأرض ضرراً جيباً (محمد علي عرفة ٢ فقرة ٣٨
ص ٦٧) . بل أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لم تذكر إلا الضرر الجسيم الذي
يلحق الأرض ، وكان الواجب أن تذكر أيضاً ، ومن باب أولى ، الضرر الجسيم الذي يلحق
المنشآت (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٠) .

سواء كان ذلك بحادث فجائي أو بفعل صاحب الأرض ، فإن صاحب الأدوات لا يستعيد ملكيتها ، سواء كان قد أخذ التعويض عنها من صاحب الأرض أو كان لم يأخذه بعد ، وسواء عرض رد التعويض إذا كان قد أخذه أو لم يعرض رده^(١) .

وما دام صاحب الأرض يمتلك الأدوات بالالتصاق على النحو الذى ذكرناه ، فإنه يكون ملتزماً بالتعويض نحو صاحب هذه الأدوات . فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها ، ويبدو أن القيمة تقدر وقت انتقال ملكية الأدوات لصاحب الأرض ، أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته^(٢) . وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم استرداده للأدوات التى كانت مملوكة له ، كما لو كان فى حاجة إلى هذه الأدوات وتسبب عن تأخره فى استبدال غيرها بها ضرر له^(٣) . وليس من الضرورى لاستحقاق التعويض أن يكون صاحب الأرض قد أدمج الأدوات فى الأرض « بطريق الغش والتدليس » كما كان التفتين المدنى الوطنى السابق يشترط ، ويكفى أن يكون هناك خطأ فى جانب صاحب الأرض ولو لم يصل هذا الخطأ إلى حد الغش والتدليس ، فإن المادة ٢/٩٢٣ مدنى تلزم صاحب الأرض بدفع التعويض « إن كان له وجه » . وغنى عن البيان أن التعويض يزيد فى حالة ما إذا كان صاحب الأرض سيء النية يعلم أن الأدوات غير مملوكة له ، عما إذا كان حسن النية يعتقد أن الأدوات مملوكة له ولكنه لم يملكها بالحيازة لعدم توافر السبب الصحيح . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى

(١) بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٦ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير

١ فقرة ١١٤٣ - جوسران ١ فقرة ١٦٦١ - دى باج ٦ فقرة ٤٦ - مارتى ورينو فقرة ١٢٨ ص ١٤٤ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٧١ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٤ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٧ ص ٣٧٤ - وقارن إذا كان الهدم قبل قيام النزاع آنفاً ص ٢٦٦ هامش ١ . كما لا يجوز لصاحب الأرض أن يلزم صاحب المواد بعد نزعها بأخذها بدلا من التعويض (شفيق شحاتة فقرة ٢٣٨ ص ٢٥١) .

(٢) دى باج ٦ فقرة ٦٠ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥٢ .

(٣) بودرى وشوفو فقرة ٣٥٣ - كولان وكابيتان ودى لا مورانديير ١ فقرة ١١٤٣ .

في صدد هذا التعويض : « . . . ودفع (صاحب الأرض) تعويضا لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيء النية » (١) . وواضح أن ما يلتزم به صاحب الأرض لصاحب الأدوات من دفع قيمة الأدوات والتعويض ليس تطبيقا دقيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب ، فإن هذا المبدأ كان يقتضى بأن يدفع صاحب الأرض أقل التبعين ، قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به صاحب الأدوات . ومن ثم يكون التزام صاحب الأرض بدفع قيمة الأدوات التزاما مصدره القانون لا مبدأ الإثراء بلا سبب . وتكون مدة تقادمه خمس عشرة سنة لا ثلاث سنوات (٢) . أما التزامه بدفع التعويض فمصدره العمل غير المشروع ، ويتقادم بثلاث سنوات وقفا للقواعد المقررة في تقادم الالتزامات التصديرية .

(الفرض الثاني) أن يكون ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق المنشآت ضرر جسيم (٣) ، كأن تكون الأدوات أبوابا وضعها صاحب الأرض في البناء أو أدوات صحية ألصقتها به أو بلاطا ألصقه بأرضيته أو خشبا من « الباركيه » غطى به أرضية الغرف ، فإن هذه الأدوات وأمثاذا يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذا النزع ضرر جسيم . وفي هذا الفرض لا يتملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض ، بل تبقى على ملك صاحبها . ويستطيع هذا المطالبة بنزعها من الأرض واستردادها ، بشرط أن يرفع دعوى الاسترداد في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه أنها اندمجت في المنشآت ، والعلم بذلك واقعة مادية يجوز لصاحب الأرض إثباتها بجميع الطرق . فاذا رفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في هذا الميعاد ، كان له أن يسترد الأدوات فقد بقيت على ملكه كما قدمنا . ويلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات ، ويلتزم كذلك بتعويض صاحب الأدوات إن كان لهذا التعويض محل (٤) ، ويستوى في كل ذلك أن يكون صاحب

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ .

(٢) محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ .

(٣) وكذلك دون أن يلحق الأرض ضرر جسيم . وقد سبق بيان ذلك (آنفاً ص ٢٦٩

دش ٣) .

(٤) حسن كبرية ص ٦٦ - وأما عن التعويض خطأ في جانب صاحب الأرض ، فتكون مسؤولة هذا الأخير عن التعويض مسؤولة تصديرية . ويدخل في التعويض الفرق بين قيمة الأدوات قبل إدماجها وقيمتها بعد نزعها ، فإن هذا الفرق تعويض عن ضرر أصاب صاحب الأدوات بسبب خطأ صاحب الأرض (تارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩) .

الأرض سىء النية أو حسن النية ولكنه لم يملك الأدوات بالحيازة لعدم نوافر السبب الصحيح (١) .

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك (٢)، ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق (٣). وتكون ملكية صاحب الأرض للأدوات بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف، هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة. وهذا الشرط هو نفسه شرط فاسخ بالنسبة إلى صاحب الأدوات، فهو يملكها ملكية معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة. فإذا تحقق الشرط ولم يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة، أصبح صاحب الأرض مالكا بحكم الالتصاق للأدوات منذ إدماجها في الأرض بفضل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الواقف، واعتبرت ملكية صاحب الأدوات لهذه الأدوات منذ إدماجها في الأرض كأنها لم تكن بفضل الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ. وإذا أصبحت ملكية صاحب الأرض للأدوات نافذة بانه بتحقق الشرط الواقف، وجب عليه أن يدفع قيمة الأدوات لصاحبها وأن يدفع له تعويضا إن كان للتعويض محل، وذلك كله على التفصيل الذى سبق أن بسطناه في الفرض الأول. وغنى عن البيان أن صاحب الأدوات ليس في حاجة لأن ينتظر انقضاء السنة لتقاضى قيمة الأدوات والتعويض، فإن له أن يتزل قبل ذلك عن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض... ويكون النزع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سىء النية أو حسن النية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠).

(٢) والسنة مدة سقوط *délai de déchéance* لameda تقادم، فلا يرد عليها أسباب الوقف أو الانقطاع (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٣ ص ٥١ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٥٧ ص ٢٧٤).

(٣) ولا يجوز لصاحب الأرض في خلال السنة، حتى لو كان حسن النية، أن ينزع الأدوات ويجبر صاحبها على استردادها تقادياً من دفع قيمتها مع التعويض، إذا لم يرد صاحب الأدوات ذلك، فإن الخيار بين نزع الأدوات واستبقائها في الأرض هو لصاحب الأدوات لالصاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٣٩ ص ٦٩).

دعواه في استرداد الأدوات ، فيستحق قيمتها والتعويض منذ نزوله عن دعواه .

١٠١ - وضع منقول في الأرض غير أدوات البناء : والمفروض

في كل ما تقدم أن الذي أدمجه صاحب الأرض في أرضه هو من أدوات البناء . أما إذا كان قد أدمج شيئا غير أدوات البناء . كأن أدمج تمثالا أو أثرا ثمينا مملوكا لغيره . فإنه لا يتملكه بالالتصاق . ويبقى المنقول على ملكية صاحبه ، وله في أى وقت أن يسترده ولو بعد انقضاء السنة . بل ولو أحدث نزرعه ضررا جسيما بالبناء أو بالأرض ، وكل ذلك ما لم يكن صاحب الأرض قد تملك المنقول بالحيازة أو بالتقادم الطويل . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض يبنى بأدوات بناء . أما إذا كان قد أدخل في بنائه تمثالا أو أثرا ثمينا أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء ، فلا يتملكه بالالتصاق مطلقا . بل يجب نزرعه في أى وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك . ولو بعد السنة ، بل ولو أحدث الترع ضررا جسيما بالبناء » (١) .

المطلب الثانى

الصورة الثانية - صاحب الأدوات هو البانى في أرض غيره

١٠٢ - فروض مختلفة : نواجه في هذه الصورة الثانية . وضعا عكسيا

للوضع السابق . ففي الوضع السابق واجهنا صاحب الأرض يبنى بأدوات غيره ، وفي هذا الوضع نواجه صاحب الأدوات يبنى في أرض غيره . والوضع في هذه الصورة الثانية هو الأكثر وقوعا في العمل ، فقل أن نجد ما لكنا يبنى في أرضه بأدوات غيره ، ولكن كثيرا ما نجد أجنبيا يبنى بأدواته في أرض غيره .

وأول افروض التى تقع لنا في هذه الصورة الثانية أن يكون للأرض حائز لا يملكها ، ويقوم فيها منشآت . ثم يرفع ما لك الأرض دعوى استحقاق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠ - وانظر أنسيكلويدى دالوز ١ لفظ

Construction فترة ٣٢ - محمد كامل مرسى ٣ فترة ٦٨ - عبدالمتم ابدراوى فترة ٤٢ ص ٥١ -

عبدالمتم فرج الصده فترة ٢٥٦ ص ٣٧٢ - منصور مصطفى منصور فترة ١١٨ ص ٢٨٩ .

على الحائز ، فيسرد منه الأرض . وفيما يتعلق بالمنشآت التي أقامها الحائز ، يقضى القانون بأنها تكون ملكا لصاحب الأرض ، وقد تملكها بطريق الالتصاق ، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت . ويختلف التعويض بحسب ما إذا كان الحائز سيء النية أو حسن النية ، فعندنا إذن فرضان : فرض ما إذا كان الباني سيء النية يعلم أن الأرض مملوكة لغيره ، وفرض ما إذا كان الباني حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والأحكام التي تسرى على هذين الفرضين هي الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية .

وليس الأمر مقصورا على الحائز يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الاستحقاق وتسرد منه الأرض والمنشآت (tiers évincé) ، بل إن النصوص عبارتها عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره (١) . ويستوى في ذلك أن يكون الباني حائز الأرض بنية التملك أو يكون حائزا لها حيازة عرضية ، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو أن تكون هذه العلاقة غير موجودة . ومن ثم تسرى أحكام الالتصاق في الفروض الآتية : (١) فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء . (٢) فرض ما إذا بنى المتفع في الأرض المتفع بها . (٣) فرض ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . (٤) فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل عقد البيع ، أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل . ففي هذه الفروض جميعا ، إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق ، وجب عليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت : وقد جعل القانون ، من جهة ، ضمانا لصاحب

(١) وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن نص المادة ٥٥٥ منه قد ورد فيها عبارة tiers évincé . وقد حل ذلك أكثر الفقهاء في فرنسا على قصر هذه المادة على الحائز الذي يبني في أرض غيره وترفع عليه دعوى الاستحقاق . ولكن القضاء الفرنسي نهج نهجا آخر ، وعم النص حتى يشمل كل شخص يبني في أرض غيره ، سواء كان حائزا أو بتمسك التملك أو كانت حيازته عارضة . عل أن الفقه الفرنسي ، إذا كان لا يطبق نفس المادة ٥٥٥ مدن فرنسي على الفروض التي يكون فيها الباني غير حائز للأرض بنية التملك ، فإنه يجرى على هذه الفروض أحكام هذه المادة بطريق القياس .

المنشآت هو حق حبسها حتى يستوفى التعويض ، ويسر ، من جهة أخرى ، على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز لتناخي أن يجس الأداء على أقساط دورية .

على أن أحكام الالتصاق لا تسرى في الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لهذه الأحكام ، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق . ونذكر من هذه الفروض ثلاثة : (١) فرض ما إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة . (٢) فرض ما إذا بنى المشتري في العقار المشفوع فيه . (٣) فرض ما إذا بنى المحتكر في الأرض المحكرة .

ويبقى بعد ذلك أن نستبعد فرضين لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق : (١) فرض ما إذا بنى المالك في الشيوع في الأرض الشائعة . (٢) فرض ما إذا بنى الفضولي أو الوكيل في أرض رب العمل أو الموكل (١) .

واستثنى القانون أخيراً من أحكام الالتصاق فرضين : (١) فرض ما إذا جار الباني بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة . (٢) فرض المنشآت الصغيرة المقامة في أرض الغير لا على سبيل الدوام .

فهذه جملة من المسائل قد تجمعت تحت الصورة الثانية التي نحن بصدددها ، والتي هي الصورة الأكثر وقوعاً في العمل كما قدمنا . فنبحث هذه المسائل على التعاقب تحت العناوين الآتية : (١) الأحكام العامة في الالتصاق في صورته الثانية . (٢) فروض أخرى تسرى عليها الأحكام العامة للالتصاق في صورته الثانية . (٣) أداء التعويض لصاحب المنشآت . (٤) فروض وردت فيها أحكام خاصة غير أحكام الالتصاق . (٥) فروض تستبعد أصلاً من نطاق أحكام الالتصاق . (٦) فروض تستثنى من أحكام الالتصاق .

(١) أنظر المادة ٨٩٢ مدني سوري ، والمادة ١٢٢٣ مدني عراقي ، والمادة ٣١٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني .

§ ١ - الأمل العام في الإزالة في صورته الثانية:

١٠٣ - الباني متى والنية يعلم أنه الأرض مملوكة لغيره - نص قانوني

تنص المادة ٩٢٤ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت ، أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . »

« ٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٥٩ من المشرع التمهيدى على الوجه

الآتي : « ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب هذه الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها وأن يطلب التعويض إذا كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت . »
 « ٢ - وكذلك يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت في مقابل دفع قيمتها مستحقة للإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . » ووافقت عليه لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم ٩٩٦ في المشرع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٣ . وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على حكم الفقرة الأولى وقيل إنه إذا سكت صاحب الأرض ولم يطلب الإزالة في ميعاد سنة سقط حقه في طلبها ، وفي هذا تحسين لمركز الباني متى والنية . كذلك قيل إن مدة السنة قليلة ، لأنه قد يكون صاحب الأرض رقيق الحال بحيث لا يتمكن فيها من طلب الإزالة . فأجيب بأن مدة السنة تبدأ من وقت العلم ، وأنه إذا انقضت هذه السنة ولم يطلب صاحب الأرض إزالة المنشآت يكون ذلك بمثابة اختبار ضمنى من صاحب الأرض لا استبقاء هذه المنشآت . واستقر رأى اللجنة ، رغبة في إيضاح الحكم الوارد في هذه المادة واستكمالها بما يبين حق صاحب الأرض في طلب إزالة المنشآت أو رضائه ببقائها ، على تعديل الفقرة الأولى من المادة بإضافة العبارة الآتية إلى نهايتها : « وله أيضاً أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في -

والنص جاء في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له . ونقتصر

على الأرض بسبب هذه المنشآت . ورأت اللجنة كذلك تعديل الفقرة الثانية كالتالي : « ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبق المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة » ، فأصبح النص تحت رقم ٩٢٤ مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ومن هذا يتضح أنه إذا مرت سنة ولم يستعمل صاحب الأرض حق الاختيار ، فليس له إلا أن يستبق المنشآت مع دفع التعويض على الوجه المين بهذه المادة . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدت بلحته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٥ - ص ٣١٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٣١٥/٦٥ : فإذا حصل الفراس أو البناء أو غير ذلك من الأعمال من شخص بمهمات وأدوات نفسه في ملك غيره ، فالمالك غير بين إبقاء هذه الأشياء بأرضه وبين إلزام فاعلها بتزويرها - في حالة ما إذا اختار صاحب الأرض نزع هذه الأشياء ، تكون مصاريف النزاعها أو هدمها على فاعلها بدون إعطائه تعويضاً ما . ويجوز زيادة على ذلك أن يحكم على الفاعل المذكور بتعويض الحسارة التي تنشأ عن فعله لصاحب الأرض - وأما إذا اختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء ، فيكون مخيراً بين دفع قيمة الفراس أو البناء مستحق القلع وبين مبلغ مساو لما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها . التقنين المدني المختلط م ٩٠ : إذا لم يثبت حصول الإذن من المالك بدون شرط ولا قيد ، تعتبر الأرض عارية ، ويكون للمالك الخيار بين طلب هدم البناء وإزالة الفراس وبين إبقائها له مع دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة .

(والتقنين المدني الوطني السابق هو الذي يتفق مع أحكام التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن التقنين الوطني السابق لم يضرب أجلاً (سنة) لصاحب الأرض في طلب الإزالة ، ولم يجعل لصاحب المنشآت الحق في طلب نزع المواد دون الإضرار بالأرض إذا لم يتحتم صاحب الأرض استبقاء المنشآت) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٨٨٨ (موافق) . م ٣/٨٩٠ : وإذا كان هذا الغير (من التبة) قد بنى أو غرس ، فيلزم بهدم البناء وقلع الأغراس ، ما لم يفضل مالك الأرض إبقاها لقاء دفعه لذلك الغير قيمة مواد البناء والفرس ، بعد حسم المصاريف التي يتكبدها الغير فيما لو ألزم بتزويرها .

م ٨٨٥ : ١ - يصبح مالك الأرض مالكاً بطريق الالتصاق للبذار الذي بذره الغير في أرضه ، بشرط أن يدفع له قيمة البذار . غير أنه يحق له إذا شاء ترك المحصولات لهذا الغير مقابل دفع أجره المثل عن سنة واحدة . ٢ - إذا لم يكن قد فات زمن البذار ، فيحق للمالك الأرض أن يحمل الغير الذي بذرها على نزع بذاره بدون تعويض عليه من أعمال الحراثة والبذر . (ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٨ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١١٩ : إذا أحدث شخص بناء أو غرساً أو منشآت أخرى -

هنا على تطبيقه في أحد فروضه ، هو الفرض الذى يكون فيه البانى فى أرض غيره حائزاً للأرض بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التى سنذكرها فيما بعد. وهذه القواعد هى الأحكام العامة فى الالتصاق فيما يتعلق بالبانى فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له ، نوردها هنا ، على أن نطبقها بعد ذلك فى فروض أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها .

ونفرض الآن أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى الاستحقاق على الحائز واسترد الأرض ، فعند ذلك تأتى مسألة المنشآت . ويفترض بادئ ذى بدء ، أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت ، فإذا ادعى مالك الأرض أنه سىء النية ، أى يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وقد أقام المنشآت دون رضا مالك الأرض ، فعلى هذا الأخير يقع عبء الإثبات^(١) . وعلى ذلك يجب على مالك الأرض أن يثبت سوء نية من أقام المنشآت ، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض ، أو أنه حازها فى مبدأ الأمر وهو

= بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضرراً بالأرض ، فله أن يتملك المحدثات بقيمتها مستحقة القلع .

م ١١٢٤ : فإذا بذر أجنبى فى أرض الغير بدون إذن ونبت البذر ، كان لمالك الأرض الخيار فى أن يتملك البذر بمثله أو أن يترك الأرض بيد الأجنبى حتى الحصاد بأجر المثل . (لا مقابل لهذا النص فى التفتين المدنى المصرى) .

قانون الملكية العقارية البنائى م ٢١٥ (موافق) .

م ٢١٧ (موافق للمادة ٣/٨٩٠ سورى) .

م ٢١٢ (موافق للمادة ٨٨٥ سورى) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا بنى شخص على أرض مملوكة لغيره ، فالمكلف بإثبات سوء نية البانى هو مالك العقار ، الذى ليس له أن يطلب إزالة البناء ما لم يثبت سوء نية البانى . ولا يعتبر البانى سىء النية بمجرد كونه وارثاً لمستأجر العقار (استئناف وطنى ١٧ مايو سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨١ ص ١٥٩) - وقارن استئناف مخطط ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٢٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٠٨ .

حسن النية بأن اعتقد أنه وارث لها أو أنها آلت إليه عن طريق الوصية ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارث أو أن الوصية باطلة أو عدل عنها الموصى ومع ذلك بقي حائزا للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له (١).

ففي هذا الفرض ، عند ما يسترد مالك الأرض أرضه وتأتي مسألة المنشآت التي أقامها الحائز ، يضع القانون في هذه الحالة قواعد مفصلة ، يستخلص منها أنه يجب تمييز بين عهدين :

(العهد الأول) السنة التي تبدأ من اليوم الذي يبرم فيه مالك الأرض بإقامة المنشآت ، وعبء إثبات العلم هنا يقع على عاتق المالك ، ولا أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات لكن التصريح والتقدير في خزانة الدولة السنة يكون صاحب الأرض بالخطأ بين طرفين . الأمر الأول أن يطلبه إزالة المنشآت على نفقة من أقامها ، وبطلبه منه فوق ذلك المرسوم عما عدل ، أن تحدته إزالة المنشآت من ضرر بالأرض ، وهذا يجوزاء سره نية من أقام المنشآت فقد أقامها في الأرض وهو يعلم أنها غير مملوكة له . وفي هذه الحالة يهدم صاحب المنشآت منشآته ويأخذها أنقاضا بعد أن يدفع مصروفات الهدم ، ولا محل هنا لإعمال الالتصاق سببا لكسب المانية فقد أزيلت المنشآت ولا يملكها صاحب الأرض (٢) . والأمر الثاني ، فإنه لم يذهب صاحب

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يسري من بناء على أرض غيره أن يدعى حسن النية فيما فعل ترصلا إلى استبقاء البناء ، إذا كانت عقودها التي يدافع بها لاتمليه هذا الحق وتنفي عنه حسن النية (استئناف وطني ١٥ يونيو سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٥٠٣) ، وذلك كأن يكون العقد الذي يتمسك به هو عقد إيجار لا يجعل له الحق في البناء (استئناف مختلط ١٠ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٢٢) . ويعتبر في حكم سوء النية المشتري من غير المالك إذا كان قد أحمل مطالبة البائع بالسند الذي يثبت ملكية هذا الأخير (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠) ، أو أهل فحص هذا السند (استئناف مختلط ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٢) أنظر في انتقاد إعطاء الحق لمالك الأرض في طلب الإزالة ، إذ أن الإزالة هدم والهدم يعارض مع روح الناصر في التشجيع على البناء : كاربرنيه ص ٢٤٠ .

الأرض لإزالة المنشآت ، فله أن يعلن في خلال السنة إرادته في استبقاء المنشآت في الأرض ، وعند ذلك يملكها بالالتصاق^(١) . وعليه أن يدفع تعويضا لصاحب المنشآت أقل القيمتين : (١) قيمتها مستحقة الإزالة ، فقد كان من حقه أن يطلب إزالتها فله أن يستبقها مستحقة الإزالة ، أى أنه يدفع قيمة الأنقاض منقوصا منها مصروفات الهدم . (٢) قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، وتقدر هذه القيمة بنخبير عند الاقتضاء^(٢) ، وتمثل المقدار الذى اغتنى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت^(٣) . ويلاحظ ،

(١) ويعتبر مالك الأرض قد اختار ضمنا استبقاء المنشآت إذا هو باع الأرض بما عليها من هذه المنشآت (نقض فرنسى ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ - ٣٨٤) .
 (٢) والعبرة في تقدير هذه القيمة بوقت الاستحقاق (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٦٨ ص ٢٦٥ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٢ ص ٩٨ - شفيق شحاتة فقرة ٢٣٤ ص ٣٤٥ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٩ - استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٨٩ - ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٥) . ويقدر الخبير ثمن المثل للأرض خالية من المنشآت ، ثم يقدر ثمن المثل للعقار بعد إقامة المنشآت ، والفرق ما بين الثمين هو ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت (أنظر بودرى وشوفو فقرة ٣٦٥ ص ٢٥٢) . هذا والتعويض الذى يدفعه صاحب الأرض لصاحب المنشآت على التفصيل الذى قدمناه يستحق في ذمة من يكون مالكا للأرض وقت المطالبة بهذا التعويض ، حتى لو لم يكن هو المالك للأرض وقت إقامة المنشآت ، وهذا لا يخل بحق المالك الأخير في الرجوع على المالك الأول (بودرى وشوفو فقرة ٣٦٩ - أنيكلويدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٦٣ - فقرة ٦٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٨) .

(٣) ويجب أن يخصم من قيمة التعويض الذى يستحقه الحائز سبه النية قيمة الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، فان هذه المنشآت أصبحت مملوكة لصاحب الأرض بالالتصاق منذ إدماجها في الأرض ، والحائز يضع عليها وهو سبه النية فيكون مشغولا عن الثمار ما حصل وما أهمل في تحصيله (م ٩٧٩ مدنى) . أما البانى حسن النية ، فانه يتملك الثمار التى حصل عليها من المنشآت التى أقامها ، ولا يحاسب إلا على الثمار التى قبضها منذ تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - أنيكلويدي دالوز ١ لفظ Construction فقرة ٤٧ - محمد كامل مرسى ٣ فقرة ٩٧ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٥ ص ٧٨) . ويرى بعض الفقهاء أنه في نظير رد الحائز سبه النية للثمار ، يتقاضى هذا الحائز الفوائد القانونية عن التعويض المستحق له في حدود ما زاد في ريع الأرض بسبب المنشآت (أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٦ - وقارن بودرى وشوفو فقرة ٣٦٣ ويفضل عدم رد الثمار بدلا من تقاضى الفوائد) . رقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحائز لا يستحق فوائد عن التعويض مادام حائزا للأرض والبناء (استئناف مخطط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢١٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٢) .

أولاً ، أننا قد انحرفنا عن قواعد الإثراء بلا سبب : فقد كانت هذه القواعد تقضى على صاحب الأرض بأن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به هو وقيمة ما افتقر به صاحب المنشآت . وهو هنا يدفع أقل القيمتين : قيمة ما اغتنى به هو وقيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت . وهذه القيمة الأخيرة تكون عادة أقل من قيمة ما افتقر به صاحب المنشآت ، إذ أن هذه القيمة الأخيرة هي قيمة المواد وأجرة العمل . فيكون صاحب المنشآت قد عمل معاملة أسوأ مما تقضى به قواعد الإثراء بلا سبب ، وذلك كما قدمنا جزاء له على سوء نيته (١) . وعلى ذلك يكون التزام صاحب الأرض بدفع أقل القيمتين على النحو الذى قدمناه ليس مصدره الإثراء بلا سبب ، بل مصدره هو القانون ، فهو الذى قضى بذلك ، وتكون مدة تقادم هذا الالتزام خمس عشرة سنة كما هو الأمر فى الالتزامات الناشئة من القانون ، لا ثلاث سنوات وهى مدة تقادم الالتزامات الناشئة من الإثراء بلا سبب (٢) .

وبلاحظ ، ثانياً ، أن تخيير صاحب الأرض بين دفع قيمة الأنقاض بعد هدم المنشآت وقيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت يستفاد منه أن قيمة ما زاد فى ثمن الأرض قد تكون أقل من قيمة الأنقاض ، فيختار

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فقد عومل البانى سىء النية ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى سىء النية فى التقنين المدنى المصرى ، إذ أجاز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، فان استبقاها وجب عليه دفع تكاليف المنشآت (قيمة المواد وأجر العمل) . بل إن البانى سىء النية فى التقنين المدنى الفرنسى كان يماثل ، بموجب المادة ٥٥٥ مدنى فرنسى القديمة ، معاملة أفضل من البانى حسن النية من وجه ، فان صاحب الأرض كان يلتزم بأن يدفع للبانى حسن النية أقل القيمتين : تكاليف البناء أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت وهى تكون عادة أقل من تكاليف البناء . والسبب فى هذا الحكم الغريب يرجع إلى تاريخ صياغة المادة ٥٥٥ مدنى ، فقد كانت فى صياغتها الأولى تجمل الحكم واحداً بالنسبة إلى البانى سىء النية والبانى حسن النية ، ثم أخيفت إليها فقرة أخيرة خاصة بالبانى حسن النية أعطى بها لصاحب الأرض الخيار المتقدم ، دون أن يعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية . ولكن صدر أخيراً فى فرنسا قانون ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ يمالج هذا العيب ، ويعطى نفس الخيار لصاحب الأرض بالنسبة إلى البانى سىء النية (مازو فقرة ١٥٩٨ ص ١٢٧١) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ .

صاحب الأرض دفعها دون دفع قيمة الانقراض . ولا يتصور أن تكون قيمة الانقراض أكبر من قيمة زيادة ثمن الأرض إلا إذا افترضنا أن مواد البناء قد علا سعرها لظروف استثنائية ، فأصبح نزع القديم منها كالأبواب والشبابيك والأدوات الصحية ونحوها يعود بقيمة أكبر من قيمة بقائها في الأرض وما ينتج عن ذلك من زيادة ثمن الأرض . وهذا الافتراض لا يتحقق ، كما قدمنا ، إلا في ظروف استثنائية محضة .

وفي خلال السنة أيضا ، وفي الوقت الذي يكون فيه لصاحب الأرض الخيار الذي قدمناه ، تقضى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، كما قدمنا ، بأنه « يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلدغ بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يسبق المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة » . ويخلص من ذلك أن صاحب المنشآت يستطيع ألا ينتظر سنة كاملة حتى يستعمل صاحب الأرض خياره ، إذ يستطيع هو منذ البداية دون أن ينتظر انقضاء السنة أن يبادر إلى طلب نزع المنشآت ، فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول نزع المنشآت أو على استعمال خياره في استبقائها مع دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . ولكن يشترط في ذلك أن يكون نزع المنشآت ليس من شأنه أن يلحق ضررا بالأرض ، وإلا حملنا هذا الضرر لصاحب الأرض دون مسوغ إذا هو اضطر أن يقبل نزع المنشآت دون أن يطلب استبقائها . وعلى هذا النحو يكون وضع الطرفين في خلال السنة على الوجه الآتي : لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة أو الاستبقاء مع دفع أقل القيمتين ، وكذلك لصاحب المنشآت أن يطلب الإزالة إذا كانت لا تلحق بالأرض ضررا فيجبر بذلك صاحب الأرض على قبول الإزالة أو على استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين وذلك منذ البداية وقبل انقضاء السنة . (العهد الثاني) عند انقضاء السنة . فإذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو يعلن إرادته في الاستبقاء (١) ، ودون أن يطلب

(١) ولا يشترط رفع الدعوى بالإزالة كما اشترط رفع دعوى الاسترداد في المادة ٩٢٣ مدني ، إذ لم يصرح في المادة ٩٢٤ مدني برفع الدعوى كما صرح في المادة ٩٢٣ مدني برفع دعوى الاسترداد . فيمكن إذن إبداء الرغبة ولو بكتاب سجل ، بل ولو شفويا ، ويكون عبء الإثبات على صاحب الأرض (أنظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر أوى فقرة : ٤٦ ص ٥٨ هاشم ١) .

صاحب المنشآت نزعتها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، فإن المنشآت تبقى في الأرض ، ويملكها صاحب الأرض بالاتصاق . ويجبر صاحب الأرض على استبقائها لأنه لا يستطيع طلب الإزالة بعد أن انقضت السنة (١) ، كما يجبر على دفع أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه .

ولكن يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدني ، عندما أجازت لصاحب المنشآت طلب نزعتها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً ، لم تحدد ميعادا لهذا الطلب ، كما حددت الفقرة الأولى من المادة نفسها ميعاد سنة لصاحب الأرض في طلب الإزالة . وعلى ذلك يبدو أنه يجوز لصاحب المنشآت ، حتى بعد انقضاء السنة ، طلب نزعتها إذا كان التزع لا يلحق بالأرض ضرراً . وعند ذلك يكون صاحب الأرض مجبراً بين قبول التزع أو استبقاء المنشآت مع دفع أقل القيمتين . أما إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعتها بعد انقضاء السنة وطالب صاحب الأرض بدفع التعويض ، فإن هذا الأخير يكون مجبراً على دفع أقل القيمتين لصاحب المنشآت (٢) .

وتكون ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق الالتصاق إذن ملكية معلقة على شرط واقف ، هو ألا تنتزع المنشآت من الأرض ، لابتناء على طلب صاحب الأرض في خلال السنة وليس هذا شرطاً إرادياً محضاً لأن الأمر لا يتوقف على محض إرادة صاحب الأرض بل تختلط بإرادته ظروف تكيف من هذه الإرادة ، ولا بناء على طلب صاحب المنشآت في أي وقت واستجابة صاحب الأرض لهذا الطلب . فإذا لم تنتزع المنشآت من الأرض ، تحقق الشرط الواقف ، وأصبحت ملكية صاحب الأرض للمنشآت بطريق

(١) قارن عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ هامش ١ .

(٢) ويؤيد ذلك ماورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « فإذا مضت السنة ، أو إذا لم ينتجر (صاحب الأرض) الإزالة ، تملك المنشآت بالاتصاق ، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء . فإذا لم يدفع أقل القيمتين ، كان للباقي أن يلزمه بالدفع ، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٣٠) . وانظر عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٨ - إسماعيل غانم ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٧ - وقارن شفيق شحاتة فقرة ٢٢٣ ص ٢٤٤ هامش ١ - منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ - حسن كبرة ص ٦٩ - ص ٧٠ .

الاتصاق ملكية نافذة باقة ، وكان لتحقيق الشرط أثر رجعي فتستند ملكية صاحب الأرض للمنشآت إلى وقت إدماجها في الأرض .

٤٠١ - البنية حسن النية يعترف أنه الحق في إقامة المنشآت - نفس قانوني :

تنص المادة ٩٢٥ مدني على ما يأتي :

« ١ - إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها . »

« ٢ - إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الحسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه

مطابق لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى في الفقرة الأولى وردت فيه عبارة « حسن النية » بدلا من عبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » ، وفي الفقرة الثانية وردت فيه عبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » بدلا من عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، ووردت فيه أيضاً عبارة « إذا سمحت الظروف » متخللة عبارة « كان له أن يطلب تملك الأرض » . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٩٩٧ في المشروع النهائى ، بعد حذف عبارة « إذا سمحت الظروف » . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٤ . وفي لجنة مجلس الشيوخ ، اقترح أن تحمل عبارة « يعلم أنها مملوكة له » محل عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى ، حتى يكون هناك اتساق بين عبارة هذه المادة وعبارة المادة السابقة . فأجيب بأنه لا يمكن النص على العلم أو عدمه في هذه المادة لأنه قد يكون البانى مستأجراً فهو يعلم أنه ليس مالكا ولكنه يعتقد أن له الحق في البناء ، فاستماضت اللجنة عن عبارة « حسن النية » في الفقرة الأولى بعبارة « يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها » لتعيين معنى حسن النية على وجه الدقة في تطبيق أحكام هذه الفقرة . وابتدلت في الفقرة الثانية بعبارة « لا يستطيع معه صاحب الأرض » عبارة « يرهق صاحب الأرض » ، لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة . وأصبح النص ، تحت رقم ٩٢٥ ، مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدك لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) .

وهنا أيضا جاء النص في عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت

ويقابل النص في التقنين المدني الوطني السابق م ٤/٦٥ : إنما إذا كان البناء أو الفرس حصل من شخص في أرض تحت يده على زعم أنها ملكه ، ثم رفعت يده عنها بحكم تقرر فيه هلم وقوع غش منه في وضع يده عليها ، فليس لمالك الأرض أن يطلب إزالة شيء مما ذكر ، بل يكون مخيراً بين دفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع مازاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث فيها . (ويختلف هذا النص عن نص التقنين المدني الجديد فيما يأتي : (١) يفترض نص التقنين السابق أن الباني قد حاز الأرض بنية تملكها ، أما التقنين الجديد فعبارة عامة تشمل كل شخص يبنى في ملك غيره ولو كانت حيازته عارضة . (٢) يجعل التقنين الجديد للباني حسن النية حق طلب نزع المنشآت ، أما التقنين السابق فلا يجعل له هذا الحق . (٣) يجعل التقنين الجديد لصاحب الأرض الحق في طلب تملك الأرض لصاحب المنشآت نظير تعويض عادل إذا بلغت المنشآت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، أما التقنين السابق فلا يجعل لصاحب الأرض هذا الحق) .

م ٩١ مختلط : إذا كان لدى من -رس أو بنى أسباب مقولة ليعتقد أنه مالك ، فلا يصير إزالة الفراس أو البناء ، بل للمالك أن يدفع مازاد على قيمة العقار بحسب ما يقدره أهل الخبرة . (ويختلف التقنين المختلط عن التقنين الوطني في أنه يلزم صاحب الأرض أن يدفع لصاحب المنشآت مازاد في قيمة الأرض ، ولا يخيره بين دفع هذه القيمة ودفع قيمة المهمات والأدوات وأجرة العملة - كما يفعل التقنين الوطني) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٨٨٩ :
 ١ - إذا كان الغير الذي شيد الأبنية أو غرس الأفراس ذاتية حسنة ، فلا يكون مسئولاً تجاه مالك العقار عن الثمار التي استوفها ، ولا تقع عليه إلا تبعة التلف أو الضرر الذي حدث بسببه . ٢ - وإذا كان قد بنى أو غرس على الأرض المطلوب استرجاعها ، فلا يجبر على نزع الأبنية التي بناها ولا الأفراس التي غرسها ، ويدفع له تعويض عن التحسين الذي حصل للأرض بسبب هذه الأبنية والأفراس . ٣ - وإذا كانت الأبنية والأفراس ذات قيمة تفوق قيمة الأرض ، فلصاحب الأفراس والأبنية الحق في أن يملك الأرض المبنى عليها أو المغروسة لقاء قيمة رقبته للمالك . (ويختلف التقنين السوري عن التقنين المصري في أنه يفترض أن الباني يحوز الأرض بنية تملكها ، وفي أنه لا يجعل لصاحب المنشآت إلا الحق في تقاضي قيمة مازاد في ثمن الأرض دون قيمة المواد وأجرة العمل ، وفي أنه يجعل لصاحب المنشآت الحق في تملك الأرض إذا زادت قيمة المنشآت على قيمة الأرض) .

التقنين المدني الليبي م ٩٢٩ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢٠ : إذا أحدث شخص بناء أو غراساً أو منشآت أخرى

بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكبر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يملك الأرض بشن مثلها . وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يملكها بقيمتها قائمة . (ويختلف التقنين

في أرض غيره بمواد من عنده ، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها :
ولكننا نقتصر ، كما اقتصرنا في المادة السابقة ، على تطبيق النص في أحد
فروضه ، هو الفرض الذي يكون فيه الباني في أرض غيره حائزاً للأرض
بنية تملكها ، وترفع عليه دعوى استحقاق من مالك الأرض ، فيسترد
هذا الأخير الأرض والمنشآت طبقاً للقواعد التي سنذكرها فيما بعد . وهذه
القواعد هي الأحكام العامة في الالتصاق فيما يتعلق بالباني بحسن النية ، وتكمل
الأحكام التي سبق أن أوردناها في خصوص الباني سيء النية . وسنطبق هذه
الأحكام جميعاً ، فيما يتعلق بالباني بحسن النية كان أو سيئها ، في فروض
أخرى مختلفة غير فرض الحائز للأرض بنية تملكها كما سبق القول (١) :

ونفرض هنا ، كما فرضنا فيما تقدم (٢) ، أن شخصاً وضع يده على
أرض مملوكة لغيره باعتبار أنه المالك ، وقد أقام منشآت في هذه الأرض
بمواد من عنده . ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى استحقاق على
الحائز ، واسترد الأرض . والمفروض أن الحائز بحسن النية وقت أن أقام
المنشآت ، إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيء النية كما قدمنا (٣) .
ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس
معناه حتماً أنه يعتقد أنه يملك الأرض (٤) . فإذا أثبت صاحب الأرض أن

=العراق عن التقنين المصري في أنه يوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت ، فإذا كانت
قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض كان لمن أقام المنشآت تملك الأرض بشئ مثلها ، وإن كانت
قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت كان لصاحب الأرض أن يملك المنشآت بتقييمها مستحقة
البقاء) .

قانون الملكية العقارية اللبناني م ٢١٦ (موافقة للمادة ٨٨٩ سوري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) فيكون إذن حسن النية بهذا المعنى ، ولا يشترط السبب الصحيح كشرط مستقل .
فن وضع يده على أرض يعتقد باطل كالمشترى للأرض الموقوفة (استئناف مصر ١٦ يونيو
سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٠٧ ص ٣٦٩) ، أو بسبب ظني كالباقي في أرض بور يعتقد
أنه تملكها بالاستيلاء (استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٠) ، يكون
مع ذلك حسن النية (عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٦ ص ٥٦ - ص ٥٧) .

الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه لا يملك الأرض ، فإن ذلك لا يكون قاطعاً في إثبات سوء نيته (١) ، إذ يبقى بعد ذلك أن يثبت الباني أنه بالرغم من علمه بعدم ملكيته للأرض كان يعتقد وقت أن أقام المنشآت أن له الحق في إقامتها (٢) . مثل ذلك أن يثبت أنه رخص له من صاحب الأرض في إقامة المنشآت (٣) ، أو أنه منتفع رخص له مالك الرقبة في البناء على الأرض المنتفع بها (٤) ، أو أنه مستأجر رخص له المؤجر في أن يقيم منشآت في الأرض المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير هذه المنشآت (٥) ، أو كان يعتقد أن له حق حكر ينحوله البناء (٦) . فإذا كان الباني حائزاً للأرض بنية تملكها ، فإن حسن نيته يتمثل عادة في اعتقاده أنه يملك الأرض ، كما لو وضع يده على أرض يعتقد أنه ملكها بالمراث أو بالوصية أو بعقد ، ولم يكن يعلم وقت أن أقام المنشآت أنه في الحقيقة غير وارث أو أن الوصية قد رجعت فيها الموصى. أو أن العقد باطل .

ففي هذا الفرض لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت ، كما كان له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيء النية على النحو الذي تقدمناه (٧) . ذلك بأننا أجزنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز ، أما هنا فالحائز حسن النية فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة . وللحائز أن يطلب استبقاء المنشآت في الأرض ، وفي هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالالتصاق . وعليه أن يعرض الحائز ،

(١) أوبري ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٦٥ .

(٢) ولا يغير من حسن نيته أن يعلم ، بعد إقامته للمنشآت ، أن ليس له حق في إقامتها .

(٣) انظر مايل فقرة ١٠٥ .

(٤) انظر مايل فقرة ١٠٥ فقرة ١٠٦ .

(٥) انظر مدار في هذا الصدد في لجنة مجلس الشيوخ آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ .

وانظر فيما يتعلق بالمستأجر وفي أنه يخضع لأحكام وردت بها نصوص خاصة مايل فقرة ١١٠ . والتبيل بالمستأجر هنا مقصور على استعراض حالة يكون فيها الباني عالماً بأنه لا يملك الأرض ولكنه يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة المنشآت ، وليس معناه أن أحكام الالتصاق تطبق حتماً عليه دون أي تحوير فيها (قارن محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٨ ص ٨٦ هامش ٢) .

(٦) استئناف مختلط ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٥ .

(٧) أنظر آنفاً فقرة ١٠٣ .

وله في هذا التعويض الخيار في أن يدفع أقل القيمتين . فاما أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل وهذه هي القيمة التي افتقر بها الحائز ، أو أن يدفع مبلغا يساوي ثمن ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت وهذه هي القيمة التي اغتنى بها صاحب الأرض . فصاحب الأرض إذن يدفع أقل القيمتين ، قيمة ما اغتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز . وهذا هو عين ما يدفعه طبقا للقواعد المقررة في الإثراء على حساب الغير . ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائز سىء النية فيما قدمناه ، لأنه ليس له أن يطلب الإزالة كما قدمنا ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة ، ولأن هذه القيمة (وهي قيمة أنقاض البناء منقوصا منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخرين اللتين يجير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سىء النية . وإذا كان صاحب الأرض يجير ، في حالة الحائز حسن النية ، بين دفع قيمة ما اغتنى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افتقر به الحائز (قيمة الأدوات وأجرة العمل) ، فيبدو أن ذلك ليس مجرد تطبيق لقواعد الإثراء على حساب الغير ، وإلا لما كان هناك حاجة إلى النص على ذلك ، أو إذا وجد النص لاكتفى بالإحالة على هذه القواعد . ويحسن القول ، تنسيقا لأحكام الالتصاق في مجموعها ، إن التزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز وتقدير هذا التعويض بقيمة معينة ، في جميع فروض الالتصاق - حتى في الفرض الذي نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذي تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير - هو التزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير^(١) . ومن ثم يتقادم هذا الالتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات ، شأنه في ذلك شأن الالتزامات الأخرى التي ينشئها القانون في صدد التملك بالالتصاق^(٢) .

(١) انظر في هذا المعنى محمد على عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ - ويترتب على أن الحكم ليس مجرد تطبيق لأحكام الإثراء بلا سبب أن في الإثراء بلا سبب لو نهدم البناء قبل المطالبة ، كان لصاحبه المطالبة بالرغم من تدمره ، أما هنا فيبدو أن ليس لصاحب البناء إذا كان البناء قد تهدم قبل المطالبة أن يطالب بشئ . (انظر في هذا المعنى عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٧ ص ٦٠) .

ولما كان الباني في أرض غيره في القرض الثاني نحن نسدده حسن النية ، فقد أولاه القانون رعاية خاصة في أمرين : (الأمر الأول) أنه أجاز له ، بدلا من تقاضي أقل القيمتين على النحو الذي قدمناه . أن يعاقب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة في ذلك . وقد تتحقق هذه المصلحة فيما إذا كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها . وكانت قيمتها بعد النزع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض على الوجه السابق بيانه . ولكنه يلتزم في هذه الحالة باعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها . أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر بسبب نزع المنشآت (١) . وإذا كان للباني حسن النية طاب نزع المنشآت على الوجه المتقدم ، فان هذا حق له لا واجب عليه ٢ . فليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك . وقد قدمنا أنه ليس لصاحب الأرض طلب الإزالة . (والأمر الثاني) ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا من أنه « إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الجداامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها . كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل » . وبلاحظ أننا لم نتمف هنا عند معيار موضوعي كما وقف التقنين السوري والتقنين العراقي والقانون اللبناني ٣ . فلم نوازن بين قيمة الأرض وقيمة المنشآت . ولم نجعل لصاحب المنشآت أن يملك الأرض إذا كانت قيمة المنشآت أكبر من قيمة الأرض . بل أخذنا بمعيار ذاتي . فجعلنا العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصا . فان كان يرهقه أن يؤدي لصاحب

(١) ويمكن القول مع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إنه إذا كان نزع المنشآت يحدث لأرض ضرراً جسيماً . لم يجز لصاحب المنشآت طلب نزعها ، وإلا كان في هذا تصرف في استعمال حق (انظر المذكرة الإيضاحية إذ تقول : « هذا كله إلا إذا طلب الباني نزع الأدوات ولم يكن نزعها ياتحق بالأرض ضرراً جسيماً » : مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٣١) . انظر في هذا المعنى شفيق شحاتة فقرة ٢٣٣ ص ٢٤٤ - محمد علي عرفة ٢ فقرة ٤٣ ص ٧٥ - إسحاق شام ص ٥٨ - عبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٦٠ ص ٣٧٨ - منصور مصطلح منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٣ هامش ١ .

(٢) إذ تقول العبرة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدني . كما رأينا . هذا ما لم يظن صاحب المنشآت نزعها .

(٣) انظر آنفاً ص ٢٦٩ هامش ١ .

المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التي أقيمت . كان له ، بدلا من تملك المنشآت بالالتصاق . أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت ، على أن يدفع هذا له تعويضا عادلا عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء^(١). ويجوز للقاضي أن يجعل أداء هذا التعويض على أفساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت ، أسوة بسائر أنواع التعويض التي تستحق بسبب الالتصاق^(٢). وقد كان نص المشروع التمهيدى في هذا الصدد يقضى . كشرط لتمليك الأرض لصاحب المنشآت . عدم استطاعة صاحب الأرض دفع المستحق عليه إذا هو تملك المنشآت . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ واكتفى بأن يكون الدفع موهقا لصاحب الأرض . « لأن المقصود هو مجرد الإرهاق لا الثبوت من عدم الاستطاعة »^(٣) . ويملك صاحب المنشآت الأرض ،

(١) وقد كان القضاء المختلط يجرى في بعض أحكامه على هذا المبدأ دون نص . بالتطبيق لقواعد العدالة (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٧ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٨ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٤ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٢) . ويذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض العادل يمكن أن يكون أقل من قيمة الأرض الحقيقية ، نظراً لأن الأرض تملك لصاحب المنشآت وهو حسن النية جبراً عليه (عبد المنعم فريج الصده فقرة ٢٦٢ ص ٣٨١) . ويمكن القول بأنه إذا ثبت خطأ في جانب صاحب الأرض بأن تركها مثلا تنتقل من يد إلى يد دون تحوط منه إلى أن استقرت في يد حائز حسن النية ، أمكن أن يكون صاحب الأرض مسئولاً عن هذا الخطأ ، وقد يستتدل جزء من قيمة الأرض كتعويض مستحق في ذمة صاحب الأرض لصاحب المنشآت . انظر أيضاً في هذه المسألة منصور مصطفي منصور فقرة ١٢١ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥ .

(٢) انظر المادة ٩٢٧ مدني فيما يلي فقرة ١١١ .

(٣) انظر مادار في لجنة مجلس الشيوخ في هذا الشأن آنفاً ص ٢٨٤ هامش ١ - وقد جرت في لجنة مجلس الشيوخ أيضاً موازنة بين الحكم الوارد في المادة ٢/٩٢٥ مدني وحكم الفقه الإسلامي الذي يقضى بأنه إذا اتضح أن قيمة البناء تزيد على قيمة الأرض كان صاحب الأرض بالخيار بين تملك الأرض لصاحب المنشآت أو استبقاء هذه المنشآت . وواضح أن معيار الفقه الإسلامي ، وهو زيادة قيمة المنشآت على قيمة الأرض ، هو معيار موضوعي أومادى . وواضح أيضاً أن المعيار الذي أخذت به المادة ٢/٩٢٥ مدني وهو أن يرهق التعويض صاحب الأرض شخصياً ، هو معيار شخصي أو ذاتي . وفي ضوء ما هو واضح في شأن كل من المعيارين يجب فهم العبارة التي وردت في محضر لجنة مجلس الشيوخ على لسان رئيس اللجنة من « أن المعيار الوارد في المادة معيار شخصي . وأن المعيار الوارد في الفقه الإسلامي =

إذا توافر شرط الإرهاق . لا يحكم الالتصاق ، فإن الالتصاق إنما يكون سبباً لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتلك صاحب المنشآت للأرض . وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض ويلتزم بدفع المرسوم بحكم القانون ، بناء على إرادة منفردة تصدر من صاحب الأرض . وقد قصر حق تملك الأرض لصاحب المنشآت على حالة البناء بحسن نية دون حالة البناء بسوء نية . لأنه في حالة البناء بسوء نية يستطيع صاحب الأرض أن يتفادى الإرهاق بأن يطلب الإزالة ، في حين أنه في حالة البناء بحسن نية لا يستطيع صاحب الأرض طلب الإزالة فأعطى عوضاً عنه حق تملك الأرض لصاحب المنشآت تفادياً للإرهاق (١) .

وإذا ملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق على النحو الذي قدمناه ، فإن ملكيته هذه تكون معلقة على شرط واقف : هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت . فإذا تحقق الشرط الواقف . ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على ملك صاحبها . فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالالتصاق كما قدمنا ، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعي . فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض ، وقد سبق تقرير ذلك في مواضع مختلفة (٢) .

§ - ٢ فروض أخرى تدعى لمبدأ العام لالتصاق في صورته الثانية

١٠٥ - فرض ما إذا رخص صاحب الأرض للباقي في البناء - نص

فانوني : تنص المادة ٩٢٦ مدني على ما يأتي :

« إذا أقام أجنبي منشآت بمراد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض ، فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت

= معيار مادي ، وأنه يفضل المعيار الشخصي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٢٢) .
فمعى الشطر الأخير من العبارة ، كما هو ظاهر من استبقاء المعيار الشخصي دون المعيار الموضوعي ، أن رئيس اللجنة يفضل (يوثر) المعيار الشخصي ، لا أن المعيار الموضوعي يفضل (أفضل من) المعيار الشخصي . قارن مع ذلك محمد على عرفة ٢ فقرة ٥٨ ص ١٠٦ هامش ١ : وهو يأخذ بالمعيار الموضوعي ويشترط زيادة قيمة البناء على قيمة الأرض .

(١) أنظر في هذا المعنى إسماعيل غانم ص ٥٩ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٢

ص ٢٨١ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٠٠ وفقرة ١٠٣ .

أن يطلب إزالتها . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .
أن يؤدي إليه إحدى التقيمتين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة
السابقة « ١١ » .

ويخلص من هذا النص أننا نواجه هنا فرضاً يكون فيه الباني غير حائز
للأرض بنية تملكها ، إذ هو قد حصل على ترخيص من صاحب الأرض
في إقامة البناء . وهذا إقرار منه بأن الأرض ليست ملكه ، ولا يضع يده
عليها بنية تملكها . ولكنه بالترخيص الذي حصل عليه من صاحب الأرض
يكون له الحق في إقامة البناء ، ومن ثم يكون في وضع الحائز حسن النية
الذي يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت . والمفروض أن الترخيص قد سكت
عن مصير المنشآت ، فليس هناك اتفاق بين صاحب الأرض ومن أقام
المنشآت على ما إذا كان صاحب الأرض يمتلك هذه المنشآت . وفي نظير

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٦١ من المشروع التمهيدي على وجه
مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٩٩٨ في
المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ٩٩٥ ، فجلس الشيوخ تحت رقم
٩٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤) .
ويقابل النص في التقنين المدني المختلط م ٨٩ : من بني أو غرس في أرض بإذن صريح
من مالكها ، بدون شرط ولا قيد ، يكون مالكا لتلك الأرض . (وهذا الحكم قريب يخرج على
القواعد المألوفة ، إذ يملك الأرض لصاحب المنشآت بمجرد ترخيص صاحب الأرض في إقامة
المنشآت دون شرط ولا قيد . ويعتبر أن هذا الترخيص بمثابة تملك ضمنى للأرض . والصحيح
هو ما ورد في المادة ٩٢٦ من التقنين المدني الجديد ، إذ المقبول أن كل ما يترتب على ترخيص
صاحب الأرض في إقامة منشآت في أرضه أن يعتبر صاحب المنشآت حسن النية يعتقد أن له
الحق في إقامة المنشآت عند إقامتها) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري لا مقابل

التقنين المدني الليبي م ٩٣٠ (مطابق) .

التقنين المدني العراقي م ١١٢١ : إذا أحدث شخص منشآت من عنده وأعلى أرض غيره

بإذن . فإن لم يكن بينهما اتفاق على مصير ما أحدثه ، فلا يجوز لصاحب الأرض أن يطلب قلع

الهدنات . ويجب عليه . إذا لم يطلب صاحب المحدثات قلعها ، أن يؤدي إليه قيمتها قائمة .

(والتقنين العراقي يتفق مع التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين العراقي لا يجعل الخيار

لصاحب الأرض في تعويض صاحب المنشآت بإعطائه أقل التقيمتين ، بل يلزمه بأن يؤدي

قيمة المنشآت قائمة ، كما هو شأن أي حائز حسن النية في هذا التقنين : م ١١٢٠ مدني عراقي) .

قانون الملكية العقارية المدني لا مقابل .

أية قيمة يكون هذا التملك . أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق في طلب إزالتها . وكان المثل الظاهر لهذا الرضع هو المستأجر ، يرخص له المؤجر في البناء في العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت (١) ، لو لا أن القانون أورد نصوصاً خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة في الالتصاق على ما سيجيء (١) ، ويمكن افتراض أن الباني قد بنى في أرض ترتب له عليها حق انتفاع . وقد بنى بترخيص من مالك الرقبة دون أن يتضمن هذا الترخيص اتفاقاً على مصير البناء ، فهنا يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض (٢) .

وفي هذا الفرض لا شك في وجوب اعتبار الباني حسن النية . فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض . إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض في البناء . فله إذن الحق في إقامته . وعلى هذا يكون في وضع مماثل تماماً لوضع الحائز الذي يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامة البناء . وهو الوضع المنصوص عليه في المادة ٩٢٥ مدني فيما قدّمناه .

وعلى ذلك فالواجب تطبيق أحكام المادة ٩٢٥ مدني في هذا الفرض . وقد طبقت المادة ٩٢٦ مدني سائلة الذكر فعلا هذه الأحكام . فهي تنص بأن مالك الأرض لا يجوز له ، بعد أن رخص في إقامة البناء . أن يطلب إزالتها . فيبقى البناء إذن في الأرض ، ويتملكه صاحب الأرض بالالتصاق . ويدفع تعويضا للباني أقل القيمتين . قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء وقيمة المواد مع أجر العمل . ويجوز للباني ، لالصاحب الأرض . أن يطلب نزع البناء من الأرض . على أن يعيد الأرض إلى أصلها أو يعرض صاحبها عن الضرر الذي عسى أن يصيبها من جراء نزع البناء . ويشترط في ذلك ألا يكون نزع البناء من شأنه أن يضر بالأرض ضرراً جسيماً . وإلا كان الباني متعسفاً في استعمال حقه في طلب نزع البناء .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٦٤٢١ .

(٢) أنظر مايل فقره ١١٢ .

(٣) أنظر في حالة بناء المنتفع في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص من مالك

الرقبة ، وفي اعتباره بانياً في أرض غيره وهو سوء النية مايل فقره ١٠٦ .

ونرى من ذلك أننا طبقنا في هذا الفرض . بموجب المادة ٩٢٦ مدني
سابقة الذكر . نفس الأحكام الواردة في المادة ٩٢٥ مدني . وهي الأحكام
العامّة في الالتصاق فيها إذا كان الباني حسن النية . ولا شك في حسن نية
الباني في فرضنا هذا . ومن ثم تسرى الأحكام العامّة في الالتصاق بصريح
نص المادة ٩٢٦ مدني كما نرى . وتسرى بما أوردناه من تفصيلات فيما
أسلفناه (١) .

غير أن هناك حكماً خاصاً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدني ،
يحيز لصاحب الأرض أن يملك الأرض للباني حسن النية في نظيره
تعويض عادل . إذا كان البناء قد بلغ حداً من الحسامية يرهق صاحب الأرض
أن يؤدي ما هو مستحق عنها (٢) . ولما كان هذا الحكم هو حكم استثنائي
محض ، فلا يصح إجراؤه إلا بنص خاص . ولم تشمل المادة ٩٢٦ مدني على
هذا النص كما اشتملت عليه المادة ٩٢٥ مدني فيما رأينا . ومن ثم يبدو أنه
لا يجوز تطبيقه في الفرض الذي نحن بصدده . ولا يستطيع صاحب الأرض ،
إذا لم يختار الباني نزع البناء ، إلا أن يملك البناء بأدنى الشيمتين بطريق الالتصاق ،
ولا يجوز له أن يملك الأرض للباني ولو كان التعويض الواجب عليه دفعه
مرهقاً له (٣) .

١٠٦ - فرضه ما إذا بني المتفع في الأرض المتفع بها : وإذا بني

المتفع في الأرض المتفع بها . وجب التمييز بين أمرين :
(الأمر الأول) أن يكون المتفع قد حصل على ترخيص من مالك

(١) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٢) انظر آنفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) ويمكن تعليل عدم الأخذ بجواز تمليك الأرض لصاحب المنشآت في هذا الفرض ،
بأنه مادام صاحب الأرض قد رخص لصاحب المنشآت في إقامتها ، فلا يحق له أن يملك
بأن التعويض مرهق له بعد أن صدر منه ترخيص في إقامة المنشآت . أما إذا كان الباني لم يحصل
على ترخيص من صاحب الأرض في إقامة البناء ، فهما كانت نيته حسنة فإن التعويض يجوز أن
يرهق صاحب الأرض وهو لم يصدر منه ترخيص في البناء ، فأحيز له تفادياً من هذا الإرهاق
أن يطلب تمليك الأرض لصاحب المنشآت .

الرقبة في البناء (١) . وهنا يعتبر بانبا حسن النية . وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادتين ٩٢٥ و ٩٢٦ مدني . فيتملك صاحب الرقبة البناء بالالتصاق . وعليه أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة المواد وأجر العمل وقيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء . وللمنتفع . إذا اختار ذلك . أن يطلب نزع البناء من الأرض على أن يعيدها إلى أصلها . ولكن ليس لصاحب الرقبة أن يطلب إزالة البناء (٢) .

(والأمر الثاني) أن يكون المنتفع قد بنى في الأرض المنتفع بها دون الحصول على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . وهنا يعتبر بانبا سيء النية . وتسرى عليه تبعاً لذلك أحكام المادة ٩٢٤ مدني . فيجوز لمالك الرقبة أن يطلب إزالة البناء . وإذا استبقاه تملكه بالالتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (٣) . وقد اعتبرنا المنتفع الذي لم يحصل على ترخيص في البناء سيء النية . لأنه لا يستطيع أن يتمسك بأن له حقاً كمنتفع في البناء على الأرض المنتفع بها إذا لم يكن قد حصل على ترخيص في ذلك من مالك الرقبة . فان المادة ٩٨٨ مدني توجب على المنتفع « أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها » . ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه أن يغير حالة الأرض المنتفع بها باقامة بناء عليها ، وإذا هو فعل فانه يكون قد بنى وهو سيء النية قسرى عليه أحكام الباني سيء النية (٤) .

(١) وكان المشروع التهديد للتعين المدني يشتمل على نص هو المادة ١٢٤٢ من هذا المشروع ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « ليس للمنتفع أن يحدث أي بناء أو غراس بغير رضا المالك ، وعليه أن يثبت هذا الرضاء بالكتابة أو بما يقوم مقامها » . وقد حذف هذا النص في بنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٥٢٦ في الهامش) ، فلم يبق إلا تطبيق المبادئ العامة (أنظر مايلي فقرة ٥٤٣) .

(٢) أنظر في ذلك آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٣) أنظر في تفصيل ذلك ماقدمناه آنفاً فقرة ١٠٣ .

(٤) عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ ص ٦٦ - وقد نص قانون الملكية العقارية البناني صراحة على أن المنتفع إذا بنى أو غرس في الأرض المنتفع بها تسرى عليه أحكام الباني أو الفارس في أرض غيره وهو سيء النية ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من هذا القانون على ما يأتي : « وعند انقضاء أجل الافتقاع ، تطبق هذه الأحكام (أحكام الباني أو الفارس وهو سيء النية) على المنتفع الذي يكون قد شيد أبنية أو غرس أغراساً في الأرض » .

وهذه المسألة محل خلاف شديد في القانون الفرنسي . فالقضاء الفرنسي يذهب إلى أن المنتفع إذا بنى في الأرض المنتفع بها دون ترخيص من مالك الرقبة . وجب عليه أن يترك البناء لمالك الرقبة دون أن يتقاضى منه أى تعويض . شأن البناء في ذلك شأن التحسينات التي يجريها المنتفع في العين المنتفع بها فلا يتقاضى عنها تعويضا . أما الفقه الفرنسي فنقسم . فمن الفقهاء من يساير القضاء الفرنسي فيما ذهب إليه (١) . ومنهم من يخالفه ويعامل المنتفع معاملة الباني سىء النية (٢) . أما في القانون المصري فلا محل لهذا الخلاف ، إذ لا يتضمن التقنين المدني المصري . كما تضمن التقنين المدني الفرنسي (م ٥٩٩) . نصا يحرم المنتفع من الرجوع بالتحسينات التي أجراها في العين المنتفع بها على مالك الرقبة . وهو النص الذي قاس عليه القضاء الفرنسي حرمان المنتفع من الرجوع بأى تعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من منشآت في العين المنتفع بها . فالمنتفع إذن . في القانون المصري ، له الحق في الرجوع بالتعويض على مالك الرقبة فيما يقيمه من بناء . ولكنه يعتبر بانيا سىء النية ما دام لم يحصل على ترخيص في البناء من مالك الرقبة كما سبق القول (٣) .

١٠٧ - فرضه ما إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت : وهنا أيضا لا نواجه حائزا للأرض بنية تملكها . بل نواجه مالكا للأرض وقد بنى فيها وهو لا يزال مالكا ، ثم أبطلت ملكيته أو فسخت . فتسرى عليه الأحكام العامة للاتصاق سريانها على الحائز للأرض بنية تملكها .

ونستعرض بادىء ذي بدء فرضا يكون فيه الباني واضعا يده على الأرض بموجب عقد باطل . فهنا يكون الباني غير مالك للأرض أصلا . ويكون بانيا في أرض غيره بنية سيئة أو بنية حسنة بحسب الأحوال . فان كان يعلم

(١) بودرى وشوفو فقرة ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٢ فقرة ٢٠٤ ص ٣٧٥ هامش ٢٣ وفقرة ٢٣٥ ص ٧٠٦ - بلانويل وريبير وبيكار ٣ فقرة ٨٧٩ - كولان وكايبان ودي لاموراندبير ١ فقرة ١١٤٩ - وقرب مازو فقرة ١٦٠٢ .

(٣) أنظر عكس ذلك وأن المنتفع يعتبر بانيا حسن النية حتى لو لم يحصل على ترخيص في البناء : محمد طر حرفة ٢ فقرة ٥٠ .

أن عقده باطل وأنه لا يملك الأرض بهذا العقد ، فهو بان سىء النية ، ويكون لمالك الأرض حق الإزالة أو حق استبقاء البناء وتملكه بالاتصاف في مقابل أدنى القيمتين . قيمة البناء مستحق الإزالة أو قيمة زيادة الأرض . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٤ مدنى على التفصيل الذى قدمناه (١) . وإن كان لا يعلم ببطلان عقده ويعتقد وقت أن بنى أنه مالك للأرض وأن له حق البناء فيها . كان بانيا حسن النية ، ولا يكون لمالك الأرض حق الإزالة بل يتملك البناء بالاتصاف في مقابل أدنى القيمتين . قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة زيادة الأرض . ولكن يكون للبانى حق نزع البناء إذا شاء . ويكون لمالك الأرض تملكها للبانى . وذلك كله وفقا لأحكام المادة ٩٢٥ مدنى على التفصيل الذى قدمناه (٢) .

وقد يكون البانى مالكا للأرض يعتقد ابل للإبطال ، وبني قبل إبطال العقد . فإذا أبطل العتد كان إبطاله بأثر رجعى . وتبين أن البانى قد بنى في أرض لا يملكها . فان كان يعلم بعيوب عقده وأنه قابل للإبطال . كان بانيا سىء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى . أما إذا كان لا يعلم بعيوب العقد ويعتقد أنه يملك الأرض وأن له الحق في إقامة البناء ، فانه يكون بانيا حسن النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدنى .

وقد يكون البانى مالكا للأرض . وقد بنى عليها وهو لا يزال مالكا . ثم فسخت ملكيته . مثل ذلك مشر للأرض لم يدفع الثمن . أو راس عليه مزاد الأرض وتخلف عن دفع باقى الثمن . فالأول يفسخ عقده بأثر رجعى ، والثانى يعاد البيع على مسئوليته ويفسخ رسو المزاد عليه بأثر رجعى كذلك . وهذا وذاك يعتبران أنهما لم يملكا الأرض أصلا وأنهما وقت أن بنيا فيها لم يكن فاما الحق في إقامة البناء . ولما كان سبب الفسخ راجعا إلى خطأهما إذ تخلفا عن دفع الثمن . فان كلا منهما يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سىء النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدنى (٣) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٠٣ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ١٠٤ .

(٣) استئناف محتط ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ - ٣٥ ص ٧٠ - أتربيط ١ فقرة ٤٧٨ -

عبد كامل مرسى ٣ فقرة ١١٩ - محمد على عرفة ٢ فقرة ٥١ ص ٩٢ - عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٦٧ - أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

وقد يكون الباني مشتريا للأرض تحت شرط فاسخ . أو راس عليه مزاد الأرض وقررت عليه الزيادة بال عشر . فتحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعي أو رسا المزاد على شخص غير من رسا عليه المزاد الأول . فيعتبر المشتري تحت شرط فاسخ إذا تحقق الشرط بغير خطئه ، وكذلك الراسي عليه المزاد الأول . كل منهما قد بنى في أرض غيره وهو حسن النية . فتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٥ مدني . أما إذا تحقق الشرط الفاسخ بخطأ المشتري ، فانه يعتبر بانيا في أرض غيره وهو سيء النية ، وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني (١) .

١٠٨ - فرض ما إذا بنى البائع في الأرض المبيعة قبل تسجيل العقد

البيع أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل : إذا باع شخص لشخص آخر أرضا ، فقبل تسجيل عقد البيع يبني البائع مالكا للأرض ، ويكون المشتري غير مالك لها .

فاذا بنى البائع في الأرض قبل التسجيل ، ثم سجل عقد البيع فانتقلت الملكية إلى المشتري ، فهل يعتبر البائع بانيا في أرض غيره وتجري عليه أحكام الالتصاق ؟ لا يمكن القول بذلك إلا إذا سلمنا بأن للتسجيل أثرا رجعيا فيما بين البائع والمشتري . فتنقل الملكية بالتسجيل إلى المشتري - بالنسبة إلى البائع وحده - من وقت انعقاد البيع لا من وقت التسجيل . فيتبين أن البائع قد بنى في الأرض وهي في ملك المشتري ، فيكون بانيا في أرض الغير وهو سيء النية . وتسرى عليه أحكام المادة ٩٢٤ مدني : ويكون للمشتري الحق في طلب

(١) شفيق شحاتة فقرة ٢٣٥ - عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢ - ص ٦٥ - وهذا ما جرى عليه القضاء في فرنسا . فهو يُلَبَق أحكام الالتصاق (م ٥٥٥ مدني فرنسي) على المالك تحت شرط فاسخ الذي يبني قبل تحقق الشرط ، ويعتبره في الأصل حسن النية ، إلا إذا كان تحقق الشرط قد وقع بخطئه ، أو كان قد بنى بعد أن رفعت عليه دعوى الفسخ (نقض فرنسي ٣٠ مارس سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ - ١ - ٦٥ - ١٤ أبريل سنة ١٨٥٢ سيريه ٥٢ - ١ - ٤٤١ - ٨ مارس سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢٩٨ - بيزانسون ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ دالوز ٩٨ - ٢ - ٢١١ - بواتيه ١٥ فبراير سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٦ - ٢ - ١٥٥) . وانظر في هذه المسألة في الفقه الفرنسي أوربي ورو ٢ فقرة ٢٠ ص ٣٦٧ هامش ١٨ - بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٧٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٩٧١ - مازو فقرة ١٦٠٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ construction فقرة ٧٣ - فقرة ٧٦ .