

الموسوعة الوافية
في
شرح القانون المدني
بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة
في مصر والأقطار العربية
الجزء السابع (م ٨٢٧ - م ٩٦٢)

قسمة المال الشائع - القسمة الرضائية - القسمة القضائية - الحكم في دعوى القسمة -
أسباب كسب الملكية - الاستيلاء - تعيين مصف للتركة - الشفعة -
شروط الأخذ بالشفعة - الحيابة - دعوى منع تعرض - دعوى وقف الأعمال الجديدة.

المستشار
أنور العمروسي
رئيس محكمة الاستئناف العليا (سابقاً)

تنقيح ومراجعة

الأستاذ
أشرف أحمد عبد الوهاب
المحامي بالنقض

المستشار
أمجد أنور العمروسي
رئيس محكمة الاستئناف

دار العدالة للنشر والتوزيع

tel ٠٢٣٩٥٥٢٧١ - fax ٠٢٣٩١٦١٣٥

٨٥ شارع محمد فريد - الدور (٥) - عابدين - القاهرة

www. ELADALAH.com - ٠١٠٠٢٥٥١٦٩٩

اسم الكتاب : الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني
المؤلف : المستشار / أنور العمروسي
الناشر : دار العدالة ٨٥ شارع محمد فريد - الدور (٥) -
القاهرة

tel ٠٢٢٣٩٥٥٢٧١ - fax ٠٢٢٣٩١٦١٣٥

حقوق التأليف : جميع حقوق الطبع محفوظة ولا يجوز إعادة طبع
أو استخدام كل أو جزء من هذا الكتاب إلا وفقاً
للأصول العلمية والقانونية المتعارف عليها.

الطبعة : الثانية مزيعة ومنقحة.

سنة الطبع : ٢٠١٧.

الترقيم الدولي : I.S.B.N

رقم الإيداع : ١٠٠٨٩

الموقع : www. ELADALAH.com

الإيميل : eladalashrf@gmail.com

مادة (٨٢٧)

تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٣٦ لبيي و ٧٨٢ سوري و ١٠٦٤ عراقي و ٨٢٦ لبناني و ٧٠٩

سوداني.

الأعمال التحضيرية:

أدق ما يعرض للشركاء في الشبوع هو إدارة المال الشائع. لذلك تكفل المشروع بوضع قواعد لهذه الإدارة من شأنها أن تيسر عليهم القيام بها، وان تحسم ما يغلب وقوعه من الخلاف فيما بينهم. والأصل ان إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين، الا إذا انفقوا علي توكيل أحدهم في أن ينفرد بالإدارة. ولكن لما كان من غير الميسور أن ينعقد الاجماع في كل مسألة من مسائل الإدارة، فقد وضع المشروع من القواعد ما يكفل التوفيق بين المصالح المتعارضة^(١).

رأي الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٧٢٨ من القانون المدني ان إدارة المال الشائع هو، في الأصل، من حق الشركاء في الشبوع مجتمعين، لا ينفرد بها أحد منهم، ذلك لأن لكل شريك حقاً في المال الشائع يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين، فإذا استقل احدهم بإدارة المال الشائع، كان في هذا اعتداء علي حقوق باقي الشركاء، فلا بد إذن من إجماعهم، ليقروا استثناءات هامة، وترجع الي تعذر الإجماع في أغلب الأحوال، ومن ثم نظم التقنين المدني الجديد هذه المسألة تنظيمًا مفصلاً، واجه به العقوبات العملية التي تحول عادة دون حسن استغلال المال الشائع، مراعيًا ما عسي أن يتفق عليه الشركاء في شأن إدارة هذا المال. وقد كان التقنين المدني السابق خلواً من هذا التنظيم، فجهد القضاء في سد هذا النقص، ولكن علي وجه غير كامل أمام سكوت التشريع. والغرض الذي يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الإنتفاع بالمال واقتسام ثماره فيما بينهم، فهم ملاك لهذا المال، ولكل مالك حق استعمال الشئ واستغلاله.

فإذا أمكن لكل منهم الإستثمار باستعمال الشئ الشائع، كان له ذلك.

كذلك يجوز لكل من الشركاء أن يرفع دعاوى الحيازة إذا توافرت شروطها، لمواجهة اعتداء من يعتدي علي حيازته لحصته الشائعة، دون حاجة الي أن يشترك معه في ذلك سائر الشركاء المشتاعين. وله أن يرفع دعوى الاستحقاق يسترد بها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٨٤.

حصته الشائعة من يد الغير، وبقصر الدعوى في هذه الحالة علي حصته الشائعة فلا يحتاج الي أن يشترك معه باقي الشركاء.

علي أن كل ما تقدم ليس في الصميم من أعمال الإدارة، بل هي أعمال جانبية قل أن تعرض في العمل. أما أعمال الإدارة الرئيسية التي تقع كثيراً في العمل، وتهدف الي الإنتفاع بالمال الشائع واستثماره. فإيجار الدار أو سكنها. وإيجار الأرض الزراعية أو زراعتها- فهذه تقتضي في الأصل إجماع الشركاء المشتاعين، فيما عدا ما يقرره القانون من استثناء. فيمكن مثلاً أن يجمع الشركاء علي إيجار الدار أو الأرض، وان يتفقوا جميعاً علي شروط الإيجار وعلي المستأجر، فان تم ذلك، جرت إدارة المال الشائع علي هذا الوجه بإجماع الشركاء، ولكن قل أن يتيسر ذلك في العمل، لاختلاف مشارب الشركاء، وتفاوت أغراضهم، وتتنوع اتجاهاتهم. فما يريده واحد منهم قد لا يريده الآخرون، وقد تريد أغلبيتهم شيئاً وتقف الأقلية حائلاً دون ما تريده الأغلبية^(١).

٢- الأصل أن إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعاً، إذا لم يوجد بينهم اتفاق يقضي بغير ذلك (م ٨٢٧ مدني)، فلا يجوز لأحدهم منهم الانفراد بأعمال الإدارة، لأن ذلك يعتبر اعتداء منه علي حقوق الشركاء الآخرين، فحق كل من الشركاء يرد علي المال الشائع كله، ومن ثم فان إدارة المال الشائع من حق الشركاء جميعاً، وتطبق هذه القاعدة سواء أكانت أعمال الإدارة المقصودة تدخل في أعمال الإدارة المعتادة أم غير المعتادة.

بيد أنه يصعب أن يتفق الشركاء جميعاً علي عمل من أعمال الإدارة لاختلاف مشاربهم وتتنوع أهدافهم، لذلك علي القانون المدني ببيان الطريقة التي تتم بها إدارة المال الشائع مفرقا في ذلك بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة، مبينا أن إجماع الشركاء ضروري إذا تعلق الأمر بقيمة المال الشائع كطريقة من طرق الإدارة^(٢).

٣- قدر الشارع أن إدارة المال الشائع هي أدق ما يعرض لشركائه المشتاعين، فوضع لهذه الإدارة من القواعد ما يكفل تيسير القيام بها ويحسم الخلافات التي تقع في شأنها.

والأصل- كما تقول المادة ٨٢٧ مدني مصري- أن: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخلف ذلك " (تطابق المواد ٧٨٢ مدني سوري وم ١/١٠٦٤ مدني عراقي و ٨٣٦ مدني ليبي)، فان اتفق الشركاء جميعاً علي تنظيم معين لإدارة المال الشائع كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع، سواء تعلق بأعمال الإدارة المعتادة أو غير المعتادة. ويعدل هذا أن يتفقوا علي شخص ينوب عنهم في الإدارة، سواء كان هذا الشخص واحداً من بينهم أو كان أجنبياً عنهم. وقد يكون

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٠٩ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٠٠.

هذا الاتفاق ضمناً يستخلص من الظروف. فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم (م ٣/٨٢٨ مدني مصري).

وأهم صورة لاتفاق الشركاء علي تنظيم إدارة المال الشائع هي قسمة المهياة، وهي أما قسمة مكانية يتفق فيها الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، أو قسمة زمانية يتفق فيها الشركاء علي أن يتناولوا الإنتفاع بجميع المال اشترك كل منهم لمدة تتناسب حصة، وهذا وذاك بصفة مؤقتة.

إلا أن اتفاق جميع الشركاء دائماً علي إدارة المال الشائع أمر غير ميسور، ولهذا وضع الشارع تنظيمات لهذه الإدارة عند اختلاف الشركاء، حيث جعل السلطة في هذا الشأن لأغلبية الشركاء محسوبة علي أساس قيمة الأنصبة، وفرق فيما يتعلق بمقدار هذه الأغلبية بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة^(١).

٤- إدارة المال الشائع تعني اتفاق الشركاء أو أكثرهم علي طريقة ما لاستغلال المال المشاع. والأصل في هذا أن تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك (م ١٠٦٤ مدني عراقي). أما إذا لم يجتمعوا معاً لي إدارته فقد قرر لهم القانون قاعدة يتبعونها في ذلك. فهو قد فرق بين الأعمال الإدارية المعتادة كإيجار المال واستغلاله بطريقة ما، وبين الأعمال الإدارية غير المعتادة وهي التي تتناول المال الشائع بالتبديل والتغيير كلياً بقصد جعله أكثر نفعاً لهم وافر إنتاجاً.

وللشركاء أن يتفقوا علي إدارة المال الشائع علي الوجه الذي يرتضونه وعند ذلك لا تكون هناك حاجة للتدخل فيما بينهم. أما إذا لم يتفقوا فإن كانت الأكثرية في جانب كان رأي هذه الأكثرية هو النافذ بالنسبة إلى جميع الشركاء، ولهم عند ذلك إدارة المال بأنفسهم أو لهم اختيار مدير من بينهم أو من غير الشركاء يولونه استغلال المال ويضعون له القيود والشروط التي يريدونها، كما لهم تفويضه علي وجه الإطلاق. وتسري إدارة الأغلبية علي سائر الشركاء وعلي خلفائهم سواء كانوا خلفاً عاماً كالوارث أو خلفاً خاصاً.

أما إذا لم تكن هناك أغلبية (وتحسب قيمة الحصص لا يعدد الشركاء)، كان للشركاء مجتمعين أو منفردين أن يرجعوا المحكمة المختصة لتتخذ الإجراءات اللازمة لإدارة المال، وتكون لها السلطة المطلقة في ذلك كأن تضع خطة تأمرهم باتباعها أو أن تعين مديراً من الشركاء أو أجنبياً. ولا يمنع ذلك أن يجتمعوا علي خطة للإدارة، وعند ذلك تعهد إليهم المحكمة بإدارة المال مع مراعاة ما يكون قد أتاه المدير الذي عينته من الأعمال وما يترتب علي أعماله من الحقوق له أو لغيره. وإذا عمد أحد الشركاء أو بعضهم إلى إدارة المال وسكت الآخرون كان تصرفه هذا مستنداً إلى وكالة عنهم (م ٢/١٠٦٤ مدني عراقي)^(٢).

(١) الملكية الشائعة في قوانين البلاد العربية - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ١٦ و ١٧.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - ١ - لأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ١١٤ و ١١٥.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأصل أن إدارة الأموال الشائعة تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم.

ويلتزم الوكيل بتقديم حساب علي إدارة عمله وحساب المبالغ التي قبضها علي ذمة موكله، كما يلتزم بأن يرد ما في يده من مال للموكل، وهو رصيد الحساب ونتيجته طوال فترة الوكالة، أي الإيراد الصافي المستحق للموكل في فترة إدارة الوكيل.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٤/١١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - ص ٦٨٦)

٢- متى كان للعين المشتركة ريع، فلا محل مطلقاً لاستئثار أحد الشركاء بالإنفاق بالريع دون باقي الشركاء حتي يفصل في دعوى الحساب التي قد تستغرق زمناً طويلاً. كذلك لا مبرر لإيداع الريع في خزائن الحكومة لما يرتب علي ذلك من حرمان الناس من أموالهم، إلا إذا وجد سبب مشروع يقتضي ذلك. ومن ثم فإن العدالة تقتضي صرف صافي ريع العين للشركاء بمجرد تحصيله، ولا سبيل لتحقيق المساواة بين الشركاء في الإنفاق بأموالهم في هذه الحالة إلا بتحديد نفقة لكل شريك يقدرها القاضي حسب ظروف الدعوى^(١).

١- للحائز علي الشيوع أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة ضد المتعرض له فيها، سواء أكان هذا المتعرض شريكاً معه أو تلقى الحيازة من هذا الشريك.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/١/١٠ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٩ مدني - ص ١٣٤)

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إدارة المال الشائع وفقاً لنص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني حق للشركاء علي الشيوع مجتمعين، ومع ذلك إذا تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم، وأن الطعن في المنازعات المتعلقة بتحديد أجرة الأماكن يعتبر من أعمال الإدارة ويحق لأى من الشركاء في ملكية العقار القيام به منفرداً، وبعد في هذه الحالة نائباً عن باقي الشركاء في الطعن، طالما أن أحداً منهم لم يعترض علي هذا الإجراء.

(الطعن ٧٩٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١٤ س ٤١ ص ٤٩٢)

٤- إدارة المال الشائع حق للشركاء مجتمعين، تولى أحدهم الإدارة دون اعتراض الباقين. إعتباره وكيلاً عنهم. المادتان ٨٢٧، ٨٢٨ مدني.

(الطعن ١٦٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/١١/٢١)

٥- أعمال إدارة المال الشائع التي يوافق على إجرائها الشركاء مجتمعين ملزمة لهم ولو كانت تخرج عن حدود الإدارة المعتادة.

(الطعن ٢٣٩١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٣ س ٤٥ ص ٢٩٧)

(١) إستئناف مصر - جلسة ١٩٤٠/٤/١٨ - المحاماه - السنة ٢١ - ص ٤٤٧.

٦- إقامة أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقي الشركاء ودون إعتراض منهم. إعتباره وكيلاً عنهم. أثره. شيوع ملكيته بينهم ولو لم يفوا بما عليهم من نفقات. للباقي الحق في إستردادها والفائدة طبقاً لأحكام الوالة أو أعمال المقاصة القانونية بين مالهم من ريع وما عليهم من نفقات.

من المقرر أن الأصل في الملكية الشائعة أنه إذا أقام أحد الشركاء بناء على الأرض الشائعة بعلم باقي الشركاء أو دون إعتراض منهم إعتبر وكيلاً عنهم وعد سكوتهم إقراراً لعمله، ويكون البناء ملكاً شائعاً بينهم ولو لم يفوا في حينه بما عليهم من نفقاته فذلك حق شخصي للباقي يستتره مع الفائدة من وقت الإنفاق وفقاً لما يخضع له من أحكام الوكالة ولا ينشأ مع حقهم في التملك وثماره فالحقان مختلفان مصدراً وأثراً ولا يرتبطان مما يجعل أحدهم يزول بقيام الآخر أو يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما لهم من ريع وما عليهم من دين الإنفاق وفائدته.

(الطعن ٨٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٧ س ٤٥ ص ١٥٤٩)

٧- ثبوت إستئجار أحد المتقاسمين حصة شائعة من سائر الشركاء بإجارة نافذة في حقهم جميعاً وخاضعة للتشريع الإستثنائي. مؤداه. سريان الإجارة في حق من آلت إليه هذه الحصة من الشركاء ما لم يكن المستأجر قد إلتزم في إتفاق لاحق على عقد القسمة بتسليم العين المؤجرة إليه تسليماً فعلياً.

إذا ثبت أن أحد المتقاسمين كان يستأجر من سائر الشركاء حصة شائعة بإجارة نافذة في حقهم جميعاً وخاضعة للتشريع الإستثنائي سرت إجارته في حق من آلت إليه هذه الحصة من الشركاء ما لم يكن المستأجر قد إلتزم في إتفاق لاحق على عقد القسمة بتسليم العين المؤجرة تسليماً فعلياً وإرتضى بذلك إنهاء إجارته.

(الطعن ٢٧٤٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٨ س ٤٦ ص ٩٣٦)

٨- إن مفاد نص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً وناظراً بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروها صراحة أو ضمناً باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(الطعن رقم ٤٣٦٩ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ٢٠٠١)

٩- إذ كان الثابت في عقد البيع الخاص بالأرض المنزوع ملكيتها أنها شائعة بين المطعون ضدهم أولاً وثانياً و "...." ومن ثم فإن في أفراد الأولين دون الأخير بإقامة الدعوى بطلب زيادة التعويض المقدر عن كامل الأرض المنزوع ملكيتها وإلزام الهيئة الطاعنة بدفعه - دون اعتراض منه على ذلك - ما يكفي بذاته لإكتمال صفتهم في الدعوى لإندارج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع، ويصح بالتالي القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها.

(الطعن رقم ٤٨٦٢ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٥ / ٢٠٠٥)

مادة (٨٢٨)

(١) ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الانصباء. فإن لم تكن ثمة أغلبية فالمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع.

(٢) وللأغلبية أيضاً أن تختار مديراً، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يسرى حتى على خلفاء الشركاء جميعاً سواء أكان عاماً أم كان خاصاً.

(٣) وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٣٧ لیبی و ٧٨٣ سورى و ١٠٦٤ عراقى و ٧١٠ سودانى و ٨٣٥ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإن اتفقت الأغلبية (على أساس قيمة الانصباء) على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة، ولهذه الأغلبية أن تقيد المدير في إدارته بقواعد تضعها، وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية، كما تسرى على خلفاء الشركاء سواء أكان الخلف عاماً أم خاصاً. أما إذا لم يختاروا مديراً، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين، عد وكيلاً عنهم، وهو على كل حال يكون فضولياً فيما لا يكون وكيلاً وذلك في حدود قواعد الفضالة.

فاذا لم يتول الإدارة أحد، وجب أن تكون الإدارة للجميع، ولكن لا يشترط أن ينعقد الاجتماع فيما بينهم، بل ما يستقر عليه رأي الأغلبية (على أساس قيمة الانصباء دائماً) يكون ملزماً للجميع بما فيهم الأقلية التي خالفت هذا الرأي، وليس لهذه الأقلية حق التظلم إلى المحكمة ما دام الأمر يتعلق بالإدارة المعتادة. فإن لم تكن هناك أغلبية، وشلت الإدارة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة المختصة (ويحسن النص على أن تكون المحكمة الجزئية التي يدخل في دائرتها العقار) أن تبين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم، وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال^(١).

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٢٨ مدنى أن فى إدارة المال الشائع إدارة معتادة، لا تخلو الحال من أن تكون فى أحد الفروض الثلاثة التالية:

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٨٦.

الاول - تولى احد الشركاء الادارة دون الاعتراض من الباقين - فى هذا الفرض يعتبر ان هناك وكالة ضمنية صدرت من باقى الشركاء الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع، فيكون هذا الشريك اصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة. وتتفد اعمال الادارة المعتادة التى تصدر منه فى حق الشركاء، فيكون ايجاره مثلا للمال الشائع نافذا فى حقهم، وكذلك قبضة للاجرة، وقيامه باعمال الصيانة، ودفعه الضرائب، وغير ذلك من اعمال الحفظ. وله ان يزرع الارض الزراعية، وان ينفق على الزراعة ما تقتضيه من مصروفات، وان يستأجر ما يلزم من سماد وبذور، وان يستأجر المواشى والالات الزراعية اللازمة. وان يحفظ المحصولات وبعد جمعها، ثم يبيعها فى الاسواق بأثمانها الجارية، وله كذلك، بدلا من زراعة الارض على الذمة، ان يؤجرها او ان يعطيها مزارعة. كل هذه اعمال تدخل فى حدود الادارة المعتادة وتكون نافذة فى حق سائر الشركاء.

ويجوز، بعد ان يتولى الشريك الادارة دون اعتراض من الباقين، ان يعترض على ادارته بعض الشركاء، فيكون ذلك بمثابة عزل له عن الوكالة الضمنية. فاذا كان الباقي من الشركاء ممن لهم ان يعترضوا على ادارته هم الاغلبية بحسب حصصهم فى المال الشائع، ويدخل فى ذلك حصته هو، بقى الشريك متوليا الادارة، ولكن باعتباره معيناً من قبل الاغلبية، فتسرى اعمال ادارته فى حق المعترضين على اساس انه يمثل الاغلبية. اما اذا اعترض على ادارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف، فانه لا يصبح ممثلاً للاغلبية، ومن ثم لا يستطيع المضى فى ادارته ويجب عليه ان يتنحى.

الثانى - تولى اغلبية الشركاء للادارة - فاذا كانت هناك اغلبية من الشركاء، على اساس قيمة الانصباء، متفقة على الوجه الذى يدار به المال الشائع، فهذه الاغلبية هى التى تدبر هذا المال، ولو كانت شخصا واحدا من الشركاء يملك اكثر من نصف المال الشائع. وليس لباقي الشركاء مهما كان عددهم ان يعترضوا على ادارة الاغلبية ما دامت لم تخرج على حدود الادارة المعتادة، وليس للاقلية ان تعترض الا اذا كانت الاغلبية قد تعسفت فى استعمال حقها فى الادارة، وراعت مصالحها واهدرت مصالح الاقلية لا سيما اذا كانت الاغلبية عددا قليلا من الشركاء او كانت شريكا واحدا فقط. وهناك ملجأ آخر تلوذ به الاقلية: لايلوذ به اى شريك، وهو طلب القسمة للخروج من الشروع.

وقد ترى الاغلبية الا تدبر المال الشائع بنفسها، فيكون هذا الوكيل نائبا عن الاغلبية فى حدود الادارة المعتادة واعمال الادارة التى يقوم بها تكون نافذة فى حق الجميع. فقد ترى الاغلبية عدم اطلاق يد هذا الوكيل. بل تضع نظاما يكفل حسن الانتفاع بالمال الشائع وادارته على وجه مرضى، فيصبح هذا النظام ملزما لجميع الشركاء. وملزما للوكيل الذى اختارته الاغلبية، وملزما لمن يخلف الشركاء من خلف عام كالوارث ومن خلف خاص كالمشتري. وقد يتضمن هذا النظام قيودا على سلطة الوكيل، فلا يستطيع مثلا ان يؤجر المال الشائع لاكثر من سنة، او يلزم بايداع ريع

المال في مصرف معين، وهذا النظام قابل للتعديل، ويعد له من يملك وضعه، فيجوز لأغلبية الشركاء.

الثالث - عدم توافر أغلبية من الشركاء لإدارة المال الشائع - فإذا لم تتوافر أغلبية من الشركاء، بحسب قيمة الانصباء، لإدارة المال الشائع. بل تعارضت ميولهم واختلف اتجاهاتهم دون أن تخلص منهم أغلبية، لم يبق الأمر إلى المحكمة الكلية أو الجزئية بحسب النصاب - وعلى المحكمة أن تأمر باتخاذ الإجراءات والتدابير التي تقتضيها الضرورة، فقد تآمر بايجار الأرض الزراعية لمن يتقدم لاستئجارها باجرة مناسبة خوفا من فوات الصفقة، وتندب لذلك أحد الشركاء لأبرام عقد الإيجار. وقد تعين المحكمة عند الحاجة مديرا للمال الشائع من الشركاء أو من غيرهم، ويكون لهذا المدير سلطة الحارس القضائي، فيقوم بأعمال الإدارة المعتادة، ويقدم الحساب للشركاء. وذلك كله إلى أن يعود الشركاء أو أغليبيتهم إلى الاتفاق وعند ذلك يتتحي المدير الذي اختارته المحكمة. أو إلى أن تتم إجراءات قسمة المال الشائع إذا طلب أحد الشركاء القسمة^(١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٢٨ مدني أنه كان الأمر متعلقا بأعمال الإدارة، كإيجار المال الشائع، فإذا اتفقت الأغلبية (على أساس قيمة الانصباء) على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة. ولهذه الأغلبية أن تقيد المدير في إدارته بقواعد تضعها، وتسرى هذه القواعد على الجميع بما فيهم الأقلية، كما تسرى على خلفاء الشركاء سواء أكان الحلف عاما أم خاصا. أما إذا لم يختاروا مديرا، وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض الباقيين (الأغلبية) عد وكلا عنهم.

فإذا لم يتول الإدارة أحد وجب أن تكون الإدارة للجميع، ولكن لا يشترط أن ينعقد الاجتماع فيما بينهم، بل ما يستقر عليه رأى الأغلبية (على أساس قيمة الانصباء دائما) يكون ملزما للجميع بما فيهم الأقلية التي خالفت هذا الرأي. وليس لهذه الأقلية حق النظم إلى المحكمة ما دام الأمر يتعلق بالإدارة المعتادة. فإن لم تكن هناك أغلبية، وشلّت الإدارة بسبب ذلك، كان لكل شريك أن يطلب من المحكمة أن تعين من يدير المال الشائع من بين الشركاء أو من غيرهم. وتتخذ المحكمة من الإجراءات الوقتية ما تقتضيه ضرورة المحافظة على المال.

أما إذا قام أحد الشركاء بالتأجير، حيث لا يكون له الحق في ذلك، وحيث لا يمكن اعتباره وكلا عن الباقيين، لم ينفذ هذا الإيجار في حق سائر الشركاء، سواء أجر الشريك المال كله أو جزءا منه ولو كان هذا الجزء معادلا لحصته ويترتب على ذلك أن لسائر الشركاء اعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم، واعتبار المستأجرين من أحدهم منعرضا إذا كان قد حاز المال بالفعل، وأخراجه من العين دون حاجة إلى انتظار لنتيجة القسمة.

(١) الوسيط - جزء ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٨٢٤ وما بعدها، وحق الملكية - جزء ١ - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص ٣٨٢ وما بعدها.

وهذا الحكم واجب الاتباع، سواء اجر احد الشركاء المال كله او جزءا منه، وسواء اجر جزءا مفرزا او حصة شائعة، حتى لو كانت هذه الحصة هي التي يملكها الشريك المؤجر بالفعل، فعقد الايجار في هذه الحالات جميعا يكون غير نافذا في مواجهة سائر الشركاء. ذلك ان الايجار الصادر من احد الشركاء يقع في جزء منه على ما يملكه الشريك المؤجر وفي جزء آخر ما يملكه سواه، اى ان الايجار يقع في جزء منه على ملك الغير.

اما فيما بين المؤجر والمستأجر فان العقد يكون صحيحا، فلا يجوز لاحدهما ابطاله، فلا يجوز للمؤجر ذلك ولو بحجة اعتراض سائر شركائه على الاجارة، ولا يجوز للمستأجر ان يطلب ابطاله بحجة ان حقه في الانتفاع مهدد باعتراض سائر الشركاء. فاذا تمكن المؤجر من ان يسلم العين الى المستأجر ولم يتعرض لهذا الاخير احد في انتفاعه، لم يجز له طلب الفسخ ما دام منتفعا بالعين، الا ان حق المستأجر مهدد بالزوال لاحتمال تعرض المشتاعين له في حيازته^(١).

٣- يظهر من نص المادة ٨٢٨ مدنى ان الاغلبية المطلقة للشركاء، اى الشركاء الذين يملكون ما يزيد عن نصف المال الشائع، لهم ان يقوموا مجتمعين باتخاذ الاجراء او ابرام التصرف الذى يلزم لادارة المال الشائع، كالاتفاق على تأجير الشئ، فيكون عقد الايجار ساريا على جميع الشركاء. وقد يتم اتفاق الاغلبية على تعيين مدير للمال الشائع يكون وكيلا عنها وتسرى التصرفات التي يبرمها على جميع الشركاء. وقد يتم اتفاق الاغلبية على تعيين مدير للمال الشائع يكون وكيلا عنها وتسرى التصرفات التي يبرمها على جميع الشركاء ايضا كما يلتزمون بنتائج اعماله، كما ان للاغلبية ان تضع نظاما للادارة لتحقيق الانتفاع بالمال الشائع يسرى - كما يقول نص المادة ٨٢٨ مدنى - على خلف الشركاء، عاما كان او خاصا.

ولم ينظم القانون لأقلية الشركاء طريقا خاصا للتنظم من قرارات الاغلبية بالنسبة لأعمال الادارة المعتادة. على غرار ما فعل بالنسبة لأعمال الادارة غير المعتادة. وقد تناول نص المادة ٨٢٨ مدنى فرض عدم توافر اغلبية يؤخذ برأيها في ادارة المال الشائع، فجعل لكل شريك حق الالتجاء الى القضاء ليطلب من المحكمة ان تتخذ من الاجراءات ما يلزم لعدم تعطيل الانتفاع بالمال الشائع، ولمحكمة عندئذ ان تكلف الشريك الذى لجأ اليها بالادارة، او ان تأمر باتخاذ ما يلزم من الاجراءات للمحافظة على مصالح الشركاء، أو تعيين مديرا للمال الشائع. فان سكت شركاؤه ولم يعترضوا على ادارته، عد وكيلا عنهم فيما يقوم به من اعمال الادارة.

ويلاحظ ان عدم قدرة الشريك منفردا على القيام بأعمال الادارة لا يعنى تعطيل هذه الادارة، ولو لم يتم اتفاق الاغلبية على تنظيم هذه الادارة، وقد اشرنا الى حكم المادة ٨٢٨ مدنى التى تجعل لكل شريك ان يلجأ الى القضاء لاتخاذ التدابير اللازمة لكفالة هذه الادارة، كما انها تقضى باعتبار الشريك الذى ينفرد فى الادارة، وكيلا عن الشركاء ان لم يعترضوا على ما يقوم به من اعمال، وقد كانت الحال غير هذا فى ظل القانون المدنى السابق، اذا كان يجب اتفاق جميع الشركاء على كل عمل من اعمال

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٤٥ وما بعدها.

ادارة المال الشائع. ولذا عملت محكمة النقض على تجنب ما كان يمكن ان يترتب على معارضة شريك واحد من تعطيل استغلال المال الشائع، فذهبت في احكامها الى ما قد يقوم به الشريك منفردا من اعمال الانتفاع التي تمس حقوق الشركاء الاخرين، كوضع يده على جزء مفرز من ارض مملوكة على الشيوع او اقامته بناء على هذه الارض، او تاجير مفرز منها، غير قابل للاعتراض عليه من قبل الشركاء الاخرين الا عن طريق دعوى حساب او طلب قسمة المال المملوك على الشيوع، وبذلك كانت تجعل للشريك ان يقوم منفردا باعمال تمس حقوق شركائه في الملك، تخلصا من قيد اتفاق جميع الشركاء على ادارة الملك الشائع، ولعدم وجود تنظيم لتدخل القضاء، بناء على طلب الشريك، لكفالة ادارة الملك الشائع عند اختلاف الشركاء.

واذا كانت الغاية العملية من مثل هذا القضاء، في ظروف النظام القانوني لادارة الملك الشائع، في ظل القانون المدني السابق، غاية محمودة، فان احكام محكمة النقض، كانت خروجاً على احكام القانون، وعلى اى حال فلم يسر ادارة الملك الشائع باتفاق اغلبية الشركاء، او بامر القضاء، بناء على طلب احدهم^(١).

٤- الاغلبية التي نصت عليها المادة ٨٢٨ مدني تعني من يملكون اكثر من نصف الانصبه بصرف النظر عن عددهم، فيمكن ان يكونوا من حيث عدد الاشخاص اقلية بل يمكن ان تتوافر الاغلبية المطلوبة لشريك واحد. وللاغلبية هذه ان تتولى بنفسها عملاً من اعمال الادارة المعتادة، كتأجير الشئ ويكون الايجار صحيحاً وناقذاً في حق الجميع، سواء قبل القسمة او بعدها وايا كانت النتيجة التي تترتب على القسمة. ولهذه الاغلبية ايضاً، بدلاً من ان تتولى الادارة بنفسها، ان تعين مديراً، من بين الشركاء او من الغير، فتصبح اعمال المدير صحيحة ملزمة للجميع. وللاغلبية ايضاً ان تضع نظاماً للادارة ولحسن الانتفاع بالشئ، فيما عدا قسمة المهايأة التي يجب ان تتم بموافقة الشركاء جميعاً. يكون هذا النظام ملزماً لجميع الشركاء ولخلف كل منهم سواء كان الحلف عاماً كالوارث او خاصاً كمن يشتري الحق الشائع لأحد الشركاء. وليس للاقلية ان تتظلم الى المحكمة من قرارات الاغلبية، الا في احوال التعسف في استعمال الحق وفقاً للقواعد العامة، ذلك ان المشرع لم ينظم رقابة خاصة على قرارات الاغلبية فيما يتعلق باعمال الادارة المعتادة على خلاف اعمال الادارة غير المعتادة.

واذا لم يتفق اغلبية الشركاء على رأى في القيام بما يلزم لادارة الشئ الشائع ادارة معتادة، فلكل شريك منعا لتعطيل الانتفاع ان يطلب من المحكمة ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، كان تأمر بتأجير الشئ، او تاذن لهذا الشريك بالاتفاق على الارض التي يزرعها الشركاء الى ان يتم نضج المحصول او تأمر ببيع المحصول، او ان مديراً يتولى كل ما يلزم للادارة^(٢).

(١) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٤٠ وما بعدها.

٥- الاصل وجوب اجماع الشركاء على الشيوع على الاعمال المتعلقة بالانتفاع بالشئ الشائع، وهى الاعمال التى اطلق عليها القانون ادارة المال الشائع، فيستطيع الشركاء مجتمعين ان يقرروا الانتفاع بالمال الشائع على اى وجه يرون. ولكن خروجاً عن هذا الاصل يجوز تخويل الانتفاع بالشئ الشائع كله او بعضه لشريك او اكثر من الشركاء وهو ما يتحقق فى حالة تعيين مدير، وفى حالة قسمة المهاية، كما ان القانون ذاته يخول لأغلبية الشركاء بادارة المال الشائع.

ولا شك ان الشركاء الذين لهم الانتفاع بالمال الشائع مجتمعين و لهم ان يعينوا مديراً لادارة هذا المال لحسابهم. ولهم فى سبيل ذلك ان يختاروا احدهم مديراً، كما لهم ان يختاروا المدير اجنبياً عنهم، واتفاق الشركاء على تعيين المدير قد يكون ضمناً، كما لو تولى احدهم الادارة وعلم الباقيون بذلك ولم يعترضوا. ولكن القانون توقع انه قد يتعذر اجماع الشركاء على ادارة المال الشائع، ولذلك اجاز لأغليبيتهم ان تختار مديراً لهذا المال (م ٢/٨٢٨ مدنى). والمقصود بالاغلبية هنا الاغلبية المطلقة لقيمة الانصبة، اى الشريك او الشركاء الذين يملكون اكثر من نصف المال الشائع، اذا تعذر الحصول على قرار من الاغلبية بشأن الانتفاع بهذا المال، وطلب منها احد الشركاء ان تتخذ التدابير ما تقتضيه الضرورة، منعا لتعطيل الانتفاع (م ٢/٨٢٨ مدنى).

فاذا كان المدير معيناً من قبل الشركاء، فسلطاته تتحدد فى قرار تعيينه، اما اذا كان القاضى هو الذى عين المدير، فتكون له سلطة الحارس القضائى، وهى سلطة تخوله القيام باعمال الادارة التى تجوز للوكيل كالتأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، ووفاء الديون واستيفاء الحقوق وبيع المحصول وشراء ما يستلزمه استغلال الشئ الشائع^(١).

٦- اذا اتفق الشركاء جميعاً على تنظيم معين لادارة المال الشائع كان هذا التنظيم هو الواجب الاتباع، سواء تعلق باعمال الادارة المعتادة او غير المعتادة. ويعدل هذا ان يتفقوا على شخص ينوب عنهم فى الادارة، سواء كان هذا الشخص واحداً من بينهم او كان اجنبياً عنهم، وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً يستخلص من الظروف، فاذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم (م ٣/٣٢٨ مدنى). واعمال الادارة المعتادة هى تلك التى لا تنطوى على تغيير اساسى او تعديل فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، كالايجار، وقد خول الشارع فى التقنيات العربية (الليبية والسورى والعراقى واللبنانى) اغلبية الشركاء العادية سلطة القيام بهذه الاعمال، وتحسب الاغلبية على اساس قيمة الانصبة.

فلهذه الاغلبية ان تختار مديراً من بين الشركاء او من غيرهم، فيكون هو صاحب الشأن فى اعمال الادارة المعتادة. كما ان لها ان تصنع للادارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاماً يتقيد به المدير، وفى هذه الحالة يسرى هذا النظام على جميع الشركاء، كما يسرى على خلفائهم جميعاً سواء اكان الخلف عاملاً ام كان خاصاً، فما يستقر عليه رأى الاغلبية فى هذا الشأن يكون ملزماً للجميع بما فيهم الاقلية التى خالفت هذا الرأى.

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٧٤ وما بعدها.

ومقتضى هذا ان تتوب اغلبيه الشركاء نيابة قانونية عن الاقلية. وليس لهذه الاقلية ان تتظلم الى المحكمة ما دام الامر يتعلق بالادارة المعتادة، وذلك فيما عدا احوال التعسف فى استعمال الحق.

واذا لم تتوفر الاغلبية وادى هذا الى تعطيل الادارة جاز لأى من الشركاء ان يطلب من المحكمة المختصة ان تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، وللمحكمة ان تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع من بين الشركاء او من غيرهم^(١).

٧- قد يتفق الشركاء على طريقة لادارة المال الشائع، فاذا كان هناك مثل هذا الاتفاق وجب اعماله.

واذا تعذر هذا الاتفاق، وتولى احد الشركاء ادارة المال الشائع، شريطة ان يدخل هذا العمل فى اعمال الادارة المعتادة، ولم يعترض الشركاء عد وكيلا عنهم، فاذا اعترض نفر منهم بعد مباشرة عمله ولم يكن مجموع المعارضين مالكين لنصف المال الشائع، فان ما قام به الشريك من اعمال يسرى فى حق المعارضين على اساس انه يمثل الاغلبية، اما اذا اعترض على ادارته من الشركاء من تكون حصصهم فى المال الشائع لا تقل عن النصف، فانه لا يصبح ممثلا للاغلبية، ومن ثم فانه لا يستطيع المضى فى ادارته وعليه ان يتحى.

ويقصد باعمال الادارة المعتادة الاعمال التى تهدف الى استعمال المال او استغلاله بغية الحصول على ثماره دون ان يكون من شأنها احداث تغيير اساسى فى هذا المال او فى الغرض منه.

فيعتبر من اعمال الادارة المعتادة زراعة الارض - اذا كانت الارض مثلا هى محل الملكية - وشراء ما يلزم لها من سماد وبذور، وحفظ المحصولات بعد جمعها وبيعها بعد ذلك بالسعر الجارى فى السوق. واذا كان المال المملوك على الشيوع منزلا، فمن اعمال الادارة المعتادة تأجيرها مثلا بقصد استغلاله.

فاذا لم يقر احد من الشركاء بادارة المال الشائع - اذا كانت من قبيل الادارة المعتادة - وتعذر اتفاق الشركاء جميعا على طريقة لادارة المال الشائع، تولى اغلبيه الشركاء ادارته. والاغلبية المقصودة هنا هى الاغلبية المطلقة، اى المالكة لأكثر من نصف المال الشائع. فاذا توافر ذلك ولو فى واحد فقط من الشركاء على الشيوع كان له القيام باعمال الادارة المعتادة. وليس للاقلية ان تعترض الا اذا اتفقت الاغلبية فى استعمال حق الادارة ورأت مصالحها مهددة حق الاقلية.

وللاغلبية - وفقا للتحديد المتقدم - ان تختار مديرا يتولى ادارة المال الشائع، والقيام باعمال الادارة المعتادة، ويعتبر هذا المدير عندئذ وكيلا عنهم، وللأغلبية ان تضع نظاما يسير عليه المدير فى الادارة، فلها ان تقيد سلطاته كأن تعطى له الحق فى التأجير لمدة سنة واحدة مثلا.

واذا لم يتفق اغلبيه الشركاء على طريقة لادارة المال الشائع، فلأى منهم ان يرفع الامر الى المحكمة، وتتخذ المحكمة عندئذ من التدابير ما تراه ضروريا، فيكون لها ان

(١) الملكية فى البلاد العربية - الجزء ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ١٦ وما بعدها، والملكية العقارية فى العراق - الأستاذ حامد مصطفى - ص ١١٤ وما بعدها.

تؤجر فعلا الارض الزراعية لمن يرغب فى استئجارها، او المنزل لمن يرغب فى سكنه. وتتدب المحكمة لذلك احد الشركاء يتولى ابرام عقد الايجار. وللمحكمة ايضا ان تعين مديرا يتولى ادارة المال الشائع تكون له صفة وسلطات الحارس القضائى^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مجال تطبيق احكام ادارة المال الشائع الواردة بالمادة ٨٢٨ وما بعده من القانون المدنى يختلف عن مجال تطبيق احكام الحراسة على منقول او عقار قام فى شأنه نزاع، وكانت قد تجمعت لدى صاحب المصلحة فيه من الاسباب ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزته، فان الحكم فى شأن هذا النزاع يدخل فيما نصت عليه المواد ٧٢٩ وما بعدها من القانون المدنى بشأن الحراسة، ويكون تعيين ذوى الشأن جميعا، فاذا لم يتفقوا تولى القاضى تعيينه، وذلك وفقا للمادة ٧٣٢ من القانون المدنى. واذن فمتى كانت واقعة الدعوى هى قيام نزاع بين ورثة بائع وورثة مشتر على ادارة اعيان واطيان التركة التى وقع البيع على جزء شائع فيها، وذلك بسبب منازعة المشتري فى قسمة هذه الاطيان مما اقتضى تعيين البائع حارسا قضائيا على كافة عقارات التركة ثم ضم حارس فى الحراسة اليه، وكانت المحكمة الاستئنافية قد طبقت احكام الحراسة فى شأن هذا النزاع، فان النعى على الحكم بالخطأ فى القانون لعدم تطبيق المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يكون فى غير محله.

جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - مدنى - ص ١٦١٢

٢- تقضى المادة ٨٢٨/٣ من القانون المدنى بانه " اذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم ". ومفاد هذا النص ان تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت الى الشريك الذى تطوع لادارة المال الشائع من باقى الشركاء، ويعد هذا الشريك اصيلا عن نفسه ووكيلا عن باقى الشركاء فى ادارة المال الشائع ادارة معتادة، فتتفد الاعمال التى تصدر منه فى حق الشركاء الباقين، سواء ما كان منها عملا ماديا او تصرفا قانونيا تقتضيه لادارتها ما يعتبر معه هذا الشريك فى مفهوم المادة ٢/٧٠١ مدنى وكيلا عن باقى الشركاء وكالة عامة بالادارة، وهى تشمل بيع الشريك للمحصول الناتج من الارض الزراعية المشتركة وقبض الثمن بوصفه تصرفا تقضيه الادارة، فللشريك اثبات حصول هذا التصرف.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/١١/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٠ ص ١٢٠٦)

٣- اذا كان مفاد المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للاغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الايجار للعين كلها او لجزء مفرز منها من احد الشركاء دون ان تكون له اغلبية وبين المستأجر منه، الا انه لا يسرى فى حق باقى الشركاء ممن لم تصدر منهم الاجارة طالما لم يقررها صراحة او ضمنا، اعتبارا بأن الايجار يقع فى جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء ان يطلبوا

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - ص ٣٠١، ٣٠٢.

اخراج المستأجر من احدى من العين كلها ومن اى جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٨ ص ١٨٤٦)

٤- ان مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على اساس الانصباء، ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك اكثر من نصف الانصباء، وان الايجار الصادر من احد الشركاء متى كان لا يملك اكثر من نصف الانصباء لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء الا اذا ارتضوه صراحة او ضمنا. وانه يترتب على عدم سريان الاجار من احد المشتاعين فى مواجهة الباقيين ثبوت الحق لهؤلاء فى اعتبار المستأجر معترضاً لهم فيما يملكون اذا كان قد وضع يده بالفعل على العين.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٢/١ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ١ - ص ٣٧٥)

٥- مفاد المادة ١/٦٠١ من القانون المدنى ان الايجار لا ينتهى بموت المؤجر و بل تنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه الى ورثته، وكان مؤدى المادتين ٨٢٧ و ٨٢٨ من ذات القانون ان ادارة المال الشائع تكون من حق الشركاء مجتمعين ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، واذا تولى احد الشركاء الادارة دون اعتراض من الباقيين، عد وكيلا عنهم.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ - المرجع السابق - ص ١٥٠٥)

٦- مفاد المادة ٨٢٨ من القانون المدنى ان حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء محسوبة على اساس الانصباء ولا يثبت لأحد المشتاعين بمفرده طالما انه لا يملك اكثر من نصف الانصباء وان الايجار الصادر من احد الشركاء متى كان لا يملك اكثر من نصف الانصباء لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء الا اذا ارتضوه صراحة، وانه يترتب على عدم سريان الايجار من احد المشتاعين فى مواجهة الباقيين اعتبار الايجار غير قائم بالنسبة لهم وبالتالي اعتبار المستأجر معترضاً لهم فيما يملكون اذا كان قد وضع يده بالفعل على العين.

(جلسة ١٩٧٨/٢/١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - مدنى - ص ٣٧٥)

٧- النص فى المادتين ٨٢٨، ٨٢٩ من القانون المدنى يدل على أنه إذا تعدد ملاك العقار الشائع فإنه يحق لمن يملك أغلبية الأنصباء فيه أن يؤجره للغير بوصفه من أعمال الإدارة المعتادة. أما إذا كان الأمر يتعلق بإدخال تغييرات أساسية أو تعديل فى الغرض الذى أعد له المال بما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة فإنه يحق لمن يملكون ثلاثة أرباع هذا المال إتخاذ القرار المناسب فى هذا الشأن ويكون قرارهم نافذ قبل الأقلية.

(الطعن رقم ٢٢٩٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٣)

٨- تأجير المال الشائع حق للأغلبية المطلقة للشركاء بحسب الأنصباء ٨٢٨ مدنى.

(الطعن رقم ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠)

٩- إدارة المال الشائع. تولى أحد الشركاء إدارته دون إعتراض الباقيين. إعتباره وكيلاً عنهم، الإيجار الصادر من شريك لا يملك برضاؤهم صراحة أو ضمناً. أثر ذلك ثبوت الحق لهم في إعتبار الإيجار غير قائم بالنسبة لهم. ٣/٨٢٨ مدني.

(الطعن رقم ١٥٢٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٧)

١٠- الإتفاق على إدارة المال. مقتضاه. تسليم المدير المال محل الإدارة عليه. بقاء ملكية الرقبة لصاحبها وفقدانه سلطة الإدارة التي عهد بها إلى غيره. ليس له إسترداد هذا المال مادام الإتفاق على الإدارة قائماً. مثال " في إصلاح زراعى".

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩ س ٤٥ ص ٩٧٤)

١١- الإدارة المعتادة للمال الشائع. لأغلبية الشركاء القيام بها. ليس لباقي الشركاء الإعتراض عليها أعمال الإدارة غير المعتادة. حق لمن يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع. م ١/٨٢٨، ١/٨٢٩ مدني. إقامة المالكه لحصة شائعة نقل عن ثلاثة أرباع المال بناء على العقار الشائع. عمل من أعمال الإدارة غير المعتادة.

(الطعن ٣٩٥٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س ٤٨ ص ١٥٥٨)

١٢- تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض الباقيين. إعتباره وكيلاً عنهم. أثره. عدم سريان التقادم بينه وبينهم طوال مدة قيام الوكالة. تمسك الطاعنين بأن مورثي المطعون ضدهم كانوا يضعون اليد على أعيان التركة التي يطالبون بحصصهم الميراثية فيها لحساب جميع الورثة وأن مدة التقادم لم تبدأ إلا بعد أن نازعهم في حقوقهم بعد وفاة مورثيهما في سنتي ٨١، ١٩٨٤. إحتساب الحكم المطعون فيه بداية مدة التقادم من تاريخ وفاة المورث الأصلي في سنة ١٩٤٦ وقضاؤه بعدم سماع الدعوى ملتفتاً عن هذا الدفاع الجوهرى. قصور.

إذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بأن مورثي المطعون ضدهم الثلاثة عشر الأوائل كانوا يضعون اليد على أعيان التركة التي يطالبون بحصصهم الميراثية فيها، وذلك لحساب جميع الورثة وأنهما كانا يسلمان الطاعة الأولى ومورثة باقى الطاعنين قيمة الربيع المستحق عن نصيبها في العقارات محل النزاع، وأن مدة التقادم لم تبدأ إلا بعد أن نازعهم المطعون ضدهم الثلاثة عشر الأوائل في حقوقهم بعد وفاة مورثيهما في سنتي ١٩٨١، ١٩٨٤، فأقاموا دعواهم في أبريل سنة ١٩٨٤ وركنوا في التدليل على ذلك الى ما خلص إليه الخبران المنتدبان من محكمتى أول وثاني درجة في تقريرهما، والى أقوال اشهود الذين سمعهم الخبر الأول وإذ كانت المادة ٣/٨٢٨ من القانون المدني تقضى بأنه إذا تولى أحد الشركاء إدارة المال الشائع دون إعتراض من الباقيين عد وكيلاً عنهم فإن مفاد ذلك أن تعتبر هناك وكالة ضمنية قد صدرت إلى الشريك الذى تطوع لإدارة المال الشائع من باقى الشركاء، ومن ثم فلا يسرى التقادم فيما بين هؤلاء الأخيرين بإعتبارهم موكلين وبين ذلك الشريك طوال مدة قيام الوكالة وفقاً لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٨٢ من القانون المدني، غير أن الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى حساب بداية مدة التقادم في حق الطاعنين من تاريخ وفاة المورث الأصلي في سنة ١٩٤٦

وقضى تبعاً لذلك بعدم سماع دعواهم وفقاً لحكم المادة ٩٧٠ من القانون المدني ملتفتاً عما أثاروه في دفاعهم سالف البيان ولم يرد عليه رغم أنه دفاع جوهري لو صح قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى. فإنه يكون قد شابه قصور في التسبب.

(الطعن رقم ٣٧١٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤ س ٤٨ ص ٧٨)

١٣- إن مفاد نص المادتين ٨٢٧، ٨٢٨ من القانون المدني أن حق تأجير المال الشائع يثبت للأغلبية المطلقة للشركاء، فمتى صدر الإيجار للعين كلها أو لجزء مفرز منها من أحد الشركاء دون أن تكون له أغلبية الأنصبة فإن الإيجار وإن وقع صحيحاً وناظراً بينه وبين المستأجر منه إلا أنه لا يسري في حق باقي الشركاء ممن لم تصدر منهم الإجازة طالما لم يقروها صراحة أو ضمناً باعتبار أن الإيجار يقع في جزء منه على ملك الغير، فيحق لهؤلاء الشركاء أن يطلبوا إخراج المستأجر من أحدهم من العين كلها ومن أي جزء منها مهما صغر دون انتظار نتيجة القسمة.

(الطعن رقم ٤٣٦٩ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ٢٠٠١)

١٤- النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٢٨ من القانون - مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن من يملك أكثر من نصف المال الشائع - ولو كان شخصاً واحداً - له حق إدارته المعتادة بتأجيرها أو إنهاء إدارته..... ويكون التصرف ملزماً لباقي الشركاء الذين ليس لهم حق الاعتراض على رأى الأغلبية.

(الطعن رقم ١٢٨٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٥ / ٢٠٠٤)

١٥- النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدني - يذل وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع، فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة، أما إذا لم يختاروا مديراً وتولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم وتنفذ أعمال الإدارة المعتادة التي تصدر منه في حق الشركاء.

(الطعن رقم ٨٨٤ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ١٠ / ٢٠٠٥)

١٦- لما كان النص في المادة ٨٢٨ من القانون المدني على أنه "ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزماً للجميع وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة..... وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم" يذل - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني - على أنه إذا كان الأمر متعلقاً بأعمال الإدارة المعتادة كإيجار المال الشائع فإنه إذا اتفقت الأغلبية على اختيار مدير من بين الشركاء أو من غيرهم كان هو صاحب الشأن في الإدارة أما إذا لم يختاروا مديراً أو تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلاً عنهم مما مؤداه أنه إذا تعدد ملاك العين المؤجرة فإنه يمكن لمن يمتلك أغلبية الأنصبة فيها أن يطلب إنهاء العقد بوصفه من أعمال الإدارة، لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده الأول لا يملك هو والمطعون ضدهم ثالثاً ورثة..... المنضمون إليه في طلباته سوى نصف العين وهي لا تمثل

أغلبية الأنصباء في العين المؤجرة فضلا عن أن ورثة المطعون ضدهم ثانيا والذين آلت إليهم ملكية نصف العين المؤجرة تدخلوا منضمين إلى الطاعنين بصفتهم في طلباتهم" رفض الدعوى" وهو ما يعني عدم إجازتهم التنبيه الصادر من المطعون ضده الأول ومن ثم لا يكون الأخير صاحب الصفة في توجيه التنبيه بالإخلاء وإقامة الدعوى حيث لم تتحقق له الأغلبية اللازمة لإدارة المال الشائع، وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدفع المبدي من الطاعنين بصفتهم بعدم قبول الدعوى لبطلان التنبيه استنادا إلى أن تدخل المطعون ضدهم ثالثا منضمين للمطعون ضده الأول يكفي لإجازة التنبيه فإنه يكون معييا مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن رقم ٧٨٩ - لسنة ٧٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٩ / ٠٣ / ٠٥)

* * *

مادة (٨٢٩)

١- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع، ان يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية والتعديل فى الغرض الذى اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء. ولن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان.

٢- وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار تلك الاغلبية، ان تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير. ولها بوجه خاص ان تامر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص ٣ القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٣٧ لىبى و ٧٨٣ سورى و ١٠٦٤ عراقى و ٧١٠ سودانى و ٨٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

اذا كان الامر متعلقا باعمال الادارة الخارجة عن الاعمال المعتادة، كادخال تغييرات اساسية فى الغرض الذى اعد له المال لتحسين الانتفاع به، وذلك كتحويل مطعم الى مقهى، او اعادة بناء منزل لجعله اصلح للاستغلال، فلالغلبية ان تقرر ما تراه فى ذلك، وقرارها نافذ على الاقلية. الا ان الاقلية لها حق التظلم الى المحكمة، ولهذه ان تلغى قرار الاغلبية او ان تقرها على رأيها، ولها ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض، من جراء تنفيذ قرار الاغلبية فيما اذا تبين ان هذا القرار ضار بالمصلحة^(١).

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٢٩ مدنى ان هناك اعمال ادارة تخرج عن حدود الادارة المعتادة، فهذه تتولاها اغلبية اكبر من الاغلبية المعتادة، ويكون للاقلية غير الموافقة حق الاعتراض عليها امام المحكمة.

اولا - الاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة - فالاعمال الخارجة عن حدود الادارة المعتادة - على ما جاء بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى - هى التعديلات فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، وذلك بقصد تحسين الانتفاع به. ففى الاراضى يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الارض من ارض للزراعة الى ارض للبناء اذا كانت تصلح لذلك بالنسبة الى موقعها، او الى ارض تقام عليها مصانع للاستغلال الصناعى. كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل الارض الزراعية من ارض للمحصولات العادية كالقطن والقمح والارز من ارض مشجرة تغرس فيها اشجار الفواكه المختلفة او ارض لزراعة الزهور. ولكن تعتبر ادارة عادية اذا ما حولت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية التقنين المدنى - الجزء ٦ - ص ٨٨.

الارض الى زراعة الفواكه، ان يغرس فيها صاحبها النخيل، او ان يزرع لبقول والخضروات ما بين اشجار الفاكهة، او ان يربي الدواجن، او ان يبني ابراج الحمام، او ان يجلب خلايا النحل. اما تربية المواشى بما تقتضيه من نفقات كبيرة وخبرة فنية ومخاطرة جدية، فقد تدرج عن حدود الادارة المعتادة.

وفى المباني، يعتبر ادارة غير معتادة تحويل المطعم الى مقهى او المقهى الى مطعم، واعادة بناء المنزل لجعله اصلح للاستغلال، كذلك يعتبر ادارة غير معتادة تحويل منزل السكنى الى فندق او الى بنسيون او الى شقق مفروشة واقامة احد الشركاء فى الشيوخ بناء على ارض فضاء شائعة يعتبر ادارة غير معتادة.

ثانيا - الاغلبية اللازمة لتقرير الادارة غير المعتادة - تختلف الاغلبية فى الادارة غير المعتادة عنها فى الادارة المعتادة، من وجهين:

١- ان الاغلبية المطلوبة للادارة غير المعتادة ليست هى الاغلبية المطلقة (اي الزائدة على النصف على اساس قيمة الانصاء)، بل هى اغلبية اكبر من ذلك تقتضيهما خطورة اعمال الادارة غير المعتادة، ويحددها صدر الفقرة الاولى من المادة ٨٢٩ مدنى بأنها اصوات، " الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ". فاذا كان المدير للمال الشائع هو نفسه احد الشركاء، ويملك ربع المال الشائع على الاقل، هذا اذا كان هو نفسه موافقا على العمل. واذا لم يكن موافقا، فلا بد من ان سائر الشركاء، وهم يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، يتفق رأيهم على القيام بهذا العمل، فيصبح المدير ملزما بالقيام به بالرغم من عدم موافقته. ويصح ان يتحصى. وتعين الاغلبية مديرا آخر يكون موافقا على العمل ليقوم به. واذا كان احد الشركاء يملك ثلاثة ارباع المال الشائع، فانه يستطيع وحده ان يقرر اعمال الادارة المعتادة واعمال الادارة غير المعتادة على السواء، وليس لاقلية الشركاء وهى التى تملك الربع الباقي من المال الشائع المعارضة امام المحكمة من اعمال الادارة المعتادة، ولكن لهم حق المعارضة فى اعمال الادارة غير المعتادة.

٢- يكفل القانون للأقلية المعارضة حقها فى الرجوع الى المحكمة للتظلم من قرار الاغلبية. ويلزم القانون الاغلبية الكبيرة بان تعلن قراراتها فى شان الاعمال التى قررت القيام حقا الى كل شريك من الاقلية التى لم توافق. ولم يعين القانون طريقة خاصة للاعلان، فيصح ان يكون على يد محضر، كما ان يكون بكتاب مسجل او غير مسجل. وقد يكون شفويا ولكن على الاغلبية اثبات حصول. ولكل لشريك من فريق الاقلية، فى خلال شهرين من يوم وصول الاعلان اليه، ان يعارض فى قرارات الاغلبية امام المحكمة المختصة.

وتبدأ المحكمة - وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٢٩ مدنى - بتقدير صواب القيام بالعمل الذى قرره الاغلبية، وتسمع فى ذلك حجج الاغلبية وحجج الاقلية، وقد نرى - بعد سماع حجج الطرفين - الا توافق على العمل، فيمتنع على الاغلبية ان تقوم به. اما اذا وافقت المحكمة على العمل، فقد تضع له شروطا وتحوطه بضمانات تكفل إنجازه على وجه مرضى، وقد يبقى العمل بعد ذلك غير مأمون العاقبة، فتحاط المحكمة لكفالة حقوق الاقلية المخالفة، وتأمّر الاغلبية باعطاء الاقلية كفالة شخصية او

عينية تطمئن اليها الاقلية فيما اذا تحققت مخاوفها ونتج عن العمل خسارة، فتجد الاقلية في رجوعها بالتعويضات على الاغلبية هذه الكفالة امامها تضمن هذا الرجوع. ويتبين من ذلك ان موافقة المحكمة على العمل لا يعفى الاغلبية من رجوع الاقلية عليها بالتعويض فيما اذا نتج عن هذا العمل خسارة للشركاء.

ثالثا - اقامة احد الشركاء بناء على جزء مفرز من الارض الشائعة - واذا اقام احد الشركاء بناء على جزء مفرز من الارض الشائعة قبل قسمتها، فان هذا الشريك يكون قد اتى بعمل من اعمال الادارة غير المعتادة. ويترتب على ذلك ان هذا العمل يقتضى موافقة الشركاء اصحاب ثلاثة ارباع الارض الشائعة، او في القليل اقرار هذه الاغلبية الخاصة للعمل بعد اتمامه.

فاذا لم توافق هذه الاغلبية على البناء ولم تقره بعد اقامته، جاز طبقا لاحكام التقنين المدني الجديد ان يجبر الشريك الباني على ازالة البناء ودفع تعويض لسائر الشركاء عما عسى ان يكون هذا البناء قد ألحق بالارض من ضرر. اما اذا وافقت الاغلبية المقررة في القانون على البناء قبل اقامته، او اقرته بعد اقامته، فان جميع الشركاء يساهمون في تكاليف البناء بنسبة حصة كل منهم في الارض الشائعة ويكون البناء ملكا شائعا بينهم جميعا^(١).

٢- يعد عمل اقامة بناء في جزء مفرز من العقار المشترك، من قبيل الاعمال الخارجة عن الادارة المعتادة، فتسرى في شأنه الاحكام المقررة في المادة ٨٢٩ مدني. فاذا فرضنا ان احد الشركاء اقام بناء على الارض الشائعة دون موافقة الاغلبية التي يتطلبها القانون، فماذا يكون الحكم في علاقته ببقية الشركاء.

لاشك ان ما اجراه الشريك يعتبر بحسب الاصل تعديا على حقوق شركائه الآخرين، وينبئ على ذلك حق سائر الشركاء في طلب ازالة ما بناه الشريك الباني بالتعويض عما قد ينجم من اضرار بسبب ازالة البناء، ولا يصح التعويل على نتيجة القسمة في هذا الفرض بحجة انها قد تتمخض عن وقوع الجزء المشغول بالبناء في حصة الشريك الباني، لأن هذه الحجة لا تنهض مسوغا لتبرير الاعتداء المباشر على حقوق الشركاء الآخرين من جهة، ولكونها تتضمن ارهاقا في تخريج النتائج المترتبة على الاثر الكاشف لقسمة من جهة اخرى.

ولذلك استقر الفقه والقضاء على حرمان الشريك الباني من حق الرجوع على شركائه بنصيبهم في نفقات ما أحدثه من بناء دون موافقتهم، وعلى حق هؤلاء في طلب ازالة فورا.

اما اذا كان الشريك الباني قد اقام البناء تحت بصر الشركاء الآخرين وسمعهم، فيصح اعتباره في هذه الحالة وكيفا عنهم اذا لم يقر اعتراض من جانبهم. ومثل هذه الوكالة الضمنية تخوله حق الرجوع عليهم بنصيبهم في نفقات البناء، دون نظر الى ما ترتب عليها من زيادة في قيمة العقار.

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٨٢٩ وما بعدها.

اما ان قام الشريك بالبناء دون علم الشركاء الاخرين، فانه يكون بعمله هذا قد احدث تغييرا جديا في حالة الملك المشترك، فلا يسوغ اقرار مثل هذا العمل المخالف لنظام الشيوخ، وتضحية حقوق الشركاء الاخرين باجبارهم على تحمل النتائج الضار بهم حتى تتم القسمة، وحرمانهم دون وجه حق من الانتفاع بالجزء الذى شغله شريكهم بالبناء^(١).

٣- لا يجوز لأحد الشركاء ان يأتى من الاعمال ما يعد خروجا بالمال المشترك عن تخصيصه، فلا يجوز ان يدخل تعديلات جوهرية عليه حتى لو عاد هذا بالنفع على سائر الشركاء، فلا يجوز لأحدهم مثلا ان يحول المال المشترك من مطعم الى مقهى او الارض الزراعية الى ارض للبناء.

وبناء على ذلك استقر الفقه ومعظم القضاء على حرمان الشريك من اقامة بناء على الارض الشائعة دون موافقة سائر الشركاء. فاذا فعل كان عمله هذا تعديا على حقوق سائر الشركاء، لأن البناء هو من قبيل الاعمال الخارجة عن الادارة المعتادة، ولا يكون للشريك البانى في هذه الحالة ان يرجع على شركائه بنصيبهم فى نفقات البناء الذى احدثه دون موافقتهم، وانما يحق لهؤلاء الشركاء طلب ازالة ما بناه الشريك دون حاجة لانتظار نتيجة القسمة، فضلا عن الزام البانى بالتعويض عما لحقهم من اضرار بسبب البناء والهدم. ففعل الشريك البانى يعتبر فى هذه الحالة اعتداء مباشرا على حق سائر الشركاء، وحق الشريك فى استعمال المال المشروط بعدم الاضرار بحقوق سائر الشركاء.

ولما كان فى منع المشتاع من احدث اى تغيير فى المال الشائع او تعديل فى تخصيصه تعطيل للانتفاع، فانه يتضح من نص المادة ٨٢٩ مدنى ان المشرع عامل الاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة معاملة تخالف حكم الادارة المعتادة، وذلك لما تنطوى عليه تلك الاعمال من خطورة.

فهو لم يكتف بالاغلبية المطلقة قبل اشتراط اغلبية الشركاء المالكين لثلاثة ارباع المال الشائع. ثم انه الزم الاغلبية باعلان قرارها الى الاقلية قبل القيام بهذه الاعمال، وللشركاء الذين لم يوافقوا على القرار مهلة شهرين، فاذا ارادوا مخالفة قرار الاغلبية وجب عليهم ان يرجعوا الى المحكمة خلال هذه المدة فاذا فاتت هذه المدة دون الالتجاء الى المحكمة كانت القرارات نهائية ونافذة حتى فى حق غير الموافقين. وللمحكمة عند الرجوع اليها ان توافق على قرار الاغلبية او تلغيه، ولها فى حالة ما اذا اعتمدت قرار الاغلبية ان تأمر باتخاذ التدابير التى تراها مناسبة، وعلى الخصوص ان تأمر باعطاء المعارض من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويض من جراء تنفيذ قرار الاغلبية فيما اذا تبين ان هذا القرار ضار بالمصلحة^(٢).

(١) حق الملكية - ١ - للكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٤٨ وما بعدها، ويراجع أيضا: حق الملكية - للكتور جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٢٠ وما بعدها.

٤- لأغلبية الشركاء ان تقوم باعمال الادارة غير المعتادة، وهى الاعمال التى تؤدى الى تغييرات اساسية فى المال الشائع، او فى الغرض المعد له، وذلك فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال، ولكن الاغلبية المطلوبة هنا ليست الاغلبية المطلقة (ما يزيد عن النصف)، بل هى اغلبية الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع (م ١/٨٢٩ مدنى) وذلك لخطورة اعمال الادارة غير المعتادة، وتحسب هذه الاغلبية هنا كذلك على أساس قيمة الأنصبة لا على أساس رءوس او عدد الشركاء. ونظرا لخطورة هذه الاعمال فقد اجاز القانون لأقلية الشركاء ان تعترض عليها (م ١/٨٢٩ مدنى).

فالزم اغلبية الشركاء ان تعلن قراراتها فيما يتعلق بالادارة غير المعتادة الى باقى الشركاء، واجاز لمن خالف من هؤلاء ان يرجع الى المحكمة خلال شهرين من وقت اعلانه طالبا الغاء قرار الاغلبية. فاذا مرت هذه المدة ولم يعترض احد، فان قرار الاغلبية يصبح نهائيا وينفذ فى حق كل الشركاء. اما اذا اعترض احد الشركاء من الاقلية، فالمحكمة بعد تقدير الظروف التى تلغى قرار الاغلبية، فلها ان تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير (م ١/٨٢٩ مدنى)، كأن تتوجب على الاغلبية مراعاة بعض شروط خاصة عند تنفيذ قرارها، وقد نص القانون صراحة على حق المحكمة فى ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات، والمحكمة تفعل ذلك اذا تبين لها ان تنفيذ قرار الاغلبية يحتمل ان يؤدى الى ضرر يصيب الشريك المخالف.

ومن صور الادارة غير المعتادة التغييرات التى تدخل على المال الشائع ذاته، كأن يكون ارضا فضاء فتقرر الاغلبية اقامة بناء عليه، او يكون عبارة عن بناء مكون من طابق واحد فتقرر الاغلبية اقامة بناء عليه او يكون عبارة عن بناء مكون من طابق واحد فتقرر الاغلبية تعليته باقامة طابق او طوابق اخرى. كذلك تعتبر من قبيل الادارة غير المعتادة التعديل فى الغرض المعد له المال، ومثال ذلك ان يكون المال بناء يؤجر للسكنى فتقرر الاغلبية تحويله الى فندق، او مخزنا للبضائع، فتقرر تحويله الى محل تجارى، وهكذا.

واعطاء سلطة القيام باعمال الادارة غير المعتادة لأغلبية الشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع، مقتضاه انه لا يجوز لمن لا يملك هذه الاغلبية ان يقوم بعمل من هذه الاعمال منفردا، والا كان لشركائه ان يعترضوا على عمله، ويطالبوه باعادة الوضع الى ما كان عليه. وعلى ذلك اذا قام احد الشركاء بالبناء على الارض المملوكة على الشيوع بدون موافقة باقى شركائه. ولم يكن البانى يملك ثلاثة ارباع المال الشائع، جاز لشركائه طلب ازالة هذا البناء، والمطالبة بتعويض ما يترتب عليه من ضرر^(١).

٥- يتضح من نص المادة ٨٢٩ مدنى انه يقصد باعمال الادارة غير المعتادة تلك التى تؤدى الى تغيير اساسى فى الشئ كالبناء فى الارض او هدم جزء من البناء لاعادة بنائه على شكل آخر، او الى التعديل فى الغرض الذى اعد له كتحويل المبنى المعد

(١) الحقوق العينية الأصلية (موجز) - للدكتور محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢٧٨ وما بعدها.

للسكنى الى فندق او تحويل الارض الزراعية لغرض آخر غير الزراعة، ونظرا لخطورة هذه الاعمال اشترط المشرع اغلبيية خاصة هي من يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع. ولم يكتف المشرع بذلك بل جعل سلطة الاغلبية فى القيام بها تحت رقابة القضاء، ولهذا اوجب على الاغلبية ان يعلنوا قرارهم الى الاقلية حتى تتاح لمن يريد الاعتراض ان يرجع الى المحكمة. فاذا لم يحصل اعلان فلا يكون القرار نافذا فى حق الشركاء خلال شهرين من وقت الاعلان اصبح القرار نهائيا وناظا فى حق الاقلية. اما اذا اعترض احد من الاقلية فرفع الامر الى المحكمة، فهى تنظر فيما اذا كان القرار ملائما ام لا، فاذا وجدت ان القرار غير ملائم وان اعتراض المعارض فى محله فتحكم بالغاء القرار. واذا رأت ان القرار ملائم فتوافق عليه، ولها فى هذه الحالة ان تقرر ما تراه مناسباً، كأن تشترط شروطاً معينة لتنفيذ القرار. ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء من خالف من الشركاء كفالة تضمن ما يستحق له من تعويض اذا تبين من تنفيذ القرار انه ضارا بمصلحة الشركاء^(١).

٦- فالاغلبية المطلقة لا تملك القيام باعمال الادارة غير المعتادة، بل لا بد من الحصول على موافقة الاغلبية المالكة على الاقل لثلاثة ارباع المال الشائع، والاعمال التى تخرج عن حدود الادارة المعتادة هى التى تدخل تعديلات فى الغرض الذى اعد له المال الشائع بقصد تحسين الانتفاع به. فاذا كان المال الشائع ارضا مخصصة للزراعة، وكان المقصود تحويلها الى ارض بناء عد هذا من قبيل الادارة غير المعتادة. واذا كانت الارض مخصصة لزراعة المحصولات التقليدية، وكان المقصود بالعمل تخصصها لزراعة الفاكهة مثلا، فان هذا يعتبر (فى نظر الدكتور محمد على عمران) من قبيل الادارة غير المعتادة لما يتطلبه هذا النوع من انواع الزراعة من نفقات فى بدايته.

والذى يقوم عادة بادارة المال الشائع سواء اكانت ادارية معتادة ام غير معتادة هو المدير - فاذا كان العمل يدخل فى اعمال الادارة المعتادة، فللمدير القيام به. اما اذا كان من اعمال الادارة غير المعتادة، فعليه الحصول على موافقة الاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال الشائع.. فاذا كان المدير مالكا بمفرده لنصف المال الشائع، وكان موافقا على العمل، فلا بد له من الحصول على موافقة من يكون من الشركاء الاخرين مالكا لربع المال الشائع حتى يصل مجموع الموافقين على عمل الادارة غير المعتادة الاغلبية المالكة على الاقل لثلاثة ارباع المال الشائع.

ونظرا لما يتضمنه عمل الادارة غير المعتادة من تغيير فى الغرض الذى اعد له اصلا المال الشائع، فلقد احاط المشرع الاقلية ببعض الضمانات، فاجاب على الاغلبية ان تعلن قرارها الى الاقلية ولمن يعترض منهم على العمل ان يرفع الامر الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان (وهذا الميعاد الحتمى القصير ميعاد سقوط لا يقبل الانقطاع، ولا يقبل الوقف الا اذا حالت قوة قاهرة بين الاقلية وبين اللجوء الى القضاء). ولم يشترط المشرع لهذا الاعلان شكل خاص، فيجوز ان يكون باعلان على

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٤١ و ١٤٢.

يد محضر او بخطاب موصى عليه بعلم وصول، بل قد يكون الاعلان شفويا وعلى الاغلبية عندئذ اثبات حصوله.

وللمحكمة عند الرجوع اليها اذا وافقت على قرار الاغلبية ان تقرر ما تراه مناسباً من التدابير، كأن تأمر باعطاء الاقلية كفالة شخصية او عينية. فاذا تحققت مخاوف الاقلية - كما اذا خشيت حدوث اضرار بالمال الشائع اذا تغير الغرض الذي اعد من اجله ونتج عن العمل خسارة - وجدت الاقلية امامها ما يضمن لها الرجوع.

وقد ترى المحكمة بعد سماع حجج كل من الاغلبية والاقلية عدم الموافقة على العمل، وعندئذ يجب على الاغلبية الامتناع عنه^(١).

٧- اول فارق بين التشريع العراقي من جهة وبين التشريع المصري من جهة اخرى، يتصل بالاعمال الخارجية عن حدود الادارة المعتادة، وهي ما اطلق عليها المشرع العراقي اسم "التغييرات الاساسية والتعديل في الغرض" كتحويل مطعم الى مقهى او ملهى الى كراج وقد جعل المشرع العراقي القيام بهذه الاعمال من حق اصحاب القدر الاكبر من الحصص مع اشتراط اذن المحكمة (م ١٠٦٥ عراقي)، وبين هذا النص ونص المادة ٨٢٩ مدنى مصرى فارق جوهري يتمثل فى ناحيتين: الاولى - ان المادة المصرية لا تكتفى بالاغلبية المطلقة لأصحاب القدر الاكبر من الحصص وانما تشترط اغلبية خاصة تمثل ثلاثة ارباع المال الشائع. والثانية - ان المادة المصرية جعلت مدة اعتراض الشريك على ما تقررره الاغلبية المتقدمة شهرين من وقت الاعلان، ولا نجد لهذا القيد اثرا فى المادة العراقية^(٢).

٨- اذا كانت ادارة المال الشائع ادارة غير معتادة وهي التى تتناول المال الشائع فتغير فيه تغييرا اساسيا بقصد جعله اكثر فائدة وانتاجا كأن تحول الدار الى فندق او يقسم البستان الى عرصات للبناء فقد اباح القانون للاكثرية المطلقة اى اصحاب القدر الاكبر من الحصص حق هذه الادارة بشرط واحد هو حصولهم على اذن من المحكمة لادارة المال على الوجه الذى يريدون وهذا الاذن هو الشرط الوحيد الذى وضعه القانون تقريبا لما بين الادارة العادية والادارة غير العادية. وقد سلك القانون المصرى والسورى غير هذا فجعل مكان المحكمة موافقة اغلبية كبيرة وهي اغلبية ثلاثة ارباع حصص الشركاء^(٣).

٩- تطابق المادة ٨٢٩ مدنى مصرى المادة ٨٣٨ مدنى لىبى، وكذلك المادة ٧٨٤ مدنى سورى فيما عدا ان هذه المادة الاخيرة تنص على ان يكون اعلان القرارات الى باقى الشركاء بكتاب مضمون او بطريقة رسمية اخرى.

واعمال الادارة غير المعتادة هي تلك التى يكون من شأنها ان تحدث تغييرا اساسيا او تعديلا فى الغرض الذى اعد له المال الشائع، كاعادة بناء منزل، والبناء فى ارض زراعية لاعادها للاستغلال الصناعى، ولخطورة هذه الاعمال لم يكتف الشارع

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) القانون المدنى العراقى - للدكتور حسن الذنون - ص ١١، ١٢.

(٣) الملكية العقارية فى العراق - ١ - للدكتور حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ١١٥.

في شأنها في التقنينات المذكورة بالاغلبية العادية للشركاء، بل تطلب اغلبية خاصة خولها سلطة القيام بهذه الاعمال - وهي التي تمثل على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع، كما خول الاقلية حق النظم الى المحكمة. فلهذه الاغلبية ان تقرر ما تراه في شأن تلك الاعمال وعليها ان تعلن قرارها الى بقية الشركاء، ويسرى هذا القرار في حق الاقلية. ومقتضى هذا ان تتوب الاغلبية نيابة قانونية عن الاقلية، الا ان للاقلية حق النظم الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وللمحكمة ان تلغى قرار الاغلبية او تقرها على رأيها ولها اذا وافقت على قرار الاغلبية ان تقرر مع هذا ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة الاغلبية اذا تبين في المستقبل ان هذا القرار ضار بالمصلحة. وفيما يتعلق بالقانون العراقي فانه يكتفى في هذا الشأن بالاغلبية للشركاء، ولكنه يجعل سلطة هذه الاغلبية رهينة باذن من المحكمة (م ١٠٦٥ مدني عراقي).

اما القانون اللبناني فلا يخول اغلبية الشركاء سلطة في خصوص اعمال الادارة غير المعتادة، ومن ثم يتعين لامكان القيام بها ان يتفق جميع الشركاء على ذلك (م ٨٣٦ تقنين الموجبات اللبناني^(١)).

من احكام القضاء الحديثة:

١- المالك لحصة مقدارها ثلاثة ارباع الأرض الشائعة، له الحق في إدخال تغييرات أساسية في الغرض الذي أعدت له هذه الأرض في سبيل تحسين الانتفاع بها وفقاً لأحكام المادة ٨٢٩ من القانون المدني، ويكون البناء الذي يقيمه على نفقته لتحقيق هذا الغرض داخلاً في حدود حقه في إدارة المال الشائع، وهو يباشر هذا الحق بوصفه أصيلاً عن نفسه ونائباً عن مالك الربع الباقي، وتكون إجارته نافذة في حق هذا المالك، كما يكون له الحق في قبض الأجرة واقتضاء التعويض الناشئ عن تلف البناء لحساب جميع الشركاء.

(طعن رقم ٢١٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١٨)

٢- من المقرر في قضاء النقض ان للمالك على الشيوع اذا وضع يده على جزء مفروز من العقار يوازي حصته، الحق في حماية وضع يده، وليس من حق احد الشركاء ان ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له ان يطلب قسمة العقار او يرجع على واضع اليد بما يقابل الانتفاع.

(جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٥ - مدني - ص ١٢٢٤)

٣- تخول المادة ٨٢٩ من القانون المدني الشركاء الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ان يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الاساسية، والتعديل في الغرض اعد له ما يخرج عن حدود الادارة المعتادة، مما مفادة ان ما تجريه الاغلبية من تغيير او تعديل يدخل وفقاً لهذه المادة فيما تملك من اعمال

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ١٩ وما بعدها.

الإدارة غير المعتادة وينفذ في حق الأقلية ما لم تقرها المحكمة المختصة على ما قد تثير من اعتراض.

ان ما تباشره الاغلبية في المال الشائع من تغييرات اساسية وتعديل في الغرض يخرجها عن اعمال الادارة المعتادة، انما تباشره - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - اصيلة عن نفسها ونائبة عن غيرها من الشركاء، فان هي شيدت من مالها على العقار الشائع بناء، كما في الدعوى المثلة، ملكت الاقلية فيه وفيما يغل منذ انشائه ولو لم تف في حينه بما عليها من نفقاته، فذلك حق شخصي للاغلبية، تسترده مع الفائدة من وقت الانفاق وفقا لما يخضع له من احكام الوكالة، ولا ينشأ على وجه التبادل او التبادل مع حق الاقلية المبينة في التملك وثماره، فالحقان يختلفان مصدرا واثرا، ولا يرتبطان بما يجعل احدهما يزول بقيام الاخر او يقوم بزواله، وقد تسوغ المقاصة بشروطها بين ما للاقلية من ريع وما عليها من دين الاتفاق وفائدته، مما لا يثور في خصوص الدعوى لصيرورة الدين وفوائده امرا مقضيا بحكم سابق وسداد حاصل.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/١٢/١٣ - الطعن ١٩ لسنة ٤٦ق - لم ينشر بعد)

٤- الشركاء على الشيوع الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع. حقهم في إجراء تغيير فيه يخرج عن حدود الإدارة المعتادة. شرطه. إعلان قرارهم إلى باقي الشركاء مخالفة ذلك للأخيرين الإعتراض إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. مؤدى ذلك. جواز إجبار الشريك الباقي على إزالة البناء الذى أقامه على جزء مفرز من العقار الشائع. طالما لم توافق عليه أغلبية الشركاء المالكين ثلاث أرباع العقار. م ٢/٨٢٩ مدني.

(الطعن ١٧٨٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/١/٣١ س ٤١ ص ٣٦٦)

٥- وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته. حق باقى الشركاء قبله. لا يكون لأى منهم إنتزاع هذا القدر منه بل كل ماله طلب قسمة العقار. إنتقال هذا الحق للمتصرف إليه من هذا المالك. إذا كان المالك على الشيوع واضعاً يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته فإنه لا يكون من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا القدر بل كل ما له أن يطلب قسمة العقار، وينتقل هذا الحق للمتصرف إليه من هذا المالك.

(الطعن ١٥٨٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٤/٣/٦ س ٤٥ ص ٤٥٥)

٦- وضع المالك على الشيوع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته. أثره. ليس لأحد شركائه إنتزاع هذا القدر منه. للمالك على الشيوع إذا وضع يده على جزء مفرز من العقار يوازى حصته الحق في حماية وضع يده وليس من حق أحد الشركاء أن ينتزع منه هذا العقار.

(الطعن ٢٢٠١ لسنة ٦٠ق جلس ١٩٩٥/١/٤ س ٤٦ ص ٧٤)

٧- وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء مفرز في العقار الشائع. عدم أحقية باقى الشركاء في إنتزاع هذا القدر منه. شرطه. توافر ملكية. واضع اليد على الشيوع بسبب من أسباب كسب الملكية دون الإلتصاف بصفة المستأجر. إكتسابه الصفة الأخيرة. مؤداه. المقرر - في قضاء محكمة النقض - أنه وفيما عدا حالة إتحاد الذمة بشروطها إذا وضع أحد الشركاء على الشيوع يده على جزء معين من المال الشائع تسهيلاً للأقلية الإنتفاع فليس من حق أحد الشركاء إنتزاع هذا الجزء منه بإعتبار أن واضع اليد يمتلك فيه ما يتناسب مع نصيبه في المجموع ويكون إنتفاعه بالباقي مستمداً من حقوق شركائه الآخرين على أساس التبادل في المنفعة إلا أن ذلك رهن بأن يكون واضع اليد مالكاً على الشيوع بأحد أسباب كسب الملكية المقررة قانوناً وألا يتصف بصفة المستأجر والتي مؤداه جعل إنتفاعه بالعين مستنداً إلى هذه الصفة فحسب ونفاذ عقد الإيجار قبله بشروطه وعدم جواز التحلل منه وصيرورة التحدى بعدم أحقية باقى الملاك على الشيوع في إنتزاع هذا الجزء منه مفتقراً إلى سند القانوني الصحيح.

(الطعن ٧٤٢٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣ س ٤٨ ص ١٢٢٥)

* * *

مادة (٨٣٠)

لكل شريك فى الشيوع الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٣٩ لىبى و ٧٨٥ سورى و ١٠٦٦ و ١٠٦٨ و ١٠٦٩ عراقى و ٧١٢ سودانى و ٨٣١ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق الوارد على نص المادة ٨٣٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- اعمال الحفظ التى يصح ان يقوم بها كل شريك فى الشيوع منفردا دون حاجة الى موافقة باقى الشركاء قد تكون أعمالا مادية. مثل ذلك صيانة المال الشائع، وترميمه اذا احتاج الى ترميم، وتحويله بسياج او بسور اذا كان حفظه يقتضى ذلك، وتسجيل سند ملكيته اذا كان هذا السند فى حاجة الى التسجيل، وجنى الثمار قبل ان تتلف. وقد تكون تصرفات قانونية او اتخاذ اجراءات او رفع دعاوى، مثل ذلك قطع التقادم اذا كان المال الشائع فى يد حائز آخر، ودعوى تعيين الحدود اذا قامت الحاجة الى تعيين حدود المال الشائع، ودفع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة حتى لا يتعرض المال الشائع للحجز عليه، وتسديد اقساط الديون المضمونة برهن او باختصاص او بامتياز ودفع فوائد هذه الديون حتى لا يكون المال الشائع عرضه للتنفيذ عليه تنفيذا جبريا.

والشريك فى الشيوع، فى قيامه باعمال الحفظ على النحو المتقدم، يعتبر اصيلا عن نفسه. ثم هو وكيل عن سائر الشركاء، اذا لم يعترض احد منهم على عمله، فيرجع عليهم بدعوى الوكالة، فاذا تمت اعمال الحفظ دون علم من سائر الشركاء اعتبر فضوليا بالنسبة اليهم، لأن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولى فى اثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غير لما بين الشائنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (م ١٨٩ مدنى)، فيرجع الشريك بدعوى الفضالة. اما اذا اعترض باقى الشركاء وقام الشريك باعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم، فانه يرجع عليهم بدعوى الاضرار بلا سبب. وهناك رأى يقول بان الشريك يعتبر فى جميع هذه الاحوال نائبا عن شركائه نيابة قانونية فى القيام باعمال الحفظ، فيرجع عليهم دائما بدعوى النيابة^(١).

٢- ومن امثلة اعمال الحفظ - التى عنتها المادة ٨٣٠ مدنى - الترميمات الضرورية، وجنى الثمار التى يسارع اليها التلف، وقطع التقادم، ورفع دعاوى الحيازة... الخ.

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٠٤ وما بعدها.

وقد جاء بالمذكرة المطولة لمشروع اللجنة التحضيرية (جزء ٤ - ص ٦٠) فى صدد تبرير هذا الحق المقرر لكل شريك ما يأتى:
"والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله".

وهذا التفسير لا يستقيم الا على ضوء المادة ١٨٩ من التقنين المدنى الجديد التى نصها "تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى، فى اثناء توليته شأنًا لنفسه، قد تولى شأن غيره، لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر".
وهذا الوضع منطبق تماما على حالة الشريك الذى يجرى بعض الاعمال اللازمة لحفظ المال المشترك دون موافقة شركائه، فهو يتولى فى هذه الحالة شئون غيره لارتباطها بشأنه ارتباطا لا يمكن معه القيام بأحدهما دون الآخر.

اما القضاء الفرنسى فقد جرى - نظرا لعدم وجود نص - على افتراض قيام وكالة ضمنية لمصلحة الشريك الذى باشر هذه، استنادا الى انها تتمحص دائما لمصلحة جميع الشركاء. بل ذهب الفقه الى حد تحويل الشريك سلطة مباشرة اعمال الحفظ والصيانة دون حاجة الى الاستعانة بفكرة الوكالة الضمنية، وذلك لسبب واضح هو ان لكل شريك مصلحة جدية فى المحافظة على حقه^(١).

٣- فاعمال الحفظ يجوز لكل شريك ان يقوم بها دون اشتراط موافقة سائر الشركاء (٨٣٠ مدنى)، بل وحتى رغم معارضتهم، ويدخل فى اعمال الحفظ الاعمال المادية اللازمة لصيانة الشئ وحفظه، كالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل فوات موعد جنيها ويدخل فيها ايضا الاعمال القانونية والاجراءات اللازمة للمحافظة على الحق نفسه كرفع دعاوى الحيازة ضد المتعرض او المغتصب، وكذلك قطع التقادم السارى لصالح اجنبى عن الشركاء والمطالبة بوضع الحدود^(٢).

٤- ينص القانون المدنى. فى المادة ٨٣٠ منه، على حق الشريك منفردا فى اتخاذ ما يلزم من اجراءات لصيانة الشئ المملوك على الشيوع.

والاعمال اللازمة للحفظ قد تكون اعمالا مادية، كترميم المبنى المملوك على الشيوع او جنى الثمار او جمع المحصول وقت وجوب ذلك. وقد تكون تصرفات او اجراءات قانونية كقطع مدة التقادم المكسب السارى لمصلحة الغير ورفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء، والوفاء بالضرائب المستحقة على العقار. والشريك فى قيامه بها. وقد جعل القانون للشريك الانفراد فيها لما تحققه من مصلحة الشركاء جميعا ولما فى ارسائها حتى الحصول على موافقة الشركاء او اغلبيتهم من خطورة^(٣).

٥- قد يقتضى الحال القيام باعمال معينة لحفظ الشئ الشائع، سواء كانت هذه الاعمال مادية كالترميم والصيانة وجنى الثمار فى موعدها قبل ان تتلف، او كانت

(١) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص ٣٩١.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٥٠.

(٣) حق الملكية - للدكتور جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ١٢٣، ١٢٤.

اجراءات او تصرفات قانونية كرفع دعاوى الحيازة ضد من يعتدى على حيازة الشركاء، او قطع التقادم السارى لمصلحة من يحوز المال بنية تملكه والوفاء بالضرائب المفروضة على العين والوفاء بدين الدائن المرتهن للعين توكيا للتنفيذ عليها. ونظرا الى ان هذه الاعمال ضرورية للمحافظة على الشئ محل حق كل شريك، وهى اعمال لا تحتل التأخير، فلم يخضعها المشرع للقواعد الخاصة باعمال الادارة بوجه عام من حيث ضرورة توفر اغلبيه للقيام بها، وانما يكون المشرع قد اعطى كل شريك سلطات المدير فيما يتعلق بهذه الاعمال.

وقد ثار الخلاف حول اساس سلطة الشريك فى القيام باعمال الحفظ، فجاء بالذاكرة الابضاحية للنص: "والشريك فى هذا فضولى يتصرف فى حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله" (مجموعة الاعمال التحضيرية - الجزء ٦ - ص ٩٥). واخذ بعض الشراخ بفكرة الفضالة (دكتور محمد على عرفة - ١ - ص ٣٩٤). بينما ذهب اكثرهم الى ان الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقى الشركاء (الدكاترة: شفيق شحاته - ص ١٦٨ وعبد المنعم البدر اوى - ص ١٥١، وحسن كيره، ص ٣٥٧، وعبد المنعم الصده - ص ١٩٤^(١)).

٦- ان حفظ الشئ الشائع حق لكل شريك، ومن هنا يكون لأى شريك ان يستقل بالقيام بالاعمال اللازمة لحفظ الشئ، ولو كان ذلك بغير موافقة الشركاء الآخرين. واعمال الحفظ قد تكون اعمالا مادية كالقيام بالترميمات الضرورية وجنى الثمار قبل تلفها، وقد تكون تصرفات او اجراءات قانونية كالوفاء بالضرائب المفروضة على العين، وقطع التقادم ضد من يحوز العين بنية كسب ملكيتها. والشريك بمقتضى ما له من حق فى ان ينفرد بالقيام بهذه الاعمال، ينوب نيابة قانونية عن بقية الشركاء. ويكون له الرجوع على كل منهم بقدر نصيبه فى النفقات التى تكبدها لحفظ الشئ^(٢).

٧- تقضى المادة ١٠٦٣/٣ من القانون المدنى العراقى على ان يد الشريك على المال المشترك هى بالنسبة الى الشركاء الآخرين يد امانة. ونصت المادة ١٠٦٦ منه على ان لكل شريك فى الشبوع الحق فى ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ حتى لو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء. لهذا كان الاولى الجمع بين النصين. وقد تجنب القانون المصرى والسورى النص على الحكم الاول.

وحق الشريك فى حفظ المال الشائع او اى جزء منه كحقه فى حفظ ماله المفرز، اذ ان الحصاة الشائع لا يمكن حفظها الا بحفظ المال كله. لهذا يكون له ايضا ان يتخذ الوسائل التى يصون بها المال من التلف والضياع، فله ان ينفق عليه للصيانته والترميم وله ان يتتبعه فى ايدى الآخرين وان يقيم الدعوى من أجل استرداد حيازته، ولكنه فى كل ذلك مقيد بقواعد الفضالة اذا اعترض الشركاء الآخرون على اعمال الحفظ

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٤٥.

(٢) الملكية فى قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢١ و ٢٢.

والنفقات التي انفقها في سبيل ذلك، ورأى بعض الشراح ان يكون الشريك فى هذا وكبلا بحكم القانون^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أعمال الحفظ التي يحق للشريك على الشيوع إتخاذها بغير موافقة باقى الشركاء. م ٨٣٠ مدنى. إتساعها لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض.

النص في المادة ٨٣٠ من القانون المدني على أنه " لكل شريك على الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشئ ولو كان ذلك بغير موافقة باقى الشركاء يدل على أن لكل شريك على الشيوع منفرداً أن يقوم بأعمال الحفظ وهو في ذلك يعتبر أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن أحد أعمال الحفظ المعنية بالنص المشار إليه تتسع لرفع دعاوى الحدود والحيازة والإستحقاق وما يلحق بها من طلبات الإزالة والتعويض.

(الطعن ١٣٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ ص ٤٥ ص ٥٨٤)

٢- إنفراد بعض المطعون ضدهم الملاك على الشيوع بإقامة دعوى بطلب زيادة التعويض المقدر عن كامل الأرض الشائعة المنزوع ملكيتها وإلزام الهيئة الطاعنة النازعة للملكية بدفعه دون إعتراض باقى الملاك المشتاعين. كفايته بذاته لإكتمال صفة الأولين في الدعوى. إنداج ذلك ضمن أعمال حفظ المال الشائع. القضاء لهم بالتعويض عن كامل المساحة المنزوع ملكيتها. صحيح.

(الطعن رقم ٤٨٦٢ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٢)



(١) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى المرجع السابق - ص ١١٦.

مادة (٨٣١)

نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ او المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء، كل بقدر حصته، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية، المواد التالية:
المادة ٨٤٠ لىبى و١٧٦ سورى و ١٠٦٧ عراقى و٧١٣ سودانى و٨٣٣ تقنين
الموجبات اللبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لا حقا - التعليق بالاعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٣٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- ليس نص المادة ٨٣١ مدنى الا تطبيقا للقواعد العامة، فكل الشركاء فى الشيوخ ملاك للمال الشائع. فتنقسم تكاليف هذا المال عليهم جميعا كل بقدر حصته فيه، ومن ثم تنقسم على الشركاء، كل بقدر حصته، نفقات حفظ المال الشائع، وهى النفقات التى صرفت فى صيانتة، وترميمه، او تسجيل سنده، او تحويطه بسور، او جنى ثماره قبل النذب، او قطع التقادم، او تعيين الحدود، او مصروفات الدعاوى التى رفعت لحفظ المال الشائع او غير ذلك من نفقات الحفظ. كذلك تنقسم على الشركاء كل بقدر حصته نفقات ادارة المال الشائع والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ كنفقة اصلاح الحائط المشترك او تجديده، او المقررة على المال كفوائد الديون واقساطها. وكل ذلك ما لم يتفق الشركاء على نسبة اخرى. فنقل مثلا بالانفاق حصة الشريك القائم بالادارة فى النفقات فى نظير قيامه بالادارة. وكل ذلك ايضا ما لم يوجد نص يقضى بغيره. ومن امثلة ذلك ما قضت به المادة ١/٨١٥ مدنى من تحمل الشريك الذى يقوم بتعليق الحائط المشترك بنفقات التعلية وصيانة الجزء المعلى وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون التعلية ان يفقد شيئا من متانته.

والرجوع على الشركاء فى الشيوخ، كل بقدر حصته يكون بدعوى الوكالة او دعوى الفضالة او دعوى الاثراء بلا سبب.

ويجوز لأى من الشركاء التخلص من دفع حصته فى النفقات والتكاليف، ان يتخلى عن حصته فى المال الشائع. وهذه قاعدة عامة مقررة للتخلص من اى التزام عيى وهو الالتزام الذى يكون سببه ملكية العين. ويترتب على تخلى الشريك عن حصته ان تصبح هذه الحصة ملكا لباقى الشركاء كل بقدر نصيبه فى المال الشائع.

وفى هذه الحالة يتحمل باقى الشركاء النفقات كل بقدر حصته الجديدة اى بعد اضافة حصة الشريك المتخلى الى حصصهم^(١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٣١ من التقنين المدنى ان كل شريك ملزم قانونا بالمساهمة بقدر حصته فى المصاريف التى انفقها ادهم لحفظ المال او اصلاحه. ولكل شريك ان ينفق هذه المصاريف دون حاجة لموافقة بقية الشركاء، ومن مقتضى ذلك ان يكون لهذا الشريك حق الزام شركائه الآخرين مقدما بالوفاء بالمبلغ الذى يحتمل استحقاقه منه بحسب حصته الشائعة.

وتطبيقا لذلك تعتبر المبالغ التى يقترضها احد الشركاء لدفع الضرائب المقررة على مال مشترك مقترضة لتحقيق مصلحة الشركاء جميعا، وبناء عليه يتعين الحكم بصحة الحجز الذى يوقعه المقرض على المحصولات المشتركة قبل جنيها. كما يلتزم كل شريك بدفع نصيبه فى نفقات زراعة الارض التى جنى جزءا من محصولها.

ولما كان من المسلم به ان التزام الشريك على الشيوع بالاشتراك فى تكاليف والنفقات الناتجة عن الشيوع هو التزام عينى سببه الاشتراك فى ملكية العين الشائعة، كان من المتفق عليه تخويل الشريك حق التخلص من هذا الالتزام بالتخلى عن نصيبه فى الملكية. ويترتب على تخلى الشريك عن حصته على النحو المتقدم، ان تصبح هذه الحصة ملكا للشركاء الآخرين، كل بقدر نصيبه فى الملك الشائع، وذلك فى مقابل اعفاء شريكهم المتخلى من سائر الالتزامات الناشئة عن اشتراكه فى الملكية.

وهكذا يترتب على التخلي اثران احدهما مبرر والآخر منشئ. اما اثره المبرر فيتحقق فى حق الشريك المتخلى. واما الاثر المنشئ فيتصل بالشركاء الآخرين الذين تؤول اليهم ملكية حصة هذا الشريك. وينبنى على ذلك وجوب تسجيل سند التخلية اذا كان موضوع الشيوع عقارا حتى تنتقل الملكية فيما بين الشركاء وبالنسبة الى الغير، وذلك تطبيقا لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقارى^(٢).

٣- اذا قام احد الشركاء ببعض نفقات ادارة المال او حفظه وصيانته، او قام بدفع الضرائب المستحقة عليه وغيرها من التكاليف الناتجة عن الشيوع او المقررة على المال جاز له الرجوع على سائر الشركاء كل بقدر حصته.

فكل شريك ملزم اذن بتحمل نصيبه من النفقات المشتركة، ولما كان هذا الالتزام من الالتزامات المرتبطة بالشئ او الالتزامات العينية كما يسميها بعض الشراح، فان الشخص الذى يلتزم بالتزام يتعلق بشئ يمكنه ان يتحلل من هذا الالتزام بترك الشئ. ففكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الاعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق.

ويترتب على هذا التخلي ادخال نصيب الشريك المتخلى فى ملك سائر الشركاء كل بقدر نصيبه فى المال الشائع. ولذلك يجب تسجيل سند هذا التخلي اذا كان واردا على حصة فى عقار لأحكام الشهر العقارى^(٣).

(١) الوسيط - ٨- للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٠٧ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور محمد على عرفه - ١ - المرجع السابق - ص ٣٩٢ و ٣٩٣.

(٣) الحقوق العينية الاصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق ص ١٥١ و ١٥٢.

٤- اذا كان الشركاء يشتركون فى مزايا الشئ الشائع، كل بحسب نصيبه، فيكون من البديهي ان يشتركونا كذلك فى تحمل ما ينفق عليه فى سبيل ادارته والمحافظة عليه، سواء انفقت هذه النفقات باتفاق الجميع أو باتفاق الاغلبية فيما اعطاها القانون من سلطات، او من شريك بمفرده عند القيام بأعمال الحفظ، اذ تتفق هذه النفقات فى جميع الاحوال لحساب الشركاء جميعا، وفق ما نصت عليه المادة ٨٣١ مدنى. والسائد فى الفقه بوجه عام ان الشريك يستطيع ان يتخلص من التزامه بالنفقات بالتخلص عن حقه. ويترتب على التخلي ان يؤول حق هذا الشريك الى سائر الشركاء دون حاجة الى قبول منهم، وتبرأ ذمة الشريك المتخلى من الالتزامات الناتجة عن الشيوع.

ويبدو لنا (الدكتور منصور مصطفى منصور)، دون الدخول فى تفاصيل الموضوع، ان مبدأ التخلي مع ما يترتب عليه من اثار، محل نظر، وقد يؤدى الى نتائج غير مقبولة. ونكتفى لايضاح هذا بان نفترض ان عدة شركاء فى سيارة تحطمت فى حادث قد اتفقوا على اصلاحها، وقام احدهم بالاتفاق على الاصلاح، ثم تبين بعد الاصلاح انها لا تساوى ما انفق عليها. فمقتضى ما يذهب اليه الشراح انه يجوز لسائر الشركاء غير من انفق على الاصلاح ان يتخلوا عن حصصهم فتصبح السيارة ملكا خالصا لمن انفق على الاصلاح ويتحمل وحده المصاريف، والفرض انها اكثر من قيمة السيارة. وهذه فيما نرى (الدكتور منصور)، نتيجة غير مقبولة^(١).

٥- حكم نص المادة ٨٣١ مدنى منطقي (بل بدهى)، فاذا كانت الشريك من منافع الشئ المملوك على الشيوع حصة معنية، فعليه ان يتحمل فيما تتكلفه ادارة هذا المال وحفظه وسائر الاعباء المفروضة عليه بقدر هذه الحصة، وسواء اتم انفاقها باتفاق الشركاء او بناء على قرار اغليتهم او من شريك واحد اذا كانت من نفقات الحفظ. ولكن هل يجوز للشريك الذى يطالب بنصيبه فى نفقات المال المملوك على الشيوع ان يتخلص من مسؤوليته عما يطالب به بالتخلي عن ملكية نصيبه فى الملك الشائع؟ لا يتفق القانون المدنى نضا على ذلك، ولكن الفقه يذهب الى ان القواعد العامة تجيز التخلي عن الحق العيني للتخلص مما يرتبط به من التزامات، ولذا يرى ان من حق المالك على الشيوع ان يتخلي عن حصته كوسيلة للتخلص من التزامه بما يطالب به من نفقات ادارة الملك الشائع وحفظه فتؤول هذه الحصة الى باقى الشركاء كل بنسبة حصته^(٢).

٦- قد يحتاج الانتفاع بالشئ الشائع الى نفقات، ومن الطبيعى ان يتحمل جميع الشركاء هذه النفقات لأنها تتفق لمصلحتهم جميعا. ويدخل فى النفقات التى يتحملها الشركاء نفقات الادارة، كأجر المدير ومصروفات تحصيل الدخل، ونفقات الحفظ كالمبالغ التى انفقت فى ترميم الشئ وصيانته، ويدخل كذلك الضرائب المفروضة على الشئ الشائع كضريبة الاراضى الزراعية (م ٨٣١ مدنى).

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ١٤٦ وما بعدها.

(٢) حقوق الملكية - للدكتور جميل الشرفاوى - المرجع السابق - ص ١٢٤ و ١٢٥.

وتقسم النفقات على الشركاء في الشيوع كل بقدر حصته ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك، فصاحب الحصة الكبيرة يتحمل قسما من النفقات اكبر من صاحب الصغيرة، لأن المنفعة التي تعود عليه من الشئ الشائع اكبر. ويتحمل الشركاء جميعا نفقات الشئ الشائع ايا كان من انفقها بشرط ان تكون له سلطة انفاقها، فقد يتم الاتفاق باجماع الشركاء، وقد يتم بموافقة اغلبيهم في الحالات التي تكفي فيها موافقة الاغلبية، وقد يتم الاتفاق بواسطة شريك واحد لا يملك الاغلبية، كما هو الحال بالنسبة لنفقات حفظ الشئ. وفي جميع الحالات المتقدمة يستطيع من انفق أن يعود على باقي الشركاء بما انفقه كل بقدر حصته بعد استئزال القدر الواجب عليه في تلك النفقات.

ويرى جمهور الفقهاء ان لكل شريك ان يتخلص من النفقات الواجبة عليه بسبب الانتفاع بالمال الشائع اذا تخلى عن حصته في هذا المال، فبهذا التخلي تؤول حصته الى سائر شركائه يتملكونها كل بقدر حصته الاصلية، وفي الوقت ذاته يسقط عن التخلي التزامه بالاسهام في نفقات المال الشائع، بشرط الا يكون خطئه هو الذي استوجب هذه النفقات، ويؤسس هذا الحكم على ان التزام الشريك بالاسهام في هذه النفقات هو التزام عيني سببه ملكيته لحصة في العين، فيزول هذه الملكية^(١).

٧- نفقات ادارة المال الشائع وحفظه وسائر التكاليف كالضرائب يتحملها جميع الشركاء. فاذا قام بها احد الشركاء كان له ان يرجع على الآخرين كل بقدر حصته. فيستطيع كل شريك ان يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته في المال الشائع. وذلك طبقا للقواعد العامة التي تجيز التخلي عن الحق العيني، فيكون لصاحب هذا الحق ان يتخلص حينئذ من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشئ محل الحق. فاذا تخلى الشريك عن حصته آلت هذه الحصة الى الشركاء الآخرين، كل بقدر حصته. واذا كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلي كي تنتقل الملكية الى الشركاء الآخرين، كل بقدر حصته. واذا كان المال الشائع عقارا وجب تسجيل هذا التخلي كي تنتقل الملكية الى الشركاء الآخرين، انما يمتنع على الشريك ان يتخلي كي يتخلص من النفقات اذا كانت حاجة المال الشائع الى هذه النفقات ترجع الى خطأ من جانبه، إذ يتعين عليه في هذه الحالة ان يتحملها وحده^(٢).

٨- يتحمل جميع الشركاء كل بقدر حصته جميع النفقات التي بذلت لادارة المال الشائع وحفظه وجميع الضرائب المفروضة عليه وسائر ما الى ذلك من التكاليف التي اصابته بسبب الشيوع او نص القانون. ولكن هذا لا يمنع الشركاء المخالفين في الادارة من الاعتراض على حساب هذه النفقات او الطعن بصحتها او بكونها اكثر من المعتاد او الواقع.

(١) حق الملكية - للدكتور محمد ليبب شنب - المرجع السابق - ص ٢٨٠ و ٢٨١.

(٢) الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ٢٢، ٢٣.

ويرى الاستاذ حامد مصطفى ان تخلى الشريك عن حصته الشائعة لا يعفيه مما ترتب على الشركة من نفقات اذا كان ما يصيبه منها اكثر من قيمة حصته عند اعلان التنازل. كما انه لا يعفى منها اذا كان خطؤه هو السبب^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لئن كان من الأصول المقررة وفقاً لنص المادتين ٨٣٠، ٨٣١ من القانون المدني أن للشريك في الشبوع منفرداً ودون حاجة إلى موافقة باقي الشركاء القيام بأعمال حفظ المال الشائع يستوي في ذلك أن تكون من الأعمال المادية أو من التصرفات القانونية، ويلتزم جميع الشركاء في ملكية المال الشائع بنفقات هذه الأعمال وتنقسم عليهم كل بقدر حصته في الملكية، إلا إنه إذ كان أحد الشركاء مستأثراً بالانتفاع بالعقار المملوك على الشبوع فأصاب العقار التلف لسبب مرده خطأ هذا الشريك فإن مسؤوليته عن تعويض ما حاق بالشركاء الآخرين من ضرر تكون متحققة على أساس من قواعد المسؤولية العقدية إن كان انتفاعه بالعقار محكوماً باتفاق إنعقد بينه وبين سائر الشركاء أو على سند من المسؤولية التقصيرية إن انتفى قيام العقد، والتعويض إما أن يكون عينياً وهو الأصل ويصار إلى عوضه أي التعويض النقدي إن تعذر التعويض عيناً، فإن أصلح الشريك الذي وقع منه الخطأ ما أصاب العقار من تلف فإن لا يعتبر عملاً من أعمال حفظ المال الشائع بل هو رفع الضرر عيناً عن المضرورين فلا يجوز له الرجوع بنفقات الإصلاح في هذه الحالة على الشركاء في الملكية الشائعة.

(الطعن رقم ١١٠ - لسنة ٥٦ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٨٨)

* * *

(١) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ١١٧.

مادة (٨٣٢)

للمشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة ارباع المال الشائع، ان يقرروا التصرف فيه اذا استندوا في ذلك الى اسباب قوية، على ان يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء. ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، ان تقدر للظروف ما اذا كان التصرف واجبا.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالاقطار العربية. المواد التالية: مادة ٧٤١ لىبى و ٧٨٧ سورى و ١٠٦٢ عراقى و ٧٠٨ سودانى و ٨٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

سار المشروع في تغلب رأى الاغلبية الى حد بعيد، اذا اجاز لأغلبية اعلى من الاغلبية المعتادة (شركاء يملكون على الأقل ثلاثة ارباع قيمة المال) ان تتصرف في المال الشائع بالبيع او المقايضة مثلا، اذا كانت هناك اسباب قوية تدعو الى ذلك، كما ان يكون هذا التصرف في مصلحة الجميع، او ان يكون استغلال المال الشائع في حالته التى هو عليها متعذرا. وقرار الاغلبية ملزم للاقلية، الا ان لهؤلاء حق التظلم الى المحكمة، ولهذه ان تراجع قرار الاغلبية، ولا تقره الا اذا رأت انه يحقق المصلحة، وان اللجوء الى انهاء الشيوخ من طريق قسمة المال المشاع ضار بمصالح الشركاء.

اما حفظ المال الشائع، فهو من حق كل شريك، وله ان يتخذ من الوسائل ما يلزم لذلك، كالترميم والصيانة ورفع دعاوى الحيازة. والشريك في هذا فضولى يتصرف في حدود قواعد الفضالة اذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمله. ونفقات الادارة والحفظ، وسائر التكاليف كالضرائب، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته، الا اذا اتفق الشركاء جميعا على غير ذلك، ولا تكفى الاغلبية مهما علت. ولكل شريك ان يتخلص من الالتزام بالنفقات اذا هو تخلص عن حصته، كما هو شأن لكل صاحب حق عيني^(١).

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٣٢ من القانون المدني انه بالرغم من ان التصرف في المال يقتضى اتفاق جميع الشركاء، الا انه قد تعرض ظروف هامة وتقوم اسباب قوية تستدعى في هذا المال، ومع ذلك يتعذر اجماع لأغلبية كبيرة من الشركاء ان يقرر التصرف في المال الشائع، مع اعطاء الاقلية غير الموافقة الضمانات الكافية.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٩٥.

اما الاسباب القوية التى تستدعى التصرف فى المال الشائع وهو باق على الشيوع ففتحصل فى انه يسوء استغلال المال الشائع وهو باق على الشيوع، ولا توجد طريقة لتلافى هذا النقص، ويظهر من جهة اخرى ان قسمة المال بين الشركاء ضار بمصالحهم فعندئذ يتبين ان الاجدى ليس هو بقاء الشيوع او القسمة، بل هو التصرف فى المال الشائع. وقد تواتى فرصة يستطاع معها التصرف فى المال الشائع فى صفقة رابحة يخشى من فواتها والا تعود. وقد تتعذر ادارة المال الشائع بالرغم من جميع الوسائل التى هيأها القانون لادارته، وتكون القسمة العينية ضارة بالشركاء، ويكون التصرف فى المال لأجنبى هو خير وسيلة لقسمته. وقد تحتاج العين الشائعة الى تعمير يستدعى نفقة، ولا سبيل الى الحصول على المال اللازم الا عن طريق رهن العين. بل قد يتبين ان هناك طريق افضل لاستغلال المال الشائع كأن تكون ارضا مثلا وفى اقامة مبان عليها مضاعفة لغلتها والحصول على المال اللازم لاقامة المبانى يقتضى رهن الارض. هذه الاسباب وامثالها تعتبر اسبابا قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة تارة بالبيع وطورا بالرهن.

وكالتصرف فى العين الشائعة كلها التصرف فى جزء مفرز منها، فتقوم اسباب قوية تستدعى، ليس التصرف فى جميع العين الشائعة، بل فى جزء مفرز فيها فقط. ويتعذر اجماع الشركاء على التصرف، فيجوز للاغلبية سالفه الذكر، من باب اولى، التصرف فى هذا الجزء المفرز.

فلا بد ان من الترخّص فى شرط الاجماع والاكتفاء بأغلبية كبيرة، وذلك فى مصلحة جميع الشركاء.

ويشترط القانون ان تكون هذه الاغلبية هى عدد من الشركاء يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع. وهذه هى نفس الاغلبية المقررة فى الادارة غير المعتادة. والعدد الذى يملك هذا القدر من المال الشائع قد يكون كبيرا او قليلا، بل قد يكون شريكا واحدا. فاذا ملك شريك ثلاثة ارباع المال الشائع، كان له ان يقرر وحده التصرف فى هذا المال اذا قامت اسباب قوية تدعوا الى ذلك.

وحماية المشرع للاقلية تتمثل فى ان قرار الاغلبية لا يكون نافذا فورا، بل يجب اعلانه اليهم بورقة على يد محضر او بكتاب مسجل او غير مسجل او اخطار شفوى. على ان عبء اثبات حصوله على الاغلبية، ولأى شريك من فريق الاقلية - فى خلال شهرين من وقت اعلانه بقرار الاغلبية ان يعارض فى هذا القرار امام المحكمة المختصة.

والمحكمة تستوثق اولا من قيام اسباب قوية تستدعى التصرف فى العين الشائعة، فان لم تقتنع بذلك الغت قرار الاغلبية.

اما اذا اقتنعت بقيام هذه الاسباب القوية، فانها تنتقل بعد ذلك الى النظر فيما اذا كان من الممكن قسمة عينية لتخليص الشركاء من الشيوع واطلاق يد كل واحد منهم فى نصيبه مفرزا، فلا يعود الامر فى حاجة الى فرض قرار الاغلبية على الاقلية. فاذا رأت المحكمة ان القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء، امرت بها، ولو من تلقاء نفسها، دون ان يطلبها احد من الشركاء.

اما اذا تبينت المحكمة ان القسمة العينية ضارة بمصالح الشركاء، فانها تنتقل اخيرا الى تقرير ما اذا كان التصرف الذي قرره الاغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة وليس فيه غبن فادح، فهي في النهاية تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا، فان رأته واجبا امرت به ونفذته الاغلبية وفقا للقرار الذي اتخذته في هذا الشأن، بعد ان اعطيت الاقلية الضمانات المعقولة للاستيثاق من صواب هذا القرار. وان لم تره المحكمة واجبا الغت قرار الاغلبية، ولم يعد التصرف ممكنا بعد ذلك الا باجماع الشركاء^(١).

٢- يتضح من نص المادة ٨٣٢ من التقنين المدني:

(اولا) انه يجوز للشركاء الذين يملكون ثلاثة ارباع المال الشائع على الاقل، ان يقرروا التصرف فيه. وكلمة التصرف هنا عامة، فهي تشمل التصرفات الناقلة للملك كالبيع او المقايضة مثلا، كما تشمل من باب اولى مجرد الرهن، لأن من يملك الاكثر يملك الاقل.

(ثانيا) يشترط لصحة هذا القرار ان يستند الى اسباب قوية تبرره، كأن يكون التصرف الذي قرره الاغلبية في مصلحة الجميع، كانتهاز فرصة مواتية لبيع المال الشائع بثمان يزيد عن قيمته الحقيقية او لحاجة الشركاء الى اقتراض اللازم لاصلاح هذا المال او ادخال تحسينات عليه من شأنها ان تزيد في غلته او ان تجعل استغلاله ممكنا.

(ثالثا) يجب لنفاذ قرار التصرف في حق الاقلية التي لم توافق عليه ان يعلن اليهم، ولمن خالف من هؤلاء حق الطعن في قرار الاغلبية بدعوى يرفعها الى المحكمة المختصة خلال شهرين من وقت الاعلان. فان مضت هذه المدد دون ان يتقدم احد للطعن في هذا القرار، اعتبر ساريا في حق الجميع.

(رابعا) اذا رفعت الدعوى بالطعن في قرار الاغلبية، وكانت قسمة المال الشائع ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء، وجب على المحكمة ان تأمر باجراء القسمة او على الاقل بتجنيب حصة الشريك الطاعن اذا طلب اليها ذلك.

اما ان كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء، فللمحكمة ان تزن الاسباب التي استندت اليها الاغلبية لتبرر قرار التصرف، فان هي قدرت انها توجب التصرف الذي اقرته الاغلبية ابرمته، وألا قضت ببطلان هذا القرار، فيبطل بالتالي التصرف الصادر تنفيذا له لأن ما بني على الباطل باطل.

ويرى الدكتور محمد على عرفه ان التصرف لا يبطل الا في حق الشريك الذي اعترض عليه فقط. اما اولئك الذين ابرموا التصرف او لم يعترضوا عليه رغم اعلانهم به فلا يقبل منهم الطعن في هذا التصرف بالبطلان، لأن من سعى في نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه. كما ان البطلان هنا مقرر لحماية الشريك المعارض فلا يسوغ للغير ان يفيد منه^(٢).

(١) الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٣٨ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - ١ - للدكتور محمد على عرفه - المرجع السابق - ص ٤٠٤ و ٤٠٥.

٣- استحدثت المجموعة المدنية الجديدة حكما جديدا خاصا بالتصرف في المال الشائع، هو نص المادة ٨٣٢ مدنى.

وهكذا سار المشرع فى تغليب رأى الاغلبية حتى فيما يتعلق بالتصرف فى المال نفسه. ويجب ان يؤخذ التصرف هنا بمعناه القانونى المعروف، فيدخل فيه التصرفات الناقلة للملك كالبيع والمقايضة، والتصرفات المنشئة لحقوق عينية كالرهن.

والاغلبية المشترطة هنا هى اغلبية ملاك ثلاثة ارباع المال الشائع. ويجب ان يستند التصرف الى اسباب قوية، كأن يكون التصرف فى مصلحة الجميع، او ان يكون استغلال المال فى حالته التى هو عليها متعذرا، او اذا كان الشركاء فى حاجة الى الاقتراض لاصلاح المال الشائع^(١).

٤- قد لا يتفق الشركاء جميعا على التصرف فى المال الشائع، وهذا كثيرا ما يحدث، ولقد اجاز القانون عندئذ للاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال ان تتصرف فيه تماما كما فعل بالنسبة لأعمال الادارة غير المعتادة، وهذا هو ما تنص عليه المادة ٨٣٢ من القانون المدنى، وهذا النص يعنى انه بالرغم من ان التصرف فى المال الشائع يقتضى بحسب الاصل موافقة جميع الشركاء، الا ان المشرع قد اجاز للاغلبية المالكة لثلاثة ارباع المال الشائع الحق فى التصرف فيه اذا استندت فى ذلك الى اسباب قوية، على ان تعلن قراراتها الى الاقلية التى لها حق الاعتراض فى مدة شهرين من تاريخ الاعلان^(٢).

٥- لم يقتصر الرابع فى التقنين المصرى (م ٨٣٢ مدنى) واللىبى (م ٨٤١ مدنى) والسورى (م ٧٧٨ مدنى) على تغليب رأى اغلبية الشركاء فى اعمال الادارة، بل خول الاغلبية ايضا سلطة التصرف. انما يجب لجواز التصرف ايا كان نوعه ان تقرره اغلبية خاصة بحيث تمثل ثلاثة ارباع المال الشائع على الاقل، كما يجب ان توجد اسباب قوية تدعو الى ذلك، كأن تكون هناك فرصة مواتية لبيع المال الشائع بثمن مرتفع، او يكون استغلال المال الشائع فى حالته التى هو عليها متعذرا. فاذا رأت الاغلبية فى مثل هذه الحالات التصرف فى المال الشائع تعين عليها ان تعلن قرارها الى باقى الشركاء، ويكون هذا القرار ملزما للاقلية، وبذلك تنوب الاغلبية نيابة قانونية عن الاقلية. الا ان للاقلية حق التظلم الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان. وتختلف سلطة المحكمة حينئذ بحسب ما تطلبه الاقلية، فاذا طلبت الاقلية الغاء القرار، ولم تطلب القسمة، انحصر عمل المحكمة فى تقدير ما اذا كان التصرف يستند الى اسباب قوية تبرره، فيكون للمحكمة تبعاً للظروف ان تلغى قرار الاغلبية او تقرها على رأيها. اما اذا طلبت الاقلية القسمة، فان المحكمة تنظر اولا فيما اذا كانت القسمة ضارة فى هذا الوقت او غير ضارة. فاذا قدرت ان القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء امرت بالقسمة، ولو كان الشريك المتظلم الذى طلب القسمة ملزما بالبقاء فى الشئوع بمقتضى اتفاق لم ينته اجله، وذلك لأن السلطة المخولة للاغلبية فى التصرف سلطة

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ١٥٣ .

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

استثنائية، فيجب ان يمكن الشريك المعارض في التصرف من الخروج من الشيوخ ما دام ان القسمة لا تضر بمصلحة الشركاء. وإذا تبينت المحكمة ان القسمة تضر بمصلحة الشركاء كان عليها ان تنتظر فيما اذا كانت هناك اسباب قوية تدعو الى التصرف، فاذا قدرت ان التصرف واجب وافقت على قرار الاغلبية، واذا لم تجده كذلك امرت بالغاء القرار.

اما القانون المدني العراقي فليس فيه نص يخول اغلبية الشركاء سلطة التصرف. واما القانون اللبناني (تقنين الموجبات والعقود) فانه بمقتضى النص الصريح للمادة ٨٣٦ يأبى على اغلبية الشركاء ان تكون لها سلطة فيما يتعلق بأعمال التصرف^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في المادة ٨٣٢ من القانون المدني على أنه " للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء - ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعاً للظروف ما إذا كان التصرف واجباً " مفاده أن المشرع وإن خول أغلبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع الحق في أن يقرروا التصرف فيه كله دون الرجوع إلى باقي شركائهم أصحاب الأقلية إلا أنه اشترط لذلك إعلان هؤلاء بالقرار حتى إذا لم يصادف قبولا لدى أي منهم كان له حق الاعتراض عليه أمام المحكمة خلال شهرين من وقت إعلانه به ومؤدى ذلك أن المعول عليه في انفتاح ميعاد الاعتراض على قرار الأغلبية هو بإعلانهم أصحاب الأقلية به مما لا يغنى عنه الإعلان الحاصل من غيرهم أو علم أصحاب الأقلية بهذا القرار بأي طريقة أخرى ولو كانت قاطعة.

(الطعن رقم ١٥٣١ - لسنة ٥١ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٨٥)

* * *

(١) الملكية في قوانين البلاد العربية - الملكية الشائعة - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٢٦، ٢٧.

مادة (٨٣٣)

(١) للشريك فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال ان يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالبيع او من تاريخ اعلانه به.

(٢) ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه.

(٣) والتزاماته اذا هو عوضه عن كل ما انفق.

واذا تعدد المستردون فلكل منهم ان يسترد بنسبة حصته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٨٤٢ لىبى و ٨٣٨ لبنانى و ٧١٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

قصر المشروع حق استرداد الحصة الشائع على المنقول دون العقار. وجعل الشفعة فى العقار معنية عن هذا الحق، حتى لا تتضارب الحقوق فى الميدان الواحد. ولم ير المشروع التمييز بين شريك اصلى وشريك عارض. وجعل الحق فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال (كالمترج او التركة ولو حوت عقارا) وقيده بمواعيد قصيرة حتى لا يظل مصير التصرف معلقا مدة طويلة، فأوجب على المسترد ان يعلن البائع والمشتري برغبته فى الاسترداد فى ظرف شهر على الاكثر من يوم ان يعلن بالبيع، ولم يحدد ميعادا للاعلان بالبيع بل ترك الامر ليقظة صاحب الشأن فان اعلن المسترد رغبته فى الاسترداد واتفق الجميع حل المسترد محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته كما فى الشفعة، وعوض المسترد المشتري كل ما انفق. واذا لم يتم الاتفاق، تولت المحكمة الفصل فى الامر. ولم يلزم المشروع المسترد ان يعرض الثمن عرضا حقيقيا. فيكفى اذن اظهار الرغبة فى الاسترداد وفى الاستعداد لدفع الثمن وبقيّة النفقات. واذا اراد اكثر من شريك لن يسترد الحصة المباعة كان لكل منهم ان يسترد بنسبة حصته.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ ص ٩٨)

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٣٣ مدنى ان القانون اعطى للشريك فى الشيوخ حق استرداد الحصة الشائع التى باعها شريك آخر، وحق الاسترداد هذا مصدره التاريخى هو القانون الفرنسى يرد فى بيع الحصة على عقار فهذا الحق اذن ملازم للشيوخ. فنطاق حق الاسترداد - هو الذى يهيمن على شروطه، فحق الاسترداد لا يرد الا فى منقول شائع قائم بذاته، والا فى مجموع من المال ولو اشتمل هذا المجموع على عقار، ومثال على المجموع من المال: التركة والمترج، فلو باع احد الورثة حصته

الشائعة في التركة لأجنبي، كان لباقي الورثة اخذ هذه الحصة من الاجنبى عن طريق حق الاسترداد حتى لو كانت التركة تشتمل على عقارات ما دامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال. واذا باع احد اصحاب المتجر حصته الشائعة في المتجر لأجنبي كان لباقي اصحاب المتجر اخذ هذه الحصة من الاجنبى عن طريق حق الاسترداد. كذلك يرد حق الاسترداد - في التقنين المدنى الحالى - على المنقول الشائع المعين بالذات اى غير المندمج في المال كالسيارات والحلى والجواهر والوانى واثاث المنازل.

والشروط الواجب توافرها لاستعمال حق الاسترداد، هي:

١- يجب ان يصدر عقد بيع من احد الشركاء على الشيوع. ولا يقوم مقام البيع اى عقد آخر من عقود التصرف تبرعا كان او معاوضة، فلا يجوز استعمال حق الاسترداد لا في الهبة ولا في الوصية، لأن كلا من الهبة والوصية كانت لاعتبارات شخصية يتعارض معها استعمال حق الاسترداد، وكذلك في المقايضة والوفاء بالدين والحصة في الشركة. كما لا يجوز الاسترداد في البيع بالمزاد، اذ كان في وسع الشريك المسترد ان يمنع الاجنبى من رسو المزاد عليه بتخله فيه.

٢- يجب ان يبيع الشريك حصته الشائعة كلها او بعضها في منقول او مجموع من المال، فتقرير حق الاسترداد حتى لا يقتحم الاجنبى حرم الشركاء. ولا بد ان يكون المبيع حصة شائعة. اما الحصة المفردة فتتوقف على نتيجة القسمة (م ٢/٨٢٦ مدنى).

٣- يجب ان يصدر البيع الى اجنبى عن الشركاء، لأنه لو صدر الى شريك آخر لما كان في ذلك ما يتضرر منه باقى للشركاء، فالشريك المشتري له حق الاسترداد مثل باقى الشركاء فيفضل عليهم. اما اذا اشترى اجنبيان كل منهما حصة شائعة لأحد الشركاء، كان لشريك آخر ان يسترد الحصة المباعة لأحد الاجنبيين دون الاخر، لأنه قد يتضرر من دخول احدهما شريكا ولا يتضرر من دخول الاخر.

٤- يجب ان يكون المسترد للحصة الشائعة المباعة هو احد الشركاء. ولم يميز التقنين المدنى الحالى بين شريك اصلى وشريك غير اصلى. والشريك وحده هو الذى يسترد، فهذه رخصة له او هي حق متصل بشخصه، فلا يجوز لدائنيه ان يستعملوا هذا الحق باسمه وان يستردوا نيابة عنه. ويجب ان يكون الشريك المسترد شريكا في الملك او على الاقل في الرقبة.

اما اجراءات الاسترداد - فانه يجب طلب الاسترداد قبل القسمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم الشريك المسترد بالبيع او من تاريخ اعلانه. فاذا انقضى ميعاد الثلاثين يوما محسوبا من يوم الاعلان بالبيع او من يوم العلم به بحسب الاحوال، ولم يطلب اى من الشركاء الاسترداد، فقد سقط الحق فيه، واصبح بيع الحصة الشائعة للاجنبي بيعا باتا لا يجوز الاسترداد فيه. ومن يريد من الشركاء استرداد الحصة الشائعة المباعة عليه ان يعلن في خلال ثلاثين يوما من يوم اعلانه بالبيع او من يوم علمه به كلا من البائع والمشتري انه يسترد الحصة المباعة، وليس للاعلان شكل معين فقد يكون شفويا ويقع عبء اثباته على الشريك المسترد، وان يتضمن الاعلان استبعاد الشريك المسترد لدفع الثمن والفوائد والمصروفات، دون اشتراط العرض الحقيقى.

وبمجرد الاعلان يصبح المسترد مالكا للحصة الشائعة المباعة ومدينا بالثمن وملحقاته، مع مراعاة وجوب التسجيل لنقل ملكية العقار اذا كانت الحصة شائعة في مجموع من المال يشتمل على عقارات. فاذا امتنع من يحوز الحصة الشائعة البائع او المشتري عن تسليمها الى المسترد كان لهذا ان يرفع دعوى يطالب فيها بثبوت الاسترداد والتسليم، واذا امتنع المسترد عن دفع الثمن والملحقات كان لصاحب الشأن البائع او المشتري ان يرفع دعوى يطالب فيها المسترد بالدفع (الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٨٥٠ - وما بعدها).

٢- ينشئ النص علاقات ثلاثة بين المسترد والمشتري، وبين المسترد والبائع، وبين البائع والمشتري.

(١) فاذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٨٣٣ مدنى، وبأشهر احد الشركاء ما خوله له القانون من حق، نشأت علاقة بين المسترد والمشتري يحل بمقتضاها المسترد محل المشتري في علاقته بالبائع، وهذا هو ما نصت عليه صراحة المادة ٨٣٣ مدنى. ويتم هذا الحل من الوقت الذى تم فيه البيع لا من وقت الاسترداد فاذا كان المشتري قد رتب على الحصة الشائعة المباعة حقا للغير، فان هذا الحق لا يحتج به فى مواجهة المسترد، ولا يلتزم المشتري قبل المسترد بضمان التعرض والاستحقاق ولا بضمان العيوب الخفية، اذ ان هذه الالتزامات تنشأ عن البيع على عاتق البائع فقط. ونقع هذه الالتزامات لا على عاتق المشتري بل على عاتق البائع، اذ يترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري فى علاقته بالبائع. ويترتب ايضا على هذا الحل التزام المسترد بدفع الثمن للبائع، فاذا كان المشتري قد دفع الثمن وجب على المسترد ان يرده اليه. واذا كان الثمن مؤجلا او مقسطا انتفع المسترد بالتأجيل او التقسيط.

(ب) ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري فى علاقته بالبائع فى جميع حقوقه والتزاماته. فاذا لم يكن المشتري قد وفى الثمن للبائع وجب على البائع الوفاء به. ويلاحظ ان المسترد لا يلزم نحو البائع الا بالثمن الحقيقى. فاذا كان الثمن المذكور فى عقد البيع سوريا كأن يذكر المتعاقدان ثمنا اكبر من الثمن الحقيقى رغبة منهما فى الحيلولة بين المسترد وبين حقه فى المطالبة بالاسترداد. اما اذا كان المبيع حصة شائعة فى مجموع من المال مشتمل على عقار، فلا تنتقل الملكية هنا الا بالتسجيل.

(ج) ويترتب على الاسترداد حلول المسترد محل المشتري فى علاقته بالبائع، وتنتهى بذلك العلاقة التى كانت قائمة بين البائع والمشتري. فاذا كان المشتري لم يوفى بالثمن فليس للبائع مطالبة به. واذا كان للمشتري قبل البائع حقوق قبل الاسترداد، فلا يكون له بعد الاسترداد مطالبة البائع بها. (الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣١٧، ٣١٨).

٣- الاسترداد هو حق الشريك فى المنقول الشائع او فى المجموع من المال ان يحل محل المشتري للحصة الشائعة التى باعها شريك غيره لأجنبى، وهو احد طريقين اراد بهما الشارع ان يمكن الشركاء من منع دخول اجنبى بينهم فى الشيوع، والطريق

الثانى هو الشفعة. ولكل من الحقين نطاقه الذى يباشر فيه، فحق الاسترداد لا يكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى منقول معين او فى مجموع من المال، وحق الشفعة لا يكون الا فى بيع الحصة الشائعة فى عقار معين، وبذلك لا يكون امام الشريك فى بيع معين الا طريق واحد حق الاسترداد وحق الشفعة يتفقان فى المبررات التى تنهض بما فى الشيوخ، الا ان للشفعة نطاقا يجاوز حالة الشيوخ، فلها اسباب عديدة يعتبر الشيوخ واحدا منها. ولذلك تتفرد الشفعة بقيود واحكام لا نجدها فى الاسترداد. والمصدر التاريخى لحق الاسترداد هو القانون الفرنسى، اما المصدر التاريخى لحق الشفعة فهو الشريعة الاسلامية.

ولا يثبت حق الاسترداد بمقتضى المائدة ٨٣٣ مدنى مصرى والمادة ٨٤٢ مدنى لىبى الا بالنسبة لبيع الحصة الشائعة فى منقول معين، وهذا حكم استحدثه الشارع فى التقنين الحالى مراعىا فى ذلك ان الشفعة لا تجوز عند بيع المنقول وان الحكمة من اعطاء حق الاسترداد تتوفر ايضا اذا بيعت حصة شائعة فى المنقول لأجنبى، وهو يثبت كذلك عند بيع الحصة الشائعة فى مجموع من المال كالتركة التى تتكون من عناصر متعددة، واموال الشركة بعد حلها والمتجر حتى لو حوى هذ المجموع عقارا. وليست هناك تفرقة فيما بين ما يتعلق بسبب الشيوخ ولا بين شريك وآخر فحق الاسترداد يثبت ايا كان سبب الشيوخ، وهو يثبت لكل شريك فى الشيوخ، وذلك دون تفرقة بين شريك اصلى وهو الذى كان موجودا منذ بدء الشيوخ، وشريك عارض وهو الذى لم يدخل فى الشيوخ الا فى تاريخ لاحق.

واذا تعدد الرشكاء الذين يريدون استرداد الحصة المبيعة كان لكل ان يسترد بنسبة حصته (الملكية فى قوانين البلاد العربية - الملكية الشائعة - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٤١ وما بعدها).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كانت الحصة الشائعة التى باعها الوارث هى حصة فى عين معينة وليست حصة فى مجموع مشتملات التركة بما لها وما عليها من حقوق والتزامات، فانه لا يكون لباقي الورثة حق فى طلب الاسترداد استنادا الى المادة ٤٦٢ مدنى قديم والمادة ٨٣٣ مدنى جديد ولو كانت العين المبيعة هى كل ما تركه المورث على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة.

(جلسة ١٩٦٥/٢/١٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - مدنى - ص ٢٢٥)

٢- دعوى استرداد الحصة المبيعة لأجنبى على الشيوخ هى دعوى بتحويل الحقوق والالتزامات فيما بين البائع والمشتري الى ما بين البائع والمسترد فتزول صلة البائع بالمسترد، ويعتبر البيع كأنه بيع مباشرة الى المسترد، ومن ثم تكون هذه الدعوى غير قابلة للتجزئة ويجب اختصاص البائع والمشتري فيها فى كافة مراحل التقاضى بما فيها مرحلة الطعن بالنقض.

(نقض - جلسة ١٩٥٢/١٢/١٨ - مجموعة القواعد - ص ١٠٩٢)

٣- الإعلان الموجه من الشريك البائع لحصة شائعة في المنقول أو في مجموع من المال أو ممن يشتري منه إلى باقي الشركاء. وجوب إشتماله على شروط البيع ومنهامقدار الثمن الذي تم به حتى يستطيع باقي الشركاء أن يعملوا إدارتهم في الصفقة فيستردونها أو يتروكونها العلم الذي يبدأ منه سقوط الحق في طلب الإسترداد مقصودة. م ١/٨٣٣ مدني.

(الطعن ١١٩١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٠ س ٤٣ ص ٢٧٧)

٤- الشريك الذي يطلب إنهاء حالة الشبوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزايدة عند عدم إمكان قسمته بغير ضرر. عدم إعتباره دائناً لباقي الشركاء ولا حاجزاً على العقار. عدم إنطباق المادة ٢٧٧ مرافعات على الحكم ببيع العقار.

الشريك الذي يطلب إنتهاء حالة الشبوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزايدة عند عدم إمكان قسمته عيناً لا يعتبر دائناً لباقي الشركاء المشتاعين معه ولا حاجزاً على هذا العقار الشائع فلا ينطبق على الحكم ببيع العقار نص المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات.

(الطعن ٢١١٦ لسنة ٦٦ ق ١٩٩٧/٦/٢٩ س ٤٨ ص ١٠٣٤)

* * *

إنقضاء الشيوخ بالقسمة

مادة (٨٣٤)

لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص او اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق ان تمنع القسمة الى اجل يجاوز خمس سنين. فاذا كان الاجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٤٣ لىبى و ٧٨٨ سورى و ١٠٧٠ عراقى و ٨٤٠ و ٨٤١ لبنانى و ٧١٥

سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- ادخل المشروع من المرونة على الحق فى طلب القسمة ما يجعل هذا الحق يتمشى مع مصلحة الشركاء ولا يقبل فيه التحكم. والاصل ان كل شريك من حقه ان يطلب القسمة حتى يتخلص من الشيوخ، على انه قد يجبر على البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص فى القانون، كما هو الحال فى الشيوخ الاجبارى اذا تبين من الغرض الذى اعد له المال، انه يجب ان يبقى دائما على الشيوخ (م ١٢٢١ من المشروع)، وكما هو الحال فى الاجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (م ١٢٢٧ من المشروع). وقد يكون البقاء فى الشيوخ متفقا عليه من الشركاء كما هو الحال فى ملكية الاسرة (م ١٢٢٢ وما بعدها من المشروع)، وقد يتفق الشركاء فى الشيوخ المعتاد على البقاء فيه الى اجل يجب الا يزيد على خمس سنين فان زاد انقص الى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة.

٢- على ان المحكمة تملك حرية التقدير فى كل ذلك بما يتفق من مصالح الشركاء، كما تقدم، فلها ان تلزم الشركاء ان يبقوا فى الشيوخ، دون ان يكون هناك سابق اتفاق على ذلك، اذا رأت ان القسمة فى الحال ضارة بمصلحتهم، ولها من باب اولى ان تبقى الشيوخ حتى بعد انتهاء الاجل المحدد للبقاء فيه بين الشركاء، وعلى العكس من ذلك لها ان تأمر بالقسمة حتى قبل انتهاء الاجل المحدد للبقاء فى الشيوخ كل هذا اذا كان هناك سبب قوى يبرره وتتوخى المحكمة فى تقدير الظروف مصالح الشركاء جميعا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ١٠١)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٣٤ مدنى ان من حق كل شريك فى اى وقت ما دام الشيوخ قائما ان يطلب بموجب نص فى القانون، وما لم يكن قد اتفق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوخ لمدة معينة. فاذا كان الشيوخ قد زال بالقسمة لم يجز طلب قسمة

المال مرة أخرى بعد القسمة الأولى، إلا إذا ثبت أن القسمة الأولى باطلة أو أن بها عيباً يجيز إبطالها فأبطلت أو أنها فسخت أو زالت بأى وجه، كذلك لا يثبت الحق فى القسمة قبل ابتداء الشيوخ، فاتفاق الورثة قبل موت مورثهم على قسمة ما سيؤول اليهم من تركته يكون باطلاً باعتباره تعاملًا فى تركة مستقبلية. كذلك لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة إذا كان قد تقيد باتفاق مع سائر الشركاء على البقاء فى الشيوخ لمدة معينة وطوال هذه المدة، مثال ذلك حتى يستكمل ناقص الأهلية منهم أهليته، أو حتى يعود الغائب منهم الذى يتوقعون عودته بعد مدة معينة، وقد تقتضى القسمة بيع بعض اعيان شائعة وبيعها فوراً يعود عليهم بخسارة، فيستبقون الشيوخ بالاتفاق لمدة معينة حتى تواتى فرصة ملائمة لبيع هذه الاعيان وهكذا.

ولما كان البقاء فى الشيوخ عملاً من أعمال الإدارة، فالاتفاق عليه لا يقتضى من الشريك إلا أن يكون متوافراً على أهلية الإدارة، فلا تلزم أهلية التصرف، وليس من الضروري أن يدخل فى الاتفاق جميع الشركاء على البقاء فى الشيوخ فيكون هذا الاتفاق ملزماً لهم دون غيرهم من الشركاء الذين لم يدخلوا فى الاتفاق. وتعين المادة ٨٣٤ مدنى للاتفاق على البقاء فى الشيوخ مدة خمس سنوات كحد أقصى لو اتفق الشركاء على مدة أطول. على أن لهم تجديد الاتفاق مرة ومرةً وهكذا.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٨ وما بعدها)

٢- الأصل أن تكون الملكية مفروزة، والمشرع لا يحبذ البقاء فى الشيوخ مدة طويلة لما يسببه من صعوبات للشركاء فى الانتفاع بالمال الشائع، والذى قد ينعكس بدوره على الاقتصاد القومى. بيد أن الشريك على الشيوخ قد يجبر على البقاء فى الشيوخ بموجب نص من نصوص القانون. وهذا هو ما يسمى بالشيوخ الإجبارى، ومن ذلك ملكية الأسرة وملكىة الطبقات وملكىة الحائط المشترك، وليس للشركاء على الشيوخ متى كان الشيوخ إجبارياً أن يطلبوا قسمة المال الشائع. ويجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوخ مدة معينة.

وبموجب نص المادة ٨٣٤ مدنى لكل من الشركاء، ما لم يكن فى شيوخ إجبارى، أن يطلب فى أى وقت قسمة المال الشائع، ومع ذلك فقد يتفق الشركاء على البقاء فى الشيوخ لمدة محددة. ولا يجوز لأى منهم عندئذ أن يطلب قسمة المال الشائع قبل نهاية هذه المدة، ولا يجوز أن تزيد مدة هذا الاتفاق على خمس سنوات، فإذا زادت المدة عن ذلك انقصت الى خمس سنين.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٢٢)

٣- الملكية الشائعة هى الصورة المثلى للملكية، فاجتماع حقوق الشركاء المشتاعين على الشئ الشائع يؤدى الى مشاكل من شأنها أن تعوق الانتفاع بهذا الشئ على خير وجه، وأن تقلل من الفرص التى تتاح للشريك حين يريد التصرف فى حقه، وإذا كان الشارع قد عنى بتنظيم الملكية الشائعة، فإن هذا التنظيم ليس من شأنه أن يقضى على جميع مساوئ الشيوخ. ولهذا فالأصل أن للشريك الحق فى طلب القسمة

حتى يتخلص من الشيوع. ولا يقيد من هذا الحق الا ان يكون الشريك مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون او بموجب اتفاق.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٤٨ وما بعدها).

٤- جاء القانون في اول كلامه على ازالة الشيوع بالقاعدة العامة التي تقرر لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع. الا انه لما كانت الشركة تتعلق بها حقوق الشركاء الآخرين فقد وجبت رعاية مصالح هؤلاء الشركاء كما تجب رعاية مصلحة الشريك طالب القسمة. فنحن اذن بازاء معادلة بين مصالح جميع المشتركين في المال الشائع والتوفيق بين هذه المصالح قدر الامكان. وقد تدخل القانون بين الشركاء فافترض ان من مصلح الجميع وضع مدة معقولة لا يصح ان يستمر الشيوع الى اكثر منها حتى وان اتفقوا على ذلك. وقد نص القانون على ان تكون هذه المدة خمس سنوات لا يجوز ان يشترط بقاء الشيوع اكثر منها بحال، وبذلك يكون قد اضاف هذا النص الى النصوص المتعلقة بالنظام العام، وليس اولى من الملكية بالحماية من الشلل بمثل هذا النص، اما اذا كان الشرط يفترض بقاء الشيوع لهذه المدة او اقل منها، فلا مجال لنقضه ما لم يتفق على ذلك جميع الشركاء او كان هناك يبيح القسمة رغم وجود الشرط، فاذا اتفق الشركاء على البقاء في الشيوع مدة اطول او مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبرا الا لمدة خمس سنين.

(الملكية العقارية في العراق - ١ - الحقوق العينية الأصلية - للأستاذ حامد مصطفى - ص ١١٨ وما بعدها).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفرز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقي الشركاء، والتسليم الفعلي للمبيع في البيع على الشيوع - وعلى ما جرى به نص المادة ٤٣٥ من القانون المدني - يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به خلفاً للبائع في حقوقه وهو ما لا تنتهي به حالة الشيوع، ولا يعتبر قسمة للمال الشائع.

(الطعن رقم ١٠٤ - لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨٥/٠٢/٠٧)

٢- الشيوع ليس وصفا دائما يتصل بالمال فلا يزول أبدا وإنما يكون الشيوع عادة مؤقتا ومنقضيا حتما باعتبارها سببا يتوخي أصلا إنهائه وحقا لكل شريك ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون او بناء علي اتفاق مع الشركاء الآخرين علي ذلك لمدة معينة موفوته بطبيعتها لا تجاوز زمنا أقصاه خمس سنين علي ما تقتضي به المادة ٨٣٤ من القانون المدني حتي لا ينقلب الشيوع مؤبدا وكان إنهاء حالة الشيوع بصفة باتة من خلال القسمة مؤداه أن تكون نهائية لا ترتبط بمنافع الأعيان بل بملكيتها ولا تعلق علي شرط يزيل حكمها بأثر رجعي فاسخا كان هذا الشرط أم واقفا وكان الأصل في القسمة النهائية أن تكون كلية تتناول الأموال

الشائعة جميعها ولا تقتصر علي أجزائها وان تكون كذلك قسمة عينية تفرز لكل من الشركاء نصيبا في الأموال الشائعة ذاتها لا يتعداه فإذا كان إجراء القسمة عينا متعذرا في هذه الأحوال فإن تصفيتها من خلال بيعها في المزاد واختصاص كل من الشركاء بجزء من ثمنها يكون معادلا لحصته فيها يعتبر إجراء ملائما وضروريا باعتبار أن الشيوخ ليس مرغوبا فيه وقد يلحق بالشركاء ضررا.

(الطعن رقم ٣٦ - لسنة ١٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٢ / ٠١ / ١٩٩٨)

* * *

مادة (٨٣٥)

لشركاء اذا انعقد اجماعهم ان يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها. فاذا كان بينهم من هو ناقص الاهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٤ لىبى و ٧٨٩ سورى و ١٠٧١ عراقى و ٩٢٢ و ٩٤١ لبنانى و ٧٢٢ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

اذا تقررت القسمة ولم يكن فى الشركاء من هو ناقص الاهلية، فلهم ان يتفقوا عليها، وتكون القسمة فى هذه الحالة عقدا يسرى عليه من الاحكام ما يسرى على سائر العقود. اما اذا لم ينعقد الاجماع فيما بينهم، او كان فيهم من هو ناقص الاهلية وجب اتباع اجراءات القسمة القضائية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ١٠٥)

رأى الفقه:

١- القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود، اطرافه الشركاء المشتاعون، ومحلله المال الشائع، ومن ثم تسرى على هذه القسمة احكام العقود، فلا بد من تراضى الشركاء، وتوافر الاهلية و خلو الارادة من العيوب، واستيفاء المحل لشروطه، ووجود سبب مشروع.

٢- ويجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف، كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ.

وتخضع القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الاثبات، فاذا زادت قيمة المال الشائع الذى دخل القسمة على عشرين جنبها - كما هو الغالب - فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة او ما يقوم مقام الكتابة، اما اذا لم ترد القيمة على عشرين جنبها، فانه يجوز اثبات القسمة بالبينة والقرائن.

وللشركاء اختيار الطريقة التى بها القسمة الاتفاقية، فقد يختارون ان تكون القسمة عينية، فيفرزون نصيب كل منهم عينا فى المال الشائع، وقد تكون هذه القسمة العينية بمعدل او تكون بغير معدل، وقد يختارون ان تكون القسمة قسمة كلية كما هو الغالب او ان تكون قسمة جزئية فيبقون بعض المال فى الشيوع ويفرزون نصيب كل منهم فى المال الباقى، او يتفقون على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم ويستمر الباقون فى الشيوع فيما بقى من المال بعد التجنيب. وقد يختارون القسمة بطريق التصفية، وبخاصة اذا كان يتعذر قسمة المال عينا ويتفقون على بيع المال الشائع كله او بعضه فى المزاد.

وإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه أو كان فيهم غائب، فقد أوجبت المادة ٨٣٥ مدنى مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون، والقانون هنا هو قانون الولاية على المال. ويتبين من نصوصه ان اجراء القسمة اعتبر امرا له خطره، فخرج عن ان يكون عملا من اعمال الادارة المعتادة وأحق بالتصرفات، ومن ثم اشترط القانون فيه الا يستقل به الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب، بل يجب على اى من هؤلاء ان يحصل على اذن من المحكمة كما هو الامر فى شأن اعمال التصرفات، اما الولي فلا يستأذن المحكمة فى اجراء القسمة لأنه يملك بوجه عام ان يستقل باعمال التصرف. اما اذا طلب الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب، فان لها ان تقدر ما اذا كانت هذه القسمة فى مصلحة المحجور، ولها ان ترفض القسمة الاتفاقية وتقرر ان تكون القسمة قضائية.

ووجوه الطعن فى القسمة الاتفاقية هى نفس وجوه الطعن فى العقد، فقد يطعن فيها بالبطلان المطلق، كما لو وقعت قسمة بين الورثة قبل موت المورث، لأنها تكون عقدا (تعاملا) فى تركة مستقبلية، ومن ثم يكون باطلا، ويجوز لكل ذى مصلحة ان يطعن فيه بالبطلان. كما يجوز طلب ابطال القسمة لنقص الاهلية وفقا للقواعد العامة. كما يطعن فى القسمة الاتفاقية بالابطال لعيوب الادارة (كغلط فى قيمة عين من اعيان الاموال الشائعة، أو التدليس، أو للاكراه).

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٩١ وما بعدها)

٢- القسمة الاتفاقية - فى تطبيق المادة ٨٤٥ مدنى - لا تصح الا اذا وافق عليها جميع الشركاء، فلا يكفى لاجراء القسمة ان تتفق كلمة الاغلبية ولو المالكه لثلاثة ارباع المال الشائع على اجرائها، بل يلزم اتمام القسمة النهائية انعقاد رأيهم جميعا. وعقد القسمة شأنه فى ذلك شأن كافة العقود له اطراف هم الشركاء المشتاعون ومحله هو المال الشائع الذى تجرى قسمته.

ويخضع عقد القسمة الاتفاقية للقواعد العامة فى الاثبات، فاذا زادت قيمة المال الشائع على عشرين جنيها، فلا يكون الاثبات الا بالكتابة أو ما يقوم مقامها. وقد لا يكون الاتفاق على القسمة صريحا بل ضمنيا.

وإذا كان بين الشركاء قاصر أو محجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، وجب مراعاة الاجراءات المنصوص عليها فى القانون. ولما كانت القسمة النهائية تخرج عن اعمال الادارة معتادة كانت أو غير معتادة، فلا يجوز ان يستقل بها الوصى أو القيم، بل يجب الحصول على اذن من المحكمة شأنها فى ذلك شأن اعمال التصرف.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٢٣ - ٢٢٤)

٣- للشركاء ان يتفقوا جميعا على قسمة المال الشائع كله أو بعضه، ويسرى على عقد القسمة ما يسرى على جميع العقود من احكام تتعلق بالانعقاد والصحة، فاذا كان بين المتقاسمين شخص غير كامل الاهلية وجب اتخاذ الاجراءات التى ينص عليها القانون، والا جاز لهذا الشخص ان يتمسك ببطلان عقد القسمة.

وواضح من نصوص القانون المصرى ان وجود شخص غير كامل الاهلية بين الشركاء لا يحول دون وقوع القسمة بالاتفاق فى هذا القانون، كل ما هنالك انه يجب لصحة القسمة فى هذه الحالة اتخاذ الاجراءات التى ذكرتها نصوص قانون الولاية على المال، فلا يتعين الالتجاء الى القسمة القضائية الا اذا رفضت التصديق على هذه القسمة عند عرض عقد القسمة للثبوت من عدلتها طبقا لما تقضى به نصوص هذا القانون، واذا رفضت المحكمة هذا التصديق فان الشركاء كاملى الاهلية الذين ارتضوا القسمة يظلون مقيدين بها، فلا يكون لهم ان يتحللوا منها استنادا الى عدم تصديق المحكمة عليها، لأن التصديق انما شرع لمصلحة غير كامل الاهلية، فهو وحده الذى يستطيع ان يتمسك به.

وغنى عن البيان ان القسمة الاتفاقية لا تتم إلا باتفاق الشركاء جميعا، فاذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر، فلا يترتب عليها إنهاء الشيوخ، لكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها، فيظل العقد قائما بالنسبة اليهم، فاذا اقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك فانها تتم بهذا الاقرار وينتهى بها الشيوخ. وكما تقع القسمة بطريقة صريحة، فانها يصح ان تقع بطريقة ضمنية، ومثل القسمة الضمنية ما تسميه محكمة النقض بالقسمة الفعلية وصورتها ان يتصرف احد الشركاء المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل قدر حصته، ثم يتبعه الشركاء الآخرون فيتصرف كل على هذا النحو فى حدود نصيبه، اذ يدل تصرفهم هذا على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التى تمت بفعل جميع الشركاء على السواء، ومن ثم فلا يجوز لأحدهم ان يأتى بعد ذلك فيطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا فى الملك كله (الملكية فى قوانين البلاد العربية - ٢ - الملكية الشائعة - فالدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق - ص ٣٥).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف احد الشركاء عن التوقيع، بل يظل العقد قائما، وللشريك الذى لم يوقعه ان يقره متى شاء، وحق الشريك فى اقرار عقد القسمة الذى لم يكن طرفا فيه يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوخ ويكون لورثته من بعده.

(جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - مدني - ص ١١٥٢)

٢- اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الاهلية، على ان يحصل الوصى او القيم على اذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه وعلى ان تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذا فى حق ناقص الاهلية. واذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى او القيم على تصرف ليس له فى الاصل ان يستقل به، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الاهلية الذى له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصرا او عند رفع الحجر

عنه ان كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطان وباجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ - المرجع السابق - السنة ١٥ مدني ص ١٣١)

٣- عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة، وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه ان يحول دون وضع يد المطعون عليهم - شركاؤهم فى الملكية على الاطيان موضوع العقدين - وضعاً مؤدياً لكسب الملك، ولا يمنع من ان يتخذ من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد، تضاف الى اقوال شاهدى الاثبات.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ - المرجع السابق السنة ٢٢ - ص ٨٠٩)

٤- القسمة الفعلية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - تتحقق صورة، اذا تصرف احد الملاك المشتاعين فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، ثم ينهج نهجه سائر الشركاء ويتصرف كل منهم فى جزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمناً انهم ارتضوا قسمة المال الشائع فيما بينهم على الوجه الذى تصرفوا على مقتضاه، ويكون نصيب كل منهم هو الجزء المفرز الذى سبق له التصرف فيه، ويعتبر المتقاسم طبقاً لما تقضى به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى مالكا وحده للحصة المفترزة التى آلت اليه من وقت ان تملك فى الشيوع وانه لم يملك غيرها فى بقية الحصص.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٢/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ٤٧٨)

٥- قسمة المهايأة، اثرها بالنسبة للمتقاسمين، عدم الاحتجاج بها قبل الغير الا اذا سجلت. المقصود بالغير المشتري لجزء مفرز من احد المتقاسمين لا يعتبر غيراً ولو سجل عقد قبل تسجيل القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ - الطعن ١٧١ لسنة ٤٧ ق)

٦- المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع. إعتبار القسمة اللاحقة بين الشركاء حجة عليه ولو لم يكن طرفاً فيها. أثر ذلك إرتباط حقه بالجزء الذى يختص به البائع له من الشركاء بموجب القسمة.

(الطعن ١٤١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٢٣ س ٤٢ ص ١٥٢٥)

٧- المشتري لقدر مفرز من العقار الشائع. لا يجوز له طلب التسليم مفرزاً ولو كان عقده مسجلاً إلا برضاء باقى الشركاء جميعاً أو ثبوت حصول قسمة نافذة ووقوع القد المبيع فى نصيب البائع له. علة ذلك.

(الطعن ٢٩٧٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٣ س ٤٤ ص ٤٩٤)

٨- إقامة الشريك على الشيوع بناء على جزء من العقار الشائع يعادل نصيبه. ليس للشريك الآخر سوى طلب قسمة العقار وترتيب حقه على ما يظهر منها. تجاوز البناء لنصيب الشريك البانى. أثره. إعتباره بانياً فى ملك غيره بسوء نية فيما جاوز حصته.

(الطعن ٢٩٥٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٧ س ٤٨ ص ١٥٥٨)

٩- وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن نص المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها.... " مؤداه إن القسمة التي لا يجمع عليها الشركاء لا يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع إلا أن عقد القسمة الذي يوقعه بعضهم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعتبر باطلاً وهو أن كان لا يصلح للإحتجاج به على من لم يوقعه إلا أنه يعتبر ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من إلتزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع وبطل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه الحق في إقراره متى شاء ويكون ذلك لورثته من بعده. لما كان ما تقدم، وكان واقع الدعوى أن الطاعن قدم لمحكمة الموضوع بدرجتها عقد قسمة مؤرخ ١٩٨٦/٤/٢٥ محرر بينه وبين المطعون عليها الأولى ولم تنازع في صحة توقيعها عليه كما أنه موقع من المطعون عليه الثاني ونص فيه على أن نصيبها الشرعي في تركه مورثها الأرض الزراعية مساحة ٢٠ ط وأنها وقد وضعت يدها عليها حسبما جاء بتقرير لجنة الخبراء وقد تمسك الطاعن بهذا أمام محكمة الموضوع، وإذ لم يعرض الحكم المطعون فيه لدفاعه هذا بشأن عقد القسمة أنف الذكر ونسبية أثر الإقرار المؤرخ ١٩٩٧/١١/٢٤ والمنسوب صدوره عن المطعون ضده الثاني ومدى إمكان الإحتجاج بما ورد فيه على الطاعن، وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف الذي قضى بثبوت ملكية المطعون ضدها الأولى لنصيبها الشرعي حسبما جاء بعقد القسمة بين الورثة جميعاً تأسيساً على توافق العقد الأخير وما تضمنه الإقرار المؤرخ ١٩٩٧/١١/٢٤، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيباً بالقصور في التسبب والخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ٢٤٦١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٩ لم ينشر بعد)

١٠- وحيث أن هذا النعى في محله - ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن لكل مالك على الشيوع حق الملكية في كل ذرة من العقار المشاع، فلا يستطيع الشريك الآخر إخراجه منه وإذا انفرد شريك بوضع يده على جزء من العقار فإنه لا يعد غاصباً له ولا يستطيع أحد الشركاء إنتزاع هذا الجزء منه، بل كل ماله أن يطلب قسمة العقار أو أن يرجع على واضع اليد بما يقابل إنتفاعه بما يزيد على حصته. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق وفي تقرير الخبير المندوب في الدعوى وحصله الحكم المستأنف أن المطعون ضده الأول مالك على الشيوع لحصة مقدارها ١١/٢٢ قيراطاً في العقد المشتمل على الشقة موضوع النزاع، وأن مورثة الطاعن المرحومة..... تمتلك حصة شائعة مقدارها ١٠/١١ قيراطاً، وأن العقار المذكور لم تتم قسمته بعد، ومن ثم فإن وضع يد الطاعن على تلك الشقة يكون بسبب مشروع هو ملكيته لنصيبه في حصة مورثته ولا يكون للمطعون ضده الأولى ولا لمن تلقى الحق عنه طلب طرده منها إلا بعد أن تحصل القسمة وتقع الشقة في نصيبه هو، أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بطرد الطاعن على سند من أن حيازته - بعد زوال ملكيته بحكم نزاع الملكية - من قبيل الغصب، فإنه فضلاً عن مخالفته الثابت في الأوراق

يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

١١- إذ كانت القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفرزا من أحد المتقاسمين، ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من إنهاء حالة الشبوع، واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة - إلا أن شرط ذلك - وطبقا لما نصت عليه المادة ٨٣٥ من القانون المدني - أن ينعقد إجماع الشركاء على الشبوع على قسمة المال الشائع، فإذا لم يختصم الشريك المتصرف في حكم القسمة، فإنه لا يجوز الاحتجاج به عليه ولا على خلفه العام أو الخاص أخذًا بما هو مقرر قانونا من أن حجية الأحكام نسبية فلا يحتج بها إلا على أطرافها.

(الطعن رقم ١٥٤٨ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٤/٠٩)

* * *

مادة (٨٣٦)

(١) إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشبوع ان يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية.

(٢) وتندب المحكمة ان رأت وجهها لذلك، خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير فى قيمته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٤٥ لىبى و ٧٩٠ سورى و ١٠٧٢ عراقى و ٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع بشأنها - لاحقاً - التعليق الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- القسمة القضائية تكون فى صورة دعوى تسمى دعوى القسمة. ويتبين من نص المادة ١/٨٣٦ مدنى انه يجوز لأى شريك إذا لم يجمع الشركاء على القسمة الإتفاقية، ان يرفع دعوى القسمة، فيكون هو المدعى، ويجب أن يرفع الدعوى على سائر الشركاء، فيدخلون جميعاً خصوماً فى دعوى القسمة.

وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون بعض، جاز بعد ذلك ادخال من لم يدخل فى الدعوى، وجاز لهؤلاء ان يتدخلوا فى الدعوى من تلقاء نفسها. وإذا صدر الحكم فى دعوى القسمة دون ان يكون جميع الشركاء قد دخلوا خصوماً فى الدعوى، لم يكن الحكم حجة على من لم يدخل ولكن ليس للشركاء الذين دخلوا خصوماً ان يدفعوا الدعوى بعدم قبولها، لأن الشريك الذى لم يدخل خصماً هو وحده الذى يستطيع ان يتمسك بعدم نفاذ الحكم فى حقه.

وإذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبى، حل المشتري، محل الشريك واصبح شريكاً فى الشبوع مع سائر الشركاء، وخرج الشريك البائع من عداد الشركاء. ويترتب على ذلك ان المشتري، وقد اصبح شريكاً فى الشبوع هو الذى له ان يرفع دعوى القسمة، وهو الذى يختصم فيها، دون الشريك البائع. اما إذا اشترى الاجنبى جزءاً مفرزاً من المال الشائع، فان هذا الشراء لا ينفذ فى حق سائر الشركاء، ومن ثم لا يعتبر المشتري للجزء المفرز شريكاً فى الشبوع، فلا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا يصح اختصاصه فيها.

وإذا كان أحد الشركاء يملك حصته الشائعة تحت شرط فاسخ لهذا الشريك ان يرفع دعوى القسمة، وإذا رفعها غيره من الشركاء وجب اختصاصه فيها. ويجب فى جميع الاحوال اختصاص الشريك الذى يملك حصته الشائعة تحت شرط واقف، سواء كان من رفع دعوى القسمة هو الشريك تحت شرط فاسخ أو كان غيره من الشركاء،

ولكن الشريك تحت شرط واقف لا يملك ان يرفع هو دعوى القسمة، لأنه لا يملك ان يقوم الا بالأعمال التحفظية، ورفع دعوى القسمة يخرج عن نطاق هذه الأعمال. والمحكمة المختصة - فى دعوى القسمة - هى المحكمة الجزئية ايا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد اقتسامها ولو زادت هذه القيمة على نصاب القاضى الجزئى. والمحكمة الجزئية هى المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات أو اكبرها قيمة. فان كان المراد قسمته منزلا، فالمحكمة الجزئية المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليهم. وانما جعلت المحكمة الجزئية مختصة ولو زادت قيمة المال الشائع على نصابها، لأن اختصاصها هذا لا يتناول الا إجراءات القسمة بصرف النظر عن قيمة المال المراد قسمته، وللتعجيل بالإجراءات حتى لا تبقى دعوى القسمة مدة طويلة أمام المحاكم.

فالذى تختص به المحكمة الجزئية اذن هو النظر فى افراز نصيب شريك فى المال الشائع، بأن تعين خبيرا عند الاقتضاء لتكوين الحصة وإجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير، وتقدير هذا المعدل ان وجد وتعيين نصيب كل شريك بطريق التجنيب أو بطريق الاقتراع واعطاء كل شريك نصيبه المفرز، وبإجراء القسمة بطريق التصفية ان تعذرت القسمة العينية، وبيع المال الشائع فى المزاد العلنى وقسمة الثمن بين الشركاء.

اما ما عدا ذلك من المنازعات التى لا تتعلق بإجراءات القسمة، كتعيين حصة كل شريك فى المال الشائع وأصل ملكيته لهذه الحصة، والمنازعات المتعلقة بتصرف الشريك فى حصته وحلول المتصرف له مكانه فى دعوى القسمة، وغير ذلك من المنازعات التى تنور حول القسمة ولا تدخل فى إجراءاتها، فان المحكمة المختصة بنظرها هى، وفقا للقواعد العامة، المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بحسب قيمة النزاع.

فإذا رفعت دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية المختصة، نظرت هذه المحكمة ما إذا كانت القسمة العينية للمال الشائع غير ممكنة أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير فى قيمة المال الشائع، وعند ذلك تقضى بأن تكون القسمة بطريق التصفية. اما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع، فان المحكمة الجزئية تأمر بإجراء هذه القسمة.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩١ وما بعدها)

٢- قد لا ينعقد اجماع الشركاء على إجراء القسمة، وعندئذ على من يريد منهم الخروج من الشبوع ان يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية، وتتدب المحكمة، ان رأت وجها لذلك، خبيرا أو اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا، ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير فى قيمته. فالمحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة هى المحكمة الجزئية، فإذا كان المال الشائع عقارا، فالمحكمة المختصة هى التى تقع فى دائرتها العقارات أو اكبرها قيمة. واما إذا كان المال الشائع منقولا فالمحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى عليهم.

ويلاحظ ان المحكمة الجزئية هي المختصة بنظر دعوى القسمة ايا كانت قيمة الأموال الشائعة التي يراد اقتسامها ولو زادت هذه القيمة عن نصابها. ويلحق بالمنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء، فقد يدعى أحد الشركاء ان النصيب المفرز الذي جنبه له الخبير اقل مما يستحق أو ان هناك طريقة افضل لتجنيب الانصبة، وتكون كل هذه المنازعات من اختصاصات المحكمة الجزئية. وما المنازعات التي تمس أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة أو ما تقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء كأن يدعى أحد الشركاء ان شريكا آخر داخلا في دعوى القسمة لا يملك شيئا في المال الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة، فمثل هذه المنازعات تخضع للقواعد العامة في الاختصاص. وإذا كانت المنازعة التي اثارها الشريك من اختصاص المحكمة الجزئية ان توقف دعوى القسمة وان تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية.

والأصل في القسمة ان تتم عينا، أي ان يحصل كل شريك على حصة من المال الشائع معادلة لنصيبه. وتتدب المحكمة ان رأت لذلك وجها خبيرا أو اكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص كبير في قيمته (الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٢٧ و ٣٢٨).

٣- يتضح من نصوص المواد ٨٣٦/١ مدني مصري و ١/٧٩٠ مدني سوري و ١/١٠٧٢ مدني عراقي و ٨٤٥ مدني ليبي و ٩٤٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني انه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فان القسمة القضائية تجب بلا خلاف، وانه إذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب، فان قوانين البلاد العربية تنقسم في هذه الحالة الى فريقين: فريق يجيز القسمة الإتفاقية، ولكن بشرط مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون لحماية ناقص الاهلية أو الغائب والقانون المصري من هذا الفريق. وفريق يوجب ان تكون القسمة في هذه الحالة قسمة قضائية.

ومؤدى القسمة القضائية في القانون المصري انه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، أو كان احدهم غير كامل الأهلية أو غائبا ورفضت المحكمة الاذن بإجراء القسمة الإتفاقية أو رفضت التصديق على عقد القسمة، وجب اتباع إجراءات القسمة القضائية. وتبدأ هذه الإجراءات بأن يرفع الشريك الذي يريد الخروج من الشبوع دعوى القسمة، حيث يكلف باقى الشركاء بالحضور أمام المحكمة الجزئية المختصة. ويجب إعلان باقى الشركاء جميعا بصحيفة هذه الدعوى، فإذا لم يعلن احدهم، فلا يكون الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه. ويجوز لدائن الشريك ان يرفع القسمة باسم مدينة إذا توافرت شروط الدعوى غير المباشرة.

والأصل ان تتم القسمة عينا، حيث يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع، فإذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية، أو كان من شأن هذه القسمة احداث نقص كبير في قيمته، امرت المحكمة ببيعه بالمزاد كي يقسم ثمنه بين الشركاء، فتكون القسمة حينئذ قسمة بطريق التصفية. وتتولى المحكمة بنفسها عملية القسمة

العينية، ولها ان تندب خبيراً أو أكثر لهذا الغرض ان رأت وجهاً لذلك (م ٢/٨٣٦ مدنى مصرى).

(الملكية فى قوانين البلاد العربية - ٢ - الملكية الشائعة - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٥٦ و ٥٧)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- للشريك على الشيوع فى عدة عقارات ان يبيع حصة شائعة فى بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعاً، ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقاً أو قضاءً، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الاعيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك ان يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة، ذلك لأن البيع يعتبر نافذاً فى القدر الذى يملكه البائع، والمشتري - دون البائع - هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما اراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة.

(جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - مدنى ص ١٣٧٥)

٢- إذا كانت المحكمة قد ندبت خبيراً لفرز وتجنيب نصيب المدعين طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم اليهم، بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له، فلا تترتب على الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعين وابقى المدعى عليهم على الشيوع.

(جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ١ - ص ٦٢٢)

٣- البطلان - على ما جرى به قضاء النقض - المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى إجراءات الفرز والتجنيب هو بطلان نسبى لا يحق التمسك به الا للشريك الذى لم يكن طرفاً فيها.

(جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٦ - ص ١٥٢٧)

٤- لما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك، وكان يبين من الوقائع التى اثبتتها الحكم المطعون فيه ان دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا للعقار وللشريك الواجب اختصاصه، وكان مجرد شراء المطعون عليه الثانى كان مالكا للعقار والشريك الواجب اختصاصه، وكان مجرد شراء المطعون عليه لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية، إذا الملكية لا تنتقل الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى، فان الحكم المطعون فيه إذا خالف هذا النظر يكون قد اخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه.

(نقض - جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ - المرجع السابق - السنة ١١ - ص ٣٢٤)

٥- الأصل ان البائع لا يمثل المشتري منه فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وان الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى، وان الشريك على الشيوع ان يبيع حصته شائعة، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع شائعة ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاء واجروا القسمة مع الشريك الذي باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ١٦٧٨)

٦- دعوى قسمة المال الشائع حصصاً أو بيعه لعدم إمكان قسمته بغير ضرر. إختصاص المحكمة الجزئية بنظرها مهما كانت قيمتها المواد ٤٣/٣، ٤٦٤ مرافعات، ٨٣٦ مدني.

مفاد ما نصت عليه المواد ٤٣/٤، ٤٦٤ من قانون المرافعات، ٨٣٦ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن محكمة المواد الجزئية هي المختصة بقسمة المال الشائع حصصاً أو بيعه لعدم إمكان قسمته بغير ضرر مهما كانت قيمة الدعوى.

(الطعن ٢١١٦ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/٢٩ س ٤٨ ص ١٠٣٤)

* * *

مادة (٨٣٧)

- (١) يكون الخبير الحصص على أساس اصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير ان يجنب لكل شريك حصته.
- (٢) وإذا تعذر ان يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٠ و ٧٩١ سوري و ١٠٧٢ عراقى و ٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- المحكمة الجزئية المرفوع إليها دعوى القسمة تبدأ بتعيين خبير أو أكثر، ان رأت وجها لذلك، وتكون مهمة الخبير ابداء رأى فيما إذا كانت القسمة العرفية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته، أو انها غير ممكنة، فان كانت غير ممكنة فالمحكمة تجرى قسمة التصفية. اما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته، فان الخبير يبدأ بقسمة المال الشائع حصصا على أساس اصغر نصيب إذا كان ذلك ممكنا. وتستوى فى ذلك القسمة الكلية والقسمة الجزئية، فان كانت القسمة جزئية قسم الخبير الجزء من المال الشائع المراد قسمته، الى حصص، أو جنب نصيب كل شريك فى هذا الجزء، وترك الباقي من المال على شيوخه دون تقسيم أو تجنيب. وقد تكون القسمة جزئية بأن يكون بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوخ دون الآخرين، فيفرز الخبير للاولين نصيبهم ويقسمه الى حصص أو يجنب لكل شريك نصيبه.

فإذا أمكن قسمة المال الى حصص متساوية كون الخبير هذه الحصص على أساس اصغر نصيب. اما إذا تعذرت قسمة المال الى حصص، فان الخبير يحدد نصيب كل شريك مفرزا فى المال الشائع وذلك بقدر حصته فى هذا المال، وهذا ما يسمى بالتجنيب، ويصح ان يلجأ الخبير الى التجنيب - ولو أمكن تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب - إذا اتفق الشركاء جميعا على التجنيب.

لكن قد لا يتمكن الخبير - فى تقسيم المال الى حصص - ان يجعل هذه الحصص متساوية تماما، فيلجأ الى جعل الحصص متساوية بقدر الامكان، وإذا اضطر الى تحديد احدى هذه الحصص اكبر من حصة اخرى، قدر مبلغا من النقود تدفعه الحصة الكبرى الى الحصة الصغرى حتى تتعادل الحصتان، ولذلك سمي هذا المبلغ من النقود بالمعدل **soulte** (كالمعدل فى المقايضة). فمن يقع من الشركاء فى نصيبه

الحصة الكبرى بطريق القرعة، يصبح مدينا بهذا المعدل لمن يقع في نصيبه الحصة الكبرى. وإذا لم يمكن تقسيم المال الى حصص ولو بمعدل على الوجه المذكور، ولجأ الخبير الى التجنيب، فقد يضطر - عند تحديد انصبة الشركاء مفرزة الى تحديد نصيب أحد الشركاء بأقل مما يستحق، وتحديد نصيب شريك آخر بأكثر مما يستحق، فعند ذلك يقدر مبلغا من النقود يتعادل به النصيبان ويصبح صاحب النصيب الاكبر مدينا بهذا المعدل لصاحب النصيب الاصغر.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٢ وما بعدها)

٢ - الأصل أن تكون القسمة عينا، وان تتم على أساس اصغر نصيب، فإذا كان بين الشركاء على الشيوع من له الثمن مثلا، قسم المال الشائع الى ثمانى حصص، يأخذ من له الثمن منها حصته، ومن له الربع حصتين، وإذا كان بين الشركاء من له النصف فانه يأخذ اربع حصص، وهكذا. وإذا تعذر تقسيم المال الشائع الى حصص على أساس اصغر نصيب، جاز للخبير ان يجنب لكل شريك حصته، وإذا تعذر ايضا أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٢٨)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذا كانت المحكمة قد نذبت الخبير لفرز وتجنيب نصيب المدعين طالبى القسمة والخصم الثالث الذى انضم اليهم، بينما لم يطلب أحد من المدعى عليهم فرز وتجنيب نصيب له، فلا تتربى على الخبير إذا قام بفرز وتجنيب نصيب المدعى وابقى المدعى عليهم فى الشيوع. وإذا وافق أحد الشركاء أمام محكمة اول درجة على إجراء القسمة بطريق التجنيب، فلا يجوز له ان يرجع أمام محكمة ثانى درجة فى هذا ويطلب إجراء القسمة بطريق القرعة.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٧ - ص ٦٢٢)



مادة (٨٣٨)

(١) تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الاخرى التى تدخل فى اختصاصها.

(٢) فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها ان تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية، وان تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها، وتقف دعوى القسمة الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٣٨ مدنى ان المنازعات التى تقع بين الشركاء ويجب الفصل فيها قبل المضى فى دعوى القسمة، على نوعين:

الاول - منازعات تتعلق بتكوين الحصص - كأن يدعى أحد الشركاء ان الحصص غير متساوية، أو يدعى المعدل الذى قدره الخبير اقل مما يجب أو اكثر مما يجب، أو انه يمكن تقسيم المال الى حصص بطريقة افضل، وما الى ذلك من المنازعات التى ترجع الى تكوين الحصص، فهذه تتولى الفصل فيها المحكمة الجزئية، ولو زادت قيمة الحصة على نصاب هذه المحكمة، ذلك ان تكوين الحصص يعتبر داخلا فى اعمال القسمة. والمحكمة الجزئية تختص بجميع اعمال القسمة ايا كانت قيمة المال المراد قسمته، ويلحق بالمنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء، فقد يدعى أحد الشركاء ان النصيب المفرز الذى جنبه له الخبير اقل مما يستحق، أو ان هناك طريقة افضل لتجنيب الانصبة. فتكون المنازعات المتعلقة بتجنيب انصبة الشركاء هى ايضا من اختصاص المحكمة الجزئية، تفصل فيها ولو زادت قيمة النصيب على نصاب القاضى الجزئى، وسواء تعلقت المنازعات بتكوين الحصص أو بتجنيب انصبة الشركاء، فان المحكمة الجزئية عندما تفصل فيها وتكون قيمتها مما يجوز إستئنافه أمام المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية، جاز لذى الشأن من الشركاء أن يسأنف حكم القاضى الجزئى أمام المحكمة الابتدائية، ولا ترجع المحكمة الجزئية الى متابعة اعمال القسمة الا بعد ان تصدر أحكام نهائية فى جميع هذه المنازعات.

ثانيا - منازعات اخرى لا تتعلق بتكوين الحصص - ومن امثلة هذه المنازعات أصل ملكية الشريك لحصته الشائعة وما يقوم حول ذلك من منازعات بين الشركاء، كأن يدعى أحد الشركاء ان شريكا آخر داخلا فى دعوى القسمة لا يملك شيئا فى المال

الشائع ويجب استبعاده من دعوى القسمة. ومن امثلة هذه المنازعات ايضا تعيين حصص الشريك في المال الشائع (بأنها الربع وليس الثلث مثلا)، وقد تكون هذه المنازعات متعلقة باختصاص، فإذا أثبتت منازعة تختص المحكمة الابتدائية قيميا بنظرها ولا تختص بها المحكمة الجزئية المحكمة المختصة أصلا بنظر دعوى القسمة، فانه يتعين على المحكمة الجزئية ان توقف دعوى القسمة، وان تحيل النزاع الى المحكمة الابتدائية، بحيث تبقى دعوى القسمة موقوفة أمام المحكمة الجزئية الى ان يقضى فى النزاع المثار نهائيا (من محكمة الاستئناف).

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٢٤ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان النزاع الذى اثير فى الدعوى أمام محكمة القسمة يدور حول طبيعة الشيوع فى السلم المشترك، وما إذا كان الشيوع عاديا أو اجباريا، وحول تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص، ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية اذ كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قدرها الخبير المنتدب فى دعوى القسمة وبإتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه ان تحيل هذا النزاع الى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٣٨ مدنى، وإذا هى لم تفعل، فإنها تكون قد جاوزت اختصاصها، وخالفت القانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٣ - ص ١٠٤)

٢- يشترط ان تتحقق محكمة القسمة من ان المنازعة جدية. والتمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا فى الملكية هو من شأن الخصم الذى نازع فى هذه الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم فى التحدى به.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/٢١ - المرجع السابق - السنة ٧ - ص ٦٢٢)

٣- النص فى المادة ٨٣٨ من القانون المدنى يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية أيا كانت قيمة الأموال الشائعة التى يراد قسمتها فإذا أثبتت منازعات لا تتعلق بإجراءات القسمة إنما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائعة، فإن الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة، فإذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها، وإذا تجاوزت المنازعات اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة، وأن تحدد لهم الجلسة التى يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات.

(الطعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٥)

٤- دعوى قسمة المال الشائع. قيام الحكم الصادر فيها على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال. إعتبارها بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق. أثره. رفع الشريك فى المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط دعواه بالحيازة السابق رفعها.

(الطعن ٨٥٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٩ ص ٤٦ س ١٠٩٨)

٥- إختصاص المحكمة الجزئية نوعياً بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع بتقويمه وقسمته حصصاً. وجوب قضائها بإجراء بيعه بالمزايدات عند عدم إمكان قسمته عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمته. المواد ٨٣٨/١، ٨٤١، مدني و ٤٣ مرافعات.

مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و ٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعياً بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصاً فإذا ما تحققت من عدم إمكان قسمته عيناً أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكماً بإجراء بيع المال بالمزايدة.

(الطعن ٢٣١١ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٦/٦/١١ س ٤٧ ص ٩٥٤)

* * *

مادة (٨٣٩)

- (١) متى إنتهى الفصل فى المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه.
- (٢) فان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٣ سورى و ١٠٧٢ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقا - ما جاء بالتعليق بالأعمال التحضيرية - على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- يتضمن نص المادة ٨٣٩ مدنى فرضين يجب التمييز بينهما:

الاول - ان يكون نصيب كل شريك قد عين بطريق التجنيب فلا يبقى أمام المحكمة الجزئية الا ان تصدر حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه. وقد يلتزم أحد الشركاء بدفع معدل الى شريك آخر أو اكثر.

والثانى - أن يكون المال المراد قسمته قد قسم الى حصص - فيجب توزيع هذه الحصص بين الشركاء كل بقدر نصيبه. واذ كانت الحصص بالذات التى تقع فى نصيب كل شريك غير معروفة، فقد لجأ القانون الى طريق الاقتراع لتعيين هذه الحصص، حتى يطمئن الشركاء الى ان فرصهم متساوية، ومن ثم تجرى المحكمة القرعة بين الشركاء، وتثبت المحكمة الجزئية كل ما يجرى فى القرعة فى محضرها، ثم تصدر حكما كل شريك نصيبه المفرز، اى الحصة أو الحصص المفرزة التى اوقعنها القرعة فى نصبه.

فدعوى القسمة فى مرحلتها الثالثة تنتهى دائما الى حكم بالقسمة يعين النصيب المفرز الذى آل الى كل شريك.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٢٧ و ٩٢٨ و ٩٢٩)

٢- إذا كان الشركاء ثلاثة، وكانت انصبتهم هى النصف والثلث والسدس، قسم المال اسداسا. وإذا قام نزاع فى تكوين الحصص تفصل فيه المحكمة، ثم تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت ذلك فى محضرها - وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٢/٢٣٩ مدنى مصرى).

فإذا تعذرت القسمة على اصغر نصيب، فيجوز اجراؤها بطريق التجنيب، وذلك بان يعين لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته، وتصدر المحكمة بعد

الفصل فيما قد يثور من منازعات حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه (م ١/٨٣٩ مدنى مصرى).

(الملكية الشائعة في قوانين البلاد العربية - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٦٠)

٣- إذا إنتهى الفصل فى المنازعات المتعلقة بالقسمة وكانت الحصص قد عيّنت بطريق التجنيب، أصدرت المحكمة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه (م ٨٣٩ مدنى). وان كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب، تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها، وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز (م ٣/٨٣٩ مدنى مصرى)

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٢٨ و ٣٢٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان القضاء فى دعوى قسمة المال الشائع هو حكم يؤثر فى الملكية وتترتب عليه حقوقه لأن الهدف منها إما بيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية فى حالة عدم إمكان قسمته عينا أو إمكان ذلك بإحداث نقص كبير فى قيمته ثم قسمة الثمن الذى يرسو به المزداد على الشركاء وإما قسمة المال إلى حصص أو التجنيب بما يستتبع أن يثبت كل شريك أصل ملكيته لحصته الشائعة فى هذا المال وتنتسع معه هذه الدعوى بالتالى للفصل فى المنازعات التى قد تثار حول هذه الملكية وذلك على النحو الذى بيّنته المادة ٨٣٨ من القانون المدنى فإن مفاد ذلك أن الحكم فيها يقوم على ثبوت ملكية الشركاء لما يطلبون قسمته من هذا المال مما تعد معه بهذه المثابة من قبيل المطالبة بالحق، لما كان ما تقدم فإن رفع الشريك فى المال الشائع لهذه الدعوى يترتب عليه سقوط إدعائه بالحيازة والذى يكون قد أقام به الدعوى قبل رفعه دعوى القسمة.

(الطعن رقم ٨٥٢ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٩ / ١٩٩٥)

* * *

مادة (٨٤٠)

إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً، وذلك وفقاً لما يقرره القانون.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:

مادة ٧٩٩ سوري.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - ما جاء بالتعليق بالأعمال التحضيرية على نص المادة ٨٤٢

مدني.

رأى الفقه:

١- يجب القول أنه في حالة تقسيم المال الى حصص، إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية وليس له اب، تعين ان تصدق المحكمة الابتدائية التي تتبعها محكمة القسمة، لا على الحكم بالقسمة في مرحلته النهائية، بل على قسمة المال الى حصص، وللمحكمة عند الاقتضاء ان تدعو الشركاء ومعهم النائب عن المحجور لسماع اقوالهم، ولها ان ترفض ما أقرته المحكمة الجزئية (محكمة القسمة) من قسمة المال الى حصص، وأن تعين أسساً أخرى تراها أصلح لقسمة المال الى حصص، وإذا قامت منازعة في شأن تكوين الحصص، وفصلت فيه المحكمة الجزئية، وإستؤنف حكمها أمام المحكمة الابتدائية (أى نفس المحكمة التي تصدق على قسمة المال إلى الحصص)، فمن البديهي أن حكم المحكمة الابتدائية الصادر في هذا الإستئناف يقوم مقام التصديق على قسمة المال إلى الحصص، إذ تكون المحكمة بوصفها محكمة إستئنافية قد نظرت نفس المسألة التي كانت تنتظرها بوصفها محكمة التصديق.

وفي حالة القسمة عن طريق التجنيب تصدق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب أنصبة الشركاء.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٣١ - ٩٣٢).

٢- إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، وجب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائياً. وذلك فيما عدا حالة الشريك القاصر الذي كان ممثلاً في دعوى القسمة بوليّه، إذ ان الولي ليس عليه ان يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي، فسلطته في هذا الشأن غير مقيّدة بما يقيد سلطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب. ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة إستئنافية بتأييد حكم القسمة إذا ما إستؤنف إليها. وإذا رفضت المحكمة التصديق تعين عليها ان تقسم الأموال الى حصص على

الأسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم (م ٨٤٠ مدنى مصرى و م ٤٠ و ٧٩ ق ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال).

(الملكية الشائعة - المرجع السابق - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٦١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إجراء القسمة بالتراضي جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، على أن يحصل الوصي أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية. وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقد الوصي أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذي يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير إتباع هذه الإجراءات.

(الطعن رقم ١٩٠ - لسنة ٢٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠١ / ١٩٦٤)



مادة (٨٤١)

إذا لم تمكن القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٧٩٥ سورى و ٨٤٥ ليبى و ١٠٧٣ عراقى و ٩٤٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٢ مدنى.

رأى الفقه:

١- إذا تبين ان المال الشائع لا تمكن قسمته عينا (حصانا- سيارة)، أو تمكن قسمته ولكن باحداث نقص كبير في قيمته (دار من طبقات- ارض بناء)، فان المحكمة تقضى بان تكون القسمة بطريق التصفية.

والقسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بطريق المزايدة العلنية- وقسمة الثمن الذى يرسو به المزاد على الشركاء كل بنسبة حصته في المال الشائع.

وتصدر المحكمة الجزئية- المرفوع إليها دعوى القسمة- حكما بإجراء البيع بالمزايدة متى تحققت من ان المال الشائع لا تمكن قسمته عينا دون ان يلحق به نقص كبير في قيمته، وذلك ايا كانت قيمة هذا المال الشائع ولو جاوزت نصاب القاضى الجزئى، ذلك ان الحكم بإجراء البيع بالمزايدة هنا يعتبر إجراء من إجراءات القسمة تختص به المحكمة الجزئية، ويباع المال- عقارا كان أو منقولاً- وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات بشأن بيع العقار المحجوز أو المنقول.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩١٥ وما بعدها)

٢- إذا تبينت المحكمة المختصة بإجراء القسمة أن قسمة المال الشائع عينا غير ممكنة- كما لو كان المال سيارة- أو أن من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة هذا المال كما لو كان المال مصنعا، فإنها تأمر ببيع المال بالمزاد وذلك بالطريق المبينة في قانون المرافعات. ولم ينص قانون المرافعات المصرى على إجراءات خاصة ببيع المال لعدم امكان قسمته الا إذا كان المال عقارا (م ٤٦٤ و ٤٦٦، ٤٦٨ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨). وعليه فإذا كان المال الشائع وأريد بيعه لعدم امكان قسمته وجب اتباع الإجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدين على المدين، وذلك فيما عدا ما لا يتفق من هذه الإجراءات مع الغرض المقصود من البيع.

والأصل انه يجوز لأى شخص ان يتقدم للمزايدة، سواء اكان شريكا أو شخصا من الغير، ولكن الشارع بمقتضى المادة ٨٤١ مدنى مصرى خول الشركاء الحق فى

أن تقتصر المزايدة عليهم إذا اتفقوا على ذلك، فإذا طلبوا هذا بالاجماع امرت المحكمة بقصر المزايدة عليهم، فيرسو المزداد على احدثهم، ويكون رسو المزداد في هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، وإذا لم يتفقوا على قصر المزايدة عليهم، ومع ذلك رسا المزداد على احدثهم كل هذا ايضا قسمة بطريق التصفية، وفي الحاليين تترتب على حكم مرسى المزداد كافة آثار القسمة والرأسى عليه المزداد. انما يلاحظ انه حتى فى هذه الحالة الاخيرة، فان الحكم الصادر بتقسيم الثمن بين الشركاء تترتب عليه ايضا فى العلاقة بينهم كافة آثار القسمة. كما يجب تصديق المحكمة الابتدائية على هذا الحكم إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر الأهلية.

اذن فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان الرأسى عليه المزداد هو أحد الشركاء ام كان اجنبيا، ففي الحالة الأولى يكون رسو المزداد قسمة بطريق التصفية، أما فى الحالة الثانية فيكون رسو المزداد بيعا عاديا، ويترتب على هذا الاختلاف فى الحكم أنه إذا كان الراسى عليه المزداد هو أحد الشركاء فلا يكون التسجيل لازما لنقل الملكية الا بالنسبة الى الغير، ويكون الثمن مضمونا بإمتياز المتقاسم وتسرى أحكام القسمة فيما يتعلق بضمان الإستحقاق، بينما إذا كان الراسى عليه المزداد اجنبيا فان التسجيل يصبح لازما لنقل الملكية، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ويكون الثمن مضمونا بإمتياز البائع، وتسرى أحكام البيع فيما يتعلق بضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية (الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ٦١ وما بعدها)

٣- قد تتعذر القسمة عينا، ويكون ذلك فى حالتين: الحالة الأولى- وفيها لا يقبل المال الشائع القسمة عينا بطبيعته كسيارة مثلا. والحالة الثانية- وفيها يترتب على قسمة المال الشائع بطريق التصفية نقص كبير فى قيمته، وفى هاتين الحالتين تتم قسمة المال الشائع بطريق التصفية، ويكون ذلك ببيع المال الشائع، ويتم البيع بأمر ولائى يصدره القاضى إذا لم يكن هناك منازعة فى البيع وضروريته. اما إذا نازع فى البيع وضروريته أحد من الشركاء فلا بد من حكم قضائى تصدره المحكمة بعد النظر فى النزاع الذى يدور حول ضرورة البيع، والمزداد هنا بالمحكمة بطبيعة الحال المحكمة الجزئية.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٢٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الشريك الذى يطلب انهاء حالة الشبوع والحصول على ما يقابل حصته من ثمن العقار المبيع بالمزداد عند عدم امكان القسمة عينا لا يعتبر دائنا لباقي شركائه المشتاعين معه ولا حاجزا على هذا العقار الشائع.

(نقض - جلسة ١٢/٢/١٩٥٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - ص ١٢٤)

٢- مفاد نص المادتين ٨٣٨ (فقرة أولى) و ٨٤١ من القانون المدني والمادة ٤٣ من قانون المرافعات أن المحكمة الجزئية تختص نوعياً بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة بتكوين حصص الشركاء في المال الشائع وذلك بتقويمه وقسمته حصصاً فإذا

ما تحققت من عدم إمكان قسمته عيناً أو أن من شأن ذلك إحداث نقص كبير في قيمته فإنها تصدر حكماً بإجراء بيع المال بالمزايدة.

(الطعن ٢٣١١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٦/١١ س ٤٧ ص ٩٤٥)

٣- سبق ان باشرت المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية نص المادة ٨٤١ من القانون المدني فاصدرت بجلسة ١٩٩٨/١/٣ حكمها في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٧ قضائية (دستورية) برفض الدعوى وقد نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٥/١/١٩٩٨ وكان مقتضى المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وان يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوى الدستورية حجية مطلقة في مواجهة كافة وبالنسبة الى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصللاً لا يقبل تأويلاً ولا تعقيباً من اى جهة كانت وهى حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه او اعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته فانه يتعين الحكم بعدم قبول الدعوى الماثلة فى شقها المتعلق بالطعن على ذلك النص.

(الطعن رقم ١٣٦ - لسنة ٢١ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٥/٥)

* * *

مادة (٨٤٢)

(١) لدائني كل شريك ان يعارضوا في ان تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم، وتوجه المعارضة الى كل الشركاء، ويترتب عليها الزامهم ان يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم. ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة.

(٢) اما إذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا في حالة الغش.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد الاتية:
مادة ٨٤٦ لبيى و ٧٩٦ سوري و ١٠٧١ عراقى و ٩٤٣ - ٩٤٥ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

تعرض نصوص المواد ١٢٠٤ - ١٢١٠ (من المشروع) لإجراءات القسمة القضائية، سواء كانت عينا أو كانت بطريق التصفي. وقد وضع المشرع هذه الإجراءات في المكان اللائق بها عند الكلام في انتهاء الملكية الشائعة بخلاف التقنين الحالى فقد وضعها في عقد الشركة.

ومن يطلب القسمة من الشركاء هو الذى يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء أمام المحكمة المختصة (محكمة العقار أو محكمة أحد المدعى عليهم فى المنقول)، فتعين المحكمة خبيراً أو أكثر، إن رأت وجهاً، لذلك لقسمة المال الشائع حصصاً، إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون ان يلحقه نقص محسوس، وإذا لم تمكن قسمته عينا تبيع فى المزاد وقسم الثمن على الشركاء، ويجوز ان يتفق الشركاء على أن تقتصر المزايدة عليهم، فيرسو المزاد على أحد منهم، ويكون المزاد فى هذه الحالة قسمة بطريق التصفية، أما إذا لم يتفق الشركاء على اقتصار المزايدة عليهم، فإن هذا لا يمنع أى شريك من التقدم للمزايدة، فإن رسا المزاد عليه كان هذا أيضاً قسمة بطريق التصفية، وإن رسا المزاد على أجنبى كان هذا بيعاً.

فان أمكن قسمة المال عينا دون ان يلحقه نقص محسوس وعين خبير لتكوين الحصص، كونها على اصغر نصيب حتى لو كانت القسمة جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون الآخرين. فإذا لم يتيسر للخبير تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب جاز له لن يقسم بطريق التجنيب، وذلك بأن يعين لكل شريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع يتعادل مع حصته، وإذا اقتضى الأمر معدلاً يكمل نصيب بعض الشركاء حدود هذا المعدل. فإذا عينت الحصص بطريق التجنيب أصدرت المحكمة الجزئية، بعد الفصل بعد المنازعات على النحو الذى سيأتى ذكره، حكماً باعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل إليه. أما إذا أمكن

تكوين الحصص على أساس اصغر نصيب (مثل ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والتثلث والسدس فيقسم المال اسداسا، أو تكون انصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم المال الى اثني عشر جزءا وهكذا)، فان قام نزاع في تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة الجزئية، وان قام نزاع في غير ذلك، كأن تتنازع الشركاء الآخرون مدعين ان له الربع، فصلت المحكمة المختصة في هذا النزاع فان كانت هي المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولت الفصل، والا أحالت الخصوم على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التي يحضرون فيها، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في هذا النزاع. ومتى إنتهى الفصل في المنازعات أجريت القسمة بطريق القرعة، وثبتت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المفرز. وحكم القسمة هذا هو الذي تصدق عليه المحكمة الابتدائية إذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولى شرعى، اما فى التقنين الحالى فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص، وقد رؤى ان الأولى ان يكون التصديق على حكم القسمة نفسه.

ولما كان دائنو الشركاء يعينهم أمر القسمة اذ قد يعين فيها أحد الشركاء المدينين، فقد خول لهم التدخل في إجراءات القسمة، سواء تمت عينا أو بطريق التصفية. وتوجه المعارضة الى كل الشركاء، فيلتزم هؤلاء ان يدخلوا الدائنين المعارضين فى جميع الإجراءات والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. اما إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين، أو كانت القسمة عقدا، فليس للدائنين ان يطعنوا فى القسمة الا بطريق الغش فى الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصة فى الحالة الثانية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ١١٩ و ١٢٠)

رأى الفقه:

١- قصد بنص المادة ٨٤٢ مدنى حماية مصالح دائنى الشركاء عند قسمة المال الشائع، سواء اكانت القسمة قضائية أو إتفاقية، كلية أو جزئية، عينية أو قسمة تصفية. ويقصد بالدائنين هنا دائنو كل شريك سواء أكان دائنا شخصا أو دائنا ذا حق مقيد، وسواء أكان الحق واقعا على المال الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره عن أموال الشريك. وكل ما يعنى الدائن هنا ان تتم القسمة دون اضرار بمصالحه، والا اضطر للتدخل فى القسمة لمراقبة إجراءاتها ليمنع تواطؤ الشركاء على الاضرار بمصلحته، أو تقصير مدينه فى دفع الغبن عن نفسه فيلحقه الغبن هو ايضا تبعا لذلك.

وإذا اراد الدائن الاحتياط بالنسبة لمدينة الذى له حصة فى مال شائع، ان يرسل لمدينه ولسائر الشركاء معارضة بوجوب تدخله فى القسمة، ولم يشترط القانون شكلا خاصا للمعارضة، والافضل ان تكون انذارا على يد محضر، ولكن يصح ان تكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح ان تكون شفويا، ولكن الدائن يحمل عبء الإثبات، كما لم يحدد القانون ميعادا لتوجيه المعارضة، فيصح ان تكون بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة فى مال شائع، ويبقى حق الدائن فى المعارضة الى ان تتم قسمة هذا المال. والمعارضة عمل من الأعمال التحفظية، فيكفى ان تتوافر فى الدائن

أهلية القيام بهذه الأعمال. ومتى وصلت المعارضة الى جميع الشركاء تعين عليهم ان يدخلوا المعرض في جميع إجراءات القسمة.

اما بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم (الدائن المرتهن رسميا أو حيازيا أو صاحب حق اختصاص أو امتياز) فانه يجب على الشركاء ادخالهم في إجراءات القسمة دون حاجة الى توجيه معارضة منهم.

كما يجوز للدائن ان يتدخل من تلقاء نفسه - دون دعوة من الشركاء في إجراءات القسمة بمجرد علمه بذلك.

ويترتب على معارضة الدائن أو تدخله أن يصبح طرفا في جميع إجراءات القسمة منذ معارضته أو منذ تدخله، فلا تجوز مباشرة هذه الإجراءات الا في مواجهته. ومن ثم لا يجوز مباشرة إجراءات بيع المال الشائع في المزاد، ولا تعيين خبير لتكوين الحصص، ولا الفصل في المنازعات المتعلقة بإجراءات القسمة، ولا إجراء القرعة، ولا تجنب انصبه الشركاء المفروزة ولا التصديق على حكم القسمة، في غير مواجهة الدائن.

ويتحمل الدائن - وحده - نفقات معارضته ونفقات تدخله.

وما دام الدائن قد تدخل فعلا في إجراءات القسمة بناء على معارضته أو بناء على تدخله من تلقاء نفسه، فقد اعطى الفرصة الكافية لمراقبة إجراءات القسمة ولمنع تواطؤ الشركاء على الإضرار بمصلحته، فإذا تمت القسمة فليس لهذا الدائن أن يعترض عليها، ولا يجوز له بوجه خاص أن يطعن فيها بالدعوى البوليصة فقد حل تدخله في القسمة محل هذه الدعوى.

أما إذا وجه الدائن معارضته الى جميع الشركاء أو كان له حق مقيد وبالرغم من ذلك لم يدع الى التدخل في إجراءات القسمة هو من تلقاء نفسه، فان الشركاء يكونون قد خالفوا القانون في عدم دعوة الدائن الى التدخل في إجراءات القسمة بعد المعارضة ودون التدخل أو بعد ان قيد حقه.

والجزء هو - كما نصت المادة ٨٤٢/١ مدنى - أن تكون القسمة غير نافذة في حق هذا الدائن بغير حاجة الى أن يثبت تواطؤ الشركاء أو غش الشريك المدين. ولكن على المدين فقط ان يثبت ان القسمة عادت عليه بالضرر، فإذا أثبت الدائن الضرر الذى لحقه من القسمة واصبحت القسمة غير نافذة في حقه، عاد المال الى الشيوخ بالنسبة الى هذا الدائن ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد لتكون القسمة نافذة في حق الدائن. ويجوز ان يطلب القسمة اى شريك حتى الشريك المدين. كما يجوز ان يطلبها الدائن باسم هذا المدين.

وجوز للدائن بدلا من إعادة طلب القسمة ان يطالب الشركاء جميعا متضامنين بتعويض الضرر الذى لحقه من القسمة على أساس الخطأ الذى ارتكبه الشركاء في عدم دعوة الدائن الى التدخل، كما يجوز للشركاء ان يفوا للدائن حقه فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة، ويرجع الشركاء الذين دفعوا الدين على شريكهم المدين. وإذا كان للشريك المدين وجه للطعن في القسمة، كأن يطعن فيها بالغبن أو بالغلط أو بالاكراه أو بالتدليس أو بغير ذلك من وجوه الطعن، جاز للدائن ان يستعمل حق مدينة فيطعن في القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة.

أما إذا دعى الدائن الى التدخل لمعارضته أو لأن حقه مقيد ومع ذلك لم يتدخل، مقصرا كان أو غير مقصر، وتمت القسمة دون ان يتدخل في إجراءاتها، فإن الشركاء لا ذنب لهم في ذلك، فالدائن لم يعارض ولم يكن حقه مقيدا، ومن أجل ذلك - وكما تقول المادة ٢/٨٤٢ مدني تكون القسمة نافذة في حق الدائن - إلا إذا طعن فيها بالدعوى البوليصية فأثبت غش المدين تواطؤ سائر الشركاء معه وفقا للقواعد المقررة في هذه الدعوى.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٢٩ وما بعدها)

٢- قدر المشرع في التقنين المصري (م ٨٤٢ مدني) والتقنين الليبي (م ٨٤٦ مدني) والتقنين السوري (م ٧٩٦ مدني) وتقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٩٤٣) ان للدائنين مصلحة جديية في ان يتدخلوا في إجراءات القسمة لحماية انفسهم من تواطؤ يحتمل وقوعه بين الشركاء.

ويتضح من النصوص المذكورة ان قوانين البلاد العربية في هذا الخصوص فريقان: فريق للدائنين حق المعارضة في ان تتم القسمة بغير تدخلهم سواء أكانت القسمة إتفاقية أو قضائية، ويشمل هذا الفريق القانون السوري والقانون اللبناني. وفريق آخر يجعل حق المعارضة هذا قاصرا على القسمة القضائية، ويشمل هذا الفريق القانون المصري والقانون الليبي، وهذا الحل الأخير حل منتقد، إذ أن حاجة الدائنين إلى الحماية بتحويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الإتفاقية منها في القسمة القضائية. ويسوى القانون الفرنسي في هذا الشأن بين القسمة الإتفاقية والقسمة القضائية حيث يخول الدائنين حق المعارضة في الحاليين (م ٨٨٢ مدني فرنسي).

وفي القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي هناك فريق من الدائنين يجب على الشركاء ادخالهم في دعوى القسمة ولو لم توجه منهم معارضة والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم، وهؤلاء هم الدائنون المشهرة حقوقهم قبل رفع الدعوى، ويراد بهم الدائنون الذين تقرر لهم حق تبعية على حصة مدينهم الشائعة في العقار وتم شهر حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، ويدخل فيهم الدائن الذي تقرر له رهن على جزء مفرز من العقار الشائع إذا توصل الى شهر حقه، كما ينطبق الحكم بطريق القياس على من يشتري جزءا مفرزا من العقار الشائع إذا استطاع أن يشهر البيع.

ومتى تدخل الدائن في إجراءات القسمة كان له ان يبدي من الاعتراضات ما يحول دون تواطؤ الشركاء على الاضرار به، كأن ينازع في تكوين الحصص، أو يعترض على إجراء القسمة بطريق التجنيب ما دام ان إجراءاتها بطريق الاقتراع ممكنا أو يعترض على قصر المزايدة على الشركاء فيطلب قبول الاجانب فيها. وليس للدائن، بعد ان تدخل في إجراءات القسمة أو ادخل فيها، ان يعترض عليها بعد تمامها بحجة تواطؤ الشركاء على الاضرار به. اما الدائنون الذين لم يطعنوا في إجراءات القسمة ولم يكن واجبا ادخالهم فيها فلم ان يطعنوا في القسمة بعد اتمامها بالدعوى البوليصية.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - الملكية الشائعة - للدكتور عبد النعم فرج الصده -

المرجع السابق - ص ٦٢ وما بعدها)

٣- حماية للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، اوجب القانون على الشركاء المتقاسمين ادخالهم فيها، وهذا ما تنص عليه المادة ٨٤٢ مدنى. فيجب اذن التفرقة بين نوعين من الدائنين.

(أ) الدائنون المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة- فبالنسبة لهؤلاء يجب على الشركاء المتقاسمين ادخالهم فى دعوى القسمة، ومثالهم الدائنون المرتهنون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا للمال الشائع أو الذين لهم حق اختصاص أو حق إمتياز على المال الشائع، إذا كان هؤلاء قد قيدوا حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة. والغرض من ادخالهم هو حمايتهم من ان يعتمد الشركاء المتقاسمون الى الاضرار بهم، وبذلك يكون المشرع قد اوجب على الشركاء المتقاسمين ادخال هؤلاء الدائنين فى القسمة.

(ب) اما الدائنون غير المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، فعلى الشركاء المتقاسمين ادخالهم فى القسمة إذا عارضوا فى تمامها بغير تدخلهم. ولم يشترط القانون لهذه المعارضة شكلا خاصا، فيجوز ان تتم بخطاب مسجل مصحوب بعلم وصول، ويجوز ان تتم بانذار على يد محضر. المهم فقط هو ان توجه المعارضة الى جميع الشركاء ويترتب على ادخال الدائن فى القسمة ان يصبح هذا الدائن طرفا فى جميع على هذه المعارضة الى جميع الشركاء. ويترتب على هذه المعارضة إجراءاتها منذ معارضته أو منذ تدخله، ولا تجوز مباشرة هذه الإجراءات الا فى مواجهته.

فإذا تمت القسمة بغير ان يدخل الشركاء الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة، فان القسمة لا تكون نافذة فى حقهم، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للدائنين الذين عارضوا إجراء القسمة بغير تدخل منهم إذا لم يتم بعد ذلك ادخالهم. ولا تسرى القسمة فى حق هؤلاء بغير حاجة الى إثبات الغش أو التواطؤ. ويجب مع ذلك على الدائن ان يثبت ان القسمة قد عادت عليه بضرر. ومعنى عدم نفاذ القسمة فى مواجهة الدائن ان يكون من حقه ان يعتبر ان المال لا يزال مملوكا على الشيوع كما لو كانت القسمة لم تتم.

أما بالنسبة للدائن الذى لم يعارض فى إجراء القسمة ولم يكن حقه مقيدا قبل رفع دعوى القسمة أو الذى دعى الى التدخل فى القسمة ولم يتدخل، فلا يكون لهذا الدائن ان يطلب عدم نفاذ القسمة فى مواجهته الا إذا أثبت غش مدينه (الشريك المتقاسم) وتواطؤ سائر الشركاء معه وفقا للأحكام المنصوص عليها فى الدعوى البوليصية.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المراجع السابق - ص ٢٢٩ وما بعدها)

٤- خول المشرع دائنى الشركاء حق التدخل فى إجراءات القسمة، سواء تمت بالتراضى ام تمت أمام المحكمة، وسواء تمت عينيا ام بطريق التصفية.

ويخلص مما أورده القانون فى هذا الصدد (م ٨٤٢ مدنى) ان المشرع يخول دائنى كل من الشركاء المتقاسمين ان يعارضوا فى ان تتم القسمة أو ان يباع المال المشترك بالمزاد بغير تدخل هؤلاء الدائنين، أو ان يتم ذلك فى غيابهم، وتوجه المعارضة التى يقدم بها الدائنون الى كل الشركاء المتقاسمين. وفى هذه الحالة يتعين على الشركاء ان يدخلوا الدائنين فى جميع الإجراءات ومن الطبيعى ان يكون لهؤلاء

الدائنين التدخل من تلقاء انفسهم وعلى نفقتهم (م ٨٤٢ مدنى) وذلك طبقا لما تقضى به قواعد المرافعات.

ويترتب على عدم ادخال الدائنين أو عدم تدخلهم فى دعوى القسمة، وعلى اتمام القسمة فى غيابهم وبالرغم من اعتراضهم ألا تكون هذه القسمة نافذة فى حقهم. ومن هذا يتبين ان الجزاء الذى يقرره القانون هنا بالنسبة لعدم نفاذ القسمة فى حق الدائنين، يتقرر بالنسبة للدائنين الذين عارضوا فى ان تتم القسمة عينا أو ان يباع المال بالمزاد دون تدخلهم، ولم يقم الشركاء بادخالهم فى جميع الإجراءات الخاصة بالقسمة. وهناك حالة اخرى يجب فيها على الشركاء ادخال الدائنين فى الإجراءات الخاصة بالقسمة كذلك، وهى حالة ما إذا كانت حقوق هؤلاء الدائنين مقيدة قبل رفع دعوى القسمة.

وعلى ذلك فانه بالنسبة للدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أو اصحاب الحقوق العينية التبعية بصفة عامة المدرجة اسماؤهم فى السجل العقارى، يتعين بالنسبة لهؤلاء الدائنين جميعا ان يدخلوا فى إجراءات القسمة، ويقع ذلك على الشركاء من تلقاء انفسهم، ولو لم يوجه هؤلاء الدائنون اية معارضة اليهم، فإذا لم يقم الشركاء بدعوتهم الى التدخل طبق الجزاء السابق. ومن الواضح ان معرفة الشركاء لدائنين فى هذه الحالة ميسورة نظرا لأن حقوقهم مشهورة. وهذا الحكم ينطبق ويقع على الشركاء إلزام بادخال الدائنين ما لم يتدخل هؤلاء من تلقاء انفسهم، حيث تكون القسمة سارية قبلهم.

هذا بالنسبة للدائنين بصفة عامة الذين يعارضون فى ان تتم القسمة فى غيابهم، أو بالنسبة للدائنين اصحاب الحقوق المقيدة قبل رفع دعوى القسمة. والمهم انه إذا اعترض الدائنون ايا كانوا أو كان حق الدائنين مقيدا، وقام الشركاء بدعوتهم، أو حضروا من تلقاء انفسهم، فان القسمة تسرى فى مواجهتهم، ولا يكون لهم بعد ذلك اى مطعن عليها، فقد اتاحت لهم فرصة مراقبة سير الإجراءات، وكان لهم ان يعترضوا على اى غش أو تواطؤ بين الشركاء المتقاسمين، فإذا لم يقم الشركاء بدعوة هؤلاء الدائنين فان القسمة لا تكون نافذة قبلهم.

اما إذا دعوا الى الحضور ولم يحضروا فماذا يكون الحكم ؟ من الواضح فى هذه الحالة ان الدائنين يعتبرون انهم قد قصرُوا، ولهذا لا يكون لهم الافادة من الجزاء الذى يقرره القانون بمعنى ان القسمة تسرى قبلهم، فلا يكون لهم الاعتراض عليها. وفى جميع الاحوال إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين فى إجراءاتها العامة، وذلك باثبات توافر شروط الدعوى البوليصية، متى توافرت شروطها وبصفة خاصة شرط الغش. ويراعى انه إذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين وكانت القسمة إتفاقية، فليس للدائنين ان يطعنوا فيها الا بطريق الدعوى البوليصية.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق حسن فرج - مطبعة ١٩٨٣ - ص ٢٦٣ وما بعدها)

مادة (٨٤٣)

يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٤٧ لیبی و ٧٩٧ سوری و ١٠٧٥ عراقی و ٩٤٦ لبنانی و ٧٢٠ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٤٣ مدنى ان القسمة، عندما تفرز نصيب كل شريك، يكون لها اثر رجعى، ذلك ان الشريك يعتبر مالكا وحده لهذا النصيب المفرز من وقت ان تملك في الشيوع، فإذا كان قد تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة، وإذا كان قد تملك فى الشيوع باعتباره شريكا فى مال الشركة بعد حلها اعتبر مالكا للنصيب المفرز من وقت حل الشركة لا من وقت تمام القسمة... وهكذا. فلا يعتبر الشريك انه قد تملك فى أى وقت أى مال آخر مفرز وقع فى نصيب أى شريك آخر، أى ان للقسمة اثرا كاشفا واثرا رجيعا أى ان القسمة لا تقتصر على الكشف عما يملكه الشريك مفرزا فى المال الشائع، بل انها ترجع ايضا بملكية الشريك لنصيبه المفرز الى الوقت الذى بدأ فيه الشيوع ولا تقف عند الوقت الذى تمت فيه القسمة.

ولا شك ان المادة ٨٤٣ مدنى، من ناحية القانون الوضعى، تقرر الاثر الكاشف للقسمة مصحوبا بالاثار الرجعى، وقد جاء كل ذلك على سبيل الافتراض والمجاز.

ومن اهم النتائج التى تترتب على الاثر الكاشف للقسمة:

١- سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذى وقع فى نصيبه جزء مفرز.

٢- عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا فى التقادم القصير.

٣- عدم ضرورة تسجيل القسمة فى العلاقة التى تقوم فيما بين المتقاسمين.

٤- ان القسمة عقد مساواة بين المتقاسمين وليست عقد مضاربة- ويترتب على ذلك:

(أ) ان الغبن الفاحش غير مسموح به فى القسمة، لأن غبن أحد المتقاسمين يخل بالمساواة.

(ب) انه لا يجوز استرداد المال المفرز الذى وقع فى نصيب أحد الشركاء بالقسمة إذا كان هذا المال متنازعا فيه.

(ج) ان ضمان التعرض والإستحقاق فى القسمة ينفرد ببعض أحكام خاصة تميزه عن ضمان التعرض والإستحقاق فى البيع (الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاورى - المرجع السابق - ص ٩٥٤ وما بعدها).

٢- يترتب على القسمة ان يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته فى هذا المال. ففي اثناء الشيوخ يكون للشريك حصة شائعة فى المال الشائع كله، فإذا ما وقعت القسمة تركّز حق الشريك فى جزء مفرز من هذا المال يخلص له دون غيره من الشركاء. ومن هذا كان الاثر الجوهرى للقسمة هو الافراز، وكانت القسمة على هذا النحو كاشفة لحق الشريك أو مقررة له.

ان حق الشريك المشتاع وان كان محددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة، الا انه يرد من الناحية المادية على الشئ الشائع كله، ومن هذا كانت وظيفة القسمة هى تحقيق التطابق بين الحدود المعنوية والحدود المادية لحق الشريك وذلك بافراز جزء من الشئ الشائع تخلص ملكيته للشريك منذ بدء الشيوخ، فهى لا تخول الشريك سندا جديدا، وانما سند حق الشريك هو السند الاصلى للملكية الشائعة.

وما دام ان القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فان اثرها الكاشف يقوم بالنسبة الى جميع الاشخاص، لا فرق فى ذلك بين المتقاسم والغير.

والعبرة فى إعتبار التصرف (تكييفه) من قبيل القسمة ان يكون التصرف ماديا الى اختصاص الشريك بمال مفرز كان شائعا من قبل، سواء شمل ذلك كل المال الشائع أو بعضه، وسواء تم ذلك بالنسبة الى كل الشركاء فى الشيوخ أو الى بعضهم. هذا، ويلاحظ انه لا سلطان للارادة فى تقرير الاثر الكاشف للتصرف أو استبعاده، ذلك ان الاثر الكاشف انما يستمد من طبيعة التصرف ذاته، كما انه لا يتصل فحسب بمصلحة المتقاسمين، بل يتصل كذلك بمصلحة الغير.

ان الذى يجعل القسمة ضرورية هو شيوخ المال بين الشركاء، ومن هذا كان طبيعيا ان ترد القسمة على كل مال شائع، وان ينطبق بالتالى الاثر الكاشف على ما افترته القسمة من هذا المال، سواء كان المال عقارا أو منقولا.

ويترتب على إعتبار القسمة كاشفة وليست نافذة، حلول عملية، اهمها ما يلى:

١- ان التصرفات التى ينفرد أحد الشركاء بابرامها اثناء الشيوخ على المال الشائع، لا تنفذ فى حق شريك آخر وقع هذا المال أو جزء منه فى نصيبه عند القسمة.

٢- ان القسمة لا تصلح سببا صحيحا للتمالك بالتقادم الخمسى (ذلك ان السبب الصحيح تصرف من شأنه ان ينقل الملكية أو الحق العينى الى الحائز باعتباره خلفا خاصا للمتصرف، أو انه كان صادرا من المالك أو صاحب الحق).

٣- ان مجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل، يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه، ولكن لا يجوز الإحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة الا بعد تسجيل القسمة، والغير هنا هو من تلقى عينيا على العقار الشائع وقام بشهره قبل تسجيل عقد القسمة. وقد شرع التسجيل لحماية الغير الذى يحتج عليه بالقسمة، فهى حماية مقررة لصالح الغير، ولكن ليست مفروضة عليه.

٤- انه ما دامت القسمة كاشفة للحق، فانه يجب ان يحصل المتقاسم على نصيب يعادل حصته الشائعة، تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية - ٢ - المرجع السابق - للدكتور عبد المنعم الصده - ص ٦٦ وما بعدها)

٣- يترتب على القسمة ان يختص كل شريك بجزء من المال الشائع فى حدود الحصة التى كانت له على الشيوع، وبذلك يحصل تطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى للحق الذى تبت للشريك منذ تملك فى الشيوع، فبعد ان كانت له حصة شائعة تصير تلك الحصة جزءا محدودا مفرزا من المال الشائع، ولا يكون هذا الا نتيجة للقسمة.

ولهذا يقال ان القسمة لا تنتقل الى المتقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل، ولكنها تكشف عن حق مقرر له من قبل. فالقسمة، كما يقال، كاشفة للحق أو مقرر له، وليست منشئة. ويترتب على ذلك ان سند ملكية المتقاسم يكون هو السند الاصلى لملكيتة فى الشيوع.

وإذا كانت القسمة لا تنتقل حقا جديدا الى المتقاسم، وانما تكشف عن حق ثابت من قبل، وإذا كان الافراز لا يتم الا بالقسمة، فان هذا هو ما يعبر عن الحقيقة. اما إذا قيل ان هذا الافراز يرجع الى ما قبل ذلك منذ قيام الشيوع، بمعنى ان المتقاسم كان يملك حصة مفرزة منذ بدء الشيوع، فان هذا يخالف الحقيقة. وهذا ما يعرف بالاثر الرجعى. وقد نصت المادة ٨٤٣ مدنى على هذا. ويفهم من ذلك ان المتقاسم كان مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى آل إليه بالقسمة، فى حين انه قبل القسمة لم يكن فى الواقع مالكا ملكية مفرزة، بل كان يملك ملكية شائعة. ولكن المشرع يهدف من وراء الاخذ بفكرة الاثر الرجعى الا ان تصرفات الآخرين اثناء الشيوع والتى وردت على الحصة المفرزة التى آلت الى احدهم لا تسرى فى مواجهته.

هذا، ويراعى انه إذا وردت القسمة على عقار تسجيلها. وتختلف القسمة باعتبارها مقرر أو كاشفة للحق عن التصرفات التى يترتب عليها نقل الملكية كالبيع. اذ فى التصرفات الاخيرة لا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل انها لا تكون حجة على الغير فقط، لكن تترتب عليها آثارها فيما بين المتقاسمين، اى يعتبر المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذى آل إليه، وذلك فيما بينه وبين غيره من المتقاسمين.

ويحتج بالقسمة على المتقاسمين دون تسجيل، وهذا هو الحكم فى ظل المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى (رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦).

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٦ وما بعدها)

٤- تتم قسمة المال الشائع عينا وهذا هو الأصل، وقد تتم بطريق التصفية إذا تعذرت قسمة المال الشائع عينا أو كان يترتب عليها نقص كبير فى قيمة المال المملوك على الشيوع. فإذا تمت القسمة عينا حصل كل من الشركاء على حصة مفرزة من المال الشائع معادلة لنصيبه، وان حصل على اقل منها عوض بمعدل عما نقص من حصته، وتخلص هذه الحصة المفرزة لكل من الشركاء خالية مما يكون قد رتبته

عليها شريك آخر من الشركاء الآخرين من تكاليف، إذ يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت منذ أن تملك في الشبوع وأنه لم يملك غيرها شيئا من بقية الحصص. فإذا كان سبب الشبوع - بمعنى الواقعة المنشئة له - هو وفاة المورث فبالقسمة يتحدد نصيب كل من الورثة مفرزا، ويعتبر كل منهم مالكا لهذا الجزء من وقت بدء الشبوع - وقت وفاة المورث - لا من الوقت الذي تتم فيه القسمة، وبذلك تخلص لكل من الشركاء حصته خالية مما يكون قد رتبته عليها غيره من الشركاء.

ولما كانت القسمة كاشفة للحق لا ناقله له، فإن التصرفات الكاشفة لاتصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية الأصلية. فالسبب الصحيح هو التصرف القانوني الناقل للحق لو كان صادرا من المالك، ومن ثم فلا القسمة ولا الميراث يعتبران سببا صحيحا.

والقسمة ان كان محلها أموالا عقارية تنتج اثرها فيما بين المتقاسمين، بيد انه لا يحتج بها في مواجهة الغير الا بالتسجيل، فيصبح كل شريك مالكا للحصة التي آلت إليه بطريق القسمة، وله ان يحتج بملكته في مواجهة الشركاء الآخرين، ولا يكون له مع ذلك الإحتجاج بها في مواجهة الغير الا بالتسجيل، فإذا كانت القسمة غير مسجلة فللغير تجاهلها وله ان يعتبر الشيء لا زال مملوكا على الشبوع.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٢٩ وما بعدها)

٥- ان كل متقاسم يعتبر مالكا للحصة المفردة التي آلت إليه بعد التعيين والافراز، وأنه لم يملك قط شيئا من الحصص الاخرى. فالقسمة على وجهه نظر القانون كاشفة لا منشئة أو ناقله، اي ان الشريك يملك شيئا في الملك المشاع منذ وجود حصة فيه، فإذا ما افرز هذا الشيء بالقسمة تعين انه هو ذلك الشيء الذي كان يملكه. ومن نتائج هذا انه يستطيع ايقاع العقد على حصته الشائعة اي يتصرف فيها متى شاء دون اذن شركائه ورضاهم.

(الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ١٩٦٤ - ص ١٣١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- القسمة تعتبر قانونا مقررة للحق لا منشئة له طبقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدني، وعلى هذا لا يصح ان تعتبر القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي، إذ يشترط في السبب الصحيح ان يكون من شأنه نقل الملك - لا تقريره - لو انه صادر من المالك الحقيقي.

(جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٥ مدني - ص ٨١٩)

٢- متى كان الحكم، إذ قرر ان القسمة مقررة لحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للإحتجاج به فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة وان كان واجبا بالنسبة الى الغير وهم من لهم حقوق عينية على العقار محل القسمة وليس من بينهم المستأجر، لأنه صاحب حق شخصي، فان هذا الذي قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/١١/٢ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ١٤٢٣)

٣- للشريك على الشيوع فى عدة عقارات ان يبيع حصته شائعة فى بعض العقارات، وإذا سجل المشتري عقده انتقلت إليه حصة البائع فى هذا البعض من العقارات شائعة، ويصبح المشتري دون الشريك البائع هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء، فإذا تجاهله شركاؤه واجروا قسمة هذه الاعيان مع الشريك الذى باع نصيبه بعقد مسجل، فلا يجوز الإحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذى سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة، ولا يغير من ذلك ان يكون الشريك قد باع اكثر من نصيبه فى بعض العقارات المشتركة، وذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا فى القدر الذى يملكه البائع، والمشتري دون البائع هو الذى يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما اراد الشركاء قسمة العقارات المشتركة.

(نقض - جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ - المرجع السابق - السنة ٦ - ص ١٣٧٥)

٤- المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى اذ تنص على ان: " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل ان هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير - ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة " فان مؤدى ذلك انه يجوز للغير إعتبار حالة الشيوع لا تزال قائمة طالما ان عقد القسمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل، واذا كان التسجيل فى هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه، فانه يكون له ان يرتضى القسمة التى تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذى شرع لفائدته.

(نقض - جلسة ١٩٥٩/١/١٥ - المرجع السابق - السنة ١٠ - ص ٤٣)

٥- مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر القارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم، وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا إذا سجلت القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٢ - المرجع السابق - السنة ١٥ ص ٥٠٢)

٦- متى كان المطعون عليهم قد رفعوا الدعوى بطلب ريع ثلاثة افدنة شائعة فى اثنى عشر فدانا، فان مفاد ذلك ان مطالبتهم انصبت على ريع حصتهم فى مجموع العقار الشائع، وذلك اثناء قيام حالة الشيوع وفى حق كل من يثبت انه كان منتقعا بهذه الحصة ونسبة هذا الإنتفاع.

ان الثمار التى تنتج من المال الشائع اثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم وإجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقا فى الاستئثار بثمار الحصة التى خصصت له الا من وقت حصول القسمة، ولا يفدح فى ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدنى من إعتبار المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع، ذلك ان علة تقرير هذا الاثر الرجعى للقسمة هو حماية المتقاسم من الحقوق التى يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفروز الذى خصص له فى القسمة مطهرا من هذه

الحقوق، ويجب قصر أعمال الاثر الرجعى للقسمة فى هذا النطاق واستبعاده فى جميع الحالات التى لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٦ ص ١١٤٥)

٧- مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى انه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم وانه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا إذا سجلت القسمة.

ان الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس انه ما زال مملوكا على الشيوع، وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة، واما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفرزا فانه لا يعتبر غير ولو سبق الى تسجيل حقه قبل ان تسجل القسمة، اذ ان حقه فى الجزء المفرز الذى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التى تنتهى إليها القسمة، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدنى من ان التصرف إذا انصب على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف الى الجزء الذى اختص به المتصرف بموجب القسمة، مما مفاده ان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى فى شأن المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوع، وإعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بموجب القسمة، ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفرزا لم يقع فى نصيب البائع له بموجب القسمة ان يطلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء ذاته، طالما ان القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه، وترتب انتقال حقه من الجزء المفرز المعقود عليه الى النصيب الذى اختص به البائع بموجب تلك القسمة.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٦ ص ٣٠١)

٨- لما كان يترتب على قسمة المال الشائع افراس حصة الشريك فيه بأثر كاشف للحق لا منشئ له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك على الشيوع وانه لا يملك غيرها فى بقية الحصص، وان تسجيل القسمة غير لازم فى العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقارى، ويعتبر كل متقاسم فى علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه بالقسمة ولو لم تسجل على خلاف الغير الذى لا يحتج عليه بها الا بتسجيلها، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يعن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمة فعلية لأطيان المورث الأصلى ولم تقع اطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به مورث المطعون ضده الثانى مع كونه دفاعا جوهريا كان يتعدى التصدى له ومناقشته، اذ لو ثبت القسمة لكان من الجائز ان يتغير وجه الرأى فى الدعوى، فانه يكون مشوبا بالقصور.

من المقرر ان الملكية لا تنتقل الا بالتسجيل وان المشتري لا يجاب الى طلب الحكم بصحة عقده الا اذا كان انتقال الملكية اليه ممكنا وهو في حالة عدم تسجيل العقود الصادرة لمن باع له غير ممكن.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ١٤٦٥)

٩- ان المادة ٨٤٣ من القانون المدني إذا نصت على ان يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ ان تملك في الشيوع وان لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصة، فقد دلت على ان القسمة مفرزة أو كاشفة للحق سواء أكانت عقدا أو قسمة قضائية لها أثر رجعي، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ ان تملك في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصة، وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق في الشيوع وانه لم يملك غيرها في بقية الحصة، وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يربتها غيره من الشركاء على المال الشائع، اثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرز العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد الذي خصص له في القسمة مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من ذاته ولو لم يكن مسجلا.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ - الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ القضائية)

١٠- قسمة العقار الشائع حجة على المتقاسمين ولو لم يسجل العقد. عدم جواز الإحتجاج بها على الغير الا بعد تسجيلها.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ - الطعن رقم ٥٩١ لسنة ٤١ القضائية)

١١- مؤدى نص المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر بالتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره ولو لم تسجل القسمة وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرفة على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(الطعن ٢٠٢ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٢٤ لم ينشر بعد)

١٢- يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره ولو لم تسجل القسمة بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة.

(الطعن رقم ١٢٠٩ و ١٤٤٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١/٣١ س ٤٦ ص ٢٩٧)

١٣- القسمة غير المسجلة. أثرها. إعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه. عدم الإحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة. مؤدى ذلك.

مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم، ولا يحتج بهذه الملكية المفرفة على الغير إلا إذا سجلت القسمة

ومن ثم فإن عدم تسجيل عقد القسمة لا يحول دون الإحتجاج بها على من كان طرفاً فيها.

(الطعن ٢٧٤٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٨ س ٤٦ ص ٩٣٦)

١٤- القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف علي غير الخيرات، المادة ٨٤٣ من القانون المدني - بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ألغى نظام الوقف الأهلي - أثر ذلك - أيلولة ملكية تلك الأراضي للمستحقين كل بقدر حصته - خضوع هذه الأراضي لحكم تحديد الملكية - الإستيلاء علي ما زاد منها علي النصاب القانوني - القسمة لا تعتبر سند تمليك وإنما سند الشريك في الوقف هو السند الأصلي للملكية الشائعة - أساس ذلك - القسمة كاشفة للحق وليست ناقلة له - تطبيق.

(الطعن رقم ٣٦٥٨ - لسنة ٤٢ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٣ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٤٤)

(١) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته ان يعوض مستحق الضمان، على ان تكون العبرة فى تقدير الشئ بقيمته وقت القسمة. فإذا كان أحد المتقاسمين معسراً، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(٢) غير انه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها، ويمتنع الضمان ايضاً إذا كان الإستحقاق راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٤٨ لىبى و ٩٧٨ سورى و ١٠٧٦ عراقى و ٩٤٨ لبنانى و ٧٢١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الماورد على نص المادة ٨٤٥ مدنى.

رأى الفقه:

١ - تبين من نص المادة ٨٤٤ مدنى مصرى ان كل متقاسم يضمن للمتقاسمين الآخرين ما يقع لهم من تعرض أو إستحقاق فى المال المفروز الذى وقع فى نصيبهم نتيجة للقسمة.

ويجب الضمان فى كل قسمة، إتفاقية كانت أو قضائية، عينية أو قسمة تصفية، بمعدل أو بغير بمعدل، صريحة أو فعلية. ويمتد الضمان للتصرفات المعادلة للقسمة.

الشروط الواجب توافرها لقيام ضمان التعرض والإستحقاق فى القسمة:

١ - وقوع تعرض أو إستحقاق، من الغير لا من أحد المتقاسمين، وهو ما نصت عليه المادة ٨٤٤ مدنى. فالمتقاسم - اذن - يجب ان يتمتع عن التعرض المادى لمتقاسم آخر، وهو ما يقتضيه مبدأ حسن النية فى تحديد مضمون العقد وتنفيذه (م ١٤٨ مدنى مصرى) اما إذا كان تعرض المتقاسم مبنى على سبب قانونى، فلا يمنعه من ذلك إلترام بالضمان. اما التعرض المادى الذى يقع من الغير ويوجب ضمان الإستحقاق هو التعرض المادى لأن المتقاسم لا يضمّنه، وانما هو التعرض المبنى على سبب قانونى، سواء ارفعت من الغير دعوى بالفعل، ام سلم المتقاسم له بحقه على ما يدعيه.

٢ - ان يكون الحق الذى يدعيه الغير سابقاً على القسمة - وفقاً لصريح الفقرة الأولى من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى. فإذا كان سبب الإستحقاق تالياً للقسمة لا قبلها، فلا ضمان.

٣ - عدم رجوع الإستحقاق الى خطأ المتقاسم نفسه - كما تقضى العبارة الاخيرة من الفقرة الاخيرة من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى، كأن يهمل المتقاسم فى قطع مدة حيازة الحائز لعين وقعت فى نصيبه حتى اكتملت مدة التقادم، واصبحت العين مملوكة للحائز، أو إذا تولى وحده الدفاع فى دعوى الإستحقاق دون ان يدخل المتقاسمين فيها واهمل التمسك بدفع كان يؤدى الى رفضها، أو انه لم يدخلهم وأقر بالحق للغير أو انتهج سبيلا للدفاع ادى الى خسارته للدعوى إذا أثبت المتقاسمون الآخرون ان الغير لم يكن على حق فى دعواه. ففى مثل هذه الفروض يفقد المتقاسم حقه فى الضمان.

٤ - عدم وجود شرط يعفى من الضمان - وان يكون شرط الاعفاء صريحا فلا يكفى الشرط الضمنى، وان يذكر فى شرط الاعفاء سبب الإستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه، وذلك كله تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين. وليس من الضروري ان يرد الشرط الصريح بالاعفاء من الضمان فى سند القسمة ذاته، بل يصح ان يكون فى ورقة مستقلة أو فى مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين.

الأثار التى تترتب على تحقق الضمان:

المتقاسم كالبائع يرجع بالتعويض على المتقاسمين، إذا استحققت العين التى وقعت فى نصيبه، فى أحد الاحوال التالية:

- ١- إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون، ولكنهم لم يفلحوا فى دفع دعوى المتعرض.
- ٢- إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمون فى الدعوى، وحكم للمتعرض، ولم يستطع المتقاسمون إثبات تدليس المتقاسم الدائن بالضمان أو خطأه الجسيم.
- ٣- إذا اخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، فلم يتدخل المتقاسمين فى الدعوى، وأقر المتقاسم الدائن بالضمان بحق المتعرض أو تصالح معه، ولم يستطع المتقاسمون الآخرون إثبات ان المتعرض لم يكن على حق فى دعواه.
- ٤- إذا لم يخطر المتقاسم المتقاسمين الآخرين بدعوى الإستحقاق، وحكم للمتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون أن تدخلهم فى الدعوى كان يؤدى الى رفضها.
- ٥- إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت المتقاسمون الآخرون ان المتعرض لم يكن على حق فى دعواه.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٧١ وما بعدها)

٢- بمقتضى المواد ٨٤٤ مدنى مصرى والمواد العربية المقابلة (م ٧٩٨ مدنى سورى و ٨٤٨ مدنى لیبى و ١/١٠٧٦ مدنى عراقى و ٩٤٨ لبنانى و ٧٢١ مدنى سودانى) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع لأحدهم من تعرض أو إستحقاق فى شأن نصيبه بسبب سابق على القسمة. وهذا الضمان يتقرر عادة فى خصوص التصرف الناقل للحق. كما هو شأن البيع. ومع ذلك فان هذا الضمان له ما يبيره خلفا للآخرين. ذلك انه يقوم فى القسمة على مبدأ هام وضرورى، وهو تحقيق المساواة بين

المتقاسمين. فلو ان المتقاسم اختص بعين معينة، ثم حكم لأجنبي بملكية هذه العين كلها أو بعضها أو بحق عيني عليها، كان معنى ذلك ان المتقاسم لم يحصل على نصيبه، أو انه قد حصل على جزء منه فحسب بينما حصل المتقاسمون الآخرون على أكثر من انصائبهم التي يستحقونها.

ويشمل الضمان التعرض والإستحقاق، ويتحقق التعرض إذا ادعى اجنبي ملكية العين التي آلت الى المتقاسم كلها أو بعضها أو ادعى حقا عينيا آخر عليها. اما الإستحقاق فيتم إذا حكم لهذا الاجنبي بما يدعيه.

ولا يشمل الضمان العيوب الخفية، ذلك ان وجود عيب خفي معناه ان النصيب الذي آل الى المتقاسم قد قوم بأكثر من قيمته، وهذا يكفي في شأنه ما هو مقرر من جواز نقض القسمة الإتفاقية بسبب الغبن. غير ان هذا المحل لا يصدق الا في القانون المصري والقانون السوري والقانون الليبي. اما في القانون اللبناني فيشمل الضمان العيوب الخفية فضلا عن التعرض والإستحقاق، وذلك لأن النص جاء عاما لا تخصيص فيه لنوع من الضمان دون غيره.

وإذا انفرد فريق من الشركاء باقتسام المال الشائع كله فيما بينهم، فاعفلوا بذلك نصيب شريك آخر أو أكثر، فان المسألة في هذه الحالة لا تكون مسألة ضمان يلتزم به الشركاء المتقاسمون نحو الشريك الذي اغفل نصيبه، وانما تكون القسمة حينئذ باطلة بطلانا مطلقا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ الملكية الشائعة - للدكتور عبد المنعم فرج الصده -

المرجع السابق - ص ٨٤ وما بعدها)

٣ - يحصل كل من الشركاء المشتاعين على حصة مفرزة بموجب القسمة، وهذا هو الغرض من القسمة. ويجب ان يكون هذا الجزء معادلا لنصيبه، فان قل عن ذلك عوض هذا الشريك بمعدل نقدي. فإذا تعرض متقاسم لآخر بعد القسمة. أو تعرض الغير لأحد المتقاسمين لسبب سابق على القسمة، وترتب على هذا التعرض إستحقاق جزء مما آل الى أحد الشركاء المتقاسمين بطريق القسمة. ففي هذا اخلال بمبدأ المساواة التي يجب ان يسود بين الشركاء المتقاسمين.

إذا حدث لأحد الشركاء تعرضا واستحقت الحصة التي آلت إليه بطريق القسمة، ولم يستطع باقى الشركاء دفع التعرض عنه، فان هؤلاء الشركاء يكونون قد اخلوا بالتزاماتهم بضمان التعرض، ويتعين عليهم تعويض المتقاسم الذي استحق نصيبه.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٣٥ وما بعدها)

٤ - يضمن المتقاسمون لبعضهم البعض ما قد يقع من تصرف أو إستحقاق ويفسر الضمان بين المتقاسمين على أساس ضرورة تحقيق المساواة فيما بينهم، من حيث استلزام حصول كل منهم على ما يوازى الحصة التي كانت له في الشيوع، فإذا ثبت ان شخصا من الغير تعرض لأحد المتقاسمين وحكم له بملكية العين التي وقعت في نصيب هذا المتقاسم كلها أو بعضها، كان معنى ذلك ان المتقاسم لم يتلق شيئا أو تلقى حقه ناقصا. ومن هنا يقع الضمان على الباقيين، اذ ليس من العدالة ان يأخذ باقى المتقاسمين حقوقهم كاملة، ويحرم احدهم من كل حقه أو بعضه.

ويقتصر ضمان التعرض على التعرض القانوني، وعلى الإستحقاق، فلا يشمل العيوب الخفية كما هو الشأن في حالة البيع. ولهذا ما يببره، إذ في حالة البيع لا يجبر المشتري على قبول مبيع معيب، أما في حالة القسمة فإنه إذا كان الشيء معيبا ووقع في نصيب المتقاسم، فلا يكون له أن يرجع بالضمان، لأنه لا محالة من وقوعه في نصيب أحد الشركاء، ومع ذلك إذا اكتشف المتقاسم العيب فيما آل من نصيب، فإن هذا يدل على غبن لحقه، وبالتالي تطبيق أحكام الغبن إذا توافرت شروطه طبقا لما يقضى به القانون في شأن القسمة.

ويشترط لقيام الضمان أن يكون التعرض أو الإستحقاق لسبب سابق على القسمة، كما إذا استحققت العين التي آلت إلى أحد المتقاسمين على أساس اكتساب الغير بالتقادم الذي توافرت شروطه قبل القسمة، أو إذا كان الغير قد اشترها قبل القسمة بعقد صحيح.

فإذا ما تحقق هذا إلزام المتقاسمون الآخرون بالضمان، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته قبل مستحق الضمان، والعبرة في تقدير الشيء بحسب قيمته وقت القسمة، فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين وذلك بمقدار نصيب كل منهم، وفي القانون المصري ينقرر لمستحق الضمان حق امتياز على انصبة المتقاسمين الآخرين طبقا لأحكام المادة ١١٤٩ مدني التي تجعل للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق إمتياز لما تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الآخرين، ومع ذلك لا محل للضمان في حالتين هما حالة الإتفاق، وحالة ما إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه.

(أ) ففي حالة الإتفاق ينص القانون المدني على أنه لا محل للضمان إذا كان هناك إتفاق صريح يقضى بالاعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها. فيلزم في هذه الحالة أن يكون الإتفاق صريحا، وهذا بخلاف الإتفاق على الاعفاء من الضمان في حالة البيع إذ يكون الإتفاق صريحا أو يستنتج من الظروف. ومن ناحية أخرى يلزم أن يكون شرط الاعفاء خاصا يتفق فيه على الاعفاء من ضمان سبب معين من اسباب الإستحقاق، وبذلك يقتصر الاعفاء عليه فقط. وهذا بخلاف البيع إذ الإتفاق على عدم الضمان يجوز للبائع أن يسقط الضمان عن نفسه بشرط عام.

(ب) وينص القانون كذلك على أن يتمتع الضمان أيضا إذا كان الإستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه، من ذلك مثلا حالة ما إذا أهمل المتقاسم في قطع التقادم، أو إذا ادعى الغير بحق سابق على القسمة، فأقر له المتقاسم بما يدعيه رغم عدم صحة دعواه.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور العميد توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٦٩ وما بعدها)

٥- قد تنتهي القسمة وينال كل شريك نصيبه منها، ثم يعرض أن يظهر مستحق لحصة أحد الشركاء، وذلك يقع في الحصص العينية، فيأخذه فتفرغ يد هذا الشريك من الحق الذي له في الملك المقسوم. وعلاجا لحالة الإستحقاق هذه وضع المشرع العراقي نص المادة ١٠٧٦ مدني فجعل بها للشريك الذي إستحققت حصته حق الرجوع على الشركاء الآخرين بما يصيبهم بحسب حصصهم من قيمة الحصة المستحقة التي تقدر

بقيمتها وقت القسمة. ومثل ذلك يقال إذا كان من استحققت حصته أكثر من واحد. وعلى هذا يكون القانون قد قرر للشريك ضمانا لحصته على حصص الشركاء الآخرين، فحصته مضمونة بحصصهم على الوجه العادل، بحيث يقال ان ما تقع عليه القسمة هو الملك المشاع الباقي بعد الإستحقاق.

وإذا ترتب للشريك ضمان على شركائه بسبب الإستحقاق وكان احدهم معسرا قسم ما يصيب هذا من الضمان على جميع الشركاء الآخرين ومنهم المستحقة حصته، فيدفعون ما يصيب هذا اضافة الى ما يصيب حصصهم من المساهمة في الضمان. فكأن الشركاء ضامن بعضهم لبعض ضمانا مضاعفا هو ضمان الحصة المستحقة ثم ضمان ما يصيب المعسر منهم من هذا الضمان، ولهم الرجوع عليه بما ضمنوا عنه إذا أيسر.

ويشترط لإستحقاق الشريك ضمان حصته المستحقة ما يشترط في ضمان الإستحقاق العادي، ومن ذلك ان يكون سبب الإستحقاق قد نشأ زمن الشيوع لا بعد القسمة اي ان الإستحقاق لم يقع على ملكية الشريك للحصة التي إصابته بالقسمة وان يكون الإستحقاق ثابتا بالبينة المقبولة قانونا، لهذا لا يكون للشريك ضمان على حصص الشركاء الآخرين إذا كان قد سلم بمجرد الادعاء بالإستحقاق أو كان سبب الزامه هو الإقرار على ما هو مفصل في دعوى الإستحقاق، وعليه الى جانب ذلك ان يخطرهم بالإستحقاق والدخول في الدعوى، ولكنهم يتخلصون من الضمان إذا أثبتوا ان دعوى الإستحقاق كانت تواطوا أو غشا من الشريك أو كان هناك شرط صريح باسقاط حق الضمان إذا كانت القسمة رضائية.

وللشريك الذي استحققت حصته إمتياز على حصص شركائه الضامنه لحصته وعلى معدل القسمة، فكأن هذه الحصص والمعدل ان وجد رهن لضمان الإستحقاق.

(الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ص ١٢٤ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة، فيمتنع الضمان إذا كان التعرض أو الإستحقاق لسبب لاحق للقسمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٣ - ص ٥٠٦)

٢- مفاد نص المادة ٨٤٤/٢ مدني انه لا محل للضمان في القسمة إذا وجد شرط صريح في العقد يقضى بالإعفاء من الضمان وذكر في هذا الشرط سبب الإستحقاق بالذات المراد من ضمانه.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ٧٢٨)

٣- وحيث أن مما ينه الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب. وفي بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بأن المتقاسمين يضمنون بعضهم البعض فيما يقع من إستحقاق إذا كان لسبب سابق على التسبيب مفاد بنص المادة ٨٤٤ من القانون المدني، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع مع أنه دفاع

جوهري من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأي في الدعوى وألزمه وحده دون باقى المتقاسمين بقيمة العجز الحاصل بسبب نزاع الملكية في تاريخ سابق على تاريخ القسمة بما يعيبه ويستوجب نقضه.

(الطعن ١٣٥١، ٢٠٥١ س ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٦ لم ينشر بعد)

٤- وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وفقاً للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم القسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص، وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم، وأن المتقاسمين - وفقاً للمادة ٨٤٤ من القانون ذاته يضمنون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو إستحقاق لسبب سابق على القسمة، فيمتنع على كل متقاسم التعرض لأى من المتقاسمين معه فى الإنتفاع بالجزء الذى آل إليه بموجب القسمة أو منازعته فيه. لما كان ذلك وكان الثابت فى الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن حكم القسمة الصادر فى الدعوى ١٧٦٥ لسنة ١٩٦٩ مدنى جزئى عابدين قد شمل قطعة الأرض المتنازع عليها، وقضى بإختصاص مورث الطاعن بها، وأن المطعون ضده الأول كان مختصماً فى تلك الدعوى، فإن الحكم يكون حجة عليه، ولا تجوز له العودة إلى الإدعاء بأنه ومورثه تملكا الأرض بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية لأن واقعة الحيازة تلك سابقة على صدور حكم القسمة وقد حسمها ذلك الحكم. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن وبثبوت ملكية المطعون ضده المذكور لقطعة الأرض موضوع النزاع بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما يوجب نقضه لهذين السببين دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٢٤١ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١١ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٨٤٥)

(١) يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين انه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن، تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة.

(٢) ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا اكمل للمدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته. النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٤٩ لىبى و ٧٩٩ سورى و ١٠٧٧ عراقى و ٩٤٧ و ٩٤٨ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١- القسمة سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية، وسواء كانت القسمة القضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها اثران:

(أ) يكون لها اثر رجعى، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ ان تملك فى الشيوع، وانه لم يملك غيرها شيئاً فى بقية الحصص (قارن م ٥٥٥ من التقنين المختلط وهى تنص على ان القسمة منشئة كالبيع). ومن اجل هذا الاثر الرجعى نتائج كثيرة معروفة، اهمها ان تصرفات الشريك فى جزء مفرز يوقف اثرها حتى تعرف نتيجة القسمة.

(ب) يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو إستحقاق لنصيب سابق على القسمة. ويكون كل من الشركاء ملزماً لمستحق الضمان بنسبة حصته (بما فى ذلك حصة مستحق الضمان نفسه). ويقدر الشئ بقيمته وقت القسمة، وتوزع حصة المعسر على جميع المتقاسمين الموسرين. ولا محل للضمان إذا كان هناك شرط صريح فى سند القسمة يقضى بالاعفاء من الضمان فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها هذا الضمان. ويسقط الضمان كذلك إذا كان سببه راجعاً الى خطأ المتقاسم كأن اهمل فى قطع التقدم.

٢- وفى قسمة التراضي وحدها (اى إذا كانت القسمة عقد) يجوز نقض القسمة للغبن فيما يزيد على الربع، ويقدر الشئ بقيمته وقت القسمة، وترفع دعوى الغبن فى خلال السنة التالية للقسمة. ويجوز وقف الدعوى إذا اكمل المدعى نقداً أو عيناً ما نقص من حصته. اما القسمة القضائية فلا تقبل فيها دعوى الغبن لأن المفروض فى هذه القسمة ان كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء السادس - ص ١٢٨)

رأى الفقه:

١- يلاحظ ان نقض القسمة للغبن مقصور على القسمة الاتفاقية، اما القسمة القضائية فلا يجوز الطعن فيها، اذ المفروض ان هذه القسمة قد احيطت بالضمانات

الواجبة التي يكون من شأنها رفع الغبن عن المتقاسمين وكفالة المساواة فيما بينهم. ويخالف القانون المدني الفرنسي القانون المدني المصري في ذلك. فالتقنين الفرنسي يبيح نقض القسمة للغبن ولو كانت قسمة قضائية.

وإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون، فهذا في ذاته عيب يجعل عقد القسمة قابلاً للنقض أي قابلاً للإبطال. وليس من الضروري أن يصحب الغبن تدليس أو غلط، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الغبن نتيجة لإستغلال طيش بين أو جامع في الشريك المغبون. فالغبن وحده كاف لجعل عقد القسمة قابلاً للإبطال بناء على طلب الشريك المغبون. ومع ذلك يجوز له اجازة عقد القسمة صراحة أو ضمناً. والغالب في العمل أن يقع الغبن للغلط إذا توافرت شروطه وكذلك يكون قابلاً للنقض إذا توافرت شروط الغبن. أما الخطأ في الحساب فلا يكون سبباً للإبطال للغلط ولا للنقض للغبن ولكن يجب تصحيحه.

فإذا ما تحقق الغبن في القسمة الإتفاقية جاز رفع دعوى نقض القسمة، حتى لو كان المال المقسوم منقولاً، بخلاف البيع فيشترط لجواز الطعن فيه للغبن أن يكون البائع غير متوافر الأهلية وأن يكون عقاراً. وعبء إثبات الغبن الذي يزيد على الخمس يقع على عاتق المدعى أي الشريك المغبون، وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن، لأنه إنما يثبت واقعة مادية. والغالب في العمل أن تعين المحكمة خبيراً لتقدير المال الشائع وقت القسمة ولتقدير قيمة المال المفروز الذي وقع في نصيب الشريك المغبون وقت القسمة أيضاً. وبمقارنة هاتين القيمتين تمكن معرفة ما إذا كان الشريك قد لحقه غبن يزيد على الخمس بالنظر إلى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة.

ومتى ثبت للقاضي وقوع غبن للمدعى يزيد على الخمس، فإنه يتعين عليه أن يقضى بنقض القسمة أي بإبطالها. ففي دعاوى الإبطال على خلاف دعاوى الفسخ. لا يملك القاضي سلطة تقديرية ويتحتم عليه أن يقضى بإبطال العقد متى تحقق سبب الإبطال. فإذا نقضت القسمة الإتفاقية للغبن، بطلت واعتبرت كأن لم تكن، وعادت حالة الشبوع التي كانت قد زالت بالقسمة قبل إبطالها واعتبر المملوك للشركاء شائعاً بينهم منذ بدأ الشبوع وكأنه لم ينقطع. ونقض القسمة للغبن له اثر رجعي، فتسقط تصرفات الشركاء في الأموال المفروزة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨٩٩ وما بعدها)

٢- يخضع عقد القسمة للقواعد العامة التي تسري على سائر العقود من حيث الانعقاد والصحة. فضلاً عن ذلك فإن عقد القسمة يجوز نقضه بسبب الغبن (م ٨٤٥ مدني مصري و ٨٤٩ ليبي و ٧٩٩ سوري و ١٠٧٧ عراقي).

ويتضح من القوانين العربية المذكورة - فيما عدا القانون اللبناني - أنها تقيم في النصوص المذكورة حكماً مستحدثاً يجوز بمقتضاه نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يبلغ قدرًا معيناً، فهي تقيم الغبن في القسمة على أساس مادي بحت، وذلك استثناء من القواعد العامة فيها التي تتطلب لإبطال العقد فضلاً عن اختلال التعادل بين الاداءات المتقابلة أن يكون هناك إستغلال لضعف معين في المتعاقدين المغبون.

والدعوى التي يرفعها المتقاسم المغبون هي دعوى نقض القسمة التي تمت لإجراء قسمة أخرى من جديد. ويرجع هذا الى الحرص على تحقيق المساواة بين المتقاسمين، ويكون للمدعى عليه الخيار في ان يكمل هذا النقص بمبلغ من النقود أو بعين يعطيها للمدعى.

وفى القانون المصرى والقانون الشورى والقانون العراقى فهذه الفترة ستة اشهر، وهذه وتلك ميعاد سقوط لا تقادم، فلا يرد عليه وقف ولا انقطاع.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور الصده - المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ان المادة ٨٤٥ من القانون المدني قد جعلت من الغبن الذى يزيد على الخمس عيباً فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها، ولهذا الشريك ان يجيز القسمة التى لحقه منها، فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض وهذه الاجازة كما تكون صريحة يجوز ان تكون ضمنية اذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة، وتصرف الشريك المغبون فى كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذى لحقه فى طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على ان نيته قد اتجهت الى التجاوز عن هذا العيب والى الرضاء بالقسمة رغم وجوده. وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ ص ١٤٨٠)

٢- جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدني من الغبن الذى يزيد على الخمس عيباً فى عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها، ومن ثم فإذا وقع فى القسمة غبن بالمقدار الذى حدده القانون، جاز للشريك المغبون ان يرجع على باقى الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الإستحقاق قد استبعد فى عقد القسمة من ان يكون سبباً للرجوع بالضمان وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذلك الى ان اسقاط الطاعة حقها فى الضمان بالنسبة لحصتها فى العمارة يترتب عليه سقوط حقها فى طلب نقض القسمة للغبن، فانه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ٧٢٨)

٣- أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وفقاً للمادة ٨٤٣ من القانون المدني يترتب على صدور حكم القسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها فى بقية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفاً فى دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم، وأن المتقاسمين وفقاً للمادة ٨٤٤ من القانون ذاته يضمنون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة فيمتنع على كل متقاسم التعرض لأي من المتقاسمين معه فى الانتفاع بالجزء الذى آل إليه بموجب القسمة أو منازعته فيه.

(الطنين رقم ٢٤١ - لسنة ٦٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٣/٠٣/١١)

مادة (٨٤٦)

(١) فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع، متنازلاً لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد عن خمس سنين. فإذا لم يشترط لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر انه لا يرغب فى التجديد.

(٢) وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة، انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوخ جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٠ لىبى و ٨٠٠ سورى و ١٠٧٨ عراقى و ٧٢٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.

رأى الفقه:

١- كثيراً ما يتفق الشركاء فى الشيوخ تخلصاً من مشاكل ادارة المال الشائع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات، على قسمة المهايأة لمدة معينة، فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك، ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته فى المال الشائع، وبذلك يتهيأ لكل منهم ان يحوز مالا مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والإنتفاع به بنفسه أو بواسطة غيره، دون ان يحاسب أى شريك الاخر على ادارته لنصيبه ولا على الغلة والثمار التى حصل عليها. هذه المهايأة المكانية لا يجوز ان تزيد على خمس سنوات وإذا زادت انقصت إليه بحيث لا يجبر الشريك على البقاء فى الشيوخ عن طريق المهايأة المكانية مدة اطول من ذلك، لأن المهايأة وان كانت تفرز المال من حيث المنفعة الا انها تبقى شائعاً من حيث الملكية. ويجوز تجديد المدة بحيث لا تزيد كل مدة على خمس سنوات.

والذى يقع عملاً ان المهايأة المكانية تدوم مدة طويلة، فتتجدد من مدة الى اخرى، وكثيراً ما تدوم خمس عشرة سنة أو أكثر. والمهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنوات دون ان يرغب أحد فى انتهائها، لأكثر دليل على ان هذه المهايأة هى خير قسمة للمال الشائع، ارتاح إليها الشركاء واطمأنوا الى التعامل على اساسها. لذلك استحدث القانون المدنى حكماً نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ يقضى بانه إذا دامت هذه القسمة خمس عشر سنة انقلبت قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشيوخ جزءاً مفرزاً من المال مدة خمس عشرة سنة، افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة. ولا بد من تسجيل القسمة النهائية، ومن

ثم فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها. وإذا لم يتفق الشركاء على كتابة الورقة التي تعد للتسجيل، جاز لأي شريك أن يرفع النزاع إلى المحكمة وتقضي المحكمة بثبوت القسمة النهائية، ويكون تاريخ القسمة هنا هو اليوم التالي لانعقاد الخمس عشرة سنة وليس يوم ابتداء المهياة المكانية ولا يوم رفع الدعوى أو يوم صدور الحكم.

وقد تكون المهياة زمانية بأن يتفق الشركاء على أن يتتابوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. ولم ينظم القانون مدة المهياة الزمانية كما نظم مدة المهياة المكانية، فتسرى القواعد العامة، ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد دورات التناوب في الإنتفاع بالمال الشائع كما يشاءون، بشرط ألا يؤدي هذا الإتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشيوع على مدة تزيد أو تقل عن خمس سنين. وتنتهي المهياة بانتهاء مدتها، ويعين الإتفاق هذه المدة وكيف تنقضي.

ولا تنقلب المهياة الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها، ذلك أن المهياة المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك. أما المهياة الزمانية فتبقى المال الشائع على حالته دون إفراز وإنما تقسم زمن الإنتفاع به، فهي لا تهيئ للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٨١٢ وما بعدها)

٢- قسمة المهياة هي قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية، فهي إتفاق مؤقت يراد به تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ومن ثم فلا ينتهي بها الشيوع.

وقد نظم الشارع المصري والسوري والعراقي والليبي هذا النوع من القسمة. والنصوص التي وردت في هذا التنظيم كلها نصوص مستحدثة، فلا نظير لها في التقنين المصري القديم ولا نظير لها في التقنينات الاجنبية في هذا الموضوع.

المهياة نوعان: مهياة مكانية، ومهياة زمانية. الأولى نصت عليها المادة ٨٤٦ مدني مصري (وتطابقها م ٨٥٠ مدني ليبي وم ٨٠٠ مدني سوري وم ١٠٧٨ مدني عراقي)، ومؤداها أن في المهياة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، نازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء. ولا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات، إنما يجوز بعد إنقضاء الخمس سنوات أن يتفق على مدة أخرى مماثلة. فإذا لم تشترط مدة، أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت المدة سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

أما المهياة الزمانية فقد نصت عليها المادة ٨٤٧ مدني مصري، وتطابقها المواد ٨٥١ ليبي و ٨٠١ سوري و ١٠٧٨ عراقي.

فالمهياة الزمانية هي التي فيها يتفق الشركاء على أن يتتابوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

وهناك - فضلاً عن ذلك - حالة خاصة، مؤداها أنه إذا لم يتم الإتفاق فيها على قسمة المهياة، جاز أن تتم المهياة بأمر من القاضي بناء على طلب أحد الشركاء. وهذه الحالة - في القانون المصري والليبي والسوري هي المهياة التي تتم أثناء إجراءات القسمة النهائية، وقد نصت عليها المادة ٨٤٩ مدني مصري ويطلقها نص

المادتين ٨٥٣ مدنى لىبى و ٨٠٣ مدنى سورى. ومؤداها ان للشركاء ان يتفقوا اثناء إجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية، فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضى الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء ان يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا إقتضى الأمر ذلك.

أما فى القانون العراقى فقد نص فى المادة ١٠٨٠ مدنى على ان هذه الحالة من المهايأة هى التى تتم فى المنقول عند عدم إتفاق الشركاء على المهايأة، حيث جرى نصها بأنه: " إذا لم يتفق الشركاء على المهايأة فى المنقول ولم يطلب احدهم ازالة الشبوع فللشريك الذى يطلب المهايأة مراجعة محكمة الصلح لاجرائها ".

(الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ٢ - ص ٩٢ وما بعدها)

٣- قسمة المهايأة هى قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية، ويقصد من ورائها تنظيم الإنتفاع بالمال الشائع، ولهذا لا تنتهى بها حالة الشبوع. وقد نظم المشرع قسمة المهايأة فى المواد من ٨٤٦ الى ٨٤٩ مدنى والمهايأة اما مكانية واما زمانية.

ففى المهايأة المكانية لا يصح ان يتفق على ان تكون المهايأة لمدة ازيد من خمس سنوات، فإذا اتفق على مدة تزيد على خمس سنوات انقصت المدة الى هذا الحد، فإذا لم تحدد لها مدة أو إنتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل إتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك الى شركائه رغبته فى عدم التجديد، وانما يلزم ان يتم هذا الإعلان قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر.

وقد سوى المشرع بين الإتفاق على البقاء فى الشبوع والإتفاق على قسمة المهايأة من حيث الحد الاقصى للمدة وجعلها خمس سنوات.

وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلبت قسمة نهائية. ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. والواقع ان المشرع قد راعى فى هذا الصدد ان المهايأة التى تدوم خمس عشرة سنة دون ان يرغب أحد فى انهاؤها، تعتبر خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء ان يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها بالتجربة وإطمأنوا لنتائجها، فان كانوا يريدون غير ذلك، فما عليهم الا ان يتفقوا مقدما على ان قسمة المهايأة لا تتقلب الى قسمة نهائية.

وتحول قسمة المهايأة فى هذه الحالة الى قسمة نهائية يتم بقوة القانون، ولهذا لاتعد القسمة فى هذه الحالة قسمة إتفاقية، وان كانت تقوم على إتفاق على قسمة مهايأة. ذلك ان القانون هو الذى يرتب هذا الاثر بجعل الاستمرار ١٥ سنة فى قسمة المهايأة يحولها الى قسمة نهائية. ويترتب على هذا ان الآثار التى تترتب والأحكام التى يقررها القانون بصدد القسمة الإتفاقية لا تسرى فى هذه الحالة، فلا يجوز نقض القسمة بسبب الغبن مثلاً.

ولكن هل يلزم تسجيل القسمة وقيدها فى السجل العينى فى هذه الحالة إذا وردت على عقار تنص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والمادة ٢٧ من قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة، وتبعاً لذلك يلزم تسجيل عقد القسمة، كما يلزم تسجيل الحكم الصادر فى

القسمة إذا كانت قضائية. ولما كان تحول قسمة المهايأة الى نهائية لا يتم بتصرف ولا بحكم، وانما يتم بقوة القانون، فانه لا يكون واجب التسجيل.
وحيازة الشريك - طبقا للمادة ٨٤٦/٢ مدنى - لجزء مفرز من المال الشائع مدة ١٥ سنة يعد قرينة على انه قد حاز بناء على قسمة مهايأة، وتبعاً لذلك تنقلب القسمة فى هذه الحالة الى قسمة نهائية بقوة القانون فالقرينة هنا تقوم إذا أثبت الشريك انه حاز جزءاً مفرزاً لمدة ١٥ سنة.

وافترض ان الحيازة تستند الى قسمة مهايأة، وبالتالي تنقلب الى قسمة نهائية يمكن نقضه بأحد طريقين: فقد تنقض القرينة هنا بالدليل العكسى، بأن يثبت ان حيازة الشريك لا تستند الى قسمة مهايأة، وإذا ثبت هذا انتقلت قسمة المهايأة، وانتفى بالتالى ما يترتب على ذلك من انقلابها الى قسمة نهائية، ومن ناحية اخرى فان القسمة المترتبة على القرينة فى هذه الحالة لا تتحقق إذا ما ثبت ان هناك اتفاقاً سابقاً على الا تنقلب قسمة المهايأة الى قسمة نهائية.

أما المهايأة الزمنية فتكون بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ولا يوجد تحديد للمدة التى يصح الإتفاق بالنسبة لها، كما هو الشأن بالنسبة للمهايأة المكانية، ولذلك يجوز الإتفاق على تناوب الإنتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس سنوات، والمهم هو مراعاة التناسب بين مدة الإنتفاع وبين حصة كل شريك.

ويراعى انه فى خلال مدة انفراد كل شريك بالإنتفاع بالشئ أو بالحق المشترك، يكون له ان يتصرف فى حقه الخاص الذى يتمتع به خلال المدة المعينة للإنتفاع، وله ان يتصرف بمقابل أو بدون، ولا يلزم فى هذه الحالة تقديم حساب لشركائه عما إستوفاه، وكل هذا بشرط الا يأتى أمراً من شأنه ان ينقض أو يمنع حقوق الباقيين عندما يأتى دورهم فى الإنتفاع.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى تنقلب قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية، ما لم يتفق الشركاء على ذلك، كما اعتبر المشرع فى الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة مما مؤداه انه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة، فإن حيازة الشريك على الشيوع لجزء مفرز من المال الشائع تودى الى ملكيته لهذا الجزء إعمالاً لهذه القرينة وللحكم الوارد فى صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها.

إذا كان ما حازه الشريك وآلت إليه ملكيته عقاراً، فانه لا يمكن الإحتجاج بهذه الملكية على الغير الا بتسجيل القسمة النهائية التى تحولت إليها قسمة المهايأة، ولا يقدح فى ذلك ان القسمة تحصل فى هذه الحالة بحكم القانون اذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة

عقارية حتى تكون حجة على الغير دون ان نفرق في ذلك بين القسمة التي تتم بالإتفاق أو بحكم القاضى أو بحكم القانون، هذا، على ان الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدنى صريحة فى وجوب إتخاذ إجراءات الشهر العقارى بالنسبة للقسمة التي تتحول إليها قسمة المهايأة حيث ورد فى قرار لجنة القانون المدنى فى محضر الجلسة السابعة والثلاثين ان النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالإتفاق أو عند النزاع بحكم ويتبع فى ايها إجراءات الشهر العقارى.

لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ان الطاعن قد يستهدف بطعنه بعدم نفاذ التصرف الصادر الى المطعون ضده الثانى الى إجراء المفاضلة بين عقده غير المسجل وعقد المطعون ضده المذكور المسجل، فان ذلك الطعن - وعلى ما جرى به قضاء النقض - يكون غير منتج فى التخلص من آثار هذا العقد المسجل والمطعون فيه بالدعوى البوليصية حتى ولو كان المطعون ضده الثانى بوصفه منصرفاً له والمتصرف سئ النية متواطئين على حرمان الطاعن من الصفقة، ومن ثم يكون ما يعيبه الطاعن على الحكم من اغفال تحقيق طعنه على عقد المطعون ضده الثانى بالدعوى البوليصية لا جدوى منه فى خصوص هذه الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ ص ١٠٨٤)

٢- القسمة باعتبارها كاشفة للحق لا منشئة له لا تكسب أطرافها ملكية جديدة بل تقرر ملكية كل شريك لحصة مفرزة بعد ان كانت شائعة وتؤدى الى تجزئة ملكية الاطيان التى تتناولها، ذلك ان هذه الملكية تعتبر مجزأة فعلاً بين الشركاء بمقتضى سند اكتسابها ومنذ قيام حالة الشبوع بين الشركاء وكل ما ترتب على قسمتها هو تحويل الحصص الشائعة الى مفرزة، ومن ثم فان النعى على عقد القسمة بالبطلان بدعوى مخالفة المادة ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالأصلاح الزراعى والقول ببقاء ملكية الطاعن شائعة مما يخوله حق طلب الشفعة فى القدر المتصرف فيه، يكون على غير أساس.

إذا كان ما إنتهى إليه الحكم من تكليف للمحرر المتنازع عليه بأنه قسمة نهائية لا قسمة مؤقتة هو تكليف صحيح تؤدى إليه عبارة العقد، ثم رتب الحكم على ذلك عدم أحقية الشريك المتقاسم فى الاخذ بالشفعة، فانه لا يكون قد خالف القانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/١١/٦ - المرجع السابق - ص ١١٦٤)

٣- قسمة المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشر سنة. صيرورتها قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك. الفرض الوارد فى المادة ٢/٨٤٦ مدنى.

(الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١١/٢٤)

٤- قسمة المهايأة التى تدوم خمس عشرة سنة ،صيرورتها نهائية ما لم يتفق الشركاء غير ذلك. م ١/٨٤٦ مدنى.

يشترط وفقاً لنص المادة ١/٨٤٦ من القانون المدنى حتى يتحول عقد قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية أن يستمر خمسة عشرة سنة وأن لا يكون الشركاء قد إتفقوا مقدماً على خلاف ذلك.

(الطعن ٥٤٢٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩ س ٤٥ ص ١٢٦٥)

٥- قسمة المهايأة بين الشركاء على الشيوع. ماهيتها. الإيجار الصادر من الشريك عن الجزء المفرز الذي إختص به نافذ في حق الشركاء. الإيجار الصادر منهم بعد القسمة ولو كانوا أصحاب الأغلبية غير نافذ في مواجهته. لهذا الشريك الإحتجاج بهذه القسمة قبل المستأجر ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً. المادتان ٨٤٦/١، ٨٤٨، مدني.

نص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ والمادة ٨٤٨ من القانون المدني - يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يختص على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي إختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى، ويعتب الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء، وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته وجواز الإحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يتمتع عليهم ممارسة هذا الحق للإلتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلال وإدارة هذا الجزء، وبحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي إستأجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً، إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار إنه لا يلزم شهره للإحتجاج به على الغير.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٢٧ ص ٤٧ ص ١٠٤)

٦- قسمة المهايأة بين الشركاء على الشيوع. ماهيتها. الإيجار الصادر من الشريك عن الجزء المفرز الذي إختص به. نافذ في حق باقي الشركاء. الإيجار الصادر منهم بعد القسمة ولو كانوا أصحاب الأغلبية غير نافذ في مواجهته. لهذا الشريك الإحتجاج بهذه القسمة قبل المستأجر ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً. م ٨٤٦/١، مدني.

النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة قسمة معينة فيقسموا المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء. ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يتمتع عليهم ممارسة أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة الصادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلاله وإدارة هذا الجزء

ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي إستأجر من باقى الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً.

(الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٧/٥/٤ س ٤٨ ص ٧٢٤)

٧- وحيث أن مما ينعى به الطاعن على الحكم المطعون فيه، القصور في التسبيب، والفساد في الإستدلال، والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقول إنه تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن مورثة ومورث المطعون ضده خلف الورثة موضوع النزاع فضلاً عن شقة إتفقا على أن يختص بها هذا الأخير، وأنه إستعملها ورشة نجارة وقام بإستخراج ترخيص تشغيلها بإسم زوجته، وإذ إنقضت على تلك القسمة مدة تزيد على خمسة عشر عاماً فقد إنقلبت إلى قسمة نهائية طبقاً لنص المادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني، وطلب إحالة الدعوى للتحقيق أو ندب خبير تمكيناً له من إثبات حصول تلك القسمة بيد أن الحكم المطعون فيه إنقبت عن دفاعه بقوله إنه أقر أمام الخبير المندوب في الدعوى بأنه لأخيه المطعون ضده نصيباً في الميراث، مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى فى محله، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة ٨٤٦ من القانون المدني على أن :

١- في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته في المال الشائع، متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عند الإنتفاع بباقى الأجزاء.

٢- وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة إنقلبت قسمة نهائية، مالم يتفق الشركاء على غير ذلك. وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة، إفترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة " مفاده أنه إذا حاز الشريك على الشيوع بالإتفاق مع باقى الشركاء جزءاً مفرزاً يوازى حصته من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة فإن حيازته تنقلب بها قسمة المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية تؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وأن المشرع أقام قرينة قانونية على أن حيازة الشريك المشاع لجزء مهايأة، ويكفى في خصوص هذه القرينة أن يقام الدليل على حيازة الجزء المفرز، وإستمرار هذه الحيازة المدة المذكورة ليفترض أن هناك قسمة مهايأة. لما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الوارد فى سبب النعى، وطلب تمكينه من إثباته، وأن الحكم المطعون فيه إنقبت عن هذا الدفاع الجوهرى الذى من شأنه - إذا صح - تغيير وجه الرأي في الدعوى على سند من أن الطاعن أقر أمام الخبير المندوب بأن لخصمه المطعون ضده حصة ميراثية في الورثة موضوع النزاع - فإنه فضلاً عن فساده في الإستدلال، يكون قد أخل بحق الطاعن في الدفاع، الأمر الذى يعيبه ويوجب نقضه.

(الطعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ لم ينشر بعد)

٨- ولما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بسقوط حق الطاعن في أخذ الأطيان موضوع النزاع بالشفعة على ما أورده في أسبابه من أن (الثابت من

تقريرى الخبير أمام أول درجة والمنتدب من هذه المحكمة أن هناك قسمة حدثت بين المستأنف وأخوته جميعاً بما فيهم المستأنف ضدّهما الأولى والثاني منذ وفاة والدهم في ١٩٦٠/٨/١، وأن كلا منهم قام بتأجير المساحة التي تخصه، كما أن بعضهم تصرف بالبيع في المساحة التي تخصه، وقد تصرف المستأنف ضدّهما الأول والثاني بمقتضى ذلك بالبيع في الأطنان المشفوع فيها، وإذ كان ذلك فإن المستأنف لم يعد مالكا وقت طلبه الأخذ بالشفعة وحتى الحكم في الدعوى، ومن ثم يكون الحكم المستأنف في محله للأسباب التي بنى عليها)، وكان الثابت من الحكم الأخير أنه أقام قضاءه على أن (المحكمة تقتنع بحدوث قسمة أنهت حالة الشيوخ، وتستمد إقتناعها من أقوال جميع الشهود الذي إستمع إليهم الخبير بمحضر أعماله إذ جاءت أقوالهم متفقة قاطعة الدلالة على حدوث القسمة، وتطمئن المحكمة لهذه الأقوال التي لم يطعن عليها بثمة مطعن، كما أن أيّاً من المدعى عليهما الأول والثاني لم ينف حدوث القسمة التي أجمع الشهود على حدوثها، أو ينفي الأدلة التي ساقها المدعى عليهم الثالث والرابع والخامس تدليلاً على حدوث القسمة وإختصاص كل شريك بحصته مفرزة)، لما كان ذلك وكان الثابت في تقرير الخبير المندوب من محكمة أول درجة أنه أورد أن أيّاً من الخصوم لم يقدم له مستندات قاطعة تفيد حدوث قسمة بين ورثة..... مورث الطاعن والمطعون ضدّهما الأول والثاني، ومن ثم فإن الطاعن يكون شريكاً على الشيوخ في الأطنان المشفوع فيها، كما ثبت من الإطلاع على تقرير الخبير المندوب من محكمة الإستئناف أنه خلص إلى أن الطاعن أحد الملاك المشتاعين في الأطنان موضوع النزاع، وأن حالة الشيوخ ظلت قائمة حتى تاريخ إيداعه لتقريره، وأن ما ورد في هذا التقرير منسوباً إلى من سمعهم الخبير من رجال الإدارة والجيران أن مؤداه أن المورث المذكور كان يؤجر تلك الأطنان للمطعون ضدّهم من الثالث حتى الأخير، وبعد وفاته قام كل من ورثته بتأجير نصيبه شفوياً وأنهم أنابوا عنهم في ذلك وكيل الدائرة..... الذي كان يقوم بتحصيل الأجرة ويوزعها عليهم، فإن ما خلصت إليه محكمة الموضوع بدرجتها من أن حالة الشيوخ بين الطاعن وشقيقه المطعون ضدّهما الأول والثاني قد إنتهت بحدوث قسمة بينهم يكون مخالفاً للثابت في الأوق، وغير مطابق للحقيقة التي تضمنها عقد البيع المشفوع فيه نفسه فيما إشتمل عليه من إقرار طرفيه - المطعون ضده - من أن البيع ورد على حصة شائعة في مساحة أكبر، وإذ كانت حالة الشيوخ بين الشركاء لا تنتهى إلا بإتجاه إرادتهم جميعاً إلى قسمة المال الشائع قسمة نهائية، وكان قيام أي منهم بتأجير المال الشائع كله أو بعضه لا يعتبر دليلاً على حصول القسمة، فإن الحكم المطعون فيه - فضلاً عن مخالفته الثابت في الأوراق يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون، وإذ حجه هذا الخطأ عن التحقق من توافر باقى شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يكون مشوباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لما سلف ذكره من وجوه النعى دون حاجة لمناقشة باقيها.

مادة (٨٤٧)

تكون قسمة المهايأة ايضا بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانونى المدنى بالاقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٥١ لىبى و ٨٠١ سورى و ١٠٧٩ عراقى و ٨٣٠ لبنانى و ٧٢٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.
رأى الفقه:

يراجع - أنفاً - التعليق برأى الفقه الوارد على نص المادة ٨٤٦ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدنى هو ان قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنتهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه، ولا تعدوا الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الإنتفاع كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يفى مقايضة إنتفاع بإنتفاع، كما هو الحال فى عقد الإيجار. واذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للمادة السابقة بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار الا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة، فان مؤدى هذين النصين ان يلتزم الشريك المهايئ كما يلزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدنى فى الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته فى الإنتفاع بها والا كان غاصباً، ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٢/١١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - ص ٢٩٨)

٢- إذا كان البين من عقد قسمة العقار محل التداعي أن طرفيه تراضياً على أن يختص الطرف الأول بالإنتفاع بالدور الأول فوق الأرضى بكافة أوجه الإنتفاع بالإضافة إلى الغرفتين الكائنتين أسفل الدور الأرضى وان يختص الطرف الثانى بالإنتفاع بكامل الدور الأرضى والحديقة وعلى أنه إذا أراد الطرف الأول تكملة الدور الأول فوق الأرضى على نفقته، يكون له الإنتفاع بهذه التكملة أيضاً إنتفاعاً مستديماً مدى حياته وبشرط أن لا يرجع على الطرف الثانى بشئ من تلك النفقات، ويعتبر الطرف الثانى فى هذه الحالة مالكا لنصف التكملة دون مقابل بإعتباره شريكاً بحق النصف فى كامل أرض وبناء العقار وكان مؤدى العبارات الصريحة لهذا العقد أن طرفيه قد إتفقا على إقتسام المنفعة بوحدة العقار المذكور فيما بينهما قسمة مهايأة مكانية مع بقاء الشيوع قائماً فى ملكية الأرض والأجزاء المشتركة، ومن ثم فإن

إستمرار هذا العقد نافذاً لمدة خمسة عشرة سنة لا يترتب عليه تحول القسمة المكانية إلى قسمة نهائية أو إنهاء حالة الشيوخ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضده الأول في طلبه الأخذ بالشفعة إستناداً إلى كونه شريكاً على الشيوخ في عقار التداعي متى توافرت له الشروط الأخرى فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٥٤٢٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩ س ٤٥ ص ١٢٦٥)

* * *

مادة (٨٤٨)

تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٥٢ لیبی و ٨٠٢ سورى و ١٠٨٠ عراقى (الذى اعتبر المهايأة فى المنقول فقط) و ٧٢٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٩ مدنى.

رأى الفقه:

١- لما كانت قسمة المهايأة المكانية أو الزمنية انما هى طريقة لتنظيم الإنتفاع بالمال الشائع بين الشركاء، فان كل شريك يعتبر فى مركز المؤجر الشريك الآخر، كما يعتبر مستأجراً منه فى الوقت نفسه، لهذا نصت المادة ٨٤٨ مدنى على خضوع قسمة المهايأة من حيث الإحتجاج على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة. فالشريك يعد مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه، بإعتبار أن قسمة المهايأة انما هى قسمة إنتفاع، ولهذا فإنها تخضع لأحكام الإيجار من حيث جواز الإحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم، ومن حيث طرق الإثبات، وذلك ما لم تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة قسمة المهايأة، خاصة بالنسبة لتحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية إذا دامت ١٥ سنة طبقاً لما يقضى به القانون، وخضوع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار أمر تمليه القواعد العامة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٦)

٢- يعتبر كل شريك فى قسمة المهايأة مؤجراً للشريك الآخر ومستأجراً منه، فهى قسمة إنتفاع، ولذلك فإنها لا تخضع لأحكام القسمة النهائية، وانما تخضع لأحكام عقد الإيجار طبقاً لما نصت عليه المادة ٨٤٨ مدنى مصرى والمواد ٨٥٢ لیبی و ٨٠٢ سورى و ١٠٧٩ عراقى.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٩٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يراجع حكم النقض الصادر بجلسة ١١/٢/١٩٧٩ - المعلق به على المادة ٨٤٧ مدنى (السابقة).

٢- قسمة المهايأة، أثرها بالنسبة للمتقاسمين، عدم الإحتجاج بها قبل الغير إلا إذا سجلت. المقصود بالغير المشتري لجزء مفرز من أحد المتقاسمين لا يعتبر غيراً ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة.

(نقض - جلسة ١٢/٩/١٩٨٠ - الطعن ١٦١ لسنة ٤٧ القضائية - لم ينشر)

٣- نص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ والمادة ٨٤٨ من القانون المدني - يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة. فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته وإستغلاله والإنتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقي الشركاء ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة الجزء الذي إختص به في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفززة الأخرى، ويعتبر الشريك مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجراً لمنفعة حصص الباقي من الشركاء، وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار فيما يتعلق بحقوقه وإلتزاماته وجواز الإحتجاج بالقسمة على الغير، ويكون له تأجير الجزء المفرز الذي إختص به إيجاراً نافذاً في حق باقي الشركاء الذين يمتنع عليهم ممارسة هذا الحق لإلتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا أصحاب أغلبية الحصص في ملكية المال الشائع وتكون الإجارة صادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في إستغلال وإدارة هذا الجزء، ويحق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير الذي إستأجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهراً، إذ يعتبر الشريك في حكم المستأجر لهذا الجزء وطبقاً للقواعد الخاصة بعقد الإيجار فإنه لا يلزم شهره للإحتجاج به على الغير.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٧/٦/١٩٩٦ س ٤٧ ص ١٠٤٦)

٤- تمسك الطاعنين أمام محكمة الموضوع بأنهم إختصوا بالشفقة محل النزاع بموجب قسمة المهايأة للعقار والتي تمت بينهم وبين الشركاء على الشيوع وأن عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهما الأول والثاني إلى المطعون ضده الثالث لاحقاً لإجراء تلك القسمة، ويكون غير نافذ قبلهم لصدوره ممن ليس له حق ودلوا على ذلك بالمستندات - دفاع جوهري - إغفال الحكم المطعون فيه تمحيص هذا الدفاع والقضاء برفض دعوى الطاعنين وتمكين المطعون ضده الثالث من عين النزاع وإعتبار عقد الإيجار نافذاً في حق الطاعنين. خطأ. في تطبيق القانون. لما كان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم إختصوا بشقة النزاع بمقتضى عقد قسمة المهايأة وقد تمت المحاسبة والإتفاقات بينهم وبين باقي الشركاء في العقار الذي توجد به هذه الشقة ومنها المخالصة المحررة بين الطاعن الأول وبين البائع للمطعون ضده الأول والذي كان يملك نصف العقار وذلك حتى شهر ديسمبر سنة ١٩٨٤ والإيصال المؤرخ ١٩٨٦/٥/١٩ الصادر عن والد المطعون ضده الأول والإتفاق المؤرخ ١٩٨٥/٤/١ المحرر بين الطاعن الأول وبين والد المطعون ضده الأول والموضع عليه المطعون ضده الثاني والمقدم أمام محكمة أول درجة بجلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ وكان من شأن هذا

الدفاع - لو صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى إذ يحق للطاعنين وحدهم القيام بأعمال الإدارة المتعلقة بشقة النزاع طبقاً لقسمة المهايأة التي تمت بينهم ومنها حيازة تلك الشقة وإستغلالها وإبرام عقود الإيجار. دون باقى الشركاء الآخرين وإذ كان عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهما الأول والثاني إلى المطعون ضده الثالث المستأجر، والمؤرخ ١٩٨٩/٣/١ قد جاء لاحقاً لإجراء قسمة المهايأة الحاصلة في سنة ١٩٨٥ ومن ثم فإن الإجازة الأخيرة لا تكون نافذة قبل الطاعنين لصدورها ممن ليس له حق إدارة أو إستغلال العين محل النزاع بما ورد بقسمة المهايأة من أن الطاعنين إختصوا وحدهم بمنفعة شقة النزاع وإذ خالف الحكم المطعون فيه وإعتد بعقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٩/٣/١ المشار إليه وإعتبره نافذاً فى حق الطاعنين ولم يفتن لدفاع الطاعنين بحدوث قسمة مهايأة وإختصاصهم بشقة النزاع وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ورتب على ذلك قضاءه برفضه دعوى الطاعنين وبتمكين المطعون ضده الأخير للعين المؤجرة على سند من أن حق باقى الشركاء أصحاب الأغلبية في العقار الشائع في تأجير عين النزاع فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه.

(الطعن ٦٢٧١ لسنة ٦٥ ق - جلسة ١٩٩٦/٦/٢٧ س ٤٧ ص ١٠٤٦)

* * *

مادة (٨٤٩)

- (١) للشركاء ان يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على ان يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية.
- (٢) فإذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، جاز للقاضي الجزئى إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخير إذا اقتضى الأمر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٣ لىبى و ٨٠٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

- ١- تعرض المواد ١٢١٤ - ١٢٢٠ لقسمة المهايأة، ولا نظير لها فى التقنين الحالى ولا فى التقنينات الاجنبية، وأكثرها ليس الا تقنيا لما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الموضوع الهام.
- ٢- وقسمة المهايأة قسمة إنتفاع لا قسمة ملكية. وهى اما ان تكون مهايأة مكانية، فيتفق الشركاء على ان يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته الشائعة، واما ان تكون مهايأة زمنية، بأن يتفق الشركاء على ان يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته. وتخضع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار من حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وجواز الإحتجاج على الغير (الا فى إثبات المدة فيجب اثباتها بالكتابة والا اعتبرت مدة غير محدودة) لأن كل شريك يعد مؤجرا للشريك الآخر ومستأجرا منه.
- ٣- ويلاحظ فى المهايأة المكانية ان مدتها لا يجوز ان تزيد على خمس سنين، وإذا لم تحدد لها مدة حسبت لسنة واحدة تمتد سنوات متوالية إذا لم يعلن الشريك شركاءه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر انه لا يرغب فى مد المدة، وتنقلب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية دون أثر رجعى إذا دامت خمس عشر سنة، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك وهذا تجديد خطير فى المشروع، ولكنه تجديد له ما يبرره، فإن المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى إنهاؤها هى خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء ان يصلوا إليها، وقد وصلوا إليها فعلا بالتجربة وإطمأنوا لنتائجها، فإن كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم إلا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تقلب الى قسمة نهائية.

٢. ولقسمة المهايأة حالتان خاصتان:

- (أ) قسمة مهايأة مؤقتة تسبق القسمة النهائية، اذ أجاز المشرع ان يتفق الشركاء على هذه القسمة مؤقتا حتى تتم القسمة النهائية إذا خشى من ان تطول إجراءات هذه، فإذا لم يتفق الشركاء على قسمة المهايأة- جاز للقاضي الجزئى أن يأمر بها إذا طلب ذلك أحد الشركاء. وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية.

(ب) حالة ما إذا رأى القاضى استمرار الشيوخ لأن القسمة النهائية ضارة بمصالح الشركاء، وقد سبق ذلك فى المادة ١٢٠٢ ففى هذه الحالة يبقى الشركاء فى الشيوخ. وللقاضى أن يأمر بناء على طلب أحد الشركاء بقسمة المهايأة بعد الاستعانة بخبير أو بدون استعانة وتبقى قسمة المهايأة هذه الى ان تتيسر القسمة النهائية. ويلاحظ ان قسمة المهايأة فى هاتين الحالتين الخاصتين، قد تتم، لا بناء على إتفاق ما بين الشركاء جميعا كما هو الأمر فى أكثر الاحوال، بل بناء على طلب أحد الشركاء وبأمر من القاضى، إذا كان هناك من الظروف ما يبرر فرض هذه القسمة على سائر الشركاء.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٣٨ وما بعدها)

رأى الفقه:

١- بمقتضى نص المادة ٨٤٩ مدنى أجاز المشرع إتفاق الشركاء على قسمة مهايأة مؤقتة تسبق القسمة النهائية وذلك أثناء السير فى إجراءات هذا النوع الأخير من القسمة، ويكون فى الحالة التى يخشى فيها من ان تطول إجراءات القسمة النهائية، فإذا تم مثل هذا الإتفاق ظلت قسمة المهايأة نافذة حتى تتم القسمة النهائية. فإذا تعذر إتفاق الشركاء على قسمة المهايأة، وطلب أحدهم الى القضاء ان يجرى قسمة مهايأة على هذا النحو، كان للقاضى الجزئى أن يأمر بها، وفى هذا وضع حد للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية، ويكون للقاضى ان يستعين بخبير إذا إقتضى الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق فرج - ص ٢٧٧ و ٢٧٨)

* * *

الشيوع الإجبارى

مادة (٨٥٠)

ليس للشركاء فى مال شائع ان يطلبوا قسمته، إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال انه يجب أن يبقى دائما على الشيوع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٥٤ لىبى و ٨٠٥ سورى و ١٠٨١ عراقى و ٨٤٢ لبنانى و ٧٢٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

الشيوع الإجبارى هو شيوع دائم لا يجوز طلب القسمة فيه، فهو يختلف عن الشيوع المؤقت فيما إذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة معينة. ويبرر الشيوع الدائم ان الغرض أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى هذا المال دائما فى الشيوع. مثل ذلك قنطرة شائعة بين الملاك المجاورين يعبرون عليها للطريق العام. فالغرض الذى أعدت له القنطرة هنا يقتضى ان تبقى شائعة، ولا يصح طلب القسمة فيها مثل ذلك ايضا الحائط المشترك وقد تقدم بيانه والأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات (م ١٢٢٧) وسياتى ذكرها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ١٤١)

رأى الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨٥٠ مدنى ان الشيوع الإجبارى يختلف عن الشيوع العادى فى ان الشيوع الإجبارى لا يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة فيه، ذلك ان الغرض الذى أعد له المال الشائع يقتضى أن يبقى دائما على الشيوع (مثل: قنطرة شائعة بين الملاك المتجاورين يعبرون عليها للطريق العام، أو ترعة أو مصرف ٦ أو طريق أو ممر مشترك...). ونظرا لما أعدت له هذه الامثلة من غرض مشترك، يكون الشيوع اجباريا ولا تجوز القسمة. وتترتب على هذا الشيوع الإجبارى نتائج هامة، نذكر منها ما يلى:

- (١) إذا فصل الطريق المشترك بين بناءين، فلمالك كل بناء ان يفتح مطلا مواجهها على جاره، والمسافة التى يتركها هى متران من حافة الطريق الملاصقة لأرض الجار (لا من منتصف الطريق كما ينبغي ان يكون الأمر لو ان الوضع كان ملكية مفرزة لنصف الطريق مصحوبة بحق إرتفاق بالمروور).
- (٢) لا يسقط حق المالك المجاور بعدم استعمال الطريق (كما كان ينبغي ان يسقط لو ان له فقط حق إرتفاق بالمروور فى النصف الثانى من الطريق).
- (٣) لا يسرى على حق المالك المجاور بعض أحكام خاصة بحقوق الإرتفاق (وكانت تسرى لو ان حقه كان حق ملكية مفرزة مصحوبة بحق إرتفاق بالمروور)،

وهذه الأحكام الخاصة، نصت عليه المادتان ١٠٢٨ و ١٠٢٩ مدنى. هذا، ويختص الشيوع الإجبارى- فى مثل الطريق المشترك- بأحكام، نذكر منها ما يلى:

١- لا يجوز التغيير فيما أعد له الطريق من غرض الا بموافقة جميع الشركاء، ولا يجوز لأى منهم ان ينفرد بادخال تعديل فى الطريق يكون من شأنه ان يعطل هذا الغرض، حتى لو كان الذى يقوم بهذا التعديل مالك له بناء ان على حافتى الطريق مواجهان احدهما للآخر وكان التعديل مقصورا على الجزء من الطريق الذى يفصل ما بين هذين البنائين.

٢- تكون نفقات صيانة الطريق، لىبقى مؤديا للغرض الذى أعد له، على الشركاء بنسبة مصلحة كل منهم.

٣- يجوز لأى من الشركاء ان يتحلل من التزامه العينى بالمساهمة فى نفقات صيانة الطريق، وذلك بتركه حصته الشائعة فى ملكية الطريق.

٤- لا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب القسمة لأن الشيوع إجبارى، كما لا يجوز ان يتصرف فى حصته فى الطريق مستقلة عن العقار المملوك له ملكية مفرزة.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٩٨٦ وما بعدها)

٢- الشيوع الإجبارى هو الشيوع الذى يجب ان يبقى على الدوام بحيث لا يجوز طلب القسمة فيه، وذلك مراعاة للغرض الذى أعد له المال الشائع. وقد عنى الشارع فى قوانين البلاد العربية بتنظيم بعض حالات الشيوع الإجبارى نظرا لأهميتها، كما هى الحال فى الحائط المشترك، وكذلك الأجزاء المشتركة فى الدار المقسمة الى طبقات أو شقق كل منها لمالك على استقلال. ويمكن ان نرد حالات الشيوع الإجبارى الى نوعين:

(١) شيوع إجبارى أصلى- أى أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار، وانما توجد مستقلة وتكون مخصصة لخدمة أو إستعمال جماعة من الافراد كمدافن الأسرة وصورها ووثائقها.

(٢) شيوع إجبارى تبعى- أى أن تكون الأشياء الشائعة تابعة لعقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه العقارات. وهذا النوع من الشيوع الإجبارى هو النوع الهام الغالب الوقوع، ومن صورة الحائط المشترك، الأجزاء المشتركة فى ملكية الطبقات أو الشقق، والمستقاة الخاصة التى تكون مملوكة لعدة ملاك ومخصصة لرى أراضيهم، والقناطر والممرات والآبار والافنية التى يكون كل منها مملوكا لعدة ملاك ومخصصة لخدمة عقاراتهم. فالعبرة اذن بالغرض الذى أعد له المال الشائع، فإذا كان هذا الغرض يقتضى ان يبقى المال دائما على الشيوع كان الشيوع اجباريا، وهذه مسألة موضوعية. فقضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك، وما إذا كانت القسمة من شأنها ان تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الإنتفاع به على النحو الذى اعد له مستحيلا.

والواقع ان الشيوع الإجبارى لا ينطوى على المساوىئ التى فى الشيوع العادى، لأنه لا يعطل الإنتفاع بهذا المال على خير وجه، وبذلك يستجيب لغرض اقتصادى هام

هو كفالة إستغلال العقارات التى خصص المال الشائع لخدمتها، كما انه ليس من شأنه ان يعطل تداول المال بل يسهل التداول.

وحق الشريك فى الشيوع الإجبارى هو حق ملكية بالمغنى الحقيقى، وهذا الحق يرد على الشئ الشائع فى مجموعة فلا يتركز فى جزء معين منه - شأنه فى ذلك شأن حق الشريك فى الشيوع العادى.

ويترتب على ان حق الشريك حق ملكية وليس حق إرتفاق نتائج هامة:

(١) فلا يسقط حق الشريك بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة، وذلك على خلاف حق الإرتفاق (م ١/١٠٢٧ مدنى مصرى).

(٢) لا ينطبق حكم الإرتفاق الذى يقضى بأنه إذا كان الموضع الذى عين أصلا قد اصبحت من شأنه ان يزيد فى عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعا من احداث تحسينات فى العقار المرتفق به (م ١٠٢٣ مدنى مصرى). فلا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب تغيير الموضع المملوك على الشيوع.

(٣) إذا كان المال الشائع فناء أو ممرا مشتركا يفصل بين ابنية الملاك كان لكل منهم ان يفتح مطلا مواجهها على الفناء أو الممر إذا كان عرض هذا أو ذاك لا يقل عن المسافة القانونية. ولو ان حق الشريك كان حق الإرتفاق لوجب مراعاة المسافة القانونية بين حافة المطل ومنتصف عرض الفناء أو الممر. على انه قد يحصل ان يكون الشئ المخصص لخدمة العقارات المجاورة مملوكا ملكية مفرزة لمالك أحد هذه العقارات ومقرر عليه حق إرتفاق لصالح العقارات الأخرى. وفى هذه الحالة لا نكون بصدد شيوع إجبارى، بل نكون بصدد ملكية مفرزة مجتمعة بحق إرتفاق فتتطبق حينئذ أحكام الإرتفاق.

ونظرا الى طبيعة الشيوع الإجبارى فان للشريك فى هذا الشيوع سلطة استعمال الشئ الشائع على نحو اوسع مما له فى الشيوع العادى، فله ان يستعمل الشئ الشائع وفقا لطبيعته وللغرض الذى خصص له، كأن يفتح مطلات على الفناء المشترك إذا كان عرضه لا يقل عن المسافة القانونية أو يصرف فيه مياه الامطار إذا كانت حالة الفناء تسمح بذلك وكان هذا لا يؤثر على حقوق الشركاء الآخرين فى استعمال الفناء - وله فى هذه الحدود ان يحدث تعديلات فى الشئ، كأن يعلى ارض الطريق المشترك أو يقيم سورا على جانبيه ما دام ان ذلك لا يعرقل المرور فيه أو يجعله اكثر مشقة. ويمكن ان يقال بصفة عامة ان الشريك يحق ان يستعمل الشئ المشترك كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة، وذلك بشرطين:

الاول- ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له الشئ أو اضرار بحقوق الشركاء الآخرين كأن يكون الفناء المشترك مخصصا للمرور والتهوية ونفاذ الضوء فيقيم فيه الشريك بناء أو يضع فيه ادوات أو يحوطه بسور.

الثانى- ألا يستعمل الشئ فى خدمة عقارات اخرى غير التى خصص لخدمتها.

(الملكية فى البلاد العربية - ٢ - الملكية الشائعة - للدكتور عبد المنعم فرج الصده - المرجع السابق

ملكية الأسرة

مادة (٨٥١)

لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة. وتتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكاً للأسرة وأما من أى مال آخر مملوك لهم إتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٥٥ لىبى و ٨٠٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- نظم المشرع ملكية الأسرة كضرب من الشيوع الإجبارى القائم على الإتفاق الضمنى فى المواد من ٨٥١ حتى ٨٥٥ مدنى، فهذه من القواعد التى تسرى عليه، وبسط رقابة كافية على ادارة الأموال، وافسح مجال الخروج منه لمن اراد من الشركاء.

وقد نصت المادتان ٨٥١ و ٨٥٢ مدنى على اركان ملكية الأسرة الاربعة، فتضمنت المادة ٨٥١ مدنى النص على أحكام ثلاثة اركان منها، وتضمنت المادة ٨٥٢ مدنى النص على أحكام الركن الرابع.

وهذه الأركان الاربعة، هى:

(١) إتفاق مكتوب- فيجب أن يتفق أعضاء الأسرة الواحدة فيما بينهم على إنشاء ملكية الأسرة اتفاقاً مكتوباً- كما تصرح بذلك المادة ٨٥١ مدنى، والكتابة هنا للإنعقاد لا للإثبات، فالإتفاق غير المكتوب يكون باطلاً ولو أقر به المتعاقدان أو وجهت فيه اليمين، لأن ملكية الأسرة تدوم عادة مدة طويلة قد تصل الى خمسة عشر عاماً، فوجب ان يكون الإتفاق مكتوباً حتى يرجع إليه عند الحاجة طوال هذه المدة، ولكن من جهة اخرى لا يشترط ان تكون الكتابة رسمية فالكتابة العرفية تكفى.

والإتفاق هو تراضى على إنشاء ملكية، ويشترط فيه بهذا الوصف توافر الأهلية فى أعضاء الأسرة المتعاقدين، والأهلية هنا اعلى من أهلية الادارة، ومن ثم يجب توافر أهلية التصرف. فلا بد فيمن يدخل عضواً فى ملكية الأسرة ان يكون كامل الأهلية أى بالغاً سن الرشد غير محجوز عليه. فإذا كان غير متوافر الأهلية، وجبت مراعاة الأحكام التى قررها قانون الولاية على المال فى شأن التصرف فى أموال

القاصر. وعلى ذلك إذا كان بين أعضاء الأسرة من هو قاصر أو محجور عليه وجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن المحكمة لادخال ماله ضمن ملكية الأسرة. (٢) أعضاء أسرة واحدة- ويجب ان تتسع عضوية الأسرة لتشمل الزوج والزوجة فضلا عن ذوى القربى، فيجب فهم الأسرة فهما مرنا يتكيف بحسب الظروف.

(٣) أموال مملوكة لأعضاء الأسرة- أى ان يكون المال الذى يقدمه عضو الأسرة مملوكا له ملكية حالة، فلا يجوز ان تتكون ملكية الأسرة من أموال مستقبلية كأن تكون تركة مستقبلية لأن التعامل فى تركة مستقبلية ولو بطريق تكوين ملكية الأسرة باطل.

ويصح ان يكون المال عقارا أو منقولا- وان كان الغالب ان يكون عقارا أو منقولا معنويا كالمتجر والمصنع، وإذا كان عقارا وجب تسجيله (٩ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى) حتى لو كان هذا العقار مملوكا على الشيوع بين أعضاء الأسرة قبل الإتفاق على انشاء ملكية الأسرة.

(٤) مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة- فملكية الأسرة يجب ان تكون مؤقتة، ولا يجوز ان تزيد المدة فيها خمس على عشرة سنة.

ويجب التمييز هنا بين فرضين:

(أ) اما ان تكون قد حددت فى الإتفاق مدة- وفى هذه الحالة وجب الا تزيد على خمس عشرة سنة. فملكية الأسرة اذن اطول بقاء واكثر استقرار من الشيوع العادى. (ب) واما ان لا تحدد لملكية الأسرة مدة فى الإتفاق- فعندئذ يكون لكل شريك ان يخرج نصيبه منها بعد ستة اشهر من يوم ان يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه (م ٢/٨٥٢ مدنى). فالإتفاق غير محدد المدة على ملكية الأسرة يكون اذن عرضة لأن يخرج أى شريك منه بعد ستة اشهر من إعلان يوجهه الى سائر الشركاء، ولا يشترط شكل خاص فى الإعلان، فقد يكون انذارا على يد محضر، وقد يكون كتابا مسجلا أو غير مسجل، وقد يكون شفويا ولكن يقع عبء اثباته على الشريك الخارج. وفى ملكية الأسرة الزراعية تراعى المواعيد التى يحددها العرف الزراعى.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٤٣ وما بعدها)

٢- ملكية الأسرة عبارة عن ملكية شائعة تنشأ بإتفاق أعضاء الأسرة، فهى صورة خاصة للملكية الشائعة، حيث تختص بشروط وأحكام تميزها عن الشيوع العادى.

يحدث كثيرا ان يبقى افراد الأسرة فى الشيوع بالنسبة الى الأموال التى ورثوها مدة طويلة- وذلك لما يجمع بينها من وحدة المصلحة أو العمل، كأن تكون التركة منزلا يسكنونه جميعا أو تكون ارضا زراعية يوحدون ادارتها.

وقد رأى الشارع المصرى والسورى واللىبى ان يستجيب لهذا الوضع العملى، فاستحدث نظام ملكية الأسرة، وهو نظام مقتبس من القانون السويسرى والمشروع الايطالى. اما القانون العراقى واللبنانى فلم يرد فيهما تنظيم خاص لهذه الصورة من الملكية.

٣- نظم القانون المدني ملكية الأسرة في المادة ٨٥١ وما بعدها على غرار ما فعله القانون السويسري ومشروع التقنين المدني الإيطالي، ومع ذلك فإن هذا التنظيم لا يغنى عن تطبيق القواعد العامة في الشيوخ.

وقد راعى المشرع في شأن هذا النظام ما يربط بين أفراد الأسرة الواحدة من صلات لا تقوم عادة في حالة الشيوخ العادى بين الشركاء، فقد يحدث أن يرث أفراد الأسرة مالا، ويرون من الأفضل الافادة منه مجتمعين دون لجوء الى قسمة كمحل تجارى أو منزل سكنى أو مصنع، وفي هذه الحالة يتفقون على جعل هذا المال الموروث كله أو بعضه ملكا للأسرة، وقد يحدث أن يقدم أفراد الأسرة أموالا مملوكة لهم دون أن يرثوها ويتفقون على ادخالها في ملكية الأسرة لكي يستثمرها معا.

وهذا النوع من الملكية ينشأ بين أعضاء الأسرة الواحدة، ولم يحدد القانون المقصود بأعضاء الأسرة هنا، ولا نرى قصر الأمر على ذوى القربى الذين يجمعهم أصل مشترك، بل نرى مع فريق من الفقهاء أن يدخل في هذا المجال الزوجان كذلك، بإعتبار أن أساس فكرة ملكية الأسرة تقوم على الرابطة القوية التى تجمع بين الأعضاء، ولاشك أنها تكون كذلك بين الزوجين خاصة إذا كان الجامع بين الأعضاء في هذه الملكية هو وحده العمل والمصلحة كما يقضى القانون (م ٨٥١ مدنى).

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٢٧٩ وما بعدها)

التعويض عن نزع ملكية أراضى النوبة التى تغمرها مياه السد العالى جواره عيناً كله أو بعضه. مؤداه. لصاحب الشأن الخيار في الحصول عليه نقداً أو عيناً. ق ٦٧ لسنة ١٩٦٢. التعويض العينية.

(الطعن ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ س ٤٥ ص ١١٤٩)

القضاء بأحقية المطعون ضدها في الإنتفاع بإحدى وحدات المسكن الجديد والإقامة فيها بإعتبارها من أفراد الأسرة دون أن يفتن الحكم إلى أن المسكن الجديد تم تملكه لمورثة الطاعن وحدها تعويضاً عن نزع ملكية منزلها بالنوبة القديمة وأن المطعون ضدها لا تعتبر من أفراد أسرتها في معنى المادة ١٢ من قرار وزير الشؤون الإجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢. خطأ.

(الطعن ٤٨٩٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ س ٤٥ ص ١١٤٩)

* * *

مادة (٨٥٢)

(١) يجوز الإتفاق على انشاء ملكية الأسرة لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة، على انه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه إذا وجد مبرر قوى لذلك.

(٢) وإذا لم يكن للملكية المذكورة اجل معين، كان لكل شريك ان يخرج نصيبه منها بعد اشهر من يوم ان يعلن الى الشركاء رغبته فى اخراج نصيبه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٦ لىبى و ٨٠٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

يراجع التعليق بالفقه الوارد على نص المادة ٨٥١ مدنى.

* * *

مادة (٨٥٣)

- (١) ليس للشركاء ان يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة. ولا يجوز لأى شريك ان يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا.
- (٢) وإذا تملك اجنبى عن الأسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا عليه، فلا يكون الاجنبى شريكا فى ملكية الأسرة برضائه ورضاء باقى الشركاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٧ لیبى و ٨٠٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.
رأى الفقه:

١- ما دامت ملكية الأسرة قائمة فلا يجوز لأى من الشركاء ان يطلب القسمة. واستثناء من هذه القاعدة، فانه يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة الاذن له فى اخراج نصيبه من الملكية قبل إنقضاء الاجل المتفق عليه، إذا وجد مبرر قوى لذلك (م ١/٨٥٣ مدنى) ، فقد تجد لدى أحد الشركاء قبل إنقضاء المدة المحددة للبقاء فى ملكية الأسرة حاجة ملحة تدعو به للخروج منها، كأن ينتقل مثلا من الجهة التى كان يقيم بها بجوار ملكية الأسرة، فلا يعود مستطيعا ان يتابع سير عمل وادارة هذه الملكية- أو ان يقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلافا لا امل فى تسويته.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٢٦٢)

٢- فيما يتعلق بالتصرف- فى ملكية الأسرة- فضلا عن إنه لا يجوز للشريك أن يطلب القسمة ما دامت الأسرة قائمة، فإنه لا يجوز له أيضا أن يتصرف فى نصيبه لأجنبى عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا (م ١/٨٥٣ مدنى مصرى، والمادتان المتطابقتان ١/٨٥٨ سورى و ١/٨٥٧ لیبى). لكن يجوز له ان يتصرف فى نصيبه لأحد الشركاء، كما يجوز لدائن أحد الشركاء ان ينفذ على نصيبه فيباع جبرا لأجنبى، فإذا تملك اجنبى حصة أحد الشركاء سواء كان ذلك فى بيع جبرى أو كان فى بيع اختياري برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء، فلا يشترك هذا الاجنبى مع ذلك فى ملكية الأسرة الا باتفاق بينه وبين باقى الشركاء (م ٢/٨٥٣ مدنى مصرى وم ٢/ ٨٠٨ سورى و ٢/٨٥٧ لیبى). والغرض من هذا التقييد ان تبقى الملكية مقصورة على افراد الأسرة بقدر الامكان.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ١٠٥)

مادة (٨٥٤)

(١) للشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص ان يعينوا من بينهم لادارة واحدا أو اكثر، وللمدير ان يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

(٢) ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على ذلك، كما يجوز للمحكمة ان تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٧٥٨ لىبى و ٨٠٩ سورى.

الأعمال التحضيرية:

راجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية - الوارد على نص المادة ٨٥٥ مدنى.

رأى الفقه:

١- تتميز ادارة ملكية الأسرة بانه يجوز للشركاء ان يعينوا شريكا منهم أو اكثر لادارة هذه الملكية (م ١/٨٥٤ مدنى). ويؤخذ من نص المادة ١/٨٥٤ مدنى ان من يملك تعيين المدير أو المديرين هم اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص، أى أغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الانصباء، وان المدير أو المديرين الذين يختارهم الشركاء لابد ان يكونوا من بين الشركاء انفسهم، فلا يصح ان يكون المدير اجنبيا كما يصح ذلك فى الشيوخ العادى.

وكما يعين المدير بأغلبية الشركاء، كذلك يجوز عزله بالأغلبية عينها، حتى لو اتفق الشركاء على عدم جواز عزله، بل انه يجوز للمحكمة عزل المدير دون حاجة الى أغلبية الشركاء إذا طلب عزله أحد الشركاء ووجد سبب قوى يبرر هذا العزل، كأن كان المدير غير صالح لمهمته أو كان غير امين.

ولمدير ملكية الأسرة سلطات واسعة تزيد كثيرا على سلطات المدير فى الشيوخ العادى، فلا معقب على ادارة المدير غير العادية.

على انه إذا جاز لمدير ملكية الأسرة، فى ادارته غير العادية، ان يدخل على هذه الملكية من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، الا انه يرد على سلطته هذه قيدان:

الاول - انه لا يملك ادخال تعديلات فى ملكية الأسرة ذاتها بأن يبدل أموالا ببعض أموالها، وكل ما يملكه هو التعديل فى الغرض الذى اعد له المال لا التعديل فى المال ذاته.

الثانى - انه يجوز للشركاء، بالأغلبية العادية ان يقيّدوا من سلطات المدير الواسعة، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، فيقصروها مثلاً على الادارة العادية، ان يقيّدوا من سلطات المدير الواسعة، سواء عند تعيينه أو بعد تعيينه، فيقصروها مثلاً على الادارة العادية، أو يشترطوا موافقة الأغلبية على الادارة غير العادية.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوي - المرجع السابق - ص ١٠٥٦ وما بعدها)

٢- فيما يتعلق بالادارة يكون لأغلبية الشركاء على أساس قيمة الانصباء ان يعينوا من بينهم للادارة مديراً أو أكثر. ولهذا المدير سلطة اوسع من سلطة المدير فى الشبوع العادى، فرغم ان الأغلبية التى تعينه هى الأغلبية العادية، فان له ان يقوم بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة (م ١/٨٥٤ مدنى مصرى و ١/٨٠٩ سورى و ١/٨٥٨ لىبى)، فهذه السلطة الواسعة تثبت للمدير الذى تعينه الأغلبية الا إذا كان هناك إتفاق خاص على سلبه اياها.

وتلتزم الأقلية بقرار الأغلبية، وتعتبر حينئذ نائبة نيابة قانونية عن الأقلية. وليس للأقلية ان تتظلم من قرار الأغلبية، لكن يجوز لكل شريك ان يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل، كأن يكون سئ الادارة أو يصدر منه خطأ جسيم، كما يجوز للأغلبية التى عينت المدير ان تعزله، ولو كان هناك إتفاق على غير ذلك (م ٢/٨٥٤ سورى و ٢/٨٥٨ لىبى).

(الملكية في قوانين البلاد العربية - ٢ - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ١٠٤ و ١٠٥)

٣- الأصل ان ادارة ملكية الأسرة من حق الشركاء جميعاً، الا ان المشرع اجاز للشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص ان يعينوا من بينهم للادارة واحداً أو أكثر (م ١/١٥٤ مدنى). فيجب ان يكون المدير المختار من قبل الشركاء اصحاب القدر الاكبر من قيمة الحصص من بين الشركاء لا اجنبياً عنهم. ويملك هذا المدير ان يقوم باعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، فله ان يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى اعد له المال المشترك ما يحسن به طرق الإنتفاع بهذا المال، وبذلك تتسع سلطات المدير هنا عن سلطاته فى الشبوع العادى، فله فى الاول دون الثانى القيام باعمال الادارة غير المعتادة (م ١/٨٥٤ مدنى).

بيد انه يجوز لأغلبية الشركاء فى ملكية الأسرة ان يقيّدوا من سلطات المدير، كأن لا يكون له مثلاً سوى القيام بأعمال الادارة المعتادة. ويجوز لأغلبية الشركاء ايضاً - والمقصود بها هنا الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء - عزل المدير ولو إتفق على غير ذلك، كما يجوز أيضاً للمحكمة أن تعزله بناء على طلب أى شريك إذا وجد سبب قوى يبرر هذا العزل (م ٢/٨٥٤ مدنى).

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣٦٣)

مادة (٨٥٥)

فيما عدا الأحكام السابقة تنطبق قواعد الملكية الشائعة وقواعد الوكالة على ملكية الأسرة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٥٩ ليبي و ٨١٠ سوري.

الأعمال التحضيرية:

١- تعرض (المواد ١٢٢٣-١٢٢٦) لملكية الأسرة، وهي ملكية استحدثتها المشروع عن التقنين السويسري والمشروع الإيطالي على أن الأسرة في مصر قائمة بالفعل، فإن كثيرا من الأسرات يبقى في الشيوخ بعد موت المورث، ولا ينقص هذه الملكية إلا بالتنظيم. وهذا ما فعله المشروع، فقد أعطى لأعضاء الأسرة الواحدة الحق في أن يتفقوا على إنشاء ملكية للأسرة (م ١٢٢٢). فيجب أن يكون الشركاء اذن أعضاء أسرة واحدة، ولا يشترط أن يكونوا أخوة، وإنما يشترط أن تجمعهم وحدة مشتركة في العمل أو المصلحة، كما إذا اتفق أعضاء الأسرة على إستغلال مال الأسرة استغلالا معيناً يقتضى وحدة الادارة، وكما إذا كان مال الأسرة تركة يحسن بقاؤها كتلة متماسكة حتى يمكن استغلالها على خير الوجوه. ويجب أن يكون الإتفاق كتابية، والكتابة هنا شرط للانعقاد لا لمجرد الإثبات. وتتكون ملكية الأسرة عادة من تركة يبقونها الورثة، كلها أو بعضها في الشيوخ سعيًا وراء حسن الإستغلال، ويجوز أن يتفق أعضاء الأسرة على تكوين ملكيتها من مال يقدمه كل منهم ولا يكون من تركة مشتركة، وهذا أقرب إلى الشركة، ويكون المقصود من ذلك إستغلال هذا المال استغلالا معيناً يقتضى وحدة الادارة (م ١٢٢٢).

والمدة التي تبقى فيها ملكية الأسرة يجب ألا تزيد على خمس عشرة سنة. وفي هذا تتميز ملكية الأسرة عن الشيوخ العادي تميزا واضحا، فقد تقدم أن الإتفاق على الشيوخ العادي يجب أن يكون لمدة لا تزيد على خمس سنوات. وإذا اتفق أعضاء الأسرة على مدة تزيد على خمس عشرة سنة انقصت إلى هذا الحد، ولكن لا يوجد ما يمنع من تجديد المدة بعد إنقضائها. على أنه يجوز لكل شريك أن يطلب من المحكمة الأذن له في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه إذا كان هناك مبرر قوى لذلك، كما إذا اقتضت ظروفه الخاصة أن ينقل عمله إلى مقر آخر، أو احتاج إلى مال، أو وقع بينه وبين أعضاء الأسرة خلاف لا أمل في تسويته (م ١٢٢٣ فقرة ١). وقد لا يحدد أجل لملكية الأسرة، فلكل شريك في هذه الحالة أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم إعلان الشركاء برغبته، أو بعد المدة التي يحددها العرف في الملكية الزراعية (م ١٢٢٣ فقرة ٢).

٢- بقي تحديد النظام الذي تخضع له ملكية الأسرة. ولهذا النظام خاصيتان تتعلق أحدهما بالتصرف والاخرى بالادارة.

فملكية الأسرة، الى انها لا تجوز فيها المطالبة بالقسمة، لا يجوز ايضا للشريك فيها ان يتصرف في نصيبه لأجنبي عن الأسرة الا بموافقة الشركاء جميعا (مادة ١٢٢٤ فقرة ١)، ولكن يجوز له ان يتصرف في نصيبه لأحد الشركاء، كما يجوز لدائن أحد الشركاء ان ينفذ على نصيب مدينه وان يبيعه جبرا لأجنبي. فإذا تملك أجنبي حصة أحد الشركاء، سواء كان ذلك في بيع جبري أو كان في بيع اختياري برضاء الشريك وموافقة سائر الشركاء، فلا يشترك هذا الاجنبي مع ذلك في ملكية الأسرة الا بإتفاق بينه وبين باقي الشركاء (مادة ١٢٢٤ فقرة ٢). والغرض من هذا التقييد ان تبقى الملكية مقصورة على افراد الأسرة بقدر الامكان.

وتمتاز ملكية الأسرة في ادارتها بأن أغلبية الشركاء (على أساس قيمة الانصاء) يعينون مديرا من بينهم. ولهذا المدير سلطة اوسع من سلطة المدير في المال الشائع التي سبق تحديدها. فهو يقوم بأعمال الادارة المعتادة وغير المعتادة، فله ان يدخل على الملكية من التغييرات ومن التعديل في الغرض أعدته له ملكية الأسرة ما يحسن به طرق الإنتفاع، الا إذا سلب المدير هذه السلطة الواسعة بإتفاق خاص. وليس للأقلية ان تتظلم من عمل معين من اعمال الادارة، ولكن لكل شريك ان يطلب من المحكمة عزل المدير إذا وجد سبب قوى يبرر ذلك، كما يجوز للأغلبية التي عينت المدير ان تعزله. وفي غير هاتين الخاصيتين من ناحية التصرف ومن ناحية الادارة، تخضع ملكية الأسرة لقواعد الملكية الشائعة، ولقواعد الوكالة فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته.

(مجموعة الأعمال التحضيرية - للقانون المدني - جزء ٦ - ص ١٥٢ و ١٥٣)

رأى الفقه:

١- تطابق المادة ٨٥٥ مدنى مصرى والمادة ٨١٠ مدنى سورى و ٨٥٩ مدنى ليبي، فيما عدا ما ذكر، وهى أحكام تختص بها ملكية الأسرة، تخضع هذه الملكية لقواعد الشيوخ العادى، كما تخضع فيما يتعلق بأعمال المدير والتزاماته لقواعد الوكالة، وذلك فى العلاقة بينه وبين الشركاء.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق - ص ١٠٥ و ١٠٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفي إتخاذ أي إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفي عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدني إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفي من بقائهم معه خصوماً في الدعوى لمعاونته في الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفي ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التي يتولى إدارتها نيابة عنهم، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفياً للتركة قد اختصم في الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه حمل لواء المنازعة في تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاصاً صحيحاً يتفق مع صفة النيابة التي أسبغها عليه

القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر في هاتين الدعويتين قد صار ضد التركة في مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانوني لها.

(الطعن رقم ٣٦٤ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ١٩٧٨)

٢- ومن حيث أنه بالرجوع إلى القانون المدني تبين أنه ينص في المادة ٨٨٥ منه على أنه "على المصفي في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية وأن يقوم بالأعمال الإدارية، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي ما لها من ديون قد حلت ويكون المصفي - ولو لم يكن مأجوراً - مسؤولاً مسؤولية الوكيل المأجور وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية". ويستفاد من هذا النص أنه من ضمن واجبات المصفي القيام بإدارة أموال التركة وما تتطلبه من إجراءات تحفظية وتمثيل التركة في الدعاوى وهو - بهذه المثابة - يعتبر وكيلاً عن الورثة ونائباً قانونياً عنهم، ومن ثم فإن المصفي يقوم مقام الخصم الذي توفي بصدد تطبيق المادة ١٣٣ من قانون المرافعات التي تنص على أن "تستأنف الدعوى سيرها بصحيفة تعلن إلى من يقوم مقام الخصم الذي توفي أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته بناء على طلب الطرف الآخر أو بصحيفة تعلن إلى هذا الطرف بناء على طلب أولئك.." ومؤدى ذلك أن مصفي تركة المتوفى يعتبر ذا صفة في مباشرة إجراءات الدعاوى الخاصة بهذه التركة ومن بينها طلب إستئناف السير في الدعاوى التي إنقطعت فيها الخصومة بسبب وفاة صاحب تلك التركة.

(الطعن رقم ١٨٢٦ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٥ / ١١ / ١٩٨٢)

* * *

ملكية الطبقات

مادة (٨٥٦)

(١) إذا تعد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة، فانهم يعدون شركاء فى ملكية الارض وملكىة أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، وبوجه خاص الاساسات والجدران الرئيسية والمداخل والافنية والاسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الارضيات وكل انواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، كل هذا ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه.

(٢) وهذه الأجزاء المشتركة من الدار لا تقبل القسمة، ويكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، وليس لمالك ان يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه. والحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٦٠ لىبى ومادة ٨١١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ملكية الطبقات تشتمل على ملكية مفرزة هى الطبقات والشقق المختلفة التى يحتويها المنزل والتي يملكها مفرزة ملاك متعددون، وعلى ملكية شائعة شيوعا اجباريا هى أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع. وقد مثلت المادة ١٢٢٧ من المشروع لهذه الأجزاء الشائعة بالاساسات، والجدران الرئيسية (وذلك غير الجدران الخاصة بكل طبقة. وغير الحواجز الفاصلة بين شقتين فهذه تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين وغيرهما)، والمداخل والافنية، والاسطح، والسلم، والمصاعد، والممرات، والدهاليز، وقواعد الارضيات وكل انواع الانابيب (للمياه والغاز والنور... الخ) الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، هذا عدا الارض التى اقيم عليها البناء فهى ملك مشترك للجميع، وكل ذلك ما لم يوجد فى سندات الملك ما يخالفه. ويجرى على هذه الأجزاء المشتركة حكم الشيوع الإجبارى فلا تقبل القسمة. ويكون نصيب كل مالك ان يتصرف فى نصيبه مستقلا عن الجزء المفرز الذى يملكه لما بين الشئئين من علاقة التبعية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ١٥٦ و ١٥٧)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٥٦ مدنى ان فى الدار المملوكة الطبقات أو الشقق لملاك مختلفين أجزاء مفرزة كل جزء منها يملكه هؤلاء الملاك مستقلا، وأجزاء شائعة شيوعا دائما بين هؤلاء الملاك جميعا.

فالأجزاء المفروزة في البناء متعددة الطبقات هي عادة الطبقات والشقق التي ينقسم إليها البناء، فكل طبقة أو شقة في البناء تكون مملوكة ملكية مستقلة لأحد الأشخاص. وتشمل الطبقة أو الشقة كل ما تحتويه مما هو معد للاستعمال الخاص بالمالك - كالحواجز الفاصلة بين الحجرات وانابيب المياه والغاز واسلاك الكهرباء والادوات الصحية والابواب والنوافذ والشرافات. وللمالك الطبقات أو الشقق ما للمالك من حقوق، من استعمال بالسكنى فيها، أو إستغلال بالتأجير، أو التصرف بالبيع والهبة والرهن. على ان يغلو في الاستعمال بما يضر بالجيران.

أما الأجزاء الشائعة فهي أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فيدخل ضمن الأجزاء الشائعة ما ذكرته المادة ٨٥٦/١ مدنى ليس على سبيل الحصر، من ارض اقيم عليها البناء ومن اساسات وحدائق رئيسية ومداخل وافنية واسطح ومساعد وممرات ودهاليز وقواعد الارضيات والاسقف وانابيب المياه والغاز واسلاك الكهرباء الا ما كان داخلا بالشقة أو الطبقة والسلم وغرفة البواب ومحل سكنه والحديقة المشتركة، وبالجمله كل ما كان معدا للاستعمال المشترك بين الجميع.

والأصل ان تحدد سندات الملك الأجزاء الشائعة والأجزاء المفروزة فى البناء - وتشتمل على تقدير لقيمة الأجزاء المفروزة للاستعانة بها عند توزيع النفقات والتكاليف على الملاك المتعددين، وعند تحديد حصة كل مالك فى الأجزاء الشائعة. فيجوز ان يذكر المالك فى سندات الملك أجزاء أخرى غير التي ذكرها القانون على انها أجزاء شائعة، كما يجوز ان يستبعدوا من الشيوخ ما ذكر القانون انه شائع. فالعبرة اولا بسندات الملك ويغى بعد ذلك ما نص عليه القانون. وقد اضافت الفقرة ٣ من المادة ٨٥٦ مدنى: " الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين ". فهي اذن لا تكون شائعة بين الجميع. ويقاس على ذلك ما كان خاصا ببعض الشقق دون بعض، كباب أو دهليز خاص بشقتين دون غيرهما من الشقق.

وتعتبر الأجزاء المشتركة مملوكة ملكية شائعة لجميع ملاك الطبقات والشقق، والشيوخ هنا إجبارى دائم لا يقبل القسمة، وحصة كل مالك فى هذه الأجزاء تكون بنسبة قيمة الجزء المفروز الذى له فى الدار. وليس له ان يتصرف فى هذه الحصة تصرفا مستقلا عن التصرف فى الجزء المفروز الذى يملكه، اذ ان الحصة فى الأجزاء الشائعة تابعة تبعية مطلقة للجزء المفروز الذى يملكه المالك، وقد اعدت اعدادا كاملا لخدمة هذا الجزء، وهذه الأجزاء المشتركة من الدار - كما تقول نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، وليس لمالك ان يتصرف فى نصيبه هذا مستقلا عن الجزء الذى يملكه.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السهوى - المرجع السابق - ص ١٠١٧ وما بعدها)

٢- من نص المادة ٨٥٦ مدنى مصرى (والمادة المطابقتين ٨٦٠ لىبى و ٨١١ سورى) ان العبرة فى تحديد الأجزاء المشتركة هي بأن تكون هذه الأجزاء معدة للاستعمال المشترك لجميع الملاك، مالم يوجد فى سندات الملك ما يخالف ذلك، وقد ذكر النص الأجزاء المشتركة الهامة، وهذا التعداد وارد على سبيل المثال، اذ يصح ان نضيف إليه السلم مثلا فى القانون المصرى والقانون السورى.

ويلاحظ- كما هو واضح من النص- ان الجدران التي تعتبر من الأجزاء المشتركة هي الجدران الرئيسية، فالجدران الخاصة بكل طابق أو شقة لا تعتبر من الأجزاء المشتركة، والحوازر الفاصلة بين شقتين ملكيتها مشتركة بين اصحاب هاتين الشقتين (م ٣/٨٥٦ مدنى مصرى).

كما يلاحظ ان سطح ارضية الطابق أو الشقة المصنوع من الخشب أو البلاط يكون مملوكا لصاحب الطابق أو الشقة. أما قواعد الارضية فلا تكون ملكيتها مشتركة بين اصحاب الطبقتين أو الشقتين العليا والسفلى، بل تكون ملكيتها بين جميع الملاك، وذلك لأن طرق العمارة الحديثة تجعل قواعد الارضيات أجزاء لا تتجزأ من جسم البناء كله.

(قارن ما نقضى به المادة ١٠٨٢ مدنى عراقى حيث تقول: " إذا كان لأحد علو ولآخر سفلى فلصاحب العلو حق القرار فى السفلى والسقف ملك لصاحب السفلى، ولصاحب العلو حق الإنتفاع بسطحه إنتفاعاً متعاداً ولصاحب السفلى الحق فى العلو يستره من الشمس ويقبه من المطر. ")

فكل مالك يكون نصيبه فى الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه ملكية مفترزة، وهو الطابق أو الشقة التى له فى الدار. وما دام الشيوخ اجبارياً فى هذه الأجزاء فلا يحق للمالك ان يطلب قسمتها، اذ هى بحكم اعدادها لا تقبل القسمة. ولا يجوز له ان يتصرف فى نصيبه من هذه الأجزاء مستقلاً عن الطابق أو الشقة، فان التصرف يشمل نصيبه فى الأجزاء المشتركة، لأنه يعتبر من الملحقات الضرورية للعقار ورد عليه التصرف.

(الملكية فى قوانين البلاد العربية ٢- الملكية الشائعة - للدكتور عبد المنعم الصده - المرجع السابق

- ص ١٠٨ وما بعدها)

٣- كل ما هو معد للاستعمال المشترك يعتبر مملوكا على الشيوخ لملاك الطبقات أو الشقق. وقد اورد بعد ذلك تعداداً لما يعد مخصصاً للإنتفاع المشترك. ويلاحظ ان هذا التعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر. وللشركاء الحرية الكاملة فى تحديد الأشياء المشتركة محل الملكية الشائعة فى سندات الملكية، فان لم يوجد تحديد مخالف فى هذه السندات، وجب إعتبار الارض والأجزاء المعدة للاستعمال المشترك جميعاً محلاً لملكية شائعة ومنها السلاالم مع عدم ورودها فى المادة ٨٥٦ مدنى. فيعتبر من قبيل الأجزاء المخصصة للاستعمال المشترك كل انواع الانابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة، فالانابيب المخصصة للاستعمال التى تعتبر مملوكة ملكية مشتركة هى الانابيب العمومية اما الخاصة والداخلية فى شقة من الشقق أو فى طبقة من الطبقات فإنها تعتبر مملوكة لمالك الشقة أو الطبقة.

أما الحواجز الفاصلة بين شقتين، فإنها تكون مملوكة ملكية مشتركة لمالكى هاتين الشقتين.

ويلاحظ ان الحكم المنصوص عليه فى المادة ٨٥٦ مدنى ليس من النظام العام، فيجوز لملاك الطبقات أو الشقق الإتفاق على ان تكون ملكية الارض خالصة لأحد منهم مثلاً.

ويتحدد نصيب كل مالك في هذه الأجزاء المشتركة بنسبة الجزء الذي له من الدار. والعبرة في تقدير قيمة الجزء المفروز الذي لكل مالك في الدار - والذي على أساسه يتحدد نصيبه في الأجزاء المشتركة - تكون بوقت انشاء الدار وفقاً لما يذهب إليه الرأي الراجح في الفقه. فإذا كان لمالك طبقة من الطبقات ثلث الدار مثلاً، يكون له أيضاً الثلث في الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٤٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - ملكية الطبقات أو الشقق. إنقسامها في كيانها إلى أجزاء مفروزة هي الطبقات والشقق التي ينقسم إليها البناء وأجزاء الشائعة شيوخاً إجبارياً دائماً هي الأجزاء المتعلقة بالإنتفاع المشترك بين جميع الملاك م ٨٥٦ مدني. إختلاف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التي نظمها المواد ٨٢٥ مدني وما بعدها.

النص في المادة ٨٥٦ من القانون المدني على أنه إذ تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجمع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب إلا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة كل هذا ما لم يوجد سندات المالك ما يخالفه قد قصد به المشرع وضع التصوير الجديد عن الطبقات والشقق بين أفراد الطبقات المتوسطة توخياً لإنفراج أزمة المساكن بعد إحتدامها بإزدياد عدد السكان والتي لا يستطيع الفرد فيها أن يملك منزلاً كاملاً ويؤثر على الإشتراك مع غيره في الشيوخ أن يستقل بملكية طبقة أو شقة من طبقات أو شقق أحد العقارات واضعاً بذلك نظاماً لتحديد العلاقات المستمرة بينه وبين جيرانه حسماً للمنازعات التي قد تنشأ عن هذه الملكية وأن البين من النص سالف الذكر أن تلك الملكية وإن كانت لملاك مختلفين إلا أنها تنقسم في كيانها إلى أجزاء مفروزة تتمثل في الطبقات والشقق التي ينقسم إليها البناء ومن ثم تكون كل طبقة أو شقة فيه مملوكة ملكية مستقلة لمالكها على سبيل الإختصاص ويكون له إستعمالها وإستغلالها أو التصرف فيها بالبيع وغير ذلك من أنواع التصرفات وأجزاء شائعة شيوخاً إجبارياً دائماً لا تقبل القسمة تتمثل في الأجزاء المتعلقة بالإنتفاع المشترك بين جميع الملاك تخصم جميعاً كل بحسب ما يخص طبقته أو شقته فيما يملكها مع غيره ومن ثم يختلف هذا النوع من الملكية من حيث طبيعته وأحكامه عن الملكية الشائعة التي نظم المشرع أحكامها في المادة ٨٢٥ وما بعدها من القانون سالف الذكر والتي تسرى بقدرها إلى كل أجزاء المال الشائع لا يتحدد نصيب كل شريك فيها إلا بالقسمة وإن كان ذلك لا يفقد ما لكل حصة من كيان ذاتي فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول تلك القسمة وحينئذ تعتبر متميزة بالفعل والتي بما لها من أثر رجعي كاشف تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر.

(الطعن رقم ٦٤٠١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١ لم ينشر بعد)

٢- تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأن المطعون ضده عندما أعد مشروع الشهر الذي إعتبره الحكم بمثابة إجراءات إتخذها المطعون ضده لشهر العقدين مشار النزاع إنما أعده على أساس الملكية الشائعة في حين العقدان النظام ملكية الطبقات وتدلّيه على ذلك بما تضمنه العقدين من شروط. دفاع جوهرى. إنتقات الحكم المطعون فيه عنه وقضائه برفض دعوى الطاعن بصحة ونفاذ لعقدين متجزأ القول بأن المطعون ضده إتخذ الإجراءات اللازمة لشهر هذين العقدين. قصور.

إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بالدفاع المبين بوجه النعى إلا أن الحكم المطعون فيه إلتفت عن هذا الدفاع ولم يحصه ويدلى بدلوه في شأنه مجتزأ أسباباً لقضائه بأن المستأنف ضده قام بإتخاذ الإجراءات اللازمة لشهر العقدين مشار النزاع وأنه كلف المستأنف آخرين بالحضور إلى مقر الشهر العقاري لسداد رسوم التسجيل إلا أنهم لم يحضروا وخلص من ذلك إلى نفى تقصيره في الوفاء بالزامه بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيل عقدي البيع سند الدعوى ونقل ملكية الشقتين إلى الطاعنين بحسبان ذلك من الإلتزامات الجوهرية التى يفرضها عليه عقدي البيع سالفى البيان دون أن يواجه دفاع الطاعن داع الطاعن السابق إيراده من قبل بوجه النعى مع إنه دفاع جوهرى من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى بما يعيبه بالقصور المبطل.

(الطعن ٦٤٠١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١ لم ينشر بعد)

٣- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوخا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في.....على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ س ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك

وقيام جميع المشتريين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع أنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٥٧)

(١) كل مالك فى سبيل الإنتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار حر فى ان يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له، على الا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم.

(٢) ولا يجوز احداث اى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء، الا إذا كان التعديل الذى يقوم به أحد الملاك على نفقته الخاصة، من شأنه ان يسهم استعمال تلك الأجزاء، دون ان يغير من تخصيصها أو يلحق الضرر بالملاك الآخرين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٦١ لىبى و ٨١٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

كما هو الأمر فى الشيوخ الإجبارى- يجوز لكل مالك ان يستعمل الأجزاء المشتركة فيما اعدت له، على ألا يحول ذلك دون استعمال الملاك الآخرين لها.

ولا يجوز لأحد ان يحدث تعديلا فى هذه الأجزاء دون موافقة الجميع، الا إذا توافرت شروط اربعة:

- (أ) ان يكون ذلك على نفقة الشريك الذى يستقل باحداث التعديل.
- (ب) وان يكون التعديل من شأنه تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة.
- (ج) وألا يغير التعديل من تخصيص هذه الأجزاء.
- (د) وألا يحدث ضررا بالملاك الآخرين.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ١٥٩ و ٦٦٠)

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٥٧ مدنى أن كل مالك من ملاك الطبقات والشقق له ان يستعمل الأجزاء الشائعة فيما خصصت له، وعلى الوجه الذى لا يضر بالدار، والا يحول دون استعمال باقى الملاك لهذه الأجزاء الشائعة نفسها. فله ان يدخل من الباب العام للبناء فى اى وقت، وان يستعمل السلم أو المصعد للوصول الى طبقته أو شققته، وان يوصل انابيبه ومواسيره الداخلية بالانابيب والمواسير المشتركة للدار فى المياه والغاز والكهرباء، وان يحفر داخل الجدران الرئيسية دواليب ومداخل لاستعماله الخاص، وان يضع فى هذه الجدران انابيبه ومواسيره الخاصة. ويجوز لمالك الطبقة السفلى من الدار ان يفتح بابا فى الجدار الرئيسى أو ان يحول نافذة الى باب على شرط الا يخل ذلك بمتانة البناء ولا بمظهره الخارجى. ولكن لا يجوز لمالك الطبقة السفلى ان يحفر سراديب تحت الارض أو آبارا ولا يجوز لمالك الطابق الاعلى ان يبني طابقا جديدا فوق طابقه، فان جدران طابقه الرئيسية وسقفه معتبره ضمن الأجزاء

الشائعة، وهذا بخلاف صاحب العلو رأيناه يستطيع ان يبني فوق علوه بناء جديدا إذا كان ذلك لا يضر بالسفل.

ولا يجوز لمالك الطبقة أو الشقة ادخال اى تعديل فى الأجزاء الشائعة للدار بغير موافقة سائر الملاك، وانما يجوز له بغير موافقة الملاك ادخال تعديلات يكون من شأنها تيسير استعمال الجزء الشائع دون تغيير فى تخصيصه ودون الحاق ضرر بالملاك الاخرين، كأن يوسع السلم أو يحول المصعد الى مكان اكثر ملائمة بشرط ان يكون ذلك على نفقته الخاصة.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٢١ وما بعدها)

٢- من حق كل مالك استعمال الأجزاء المشتركة والإنقاع بها كما لو كانت ملكه الخاص، بشرط ألا يستعملها فى غير ما اعدت له، وألا يكون فى عمله ضرر بشركائه أو تأثير على سلامة البناء، فإذا خرج المالك فى استعمال الأجزاء المشتركة عن وظيفتها كان فعله غير جائز، وكان للشركاء ان يطلبوا منع هذا الفعل دون ان يكون عليهم ان يثبتوا انه اضر بهم. أما إذا كان الفعل يدخل فيما اعد له الشئ، فهذا مباح بشرط ألا يكون فيه ضرر بالبناء، والا فهو ممنوع.

ويجوز لكل مالك فى سبيل استعمال الأجزاء المشتركة ان يقوم بترميمها وصيانتها إذا احتاجت لشئ من ذلك، وله ان يرجع على الملاك الاخرين نصيب كل منهم فى هذه النفقات دون ان يكون لأحدهم الإمتناع عن دفع نصيبه بحجة انه لم تؤخذ موافقته على هذه الأعمال.

وليس حق المالك فى الدور المقسمة مقصورا فقط على استعمال الأجزاء المشتركة، بل ان له الحق فى التعديل فى الأجزاء المشتركة حتى يسهل انتفاعه بهذه الأجزاء.

وتطبيقا للفقرة الثانية من المادة ٨٥٧ مدنى وشروط احداث التعديل فى الأجزاء المشتركة، يجوز لمالك احدى الطبقات ان ينشئ فى الحائط الاساسى مدخنة، ما دام قد اتخذ من الاحتياطات ما يمنع وقوع ضرر على شركائه أو على البناء، وله ان ينشئ فى طابقه شرفات، وله كذلك ان يوسع نافذته المطلة على الفناء المشترك ما دام لم يترتب على ذلك اى ضرر بمتانة البناء أو اى تشويه لرونقة المنزل.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - ص ٢٣٠ وما بعدها)

٣- فى شأن حقوق الملاك على الأجزاء المشتركة تطبيق أحكام الشيوخ الإجبارى، فيكون لكل مالك ان يستعمل الجزء المشترك وفقا لطبيعته والغرض الذى خصص له، كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة، وذلك بشرطين:

الاول - ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له الشئ أو اضرار بحقوق الشركاء الاخرين.

الثانى - ألا يستعمل الجزء المشترك فى خدمة عقارات اخرى، وبهذا جرى نص المادة ٨٥٧/١ مدنى مصرى والمادتان ٨١٢/١ سورى و ٨٦١/١ مدنى لیبى.

وتقضى الفقرة الثانية من المواد المذكورة بأنه لا يجوز للمالك احداث اى تعديل فى الأجزاء المشتركة بغير موافقة جميع الملاك حتى عند تجديد البناء الا إذا توافرت

شروط اربعة، هي: ان يكون التعديل على نفقته الخاصة- وان يكون من شأن هذا التعديل ان يسهل استعمال تلك الأجزاء- وألا يغير من تخصيصها- وألا يلحق ضررا بالمالك الآخرين. فإذا توافرت هذه الشروط جاز للمالك ان يحدث التعديل الذي يراه ولو بغير موافقة المالك الآخرين.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - الدكتور الصده - المرجع السابق - ص ١٠٩، ١١٠)

٤- طبقا لنص المادة ٨٥٧ مدني، لكل من المالك في سبيل انتفاعه بالأجزاء المشتركة ان يستخدمها في حدود الغرض الذي هي مخصصة من اجله، وعلى الوجه الذي لا يضر بالبناء، فله ان يدخل من الباب وان يستعمل المصعد فيما هو معد من اجله مثلا، وله ان يوصل الانابيب المخصصة للإنتفاع المشترك - كأنابيب المياه- بالانابيب الخاصة به والداخلة في الطبقة التي يملكها، على الا يخل ذلك بمثابة البناء أو مظهره.

ولا يجوز إجراء اى تعديل في الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك الا بموافقة جميع المالك. ومع ذلك فيجوز لأى من المالك إجراء تعديل في الأجزاء المخصصة للإنتفاع المشترك، إذا توافر شرطان:

(أ) ان يكون من شأن هذا التعديل الذي يقوم به أحد المالك على نفقته تسهيل الإنتفاع بالأجزاء المشتركة- ومثال ذلك ان يوسع أحد المالك السلالم المخصصة للإنتفاع المشترك، أو ان يحول المصعد الى مكان آخر.

(ب) الا يكون من شأن هذا التعديل تغيير في الغرض الذي خصصت له هذه الأجزاء المشتركة، والا يترتب عليه الاضرار بالمالك الآخرين، فلا يجوز لأحد من المالك ان يضع فوق سطح المنزل- وهو في سبيل الإنتفاع به- أشياء تحول بين باقى المالك وبين الإنتفاع بالسطح وفقا لما هو مخصص له.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٤٥ و ٢٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشترى شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في.....على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ اس ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك

الشفق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسؤوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٥٨)

(١) على كل مالك ان يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم يوجد اتفاق على غير ذلك.

(٢) ولا يحق للمالك ان يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٢ لىبى و ٨١٣ سورى و ٧٢ من قانون الملكية العقارية اللبناى.

الأعمال التحضيرية:

خالف المشروع (م ١٢٢٩) التقنين الحالى (م ٥٧/٣٦) فيمن يتحمل تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وادارتها وتجديدها. ففي التقنين الحالى يلزم مالك الطبقة السفلى بإجراء ما يلزم لصيانة السقف والاشخاب الحاملة له اذ انها تعتبر ملكا له، وعلى مالك الطبقة العليا صيانة ارضية طبقتة من بلاط والواح، وعليه ايضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى. أما المشروع فقد جعل هذه التكاليف شركة بين جميع الملاك كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار مالم تنص سندات الملك على شئ ذلك. ونصيب كل شريك فى التكاليف إلزام فى ذمته لا يستطيع ان يتخلص منه، حتى بالتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة، خلافا للقاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الإلتزام إذا انبنى على حق عينى بتخلى صاحبه عنه. ولكن التخلص من الإلتزام يتم إذا تخلى الشريك عن نصيبه المفروز ونصيبه الشائع معا.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ١٦٢)

رأى الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨٥٨ مدنى ان تكاليف حفظ الأجزاء الشائعة وصيانتها وادارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك، لأنهم جميعا ينتفعون بالأجزاء الشائعة، أو هى فى القليل معدة لانتفاعهم بها، ويدخل فى ذلك تكاليف ترميم الأجزاء الشائعة إذا احتاجت الى ترميم، وأصلاح المصعد، ومصرفات الصيانة العادية من كنس ورش، ونفقات تجديد ما يجب تجديده من هذه الأجزاء الشائعة، كتجديد الباب العام للدار أو الالة الرافعة للمياه ونحو ذلك. وتدخل ايضا تكاليف المياه والكهرباء ومصرفات صيانة المصعد والسلم، واجور الاشخاص الموكلين بتعهد هذه الأجزاء الشائعة وبخاصة اجرة البواب، والعوائد التى تجبها البلدية والضرائب المفروضة، واقساط التأمين على الأجزاء الشائعة.

ومساهمة كل مالك فى هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته كما هى مقدرة وقت انشاء الدار.

وإذا كان المالك ملزماً بالمساهمة فى هذه التكاليف التزاماً عينياً، إلا أنه مع ذلك لا يستطيع التخلص من هذا الالتزام عن طريق التخلّى عن ملكية حصته فى الأجزاء الشائعة، بل هو لا يستطيع التخلص إلا إذا تخلّى عن ملكية طبقته أو شقته نفسها بما يتبعها من حصة فى الأجزاء الشائعة.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٢٢ وما بعدها)

٢- يخلص من نص المادة ٨٥٨ مدنى أن كل مالك يجب أن يتحمل نصيبه فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها ويتحدد هذا النصيب وفقاً لإتفاق الملاك أن وجد، فإن لم يوجد إتفاق على كيفية توزيع هذه التكاليف تحمل كل منهم بنسبة قيمة الجزء الذى له فى الدار، ذلك أن نصيب كل مالك فى الأجزاء المشتركة يكون تقسيم هذه التكاليف، ويكون هذا التقدير على حسب موقع الشقة بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه كل مالك من الدار بحسب قيمته وقت ومساحتها، بغض النظر عما يمكن أن يكون المالك قد أجراه فيها من التحسينات أو التجميلات، إذ لن يكون من العدل أن يتخذ من هذا ذريعة لزيادة نصيب هذا المالك فى التكاليف المشتركة.

ويلاحظ أن المساهمة فى تكاليف الأجزاء المشتركة وصيانتها وتجديدها وإدارتها مفروض على جميع الملاك، بصرف النظر عن نسبة إتفاق كل منهم بها. وتطبيقاً لذلك تكون تكاليف صيانة السلم فى جميع أجزائه على جميع الملاك، ويجب أن يشترك فيها حتى أصحاب الطبقات السفلى، وكذلك الحال أيضاً بالنسبة لقواعد الأرضيات. ولا يستطيع أحد الملاك أن يتخلص من المساهمة فى تكاليف هذه الأجزاء بدعوى أنه لا يستفيد منها أو لا ينتفع بها، فنص المادة ٨٥٨/١ مدنى صريح فى هذا المعنى، مالم يوجد إتفاق على غير ذلك.

وتضيف المادة ٨٥٨ مدنى فى فقرتها الثانية أنه لا يجوز لأحد الملاك أن يتخلص من نصيبه فى هذه التكاليف، حتى بالتخلّى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة، وهذا الحكم على خلاف القاعدة العامة التى تقضى بجواز التخلص من الالتزام إذا انبنى على حق عينى، يتخلّى صاحبه عنه. ولكن التخلص من هذا الالتزام يتم إذا تخلّى الشريك عن نصيبه المبرز ونصيبه الشائع معاً.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢٢٢ و ٢٢٣)

٣- على كل مالك أن يشترك فى تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها، ويكون نصيبه فى هذه التكاليف بنسبة قيمة الطابق أو الشقة التى له فى الدار، مالم يوجد إتفاق على غير ذلك (م ٨٥٨/١ مدنى مصرى و ٨١٣/١ سورى و ٨٦٢/١ لیبى و ٧٢ تقنين الملكية اللبنانى). بل أن له الحق فى أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ هذه الأجزاء، ولو كان ذلك بغير موافقة الملاك الآخرين.

ولا يحق للمالك أن يتخلّى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى هذه التكاليف (م ٨٥٨/٢ مدنى مصرى، و ٨١٣/٢ مدنى سورى و ٨٦٢/٢ مدنى لیبى) وذلك استثناء من القواعد العامة التى تجيز لصاحب الحق العينى

إذا تخلى عن حقه ان يتخلص من الالتزامات التي يتحملها بسبب الشيء محل الحق،
انما يستطيع المالك ان يتخلص من هذا الإلتزام إذا تخلى عن الجزء الذي يملكه ملكية
مفرزة ونصيبه الشائع معا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور الصده - المرجع السابق - ص ١١٠ و ١١١)

٤- تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة تقع على عاتق الملاك جميعا،
ويكون نصيب كل مالك من هذه التكاليف بنسبة قيمة الجاء الذي له في الدار. فإذا كان
البناء مقسما الى ثلاث طبقات لكل منها مالك، فان تكاليف الحفظ والصيانة تقع على
عاتق الملاك الثلاثة يتحمل كل منهم الثلث مالم يتفق على غير ذلك.
ومع إلتزام كل مالك بالمساهمة في تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة
التزاما عينيا، الا انه مع ذلك لا يمكن لأى من الملاك التخلص منه بالتخلي عن ملكية
حصته الشائعة، بل على المالك ان شاء التخلص من هذا الإلتزام ان يتخلي عن ملكية
طبقة أو شقته بما يتبعها من حصته في الأجزاء المملوكة مشتركة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عمران - المرجع السابق - ص ٢٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن
المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤
بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في
صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع
يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى
٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوخا
إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده
- مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا
للطلب رقم لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار
إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في على أن البيع لهؤلاء
المشتريين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ س ١٤ ط في
كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك
الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢
أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهي
أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له
مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر
من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن
على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك
وقيام جميع المشتريين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب
عليه مسئولية العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم

المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع أنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١ / ٢ / ١٣)

٢- مفاد نص المادة ٨٥٨ من القانون المدني يدل على أن تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وإدارتها وتجديدها عند الاقتضاء يساهم فيها جميع الملاك، لأنهم جميعاً ينتفعون بالأجزاء الشائعة أو هي في القليل معدة لانتفاعهم بها، ومساهمة كل مالك في هذه التكاليف تكون بنسبة قيمة طبقته أو شقته كما هي مقدرة وقت إنشاء الدار، وهذا الالتزام التزام عيني لا يستطيع المالك التخلص منه عن طريق التخلي عن ملكية حصته في الأجزاء الشائعة.

(الطعن رقم ٧١٠٠ - لسنة ٦٥ ق - جلسة ٢٠٠٧ / ٧ / ١٤)

* * *

مادة (٨٥٩)

- (١) على صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.
 (٢) فإذا امتنع عن القيام بهذه الترميمات، جاز للقاضي ان يأمر ببيع السفل. ويجوز في كل حال لقاضي الامور المستعجلة ان يأمر بإجراء الترميمات العاجلة.
- النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ٨٦٣ لبيي و ٨١٤ سوري و ١٠٨٢ عراقي.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦١ مدنى.

رأى الفقه:

١- يلتزم صاحب السفل بالتزامين:

الاول - ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو.

الثانى - ان يعيد بناء السفل إذا انهدم.

والإلتزام الاول نصت على احكامه المادة ٨٥٩ مدنى.

وترتباً عليه يكون على مالك السفل إجراء ما يلزم لصيانة السقف والاختشاب الحاملة له اذا انها تعتبر ملكاً له، وذلك منعاً لسقوط السقف فيسقط معه العلو، كما يجب عليه صيانة جدران السفل وترميمها عند الاقتضاء، وبالجملية صيانة جميع أجزاء السفل المملوكة له ملكية مفرزة وترميمها، وذلك لمصلحة العلو واحتفاظاً له بحق القرار على السفل ولكنه لا يلتزم الا بترميم سفله، فلا يلتزم بإجراء ترميمات فى العلو نفسه لمنع سقوطه.

فإذا قصر صاحب السفل فى القيام بالتزامه بحيث يترتب على تقصيره تهديد سلامة العلو - جاز لصاحب العلو ان يلجأ الى القضاء ليلزم صاحب السفل ان يقوم بالأعمال الضرورية فى سفله لمنع العلو من السقوط. ويجوز الالتجاء الى قاضى الامور المستعجلة فى ذلك إذا كان إجراء الترميمات امراً عاجلاً. ويجوز فى جميع الاحوال ان يستأذن صاحب العلو القضاء فى ان يقوم هو بالترميمات الضرورية فى السفل، على ان يرجع بما انفقه فى ذلك على صاحب السفل.

ويجوز لصاحب العلو ان يطلب من القاضى ان يأمر ببيع السفل لمن يشتريه ويرممه، فيمنع بذلك سقوط العلو، والقاضى يجب صاحب العلو - الى ما يطلب من ذلك إذا وجد مبرراً لاجابة الطلب، وتتص المادة ٨٥٩/٢ مدنى على ذلك. ويلاحظ ان إلتزام صاحب السفل بترميم سفله منعاً لسقوط العلو إلتزام عينى، فيستطيع التخلص منه إذا هو تخلص عن ملكية السفل.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٠١ وما بعدها)

٢- ينتج من نص المادة ٨٥٩ مدنى ان على صاحب السفل ان يقوم بكل الأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، فعليه مثلا ان يقوم بأصلاح الجدران الداخلية المملوكة له، حتى لا يسقط العلو المرتكز عليها. هذا إلزام الايجابى يستطيع صاحب السفل ان يتخلص منه بالتخلّى عن ملكية السفل كما هي القاعدة.

فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بالأعمال اللازمة لمنع سقوط العلو ولم يتخل عن ملكية السفل، جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل كما تفرز المادة ١/٨٥٩ مدنى، بل ان لصاحب العلو - إذا كانت هذه الترميمات عاجلة - ان يلجأ للقاضى الامور المستعجلة ليصدر منه امرا باجرائها.

ويلاحظ ان أمر القاضى ببيع السفل عند رفض صاحبه القيام بالترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو قد جاء على خلاف القواعد العامة، ثم ان هذه السلطة التى اعطيت للقاضى هي سلطة جوازية. ولذلك فان هذا الحكم الاستثنائى ليس من شأنه استبعاد تطبيق القواعد العامة.

وتقضى القواعد العامة بأنه فى الإلتزام بعمل، إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا. ويجوز فى حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الإلتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء.

وتطبيقا لهذه القواعد العامة يجوز للقاضى ان يصرح لصاحب العلو فى إجراء هذه الترميمات على نفقة صاحب السفل بدلا من ان يأذن ببيع السفل إذا هو رأى ذلك.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور البدر اوى - المرجع السابق - ص ٢٢٥)

٣- يجب - فى تطبيق المادة ٨٥٩ مدنى - على صاحب السفل ان يقوم بالأعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو، كأن يصلح جدارا داخل شقته يرتكز عليه العلو، أو يرمم السقف الذى تستند إليه ارضية العلو. ويستطيع، طبقا للقواعد العامة، ان يتخلص من هذا الإلتزام بالتخلّى عن ملكية السفل.

فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بهذه الترميمات، ولم يتخل عن ملكية السفل، جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل، كما يجوز للقاضى طبقا للقواعد العامة فى التنفيذ العينية ان يجيب صاحب العلو الى طلبه إذا اراد الترخيص له فى القيام بهذه الترميمات على نفقة صاحب السفل، ذلك ان السلطة الاستثنائية التى اعطيت للقاضى فى ان يأمر ببيع السفل على خلاف ما تقضى به القواعد العامة ليس من شأنها ان تستبعد تطبيق هذه القواعد. وانما اراد الشارع بمنحه هذه السلطة للقاضى ان يخوله فرصة الموازنة بين الاعتبارات المختلفة التى تحيط بالموقف، سواء من حيث قدرة صاحب السفل المالية أو مقدار النفقات اللازمة للترميم أو قيمة السفل، فإذا بان للقاضى ان النفقات اللازمة للترميم تحمل صاحب السفل عبئا فوق طاقته، أو ان هذه النفقات من الجسامة بحيث لا تتناسب مطلقا مع قيمة السفل، جاز له ان يأمر ببيع السفل. وإذا بان للقاضى غير ذلك جاز له ان يرخص لصاحب العلو فى ان يقوم بالترميم على نفقة صاحب السفل. ولهذا كانت سلطة القاضى فى ان يأمر ببيع السفل، سلطة جوازية.

وتقضى المادة ٢/٨٥٩ مدنى مصرى والنصوص العربية المطابقة لها بانه يجوز فى كل حال لقاضى الامور المستعجلة ان يأمر بإجراء الترميمات العاجلة. ومن ثم فلا يحق لصاحب العلو ان يقوم بالترميمات فى حالة الاستعجال على نفقة صاحب السفلى دون ترخيص من القضاء، وذلك على خلاف ما تقضى به القواعد العامة. فقد اراد الشارع ان يجعل التقدير فى حالة الاستعجال للقضاء من اول الأمر، وذلك نظرا الى ما يلقى على عاتق صاحب السفلى فى هذه الحالة من عبء مالى قد يكون كبيرا.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور الصده - المرجع السابق - ص ١١٢ و ١١٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوخا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في.....على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٠٢/١٣)

مادة (٨٦٠)

(١) إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله. فإذا امتنع جاز للقاضي أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلوان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه.

(٢) وفي الحالة الأخيرة يجوز لصاحب العلوان يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع حتى يؤدي ما في ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن في إيجار السفل أو سكناة استيفاء لحقه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٤ لیبی و ٨١٥ سوری و ١٠٨٤ عراقی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع- لاحقا- التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦١ مدنی.

رأى الفقه:

١- اما الإلتزام الثانى الذى يفرضه القانون فى جانب صاحب السفل، وهو إعادة بناء السفل إذا انهدم، فقد نصت على احكامه المادة ٨٦٠ مدنی.

وهنا يجب التمييز هنا بين ما إذا كان انهدام البناء بخطأ صاحب العلوان أو بغير خطأ منه. فان كان بخطئه رجع صاحب السفل عليه بالتعويض الواجب، ولم يكن ملزما بإعادة بناء السفل، ولكنه إذا اعاد بناءه فعلا رجع لصاحب العلوان حقه فى القرار على السفل بعد ان يكون قد دفع التعويض لصاحب السفل، ومن ثم يجوز له ان يبنى علوه من جديد مستقرا على السفل. وان كان انهدام البناء بغير خطأ صاحب العلوان، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب العلوان، سواء كان الانهدام بخطأ صاحب السفل أو بغير خطأ منه، فان على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله، لأن لصاحب العلوان حق القرار عليه، فيعيد صاحب العلوان بناء علوه مستقرا على السفل، بعد ان اعاد صاحبه بناءه. ثم إذا كان هدم البناء بخطأ من صاحب السفل، وجب على هذا الأخير تعويض صاحب العلوان عن الضرر الذى يصيبه من جراء هدم علوه ثم إعادة بنائه.

والمفروض طبعا ان البناء يكون قد وقع بعلوه وسفله، بأن يكون السفل قد انهدم فترتب على انهدام العلوان. أما إذا انهدم العلوان وحده، فلا شأن لصاحب السفل فى إنهدامه انهدام العلوان، ويرجع صاحب العلوان على من يكون قد تسبب فى الانهدام.

وإذا كان السفل أیلاً للسقوط دون ان ينهدم، فلصاحب العلوان ان يستصدر من السلطة الادارية المختصة امرا بهدم السفل، ثم يطالب بإعادة بنائه.

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه فى الاحوال التى يجب عليه فيها ذلك، جاز لصاحب العلوان اجباره على إعادة البناء، ويكون ذلك بأن يختار صاحب العلوان أحد

امرين. فاما ان يطلب من القاضي ان يأمر ببيع السفل على صاحبه، ويكون ثمنه من حق صاحب السفل، وعلى المشتري ان يعيد هو بناء السفل، فانه لم يشتره وهو منههم الا على هذا الشرط، أو ان يطلب صاحب العلو من القاضي ان يأذن له فى ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. فإذا اعد بناءه، رجع بما انفق على صاحب السفل، ويكون له ضمانا لاستيفاء حقه ان يحبس السفل فى يده، بل يجوز له ايضا ان يحصل على اذن القاضي فى ايجار السفل أو سكناه باجر المثل استيفاء لحقه.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠١٢ وما بعدها)

٢- بنص المادة ٨٦٠ مدنى يفرض القانون على صاحب السفل فى حالة تهدم البناء لأى سبب التزاما بإعادة بنائه، حتى يستطيع صاحب العلو ان يبنى طبقته، وهو لا يستطيع التخلص من هذا الإلتزام الا إذا تخلى عن حق ملكيته كما هى القاعدة، وان كان هذا التخلي نادرا اذ انه سيفضل بيع السفل.

فإذا امتنع صاحب السفل عن بناء سفله جاز للقاضى ان يأمر ببيع السفل، اى يباع نصيبه فى الارض مع حق القرار عليها. ولكن القاضى لا يجوز له ان يأمر بهذا البيع إذا طلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. ومعنى ذلك انه يجوز دائما لصاحب العلو ان يطلب إعادة بناء الطبقة السفلى على نفقة صاحبها، ولا يجوز لصاحب السفل ان يتخلص من إعادة البناء على نفقته، وانما يجوز ان يتخلص من ذلك إذا هو تخلى عن حقه.

فإذا اعد صاحب العلو بناء الطبقة السفلى، كان له حق الرجوع على مالکها بالنفقات، وليس له ان يرجع عليه بالتعويض إلا إذا كان سقوط البناء قد وقع بتعد منه. وفى سبيل اقتضاء صاحب العلو، لما أنفق فى تجديد بناء السفل اجازت له الفقرة الثانية من المادة ٨٦٠ مدنى ان يمنع صاحب السفل من السكنى أو الإنتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، واجازت له ايضا ان يحصل على اذن فى ايجار السفل أو سكناه إستيفاء لحقه، اى حتى يستخلص حقه من اجرتة.

ويلاحظ ان إلتزام صاحب السفل بإعادة بناء طبقته يجب ان يقصر على إعادة البناء بشكل يتحمل الطبقة العليا كما كانت. فلا يجوز لصاحب العلو ان يطلب من صاحب الطبقة السفلى ان يجدد له بناء يقوى على تحمل ثلاث طبقات أو اربع إذا لم يكن العلو يملك الا طريقة واحدة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور البدرأوى - المرجع السابق - ص ٢٣٦ و ٢٣٧)

٣- إذا انهزم البناء وجب على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله، وهذا قيد خطير على الملكية، اذ القاعدة ان المالك حر فى ان يبنى فى ملكه أو يمتنع عن البناء، ولكن الشارع قرر هذا القيد مراعاة للوضع الخاص بالدار المقسمة، حيث يرتبط مصير الطابق الاعلى بمصير الطابق الاسفل، ويستطيع صاحب السفل طبقا للقواعد العامة ان يتخلص من هذا الإلتزام بالتخلى عن ملكية السفل، وان كان لا يعقل ان يتجه صاحب السفل الى هذا التخلي، اذ ان اقصى ما يتعرض له من جزاء فى حالة إمتناعه عن القيام بهذا الإلتزام هو ان يباع السفل، ولا شك فى ان مصلحته تجعله يفضل هذا البيع على التخلي.

فإذا امتنع صاحب السفل عن تجديد سفله جاز للقاضي ان يأمر ببيع السفل، حيث يباع نصيب صاحب السفل في الارض وحق القرار عليها. وذلك مالم يطلب صاحب العلو ان يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه، اذ يتعين على القاضي حينئذ ان يجيب صاحب العلو الى طلبه. فالسلطة الاستثنائية التي بمقتضاها يجوز للقاضي ان يأمر ببيع السفل في هذه الحالة لا تثبت له الا إذا لم يطلب صاحب العلو الترخيص له في بناء السفل على نفقة صاحبه.

وقد كفل الشارع- بموجب المادة ٢/٨٦٠ مدنى مصرى والمادتان ٢/٨١٥ مدنى سورى و ٢/٨٦٤ مدنى لىبى المطابقتان له- لصاحب العلو الوسيلة لاقتضاء ما انفقه في تجديد السفل دون إرهاق لصاحبه أو تحميله بعبء قد يستنفد كل أمواله. على ان هذا ليس شأنه ان يسلب القاضي كل سلطة في هذا الشأن. فإذا لم يحبس صاحب العلو البناء تحت يده كى يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته، وطلب صاحب السفل ان يقسط عليه المبلغ الذى أنفق فى التجديد، جاز للقاضي ان يجيبه الى طلبه، وفى هذه الحالة يكون لصاحب السفل ان يسكنه أو يستغله.

وإمتناع صاحب السفل عن تجديده لا يخل بمجرده صاحب العلو الحق فى ان يطلب التعويض. وهذا الحل يستفاد من الخطة التى اتخذها الشارع فى تحديده للجزاء الذى يترتب على إمتناع صاحب السفل عن القيام بالتزامه فى هذا الخصوص، فقد راعى الشارع فى هذا التحديد الا يكون هناك عنت على صاحب السفل. ويلاحظ ان صاحب السفل إنما يلتزم بإعادة البناء الى الحالة التى كان عليها قبل ان يصيبه الخلل. فمثلاً لو ان البناء كان معدا فى الأصل ليتحمل طابقين فحسب، فلا يحق لصاحب العلو ان يطالب صاحب السفل بتجديد البناء على نحو يتحمل اربع طبقات.

(الملكية في قوانين البلاد العربية - للدكتور الصده - المرجع السابق - ص ١١٤ و ١١٥)

٤- يلتزم صاحب السفل بإعادة بنائه إذا تهدم البناء، وقد نصت المادة ٨٦٠ مدنى على هذا الإلتزام. وهذا النص لحالة ما إذا انهدم البناء دون ان يعزى ذلك الى خطأ صاحب العلو، وفى هذه الحالة يجب على صاحب السفل إعادة بنائه. ويكون الأمر كذلك من باب اولى، ومع الإلتزام بتعويض صاحب العلو، إذا تم انهدام البناء بخطأ صاحب السفل. فإذا امتنع صاحب المادة ٦٦ من (مرشد الحيران) فى هذا بقولها: " إذا هدم صاحب السفل سفله تعدياً، يجب عليه تجديد بنائه، ويجبر على ذلك ".

ولصاحب العلو اما يطلب بيع السفل، فيقوم المشتري بإعادة البناء، واما ان يطلب إعادة بناء السفل على نفقة صاحبه، وله بعد ذلك ان يرجع بالنفقات على صاحب السفل، فإذا لم يقم بالوفاء كان لصاحب العلو ان يستعمل حقه فى الحبس، فيمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدى ما فى ذمته. ويجوز له ان يحصل على اذن المحكمة فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه.

(الحقوق العينية الأصلية - العميد الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٠٦ و ٣٠٧)

٥- على صاحب السفل ان يعيد بناء سفله إذا تهدم حماية لصاحب العلو، ويعيد بعد ذلك صاحب العلو بناء علوه مستقرا على السفل بعد ان يكون صاحبه قد اعد بناءه.

ويلاحظ انه إذا كان تهدم السفل راجعا الى خطأ صاحب العلو - كأن يكون قد حمل أكثر مما يحتمل عادة- فعليه تقع تكاليف إعادة بنائه.

وإذا امتنع صاحب السفل عن إعادة بنائه بعد ان يكون قد تهدم، فلصاحب العلو ان يطلب من القضاء الاذن له بإعادة بنائه على نفقة صاحب السفل، بل لصاحب العلو بدلا عن ذلك ان يطلب من القضاء الأمر ببيع السفل المشترك يعيد بناءه من جديد ليستقر هو عليه بعد ذلك.

وإذا اذنت المحكمة لصاحب العلو من إعادة بناء السفل على نفقة صاحبه، فلصاحب العلو ان يمنع صاحب السفل من السكنى والإنتفاع بالسفل حتى يؤدي ما هو مستحق عليه تطبيقا للقواعد العامة في حق الحبس، ولصاحب العلو في هذه الحالة ايضا ان يحصل على اذن في إيجار السفل أو سكنه استيفاء لحقه.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٥٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب

عليه مسئولية العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع أنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١ / ٠٢ / ١٣)

* * *

مادة (٨٦١)

لا يجوز لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٦٥ لىبى و ٨١٦ سورى و ١٠٨٦ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

١- ان ملكية الطبقات لا تشتمل على ملكية مفردة و ملكية شائعة فحسب، بل تشتمل ايضا على قيود قانونية (أو حقوق إرتفاق) ترد على حق الملكية فى السفل وفى العلو.

٢- اما صاحب السفل فعليه ان يقوم بكل الأعمال و الترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو. وهذا إلترام ايجابى يستطيع التخلص منه بالتخلّى عن ملكية السفل كما هى القاعدة. فإذا امتنع عن القيام بالأعمال اللازمة ولم يتخلّى عن ملكية السفل جاز للمحكمة ان تأمر ببيع السفل و بإتخاذ الإجراءات العاجلة (م ١٢٢٩ مكررة و توافق م ٥٥/٣٤ من التقنين الحالى).

و هذا حكم عملى هام اخذ من الشريعة (انظر م ٦٧ من مرشد الحيران) بل ان المشروع سار شوطا ابعد من التقنين الحالى فى الاخذ بالشريعة الاسلامية فى هذه المسألة الهامة، فألزم صاحب السفل إذا انهدم سفله ان يعيد بناءه و الا يبيع السفل، و يجوز لصاحب العلو ان يعيد بناء السفل على نفقة صاحبه وله ان يمنع صاحب السفل من سكناه و الإنتقاع به حتى يوفيه حقه، وله ان يؤجره باذن القاضى و يستخلص حقه من اجرتة (م ١٢٢٩ مكررة ثانيا من المشروع و توافق م ٦٧ من مرشد الحيران).

٣- أما صاحب العلو فلا يجوز له ان يزيد فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل و لا أن يأتى اى عمل من شأنه ان يزيد فى عبء السفل (م ١٢٣٠ من المشروع و توافق م ٥٦/٣٥ من التقنين الحالى و م ٦٨ من مرشد الحيران).

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٦٧ و ١٦٨)

رأى الفقه:

١- يلتزم صاحب العلو بصفة اساسية بعدم زيادة عبء حق القرار على السفل. و يترتب على ذلك انه لا يجوز لصاحب العلو ان يبنى طابقا فوق علوه إذا نجم عن ذلك ضرر لصاحب السفل، اى ان حقه فى بناء طابق جديد فوق سطحه بالعلو الذى يختاره، يجب معه مراعاة ان لا يضر غيره بالسفل و ان تتحملة اساسات البناء، و ان لا يكون فى بنائه للطابق الجديد مخالفة للوائح البناء و نظمته.

كما انه يترتب على ذلك ايضا انه لا يجوز لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع علوه إذا كانت الزيادة فى الارتفاع تضر بالسفل، فان لم تكن تضر به. و تتحملها اساسات البناء، و تتفق مع لوائح البناء و نظمته. جاز له ذلك.

وليس له بوجه عام ان يأتى بأى عمل يكون من شأنه ان يزيد فى عبء العلو (م ٦٨ مرشد الحيران).

(الوسيط - ٨ - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠١٥ وما بعدها)

٢- اوجبت المادة ٨٦١ من القانون المدنى على صاحب العلو التزاما بعدم الزيادة فى ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل. والحكمة فى هذا الحكم ظاهرة، اذ ان فى زيادة الارتفاع زيادة للعبء الذى يتحمله السفلى، وزيادة ايضا لما تتحمله الأجزاء المشتركة من البناء كالاساسات والحوائط الرئيسية، فيجب ان تمنع إذا كان من شأنها الاضرار بالسفل أو الاضرار بالأجزاء المشتركة ايضا.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ٢٣٧)

٣- يقع على عاتق صاحب العلو التزام بعدم زيادة ارتفاع بنائه، أو بصفة عامة زيادة العبء على البناء حتى لا يضار السفلى (م ٨٦١ مدنى). ولما كان صاحب العلو مالكا له ملكية خالصة، فان له ان يرتفع ببنائه بشرط يزيد فى الارتفاع ويكون من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل، بل ان له ان يبنى فوق سطحه مع التقيد بهذا القيد. ويؤخذ من هذا ان لصاحب العلو ان يزيد من الارتفاع أو ان يبنى فوق سطحه، طالما كان لا يترتب على ذلك عدم الاضرار بالسفل. وبالإضافة الى ذلك فان صاحب العلو يلتزم بصيانة ارضية طبقتة من بلاط والواح، وعليه ايضا إجراء ما يلزم لصيانة السلم من ابتداء الموضع الذى لا ينتفع به صاحب الطبقة السفلى.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٠٧ و ٣٠٨)

٤- يجب على صاحب العلو ان يمتنع عن كل ما من شأنه الاضرار بصاحب السفلى، كما يجب عليه ان يقوم بما يلزم فى العلو لمنع الضرر بصاحب السفلى. ولم يعرض المشرع للالتزامات صاحب العلو الا بالمادة ٨٦١ مدنى، وإذا كان الظاهر من نصها انه يمتنع على صاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه إذا كان من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل، فيصح التساؤل عن مدى حق صاحب العلو فى زيادة ارتفاع بنائه إذا لم يكن من شأن هذه الزيادة الاضرار بالسفل. وللإجابة على هذا نذكر بأن نظام العلو والسفل يفترض وجود إتفاق على ان مالك كل طبقة يملكها كلها بما فيها الجدران الرئيسية والسقف على خلاف الأصل المنصوص عليه فى المادة ٨٥٦ مدنى. وعلى ذلك فالمرجع الاول فى معرفة ما إذا كان لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه والى اى حد تكون الزيادة هى سند الملك، فإذا اتضح انه ليس له ان يرتفع اكثر من قدر معين، فلا يجوز له أن يتجاوزه ولو لم يترتب على ارتفاع ضرر للسفل. أما إذا لم يتضح من سندات الملك سوى ان لصاحب العلو حق القرار على السفلى، فيكون لصاحب العلو ان يزيد فى ارتفاع بنائه، كأن يبنى طباقا جديدا أو اكثر بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر بالسفل. بينما يطلق الدكتور عبد المنعم فرج الصده قائلا: " ولا يجوز له ان يضيف طبقات جديدة، ولو كان هذا لا يضر بالسفل الا بموافقة الملاك الآخرين " (حق الملكية - رقم ١٨٦ - ص ٢٧٥) وكما يمتنع على

صاحب العلو ان يزيد في ارتفاع بنائه إذا كان ذلك يضر بالسفل، يتمتع عليه ايضا ان يقوم بأى عمل يضر بالسفل فلا يجوز له مثلا ان يثقل سقف السفلى بما يتجاوز طاقته. وبالإضافة الى الإلتزام بالإمتناع عن كل ما يضر بالسفل يجب على صاحب العلو ان يقوم بعمل ما يلزم في علوه لمنع حدوث الضرر بالسفل، فعليه ان يتولى صيانة وترميم سطح ارضية طبقته من بلاط أو اخشاب حتى لا تنكشف فيترتب على ذلك الاضرار بسقف السفلى.

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - طبعة ١٩٦٥ - ص ٢٦٨ و ٢٦٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يجوز لصاحب الطابق الاعلى ان ينشئ شرفات مماثلة لشرفات الطابق الاسفل طالما انها لا تتركز على دعائم في الارض ولا تمس الطابق الاسفل بأى ضرر. (استئناف بيروت المدنية - جلسة - ٢٣ تشرين الأول سنة ١٩٥٦ - قرار ١٣٤٦ - ص ٦٥)

٢- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشترى شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في.....على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسؤوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٠٢/١٣)

مادة (٨٦٢)**إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد**

(١) حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم الى طبقات أو شقق جاز للملاك ان يكونوا اتحادا فيما بينهم.

(٢) ويجوز ان يكون الغرض من تكوين الاتحاد بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية اجزائها على اعضائها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٦ لبيى و ٨١٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدنى.
رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٨٦٢ مدنى ان ملاك طبقات البناء وشققها يجوز لهم أن يكونوا فيما بينهم إتحاداً لإدارة الأجزاء الشائعة فى البناء، وذلك إذا رغبوا فى الإنتفاع بما يكون للإتحاد فى الإنتفاع بما يكون للإتحاد فى إدارة الأجزاء الشائعة من سلطات أوسع وتيسيرات أكثر عما يكون عليه الأمر لو أنهم إقتصروا على تطبيق القواعد المقررة فى إدارة المال الشائع.

ويجب، لتكوين هذا الإتحاد، إجماع الملاك على تكوينه، إذ أن سلطاته أوسع من سلطات المدير العادى للمال الشائع، ويكون جميع الملاك أعضاء فى الإتحاد ما داموا قد أجمعوا على إنشائه.

وليس من الضرورى أن يتكون هذا الإتحاد بعد إنشاء البناء، بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين الإتحاد هو بالذات الحصول على بناء متعدد الطبقات والشقق، يبنيه الإتحاد أو يشتريه، ثم يوزع طبقاته وشققه على الأعضاء، وفى هذا تشجيع كبير على الإكتثار من ملكية الطبقات، أشد ما تكون الحاجة إليها فى وقت إشتدت فيه أزمة المساكن عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية، وعلى أثر تزايد السكان تزايداً سريعاً.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٠٢٦ و ١٠٢٧)

٢ - تقتضى إدارة البناء المشترك قيام هيئة تتولى ذلك، هذه الهيئة هي ما يطلق عليها، إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد، وتشكل هذه الهيئة من الشركاء فيما بينهم بقصد إدارة العقار المشترك. وتقوم هذه الهيئة حيثما توجد ملكية مشتركة فى عقار مقسم إلى طبقات أو شقق، وقيام هذه الهيئة أمر جوازى فى القانون المدنى. أما فى قانون الإيجار فإن قيام هذا الإتحاد يكون وجوبياً إذا جاوز عدد الطوابق أو الشقق

خمساً وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص. ولم ينص القانون على أن إتحاد الملاك يعتبر شخصاً معنوياً، ولكنه مع ذلك يعتبره شخصاً معنوياً، إذ يقر له ذمة مالية مستقلة، ويجيز له التقاضى باسمه عن طريق مأمور يتولى ذلك. وثبوت الشخصية المعنوية للجمعية أو الإتحاد يكون بقصد القيام بأعمال العقار المشترك. ويعين للإتحاد مأمور، ويبين القانون كيفية تعيينه ومهمته وأجره وكيفية عزله.

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٥٨ و ٢٥٩)

٣ - وفقاً لنص المادة ٨٦٣ مدني يجب التمييز بين، فرضين:

الأول: أن توجد فعلاً ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق، ثم يكون الملاك إتحاداً يتولى إدارته.

والفرض الثاني: أن يتفق عدد من الأشخاص على تكوين إتحاد فيما بينهم بقصد بناء عقارات أو مشتراها لتوزيع ملكيتها عليهم.

ففي الفرض الأول حيث توجد فعلاً ملكية الطبقات أو الشقق نلاحظ أولاً أن المشرع قد جعل تكوين الإتحاد بين الملاك جوازياً. ونظراً إلى أن هذا الإتحاد يعتبر جماعة من الأشخاص ذات صفة دائمة لغرض غير الحصول على الربح، فنتحقق فيه مقومات الجمعية، ولكن المشرع لم يسمه جمعية، كما أن أخضعه لأحكام تختلف عن أحكام الجمعيات، فدل بذلك على أنه يقصد عدم إخضاعه لأحكام الجمعيات. وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على إعتبار الإتحاد شخصاً معنوياً، إلا أن النصوص تدل على أنه يعتبره شخصاً، إذ تفيد هذه النصوص أن للإتحاد ذمة وأن له حق التقاضى، لكن الإعراف للإتحاد بالشخصية لا يعنى أنه هو مالك البناء، فتبقى ملكية البناء للأعضاء لكل منهم طبقته أو شقته ملكية مفرزة وحصة شائعة في الأجزاء المشتركة، فتقتصر ذمة الإتحاد نفسه على الإشتراكات إلى يدفعها الأعضاء.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٤٧ و ٢٤٨)

٤- يتبين من نص المادة ٨٦٢ مدني أن الملاك للطبقات أو الشقق أن يكونوا فيما بينهم إتحاداً. ولا يشترط أن يتم تكوين هذا الإتحاد بعد إنشاء البناء أو في أثناء إنشائه. بل يجوز أن يكون الغرض من تكوين هذا الإتحاد هو بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها بعد ذلك على أعضائها.

ولكن بصدر القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ (م ٧٣ منه) أصبح قيام إتحاد الملاك يتم بقوة القانون إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمس أشخاص.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور - محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٤٧ و ٢٤٨)

أحكام القضاء الحديثة:

١- إدارة الأجزاء المشتركة في العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لإتحاد الملاك قراراته ملزمة شرطه. دعوة جميع ذوى الشأن إلى الاجتماع وصدر قراراته من أغلبية محسوبة على أساس قيمة الأنصبه. تعيين مأمور الإتحاد بذات الأغلبية. مهمته تنفيذ قراراته وتمثيله أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك أنفسهم.

النص في المادة ٨٦٢ من القانون المدني على أن: " (١) حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات أو شقق جاز للملاك أن يكونوا إتحاد فيما بينهم. (٢) ويجوز أن يكون الغرض من تكوين الإتحاد بناء العقارات أو مشاراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها"، وفي المادة ٨٦٤ منه على أن " إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الإجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبا"، وفي المادة ٨٦٦ منه على أن " (١) يكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤... (٢) وبمثل المأمور الإتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك إذا إقتضى الأمر، وفي المادة ١٤ من قرار وزير الإسكاني ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجي لإتحاد الملاك على أن تشكيل الجمعية العمومية. تتكون الجمعية العمومية للإتحاد من جميع أعضائه....." وفي المادة ١٧ منه على أن " نصاب الإجتماع: فيما عدا الحالات التى ورد فيها نص خاص فى القانون أو فى هذا النظام لا يكون إنعقاد الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور مالكي ٦٠ % على الأقل من الأنصبة فى العقار، فإذا لم يتوافر هذا النصاب فى الإجتماع إنعقدت الجمعية العمومية دعوة ثانية خلال الخمسة عشر يوماً التالية. ويعتبر إجتماعها الثانى صحيحاً أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم". وفي المادة ١٨ منه على أن ".... تصدر قرارات الجمعية العمومية من أغلبية أصوات الحاضرين محسوبة على أساس قيمة الأنصبا" فإن مفاد هذه النصوص مجتمعة أن تكون إدارة الأجزاء المشتركة فى العقار المقسم إلى طبقات أو شقق لإتحاد الملاك وفقاً للنظام إلى يضعه لذلك أو بقرارات فردية يصدرها إذا لم يكن قد وضع لنفسه نظاماً، وتكون قراراته فى ذلك ملزمة بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بموجب كتب موصى عليها إلى الإجتماع وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبا، وإن تعيين مأمور الإتحاد الذى يتولى تنفيذ قراراته وتمثله أمام القضاء حتى فى مخاصمة الملاك أنفسهم متى إستلزم الأمر ذلك إنما يكون بذات الأغلبية المشار إليها.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٢- إجتماع إتحاد الملاك. شرط صحته. حضور مالكي ٦٠ % على الأقل من الأنصبة، عدم توافر هذه الأغلبية. لازمه. دعوى الجمعية العمومية للإنعقاد صحة إجتماعها أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم. إجتماع إتحاد الملاك لا يكون صحيحاً إلا بحضور مالكي ٦٠ % على الأقل من الأنصبة، فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية تدعى الجمعية العمومية للإنعقاد بناء على دعوى ثانية خلال الخمسة عشر يوماً التالية ويكون الإجتماع فى هذه الحالة صحيحاً أياً كان عدد الأعضاء الحاضرين وأياً كانت ملكياتهم.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٣- تكوين إتحاد الملاك لبناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكياتها على أعضائها. مأمور الإتحاد يمثله في تنفيذ قراراته في هذا الشأن في مرحل البناء. لازمه. احتساب تكاليفه وتوزيعها على وحداته. توزيع الوحدات على الأعضاء. أثره. لكل عضو ملكية مفرزة للوحدة التي إختص بها وملكية شائعة في الأجزاء الشائعة. إنحصار سلطات مأمور الإتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة.

إذا كان الغرض من تكوين الإتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الإتحاد هو الذى يمثل الإتحاد في تنفيذ قراراته في هذا الشأن في مرحلة البناء بما يستلزمه ذلك من احتساب تكاليفه وتوزيعها على وحداته كل حسبما تميزت به من صفات وإلى أن يتم توزيع هذه الوحدات على الأعضاء يكون لكل عضو في الإتحاد ملكية مفرزة للوحدة التي إختص بها وملكية شائعة مع باقى الشركاء في الأجزاء الشائعة كالمنارات والسلالم والمصاعد والأسطح والأبنية وتتحصر عندئذ سلطات مأمور الإتحاد في إدارة الأجزاء الشائعة من العقار.

(الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٩/١/١٧ لم ينشر بعد)

٤- إتحاد الملك قبل نفاذ ق ٤ لسنة ١٩٩٦. نشأته بقوة القانون بمجرد زيادة عدد كل من الشقق وملاكها على خمسة ولو لم يكن له نظام مكتوب أو مجلس إدارة. المادتان ٧٣ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧، ٨٦٢ مدني.

إن النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - التي أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - على أن " إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس، وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص قام بقوة القانون إتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني.... ويكون البائع بالتقسيط عضواً في الإتحاد حتى تمام الوفاء بكامل أقساط الثمن، كما يكون المشتري بعقد غير مسجل عضواً في الإتحاد " مؤداه أن إتحاد الملاك - قبل نفاذ القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ - كان ينشأ بقوة القانون بمجرد زيادة عدد الشقق على خمس، وملاكها على خمسة أشخاص، حتى ولو لم يكن له نظام مكتوب أو مجلس إدارة.

(الطعن ٥٤١٤ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٧٥ق - جلسة ٢٠٠٦/٣/٢١)

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم باسم الشعب محكمة النقض الدائرة المدنية

—

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
/ محمد جمال الدين سليمان/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
نواب رئيس المحكمة
وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ - الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتى

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٩٠٣١ لسنة ٧٥ ق.

المرفوع من

- ١ - السيد / رمضان علي محمد عباس.
المقيم ٢٦٧ شارع مصطفى كامل غبريال قسم الرمل الإسكندرية.
- ٢ - السيد / أميل رمزي بشاى
المقيم بملكه بالعقار الكائن بتقاطع شارعى سيف ومصطفى كامل بنهاية شارع
سيف الراسى السوداء - سيدى بشر قبلى المنتزه - الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن الطاعنين.

ضد

السيد / محمد موسى أمبابى (صاحب مسرح كوكب الشرق)
المقيم بملك إبراهيم جويده - أرضى المحمرة - بجوار مسجد السلام سيدى بشر
بحرى قسم المنتزه - الإسكندرية.
لم يحضر أحد عن المطعون ضده.
في يوم ٢٠٠٥/١/٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف إسكندرية
الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٠ في الإستئناف رقمي ٢٨٨٩، ٥٥٩٢ لسنة ٦٠ ق -
وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعنان الحكم بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض
الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف إسكندرية وذلك للفصل فيها
من جديد مع إلزام المطعون ضده المصاريف والأتعاب.

وفى اليوم نفسه أودع الطاعنان مذكرة شارحة.
وفى ٢٠٠٥/١/١١ أعلن المطعون ضده بصحيفة الطعن.
ثم أودع النيابة مذكرتها وطلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض
الحكم المطعون فيه. وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٦ عرض الطعن على المحكمة في غرفة
مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/١/٣ وبها سمعت الدعوى
أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صممت النيابة على ما جاء
بمذكرتها والمحكمة أرجأت إصدار الحك إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار/المقرر/السيد
عبد الحكم السيد - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المداولة.
حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.
وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق -
تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعنين الدعوى ٤٨٢٩ سنة ٢٠٠٠ مدني
محكمة الإسكندرية الابتدائية بطلب الحك بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الثاني
بتسليمه عين النزاع المبينة بصحيفة الدعوى وعقد البيع المؤرخ ١٩٩٩/٩/١٣ مع
إلزامه بأن يؤدى له مبلغ ٣٠٠٠٠ جنيه قيمة الشرط الجزائي بهذا العقد على سند من
أنه إشتري العين من الطاعن الأول الذى لم يسلمها إليه فأقام الدعوى، نذبت المحكمة
خبيراً وبعد أن قدم تقريره الأصلي والتكملي حكمت بإلزام الطاعن الأول في مواجهة
الطاعن الثاني بتسليم العين وأن يؤدى للمطعون ضده مبلغ ٨٤٠٠ جنيه كتعويض
إتفاقي بحكم إستأنفه الأول بالإستئناف ٢٨٨٩ سنة ٦٠ ق إسكندرية وإستأنفه الثاني لدى
ذات المحكمة بالإستئناف ٥٥٩٢ سنة ٦٠ ق، قضت المحكمة برفضهما وتأييد الحكم
المستأنف. طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض، أودعت النيابة مذكرة أبدت
فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره
وفيها التزمت النيابة رأيها. وحيث إن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه
الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وفي بيان ذلك يقولان أن الطاعن الأول تمسك لدى
محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى قبله لرفعها عليه بشخصه دون صفته كمأمور
إتحاد الملاك التى تعاقدها مع المطعون ضده غير أن الحكم المطعون فيه رد على
ذلك بأنه تنازل في موضوع الدعوى أمام محكمة أول درجة بصفته الشخصية وأنه
أبدى دفاعه أمامها بصفته بائعاً وليس بصفته مأموراً لإتحاد الملاك وهو ما لا يواجه
الدفع بعدم قبول الدعوى بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص في المادة ٥٢ من القانون المدني على
أن الأشخاص الاعتبارية هي ١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط
التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها
القانون شخصية اعتبارية.... " وفي المادة ٥٣ منه على أن " ١) - الشخص
الإعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك

في الحدود التي قررها القانون ٢ - فيكون له (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التي بعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون. (ج) حق التقاضي. (د) ٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته) يدل على أنه متى إكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الاعتبارية فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها وأهلية لإكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات فضلاً عن أهليتها للتقاضي وذلك وفقاً للقواعد وفي الحدود المقررة بسند إنشائها ويتعين بالتالي مخاطبة الشخص الاعتباري في مواجهة النائب القانوني الذي يحدده سند إنشائه بحيث لا يحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره، وإذا كان مفاد نص المادتين ١/٨٦٢، ٢/٨٦٦ من ذات القانون أن إتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد، يتم تكوينها بغرض إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء، وهو يتمتع شأنه في ذلك شأن أية جمعية بالشخصية المعنوية ومن ثم فهو يقاضى ويقاضى ويمثله مأموره أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك الشركاء إذا إقتضى الأمر، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع سند المطعون ضده في دعواه أن الطاعن الأول وبصفته مأمور إتحاد ملاك البدر قد باع المحل التجاري موضوع النزاع للمطعون ضده ومن ثم فإن مقاضاته بشأن ذلك المحل لا يكون إلا بالصفة التي باع بها وهي مأمور الإتحاد وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأجاز إختصامه في الدعوى بشخصه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للطاعن الأول. وحيث إن المحكمة وقد إنتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن الأول وكان الحكم المطعون فيه الصادر بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين موضوع النزاع نفاذاً لعقد البيع ضد المطعون ضده بتاريخ ١٣/٩/١٩٩٩ فإن نقض الحكم بالنسبة للطاعن الأول يستتبع حتماً نقضه بالنسبة للطاعن الثاني، ومن ثم فإن المحكمة تقضى بنقضه بالنسبة له دون حاجة لبحث أسباب الطعن الخاصة به بصحفية الطعن.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في موضوع الإستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن الدرجتين ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

٥- النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر التي أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أن ينشأ بقوة القانون إتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني إذا زادت طوابق المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص إلا أن مدة هذا الإتحاد لا تبدأ - وعلى ما نصت عليه المادة

التاسعة من النظام النموذجي له - الذي صدر به قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ - إلا من تاريخ قيده بالوحدة المحلية المختصة وعلى ذلك فإنه قبل قيد الاتحاد وتعيين مأمور له يرجع إلى الأصل العام المنصوص عليه في المادة ٨٣٠ مدني وهو أن يكون شريك على الشبوع ان يتخذ من المسائل مل يلزم لحفظ المال الشائع ويعتبر فيما يقوم به من أعمال في هذا الصدد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله.

(الطعن رقم ١٣٢٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠١ / ٢٠٠٣)

٦- النص في المادة ٧٣ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر التي أبقى عليها القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد نصت على أن ينشأ بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه في المادة ٨٦٢ من القانون المدني إذا زادت طوابق المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص إلا أن مدة هذا الاتحاد لا تبدأ - وعلى ما نصت عليه المادة التاسعة من النظام النموذجي له - الذي صدر به قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ - إلا من تاريخ قيده بالوحدة المحلية المختصة وعلى ذلك فإنه قبل قيد الاتحاد وتعيين مأمور له يرجع إلى الأصل العام المنصوص عليه في المادة ٨٣٠ مدني وهو أن يكون شريك على الشبوع ان يتخذ من المسائل ما يلزم لحفظ المال الشائع ويعتبر فيما يقوم به من أعمال في هذا الصدد أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن سائر الشركاء طالما لم يعترض أحد منهم على عمله.

(الطعن رقم ٢٤٤٢ - لسنة ٥٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٤ / ٢٠٠٣)

* * *

مادة (٨٦٣)

للاتحاد أن يضع بموافقة جميع الأعضاء نظاماً لضمان حسن الإنتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته.

النصوص العربية المقابلة

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٦٧ ليلي و ٨١٨ سوري.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩

مدني.

رأي الفقه:

١- يؤخذ من نص المادة ٨٦٣ مدني أن الاتحاد بالخيار بين أن يضع لائحة تنظيمية يسير عليها في تمكين الأعضاء من الإنتفاع بالأجزاء الشائعة من البناء وفي حسن إدارة هذه الأجزاء الشائعة، وبين أن لا يضع لائحة ما ويكتفى بإتخاذ القرارات الفردية اللازمة لإدارة الأجزاء الشائعة. وهو إذا وضع لائحة فإنه يتقيد بها ولا يستطيع أن ينحرف عنها، لذلك أوجب المشرع أن تكون هذه اللائحة بموافقة جميع الأعضاء، فلا يجوز تعديلها إلا بموافقة جميع الأعضاء أيضاً، وهذا يكفل إستقرار العمل في الاتحاد، ويجعل سير الإدارة موطداً منتظماً على هدى من قواعد مقررة ونظام موضوع. وتسرى اللائحة على جميع ملاك الطبقات والشقق - وهم أعضاء الاتحاد - وعلى ورثتهم من بعدهم.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٢٩ و ١٠٣٠)

٢- وظيفة الاتحاد هي إدارة العقار المشترك، فإذا إتفق جميع الأعضاء على نظام معين أي على لائحة لتنظيم الإنتفاع بالعقار وإدارته، فتكون هذه اللائحة هي المرجع الأول في كل ما عرضت له من مسائل. ويلاحظ أن المشرع يشترط الإجماع لوضع اللائحة، خلافاً للقاعدة المقررة لنظام للإدارة ولحسن الإنتفاع بالمال الشائع (م ٢/٨٢٨ مدني).

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٥٩ و ٢٦٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى

٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعاً إجبارياً في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصراً على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديداً للطلب رقم.... لسنة... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلاً عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ٢٤/١٠/١٩٨٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسؤوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققاً حكماً. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع أنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٤)

إذا لم يوجد نظام للإدارة، أو إذا خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع. وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٨ لىي و ٨١٩ سوري، وأنظر مادة ١٠ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١- يخلص من هذا النص أنه إذا لم يضع الإتحاد لائحة تنظيمية يسير عليها في إدارته للأجزاء الشائعة أو إذا خلت اللائحة التنظيمية الموضوعة من نص في المسألة التي يبحث الإتحاد فيها، فإن سبيل الإتحاد في القيام بمهمته من الإدارة هو إتخاذ قرارات فردية في كل مسألة من المسائل التي تعرض له على حده. سواء أكانت تعلقت المسألة بالإدارة المعتادة أو غير المعتادة ففي الحالتين يتخذ الإتحاد قرارات فردية بأغلبية عادية محسوبة على أساس قيمة أنصبة الملاك، وتكون قراراته في هذه الحالة ملزمة لجميع الملاك من وافق منهم ومن لم يوافق.

ويشترط لصحة هذه القرارات الفردية:

١- أن يدعى جميع ملاك الطبقات والشقق إلى الاجتماع الذي يعقده الإتحاد بكتاب موصى عليه من مأمور الإتحاد أو من يقوم مقامه (فلا يكفي الخطاب العادي، ولا الدعوة الشفوية بالأولى).

٢- أن يصدر القرار بأغلبية جميع الملاك (بحسب قيمة الأنصبة) من حضر منهم ومن لم يحضر، فلا تكفي أغلبية الحاضرين.

٣- إذا لم يوجد إ اتفاق على إدارة الأجزاء المشتركة، أو خلا النظام من النص على بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد. وتصدر القرارات في هذا الشأن من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الانصبة، وتكون هذه القرارات ملزمة للجميع، إنما يشترط لذلك أن يدعى جميع ذوى الشأن إلى الاجتماع بكتاب موصى عليه.

٣- لم يجعل القانون المدني المصري وضع نظام للإتحاد أمر إجبارياً، ولكنه جعل منه نظاماً إختيارياً. وفي حالة عدم وجوده أو خلوه من بعض الأمور، تكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة، بشرط أن

يدعى جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع. وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك ومحسوبة على أساس قيمة الأنصبة.

وإلى جانب وضع ذلك النظام يتولى الإتحاد أعمال الإدارة اللازمة، ولا يقتصر الأمر على أعمال الإدارة المعتادة فقط، بل وكذلك يمتد إلى أعمال الإدارة غير المعتادة.

قد يضع ملاك الطبقات أو الشقق نظاماً يكفل حسن الانتفاع بالعقار المشترى وحسن إدارته، وقد يختلف الأعضاء فلا يضعون هذا النظام، وقد لا يفكرون أصلاً في وضعه، وقد يضع الملاك هذا النظام ويغفلون فيه النص على بعض الأمور، وعندئذ تكون إدارة الأجزاء المشتركة وحسن إدارتها من قبل الإتحاد، وتكون قراراته في ذلك ملزمة بشرط أن يدعو جميع ذوى الشأن بكتاب موصى عليه إلى الاجتماع، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة. فأعمال الإدارة هنا سواء أكانت عادية أو غير عادية تدخل في إختصاص إتحاد الملاك. ولا يشترط في أعمال الإدارة غير العادية كما هو الحال في الشيوخ العادى - توافر أغلبية خاصة بل يكفي أن يصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة. وحتى تنفذ قرارات الأغلبية بالنسبة للأقلية يجب دعوة جميع ذوى الشأن إلى حضور الاجتماع، وتتم هذه الدعوى بكتاب مسجل.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٥٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعاً إجبارياً في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصراً على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم ... لسنة ... المقدم منه تجديداً للطلب رقم لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم في على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلاً عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن

على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئولية العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققاً حكماً. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٥)

للاتحاد بأغلبية الأصوات المنصوص عليها في المادة السابقة، أن يفرض أى تأمين مشترك من الأخطار التى تهدد العقار أو الشركاء في جملتهم، وله أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة في قيمة العقار كله أو بعضه، وذلك على نفقة من يطلبه من المالك وبما يضعه الاتحاد من شروط وما يفرضه من تعويضات والتزامات أخرى لمصلحة الشركاء.

النصوص العربية المقابلة

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٦٩ ليبي و ٨٢٠ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ - بالبناء على نص المادة ٨٦٥ مدني أن يفرض تأميناً على البناء من الحريق مثلاً، وله في سبيل ذلك أن يفرض على الأعضاء تحمل أقساط التأمين الواجبة، ويكون كل عضو مستفيداً من التعويض الذى يدفع إذا ما حدث الخطر المؤمن منه بنسبة حصته. وللاتحاد أيضاً أن يأذن في إجراء أية أعمال أو تركيبات مما يترتب عليها زيادة قيمة العقار كله أو بعضه، فلا يصح للاتحاد أن يأذن في إجراءاتها. والأغلبية المشتركة لإعطاء هذا الإذن هي الأغلبية العادية محسوبة على أساس الأنصاء. فإذا لم تتوافر الأغلبية المطلوبة، وطلب أحد المالك أو بعضهم القيام بها. فللاتحاد بنفس الأغلبية أن يأذن له أو لهم في القيام بهذه الأعمال. على أن يتحمل نفقاتها من يطلب بها. وللاتحاد أن يضع الشروط اللازمة للتنبئ من سلامة العمل، ون زيادته في قيمة البناء. وقد يفرض على المالك الذى يريد أن ينفرد بالعمل تعويضات لمصلحة الشركاء الآخرين، إذا ترتب على هذا العمل حرمانهم - مثلاً - من الانتفاع بالأجزاء المملوكة ملكية مشتركة بعض الوقت.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٣٥١، والوسيط - ٨ -

للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٣٣ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ٢٤/١٠/١٩٨٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع

يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة... ومما وجهه من إنذارات لمن اشترى شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ س ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ٢٤/١٠/١٩٨٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسؤوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٦)

١ - يكون للإتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته، ويعين بالأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤، فإن لم تتحقق الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان المالك الآخرين لسماع أقوالهم. وعلى المأمور إذا إقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات. كل هذا ما لم يوجد نص في نظام الإتحاد يخالفه.

٢ - ويمثل المأمور الإتحاد أمام القضاء حتى في مخاصمة المالك إذا إقتضى الأمر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٧٠ لبيى و ٨٢١ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ - يكون للإتحاد مدير يتولى تنفيذ قراراته، فالمدير هو أداة الإتحاد التنفيذية. ويعين المدير بقرار تصدره أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصباء، ويجوز أن يكون المدير من غير الشركاء، وإن لم تتحقق هذه الأغلبية عين المدير بأمر يصدر من السلطة القضائية المختصة بناء على طلب أحد الشركاء بعد إعلان المالك الآخرين لسماع أقوالهم، وعلى المدير إذا إقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ جميع الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الإلتزامات. بيد أن الحكم المنصوص عليه في المادة ٨٦٦ مدني ليس من النظام العام، فيجوز أن يضمن المالك نظام الإتحاد غير ما هو منصوص عليه فيها. ويمثل المدير الإتحاد أمام القضاء، فترفع الدعاوى بإسمه باعتباره ممثلاً للإتحاد، وعليه أيضاً ترفع الدعاوى، وهو يمثل الإتحاد أمام القضاء أيضاً حتى في مخاصمة المالك إذا إقتضى الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٥٣، ويراجع: حق

الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٦٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذا كان الغرض من تكون الإتحاد بناء العقارات أو مشتراها وتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها فإن مأمور الإتحاد هو الذى يمثل الإتحاد فى تنفيذ قراراته فى هذا الشأن فى مرحلة البناء بما يستلزمه ذلك من احتساب تكاليفه وتوزيعها على

وحداته كل حسبما تميزت به من صفات وإلى أن يتم توزيع هذه الوحدات على الأعضاء يكون لكل عضو في الاتحاد ملكية مفرزة للوحدة التي اختص بها و ملكية شائعة مع باقى الشركاء فى الأجزاء الشائعة كالمناور والسالام والمساعد والأسطح والأفنية وتتحصر عندئذ سلطات مأمور الاتحاد فى إدارة الأجزاء الشائعة من العقار".

(الطعن رقم ٣٠٠٨ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٩/١/١٧)

٢- مأمور إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد. إقتصار سلطته على تنفيذ قرارات الإتحاد والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها والمطالبة بتنفيذ هذه الإلتزامات. أعمال التصرف. خروجها عن هذا النطاق. حق التقاضى بشأنها لمن باسروها م ٨٦٦ مدني.

إن مؤدى المادة ٨٦٦ من القانون المدني أن سلطة مأمور إتحاد ملاك طبقات البناء الواحد تقتصر على تنفيذ قرارات الإتحاد، والقيام بما يلزم لحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها ومطالبة كل ذى شأن - بما فيهم الملاك أنفسهم بتنفيذ هذه الإلتزامات أما ما يجاوز ذلك من أعمال التصرف المتعلقة بطبقات العقار فيظل لمن باسروا هذه التصرفات حق التقاضى بشأنها.

(الطعن ٣٢٤ لسنة ٧١ ق - جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

(الطعن رقم ٦٩ لسنة ٧٥ ق - جلسة ٢٠٠٦/٣/٢١)



بسم الله الرحمن الرحيم
باسم الشعب
محكمة النقض
الدائرة المدنية

—

برئاسة السيد المستشار / عبد العال السمان
 وعضوية السادة المستشارين / د. سعيد فهمي خليل
 / محمد جمال الدين سليمان/ السيد عبد الحكيم و/ ممدوح القزاز
 نواب رئيس المحكمة

وبحضور رئيس النيابة السيد / مجدى الشريف.
 وأمين السر السيد / أحمد مصطفى النقيب.
 في الجلسة العلنية المنعقدة بمقر المحكمة بمدينة القاهرة.
 في يوم الثلاثاء ٢١ من صفر سنة ١٤٢٧ هـ - الموافق ٢١ من مارس سنة ٢٠٠٦.

أصدرت الحكم الآتى

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم ٩٠٣١ لسنة ٧٥ ق.

المرفوع من

- ١ - السيد / رمضان علي محمد عباس.
 المقيم ٢٦٧ شارع مصطفى كامل غبريال قسم الرمل الإسكندرية.
- ٢ - السيد / أميل رمزى يشاى
 المقيم بملكه بالعقار الكائن بتقاطع شرعي سيف ومصطفى كامل بنهاية شارع
 سيف الراسى السوداء - سيدى بشر قبلى المنتزه - الإسكندرية.
 لم يحضر أحد عن الطاعنين.

ضد

السيد / محمد موسى أمبابى (صاحب مسرح كوكب الشرق)
 المقيم بملك إبراهيم جويده - أرضى المحمرة - بجوار مسجد السلام سيدى بشر
 بحرى قسم المنتزه - الإسكندرية.
 لم يحضر أحد عن المطعون ضده.

في يوم ٢٠٠٥/١/٣ طعن بطريق النقض في حكم محكمة إستئناف إسكندرية
 الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١١/١٠ في الإستئناف رقمي ٢٨٨٩، ٥٥٩٢ لسنة ٦٠ ق -
 وذلك بصحيفة طلب فيها الطاعنان الحكم بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بنقض

الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف إسكندرية وذلك للفصل فيها من جديد مع إلزام المطعون ضده المصاريف والأتعاب. وفى اليوم نفسه أودع الطاعنان مذكرة شارحة. وفى ٢٠٠٥/١/١١ أعلن المطعون ضده بصحيفة الطعن. ثم أودع النيابة مذكرتها وطلبت فيها قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه. وبجلسة ٢٠٠٥/١٢/٦ عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر فحددت لنظره جلسة ٢٠٠٦/١/٣ وبها سمعت الدعوى أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة حيث صممت النيابة على ما جاء بمذكرتها والمحكمة أرجأت إصدار الحك إلى جلسة اليوم.

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار/المقرر/السيد عبد الحكم السيد - نائب رئيس المحكمة - والمرافعة وبعد المداولة. حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده أقام على الطاعنين الدعوى ٤٨٢٩ سنة ٢٠٠٠ مدني محكمة الإسكندرية الابتدائية بطلب الحك بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الثاني بتسليمه عين النزاع المبينة بصحيفة الدعوى وعقد البيع المؤرخ ١٩٩٩/٩/١٣ مع إلزامه بأن يؤدى له مبلغ ٣٠٠٠٠ جنيه قيمة الشرط الجزائي بهذا العقد على سند من أنه إشتري العين من الطاعن الأول الذى لم يسلمها إليه فأقام الدعوى، نذبت المحكمة خبيراً وبعد أن قدم تقريره الأصلي والتكملي حكمت بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين وأن يؤدى للمطعون ضده مبلغ ٨٤٠٠ جنيه كتعويض إتفاقي بحكم إستأنفه الأول بالإستئناف ٢٨٨٩ سنة ٦٠ ق إسكندرية وإستأنفه الثاني لدى ذات المحكمة بالإستئناف ٥٥٩٢ سنة ٦٠ ق، قضت المحكمة برفضهما وتأييد الحكم المستأنف. طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق النقض، أودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقضه، عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلترمت النيابة رأيها. وحيث إن مما ينعاه الطاعنان على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وتأويله وفي بيان ذلك يقولان أن الطاعن الأول تمسك لدى محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى قبله لرفعها عليه بشخصه دون صفته كمأمور إتحاد الملاك التى تعاقدها مع المطعون ضده غير أن الحكم المطعون فيه رد على ذلك بأنه تنازل في موضوع الدعوى أمام محكمة أول درجة بصفته الشخصية وأنه أبدى دفاعه أمامها بصفته بائعاً وليس بصفته مأموراً لإتحاد الملاك وهو ما لا يواجه الدفع بعدم قبول الدعوى بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى سديد ذلك أن النص في المادة ٥٢ من القانون المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي ١ - الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط

التي يحددها القانون والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.... وفي المادة ٥٣ منه على أن " (١) - الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون ٢ - فيكون له (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) أهلية في الحدود التي بعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون. (ج) حق التقاضي. (د)..... ٣ - ويكون له نائب يعبر عن إرادته) يدل على أنه متى إكتسبت إحدى الجهات أو المنشآت الشخصية الاعتبارية فإن القانون يخولها كافة مميزات الشخصية القانونية من ذمة مالية مستقلة وإرادة يعبر عنها نائبها وأهلية لاكتساب الحقوق والإلتزام بالواجبات فضلاً عن أهليتها للتقاضي وذلك وفقاً للقواعد وفي الحدود المقررة بسند إنشائها ويتعين بالتالي مخاطبة الشخص الاعتباري في مواجهة النائب القانوني الذي يحدده سند إنشائه بحيث لا يحاج بأية إجراءات أو تصرفات قانونية توجه إلى غيره، وإذ كان مفاد نص المادتين ١/٨٦٢، ٢/٨٦٦ من ذات القانون أن إتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق في البناء الواحد، يتم تكوينها بغرض إدارة الأجزاء الشائعة في البناء لمصلحة جميع الأعضاء، وهو يتمتع شأنه في ذلك شأن أية جمعية بالشخصية المعنوية ومن ثم فهو يقاضى ويقاضى ويمثله مأموره أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك الشركاء إذا إقتضى الأمر، لما كان ذلك وكان الثابت بعقد البيع سند المطعون ضده في دعواه أن الطاعن الأول وبصفته مأمور إتحاد ملاك البدر قد باع المحل التجاري موضوع النزاع للمطعون ضده ومن ثم فإن مقاضاته بشأن ذلك المحل لا يكون إلا بالصفة التي باع بها وهي مأمور الإتحاد وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأجاز إختصامه في الدعوى بشخصه فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه بالنسبة للطاعن الأول. وحيث إن المحكمة وقد إنتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن الأول وكان الحكم المطعون فيه الصادر بإلزام الطاعن الأول في مواجهة الطاعن الثاني بتسليم العين موضوع النزاع نفاذاً لعقد البيع ضد المطعون ضده بتاريخ ١٣/٩/١٩٩٩ فإن نقض الحكم بالنسبة للطاعن الأول يستتبع حتماً نقضه بالنسبة للطاعن الثاني، ومن ثم فإن المحكمة تقضى بنقضه بالنسبة له دون حاجة لبحث أسباب الطعن الخاصة به بصحفية الطعن.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه وألزمت المطعون ضده المصروفات ومائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وحكمت في موضوع الإستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى وألزمت المستأنف ضده المصروفات عن الدرجتين ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

نائب رئيس المحكمة

أمين السر

٢- النص في المادة ٢٠ من قرار وزير الإسكان رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ بإصدار النظام النموذجي لإتحاد الملاك - على أن "تختص الجمعية العمومية.... ٢- تعيين مأمور الإتحاد وعزله" والنص في المادة ٢١ من ذات القرار على أن (يعين المأمور بقرار من الجمعية العمومية) وفي المادة ١٤ منه على أن "تتكون الجمعية العمومية للإتحاد من جميع أعضائه ويحضر مأمور الإتحاد جلسات الجمعية العمومية ولو كان من غير أعضاء الإتحاد، وفي هذه الحالة يكون له حق المناقشة والإقتراح دون التصويت" يدل على أن تعيين مأمور الإتحاد وعزله يتم بقرار من الجمعية العمومية للإتحاد، والأصل أن يكون المأمور من أعضاء الجمعية العمومية إن كان مالكا لإحدى وحدات العقار غير أنه يجوز للجمعية أن تعين مأمور الإتحاد من غير أعضائها.

(الطعن رقم ٥١٨٧ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٠٨ / ٠٢)

* * *

مادة (٨٦٧)

- ١- أجر المأمور يحدد القرار أو الأمر الصادر بتعيينه.
- ٢- ويجوز عزله بقرار تتوافر فيه الأغلبية المشار إليها في المادة ٨٦٤ أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم في هذا العزل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧١ لبيى و ٨٢٢ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقا - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٦٩ مدنى.

رأي الفقه:

- ١ - يتولى إتحاد الملاك تحديد أجر المدير، إذا كان هذا الأخير قد عين بقرار من الإتحاد، ويتحدد أجره بمعرفة القضاء إذا كان هذا الذى تولى تعيينه.
 - وكما يجوز لأغلبية الملاك تعيين المدير، فإنه يجوز لها عزله، وإذا عينه القضاء فله أيضاً عزله. والذى يتولى التعيين أو العزل - عندئذ - هو رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار، بعد إعلان الشركاء لسماع أقوالهم فى هذا العزل.
- (الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٥٣)

من أحكام القضاء الحديثة:

- ١- إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهى ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة ... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم.....في.....على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢

أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ٢٤/١٠/١٩٨٤ - وهى أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٨)

١- إذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر، فعلى الشركاء أن يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الإتحاد بالأغلبية المنصوص عليها في المادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك.
٢- فإذا قرر الإتحاد تجديد البناء خصص ماقد يستحق من تعويض بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد، دون إخلال بحقوق أصحاب الديون المقيدة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٣ ليبي و ٨٢٣ سوري و ٥ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٨٦٩ مدني.

رأي الفقه:

١ - إذا لم يوجد اتفاق على عدم تجديد البناء، يجوز للإتحاد بالأغلبية العادية أن يقرر تجديد البناء عند هلاكه هلاكاً كلياً أو جزئياً. وليس هناك ما يمنع من أن يقرر الإتحاد تجديد البناء على وجه مختلف عما كان عليه، ويلتزم الملاك بالإشتراك في نفقات التجديد. وإذا كان هناك تعويض يستحقه الملاك بسبب الهلاك كمبلغ التأمين أو التعويض الذي يدفعه من تسبب بخطئه في الهلاك أو التعويض الذي تقدمه الدولة على سبيل المساعدة في حالة الكوارث العامة كالحرب أو الزلزال، فيخصص التعويض لأعمال التجديد. ولما كان التعويض يستحق للملاك كل بحسب نصيبه، فمقتضى تخصيصه لأعمال التجديد أن يكون نصيب كل منهم في التعويض محملاً بحق إمتياز لضمان الوفاء بنصيبه في نفقات التجديد، ويكن الإمتياز تالياً في المرتبة للحقوق العينة التبعية التي قيدت قبل الهلاك وهي التي تنتقل إلى التعويض وفقاً لنصوص المواد ١٠٤٩، ١٠٩٥، ١١٠٢، ١١٣٦ مدني^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إذ كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم ... بالدور ... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها... وأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوخاً إجبارياً في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده

(١) حق المكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٦٢.

- مصرا على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم... لسنة... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لسنة... ومما وجهه من إنذارات لمن اشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في..... على أن البيع لهؤلاء المشترين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ أس ١٤ ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل العقار إلى اسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ٢٤/١٠/١٩٨٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من استعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق التزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على استخراج شهادة تمويل العقار المشتتم على الشقة المباعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل) فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسؤوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) على مجرد القول بأنه "لم يستوف ما اتفق عليه في العقد من استخراج شهادة التمويل باسم البائع، وتشكيل اتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن رقم ٥٤١٤ - لسنة ٦٣ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ٢٠٠١)

* * *

مادة (٨٦٩)

١ - كل قرض يمنحه الإتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته يكون مضموناً بامتياز على الجزء المفروض الذي يملكه وعلى حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار.

٢ - وتحسب مرتبة هذا الإمتياز من يوم قيده.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٣ ليبي، ٨٢٤ سوري، ١٦ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- أجاز المشرع لملاك الطبقات أن يكونوا نقابة فيما بينهم سواء كان ذلك بعد ملكيتهم للطبقات أو قبل أن يملكوها، كأن يكونوا نقابة لبناء عقار أو لشرائه بقصد أن يملكوه طبقات.

٢- والغرض من النقابة هو إدارة الأجزاء المشتركة على خير وجه. فإما أن يضع الشركاء لهذه الإدارة لائحة يوافقون عليها جميعاً وتسرى على خلفائهم من بعدهم بما في ذلك الخلف الخاص بشرط التسجيل. وإما ألا يضعوا لائحة ما فتكون الإدارة من حق النقابة وتؤخذ القرارات بالأغلبية (على أساس قيمة الأنصبة) بعد دعوى الأعضاء إلى الاجتماع دعوى صحيحة، والأمر كذلك فيما لم تنص عليه اللائحة.

٣- وللنقابة بهذه الأغلبية أن تقرر إلى جانب أعمال الإدارة المعتادة أعمال إدارة غير معتادة، كأن تفرض تأميناً مشتركاً ضد الأخطار التي تهدد العقار أو الشركاء، ويكون التأمين على جميع البناء لا على الأجزاء المشتركة وحدها، وكأن تأذن في إجراء أعمال تترتب عليها زيادة في قيمة العقار على نفقة من يطلب ذلك من الملاك، وتضع النقابة الشروط اللازمة لإجراء هذه الأعمال والتعويضات المترتبة عليها.

٤- ولما كانت النقابة في حاجة إلى سنديك يتولى تنفيذ قراراتها فهي التي تعينه بالأغلبية المتقدمة، فإن لم تتحقق الأغلبية عين السنديك بأمر من القاضي الجزئي بناء على طلب أحد الشركاء بعد سماع الباقيين أو إعلانهم إعلاناً صحيحاً ويجوز عزل السنديك بالأغلبية أو بأمر القاضي وهو الذي يمثل النقابة أمام القضاء حتى بالنسبة للملاك أنفسهم. وأهم واجبات السنديك هو أن يقوم بحفظ الأجزاء المشتركة وحراستها وصيانتها وأن ينفذ قرارات النيابة، وأن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ التزاماته.

٥- وإذا هلك البناء بحريق أو بغارة جوية أو بأى سبب آخر، نظرت النقابة في أمر تجديده. فإذا قررت التجديد بالأغلبية المتقدمة، خصص لهذا العمل ما عسى أن يكون مستحقاً من تعويض بسبب هلاك البناء، مع عدم الإخلال بالحقوق العينية التي قد تكون إنتقلت إلى مبلغ التعويض كما هو الحال في الرهن الرسمي.

٦- وللنقابة أن تمنح قرضاً لأحد الشركاء لتمكينه من القيام بالتزاماته، وهذا القرض يكون مضموناً بامتياز على الجزء المفروض الذي يملكه وعلى نصيبه الشائع في

الأجزاء المشتركة، ويجب قيده ليأخذ مرتبته من وقت القيد أما إذا أعطى القرض لغرض آخر فلا يكون ممتاز.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٨٣ و ١٨٤)

رأي الفقه:

١- يتضح من كل ما سبق أن المالك يلتزم بدفع ما يخصه في نفقات إدارة الأجزاء المشتركة، كما يلتزم بدفع ما يخصه من نفقات في تجديد البناء، عندما يقرر الإتحاد التجديد. وقد لا يتيسر له الوفاء بالتزاماته هذه، فيمنحه الإتحاد قرضاً لتمكنه من الوفاء (م ٨٦٩ مدن).

ويبدو من صياغة نص المادة ٨٦٩ مدني، ومقارنته بالنصوص الأخرى، أن الأغلبية لا تكفي لتقرير منح أحد الأعضاء قرضاً بحيث يلزم هذا القرار جميع الأعضاء، إذ أن المشرع لم ينص على خلاف النصوص الأخرى، على أن قرار الإتحاد بمنح القرض يكون بالأغلبية. وعلى ذلك يلزم حتى يلتزم أحد الأعضاء بالمساهمة في القرض الذي يمنحه الإتحاد لغيره أن يكون قد وافق على هذا القرار.

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٦٢)

٢- لقد أراد المشرع بالحكم الوارد بنص المادة ٨٦٩ مدني أن يشجع الإتحاد على أن يفرض الأعضاء من ماله الخاص لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم الناشئة لبعض الأجزاء المشتركة، فقرر الإتحاد إمتيازاً - في سبيل إستيفاء ماله من قروض - على حصة الشريك المقترض المفضلة والشائعة معاً. وبما أن هذا الإمتياز لا يرد إلا على عقار، فلا تحسب مرتبة إلا من تاريخ قيده.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٢٥٢)

٣- أراد القانون تشجيع الإتحاد على أقراض العضو مالا لهذا الغرض حتى يتيسر العضو القيام بالتزاماته، تكفل للإتحاد أن يسترد هذا القرض من العضو بأن جعل القرض مضموناً بحق إمتيازاً على الطبقة أو الشقة التي يملكها العضو المقترض وعلى ما يتبع هذه الطبقة أو الشقة من حصة شائعة للعضو في الأجزاء المشتركة للبناء. ولما كان حق الإمتياز هذا هو حق إمتياز خاص على عقار، فإنه يجب قيده وتحسب مرتبته من يوم هذا القيد.

أما إذا كان القرض ليس الغرض منه تمكين العضو من القيام بالتزاماته، فإن القانون لا يجعله مضموناً بحق إمتياز، وذلك حتى يتردد الإتحاد طويلاً قبل أن يقوم على أقراض العضو مالا لسبب لا يمت إلى قيام بالتزاماته.

ونص المادة ٨٦٩ مدني مستقى من نص المادة ١١ مدني فرنسي، بتوسع ينتقده بعض الفقهاء في مصر.

(الوسيط - ٨ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٠٢٥ و ١٠٣٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إقرار المطعون ضده في عقد البيع بأنه باع للطاعن شقة مفرزة بعقار تتعادل مع حصة شائعة فيه وبخضوع البيع لقواعد ملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ مدني. إصراره على أن البيع لمشتري شقق العقار ومنهم الطاعن ينصب على حصة شائعة وإمتناعه عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة ونقاعسه عن نقل تمويل العقار إلى إسمه. خطأ يرتب مسئوليته العقدية ويوجب إعتبار الشرط الواقف في العقد - المتمثل في تعليق إلزامه بنقل الملكية للطاعن على إستخراج شهادة تمويل وعلى تشكيل إتحاد ملاك وقيام جميع المشتريين بالتسجيل - متحققاً حكماً. علة ذلك. مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعن بصحة ونفاذ عقده على مجرد القول بأنه لم يستوف ما أنفق عليه في العقد من إستخراج شهادة التمويل بإسم البائع وتشكيل إتحاد ملاك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

لما كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضوع من مستندات أن المطعون ضده أقر في البندين الثاني والعاشر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شقة مفرزة هي الشقة رقم..... بالدور..... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها.....، وبأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني - وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للإستعمال المشترك، ورغم ذلك ظل - المطعون ضده - مصرأ - على نحو ما هو ثابت من طلب الشهر رقم..... لسنة..... المقدم منه تجديدا للطلب رقم..... لسنة..... ومما وجهه من إندارات لمن إشتروا شقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في.... - على أن البيع لهؤلاء المشتريين - ومن بينهم الطاعن - ينصب على حصة شائعة مقدارها ١٢ اس ١٤ في كامل أرض ومباني العقار، وإمتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشقق مفرزة، فضلا عن أنه نقاعس عن نقل تمويل العقار إلى إسمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد على سبع سنوات من تاريخ البيع الحاصل في ١٩٨٤/١٠/٢٤ - وهي أعمال من شأنها منع الطاعن من إستعمال حقه في تسجيل ملكيته للشقة المباعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شرط تعليق إلزام المطعون ضده بنقل الملكية إلى الطاعن على إستخراج شهادة تمويل العقار المشتمل على الشقة المباعة وتشكيل إتحاد ملاك وقيام جميع المشتريين بالتسجيل)، فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب إعتبار ذلك الشرط متحققاً حكماً. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع أنف البيان) على مجرد القول بأنه " لم يستوف ما إتفق عليه في العقد من إستخراج شهادة التمويل بإسم البائع وتشكيل إتحاد ملاك بين مشتري وحدات العقار فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ في تطبيقه.

الفصل الثاني

أسباب كسب الملكية

١- الاستيلاء

الإستيلاء على منقول ليس له مالك

مادة (٨٧٠)

من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه ملكه.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني الأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٧٤ لیبی و ٨٢٨ سورى و ١٠٩٨ عراقى و ٧٢٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٧٣

مدنى.

رأى الفقه:

(١) يخلص من نص المادة ٨٧٠ من القانون المدني أن للإستيلاء أركاناً ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الإستيلاء أركاناً ثلاثة، إذا اجتمعت تحقق الاستيلاء، وكان سبباً لكسب الملكية، هذه الأركان هي:

١- منقول مادي لا مالك له، فالمنقول المعنوي (كالشعر) لا يبنى عليه الاستيلاء
٢- وضع اليد على هذا المنقول - أى الإستحواز على المنقول والاستئثار به، وهذا هو العنصر المادي للحيازة.

٣- نية التملك، فالصبي غير المميز والمجنون لا يستطيع أن يملك منقولاً بالإستيلاء لانعدام نية التملك المترتب على انعدام التمييز.

فالحيازة وحدها - هنا - غير مقترنة بأية واقعة أخرى تكفى للتملك، ويرجع ذلك إلى أن الشئ الذى يرد عليه الإستيلاء هو منقول لا مالك له، فتملكه لا يتضمن سلباً للغير ولذلك كانت الحيازة وحدها كافية.

(الوسيط - ٩ - للدكتور عبد الرزاق السنهوري - طبعة ١٩٦٨ - ص ١٥ وما بعدها)

(٢) يبين من نص المادة ٨٧٠ مدنى أن الإستيلاء على مادي - يتحقق عن طريق وضع اليد على الشئ المباح أى بحيازته حيازة فعلية، ولكن هذه يجب أن تكون مقرونة بقصد تملك هذه الشئ، ثم إن الشئ المستولى عليه يجب أن يكون مباحاً لا مالك له. والمنقول المباح الذى لا مالك له، إما أن يكون شيئاً لم يملكه أحد من قبل فى أى وقت من الأوقات، وإما أن يكون شيئاً متروكاً.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدرأوى، ص ٤٣٦)

(٣) الإستيلاء هو وضع شخص يده على شئ مادي لا مالك له بنية تملكه، فهو واقعة مادية هي وضع اليد أى الحيازة، ولكنها تختلط بإرادة التملك. ويؤدي الإستيلاء إلى كسب ملكية الشئ المستولى عليه فوراً أى دون حاجة إلى استمرار أية مدة. ومن التعريف السابق يتضح أن الإستيلاء سبب لكسب حق الملكية وحده، فلا تكتسب به الحقوق العينية الأخرى، ذلك أنه يرد - كما يتضح من التعريف - على شئ لا مالك له، والحقوق العينية الأخرى غير الملكية ترد جميعاً على شئ مملوك، فلا يتصور وجودها على شئ لا مالك له وإذا كانت الأشياء التي يمكن تملكها بالإستيلاء هي الأشياء لا مالك لها، فإن هذه الصفة لا تتحقق إلا بالنسبة للمنقولات. أما العقارات فلا يمكن - وفقاً لأحكام قانوننا الحالي - أن تكون بغير مالك، وبالتالي لا يرد عليها الاستيلاء.

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - ص ٢٧٢ وما بعدها)

(٤) لإستيلاء سبب من الأسباب المؤدية، ويتحقق الإستيلاء على شئ ما بحيازته، فالحيازة هي مظهر الإستيلاء وجوهره والإستيلاء - حتى يعتبر من الأسباب المكسبة للملكية - فيجب أن تتوفر له عدة شروط:

- ١- أن يرد الإستيلاء على منقول - والمنقول هو كل شئ غير ثابت فى حيزه ولا يترتب على نقله تلف يصيبه، فلا يرد الإستيلاء على عقار. ويجب أن يكون المنقول مادياً، فالمنقولات المعنوية لا يرد عليها استيلاء.
- ٢- أن يكون هذا المنقول لا مالك له - فإذا كان للمنقول مالك، اعتبر الإستيلاء عليه بنية تملكه عملاً غير مشروع، بل ويعاقب عليه القانون. فالأشياء الضائعة أو المفقودة لا تعتبر بدون مالك، وليس لأحد الإستيلاء عليها.
- ٣- وضع اليد على المنقول - فالإستيلاء يتحقق بوضع اليد على المنقول أو بحيازته. وتتمثل الحيازة فى السيطرة المادية على المنقول والاستئثار به.
- ٤- نية التملك - فيجب أن تتوافر لدى من يستولى على المنقول نية التملك.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - ص ٣١ وما بعدها)

(٥) عرف القانون المدني العراقي فى المادة ١٠٩٨ منه الإستيلاء بأنه: "إحراز المباح الذى لا مالك له بقصد تملكه". وعلى ذلك لا يكون العقار موضع للإستيلاء فى القانون العراقى، وينشأ من ذلك الإعتراض على القانون بأنه أدخل فى الإستيلاء ساحل البحر يردمه الإنسان فلا يكون ملكاً له وما ساحل يكون أرضاً بالردم إلا العقار. وربما كان الجواب على ذلك أن الذى جعل البحر ملكاً إنما هو التراب الذى صار عقاراً بفعل الإنسان. ولكن هذا لا يبرر فى الواقع جعل ردم البحر استيلاء، بل هو فى الحقيقة التصاق بفعل الإنسان إذا توافرت شروطه، أضف إلى ذلك أنه لما كان البحر لا يصلح للتملك بفعل الإنسان لأنه من الأموال العامة، فإن إدخاله فى معنى الإستيلاء غير صحيح قانوناً. أما الإباحة فهي - كما قالت المادة ٨٣٦ من المجلة - إعطاء الرخصة وإذن لشخص أن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض. فالمباح على هذا كل شئ يقع تحت تناول كل أحد مجاناً إذا ثبت ذلك رخصة الشراع. وقد بين النص حدود هذه الرخصة بخروج الشئ من ملكية الغير.

وبناء على ذلك تكون القيود التي ترد لتجعل من الشيء موضعاً للإستيلاء بنظر القانون ثلاثة:

كونه مباحاً، سائباً، لا مالك له. فإذا اقترن الإستيلاء على الشيء المستوفى هذه القيود بنية تملكه أى إخراجها من حالة الإباحة والشيوع للعموم إلى حالة الإحراز بقصد التملك، فقد خرج هذا الشيء عن حالة الإباحة إلى حالة الملكية الخاصة وصار ملكاً لمن استولى عليه دون اشتراط مرور زمان معين. وربما جاز أن يضاف قيد رابع إلى تلك القيود، وهو صلاح الشيء للتملك، فهناك من الأشياء ما يصلح للإستيلاء والإحراز ولكنه لا يقبل التقويم أما بطبيعته وأما بحكم القانون. فأنت ترى من هذا أركان الإستيلاء خمسة بإضافة نية التملك أى إحراز الشيء وصلاحه لأن يكون مملوكاً قانوناً.

(الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول - للأستاذ حامد مصطفى - طبعة ١٩٦٤ - ص ٢٦٧)

أحكام القضاء الحديثة:

١ - أسباب كسب الملكية واردة في القانون على سبيل الحصر وهي وفقاً للمواد ٨٧٠ وما بعدها من القانون المدني - الاستيلاء والميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم المكسب فضلاً عن أحكام رسو المزاد في البيوع الجبرية وليس من بين هذه الأسباب محاضر التسليم - بناء على حكم مرسى المزاد - سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة.

(الطعن رقم ١٠٧٧ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ٠٦ / ١٩٨٠)

* * *

مادة (٨٧١)

- ١- يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته.
- ٢- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة لا مالك لها ما دامت طليقة. وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه المالك فوراً أو إذا كف عن تتبعه. وما روض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٥ لیبی و ٨٢٩ سورى و ١١٠٤ عراقى و ٧١٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٧٣ من القانون المدني.

رأى الفقه:

- ١- مؤدى الفقرة الأولى من المادة ٨٧١ مدنى أنه إذا تخلى عن المنقول مالكه بقصد النزول عن ملكيته، فقد هذه الملكية، وأصبح المنقول ليس له مالك، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكه بالاستيلاء.

ويشترط فى هذا التخلّى توافر عنصرين:

الأول - مادی: هو ترك المنقول يخرج من حيازته.

والثانى - معنوى: وهو نية النزول عن ملكية المنقول.

ويقهم من الفقرة الثانية من ذات المادة عن طريق الدليل العكسى، أن العقار لا يجوز أن يتخلّى عنه مالكه، إذ النص مقصور على المنقول.

كما يخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٨٧١ مدنى أيضاً أن الحيوانات الأليفة والمواشى والخيل والحمير واليغال والكلاب والقطط والقردة والنسانيس وغير ذلك من الحيوانات الأليفة، لا تعتبر منقولا لا مالك له ولا يجوز تملكها بالاستيلاء إلا إذا ضلت وفقد صاحبها ملكيتها وتخلّى عنها.

أما الحيوانات غير الأليفة، فلا مالك لها منذ البداية، وتبقى كذلك مادامت طليقة، ومن ثم يجوز كسبها بالاستيلاء، ويتم ذلك باعقالها وترويضها واستئناسها (كالحمام، والغزال).

والأشياء المنقولة المتركة - التى تركها أصحابها وتخلّى عن ملكيتها زاهداً أو تخلصاً منها - تعتبر مالا منقولا لا مالك له، ومن ثم يجوز لأى شخص أن يملكها بالاستيلاء.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٤ و ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦)

٢- يخلص من نص المادة ٨٧١ مدنى أن الحيوانات الأليفة كالدواجن والدواب والكلاب والقطط يكون لها عادة مالك، ومن ثم فلا تعتبر من المنقولات التى لا مالك

لها. فإذا ضلت أو تسربت لم يفقد مالکها حقها عليها، بل أشياء ضائعة ولا تملك بالإستيلاء، وإنما يجوز تملكها بالإستيلاء إذا تخلى صاحبها عن ملكيتها، لأنها تصبح عندئذ منقولا لا مالک له.

أما الحيوانات غير الأليفة، ويدخل في هذا النحل والحمائم، وكذلك الحيوانات البرية كالغزلان والذئاب، وحيوانات الغابات، فهذه لا مالک لها مادامت على حالتها الطبيعية، ولكن إذا تملكها شخص بالإستيلاء فهي تظل مملوكة له مما بقيت في حيازته. فإذا أطلقها أو إنطلق عادت إلى حالتها الطبيعية وخرجت عن ملكه مادام المالك لم يتبعها فوراً ليستيدها. فإذا لم يتبعها، أو كف عن تتبعها جاز لغيره تملكها بالإستيلاء. أما إذا تتبعها فوراً فإنها تظل على ملكه ولا يجوز لشخص آخر أن يستولي عليها.

ومن الحيوانات غير الأليفة ما يروض فيألف الرجوع إلى مكانه، كحمائم الأبراج ونحل الخلايا، وهذه تظل ملكاً لصاحبها حتى في حال انطلاقها مادامت قد ألفت العودة إليه، فإذا فقدت عادة العودة فإنها ترجع طليقة وتصبح بدون مالک، ويجوز لأي شخص أن يملكها بالإستيلاء.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٤٧٣ و ٤٣٨)

٣- وتعتبر من المنقولات التي لا مالک لها الحيوانات والطيور غير الأليفة مادامت طليقة، وكذلك الأسماك في البحر أو النهر، فيمتلكها من يصطادها، مع ملاحظة أنه لا يلزم لذلك أن تتم حيازتها فعلاً، بل يكفي أن يكون في إمكانه حيازتها نتيجة الصيد بأن تصبح في حالة تعجز معها عن الفرار، ففي هذه الحالة تصبح مالکاً للصائد ولا يجوز لغيره أن يستولي عليها حتى ولو كانت قد وقعت في أرض هذا الغير.

أما المنقولات التي لا مالک لها، وكانت مملوكة من قبل، فمنها:

أولاً- الحيوانات والطيور غير الأليفة التي تمت حيازتها فأصبحت مملوكة للناظر ثم أطلقت ولم يبيعها المالك فوراً أو كف عن تتبعها، وكذلك ما روض منها وألف الرجوع إلى المكان المخصص ثم فقد هذه العادة، وهو ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٨٧١ مدنى.

ومنها: ثانياً- الأشياء المتروكة، وهي المنقولات التي كانت مملوكة وتخلى عنها ملاكها بنية النزول عن ملكيتها، وهذه المنقولات هي غالباً قليلة القيمة (كالملابس القديمة)، فمن يستولى على شئ منها يملكه.

(حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق ٢٧٥ و ٢٧٦)

٤- نص القانون المدنى العراقى في المادة ١١٠٤ على أن المنقول يكون مباحاً إذا تخلى عنه مالکه بقصد النزول عن ملكيته. وهذا النص مأخوذ من الفقرة الأولى من المادة ٨٧١ من القانون المصرى. والقصد الذى يدل على التخلى عن ملكية الشئ يعرف من قرائن الأحوال. فإذا ألقى إنسان بشئ في عرض الطريق أو ألقاه حيث لا جزر يمنعه أو لم يتبعه ولم يطلب من أحد مراقبته وحفظه، كان ذلك دليلاً على قصد

التخلي عن ملكيته إلى من يجده، ومثل ذلك من يطلق حيواناً من بيته أو طيراً من قفصه وهو يعلم أنه إذا فر خلف يعود إليه.

(الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ص ٢٧٧)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الشيء المتروك - على ما أشارت المادة ٨٧١ من القانون المدني في فقرتها الأولى - هو الذي يستغنى صاحبه عنه بإسقاط حيازته وبنيّة إنهاء ما كان له من ملكية عليه، فيغدو بذلك ولا مالك له، فإذا استولى عليه أحد، فلا يعد سارقاً ولا جريمة في الإستيلاء على الشيء لأنه أصبح غير مملوك لأحد، والعبرة في ذلك بواقع الأمر من جهة التخلي، وهذا الواقع يدخل تحريه واستقصاء حقيقته في سلطة قاضي الموضوع الذي له أن يبحث في الظروف التي يستفاد منها أن الشيء متروك أو مفقود. ولما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت ركن الإختلاس في حق المتهم، وأن غرضه انصرف إلى تملكه غشاً، واستدل على ذلك استدلالاً سائغاً، فإن ما يثيره من أن المال المسروق هو مال متروك لا يكون سديداً.

(نقض جنائي - جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ - جنائي ص ٤٩٥)

٢- لا يكفي لإعتبار الشيء أن يسكت المالك عن المطالبة به أو يقعد عن السعي لاسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحاً من عمل إيجابي يقوم به مقرونناً بقصد النزول عنه.

(نقض جنائي - جلسة ١٩٥٩/٤/٢٧ - المرجع السابق - ٤٩٥)

* * *

مادة (٨٧٢)

- ١- الكنز المدفون أو المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له، يكون لمالك العقار الذي وجد فيه الكنز أو المالك رقبته.
- ٢- والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٧٦ لیبی و ٨٣٠ سورى و ١١٠١ عراقى و ٢٣٧ لبنانى و ٧٢٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٧٣ مدنى.

رأى الفقه:

- ١- يخلص من نص المادة ٨٧٢ مدنى أنه يشترط في الكنز، شرطان:
- الأول** - أن يكون منقولاً أو مخبوءاً، أما العقار المدفون فيكون أثراً قديماً يسرى عليه أحكام الآثار التاريخية. أما إذا كان المنقول ملقى على سطح الأرض فلا يعتبر كنزاً بل يعتبر شيئاً ضائعاً تسرى عليه أحكام الأشياء الضائعة، ويجوز أن يكون الكنز مخبئاً في منقول (كدرج سرى بالمكتب).
- الثانى** - ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته لهذا المنقول - فإذا شخص أن أثبت ملكيته للمنقول فإنه لا يعتبر كنزاً، يجوز لمالكه أن يسترده بدعوى الإستحقاق.
- وفى القانون المصرى لا يخضع الكنز للاستيلاء، فقد أغفل جانب من عثر على الكنز، فلم يجعل له نصيباً فيه. ويعنى ذلك أن من يعثر على الكنز إما أن يكون ذلك مصادفة فليس له فضل فى العثور عليه ولا يستحق شيئاً، وإما أن يكون قد عثر عليه بناء على تكليف من المالك بالبحث، فلا حق له فى الكنز لأنه يعمل لحساب المالك يجزيه طبقاً للإتفاق، أو أن له حق الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب.
- ويثبت الكنز لمالك الرقبة دون صاحب حق الانتفاع وللمحكر دون المحتكر وللمالك دون المستأجر وللواقف أو ورثته، وللدولة فى الأرض المملوكة لها ملكية خاصة أو عامة، وللمالك المنقول الذى عثر على الكنز فيه.
- ويستطيع مالك الكنز أن يسترده من تحت يد مالك العقار بدعوى الإستحقاق طبقاً للقواعد العامة، وهى لا تنقادم، ما لم يملك الكنز بالتقادم الطويل.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٦ وما بعدها)

- ٢- يتضح من نص المادة ٨٧٢، أنه يجب أن يتوافر فى الكنز، شروط ثلاثة:
- (١) أن يكون منقولاً.
- (٢) أن يكون هذا المنقول مدفوناً أو مخبوءاً.

(٣) ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته.

كما يتضح من النص أن الكنز لا يملكه مكتشفة وإنما يملكه مالك العقار الذى وجد فيه ليس على أساس الإستيلاء وإنما على أساس التبعية، فملكية الشئ تشمل جميع أجزائه، وملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٤٤٠ و ٤٤١)

٣- يتضح من نص المادة ٨٧٢ مدنى أن الكنز منقول مدفون أو مخبوء لا يعرف له مالك. فيجب:

أ- أن يكون منقولاً - فالعقارات التى توجد فى الأرض كالأعمدة أو القبور، لا تعتبر كنوزاً، بل تعتبر - إذا لم تكن من الآثار - جزءاً من الأرض التى وجدت فيها.

ب- أن يكون المنقول مدفوناً أو مخبوءاً فى عقار (أرض - حائط - سقف) أو فى منقول (درج سرى لمكتب - دولاب).

ج- ألا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له.

وبالرغم من ورود نص المادة ٨٧٢ مدنى بين نصوص الاستيلاء، فإن سبب تملك الكنز ليس هو الاستيلاء، إذ لو كان الاستيلاء هو سبب التملك، لوجب اعتبار الكنز لمن يعثر عليه ويضع يده بنية التملك. فما هو سبب التملك إذن؟ ذهب البعض (شفيق شحاته - ص ٢١٥ ومحمد عرفة - جزء ٢ - رقم ١٨ والبندارى - ص ٤١٨ وحسن كيره - المصادر - ص ٨٠) - إلى القول بأن مالك الأرض يملك الكنز بإعتباره من ملحقاتها أو من توابعها. ويرى البعض بحق أن هذا الأساس غير مقبول، فالكنز لا يصدق عليه وصف الملحقات، ولا يعتبر من ثمار العقار أو من منتجاته، ولو كان من الملحقات لامتد إليه حق المنتفع إذا كان هناك حق انتفاع، فى حين أن النص بأن الكنز يكون لمالك الرقبة، ويرون أنه لا يوجد أساس للحكم الوارد فى المادة ٨٧٢ مدنى سوى ما رآه المشروع من أن مالك العقار الذى يوجد به الكنز هو أحق الناس به مادام لا يعرف مالكة الأصل.

(إسماعيل غانم - جزء ٢ - ص ٦، وعبد المنعم الصده - ص ٣٥٢)

(حص الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٧٨، وما بعدها)

٤- وللكنز فى حكم المادة ٨٧٢ مدنى، شروط ثلاثة:

الشرط الأول - أن يكون منقولاً - ومع أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة، إلا أن طبيعة الأشياء تقتضيه، وهذا هو ما جرى عليه القضاء فى فرنسا، وأفصحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى عن هذا الشرط.

الشرط الثانى - أن يكون مدفوناً فى باطن الأرض - فإذا كان ظاهراً على السطح، فلا يعتبر كنزاً ولا تسرى عليه أحكامه. وقد يكون مخبوءاً فى منقول آخر يحتويه، وهو بذلك يتميز ويستقل عن العقار أو المنقول الذى دفن فيه.

الشرط الثالث - أن يستحيل على شخص أن يثبت ملكيته له.

(الملكية العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٣٩ وما بعدها)

٥- الكنز هو مال يعثر عليه مخبوءاً في الأرض أو البناء ولا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، ويفهم من لفظ القانون أن كل مال يعثر عليه مخبوءاً يعد كنزاً، والأمر ليس كذلك إذ يجب أن يكون الكنز شيئاً ثميناً له قيمة مطلقة بحد ذاته. فالأشياء الأثرية لا تكون كنزاً لأن قيمتها إعتبارية إلا إذا كانت مادتها، فإن قيمتها عن ذلك تكون بهذه المادة. ومع ذلك فإن قانون الآثار قد أخرجها من معنى الكنز وجعل لها أحكاماً خاصاً. ويشترط - حتى يكون الشيء كنزاً - العثور عليه بحالة الصدفة كما يشترط أن لا يدعى بملكته أحد.

(الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٧٦ وما بعدها)

ويظهر أن القانون ألحق الكنز بالأرض نفسها، فإن كانت رقبتها لمالك كان له، وإن كانت للدولة كان لها، وإن كانت وقفاً صحيحاً كان لجهة الوقف نفسه. فكان اعتبره غلة من العقار. أما الواجد فلا يكون له منه شيء إن لم يكن أحد هؤلاء والعبرة لملكية الأرض وقت وجود الكنز، لهذا لا يكون للبائع المطالبة به إذا وجده المشتري بعد العقد.

* * *

مادة (٨٧٣)

الحق في صيد البحر والبر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه لوائح خاصة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٧٧ لیبی و ٨٣١ سورى و ١١٠٢ و ١١٠٣ عراقى و ٧٢٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- الإستيلاء لا يكون إلا على شئ لا مالك له، والشئ الذى لا مالك له يسمى سائبة، ويكون المنقول سائبة:

إما لأنه لم يكن له مالك من قبل، كالحیوانات المتوحشة الطليقة، وكالسمك فى البحر والطيور فى الهواء، وإما لأنه بعد أن كان مملوكاً أصبح سائبة، كأن يتخلى مالك المنقول عنه بقصد النزول عن ملكيته، وكأن تطلق الحیوانات المتوحشة بعد اعتقالها، ويكون ذلك بنية التخلي عن ملكيتها، وتظهر هذه النية إذا لم يتبعها المالك فوراً أو كف عن تتبعها فتعود سائبة، وكأن تفقد الحیوانات التى روضت واعتادت الرجوع إلى المكان المخصص لها هذه العادة فترجع سائبة كما كانت.

فمن وضع يده على سائبة منقول بنية تملكه ملكه. ووضع اليد هنا هو الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى.

٢- أما الكنز، وهو المنقول المدفون أو المخبوء فى الأرض، ولا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته، فهو لواجده لأنه استولى عليه، إذا كانت الأرض التى وجد فيها الكنز مباحة لا مالك لها إلا الدولة وتُدفع الرسوم المقررة فى اللوائح. أما إذا كانت الأرض مملوكة لأحد، فيكون الكنز لمالك الأرض أو لمالك رقيبتها، إذا كان قد تقرر عليها حق انتفاع أو حكر أو قرار فإن كانت العين موقوفة، فلا يكون الكنز وفقاً على المستحقين لأنه لا يلحق بالأرض، بل يكون ملكاً خالصاً للواقف ولورثته من بعده.

٣- وهناك لوائح تنظم حالات خاصة من المنقول السائبة، كلوائح الصيد واللقطة والأشياء الأثرية وما إلى ذلك.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٩٣ و ١٩٤)

رأى الفقه:

١- اللقطة هى الشئ الضائع بفقده صاحبه ولا يعثر عليه، فيعثر عليه شخص آخر ويلتقطه. ويجب التمييز بين اللقطة والأشياء المتروكة، فاللقطة ضاعت من صاحبها فقصد حيازتها المادية ولكنه لم يتخل عن ملكيتها، فيبقى مالكا لها ولا تكون محلاً للاستيلاء. أما الأشياء المتروكة فقد تخلى صاحبها عن حيازتها وعن ملكيتها معاً فأصبحت غير مملوكة لأحد. والقرائن تميز بين اللقطة والأشياء المتروكة.

كذلك يجب التمييز بين اللقطة والكنز، فإنهما يتفقان فى عدم تخلى صاحب كل منهما عن ملكيته، فلا يعتبر شيئاً لا مالك له ولا يكون محلاً للاستيلاء، ويتفقان فى أن المالك غير معروف وقت العثور على الشئ. ولكنهما يختلفان فى أن اللقطة منقول

ظاهر أمام الناس، فهو إما ملقى على قارعة الطريق أو بإد للعين فوق رف أو على درج أو باق فى مكان ظاهر فى قطار أو فى سيارة أجرة. أما الكنز فمنقول غير ظاهر للعيان، فهو إما مدفون أو مخبوء، ويغلب أن يكون الكنز شيئاً ثميناً، ويغلب من الناحية العملية ألا يعرف المالك الحقيقى للكنز لدفنه أو تخبئته من مدة طويلة، أما اللقطة فاحتمال التعرف على صاحبها أقرب.

فاللقطة إذن منقول له مالك، ولذلك لا يصلح أن يكون محلاً للاستيلاء.

وأهم التشريعات التى نظمت اللقطة الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو ١٨٩٨ الخاص بالعثور على الأشياء أو الحيوانات الضائعة.

وكذلك القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١ الذى ينظم الآثار فى مصر.

والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة التى تتخلف عن المتوفين من غير وارث، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى منه على أن: "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة بالجمهورية العربية المتحدة والتى يخلفها المتوفين من غير وارث، أياً كانت جنسيتهم، وذلك من تاريخ وفاتهم".

فإذا مات إنسان ولم يترك وارثاً، ففى الشريعة الإسلامية تؤول تركته إلى بيت المال، وبيت المال تمثله الآن خزانة الدولة، فتكون التركات لا وارث لها ملكاً خاصاً للدولة، وتؤول التركة إلى الدولة باعتبارها تركة مورثة بل باعتبارها مالاً لا مالك له.

(الوسيط - جزء ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٢٥ وما بعدها)

٢- يجب عدم الخلط بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضائعة فالأشياء المتروكة هى الأشياء التى يتخلى عنها أصحابها بنية النزول عن ملكيتها. أما الأشياء الضائعة أو المفقودة فإن صاحبها لا يعتبر أنه نزل عن ملكيتها، ولذلك فهى تظل مملوكة له، وبالتالي لا تكون ملكاً لمن يلتقطها.

فإذا احتفظ الملتقط بالشئ بنية امتلاكه اعتبر سارقاً، سواء وجدت هذه النية وقت التقاطه أو بعد ذلك، وسواء ثبتت بعد فوات المدة التى يجب عليه أن يسلم الشئ خلالها أو فى أثنائها، ولا يحول هذا دون من عثر على الشئ الضائع وتملك هذا الشئ بالتقادم الطويل بعد خمس عشرة سنة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - ص ٤٢٨ و ٤٣٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ومن حيث إن مفاد تلك النصوص وسائر نصوص القانون المذكور أن مالك المركب أو المسئول عن إدارتها الذى يتقدم بطلب الترخيص له بصيد الأسماك إلى الهيئة العامة لتنمية الثروة السمكية عليه أن يرفق بطلبه المستندات اللازمة للترخيص وذلك حتى يمكن السير فى إجراءات الترخيص حسب النماذج المعدة لذلك، وأوجب المشرع قبل الترخيص فحص المركب فنياً لتحديد مكان الصيد وطريقة الصيد التى تتاسبها وتصدر بها الرخصة، ونصت المادة (٢٧) على أن الرخصة لمدة عام تنتهى فى ٣١ ديسمبر من كل عام يجري تجديدها سنوياً ويتبع فى تجديد الرخصة

الإجراءات المحددة لطلب الترخيص بما فيها الفحص الفني وتقديم سائر المستندات
 رفق طلب التجديد على نحو يمكن الهيئة المذكورة من مراقبة مدى توافر الشروط
 والضوابط المقررة لكل طريقة للصيد ومدى تلاؤمها مع المنطقة التي يرخص للمركب
 بالصيد فيها، وعلى ما تقدم فإن القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٨٣ سالف البيان لا يعرف
 نظام الرخصة المؤقتة التي تصدر لفترة محددة، وفي المقابل لا يعرف الرخصة
 الدائمة التي تصدر لمرة واحدة فقط وإنما حدد الرخصة التي تصدر وفقاً لأحكامه بأنها
 تلك التي تصدر سنوياً ويجري النظر في تجديدها كلما توافرت الشروط المحددة
 للترخيص سواء في المركب أو في المرخص له ومن أجل ذلك لا يعرف القانون
 المذكور الترخيص الضمني، وإنما يتعين أن يبحث طلب الرخصة أو طلب تجديدها
 ويصدر قرار الهيئة بالترخيص في كل حالة على حدة سواء أكان الترخيص بناء على
 قرار الهيئة من تلقائها أو بناء على حكم قضائي في حالة امتناعها عن إصداره رغم
 توافر شروط الترخيص التي حددها القانون المذكور.

(الطعن رقم ١٨٧٤ - لسنة ٣٤ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ١٢ / ١٩٩٣)

* * *

الإستيلاء على عقار ليس له مالك

مادة (٨٧٤)

١- الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكاً للدولة.

٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح.

٣- إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها، تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة. ولكنه يفقد ملكيته بعدم الإستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس العشرة السنة التالية للتملك.

(نصت المادة ٨٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها على أن: " تلغى الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني " - وبهذا لم يعد باقياً من نص المادة ٨٧٤ مدني سوى الفقرتان الأولى والثانية)

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٧٨ لىبى و ٨٣٢ سورى و ١١٠٥ عراقى و ٢٣٤ - ٢٣٦ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

١- يشمل المال المباح الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة، وتعتبر هذه الأراضى ملكاً للدولة، ولكن مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الإستيلاء عليها.

٢- وللإستيلاء على المال المباح طريقان: طريق الترخيص الذى يصدر من الدولة وفقاً للوائح المقررة، وطريق الإستيلاء الحر وشرطه التعمير. فمن زرع أو بنى ولو بغير ترخيص فى أرض مباحة تملكها فى الحال، بشرط فاسخ هو أن يكف عن إستعمالها فى الزرع أو البناء خمس سنوات متوالات فى خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك. فالملكية هنا لا تكسب بالتقادم وإلا وجب أن تترأخى إلى خمس عشرة سنة، وإنما هى تكسب فى الحال معلقة على هذا الشرط الفاسخ.

والمطلوب ممن يعمر الأرض أن يزرع أو يبنى وفقاً لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض، فيكفى أن يجعل الأرض مرعى أو يسورها أو ينصب فيها خياماً متنقلة.

٣- ويختلف المشروع (مادة ١٣٠٦) عن التقنين الحالى (مادة ٥٧ / ٨٠) فى الإستيلاء على المال المباح من وجود ثلاثة:

(أ) أوجب المشروع أن يكون المستولى مصرياً، حتى لا يترك أجنبى أرضاً مصرية بهذا الطريق السهل.

(ب) بين المشروع بوضوح أن الإستيلاء يترتب عليه التملك فى الحال، وأن الحصول على ترخيص ليس ضرورياً فى الاستيلاء، وهاتان المسألتان مثال للخلاف

فى التقنين الحالى، وإن كان نص هذا التقنين لا يبرر هذا الخلاف، فأراد المشروع أن يقضى على كل خلاف فى هذا الصدد باستعماله ألفاظاً واضحة صريحة.

(ج) ذكر المشروع أن الخمس سنين التى يفقد المستولى الملكية بعدم استعمال الأرض فى أثائها يجب أن تكون سنين متواليات. فأصبح المستولى أقل تعرضاً لفقد ملكيته فى المشروع منه فى التقنين الحالى الذى لا يشترط التوالى. ويكفى فى المشروع أن يستعمل المستولى الأرض سنة كل خمس سنوات حتى لا يتحقق الشرط الفاسخ لملكيتها، فإذا لم يبق من الخمس عشرة سنة إلا أربع سنوات دون أن يتحقق الشرط الفاسخ، أصبحت ملكيته باتة، حتى قبل انقضاء الأربع السنوات، لاستحالة تحقق الشرط الفاسخ.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ١٩٧ - ١٩٨)

رأى الفقه:

١- بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يعد من الجائز تملك العقار عن طريق الاستيلاء، إذ الإستيلاء يفترض أرضاً لا مالك لها، وقانون سنة ١٩٦٤ يجعل الأراضى الصحراوية مملوكة للدولة ملكية خاصة، ذلك أن القانون المشار إليه يجعل تملك هذه الأراضى يتم عن طريق بيعها بالممارسة إلى الأفراد الراغبين فى شرائها لاستصلاحها، فلم يعد جائزاً - بعد أن ألغيت الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدنى، أن يعتمد أى مصرى بدون ترخيص إلى وضع يده على هذه الأراضى، يزرعها أو يغرس فيها أو يبنى عليها، ذلك أن الإستيلاء - بعد صدور قانون سنة ١٩٦٤ - لا يرد على العقار وإنما يرد على المنقول فقط، كما أنه - بصوره أيضاً - لم يعد هناك محل للقول بأن ملكية الدولة للأراضى الصحراوية ملكية ضعيفة، بل هى قد أصبحت ملكية حقيقية لملكيتها لسائر أموالها الخاصة. فللدولة أن توجر هذه الأراضى أو تبيعها وأن تصرف فيها فى أى مال تملكه ملكية خاصة، وعلى ذلك أصبحت الأراضى الصحراوية لها مالك هو الدولة، فلم يعد يجوز تملكها بالاستيلاء.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٤٧ وما بعدها)

٢- يستفاد من نص الفقرة الأولى للمادة ٨٧٤ مدنى أن كل أرض فى ملكية أحد الأفراد أو فى الملك العام للدولة أو فى ملكيتها الخاصة تعتبر مملوكة للدولة. والواقع أن هذه الملكية هى نوع من الإشراف الأعلى للدولة، ذلك الإشراف الذى ينبسط على إقليمها، أقرب منها إلى الملكية المدنية.

ولهذا فإن المشرع مع وضعه هذا المبدأ الذى يقضى بأن الأرض غير المزروعة تعتبر ملكاً للدولة، أضاف أنه من الممكن تملك هذه الأراضى بنوع من الاستيلاء، وهذا هو الذى حذا بواضعى المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى إلى تقرير أن (المال المباح يشمل الأراضى غير المزروعة التى ليست ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، وذلك كالصحارى والجبال والأراضى المتروكة، وتعتبر هذه الأراضى ملكاً للدولة، ولكنها مملوكة لها ملكية ضعيفة إذ يجوز الإستيلاء عليها).

ولكن ما المقصود بالأراضي غير المزروعة؟

لا شك في أنه لا يدخل في هذا الاصطلاح الأراضي الداخلة في زمام المدن والقرى، فهذه إن لم تكن مملوكة للأفراد تكون ملكاً خاصاً للدولة لا يجوز تملكها إلا بأسباب التملك الأخرى، ولا يدخل فيها أيضاً أراضي طرح النهر والجزر، فهذه تعتبر من أملاك الدولة الخاصة، وتوزع على نحو ما بينه القانون.

وإنما تنصرف هذه الأراضي إلى الأراضي غير المعمرة، أي إلى الأراضي الموات التي لا تعتبر ملكاً عاماً ولا ملكاً خاصاً، ولا تمارس الدولة عليها سلطات المالك لكونها غير داخلة في زمام المدن أو القرى، ولذلك لم تكن تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة، ومثالها الأراضي الصحراوية والأراضي الرملية التي تحف ساحل البحر والجبال والأراضي البور غير المزروعة خارج الزمام. هذه هي الأراضي التي قرر المشرع جواز ملكها بالإستيلاء عليها وتعميرها رغبة منه في تشجيع الأفراد على إحياء الأراضي الموات.

فلما صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، ونصت المادة ٨٦ منه على إلغاء الفقرة الثالثة من نص المادة ٨٧٤ من القانون المدني - نظم تنظيمًا شاملاً للعقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة وحدد أقسامها، وتعرض لتحديد الأراضي غير المزروعة المشار إليها في المادة ٨٧٤ مدني.

ويتضح من نصوص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ أنه حتى الأراضي الصحراوية وكافة الأراضي غير المزروعة التي تشير إليها المادة ٨٧٤ من القانون المدني أصبحت مملوكة للدولة ملكية خاصة، ولم تعد ملكيتها عليها - كما كان من قبل - تلك الملكية الضعيفة التي تقرب إلى الإشراف العام والتي تعد مملوكة ملكية عامة ولا ملكية خاصة، وبذلك لم تعد هنالك أراضي غير مزروعة لا مالك لها، ومن ثم لا يجوز تملكها بالإستيلاء المشار إليه في المادة ٨٧٤/٣ مدني.

ويلاحظ أن القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ لم يبلغ الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ مدني بأثر رجعي، فهو لم يمس الملكيات التي اكتسب قبل صدوره.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبد المنعم البدر - المرجع السابق - ص ٤٤٤ وما بعدها)

٣- جعل القانون المدني العراقي العقار من الأشياء القابلة للاستيلاء، ومع أن العقار المباح قليل جداً، فإن إعتباره من المباحات فيه تسامح كبير، ذلك لأن العقار لا يصح أن يعد سائناً لا ملك له كالكلاً والحيوان والأحجار، لأنه يؤلف أحد العناصر التي تكون الثروة العامة للدولة، فيفترض أنه ملك الدولة على كل حال كما يفهم من النصوص، وهو ما نص عليه القانون المصري والسوري واللبناني.

وفيما عدا الحكم الوحيد الذي نص عليه القانون العراقي للاستيلاء على العقار، حيث أباح تملك شاطئ البحر المردوم إذ أن الرادم يكون الأرض بنفسه بما يضع العقار.

(الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ٢٧٧ وما بعدها)

٤- ويمكن أن نضيف أن نصيف أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ينظم أحكام التأجير والتصرف في أملاك الدولة الخاصة، وأنه استهدف التعديلات بالقانونين رقمي ٣٦ لسنة ١٩٦٧ و ١٧ لسنة ١٩٦٩، فنصت المادة الأولى منه على سريان أحكامه على العقارات الداخلة في ملكية الدولة الخاصة، ونصت المادة الثانية منه على أن الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

أ- الأراضي الزراعية.

ب- الأراضي البور الواقعة داخل الزمام، والأراضي المتاخمة الممتدة خارج حد الزمام إلى مسافة كيلو متر بين.

ج- الأراضي الصحراوية.

ونصت المادة الثالثة على أن تأجير أملاك الدولة الخاصة والتصرف فيها يتم بطريق التوزيع أو بالبيع بطريق الممارسة أو بالمزاد العلني.

ورددت المادة الرابعة منه أحكام المادة الثالثة، إذ جاء بها أن تأجير الأراضي الفضاء والتصرف فيها بطريق الممارسة أو المزاد العلني وفقاً للقواعد والإجراءات والشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٧ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ صدر بتنظيم العقارات المملوكة للدولة خاصة والتصرف فيها متضمناً تطويراً شاملاً للقواعد القانونية المنظمة لأحكام الدولة الخاصة على نحو يساير مجرى التطور الثوري الحديث في مجتمعنا، وقد جاء التعديل (الذي اشتمل عليه القانون ٣٦ لسنة ١٩٦٧) تأكيداً للحقوق المشروعة التي أقرها هذا القانون لجماهير الشعب المتطلعة بحق إلى ملكية نصيب عادل من أرض الوطن ... ووفاء من الدولة بما إلترمت به في ذلك القانون من واجبات.. وتحقيقاً لحاجة المجتمع في تقدمه وارتقائه وتطوره السريع المعاصر إلى قوانين مخططة الإقتصادية والإجتماعية ... جرى التعديل محققاً لكل تلك الأهداف ومؤكداً لها).

وجاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٩ أن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ قد تضمن تنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، وقواعد التصرف في الأراضي البور والصحراوية، وتقضى هذه القواعد ببيع هذه الأراضي بطريق الممارسة، وأن مساحة الأراضي البور القابلة للزراعة المملوكة للدولة بلغ نحواً من ٨٥٠٠٠ فدان تقع إما داخلها أو تتخللها أو متاخمة لها، وأن من الصواب حسن تنظيم استغلال هذه الأراضي ووضعها موضع الاستثمار الإقتصادي الذي يعود على المواطنين والدولة بالفوائد والنفع فقد جرى التعديل الثاني محققاً لتلك الأهداف ومؤكداً لها.

وأخيراً صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٨٤ في أن بعض القواعد الخاصة بالتصرف في أملاك الدولة الخاصة^(١)، وقد تضمنت المادة الأولى منه نص على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة

(١) نشر بالجريدة الرسمية - في ٣١/٣/١٩٨٤ - العدد ١٣ مكرر وعمل به من اليوم التالي لنشره.

إلى واضع اليد عليها قبل نفاذ هذا القانون، وذلك بالبيع بطريق الممارسة مع جواز تقسيط الثمن متى طلب شراءها خلال ستة أشهر من تاريخ العمل به وفقاً للقواعد والضوابط التي يقرها مجلس الوزراء لإعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية. ونصت المادة الثالثة منه على سريان القواعد والشروط المنظمة للتصرف في أملاك الدولة الخاصة إضافة إلى نصوصه. وجاء بنص المادة الرابعة منه أن أحكامه لا تخل بالأحوال الأخرى والشروط والقواعد التي يتم فيها التصرف في أملاك الدولة الخاصة بطريق الممارسة.

والممارسة في نطاق قانون المناقصات والمزايدات واللائحة الصادرة تنفيذاً له، طريق استثنائي، فلا يلجأ إليها إلا في تلك الحالات المنصوص عليها صراحة فيها. كما أن الممارسة تتولاها لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية بحسب أهمية وطبيعة التعاقد.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأراضي غير المنزرعة التي لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة ملكية خاصة

(نقض - جلسة ١٩٦٢/١١/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٣ - مدني - ص ٩٨١)

٢- جرى قضاء محكمة النقض بأن الأراضي الداخلة في زمام البلاد تخرج عن نطاق الأراضي غير المزروعة التي يجوز تملكها بالاستيلاء طبقاً للمادة ٥٧ من القانون المدني الملغى (والمادة ٨٠ من القانون المدني المختلط) المقابلتين للمادة ٨٧٤ من التقنين المدني القائم، وبالتالي فلا يرد عليها التملك بالاستيلاء، سواء أكانت وسيلته هي الترخيص أو التعمير.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١/٢٦ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ٢٣٠، ونقض - جلسة ١٩٦٦/١٢/٦ -

المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٨١)

٣- التعديل الذي طرأ على المادة ٩٧٠ مدني بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ قد اقتصر على هذا النص، ولم يتناول المادة ٨٧٤ مدني التي تتحدث عن الإستيلاء بإعتباره سبباً مستقلاً لذاته لكسب الملكية والتي كانت تجيزه الفقرة الثالثة منها لكل مصري أن يملك بهذا الطريق ما يزرعه أو يغرسه أو يبني عليه من الأراضي غير المزروعة التي لا مالك لها، وذلك بمجرد حصول الزرع أو الغرس أو البناء ودون اشتراط لمعنى مدة ما على وضع يده، وإنما هذه الملكية بعدم الإستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك. أما القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ فقد اقتصر على خطر التعدي على الأراضي التي منه القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ وتملكها بالتقديم وتخويل الجهة الإدارية صاحبة الشأن حق إزالة هذا التعدي بالطريق الإداري، ومن ثم فلا يكون التعديل الذي أدخل بالقانونين المذكورين أثر على نص المادة ٨٧٤ مدني.

الأراضي الموات. ماهيتها. جواز تملكها. شرطة. ترخيص الدولة أو تعميمها. م ٥٧ مدني قديم المقابلة للمادة ٨٧٤/٣ مدني.

قبل صدور القانونين رقمي ١٢٤ لسنة ١٩٥٨، ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم تملك الأراضي الصحراوية - تعتبر الأراضي غير المزروعة التي ذكرتها المادة ٥٧ من التقنين المدني القديم المقابلة للمادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي كل أرض غير مزروعة لا تكون مملوكة لأحد من الأفراد ولا تدخل في الأموال العامة ولا في أموال الدولة الخاصة، فهي الأراضي الموات التي لا مالك لها كالأراضي المتروكة والصحارى والجبال، أي أنها الأراضي التي لا تدخل في زمام المدن والقرى ولم تكن بمنزلة الأراضي الداخلة في الزمام والتي تملكها الدولة ملكية خاصة بل هي أرض مباحة يملكها من يستولى عليها ويعمرها وقبل أن يستولى عليها أحد كانت مملوكة ملكية ضعيفة للدولة هوي بهذا الوصف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أقرب إلى السيادة منها إلى الملكية الحقيقية، وقد أباح الشارع تملك هذه الأرض بإحدى الوسيلتين المنصوص عليهما في المادة ٥٧ سالفه البيان المقابلة للفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني الحالي قبل إلغائها، وهما الترخيص من الدولة أو التعمير، وطبقاً لذلك يملك المعمر الأراضي التي عمرها سواء بالغراس أو البناء عليها أو بأية وسيلة أخرى في الحال فور تعميرها بشرط ألا ينقطع عن استعمالها في خلال الخمسة عشر سنة التالية للتملك مدة خمس سنوات متتالية.

(الطعن ١٨٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١/٥ س ٤٣ ص ١١٧)

٤- إقرار حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني. ق ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة. مناهة.

القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بتنظيم تملك الأراضي الصحراوية والذي عمل به إعتباراً من ١٩٥٨/٨/٢٤ نص في مادته الخامسة على أن الملكية والحقوق التي تستند إلى عقود مسجلة أو أحكام نهائية سابقة على العمل به أو عقود صدرت من الحكومة ولم تسجل إذا كانت شروط العقد قد نفذت تظل قائمة، وقد بحث المشرع جوانب القصور التي شملت هذا القانون وأصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها، قد أقر المشرع بالمادة ٣/٧٥ منه حالات الملكية السابقة على نفاذ القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ المستندة إلى حكم الفقرة الثالثة من المادة ٨٧٤ من القانون المدني، وكان رائده في ذلك، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الإعتبارات المتعلقة بالعدالة وإحترام الحيازة المكتسبة والمبادئ المسلمة بالنسبة إلى تطبيق القوانين من حيث الزمان.

(الطعن ١٨٩٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١/١ س ٥٤ ص ١١٧)

٥- الأماكن الصادر بشأنها قرارات إستيلاء. م ٢/٦ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. إعتبارها مؤجرة للجهات التي تم الإستيلاء لصالحها. أثره. إلزامها بالوفاء بالأجرة لمن إنتقلت إليه الملكية بالتسجيل وحل محل المؤجر حلاً قانونياً. القضاء بعدم قبول دعوى الإخلاء للتأخير في سداد الأجرة المرفوعة من الأخير لرفعها قبل الحصول على حكم نهائي بتحديد شخص المنفعة رغم علم المستأجر بإنتقال الملكية إليه بالتسجيل. خطأ.

الأراضي الغير مزروعة والتي لا مالك لها. إعتبارها من أموال الدولة الخاصة. مؤداه. خضوعها لقواعد التقادم المكتسب حتى تاريخ العمل بالقانون ١٤٧ لسنة ١٩٥٧. علة ذلك لا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به.

المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن المادة ٨٧٤ من القانون المدني تقضى بأن الأراضي الغير مزروعة التي لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة، وكانت هذه الأراضي تدخل في عداد الأموال الخاصة للدولة لا العامة لأنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم فإن تلك الأراضي كغيرها من أموال الدولة الخاصة كانت تخضع لقواعد التقادم المكتسب شأنها في ذلك شأن أموال الأفراد حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني القائم وأضاف حكماً جديداً يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني بالتقادم، وهذا القانون يعتبر منشئ لحكم مستحدث ولا أثر له على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة الخاصة قبل العمل به.

(الطعن ٢٨٠٩ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/٤/١٢ س ٤٥ ص ٦٨٩)

٦- إستيلاء الحكومة على العقار جبراً دون إتخاذ الإجراءات القانونية لنزع الملكية. غصب أثره. بقاء العقار على ملك صاحبه. مؤداه. أحقيته في إسترداده. إستحالة ذلك. أثره. الحق في التعويض النقدي.

إستيلاء الحكومة على عقار مملوك لأحد الأفراد جبراً عن صاحبة دون إتخاذ إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة المنصوص عليها في القانون فإن ذلك يعتبر بمثابة غصب ويظل صاحبه محتفظاً بحق ملكيته رغم هذا الإستيلاء ويكون له الحق في إسترداد هذه الملكية وذلك ما لم يصبح رد هذا العقار إليه مستحيلاً فعندئذ يستعاض عنه بالتعويض النقدي تطبيقاً لقواعد المسؤولية العامة التي تقضى بأن التنفيذ العيني هو الأصل، ولا يسار إلى عوضه - أي التعويض النقدي - إلا إذا إستحال التنفيذ العيني.

(الطعن ٣٧٢٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٧/١/٢٦ س ٤٨ ص ١٩٥)

* * *

مادة (٨٧٥)

- (١) تعيين الورثة وتحديد أنصابتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.
- (٢) وتتبع في تصفية التركة الأحكام الآتية:-

الأعمال التحضيرية:

- ١- إن الأراضى الداخلة في زمام البلاد يخرج عن نطاق الأراضى غير أن الشريعة الإسلامية هي التي تحدد الورثة من أول الأمر، فإن لم يتفق هؤلاء الورثة على تطبيق قانون الملة طبقت الشريعة الإسلامية نهائياً. وقد قضى المشروع على هذا الخلاف، فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق أولاً وأخيراً، ولذلك يعد هناك محل لتطبيق قانون الملة في أى فرض من الفروض.
- ٢- وتطبق الشريعة الإسلامية في كل أمر يتعلق بالميراث، فهي التي تعين الورثة، وتقسّمهم إلى ذوى فروض وعصبات وذوى أرحام، وتجرى أحكام الحجب والعول والرد، وما إلى ذلك من أحكام الميراث، وتحدد نصيب كل وارث، وتبين كيف تنتقل ملكية هذا النصيب من المورث إلى الوارث. ومن هنا وجب تطبيق القاعدة التي تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين، وهي القاعدة التي ينظمها المشروع تنظيمياً عملياً في النصوص التالية.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٢٠٥ و ٢٠٦)

رأى الفقه:

- ١- أن القانون المدني الجديد قد نص على أن الشريعة الإسلامية تطبق في الميراث على جميع المصريين مسلمين، كما هو واضح من المذكرة الإيضاحية، بحيث لا يطبق بالنسبة لغير المسلمين قانون الملة ولو اتفقوا على تطبيقه، وأن الشريعة الإسلامية تطبق ليس في تعيين الورثة وتحديد أنصابتهم فقط، بل في انتقال ملكية التركة من المورث إلى الوارث أيضاً.
- فقانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ - الذى اختيرت أحكامه من المذاهب الإسلامية المتخلفة - قد قرر في أحكامه العامة أن سبب إستحقاق الإرث هو موت المورث أو إعتباره ميتاً بحكم القاضى في حالة المفقود، ويجب تحقق حياة الوارث عند وفاة المورث أو عند الحكم بوفاته، فإذا مات إثتان ولم يعلم أيهما مات أولاً كما في حالة الغرقى والهدمى والحرقى، فلا إستحقاق لأحدهما في تركة الآخر.

ويستحق من التركة قبل إرث الورثة:

- (١) ما يكفى لتجهيز الميت، ومن تلزمه نفقته.
- (٢) ديون الميت.
- (٣) ما أوصى به في الحد الذى تنفذ فيه الوصية.

ويمنع من الإرث:

أ- قتل الوارث للمورث عمداً، إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل بالغاً من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعداء تجاوز حد الدفاع الشرعى، كما يعتبر فى حكم القتل أن يشهد الوارث شهادة زور تؤدى إلى الحكم بإعدام المورث مع تنفيذ الحكم.

ب- اختلاف الدين والدار، فلا توارث بين مسلم وغير مسلم، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين، ولا بين غير المسلمين ما لم تمنع الدار الأجنبية توريث الأجنبى.

(الوسيط - ٩ - للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجب قانون المرافعات تدخل للنيابة فى القضايا المتعلقة بها، ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية التركات فى باب الحقوق العينية، ولا يغير من هذا النظر ما أورده المواد ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات لتعلقه بالقوانين الأجنبية.

(نقض - جلسة ١٩٦٣/٥/١٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - مدني - ص ٦٧٧)

٢- أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى شأن الموارث، وذلك على ما تقضى به المادة ٨٧٥ من القانون المدنى.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/١ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٤٨٦)

٣- إذا كان الطاعن قد اختصم أشخاص الورثة جميعهم، وكان ما يطالبهم به من معجل الثمن الذى يزعم أنه دفعه والتعويض الذى قدره عن الضرر الذى لحق به ينقسم عليهم كل بقدر حصته التى آلت إليه من التركة، فإنه لا يكون من شأن الإستئناف المقبول ضد بعض الورثة أن يزيل البطالان الذى لحق بالإستئناف بالنسبة للبعض الآخر.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٦/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٧٦٤)

٤- القاعدة الشرعية التى تقضى بأن الوارث ينتصب خصماً عن باقى الورثة فى دعاوى التى ترفع من التركة أو عليها قد تكون صحيحة ويمكن الأخذ بها، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، لو أن الوارث قد خاصم أو خصم طالباً الحكم للتركة بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها.

(نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٢١ - المرجع السابق - ص ١٠٧٩)

٥- التحايل الممنوع على أحكام الإرث، لتعلق الإرث بالنظام العام هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث، أو العكس، كذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو غيرهم تكون صحيحة، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض الورثة أو التقليل من أنصبتهم في الميراث.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٧٩٠)

٦- التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٥/٢ - المرجع السابق - ص ٧٩٠)

٧- يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام، وإلى أرجح الآراء في فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة إلى حقوق الورثة في التركة المدنية، ومدى تأثرها بحقوق دائني المورث. والتركة مستغرقة كانت أو غير مستغرقة، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تشغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائني المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٥/٢ - المرجع السابق - ص ٨٤٢)

٨- التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعاً، كاعتبار شخص وارثاً وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس، وكذلك ما يتفرع من هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية، كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية، ويترتب على هذا التقليل من أنصبتهم في الميراث، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٢٨٧)

٩- إجازة الوراث للتصرف الصادر من مورثة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن رصفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ - المرجع السابق - ص ٥٧٧)

١٠- الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في مسائل مواريث المصريين غير المسلمين، ويجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال التركة إليهم وتحديد نصاب الشهادة.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١٢/١٨ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - ص ١٤٦٢)

١١- المورث يعتبر ممثلاً لورثته في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه، إلا أنه إذا أثبت الوارث عن مورثه أو تواطؤه أو إهماله الجسيم كان له أن يعترض على الحكم الذي صدر ضد المورث بطريق إعتراض الخارج عن الخصومة طالباً إعتباره من الغير بالنسبة إلى ذلك الحكم والتقرير بأنه ليس حجة عليه متى كانت له مصلحة قانونية، ويكفي لذلك أن تكون صفته كوارث متحققة وقت إقامة الإعتراض.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ - المرجع السابق - ص ٥٤٨)

١٢- شخصية الوارث، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لا بذمة ورثته، ولا يقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد وراثته، إلا أصبح الوارث مسؤولاً شخصياً عن إلتزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة، وتبعاً لذلك لا يعتبر الوارث الذي خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزء منها قبل وفاة مورثه مسؤولاً عن إلتزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد، ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير في هذا الخصوص.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ - المرجع السابق - ص ١١٣٥)

١٣- الولد يتبع أحد أبويه في الإسلام، وهذه التبعية لا تنقطع إلا بالعقل والبلوغ، ولا يكفي سن التمييز، والأصل في البلوغ ظهوره بأماراته المعهودة أو بتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية.

الراجح في مذهب الحنفية أن المسلم تبعاً لإسلام أحد أبويه لا يلزمه تجديد الإيمان بعد بلوغه لوقوعه فرضاً بإعتباره البقاء على أصل الفطرة أو ما هو أقرب إليها. أحكام الموارث الأساسية تتعلق بالنظام العام، حصر الحكم للإرث في إخوة المتوفاة لأب المسلمين دون ابنتها المسلمة تبعاً لها، خطأ في القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ٢٨٤)

١٤- القضاء بتحديد أنصبة الورثة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية من جهة صحته وقوته وأثره القانوني، مخالفته نصاً في القرآن أو السنة أو الإجماع، وأثره، وجوب إبطال الحكم وإهداره. عدم إكتسابه قوة الأمر المقضى إلا إذا إتصل به قضاء في محل مجتهد فيه.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/٢٣ - المرجع السابق - ص ١٢٤١)

١٥- مؤدى نص المادتين ٢/١٤ و ٢٥ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ أن الجدة الصحيحة وهي التي لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح، ترث السدس فرضاً تنفرد به الواحدة ويشترط فيه الأكثر من واحدة، وأن الأب عند وجوده يحجب الجدة لأب دون الجدة لأب أخذاً بالقاعدة الشرعية بأن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود هذا الوارث. وأم الأب قد أدلت بالأب، ولكن أم الأم لم تدل به، ومأخذ هذا النص المذهب الحنفى، إذ كان ذلك، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها جدة المتوفى لأمة التي توفيت قبله، فإنها ترث في تركته ولا يحجبها عن ذلك وجود الطاعن بإعتباره أب المتوفى، وإذ إلتزم الحكم هذا

النظر وقضى بتوريث المطعون عليها للسندس فرضاً في تركة المتوفى، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٢/٣ - المرجع السابق - ص ١٥٤٤)

١٦- الإتفاق الذي ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل إستحقاق الوارث إياه، وقوعه باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة، جواز إثبات التحايل على قواعد الميراث بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً في الإتفاق. توقيع الوارث على عقد البيع الصادر من مورثه لا يحول دون طعنه على العقد بالصورية، علة ذلك أنه لا يكتسب صفة الوارث إلا بعد الوفاة، ولا يعتد بإجازة الوارث لتصرف مورثه إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث.

(نقض - جلسة - ١٩٧٥/١١/١١ - المرجع السابق - ص ١٣٩٤)

١٧- زواج المرتدة عن الإسلام بغير المسلم قبل ردتها أو بعدها، حرام لا ينفذ أصلاً ولا ينتج فراشاً ولا يثبت نسباً يولد حقاً في الميراث.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ - المرجع السابق - ص ١٦٩٢)

١٨- الطلاق البائن الصادر من المريض مرض الموت بغير رضا الزوجة، وفاة الزوج أثناء العدة، أثره، وقوع الطلاق وثبوت حق المطلقة في الميراث بشرط أن تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانته إلى وقت الموت رغم أن المطلقة بأنها لا تترث لإنقطاع العصمة بمجرد الطلاق إستناداً إلى أنه لما أبانها حال مرضه اعتبر إحتياطياً فاراً وهارباً فيرد عليه قصده لها ويثبت لها الإرث.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٤٦)

١٩- التركة لا تؤول بصفة نهائية للورثة إلا بعد أداء مصاريف تجهيز المورث وسداد ما عليه من ديون للعباد وما ينفذ وصاياه، ومن هنا كانت قاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الدين)، ومؤداها أن تظل التركة منشغلي بمجرد الوفاة بحق عين تبقى لدائن المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء ديونهم منها (مادة ٤ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣).

الديون المستحقة على التركة غير قابلة للإنقسام في مواجهة الورثة، فيلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين طالما قد آل إليه من التركة ما يكفي للسداد، فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا في حدود ما آل إليه من التركة لأن الوارث لا يرث دين المورث وله الرجوع على باقي الورثة بما يخصهم في الدين الذي وفاه كل بقدر نصيبه.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص ٥٤٨)

٢٠- إقامة الدعوى من أحد الورثة ممثلاً للتركة، عدم وجود بيان هذه الصفة صراحة بالصحيفة مادامت واضحة من الوقائع والمستندات المطروحة. طلب الوارث في الإستئناف الحكم له شخصياً بالمبلغ المطالب به ... طلب جديد ... عدم قبوله في الإستئناف.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٦/٨ - المرجع السابق - ص ١٣٩٩)

٢١- ضريبة الإيراد العام المربوطة على المورث، إلزام الورثة بأدائها من مال التركة.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٣/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ٧٤٥)

٢٢- إنتصاب الوارث خصماً عن باقى الورثة، شرطه أن يكون قد خاصم أو خصم طالباً الحكم للتركة نفسها بكل حقها أو مطلوباً فى مواجهته الحكم على التركة نفسها بكل ما عليها.

إعتراض أحد الورثة على قائمة شروط البيع إستناداً إلى ملكيته هو وإخوته للأرض المنفذ عليها، عدم الإشارة إلى تمثيله للتركة أو استغراقهم لها يترتب عليه عدم إنتصابه خصماً عن باقى الورثة، والحكم الصادر برفض إعتراضه يكسب قوة الأمر المقضى قبل المعترض وحده دون باقى الورثة.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٥/٣ - المرجع السابق - ص ١١٦٢)

٢٣- إستقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث، انفصال التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم، تعلق إلتزامات المورث بتركته دون أن تنتقل إلى ذمة الوارث إلا فى حدود ما آل إليه.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/١٩ - المرجع السابق - ص ١٤٦٥)

٢٤- شخصية الوارث، إستقلالها عن شخصية المورث، مسئولية الوارث عن ديون التركة انحصارها فيما آل إليه من ميراث، إلزامه بتسليم ما باعه المورث لا يشمل ما يكون ضمن مشتراه المسجل.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ - الطعن ٧٧٢ لسنة ٤٩)

٢٥- أيلولة التركة نهائياً للورثة، شرطها، أداء مصاريف التجهيز وديون المورث وما ينفذ من وصاياه.

(نقض - جلسة ١٩٥٣/٦/٢٨ - الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ ق أحوال شخصية)

٢٦ - الحكم بعدم دستورية نص المادة ١/٢ من القرار بقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة فيما نصت عليه من إنقضاء كل حق يتعلق بالتركة ولو كان سببه الميراث بمضى خمسة عشر عاماً. قضاء الحكم الإبتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه برفض دعوى الطاعنة بالإفراج عن عقار النزاع وتسليمه لها لإنقضاء حقها وتملك المطعون ضده (بنك ناصر الإجتماعي) للعقار بالتقادم إستناداً لذلك النص.

(الطعن رقم ٤٦٤١ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٨)

* * *

تعيين مصف للتركة

مادة (٨٧٦)

إذا لم يعين المورث وصياً لتركته وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها، عينت المحكمة، إذا رأت موجباً لذلك، من تجمع الورثة على اختياره. فإن لم تجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفي على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة، وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٨٠ لبيى و ٨٣٧ سورى

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٨٨٠

مدنى.

رأى الفقه:

١- إذا لم يكن المورث قد عين وصياً لتركته فالمحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث، أن تعين مصف للتركة متى طلب منها أحد ذوى الشأن ذلك، وذوو الشأن هنا هم بوجه عام الورثة والموصى لهم والدائنون. وذلك متى رأت محلاً لتقرير أن تكون تصفية التركة تصفية جماعية. وهذه التصفية نظام إستثنائى وضع لتصفية التركات الكبيرة المثقلة بالديون، وللقاضى أن يرفض إخضاع التركة لهذا النظام الطويل الإجراءات الكثير النفقات إذا رأى أن التركة ليست فى حاجة إليه، إما لانعدام الديون أو للتفاهتهما أو لتفاهة التركة نفسها. والمحكمة تقدر، إذ قررت إجابة الشأن إلى طلب التصفية الجماعية، من يكون المصفي للتركة، إذ أى التى عينته، وهى غير ملزمة برأى أحد فى ذلك، إلا إذا أجمعت الورثة على إختيار شخص معين، سواء أكان وارثاً أو غير وارث. فعند ذلك تنقيد المحكمة بمن أجمعت الورثة على إختياره، ولا تستطيع العدول عنه إلى غيره ولو عارض فى إختياره الدائنون أو الموصى لهم. فإذا لم تجمع الورثة على إختيار أحد، عينت المحكمة بنفسها المصفي ويكون من الورثة بقدر الإمكان بعد أخذ رأيهم. ولا تنقيد المحكمة فى إختيار المصفي بأغلبية الورثة، فإذا اختارت الأغلبية شخصاً واختارت الأقلية آخر كان للمحكمة أن تعين من اختارته الأغلبية أو من اختارته الأقلية أو غيرها بحسب تقديرها.

والمصفي فى حكم الوكيل عن الورثة، وهو نائب عنهم نيابة قانونية، وتسرى عليه أحكام الوكالة، فيجوز له أن يرفض المهمة، وعندئذ تعين المحكمة مصفياً للتركة بدلاً منه.

(الوسيط - لسنهوري - المرجع السابق - الجزء ٩ - ص ١٣٣ وما بعدها)

٢- يبدو مما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى أن إذا عين المورث مصفياً للتركة وجب على القاضى إقرار هذا التعيين ووجب أيضاً تسوية ديون التركة تسوية جماعية أما إذا لم يعين المورث مصفياً للتركة وطلب ذوو الشأن من القاضى أن يعين مصفياً لها فيتسع المجال أمام سلطة القاضى التقديرية، فله أن يعين مصفياً للتركة وله أن يرفض ذلك، وهو يرفض هذا الطلب عادة إذا كانت ديون التركة وأموالها لا تستوجب وجود مصف لتسويتها. فإذا طلب ذوو الشأن من القاضى تعيين مصف، ورأت المحكمة ذلك - إذ أن الأمر جوازى لها - حكمت بتعيين المصفى الذى يجمع عليه الورثة. وأما إذا لم يجمع الورثة على إختيار مصف محدد استرد القاضى سلطته التقديرية فى تعيين من يشاء على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة حتى لا يفرد فى حقوق التركة.

(الحقوق العينية المدنية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٥٠ و ٥١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية الشركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التى أوجبت المادة ٩٩ مرافعات تدخل النيابة فى القضايا المتعلقة بها- ذلك أن انتقال المال إلى الوارث تأسيساً على الميراث بوصفه سبباً من أسباب نقل الملك هو مسألة تتعلق بنظام الأموال، وقد أورد القانون المدنى أحكام تصفية الشركات فى باب الحقوق العينية، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على اتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى الشركات فى نطاق القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون - ولا يغير من هذا النظر ما أوردته المواد ٩٣٩ و ٩٤٠ و ٩٤٧ وما بعدها من قانون المرافعات المضافة بالقانون ١٢٦ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان "فى تصفية الشركات" ضمن الكتاب الرابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، لأن هذه الأحكام إنما أريد بها كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون مواجهة الأوضاع التى تستلزمها قواعد الإرث فى بعض القوانين الأجنبية.

(الطعن رقم ٣٩ - لسنة ٢٨ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٥ / ١٩٦٣)

٢- إستحدث المشرع فى القانون المدنى القائم نظاماً لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائنى التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال فى الإفلاس التجارى وتنقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى.

(الطعن رقم ٧ - لسنة ٣٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٣ / ١٩٦٩)

٣- إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارساً قضائياً على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(الطعن رقم ٢٤٩ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٠)

٤- إن المادة ٨٧٥ من القانون المدني تقضي بأن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها، ومفاد ذلك في ضوء حكم المادة الأولى من القانون المدني أن تطبيق في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم أحكام التشريعات التي صدرت في شأن الميراث، وأن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في تلك التشريعات، وذلك بإعتبارها القانون العام في هذا الخصوص.

ومن حيث أنه بإستعراض أحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بإصدار قانون الموارث الذي جري العمل به في ١٢ من سبتمبر سنة ١٩٤٣ يبين من أنه قد نص في المادة الأولى منه علي أن "يعمل في المسائل والمنازعات المتعلقة بالموارث بالأحكام المرافقة لهذا القانون" ونص في المادة الأولى من قانون الموارث علي أنه "يستحق الإرث بموت المورث أو بإعتباره ميتاً بحكم القاضي" والمستفاد من هذه النصوص أن الميراث بإعتباره طريقاً لكسب الملكية بسبب الوفاة إنما يكون بتحقيق واقعة موت المورث - حقيقة أو حكماً، ومقتضي ذلك ولازمه أن تنتقل أموال التركة إلي الوارث علي الفور بمجرد موت المورث سواء كانت التركة غير مدينة أو كانت مدينة وسواء كان الدين غير مستغرق لها أو كان مستغرقاً، إذ أن الدين وإن كان مستغرقاً للتركة لا يمنع انتقال ملكية أموالها إلي ورثة المدين طالما تحقق سبب انتقال هذه الملكية بموت المورث علي الوجه سالف البيان، ولا يغير من تلك القاعدة المعروفة في الفقه الإسلامي من أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، إذ أن هذه القاعدة إنما تعني فحسب وفقاً للمشهور في الفقه - أن ديون التركة لا تنتقل إلي الورثة كما تنتقل حقوقها، وأن التركة لا تنتقل إلي الورثة إلا خالصة من الديون، ومؤدي ذلك أن تركة الميت تصبح هي المسئولة عن الوفاء بدينه وأن الدين علي هذا النحو يتعلق بمالية التركة لا بذوات أعبائها، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالية التركة لا من عين بالذات، وبهذه المثابة فإن أموال التركة وإن كانت بلا ريب تنتقل إلي الورثة بمجرد موت المورث، إلا أنها تنتقل إليهم مثقلة بحق عيني لدائني التركة يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم فيها بالتقدم علي سواهم ممن تصرف له الوارث أو دائنين وذلك بمراعاة الأحكام التي رسمها الشارع لحماية حقوق دائني التركة في المواد ٨٧٦ وما بعدها من القانون المدني، وغني عن البيان أنه لما كانت أموال التركة تنتقل إلي الورثة بمجرد موت المورث فإنه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها

إذا ما شهروا حق إرثهم علي الوجه المبين في القانون بيد أن تصرفهم هذا يكون خاضعا لحقوق الدائنين وفقا لما سلف بيانه.

(الطعن رقم ٥٥٦ - لسنة ١٨ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ٠٢ / ١٩٧٧)

٥- ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقرررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفي إتخاذ أي إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفي عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها عملا بالمادة ٨٨٥ من التقنين المدني إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفي من بقائهم معه خصوماً في الدعوى لمعاونته في الدفاع عن حقوق التركة ذلك أن المصفي ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية خوله الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التي يتولى إدارتها نيابة عنهم، وإذ كان الثابت أن الطاعن بصفته مصفياً للتركة قد اختصم في الدعويين للحكم بإلزامه مع الورثة بطلبات المطعون ضده فيها وأنه حمل لواء المنازعة في تلك الطلبات فإنه يكون قد اختصم اختصاصاً صحيحاً يتفق مع صفة النيابة التي أسبغها عليه القانون عن التركة ويكون الحكم الصادر في هاتين الدعويين قد صار ضد التركة في مواجهة الطاعن بصفته الممثل القانوني لها.

(الطعن رقم ٣٦٤ - لسنة ٤٤ ق - تاريخ الجلسة ١٣ / ٠٢ / ١٩٧٨)

٦- مؤدى نص المادة ٨٧٦ من التقنين المدني والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أن الأصل في تصفية ديون التركة أن تكون بإجراءات فردية، أما تسوية هذه الديون عن طريق إجراءات جماعية- أي التصفية الجماعية للتركة- فهو أمر اختياري، بل هو أمر استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا عند الضرورة، إذ هو نظام ينطوي على إجراءات طويلة ويقتضي تكاليف كبيرة، فلا يصح إذن أن يكون نظاماً إجبارياً تخضع له كل التركات، بل هو ليس بنظام اختياري- بمعنى أن يكون لذوي الشأن أن يطبقوه متى شاءوا- وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أثقلتها الديون وتعدت شئونها، فالإجراءات التي نظمها المشرع في هذا الصدد إنما تكفل- على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية- إصلاح ما ينشأ عن اختلاف الورثة على تصفية التركة أو إهمالهم في ذلك من كبير ضرر، وقد ناط المشرع- بصريح نص المادة ٨٧٦ مدني- بالقاضي السلطة التامة في تقدير "الموجب" لإجابة طلب ذوي الشأن تعيين مصف للتركة، فالقاضي- وحده- هو الذي يقدر الاستجابة لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك.

(الطعن رقم ٩٣٠ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٣ / ١٩٨٢)

* * *

مادة (٨٧٧)

١- لمن عين مصفياً أن يرفض تولي هذه المهمة أو أن يتنحى عنها بعد توليها وذلك طبقاً لأحكام الوكالة.

٢- وللقاضى أيضاً، إذا طلب إليه أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره به، متى وجدت أسباب تبرر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨١ لىبى و ٨٣٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينتظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- وتنتهى مهمة المصفى - قبل إنتهاء التصفية - بالعزل طبقاً لنص المادة ٨٧٧ مدنى. والأسباب التى تبرر عزل المصفى متنوعة، فقد تكون عدم كفايته لإدارة التركة وتصفيتها، وقد تكون عدم أمانته، وقد تكون ما يبدو منه من إهمال وتقصير، وقد تكون غير ذلك من الأسباب. فمتى تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته. وقد يكون هذا العزل بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كدائن أو وارث أو موصى له، أو بناء على طلب النيابة العامة، أو دون طلب من أحد فتعزل المحكمة المصفى من تلقاء نفسها.

وإذا إنتهت مهمة المصفى قبل إنتهاء التصفية، سواء أكان انتهائها بتتحي المصفى أو بموته أو بعزله، فعلى المحكمة أن تعين مصفياً آخر مكانه حتى يتم تصفية التركة التى بدأها المصفى السابق. فيكون تعيين المصفى الجديد إما باختيار الورثة له بالإجمال، أو باختيار المحكمة إياه إذا لم يكن هناك إجمال من الورثة.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٢ و ١٤٣)

٢- والأسباب التى قد تبرر عزل المصفى ترجع عادة إما لعدم أمانته أو لإهماله فى تصفية التركة. وإذا ما تجمعت لدى المحكمة أسباب جدية تبرر عزل المصفى عزلته.

فإذا ما طلب المصفى تنحيته أو عزلته المحكمة وجب تعيين مصف جديد، إما أن يجمع الورثة على إختياره أو تعين المحكمة من تشاء إذا لم يكن هناك إجماع بين الورثة على أن يكون قدر المستطاع من أحد الورثة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- دعوى العزل لا تمس نظام التصفية فى شئ، وإنما هى متعلقة بشخص المصفى وما هو منسوب إليه، ولم يشترط القانون إدخال الدائنين فى دعوى العزل، ولو كان الحكم بتعيين المصفى قد صدر فى مواجهتهم، ذلك أن رأيهم غير ذى أثر فى نظر القاضى الذى يملك العزل من تلقاء نفسه، ومن باب أولى تلبية لرغبة وارث واحد قد يكون ملكاً لأقل الأنصبة.

(نقض - جلسة ١٦/٥/١٩٦٣ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٦٧٧)

* * *

مادة (٨٧٨)

- ١- إذا عين المورث وصياً للتركة، وجب أن يقر القاضى هذا التعيين.
- ٢- ويسرى على وصى التركة ما يسرى على المصطفى من أحكام.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٢ لىبى و ٨٣٩ سورى

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- للمورث أن يعين وصياً، ويسرى على هذا الوصى ما يسرى على المصطفى من أحكام (م ٢/٨٧٨ مدنى)، وإذا عين المورث وصياً للتركة، وجب على القاضى أن يقر هذا التعيين. فإذا لم يعين المورث وصياً للتركة وطلب ذوو الشأن تعيين مصف لها، ورأت المحكمة موجباً لذلك عينت المحكمة من يجمع الورثة على إختياره، وإلا عين القاضى مصف للتركة على أن يكون بقدر المستطاع من الورثة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٠ و ٥١)

٢- للموصى - كما للمصطفى - أن يرفض تولى المهمة أو أن يتحى عنها بعد توليها، وله أن يطلب أجراً عادلاً على قيامه بمهمته. وعليه جميع واجبات المصطفى من تسلم أموال التركة وإدارتها وإتخاذ جميع الإحتياطات المستعجلة بما فى ذلك تجهيز الميت والنفقة على من كان يعوله الميت من الورثة، وجرد التركة بما لها من حقوق وما عليها من ديون وتسوية ديون التركة وتسليم أموال التركة للورثة خالصة من الديون، وهى شائعة أو بعد تقسيمها. ويجوز للقاضى عزل وصى التركة وإستبدال غيره به متى وجدت أسباب تبرر ذلك، كما يجوز له ذلك بالنسبة للمصطفى.

(الوسيط ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٢١)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أحكام تصفية التركات التى نظمها القانون المدنى فى المواد ٨٧٥ وما بعدها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية بل مسألة تتعلق بنظام الأموال وقد أوردتها القانون المدنى فى باب الحقوق العينية ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٨٧٥ منه على إتباع أحكامه فيها وهى أحكام اختيارية لا تتناول الحقوق فى ذاتها بل تنظم الإجراءات التى يحصل بها الورثة والدائنون على حقوقهم فى التركات ومن ثم فإن نطاق الدعوى يقتصر فحسب على تثبيت الوصية المختار من جانب الموصية على النحو الوارد بنص المادة ٨٧٨ من القانون سالف

الذكر فلا يعد هذا الطلب من مسائل الأحوال الشخصية التي تجرى عليها أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون لسنة ١٩٣١، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وكيف الدعوى بأنها تتعلق بصحة ونفاذ وصية الموصية مما يعد من مسائل الأحوال الشخصية ورتب على ذلك إخضاع ميعاد استئناف الحكم الصادر فيها من محكمة أول درجة للمادة ٣٠٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تجعل ميعاد استئناف الحكم ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره وخلص إلى سقوط حق الطاعن بالاستئناف لرفعه بعد الميعاد فإنه يكون قد أخطأ في القانون.

(الطعن رقم ٢٧١ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ١٠ / ١٩٩٣)

* * *

مادة (٨٧٩)

١- على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفيين، وبتثبيت أوصياء التركة في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية. ويجب أن ينشر في هامش السجل كل أمر يصدر بالعزل وبكل ما يقع من تنازل.

٢- ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي من الأثر في حق الغير الذي يتعامل مع الورثة في شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه في المادة ٩١٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٨٣ لبيي، ٨٤٠ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٠ مدني.

رأى الفقه:

١- وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي إذا اختارته المحكمة أو أجمعت عليه الورثة، وبتثبيت الوصي إذا عين المورث وصياً للتركة قبل موته، مسألة هامة إذ تترتب عليها نتائج خطيرة. لذلك يجب أن يكون القيد في نفس اليوم الذي يصدر فيه الأمر بالتعيين أو بالتثبيت. ويعد كاتب المحكمة سجلاً عاماً تقيد فيه أسماء المورثين بحسب الترتيب الأبجدي، فيسهل العثور على اسم المورث المطلوب عند البحث عنه. فإذا صدر أمر بتعيين مصف أو بتثبيت وصي للتركة، عمد كاتب المحكمة في يوم صدور الأمر إلى قيد هذا الأمر. ويتضمن طبعاً اسم المصفي أو الوصي أمام اسم المورث. فيستطيع دائن التركة مثلاً، إذا علم أن مدينه قد مات، أن يعرف ما إذا كانت قد تقرر تصفية التركة تصفية جماعية وذلك بأن يبحث في قلم كتاب المحكمة الابتدائية التي يدخل في دائرتها آخر موطن لهذا المدين، وفي السجل المعد لقيد الأوامر الصادرة بتعيين المصفيين، وأمام اسم المدين (المورث) المدون في السجل بحسب الترتيب الأبجدي، ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة، فإذا كان قد صدر هذا الأمر، فإنه لا محالة يعثر على اسم المورث مدوناً في السجل، ويجد أمام هذا الاسم الأمر الصادر بتعيين المصفي مقيداً. ويجب أيضاً على كاتب المحكمة أن يؤشر في هامش السجل بجانب كل أمر صادر بتعيين مصف للتركة، كل أمر يصدر بعزل هذا المصفي، أو ما يقع منه من تنازل أو نتج عن مهمته، ثم يقيد أمام اسم المورث دائماً الأمر الصادر بتعيين المصفي الجديد الذي حل محل المصفي السابق، وبذلك يتمكن كل من يطلع على هذا السجل أن يعلم بالنسبة لتركة معينة ما إذا كانت

هذه التركة قد تقررت تصفيته تصفية جماعية ومن هو المصفي الذي عين للقيام بهذه التصفية، ومن عسى أن يكون قد حل محله إذا كان قد عزل أو إذا كان قد تتحى.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦)

٢- مؤدى نص المادة ٨٧٩ مدنى أن على كاتب المحكمة من تلقاء نفسه أن يقيد يوماً فيوماً الأوامر الصادرة بتعيين المصفين وتثبيتهم. ويكون القيد فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثين وترتب ترتيباً أبجدياً. وإذا عزلت المحكمة المصفي وجب التأشير بذلك على هامش السجل الذى تم فيه القيد. ومتى قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي، إمتنع على الورثة التصرف فى مال من أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات من جهة، ولا يجوز لأى من دائنى التركة أن يتخذ إجراء فردياً للمطالبة بحقه من جهة أخرى، بل وجب أن تسوى ديون التركة تسوية جماعية، وشأن التركة التى تسوى تسوية جماعية شأن أموال المفلس التى تغل يده عن التصرف فيها. ولا ضير على أحد من هذه الآثار التى تترتب على قيد الأمر الذى يصدر بتعيين مصف للتركة. فالأصل هو علم الورثة بذلك، ومن ثم فلن يفاجأوا به، ويستطيع أيضاً المتعاملون مع الورثة بعد بحثهم فى السجل الموجود بقلم كاتب المحكمة أن يعرفوا ما إذا كان قد صدر أمر بتعيين مصف للتركة التى يتعاملون مع الورثة فى مال من أموالها أم لم يصدر مثل هذا الأمر.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥١، ٥٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص المادة ٨٧/١ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص فى المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به - كما ورد فى مذكرته الإيضاحية - الإخلال بالأحكام الواردة فى القانون المدني التى تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث فى حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالإلتزامات الشخصية التى يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدني أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذى يقضى بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما الإلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائنى التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص فى المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث فى هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام

أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث - والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في مركز الدائن - إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظراً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية.

(الطعن رقم ٩٣٩ - لسنة ٤٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١)

* * *

مادة (٨٨٠)

- ١- يتسلم المصفي أموال التركة بمجرد تعيينه، ويتولى تصفيتها برقابة المحكمة. وله أن يطلب منها أجراً عادلاً على قيامه بمهمته.
- ٢- ونفقات التصفية تتحملها التركة، ويكون لهذه النفقات حق إمتياز في مرتبة إمتياز المصروفات القضائية.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٨٤ لبيى و ٨٤١ سورى

الأعمال التحضيرية:

- ١- أول إجراء يجب إتخاذهُ لتصفية التركة هو تعيين مصف لها. وقد يكون المورث عين وصياً لتركته وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فيقر القاضي هذا التعيين ويسرى على الوصى ما يسرى على المصفي فيما لا يتعارض مع إرادة المورث المشروعة. فإن لم يكن المورث قد عين وصياً للتركة، جاز لكل ذى شأن، من وارث أو موصى له أو دائن أن يطلب من القاضي الجزئى الذى يقع فى دائرته آخر موطن للمورث تعيين مصف، وللقاضى أن يعين المصفي إذا رأى موجباً لذلك. فإذا رأى وجوب تعيين المصفي، وأجمعت الورثة على شخص يعين مصفياً، عينه القاضى، أما إذا لم تجمع الورثة على احد تولى القاضى إختيار المصفي بعد أن يسمع أقوال الورثة ويختاره من بينهم بقدر المستطاع.
- ٢- والمصفي وكيل عن الورثة، فله أن يرفض تولى المهمة، وله أن يتخلى عنها بعد قبولها، شأنه فى ذلك شأن كل وكيل، وكما أن القاضى هو الذى يعين المصفي فهو الذى يملك عزله أيضاً بناء على طلب أحد من ذوى الشأن أو دون طلب، سواء فى ذلك أن يكون المصفي قد عين بإجماع الورثة أو كان مختاراً من القاضى. وإذا عزل المصفي فللقاضى أن يستبدل به غيره بإجماع الورثة أو بإختياره هو حسب الأحوال. وللمصفي أن يطلب من القاضى تحديد أجر عادل يأخذه من مال التركة.
- ٣- ومتى عين المصفي على الوجه المتقدم، قيد كاتب المحكمة من تلقاء نفسه أمر تعيينه فى اليوم الذى صدر فيه هذا الأمر. ويكون التقيد فى سجل عام يرتب على حسب أسماء المورثين. ويقيد فى هامش السجل ما يصدر فى شأن المصفي من عزل أو تنازل. ولتقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أهمية كبيرة، فهو الذى يكفل إعلان أن التركة قد خضعت لإجراءات التصفية، وهو الذى يحدد الوقت الذى تصبح فيه التصفية جماعية فيمتنع إتخاذ أى إجراء فردى.
- ٤- ومهمة المصفي هى أن يتسلم أموال التركة ويتولى تصفيتها برقابة القاضى الجزئى. ونفقات التصفية تتحملها التركة، ولهذه النفقات إمتياز المصروفات القائمة فهى ممتازة فى المرتبة الأولى.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٨٨٠ مدنى أن المصطفى يبدأ بتسليم أموال التركة بمجرد تعيينه - ليقوم بتصفيتها وسداد الديون برقابة المحكمة الابتدائية التى عينته، وهى المحكمة التى يوجد فى دائرتها آخر موطن للمورث أى المحكمة المختصة بنظر مسائل التصفية ويتسلم المصطفى أموال التركة ممن هى تحت يدهم من ورثة الميت وأقاربه وذويه وودعائه وغيرهم ممن يحوزون هذه الأموال كالمصارف والشركات، كما يتسلم أوراق الميت ومستنداته ليستعين بها على معرفة حقوقه وديونه. ويجوز للمصطفى - ولو كان وارثاً - أن يطلب من المحكمة أن تحدد له أجراً عادلاً لتعويضه عما يتكلفه من جهد ووقت فى أعمال التصفية، وهذا الأجر يدخل ضمن نفقات التصفية ويكون حقاً ممتازاً مثلها. أما نفقات التصفية الأخرى فتشمل المصروفات القضائية التى أنفقت فى تعيين المصطفى وقيد الأمر الصادر بتعيينه ومصروفات شهر حق الإرث، وما ينفق من مصروفات فى إتخاذ الإحتياطات المستعجلة من وضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة، وفى القيام بالوسائل التحفظية وما يلزم من أعمال الإدارة ومصروفات دعوة دائنى التركة ومدينها إلى التقدم بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون والإعلانات الخاصة بذلك، ومصروفات الجرد وتقدير أموال التركة بخبير أو بمن يكون له فى ذلك دراية خاصة، ومصروفات التقاضى الخاصة بالمنازعات فى صحة الجرد، ومصروفات وفاء ديون التركة وبيع منقولاتها وعقاراتها فى المزاد العلنى عند الإقتضاء، ومصروفات استيفاء حقوق التركة، ومصروفات تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومصروفات تسليم أموال التركة بعد سداد الديون إلى الورثة، وغير ذلك من المصروفات. ونفقات التصفية هذه جميعاً تتحملها التركة، وتكون حقاً ممتازاً وله مرتبة إمتياز المصروفات القضائية، أى المرتبة الأولى بين حقوق الإمتياز العامة. وهذا أمر ظاهر، فإن نفقات التصفية بعضها أقرب إلى أن يكون مصروفات قضائية، وبعضها هو مصروفات قضائية بالفعل. أما مصروفات قسمة أموال التركة، بعد سداد ديونها، بين الورثة، إذا طلب أحدهم ذلك، فهذه لا تدخل فى نفقات التصفية، لأن التصفية تتم بتسوية ديون التركة وصيرورة التركة خالية من الديون، فتصبح أموال التركة عندئذ ملكاً شائعاً بين الورثة، وتسرى على مصروفات قسمتها بينهم الأحكام التى تسرى على مصروفات القسمة بوجه عام.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥)

٢- على المصطفى أن يتسلم أموال التركة فور تعيينه، ويتولى تصفيتها تحت رقابة المحكمة. وله أن يطلب من المحكمة أجراً عادلاً على قيامه بمهمته (م ١/٨٨٠ مدنى)، فالمصطفى هو الذى يقوم بتسوية ديون التركة. فيجب عليه تبعاً لذلك أن يتسلم أموال التركة كلها فور تعيينه، وهو الذى يقوم بتسوية ديونها. ويتسلم المصطفى أموال التركة فور تعيينه، سواء قيد الأمر الصادر بتعيينه أو لم يكن قد قيد بعد. وللمصطفى - ولو كان وصياً - أن يطالب بأجر عادل فى مقابل قيامه بهذا العمل. وتتحمل التركة بنفقات

التصفية. ويكون لهذه النفقات حق إمتياز فى مرتبة إمتياز المصروفات القضائية (م ٢/٨٨٠ مدنى). أى أن مرتبة هذا الإمتياز تأتى فى الدرجة الأولى. وتكون مقدمة على سائر الديون الأخرى التالية فى المرتبة. وهذا حكم منطقى إذ أن نفقات التصفية إما أن تكون فى حقيقة الأمر مصروفات قضائية. ومن ذلك المصروفات القضائية التى ينفقها المصطفى فى استيفاء ما للتركة، وإما أن تكون قريبة من المصروفات القضائية.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/٢٦ - الطعن ٦٤٩ لسنة ٤٢ ق لم ينشر بعد)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أجر مصفى التركة، جواز طلبه من المحكمة الابتدائية التى عينته (م ٨٨٠ مدنى). لا يمنع ذلك من إختصاص قاضى الأمور الوقتية بإصدار أمر على عريضة بتقدير أجره (م ٩٥٠، ٥ مرافعات).

* * *

مادة (٨٨١)

على المحكمة أن تتخذ عند الإقتضاء جميع ما يجب من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، وذلك بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو بناء على طلب النيابة العامة أو دون طلب ما. ولها بوجه خاص أن تأمر بوضع الأحكام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة.

النصوص العربية القابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٨٥ لبيي، و ٨٤٢ سوري.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٨٢ مدني.

رأى الفقه:

- يخلص من نص المادة ٨٨١ مدني أن هناك إجراء احتياطياً مستعجلاً يجب على المحكمة أن تبادر إلى الأمر به، وذلك عند نظرها في تعيين المصفي، وقبل تعيينه إذا اقتضى الأمر. وذلك أن الغالب في التركات التي تصفى تصفية جماعية أن تشمل على أشياء ثمينة، كأثاث فاخر وجواهر ونقود وأوراق مالية من أسهم وسندات، ونحو ذلك من الأشياء ذات القيمة. فهذه تقتضى الحيلة التحفظ عليها حتى لا يتخطفها من يكون على مقربة منها ويستطيع الإستيلاء عليها خفية إضراراً بالورثة والدائنين. ومن أجل ذلك تصدر المحكمة - بناء على طلب أحد من ذوى الشأن كوارث أو دائن أو موصي له أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسه المحكمة - أمراً بوضع الأختام على الغرف والقاعات التي تحتوى على الأثاث الفاخر، وعلى الخزائن والدواليب التي تحتوى على الحلى والجواهر والنقود والأوراق المالية والملابس وما إلى ذلك وتأمر المحكمة أيضاً بإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء الأخرى ذات القيمة كالحلى والجواهر فى أحد المصارف وذلك للمحافظة عليها لحساب التركة إلى أن تتم تصفيتها.

وتكون هذه الأشياء كلها تحت تصرف المصفي عند تعيينه بجردها ويقدر قيمتها ويدرجها فى القائمة، شأنها فى ذلك شأن سائر أموال التركة.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٥ و ١٤٦ و ١٤٧)

ومن أحكام القضاء الحديثة:

١- إن ما يجب إتخاذه من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة إنما يصدر به الأمر من المحكمة المقدم لها طلب التصفية، وليس من قاضى الأمور الوقتية، وليس أقطع فى الدلالة من أن المشرع قد جعل سلطة إتخاذ الإحتياطات

المستعجلة منوطة بالمحكمة لا بقاضى الأمور الوقتية من أنه ناط بالمحكمة إتخاذ تلك الإجراءات، ليس فقط بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة، بل إنه أيضاً خول لها إتخاذ تلك الإحتياطيات من تلقاء نفسها دون طلب ما، وهو أمر لا يتصور حصوله من قاضى الأمور الوقتية.

(نقض - جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٠ - مدنى ص ٨٠٥)

* * *

مادة (٨٨٢)

١- على المصفي أن يقوم في الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضي الأمور الوقفية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كانوا المورث يعولهم من ورثته حتى تنتهي التصفية، على أن تخصم النفقة التي يستولي عليها كل وارث من نصيبه في الإرث.

٢- كل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضي الأمور الوقفية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٨٦ لبيي و ٨٤٣ سوري

الأعمال التحضيرية:

١- هناك إجراءان وقتيان قبل التصفية، أحدهما يتخذه القاضي، والآخر يتخذه المصفي.

٢- فالقاضي يتخذ جميع ما يجب من الإحتياطات المستعجلة للمحافظة على التركة، بناء على طلب أحد من ذوى الشأن، أو بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء نفسها، كأن يأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة في جهة أمينة.

٣- ويصرف المصفي من مال التركة على تجهيز الميت، إن أدركه قبل الدفن، ويصرف أيضاً إلى من كان الميت يعولهم من الورثة نفقة مؤقتة بالقدر المقبول، حتى تنتهي التصفية، بعد أن يستصدر أمراً بذلك من قاضي الأمور المستعجلة. وتخصم هذه النفقة من نصيب الوارث. ويشترك فيمن تصرف له هذه النفقة المؤقتة أن يكون وارثاً، وأن يكون ممن يعوله المورث حال حياته. وكل منازعة في هذا الشأن يفصل فيها قاضي الأمور المستعجلة لأهميتها وإستعجالها، حتى لا يترك من كان يعوله المورث من الورثة دون نفقة، وقد يكون في أشد الحاجة إليها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٢٢)

رأى الفقه:

١- يجب على المصفي أن يسدد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه بما يناسب حالته لمن قام بهذه النفقات من ذوى الميت.

ويأتى بعد تسديد نفقات تجهيز الميت ونفقات مأتمه النفقة على من كان الميت يعوله من ورثته، ويدخل في ذلك أصحاب الوصية الواجبة إذ يعتبرون من الورثة. وهذا أمر على جانب كبير من الإستعجال، إذ كثيراً ما يكون الميت يعول زوجته وأولاده وبعض أقاربه كامه وأبيه وأخوته، وهؤلاء تتقطع عنهم موارد الرزق بموت عائلهم، إذا

صفت تركته تصفية جماعية فرفعت يد الورثة عن أموال التركة حتى تتم التصفية، فيكونون في أشد الحاجة إلى إسعاف عاجل إذا لم يكن لهم مورد من العيش بعد موت العائل. لذلك أوجب القانون على المصفي أن يبادر إلى إستصدار أمر من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية المختصة بنظر التصفية، يقدر فيه القاضى مبلغاً معقولاً يكفى للنفقة عليهم مؤقتاً، ويأخذونه من أموال التركة حتى تتم تصفيتها ويتمكنوا من تسلم ما يخصهم منها. ويشترط فيمن تصرف له هذه النفقة المؤقتة أن يكون وارثاً، وأن يكون ممن يعولهم المورث حال حياته، فلا تصرف لمن كان الميت يعولهم من غير ورثته، إذ ليس لهؤلاء نصيب فى تركته، ولا لوارث لا يكون الميت يعوله حال حياته.

وينظر قاضى الأمور الوقتية منازعة الورثة أو الدائنين أو الموصى لهم فى أحقية من قدرت لهم النفقة أو فى مناسبتها لأنصبتهم فى الإرث، وبت فيها نهائياً. ومتى قدرت النفقة على هذا النحو فإنها تخصم مما يستولى عليه كل وارث قدرت له النفقة من نصيبه فى الإرث.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٧ وما بعدها)

٢- الواجب الذى يفرضه القانون فى المادة ٨٨٢ مدنى على عاتق المصفي تستوجيه اعتبارات إنسانية. فيجب أولاً على المصفي أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات تجهيز الميت. وعليه أيضاً أن يستصدر من المحكمة أمراً بصرف نفقة كافية لكل من كان يعولهم المورث من ورثته. وهذا الأمر على جانب كبير من الإستعجال، إذ لا يعقل أن يظل ورثة المتوفى بغير نفقة إلى أن يتم تسوية ديون التركة وتصفيتها، ولا ضرر فى ذلك إذ أن القانون يوجب خصم ما يحصل عليه كل وارث من نفقة من نصيبه فى الميراث.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٣ و ٥٤)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لقاضى الأمور المستعجلة تقدير النفقة المؤقتة للوارث الذى كان يعوله المورث حتى تصفى ديون التركة وذلك سواء أكان الحجز الموقع من أحد دائنى التركة على أموالها الموجودة تحت يد الغير تحفظياً أو تنفيذياً، متى كان الدين المحجوز من أجله متنازعا فيه ولم يفصل نهائياً فى هذا النزاع، وكان الثابت أن ليس للوارث مورد آخر يعين منه سوى المال المحجوز.

(نقض - جلسة ١٩٥١/٢٠ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ٢ - مدنى - ص ٨٩٨)

٢- إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي وجوب صدوره من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة. عدم اعتبار بنك ناصر الإجتماعي وارثاً بهذا المعنى.

المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن إنكار الوراثة الذى يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي يجب أن يصدر من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة

وبنك ناصر الإجتماعي لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التي لا يعرف لها مالك.

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ س ٤١ ص ٦١٥)

٣- الحكم الصادر ضد المورث. حجة على الوارث. شرطها أن يكون الحق الذي يدعيه قد تلقاه من المورث.

للحكم الصادر ضد المورث حجية الأمر المقضى قبل الوارث إذا إستند في الحق الذي يدعيه إلى تلقيه عن هذا المورث.

(الطعن ١٢٢٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٥٨٤)

٤- أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة من النظام العام. التحايل على مخالفتها وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلية. باطل بطلاناً مطلقاً. أثره. الأصل عدم جواز التصرف الناشئ عن هذا التحايل. الإستثناء. صحة الوصية للوارث وغير الوارث في حدود ثلث التركة من غير إجازة الورثة رغم أن الوصية تعامل من المورث في تركته المستقبلية. م ١، ٣٧ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦.

وإن كانت أحكام الإرث وتعيين نصيب كل وارث في التركة من النظام العام وكل تحايل على مخالفة هذه الأحكام وما يتفرع عنها من التعامل في التركات المستقبلية باطل بطلاناً مطلقاً بما يتنافى مع إمكان إجازة التصرف الذي ينشأ عنه هذا التحايل إلا أنه إذا كان التصرف وصية فإن المادة الأولى من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقد إعتبرتها تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد الموت فإنها تعد بذلك تعاملًا من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة. وقد أجبرت إستثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية من المبدأ القاضى ببطلان التعامل في التركة المستقبلية - وهي تصح طبقاً للقانون المشار إليه للوارث وغير الوارث وتتفد من غير إجازة الورثة إذا كانت في حدود الثلث وذلك عملاً بالمادة ٣٧ من قانون الوصية المشار إليه.

(الطعن ٦٢٤، ٦٢٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٥- أحكام المواريث. تعلقها بالنظام العام. أثره. لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع.

إذ كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً وقد إستمد منها قانون المواريث أحكامه، فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والإجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يتمتع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما إختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأه أو في صورة دفع.

(الطعن رقم ٣٦ لسنة ٦١ ق، ١٥٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٥/١٢/٢٥ س ٤١ ص ١٠٣٧)

٦- التركة. إنفصالها شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم. بمجرد الوفاء بديون والتزامات المتوفى. مؤداه. إستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم. إن كانت التركة منفصلة شرعاً من أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة إلا أنها أي التركة تتشغل

بمجرد والوفاء بديون والتزامات المتوفى بما يخول الدائنين إستيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم.

(الطعن ٥٥٧ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٦/٧/٤ س ٤٧ ص ١٠٨١)

٧- حلول الورثة محل مورثتهم في مطالبة الطاعن بالتعويض. خلو الأوراق من تعديل كل منهم لطلبة في الدعوى إلى طلب التعويض لنفسه مقوماً بحسب الفريضة الشرعية. إعتباره بهذه المثابة طلباً وارد على ما إستحق لمورثتهم من تعويض مقوم جملة واحدة إنتقل إليهم بالميراث بعد وفاتها. الفصل فيها لا يحتمل إلا حلاً واحداً. خلو صحيفة الطعن بالنقض من إختصام أحد الورثة المحكوم لهم. أثره. بطلان الطعن. حلول المطعون ضدهم ومن تدعى..... الغير مختصة في الطعن - محل مورثتهم في مطالبة الطاعن بالتعويض عما أصابها من أضرار مادية وأدبية لحقتها من جراء تعديه عليها بالضرب - وخلت الأوراق من تعديل كل منهم لطلابه في الدعوى إلى طلب التعويض لنفسه مقوماً بحسب الفريضة الشرعية - ومن ثم فإن موضوع دعواهم بهذه المثابة يكون وارداً على ما إستحق لمورثتهم من تعويض مقوم جملة واحدة إنتقل إليهم بالميراث بعد وفاتها ويعد بالتالي عنصراً من عناصر تركتها ومن ثم فإن الفصل في موضوعها لا يحتمل إلا حلاً واحداً بعينه مما لازمه أن يكون الحكم واحداً بالنسبة لهم ومن ثم يكون الموضوع غير قابل للتجزئة، وإذ خلت صحيفة الطعن من إختصام من تدعى..... أحد المحكوم لهم في الحكم المطعون فيه فإن الطعن يكون باطلاً ومن ثم غير مقبول.

(الطعن ٣٢٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤ س ٤٧ ص ١٥٣٤)

٨- انفصال التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة شخصية الوارث. إستقلالها عن شخصية المورث. مؤداه. للدائنين عليها حق عيني فيتقاضون ديونهم منها قبل أن يؤول شئ منها للورثة. ديون المورث. تعلقها بتركته. عدم إنتقالها إلى ذمة الوارث إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة. المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن التركة منفصلة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وأن شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث ومن ثم فإن ديون المورث تتعلق بتركته بمجرد الوفاة، ويكون للدائنين عليها حق عيني فيتقاضون منها ديونهم قبل أن يؤول شئ منها للورثة ولا تتشغل بها ذمة ورثته فلا تنتقل إلزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كون وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة.

(الطعن ٨٧٠٤ لسنة ٦٣ق - جلسة ١٩٩٧/١٠/٢٦ س ٤٨ ص ١١٤٧)

* * *

جرد التركة

مادة (٨٨٣)

- ١- لا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي أن يتخذ الدائنون أى إجراء على التركة، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه إلا فى مواجهة المصفي.
 - ٢- وكل توزيع فتح ضد المورث ولم تقفل قائمته النهائية، يجب وقفه حتى تتم تسوية جميع ديون التركة متى طلب ذلك أحد ذوى الشأن.
- النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٨٧ لىبى و ٨٤٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لا حقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٤٤ مدنى.

رأى الفقه:

١- كل إجراء فردى يتخذه أحد دائنى التركة على أموالها بعد قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي يكون باطلاً، إذ يجب بعد قيد هذا الأمر، أن تكون إجراءات الدائنين جماعية وفى مواجهة المصفي. والمصفي هو الذى يفحص الديون التى لهم، ويحصرها، ويقوم بسدادها. فإذا كان التركة موسرة تقاضى كل دائن حقه كاملاً، وإذا كانت معسرة تقاضى كل دائن من أموال التركة بنسبة الحق الذى له، وبذلك تتحقق المساواة الفعلية ما بين الدائنين، وهذه هى فائدة التصفية الجماعية للتركة بالنسبة إلى الدائنين. وغنى عن البيان أنه إذا كان لدائن منهم حق التقدم قانوناً كأن كان دائناً مرتبهاً أو له حق إمتياز، استوفى حقه من المال محل الضمان متقدماً على سائر الدائنين. ويلاحظ فى هذا الصدد أنه لا يجوز لأى من دائنى التركة، بعد موت المدين، أن يأخذ حق إختصاص على عقار فى التركة، ذلك أنه بموت المدين يتحدد مركز دائنيه بعضهم بالنسبة إلى بعض حتى تتحقق المساواة فيما بينهم. فلا يتفاضلون بعضهم على بعض إلا بسبب كان موجوداً قبل موت المدين، كرهن أو إمتياز أو إختصاص أخذ فى حياة المدين. وإذا اتخذ أحد دائنى التركة إجراءً فردياً على مال المدين قبل موته، بأن حجز مثلاً على ماله، فيموت المدين وقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي يجب وقف هذا الإجراء الفردى، ولا يجوز للدائن أن يستمر فيه إلا فى مواجهة المصفي، وبذلك ينقلب إلى إجراء جماعى، ويتحاص الدائن مع سائر دائنى التركة أموال المدين إلا إذا كان له حق التقدم بسبب موجود قبل موت المدين. ولكن إذا كان الدائن قد وصل فى الإجراء الفردى الذى اتخذته على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية، فعند ذلك يكون

الدائن قد وصل في الإجراء الفردي الذي اتخذته على مال المدين حال حياته إلى حد بيع هذا المال وفتح باب التوزيع فيه وإقفال قائمة التوزيع النهائية، فعند ذلك يكون الدائن قد وصل في الإجراء الفردي إلى نهايته، ولم يعد هناك بد من تنفيذ قائمة التوزيع النهائية كما هي وحصول كل دائن على ما خصص له في هذه القائمة. أما إذا كانت قائمة التوزيع النهائية لم تقفل قبل قيد الأمر بتعيين المصفي، فإنه يجب وقفها على بناء على طلب المصفي أو بناء على طلب أى من ذوى الشأن كوارث أو دائن، وذلك حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً فتضم التوزيعات بعضها إلى بعض، وتسوى الديون جملة واحدة.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٣٩ و ١٤٠)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة في صحة الجرد في ميعاد ثلاثين يوماً، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهنا بقيام المصفي بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية، ونص المادة ٨٩٧ من القانون المدني من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا في قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجالاً لاستثناء من لم يخطر منهم بإيداع تلك القائمة، هذا إلى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية وتقويت ما هدفه المشرع منها من تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذي يتعامل مع الورثة في أموال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه.

(الطعن رقم ٧ - لسنة ٣٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٢ / ١٩٦٩)

* * *

مادة (٨٨٤)

لا يجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها في المادة ٩٠١ أن يتصرف في مال التركة، كما لا يجوز له أن يستوفي ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٨٨ لبيى و ٨٤٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- من وقت تقييد الأمر بتعيين المصفي تبدأ الصفة الجماعية للتصفية كما تقدم. وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة لدائنى التركة وبالنسبة للورثة.

٢- أما دائنو التركة فلا يستطيعون إتخاذ أية إجراءات ضد أحد الورثة أو ضد الورثة جميعاً. بل يجب أن توجه الإجراءات إلى المصفي باعتباره وكيلًا عن الورثة. وكل توزيع فتح ضد المورث حال حياته، ولم تقفل قائمته النهائية، يوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن، حتى يتم حصر ديون التركة جميعاً وتضم التوزيعات بعضها إلى بعض وتسوى الديون جملة واحدة. ومن أهم ما يترتب على وقف الإجراءات الفردية من الآثار، حرمان الدائنين من أخذ حقوق إختصاص على العقارات الموجودة فى التركة حتى لا يتميز أحدهم على الآخرين دون مبرر، ويلاحظ فى هذا الصدد أن حق الإختصاص، بعد أن حرم فى حالتى الإعسار (م ١٥٢٥ من المشروع) والموت (م ١٣١٥ من المشروع) فأصبح لا يجوز أخذه إلا فى حياة المدين الموسر، لم يعد يترتب عليه ضرر، وبقيت فائدته الرئيسية من أن الدائن يطمئن إلى ضمان حقه فى المستقبل إذ المدين حى ويجوز أن يتصرف فى ماله. أما بعد الموت فلا محل لأخذ حق الإختصاص، إذ لا يخلو الأمر من أن تكون التركة معسرة فلا معنى لتقديم المدين على آخر، أو موسرة فلا فائدة من أخذ الإختصاص بعد أن إمتنع تصرف المدين فى ماله بعد موته.

٣- أما الورثة فلا يجوز لأحد منهم أن يتصرف فى مال التركة قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث، أى بعد تصفية الديون. وهذه المسألة الأساسية فى إجراءات التصفية هى التى تحقق المبدأ للقاضى بالآ تركة إلا بعد سداد الدين تحقيقاً عملياً. وكما يمنع الوارث من التصرف، يمنع كذلك من استيفاء ما للتركة من ديون بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر، كأن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة، لأن المصفي هو وحده الذى تصبح له صفة القبض فى حقوق التركة حتى يتمكن من تسوية ديونها، ولأن قبض الوارث لحق فى التركة يشبه أن يكون تصرفاً فى هذا الحق.

رأى الفقه:

١- من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي تبدأ الصفة الجماعية للتصفية، وهذه الصفة لها أثرها بالنسبة إلى الورثة، وبالنسبة إلى دائني التركة. فبالنسبة إلى الورثة تغل أيديهم عن التصرف في أموال التركة بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات، وعن قبض الديون التي للتركة، وعن إجراء المقاصة في دين عليه بدين للتركة على دائنه، وذلك لأن التصفية الجماعية تكون قد بدأت بقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي. وشأن التركة التي تصفى تصفية جماعية هو شأن أموال المفلس التي تصفى تصفية جماعية، وشأن المصفي هو شأن سندبك التفليس. وكما تغل يد المفلس عن التصرف في أمواله كذلك تغل يد الورثة عن التصرف في أموال التركة، وكما يكون للسندبك وحده حق التصرف في أموال المفلس كذلك يكون للمصفي وحده حق التصرف في أموال التركة. ولا ضير في ذلك على الورثة فقد علموا بتعيين المصفي، وقد يكونون هم الذين اختاروه، ولا على من قد يعامل مع الورثة فهؤلاء يستطيعون قبل التعامل أن يبحثوا في سجلات المحكمة الابتدائية فيعثروا على الأمر الصادر بتعيين المصفي مقيداً فيعلموا أن الورثة لا يحق لهم التعامل في أموال التركة، ولا على المدينين للتركة، فهؤلاء قبل أن يوفوا ديونهم للورثة بطريق مباشر، أو يوفوها بطريق غير مباشر بأن يجعلوها قصاص في حق لهم على الورثة، يستطيعون هم أيضاً أن يعثروا في سجلات المحكمة الابتدائية على الأمر الصادر بتعيين المصفي، فيعلموا أن الوفاء بالديون يجب أن يكون للمصفي دون الورثة. ويحسن بمصفي التركة أن يبادر منذ تعيينه إلى تسجيل شهادة الإرث في مكاتب الشهر التي تقع في دوائرها عقارات التركة، وبذلك يستحث دائني التركة أن يؤشروا بحقوقهم على هامش هذا التسجيل، فيتمكن من معرفة الديون العادية التي على التركة مما يساعده على تسوية هذه الديون وبذلك أيضاً يكون أمام من يتعامل مع الورثة طريقان لمعرفة الخطر الذي يتهددهم إذا أقدموا على هذا التعامل: طريق قيد الأمر بتعيين المصفي في سجلات المحكمة عن وطريق تأشير دائني التركة بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث في مكاتب الشهر العقاري.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق ص ١٣٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نصوص المواد ٨٨٤، ٨٩٩، ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة، مادامت التصفية قائمة.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٢/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - مدنى - ص ٢٩٦)

مادة (٨٨٥)

١- على المصفي في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أيضاً أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفى مالها من ديون قد حلت.

٢- ويكون المصفي، ولو لم يكن مأجوراً، مسئولاً مسئولية الوكيل المأجور. وللقاضي أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٨٩ لبيى و ٨٤٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

تقتضى التصفية من جانب المصفي أن يقوم بإدارة التركة مؤقتاً حتى تتم تصفيتها فيتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية، كقيد رهن أو تجديد قيد أو إيقاع حجز تحفظي أو قطع تقادم. ويقوم بما يلزم من أعمال الإدارة كقبض الغلة وجنى المحصول وبيعه والإيجار لمدد قصيرة وتجديد الإيجار، وهو الذى يستوفى ما للتركة من ديون كما تقدم، وينوب عن التركة في الدعاوى التى ترفع منها أو عليها. وهو فى هذا مسئول مسئولية الوكيل المأجور، أى ملتزم ببذل عناية الرجل العادى حتى لو لم يكن مأجوراً بالفعل، بأن كان لم يطلب من القاضى تقدير أجر له، ويعمل برقابة القاضى، ولهذا أن يطالبه بتقديم حساب عن إدارته فى مواعيد دورية يحددها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٢٠)

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٨٥ مدنى لما يلى الإجراءات الأولية من أعمال إدارة التركة، ذلك أن المصفي، فى أثناء تصفيته للتركة بل وقبل أن يبدأ التصفية، يجد تحت يده أموال التركة، وهذه فى حاجة إلى الإدارة إلى أن تتم التصفية وتسلم الأحوال للورثة فيتعين عليه أن يقوم بهذه الإدارة.

وأول ما يعرض له من ذلك هو ما يجب إتخاذه من الوسائل التحفظية، فإذا كان للتركة دين فى ذمة للغير مثلاً وكان مضموناً برهن رسمى ولم يكن الرهن قد قيد، وجب على المصفي أن يقيد الرهن. وإذا كان الرهن قد قيد وحان ميعاد تجديده وجب عليه أن يجدد القيد. وإذا كان للتركة مال تحت يد الغير وقد وضع الغير يده على المالك كمالك وقد سرت مدة التقادم المكسب، وجب على المصفي أن يقطع التقادم أولاً، ثم يطالب بإستحقاق المال. وإذا كان للتركة دين فى ذمة الغير وليس للمدين مال ظاهر ولكن له دين فى ذمة شخص ثالث، كان على المصفي أن يوقع حجراً ما للمدين الغير تحت يد مدين للمدين. وإذا كان للتركة أجرة متأخرة فى ذمة مستأجر كان

على المصفي أن يوقع تحفظياً على المنقولات الموجودة في العين المؤجرة. وهذا يكون على المصفي أن يقوم بجميع الإجراءات التحفظية الواجب إتخاذها، للمحافظة على أموال التركة من الضياع.

ثم تأتي بعد ذلك أعمال الإدارة المألوفة، كان يقبض غلة أموال التركة وأن يجنى محصول الأرض وأن يبيع المحصول وأن يؤجر أعيان التركة لمدد قصيرة وأن يجدد الإيجار إذا اقتضى الأمر ذلك، فهذه كلها تدخل في أعمال الإدارة المألوفة، ويجب على المصفي أن يقوم بها قبل تصفيته للتركة وفي أثناء تصفيته لها. ومن أعمال الإدارة المألوفة أن يقوم المصفي بقبض الديون المستحقة للتركة والتي تكون قد حلت، وأن ينوب عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها.

ولما كان المصفي في حكم الوكيل عن التركة (أو عن الورثة المالكين للتركة)، فإن مسؤوليته في الإجراءات التحفظية وأعمال الإدارة هي مسؤولية الوكيل. فللمحكمة الابتدائية المختصة أن تطالبه بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية تحددها له، وعليه أن يوافق المحكمة بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ مهمته (م ٧٠٥ مدني^(١)). وليس له أن يستعمل مال التركة لصالح نفسه، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، وعليه أيضاً فوائد ما يتبقى في ذمته من أموال التركة عن وقت أن يعذر (م ٧٠٦ مدني^(٢))، ومسؤولية الوكيل منصوص عليها في المادة ٧٠٤ مدني^(٣). وعلى ذلك يكون المصفي، سواء كان مأجوراً أو غير مأجور بأن كان لم يطلب من المحكمة تقدير أجر له، ملتزماً في القيام بتصفية التركة وفي إنجاز مهمته، ببذل عناية الرجل المعتاد، ولو زادت هذه العناية على العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة^(٤).

٢- شأن المصفي في إدارة أموال التركة شأن الوكيل عموماً، وعليه أن يبذل في إدارة التركة من العناية ما يبذله الرجل العادي، وذلك سواء أكان قيامه بالتصفية بأجر أو بدون أجر، وذلك خلافاً للقواعد العامة في الوكالة. وعليه في أثناء التصفية أن يتخذ ما تتطلبه أموال التركة من الوسائل التحفظية وأن يقوم بما يلزم من أعمال الإدارة، وعليه أن ينوب عن التركة في الدعاوى وأن يستوفي مالها من ديون حلت. فإذا كان من الواجب على المصفي أن يتسلم أموال التركة كلها فور تعيينه، فعليه يقع عبء إدارتها، وعليه أن يتخذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على أموال التركة، فإذا كان للتركة دين في ذمة الغير، وكان هذا الدين مضموناً برهن رسمي، وجب على المصفي أن يقيد هذا الرهن حتى يأخذ مرتبته ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير. وللمحكمة أن تطالب المصفي بتقديم حساب عن إدارته في مواعيد دورية.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٤)

(١) و (٢) و (٣) يراجع التعليق على تلك المواد بالجزء الثالث من التعليق على القانون المدني المعدل.

(٤) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٥٠ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى تعدد أوصياء التركة البائعين للأطيان المشفوع فيها ولم يرخص بانفرادهم في العمل فإن اختصاصهم في دعوى الشفعة هو مما يلزم معه تبادل الرأي فيما بينهم، وكان عليهم أن يعملوا مجتمعين، وذلك وفقاً للمادتين ٨٨٥/٢ و ٧٠٧ من القانون المدني.

(جلسة ١٩٥٦/٢/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - مدني - ص ٢٩٦)

٢- إذا عين المورث اثنين من ورثته منفذين لوصيته فإنه يجوز لأحدهما أن يمثل الآخر في إتخاذ إجراء في الميعاد المعين له بما يدفع ضرراً عن التركة وهو ما لا يحتاج الأمر فيه إلى تبادل الرأي. وإذن فمتى كان أحد منفذي الوصية قد طعن بطريق النقض في الحكم الصادر ضد مصلحة التركة، فإن الدفع بعدم قبول هذا الطعن لانفراد أحد المنفذين بالتقرير دون الآخر يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٥٥/١٢/٢٢ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - جزء ٢ - ص ١٠٠٦)

٣- ترتفع يد الدائنين والورثة عن التركة إذا ما تقررت التصفية ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر بتعيين المصفي إتخاذ أى إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية وينوب المصفي عن التركة في الدعاوى التي ترفع منها أو عليها عملاً بالمادة ٨٨٥ مدني إلا أن هذا لا يفقد الورثة أهليتهم ولا يحول تعيين المصفي من بقائهم معه خصوصاً في الدعوى لمعاونته في الدفاع عن حقوق التركة، ذلك أن المصفي ما هو إلا نائب عن الورثة نيابة قانونية حول الشارع بمقتضاها تمثيلهم أمام القضاء وفحص وحصر وسداد ديون التركة التي يتولى إدارتها نيابة عنهم.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٢/١٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٩ - مدني - ص ٤٥٦)

* * *

مادة (٨٨٦)

١- على المصفي أن يوجه تكليفاً علنياً لدائني التركة ومدينيتها يدعوهم فيه لأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون وذلك خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة.

٢- ويجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة في المدينة أو القرية التي توجد بها أعيان التركة. أو على الباب الرئيسي لمركز البوليس في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان. وفي لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث، وفي صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٩٠ ليبى و ٨٤٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- قد لا يعلم دائنو التركة ومدينوها بموت صاحبها ويكونون من الدائنين أو المدينين العاديين فلا تكشف عنهم السجلات العامة، كما أنه ليس من الضروري أن تكشف عنهم أوراق المورث ومستنداته، ومن أجل هذا وجب أن يوجه إليهم تكليف علنى، بأن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق على التركة وما عليهم من ديون للتركة فى ميعاد معين.

فقضى القانون بأن على المصفي أن يوجه تكليفاً علنياً لدائني التركة ومدينيتها يدعوهم فيه أن يقدموا بياناً عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من آخر مرة ينشر فيها التكليف. ولما كان التكليف ينشر أكثر من مرة، فيجب أن يحدد المصفي ميعاداً لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة أشهر فى المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة شهور من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة.

وحتى تتوافر للتكليف العلانية الواجبة قضى القانون بأن ينشر بطرق ثلاثة:

(١) النشر المحلى - ويكون بالنسبة إلى أعيان التركة الموجود فى القرى ومدن الأقاليم. ويلصق التكليف على الباب الرئيسي لمقر العمدة أو المدينة، وبالنسبة لأعيان التركة الموجودة فى المدن الكبرى يلصق التكليف على الباب الرئيس لمركز البوليس (الشرطة) الذى تتبعه الأعيان.

(٢) النشر في لوحة الإعلانات بالمحكمة - يلصق التكليف في لوحة الإعلانات بالمحكمة - فيلصق التكليف في لوحة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث. مع ملاحظة أن المحكمة المختصة بنظر الدعوى هي المحكمة الابتدائية لا الجزئية.

(٣) النشر في الصحف اليومية - فينشر التكليف في صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

ولا ترتيب معين لهذه الطرق الثلاثة، المهم أن تكون المهلة المعطاة في التكليف لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ آخر مرة ينشر فيها التكليف.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٥٢ وما بعدها)

٢- لما كان التكليف ينشر أكثر من مرة، فيجب أن يحدد المصفي ميعاداً لتقديم البيان المشار إليه يكون أطول من ثلاثة شهور في المرات الأولى من النشر، بحيث لا يقل هذا الميعاد عن ثلاثة أشهر من التاريخ الذي ينشر فيه التكليف آخر مرة. ولقد حدد القانون الطرق التي يجب أن يتم بها النشر، فأوجب أن يلصق التكليف على الباب الرئيسي لمنطقة البلدية في المدينة أو القرية التي يوجد بها أعيان التركة، أو على الباب الرئيسي لمركز الشرطة في المدن التي تقع في دائرتها هذه الأعيان، وفي لوحة إعلانات المحكمة التي يوجد بها آخر موطن للمورث، وأخيراً في صحيفة من الصحف اليومية الواسعة الانتشار.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٤ و ٥٥)

* * *

مادة (٨٨٧)

- ١- على المصفي أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر عن يوم تعيينه، قائمة تبين ما للتركة وما عليها وتشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال، وعليه أيضاً أن يخطر بكتاب موصى عليه في الميعاد المتقدم كل ذي شأن بحصول هذا الإيداع.
- ٢- ويجوز أن يطلب إلى القاضى مد هذا الميعاد إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٩١ لىبى و ٨٤٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- على المصفي وهو الذى يقوم بتسوية ديون التركة أن يجرد التركة ليعرف مالها وما عليها، وله أن يستعين فى ذلك بأوراق المورث ومستنداته، وله أيضاً أن يرجع إلى السجلات العامة وخاصة السجلات العقارية، كما يمكنه أن يرجع أيضاً إلى الورثة والموصى لهم إن وجدوا ليعرف ما للتركة من حقوق وما عليها من ديون. وعلى المصفي بعد ذلك أن يقيم ما للتركة وما عليها، وله الاستعانة فى ذلك بخبير. ولقد أوجب القانون على المصفي أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها، وعليه أن يخطر كل ذي شأن بكتاب مسجل فى الميعاد المتقدم بحصول هذا الإيداع. وللمصفي أن يطلب من القاضى مد الميعاد الذى يجب أن يتم فيه الإيداع إذا دعت إلى ذلك الضرورة أو الحاجة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٥ و ٥٦ وينظر: الوسيط - ٩ -

للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٥٤ وما بعدها)

* * *

مادة (٨٨٨)

١- للمصفي أن يستعين في الجرد وفي تقدير قيمة أموال التركة بخبير أو بمن يكون له في ذلك دراية خاصة.

٢- ويجب على المصفي أن يثبت ما تكشف عنه أوراق المورث وما هو ثابت في السجلات العامة من حقوق وديون وما يصل إلى علمه عنها من أي طريق كان، وعلى الورثة أن يبلغوا المصفي عما يعلمونه من ديون على التركة وحقوق لها.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٨٤٩ سوري و ٨٩٢ لبيي.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدني.

رأى الفقه:

١- للمصطفى - في سبيل إعداد قائمة الجرد - أن يستعين بأهل الخبرة لتقدير قيمة الأموال التي لا يستطيع تقديرها كالحلى والتحف. وله أن يتعرف على كل ما يتعلق بحالة التركة بما يثبت له من أوراق المورث وبما هو ثابت بالسجلات العامة.
(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٥٦)

* * *

مادة (٨٨٩)

يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شئ من مال التركة ولو كان وارثاً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٣ ليبى و ٨٥٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- يلاحظ أن القانون حرم الإستيلاء على شئ من أموال التركة، فمن كان تحت يده شئ من هذه الأموال، حتى لو كان دائناً أو موصى له أو وارثاً يجب أن يسلمه للمصطفى.

فإذا أخفى الذين كانوا يقيمون مع الميت شيئاً من ماله غشاً بنية الإستيلاء عليه وتملكه، اعتبروا فى حكم المبددين وعوقبوا بعقوبة التبديد، حتى لو كان من فعل ذلك زوجة الميت أو أولاده إذا أخفوا مثلاً شيئاً من نقود الميت أو أوراقه المالية أو ما يملك من حلى ومجوهرات.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٥٧ و ١٥٨)

٢- فإذا أخفى شخص مالاً من أموال التركة - لو كان وارثاً - عن المصطفى بقصد الإستيلاء عليه، اعتبر مبدداً، ووقعت عليه العقوبة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٦)

* * *

مادة (٨٩٠)

- ١- كل منازعة في صحة الجرد، وبخاصة ما كان متعلقاً باغفال أعيان أو حقوق للتركة أو عليها أو بإثباتها، ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع قائمة الجرد.
 - ٢- وتجري المحكمة تحقيقاً، فإذا رأت أن الشكوى جدية أصدرت أمراً بقبولها. ويصح التظلم من هذا الأمر وفقاً لأحكام قانون المرافعات.
 - ٣- وإن لم يكن النزاع قد سبق رفعه إلى القضاء عينت المحكمة أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتقضى فيها هذه المحكمة على وجه الاستعجال.
- النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٤ لبيى و ٨٥١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

هذه سلسلة من النصوص تبسط إجراءات جرد التركة، وهى تتكون من الحلقات الآتية:

- ١- تكليف علنى بوجهه المصطفى لدائنى التركة ومدينىها، ليقدموا بياناً بما لهم من حقوق وما عليهم من ديون، فى ظرف ثلاثة أشهر من آخر تكليف ينشر ولما كان محتملاً أن يكون المصطفى غير عالم بكل الدائنين والمدينين، لذلك يجب عليه أن يلصق التكليف فى جهات معينة: موطن المورث، ومقر العمدة، وديوان المركز أو المديرية أو المحافظة التى تقع فى دائرتها أعيان التركة، ولوحة الإعلانات بمحكمة موطن المورث ومحكمة أعيان التركة، والجريدة الرسمية، وثلاث من الصحف اليومية الكبرى.
- ٢- إعداد قائمة الجرد: عندما تتجمع لدى المصطفى البيانات اللازمة عن حقوق التركة وديونها فى ظرف ثلاثة أشهر من نشر التكليف العلنى السابق الذكر، تعد قائمة تبين ما للتركة من أعيان وأموال وحقوق وما عليها من ديون، وتشتمل القائمة على تقدير لقيمة هذه الأموال، وقد يقتضى الأمر أن يستعين المصطفى فى هذا الجرد بخبير يقدر قيمة الأموال، وهو على كل حال يستعين بأوراق المورث، وبما هو ثابت فى السجلات العامة من حقوق وديون (كتكاليف الأطيان وسجلات القيود والتسجيلات بالمحاكم). وعلى أن يدرج فى قائمة الجرد ما يتبين من كل هذه الأوراق، وعليه أيضاً أن يسأل الورثة عن معلوماتهم. وعلى الورثة أن يدلوا بكل ما يعلمونه، كما يجب على كل شخص لديه معلومات عن حالة التركة أن يتقدم بها للمصطفى تحت مسؤوليته. وقد نصت المادة ١٣٢١ من المشروع على عقوبة جنائية هى عقوبة التبديد، توقع على كل من استولى على مال التركة حتى لو كان وارثاً، فمن كان فى يده مال للتركة ولم يبلغ عنه بنية تملكه وقعت عليه عقوبة التبديد حتى لو كان وارثاً. وليس للوارث أن يحتج بأنه يملك بالميراث ما استولى عليه، وهذا لا يحل بتوقيع عقوبات أخرى أشد من

عقوبة التبيد، كعقوبة الشرقة، إذا كان هناك محل لذلك. أما مجرد الإهمال في التبليغ عن أموال التركة أو تعمد عدم التبليغ. مادام غير مصحوب بالإستيلاء على مال التركة. فلا يدخل في حكم المادة ١٣٢١.

٣- ومن ثم للمصفي إعداد قائمة الجرد وجب عليه تقديمها للقاضي في ظرف أربعة أشهر من يوم تعيينه، وكذلك إعلانها إلى كل ذي شأن، أي للورثة ولدائني التركة ولمدنيها وللموصي لهم، في نفس الميعاد. ولما كان جمع البيانات اللازمة لإعداد القائمة يتطلب ثلاثة أشهر كما تقدم، فإن المصفي لا يكون أمامه لإعداد القائمة وتقديمها إلى القاضي وإعلانها إلى ذوي الشأن إلا شهر واحد من وقت ورود آخر بيان، بفرض أنه تمكن من توجيه التكليف المشار إليه لدائني التركة ومدنيها، وتمكن كذلك من نشره في أول يوم عين فيه، فإن ضاق به هذا الميعاد، كان له أن يطلب إلى القاضي مدة إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

٤- ويأتي بعد ذلك تحقيق المنازعات في الجرد، فكل منازعة يتقدم بها دائن في قيمة حقه، أو مدين في صحة دينه، أو وارث يدل على أعيان التركة لم تثبت وكان يجب إثباتها، أو على ديون أثبتت وكان يجب إغفالها، أو نحو ذلك من المنازعات، يجب تقديمها بعريضة من ذي الشأن في ظرف خمسة عشر يوماً من وقت إعلانها بقائمة الجرد.

ويبحث قاضي التصفية المنازعات التي قدمت بحثاً مبدئياً، فيستبعد ما كان منها غير جدي، ولمن استبعد منازعته أن يتظلم أمام القاضي نفسه، فإن رفض تظلمه لم يبق أمامه إلا الطريق للنقاضي. وما كان جدياً من هذه المنازعات ولم يكن سبق رفعه إلى القضاء، يحدد القاضي له أجلاً يرفع فيه ذو الشأن دعواه أمام المحكمة المختصة، وتنتظر الدعوى على وجه الاستعجال ولا تقبل فيها المعارضة وميعاد إستئنافها إن كان الإستئناف جائزاً خمسة عشر يوماً.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣)

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٠ مدني لإجراءات الفصل في المنازعات المتعلقة بالجرد، فإذا أودع المصفي قائمة الجرد قلم كتاب المحكمة وأخطر ذوي الشأن بإيداعها، تمكن هؤلاء من الاطلاع عليها وفي قلم كتاب المحكمة، ولأى منهم أن ينازع فيها، فالوارث أو الموصي له قد ينازع في أن القائمة قد أغفلت أعياناً أو حقوقاً للتركة، أو أنها أثبتت ديوناً على التركة ليست صحيحة، ودائن التركة قد ينازع في أن له مبلغاً أكبر من المبلغ الذي أدرج في القائمة، ومدين التركة قد ينازع في أن دينه أقل مما أدرج، وهكذا. أما دائنو التركة العاديون الذين لم يدرجوا في القائمة لعدم ظهورهم، فهؤلاء يظلون غير معروفين فلا يمكن إخطارهم بإيداع القائمة ولا يتمكنون من المنازعة، وقد عالج القانون أمرهم في المادة ٨٩٧ مدني.

والمنازعة في قائمة الجرد ترفع بعريضة إلى المحكمة الابتدائية التي تنتظر تصفية التركة، ويرفعها صاحبها في خلال الثلاثين يوماً التالية لإخطار المصفي له

بايداع قائمة الجرد في قلم كتاب المحكمة. وتفحص المحكمة المنازعة فحصاً مبدئياً، فإذا رأت أنها غير جدية أمرت برفضها، وإلا أصدرت أمراً بقبولها، ويصبح التظلم من الأمر الذي تصدره المحكمة وفقاً لأحكام قانون المرافعات إلى المحكمة التي أصدرت الأمر، وتقضى المحكمة في التظلم على وجه السرعة بتأييد الأمر أو بإلغائه. فإذا صدر في المنازعة أمر نهائي برفضها لم يبق لصاحب المنازعة إلا الالتجاء إلى الطريق العادي للتقاضي، وأما إذا صدر بقبول المنازعة لجديتها عينت المحكمة التي أصدرت الأمر أجلاً يرفع صاحب المنازعة خلاله دعواه أمام المحكمة المختصة، وقد تكون مصدره الأمر، بالأوضاع العادية للتقاضي، وفي جميع الأحوال تقتضى المحكمة المختصة في المنازعة على وجه الاستعجال.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٥٩ وما بعدها)

١- على المصطفى أن يودع قلم كتاب المحكمة قائمة بجرد التركة وعليه أيضاً إخطار ذوى الشأن بحصول هذا الإيداع، ولكل ذى شأن - وهم غالباً الورثة أو دائنو التركة أو الموصى لهم بعين من أعيان التركة أن ينازع في قائمة الجرد، وعادة ما تتعلق المنازعة في قائمة الجرد بما يكون المصطفى قد أغفله من حقوق للتركة أو ديون عليها، وتتم المنازعة في قائمة الجرد بعريضة ترفع للمحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار المصطفى لذوى الشأن بحصول الإيداع. وإذا وجدت المحكمة أن هذا الاعتراض مبني على أساس صحيح أمرت بقبوله، ويجوز بعد ذلك لذوى الشأن للتظلم من هذا الأمر أمام القضاء وفقاً للقواعد المعمول بها في قانون المرافعات.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص المادة ٨٩٠ من القانون المدني أن المنازعة في صحة الجرد - وما تجريه المحكمة ابتداء في شأن عريضتها - هو أمر ولائي على عريضة مما أناطه القانون بقاضي الأمور الوقفية عملاً بالمادة ١٩٤ مرافعات ومن ثم فإن المقصود بلفظ "المحكمة" الوارد بالمادة ٨٩٠ مدني سالف الذكر هو قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة وليس المحكمة بكامل هيئتها ويكون له أن يجري في العريضة أمره بالقبول أو الرفض، وهو ما يجوز التظلم منه طبقاً لأحكام المواد من ١٩٤ إلى ١٩٩ مرافعات.

(الطعن رقم ٦٦١ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٩ / ١٩٨٢)

٢- مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ٨٩٠ مدني أن كل منازعة في صحة الجرد ترفع بعريضة للمحكمة بناء على طلب كل ذي شأن خلال الثلاثين يوماً التالية للإخطار بإيداع القائمة مما مؤداه أن المشرع جعل افتتاح هذا الميعاد رهناً بقيام المصطفى بإخطار المنازع بإيداع القائمة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطروا بإيداع القائمة فلا يتقيدون بهذا الميعاد لتوقف الالتزام به على حصول الأحكام بإيداع القائمة ومن ثم فإن لهؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية.

(الطعن رقم ٦٦١ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٩ / ١٩٨٢)

تسوية ديون التركة**مادة (٨٩١)**

بعد انقضاء الميعاد المعين لرفع المنازعات المتعلقة بالجرد يقوم المصفي بعد استئذان المحكمة بوفاء ديون التركة التي لم يتم في شأنها نزاع. أما الديون التي توزع فيها فتسوى بعد الفصل في النزاع نهائياً.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٥ لیبی و ٨٥٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٣ مدنى.

* * *

مادة (٨٩٢)

على المصفي في حالة إفسار التركة أو في حالة احتمال إفسارها أن يقف تسوية أي دين، ولو لم يقم في شأنه نزاع، حتى يفصل نهائياً في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٦ لبيي و ٨٥٣ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٣ مدني.

رأى الفقه:

١- يبين مما ورد في نص المادتين ٨٩١، ٨٩٢ مدني أنه يجب على لمصفي أن يوفي بديون التركة التي لم يقم في شأنها نزاع، إلا إذا كانت التركة غير موسرة أو كان ذلك محتملاً، فعندئذ يجب عليه أن يوقف تسوية أي دين. وأما إذا كانت التركة موسرة فعلى المصفي أن يوفي بالديون التي لم يقم في شأنها نزاع، وأما التي قام بشأنها نزاع فيجب عليه أن يوقف الوفاء بها إلى أن يفصل في النزاع نهائياً.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٧)

٢- فإذا رأى المصفي أن التركة معسرة، أو أن هناك احتمال لأن تكون معسرة، فعليه أن يقف وفاء أي دين ولو لم يقم في شأنه نزاع. ذلك لأنه إذا تبين نهائياً أن التركة معسرة، فإن دائن التركة لا يستطيع الحصول على كل حقه ولا بد أن يكتفى بحصة منه، والمصفي لا يستطيع أن يعرف مقدماً مقدار هذه الحصة، فلا بد إذن من أن ينتظر حتى يفصل نهائياً في الديون التي رفعت في شأنها منازعات، وعند ذلك يستطيع أن يثبت من مقدار جميع الديون التي على التركة في صورتها النهائية. وفي ذلك الوقت فقط يوفي ديون التركة، فيوزع أموال التركة على دائنيها. ولما كانت التركة معسرة فإن دائني التركة يتحاصون أموالها، ويأخذ كل منهم حصة بنسبة الدين الذي له.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٦٥)

مادة (٨٩٣)

١- يقوم المصفي بوفاء ديون التركة مما يحصله من حقوقها، ومما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية، ومن ثمن ما في التركة من منقول، فإن لم يكن كل ذلك كافياً فمن ثمن ما في التركة من عقار.

٢- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى أو على أن يتم ممارسة. فإذا كانت التركة معسرة لزمّت أيضاً موافقة جميع الدائنين. وللورثة في جميع الأحوال الحق في أن يدخلوا في المزاد.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٩٧ لبيى و ٨٥٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد انقضاء الميعاد المحدد لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد (خمس عشرة يوماً)، وينظر المصفي هل التركة معسرة أو محتلة الإعسار فإن كان هذا هو الأمر أوقف تسوية الديون حتى يتم الفصل النهائي في جميع المنازعات ثم يسوى الديون جملة واحدة لكل دائن بنسبة حقه. أما إن كانت التركة محققة اليسار فلا محل لتأجير سداد الديون التي لم يتم بشأنها نزاع، فيستأذن المصفي القاضي في وفائها. وتسرى الديون التي نوزع فيها بعد الفصل نهائياً في النزاع.

٢- ويدفع المصفي ما على التركة من ديون مما لها من حقوق في ذمة الغير بعد أن يقبضها، ومما تشتمل عليه نقود ومن ثمن الأوراق المالية والمنقولات بعد أن يبيعها، فإن لم يكف ذلك كله ببيع العقارات. وتباع المنقولات والعقارات وفقاً للأوضاع المقررة في البيوع الجبرية، إلا إذا اتفق جميع الورثة، وكذلك الدائنون إذا كانت التركة معسرة، على غير ذلك. وللورثة والدائنين أن يدخلوا في المزاد.

رأى الفقه:

١- القاعدة أن يتم الوفاء بديون التركة من حقوقها، ويجب على المصفي أن يقوم بجرد التركة وأن يودع قلم كتاب المحكمة قائمة بالجرد، وأن يخطر كل ذوى الشأن بهذا الإيداع حتى ينفذ أمامهم باب المنازعة فيه. وعلى المصفي بعد ذلك أن يوفى بما على التركة من ديون، ويتم ذلك الوفاء بما تشتمل عليه التركة من ديون. ويتم ذلك الوفاء بما تشتمل عليه التركة من نقود ومن ثمن ما يكون قد باعه بسعر السوق من أوراق مالية ومن ما في التركة من منقول، فإن لم يكن كافياً للوفاء، فيكون الوفاء بعد ذلك من ثمن ما في التركة من عقار، وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد العلني وفقاً للقواعد المنصوص عليها في البيوع الجبرية، ومع ذلك فلجميع الورثة أن يتفقوا

على أن يتم البيع بطريق الممارسة إذا كانت التركة موسرة، وأما إذا كانت التركة غير موسرة وجب موافقة جميع الدائنين لتعلق حقوقهم بقيمة ما في التركة من أموال.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٧، ويراجع الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٦٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مؤدى نص المادة ٨٩٣ من القانون المدني أن تباع عقارات التركة بالمزاد العلني وفقاً للأوضاع وفي المواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية ما لم يتفق جميع الورثة على أن يتم البيع بطريقة أخرى، ومتى كان ذلك وكانت الأوضاع والمواعيد سالفة الذكر والمنصوص عليها في المواد ٤٠١ من قانون المرافعات وما بعدها أعمال إجرائية يترتب البطلان على عدم إتباعها، وبالتالي فإن البيع الحاصل دون اتخاذها لا يكون صحيحاً.

(الطعن رقم ٢٠٣٦ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨٥ / ٠٢ / ٠٥)

* * *

مادة (٨٩٤)

للمحكمة، بناء على طلب جميع الورثة، أن تحكم بحلول الدين المؤجل ويتعين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٨٩٨ لىبى و ٨٥٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٦ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٤ مدنى ليدون التركة المؤجلة، فهذه لا تحل آجالها بموت المدين، بل يبقى الدين مؤجلاً بعد موته. ولا يجوز لدائن التركة ذى الدين المؤجل أن يطالب المصطفى بالدين إلا عند حلول الأجل. وقد لا يحل الأجل إلا بعد وقت طويل، ويكون من مصلحة الورثة تعجيل الدين المؤجل ودفعه قبل حلول الأجل. (الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٦٧ وما بعدها)

* * *

مادة (٨٩٥)

١- إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث.

٢- وترتب المحكمة لكل دائن من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين. فإن استحال تحقيق ذلك، ولو بإضافة ضمان تكميلي يقدمه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعاً.

٣- وفي جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة في شهر حق الإختصاص.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٨٩٩ ليبى و ٨٦٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٨٩٦ مدنى.

رأى الفقه:

١- طبقاً للمادة ٨٩٥ مدنى بفرض أن الورثة لم يجمعوا على تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة، وأثروا أو أثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل. عند ذلك تتولى المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية توزيع ديون التركة المؤجلة على الورثة وكذلك توزيع أموال التركة، بحيث يكون لكل وارث حصة من الأموال وحصة من الديون إذا استنزلت الثانية من الأولى كان الباقي معادلاً لصافي حصته في الإرث (تراجع الأعمال التحضيرية في هذا الصدد والواردة على نص المادة ٨٩٦ مدنى).

أما بالنسبة لما ورد في الفقرة الثانية من المادة ٨٩٥ مدنى، فإن من كان له من الدائنين منذ البداية تأمين خاص كرهن أو إمتياز، ويبقى له هذا التأمين كما كان. ويحسن في هذه الحالة أن يكون الوارث الذى وقعت في نصيبه العين المثقلة بهذا التأمين الخاص هو الذى يختص بالدين الذى لصاحب هذا التأمين.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٦٩ وما بعدها)

مادة (٨٩٦)

يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٠ لىبى و ٨٧٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد تمام جرد التركة تسوى ما عليها من ديون مؤجلة، فالأصل أن هذه الديون لا تحل بالموت، وقد لا تحل إلا بعد مواعيد طويلة. فتسهيلاً لتصفية التركة دون انتظار حلول هذه الديون، نص المشروع على الإجراءات التى يجب أن تتبع فى هذا الشأن.

٢- فقد يكون من مصلحة الورثة جميعاً الحكم بحلول الديون المؤجلة. فإذا انعقد إجماعهم على ذلك، طلبوا من القاضى أن يحكم بحلول الدين المؤجل وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن. وفى تعيين هذا المبلغ يراعى القاضى تعويض الدائن عما فاتته من ربح بسبب الوفاء المعجل، دون أن يجاوز هذا التعويض قيمة الفائدة (القانونية أو الإتفاقية حسب الأحوال) عن ستة أشهر، إلا إذا كان هناك إتفاق سابق على طريقة هذا التعويض عند الدفع المعجل فيتبع. أما إذا كان الدين المؤجل لا فوائد عليه، فالتعجيل لا يضر الدائن فى شئ بل يفيد، فلا يقدر له تعويض، ولكن لا يخصم منه شئ نظير التعجيل.

٣- أما إذا لم يتفق الورثة جميعاً على حلول الديون المؤجلة، وأثروا أو أثر بعضهم أن تبقى مؤجلة للاستفادة من الأجل، تولى القاضى توزيع هذه الديون على الورثة، مراعيًا فى ذلك أنه إذا طرح ما يختص به منها كل وارث مما أعطى من أموال التركة كان الباقي معادلاً لصافى حصته فى الإرث.

وهذه عملية حسابية دقيقة قد يستعين فيها القاضى بخبير. وتبقى مشكلة أخرى هى أن الديون المؤجلة بتوزيعها على الورثة قد تجزأ ضمانها، فقد كانت كل التركة ضامنة لأى دين منها، فأصبح الدين بعد أن اختص به وارث معين لا يضمه إلا جزء من التركة، فهو الجزء الذى وقع فيه نصيب هذا الوارث. وهذه نتيجة يجب التسليم بها لأنها تترتب على تجزئة الدين.

ولما كان المفروض أن التركة موسرة، لأن التركة المعسرة يحل فيها الديون المؤجلة وتوزع كلها على الدائنين، فالمفروض تبعاً لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به، ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له إختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث، وذلك بالرغم من أن الدين مؤجل ولم يصدر به حكم، بل تجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلي من ماله الخاص أو مطالبة بأية تسوية أخرى، كتقديم كفيل عينى أو

شخصى أو عقد تأمين لمصلحة الدائن. فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة وضمانه هو كل أموال التركة، ما وقع منها فى نصيب الوارث وما وقع فى نصيب الورثة الآخرين، مع مراعاة إتخاذ الإجراءات اللازمة لإشهار هذا الحق.

٤- فإذا ما قسمت الديون المؤجلة على النحو المتقدم، ورأى بعض الورثة تعجيل دفع الديون التى احتوا بها، جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للأحكام التى تقدم ذكرها.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٥٨ - ٢٥٩)

رأى الفقه:

١- إذا اختص كل وارث بنصيب من الديون المؤجلة، فقد يرغب أحد الورثة تعجيل الوفاء بالديون المؤجلة التى وقعت فى نصيبه، فيستطيع هذا الوارث أن يقوم بتعجيل الوفاء بما وقع نصيبه من هذه الديون، ويطلب من المحكمة أن تقض بحول الدين المؤجل الذى وقع فى نصيبه، وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن طبقاً لأحكام المادة ٨٩٤ مدنى.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٧٢)

* * *

مادة (٨٩٧)

دائنوا التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد لم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لا يجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٠١ لىبى و ٨٥٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

من المحتمل أن دائناً للتركة، وليس له تأمين على عين من أعيانها، ولم يعلم بالتكليف الذى وجهه المصطفى للدائنين فلم يظهر فى قائمة الجرد، حتى تمت عملية التصفية، واستولى كل وارث على نصيبه من التركة خالصة من الديون، يستطيع هذا الدائن دون شك الرجوع على أموال التركة ما بقيت فى أيدى الورثة. ولكن إذا تصرف الوارث فى مال الشركة لأجنبى حسن النية وجب أن يحمى هذا الأجنبى، وليس للدائن إلا الرجوع على الوارث فى حدود ما عسى أن يكون هذا قد أخذه مقابلاً لمال التركة، كالثمن إذا كان التصرف بيعاً والبدل إذا كان مقايضة العوض إذا كان هبة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٢٦٠)

رأى الفقه:

١- يعالج الحكم الوارد فى نص المادة ٨٩٧ مدنى حالة الدائن الذى لم تمكنه ظروفه - لعدم علمه عادة بموت مدينه وعدم ظهور دينه فى قائمة الجرد - من العلم بالتكليف الذى وجهه المصطفى للدائنين، فهذا الدائن يستطيع مع ذلك أن ينفذ بما له من حق على أموال المدين إذا كانت لا تزال تحت يد الورثة. أما إذا كان الورثة قد تصرفوا بعد تسوية الديون فى عقار من عقارات التركة، ولم يكف لهذا الدائن تأمين خاص على مال من أموال المدين (المورث) فلا يجوز لهذا الدائن أن يرجع على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على هذه الأموال التى تصرف فيها الورثة إلى الغير، متى كان الغير المنصرف إليه قد اكتسب عليها حقاً عينياً، إذ أن حق من يتعامل مع الوارث بعد إنتهاء التصفية أن يطمئن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من الديون. ولا يفقد الدائن حقه فى الرجوع على الوارث بما يكون قد أثرى به. كالثمن إذا كان التصرف بيعاً، والبدل إذا كان مقايضة، والعوض إذا كان هبة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٧ و ٥٨)

٢- يعرض نص المادة ٨٩٧ مدنى لحالة دائنى التركة الذين ليس لهم تأمين خاص على أموال التركة، ولم يعلموا بالتكليف الذى وجهه المصطفى للدائنين، بل قد يكونون لم يعلموا بموت المدين، فلم تظهر الديون التى لهم على التركة فى قائمة

الجرد، ولم يستطيعوا المنازعة في القائمة لجهلهم بها. فهؤلاء يبقون في الغالب مجهولين حتى تتم التصفية ويستولي كل وارث على نصيب على اعتبار أنه خالص من الديون، لا شك في أن هؤلاء الدائنين تبقى حقوقهم قائمة ما داموا لم يستوفوها، ويستطيعون الرجوع بها على أموال التركة ما بقيت هذه الأموال في أيدي الورثة، إذ لا تركه إلا بعد سداد الديون، فإذا رجع أحد منهم على عين للتركة في يد أحد الورثة ونفذ بحقه على هذه العين، رجع الوارث على الورثة الباقين كل بقدر حصته في الدين، لكن إذا تصرف الوارث في عين للتركة، أو رتب عليها حقاً عينياً كرهن لأجنبي حسن النية لا يعلم أن هناك دائنين للتركة لم يستوفوا حقوقهم، لم يستطع هؤلاء الدائنون أن يتتبعوا العين أو يتقدموا على الأجنبي، حتى لو لم يشهر حق الإرث أو شهر ولم تنقض سنة من وقت شهره واستطاع الدائنون أن يؤثروا بحقوقهم على هامش تسجيل حق الإرث قبل إنقضاء هذه السنة، ذلك لأن التصفية الجماعية تقطع السبيل على دائني التركة الذين لم يتقدموا في التصفية، وإذا كانت التصفية لا تحمي الورثة من هؤلاء الدائنين مادامت أعيان التركة باقية في أيديهم، فإنها تحمي الغير. ومن يتعامل مع الوارث بحسن نية بعد إنتهاء التصفية من حقه أن يطمنن إلى أن التصفية قد خلصت التركة من العين، فلا يجوز لدائن لم يظهر في التصفية أن يتتبع علينا للتركة تحت يده أو أن يتقدم فيها، وإنما يجوز لهذا الدائن أن يرجع على الوارث الذي تصرف في هذه العين أو رتب عليها حقاً عينياً عن طريق غير طريق الإثراء على أعيان التركة التي لا تزال باقية في يد هذا الوارث.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٧٢ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - استحدث المشرع في القانون المدني القائم نظاماً لتصفية التركة يكفل حماية مصلحة الورثة ومن يتعامل معهم كما يكفل مصلحة دائني التركة، فإذا ما تقررت التصفية فإنها تكون جماعية فترتفع بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ويمتنع على الدائنين العاديين من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصفي إتخاذ إجراءات فردية على أعيان التركة حتى تتم التصفية، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بينهم كما هو الحال في الإفلاس التجاري وتنقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون، فيتحقق المبدأ القانوني بأن (لا تركة إلا بعد سداد الديون) على وجه عملي. وأنه وإن كان القانون قد أوجب رفع المنازعة في صحة الجرد في ميعاد ثلاثين يوماً، إلا أنه جعل انفتاح هذا الميعاد رهناً بقيام المصفي بإخطار المنازع بإيداع القائمة محل المنازعة، أما ذوو الشأن الذين لم يخطرأ بإيداع القائمة فلا يتقيدون بداهة بهذا الميعاد القانوني لتوقف الإلتزام به على حصول الإخطار بإيداع القائمة، ومن ثم فإن هؤلاء أن يرفعوا منازعتهم في صحة الجرد إلى المحكمة في أي وقت إلى ما قبل تمام التصفية ونص المادة ٨٩٧ مدني من العموم بحيث يشمل جميع الدائنين العاديين الذين لم ينازعوا في قائمة الجرد قبل تمام التصفية ولا يدع مجال لاستثناء من لم يخطر منهم. بإيداع تلك القائمة. هذا، إلى أن استثناء هؤلاء يترتب عليه إهدار الصفة الجماعية للتصفية

وتفويت ما هدفه المشرع منها تحقيق المساواة بين الدائنين العاديين وتأمين الغير الذي يتعامل مع الورثة في أمال التركة بعد تمام التصفية من ظهور دائن للتركة ينازعه.

(جلسة ١٩٦٩/١/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني - ص ٤٤٤)

٢- مفاد نص المادة ١/٨٧ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص في المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به - كما ورد في مذكرته الإيضاحية - الإخلال بالأحكام الواردة في القانون المدني التي تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث في حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التي يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدني أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذي يقضي بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما إلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائني التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص في المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث - والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في مركز الدائن - إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشهارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظراً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية.

(الطعن رقم ٩٢٩ - لسنة ٤٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١)

مادة (٨٩٨)

يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٠٠ ليبى و ٨٩٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

بعد سداد ديون التركة تنفذ الوصايا وغيرها من التكاليف، ومن التكاليف ما عسى أن يكون على التركة من ضريبة لخزينة الدولة.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ ص ٢٦٢)

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٨ مدنى لما يبقى بعد سداد الديون من التكاليف على التركة. وتستوفى ضريبة التركات من التركة بعد سداد ديونها، إذ هى تفرض على صافى أموال التركة. وتنفذ الوصية فى حدود ثلث أموال التركة بعد سداد ديونها أيضاً، إذ أن ديون التركة تقدم على الوصايا، وما جاوز حدود الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة.

فالمصفي إذن بعد أن يوفى ديون التركة وهى مقدمة على الوصايا والتكاليف الأخرى، ينفذ التكاليف التى على التركة وينفذ الوصايا إن وجدت فى الحدود المتقدمة.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٧٤ و ١٧٥)

* * *

تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال

مادة (٨٩٩)

بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٣ لىبى و ٨٦٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لا حقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠١ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٨٩٩ مدنى - والنصوص التالية له - لتسليم المصطفى للورثة ما بقى من أموال التركة بعد تصفيته، أى بعد سداد ديونها وتنفيذ التكليف والوصايا. ذلك أن التركة بعد هذه التصفية تصبح ملكاً خالصاً للورثة، فيسلمها المصطفى لهم كل بحسب نصيبه فى الإرث. وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة من وقت موت المورث لا من وقت التسليم فحسب. ولكنهم لا يستطيعون التصرف فيها إلا من وقت أن يتسلموا من المحكمة التى تنظر فى شئون التصفية سنداً بملكيتهم للأموال الموروثة، وهم فى ذلك كالورثة فى التركة التى لم تخضع للتصفية الجماعية لا يستطيعون التصرف فى أموال التركة إلا بعد شهر حق الإرث وإن كانوا يملكون هذه الأموال من وقت موت المورث.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٧٦ و ١٧٧)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نصوص المواد ٨٤٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدنى أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة.

(الطنع رقم ٢٨٤ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٢ / ١٩٥٦)

٢- النص فى المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ بفرض ضريبة على التركات على أن "تفرض على التركة ضريبة تعتبر مستحقة من وقت الوفاة وتحسب على صافي قيمة تركة كل من يتوفى من تاريخ العمل بهذا القانون"، مؤداه أن الشارع نظم تصفية ضريبية جبرية للتركة تؤكد الأحكام المدنية لتصفية التركة وتعمل عملها، فتقدر أصولها وخصومها وما يبقى بعد خصم الخصوم من الأصول يعتبر صافياً للتركة، تفرض عليه الضريبة جملة وبعد سداد هذه الضريبة

يؤول ما بقي من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي على ما أفصحت به المادة ٨٩٩ من القانون المدني.

(الطعن رقم ٣٦٩ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ١٩٦٨ / ٠١ / ٣١)

٣- إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارساً قضائياً على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(الطعن رقم ٢٤٩ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٠ / ١٢ / ١٥)

٤- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن شخصية الوارث تستقل عن شخصية المورث وتتفصل التركة عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، وتتعلق ديون المورث بتركته ولا تشغل بها ذمم ورثته، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة.

(الطعن رقم ٢٣٨٢ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ١٩٩٩ / ٠٦ / ٠٨)

٥- إذ كان الحكم المطعون فيه - بعد أن قضى بإبطال عقود البيع الثلاثة الصادرة من مورث الطاعن لورودها على ملك الغير - ألزم ورثته برد ما اقتضاه مورثهم من ثمن وبتعويض عما ارتكبه المورث من خطأ، وذلك من أموالهم الخاصة في حين أنهم - على ما سلف ذكره - لا يسألون عن ديون مورثهم إلا في حدود ما آل إليهم من تركته، فإنه يكون قد خالف القانون.

(الطعن رقم ٢٣٨٣ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ١٩٩٩ / ٠٦ / ٠٨)

* * *

مادة (٩٠٠)

١- يسلم المصفي إلى الورثة ما آل إليهم من أموال التركة.

٢- ويجوز للورثة بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة، الأشياء أو النقود التي لا تحتاج لها في تصفية التركة. أو أن يتسلموا بعضاً منها وذلك مقابل تقديم كفالة أو بدون تقديمها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٤ ليبي و ٨٦١ سوري.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠١ مدني.

رأى الفقه:

١- المصفي هو الذى يقوم بتسوية ديون التركة، وهو الذى يقوم بالوفاء بكل ما على التركة من التزامات. وعليه بعد ذلك أن يسلم للورثة ما بقى من التركة من أموال سواء أكانت هذه الأموال عقارية أم منقولة. ومع ذلك فالورثة فور انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالمطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التي لا يحتاج لها في تصفية التركة وقد يكون ذلك مقابل كفالة أو حتى دون تقديم كفالة والقاعدة هي أيلوية تركة المورث إلى ورثته فور الوفاة، وتحق الأيلولة بقوة القانون، ومع ذلك فلا يكون للورثة التصرف فيها إلا من الوقت الذى يتسلمون فيه من المحكمة التي تنظر في شئون التصفية سنداً بملكيتهن للأموال الموروثة.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٨ و ٥٩)

٢- ليس من الضروري أن ينتظر الوارث نهاية التصفية قبل أن يتسلم بعضاً مما يؤول إليه من أموال التركة، فمن المحتمل بعد انقضاء الميعاد المقرر لرفع المنازعات المتعلقة بقائمة الجرد وهو ثلاثين يوماً من يوم إخطار آخر وارث بإيداع الأئمة قلم كتاب المحكمة أن يتبين من الرجوع إلى القائمة وما يقدم فيها من منازعات أن التركة ظاهرة اليسار وأن المصفي ليس في حاجة للاحتفاظ بجميع أموال التركة لتصفيتها، ففي هذه الحالة يجوز للوراث أن يطالب المصفي بأن يسلمه فوراً كل نصيبه أو بعضه في الأشياء والنقود التي لا يحتاج لها المصفي في تصفية التركة، فيسلمه المصفي ما طلبه على أن يخصم من نصيبه النهائي في الميراث. ويطالب المصفي الوارث بكفالة أو لا يطالبه بها حسب مقدار يسار التركة. فإن كان اليسار كبيراً لم يطالبه بتقديم كفالة، إذ لا يتضمن تسلّم الوارث لأى من أموال التركة أى خطر، إن كان يسار غير كبير طالبه بتقديم كفالة إذ قد يتبين في النهاية أن المال الذى تسلمه الوارث لازم

لتصفية التركة فتضمن الكفالة رد هذا المال. وما تسلمه الوارث من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه دون انتظار لنهاية التصفية وتسلم شهادة الإرث.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ١٧٦ وما بعدها)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نصوص المواد ٨٤٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة.

(الطعن رقم ٢٨٤ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ١٠٨ / ٠٣ / ١٩٥٦)

٢- إنه وإن كان مفاد نصوص المواد ٨٨٤ و ٨٩٩ و ٩٠٠ و ٩٠١ من القانون المدني أن الوارث لا يتصل أي حق له بأموال التركة ما دامت التصفية قائمة، إلا أن أوراق الطعن وقد خلت مما يدل على أن التركة خضعت لإجراءات التصفية المنصوص عليها في المادة ٨٧٦ وما بعدها من القانون، وإنما أقام مورث الطاعنين الإعتراض على قائمة شروط البيع بصفته حارساً قضائياً على التركة المذكورة، وهو ما يختلف عن التصفية، فلا محل لتطبيق أحكامها.

(الطعن رقم ٢٤٩ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ١٢ / ١٩٧٠)

٣- مفاد نص المادة ٨٧/١ من القانون المدني أن أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث إنما تترتب على مجرد واقعة هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث دون أن يكون ذلك متوقفاً على شهره، والنص في المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ غير مقصود به - كما ورد في مذكرته الإيضاحية - الإخلال بالأحكام الواردة في القانون المدني التي تتناول انتقال الحقوق بالميراث.. فالتصرف الصادر من الوارث في حق عيني عقاري تلقاه بمقتضى حق الإرث تنطبق عليه الأحكام العامة المقررة لنوع هذا التصرف فإذا باع الوارث عقاراً تلقاه بالميراث فهو يلتزم بمجرد البيع بالالتزامات الشخصية التي يلتزم بها البائع ومن بينها الإلتزام بنقل الملكية إلى المشتري وإتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك ومن بينها شهر حق الإرث، ومفهوم المواد ٨٧٩/٢، ٨٩٧، ٩٠٠، ٩١٤ من القانون المدني أن المشرع المصري قد غلب مذهب فقهاء الشرع الذي يقضي بأن أموال المورث تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة أما إلتزامات المورث فلا تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة، وقانون تنظيم الشهر العقاري حماية لدائني التركة ضد تصرفات الورثة الضارة بحقوقهم نص في المادة ١٤ منه على أنه يجب التأشير بالمحركات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير وتطبيقاً لهذا النص فإن لدائن المورث - والموصى له بعقار في التركة إذا لم يسجل يكون في

مركز الدائن - إذا أشر بدينه في هامش تسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من المستندات المثبتة لحق الإرث في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث أن يحتج عن كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً وقام بشهره قبل هذا التأشير فإذا أهمل الوارث شهر حقه لم يلتزم دائن التركة بشهر دينه الذي يظل رغم خفائه عالقاً بأعيان التركة كما لو كانت مرهونة بها، على أنه بالنسبة للوصية فنظراً للمادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ٤٦ قد أخضعها للشهر بتسجيل المحرر المثبت لها بحيث يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق التي ترمي إلى إنشائها لا تنشأ لا بين طرفيها ولا بالنسبة للغير فإنه يجب تسجيلها قبل مضي سنة من تاريخ شهر حق الإرث حتى يكون للموصى له أن يحتج بها على من تلقى من الوارث حقاً عينياً على العقار الموصى به ولو كان المتصرف إليه قد شهر حقه قبل تسجيل الوصية.

(الطعن رقم ٩٣٩ - لسنة ٤٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٦ / ١٩٨١)

* * *

مادة (٩٠١)

تسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلماً شرعياً بالوراثه أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٥ لبيى و ٨٦١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

بعد سداد الديون والوصايا والتكاليف يكون ما بقى من التركة ملكاً خالصاً للورثة، فيسلمه المصطفى لهم، كل بحسب نصيبه في الإرث، وتعتبر هذه الأموال مملوكة للورثة وقت موت المورث لا من وقت التسليم، ولكى يكون لدى الوارث سند بملكيتة للأموال الموروثة نص المشروع على أن القاضى الجزئى يسلم إلى كل وارث يقدم إعلاناً شرعياً بالوراثه، أو ما يقوم مقام هذا الإعلام، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتحدد ما آل إليه من أموال التركة.

ويستطيع الوارث من وقت تسلمه لشهادة الإرث أن يتصرف فيما آل إليه من مال التركة بل يستطيع أن يتصرف فيها قبل ذلك إذا انقضى الميعاد المقرر لتقديم المنازعات فى قائمة الجرد (خمسـة عشر يوماً) وطلب الوارث من المصطفى أن يتسلم بصفة مؤقتة الأشياء أو النقود التى لا يحتاج لها فى تصفية التركة كلها أو بعضها فى مقابل تقديم كفالة أو دون تقديمها، فما تسلمه من الأموال وقتئذ يستطيع التصرف فيه.

(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٦٦)

رأى الفقه:

١- تسلم المحكمة لكل وارث بعد تصفية التركة وعند تسلم الورثة ما بقى من أعيان التركة سند ملكيته للأموال المورثة، وهذا السند هو شهادة الإرث، يحصل عليها الوارث من المحكمة بعد أن يقوم لها إعلماً شرعياً بالوراثه أو ما يقوم مقام هذا كحكم صادر من المحكمة المختصة بإستحقاقه فى الإرث إذا ما أنكر عليه باقى الورثة حقه كوارث فاستصدر هذا الحكم فى مواجهتهم. وهذه الشهادة التى يتسلمها من المحكمة ورقة رسمية تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه فى التركة وتعين أموال التركة التى آلت إليه بعد التصفية، ويستطيع الوارث أن يشهر حقه فى الإرث عن طريق تسجيله لهذه الشهادة، إذ هى تتضمن كل البيانات اللازمة.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى - المرجع السابق - ص ١٧٨)

٢- تسلم المحكمة بعد إنتهاء التصفية إلى كل وارث يقدم إشهاداً شرعياً بالوراثه أو ما يقوم مقام هذا الإشهاد، شهادة تقرر حقه فى الإرث وتبين مقدار نصيبه منه وتعين ما آل إليه من أموال التركة. ويستطيع الوارث أن يشهر حقه فى الإرث عن

طريق تسجيله لهذه الشهادة، ولا يستطيع أن يقرر للغير حقاً عينياً على عقار من عقارات التركة الموروثة إلا إذا أشهر حقه في الإرث.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٩)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أراد المشرع أن يضيف على شهادة الوفاة، والورثة حجية ما لم يصدر حكم على خلافها، ومن ثم جاز لذوى الشأن ممن لهم مصلحة في الطعن على الإشهاد أن يطلبوا بطلانه سواء أكان ذلك في صورة دعوى مبتدأة أم في صورة دفع.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٣/١١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ - مدني - ص ٣٤٠)

٢- لأن كان ذلك المال شرطاً لصحة دعوى الورثة، إلا أنه يحق لمدعيها إثبات الورثة أولاً ثم إثبات المال والإدعاء بعدم وجود تركة للمتوفى، لا يصلح دفعاً لدعوى الوفاة والورثة، ولا يفيد ذلك الإدعاء بتصرف المورث في تركه قبل موته.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١/٧ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٤٦)

٣- دعوى إثبات الوفاة والورثة، تضمين صحتها بيان بأعيان التركة المخلفة من المتوفى، كفايته لسمعها، ولا يمنع من ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على التركة.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١/١٤ - المرجع السابق - ص ٢٢٢)

٤ - دعوى الإرث الحكم فيها دون إجراء تحريات مسبقة من الجهات الإدارية، لا خطأ. التحريات المشار إليها في المادة ٣٥٧ من اللائحة الشرعية قبل إلغائها بالقانون ٦٨ لسنة ١٩٦٤، يقتصر تطبيقها على طلبات تحقيق الوفاة والورثة، حتى هذا أصبح متروكاً لتقدير المحكمة وفقاً للتعديل المشار إليه.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٣/١٧ - المرجع السابق - ص ٦٨٥)

٥- شهادة الميلاد، وصحيفة الحالة الجنائية، وشهادة المعاملة العسكرية، لا حجية لها في إثبات الورثة. لقاضى الموضوع سلطة بحث ما يقدم له من الدلائل والمستندات وترجيح ما يطمئن إليه منها وإطراح ما عداها دون ما رقابة من محكمة النقض.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٢/٢٥ - المرجع السابق - ص ٥٠٧)

٦- إذا كان الإعلام الشرعي، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، يصدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به السلطة القضائية المختصة، وكانت المحكمة قد رجحت البيئة، فإن مفاد ذلك أنها لم تجد في تحريات الإشهار ما يستأهل الرد عليها.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١/٢١ - المرجع السابق - ص ٢٧١)

٧- الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع والعقد الذى لم يسجل لا ينشئ إلا التزامات شخصية بين طرفيه، فإذا لم يسجل المشتري من المورث عقده، فلا تنتقل إليه الملكية ويبقى العقار على ملك المورث وينتقل منه إلى ورثته، فإذا تصرف

الوارث بالبيع بعد ذلك في ذات العقار، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك تصرفاً صحيحاً وإن كان غير ناقل للملكية طالما لم يتم تسجيل العقد.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٨ ص ١٥٢٢)

٨- الشهادة على الإرث، ختمها بعبارة: (إلا وارث له سوى من ذكر) أو: (لا علم له وارثاً غيره) ليس شرطاً صحتها. وجوبها عند بعض الفقهاء كشرط لتريث القاضي في قضائه حال حضور الشاهد الإرث بنفسه.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٥/٢١ - المرجع السابق - السنة ٢٩ ص ١٢٨٢)

٩- إعلانات الوراثة الشرعية دليل على ملكية الوارث لنصيبه فيما يثبت أنه كان ملكاً للمورث عند وفاته. دخول عين معينة في التركة، لا حجية للإعلام الشرعي بشأنه.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/٢٨ - الطعن ٤٣١ لسنة ٤٤ق - لم ينشر بعد)

١٠- إجراءات تحقيق الوفاة والوراثة المبنية بالمادة ٩٣٤ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات التي تصدرها المحكمة في نطاق سلطتها الولائية بناء على الطلب المقدم من الورثة أو الموصى إليهم، جواز الاسترشاد بها في تحقيق صحة البيانات التي يوردها المدعى في صحيفة دعوى الوفاة والوراثة متى فعلها بالطريق العادي.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ - الطعن ٦ لسنة ٥١ق - لم ينشر بعد)

١١- أيلولة التركة نهائياً للورثة، شرطها أداء مصاريف التجهيز وديون المورث وما ينفذ من وصاياه.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/٢٨ - الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

١٢- وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعي بهما الطاعن على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وفي بيان ذلك يقول أن حقيقة الدعوى أمام محكمة أول درجة هي إبطال إعلام وراثة ويجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وقد قرر من إستشهد به أن المطعون ضده طلق زوجته ولم يراجعها حتى وفاتها. إلا أن الحكم إنتهى إلى أن الدعوى إثبات طلاق وأقام قضاءه بعدم سماعها على سند من الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية رغم أنها خاصة بدعوى الزوجية والطلاق. ولا تحكم دعاوى الوفاة والوراثة. دون أن يقيم الدليل على مراجعته للمورثة وأنها توفيت وهي في عصمته وبرغم الأدلة الشرعية وغير الشرعية التي قدم بها الطاعن تدل على أن المتوفاة توفيت دون وارث ظاهر لها ومن تؤول تركتها إليه بإعتبارها تركة لا المطعون فيه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إنكار الورثة الذي يستدعى صدور حكم على خلاف الإعلام الشرعي يجب أن يصدر من وارث حقيقي ضد آخر يدعى الوراثة وبنك ناصر الإجتماعي لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التي لا يعرف لها مالك لما كان ذلك وكان لمحكمة النقض أن ترد الحكم لأسبابه الصحيحة طالما أنه إنتهى إلى نتيجة

صحيحة في القانون وكانت دعوى الطاعن هي إبطال الإعلام الشرعي فيما ورد به من أن المطعون ضده ليس زوجاً للمتوفاه لطلاقه لها قبل وفاتها وكان البنك الطاعن غير وارث لها فإنه لا يجوز له أن يطلب الحكم ببطلان ذلك الإعلام ويكون النعى على الحكم المطعون فيه على غير أساس.

(الطعن ٥٩ لسنة ٥٩ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧ س ٤١ ص ٦١٥)

١٣- حيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصل في أن المطعون عليه الأول أقام الدعوى رقم..... لسنة..... كلى أحوال شخصية دمنهور ضد الطاعنة للحكم أولاً بثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ وإنحصار أرثه في زوجته المطعون عليها الخامسة وأبنته (الطاعنة) وفي أبناء عمومته المطعون عليهم الأول والثاني ومورث كل من الثالث والرابع ومورث المطعون عليهم من السادس إلى الرابع عشر. ثانياً بثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٣/١/١٦ وإنحصار أرثه في ولديه (المطعون عليهما) الثالث والرابع. وبعد أن سمعت المحكمة بينة الطرفين. حكمت بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٤ برفض الدعوى. إستأنف المطعون ضدهم الأربعة الأول هذا الحكم بالإستئناف رقم ١٩٨٥/٥٢ شرعي على الإسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ ١٩٨٢/١١/١٩ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى في الشق الأول وبثبوت وفاة المرحوم.... بتاريخ ١٩٨٢/٨/٣١ وإنحصار إرثه الشرعي في زوجته ولها ١/٨ تركته فرضاً وفي إبنته ولها ١/٢ تركته فرضاً وفي أبناء عمومته ولهم باقى تركته تعصيباً بالسوية فيما بينهم وبتأييد قضائه في الشق الثاني. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن رقم ٥٦/١٢٨ق أحوال شخصية. وبتاريخ ١٩٨٨/٤/١٩ حكمت المحكمة ببطلان الطعن. طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض بالطعن المائل وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم جواز الطعن. عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطاعنة تلتزم الحكم لها بالطلبات الواردة في صحيفة الطعن قم ٥٦/١٢٨ق أحوال شخصية على سند من وقوع غش من الخصوم كان من شأنه التأثير في الحكم إذ تعمدوا عدم إتمام الإجراءات. لما كان ذلك وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الغش بفرض وقوعه لا يعتبر سبباً لإلغاء الأحكام الإنتهائية عن طريق رفع دعوى مستقلة أو في صورة دفع لدعوى مبتدأه وإنما هو سبب لإلتماس إعادة النظر فيها وهذا الطريق لا يقبل في أحكام النقض التي لا يجوز الطعن فيها بأي طريق من طرق النقض، وهي نهاية المطاف في الخصومة. وكان حكم النقض في الطعن رقم ٥٦/١٢/٨ق أحوال شخصية قد فصل فيه ببطلان الطعن فإنه لا يجوز بعد ذلك الطعن فيه بطريق إلتماس إعادة النظر مما يتعين معه القضاء في الطعن بعدم جواز نظره.

(الطعن ١٦٢ لسنة ٥٨ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٠/١١/٢٠)

١٤- وحيث أن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنات بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يلحق أنه لما كان الحكم الذي

يصدر بإثبات الوفاة والوراثة من السلطة القضائية بناء على تحقيق تجربيه له حجية الشئ المحكوم فيه إلى أن تهدر بحكم بطلانه وقد قضى لهن بموجب الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٤٣ لسنة ١٩٨٠ كلى أحوال شخصية دمنهور بثبوت وفاة المرحومة وإنحصار إرثها الشرعي فيهن دون ما شريك ولا وارث آخر سواهن وإذ حاز هذا الحكم حجية مطلقة بإنشائه حالة مدنية وكان قد تمسكن أمام محكمة الموضوع بدرجيتها بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها بموجب ذلك الحكم فإن الحكم الابتدائي إذ قضى برفض هذا الدفع وأيده الحكم المطعون فيه فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير سديد ذلك أنه وإن كان الإعلام الشرعي تدفع حجيته وفقاً لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم يصدر من المحكمة المختصة إلا أن الحجة المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يكون إلا للأحكام التي تنشئ الحالة المدنية لا تلك التي تقررها فتكون حجيتها نسبية قاصرة على أطرافها لا تتعداهم إلى الغير. لما كان ذلك وكانت الطاعنات لا يجادلن في أن المطعون ضدهم لم يكونوا طرفاً في الحكم الصادر في الدعوى رقم ٤٤٣ لسنة ١٩٨٠ كلى أحوال شخصية دمنهور وكان ما إنتهى إليه الحكم الصادر في تلك الدعوى من ثبوت وفاة المورثة وإنحصار إرثها في الطاعنات بإعتبارهن بنات شقيقها المرحوم..... لا ينشئ حالة مدنية إنما يقرر صفتهم النسبية للمورثة ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافها ولا يقبل التحدى به قبل المطعون فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى يكون قد أعمل صحيح القانون ويكون النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون على غير أساس.

وحيث أن الطاعنات يعين بالسببين الثاني والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع والفساد في الاستدلال والقصور في التسبب وفي بيان ذلك تبين بدفاع مبناه أن المطعون ضدهم لا يلتقيان والمورثة إلى أهل جامع مشترك بينهما بما تتفق معه بينهما الصلة الموجبة للتوريث فبينما تدعى المورثة... فإن المطعون ضدهم هم أبناء... وقدمن تدليلاً لهذا الدفاع صورة رسمية من وثيقة عقد زواج المرحوم.... والذى إنعقد في ١٨٩٩/١٢/٢٩ وإذ لم يعتد الحكم المطعون فيه بهذا المستند وإلتفت عن هذا الدفاع الجوهري الذى يتغير به وجه الرأي في الدعوى على ما أورده بمدوناته من إنهن لم يقدمن أصل تلك الوثيقة ورجح بينه المطعون ضدهم على بينتهم المؤيدة بالمستندات ولم يورد أسباباً لذلك فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة المقدمة في الدعوى وترجيح ما تطمئن إليه منها وفى إستخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما جاء إستخلاصها سائغاً. وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت الصلة الموجبة للتوريث بين المطعون ضدهم والمورثة وأنهم أولاد أبن عمها....

من بينه المطعون ضدهم وعقد البيع المقدم بالأوراق المحرر بين.... وإبنه..... وأن أحد شهود هذا العقد هو... والد المورثة... وكان هذا من الحكم إستخلاص سائغ مما له أصله الثابت في الأوراق ويؤدى إلى ما رتبته عليه من القضاء فإن ما يثيره الطاعنات بهذا النعى لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير محكمة الموضوع لأدلة الدعوى لا يجوز التحدى به أمام محكمة النقض.

(الطعن ٧٥ لسنة ٥٥٨ "أحوال شخصية" - جلسة ١٩٩١/١٢/١٧ لم ينشر بعد)

١٥- حيث أن الطعن أقيم على سببين تنعى بهما الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك نقول أن الحكم المطعون فيه إذ أسس قضاءه ببطلان الإشهاد في حين أن الزوجية ثابتة بمقتضى وثيقة الزواج الذى تم في لبنان والذى يحكمه قانونه والصادرة من محكمة بيروت الشرعية والمصدق عليها من وزارة الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصرية وإذ لم يعتد الحكم المطعون فيه بهذه الوثيقة لإثبات الزوجية فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى سديد ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للزوجين أن يبرما زواجهما في الشكل الذى يقتضيه قانونهما الشخصى أو يبرماه في الشكل المقرر بقانون البلد الذى عقد فيه. لما كان ذلك وكان إثبات الزواج يخضع للقانون الذى يحكم شكله وكان الحكم المطعون فيه لم يعتد بعقد زواج الطاعنة والذى تم في الشكل الذى يتطلبه القانون إذ إنه عقد بمحكمة بيروت الشرعية ومصدق عليه من وزارة الخارجية اللبنانية ووزارة الخارجية المصرية ووزارة العدل فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٤٣ لسنة ٥٥٨ "أحوال شخصية" - جلسة ١٩٩٢/١/٢٨ س ٤٣ ص ٢٤٩)

١٦- وحيث أن مما تتعاه الطاعنات على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقلل أنه يشترط لقبول الشهادة على الإرث أن يبين الشهود صلة القرابة الموصلة إلى سبب الإرث بنسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد وأن شاهدى المطعون ضدهم لم يشهدا بشئ من ذلك وإقتصرت شهادتهما على القول بأن مورث المطعون ضدهم المرحوم.... هو ابن عم المرحوم.... فتكون شهادتهما على الإرث غير مقبولة. وإذ عول الحكم المطعون فيه في قضاءه على هذه الشهادة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كانت أحكام الشريعة الإسلامية والتقنيات المستمدة منها تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين في شأن الموارث ومنها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم وكان سبب الإرث العضوية النسبية فإن فقه الحنفية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يشترط لصحة الشهادة بالإرث في هذه الحالة أن يوضح الشاهد سبب الوراثة الخاص الذى بمقتضاه ورث به المدعى الميت، بحيث يذكر نسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أصل واحد. والحكمة من ذلك تعريف الوارث تعريفاً يميزه عن غيره. ويبين للقاضى أنه وارث حقيقي لتعرف نصيبه الميراثي. لما كان ذلك وكان الثابت في محضر التحقيق الذى أجرته محكمة

أول درجة أن شاهدي المطعون ضدهم وإن شهدا بأن مورثهم من ورثة المرحوم إلا إنهما لم يبيّنا في شهادتهما نسب المشهود له والمتوفى المذكور وإلتقاء به عند أصل واحد، فإن شهادتهما بذلك تكون غير مقبولة. وإذ قضى الحكم المطعون فيه رغم ذلك بوراثة مورث المطعون ضدهم لمورث الطاعنات على سند من تلك الشهادة فإنه يكون قد أقام قضاءه على بينه غير مقبولة شرعاً مما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن ١٤ لسنة ٦٠ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٢/١/٢٦ ص ٤٤ ص ٢١٥)

١٧- وحيث أن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن تتحصل في أن المطعون ضدها الأولى أقامت الدعوى رقم لسنة كلى أحوال شخصية شمال القاهرة على الطاعن وباقى المطعون ضدهم للحكم ببطلان إعلام الوراثة رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٧١ الزيتون وإستحقاقها بمفردها لمعاش شقيقها المرحوم وقالت بيانا لذلك أن المرحوم تزوج من المطعون ضدها الثانية بعقد عرفي وقد إستصدرت إعلام الوراثة المشار إليه بإستحقاقها في تركته مع أن الزوجية غير ثابتة بوثيقة رسمية مما يطله، وإذ كانت هي شقيقة ومنع عنها المعاش المستحق عنه بسبب هذا الإعلام فقد أقامت الدعوى. وفى ١٩٧٩/٥/٢٧ حكمت المحكمة برفض الدعوى. إستأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم لدى محكمة إستئناف القاهرة بالإستئناف رقم... لسنة... ق وبتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٢ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف. طعن البنك الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض. وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بعدم قبول الطعن وإحتياطياً برفضه. وعرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها.

وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كان الطاعن قد قبل الحكم الابتدائي ولم يستأنفه وإنما إستأنفه آخر من الخصوم، ولم يقض الحكم الإستئنافي على الطاعن بشئ أكثر مما قضى عليه الحكم الابتدائي فلا يقبل منه الطعن على الحكم الإستئنافي بطريق النقض. وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الإستئناف رفع من المطعون ضدها الأولى دون سواها من المحكوم عليهم فإن الطاعن يكون بذلك قد قبل الحكم الابتدائي فحاز قوة الأمر المقضى في حقه فلا يكون له الحق في الطعن بطريق النقض في الحكم المطعون فيه ويتعين عدم قبول الطعن.

(الطعن ٤٣٢ لسنة ٥١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٢/١/٢٦ ص ٤٤ ص ٢١٥)

١٨- وحيث أن حاصل السببين الخامس والثامن النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون وفى بيان ذلك يقول أن إعلام الوراثة يكون حجة على المتصادقين فيه سواء حضروا أو لم يحضروا وأن المطعون ضدهما تم إعلانهما بمادة الوراثة وإبداء الطاعن بنوته للمتوفى ووراثته لم ولم ينازعا في ذلك بمادة الوراثة مما يعتبر مصادقة منهما على ذلك هذا بالإضافة إلى أن دعوى النسب لا تقبل بعد وفاة المورث إلا إذا أقيمت ضمن دعوى مال كإرث أو نفقة، وإذ لم يذكر المطعون ضده الأول في دعواه إبتداء أن المتوفى ترك ما يورث عنه فإنه كان يتعين الحكم بعدم سماع دعوى النسب وإذ خالف القانون بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود في شقة الأول أن من المقرر - في قضاء هذه المحكمة أن حجية الإعلام الشرعي تدفع وفقاً لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة وهذا الحكم كما يصدر بناء على دفع يبدى في الدعوى التي يراد الإحتجاج فيها بالإعلام الشرعي يصح أن يكون في دعوى أصلية متى كانت المحكمة التي أصدرته مختصة بنظر الدعوى وأن قضاءها هو الذي يعول عليها ولو خالف ما ورد في الإعلام الشرعي ولا يعد ذلك إهداراً لحجية الإعلام لأن المشرع أجاز هذا القضاء وحد به من حجية الإعلام الشرعي الذي صدر بناء على إجراءات تقوم في جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينتقصها بحيث تقوم به السلطة القضائية المختصة ومن ثم أجاز المشرع بالمادة سالفة البيان لذوى الشأن ممن لهم مصلحة في الطعن عليه طلب بطلانه سواء في صورة دفع في دعوى قائمة أو بإقامة دعوى مبتدأة. لما كان ذلك فإنه لا تثريب على الحكم المطعون فيه إذ خالف بقضائه ما ورد بالإعلام الشرعي ويكون النعى عليه بمخالفة القانون على غير أساس. والنعى غير صحيح في شقة الثاني ذلك أنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقبول دعوى النسب بعد وفاة طرفيها أو أحدهما أن تكون ضمن دعوى حق التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت النسب فإنه لما كان البين من صحيفة دعوى بطلان إعلام الوراثة رقم... لسنة... فالشروط المقيدة برقم... لسنة... كلى أحوال شخصية قنا (مأمورية نجع حمادى) المقامة من المطعون ضده الأول على الطاعن والمطعون ضدها الثانية أنها تضمنت إدعاء المطعون ضده الأول بحق في تركة مورثه البالغ مساحتها فدانين مشاعاً في خمسة أفدنة موضحة بالصحيفة ومن ثم فإن طلبه يكون قد جاء ضمن حق في التركة ويكون النعى بهذا الوجه على غير أساس.

وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب التاسع على الحكم المطعون فيه القصور في التسبب والفساد في الاستدلال وفى بيان ذلك يقول أن الحكم المطعون فيه قد عول على شهادة شاهدهى المطعون ضده الذين قررا أن المورث توفى منذ خمسين عاماً تقريباً وهو ما يخالف الثابت بشهادة الوفاة الرسمية وما شهد به شاهدي الطاعن من أن الوفاة وقعت عام ١٩٧٠ وهو ما يؤيد أن المورث توفى بعد ولديه. وإذ أوردتهما الحكم المطعون فيه ضمن وراثته رغم ثبوت وفاتهما قبله أخذاً بشهادة شاهدي المطعون ضده حال أن شهادتهما جاءت متناقضة وغير كافية لنفى نسب الطاعن وقبول الحكم المطعون فيه عليها وطرح شهادة شاهدي الطاعن مما جاء بتحريات الشرطة من ثبوت بنوته للمورث فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

(وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعى الطاعنان بأولهما: على الحكم المطعون فيه صدوره على خلاف حكم سابق حاز قوة الأمر المقضى وفى بيان ذلك يقول أن المطعون ضدها، وآخر سبق أن أقاما الدعوى رقم... لسنة... كلى أسيوط ضد الطاعن الثاني بطلب الحكم بطرده من المنزل الموضح بصحيفة الدعوى بإعتباره غاصباً، وقضى برفضها على سند من أنه ليس غاصب لكونه مالك لحصة فيه بطريق الوصية الواجبة من جدته.... بموجب إعلام الوراثة رقم... لسنة... البدارى.

إستأنفت المطعون ضدها هذا الحكم لدى محكمة إستئناف أسيوط بالإستئناف رقم.... لسنة.... ق والذى قضى فيه بتاريخ ١٩٨٨/٣/٦ بإعتبار المستأنفين تاركين الإستئناف ولم يطعن على هذا الحكم بطريق النقض، فقد حاز قوة الأمر المقضى بإستناده على إعلام الوراثة رقم.... لسنة.... البدارى، وإذ قضى الحكم المطعون فيه ببطلان إعلام الوراثة المذكور يكون قد خالف قوة الأمر المقضى بما يستوجب نقضه. وحيث أن هذا النعى غير مقبول، ذلك أنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان الإلتزام بحجية الأحكام من الأمور المتعلقة بالنظام العام وتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز بالتالى إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، إلا أن ذلك مشروط بثبوت أن جميع عناصرها الواقعية التى تسمح بالوقوف عليها والإلمام بها كانت مطروحة أمام محكمة الموضوع، وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد إتصال علم محكمة الموضوع بعناصر الحكم المشار إليه بسبب النعى أو ما يدل على سبق تقديمه إليها، فإنه لا يقبل من الطاعنين أن يقدموا بعد ذلك رفض طعنهما المائل صورة من الحكم المذكور لما كان ذلك وكانت العناصر الواقعية لما ورد بسبب النعى لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديدا لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

وحيث أن الطاعنين ينعيان بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع وفى بيان ذلك يقولان إنهما طلبا من محكمة الإستئناف بمذكرتيهما المقدمتين منهما بجلستي ١٩٨٩/١١/٧، ١٩٩٠/٤/٣ التحقق من أن المتوفاه فى كل من الإعلامين الشرعيين هي المرحومة....، بعدما قدمت المطعون ضدها شهادة وفاة بإسم.... مع أن إسم المتوفاه وإسم والدتها "...." حالة أن إسم والدتها الحقيقي هو "....." حسيما هو ثابت بشهادة وفاة شقيقتها "...." وتأييد ذلك بالإقرار الصادر من المجلس الشعبي البداري والمؤرخ ١٩٩٠/٦/٢٥ فضلا عن تناقض شاهدي المطعون ضدها في هذا الخصوص إلا أن الحكم المطعون فيه لم يعن بتحقيق ذلك برغم أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن سبب النعى يجب أن يرجع على الدعامة التى أقام عليها الحكم قضاءه والتى لا يقوم له قضاء بغيرها وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه يأخذ بالنتيجة التى إنتهى إليها الخبير في تقريره أو بما أسفر عنه تنفيذ حكم التحقيق الذى أمرت المحكمة بإجرائه وإنما إستند إلى حكم المادة ٣٦١ من اللائحة الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إذ قضى ببطلان إشهاد الوراثة رقم.... لسنة.... البدارى لصدوره على خلاف الإشهاد رقم.... لسنة.... البدارى دون سلوك طريق الدعوى لإستصدار حكم شرعي على خلاف الإشهاد السابق صدوره، فإن النعى يكون وارداً على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه ومن ثم غير مقبول.

١٩- وحيث أنه عن طلب النيابة العامة نقض الحكم المطعون فيه فإنه المادة ٢١٨ من قانون المرافعات تنص في فقرتها الأولى والثانية على أنه " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، وعلى أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها إختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منظماً إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن بإختصامه في الطعن وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب إختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم " وهو ما يتأدى منه أن الشارع بعد أن أرسى القاعدة العامة في نسبية الأثر المترتب على رفع الطعن بأن لا يفيد منه إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، بين الحالات المستثناة منها وهي تلك التي يستفيد منها الخصم من الطعن المرفوع من غيره أو يحتج عليه بالطعن المرفوع على غيره في الأحكام التي تصدر في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها إختصاص أشخاص معينين، وقد استهدف الشارع من ذلك إستقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام في الخصومة الواحدة بما يؤدي إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام بل وإستحالة في بعض الأحيان، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم في الطعن نافذاً في مواجهة جميع الخصوم في الحالات السالفة التي لا يحتمل الفصل فيها إلا حلاً واحداً بعينه، وتحقيقاً لهذا الهدف أجاز الشارع للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم أثناء نظر الطعن بالنقض أو بالإستئناف المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه في طلباته حتى ولو كان قد فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم. فإن قعد عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن بإختصامه في الطعن، كما أوجب على محكمة الإستئناف دون محكمة النقض لما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الواردة في الفصل الرابع الخاص بالطعن بالنقض عن حكم مغاير أن تأمر بإختصاص جميع المحكوم لهم ولو بعد فوات الميعاد، وهو ما يتفق مع إتجاه الشارع إلى الإقلال من دواعي البطلان بتغليب موجبات صحة إجراءات الطعن وإكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها. إعتباراً بأن الغاية من الإجراءات هو وضعها في خدمة الحق. ويساير أيضاً إتجاهه في قانون المرافعات الحالي وعلى ما يبين من مذكرته الإيضاحية إلى عدم الوقوف بالقاضي عند الدور السلبي تاركاً الدعوى لمناضله أطرافها يوجهونها حسب هواهم ووفق مصالحهم الخاصة، فمنحه مزيداً من الإيجابية التي تحقق هيمنته على الدعوى، بعضها أو رده على سبيل الجوار كما هو الشأن في إطلاق الحالات التي يجوز فيها للقاضي الأمر بإدخال من لم يختصم في الدعوى على خلاف القانون الملغى الذي كان يحصرها فأجاز للقاضي في المادة ١١٨ إدخال كل من يرى إدخاله، كما هو الشأن في المادة ٢١٨ سالفة البيان، فإذا ما تم إختصاص باقي المحكوم عليهم أو باقي المحكوم لهم إستقام شكل الطعن وإكتملت له موجبات قبوله بما لازمه سريان أثر الطعن في حق جميع الخصوم ومنهم من تم إختصاصهم فيه بعد رفعه، أما إذا إمتنع الطاعن عن تنفيذ

ما أمرته به المحكمة فلا يكون الطعن قد إكتملت له مقوماته ويجب على المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تقضى بعدم قبوله، وإذ كانت القاعدة القانونية التي ضمنتها الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات إنما يشير إلى قصد الشارع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه على ما سلف بيانه إلزاماً بمقتضيات الصالح العام وتحقيقاً للغاية التي هدف إليها هوي توحى القضاء في الخصومة الواحدة فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام بما لا يجوز مخالفتها أو الإعراض عن تطبيقها وتلتزم المحكمة بإعمالها إذ كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المرحوم.... مورث الطاعنين وكلا من.... و.... أقام الدعوى ابتداء ضد مورثه المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس، و.... بطلب إبطال إشهد الوفاة والوراثة الصادر بتاريخ ١٩٦٥/٦/٢٢ في المادة رقم ٥١ لسنة ١٩٦٥ وراثات بندر شبين الكوم وإذ توفى المورث المذكور عجل الطاعنان الأولى والثانية الدعوى من الإنقطاع ضد مورثه المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس و.... للحكم لهم بذات الطلبات في مواجهة باقى ورثته وهم الطاعن الثالث و.... وإذ حكم ابتدائياً ببطلان إشهد الوفاة والوراثة سالف البيان، إستأنفت مورثة المطعون ضدهم الخمسة الأول والمطعون ضده السادس فقط هذا الحكم مختصمين الطاعنين الأول والثاني فقط دون باقى ورثة المدعى وهم.... الطاعن الثالث و.... أولاد المرحوم.... وشقيقته.... ولم تأمر المحكمة بإختصامهم في الإستئناف حتى صدور الحكم فيه، وكانت الدعوى بطلب بطلان إشهد الوفاة والوراثة وهي دعوى إرث مما يوجب القانون فيها إختصام أشخاص بعينهم هم الورثة جميعاً وموضوعها غير قابل للتجزئة لأن الفصل فيها لا يحتمل سوى حل واحد هو بطلان إشهد الوفاة والوراثة أو صحته فقد كان يتعين أن يستمر إختصام جميع المحكوم لهم حتى صدور حكم نه للخصومة وكان الحكم المطعون وقد قضى بقبول الإستئناف شكلاً وإلغاء الحكم المستأنف وعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها دون إختصام باقى ورثة المرحوم.... وهم أبناؤه.... " الطاعن الثالث " و.... وشقيقته.... يكون قد خالف قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع ويتعين على المحكمة إعمالها من تلقاء نفسها مما يبطل الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث سببي الطعن.

(الطعن ١٩٥ لسنة ٦٠ ق " أحوال شخصية " جلسة ١٩٩٤/٤/٢٦)

٢٠- دعوى الإستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث. شرط قبولها. تضمن الطلبات فيها طلب تغيير بيانات السجل العيني الواردة في قيد حق الإرث بما يفيد أن الوارث الحقيقي هو المالك للعقار وليس الوارث الظاهر والتأشير بهذه الطلبات أمام بيانات السجل المشار إليها وتقديم شهادة دالة على حصول التأشير. لأن كان مؤدى النص في المادة ٣٢ من القرار بقانون ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ بنظام السجل العيني على أن الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري تشمل دعاوى الإستحقاق ومنها دعوى الإستحقاق عن طريق الميراث أو دعوى الإرث إلا أن الدعوتين الأخيرتين ليستا تلك الدعوى التى يرفعها الوارث الحقيقي على الحائز مطالباً الأخير

بإستحقاقه العقار الموروث وإنما هي عن الدعاوى التي يرفعها الوارث الحقيقي بعد قيد حق الإرث في السجل العيني لوارث ظاهر مطالباً الأخير بإستحقاقه العقار الموروث. وهذه الدعاوى هي التي يجب أن تتضمن الطلبات فيها طلب إجراء المالك للعقار ليس هو الوارث الظاهر بل هو الوارث الحقيقي، ومن ثم يجب أن يؤشر الوارث الحقيقي بهذه الطلبات جميعاً أمام البيانات الواردة في السجل بشأن قيد حق الإرث وأن يقدم شهادة دالة على حصول هذا التأشير حتى تقبل منه دعاوى الإرث أو دعاوى الإستحقاق عن طريق الميراث. وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون سالف البيان عندما عرضت للغاية المرجوه والمزايا التي يحققها هذا القانون بما أوردته من أنه يحقق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق البيانات الثابتة بالسجل العيني إذ أنه بمجرد إثبات البيان بشأن العقار يصبح ممثلاً للحقيقية ونقياً من أي عيب عالق بسند الملكية بعد مضي مواعيد الطعن ذلك أن المبدأ حجر الزاوية للنظام ومعناه أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير مما يقتضى أن يؤشر بالدعاوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه.

(الطعن ١٣١٢ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٦/٣/١٣ س ٤٧ ص ٤٦٨)

٢١- إن من المقرر شرعاً أن من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط حق الإرث، لأنه سبب من أسباب الملك على سبيل الخلافة من الميت، فينتقل به المال إلى الوارث ويدخل في ملكه ولو جبراً عنه ولا يسقط هذا الحق بالترك أو الإتفاق الذى ينطوى على التصرف فيه قبل إنفتاحه لصاحبه وإستحقاقه إياه. وإلا كان ذلك تحايلاً على قواعد الميراث فيقع باطلاً بطلاناً فلا يعتد به، لما كان ذلك، وإذ وقع الحكم المطعون فيه في تناقض بين أسبابه ومنطوقه، إذ إنتهى في الأسباب إلى نتيجة تتعارض مع ما ورد بالمنطوق بحيث لا يمكن أن يتهم على أي أساس أقام الحكم قضاءه. مما يتعين معه نقضه.

(الطعن ٢٠٣ لسنة ٦٢ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٩٦/٣/٢٥)

٢٢- لما كان ذلك، وكانت المادة ٢١٨ من قانون المرافعات قد وردت ضمن الأحكام العامة في الطعن المنصوص عليها بالفصل الأول من الباب الثاني عشر الذى أورد فيها القانون المذكور طرق الطعن في الأحكام، وكان الأصل هو إنطباق الأحكام العامة على كافة طرق الطعن، إلا ما يكون قد ورد بشأنه نص خاص مغاير، مما مؤداه إنطباق حكم الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ على الطعن بطريق النقض، وذلك بالنسبة للشق الأول منها سالف الذكر فقط الذى يواجه حالة تعدد المحكوم عليهم، دون شقها الأخير المتعلق بحالة تعدد المحكوم لهم إذ ورد بشأنها في الفصل الخاص بالطعن بطريق النقض حكم مغاير هو ما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات من وجوب إشتمال صحيفة الطعن على أسماء جميع الخصوم الواجب إختصامهم، مما مفاده وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه إذا أغفل الطاعن إختصام بعض المحكوم عليهم في الحكم المطعون فيه والصادر في موضوع غير قابل للتجزئة كان طعنه باطلاً ومن ثم غير مقبول، لما كان ما تقدم، وكان البين من مدونات الحكم

المطعون فيه أنه صادر في موضوع قوامه تحقيق وفاة وورثة المرحوم.... وإنحصار إرثه الشرعي في ورثته، وكان موضوع النزاع بطبيعته لا يقبل التجزئة وإذ لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد، بما لازمه أن يكون الحكم واحداً بالنسبة لهم، ولما كانت المحكمة قد خلصت فيما سلف إلى أن الطعن المقدم من الطاعن الأول عن الحكم المطعون فيه قد رفع صحيحاً، وباطلاً بالنسبة للطاعنين الثاني والثالث والرابع، وهو ما إنتهت على أساسه إلى عدم قبول الطعن بالنسبة لهم، فإنه يكون من المتعين إزاء ذلك إختصامهم في الطعن، وهو ما يقضى إعادة الطعن إلى المرافعة ليختصم الطاعن الأول الطاعنين الثاني والثالث والرابع كإجراء واجب قبل الفصل فيه.

(الطعن ٥٠١ لسنة ٦٤ق - جلسة ٦٤ق - أحوال شخصية- جلسة ٢٠٠١/٥/١٤ لم ينشر بعد)

٢٣- وحيث أن هذا النعى في محله. ذلك أن الدعوى بالحق في الإرث تسقط - وعلى ما جاء بالملحوظة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني - بثلاث وثلاثين سنة، فإذا سكت الوارث عن المطالبة بحقه في الإرث طوال هذه المدة وأنكر باقى الورثة عليه هذا الحق، ودفعوا دعواه بعدم سماعها، تعين القضاء بعدم جواز سماعها بعد تركها من غير عذر شرعي. فإذا ثبت قيام هذا العذر، فإن المدة التي تمضى مع قيامه لا تعتبر، وتسمع دعواه بقدر نصيبه في التركة. وإذا كان العذر الشرعي لا يخرج عن كونه مانعاً يحول بين الوارث ورفع دعواه، فإن المدة المقررة لعدم السماع لا تسرى مع قيام العذر. لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعنة تمسكت في دفاعها أمام محكمة الإستئناف بوجود مانع أدبي حال بينها وبين مطالبة شقيقها مورث المطعون ضدهم بحقها في الإرث لأنها كانت تعيش في كنفه هي وإبنها من مطلقها منذ طلاقها في عام ١٩٥٠ حتى تاريخ وفاته في عام ١٩٨٥، ولأنه كان يعطيها ريع حصتها الموروثة ثم أنكر ورثته عليها ذلك الحق. وأيدت دفاعها بشهادة إدارية صادرة عن المجلس الشعبي بناحية بابل مركز تلا، وأن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بقصور يبطله ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن.

(الطعن ٢٢ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٠٢)

لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً، والا إذا كان هذا الوارث ملزماً بالبقاء في الشيوع بناء على إتفاق أو نص في القانون.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ٩٠٦ ليبى و ٨٦٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يسلم المصفي أموال التركة للورثة شائعة فيما بينهم. لكن يجوز لكل وارث أن يطلب من المصفي تسليم نصيبه مفرزاً، إلا إذا كان مجبراً على البقاء في الشيوع بإتفاق مع الورثة كما في ملكية الأسرة، أو بنص في القانون كما في الشيوع الإجبارى، أو تبعاً لتقدير القاضي، إذا كانت القسمة العاجلة من شأنها أن تؤدى إلى نقص محسوس في قيمة المال (انظر م ١٢٠٢ فقرة ٢ من المشروع).
 (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٦٨)

رأى الفقه:

١- لكل وارث أن يطلب من المصفي أن يسلمه نصيبه من التركة بعد تسوية ما عليها من الديون مفرزاً، إذ القاعدة إلا يجبر شخص على البقاء في الشيوع إلا بإرادته أو بمقتضى نص القانون. إذا لم يكن هناك إتفاق على البقاء في الشيوع، ولم يكن هناك نص في القانون يوجب الإستمرار فيه، يجب على المصفي أن يسلم الوارث نصيبه متى طلب ذلك.

(الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ٥٩)

٢- إذا طلب أحد الورثة من المصفي أن يسلمه نصيبه في الإرث مفرزاً، فإن أموال التركة بعد تصفيته تكون شائعة بين الورثة. ولما كان لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع إلا بإتفاق، كما هو الأمر في ملكية الأسرة، أو بنص في القانون، كما هو الأمر في الشيوع الإجبارى، فإن الوارث الذى يطلب تسلم حصته مفرزة، إذا لم يوجد إتفاق أو نص يمنعه من التقوم بهذا الطلب، لا بد أن يجاب إلى طلبه ويتعين على المصفي في هذه الحالة أن يجرى قسمة أموال التركة حتى يفرز نصيب الوارث.

(الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ١٨١)



مادة (٩٠٣)

- ١- إذا كان طلب القسمة واجب القبول، تولى المصفي إجراء القسمة بطريقة ودية على ألا تصبح هذه القسمة نهائية إلا بعد أن يقرها الورثة بالإجماع.
- ٢- فإذا لم ينعقد إجماعهم على ذلك، فعلى المصفي أن يرفع على نفقة التركة دعوى بالقسمة وفقاً لأحكام القانون، وتستنزل نفقات الدعوى من أنصاف المتقاسمين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٧ ليبي و ٨٦٤ سوري.

الأعمال التحضيرية:

إذا لم يوجد مانع من إجابة الوارث إلى طلب تسليم نصيبه مفرزاً تولى المصفي تجنيب حصته مفرزة بالإتفاق مع الورثة. فإن لم يتفقوا جميعاً رفع دعوى القسمة، وتكون نفقاتها على التركة. ويسرى على هذه الدعوى أحكام دعاوى القسمة، ويترتب عليها نفس الأحكام^(١).

رأى الفقه:

- ١- يتولى المصفي تجنيب حصة مفرزة للوارث متى اتفق الورثة جميعاً على ذلك، فإن لم يتفقوا جميعاً رفع دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية بمصاريف على حسابهم، وتسرى عليها أحكام دعوى القسمة، ويترتب على القسمة بوجه خاص ضمان التعرض والإستحقاق ونقض القسمة للغبن وإمتياز المتقاسم^(٢).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٦٩.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٨١.

مادة (٩٠٤)

تسرى على قسمة التركة القواعد المقررة فى القسمة، وبوجه خاص ما يتعلق منها بضمان التعرض والإستحقاق وبالغبن وبامتنياز المتقاسم، وتسرى عليها أيضاً الأحكام الآتية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٨ لىبى و ٨٦٥ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - سابقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٠٣ مدنى.

رأى الفقه:

يراجع التعليق بالفقه الوارد على نصوص المواد ٨٣٤ و ٨٤٤ و ٨٤٥ و ٨٤٦ مدنى الواردة بالمجلد الأول من الجزء الرابع من هذا الكتاب فى شأن قسمة المال الشائع، وأحكام ضمان التعرض وضمان الإستحقاق والإعفاء من هذا الضمان بالإتفاق أو بخطأ المتقاسم، ونقض القسمة الإتفاقية للغبن وشروط الغبن ومقداره. كما يراجع - لاحقاً - التعليق بالفقه الوارد على نص المادة ١١٤١ مدنى الواردة بالجزء الخامس من هذا الكتاب الخاصة بامتنياز المتقاسم.

* * *

مادة (٩٠٥)

إذا لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث، أمرت المحكمة إما ببيع هذه الأشياء أو بإعطائها لأحد الورثة مع إستنزال قيمتها من نصيبه في الميراث أو دون إستنزال، ويراعى فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩٠٩ لىبى و ٨٦٦ سورى.

الأعمال التحضيرية:

الأوراق العائلية أو الأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث. كملابسة ومذكراته، وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وما إلى ذلك. وهذه يقدر القاضى بشأنها، إذا يتفق الورثة على طريقة تقسيمها. ظروف العائلة والظروف الشخصية للورثة، فقد يأمر ببيعها، وقد يعطيها لوارث معين بعد إستنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث أو دون الإستنزال^(١).

رأى الفقه:

١- الأوراق العائلية والأشياء التي تتصل بعاطفة الورثة نحو المورث كمذكراته وشهادته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية وما تركه من ذكريات مادية كالأسلحة وأصول المؤلفات والمكتب الذى كان يجلس إليه والقلم الذى كان يكتب به وما إلى ذلك، إذا اتفق الورثة على أمر فى شأنها، نفذ هذا الإتفاق. أما إذا لم يتفق الورثة على طريقة تقسيمها تولت المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية البت فى شأنها، مستلزمة فى ذلك العرف وظروف الأسرة والظروف الشخصية للورثة، فقد تأمر ببيعها وتوزع ثمنها على الورثة، وقد تعطيها لوارث معين هو أحق الورثة بإقتنائها بعد إستنزال قيمتها من نصيبه فى الإرث، أو دون إستنزال إذا تمخضت قيمتها فى عنصرها المعنوى^(٢).



(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٢٧٢.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٨٢.

مادة (٩٠٦)

إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به. وثمن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ويستنزل من نصيب الوارث في التركة فإذا تساوى قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٠ ليبى و ٨٦٧ سورى.

الأعمال التحضيرية:

إذا وجد في التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري، فبدلاً من أن تنتقص قيمته بالتقسيم، يسلمه القاضى لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع بإدارته، ويقدر ثمن المستغل بمراعاة قيمة ما ينتجه لا قيمته كرأس مال فقط، وتستنزل هذه القيمة من نصيب الوارث في التركة، وإذا لم يف نصيبه بقيمة المستغل ألزم بدفع الفرق^(١).

رأى الفقه:

المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري الذى يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها، كبستان غرست فيه أشجار أو الزهور وكمصنع وكمحل تجارى، يراعى فيه هذه الوحدة الاقتصادية، فلا يصح تقسيمه، وإلا كان فى ذلك انتقاص كبير من قيمته. فيعطى المستغل برمته لأقدر الورثة على إستغلاله، ويقدر ثمن المستغل بحسب قيمته كرأس مال لا بحسب ما ينتجه من إيراد. ويستنزل هذا الثمن من نصيب الوارث الذى أعطى له المستغل، فإذا لم يف نصيبه بثمن المستغل ألزم بدفع الفرق. فإذا تساوى وارثان أو أكثر فى القدرة على الإستغلال، أعطى المستغل لمن يدفع فيه أعلى قيمة بحيث لا تقل عن ثمن المثل. وإذا لم يوجد أحد من الورثة تتوافر فيه القدرة على الإستغلال، بيع المستغل لأجنبى طبقاً للقواعد المقررة فى القسمة، ووزع ثمنه على الورثة. وإذا لم يوجد فى التركة غير المستغل أو كان هو معظم التركة، ووجد وارث تتوافر فيه القدرة على إستغلاله ورضى بدفع ثمنه، أعطى له، ويكتفى باقى الورثة كل بحصته فى الثمن بنصيبه فى الإرث^(٢).

(١) مجموعة من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٢٧٤.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى - المرجع السابق - ص ١٨٣.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كانت الأوراق قد خلت مما يفيد تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بدرجتها بأحقّيته في الاستثناء بعين النزاع باعتبارها مستغلاً تجارياً للمورث، وأنه أقدر من باقي الورثة على الاضطلاع به طبقاً لنص المادة ٩٠٦ من القانون المدني، فإنه لا تجوز إثارة هذا السبب لأول مرة أمام محكمة النقض.
(الطعن رقم ٢٢٩ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٢ / ١٩٧٩)

* * *

مادة (٩٠٧)

إذا اختص أحد الورثة عند القسمة بدين للتركة، فإن باقى الورثة، لا يضمنون له المدين إذا هو أعسر بعد القسمة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأفكار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١١ لىبى و ٨٦٨ سورى.

الأعمال التحضيرية:

إذا وقع عند الإفراز دين للتركة فى نصيب أحد الورثة، فإن الباقي لا يضمنون له الإعسار الطارئ على المدين بعد القسمة، ما لم يتفق الورثة على غير ذلك^(١).
رأى الفقه:

يعرض نص المادة ٩٠٧ مدنى للديون التى للتركة أى للحقوق الشخصية التى يكون فيها المورث دائماً لأجنبى، وهذه الحقوق الشخصية لا تدخل فى الشيوع مع أموال الشركة الشائعة، بل هى تنقسم بمجرد وفاة المورث على الورثة كما بنسبة حصته فى الميراث. فإذا وضع كل الحق الشخصى عند القسمة فى نصيب أحد الورثة، فإنما يكون ذلك فيما بين الورثة وحدهم. أما بالنسبة إلى المدين بهذا الحق، فإنه بموت المورث يصبح مديناً لكل وارث بمقدار حصته. ويجب أن يحول باقى الورثة حصصهم للوارث الذى وقع فى نصيبه الحق عن طريق حوالة الحق. ولكن هؤلاء الورثة لا يضمنون للوارث الذى اختص بالحق وحده إعسار المدين بعد القسمة إلا إذا وجد اتفاق يقضى بذلك. فهم إذن يضمنون للوارث، دون اتفاق، إعسار المدين عند القسمة، وفى هذا تشديد للضمان الذى تقرره القواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٩/١^(٢). من القانون المدنى، فالمجمل لا تضمن إلا وجود الدين وقت الحوالة ولا يضمن يسار المدين فى هذا الوقت إلا باتفاق خاص. أما فى قسمة التركة حيث تقتضى القسمة مراعاة المساواة ما بين المتقاسمين فالورثة يضمنون يسار المدين عند القسمة دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك. أما إذا أريد ضمان يسار المدين عند حلول الدين فهذا الذى يقتضى اتفاقاً خاصاً كما تقضى بذلك المادة ٩٠٧ من القانون المدنى^(٣).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- تشترط المادة ٥٠٠ من القانون المدنى للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضي. فإذا كان ما تعلل به الطاعن لتبرير حقه فى الرجوع عن تنازله عن الأجرة من وقوعه فى غلط قد ثبت

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٢٧٦.

(٢) يراجع التعليق على نص هذه المادة فى الجزء الأول من هذا الكتاب.

(٣) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٨٤ و ١٨٥.

فساده كما أن ما يدعيه من أن دين الأجرة غير قابل للإنقسام غير صحيح في القانون لأن دين الأجرة وإن كان أصلاً للمورث إلا أنه ما دام بطبيعته قابلاً للإنقسام فهو ينقسم بعد وفاته على الورثة كل بقدر حصته الميراثية، إذا كان ذلك، فإن العذر الذي استند إليه الطاعن لتبرير حقه في الرجوع في إقراره بالتنازل يكون منتهكاً.
(الطعن رقم ٤١٣ - لسنة ٣٠ ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ١٢ / ١٩٦٥)

* * *

مادة (٩٠٨)

تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى، بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاق فى التركة كانت الزيادة وصية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٢ لىبى و ٨٦٩ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١- يعرض نص المادة ٩٠٨ مدنى للقسمة التى يجريها المورث فى تركته بين ورثته حال حياته، وتكون فى وصية يجوز الرجوع فيها، ولو لم يجز الرجوع فيها لكانت تعاملأ فى تركته مستقبلة وكانت باطلة، فجعلت وصية يجوز الرجوع فيها لأن الوصية مستثناه من حكم بطلان التعامل فى التركة المستقبلة والمادة ٩٠٨ مدنى تقرر المبدأ العام فى هذه المسألة، وهى منقولة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. وليس من الضرورى أن يقسم المورث تركته على جميع ورثته، بل يصح أن يفرز نصيب بعض الورثة دون غيرهم، ويكون باقى التركة للباقى من الورثة شائعاً بينهم، ومن أفرز المورث نصيبه فى التركة لا يجوز أن يزيد قيمة نصيبه على استحقاقه فى الإرشاد إلا بقدر ثلث التركة، إذ تعتبر هذه الزيادة وصية.

(جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٦ - مدنى - ص ١٢٧٨)

* * *

مادة (٩٠٩)

القسمة المضافة إلى ما بعد الموت يجوز الرجوع فيها دائماً وتصبح لازمة بوفاة الموصى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٣ لیبی و ٨٧٠ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.
رأى الفقه:

١- قسمة المورث هي وصية من ناحية وقسمة من ناحية أخرى. فمن حيث أنها وصية يجوز للمورث الرجوع فيها دائماً حال حياته، ولا تصبح لازمة إلا بوفاة (٩٠٩ مدنى)، ومن حيث أنها قسمة تسرى عليها أحكام القسمة. وبخاصة أحكام ضمان التعرض والإستحقاق وأحكام إمتياز المتقاسم، ويستثنى من ذلك أحكام الغبن فهى لا تسرى على قسمة المورث. وقد قدمنا أنه يجوز للمورث أن يعطى أحد الورثة أكثر من إستحقاقه وتكون الزيادة وصية. فالزيادة إذن لا تكون غبناً بل تعتبر وصية وتتفد دون إجازة الورثة مادامت فى حدود ثلث التركة، وعلى ذلك يجب استبعاد أحكام الغبن^(١).

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى - المرجع السابق - ص ١٨٧.

مادة (٩١٠)

إذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته، فإن الأموال التي لم تدخل في القسمة تؤول شائعة إلى الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩١٤ ليبى و ٨٧١ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١- نص المادة ٩١٠ مدنى يسرى فيما إذا استجد للمورث مال بعد القسمة التى أجراها بين ورثته ولم يتمكن من إدخال هذا المال الجديد فى القسمة قبل موته، أو لم يرد ذلك، فتبقى القسمة التى أجراها فى الأموال التى أجريت على ما هى عليه. أما المال الذى استجد فيؤول إلى الورثة ضمن تركته، ولكنه يكون شائعاً بينهم لأنه لم يدخل فى القسمة، ويوزع بينهم طبقاً لقواعد الميراث. وفى حساب المقدار الجائز الإيضاء به لبعض الورثة فى القسمة التى أجراها المورث يضاف المال الذى استجد إلى المال الذى أجريت فيه القسمة، فيكون المدار الجائز الإيضاء به هو ثلث هذا المجموع.

وقد يقع العكس ويتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة، فتختل بذلك القسمة التى أجراها بين الورثة. ولما كانت القسمة قد أجريت بطريق الوصية، فإن تصرف المورث فى بعض الأموال التى أدخلها فى القسمة يعتبر عدولاً منه عن الوصية فتسقط القسمة، وتكون الأموال التى يتركها المورث لورثته عند وفاته دون أن يتصرف فيها تركة شائعة بين الورثة^(١).



(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٨٨.

مادة (٩١١)

إذا مات قبل وفاة المورث واحداً أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة، فإن الحصة المفترزة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة إلى باقى الورثة طبقاً لقواعد الميراث.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩١٥ لىبي و ٨٧٢ سورى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

رأى الفقه:

١- يسرى نص المادة ٩١١ مدنى فيما إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة الذين دخلوا القسمة، ذلك لأن أنصباء الورثة تكون قد تغيرت وقت الموت عما كانت وقت الوصية بالقسمة بسبب من استجد من الورثة^(١).

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٨٩.

مادة (٩١٢)

تسرى فى القسمة المضافة إلى ما بعد الموت أحكام القسمة عامة عدا أحكام الغبن.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١٦ لىبى و ٨٧٣ سورى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩١٣ مدنى.

* * *

مادة (٩١٣)

إذا لم تشمل القسمة ديون التركة، أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة، جاز عند عدم تسوية الديون بالإتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقاً للمادة ٨٩٥، على أن تراعى بقدر الإمكان القسمة التى أوصى بها المورث والإعتبارات التى بنيت عليها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١٧ لىبى و ٨٧٤ سورى.

الأعمال التحضيرية:

١- قد يتولى المورث نفسه قسمة تركته على الورثة بوصية قبل وفاته، فيجب أن تكون الوصية بورقة رسمية، وأن تراعى فيها القواعد المتعلقة بتحديد أنصبة الورثة، وبتحديد القدر الذى فيه الوصية، فإن جازت الوصية لوارث جاز للمورث أن يزيد فيما أفرزه من نصيب أحد الورثة، بالقدر الذى تجوز فيه الوصية لوارث، ولما كانت قسمة المورث تتم بطريق الوصية، فإنه يجوز الرجوع فيها، ولكن الرجوع كالإنشاء لا يكون إلا بورقة رسمية.

٢- ويجب فى قسمة المورث الاحتياط لأمرين، فإن المورث وقت القسمة لا يستطيع أن يحصر على وجه اليقين لا كل الأموال التى ستركها كما عند موته ولا كل الأشخاص الذين سيرثونه:

(أ) ففيما يتعلق بالأموال، إذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة، وإذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت فى القسمة، فإن القسمة تبطل ويجب إجراء قسمة جديدة.

(ب) وفيما يتعلق بالورثة إذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية، فإن القسمة تصبح باطلة، وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث، ولم تتغير أنصبة الباقي بعد هذا الموت، فإن الحصة المفروزة التى وقعت فى نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة كل منهم فى الميراث وإن حجب أحد منهم الوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصبة بهذا الحجب بطلت القسمة.

٣- وقسمة المورث تسرى عليها أحكام القسمة، ولا سيما الأحكام المتعلقة بضمان التعرض والإستحقاق، وبإمتياز المتقاسم وبالغبن. إلا أن الوارث الذى يطعن فى القسمة بالغبن يجب عليه أن يرفع دعواه فى السنة التالية لتسلم الأول التركة. وإذا قسمت ديون التركة على الورثة فى قسمة المورث وجبت موافقة الدائنين على ذلك. فإن لم تدخل الديون فى القسمة، أو دخلت ولم يوافق الدائنون، قسم القاضى الديون

طبقاً للأحكام التي تقدم ذكرها في المادتين ١٣٢٧، ١٣٢٨، مراعيًا بقدر الإمكان
القسمة التي أوصى بها المورث والإعتبارات التي بنيت عليها هذه القسمة^(١).

ملاحظة:

ينظر في أحكام شهر حق الإرث، وإجراءاته، والمستندات الواجب إرفاقها مع
طلبه: الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - ص ١٩١ - ٢٠٣.

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٨٦ و ٢٨٧.

أحكام التركات التي لم تصف

مادة (٩١٤)

إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقاً لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقاً لأحكام القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية: مادة ٩١٨ لبيي و ٨٧٥ سوري و ١١٠٧ عراقي و ١٣١ ملكية عقارية لبناني.

الأعمال التحضيرية:

١- تصفية التركة أمر اختيار قد لا يتم. فالتركة التي لم تصف يجوز للدائن أن ينفذ على أي مال فيها، سواء بقي في أيدي الورثة أو انتقل إلى الغير في مدى سنة من وقت موت المورث. وبعد السنة لا يجوز للدائن أن ينفذ على عقار انتقل إلى الغير إلا إذا كان قد أشّر بحقه في سجل المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها آخر موطن للمورث وكان تأشيريه سابقاً على إشهار الغير لحقه.

٢- ويلاحظ أن التركات التي تتقرر تصفيتها، قد يترأخى طلب التصفية فيها إلى وقت طويل بعد موت المورث. وقد يجهل الغير الذي يتعامل مع الوارث ما إذا كانت التركة ستقرر تصفيتها، فما عليه إلا أن ينتظر سنة بعد موت المورث، ثم يقدم على التعامل مع الوارث مطمئناً إذا هو تثبت من أمرين: من أن أحد من دائني التركة لم يؤثر بحقه على النحو المتقدم، ومن أن أمراً بتعيين مصف للتركة لم يقيد على النحو الذي سبق ذكره. لأن تقيد الأمر الصادر بتعيين المصفي يكون له من الأثر بالنسبة للغير ما للتأشير بحق الدائن^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يعتبر الوارث في الأصل قائماً مقام المورث في صدد حجية التصرف الصادر منه فينقيد في إثبات ما يخالف الكتابة بالدليل الكتابي الذي يقيد سلفه، إلا أنه إذا طعن في التصرف بأنه ينطوي على وصية وقد به الاحتياال على قواعد الإرث إضراراً بحقه فيه، فإن إثبات هذا الاحتياال بأى طريق من طرق الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يكون جائزاً له جوازه لسلفه ولو أدى ذلك إلى إهدار إقرارهما بصحة البيع في العقد. إن الإتفاق الذي ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه وإستحقاقه إياه أو يؤدي إلى المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو إتفاق مخالف

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٢٩٠.

للنظام العام يعد تحايلاً على قواعد الميراث فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تحلقه الإجازة وتبعاً لإثباته كافة الطرق ولو كان الوارث طرفاً في إتفاق.

(نقض جلسة ١٣/١/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ مدنى - ص ١٢٣)

(ونقض - جلسة ٢٤/١/١٩٦٦ - المرجع السابق - ص ١٧٣)

ونقض - جلسة ٢١/١١/١٩٦٧ من المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٧٣٦
٢- الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية، وأنه قصد به الإحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه، يجوز له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات، لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث، وإنما من القانون مباشرة، ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف.

(نقض - جلسة ١٧/٢/١٩٧٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - مدنى - ص ٢٦٥)

٣- لأن كان ذكر المال شرطاً لصحة دعوى الوراثة، إلا أنه يحق لدعيها إثبات الوراثة أولاً ثم إثبات المال، والإدعاء بعدم وجود تركه للمتوفى لا يصلح دفعاً لدعوى الوفاة والوراثة، ولا يفيد من ذلك الادعاء بتصرف المورث فى تركه قبل موته.
نقض - جلسة ٧/١/١٩٧٦ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٤٦.

٤- الوصية. إنعقادها بإرادة الموصى المنفردة ولا تنتج أثرها إلا عند موت الموصى. قبول الموصى له الوصية يكون بعد موت الموصى تثبيتاً لحق الموصى به وليس قبولا لإيجاب الموصى. أثر ذلك. عدم لزوم تمثيل الموصى له فى سند إنشاء الوصية.

(الطعن رقم ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ ق جلسة ٦/٧/١٩٩٥ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٥- بطلان وصية المجنون والمعتوه. المادة الخامسة من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦. العقل شرط لصحة الوصية عند إنشائها وشرط لبقائها. إصابة الموصى بأفة عقلية حتى وفاته. أثره. بطلان الوصية وكذا الرجوع عنها.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ ق "أحوال شخصية" - جلسة ٢٠/١١/١٩٩٥ س ٤٦ ص ١٢٠٥)

٦- الوصية. نفاذها من غير إجازة الورثة فى حدود ثلث التركة بعد سداد الديون. م ٣٧/١ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية.

(الطعن رقم ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ ق - جلسة ٦/٧/١٩٩٥ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٧- أحكام الإرث وتعيين أنصبة الورثة من النظام العام. التحايل على مخالفتها وما يتفرع عنها من التعامل فى التركات المستقبلية. باطل بطلاناً مطلقاً. أثره. الأصل عدم جواز التصرف الناشئ عن هذا التحايل. الإستثناء. صحة الوصية للوارث وغير الوارث فى حدود ثلث التركة من غير إجازة الورثة رغم أن الوصية تعامل من المورث فى تركته المستقبلية. م ١، ٣٧ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦)

(الطعن رقم ٦٤٣، ٦٣٧ لسنة ٦١ ق - جلسة ٦/٧/١٩٩٥ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٨- التحقق من رجوع المورث عن الوصية طبقاً لأحكام قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦. إختصاص المحاكم الابتدائية بنظره. أثره. وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم باطلاً.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س ٤٦ ص ١٢٠٥)

٩- الوصية تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاء ولا يترتب عليها اي حق قبلها. للموصي الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها م ٢، ١٨ من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ ق "أحوال شخصية" جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س ٤٦ ص ١٢٠٥)

* * *

٣- الوصية مادة (٩١٥)

**تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.
النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٩ لیبی و ٨٧٦ سورى و ١١٠٨ عراقى و ٢٢٨ لبنانى و ٧٩٧
سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الإيصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالإيجاب وحده، وهل يجوز الرجوع فى الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين. أما من حيث الشكل فقد نصت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أحكام تجب مراعاتها فى جميع الوصايا، وقررت اللائحة المذكورة الجزاء الذى يترتب على مخالفة هذه الأحكام^(١).

رأى الفقه:

١- يتبين من نص المادة ٩١٥ مدنى أنه يقرر مبدأ عاماً جوهرياً، هو أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها، ويستوى فى ذلك وصية المسلم ووصية غير المسلم.
كما أنه قد أصبح الآن - فى ظل قانون تنظيم الشهر العقارى، وقانون السجل العيى - واجباً شهر الوصية حتى تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين ذوى الشأن^(٢).

ملاحظة:

ينظر فى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى الوصية، من حديث شكل الوصية وشروط صحتها، والرجوع عنها، وقبلها وردها، والوصية الواجبة: الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - صفحة ٢٠٦ حتى ٢١٧.
٢- الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، ولقد عرفها المالكية بأنها عقد يوجب حقاً ثلث عقده يلزم بموته أو نياية عنه بعده. ولقد شرعها الله تعالى ليتمكن بها المكلف من مكافأة عزيز عليه أو تدارك ما عساه أن يكون قد فاتته من أعمال الخير

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٢٩٤، ٢٩٥.

(٢) الوسط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٠٣ وما بعدها.

حال حياته - وتسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها.

ولما كانت الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا تنتقل الملكية أو الحق العينى الموصى به إلى الموصى له إلا عند الوفاة، وأما قبل وفاة الموصى فليس للموصى له سوى مجرد أمل يتحول إلى حق مكتسب بوفاة الموصى.

ومع ذلك يجب التفرقة بين المنقول والعقار، فإذا وردت الوصية على منقول فإن الحق العينى الموصى به ينتقل إلى الموصى له فى الوفاة بلا حاجة إلى أى إجراء آخر ما لم يتفق على إرجاء نقل الحق إلى وقت لاحق.

وأما إذا كان الموصى به حقاً عقارياً فلا بد من التسجيل، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ولما صدر قانون السجل العينى رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤ أوجب المادة ٤٦ منه قيد الوصية فى السجل العينى^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- القضاء باعتبار عقد البيع وصية نافذة فى حدود ثلث التركة. إجازة بعض الورثة للوصية فيما يجاوز الثلث. وجوب احتساب نصيبهم الميراث منسوباً إلى ما جاوز الثلث فى العقار المتصرف فى العقار المتصرف فيه وليس إلى باقى التركة.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - مدنى ص ١٣٣٧)

٢- مفاد نص المادتين ٢٠ و ٢٣ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية أن المشرع أخذ بالرأى المعمول فى المذهب الحنفى من أن وقت قبول الموصى له الوصية إنما يجب أن يكون بعد وفاة الموصى حتى يثبت للموصى له الملك، وأن رد الوصية إنما يقتصر على ما وردت فيه دون غيره من الأموال الموصى بها والتي قبلها الموصى له. وإذا كان قد ورد فى مدونات الحكم المطعون فيه أن رد الطاعنة قد اقتصر على العقارات الموصى بها وحدها دون غيرها من الأموال المنقولة المتخلفة عن الموصى، ثم قضى الحكم رغم ذلك برفض دعوى الطاعنة (بصحة ونفاذ الإقرار المحرر بمعرفة الموصى فيما يتضمنه من الإيصاء لها بثلاث تركة مورثها والمبينة بصحيفة الدعوى)، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ١٧٦)

٣- لا تنفذ الوصية من غير إجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه، ويكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض. فكل ما يحدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص فى قيمة التركة أو هلاك فى بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له وكل زيادة تطرأ على التركة فى هذه الفترة تكون للجميع.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٥٧٥)

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٦١ و ٦٢.

٤- إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٤ ص ٥٧٩)

٥- نفاذ الوصية في ثلث التركة بغير إجازة الورثة، انتهاء الحكم إلى أن عقد النزاع في حقيقته وصية، تقريره نفاذاً في ثلث الوارد به دون استظهار عناصر التركة لبيان القدر الذي تنفذ فيه.. خطأ.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ - الطعن ٦٣٥ لسنة ٤٥ق - لم ينشر بعد)

٦- الوارث حكمه حكم المورث بالنسبة للتصرف الصادر الأخير. الإستثناء. أن يطعن على التصرف بإخفائه وصية أو صدوره في مرض الموت. تقدير أدلة الصورية يستقل به قاضي الموضوع.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى وارث آخر أو إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن في هذا السند بأنه ينطوي على الإيحاء أو أنه صدر في مرض موت مورثه وأن تقدير أدلة الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى.

(الطعن ١٤٧٣ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/١/١٥ س ٤٣ ص ١٦٦)

٧- الوصية. إنعقادها بإرادة الموصي المنفردة ولا تنتج أثرها إلا عند موت الموصي. قبول الموصي له الوصية يكون بعد موت الموصي تثبيتاً لحق الموصي به وليس قبولاً لإيجاب من الموصي. أثر ذلك. عدم لزوم تمثيل الموصي له في سند إنشاء الوصية.

لما كانت الوصية تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة وتتعدد بتحقيق وجود ما يدل على إرادة الشخص لتصرف أو إلزام معين يترتب عليه تحمل تركته بعد وفاته بحق من الحقوق، فهي ليست بعقد بين الموصي والموصي له حتى يشترط قبوله وقت إنشائها بل هي تصرف لا ينتج أثره إلا عند موت الموصي ويكون رضاء الموصي له بالوصية بعد موت الموصي ليس قبولاً لإيجاب من الموصي بل هو تثبيت لحق الموصي له في الموصي به حتى لا يكسب حقاً بغير رضائه وبالتالي لا يلزم تمثيل الموصي له في سند إنشاء الوصية.

(الطعن ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٨- الوصية. نفاذها من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة بعد سداد الديون. م ١/٣٧ ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية.

النص في المادة ١/٣٧ من قانون الوصية الصادر برقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة..... " إنما يدل على أن مقدار ما تنفذ به الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة هو ما كان في حدود الثلث.

(الطعن ٦٣٤، ٦٣٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٥/٧/٦ س ٤٦ ص ٩٥٢)

٩- الوصية تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاة ولا يترتب عليها أي حق قبلها. للموصي الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها م ٢، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادتين ٢، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم ولا تنفذ إلا بعد الوفاة ولا يترتب عليها أي حق قبلها فيجوز للموصي الرجوع عنها صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام أن خيار الرجوع الصريح يكون بأية عبارة ينطقها الموصي أو يكتبها تدل بوضوح على أنه غير راغب في الإبقاء على الوصية، أما الرجوع دلالة فيصح بأي فعل أو تصرف يصدر من الموصي بعد الوصية ينبئ عنه وتقوم القرينة أو العرف على أنه أراد بالفعل نقض الوصية أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسها نقضها.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س ٤٦ ص ١١٩٥)

١٠- بطلان وصية المجنون والمعتوه. المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. العقل شرط لصحة الوصية عند إنشائها وشرط لبقائها. إصابة الموصي بأفة عقلية حتى وفاته أثره. بطلان الوصية وكذا الرجوع عنها.

مفاد المادة الخامسة من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أنه يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع وأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً فلا تصح وصية المجنون والمعتوه إذ لا إرادة لهما وإذا كان العقل شرطاً لصحة الوصية عند إنشائها فهو شرط أيضاً لبقائها على فرض أن الموصي كان مصاباً بأفة عقلية استمرت حتى وفاته فإن الوصية الصادرة عنه تكون باطلة إذ أن العقل شرط لبقائها كما هو شرط لإنشائها وهذا البطلان يترتب ذات الأثر الذي يترتب الرجوع عن الوصية.

(الطعن ٢٥٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢٠ س ٤٦ ص ١١٩٥)

١١- نفاذ القوانين بعد نشرها بثلاثين يوماً ما لم يحدد القانون ذاته ميعداً آخر. م ٢٦ دستور ١٩٢٣. النص في المادة الثانية من مواد إصدار قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ليس مقصوداً به الخروج عن القاعدة العامة المذكورة. علة ذلك. مفهوم الشهر ثلاثين يوماً.

النص في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٦ من دستور سنة ١٩٢٣ - الذي صدر في ظل قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ - مفاده أن القوانين تكون نافذة بعد نشرها بثلاثين يوماً ما لم يحدد القانون ذاته ميعداً آخر أقصر أو أطول من ذلك لنفاذه.

وكان القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية قد صدر في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥هـ الموافق ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٦ ونصت المادة الثانية من مواد إصداره على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وإذ نشر بالعدد رقم ٦٥ منها في أول يوليو سنة ١٩٤٦ وكان المشرع الدستوري قد أرسى قاعدة عامة - على هذا النحو - مؤداها نفاذ القوانين بعد نشرها في الجريدة الرسمية بثلاثين يوماً، فإن

مدة الشهر المنصوص عليها بالمادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ لا تفصح عن رغبة المشرع آنذاك في الخروج عن هذه القاعدة، وتكون مدة الشهر في مفهومه ثلاثين يوماً إعمالاً للقاعدة العامة سالفة البيان، ويبدأ سريان هذه المدة إعتباراً من ١٩٤٦/٧/٢ اليوم التالي لتاريخ نشر القانون وتنتهي في ١٩٤٦/٧/٣١ وبالتالي يكون القانون نافذاً إعتباراً من يوم ١٩٤٦/٨/١.

(الطعن رقم ١٤٧، ١٨٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤ س ٤٨ ص ٩٧٦)

* * *

مادة (٩١٦)

١- كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أيّاً 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 ثابتاً.

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

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٢٠ لیبی و ٨٧٧ سوری و ١١٠٩ راقی و ٧٩٨ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

عم النص فأعطى حكم الوصية لكل عمل قانوني يصدر في مرض الموت كالبيع والهبة والإقرار والإبراء وغير ذلك من التصرفات، مادام لم يقصد بها التبرع، وقصد التبرع مفروض ما دامت الورثة قد أثبتت أن التصرف قد صدر في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، بما فيها البينة والقرائن. ولا يحتاج عليهم بتاريخ التصرف إلا كان ثابتاً، لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له، ولكن يجوز لكل ذي شأن أن يثبت أن التصرف، رغم صدوره في مرض الموت، كان يقابل فإن أثبت ذلك كان القدر المحابي به هو الذي يأخذ حكم الوصية كما في بيع المريض^(١).

رأى الفقه:

١- التصرف الصادر من المورث في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبره القانون وصية مستترة، وتسرى عليه أحكام الوصية، وبذلك تحمي الورثة، إذ أن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه، وهذا هو حكم الوصية. وحتى تسرى أحكام الوصية يجب - كما هو ظاهر من نص المادة ٩١٦ مدني - أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول- أن يكون تصرفاً صادراً في مرض الموت - وهذا النص عام لا يقتصر على البيع، بل يشمل كل تصرف صدر في مرض الموت أيّاً كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف. ويقع على الورثة عبء إثبات أن التصرف قد صدر في مرض موت المورث، وذلك بجميع الطرق، بما فيها البينة والقرائن لأنهم إنما يثبتون

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٢٩٧ - ٢٩٨.

واقعة مادية، بتقارير الأطباء وبشهادة الشهود وبالقرائن المستخلصة من ظروف المرض وبغير ذلك من الأدلة. كما لهم أن يثبتوا التاريخ الحقيقي لسند التصرف الصادر من المورث بجميع طرق الإثبات، لأن تقديم التاريخ غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق.

الشرط الثاني- أن يكون المقصود بالتصرف التبرع - ويقع عبء إثبات أن التصرف الصادر من المورث في مرض موته قصد به التبرع، يقع على من صدر له التصرف. ذلك أنه متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فقد أقام القانون قرينة قانونية على أن 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 يحددها بأن يثبت أنه دفع عوضاً للمورث^(١).

٢- اختص المشرع المصري تصرفات المريض مرض الموت بحكم خاص بها، هو نص المادة ٩١٦ مدنى. ويذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تعريف مرض الموت بأنه هو الذى يغلب فيه الوفاة عادة ويتصل به الموت فعلاً، فيجب إذن أن يكون مرض الموصى قد بلغ قدراً من الخطورة والجسامة بحيث يتصل به الموت عادة. وهذه مسألة يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض. ويجب فوق ذلك أن يتصل الموت فعلاً بالمرض. بل ويميل القضاء إلى اشتراط حدوث الوفاة واتصالها بالمرض قبل مضى عام على بداية المرض، بحيث إذا استطالت مدة المرض عن ذلك ولم تتزايد ولم تتفاقم فلا يعتبر المرض مرض موت. وكل عمل قانونى يصدر من الشخص وهو فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية. ويجب لإثبات هذا الحكم أن يصدر التصرف من الشخص وهو فى مرض الموت، وأن يكون مقصوداً به التبرع. ويكفى أن يثبت ورثة المتوفى أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت. ومتى أثبتوا ذلك اعتبر التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت. ومتى أثبتوا ذلك اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع (م ٣/٩١٦ مدنى). وللورثة إثبات أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت بجميع طرق الإثبات. ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً (م ١/٩١٦ مدنى). ومتى سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فإن هذا يعنى أنه لا يسرى فى حق الورثة إلا فى حدود الثلث، وأما فيما يزيد عن ذلك فلا بد من موافقتهم^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لن كان حق الورثة يتعلق فى مرض الموت بماله، إلا إن هذا الحق لا يتعلق إلا بالثلثين منه، أما الثلث الباقي فقد جعله الشارع حقاً للمريض ينفقه فيما يرى بواسطة التبرع المنجز حال المرض أو بواسطة الوصية. وإن كانت المادة ٩١٦ من

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٦٦ وما بعدها.

القانون المدني قد نصت على أنه "لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدور في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت، فإن عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم.

جلسة ١١/٥/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ٩٧٥

٢- المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على أن "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤبّه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه.

(الطعن رقم ٥١٩١ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠/٠٢/٢٠٠١)

٣- إذ كان الثابت في الأوراق وأقر به الطاعنون أنفسهم أن المطعون ضدهم الثلاثة الأوائل أوفوا بباقي ثمن العقار المبيع قبل صدور الحكم المطعون فيه، فإنهم بذلك يكونون قد توقوا الفسخ بأداء دينهم كاملاً مما يتمتع معه قانوننا القضاء به، وإذا انتهى الحكم إلى هذه النتيجة الصحيحة، فإن النعي على الأسباب التي أقام الحكم عليها قضاء في هذا الخصوص - أي كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج، ومن ثم غير مقبول.

(الطعن رقم ٢٤٤٧ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢/٠٦/٢٠٠١)

(الطعن رقم ١٨٥٩ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢/٠٦/٢٠٠١)

٤- النص في المادة ٤٧٧ من القانون المدني على أن: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمان يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع - فيما يجاوز الثلث - لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين"، وفي المادة ٩١٦ منه على أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف....." وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" - يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة

المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسري أيضا في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت، أما إذا تجاوزت الزيادة الثلث، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسري في حق الورثة - في حدود هذه الزيادة - إلا بإجازتهم أو بتقاضيتهم ما يكمل ثلثي التركة من المشتري، وعندئذ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت.

(الطعن رقم ٢٤٤٤ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ١٢ / ٠٦ / ٢٠٠١)

٥- إذ كانت الأوراق قد خلت مما ينبئ عن توافر النفوذ الأدبي المؤثر للمستأنفة في الاستئناف رقم على مورثها المؤدي إلى حمله على التوقيع على عقد الحساب المشترك بغير رضاه على نحو يعدم إرادته، وكان الحكم المستأنف إعمالا لما تقدم قد أنزل التكييف القانوني الصحيح على الواقعة من أن قيام مورث الطرفين بتحويل حسابه لدى البنك المستأنف ضده الأولى في الاستئناف رقم يعتبر تصرفا صادرا من المتصرف في مرض الموت واستدل في التدليل على ذلك من الأدلة والقرائن المؤدية إلى ذلك وإلى حكم المادة ٩١٦ من القانون المدني التي تقضي بعدم نفاذ هذا التصرف في حق الورثة إلا في حدود ثلث تركة المتصرف بعد وفاته الأمر الذي ترى معه هذه المحكمة تأييد هذا الحكم.

(الطعن رقم ٧٨٢٨ - لسنة ٧٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٦ / ٢٠٠٦)

٦- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن حق الوارث في الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع قصد به التحايل على أحكام الإرث هو حق خاص مصدره القانون ويعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر متى كان طعنه على التصرف انصب على أنه يخفى وصية إضرارا بحقه في الميراث. وإدراكا من المشرع للأعراف السائدة في المجتمع ورغبة منه في احترام أحكام المواريث فإن ما ورد بنص المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدني لا يعدو أن يكون تقريراً لقيام قرينتين قانونيتين لصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أي منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوي على وصية فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه، إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أي من القرينتين أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن القصد الحقيقي للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضي الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن وقيمه في ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفيه القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوافر. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة قد دفعت بصورية العقود محل الدعوى وسأقت تأييدا لذلك قرائن منها احتفاظ المورث بحيازته العقارات محل هذه العقود وانتفاعه بها مدى حياته، وصدور العقود أثناء مرضه غير أن الحكم في مقام الرد على هذا الدفاع اكتفى بالقول بانتفاء شروط أعمال نص المادة ٩١٦ من القانون المدني وهو ما لا يواجهه ما شهد به شهودها وما سألته من قرائن مما يعيبه بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ١٨٧ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١٢ / ٢٠٠٩)

مادة (٩١٧)

إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقيم دليل يخالف ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٢١ لیبی و ٨٧٨ سورى و ٧٩٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

كثيراً ما يلجأ المورث، وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه، إلى وصية يستترها فى شكل تصرف آخر، كبيع أو هبة، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين، وبحقه فى الانتفاع بها، إما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين، وإما من طريق الإيجار مدى الحياة أو من أى طريق آخر. وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضارباً كبيراً، حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل 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).

رأى الفقه:

١- لا يقرر الحكم المنصوص عليه فى المادة ٩١٧ مدنى قاعدة موضوعية، بل يقيم قرينة قانونية على توافر نية الإيصاء، ولقيام هذه القرينة يجب توافر عدة شروط:

(١) أن يكون التصرف لوارث - فإذا كان التصرف لغير وارث فلا يمكن إعمال القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى، ومع أن بعض فقهاء المالكية فى المشهور عنهم يذهبون إلى القول بألا وصية لوارث. ويذهب بعض فقهاء المالكية والحنفية والشافعية فى المشهور عندهم إلى القول بجواز الوصية لوارث على ألا تنتفذ إلا فى حدود الثلث إلا أن نص المادة ٩١٧ مدنى يدل على أن الوصية قد تكون لوارث، ويتحقق ذلك إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها وحيازتها مدى حياته، فعندئذ اعتبر هذا التصرف وصية تسرى عليه أحكامها.

٢- أن يحتفظ المتصرف لنفسه بأية طريقة بحيازة العين التي تصرف فيها - والحيازة المقصودة هنا هى الحيازة المادية، ويجوز لإثباتها بأية طريقة من طرق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٢٩٩.

الإثبات. ومثال ذلك أن يوقع المتصرف على عقود إيجار العين أو أن تبقى فى يده العقد ولا يسجله.

٣- أن يحتفظ المتصرف لنفسه بالحق فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته - فإذا احتفظ المتصرف لنفسه بحق الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدة معينة، ومكان المتوقع بحسب المجرى العادى للأمور أن يعين المتصرف قبل انتظار هذه المدة. ويجب أن يستند حق المتصرف فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها إلى مركز قانونى يجبر المتصرف على احترامه. مثال ذلك أن يقرر للمتصرف حق انتفاع على العين المتصرف فيها، طوال حياته أو حق استعمال أو سكنى. وعلى ذلك فإن مجرد الانتفاع الفعلى لا يكفى فى حد ذاته لقول بالإحتفاظ للمتصرف إليه بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها، بل يكون مثل هذا الانتفاع على سبيل التسامح ولا يعطى لصاحبه حقاً، وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض فى حكم حديث لها.

(نقض - جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٤ - ص ٧٩)

فإذا تجمعت هذه الشروط كان التصرف فى حقيقته وصية ولا يكلف ورثة المتصرف بإثبات ذلك، وإنما على المتصرف إليه إذا أراد أن يثبت أنه مع إحتفاظ المتصرف بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى حياته إلا أن التصرف قد تم بعوض، ومن ثم فهو ليس وصية بل بيع أو عقد آخر، ومتى اعتبر التصرف وصية فإنه لا يسرى إلا فى حدود الثلث^(١).

ملاحظة:

ويراجع شهر الوصية وفقاً لتنظيم الشهر العقارى والسجل العينى فى: الوسيط.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى أن المتصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفى وصية، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً، كما أنه لا يحول دون الطعن فى العقد بأنه يخفى وصية، ولا يسرى على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٤٠ مدنى. ولا يقدح فى ذلك القول بأن إعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف بإعتباره بيعاً وإنما لهم أن يجيزوه على الإعتبار الصحيح بوصفه وصية، وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة^(٢).

(جلسة ١٩٦٤/١/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٥ - مدنى - ص ٤٣)

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٦٤ وما بعدها، ويراجع: الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى المرجع السابق - ص ٢٢٥ وما بعدها، - ٩ - للدكتور السنهورى - صفحة ٢٣٥ ص ٢٤٢.

(٢) ويعلق الدكتور السنهورى بأن البيع هنا منعدم، لأن البيع الذى يستر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسرى عليه جميع أحكام الوصية وأن البيع الظاهر لا وجود له - الوسيط - ٩ - هامش ٣ - ص ٢٢٦.

٢- المقصود بالإحتفاظ مدى حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده 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 بالحياسة والانتفاع لحساب الغير ولو كان ذلك لمدى حياة المتصرف، إذ يكون الحق في الانتفاع في هذه الحالة مقررراً لهذا الغير. كما لا يكفي أن ينتفع المتصرف بالعين انتقاماً 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 القرينة التي تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين:

أولهما - هو إحتفاظ المتصرف بحياسة العين المتصرف فيها،

وثانيهما - إحتفاظه بحقه في الانتفاع بها، على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة إلى أن حياسة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته وإستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنفيذاً للتوكيل الصادر منهم إليه، فإن الحكم يكون قد نفى إحتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته، مما تنتفى به القرينة القانونية الواردة في المادة ٩١٧ مدني.

(نقض - جلسة ١٩٦٢/٤/٢٥ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٥٧٩)

٣- القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدني لا تقوم - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد إحتفظ لنفسه للعين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه مستنداً إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه.

(جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - مدني - ص ١٥٨٣)

(ونقض - جلسة ١٩٦٥/٦/٢٤ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٨٠٨)

٤- لقاضي الموضوع سلطة التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه في ضوء ظروف الدعوى مادام قد برر قوله في ذلك بما يحمله ويؤدى إليه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعتبار أن العقد موضوع النزاع يخفى وصية بعد أن استظهر في أسباب سائغة قيام الشرطين اللذين تستلزمها القرينة القانونية المستفادة من نص المادة ٩١٧ من القانون المدني وإنتهى إلى أن لتصرف موضوع النزاع يخفى سائر لوصية مرتكناً في ذلك إلى ما اطمأن إلى من أقوال الشهود وإلى قرائن أخرى بإعتبارها أدلة متساندة تؤدي في مجموعها إلى ما إنتهى إليه من العقد يخفى وصية، فإن مؤدى ذلك من الحكم هو تنجيز التصرف.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٨ - ص ١٨٨٥)

(ونقض - جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ - المرجع السابق - السنة ١٧ - ص ١٧٣٥)

٥- القرينة القانونية التي استخدمها المشرع في المادة ٩١٧ من القانون المدني متصلة بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ولا يجوز إعمالها بأثر رجعي على التصرفات السابقة على تاريخ سريانه.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/١٣ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٢٧٣)

٦- وإن كان صحيحاً أن القرينة التي نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدني لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما: إحتفاظ المتصرف بحيازة العين التي تصرف فيها، وإحتفاظه بحقه في الانتفاع بها مدى حياته، إلا أن خلو العقد من النص عليهما ألا يمنع قاضي الموضوع إذا تمسك للورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين رغم عدم النص عليهما في العقد، ومن استعمال سلطته في التحقيق من توافرها للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه، وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملاستها غير منقيد في ذلك بما ورد في العقد من نصوص صريحة أدلة على تنجيذه، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع متى كان قد طعن في العقد بأنه يخفى وصية احتيال على أحكام الإرث.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٤/١٨ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ٨٠٣)

٧- طعن الوارث بصورية تصرفات المورث المضرة به، إثباته بكافة الطرق، للوارث عند عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ مدني إثبات حيازة المورث للعين المتصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٣/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٢٨٩)

(ونقض - جلسة ١٩٧٣/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ٢٦٥)

٨- صدور التصرف من المورث إلى غير وارث، عدم انطباق المادة ٩١٧ مدني، للوارث الذي يطعن على التصرف بأنه وصية، إثبات إحتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها كقرينة قضائية تخضع لمطلق تقدير القاضي.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ١٣١٤)

٩- القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدني شرط إعمالها أن يكون المتصرف إليه وارثاً للمتصرف، عدم استفادة المورث من هذه القرينة.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٤/٥ - المرجع السابق - السنة ٣٠ - ص ٢٧٠)

١٠- يشترط لإنطباق المادة ٩١٧ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المتصرف إليه وارثاً، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذي يطعن على التصرف بأنه يستر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات، وله في سبيل ذلك أن يثبت إحتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه، والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها في ذلك شأن سائر القرائن القضائية التي تخضع لمطلق تقديره.

(الطعن ٤٥٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٥ لك ينشر بعد)

١١- الوصية تنفذ من غير إجازة الورثة في حدود ثلث التركة بعد سداد ديون الميت وهو ما يوجب على المحكمة إذا وصفت العقد بأنه وصية أن تستظهر عناصر التركة وتقدر صافي قيمتها ومقدار الثلث الذي يجوز فيه الإيصاء بغير إجازة وتتناول التصرف المطروح عليها للتحقق مما إذا كان يدخل في حدود الثلث فتقضى بصحته فإن تجاوزت قيمته هذا النطاق قضت بصحة القدر الذي يدخل في حدوده.

(الطعن ١٥٣٢ لسنة ٥٥٥ ق جلسة ١٩٩١/١٠/٩ ص ٤٢ س ١٥١٧)

١٢- إذ كان الثابت في الدعوى أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن تصرف المورثة هو في حقيقته وصية وأنه يجوز له إثبات حقيقة العقد بكافة طرق الإثبات، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أغفل الرد على هذا الدفاع استناداً إلى أن التصرف المطعون عليه صادر لغير وارث مما لا ينطبق عليه حكم المادة ٩١٧ من القانون المدني حاجباً بذلك نفسه عن تمحيص الدليل الذي ساقه الطاعن ويجوز له الركون إليه في إثبات دعواه فإنه يكون معيباً.

(الطعن رقم ٣٥٨٦ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١٧/١٢/٢٠٠٢)

١٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم انطباق شروط المادة ٩١٧ من القانون المدني لكون المتصرف إليه غير وارث وإن كان يؤدي إلى عدم جواز إعمال القرينة المنصوص عليها في هذه المادة وبالتالي إلى عدم إغفال الوارث الذي يطعن على التصرف بأنه ستر وصية من إثبات هذا الطعن إلا أن ذلك لا يمنعه من أن يتحمل هو إثبات طعنه وله في سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين التي تصرف فيها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه والقاضي بعد ذلك حر، في أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها في ذلك شأن سائر القرائن القضائية التي تخضع لمطلق تقديره.

(الطعن رقم ٣٥٨٦ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١٧/١٢/٢٠٠٢)

١٤- ان النص في المادة ٩١٧ من القانون المدني على أنه "إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الإنتفاع بها مدى حياته، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك" يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على ان المشرع قد أنشأ قرينة قانونية على توافر نية الإيصاء في أي تصرف يجريه المورث لأحد ورثته إذا احتفظ بأية طريقة بحيازة العين وبالإنتفاع بها مدى حياته فإن توفرت أعفت الوارث من إثبات طعنه على تصرفات مورثه.

(الطعن رقم ١٢٨ - لسنة ٧٤ ق - تاريخ الجلسة ١٤/٠٣/٢٠٠٥)

١٥- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن حق الوارث في الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع قصد به التحايل على أحكام الآرث هو حق خاص مصدره القانون ويعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر متى كان طعنه على التصرف انصب على أنه يخفى وصية إضراراً بحقه في الميراث. وإدراكاً من المشرع للأعراف السائدة في المجتمع ورغبة منه في

احترام أحكام المواريث فإن ما ورد بنص المادتين ٩١٦، ٩١٧ من القانون المدني لا يعدو أن يكون تقريراً لقيام قرينتين قانونيتين لصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أي منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوي على وصية فينتقل بذلك عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه، إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أي من القرينتين أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن القصد الحقيقي للمورث هو الإيصاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضي الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن وقيمه في ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفي القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوافر. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة قد دفعت بصورية العقود محل الدعوى وسأقت تأييداً لذلك قرائن منها احتفاظ المورث بحيازته العقارات محل هذه العقود وانتفاعه بها مدى حياته، وصدور العقود أثناء مرضه غير أن الحكم في مقام الرد على هذا الدفاع اكتفى بالقول بانتفاء شروط أعمال نص المادة ٩١٦ من القانون المدني وهو ما لا يواجه ما شهد به شهودها وما ساقته من قرائن مما يعيبه بالقصور في التسبيب بما يوجب نقضه.

(الطعن رقم ١٨٧ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١٢ / ٢٠٠٩)

* * *

٤- الإلتصاق

الإلتصاق بالعقار

مادة (٩١٨)

الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٢ لیبی و ١١١٣ عراقی و ٢٠٦ لبنانی و ٧٣٠ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٢١ مدنی.

رأى الفقه:

١- يستخلص من نص المادة ٩١٨ مدنی أنه يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر أن يكون الطمي قد جلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة، فيجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر، وبجانب الأرض المجاورة متدرجاً في خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه غير محسوس. أما إذا حول النهر فجأة بفعل قوة الفيضان غير العادى أرضاً من مكانها إلى مكان آخر، فليس هذا تراكم الطمي التدريجي غير المحسوس وإنما هو طرح النهر، ولا تكون الأرض المنتزعة ملكاً للملاك المجاورين بطريق الإلتصاق، وإنما تكون من الأملاك الخاصة للدولة وتسرى عليها القوانين الخاصة. وقد يظهر فجأة بعد أن يكون قد تكون تدريجياً. ويجب أن تعلو الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب المياه في أشد وقت من أوقات فيضان النهر، وذلك بشرط أن يكون الفيضان عادياً، ويستوى أن يكون تراكم الطمي قد نشأ من فعل مياه النهر بطبيعتها أو أن يكون هذا التراكم قد جاء نتيجة لأعمال قام بها الملاك المجاورون أو الغير على ضفتي النهر. ويجب أخيراً أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة لضفة النهر، فإذا حال بينها وبين شفة النهر جسر مجرى عام أو كانت المياه لا تزال تجرى بينه وبين ضفة النهر فإنها لا تخضع لأحكام الإلتصاق.

ومتى توافرت الشروط المتقدمة فإن الأرض المتكونة من الطمي تصبح ملكاً لمالك الأرض المجاورة وذلك بطريق الإلتصاق، وهذه هي الصورة الوحيدة للتملك بالإلتصاق بفعل المياه. ويلاحظ أن الأرض المتكونة من الطمي كانت قبل أن تلتصق بصفة النهر طمياً من أملاك الدولة العامة، فأصبح بالإلتصاق ملكاً خاصاً لمالك الأرض المجاورة. ولا يلتزم هذا المالك بدفع تعويض للدولة. وعلى ذلك يكون الإلتصاق قد نقل الشئ من الملك العام للدولة إلى الملك الخاص لصاحب الأرض

المجاورة دون تعويض، وهنا أيضاً تكون هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التى يمتلك فيها صاحب لشيء الأصل بالالتصاق الشيء التابع دون أن يدفع تعويضاً لصاحب هذا الشيء التابع.

وإذا تعدت الأراضى المجاورة للأرض التى تكونت من الطمى على النحو سالف الذكر، واختلف ملاكها، تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه، أى الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على وجه النهر من نهايتى كل أرض^(١).

٢- حتى تكون الأرض التى تتكون من طمى النهر ملكاً للملاك المجاورين، يجب أن تتوافر عدة شروط:

(١) أن يتكون الطمى طريقة تدريجية غير محسوسة - أما إذا تكونت أرض الطمى فجأة بسبب فيضان شديد مثلاً، فلا يمكن تطبيق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، بل تكون الأرض المنتزعة ملكاً خاصاً للدولة وتسرى عليها أحكام القوانين الخاصة.

(٢) أن يرتفع الطمى عن أعلى منسوب للمياه وقت الفيضان - فإذا ظلت الأرض المتكونة بفعل الطمى مطمورة تحت سطح الماء فلا ينطبق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، ولا يكفى أن ترتفع هذه الأرض عن منسوب المياه فى الأوقات العادية، بل يجب أن ترتفع عن أعلى منسوب للمياه فى أوقات الفيضان العادى. وأما إذا كان منسوب المياه فى الأوقات غير العادية للفيضان يعلو هذه الأرض المتكونة بفعل الطمى، فإن ذلك لا يحول دون انطباق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى.

وتنقسم ملكية الأرض المكونة بفعل طمى النهر بين الملاك المجاورين كل بنسبة امتداد أرضه بغض النظر عن مساحتها.

(٣) ألا يكون لإدارة الملاك المجاورين دخل فى تكوين أرض الطمى فإذا ما تدخلت إرادة الملاك المجاورين لترسيب الطمى بوضع رءوس حجارة أو سدود فى مجرى النهر مثلاً، فإن الأرض التى تتكون نتيجة لذلك لا تكون مملوكة لهم، إذ أن ذلك يعتبر تعدياً على مجرى النهر ولإدارة الحق فى منعه، ويكون الطمى المتكون هنا ملكاً للدولة.

(٤) أن تلتصق الأرض المتكونة بفعل الطمى بالأراضى المجاورة - فإذا لم يلتصق الطمى المتكون بالأراضى الملاصقة لمجرى النهر إلتصاقاً تاماً لا يفصله فاصل ولو كان ضيقاً، فإن أرض الطمى لا تعتبر ملكاً للملاك المجاورين بل تعتبر ملكاً للدولة.

فإذا توافرت هذه الشروط وجب تطبيق الحكم الوارد فى المادة ٩١٨ مدنى، وتبعاً لذلك يجب على الدولة تعويض ملاك الأراضى الملاصقة إذا ما أرادت أن تظهر مجرى النهر وكان فى ذلك اعتداء على أرض الطمى^(٢).

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٢٥٢ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٧٠ و ٧١.

٣- يتضح من نص المادة ٩١٨ مدني أن الأرض التي تتكون من الطمي يجب أن تتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة، أي نتيجة ترسب الطمي على مر الزمن عاماً بعد عام على حافة الأرض الملاصقة لمجرى النهر. فإذا حدثت زيادة في الأرض الملاصقة لمجرى النهر دفعة واحدة بأن اقتطعت مياه النهر بقوة اندفاعها جزءاً من الأرض وألقت به في مكان آخر، فلا تكون بصدد طمي بل بصدد ما يطلق عليه (طرح النهر) وهذا لا يملكه ملاك الأراضي المجاورة التي التصق بها، بل يكون ملكاً للدولة. والتدرج شرط في تكوين الأرض لا في ظهورها، فقد تظهر فجأة بعد أن تكون قد تكونت تحت منسوب المياه، وعندئذ يتوفر الشرط المطلوب، وهو التكوين بطريقة تدريجية غير محسوسة. وحتى يمكن القول إن الأرض قد تكونت يجب أن تظهر فوق أعلى منسوب للمياه أثناء الفيضان دون نظر إلى حالات الفيضان غير العادية، فإذا كان مستوى الأرض دون ذلك فتعتبر جزءاً من مجرى النهر.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- ويشترط لتمكن مالك الأرض للجزء الذي يتكون بفعل الطمي أن يكون هذا الجزء مجاوراً لأرضه، أي ملتصقاً بها، فإذا لم يتحقق هذا التلاصق، كما لو وجد للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي المنشآت المقامة من قبل بأي تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة منشآت وتملكها، وفي الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت، فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدى بقواعد الإلتصاق.

(جلسة ١٩٦٨/٦/١١ - مجموعة الكتب الفنى - لسنة ١٩ مدنى - ص ١١٢٣)

٢- التملك بالإلتصاق، شرطه ألا يوجد اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٣ - المرجع السابق - لسنة ٢٦ - ص ١٦٥٩)

٣- ملكية صاحب الأرض لما عليها وما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى (م ٩٢٢ مدنى)، قرينة قانونية قابلة لإثباته العكس، عدم التحدى بقواعد الإلتصاق عند وجود اتفاق يخالفها.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٨ - الطعن ٢٥٤ لسنة ٥٠ ق - لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩١٩)

١- الأرض التي ينكشف عنها البحر تكون ملكاً للدولة.

٢- ولا يجوز التعدي على أرض البحر إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذي طغى

عليه البحر.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل مياه البحر يكون بإنكشاف البحر عن أرض كان قد طغى عليها من قبل، فترجع لصاحبها الذي كان يملكها قبل طغيان البحر عليها، أما إذا إنكشف الحر عن أرض لم تكن مملوكة لأحد، فإن هذه الأرض تكون ملكاً للدولة ولا يجوز لأحد أن يتعدى عليها (م ١٣٥٤ من المشروع وتوافق م ٦٣ فقرة ٣ و ٦٣/٨٧ و ٨٨ من التقنين الحالي).

من أحكام النقض الحديثة:

١- تعتبر أطيان الجزائر "طرح البحر" عملاً بنص المادة ٦١ من القانون المدني القديم وبنصوص اللائحة السعيدية الصادرة في ٢٤ من ذي الحجة سنة ١٢٧٤هـ - مملوكة أصلاً للحكومة، ولا تنتقل ملكيتها إلى الأفراد إلا بتوزيعها عليهم أو بيعها إليهم بالمزاد. وإن كان الحكم المطعون فيه إذ سجل عجز مورث الطاعنين عن إثبات تملكه لهذه الأطيان بأي سبب من أسباب التملك يكون قد أقام قضاءه بملكية الحكومة لها وبرفض دعوى المورث المذكور على أساس يكفي لحمله.

(الطعن رقم ١٨٥ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ١١/٢٦/١٩٥٣)

٢- إنه وفقاً لأحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ تعتبر أطيان طرح البحر بمجرد ظهورها ملكاً للدولة وأنه يتعين عليها أن تراعي أحكام القانون في توزيع ما يجوز توزيعه من هذه الأطيان، فهي تملك أطيان طرح البحر ابتداء بمجرد ظهورها ثم تملك ما يجوز توزيعه منها على أرباب أكل البحر وملكيتها لهذا الطرح هي ملكية محررة من أي شرط واقف أو فاسخ وإنما عليها أن تراعي في توزيعها الشروط المبينة في القانون.

(الطعن رقم ٢٧٤ - لسنة ٢١ ق - تاريخ الجلسة ١٦/١٢/١٩٥٤)

٣- 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 فيه. ويعتبر هذا القرار سنداً للملكية له قوة العقد الرسمي. وهذه النصوص إنما تسري على أراضي "الميري" الخاصة المتخلفة عن طرح البحر ولا شأن لها بالأملاك العامة. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى تخلف الأجزاء المطالب بمقابل الانتفاع بها عن طرح البحر لوقوعها في مجرى النهر المعتبر من الأموال العامة التي لا يجوز تملكها أو التصرف فيها، فإنها لا تكون محلاً لصدور قرار من وزير المالية بتوزيعها ولا قرار من جهة الإدارة بإضافتها إلى الملك الخاص للأفراد. وصدور مثل هذا القرار لا يكون مستنداً إلى القانون ويكون من حق جهة الإدارة العدول عنه.

(الطعن رقم ٥٢١ - لسنة ٢٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤/٠٥/١٩٦٢)

مادة (٩٢٠)

ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك، لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من أراض ولا تزول عنهم ملكية ما تغطي عليه هذه المياه.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات والبرك يكون بإنكشاف هذه المياه عن أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع لصاحبها، أما إذا إنكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكاً للدولة، فحكم المياه الراكدة كحكم مياه البحر (م ١٣٥٥ من المشروع وقارن م ٦١ فقرة أولى/٨٦ من التقنين الحالي).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إنه بعد إذ كانت المادة ٩ من التقنين المدني السابق تنص في البند (رابعاً) منها على أن "البرك والمستنقعات المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري" تعتبر من الأملاك الميرية المخصصة للمنافع العمومية التي لا يجوز تملكها بوضع يد الغير عليها المدة المستطيلة، ولا يجوز حجزها ولا بيعها، وإنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر، صدر التقنين المدني الجديد ونص في الفقرة (١) من المادة ٨٧ منه على أن "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم". وقد اشترطت هذه المادة في المال العام شرطين: (أولهما) أن يكون عقاراً كان أو منقولاً، مملوكاً للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة كالمديريات والمدن والقرى. و(الثاني) أن يكون هذا المال مخصصاً لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم (قرار جمهوري). فأوردت بذلك تعريفاً عاماً تعين بمقتضاه الأموال العامة، ويغني عن البيان المطول الذي كانت تتضمنه المادتان ٩، ١٠ من التقنين المدني القديم. وقد أخذ المشروع في هذا التعريف بمعيار التخصيص للمنفعة العامة، وهو المعيار الذي يأخذ به الرأي الراجح في الفقه والقضاء. وقد جرت مناقشات لمشروع هذه المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل فيها أن حكمها لا ينسحب على بعض ما يعتبر من الأموال العامة وفقاً للمادة ٩ من التقنين المدني القديم مثل البرك والمستنقعات المستملحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري، إذ أن تخصيصها للمنفعة العامة غير واضح. ولكن انتهى الرأي إلى أن المعيار العام الذي وضعه النص سليم، وأن التزام هذا المعيار يغني عن إيراد الأمثلة، وأنه يكفي أن يقرر التقنين المدني القاعدة العامة في هذا الشأن، أما التفصيل فهو أدخل في نطاق القانون الإداري. ومعيار التخصيص للمنفعة العامة الذي أوردته المادة ٨٧ من التقنين المدني الجديد هو ذات المعيار الذي كان مقرراً بنص المادة ٩ من التقنين المدني القديم، مما يدل على أن المشروع لم يرد الخروج على الأوضاع التي استقرت في ظل هذا التقنين، ولم يقصد إلى التضييق من نطاق الأموال العامة التي كانت معتبرة كذلك في ظل

النصوص القديمة، بل عمد إلى الإبقاء لها على هذه الصفة ما دامت مخصصة لخدمة الجمهور مباشرة أو لخدمة المرافق العامة سواء كانت قد أوجدتها الطبيعة بدون تدخل الإنسان، أو كانت من تهيئة الإنسان، وغني عن البيان أن الأموال العامة الطبيعية التي هيأتها صفاتها التي أوجدتها الطبيعة دون أن تتدخل فيها يد الصنعة للانتفاع بها انتفاعاً عاماً هي أوقع صور الأموال العامة. ويمكن أن تعد من هذا القبيل ملاحه بور فؤاد موضوع العقد مثار النزاع التي هي متصلة بالبحر مباشرة، ومملوكة للدولة ومخصصة لمنفعة عامة، والتي يتضح من موقعها وتحديدها وأوصافها المبينة بالعقد المشار إليه أنها تتوافر لها خصائص المال العام.

(الطعن رقم ٢٤٨٧ - لسنة ٦ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ٥ / ١٩٦٢)

٢- من حيث أنه ولئن كانت المادة (٨٧) من القانون المدني (المعدلة بالقانون رقم ٣٣٦ لسنة ١٩٥٤) قد عدلت عن تعداد ما يعتبر من الأموال العامة على النحو الذي كانت تجري به عبارة المادة (٩) من التقنين القديم، إلا أن معيار التخصيص للمنفعة العامة الذي كان مقرراً بنص المادة (٩) من التقنين المدني القديم التي أوردت بعجزها "وعلى وجه العموم جميع الأموال الميرية المنقولة أو الثابتة المخصصة لمنفعة عمومية بالفعل أو بمقتضى قانون أو أمر به. وقد جرت مناقشات بلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حول صياغة مشروع المادة (٨٧) من القانون المدني، قيل فيها أن حكمها لا ينسحب على بعض ما يعتبر من الأموال العامة وفقاً للمادة (٩) من التقنين القديم مثل البرك والمستنقعات المستصلحة المتصلة بالبحر مباشرة والبحيرات المملوكة للميري إذ أن تخصيصها للمنفعة العامة غير واضح، ولكن انتهى الرأي إلى أن المعيار العام الذي وصفه النص المقترح سليم وأن التزام هذا المعيار يغني عن إيراد الأمثلة لذلك. مما يدل على أن المشرع لم يرد الخروج على الأوضاع التي استقرت في ظل التقنين القديم، ولم يقصد إلى التضيق من نطاق الأموال العامة التي كانت معتبرة كذلك في ظل نصوص التقنين القديم.

(الطعن رقم ١١٦٦ - لسنة ٣٠ ق - تاريخ الجلسة ٥ / ٤ / ١٩٨٦)

* * *

مادة (٩٢١)

الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها، والجزائر التي تتكون في مجراه، تكون ملكيتها خاضعة لأحكام القوانين الخاصة بها.

جاء بمذكرة المشروع التمهيدي:

الإلتصاق بفعل مياه النهر، قد يكون من طريق طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة، فالأرض التي تتكون من هذا الطمي تكون ملكاً للملاك المجاورين (م ١٣٥٣ من المشروع وتوافق م ٨٤/٦٠ من التقنين الحالي) أو يكون من طريق أراضي يحولها النهر عن مكانها أو ينكشف عنها أو جزائر تتكون في مجراه وهذا ما يسمى بطرح البحر ويسري قانون خاص هو الآن القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٣٢ (م ١/٥٦ من المشروع وتوافق م ٨٥/٦١ من التقنين الحالي).

* * *

مادة (٩٢٢)

- ١- كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته ويكون مملوكاً له.
- ٢- ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها.
- من أحكام القضاء الحديثة:**

١- وإن كان الأصل - طبقاً لنص المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني - أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكاً لمالك الأرض إلا أنه يجوز إثبات عكس ذلك إذ نصت الفقرة الثانية من المادة المشار إليها على أنه يجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته.

(الطعن رقم ٢٠٢ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٠٥ / ٠٥ / ١٩٦٦)

٢- يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني أن المشرع وضع بالفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه على نفقته فيكون مملوكاً له، وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق مقابل أن يعرض صاحبها وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص، كما يجوز للأخير أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض على أن يملك الأجنبي المنشآت المقامة من قبل أي تصرف ناقل للملكية، كذلك يستطيع الأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة منشآت وتملكها، وفي الحالتين الأخيرتين حيث يوجد اتفاق على مصير المنشآت فإنه يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ٢٩٦ - لسنة ٢٤ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٦ / ١٩٦٨)

٣- إنه وإن كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ من القانون المدني قد أجازت نقض القرينة التي تقيمها الفقرة الأولى على ملكية مالك الأرض لكل ما عليها من مبان، بأن يقيم الأجنبي الدليل على أنه قد أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها، إلا أنه إذا كان سند هذا التحويل هو عقد بيع فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل عقد البيع لأن عقد البيع غير المسجل وإن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازة المبيع والانتفاع به إلا أن هذا العقد غير المسجل

لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمه من مبان على الأرض المباعة لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل، أما قبل تسجيل سند المشتري الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق مقابل أن يدفع للمشتري أقل القيمتين قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدني، ومن ثم فإن كل ما للمشتري الباني الذي لم يسجل عقده إذا لم يختر نزاع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة وأن يتخذ في سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون للدائنين من وسائل لاستيفاء ديونهم.

(الطعن رقم ٢٨٢ - لسنة ٢٥ ق - تاريخ الجلسة ١٩ / ٠٦ / ١٩٦٩)

٤- إذا كانت ملكية الأرض طبقاً للمادة ٢/٨٠٣ من القانون المدني تشمل ما فوقها وما تحتها إلا أن الفقرة الثالثة من هذه المادة نصت على أنه يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها وهو ما أكدته المشرع في المادة ٩٢٢ من القانون المدني، بتقريره أن كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يكون ملكاً لصاحب الأرض وأنه مع ذلك يجوز أن يقام الدليل على أن أجنبياً قد أقام هذه المنشآت على نفقته. ولئن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن آلات المطحن الثابتة في الأرض على سبيل القرار تعتبر عقاراً لا تنتقل ملكيته إلا بالتسجيل، إلا أنه في نطاق ضريبة التركات تدخل ضمن أصول التركة العقارات التي خلفها المتوفى، ويكون قد اشتراها قبل وفاته بعقود عرفية لم تسجل. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استند في ملكية مورث الطاعنين لثلاثة أرباع ماكينة الطحين إلى عقد البيع العرفي وإلى قرائن أخرى أوردها في أسبابه فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٤٨١ - لسنة ٣٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ٠٥ / ١٩٧٤)

٥- يبين من نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع في الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأه على نفقته فيكون مملوكاً له، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض خوله الحق في إقامة منشآت وتملكها وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ١٩٩ - لسنة ٤٠ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ٠٦ / ١٩٧٥)

٦- يشترط حتى يتحقق التملك بالالتصاق طبقاً لنص المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني ألا يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض وصاحب المنشآت على مصير هذه المنشآت بحيث إذا وجد هذا الاتفاق فإنه يجب إعماله ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ١٩٢ - لسنة ٤١ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ١٢ / ١٩٧٥)

٧- إذ يبين من الأوراق أن المطعون عليه يطالب بالتعويض عن الأشجار تأسيساً على أنه قام بغرسها في الأرض التي كان يستأجرها من المالك السابق ولما آلت ملكية هذه الأرض إلى الدولة بقرار ٨/١١/١٩٥٣ - الصادر من مجلس قيادة الثورة بمصادرة أموال أسرة محمد علي - وتولى الإصلاح الزراعي إدارتها حرر عقد إيجار مع المطعون عليه عن هذه الأرض ثم بيعت إلى شركة المقطم التي حلت محلها الشركة الطاعنة وأن الشركة الأخيرة تسلمت جزءاً من الأرض المذكورة بما عليها من أشجار، مما مفاده أن المطعون عليه يستند في ملكيته لهذه الأشجار إلى عقد الإيجار. ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد إستخلص للأسباب السائغة التي أوردها أن المؤجر الأصلي كان يعلم بما أحدثه المطعون عليه من غراس في الأرض المؤجرة وأنه ليس في الأوراق ما يدل على أنه إعترض على زراعتها، فإنه يكون للمطعون عليه أن يطالب بالتعويض عن هذه الأشجار عند إنقضاء عقد الإيجار عملاً بحكم المادة ٥٩٢/١ من القانون المدني ولا يكون هناك وجه لما تدعيه الطاعنة من أن هذه الأشجار قد إنتقلت ملكيتها إلى الدولة مع الأرض المصادرة التي كان يستأجرها المطعون عليه بالتطبيق لنص المادة ٩٢٢/١ من القانون المدني.

(الطعن رقم ١٩٢ - لسنة ٤١ ق - تاريخ الجلسة ١٢/٢٣/١٩٧٥)

٨- أقام المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدني قرينة مفادها أن ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض و مملوكاً له، و أجاز في فقرتها الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام منشآت على نفقته أو أن هناك إتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله إقامة المنشآت و تملكها، بيد أنه إذا كان سند تخويله إقامة المنشآت هو عقد البيع فإن ملكيتها لا تنتقل إلى المشتري الباني بمجرد إبرام عقد البيع وإنما بشهره، ذلك أن البيع غير المشهر و إن كان يلزم البائع بتسليم المبيع مما يترتب عليه أن تكون للمشتري حيازته و الإنتفاع به. إلا أنه لا يترتب عليه تملك المشتري لما يقيمة على الأرض المبيعة، لأن حق القرار حق عيني من قبيل الملكية لا ينشأ و لا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بشهر سنده، أما قبل ذلك فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الإلتصاق فإذا باع الأرض لمشتري ثان سبق إلى شهر عقده تملك هذا الأخير البناء بالإلتصاق و يصبح كل ما للمشتري الأول الباني الذي لم يشهر عقده — إذا لم يختار نزاع المنشآت بوصفه بانياً حسن النية — هو أن يطالب المشتري الثاني بأقل القيمتين قيمة المواد و أجره العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء، لما كان ذلك و كان سند المطعون ضده الثاني في إقامة البناء مثار النزاع هو عقد بيع غير مشهر صادر إليه من المطعون ضدها الثالثة و قد خلّت الأوراق مما يفيد إشماله على إتفاق طرفيه على تملك المطعون ضده الثاني لما يقيمه من مبان أو يحدد مصيرها، مما ينبني عليه تملك الشركة البائعة لها بحكم الإلتصاق و إنتقال ملكيتها إلى المطعون ضده الأول تبعاً لملكية الأرض مشتراة بموجب عقد البيع المشهر، و بالتالي فلا يسوغ لدائى المطعون ضده الثاني التنفيذ على البناء لأنه لم يكن قط مملوكاً له و لا يعدو العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده الأول بشأن البناء -

وإن سمياه عقد بيع — أن يكون إتفاقاً على أداء ما يستحقه المطعون ضده الثاني قبل مالك الأرض إعمالاً لحكم المادة ٩٢٥ من القانون المدني بوصفه بانياً حسن النية.

(الطعن رقم ٨٠ - لسنة ٤٥ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٩ / ٠١ / ٢٤)

٩- مفاد نص المادة ٩٢٢ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع في الفقرة الأولى قرينة لصالح الأرض هي أنه مالك لما فوقها وما تحتها وأجازته في الفقرة الثانية للأجنبي أن يثبت عكس القرينة فإن أثبت أنه أقام المنشآت من ماله، ولكن بغير اتفاق مع المالك على مصيرها تملك هذه المنشآت بالاتصاق مقابل تعويض من أقامها وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع بهذا الخصوص وإن أثبت أنه خول من المالك في إقامتها وتملكها باتفاق امتنع التحدي عندئذ بقواعد الالتصاق. ولما كان الثابت من الحكم المؤيد بالحكم المطعون فيه ومن هذا الأخير حملها القضاء بتثبيت الملكية إلى البناء على مجرد إقامة المباني له من ماله على أرض لا يملكها غير كاشفين عن اتفاق مع مالكة الأرض مؤد، مما يخالف قواعد الالتصاق فيما ترتبه من تملك مالك الأرض لما قام عليها من بناء لقاء تعويض الباني الأمر الذي يعيب الحكم المطعون فيه بالخطأ في القانون.

(الطعن رقم ٢١٤ - لسنة ٤٦ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨٠ / ٠٢ / ١٣)

١٠- مؤدى النص في المادة ٩٢٢ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع وضع في الفقرة الأولى منه قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأنه هو الذي أنشأها على نفقته فيكون مملوكاً له، إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فأجازت الفقرة الثانية للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه هو الذي أقام هذه المنشآت على نفقته دون سابق اتفاق مع صاحب الأرض، فإذا نجح في إثبات ذلك تملك صاحب الأرض المنشآت بالاتصاق مقابل أن يعرض الباني وفقاً للأحكام التي أوردها المشرع في هذا الخصوص، كما يجوز للأجنبي أن يثبت أن هناك اتفاقاً بينه وبين صاحب الأرض يخوله الحق في إقامة المنشآت وتملكها، وفي هذه الحالة يجب إعمال هذا الاتفاق ويمتنع التحدي بقواعد الالتصاق.

(الطعن رقم ٣٥٤ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ١٩٨١ / ٠١ / ٢٨)

١١- أحكام الالتصاق بالعقار أوردها المشرع في القانون المدني بالفصل الثاني - المنظم لأسباب كسب الملكية - من الباب الأول للكتاب الثالث، فاعتبره سبباً مستقلاً قائماً بذاته من الأسباب القانونية للملكية، وهو سبب يرتكز في الأصل على قاعدة أن مالك الشيء الأصلي هو الذي يملك الشيء التابع، فملكية الأرض يستتبعها ما يقام على هذه الأرض من مبان بحكم الالتصاق، وبالتالي فإن ملكية البناء تطبيقاً لقواعد الالتصاق لا تؤول إلا لمن يملك الأرض المقام عليها، وهذا الأمر هو ما أفصحت عنه المواد ٩٢٢، ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون من النص بلفظ صريح على أن ما يقوم من بناء يكون لصاحب الأرض، ومن ثم فإن طلب تسليم البناء المشيد على أرض لا يملكها الباني استناداً إلى قواعد الالتصاق لا يصح إيدأؤه إلا ممن خوله القانون حق تملكه

وهو صاحب الأرض أي مالكها، ولما كان حق ملكية العقار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيباً على ذلك طلب إعمال قواعد الالتصاق بشأن المباني التي يحدثها الغير في الأرض التي اشتراها بعقد غير مسجل.

(الطعن رقم ٢٥٤ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠١ / ١٩٨١)

١٢- مؤدى المادتين ٩٢٢، ٩٢٦ يدل على أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها ما لم يكن مالك الأرض خول آخر تملك ما يقيمه من منشآت على هذه الأرض فتتفصل ملكية المنشآت عن ملكية الأرض ولا شأن لهذه الحالة بأحكام الالتصاق أما إذا أقام شخص منشآت على أرض غير مملوكة له بترخيص من مالكاها دون أن يتفق في هذا الترخيص على مصير المنشآت فإن صاحب الأرض يملكها بالالتصاق ولا يكون لمن أقامها - ما لم يطلب نزاعها سوى أن يرجع على المالك بإحدى القيمتين المنصوص عليهما في المادة ٩٢٥ من القانون المدني. لما كان ذلك، وكان الطاعن قد أقام دعواه بطلب ملكية البناء استناداً إلى مجرد تصريح مالكة الأرض له بإقامته دون الادعاء بحصول اتفاق على تملكه له. فإن الحكم المطعون فيه إذ طبق على الدعوى حكم المادتين ٩٢٥، ٩٢٦ من القانون المدني وانتهى إلى عدم ملكية الطاعن لهذا البناء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

(الطعن رقم ١٢٦٥ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ٠٢ / ١٩٨٢)

١٣- النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدني على أن " كل ما على الأراضي و تحتها من بناء أو أغراض أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض إقامة على نفقته و يكون مملوكاً له "، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضى بأن مالك الأرض بحسب الأصل يعتبر مالكا لما فوقها و ما تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى، فلا يطالب مالك الأرض بإقامة الدليل على ملكيته للمنشآت، و تستند هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام تقرره المادة ٨٠٣/٢ من القانون المدني، فإن ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا، إلا أن تلك القرينة القانونية تقبل إثبات العكس، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٢٢ سالفه الذكر على أنه " ويجوز مع ذلك أن يقام الدليل على أن أجنبياً أقام هذه المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبياً ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت و تملكها، كأن يكون هناك اتفاق بين صاحب الأرض والغير يجيز للأخير تملك المنشآت التي يقيمها على الأرض، وفي هذه الحالة لا يكون هناك مجال لأعمال حكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية، وتبقى ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها من منشآت، وهو ما أجازته المادة ٨٠٣/٣ من القانون المدني. لما كان ذلك، وكان الثابت من عقود الإيجار الصادرة من المطعون ضدهم الثلاثة الأول للطاعنة والمستأجرين السابقين لها أنهم قد صرحوا لهؤلاء المستأجرين بإقامة مباني عليها تكون مملوكة لهم، ولهم حق إزالتها والإستيلاء عليها، كما ثبت من عقود الإيجار من

الباطن الصادرة من الطاعنة لشركة مصر للبترول أنها تملك تلك المنشآت، فإنه لا محل للتحدى بأحكام الإلتصاق، و لا يعيب الحكم إغفاله تطبيقها.

(الطعن رقم ٦٢٥ - لسنة ٥٤ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٤)

١٤- النص في المادة ٩٢٢ من القانون المدني يدل على أنه يجوز للأجنبي إقامة الدليل على أنه أقام ما على الأرض من منشآت على نفقته وتملكها بعد أن خوله مالك الأرض الحق في إقامتها فإذا تمسك من أقام تلك المنشآت بأن المالك خوله إقامتها على نفقته وتملكها وطلب تمكينه من إثبات ذلك بشهادة الشهود وخلت أوراق الدعوى مما يحول دون ذلك أو يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه بما يغني عن إجراء التحقيق وجب على المحكمة أن تجيب هذا الطلب فإذا لم تعرض له كان حكمها مشوباً بالقصور و الإخلال بحق الدفاع.

(الطعن رقم ٢٣٧٧ - لسنة ٥١ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٢ / ١٩٩١)

١٥- المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن حق القرار الذي يعطى لصاحبه سلطة أن يستقر ببنائه على أرض غير مملوكة له هو حق عيني ومن ثم فإنه بهذه المثابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل سنده أما قبل ذلك فإن المنشآت التي تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الإلتصاق وذلك على ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة ٩٢٢ من القانون المدني.

(الطعن رقم ٤٧٥ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٩٤)

١٦- لما كانت المادة ٩٢٢ من القانون المدني بعد أن نصت في فقرتها الأولى على ملكية صاحب الأرض لكل ما عليها من مبان أجازت الفقرة الثانية منها للأجنبي أن يقيم الدليل على أنه أقام هذه المنشآت على نفقته أو أن مالك الأرض قد خوله ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها و إذ كان سند هذا التحويل لا يكون إلا تصرفاً قانونياً فإن ملكية المنشآت لا تنتقل إلى الباني بمجرد صدور الترخيص له بالبناء من مالك الأرض وإنما بتسجيل هذا الترخيص لأنه قبل ذلك لا يكون الباني مالكا لما يقيمها من مبان لأن حق القرار الذي يخوله الإرتكاز ببنائه على تلك الأرض التي لا يملكها هو حق عيني لا ينشأ ولا ينتقل وفقاً لحكم المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري الصادر برقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بالتسجيل أما قبله فإن ملكية المنشآت تكون لمالك الأرض بحكم الإلتصاق وفقاً للقانون.

(الطعن رقم ٤٧٥ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٩٤)



مادة (٩٢٣)

١- يكون ملكاً خالصاً لصاحب الأرض ما يحدثه فيها 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 الذي يعلم فيه المالك أنها اندمجت في 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.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٢٧ لیبی و ٨٨٧ سوری و ١١١٨ عراقی و ٢١٤ لبنانی و ٧٣٤ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ مدنی.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٢٣ مدنی أنه إذا بنى صاحب الأرض، فإنه يملك المنشآت التي بناها، وعليه يجب أن يعرض صاحب الأدوات عن ملكيته لها التي فقدتها. على أنه يجب التمييز في ذلك بين ما إذا كان صاحب الأرض حسن النية أو سئ النية.

فإذا كان حسن النية، أى يعتقد أن هذه الأدوات ملك له، فيغلب أن يكون قد تملكها فعلاً، وعلى ذلك لا يكون فى حاجة إلى أن يملكها بالإنصاق، فيكون قد بنى فى أرضه بأدوات مملوكة له، وتكون المنشآت ملكاً له تسرى عليه أحكام الحيابة لا أحكام الإنصاق.

وإذا كان سئ النية، بأن كان يعلم أن الأدوات غير مملوكة له، أو كان حسن النية ولكن ليس لديه سبب صحيح - فإما أن يكون من الممكن نزع ملكية الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت (طوب - جير - جبس - دهانات) ضرر جسيم، فإن صاحب الأرض يملك الأدوات بمجرد ادماجها فى الأرض بحيث تصبح عقاراً بطبيعته، ويكون سبب كسب الملكية هنا هو الإنصاق.

فإذا تملك صاحب الأرض هذه الأدوات بالإنصاق على النحو المتقدم، فإنه يكون ملزماً بالتعويض نحو صاحب الأدوات، فعليه أولاً أن يدفع له قيمتها وقت انتقال ملكيتها لملكها أى وقت إدماج الأدوات فى الأرض وصيرورتها عقاراً بطبيعته، وعليه فوق ذلك أن يدفع لصاحب الأدوات تعويضاً عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر

بسبب عدم استرداده للأدوات التي كانت مملوكة له، على أن التعويض يزيد إذا كان صاحب الأرض سئ النية.

أما إذا كان نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضرر جسيم (أبواب - أدوات صحية - بلاط - باركية) فإن هذه الأدوات وأمثالها يمكن نزعها من البناء دون أن يلحقه من هذه النزع ضرر جسيم، في هذا الغرض لا يملك صاحب الأرض الأدوات بمجرد إدماجها في الأرض بل تبقى على ملك صاحبها يستطيع نزعها 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.

أما إذا انقضت السنة دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى باستردادها، فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك ويملكها صاحب الأرض بالالتصاق، ملكية معلقة على شرط واقف هو ألا يرفع صاحب الأدوات دعوى الاسترداد في خلال السنة؟ بينما ملكية صاحب الأدوات لها معلقة على شرط فاسخ هو ألا يرفع دعوى الاسترداد في خلال السنة.

أما إذا بنى صاحب الأدوات في أرض غيره - وهو الفرض الأكثر شيوعاً في العمل، فقد يكون حائزاً للأرض لا يملكها ثم يقيم فيها منشآت فيرفع مالك الأرض دعوى إستحقاق على الحائز فيسترد منه الأرض، وتكون المنشآت التي أقامها الحائز ملكاً لصاحب الأرض تملكها بطريق الالتصاق، وعليه أن يعرض صاحب المنشآت بحسب ما إذا كان الحائز الباني حسن النية أو سئ النية.

وعبارات النصوص في هذا الصدد عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره، ويستوى في ذلك أن يكون الباني حائزاً للأرض بنية التملك أو يكون حائزاً لها حيازة عرضية، كما يستوى أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض والباني أو لا تكون. زمن ثم يستوى أحكام الالتصاق على الفروض الأتية:

- (١) إذا رخص صاحب الأرض للباني في البناء.
- (٢) إذا بنى المنتفع في الأرض المنتفع بها.
- (٣) إذا بنى المالك ثم أبطلت ملكيته أو فسخت.
- (٤) إذا بنى البائع في الأرض المباعة قبل تسجيل عقد البيع، أو بنى المشتري في هذه الأرض قبل التسجيل.

ففي تلك الفروض الأربعة إذا تملك صاحب الأرض المنشآت بطريق الالتصاق وجب عليه أن يدفع تعويضاً لصاحب المنشآت. وقد جعل القانون لمالك المنشآت ضمناً هو حق حبسها حتى يستوفي التعويض، ويسر من جهة أخرى على صاحب الأرض أداء التعويض بأن أجاز للقاضي أن يجعل الأداء على أقساط دورية. على أن أحكام الالتصاق لا تسرى على الفروض التي وردت فيها نصوص صريحة مخالفة لتلك الأحكام، إذ يجب عندئذ تطبيق هذه النصوص الصريحة دون أحكام الالتصاق من هذه الفروض:

- (١) إذا بنى المستأجر في العين المؤجرة.

- (٢) إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع فيه.
 (٣) إذا بنى المحتكر فى الأرض المحتكرة.
 وهناك فرضان لا ينطبق عليهما أحكام الالتصاق، هما:
 (١) إذا بنى المالك على الشيوع فى الأرض الشائعة.
 (٢) إذا بنى الفضولى أو الوكيل فى أرض رب العمل أو الموكل كما استثنى القانون من أحكام الالتصاق، فرضين، هما:
 ١- إذا جار البانى بحسن نية على جزء صغير من الأرض الملاصقة.
 ٢- المنشآت الصغيرة المقامة فى أرض الغير ليس عليها سبيل الدوام^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٢٣ من القانون المدنى على أنه: "يكون مالكا لصاحب الأرض ما يحدثه فيه من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكناً نزع هذه المواد دون أن يلحق ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى أن يلحق هذه المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكناً نزعها ولكن لم ترفع الدعوى بإستردادها خلال سنة من اليوم الذى يعلم فيه مالك المواد أنها اندمجت فى هذه المنشآت ... " وكلمة (يطلب) الواردة بنص المادة ١/٩٢٤ مدنى يؤدى ذات المعنى الوارد بنص المادة ٩٢٣ مدنى وهو (رفع الدعوى)، وقد عبر القانون المدنى فى العديد من نصوصه بكلمة (يطلب قاصداً بها المطالبة القضائية باعتبارها الوسيلة القانونية التى يلجأ بمقتضاها صاحب الحق ليعرض عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به. هذا، إلى جانب أن صياغة عجز الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ مدنى بالجمع بين الحق فى طلب الإلزامية والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد المراد بمعنى (الطلب) وهو (رفع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء ليعرض عليه ما يدعى طالباً الحكم له به، هذا، إلى أن صياغة عجز المادة ١/٩٢٤ مدنى بالجمع بين الحق فى طلب الإزالة والحق فى طلب التعويض خلال ميعاد السنة تؤكد بمعنى (الطلب) وهو (رفع الدعوى) وإلا جاز القول بأنه يكفى مجرد إبداء الرغبة بأى طريق فى طلب التعويض خلال سنة دون حاجة للالتجاء إلى القضاء فى هذا الميعاد وهو ما لا يسوغ. وعلى ذلك فلا يعتبر القضاء الميعاد مرعياً إلا برفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه.

(جلسة ١٧/٥/١٩٧٨ - مجموع المکتب الفنى - لسنة ٢٩ - مدنى - ص ١٢٦٥)

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٢٦٧ وما بعدها، المرجع السابق:
 حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - ص ٢٨٨ وما بعدها، والحقوق العينية
 الأصلية - للدكتور محمد على عمران - ص ٧٣ وما بعدها.

مادة (٩٢٤)

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 قيمة 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 يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٨ لیبی و ٨٨٨ سورى و ١١١٩ عراقى و ٢١٥ لبنانى و ٧٣٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- جاء نص المادة ٩٢٤ مدنى فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده وهو يعلم أن الأرض غير مملوكة له فإذا وضع شخص يده على أرض مملوكة لغيره بإعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده، فرفع مالك الأرض دعوى الإستحقاق على الحائز واسترد الأرض. فإذا ادعى مالك الأرض أن الحائز سئ النية أى أنه يعلم أنه أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأقام المنشآت دون رضا مالك الأرض، فعلى مالك الأرض يقع عبء إثبات سوء نية من أقام المنشآت، كأن يثبت أن هذا الأخير قد اغتصب الأرض، أو أنه حازها فى مبدأ الأمر وهو حسن النية بأن اعتقد أنه وارثاً لها ألّت إليه عن طريق الوصية، ثم كشف بعد ذلك أنه غير وارثاً أو أن الوصية باطلة أو عدل الموصى عنها، ومع ذلك بقى حائزاً للأرض وأقام فيها المنشآت وهو يعلم أنها غير مملوكة له^(١).

٢- يتضح من نص المادة ١/٩٢٤ مدنى أنه نظراً لسوء نية البانى أو الغارس، يجعل المشرع لصاحب الأرض الخيار بين طلب إزالة المنشآت أو استبقائها، فله أن يطلب الإزالة لإعادة الأرض إلى حالتها الأولى، ويجب أن يتم ذلك فى مدة سنة تبدأ من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت هذه المدة دون أن يتقدم بطلب الإزالة سقط حقه فيه، ولا يكون له إلا أن يستبقى المنشآت، وتكون الإزالة على نفقة البانى أو الغارس. وإذا لحق صاحب الأرض ضرر بسبب إقامة المنشآت ثم إزالتها، فيكون له أن يطلب من البانى التعويض بدلاً عن هذا الضرر.

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٢٧٦ وما بعدها.

ولمالك الأرض بدلاً من طلب الإزالة أن يطلب استبقاء المنشآت. فإذا طلب ذلك أو مضت سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت دون أن يطلب الإزالة فيملك المنشآت بالتصاق، ويكون هذا التملك في مقابل دفع إحدى قيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، أى قيمة الانقراض مخصصاً منها مصاريف الإزالة، أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض نتيجة وجود المنشآت عليها، ولما كان الخيار بين هاتين القيمتين لصاحب الأرض فهو يختار بدهاءة القيمة الأقل. والمقابل الذى يلتزم به مالك الأرض على هذا النحو يختلف عن التعويض الذى يلتزم به مالك الأرض على هذا النحو يختلف عن التعويض الذى يلتزم به المثرى وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب، فالمثرى يلتزم بأقل القيمتين، قيمة الإثراء أو قيمة الافتقار (م ١٧٩ مدنى) وبالمقابلة بين هذه القاعدة وكما يلتزم به مالك الأرض نجد أن الزيادة فى ثمن الأرض تمثل قيمة الإثراء ولكن قيمة المنشآت مستحقة الإزالة لا تمثل قيمة الافتقار، لأن قيمة افتقار البانى أو الغارس عبارة عن قيمة المواد وأجرة العمل.

أما نص الفقرة الثانية من المادة ٩٢٤ مدنى فغامض لا يكشف عن حقيقة ما يقصده المشرع، وحكمه أياً كان المعنى الذى يحمل عليه غير مقبول، ولهذا كان يحسن استيعاده. فنظر إلى أن المشرع لا يعطى من أقام المنشآت الحق فى إلزائها إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها، فيثور التساؤل عن الحالة التى يثبت فيها هذا الحق. لا يصح أولاً أن يقال إن حق من أقام المنشآت يثبت له إذا لم يختار صاحب الأرض استبقاء المنشآت وإنما اختار إلزائها، لأن الإزالة تكون فى هذه الحالة واجب على من أقام المنشآت فلا معنى للقول أنها حق له. فإذا استبعدنا هذا المعنى غير المقبول، فقد يقال، كما قالت المذكرة الإيضاحية وبعض الشراح، إن مالك الأرض إذا تملك المنشآت بالتصاق ولكنه امتنع عن دفع المقابل كان للبانى إما أن يلزمه بالدفع وإما أن يطلب نزع المنشآت إن كان النزع لا يلحق بالأرض ضرراً ولكن يلاحظ على هذا رأى أن النص ليس فيه ما يدل عليه، وليس فيه فيما يرى الدكتور منصور مصطفى منصور - سند فى القانون، فبمجرد أن التزم صاحب الأرض بدفع التعويض لا يكون أمام البانى إلا أن يستوفى هذا التعويض وفقاً للقواعد العامة. وقد يقال، وهو ما ذهب إليه بعض الشراح، إن المقصود هو أنه إذا لم يحدد صاحب الأرض موقفه فلم يطلب الإزالة ولم يختار استبقاء المنشآت، فإنه يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها، وذلك بشرط ألا يلحق هذا النزع ضرراً بالأرض، غير أن صاحب الأرض يستطيع دائماً أن يعطل هذا الطلب إذا اختار استبقاء المنشآت. وهذا يعنى أن المشرع يعطى من أقام المنشآت فرصة المبادأة فى طلب نزع المنشآت حتى يحمل صاحب الأرض على تحديد موقفه دون انتظار انقضاء مدة السنة لمعرفة مصير المنشآت، ويمكن أن يعترض على هذا بأن من حق صاحب الأرض أن يستفيد من مدة السنة التى أعطاها له المشرع للخيار بين إزالة المنشآت أو استبقائها، فلا يجبر على الاختيار قبل ذلك^(١).

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٩٠ وما بعدها، وحق الملكية - للدكتور عبد المنعم الصدة - ص ٣٧٧.

٣- هل يكون لصاحب الأرض أن يطلب من صاحب المحدثات (المنشآت) تعويضاً عما فُوت عليه صنعه من الفوائد التي كانت ممكنة التحقق لو لا تعديده؟ أجابت المادة ٩٢٤ من القانون المدني المصري والمادة ٥٥ من القانون الفرنسي على ذلك بالإيجاب، فقالا إن لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت مع التعويض إن كان له وجه. وهذان النصان هما المقابل للنص العراقي والظاهر من القياس في الحالة الأولى أن الحكم بالتعويض صحيح إن كان له وجه، وذلك ما تقتضيه العدالة، وليس هناك من فرق يوجب الحكم بالتعويض في الحالة الأولى ولا يوجب في هذه المادة. وفي رأينا (الأستاذ حامد مصطفى) أن القانون قد ترك عليه لا سيما وأن الأمر يدور على القواعد العامة التي تقتضي بالتعويض في كل حالة يحكم فيها القضاء بإعادة الأمر إلى ما كان عليه وسد الضرر المحقق.

وقد كان قانون التصرف بالأموال غير المنقولة يقضى في هذه الحالة بالمساواة بين حسن النية وسيئ النية فيحكم بتبعية الأقل قيمة للأكثر قيمة. أما إذا كانت الأرض وفقاً فإن القواعد الشرعية تفرق بين أن يكون الباني بلا حسن نية هو المتولى أو أجنبياً، فإن كان المتولى أمر برفع بنائه إن لم يضر رفعه بالأرض. إذا كان يضر بها فإن عليه أن ينتظر حتى يتهدم البناء أو تيبس الأشجار ولا حق له في منفعة شيء من ذلك. وإن كان غير المتولى وكان من الممكن أن يأخذ ما أحدثه بلا ضرر يصيب الأرض كان له ذلك، وإن كان لا يمكن ذلك إلا مع ضرر جسيم يصيبها صارت المحدثات مال الوقف ويدفع لصاحبها أقل القيم الثلاث مستحقة القلع ومستحقة البقاء ومقلوعة بالفعل. وإن كان ما أحدثه أمراً معنوياً كخصب الأرض بالأسمدة وحرثها وتحسينها لم يدفع الوقف شيئاً. أما إذا كان الباني حسن النية كأن يكون قد بنى على أرض الوقف بإذن المتولى أو بالاتفاق أو كان له حق السكنى وكان البناء ضرورياً ولم يعين مصير المنشآت كان للمتولى أخذها بقيمتها قائمة إن كان للوقف مال تؤخذ به، وإلا كان على صاحب المنشآت الانتظار حتى تكون للوقف غلة يستوفي منها حقه ويصبح تقسيطه وفق الأحوال أو تأجيله أو إستغلاله بين الوقف وبينه، ولا يصح تملك أرض الوقف للمباني مهما كانت الأحوال إلا إذا كان هناك مجال لتطبيق قواعد الاستبدال، فحينئذ يأخذ الباني من ثمن الوقف بنسبة ما يصيب المحدثات ويشتري بما يصيب الوقف عقار مكان الأول^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النص في أحكام الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدني يفيد أن لصاحب الأرض أن يطلب خلال سنة إزالة المنشآت المقامة على أرضه على نفقة من أقامها فإذا سكت ولم يطلب الإزالة سقط حقه في طلبها، ولازم ذلك أن يكون عالماً بشخص من أقامها حتى يتسنى له من بعد أن يوجه إليه طلب إزالتها على نفقته على نحو ما صرح به صدر النص، لأن العلم بإقامة المنشآت لا يقتضي حتماً وبطريق اللزوم العلم بمن أقامها، ومن ثم فإن ميعاد السنة الذي يتعين طلب الإزالة خلاله لا يبدأ

(١) الملكية العقارية في العراق - الجزء الأول - للأستاذ حامد مصطفى - ١٩٦٤ - ص ٢٨٩.

إلا من اليوم الذى يعلم فيه صاحب الأرض بإقامة المنشآت وشخص من أقامها. القضاء بسقوط الحق فى طلب الإزالة بفوات سنة من تاريخ العلم بإقامة المنشآت إغفال بحث تاريخ العلم بشخص من أقامها، خطأ وقصور.

(جلسة - ١٩٧٥/٢/٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٦ - مدنى - ص ٣١٩)

٢- الحائز الذى يقيم المنشآت على أرض مملوكة لغيره، يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت. والمقصود بحسن النية فى تطبيق المادة ٢٩٥ من القانون المدنى أن يعتقد البانى أن له الحق فى الإقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض. فإذا ادعى مالك الأرض أن البانى سيئ النية، فعليه حسبما تقضى به المادة ٩٢٤ من القانون المدنى أن يقيم الدليل على أن البانى كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره وأنه أقامها دون رضا مالك الأرض.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ٤٥٣)

٣- نص المادة ١/٩٢٤ من القانون المدنى يدل وفقاً لما صرحت به فى صدورها على أن الحق الذى قرره المشرع فى طلب إزالة المنشآت التى يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته وقد خولها لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغير الحق فى استعمالها.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١/١٣ - المرجع السابق - ص ١٩٧.)

٤- إقامة المشتري مبان على الأرض المباعة، ثم فسخ عقد البيع بسبب راجع إليه، يترتب عليه إعتباره بانياً بسوء نية فى حكم المادة ٩٢٤ مدنى، ويجب تقديم البائع طلب الإزالة خلال سنة من تاريخ الحكم النهائى بالفسخ أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص ١٨٢١)

٥- طلب المالك إزالة المنشآت التى يقيمها الغير على نفقة من أقامها يجب أن يكون برفع الدعوى قبل انقضاء سنة من يوم علمه بإقامة المنشآت (م ١/٩٢٤ مدنى)، ولا يكفى مجرد إبداء الرغبة فى الإزالة خلال الميعاد.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٥/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ١٢٦٥)

٦- إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن شريك على الشيوع فى أرض النزاع مع المطعون عليها وبحق النصف لكل منهما، وأنه لم يقم بالبناء على حصة من العقار تعادل نصيبه فيه، بل أقام البناء على كامل الأرض المملوكة له والمطعون عليها مع علمه بذلك ورغم إنذارها له وطلبها منه وقف البناء لإقامته على الأرض المملوكة لها ولم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شاهديه من أقام البناء بموافقة المطعون عليها، فإن ما إنتهى إليها الحكم من إعتبار الطاعن بانياً سيئ النية على أرض المطعون عليها وأنه يحق لها وطبقاً للمادة ٩٢٤ من القانون المدنى الحق فى استبقاء نصف البناء على أن تدفع قيمته مستحق الإزالة إعمالاً لأحكام الإلتصاق، لا يكون مخالفاً للقانون.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/٢٤ - الطعن ٢٤١ السنة ٤٧ - مجلة القضاء - يناير/يونيو سنة ١٩٨٥ -

٧- لما كان نص المادة ٩٢٤/١ من القانون المدني يدل وفقاً لما صرحت به في صدرها على أن الحق الذي يقرره المشرع في طلب إزالة المنشآت التي يقيمها الشخص على أرض الغير بسوء نية إنما هو رخصة ناشئة عن حق الملكية ذاته، وقد خولها القانون لصاحب الأرض بوصفه مالكا وليس لغيره الحق في إستعمالها، وكانت ملكية العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه.

(الطعن ١٣٣٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٣/٥/١٩٩٠)

٨- إستقلال محكمة الموضوع بتقدير حسن نية الباني في أرض الغير أو سوء نيته متى أقامت قضاها على أسباب سائغة.

المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن أمر العلم بإقامة البناء على ملك الغير وثبوت حسن نية من أقامه أو سوء نيته مما تستقل به محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاها فيه على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(الطعن ١٣٣٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ٣٠/٣/١٩٩٤ س ٤٥ ص ٥٨٤)

٩- بناء صاحب الأدوات في أرض غيره بسوء نية. لصاحب الأرض طلب الإزالة على نفقة الباني مع التعويض. شرطه. رفع الطلب إلى القضاء خلال سنة من تاريخ علمه بإقامة المباني وإلا سقط الحق فيه. تملكه للمنشآت بالالتصاق بعد مضي سنة أو طلبه إستبقائها مقابل أقل القيمتين البناء مستحق الإزالة أو ما زاد في ثمن الأرض بسببه.

مفاد نص المادة ٩٢٤ من القانون المدني أنه إذا كان صاحب الأدوات الباني في أرض غيره سئ النية كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة على نفقة الباني وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا طلب صاحب الأرض إستبقاء المنشآت تملك الأخير هذه المنشآت بالالتصاق مقابل دفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً الإزالة أو ما زاد عن ثمن الأرض بسبب البناء، ولا يعتبر ميعاد السنة التي يتعين طلب الإزالة خلالها مرعياً إلا يرفع طلب الإزالة إلى القضاء وإلا سقط الحق فيه.

(الطعن ٢٩٥٢ لسنة ٦٦ ق - جلسة ٢٧/١٢/١٩٩٧ س ٤٨ ص ١٥٥٨)

١٠- النص في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٤ من القانون المدني على أن " 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 مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت " - مفاده أن تملك صاحب الأرض للمنشآت التي يطلب إستبقاؤها بالالتصاق يكون مقابل تعويض صاحبها بأقل القيمتين المشار إليهما في النص وهما: قيمة

المنشآت مستحقة الإزالة أي قيمة الأنقاض بعد إستنزاف تكاليف الهدم، أو الفرق بين ثمن الأرض خالية من المنشآت و ثمنها بعد إقامة المنشآت عليها بإعتبار أن فرق الثمن هو ما زاد في ثمن الأرض، ولا مراعاة في أن التعويض ما أثرى به صاحب الأرض بسبب إقامة المنشآت، وهو بهذه الصفة منبث المصلحة بقواعد تقدير قيمة الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٧ من قانون المرافعات والتي تهدف إلى وضع معيار لتحديد الإختصاص القيمي لمحاكم الدرجة الأولى، ولمدى قابلية هذه الأحكام للطعن فيها.

(الطعن ٣٣٨ لسنة ٦٢ق - جلسة ٢٠٠٠/٥/١٤ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٢٥)

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 أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها، كان له أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٢٩ لیبی و ٨٨٩ سورى و ١١٢٠ عراقى و ٢١٦ لبنانى و ٧٣٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- جاء نص المادة ٩٢٥ من القانون المدنى فى عبارات عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت فى أرض غيره بمواد من عنده، وهو يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها، أى حالة البانى فى أرض غيره الحائز للأرض بنية تملكها، وترفع على دعوى إستحقاق من مالك الأرض فيسترد هذا الأخير الأرض والمنشآت وفقاً للأحكام العامة فى الإلتصاق فيما يتعلق بالبانى حسن النية.

فلو فرضنا أن شخصاً وضع يده على أرض مملوكة لغيره بإعتبار أنه المالك، وقد أقام منشآت فى هذه الأرض بمواد من عنده، ونفرض أن مالك الأرض رفع دعوى إستحقاق على الحائز واسترد الأرض، والمفروض أن الحائز حسن النية وقت أن أقام المنشآت إلا إذا أثبت صاحب الأرض أنه سيئ النية، ومعنى حسن النية هنا أن يعتقد البانى أن له الحق فى إقامة المنشآت وليس معناه حتماً أن يعتقد أنه يملك الأرض.

ففى الفرض المتقدم لا يكون لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت - كما له هذا الحق فيما إذا كان الحائز سيئ النية - فقد أجزأنا لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة جزاء على سوء نية الحائز، وللحائز أن يطلب استيفاء المنشآت فى الأرض، وفى هذه الحالة يملكها صاحب الأرض بالإلتصاق، وعليه أن يعوض الحائز، وله فى هذا التعويض الخيار فى أن يدفع أقل القيمتين: قيمة ما اعتنى به وقيمة ما افتقر به الحائز، وهذا هو عين ما يدفعه طبقاً للقواعد المقررة فى الإثراء على حساب الغير،

ولا يجوز له أن يختار دفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة كما يكون له ذلك في حالة الحائز سيئ النية لأنه ليس له أن يطلب الإزالة، ومن ثم لا يوجد مسوغ لدفع قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، ولأن هذه القيمة (هى قيمة أنقاض البناء منقوصاً منها مصروفات هدمه) تكون عادة أقل بكثير من القيمتين الأخيرتين اللتين يخير بينهما صاحب الأرض فلا يجوز فرضها على الحائز وهو حسن النية إذا جاز فرضها على الحائز سيئ النية. وإذا كان صاحب الأرض يخير في حالة الحائز حسن النية بين دفع قيمة ما أعتى به (زيادة قيمة الأرض) أو دفع قيمة ما افترق 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 بالإحاطة إلى هذه القواعد.

ويحسن القول - تنسيقاً لأحكام الإلتصاق فى مجموعها - إن إلتزام صاحب الأرض بدفع تعويض للحائز هذا التعويض بقيمة معينة فى جميع فروض الإلتصاق (حتى فى الفرض الذى نحن بصدده حيث يقضى القانون بتعويض مماثل للتعويض الذى تقضى به قواعد الإثراء على حساب الغير) هو إلتزام مصدره القانون لا مبدأ الإثراء على حساب الغير، ومن ثم يتقدم هذا الإلتزام بخمس عشرة سنة لا بثلاث سنوات، شأنه فى ذلك شأن الإلتزامات الأخرى التى ينشئها القانون فى صدد التملك بالإلتصاق.

ولقد أولى القانون البانى حسن النية فى أرض غيره رعاية خاصة، فأجاز له - بدلاً من تقاضى أقل القيمتين - أن يطلب نزع المنشآت من الأرض إذا رأى له مصلحة فى ذلك كما لو كان نزع المنشآت لا ينشأ عنه تلف كبير لها، وكانت قيمتها بعد النزاع أكبر مما يتقاضاه من صاحب الأرض، لكنه يلتزم فى هذه الحالة بإعادة الأرض إلى أصلها بعد نزع المنشآت منها أو بتعويض صاحب الأرض عما عسى أن يصيب الأرض من ضرر فهذا حق له لا واجباً عليه ليس لصاحب الأرض أن يجبره على ذلك، إذ ليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة.

كما راعى القانون البانى حسن النية فى أرض غيره بما نص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى من المعيار الذاتى، فجعل العبرة بالمقدرة المالية لصاحب الأرض شخصياً فإن كان يرهقه أن يؤدى لصاحب المنشآت ما هو مستحق له لجسامة المنشآت التى أقيمت كان له لدى من تملك المنشآت بالإلتصاق، أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت على أن يدفع هذا له تعويضاً عادلاً عن الأرض يقدره الخبير عند الاقتضاء، ويجوز للقاضى أن يجعل أداء هذا التعويض على أقساط دورية بناء على طلب صاحب المنشآت أسوة بسائر أنواع التعويض التى تستحق بسبب الإلتصاق، إذ المقصود هو مجرد الإرهاق لا التثبيت من عدم الاستطاعة. ويملك صاحب المنشآت الأرض إذا توافر شرط الإرهاق لا بحكم الإلتصاق، فإن الإلتصاق إنما يكون سبباً لتملك صاحب الأرض للمنشآت لا لتملك صاحب المنشآت للأرض، وإنما يملك صاحب المنشآت الأرض، ويلتزم بدفع التعويض 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.

فإذا ملك صاحب الأرض لصاحب المنشآت بالإلتصاق على النحو المتقدم، فإن ملكيته تكون معلقة على شرط واقف، هو ألا يطلب صاحب المنشآت نزاعها أو يطلب هو تملك الأرض لصاحب المنشآت.

فإذا تحقق الشرط الواقف، ولم تنزع المنشآت من الأرض وبقيت الأرض على مالك صاحبها فإن صاحب الأرض يملك المنشآت بالإلتصاق، ويكون لتحقيق الشرط أثر رجعي، فيستند إلى الوقت الذي أدمجت فيه المنشآت في الأرض^(١).

٢- عرض المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى لأحكام الإلتصاق في حالة حسن نية من أقام المنشآت، ثم أورد استثناءين على القاعدة، الأولى ورد حكمه في الفقرة الثانية من النص نفسه، والثاني ورد حكمه في المادة ٩٢٨ مدنى.

ويتضح من الفقرة الأولى من المادة ٩٢٥ مدنى أن المشرع يعامل حسن النية معاملة أفضل من معاملة سيئ النية، سواء من حيث الحق في طلب الإزالة أو من حيث مقدار التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض إذا تملك المنشآت.

ففيما يتعلق بالحق في طلب الإزالة أعطاه المشرع لمن أقام المنشآت دون مالك الأرض، فإذا كان الأصل أن لصاحب الأرض بإعتباره مالكا الحق في إجبار الغير على إزالة ما أقامه في الأرض، فقد خرج المشرع على هذا الأصل رعاية لمن أقام المنشآت لحسن نية، ولمن أقام المنشآت أن يزيلها، ولكن بشرط ألا يترتب على الإزالة ضرر بالأرض.

وإذا لم يرغب من أقام المنشآت في إلتهائها فيتملكها مالك الأرض بالإلتصاق، ويلتزم بتعويض من أقامها بإحدى قيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب إقامة المنشآت، وهو يختار بداءة الأقل منهما، ومن هذا يتضح أن التعويض في هذه الحالة يتفق مع أحكام الإثراء بلا سبب.

وإن كان الأصل أن صاحب الأرض يملك المنشآت بمقتضى الإلتصاق، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل في حالتين الحالة الأولى ورد حكمها في الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى والحالة الثانية ورد حكمها في المادة ٩٢٨ مدنى.

فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ مدنى إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسام يرهق صاحب الأرض أن يؤدى ما هو مستحق عنها، فإن الأخذ بالقاعدة العامة فى الإلتصاق يوقع صاحب الأرض فى حرج لا يستطيع أن يطلب الإزالة، وفى الوقت نفسه يرهقه أن يؤدى التعويض، ولهذا أعطاه المشرع الحق فى أن يطلب تملك أرضه لمن أقام المنشآت. وواضح من النص أنه يكفى لذلك أن يكون التعويض مرهقاً لمالك الأرض، فلا يلزم أن يكون مستحيلاً، والقاضى يقدر الإرهاق بالنظر إلى حالة مالك الأرض المالية وقيمة المنشآت بالنسبة إلى قيمة الأرض ومدى المنفعة التى يمكن أن

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٢٨٤ - وما بعدها.

تعود على مالك الأرض من هذه المنشآت، وتمليك الأرض لمن أقام المنشآت يكون - كما يقول النص - نظير تعويض عادل، ومقصود بوصف التعويض بأنه (عادل) ألا يلتزم القاضى القواعد العامة فى تقدير التعويض، بل يقره على ضوء الظروف الخاصة التى تحيط بالحالة المعروضة عليه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض أن لقاضى الموضوع سلطة تامة فى إستخلاص حسن النية وسوءه من مظانها فى الدعوى وبما يستشفه من ظروفها وملابساتها، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص فى حدود سلطته الموضوعية سوء نية الطاعنين فى إقامة المباني المطلوب إزالتها، وكان إستخلاصه قائماً على أسباب مسوغة وكافية لحمل قضائه، فإن النعى عليه يكون على غير أساس.

(جلسة ١٩٧٣/٥/٨ - مجموعة المكتب الفنى - لسنة ٢٤ - مدنى - ص ٧١٧)

٢- طلب إزالة المنشآت المقامة على عين النزاع، والقضاء فيه يكون إستناداً إلى قواعد الإلتصاق. إغفال الحكم بحث دفاع البانى بأنه كان حسن النية ... قصور وخطأ فى تطبيق القانون (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى).

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٢/٨ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ١٥٨٦)

٣- قبل تسجيل سند المشتري البانى فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الإلتصاق مقابل أن يدفع للمشتري أقل القيمتين: قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض بسبب المنشآت، وذلك ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٢٥ من القانون المدنى، ومن ثم فإن كل ما للمشتري البانى الذى لم يسجل عقده إذا لم يختر نزع المنشآت، هو أن يطالب صاحب الأرض بما هو مستحق له طبقاً لتلك المادة، وأن يتخذ فى سبيل إجباره على أدائه ما يخوله القانون من وسائل لاستيفاء ديونهم.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٩ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ١٠٠٦)

٤- إن مفاد نص المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ من القانون المدنى أنه إذا كان صاحب الأدوات هو البانى فى أرض غيره فيجب التفريق بين ما إذا كان سيئ النية أو حسن النية، فإذا كان سيئ النية أى يعلم أن الأرض ليست مملوكة له وبنى دون رضا صاحب الأرض كان لهذا - إذا أثبت ذلك - أن يطلب الإزالة على نفقة البانى وإعادة الشئ إلى أصله مع التعويض إن كان له محل وذلك فى ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت سنة أو إذا لم يجر الإزالة تملك صاحب الأرض المنشآت بالإلتصاق ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً الإزالة أو ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء. أما إذا كان البانى حسن النية بأن كان يعتقد الأرض مملوكة له

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٩٣ وما بعدها، والملكية العقارية فى العراق - ص ٢٩٠.

- وهو أمر مفترض إلا إذا قام الدليل على عكسه - فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٦/١١ - المرجع السابق - السنة ١٩ - ص ١١٥٥)

٥- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحائز الذي يقيم منشآت على أرض مملوكة لغيره يفترض فيه أنه كان حسن النية وقت أن أقام هذه المنشآت، والمقصود بحسن النية في تطبيق المادة ٩٢٥ من القانون المدني أن يعتقد الباني أن له الحق في إقامة المنشآت، ولا يلزم أن يعتقد أنه يملك الأرض، فإذا ادعى مالك الأرض أن الباني سيئ النية فعليه حسبما تقضي به المادة ٩٢٤ من القانون المدني أن يقيم الدليل على أن الباني كان يعلم وقت أن أقام المنشآت أن الأرض مملوكة لغيره، وأنه أقامها دون رضا مالك الأرض.

(الطعن رقم ٦٦٧ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٤ / ٢٠٠٠)

* * *

مادة (٩٢٦)

إذا أقام أجنبي منشآت بمواد من عنده بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض فلا يجوز لهذا المالك إذا لم يوجد اتفاق في شأن هذه المنشآت أن يطلب إزالتها ويجب عليه إذا لم يطلب صاحب المنشآت نزاعها أن يؤدي إليه إحدى القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة الأولى من المادة السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ليبى وعراقى و ٧٣٧ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ مدنى.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٢٦ مدنى أننا نواجه فرضاً يكون فيه البانى غير حائز للأرض بنية تملكها، إذا هو حصل على ترخيص من صاحب ولا يضع يده عليها بنية تملكها، ولكنه بالترخيص الذى حصل عليه من صاحب الأرض يكون له الحق فى إقامة البناء، ومن ثم يكون فى وضع الحائز حسن النية الذى يعتقده أن له الحق فى 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، وفى نظير أية قيمة يكون هذا التملك، أو ما إذا كان له أو لصاحب المنشآت الحق فى طلب إزالتها، وكان المثل الظاهر لهذا الوضع هو المستأجر. يرخص له المؤجر فى البناء فى العين المؤجرة دون أن يتفق معه على مصير المنشآت، لولا أن القانون أورد نصوصاً خاصة بعقد الإيجار يجب تطبيقها دون تطبيق الأحكام العامة فى الالتصاق، ويمكن افتراض أن البانى قد بنى فى أرض ترتب له عليها حق انتفاع على مصير البناء، فهنا يكون المنتفع قد بنى فى الأرض المنتفع بها بعد الحصول على ترخيص من مالك الأرض.

وفى هذا الغرض لا شك فى وجوب اعتبار البانى حسن النية، فهو وإن كان يعلم أنه غير مالك للأرض، إلا أنه حصل على رخصة من صاحب الأرض فى البناء، وهو الوضع المنصوص عليه فى المادة ٩٢٥ مدنى.

إن الأحكام العامة فى الالتصاق توجب على صاحب الأرض عندما يمتلك بالالتصاق المنشآت يختلف باختلاف ما إذا كان من أقام المنشآت حسن النية أو سيئها، فهو إذا كان حسن النية كان التعويض الذى يلتزم به صاحب الأرض أدنى القيمتين: قيمة المواد مع أجر العمل أو قيمة ما زاد فى ثمن البناء من الأرض وإعادتها إلى أصلها. وهناك تعويض آخر فى هذا الفرض، فقد يختار صاحب الأرض تملك

الأرض لصاحب المنشآت إذا كان التعويض المستحق مرهقاً له، وذلك في مقابل تعويض عادل عن الأرض يكون الملزم به في هذه الحالة هو صاحب المنشآت نحو صاحب الأرض. وإذا كان صاحب المنشآت سيئ النية، كان لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت، وله أن يستبقها ويملكها بالالتصاق، ويكون التعويض الملزم به في هذه الحالة نحو صاحب المنشآت هو أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة للإزالة أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

ولما كان التعويض يستحقه في أغلب هذه الأحوال صاحب المنشآت قبل صاحب الأرض، وكان هو الذى يحوز الأرض التى أقام عليها المنشآت فمن حقه طبقاً للقواعد العامة أن يحبس الأرض حتى يستوفى التعويض المستحق له^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

حق حبس المنشآت المقامة على أرض الغير لحين اقتضاء التعويض عنها، وجوب التمسك به وطرحه أمام محكمة الموضوع، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٥ - الطعن ١٠٢١ لسنة ٥٠ق - لم تنشر بعد)

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٢٩١ وما بعدها.

مادة (٩٢٧)

تسرى أحكام المادة ٩٢٨ فى أداء التعويض المنصوص عليه فى المواد الثلاث السابقة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٣١ لىبى و ٧٣٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٣٠ من القانون المدنى.

رأى الفقه:

١- يراجع - سابقاً - التعويض الوارد على نصوص المواد من ٩٢٤ حتى ٩٢٦ من القانون المدنى المصرى^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذ كان للطاعنين - وهما يمتلكان بطريق الإلتصاق فى المنشآت التى أقامها المطعون عليه على حصتهما فى الأرض - الحق فى ريع هذا القدر المملوك لهما وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلبهما الريع عن حصتهما فى المنشآت إستناداً إلى أنه لا يكون لهما ثمة حق فيه لما للمطعون عليه من حق فى حبسه حتى يستوفى منهما ما يستحقه من تعويض عن هذه المنشآت طبقاً لأحكام المادة ٩٢٥/١ من القانون المدنى لأنه كان حسن النية وقت إقامتها إذ كان يعتقد أن له الحق فى إقامة المنشآت المذكورة على أساس عقد البيع العرفى الذى كان فى يده وأنه لم يثبت من الأوراق أنه إستوفى حقه فى التعويض، ولما كان حق المطعون عليه فى حبس ريع المنشآت حتى يستوفى حقه فى التعويض عنها من الطاعنين لا ينفى قيام حقهما فى الريع قبل المطعون عليه وكان يتعين على المحكمة أن تبحث القدر الواجب حبسه من الريع بالنسبة إلى التعويض المستحق الذى يختلف مقداره تبعاً لحسن نية المطعون عليه أو سوء نيته حسبما بينته المادتان ٩٢٤، ٩٢٥ من القانون المدنى وبمراجعة ما تقضى به المادة ٩٨٢ من القانون المدنى التى تجيز للقاضي بناء على طلب صاحب الأرض أن يقدر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء به على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة وللمالك أن يتحصل من هذا الإلتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد إستحقاقها، وإذ أغفل الحكم المطعون فيه الرد على المستندات التى قدمها الطاعنان للتدليل على سوء نية المطعون عليه وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي فى الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعاره قصور يبطله فى هذا الخصوص.

(الطعن رقم ٢٨٦ - لسنة ٤٢ ق - تاريخ الجلسة ١٩٧٦ / ٠٤ / ٠٦)

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٣٠٦ وما بعدها.

مادة (٩٢٨)

إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير تعويض عادل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣٢ ليبي و ٧٣٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠ من القانون المدني.

رأى الفقه:

١- يفرض نص المادة ٩٢٨ مدني أن أرضاً بنى عليها مالكةا، وفي أثناء البناء جاوز أن يتنبه لذلك حدود ملكه إلى جزء صغير من الأرض الملاصقة لأرضه، فامتد البناء إلى هذا الجزء الصغير. وقد يكون ذلك كما هو الغالب لعدم ظهور الحدود وإيهامها ما بين الجيران، وهذا فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق، فالباني قد بنى بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه، فيكون قد بنى في ملك غيره. وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق، وذلك بأدنى القيمتين: قيمة ما أنفقه الباني في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء في الصغير الملاصق بسبب البناء. وكلا القيمتين تافه إزاء التضحية التي يتحملها الباني من أن يكون جزءاً لا يتجزأ من بنائه مملوكاً لجاره بالالتصاق. وإذا جاز للباني وهو حسن النية أن ينتزع البناء من الجزء الملاصق، فإنها تضحية أكبر. وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء، فإن هذا حق للجار الملاصق لا يلتزم عليه ولا يستطيع الباني أن يجبره على استعماله.

وقد أوجد التقنين المدني الجديد نصاً عادلاً هو المادة ٩٢٨ منه ويجب لتطبيقها توافر شرطين:

(١) أن يكون الباني إنما يبني أصلاً في أرضه، وقد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق.

(٢) أن تكون هذه المجاوزة من المباني قد وقعت بحسن نية.

فإذا توافر هذان الشرطان، جاز للقاضي ألا يجري أحكام الالتصاق، وأن يستثنى هذا الفرض من هذه الأحكام. وبدلاً من أن يملك الجزء من البناء لصاحب الجزء الصغير من الأرض الملاصقة، يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء، وذلك في نظير تعويض عادل يقدره الخبير عند الاقتضاء. ويلاحظ أن هذا أمر جوازي للقاضي وخاضع لتقديره فإذا رأى من ظروف القضية ومن حسن نية الباني

ومن صغر الجزء من الأرض الملاصقة المشغول بالبناء ما يشفع في الأخذ بهذا الحكم الذى يخرج فيه على أحكام الالتصاق، جاز له أن يستثنى هذا الفرض، بدلاً من أن يخضعه لأحكام الالتصاق يخضعه لهذا الحكم العادل^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الحكم الصادر بندب خبير قد حسم النزاع القائم بين الطرفين فى خصوص انطباق المادة ٩٢٨ من القانون المدنى وقطع بأنها هى الواجبة التطبيق على موضوع النزاع لتوافر شروط أعمال أحكامها وأنصح صراحة تبعاً لذلك عن أن حق الطاعن قاصر على تعويض الضرر ولم يبق سوى الفصل فى مقدار التعويض حتى يقدم الخبير تقريره فى هذا الشأن، وإذ يعد هذا من الحكم فصلاً قطعياً فى شق الموضوع كان مثار نزاع بين الخصم وأنهى الخصومة فى شأنه بحيث لا يجوز للمحكمة إعادة النظر فيه فإن هذا الحكم مما يجوز الطعن فيه على استقلال لاشتماله على قضاء فى الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٢/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٥٠٤)

٢- أن يؤدى نص المادة ٩٢٨ من القانون المدنى، وعلى ما أوضحته المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاورة من البانى قد وقعت بحسن نية، فإنه يجوز للقاضى استثناء من قواعد الالتصاق التى تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض الملاصقة أن يجبره على أن ينزل للبانى عن ملكية الجزء المشغول بالبناء.

مقابل تعويض عادل. ولما كان الثابت فى الدعوى أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان حسن النية حين أقام المبانى على الدكان الذى تدعى المطعون عليهن ملكيته، ولم يجاوز ملكه إلا فى مساحة صغيرة، وأنه لا يجوز فى هذه الحالة القضاء بإزالة المبانى، وإنما يقتصر حق المطعون عليهم على المطالبة بالتعويض، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإزالة هذه المبانى دون أن يعرض لدفاع الطاعن سالف البيان ويعنى بالرد عليه، وعلى أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يغير رأى فى الدعوى، لما كان ذلك فإن الحكم يكون مشوباً بقصور يبطله.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - ص ١٥٦٤)

٣- إقامة المالك بناء على أرضه. تجاوزه بحسن نية إلى جزء صغير من ملك جاره. جواز إلزام الجار بالنزول عن ملكية هذا الجزء للبانى مقابل تعويض عادل. المادة ٩٢٨ مدنى.

مؤدى نص المادة ٩٢٨ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جاوزها إلى جزء صغير من الأرض مملوك للجار الملاصق وكانت هذه المجاوزة من

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ١٥٦٢.

البناني قد وقعت بحسن نية فإنه يجوز للقاضي إستثناء من قواعد الإلتصاق التي تقضى بتمليك هذا الجزء من البناء لصاحب الأرض بأن يجبره على أن ينزل للبناني عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل، لما كان المالك وكان الطاعنون قد تمسكوا في دفاعهم أمام محكمة الإستئناف بإمتلاكهم الفناء موضوع النزاع بموجب عقود مسجلة ترد إلى العقد الصادر لهم بالمسجل.... لسنة ١٩٦٩ توثيق المنصورة وبوضع يدهم عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية أو المقترن بحسن النية والسبب الصحيح وبأنهم كانوا حسنى النية حين أقاموا البناء وفتحوا المطلات وقاموا بإيداع ثمن الجزء المشغول بالبناء خزينة المحكمة بما يمتنع معه الحكم بالإزالة، وأن المطعون ضدهم إستندوا في ملكيتهم لهذا الفناء إلى مجرد حكم تثبيت الملكية..... لسنة ١٩٣٨ مدني بندر المنصورة لم يسجل ولم يقترن بوضع اليد ولم يصدر في مواجهة سلفهم، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتثبيت ملكية المطعون ضدهم للفناء وإزالة البناء وسد المطلات أخذاً بتقارير الخبراء رغم تباین نتائجها في شأن ملكية هذا الفناء مع ما اقر به مورث المطعون ضدهم في الدعوى..... لسنة ١٩٣٨ مدني بندر المنصورة من أنه مملوك له وللسلف الأول للطاعنين بالإشتراك بينهما وأنه مخصص لمنفعة عقاريهما دون أن يضمن أسبابه ما يزيل هذا التباين أو يستجيب إلى طلب الطاعنين إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ملكيتهم لهذا الفناء بالتقادم الطويل أو القصير المقترن بحسن النية والسبب الصحيح، أو يعرض لما تمسكوا به بشأن حسن نيتهم في إقامة المنشآت والمطلات مع أنه دفاع جوهري من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب.

(الطعن ٤٣٣٤ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٨ س ٤٥ ص ٨٦١)

٤- التعويض العادل الممنوح لصاحب الأرض مقابل تنازله لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء. م ٩٢٨ مدني. ماهيته. مقابل إستبقاء المباني دون إزالة. شرطه. توافر حسن نية الجار صاحب البناء عند بنائه على الجزء الملاصق لأرضه. إفتراض قيام حسن النية ما لم يقدّم الدليل على العكس أو توافر أسباب تحول دون قيام هذا الإفتراض.

(الطعن رقم ٣٢٥٣ لسنة ٧٤ ق - جلسة ٢٠٠٥/٣/١٣)



مادة (٩٢٩)

المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمآوى التى تقام على أرض الغير دون أن يكون مقصوداً بقاءها على الدوام تكون ملكاً لمن أقامها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقال فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٣٩٣ لىبى و ٧٤٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٠

مدنى.

رأى الفقه:

١- نص المادة ٩٢٩ مدنى استثناء آخر من أحكام الإلتصاق اقتبس من المادة ٦٧٧ مدنى سويسرى، فإن الأصل أن المنشآت كبيرة كانت أو صغيرة متى اندمجت فى الأرض تملكها الأرض بالإلتصاق ولكن القانون استثنى فى هذا الفرض المنشآت الصغيرة التى تقام مؤقتاً على أن أرض الغير، دون أن يقصد بقاءها فيها على الدوام، وذلك كالأكشاك الخشبية والدكاكين الصغيرة والعشش والاستراحات المؤقتة وأكشاك الاستحمام التى لها أساس ثابت فى الأرض وغير ذلك من المآوى. فهذه ليس فحسب منشآت صغيرة، بل هى أيضاً منشآت مؤقتة لم يقيمها صاحبها على أرض الغير على سبيل الدوام، وكان مقتضى تطبيق أحكام الإلتصاق أن صاحب الأرض يملكها بالإلتصاق على أن يدفع تعويضاً لأصحابها يختلف باختلاف الأحوال.

ولكن استثناء من أحكام الإلتصاق، ونظراً لصغر قيمة هذه المنشآت وبالأخص لأنها مؤقتة لم يقصد به من إقامتها أن تبقى على سبيل الدوام، فقد قضت المادة ٩٢٩ مدنى بأن صاحب الأرض لا يملكها بالإلتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها. ويستوى فى ذلك أن يكون من أقام هذه المنشآت حسن النية يعتقد أن له الحق فى إقامتها فى أرض الغير. أو كان سيئ النية يعلم أن الأرض مملوكة للغير ولا حق له فى إقامة المنشآت عليها.

ويترتب على ذلك أن صاحب هذه المنشآت يستطيع نزعها من الأرض حتى لو كان سيئ النية، بشرط أن يعيد الأرض إلى أصلها وأن يعرض صاحب الأرض عما عسى أن يكون قد أصابه من الضرر. ويطالب إزالتها حتى لو كان صاحبها حسن النية، مادام لم يتفق معه على إقامتها، أو لم يحدد الاتفاق مصير المنشآت.

وتبقى المنشآت قائمة على الأرض ومملوكة لمن أقامها، حتى ينزعها هذا الأخير أو يطلب إزالتها صاحب الأرض، وذلك ما لم يتفق صاحب الأرض وصاحب المنشآت على أمر آخر، كأن يتفقا على أن تبقى المنشآت فى الأرض لمدة معينة فى نظير أجره

عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت أو يتفقا على تملك صاحب الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير أجره عن الأرض يدفعها صاحب المنشآت، أو أن يتفقا على تملك الأرض للمنشآت أو صاحب المنشآت للأرض في نظير مبلغ معين، أو يتفقا على أي أمر آخر^(١).

٢- يتضح من نص المادة ٩٢٩ مدني أن المنشآت المذكورة فيه والتي تتميز بأنها تقام ودون قصد بقائها على الدوام لا تسري عليها أحكام الإلتصاق، بل تبقى ملكاً لمن أقامها دون تفرقة بين إذا كان حسن النية أو سيئ النية، وعلى ذلك يكون لصاحبها أن ينزعها ولو أراد مالك الأرض استبقاءها، كما يكون لمالك الأرض أن يطالب بإزالتها مع التعويض إن كان له محل^(٢).

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٣١٩ وما بعدها.
(٢) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٢٩٩.

مادة (٩٣٠)

إذا أقام أجنبي منشآت بمواد مملوكة لغيره، فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها، وإنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي، كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في ذمته من قيمة تلك المنشآت.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٤ لیبی، و ٨٩١ سوری، و ١١٢٢ عراقی، و ٧٤١ سودانی، و ٢١٨ لبنانی.

الأعمال التحضيرية:

١- بعد أن قررت المادة ١٣٥٧ قرينة في صالح مالك الأرض هي أنه مالك لما فوقها وماتحتها، أصبح عبء الإثبات على من يدعى ملكية بناء أو غراس أو منشآت أخرى هو غير صاحب المنشآت، فلا تخلو الحال من أحد فروض ثلاثة: إما أن يكون صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره، وإما أن يكون صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره، وإما أن يكون الباني قد بنى في أرض غيره وبأدوات غيره.

٢- **ففي الحالة الأولى:** يجوز لصاحب الأدوات أن يطلب نزاعها إذا لم يكن في ذلك ضرر يلحق الأرض، ويطلب نزاعها في مدة سنة من اليوم الذي يعلم فيه باندماج الأدوات بالمنشآت، ويكون النزاع على نفقة صاحب الأرض سواء كان سيئ النية أو حسن النية. فإن لم يطلب صاحب الأدوات نزاعها في خلال هذه السنة، أو طلب ولكن كان في نزاعها ضرر يلحق بالأرض، تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق، ودفع تعويضاً لصاحب الأدوات يزيد إذا كان صاحب الأرض سيئ النية. وهذا الحكم يختلف عن حكم التقنين بالأرض أو لا يلحق، ففي الحالتين يتمسك صاحب الأرض بالمواد ويدفع قيمتها إن كان له محل، ولا يجوز لصاحب المواد أن يطلب نزاعها في أي حال، وواضح أن حكم المشروع وجه العدالة في أظهر.

ومفروض فيما تقدم أن صاحب الأرض بنى بأدوات بناء، أما إذا كان قد أدخل في بنائه تماثيل أو أثراً ثميناً أو نحو ذلك مما لا يعتبر من أدوات البناء، فلا يملكه بالالتصاق مطلقاً، بل يجب نزاعه في أي وقت يطلب صاحب التمثال أو الأثر فيه ذلك، ولو بعد السنة، بل ولو أحدث النزاع ضرراً جسيماً للبناء.

٣- **وفي الحالة الثانية:** إذا كان صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره، يجب التفريق بين ما إذا كان سيئ النية أو حسن النية. فإذا كان سيئ النية، أي يعلم أن الأرض ليست مملوكة له، وبني دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا، إذا أثبت ذلك أن يطلب الإزالة على نفقة الباني وإعادة الشيء إلى أصله مع التعويض إن كان له محل، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت، فإذا مضت السنة، أو إذا لم يختار الإزالة، تملك المنشآت بالالتصاق، ودفع أقل القيمتين قيمة البناء مستحقاً للإزالة أو مازاد في ثمن الأرض بسبب البناء. فإذا لم يدفع أقل القيمتين كان للباني أن

يلزمه بالدفع، إلا إذا اختار نزع الأدوات المملوكة له، مادام ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً (مادة ١٣٥٩ من المشروع وهي توافق مادة ٦٥ فقرة ١، ٢ من التقنين الأهلى إلا فى تفصيلات أهمها ميعاد السنة وجواز مطالبة البانى بنزع الأدوات إذا لم يلحق بالأرض ضرر من ذلك).

وإن كان البانى حسن النية، بأن كان يعتقد أن الأرض مملوكة له، وهذا مفروض إلا إذا قام الدليل على العكس، أو كان قد حصل على ترخيص من مالك الأرض ولم يحصل إتفاق على مصير المنشآت، كما هو حال المستأجر (انظر م ٧٩٣ فقرة أولى من المشروع)، فلا يجوز لصاحب الأرض طلب الإزالة، ويملك المواد بالالتصاق، وبخير بين دفع قيمة المواد وأجرة العمل، أو دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء. وإذا كانت قيمة المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه لا يستطيع معه أن يؤدى ما هو مستحق عنها فإن له أن يطلب تملك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل. هذا كله إلا إذا طلب البانى نزع الأدوات، ولم يكن نزعها يلحق بالأرض ضرراً جسيماً (مادة ١٣٦٠ - ١٣٦١ من المشروع، وتختلفان مع المادة ٦٥ فقرة ٣ من التقنين الأهلى فى أن المشروع عرض لفرض ما إذا كان البانى يعلم أن الأرض مملوكة لغيره، ولكن أقام المنشآت بترخيص من صاحب الأرض، وكذلك أعطى المشروع للبانى حق المطالبة بنزع الأدوات وأعطى لصاحب الحق فى تملك الأرض للبانى فى نظير تعويض عادل، وهذان حقان سكت عنهما الحال).

وفى الفروض المتقدمة إذا تملك صاحب الأرض الأدوات بالالتصاق وجب عليه أن يدفع التعويض للبانى وفقاً للأحكام المتقدمة الذكر. ويجوز للقاضى بناء على طلب صاحب الأرض، أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بهذا التعويض، وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة، ولصاحب الأرض أن يتحلل من تقديم الضمان، إذا هو وفى مالا توازى فوائده بالسعر القانونى قيمة هذه الأقساط (مادة ١٣٦٢ من المشروع وهى تحليل لمادة ١٤٣٤، فيرجع إلى المذكرة الإيضاحية بشأن هذه المادة).

٤- وفى الحالة الثالثة: إذا كان البانى قد بنى فى أرض غيره وبأدوات غيره، يرجع صاحب الأدوات على البانى بالتعويض من أجل الأدوات، ويرجع البانى على صاحب الأرض بالتعويض وفقاً للأحكام السابقة، ويكون لصاحب الأدوات على صاحب الأرض دعوى مباشرة مقدماً فى ذمة صاحب الأرض للبانى (مادة ١٣٦٥ من المشروع وتوافق مادة ٦٦ من التقنين الأهلى مع غموض فى عبارة هذا التقنين).

٥- ولا تنطبق الأحكام المتقدمة على الأكشاك والحوانيت والمأوى التى تقام على أرض الغير ولم يكن مقصوداً بقاءها على الدوام. فهذه لا تملك بالالتصاق بل تبقى ملكاً لمن أقامها، ويكلف هذا إذ كان معتدياً بالإزالة والتعويض (م ١٣٦٤ من المشروع وهى مأخوذة من المادة ٦٧٧ من التقنين السويسرى).

٦- واستثناء من الأحكام المتقدمة، إذ جار البانى بحسن نية على أرض الجار، وكان يبني فى أرضه فجاوزها إلى جزء صغير ملاصق له من أرض جاره، وبني بناء ضخماً لو طبقت عليه الأحكام المتقدمة لأصبح جزءاً من هذا البناء الضخم ملكاً

للجار، فإن للبانى أن يجبر الجار على أن ينزل له عن ملكية الجزء المشغول بالبناء فى نظير تعويض عادل. ويلاحظ فى تطبيق هذا الحكم شرطان أولهما أن البانى إنما يبني أصلاً فى أرضه وقد جاوزها إلى جزء صغير ملاصق. والثانى أن هذه المجاورة من البانى قد وقعت بحسن نية. وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ دون أن يستند إلى نص، ففطن المشروع (م ١٣٦٣) هذا القضاء العادل، ودعمه بالنص الذى ينقضه^(١).

رأى الفقه:

١- تتضمن المادة ٩٣٠ مدنى صور الالتصاق الصناعى، وفيها يقيم البانى منشآت فى أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث. فيكون أمامنا أشخاص ثلاثة: صاحب المواد التى أقام بها البانى المنشآت، والبانى الذى أقام المنشآت، وصاحب الأرض التى أقيمت فيها المنشآت، وعلينا إذن أن نحدد علاقة صاحب المواد بالبانى، وعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض، وعلاقة البانى بصاحب الأرض:

أ- فبالنسبة لعلاقة صاحب المواد بالبانى - فمن الجائز أن يكون البانى قد تملكها بالحيازة بحسن نية وبسبب صحيح، فإذا أقام بها منشآت فى أرض غيره، فلا رجوع لصاحب المواد السابق عليه بشئ.

إما إذا كان البانى غير مالك للمواد وأقام بها منشآت فى أرض غيره وهو سئى النية فأجبر على نزاعها من الأرض، أو بنى وهو حسن النية واختار هو أن ينزعها من الأرض. ففي الحالتين مادامت المواد قد نزع من الأرض ولم يملكها صاحب الأرض بالالتصاق، فإنه يبدو أن صاحب المواد يستطيع استردادها من البانى مادامت قد احتفظت بذاتيها لأن صاحب الأرض لم يملكها بالالتصاق ولم تنتقل ملكيتها إلى البانى بسبب من أسباب انتقال المالك فبقيت على ملك صاحبها، ويكون أيضاً لهذا الأخير أن يرجع على البانى بالتعويض إن قد أصابه ضرر.

وإذا كان صاحب الأرض قد تملك المواد بالالتصاق، فإن لصاحب المواد أن يرجع على البانى بالتعويض لأنه قد تسبب فى أن تضيع عليه ملكية مواده. فيرجع بقيمة هذه المواد وقت إقامة المنشآت بها، وبالتعويض عما قد يكون أصابه من ضرر بسبب فقد ملكية المواد.

٢- وأما بالنسبة لعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض - إذا تملك صاحب الأرض المواد بالالتصاق، فإن ملكية هذه المواد تنتقل من صاحبها إلى صاحب الأرض بسبب من أسباب كسب الملكية هو هذا الالتصاق بالذات وليس صاحب الأرض فى الأصل مسئولاً نحو صاحب المواد، وإنما هو مسئول نحو البانى بالتعويض. ولما كان صاحب الأرض مديناً للبانى، وكان البانى مديناً بدوره لصاحب المواد، فإنه يجوز لصاحب المواد أن يرجع على صاحب الأرض بالدعوى غير المباشرة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٣٢٩ وما بعدها.

ولكن القانون أعطى لصاحب المواد فوق ذلك دعوى مباشرة على صاحب الأرض، نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٠ من القانون المدني، ذلك أن الباني إذا كان قد بنى وهو سيئ النية ولم يطلب صاحب الأرض الإزالة، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة، وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت. وإذا كان الباني قد بنى وهو حسن النية ولم يطلب نزع المنشآت من الأرض، فعلى صاحب الأرض أن يدفع للباني أدنى القيمتين: قيمة المواد مع أجر العمل، وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت. ونرى من ذلك أن صاحب الأرض - في الحالتين - إذا تملك المنشآت بالإلتصاق، عليه أن يدفع تعويضاً للباني بمقدار حدده القانون، وعلى صاحب الأرض أن يدفع هذا التعويض للباني. فإذا دفعه كله أو بعضه دون أن يعلم بحق صاحب المواد قبل الباني فقد برئت ذمته من هذا التعويض بمقدار ما دفع. أما إذا أئذّر صاحب المواد صاحب الأرض بما له من حق التعويض في ذمة الباني، فإنه يجب على صاحب الأرض أن يستبقى في يده التعويض المستحق للباني قبله أو الباقي في هذا التعويض، ويكون لصاحب المواد الحق في الرجوع على صاحب الأرض بدعوى مباشرة بالتعويض المستحق له قبل الباني في حدود التعويض المستحق للباني قبل صاحب الأرض أو هو باق في ذمته من هذا التعويض، فإذا دفع صاحب الأرض للباني التعويض المستحق له بالرغم من الإنذار الموجه إليه من صاحب المواد، لم يسر هذا الدفع في حق صاحب المواد، وكان لهذا الأخير أن يرجع على صاحب الأرض للباني وقت الإنذار. ولصاحب الأرض أن يرجع على الباني بما أجبر على دفعه لصاحب المواد.

٣- أما علاقة الباني بصاحب الأرض، فالباني إذا كان سيئ النية، كان لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإعادة الأرض إلى أصلها مع التعويض. وعندما يزيل الباني المواد من الأرض يجوز أن يستردها صاحبها منه. وإذا لم يطلب صاحب الأرض الإزالة تملك المنشآت بالإلتصاق، وجب عليه أن يدفع للباني أدنى القيمتين: قيمة المنشآت مستحقة الإزالة وقيمة ما زاد في الأرض يرجع بدعوى المنشآت، وفي حدود هذا التعويض يستطيع ما يستحقه من التعويض قبل الباني.

وإن كان الباني حسن النية، كان له أن ينزع المواد من الأرض مع إعادة الأرض إلى أصلها. وعندما ينزع الباني المواد من الأرض، يجوز هنا أيضاً يستردها صاحبها منه. وإذا لم ينزع الباني المواد من الأرض، تملك صاحب الأرض المنشآت بالإلتصاق، على أن يرفع للباني أدنى القيمتين: قيمة المواد من أجر العمل وقيمة ما زاد في الأرض بسبب المنشآت. وهنا أيضاً يستطيع صاحب المواد أن يرجع في حدود هذا التعويض بدعوى مباشرة على صاحب الأرض لتقاضى ما يستحقه من التعويض قبل الباني. ويلاحظ أخيراً أنه إذا كان إلزام صاحب الأرض بتعويض الباني مرهقاً له، كان له أن يملك الأرض للباني في نظير تعويض عادل طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١).

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٣٢١ وما بعدها.

٢- إذا أقام شخص منشآت على أرض مملوكة لشخص آخر بمواد مملوكة لشخص ثالث، فيثور البحث عن حكم علاقات ثلاث: علاقة صاحب الأرض بمن أقام عليها المنشآت، وعلاقة من أقام المنشآت بصاحب المواد، وعلاقة صاحب المواد بمالك الأرض.

وفى العلاقة بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت تنطبق الأحكام السابقة ببيانها بخصوص البناء أو الغراس فى أرض الغير، وهى تختلف بحسب ما إذا كان من أقام المنشآت سيئ النية أو حسن النية.

أما بالنسبة لعلاقة صاحب المواد بصاحب الأرض أولاً وبمن أقام المنشآت ثانياً. فمن نص المادة ٩٣٠ مدنى يتضح أن صاحب المواد ليس له أن يطلب نزعها لاستردادها، وإنما يقتصر حقه على طلب التعويض ممن أقام المنشآت فهو ليس دائئاً لصاحب الأرض. ويكون له طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على صاحب الأرض بطريق الدعوى غير المباشرة يطالبه بما يلتزم به هذا الأخير لمن أقام المنشآت (م ٢٣٥ مدنى)، وله بالإضافة إلى ذلك بنص المادة ٩٣٠ مدنى دعوى مباشرة ضد صاحب الأرض يطالبه فيها بما لا يزيد عما بقى فى ذمته من التعويض الذى يلتزم به لمن أقام المنشآت وإذا أزيلت المنشآت بناء على طلب صاحب الأرض فى حالة سوء نية من أقامها، أو بناء على طلب من أقامها فى حالة حسن النية، كان لمالك المواد يستردها بوصفه مالكها إذ أن الإلتصاق لم يتحقق^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأراضى غير المنزرعة التى لا مالك لها تعتبر ملكاً للدولة ملكية خاصة (م ٥٧ من القانون المدنى القديم وم ٨٧٤ من القانون الحالى) ومن ثم فهى لا تدخل ضمن الأموال العامة إذ أنها ليست مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. وينبنى على ذلك أن تلك الأراضى - كغيرها من أموال الدولة الخاصة - كانت تخضع لقواعد التقادم المكسب - شأنها فى ذلك شأن أموال الأفراد - حتى تاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذى أضاف للمادة ٩٣٠ من القانون المدنى الحالى حكماً جديداً يقضى بعدم جواز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم.

(الطعن رقم ١٢٢ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ٠٨ / ١١ / ١٩٦٢)



(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٢، ٣٠٣.

الإلتصاق بالمنقول

مادة (٩٣١)

إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك إتفاق بين المالكين، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ومراعية في ذلك الضرر الذي حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٣٥ لیبی و ٨٩٣ سورى و ١١٢٥ عراقى.

الأعمال التحضيرية:

حالة الإلتصاق بالمنقول هي حالة يميز فيها الفقه والتقنيات الأجنبية بين فروض مختلفة (المزج والخلط إلخ ٩ ولكن المشروع (م ١٣٦٦) اتبع التقنين الحالى (م ٨٢/٦٧) وترك الأمر لتقدير القاضى يسترشد بقواعد العدالة، ويراعى فى ذلك الضرر الذى حدث، وحالة الطرفين، وحسن نية كل منهما. إلا أن المشروع نبه إلى أمر هام هو ألا يكون هناك إتفاق بين المالكين للمنقولين الملتصقين. وهذا القيد هو الذى يمنع من تطبيق الحكم فى العلاقة ما بين المستنوع والصانع، فإن الصانع وإن كان يخلط مواد مملوكة له بمواد مملوكة للمستنوع، يخضع للإتفاق المعقود بينه وبين المستنوع، وهو عقد الاستصناع^(١).

رأى الفقه:

١- يتحقق الإلتصاق بمنقول إذا اندمج منقولان مملوكان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف، وهو ما يحدث من ثلاث: الأولى - ويطلق عليها (الضم) وهو أن يتحد المنقولان فيكونان شيئاً واحداً، ولكن يمكن التمييز بينهما، مثل وضع صورة فى إطار. والثانية - ويطلق عليها (المزج) وهى أن يختلط المنقولان بحيث لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر، كامتزاج سائلين ببعضهما. والصورة الثالثة - ويطلق عليها (التحويل) وهى أن يترتب على اندماج المنقولين وجود شئ جديد مغاير لكل منهما، كتحويل الخشب إلى قطعة أثاث.

ولما كان المفروض أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين، فإن قاعدة:

"الحيازة فى المنقول سند الحائز"، تؤدى إلى ندرة تحقق الإلتصاق بمعناه الفنى فى العمل، إذ غالباً ما يمتلك مالك أحد المنقولين الآخر بمجرد حيازته بمقتضى تلك القاعدة.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٣٣٥.

فإذا لم يملك مالك أحد المنقولين الآخر بمقتضى الحيازة ولم يوجد إتفاق بين المالكين فتثور مسألة أثر الإلتصاق. ولم يشأ المشرع وضع قاعدة موضوعية فى هذا الخصوص، بل ترك التقدير للقاضى (المادة ٩٣١ من القانون المدنى). وعلى ذلك فبمراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة، قد يقضى القاضى بقسمة المنقول إذا كانت القسمة العينية ممكنة، كما فى حالة امتزاج شبيئين مثليين كسائلين من نوع واحد أو كميتين من القمح. وقد يقضى القاضى بجعل الملكية شائعة بين المالكين. وقد يقضى ببيع الشئ وقسمة الثمن بين المالكين، وفى كل هذه الحالات لا يملك أحد بمقتضى الإلتصاق. ولكن قد يقضى القاضى بتمليك أحد المالكين للشئ كله كما لو كان الأمر بصدد صورة ثمينة وضعت فى إطار فتحكم المحكمة بتمليك صاحب الصورة، باعتبارها الشئ الأصلي للإطار فى مقابل تعويض مالكة السابق، وعندئذ يتحقق الإلتصاق بمعناه الصحيح^(١).

٢- تنص المادة ٩٣١ مدنى على الحالة الثالثة من أحوال الإلتصاق فى الحالتين الأولتين كان الإلتصاق بعقار، وكان إما إلتصاقاً طبيعياً فى الحالة الأولى أو إلتصاقاً صناعياً فى الحالة الثانية. أما فى هذه الحالة الثالثة فالإلتصاق منقول بمنقول، وهو قليل الوقوع فى العمل، وإذا وقع فأهميته محدودة، ولذلك لم يفرد له التقنين المدنى فلا نصاً واحداً وكل فيه الأمر للقاضى، ويستوى فى هذا الإلتصاق أن يكون قد وقع عمداً أو بقوة قاهرة، كما يستوى أن يكون أحد المالكين أو كلاهما حسن النية أو سيئ النية. والمهم أن تتوافر شروط إلتصاق المنقول بالمنقول، فإذا ما توافرت ترتب على ذلك أحكام مردها جميعاً إلى تقدير القاضى - مسترشداً بقواعد العدالة - وهذه الشروط هى:

- (١) أن يكون إلتصاق منقول بمنقول؟
- (٢) أن يكون المنقولان مملوكين لمالكين مختلفين.
- (٣) أن يندمج المنقولان أحدهما فى الآخر بحيث لا يمكن فصل أحدهما دون تلف يصيب أحدهما أو كليهما.
- (٤) ألا يكون هناك إتفاق سابق بين المالكين المختلفين فى شأن مصير المنقولين بعد الإلتصاق، وهذا شرط جوهرى^(٢).

* * *

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٣، ٣٠٤.
(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٣٢٥ وما بعدها.

٥- العقد**مادة (٩٣٢)**

تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ وذلك مع مراعاة النصوص الآتية:

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٣٦ ليبي و ٨٩٤ سوري و ٧٤٣ سوداني و ١١٢٦ عراقي.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٤ مدني.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٣٢ مدني أن الملكية - في المنقول والعقار على سواء - تنتقل بالعقد، على أن يرد العقد على عين معنية بالذات مملوكة للمتصرف. ونقل الملكية في المنقول بالعقد ظاهر. وإذا كانت الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، فإن معنى ذلك أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تمت إجراءات التسجيل. ولكن الذى ينقل الملكية - حتى في العقار - هو العقد لا التسجيل، ذلك أن التسجيل لا ينتقل بذاته الملكية إلا في نظام السجل العيني وهو نظام لا يزال غير معمول به حتى اليوم رغم صدور قانون.

وحتى لو قلنا (الدكتور السنهاوري) مع الرأى الراجح أن الملكية في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا من وقت التسجيل، فإن ذلك لا يمنع من أن الذى نقل الملكية هو العقد، ولكن يتراخى أثره في نقل الملكية إلى وقت التسجيل والصحيح فى نظرنا (الدكتور السنهاوري) أن العقد المسجل ينقل الملكية فى العقار فيما بين المتعاقدين منذ انعقاده لا من وقت التسجيل، ولا ينفذ نقل الملكية فى حق الغير إلا من وقت التسجيل.

ويميل النص فى انتقال الملكية بالعقد إلى المادة ٢٠٤ مدني^(١). فنقل الملكية إذن يسبقه إلترام بنقل الملكية، وهذا الإلترام يتم عن تنفيذه من تلقاء نفسه مع مراعاة التسجيل فى العقار، فتنقل الملكية عن طريق تنفيذ هذا الإلترام. وليس كل عقد يكسب الملكية أو يكشف عن كسبها. والعقود المسماة المكسبة للملكية هى: البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض، وأهم هذه العقود جميعاً هو عقد البيع. والعقود المسماة التى تكشف عن كسب الملكية هى الصلح والقسمة^(٢).

(١) يراجع فى الجزء الأول من هذا الكتاب - التعليق على هذه المادة.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاوري - المرجع السابق - ص ٣٣١ وما بعدها.

٢- العقد سبب من الأسباب المنشئة للحقوق العينية الأصلية، بل إن العقد هو أهم هذه الأسباب جميعاً. ويتم العقد عندما يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. وإذا تم هذا التبادل الإرادى فإن العقد ينعقد فى الزمان والمكان الذى يصل فيهما القبول إلى علم الموجب.

ولا شك أن أهم العقود التى تنتقل الملكية وسائر الحقوق العينية الأصلية هو عقد البيع. وليس معنى ذلك أن عقد البيع هو وحده الناقل للملكية، فالمقايضة والهبة والوصية، الأخرى تصرفات ناقلة للملكية. وإذا كان عقد البيع هو أهم العقود الناقلة للملكية فإن الذى يعنينا الآن هو الإشارة فى حدود ضيقة - إذ أن المجال ليس مخصصاً لدراسة العقد - إلى بيان الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالبيع - فهو أهم العقود الناقلة للملكية من البائع إلى المشتري^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- طلب تثبيت ملكية ما كينة دون المنشآت والأرض المقابلة عليها، القضاء بإيجابته إستناداً إلى أن عقد الشراء غير المسجل ناقل للملكية لوقوعه على مسئول ... لا خطأ.

(جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٢ - مدنى - ص ١٢٢٥)

٢- حق ملكية العقار - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه. ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصاً يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى إلا المحررات التى سبق شهرها، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ٢٦ - ص ١٣٤٥)

(ونقض - جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ٥٨٠)

٣- عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ٤٥٣)

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٨٩ وما بعدها.

٤ - عدم تسجيل المشتري عقد شرائه. أثره. للبائع ولورثته من بعده بيعه لمشتري آخر. تسلم المشتري الأول للمبيع. عدم جواز نزعه منه وتسليمه للمشتري الثاني طالما لم يسجل عقده. علة ذلك. مثال.

البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا ينقل إلى المشتري ملكية العقار المبيع إلا بالتسجيل. فإذا لم يسجل عقد شرائه بقي العقار على ملك البائع ويكون له ولورثته من بعده بيع العقار إلى مشتري آخر، ولا محل للمفاضلة بين المشتريين من ذات البائع أو المشتريين منه والمشتريين من ورثته بسبب تعادل سندات المشتريين، ومن مقتضى ذلك أن إذا كان أحد المشتريين قد تسلم العقار المبيع من البائع أو من ورثته من بعده تنفيذاً للإلتزامات الشخصية.

التي يربتها العقد فإنه لا يجوز بعد ذلك نزع العقار من تحت يده وتسلمه إلى مشتري آخر لذات العقار من ذات البائع أو من ورثته إلا بعد تسجيل عقده وثبوت أفضلية له بذلك، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الإستئناف أنه يضع يده على مساحة ١٢ ط ف تدخل ضمن الأطيان موضوع الدعوى بمقتضى عقد بيع عرفي تاريخه ١٩٧٢/١٢/٢٨ صادر إليه من مورث المطعون ضدها، وقضى بصحته ونفاذه في الدعوى رقم ١٣٣٢ لسنة ١٩٧٣ مدني محكمة قنا الابتدائية وبإلزام المطعون ضدها بتسليم تلك المساحة إليه، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن بأن يسلم الأطيان موضوع النزاع إلى المطعون ضدها دون أن يعرض لهذا الدفاع ويتأوله بالرد رغم أنه جوهرى يتغير به - إن صح - وجه الرأي في الدعوى يكون مشوباً بالقصور الذى يعجز هذه المحكمة عن مراقبة تطبيقه للقانون على وجه صحيح.

(الطعن ١٢٢٨ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٩٠/٢/١٥ س ٤١ ص ٥٠٣)

٥ - الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل.

مؤدى نص المادة التاسعة من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير - إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها.

(الطعن ٤١٣ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٦ س ٤١ ص ٦٩١)

٦ - إعتداد المشرع بتصرفات المالك ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١ المقصود به إستبعاد محل هذه التصرفات من حساب ملكية الفرد عند تطبيق أحكامه دون الخروج على إجراءات نقل الملكية في العقار. مؤدى ذلك بقاء ملكية تلك المساحات على ذمة المتصرف فيها إستثناء إلى أن ينقل ملكيتها إلى المتصرف إليها بالتصرفات المعتد بها. المواد الأولى والثانية والثالثة من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٦١.

النص في المواد الأولى والفقرة الثانية من المادة الثانية والثالثة من القانون قم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ دل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن الإعتداد

بتصرفات المالك ثابتة التاريخ قبل العمل بالقانون المذكور لم يهدف إلا إستبعاد المساحات محل هذه التصرفات من حساب ملكية الفرد عند تطبيق أحكامه رعاية لإستقرار المعاملات الجدية دون الخروج على إجراءات نقل الملكية في العقار التي لا تتم إلا بالتسجيل فتبقى ملكيتها على ذمة المتصرف فيها إستثناء مما نصت عليه المادة الأولى من القانون لينفذ إلزامه بنقل ملكيتها إلى المتصرف إليهم بالتصرفات المعتمد بها.

(الطعن ٢٩٨ لسنة ٥٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢٠ س ٤١ ص ٢٢٢)

٧ - تواطؤ مشتري العقار مع البائع أو علمه بالبيع السابق على شرائه ليس من شأنهما الحيلولة دون إنتقال ملكية المبيع له إذا ما بادر إلى تسجيل عقده قبل المشتري الآخر. علة ذلك.

سوء نية مشتري العقار بسبب علمه بالبيع السابق على شرائه أو تواطؤ مع البائع على الإضرار بالمشتري الآخر بقصد حرمانه من الصفقة ليس من شأن أيهما أن يحول دون القضاء له بصحة ونفاذ عقده متى توافرت شروط إنعقاده ومن إنتقال ملكية المبيع له إذا ما بادر إلى تسجيل عقده قبل تسجيل المشتري الآخر للمتصرف، الحاصل له، وكان توقيع مشتري العقار على عقد صادر لآخر من نفس البائع عن ذات المبيع لا يعد إقراراً منه بإنتقال ملكيته إلى الأخير يمنع من إنعقاد عقد هذا المشتري أو يفيد صوريته. ولما كان ذلك، وكان ما تمسك به الطاعن أمام محكمة الإستئناف من نعى على قضاء محكمة أول درجة بصحة ونفاذ العقد المؤرخ ١٩٧٣/١/٧ لصدوره عن غش وتواطؤ وعلى نحو ما ورد بوجه النعى لا يستند إلى أساس قانوني صحيح وليس من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يعد قصوراً مبطلاً له ويكون النعى بهذا الوجه في غير محله.

(الطعن ١٧٠ لسنة ٥٥٢ ق - جلسة ١٩٩٠/١٠/١٨ س ٤١ ص ٥٢٣)

٨ - الملكية في المواد العقارية. عدم إنتقالها فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. المادة ٩ بالقانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

العقاري أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن ملكية المنزل محل النزاع لم تنتقل من المطعون ضدها الثانية إلى الطاعنين لعدم تسجيل العقد الصادر لصالح مورثهم، فإنه لايقبل من الطاعنين المنازعة في نطاق عقد البيع الصادر للمطعون ضدها الأولى، ويكون الحكم المطعون فيه إذ إنتهى إلى رفض منازعتهم في هذا الشأن قد إلتزم صحيح القانون.

(الطعن ٢٠٩٢ لسنة ٥٥٩ ق - جلسة ١٩٩٠/١٢/١٣ س ٤١ ص ٨٩٤)

٩ - تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحته على هامش تسجيلها أو تسجيل الحكم. إرتداد أثره إلى تاريخ تسجيل الصحيفة. مؤداه. إعتبار حق المشتري حجة على كل من ترتبت له حقوق

عينية على العقار من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى سواء كانت هذه الحقوق قد تقرر بتصرف رضائي أو نتيجة إجراءات تنفيذ عقاري.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن تسجيل صحيفة الدعوى التي رفعها المشتري على البائع لإثبات صحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل الصحيفة من شأنه أن يجعل حق المشتري حجة على كل من ترتبت له حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، كما أن تسجيل الحكم يحدث نفس الأثر من حيث الاحتجاج على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار يرتد هذا التسجيل إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، يستوى في ذلك أن تكون هذه إجراءات تنفيذ عقاري إتخذت ضد هذا البائع.

(الطعن ٢٧٢٤ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٢/١/٣٠ س ٤٣ ص ٢٧٠)

١٠ - إنتقال الملكية في التصرفات العقارية. مناطه. أمران أصلي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية وتبعي وهو التسجيل. مؤداه. العقد الباطل لصوريته لا يصححه التسجيل.

إذ كانت الملكية في التصرفات العقارية لا تنتقل بالتسجيل وحده وإنما هي تنقل بأمرين أحدهما أصلي وأساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية وثانيهما تبعي ومكمل وهو التسجيل فإذا إنعدم الأصلي فلا يغني عنه المكمل وبالتالي فإن العقود الباطلة لصوريته لا يصححها التسجيل.

(الطعن ٢٥ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٥/١٢/٢١ س ٤٦ ص ١٤٢٨)

١١ - الملكية في العقارات. لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل. مشتري الأرض بعقد غير مسجل ليس له طلب إعمال قواعد الإلتصاق بشأن المبانى التي يحدثها الغير فيها.

حق ملكية العقار - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه، ولا يسوغ له ترتيباً على ذلك طلب إعمال قواعد الإلتصاق بشأن المبانى التي يحدثها الغير في الأرض التي إشتراها بعقد غير مسجل.

(الطعن ٦ لسنة ٦٤ق - جلسة ١٩٩٥/٢/١٤ س ٤٦ ص ٤١١)



مادة (٩٣٣)

المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٩٣٧ لیبی و ٨٩٥ سورى و ٧٤٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٤ مدنى.

رأى الفقه:

١- إذا كان الشئ يرد عليه العقد منقولاً، وجب التمييز بين الشئ المعين بالذات والشئ الذى لم يعين إلا بنوعه.

ففى الشئ المعين بالذات، يتم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية المتولد من العقد بمجرد نشوء هذا الإلتزام، فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات لشخص آخر، كان ملتزماً بنقل ملكية السيارة إلى المشتري. ومتى نشأ هذا الإلتزام فى ذمته تم تنفيذه بمجرد نشوئه، فتنقل ملكية السيارة فعلاً إلى المشتري وذلك دون حاجة إلى أى إجراء آخر من تسليم أو نحوه.

فيتم انتقال الملكية فى المنقول الذى لم يعين إلا بنوعه بالإفراز ولو قبل التسليم، فلو أن شخصاً باع إلى شخص آخر عشرين إردباً من القمح معادلة للمقدار المحدد فى عقد البيع بقصد تسليمها إلى المشتري، ومن ثم يصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات، فتنقل ملكيته بالإفراز دون حاجة إلى التسليم^(١).

* * *

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى المرجع السابق - ص ٣٣٣، ٣٣٤.

مادة (٩٣٤)

١- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك حقاً فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

٢- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية المواد التالية:
مادة ٩٢٨ لىبى و ٨٨٨ سورى و ١١١٩ عراقى و ٢١٥ لبنانى و ٧٤٥ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

تنتقل الملكية بالعقد فى المنقول المعين بالذات ولا حاجة للتسليم، فلو باع شخص سيارة معينة بالذات إلى آخر، انتقلت ملكيتها إلى المشتري قبل التسليم، ولو باعها مرة ثانية إلى مشتر آخر، كانت الملكية لمشتري الأول ولكن لو سلمها البائع للمشتري الثانى انتقلت الملكية من المشتري الأول إلى المشتري الثانى بالحيازة لا بالعقد. وإذا كان المنقول غير معين بالذات، فلا تنتقل الملكية إلا بالفرز.

١- أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى، حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل، ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأن سبب نقل الملكية هو العقد^(١).

رأى الفقه:

١- يحيل نص المادة ٩٣٤ مدنى - انتقال ملكية العقار - إلى قانون تنظيم الشهر العقارى وهو القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦، ويبين هذا القانون التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر. والواقع أن هناك نظامين للشهر، نظام الشهر الشخصى وهو المعمول به حتى اليوم، ونظام السجل العينى، وقد صدر به القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٦٤، وأن نظام السجل العينى يعلو كثيراً على نظام الشهر الشخصى.

والمحررات الواجب شهرها وفقاً لقانون الشهر العقارى - هى:
- التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المنهية لحق عينى عقارى أصلى، والأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك (م ٩).
- التصرفات والأحكام النهائية الكاشفة عن حق عينى أصلى (م ١٠).
- حق الأرض ومصدره واقعة مادية هى وفاة المورث، والمحررات المثبتة لدين عادى على المورث (م ١٣، ١٤).

- دعاوى الطعن في التصرف واجب الشهر ودعاوى إستحقاق حق عيني عقارى أصلى ودعاوى صحة التعاقد (م ١٥ - ١٨).
- التصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية التبعية (م ١٢، ١٩).
- بعض التصرفات المتعلقة بحقوق شخصية: الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات، والمخالفات والحوالات بأكثر من أجر ثلاث سنوات مقدماً (م ١١) ^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

- ١- حق ملكية العقار المبيع - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل العقد الصادر إليه، ومن ثم لا يكون لهذا المشتري أن ينقل الملكية لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بتسجيل عقده، ولذلك فقد أورد المشرع بالمادة ٢٣ من قانون الشهر العقارى نصاً يقضى بأنه لا يقبل فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني إلا المحررات التي سبق شهرها، فإذا وصل المشتري إلى تسجيل عقده أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه رغماً من أن سند البائع له لم يكن قد تم شهره، فإنه لا يكون من شأن التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري ملكاً، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذى لم تنتقل إليه الملكية بسبب عدم تسجيل سنده. وبالتالي فإنه لا يجدى الطاعن التمسك بأن الملكية قد انتقلت إليه بتسجيل الحكم الصادر برفض دعواه بثنيت ملكيته القدر المبيع له قد خالف حجية الحكم سالف الذكر، لا يجدى الطاعن هذا القول طالما أن الملكية لم تنتقل إلى البائع له. لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكماً سابقاً صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٦ - مدنى - ص ١٣٤٥)

(ونقض - جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ٥٨٠)

- ٢- عقد البيع غير المسجل، وإن كان لا يترتب عليه نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، إلا أنه يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، ويترتب على الوفاء بهذا الإلتزام أن يصبح المبيع فى حيازة المشتري، وله أن ينتفع به بجميع وجوه الانتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٢/١٧ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ٤٥٣)

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٣٣٤ وما بعدها، وفى تفصيل موضوعات الشهر: قوانين الملكية العقارية فى السودان - للدكتور سعيد محمد أحمد المهدي - طبعة ١٩٨١ - دار الفكر العربى - ص ١٣٨ وما بعدها، والملكية العقارية فى العراق - جزء ١ - للدكتور حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ١٦٤ وما بعدها، والملكية ونظرية فى الشريعة الإسلامية - للدكتور فراج حسين - ط ١ - ص ٢٩٨ وما بعدها.

٣- المشتري العقار بعقد غير مسجل ليس إلا دائناً عادياً للبائع، لا حق له مطالبة مستأجر العقار المبيع بالطريق المباشر. العلاقة بينهما تنشأ بعد انتقال الملكية للمشتري بالتسجيل.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص ٨٧٧)

٤- المنازعة في صحة العقد تتسع لبحث ما يتعلق ببطلانه أو صوريته صورية مطلقة.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٤/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ٩٦٥)

٥- الحكم الصادر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدوره.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ - الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٢ق - لم ينشر)

التسجيل في دعوى صحة التعاقد:

٦ - تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد الناقل للملكية. ماهيته. القضاء بشطب تسجيل المشتري لعقده قبل التأشير لعقده قبل التأشير على هامش صحيفة الدعوى المرفوعة بصحة تعاقد آخر صادر عن ذات الأطيان المبيعة والمسجلة في تاريخ سابق على تاريخ التسجيل المحكوم بشطبه قضاء سابق لأوانه. علة ذلك.

(الطعن ٢٠٥٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٦/١٧ س ٤٣ ص ٨١٦)

٧ - مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد. ليس من شأنه نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري. عدم إنتقالها إلا بشهر الحكم النهائي الصادر بصحة البيع أو التأشير بمنطوقه في هامش تسجيل الصحيفة وثبوت الملكية للمشتري من وقت إشهار ذلك الحكم وليس من تاريخ تسجيل الصحيفة.

(الطعن ٢٤٧١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٢/١٨ لم ينشر بعد)

٨ - تسجيل صحيفة الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع بصحة التعاقد الحاصل بينهما على بيع عقار. أثره جعل حق هذا المشتري الذي يقرره الحكم المؤشر به في هامش تسجيل الصحيفة بحجة من تاريخ هذا التسجيل على من ترتبت له حقوق عينية على ذات العقار تسجيل المتصرف إليه لعقده بعد ذلك لا يحول دون الحكم للمشتري الذي سجل صحيفة دعواه في تاريخ سابق بصحة عقده.

(الطعن ٣١٠٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥ س ٤٤ ص ١٣٦)

(الطعن ٨٧٣ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١/٤ لم ينشر بعد)

٩ - التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل صحيفة الدعوى. أثره. جعل حق المشتري المحكوم له حجة على من ترتبت له حقوق عينية على ذات العقار المبيع. تحقق ذات الأثر بشهر الحكم كله. علة ذلك.

(الطعن ٣١٠٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥ س ٤٤ ص ١٣٦)

١٠ - مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل ملكية المبيع إلى المشتري. إنتقالها بالتأشير بالحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش تسجيل

الصحيفة أو بتسجيل الحكم النهائي. إنسحاب أثر التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل الصحيفة إلى تاريخ هذا التسجيل.

(الطعن ٢١١٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٥ س ٤٤ ص ١٢٢)

١١ - وحيث أن هذا النعى في محله ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا بنى القاضي حكمه على واقعة إستخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً إستخلاص تلك الواقعة منه كان هذا الحكم باطلاً، وإن مجرد تسجيل دعوى صحة التعاقد لا شأن له بنقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري إذ لا تنتقل هذه الملكية إلا بإشهار الحكم النهائي الصادر بصحة البيع وذلك أما بتسجيل هذا الحكم أو بالتأشير بمنطوقه في هامش تسجيل الصحيفة، وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بفسخ عقد البيع محل النزاع المؤرخ ١٩٨٣/٨/١٩ سند الدعوى أن المستأنف عليهما الأول والثانية الطاعنان قد باعا للمستأنف المطعون ضده الأول قطعة الأرض محل التداعي وقبضا كامل الثمن وقرره ١٩١٢٥ جنيه وكان البين من الأوراق وخاصة تقارير الخبراء والمحضر.... لسنة.... إداري السلام والمقيد برقم ١٢٩٥ لسنة ١٩٨٤ جنح السلام ما مفاده أن العين محل التداعي مملوكة.... بعقد بيع مسجل مما يتعذر معه على المستأنف عليهما الأول والثانية الوفاء بالتزاماتهما طبقاً لعقد البيع محل التداعي المؤرخ ١٩٨٣/٨/١٩ " لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى الثابت من تقارير الخبراء من المحضر ١٩٨٣/٦٦٧ إداري السلام المقيد برقم... لسنة... جنح السلام أن المدعى /... وإن كان قد إشتري من المالك الأصلي لأرض التداعي المدعى... مساحة منها قدرها ٢,٢٧٢ بموجب عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٧٢/٧/٤ الذي حكم بصحته ونفاذه في الدعوى رقم... سنة ١٩٧٨ شمال القاهرة الابتدائية إلا أنه لم يسجل سوى صحيفة هذه الدعوى فإن ملكية الأرض موضوع النزاع لا تكون قد إنتقلت إليه وإذا إستخلص الحكم المطعون فيه من هذه الأوراق وعلى خلاف مدلولها أن الملكية قد إنتقلت إلى المشتري الآخر.... بعقد بيع مسجل بما يتعذر معه على الطاعنين الوفاء بالتزامهما بنقل الملكية إلى المطعون ضده الأول ورتب على ذلك وحده قضاء بفسخ العقد يكون فضلاً عن فساد إستدلالة قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧ س ٤٥ ص ٢٧٨)

١٢ - وحيث أن هذا النعى مردود لما هو مقرر في قضاء محكمة النقض أن الملكية تنتقل بالتسجيل ولو نسب إلى المشتري الذي بادر بالتسجيل التذليل أو التواطؤ مع البائع طالما أنه تعاقد مع مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب يبطله، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن البيع الصادر لمورثه الطاعن لم يتم تسجيله أو تسجيل الحكم الصادر بصحته ونفاذه ورتب على ذلك إنتقال الملكية إلى المطعون ضدها الأولى التى قامت بالبيع للمطعون ضدهما الثاني والثالثة وبادر الأخيران إلى تسجيل التصرف الصادر إليهما فإنتقلت إليهما ملكية العقار المبيع وكان

هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه كافياً لحمله وفيه الرد الضمني على ما يثيره الطاعن فإن النعي عليه بهذا لسبب يكون على غير أساس.

وحيث أن حاصل السبب الثالث الإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقول أنه تم تجديد الاستئناف من الشطب بمعرفة المطعون ضدها الأولى وتحدد لنظره جلسة ١٩٨٨/٤/٢ كما هو بتجديد الاستئناف من الشطب أيضاً وحددت جلسة ١٩٨٨/٦/٤ لنظره، وقد نظرت المحكمة الاستئناف في الجلسة التي حددت بتجديد المطعون ضدها ولم تمهله المحكمة لإيداع دفاعه ومستنداته وطلب إعادة الاستئناف إلى المرافعة لتقديم هذا الدفاع غير أن المحكمة إتقت عن هذا الطلب بما يعيب حكمها بالإخلال بحق الدفاع ويستوجب نقضه.

(الطعن ٣١٠٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٠ لم ينشر بعد)

١٣ - تصدى القضاء في العديد من أحكامه لموضوع تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد.

وحيث أن الطعن بنى على ثلاثة أسباب تنعى الطاعنة بالسببين الأولين منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد في الاستدلال، وفي بيان ذلك تقول ذلك أنه لما كان الاحتجاج بتسجيل صحيفة دعوى التعاقد يقتضى أن يؤشر على هامش هذا التسجيل بالحكم الصادر فيها خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً عملاً بالمادة ١/١٧، ٣، من القانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ المعدل للقانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد شراء المطعون ضدهم من الطاعنة بإعتبار بأسبقية تسجيل صحيفة دعواهم قبل تسجيل عقد البيع الصادر منها عن ذات المبيع لآخرين، رغم إنقضاء أكثر من خمس سنوات بين تاريخ الحكم الناقض في ٩٠/١/١٨ والحكم المطعون فيه الصادر في ١٩٩٢/١١/١٧ وحكم أول درجة الصادر بجلسة ١٩٨٥/١/٢١ وأيضاً إنقضاء هذه المدة بين الحكم المطعون فيه وتاريخ شهر صحيفة دعوى المطعون ضدهم في ١٩٨٣/٥/١١ فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير صحيح ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في الفقرة الأولى من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري ١١٤ لسنة ١٩٤٦ المعدل بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٦ على أنه " يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة ١٥ أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها.... " والنص في الفقرة الثالثة منها على أنه " ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية.... " مفاده أن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات المبيع إلا إذا تم التأشير بالحكم الصادر في الدعوى على هامش هذا التسجيل خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً وإن عدم التأشير في الميعاد يترتب عليه بقوة القانون زوال حجية أثر تسجيل الصحيفة قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات المبيع في تاريخ لاحق على تاريخ

لاحق على تاريخ التسجيل، لما كان ذلك، وكان البية من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدهم سجلوا صحيفة دعواهم برقم ١٧٠٨ القاهرة في ١١/٥/١٩٨٣ قبل تسجيل المشتريات من الطاعنة عقدهن عن ذات المبيع برقم ١٨١٣ في ٢١/٥/١٩٨٣ فإن هذا التسجيل لا يسرى في حقهم ولا على المحكمة أن قضت لهم بصحة ونفاذ عقدهم حتى إذا أشر بمنطوق هذا الحكم طبقاً للقانون يكون حجة على المشتريات اللاتي ترتبت لهم من ذات البائعة حقوق عينية على العقار بعد تاريخ صدور الحكم المطعون فيه في ١٧/١١/١٩٩٢ فإن النعى يكون على غير أساس.

(الطعن ٦٦٩٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٠ لم ينشر بعد)

١٤ - وحيث أن النعى بهذا الوجه مردود لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ليس من شأنه بذاته نقل ملكية المبيع إلى المشتري، بل تنتقل إليه أما بتسجيل الحكم الصادر فيها أو بالتأشير بمنطوقه على هامش تسجيل الصحيفة، كذا أن من المقرر أن كسب الملكية بالتقادم الطويل يعتبر بذاته سبباً قانونياً مستقلاً للتملك يسرى على الكافة وإن إستظهار توافر أركان وضع اليد الملك من سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن ما قامت به الطاعنة إقتصر على مجرد تسجيل صحيفة دعواها بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها وهو إجراء لا يترتب عليه نقل ملكية عين النزاع اليهما، وكانت المحكمة قد خلصت سائغاً إلى إكتساب المطعون ضدهما الأولين لملكية تلك الأرض بالتقادم الطويل المكسب ومن ثم فإن النعى بهذا الوجه يكون على غير أساس.

(الطعن رقم ٢٠٨٦، ٢٠٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٢٠ لم ينشر بعد)

إنسحاب أثر التأشير بمنطوق الحكم إلى تاريخ تسجيل الصحيفة:

١٥ - التأشير بمنطوق الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد أو تسجيله كاملاً. إرتداد أثره من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى. مؤدى ذلك. حق المشتري في الإحتجاج قبل من ترتب له حق عين على العقار المبيع منذ تسجيل الصحيفة.

(الطعن ١٧٧٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٣ لم ينشر بعد)

(الطعن ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩ لم ينشر بعد)

١٦ - إعتبار تسجيل صحيفة دعوى صحة ونفاذ البيع حجة على من ترتبت لهم بعده حقوق على ذات البيع توقفه على صدور الحكم فعلاً بصحة التعاقد والتأشير بمنطوقه على هامش ذلك التسجيل.

(الطعن ٢٤٧١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١٨ لم ينشر بعد)

(الطعن ٣٥٠ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١ س ٢٥ ص ١٢٦٠)

١٧ - قاعدة الأسبقية في تسجيل صحيفة دعوى التعاقد. لا مجال لإعمالها إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة.

(الطعن ٤٠١٤ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ س ٤٨ ص ٢٥٢)

١٨ - إن حق الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ولا يسوغ ترتيباً على لوارث هذا المشتري طلب تثبيت ملكيته للمبيع إستناداً إلى قواعد الإرث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه. لما كان ما تقدم وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الإستئناف بأن حيازة المطعون ضده لثلث العقار إنما هي حيازة عرضية ولحساب نجله القاصر المشمول بولايته بعد أن باع له هذا القدر، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بثبوت ملكية المطعون ضده لهذا القدر بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يعنى بالرد على هذا الدفاع الجوهري الذي - لو صح - لتغير به وجه الرأي في الدعوى، كما أثبت الحكم ملكيته للثلث الآخر بالميراث عن نجله المتوفى.... رغم أن الأوراق جاءت خلواً مما يفيد تسجيل مورثه المذكور عقد شرائه لهذا القدر.

(الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

١٩- المحكمة:

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقائع حسبما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٢٧٥ لسنة ٢٠٠٠ مدنى كلى أمام محكمة الإسكندرية الابتدائية ضد المدعى عليهما الثانى والثالث فى الدعوى الماثلة، طلباً للحكم بعدم تعرض المدعى عليه الأول له فى ملكية الشقة رقم (....) بالعقار رقم (.....) شارع مرتضى باشا شدس بقسم الرمل بالإسكندرية، وبجلسة ٢٠٠٠/٥/٢٢ حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، استناداً إلى ما استبان لها من أن التكييف القانونى السليم للدعوى أنها دعوى منع تعرض، ولم يقدم المدعى دليلاً على حيازته للعين سوى صورة ضوئية من عقد بيع ابتدائى مؤرخ ١٩٩٨/٥/٣ خلت بنوده من دليل على استلامه للعين المباعة. وإذ لم يرتض المدعى ذلك الحكم فقد طعن عليه بالاستئناف رقم ٤٣٤٢ لسنة ٥٦ قضائية أمام محكمة استئناف الإسكندرية، طالباً بإلغاء حكم محكمة أول درجة والقضاء بعدم تعرض المستأنف ضده الأول له فى ملكية العين محل النزاع، وأثناء نظر الاستئناف بجلسة ٢٠٠١/٧/٢٤ دفع المدعى (المستأنف) بعدم دستورية نص المادة (٩٣٤) من القانون المدنى والمادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بشأن الشهر العقارى، وإذ قدرت المحكمة جدية الدفع، وصرحت له بإقامة الدعوى الدستورية فقد أقام دعواه الماثلة.

وحيث إن المادة (٩٣٤) من القانون المدنى تنص على أنه:

١- فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر العقارى.

٢- ويبين قانون الشهر العقارى المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التى يجب شهرها سواء كانت نافذة للملكية أم غير نافذة، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر.

وتنص المادة (٩) من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري على أن " 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 شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن.

.....
وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية، مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع ولا تتحقق المصلحة الشخصية المباشرة إلا باجتماع شرطين أولهما: أن يقوم الدليل على أن ضرراً واقعياً مباشراً يمكن تداركه قد لحق بالمدعى، وثانيهما: أن يكون مرد هذا الضرر إلى النص التشريعي المطعون فيه.

وحيث إن النزاع الموضوعي الذي تدور رحاه أمام محكمة الموضوع، إنما ينصب على تعرض المدعى عليه الثاني للمدعى في حيازته للعين محل المنازعة، وكانت دعوى منع التعرض تحمي الحيازة في ذاتها، وقوامها استمرار الحيازة الأصلية دون الحيازة العرضية، فدعوى الحيازة دعوى لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها، ولا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص مستنداتها، وهي بهذه المثابة تستقل عن دعوى تثبيت الملكية، ولا يجوز الجمع بينهما، إذ كان ما تقدم وكان النصاب المطعون فيهما ينظمان كيفية انتقال حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى في المواد العقارية ولا شأن لهما بالحيازة، ومن ثم لا يكون ثمة انعكاس للفصل في دستورية هذين النصين على الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع، مما يجعل المصلحة الشخصية المباشرة في هذه الدعوى منفية، وهو ما تغدو معه تلك الدعوى غير مقبولة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، ومصادرة الكفالة، وإلزام المدعى المصروفات ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

(الطعن رقم ٢٤٣ - لسنة ٢٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٠٥/٠٢)

٦- الشفعة

شروط الأخذ بالشفعة

مادة (٩٣٥)

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية:
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة يقابل في نصوص القانون بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٢٩ ليبي و ١١٢٨ عراقي و ٢٢٨ لبناني و ٧٤٦ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- عرفت الشفعة بأنها رخصة لا "حق" لأنها ليست بحق، بل هي سبب من أسباب كسب الملكية، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت حقاً عينياً أو حقاً شخصياً وقد حذف المشروع من التعريف الذي أقرته اللجنة العبارة التي تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية. وإذا أريد بهذه العبارة - كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة، وأن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية، كان هذا ادعى لحذفها.

٢- ويقول المذكرة إن اللجنة جعلت الحق في الشفعة ينتقل بالميراث، خلافاً لما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في دوائرها المجتمعة. وأخذ بهذا الرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعي ومحمد، وهو الرأي الذي يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيتها، وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألماني والبولندي. ونصت اللجنة أخيراً، لاستكمال خصائص الشفعة، على أنها حق فلا يتجزأ في استعماله^(١).

رأي الفقه:

١- يؤخذ من التعريف الوارد بنص المادة ٩٣٥ أن الشفعة، وهي سبب من أسباب كسب الملكية، رخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه لغيره، وحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع. فهي لا تكون إلا في بيع عقار. وقد قام في الفقه جدل في تكييف الشفعة، هل هي حق عيني أو حق شخصي. والصحيح أن الشفعة ليست بحق عيني ولا شخصي، بل هي ليست بحق أصلاً إنما الشفعة سبب لكسب الحق والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، والشفعة باعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية هي واقعة مادية. ومفاد ما جاء بنص المادة ٩٣٥ مدني من أن "الشفعة رخصة" أن الرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانوني. وهذه الرخصة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء ٦ - ص ٣٤٦ وما بعدها.

تخول للشفيع الحق في أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة. فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك فلا بقيام مركز قانوني معين تنهياً أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع ليس حق الملك بل الحق في أن يملك. فإذا أعلن عن إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانوني صادر من جانب واحد، تكاملت عناصر الشفعة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية فيمتلك حقه في ملكيته وذلك عن طريق حله محل المشتري.

والشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به - ومنه يستخلص النتائج التالية:

(١) أن دائنى الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة.

(٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير.

(٣) أن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدنى).

(٤) أن الشفعة، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته^(١).

٢- المستفاد من نص المادة ٩٣٥ مدنى أن الشفعة ليست حقاً من الحقوق، ولذلك لا يجز وصفها بأنها حق عيني أو حق شخصي، أو بأنها بين هذا وذاك، إن الشفعة مجرد رخصة، أو هى على حد قول الشرعيين: خيار ومشئئة، فهى مصدر من مصادر الملكية وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة فى مشروعية الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك، ثم إن من شأنها أيضاً منع تجزئة العقارات ببيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة.

والشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولهذا وجب على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير ما غمض من النصوص القانونية الخاصة بها، وكذلك يجب عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص القانوني^(٢).

٣- الشفعة - كما نقول المذكرة الإيضاحية - رخصة لا حق، وهى سبب من أسباب كسب الملكية والانتفاع والحكر. وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التاريخي. وقد أخذت تشريعات أجنبية بنظام الشفعة كالقانون الأسباني والقانون الألماني. والشفعة إذ تودى إلى كسب الحق المبيع جبراً عن المشتري تعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية على خلاف الأصل والقياس، دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع وقد كان الإبقاء على نظام الشفعة محلاً لمناقشات كثيرة بين أعضاء اللجنة التى عد إليها بوضع مشروع الشفعة، ثم استقر رأى - كما نقول المذكرة الإيضاحية - على إبقاء الشفعة سبباً لكسب

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢) الملكية وأسباب كسبها - للدكتور عبد المنعم البدر اوى - طبعة ١٩٨٠ - ص ٣٣٣، ٣٣٤.

الملكية لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة^(١).

٤- لقد استمد المشرع في مصر أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك فإنه يجب الرجوع - إذا كان هناك غموض أو لبس - إلى المعمول به في الشريعة الإسلامية.

ومن الأحاديث النبوية الشريفة ما روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لا يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة. وعن جابر أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم رבעه أو حائظ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به.

ولقد أجمع على الأخذ بها فقهاء المسلمين في كل زمان حتى صارت من التقاليد الموروثة في بلادنا وأصبح الأخذ بها أمراً لا مناص منه، وفي الأخذ بالشفعة جمع لشتات الملكية، إذ لمالك الرقبة - على سبيل المثال - أن يشفع في حق الانتفاع إذا ما بيع، وللشريك على الشيوع أن يشفع إذا ما باع شريك آخر له ما يملكه، وفي هذا جمع لشتات الملكية ومنع لتجزئتها، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فليس في جمع الملكية مخالفة للنظام في مصر، إذ أن هناك حداً أقصى لملكية الفرد لا يجوز تجاوزه. ولا يمكن أن يؤدي الأخذ بالشفعة إلى تجاوزه، وإلا كان في ذلك مخالفة للقانون.

والشفعة طريقة من طرق اكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى، وهي رخصة خولها القانون لكل من يوجد في أحد المراكز القانونية المنصوص عليها في القانون والتي تخول الأخذ بالشفعة.

والقاعدة هي حرية التعاقد، والبائع حر في اختيار من يشتري منه، وفي الشفعة إجبار للبائع على البيع إلى مشتر غير الذي تعاقد معه، وتبعاً لذلك فلا يجب التوسع في تفسيرها.

والشفعة ليست حقاً شخصياً ولا عينياً، ولكنها سبب لاكتساب الحقوق العينية الأصلية، يستند فيها الشفيع إلى مركز قانوني معين يتمثل في سبب من الأسباب التي نص عليها القانون والتي تجيز الأخذ بالشفعة، فإذا ما اقترن هذا المركز القانوني بتعبير عن الإرادة يصدر من الشفيع، عندئذ يملك الشفيع العقار المشفوع فيه.

والشفعة تتصل بالشفيع، وليس للشفيع أن ينزل عنها إلى غيره من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف في العقار المشفوع به إلى هذا الغير. ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة، إذا يجب لثبوتها أن يكون الشفيع أن يكون الشفيع ملكاً العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٥ وما بعدها.

ولا تثبت الشفعة إلا للشفيع فقط، ولا يجوز لدائن الشفيع - إذا لم يعبر هذا الأخير عن إرادته في الأخذ - أن يطيب الأخذ بها مستخدماً في ذلك حقوق مدينه (الشفيع) بطريق الدعوى غير المباشرة.

فعلى من يريد أن يأخذ العقار المبيع كله وليس له الحق في تجزئته لما يترتب على التجزئة من قصور يصيب البائع. وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون العقار المشفوع فيه قد بيع في صفقة واحدة. وأما إذا كان قد بيع في صفقات متعددة مجزأة وطالب الشفيع بالشفعة في جزء منه - أي فيما ورد عليه البيع في صفقة من الصفقات - فإن هذا لا يعتبر تجزئة للشفعة، إذ أن العقار المشفوع فيه كان منذ البداية مجزأ.

فإذا كان العقار المشفوع فيه واحداً وبيع لعدة مشترين، فتجنب التفرقة بين ما إذا كان نصيب كل من المشترين مفرزاً، أم أنهم جميعاً مشترين على الشيوع، فإذا كان نصيب كل من المشترين قد تحدد مفرزاً جاز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ما يشاء من هذه الأجزاء ولا ضرر يصيب البائع إذ تبدو الصفقة كما لو كانت مجزأة من البداية، فإذا كان نصيب كل مشتري شائعاً، ويتحقق ذلك عندما يتعدد المشتركون ولا يكون نصيب كل منهم مفرزاً، فيجب عندئذ، على الشفيع أن يشفع في العقار المشفوع فيه كله، وإلا كان في القول بغير ذلك تجزئته للشفعة والتجزئة لا تجوز.

وأما إذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشتريين متعددين، فالشفيع أن يشفع في العقار الذي تتوافر بالنسبة له شروط الشفعة فيه، إذ يعتبر كل من هذه العقارات صفقة واحدة قائمة بذاتها، ومن ثم فلا يبدو أن هناك تجزئة.

وإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشتري واحد في صفقة واحدة وبثمن واحد فعلى من يريد الشفعة أن يشفع في العقارات جميعها، وإلا لترتب على القول بغير ذلك ضرر للبائع وللمشتري وتكون الصفقة واحدة ولو تعددت العقارات المبيعة متى كانت هذه العقارات المبيعة متصلة، أو حتى إذا كانت هذه العقارات منفصلة ولكنها لغرض واحد. ومثال ذلك أن يشمل المبيع مبنى مخصصاً ليكون مدرسة وقطعة أرض فضاء ملحقة به، فليس للشفيع أن يشفع في المبنى دون الأرض أو في الأرض دون المبنى لما في ذلك من تجزئة للشفعة ضارة بالمشتري.

فإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشتري واحد أو لأشخاص متعددين ولم يكن يجمعها وحدة الغرض أو الهدف، جاز للمشتري أن يأخذ منها بالشفعة ما يشاء، ولا يكون في ذلك تجزئة للشفعة، إذ أن العقارات لم تبع في صفقة واحدة، ولا ضرر يصيب البائع أو المشتري من التجزئة.

وباعتبار الشفعة رخصة لا حق فهي لا تورث لأنها متصلة بشخص الشفيع. ومع ذلك فإن مسألة عدم انتقال الشفعة إلى الورثة قد أثارَت جدلاً كبيراً سواء فيما بين الفقهاء المسلمين أو فيما بين فقهاء القانون الوضعي، واختلفت في شأنها أحكام القضاء - وفي المسألة تفصيل تعرضه فيما يلي:

١- إذا مات الشفيع بعد تمام الأخذ بالشفعة - فالحق يكون قد ثبت للشفيع، وتنتقل بعد ذلك لورثته.

٢- إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه فلا تثبت الشفعة لا للشفيع ولا لورثته.

٣- إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل تمام الأخذ بالشفعة - فهل ينتقل الحق في الشفعة إلى ورثة الشفيع؟ أم أن هذا الحق خاص بالشفيع وبالتالي فإنه لا يورث.

أثارت هذه المسألة جدلاً بين فقهاء المسلمين، كما أثارت جدلاً بين فقهاء القانون، ومن فقهاء المسلمين من قال بأن الشفعة خيار والخيارات لا تورث، وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية بينما قال البعض الآخر منهم أن حق الشفعة هو حق متعلق بمال وبالتالي فإنه يورث. ولقد ذهب المالكية في الراجح لديهم إلى القول بأن حق الشفعة يورث قياساً على غيره من الأموال. ويذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بوجوب التفرقة بين فرضين: (الأول) إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وبعد أن يعبر عن رغبته في الأخذ بالشفعة - فهنا ينتقل حق الشفيع قبل أن يكون الشفيع إلى ورثته، و(الثاني) إذا مات الشفيع قبل أن يكون قد عبر عن إرادته في الأخذ بالشفعة - فهنا لا ينتقل الحق إلى ورثته.

أما في مصر - فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تورث، وحثهم في ذلك أن الشفعة رخصة أو خيار، والقاعدة في الفقه الإسلامي أن الخيارات لا تورث. على أن جانباً آخر من الفقه ذهب إلى القول بانتقال الشفعة بالميراث إلى الورثة حتى ولو كان الشفيع قد مات قبل أن يطلب الأخذ بالشفعة، فإذا كان قد طلبها فعلى الورثة استكمال ما بدأه مورثهم من إجراءات (نقض - جلسة ١٩٥٧/٣/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٨ - مدني - ص ٢١٤)، كما تنتقل الشفعة أيضاً إلى ورثة الشفيع حتى ولو كان قد مات قبل أن يطلب الأخذ بها.

وذهب بعض الفقهاء في مصر إلى القول بانتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع إذا كان هذا الأخير قد مات بعد أن يكون قد طلب الأخذ بالشفعة، فإذا لم يكن طلبها فإن الحق فيها لا ينتقل إلى ورثته.

فإذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة، ثبت لهؤلاء الحق في الأخذ بالشفعة لا باعتبارهم ورثة ولكن باعتبارهم ملاكاً للعقار المشفوع به وقت الأخذ بالشفعة.

وإذا مات الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة كان لورثته الحل محلهم ولهم تبعاً لذلك المطالبة بالشفعة.

وأما إذا مات بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل المطالبة بالشفعة فقد ذهب الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة، فهي لم تثبت بعد للشفيع فكيف يمكن القول بانتقالها إلى ورثته، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه.

وهي لا تثبت أيضاً للورثة أيضاً بصفته الشخصية لكونهم غير مالكين للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

وينتقد الدكتور محمد على عمران هذا الرأي قولا بأنه يؤدي إلى نتيجة غير منسجمة مع ما تقضى به قواعد الشفعة الخاصة، والأهداف التي ترمى إلى تحقيقها إذ يؤدي بالأشعة للورثة لا إعتبارهم ورثة ولا أصلاء عن أنفسهم.

لذلك فقد ذهب رأى في الفقه إلى القول بأن الشفعة تنتقل من الشفيع إلى ورثته، فهي وإن اتصلت بشخص الشفيع، إلا أنها تتعلق أيضاً بالعقار المشفوع به، ومتى انتقل هذا العقار المشفوع به إلى الورثة، فإن الحق في الشفعة ينتقل أيضاً إليهم بالميراث حتى ولو لم تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة (الدكتور محمد لبيب شنب - ص ١٠٦ والدكتور محمد على عمران - ص ١٠٦)^(١).

٥- الشريعة الإسلامية هي مصدر أحكام الشفعة في القوانين الوضعية ولم يلتزم المشرع السوداني اتباع مذهب واحد عند الأخذ بنظام الشفعة.

وترجع الحكمة في تشريع الشفعة إلى دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصاً قد لا تؤمن عواقبه أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ الطبع ردئ الخلق لا تؤمن شروره، وقد يكسب الشفيع بعد الشفعة سعة في مسكه أو أرضه بعد أن كان في مسكنه أو أرضه، والضرر يجب أن يزال ما أمكن لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

ولقد استمد المشرع السوداني والعربي نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وهذه الشريعة هي المصدر المادي والتاريخي لنصوص الشفعة، وتلجأ المحاكم في تفسير نصوص القانون إلى الفقه الإسلامي وبخاصة الحنفى في السودان كما أنها تلجأ للعرف في حالة عدم وجود نص تشريعي أو حكم فقهي بشرط أن يكون العرف سليماً وعقولا ولا يتعارض مع النظام العام والدين والأخلاق القانون.

والشفعة - كحق أو رخصة بحسب نص القانون العراقي م ١١٢٨ والمصري م ٩٣٥ - إذ تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري، تعتبر قيداً على حرية التصرف، غير أنه قد أخذ بها دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع.

وقد أثار إبقاء سبباً لكسب الملكية مناقشات طويلة في مصر وغيرها من الدول العربية، ولكن استقر الرأي على إبقائها لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة في مصر مثلاً.

إن للشفعة فوائدها الاقتصادية في معظم حالاتها، فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلى ضم ما تفرق من حق الملكية من حق الملكية فيجتمع للمالك سلطاته على الشيء، وثبوتها في حالة بيع الشريك حصته لأجنبي يؤدي إلى إنهاء الشبوع، وهذان أمران مرغوب فيهما من الناحية الاقتصادية.

أما ثبوت الشفعة بسبب مجرد الجوار فيبدو أنه لا ينطوى على فائدة واضحة. ولم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المسلمين سوى أصحاب المذهب الحنفى. أما الجمهور

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٩٦ وما بعدها.

الأعظم من هؤلاء الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فقد اجتمعت كلمتهم على أن الشفعة لا تثبت للجار. غير أن المشرع السوداني اتخذ مذهباً وسطاً حيث أقر أن يكون الجار في الأراضي الزراعية والسكنية شافعياً إذا كان لأرضه أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها.

واقترنت المحكمة بأن حق الارتفاق ذو قيمة أو فائدة، وهذا الرأي الوسط رأى عادل وهو رأي الفقيه ابن القيم وفقهاء البصرة لما يرونه بحق من أن الضرر الحاصل بالشركة في حقوق الارتفاق كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه. وينص بهذا الرأي حديثان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قوله عليه الصلاة والسلام: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إذا كان طريقهما واحداً". والثاني - قوله: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

إذا ألقينا نظرة عاجلة على القوانين المدنية العربية، نجد أن القوانين: المصرية والسودانية والليبية واللبنانية والعراقية أخذت بنظام الشفعة. أما القانون السوري فلا يأخذ بهذا النظام^(١).

٦- تكلم القانون في الشفعة بوصفها أحد أسباب كسب الملكية مستقلاً عن الأسباب الأخرى، والواقع أنها ليست كذلك على وجه الإطلاق، فالشفعة في الحقيقة حلول شخص مكان مشتري العقار المبيع فهو إنما يملكه بسبب العقد الذي أبرم بين مالك العقار ومشتريه وليس بسبب عقد جديد. وكل ما يقع أن الشافع يزيج المشتري ليحل محله في ملكية العقار. فحق الشفعة يدور مع العقد وجوداً وعدمياً بحيث إذا نفذ البيع ثبت وإن بطل أو فسخ زال. ولهذا قالوا إن البيع لا ينقض بالشفعة وتتحول الصفقة من المشتري إلى الشافع، وأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأن الشافع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا ما أعطى. وقد عرفوا الشفعة بأنها تمليك بمثل ما تملك به المشتري (بدائع الصنائع - كتاب الشفعة - جزء ٥).

وأصل حق الشفعة أنها ميراث قديم، كان أحدهم إذا اشترى منزلاً جاء جار المنزل أو الشريك فيه فيشفع فيه فيشفع له أن يوليه إياه، أي يحل محله ليسلم له الملك بلا شركة أو ليأمن جوار الغريب.

ولقد استبعد المشرع السوري الشفعة قول بأنها من الحقوق الضعيفة، مع أن القطر السوري كسائر البلدان الإسلامية قد عمل بها منذ أول الإسلام، وأن إثباتها في القانون المصري والقانون العراقي ما ينهض دليلاً على أنها قد اكتسبت من القوة ما يرفعها على أسباب اكتساب الملكية الأخرى.

والاختلاف ظاهر بين تعريف القانون العراقي م ١١٢٨ وبين تعريف القانون المصري م ٩٣٥ للشفعة ظاهر فالأول يعرفها بأنها (حق تملك العقار المبيع جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) وهو تعريف (مرشد الحيران - لقدري باشا)، بينما تعريف القانون المصري لها بأنها رخصة أي إباحة لطلب العقار المبيع، والإباحة تتوقف على مشيئة الشافع في أن يستعمل ما خوله الشارع.

(١) قوانين الملكية العقارية في السودان - للدكتور سعيد المهدي - طبعة ٢ - ١٩٨١ - ص ٧٦.

والذى يجرى مع أصل الشفعة فى الشريعة الغراء هو وصفها هو وصفها بأنها حق لا رخصة، من الأحاديث، ومن إجماع الفقهاء على وصفها بذلك، والفقهاء كما نعلم يعنون بالفرق بين الحق والرخصة فلو كانت رخصة ما سموها حقاً. ولما كانت حقاً يعطيه الشارع لمن توافرت فيه صفات الشفيع يحل به محل المشتري، فهى لذلك حق شخصى لا حق عينى، إذ أنها صفة لا صفة بالشفيع، ولا تكون حقاً عينياً إلا عندما تنقرر للشفيع، وعند ذلك تكون سبباً للملكية، ومن هذا الوجه فقط يصح إيرادها بين أسباب الملكية.

وحق الشفعة ثابت بالسنة، وبالإجماع:

ولما كان حق الشفعة قد ورد على خلاف القياس وكان فيه تقييد لحق الملكية لأن فيه رداً لبيع البائع وإبطال للملكية المشتري. فقد وصفوه بأنه حق استثنائى ضعيف. وعلاجاً لمخالفته للقياس أكثروا من قيود استعماله بحيث تدفع بالحيلة وتسقط لأوهى الأسباب^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مؤدى نص المادة ٩٣٥ من القانون المدنى أن الحق فى الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد انعقاد البيع على العين المشفوعة وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق الأخرى أن الأطيان المشفوعة بيعت إلى الطاعنين بموجب عقدين مؤرخين و صادر أولهما من المطعون عليها الثانية، وصادر ثانيهما المطعون عليهما الثالثة والرابعة عن نفسها وبصفقتها وصية على أولادها القصر، فإن الحق فى الشفعة - باعتبارها سبباً من أسباب الملكية - يكون للمطعون عليه الأول (شريك على الشيوع) لكل عقد منهما إستغلال بمجرد إتمام انعقاده.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/١ - م.م. فى السنة ٢٦ - ص ١١٢٧)

٢- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه لا يجوز أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشتري بتبعيض الصفقة - ولما كان ثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثالث باع للطاعة قطعة أرض مساحتها وأن المطعون عليها الأول والثانى أعلنوا رغبتهم فى أخذ كل المساحة المباعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سويماً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشتري (الطاعة) أو تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

(١) الملكية العقارية فى العراق - الأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٠٣ وما بعدها، ومقال: مدى قابلية الشفعة للتجزئة - للمستشار محمد على النفرأوى - المجموعة الرسمية - السنة ٦٢ - العدد ١ - ص ٣١٣ وما بعدها، والشفعة هل هى سبب للتملك يتنافى مع الميثاق الدستور - للدكتور جمال العطيفى - الأهرام ١٩٧١/٣/١٩ - ص ٩.

٣- من حق المشتري للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك ضرورة الشفعاء أن يشتمل طلب بالشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها. وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هي الطبقة الأعلى التي يحق لها الأخذ بالشفعة فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة في كل العين المشفوع فيها درءاً لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشتري وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة. ومن جهة أخرى ليس لمن طلب جزءاً من العين المبيعة أن يعدل إلى طلب العين برمتها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة، إذ من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إجراءات الشفعة ومواعيدها مرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً وماساً ذات الحق ويوجب القانون اتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٤ - الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٤- للشفيع إذا بيع جزء شائع في عقار لمشتريين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة في نصيب أحد هؤلاء المشتريين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبه الباقي ولا يكون في هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/١ - مجموعة الكتب الفنى - السنة ٣٠ - مدنى - ص ٦٧١)

٥- يجوز لشفيع إذا تعددت الصفقة بأن يبيع العقار أو أجزاء مفرزة لمشتريين لكل منهم جزء مفرز معين أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر إذا توافرت شروط الشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ - الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٦- الشفعة جائزة في البيع المعلق على الشرط الصحيح الفاسخ، لأن البيع في هذه الحالة يكون موجوداً وناظراً من وقت إبرامه. وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة، فإن هو فوتها وسقط حقه في الأخذ بها ولا ابتداء مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/١٢ - الطعن ٧٨١ و ٩٥٢ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٧- لا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن يكون البيع الثانى مسجلاً أو ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة حتى يلزم الشفيع بالأخذ بالشفعة فيه دون البيع الأول. فالتاريخ العرفي له حجتيه على الشفيع ما لم يثبت أنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١٨ - الطعن ٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٨- حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٢٤ - الطعن ٩٠١ و ٩٠٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

٩- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ، مفادها إعلان الشفيعين رغبتهما في أخذ كامل المساحة المبينة بالشفعة وإقامتها الدعوى بذلك بعد أن أودعا سوياً الثمن - لا تبويض أو تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٠- حق المشتري للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة مفاده ضرورة اشتغال طلب الشفعة على العين برمتها دون جزء منها طلب الشفيع جزء من العين المبينة، أثره، ليس له العدول إلى طلب العين كلها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٤ - الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١١- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعني - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشتري بتبويض الصفقة - ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثاني أعلنوا رغبتهما في أخذ كل المساحة المبينة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتها في أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سوياً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبويض للشفعة على المشتري الطاعنة أو تجزئة الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٢- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن قاعدة الشفعة لا تتجزأ تعني أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشتري بتبويض الصفقة الثابت بالحكم المطعون فيه أن شراء الأرض المشفوع بها كان يعقد مستقل عن عقد شراء المسقة فتمت صفقتان للشفيعين أن يأخذ الأرض بالشفعة دون المسقة.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣١ - مدنى - ص ١٥٤٥)

١٣- جعل القانون البيع سبباً للشفعة كما جعل حق الشفيع في طلبها متولداً من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة. فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة. فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه في الشفعة قائماً ويجوز للشفيع إجبار البائع بأن يمضى معه في البيع لا مع المشتري.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - المرجع السابق - ص ١٦٥٧)

١٤- إقامة الحكم قضاءه على عدم تقديم الشفيع دليل على ملكيته للعقار المشفوع به، النهى عليه فيما استتدرد إليه بشأن تجزئة الصفقة غير منتج.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ - الطعن ٨٤٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٥- البيع الذى تجوز فيه الشفعة لا يشترط أن يكون مسجلاً.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٧ - الطعن ٢١ لسنة ٤٦ق - لم ينشر بعد)

١٦- حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

من المقرر فى قضاء النقض أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به أو لهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ - الطعن ٩٠٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

١٧- من المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن الشفع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت البيع بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة، ولا يحتج بقاعدة عدم جواز إثبات التصرف الذى تزيد قيمته على عشرين بغير الكتابة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/١٦ - المحاماة - السنة ٦٥ - العدد ٣ و ٤ - ص ٧٦)

١٨ - عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا كان الشفع مالكا للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة.

من المقرر فى قضاء المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س ٤٣ ص ٦٦٨)

١٩ - عدم جواز تجزئة الشفعة. تخلف الشفعة بالنسبة لأحد الشفعاء. أثره. إنقاص العقار المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه. مؤداه. تبعيض الصفقة على المشتري.

إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بأحقية المطعون ضدهم الثلاثة الأول فى أخذ الأرض المباعة بالشفعة على ما ثبت من تقرير الخبير من أن هذه الأرض تجاور القطعة ١١٤ المملوكة للمطعون ضدهما الأول والثاني بمقتضى عقد البيع المسجل برقم ٨٩٠ لسنة ١٩٧٨ وأن للأرض المشفوع فيها حق إرتفاق بالرري على تلك القطعة مما مفاده أن المطعون ضده الثالث غير مالك للأرض المشفوع بها، وكان تخلف حق الشفعة بالنسبة للمطعون ضده الثالث يؤدى إلى إنقاص المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه ومن ثم تجزئة الصفقة على المشتري - الطاعن - بالمخالفة لقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س ٤٣ ص ٦٦٨)

٢٠ - إمتناع الأخذ بالشفعة فى البيع الثانى. أثره. إمتناع الأخذ بها فى البيع الأول الذى يجيزها. علة ذلك. البيع الثانى ينسخ البيع الأول. شرطه. أن يكون جدياً. صوريته صورية مطلقة. أثره. عدم ترتب آثاره أو إنتقال الملكية بمقتضاه إلى المشتري الثانى. علة ذلك إنعدامه قانون وعدم قيامه أصلاً فى نية عاقدية. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة لأي سبب فى البيع الثانى الصوري صورية مطلقة لا يحول دون الأخذ بها فى البيع الأول متى توافرت شروطها فيه ولو كان البيع الثانى مسجلاً. طعن الشفع على الأخير بهذه الصورية. إلتزام المحكمة ابتداء أن تتصدى لبحثه وأن تقول كلمتها فيه.

إذ كان البيع الثاني من البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يمتنع على الشفيع الأخذ بها حتى في البيع الأول الذي يجيزها، لأن البيع الثاني - إذا كان جدياً - فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعاً سورياً صورية مطلقاً، فإنه يكون منعماً قانوناً، غير قائم أصلاً في نية عاقدية، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشتري الثاني. وينبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ به بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وتثبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع الثاني لأي سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاماً على المحكمة أن تتصدى إبتداءً لبحث الطعن بالصورية المطلقة، ونقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً.

(الطعن ٢٧٤١ لسنة ٦٢ق - جلسة ٢٨/١١/٢٠٠٠ لم ينشر بعد)

٢١- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - تطبيقاً لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدني - أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت إبرام البيع المشفوع فيه، شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تتثبت من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها، وهي إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها، إنما تمارس واجبها في بحث شروط الشفعة التي يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التي تثبت لديها تمهيداً لإنزال حكمه الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ٢٨٦١ - لسنة ٧٠ق - تاريخ الجلسة ١٤/١١/٢٠٠١)



يثبت الحق في الشفعة

مادة (٩٣٦)

- (أ) مالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.
 (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي.
 (ج) لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
 (د) مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.
 (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى.

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاع على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ٩٤٠ ليبي و ١١٢٩ عراقي و ٢٣٩ لبناني و ٧٤٧ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- يلاحظ أولاً أن اللجنة جعلت ترتب صاحب حق الإنتفاع بين الشفعاء في المكان الثاني، فيأتي بعد مالك الرقبة وتقول المذكرة الإيضاحية في ذلك أن كلا من مالك الرقبة وصاحب حق الإنتفاع في مركز معادل لمركز الآخر. والغرض من إعطاء كل منهما، الحق في الأخذ بالشفعة هو جميع ما تفرق من حق الملكية. فإذا جاء مالك الرقبة بين الشفعاء في المكان الأول وجب أن يتلوه صاحب حق الإنتفاع، فيأتي في المكان الثاني.

٢- ويلاحظ ثانياً أن المشروع قد زاد على الشفعاء الذين أقرتهم اللجنة المحتكر ومالك الرقبة، فكل منهما يأخذ بالشفعة من الآخر، جمعاً لما تفرق من حق الملكية كما في الرقبة وحق الإنتفاع، وابتغاء لوسيلة جديدة ينتهي بها حق الحكر وهو حق غير مرغوب في بقاءه.

٣- ويلاحظ أخيراً أن المشروع رجع بالجواز إلى ما هو عليه الآن في القانون القائم، وقد تقدم ذكر ذلك^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٣٦٠ وما بعدها.

رأى الفقه:

١- إذا باع شريك مشتاع حصته الشائعة لشريك مشتاع مثله، لما جاز لشريك مشتاع ثالث أخذه هذه الحصة الشائعة المباعة بالشفعة، ذلك أن بيع الحصة الشائعة التي يراد أخذها بالشفعة يجب أن يكون صادراً إلى أجنبي لا إلى شريك مشتاع، وهذا هو صريح نص المادة ٩٣٦ بند (ب) من القانون المدنى.

وبمقتضى المادة ٩٣٦/ب والمادة ٣/٩٣٧ من القانون المدنى، أنه إذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك فى الشيوع فضل على شفيع هو مثله شريك فى الشيوع لأنه شفيع فى طبقته، وإنما يأخذ الشريك فى الشيوع الحصة الشائعة المباعة بالشفعة إذا كان الذى اشترى هذه الحصة أجنبياً أى غير شريك فى الشيوع، لأن الشفيع هنا يكون من طبقة أعلى فيتقدم المشتري.

فإذا كان المشتري جاراً توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإنه يعتبر مع ذلك أجنبياً بالنسبة إلى الشركاء فى الشيوع، ويستطيع أحد هؤلاء الشركاء أن يأخذ منه الحصة الشائعة المباعة بالشفعة، لأن البيع صادر لأجنبى، ولأنه إذا كان الجار شفيعاً فإن الشريك فى الشيوع فى طبقة أعلى من طبقته، فيستطيع الأخذ منه بالشفعة.

إن رقبة العقار التى انفصل عنها حق الإنتفاع هى نفسها عقار وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة وقد يملكها عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة فى هذه الرقبته وكان لها شفيعان: شريك مشتاع فى الرقبة غير الشريك البائع، ويشفع باعتباره مالكا فى الشيوع أى بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثانية. وصاحب حق الإنتفاع أى بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثالثة. فإذا تزامن هذان الشفيعان قدم من كان فى مرتبة أعلى، ومن ثم يقدم الشريك المشتاع فى الرقبة وهو فى المرتبة الثانية على صاحب حق الإنتفاع وهو فى المرتبة الثالثة.

وأن حق الإنتفاع الذى انفصل عن الرقبة هو نفسه عقار، وقد يملكه عدة شركاء فى الشيوع. فإذا بيعت حصة شائعة فى حق الإنتفاع، كان لها شفيعان: مالك الرقبة، وهى الحق الذى انفصل عنه حق الإنتفاع من المرتبة الأولى. وشريك مشتاع فى حق الإنتفاع غير الشريك البائع، ويشفع بإعتباره مالكا فى الشيوع، أى بإعتباره شفيعاً من المرتبة الأولى. وشريك مشتاع فى حق الإنتفاع غير الشريك البائع، ويشفع بإعتباره شفيعاً فى المرتبة الثانية. فإذا كان تزامن هذان الشفيعان قد من كان فى مرتبة أعلى، ومن ثم يقدم مالك الرقبة وهو فى المرتبة الأولى على الشريك المشتاع فى حق الإنتفاع وهو فى المرتبة الثانية.

وتثبت صفة الشفيع، فى المرتبة الثالثة، لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملايصة لهذا الحق أو بعضها (م ٩٣٦ بند ج مدنى). يخلص من هذا أن صاحب حق الإنتفاع هنا يشفع فى حصة شائعة فى حق الإنتفاع، فإنه يشفع فيها كشريك على الشيوع ويأتى فى المرتبة الثانية شأنه فى ذلك شأن سائر الشركاء فى الشيوع.

فإذا كان هناك عقار مملوك لشخص، وقد رتب عليه حق إنتفاع لمصلحة شخص آخر، فأصبح مالك العقار مالكا لرقبته فقط، فإذا باع الرقبة، كان لصاحب حق الإنتفاع

أن يشفع في الرقبة المبيعة فيلم بذلك شتات الملكية إذ يصبح مالكا للعقار ملكية تامة، وهذا هو الغرض الذي أعطى من أجله صاحب حق الإنتفاع الشفعة في الرقبة.

أما إذا رتب مالكان على الشيوع لعقار بحق النصف حق إنتفاع، ثم باع أحدهما النصف الذي يملكه في الرقبة كان لهذا النصف شفيعان: مالك النصف الآخر للرقبة ويعتبر شريكا في الشيوع وهو مقدم إذ هو في المرتبة الثانية من الشفاء، فإذا لم يأخذ بالشفعة جاز أن يأخذ بها صاحب حق الإنتفاع وهو تال في المرتبة إذ هو في المرتبة الثالثة بين الشفاء. فإذا أخذ صاحب حق الإنتفاع النصف المبيع من الرقبة بالشفعة، لم شتات ملكية العقار في نفسه إذ يصبح مالكا ملكية تامة لهذا النصف، ويظل صاحب حق إنتفاع في النصف الثاني من العقار. فهذا على كل حال خطوة نحو شتات الملكية قد تتلوها خطوة أخرى إذ باع مالك النصف الآخر من الرقبة النصف الذي يملكه، فيأخذه بالشفعة صاحب حق الإنتفاع في هذا النصف من الرقبة بإعتباره صاحب حق إنتفاع يشفع في الرقبة، بل يستطيع أن يأخذه قبل ذلك بإعتباره شريكا في الشيوع، فيملك في الحالين العقار كله ملكية تامة، ويلم شتات الملكية على وجه كامل.

أما إذا رتب مالك العقار حق إنتفاع عليه لشخصين في الشيوع لكل منهما النصف مثلا، فإذا باع الرقبة، فلصاحب حق الإنتفاع أن يشفعا معا في الرقبة كل بقدر النصف، فيصبحان مالكين مناصفة للعقار ملكية تامة. كذلك يستطيع أحد صاحبي حق الإنتفاع أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملايس للنصف الذي يملكه في حق الإنتفاع فيصبح مالكا لنصف العقار في الشيوع ملكية تامة، ويبقى النصف الآخر من العقار مقسما بين صاحب حق الإنتفاع الآخر والمشتري لكل الرقبة بالشفعة. وقد يعترض هذا المشتري على ذلك متمسكا بعدم تفرق الصفقة عليه، إذا هو قد اشترى كل الرقبة ولم يخلص له إلا نصفها. ففي هذه الحالة يكون له الحق في إجبار صاحب نصف حق الإنتفاع الذي أخذ بالشفعة نصف الرقبة على أن يأخذ النصف الآخر في الرقبة منعاً لتفرق الصفقة، أو أن يترك الشفعة في نصف الرقبة الذي أراد أخذه. فإن أخذ صاحب نصف حق الإنتفاع كل الرقبة، أصبح مالكا لنصف العقار صاحب ملكية تامة ومالكا للرقبة في النصف الآخر. وإن ترك الشفعة خلص لمشتري الرقبة حقه كاملا في الرقبة التي اشترىها ولا تتفرق عليه الصفقة، وظل مالكا حق الإنتفاع كما هما مالكين لهذا الحق في الشيوع بعد أن ترك كل منهما حق الأخذ بالشفعة.

أما إذا رتب مالكان للعقار على الشيوع بحق النصف معا حق إنتفاع في هذا العقار لمصلحة شخصين في الشيوع كل بمقدار النصف، فإن باع أحد مالكي الرقبة النصف الشائع الذي يملكه في الرقبة، جاز لمالكي حق الإنتفاع أن يأخذ معا هذا النصف بالشفعة، لأن كلا منهما يملك الأخذ بالشفعة، ما لم يطلبه الشريك الآخر في الرقبة فيأخذه لأنه شريك في الشيوع ومقدم في المرتبة على صاحبي حق الإنتفاع.

وإذا بيعت الرقبة كلها لأحد صاحبي حق الإنتفاع، لم يجز لصاحب حق الإنتفاع الأول هو المشتري وقد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا فيفضل على صاحب حق الإنتفاع من طبقته (م ٩٣٧ مدني، محمد على عرفة - ص ٤٠٧). كذلك يستطيع أحد مالكي حق الإنتفاع وحده أن يأخذ نصف الرقبة المبيع بالشفعة إذا لم

يطلبه الشريك الآخر فى الرقبة، ولا يستطيع المشتري أن يعترض لأن الصفقة لم تتفرق عليه. وإذا باع مالكا الرقبة كل الحق جاز لصاحبه حق الإنتفاع أن يأخذه معا بالشفعة، وجاز لأخذهما أن يأخذ بالشفعة نصف الرقبة الملابس لحقه فى الإنتفاع فى الإنتفاع إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرق الصفقة، فيحتم عندئذ على هذا الشفيع إما يأخذ كل الرقبة أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا.

وتسرى الأحكام المتقدمة على حق الإستعمال وحق السكنى، سواء أكان لا يجوز النزول عن هذين الحقين كما هو الأصل أو كان جائزا على سبيل الاستثناء متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٧ و ٩٩٨ مدنى).

وتثبت صفقة الشفيع فى المرتبة الرابعة لمالك الرقبة فى الحكم إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة، وهو أمر نادر الحصول عملا بعد إلغاء الأوقاف الأهلية. **وتثبت صفقة الشفعة فى المرتبة الخامسة للجار المالك فى الأحوال الآتية:**

١- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى.

٢- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين، وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل (م ٩٣٦ مدنى).

فبالنسبة للحالة الأولى فإنه يشترط التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه فأصل غير مملوك للشفيع. فإذا فصل ما بين العقارين ترعة عامة أو مصرف عام أو طريق عام لم يتحقق التلاصق. أما إذا كانت الترة أو المصرف أو الطريق مملوكا للشفيع أو مملوكا للبائع أو مشتركا بينهما فإن التلاصق يتحقق. ولا يحول دون تحقق التلاصق فى هذه الحالة أن يكون للغير حق ارتفاق على الترة أو المصرف أو الطريق. أما إذا كان الفاصل بين العقارين قطعة أرض مملوكة للغير أو مملوكة للبائع دون الشفيع ولم يشملها البيع فإن التلاصق لا يتحقق. أما إذا اقتطع البائع شريكا من الأرض المبيعة ملاصقا للعقار المشفوع به ممتدا على طول حدة المجاور يحتفظ بملكيته ولا يدخله فى البيع حتى يفصل به ما بين العقارين المشفوع به والمشفوع فيه أو يهبه للمشتري منعاً للشفعة أيضاً، فإن ذلك يعد تحايلاً غير جائز قانوناً، ويجوز للشفيع إثباته بجميع طرق الإثبات، ومتى كشف عن الحقيقة وجب الأخذ بها وإعطاء الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة.

ويكفى لتحقيق التلاصق أن يكون قائماً بين العقارين بأى امتداد مهما كان صغيراً ولو كان بشير واحد (وهو الرأى الغالب). ويكفى هذا التلاصق من جهة واحدة مادام العقار بناء أو أرضاً معدة للبناء تلاصقا أفقياً عادة، ويجوز أن تكون الملاصقة رأسية، فيكون العقار المشفوع فيه ملاصقا للعقار المشفوع فيه فى أعلاه أو فى أسفله، وهذا يتحقق فى ملكية الطبقات، فيجوز أن يشفع صاحب الطبقات فى الطبقة التى هى فوقه مباشرة وفى الطبقة التى هى تحته مباشرة، لأن طبقته ملاصقة لكل من هاتين الطبقتين: الطبقة الأعلى فى أسفلها والطبقة الأدنى فى أعلاها.

أما الحالة الثانية - وهى حالة الأراضى الزراعية - فيجب أن يكون هناك حق ارتفاق للأرض المشفوع على الأرض المشفوع بها، أو حق ارتفاق للأرض المشفوع بها على الأرض المشفوع فيها، فيترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق (كحق الشرب - أو المجرى - أو الصرف أو المرور). فقد يكون مصدر حق الارتفاق الوصية أو تخصيص المالك الأصلي أو التقادم.

أما بالنسبة للحالة الثالثة للجوار - وهى ملاصقة أرض الجار الزراعية لأرض زراعية مبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل - فالملاصقة من جهتين من شأنها أن توثق صلة الجوار بين الأرضين، فكما يجوز أن تكون الملاصقة من الشمال والشرق أو من الغرب والجنوب يجوز أن تكون من الشرق والغرب أو من الشمال والجنوب، وتكون الملاصقة فى كل من الحدين فى نقطة واحدة ولو بمقدار شبر واحد، فلا يلزم أن تكون بامتداد كاف لنصف الحد أو ثلثه. والملاصقة من جهتين ينظر فيها إلى أرض الشفيع لا إلى الأرض المبيعة. أما كون أرض الشفيع لا تقل فى القيمة عن نصف ثمن الأرض المبيعة، فذلك للحد من المساومات والمضاربات.

والعبرة بقيمة أرض الشفيع وقت إبرام عقد البيع الذى يؤخذ فيه بالشفعة، لأن هذا هو الوقت الذى يجب أن تتوافر فيه شروط الأخذ بالشفعة، بما فيها قيمة أرض الشفيع، أما بالنسبة إلى الأرض المبيعة فالعبرة بالثمن الحقيقى الذى بيعت به ولو زاد على قيمة الأرض الحقيقية، لأن هذا هو صريح النص، ولأن هذا هو الثمن الذى يجب على الشفيع تقديمه للأخذ بالشفعة. أما مساحة الأرض المبيعة ومع ذلك تقل قيمتها عن نصف الثمن الذى اشترت به الأرض المبيعة، فلا يجوز فى هذه الحالة الأخذ بالشفعة. وإذا كانت أرض الشفيع حصة شائعة فى أرض مجاورة للأرض المبيعة، فالعبرة بقيمة كل من الأرض الشائعة إذا طلب الشركاء الأخذ بالشفعة. أما إذا طلبها أحدها فالعبرة بقيمة حصة الشفيع الشائعة وحدها.

وحتى يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة، يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

(١) أن يكون مالكا للعقار المشفوع به من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه فى الشفعة.

(٢) أن يكون متوافراً على الأهلية الواجبة.

(٣) أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه.

(٤) ألا يكون وقفاً.

فبالنسبة للشروط الأول - يجب أن تكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقاً على البيع الذى يأخذ فيه بالشفعة، وأن يكون البيع سند ملكيته مسجلاً، وإن لم يكن مسجلاً فلا تجوز الشفعة.

ولا شفعة إذا كان سند الشفيع فى ملكية العقار المشفوع به بيعاً معلقاً على شرط واقف ولو سجل، لأن ملكيته تكون موقوفة. ولكن يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند

ملكية الشفيع للعقار المشفوع به إلى الشفيع معلقاً على شرط فاسخ، والملكية المعلقة على شرط فاسخ بخلاف الملكية المعلقة على شرط واقف ملكية قائمة تجوز الشفعة به ملكية شائعة وكان الجوار هو سبب الأخذ بالشفعة، يجوز ذلك للشركاء على الشيوع جميعاً ولأى منهم أيضاً استناداً إلى حصته الشائعة لأن الحصة الشائعة عقار مملوك لصاحب هذه الحصة وتجوز الشفعة به. وإذا أخذ مالك الحصة الشائعة بالشفعة وثبت له الحق فيها فإن اقتسامه بعد ذلك العقار الشائع مع شراؤه لا أثر له في حقه الذي ثبت له في الأخذ بالشفعة حتى لو كانت هذه الحصة الشائعة بعد إفرازها بالقسمة أصبحت غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه ولا يعتد بالأمر الرجعي للقسمة في نطاق الشفعة. ولكن إذا أفرزت الحصة الشائعة بالقسمة قبل ثبوت حق الشفيع في الشفعة وأصبحت بعد الإفراز غير ملاصقة للعقار المشفوع فيه، فإن الحق في الشفعة يسقط، لأن الملاصقة للعقار المشفوع فيه لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة.

كما يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع به قابلاً للإبطال كما لو كان بيعاً صادراً من ناقص الأهلية أو مشوباً ببيع في الرضا، فإن البيع القابل للإبطال إذا سجل ينتقل الملكية إلى الشفيع فتكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به قائمة وإن كانت معرضة للإبطال فتجوز الشفعة بها. وإذا ثبت حق الشفيع في الشفعة في هذه الحالة ثم أبطل عقد البيع سند ملكية الشفيع فإن الملكية تزول بأثر رجعي ولكن لا يكون لزوالها أثر في الحق الذي يثبت للشفيع في الشفعة وزالت ملكية الشفيع، فإن حقه في الشفعة يسقط، لأن ملكيته للعقار المشفوع به لم تستمر إلى وقت ثبوت الحق في الشفعة.

ويجب أن تتوافر في الشفيع الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، ولما كانت الشفعة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة لأن الأخذ بالشفعة في حكم الشراء للعقار المشفوع فيه، والشفيع إذ يحل بإرادته (أي بتصرفه القانوني) محل المشتري، فإن الأهلية الواجب توافرها في الشفيع للأخذ بالشفعة هي أهلية التصرف ولا تكفي أهلية الإدارة. فإذا كان الشفيع كامل الأهلية (أي بالغاً سن الرشيد، غير محجور عليه) توافرت فيه الأهلية الواجبة للأخذ بالشفعة، وجاز له أن يستغل بإعلان رغبته في الأخذ بها، والوكيل وكالة عامة لا يجوز له الأخذ بالشفعة لأن وكالته مقصورة على أعمال الإدارة ولا بد من وكالة خاصة للأخذ بالشفعة (م ٧٠٢ مدني) ولأب القاصر ووليّه أن يأخذ بالشفعة نيابة عن القاصر دون استئذان المحكمة، أما من عداه من الجد والوصي والقيم فلم يأخذ بالشفعة بشرط استئذان المحكمة.

وهناك أحوال لا تجوز فيها الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعاً بحكم القانون من شراء العقار - هي:

أ- إذا زادت بالعقار المشفوع فيه ملكية الشفيع عن الحد الأقصى للملكية أو إذا تفرقت الصفقة على المشتري بهذه الزيادة.

ب- إذا اشترى النائب عن الغير في بيع ملكه هذا المال لتعارض المصلحة الشخصية (م ٤٧٩ مدني).

ج- إذا اشترى أو تعامل القضاة ووكلاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون الحق المنتازع فيه كله أو باسمهم أو باسم مستعار (م ٤٧١ و ٤٧٢ مدني)^(١).
٢- تثبت الشفعة - في المرتبة الأولى - لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه. والحكمة من إعطاء الشفعة في هذه الحالة هي أنها تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية.

وإذا كان حق الإنتفاع شائعاً وباع أحد الشركاء حصته فيه، فيثبت الشفعة لمالك الرقبة ولو كان البيع لأحد الشركاء الآخرين، إذ أن الشفعة تثبت كما يتضح من النص في بعض حق الإنتفاع الملابس إذا بيع حق الإستعمال لمالك الرقبة عند بيع الإنتفاع، فهي تثبت له إذا بيع حق الإستعمال أو حق السكنى في الأحوال التي يجوز فيها البيع. وتثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيعت حصة من العقار الشائع إلى أجنبي. والحكمة من تقرير الشفعة للشريك هي منع دخول أجنبي بين الشركاء، فالشفعة تؤدي إلى الحد من تعدد الشركاء وقد يترتب عليها إنهاء حالة الشيوع. ولا تجوز الشفعة لمن لا يعتبر شريكاً في الشيوع وقت البيع في العقار الذي بيع شيء منه. فلا تثبت الشفعة لمن اشترى حصة من أحد الشركاء بعقد غير مسجل، إذ قبل التسجيل لا تنتقل إليه ملكية الحصة التي اشتراها وبالتالي لا يعتبر شريكاً. كما لا تثبت الشفعة لمن اشترى من أحد الشركاء جزءاً مفزراً ولو كان قد سجل العقد الذي اشترى به لأن بيع المفرز لا يترتب عليه أن يصبح المشتري شريكاً.

ولقد ثار الخلاف حول ما إذا كان للشريك في حق الإنتفاع أن يشفع إذا باع أحد الشركاء حصة من حق الإنتفاع.

ففي رأى - أن الشريك في حق الإنتفاع ليس له أن يشفع، لأن المادة ٩٣٦ مدني خولت الشريك في الشيوع حق الشفعة إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي، وعبارة النص - كما يقول أصحاب هذا الرأي - تفيد أن الشركة المقصودة هي الشركة في ملكية العقار صراحة على حق المنتفع في الشفعة إلا إذا بيعت الرقبة، وأن الشفعة بحسب الأصل لا تكون إلا طريقاً من طرق كسب الملكية، فلا تكسب الإنتفاع إلا استثناء والاستثناء يجب أن يكون صريحاً (مؤلف: الدكتور محمد كامل مرسى - جزء ٣ - ص ١٩٩، ومؤلف: الدكتور عبد المنعم البدرأوى - ص ٤٣١).

وذهب رأى آخر - وهو الذي يفضلهُ الدكتور منصور مصطفى منصور - أن الشريك في الإنتفاع له أن يشفع لأن عبارة: "الشريك في الشيوع" تصدق على الشيوع في الإنتفاع، كما أن عبارة: "إذا بيع شيء من العقار الشائع" تصدق على بيع حصة من الإنتفاع، لأن حق الإنتفاع يعتبر عقاراً إذا كان وارداً على عقار، هذا، بالإضافة إلى أن الحكمة من إعطاء الشريك الشفعة تتوفر بالنسبة للشريك في الإنتفاع، كما على الحال بالنسبة للشريك في حق الملكية (الدكتور شفيق شحاته - ص ٢٦٠، والدكتور محمد علي عرفه - جزء ٢ - ص ٤١٣، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي - ص ٣٤٢، والدكتور اسماعيل غانم - جزء ٢ - ص ٢٦، والدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٤٠٦).

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور عبدالرازق السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٣٩ وما بعدها.

كما أثار الخلاف حول حق الشريك في الشفعة إذا باع شريك آخر مفرزاً: فذهب رأى - إلى أنه يجوز طلب الشفعة. وتتخلص حجج أنصار هذا الرأي في أن بيع الجزء المفرز صحيح، ويترتب عليه أن يصبح المشتري شريكاً، كما أن نص المادة ٩٣٦ مدني يثبت الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع. وهذا التعبير كما يصدق على بيع الحصة الشائعة يصدق على بيع الجزء المفرز. وأخيراً يقولان إن منع الشفعة في هذه الحالة يؤدي إلى التحايل على أحكام الشفعة، إذ يستطيع الشريك الذي يريد البيع ويفوت على شركائه فرصة أخذ المبيع بالشفعة أن يبيع نصيبه مفرزاً^(١).

وذهب رأى آخر^(٢) - وهو الذي يفضل الدكتور منصور مصطفى منصور - أن الشفعة لا تجوز في هذه الحالة فليس صحيحاً - كما رأينا من قبل - أن التصرف في جزء مفرز يؤدي إلى أن يصبح المتصرف إليه شريكاً مع شركاء المتصرف. ومادام الأمر كذلك فنتتقى الحكمة من إعطاء باقى الشركاء الشفعة لأن الحكمة - كما رأينا - هي منع دخول الأجنبي بين الشركاء، ولهذا نجد المشرع يصرح في المادة ٨٣٣ مدني بخصوص حق الاسترداد أنه لا يجوز إلا عند بيع الحصة الشائعة، وليس هناك ما يبرر التفرقة في هذا الخصوص به حق الاسترداد والشفعة لأن الحكمة منهما واحدة ولهذا نرى بالرغم من عموم نص المادة ٩٣٦ (ب) مدني قصر الشفعة على حالة بيع حصة شائعة من العقار المملوك على الشيوع.

ولا تثبت الشفعة لصاحب الإنتفاع إلا في الرقبة الملبسة لحقه كلها أو بعضها فإذا كانت الرقبة لشخص واحد، والإنتفاع لشخص واحد كذلك، وبيعت الرقبة كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع فيها. وإذا كانت الرقبة شائعة بين عدة شركاء وباع أحدهم حصته فيها، كان لصاحب الإنتفاع أن يشفع أن الرقبة المبيعة هي بعض الحق للمالك لحق الإنتفاع. وإذا كان الإنتفاع شائعاً بين عدة شركاء وبيعت الرقبة كلها لأصحاب الإنتفاع مجتمعين أن يشفعوا حيث يكون استحقاق كل منهم على قدر نصيبه، ولكن ليس لكل واحد من أصحاب الإنتفاع أن يشفع في كل الرقبة لأن حقه لا يلايس بعض المبيع.

وكما تثبت الشفعة لصاحب الإنتفاع إذا ما بيعت الرقبة، فهي تثبت كذلك لكل من صاحب حق الإستعمال وصاحب حق السكنى (م ٩٩٨ مدني).

كما تثبت الشفعة لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر وللمستحكر إذا بيعت الرقبة. والحكمة من تقرير الشفعة في الحالتين هي جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد واحدة. إلا أن الشفعة في الحالتين نادرة^(٣).

٣- لا يمكن أن يزاحم مالك الرقبة في أخذه حق الإنتفاع بالشفعة شخص آخر، فلو تعدد المنتفعون وباع أحدهم نصيبه في الإنتفاع لأجنبي، كان لمالك الرقبة وحدة -

(١) من أصحاب الرأي الأول: الدكتور محمد على عرفه - جزء ٢ - ص ٤١٢، والدكتور عبد المنعم البدر أوى - ص ٤٣٢، والدكتور عبدالفتاح عبدالباقي - ص ٣٤٤ و ٣٤٥.

(٢) ومن أصحاب الرأي الثاني: الدكتور شفيق شحاتة - ص ٢٥٩، والدكتور اسماعيل غانم - جزء ٢ - ص ٢٦ و ٢٧، والدكتور عبد المنعم فرج الصده - ص ٤٠٧.

(٣) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٨ وما بعدها.

فى رأى البعض - أخذ هذا النصيب بالشفعة، ولم يكن لسائر الشركاء فى الإنتفاع حق طلب الشفعة. فالشريك فى الإنتفاع ليس له - فى رأيهم - حق طلب الشفعة إذا باع شريك نصيبه فى الإنتفاع.

أما عندما يرون أن الشريك فى الإنتفاع يكون له حق طلب الشفعة إذا باع شريكة فى الإنتفاع نصيبه، فإنه إذا تعدد المنتفعون وباع أحدهم نصيبه لأجنبى، فإن الشريك فى الإنتفاع يكون له حق طلب الشفعة، كما يكون لمالك الرقبة كذلك حق طلب الشفعة وعند التزام يفضل مالك الرقبة، لأن المادة ٩٣٦ مدنى قد جعلت مالك الرقبة متقدماً فى الترتيب على الشريك المشتاع.

وكذلك لا يمكن أن يزاحم مالك الرقبة جار ملاصق، إذ الجار الملاصق لا يستطيع أن يشفع فيما لو كان الذى انتقل إلى غيره من العقار المجاور هو مجرد حق إنتفاع: وإنما له يشفع فقط فى بيع ملكية العقار.

ولاحظ أن حق الشفعة يثبت لمالك الرقبة، سواء بيع حق الإنتفاع الملبس لها الأجنبى أو الشريك فى الإنتفاع.

يأتى بعد مالك الرقبة فى عداد الشفعاء: الشيوخ إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى (م ٩٣٦ مدنى ب).

وقد ذهب قضاء النقض إلى أنه يعد شريكاً على الشيوخ من تلقى جزءاً مفرزاً عن شريك مشتاع، فإذا باع شريك آخر حصته الشائعة فى العقار لم يكن لمشتري الجزء المفرز أن يطالب بالشفعة فى هذا البيع على أساس الاشتراك فى الشيوخ (نقض - جلسة ١١/٣٠/١٩٥٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢ - مدنى - ص ١٠٩، ونقض - جلسة ٢٥/٢/١٩٥٣ - المرجع السابق - السنة ٤ - ص ١١٧٨، ونقض - جلسة ١٥/١/١٩٥٩ - المرجع السابق - السنة ١٠ - ص ٤٣).

وقد جرى البحث فيما إذا كان يجوز للشريك المشتاع فى حق الإنتفاع أن يطلب الشفعة إذا نزل عن حقه فى الإنتفاع لأجنبى - ذهب البعض إلى أن عبارة الشريك فى الشيوخ تشمل الشريك فى حق الإنتفاع، كما تشمل الشريك فى حق الملكية، لأن كليهما شريك فى العقار شريك فى العقار المبيع ولأن المصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوخ متحققة فى حالة الإنتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية.

بينما ذهب رأى آخر إلى عدم إعطاء الشريك فى الإنتفاع الحق فى الشفعة.

وكان الدكتور البدراوى من هذا رأى الثانى، ولكنه أصبح يميل الآن إلى رأى الأول وهو رأى السائد فى الفقه الآن، لأن عبارة الشريك فى الشيوخ تشمل الشريك فى حق الإنتفاع كما تشمل الشريك فى حق الملكية، فكلاهما شريك فى العقار المبيع، والمصلحة فى استبعاد الأجنبى عند قيام حالة الشيوخ متحققة فى حالة الإنتفاع كما هى متحققة فى حالة الملكية.

ولكن لو باع أحد الشركاء حصة مفرزة لأجنبى، فهل يستطيع سائر الشركاء المطالبة بالشفعة فيها؟

يذهب البعض إلى أنه لو باع الشريك حصة مفرزة من العين، فإن حق الشفعة لا يثبت للشريك على الشيوخ فى هذه الصورة، وكل ما له هو أن يطلب فى هذه الحالة

قسمة العقار حتى إذا ما وقعت الحصة المفروزة بجوار حصته هو وتوافرت شروط الجوار التي نص عليها القانون كان له أن يشفع بصفته جارا مالكا في الجزء المبيع وإلا فلا وبهذا حكمت بعض المحاكم ويؤيدها في هذا القضاء بعض الشراح بقولهم إن الشفعة قد تقررت للشريك المشتاع الذي يريد التخلص من مشاركة الأجنبي له في حقه. أما إذا استقر الحق في حير معين، فإن طريق التخلص من صاحبه لا يكون إلا إذا توافرت شروط الجوار.

على أن بعض المحاكم الأخرى قضت بجواز الأخذ بالشفعة في حالة بيع الحصة المفروزة، لأن البيع الواقع على التحديد (أي بيع الحصة مفروزة) لا يحتج به على سائر الشركاء، بل يعتبر صحيحاً في الشبوع فقط إلا إذا أجازته سائر الشركاء، فالبيع على التحديد لا يمنع باقى الشركاء من استعمال جميع الحقوق المخولة لهم قانوناً كحق الشفعة، ولو جاز غير ذلك لاستطاع كل شريك بطريق الغش والتدليس أن يبيع حصته المفروزة فيحرم باقى الشركاء حق، وهذا ما لا يجوز عقلاً أو قانوناً.

وهذا الرأي الثانى هو الذى مع تحليل الدكتور البدراوى للتصرف فى حصة مفروزة، ولذ فهو يؤيده، خصوصاً وأن نص المادة ٩٣٦/ب مدنى الذى يذكر من بين الشفعاء الشريك فى الشبوع لم يقصر حقه فى الأخذ بالشفعة على حالة بيع حصة شائعة فى العقار، بل هو يذكر بالحرف: "إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى". فالشريك على الشبوع له الأخذ بالشفعة متى بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى، سواء أكان هذا الشئ المبيع حصة شائعة أو قدراً مفزراً.

والراجع فى نظر الدكتور البدراوى أن الشفعة تجوز بالبناء ولو بيع مستقلاً عن الأرض القائم عليها، فلو بيعت الأرض مع البناء الذى عليها أو بيعت الأرض من غير البناء، أو بيع البناء من غير الأرض، فإنه يجوز للجار أن يطالب بالشفعة، ذلك لأنه بالنسبة للعقار المشفوع لم يحتم القانون أن يكون أرضاً، فقد جاء فى المادة ٩٣٦/هـ - مدنى أن الشفعة تثبت للجار إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، ولم يرد فيها ما يستفاد منه وجب أن يكون البناء تابعاً للأرض.

أما العقار المشفوع به - وهو عقار الشفع - فإن القانون لم يخص نوعه، فالشفعة تثبت للجار المالك، والجار المالك قد يكون مالكا لعقار من المباني أو الأرض فيصح أن يكون طالب الشفعة مالكا للبناء دون الأرض، وبناء على ذلك إذا بيع عقار، فإنه يجوز لكل من مالك الأرض المجاورة ولمالك البناء المجاور - إن لم تكن الأرض والبناء لمالك واحد - أن يطالب الشفعة.

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض بجلسته ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ (نقض

- مجموعة المكتب الفنى - السنة ١ - مدنى ص ١٦٦) بأن:

"عقد البيع غير المسجل يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع، وبالوفاء به قد يصبح المبيع فى حيازة المشتري له أن ينتفع به بجميع وجوه الإنتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار. ومتى أحدث المشتري بناء على الأرض المبيعة له يصبح هذا البناء عقاراً ملكاً له، ملكية مصدرها واقعة البناء على سبيل البقاء والقرار، ومن ثم يقوم به سبب الشفعة بوصفه جاراً مالكا للبناء، ولا مخالفة فى ذلك لقانون التسجيل،

ذلك أن الشفيع يشتري الأرض بعقد غير مسجل لا يؤسس حقه في طلب الشفعة على عقد شرائه، وإنما يقيمه على ملكية البناء استقلاً عن الأرض.

كما لا مخالفة لأحكام الملكية بالالتصاق قولاً بأن بائع الأرض يعتبر في حكم القانون وبالنسبة للكافة هو وحده مالك البناء الذي أقامه المشتري الذي لم يسجل عقد شرائه، ذلك لأن القانون إذ يعتبر مالك الأرض مالكاً بفعل الالتصاق إنما يقرر في صالح مالك الأرض قرينة غير قاطعة قابلة لإثبات العكس، كما خول مالك الأرض لمستأجرها الحق في إقامة المنشآت وتملكها فإنه في هذه الحالة يعتبر مالكاً لما يقيمه من بناء على اعتبار أنه عقار. فمناطق تطبيق قواعد الالتصاق لا يكون ثمة إذن صريح أو ضمني من مالك الأرض للغير بإحداث هذا البناء، فحيثما وجد اتفاق أو امتنع التحدى بقواعد الالتصاق وفقاً لأحكام المادة ٦٥ من القانون المدني القديم، ووجب اعتبار البناء عقاراً مستقلاً عن الأرض وملكاً خالصاً لمن أقامه. ولا نزاع في أن البائع، وهو ملتزم بتسليم المبيع للمشتري وعدم التعرض له، إذا ما أوفى بهذا الالتزام، فقد نقل إلى المشتري حيازة المبيع، وكان لهذا الأخير أن ينتفع به وبكافة وجوه الإنتفاع ومنها البناء على سبيل البقاء والقرار.

لكن ما الحكم إذا احتفظ لنفسه بقطعة صغيرة من الأرض حتى يفوت على الجار إستعمال حقه في الشفعة؟

وما الحكم إذا باع البائع أرضه إلا جزءاً فاصلاً بين العقارين وهبه للمشتري أيضاً ليفوت على الجار حق الشفعة؟

في هاتين الحالتين ومثيلتهما يستعمل البائع والمشتري بعض الحيل لإسقاط حق الشفعة، فهل تبقى الشفعة رغم ذلك؟

اختلفت المحاكم.

فذهب البعض منها إلى أن الشفعة حق ضعيف أي رخصة استثنائية، وأن الشرعيين أجازوا إستعمال الحيل في إسقاطها، وهي لهذا ترى عدم جواز الشفعة في هذه الحالات لانعدام الالتصاق.

بينما ذهبت بعض المحاكم وخصوصاً المختلطة إلى أنه حيث يكون الجزء المتروك من الأرض المبيعة صغيراً بحيث لا يمكن الإنتفاع به، كان مسلك البائع تحايلاً منه على القانون، ومن ثم لا يمتنع الأخذ بالشفعة.

ويبدو أن الرأي الثاني - في نظر الدكتور البدرأوى - هو الرأي السليم، لأن الشفعة وقد أقرها القانون المدني ونظمها فإنه لا يجوز التحايل على إسقاطها، وفضلاً عن ذلك فإن فقهاء الشريعة من أبطل الحيل لإسقاط الحق في الشفعة، لوما كان التحايل غشاً فإنه يمكن إثباته بالبينة والقرائن. وهذا الرأي الآخر هو الذي أخذت به محكمة النقض (نقض - جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٤ - مدني - ص ٦٧٨، وتظهر مؤلفات الدكتورة: كامل مرسى - جزء ٢ - ص ٢٤٢، وشفيق شحاته - فقه ٢٤٣، ومحمد على عرفه - جزء ٢ - فقرة ٢٤٩، ومنصور مصطفى منصور - فقرة ١٣٣، وعبد المنعم الصده - فقرة ٢٨٨، والسنهوري - ٩ - فقرة ١٨٥).

وذهبت بعض المحاكم إلى أن التلاصق لا يكون متحققاً إلا إذا كان ممتداً بقدر كاف، كأن يمتد لنصف الحد أو ثلثه مثلاً، وأن القاضي هو الذى يقدر ما إذا كان التلاصق على امتداد كاف لتبرير الشفعة وأن الإلتصاق بين المالكين فى أجزاء يسيرة أو فى بعض النقط لا يعتبر تلاصقاً بالمعنى القانونى (ينظر فى هذا الرأى مؤلفات الدكاترة كامل مرسى - ٢ - فقرة ٢٢٣، وشفيق شحاته - ص ٢٥٩).

أما محكمة النقض فقد قضت بأنه: لا يشترط أن يكون التلاصق على امتداد كاف، ذلك أن الشارع قد استمد شفعة الجوار من فقه الحنفية، والرأى فى هذا المذهب هو أن التلاصق ولو بشبر واحد يكفى (نقض - جلسة ١٩٥٤/٤/١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٥ - مدنى - ص ٣٧٤، ومن هذا الرأى الدكاترة: عبدالفتاح عبدالباقي - ص ٣٤٨، واسماعيل غانم - ص ٧١، ومنصور مصطفى منصور - فقرة ١٣٣، والسنهورى - ص ٥٦٨، وعبدالمنعم الصده - فقرة ٢٨٨).

ويشترط أن يثبت الشفيع أن التلاصق كان قائماً عند البيع واستمر قائم إلى حين طلب الشفعة. ولما كان التلاصق واقعة مادية فإنه يمكن إثبات التلاصق بكافة الطرق^(١).

٤- الأصل هو حرية التعاقد، والاستثناء هو إجبار البائع على التعاقد مع غير من اختاره، ويتحقق هذا الاستثناء إذا ما توافر سبب من أسباب الأخذ بالشفعة التى حددتها المادة ٩٣٦ من القانون المدنى - فحق الأخذ بالشفعة يثبت:

(أ) كمالك الرقبة - إذا بيع حق الإنتفاع الملابس لها أو بعضه.

(ب) لشريك فى الشبوع - إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبى.

(ج) لصاحب حق الإنتفاع - إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.

(د) لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة.

(هـ) للجار المالك - فى الأحوال الآتية:

١- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت العقارات فى المدن أو فى القرى.

٢- إذا كان للأراضى المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.

٣- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ويعتبر الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة، وقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الأخيرة من المادة ٩٣٦ مدنى.

أما أئمة المسلمين فقد اختلفوا فى إعتبار الجوار أو عدم إعتباره سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة - فذهب البعض منهم إلى إعتباره سبباً من أسباب الأخذ بها، وذهب البعض الآخر إلى عدم إعتباره كذلك.

(١) حق الملكية - للدكتور عبدالمنعم البدر اوى - ص ٣٣٥ وما بعدها.

وكانت حجج القائلين بالشفعة بسبب الجوار:

- (١) منع المضايقة التي قد تصيب الجار إذا لم يكن له أن يأخذ بالشفعة.
- فإذا كان للشريك على الشيوع أن يشفع إذا باع شريكه حصة شائعة في العقار المملوك لها على الشيوع منعاً لمضايقته فليس هناك ما يمنع من عدم تقرير الشفعة بسبب الجوار، فالعلة واحدة في الحالتين.
- (٢) ما أوصى به رسول الله صلى الله عليه وسلم من إكرام الجار ورعايته.
- (٣) عن الشويد بن سويد قال: قلت يا رسول الله أرض ليست لأحد فيها شريك ولا قسم إلا الجوار. فقال: "الجار أحق بشفعة ما كان".
- وقد اختلف الشروح في تفسير معنى هذا الحديث. فقال النبوي: ليس في هذا الحديث ذكر الشفعة، فيحتمل أن يكون المراد به الشفعة، وقد يكون المراد به أن الجار أحق بالبر والرعاية فقط. وقال آخرون: إن قوله: أحق بشفعة "المراد بها الشفعة بالجوار، إذ الشفعة تعنى القرب.
- (٤) وعن عطاء بن جابر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً". فلا بد من اتحاد الطريق بثبوت الشفعة وليس الجوار وحده (الدكتور كامل مرسى - المرجع السابق - ص ١٦٧ هامش ١١).
- ومن مجمل هذه الأدلة ذهب أبو حنيفة وأهل العراق إلى القول بجواز الشفعة بسبب الجوار وإعتباره سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة.

أما حجج المنكرين للشفعة بسبب الجوار:

- (١) عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا قسمة.
- (٢) وعن جابر أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ريعه أو حائطاً لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذن فهو أحق به.
- فالشفعة في معنى هذين الحديثين تثبت في كل شيء لم يقسم، فإذا حصلت القسمة فلا شفعة. وإذا كان الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة لأمكن الاستناد إليه للأخذ بها ولو بعد القسمة. ومادام الجوار ليس سبباً في نظر هؤلاء للأخذ بالشفعة، فالشفعة لا تكون إلا في كل شركة لم تقسم.
- ولقد ذهب المالكية إلى عدم إعتبار الجوار سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة وعندهم أخذت بعض التشريعات العربية ومنها القانون الليبي.
- أما القانون المصري فقد اعتد بالجوار وجعله سبباً من أسباب الأخذ بالشفعة^(١).
- ٥- الشفعة حق ومصدر من مصادر الحقوق العينية حيث تعتبر سبباً لكسب الملكية والإنتفاع والحكر في بعض القوانين وهي لا تكون إلا في العقار باتفاق كل القوانين الوضعية.

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ١٠٦ وما بعدها.

غير أن هناك رأياً آخر يقول بأن الشفعة ليست أحد أسباب كسب الملكية المستقل عن الأسباب الأخرى، وذلك يعود إلى أن كلا من أسباب الملكية سبب مباشر بنفسه لكسب الملكية. أما الشفعة فهي ليست كذلك، لأنها في الحقيقة حلول شخص مكان مشتري العقار المبيع، فهو إنما يملكه بسبب العقد الذي يبرم بين مالك العقار ومشتريه وليس بسبب عقد جديد إذا نفذ البيع ثبت، وإن بطل أو فسخ زال، وبهذا قالوا إن البيع ينقض بالشفعة، وتتحول الصفقة من المشتري إلى الشفيع، وأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع، وأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى، وقد عرفوا الشفعة بأنها تمليك بمثل ما تملك به المشتري.

لقد استمد المشرع السوداني والعربي نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية كما أسلفنا، وهذه الشريعة هي المصدر المادي والتاريخي لنصوص الشفعة، وتلجأ المحاكم في تفسير نصوص القانون إلى الفقه الإسلامي وبخاصة الفقه الحنفي في السودان، كما أنها تلجأ إلى العرف في حالة عدم وجود نص تشريعي أو حكم فقهي بشرط أن يكون العرف سليماً ومعقولاً ولا يتعارض مع النظام العام والدين والأخلاق والقانون.

والشفعة كحق أو رخصة - إذ تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري، تعتبر قيداً على حرية التصرف - غير أنه دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع. وقد أثار إبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية مناقشات طويلة في مصر وغيرها من الدول العربية، ولكن استقر.

الرأى على إبقائها لإعتبارات تاريخية، لأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية كضم الإنتقاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة في مصر مثلاً.

وإذا ألقينا نظرة على القوانين المدنية العربية نجد أن القوانين المصرية والسودانية والليبية واللبنانية والعراقية أخذت بنظام الشفعة، أما القانون السوري فلم يأخذ بهذا النظام^(١).

٦- اختلف فقهاء الشريعة فيمن يأخذ بالشفعة، فقال الحنفية أنها تثبت للشريك والخليط والجار. وقال الشافعية إنها لا تثبت إلا للشريك في العقار. وسند الحنفية أن السبب الذي تقوم عليه الشفعة هو منع الأذى ومنع احتمال الضرر بالأجنبي وذلك يقع بالجوار والخلطة في حقوق العقار مثل ما يقع بالشفعة في العقار نفسه، وقد وردت الأحاديث الخاصة بالشفعة تعلقه بالجار كما تقدم. أما الشافعية وغيرهم من الفقهاء فيوردون أحاديث أخرى تؤيدهم في قصر الشفعة على الشريك في العقار خاصة، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "الشفعة فيما لم يقسم".

وقد أخذ القانون بالشفعة لثلاثة أشخاص:

الشريك في العقار الشائع، والخليط في حق ارتفاق العقار، والجار الملاصق. فسبب الشفعة على هذا هو اتصال العقار المبيع وهو المشفوع بالعقار المشفوع به

(١) قوانين الملكية العقارية في السودان - للدكتور سعيد محمد المهدي - المرجع السابق - ص ٧٨ وما بعدها.

اتصال شركة أو اتصال خلطة أو جوار (انظر: بدائع الصنائع - ج ٥ - ص ١١)، وذلك كما أخذ به القانون المصري في المادة ٩٣٦، ولكنه زاد على هذه الأسباب الثلاثة ما يأتي:

- ١- مالك الرقبة إذا بيع كل حق الإنتفاع الملابس لها أو بعده.
- ٢- صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها.
- ٣- مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة. وقد خالف القانون المصري في هذه الأسباب قواعد الشريعة من حيث الظاهر. ولكنه حقق ما قصد إليه التشريع الإسلامي وهو إزالة الضرر والمضارة بين الشريكين ورفع أسباب النزاع ثم جمع الملكية المتفرقة في ملكية واحدة ليتحقق الدافع إلى الإعمار وحسن الاستغلال، وذلك يتوافر في مالك الرقبة يشفع في حق الإنتفاع بملكه، فيحل فيه محل الأجنبي فتتحد ملكيته للرقبة والإنتفاع معاً، كما يتوافر في صاحب حق الإنتفاع إذا باع مالك الرقبة عقاره فتتحد الملكية في شخص المنتفع، أما في حالة الحكر، وهو عقد إيجار يقصد استبقاء الأرض للبناء والغراس أو لأحدهما، فإن فيه الشفعة لكل من مالك الأرض، المحتكر، المستأجر) على النحو الذي يجوز بين المنتفع ومالك الرقبة إنهاء لحالة الحكر الدائم على الأرض وهي حالة غير مرغوب في بقائها. ولم يأخذ القانون العراقي بهذه الأسباب لأن الحالات التي تقابلها في العراق إنما تتحقق غالباً في الأراضي الأميرية فتنتفي الحالات الأولى وفي الأراضي الموقوفة فتنتفي الحالة الثالثة، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة في القانون العراقي قواعده الخاصة المشرعة في قوانين الأراضي قبل نفاذ القانون المدني الجديد وفي مكان آخر من هذا القانون بعد نفاذه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

- ١- بيع البناء على سبيل القرار استقلالاً عن الأرض هو بيع عقار، ويجوز للشريك في البناء أخذ الحصة المبيعة فيه بالشفعة طبقاً لما تنص عليه المادة ٩٣٦ (ب) مدني من أن الحق في الشفعة يثبت للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي - لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقرر أن الطاعنة لا تملك في المباني التي أقيمت على الأرض لأنها مملوكة للدولة صاحبة الأرض طبقاً لأحكام الالتصاق ورتب على ذلك قضاؤه بعدم قبول دعوى الطاعنة بأحقيتها في أخذ الحصة المبيعة في هذه المباني بالشفعة، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٦ - مدني - ص ١٢١٦)

- ٢- الشريك في معنى المادة ٩٣٦ (ب) مدني هو المالك على الشيوع وإذا كان أثر التسجيل في نقل الملكية - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا يترتب إلا من تاريخ حصوله دون أن يرتد إلى تاريخ سابق عليه، فإن المشتري لا يكون مالكا إلا بتسجيل عقده. وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتبر الطاعنة شريكة على الشيوع في

(١) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - الجزء ١ - ص ٢٠٨ وما بعدها.

العقار المشفوع فيه استناداً إلى أن تسجيل الحكم بصحة العقد الصادر إليها لا حق لعقد البيع الذي تولدت عنه الشفعة فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ - المرجع السابق - ص ١٥١٥)

٣- السلف المشترك هو من يتصرف في عين تكون هي بذاتها محل تصرف منه آخر - وإذا كان العقار الذي آل إلى الشفيع (الطاعن) من المطعون عليهما الثانية والثالثة بموجب العقد المؤرخ ١٩٦٧/٧/١١ يغير العقد الذي تلقاه المشفوع منه (المطعون عليه الأول) من ذات البائعين، فإن الحكم إذ اعتبر هاتين الأخيرتين سلفاً مشتركاً ورتب على ذلك عدم جواز احتجاج الشفيع قبل المشفوع منه بضم مدة حيازة سلفة لمدة حيازته على الشيوع قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ١٥٧٠)

٤- المالك على الشيوع يملك بقدر نصيبه في كل ذرة من العقار المشاع، ومن ثم فإنه يجوز له أن يطلب الشفعة في العقار المجاور ولو لم يشترك معه في طلبها باقى شركائه في الملك ولا يؤثر في ذلك احتمال أن تسفر القسمة فيما بعد على حرمانه من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه لأن القانون إنما يشترك أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه وأن يبقى مالكا لحين الأخذ بالشفعة وبقاء الجوار ليس شرطاً لبقاء الاستحقاق.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/٥ - المرجع السابق - السنة ٣٠ - ص ٢٦١)

٥- إذ نصت المادة ٩٣٦/مدنى على حالات ثبوت الحق في الشفعة للجار المالك، قد دلت على أنه يكفي للأخذ بالشفعة في الحالة الأولى حيث يكون العقاران المشفوع فيه من المباني أو من الأرض المعدة للبناء أن يكونا متجاورين أى متلاصقين من جهة واحدة دون أى شرط آخر، ومن ثم لا يثبت الحق في الشفعة للجار المالك لأرض زراعية إذا كان العقار المجاور المبيع من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء، وذلك أن الأراضي غير المعدة للبناء لا يكفي فيها للأخذ بالشفعة مجرد التلاصق، بل يجب أن يكون للأرض أو عليها حق ارتفاق أو يكون التلاصق من جهتين مع اشتراط قيمة معينة للعقار المشفوع به كما هو الحال في الحالتين الثانية والثالثة من المادة ٩٣٦/ه مدنى سالفة البيان.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٤/١٥ - المرجع السابق - السنة ٣١ - ص ١١٣٢)

٦- مفاد نص المادة ٩٣٦ مدنى أنه يجب لقيام حق الجار في الأخذ بالشفعة - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن تكون الأرض المشفوع بها والأرض المشفوع فيها متلاصقتين وأن يكون لأى من الأرضين حق ارتفاق على الأخرى بحيث يترتب على الأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق في الأرضين - لما كان ذلك فإن تمسك الطاعن بملكيته للعقار للمسقاة لا يجديه في القول بتوافر شروط الشفيع فيه، إذ أن ملكية المسقاة وحدها لا تتحقق بها صفة الجوار المثبتة للحق في الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ - المرجع السابق - ص ١٩٤٥)

٧- التمسك بأن ملكية الطعون ضده للعقار المشفوع به مفرزة وليست شائعة، دفاع يخالطه واقع، عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/١٨ - الطعن ١٠٤٢ لسنة ٤٧ق - لم ينشر بعد)

٨- حق الارتفاق، ماهيته، قيامه سبباً للأخذ بالشفعة، شرطه، أن يقع على عاتق الأرض المشفوع فيها أو المشفوع بها ويخدم الأخرى، عدم كفاية اشتراك الأرضين في الاستفادة من حق ارتفاق لا يتقل أحدهما.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٦/٢ - الطعن ١٧٢٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

٩- مؤدى نص المادة ٩٣٦ مدني يدل على أن الشارع إنما أراد أن يجعل العبرة في تقرير الأخذ بالشفعة بمجاورة أرض الجار الشفيع من جهتين من جهتها للأرض المشفوع فيها، إذ أسند التلاصق بالشروط التي ذكرها إلى أرض الجار ولما كان التلاصق من جهتين وضعاً وارداً على أرض الشفيع بصيغة المفرد كان هذا الوصف لا يتوافر إذا كان الشفيع يجاور الأرض المشفوع فيها بقطعتين منفصلتين يملك كل منهما في إحدى جهات هذه الأرض إذ أن المشرع مركز اهتمامه في تحديد أوصاف أرض الشفيع دون الأرض المشفوع فيها مما يقتضى القول بأن ملاصقة هذه الأرض بقطعتين لا يؤدي إلى ثبوت الشفعة فيها لمالكها، ذلك لأن الشفيع إنما يستند في شفيعته في هذا الفرض إلى عقارين منفصلين فلا يصدق على أى منهما وصف المجاورة من جهتين.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٢ - الطعن ٤٠٥ لسنة ٥١ق - لم ينشر بعد)

١٠- الأخذ بالشفعة على أساس الشيوع، شرطه أن يكون الشفيع مالكا الحصة الشائعة وقت بيع العقار الذي يشفع فيه.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ - الطعن ١٥٢٨ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١١- بيع المالك على الشيوع حصة مفرزة لأجنبي، بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء، إعتباره في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم، حقهم في أخذ الحصة المباعة بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١٤ - الطعن ٧٨٤ لسنة ٤٧ق - لم ينشر بعد)

١٢- ورود اسم الشفيع في عقد البيع جاراً للعقار المشفوع فيه، عدم صلاحيته دليلاً على ملكيته للعقار المجاور المشفوع به. ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت البيع شرط لقبول الشفعة، التزام المحكمة بالتنبئ من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٢/٩ - الطعن ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق - لم ينشر بعد)

١٣- النص في المادة ٩٣٦ هـ- مدني على أن: "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي"، يدل - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن للشريك في الشيوع حق الأخذ بالشفعة إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي، سواء أكان هذا الشئ المبيع حصة شائعة أم جزءاً مفرزاً في العقار الشائع، إذ

المناطق في ذلك هو قيام حالة الشبوع في العقار الذي بيع مفرزاً من دون اعتداد لما إذا كان هذا القدر مفرزاً أو شائعاً.

(نقض - جلسة ١٩٨٥/٥/٢٦ - الطعن ٢٦٤ لسنة ٥١ق - لم ينشر بعد)

١٤ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن الشفعة لا تجوز قيام التحايل لإسقاط حق الشفيع هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع.

(نقض - جلسة ١٩٨٥/٣/١٩ - الطعن ٧٨٢ لسنة ٥١ق - لم ينشر بعد)

١٥ - إشتراك الغير في حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها لا يمنع الشفيع من التمسك بطلب الشفعة طالما لم يشترط - أن يكون هذا الحق مخصصاً لإحدهما على الأخرى. وجود حق ارتفاق للغير على أرض المروي لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به.

إذ كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضاؤه بأحقية المطعون ضدهم الأربعة الأول في أخذ أرض النزاع بالشفعة إلى ما ورد في تقرير الخبير الذي ندبته محكمة الإستئناف من أن الأرض المشفوع فيها زراعية وأن لها حق ارتفاق بالرري على الأرض المشفوع بها الملاصقة لها، مما يسوغ طلب الأخذ بالشفعة طبقاً لنص البند الثاني من الفقرة "هـ" من المادة ٩٣٦ من القانون المدني الذي يجعل حق الارتفاق سبباً للأخذ بالشفعة إذا تعلق بالأرض المبيعة أو بأرض الجار، فمن ثم يكون الحكم فيما إنتهى إليه سديداً، ولا ينال منه إغفاله الرد على دفاع الطاعنين - بأن حق الارتفاق بالرري على الأرض المشفوع بها ليس قاصراً على الأرض المشفوع فيها بل تشتر فيه أراضي أخرى مما لا يجوز معه طلب الشفعة - إذ لا عبرة بإشتراك الغير في حق الارتفاق المقرر للأرض المشفوع فيها أو الأرض المشفوع بها على الأخرى في تمسك الشفيع بطلب الشفعة طالما أن القانون لم يشترط أن يكون هذا الحق مخصصاً لإحدهما على الأخرى وحدها. هذا إلى أن وجود حق ارتفاق للغير على أرض المروي لا يخرج هذه الأرض عن ملكية صاحب العقار المشفوع به بل تظل جزءاً من هذا العقار، إذا فمتى كان هذا الدفاع لا يستند إلى أساس قانوني صحيح وليس من شأنه تغيير وجه الرأي في الدعوى فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يعد قصوراً مبطلاً له. ويكون النعي بهذا الخصوص على غير أساس.

(الطعن ٥٩٣ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩٠/٢/١٤ س ٤١ ص ١٢٠)

١٦ - مفاد النص في المادة ٩٣٦ هـ - من القانون المدني على أن للجار المالك أن يطلب الشفعة إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة أن المشرع لم يشترط للأخذ بالشفعة أن يزول حق الارتفاق بين العقارين إذا اجتمعا في يد واحدة هي يد واحدة هي يد الشفيع وأن يزول هذا الحق في الوقت ذاته بالنسبة للعقارات الأخرى التي تشترك فيه، فزوال - هذا الحق كلية - ليس شرطاً من شروط الأخذ بالشفعة وقد إستهدف المشرع من ذلك تحرير العقارين من رقة الارتفاق ولو جزئياً بإجتماعهما في يد واحدة ما يتأدى إلى علاج أسباب النزاع عند تعدد الملاك.

(الطعن ٤٢٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩ س ٤٢ ص ١٢٣٩)

١٧ - بيع الشريك المشتاع حصته مفرزة لأجنبي. بيع صحيح معلق على نتيجة القسمة أو إجازة باقي الشركاء. إعتباره. في حكم التصرف في قدر شائع بالنسبة لهم. أثره. ثبوت حقهم في أخذ الحصة المباعة. المادتان ٨٢٦، ٩٣٦ مدني.

مؤدى نص المادتان ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على المشيوع أن يبيع ملكه محددًا مفرزًا ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع، ومتى كان هذا البيع صحيحاً وصدر لأجنبي وكان الإضرار الذى تحدد به محل البيع لا يحاج به سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء أو رضاء مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع فإنه ينبى على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع وفقاً لصريح عبارة النص في المادة ٩٣٦ من القانون المدني

(الطعن ٩٢٣ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٣)

١٨ - ليس للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتري شريك على الشيوع توافرت في وقت الشراء الشروط التى تجعله شافعياً. مشتري الحصة الشائعة الشريك على الشيوع يفضل الشافع الشريك على الشيوع. المادتان ٩٣٦/ب، ٣/٩٣٧ مدني.

مؤدى نص المادتين ٩٣٦/ب / ٣/٩٣٧ من القانون المدني - أنه لا يجوز للشريك في الشيوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتري توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذى إشتراه لأنه في هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك على الشيوع فضل على شافع هو مثله شريك في الشيوع أي من طبقته.

(الطعن ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٢٩ س ٤٦ ص ٥٥٤)

١٩ - الأخذ بالشفعة. مناطه. ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها. مناط الأخذ بالشفعة في جميع الأحوال ألا يقوم مانع من موانعها أو يتخلف شرط من شروطها، أو يتحقق سبب من أسباب سقوطها.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

٢٠ - إن الشريك هو المالك على الشيوع في معنى المادة ٩٣٦/ب..... (من القانون المدني) ولا يكون المشتري مالكا إلا بتسجيل عقده، ومن وقت التسجيل لا قبله.

(الطعن رقم ٢٨٦١ - لسنة ٧٠ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١١/١٤)

٢١ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - تطبيقاً لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدني - أن ملكية الشافع للعقار المشفوع به وقت إبرام البيع المشفوع فيه، شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تنتبث من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها، وهي إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها، إنما تمارس واجبها في بحث شروط الشفعة التي يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التي ثبتت لديها تمهيداً لإنزال حكمه الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ٢٨٦١ - لسنة ٧٠ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١١/١٤)

٢٢- مؤدى نص المادتين ٨٢٦، ٩٣٦ من القانون المدني أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محددًا مفزًا ويقع البيع صحيحاً وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشركاء في الشيوع فإذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفز من العقار الشائع وتمت القسمة بعد ذلك بين الشركاء فإن القسمة تكون حجة على المشتري ولو لم يكن طرفاً فيها ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من إنهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر إليه فإذا وقع القدر المفز المبيع له في نصيب الشريك البائع له خلس له هذا القدر وإن لم يقع انتقال حقه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى البائع بطريق القسمة وخلس القدر المبيع لمن خصص له في القسمة مطهراً من هذا التصرف وبذلك يصبح استمرار المشتري في وضع يده على هذا القدر مجرداً من السند ويكون لمن اختص به الحق في استلامه من تحت يد المشتري.

(الطعن رقم ٥٩٥٣ - لسنة ٧٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٢)

* * *

مادة (٩٣٧)

١- إذا تزامن الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة.

٢- وإذا تزامن الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

٣- فإذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شافعاً بمقتضى نص المادة السابقة، فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤١ لىبي ١١٣١ عراقى و ٧٤٨ سودانى و ٢٤٠ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

كان طبيعياً أن يعقب النص الذى يعدد الشفعاء نص يبين ترتيبهم إذا تزامنوا، والنص السابق ذكرهم مرتين طبقة بعد طبقة فإذا تزامن الشفعاء من الطبقة فى المبيع كل شريك بنسبة حصته المشاعة. أما إذا باع أحد الشركاء الثلاثة نصيبه الشائع لشريك آخر، فإن الشريك الثالث لا يشفع، وذلك لأن المشتري هو أيضاً شافع من نفس الطبقة التى ينتمى إليها الشريك الثالث، والقاعدة أنه إذا توافرت فى المشتري الشروط التى تجعله شافعاً فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى (قارن المادة ٨ من قانون الشفعة الحالى، وعبارتها غامضة). ومن هنا نصت المادة السابقة على الشريك فى الشيوع لا يشفع إلا إذا باع الشريك الآخر حصته لأجنبى، لأنه لو باع لشريك فى الشيوع فإن المشتري يفضل على أى شريك آخر يريد الأخذ بالشفعة. إما إذا تزامن الجيران فى الأخذ،

فإن الذى يقدم منهم هو من تعود على ملكه منفعة أكثر من غيره، ويترك هذا التقدير للقاضى^(١).

رأى الفقه:

١- يفترض نص المادة ٩٣٧ مدنى أن هناك أكثر من شافع واحد توافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة، فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شافع واحد ولم يزاحمه فى طلبها أحد من الشفعاء الآخرين، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره مبدأ عدم قابلية الشفعاء للتجزئة وعدم جواز تقريق الصفقة على المشتري. أما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضاً فى طلب الشفعة، فهنا يفتح مجال البحث فى الحالات المختلفة لتزامن الشفعاء على الوجه المبين فى المادة ٩٣٧ مدنى.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٣٨٧ وما بعدها.

وقد أوردت المادة ٩٣٧ مدنى حالات لتزاحم الشفعاء:

الحالة الأولى: تزاحم الشفعاء وهم من طبقات مختلفة (م ١/٩٣٧ مدنى).

الحالة الثانية: تزاحم الشفعاء وهم من طبقة واحدة (م ٣/٩٣٧ مدنى).

وهنا يعرض بحث عدم جواز الصفقة على المشتري.

الحالة الثالثة: تزاحم الشفعاء مع المشتري وهو شافع مثلهم (م ٣/٩٣٧ مدنى).

وهنا يجب بحث فروض ثلاثة: تزاحم المشتري مع شفعاء أدنى من طبقته - وتزاحم المشتري مع شفعاء من نفس طبقته - تزاحم المشتري مع شفعاء أعلى من طبقته.

وإذا تعدد الشفعاء من الطبقة الواحدة، وكانت هذه الطبقة هى الطبقة الأعلى التى لها الأخذ بالشفعة، فإن كل شافع منهم يجب أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، ولا يقتصر على طلب جزء من هذا العقار بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، ذل أن هناك احتمالاً فى ألا يطلب الشفعة إلا بعض الشفعاء دون بعض أو ألا يطلبها أحد غيره. فإذا اقتصر على طلب الشفعة فى جزء من العقار المشفوع فيه بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به، فإن الصفقة لا تتجزأ على المشتري، ومن حقه ألا تتجزأ عليه الصفقة.

كذلك هناك احتمال حتى لو طلب الشفعة جميع الشفعاء، أن يسقط طلب أحدهم أو بعضهم لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة، فتتفرق الصفقة على المشتري. لذلك يجب على كل شافع أن يطلب الشفعة فى جميع العقار المشفوع فيه. فإذا طلبوا الشفعة جميعاً ولم يسقط طلب أى منهم قسم عليهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. وإذا طلب الشفعة بعضهم دون البعض الآخر، أو طلب الجميع ولكن سقط طلب بعضهم، فإن العقار المشفوع فيه كله يقسم على الشفعاء الذين صح طلبهم كل بنسبة نصيبه فى العقار المشفوع به. وإذا انفرد واحد من هؤلاء الشفعاء بطلب الشفعة، أو لم يصح إلا طلب واحد منهم فقط، فإن هذا الشافع الواحد يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه. وهكذا لا تتفرق الصفقة على المشتري فى أى فرض من هذه الفروض. فإذا كان هناك ثلاثة من الشفعاء من طبقة واحدة يستحقون الأخذ بالشفعة، وجب على كل منهم أن يطلب الشفعة فى كل العقار المشفوع فيه، فإما أن يأخذ العقار كله إذا انفرد، أو يأخذ بعضه بالنسبة التى سبق بيانها إذا اشترك معه غيره، وفى جميع الأحوال يأخذ من صح طلبه من الشفعاء الثلاثة كل العقار المشفوع فيه فلا تتفرق الصفقة على المشتري. وإذا كان لا يجوز تفريق الصفقة على المشتري، فإنه لا يجوز أيضاً للمشتري إجبار الشافع على أن يقتصر فى الأخذ بالشفعة على مقدار نصيبه بدعى أن عدم تفريق الصفقة إنما تقررت لمصلحة المشتري وحده، ذلك لإخراج المشتري من الصفقة، فإذا اقتصر على مقدار نصيبه ولم يطلب الشفعاء الآخرون الشفعة أو سقط طلبهم، بقى المشتري داخلاً فى الصفقة بمقدار نصيب هؤلاء الشفعاء الآخرين، وهذا ما يحق للشافع أن يتفاداه.

والقاعدة التي قررناها (الدكتور السنهوري) من وجوب أن يطلب الشفيع الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لا تنطبق فحسب في حالة وجود طبقة واحدة من الشفعاء تستحق الأخذ بالشفعة، بل تنطبق أيضاً في حالة وجود طبقات متعددة، فأى شفيع من أية طبقة يجب أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه لاحتمال ألا يطلب الشفعة أحد من الطبقات التي هي أعلى منه ولا أحد من الشفعاء الذين هم في طبقته، وتطبق القاعدة أيضاً على الطبقة الدنيا من الشفعاء وهم الجيران، فأى جار يريد الأخذ بالشفعة يجب أن يطلبها في كل العقار المشفوع فيه حتى لو وجد من الجيران من هم أحق بالشفعة منه لاحتمال ألا يطلب أحد من هؤلاء الأخذ بالشفعة.

وإذا كان شفيعان، طلب أحدهما الشفعة في بعد العقار المشفوع فيه، وطلبها الآخر في كل العقار، أخذ الشفيع الثاني دون الشفيع الأول كل العقار بالشفعة. وإذا طلب شفيع الشفعة في بعض العقار المشفوع فيه لم يصح طلبه ولا يجوز له بعد ذلك أن يطلب الشفعة في كل العقار المشفوع فيه إذا كانت المواعيد قد انقضت^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- مفاد نص المادة ٩٣٧ و ٩٣٦ من القانون المدني أن المشرع قرر حق الشفعة لمالك الرقبة في بيع حق الإنتفاع محكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة، إذ بدون هذا النص الصريح ما كان لمالك الرقبة أن يشفع في بيع حق الإنتفاع إذ هو ليس شريكاً مشتاعاً ولا جاراً مالكا، وتحقيقاً لذات الحكمة فقد فضل المشرع مالك الرقبة على سائر الشفعاء عند مزاحمتهم له في الشفعة في بيع حق الإنتفاع للرقبة التي يملكها.

(جلسة ١٩٧٩/٢/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٠ - مدني - ص ٢٦١)

٢ - النص في الفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ من القانون المدني على أن ".... ٢ - إذا تزامم الشفعاء من طبقة واحدة فإستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه". يدل على أن المشرع لم يضع قاعدة عامة تحكم موضوع التزام بين الشفعاء جميعاً، ذلك أن القاعدة التي تقضى بأن يقتسم الشفعاء عند تعددهم العقار المشفوع فيه كل بنسبة نصيبه في العقار المشفوع به لا تنطبق في حالة التزام فيما بين الجيران عند تعددهم إذ أنهم يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعاً في عقار مشفوع به واحد، فلكل جار عقاره الذي يشفع به لا يشترك فيه معه غيره من الجيران الآخرين، وإذ لم يورد النص حكماً لتلك الحالة فيجب - وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني - الرجوع إلى القاعدة التي تضمنها قانون الشفعة السابق - باعتبارها عرفاً مستقراً جرى عليه العمل - والتي تقضى بنقضيل الجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره من الجيران وهي أيضاً الحكم العادل عند ثبوت النص، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون.

(الطعن ٣١٦٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨ س ٤٢ ص ١٢٢١)

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٩٥ وما بعدها، والمراجع السابقة.

٣ - ليس للشريك في الشبوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتري شريك على الشبوع توافرت فيه وقت الشراء الشروط التي تجعله شفيعاً. مشتري الحصة الشائعة الشريك على الشبوع يفضل الشفيع الشريك على الشبوع. المادتان ٩٣٦/ب، ٩٣٧/٣ مدني. مؤدى نص المادتين ٩٣٦/ب، ٩٣٧/٣ من القانون المدني - أنه لا يجوز للشريك في الشبوع الأخذ بالشفعة في حصة شائعة مبيعة لمشتري توافرت فيه وقت الشراء شروط الأخذ بالشفعة في العقار الذي إشتراه لأنه في هذه الحالة يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى فإذا كان المشتري للحصة الشائعة هو نفسه شريك في الشبوع فضل على شفيع هو مثله شريك في الشبوع أي من طبقته.

(الطعن ١٨٢٧ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٢٩ ص ٥٥٤)

* * *

مادة (٩٣٨)

إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٢ ليبي و ١١٢٧ عراقي و ٧٥٠ سوداني و ٢٥٠ لبناني.

الأعمال التحضيرية:

ينظر - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٣٩ مدني.

رأى الفقه:

- مؤدى نص المادة ٩٣٨ مدني أنه إذا باع المشتري العقار بيعاً تجوز الشفعة فيه، فيترتب على سريان البيع في حق الشفيع أنه لا يجوز للشفيع أن يشفع إلا من المشتري الثاني وبشروط البيع الجديد.

ومعنى هذا أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يتجدد بسبب البيع الثاني، وعليه إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة بشروط البيع الثاني أن يوجه الإجراءات إلى كل من المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، ولا يلزم اختصاص البائع الأول ولا يشترط لوجوب الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني وبالشروط الذي اشترى بها أن يكون البيع الصادر له من المشتري الأول قد سجل، فيكفى أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وإذا كان المشتري قد باع جزءاً من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة، فإن أراد الشفيع أن يأخذ العقار كله فيجب عليه أن يوجه الطلب إلى كل من البائع الأصلي والمشتري الأول والمشتري الثاني، أما إذا أراد أن يقتصر على أخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول، فيكفيه أن يوجه الطلب إلى المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني، وفي الحالين يجب حتى يمكن الأخذ بالشفعة أن تتوفر شروطها بالنسبة إلى الجزء المطلوب أخذه. فإذا ترتب على التجزئة أن أصبح الجزء الذي استبقاه المشتري أو الجزء الذي باعه غير مجاور لعقار الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذه وحده بالشفعة لانتفاء شرط التلاصق^(١).

٢- معنى ما تقضى به المادة ٩٣٨ مدني أنه إذا كان الشفيع لم يعلن رغبته في أن يشفع في البيع الأول، أو أعلن رغبته ولكن لم يتم تسجيلها قبل صدور البيع الثاني، فإن حقه في طلب الشفعة يتجدد بسبب البيع الثاني، ولذلك يجب عليه أن يوجه الإجراءات إلى طرفي هذا البيع الثاني أى إلى المشتري الثاني والبائع له. وليس

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٤٦ وما بعدها.

اختصاص البائع الأول لازماً. وكذلك فإن شروط البيع الثانى لا البيع الأول هى التى تسرى فى حقه.

وإذا باع المشتري جزءاً من العقار، ورغب الشفيع فى أخذ العقار كله بالشفعة، وجب عليه توجيه طلب الشفعة إلى البائع الأصلي والمشتري الأول والمشتري الثانى لأنه يشفع فى بيعين. فإن أراد أن يشفع فى الجزء الذى استبقاه المشتري الأول اكتفى بتوجيه طلب الشفعة إلى البائع الأصلي وهذا المشتري. وأخيراً إذا أراد أن يشفع فى الجزء الذى بيع ثانية وجه الطلب إلى المشتري الثانى، مع ملاحظة وجوب توفر شروط الشفعة بالنسبة لما يشفع فيه.

أما البيع الحاصل بعد تسجيل إعلان الرغبة فلا يحتج به على الشفيع، ويستمر فى إجراءاته ضد البائع والمشتري الأول.

هذا، ولا يشترط أن يكون البيع الثانى قد سجل بالفعل قبل تسجيل إعلان الرغبة، بل يكفى أن يكون قد انعقد قبله، إذ الشفعة جائزة حتى فى البيع غير المسجل (عكس ذلك - الدكتور جميل الشرقاوى - الحقوق العينية الأصلية - ص ٤٤٨ و ٤٤٩) (١).

٣- قد يتصرف المشتري فى العقار المشفوع فيه قبل طلب الأخذ بالشفعة، وقد يتصرف فيه بعد ذلك، فإلى من يتعين على الشفيع توجيه إجراءات الشفعة؟ تجيب عن ذلك المادة ٩٣٨ مدنى.

فإذا باع المشتري قبل أن يقيد الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة، وجب على الشفيع أن يوجه طلب الشفعة وكافة إجراءاتها الأخرى إلى المشتري الثانى والبائع له ولا يكون اختصاص البائع الأول لازماً. وتحدد هنا الشفعة بسبب البيع الثانى لا الأول.

أما إذا كان البيع الثانى قد تم تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة فلا يحتج به على الشفيع ويستمر فى إجراءاته ضد البائع والمشتري الأول.

ولا يشترط أن يكون البيع الثانى قد سجل قبل تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة، بل يكفى أن يكون قد انعقد قبله، إذ أن الشفعة تجوز حتى فى نصف البيع غير المسجل (٢).

٤- نصت المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى العراقى (المقابلة للمادة ٩٣٨ مدنى مصرى) على أنه إذا باع العقار الذى اشتراه قبل أن تقع فيه الشفعة انتقلت خصومة الشفيع من المشتري الأول إلى المشتري الثانى.

ومعنى ذلك أن حق الشفعة لا يسقط ببيع المشتري العقار الذى تصح فيه الشفعة، إلا أن المشتري الأول يأخذ مكان البائع فى جميع الأحكام الواردة فى الشفعة.

ومن هنا يظهر لك خطأ التعبير الذى أورده القانون بقوله (سقطت الشفعة)، إذ أن الخصومة لا تسقط على وجه الإطلاق، لكن الذى يسقط هو الخصومة تجاه المشتري الأول. ولما كان السبب الذى يستند إليه الشفيع هو السبب الذى قام به عند البيع الأول، فقد وجب أن يبقى هذا السبب مستمراً فيه مدة طلبه بالشفعة تجاه المشتري الأول والمشتري الثانى حتى الحكم له بها، ولهذا لا يصح أن يتمسك بالشفعة إذا كان شريكاً

(١) حق الملكية - للدكتور عبدالمنعم البدر اوى - طبعة ١٩٨٠ - ص ٣٩٩ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ١٤٨ وما بعدها.

أو مجاوراً عند البيع الأول ثم زال هذا السبب عند البيع الثاني، فالطلب وحده لم يتعدد وذلك قول النص بأنه تتجدد له شفعة على المشتري الثاني، وكان الأولى أن يقال: (....) انتقلت خصومته بالشفعة من المشتري الأول إلى المشتري الثاني، ولا وجه لقوله تجددت الشفعة، لأن النص قاصر على وقوع البيع الثاني قبل الادعاء بالشفعة. وعلى ذلك فيس هناك من إجراءات قد وقعت يراد تجديدها لفائدة الشفيع، ولم يقع النص المصري (م ٩٣٨ مدني) في هذا الغلط.

وقد لا يقع علم الشفيع بالبيع الثاني إلا بعد أن أعلن رغبته إلى البائع الأول والمشتري الأول، وعند ذلك يكون عليه أن يجدد إعلانه إلى البائع الثاني والمشتري منه، ويكون تاريخ الإعلان هو مبدأ سريان المواعيد.

وكل ما يتعلق بإجراءات الشفعة ودعواها وأحكامها وموانعها ومسقطاتها بالنسبة إلى البيع الأول يطبق على الشفعة بالنسبة إلى البيع الثاني ومن ذلك صورية الثمن الثاني والطنن في جديته.

إلى أن حكم الشريعة من حيث الثمن الأخير يختلف عن حكم القانون، فقد أباح الفقهاء للشفيع أن يأخذ بالثمن عن حكم القانون، فقد أباح الفقهاء للشفيع أن يأخذ بالثمن الأقل لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين، فقد قالوا إن الشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول وإن شاء أخذ بالبيع الثاني، فإذا كان الثمن الأول ألفاً وكان الثاني ألفين، وأخذ بالبيع الأول سلم الثمن إلى المشتري الأول والضمان عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني ثمنه من المشتري الأول. وإن أخذ البيع الثاني تم البيعان جميعاً وكان الضمان على المشتري الثاني (بدائع الصنائع - جزء ٥ - ص ٧)، وإذا كان المشتري قد باع جزءاً من العقار المشفوع كان للشفيع أن يرفع دعوتين إحدهما على المشتري الأول بالنسبة لما بقي له من العقار المبيع، وأخرهما على المشتري الثاني بالنسبة إلى الجزء الذي اشتراه، وكان له أيضاً أن يرفع دعوى واحدة على المشتريين معاً بالنسبة إلى كل العقار المشفوع (براجع الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد كامل مرسى - جزء ٣ - فقرة ٥١٧). أما إذا طلب أحد الجزئين بالشفعة دون الآخر، فقد سقطت شفعته في الكل، لأنها لا تقبل التجزئة. إلا أنه إذا كان الجزء الذي بيع قد أفرز إفراداً رسمياً قبل إعلان رغبته، فإن له أن يطلب أحدهما أو كليهما، وإذا طلب أحدهم لم يكن طلبه هذا مسقطاً لشفعته في القسم الآخر، أحدهما لم يكن طلبه هذا مسقطاً لشفعته في القسم الآخر لأن أحدهما عندئذ يكون مستقلاً عن الآخر من حيث سبب الشفعة^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى إعتبار عقد الطاعنين - المشتريين الآخرين - صورياً صورية مطلقاً، فإن مؤدى ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود في الحقيقة وبالتالي فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلى الطاعنين

(١) الملكية العقارية - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - المرجع السابق - ص ٢٥١ وما بعده.

عملاً بنص المادة ٩٣٨ مدنى، ولا على الحكم إن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذا الخصوص.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/١٤ - المكتب الفنى - السنة ٢١ - مدنى - ص ٦١٨)

٢- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا حصول الإعلان.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١١/١٢ - المرجع السابق - السنة ٢٤ - ص ١٠٧٠)

٣- إنه وإن كان نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط ألا يكون البيع الثانى صورياً، فإن ادعى الشفيع صوريته كان من حقه - باعتباره من الغير - إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجوه له.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/١١ - المرجع السابق - السنة ٢٦ - ص ١٢٠١)

٤- الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى الأخذ بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة، وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر، فلا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية أى ألا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/١٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٣٠ - ص ٢٦١)

٥- على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لنص المادة ٩٣٨ مدنى وبالشروط التى اشترى بها إذا ثبت لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، إلا إذا أثبت الشفيع صورية العقد التالى للبيع الأول، وبشرط اختصام المشتري الأخير فى دعوى الصورية، لأنه صاحب الشأن الأول فى نفى صورية عقد سلفة وإثبات جديته.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ - الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٦- مفاد نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى فى حق الشفيع. ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، إلا أن ذلك مشروطاً ألا يكون البيع الثانى صورياً، فإذا ادعى الشفيع الصورية وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثانى. على أنه يتم إثبات الصورية فى مواجهة

المشتري الثاني، لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه. ويتحقق ذلك باختصاصه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصماً فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بأن هذا الإدخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة، ويتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية، إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أم لا. وبصودر حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشتري الثانى تصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٢ - الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٨ق)

٧- من المقرر فى قضاء النقض أنه متى كان العقد صورياً فإنه يعد غير موجود قانوناً، وأنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ مدنى أنه إذا صدر البيع من مشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان، قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها إلا أن ذلك مشروط بالأى يكون البيع الثانى صورياً.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١١ - الطعن رقم ٨٤٠ لسنة ٤٩ق)

٨- طلب الأخذ بالشفعة عند توالى البيوع، وجوب إدخال المشتري الثانى فى الدعوى متى تم البيع قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ولو ادعى الشفيع صورية عقده.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٧ - الطعن رقم ١٢١ لسنة ٤٦ق)

٩- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن يستعمل حقه فيه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة بالشروط ولم يكن هذا البيع صورياً.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ - الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٤٩ق)

١٠- مؤدى نص المادتين ٩٣٨ و ٩٤٧ من القانون المدنى أو بيع العين التى تجوز الشفعة فيها بيعاً ثانياً سارياً فى حق الشفيع، يوجب عليه أن لا يطلب أخذها بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها، وأن البيع الثانى يسرى فى حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته فى الأخذ بالشفعة، فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً، وإن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشتري الثانى على أساسه إلا بعد علمه به، فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعى لا بتوافر الشروط التى يتطلبها القانون فى طلبه أخذ العين بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٣/٦/١٢ - الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

١١- لما كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسرى في حق الشفيع ولا يجوز له الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروطاً ألا يكون البيع الثاني صورياً فإذا ادعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني عن توجيه طلب الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني. إلا أنه يجب أن يتم إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفى الصورية المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفس الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، وكان لا يشترط قانوناً في البيع الذي تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ، ولذا وجب وفقاً لنص المادة ٩٣٨ مدني توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني متى ثبت أن البيع له قد تم قبل تسجيل طلب الشفعة ولو لم يكن عقده مسجلاً أو ثابت التاريخ، فالتاريخ العرفي كاف إذا كان سابقاً على طلب الشفعة. وللشفيع أن يثبت طلب الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/١/٥ - الطعن رقم ٩٥٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

١٢- لما كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر بيع من مشتري العقار المشفوع فيه لمشتري آخر قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإن هذا البيع يسرى في حق الشفيع - فإذا ما ثبت حصول البيع من المشتري الأول لثان، فإنه يتعين على الشفيع أن يستعمل حقه قبل المشتري الثاني وبالشروط وبالثلث الذي تم به ذلك البيع الثاني، ولا عبرة بعد ذلك بما إذا كان طرفاً العقد الأول قد إنذار الشفيع بحصول البيع الأول من عدمه، لأن هذا الإنذار قد شرع لإخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ فيه بالشفعة بالثلث وشروط البيع حتى إذا ما رأى الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك في خلال الميعاد الذي يبدأ سريانه من تاريخ الإنذار الرسمي، فإذا بادر الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة دون انتظار الإنذار الرسمي بالبيع فإن مناط سريان البيع الثاني في حقه مرهون بثبوت حصول هذا البيع قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، ولا يحق للشفيع أن يتحلل من اختصاص المشتري الثاني على أي وجه طالما قد ثبت حصول البيع الثاني على الوجه السالف - لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنين أعلنوا المطعون ضدهما برغبتهم في أخذ العقار المبيع بالشفعة بتاريخ ١٩٧٣/٤/٣ وتم تسجيل هذا الإعلان في ١٩٧٣/٤/٤ وكان ذلك بعد تصرف المشتري الأول في البيع لآخر في العقار المشفوع فيه بتاريخ ١٩٧٦/١٢/١٠، إلا أن الطاعنين رغم إنذارهم رسمياً بالبيع الثاني لم يطلبوا الأخذ فيه بالشفعة وفقاً للمادة ٩٣٨ من القانون المدني، ولم يختصموا المشتري المذكور في الدعوى رغم طعنهم بصورية العقد الثاني، فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم

قبول الدعوى لعدم اختصاص المشتري الثاني، يكون قد التزم حكم القانون، ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٢/٢١ - الطعن ٨٥٩ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

١٣- لئن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة، فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط ألا يكون البيع الثاني سورياً، فإذا ادعى الشفيع صورته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الثاني غير موجود وكان لم يكن ويبقى البيع الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة، وهو ما يغني الشفيع أصلاً عن توجيه طلب الشفعة، إلى المشتري الثاني، وإن كان يتعين مع ذلك إدخاله في الدعوى لوجوب إثبات الصورية في مواجهته بإعتبار أنه صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده حتى يكون للحكم الصادر فيها حجية قبله.

جواز الأخذ بالشفعة في البيع ولو لم يكن بعقد مسجل أو ثابت التاريخ، إقامة الحكم قضاءه على وجوب أن يكون البيع إلى المشتري الثاني ثابتاً قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة خطأ في القانون.

(نقض - جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ - الطعن ٨٦٤ لسنة ٥١ القضائية - لم ينشر بعد)

١٤ - المادتين ٩٣٨، ٩٤٧ من القانون المدني إذ تنصان على أنه إذا اشترى شخص عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها " وأنه " لا يسرى في حق الشفيع... أي بيع صدر من المشتري.... إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة... " فإن مؤدى ذلك أن بيع العين التي تجوز الشفعة فيها بيعاً ثانياً سارياً في حق الشفعة يوجب عليه أن لا يتطلب أخذها بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها، وأن البيع الثاني يسرى في حق الشفيع إذا كان قد تم فعلاً قبل تسجيل رغبته في الأخذ بالشفعة فلا يشترط أن يكون ثابت التاريخ أو أن يكون قد أنذر به رسمياً أو علم به علماً واقعياً وأن كان لا يتصور طلبه الأخذ بالشفعة من المشتري الثاني على أساسه إلا بعد عمله به فذلك مما يتعلق بالإمكان الواقعي لا يتوافر الشروط التي يتطلبها القانون في طلب أخذ العين بالشفعة، إلا أنه إذا ادعى الشفيع صورية العقد الصادر للمشتري الثاني وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو وحده الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له بما يغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني لأنه هو صاحب الشأن الأول في نفي هذه الصورية وإثبات جدية عقده وليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، ويتحقق ذلك باختصاصه في دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثاني صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصماً في الدعوى قبل الفصل فيها دون إعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل

في المواعيد المحددة بطلب الشفعة وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الدفع بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه وبصدور حكم ضد الشفيع بعدم صورية عقد المشتري الثاني لا تصح إجراءات الشفعة في البيع الأول ويجب توجيه طلب الشفعة في البيع الثاني، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الأخير - المشتري الثاني - قرر أنه يشتري الأطنان المشفوع فيها بموجب عقد بيع مؤرخ ١٩٧٥/١١/١٥ في تاريخ سابق على رفع دعوى الشفعة - ولم يثبت في الأوراق أن الطاعن سجل رغبته في الشفعة قبل هذا التاريخ، فإن البيع الثاني يسرى في حق الشفيع - الطاعن - دون أن يتوقف ذلك على سبق علمه بالبيع الثاني أو إنذاره رسمياً، ويجب على الطاعن أخذ الأطنان المشفوع فيها من المشتري الثاني وبالشروط التي يشتري بها، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن عقد المشتري الثاني - المطعون عليه الأخير - عقد جدي غير صوري - على نحو ما سيجي في الرد على سبب النعي الثاني - ولم يطلب الطاعن الشفعة في البيع الثاني فإن حقه يكون قد سقط، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد ألتم هذا النظر وقضى بعدم جواز الأخذ بالشفعة لعدم توجيه الطاعن إجراءات الشفعة إلى البيع الثاني فإنه يكون قد وافق صحيح القانون.

(الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٩١/٥/٢٦)

١٥ - بيع مشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها. م ٩٣٨ مدني. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي يشتري بها. شرطه. ألا يكون البيع الثاني صورياً تمسك الشفيع بصوريته. نجاحه في ذلك. أثره. بقاء البيع الأول قائماً ويغني الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني. وجوب إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠٠٨ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٥)

١٦ - بيع العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيلها م ٩٣٨ مدني. أثره. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي يشتري بها. شرطه. ألا يكون البيع الثاني صورياً.

(الطعن رقم ٢٤٣٤ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٣/١/٧)

١٧ - بيع مشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثاني قبل إعلان الرغبة في الشفعة أو قبل تسجيلها. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني. شرطه. ألا يكون البيع صورياً. م ٩٣٨ مدني. إدعاء الشفيع صورية البيع الثاني. وجوب إثبات ذلك في مواجهة المشتري الثاني. تحقق ذلك بإختصاصه أو بإدخاله أو بتدخله في دعوى الشفعة. ثبوت صورية البيع الثاني. مؤداه. الإعتداد بالبيع الأول في طلب الشفعة.

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١٩)

١٨ - بيع مشتري العقار المشفوع فيه إلى مشتر ثان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقبل تسجيلها م ٩٣٨ مدني. أثره. عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري

الثاني. إثبات الشفيع صورية البيع الثاني. مؤداه. إعفاؤه من توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني. شرطه. إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني. مال دعوى الشفعة. تعلقه على ثبوت الصورية أو نفيها.

(الطعن ٩٨٤ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٤/١/١٢ س ٤٥ ص ١٣٩)

١٩ - إذا انتقلت ملكية العقار المشفوع فيه إلى مشتري آخر غير المشفوع منه بتسجيله عقده قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة فإن طلب الشفعة يكون غير مقبول ذلك أن الشفعة سبب لكسب الملكية وفي هذه الحالة لا تؤدي إلى انتقال الملكية إليه فإن هو إدعى صورية هذا العقد المسجل لا يلتفت إلى إدعائه ما لم يختصم جميع المشتريين منه وإلا بقيت دعواه بالصورية غير مقبولة.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٣٠ س ٤٥ ص ٥٧٦)

٢٠ - وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده الأول أقام الدعوى ٨٩١ لسنة ١٩٩٠ مدني سوهاج الابتدائية "مأمورية أخميم الكلية" على الطاعن وباقي المطعون ضدهم عدا الأخير بطلب الحكم بأحقيته في الأطنان المبينة بالأوراق بالشفعة والتسليم والمباعة من المطعون ضده الثاني إلى المطعون ضدهم من الثالث إلى الثامن - تدخل المطعون ضده الأخير في الدعوى طالبا رفض طلب التسليم لأنه مستأجر الأطنان كما أقام الطاعن الدعوى ٩٢٨ لسنة ١٩٩٠ أمام المحكمة ذاتها على المطعون ضدهم من الثالث إلى الثامن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع العرفي المؤرخ ١٩٩٠/٣/١٤ والمتضمن بيعهم له الأطنان ذاتها والتسليم. دفع المطعون ضده الأول بصورية عقد شراء الطاعن، ومحكمة أول درجة بعد أن ضمت الدعويين أحالتهما للتحقيق وإستمعت للشهود وبتاريخ ١٩٩٣/٣/٢٤ حكمت برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع سالف الذكر لصوريته وندب خبير في دعوى الشفعة، وبعد أن أودع الخبير تقريره حكمت للمطعون ضده الأول بطلباته.

(الطعن ٢٤٠٥ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٢ لم ينشر بعد)

٢١ - لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه متى كان العقد صورياً فإنه يعد غير موجود قانوناً حتى لو سجل، وأن العقد الصوري المبني على الغش والتدليس لا يصححه التسجيل، وأنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثاني قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي يشتري بها إلا أن ذلك مشروط بالألا يكون البيع صورياً، فإذا إدعى الشفيع صوريته وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له، ما يغني عن توجيه الشفيع عن طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، وأنه يجب إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه صاحب الشأن الأول في نفي الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، فإنه يكفي لسلامة إجراءات الشفعة إذا ما أصر الشفيع على طلب

الشفعة في البيع الأول رغم إخطاره بحصول البيع الثاني قبل تسجيله إعلانه برغبته في الأخذ بالشفعة أن يصدر لصالحه حكم بصورية البيع الثاني في مواجهة المشتري ويتحقق ذلك إما بإختصامه ابتداء في دعوى الشفعة مع تمسكه بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثاني صورية مطلقة وإما بإدخاله في الدعوى أثناء نظرها وقبل الفصل فيها أو بتدخله هو فيها، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الإدعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية من عدمه، وصدور حكم لصالح الشفيع بالصورية يصح إجراءات الشفعة في البيع الأول دون إختصام المشتري.
(الطعن ٢٩٧٥ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٥/٥/٢٠٠٤ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٣٩)**١- لا يجوز الأخذ بالشفعة**

(أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو أو يلحق بمحل عبادة.

٢- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة**النصوص العربية المقابلة:**

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني الأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٤٣ لسبى و ١١٣٤ عراقى و ٢٤٤ و ٢٤٥ لبنانى و ٧٥١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المادتان ١٣٨٦ و ١٣٨٧ توافقان المواد ٣ و ٤ و ٦ و ٩ من قانون الشفعة الحالى بعد أن حذفت من المادة ٣ من القانون الحالى عبارة لعدم إمكان القسمة بين الشركاء عينا أو لنزع الملكية قهراً لغموضها ولعدم الحاجة إليها. قد امتدت قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بالشفعة إلى الدرجة الرابعة، وذلك بقصد التضييق فى الأخذ بالشفعة كما تقدم. وغنى عن البيان أن الشفعة بالمزاد العلنى الذى يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى الأمر أن يكون جبرياً أو اختيارياً، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين، إذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد^(١).

رأى الفقه:

١- يبين من نص المادة ٩٣٩ مدنى أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه. وموانع الشفعة غير مسقطاتها، فالمانع يلغى الشفعة ابتداءً، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم. فإذا باع زوج لزوجته عقاراً قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة فيلغى الشفعة منذ البداية وإذا نزل الشفيع عن الشفعة، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها، فإن الشفعة تسقط إنهاء بعد أن قامت ابتداءً. وهذه الضوابط تغنيها عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداءً فى بيع عقار فهناك مانع، وحيث تضعيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط.

وليس ما ورد فى المادة ٩٣٩ مدنى هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فهناك موانع أخرى مثل ما نصت عليه المواد ٤ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعى والمادة ٥٨ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ ص ٤٠٥ وما بعدها.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٢٤ وما بعدها.

٢- نص القانون المصرى على بعض حالات يتمتع فيها الأخذ بالشفعة مع توافر شروطها، نصت عليها المادة ٩٣٩ من القانون المدنى.

فالحالات التى لا تجوز الشفعة فيها - هى:

١- إذا حصل البيع بطريق المزاد وتحت إشراف القضاء وفقاً للإجراءات الواردة فى قانون المرافعات.

٢- إذا حصل البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٣٦ وما بعدها من القانون المدنى).

٣- ما يجعل محلاً للعبادة أو ليلحق بمحل عبادة^(١).

كل البيوع الصحيحة تجوز فيها، غير أن المشرع استثنى بعض البيوع فلم يجيز فيها طلب الشفعة ممن اشترى العقار. وقد أوردت المادة ١/٩٣٩ مدنى ثلاثة أنواع من البيوع لا تجوز الشفعة فيها، وهى البيع بالمزايدة، والبيع للأقارب وما بيع ليجعل محل عبادة. وهناك بيوع أخرى منع قانون الإصلاح الزراعى كلب الشفعة فيها وهى تصرف المالك فيما يزيد على قدر معين من أرضه، والأراضى الموزعة على المعدمين من الفلاحين.

وحكمة الاستثناء بالنسبة للبيوع بالمزايدة ظاهرة، حيث فى إمكان الشفيع أن يحضر جلسات المزايدة، فإذا هو لم يشترك فقد أضاع حقه.

والشفعة غير جائزة سواء بيع العقار بالمزايدة بواسطة القضاء أو بواسطة الإدارة ما دام البيع قد تم وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

أما البيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد من تلقاء أنفسهم وبدون أن يتم تحت نظر القضاء، فهو لا يمنع الشفعة لعدم توافر الضمانات التى توجد فى البيوع الحاصلة أمام القضاء.

أما حكمة الاستثناء بالنسبة للبيع للأقارب، فإن تلك البيوع تراعى فيها فى كثير من ذوى الأحيان إعتبارات شخصية، فلبائع مصلحة محققة فى أن يؤول العقار إلى واحد من ذوى قريبه لا إلى أجنبى - وتمتنع الشفعة حتى لو كان الشفيع هو الآخر قريباً للبائع، وحتى لو كان أقرب له من المشتري، ليس هنا مجال للتفاضل، إذ البيع تمتنع فيه الشفعة أصلاً.

أما حكمة الاستثناء بالنسبة لما يبيعه المالك زيادة على القدر الجائز تملكه وفقاً لقانون الإصلاح الزراعى، وفيما توزعه الحكومة من الأراضى المستولى عليها، وأن القانون قد حرص على ألا يستفيد من هذا الاستثناء غير أشخاص حددتهم بالذات، فهو لم يجز التصرف فيما جاوز الحد الجائز تملكه، وهو القدر الذى للحكومة الاستيلاء عليه، إلا فى حالات خاصة ولأشخاص معينين وبشروط محدودة، وهذه الشروط تقوم فضلاً عن ذلك على أساس إعتبارات اجتماعية أو اقتصادية معينة، ولذلك امتنعت فيها الشفعة^(٢).

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ١٣٢ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٣٨٣ وما بعدها.

٤- إذا كان الأصل أن الشفعة تجوز في البيوع، فثمة بيوع لا تجوز الشفعة فيها استثناء، لإعتبارات تختلف من حالة إلى أخرى وتتعلق بالظروف التي تم فيها البيع والغرض منه، وذلك حسبما جاء بنص المادة ١/٩٣٩ مدني فبالنسبة للبيع بالمزاد يشترط أن يكون علنياً - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة في بيع أراضي الحكومة بطريقة المظاريف المغلقة حيث لا تتوفر العلانية التي تسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة (نقض - جلسة ١١/٢٧/١٩٤٧ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - جزء ١ - ص ٧١٥) كما يشترط أن يتم المزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون، لأن هذه الإجراءات تكفل العلانية الكافية، ليعلم بالبيع كل راغب في الشراء، وتؤدي إلى إيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر. وبستوى تكون الإجراءات هي الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات أو إجراءات منصوص عليها في أي قانون آخر لكن إذا باعت جهة إدارية عقاراً بالمزاد العلني متبعة في ذلك إجراءات رسمتها هي دون قانون، فيجوز الشفعة في هذا البيع. ولذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد، لأن هذا المزاد لم يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقة على الثمن الرأسي به المزاد وعلى حقه إلغاء البيع بدون أسباب، وهذه شروط تنطبق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانوناً بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزاد حتماً على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد.

(نقض - جلسة ١٧/٥/١٩٥٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - ص ٦٠٧).^(١)

٥- يسقط طلب الشفعة - في المادة ١٣٤ من القانون المدني العراقي - إذا كان العقار قد بيع بالمزايدة العلنية قضاء أو إدارة. ومعنى ذلك أنه لا يقبل طلب الحلول محل المشتري من أي واحد من أولئك الذين يستندون إلى حق الشفعة بالشركة والجوار. وإنما منعت الشفعة في البيع بالمزايدة توطيداً لمعاملة البيع وضماناً للمشتريين بأن لا يقطع عليهم الشراء شخص غير مزاييد وبذلك يضمن للبائع أكثر ثمن يمكن الوصول إليه. إذ لو عرف المشترون أن هناك شفيحاً يترقب للبايع فينال العقار بالثمن الذي أبلغوه إليه لما تقدم منهم أحد في بيع لا فائدة يرجو من ورائه.^(٢)

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا كان المشتري قد تمسك بعدم جواز الشفعة في أرض اشتراها بطريقة الممارسة من مصلحة الأملاك روعى في تقديره إعتبارات خاصة، وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهري، فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شرائها ومهما زايده على أثمانها، ويعتبر البيع في هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح، لأن تقدير الثمن تراعى فيه إعتبارات تتعلق بشخصية

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣٤ وما بعدها.

(٢) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ص ٢٦٠.

المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياحية من الناحية الأخرى، وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٦ ص ٢٢٠)

٢- النص في المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية وما في حكمها أكثر من خمسين فدانا وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلا ولا يجوز شهره، مفاد اتصال هذا الخطر بالنظام العام فيسرى حكمه بأثر مباشر على كل من يمتلك وقت العمل بهذا القانون أرضاً زراعية تتجاوز القدر المسموح به، كما يسرى هذا الخطر على المستقبل، ويكون على المحكمة أن تعلمه من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، فمتى تبين أن الحكم بالشفعة يؤدي إلى تملك الشفيع لأكثر من خمسين فدانا فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة المشار إليها، ذلك أن حكم الشفعة وإن كان سبباً مستقلاً لكسب الملكية، إلا أنه يأخذ حكم العقد لأن الملكية في هذه الحالة تكتسب بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وأكدته في المادة السابعة منه حين عرض لتسوية الأوضاع المترتبة على زيادة الحد الأقصى المقرر قانوناً بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٧٣٣)

٣ - تعدد البائعين لحصة شائعة. أخذ نصيب بعضهم بالشفعة. مؤداه. إنتقاص المبيع على المشتري والإضرار به. أثر ذلك. عدم جواز الشفعة في الصفقة بأكملها. إذ كان البين من مطالعة عقد البيع المأخوذ بالشفعة فيه أن البائعين قد باعوا إلى الطاعنة فيما بينهم مساحة ٤ ط شائعة في كامل أرض وبناء المنزل الموصوف فيه مقابل ثمن إجمالي مقداره ٤٢٠ جنيه دفع منه جزء إلى البائعين والباقي عند التسجيل فإن هذا البيع وقد تم بطريق المشاع فيما بين البائعين يقطع بإنصراف إرادة المتعاقدين إلى وحدة الصفقة رغم تعدد البائعين فيه وبالتالي إعتبار البيع صادراً منهم جميعاً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى في قضائه إلى إستبعاد نصيب أحد البائعين إلى الطاعنة المشتريه بإعتباره زوجاً لإبنتها بما لا تجوز معه الشفعة فيما باعه عملاً بالبند (ب) من الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ من القانون المدني فإن لازم ذلك في صحيح القانون إمتناع الشفعة في الصفقة بأكملها إذ أن القول بغير ذلك - والحصة المبيعة بأكملها شائعة - يؤدي إلى بقاء هذا النصيب المستبعد في يد الطاعنة المشتريه مع ما في هذه الحالة من إنتقاص المبيع عليها بما يترتب عليه الإضرار بها لأن الإختصاص بحصة شائعة أقل بضعف مركز الشريك بين شركائه ويقلل من حجم إنتقاعه بما إشتري حالاً وما لا بعد القسمة وهو ما لا يجوز.

(الطعن ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٩ ص ٤٦٦)

٤ - حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. نشوؤه بالبيع مع قيام المسوغ. العين المشفوعة لا تعتبر ملكاً للشفيع - في غير حالة التراضى - إلا بحكم نهائى قاض

بالشفعة. لازمه. صيرورة العين المشفوع فيها مسجداً سلم للأوقاف إدارته قبل صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة. أثره. عدم جواز أخذها بالشفعة. لما كان قيام حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، إلا أن العين المشفوعة لا تصير في ملك الشفيع - في غير حالة التراضي - إلا بالحكم النهائي القاضي بالشفعة بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجداً تسلمه وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائي المثبت للشفعة إمتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد أن خرجت من ملك العباد عموماً إلى ملك الله تعالى.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

٥ - بيع العقار المشفوع به ليجعل محل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة. إعتباره مانعاً من موانع الأخذ بالشفعة. م ٩٣٩ مدني. علة ذلك. إذ كان من الواقع الأخذ بالشفعة وعلى ما أورده المادة ٩٣٩ من القانون المدني أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة بما مفاده أن المشرع حفاظاً منه وتقديراً لهذا الغرض الديني الذي تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة في هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلاً إلا لدفع المضار التي تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضمر من دار للعبادة وفي القضاء بالشفعة في هذه الحالة ما ينافي طبيعة العقد وتقويت للأغراض المنشودة منه.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

٦- حيث أن مبنى الطعن المائل مخالفة نص الفقرة (ب) من البند (١) من المادة (٩٣٩) من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور لخروجه - فيما قرره من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية - على مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تمنع الأخذ بالشفعة في جميع البيوع، وكان البين مما تقدم أن القيد المقرر بمقتضى هذه المادة بعد تعديلها من ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية - لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه، ومنها نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الصادر عام ١٩٨٤، وكان هذا النص لم يلحقه أي تعديل بعد التاريخ المذكور، فإن النعي عليه بمخالفته المادة الثانية من الدستور - وأياً كان وجه الرأي في مدى تعارضه معها - يكون غير سديد، الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى.

(الطعن رقم ١٢٧ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٥/١٢)

٧- حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، ومناطقها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع. إذ كان ذلك، وكان النزاع الموضوعي يدور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في بيع عقار تم بين أصهار لغاية الدرجة الثانية، فإن مصلحة المدعين في الدعوى الدستورية تحدد بالطعن على ما تضمنه نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(الطعن رقم ١٢٧ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٠٥/١٢)

إجراءات الشفعة

مادة (٩٤٠)

على من يرغب الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري والا سقط حقه. ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك.

النصوص العربية المقابلة:

مادة ٩٤٤ لیبی و ١١٣٨ عراقی و ٧٥٢ سودانی و ٢٤٧ لبنانی.

رأى الفقه:

١- الحق فى الشفعة يثبت إما بالتراضى أو بالتقاضى وهو يثبت بالتراضى متى سلم المشتري للشفيع بالشفعة عن رضاء منه فيحل الشفيع محل المشتري فى الصفقة التى عقدها هذا الأخير مع البائع، ويكون على الشفيع التزامات المشتري وله حقوقه التى ستبين عند الكلام فى آثار الأخذ بالشفعة. ويصح التسليم بالشفعة فى أى وقت إلى يوم رفع دعوى الشفعة ومتى حصل التسليم بالشفعة وجب تسجيل هذا التسليم حتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وهذا يقتضى أن يكون التسليم مكتوباً، وأن تتخذ الإجراءات المقررة فى القانون للتسجيل. ولكن الشفعة أكثر ما يؤخذ بالتقاضى، وقل أن يسلم المشتري للشفيع بالشفعة. ولو كان التسليم فى نيته لتردد كثيراً قبل أن يقدم على الشراء، وذلك ما لم يكن يجهل وجود الشفيع أو كان يعلم بوجوده ولكنه يعتقد أنه لا يأخذ بالشفعة. وللتقاضى بالشفعة إجراءات رسمها القانون ومواعيد محددة تجب مراعاتها فهناك إجراءات تسبق إيداع الثمن ورفع دعوى الشفعة، وأول هذه الإجراءات هو الإجراء الذى يرمى إلى إخبار الشفيع بوقوع البيع، ويكون ذلك بإنذار رسمى يوجه إليه من المشتري أو من البائع ويلى علم الشفيع بوقوع البيع عن طريق الإنذار الرسمى أن يبدى الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة بإعلان رسمى لكل من المشتري أو من البائع، وذلك فى ميعاد معين ثم يسجل الشفيع إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة^(١).

٢- المادة ٩٤٠ مدنى صريحة فى القانون أن يكون إعلان الرغبة لكل من البائع والمشتري. فإذا أعلن الشفيع رغبته إلى أحدهما ولم يعلن الآخر فى الميعاد القانونى سقط حق الأخذ بالشفعة. ويلاحظ أن الإعلان يكون غير واجب إذا رفعت الدعوى فى خلال الخمسة عشر يوماً المقررة لإعلان الرغبة، لأن القانون لا يوجب الفصل ما بين إعلان الرغبة ورفع الدعوى، فيصبح إذن أن يجمع الشفيع بين إعلان الرغبة وصحيفة الدعوى، وعندئذ يقوم إعلان صحيفة الدعوى لكل من البائع والمشتري فى الميعاد السابق فقام إعلان الرغبة الرسمى ويسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا لم يعلن الشفيع رغبته فى خلال الخمسة عشر يوماً التالية للإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري، ولا يعتد بعلم الشفيع.

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى - المرجع السابق - ص ٦٢٤ وما بعده.

والعبرة في حساب الميعاد هي بحصول الإعلان للبائع والمشتري لا بتقديمه إلى قلم المحضرين. وللشفيع أن يعلن رغبته حتى اليوم الخامس عشر وهو اليوم الأخير من الميعاد. واليوم الأول الذي تسلم فيه الشفيع الإنذار لا يدخل في حساب هذه الأيام كما هي القاعدة العامة.

ويلاحظ أن نص المادة ٩٤٠ مدني الذي يوجب إعلان الرغبة في مدة معينة من تاريخ الإنذار لا يمنع الشفيع من إعلان رغبته بمجرد علمه بالبيع دون إنتظار للإنذار الذي يوجهه إليه المشتري أو البائع^(١).

٣- الإنذار الرسمي الذي يشير إليه نص المادة ٩٤٠ مدني ليس إجراءً ضرورياً يتعين إتخاذها في جميع الأحوال، وإنما هو إجراء الغرض منه تمكين كل من البائع أو المشتري من وضع حد لموقف الشفيع، وذلك بإعلانه رسمياً بحصول البيع ليحدد موقفه، فإما أن يطلب الشفعة وتسير الإجراءات، وإما أن يفوت الميعاد فيسقط حقه فيها فتستقر الأمور^(٢).

٤- متى أُنذر الشفيع وأُورِدَ الأخذ بالشفعة، فعليه أن يعبر عن رغبته في الأخذ بها. ويجب أن يكون هذا الإعلان عن الرغبة في الرغبة في الشفعة رسمياً وإلا كان باطلاً. ورسمية هذا الإعلان تقتضي إتمامه على يد محضر، فلا يغني عن الرسمية أن يتم الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوباً بعلم ووصول، بل لابد أن يتم هذا الإعلان على يد محضر وتنص المادة ٩٤٠ مدني على وجوب أن يتم هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري من جهة، ومن أخرى فإن الميعاد الذي يجب أن يتم فيه الإعلان هو خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار (وهو الذي يوجهه إلى الشفيع أى من المشتري أو البائع) ويضاف إلى الميعاد ميعاد المسافة إذا كان لذلك مقتضى فإذا اكتفى الشفيع بتوجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع فقط أو إلى المشتري فقط سقط حقه في المطالبة بالشفعة. فالبائع والمشتري هما الخصوم في دعوى الشفعة، ووجب تبعاً لذلك أن يوجه الإعلان الرسمي في الأخذ بالشفعة إليها، بيد أن ميعاد خمسة عشر يوماً والذي ينتهي عنده ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يفترض بالضرورة وحنماً أن يتم إنذار البائع أو المشتري بحصول البيع المشفوع فيه. فعلى الشفيع أن يعبر عن رغبته في الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع المشفوع فيه، سواء أكان الشفيع حاضراً أم غائباً، فما دام الشفيع لم ينذر فإن حقه في طلب الشفعة لا يسقط إلا إذا مضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع. وأما إذا لم يكن البيع قد سجل فلا يسقط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة إلا بمرور خمس عشرة سنة على وقت إبرام البيع المشفوع فيه تطبيقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أن مدة خمسة عشر يوماً أو الأربعة أشهر، وهي المدة التي يجب على الشفيع أن يعبر فيها عن رغبته في الأخذ بالشفعة تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم، إذ أنها مدة حتمية يجب على الشفيع أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط حقه فيها، ومن ثم فإن هذه المدة لا تقبل الوقف

(١) حق الملكية - للدكتور عبدالمنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٣٩٠ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٤٢.

أو الانقطاع، كما يذهب إلى ذلك الفقه في مجموعة، وإن قلت (فيما يرى الدكتور محمد عمران) الوقف إذا استحال الشفيع بسبب القوة القاهرة أن يطالب بالشفعة. ولا يمكن الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة حجة على الغير إلا إذا سجل^(١).

٥- على الشفيع أن يعلن رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة. ولم يجعل القانون العلم بالبائع مبدأ لإعلان هذه الرغبة كما هو نص المجلة، وذلك تحاشياً للخلاف الذي يقع في وجود العلم وعدمه ومشقة وضع حد مادي يضبط به هذا المبدأ، بل إن كل البائع والمشتري لما لهما من المصلحة في معرفة رغبة الشفيع في إستعمال حقه أو عدمها، فلهما بعد ذلك أن يمهلاه خمسة عشر يوماً يتعرض حقه بعدها للسقوط أو أن يمدا له الأجل إلى ستة أشهر. ذلك لأن القانون قد حملها على إصدار إنذار رسمي إليه يكون مبدأ لمدة قصيرة هي خمسة عشر يوماً، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ تسليم الشفيع الإنذار. ومن صدر منه هذا الإنذار - البائع أو المشتري - هو الذي يحدد الطريقة الرسمية التي يختارها للإنذار، فقد يكون ذلك بكتاب صادر من الكاتب العدل أو ببلاغ من المحكمة أو من دائرة الطابور وإذا لم يصدر من البائع أو المشتري إنذار إلى الشفيع، فإن حقه في طلب الشفعة يبقى قائماً كل المدة الطويلة، ولا سبيل لهما إلى إثبات علمه من طريقة أخرى^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- أوجب المشرع في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على من يريد الأخذ بإعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه وإلا سقط حقه، على اعتبار أن هذا الإنذار هو الذي تحقق به علم الشفيع بوقوع البيع، فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع، فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بحصول البيع أو أن يقع الإنذار باطلاً، فيظل الحق في الشفعة قائماً مع أنه حق استثنائي يخل بحق المالك في التصرف لمن يريد. وتلافياً لذلك جعل المشرع سبيلاً ميسراً للمشتري يطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة بإنقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - مدني - ص ١٣٥٠)

٢- لأن كان علم الشفيع بحصول البيع لا يعتبر ثابتاً في نظر الشارع في القانون المدني القائم إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ولا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً الذي يسقط حق الشفيع إذا لم يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل إنقضائه إلا من تاريخ هذا الإنذار، مما مؤداه أنه لا إلزام على الشفيع بإعلان رغبته إلا بعد إنذار من المشتري أو البائع ولو علم بالبائع قبل ذلك، فإنه يستطيع مع هذا أن يبادر بإعلان رغبته بمجرد علمه بالبائع دون إنتظار وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك، ولم يقصد المشرع بما أورده في المادة ٩٤٠ مدني تحديد بداية الأجل الذي يجوز للشفيع فيه إعلان رغبته أو أن يجعل من

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ١٣٨ وما بعدها.

(٢) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ ص ٢٣٦.

إنذار المشتري والبائع إجراء حتماً يتوقف على إتخاذ صحة إعلان الرغبة وإنما قصد الشارع بين لزوم هذا الإنذار لسريان ميعاد الخمسة عشر يوماً المقرر لسقوط حق الشفيع.

(جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - مدني - ص ١٥٩٤)

٣- وجوب إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه - للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

(نقض - جلسة - ١٩٨١/٢/١٧ - الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٧ق)

٤- العبرة في احتساب ميعاد الخمسة عشر يوماً المنصوص عليها في المادة ١٩ من قانون الشفعة السابق (المقابلة للمادة ٩٤٠ مدني) هي بحصول الإعلان فعلاً إلى البائع والمشتري لا بتسليم العريضة لقلم المحضرين.

(جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩ - مجموعة القواعد القانونية - ٢٥ عاماً - ص ٧١٩)

٥- لم يقصد المشرع بنص المادة ٩٤٠ من القانون المدني أن يجعل من هذا الإنذار عرضاً يعقد بموجبه عقد بين المشتري وشفيع يلتزم به الأول بنقل ملكية العين إلى الثاني إذا رد عليه بالقبول، وإنما أراد المشرع أن يقضى على كافة ضروب المنازعة التي كانت تنثور في شأن علم الشفيع بالبيع المثبت للشفعة وأن يتخذ من هذا التاريخ بدءاً لتحديد المدة المقررة بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في حالة إبداء رغبته خلال تلك المدة أو بدء الافتتاح إجراءات الشفعة، فهو ذلك الذي يتم بقبول المشتري بعد إبداء الشفيع رغبته في الشفعة.

(جلسة ١٩٥٩/٥/١٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٠ - مدني - ص ٤٢٦)

٦- وجوب إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه (م ٩٤٠ مدني) - للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/١٧ - الطعن ٨٢٢ لسنة ٤٧ق)

٧- توجيه إجراءات الشفعة إلى طرفي عقد البيع محل الشفعة. وجوب مراقبته لما يطرأ على أطرافه من تغيير في الصفة أو الحالة وقت مباشرة هذه الإجراءات ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت إتخاذها.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - مدني - ص ٤٨١)

٨ - دعوى الشفعة. وجوب إقامتها خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الشفيع رغبته. عدم تعليق بدء هذا الميعاد على إنقضاء ميعاد إعلان الرغبة. م ٩٤٠ مدني. متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشتري ولو كان ذلك قبل إنذاره من أيهما فإن هذا الإعلان ينتج آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً الذي أوجب القانون أن يتم في خلال رفع دعوى الشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بها دون تعليق ذلك على إنقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الواردة في المادة ٩٤٠ من القانون المدني.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ق - جلسة ١٩٩٤/٢/٣٠ س ٤٥ ص ٥٧٦)

٩ - دعوى الشفعة. وجوب إختصام البائع والمشتري وإن تعددوا. قصر الخصومة فيها على بعضهم في الميعاد دون - إختصام الآخرين. أثره. سقوط الحق في الشفعة. دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون فيها على الشفيع إختصام أشخاص معينين وهم البائع والمشتري وإن تعددوا - ولا يغنى قصر الخصومة فيها على بعضهم في الميعاد المحدد لرفعها - دون إختصام الآخرين في ذات الميعاد وألا سقط الحق فيها

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٥٧٦)

١٠ - وجوب إعلان الشفيع. رغبته في الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إنذاره رسمياً من البائع أو المشتري وإلا سقط حقه. م ٩٤٠ مدني. للشفيع إعلان رغبته دون إنتظار وصول الإنذار إليه.

لئن كان علم الشفيع بحصول البيع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعتبر ثابتاً فى نظر المشرع في القانون المدني إلا من تاريخ الإنذار الرسمي الذى يوجهه إليه البائع أو المشتري مما مؤداه أنه لا إلزام عليه بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلا بعد إنذاره منها ولو علم بالبيع قبل ذلك إلا أنه له المبادرة بإعلان تلك الرغبة بمجرد علمه بحصول البيع دون إنتظار وصول الإنذار إذ ليس في القانون مما يمنعه من ذلك إذ لم يقصد المشرع بما أورده في المادة ٩٤٠ من القانون المدني بداية الأجل الذى يجوز للشفيع إعلان رغبته فيه أو أن يجعل من الإنذار إجراء حتمياً يتوقف على إتخاذها صحة إعلان الرغبة وإنما قصد إلى بيانه لزومه لسريان الميعاد المقرر لسقوط حق الشفيع.

(الطعن ١١٤٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠ س ٤٥ ص ٥٧٦)

١١ - صفح الدعاوى وطلبات أوامر الأداء. وجوب توقيعها من محام. م ٣/٥٨ ق ١٧ لسنة ٨٣ كفاية توقيعها على أصل الصحيفة أو إحدى صورها. أوراق إعادة إعلان صحيفة الدعوى أو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. عدم توقيعها من محام. لا بطلان.

المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن قصد المشرع من النص في المادة ٣/٥٨ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ الذى رفعت الدعوى في ظله على أنه " وكذلك لا يجوز تقديم صفح الدعاوى وطلبات أوامر الأداء للمحاكم الابتدائية والإدارية إلا إذا كانت موقعة من أحد المحامين المقررين أمامها على الأقل " هو رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في ذات الوقت ذلك أن إشراف المحامي على تحرير صفح الدعاوى من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحرير هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التى كثيراً ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه الشؤون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر على ذوى الشأن، وإذ حددت هذه الفقرة نطاق تطبيقها بصحف الدعاوى وأوامر الأداء فلا يسوغ تجاوز هذا النطاق إلى غير ذلك من أوراق المرافعات الأخرى للقول بالبطلان في حالة غير ذلك من أوراق المرافعات الأخرى للقول بالبطلان في حالة عدم توقيع المحامي عليها ومن

ثم فإنه لا يترتب البطلان على عدم توقيع أحد المحامين على أوراق إعادة إعلان صحيفة الدعوى أو إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وقد أوجبت المادة ٦٥ من قانون المرافعات على المدعى أن يقدم إلى قلم الكتاب وقت تقديم صحيفة دعواه صوراً منها بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم الكتاب فإن توقيع المحامي على أصل الصحيفة أو على إحدى صورها يتحقق به الغرض الذي قصده المشرع من هذا النص.

(الطعن ٤٤٠٧ لسنة ٦١ ق - جلسة ١٩٩٧/٦/١٤ س ٤٨ ص ١٩١)

* * *

مادة (٩٤١)

يشتمل الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة السابقة على البيانات الآتية
والا كان باطلاً:

- (أ) بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً.
(ب) بيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري
ولقبه وصناعته وموطنه.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٥ لیبی و ١١٣٨ عراقی و ٧٥٣ سودانی و ٢٤٧ لبنانی.

رأى الفقه:

١- تفتتح إجراءات الشفعة بإنذار رسمي يوجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع، الغرض منه إخطار الشفيع بوقوع البيع الذي يجوز الأخذ بالشفعة فيه، وبالثمن وبشروط البيع، حتى يتدبر الشفيع أمره، فإذا أراد الأخذ بالشفعة أعلن رغبته في ذلك، وإذا تعدد الشفعاء ولو تفاوتت طبقاتهم، وجب أن يوجه الإنذار إلى كل منهم، حتى من كانت طبقته متأخرة، لاحتمال أن يترك الشفعاء المتقدمون شفعتهم فيأخذ المتأخر بالشفعة. ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر، فالإخطار الشفوي والمسجل ولو بعلم وصول لا يكفي لجعل ميعاد الخمسة عشر يوماً لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسرى.

ويجب أن يشتمل الإنذار على البيانات الآتية، وإلا كان باطلاً، فلا يسرى ميعاد الخمسة عشر يوماً:

- ١- بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً، ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته، ويذكر أى بيان آخر من شأنه أن يكون نافياً للجهالة بالعقار.
٢- بيان الثمن الذى بيع به العقار، وبيان المصروفات الرسمية بالإضافة إلى الثمن، كالرسوم المقررة ورسوم توثيق البيع ورسوم التسجيل أما باقى المصروفات (كالسمسرة وأتعاب المحاماة) فليس من واجب ذكرها، ويصح أن تكون محل مطالبة على حدة بشرط إقامة الدليل عليها وفقاً للقواعد العامة فى الإثبات.

نقض - جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٠ - مدنى - ص ١٣٥٠
ولا يغنى عن وجوب الإنذار الرسمي رفع دعوى صحة التعاقد على البائع لحصة شائعة فى العقار وإدخال كل الشركاء على الشيوع فيها، فيبقى للشركاء على الشيوع حق الأخذ بالشفعة حتى لو انقضى خمسة عشر يوماً من وقت إعلان عريضة دعوى صحة التعاقد ما دام البائع أو المشتري لم يوجه لهم الإنذار الرسمي^(١).

(١) الوسيط - ٩- للدكتور عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٢٣ وما بعده.

٢- فالإنذار الذى يوجه للشفيع يصح أن يصدر من البائع أو من المشتري، ويجب أن يكون رسمياً على يد محضر، فالإنذار بخطاب ولو مسجل غير كاف، كما يجب أن يتضمن البيانات الواردة فى المادة ٩٤١ مدنى - وهى:

١) بيان العقار المشفوع فيه بياناً كافياً، أى أن يذكر موقعه وحدوده ومساحته، وأى بيان آخر ينفى عنه الجهالة.

(نقض - جلسة ١٩٥٠/١/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١ - ص ١٧٤، ونقض - جلسة ١٩٦٢/١١/٧ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ١٠١).

٢) الثمن الذى بيع به العقار والمصروفات الرسمية، أى الرسوم المقررة كرسوم التوثيق والتسجيل. أما المصروفات الأخرى كأتعاب المحاماة والسمسرة فلا داعى لذكرها، ويستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب بها متى أثبتها.

٣) شروط البيع، ويقصد بها شروطه الأساسية.

٤) اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه، حتى يستطيع الشفيع أن يوجه إليها إعلان الرغبة وسائر إجراءات الشفعة فإذا لم تتوافر فى الإنذار هذه الشروط جميعاً كان باطلاً أو بعبارة أخرى كأن لم يكن، فلا يسقط حق الشفيع إذا لم يبد رغبته خلال ١٥ يوماً منه^(١).

٣- وحتى يؤدى الإنذار - الذى يوجهه المشتري أو البائع إلى الشفيع - الغرض منه يجب: أولاً - أن يشتمل على البيانات التى تمكن الشفيع من العلم بما يلزم لإتخاذه قراره، طلب الشفعة أو عدم طلبها. وقد ذكر المشرع هذه البيانات التى يمكن الشفيع من العلم بما يلزم لإتخاذه قراره، طلب الشفعة أو عدم طلبها. وقد ذكر المشرع هذه البيانات فى المادة ٩٤١ مدنى، والمقصود بالبيان الكافى للعقار الذى يتمكن به الشفيع من معرفة العقار معرفة نافية للجهالة، وتقدير كفاية هذا البيان مسألة يقررها قاضى الموضوع ويلاحظ أن المشرع فيما يتعلق بمصروفات البيع لم يشترط سوى ذكر المصروفات الرسمية كرسوم التسجيل. أما المصروفات الأخرى كالسمسرة وأتعاب من حرر العقد، فلا يلزم ذكرها. كما يجب: ثانياً - أن يكون الإنذار رسمياً أى بورقة من أوراق المحضرين، فلا يكفى خطاب مسجل^(٢).

٤- عادة ما تنتفح إجراءات الأخذ بالشفعة بالإنذار الرسمى الذى يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع. وإذا تعدد الشفعاء ولو كانوا من طبقة واحدة وجب أن يوجه الإنذار إليهم جميعاً، ويسمى هذا الإنذار (بالإنذار بوقوع البيع)، وبه يخبر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع ليتسنى له أن يحدد موقفه منه إن شاء أخذ بالشفعة، وإن شاء ترك. ويجب أن يكون الإنذار رسمياً على يد محضر ولا يغنى عنه الكتاب المسجل ولو كان مصحوباً بعلم الوصول. ويجب أن يشتمل هذا الإنذار على بيان بالعقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً، وأن يتضمن بياناً بالثمن والمصروفات الرسمية

(١) حق الملكية - للدكتور عبدالمنعم البدر اوى - المرجع السابق - ص ٣٩١ وما بعدها.

(٢) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٤٢.

وشروط البيع واسم موطن كل من البائع والمشتري وإلا كان الإنذار باطلاً، ولا يفتتح به ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة^(١).

٥- يجب أن يتضمن الإنذار خمسة أشياء:

(١) الإعلان ببيع العقار.

(٢) وصف العقار المبيع ببيان موقعه وحدوده ومساحته وكل ما يجعله واضح الوصف والتحديد، وإذا كان في العقار بعض الأوصاف البارزة، سواء أكانت من محسناته أو من عيوبه، وجب درجة في الإنذار، ومن ذلك الحديقة والسرداب والحمام وبيت السيارة وبيان جيرانه إن كان وصف لجار مما يرغب في العقار كالمسجد والحديقة والساحة والمدرسة ويتوقف نوع البيان وكفايته أو نقصه على حالة كل عقار يكون محلاً للشفعة.

وظاهر النص يدل على أن بيان العقار ووصف وضعاً كاملاً أمر ذاتي لا موضوعي، وعلى ذلك فإنه يستوى الشفيع الشريك والجار أو غيرهما ممن يفترض علمه بأوصاف العقار ومن كان يجهل كل ذلك جهلاً تاماً.

(٣) بيان الثمن.

(٤) شروط البيع.

(٥) اسم كل من البائع والمشتري ومحل إقامته.

وكل نقص في هذا الإنذار يجعله باطلاً. كذلك يجعله باطلاً كل خطأ جوهري يقع فيه، كأن يذكر فيه اسم غير البائع أو المشتري الحقيقي أو لا يذكر فيه الثمن المتفق عليه أو تذكر حدود العقار أو أوصافه أو مساحته غلطاً أو تهمل بعض المزايا المرغوبة فيه أو العيوب المؤثرة أو تذكر فيه مزايا لا وجود لها وكذلك كل تضليل أو تحريف في محل الإقامة أو غيره، ذلك لأن القصد من محتويات الإنذار جعل الشفيع على بينة واضحة من العقار المعروض عليه بالشفعة. فإذا وقع التعريف به على وجه يتضمن الغش عن قصد أو غير قصد عد ذلك تدليساً مؤثراً يؤدي بالإنذار إلى البطالان بحيث يعد الشفيع كأن لم يندز بالبيع فلا تسري في حقه مدة الخمسة عشر يوماً.

ولقد فتح القانون بين يدي الشفيع ثلاث طرق: أن يتربص حتى ورود الإنذار، وأن يعلن رغبته بلا تربص، وأن يقيم الدعوى مباشرة^(٢).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لما كان الثابت من الأوراق أنه لا المشتري ولا البائع قام بإنذار الشفيعا بحصول البيع طبقاً لما أوصحته المادة ٩٤١ مدني، فإن ميعاد إعلان الشفيعا لرغبته أخذ العقار يكون مفتحاً أمامها إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص المادة ٩٤٨ (ب) مدني ولا تسأل الشفيعا عن التأخير في إعلان أحد البائعين بصحيفة الدعوى بسبب عدم توجيه إنذار لها بأسماء البائعين ويكون الحكم المطعون فيه إذ رفض الأخذ

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) الحقوق العينية في العراق - للدكتور حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٣٦ وما بعدها.

بالدفع بسقوط حق الشفعية في الأخذ بالشفعة على هذا الأساس قد التزم صحيح القانون، ويكون الطعن بذلك على غير أساس.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢١ - مدنى - ص ٥٨٣)

٢- إن مقصود الشارع من البيانات التى أوجبها بالمادة ٢١ من قانون الشفعة السابق المقابلة ٩٤١ مدنى فيما يتعلق بالعقار المبيع هو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً تاماً نافياً للجهالة بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة، فيأخذ بالشفعة أو يترك، وتقدير ما إذا كان بيان العقار المبيع فى التكليف بإبداء الرغبة قد وقع كافياً أو غير كاف متروك لقاضى الموضوع، فإذا ما أقام تقديره على أسباب مؤدية إليه فلا شأن لمحكمة النقض به.

(نقض - جلسة ١٩٥٠/١/١٢ - مجموعة القواعد - ٢٥ سنة - بند ٨٠ - ص ٧٢٠)

٣- إذ كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع قد حوى بياناً كافياً للعقار المبيع وبيان الثمن والمصروفات وشروط البيع واشتمل على بيان اسم البائع وموطنه وأسماء المشترين وموطنهم المختار، وكان المقصود بشرط البيع التى يستلزم بيانها فى الإنذار، الشروط الأساسية التى لابد من علم الشفيع بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم على طلب الشفعة بها حتى يستطيع الموازنة بين أن يقدم طلب الشفعة أو لا يقدم، وإذا كان بيان حصة كل مشتري فى بيع على الشبوع لا ينفع صاحب الحق فى الشفعة فى تقديره لموقفه من حيث الأخذ بها أو تركها، ذلك أنه لا يجوز له فى جميع الأحوال إلا أن يشفع فى العقار المبيع كله، فإن عدم اشتمال الإنذار الموجه من المشتري إلى الشفيع على هذا البيان وعدم اشتماله على بيان محل إقامتهم والاكتفاء بذكر موطنهم المختار لا يترتب عليه بطلانه.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٣/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٨ - مدنى - ص ٦٤٦)

٤- القصد من البيانات المتعلقة بالعقار التى أوجبت المادة ٩٤١ مدنى اشتمال الإنذار الذى يوجهه البائع أو المشتري لمن يجوز له الأخذ بالشفعة عليها وهو تعريف الشفيع بالعقار المبيع تعريفاً كافياً بحيث يستطيع أن يعمل رأيه فى الصفقة فيأخذ بالشفعة أو يترك، ولم يقصد المشرع أن يجعل من هذا الإنذار إيجاباً بالعقد يلتزم به المشتري بنقل ملكية العين إلى الشفيع إذا رد عليه بالقبول لأن الأصل فى الشفعة هو حلول الشفيع محل مشتري العقار فى جميع حقوقه والتزاماته هذا النظر - إذ اعتد فى تحديد مساحة القدر المبيع وأبعاده البيانات الواردة بعقد البيع دون البيانات الواردة بالإنذار - فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه.

إنه وإن كانت بيانات العقار المشفوع فيه التى اشتمل عليها الإنذار الرسمى الموجه إلى المطعون عليها - الشفيع - فيما يتعلق بالعقار المبيع قد استمدت من كشف التحديد الذى أجرته المساحة بناء على طلب المشتري، إلا أن المطعون عليها - الشفيع - قد نازعت فى صحة هذه البيانات، كما أنها لم تسلم بنتيجة المعاينة التى أجرته المساحة بناء على طلبها، وبذلك تكون مساحة الأرض المبيعة للمشار إليها فى

عقد البيع بأنها تحت العجز والزيادة لم تتحدد بعد بصفة نهائية، ولا يكون ثمة وجه للاحتجاج قبل الشفيع بهذه البيانات.

(نقض - جلسة ١٩٧١/٤/٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - مدني - ص ٤٤٢)

٥- الإنذار الموجه من البائع أو المشتري لمن يجز له الأخذ بالشفعة. بياناته (م ٩٤١ مدني). لم يوجب الشارع أن يتضمن الإنذار تسليمًا من المشتري بحق الشفيع في أخذ العقار المبيع بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٤ - الطعن ١٠٦٢ لسنة ٥٠ق)

٦ - وحيث أن النعي بأسباب الطعن مجتمعة غير منتج ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المشرع إذ أوجب في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على من يريد الأخذ بالشفعة إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه إذا لم يكن عقد البيع قد سجل أو خلال أربعة أشهر من تاريخ تسجيله وإلا سقط حقه في الأخذ بالشفعة على اعتبار أن هذا الإنذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع - فقد افترض ألا يقوم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع أو أن يقع الإنذار باطلاً فيظل الحق في الشفعة قائماً مع أنه حق إستثنائي يخل بحق المالك في التصرف في ملكه لمن يريد وتلافياً لذلك جعل المشرع سبيلاً ميسراً للمشتري يطمئن معه إلى سقوط الحق في الشفعة فنص في الفقرة ب من المادة ٩٤٨ من القانون المدني على أن يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذ إنقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع ذلك أنه افترض إفتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن الشفيع علم بالبيع إذا سجله المشتري. ولكن لما كان علم الشفيع بوقوع البيع في هذه الحالة ليس إلا علماً إفتراضياً فقد أطل المدة التي يتعين خلالها طلب الشفعة بجعلها أربعة أشهر من وقت التسجيل فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري قبل إنقضائها فقد حفظ حقه من السقوط ويتعين عليه إتباع باقي الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدني ومنها إيداع الثمن في مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة خزينة المحكمة المختصة وإقامة الدعوى بطلب الأخذ بالشفعة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة وهو أمر متعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ولمحكمة النقض أن تنثيره في الطعن كذلك مادامت عناصره مطروحة - لما كان ذلك وكان الواقع في الدعوى أنه عقد البيع المشفوع فيه قد تم تسجيله في ١٩٨٧/١٢/١٩ تحت رقم ق بورسعيد في الوقت الذي لم يقم فيه الطاعنان بإعلان رغبتهما في أخذ العقار مثار النزاع بالشفعة وذلك بإيداع الثمن الذي يتم به البيع وأقامت الدعوى المتضمنة الرغبة في الأخذ بالشفعة إلا بتاريخ ١٩٨٨/٥/٢١ أي بعد مضي أكثر من خمسة أشهر لاحقة عل تسجيل عقد البيع وهو ما يكون حقهما في الشفعة قد سقط ويكون التحدى بأسباب الطعن أياً كان وجه الرأي فيها غير منتج ومن ثم غير مقبول. ولما تقدم يتعين رفض الطعن.

(الطعن ١٣٧٦ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٧ لم ينشر بعد)

مادة (٩٤٢)

١- إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً والا كان باطلاً. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل.

٢- وخلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان يجب أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٦ لیبی و ١١٣٨ عراقی و ٢٤٧ لبنانی و ٧٥٤ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

١- هذا النص يفرض على الشفيع أن يودع في خزينة المحكمة في ظرف خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة مبلغاً يساوي على الأقل ثلث الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وغنى عن البيان أن الشفيع إذا عرض الثمن كله عرضاً حقيقياً عند إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أجراه هذا عن إيداع ثلث الثمن، وقد كان هذا الحكم مذكوراً في النص الذي أقرته اللجنة "١" ولكنه حذف لبدايته (انظر الفقرتين الأوليين من المادة ١٣٩٠).

٢- والفقرتان الأخيرتان من المادة ١٣٩٠ توافقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٤ من قانون الشفعة الحالي^(١).

رأى الفقه:

١- يجب على الشفيع - إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يبدي رغبته في ذلك متى أُنذر بوقوع البيع، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع. ويكون إعلان الرغبة في الشفعة رسمياً وإلا كان باطلاً، وأن يوجهه إلى موطن كل من البائع والمشتري، وإذا أعلن الشفيع رغبته ولم يمض في الإجراءات التالية لذلك كأن لم يودع الثمن خزانة المحكمة أو لم يرفع دعوى الشفعة في الميعاد القانوني فإن حقه في الشفعة يسقط ويصح للشفيع أن يستغنى عن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري، ولكن يشترط في ذلك أن تعلن عريضة الدعوى إلى كل من البائع والمشتري في خلال خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع حتى تصلح العريضة لأن تكون إعلاناً بالرغبة في الأخذ بالشفعة حاصلاً في الميعاد القانوني. كما يشترط إيداع الثمن خزانة المحكمة قبل رفع الدعوى صحيحاً (م ٢/٩٤٢ مدني)، وعند ذلك يحل إعلان عريضة الدعوى محل إعلان الرغبة في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء ٦ - ص ٤٢١ و ٤٢٢.

الأخذ بالشفعة، ويستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضى فى الإجراءات. ولكن إذا سلم المشتري عند بدء إجراءات الدعوى بشفعة الشفيع، فإن الشفيع هو الذى يتحمل مصروفات الدعوى، إذ يتبين أنه كان فى غنى عن رفعها.

ونادراً ما يحدث أن لا ينذر المشتري الشفيع بوقوع البيع^(١) ولم يسجل فى الوقت ذاته عقد البيع، وعلى ذلك لا تسقط الشفعة بإنقضاء خمسة عشر يوماً من يوم الإنذار بوقوع البيع لأن هذا الإنذار لم يصدر، ولا بإنقضاء أربعة أشهر من تاريخ تسجيل عقد البيع لأن هذا العقد لم يسجل، ذلك أن التقنين المدنى الجديد لا يسقط الشفعة بإنقضاء مدة معينة من وقت علم الشفيع بالبيع كما كان يسقطها قانون الشفعة السابق، فإذا علم الشفيع بوقوع البيع من غير طريق الإنذار الرسمى، فإنه يبقى محتفظاً بهذا الحق ما لم يصدر منه ما يفيد نزوله عنه ولو ضمناً. وقد يؤول طول سكوته عن إستعمال الحق مع علمه بوقوع البيع مقترناً بظروف أخرى بأنه نزول ضمنى عن الحق، فإذا لم يستخلص هذا النزول الضمنى من الظروف والوقائع، فلا فياض من القول بأن الشفيع يبقى محتفظاً بالحق فى طلب الشفعة، وله أن يعلن هذا الطلب إلى كل من البائع والمشتري، وأن يرفع بعد ذلك دعوى الشفعة بعد أن يودع الثمن خزانة المحكمة. ويبقى هذا الوضع قائماً إلى أن تنقضى خمس عشرة سنة من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وعندئذ يسقط حق الشفيع فى رفع دعوى الشفعة بالتقادم المسقط، شأن دعوى الشفعة فى ذلك شأن سائر الدعاوى التى تسقط بخمس عشرة سنة، وليس هذا إلا تطبيق للقواعد العامة فى شأن التقادم المسقط.

(الوسيط - السنهورى - ٩ - ص ٦٤٦، الحقوق العينية الأصلية - للدكتور كامل مرسى - جزء ٣ -

فقرة ٥٥٠. واسماعيل غانم - ص ٨٦، وحق الملكية - عبدالمنعم فرج الصده - ص ٤٧٣، ومنصور

مصطفى منصور - حق الملكية - ص ٢٤٤، والحقوق العينية الأصلية - الدكتور حسن كيره - ص ١٦)

أما بالنسبة لتسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإنه يخلص من نص الفقرة الأولى من المادة ٩٤٢ مدنى أن تسجيل الرغبة فى الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضرورياً من إجراءات الشفعة، وإنما هو طريق لجعل هذا الإعلان حجة على الغير، فيستطيع الشفيع بعد إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ألا يسجل هذا الإعلان، ويمضى فى إجراءات الشفعة التالية، فيودع الثمن خزانة المحكمة ويرفع دعوى الشفعة ويستصدر حكماً بثبوت حقه فى الشفعة، ولا يمنع من ذلك أن إعلان طلب الشفعة لم يسجل، ولكنه فى هذه الحالة يعرض نفسه لخطر تصرف المشتري فى العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذاً فى حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع، فيجدر إذن بالشفيع إذا أعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة لكل من البائع والمشتري، أن يبادر لتسجيل هذا الإعلان فى مكتب الشهر العقارى الكائن فى دائرته العقار المشفوع فيه وبذلك يأمن من تصرفات المشتري التى تصدر بعد هذا التسجيل إذ تصبح غير نافذة فى حقه (م ٩٤٧ مدنى). وليس هناك ميعاد لتسجيل إعلان طلب الشفعة، فيصح أن يتم التسجيل

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - ص ٦٤٦.

فى أى وقت حتى بعد رفع دعوى الشفعة، ولكن إذا تأخر الشفيع فى تسجيل الإعلان، فإنه يعرض نفسه لخطر أن يصدر من المشتري تصرف فى العقار المشفوع فيه قبل تسجيل الإعلان فيصبح هذا التصرف نافذاً فى حق الشفيع.

كما أن لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة أثراً آخر له أهميته، ذلك أنه إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فإن هذا البيع الثانى يكون نافذاً فى حق الشفيع ونسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة، ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وبشروطه (م ٩٣٨ مدنى)، وتبطل الإجراءات التى يكون الشفيع قد باسرها للأخذ بالشفعة فى البيع الأول، ومن ثم يكون من مصلحة الشفيع أن يبادر إلى تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة حتى يحدد بهذا التسجيل البيع المشفوع فيه. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا باع العين مشتريها بعد تقديم طلب الشفعة وتسجيله، فإن دعوى الشفعة تقام على المشتري الأول وبالشروط التى اشترى بها.

(نقض - جلسة ١٩٢٥/٦/٦ - مجموعة القواعد القانونية - للأستاذ محمود عمر - ١ - رقم ٢٨٤ - ص

٨٦٤، وانظر: محمد كامل مرسى - ٣ - فقرة ٤١٨ و ٤١٩، ومحمد على عرفه - فقرة ٢٩١)

أما بالنسبة للمرحلة الثانية من إجراءات الشفعة التى تشمل إيداع الثمن خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وصدور حكم بثبوت الحق فيها، فيخلص من نص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ مدنى فإنه يجب على الشفيع أن يودع كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه وذلك فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب الشفعة وقبل رفع دعوى الشفعة، وهذا الإيداع على الوجه المتقدم ضرورى، فإن لم يقم به الشفيع سقط حقه فى الأخذ بالشفعة.

فمن حيث إيداع الثمن ومكانه، فيصح الإيداع عقب إعلان الرغبة فى الشفعة أو عند إعلان الرغبة فيضمن الشفيع إعلان الرغبة أنه أودع الثمن فى خزانة المحكمة الكائن فى دائرتها العقار المشفوع فيه ويجوز أن يتراخى الإيداع إلى ما بعد ذلك، ريثما يتدبر الشفيع المبلغ الواجب إيداعه، ولكن يجب أن يتم الإيداع فى اليوم الثلاثين من وقت وصول إعلان الرغبة فى الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، فإذا صادف يوم عطلة امتد الميعاد إلى أول يوم من أيام العمل بلى انتهاء العطلة وعلى الشفيع أن يودع الثمن فى المذكور فى عقد البيع بحسب الأصل، وله بعد ذلك أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن هذا الثمن المذكور فى عقد البيع أكبر من الثمن الحقيقى، وأنه بولغ فيه بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو يرجح المشتري، وهو أمر كثير الحدوث فى العمل، أما إذا أودع ثمناً أقل بما ورد عقد البيع على أنه الثمن الحقيقى ثم أخفق فى إثباته، فإن الإيداع يكون غير صحيح^(١).

٢- نصت المادة ٩٤٢ مدنى على أن إعلان الرغبة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل، فالقانون قد أخضع إعلان الرغبة للتسجيل حتى يحتج به على الغير أى على غير البائع والمشتري. وهو يسجل فى مكتب الشهر العقارى الكائن به العقار المشفوع

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٢٧ وما بعدها.

فتمت سجل طلب الشفعة كان كل تصرف من المشتري في العين المشفوع فيها غير نافذ في حق الشفيع (م ٩٤٧ و ٩٣٨ مدني)، وليس لتسجيل إعلان إيداع الرغبة ميعاد محدد، وإن كان من صالح الشفيع أن يبادر إليه، وبعد أن يعلن الشفيع رغبته في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، يجب عليه أن يبادر إلى إيداع خزانة المحكمة الكائن في إدارتها العقار المشفوع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، وذلك خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة، مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فالقانون يشترط أن يودع الشفيع بالفعل خزانة المحكمة الثمن ولا يكتفى بمجرد عرضه، وذلك دفعاً للمنازعات. أما عن موعد الإيداع، فيجب أن يتم على الأكثر خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الرغبة، وقبل رفع الدعوى بالشفعة على أي حال (نقض - جلسة ١٩٥٣/١/٢٢ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٤ - مدني ص ٣٩١) فلا يكفي أن يتم الإيداع قبل قيد الدعوى.

ويصح أن يتم الإيداع وإعلان الرغبة في وقت واحد، وتحسب مدة الثلاثين يوماً التي يجب أن يتم فيها الإيداع من يوم الإعلان الأخير للرغبة إذا لم يعلن الشفيع رغبته إلى البائع والمشتري في وقت واحد.

ويجب أن يشمل الإيداع الثمن الحقيقي كما تقرر المادة ٢٤٢ مدني، فإذا رأى الشفيع أنه أقل مما ورد بعقد البيع، فإن له أن يودع الثمن الحقيقي، على أن عليه عبء إثبات صورية الثمن المذكور في عقد البيع، فإذا عجز اعتبر متخلفاً عن الإيداع المفروض عليه قانوناً وسقط حقه في الأخذ بالشفعة (نقض - جلسة ١٩٥٠/١/١٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١ - مدني - ص ٦١٥)، والأحوط أن يودع الشفيع الثمن المبين بالإنداز (أو الوارد في العقد) ويحتفظ لنفسه بحق الطعن فيه.

كما يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا لم يودع الثمن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان.

ولا يجوز لبائع أو المشتري أن يعفى الشفيع من هذا الإيداع.

(نقض - جلسة ١٩٥٣/١٢/٣١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٥ - مدني - ص ٢٥٦)

أما بالنسبة لملحقات الثمن، فقد نص القانون المدني على عدم التزام الشفيع بإيداعها خلافاً لما كان عليه النص في قانون الشفعة الملغى.

ولذا يرى الدكتور البدراوى أن المشرع قصد عمد النص على إلزام المشتري بإيداع ملحقات الثمن مقتصرًا على الثمن فقط نظراً لأنه في معظم الحالات لا تكون هذه المصروفات معروفة أو مقدرة بشكل ينفي الشك وكثيراً ما يجهلها الشفيع، والكثير منها قد يدفع بعد إنذاره بإبداء رغبته من البائع أو المشتري، ولذا يرى (الدكتور البدراوى) أن عدم إيداع المصروفات (أو الملحقات) مسقط لحق الشفيع. وقد أخذت محكمة النقض في قضائها الحديث بهذا الرأي.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/١٧ - مجموعة الكتب الفني - السنة ٧ - مدني ص ٦٥٧، ونقض - جلسة

١٩٦٣/٢/٢١ - المرجع السابق - السنة ١٤ - ص ٢٧٨)

ويجب - طبقاً لنص المادة ٩٤٢ مدني - أن ترفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ طلب الشفعة أى من تاريخ تمام إعلان الرغبة، فإذا لم

ترفع الدعوى فى هذا الميعاد سقط الحق فى الشفعة. ويبدأ الميعاد من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة فى الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير حتى تعتبر الدعوى مرفوعة.

(نقض - جلسة ١٣/٥/١٩٥٤ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٥ - مدنى - ص ٨٦٧)

ولم يكتف القانون بوجوب رفع الدعوى فى الميعاد، بل أوجب أيضاً قيدها فى هذا الميعاد، ووفقاً للمادة ٦٧ من قانون المرافعات يتم قيدها فى نفس يوم رفعها. وميعاد رفع الدعوى كما هو معروف ميعاد حتمى يترتب على فواته سقوط الحق، ولذلك فهو لا يقبل وقفاً ولا انقطاعاً.

ولما كان طلب الشفعة هو من أعمال التصرف كالشراء، فقد وجب أن تتوافر للشفيع أهلية التصرف. فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصها وجب على الوصى أو القيم استئذان المحكمة، ولا تكفى الوكالة العامة بل لابد من وكالة خاصة، ولأن الشفعة رخصة لم يكن للدائنين إستعمالها نيابة عن المدين وباسمه بطريق الدعوى غير المباشرة، فهى من الرخص الشخصية البحتة.

وقد استلزم القانون رفع الدعوى على كل من البائع والمشتري مع أن المشتري هو الخصم الحقيقى، إذ يستوى لدى البائع أن تؤول الملكية إلى الشفيع أو إلى المشتري، ولكن القانون أوجب رفع الدعوى على البائع والمشتري معاً، ذلك لأنه بعد الحكم بالشفعة سيحل الشفيع محل المشتري قبل البائع فى جميع حقوقه والتزاماته، فيتحول العقد من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع. فالشفعة عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى فيها فيتحم اختصاصهم جميعاً فى الدعوى فى جميع مراحل التقاضى وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، فيجب على الشفيع اختصاص البائع والمشتري فى المرحلة الابتدائية والاستئنافية والنقض (نقض - جلسة ١٥/٦/١٩٥٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١ - مدنى - ص ٦٠٣)، وعلى الشفيع رفع الدعوى على جميع المشتريين ولو ادعى أن أحدهم مشتري صورى (نقض - جلسة ١٠/٥/١٩٥١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢ - مدنى - ص ٨٤٤)، ونقض - جلسة ١٨/١/١٩٥٠ - المرجع السابق - ص ٢٤٤، وإذا تعدد البائعون وجب اختصاصهم ورتته جميعاً (نقض - جلسة ٥/٦/١٩٥٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣ - مدنى - ص ١١٦٣)^(١).

٣- إذا سجل الشفيع إعلان الرغبة فيكون هذا الإعلان حجة على الغير وبالتالي لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري أو أى حق ترتب ضده، إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار. فإذا باع المشتري العقار بعد تسجيل إعلان الرغبة، فلا يسرى هذا البيع فى حق الشفيع، وبالتالي يكون له أن يأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبالشروط التى اشترى بها، ولا يلتزم بإدخال المشتري الثانى فى دعوى الشفعة. وهذا الحكم المقرر لمصلحة

(١) حق الملكية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٢٩٢ وما بعدها.

الشفيع وليس مفروضاً عليه، فله أن يترك البيع الأول ويطلب الشفعة في البيع الثاني إذا كانت له مصلحة كما لو كان الثمن فيه أقل، على أنه يجب في هذه الحالة أن يباشر إجراءات مبتدأة.

وإذا رتب المشتري أو ترتبت عليه بعد تسجيل إعلان الرغبة حقوق أخرى كالرهن أو الاختصاص فإنها لا تسرى في حق الشفيع ويأخذ العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالياً منها. إما إذا ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فإن التصرفات والحقوق التي ترتبت ضد المشتري تسرى في حق الشفيع، وبالتالي يأخذ العقار إذا ما حكم له بالشفعة خالياً منها، ومع ذلك تسرى في حق الشفيع تصرفات المشتري والحقوق التي ترتبت ضده إذا كان ذلك قبل تسجيل إعلان الرغبة.

ولا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إذا تصرف المشتري في العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة تصرفاً لا تجوز الشفعة فيه أو المقايضة، أو لأحد الأصول أو الفروع أو الزوجة أو الأقارب للدرجة الرابعة أو الأصهار للدرجة الثانية).

أما إذا باع المشتري العقار بيعاً تجوز الشفعة فيه، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبشروط البيع الجديد، أي أن حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يتجدد سبب البيع الثاني. وبناء على ذلك إذا ما أراد أخذ العقار بالشفعة بشروط البيع الثاني أن يوجه الإجراءات إلى كل من المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني ولا يلزم اختصاص البائع الأول، كما أنه لا يشترط أن يكون البيع الثاني قد سجل، بل يكفي أن يكون قد انعقد قبل تسجيل إعلان الرغبة.

(نقض - جلسة ١٩٥٤/٢/٤ - مجموعة القواعد القانونية - جزء ١ - ص ٧٢٩)

أما إذا باع المشتري جزءاً من العقار قبل تسجيل إعلان الرغبة، وكان الشفيع لا يريد منه سوى أخذ الجزء الذي استبقاه فعليه أن يوجه طلب الشفعة إلى البائع الأصلي والمشتري الأول، وإذا أراد أخذ الجزء الذي باعه المشتري الأول فيكفيه أن يوجه الطلب إلى المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني، بشرط توافر التلاصق في الجزء المراد أخذه بالشفعة.

وتوجب المادة ٩٤٢/٢ مدني إيداع الثمن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر تبدأ من تاريخ تمام إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري، وأن يتم إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع دعوى الشفعة، ولا يصح إعفاء الشفيع من الإيداع حتى ولو كان الثمن لم يدفع بعد.

(نقض - جلسة ١٩٥٣/١٢/٢١ - مجموعة القواعد القانونية - جزء ١ - ص ٧٣٣)

فإذا كان الثمن سورياً وجب على الشفيع إيداع كاملاً ويحق له إثبات صورته، فإن أثبت حق له استرداد الزائد عن الثمن الحقيقي، وإن لم يودعه وفشل في إثبات الصورية سقط حقه في الشفعة^(١).

والمرشح في القانون المدني الجديد لم يلزم الشفيع بإيداع ملحقات الثمن^(١).

(١) والزيادة السورية في الثمن هي الغالب عملاً، أما النقص فيه فنادر الحدوث (قارن: الدكتور محمد لبيب شنب - فقرة ١١١).

٤- إذا لم ينذر الشفيع - من البائع أو المشتري - فإن حقه في طلب الشفعة لا يسقط إلا إذا مضت أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع^(٢).
وإذا لم يكن البيع قد سجل، فلا يسقط حق الشفيع في المطالبة بالشفعة إلا بمرور خمس عشر سنة على وقت إبرام البيع المشفوع فيه تطبيقاً للقواعد العامة. ومدة الخمسة عشر يوماً (أو الأربعة أشهر) وهي المدة التي يجب أن يعبر المشتري فيها عن رغبته في الأخذ بالشفعة تعتبر مدة سقوط لا مدة تقادم، إذ أنها مدة حتمية يجب فيها على الشفيع أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة وإلا سقط عنه حقه فيها، ومن ثم فإن هذه المدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع على ما يذهب الفقه، على حين يرى الدكتور محمد علي عمران أنها تقبل الوقف إذا استحال على الشفيع بسبب القوة القاهرة أن يطالب بالشفعة.

ولا يحاج الغير بإعلان الرغبة في الشفعة إلا إذا سجل^(٣).

٥- نصت المادة ١١٤٠ من القانون المدني العراقي على أن على الشفيع عند رفع الدعوى أن يودع صندوق المحكمة التي يقع العقار المشفوع في دائرتها مبلغاً يساوي نصف الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فإن لم يتم الإيداع سقطت شفاعته. وقد خالف القانون العراقي - في عرض الثمن القانون المدني المصري الذي أوجبت المادة ٩٤٢ منه أن يودع الثمن كله لدى المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الشفيع الرغبة في البيع، وعلى أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى. والنص العراقي أولى بالحالة من النص المصري، لأن تقديم عرض الثمن على ميعاد الدعوى لا فائدة منه إلا لإجراج الشفيع وخلق عقبة بينه وبين الوصول إلى حقه، ويكفي أن يضمن القانون للبائع أو المشتري ثمن العقار من الشفيع قد جعل تقديم الثمن بالشفعة الوجه الجدي بإقامة الدعوى. ولما كان القانون قد جعل تقديم الثمن مقترناً برفع هذه الدعوى، فإن المحكمة لا تقيد الدعوى ما لم يودع لديها نصف الثمن، وكفى بذلك تهديداً للشفيع لأنه إن لم يفعل لم تسجل دعواه.

ومع هذا فإن لخصم الشفيع إذا ما خشي مكايده هذا ومضارته أن يرد عليه كيده بالإنذار الرسمي، وعند ذلك يكون مضطراً أن يقيم دعواه خلال الثلاثين يوماً المنصوص عليها في القانون وبهذا تكون المدة القصوى لرفع الدعوى خمسة وأربعين يوماً من تاريخ الإنذار.

وإذا مرت الثلاثون يوماً في إعلان الرغبة ووجود الإنذار أو انتهت الأشهر الستة عند عدمهما فلم يرفع الشفيع الدعوى ولم يودع نصف الثمن سقط حقه. ومن هذا نرى أن النص على سقوط الشفعة مقيد على التراخي بمضي إحدى المديتين، وفي هذا خلاف الشريعة التي أجازت القضاء بالشفعة قبل دفع الثمن (بدائع الصنائع - جزء ٥ - ص ٢٤)^(٤).

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٤٤ وما بعدها.

(٢) الدكتور محمد لبيب شنب - فقرة ١٠٩.

(٣) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد علي عمران - المرجع السابق - ص ١٣٦ وما بعدها.

(٤) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٤٢ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- متى أعلن الشفيع رغبته رسمياً إلى كل من البائع والمشتري ولو كان قبل إنذاره من أيهما، فإن هذا الإعلان ينتج جميع آثاره القانونية فيسرى من تاريخه ميعاد الثلاثين يوماً التي أوجب القانون أن يتم في خلاله إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به ورفع دعوى الشفعة وقيدها بالجدول وإلا سقط حق الأخذ بالشفعة، وذلك لأن المشرع قد نص في المادة ٢/٩٤٢ وفي المادة ٩٤٣ من القانون المدني على سريان ميعاد الثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة الواردة ذكره في المادة ١/٩٤٢ مدني ولم يعلق سريانه على إنقضاء ميعاد الخمسة عشر يوماً الواردة في المادة ٩٤ مدني، وكل ما اشترطه القانون في هذا الإعلان هو أن يكون رسمياً وأن يوجه من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري ولم يستلزم فيه أن يكون حاصلًا بعد الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - مدني - ص ١٥٩٤)

٢- أوجب الشارع في المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع خلال الميعاد الذي حدده خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ورتب على عدم إتمام الإيداع على هذا النحو سقوط حق الأخذ بالشفعة، وقد دل بذلك على أن دفع كامل الثمن الحقيقي في الميعاد بالكيفية التي حددها - هو شرط أساسي لقبول دعوى الشفعة مما يخول للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إن هو أخل بما أوجبه عليه الشارع في خصوص إيداع الثمن، ويجوز لمحكمة النقض أن تثير ذلك في الطعن بإعتباره مسألة تتعلق بالنظام العام متى كانت واردة على ما رفع عنه الطعن وكانت جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها قد توافرت لدى محكمة الموضوع. ومن المقرر أن إيداع الثمن بإعتباره إجراء من إجراءات دعوى الشفعة يتعين إتخاذها أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظرها، وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة. وإذا كان المطعون ضده قد أودع الثمن خزانة المحكمة الجزئية دون المحكمة الابتدائية الواقع بدائرتها العقار المشفوع فيه والتي أحييت إليها الدعوى لنظرها باتفاق الخصوم بإعتبارها المحكمة المختصة بنظرها وقد دفع الطاعنان أمامها بسقوط حق المطعون ضده في الأخذ بالشفعة لعدم إيداع الثمن خزانتها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بأحقيته في الأخذ بالشفعة مقابل الثمن المودع خزانة المحكمة الجزئية يكون قد خالف القانون وأخطأ في تأويله وتفسيره.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ - المرجع السابق - السنة ٢٩ - ص ١٥٩٥)

(ونقض - جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص ١٧٩٤)

٣- توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدني على الشفيع إيداع كامل الثمن الذي حصل به البيع ضمناً لجدية طلب الشفعة، وجعل الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وأغفلت محلات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء بإيداع الثمن

الحقيقي فحسب، ولم يرد تكليف في بيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق)

(ونقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ - الطعن ٥٥٨ لسنة ٤٨ق)

٤- إذ أوجب الشارع في المادة ٩٤٢/٢ من القانون المدني على الشفيع أن يودع في خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وإذ رتب على عدم إتمام الإيداع في الميعاد المذكور على الوجه المتقدم سقوط حق الأخذ بالشفعة فقد دل على أن إيداع كامل الثمن الحقيقي في ذلك الميعاد هو شرط لقبول دعوى الشفعة، فلا يملك البائع إعفاء الشفيع من شرط أوجبه القانون، لأنه فضلاً عن أن هذا الإعفاء مخالف لصريح النص، فإن الشرط المذكور لم يتقرر لمصلحة البائع وحده وإنما وضع لمصلحة من يكون له الحق في الثمن المودع كله أو بعضها عندما يثبت حق الشفعة بحكم نهائي، سواء أكان صاحب هذا الحق هو المشتري الذي عجل كل الثمن أو بعضه للبائع، أم هو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه.

(نقض - جلسة ٩٧٦/١/٢٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٧ - مدني - ص ٣٤٧)

٥- إذا كانت المادة ٩٤٢ من القانون المدني توجب على الشفيع إيداع كامل الثمن ضمناً لجدية طلب الشفعة وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة، مما يدل على أن الشارع قد تعمد في القانون الجديد - خلافاً لقانون الشفعة القديم - إغفال ملحقات الثمن فيما يجب إيداعه اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التي لم يرد بها تكليف في القانون، فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على ما يثيرها الطاعنان بسبب النعي بسقوط حق المطعون عليه الأول في الأخذ بالشفعة لعدم اشتغال صحيفة الدعوى على استعداد لدفع الملحقات لا يعيبه بالقصور.

(نقض - جلسة ١٩٧٨٤/٣/١٤ - المرجع السابق - السنة ٢٥ - ص)

٦- لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - هو ضمان الجدية في طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمني معين بين الإيداع ورفع الدعوى وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيداً لا يحتمله نص المادة ٩٤٢/٢ مدني.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٢٢٧)

٧- إن كل ما تشترطه المادة ٩٤٢ مدني في إعلان الرغبة أن يكون رسمياً ولم تستلزم حصوله بورقة مستقلة سابقة على إعلان صحيفة الدعوى، ومن ثم فلا على

الشفيع إن أعلن رغبته في ذات إعلان الصحيفة ما دام قد تم في الميعاد واستكمل جميع مقومات إعلان الرغبة.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠ - المرجع السابق - السنة ١ - ص ١٢٢٧)

٨- إذا كان طالب الشفعة لم يودع كل الثمن طبقاً لما توجبه المادة ٩٤٢ من القانون المدني بعد أن علم به علماً يتعين من عقد البيع الذي قدمته المشتريّة، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه في الأخذ بالشفعة لعدم إيداعه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع وذلك تطبيقاً لنص المادة ١٩٤٢/٢ مدني يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً، لأنه إذا صح لطالب الشفعة أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذي حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة، فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشتريّة الثابت به الثمن الذي حصل كما لا يعفى طالب الشفعة من إيداع هذا النص كونه طعن عليه بالصورية لأنه في هذه الحالة يكون مجازفاً فيحتمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق في إثبات هذه الصورية.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٥/١ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٧٠٦)

٩- لما كان تنص المادة ٩٤٢/٢ مدني صريحاً في أن ما يجب إيداعه هو كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع، فإن اشتراط إيداع الثمن المسمى في العقد ولو كان صورياً قيد لا يحتمله النص.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٤/١ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٠٠٦)

١٠- نصت المادة ٩٤٢/٢ من القانون المدني على أنه يجب خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أن يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار كامل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة أن يكون هذا الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على هذا الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة، وإيداع الثمن خزانة المحكمة في خلال الموعد الذي حددته المادة السابقة هو إجراء من إجراءات دعوى الشفعة بما يوجب حصوله أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظر دعوى الشفعة بما يوجب حصوله أمام المحكمة المختصة قانوناً بنظر الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/١/١٨ - الطعن ٥٤٥ لسنة ٥١ق)

١١- وجوب إيداع الشفيع كامل الثمن الحقيقي للمبيع (م ٩٤٢ مدني)، جزاء مخالفة ذلك سقوط الحق في الأخذ بالشفعة. عدم ورود تكليف في القانون ببيان المصروفات الرسمية بإعلان الرغبة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق)

١٢- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ورقة من أوراق المحضرين الكتابة فيها شرط للاعتراف بوجودها، أثره: عدم جواز استكمال النقص في بياناتها بدليل غير مستمد منها، عدم اعتداد الحكم بإقرار البائع بإعلان الشفيع له بالرغبة في تاريخ معين، لا خطأ.

ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة، بدء سريانه من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، إعلان أحدهما قبل الآخر - العبرة بالإعلان الأخير.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١/٢٦ - الطعن ٤١٨ لسنة ٤٤٨ق)

١٣- علم الشفيع بحصول البيع، ثبوته بالإنداز الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، إحتساب ميعاد سقوط حق الشفعة من تاريخ الإنداز.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/٥ - الطعن ١٠٩ لسنة ٤٤٩ق)

١٤- ميعاد إبداء الرغبة في الأخذ بالشفعة، بدؤه من تاريخ إنداز الشفيع رسمياً من البائع أو المشتري بالبيع ما لم يسجل عقد البيع - جواز إبداء الشفيع رغبته قبل ذلك.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١/١٢ - الطعن ٧٨١، ٩٥٨ لسنة ٤٤٩ق)

١٥- بينت المادة ٩٤٦ من القانون المدني ما يحق للمشتري اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذي يجريه المشتري في العقار المشفوع به، والمادة ٩٤٢ مدني حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به، ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة: "كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع" لا تتسع لأن يكون المستحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس هو مما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا يبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون وإعمال للجزاء في غير النطاق الذي حدده.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣١ - مدني ص ١٦٦٣)

١٦- وجوب إيداع الشفيع كامل الثمن الحقيقي، لا محل لإيداع ملحقات الثمن.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ - الطعن ١٥٥٨ لسنة ٤٤٨ق)

١٧- إيداع الثمن قيد على حق الشفعة، وجوب إعمال في أضيق الحدود، ملحقات الثمن لا يمتد لها هذا القيد.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١/٨ - الطعن ٤٥٢ لسنة ٤٤٧ق)

١٨- الشفعة، لا تضامن بين الشفعاء فيها، عدم أحقية الطاعة في الأخذ بالشفعة في الأخذ بالشفعة، مؤداه: ليس لها أن تطالبه بالتضامن مع آخرين.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٢ - الطعن ٢٥٦ لسنة ٤٤٨ق)

١٩- الشفيع - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر، فمتى كان البيع قد أشهر فلا جناح على الشفيع إن هو رفع دعواه بالشفعة على البائع الظاهر فيه.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٧ - مدني ص ١٥٣٠)

(ونقض - جلسة ١٩٦٥/١٢/٣٠ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ١٣٨٤)

٢٠- لما كان هدف المشرع من شرط إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة - على ما جرى به قضاء النقض - هو ضمن الجدية في طلب الشفعة دون تحديد فاصل زمني معين بين الإيداع ورفع الدعوى، وإذ يتحقق هذا الهدف بأسبقية الإيداع أو القبلية على رفع الدعوى، فإن اشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق يعد قيد آخر لا يحتمله نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني.

(نقض - جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨ - المرجع السابق - السنة ١٧ ص ١٥٣٠)

٢١- إيداع الشفع الثمن، وجوب حصوله خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان لطلب الأخذ بالشفعة وقبل رفع الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ - الطعنان ٥٥٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق)

٢٢- تضمن نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني شرطين: أولهما - أن يودع الشفع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ إعلان الرغبة. والثاني - أن يكون هذا الإيداع سابقاً على رفع الدعوى. وقد هدف المشرع من حصول هذا الإيداع قبل رفع الدعوى إلى ضمان الجدية في طلب الشفعة ولم يحدد فاصلاً زمنياً معيناً بين الإيداع ورفع الدعوى. فاشتراط حصول الإيداع في اليوم السابق هو قيد آخر لا يحتمله النص ولا يتفق مع فكرة التيسير في الميعاد التي أخذ بها الشارع. أما التحدي بالمادة ٢٠ مرافعات قديم (المقابلة للمادة ١٥ من قانون المرافعات الحالي) فمردود بأن القانون قد شرط ميعادين أحدهما محدد بالأيام له بداية ونهاية والثاني غير محدد بالأيام وإنما بفاصل زمني غير محدد وهو مجرد الأسبقية أو القبلية على رفع الدعوى مما لا محل معه لإعمال أحكام تلك المادة.

(نقض - جلسة ١٩٦١/١٠/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٢ - مدني - ص ٦١٩)

٢٣- إذا كان إعلان دعوى الشفعة لم يتم بسبب تواطؤ المشتري والبائع لإخفاء موطن هذا الأخير، فإن مثل هذا التواطؤ لا يشفي إعتباراً على ورقة ردت دون إعلان ولم يكن من شأنه أن يحول دون إتخاذ الشفع الإجراء القانوني الذي يؤدي إلى تمام إعلانته خلال المدة الباقية لرفع دعوى الشفعة بتسليم صورة الورقة إلى النيابة.

(نقض - جلسة ١٩٦٥/١١/٩ - المرجع السابق - السنة ١٦ - ص ٩٩٧)

٢٤- المادة ٩٤٢ من القانون المدني توجب على الشفع إيداع كامل الثمن ضمناً لجدية طلب الشفعة، وجعلت الجزاء على مخالفة ذلك هو سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بما يدل على أن الشارع قد تعمد في القانون المدني القائم - خلافاً لقانون الشفعة القديم - إغفال ملحقات الثمن مما يجب إيداعه، اكتفاء منه بتقييد حق الشفعة بإيداع الثمن الحقيقي فحسب، مما يتعين معه إعمال هذا القيد في أضيق الحدود دون أن ينسحب إلى ملحقات الثمن التي لم يرد بها تكليف في القانون.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - المرجع السابق - السنة ٣١ - ص ١٦٥٧)

٢٥- إن كل ما يترتب على عدم قيد إعلان الرغبة في الشفعة هو تعرض الشفيع لخطر تصرف المشتري في العقار للغير، ويكون هذا التصرف حجة على الشفيع (م ٩٥١ مدني ليبي) (١).

شفعة " إيداع الثمن " " سقوط الحق في الشفعة " " دعوى الشفعة " نقض. محكمة الموضوع.

٢٦- وجوب إيداع الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع في الميعاد خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه. م ٩٤٢ مدني. شرط لقبول دعوى الشفعة. أثر مخالفة ذلك. لمحكمة الموضوع القضاء من تلقاء نفسها بعدم قبولها. لمحكمة النقض إثارة ذلك بإعتباره مسألة متعلقة بالنظام العام. شرطه. إيداع الثمن الحقيقي. وجوب إتخاذها أمام المحكمة المختصة وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

(الطعن ١١٨٥ لسنة ٥٤ق - جلسة ١٩٩٠/٥/٢ س ٤١ ص ٣٩)

٢٧- يجب على الشفيع إيداع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة.

إيداع الشفيع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه. وجب أن يتم بخزينة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة. حصول الإيداع بخزينة المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر الدعوى. أثره. سقوط الحق في الأخذ بالشفعة. المادتان ٩٤٢، ٩٤٣ من القانون المدني.

(الطعن ١٨٣٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١١/٧ س ٤١ ص ٦١٢)

٢٨- إلزام الشفيع في حالة توالى البيوع بإستعمال حقه ضد المشتري الثاني وبالشروط التي إشتري بها. شرطه. وقوع البيع الأخير قبل تسجيل إعلان الرغبة ولو لم يكن مسجلاً أو ثابت التاريخ. الوقت المعول عليه لعدم الإحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان. علة ذلك. المواد ٩٣٨، ٩٤٢، ٩٤٧ مدني.

(الطعن ٢٥٥٤ لسنة ٥٦ق - جلسة ١٩٩١/٤/٢٨ س ٤٢ ص ٩٨١)

٢٩- إيداع كامل الثمن في الميعاد وعلى الوجه المبين في المادة ٩٤٢ مدني. شرط لقبول دعوى الشفعة. تخلف هذا الشرط في الدعوى المقامة من الشفيع. تداركه وإعلان الشفيع رغبته في أخذ أرض النزاع بالشفعة بصحيفة دعوى أخرى. شرطه.

(الطعن ١٧٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/١/١٤ س ٤٢ ص ٤٤٦)

٣٠- إلزام الشفيع بدفع الثمن الحقيقي الذي حصل الإتفاق عليه قبل هذا الثمن عن القيمة الحقيقية أو زاد عليها. إعتبار الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي ما لم يثبت الشفيع صوريته.

المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الثمن الواجب على الشفيع دفعه مقابل أخذه العين المباعة بالشفعة فيما عدا الملحقات القانونية هو الثمن الحقيقي الذي

(١) المحكمة العليا في ليبيا - جلسة ١٩٧١/٣/٢ - مجلة أحكام المحكمة العليا - السنة ٧ - العدد ٤ - ص ٧٥.

حصل الإتفاق عليه بين البائع والمشتري قبل هذا الثمن عن قيمة العين الحقيقية وقت البيع أو زاد عليها ويعتبر الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي حتى يثبت الشفيع صورته.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س ٤٧ ص ١٢٢٤)

٣١ - الثمن الحقيقي. إستقلال محكمة الموضوع بإستخلاصه متى كان سائغاً. إعتداد الحكم المطعون فيه في تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع إستناداً إلى حركة السعر السائد وقتذاك. عيب. إستخلاص الثمن الحقيقي وإن كان من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة إلا أن إعتداد الحكم في تحديد الثمن الذى تمت به الصفقة بتقدير الخبير لقيمة العقار المشفوع فيه وقت البيع إستناداً على حركة السعر السائدة وقتذاك وإقامته قضاءه على هذا الأساس وحده يصمه بالعيب.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س ٤٧ ص ١٢٢٤)

٣٢ - إلتفات الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وأخذه بتقرير الخبير الذى بنى على إعتبرات تتعلق بقيمة العين المشفوع فيها وقت البيع دون الثمن الحقيقي المنفق عليه. خطأ في القانون وإخلال بحق الدفاع.

لما كانت محكمة الموضوع قد عهدت إلى الخبير المنتدب بحث النزاع وبيان الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها وقت البيع والذى خلص في تقريره إلى أن سعر الأرض مقداراه.... مراعيًا في ذلك تربة الأرض وصقعها ومجاورتها لمبانى بعضها حديث وبعضها قديم وجميع العناصر المؤثرة في الأسعار وتلك السائدة في منطقة عقار النزاع بما مؤداه أن هذا التقدير بنى على إعتبرات متعلقة بالقيمة التى كانت تساويها الأرض المشفوع فيها وقت البيع ولا علاقة لها بالثمن الحقيقي الذى إتفق عليه الطاعن مع المطعون ضده الأول، وإذا إلتفت الحكم المطعون فيه عن طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها فإنه يكون فضلاً عن مخالفته القانون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع.

(الطعن ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٠ س ٤٧ ص ١٢٢٤)

٣٣ - عدم إنذار الشفيع بالبيع. أثره. جواز إيداعه الثمن الذى يعتقده أنه مقابل البيع على أن يكمله عندما يتحقق من الثمن الحقيقي فيصح الإيداع. تخلف الشفيع عن إيداع الفرق بين الثمن الحقيقي الذى قدره الخبير والمبلغ الذى كان قد أودعه على أنه الثمن الذى علم أن البيع حصل به. أثره. سقوط حقه في الأخذ بالشفعة.

(الطعن ١٠٢٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٩ س ٤٤ ص ٢٨٢)

٣٤ - صورية الثمن المسمى في عقد البيع المشفوع فيه. للشفيع الأخذ بالعقد الظاهر وعدم التزامه إلا بدفع الثمن المذكور فيه. شرطه. أن يكون حسن النية غير عالم بهذه الصورية وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة. عيب إثبات علم الشفيع بالصورية وقوعه على عاتق المشفوع ضده. إثبات الأخير سوء نية الشفيع وعلمه بالصورية وبالثمن الحقيقي من قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة. إعتبرار الإيداع

ناقصاً. م ٢/٩٤٢ مدني. أثره. سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. عدم إثبات المشفوع ضده ذلك. للشفيع الأخذ بالشفعة لقاء الثمن المبين في العقد. إعتبره إجراء الإيداع صحيح قانوناً.

(الطعن ٥٧٣٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠٠/١/١٢ لم ينشر بعد)

٣٥ - وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعي الطاعن بالسبب الثاني منهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول إنه دفع أمام محكمة الموضوع بسقوط حق المطعون ضده الأول في الأخذ بالشفعة لإيداعه الثمن خزانة محكمة دسوق الجزئية دون خزانة محكمة كفر الشيخ الابتدائية المختصة بنظر الدعوى، وإذ رفضت المحكمة ذلك الدفع على سند من أن الثمن أودع خزانة المحكمة المختصة، فإن حكمها يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي غير صحيح، ذلك أن الثابت في الأوراق أن المطعون ضده الأول أودع ثمن المبيع خزانة محكمة دسوق الكلية الكائن بدائرتها العقار المشفوع فيه المختصة بنظر دعوى الشفعة إعمالاً لحكم المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بذلك الإيداع، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً ويكون النعي بهذا السبب على غير أساس.

(الطعن ٢٢٦٩ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠١/١/٢٠ لم ينشر بعد)

٣٦ - خلو المواد المنظمة لحق الشفعة في القانون المدني وقانون المرافعات من اشتراط إيداع الشفيع للثمن في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار والمختصة في ذات الوقت قيمياً بنظر دعوى الشفعة وورود لفظ المحكمة عاماً دون تخصيص في المادة ٢/٧٤٢ مدني. مؤداه. تحقق غرض المشرع من توافر جدية الشفيع بإيداع الثمن أياً من خزانتي المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع في دائرتها العقار. أثره. عدم قبول أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الجزئية الأقرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيمياً بنظر الدعوى سبباً في سقوط الحق في الشفعة. علة ذلك.

(الطعن رقم ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ ق "هيئة عامة" - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨)

٣٧ - إيداع ثمن العقار المشفوع فيه. شرطه. أن يكون في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها. م ٢/٩٤٢ مدني. ورود لفظ المحكمة عاماً يصدق على المحكمة الجزئية والمحكمة الابتدائية باعتبار أن النطاق المكاني للمحكمتين واحد وأن المحكمة الجزئية جزء منه. مؤداه. إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداعه خزنة المحكمة الواقع في دائرتها العقار. عدم زوال أثره لقضاء المحكمة الجزئية بعدم إختصاصها قيمياً بنظر الدعوى وبقاء الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط. إلزام الحكم المطعون فيه هذا النظر. صحيح.

(الطعن رقم ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ ق "هيئة عامة" - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨)

٣٨ - وجوب إيداع الشفيع الثمن الحقيقي الحاصل به البيع قبل رفع دعوى الشفعة وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بخزانة المحكمة الكائن

في دائرتها العقار المشفوع فيه. الغاية منه. قعوده عن ذلك. أثره. سقوط الحق في الشفعة. م ٢/٩٤٢ مدني.

(الطعن رقم ٥٠٨٥، ٥٧٨٩ لسنة ٧٢ ق "هيئة عامة" - جلسة ٢٠٠٥/٥/١٨)

٣٩- إيداع الثمن الحقيقي في دعوى الشفعة. م ٢/٩٤٢ مدني. عدم جواز قصره على الإيداع النقدي وجوازه بشيك مصرفي. علة ذلك. الشيك المصرفي. ماهيته. شيك يسحب البنك على نفسه بطلب عميله خصماً من حسابه لدى البنك لصالح المستفيد. إستيفاءه شرائطه القانونية. أثره. إنتقال ملكية مقابل الوفاء لذمة المستفيد المالية بمجرد إصداره وتسليمه.

(الطعن رقم ١٠١٦٢ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٥/٨/٣٠)

٤٠- إيداع الطاعنين شيكاً مصرفياً بكامل الثمن المسمى بعقد بيع العقار خزانة المحكمة قبل رفع دعوى الشفعة وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ إيداع رغبتهم في الأخذ بها. قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حقهم في الشفعة بقاله إيداع الثمن بشيك مصرفي. خطأ ومخالفة للقانون.

(الطعن رقم ١٠١٦٢ لسنة ٦٤ ق - جلسة ٢٠٠٥/٨/٣٠)

٤١- المقرر - وعلى ما انتهت إليه الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية بهذه المحكمة - أن مفاد نص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانتها إلا أن يكون العقار واقع في دائرتها، وإذ كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار قد جاء عاماً يصدق على المحكمة الجزئية جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية، وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يرقم الدليل على تخصصه وجب حمله على عمومها، ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضاً مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع، وإذ تم هذا الإجراء صحيحاً على هذا النحو فلن يزول أثره لقضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية بعدم اختصاص المحكمة الجزئية قيمياً بنظر الدعوى، ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن رقم ٣٩٤٠ - لسنة ٦٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٠١٠/٥/١٢)

مادة (٩٤٣)

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وتقيّد بالجدول. ويكون كل ذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة السابقة والا سقط الحق فيها، ويحكم في الدعوى على وجه السرعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالإقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٤٨ لیبی و ١١٣٩ و ٧٥٥ سودانی و ٢٤٧ لبنانی.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١٣٩١ توافق المادتين ١٥ و ١٦ من قانون الشفعة الحالي، مع ملاحظة أن رفع دعوى الشفعة لا يكفي وحده، بل يجب أيضاً قيد الدعوى في الجدول في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، حتى لا يتباطأ الشفيع في الإجراءات دون مبرر وهذا حكم أضيف إلى النصوص التي أقرتها اللجنة^(١). وفي هذا الصدد تقضى الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون المرافعات الأخير رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (الساري) بأن:

"ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ما لم ينص القانون على غير ذلك..." ووفقاً لهذا النص تعتبر الدعوى مرفوعة ومقيدها من تاريخ إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة المختصة، خلافاً لما كان عليه العمل في ظل قانون المرافعات القديم والذي كان سارياً وقت العمل بأحكام الشفعة في القانون المدني الحالي (رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤)، والذي كان يفرق بين إجراء رفع الدعوى وإجراء قيدها، وهي الأحكام التي أشارت إليها مذكرة المشروع التمهيدى (الأعمال التحضيرية للقانون المدني).

ومن ثم فإن أحكام المادة ٦٣ مرافعات جديد هي الواجب الاتباع في شأن رفع دعوى الشفعة وقيدها.

أما انعقاد الخصومة، فشرطه، إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً، بحيث يترتب على تخلفه زوال الخصومة كأثر المطالبة القضائية.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/١٢/١١ - الطعن ٤٧٤ لسنة ٤٢٣ق)

ولذلك قضى باعتبار الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة (م ٦٣ مرافعات جديد)، سريان ذلك على دعوى الشفعة، لا محل لإعمال أحكام قانون المرافعات السابق الساري وقت صدور القانون المدني.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٢٧.

رأى الفقه:

١- المدعى فى دعوى الشفعة هو الشفيع، والشفعة عمل من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، ولذا يشترط فى الشفيع أن يكون أهلاً للتصرف أى بالغاً سن الرشد غير محجور عليه جاز له وحده أن يرفع دعوى الشفعة، وله أن يوكل فى رفعها غيره بشرط أن تكون الوكالة وكالة خاصة، فالوكالة العامة لا تكفى لأنها تقتصر على أعمال الإدارة دون أعمال التصرف أما إذا كان الشفيع قاصراً أو محجوراً عليه، فوليه أو وصيه هو الذى يرفع دعوى الشفعة طبقاً لقانون الولاية على المال.

والمدعى عليه فى دعوى الشفعة هو كل من المشتري والبائع معاً فلا يكفى أن ترفع الدعوى على أيهما. والسبب فى ذلك أن ثبوت الحق فى الشفعة يترتب عليه أن يحل الشفيع محل المشتري فى مواجهة البائع، فأثر الشفعة إذن يمتد إلى كل من المشتري والبائع، وإليهما يوجه إعلان الرغبة فى الشفعة، وعليهما ترفع الدعوى بطلب الشفعة فى الميعاد القانونى. فإذا رفع الشفيع الدعوى على بعض بائعى العقار فى الميعاد القانونى وهو لا يعلم بوجود غيرهم، جاز له رفع الدعوى على البائعين الآخرين بمجرد علمه بهم ولو كان ذلك بعد إنقضاء الميعاد القانونى. وعلى كل حال يجب على الشفيع أن يختصم جميع البائعين وجميع المشتريين الذين وردت أسماؤهم فى الإنذار الرسمى الموجه إليه بوقوع البيع حتى ولو كانت عقود بعض المشتريين صورية بقصد التحايل على منع الشفعة.

وقد حسم المشرع الخلاف حول طبيعة دعوى الشفعة وحول تعيين المحكمة المختصة بنظرها فجعلها دعوى عينية عقارية حيث يطالب الشفيع بملكية عقار بسبب أسباب كسب الملكية وهو الشفعة، وعقد الاختصاص بها لمحكمة العقار، وذلك من حيث الاختصاص المحلى.

أما بالنسبة للاختصاص النوعى بنظر دعوى الشفعة، فقد تكون المحكمة المختصة نوعياً هى المحكمة الكلية وقد تكون المحكمة الجزئية حسب قيمة الثمن الوارد بعقد البيع، فإذا لم يزد الثمن على خمسمائة جنيه كانت المحكمة الجزئية هى المختصة بنظر دعوى الشفعة ويكون حكمها انتهائياً إذا لم تجاوز قيمة الدعوى خمسين جنيهاً (م ٤٢ مرافعات جديد المعدلة بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٨٠). أما إذا تجاوز ثمن العقار المشفوع فيه خمسمائة جنيه، كان الاختصاص بنظر دعوى الشفعة منعقداً للمحكمة الابتدائية^(١).

٢- إذا لم يسلم المشتري للشفيع بحقه فى الأخذ بالشفعة، وجب على الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري معاً خلال ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الرغبة أى من التاريخ الذى يتم فيه إعلان كل من البائع والمشتري بالرغبة، ومعنى وجوب رفع الدعوى فى هذا الميعاد أن يتم إعلان البائع والمشتري كليهما بصحيفة الدعوى قبل فوات هذا الميعاد، وكما يجب رفع الدعوى على البائع والمشتري

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٦٦٩ وما بعدها.

معاً يجب اختصاصها في كافة مراحل التقاضي. وبرغم من أن المادة ٩٤٣ مدني لم تنص على زيادة ميعاد مسافة، إلا أن الفقه الغالب يرى إضافة ميعاد مسافة إلى الثلاثين يوماً، لأن سكوت المشرع لا يدل - وفقاً للأصول العامة في التفسير - على قصد الخروج على القاعدة في المرافعات التي تقضي بأن يزداد ميعاد مسافة على كل ميعاد معين في القانون للحضور أو لمباشرة إجراء فيه (ومن أصحاب الرأي القائل بميعاد ميعاد مسافة برغم عدم النص عليه في المادة ٩٤٣ مدني: الأساتذة الدكاترة: محمد علي عرفه - جزء ٢ ص ٥١٦، وعبد المنعم فرج الصده - ص ٤٨٦، ومنصور مصطفى منصور - ص ٣٥١ - أما أنصار مسابقة صراحة النص في عدم إضافة ميعاد مسافة فهم الأساتذة الدكاترة: محمد كامل مرسى - جزء ٣ - ص ٤٤٢، وشفيق شحاته - ص ٢٨٤).

أما ما ورد بالنص المذكور على أن يحكم في الدعوى على وجه السرعة فالمقصود به مجرد حث المحكمة على سرعة الفصل في الدعوى^(١).

٣- دعوى الشفعة - وفقاً لنص المادة ٩٤٣ مدني - يجب أن ترفع خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ طلب الشفعة أي من تاريخ تمام إعلان الرغبة، فإن لم ترفع الدعوى في هذا الميعاد سقط الحق في الشفعة، الميعاد يبدأ من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر، فالعبرة بالإعلان الأخير (نقض - جلسة ١٣/٥/١٩٥٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٥ - مدني - ص ٨٦٧).

ولم يكتف القانون بوجوب رفع الدعوى في الميعاد السابق، بل أوجب أيضاً قيدها في هذا الميعاد، ووفقاً لقانون المرافعات الجديد يتم رفع الدعوى وقيدها في نفس اليوم (م ٦٧ مرافعات) وميعاد رفع الدعوى - كما هو معروف - ميعاد حتمي يترتب على فواته سقوط الحق - ولذلك فهو لا يقبل وقفاً ولا انقطاعاً.

ولما كان طلب الشفعة هو من أعمال التصرف كالشراء، وجب أن تتوافر في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان عديم الأهلية أو ناقصاً وجب على الوصي أو القيم استئذان المحكمة، ولا تكفي الوكالة العامة بل لابد من وكالة خاصة، ولأن الشفعة رخصة لم يكن للدائنين استعمالها نيابة عن المدين وباسمه بطريق الدعوى غير المباشرة، لأن الحق في الشفعة من الرخص الشخصية البحتة لا يجوز لدائني الشفيع رفعها بالطريق غير المباشر.

وبعد الحكم بالشفعة سيحل الشفيع محل المشتري قبل البائع في جميع حقوقه والتزاماته، فيتحول العقد من كونه بين البائع والمشتري إلى كونه بين البائع والشفيع. فالشفعة عملية قانونية تدور بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقي فيها، يتحتم اختصاصهم جميعاً في الدعوى، وكما جرى قضاء النقض يجب اختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضي، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، فيجب على الشفيع اختصاص المشتري والبائع في المرحلة الابتدائية والاستئنافية وأمام النقض^(٢).

(١) حق الملكية: للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٥٠ و ٣٥١.

(٢) حق الملكية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٣٩٧ وما بعدها.

٤- يجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة في ميعاد أقصاه ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فيجب على الشفيع إذن القيام بإجراءين في هذه المدة: إيداع الثمن، ورفع الدعوى وقيدھا. والخصوم في دعوى الشفعة هم: الشفيع، والمشتري، والبائع، ومن ثم فإنه يجب على الشفيع أن يختصم كلا من البائع والمشتري، وأن يرفع عليهما دعوى الشفعة في الميعاد الذي نص عليه القانون، لأن الشفيع يحل محل المشتري في علاقته بالبائع.

وترتفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها العقار المشفوع فيه ويتحدد اختصاص المحكمة نوعياً تبعاً لمقدار الثمن المذكور في عقد البيع فإذا زاد عن ٥٠٠ جنيه (الآن) كانت المحكمة الابتدائية هي المختصة، وإن قل عن ذلك كان الاختصاص النوعي معقوداً للمحكمة الجزئية. وسواء أكان الاختصاص النوعي معقوداً للمحكمة الابتدائية أو الجزئية، فإن الاختصاص المحلي (المكانى) يتحدد بالمحكمة التي يقع العقار في دائرتها (م ٩٤٣ مدنى).

وتعتبر الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة، ومن ثم فإنه يجب أن يتم الإيداع في خلال المدة التي حددها القانون (ثلاثين يوماً من وقت تمام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة)، وهذه المدة تعتبر مدة سقوط، لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع، ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة قاطع للتقدم، إذ أن مسائل الاختصاص كثيراً ما تكون معقدة، وليس هناك ما يوجب القول بسقوط الشفعة إذا رفع الشفيع دعوى أمام محكمة غير مختصة مكانياً أو نوعياً (نقض - جلسة ١٩٥٣/١١/٥ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٥ - مدنى - ص ١٤١).

ويذهب الدكتور محمد عمران إلى أن هذه المدة ولو أنها مدة سقوط إلا أنها تقبل الوقف إذا استحال على الشفيع بسبب قوة القاهرة بالمعنى الدقيق لها أن يرفع الدعوى في خلال المدة التي نص عليها القانون وتظل المدة موقوفة ما بقى المانع قائماً^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- شرط إمكان القول باستقامة دعوى الشفعة بتدخل المشتري الثانى الذى كان يجب إدخاله فيها أن يكون هذا التدخل قد حصل قبل الميعاد المقرر فى المادة ٩٤٣ مدنى، لرفع الدعوى.

(جلسة ١٩٧٣/١١/١٣ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٤ - مدنى - ص ١٠٧٠)

٢- يشترط لقبول الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه أهلاً للتقاضى، إلا باسرها من يقوم مقامهما. وإذا كان الثابت من عقدى البيع المسجلين أن الأب اشترى بصفته ولياً طبيعياً على أولاده القصر حصتهم فى الأعيان المبيعة بالعقدين المذكورين، وأن والدتهم دفعت ثمنها من مالها الخاص تبرعاً منها لهم، فإن قيام الشفيع بتوجيه دعوى الشفعة إليها دون والدهم الذى له الولاية عليهم يجعل الدعوى غير مقبولة بالنسبة لهم. ولا يجدى الحكم المطعون فيه استناده إلى المادة ١٩٥ مدنى

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد عمران - المرجع السابق - ص ١٤٢ وما بعدها.

والقول بأن والددة القصر كانت فضولية تعمل لصالحهم، إذ فضلاً عن قيامها بدفع الثمن عنهم لم يكن أمراً عاجلاً ضرورياً، فإن ذلك لا يخولها حق تمثيلهم في التقاضي.
إن دعوى الشفعة من الدعاوى التي يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها وهم البائع والمشتري وإن تعددوا، ومن ثم فمتى كانت الدعوى غير مقبولة بالنسبة لبعض المشتريين فإنها تكون غير مقبولة بالنسبة للباقيين.

(نقض - جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩ - المرجع السابق - ص ١١٨٩)

٣- مفاد نص المادتين ٩٤٢ و ٩٤٣ مدني أنه يتعين رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار وقيدها بالجدول، وذلك في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، وميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري يبدأ سريانه من تمام إعلان كليهما بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإن أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١١٨٤)

٤- إنه وإن كان الطاعنون قد وصفوا تدخلهم أمام محكمة أول درجة بأنه انضمامي ولم يطلبوا صراحة الحكم لأنفسهم بحق ذاتي، إلا أنه لما كان تدخله مبنياً على ادعائهم شراء العقار - محل طلب الشفعة - ولهذا فقد دفعوا بسقوط حق المطعون عليه الأول - طالب الشفعة - لعدم إنذارهم برغبته في أخذ العقار المذكور بالشفعة ولعدم اختصاصهم في الدعوى، ومن ثم فإن تدخلهم على أساس من هذا الادعاء يكون في حقيقته وبحسب مرماءه تدخلاً هجومياً لأن الفصل في موضوع هذا التدخل يقتضى بحث ما إذا كان عقدهم سابقاً أو لاحقاً على التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة وفقاً لما تقضى المادة ٩٤٧ مدني - وإذا انتهى الحكم المستأنف إلى أن عقد الطاعنين لاحق على هذا التسجيل وخلص إلى أنه لا يسرى في حق المطعون عليه الأول، فإن هذا القضاء يكون حكماً عليهم في شأن ما يدعونه من حقوق على العقار المذكور في مواجهة الخصوم في الدعوى. وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف المرفوع من الطاعنين تأسيساً على أن تدخلهم أمام محكمة أول درجة كان تدخلاً انضمامياً فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ - المرجع السابق - السنة ٢٨ - ص ١٠٥٠)

٥- الخصومة في دعوى الشفعة لا تتعقد إلا باختصاص البائع والمشتري والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم في جميع مراحل التقاضي بما فيها الطعن بالنقض، ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة لأحدهم يستتبع بطلانه بالنسبة للباقيين.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٥/٢١ - المرجع السابق - السنة ٣٠ - ص ٤٩٣)

٦- لما كان الثابت من عقد البيع المشر به أنه يتضمن بيعين كل منهما مستقل عن الآخر تماماً، ففي حين باع المطعون عليها الثامن إلى الطاعن الأتيان المشفوع فيها، فقد باع له المطعون عليه التاسع أتياناً أخرى، ولما كانت المحكمة قد دانتته إلى أن الحكم بالشفعة في هذه الحالة ليس فيه تجزئة للشفعة، فإن الخصومة في دعوى الشفعة الراهنة تستقيم باختصاص الطاعن والمطعون عليه الثامن، ومن ثم لا يفيد الطاعن من

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو اعتبار المدعى تاركاً دعواه أو بسقوط الخصومة بالنسبة للمدعى عليه التاسع.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٦/٧ - المرجع السابق - ص ٥٧٨)

٧- عقد البيع الابتدائي يتولد عنه بمجرد تمامه حق الشفعة لكل من قام به بسبب من أسبابها، ومن واجب الشفيع في هذا العقد أن يراقب ما يطرأ على أطرافه من تغيير في الصفة أو الحالة ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذي أصبحوا عليه وقت اتخاذها.

تنص المادة ١١٥ مرافعات على أنه إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء صفة المدعى عليه قائم على أساس أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة، وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضاءه بسقوط الحق في الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقى المشتريات بأشخاصهن إلا بعد الميعاد مع سبق اختصام والدهن باعتباره ولياً عليهن في الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس.

تقدير قيام التحاليل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ - المرجع السابق - السنة ٣١ - ص ٤٨١)

٨- اعتبار دعوى الشفعة مرفوعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب (م ٦٣ مرافعات)، لا محل لإعمال قانون المرافعات السارى وقت صدور القانون المدنى، ذلك لأن القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادى لرفع الدعاوى. ولما كانت المادة ٩٤٣ مدى قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التى كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدنى أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها، إذ كان ذلك فإن دعوى الشفعة تكون مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفتها فلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالى المنطبق على واقعة الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - الطعن ٤٧٦ لسنة ٤٧ق)

٩- لا بد لقبول دعوى الشفعة أن تكون الشفعة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشتري والبائع، سواء أكان فى أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض، فإن رفعها أيهم فى أية مرحلة من مراحلها ولم يختصم الباقيين، تقضى المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٣ - الطعن رقم ١١٢ لسنة ٤٥ق)

١٠- عدم قبول دعوى الشفعة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الثلاثة، وعلى الشفيع مراقبة ما يطرأ على الخصوم من تغيير فى الصفة أو الحالة، ويجب تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة خلال الميعاد المحدد

لرفع دعوى الشفعة. دعوى الشفعة يجب إقامتها خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الشفيع رغبته (م ٩٤٢ و ٩٤٣ مدني) عدم تعليقه بدء الميعاد على انقضاء ميعاد إعلان الرغبة ودعوى الشفعة يجب اختصاص البائع والمشتري وإن تعددوا. عدم قبول الدعوى بالنسبة لبعض المشتريين يجعلها غير مقبولة بالنسبة للباقيين.

نقض - جلسة ١٩٨١/٢/١٧ - الطعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٧ق.

١١- طلب الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع، وجوب إدخال المشتري الثاني في الدعوى متى تم البيع له قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ولو ادعى الشفيع صورية عقده.

نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٧ - الطعن ١٢١ لسنة ٤٨ق

ونقض - جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ - الطعن ٣٧١ لسنة ٤٨ق.

١٢- عدم قبول دعوى الشفعة في جميع مراحلها إلا باختصاص الشفيع والمشتري ولو وقف أحدهم من الخصومة موقفاً سلبياً.

نقض - جلسة ١٩٨١/١/١٠ - الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٤٧ق.

١٣- ميعاد الثلاثين يوماً المقرر لرفع دعوى الشفعة يبدأ سريانه من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة، فإذا أعلن أحدهما قبل الآخر فالعبرة بالإعلان الأخير.

نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ - الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق.

١٤- رفع الطعن بالنقض قبل العمل بالقانون ٢١٨ لسنة ١٩٨٠، النعي بعدم إيداع الثمن قبل رفع الدعوى، عدم تقديم صورة رسمية من صحيفة وإيصال إيداع الثمن، نعي عار من الدليل.

نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن رقم ٧١٠ لسنة ٤٨ق.

١٥- الحكم بوقف الدعوى، مناطه، رفض طلب وقف دعوى الشفعة لحين الفصل في دعوى فسخ البيع، استناد الحكم في ذلك إلى جواز الشفعة في البيع المعلق على الشرط الصريح الفاسخ، لا خطأ.

نقض - جلسة ١٩٨١/١/١٢ - الطعن ٨٧٠ و ٩٥٢ لسنة ٤٩ق.

١٦- دعوى الشفعة، اعتبارها مرفوعة بإيداع صحيفة قلم الكتاب (م ٦٣ مرافعات)، لا محل لإعمال قانون المرافعات الساري وقت صدور القانون المدني، ذلك لأن القانون لم يستثن دعوى الشفعة من الطريق العادي لرفع الدعاوى ولما كانت المادة ٩٤٣ من القانون المدني قد اكتفت بالنص على رفع دعوى الشفعة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة دون أن تحيل صراحة إلى قواعد رفع الدعوى التي كان معمولاً بها وقت صدور القانون المدني أو ترسم طريقاً معيناً لرفعها - إذ كان ذلك فإن دعوى الشفعة تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة وفق قانون المرافعات الحالي المنطبق على واقعة الدعوى.

نقض - جلسة ١٩٨١/٦/١٦ - الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٤٧ق.

١٧- عدم قبول دعوى الشفعة في جميع مراحلها إلا باختصاص الشفيع والمشتري والبائع ولو وقف أحدهم من الخصومة موقفاً سلبياً.

نقض - جلسة ١٩٨١/٦/٣٠ - الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٤٧ق.

١٨- إيداع الثمن قيد على حق الشفعة، وجوب إعماله في أضيق الحدود، ملحقات الثمن لا يمتد لها هذا القيد.

نقض - جلسة ١٩٨١/١/٨ - الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٤٧ق.

١٩- عقد البيع غير المسجل، أثره، التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري الذي له حق الانتفاع به والبناء على سبيل البقاء والقرار. إحداث المشتري بناء على الأرض المباعة له، أثره، يقوم به سبب الشفعة عقد البيع الابتدائي، ثبوت الحق في الشفعة به لكل من قام به سبب من أسبابها. الخصوم في دعوى الشفعة: الشفيع، والبائع، والمشتري، عدم وجود اختصاص البائع للبائع.

نقض - جلسة ١٩٨١/٥/٥ - الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٩ق.

٢٠- رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة، أثره، قطع مدة سقوط الحق في الأخذ بالشفعة طالما أن الدعوى قائمة.

نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ - الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٦ق.

٢١- اعتبار الاستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان صحيفة الاستئناف خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكتاب (م ٧٠ و ٢٤٠ مرافعات)، لا يملك التمسك به إلا من شرع لمصلحته ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو في دعوى يوجب القانون اختصاص أشخاص معينين فيها كدعوى الشفعة.

نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ - الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٦ق.

٢٢- للشفيع الاستغناء عن إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة برفع دعوى الشفعة رأساً على كل من البائع والمشتري، شرط ذلك إعلان صحيفة الدعوى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار بعقد البيع.

نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/١٢ - الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٤٩ق.

٢٣- اعتبار الشفيع من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، إثبات البيع بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة.

نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/١٧ - الطعن رقم ١٧٦١ لسنة ٤٨ق.

٢٤- دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في المادة ٣٧ منه، البند الثاني من هذه المادة ينص على أن الدعاوى المتعلقة بملكية العقارات تقدر قيمتها بقيمة العقار، دعوى الشفعة تقدر بقيمة العقار.

نقض - جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٩ - الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٠ق.

٢٥- دعوى الشفعة، وجوب رفعها وقبدها، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ٩٤٣ مدني)، اعتبار الدعوى مرفوعة بإيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة (م ٦٣ مرافعات).

نقض - جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ - الطعن رقم ٥٥٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق.

٢٦- إن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشتري (مادة ٩٤٧ مدني ليبى)، ويجب اختصام الأطراف الثلاثة فى دعوى الشفعة وهم: الشفيع والمشتري والبائع يتحتم اختصام الأطراف الثلاثة فى جميع درجات التقاضى: أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام محكمة الاستئناف وأمام محكمة النقض على السواء، وأياً من يكون رافع الدعوى أو الاستئناف أو الطعن من بينهم، فإن رفعها أحدهم ولم يختصم صاحبيه فى أى مرحلة من تلك المراحل كانت الدعوى غير مقبولة.

(العليا الليبية - جلسة ١٩٦٤/٦/١٢ - الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٠ ق - المجلة - السنة ١ - عدد ١)

٢٧ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النص في المادة ٩٤٣ من القانون المدني على أن " ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار ... وإلا سقط الحق فيها " يدل على أنه لا بد لقبول دعوى الشفعة من إختصام الشفيع والبائع والمشتري في أول درجة أو في الإستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البائع أو المشتري، أما إذا رفعها أيهم في أية مرحلة من مراحلها تلك ولم يخاصم الآخرين قضت المحكمة ولو من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

(الطعن ١٣٢٠ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٩٠/١/١٤ لم ينشر بعد) (١)

٢٨ - دعوى الشفعة. وجوب إختصام البائعين والمشتريين والشفعاء جميعاً في كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض. بطلان الطعن بالنسبة لبعضهم. أثره. عدم قبول الطعن بالنسبة للباقيين القانون يوجب في دعوى الشفعة أن يختصم فيها البائعون والمشترون والشفعاء جميعاً في كافة مراحل التقاضى بما فيها الطعن بالنقض وأن بطلان الطعن بالنسبة إلى بعضهم يترتب عليه عدم قبولها بالنسبة للباقيين.

(الطعن ٢٠٤٥ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٥/٦/١٤ س ٤٦ ص ٨٦٩)

٢٩ - إذ كانت المواد المنظمة لحق الشفعة في القانون المدني لا يوجد فيها ولا في قانون المرافعات نص صريح يشترط أن يكون إيداع الشفيع للثمن في خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار والمختصة في ذات الوقت قيمياً بنظر دعوى الشفعة وإنما ورد بنص المادة ٢/٩٤٢ من القانون المدني لفظ المحكمة الكائن بدائرتها العقار عاماً يصدق على المحكمة الجزئية كما يصدق على المحكمة الكلية بمفهوم أن النطاق المكاني للمحكمتين واحد باعتبار أن النطاق المكاني للمحكمة الجزئية هو جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية لأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يرق الدلائل على تخصيصه وجب حمله على عمومها، لذلك إن إيداع الثمن أياً من خزانتي المحكمة الجزئية أو الكلية الواقع في دائرتها العقار يحقق ذات غرض المشرع من توافر جدية الشفيع وليس فيه ما ينال من توجه المشرع إلى تقييد الحق في الشفعة ومن ثم فلا يقبل أن يكون الإيداع في خزانة المحكمة الجزئية - التي قد تكون هي الأقرب للعقار من المحكمة الكلية المختصة قيمياً بنظر الدعوى - سبباً في سقوط حق الشفيع الذي ينبغي أن يتحقق إلا من خطأ يستأمله أو نص يوجبه، ويؤكد هذا النظر أن المشرع في قانون

(١) راجع في هذا قضاء النقض في المواد المدنية المرجع السابق ص ٢٠٧٧

المرافعات لم يرتب سقوط الحق في أية دعوى - بما فيها دعوى الشفعة - إذا ما رفعت إلى محكمة غير مختصة قيمياً بنظر النزاع، ومن ثم فإنه لا يكون مقبولاً أن يكون إيداع الثمن في دعوى الشفعة والذي هو من إجراءاتها ولا يرقى لأهمية رفع الدعوى نفسها لايساغ أن يكون هذا الإيداع في محكمة غير مختصة قيمياً بنظر الدعوى سبباً في سقوط حق الشفعة لأن هذا السقوط عندئذ سيأتي على غير خطأ يستأهله وبغير نص يوجبه.

(الطعن رقم ٥٧٨٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٠٥ / ١٨)

٣٠- مفاد نص المادة ٩٤٢ / ٢ من القانون المدني أن المشرع لم يشترط في المحكمة الواجب إيداع ثمن العقار المشفوع فيه خزانة إلا أن يكون العقار واقع في دائرتها، وإذا كان لفظ المحكمة الكائن في دائرتها العقار وعلى ما انتهت إليه الهيئة (الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية) قد جاء عاماً يصدق على المحكمة الجزئية جزء من النطاق المكاني للمحكمة الكلية، وأنه متى جاء لفظ المحكمة عاماً ولم يرقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومه، ومن ثم فإن إيداع الثمن خزانة المحكمة الجزئية يحقق ذات غرض المشرع في إيداع الثمن خزانة المحكمة الواقع في دائرتها العقار ويتحقق به أيضاً مقصود المشرع في توافر الجدية لدى الشفيع، وإذا تم هذا الإجراء صحيحاً على هذا النحو فلا يزول أثره لقضاء المحكمة الجزئية بعدم اختصاصها قيمياً بنظر الدعوى، ومن ثم يبقى الحق في الأخذ بالشفعة بمنأى عن السقوط، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي بخصوص ذلك يكون على غير أساس.

(الطعن رقم ٥٧٨٩ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٠٥ / ١٨)

٣١- إذ كانت القواعد المنظمة للاختصاص القيمي للمحاكم الواردة في قانون المرافعات - والتي أعيد النظر فيها أكثر من مرة على ضوء التغيير الذي لحق قيمة العملة - لا تستهدف حماية خاصة لأحد أطراف الخصومة وإنما أراد بها المشرع أن تكون الدعاوى قليلة القيمة من اختصاص القاضي الجزئي بينما يختص بالدعاوى عالية القيمة الدائرة الكلية بالمحكمة الابتدائية المشكلة من ثلاثة قضاة لهم مجتمعين من الخبرة والدراية ما يناسب أهمية الدعاوى عالية القيمة.

(الطعن رقم ٥٠٨٥ - لسنة ٧٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥ / ٠٥ / ١٨)

* * *

مادة (٩٤٤)

الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٤٨ لىبى و ١١٤١ عراقى و ٧٥٦ سودانى و ٢٥٢ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

المادة ١٣٩٣ من المشروع التمهيدي (م ٩٤٤ مدنى) توافق المادة ١٨ والفقرة الرابعة من المادة ١٤ من القانون الحالى (قانون الشفعة الملغى) ^(١).

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٤٤ من القانون المدنى أنه إذا صدر حكم نهائى بثبوت حق الشفيع فى الشفعة، فإن هذا الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه، فما المقصود بعبارة أن الحكم يعتبر سنداً لملكية الشفيع؟ هل المقصود بسند الملكية السبب القانونى المنشئ لحق الملكية؟ أم أنه دليل الملكية وحجتها؟ مما لا شك فيه أن عبارة سند الملكية تحتل المعنيين: معنى السبب القانونى المنشئ لملكية الشفيع. ويترتب على ثبوت حق الشفيع فى الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، وانتقال الملكية للشفيع إنما هو نتيجة ترتبت على حلول الشفيع محل المشتري فى عقد البيع الذى تم ما بين البائع والمشتري، فتنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع دون المشتري بناء على هذه الحلول، ومادام الشفيع قد حل محل المشتري، فيتعين أن تحدد بعد أن يتم هذا الحل علاقة الشفيع بالبائع، وعلاقته بالمشتري، وعلاقته بالغير.

فبالنسبة لعلاقة البائع بالمشتري، فبعد أن يثبت حق الشفيع فى الشفعة ويحل الشفيع محل المشتري فى عقد البيع المشفوع فيه، فإن هذا البيع بين البائع والمشتري يعتبر كأن لم يكن ويتحول إلى كونه بين البائع والشفيع، ولا تقوم للمشتري دعوى بضمان الاستحقاق ولا يرجع على البائع بالتعويض.

والشفعة - بالتراضى أو بالتقاضى - سبب لحلول الشفيع محل المشتري، وتنتقل الملكية إليه دون المشتري، وأنه - وفقاً لقضاء النقض - يحل محل المشتري من وقت صدور الحكم له بثبوت حقه فى الشفعة، لأن هذا الحكم منشئ لحق الشفيع لا كاشف عنه ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٤٣٠.

(٢) الوسيط - ٩ - للدكتور السهورى - ص ٦٩٦ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- العين المشفوع فيها تصير إلى ملك الشفيع بالحكم النهائي القاضى بالشفعة، إذ هو سند تملكه المنشئ، وذلك إعمالاً لما تنص عليه المادة ٩٤٤ من القانون المدنى. ومن ثم يكون ريع هذه العين من حق الشفيع من تاريخ هذا الحكم النهائي.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٩ - الطعن ١٨١ لسنة ٥٠ق، والطعن ٣٩٣٠ لسنة ٥٢ق)

٢- إذا كانت ملكية الشفيع للعين المشفوع فيها - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا تنشأ إلا برضاء المشتري بالشفعة أو بالحكم الصادر بها، ولا يرتد أثر هذه الملكية إلى تاريخ البيع الحاصل للمشتري ولا إلى تاريخ المطالبة بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٤٤ من القانون المدنى التى تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائياً بالشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك من إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

(نقض - جلسة ١٩٨٩/٣/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٢ - ص ٧٨٦)

٣- العين المشفوع فيها لا تصير إلى ملك الشفيع فى غير حالة التراضى إلا بالحكم النهائي القاضى له بالشفعة، مما يستتبع إلا أن يكون للشفيع حق فى ريع هذه العين إلا ابتداء من تاريخ هذا الحكم.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٥١٦)

٤ - العين المشفوع فيها. صيرورتها ملكاً للشفيع بالحكم النهائي القاضى بالشفعة وحلوله محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن الحكم الذى يصدر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع يقوم مقام عقد البيع الذى يترتب عليه أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته.

(الطعن ٩٢٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٩ س ٤٥ ص ٢٠٣)

٥ - الصفقة الواحدة. ليس للشفيع أخذ بعضها دون باقيةا. علة ذلك. عدم الإضرار بالمشتري بتبغيض الصفقة وتجزئتها. وحدة الصفقة أو تعددها. مناطه. الرجوع إلى شروط العقد وإرادة المتعاقدين.

من المقرر أنه إذا كانت الصفقة واحدة فإنه لا يجوز للشفيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يقررها على المشتري بأن يأخذ بعض الصفقة ويدع باقيةا وذلك حتى لا يضار هذا المشتري بتبغيض الصفقة وتجزئتها. إن المناط فى وحده الصفقة أو تعددها يرجع إلى شروط العقد وإدارة المتعاقدين.

(الطعن ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٥/٢/٩ س ٤٦ ص ٣٦٦)

٦ - بيع جزء شائع فى عقار لعدة مشترين على الشيوع. للشفيع الأخذ بالشفعة فى نصيب أحدهم دون أنصبة الباقيين. لا يعد ذلك تجزئة للصفقة.

من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشتريين متعددين على الشيوع فإن للشفيع الأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشترين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقيين ولا يكون فى هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأه من الأصل.

(الطعن ١٨٣٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٣/٢٩ س ٤٦ ص ٥٥٤)

٧ - الحكم النهائي بثبوت الشفعة. هو السند المنشئ لحق الشفيع في تملك العقار المشفوع فيه ومصدر ملكية الشفيع. توقفه على شهر هذا الحكم. م ٩٤٤ مدني. علة ذلك المقصود " بالسند " في تلك المادة. السبب القانوني المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية وحجيتها.

من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع بما نص عليه في المادة ٩٤٤ من القانون المدني على أن حكم الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وهو ما يطابق نص المادة ١٨ من ديكريته ٢٣ سنة ١٩٠١ بقانون الشفعة القديم، فإنه إنما أراد "بالسند" السبب القانون المنشئ لحق الملكية لا دليل الملكية وحجيتها، وبالتالي يكون هذا الحكم هو السند المنشئ لحق الشفيع في تملك العقار المشفوع فيه ومصدر ملكيته له، أما تحققها فيتوقف على شهر الحكم النهائي بثبوتها وفقاً لعجز المادة ٩٤٤ المشار إليها.

(الطعن ١١٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩ س ٤٨ ص ٨٤)

٨- لما كان من المقرر ان جريمة النصب بطريق الاحتيال القائمة على التصري في مال ثابت ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه لا تتحقق الا باجتماع شرطين الاول: ان يكون العقار المتصرف فيه غير مملوك للمتصرف الثاني: الا يكون للمتصرف حق التصرف في ذلك العقار وكان القانون المدني نص في المادة ٩٤٤ منه على ان الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل كما نصت المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري رقم.... لسنة ١٩٤٦ على وجوب تسجيل جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او نقله او تغييره او زواله وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك وانه يترتب على عدم التسجيل ان الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم لما كان وكان الثابت من المفردات المضمومة ان الطاعة باعت العقار للمدعين بالحقوق المدنية بموجب عقد بيع ابتدائي مؤرخ ١٦ من فبراير ١٩٨٢ وان الحكم الصادر بثبوت ملكية ذلك العقار بالشفعة لم يسجل الا بتاريخ ١٣ من مارس سنة ١٩٨٣ ومن ثم فان الملكية وقت البيع لم تكن قد انتقلت للشفيع لانه لم يسجل الحكم الصادر لصالحه الا بعد تصرفها للعين المبيعة لان انتقال الملكية اصبح بحكم قانون التسجيل مرتبطاً بالتسجيل وحده ومن ثم تكون الواقعة المسندة الى الطاعة بمنأى عن التأثيم.

(الطعن رقم ٣٦٩٦ - لسنة ٦٥ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٣/١٢/١٥)

آثار الشفعة

مادة (٩٤٥)

- ١- يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته.
- ٢- وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا برضاء البائع.
- ٣- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل المواد العربية التالية: مادة ٩٤٩ لیبی و ١١٤٢ عراقی و ٢٥٣ لبنانی و ٧٥٧ سودانی و ٩٠٠ کویتی و ١١٦٥ أردنی.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على المادة ٩٤٧ من هذا الكتاب.

رأى الفقه:

١- يخلص من نص المادة ٩٤٥ من القانون المدني أنه متى ثبت للشفيع حقه في الشفعة رضاء أو قضاء، تحول البيع بين أن يكون بين البائع والمشتري إلى أن يكون بين البائع والشفيع. ويعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع في جميع حقوقه والتزاماته، ويلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزاماته. والتزامات البائع هي نقل ملكية المبيع والتسليم وضمان التعرض وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. والتزامات المشتري هي دفع الثمن والفوائد وتسلم المبيع.

وتنتقل الملكية بالتسجيل إلى الشفيع الذي له أن يتصرف بعد الشهر في العقارى المشفوع فيه.

ويرجع الشفيع على البائع بضمان التعرض الحاصل فيه أو من الغير (م ٤٣٩ مدنى)، وكذلك يضمن الاستحقاق ويضمن البائع أخيراً العيوب الخفية مباشرة نحو الشفيع ويلتزم الشفيع بتسلم العقار المبيع من البائع إذا كان لا يزال في يده، أو من المشتري إذا كان قد تسلمه من البائع^(١).

٢- إن العقد الذى انتقلت به الملكية إلى المشتري لا يفسخ بالحكم الصادر فى دعوى الشفعة، وإنما تتحول الالتزامات والحقوق التى تكون قد ترتبت على هذا العقد من ذمة المشتري إلى ذمة الشفيع. ولهذا نصت المادة ١/٩٤٥ من القانون المدنى: "يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته".

(١) الوسيط - ٩ - مجلد ١ - للدكتور السهورى والمستشار مصطفى الفقى - طبعة ٢ - ١٩٩٢ - نقابة المحامين - ص ٩٧١ وما بعدها.

ولو استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع على المشتري، وإنما لا يكون له إلا الرجوع على البائع، ذلك أن ضمان الاستحقاق هو التزام ناشئ عن عقد البيع، والشفيع يحل محل المشتري في جميع حقوقه قبل البائع^(١).

أحكام القضاء الحديثة:

١- إن نص المادة ١/٩٤٥ من القانون المدني قد جرى على أن يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، ولذا يضحى المشتري بعد القضاء بالشفعة كما لو لم يشتر من قبل.

(نقض - جلسة ١٩٨٥/٢/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٦ - ص ٣٥٨)

٢- نقض الحكم القاضي بالشفعة يترتب عليه اعتباره كأن لم يكن، وإعادة القضية والخصوم إلى ما كانت وكانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض. ومعنى ذلك سقوط جميع الآثار التي ترتبت عليه، وبطلان كل ما اتخذ من أعمال وإجراءات تنفيذاً له، وبالتالي يتعين رد ما قبض أو حصل تسلمه من مال أو عقار نتيجة له مع فوائد النقود وثمار العقار، وتجب الثمار من يوم إعلان تقرير الطعن بالنقض إلى حائز العقار.

(نقض - جلسة ١٩٦٤/٤/٩ - المرجع السابق - السنة ١٥ - ص ٥١٦)

٣ - الأخذ بالشفعة. مقتضاه. حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع المشفوع فيه تحمل المشتري غرم الشفعة لخروجه من الصفقة عند إجابة الشفيع إلى طلبه. خصومه الشفعة. إستقامتها في جميع مراحلها ومنها النقض بإختصام أطرافها الثلاثة المشتري والبائع والشفيع. علة ذلك. إذ كان من مقتضى الأخذ بالشفعة - وفقاً لحكم المادة ٩٤٥ من القانون المدني - حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع المشفوع فيه ويتحمل المشتري فيها غرم الشفعة لخروجه من الصفقة عند إجابة الشفيع إلى طلبه، ولا تستقيم خصومة الشفعة في جميع مراحلها ومنها الطعن بالنقض إلا بإختصام أطرافها الثلاثة - المشتري والبائع والشفيع - كما يفصل في حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري ولو كان العقار خرج عن ملك المشتري بأي وجه من وجوه التصرف.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

* * *

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبدالمنعم البدر أوى - الطبعة الثالثة - ١٩٦٨ - ص ٥٢٢.

مادة (٩٤٦)

١- إذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه، أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

٢- وأما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

النصوص العربية المقابلة:

المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٥٠ لىبى، و ١١٤٣ عراقى و ٩٠١ كويتى و ١١٦ أردنى و ٧٥٨

سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق الوارد على الأعمال التحضيرية على نص المادة ٩٤٧

مدنى.

رأى الفقه:

١- حرص المشرع على أن يبين حكم بناء المشتري أو غراسه فى العقار المشفوع فيه. وهو قد فرق بين ما إذا قبل إعلان الرغبة أو بعدها:
(أ) فإذا بنى المشتري فى العقار المشفوع أو غرس فيه أشجاراً قبل إعلان الرغبة فى الشفعة، كان للشفيع تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع إما المبلغ الذى كان أنفقه أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (م ٩٤٦/مدنى).
ويلاحظ أن الخيار بين المبلغين هو للمشتري لا للشفيع على خلاف ما هو مقرر فى أحكام الالتصاق من أن الخيار يكون لا يعد فى الواقع بانياً أو غارساً فى أرض غيره، بل هو يبنى ويغرس فى ملكه.

(ب) أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة، فللشفيع أن يطلب الإزالة. فإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس، فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس. وهذه معاملة تفضل معاملة البانى فى ملك غيره بسوء نية وفقاً لأحكام الالتصاق، حيث يكون لصاحب الأرض إذا اختار استبقاء المنشآت أن يدفع إما قيمتها مستحقة الإزالة أو مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسببها (م ٩٢٤ مدنى)^(١).

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبدالمنعم البدرأوى - ص ٣، ٥، وانظر الوسيط - مجلد - للدكتور السنهورى - ص ٦٩٦ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- العبرة في الشفعة هي بحالة العقار المشفوع فيه وقت بيعه. فإذا أقام المشتري عليه بناء أو غرس فيه أشجاراً، سواء قبل أو بعد إعلان الرغبة، فإن ذلك - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا يحول دون للشفيع بأحقيته في الشفعة طالما قد توافرت لديه أسبابها واستوفى إجراءاتها القانونية. وأية ذلك أن المشرع قد عالج هذه الحالة كأثر من الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الشفعة، فنص في المادة ٩٤٦ مدني (تتظر المادة).

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/٥ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٠ - ص ٧٠٨)

(ونقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ - المرجع السابق - السنة ٢٣ - الطعن ١٥٥٨ لسنة ٤٨ق)

٢- بنيت المادة ٩٤٦ من القانون المدني ما يحق للمشتري اقتضاؤه من الشفيع مقابل البناء أو الغراس الذي يجريه المشتري في العقار المشفوع به، والمادة ٩٤٢ من هذا القانون حددت ما يجب على الشفيع إيداعه بأنه (كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع) ورتبت على مخالفة ذلك سقوط حق الأخذ بالشفعة، وعبارة: (كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع) لا تتسع لأن يكون المستحق للمشتري مقابل البناء أو الغراس هو ما يجب على الشفيع إيداعه، ومن ثم فإن عدم إيداع الشفيع لهذا المقابل لا يبنى عليه سقوط حق الأخذ بالشفعة، إذ القول بغير ذلك فيه إضافة لإجراء من إجراءات الشفعة لا يتطلبه القانون، وأعمال للجزاء في غير نطاق الذي حدده.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ١٦٦٣)

* * *

مادة (٩٤٧)

لا يسرى في حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدون ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى فى البلاد العربية المواد التالية:
مادة ١٩٥١ لىبى والمادة ١١٤ عراقى والمادة ٩٠٢ كويتى و ١/١١٦٧ أردنى و ٧٥٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

المواد ١٣٩٤ و ١٣٩٥ و ١٩٦٥ توافق المواد ١٠ و ١٢ و ١٣ من قانون الشفعة الحالى، هذا وقد تناقشت اللجنة فى جلستها الأخيرة التى عقدتها للنظر فى نصوص الشفعة (الجلسة الثانية عشرة) فى إضافة نص يقضى بأن الغلة تكون للشفيع من وقت إعلانه الأخذ بالشفعة وعليه من ذلك الوقت أيضاً فوائد ما لم يودعه من الثمن فى خزينة المحكمة، وقد اقترح أحد الأعضاء فى لجنة فرعية نصاً بهذا المعنى ولكن اللجنة لم تناقشه (والرأى فى ذلك أن الشفيع يحل محل المشتري فى الصفقة، فيملك من وقت إعلان الرغبة فهو يملك الثمار بالحيازة إذ هو حسن النية إلى هذا الوقت. ومادام قد تملك الثمار فلا يتقاضى فائدة على الثمن. ومنذ أن يعلن الرغبة فى الأخذ بالشفعة لا يملك الثمار، وتكون للشفيع إذ هو المالك، وللمشتري أن يطالب بالفوائد من الوقت الذى لا يملك فيه الثمار)^(١).

رأى الفقه:

١- يواجه النص حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري، ومتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا يجب التمييز بين الحقوق العينية التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، وتلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان. وقيل هذا نبحت حالة الحقوق العينية التى ترتبت على العقار المشفوع فيه من جانب البائع وحتى تسرى فى حق الشفيع، وهنا أيضاً تميز بين الحقوق التى ترتبت قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، تلك التى ترتبت بعد تسجيل هذا الإعلان^(٢).

٢- المادة ٩٤٧ مدنى تتكلم عن مدى الاحتجاج ضد الشفيع بالحقوق العينية التى رتبها المشتري أو ترتبت ضده، وكما هو ظاهر تفقر المادة بين ما إذا كانت هذه الحقوق قد نشأت قبل تسجيل إعلان الرغبة أو بعده.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٤٤٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ - ص ٤٤٠.

(أ) فإذا تصرف الشفيع في هذه الفترة أو اكتسب الغير على العقار حقاً عينياً كرهن أو اختصاص أو ارتفاق، فإن الحق يكون قد ترتب على عقار يملكه المشتري، ومن ثم فإن التصرف صحيح، ويحتج به على الشفيع. ويشترط لذلك أن تكون السندات المنشئة لهذه الحقوق قد شهرت بموافقة القانون أى سجلت أو قيدت قبل تسجيل إعلان الرغبة.

وكما يجوز للمشتري أن يبيع في هذه الفترة يجوز له أيضاً أن يقايض على العقار أو يهبه، والمقايضة والهبة تمنعان الشفعة. هذا، وللشفيع أن يطعن في تلك التصرفات بالصورية فيثبت أنها ليست حقيقية. وكثيراً ما يكون من أثر هذه الحقوق التي ترتبت على العقار إجماع التشفيع عن أخذ العقار بالشفعة والبيع من التصرفات التي يجوز للمشتري أن يبرمها فيحتج بها على الشفيع مادامت قد تمت قبل تسجيل إعلان الرغبة. ويكون من أثر هذا البيع أن الشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها. فالمادة ٩٤٧ مدني أشارت صراحة إلى البيع الصادر من المشتري. وكذلك نصت المادة ٩٣٨ مدني على أنه: "إذا اشترى عيناً تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ (مدني)، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها".

ومعنى ذلك أن المشتري إذا باع العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة كان على الشفيع أن يأخذ بالشفعة من المشتري الثاني ووفقاً للشروط التي اشترى بها هذا الأخير. ولا يشترط أن يتم تسجيل هذا البيع قبل إعلان الرغبة. ذلك أنه لا يشترط أن يكون البيع أساس الشفعة مسجلاً ولا ثابت التاريخ. فيجب إذن إدخال المشتري الثاني في دعوى الشفعة متى ثبت أن هذا البيع قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة ولو لم يسجل قبل ذلك (نقض - جلسة ٣١٩٥٤/٤ - مجموعة المكتب الفني - السنة الخامسة - ص ٥٨٣). وقد تكون شروط هذا العقد الجديد أبهظ من شروط العقد الأول، بل إن العقد الجديد قد يمنع الشفيع من الشفعة إذا كان بيعاً مما لا تجوز الشفعة فيه، كأن يكون صادراً لأحد الأقارب مثلاً، ولهذا يحسن دائماً أن يبادر الشفيع إلى تسجيل إعلان الرغبة. ويجب على الشفيع في حالة البيع الثاني أن يتخذ الإجراءات ضد المشتري الأول بصفته بائعاً والمشتري الثاني وهو المشفوع منه، وتسرى المواعيد في حقه بالطبع من تاريخ إنذاره بالبيع الثاني.

ومن الطبيعي أنه يجوز للشفيع أن يثبت صورية البيع الثاني، أى أنه حصل بقصد الهروب من الشفعة أو تعويقها.

(ب) فإذا وقعت تصرفات المشتري بعد تسجيل الرغبة، لم يكن لأصحاب هذه الحقوق الاحتجاج بل على الشفيع، لأنه حفظ حقه بتسجيل إعلان الرغبة (يراجع: نقض - جلسة ١٩٥٠/٣/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة الأولى - ص ٣١٢). ولذلك فإن الشفيع يتلقى العقار خالصاً من هذه الحقوق.

وكذلك أيضاً إذا باع المشتري العقار بعد تسجيل الشفيع إعلان الرغبة، فلا يحتج بهذا البيع عليه، وله أن يمضى فى إجراءات الشفعة ضد المشتري الأول وبالشروط التى اشترى بها.

وقد أراد المشرع حماية حقوق الدائنين المقيدى قبل المشتري الذى ترتبت ضده هذه الحقوق. فحقوق أصحاب الرهون أو الاختصاص، وإن كان لا يحتج بها على الشفيع لقيدها بعد تسجيل إعلان الرغبة، إلا أنها تنتقل إلى آل المشتري من ثمن العقار، فتكون لهم الأولوية على الثمن المستحق للمشتري، وهذا يفترض أن المشتري كان قد عجل الثمن إلى البائع، فهنا يلتزم الشفيع بأداء هذا الثمن للمشتري، والثمن كما هو معروف مودع فى خزانة المحكمة.

أما إذا لم يكن المشتري قد عجل الثمن للبائع، فإن الثمن يكون مستحقاً للبائع، ومن ثم لا تنتقل حقوق دائنى المشتري عليه^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع - وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض - أن يستعمل حقه وفقاً للمادة ٩٣٨ مدنى ضد المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة، فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان. ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ مدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع أى تصرف يصدر من المشتري إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة، مما مؤداه بمفهوم المخالفة أن الشفيع يحتاج بتصرف الذى يصدر من المشتري طالما ثبت أن هذا التصرف قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع، وأن المادة ٩٤٢ مدنى قد أكدت هذا النظر، إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل. لما كان ما تقدم، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن لم يسجل إعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة الحاصل بحصول البيع الثانى، فإن الحكم إذ اعتد بهذا العقد والثمن الوارد به لا يكون قد خالف القانون.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - ص ١٨٩١)

٢- النص فى المادة ٩٣٨ مدنى على أنه: "إذا اشترى الشخص عيناً تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ مدنى، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التى اشترى بها". والنص فى المادة ٩٤٧ مدنى على أنه: "لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص آخر ضد المشتري ولا أى بيع صدر من المشتري ولا أى حق عينى رتبته أو ترتب ضده إذا كان قد تم بعد التاريخ

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبدالمنعم البدر أوى - ص ٥٢٣ وما بعدها.

الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة"، مفادهما أنه إذا مارس الشفيع حقه فى الأخذ بالشفعة فإنما يتخذ إجراءات دعواه قبل مشترى العقار ودون اعتداد بالبيع الذى صدر من هذا المشتري متى ثبت أن البيع قد تم فى تاريخ تال لتسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/٢٤ - الطعن ١٣٩٢ لسنة ٤٨ق)

* * *

سقوط الشفعة**مادة (٩٤٨)**

يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية:

(أ) إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع.

(ب) إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع.

(ج) في الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالدول العربية، المواد التالية:

مادة ٩٥٢ لیبی و ١١٣٤ عراقی و ٢٤٦ لبنانی و ٧٦٠ سودانی.

الأعمال التحضيرية:

الفقرة الأولى من هذا النص تقابل المادة ١٩ فقرة أولى من القانون الحالي، وقد أجازت اللجنة التنازل مقدماً عن الشفعة حتى يستطيع المشتري أن يأمن جانب الشفيع قبل أن يقدم على الشراء. والفقرة الثانية تقابل المادة ٢٢ من القانون الحالي وقد أنقصت اللجنة المدة من ستة أشهر إلى ثلاثة^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- النزول عن الشفعة قبل البيع - وعلى ما جرى به قضاء النقض - إن هو إلا تعهد من الشفيع بالامتناع عن استعمال حق الشفعة عند حصول البيع مما يوجب أن يكون صريحاً.

أما النزول الضمني عن حق الشفعة فيفترض فيه حصول البيع ثم صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد ذلك يفيد الرغبة عن استعمال حق الشفعة، سواء تم إنذار الشفيع أو لم يتم.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٠ - الطعن ٩٧٢ لسنة ٥٠ ق)

٢- أجازت المادة ١/٩٤٨ مدني: النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع. وعلى ذلك إذا أقام الشركاء المشتاعون بناء بقصد تملك طوابقه وشققه للغير بطريق البيع عد هذا نزولاً منهم عن حقهم في أخذ الطوابق أو الشقق بالشفعة عند بيع أحدهم نصيبه فيها، وهذا المفهوم الصحيح لإرادة الشركاء المشتاعين في نظام تملك الطوابق والشقق.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٩ - ص ١٤٢٤)

٣- النزول الضمني عن الحق في الأخذ بالشفعة يفترض صدور عمل أو تصرف من الشفيع بعد البيع يفيد الرغبة عن استعمال ذلك الحق.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/١/١٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٩ - ص ١١٥)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٤٤.

٤- الدفع بسقوط الحق في الشفعة لسبب من الأسباب الواردة في القانون (باب الشفعة) هو دفع موضوعي وارد على ذات الحق المطالب به، ومن ثم فإن الحكم الصادر بقبوله أو برفضه يكون حكماً صادراً في الموضوع، مما يطعن فيه على استقلال في الميعاد القانوني، وإلا صار نهائياً وحاز قوة الأمر المقضى.

(نقض - جلسة ١٩٧٠/٤/١٣ - المرجع السابق - السنة ٢١ - ص ٦٨٣)

٥- التنازل عن الشفعة لا يلتزم به إلا من ارتضاه، ولا ينتقل إلى الخلف الخاص، ولا يتأثر الخلف الخاص بنزول سلفه عن الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٦/١٦ - الطعن ٥٦٦ لسنة ٤٧ق)

٦- ميعاد الثلاثين يوماً المحددة لرفع دعوى الشفعة (م ٩٤٣ مدني) ميعاد سقوط - إيداع صحيفة الدعوى قلم الكتاب قاطع لمدة السقوط (م ٦٣ مرافعات). هذا الميعاد يبدأ سريانه من تمام إعلان البائع والمشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة. إعلان أحدهما قبل الآخر، العبرة بالإعلان الأخير.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ - الطعن ٥٦٦ و ٥٥٧ لسنة ٤٧ق)

٧ - الإنذار الموجه للشفيع ببياناته. م ٩٤١ مدني. الغرض منه تعريف الشفيع بأركان البيع الجوهرية. علم الشفيع بحصول البيع شرطه. تخلف هذا الشرط. أثره. إنفتاح ميعاد إعلان الشفيع برغبته في أخذ العقار المبيع إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر. م ٩٤٨ ب مدني.

(الطعن ١٧٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٢/١٤ س ٤٢ ص ٤٤٦)

٨ - النزول الضمني عن الشفعة. شرطه. صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً رغبته في عدم استعمال هذا الحق وإعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع أو إتخاذه موقفاً يكشف عنه بوضوح. إستخلاصه من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغاً ومستمداً مما له أصل ثابت بالأوراق.

(الطعن ٢٢٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٧/٥/٢١ لم ينشر بعد)

(الطعن ٤٠٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧ لم ينشر بعد)

(الطعن ٢٠٠٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٤/٦ لم ينشر بعد)

(الطعن ٥٤٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١/١٨ س ٣٢ ص ١٣٢)

(الطعن ١٤٧٨ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٢/١١/١١ س ٣٣ ص ٨٩٧)

(الطعن ٥٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٥ لم ينشر بعد)

٩ - النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة. شرطه. صدور تصرف من الشفيع ينطوي على إعتبار المشتري مالكاً نهائياً للمبيع. سلطة محكمة الموضوع في إستخلاص النزول الضمني حسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله.

(الطعن ٢٣٦٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/٦/٢٤ لم ينشر بعد)

١٠ - وحيث عن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب تتعي الطاعنة بها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق. وفي بيان ذلك تقول

أن الحكم إعتبر أنها علمت بالبيع المشفوع فيه وقت إنعقاده لمجرد أنها شقيقة البائعة وتقيم معها في ذات العقار الكائنة به العين محل الشفعة وأن كلتاها قد وكلتا والدهما في إدارة هذا العقار والتصرف في حصة كل منهما فيه وهو الذى أبرم عقد البيع المشفوع فيه بصفته وكيلًا عن إبنته، وأن المشترية قامت بإجراء التحسينات في العين المباعة في مواجهتها ومواجهة باقى الشركاء. مع أن الشفيع لا يعتبر عالمًا بالبيع المشفوع فيه إلا بالإنداز الرسمي المرسل إليه من البائع أو المشتري بحصول البيع ولا يعتبر متنازلاً عن حقه في الشفعة إلا إذا صدر منه ما يفيد أنه إعتبر المشتري مالكا للمبيع وهو مالم يصدر منها. هذا إلى أن الحكم إعتبر أنها تنازلت ضمناً عن طلب الشفعة بمقولة أنها سبق وأن أقامت الدعوى رقم.... لسنة.... مدني محكمة شمال القاهرة الابتدائية على المشترية بطلب الحكم بأحقيتها في أخذ ذات العين المباعة بالشفعة ثم تركت الخصومة فيها في حين أنها لم ترفع تلك الدعوى وإنما رفعتها شقيقة أخرى لها وهو ما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى شديد، ذلك بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لما كان القانون المدني قد وضع نظاماً معيناً لإجراءات الأخذ بالشفعة نص عليه في المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٣ وجعل إجراءات هذا النظام مرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً وثيقاً وماسة بذات الحق وأوجب إتباعها وإلا سقط الحق في الشفعة. وكانت هذه الإجراءات جميعاً تبدأ من جانب الشفيع من تاريخ إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة وأن المشرع أوجب في المادة ٩٤٠ من القانون المدني على المشتري أو البائع إنذار الشفيع بحصول البيع وحددت في المادة ٩٤١ من ذات القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها وهي بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياناً كافياً وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه وصناعته وموطنه وذلك بهدف علم الشفيع الشامل بأركان البيع الجوهرية لكي يقدر مصلحته في طلب الشفعة ويتمكن من توجيه طلبه إلى من يجب توجيهه إليه. فإن القانون يكون قد حدد طريقة خاصة لهذا العلم وهو ذلك الإنذار الرسمي المتضمن لتلك البيان وأنه لا مجال للاعتداد بعلم الشفيع بها بغير تلك الوسيلة التي حددها القانون. لذا لم يتم إنذار الشفيع بالطريق الذى رسمه القانون فإن ميعاد إعلان رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة يكون منفتحاً أمامه إلى ما بعد تسجيل البيع بأربعة أشهر طبقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٩٤٨ من القانون المدني. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وإعتد بعلم الطاعنة بحصول البيع المشفوع فيه وقت إنعقاده لمجرد أنها شقيقة البائعة وتقيم معها في ذات العقار الكائنة فيه العين محل الشفعة وأن كلتاها قد وكلتا والدهما في إدارة هذا العقار وفى التصرف في حصة كل منهما فيه وأن الأخير قد أبرم عقد البيع المشفوع فيه بصفته وكيلًا عن إبنته وأن المشترية قامت بإجراء التحسينات في العين المباعة في مواجهتها ومواجهة باقى الشركاء، كما إعتبر أن الطاعنة قد تنازلت ضمناً عن الحق في الشفعة لما أورده في مدوناته من أنها سبق وأن رفعت الدعوى رقم.... لسنة.... مدني محكمة شمال القاهرة الابتدائية على المشترية بطلب الحكم بأحقيتها في أخذ ذات العين المباعة بالشفعة ثم تركت الخصومة فيها مع أن الثابت من الأوراق أن

تلك الدعوى لم تكن مرفوعة من الطاعنة وإنما كانت مرفوعة من إحدى شقيقاتها، فإنه يكون فضلا عن خطئه في تطبيق القانون قد خالف الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه والإحالة.

(الطعن ٤٤٠٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٣ لم ينشر بعد)

١١- إذا كانت المادة ٩٤٨ من القانون المدني قد أجازت النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة قبل البيع الذي يرتب هذا الحق.

(الطعن رقم ٢٧٦٨ - لسنة ٦٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/٠١/١١)

* * *

الحيازة

كسب الحيازة، وانتقالها، وزوالها

المذكرة الإيضاحية

نظرة عامة

لم يعرض التقنين الحالة للحيازة في ذاتها، بل اقتصر على تناول آثارها دون أن يوردها كاملة. أما المشروع فقد عرض أولاً للحيازة فأورد أحكامها العامة في نصوص مستحدثة. ثم بين ما يترتب عليها من الآثار ومن أهم هذه الآثار كسب الملكية، ومن هنا وضعت الحيازة في مكانها بين الأسباب التي تكسب بها الحقوق العينية.

والحيازة من حيث أحكامها العامة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه. وترد الحيازة على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء. وتكسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي وتنتقل بالاتفاق مصحوباً بالتسليم، وتزول بزوال السيطرة الفعلية، وقد اتخذ المشروع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية، وخلص إلى ذلك بقرينتين متواليتين، جعل في الأولى الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية، وجعل في الثانية الحيازة القانونية قرينة على الملكية ووضع قواعد عملية للمفاضلة بين المتنازعين على الحيازة.

والحيازة من حيث الآثار التي تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية كما تقدم، وتكسب الملكية فعلاً بالتقادم الطويل في العقار والمنقول، فإن اقترنت بحسن النية، واستندت إلى سبب صحيح، فإنها تكسب ملكية العقار بالتقادم القصير وملكية المنقول في الحال. ويملك الحائز في كل الفروض ثمار العين إذا كان حسن النية^(١).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٤٧.

مادة (٩٤٩)

(١) لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح.

(٢) وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالبلاد العربية المواد التالية:

مادة ٩٠٧ سوري و ٩٥٣ ليبي و ١١٤٥ عراقي و ٧٦١ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

١- الحيازة هي سيطرة فعلية على شئ أو حق - فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية.

ويجب أن تكون الحيازة سيطرة متعديّة، لا مجرد رخصة ولا عملاً يقبل على سبيل التسامح. فمن كان يمر بأرض جاره، وقد رخص له الجار في ذلك لا على أن له حق ارتفاق، لا يعتبر حائزاً لحق المرور، ومن فتح مطلاً على أرض فضاء لجاره، فترك الجار المطل على سبيل التسامح إذ هو لا يضايقه ما دامت أرض فضاء، لا يعتبر حائزاً لحق المطل.

٢- ويجب أن تتوافر في الحيازة شروط معينة هي الاستمرار والهدوء والظهور والوضوح. فالحيازة المتقطعة، والحيازة بإكراه، والحيازة الخفية، والحيازة الغامضة (كحيازة الوارث)، كل هذا لا يعتبر حيازة صحيحة.

٣- وللحيازة بعد توافر شروطها، عنصران: عنصر مادي هو السيطرة المادية، وعنصر معنوي هو نية استعمال حق من الحقوق^(١).

رأى الفقه:

١- نص المادة ٩٤٩ من القانون المدني يميز بين عمليتين:

"١" محل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات.

"٢" وعمل يتحملة الغير على سبيل التسامح - ويشترك العاملان في أن كلا منهما لا تقوم به الحيازة، وذلك لأن كلا من عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد يتخلف في العمل الأول فلا تقوم الحيازة لتخلق عنصرها معاً، ولأن عنصر القصد وحده يتخلف في العمل الثاني فلا تقوم الحيازة لتخلف أحد عنصرها والعمل الذي يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات هو عمل يكون للشخص الحرية التامة في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٥٠ و ٤٥١.

أن يأتيه أو لا يأتيه، فإذا أتاه لم يكن لأحد أن يمنعه منه. فهو إذن في أتيانه لهذا العمل لا يتعدى على حق لأحد، ولا يتحمل منه أحد هذا العمل على سبيل التسامح^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الحيازة في عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه، وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية اكتساب حق على هذا الشئ.

(نقض - جلسة ١٩٦٧/٦/٧ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٣٠٦)

٢- يجب أن يعرض الحكم المثبت للتملك بالتقادم لشروط وضع اليد تبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها. وإذا لم يرد بالحكم المطعون ما يفيد تحقق هذه الشروط، فإنه يكون مشوباً بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٦/١٠ - المرجع السابق - السنة ٢٠ - ص ٩٠٣)

٣- يجب أن يقترن وضع اليد بنية التملك وأن يكون مستمراً وظاهراً غير غامض حتى يصلح أساساً للتقادم، كما يجب أن يبين الحكم الوقائع المؤدية إلى توافر شروط وضع اليد.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/٤/٩ - الطعن ٣٥ لسنة ٣٩ق)

٤- تحقيق وضع اليد مما تجوز فيه القرائن، للمحكمة أن تتخذ عن تكليف الأرض باسم الخصم قرينة على وضع يده عليها مضافة إلى أدلة أخرى.

(نقض - جلسة ١٩٧٤/١/١٥ - الطعن ١٤١ لسنة ٣٨ق)

٥ - الحيازة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - فى عنصرها المادى تقتضى السيطرة الفعلية على الشئ الذى يجوز التعامل فيه. وهى فى عنصرها المعنوى تستلزم نية إكتساب حق على هذا الشئ. وكانت الأموال العامة لا يصح أن تكون محلاً لحق خاص ومن ثم لا تخضع للحيازة. ولا تقبل الدعوى بإسترداد حيازتها لورودها على هذا المال.

(الطعن ٢٧٧٣ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٢/٤/٢٩ ص ٤٤س ٢١٣)

٦ - الحيازة هي وضع مادى به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق فهي ليست بحق عيى أو بحق شخصي بل هي ليست حقاً أصلاً ولكنها سبب لكسب الحق.

(الطعن ٨٨٣٥ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٥ ص ٤٦س ١٠٣٦)

٧ - الحيازة بعنصريها المادى والمعنوى تنوافر لدى الحائز من مجرد وضع اليد المادى على العقار وظهوره بمظهر المالك بإستعماله فيما يستعمله فيه ماله ولحسابه وأنه وإن كان لمحكمة الموضوع سلطة التعرف على نية واضع اليد وإستخلاص قيام

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السنهاورى - ط ١٩٦٨ - ص ٨١٦، والحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبدالمنعم البدرأوى - ١٩٦٨ - ص ٥٢٩ وما بعدها.

هذه النية أو إنتقائها إلا أن إستخلاصها يجب أن يقوم على إعتبارات سائغة مستمدة من جميع عناصر الدعوى وملابساتها.

(الطعن ٧٠٤٤ لسنة ٦٢٣ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ لم ينشر بعد)

٨ - وحيث أن هذا النعى في محله ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من إستيفاء الحيابة للشروط التي يتطلبها القانون لإكتساب الملكية بوضع اليد دون معقب عليها من محكمة النقض إلا أن ذلك رهن بأن تكون قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة وتؤدي إلى النتيجة التي إنتهت إليها.

(الطعن ٧٦٦٠ لسنة ٦٢٣ ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨ لم ينشر بعد)

٩ - دعوى إسترداد الحيابة تقوم على رد الإعتداء غير المشروع فهي قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيابة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الإتصال قائماً حال وقوع الغصب.

(الطعن رقم ٥٨٧٦، ٥٩٢٦ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٢ لم ينشر بعد)

وحيث أن هذا النعى صحيح، ذلك أنه لما كان التمسك بإكتساب الملكية بالتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يستوجب التحقق من إستيفاء الحيابة بعنصريها المادي والمعنوي لشرائطها القانونية، وهو ما يتعين معه على الحكم المثبت للتملك بالتقادم أن يعرض لشروط وضع اليد، ويثبت من أنه كان مقروناً بنية التملك ومستمراً وهادئاً وظاهراً، وأن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التي تؤدي إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحررها وتحقق من وجودها، وإذا كان المسلم من طرفي الطعن أن الأرض موضوع النزاع تدخل ضمن تركة مورثة الطاعنين.... وأن المطعون ضدها الأولى إدعت تملكها بوضع اليد المدة الطويلة وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزام المطعون ضدها الأولى بتسليم المدعيين مساحة التداعي وبرفض الدعوى على ما أورده في أسبابه من أن ".... الثابت - من تقرير الخبير - أن مورث المستأنفة يضع يده على العين المتنازع عليها منذ عام ١٩٤٢ وبوفاته في ١٩٦٣/٤/٢٧ إنتقل وضع اليد إلى ورثته من بعده ومن بينهم المستأنفة ويكون لها سند قانوني في وضع يدها على العين...." دون أن يبين بما فيه الكفاية الوقائع التي أدت إلى توافر شروط وضع اليد المثبت للتملك بالتقادم وهي نية التملك والإستمرار والهدوء والظهور أو يعرض لدفاع الطاعنين القائم على أن المطعون ضدها الأولى كانت تضع اليد ابتداء على العين موضوع النزاع بطريق الإيجار فإنه فضلاً عن قصوره يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن ٢٧٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٣/١٢ لم ينشر بعد)

١٠ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأصل في الحيابة أنها لصاحب اليد يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيابة

السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار.

(الطعن ٧٣٢٤ لسنة ٥٦٣ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٨ لم ينشر بعد)

(الطعن ١٨٧٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٣/٥/٦ لم ينشر بعد)

١١ - الخفاء واللبس أو الغموض في الحيازة المقصود بهما. عدم ظهور أفعال

الحائز الدالة على سيطرته على الشئ وقصده في حيازة المال لحساب نفسه. م ٩٤٩ مدني.

(الطعن رقم ٤٢١١ لسنة ٧٣ ق - جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧)

* * *

مادة (٩٥٠)

يجوز لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٠٨ سوري و ٩٥٤ لبيى و ٧٦٢ سودانى.

رأى الفقه:

١- إذا كان الحائز عديم التمييز كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه غير المميز فإن إرادته تكون معدومة، فيستحيل أن يتوافر عند عنصر القصد، إذ أن هذا العنصر يفترض وجود الإرادة ومن ثم فتقتضى الضرورة هنا أن يكون عنصر القصد موجوداً عند من ينوب نيابة قانونية عن عديم التمييز، من ولى وصى أو قيم، فيجوز عديم التمييز الحق وينوب عنه نائبه فى كل من عنصرى الحيازة المادى والمعنوى، أى السيطرة المادية لا تتحقق إلا عن طريق أعمال إدارية، وعدم التمييز لا إرادة له فهو غير قادر على السيطرة المادية، وهى العنصر المادى كما هو غير قادر على عنصر القصد، وهو العنصر المعنوى، فينوب عنه نائبه فى كل العنصرين^(١). وعن عنصر القصد، أى نية التملك، من مسائل الواقع، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التعرف على نية واضع اليد من جميع عناصر الدعوى، وقضاؤها فى ذلك لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض مادامت هذه العناصر مدونة فى حكمها.

(نقض - جلسة ١٩٢٥/١٢/٥ - مجموعة ٢٥ عاماً - جزء - ص ٤٤٦)

من أحكام القضاء الحديثة:

١ - إستناد مورث الطاعنين فى تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل. إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده. طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثه. عدم مواجهة هذا الدفاع قصور.

لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند فى طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك فى محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ س ٤١ ص ٣٦١)

(١) الوسيط - ٩- للدكتور السنهورى - طبعة ١٩٨٦ - ٨٣٢ وما بعدها.

٢ - إكتساب ملكية العقار بالتقادم. أثره. إنتقال ملكيته للحائز بأثر رجعي من وقت بدء الحيازة. مؤداه. ترتب حقوق عينية على العين خلال مدة وضع اليد. عدم سريانها متى إكتملت المدة في حق الحائز.

من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كسب الحائز ملكية عين بالتقادم فإن الملكية تنتقل إليه لا من وقت إكتمال التقادم فحسب بل تنتقل إليه بأثر رجعي منذ وقت بدء الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر مالكا لها طوال مدة التقادم بحيث لو رتب المالك الأصلي خلال هذه المدة أو ترتبت ضده خلالها حقوق عينية على العين فإن هذه الحقوق متى إكتملت مدة التقادم لا تسرى في حق الحائز.

(الطعن ٢٤١ لسنة ٦٦١ - جلسة ١٩٩١/١٢/٢٦ س ٤٢ ص ١٩٨٥)

٣ - حيازة الوكيل لملك موكله. حيازة عارضة. أثره. عدم سريان التقادم المسقط بالنسبة لحق الموكل الشخصي في الرجوع على الوكيل إلا من وقت تغيير الوكيل حيازته العارضة بنية التملك.

حيازة الوكيل لملك موكله تعد حيازة عارضة فلا يسرى التقادم المسقط بالنسبة إلى حق الموكل الشخصي في الرجوع على الوكيل إلا من وقت أن يغير الوكيل حيازته من حيازة عارضة إلى حيازة بنية التملك تقوم على معارضة حق الأخير لها على نحو لا يترك محلاً لشبهة الغموض أو الخفاء أو مظنة التسامح.

(الطعن ١٨٧٢ لسنة ٥٧٧ - جلسة ١٩٩٢/٧/٢٠ س ٤٣ ص ٩٨٥)

٤ - قاعدة ضم حيازة السلف إلى الخلف. عدم سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له. المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن قاعدة ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن يحتج بها قبل غير من باع أو غير من تلقى الحق ممن باع له بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لإكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف.

(الطعن ٩٤٨ لسنة ٥٩٩ - جلسة ١٩٩٤/١/١٢ س ٤٥ ص ١٢٥)

٥ - الحائز العرضي. عدم إكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله. تلقيه الملكية من الغير معتقداً أنه المالك أو مجابهته المالك قضاء أو غير قضاء بإنكار الملكية عليه والإستئثار بها دونه عبء إثبات ذلك. وقوعه على عاتق الحائز. وضع يد المشتري وفاء بسبب الرهن لا يؤدي إلى إكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل تغيير في سببه وهو لا يكون على ما تقضى به المادة ٩٧٢/٢ من القانون المدني إلا بإحدى إثنين أن ينتقل ذو اليد الوقتية ملك العين من شخص من الأغيار يعتقد أنه هو المالك أو أن يجابه ذو اليد الوقتية مالك العين مجابهة صريحة فعلية قضائية أو غير قضائية تدل على أنه مزعم إنكار الملكية على المالك والإستئثار بها دونه وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو إنما يقع على عاتق الحائز العرضي.

(الطعن رقم ٥٨٧٤، ٤٢٣٣ لسنة ٦٥٠ - جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣ س ٤٨ ص ١٤٦١)

مادة (٩٥١)

- ١- تصح الحيابة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة.
- ٢- وعند الشك يفترض أن مباشر الحيابة إنما يحوز لنفسه فإن كانت استمراراً لحيابة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
المادة ٩١١ سورى، المادة ٩٥٦ ليبى، والمادة ٧٦٣ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

- ١- قد يجتمع العنصران المادى والمعنوى عند غير الحائز، كما لو ناب عن الحائز فى العنصرين نائبه القانونى (ولى أمر وصى أو قيم). وقد يتفرق العنصران فيكون العنصر المعنوى عند المخدم، ويتبين من ذلك أن المستأجر يحوز لنفسه حقه كمستأجر، ويجوز لمالك حق الملكية.
 - ٢- والقاعدة أن من عنده الحيابة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزاً لنفسه، إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره^(١).
- وفى هذا تقول المادة ١/٩٥١ من القانون المدنى أنه تصح الحيابة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة، وهذه هى الحيابة بالواسطة، ولذلك يكفى لكى يتمسك الحائز بالقرينة المستفادة من المادتين ٢/٩٥١ و ٩٦٣ من القانون المدنى أن يثبت أنه حاز الشئ حيابة مادية ولو بواسطة الغير، كما لو حاز بواسطة خدمه أو عماله وسائر تابعيه، أو حازه بواسطة مستأجر أو مزارع سلم إليه الشئ.

رأى الفقه:

- ١- الركن المادى فى الحيابة يجوز أن يحتفظ به بواسطة الغير، وذلك عن طريق شخص يحوز الشئ لحساب الحائز القانونى.
- والخلاصة أنه متى أثبت الشخص حيازته المادية للشئ (بنفسه أو بالواسطة)، اعتبر أنه هو الحائز القانونى إلى أن يثبت العكس، أى أن يقوم الدليل على أنه حائز لحساب غيره أو أنه أصبح يحوز لغيره. ومتى قامت القرينة القانونية استطاع الحائز أن يتخذ منها قرينة على الملكية أو الحق لنفسه (م ٩٦٤ مدنى).
- ولكن يلاحظ أن الحيابة المادية إنما تقوم قرينة على الحيابة القانونية (كما أن الحيابة القانونية تقوم قرينة الملكية والحق) إذا لم تكن ثمة علاقة استخلاف بين المدعى والحائز^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جزء ٦ - ص ٤٥٥.

(٢) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور عبدالمنعم البدر اوى - ص ٥٤٣ وما بعدها.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام عليها منشآت دون إذن من صاحبها، فإن مجرد أقامتها لا يعتبر بذاته تغييراً لسبب الحيازة ومعارضة لحق المالك بسبب جديد، بل أن القانون يرتب للمالك الحق في أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طلب إزالتها في ميعاد سنة من يوم علمه بإقامتها.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٢ - ص ١٤٥٠)

٢- حيازة النائب، اعتبرها حيازة للأصيل تغيير الصفة في وضع اليد، تحققه بعمل مادي أو قضائه لصاحب الحق.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/١/٢١ الطعن ٧٣٩ لسنة ٤٤ق)

٣ - حيازة النائب إنما هي حيازة بالواسطة وفقاً لنص المادة ١/٩٥١ من القانون المدني فأثرها ينصرف إلى الأصيل دون النائب كما أن حق الملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا ينتقل فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فلا تنتقل الملكية لمشتري لم يسجل عقد البيع الصادر إليه ولا يسوغ ترتيباً على ذلك لو ارث هذا المشتري طلب تثبيت ملكيته للمبيع إستناداً إلى قواعد الإرث طالما أن المورث لم يسجل عقد شرائه. لما كان ما تقدم وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الإستئناف بأن حيازة المطعون ضده لثلث العقار إنما هي حيازة عرضية ولحساب نجله القاصر المشمول بولايته بعد أن باع له هذا القدر، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بثبوت ملكية المطعون ضده لهذا القدر بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية دون أن يعنى بالرد على هذا الدفاع الجوهري الذي - لو صح - لتغير به وجه الرأي في الدعوى.

(الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٥٢)

تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسلم مادي للشئ موضوع هذا الحق.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١١ سورى ومادة ٩٥٦ ليبى ومادة ٧٦٤ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على نص المادة ٩٥٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- يجوز للمشتري باعتباره خلفاً خاصاً للبائع له أن يضم إلى حيازته سلفه فى كل ما يرتبه القانون من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب.

نقض - جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ - المرجع السابق - لسنة ١٩ - ص ٤٥٤.

٢- ويجب لضم مدة حيازة الخلف إلى مدة حيازة السلف أن يبين الحكم الرابطة القانونية التى تربط الخلف بالسلف والتى تجيز ضم مدة الحيازتين، وإلا كان الحكم مشوباً بالقصور.

نقض - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ - المرجع السابق - لسنة ٢٢ - ص ١١٠٧.

٣- الحيازة العرضية هى حيازة الشئ دون أن يكون لدى الحائز نية أن استعمال حق من الحقوق العينية عليه، فهى حيازة الشئ لحساب صاحب الحق عليه.

إن الحيازة إذا توفرت فيها الشروط القانونية تعتبر بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب اكتسابها، ولما كانت الحيازة تنتقل - وفقاً لحكم المادة ٩٥٢ من القانون المدنى - من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه الحيازة، فإن المشتري بعقد غير مسجل إذ تلقى حيازة العين المبيعة من البائع بموجب العقد المبرم بينهما يجوز له طبقاً لنص الفقرة التالية من المادة ٩٥٥ من القانون المدنى أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه (البائع) فى كل ما يترتب على القانون على الحيازة من أثر.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٢/٦ - الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٤٥ق)

٤ - إستناد مورث الطاعنين في تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثه. عدم مواجهة هذا الدفاع. قصور.

لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند فى طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين

لم تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عاره قصور مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٠ ص ٤١ س ٣٦١)

٥ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يشترط لكسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة ثبوت قيامه مستوفياً لشرائطه مدة خمسة عشر يوماً يستوى أن تكون كلها في وضع يد مدعى الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالإشتراك بينهما بحيث لا يقل مجموع مدتهما عن الخمسة عشر عاماً. ومقتضى ذلك أن مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته فعليه أن يثبت أمام محكمة الموضوع أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور وإستمرار وهذوء مقارنة بنية التملك بلا إنقطاع عن حيازته التي كانت مستوفية لتلك الشروط أيضاً.

(الطعن ٢٨١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ لم ينشر بعد)

٦ - الخلف الخاص للبائع. له في جميع الأحوال ضم حيازة سلفه إلى حيازته لإكتساب ملكية العقار بالتقادم. م ٢/٩٥٥ مدني. إشتراط الحكم المطعون فيه لإجازة الضمن ألا يكون السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه. خطأ في القانون. وحيث أن الدائرة المدنية المختصة رأت بجلستها المعقودة بتاريخ ١٩٩٥/٧/١٣ إحالة الطعن إلى الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية للفصل فيه عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية رقم ١٩٧٢/٤٦ وإذ حددت الهيئة جلسة لنظره قدمت النيابة مذكرة عدلت فيها عن رأيها السابق وأبدت الرأي بنقض الحكم.

وحيث أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشتراطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أو غير مالك، متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه مادياً، إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التي إبتزمتها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها، لما كان ذلك وكان الحكم الصادر من هذه المحكمة بجلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ في الطعن ١٧٥١ لسنة ٤٩ ق والأحكام الأخرى التي نحت منحاه قد جرت في قضائها على غير هذا النظر مقرر أنه يشترط لإجازة ضم الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني ألا يكون هذا السلف مالكا للعقار وقت

تصرفه فيه إلى خلفه أما إذا السلف مالكا له فعلا بأي طريق من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذي لا يملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها فإنه يتعين العدول عما قرره وذلك بالأغلبية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون السلطة القضائية.

وحيث إنه عملاً بنص الفقرة بذاتها فإنه يتعين على الهيئة أن تفصل في الطعن المحال إليه.

وحيث أن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث أن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسييب حين أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض دعواه على عدم أحقيته في ضم مدة حيازة سلفه المطعون ضده الثاني إلى حيازته لكون هذا السلف مالكا للعقار الذي تصرف فيه إليه وبالتالي لا يجوز للخلف الخاص في هذه الحالة أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في حين أن نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني لا يشترط ذلك بما يعيب الحكم يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي في محله ذلك أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني - وعلى ما تقدم بيانه - أنه يجوز للخلف الخاص وفي جميع الأحوال بإعتباره خلفا للبائع ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته بحسب إمتدادها ليكتسب ملكية العقار بالتقادم، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف ورفض دعوى الطاعن على سند من أنه يشترط لإعمال هذا النص ألا يكون السلف مالكا للشيء وقت تصرفه فيه إلى خلفه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقد حجه ذلك عن تحقيق دفاع الطاعن من أنه إكتسب ملكية العقار محل النزاع بوضع اليد الذي إستوفى شروطه القانونية مدة تزيد على خمس عشرة سنة بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته وهو ما يعيبه أيضاً بالقصور مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن ١٣٦ لسنة ٥٧٢ ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩٦/١/٢ س ٤٧ ص ١٠٤٥)

٧ - الحائز العرضي. عدم إكتسابه الملكية إلا بتغيير سبب الحيازة. سبيله تلقيه الملكية من الغير معتقداً أنه المالك أو مجابهته المالك قضاء أو غير قضاء بإنكار الملكية عليه والإستئثار بها دونه. عبء إثبات ذلك. وقوعه على عاتق الحائز.

(الطعن رقم ٤٢٣٣، ٥٨٧٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٣ س ٤٨ ص ١٤٦١)

قيام المطعون ضدهما الثالث والرابع ببيع أرض النزاع للمطعون ضده الثاني ثم إعادة بيعها إلى المطعون ضده الأول الذي باعها إلى الطاعنين. أثره. عدم جواز تمسك أياً من المطعون ضدهما الأول والثاني قبل الآخر بضم حيازة السلف المشترك إلى حيازته. مؤداه. تمسك الطاعنين بضم حيازة البائعين لسلفهم إلى حيازتهم توصلاً لإكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة. دفاع غير جوهري. إلتفات الحكم المطعون فيه عنه. لا عيب.

(الطعن ٢٠٠٠ لسنة ٦٢ ق - جلسة ٢٠٠٠/٦/١١ لم ينشر بعد)

٨ - إن الثابت من عقد البيع المقدم من المطعون ضده للخبير المنتدب في الدعوى أنه باع تلك الحصة إلى نجله القاصر.... المشمول بوصايته ومن ثم فإن حيازته لها عرضية ولحساب نجله المذكور وليست لحساب نفسه وبالتالي فإنها لا تؤدي إلى كسبه ملكيتها بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته لها من حيازة لحساب الغير إلى حيازة لحساب نفسه.

(الطعن ٦٤٤٠ لسنة ٧٢ق - جلسة ٢٠٠٤/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٥٣)

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٢ سوري ومادة ٩٥٧ لبيى ومادة ٧٦٥ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٥٥ مدني.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه وحازه بنية تملكه. والأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه فيه التصرفات المادية القابل لها. غير أنه إذا كان المال من نوع ما يكون الاستيلاء عليه منشئاً للملك لا ناقلاً له إما لكونه غير مملوك أصلاً لأحد أو لكونه سبق فيه الملك لأحد، فإن مجرد دخوله في مكنة من استولى عليه لا يكفي قانوناً لاعتبار هذا المستولي منتولياً التملك ما لم يكن قد أجرى فيه من الأعمال الظاهرة المستمرة ما يدل على قيام هذه النية لديه. فتسوير هذا النوع من المال أو المرور به لا يكفي وحده في ثبوت حيازته أو وضع اليد عليه. وأما الأموال التي تتلقى ملكيتها عن مالكها بسند معتبر قانوناً، فإن الحيازة فيها ووضع اليد عليها يثبتان لمتلقيها بمجرد تسلمها بالحالة التي هي عليها؛ والتسليم يعتبر تاماً متى وضعت تحت تصرفه بحيث يمكنه الانتفاع بها بدون مانع ولو لم يتسلمها بالفعل. ومتى اكتسبت الحيازة واليد على هذا الوجه فإنهما يبقيان لمن اكتسبهما حافظين خصائصهما مفيدتين أحكامهما ما دام لم يعترضه من يعكرهما عليه أو يزيلهما عنه ويسكت هو المدة التي تستوجب بمرورها يد المعارض حماية القانون. فإذا كان الثابت أن الأرض المتنازع عليها فضاء، وليست من الأراضي التي لم يسبق فيها الملك لأحد، بل هي من الأراضي التي تلقبت الحيازة فيها بالتخلية من ملاكها المتعاقبين، فيكفي في ثبوت وضع اليد عليها القيام - مع عدم المنازع - بإنشاء حدود لها والمرور فيها ودفع الأموال المستحقة عليها. وإن فالحكم الذي لا يكتفي في ثبوت وضع اليد عليها بهذه المظاهر، بل يشترط تسويرها على الأقل يكون حكماً مخطئاً في تكليف وضع اليد ويتعين نقضه.

(الطعن رقم ٤ - لسنة ٩ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٥ / ١٩٣٩)

٢- متى كانت المحكمة إذ قررت أن الأطيان محل النزاع لا تدخل في متناول عقود الطاعنات كما ثبت من تطبيقها بمعرفة الخبير ورتبت على ذلك نفى الادعاء باكتساب ملكيتهن للزيادة التي يضعن يدهن عليها بالتقادم القصير مع السبب الصحيح وحسن النية فإنها لم تخالف القانون إذ السبب الصحيح في تملك العقار بالتقادم الخمسي

هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازة العقار ويجعل وضع يده حلالاً سليماً من شبهة الغصب الأمر الذي لم يتوافر في سند الطاعنات.

(الطعن رقم ١١٥ - لسنة ٢٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٥ / ١٩٥٢)

٣- التملك بوضع اليد واقعة متى توافرت شرائطها القانونية فإنها تكفي بذاتها سبباً لكسب الملكية، وليس ما يمنع مدعي التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير المسجل على انتقال حيازة العين إليه وتكون حيازته في هذه الحالة امتداداً لحيازة سلفه البائع له.

(الطعن رقم ٥٠٠ - لسنة ٢٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٦ / ١٩٦٤)

٤- إذا أقر المشتري في ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التي وضع اليد عليها باقية للمتصرف ومن حقه أن يستردها في أي وقت شاء فإن وضع يده في هذه الحالة مهما طال مدتة لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط في الحيازة التي تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقتنر بنية التملك.

(الطعن رقم ١٥١ - لسنة ٣٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٦٧)

٥- الحيازة التي تصلح أساساً لتملك العقار أو المنقول بالتقادم تقتضي القيام بأعمال مادية ظاهرة في معارضة حق المالك على نحو لا يحمل سكوته فيه على محمل التسامح ولا يحتمل الخفاء أو اللبس في قصد التملك بالحيازة كما تقتضي من الحائز الاستمرار في استعمال الشيء بحسب طبيعته ويقدر الحاجة إلى استعماله، ولمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون، ولا سبيل لمحكمة النقض عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

(الطعن رقم ١٧٠ - لسنة ٥٠ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٨٠)

٦- من المقرر أن للبائعين وخلفهم أن يتمسكوا بوضع يدهم المدة الطويلة المكسبة - متى توافرت لهم شروطه - في مواجهة من يدعى حقاً يعارضهم أيأ كان سنده وهو ما يجعل بالتالي لخلفهم المشتري - مصلحة محققة في رفع الدعوى بصحة ونفاذ عقد مشتراه ليكون الحكم الصادر فيها سنداً له في ثبوت الملكية بوضع اليد بالتقادم المكسب خلفاً للبائعين له ومورثهم - وهو ما يجوز في صحيح القانون - اعتباره سنداً ناقلاً للملكية وقابلاً للشهر عنه فضلاً عن كفايته بذاته سنداً صالحاً للاحتجاج به قبل من ينازعه في ثبوت هذا الحق له أو يدعى عليه بأي حق يعارضه و تلك بدورها غاية تجيز إقامة الدعوى بصحة ونفاذ العقد وتوجب قبولها.

(الطعن رقم ٥٣٧ - لسنة ٤٢ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١ / ١٩٨٣)

٧- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة الطويلة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع فله أن يستخلصه من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها طالما كان إستخلاصه سائغاً ولا مخالفاً فيه للثابت بالأوراق.

(الطعن رقم ١٤٤٤ - لسنة ٥١ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٨٤)

٨- من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمدعي التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع ويثبت أن سلفه كان حائزاً حيازة توافرت لها الشروط القانونية، وإذا كانت الطاعنة لم تتمكن أمام محكمة الموضوع بتملكها أرض النزاع بوضع اليد المدة الطويلة استمراراً لوضع يد سلفها، فإن ما تثيره بسبب النعي يكون سبباً جديداً لا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٧٢٢ - لسنة ٥٥ ق - تاريخ الجلسة ١٧ / ١٢ / ١٩٨٥)

٩- التملك بوضع اليد المكسب للملكية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة مادية مستقلة متى توافرت شرائطها القانونية وأنها تكفي بذاتها في هذا الشأن وليس ثمة ما يمنع مدعي التملك بهذا السبب من أن يستدل بعقد شرائه غير السجل على انتقال حيازة العين المراد تملكها بهذا الطريق إليه والأخذ به كقرينة على توافر نية التملك لديه.

(الطعن رقم ٤٠٥٠ - لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ٠٩ / ٠٤ / ١٩٩٧)

* * *

مادة (٩٥٤)

١- تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

٢- على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلم البضاعة.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١١١ - ٩٨٤ سوري ٩٥٦ - ٩٥٨ ليبى و ٧٦٦ سودانى و ١١٤٩ و ٢٥٨/٢٥١ لبنانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٥٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إذا استلم تاجر بضائع بالجمرك واستبقاها بمخازن الاستيداع بالجمرك إلى أن باعها للغير وأذن تلك المخازن بتصديرها بطريق السكة الحديد إلى المشتري فصدرتها فعلاً ثم ظهر عند استلام المشتري إياها من السكة الحديد أن بها تلفاً ناشئاً من الرطوبة فلا يجوز - لاعتبار المرسل سيئ النية ولمعاقبته بالمادة ٣٠٢ عقوبات - أن تقرر المحكمة بطريق الاستنتاج العقلي أن هذا المرسل عند ورود البضاعة إليه من الخارج واستلامه إياها كان لابد عالمياً بما هو معترىها من التلف لمجرد أنه تاجر متمرن لا تقوته ملاحظة ذلك وأنه إذن عند بيعه إياها يكون عالمياً بتلفها - لا يجوز ذلك ما دامت البضاعة بقيت بمخازن الجمرك زمناً لا يراها المرسل ويحتمل أن الرطوبة التي سببت تلفها قد أصابتها وهي بهذه المخازن وأنه يكون قد باعها وأذن بتصديرها للمشتري غير عالم بتلفها، بل يجب في هذه الحالة أن تحقق المحكمة زمن طروء التلف على البضاعة لتعلم هل طرأ وهي في مخازن الجمرك فلا يكون المرسل مسئولاً إلا إذا كان علم بالتلف وقت التصدير أم كان ذلك التلف موجوداً عند ورود البضاعة من الخارج واستلامه إياها فيكون هناك وجه لإمكان القول بمسؤوليته. وقصور الحكم عن تحقيق ذلك وإثباته يعيبه ويبطله.

(الطعن رقم ٦٦٥ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ٢٢ / ٠٢ / ١٩٣١)

مادة (٩٥٥)

- ١- تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها، على أنه إذا كان السلف سئ النية وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته.
- ٢- ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأفكار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١٤ سورى و ٩٥٩ ليبى و ١١٤٩ عراقى و ٢٥٨ لبنانى و ٧٦٧

سودانى.

الأعمال التحضيرية:

١- تنتقل الحياة بالاتفاق ما بين السلف والخلف، مصحوباً بانتقال السيطرة الفعلية على الشئ أو الحق إلى الخلف. وقد يكون انتقال الحيازة معنوياً فلا يتم تسليم مادي، كما إذا استمر السلف حائزاً ولكن لحساب الخلف (مثل ذلك البائع يستأجر الشئ المبيع) أو استمر الخلف حائزاً ولكن لحساب نفسه (مثل ذلك المستأجر يشتري العين). كما قد يكون انتقال الحيازة رمزياً، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن. لكن إذا تعارض التسليم الحقيقي مع التسليم الرمزي، كان الأول هو المعتبر، كما إذا تسلم شخص شهادة البضاعة وتسلم الآخر البضاعة، فالحيازة في هذا الفرض عند الأخير.

٢- والخلف قد يكون خلفاً عاماً، كالوارث تنتقل إليه حيازة مورثه بالصفات التي اقترنت بها، على أنه إذا كان الوارث حسن النية والموروث سئ النية جاز للوارث التمسك بحسن نيته على أن يضم مدة حيازة مورثه. وقد يكون من تنتقل إليه الحيازة خلفاً خاصاً، كمشتري من الحائز تنتقل إليه حيازة المبيع، وللمشتري في هذه الحالة أن يضم إلى مدة حيازته مدة البائع، فإن كان حسنى النية معاً كان ضم المدد على أساس أن الحيازة بحسن نية أو بسوء نية على حسب الأحوال، وإن كان البائع سيئ النية والمشتري حسن النية فالضم يجوز على أساس أسوأ الفرضين أى على أساس سوء النية، كما إذا كان البائع قد حاز مدة اثنى عشرة سنة والمشتري مدة ثلاث سنوات، فلا يستطيع المشتري التمسك بالتقدم القصير إذ لا يجوز له أن يكمل المدة التي حاز فيها بحسن نية إلى خمس سنوات، ولكن يستطيع التمسك بالتقدم الطويل إذ يجوز له أن يعتبر حيازته كما لو كانت حيازة بسوء نية فيكمل مدتها إلى خمس عشرة سنة بضم مدة سلفه^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٦٣.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف - وعلى ما جرى به قضاء النقض - لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق من باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز لحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ - المكتب الفني - السنة ٢٩ - ص ٦١٥)

٢- قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له، أو غير من تلقى الحق ممن باع له، بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشر سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه من هذا السلف.

(نقض - جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣ - المرجع السابق - السنة ٢٢ - ص ٤٨١)

٣- لما كان المقرر في قضاء النقض أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة، ألا يكون ثمة وجود في الحقيقة إلا للعقد الآخر، فإنه لا يكون ثمة ما يحول قانوناً دون ضم مدة حيازة هذا إلى مدة حيازة سلفه لما كان ما تقدم، وكان الحق المطعون فيه بعد أن انتهى صحيحاً إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة قد قضى بتثبيت ملكية المطعون عليه الثاني الأرض موضوع النزاع عن أساس تملكه لها بالتقادم بعد أن ضم مدة حيازته إلى مدة حيازة سلفه البائع له - المطعون عليه الأول فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٩ - الطعن ٢١٣ لسنة ٤٨ ق)

٤- يشترط لإجازة ضم حيازة الخلف الخاص حيازة سلفه إلى حيازته ليكسب ملكية عقار بالتقادم تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني، ألا يكون هذا السلف مالكاً للعقار وقت تصرفه فيه إلى خلفه، أما إذا كان السلف مالكاً له فعلاً بأى طريقة من طرق الملكية فإنه يبقى هو المالك له دون خلفه الخاص الذى لا يملكه منه إلا بتسجيل سنده أو بالتقادم الناشئ عن حيازته هو الخاصة به المستوفية لأركانها ومدتها.

(نقض - جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ - الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤٩ ق)

٥ - إستناد مورث الطاعنين في تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل. إستدلاله على ذلك بوضع يد البائعين لمورثه. مفاده. طلبه ضم مدة حيازتهم إلى حيازة مورثه. عدم مواجهة هذا الدفاع. قصور.

لما كان البين من الأوراق أن مورث الطاعنين إستند في طلب تثبيت ملكيته إلى التقادم الطويل وإستدل على ذلك في محاضر أعمال الخبير بوضع يد البائعين لمورثه مما مؤداه أنه طلب ضم مدة حيازتهم إلى مدة حيازة مورثه وكان الحكم المطعون فيه قد تحجب عن مواجهة هذا الدفاع وأقام قضاءه على أن حيازة مورث الطاعنين لم

تكتمل لها مدة التقادم الطويل دون أن يبحث مدة حيازة البائعين له فإنه يكون قد عارِه قصور. مبطل.

(الطعن ١٥٧٩ لسنة ٥٧٧ ق جلسة ١٩٩٠/١/٣٠ ص ٤١ س ٣٦١)

٦ - وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه، أنها تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع بأن إقامة سلف المطعون ضده بمنزل النزاع والمقام على الأرض المملوكة لها كما إنتهى خبير الدعوى كان مردها إلى علاقة العمل بينهما، والتي قدمت دليلها وأثبتها الخبير ومن ثم تكون حيازة المطعون ضده إمتداداً لحيازة سلفه عرضية لا تؤدي مهما إستطالت إلى كسب الملك بالتقادم. غير أن الحكم المطعون فيه إلتفت عن هذا الدفاع الجوهرى. فلم يقسطه حقه من التمهيص ولم يناقش أدلته وقضى بتثبيت ملكية المطعون ضده لمنزل النزاع على قول أنه على فرض صحة ما ذهب إلىه الطاعنة من كون حيازة سلفه مردها إلى كونه عاملاً لديها فإن إقامته هو بعد وفاة سلفه - قرابة العشرين عاماً - دون أن تربطه بالطاعنة علاقة تحمل على التسامح تعد مجابهة صريحة لها أنكر بها عليها ملكيتها، على الرغم من أن تلك الإقامة مهما طالّت لا تعد بذاتها كذلك، كما أن أقوال الشهود الذى عول عليهم الحكم الابتدائي ودلل بها على توافر نية التملك لدى المطعون ضده وإتخذها الحكم المطعون فيه أسباباً له. قد خلت من توافر نية التملك لدى المطعون ضده أو سلفه، الأمر الذى يصم الحكم المطعون فيه فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون بالقصور في التسبب والفساد في الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أنه وإن كان لمحكمة الموضوع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة المطلقة في التحقق من إستيفاء الحيازة لشروطها القانونية، وهي أن تكون مقرونة بنية التملك ومستمرة وهادئة، وظاهرة إلا أن ذلك مشروط بأن تكون الأسباب التى أقامت عليها قضاءها سائغة ومستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التى خلصت إليها، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع - ووفق طلباتها الختامية بأن حيازة سلف المطعون ضده للمنزل - المقام على الأرض المملوكة لها كانت عرضية، إذ كان عاملاً لديها، ودللت على ذلك بشهادة صادرة من التأمينات الإجتماعية، وكان مؤدى هذا الدفاع أن حيازة السلف لعقار النزاع كانت بسبب وقتى معلوم، وكان الحائز العرضي لا يستطيع كسب الملك بالتقادم على خلاف سنده إلا إذا تغيرت صفة حيازته - على ما تقضى به المادة ٩٧٢/٢ من القانون المدني، أما بفعل الغير وإما بفعل من الحائز يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك، ولا يكفى في تغيير صفة وضع يده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة مجرد تغيير نيته، بل يجب أن يكون تغيير النية بفعل إيجابى مادي أو قضائي - يجابه به حق المالك بالإنكار الساطع والمعارضة العلنية، ويدل دلالة جازمة على أن ذا اليد الوقتية مزع إنكار الملكية على صاحبها والإستئثار بها دونه، وعبء إثبات تغيير سبب الحيازة على هذا النحو - إنما يقع على عاتق الحائز العرضي، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد واجه هذا الدفاع بقاله أنه على فرض صحته فقد حاز المطعون ضده المنزل لما يقارب العشرين عاماً بعد

وفاة مورثه دون أن تربطه هو بالطاعنة ما يحملها على التسامح في وضع يده. مما عده الحكم مجابهة صريحة منه لها وإنكار لمليكتها. ورتب على ذلك رفض دعواها بطرده وتثبيت ملكيته للعقار، وكان هذا الذي أورده الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعنة، ذلك أن إنتقال الحيازة بالميراث لا يمكن إعتباره مغيراً للسبب، لأن الحيازة إنما تنتقل بصفاتها إلى الوارث الذي يخلف مورثه في إلتزامه بالرد بعد إنتهاء السبب الوقتي لحيازته العرضية، ولا تكون للوارث حيازة مستقلة مهما طال الزمن، ولو كان يجهل أصلها أو سببها، ما لم تصحب حيازته مجابهة صريحة ظاهرة للمالك. وكانت إقامة المطعون ضده - بعد وفاة مورثه مجتزل النزاع - مهما إستطالت - لا تعد بمجرد تغييراً لسبب الحيازة الوقتي الذي تمسكت الطاعنة بإنتقالها إليه هذا إلى أن الحكم الابتدائي - المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه - قد إستخلص من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير توافر نية التملك لدى مورث المطعون ضده، على الرغم من خلوها مما يفيد توافر هذه النية، بما يعيب الحكم - فضلاً عن الفساد في الإستدلال والقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون - بمخالفة الثابت بالأوراق، مما يعيبه ويوجب نقضه - دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن - على أن يكون مع النقض الإحالة.

(الطعن ٣٠٥٠ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٢/١٠ لم ينشر بعد)

٧ - وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أن المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تقصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه في أسباب الحكم وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور، وكان المقرر أن وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية إذا توافرت فيه الشروط القانونية يعد بذاته سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها، وأن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلي المستوفى عناصره القانونية لا بما يرد بشأنها في محرر أو تصرف قانوني قد يطابق أو لا يطابق الواقع، كما أن المقرر أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد، يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غيره أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشتراطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك، متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه مادياً إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التي إستلزمها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد

بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها لما كان ذلك وكان الثابت أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بدفاع في الدعويين الأصلية والفرعية أنه تملك أرض النزاع بالتقادم الطويل المكسب بضم حيازة سلفه إلى حيازته كما أنه إعترض على ما إنتهى إليه الخبير في تقريره من أن حيازته وفقاً للمستندات بدأت منذ عام ١٩٨٦ وطلب إعادة المأمورية إلى الخبير لبحث حيازته وحيازة سلفه بإعتبار أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيها بوضع اليد الفعلي لا بما يرد بشأنها في المستندات، إلا أن الحكم المطعون فيه إذ لم يتناول هذا الدفاع بشقيه بما يقتضيه من البحث والتحصيل رغم أنه دفاع جوهري من شأنه إن صح أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون معيباً بالقصور في التسيب والإخلال بحق الدفاع والفساد في الإستدلال مما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(الطعن ٣٩١٨ لسنة ٦٨ ق - جلسة ٢٠٠٠/١/١٨ لم ينشر بعد)

٨ - المقرر أن الأصل في الحيازة أنها لصاحب اليد يستقل بها ظاهراً فيها بصفته صاحب الحق غير أنه عند قيام رابطة قانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف فإنه يجوز للخلف أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من آثار ومنها التملك بالتقادم المكسب وكان نص الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني على أن " ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر " يدل على أن كل ما إشتراطه المشرع لإكتساب الخلف الخاص " الملكية بوضع اليد بضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته هو ثبوت قيامها مستوفية لشرائطها القانونية بحيث لا يقل مجموع مدة الحيازتين عن خمس عشرة سنة بغير حاجة إلى النظر فيما إذا كان السلف مالكا للشئ وقت تصرفه فيه إلى خلفه أم غير مالك متى كانت الحيازة قد إنتقلت إلى الخلف على نحو يمكنه معه السيطرة الفعلية على الشئ ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً إذ المقرر أن الحيازة متى توافرت لها الشرائط التي إستلزمها القانون وإستمرت مدة خمس عشرة سنة تعد بذاتها سبباً لكسب الملكية مستقلاً عن غيره من أسباب إكتسابها.

(الطعن رقم ٥٠٧١، ٥٧١٠ لسنة ٦٦ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٩ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٥٦)

تزول الحيازة إذا تنحى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل - فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩١٥ سورى و ٩٦٠ لىبى و ٧٦٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٧٥ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- إن القانون المدنى الأهلى قد نص فى المادة ٨١ منه عن التملك بمضى المدة على أنه "إذا انقطع التوالى فى وضع اليد فلا تحسب المدة السابقة على انقطاعه"، كما نص فى المادة ٨٢ على أنه "تقطع المدة المقررة للتملك بوضع اليد إذا ارتفعت اليد ولو بفعل شخص أجنبى. وتقطع المدة المذكورة أيضاً إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً الخ". وانقطاع المدة فى الحالة الأولى يعرف بالانقطاع الطبيعى، وفى الحالة الثانية بالانقطاع المدنى. والقانون المصرى لم ينص على تحديد مدة للانقطاع الطبيعى كما فعل القانون الفرنسى الذى نص فى المادة ٢٢٤٣ على أنه يجب أن تكون مدة الانقطاع زائدة على سنة، وما ذلك منه إلا بالقياس على دعوى وضع اليد التى يشترط لرفعها ألا يكون قد مضى أكثر من سنة على غصب العين المطلوب استردادها مما يفيد أن الانقطاع الذى يستمر طوال هذه المدة يكون واجباً الاعتداد به.

على أن القانون المصرى ما دام قد حدد فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٦ مرافعات أهلى لقبول دعوى إعادة وضع اليد نفس المدة التى حددها القانون الفرنسى فقد دل بذلك على أنه قد قصد هو الآخر إلى أن الحكم بإعادة وضع يد الحائز يزيل عنها شائبة الانقطاع فتكون الحيازة رغم ما كان قد طرأ عليها مستمرة لها كل نتائجها. هذا ويجب فى الانقطاع الطبيعى، فضلاً عن شرط المدة، أن يكون زوال الحيازة بفعل شخص أجنبى. ولا يكفي لذلك مجرد منع الحائز من الانتفاع بشخصه بالعين، بل يجب أن يكون واضع اليد الجديد منتفعاً بالعين لغير حساب الحائز. وبعبارة أخرى يجب أن يكون من شأن رفع يد الحائز حرمانه من ثمرات العين التى كان يحوزها ومن منافعها. فإذا عين البنك العقاري حارساً على أرض للمحافظة على حقوق الدائنين، وتسلم هذه الأرض، وارتفعت يد مالكة عنها فإن ذلك لا يصح اعتباره قطعاً للتقدم، لأن وضع يد البنك على الأرض بهذه الصفة لم يكن ملحوظاً فيه أن ينتفع بها البنك لنفسه بل ليحصل غلتها ويستوفي منها دينه ثم يرد ما بقى منها للمالك.

(الطعن رقم ٧١ - لسنة ٩٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ٠٢ / ١٩٤٠)

٢- إن الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه وقد اتخذ المشرع من الحيازة وسيلة لإثبات حق الملكية ذلك أن الحيازة من حيث الآثار التي تترتب عليها تصلح قرينة على الملكية وتكسب الملكية فعلاً بالتقادم الطويل في العقار وقد أوضح القانون المدني في المادتين ٩٤٩، ٩٥٦ شروط كسب الحيازة وزوالها فنص في المادة ٩٤٩ على أنه "١- لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحملة الغير على سبيل التسامح، ٢- وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو ألتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب كما تنص المادة ٩٥٦ على أنه "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أو إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى" كما أوضحت المادة ٩٦٨ من القانون المدني آثار الحيازة القانونية كسبب لكسب الملكية بالتقادم فنصت على أن "من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة". ومؤدي هذه الأحكام أنه يشترط في الحيازة حتى تحدث أثرها القانوني أن تكون هادئة وظاهرة في غير غموض ومستمرة وأن تكون بنية التملك وليس على سبيل التسامح أو الإباحة، فإذا ما توافرت الحيازة بشروطها القانونية واستمرت لمدة خمس عشرة سنة تترتب عليها اكتساب الملكية بالتقادم وبتطبيق هذه المبادئ على واقعة النزاع يتضح أن الأرض موضوع الدعوى كانت في حيازة المشتري الأصلية..... منذ يناير سنة ١٩٤٦ وانتقلت حيازتها بعد وفاتها إلى شقيقها..... حتى باعها هذا الأخير إلى مورث المطعون ضدهم وإلى والدتهم واستمرت حيازة المشتريين وورثتهم من بعدهم واستكملت الحيازة المدة القانونية اللازمة لكسب الملكية بطريق التقادم في يناير سنة ١٩٦١ أي قبل العمل بقانون الإصلاح الزراعي رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ ومن المقرر طبقاً للمادة ٩٥٥ من القانون المدني أن الحيازة تنتقل للخلف العام بصفاتها كما يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر وعلى ذلك فإنه لا يؤثر في توافر شروط الحيازة القانونية تغير الحائزين لهذه الأرض.

ومن حيث أنه عن ادعاء الهيئة الطاعنة أن المعارضين لم يقدموا للخبير المستندات الدالة على وضع يدهم على الأرض موضوع النزاع فإن هذا الادعاء على افتراض صحته غير مؤثر في الدعوى إذ من المعروف أن الحيازة وضع مادي يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن وعلى ذلك فلا جناح على اللجنة إذا هي خلصت إلى توافر الحيازة القانونية استناداً إلى أقوال الشهود في التحقيق الذي أجراه الخبير ومع ذلك فإن المطعون ضدهم قدموا المستندات التي تؤيد صحة ما انتهى إليه الخبير فقد قدموا عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٠ يناير سنة ٤٦ الصادر من المالكة الأصلية إلى وإعلام وراثته لشقيقته وعقدي البيع العرفيين الصادرين من إلى و في سنتي ١٩٥٢، ١٩٥٤ وإيصالات سداد

الأموال الأميرية عن هذه المساحة وشهادة إدارية من الجمعية التعاونية الزراعية وعمدة ومشايخ وصراف الناحية تؤيد شراؤهم وحيازتهم لهذه المساحة أما استناد الهيئة الطاعنة إلى أن المالكة لم تدرج المساحة موضوع المنازعة في إقرار ملكيتها فهو استناد غير منتج في الدعوى ولا يؤثر في صحة ملكية المطعون ضدهم، بل قد يحمل ذلك على أن المالكة تصرفت بالبيع في هذه المساحة قبل القانون بمدة طويلة فأسقطتها من إقرارها كما أن ورود هذه المساحة في تكليف المالكة الأصلية أمر بديهي إذ أن التكليف لا ينتقل من اسم لآخر إلا بموجب سند مسجل وليس هناك ادعاء من أحد بأن لديه مثل هذا السند.

(الطعن رقم ١٣٧ - لسنة ١٨ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ١٢ / ١٩٧٣)

* * *

مادة (٩٥٧)

- ١- لا تنتقض الحيازة إذا حال دون مباشرة السيطرة الفعلية على الحق مانع وقتي.
- ٢- ولكن الحيازة تنتقض إذا استمر المانع سنة كاملة. وكان ناشئاً من حيازة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه. وتحسب السنة ابتداء من الوقت الذي بدأت فيه الحيازة الجديدة إذا بدأت علناً، أو من وقت علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩١٦ سوري و ٩٦١ ليبي و ٧٦٩ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يفقد الحائز الحيازة إذا فقد عنصرها المادي والمعنوي، أو فقد أحد العنصرين دون الآخر، على أنه إذا فقد العنصر المادي دون أن ينتقل هذا العنصر لشخص آخر، فإنه لا يفقد الحيازة مادام لم يفقد الأمل في العثور على الشيء. كذلك إذا انتقل العنصر المادي لشخص آخر، ولكن انتقله كان جلسة أو بالإكراه، فإن الحائز لا يفقد الحيازة إلا إذا مضت سنة كاملة من الوقت الذي علم فيه بانتقال العنصر المادي^(١).

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٦٧.

حماية الحيازة (دعاوى الحيازة الثلاث)

مادة (٩٥٨)

- ١- لحائز العقار إذا فقد الحيازة أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه.
- فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت أن ينكشف ذلك.
- ٢- ويجوز أيضاً أن يسترد الحيازة من كان حائزاً بالنيابة عن غيره.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة سورى وليبي و ٧٧٠ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٦٢ من القانون المدني.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- دعوى الحيازة هي الدعوى التى يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر عن أساسه ومشروعيته.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٩ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ١٩ - ص ١٢٦٨)

٢- مفاد نص المادة ٩٥٨ من القانون المدني أن دعوى استرداد الحيازة إنما شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان مقبولها رهناً بأن يكون لرافعها حيازة مادية مالية. ويعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار اتصالاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر. وأن يكون الاتصال قائماً حال وقوع الغصب. ولا يشترط أن تكون هذه الحيازة بنية التملك. وليكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة فعلية، ومن ثم يجوز رفعها من المستأجر. والمراد بالقوة المستعملة لسلب الحيازة كل يؤدى إلى منع الحيازة الواقعية، لا فرق فى ذلك بين القوة المادية والمعنوية. فيجوز أن يبنى الاغتصاب على أساليب الغش والتدليس والخداع وغيرها من المؤثرات المعنوية.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/٥/٥ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٠٦٣)

٣- من المقرر أن تكليف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها وإعطائها كيفها الصحيح، والعبرة بتكليف الدعوى بأنها بالحق هي بحقيقة المطلوب فيها بصرف النظر عن العبارات التى صيغت بها. ومتى كان الثابت من مدونات الحكم أن المطعون ضدها أسست دعواها بإزالة المباني التى أقامها الطاعن فوق سطح منزلها على ملكيتها لهذا العقار بالشراء من والده، ونازعها الطاعن فى ذلك وارتكب عملاً غير مشروع بالتعدى على ملكها مما يقتضى طلب إزالته بموجب التزامه القانونى بضمان عدم التعرض لها باعتبارها خلفاً للبايع، فإن الدعوى

بهذا الوصف تكون من الدعاوى المتعلقة بأصل الحق وليست من دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المواد ٩٥٨ إلى ٩٦٢ من القانون المدني. ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر، وقضى برفض دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى باعتبارها من دعاوى الحيازة التي استتدت فيها أصل الحق يكون قد التزم صحيح القانون.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ - الطعن ١٤٠٨ لسنة ٤٨ق)

٤- المقرر قضاء النقص أنه لا يشترط لقبول دعوى استرداد الحيازة أن يكون سلب الحيازة مصحوباً بإيذاء أو تعد على شخص الحائز، بل يكفي أن يكون قد سلبت قهراً، إذ شرعت هذه الدعوى لحماية الحائز من أعمال الغصب التي تقوم على كل فعل يؤدي إلى منع هذه الحيازة وأن لمحكمة الموضوع السلطة الموضوعية في التحقق من استيفاء الحيازة للشروط التي يستلزمها القانون بدون رقابة من محكمة النقص متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة، كذلك السلطة المطلقة في بحث المستندات المقدمة وفي استخلاص ما تراه متفقاً مع الواقع متى كان ذلك سائغاً. كما أن تقدير أقوال الشهود ودلالة القرائن هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت تقديرها على أسباب سائغة تكفي لحمل حكمها.

(نقض - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ - الطعن ٩٣ لسنة ٤٩ق)

٥- دعوى الحيازة هي الدعوى التي يقصد منها حماية وضع اليد ممن يعتدى عليه بالغصب أو التعرض بصرف النظر. أم دعوى الملكية فهي الدعوى التي ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع عنه من الحقوق العينية الأخرى كحق الارتفاق والبحث فيها يتناول حتماً أساس هذا الحق ومشروعيته. فإذا كان المطعون ضده قد طلب في دعواه إزالة المباني التي أقامها الطاعن على الممر محل النزاع، تأسيساً على أن هذا الممر محمل بحق ارتفاق لمصلحة العقار المملوك له، وقد ثار النزاع في هذه الدعوى بين الطرفين على هذا الارتفاق، فإنها على هذه الصورة لا تكون من دعاوى الحيازة وإنما هي من دعاوى الحق.

(نقض - جلسة ١٩٦٨/٥/٩ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٩ - ص ٩١٥)

٦- الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا يحوز قوة الأمر المقضى في دعوى الربيع والتي تعتبر الملكية عنصراً من عناصرها، وذلك لاختلاف الدعويين سبباً وموضوعاً، ومن ثم فلا يجوز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في هذه الدعوى الأخيرة لمخالفته الحكم الأول، ولا يتغير من ذلك أن يكون الحكم في دعوى منع التعرض قد فصل في أسبابه في ملكيته أرض النزاع وقضى بأنها لا تدخل في مستندات الخصم ذلك أن قاضي الحيازة ممنوع من التعرض للملكية ومن بناء حكمه على أساس ثبوتها أو نفيها، وكل ما يقرره في شأنها لا يحوز أية حجية لدى المحكمة التي يعرض عليها النزاع على أصل الحق أو النزاع متفرع عنه أو مترتب عليه كالنزاع على ريع، ومن ثم فلا تنقيد به تلك المحكمة.

(نقض - جلسة ١٩٦٩/٣/١٣ - المرجع السابق - لسنة ٢٠ - ص ٣٣٣)

٧- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الحق في وقت واحد ولو فى دعويين مستقلتين، العبرة فى ذلك بحقيقة المطلوب فى الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/٣١ - الطعن ٦٥٣ لسنة ٤٧ق)

٨ - واقعة سلب الحيازة وتاريخها من المسائل الموضوعية المتروكة لتقدير قاضى الموضوع متى كان إستخلاصه سائغاً وله سند فى الأوراق.

(الطعن ١٠٨ لسنة ٥٩ق - جلسة ١٩٩٠/٢/١٥)

٩ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فيما يتعلق بالمدة المعينة لرفع دعوى إسترداد الحيازة فإن مدة السنة التى إشتراط المشرع فى المادة ٩٥٨ من القانون المدنى عدم مضيتها على فقد الحيازة هى مدة تقادم خاص تسرى عليها قواعد الوقف والإنقطاع التى تسرى على التقادم المسقط العادى وأن رفع واضع اليد دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا إسترداد الحيازة يعتبر بمنياى ومعناه طلبا برد الحيازة بقطع مدة تقادم دعوى وضع اليد ولو قضت المحكمة المستعجلة بعدم إختصاصها لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة بقطع بالمدة.

(الطعن ٢٠٠٨ لسنة ٥٣ق - جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٥)

١٠ - دعوى إسترداد الحيازة. ماهيتها وشروط قبولها. م ٩٥٨ مدنى.

(الطعن ٤٤٦٦ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٨ لم ينشر بعد)

١١ - دعوى إسترداد الحيازة. قبولها رهن بأن تكون لرافع الدعوى حيازة على العقار المطالب برده.

(الطعن ٢٧٧٢ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩ س ٤٤ ص ٣١٣)

١٢ - دعوى إسترداد الحيازة. قيامها على رد الإعتداء غير المشروع. قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة ومتصلة بالعقار إتصلاً فعلياً حال وقوع الغصب. توافر نية التملك. غير لازم. وجوب أن تكون الحيازة هادئة وظاهرة وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحيازة.

(الطعن أرقام ١٧٩٩، ٢٠٩٧، ٢٢٤٣ لسنة ٦٢ق - جلسة ١٩٩٣/٦/١٧ س ٤٤ ص ٧١٢)

١٣ - دعوى إسترداد الحيازة. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة المادية. لا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص مستندات الخصوم المتعلقة به. إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى بطلان عقد الإيجار. مؤداه. عدم جواز تقديم طلب بطلان عقد الإيجار فى صورة طلب عارض فى دعوى إسترداد الحيازة. لما كان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد إفتتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده بإسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالى فهى من دعاوى الحيازة المعروفة فى القانون أساسها الأصلى الحيازة المادية بشروطها القانونية وممرهاها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية

فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيائها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلي في موضوعه وفي سببه وفي خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض.

(الطعن ٢٢٢ لسنة ٦٠ق - جلسة ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٩)

١٤ - قضاء الحكم الجنائي بالبراءة في جريمة إنتهاك حرمة ملك الغير. تعرضه لوضع يد الحائز على عين النزاع وسنده في وضع يده وإنتهاؤه إلى أن طرفي الخصومة يوزان شقة النزاع بالمشاركة. أسباب زائدة وغير ضرورية للحكم. أثره. لا حجية لهذه الأسباب أمام القاضي المدني في خصوص طلب إسترداد الحيازة. مؤداه. عدم منعه من بحث توافر شروط تلك الحيازة.

(الطعن ٢٠١ لسنة ٦١ق - جلسة ١٩٩٥/٧/٥ س ٤٦ ص ٩٤٨)

١٥ - تمسك الطاعن بأنه الحائز لعين النزاع وأن المطعون ضدها الأولى لم تضع اليد عليها إلا نفاذاً لحكم صدر بالحاق محضر الصلح بمحضر الجلسة بالتواطؤ بين طرفيه في غيبته. دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه بإسترداد المطعون ضدها الأولى لحيازة تلك العين دون تمحيص هذا الدفاع أو الرد عليه. قصور. مبطل.

(الطعن ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣ س ٤٦ ص ١٠٠٤)

١٦ - دعوى إسترداد الحيازة. قيامها على رد الإعتداء غير المشروع. شرط قبولها. أن يكون لرافعها حيازة مادية حالية ومتصلة بالعقار إتصلاً فعلياً حال وقوع الغصب وأن تكون هذه الحيازة هادئة وظاهرة.

(الطعن ٧٩٨٣ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/٧/١٣ س ٤٦ ص ١٠٠٤)

١٧ - تمسك الطاعن بوجود عقد شركة توصية بسيطة بينه وبين المطعون ضده وآخر لغرض البيع في كشك إقامة المطعون ضده على أرض خصصت له من جهاز المدينة. القضاء بقبول دعوى الأخير بطلب إسترداد حيازة الكشك. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

إذا كان البين من الأوراق أن الطاعن تمسك في دفاعه بأنه تكونت بينه وبين المطعون ضده وثالث شركة توصية بسيطة بمقتضى العقد المؤرخ ١٩٨٩/١/١ الغرض منها بيع المأكولات والمشروبات في الكشك الذى أقامه المطعون ضده على قطعة الأرض التى تم تخصيصها له من جهاز مدينة العاشر من رمضان فلا تقبل دعواه بطلب إسترداد الحيازة (حيازة الكشك) وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بقبول دعوى الحيازة فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٦١٤٢ لسنة ٦٦ق - جلسة ١٩٩٨/٢/٢٤ لم ينشر بعد)

١٨ - وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أنه وإن كان المشرع أجاز في المادة ٢٤ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للمستأجر وحده إثبات العلاقة الإيجارية بكافة طرق الإثبات إلا أن مناط ذلك ألا يكون هناك عقد مكتوب أو أن تتطوى الشروط المكتوبة على تحايل على القواعد المتعلقة بالنظام العام، وأن يتمسك المستأجر بذلك بطلب صريح جازم. لما كان ذلك وكان المطعون ضده قد إستند في قيام علاقة إيجارية بينه وبين الطاعنة بشأن محل النزاع العقد مكتوب قدمه قطعنت عليه الطاعنة بالتزوير وإستدلت على ذلك باختلاف صورته الضوئية التي قدمها عن النسخة الأصلية التي ألزمته المحكمة بتقديمها كما تمسكت بأن التوقيع ليس توقيعها وأن العبارات المحررة بخط اليد مزورة وأعلنت المطعون ضده بشواهد التزوير، فأقام الحكم قضاءه على أنه وإن كان المطعون ضده إعتصم بعقد الإيجار المطعون عليه بالتزوير إلا أنه يجوز له إثبات وقاعة التأجير بكافة طرق الإثبات وإن الثابت من أقوال الشاهدين بالمحضر الإداري ٤٠٢٢ لسنة ١٩٩٢ أنه هو المستأجر للمحل، كما أنه إستخرج ترخيصاً للمحل بإسمه وإشتراك في توصيل التيار الكهربائي والمياه. رغم أنه لم يبتازل عن عقد الإيجار المطعون عليه بالتزوير، لم يطلب إثبات العلاقة الإيجارية بأي طريق من طرق الإثبات، ورغم أن إستخراج الترخيص والإشتراك في توصيل التيار الكهربائي والمياه يتم بمجرد طلب المطعون ضده مستنداً إلى الورقة المطعون عليها بالتزوير وأن الشاهدين قررا بالمحضر الإداري سالف البيان أنهما شاهداه وشقيقه قائمان على البيع بالمحل ولم يشهدا بطبيعة العلاقة بين الطرفين ومحلها وكان هذا الذى قرره الشاهدان لا يصح دليلاً قبل الطاعنة على قيام العلاقة الإيجارية. ولا على حدود العين المؤجرة فإن الحكم يكون معيباً بالفساد في الإستدلال. والإخلال بحق الدفاع والقصور في التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

(الطعن ٣٠٥٧ لسنة ٢٠٠٨ ق - جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤ لم ينشر بعد)

١٩ - وحيث أن هذا النعى في محله، ذلك أن المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن دعوى إسترداد الحيازة تقوم على رد الإعتداء غير المشروع فهي قد شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم فإن قبولها رهن بأن يكون لرافعها حيازة مادية حالة بحيث تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصلاً فعلياً يجعل العقار تحت تصرفه المباشر وأن يكون هذا الإتصال قائماً حال وقوع الغصب وأنه ولئن كان لا يلزم أن تكون هذه الحيازة بنية التملك إلا أنه يتعين في جميع الأحوال أن يكون لرافع الدعوى حيازة هادئة وظاهرة، وأن ترفع الدعوى خلال سنة من حصول سلب الحيازة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى حيازة المطعون ضدهما لشقة النزاع حال حياة المورث وحتى وفاته وأن إنقطاعهما عن الإقامة بهما مهما إستطالت مدته والإقامة بمسكن آخر لا يحول بينهما وبين حقهما في الإقامة بها ولا يفيد تخليها عنها الأمر الذى يكون معه الحكم المطعون فيه قد خلط بين الإقامة التى تبيح حق إمتداد عقد إيجار مورثهما وبين الحيازة الواجبة الحماية لذاتها بدعوى

إسترداد الحيازة والتي تقوم على رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد ويشترط لقبولها أن تكون لرافعها حيازة مادية حاله تجعل يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً حال وقوع الغصب والعبرة في ثبوت هذه الحيازة - وهي واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلاً فإن الحكم المطعون فيه رغم إقراره بتخلف الحيازة الحالة للمطعون ضدهما كشرط لقبول دعواهما بإسترداد الحيازة إلا أنه قضى لهما برد حيازتهما لها بما يعيبه بالخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(الطعنان ٧٨٧٦، ٥٩٢٦ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢٢ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٥٩)

١- إذا لم يكن من فقد الحيابة فقد انقضت على حيازته سنة وقت فقدتها فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى حيابة أحق بالترفضيل. والحيابة الأحق بالترفضيل هي الحيابة التي تقوم على سند قانوني. فإذا لم يكن لدى أى من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم كانت الحيابة الأحق هي الأسبق فى التاريخ.

٢- أما إذا كان فقد الحيابة بالقوة فللحائز فى جميع الأحوال أن يسترد خلال السنة التالية حيازته من المعتدى.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٣ لىبى و ٢/١١٥٠ عراقى و ٧٧١ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الواردة على المادة ٩٦٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

وحيث أن مما يعنى به الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه، ومخالفة الثابت بالأوراق. وفى بيان ذلك يقولان إنهما إشتريا الشقة موضوع النزاع بعقد بيع مؤرخ ١٩٨١/١٢/١ وتسلمها ووضعها يديهما عليها وضع يد هادئ وظاهر - إلا أن المطعون ضدها الأولى سلبت حيازتهما بزعم أنها إستأجرت الشقة من البائع لهما بعقد مؤرخ ١٩٨٢/١/١ رغم أنه لم يسبق لها أن تسلمتها من المؤجر أو وضعت اليد عليها طبقاً للثابت من تحقيقات المحضر رقم.... لسنة.... ولما كانت حيازتهما للشقة قائمة على سند قانوني، وأسبق فى التاريخ وأحق بالترفضيل من سند المطعون ضدها عملاً بالمادة ٩٥٩ من القانون المدنى، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بعقد لإيجار سالف البيان وأقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي - فيما إنتهى إليه من رفع دعواهما على سند من توافر الحيابة القانونية المقترنة بوضع اليد للمطعون ضدها لشقة النزاع إستناداً إلى ذلك العقد والمحضر الإداري سالف البيان - يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى فى محله. ذلك أن المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن دعوى إسترداد الحيابة تقوم قانوناً على رد الإعتداء غير المشروع وأنها شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب، ومن ثم كان قبولها رهناً بأن تكون لرافعها حيابة مادية حالة ومعنى كونها مادية أن تكون يد الحائز متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً فى حال وقوع الغصب. والعبرة فى ثبوت هذه الحيابة - وهى واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلاً ولو خالف الثابت بمستندات. ولما كان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٩٥٩ من القانون المدنى على أن " إذا لم يكن من فقد الحيابة قد إنقضت على حيازته سنة وقت فقدتها، فلا يجوز أن يسترد الحيابة إلا من شخص لا يستند إلى

حيازة أحق بالتفضيل. والحيازة الأحق بالتفضيل هي الحيازة التي تقوم على سند قانوني. فإذا لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سنداتهم، كانت الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ - يدل على أن المشرع وضع قواعد للمفاضلة بين حيازة وأخرى، فإذا قامت كل من الحيازتين على سند قانوني فضلت الحيازة الأسبق في التاريخ سواء كان سندها سابقاً على سند الحيازة الأخرى أو لاحقاً له. وإذا لم تقم أي من الحيازتين على سند قانوني فإن الحيازة الأسبق في التاريخ هي التي تفضل. وإذا قامت إحدى الحيازتين على سند قانوني ولم تقم الحيازة الأخرى على سند مقابل فضلت الحيازة التي تقوم على سند قانوني سواء كانت سابقة على الحيازة الأخرى أو لاحقة لها. لما كان ذلك وكان الثابت من تحقیقات المحضر الإداري رقم لسنة المنتزه - وحصله الحكم الابتدائي لأسبابه بالحكم المطعون فيه - أن الطاعنين حازا الشقة موضوع النزاع ووضعاً بها منقولاتهما منذ شهر سابق على تاريخ المعايضة التي تمت في ١٩٨٤/٥/٣٠ وحتى تاريخ صدور قرار قاضي الحيازة في ١٩٨٤/٧/٥ يتمكن المطعون ضدها من حيازتها مما مفاده أن المطعون ضدها لم يسبق لها حيازة تلك الشقة، فإنه - وقد تعادلت سندات طرفي النزاع - تكون حيازة الطاعنين هي الأحق بالتفضيل باعتبارها الحيازة الأسبق في التاريخ. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض الدعوى على سند من أن عقد إستجار المطعون ضدها تتوافر به حيازتها القانونية المقترنة بوضع اليد نيابة عن المؤجر، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن.

(الطعن ٤٦٣ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٥ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٦٠)

للحائز أن يرفع في الميعاد القانوني دعوى استرداد الحيازة على من انتقلت إليه حيازة الشيء المغتصب منه ولو كان هذا الأخير حسن النية.
النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني بالأقطار العربية، المواد التالية:
مادة ٩٦٤ ليبي و ١١٥٢ و ١١٥٣ عراقي و ٧٧٧ سوداني.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على نص المادة ٩٦٢ مدني.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- سقوط الحق في الحيازة مناطه. رفع المدعى دعوى الحق. جواز تقديمه أوجه الدفاع والأدلة لإثبات حيازته ولو كانت تتعلق بأصل الحق طالما لم يطلب الفصل في موضوع الحق ذاته.

النص في المادة ١/٤٤ من قانون المرافعات يدل على أن المناط في سقوط الحق في دعوى الحيازة، هو قيام المدعى برفع دعوى الحق، إذ يعتبر المدعى برفعه لهذه الدعوى متنازلاً عن دعوى الحيازة، ولا يعني ذلك أن يمتنع عليه تقديم أوجه الدفاع والأدلة المثبتة لتوافر صفته أو توافر أوصاف الحيازة التي يحميها القانون، ولو كانت هذه الأدلة تتعلق بأصل الحق، طالما أن الهدف منها هو إثبات توافر شروط الحيازة في جانبه، ولم يطلب الفصل في موضوع الحق ذاته.

(الطعن ٥٥٧٣ لسنة ٥٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١/١٠ س ٤١ ص ١٤٧)

٢- دعوى استرداد الحيازة. قيامها على الإعتداء غير المشروع دون نظر إلى صفة واضع اليد. يكفي لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يده متصلة بالعقار إتصلاً فعلياً قائماً في حالة وقوع الغصب. العبرة في ثبوت الحيازة بما يثبت قيامه فعلاً.

المقرر في قضاء محكمة النقض أن دعوى استرداد الحيازة تقوم قانوناً على رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلى صفة واضع اليد، وكفى لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة تجعل يد الحائز متصلة بالعقار إتصلاً فعلياً قائماً في حالة وقوع الغصب، والعبرة في ثبوت هذه الحيازة - وهي واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلاً.

(الطعن ٥٥٩٠ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٣ س ٤٥ ص ٤١٦)

٣- دعوى استرداد الحيازة. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة المادية. لا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص مستندات الخصوم المتعلقة به.

إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى بطلان عقد الإيجار. مؤداه. عدم جواز تقديم طلب بطلان عقد الإيجار في صورة طلب عارض في دعوى إسترداد الحيازة. لما كان الثابت أن المطعون ضدهما الأول والثانية قد إفتتحا دعواهما بطلب الحكم ضد الطاعن وحده بإسترداد حيازتهما لأرض النزاع من تحت يده وبالتالي فهي من دعوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلي الأصلي الحيازة المادية بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة ولا محل فيها للتعرض لبحث الحق وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستندات تتعلق به لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة المادية، فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضدهما المذكورين بطلان عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من الخصوم المدخلين في مرحلة لاحقة من مراحل الدعوى إذ يختلف هذا الطلب عن الطلب الأصلي في موضوعه وفي سببه وفي خصومه ومن ثم لا يجوز تقديمه في صورة طلب عارض.

(الطعن ١٢٢٢ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/١/٥ س ٤٦ ص ٨٩)

٤- دعاوى الحيازة. أساسها الأصلي. الحيازة بشروطها القانونية. عدم جواز التعرض فيها لبحث الملكية ومستنداتها إلا على سبيل الإستئناس. إرتباط المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى بذلك القاعدة. مؤداه. عدم جواز دفع دعوى إسترداد الحيازة على أساس أن عقار النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه لمنفعة عامة. علة ذلك.

المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن الأساس الأصلي لدعاوى الحيازة هو الحيازة بشروطها القانونية فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية، وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها إلا أن يكون ذلك على سبيل الإستئناس، وتلك قاعدة يرتبط بها المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى ومن ثم فإنه لا يجوز للطاعنين دفع دعوى إسترداد الحيازة المقامة من المطعون ضدهم على أساس أن العقار موضوع النزاع أدخل في الملك العام بتخصيصه بالفعل لمنفعة عامة لأن محل إنما يكون في دعوى المطالبة بالحق.

(الطعن ١٩٠١، ٢٤٥٥ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٨/١٢/١٥ لم ينشر بعد)

٥- عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق. م ١/٤٤ مرافعات. علة ذلك. رفع المدعى الدعوى بأصل الحق حين يقع إعتداء على حيازته. إعتباره تسليماً بحيازة خصمه ونزولاً منه عن الحماية التى قرر لها القانون. أثره. سقوط إدعائه بالحيازة. الإستثناء. وقوع الإعتداء على الحيازة بعد رفع الدعوى بأصل الحق. إن النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٤ من قانون المرافعات على أن " لا يجوز ن يجمع المدعى في دعوى الحيازة بينها وبين المطالبة بالحق، وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة " - يدل على أنه لا يجوز للمدعى أن يجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، وذلك لإعتبارات قدرها المشرع هي إستكمال حماية الحيازة لذاتها مجردة عن أصل الحق، فإذا ما لجأ المدعى إلى رفع الدعوى بأصل الحق حين يقع إعتداء على

حيازته فإن ذلك يعد تسليماً بحيازة خصمه، ونزولاً منه عن الحماية التي قرر لها القانون بما يستتبع سقوط الإدعاء بالحيازة على مجرد رفع الدعوى بأصل الحق، كل ذلك ما لم يكن العدوان على الحيازة قد وقع بعد رفع الدعوى بأصل الحق.

(الطعن رقم ٤٧٠١ لسنة ٦٩ق - جلسة ٢٠٠٠/١٠/١٧ لم ينشر بعد)

٦- الدعوى بطلب تسجيل التصرفات الواردة على عقار أو بصورتها. تعلقها بأصل الحق. مؤداه. رفع المطعون ضده دعوى بطلب الحكم بشطب التسجيلات الواردة على عين النزاع أو بصورية عقد شراء الطاعنة الأولى لها. أثره. سقوط إدعائه بالحيازة قبل الطاعنين. شرطه. رفعه تلك الدعوى عليهم أنفسهم.

إن الدعوى بطلب تسجيل التصرفات الواردة على عقار أو بصورية هذه التصرفات تعد من قبيل الدعوى المتعلقة بأصل الحق، ومن ثم فإن رفع المطعون ضده الدعوى.... بطلب الحكم بشطب التسجيلات الواردة على عين النزاع أو بصورية عقد شراء الطاعنة الأولى لها يترتب عليه سقوط إدعائه بالحيازة (إدعائه بالحيازة على الطاعنين) إذا كانت هذه الدعوى قد رفعت على الطاعنين أنفسهم.

(الطعن رقم ٤٧٠١ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١٠/١٧ لم ينشر بعد)

٧- إذ كان الطاعن لم يستن في طلباته (رد حيازة العقار موضوع الدعوى) إلى ملكيته لأرض النزاع وإنما ركن فيها إلى أنه يحوزها وينتفع بها بترخيص من الجهة المالكة فيكون له حماية حيازته لها والانتفاع بها ودفع أي اعتداء من الغير على الحق المرخص به وإذ قضى الحكم رغم ذلك برفض دعواه استناداً منه على أن أرض التداعي من أملاك الدولة ولا يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة بشأنها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبيب.

(الطعن رقم ١٩٢٤ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٣/٠٣)

٨- حيازة المرخص له في الإنتفاع بالعين المرخص بها وإن اعتبرت حيازة عرضية في مواجهة الجهة المرخصة إلا أنها حيازة أصلية في مواجهة الغير تجيز للحائز أن يرفع باسمه على من يتعرض له جميع دعاوي الحيازة إذا وقع منه اعتداء على الحق المرخص به وهي تقوم على رد الإعتداء غير المشروع بدون نظر إلي صفة واضع اليد فلا يشترط توافر نية التملك عنده وكفي لقبولها أن يكون لرافعها حيازة مادية حالة متصلة بالعقار إتصالاً فعلياً قائماً في حالة وقوع الغصب والعبدة في ثبوت هذه الحيازة - وهي واقعة مادية - بما يثبت قيامه فعلاً.

(الطعن رقم ١٩٢٤ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٥/٠٣/٠٣)

مادة (٩٦١)

من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض فى حيازته جاز أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالإقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٦٥ لىبى و ١١٥٤ عراقى و ٧٧٨ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

يراجع - لاحقاً - التعليق بالأعمال التحضيرية الوارد على المادة ٩٦٢ مدنى.

من أحكام القضاء الحديثة:

١- حماية حائز العقار من التعرض الذى يقع له - لا يشترط أن يكون المتعرض سئ النية.

النص فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذى يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توفرت الشروط التى تضمنتها هذه المادة، إذا لم يستلزم القانون لإصباغ تلك الحماية أن يكون المتعرض سئ النية.

(نقض - جلسة ١٩٧٨/١/١٠ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٢٩ - ص ١٢٤)

٢- أوجب المشرع فى المادة ٩٦١ من القانون المدنى رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من تاريخ حصول التعرض، فإذا تتابعت أعمال التعرض وتراپطت وصدرت من شخص واحد تنشئ حالة اعتداء مستمرة يبدأ معها احتساب مدة السنة من تاريخ وقوع أول عمل من هذه الأعمال يظهر منه بوضوح أنه تضمن اعتداء على الحيازة.

وإذا تعددت أعمال التعرض وتتابعت واستقل بعضها عن بعض أو صدرت عن أشخاص مختلفين فكل عمل من هذه الأعمال يعتبر تعرضاً قائماً بذاته وتتعدد فيها دعاوى منع التعرض بتعدد هذه الأعمال أو الأشخاص الصادرة عنهم، وتحسب مدة السنة بالنسبة لكل دعوى من تاريخ وقوع التعرض الذى أنشأ هذه الدعوى.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ - الطعن ٧١١ لسنة ٤٦ق)

٣- الحكم الصادر فى دعوى منع التعرض لا يحوز قوة الأمر المقضى فى دعوى الملك. ما يقرره الحكم بشأن توافر أركان الحيازة من عدمه لا يفيد المحكمة عند الفصل فى أصل الحق.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٥/١١ - الطعن ٢١٦ لسنة ٤٩ق)

٤- دعوى منع التعرض - وجوب توافر نية التملك لدى المدعى فيها وأن تكون الأموال محل الحيازة جائز تملكها بالتقادم.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/١٨ - الطعن ١٤١٩ لسنة ٤٧ق).

٥ - إقامة المطعون ضدهما دعواهما بطلب منع التعرض الطاعن لهما في إستجارهما وإنتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع إستناداً إلى عقد إستجارهما له لأحقيتهما في إستجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور حكم مستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل. تعلقها بأصل الحق بحسب الطلبات فيها. مخالفة الحكم المطعون فيه ذلك وفصل فيها بإعتبارها دعوى حيازة. خطأ.

إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهما الأول والثاني أقاما الدعوى رقم... لسنة... الجيزة الابتدائي بطلب الحكم بمنع تعرض الطاعن لهما في إستجارهما وإنتفاعهما وحيازتهما لمحل النزاع إستناداً إلى عقد إستجارهما له المؤرخ ١٩٧٦/٦/٢٠ لأحقيتهما في إستجاره ووضع اليد عليه بموجب ذلك العقد بعد صدور الحكم المستعجل بطرد الطاعن المستأجر السابق للمحل ورفض أشكاله في التنفيذ وقبل صدور الحكم في إستئنافه الحكم الصادر في الإشكال والذي قضى بإلغائه ووقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل، فإن الدعوى بحسب هذه الطلبات وهذا الأساس تعتبر متعلقة بأصل الحق ولا تعد من دعاوى الحيازة إذ يتطلب الفصل فيها التصدي لعقدي إيجار كل من الطاعن والمطعون ضدهما وفقاً للمادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ التي تحظر على المؤجر تحرير أكثر من عقد إيجار عن الوحدة الواحدة خاصة وأن الأحكام المستعجلة لا تجوز أي حجية أمام قاضي الموضوع وبعد أن قضى لصالح الطاعن بوقف تنفيذ حكم الطرد المستعجل وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وفصل في الدعوى بإعتبارها دعوى حيازة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٨٢١ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٩٠/٥/٣١ س ٤١ ص ٢٢٣)

٦ - دعوى منع التعرض. وجوب توافر نية التملك لدى رافعها. لازم ذلك. وجوب أن يكون العقار محلها جائز تملكه بالتقادم. مقتضاه.

(الطعن ٦١٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٢/١٨ س ٤٣ ص ٤٧١)

٧ - التعرض المستند إلى قرار إداري إقتضته مصلحة عامة. عدم صلاحيته لرفع دعوى بمنع هذا التعرض. حق الحائز في اللجوء إلى القضاء الإداري دون المحاكم العادية لوقف تنفيذ القرار أو إلغائه. م ١٧ ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢. إنتهاء الحكم المطعون فيه إلى إجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن له في المصنع محل النزاع تأسيساً على أن القرار الصادر من الأخير لا يعد قراراً إدارياً دون بحث الطبيعة القانونية للترخيص الصادر منه بإقامة المصنع وما إذا كان صادراً بوصفه سلطة عامة من عدمه قصور وفساد في الإستدلال.

المقرر في قضاء محكمة النقض أن التعرض المستند إلى قرار إداري إقتضته مصلحة عامة، لا يصلح أساساً لرفع دعوى لمنع هذا التعرض وذلك لما يترتب حتماً على الحكم في هذه الدعوى لمصلحة رافعها من تعطيل هذا القرار ووقف تنفيذه وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ولا يكون للحائز في هذا الحال من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الإلتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ القرار أو إلغائه فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه

بإجابة المطعون عليه إلى طلبه بمنع تعرض الطاعن له في المصنع محل النزاع على ما خلص إليه في أسبابه من أن القرار الصادر بإزالة المصنع لا يعد قراراً إدارياً يتمتع على المحاكم العادية التعرض له بإلغائه أو وقف تنفيذه دون أن يعرض لمضمون الترخيص الصادر من الطاعن بإقامة ذلك المصنع، وتحديد طبيعته القانونية، وما إذا كان قد صدر من الجهة الإدارية بوصفها سلطة عامة أم بوصفها الجهة المؤجرة فقط وصولاً لتحديد مدى إختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعة الناشئة عنه، فإنه يكون معيباً بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال أدّى به إلى الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن ١٦٢٧ لسنة ٥٢ق - جلسة ١٩٩٣/٥/١٢ س ٤٤ ص ٣٧٨)

٨ - تكييف الدعوى. العبرة فيه بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها، الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التي فتحت دون مراعاة قيد المسافة. تكييفها الصحيح أنها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق. تكييفها بأنها دعوى منع التعرض التي يوجب القانون رفعها خلال سنة من وقوع التعرض بإعتبارها من دعاوى الحيازة والقضاء بعدم قبولها لرفعها بعد الميعاد. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

إذ كانت العبرة في تكييف الدعوى. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - بحقيقة المقصود منها وفق الطلبات فيها وما يطرح واقعاً لها وكانت الطاعنتان قد أقامت الدعوى بطلب الحكم بسد المطلات التي فتحتها المطعون ضدهم في بنائهم المجاور لعقار الطاعنتين على سند من أن فتح هذه المطلات دون مراعاة قيد المسافة يمثل إعتداء على ملكهما، فإن التكييف الصحيح لهذه الدعوى يكون بإعتبارها دعوى سد مطلات تتعلق بأصل الحق، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر بأن إعتبر الدعوى من دعاوى منع التعرض التي يوجب القانون رفعها خلال سنة من تاريخ وقوع التعرض بإعتبارها من دعاوى الحيازة ورتب على تجاوز هذا الموعد في رفع الدعوى قضاءه بعد قبولها لرفعها بعد الميعاد فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ١٨٦٣ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/١١/١٨ س ٤٤ ص ٢٣٢)

٩ - دعوى منع التعرض. دعوى متميزة لها كيانها الخاص تقوم على الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها. لا محل فيها للتعرض لبحث الملكية وفحص مستنداتها إعتبارها بهذه المثابة مستقلة عن دعوى تثبيت الملكية والتعويض في صورة طلب عارض في دعوى منع التعرض. لا يغير من ذلك إضافة طلب منع التعرض إلى الطلب العارض المشار إليه. علة ذلك.

لما كان الثابت أن المطعون ضده قد إفتتح دعواه بطلب الحكم له ضد الطاعنة بمنع تعرضها له في إقامة السور محل النزاع وبالتالي فهي من دعاوى الحيازة المعروفة في القانون أساسها الأصلي الحيازة بشروطها القانونية ومرماها حماية هذه الحيازة بصرف النظر عن أساسها ومشروعيتها فلا محل للتعرض فيها لبحث الملكية

وفحص ما يتمسك به الخصوم من مستنداتها لأنها لا تتناول غير واقعة الحيازة ومن ثم فإنها تعد بهذه المثابة دعوى متميزة لها كيانها الخاص ومستقلة كل الإستقلال عن طلب المطعون ضده تثبيت ملكيته للأرض البالغ مساحتها ١٣، ٢٥٣ م ٢ وعدم تعرض الطاعنة له في هذه الملكية وإلزامها بأن تؤدي إليه خمسمائة جنيه كتعويض عما لحقه من أضرار لأن البحث في هذا الطلب يتناول أساس حق الملكية ومشروعيته لا يغير من ذلك ما جاء على لسان المطعون ضده من أن الطاعنة متعرضة له ويطلب منع تعرضها لأن مقصودة من هذا الطلب تقرير الملك له وبالتالي لا يجوز تقييمه في صورة طلب عارض لإختلافه عن الطالب الأصلي في موضوعه وسببه.

(الطعن ٨٦٥ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠ س ٤٦ ص ١٢٨)

١٠ - تنفيذ الحكم الصادر بتسليم الطاعنين نصيب كل منهم مقرراً. عدم إعتباره تعرضاً للمطعون ضده واضع اليد على جزء من مسطح تلك الأرض يجيز له رفع دعوى منع التعرض.

(الطعن ٢٤٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١/٤ لم ينشر بعد)

١١ - لكل ذي يد على عقار أن يحمي يده بدعوى وضع اليد. وضع اليد بمعناه القانوني وقوعه على العقار المفرز كما يقع على الحصة الشائعة. عدم وجود تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص. مؤداه. لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع الإستعانة بدعوى وضع اليد في حماية يده. رفعها من الشريك في الملك الشائع لدفع التعرض الواقع له. مقبول.

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون جعل لكل ذي يد على عقار أن يحمي يده بدعوى وضع اليد، ولما كان وضع اليد بمعناه القانوني كما يقع على العقار المفرز يقع على الحصة الشائعة...، ولما كان لا يوجد في القانون أية تفرقة في الحماية بين وضع اليد على الشيوع ووضع اليد الخالص لعدم وجود أي مقتضى، فإنه يكون لكل واضع يد خالصة أو على الشيوع أن يستعين بدعوى وضع اليد في حماية يده. فيقبل رفع هذه الدعاوى من الشريك في الملك الشائع لدفع التعرض الواقع له أياً كان التعرض. فإن وقع من أحد الشركاء في العقار المشاع فعل من أفعال التعرض إنه يجوز لهؤلاء الشركاء أن يستعينوا بدعوى منع التعرض.

(الطعن ٨٩١ لسنة ٦٢ ق - جلسة ١٩٩٨/١/١٨ لم ينشر بعد)

١٢ - وضع المطعون عليهما اليد على مساحة من أعيان النزاع في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتي تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة حصة شائعة فيها ويضع الطاعن بصفته يده عليها مفرزة. لا يحول بينهما وبين حقهما في حماية يدهما بدعوى اليد ومنها منع تعرض الطاعن لهما. علة ذلك.

لما كان الثابت من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين الخصوم - أن المطعون عليهما " أولاً " تضعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتي تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما - بصفتهما هذه - أن يستعينا بدعوى اليد - ومن بينهما دعوى منع التعرض - في

حماية يدهما لمنع تعرض الطاعن لهما، ولا يحول بينهما وبين هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته - بدوره - مالكا لحصة على الشيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزء منها دارا للمسنين ويؤجر باقيها لأخرين لأن مرد كل ذلك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التي وضعها الشارع لتنظيمها والتي تقضى بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة.

(الطعن ٨٩١ لسنة ٦٢٢ق - جلسة ١٩٩٨/١/١٨ لم ينشر بعد)

١٣ - إستناد الطاعن ف طلبه منع تعرض المطعون عليه له في عقار التداعي إلى حقوقه المترتبة على شرائه المبيع بعقد عرفي مقترن بوضع اليد. دفاع جوهرى. قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدعوى إستناداً لعدم إنتقال الملكية له بالتسجيل. فساد في الإستدلال وقصور في التسبيب.

لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى على ما أورده من القول أن "ملكية العين في جزء منها لم ينتقل إلى البائعة لعدم تسجيل الحكم الصادر لها بصحة ونفاذ عقد البيع المرخ ١٩٧١/٧/٢٨ وأن الملكية لم تنتقل إليها سوى عن حصة قدرها ١٣ ط من ٢٤ ط بموجب عقد شهر حق الإرث وحكم صحة التعاقد المشهر تحت رقم ٤٠٧ بتاريخ ١٩٧٧/٧/١٣ وذلك بحسبان أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو الغير إلا بالتسجيل، وكان الثابت أن المستأنف ضده أقام دعواه إستناداً إلى مشتراه بموجب عقدي بيع إبتدائي مؤرخين ١٩٨٠/١١/١٢، ١٩٨٠/١٢/١٣ وهما لا يرتبان أثراً في إنتقال الملكية إليه لعدم تسجيلها ولم يقدم المستأنف ضده سبباً آخر من أسباب كسب الملكية يمكن التعويل عليه" وكان هذا الذى ساقه الحكم المطعون فيه ركيزة لقضائه برفض دعوى الطاعن لا يواجه دفاعه وما تمس به من حيازته لعقار التداعي وتعرض المطعون عليه بصفته له فيه على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وتقرير الخبير المندوب فيها، والذى يصلح لأن يكون أساساً لطلبه الحكم بمنع هذا التعرض، وهو دفاع جوهرى من شأنه إن صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيباً بالفساد في الإستدلال فضلاً عن القصور في التسبيب.

(الطعن رقم ٩٥١ لسنة ٦٢٢ق - جلسة ١٩٩٨/١/١٨)

١٤ - ثبوت أن أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة وإن المطعون ضده الأول طلب شرائها من إدارة الأموال المستردة وأن المطعون ضدهما طلبا شراءها من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي وعدم زعم أيهما أن حيازتهما لها إنتزعت منهما بالقوة أو بالنصب أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس. أثره. عدم قبول دعواهما بطلب إسترداد الحيازة ومنع التعرض القضاء برد حيازتهما للأرض ويمنع تعرض الطاعنة لهما. مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه.

لما كان الواقع في الدعوى في ضوء ما حصله الحكم المطعون فيه، وأقر به المطعون ضدهما في صحيفة دعواهما أن قطعة الأرض موضوع النزاع من أملاك الدولة الخاصة، وأن أولهما طلب من إدارة الأموال المستردة في ١٩٨٥/١٢/٦ أن

تتبعه إياها، ثم طلب الإثتان من الهيئة العامة للإصلاح الزراعي شراءها في ١٩٩٤/٢/٧ فإن دعوتهما بطلب منع التعرض لهما فيها تكون حرية بعدم القبول لورودها على مال لا ترد عليه دعاوى الحيازة وإذ لم يزعم المطعونان ضدهما أن حيازتهما إنتزعت منهما بالقوة أو بالغصب علناً أو خفية، أو نتيجة غش أو خداع أو تدليس - وهو شرط لازم لقبول دعوى إسترداد الحيازة - وإنما قالاً إنهما فوجئاً بتعرض بعض عمال الشركة الطاعنة لهما في حيازتهما وتقديم بلاغ ضدهم عن طلبهما إسترداد الحيازة يكون هو الآخر حقيقياً بعد القبول. ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برد حيازة المطعون ضدهما للأرض موضع النزاع وبمنع تعرض الطاعنة لهما، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

(الطعن ٢٣٦٩ لسنة ٦٨ق - جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠)

١٥ - التعرض المستند إلى أمر إداري إقتضته مصلحة عامة. عدم صلاحيته أساساً لرفع دعوى حيازة بمنع هذا التعرض علة ذلك. م ١٧ق ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية. دفع هذا التعرض. سبيله. الإلتجاء للقضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه. صدور قرار بإعتماد خطوط تنظيم بمقتضى م ١٣ق ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم المباني مستكماً في ظاهرة مقومات القرار الإداري غير المشوب بعيب ينحدر به إلى درجة العدم ورفض الوحدة المحلية الترخيص للمطعون ضدهم بالبناء والتعليق لعقار النزاع لوقوعه داخل تلك الخطوط. إقامتهم الدعوى بطلب عدم الإعتداد بهذا القرار لإنعدامه طبقاً للمادة ١٠ق ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وبعدم التعرض لهم في العقار. إنعقاد الإختصاص بنظرها لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري.

إذ كان الثابت في الأوراق - وحصله الحكم المطعون فيه - أن واقعة الدعوى تخلص في أن وزير الشؤون البلدية والقروية أصدر قراراً في الأول من مارس ١٩٥٩ أتبعه بإستدراك نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٦٣/٢/١٨ بإعتماد خطوط تنظيم المناطق الحديثة بمدينة بناء على الصلايات المخولة له بمقتضى المادة ١٣ من القانون ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ بشأن تنظيم المباني وأن الوحدة المحلية لمركز ومدينة.... رفضت الترخيص للمطعون ضده الثاني بتعليق دور أول علوى وإقامة مبان حديثة لوقوع عقاره داخل خطوط التنظيم المشار إليها، ومن ثم أقام والمطعون ضدهما الأول والثالث الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه بطلب عدم الإعتداد بالقرار سالف الذكر لإنعدامه طبقاً للمادة العاشرة من القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ وبعدم تعرض الطاعنين (المحافظ ورئيس الوحدة المحلية لذلك المركز والمدينة) لهم في أملاكهم. وإذ كان قرار إعتماد خط التنظيم موضوع النزاع قد صدر مستكماً - في ظاهرة - مقومات القرار الإداري غير المشوب بعيب ينحدر به إلى درجة العدم، وكان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن التعرض المستند إلى أمر إداري إقتضته مصلحة عامة لا يصلح أساساً لرفع دعوى حيازة بمنع هذا التعرض، وذلك لما يترتب حتماً على الحكم في هذه الدعوى - لمصلحة رافعها - من تعطيل هذا الأمر ووقف تنفيذه، وهو ما يمتنع على المحاكم بنص المادة ١٧ من قانون السلطة القضائية الصادر بالقرار

الجمهوري بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢، ولا يكون للحائز في هذه الحالة من سبيل لدفع هذا التعرض سوى الإلتجاء إلى القضاء الإداري لوقف تنفيذ الأمر أو إلغائه، فإن الإختصاص بنظر النزاع المطروح - بوجهيه - ينعقد لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضائية إداري وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً.

(الطعن ٤٨٨٩ لسنة ٦٢ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١ لم ينشر بعد)

١٦ - حيث أن حاصل ما تنعى به الطاعنة على الحكم المطعون فيه بأسباب الطعن الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وفي بيان ذلك تقول أن حيازتها للشقة الأخرى - غير المؤجرة إلى الطاعن الأول من المطعون ضدها - إستمرت لأكثر من عام بدءاً من أول يونيو سنة ١٩٨٧ حتى ١٥ من مارس سنة ١٩٨٩ تاريخ تعرض المطعون ضدها المذكورة لها إلا أن الحكم المطعون فيه ساير حكم محكمة أول درجة وإعتبر تاريخ التعرض هو تاريخ رفع الدعوى الأصلية في ١٦/٢/١٩٨٨ وقضى برفض تدخلها لعدم إكتمال حيازتها مدة السنة مما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعى مردود، ذلك أن القانون المدني بنصه في المادة ٩٦١ منه على أن " من حاز عقاراً وإستمر حائزاً له سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة التالية دعوى بمنع هذا التعرض " إنما يوفر الحماية القانونية لحائز العقار من التعرض الذي يقع له ويعكر عليه حيازته إذا ما توافرت الشرائط التي تضمنتها هذه المادة، والمقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة، كما أن عمل الخبير لا يعدو أن يكون عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى يخضع لتقدير محكمة الموضوع التي لها سلطة الأخذ به كله أو ببعض ما جاء به إذا وجدت فيه ما يقنعها ويتفق مع ما رأت أنه وجه الحق في الدعوى مادام قائماً على أسباب لها سندها في الأوراق وتؤدي إلى ما إنتهى إليه وأن في أخذها بالتقرير محمولاً على أسبابه ما يفيد أنها لم تجد في المطاعن الموجهة إليه ما يستحق الرد عليه بأكثر مما تضمنه التقرير.

(الطعن ٩٨٨ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٠٠٢/١/١٦ لم ينشر بعد)

* * *

مادة (٩٦٢)

١- من حاز عقاراً واستمر حائزاً له سنة كاملة وخشى لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له أن يرفع الأمر إلى القاضي طالباً وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر.

٢- وللقاضى أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن فى استمرارها، وفى كلتا الحالتين يجوز للقاضى أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون فى حالة الحكم بوقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف متى تبين بحكم نهائى أن الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون فى حالة الحكم باستمرار الأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذى يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائى فى مصلحته.

النصوص العربية المقابلة:

هذه المادة تقابل فى نصوص القانون المدنى بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٦٦ لىبى و ١١٥٥ عراقى و ٧٧٩ سودانى.

الأعمال التحضيرية:

للحيازة دعاوى ثلاث تحميها هى:

١- دعوى استرداد الحيازة: ويستطيع الحائز أن يسترد بها حيازته ممن اغتصبها، ويشترط أن ترفع الدعوى فى السنة التالية لانتزاع الحيازة كرهاً، أو لكشف انتزاعها خلسة، وترفع ضد من انتزع الحيازة أو من خلفه ولو كان حسنة النية. على أن الحائز الذى يرفع دعوى استرداد الحيازة يجب أن يكون هو نفسه قد استمرت حيازته سنة كاملة على الأقل، فإن لم تكن قد استمرت هذه المدة وانتزعت منه فإن كان لم يستردها فى خلال السنة كان من انتزع الحيازة وهو الذى تحمى حيازته، لأنها بقيت سنة. أما إذا أراد استردادها فى خلال السنة وكان كل من المسترد ومنتزع الحيازة لم تمض على حيازته سنة كاملة، فيكسب الدعوى من كانت حيازته أفضل، والحيازة الأفضل هى التى تقوم على سند قانونى، فإن تعادلت السندات كانت الحيازة الأفضل هى الحيازة الأسبق فى التاريخ.

٢- دعوى منع التعرض: وهذه لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته كاملة وترفع فى خلال سنة كاملة وترفع فى سنة من بدء التعرض.

٣- دعوى وقف الأعمال الجديدة: وهى كذلك لا تعطى إلا لمن بقيت حيازته سنة كاملة، وموضوع الدعوى ليس هو تعرضاً تم، بل أعمالاً لو تمت لكان فيها تعرض للحيازة، كما إذا بدأ شخص بناء حائط لو تم لسد النور على مطل للجار، فيرفع الجار دعوى وقف الأعمال الجديدة بشرط ألا يكون قد مضى عام على العمل الذى بدأ، وبشرط ألا يكون العمل قد تم، فإن تم العمل كانت الدعوى التى ترفع هى دعوى منع

التعرض، فإذا ما استوفت دعوى وقف الأعمال الجديدة شروطها ورفعت في الميعاد، كان للقاضي حسب تقديره أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها بكفالة في الحالتين، فتكون الكفالة في الحالة الأولى لضمان التعويض، فيما إذا تبين في دعوى الموضوع أن الأعمال التي وقفت كان ينبغي أن تستمر، وفي الحالة الثانية لضمان التعويض فيما إذا تبين أن الأعمال التي أذن في استمرارها كان ينبغي أن توقف^(١).

من أحكام القضاء الحديثة:

١- لما كان الثابت من الأوراق - وبما لا خلاف عليه بين الخصوم - أن المطعون عليهما "أولا" تضرعان اليد على مساحة معينة في حدود حصتهما الشائعة المملوكة لهما والتي تقع ضمن مساحة أكبر تمتلك الدولة بدورها حصة شائعة فيها فيكون لهما - بصفتها هذه أن يستعينا بدعوى اليد - ومنها دعوى منع التعرض - في حماية يدهم لمنع تعرض الطاعن لهما، ولا يحول بينهما وبين هذه الحماية أن يكون الطاعن بصفته - بدوره - مالكا لحصة على الشيوع في كامل المساحة يضع اليد عليها مفرزة خصص جزءا منها دارا للمسنين ويؤجر باقيها لآخرين لأن مرد كل ذلك يخضع لأحكام الملكية الشائعة والقواعد التي وضعها الشارع لتنظيمها والتي تقضي بأن لكل من الشركاء على الشيوع حق ملكية حقيقية في حصته الشائعة.
(الطعن رقم ٨٩١ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ١ / ١٩٩٨)

* * *

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - جزء ٦ - ص ٤٧٩.

فهرس المجلد السابع

الصفحة	الموضوع
٣	مادة (٨٢٧)
٣	إدارة المال الشائع لشركاء مجتمعين.....
٣	الأعمال التحضيرية.....
٣	رأي الفقه.....
٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٨	مادة (٨٢٨)
٨	الأغلبية اللازمة لتعيين مدير للشروع.....
٨	الأعمال التحضيرية.....
٨	رأي الفقه.....
١٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٠	مادة (٨٢٩)
٢٠	الإدارة غير المعتادة.....
٢٠	الأعمال التحضيرية.....
٢٠	رأي الفقه.....
٢٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٠	مادة (٨٣٠)
٣٠	حق الشريك في اتخاذ إجراءات الحفظ والصيانة.....
٣٠	الأعمال التحضيرية.....
٣٠	رأي الفقه.....
٣٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٤	مادة (٨٣١)
٣٤	صور نفقات الإدارة والحفظ والأعباء.....
٣٤	الأعمال التحضيرية.....
٣٤	رأي الفقه.....
٣٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٩	مادة (٨٣٢)
٣٩	الأغلبية اللازمة للتصرف في المال الشائع.....
٣٩	الأعمال التحضيرية.....
٣٩	رأي الفقه.....
٤٣	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٤٤	مادة (٨٣٣)
٤٤	استرداد الحصة المنقولة المبعة
٤٤	الأعمال التحضيرية
٤٤	رأي الفقه
٤٧	أحكام القضاء الحديثة
٤٩	إنقضاء الشيوخ بالقسمة
٤٩	مادة (٨٣٤)
٤٩	قسمة المال الشائع
٤٩	الأعمال التحضيرية
٤٩	رأي الفقه
٥١	أحكام القضاء الحديثة
٥٣	مادة (٨٣٥)
٥٣	القسمة الرضائية
٥٣	الأعمال التحضيرية
٥٣	رأي الفقه
٥٥	أحكام القضاء الحديثة
٥٩	مادة (٨٣٦)
٥٩	القسمة القضائية
٥٩	الأعمال التحضيرية
٥٩	رأي الفقه
٦٢	أحكام القضاء الحديثة
٦٤	مادة (٨٣٧)
٦٤	تكوين الحصص أو التجنيد
٦٤	الأعمال التحضيرية
٦٤	رأي الفقه
٦٥	أحكام القضاء الحديثة
٦٦	مادة (٨٣٨)
٦٦	المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو التجنيد
٦٦	الأعمال التحضيرية
٦٦	رأي الفقه

الصفحة	الموضوع
٦٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٦٩	مادة (٨٣٩)
٦٩	الحكم في دعوى القسمة.....
٦٩	الأعمال التحضيرية.....
٦٩	رأي الفقه.....
٧٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٧١	مادة (٨٤٠)
٧١	تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة لوجود غائب.....
٧١	الأعمال التحضيرية.....
٧١	رأي الفقه.....
٧٢	أحكام القضاء الحديثة.....
٧٣	مادة (٨٤١)
٧٣	القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع.....
٧٣	الأعمال التحضيرية.....
٧٣	رأي الفقه.....
٧٤	أحكام القضاء الحديثة.....
٧٦	مادة (٨٤٢)
٧٦	معارضة الدائن في إجراء القسمة.....
٧٦	الأعمال التحضيرية.....
٧٧	رأي الفقه.....
٨٢	مادة (٨٤٣)
٨٢	الأثر الكاشف للقسمة.....
٨٢	الأعمال التحضيرية.....
٨٢	رأي الفقه.....
٨٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٩٠	مادة (٨٤٤)
٩٠	ضمان المتقاسم للتعرض والاستحقاق المتقاسمين.....
٩٠	الأعمال التحضيرية.....
٩٠	رأي الفقه.....
٩٤	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٩٦	مادة (٨٤٥)
٩٦	 نقض القسمة للغبن
٩٦	 الأعمال التحضيرية
٩٦	 رأي الفقه
٩٨	 أحكام القضاء الحديثة
٩٩	مادة (٨٤٦)
٩٩	 قسمة المهايأة المكانية
٩٩	 الأعمال التحضيرية
٩٩	 رأي الفقه
١٠٢	 أحكام القضاء الحديثة
١٠٧	مادة (٨٤٧)
١٠٧	 قسمة المهايأة الزمنية
١٠٧	 الأعمال التحضيرية
١٠٧	 رأي الفقه
١٠٧	 أحكام القضاء الحديثة
١٠٩	مادة (٨٤٨)
١٠٩	 أحكام قسمة المهايأة
١٠٩	 الأعمال التحضيرية
١٠٩	 رأي الفقه
١٠٩	 أحكام القضاء الحديثة
١١٢	مادة (٨٤٩)
١١٢	 قسمة المهايأة أثناء إجراءات القسمة القضائية
١١٢	 الأعمال التحضيرية
١١٣	 رأي الفقه
١١٤	الشيوع الاجبارى
١١٤	مادة (٨٥٠)
١١٤	 تعارض القسمة مع الغرض من الشيوع
١١٤	 الأعمال التحضيرية
١١٤	 رأي الفقه

الصفحة	الموضوع
١١٧	ملكية الأسرة
١١٧	مادة (٨٥١)
١١٧	شروط إنشاء ملكية الأسرة
١١٧	الأعمال التحضيرية
١١٧	رأي الفقه
١٢٠	مادة (٨٥٢)
١٢٠	مدة ملكية الأسرة
١٢٠	الأعمال التحضيرية
١٢٠	رأي الفقه
١٢١	مادة (٨٥٣)
١٢١	امتناع القسمة مدة بقاء ملكية الأسرة
١٢١	الأعمال التحضيرية
١٢١	رأي الفقه
١٢٢	مادة (٨٥٤)
١٢٢	تعيين مدير ملكية الأسرة
١٢٢	الأعمال التحضيرية
١٢٢	رأي الفقه
١٢٤	مادة (٨٥٥)
١٢٤	نطاق تطبيق أحكام الشروع والوكالة
١٢٤	الأعمال التحضيرية
١٢٤	رأي الفقه
١٢٥	أحكام القضاء الحديثة
١٢٧	ملكية الطبقات
١٢٧	مادة (٨٥٦)
١٢٧	تعدد ملاك الطبقات أو شقق الدار
١٢٧	الأعمال التحضيرية
١٢٧	رأي الفقه
١٣٠	أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
١٣٣	مادة (٨٥٧)
١٣٣	استعمال الأجزاء المشتركة.....
١٣٣	الأعمال التحضيرية.....
١٣٣	رأي الفقه.....
١٣٥	أحكام القضاء الحديثة.....
١٣٧	مادة (٨٥٨)
١٣٧	اشتراك المالك في تكاليف حفظ وصيانة الأجزاء المشتركة.....
١٣٧	الأعمال التحضيرية.....
١٣٧	رأي الفقه.....
١٣٩	أحكام القضاء الحديثة.....
١٤١	مادة (٨٥٩)
١٤١	التزام صاحب السفل بالترميمات.....
١٤١	الأعمال التحضيرية.....
١٤١	رأي الفقه.....
١٤٣	أحكام القضاء الحديثة.....
١٤٤	مادة (٨٦٠)
١٤٤	التزام صاحب السفل في حالة تهدم العقار.....
١٤٤	الأعمال التحضيرية.....
١٤٤	رأي الفقه.....
١٤٧	أحكام القضاء الحديثة.....
١٤٩	مادة (٨٦١)
١٤٩	نطاق ارتفاع صاحب العلو بالبناء.....
١٤٩	الأعمال التحضيرية.....
١٤٩	رأي الفقه.....
١٥١	أحكام القضاء الحديثة.....
١٥٢	مادة (٨٦٢)
١٥٢	إنشاء اتحاد الملاك وفقا للقانون المدني.....
١٥٢	الأعمال التحضيرية.....
١٥٢	رأي الفقه.....
١٥٣	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
١٦٠	مادة (٨٦٣)
١٦٠	 نظام إدارة العقار
١٦٠	 الأعمال التحضيرية
١٦٠	 رأي الفقه
١٦٠	 أحكام القضاء الحديثة
١٦٢	مادة (٨٦٤)
١٦٢	 الإدارة في حالة عدم وجود نظام للإدارة
١٦٢	 الأعمال التحضيرية
١٦٢	 رأي الفقه
١٦٣	 أحكام القضاء الحديثة
١٦٥	مادة (٨٦٥)
١٦٥	 التأمين على العقار
١٦٥	 الأعمال التحضيرية
١٦٥	 رأي الفقه
١٦٥	 أحكام القضاء الحديثة
١٦٧	مادة (٨٦٦)
١٦٧	 تعيين مأمور الاتحاد وصفته
١٦٧	 الأعمال التحضيرية
١٦٧	 رأي الفقه
١٦٧	 أحكام القضاء الحديثة
١٧٣	مادة (٨٦٧)
١٧٣	 تحديد أجر مأمور الاتحاد
١٧٣	 الأعمال التحضيرية
١٧٣	 رأي الفقه
١٧٣	 أحكام القضاء الحديثة
١٧٥	مادة (٨٦٨)
١٧٥	 سلطة الاتحاد في حالة هلاك العقار
١٧٥	 الأعمال التحضيرية
١٧٥	 رأي الفقه
١٧٥	 أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
١٧٧	مادة (٨٦٩)
١٧٧	امتياز الاتحاد في حالة إقراض الشريك
١٧٧	الأعمال التحضيرية
١٧٨	رأي الفقه
١٧٩	أحكام القضاء الحديثة
	الفصل الثاني
	أسباب كسب الملكية
١٨٠	١ - الإستيلاء
	الإستيلاء على منقول ليس له مالك
١٨٠	مادة (٨٧٠)
١٨٠	شروط تملك المملوك بالاستيلاء
١٨٠	الأعمال التحضيرية
١٨٠	رأي الفقه
١٨٢	أحكام القضاء الحديثة
١٨٣	مادة (٨٧١)
١٨٣	مناطق التخلي عن ملكية المنقول
١٨٣	الأعمال التحضيرية
١٨٣	رأي الفقه
١٨٥	أحكام القضاء الحديثة
١٨٦	مادة (٨٧٢)
١٨٦	ملكية الكنز المخبوء
١٨٦	الأعمال التحضيرية
١٨٦	رأي الفقه
١٨٩	مادة (٨٧٣)
١٨٩	الاستيلاء على الصيد واللقطة والأشياء الثمينة
١٨٩	الأعمال التحضيرية
١٨٩	رأي الفقه
١٩٠	أحكام القضاء الحديثة

الصفءة	الموضوء
١٩٢	الإستفلاء على عقار ففس له مالك
١٩٢	مادة (٨٧٤)
١٩٢	الأراضف ففر المزروعة الفف لا مالك لها
١٩٢	الأعمال الففضفرف
١٩٣	رأف الفقه
١٩٦	أءكام القضاء الفءفة
١٩٩	مادة (٨٧٥)
١٩٩	فعفن الورثة وفءفء أنصبفهم
١٩٩	الأعمال الففضفرف
١٩٩	رأف الفقه
٢٠٠	أءكام القضاء الفءفة
٢٠٥	فعفن مصف للفركة
٢٠٥	مادة (٨٧٦)
٢٠٥	طلب فعفن مصف إن لم فعفن المورث وصفا للفركة
٢٠٥	الأعمال الففضفرف
٢٠٥	رأف الفقه
٢٠٦	أءكام القضاء الفءفة
٢٠٩	مادة (٨٧٧)
٢٠٩	رفض مهام الفصففة أو الففنف عنها
٢٠٩	الأعمال الففضفرف
٢٠٩	رأف الفقه
٢١٠	أءكام القضاء الفءفة
٢١١	مادة (٨٧٨)
٢١١	فففف المءكمة لوصف الفركة
٢١١	الأعمال الففضفرف
٢١١	رأف الفقه
٢١١	أءكام القضاء الفءفة
٢١٣	مادة (٨٧٩)
٢١٣	ففء أوامر فعفن المصففن وففففف أوصفاء
٢١٣	الأعمال الففضفرف

الصفحة	الموضوع
٢١٣	رأي الفقه
٢١٤	أحكام القضاء الحديثة
٢١٦	مادة (٨٨٠)
٢١٦	قيام المصفي بأعمال التصفية برقابة المحكمة
٢١٦	الأعمال التحضيرية
٢١٦	رأي الفقه
٢١٨	أحكام القضاء الحديثة
٢١٩	مادة (٨٨١)
٢١٩	إتخاذ المحكمة الإجراءات اللازمة للمحافظة على التركة
٢١٩	الأعمال التحضيرية
٢١٩	رأي الفقه
٢١٩	أحكام القضاء الحديثة
٢٢١	مادة (٨٨٢)
٢٢١	نفقات تجهيز المورث
٢٢١	الأعمال التحضيرية
٢٢١	رأي الفقه
٢٢٢	أحكام القضاء الحديثة
٢٢٥	جرد التركة
٢٢٥	مادة (٨٨٣)
٢٢٥	أثر قيد الأمر على الإجراءات القضائية
٢٢٥	الأعمال التحضيرية
٢٢٥	رأي الفقه
٢٢٦	أحكام القضاء الحديثة
٢٢٧	مادة (٨٨٤)
٢٢٧	حظر تصرف الوارث قبل تسلمه شهادة التوريث
٢٢٧	الأعمال التحضيرية
٢٢٨	رأي الفقه
٢٢٨	أحكام القضاء الحديثة
٢٢٩	مادة (٨٨٥)
٢٢٩	إتخاذ المصفي الإجراءات التحفظية

الصفحة	الموضوع
٢٢٩	الأعمال التحضيرية.....
٢٢٩	رأي الفقه.....
٢٣١	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٣٢	مادة (٨٨٦)
٢٣٢	دعوة الدائنين لتقديم بيان بحقوقهم والتزاماتهم
٢٣٢	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٢	رأي الفقه.....
٢٣٤	مادة (٨٨٧)
٢٣٤٧	إلتزام المصفي بإيداع قائمة بديون وحقوق التركة
٢٣٤	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٤	رأي الفقه.....
٢٣٥	مادة (٨٨٨)
٢٣٥	جرد التركة
٢٣٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٥	رأي الفقه.....
٢٣٦	مادة (٨٨٩)
٢٣٦	الإستيلاء غشا على مال التركة
٢٣٦	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٦	رأي الفقه.....
٢٣٧	مادة (٨٩٠)
٢٣٧	المنازعة في صحة الجرد
٢٣٧	الأعمال التحضيرية.....
٢٣٨	رأي الفقه.....
٢٣٩	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٤٠	مادة (٨٩١)
٢٤٠	الوفاء بالديون
٢٤٠	الأعمال التحضيرية.....
٢٤١	مادة (٨٩٢)
٢٤١	مناطق وقف الوفاء بالديون

الصفحة	الموضوع
٢٤١	الأعمال التحضيرية.....
٢٤١	رأي الفقه.....
٢٤٢	مادة (٨٩٣)
٢٤٢	الوفاء بالديون من حقوق التركة.....
٢٤٢	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٢	رأي الفقه.....
٢٤٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٤٤	مادة (٨٩٤)
٢٤٤	الحكم بحلول الديون المؤجلة.....
٢٤٤	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٤	رأي الفقه.....
٢٤٥	مادة (٨٩٥)
٢٤٥	توزيع الديون المؤجلة وأموال التركة.....
٢٤٥	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٥	رأي الفقه.....
٢٤٦	مادة (٨٩٦)
٢٤٦	للوارث دفع ما يخصه من الدين المؤجل.....
٢٤٦	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٧	رأي الفقه.....
٢٤٨	مادة (٨٩٧)
٢٤٨	رجوع الدائنين الذين لم تظهر حقوقهم.....
٢٤٨	الأعمال التحضيرية.....
٢٤٨	رأي الفقه.....
٢٤٩	أحكام القضاء الحديثة.....
٢٥١	مادة (٨٩٨)
٢٥١	تولي المصفي تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.....
٢٥١	الأعمال التحضيرية.....
٢٥١	رأي الفقه.....

الصفءة	الموضوء
٢٥٢	ءسلفم أموال ءركة وقسة هءه الأموال
٢٥٢	مادة (٨٩٩)
٢٥٢	إسءءاق الورءة للباقف من ءركة.....
٢٥٢	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٥٢	رأف الفقه.....
٢٥٢	أءكام القضاء ءءفءة.....
٢٥٤	مادة (٩٠٠)
٢٥٤	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٥٤	رأف الفقه.....
٢٥٥	أءكام القضاء ءءفءة.....
٢٥٧	مادة (٩٠١)
٢٥٧	ءسلفم الوارء شهاءة ءءورفء
٢٥٧	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٥٧	رأف الفقه.....
٢٥٨	أءكام القضاء ءءفءة.....
٢٧٠	مادة (٩٠٢)
٢٧٠	مناط ءسلفم الوارء ءصة مفرة
٢٧٠	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٧٠	رأف الفقه.....
٢٧١	مادة (٩٠٣)
٢٧١	إءراء المصفف القسة الرضائف
٢٧١	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٧١	رأف الفقه.....
٢٧٢	مادة (٩٠٤)
٢٧٢	ءضوء قسة ءركة لأءكام قسة المال الشائع
٢٧٢	الأعمال ءءضفرفة.....
٢٧٢	رأف الفقه.....
٢٧٣	مادة (٩٠٥)
٢٧٣	قسة الأشياء ءءكارفة للمورء
٢٧٣	الأعمال ءءضفرفة.....

الصفحة	الموضوع
٢٧٣	رأي الفقه
٢٧٤	مادة (٩٠٦)
٢٧٤	تخصيص المستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري لأحد الورثة
٢٧٤	الأعمال التحضيرية
٢٧٤	رأي الفقه
٢٧٥	أحكام القضاء الحديثة
٢٧٦	مادة (٩٠٧)
٢٧٦	إختصاص أحد الورثة بدين التركة
٢٧٦	الأعمال التحضيرية
٢٧٦	رأي الفقه
٢٧٦	أحكام القضاء الحديثة
٢٧٨	مادة (٩٠٨)
٢٧٨	الوصية بقسمة أعيان التركة
٢٧٨	الأعمال التحضيرية
٢٧٨	رأي الفقه
٢٧٩	مادة (٩٠٩)
٢٧٩	مناطق قسمة أعيان التركة لازمة
٢٧٩	الأعمال التحضيرية
٢٧٩	رأي الفقه
٢٨٠	مادة (٩١٠)
٢٨٠	الأموال التي لم تشملها القسمة
٢٨٠	الأعمال التحضيرية
٢٨٠	رأي الفقه
٢٨١	مادة (٩١١)
٢٨١	أثر وفاة أحد الورثة قبل المورث على القسمة
٢٨١	الأعمال التحضيرية
٢٨١	رأي الفقه
٢٨٢	مادة (٩١٢)
٢٨٢	نطاق خضوع قسمة المورث لأحكام قسمة المال الشائع
٢٨٢	الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
٢٨٣	مادة (٩١٣)
٢٨٣	إعتراض دائني التركة على قسمة المورث
٢٨٣	الأعمال التحضيرية
٢٨٥	أحكام التركات التي لم تصف
٢٨٥	مادة (٩١٤)
٢٨٥	انتقال التركة وشهر حق الإرث
٢٨٥	الأعمال التحضيرية
٢٨٥	أحكام القضاء الحديثة
٢٨٨	مادة (٩١٥)
٢٨٨	أحكام الوصية
٢٨٨	الأعمال التحضيرية
٢٨٨	رأي الفقه
٢٨٩	أحكام القضاء الحديثة
٢٩٣	مادة (٩١٦)
٢٩٣	شأن التصرف في مرض الموت
٢٩٣	الأعمال التحضيرية
٢٩٣	رأي الفقه
٢٩٤	أحكام القضاء الحديثة
٢٩٧	مادة (٩١٧)
٢٩٧	تصرف المورث واحتفاظه بحياة العين وانتفاعه بها
٢٩٧	الأعمال التحضيرية
٢٩٧	رأي الفقه
٢٩٨	أحكام القضاء الحديثة
٣٠٣	٤ - الإلتصاق
٣٠٣	الإلتصاق بالعقار
٣٠٣	مادة (٩١٨)
٣٠٣	شروط تملك الأرض التي تكونت بسبب الطمي
٣٠٣	الأعمال التحضيرية
٣٠٣	رأي الفقه

الصفحة	الموضوع
٣٠٥	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٠٦	مادة (٩١٩)
٣٠٦	تملك الأرض التي ينحسر عنها البحر.....
٣٠٦	الأعمال التحضيرية.....
٣٠٦	رأي الفقه.....
٣٠٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٠٧	مادة (٩٢٠)
٣٠٧	الالتصاق بفعل المياه الراكدة.....
٣٠٧	الأعمال التحضيرية.....
٣٠٧	رأي الفقه.....
٣٠٧	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٠٩	مادة (٩٢١)
٣٠٩	أراضي طرح النهر.....
٣٠٩	الأعمال التحضيرية.....
٣٠٩	رأي الفقه.....
٣١٠	مادة (٩٢٢)
٣١٠	قرينة ملكية صاحب الأرض مما عليها أو تحتها.....
٣١٠	الأعمال التحضيرية.....
٣١٠	رأي الفقه.....
٣١٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٣١٦	مادة (٩٢٣)
٣١٦	إقامة صاحب الأرض منشآت بمواد مملوكة للغير.....
٣١٦	الأعمال التحضيرية.....
٣١٦	رأي الفقه.....
٣١٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٣١٩	مادة (٩٢٤)
٣١٩	إقامة صاحب المواد منشآت على أرض الغير بسوء نية.....
٣١٩	الأعمال التحضيرية.....
٣١٩	رأي الفقه.....
٣٢١	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٣٢٥	مادة (٩٢٥)
٣٢٥	إقامة صاحب المواد منشآت على أرض الغير بحسن نية.....
٣٢٥	الأعمال التحضيرية.....
٣٢٥	رأي الفقه.....
٣٢٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٣٠	مادة (٩٢٦)
٣٣٠	إقامة صاحب المواد منشآت بترخيص من مالك الأرض.....
٣٣٠	الأعمال التحضيرية.....
٣٣٠	رأي الفقه.....
٣٣١	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٣٢	مادة (٩٢٧)
٣٣٢	تقسيط التعويض أو تأجيل الوفاء.....
٣٣٢	الأعمال التحضيرية.....
٣٣٢	رأي الفقه.....
٣٣٢	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٣٣	مادة (٩٢٨)
٣٣٣	شروط تملك الباني على ما جار عليه من أرض جاره.....
٣٣٣	الأعمال التحضيرية.....
٣٣٣	رأي الفقه.....
٣٣٤	أحكام القضاء الحديثة.....
٣٣٦	مادة (٩٢٩)
٣٣٦	ملكية الأكشاك لمن أقامها بأرض غيره.....
٣٣٦	الأعمال التحضيرية.....
٣٣٦	رأي الفقه.....
٣٣٨	مادة (٩٣٠)
٣٣٨	إقامة منشآت بأرض الغير بأدوات ليست مملوكة للباني.....
٣٣٨	الأعمال التحضيرية.....
٣٤٠	رأي الفقه.....
٣٤٢	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٣٤٣	مادة (٩٣١)
٣٤٣	 شرط التصاق منقول بمنقول
٣٤٣	 الأعمال التحضيرية
٣٤٣	 رأي الفقه
٣٤٥	مادة (٩٣٢)
٣٤٥	 إنتقال الملكية في المنقول والعقار بالعقد
٣٤٥	 الأعمال التحضيرية
٣٤٥	 رأي الفقه
٣٤٦	 أحكام القضاء الحديثة
٣٥٠	مادة (٩٣٣)
٣٥٠	 إنتقال ملكية المنقول المعين بنوعه بالإفراز
٣٥٠	 الأعمال التحضيرية
٣٥٠	 رأي الفقه
٣٥١	مادة (٩٣٤)
٣٥١	 نظام الشهر العقاري
٣٥١	 الأعمال التحضيرية
٣٥١	 رأي الفقه
٣٥٢	 أحكام القضاء الحديثة
٣٥٩	٦ - الشفعة
	شروط الأخذ بالشفعة
٣٥٩	مادة (٩٣٥)
٣٥٩	 طبيعة الشفعة
٣٥٩	 الأعمال التحضيرية
٣٥٩	 رأي الفقه
٣٦٦	 أحكام القضاء الحديثة
٣٧١	يثبت الحق في الشفعة
٣٧١	مادة (٩٣٦)
٣٧١	 من يثبت له حق الشفعة
٣٧١	 الأعمال التحضيرية

الصفحة	الموضوع
٣٧٢	رأي الفقه
٣٨٥	أحكام القضاء الحديثة
٣٩١	مادة (٩٣٧)
٣٩١	تزاحم الشفعاء – المفاضلة بين الشفعاء
٣٩١	الأعمال التحضيرية
٣٩١	رأي الفقه
٣٩٣	أحكام القضاء الحديثة
٣٩٥	مادة (٩٣٨)
٣٩٥	الشفعة عند تولي البيع – الشفعة عند الدفع بالصورية
٣٩٥	الأعمال التحضيرية
٣٩٥	رأي الفقه
٣٩٨	أحكام القضاء الحديثة
٤٠٥	مادة (٩٣٩)
٤٠٥	
٤٠٥	الأعمال التحضيرية
٤٠٥	رأي الفقه
٤٠٧	أحكام القضاء الحديثة
٤١٠	إجراءات الشفعة
٤١٠	مادة (٩٤٠)
٤١٠	الإجراءات في حالة إنذار الشفيع – أثر بطلان الإنذار
٤١٠	الأعمال التحضيرية
٤١٠	رأي الفقه
٤١٢	أحكام القضاء الحديثة
٤١٦	مادة (٩٤١)
٤١٦	بيانات إنذار الشفيع – يجب أن يكون الإنذار رسميا
٤١٦	الأعمال التحضيرية
٤١٦	رأي الفقه
٤١٨	أحكام القضاء الحديثة
٤٢١	مادة (٩٤٢)
٤٢١	إعلان الرغبة وتسجيل إعلان الرغبة

الصفحة	الموضوع
٤٢١	الأعمال التحضيرية.....
٤٢١	رأي الفقه.....
٤٢٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٣٧	مادة (٩٤٣)
٤٣٧	الإختصاص بدعوى الشفعة
٤٣٧	الأعمال التحضيرية.....
٤٣٨	رأي الفقه.....
٤٤٠	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٤٧	مادة (٩٤٤)
٤٤٧	حكم الشفعة سند ملكية الشفيع - شهر حكم الشفعة
٤٤٧	الأعمال التحضيرية.....
٤٤٧	رأي الفقه.....
٤٤٨	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٥٠	آثار الشفعة
٤٥٠	مادة (٩٤٥)
٤٥٠	حلول الشفيع محل المشتري في الحقوق والإلتزامات
٤٥٠	الأعمال التحضيرية.....
٤٥٠	رأي الفقه.....
٤٥١	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٥٢	مادة (٩٤٦)
٤٥٢	البناء والغراس الذي يقيمه المشتري
٤٥٢	الأعمال التحضيرية.....
٤٥٢	رأي الفقه.....
٤٥٣	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٥٤	مادة (٩٤٧)
٤٥٤	مناطق نفاذ تصرفات المشتري في حق الشفيع
٤٥٤	الأعمال التحضيرية.....
٤٥٤	رأي الفقه.....
٤٥٦	أحكام القضاء الحديثة.....

الصفحة	الموضوع
٤٥٨	سقوط الشفعة
٤٥٨	مادة (٩٤٨)
٤٥٨	 مستقطات الشفعة
٤٥٨	 الأعمال التحضيرية
٤٥٨	 رأي الفقه
٤٥٨	 أحكام القضاء الحديثة
	٧- الحيابة
	كسب الحيابة - وانتقالها - وزوالها
	المذكرة الإيضاحية نظرة عامة
٤٦٢	
٤٦٣	مادة (٩٤٩)
٤٦٣	 مناط الحيابة المكسبة للملكية
٤٦٣	 الأعمال التحضيرية
٤٦٣	 رأي الفقه
٤٦٤	 أحكام القضاء الحديثة
٤٦٧	مادة (٩٥٠)
٤٦٧	 أهلية الحائز
٤٦٧	 الأعمال التحضيرية
٤٦٧	 رأي الفقه
٤٦٧	 أحكام القضاء الحديثة
٤٦٩	مادة (٩٥١)
٤٦٩	 مناط الحيابة بالوساطة
٤٦٩	 الأعمال التحضيرية
٤٦٩	 رأي الفقه
٤٧٠	 أحكام القضاء الحديثة
٤٧١	مادة (٩٥٢)
٤٧١	 انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص
٤٧١	 الأعمال التحضيرية
٤٧١	 أحكام القضاء الحديثة

الصفحة	الموضوع
٤٧٥	مادة (٩٥٣)
٤٧٥	نقل الحيابة بالتسليم الحكمي
٤٧٥	الأعمال التحضيرية
٤٧٨	مادة (٩٥٤)
٤٧٨	الحيابة الرمزية بتسلم سندات الملكية
٤٧٨	الأعمال التحضيرية
٤٧٩	مادة (٩٥٥)
٤٧٩	انتقال الحيابة إلى الخلف العام
٤٧٩	الأعمال التحضيرية
٤٨٠	أحكام القضاء الحديثة
٤٨٤	مادة (٩٥٦)
٤٨٤	زوال الحيابة بفقد عنصرها
٤٨٤	الأعمال التحضيرية
٤٨٤	أحكام القضاء الحديثة
٤٨٧	مادة (٩٥٧)
٤٨٧	عدم زوال الحيابة بالمانع الوقتي إذا استمر سنة كاملة
٤٨٧	الأعمال التحضيرية
	حماية الحيابة (دعاوى الحيابة الثلاث)
٤٨٨	مادة (٩٥٨)
٤٨٨	أحكام دعاوى الحيابة
٤٨٨	الأعمال التحضيرية
٤٨٨	أحكام القضاء الحديثة
٤٩٤	مادة (٩٥٩)
٤٩٤	إسترداد الحيابة ممن لا يستند لحيابة أحد بالتفضيل
٤٩٤	الأعمال التحضيرية
٤٩٤	أحكام القضاء الحديثة
٤٩٦	مادة (٩٦٠)
٤٩٦	إسترداد الحيابة من خلف المعتصب ولو كان حسن النية

الصفحة	الموضوع
٤٩٦	الأعمال التحضيرية.....
٤٩٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٤٩٩	مادة (٩٦١)
٤٩٩	دعوى منع التعرض.....
٤٩٩	الأعمال التحضيرية.....
٤٩٩	أحكام القضاء الحديثة.....
٥٠٦	مادة (٩٦٢)
٥٠٦	دعوى وقف الأعمال الجديدة.....
٥٠٦	الأعمال التحضيرية.....
٥٠٦	أحكام القضاء الحديثة.....
٥٠٩	فهرس المجلد السابع.....

تم بحمد الله